

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論行政指導

An Analysis of Administrative Guidance

林明倫

Ming-Lung Lin

指導教授：林明昕博士

Advisor : Dr. iur. Ming-Hsin Lin

中華民國 100 年 6 月

June, 2011

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

論行政指導
An Analysis of Administrative Guidance

本論文係林明倫君 (R96A21022) 在國立臺灣大學法律學系
完成之碩士學位論文，於民國 100 年 05 月 23 日承下列考試委員
審查通過及口試及格，特此證明

指導教授： 林明倫

口試委員： 林書鳳

吳

林明倫

中文摘要

行政指導為日本最具特色之行政行為之一，然在運用實務上，行政指導其實係一問題極多的行政手段，若其被濫用將會嚴重破壞依法行政原則，且易造成人民對政府機關之不信任感。我國之現制並未建立起完備之行政指導法治系統，可以說是引進他國立意良好之立法，卻一併帶入他國立法下之弊病。由於行政指導之態樣繁多，本文以為宜透過類型化方式針對不同規制強度之行政指導分別論究其法律性質，尤其規制性行政指導中應有具行政處分性質者，不能概謂行政指導全屬行政事實行為。本文亦透過類型化方式探究行政指導與依法行政原則間之關係，嘗試尋譯出兩者間合理適宜之平衡點。另對於違法行政指導應如何進行救濟或請求國家賠償，向來非我國學說界及實務界所關心者，然此顯非吾人所願樂見之現象，本文即以類型化方式針對不同法律性質之行政指導討論其救濟或請求國家賠償之可能性。

關鍵詞

行政指導、任意性、處分性、行政事實行為、行政法上之意思表示、依法行政原則。

簡目

口試委員會審定書.....	i
中文摘要.....	ii
簡目.....	iii
詳目.....	v
第一章 緒論	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 行政指導之沿革與特色.....	3
第三節 問題提出及研究架構.....	8
第二章 行政指導之行為性質	11
第一節 行政指導之類型.....	11
第二節 對行政指導本質之省思.....	14
第三節 小結—規制性行政指導作為行政處分之可能性.....	21
第三章 行政指導之合法性	27
第一節 法律保留原則.....	27
第二節 法律優位原則.....	46
第三節 小結.....	104
第四章 對行政指導之救濟	107
第一節 行政爭訟.....	108
第二節 國家賠償.....	150
第三節 小結.....	166

第五章 結論 169

參考文獻 177



詳 目

第一章 緒論	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 行政指導之沿革與特色.....	3
第三節 問題提出及研究架構.....	8
第二章 行政指導之行為性質	11
第一節 行政指導之類型.....	11
壹 行政指導之傳統分類.....	11
貳 傳統分類之盲點.....	13
第二節 對行政指導本質之省思.....	14
壹 行政指導與事實行為.....	14
貳 行政處分與法律行為.....	16
參 對行政指導概念之重新審視—行政指導 vs 行政處分.....	18
第三節 小結—規制性行政指導作為行政處分之可能性.....	21
第三章 行政指導之合法性	27
第一節 法律保留原則.....	27
壹 法律保留理論在我國的發展.....	27
一 傳統學說	27
二 大法官釋字第 443 號解釋	30
三 我國現狀與他國之比較分析	31
貳 法律保留原則對行政指導之統制.....	33
一 傳統學說之移植	34
二 對於不同行政指導類型之法律保留要求	37
參 其他問題.....	40
一 概括授權之總則規定	40

二	組織規範	43
三	其他權力行政行為之根據規範	45
第二節	法律優位原則	46
壹	行政程序法上之規範	47
一	裁量濫用之禁止	47
二	不利益處置之禁止	49
(一)	行政程序法第 166 條第 2 項	49
(二)	與申請有關之行政指導	53
(三)	與許認可等權限相關之行政指導	57
三	明確化要求	61
四	書面交付請求權	66
貳	行政法上一般法律原則	71
一	平等原則	71
二	信賴保護原則	73
(一)	信賴保護原則之要件及法效果	73
(二)	信賴保護原則與行政指導	75
(三)	我國相關實務見解	77
(四)	日本相關實務見解	80
(五)	信賴保護原則於行政指導場合之具體適用	84
三	禁反言原則	93
(一)	禁反言原則與行政指導	93
(二)	日本實務相關見解	94
(三)	禁反言原則於行政指導場合之具體適用	98
第三節	小結	104
第四章	對行政指導之救濟	107
第一節	行政爭訟	108
壹	終局權利保護	108
一	撤銷訴訟	109
(一)	日本傳統之觀點	109

(二) 日本晚近之觀點.....	114
(三) 本文看法.....	123
二 一般給付之訴	126
三 預防性不作為訴訟	129
貳 暫時權利保護.....	132
一 停止執行	133
(一) 日本法制.....	134
(二) 我國法制.....	137
二 假處分	139
(一) 日本法制.....	140
(二) 我國法制.....	144
第二節 國家賠償.....	150
壹 行政指導之公權力性.....	151
貳 行政指導之違法性.....	153
一 違法行政指導之判斷	153
二 違法行政指導之類型	155
(一) 行政指導本身內容違法.....	155
(二) 行政指導所採手段違法.....	156
(三) 不作為之違法.....	159
參 行政指導與損害間之因果關係.....	163
第三節 小結.....	166
第五章 結論	169
參考文獻	177

第一章 緒論

第一節 研究動機

行政指導為我國行政程序法所明定之行政手段之一，關於行政指導之立法沿革，首先於經建會版的「行政程序法草案」(1990年)中，即已參考日本學說及實務之見解，設有關於行政指導的專章，其後，法務部版的「行政程序法草案」(1993年)亦參考日本行政手續法要綱案(1991年)，設立行政指導專章，最後並於1999年訂定行政程序法時，正式在第六章引入行政指導此一制度，自此成為我國明文化的行政手法之一。不過，關於行政指導之機能、理論，在我國學術界並未獲得重視，相關文獻甚少，罕見有通盤介紹之著作，誠可謂仍處於萌芽的階段，但我國實務上卻常可見行政指導運用之蹤影，不論係代替行政立法、行政處分、行政契約等行為方式，或與該等行為方式併行為之，行政指導均被廣泛使用，其影響力不可謂不大。我國實務上類似日本行政指導或德國非型式化行政行為的現象，例如在經濟決策領域內，行政機關常無視於法律規範，以行政指導或類似方式對經濟事項進行管制，或者提供輔助，譬如，面對1980年景氣衰退之嚴重情勢，行政院經建會提出「促進中小企業健全化方案」、經濟部提出「加速製造業投資及升級方案」等，該等紓困方案是否即屬於以行政指導方式介入經濟活動，確有值得討論之必要。而實務上最常見的當屬所謂「行業導正」，其並非正式的法律用語，而是公平會所創，其內容多為針對業界的特定行為，課予作為或不作為之義務，因行業導正是出於導正事業違法行為之目的，而以不具強制力之方法要求事業為或不為特定行為，故學者多認為其大體上屬於行政指導性質¹。此外，如產業界由於市場

¹ 劉孔中(1996)，〈論公平交易委員會之行業導正〉，《公平交易季刊》，第4卷第4期，頁9-10。

不景氣或重複投資等因素，導致供過於求，產品價格下跌至成本以下，令產業界經營呈虧損邊緣之現象，行政機關便以行政指導方式建議產業界聯合減產，是否構成公平交易法上之「聯合行為 (Cartel)」而違反依法行政原理，亦值深究²。

觀察行政指導概念之發源地—日本的情況，行政指導為日本所發源的最具特色之行政行為，且行政指導在日本所有行政過程中佔有極大比重，不論係行政機關或私人皆已習慣仰賴行政指導此種行政手段，該國之行政可謂「去行政指導無法為營運」之局面。隨著行政指導應用領域之擴大，對於行政指導在行政任務中所扮演之角色，日本學界有正反兩極之評價。就優點而言，行政指導所具備柔軟彈力性之作用，擁有能機動性應變緊急事態，代替官僚作風等正面的好處。然而，行政機關若為了圖個方便，很有可能無視於行政指導之內部與外部界限，如此不時會有行政指導是否違背法治主義之基本原則的問題產生，其所受到的負面評價亦匪小。而日本實務與學界面對行政指導所引發層出不窮之行政法上問題，已漸漸從依法行政，以及確保人民權利救濟之觀點來重新檢討，並已有相當之成果。反觀我國，雖於立法時引進行政指導此一行政手法，也常被實務界所使用，但於學界，一般從事行政法研究者面對行政指導的相關問題著墨較少，此顯非吾人所願樂見之現象。是以，本論文乃不揣駑鈍，期以就行政指導本質定位的再探討，重新審視行政指導概念之問題性，併同日本實務及學界就各個指標性案例所為檢討所累積之經驗，對行政指導在整體法秩序底下之面面觀作一概述，激發國內重新正視行政指導可能產生之弊病，並期待可達到拋磚引玉之效果，吸引更多研究人員投入此法領域。

² 紀振清 (1992)，〈行政指導與獨占禁止法於行政法學上之爭議問題〉，《法學叢刊》，第 146 期，頁 138。

第二節 行政指導之沿革與特色

本文以下將就行政指導之概念緣起及發展沿革作簡單的說明，並介紹此行政行為的特色。

於第二次世界大戰後，美軍占領日本期間，為求和平進行占領，屢以指示、警告、勸告、助言等間接統治手段對日本政府施加壓力，迫使日本接受其改造之藍圖。於美軍撤離後，日本政府因深知此類方法之有效性，加上當時官尊民卑之社會風氣，便大量運用此類行政手法，使之浸透於各行政領域之中。而行政指導概念之問世，乃日本學者於昭和 40 年（1965 年）左右，就行政法與經濟法界限之討論，關於日本對外貿易糾紛問題上，首先使用「行政指導」此一名詞，並經由外國百科辭典登錄其內而聞名³，然行政指導之概念、特色為何？行政指導之作用何在？行政指導有何種效力？均有加以闡述的必要，故日本於平成 5 年（1993 年）11 月 12 日通過之行政手續法中，即就行政指導設立專章，將之納入法制內，把此一長久存在的現象作原則性與程序法上的規範。日本經濟從 1960 年代開始進入高度成長期，期間雖經歷發生兩次石油危機的 1970 年代，進入 1980 年代後仍達到最高潮，行政指導制度開始受到國際的注目，即係以日本經濟力之急速擴張為背景，行政指導支撐起日本的經濟發展系統與日本市場的封閉性，是其受到矚目的原因。這樣的行政指導不僅係一個單純的行政手法，其對日本的政治經濟社會而言有著特殊的意義⁴。以行政指導為中心所行之產業政策，在日本戰後經濟發展過程佔有舉足輕重之地位，尤其西方

³ 紀振清（1992），〈行政指導與獨占禁止法於行政法學上之爭議問題〉，《法學叢刊》，第 146 期，頁 139。

⁴ 俞珍式（2001），〈行政指導の歴史性と行政法〉，收錄於小早川光郎、宇賀克也編，《行政法の発展と変革（上卷）—塩野宏先生古稀記念》，東京：有斐閣，頁 597-598。

先進諸國因石油危機而普遍面臨景氣蕭條、經濟成長率急速後退等問題，其目睹日本經濟於危機中仍能一枝獨秀，持續高度經濟成長率，不免對日本通商產業省之產業政策及其特有之行政指導方式翹指以讚⁵。

關於日本經濟體系之特徵的議論有很多，而探究其共通點，即「政府與企業間之緊密關係」，也就是所謂的「官民協調體制」。原本行政法係以國家與個人之對立為前提，其主要係欲保護個人之自由財產免受國家權力之侵害，係以「國家對個人」的二元模型作為前提。但此二元模型拿到官民協調體制的框架中就會無從適用，蓋官民協調體制並非對立關係，而係官民互相合一以產生作用的體系。在官民協調體制下，行政機關對於市民在行政過程中所使用的正式行政手法，其適用的餘地及必要性均大幅地縮小，而被行政指導所取代。日本從事行政指導之組織實態研究的學者即指出：「在日本行政之中，行政指導不僅係諸種行政手段之一，而係佔有行政營運七八成的最普遍的常態化行政手段。」而實際調查日本行政之實務，姑且不論對於申請所作之處分，作成不利益處分之情形確實很罕少，因此行政指導所持有的意義的確不僅止於單純在行政過程中所使用之眾多行政手法之一。另外，行政指導尚有一細微之要素，即行政指導之屬人性。在日本之行政上，常見以人際關係為契機以追求行政指導實效化之實態，行政人員對企業職員進行行政指導時，冀望能形成繼續的人際關係或信賴關係，企業職員亦為了能受到有利於自己公司的柔軟行政指導，而努力構築與行政機關人員間之人際關係⁶。

⁵ 黃銘傑（1992），〈行政指導與日本獨占禁止法〉，《公平交易季刊》，創刊號，頁 119。

⁶ 俞珍式（2001），〈行政指導の歴史性と行政法〉，收錄於小早川光郎、宇賀克也編，《行政法の発展と変革（上卷）—塩野宏先生古稀記念》，東京：有斐閣，頁 600-602。

行政指導做為日本行政營運常態化之行政手段，不僅係在經濟法領域的體制中發揮作用，行政主體亦常在一般行政領域向私人為指導、勸告等形式之行為，例如運輸、衛生、消費者保護、社會福利等各行政領域均可見其應用⁷。不過行政指導雖然不斷地被反覆實施，但行政指導這樣的行政手法並非係伴隨著行政機能的擴大所隨機應變、一時性地出現的東西，而係在歷史性形成的結構中被創造出來的。在日本，由制定法所預定的社會統合系統與實際運作的社會統合系統之間存有齟齬，因此，一般認為填補兩者間齟齬的機制是必要的，而行政指導正好可作為該等機制。換句話說，行政指導係在日本接受近代文明的過程中所產生的，是為了解決「社會統合的雙重結構問題」，亦即，行政指導可說係在以自主獨立的個人為基礎的歐洲的統合方式與日本固有的統合方式之間的橫溝上擔任搭起橋樑的任務⁸。

向來關於行政指導的討論盲點之一，是依然將其併入以所謂「權力性」為主軸之分析框架中，但是行政指導係屬於與以權力性為前提所使用之手法相異之範疇，正因如此才能有許多用途。論者指出，吾人必須要認識、接受行政指導與傳統的行政手法相異而屬於法定外之手法這樣的事實，此為對行政指導在法學上發展的重要出發點，因此討論行政指導時，只討論行政指導本身並不是那麼有實益，尚必須進行行政指導之背景、相關實體、程序之規定等的分析⁹。而就行政指導之定義而言，依我國行程序法第165條規定：「本法所稱之行政指導，謂行政機關在其職權或所掌事務範圍內，為實現一定之行政目的，以輔導、協助、勸告、建議或其他不具法律

⁷ 塩野宏（1989），《行政過程とその統制》，東京：有斐閣，頁182。

⁸ 俞珍式（2001），〈行政指導の歴史性と行政法学〉，收錄於小早川光郎、宇賀克也編，《行政法の発展と変革（上巻）—塩野宏先生古稀記念〉，東京：有斐閣，頁602-603。

⁹ 俞珍式（2001），〈行政指導の歴史性と行政法学〉，收錄於小早川光郎、宇賀克也編，《行政法の発展と変革（上巻）—塩野宏先生古稀記念〉，東京：有斐閣，頁612。

上強制力之方法，促請特定人為一定作為或不作為之行為。」行政指導相較於其他行政行為，一般認為其具有如下特色¹⁰：

其一，為服從行政指導之任意性。行政指導係非權力之行政行為，相對人可基於自主意志決定是否遵從之。雖然行政指導有時亦是行政機關依其意思要求私人為一定之作為或不作為，但相對於其他行政權力行為，對不服從行政指導者不得為行政上之強制執行或科處行政罰，此即相對人對於行政指導之任意性，我國行政程序法於第 166 條第 2 項亦有明文規定，故一般認為行政指導雖會對人民造成心理壓力，但其僅具「事實上之強制力」。亦即行政指導是以取得特定個人、法人或團體之同意與協力以達成一定行政目的之行政行為，服從行政指導之任意性為其最重要之特色之一，權力性之緩和賦予行政機關行使行政手段之適時性，並有法令執行圓滑化及補充之機能，可發揮因時、因地制宜之效果。惟如法律上明定相對人拒絕遵從行政指導，行政機關得採取不利益處置之規定時，行政指導仍屬合法，又行政機關對於不遵從行政指導者常採取公布姓名等訴諸輿論之「軟性制裁」方式，學者有認為此時問題之焦點應移轉至該等「制裁」行為之合法性如何之問題¹¹。

其二，行政指導僅為單純之事實行為。傳統看法認為從上述任意性原則及不得為不利益之處置可知，行政指導並不直接影響人民之權利義務，故行政指導雖某程度帶有行政機關之精神作用，但一般認為其原則上並不發生法律效果，而屬於事實行為之一種。對相對人無法之拘束力，卻有事實上之影響力，這樣之特色為行政指導之標記之一。

¹⁰ 以下參照：山内一夫（1984），《行政指導の理論と實際》，東京：ぎょうせい，頁 6-10；劉宗德（1989），〈試論日本之行政指導〉，《政大法學評論》，第 40 期，頁 76-77。

¹¹ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著（2001），《行政程序法實用》，第二版，臺北：學林，頁 323-324（蔡茂寅執筆）。

其三，即行政指導之單方性。行政指導係行政機關單方面對人民所為之行為。單方性係行政指導與公害防止協定等「行政上之君子協定」相異之處，雖然兩者均屬行政事實行為之一，然前者並不受對方之意思之拘束，係由行政機關單方為之，後者則需要行政機關與相對人意思合致後始得成立。

其四，為行政指導之主動性。行政指導對相對人要求一定作為或不作為，係主動地影響相對人之意思，即積極誘導人民以形成一定之秩序。其與行政機關對於法令之行政解釋、情報提供等並未影響相對人意思之行為有別。

其五，為行政指導之優越性。指導係在資訊、知識等方面由優越者對於劣勢者所成立之關係，而行政指導正是因為行政機關於資訊、知識等方面均優於人民方能達成指導之目的。行政指導因為具有優越性之特色，與「行政上之要求」概念相異，後者是行政機關與對人立於對等之地位所為之要求，例如地方公共團體要求大企業前來設廠以增加在地居民之工作機會即屬之。

其六，行政指導之社會性。行政指導係行政機關以人民為相對人所為之行政行為，此即行政指導之社會性，故如行政機關彼此間之勸告，被排除於行政指導之概念外，不過從我國行政程序法第 165 條之定義規定來看，解釋上並未排除行政機關彼此間之勸告。有關對於行政機關或地方公共團體之勸告，其與行政指導之間確實有某程度之類似性，不過此種勸告

是該當所謂組織法上之行為，與一般行政指導所欲達成之任務及法律評價均不同，因此學者認為將之獨立出來處理討論是較為妥適的¹²。

第三節 問題提出及研究架構

於現代社會法治國家當中，行政主體為達成日益專業分工、多元化之任務，原本即可自由選擇行政行為之方式，以完成行政任務，尤其在法無明文，卻不能以無法律依據為由推卸行政責任時，「非型式化行政行為（informale Verwaltungshandeln）」便為行政機關所採用，以便填補法律之不足，繼續完成應有的行政任務。而其中行政指導因為具有圓滑、臨機應變等特性，可避免如傳統權力性行政行為所引起人民與行政機關之間的對抗及摩擦，較能圓滿平和地遂行行政目的，故行政指導於行政實務上能被靈活地運用，以替代型式化之行政行為。然依學者之觀察，行政指導在我國雖已行之有年¹³，且於我國行政程序法第 165 條至 167 條設有規定，但是向來學說及實務對之並未特別重視。在日本，行政指導概念之發展有積極之成果，行政機關憑藉行政指導彈性之展現，發揮了迴避弊害、賦予行政機關手段適時性之機能，但是，行政指導同時亦帶來不少弊端，諸如缺乏安定性、使行政責任不明確而阻礙行政之透明性、易淪為行政機關迴避法令適用之工具等，又因為行政指導隱晦不明之作用，行政機關常於其中滲入對相對人之壓力，使之蒙上「權力」之色彩，令人民蒙受不法侵害之機會日增。

有鑑於此，實有必要對於行政指導之概念以及實務運用上所會面臨之問題點作一整體性的檢視。首先關於行政指導之概念，其係行政機關所採

¹² 山内一夫（1984），《行政指導の理論と實際》，東京：ぎょうせい，頁 10。

¹³ 蔡志方（1995），《行政法三十六講》，臺南：自刊，頁 266。

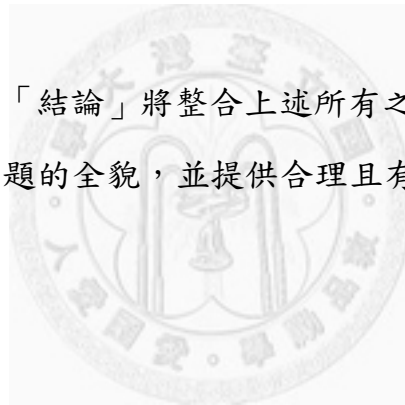
取之較一般型式化行政行為更柔軟圓滑之行政手段，傳統見解並將之定調為行政事實行為之一。一般在論及行政指導之問題時，多會將行政指導分成助成性指導、調整性指導、規制性指導這三種類型，相較於前兩者，規制性行政指導因其影響力較強，故會有問題的多屬於此類型之行政指導。本文第二章即先介紹行政指導之傳統分類，接著探討其分類方法有無不妥適之處，並省思行政指導是否一概皆為事實行為，或者係有作為法律行為（如行政處分等）而存在之可能。

行政指導之相關問題眾多，具體而言，在法統制面向上，行政指導作為行政手法之一，自應受法律保留原則以及法律優位原則之拘束。然而傳統見解因強調行政指導之柔軟性、圓滑性及便利性等特色，認為行政指導無須適用法律保留原則，加上現行法令不論係程序規定或者實體規定，對於行政指導之規範均屬匱乏，法律優位原則在此亦難發揮作用。是故，行政指導遂成為行政機關愛用之行政手法，甚而在日本的官民協調體制下，行政指導更取代其他正式行政手法，成為實務運用上之大宗，在如此頻繁使用下，依法行政原則卻無從對之進行統制，難免招致對人民權益保護不周之批判。近來學說及實務，在肯定行政指導必要性之前提下，均戮力於法統制之實踐，除了應盡速建立相關規範外，傳統見解亦有必要進行調整、修正。基於此，本文第三章即欲探討行政指導之合法性問題，嘗試釐清法律保留原則以及法律優位原則對於行政指導能發揮何種規範作用，又行政指導之特色是否會對法律保留原則以及法律優位原則之要求產生何種影響。

在救濟面向上，即人民因瑕疵之行政指導而受有損害時，得否及如何依現行法制下之救濟途徑排除侵害或填補損害之問題。就行政爭訟而言，日本傳統見解因否認行政指導之處分性而無從直接對行政指導提起行政

爭訟，而我國因有一般給付訴訟之制度設計，故對於行政指導並非沒有可供選擇之救濟管道，問題在於是否對於所有之行政指導均應提起一般給付之訴，又一般給付之訴可否應付所有行政指導類型所產生之問題，此外，暫時權利保護制度可否發揮功用亦值得探討。另就國家賠償而言，傳統見解認為行政指導任意性之特徵將成為國家賠償責任成立之障礙，故問題主要在於行政指導之任意性如何判斷。本文第四章即從日本學說及實務上所累積之大量案例出發，整理分析其如何突破無從針對行政指導進行行政爭訟之窘境，又國家賠償責任之成立如何跨越行政指導特色性格之阻礙，並將其歸納到我國現行救濟體系下，嘗試結合日本經驗以供我國面臨相關問題時作為參考。

最後，本文第五章「結論」將整合上述所有之論點，試圖呈現行政指導在整體法體系下之問題的全貌，並提供合理且有效之解決途徑。



第二章 行政指導之行為性質

第一節 行政指導之類型

壹 行政指導之傳統分類

由於行政指導係行政機關為應付多變之社會型態所為，行政機關所能進行行政指導之方式與內容複雜紛歧，定義上十分困難，故若欲細究行政指導與法律保留原則間之關係，勢必須先對行政指導概念加以類型化，針對不同類型的特殊性及現實上之需求，或可考慮有不同規範密度的要求。而就分類標準而言，學說上向來有以「目的」、「功能」、「組織」、「法律根據之有無」以及「行政機關為行政指導是否具有命令強制之意思」等為標準而作區分¹⁴，其中最常被引用的是以「機能」為區分的標準，亦即側重於行政作用之實態面，以行政指導機能上之差異為分類，將行政指導區分為助成性指導、調整性指導、規制性指導這三種類型，茲分述如下¹⁵：

首先係助成性行政指導，其係幫助、促進、保護、提升相對人之福祉，並達成一定行政目的之行政指導，主要反應在社會生活的改善方面，在社會保障行政領域中很常見。如農業改良、經營技術提供之指導、或如職業訓練指導、對國民健康的保健指導等，其通常附隨補助金或獎勵金之交付、或融資等利益。助成性行政指導與單純的資訊提供應予區別，前者係

¹⁴ 林重魁（1984），《從行政法學觀點論日本行政指導制度》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，頁 81。

¹⁵ 參照：成田賴明（1966），〈行政指導〉，收錄於雄川一郎，高柳信一編，《現代の行政》，東京：岩波書店，頁 145；閔哲夫（1991），《行政指導》，東京：ぎょうせい，頁 24-31。

直接為私人活動之促成而為，後者僅是對人民的服務，係實現政策之一種手段。

其二為調整性行政指導，其係以解決私人間之紛爭、調整其間之利害關係為目的所進行者，類似於調停或斡旋方式。如對建築業者與工地附近居民的糾紛進行之調整指導，或對私人企業間的利害糾葛進行之調整指導。調整性行政指導時常亦具有規制之性質，如生產限制或價格限制等指導，不過其主要係著眼於當事人間利益狀況的特殊性，與一般的規制性行政指導有異。

第三為規制性行政指導，其指行政機關針對相對人妨礙社會秩序或危害公共利益之行為，所採取規制、預防或抑制的行政指導措施，其內容多是要求相對人為一定作為或不作為。如警察機關為了防止各種災害所為的勸告或對青少年的輔導等。規制性行政指導尚可細分為以下三種¹⁶：第一、為確保私人行為適法性的事前指導。例如私人進行許認可的申請時，為確保其申請行為之適法性所進行之指導，又如對於所得稅申報人所進行之納稅指導；第二、為改正私人違法行為的指導。例如行政機關對於違法建築作成一命改正處分前，所為的警告；第三、為達成獨自規制目的的行政指導。其並非以防止或除去違法行為為目的，而是積極的為達成獨自的目的，例如不景氣時，行政機關要求企業縮短勞動時間或限制生產的勸告，或者如勸告業者暫緩到大陸投資之「戒急用忍」，或在不景氣時勸告銀行勿「雨天收傘」，緊縮信用等¹⁷。

¹⁶ 芝池義一（2006），《行政法總論講義》，東京：有斐閣，頁 253-254。

¹⁷ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著（2001），《行政程序法實用》，第二版，臺北：學林，頁 325（蔡茂寅執筆）。

貳 傳統分類之盲點

上述雖以功能性方法將行政指導區分為助成性、調整性及規制性行政指導，不過應予注意的是，學說上亦承認這三種類型並未互相排斥，其間之界線也非涇渭分明，實際上複合這三種功能的行政指導反倒是非常普遍，作為社會現象之一次行政指導行為，經常同時出現法律上複數之行政指導類型¹⁸。尤其是規制性行政指導與調整性行政指導兩者甚難區分，實務上常見複合此兩種機能之行政指導，例如對於申請建築許可之行政指導，對起造人而言應屬規制性行政指導無疑，然對全體利害關係人而言，則係調整性行政指導；又如生產限制或價格限制等規制性行政指導同時也具有調整之意味。故上述分類之間實存有關聯性，其區分主要是為減輕思維上的負擔，惟如此一來類型化之成效並不顯著，各類型之間因為不能清楚劃分，對於行政指導與法律保留原則間關係之探討亦無太大助益。

實則，傳統侵害保留理論係區分干預行政與給付行政兩個部分作探討，就不同行政領域有寬嚴不同之要求，然而對於行政指導的討論傳統是以「機能」為區分之標準，兩者分類方式不一，因此法律保留理論之相關討論移至行政指導範疇時會產生銜接上之困難。同時若比照侵害保留理論的二分方式，不難發現規制性行政指導似為干預行政領域，助成性行政指導則屬於給付行政領域，兩者是以對相對人之影響效果為依據所作之分類，而調整性行政指導在概念上並未側重於對相對人之影響，故與另外兩個行政指導類型放在一起討論即給人格格不入之感，且造成上述行政指導類型間之界限不清、區分不易之問題。若仔細檢視調整性行政指導之概念，其係行政機關為促成私人間利害衝突之協調妥協所進行，此項由學說

¹⁸ 中川丈久(2000)《行政手続と行政指導》,神戸大学研究双書刊行会,頁215;新藤宗幸(1992),《行政指導—官庁と業界のあいだ》,東京:岩波書店,頁53-54。

所指出之特徵其實僅說明了行政機關所欲達成之目的，至於行政機關所採取手段對相對人而言係干預或給付並非其著重之所在，亦即傳統之行政指導分類實係混淆了目的與手段兩者間之關係，從手段層面之觀察出發的話，調整性行政指導要求相對人退讓或勸導其行為，其實就是規制性行政指導，若不弄清楚其間矛盾之處，即無法擺脫此套套邏輯下之困境。

本文於第三章既係欲探討行政指導之法律保留等問題，為了能與傳統法律保留理論之相關學說接軌，本文認為在此應以干預行政及給付行政兩個不同行政領域之二分法為前提，將討論焦點集中於規制性行政指導及助成性行政指導兩個類型，而不依循傳統行政指導之分類方法做討論。

第二節 對行政指導本質之省思

壹 行政指導與事實行為

一般認為行政指導未直接使相對人之權利義務產生變動，其不直接發生法律效果，係不具法之性質之單純事實行為，此為行政指導之重要特色之一¹⁹。就行政事實行為之定義而言，學界雖無統一之看法，但大抵上可認為其泛指一切不以達成法律效果，而以事實上結果為取向之行政措施，是因其不僅與通常之行政處分有別，亦與其他行政上法律行為有別²⁰。事實行為在法學概念上是與法律行為作區別，其不具意思表示要素，亦即事實行為不以表現內心之意思內容為必要。然不論係行政機關自行起意所進行之行為，或者係如行政諮詢般，由行政機關按照相對人之意思所進行之

¹⁹ 劉宗德（1989），〈試論日本之行政指導〉，《政大法學評論》，第40期，頁76。

²⁰ 張嫻安（1990），〈行政行為中之事實行為〉，《輔仁法學》，第9期，頁91。

被動應答等行為，均須帶有將相對人誘導至一定方向之目的以及機能者，始符合行政指導之性質²¹，故行政指導實帶有行政機關之精神作用在內，藉由行政指導行政機關表達了對於相對人之要求，問題在於，是否可認為其屬行政機關對於相對人所為之意思表示？對此傳統學說認為雖從行政指導中可發現行政機關之精神作用，但因其並非命令行為，並未對相對人產生具有拘束力之意思表示，亦未依據法律之規定產生任何法律效果，故其仍屬事實行為之一²²。

行政指導雖屬行政事實行為之一種，以不發生法律效果為原則，不過傳統看法仍承認有依據法律規定產生一定法律效果的情形，以日本為例，有如下之幾種例外²³：第一、依酒稅保全及酒類業組合法第 93 條規定，服從生產限制或價格限制之行政指導者所為之共同行為，不適用獨占禁止法之規定；第二、法律有時會規定行政機關在進行一定權力行為之前，必須先對相對人為行政指導，此種法律上事前勸告之行政指導係權力行為之事前程序，會產生行政程序上之效果；第三、相對人承諾服從行政指導之情形，法律有時會明文規定該承諾之法律效果，此時該承諾之法律效果能認為是行政指導所間接產生之法律效果，例如依舊石油資源探礦促進臨時措置法（昭和 29 年法律 89 號）第 21 條，如石油採礦之試掘權人若已接受變更施工之勸告後，而又不服從者，得科以行政罰。

在上述三個例外，其中第二種情形是否仍屬事實行為實在大有疑問，蓋行政機關在這種情形所為之行政指導是以事前勸告形式要求相對人為

²¹ 関哲夫（1991），《行政指導》，東京：ぎょうせい，頁 18。

²² 山内一夫（1977），《行政指導》，東京：弘文堂，頁 8。

²³ 參照：山内一夫（1984），《行政指導の理論と實際》，東京：ぎょうせい，頁 6-7。

一定作為或不作為，並滿足了作為後續公權力行為行使之前提要件，似可謂其符合對外發生法律效果之特徵，而為法律行為之一種。

貳 行政處分與法律行為

按所謂法律行為係指欲發生法律上效果所為意思表示的一種法律事實，其基礎要素厥為「意思表示」。意思表示一般指表意人將其企圖發生一定法律效果的意思，表示於外部的行為，而其法律效果由法律予以確定者。而所謂行政法上之意思表示應指表意人將其企圖發生一定法律效果之意思，表示於外部之行為，而其法律效果由行政法予以確認者²⁴。行政法上意思表示與行政事實行為之區別，即在於後者不直接發生一定的法律效果。

就行政處分之概念內涵而言，其仍係以發生一定法律效果為內容之行政行為，故其屬於一種行政法上意思表示。行政處分與其他單純行政法上意思表示之區別有以下幾點²⁵：第一、行政處分僅能由行政機關為之，單純行政法上意思表示尚得由人民為之；第二、行政處分必須對外發生法律上效果，單純行政法上意思表示亦可能發生在行政機關內部；第三、行政處分具有單方的規制作用，單純行政法上意思表示則欠缺單方的規制性質；第四、下命性行政處分具有執行力，反之，單純行政法上意思表示則不具執行力。

依我國行政程序法第 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

²⁴ 李建良（2002），〈論行政法上之意思表示〉，《臺北大學法學論叢》，第 50 期，頁 34。

²⁵ 參照：李建良（2002），〈論行政法上之意思表示〉，《臺北大學法學論叢》，第 50 期，頁 12。

法律效果之單方行政行為。」大法官於釋字第 423 號解釋中特別強調，是否為行政處分應取決於是否對外發生法律效果，或者更詳盡地說，是否直接影響人民權利義務關係，且實際上已對外發生效力。學說上有認為行政處分與不直接發生法律效果之行政上事實行為，尤其是諸如警告、勸告、建議、告知、表示意見等所謂的觀念通知，其區分標準應視官署所表示內容是否對人民之請求有所准駁而定²⁶。對於此種見解，有學者批評其看法失於狹隘，在行政機關未經人民聲請而主動為表示的情況，即無從適用此等標準，行政處分之所以能夠與行政上之事實行為，包括行政法上之準法律行為相區分，不在於它是否「對外發生法律效果」，或是否「直接影響人民權利義務，且實際上已對外發生效力」，而毋寧在於它包含了行政法上之意思表示，而行政上之事實行為，乃至行政法上的準法律行為無妨直接依據法律規定而發生法律效果，但並不因其「直接影響人民權利義務關係，且實際上已對外發生效力」，即認其為行政處分²⁷。

行政處分是一個具有目的性的行為，而其目的在於規制個案。而「規制」的要素至少包含以下幾個層次的內容²⁸：第一、公權力之措施必須是官署根據其意思，意欲所為之行為；第二、官署意欲發生一個單方，同時要求對方受其拘束的效力；第三、官署意欲發生一個直接的效力，意即發生一個法律上之效果。對於此，「規制」之特徵首在於法律效果之發生基於所謂的「官署意思」，又並非所有的單方法律行為的表示均屬行政處分，因為有些表示之所以發生法律上的效果，僅是因為所有的法律要件滿足的結果，如果法律要件仍有欠缺，即使有官署之意思，該行為仍然還是不生

²⁶ 翁岳生編（2000），《行政法》，臺北：翰蘆，頁 548（許宗力執筆）。

²⁷ 陳愛娥（2000），〈行政處分存否的認定標準與行政法院「適用」大法官的方式—行政法院八十九年度判字第一六五八號判決評釋—〉，《法令月刊》，第 51 卷第 10 期，頁 226-227。

²⁸ 參照：程明修（2005），〈行政法上之意思表示、法律行為與行政處分〉，《行政法之行為與法律關係理論》，臺北：新學林，頁 110。

效力，但是行政處分卻不然，即使作成處分之法律要件欠缺，官署作成之行政處分依然還是發生法律效果。假如官署措施的目的本身並非「直接」發生法律效果，它更無法該當「規制」的意涵。行政處分必須具備直接性的規制特徵是指，根據公權力措施的客觀意義內涵，行政處分必須「直接涉及到」拘束關係人權利或義務或法律地位之規範，至於所謂的直接性只有當公權力措施在主要內容針對自然人或法人表示—不論已明確表示出或者必須自其意思表示內容推導出—其所「意欲」的法律效果時才存在²⁹。

由於行政處分之規制特徵，其屬一種以發生法律效果作為目的之行政法上意思表示，應無疑義。學者即指出，行政處分乃行政機關單方所為之規制措施，所謂規制，係以設定法律效果為目的，具有法律拘束力之意思表示³⁰。實務上亦有認為³¹：「行政處分內容本身須係對人民之權利或義務產生規制作用，而具有一定之法效性者，始為相當。」從上述敘述可知，意思表示之概念已內化於行政程序法第 92 條第 1 項之定義之中，於行政處分所形成之法律關係中，國家雖往往基於優越之地位而與一般私法之法律關係不甚相同，但是援用民法關於意思表示之概念用以說明行政處分這種法律行為應無不妥。

參 對行政指導概念之重新審視—行政指導 vs 行政處分

行政指導是否均屬事實行為，如前所述尚存有疑義，若認為其實具意思表示之要素在內，則其是否屬於行政處分，或者屬於所謂行政法上之一

²⁹ 程明修（2005），〈行政法上之意思表示、法律行為與行政處分〉，《行政法之行為與法律關係理論》，臺北：新學林，頁 111-112。

³⁰ 陳敏（2007），《行政法總論》，第 5 版，臺北：自刊，頁 305。

³¹ 最高行政法院 90 年裁字第 646 號裁定。

般意思表示，均仍待深入檢討。因行政指導態樣紛雜多歧，有必要就具備不同特色之行政指導類型分開檢視，以下即配合傳統分類，暫且不論調整性行政指導，僅分別就助成性行政指導及規制性行政指導進行討論。

就行政指導類型中之助成性行政指導而言，其以幫助、促進、保護相對人利益為目的，是否接受完全由相對人自主決定，甚至不帶有事實上之強制力，學者即有認為此種助成性行政指導實不應納入行政指導之分類，蓋行政指導應以帶有事實上強制力為構成要件方能確保其實效性³²。姑且不論行政指導概念之範疇是否應限縮至如此狹窄之爭議，助成性行政指導確實僅給予相對人一個選擇接受與否之機會，其應屬建議性質。而助成性行政指導在外觀上雖以表示行政機關一定之精神作用於外部為特徵，與法律行為極為相近，但行政機關該行為並無意欲對相對人發生任何法律效果，僅在特定情況下因法律之規定當然發生一定之效果，此種情形在法學概念上，似乎較近似於觀念通知或意思通知，本質上或許勉強可認為其屬於準法律行為，但仍非法律行為。

而規制性行政指導係行政機關對於危害公益或妨礙秩序之行為加以規制、預防或抑制，其常以公權力之行使為背景，故易生限制人民權利或自由之效果，但學說上均認為因其屬事實行為，至多具事實上之強制力，並非對相對人產生法律上之強制力。惟學者亦坦白指出規制性行政指導實即行政公權力之代用，係吸收歐美學說精華，揉合日本獨特民族性所衍發而成之特殊行政手段³³。有認為若法律規定對於不服從行政機關之指示者施予停止營業、撤銷營業許可、喪失受給資格或公布姓名等制裁，此時該

³² 山内一夫（1984），《行政指導の理論と實際》，東京：ぎょうせい，頁 10-11。

³³ 田中二郎（1975），〈行政指導と法の支配—日本的企業體質〉，收錄於竹内昭夫編，《現代商法学の課題：鈴木竹雄先生古稀記念》，東京：有斐閣，頁 1429。

「指示」究竟屬於行政指導或行政處分，在判定上是相當困難的，只能探求個別法律條例之立法意旨作解釋³⁴。本文以為尤其在這種作為事前勸告之規制性行政指導的情況，行政機關以後續公權力行為之發動為後盾，要求相對人接受其指導，即其企圖發生一定法律效果的意思而表示於外部，實已具備意思表示之特徵，而為法律行為無疑。傳統見解之所以會認為規制性行政指導僅具事實上之規制力，很大的原因是因為行政機關對相對人為行政指導之後，並無強制手段可供執行，故認為其並未立即對相對人之權利義務關係產生變化，惟如此於邏輯上不免產生矛盾，易落入邏輯錯誤之無限迴圈，蓋規制性行政指導究竟係事實行為或法律行為，關鍵之處如前所述在於係爭行為有無意思表示之要素，至於法律有無明文規定後續之執行措施不應該影響此處之判斷。

觀察行政指導在日本發展之過程，主要係為了迴避紛爭產生而為，其任意協力之柔軟性可避免如行政處分等規制力較強硬之措施使行政機關與相對人間發生不必要之摩擦衝突，且可免除行政訟爭之煩³⁵，同時於法律規定不甚完備之場合，為了因應行政任務上之需要，具有緊急應對性之行政指導便廣為行政機關所應用³⁶，由此可知，行政指導某程度上可說是為了因應難以運用行政處分之情形而被行政機關所使用之行政手段，故行政指導概念於發展初期即被定位為事實行為之一種，藉以與作為法律行為之行政處分區隔，傳統見解亦均以此為前提做討論，未意識到行政指導除了事實行為之外尚有成立其他法律性質之可能性。然因規制性行政指導背

³⁴ 中川丈久（2004），〈行政指導の概念と法的統制〉，收錄於芝池義一、小早川光郎、宇賀克也編，《行政法の争点：Jurist 増刊》，第3版，東京：有斐閣，頁38。

³⁵ 成田頼明、南博方、園部逸夫編（1970），《行政法講義（下卷）》，東京：青林書院新社，頁304（新井隆一執筆）；黒沼稔（1995），《現代行政法概説》，東京：多賀，頁146。

³⁶ 小高剛（2000），《行政法総論》，東京：ぎょうせい，頁126。

後多帶有具權限規制作用之抑制措施，行政機關意圖藉此達到原先法律未預定之目的，與其說是指導，實際上更接近對相對人之強制要求。

對於規制性行政指導性質之爭議，近來學者有認為為了擴大取消訴訟之救濟機能，解釋上可開展行政處分或其他公權力行使之範圍，行政指導亦可能具有「行政處分性」，而該當相對人不服申立（按：相當於我國之訴願程序）之對象，亦即將處分性之概念擴大至事實上支配力。亦有謂行政指導若直接具有法律效果時，如已承諾接受指導而又不服從者，法律如規定有罰則之適用時，該指導行為應解為係行政處分³⁷。本文認為，規制性行政指導若有其他權限手段擔保其實效性，因行政機關係為達成特定之目的而對相對人有所要求，事實上係課與相對人作為或不作為之義務，且其滿足了後續相關公權力行為發動之要件，應可認為其具備法效性而為一行政處分；而於未帶有後續權限手段之規制性行政指導之場合，其雖帶有行政機關之精神作用，然其並非對於相對人產生具法拘束力之意思表示，故其並非法律行為，若有法律規定規定其法律效果，則其應屬準法律行為，反之，若其未依據法律之規定被賦予法律效果，則其亦非準法律行為，仍屬行政事實行為之一。

第三節 小結—規制性行政指導作為行政處分之可能性

行政指導與行政處分在我國行政程序法中分別設有規定，行政指導看起來是與行政處分居於並列之地位，兩者均作為行政行為形式之一種，彼此之間似乎在概念上河水不犯井水。然而從上述之討論可知，行政指導在某些情況下會發生法律效果，因而可能具有行政處分之性質，惟如此一來

³⁷ 成田賴明（1966），〈行政指導〉，收錄於雄川一郎，高柳信一編，《現代の行政》，東京：岩波書店，頁162。

不免讓人產生疑問：行政指導概念是否在先天上即具有瑕疵？具有法律效果者是否仍為行政指導？或者根本就已經落入行政處分之概念範疇而與屬於事實行為性質之行政指導不相干？

對於上述問題，從行政指導之歷史沿革³⁸來看，於 19 世紀中葉起，日本積極著手於近代法體系之建構，而歐洲傳統「國家相對於個人」之二元體制理念，在日本法體制建構過程中被日本獨特之「官民協調體制³⁹」所取代，在此國家與人民並非處於對立之關係，而是相互結合成一體的體制，因此，傳統行政手法的適用餘地大幅縮小，取而代之的即為行政指導。就此而言，行政指導乃係跨越傳統歐洲之統合方式與日本固有之統合方式而產生者，其係於歷史之變遷中被形構而成，並擴及於各個行政領域及行政過程，是日本法制下特有的行政手段⁴⁰。相對於此，行政處分則係德國 19 世紀行政法理論之產物，兩者在發展初期並非作為相對的概念被提出，我國同時繼受這兩種法學概念，卻未弄清楚其間的發展梗概，突兀地將兩者放在同一脈絡底下檢視難免會產生上述之矛盾與疑問。

單就日本法觀察，依彼邦之行政不服審查法⁴¹第 1 條、第 2 條規定，以及行政事件訴訟法⁴²第 3 條第 2 項規定，人民對於行政機關得提起撤銷爭訟者包括違法或不當之「處分」與該當於其他「公權力行使之行為」。而「處分」之概念又包含：以該當於公權力行使之事實行為所為對人之收容、對物之留置等具有繼續性質者。亦即，在日本可以提起相當於我國行

³⁸ 參照：俞珍式（2001），〈行政指導の歴史性と行政法學〉，收錄於小早川光郎、宇賀克也編，《行政法の発展と変革（上卷）—塩野宏先生古稀記念》，東京：有斐閣，頁 597-603。

³⁹ 所謂官民協調體制指的是「政府與企業間之緊密關係」，在日本經濟系統，政策制定或實施之過程經常有民間力量之介入，透過政府與企業之互相協調已達成控制市場之目的。

⁴⁰ 蔡馥宇（2003），《論行政指導之救濟》，國立臺北大學法律學系研究所碩士論文，頁 7。

⁴¹ 相當於我國之訴願法。

⁴² 相當於我國之行政訴訟法。

政撤銷爭訟程序者並不限於行政處分，尚包括具備一定條件之事實行為。至於相當於我國所討論之行政處分概念（繼受自德國），在日本學說上之討論一般稱之為「行政行為」，指行政機關依法基於優越意思之發動或公權力之行使，對國民關於具體事件所為法的規制之行為⁴³。而對於違法行政指導可否作為聲明不服之對象，爭議點即在於系爭行政指導是否該當於公權力之行使而具有「處分性」。簡單來說，日本所謂「處分」之概念大於我國所討論之行政處分概念，其對於「處分」與「行政行為」也未作詳細之區隔，此或許肇因於日本行政救濟制度與我國不同，但這並非本文所欲深入探討者，在此只是指出兩者之差異，在比較討論時不可不察，以下以簡圖表示之：

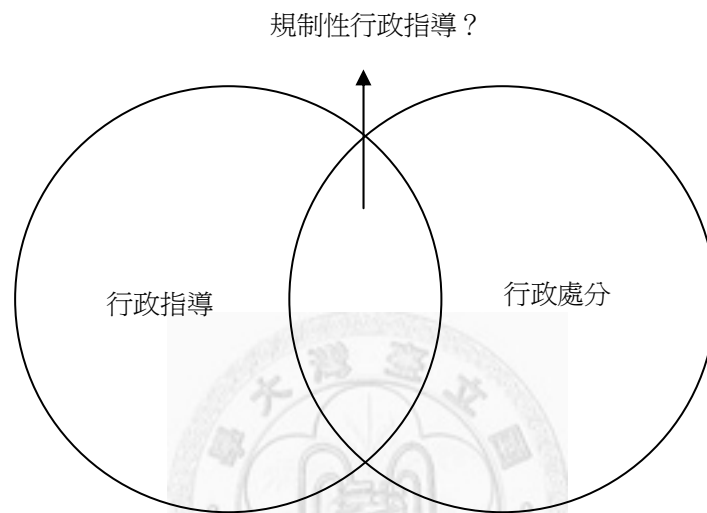


【「處分」與「行政行為」關係圖】

在我國，因為行政訴訟類型區分針對行政處分之撤銷之訴以及針對事實行為之一般給付之訴，在此邏輯脈絡下，即難以忍受行政處分與事實行為劃分不清之行政行為類型，但我國於繼受日本行政指導制度時未考量到我國行政處分之概念與日本法上所謂「處分」之概念不同，以致於行政指

⁴³ 新井隆一編（1992），《行政法》，東京：青林書院，頁 137（高橋靖執筆）。

導宛若空降之行政法怪獸，破壞了在我國原本行政處分與事實行為一邊一國的和平景象，此實乃繼受他國法制時未能作好相關配套措施之後果。行政指導在我國可能發展成居於行政處分與事實行為之間灰色地帶的模糊行政行為類型，以簡表表示如下：



【「行政指導」與「行政處分」關係圖】

雖說行政指導與行政處分均為我國立法所明定之行政手段之一，兩者看似涇渭分明，惟本文以為，在概念上與行政處分相對的係事實行為，行政指導之特徵首重於其任意性，而任意性之有無並非區分法律行為與事實行為之標準，故吾人不能謂行政指導完全沒有具備行政處分性質之空間，毋寧應針對不同之行政指導種類去探求其法律性質究竟為何。當初我國立法繼受日本法上行政指導之概念時，恐未意識到行政指導態樣之多變性，雖說多數行政指導性質上屬於事實行為，但從行政指導運用實務而觀，無法否認有具行政處分性質者之可能，故我國當初繼受行政指導概念時，未經深思熟慮即將之與行政處分並列，造成概念上無法相容之窘境，此恐為「立法論」上應檢討之問題。在尚未透過立法解決以前，本文以為不宜逕將行政指導全劃歸為屬於行政事實行為，以避免行政指導持續被行政機關

所濫用，既然行政指導為日本法制下特有的行政手段，當可借鏡彼邦行政法學界及實務上對於行政指導運用上之檢討，以供我國參考。





第三章 行政指導之合法性

依法行政原則，亦稱為行政合法化原則，指行政受法之拘束，其乃係現代民主法治國家之基本要求，行政程序法第 4 條定即明文規定：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。」基於權力分立原則，行政權不能兼有立法權，其任務在於執行立法機關所制定之法律，而行政行為若違反法律致其合法性受質疑時，應透過司法機關予以審查，俾合乎分權之初衷，由此顯現出行政受法律拘束之要求。而就依法行政原則之內涵而言，可分為兩大面向，其一為「法律保留原則」，要求行政須有法律之授權始能作成行政行為；其二為「法律優位原則」，即行政行為不得牴觸法律及上位之法規範。

依法行政原則為行政法最重要之基本原則之一，其統制所有的行政作用，不論系爭行政行為之性質為法律行為或事實行為，皆不得違反法律，行政指導作為行政作用之一，亦不例外。以下本文將分從「法律保留原則」以及「法律優位原則」兩個角度出發，探究行政指導與依法行政原則間之關係，索解行政指導應受到何種程度之法統制。

第一節 法律保留原則

壹 法律保留理論在我國的發展

一 傳統學說

法律保留原則又稱積極的依法行政原則，在法律保留的範疇內，行政行為應有法律依據始得為之。主張以法治取代人治的法治國思想以及主張議會支配的民主思想，正是構成法律保留原則的主要理論依據，這兩個思想迄今仍決定性地影響著人們對法律保留的看法⁴⁴。由於法律保留原則涉及立法與行政兩個國家權力間的權限分配秩序，故其適用範圍當然成為相關討論的重點，亦是劃分立法與行政之分際時所不可避免之議題，釐清法律保留範圍之同時亦具有分配國家權限的意義。就法律保留範圍的相關理論，學說的看法基本上可分為全面保留說、侵害保留說與折衷說。傳統學說各有其缺陷，並未能妥善界分出法律保留的範疇，以下將簡單敘述之。

全面保留說之缺點在於使行政機關無法配合社會或個案之需要作彈性的運用，不能發揮行政機敏的優點與特色，並且未能彰顯憲法體制下行政權所應擔負的憲政責任，最終可能造成立法者大量採用概括授權條款以圖彌補立法漏洞，結果只是徒然傷害立法機關的尊嚴。

侵害保留說將法律保留之適用範圍限於干預行政，強調法律作為人民對抗行政權從而獲得保障之機能⁴⁵。其缺點在於忽略給付行政涉及敏感的利益分配問題，對於人民而言，能否獲得給付甚至較是否遭受干預行政影響更大，而且在民主原則之下，具有直接民主正當性的國會身屬落實民主制度的中樞，不論是在干預行政或給付行政領域，國會法律某程度上應該作為國家權力運作的前提。

⁴⁴ 許宗力（1999），〈論法律保留原則〉，《法與國家權力》，臺北：元照，頁 121。

⁴⁵ 惟此際仍有「特別權力關係理論」之爭議，傳統看法認為在公法上勤務關係、公營造物利用關係以及公法上特別監督關係等領域，因強調人民對國家之從屬性，人民被吸收進入行政內部，無法主張受基本權規範之保護，不適用法律保留原則，亦無法循司法途徑尋求救濟。目前實務上已漸漸放棄特別權力關係理論，而改採「基礎及經營關係理論」（如大法官釋字第 243 號解釋）或「重要性理論」（如大法官釋字第 298 號解釋），學說上亦多呼籲就特別權力關係應檢討其內涵及時代意義，重新予以定位，並宜改稱「特別法律關係」，以符合法理。

折衷說採取較中庸的看法，無論是站在「限縮的全面保留」或「擴張的侵害保留」立場，其均係對全面保留說或侵害保留說的極端見解做修正，試圖尋找行政權與立法權之間權限劃分之平衡點⁴⁶。由德國聯邦憲法法院於七〇年代以來所發展之「重要性理論」亦屬折衷說之一種，依照該理論，法律保留之程度可分為三個層次：第一層次必須完全由國會法律規定之重要事項（即國會保留事項）；第二層次係法律得授權命令規定之次要事項（亦屬法律保留事項）；第三層次係不受法律保留原則拘束之非重要事項。各個層次之分界並非固定的，而是因變的，端視「規律之密度」（Regelungsdichte）而定⁴⁷。國會規範之密度藉由重要性理論之發展獲得基本準則，而法律保留原則亦藉此補強其理論基礎。惟在個案中，所謂「重要事項」究應如何判斷，重要性理論並未能舉出清晰可供具體操作的判準，面對「重要事項」此一抽象概念，不僅操作不易更極易引發爭端，更極端一點的看法認為重要性理論僅具理論雛型，充其量是為掩飾法官之自由決定，由聯邦憲法法院認為重要的，方屬重要事項。此外，論者亦批評重要性理論過度凸顯立法權的直接民主正當性與議事程序的特殊性，忽略了行政權基本上乃與立法權立於平等、相互獨立之地位的事實，同時對行政決定程序的特殊性也未能給予適當的尊重⁴⁸。

須注意的是，另外尚有所謂「機關功能說（功能結構取向的判斷模式）」，其主張應依照機關之組織、編制、功能與程序方式觀察，由具備最優良條件的機關來作國家決定。亦即欲判斷系爭事項是否屬於法律保留範

⁴⁶ 因隨著時代演進，給付行政之重要性日增，有關給付行政事項亦有以法律規範之必要，然法律保留之範圍現實上無法達「全面保留」之程度，故折衷說逐漸取得主流地位，其討論重心置於法律保留原則究應適用在何種事項上。

⁴⁷ 林錫堯（2005），〈法律保留原則之理論與實踐〉，《法學叢刊》，50卷4期，頁4-5。

⁴⁸ 許宗力（1999），〈論法律保留原則〉，《法與國家權力》，臺北：元照，頁179。

圍，應自分析法律與命令在功能與結構條件上之差異出發，藉此劃分國家事務權限之歸屬，而國會的功能最適正表現在其整合民意、實現民主的特殊意義上。不過此說本質上是對法律保留理論之重新探討，循其理論軌跡以證明應依事務重要性做為決定法律保留範圍一般性判斷標準的結論（根據形式與內容的合比例要求），故其是用以輔佐重要性理論，本身未就法律保留之範圍作過多的闡釋。

二 大法官釋字第 443 號解釋

法律保留之概念，從早期之大法官解釋中即可發現其蹤影，而在解釋文或解釋理由書中首次明確採用「法律保留」之用語者為釋字第 380 號解釋，其將法律保留概念與憲法第 23 條作緊密的結合。

而對於何種事項應適用法律保留原則之問題，大法官於釋字第 443 號解釋之解釋理由書中指出：「...何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。...」

大法官在此係將法律保留分為幾個層次：第一層，涉及剝奪生命或限制身體自由者，屬於絕對法律保留事項，應以法律直接規定；第二層，限制人民其他自由權利者屬於相對法律保留事項，原則上需有法律依據，但亦可在符合授權明確性之前提下，委由行政機關訂定命令補充之；第三層，僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項者，並非法律保留之範疇，無須有法律規定。另外就給付行政領域，倘若涉及公益重大事項即屬於法律保留事項，不過整體而言規範密度之要求較干預行政領域寬鬆。此種「層級化法律保留」的架構，針對不同事務領域形成漸層式的規範密度要求，大法官似乎是有意引入德國之「重要性理論」，凡屬較不重要的事務領域，對國會法律規制之要求密度就會降低。

重要性理論雖然過於抽象、模糊，分析與操作有其困難或缺陷，以致於實用性不高，但不可否認的是其確實指出了一個方向，使法律保留之要求有落實的可能。釋字第 443 號解釋肯認重要性理論於考慮立場上尚屬正確的主張，惟剩下具體化之工作仍有待實務與學說的發展。

三 我國現狀與他國之比較分析

近年來，為了能更清楚地認識立法與行政之關係，國內就法律保留的相關討論越趨精緻，也出現相當多對於特定領域如何適用法律保留原則的探討⁴⁹。相關論述目的都是為了更具體地界定立法權的權限範圍，確定在哪些事務領域行政權於未經立法者允許前，不得主動、積極地作為。法律

⁴⁹ 國內相關文獻可參照：詹鎮榮（2008），〈給付行政之法律保留密度再思考－以軍公教退休人員優惠存款為例〉，《月旦法學雜誌》，第 157 期，頁 18-23；李建良（2006），〈「裁罰性處分」、行政處分之廢止與法律保留原則－簡析司法院大法官釋字第六一二號解釋〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 85 期，頁 213-218；蔡宗珍（2006），〈營業自由之保障及其限制－最高行政法院 2005 年 11 月 22 日庭長法官聯席會議決議評釋〉，《國立臺灣大學法學論叢》，35 卷第 3 期，頁 277-321。

保留原則既已經繼受而成為我國法秩序之一部分，關於其適用範疇與規範密度問題在我國學界及實務界亦累積了相當的成果，惟法律保留原則理論既與立法及行政權限分際有重大牽連，則其討論無可避免地須立基於憲政架構底下立法權與行政權各自的定位與彼此之間的關係⁵⁰，因此吾人須特別留意法律保留理論在德國與我國之發展及運用有何異同。重要性理論所謂：「越重要的事務領域，越應該由立法者決定」的意義彰顯德國行政法秩序以行政合法性為發展基礎之特性，自從法治國理念萌生以來，德國法秩序傳統相當強調「透過國會法律來確保個人自由」，從而國會與國會法律的核心意義與領導地位便清楚地被突顯出來，同時也顯示出德國法治國之傳統與英美普通法所謂 Rule of Law 背景之差異，蓋在普通法背景下，確保法秩序與個人自由之關鍵，是落在法院（司法權），而非立法者之手中⁵¹。在內閣制的德國，行政本應向立法負責，不太容易產生「立法侵犯行政」之說法，整體來說，兩權之間的權力分立並不嚴格，其相互對抗之概念也較為薄弱，加上政黨政治的運作結果，行政立法實為一體，德國之權力分立主要是依靠政黨制衡，以及行政權本身的內部分工來彌補行政與立法間分權之不足⁵²。而我國之政府體制與德國有頗大差異，雖說在議會民主這個大框架之下，原則上應係由立法權掌控行政權之運作，但一般認為我國政府體制目前是朝向雙首長制發展，與德國議會民主的權力規範架構不同，行政權亦具有民主正當性，且權力分立原則也僅要求不同國家作用應歸屬於不同國家機關掌理，無法從其中推導出特定事項僅能由法律規定之，故德式之法律保留模式在我國能否直接套用不無疑義。

⁵⁰ 黃舒芃（2004），〈法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵〉，《中原財經法學》，第 13 期，頁 5。

⁵¹ 黃舒芃（2004），〈法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵〉，《中原財經法學》，第 13 期，頁 8-9。

⁵² 廖元豪（2002），〈論我國憲法上之「行政保留」：以行政、立法兩權關係為中心〉，《東吳法律學報》，第 12 卷第 1 期，頁 17-19。

事實上，根據學者之觀察，我國大法官解釋雖在外觀上、用語上採用了德國憲法條文與通說之理論，表面看來很容易得出德國法律保留理論已完全移植至我國之結論，然而在具體適用上，依然有不少修正之處⁵³：第一，行政命令成為審查之重點，即審查對象之位階降低，由法律降至命令，且宣告違憲之範圍亦限縮，當認定系爭措施不符合與法律保留緊密連結之授權明確性要求時，僅宣告特定命令條文違憲，未如德國般，因授權母法無效而使整部法規命令均連同失效；第二，我國大法官以一個統一的「規範密度」概念，將三個原則涵納到憲法第 23 條之下，並以法律保留作為上位概念統合之，規範密度之問題可能體現在法律授權條款是否足夠具體明確（授權明確性），也可能是法律整體本身是否具體明確（法律明確性）；第三，大法官容許行政機關在「非法律保留」事項有訂定具對外效力之命令的空間，蓋大法官未將德國般將「授權明確性」當作一個獨立而絕無例外之原則，近年來雖在大法官強化授權明確性之趨勢下，職權命令之空間已逐漸被限縮，僅能限制細節性技術性事項，而不得限制人民權利，但另一方面，大法官仍然維持職權命令之存在空間⁵⁴。

綜合而言，我國大法官在論及法律保留之相關理論之際，並非對德國之見解照單全收，而是依據我國之情況做適度「本土化」之調整，並有意藉由修正過後之法律保留相關理論走出自己的路線。

貳 法律保留原則對行政指導之統制

⁵³ 以下參照：廖元豪（2004），〈走自己的路—大法官「法律保留本土化」之路—〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 58 期，頁 26-34。

⁵⁴ 最明顯的例子如釋字第 514 號解釋。

一 傳統學說之移植

行政指導作為行政行為之一種，自然亦會面臨其是否屬於法律保留範疇之問題。關於法律保留原則在行政指導領域之運用，學說上大致移植傳統法律保留理論之見解，對於行政指導是否須有法律依據始得為之這個問題因採行學說之不同而將異其結論。常見之學說看法可區分為三說，以下分別敘述之：

肯定說主張行政機關原則上須有法律依據始得進行行政指導，蓋於憲法底下，所有公行政行為均須有法律依據，行政指導自然亦不例外。不過例外於非權力的事實作用領域則不須有法律依據⁵⁵。

否定說主張行政指導原則上不須法律依據，蓋依侵害保留說，對於權力行政活動造成人民不利益等侵害行政，才須有法律依據，而行政指導基於其非權力性，不屬於傳統公權力行為，故其不須有法律依據即得為之，且行政機關為因應現代社會複雜之行政需要以及行政機能之擴大，行政指導確有其存在之必要性，若一概要求法律依據始得為之，反倒削弱了行政指導所得發揮之作用⁵⁶。此說為傳統學界及實務通說。

折衷說主張規制性及調整性行政指導須有法律依據始得為之，而助成性指導則否，蓋規制性及調整性行政指導帶有干預行政之意味，即便其形式上係以相對人任意之協力為前提，但實質上其通常會抑制相對人之任意

⁵⁵ 高田敏（1974），〈行政指導と「法律による行政」の原理〉，《法学教室》，第2期5號，頁87。

⁵⁶ 成田賴明（1966），〈行政指導〉，收錄於雄川一郎，高柳信一編，《現代の行政》，東京：岩波書店，頁149-150。

性，不論相對人是否有意願而迫使其遵從，若此等行政指導不須法律依據，易淪為公權力行使上之脫法手段⁵⁷。

以上三種看法中，以否定說為傳統之通說。不過由於實務上，人民因違法行政指導而受侵害之案例實在太多，故認為行政指導完全不受法律保留拘束之傳統通說看法亦飽受學說批評。整理論者批評如下⁵⁸：

第一，一般以行政指導係屬非權力行為，其相對人具有意思決定之任意性為理由，而認為行政指導不須有法律保留原則之適用的看法係有很大疑問的。因為行政指導常以究極的國家權力為背景被進行，而且多數情形係更直接地，以國家及地方自治團體所有之命令權、許認可權等監督權限為背景支撐行政指導之進行，給予相對人被箝制感而拘束其意思決定，在此意義上，實無法認為相對人對於是否遵從行政指導全委諸任意之判斷。這樣行政指導之拘束力似難認為僅屬單純事實上之力，實際上，行政指導反倒係多以被權威擔保的「權力行為形式之代替物」形象出現，任意性之特徵在此受到很大之制約，因此，行政指導之拘束力與命令、禁止等行政處分之拘束力之間的差異，似乎僅係相對性而言的。傳統立於行政指導與行政處分的「權力性」的相對差異，將之區分為權力性者與非權力性者，再判斷行政指導不須有法律依據，如此結論不免受到質疑。

第二，即便肯認行政指導之法律性質屬於非權力的行為，且法律上亦可承認相對人之任意性，但是關於具有所謂「事實上之通用力」的行政指導仍存有問題，尤其係配置有制裁措施或助成措施之行政指導情形。譬

⁵⁷ 田中二郎（1975），〈行政指導と法の支配—日本の企業體質〉，收錄於竹內昭夫編，《現代商法学の課題：鈴木竹雄先生古稀記念》，東京：有斐閣，頁 1455。

⁵⁸ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 47-49。

如，行政機關對於不遵從行政指導之相對人，施以如停止原物料之分配及配給、削減外貨之分配、限制融資、保留建築許可、撤銷資格等以牙還牙的制裁措施，或者，對於遵從行政指導者進行補助金之交付或融資等給予一定之利益的助成措施。與這些制裁措施或助成措施結成一體的行政指導，其事實上之拘束力可謂相當強大。著眼於此，一概認為行政指導不需要法律依據之看法仍值檢討。

第三，關於立足於行政指導之存在理由及必要性的論述，其主張特別在特定之行政領域（如公害防止領域），因實際上法律規定之不足或欠缺，無法否定依據行政指導這樣法律外之手段、措施，可達成保障國民基本人權之行政責任，而且，像是有關兒童、孕婦及老人之福祉與醫療的指導，或係有關農業、林業及漁業之事業改善的指導等，因該等行政指導之性質，無法期待在組織法規範之權限規定之外，更詳細地以作用法規範具體之權限內容，亦即，在組織法規範之授權外，再要求須有作用法規範之授權，不但無意義亦無可能。然而，若僅以機敏應對變動之行政需要這樣的行政合目的性為理由，而一般性地排除法律保留之適用，如此豈非全盤否定原本法治行政原理之存在理由。尚且，即便考慮到應對緊急事態之必要性，亦已有為因應危急狀況之立法措施存在，譬如緊急命令、暫時命令等一時性規範之處置。再者，行政指導因態樣具有多樣性而難以規定之說法並不一定正確，蓋現行法上關於行政指導之要件、內容、程序等有詳細規定者絕非少數。

第四，即便將行政指導從內容上區分為助成性與規制性兩者，並認為規制性指導始須有法律依據的見解，其仍有判斷基準不明確之問題，蓋助成性指導與規制性指導有時難以區別，甚至同時帶有雙方性質者亦屬多見。

除上述三種傳統看法之外，尚有所謂目的功能保留說，其係以行政指導之功能目的判斷有無法律保留原則之適用。如其目的在抑制相對人之任意性，而使用脫法手段以行使公權力，其將造成法治行政原理之空洞化，因此必須有法律根據，反之，若行政指導是為填補法治行政之不完備，則不須法律亦得為之⁵⁹。例如行政機關於人民申請建築確認許可時所為之行政指導，因行政機關具有保留確認許可之事實上擔保手段，具有所謂事實上之規制力，而在客觀上無法期待相對人仍具有任意性之際，即必須有法律根據⁶⁰。

本文認為，傳統全面保留說以及侵害保留說之缺陷在此並未作出修正或突破，一律要求法律授權未免過度限制行政之彈性，而過度執著於傳統侵害態樣亦未能顧及行政指導對相對人之實際影響，均不可採。而目的功能保留說雖然考慮到行政指導之多樣性，並兼顧當事人之權利保障與行政效能之要求⁶¹，但應如何權衡並無具體標準，且亦有功能目的認定不易之問題。整體來說，法律保留原則理論在此處之討論僅係移植複製向來之見解並得出行政指導是否需要法律根據之結論，相關探討仍處於抽象、模糊之狀態，以致實用性不高，一樣留有具體化、細緻化之工作尚待學說以及實務來補完。

二 對於不同行政指導類型之法律保留要求

⁵⁹ 千葉勇夫（1990），〈行政指導〉，收錄於成田賴明編，《行政法の争点》，東京：有斐閣，頁 88。

⁶⁰ 塩野宏（2001），《行政法 I》，東京：有斐閣，頁 170。

⁶¹ 蔡馥宇（2003），《論行政指導之救濟》，國立臺北大學法律學系研究所碩士論文，頁 42。

立於機關功能說的論點來看的話，因為行政指導具有主動性、應急性、優越性等特色，正好可以呼應行政權在組織、編制、功能與程序方面之專業、彈性、機動、無所不在等優點，為了擔保國家機關決定盡可能正確，由行政權來決定何時、何地以及如何發動行政指導似乎較為適宜。惟本文前面已不斷指出，行政指導之內容紛雜，運作上呈現多元化之面貌，無法一概而論，若參照傳統學說討論之脈絡，一般係先依國家行為作用對人民所造成之影響區分為干預行政及給付行政，因為給付行政並非直接侵害人民，故基本上對給付行政之法律保留要求較低。而就行政指導而言，其類型主要可粗略分成規制性行政指導及助成性行政指導，分別對應到干預行政及給付行政，因此大致上可比照法律保留原則對干預行政及給付行政之要求。對於助成性行政指導，因其多是提供相對人資訊或知識，原則上並不屬於法律保留之範疇。另外對於規制性行政指導，參照法律保留原則對於干預行政之要求，應考量所涉及人民基本權之性質、侵害程度及干涉方式等要素作綜合判斷。因規制性行政指導在作用上之曖昧性質，尚難作一概之處理，有必要再細分不同之子類型，視行政機關在具體個案中所為之規制性行政指導所採之手段而有寬嚴不同之要求。

亦即，法律保留原則對於行政指導所要求規範密度之寬嚴，受到兩個因素之影響：第一，系爭行政指導對相對人而言屬於干預行政或給付行政，第二，系爭行政指導所採手段對相對人有無強制之規制力。原則上，對於屬於干預行政以及手段帶有權力性之行政指導，法律保留原則所要求之規範密度應較高，反之，對於屬於給付行政領域以及手段具柔軟性、任意性之行政指導，應可降低法律保留原則所要求之規範密度。

行政指導	權力性手段	非權力性手段
干預行政	規範密度最高	
給付行政		規範密度最低

【法律保留原則對行政指導之規範密度】

以此兩個要素作為判斷標準，對於不同之行政指導類型可以推導出不一樣的規範密度要求。首先就助成性行政指導而言，其屬於給付行政之一環，對人民不具規制力，又不論從受影響者範圍寬窄、影響時間之長短或影響財政之大小來看，其均非屬重大之給付行政，依我國大法官釋字第 443 號解釋之意旨，助成性行政指導可由行政機關自行為之，不以有法律根據為必要。不過若助成性行政指導超出建議、好意勸告等範疇，而有官商勾結、利益輸送等情事，因而造成不公平之結果時，自不能容許行政機關恣意為之。

而規制性行政指導作為干預行政之一環，對之規範密度的要求相對提高。依照前述對於規制性行政指導性質之檢討，可以區分為下述幾種情形：

第一，若系爭規制性行政指導有其他權限手段擔保其實效性，則因其為一行政處分，屬於具有規制力之權力性手段。一般雖認為規制性行政指導仍具有任意性之特徵，惟在此種有其他權限作為行政指導後盾之場合，縱使相對人當下可以拒絕遵從系爭指導之指示，但後續其馬上就會遭受行政機關其他權限之壓迫，故對於相對人而言，實際上已無可自由選擇之空間，行政指導之任意性在此名存實亡。為了避免行政機關假借行政指導名義壓制相對人之自由意志，而導致公權力手段之行使逸脫法治之掌控，本文認為其應以有法律授權為前提始得發動。

第二，系爭規制性行政指導若未以其他權限手段作為後盾，而法律規定直接賦予其一定之法律效果，此時其性質應為準法律行為。因為此處所產生之法律效果係由法律直接賦予，無涉行政機關主觀上之意思，故行政機關並非欲借之對相對人有所規制，且手段上亦不具權力性，本文認為為了行政便利性、機敏性等考量，應肯認行政機關不需法律根據即可為之。

第三，系爭規制性行政指導未以其他權限手段作為後盾，亦無法律規定賦予其一定之法律效果，此時其應為一事實行為。如前述，行政機關未對相對人有所規制，所採手段亦未直接侵犯相對人之權益，故本文認為其亦無需法律根據。



參 其他問題

一 概括授權之總則規定

行政指導並非全然不需有法律根據已如上述，不過在要求行政指導需有法律根據之學說見解之中，有不少認為關於該法律根據之規範密度可較為寬鬆，其理由為行政指導在性質上屬於指導、助言、勸告等，欲對其內容進行具體之羈束並非易事，為了不停廢行政之機能同時為了對應新社會型態之行政需求，難以進行事前之定式化工作，所以有必要針對法律授權此點加以緩和。有認為一般之概括授權根據即已足夠⁶²，亦有指出關於行政指導於程序面規定之羈束反倒是比較重要的⁶³。

⁶² 田中二郎（1976），〈行政指導と法の支配〉，《司法権の限界》，東京：弘文堂，頁 289。

⁶³ 高田敏（1974），〈行政指導と「法律による行政」の原理〉，《法学教室》，第 2 期 5 號，頁 89。

以日本實務為例，即有將舊地方自治法第 2 條第 3 項解為行政指導之根據規定，例如札幌高判平成 9 年 10 月 7 日（判例時報 1659 號）⁶⁴，其見解如下：「一般地方公共團體，以維持地方公共秩序、保持住民安全、健康及福祉並防止公害及處理關於其他環境整備保全之事項，作為其責務之一（舊地方自治法第 2 條第 3 項），同時，因為廢棄物處理法第一條揭示保全生活環境以及提升公共衛生之目的，參照這些規定之旨趣，相關地方公共團體在許可對於產業廢棄物處理設施之申請時，考慮到其設置將會對附近居民帶來不少生活環境或公共衛生上之受害，為了維持、提升該地域生活環境及公共衛生，對於申請者進行行政指導，就該設置計劃要求一定之讓步、協力，應可被容許。」另外如最判昭和 60 年 7 月 16 日⁶⁵，其指出：「參照（舊）地方自治法第 2 條第 3 項第 1 號、第 7 號以及建築基準法等規定之旨趣與目的，地方公共團體為圖維持、提升該區域之生活環境，對於建築者進行就系爭建築物之建築計畫要求一定之讓步、協力之行政指導，在可認為建築者能任意對應之情形下，主管機關於社會通念上被認為合理之期間內，對於建築負責人關於申請之建築計畫保留確認處分，以期待行政指導之結果，該等措置並不立即違法。」、「上述這般確認處分之保留，因為係基於以建築者任意之協力、服從為前提，仍屬事實上之處置之行政指導所為，在建築者對於使自己之申請被保留確認處分之行政指導，已明確表明不遵從之意的情形，若反於相關建築者明示之意思，強使其忍受係不被容許的，在建築者針對上述行政指導表明不協力、不服從之意思的情形，比較衡量該建築者所受到之不利益與上述行政指導之目的、公益上之必要性，若沒有建築者對行政指導之不協力會違反社會通念上正義之觀念這種特別的情事，則僅以已進行行政指導這樣的理由而保留確認

⁶⁴ 其他相同意旨者如：最判平成 3 年 3 月 8 日，民集 45 卷 3 號；京都地判平成 9 年 10 月 31 日，判例時報 1651 號。

⁶⁵ 民集 39 卷 5 號，頁 989。

處分，應該係違法的。因此，為回應行政指導，根據上述協議之進行狀況以及周圍之客觀狀況，申請人已真摯且明確地表明對於行政指導已經不能進行協力之意思，並對於該確認申請要求主管機關作出直接立即之應答，若沒有其他前述之特別情事存在時，則主管機關仍以上述之行政指導為由而保留確認處分即屬違法。」不過，日本實務上之看法並未統一，關於行政指導正當化之問題，相對人對於系爭行政指導表達了何種態度，相對人所受之不利益與公益上必要性間之比較衡量（亦即系爭行政指導之內容有無「社會通念上之合理性」）等要素均成為考慮之對象，法律依據有無之討論在行政指導正當與否之探討中所佔之比重並不大。學者即指出，舊地方自治法第2條第3項之援用係默示地表明了地方公共團體所追求之政策目的，係評價行政指導目的正當性之指標，不過其僅係作為評價行政指導之要素之一⁶⁶。

本文以為，依據法律保留原則對於行政活動要求法律根據之場合，對於私人而言其含有確保行政活動預見可能性之意義在內，而在此確保預見可能性之理由係對私人提示將進行如何要件、效果之行政活動，私人得依此明白自己之行動準則，同時在於確保實效的裁判上之保護⁶⁷，若肯認行政指導可用概括之授權作為法律依據，私人即無法期待授權依據之預見可能性，如此一來，等同放棄授權依據所具備之法治主義保護機能。因此，概括授權規定至少應通過授權明確性原則之檢驗，始得作為行政指導之法律依據。

⁶⁶ 中川丈久（2000），《行政手続と行政指導》，神戸大学研究双書刊行会，頁230。

⁶⁷ 藤田宙靖（2005），〈警察法二条の意義に関する若干の考察〉，《行政法の基礎理論（上）》，東京：有斐閣，頁382。

二 組織規範

在作用法上有行政機關可進行行政指導主旨之規定的情形，行政指導當有充分之法律上根據，然於作用法上沒有相關依據規定的情況，是否可以解釋為只要屬於行政機關組織法上所掌之事項者即可進行行政指導？眾所皆知，關於法律保留原則所要求之法律根據必須是授予行政機關行使特定行為之「權限規範」，而非分配行政主體事務之「組織規範」，故欲從組織規範中導出行政機關之行為權限並不被容許。除了組織規範另外要求別的根據規範之理由在於，行政侵害行為等作為法律保留對象之行政活動不應委由行政機關作裁量，毋寧由具有直接民主正當性之立法者進行預先之判斷，以控制人民可能遭受之損害。不過權限規範之作用並非限定列舉行政機關之活動可能性，而係正當化行政機關之特定行政活動，而就組織規範而言，其規定之範圍即係確定特定領域之行政活動基於別的法規範（權限規範）所得進行之界限外框，故雖然組織規範之機能在作為行政活動之框架，而權限規範之機能係就框架內一部行政活動加以正當化，不過脫離權限規範之行政活動只要仍在組織規範之範圍內亦可能被容認⁶⁸。從行政機關遂行自己被分配到之責任乃至於在此框架內進行活動這點來看，組織規範包含立法者對於行政權之委任的意義，因而組織規範之機能係開拓行政權可以進行活動之領域，同時賦予其非侵害措置之根據⁶⁹。

有鑒於此，日本實務上即有認為雖無法律明文之根據規定存在，仍能從組織規範中導出行政指導之行使權限，其見解如下⁷⁰：「行政機關於其任務或所掌事務之範圍內，為實現一定之行政目的，能進行對於特定者要求

⁶⁸ 松戶浩（2007），〈行政指導の法的根拠（三）〉，《広島法学》，30卷3號，頁49。

⁶⁹ 松戶浩（2007），〈行政指導の法的根拠（三）〉，《広島法学》，30卷3號，頁50。

⁷⁰ 參照：最判平成7年2月22日，刊集49卷2號1頁。其他相同意旨者如：最決平成12年3月22日，刊集54卷3號119頁；東京高判昭和55年9月26日，判例時報983號。

一定作為或不作為之指導、勸告、助言等，這樣的行政指導可謂係基於公務員職務權限之職務行為。」同時關於系爭行政指導合法性之檢討重心移至系爭行政指導是否在「設置法之範圍內」。而肯定行政指導以有組織法上之規範為已足，不一定要有作用法上之根據之立場的論者，其理由大致上為考量行政指導之任意性特質、為滿足現實上行政需求之必要性等。不過，大部分學說仍認為關於各省設置法等組織法並不能作為行政指導之根據⁷¹，蓋行政指導之任意性並無法作為不要求作用法上根據之理由，而且不管實際狀態究竟如何，以現實上之行政需求作為理由，就法理論之推斷而言尚屬薄弱。而日本實務上多數雖對以實現組織義務規定內容為目的之行政指導給予積極評價，不過大部分判例未言及系爭行政指導根據為何之問題，亦未明白指出行政指導是否不需要作用法上之根據。整體來說，日本實務上對於行政指導有無法律依據加以正當化之問題多是輕描淡寫地帶過或略而不談，而將重點置於其所持有之「事實上強制力」是否影響相對人任意性之判斷上⁷²。

由於組織規範與權限規範所側重者並不相同，組織規範僅係對於行政主體之任務進行分配，而權限規範則是在權力分立原則下，為因應立法權與行政權間之互動制衡而產生者，是故法律保留原則僅針對權限規範進行討論。若為了便利行政機關能機敏地進行行政指導，而認為組織規範可取代權限規範之功能，豈非為了達成目的而不擇手段？且如此無異破壞組織規範與權限規範概念上之區別，法律保留原則所嚴守之底線亦等同被放棄。再者，從日本各省設置法規定之所掌事務來看，其範圍極其抽象廣泛，

⁷¹ 相關文獻可參照：大橋洋一（2009），《行政法 I—現代行政過程論》，東京：有斐閣，頁 381；宇賀克也（2004），〈行政指導〉，《法學教室》，第 291 號，頁 37；塩野宏（2001），《行政法 I》，東京：有斐閣，頁 189；山内一夫（1984），《行政指導の理論と實際》，東京：ぎょうせい，頁 76。

⁷² 如：最判平成 5 年 2 月 18 日，判例時報 1506 號，頁 106。

可說是森羅萬象，難以想像行政指導內容會超出行政機關所掌事務之框架⁷³，就此而言，組織規範根本無法發揮控制之功能，對人民之權益保護相當不利。故本文認為重點應在於系爭行政指導是否屬於法律保留之範疇，若是，即應有作用法上之權限根據，組織根據並非行政指導法律保留問題之出口。

三 其他權力行政行為之根據規範

有學者認為可以肯認法律根據之轉用，就行政機關之權力之行為形式存在有法律根據之場合，應可認為系爭法律根據內含與該權力行為形式內容相同之行政指導的根據規範，亦即與某權力行為形式相同旨趣之行政指導，可援引該權力行為形式之法律根據作為本身之根據規範⁷⁴。

本文基本上贊同此種看法，因為行政指導本身所具備之柔軟性特色，較諸於行政機關一般之權力行為形式，其對於私人所造成之侵害程度相對來說較為輕微，既然權力的行為形式有法律根據，則容許行政機關選擇採用侵害程度較低之行政指導來達成特定行政目的，應無不妥之處。惟此處尚涉及行政裁量之問題，雖說為了使行政機關能順利達成特定之行政目的而肯認其有行政行為形式之選擇自由，但行政機關仍應考慮法律之目的及個案之具體狀況為合理適當之解決以實現個案正義，因此行政機關不得逾越該裁量之界限，否則即產生所謂裁量瑕疵而使得系爭行政指導陷入違法狀態。在此應分析法律條文文義及立法理由，判斷是否有裁量空間，若認為行政機關有使用行政指導取代行政處分等權力行為與否之裁量權，或可認為該法條可當作行政指導之法律依據。

⁷³ 松戶浩（2006），〈行政指導の法的根拠（一）〉，《広島法学》，29卷4號，頁14。

⁷⁴ 塩野宏（1989），《行政過程とその統制》，東京：有斐閣，頁193。

第二節 法律優位原則

法律優位原則（或稱法律優越原則），指任何行政行為均須合於法律規範之意旨，不得有違反法律之行為⁷⁵。公行政必須適用現行有效之法律，且應遵守法律之規定，負有不得偏離之義務。因為法律優位原則僅消極禁止公行政違反法律，故亦稱為「消極之依法行政原則」。成文法國家之直接法源包括憲法、法律、命令三種位階之規範，法律優位原則即行政法法源之位階排序問題，簡言之，憲法之效力優於法律，法律之效力優於命令。我國憲法第 171 條第 1 項規定謂：「法律與憲法牴觸者無效。」第 172 條規定：「命令與憲法或法律牴觸者無效。」中央法規標準法第 11 條規定：「法律不得牴觸憲法，命令不得牴觸憲法或法律，下級機關訂定之命令不得牴觸上級機關之命令。」均為法律優位原則的具體表現之一⁷⁶。

現代法治國家及依法行政原則之核心旨趣，雖在使行政受到法律之拘束，但法律並非全以拘束行政為目的，法律自身毋寧有其所欲達成之目標，例如實現社會正義。相對來說，行政作為國家作用之一，其功能在處理公共事務，形構社會生活，進而實現國家目標，因此，行政作用具有形成性、延續性與未來性等特質，必須主動行事，積極介入社會、經濟、文化等各項關係人民生活之場域，正因如此，行政絕非法律之奴隸，而為法律之主人，應積極主動地體現法律之構思與意欲。從而，行政作用之發動

⁷⁵ 李建良（2006），〈行政法：第九講依法行政原則—法律優位原則〉，《月旦法學教室》，第 48 期，頁 38。

⁷⁶ 李震山、林合民、洪家殷、陳春生、黃啓禎合著（2008），《行政法入門》，臺北：元照，頁 27。

實施除了遵守法律所設定之框架外，尚須斟酌行政目的，權衡公益與私益作有計劃之通盤考量⁷⁷。

法規按其性質及規定事項，可分為實體規範與程序規範兩種。總體來說，行政指導因強調其臨機應變之特性，法律明文規定行政指導之實體要件終屬罕見，為免破壞行政指導之柔軟特質，捨棄就其要件、內容為實體規範之方式，而趨向程序統制之方向，即為可能之選擇⁷⁸。由於行政程序法對於行政指導僅於第六章中設有三條規定（行政程序法第 165 條至第 167 條），不論實體規範或程序規範均難謂圓滿，故有必要藉由一般法律原則來強化對行政指導之法統制。本文以下即分別就行政程序法上之明文規範以及行政法上一般法律原則這兩個面向作分析，探究法律優位原則之規範力度於行政指導場合是否有所減損，又法律優位原則是否對行政指導所追求之行政效能構成妨礙。

壹 行政程序法上之規範

一 裁量濫用之禁止

所謂裁量係指「作成決定之自由」，在行政裁量中，行政經法律之授權，於法律之構成要件實現時，得決定是否使有關之法律效果發生，或選擇發生何種法律效果⁷⁹。由於法律係一種一般抽象之規定，必須使用最精簡之文字來盡可能包含各種不同狀況的個案，此乃追求一般正義所必然，

⁷⁷ 李建良（2006），〈行政法：第九講依法行政原則—法律優位原則〉，《月旦法學教室》，第 48 期，頁 43。

⁷⁸ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著（2001），《行政程序法實用》，第二版，臺北：學林，頁 326（蔡茂寅執筆）。

⁷⁹ 陳敏（2007），《行政法總論》，第 5 版，臺北：自刊，頁 177。

因此法律無法對於特定類型之生活事實詳細規範，再者，社會生活事實之演變常常非立法當時所能預見，立法者為了個案正義以及減輕立法負擔之考量，選擇賦予行政機關在法條構成要件實現時，享有某程度之裁度空間，以便在處理個案時，能夠依據不同情形，作出最符合個案的適當決定⁸⁰。

裁量權係法律賦予行政機關實踐具體個案正義的工具，就此點而言，行政裁量權並非完全自由，仍應遵循法律之授權目的。按行政程序法第 10 條規定：「行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的。」該等規定旨在要求行政機關必須作「合義務之裁量」，若行政機關未遵守裁量之法律拘束，即產生所謂的「裁量瑕疵」，其行為構成違法。裁量瑕疵可以分成以下三種情形⁸¹：第一，裁量逾越，即行政機關所選定之法律效果或處分相對人超越法律所授權之裁量範圍；第二，裁量怠惰，其指行政機關怠於行使法律所賦予之裁量權；第三，裁量濫用，即行政機關作成裁量決定牴觸法律授權之目的，或漏未審酌應審酌之觀點，或參雜與授權意旨不相關之因素或動機等。

行政指導亦有裁量之問題，雖然行政指導強調其機敏性之特徵，但行政機關運用此等手段時，仍須注意相關法規規定之意旨而進行合目的性之指導。行政程序法第 166 條第 1 項即規定：「行政機關為行政指導時，應注意有關法規規定之目的，不得濫用。」因此，行政機關關於公行政任務不得與人民妥協，將於其後積極作成違法之許可，或消極容忍不法狀況之存在；依法律之規定或依法律之精神，應作成正式行政行為時，不得以行

⁸⁰ 蕭文生（2007），〈裁量濫用〉，《月旦法學教室》，第 51 期，頁 23。

⁸¹ 參照：李建良（1996），〈亂丟紙屑的代價－行政裁量與司法審查〉，《月旦法學雜誌》，第 19 期，頁 64。

政指導替代之，以確保法律關係之明確及行政之公開公正⁸²。舉例而言，如公平交易委員會對於違法或有違法之虞之事業行為常採取所謂「行業導正」措施，以協助該事業或全體同業除去或防止侵害他人權益之違法行為，此等「行業導正」措施(包括規範上的行業導正及實際上的行業導正)大體上可算是行政指導之一種，因為它是出於導正事業違法行為之目的而以不具強制力之方法(如要求限期停止或改正系爭行為，但未直接課予實質之不利益)，要求事業為或不為特定行為⁸³。公平交易委員會進行行業導正時，必須力求合乎公平交易法之立法意旨，若事業行為違反公平交易法之情節重大，公平交易委員會即不得僅為行業導正而不為犯罪嫌疑之告發；又如公平交易委員會以行業導正方式呼籲業者改正其違法行為時，不得任意指定過長之期限，而變相使業者取得「法律假期」⁸⁴。

二 不利益處置之禁止

(一) 行政程序法第 166 條第 2 項

按行政程序法第 166 條第 2 項規定：「相對人明確拒絕指導時，行政機關應即停止，並不得據此對相對人為不利之處置。」在此所謂「不利之處置」包含法律上者以及事實上者雙方，除了關於行政機關作成許認可時之差別處理之外，拒絕提供資訊亦屬於「不利之處置」的典型例子。需注意的是，所謂「不利之處置」並非指單純對於相對人客觀的不利益措施，而係違反平等原則並剝奪相對人既得之利益者，其包含不提供利益的「不當性、違法性」之觀念，因此，解釋上必須要注意其與「不利益處分」等

⁸² 陳敏(2007)，《行政法總論》，第5版，臺北：自刊，頁633。

⁸³ 劉孔中(1996)，〈論公平交易委員會之行業導正〉，《公平交易季刊》，第4卷第4期，頁9-10。

⁸⁴ 劉孔中(1996)，〈論公平交易委員會之行業導正〉，《公平交易季刊》，第4卷第4期，頁12。

通常用例的相異之處⁸⁵，亦即，其必須係基於報復的乃至於制裁的意圖者，在解釋上應限定於具有間接強制相對人之機能者⁸⁶。

例如，行政機關公布相對人對於行政指導不服從之事實，若其係對社會公眾提供必要的情報時，即不屬於在此所謂的「不利之處置」，但是若其係基於制裁目的所為，則不被法所容許⁸⁷。亦即，在採取公布手段之場合中，行政機關係期待人民因獲知相關資訊而採取自我防衛措施之效果者，因其非以制裁為主要目的，故不該當「不利之處置」；相對於此，以報復對於行政指導的不合作為主要目的之公布手段，即該當行政程序法第166條第2項所禁止之「不利之處置」。然而，雖在非基於制裁目的之情形，亦不應輕易地採取公布之手段，蓋依照探求行政機關之意圖來決定是否該當於「不利之處置」並不適當，問題之關鍵在於，公布手段是否具有如行政罰般之強力制裁的效果，若能肯定其制裁效果，儘管行政機關係以提供社會大眾必要資訊為主要目的，仍然應認為該公布手段相當於本條所禁止的「不利之處置」⁸⁸。有學者即指出，若從制裁的目的來看待公布之行政手段，其確實違反不利益處置之禁止規定的精神，而即便著重其提供資訊的機能，事實上亦難以否定其具有制裁之作用，以相對人不遵從行政指導作為理由的公布手段實在不應輕易地被運用，縱使在能肯定公布手段必要性之場合，行政機關仍應該盡力避免以制裁為主要目的之運用⁸⁹。

而若行政機關為了行政目的達成之順遂，設置某種獎勵制度，針對服從行政指導而從事行政指導所要求之作為或不作為的相對人，給予一定助

⁸⁵ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規，頁315（高橋滋執筆）。

⁸⁶ 小早川光郎編（1996），《行政手続法逐条研究》，東京：有斐閣，頁269。

⁸⁷ 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁321-322。

⁸⁸ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規，頁317（高橋滋執筆）。

⁸⁹ 宇賀克也（2005），《行政手続法の解説》，東京：学陽書房，頁154。

成的獎勵措施，於此種情形，不遵從行政指導者無法受領該獎勵是否屬於對該相對人之「不利之處置」？對此學說看法不一，採肯定見解之學者指出，比較無法受領該獎勵者與能受領者雙方，因為無法受領者客觀上來說是處於相對不利之位置，故可認為其該當於「不利之處置」，而且若該獎勵制度確具有報復的乃至於制裁的機能，實無法否認其屬於違反本條旨趣之處置，因此，依照行政機關設置該獎勵制度之意圖與運用之實態，有該當於本條而應禁止之餘地⁹⁰。反之，採否定見解者則認為，行政機關以違反行政指導為理由而停止獎勵金之發放等行為並不該當於「不利之處置」，蓋參照獎勵金給付之目的，係為了行政目的達成之順遂，今相對人不欲合作可認為係不利於行政目的之達成，故不給予獎勵並不應認為有違平等原則之嫌⁹¹。本文認為，行政程序法第 166 條第 2 項規定之目的既在於強調相對人任意性之保障，若行政機關對於拒絕服從行政指導之相對人不予獎勵確係出於報復或者制裁之心態，則相對人為獲得獎勵多不得不選擇服從指導，如此行政指導之任意性實已淪喪，故應採肯定之見解認為此等措施亦在行政程序法第 166 條第 2 項所禁止之列，方能有效確保相對人之任意性。而採此看法時，判斷之重點將在於相對人拒絕服從指導與行政機關決定不予獎勵之間的因果關係。

另外，依個別法律本身之規定，對於違反法令者，不直接課予不利益措施而係以法定的行政指導為前置的情形，如行政機關因為相對人不遵守該行政指導而依法改採不利益措施，當然不算是違反行政指導任意性之規定。例如，於日本法上，相對人若不遵從行政機關依國土計畫利用法第 24 條第 1 項所為之勸告時，依同法第 26 條，行政機關得公布其不服從之事實以及勸告之內容；又依國民生活安定緊急措置法第 6 條第 3 項，相對人

⁹⁰ 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 322。

⁹¹ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規，頁 315（高橋滋執筆）。

不遵從行政機關依同條第 2 項所為之指示時，行政機關得公布其旨；而再依國民生活安定緊急措置法第 7 條第 2 項，相對人無正當理由而不遵從行政機關依同條第 1 項所作成之指示時，亦得公布其旨。因為這些勸告以及指示均屬於行政指導，故相對人不遵從之將被公布其旨一事，會有是否屬於不利之處置而抵觸行政指導任意性規定之立法意旨的問題，不過立法者對於相關場合之公布明確表示其並不該當於「不利之處置」的立場⁹²。易言之，對於相關場合之公布手段，依照法令之根據所為者，不會構成「不利之處置」；相對於此，無法律之根據而進行之公布行為，若具有社會制裁作用即該當於「不利之處置」。不過，即使是有法令明文根據所為之公布，按其機能，解釋上仍有該當本條所謂「不利之處置」之餘地，故其實際上係依特別法優先於普通法之法理而適法化者。其他如如日本噪音規制法第 12 條般，對於不遵從行政指導者應改作成不利益處分，這種在個別法中明文規定的情形，行政指導係作為不利益處分之前階段程序，相對人若不遵從行政指導時，行政機關當然得對之發動不利益處分，故後續之不利益處分亦係依特別法規定而被適法化，與行政指導任意性的規定之間並不發生抵觸的問題⁹³。

再者，於法律明文規定得直接處以相對人不利益處分之情形，行政機關因個案考量，決定暫不課予不利益處分，而係先採用行政指導這樣柔軟的行政手段要求相對人改善，若相對人不回應，再對之處以不利益處分，此時亦非在此所謂的「不利之處置」。亦即，在相關場合，因為行政機關得直接作成不利益處分，故本來就沒有以行政指導介入之必要，因此，行政機關課予相對人不利益處分，應該從相對人違反法令一事本身作觀察，不遵從行政指導並非根本的原因，而且在這種基於法律規定得直接課處相

⁹² 宇賀克也（2005），《行政手続法の解説》，東京：学陽書房，頁 154。

⁹³ 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 321-322。

對人不利益處分之情形，若行政機關不先透過行政指導促使相對人自發性地遵守，反而會給相對人帶來更多的不利益⁹⁴。簡單而言，因為此處改採不利益處分不被禁止是當然的，故於適用行政程序法第 166 條第 2 項時，應該限縮「據此對相對人為不利之處置」之解釋，可認為相對人不遵從行政指導並不是作成此處不利益處分之主要理由或唯一理由，而認定此處的不利益處分與相對人不遵從行政指導之間的因果關係無法成立，故不生違反行政指導任意性規定之問題。

（二）與申請有關之行政指導

有問題的係，在與申請有關之行政指導場合，行政機關對相對人進行行政指導而妨礙其申請，此時是否有違行政指導任意性之規範？關於此，日本行政手續法於第 33 條規定：「關於要求申請之撤回或內容之變更的行政指導，儘管申請者表明沒有遵從該行政指導之意思，從事行政指導者不得繼續該行政指導而妨礙該申請者之權利行使。」在此所謂「申請者之權利」，係指申請者的「程序上權利」，一般被稱為「申請權」，其係以針對該申請在相當期間內受到諾否之處分的權利內涵為核心⁹⁵。相對於日本，我國對於此問題並無明文作規範，不過本文認為，行政機關妨礙申請者權利行使之行為亦屬於一種不利益的措施，透過對行政程序法第 166 條第 2 項規定所謂「不利之處置」作擴張解釋的方式仍可規範上述問題，亦即，重點仍在於行政機關之行為是否已違反行政指導之任意性。而關於具體個案中可能會產生之問題，或許可以日本法上之討論為借鏡。

⁹⁴ 宇賀克也（2005），《行政手続法の解説》，東京：学陽書房，頁 155-156。

⁹⁵ 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 329。

比方說，最判昭和 60 年 7 月 16 日⁹⁶，其案例事實略為：申請人（原告）向行政機關提出品川區公寓之建築確認申請時，附近住民以其日照、通風等權利被侵害為理由發起反對運動，主管機關鑑於申請人與居民間紛爭迴避之必要性，以行政指導保留對於該建築確認申請之回應，申請人曾一度遵從該行政指導，不過之後改變其態度，向建築審查會提起要求確認系爭行政機關對於申請之不作為（保留）係違法，其後，主管機關以紛爭已終結為理由作成建築確認，此已經係申請人請求審查後過約一個月的時間。在如此的事實關係之下，法院指出：因主管機關係基於公益之目的而進行行政指導，在相對人得任意決定是否進行協力之期間內，主管機關保留對於建築確認申請之應答並不違法，然而，在申請人明確表達無法對於系爭行政指導進行協力之意的情況，應比較衡量申請人所受的不利益與作為行政指導目的之公益上的必要性，如個案中不存在對於行政指導的不協力會違反社會通念上正義之觀念般的特殊情事，則僅以進行行政指導為理由而保留確認處分即屬違法。法院並認為，雖然申請人在本案中曾進行對行政指導之協力，但其後申請人要求確認主管機關不作為之違法性的審查請求，可解為其不遵從行政指導之意已屬真摯且明確，故本文中經過一個月保留對於申請的應答確屬違法。

簡單而言，在上述案例中，日本實務指出，在相對人表明不協力意思之情形，因為依指導已無法達成當初所預定之「一定之行政目的」，其由於相對人「意思之表明」而變得清楚時，進行行政指導者即必須立刻中止，若行政機關仍以繼續行政指導為理由而保留對於申請之應答即屬於違法。法院同時舉出行政指導違法之要件：

⁹⁶ 民集 39 卷 5 號，頁 989。

第一，行政指導之相對人須明確表明不欲協力之意思表示，且一般認為相對人不協力之意思表示必須可被解為係「真摯且明確」，若相對人在個案中未明確表明不協力之意，則行政機關並非不能繼續保留對於申請之處分。雖然相對人進行行政爭訟這樣的行為一般可被評價為確定的且明確的表示，不過因為「表明不協力之意思」只係為了能客觀地確定申請者就該行政指導沒有遵從之意思所規定之要件，故只要申請者以某種形式足夠展現出其明確之意思即可，並不一定需要採取如行政爭訟等特定之手段⁹⁷。關於第一個要件，相關的實務見解如最高一小判昭和 56 年 7 月 16 日⁹⁸，其案例事實略為：申請人為違法建築物之所有權人，其欲申請自來水供水裝置之設置，然主管機關作成行政指導拒絕其申請並指出須待建築違法狀態解消後才允其續行申請，故申請人提起訴訟請求主管機關給付其因工事遲延所受損害之損害賠償。法院對此認為，申請人於主管機關拒絕受理申請後並未採取任何之行動，故申請人以工事遲延為理由之損害賠償請求應為無理由，換言之，法院認為相對人在此並未明確表達不遵從行政指導之意思表示⁹⁹。

第二，本案例中不存在對於行政指導的不協力違反社會通念上正義之觀念般的特殊情事¹⁰⁰，亦即，依日本實務之見解，即便在相對人已明確表明不欲協力之意思表示的情形，只要相對人之不協力違反社會通念上正義之觀念，有此特殊情事時，雖然繼續行政指導會對相對人產生不利益，但在合理之範圍內，行政機關亦無國家賠償之責任。關於第二個要件之其他實務見解，如最高二小判昭和 57 年 4 月 23 日¹⁰¹，其案例事實略為：申請人

⁹⁷ 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 328。

⁹⁸ 民集 35 卷 5 號，頁 930。

⁹⁹ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規，頁 320（高橋滋執筆）。

¹⁰⁰ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規，頁 318-319（高橋滋執筆）。

¹⁰¹ 民集 36 卷 4 號，頁 727。

為建築業者，於申請人正在進行公寓建築之際，申請人因需要以工事車輛搬運建材進出工地，便向主管機關申請特殊車輛道路通行之認定，然主管機關以周邊居民與申請人間有產生衝突之危險為理由，保留關於建材搬入用車輛的車輛限制令上之認定，申請人不服遂提起行政爭訟。在此案例中，法院在結論上認為，儘管原告已進行異議申請，但在周邊居民與申請人間衝突之危險消滅之前，主管機關保留特殊車輛道路通行之認定的判斷係適法的。本判決雖然較前揭最判昭和 60 年 7 月 16 日更早被作成，不過一般認為，在判斷何謂最判昭和 60 年 7 月 16 日所稱「有對行政指導之不協力違反社會通念上正義的觀念般特殊的情事」時，本判決可作為參考¹⁰²。

總而言之，日本實務判例認為，行政指導既然係以相對人之任意協力為前提，在相對人已明確表明不協力之意思，且不存在相對人之不協力違反社會通念上正義之觀念般特殊之情事時，即不應容許繼續行政指導致相對人受有不利益。而日本行政手續法於第 33 條規定即係在此實務看法下所制定，不過該條文關於相對人不協力之表示未要求須達「明確的」程度，亦未明文規定特殊情事之例外情形，此與上述日本實務判例之見解有所不同。有關於此，日本學說多數認為，從行政手續法於第 33 條之制定過程作觀察，在日本實務判例所謂有特殊情事之例外情形，解釋上可認為保護其他法益之要求優先於相對人申請之迅速處理，法條中未加入這些要件只是立法技術的問題，適用該條規定時，在解釋上仍應作相同判斷¹⁰³。

關於日本行政手續法第 33 條之具體適用，只要相對人之申請已到達行政機關，即可適用本條規定，至於在申請提出以前的事前指導，例如預

¹⁰² 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手續法》，東京：第一法規，頁 321（高橋滋執筆）。

¹⁰³ 宇賀克也（2005），《行政手續法の解説》，東京：学陽書房，頁 159-160；小早川光郎編（1996），《行政手續法逐条研究》，東京：有斐閣，頁 270-271；南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手續法》，東京：第一法規，頁 321-322（高橋滋執筆）。

先指示相對人申請之內容，原則上應適用行政手續法第 32 條¹⁰⁴。而就「表明沒有遵從該行政指導之意思」之方法而言，因為法無明文規範，以何種形式才算表明其意思可能會有爭議，若參照日本實務判例之旨趣，至少該意思表示必須是明示的，默示之意思表示並無法該當「表明沒有遵從該行政指導之意思」。又在行政機關詢問相對人意思之階段以前，行政機關有可能無視於行政指導之任意性而採取對系爭申請之對應，在此情況，學者認為應將其當成違反行政手續法第 32 條第 1 項之問題進行處理¹⁰⁵。

必須要注意者，因為行政指導係對相對人要求一定作為或不作為，力求相對人之理解並自願地配合進行者，因此，相對人一旦表示拒絕合作之態度，行政機關在該階段若放棄行政指導之繼續，即難以達成公益之目的。基於公益目的維護之考量，學者認為行政手續法第 33 條所禁止的，係在相對人明確表示拒絕之情形仍以繼續行政指導為理由致妨礙相對人權利之行使，至於行政指導的繼續本身，解釋上到行政機關作出處分為止仍被容許。繼續行政指導之內容最常見的如「到相對人實施行政指導所要求之內容為止，行政機關將保留關於申請之審查」，此時會成為問題者不是行政指導之繼續本身，而係根據行政指導所課予申請人之具體不利益(即保留對於申請之處分等)¹⁰⁶。

(三) 與許認可等權限相關之行政指導

¹⁰⁴ 日本行政手續法第 32 條第 1 項規定：「進行行政指導時，從事行政指導者，不可逸脫該行政機關之任務或所掌事務之範圍並且必須注意行政指導之內容仍須透過相對人之任意協力始得被實現。」同法第 2 項復規定：「從事行政指導者，不得以相對人不遵從行政指導為理由作成不利之處置。」

¹⁰⁵ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手續法》，東京：第一法規，頁 323（高橋滋執筆）。

¹⁰⁶ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手續法》，東京：第一法規，頁 324（高橋滋執筆）。

在行政機關有作成許認可等權限，而其進行行政指導時表示其得作成該權限致相對人被迫接受該指導之情形，是否有違行政指導之任意性？對此，日本行政手續法第 34 條規定：「有作成許認可等之權限或者有作成基於許認可等的處分之權限的行政機關，關於在不能行使該權限之情形或者在沒有行使意思之情形所為之行政指導，從事行政指導者，不得故意表示其能行使該權限之意思致相對人不得已而遵從該行政指導。」我國對於此問題一樣無明文規範，而此處跟前述與申請相關之行政指導情形亦不相同，蓋行政機關在此並未對相對人作出具體之不利益處置，故上述透過對行政程序法第 166 條第 2 項規定所謂「不利之處置」作擴張解釋之方式，在此無法適用。本文認為，問題重點還是在於行政指導任意性之維護，藉由行政程序法第 165 條關於行政指導定義性之規定可知，行政指導若已喪失其任意性，原則上應屬違法，故與許認可等權限相關之行政指導問題，在我國法上亦不會落至無法可管之窘境，不過在具體個案中，行政指導之任意性是否已淪喪，相關學理之討論仍有必要借鏡日本法。

首先，日本行政手續法第 34 條規定所謂「有作成許認可等之權限」指作成基於申請的許可、認可或其他給予申請者某種利益之處分的權限，而所謂「有作成基於許認可等的處分之權限」指依許認可等而形成之法的地位為基礎，對於受到許認可等者所作之處分的權限。本條雖然把「作成許認可等之權限」與「作成基於許認可等的處分之權限」分開來寫，不過不管是給予相對人基本之法的地位的許認可，或是基於許認可而於其上再作成之附隨的許認可，相關「權限」其實都係意味著進行拒絕處分之權限。

「作成許認可等之權限」所涉及的有進行容認申請之處分的情形與進行拒絕申請之處分的情形，而在本條成為問題的主要是後者，亦即，對於須受到許認可才能進行事業活動之私人，有監督權限之行政機關利用「優越之

地位」所進行的行政指導，因此，此處之規範對象，是以在成立監督關係後進行之不利益處分為背景的行政指導，以及以附隨的許認可權限為背景的行政指導¹⁰⁷。「作成基於許認可等的處分之權限」所指涉的，通常係積極地進行不利益處分之權限，包括實施行政調查的權限、進行許認可等之效力的停止或取消的權限、對於必須有許認可等之行為未得到該許認可而進行者，包含要求行為之停止等權限，具體來說，除了對事業以及設施之改善命令、事業或營業之停止命令、許認可效力之停止、許認可之撤銷等「不利益處分」之外，工事計畫之認可等也是該當於「許認可等」的典型例子。關於以作成拒絕處分之權限為背景的行政指導，依其內容大致上而言有以下幾種情況：第一，行政機關作成要求申請之撤回或內容之變更的行政指導，此與行政手續法第 33 條所規範者相同；第二，申請人進行申請後，行政機關不直接要求「申請內容之變更」，而係進行實質上要求申請人「自發的」負有該當於附款般負擔的行政指導；第三，行政機關可能作成要求申請人不要進行申請的行政指導。關於在上述情形所進行的行政指導之問題點，係利用行政機關可能作成拒絕處分的人民心理以確保行政指導之實效性，因此，本條所預設要處理的，主要是在行政機關對於是否作成許認可等具有裁量權之場合¹⁰⁸。

另外，所謂「不能行使該權限之情形」，指在具體案例中行使該當權限會構成違法之情形，而關於作成拒絕處分或不利益處分等是否違法，基本上係依該當許認可等或該不利益處分之根據法令而定。又從規定進行行政指導者之職務上義務的本條構造來看，本條規範所涉及者，解釋上應限於行政機關有認識到其「無法行使」該權限之情形。而所謂「沒有行使意

¹⁰⁷ 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 333-334。

¹⁰⁸ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規，頁 326-327（高橋滋執筆）；塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 334-336。

思之情形」，其指在具體案例中，行政機關沒有作成不利益處分之意圖¹⁰⁹，在具體案例中行政機關具備作成該不利益處分之要件，且關於是否作成不利益處分行政機關有裁量權時，此時若解釋上可認為該裁量權行使之結果只能限於放棄作成該不利益處分之判斷，即該當於「沒有行使意思之情形」。因為本條文之文義強調須注目於行政機關之主觀「意思」，為了排除條文適用上之隱晦，關於行政機關「意思」之有無應以法令、審查基準、處分基準以及行政機關之行動方針等為據，進行客觀的判斷。就典型的情形而言，即使該權限行使之要件均已滿足，但基於行政機關之方針，在過去在相同或類似的案例中都確認不會行使該權限之情形，即可認為本案亦該當於「沒有行使意思之情形」¹¹⁰。雖有認為「沒有行使意思」包括行政機關「盡可能不想行使」之情形，但是學者指出，依個案之變化，如果在行政機關可選擇是否放棄作成該不利益處分時，解釋上即非屬本條所規範者，例如，在具備改善命令或許認可之停止、撤銷的要件之情形，行政機關不直接行使該等權限，而採取促使相對人依其勸告之內容自主地矯正之行政指導行為，這樣的運用在實務上，其本身關於是否行使該權限、應在如何的時期進行，均屬在行政機關裁量之範圍內可被容許者¹¹¹。

至於行政手續法第 34 條所謂「故意表示其能行使該權限之意思」，其係指行政機關儘管認識到不能作成拒絕處分或不利益處分，或儘管已作出放棄不利益處分之判斷，卻仍向相對人表示其可能性。基於行政指導之一般性原則，因為行政指導之內容必須是「依照相對人任意之協力而實現」，故給予相對人虛假錯誤之情報而損及其判斷自由的行為是不被允許的。而

¹⁰⁹ 此處的不利益處分不包括拒絕許認可之情形，拒絕處分在此不納入討論，因為儘管具備作成拒絕處分之要件，仍無法客觀估計行政機關有無作成拒絕處分之意圖，故解釋上在此部分只考察不利益處分即足夠。參照：塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 336。

¹¹⁰ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規，頁 327-328（高橋滋執筆）。

¹¹¹ 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 336-337。

「故意表示」之態樣，除了「即使申請也不會許可」這般直接之表明者外，在解釋上也包括「請不要期待會很快地被准許」這樣的表示，不過在行政機關係透過勸告等方式促使相對人自主地改正之情形，若其表示「依事態之演變將會作成不利益處分」之意，此時只要係以法令之要件以及處分基準為據，即不會該當「故意表示其能行使該權限之意思」。¹¹²。具體而言，對於已經受到許認可者，行政機關表示有可能會拒絕其事業擴張等之申請，或者拒絕其更新之申請等，或者行政機關表現出有行使作成監督處分（不利益處分）權限的可能性的行為等，即該當「故意表示其能行使該權限之意思」而應適用行政手續法第 34 條，更甚者，對於將來才會受到許認可者，暗示拒絕之可能性的行為，以及提高拒絕處分可能性的要求申請之撤回與內容之變更的行為，也都受到本條之規範¹¹³。

三 明確化要求

明確性原則係出於法治國家原則，屬憲法上原則。法治國家原則包括法安定性原則、權力分立原則、依法行政原則、保障基本權等內涵，均可導出明確性要求，其中尤以法安定性原則為最¹¹⁴。所謂明確性，其字面上之意義指明白與確定之意，乃根基於人類對安全之需求，以便人類能夠知悉其現有地位，明白該做什麼以及不該做什麼，並據以安排、遂行其社會生活，並於發生爭議時，透過法院審查該等公權力行為之合法性。因此明確性原則之目的在於防止國家公權力之濫用，並使人民對自己之行為知所調適，其所要求之對象包括立法行為以及行政行為¹¹⁵。在行政法學領域

¹¹² 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手續法》，東京：弘文堂，頁 337。

¹¹³ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手續法》，東京：第一法規，頁 327（高橋滋執筆）。

¹¹⁴ 林錫堯（2006），《行政法要義》，第 3 版，臺北：元照，頁 52。

¹¹⁵ 謝榮堂（2004），〈行政行為明確性原則與信賴保護之實例探討〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 64 期，頁 150。

中，明確性原則主要表現於法規範（法律明確性）、授權行為（授權明確性）與行政行為（行政行為明確性）等方面，尤其公權力行政行為常涉及人民之權益，其方式之明確使人民得瞭解自身受到何種行政行為之規範，而其內容之明確使得人民能瞭解系爭行政行為帶來何種權利或義務，當事人透過明確之方式及內容得以知悉公權力措施之內涵，進而決定是否遵從或者循救濟途徑表示不服¹¹⁶。

關於是否符合明確性原則之判斷，可分從法律明確性、授權明確性與具體行政行為明確性進行觀察。對於法規範，一般認為法律規定所使用之概念，其意義依法條文義及立法目的，如非受規範者難以理解，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違¹¹⁷，亦即須具備可理解性、可預見性與可審查性，惟學者指出，法律明確性應理解為：要求法律應如此明確，使受規範者得以具體認識其受法規範規制的狀態及其法律地位，俾其得以據此安排其行為，至於「可由司法審查加以確認」的標準事實上只是由另一個角度（有效權利救濟的確保）來說明前述界定的同一要求，並未提出新的或不同的內容¹¹⁸。

對於授權行為，明確性原則要求須於法律中明示授權的目的（該授權法律所要實現的目的）、內容（針對特定事項）與範圍（決定規範內容時所應遵守之界限）¹¹⁹，即所謂「授權明確三要素」。關於授權明確性所要求之程度，許宗力大法官於司法院大法官釋字第 604 號解釋所提出之協同意見書中指出：「...授權是否明確，其審查仍非不能有寬嚴之分。釋字第

¹¹⁶ 姜悌文（1998），《行政法學上之明確性原則》，國立中興大學法律研究所碩士論文，頁 11。

¹¹⁷ 如司法院大法官釋字第 432 號解釋。

¹¹⁸ 陳愛娥（2002），〈如何明確適用「法律明確性原則」？—評司法院大法官釋字第五四五號解釋〉，《月旦法學雜誌》，第 88 期，頁 253。

¹¹⁹ 如司法院大法官釋字第 394 號解釋。

522 號解釋就已明白指出，授權之明確程度，『應與所授權訂定之法規命令對人民權利之影響相稱』，易言之，法規命令對人民權利影響越嚴重者，對授權明確之要求與審查就必須越嚴格，對人民權利影響越輕微者，對授權明確之要求與審查即無妨越趨寬鬆。...」

行政程序法第 5 條規定：「行政行為之內容應明確。」故各種行政行為，包括法規命令、行政規則、行政計畫、行政指導、行政處分及其附款與行政契約之內容應明確，使人民能知悉或至少達到人民足以預見該行政行為之效果¹²⁰。而明確性原則對具體行政行為之要求，即行政機關依據法律行使公權力時，該等措施之內容應具體明確，不應籠統含糊致使當事人感到困擾，且依法治國原則與依法行政原則，具體行政行為應具預見可能性（Vorhersehbarkeit）、可預測性（Meßbarkeit）、衡量可能性（Wägbarkeit）以及審查可能性（Kontrollierbarkeit）¹²¹。惟如上述，所謂審查可能性並非有意義的判斷標準，可理解性、可預見性毋寧才是最主要的要求，簡言之，使相對人得以清楚認識到其權利義務的內容與範圍，以確保相對人對其法律地位之可預見性，正是明確性原則在具體行政行為場合運用之根本意義所在。基本上，對於具體行政行為明確性要求之程度應較抽象立法行為嚴格，蓋立法者衡量運用法律規範技術時確有其困難之處，例如規範對象涉及新的事務領域或者變遷快速之領域，法律規範即無從鉅細靡遺悉加規定¹²²，然具體行政行為是行政機關在個案中針對特定生活關係適用法律規範，其本身就是一般抽象法規之具體化，不須通案式地考量事實上複雜多

¹²⁰ 李震山（2000），〈行政法意義下之法律明確性原則〉，《月旦法學雜誌》，第 57 期，頁 14。

¹²¹ Franz Mayer/Ferdinand Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht. 1985.S.294-308.轉引自：謝榮堂（2004），〈行政行為明確性原則與信賴保護之實例探討〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 64 期，頁 151。

¹²² 如司法院大法官釋字第 432 號解釋認為（節錄）：「法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。」

樣之可能性，因此自不能漫無邊際地作出抽象概括的要求。又從保障人民權益之角度而言，明確性原則審查之寬嚴應與法律保留理論之變遷同調，若個案中之具體行政行為嚴重侵害人民權益，或者牽涉重大之給付行政行為，均應課予更嚴格之要求。

行政指導因其隱晦不明之作用常使行政責任不明確而阻礙行政之透明性，且易淪為行政機關迴避法令適用之工具，使得人民蒙受不法侵害之機會日增，因此明確性原則之要求在此特別具有意義。我國參考日本行政手續法第 35 條第 1 項，於行政程序法第 167 條第 1 項規定：「行政機關對相對人為行政指導時，應明示行政指導之目的、內容、及負責指導者等事項。」其目的在於確保行政營運之公正性以及提升行政透明度，以回應對行政指導不透明性之批判，並間接抑制違法不當之行政指導¹²³。不過，相較於行政程序法第 96 條第 1 項第 2 款規定要求書面行政處分原則上須附註理由，同法第 167 條第 1 項並未要求行政指導須明示理由。觀察日本行政手續法第 35 條第 1 項規定制定過程之討論，不要求行政機關明示行政指導之理由主要是為避免造成行政機關過重之負擔，且相對人從「旨趣及內容¹²⁴」中應可得知行政指導實質的理由何在¹²⁵。本文認為行政指導一般情形下畢竟不如侵益處分般會對相對人產生法律上之不利益，故可肯認行政指導無須附加理由，但此係基於行政便宜之考量，行政程序法第 167 條第 1 項規定並不具有積極免除理由要求的意義，反倒為了使相對人能充分瞭解關於系爭行政指導之必要性，應依實施行政指導機關之判斷適宜地加註理由。另外，關於有個別法律依據之行政指導，明示法律依據之條款亦

¹²³ 宇賀克也(2005)《行政手續法の解説》，東京：学陽書房，頁 161；塩野宏、高木光合著(2000)，《条解行政手續法》，東京：弘文堂，頁 339。

¹²⁴ 日本行政手續法第 35 條第 1 項規定：「進行行政指導者，對其相對人，必須明確表示該當行政指導之旨趣、內容及責任者。」

¹²⁵ 小早川光郎編(1996)，《行政手續法逐条研究》，東京：有斐閣，頁 277（芝池義一、濱秀和執筆）。

能確保其明確性，可能的話，行政機關應盡量表示何種事實滿足了該依據條款之必要條件¹²⁶。

就明示行政指導之目的而言，主要是使行政機關公開其所欲達成之任務目標。惟我國行政程序法第 167 條第 1 項規定之用語與日本略為不同，日本行政手続法第 35 條第 1 項規定要求行政機關須明示行政指導之旨趣，所謂「旨趣」指的是個案中具體的行政目的以及行政機關為達成該目的所要求之作為或不作為之間的關聯性。「旨趣」一詞較能傳達明確性原則在此之機能，藉由行政指導旨趣之公開，相對人得藉此檢視系爭行政指導與該公行政任務間有無合理關聯，是否有不當連結情事，並據以決定是否要遵從行政機關之指示，以避免行政機關之壓榨。雖然是相同內容之行政指導，亦會因不同行政目的而影響合理關聯性之判斷，因此由行政機關明示行政指導之目的以及該目的與行政指導內容之間的關聯性，確有其必要性¹²⁷。

所謂行政指導之內容係指行政機關在該個案中對相對人所要求之具體作為或者不作為，是行政指導之主要事項，同時，相對人應該在什麼時點進行作為或不作為亦須明確，例如期限等亦屬行政指導內容之一部。因行政指導強調相對人協力之任意性，透過行政指導內容之明示可使相對人預見遵從指導與否之利弊，經衡量後建立自身之合理行為準則，屬當然之要求。而所謂作為或不作為，於要求相對人改善之情形，只要表示要求其改善之事實即足夠，不必到表示改善具體方法之程度¹²⁸。

¹²⁶ 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 341。

¹²⁷ 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 340。

¹²⁸ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規，頁 331（山田二郎執筆）。

明示行政指導之負責指導者，是為避免行政責任不明確之缺點，並確實區分行政指導之傳達者與負責指導者，以杜絕機關內部或各機關間之爭執。因為行政指導多屬事實行為，對相對人而言，是現實直接地影響其言行，若相對人無法知悉行政指導是由行政機關的哪個層級所進行，會難以預測不遵從時可能產生之事態，進而影響相對人是否提供任意協力之合理判斷¹²⁹。行政指導之負責指導者指的是居於機關首位進行意思統一工作者，一般而言，依照各部門所設之指導方針進行指導之情形，該部門之局長或部長即擔當行政指導之負責指導者。

不過總體而言，對於行政指導是否符合明確性原則並無法建立一致性的標準，應取決於行政指導之種類以及特性¹³⁰。原則上，行政指導因其任意性特質，明確性之要求程度不應過於苛刻，以助成性行政指導為例，因其多屬建議性質，係提供相對人各種可能之選項，應容許行政機關作出內容以及範圍具某程度不確定性或概括性之指示參照式的指導。然如第二章所述，行政指導仍可能在任意性外觀的包裝下侵害相對人之權益，特別是規制性行政指導，若其具備法效性而性質上已屬行政處分，則除了應明示目的、內容、及負責指導者之外，更重要的是應使相對人得知該指導會產生何種拘束力，甚至依據該指導，行政機關得採取之後續措施為何。

四 書面交付請求權

¹²⁹ 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 341。

¹³⁰ 其他具體行政行為之情形亦同。就行政處分而言，明確性原則審查之寬嚴主要取決於行政處分之特性和相關之規定，以干涉人民權益程度最深之警察處分為例，其應受到最嚴格之要求，如須使相對人、利害關係人能完全明白該行政處分之目的及內容，且警察機關以該行政處分為據得採取何種執行措施或決定，均須讓關係人得以預見。

按行政程序法第 167 條第 2 項規定：「前項明示，得以書面、言詞或其他方式為之。如相對人請求交付文書時，除行政上有特別困難外，應以書面為之。」行政指導並未採行書面主義，不過因為行政指導仍必須透過意思傳達，為了要使行政指導之內容能明確地被相對人知悉，以書面形式進行當然是最好的方式，法條未強制以書面主義為原則，只是因為行政指導內容之複雜性和行政之效率化的考量，並非刻意排除書面主義，所以行政機關用口頭進行行政指導之情形，為了善盡行政指導明確化要求之立法旨趣，如相對人請求書面之交付時，只要無「行政上之特別困難」，行政機關即負有交付明確記載行政指導內容之書面的義務¹³¹。此項書面交付義務是從事行政指導之行政機關的職務義務，同時亦是賦予行政指導之相對人有書面交付之請求權，其係擔保同條 1 項規定行政指導之明確化原則的制度，相對人依法有書面交付請求權，若行政機關不為書面之交付時，其不作為將會受到違法之評價¹³²。另外，關於書面之形式並未規定固定之樣式，也不需要行政機關公印¹³³，而交付書面所記載之事項則應包括以口頭進行時的行政指導意旨、內容及責任者等依明確化原則所應記載之事項。

行政程序法第 167 條第 2 項所謂「行政上有特別困難」，解釋上應限於欲以書面表明以口頭進行之行政指導之內容時，將產生行政營運上顯著之障礙的情形。參考日本行革審手續法要綱案的解說，其舉出兩個該當「行政上有特別困難」之例子：第一，在對外進行交涉之場合等，行政機關若向相對人交付書面將會產生外交上困難之情形；第二，為了私人間權利調整之目的，有透過相對人之利益交換而決定指導內容之必要時，關於在該

¹³¹ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規，頁 331（山田二郎執筆）。

¹³² 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規，頁 332（山田二郎執筆）。

¹³³ 宇賀克也（2005），《行政手続法の解説》，東京：学陽書房，頁 162。

調整過程所為個別之指導，可不要求必須逐一交付書面。相反的，不該當「行政上有特別困難」之例子則有：第一，只是有大量處理件數之情形；第二，只是有迅速進行必要之情形。總而言之，是否「行政上有特別困難」，基本上應該由行政指導之作成機關作個案之判斷，不過要留意的是，本條之保留「行政上有特別困難」這樣的但書，只是為因應在全體廣泛的行政領域中若一律課予書面交付義務是不可能的，並不是有意省去書面交付之作業，故解釋上不能輕易適用該條項而使書面交付原則形骸化¹³⁴，學者即指出，法條使用「除行政上有特別困難外」之用語作為行政機關拒絕交付書面之理由，比起「除無正當之理由外」等用語，在語意上更具有代表不輕易地認可例外的宗旨¹³⁵。

值得注意的是，日本行政手續法有一般性的免除書面交付義務之規定，我國則無類似條文。依日本相關之規定，在以口頭進行行政指導之場合，雖然沒有「行政上有特別困難」，不過在欠缺行政指導明確化作用之實益時，有書面交付義務之一般性除外規定的適用，即依行政手續法 35 條第 3 項，如屬於要求相對人在現場完成行為(行政手續法第 35 條第 3 項第 1 款)、所要求者與已經依文書通知相對人之事項具有同樣內容(行政手續法第 35 條第 3 項第 2 款)等情形，即免除行政機關之書面交付義務。相較於行政手續法第 35 條第 2 項所謂「行政上有特別困難」的但書規定是基於公益上之考量，行政手續法 35 條第 3 項的一般性免除書面交付義務規定則係因為在該兩種情況要求交付書面對相對人而言並沒有意義¹³⁶。而因為行政手續法除了例示的除外規定以外，並未就書面交付義務的免除對象作規定，因此個別書面交付義務之要否、程度高低等均成為問題，對於

¹³⁴ 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 343。

¹³⁵ 宇賀克也（2005），《行政手続法の解説》，東京：学陽書房，頁 163。

¹³⁶ 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 344。

行政手續法 35 條第 3 項應如何運用、是否要作嚴格解釋等亦為實務操作上要面臨的課題¹³⁷。

參考日本學理上以及實務上之討論，關於上述行政手續法第 35 條第 3 項第 1 款，典型者如行政職員要求相對人出示一定之證明的情況，而解釋上其應限於有緊急應對之必要，在當場不及時進行就會失去意義者；或者屬於一時性的情況，該相對人只在該場合被特定，一旦離開該場合就會失去具體意義者，譬如，在相對人打算從事違反法令之行為的當場，行政機關為了阻止該行為所進行的行政指導；另外如沒有必要對於行政指導所要求的行為重新進行判斷，在當場即能對應者，譬如，要求棄置不法物品的相對人除去該等物品的情況¹³⁸。此外，關於以行政指導要求撤回申請之情形，雖有認為其在文義上亦該當於行政手續法第 35 條第 3 項第 1 款¹³⁹，不過學者指出，在相對人撤回申請之情形，因為相對人請求書面說明之必要性亦隨之消除，故沒有該當於行政手續法第 35 條第 3 項第 1 款之餘地¹⁴⁰。總而言之，關於行政手續法第 35 條第 3 項第 1 款之情況，必須是系爭行政指導所要求的「一定之作為或不作為」是相對人在該現場可以作的，而且不管相對人是否回應該等要求，系爭行政指導在當場即行終了。例如，像市長、村長基於災害對策基本法第 60 條所為之避難勸告般，屬於「有緊急處置之必要，且若不及時處理就會失去意義者」，蓋避難行為是「在當場終了」，而且不管人民進行避難與否，避難勸告均屬「在當場即終了」者¹⁴¹。

¹³⁷ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規，頁 333（山田二郎執筆）。

¹³⁸ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規，頁 333（山田二郎執筆）。

¹³⁹ 小早川光郎編（1996），《行政手続法逐条研究》，東京：有斐閣，頁 289。

¹⁴⁰ 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規，頁 333（山田二郎執筆）。

¹⁴¹ 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 344。

關於行政手續法第 35 條第 3 項第 2 款，若系爭行政指導與先前所為行為屬於同一事項，而其旨趣、內容以及責任機關在先前已經透過文書使相對人清楚時，在後續的行政指導階段，因為行政指導只是重複先前要求之內容，故重複透過文書使其明確之請求是多餘的，可以省略之。該款在適用上要注意的，首先，關於同一事項若先前僅受有口頭說明，未透過文書通知相對人時，即無該款之適用；再者，關於同一事項必須係由相對人本人接受文書通知，若僅有他人受到文書通知，亦無同款之適用；另外，關於同種之事項，進行對相對人本人通知之引用等當然可以適宜地作省略¹⁴²。該當行政手續法第 35 條第 3 項第 2 款之案例大致上有下列幾個類型：第一，人民依法令直接負有一定之作為或不作為義務，行政機關在發出要求其履行義務的「督促狀」後，改用口頭進行行政指導的案例；第二，行政機關根據相關法令以書面處分課予相對人一定之作為或不作為義務後，改以口頭進行行政指導之案例，關於口頭處分發出「督促狀」等之案例也準用之；第三，以書面作成行政指導後，再用口頭進行行政指導之案例；第四，行政機關就口頭行政指導，依相對人之請求交付書面後，再以口頭進行行政指導的案例¹⁴³。

總結來說，關於行政指導之方式未強制要求須使用書面，只在相對人認為有必要而請求交付書面時才須使行政指導文書化。在廣泛且多樣的行政指導中，對於即使不用書面也能充分明確地被進行者，以及相對人即使不特意請求文書化也能充分瞭解指導之內容者，這樣的立法政策確有一定之合理性，並能平衡兼顧行政營運之效率。本文認為，對於行政程序法第 167 條第 2 項所謂「行政上有特別困難」可採廣義解釋，將日本行政手續

¹⁴² 南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規，頁 334（山田二郎執筆）。

¹⁴³ 塩野宏、高木光合著（2000），《条解行政手続法》，東京：弘文堂，頁 345-346。

法第 35 條第 3 項除外條款之情形包括在內，以避免諸如相對人請求書面之目的有所不當，明顯逸脫本制度旨趣之情況。

貳 行政法上一般法律原則

法律優位原則中，所謂「法律」包括各種成文及不成文法源，行政程序法第 4 條即規定：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。」扼要言之，一般法律原則作為行政機關行為規範，具有法源效力，而其向來被列為行政法上之不成文法源，不過我國行政程序法於第 5 條至第 10 條以例示方式加以明文化，提升其位階為成文法源，該等法律原則屬於行政行為之重要準繩，行政指導自亦受到該等原則之拘束。根據學理上之討論，其中與行政指導較有相關性的係平等原則、信賴保護原則以及禁反言原則，本文以下即逐一檢討之。

一 平等原則

按憲法第 7 條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」所謂平等乃是比較之下的產物，帶有集團與集團間之思考，故平等所連結的往往不是受害之具體個人，而是具有「團體本位」之色彩。憲法上平等原則所要求法律上平等指的是相對之平等，其主要之核心意義為：「等者等之，不等者不等之。」亦即在法律上對相同者為相同之處理，對不同者為不同之處理¹⁴⁴，由於事物並無完全相同者，在認定事物之相同或不同，而為相同或不同之處理時，應尋求相比較

¹⁴⁴ 如大法官釋字第 485 號解釋（節錄）指出：「憲法第 7 條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」

事物間之合理關聯，並就該合理關聯，探究是否平等¹⁴⁵。平等原則拘束所有國家行為，針對行政機關之行為而言，行政程序法第6條亦規定：「行政行為，非有正當理由，不得為差別待遇。」行政機關之行為如違背平等原則，即構成權力濫用之違法。另外，自平等原則可導出「禁止恣意原則」以及「行政自我拘束原則」，前者指行政機關不得於欠缺合理的、充分的實質上理由時作成行政決定，否則即屬有瑕疵之決定；後者指行政機關應受行政慣例之拘束，其要件有二，其一，即有合法之行政慣例存在，其二，行政機關此時享有決定餘地（如裁量權、不確定法律概念之判斷餘地等）¹⁴⁶。

關於平等原則於行政指導場合之適用，首應注重防止如行政機關假借授益性質之行政指導名義，私下進行官商勾結、利益輸送等不法行為，以免造成不公平之結果。另外應注意對於相類似之案件，行政機關應給予相對人相類似內容之行政指導，力求公平地執行機關之業務。有問題者，在於人民可否主張違法之平等？例如人民可否以主管機關於其他相類似的案件中並未進行規制性行政指導為由，而主張於本案中亦不應進行規制性之行政指導？對於此，學說及實務多認為違法平等之主張並不可取，人民此種主張並無理由，如最高行政法院97年度判字第689號判決即指出：「按平等原則，要求行政機關對於事物本質上相同的事件作相同的處理，乃形成行政自我拘束，惟平等原則係指合法之平等，並不包含違法之平等。平等原則，並非賦予人民有要求行政機關重複錯誤之請求權。」

¹⁴⁵ 陳敏（2007），《行政法總論》，第5版，臺北：自刊，頁92。

¹⁴⁶ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著（2001），《行政程序法實用》，第二版，臺北：學林，頁24（蔡茂寅執筆）。

二 信賴保護原則

(一) 信賴保護原則之要件及法效果

信賴保護原則 (der Grundsatz des Vertrauensschutz) 為德國在二次大戰後所發展出之重要原則，具有憲法之位階，其憲法基礎主要來自於法治國原則之法安定原則以及基本權利之保障，其可拘束所有國家行為，不論行政、立法或司法。根據信賴保護原則，如國家之行為罔顧人民值得保護之信賴，而使其遭受不可預計之負擔或喪失利益，且非基於保護或增進公共利益之必要，此種行為即不得為之¹⁴⁷。我國行政程序法第 8 條就信賴保護有原則性之規定：「行政行為，應以誠實信用之方法為之，並應保護人民正當合理之信賴。」而信賴保護原則並非只要人民有單純情感上之信賴即可適用，學說以及實務均認為於適用信賴保護原則時至少應具備下列構成要件：一、信賴基礎；二、信賴表現；三、信賴值得保護。

信賴基礎為信賴保護原則之前提，蓋必先有國家行為之存在，有一個有效表示國家意思之「法的外觀」，才可能形成人民之信賴。信賴基礎之類型包括抽象者（如法律、法規命令等）以及具體者（如行政處分等），但須為國家之公權力行為，若為一定之行政政策或抽象的國家總體之法律秩序，尚非信賴利益保護之標的¹⁴⁸。又若行政機關未為任何行政行為，機關即無於其後為變更之標的，且人民亦無從據以產生信賴而安排具體生活關係或經濟活動，自無主張信賴保護之餘地¹⁴⁹。

¹⁴⁷ 洪家殷（2001），〈論信賴保護原則之適用〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 27 期，頁 41。

¹⁴⁸ 李惠宗（2008），《行政法要義》，第 4 版，臺北：元照，頁 117。

¹⁴⁹ 黃俊杰（2010），〈信賴保護〉，《月旦法學教室》，第 91 期，頁 52。

信賴表現指人民因信賴行政行為而展開具體的信賴行為，包括運用財產、安排生活以及其他處置行為，有產生法律上變動即為已足，惟若僅屬人民主觀上之期待或被動受益而非積極針對系爭公權力行為採取特殊之相對應措施，即難認為有信賴表現¹⁵⁰，司法院大法官釋字第 525 號解釋亦明白指出：「純屬願望、期待而未有表現其已生信賴之事實者，則欠缺信賴要件，不在保護範圍。」、「對構成信賴要件之事實，有客觀上具體表現之行為，始受信賴之保護。」又信賴行為應與信賴基礎間有因果關係。不過有學者批評本於信賴保護原則基本理念，其應無排斥主觀上之信賴而強調須有對外之表徵始可成立，以「信賴之表現」作為信賴保護原則之要件除不符該原則之內涵外，亦易生信賴保護之脫漏，影響其功能之發揮，換言之，國家所保護者為人民之信賴，與外在之表現無必然之關連，關鍵在於人民是否有信賴，至於其以何種形式存在或表現並非重點，參諸德國法例，只要相對人主張其有「信賴之存在」即可，其有無對外之信賴表現行為只是協助判斷相對人信賴是否存在，不得以無此信賴行為為由，進而全盤否定相對人之信賴¹⁵¹。

此外，當事人之信賴必須值得保護，始可適用信賴保護原則。所謂值得保護之信賴指「正當」之信賴，人民須基於誠實對國家行為深信不疑，且未不當影響信賴基礎之成立，若信賴基礎之成立是因人民以詐欺、脅迫或其他不正當手段所引起者，則不得主張信賴保護¹⁵²。而關於信賴保護原

¹⁵⁰ 較有問題的是對於抽象的信賴基礎類型，因為人民對於現有法秩序之信賴通常須法律狀態發生變動時才會顯現，故難以要求人民須有具體之處分行為，此時之信賴表現應該是屬於虛構或推定者。相關論述請參照：謝榮堂（2004），〈行政行為明確性原則與信賴保護之實例探討〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 64 期，頁 153。

¹⁵¹ 洪家殷（2001），〈論信賴保護原則之適用〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 27 期，頁 45-48。

¹⁵² 行政程序法第 119 條即明文規定：「受益人有下列各款情形之一者，其信賴不值得保護：一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或為不

則適用之結果，權衡國家之公務目的以及人民之權利保護後，可分為「存續保護」與「財產保護」兩種方式。大致上而言，若基於公益上必要，不能容忍違法國家行為之存在，則應僅生損失補償之問題（財產保護）；若不違反公益，基於信賴保護原則，應容忍違法國家行為繼續存在並承認其效力（存續保護）¹⁵³。

具備信賴保護原則之要件後，尚有法律效果之問題。國家欲變更、消滅原先人民所信賴之法律狀態時，將產生如何之效果以保護人民之信賴，一般認為應在行政之公益目的與人民之私益維護間加以權衡，而對於人民信賴利益主要有兩種保護方式，即「存續保護」與「財產保護」。「存續保護」係一種就地合法之方式，其係鑑於維持該法律秩序所保護個人之信賴利益大於變動該秩序所生之公益，故採令使該法律秩序繼續存在之保護方式。「財產保護」則是一種信賴利益補償，其係因變更既有法律秩序所生之公益大於維持該法律秩序所保護個人之信賴利益，故肯認國家得破壞原先之法律秩序，相對的，為兼顧人民之私益，給予人民適當之財產補償，而適合採取財產保護者，自以其信賴利益具有財產性質者為宜，蓋如此始適合計算其信賴利益之價值而為合理之補償¹⁵⁴。

（二）信賴保護原則與行政指導

於現代社會，行政機關常使用行政指導對人民就法規進行解釋，以圖引導人民之生活安排，此外如調整企業之經濟活動、土地利用之規制等，

完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者。」

¹⁵³ 林錫堯（2006），《行政法要義》，第3版，臺北：元照，頁75。

¹⁵⁴ 洪家殷（2001），〈論信賴保護原則之適用〉，《臺灣本土法學雜誌》，第27期，頁53。

均為行政指導極為重要之機能以及任務，且因為法規複雜多樣，普遍具有專門性與技術性，對於人民而言，常常必須仰賴行政機關之相關行政指導，藉此展開其行動。惟現實上，行政機關時有因政策或計畫之變更、擔任職員之更迭，或是法規解釋錯誤、誤認事實等，而有於其後改變或否認先前行政指導內容之情形，此時即有相對人信賴保護之問題。如上所述，信賴保護原則係憲法上原則，故行政程序法雖僅於第 119 條、第 120 條及第 126 條就以行政處分作為信賴基礎之情形為規定，並無礙信賴保護原則於行政指導場合之適用，縱使缺乏實定法之規定仍無妨其請求權之成立。關於行政指導與信賴保護原則間之關係，行政機關對於特定相對人進行具體的行政指導、教示或約束，相對人並基於對該行政指導的信賴而有所行動，嗣後若因行政方針變更，相對人即可能遭受損害以及不利益，此時，行政指導「理論上」對相對人雖然不具拘束力，不過其仍應可作為信賴基礎，特別是當行政指導係以具有強烈引誘性措施所實施時，例如野生動物保育法制訂前，臺灣省政府曾提倡所謂的「精緻農業政策」，鼓勵從事附加價值高之農業，其中如飼養果子狸、梅花鹿等珍禽異獸，然嗣後野生動物保育法制訂完成，原先響應政府精緻農業政策而飼養珍禽異獸之農民因此頓時成為相關行政秩序罰規定之處罰對象（如野生動物保育法第 51 條第 6 項），此時若不補償農民因響應精緻農業政策所受之損失或使農民免受處罰，即有違信賴保護原則保障人民既得權益，使其免於遭受不可預見損害之意旨¹⁵⁵。此外，不論從「禁反言」之法理乃至於「誠信原則」¹⁵⁶之適用，均會有是否保護相對人信賴利益之問題，蓋行政機關如因行政指導

¹⁵⁵ 李惠宗（2008），《行政法要義》，第 4 版，臺北：元照，頁 119-120。

¹⁵⁶ 誠信原則即誠實信用原則，其起源於羅馬法上之惡意抗辯，羅馬法學家認為只要訴訟之提起客觀上缺乏善意時，相對人即得抗辯。誠信原則於私法上被稱為「帝王條款」，而其是否屬於行政法上一般原理原則，早期實務多認為僅得類推適用，後來直接適用之見解才定型，如前行政院 70 年判字第 975 號判決稱：「私法規定表現一般法理者，應亦可適用於公法關係，私法中誠信公平之原則，在公法上當亦有其適用」（請參閱：城仲模主編（1996），《行政法裁判百選》，臺北：月旦，頁 144 以下）。現行行政程序法第 8 條則已將誠實信用原則明文化。

使相對人產生信賴，相對人在無歸責事由之情形下因而蒙受不利益者，此種不利益不應由相對人負擔，乃是基於衡平法之要求，換言之，行政機關不得因錯誤之行政指導而獲致利益，乃是適用相關法理之當然結果¹⁵⁷。是故，於行政機關進行行政指導之場合，只要合乎相關要件亦有信賴保護原則之適用，應無疑義。

（三）我國相關實務見解

我國實務上亦有就行政指導與信賴保護原則兩者作檢討者，如最高行政法院 98 年度判字第 768 號判決，其案例事實略為：人民甲出租土地予乙公司，乙公司於承租土地上興建房屋，並將該房屋登記於人民甲名下，而人民甲與乙公司訂約之初，乙公司曾函詢類此案件核課原則，人民甲因信賴財政部臺灣省中區國稅局 87 年 7 月 30 日中區國稅二字第 870044105 號函釋之行政指導，故於申報該年度所得時，未將乙公司開立之扣繳憑單列入收入項下申報，其後財政部臺北市國稅局核定其漏報所得額、補徵稅額，並就所漏稅額對甲處以罰鍰。最高行政法院認為，甲所引用之上開函示，必須在稅捐機關查明「租賃契約期滿後確實應拆屋還地」之事實為真正後，方有適用，甲在稅捐機關沒有查明其事之情況下，逕不予申報，即無信賴該函示可言，乙公司已將此項收入開立扣繳憑單予上訴人，上訴人即難謂不知有此租金收入，而認其主觀上有漏稅故意，具可責性。易言之，此處係信賴基礎部分產生問題，中區國稅局 87 年所為之覆函（行政指導）已強調須以「經查明屬實」為前提，甲明知此部分係未經稅捐稽徵

¹⁵⁷ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著（2001），《行政程序法實用》，第二版，臺北：學林，頁 331（蔡茂寅執筆）。

機關「查明屬實」者，則其未將上開扣繳憑單列入收入項下申報，即難認有何信賴保護原則之適用。

又如最高行政法院 98 年度裁字第 1662 號裁定，其案例事實略為：人民甲於民國 93 年 5 月 14 日至 93 年 6 月 18 日間委由訴外人乙公司向被上訴人報運進口貨物計 10 批（進口報單號碼：第 CH/93/375/01679、CH/93/375/01730、CH/93/375/01778、CH/93/375/01809、CH/93/375/01869、CH/93/375/01918、CH/93/375/02036、CH/93/375/02098、CH/93/375/02148、CH/93/375/02213 號），原申報貨物名稱為 WIRE WITH CONNECTOR，產地為中國大陸，海關進口稅則號別為第 8544.41.10.00-6 號，稅率為 Free，完稅價格共計新臺幣 4,501,559 元，經 C1（免審免驗）通關方式放行在案，嗣經財政部臺北關稅局實施事後稽核結果，實到貨物為 COAXIAL CABLE WITH CONNECTOR，應歸列稅則號別第 8544.20.10.00-1 號，稅率為 6.2%，且屬非經經濟部公告准許進口之大陸物品，審酌貨物已放行提領，乃依關稅法第 96 條第 1 項規定，於 94 年 6 月 13 日函請甲於文到翌日起 2 個月內辦理退運，惟甲未於規定之期限內辦理退運，財政部臺北關稅局遂依同法條第 3 項規定追繳貨價共計 4,501,559 元，甲不服，循序提起行政訴訟，主張其係依前進口報單號碼第 CH/93/375/01207 號進口貨物事件，財政部臺北關稅局之行政指導而為系爭進口貨物名稱及稅則號別之申報，故本件有信賴保護原則之適用。最高行政法院則認為，財政部臺北關稅局於 93 年 4 月 8 日核發之稅費繳納證，係財政部臺北關稅局對他案報單第 CH/93/375/01207 號之進口案件初核所核發之暫繳稅單，嗣經財政部臺北關稅局事後稽核結果，實到貨物為 COAXIAL CABLE WITH CONNECTOR（同軸電纜），稅則號別為 8544.20.10.00-1、稅率為 6.2%，甲有虛報進口貨物名稱之情形，財政部臺北關稅局遂據以查核甲當時所進口之其他貨物報單，依上開情形，財政部臺北關稅局係依法執行其對貨物

進關之初核與復核程序，顯非對甲為行政指導，且嗣財政部臺北關稅局實施事後稽核結果，已將該案改列稅則號別為 8544.20.10 號項下，按稅率 6.2%課徵，該暫繳單已失其效力，上訴人仍以被上訴人初核時所發之上述暫繳單，據為其信賴基礎，顯屬無據。易言之，行政法院認為此處不符信賴基礎之要件，財政部臺北關稅局只是依法執行其對貨物進關之初核與復核程序，並未作出足以成為人民信賴基礎之行政指導。

另外，如最高行政法院 96 年度判字第 02098 號判決，其案例事實略為：案外人乙公司依據相關法規，就位於都市計畫保護區內之臺北市○○區○○段 3 小段 278、280 及 291 等地號土地，於民國 89 年 5 月 5 日向臺北市政府工務局建管處申請核發加油站用地許可，92 年 6 月 13 日臺北市政府以府工建字第 09214836900 號函，復以原則同意其申請設置加油站之用地許可，並於說明第 3 項指出，有關加油站申設之「籌建許可」、「建築許可」、「營運許可」階段，仍應依經濟部「加油站設置管理條例」及相關法令辦理，乙公司嗣將該用地許可移轉予人民甲，甲旋於 92 年 9 月 29 日向該府建設局申請加油站之設置許可，其時適逢臺北市政府依據都市計畫法相關規定檢討該地區土地利用，並報奉行政院核准，以 92 年 12 月 11 日府都一字第 09226125000 號公告該市「為修訂臺北市○○路○段附近地區都市計畫辦理禁建築案」，公告事項第 3 項中明定禁建範圍及面積為臺北市○○區○○路 5 段附近地區，臺北市政府乃以 93 年 4 月 15 日府建二字第 09220900700 號函甲，認以將來無法實現之內容為標的發給甲加油站之籌設許可並無實益存在，駁回甲籌設加油站許可申請案，甲不服，遂循序提起行政訴訟，主張臺北市政府給予「設站用地同意」前，亦經臺北市政府都市發展局（都市計畫主管機關）參與，當時並無都市計畫上問題，如今卻出爾反爾，而為公告禁建 2 年，已然違反信賴保護原則或禁反言原則，且構成濫用裁量。最高行政法院就此認為，對於課以義務訴訟，其判斷基準時，原則上以事

實審法院言詞辯論終結時之法令及事實狀態為準，今臺北市政府原已函知甲同意其申請設置加油站之用地許可，卻於 93 年 4 月 15 日以原處分函覆以：「臺北市○○路○段都市計畫案尚在規劃中，依都市計畫法第 20 條第 1 項第 1 款規定，該都市計畫案尚須由內政部核定，轉報行政院備案後始定案」，臺北市政府前既已核准上訴人設置加油站之用地許可，於原處分時之事實及法律狀態應無用地不合之處，詎臺北市政府之函覆顯非以為處分時之事實及法律狀態為判斷基準，而係以未來不確定之事實為衡量，難謂無構成裁量濫用之違法。本判決雖判人民勝訴，惟並未明言信賴保護原則於行政指導場合應如何運用，僅略為表示行政機關衡量事實及法律狀態時有裁量濫用，甚為可惜。

大體上而言，我國實務肯認行政機關所為之行政指導可作為信賴基礎，有信賴保護原則之適用，不過實際上成功請求之例子並不多。

（四）日本相關實務見解

而日本方面，成功以行政指導為信賴基礎，並有信賴保護原則之適用者，如最三小判昭和 62 年 10 月 30 日（昭和 60 年（行ツ）125 号）¹⁵⁸，其指出：「關於合乎租稅法規之課稅處分，適用作為一般法原理之誠信原則之法理，對於因違法而應被撤銷之課稅處分，在應該貫徹依法行政之原理，特別是租稅法律主義原則的租稅法律關係中，適用上述法理不得不慎重為之，若存有應免除系爭課稅處分之課稅要求以保護納稅人信賴而反於正義之特別情事，即必須犧牲適用租稅法規所產生之納稅人間平等、公平

¹⁵⁸ 判例時報 1262 號，頁 91。

等要求，此時應該考量是否適用上述法理。此外，是否該當存有前述特別情事之判斷，至少必須考量，是否納稅人信賴該公的見解並基於表示其信賴之意而作出行動，稅務行政機關嗣後卻作出反於已成為納稅人信賴對象之公的見解的課稅處分，致納稅人受有經濟上的不利益，以及關於納稅人基於稅務行政機關之表示並以之為信賴基礎作出行動一事，納稅人有無可歸責之事由等。」易言之，法院認為，納稅人基於對成為信賴基礎之稅務機關公的見解表示其信賴而作出行動，稅務機關若欲違背先前之表示而作出課稅處分，必須考量是否使納稅人因此受到經濟上之不利益以及其先前之表示是否可歸責於納稅人之事由，而依據法規所為之課稅處分，因適用信義原則被認定違法而撤銷者，雖然犧牲納稅人公平性處置之要求，但其實係為了保護相對人之信賴而不得不肯認有反於正義之特別例外情形。依該判決之意旨，所謂特別之例外情形須考慮以下幾點：其一，稅捐機關對納稅人表示公的見解，該納稅人信賴並基於此見解作出行動；其二，稅捐機關嗣後反於該見解而作出課稅處分，使該納稅人受有經濟上不利益；其三，該納稅人對於信賴稅捐機關之表示而作出行動一事並無可歸責之事由。

另外，如最三小判昭和 56 年 1 月 27 日（昭和 51 年（才）1338 号）¹⁵⁹ 其案例事實略為：某村採用吸引工廠設置的行政政策而針對具體企業進行勸誘，該企業信賴之並投入相當的經費進行了準備活動後，因選舉之故，新舊村長交替，新任村長變更先前吸引工廠之政策並且拒絕協助該企業設廠，工場建設一事遂變成不可能，該企業不得已只好退出。法院於此認為，住民自治原則雖係地方公共團體關於組織及營運之基本原則，不過並非意味地方公共團體基於住民之意思行動即不會伴隨法的責任，政治情勢變化

¹⁵⁹ 判例時報 994 號，頁 26。

雖作為地方公共團體施政決定之基盤，惟當有前述不得不改變之客觀情事時，仍應保護前述相對人之信賴，故此時該村對該企業負有損害賠償之責任。

前述幾個判決於日本行政法或租稅法之論著上很常被引用，整合日本實務之見解，吾人可以發現，日本方面以往對於人民信賴保護之問題常援用誠信原則或者禁反言原則來作處理，反倒是未正面提及一般我國學說實務所廣泛討論之信賴保護原則。實則，綜合前述判決以及其他判例、學說，或可將相關問題之思考層次歸納如下¹⁶⁰：

第一，行政機關對人民為某種「公的見解」之表示，該表示基本上必須是具有權限之機關或公務員所為，而且並非係一種私下表示，易言之，其須係有一定責任之人的正式見解表示¹⁶¹，有問題者，乃係行政機關之不作為是否該當此處之表示？學者有認為欲判斷不作為或某事實狀態之繼續是否該當所謂「公的見解表示」，不能僅依法律規定而為解釋，尚須考慮其形成或繼續行政機關有無積極參與、行政機關若有積極參與，其是否存在於個別相對人之間、該不作為或事實狀態之繼續是否由相對人怠於相關程序所造成¹⁶²。

第二，相對人信賴該表示而作出行為且無可歸責之事由，判斷有無可歸責事由並不以主觀上有無故意或過失為限，例如詐欺、脅迫、賄賂或其他不正手段，對重要關係之事項為不完全或不當陳述，明知或重大過失不

¹⁶⁰ 詳細論述請參見：蔡進良（1996），〈行政法上禁反言法理之比較研究〉，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 120-123。

¹⁶¹ 乙部哲郎（1989），〈租稅法と信義則、禁反言（二）〉，《民商法雜誌》，第 100 卷第 4 號，頁 661-662。

¹⁶² 水野忠恆（1988），〈青色申告承認の手續と信義則の法理〉，《ジュリスト》第 903 號，頁 50。

知該當表示違法，除此之外，仍應就客觀上一切事情加以審酌，例如信賴者或被信賴者之代理人客觀權限之存否，有關法令制定、變更或廢止等情事，依社會通念得否知悉（如行政機關保證該當法律永不改變，若予信賴即有可歸責事由，因法律修改權在於國會，眾所週知）¹⁶³。

第三，行政機關違反先前表示，惟此不包括先前已為預告其後不受拘束之情形。

第四，相對人因行政機關其後違反其先前之表示致相對人受有經濟上或法律上不利益。

本文認為，相較於禁反言原則與誠信原則而言，以憲法基礎來自於法治國原則中之法安定性原則以及基本權利之保障的信賴保護原則來處理行政指導相對人之信賴保護問題顯似乎為適宜，且關於以上日本實務及學說之判斷準則，其實與信賴保護原則之要件相去不遠，而我國行政程序法第 8 條規定雖將信賴保護之主張繫於「誠信原則」，司法院大法官釋字第 525 號解釋之理由書中亦將人民權益之維護、法秩序之安定及誠信原則一併列為信賴保護原則之法理基礎，惟有學者援引國外學說之見解指出，誠信原則並未涉及存在於國家與人民間之具體法律關係，且範圍過於狹隘，因此若將信賴保護植基於誠信原則之上，顯然牽連過廣，並不適宜¹⁶⁴，另有指出，誠信原則與信賴保護原則確實有相似之處，諸如適用要件部分、兩者均源自法治國原則等，惟嚴格而言，兩者仍有若干差異，例如其適用前提，誠信原則以特定具體之法律關係存在為前提，信賴保護原則並不以

¹⁶³ 乙部哲郎（1989），〈租稅法と信義則、禁反言（二）〉，《民商法雜誌》，第 100 卷第 4 號，頁 661-662。

¹⁶⁴ 洪家殷（2001），〈論信賴保護原則之適用〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 27 期，頁 42。

此為限，即便係抽象之法規範亦可成為信賴對象，又如適用之當事人，在誠信原則包含公權利主體與人民，而信賴保護原則雖然理論上亦有國家信賴人民之問題，然實際上通常係指對於公權力行使之信賴保護，蓋就國家信賴之保護來說，得由國家依自身之公權力採取強制措施以達成，無須特別提出討論¹⁶⁵。不過，須注意的是，於行政指導情形，因行政指導性質上多屬事實行為，存續保護對相對人而言並無意義，故若欲給予人民信賴利益之保護，大概只能以財產保護之方式為之，即以金錢補償相對人因信賴行政指導而招致之不利益，然財產保護方式無法涵蓋相對人主張政府機關不得對於相對人之信賴行為作出處罰或者不利益處置之要求，因此，相對人若欲為此種主張可能即要訴諸禁反言原則或誠信原則之法理，而非強以信賴保護原則為之¹⁶⁶。

(五) 信賴保護原則於行政指導場合之具體適用

在肯認行政指導亦有信賴保護原則適用之前提下，即有必要討論有何回復當事人信賴利益之具體方法，亦即，信賴保護原則在此適用之效果為何。除了請求損害賠償之外，當事人可否要求撤銷行政機關因方針變更所為之不利益行政處分等措施？遵從行政指導之行為可否阻卻違法？均有檢討之必要。

就違法阻卻事由而言，關於行政法上之違法性判斷，遵從行政指導之行為，縱令違反行政法規，基於行政一貫性、繼續性、安定性等理由，似

¹⁶⁵ 蔡進良（1996），《行政法上禁反言法理之比較研究》，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁129-130。

¹⁶⁶ 關於此，請見後述有關禁反言原則之討論。

不應認為該行為構成違法，我國實務上亦曾有市民因聽從行政機關之語音服務而依指示張貼廣告，卻被依廢棄物清理法處以罰鍰，經該市民舉證其張貼行為係依行政機關行政指導之行為，因而由訴願管轄機關撤銷原處分之事例¹⁶⁷。不過於日本方面，例如對於行為外觀上違反獨占禁止法，屬於排除措施對象之聯合企業行為者，可否以其係遵從行政指導為由而阻卻違法性？一般而言，向來學說均採認即使係遵從行政指導的行為，只要有違反獨占禁止法之業者間共同行為的存在，就無法阻卻其違法性之見解，日本實務亦採相同看法，如最判昭和 57 年 3 月 9 日（石油聯盟審決撤銷請求事件）¹⁶⁸，上訴人（石油聯盟）主張：「石油產品價格的提升決定，因嗣後所進行的通商產業省之行政指導而失其效力，各原賣業者在上述行政指導範圍內應可自主地決定價格的提升額度，亦即，因為在行政指導範圍內無非是恢復價格競爭之狀態，本件決定應可以解釋為並非競爭的實質限制。」法院則以「上訴人所主張之系爭行政指導並非通商產業大臣基於法律上之強制權限所為，而僅係通商產業省當局的單純指導」、「原賣業者各社雖說係事實上遵從該行政指導，但『決定』之拘束力已消滅，而其後之價格行動並非基於該『決定』所為」、「行政指導係在『決定』後才作成」等理由，認為上訴人之主張無理由。對於此，有學者肯認該判旨，其認為既然存在違反獨占禁止法之競爭限制行為，即使有通商產業省行政指導的干預，因為單純的指導其並未具有像行政處分一般的強制力，故根據該指導無法消滅競爭限制行為之效力，再者，各業者即便因行政指導事實上之強制力而不得不遵從，其同時係基於石油聯盟之「決定」的行為，仍會殘留該「決定」之違法性，因此應該認為該競爭限制行為即便係依據行政指導所為，亦無法阻卻其違法性¹⁶⁹。

¹⁶⁷ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著（2001），《行政程序法實用》，第二版，臺北：學林，頁 331（蔡茂寅執筆）。

¹⁶⁸ 民集 36 卷 3 號，頁 265。

¹⁶⁹ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 98。

上述最判昭和 57 年 3 月 9 日判決中，系爭行政指導係以通商產業省設置法第 3 條第 2 號為根據所進行，該行政指導並非基於法律上之強制權限所為，而係以相對人之協力作為前提以被實現，其目的在於：針對關於價格、數量等本來應該係由各經營者（石油原賣業者）透過競爭自主地決定之事業活動進行行政指導，使經營者一同遵從行政指導而促成限制競爭之趨向。另一方面，獨占禁止法對於經營者關於價格、數量等所為之共同決定，原則上係禁止企業聯合之行為（經營者之企業聯合行為屬於不當之交易限制，應依據獨占禁止法第 3 條處理，而經營者團體之企業聯合行為則依據同法第 8 條第 1 項第 1 號處理），因此，行政指導與獨占禁止法間之關係為何即成為問題。於此情形，大致上而言可分為二個問題點：即在行政指導之關係中是否有企業聯合行為之成立、存在等這樣的事實問題，以及在存有企業聯合行為之情形，依照行政指導是否能阻卻企業聯合行為之違法性這樣的法律問題。就最判昭和 57 年 3 月 9 日判決而言，係關於前者之問題。本件判決之對象是經營者團體之企業聯合行為，其該當於獨占禁止法第 8 條第 1 項第 1 號所禁止之經營者團體競爭之實質限制行為。具體而言，因系爭石油聯盟的升值決定而滿足的競爭之實質限制要件，是否會因為行政指導而消滅，換句話說，會有已經成立之企業聯合行為是否會因為其後之行政指導而消滅的問題。對此，本案判決指出，在該情形的競爭之實質限制的存續這一要件，如果像本案般係透過經營者團體之決定而使會員原賣業者之價格行動一致，即使有其後關於價格之行政指導，若沒有可被認為應明白廢棄該當決定之特別情形時，即不能使競爭之實質限制要件消滅，仍然構成企業聯合行為。如果更具體地來說，在經營者團體之提高價格決定後，雖有以壓縮價格提升幅度為方針之行政指導，然即使在經營者遵從該行政指導之情形，仍不影響原先提升價格決定之效力，依然構成企業聯合行為，至少，在經營者提升價格所達成之範圍內，可認為

係基於經營者團體之決定而提升價格。另一方面，本案判決似乎認為，若經營者團體依照行政指導消滅本案之價格提升決定並設定應成為新的準據價格，即不構成競爭之實質限制。學者指出，確實若如此處理的話，本案價格提升決定本身即不構成競爭之實質限制，但是，會成為問題的是因為遵從行政指導所成立之新的企業聯合行為。亦即，主管行政機關若對於經營者團體進行行政指導，經營者團體不得不遵守行政指導之內容而對其構成員經營者作出要求，幾乎必然地會成立經營者團體的企業聯合行為；若各經營者共同地遵守該行政指導之內容，亦會成立經營者之企業聯合行為；至於就個別經營者進行行政指導之情形，雖然沒有經營者之共同行為而可能有不成立企業聯合行為之餘地，但因為各經營者以他經營者亦遵從該行政指導為前提而遵從該行政指導之情形很多，故亦伴隨著招致企業聯合行為之危險性¹⁷⁰。

關於刑事法上之違法性判斷，有學者認為由於刑事處罰具有一身專屬性，難以轉嫁，且遵從指導之行為實際上惡性極微、可罰性亦不高，因此似應認為此時得準用刑法第 21 條第 1 項之規定，阻却違法¹⁷¹。而日本方面，多數學說基本上對於刑事法上之違法性判斷採取與行政法上違法性判斷相同之立場，一般認為行政指導無法阻卻刑事法上之違法性，不過亦有承認行政指導得阻卻違法性之例外情形，如有學者指出，國家機關基於法律上之明確權限或者於其法律權限內以事實行為對業者為指導，其結果產生了客觀上違反獨占禁止法之事態，在這樣的情形，若可以認為該行政指導是適法的，且依據該行政指導所欲實現之內容，在實質判斷上不一定與禁止不當交易限制之獨占禁止法的旨趣、目的相矛盾者，遵從該行政指導

¹⁷⁰ 根岸哲（1999），〈行政指導と価格カルテル〉，收錄於塩野宏、小早川光郎、宇賀克也編，《行政判例百選 I》，別冊ジュリスト第 150 號，頁 221。

¹⁷¹ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著（2001），《行政程序法實用》，第二版，臺北：學林，頁 332（蔡茂寅執筆）。

而進行之共同行為即能阻卻違法性而不構成犯罪¹⁷²。不過關於這樣的見解，因為就獨占禁止法之基本理念而言，其難以實質的貫徹自由競爭之原理，毋寧係為了與自由競爭原理相矛盾的產業界秩序維持之目的，獨占禁止法係植基於這樣的背景，故有關價格形成以及生產調整之行政指導，僅限於上述之情形始能肯認其具有阻却違法性之效果，並且，於該情形之行政指導必須不是單純的暗示或建議，而係基於行政機關方面之意向並以清楚的形式被提出，且被業界所跟隨¹⁷³。日本實務上亦採相同看法，如東京高判昭和 55 年 9 月 26 日（生產調整＝獨占禁止法違反被告事件），其指出：「若本案原油處理量的分配行為，係為了實施石油業法所定之供給計劃制度，按照通產省的指示或委任被進行之措施，如果同法解釋上容許該運用措施，則其行為應屬依法令之行為或正當之業務行為，根據刑法第 35 條¹⁷⁴必須阻卻其違法性」、「再者，刑法上行為之違法性，不僅僅依據個別法規之解釋，而係應該考慮各種具體之情形，從法制序全體之觀點作出判斷。」一般對此見解均予以肯認，至少與「行政法上之違法」情況不同，各判決判例對於刑事罰之違法性阻卻係採取更寬鬆之立場¹⁷⁵。

又如最判昭和 59 年 2 月 24 日（價格協定＝獨占禁止法違反被告事件）¹⁷⁶，其案例事實略為：在昭和 40 年代後半發生石油危機之際，日本石油原賣業者間進行關於石油產品之價格協定，主管機關以該等行為該當獨占禁止法第 2 條第 6 項所謂「不當之交易限制」，違反同法第 3 條後段之規定，對於各日本石油原賣業者以及該等自然人從業者課處刑事責任（同法第 89 條以及第 95 條），業者不服提起訴訟，主張該價格協定之行為係遵

¹⁷² 藤木英雄（1974），〈行政指導と独禁法違反の罪〉，ジュリスト第 566 號，頁 49。

¹⁷³ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 99。

¹⁷⁴ 相當於我國刑法第 21 條。

¹⁷⁵ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 100。

¹⁷⁶ 判例時報 1108 號，頁 3。

從通商產業省之行政指導，係屬於一種協力之行為。對此，法院指出：「有鑑於針對流動事態之圓滑以及柔軟行政對應之必要性，即使石油業法沒有直接之根據，於行政機關為了對應發生必要情事之場合，以社會通念上可被認為屬於相當之方法，進行關於價格之行政指導，在不牴觸『在確保一般消費者利益，並民主的促進國民經濟之健全發達』之獨占禁止法實質究極目的之前提下，不應以沒有法律根據為由作為該行政指導違法之理由。此外，事業者間關於價格之合意，即使形式上看起來似乎違反獨占禁止法，若該合意係遵從合法之行政指導並基於協力之意所進行者，解釋上應認為可阻卻系爭行為之違法性。」法院在此雖未引用日本刑法第 35 條，仍認為即使在經營者間有關價格之合意形式上看起來違反獨占禁止法之情形，只要係遵從適法之行政指導而協力進行的時候，即得阻卻其違法性。分析最判昭和 59 年 2 月 24 日判決，其係二段式的論述構造，法院首先論述行政指導適法與否之基準，其後再討論遵從適法行政指導之行為於獨占禁止法上是否適法。而關於行政指導適法與否之判斷，在符合下述要件時，可以認為行政指導不必有直接之法律根據：第一，有必要之情事；第二，為應付該情事，以社會通念上可被認為係相當之方法進行應對；第三，實質上不牴觸獨占禁止法第 1 條所示之獨占禁止法的究極目的。

不過學者指出，法院這樣的解讀方法，邏輯上來說是錯誤的，蓋本判決討論到行政指導之地方，有如下論述：「參照獨占禁止法之立法宗旨、目的以及其修改之過程等旨趣，雖然該法第 2 條第 6 項所謂『反於公共之利益』原則上指違反同法自由競爭經濟秩序的直接保護法益，不過即便實際進行之行為形式上符合上述情形，於比較衡量上述法益與該行為所欲守護之利益後，對於可被認為實質上不違反所謂『確保一般消費者利益之同時，民主的促進國民經濟之健全發達』之獨占禁止法究極目的之例外情形，解釋上應除外於獨占禁止法上述規定所謂之『不當交易限制』行為。」

亦即，滿足上述第三點要件（實質上不牴觸獨占禁止法第 1 條所示之獨占禁止法的究極目的）者，原本就不該當於「不當之交易限制」而不違反獨占禁止法，並不是說「本來應該違法的企業行為變成不違法」。換句話說，是否違反獨占禁止法並不會受到行政指導存否之左右。再換句話說，遵從合法行政指導之行為，並不是因為依日本刑法第 8 條¹⁷⁷及第 35 條而阻卻違法性，而係原本就不違反獨占禁止法之規定。總之，本判決所說的阻卻違法性，並非刑法總論所述者，而是指看起來似乎違反獨占禁止法，但實際上並不違反這樣的現象¹⁷⁸。

不過，以上對於該案問題以及判旨所述者，係從事後檢證之立場所進行的，若在訴訟進行中，仍可能會有因為行政指導之存否而影響是否違反獨占禁止法之議論的情形。亦即，關於嫌疑人之行為是否合於獨占禁止法之究極目的而不違反獨占禁止法，因為在法官未下最終之判斷前，不論係爭訟當事人甚至法官本身，都不知道結果為何，就此而言，可能會有「存在行政指導這樣之事實是否不成為上述第三點要件（實質上不牴觸獨占禁止法第 1 條所示之獨占禁止法的究極目的）之判斷根據」這樣之推測。用舉證責任論之用語來說的話，嫌疑人方面若指出行政指導之存在，亦即已善盡關於系爭違法性阻卻問題之爭點形成責任。又關於非屬行政指導，而係使用根據基於道路運送法之認可制度，收受一定以上之運費等刑罰規定作擔保之情形，公平交易委員會審判審決（平成 7 年 7 月 10 日）¹⁷⁹認為並不違反獨占禁止法，不過其仍係進行如上之論理過程。當然，行政指導

¹⁷⁷ 相當於我國刑法第 11 條。

¹⁷⁸ 白石忠志（2006），〈行政指導と石油価格カルテル〉，收錄於塩野宏、小早川光郎、宇賀克也編，《行政判例百選》，別冊ジュリスト第 181 號，頁 199。

¹⁷⁹ 這個判決也不採「因為有以刑罰等之規定作擔保，故無立刻之違法性」這樣的論點，而係認為，若有以刑罰等規定作擔保而且其並未形骸化之認可制度，因為上述第三個要件（實質上不牴觸獨占禁止法第 1 條所示之獨占禁止法的究極目的）應該作為判斷之根據，故逼近於被容許運費之價格協定原本就不滿足獨占禁止法之違反要件。

亦有各種各樣之情形，因為可能會有使以刑罰等規定所擔保之認可制度等形骸化之疑慮，故在個別之事案中，最終的結論究竟會如何並不清楚¹⁸⁰。

另外關於民事法上違法性之判斷，有學者認為因為民事法上往往牽扯到第三人之利益，並且民事責任基本上可以轉嫁，因此較難承認遵從指導之行為得阻卻違法¹⁸¹。日本方面，關於遵從行政指導所為生產調整以及價格協定之行為，在民事法上，特別是侵權行為法上是否得阻卻其違法性，實務如山形地鶴岡支判昭和 56 年 3 月 31 日（鶴岡灯油裁判—損害賠償請求事件），首先就生產調整行為，被告（石油聯盟）主張：「生產調整行為對於石油供給計劃之實施而言係不可缺少者，其係為了對應就石油供給計畫要求標記之通產省之指導所進行，應該當於社會之相當行為而阻卻違法性」對此，法院認為，本案行政指導有很大之危險會招致經營者之共同行為，並非獨占禁止法上所被容許的，因為其難以認為是必要被行使者，即使本案之生產調整行為係為完成對通商產業省石油行政之合作任務，仍無法認為其屬社會之相當行為而阻卻其違法性；此外，關於價格協定，雖然被告為了呼應通商產業省之行政指導所為之協力行為在外觀上違反獨占禁止法，被告仍主張：「通產省之行政指導是為了國民全體所必要不可欠缺之經濟對策的實施，其實質上並非與獨占禁止法之目的相背馳，且進行協力之被告之行為結果仍係遵照法全體的精神，故應能阻卻其違法性」對於被告此種主張，法院認為，關於在一般侵權行為之違法性，並沒有認可被告所主張之超法規違法事由的理論根據，而且本案的情況，無法承認行政指導之存在，反倒是被告自發性地決定價格之形成，故無阻卻違法性之理由。另本案之上訴審，即仙台高秋田支判昭和 60 年 3 月 26 日，關於生

¹⁸⁰ 白石忠志（2006），〈行政指導と石油価格カルテル〉，收錄於塩野宏、小早川光郎、宇賀克也編，《行政判例百選》，別冊ジュリスト第 181 號，頁 199。

¹⁸¹ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著（2001），《行政程序法實用》，第二版，臺北：學林，頁 332（蔡茂寅執筆）。

產調整，法院與一審作同樣之判斷，否定通商產業省行政指導之適法性，因此本案生產調整無法被認為係社會的相當行為而阻卻其違法性；又關於價格協定行為，就超法規違法阻卻事由之主張，法院認為該行為並非僅係對於通商產業省行政指導之協力行為，業者之決定有其自主性，故欠缺其主張之前提¹⁸²。

最後就行政機關嗣後不利益措施禁止之要求而言，如上所述，從信賴保護原則無法得出此種效果，其應屬誠信原則或禁反言原則的側面之一，欲禁止行政機關反於先行政指導之表示而對相對人作出不利益之處置，應從誠信原則或禁反言原則觀點作處理。

整體而言，在當初行政指導違法或者其內容有錯誤，嗣後行政機關將之更正的情形，或者在行政機關因其後情事變更，變換行政方針而作出反於當初行政指導內容之要求的情形，對於相對人因此所受之信賴利益損害，應適用信賴保護原則，以財產保護之方式補償之¹⁸³。而關於遵從行政指導行為之違法性判斷，本文認為重點似應置於相對人有無可歸責之事由，亦即，應考量系爭行政指導之內容在外觀上是否明顯違反相關法令之禁止或強制規定、相對人之行為是否有相當程度之自主性等，若認為相對人有可歸責之事由，即無使其受有信賴保護之必要，以避免相對人表面上假藉遵從行政指導，實質上卻係以自主決定之意思從事不法行為之弊病。

¹⁸² 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 101。

¹⁸³ 信賴保護原則於行政指導場合之適用，似無存續保護之可能及必要，蓋行政指導一般屬於事實行為，並無法律效力，不具備作為相對人行為法律上依據之作用，且事實行為實施後即屬過去式之行為，所存續者乃係事實行為實施後之狀態，而非事實行為本身。惟如本文前揭見解，若系爭行政指導具有法效性而屬於行政處分者，即可適用行政程序法 117 條以下之相關規定。

三 禁反言原則

(一) 禁反言原則與行政指導

禁反言理論在英美法上之發展有很長的一段歷史，其原意係指禁止某人否定其已為之陳述或曾主張存在之事實為真實的一種證據法則，性質上屬於一種訴訟上之防禦性機制。而禁反言理論發展至今，其適用範圍已擴及至各個法律領域，大體上可從程序與實體兩方面作觀察，在程序方面，不論係司法程序上之決定或行政程序上之決定，其效力所及範圍之事項，當事人或利害關係人其後不得為不同之聲明或主張；在實體面向之禁反言原則係要求，對於向他人為意思表示使之產生信賴而引起損害之結果者，禁止其否定先前意思表示之真實性或處於與先前意思表示矛盾之立場而獲取利益。理論上，禁反言原則係從衡平理念所發展之一般性原則，係植基於道德與正義之要求，不論是在民事法或行政法關係，均應被認為有其妥適性，不過傳統之英美行政法實務對於禁反言原則是否適用於政府之行為採否定之態度，近來則著眼於「否定禁反言之原則」(no-estoppel)往往造成極端不公平現象以及對人民產生巨大損害，故傾向有限度承認之看法，以較彈性之觀點處理之¹⁸⁴。

禁反言之法理於行政指導場合之適用，即涉及行政機關嗣後不利益措施禁止之問題。關於不利益措施禁止在日本法上之討論，一般認為對於遵從行政指導之結果，禁止行政機關因嗣後變更或否認行政指導之內容，而溯及地課予相對人不利益之措施，這樣之法理原則上在行政法領域上亦有

¹⁸⁴ 相關介紹參閱：蔡進良（1996），《行政法上禁反言法理之比較研究》，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁6以下。

適用，譬如行政機關與私人間因契約或其他類似之具體行為而產生信賴關係之情形，依誠信原則或禁反言原則不容許行政機關單方面地顛覆該信賴關係，其不僅係行政機關處分之違法理由，有時行政主體甚至應該維持對私人之信賴關係而承擔有作為或不作為之義務，且私人在訴訟上可請求行政機關履行或確認其有系爭義務。不過，特別係在特別權力關係中，其與以私人自治和私人間之利害調整作為基調之民事法上法律關係，兩者間之差異是必須納入考量的，在行政法上之權力關係中，不能因貪圖便利而以當事者間之合意來作出決定，因為行政係為公共之利益而服務，多為必須維持劃一性之情形，因此，對於內容錯誤或違法行政指導之結果，如果無條件地適用禁反言之法理，雖保護了相對人之利益，但可能造成違法行政狀態之持續。然另一方面，信賴行政機關之指導的私人並無絲毫可歸責之處，行政機關卻背棄其信賴而施予不利益之措施，如此可能違反正義之理念。對於依法行政以及信賴保護這兩者之要求應作如何的調和，可能要在行政法關係上就禁反言法理之適用要件作考量，而因其關乎行政指導之法理，故必須從行政指導性質之側面作綜合之判斷¹⁸⁵。

（二）日本實務相關見解

日本實務上，關於行政指導與禁反言原則之討論，於租稅法領域有很多相關案例，例如東京地判昭和 40 年 5 月 26 日（昭和 38 年（行）44 号）¹⁸⁶，其係關於稅務當局積極通知之情形，案例事實略為：依日本地方稅法第 348 條 2 項 9 號，學校法人及私立學校法第 64 條第 4 項所定以各種學校之設置為目的之法人，對於在其設置學校直接供教育所用之固定資產不

¹⁸⁵ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 102-103。

¹⁸⁶ 判例時報 411 號，頁 29。

須課予固定資產稅，而系爭都稅務事務所所長對該條規定之解釋有誤，其向本案財團法人（原告）以書面告知其所有之各種學校之基地建物該當於固定資產稅之非課稅物件，不予課稅，然經八年後發現上述看法錯誤，突然賦課其溯及五年之固定資產稅，本案財團法人遂向法院主張該課稅處分違反禁反言原則應無效。法院指出：「禁止行政機關反於自己過去之言行舉止而侵害信賴其過去言行舉止之相對人利益，不論係基於禁反言法理或誠實信義原則，均係依作為法根基之正義理念所當然產生之法原則，又國家、公共地方團體基本上與國民個人同樣須受到法的支配，因此在公法之領域中並沒有應該否定該原則之適用的理由。」、「於租稅法規複雜且專門化之現代社會，國民居於善良市民的身分，為免混亂而經營社會經濟生活，信賴關於租稅法規解釋適用之政府文書等事實上之行政作用，並以其為前提作出經濟上行動，租稅行政當局亦同，為使稅務行政能達適正圓滑，不得不利用這樣事實上之行政作用，有鑑於此，對於信賴事實上行政作用而行動，且沒有任何可歸責之處的誠實善良市民，完全沒有背棄其信賴並犧牲其利益之理由。」、「特別是在行政機關之言行犯有錯誤而相對人的國民一側沒有應責備之情形，行政機關的該舉動是用如何之程序方式向相對人作表明、是否存有可認為相對人之信賴並非無理之情事、背棄其信賴使相對人承擔之不利益程度為何等諸點，對於在上述原則適用範圍之問題上，特別係相對人之信賴利益在將來是否應該受到保護這一點上是必須被斟酌的。」簡言之，日本法院認為系爭都稅務事務所一改過去態度而課處相對人溯及五年之課稅處分，係違反禁反言之法理而違法，依該判決之意旨，禁反言原則在此應該考慮以下幾點：其一，對於行政機關錯誤之言行舉止，相對人有無可歸責事由？其二，行政機關係以何種程序、方法向

相對人為表示？相對人因此而生之信賴是否有得被認為無理之情事？其三，行政機關反於自己過去之言行對相對人所造成不利益之程度如何？¹⁸⁷

不過，上述判決之上訴審，東京高判昭和 41 年 6 月 6 日¹⁸⁸，採取與原審不同之見解，關於禁反言原則法理之適用其表示：「單純之意見似乎不能作為行政機關意向之表示，而且，若肯認禁反言原則之適用將會產生違法之結果，則不應適用之。」又關於本案法理之適用部分表示：「本案錯誤課稅處置之通知，僅僅係稅務事務所長的見解或者內部之方針，不過是一種便宜、以文件告知的事實上措施，而且，被上訴人(原告，即本案財團法人)是從以前開始就誤解本案土地建物屬於非課稅者，而非因本案稅務事務所之通知始產生誤解，該通知只不過係加深其誤會，基於如此誤解之違法的處置應該早些被訂正，故不應認為有溯及效力之本案課稅處分違反禁反言之法理而無效。」採取同樣立場之其他法院判決亦不在少數¹⁸⁹，例如，名古屋地裁昭和 48 年 12 月 7 日¹⁹⁰，其案例事實略為：原告(人民)就作為保證債務之履行而提出的金額，是否該當於所得稅計算上可扣除之雜損存有疑問，於是向稅務局提出質問，並從主管長官處得到該金額該當於雜損之口頭指示，便遵從該指示之意旨進行所得稅確定申報，然而嗣後原告卻受到不該當雜損之更正處分，原告認為相關處分背棄了原告以納稅人身分對稅務署之信賴，故主張該處分反於先前之行為，依禁反言之法理不能被允許，應撤銷之。法院對此認為，只有在例外需要特別保護有善意信賴行為之國民利益的情形，才不能拒絕適用禁反言原則，而是否有所謂特別之情形，在具體案例中尚應衡量租稅法律主義、租稅負擔公平原則以

¹⁸⁷ 相關整理請見：蔡進良(1996)，《行政法上禁反言法理之比較研究》，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 119-120。

¹⁸⁸ 判例時報 461 號，頁 31。

¹⁸⁹ 關於其他類似案例請參閱：閔哲夫(1991)，《行政指導》，東京：ぎょうせい，頁 106。

¹⁹⁰ 判例時報 739 號，頁 71。

決定之。於本案中，雖然不能否認信賴主管長官所為錯誤指導之原告之期待不應被辜負，但其並未承受稅法上特別之不利益，現實上亦未受到何種損失，且本案處分若被撤銷，將殘留不當免除課稅之違法結果，故在此情形適用禁反言原則之法理並不恰當。

又如名古屋地判昭和 57 年 8 月 27 日¹⁹¹，其案例事實略為：在土地移轉所得申報之時，關於為了買受系爭土地之借金利息是否計入土地取得費一事，原告認為稅務署「應該被計入」之意見有誤，但主管長官以舊通知書作為理由否定原告之意見，因為主管長官作出遵照舊通知書之指導，故原告不得已遵從之而進行不利自己之申報，然而嗣後，在更正請求期間經過後，稅務署卻作出與原告原先意見相同內容之改正通知，而原告請求作成減額更正處分之要求未被納入，故原告主張本案之申報係基於錯誤之指導，基於誠信原則應依職權作成減額更正處分，並且應退還已繳納之稅額。法院對此認為，關於主管長官基於舊通知所為之稅務指導，因當時之舊通知書既然沒有一見即知的明顯法解釋錯誤，主管長官所為上述稅務指導並非違反誠信原則，從信義原則上難以導出行政機關有使該改正通知例外地溯及適用於原告的申報並作成減額更正處分之義務。

不過如前所述，對於行政法關係上禁反言法理之適用，不論係實務或者學說，現在已不採取全面排除之看法，而係傾向有限度承認之見解，因此有必要探討禁反言法理適用要件之問題。

¹⁹¹ 判例時報 1069 號，頁 60。

(三) 禁反言原則於行政指導場合之具體適用

大致上而言，日本實務認為在有特別需要保護相對人信賴之情形始有禁反言原則之適用，因此關於何謂「當事人之信賴利益有特別受保護之必要」即成為討論之重點。相關之論述，如京都地判昭和 59 年 3 月 30 日（京都市古都保存協力稅條例等無效確認等請求事件）¹⁹²，其案例事實略為：原告們就舊文化保護特別稅之實施，與市長約定「此種稅不會用任何名目新設或延展之」。對於該明確約定法理適用之主張，法院針對在公法領域誠信原則以及禁反言法理之適用一事，指出：「然而，因為誠信原則乃至於禁反言之法理係屬於法之一般原理，其於公法之領域亦有適用，毋須多言。亦即，行政機關與私人間因透過契約或其他類似之具體關係而產生某種信賴關係之情形，行政機關若欲顛覆該信賴關係，視個別情況將為誠信原則或禁反言法理所不容許，此時不僅成為行政機關所作處分之違法事由，有時候甚至例外地，行政全體對私人負有維持該信賴關係之具體作為、不作為義務，且私人在訴訟上可請求行政機關履行或確認之。而行政主體在判斷是否承擔上述義務時，對於作為私人產生信賴關係契機的行政機關行為之態樣、私人信賴行政機關之行動是否有正當的理由、被認為係信賴關係內容之情事在法律上評價為何（合法或者違法、有無法律上拘束力等）、私人基於該信賴關係是否負有對等之負擔或者作出犧牲、信賴關係之變遷、行政主體不得不顛覆該信賴關係是否有公益上之必要性以及其程度為何、因行政主體顛覆該信賴關係致使私人受有不利益之程度等各種情形，均有必要作總合之考量深究。」除上述判決所舉出者之外，關於行

¹⁹² 判例時報 1115 號，頁 51。

政指導在怎樣的場合得適用禁反言原則，參考向來學說以及實務所為之討論，至少應斟酌下列事項¹⁹³：

第一，行政機關是否作出行政指導。在日本之實務上，關於行政機關職員單純之意見、見解或者意向的表明，考量到該等措施仍屬事實上之措施，並非行政機關正式之「表示」，再者，因其不具拘束相對人之效力，相對人之行動仍係伴隨著自主之判斷等理由，多否定有禁反言法理之適用¹⁹⁴，基於這樣之看法，若從形式上就行政指導之性質以及拘束力而言，其大致上與單純之意見、見解或者意向的表明相去不遠，故對於行政指導似應亦否認其有禁反言原則之適用。惟如前所述，考慮到行政指導現實上可達成之機能和其重要性，以及對相對人所帶來之影響，若將行政指導此一行政措施置於行政責任的對象範圍之外，恐非妥適，故禁反言法理之適用，對於行政指導之性質來說，並無必要區分其是否屬於行政上之「正式表示」，原則上均應認為行政機關必須被自身作成之指導所拘束，問題在於，行政指導採取如何之手法和程度如何¹⁹⁵。

第二，行政指導之信賴性如何。行政指導基本上必須係由足以使相對人產生信賴之行政機關所為，且必須係在該行政機關之正當權限範圍內被進行，亦即該指導至少在外表上必須可被認為係行政機關基於「執行職務」這樣正當之權限所為。關於此點，因指導機關的地位、性質或者類別之差異，給予相對人信賴之程度將有所不同。日本實務上曾有認為進行指導者若非具有法律上處分權限之行政廳，而僅是課長層級之職員所表示之消極

¹⁹³ 詳細論述請參見：千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 114-118。

¹⁹⁴ 例如：東京高判昭和 41 年 6 月 6 日（判例時報 461 號）、名古屋地判昭和 50 年 12 月 15 日（稅務訴訟資料 83 號）。此外，最三小判昭和 56 年 1 月 27 日（判例時報 994 號）指出，關於國家以及地方自治團體所為之施政政策或計畫，其變更不會連結到「禁反言」之問題，蓋其與以特定人作為相對人之情形不同，國家或地方自治團體並非作出個別、具體之勸告或勸誘。

¹⁹⁵ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 114。

見解，即無禁反言法理之適用¹⁹⁶。對於這樣的實務見解，學者批評其無視現實上行政指導多係由行政機關職員所為，而非由行政廳正式發文作成，抑且，進行指導的時候，職員常表示諸如「市長也認可」等這樣的內容，此時透過所謂表見代理之方法作處理亦非不可想像之事¹⁹⁷。

第三，行政指導之特定性。行政指導之內容，有被充分地特定化、具體化之必要，關於此點，行政指導是以口頭為之或者是以文件方式為之，係對一般人所為或者特定個人所為，其係以何種形式作成將成為問題。就一般性質之表示而言，大致上難以被認為係引起相對人因信賴期待而受損害之誘因。日本實務上承認有禁反言法理適用之判例，係重視給予相對人之通知上存有「經過正規之結算程序」、「具有署長名之公文書」一事¹⁹⁸。另外，則有以系爭行政指導之內容僅係說明向來行政實務上對於類似情形進行處置之抽象基準為由，而否定有禁反言法理之適用¹⁹⁹。

第四，相對人之信賴與其基於該信賴之行動。亦即，必須有能合理信賴該行政指導而作出行動之情事存在，而且現實上相對人必須基於信賴而進行行動。此點考量與信賴保護原則之要件相同，本文認為重點應在於相對人信賴與其行為間之因果關係是否存在。

第五，相對人之責任。易言之，關於相對人，必須對於信賴行政指導而行動一事不具責任，或許可以稱此要求為相對人方之善意信賴。就此，諸如相對人不知道行政指導之錯誤以及違法情事，或是該指導並非因相對

¹⁹⁶ 最三小判昭和 58 年 12 月 6 日（判例時報 1123 號），該案例是關於道路用地買收過程中，行政機關職員所為之說明嗣後未實行，人民以此為理由所提起之損害賠償請求事件。

¹⁹⁷ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 115。

¹⁹⁸ 東京地判昭和 40 年 5 月 26 日（判例時報 411 號，頁 29），其係有關固定資產稅之非課稅確認等請求事件。

¹⁹⁹ 最三小判昭和 58 年 12 月 6 日（判例時報 1123 號）。

人不正當之目的以及手段所影響而獲致者等要求，信賴行政指導之相對人必須不具有可歸責之情事²⁰⁰。再者，如東京高判昭和 41 年 6 月 6 日（判例時報 461 號，頁 31）²⁰¹，其認為系爭案件從一開始即存有相對人違法的不知、誤解，並非透過行政指導始產生該誤解，因此否定有禁反言法理之適用，亦即，該實務見解係強調行政指導產生相對人之信賴，相對人並基於此作出行動，最後發生結果之因果關係，因此否定行政方面之責任。此外，關於一般基於稅務諮詢的確定申報等，因為諮詢回答之範圍被限定，且相對人依其自主判斷亦存有責任等理由，日本實務上多否定禁反言法理於此之適用餘地，這也係因為該稅務諮詢之內容以及程度有差異，故無法進行劃一的判斷。

第六，行政機關與相對人間之關係。相較於單純的行政機關與居於一般地位之國民、居民間的情形，在兩者處於對等立場時，能產生更強之信賴關係的當事者間，禁反言法理適用之程度就越強。譬如，日本實務上承認禁反言法理適用之判決中，熊本地玉名支判昭和 44 年 4 月 30 日²⁰²即指出，行政機關方面對相對人抱持著「積極地協力並援助之」的立場，相對人則係有「期待協力援助之信賴」，在雙方當事人間係成立一種「協助、互惠的信賴關係」。又如最三小判昭和 56 年 1 月 27 日²⁰³，法院認為，行政方面的「基於勸告乃至於勸誘，以維持該私人與地方公共團體間之前述施政政策為內容」，能認為係像締結契約般，雙方有「維持密切交涉之當事者間關係」。

²⁰⁰ 東京地判昭和 40 年 5 月 26 日（判例時報 411 號，頁 29）即採此看法。

²⁰¹ 其係東京地判昭和 40 年 5 月 26 日（判例時報 411 號，頁 29）之上訴審判決。

²⁰² 判例時報 574 號，頁 60。該案例係有關以公營住宅基地之建設中止違法為理由之損害賠償請求事件。

²⁰³ 判例時報 994 號，頁 26。該案例係關於以拒絕誘致企業之協力請求之行爲違法為理由之損害賠償請求事件。

第七，不利益以及損害之發生。亦即，相對人必須有因為遵從行政指導而現實上投入某程度之資金，若不適用禁反言法理會產生不利益或者發生損害之情形。又相對人所遭受之不利益須為達到某種程度之重大不利益。關於此，最三小判昭和 56 年 1 月 27 日認為，相對人就資金以及勞力之投入必須有「達到社會通念上無法忍受之程度的積極損害」這般的表現。最三小判昭和 58 年 12 月 6 日（判例時報 1123 號）亦指出，若從行政指導所得到之期待僅限於一種可能性，僅係侵害包含這樣不確定要素之事實上期待利益之程度並不足夠。日本實務上，如東京地判昭和 40 年 5 月 26 日²⁰⁴，法院認為因為溯及既往之課稅處分所帶給相對人不利益之程度係無法忽視的，故肯認有禁反言法理之適用，而其上訴審，東京高判昭和 41 年 6 月 6 日²⁰⁵，雖然其否定禁反言法理於此案件之適用，不過法院仍指出在課予相對人溯及到上年度之大金額課稅這種巨大障礙、不測之情形，有必要考慮相對人之救濟。另外如，名古屋地判昭和 48 年 12 月 7 日²⁰⁶、名古屋地判昭和 50 年 12 月 15 日（稅務訴訟資料 83 号）等判例，針對基於指導所作之所得稅確定申報，法院認為對之所為之更正處分並未使相對人受到稅法上特別之不利益，蓋該指導本來就是錯誤的，根據更正處分只係要求相對人繳納本來依據法規必須繳納之稅額，不能因此認為其使相對人受有不利益。學者對此認為，確實上述這些判例與原本相對人依據法規沒有繳納之必要，卻因為錯誤之指導而繳納過多稅額之情形有異，然如東京地判昭和 40 年 5 月 26 日所指出，即便係「本來應該繳納之稅額」，仍可能以相關申報已依行政指導而被承認作為理由，不依法進行徵收，這應該是從現實利益大小以及性格等合併考量所能決定的²⁰⁷。

²⁰⁴ 判例時報 411 號，頁 29。

²⁰⁵ 判例時報 461 號，頁 31。

²⁰⁶ 判例時報 739 號，頁 71。

²⁰⁷ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 117。

第八，適用禁反言法理之結果。關於此點應考量者，諸如，是否僅容許相對人之不當違法、該違法狀態是否被放置、該違法狀態是否僅止於過去所發生者或是將來仍繼續存在等。此外，禁反言法理適用之結果就國家以及地方自治團體方面所受到之不利益而言，是否僅止於財政上的損失，或者尚帶來對公益甚大之影響等的考慮也是必要的。

上述之事項彼此間不應各別獨立的被判斷，而應作為互相關聯、互相必要之條件被觀察，自不待言。學者指出，以上關於適用禁反言法理所應斟酌之事項僅係提示一般可見之問題點，起初關於是否有禁反言法理適用之問題，特別在行政法之領域中，是以衡平、正義作為基準，須衡量維持法治行政之原理與法規所代表的公共利益，以及行政之相對人基於個人之信賴所為行動之利益，作出相對性的決定，故上述所謂應被考量之禁反言法理適用要件，實具有不得不在具體之案例上作判斷之性質²⁰⁸。就東京地判昭和 40 年 5 月 26 日²⁰⁹而言，溯及到上年度之課稅處分並不被容許，蓋在該案例中，法院認為法規遵守之必要以及矯正過去違法情事之必要這些公益上的要求被認為係較低的，而在其上訴審，東京高判昭和 41 年 6 月 6 日，法院則係較重視矯正先前違法情事之必要，最終作出廢棄下級審判決之決定。另外，札幌地判昭和 52 年 11 月 4 日（判例時報 896 号）指出，禁反言法理作為正義理念之一種體現，在所有的法領域中均被承認，關於其適用要件，法院認為：「此正義與彼正義，須視衡量兩者間之重要程度孰輕孰重後之結果而決定之」，學者亦認為關於這樣之見解應該係妥適的²¹⁰。

²⁰⁸ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 118。

²⁰⁹ 判例時報 411 號，頁 29。

²¹⁰ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 118。

總的來說，禁反言原則與上述之信賴保護原則，在行政指導場合之運用上，其實兩者均係在處理類似的問題，即「行政機關作成與先前行政指導內容相反之行政作為時，對於信賴該行政指導之相對人，應如何加以保護」之問題，只是日本法上多使用禁反言原則之概念來處理此類問題（信賴保護原則相對較少提到），我國法上則多用信賴保護原則來解決類似問題。不過不論係禁反言法理或者信賴保護原則，其內容均過於廣泛抽象，有加以具體化之必要，學者即認為諸如契約之拘束力、行政處分撤銷之限制等法理，於行政指導場合應可類推適用之，使禁反言法理以及信賴保護原則能較細緻地被運用²¹¹。

第三節 小結

在各種非型式化之行政行為中，行政指導基於其特性能便利行政事務順暢地進行，因而日本實務於行政領域廣泛且強力地採用行政指導以完成行政目的與行政任務，在每一個行政活動之階段均不難發現其蹤跡，說行政指導為日本最具特色之行政行為之一並不為過。行政指導之運用可以使行政機關敏捷地反應社會狀況，誠有其實益存在，然不可忽略的是在行政指導過程中人民權利有無受到充分之保障，蓋行政指導若被濫用將會嚴重破壞依法行政原則，最終變成「依指導行政」，且易造成人民對政府機關之不信任感。為了避免行政機關濫權而使行政指導逸脫法治主義之範疇，除了建立完善之事後救濟制度外，更需於事前強化對於行政指導之法統制，力求行政活動過程之明朗化。

²¹¹ 藤田宙靖（2000），《行政法 I（總論）》，第 3 版再訂版，東京：青林書院，頁 330。

在法律保留原則之面向上，由於行政指導之態樣繁多，對之最佳之掌握方法即為事先之法律規範，本文以為對於行政指導事前之法律防備，透過類型化方式針對不同規制強度之行政指導分別觀察其是否需要法律依據，應屬較為可行之方法。首先應予澄清的是，行政指導並非如傳統所述一概皆屬行政事實行為，就規制性行政指導而言，有時其本質根本就是一行政處分，要求其須有法律根據乃屬當然之事。又由於行政指導並非一概不具法律效果，雖其強調相對人之任意性，但也無法全盤否認隱藏其背後之規制作用，故如認為行政機關不需有作用法上之根據，只要有組織法上依據即可為行政指導，將易造成行政機關規避作成行政處分之脫法行為。或有認為行政指導制度本來就是為了填補法律規範之不足而生，若以法律保留原則相繩不免有違該制度設置之初衷，但何種情形是為了補充法律規範之不足，何種情形是脫法行為，有難以區分問題。

而在法律優位原則之面向上，就我國之現制而言，雖然行政程序法中設有三條規定，不過其僅是就行政指導之程序公正性及責任明確性所為之最低限度規定，並未建立起完備之行政指導法治系統，可以說是引進他國立意良好之立法，卻一併帶入他國立法下之弊病。因此，有必要透過行政法上一般原理原則之活用，力求達到抑制行政指導濫用之現象。

總之，行政指導制度之改善，不外乎立基於福利國家理念之前提下，在便捷提供人民最佳之服務以及法治主義之妥善控制兩者間尋求其平衡點。日本學理及實務上之討論固可作為我國繼受行政指導制度時之借鏡，不過在介紹引進相關理論之餘，應考量我國社會之特色，對行政指導作更精緻之類型化工作，使其內涵更加完整，最根本的還是需要其他法律制度之配合，如行政程序上之規範，行政救濟之確實等，以免行政指導如同空

降之行政法怪獸，破壞整體行政法學概念體系之理論脈絡，並淪為行政機關打壓人民之利器。



第四章 對行政指導之救濟

法諺有云：「有權利必有救濟」，行政指導如有瑕疵致相對人受有損害時，當許人民透過行政爭訟等方式尋求救濟。我國公法實務及學說在論及人民之權利救濟途徑時，多從人民實質請求之內涵作觀察，將以糾正公權力行為違法為目的之行政爭訟與以請求損害賠償為目的之國家賠償訴訟兩種不同的救濟管道加以區隔，並稱前者為「第一次權利保護」，後者則為「第二次權利保護」²¹²，基於此，本章以下將分從行政爭訟（第一次權利保護）以及國家賠償訴訟（第二次權利保護）兩個不同的救濟途徑出發，探討相對人對於具有瑕疵之行政指導應如何採取有效且合理之救濟手段。

在行政爭訟上，如第二章所述，行政指導雖在大部分情形下皆屬於行政事實行為，但不能否認在某些情況下行政指導可能帶有行政處分之性質，故此時相對人究應依循何種救濟途徑以排除或填補損害，實為值得關注之議題，本文在此章節中主要討論相對人如何透過一般給付訴訟之提起獲得對違法行政指導之救濟、相對人針對違法之行政指導究竟有無提起撤銷訴訟之可能性與必要性，又第三人有無對於違法之行政指導的救濟手段等。此外，為追求權利救濟完備之暫時權利保護制度在行政指導場合應如何運用，亦為本文欲討論之問題。

國家賠償訴訟部分，行政指導之問題點主要在於其任意性之特徵是否會對公權力性、違法性以及因果關係之認定等國家賠償責任成立之要件造

²¹² 程明修（2007），〈第一次權利保護優先原則〉，《法學叢刊》，第 52 卷 4 期，頁 31-32；林三欽（2001），〈行政法上權利救濟管道的選擇—「第一次權利保護」與「第二次權利保護」之區別〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 26 期，頁 118-119。

成影響。本文將透過日本實務上所累積之大量案例進行剖析，並與我國傳統對於國家賠償責任成立與否之判斷見解進行整合。

第一節 行政爭訟

壹 終局權利保護

根據行政訴訟法第3條規定，行政訴訟的訴訟種類依其訴訟內容之不同，可劃分為撤銷訴訟、確認訴訟與給付訴訟，並於同法第4條、第5條、第6條以及第8條就其適用之態樣設有明文規定。於行政訴訟中，因為撤銷訴訟、確認訴訟與給付訴訟都包含部分關於行政處分爭議的救濟途徑，故在該三種訴訟類型的結構上，即有彼此重疊交錯的關係，不過立法者既將行政訴訟劃分成各自獨立之類型，其目的在於對當事人間之紛爭給與最直接、迅速、有效之解決，故各個訴訟類型在適用上即應處於相互排斥的關係，以符合訴訟種類分類的法理。

從訴訟法理論來說，撤銷訴訟以及課予義務是和行政處分有關的「行政處分訴訟」，相對於一般給付訴訟而言，應優先適用，且撤銷訴訟與課予義務訴訟有前置程序及起訴期間的限制，一般給付訴訟則無，為了維持行政訴訟法關於違法行政處分救濟體系的一貫性，亦應認為給付訴訟之裁判，以行政處分應否撤銷為據者，須優先適用撤銷訴訟，以免當事人規避法律就撤銷訴訟所設的特別程序規定。因此，一般給付訴訟與撤銷訴訟、課予義務訴訟的劃分，牽涉到單純行政行為與行政處分的劃分，是行政法

以及行政訴訟法上的一個基本問題²¹³，若欲針對違法之行政指導表示不服，自應在個案中先定性其法律性質後，再循相應的救濟途徑為之。本文以下擬分別探討幾種常見的，可能對於違法行政指導提供救濟管道的訴訟類型。

一 撤銷訴訟

(一) 日本傳統之觀點

按我國訴願法第 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。」行政訴訟法第 4 條第 1 項復規定：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾 3 個月不為決定，或延長訴願決定期間逾 2 個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟。」故人民對於違法損害其權利或法律上利益之行政處分，得提起撤銷爭訟請求訴願管轄機關或行政法院予以撤銷或變更。易言之，於我國現行法制下，撤銷爭訟之對象限於行政處分，必須是對相對人之具體權利義務直接發生影響變動者，相對人始得對之提起撤銷爭訟。

而日本相當於我國撤銷訴訟之規定，係行政事件訴訟法第 3 條第 2 項²¹⁴，該法條所謂「行政機關之處分」，一般認為限定於「對國民權利義務

²¹³ 彭鳳至（2001），〈行政訴訟種類理論與適用問題之研究〉，收錄於台灣行政法學會編，《行政命令、行政處罰及行政爭訟之比較研究》，臺北：翰蘆，頁 298。

²¹⁴ 日本行政事件訴訟法第 3 條第 2 項規定：「本法所謂『取消處分之訴訟』，指要求取消行政機關之處分或該當於其他公權力行使之行為的訴訟（裁決除外）。」

產生法之效果的行為」，例如東京地判昭和 49 年 7 月 22 日²¹⁵即指出：「行政事件訴訟法上，得成為抗告訴訟²¹⁶之對象，係在國家或公共團體之機關所進行的行為當中該當於公權力行使者，亦即，應限定於法律上被認為依據該行為會直接形成國民之權利義務或確定其範圍者。」職是之故，關於行政指導可否作為取消訴訟（相當於我國之撤銷訴訟）客體的問題，日本傳統通說及實務皆採否定看法，蓋行政指導通常不具有法律上之拘束力，亦未對相對人之權利義務產生法律上的影響，要肯定其得作為撤銷訴訟的對象確有困難，且行政指導縱使給予相對人強烈壓力而對其社會生活造成某程度之限制，因行政指導形式上仍未課予相對人任何義務或妨礙相對人權利之行使，故無法對之提起取消訴訟²¹⁷。

另據學者指出，行政事件訴訟法第 3 條第 2 項規定所謂「處分」者，不應以單一標準作判斷，在行政機關的行為中，何者可作為取消訴訟之對象，應該根據設置取消訴訟這個訴訟類型之旨趣，合理地加以判斷，因此，對於行政指導可否成為取消訴訟之對象的問題，應分別情況而定²¹⁸：第一，於獨立的行政指導中，為了擔保其實效性而把不服從的事實公布於眾，將這樣的制度作為取消訴訟之對象應屬適當，蓋一旦公布不服從者之姓名，該相對人必然遭受無法回復之損害；第二，除了上述情形之外，在其他獨立的行政指導中，則無使其作為取消訴訟對象的必要性，蓋行政機關雖常亂用其他行政權限以確保行政指導之時效性，但相對人只要針對其

²¹⁵ 判例時報 752 號，頁 30。

²¹⁶ 日本法上所謂「抗告訴訟」指人民不服行政機關所行使之公權力行為而提起的訴訟（行政事件訴訟法第 3 條第 1 項）。依行政事件訴訟法之規定，抗告訴訟包括取消處分訴訟、取消裁決訴訟、確認無效訴訟以及確認不作為違法訴訟。

²¹⁷ 成田賴明、南博方、園部逸夫編（1970），《行政法講義（下卷）》，東京：青林書院新社，頁 312（新井隆一執筆）；千葉勇夫（1990），〈行政指導〉，收錄於成田賴明編，《行政法の争点》，東京：有斐閣，頁 89。

²¹⁸ 山内一夫（1984），《行政指導の理論と實際》，東京：ぎょうせい，頁 104-105。

他行政權限行為提起訴訟，主張其違反行政指導之任意性而違法即可，不必要單獨針對行政指導提起取消訴訟；第三，在附隨的行政指導中，就事前勸告及對申請者之勸告而言，因為將後續的下命處分或否准申請之處分作為取消訴訟之對象，對於相對人之救濟已充足，故亦無使行政指導本身成為取消訴訟對象之必要；第四，附隨的行政指導中，關於改正勸告，於相對人不服從將有被起訴之可能性的場合，似乎有必要使行政指導成為取消訴訟之必要，惟此處之起訴係針對相對人過去的違法行為，而非針對相對人不服從勸告之行為，因此不應以改正勸告作為取消訴訟之對象，再者，若肯認得以該改正勸告作為取消訴訟之對象，則受到改正勸告者可以提起取消訴訟爭執有無違法行為之事實，而未受到改正勸告者僅能在刑事訴訟程序中爭執有無違法行為之事實，兩相對照之下顯不公平。

總而言之，依日本傳統學界及實務之見解，除了極少數之特例外，原則上，相對人即便對行政指導不服，仍須俟行政機關因相對人不遵從行政指導而作成後續的不利益行政處分，相對人對於後續不利益處分聲明不服時，方能於同一程序中一併爭執該指導之違法與不當性²¹⁹。

惟如前述，行政指導於實務上被廣泛地運用，其具有多種面貌，以行政指導未直接影響人民權益為理由而忽視其多樣性，一概將之排除於取消訴訟之對象外，這樣的看法並不適當²²⁰，再者，行政機關為了擔保行政指導之實效性，對於拒絕服從指導之相對人常採取各種的抑制措施，而肯認對於行政指導得提起取消訴訟可直接避免行政機關作成抑制措施，對相對人而言確實有一定之實益，且日本行政訴訟法制上並無如我國一般給付訴

²¹⁹ 成田賴明（1966），〈行政指導〉，收錄於雄川一郎，高柳信一編，《現代の行政》，東京：岩波書店，頁 161。

²²⁰ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 151。

訟的設計，若不允許相對人針對違法行政指導提起取消訴訟，很可能使相對人陷入無救濟途徑可循之窘境，如此對相對人之權益保護顯有不足之處，故晚近的學說與判例為突破此困境，即透過擴張解釋「處分或該當於其他公權力行使之行為」概念之方式，將某些強制性格濃烈的行政指導納入成為取消訴訟的客體。於行政不服審查程序（按：相當於我國的訴願程序）中，行政指導亦藉由相同的解釋方法而可該當於行政不服申立之對象²²¹。

至於在何種場合之下，行政指導可納入成為取消訴訟的客體，有學者舉出以下幾種情形，認為得肯認其「處分性」：第一，依法律規定，行政機關對相對人作出行政指導後，不論相對人遵從或不遵從，均發生一定之法律效果，例如遵從基於下請貸款支付遲延等防止法以及零售商業調整特別措置法之規定所為的改正違反行為之勸告、指示時，即排除適用獨占禁止法之規制規定，又允諾依獨占禁止法對於違反者之勸告時，公正交易委員會得作出與該勸告有相同意旨之審決，這些勸告是依法律直接被賦予法律效果，可比照準法律行為的行政行為²²²。

第二，於法律制度上，對於不遵守行政指導者設有不利益處置及公布於眾等制裁措施之場合，例如依照零售商業調整特別措置法，關於就製造業者、卸賣業者與中小零售商之間的紛爭所作成的調停勸告，或者對於大企業之營業行為所為之勸告等，規定主管機關得公布不遵從勸告之事實，另外如生活保護法規定，被保護者不遵從主管機關為了維持、提升其生活所為之指導時，得變更、停止或廢止對其之保護，由於該等行政指導連結

²²¹ 雄川一郎、塩野宏、園部逸夫編（1989），《現代行政法大系—行政争訟 I》，東京：有斐閣，頁 36（小高剛執筆）。

²²² 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 151-152。

後續的制裁措施，給予相對人重大的效果與影響，無法認為其僅為事實上之行政行為²²³。

第三，於法律上或者事實上，作為行政處分之先行手段所為，與處分具有同一內容之行政指導，例如為了防止公害所為之各種改善勸告（大氣污染防治法、噪音規制法等），如前所述，傳統看法認為此種情形因為相對人可待後續的行政處分或不利益措置作成時再行爭訟，故否定此時的爭訟成熟性²²⁴，惟論者批評傳統看法將導致相對人喪失爭執行政指導合法性之最佳時機，且待後續階段再行爭訟通常難以回復因此所受之損害，如此無法達成充分救濟之目的，再者，後續之行政處分以及不利益措置已經因為行政指導之作成而某程度上被特定化，相對人已可確實預見將被進行的後續階段行為，因此，應認為該等行政指導具有「處分性」並肯定其爭訟之成熟性²²⁵。

第四，作為命令及禁止等行政處分之前提而進行之行政指導，相對人若不遵從之且存在其他特定要件時即可作成該行政處分之情形，例如依兒童福祉法就兒童福祉設施之設備及營運所為之勸告、基於零售業調整特別措置法對大規模零售店鋪之開店日及店鋪面積所為之變更勸告等²²⁶。學者指出，所謂「對行政之司法的統制」是以違法行為之矯正與國民權利救濟為目的，基於力求使抗告訴訟制度之機能被妥善行使這樣的立場，在上述的場合中，對象為行政處分時可進行爭訟，惟若對象為具有同一目的、同一機能的行政指導時卻不能爭訟，確實係不合理，而從訴訟法技術之側面

²²³ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 152。

²²⁴ 田中二郎（1975），〈行政指導と法の支配—日本の企業體質〉，收錄於竹內昭夫編，《現代商法学の課題：鈴木竹雄先生古稀記念》，東京：有斐閣，頁 1435-1436；成田頼明（1966），〈行政指導〉，收錄於雄川一郎，高柳信一編，《現代の行政》，東京：岩波書店，頁 162-163。

²²⁵ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 152-153。

²²⁶ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 153。

而言，行政指導本身是否存在、其內容是否特定等皆因為行政機關隱晦的指導形式而成為問題，吾人無法否認在行政實務上對於預防性利益保護的不充足、對行政指導之救濟手段亦不完善，因在現代行政的施行上，行政指導不論質或量均占有關鍵的地位，故否定行政指導形式上的「法律效果」並排除其於抗告訴訟制度之適用，將導致法治行政實質意義之喪失²²⁷。

（二）日本晚近之觀點

於日本近來之實務上，仍以否定行政指導「處分性」之看法為大宗，不過由於人民持續地對於行政指導（特別係規制性行政指導）提起取消訴訟，不斷提供法院重新省思之機會，實務也因而逐漸有檢討之聲浪。

舉例而言，依平成 9 年修法前的醫療法規定，欲開設醫院者必須得到開設地的都道府縣知事之許可，而欲申請醫院開設之申請者只要合乎一定之要件時，都道府縣知事即必須給予其許可。為了推展醫療計畫之達成，在有特別必要之情形，都道府縣知事得聽取都道府縣醫療審議會之意見並進行醫院開設中止等之勸告。另外，依平成 10 年修法前的健康保險法 43 條之 3 第 2 項規定，將「認為作為保險醫療機關等明顯不適當時」作為都道府縣知事拒絕保險醫療機關等指定申請的事由之一。而 1987 年 9 月 21 日，厚生省保險局長通知各都道府縣知事，指出²²⁸：「在受到都道府縣知事基於（舊）醫療法 30 條之 7 所為的勸告，而相對人仍不遵從的情形，得認為該當於（舊）健康保險法 43 條之 3 第 2 項所謂『認為顯著不適當時』」亦即，依厚生省所設計的方向，基於舊醫療法 30 條之 7 規定所為的勸告，特別是醫院開設中止勸告乃至於病床削減勸告，對於不遵從勸告

²²⁷ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 153。

²²⁸ 昭和 62 年 9 月 21 日保發第 69 號厚生省保險局長通知。

者，得拒絕該相對人基於健康保險法的保險醫療機關所為的指定申請。因此，儘管有意開設醫院的人民已經完成開設的準備了，只要受到基於舊醫療法 30 條之 7 的中止開設勸告，就不遵從者的立場而言，雖然完成為了醫院開設的準備，在保險醫療機關指定的申請被拒絕的情形，若無法要求撤銷保險醫療機關指定申請的拒絕處分，將無法避免莫大的損害。因此，在個案中，欲開設醫院者於開始進行醫院建設之前，為避免權益受害，多以基於舊醫療法 30 條之 7 的勸告在程序上違法或者實體上違法作為理由，提起針對該勸告的取消訴訟。其後，伴隨機關委任事務之廢止，保險醫療機關指定之權限從都道府縣知事移由厚生勞動大臣掌有，此規定於平成 14 年修正之現行健康保險法第 65 條第 4 項第 2 號規定。

關於上述醫院開設中止勸告之爭議，富山地裁平成 13 年 10 月 31 日²²⁹對此認為，上述之勸告行為並不具備取消訴訟之對象適格性，蓋即便對於原告作成中止勸告，因為在健康保險法上是規定保險醫療機關「得拒絕指定」，故最終未必會作出拒絕指定的處分，而且在程序上，要拒絕保險醫療機關之指定時，必須經過具獨立機關身分的地方保險醫療議會的答問申述，又縱使不承認對於勸告行為可以提起取消訴訟，原告仍可透過爭執保險醫療機關指定申請的拒絕處分以資救濟，故法院在此不受理原告的訴訟。類似的看法還有名古屋高裁金澤支部平成 14 年 5 月 20 日²³⁰，其認為作為抗告訴訟對象的「處分」的該當性，應該是透過法令解釋能夠客觀地判斷者，並非可被行政實務的運用、通知以及行政機關事前的意思所能左右者，因此，儘管相對人指出到現在為止的厚生省行政實務運作實態、事前預告將拒絕保險醫療機關之指定的通知等，仍應認為直到相對人將來在保險醫療機關指定申請時受到拒絕處分為止，在法律上不能謂其不利益狀

²²⁹ 訟務月報 50 卷 7 號，頁 2028。

²³⁰ 訟務月報 50 卷 7 號，頁 2014。

態已屬確實。對於名古屋高裁金澤支部平成 14 年 5 月 20 日之看法，學者批評其無視行政運用之實態以及行政機關已表示的意思，如此解釋並不具妥當性²³¹。

另外，水戶地裁平成 15 年 4 月 8 日²³²亦有值得討論之處，其案例事實略為：原告不服茨城縣知事對其所為的病床削減勸告，針對該勸告提起取消訴訟。該判決結論上亦認為不得針對勸告行為提起取消訴訟，不過其理由構成較特別，依其判旨指出，從健康保險法的規定來看，保險醫療機關的指定雖然被解釋成是「公法上契約」的締結行為，但在沒有拒絕條件的情形，行政機關並無拒絕契約締結的自由，反面言之，具備健康保險法所定必要條件的申請者，因為有受到指定的權利，保險醫療機關指定的拒絕，當然具有行政處分性，不過在本案中，原告未獲得醫療法 27 條所規定之使用許可，因此，原告本未具備保險醫療機關指定申請權者的資格，亦即，此判決認為，未得到進行醫院建設使用許可的原告，沒有資格主張其保險醫療機關指定申請有被拒絕的危險。此判決尚指出，依（舊）健康保險法 43 條之 3 第 4 項規定，不遵從勸告雖然是拒絕保險醫療機關指定申請的要件之一，但其應屬於效果裁量的規定，即使合乎要件也不一定會作成拒絕處分，主管機關是被賦予決定是否作成拒絕處分的裁量權。此外，此判決認為有勸告權限的知事（首長）與有保險醫療機關指定的權限的行政機關不同，而且兩者未必作同樣的判斷，因為制度上必須經過以獨立組織被保障的地方社會保險醫療協議會的審議，若法院在此認可本案勸告的處分性，於本案訴訟進行中，判斷關於勸告的違法性，將侵害有保險

²³¹ 宮崎良夫（2004），〈行政指導と取消訴訟の対象適格性〉，收錄於三辺夏雄、磯部力、小早川光郎、高橋滋編，《法治国家と行政訴訟：原田尚彦先生古稀記念》，東京：有斐閣，頁 261。

²³² 引自：宮崎良夫（2004），〈行政指導と取消訴訟の対象適格性〉，收錄於三辺夏雄、磯部力、小早川光郎、高橋滋編，《法治国家と行政訴訟：原田尚彦先生古稀記念》，東京：有斐閣，頁 264-265。

醫療機關指定權限的行政機關與地方社會保險醫療協議會的第一次判斷權。

關於上述水戶地裁平成 15 年 4 月 8 日，學者批評該判決對於「公法上契約」、「效果裁量」以及「第一次判斷權」等行政法學上用語之意義與內容未能正確地理解，本案之爭點在於針對病床削減勸告可否提起取消訴訟，而法院在此卻將尚未發生、之後才可能作成的拒絕保險醫療機關之指定被解釋成是拒絕締結公法上契約，並肯認其行政處分性，完全與本案沒有任何關聯性，毋寧是多此一舉的議論。又即便認為行政機關就保險醫療機關之指定與否有「效果裁量」權限，但並非承認其有可作出與擁有勸告權限的都道府縣知事完全相異的判斷自由，蓋若肯認行政機關有此自由，不僅損害都道府縣的醫療計畫策定權限，更侵害都道府縣的自治權能。此外，該判決雖然認為應避免侵害厚生勞動大臣之「第一次判斷權」，但厚生勞動省對於不遵從基於醫療法所為之勸告者，已明白表示將拒絕保險醫療機關指定申請之方針，似乎不生其第一次判斷權受侵害之問題，同樣地，法院認為應避免侵害地方社會保險醫療協議會的「第一次判斷權」一樣語焉不詳，蓋地方社會保險醫療協議會並沒有保險醫療機關指定的權限，其僅是應行政機關的諮問而進行審議，根本沒有會侵害其「第一次判斷權」之疑慮²³³。

又水戶地裁平成 15 年 4 月 8 日之上訴審，東京高裁平成 15 年 9 月 11 日²³⁴除了訂正些許上訴人對於原判決的批判之外，基本上係援用原判決之

²³³ 宮崎良夫（2004），〈行政指導と取消訴訟の対象適格性〉，收錄於三辺夏雄、磯部力、小早川光郎、高橋滋編，《法治国家と行政訴訟：原田尚彦先生古稀記念》，東京：有斐閣，頁 265-266。

²³⁴ 引自：宮崎良夫（2004），〈行政指導と取消訴訟の対象適格性〉，收錄於三辺夏雄、磯部力、小早川光郎、高橋滋編，《法治国家と行政訴訟：原田尚彦先生古稀記念》，東京：有斐閣，頁 266-267。

意旨，其指出：「在相對人針對保險病床指定申請的拒絕處分進行爭執之場合，的確無法否定相對人的經濟上負擔相當大，不過其所謂的不利益僅屬於事實上之不利益，即使相對人有為了避免該不利益而放棄醫院開設的念頭等萎縮效果，也只是事實上者，並不是主管機關依醫療法 30 條之 7 進行勸告所產生的法律上效果。在請求取消保險病床指定申請之拒絕處分的訴訟中，於指定申請者勝訴並取消該拒絕處分之情形，該申請者可能是身為保險醫療機關的醫院，而在保險病床指定之拒絕處分被法院取消之前，關於身為保險醫療機關的醫院因無法經營所承受的損害，仍有依別的方式、訴訟等要求損害賠償之方法，例如國家賠償訴訟，而這樣的救濟方法並不一定不充分。」、「本件的勸告，不論從「勸告」一詞本身或是從關係法令的客觀的解釋出發，要承認其處分性是有困難的。」

不過東京高裁平成 15 年 9 月 11 日仍係語焉不詳，論述多有缺漏，論者對此批評如下：第一，上述兩個判決（水戶地裁、東京高裁），係結合法律之旨趣目的完全相異的醫療法以及健康保險法，把抑制新規的醫院開設、規制病床總量的舊厚生省的意圖置於考量視野之外，並將基於醫療法的勸告制度以及依據健康保險法的保險醫療機關指定（拒絕）制度切割開來理解；第二，這兩個判決，混同對基於醫療法所為勸告之爭執資格以及保險醫療機關指定拒絕處分之爭執資格，進而展開原告之適格論；第三，此兩個判決完全無視標榜法律「客觀的解釋」的醫療法以及健康保險法運用的實態，始終對法律作形式上的解釋；第四，東京高裁平成 15 年 9 月 11 日所謂「該勸告對於進行醫院開設者所帶來的萎縮效果僅僅是事實上的」，如此狹隘的評價是無視於法治主義的原則；第五，東京高裁平成 15 年 9 月 11 日於某程度之意義上，可說是作出不負責任的判斷，就本案而言，上訴人進行醫院建設、進行保險醫療機關指定申請，受到該拒絕處分而對之提起取消訴訟時，成為爭點的，雖然主要是病床削減勸告有無違法

性之問題，但於健康保險法上，若有受到勸告而不遵從的事實，即滿足了拒絕指定處分之法律要件，即便法院判斷其違法，該勸告並不會消滅，再者，當論及違法的勸告時，法院卻獨斷地無視其存在，關於作出違法勸告的知事與取消拒絕指定處分的厚生勞動大臣是否受到判決的拘束力這點，絲毫沒有被說明，尚且，受到拒絕指定處分者所承受的損害，雖然可基於別的方式、國家賠償法等進行損害賠償之請求，但是應該就龐大損害金額負起預定賠償責任者，究竟是作成違法勸告之知事所屬的地方公共團體，或者是信賴勸告而有作成保險醫療機關指定拒絕處分權限的厚生勞動大臣所屬的國家，關於此點也完全未說明²³⁵。

而除了否定見解之外，實務上明確肯認行政指導之「處分性」者，如福岡高裁平成 15 年 7 月 17 日²³⁶，其案例事實略為：原告不服熊本縣知事所為之醫院開設中止勸告，遂起訴請求確認該中止勸告無效，一審熊本地方法院以最高法院之見解為前提，指出本案之中止勸告僅為單純的行政指導，不具有處分性，且即使原告受有中止開設之勸告，原告仍有可能得到醫院開設許可，主管機關不一定對原告之保險醫療機關指定申請作出拒絕處分等理由，廢棄原告之訴。相對於此，福岡高裁平成 15 年 7 月 17 日則肯定原告（上訴人）之主張，將原判決撤銷發回熊本地方法院，其認為：第一，主管機關以醫院開設許可申請超出地域醫療計畫中所定的必要病床數為理由，作成醫院開設中止勸告之情形，依據厚生省局長先前所為之通知，即可作成保險醫療機關指定申請拒絕處分，此為已被確立的行政解釋；第二，對於不遵從醫院開設中止勸告的人，即應拒絕其保險醫療機關指定之申請之行政解釋意旨，即使是地方社會保險醫療協會也會受其強烈

²³⁵ 宮崎良夫（2004），〈行政指導と取消訴訟の対象適格性〉，收錄於三辺夏雄、磯部力、小早川光郎、高橋滋編，《法治国家と行政訴訟：原田尚彦先生古稀記念》，東京：有斐閣，頁 267-268。

²³⁶ 判例タイムズ 1144 號，頁 173。

影響；第三，在行政運用的實際狀態上，到目前為止，對於受到醫院開設中止勸告而未遵從者，主管機關並沒有作出保險醫療機關指定的前例。不僅如此，福岡高裁更指出，在全民保險制度之下，除了以特殊的醫療領域為目的之情形，在一般情況為了開設、營運醫院，從社會經濟的觀點而言，指定保險醫療機關是不可欠缺的，而受到醫院開設中止勸告者，必須在有保險醫療機關指定申請被拒絕的現實危險之下，投入相當大額度的費用以進行醫院的開設，然受到醫院開設中止勸告者除了在主管機關作出拒絕指定處分的階段可以爭執之外別無他法，就救濟途徑來說，將造成不切實際且保護不充分的結果。再者，縱使醫院開設者嗣後仍有可能得到開設許可，但因為其受到中止勸告，通常情況下多會因為無法承受經濟上的風險，而放棄醫院開設的念頭，根本不會繼續進行到保險醫療機關的指定申請階段，因此，就中止勸告是否正當一事，如果沒有司法審查介入的餘地，等同係變相容認行政機關的專斷²³⁷。總而言之，福岡高裁平成 15 年 7 月 17 日於結論上係以「相對人有受到保險醫療機關指定申請的拒絕處分的現實且具體的危險」，認為其受到保險醫療機關指定的法的利益被侵害，應肯認在中止勸告階段的爭訟成熟性為理由，承認中止勸告之處分性。

不過有學者對上述見解提出質疑，蓋福岡高裁先指出不遵從中止勸告而受到保險醫療機關指定申請之拒絕處分是事實上之問題，另一方面卻以保險醫療機關指定申請拒絕處分之高蓋然性為由，認為中止勸告所帶來的不止是事實上之效果，而係屬於法律上效果，如此論述前後似有欠缺整合性²³⁸。

²³⁷ 宮崎良夫（2004），〈行政指導と取消訴訟の対象適格性〉，收錄於三辺夏雄、磯部力、小早川光郎、高橋滋編，《法治国家と行政訴訟：原田尚彦先生古稀記念》，東京：有斐閣，頁 262-263。

²³⁸ 乙部哲郎（2008），〈行政指導の処分性に関する一考察〉，《神戸学院法学》，第 37 卷 3・4 號，頁 45。

另外如最判平成 17 年 7 月 15 日²³⁹亦持肯定看法，其指出：「參照上述醫療法及健康保險法規定之內容與其運用之實情，基於醫療法 30 條之 7 所為的醫院開設中止勸告，雖然在醫療法上被定位為屬於可期待受到勸告者得任意決定是否遵從之的行政指導，但是對於受到勸告者而言，若不遵從勸告，有相當程度的確定性會導致無法完成醫院開設或無法受到保險醫療機關之指定這樣的結果。而且，在採用所謂全民保險制度的我國，因為幾乎沒有不利用健康保險、國民健康保險而到醫院受診者，也幾乎不存在未受到保險醫療機關之指定即進行診療行為的醫院，這都是眾所皆知的事實，在無法受到保險醫療機關指定之情形，實際上對於醫院開設這件事不得不死心。合併考量基於醫療法 30 條之 7 的規定所為的醫院開設中止勸告對於保險醫療機關之指定所帶來的影響，以及在醫院經營中保險醫療機關之指定所擁有之意義，可認為該勸告相當於行政訴訟事件法第 3 條第 2 項所謂『行政機關之處分及該當於其他公權力行使之行為』。即使對於之後保險醫療機關指定之拒絕處分可透過抗告訴訟爭執之，亦不能左右上記之結論。」

又最判平成 17 年 10 月 25 日²⁴⁰，對於與上述有相同問題的事件亦做出重複的判示，本案的最高法院判決，被認為是前述判示處分性擴大化的最高法院判例之一，儘管在保險醫療機關指定申請的拒絕這點上，中止勸告不過是具有事實上的效果，但著眼於在複合階段的行政程序中所成就的作用而肯定其處分性，這可說係該判決之特色²⁴¹。不過藤田宙靖法官在此案附有補充的意見：即使不遵從本案勸告，因為「並非形成相對人的保險醫療機關指定申請當然會被拒絕的法律上的構造，若作出中止勸告，即使

²³⁹ 民集 59 卷 6 號，頁 1661。

²⁴⁰ 判例時報 1920 號，頁 32。

²⁴¹ 大久保則子（2006），〈処分性をめぐる最高裁判例の展開〉，ジュリスト 1310 號，頁 27。

指定申請被拒絕的可能性很高，其仍不過是事實上的問題，不能認為該勸告已直接形成國民之權利義務或確定其範圍」，若根據最高法院在垃圾燃燒場事件就行政處分概念所提出的「向來之公式」作判斷，本件勸告並不該當於行政處分。亦即，根據藤田宙靖法官之批評，在不遵從中止勸告的情形，應把受到保險醫療機關指定申請的拒絕處分一事當作事實上的問題來看待，其並暗示以受到保險醫療機關指定申請之拒絕處分的蓋然性很高，而認為中止勸告不是僅有事實上效果更帶有法律上效果之看法係錯誤的²⁴²。

綜合言之，在保險醫療機關指定申請之案例中，行政機關依法對於欲進行醫院開設的相對人得為中止勸告，而一般認為其屬行政指導的手法之一，問題是，不遵從中止勸告而繼續從事醫院開設者，因為其於進行保險醫療機關指定之申請時有被拒絕的可能性，則中止勸告是否仍屬一般僅具事實行為性質的行政指導，或者其已帶有行政處分之性質？答案的關鍵點應在於：中止勸告與保險醫療機關指定的拒絕之間，到底有如何的法律效果。關於此問題，儘管下級審判決多數否定中止勸告之法律效果而否認其處分性，但福岡高裁則承認其法律效果而肯認其處分性。最高裁則從所謂「以運用之時態為依據」、「作為事實的拒絕指定」等處出發，肯定中止勸告之處分性²⁴³。

如果，依相關法令之規定，只要行政機關先前已作出中止勸告，後續相對人的保險醫療機關指定申請即會被拒絕，則中止勸告與保險醫療機關之指定間的關係當然就帶有法的效果，即便以傳統的處分概念標準作認

²⁴² 乙部哲郎（2008），〈行政指導の処分性に関する一考察〉，《神戸学院法学》，第 37 卷 3・4 號，頁 46。

²⁴³ 乙部哲郎（2008），〈行政指導の処分性に関する一考察〉，《神戸学院法学》，第 37 卷 3・4 號，頁 48。

定，也能肯認該中止勸告具有處分性。但實際上，是否拒絕保險醫療機關之指定是委由知事進行裁量，相對人的保險醫療機關指定申請不一定會被拒絕，只是蓋然性較高而已，因此此處究竟有無法律效果並不明顯。學者對此指出，實務在行使裁量權限時，因為上級作出相對人若不遵從中止勸告就拒絕其申請這樣的指示方針，故應該依據平等原則進行同等的處理，縱觀過去的實務經驗，並不存在受到中止勸告的醫院最後卻受到指定者，因此在本案中也應該依據平等原則進行同樣的處置，亦即，因為平等原則之介入，使得此處穩定維持「若其受到中止勸告，即拒絕其保險醫療機關之指定申請」的法律關係構造，如此一來，似可認為中止勸告帶有廣義的法律效果，進而滿足行政處分之特徵²⁴⁴。

另外，否認中止勸告處分性的下級審判例所舉出的第二個理由，是紛爭之成熟性的問題。雖然對於指定拒絕處分在法律上得提起抗告訴訟，不過如果相對人未作好一邊冒著指定被拒絕之風險，一邊整備為了開設醫院之人的、物的設施以得到使用許可的準備，而係待拒絕指定作成後才就其提起抗告訴訟，事實上是很困難的。因此，不論依前揭福岡高裁判決所明示或者是最高裁所暗示的，均肯定中止勸告的紛爭成熟性，亦會肯認中止勸告之處分性²⁴⁵。

（三）本文看法

從上述所舉判決可以看出，日本實務上對於是否承認行政指導之「處分性」的問題，傳統上係抱持謹慎保守的態度，採否定見解者多不勝舉，

²⁴⁴ 乙部哲郎（2008），〈行政指導の処分性に関する一考察〉，《神戸学院法学》，第 37 卷 3・4 號，頁 49。

²⁴⁵ 乙部哲郎（2008），〈行政指導の処分性に関する一考察〉，《神戸学院法学》，第 37 卷 3・4 號，頁 49。

雖然並非完全沒有持肯定立場者，但終究仍係少數。不過近來有逐漸開放之趨勢，儘管不一定肯認行政指導在個案中的行政處分性質，但已有不少判決肯定其在訴訟上之「處分性」，而認為其具有抗告訴訟之對象適格性。惟本文在此並非要批評日本實務上的傳統看法，蓋對於行政指導得否提起撤銷（取消）訴訟，本來就要視個案中行政指導之性質究竟為何，若系爭行政指導確實僅為行政事實行為而未帶有法效性，自不得對之提起撤銷訴訟。日本法上之所以會針對行政指導之「處分性」進行為數不少的討論，首要原因是訴訟制度設計之故，蓋其並無一般給付訴訟之設計，若要針對行政指導敞開行政訴訟之大門，勢必要先肯認其「處分性」，誠如本論文第二章所言，在日本基於開啟救濟管道之考量，可以提起相當於我國行政撤銷爭訟程序者並不限於行政處分，尚包括具備一定條件之事實行為，簡單來說，日本所謂「處分」之概念大於我國所討論之行政處分概念，其對於「處分」與「行政行為」之概念亦未作詳細之區隔，只要係被認為有使其獲得救濟之必要者，多會放寬肯認其「處分性」，以利其獲得抗告訴訟之對象適格性。反之，我國因為有多元之訴訟類型設計，不論係行政處分或者行政事實行為，對之不服均可提起行政訴訟，故對於行政指導之定性似乎只是影響後續救濟途徑之選擇而已。不過，因為行政指導之運用手法不一，類型紛歧多變，在個案中要精確地對之進行定性確屬不易，上述日本學界與實務界之見解正可作為我國實務操作之借鏡，本文要強調的是，行政指導絕非如傳統看法般可一概定調為單純行政事實行為，若不能打破這傳統的迷思，恐怕即難以對違法行政指導進行最有效之救濟。

就最可能具有行政處分性質的規制性行政指導而言，關於其實務上常見的運用實態，本文認為可簡略區分為幾種情況：第一，依法律明文規定，行政機關對於不遵守行政指導者得進行後續的不利益措置，如公布不遵從者之姓名或處以罰鍰等。本文認為此種以其他公權力措施作為行政指導後

盾之場合，誠如本論文第二章所述，因行政機關此時係為達成特定之目的而對相對人有所要求，即其企圖發生一定法律效果的意思而表示於外部，實已具備意思表示之特徵，事實上並已課與相對人作為或不作為之義務，滿足了後續相關公權力措施發動之要件，當可認為其具備法效性而屬於一行政處分，故相對人對之不服應提起撤銷訴（願）訟。

第二，依法律明文規定，行政機關欲對相對人作成行政處分前，應先進行勸導、勸告等，即以行政指導作為行政處分之前置手段。本文認為，此處之行政指導是作成後續行政處分之前提，如同第一種情形，行政指導係滿足了後續相關公權力措施發動之要件，亦可認為其具備法效性而屬於一行政處分，相對人得對之提起撤銷訴（願）訟。

第三，對於不遵從行政指導者，法律未規定行政機關得為後續之不利措施或罰則，亦即法律未明文作任何規範。在這種情形，行政機關為擔保行政指導之實效性，仍可能在其權限範圍內使用其他手段使相對人遵從其指導，不過本文認為此時之行政指導應不具行政處分性質，而為行政事實行為，蓋其雖帶有行政機關之精神作用，但行政機關在此並未意欲藉由行政指導之作成來發生何種法律效果，即便行政機關後續可能對於不遵從指導者作出其他行為，例如拒絕相對人之申請等，但其皆屬行政機關於權限範圍內所為之裁量決定，行政機關依法本來就擁有該等權限，並不是因為行政指導之作成才滿足後續相關公權力措施發動之要件。因此若對此處之行政指導不服，應提起一般給付訴訟，而非提起撤銷訴（願）訟。

第四，行政機關依法得作成行政處分，但其選擇以行政指導形式向相對人為之，即行政機關對相對人作成一具有相同內容的行政指導，以取代原本應作成的行政處分。本文認為，對於此處之行政指導該如何定性，應

視個案情況作判斷，無法一概而論。若行政機關捨棄以行政處分之形式對相對人要求為一定之作為或不作為，係希望相對人能自發性地達成行政機關之要求，則此時之行政指導性質上屬於柔性的規導、建議，並未帶有何種法效性，僅為單純的行政事實行為，無法對之提起撤銷訴（願）訟。反之，若行政機關表面上係作單純警告，但實質上已帶有恐嚇意味（如明白表示對不聽從勸導者將予以最嚴厲之處分），其濃厚之強制性已達到或逼近使相對人不能抗拒之程度，則為避免行政機關有規避作成行政處分之虞以及濫權的危險性，應認為行政機關根本已作成行政處分，對之不服應提起撤銷訴（願）訟。

二 一般給付之訴

按行政訴訟法第 8 條第 1 項規定：「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。」此即行政訴訟法上一般給付之訴之規定，其所請求法院判決者應以「給付」為內容，包括作為、不作為或容忍，可以為財產上給付，亦可以為非財產上給付，但不包括行政處分之作成，行政機關作成行政處分，固亦為公法上給付，惟所應提起者為行政訴訟法第 5 條所規定之課予義務訴訟，其為「特別之給付訴訟」，不同於行政訴訟法第 8 條第 1 項所規範之「一般給付訴訟」²⁴⁶。一般給付訴訟旨在補充撤銷訴訟與課予義務訴訟之不足，其除了落實憲法保障人民訴訟權之精神，更可貫徹行政訴訟法第 2 條所示行政訴訟旨在解決所有「公法上爭議」之意旨。準此而言，一般給付訴訟實具有補充之功能，有稱其為「補餘訴訟」或「訴訟上多功能之武器」²⁴⁷，其意義在

²⁴⁶ 相關說明請參照：陳敏（2007），《行政法總論》，第 5 版，臺北：自刊，頁 1365。

²⁴⁷ 李建良（2000），〈試論一般給付訴訟之適用範圍〉，《律師雜誌》，第 254 期，頁 31。

於一般給付訴訟的訴之許可要件係以其他的訴訟類型（特別是撤銷訴訟與課予義務訴訟）的提起不被容許作為前提，彼此相互排斥而無競合關係，故一般給付訴訟之補充功能並不宜與確認訴訟的「補充性」或「備位性」相提並論，依事件性質應提起其他種類訴訟者，恆無提起一般給付訴訟之可能及必要²⁴⁸。行政訴訟法第 8 條第 2 項亦規定：「前項給付訴訟之裁判，以行政處分應否撤銷為據者，應於依第 4 條第 1 項或第 3 項提起撤銷訴訟時，併為請求。原告未為請求者，審判長應告以得為請求。」此即為關於一般給付訴訟之補充性的明文規定，此外，實務上歷來亦認為依事件性質應提起課予義務訴訟者，亦無提起一般給付訴訟之可能及必要，僅非屬於課予義務訴訟救濟之範疇者，始可能歸入一般給付訴訟之適用對象中²⁴⁹。

關於行政指導，因其任意性之特徵，相對有決定是否服從之自由，故有學者認為若相對人覺得行政指導之內容不妥，不如不予遵行，無須提起行政爭訟²⁵⁰，惟本文認為行政指導後續之不利處置仍可能侵害相對人權益，故相對人仍有提出行政爭訟之實益以及必要。就訴訟種類而言，誠如第二章所述，行政指導在大部分場合下皆屬於不具備法效性的行政事實行為，因此對於違法行政指導的救濟，應以一般給付訴訟作為主要手段，例如相對人拒絕遵從行政機關之指導，並主張行政程序法第 166 條第 2 項規定：「相對人明確拒絕指導時，行政機關應即停止，並不得據此對相對人為不利之處置。」此時相對人應可提起一般給付訴訟要求行政機關不得繼續為行政指導²⁵¹；又以行政指導為原因所發生之公法上給付，譬如相對人因遵從行政機關之行政指導而蒙受特別犧牲之場合，會發生損失補償等問

²⁴⁸ 程明修（2006），〈課予義務訴訟與一般給付訴訟間選擇之爭議問題分析〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 88 期，頁 51-52。

²⁴⁹ 如：最高行政法院 93 年裁字第 523 號裁定、最高行政法院 92 年判字第 1592 號判決。

²⁵⁰ 阿部泰隆（1997），《行政の法システム》，東京：有斐閣，頁 386。

²⁵¹ 李震山（1999），《行政法導論》，臺北：三民，頁 464。

題，此時一般給付訴訟即屬相對人得利用之訴訟類型²⁵²；此外，人民亦有可能積極要求行政機關作成行政指導，譬如某食品業者所生產之食用商品有危害人體之可能，消費者團體欲請求主管機關向該食品業者要求提供該商品的營養標示及成分等資訊，並建議在查明前暫緩出貨，即要求主管機關對該業者作成行政指導，此時亦應以一般給付訴訟為救濟手段。

另外，第三人得否提起一般給付訴訟要求行政機關不得對他人作成行政指導？例如金融機構金錢債權管理服務業者²⁵³與民間銀行訂有委外催收契約，行政院金融監督管理委員會認為該業者於執行催收作業時有涉嫌恐嚇討債情事，核有違銀行法第 45 條之 1 規定，遂發布新聞稿並函請銀行暫停委託該業者催收作業，直至缺失改善為止，該業者認為金管會函知銀行之行政事實行為屬於行政指導，不法侵害其財產權、營業自由等權利，主張有公法上結果除去請求權，而提起一般給付訴訟請求金管會撤銷系爭新聞稿及更正發布其他新聞稿，暨撤銷金管會該函知及更正通知銀行。最高行政法院 98 年判字第 334 號判決對此認為，金管會之行為乃係基於其金融監督管理機關之職權或所掌事務範圍內，宣示及促請往來金融機構應遵循內部控制及委外作業管理之單純事實行為及行政指導，核無違法及濫用情事，而銀行亦可拒絕金管會之行政指導，且該業者之催收技巧確實難謂正當，該業者亦非屬金管會所監督管理之金融機構，尚不具備結果除去請求權之要件，自難謂該業者在公法上有結果除去請求權存在，縱令金管會之上開行為侵害該業者之財產權或營業自由等憲法上基本權，實體法上僅得依國家賠償法請求國家賠償，該業者主張依結果除去請求權，

²⁵² 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著（2001），《行政程序法實用》，第二版，臺北：學林，頁 331（蔡茂寅執筆）。

²⁵³ 即俗稱的討債公司。

訴請金管會撤銷系爭新聞稿及更正發布其他新聞稿，暨撤銷金管會該函知及更正通知銀行，為無理由。

整理上述最高行政法院之見解，其認為第三人不得提起一般給付訴訟要求行政機關不得對他人作成行政指導之理由主要有三：其一，第三人並非行政指導之相對人，不具備訴訟權能（該案中不符結果除去請求權之要件）；其二，基於行政指導之任意性，相對人並無遵從之義務，難認第三人確有促請法院禁止行政機關對他人作成行政指導之必要；其三，若行政機關確因系爭行政指導致第三人權利受損，應循國家賠償訴訟之途徑以資救濟。惟本文認為，行政指導雖以任意性作為其主要之特色，但行政指導常會對人民造成一定程度之心理壓力，且法律明定相對人拒絕遵從行政指導時，行政機關得採取不利益處置之規定亦非少見，故相對人多會聽從行政機關之指導，最高行政法院僅以行政指導之任意性為由遽認第三人無促請法院禁止行政機關對他人作成行政指導之必要的看法，並不妥適；又國家賠償訴訟與行政訴訟是不同的權利保護途徑，得提起國家賠償訴訟並不代表即無提起行政訴訟之可能及必要，兩者應分開來判斷。要言之，第三人得否提起一般給付訴訟要求行政機關不得對他人作成行政指導之問題，如同多數實務上的訴訟爭議，關鍵還是在於本案當事人訴訟權能之有無，若第三人確有公法上之請求權可資主張，自無阻止其提起一般給付訴訟要求行政機關不得對他人作成行政指導之理。

三 預防性不作為訴訟

人民若認為行政機關所為行政指導違法侵害其權利時，得視該行政指導之性質提起撤銷訴訟或一般給付訴訟已如前述，惟除了該行政指導本身之外，人民對於行政機關後續可能作成之不利益措置是否有救濟之可能？

此即涉及「預防性不作為訴訟」之問題。關於預防性不作為訴訟，於學理上有諸多討論，譬如其是否為我國現行行政訴訟制度上所承認之訴訟類型？其是否可被涵蓋於一般給付訴訟之適用範圍？於行政指導場合可否及如何提起預防性不作為訴訟？

首先，所謂「不作為訴訟」，指原告經由給付訴訟請求法院禁止被告為侵害其權利之特定行為，而「預防性不作為訴訟」則係指原告對於當前尚未發生之權利侵害所提起的不作為訴訟²⁵⁴。關於預防性不作為訴訟是否為我國行政訴訟法所容認之問題，多數學說及實務指出，因憲法保障人民之訴訟權，行政訴訟法第 2 條亦容認公法上爭議除法律別有規定外均得提起行政訴訟，而且外國實務與學界通說均採肯定的觀點，故應認為對行政機關請求法院判令其不得為一定之行為具有法律上利益，得依行政訴訟法第 8 條規定，提起預防性不作為訴訟，惟原告欲提起此種訴訟，須以因行政機關之作為有對其發生重大損害之虞時，始得肯認其具有權利保護之必要，若對於損害之發生，得期待原告以其他適當之方法避免者，即不在此限²⁵⁵。另外，關於得以一般給付訴訟請求預防性不作為之範圍如何之問題，就「請求行政機關不要作成行政處分以外之行政行為」而言，其應屬一般給付訴訟之適用範圍，為學說及實務多數所肯認，蓋如上述，一般給付訴訟既以「行政處分以外之行政行為」為對象，則在行政機關作成該等行為之前，由人民提出不作為訴訟，毋寧視此一訴訟類型之主要目的，且不會發生規避訴願程序之問題²⁵⁶；惟「請求行政機關不要作成行政處分」是否得為一般給付訴訟所涵蓋則有爭議，採否定見解者認為行政訴訟法第 8 條第 1 項已明文限於財產上給付或非行政處分之其他給付，故不應許可

²⁵⁴ 陳敏（2007），《行政法總論》，第 5 版，臺北：自刊，頁 1409。

²⁵⁵ 如：最高行政法院 96 年裁字第 2183 號裁定。

²⁵⁶ 李建良（2000），〈試論一般給付訴訟之適用範圍〉，《律師雜誌》，第 254 期，頁 42。

為不作成某種行政處分之一般給付訴訟²⁵⁷，持肯定意見者則認為於我國現行行政訴訟法上，對於阻止行政處分之作成並無訴訟途徑之明文規定可資採行，且要求行政機關不作成特定行政處分之消極行為，並非屬於行政處分，故基於一般給付訴訟之補充性以及為了有效確保人民之訴訟權，以一般給付訴訟提供法律救濟不僅有意義，亦非法所不許²⁵⁸。

不過誠如學者所論，預防性不作為訴訟最大的問題並不在於其應否被承認的訴訟類型上爭議，重點毋寧在於「有無權利保護之必要」，尤其是人民若提起訴訟請求行政機關不得對第三人作成其所申請之行政處分者，例如要求主管機關不要發給鄰人建築執照，則此問題的關鍵應在於，原告是否具備請求行政機關不得作成特定行政處分之「公法上權利」，若否，則行政法院應以「無理由」駁回原告之訴²⁵⁹。最高行政法院 98 年判字第 1515 號判決亦指出：「按行政訴訟法第 8 條第 1 項規定：『人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。』此一規定僅係行政訴訟法關於訴訟類型之規定，原告擬提起性質上屬一般給付訴訟之預防性不作為訴訟並獲得本案勝訴判決，尚須主張其在實體法上公法上之請求權為何者。」

於行政指導場合，行政機關對相對人為一行政指導後，通常會視相對人之反應再決定是否採取後續之動作，故若相對人不服從該行政指導，除了可要求行政機關不得繼續進行行政指導之外，尚可能得提起預防性不作為訴訟，禁止行政機關作成後續的動作。譬如行政機關向相對人進行行政

²⁵⁷ 吳庚（2005），《行政爭訟法論》，第 3 版，臺北：自刊，頁 136。

²⁵⁸ 陳敏（2007），《行政法總論》，第 5 版，臺北：自刊，頁 1409；陳清秀（1999），《行政訴訟法》，臺北：翰蘆，頁 138-139。

²⁵⁹ 李建良（2000），〈試論一般給付訴訟之適用範圍〉，《律師雜誌》，第 254 期，頁 43。

指導，同時表明後續將公布已為行政指導之內容或者相對人不服從該行政指導之事實，若是項公開聲明或宣告有損相對人名譽或商譽，相對人應可對之提起預防性不作為訴訟，請求法院禁止行政機關為該項聲明或宣告，蓋此等言論一旦公諸於眾，相對人所受之損害通常即難以回復²⁶⁰。本文認為，行政指導之原意雖在於良性勸誘，但因行政機關為力求達成特定行政目的，多以其他手段來促使相對人實現行政指導的內容，可說是以行政指導為前鋒，其他行政手段則蓄勢待發，相對人此時已處於可能受有行政機關所為不利處置之危險狀態，而相對人既難以透過撤銷爭訟或停止執行制度來獲得保護，吾人應可肯認預防性不作為訴訟在此處之必要性，尤其係行政指導作成後，後續不利益處置之內容在事實上及法律上均可認為已臻明確，因此，不論行政機關的後續行為是行政事實行為或者行政處分，應認為相對人皆可透過預防性不作為訴訟之提起來除去該危險狀態，以資救濟。

貳 暫時權利保護

於行政爭訟程序進行中，常因漫長時日之經過，使得當事人的權益已蒙受不能、難以回復之損害，或者判決作成時已無救濟實益，因此，「暫時權利保護」程序實為現代行政爭訟上不可或缺之制度。暫時權利保護制度之目的乃在於平衡訴訟制度中公正性與效率性之要求，以免稽延之判決成為遲來的正義，悖逆憲法上訴訟權保障所追求之完整權利保護的理念，亦即，暫時權利保護之基礎來自於憲法上「有效權利保護之要求」²⁶¹。而

²⁶⁰ 陳愛娥（1998），〈「有效權利保障」與「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響〉，收錄於司法院行政訴訟及懲戒廳編，《行政訴訟論文彙編（一）》，司法院，頁 62。

²⁶¹ 陳愛娥（1998），〈「有效權利保障」與「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響〉，收錄於司法院行政訴訟及懲戒廳編，《行政訴訟論文彙編（一）》，司法院，頁 63。

在制度設計上，暫時權利保護僅給予當事人「暫時」的權利保護，原則上不得經由此制度對於本案主要問題作成「終局」之決定²⁶²。

依現行訴願法及行政訴訟法之相關規定，行政爭訟程序之暫時權利保護制度可分為「停止執行」以及「保全程序(假扣押與假處分)」，保全程序中的假處分又可分為保全強制執行之處分(保全命令)與定暫時狀態之處分(規制命令)。「停止執行」主要適用於撤銷爭訟與確認行政處分無效訴訟，「保全程序」則適用於其他行政訴訟類型。針對行政指導之場合而言，首先，根據本文第二章之結論，因為行政指導中亦可能存在具有行政處分之性質者，故於系爭爭訟中運用「停止執行」程序並非不能想像之事；另外，因為行政指導在一般情況下不會涉及公法上金錢給付義務的問題，故「假扣押」程序與行政指導關聯不大，有適用之必要者應為「假處分」程序。因此，本文以下擬討論在關於行政指導爭議的行政訴訟中，「停止執行」以及「假處分」這樣的暫時權利保護雙軌制應該如何運用？我國法制與外國法制在適用上有何不同？吾人能否期待其發揮何種功用？

一 停止執行

停止執行此一暫時權利保護制度之設計，是為了防止在行政救濟過程中因原處分遂行之結果導致行政救濟失去實益或造成一既成之事實或狀態。如上所述，停止執行主要適用於撤銷爭訟與確認行政處分無效訴訟，即與行政處分息息相關，因而在傳統認為行政指導為一事實行為之見解下，行政指導可否適用停止執行制度即生疑義。關於停止執行制度與行政

²⁶² 陳敏（2007），《行政法總論》，第5版，臺北：自刊，頁1564。

指導間的適用關係，本文以下欲分從日本法制與我國法制兩方面作簡單的分析與比較，嘗試整理歸納兩者之異同處，並對傳統見解提出批判。

(一) 日本法制

按日本行政不服審查法第 34 條第 4 項規定：「請求審查人依前兩項規定申請(按：即申請停止執行)者，為避免處分、處分之執行或程序之續行所生重大之損害而認為有緊急之必要時，審查機關應停止執行。但停止執行對公共福祉有重大影響之虞，或處分有不能執行或程序有不能續行之虞，或得視本案為無理由時，不在此限。」另日本行政事件訴訟法第 25 條第 2 項規定：「提起撤銷行政處分之訴時，為避免因處分、處分之執行或程序之續行所生重大之損害而有緊急之必要時，法院得依聲請以裁定停止處分之效力、處分之執行或程序之續行之全部或一部(以下稱「停止執行」)。但處分效力之停止，於處分之執行或程序之續行已得達到目的時，不得為之。」同法條第 4 項規定：「停止執行，對於公共福祉有重大影響之虞，或得視本案為無理由時，不得為之。」日本停止執行制度之立法例為我國訴願法及行政訴訟法修法時之主要參考依據，無論是在體例或文句用語上，我國現行規定與日本法之相關規定明顯有一定之相似度，因此，關於日本法制的比較觀察，當有其意義²⁶³。

關於停止執行之實體要件，通說認為有「有為迴避重大損害之緊急必要性」、「於公共福祉有重大影響之虞」、「得視本案為無理由」等要件，前

²⁶³ 林明昕(2006)，〈行政爭訟上停止執行之實體審查標準—以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心〉，收錄於湯德宗、劉淑範主編，《2005 行政管制與行政訴訟》，中央研究院法律學研究所籌備處，頁 9-10。

者稱為積極的要件，後兩者稱為消極的要件²⁶⁴。而就停止執行之對象而言，日本法制下限於「處分、處分之執行或程序之續行」，而所謂處分指的係「行政機關之處分或該當於其他公權力行使之行為」，亦即，停止執行之對象與作為本案取消(撤銷)訴訟之對象相同，均以會產生公定力之「行政行為」概念為核心。因此，關於相對人針對行政機關所為之行政指導是否可以聲(申)請停止執行之問題，須視個案中具有非權力事實行為性質之行政指導是否合乎「行政行為」之概念。關於非權力事實行為的暫時權利保護，從理論上或救濟之實效性面向觀察，會有應依行政訴訟的停止執行制度或者應依民事訴訟的假處分制度作處理的問題，蓋日本行政事件訴訟法第 44 條規定：「關於行政機關之處分或該當於其他公權力行使之行為，不能作成民事保全法(平成元年法律第 91 號)中所規定之假處分。」該條規定之立法目的在於避免因假處分之進行而阻礙行政機關公權力之行使，不論本案訴訟係行政訴訟或民事訴訟，亦不問假處分之態樣為何，一概不予允許。不過論者指出，既然(日本)憲法第 32 條明文保障「接受裁判之權利」，而其解釋上包含在本案判決前要求受暫時權利保護之權利，則行政事件訴訟法第 44 條適用之界限即在於，不論係適用停止執行程序或假處分程序，總之不能使暫時權利保護產生空隙。因此，力求消除暫時權利保護之空白部分以解釋停止執行之對象是非常重要的，行政事件訴訟法雖然沒有就非權力行政的事實行為特別作規定，但解釋上其仍可作為停止執行之對象²⁶⁵。

²⁶⁴ 值得注意的係，「重大損害」此一用語係由「難以回復之損害」修正而來，該次修法同時將是否合乎重大損害的判斷因素明文化(行政事件訴訟法第 25 條第 3 項)，即：「回復損害的難度」、「損害之性質及程度」、「處分之內容及性質」。如此修訂主要係強調損害之程度或量，並有意緩和該要件，使停止執行更容易被肯認。相關論述請參照：南博方、高橋滋編(2009)，《條解行政事件訴訟法》，第 3 版補正版，東京：弘文堂，頁 491-492(金子正史執筆)。

²⁶⁵ 南博方、高橋滋編(2009)，《條解行政事件訴訟法》，第 3 版補正版，東京：弘文堂，頁 484(金子正史執筆)。

非權力之事實行為，諸如道路、天橋、垃圾焚燒場、火葬場或機場等各種公共設施之設置。觀察相關之判例，關於非權力事實行為之處分性的問題，圍繞著停止執行及假處分兩個不同程序，有極多的判例，不過因為訴之種類、態樣相當複雜紛歧，無法得出首尾一貫的理論。例如名古屋地裁昭和 54 年 3 月 27 日（判例時報 943 號，頁 80），其認為垃圾焚燒場等「忌諱設施」之設置、作業行為並不該當於公權力之行使，故排除行政事件訴訟法第 44 條之適用，應依民事保全法上之假處分程序處理²⁶⁶。反之，在道路建設的眾多案例中，雖有否定建設行為之處分性者，但不乏有採肯定見解者²⁶⁷。而最高裁在昭和 56 年在大阪國際機場事件則作出最大判昭和 56 年 12 月 16 日（民集 35 卷 10 號，頁 1369），其指出關於在一定時間帶內禁止大阪國際機場起降飛機之請求，不應依民事訴訟程序為之。不過日本實務及學理上對於行政指導應如何適用停止執行制度之問題著墨甚少，相關之討論其實都集中在行政機關對於不服從指導之相對人所採取之後續不利益處置行為，而對於行政指導行為本身應如何進行暫時權利救濟之問題反倒係有意無意地迴避。

總之，若按日本學理上脈絡一貫之討論，當事人對於行政指導得否利用停止執行制度以保護自身之權利，須視系爭行政指導有無具備「處分性」，若答案為肯定，則當事人可對系爭指導提起取消（撤銷）訴訟，並得依相關規定聲請停止執行。惟如同本文第二章第三節以及本章關於撤銷訴訟之討論所述，在日本可以提起相當於我國行政撤銷爭訟程序者並不限於行政處分，尚包括具備一定條件之事實行為，簡單來說，日本所謂「處

²⁶⁶ 採相同立場之其他判例，如：東京高判昭和 52 年 11 月 16 日（行集 28 卷 11 期，頁 1226）；廣島高決昭和 48 年 2 月 14 日（判時 693 號，頁 27）等。

²⁶⁷ 否定道路建設行為之處分性者，如：東京高判昭和 49 年 4 月 30 日（行集 25 卷 4 號，頁 336）；神戶地尼崎支判 53 年 10 月 27 日（判夕 374 號，頁 139）等。肯定道路建設行為之處分性者，如：東京地決昭和 45 年 10 月 14 日（行集 21 卷 10 號，頁 1187）；廣島高決昭和 54 年 3 月 3 日（判夕 382 號，頁 105）等。

分」之概念大於我國所討論之行政處分概念，其對於「處分」與「行政行為」也未作詳細之區隔，故本文在此要強調的係，在日本學理及實務之討論上，仍把行政指導性為行政事實行為之一，在此前提之下再行探討其救濟之可能性，此點與我國法明顯相異，蓋於我國法制下，針對行政事實行為不可能提起撤銷訴訟，亦不可能對行政事實行為聲請停止執行，吾人不可不察。

（二）我國法制

按訴願法第 93 條以及行政訴訟法第 116 條以下之規定，原處分機關、受理訴願機關或行政法院在一定條件下得基於職權或依當事人之請求停止行政處分之執行。學者認為停止執行其實係假處分制度的特別類型，在停止執行可適用之範圍內，依特別法優先適用之法理，假處分無適用之餘地，蓋事實上行政爭訟法縱無停止執行制度之設計，法院也可以藉由行政訴訟法第 303 條準用民事訴訟法第 535 條，以暫時停止不利處分之效力為假處分之內容，藉此滿足停止執行應有之功能²⁶⁸。又學者指出，所謂「停止執行」應做廣義的理解，其係指學理上之「延宕效力」，即阻止行政處分發生法律上或事實上之效果，而非僅停止行政處分之強制執行，故我國之停止執行制度非但得適用於具有執行力之執行性行政處分，而應與德國法相同，更廣泛地擴及至包括確認性與形成性之行政處分的範圍在內²⁶⁹。另外要注意的係，無效之行政處分本無效力可言，不過在系爭行政處分是否無效尚未明確時，仍有可能被予以實施，為保障當事人之權益，行政訴

²⁶⁸ 林明昕（2002），〈暫時權利保護程序之實體裁判要件（一）〉，《法學講座》，第 6 期，頁 62。

²⁶⁹ 陳敏（2007），《行政法總論》，第 5 版，臺北：自刊，頁 1566；林明昕（2001），〈論行政訴訟法上之「執行（不）停止原則」〉，《月旦法學雜誌》，第 77 期，頁 69。

訟法第 117 條特別規定，於確認行政處分無效之訴訟準用同法第 116 條之規定。

關於停止執行之要件，觀察行政訴訟法第 116 條第 2 項之規定，有四個實體要件：難以回復之損害、有急迫情事、非於公益有重大影響、原告之訴在法律上並非顯無理由²⁷⁰。學者指出，依據德國法制之經驗以及行政訴訟法第 116 條第 2 項之規定，有關停止執行裁定之實體審查應該採取「階段體系 (Stufen-system)」模式作為標準，亦即²⁷¹：第一階段，先為「略式審查 (summarische Prüfung)」，初步判斷原告之本案訴訟有無勝訴希望；第二階段，「略式審查」配合「利益衡量 (Interessen-abwägung)」，即本案勝訴希望不明顯時，停止執行與否仍取決於勝訴希望之蓋然性，但若執行或不執行之結果嗣後不能或難以回復至原始狀態時，此際停止執行與否應取決於有無回復之可能；第三階段，純粹「利益衡量」，即本案勝訴或敗訴均有可能或完全不明時，應平衡執行與不執行間各種可能之利益以決定執行與否。這種審查模式之優點在於，至少能避免暫時權利保護程序之結果與本案判決的結果間出現重大歧異，以致於系爭處分執行或不執行的錯誤風險，不正常地分配在雙方當事人之一方²⁷²。

²⁷⁰ 不過我國法院實務向來對於停止執行之審查，幾乎僅偏重在討論系爭個案中是否有「難以回復之損害」的情事，又因傳統實務認為難以回復之損害指難以用金錢填補，故我國實務上對於「難以回復之損害」的概念係作甚為狹隘之認定，准許停止執行之可能性微乎其微。相關批評請參照：林明昕 (2006)，〈行政爭訟上停止執行之實體審查標準—以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心〉，收錄於湯德宗、劉淑範主編，《2005 行政管制與行政訴訟》，中央研究院法律學研究所籌備處，頁 21-22。

²⁷¹ 林明昕 (2006)，〈行政爭訟上停止執行之實體審查標準—以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心〉，收錄於湯德宗、劉淑範主編，《2005 行政管制與行政訴訟》，中央研究院法律學研究所籌備處，頁 35-36。其他相關文獻，請參見：陳英鈺 (2003)，〈論撤銷訴訟之暫時權利保護—從雙贏的風險分配評析實務見解〉，收錄於葛克昌、林明鏘主編，《行政法實務與理論—臺大法學論叢公法特刊 (一)》，臺北：元照，頁 254-255。

²⁷² 林明昕 (2006)，〈論 ETC 案中之行政爭訟問題—以暫時權利保護為中心—〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 82 期，頁 232。

於我國法下，關於行政指導之場合，傳統認為行政指導僅為行政事實行為之一，殊無利用停止執行程序之可能，然如本文第二章所述，本文主張行政指導中亦可能存在具有行政處分之性質者，若可認定當事人對於系爭行政指導得提起撤銷之訟或確認行政處分無效之訟，則此時當有利用停止執行程序以保護當事人權益之必要。就得針對行政指導提起撤銷訴訟之情況而言，按照前述之討論，關於依法律明文規定，行政機關對於不遵守行政指導者得進行後續的不利益措置，如公布不遵從者之姓名或處以罰鍰等，或依法律明文規定，行政機關欲對相對人作成行政處分前，應先進行勸導、勸告等，即以行政指導作為行政處分之前置手段等情形，本文認為，此處之行政指導係滿足了後續相關公權力措施發動之要件，可認為其具備法效性而屬於一行政處分，當事人得對之提起撤銷訴（願）訟，同時，若具備難以回復之損害、有急迫情事、非於公益有重大影響、原告之訴在法律上並非顯無理由等停止執行之實體要件，當事人亦得利用停止執行程序來凍結、延宕系爭行政指導（行政處分）之效力，如此行政機關即無從發動後續之相關公權力措施，更可有效保障當事人之權益。

二 假處分

假處分制度具有暫時權利保護之「補遺作用」(Auffangsfunktion)，凡是非停止執行制度或假扣押制度之適用案件，皆得透過公法上之假處分獲得保護，故藉由假處分制度可追求一個完美、無漏洞之暫時權利保護體系。惟於日本法上，相較於停止執行制度有明文規定，假處分制度並未規範在行政事件訴訟法中，亦即，日本法制係採停止執行與假處分分離之設計，屬於公權力之行使者適用公法上停止執行制度，而未涉公權力之行使者則透過民事保全法上之假處分制度獲得保障，日本行政事件訴訟法第44條即規定：「關於行政機關之處分或該當於其他公權力行使之行為，不能

作成民事保全法（平成元年法律第 91 號）中所規定之假處分。」而日本法制上類似的制度為「暫時課予義務及暫時禁制制度」（仮の義務付け、仮の差止め制度）。反之，我國則有明文規範公法上之假處分制度。本文以下將分別探討日本「暫時課予義務及暫時禁制制度」與我國「公法上之假處分制度」是否得直接適用於行政指導之場合？其面對行政指導之問題得發揮何種規範作用？

（一）日本法制

按日本行政事件訴訟法第 37 條之 5 規定「暫時課予義務及暫時禁制制度」²⁷³，其係日本行政事件訴訟法於 2004 年修正時所新增之制度。在修法前，行政訴訟事件法中只有停止執行制度之規範，而無類似德國行政訴訟法上假處分制度（*einstweilige Anordnung*）之設計，故關於暫時權利保護體系之充實一直為日本學界及實務界努力之目標。惟解釋論之方法終究有其界限，例如關於拒絕申請之處分，因當事人在此欠缺聲（申）請停止執行之利益，無法肯認對其得依停止執行制度獲得暫時之保護，而且因為行政事件訴訟法第 44 條之規定，不論於爭執拒絕申請處分之情形，或者請求行政機關行使規制權限之課予義務訴訟之情形，均欠缺有效之暫時權利保護手段，故學者多主張應透過立法，導入類似德國行政訴訟法上假處分制度之設計。在此背景之下，行政事件訴訟法於 2004 年修正時即配

²⁷³ 行政事件訴訟法第 37 條之 5 第 1 項規定：「於提起課予義務訴訟之情形，為避免因未作出關於該課予義務訴訟之處分或裁決所生之無法彌補之損害，在有緊急之必要，且本案得視為有理由時，法院得依聲請，裁定命行政機關暫時作成該處分或裁決。」；同法條第 2 項規定：「於提起禁止訴訟之情形，為避免因關於該禁制訴訟之處分或裁決作出後所生無法彌補之損害，在有緊急之必要，且本案得視為有理由時，法院得依聲請，裁定命行政機關暫時不得做出該處分或裁決。」

合新增之課予義務訴訟以及禁止訴訟這兩個訴訟類型，在停止執行制度之外，新增了「暫時課予義務及暫時禁制制度」²⁷⁴。

暫時課予義務及暫時禁制制度在適用上要注意的係，當事人聲請暫時課予義務或暫時禁制時，必須已有具備本案訴訟適格性之訴訟正在繫屬中，且該訴訟須滿足訴訟要件而為合法者，該暫時課予義務或暫時禁制之聲請始為適法，此點與不提出本案訴訟亦能聲請的民事保全法上之假處分相異。若要聲請暫時課予義務，必須先提起適法之課予義務訴訟，若要聲請暫時禁制，則必須先提起適法之禁制訴訟，而作為其對象的處分或裁決須具有同一性亦無需多言²⁷⁵。因此，暫時課予義務與暫時禁制之程序要件包括本案訴訟之合法繫屬及當事人適格。至於暫時課予義務與暫時禁制之實體要件則包括以下三個：避免無法賠償之損害且有緊急之必要性、本案訴訟得視為有理由以及對於公共福祉無重大影響之虞。

總的來說，日本行政事件訴訟法中之暫時權利保護制度係將行政訴訟類型與暫時權利保護手段作連動性之思考，關於暫時課予義務與暫時禁制，分別與課予義務訴訟與禁制訴訟形成配套關係，停止執行則與取消訴訟搭配，共同構築了現行之暫時權利保護體系。其優點在於各類型間有明確區分，一旦當事人擇定本案之訴訟類型後，其暫時權利保護之手段亦同時確定，省去當事人因選擇錯誤所可能造成之訴訟風險，亦有助於法院審

²⁷⁴ 關於日本修法過程之詳細介紹請參照：長谷川佳彥（2010），〈行政事件訴訟法における仮の義務付け・仮の差止め制度の研究（一）—仮命令制度・執行停止制度との比較の見地からする考察—〉，《關西大學法學論集》，第59卷第5號，頁7-13。中文文獻請參照：蕭于哲（2009），〈論日本行政訴訟中課予義務訴訟與禁制訴訟之暫時權利保護—以暫時課予義務與暫時禁制為中心〉，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁37以下。

²⁷⁵ 南博方、高橋滋編（2009），《条解行政事件訴訟法》，第3版補正版，東京：弘文堂，頁674（永谷典雄執筆）。

理效率之提升²⁷⁶。在此脈絡之下，關於行政指導之場合得否適用暫時課予義務及暫時禁制制度之問題，本文認為可分從針對行政指導本身以及針對行政指導後續可能之不利處置兩個面向作討論：

首先係針對行政指導本身，於當事人欲消極要求行政機關不要繼續進行行政指導時，若可肯認系爭行政指導之處分性，則當事人在此應優先適用之暫時權利保護手段應係停止執行。而若否定系爭行政指導之處分性，則因對於不具處分性之行政指導無法提起禁制訴訟，故亦無法適用暫時禁制制度，此時或可考慮民事保全法上之假處分作為暫時權利保護手段，惟對於不具處分性之行政指導，因為行政指導本身所具有之任意性特色，故實際上當事人可採取消極抵抗、不服從之態度即可，無謀求暫時權利保護之實益。而於當事人欲積極請求行政機關進行行政指導之場合，若可肯認系爭行政指導之處分性，則因當事人可提課予義務訴訟，故理論上應以暫時課予義務為此處之暫時權利保護手段，惟實務上幾乎看不到相類似之案例。而若否定系爭行政指導之處分性，則因對於不具處分性之行政指導無法提起課予義務訴訟，故亦無法適用暫時課予義務制度，此時可考慮之手段一樣為民事保全法上之假處分，惟因行政指導在此僅有事實上之影響力，故難認行政機關不作成行政指導會造成相對人有發生顯著損害或急迫危險之虞，無法想像在此可滿足假處分之實體要件。關於上述討論，以圖表整理如下：

²⁷⁶ 蕭于哲（2009），《論日本行政訴訟中課予義務訴訟與禁制訴訟之暫時權利保護—以暫時課予義務與暫時禁制為中心》，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 119。

系爭指導性質 當事人之目的	具處分性	不具處分性
消極請求不要繼續進行行政指導	停止執行	假處分（難滿足要件）
積極請求作成行政指導（實務上罕見）	暫時課予義務	假處分（難滿足要件）

【針對行政指導本身可能得採取之暫時權利保護手段】

由此可知，撇開實務上罕見的當事人積極請求作成行政指導之場合不談，針對行政指導本身而言，因行政指導之任意性等特徵，對之尋求暫時權利保護之實效性甚低，實務上亦少有相關案例。於理論上，僅於系爭行政指導具備處分性，而當事人欲防止行政機關繼續進行行政指導時，有聲（申）請停止執行之實益，至於暫時課予義務及暫時禁制制度，甚至民事保全法上之假處分制度，均可說與行政指導沾不上邊。

另外，針對行政指導後續可能之不利處置，若該等處置具備處分性，當事人可對之提起禁制訴訟，並得聲請暫時禁制。若該等處置不具備處分性，則無法對之聲請暫時禁制，此時可提供保護的係民事保全法上之假處分制度²⁷⁷。相較於上述針對行政指導本身應如何進行暫時權利保護之討論，此處的問題顯得簡單許多，即視後續不利處置是否具備處分性以決定應適用暫時禁制制度或者民事保全法上之假處分制度後，再檢討是否合乎各該制度之程序及實體要件。實務上，東京高裁平成 19 年 11 月 13 日，

²⁷⁷ 不過此處一樣有難以滿足假處分要件之問題。

其案例事實略為：當事人為醫療法人團體，基於看護保險法開設看護老人保健之設施，然栃木縣知事依看護保險法第 103 條第 1 項對當事人進行勸告，要求當事人限期改善其營運方式，若不遵從將公布其不遵從之事實並作成停止業務命令等，當事人認為行政機關認定事實錯誤，遂依行政事件訴訟法第 8 條第 1 項針對系爭勸告行為提起取消訴訟，又針對後續可能作成之公布及相關命令提起禁制訴訟，並依同法第 37 條之 5 第 2 項要求暫時禁制後續之公布及相關命令之作成。東京高裁對此認為，該公布行為只是對國民提供資訊，並未因此形成或確定何種權利義務，故並不具備處分性，當事人所提禁制訴訟不合法，暫時禁制之請求亦不適法；此外，對於停止業務等命令，東京高裁認為所謂「無法賠償之損害」係指無法以金錢賠償者，或僅以金錢賠償依社會通念顯不相當者，然於本案中，當事人因停止業務等命令所生之損害僅屬經濟上之損害，並不構成「無法賠償之損害」，故暫時禁制該等命令之請求亦不適法。

（二）我國法制

按行政訴訟法第 298 條及第 303 條之規定，對公法上金錢債權給付以外之行政爭訟，為確保將來之強制執行，得聲請行政法院酌定必要之方法為假處分，或為避免未來之損害或危險，亦得聲請行政法院為定暫時狀態之處分。學說上稱前者為「保全處分」，其目的在確保現有狀況，涉及不作為及結果除去之防禦請求權，法院只能採取「存在保護措施」；後者則稱之為「規制處分」，以作成暫時設定或擴張法律地位之措施為目的，行政訴訟法第 298 條第 3 項規定即明示，定暫時狀態之處分得命先為一定之給付²⁷⁸。惟保全處分與規制處分之概念區分實非易事，日本學說於討論民

²⁷⁸ 陳敏（2007），《行政法總論》，第 5 版，臺北：自刊，頁 1577-1578。

事保全法之各個保全制度時即指出，實際上在很多場合，「保全將來強制執行」的假處分，同時也可認為係屬於「避免因遲延所生顯著之損害或急迫之危險」的定暫時狀態假處分，反之亦同，尤其在作成命不作為的假處分情形更是如此，事實上，不論在日本或德國，實務上作成假處分時，不一定會嚴格區分本案屬於兩種假處分中的哪一個，基本上可認為該兩種假處分類型並無法律上之差異²⁷⁹。由於公法上假處分制度係屬於脫胎於民事訴訟法之制度，故我國行政訴訟法上之假處分，直接、間接反映著我國民事法學繼受日本民事訴訟法學，乃至於日本（舊）民事訴訟法本身所繼受之德國民事訴訟法學之特色，故上開見解極具參考價值。我國亦有學者指出，依據德國法學之經驗，保全處分與規制處分其實在個案中很難進行區分，事實上單純的保全處分，而完全不帶有定暫時狀態之性質，殊難想像²⁸⁰。基於此，本文以下關於假處分之討論將不細分保全處分與規制處分兩種概念。

關於我國公法上假處分制度，首先要注意的係，依行政訴訟法第 298 條條文廣泛的文義觀之，似有意將之設計為得以適用在任何爭訟事件之場合，雖然同法第 299 條規定：「關於行政機關之行政處分，不得為前條之假處分。」不過依立法者之立法理由說明可知，其目的不在造成一種既不能適用停止執行，亦不能適用假處分之暫時權利保護制度外之空間，相反地，該條文之本意正是在承認假處分制度有廣泛適用於各種爭訟事件可能的基礎上，進一步釐清停止執行乃一種優先於假處分適用之特別制度，所以在前者適用之範疇內，排除後者之適用，以免兩者並行適用造成制度上

²⁷⁹ 竹下守夫、藤田耕三編（1996），《注解民事保全法（上卷）》，東京：青林書院，頁 11-12（松浦馨執筆）。

²⁸⁰ 林明昕（2005），〈假處分之本案事先裁判—兼論行政訴訟法第二百九十八條第三項之規範意義—〉，《中原財經法學》，第 15 期，頁 33。

之混亂。從而，學者多主張於無適用停止執行制度可能的課予義務訴訟情形，仍得適用假處分，不因行政訴訟法第 299 條之不當文義而受阻礙²⁸¹。

於我國現行法制下，關於行政指導場合應如何適用假處分制度之問題，一樣可分從針對行政指導本身以及針對行政指導後續之不利處置行為兩個面向作觀察。首先對於行政指導本身，如本文所持一貫之立場，必須先確定系爭行政指導之性質為何，方能作進一步之判斷。若系爭行政指導具備行政處分性質，則當事人欲消極請求停止指導，應循停止執行程序，反之，若當事人欲積極請求作成指導，則因此時須提課予義務訴訟，依上開討論，在行政訴訟法第 299 條修正之前，應從有效權利保護之原則出發對之作限縮解釋，課予義務訴訟情形，仍得適用假處分。而若系爭行政指導不具備行政處分性質而屬單純行政事實行為，則不論當事人欲積極請求作成指導或消極請求停止指導，均應適用行政訴訟法第 298 條之假處分制度，不過不具法效性之行政指導，因其任意性之特色，似難肯認有聲請假處分之必要。

不過在系爭指導具行政處分性質，當事人欲積極請求該行政指導而提起課予義務訴訟，並聲請假處分命行政機關先作成行政指導之情形，尚有「本案事先裁判 (Vorwegnahme der Hauptsache)」之問題。所謂「本案事先裁判」係指法院所命之假處分在內容上，與聲請人在本案訴訟所欲追求之勝訴裁判內容一部或全部一致，而致聲請人在未受本案裁判前，即已一部或全部達到本案訴訟所欲追求之目的。德國實務認為，假處分程序不能賦予本案訴訟才能獲得之內容，故有本案事先裁判禁止原則，但為避免使

²⁸¹ 林明昕 (2002)，〈暫時權利保護程序之實體裁判要件 (一)〉，《法學講座》，第 6 期，頁 63。相同見解請見：翁岳生編 (2002)，《行政訴訟法逐條釋義》，臺北：五南，頁 755-756 (林明鏞執筆)。

聲請人地位惡化，若無該假處分將對聲請人造成無可期待之不利益，且聲請人之本案訴訟很有可能獲得勝訴，則例外准許假處分²⁸²。於我國，實務見解較德國實務還要不利於聲請人之權利保護，行政法院只要遇到所謂一次性給付、非繼續性之法律關係，幾乎都會駁回假處分之聲請，論者即批評我國實務見解對於行政訴訟法第 298 條第 2 項加上了「繼續性之法律關係」為要件，實已脫離文義解釋之範疇，且本案事先裁判禁止原則忽略暫時權利保護制度之功能本在於暫時性滿足、減少判決錯誤之風險以及權利確保，其不僅在認識論上站不住腳，更違背憲法第 16 條對有效權利保護之要求²⁸³。從而，有學者明白指出，行政訴訟法第 298 條第 3 項依其立法意旨，實足作為我國行政訴訟上假處分之本案事先裁判在實證法上的基礎，如此不但符合比較法上之觀察，又能呼應晚近若干民事訴訟法學者鼓吹承認本案事先裁判之主張²⁸⁴。本文亦贊同此見解，故「本案事先裁判」不會成為聲請假處分命行政機關先作成具行政處分性質之行政指導的阻礙。

關於上述分析以圖表整理如下：

²⁸² 惟德國實務上之例外不勝枚舉，大量之例外令人懷疑此原則例外之關係是否還站得住腳。相關實務見解及學說批評之介紹請參見：林明昕（2005），〈假處分之本案事先裁判—兼論行政訴訟法第二百九十八條第三項之規範意義—〉，《中原財經法學》，第 15 期，頁 15-20；陳英鈞（2005），〈從有效權利保護論公法上假處分—與最高行政法院的裁定對話〉，《臺大法學論叢》，第 34 卷 4 期，頁 43-44。

²⁸³ 陳英鈞（2005），〈從有效權利保護論公法上假處分—與最高行政法院的裁定對話〉，《臺大法學論叢》，第 34 卷 4 期，頁 45-46。

²⁸⁴ 林明昕（2005），〈假處分之本案事先裁判—兼論行政訴訟法第二百九十八條第三項之規範意義—〉，《中原財經法學》，第 15 期，頁 33。

系爭指導性質 當事人之目的	行政處分	行政事實行為
消極請求不要繼續進行行政指導	停止執行	假處分（難滿足要件）
積極請求作成行政指導（實務上罕見）	假處分	假處分（難滿足要件）

【針對行政指導本身可能得採取之暫時權利保護手段】

另外，針對行政指導後續之不利處置行為，一樣要先確定系爭處置之性質為何，若該等處置屬於行政事實行為，則當事人當可利用假處分制度以確保自身之權益，例如暫時禁止主管機關發布某業者之產品不安全之警告、暫時禁止環保機關在特定尚未施工完成之垃圾掩埋場堆放垃圾等。有問題的係行政指導後續之不利處置行為屬於一行政處分之情形，此處涉及是否承認「預防性的暫時權利保護(vorbeugender vorläufiger Rechtsschutz)」之問題。從有效權利保護的觀點來看，原則上並不需要准許預防性的暫時權利保護，於行政機關尚未作出行政處分之前，便向法院聲請預防性的假處分以阻止行政處分之作成，原則上係欠缺權利保護之必要性，蓋在一般情況下，吾人可期待當事人待行政機關作成行政處分之後，再透過撤銷訴訟以及聲請暫時停止行政處分效力等手段來保護其權利，且允許預防性的假處分亦有限縮行政機關在法定權限範圍內行使其決策權之問題，全面肯認恐抵觸權力分立之原則²⁸⁵。實務上，最高行政法院 90 年裁字第 621 號

²⁸⁵ 陳英鈺（2005），〈從有效權利保護論公法上假處分—與最高行政法院的裁定對話〉，《臺大法學論叢》，第 34 卷 4 期，頁 31。

亦指出：「按關於行政機關之行政處分，不得為保全定暫時狀態之假處分，行政訴訟法第 299 條規定至明。蓋假處分將阻礙行政機關之行政處分或其他公權力之行使，而行政訴訟法第 116 條已就行政處分之停止執行設有規定，該項規定可謂假處分之代替制度，是就行政機關之處分，自無適用假處分程序之餘地。此一規定於人民在行政機關作成行政處分前，預先聲請假處分，亦適用之。蓋人民可等到行政處分作成後，始依法請求救濟，若其提起預防性之假處分，將成為行政法院以假處分方式代替行政機關之行政處分，顯有違權力分立之憲法設計，自為法之所不許。」

然對於上述禁止預防性假處分之原則，學者指出，倘若無法期待當事人透過撤銷訴訟以及聲請暫時停止行政處分效力等方法來保護其權利，即應例外准許當事人提起預防性假處分之聲請，但當事人須釋明若待行政處分作成後將對之造成無可回復之損害，如此方能在當事人之基本權利保護與權力分立兩個憲法原則衝突之衡量下，以基本權利有效保護之要求蓋過權力分立之考量，而肯認預防性之假處分²⁸⁶。若採此見解，則在有必要特別保護當事人之權利時，即便行政指導後續之不利處置行為屬於一行政處分，仍可例外承認當事人得對之聲請預防性之假處分。尤其於本章的「第一節、壹、三」所討論之預防性不作為訴訟場合，當行政指導作成後，後續不利益處置之內容在事實上及法律上均可認為已臻明確，相對人此時已處於可能受有行政機關所為不利處置之危險狀態，因此，不論行政機關的後續行為是行政事實行為或者行政處分，當事人除了提起預防性不作為訴訟之外，亦有先聲請假處分以阻止相關不利處置作成之必要。

²⁸⁶ 陳英鈺（2005），〈從有效權利保護論公法上假處分—與最高行政法院的裁定對話〉，《臺大法學論叢》，第 34 卷 4 期，頁 32。

總結來說，對於行政指導本身，因強調其任意性特色，故若系爭指導確實未帶有行政機關之意思表示要素在內，而屬於一單純之行政事實行為時，實無需亦無法透過假處分制度進行暫時權利保護。而在認為系爭指導屬於一行政處分之情形，若當事人欲消極請求不要繼續進行行政指導，正確之暫時救濟途徑係停止執行，無涉假處分制度，反之，當事人欲積極請求作成行政指導時，理論上雖有作成假處分之可能，但畢竟實務上少見，因此，針對行政指導本身，假處分制度可發揮之效用其實相當有限。較有聲請假處分實益者毋寧為行政指導後續之不利處置，如實務上常見的公布行為，當事人得利用假處分制度暫時阻止行政機關作成公布行為，此外，在肯認當事人得提起預防性不作為訴訟之場合，配合預防性假處分之聲請更可有效確保當事人權益。

第二節 國家賠償

國家機關因公權力之行使，可能導致人民之權利受侵害，國家賠償機制即係國家對其損害賠償責任負責之賠償制度，我國憲法第 24 條有明文依據。依國家賠償法之相關規定，國家賠償責任類型可分為「公務員行為責任」（國家賠償法第 2 條第 2 項）與「公有公共設施責任」（國家賠償法第 3 條第 1 項）兩大類型。關於公務員行為責任，國家賠償法第 2 條第 2 項規定：「公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任。公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受侵害者亦同。」其構成要件如下：行為人為公務員、係執行職務之行為、為公權力之行使、係不法之行為、有故意或過失、侵害人民之自由或權利、不法行為與損害發生間有因果關係。

行政指導之國家賠償責任問題主要集中在「公務員行為責任」，而因行政指導之任意性等特色，在國家賠償法第2條第2項之要件中，特別值得注意者乃行政指導是否具有公權力性？行政指導之違法性如何判斷？不作成行政指導是否會構成違法？行政機關之行政指導行為與人民所受損害間之因果關係如何認定等問題。本文以下將著重於此些問題點，並比較分析日本與我國實務及學說之見解。

壹 行政指導之公權力性

行政行為依其是否帶有公權力性，可區分為「高權行為（包括高權統治行為及單純高權行為）」與「私經濟行為（包括行政輔助行為、行政營利行為及行政私法行為）」。²⁸⁷為了能保護被害人民之權益，對於何謂「行使公權力」，我國實務及學界通說採較廣義之解釋，指公務員基於國家機關之地位，行使統治權所從事之公法行為而言，並包括運用命令及強制等手段干預人民自由及權利之行為，以及提供給付、服務、救濟、照顧等方法，增進公共及社會成員之利益，以達成國家任務之行為²⁸⁷。因此，只要不屬於私經濟行為的行政行為，均合乎公權力性之要件。

行政指導因為任意性之特徵而緩和其權力性質，故有學者認為就規制力較強之行政指導適用國家賠償雖有其合理性，但就欠缺規制力之行政指導似有別闢蹊徑探討是否依民法規定成立侵權責任之可能性²⁸⁸。不過如上所述，我國實務及學界通說將行政機關所行之除私經濟行為以外之一切行為均歸於「行使公權力」之範疇，有無法律上之拘束力並非所問，不限於

²⁸⁷ 如最高法院80年台上字第525號判決；法務部82年11月17日法(82)律司字第279號函。

²⁸⁸ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著(2001)，《行政程序法實用》，第二版，臺北：學林，頁330（蔡茂寅執筆）。

具有命令性或強制性之手段，故公權力行為亦包含公法上事實行為在內，諸如行政指導、提供資訊等行為，解釋上均屬行使公權力之行為。

日本之學界通說及實務判決亦肯認行政指導具有公權力性，例如東京地裁昭和 51 年 8 月 23 日²⁸⁹，其案例事實略為：警察機關認為某玩具製造商之玩具槍商品屬於持有槍砲刀劍類等取締法所謂之槍砲，便以行政指導要求該玩具製造商中止製造、販賣，並回收已賣出之商品。東京地裁在此指出，在有法令根據為背景之行政指導場合，若相對人不服從指導，行政機關即可基於法令為強制處分，因為相對人通常不得不服從之，故可認為該指導行為該當於公權力之行使。又如東京地判昭和 61 年 3 月 14 日²⁹⁰，其係關於獎勵接種預防疾病疫苗之行政指導，法院認為該等行政指導本身雖無法律上之強制力，但對於相對人實有事實上之強制要素，故仍可該當於公權力之行使。另外如東京地判昭和 41 年 6 月 27 日²⁹¹，則以系爭指導與機關職務有密切關聯為由，肯認系爭指導該當於公權力之行使。

我國實務亦肯認行政指導之公權力性，如高等法院 93 年重上國字第 5 號判決，其指出：「被上訴人上開之行為，性質上應屬對私人提供資訊，應屬助成之行政指導，而助行性行政指導對受指導人而言，固屬任意不受拘束，惟仍屬行政機關行使公權力之行為，行政機關如有過失錯誤之行政指導，造成人民權利受侵害，從法治國原則及人民基本權利保護角度，應擴充公權力之涵蓋範圍，仍有國家賠償法請求賠償之適用，因之；國家賠償法第 2 條所謂公權力之行使，自應包含行政指導在內，自不待言。因之；

²⁸⁹ 判例時報 826 號，頁 20。

²⁹⁰ 判例時報 1215 號，頁 73。

²⁹¹ 判例時報 468 號，頁 9。

上訴人主張被上訴人所屬勞工局就系爭興建案提供上開資訊之行為，為行政指導行為，應有國家賠償法之適用，自堪採酌。」

本文認為，承認規制性強的行政指導可該當於公權力之行使本無問題，即便於規制性弱的行政指導場合（如助成性指導），雖然其係在非權力行政領域發揮作用，但畢竟難認其屬於純粹之私經濟作用，因此，依照通說見解，自應肯認行政指導之公權力性。

貳 行政指導之違法性

一 違法行政指導之判斷

此處所謂的「違法性」，係指公務員對人民執行職務行使公權力之行為違背有效之法規範，構成不法行為而言。違法之行政行為類型大致上包括：缺乏法律授權而侵害人民權利、行政行為違反行政法一般法律原則、行政行為係以錯誤之事實為基礎、行政機關對事實解讀錯誤而作成某項行政決定等²⁹²。一般而言，行政指導之違法原因多係違反依法行政原則，諸如：超出行政機關依組織法被授權之所掌事務及權限的範圍、有導致依法行政原則空洞化之虞、違反憲法上各項原則、違反作為其依據的作用法上之羈束規定、違反其他規制規範、違反禁反言之法理、採用強制手法而欠缺社會妥當性等情形²⁹³。不過要注意的係，國家賠償法上所謂的「違法」，係從損害填補、損害負擔之公平觀點出發所建構之責任成立要件，故解釋上與行政爭訟上之「違法」或有些許差異，在國家賠償法上之違法事由應可包含較廣義之不當性概念。

²⁹² 林三欽（2009），〈國家賠償事件中違法性之認定〉，《臺灣本土法學雜誌》，第132期，頁94。

²⁹³ 千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁133。

行政指導因為強調相對人任意之協力，故在認定其違法性時，首先會遇到「同意阻卻違法」之問題。由於行政指導態樣繁雜，所採手段亦五花八門，因此並非所有行政指導皆可以「同意阻卻違法」之法理來否認其違法性，於日本，關於行政指導在國家賠償事件中之違法性判斷的學說、判例見解，主要有「相關關係理論」與「總合理論」兩者。「相關關係理論」認為，從被侵害利益之種類、性質，以及侵害行為之性格、態樣間的相關關係作判斷，在被侵害利益非屬強固之情形，若侵害行為之不法性不大，則該加害行為不具違法性，反之，被侵害利益屬於強固，該侵害行為不法性亦較高者，則該加害行為即帶有違法性²⁹⁴。而「總合理論」則認為，應總合提起訴訟之經過、理由、根據以及當事人之態度等，判斷系爭行政指導是否帶有強制的契機而違法，如東京地判昭和 52 年 9 月 21 日指出：「行政指導係行政機關為達成公行政目的，基於相對人自發性的協力、同意，要求其實行一定之作為或不作為的事實行為。系爭指導若滿足上述要件，依社會通念上相當之方法及態樣進行，且其所欲達成之行政目的在整體法秩序下可認為係適法且相當者，則即使未有明文之根據規定，仍可容許之。」東京地判昭和 54 年 10 月 8 日亦指出：「比較考量相對人所受事實上之不利益與行政指導所欲實現目的之公益性、福利性或社會必要性，若後者明顯優越，且系爭指導之方法、程度並未令相對人受有不正義、不公平而具有社會妥當性時，應肯認系爭指導之適法性。」總而言之，行政指導是否具有違法性，並非僅視其有無違反法令之明文規定，而應判斷該指導是否具備客觀的正當性，此點與行政處分之情形不同，行政處分因為須基於法令而為，故關於行政處分之違法性判斷通常只要視其有無違反相關之根據法令即可，相對於此，行政指導並不一定係基於法令所進行，關於

²⁹⁴ 京都地判昭和 47 年 7 月 14 日（判例時報 691 號，頁 57）。

其要件、效果等通常均不明確，故就行政指導是否具違法性之問題，只能依個案作個別之判斷。

二 違法行政指導之類型

關於違法行政指導之類型，觀察日本實務上所發生之案例，可整理分析如下：

（一）行政指導本身內容違法

首先係行政指導本身內容之違法，像是因行政指導以錯誤之事實為基礎，而認為其具違法性者，如前述東京地裁昭和 51 年 8 月 23 日，警察機關認為某玩具製造商之玩具槍商品屬於持有槍砲刀劍類等取締法所謂之槍砲，便以行政指導要求該玩具製造商中止製造、販賣，並回收已賣出之商品，惟事實上根據鑑定之結果，該玩具槍商品並不具有足以傷害人畜之威力，不該當於持有槍砲刀劍類等取締法所謂之槍砲，因此以警察機關之錯誤判斷為前提的行政指導同樣屬於違法。另外像是違反信賴保護原則或者禁反言原則而被認為違法者，如熊本地玉名支判昭和 44 年 4 月 30 日²⁹⁵，其案例事實略為：行政機關規畫開發住宅區，並向特定私人進行具體勸誘，希望其前來設置公共浴場，該私人基於信賴購買建地並著手進行建設後，行政機關卻中止該住宅區開發計畫。法院認為行政機關之行為違反信義原則及禁反言原則，故具有違法性。又如鳥取地判昭和 55 年 1 月 31 日²⁹⁶，其案例事實略為：某建商計畫建設飯店，並與預定建地所在縣的自然保護課職員進行諮詢，經機關職員教示能夠進行建設後，該建商遂基於信

²⁹⁵ 判例時報 574 號，頁 60。

²⁹⁶ 行裁例集 31 卷 1 號，頁 83。

賴購買建地並著手進行建築，然嗣後行政機關卻以該建地處於國立公園區域內為由，命該建商回復原狀。法院認為該回復原狀之命令雖合法，但行政機關先前誤為可以建設之教示致人民之權益遭受侵害，應肯認該指導之違法性。

上述因違反信賴保護原則或禁反言原則之案例，其實可以區分為兩種情況，其一為行政指導作成時其內容即有錯誤，嗣後行政機關才更正之，上述鳥取地判昭和 55 年 1 月 31 日即屬此情形；其二為行政指導作成時並無錯誤，但因嗣後情事變更或機關行政方針轉換，行政機關遂變更之，上述熊本地玉名支判昭和 44 年 4 月 30 日即屬之。本文認為，於第二種情況，當初之行政指導其實不能謂為「違法」，只係因嗣後情勢變更或者機關行政方針轉換，導致相對人之信賴落空並蒙受損害，故具有違法性者乃行政機關嗣後之行為，惟日本實務在處理相類似案例時通常未明言其間之關係。

（二）行政指導所採手段違法

行政指導本身內容雖無違誤，但行政機關為確保行政指導之實效性所採之手段仍可能影響行政指導之適法性。在此主要係行政指導所採手段是否已達強制相對人服從而喪失其任意性之問題，亦即，考量該等手段之態樣、性質、程度等，判斷其是否具有社會通念上之相當性，而在能容許之範圍內。

日本實務上對於此有諸多判決判例，如著名的最判昭和 60 年 7 月 16 日²⁹⁷，其係關於建築確認保留之案例，法院指出，主管機關保留對於建築確認申請之應答並不違法，然而，在申請人明確表達無法對於系爭行政指導進行協力之意的情況，應比較衡量申請人所受的不利益與作為行政指導目的之公益上的必要性，如個案中不存在對於行政指導的不協力會違反社會通念上正義之觀念般的特殊情事，則僅以進行行政指導為理由而保留確認處分即屬違法。亦即，日本傳統實務之見解相當重視相對人對於行政指導之對應態度，強調須有「真摯且明確」地表明不協力之意，否則即難認為系爭指導已失去任意性。

不過，最判平成 5 年 2 月 18 日²⁹⁸，其案例事實略為：武藏野市於昭和 46 年制定「關於武藏野市宅地開發等之指導要綱」²⁹⁹，依此指導要綱，行政機關得要求欲進行公寓建設之業者繳納捐款，作為教育設施之負擔金等，對於不遵從者並得施以拒絕締結自來水供給契約之制裁措施，本案原告請求減免捐款金額未果，為避免遭受制裁措施只好繳納捐款，嗣因不滿過高之捐款金額，遂提起國家賠償訴訟。法院認為，對於業者要求繳納捐助金一事本身，若未涉及強制等損害業者之任意性的情形，應不違法，不過本案中，武藏野市係在法未明文授權之情況下，以拒絕締結自來水供給契約之制裁措施迫使業者遵從指導，因為自來水之供給係公寓建築所必要的，對於業者而言，既然要進行公寓建築，除了遵從指導之外別無他法，故可認為係一種事實上之強制行為，基於本案指導要綱之行政指導即便有守護市民生活環境之公益性目的，且受到多數市民之支持，但該等指導行為仍超出原本係任意地要求繳納捐助金之行政指導限度，因此不得不認為

²⁹⁷ 民集 39 卷 5 號，頁 989。

²⁹⁸ 判例時報 1506 號，頁 106。

²⁹⁹ 此類指導要綱並非基於法令所為，僅係「為了進行行政指導之內部基準」，而開發負擔金之徵收，係由行政方面透過勸導促成捐贈，理論上應係以業者自發性的回應而實現為前提。

其係屬於違法公權力之行使³⁰⁰。最判平成 5 年 2 月 18 日認定系爭行政指導違法之論據主要有兩點：第一，從該指導要綱之文句來看，關於教育設施負擔金之規定幾乎沒有讓相對人有選擇之餘地，而且對於不遵從指導要綱者亦設有制裁條款，因此難認繳納捐款之要求具有任意性；第二，從運用之實態來看，本案原告向武藏野市懇請減免捐款時，武藏野市竟以沒有前例為由拒絕其請求，實在無法看出系爭行政指導係以任意要求捐款為前提，而且實際上武藏野市向來均對不遵從指導要綱者發動制裁措施，證實其確非以相對人任意之協力為前提。

上述最判昭和 60 年 7 月 16 日，論及建築確認保留界限的問題，雖然不是對於行政指導之適法性基準作直接判斷，不過法院認為在業者已真摯且明確對行政指導表明不協力之意思後，確認處分之保留原則上即屬違法，可說係重視相對人主觀的態度。相對於此，最判平成 5 年 2 月 18 日則主要著眼於指導要綱之文句、運用實態，強調行政指導客觀的態樣。若以傳統重視相對人主觀態度之標準來看待最判平成 5 年 2 月 18 日的案例，因本案原告僅止於懇請減免金額負擔，並沒有真摯且明確地表明拒絕支付意思，似難認為已喪失其任意性³⁰¹。對此看似相異的標準，學者指出，於最判平成 5 年 2 月 18 日之情形，因為新聞報紙常報導不遵從指導之業者被施以制裁措施，故本案實有不能合理期待原告作成明確拒絕意思表示之特殊性存在，因此法院在此不得不更重視指導綱要之文句、運用實態等客觀的要素³⁰²。因為制裁措施之存在使得繳納捐款之要求被認為係屬於「事實上強制」，在此意義上，本判決係強調原告之「心理狀況」，既然心理狀態必須以客觀的事物作為認定依據，則拒絕行政指導之意思表示要用如何

³⁰⁰ 相反的見解如：東京地判平成元年 6 月 12 日（判例タイムズ 723 號，頁 206）。

³⁰¹ 本案例之原審判決即以原告仍繳納捐款為由，認定其「在該時點一度同意」而肯定指導之任意性。

³⁰² 宇賀克也（2004），〈行政指導〉，《法學教室》，第 291 號，頁 39。

的形式，對任意性之判斷來說也是一個重要的要素，因此，可認為以相對人之主觀的態度為基礎的最判昭和 60 年 7 月 16 日以及最判平成 5 年 2 月 18 日之間，並沒有論理邏輯上之重大衝突或矛盾³⁰³。

（三）不作為之違法

國家賠償法第 2 條第 2 項所規定之公務員行為責任，包含「執行職務」與「怠於執行職務」兩種類型，後者係以「應有所為而不為」導致人民權益受損為構成要件，主要的認定要素在於「存有一項作為義務但卻不作為」，或「雖有所行動但並不是適當的作為」（例如不足的作為）³⁰⁴。一般認為怠於執行職務國家賠償責任之構成要件如下：行政機關負有應執行之職務義務，且該職務義務具有「第三人關聯性」、行政機關未執行該職務義務、行政機關之行止已逾越行政裁量權合理行使的範圍、有故意或過失、人民之自由或權利受損害、「怠於執行職務」與「損害發生」間有相當因果關係³⁰⁵。

理論上，若行政機關負有對特定人作成行政指導之法律上義務，則行政機關不作為時應有成立國家賠償責任之可能。不過，行政指導類皆僅具組織法上之依據，而無作用法上依據，因之欠缺實體及程序要件規定之情形下，欲確認行政機關有施行行政指導之作為義務，通常並非易事³⁰⁶。觀

³⁰³ 櫻井敬子（2006），〈指導要綱による開発負担金〉，收錄於塩野宏、小早川光郎、宇賀克也編，〈行政判例百選〉，別冊ジュリスト第 181 號，2006 年，頁 203。

³⁰⁴ 林三欽（2007），〈國家賠償請求權基礎之一—「執行職務型」之國賠請求權〉，《月旦法學教室》，第 53 期，頁 31。

³⁰⁵ 林三欽（2007），〈國家賠償請求權基礎之二—「怠於執行職務型」之國賠請求權〉，《月旦法學教室》，第 55 期，頁 31。

³⁰⁶ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著（2001），〈行政程序法實用〉，第二版，臺北：學林，頁 330（蔡茂寅執筆）。

察日本實務上之案例，多數否定行政指導不作為之違法性，如浦和地判昭和 57 年 2 月 3 日³⁰⁷，主管機關放任建築業者而未進行適當之指導，法院認為因為主管機關並無相應之作為義務，故其不作為並不違法。又如福岡地判昭和 57 年 12 月 22 日³⁰⁸，主管機關在受理借貸業者的申請時，僅教示出資法所規定的最高利率限制，但未教示最高法院判例的相關見解，法院認為因主管機關依法並無教示義務，故其不作為不構成違法。另外，浦和地判昭和 56 年 4 月 22 日³⁰⁹，主管機關雖依廢棄物處理法及地方公共團體所制定之公害防止條例，對於排放排泄物者擁有導正勸告等權限，但法院認為除非該等權限之不行使構成裁量權限之濫用，否則不作為行政指導並未違法。

不過也有肯認不作為行政指導可能構成違法者，如大阪地判昭和 60 年 5 月 24 日³¹⁰，其係關於產業廢棄物處理之問題，法院指出，對於產業廢棄物應該進行何種具體的行政處置，原則上主管機關有裁量權限，故主管機關不為特定之行政指導並不構成違法，除非有侵害個別居民之生命、身體或財產等生活利益或有急迫危險之存在，而超出可容忍之限度，主管機關若不進行行政指導將無法除去對居民生活利益之侵害或危險，此時主管機關之不作為即違反其一般的抽象義務而具備違法性。

又如熊本地判昭和 62 年 3 月 30 日³¹¹，其係關於水保病（有機汞中毒）的國家賠償請求事件，法院認為，是否作成行政指導雖然在行政機關之自由裁量範圍內，但通產省等行政機關對於企業有各種許認可權限，行政指

³⁰⁷ 判例時報 1046 號，頁 106。

³⁰⁸ 判例タイムズ 492 號，頁 115。

³⁰⁹ 訟務月報 27 卷 10 號，頁 1799。

³¹⁰ 判例地方自治 12 號，頁 107。

³¹¹ 判例時報 1235 號，頁 3。

導若以此些權限為背景即屬實質的規制，事實上企業對之通常會遵從而非拒絕，因此，得以許認可權限為背景而對企業行使其影響力之行政機關，在有該當裁量收縮理論要件之緊急事態時，應認為已發生作成適切行政指導之義務，若仍怠於履行該義務而未防止去除對於國民生命健康之重大危害，即違背被國民所託付之責任，應認為係違反該作為義務。亦即，法院明確指出，行政機關面臨對各個國民生命健康之重大危害時，應有義務積極地行使各種法規所定的可防止及排除該等危害之規制權限，並須窮盡如強力之行政指導等各種可能的手段。同樣屬於水保病的國家賠償請求事件，東京地判平成4年2月7日³¹²認為，關於行政指導作為義務之發生，必須係現行法令上無其他規制手段，且無暇等待新的立法措施出現，並應考量如被侵害法益重大（生命、身體、健康）、認識危險之迫切性、結果迴避可能性、期待可能性等要件。

另外，非屬國家賠償請求事件者，最判二小平成20年3月3日³¹³，其係關於給予患者注射被HIV病毒污染的血液製劑，導致該患者罹患愛滋病（人類後天免疫不全症候群）而發病死亡的藥害事件。法院認為，關於製造使用本案血液製劑的安全性確保，藥務行政人員在刑法上應有防止藥品危害發生之注意義務，厚生省藥務局生物製劑課長依藥事法等相關規定對於藥品危害之防制有各種監督防止權限，而在這些防止措施之中，並非僅有法律上之強制監督措施，尚包括如行政指導等能促使達成防止藥品危害目的之任意性措施，故厚生省藥務局生物製劑課長就其不作為行政指導構成業務上過失致死罪。

³¹² 判例時報臨增平成4年4月25日號，頁3。

³¹³ 判例タイムズ1268號，頁127。

大略而言，日本實務上關於是否因不作為行政指導而構成違法的問題，其實均圍繞在裁量收縮理論之討論。而關於裁量收縮理論，我國實務及學界通說亦採之，其中最重要者莫如釋字第 469 號解釋，大法官於此指出（節錄）：「法律之種類繁多，其規範之目的亦各有不同，有僅屬賦予主管機關推行公共事務之權限者，亦有賦予主管機關作為或不作為之裁量權限者，對於上述各類法律之規定，該管機關之公務員縱有怠於執行職務之行為，或尚難認為人民之權利因而遭受直接之損害，或性質上仍屬適當與否之行政裁量問題，既未達違法之程度，亦無在個別事件中因各種情況之考量，例如：斟酌人民權益所受侵害之危險迫切程度、公務員對於損害之發生是否可得預見、侵害之防止是否須仰賴公權力之行使始可達成目的而非個人之努力可能避免等因素，已致無可裁量之情事者，自無成立國家賠償之餘地。倘法律規範之目的係為保障人民生命、身體及財產等法益，且對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人負有作為義務已無不作為之裁量空間，猶因故意或過失怠於執行職務或拒不為職務上應為之行為，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人自得向國家請求損害賠償。」

質言之，不論在日本或我國，裁量收縮理論均是判斷行政指導之不作為是否構成違法之重要準據。不過要注意的係，我國在討論怠於執行職務型的國賠請求問題時，通常會將裁量收縮理論與保護規範理論作結合，然於行政指導之場合，因大部分情況下均無法令規範，故無從判斷個案中是否存有保護規範可供人民主張。本文認為，為確保人民之權益，特別在現行法令上無其他規制手段，亦無暇等待新的立法措施出現，且合乎裁量收縮至零之要件的情況，或許可例外將規定行政機關之一般性職務義務的組織規範視為保護規範，並進而賦予人民有主張國家賠償之機會，惟此尚待我國學說及實務更進一步之發展。

參 行政指導與損害間之因果關係

國家賠償責任之成立亦須具備因果關係之要件，亦即加害原因事實與人民權利損害間，須存有「相當因果關係」。換言之，如果可以經由客觀觀察得出，不存在某一「加害原因事實」，則特定的「損害結果」必不發生；而若該「加害原因事實」存在，則通常會發生此一「損害結果」，在法學上此「加害原因事實」，與「損害結果」間即存在「相當因果關係」³¹⁴。

日本在討論行政指導與損害間之因果關係問題時，多認為受到行政指導之相對人即使遵從行政指導而蒙受損害，但因通常行政指導並不具拘束力，相對人本無遵從之義務卻仍基於自由意志遵從之，故原則上否定行政指導與損害間之因果關係。亦即，基於行政指導之任意性特徵，相對人任意之協力遮斷了相當因果關係之成立³¹⁵。實務上如大津地判昭和 53 年 3 月 20 日³¹⁶，其案例事實略為：申請人根據通產局長所交付之注意事項書，認為在其施業之林地內沒有保安林的存在，結果實際上卻有保安林存在，申請人因而受到損害。法院認為，通產局長在注意事項書內就保安林之存否並未為積極地表明，申請人係出於自己之誤信而作判斷，故雖然注意事項書內之記載並非十分適切，但仍否定注意書之交付與申請人損害發生間之因果關係。又如仙台高判昭和 31 年 11 月 22 日³¹⁷，其案例事實略為，稅務署長在沒有法令根據之情況在沒有法令根據之情況下，指導獎勵農會統

³¹⁴ 林三欽（2007），〈國家賠償請求權基礎之一—「執行職務型」之國賠請求權〉，《月旦法學教室》，第 53 期，頁 44。

³¹⁵ 山內一夫（1977），《行政指導》，東京：弘文堂，頁 163；関哲夫（1991），《行政指導》，東京：ぎょうせい，頁 101。

³¹⁶ 訟務月報 24 卷 7 號，頁 1385。

³¹⁷ 下民集 7 卷 11 號，頁 3337。

一彙整繳納其所屬會員之所得稅，而大部分之會員便委任農會繳納稅金，結果農會違背該任務未繳納稅金，其所屬會員因而受有損害。法院認為該等會員係任意地委任農會繳納稅金，其所受損害與稅務署長所為之勸告獎勵間並無因果關係存在。

然而，若行政指導已失去其任意性，相對人實無從自由選擇是否遵從時，應可肯定行政指導與所生損害間之因果關係，而無法否認因行政指導所生之損害賠償責任。況且如本文第二章所述，並非所有類型之行政指導均統一採取任意性之手段，除了實際上具有強大事實上之壓力者外，更不乏具備法效性而具有法律上之拘束力者，此些均會影響行政指導與損害間是否具有因果關係的判斷結果。學者認為，依行政指導所採取之手段對於相對人自由選擇之意思決定帶來何種影響，可分從以下幾種狀況作觀察³¹⁸：

第一，係有法令授權之行政指導場合。較有問題的係法律雖未就行政指導本身規定法律效果，但有明文規定後續之不利益措施的情況。首先，如法律規定行政指導作為行政處分之先行手段，若相對人不遵從指導，行政機關即可續行必要之處分（如日本大氣汙染防止法第 15 條第 1 項、第 2 項之規定），此時該等行政指導基於後續行政處分而被確保其實效性，實質上具有命令、禁止等法之拘束力效果，當可認為其不具任意性。又譬如法令分別規定行政指導與行政處分之要件、對象等，像是合乎較緩和之要件時得進行行政指導，若合乎較嚴苛之要件時得進行行政處分的情況（如日本宅地造成等規制法第 16 條第 2 項、第 17 條第 1 項之規定），由於不遵守行政指導而放任事態繼續發展的話，可以預見行政機關將改以行政處

³¹⁸ 以下參照：千葉勇夫（1987），《行政指導の研究》，京都：法律文化社，頁 129-131。

分命當事人為一定作為或不作為，因此此種行政指導之拘束力亦屬強大，可肯認因果關係之存在。再者，如依法律規定於相對人不遵從指導時，行政機關得施以公布其姓名及不遵從之事實、撤銷指定等制裁措施之情形（如日本國土利用計畫法第 26 條、生活保護法第 51 條第 2 項之規定），或係依法對於遵從行政指導者提供必要之資金等利益之情形（如日本農產物安定法第 8 條第 2 項之規定），在這種場合，不論係實質的制裁或利益誘導，解釋上可認為其屬於間接強制相對人遵從行政指導之手法，亦有肯認因果關係存在之餘地。

第二，係沒有法令規定作為根據之行政指導的場合。譬如，依法令規定針對該當事項行政機關有作成行政處分之權限，而行政機關以作成行政指導之方式代替原本行政處分之作成，此種情況應認為該行政指導與原本之行政處分具有同一之拘束力，因而可認定因果關係之存在。再者，藉由給予事實上之利益或課予事實上不利益之間的交涉過程，亦有得認為係屬於強制相對人服從行政指導者，並且，以最終的許認可權限等國家權力為背景之行政指導，恐怕甚多均可認為係強使相對人不得不違反其本意而遵守指導之狀況。此外，在大多數情況下，行政指導雖僅有事實上之強制力，不過其欲使相對人遵從之本意，與其他具有法律上強制力之意思表示行為並無不同，因此在判斷上，不得不依照在個案中進行行政指導之具體情事、狀況等作考量。若可以肯定個案中之行政指導僅具事實行為性質，而不具行政處分性質，則該指導即非如行政處分般直接依法被賦予一定之法律效力，亦無罰則或行政強制執行等擔保手段，故其拘束性有相當程度被緩和，於此種情況，究竟其拘束力之程度，或者說對於相對人決定自由性之程度，在具體認定行政指導與損害之間的因果關係時帶來何種影響，實際上係相當困難之課題，不得不在個案中，從行政指導之形式、機能及其

進行之狀況等作綜合判斷，質言之，此處與行政指導是否因已喪失其任意性而違法之判斷基本上應採相同標準。

第三節 小結

對於因違法行政指導而遭受權利侵害之人民，應給予有效之救濟機會，殆無異論，然傳統宥限於行政指導係基於相對人任意之同意或協力為前提所為之非權力行政活動，且不生法效果之看法，故權利受害之相對人常救助無門，苦無救濟管道。實則，行政指導本身之概念具有相當程度之開放性，實務運作上亦可見其紛雜多變之實態，故吾人實在無法一概認定行政指導皆屬非權力行政之範疇，毋寧應在個案中確切分析系爭指導之法律屬性，以利相對人可循相應之救濟管道獲得損害的填補。

在尋求行政爭訟之階段，就我國的情況而言，因我國行政訴訟法上有一般給付之訴制度的設計，相較於日本之行政事件救濟法，我國可謂係較進步之立法，對於人民權益之保護更周全。在終局權利保護方面，透過一般給付之訴以及撤銷訴訟之搭配，對於違法行政指導之救濟基本上不成問題，只要判別行政指導是否具有行政處分性質再選擇相應之救濟途徑即可。其中較特別的係預防性不作為訴訟，因行政指導運用實務上常伴隨著後續之不利益措施，諸如公布姓名、撤銷資格、取消獎勵等，由於行政指導作成後，後續不利益處置之內容在事實上及法律上均可認為已臻明確，此時若能肯認相對人得預防性不作為訴訟，當可擴大訴訟解決紛爭之機能，對人民更係一大利多。另外，在暫時權利保護方面，停止執行制度在系爭指導具有行政處分性質時，可供相對人利用以凍結該指導之效力，不過假處分制度在行政指導場合的運用空間則相當有限。最後，在肯認當事

人得提起預防性不作為訴訟之場合，配合「預防性假處分」之聲請更可有效確保當事人權益，惟其要件自須十分嚴苛，固不待言。

在請求國家賠償之階段，行政指導之任意性特徵係國家賠償責任成立之最大阻礙，不論係「同意阻卻違法」之法理，或係因當事人任意協力之介入而阻斷因果關係之成立等，均為人民針對行政指導所造成之權利損害欲請求國家賠償時，所必須克服之問題。大致上而言，若能認定系爭指導並未給相對人真正自由選擇之餘地時，則相對人同意遵從之表示即非真摯，行政指導與損害間之因果關係亦能成立。





第五章 結論

非型式化的行政行為可填補法律之不足，有效解決因現代行政國家行政日益多元、專門且複雜化之演進，傳統依法行政之功能目的無法完成應有行政任務的問題。在各種非型式化的行政行為之中，行政指導以其圓滑性、任意性，易使行政事務能較順暢地進行，可避免行政資源之浪費，並相當程度省卻當事人因行政爭訟所消耗之勞力、時間及費用，因而日本實務上便大量採用行政指導以完成行政目的與行政任務³¹⁹。行政指導之優點固無須多言，然而在運用實務上，行政指導其實係一問題極多的行政手段：首先，即行政責任不明確的問題，因為行政指導可以用口頭方式為之，其內容相對人未必完全清楚，又行政機關有無作成行政指導之權限常須透過解釋才能判斷，加上行政職員對人民所為勸告、助言等，究竟係行政機關全體之意思或僅係職員基於個人判斷之建議皆有疑義，如此易造成行政機關迴避、推卸其職責，相對人亦會因受迷惑而無所適從。再者，行政指導若不能謹慎運用，將造成法治主義權威之崩壞，如規制性行政指導等情形，行政機關為追求其實效性而採用於法無據之抑制性措施，若遭濫用顯然過份輕視法治主義之理念，使行政指導逸脫法治主義之範疇而成為法外空間，更將使「依法行政」國家變成「行政指導」之邦，國家權力間將由權力制衡之現況轉向傾斜於行政權一端，難謂妥適。此外，行政指導隱晦不明之作用亦容易令相對人有「啞巴吃黃蓮，有苦說不出」之感，蓋行政指導表面上強調其任意性，但相對人事實上多不敢不從，若無法提出明確的任意性判斷標準，恐會讓行政機關假借行政指導之任意性之名，壓迫相對人服從以達成其政策決定之情況益發嚴重。最後，行政指導之採用有時也會使相對人喪失接受司法救濟之機會，例如相對人不知依究應依循何種

³¹⁹ 蔡達智（1996），〈論行政指導—以日本法制為中心〉，《法學叢刊》，第162期，頁116。

救濟途徑提起行政爭訟，或者因不符國家賠償之構成要件而無法就其所受損害獲得賠償。此皆屬行政機關實進行行政指導時所必須面對之問題點。

為有效改善行政指導所帶來之弊害，不得不從人民權益應受到相對保障之觀點出發，具體之努力方向依論者所見，約有如下幾個目標³²⁰：其一，深耕行政指導制度，應防止行政機關規避作成行政處分，以及確實推行行政指導之文書化；其二，各機關應建立指導基準之行政規則，致力於合乎法安定性之要求，並達行政自我檢查之效用；其三，落實人民權益之保障，善用一般給付之訴等訴訟類型，提供人民有效之救濟管道，確保行政指導具備合法性與合目的性。

而就我國之現況而言，首先吾人須知，行政指導乃係直接由日本橫向移植而來之法制，行政程序法就之加以規定，同時含有賦予法律上正當性及納入統制之意義在內，故就我國行政指導於各種行政領域之實態，有詳細實證研究之必要³²¹然國內關於行政指導之研究文獻相當稀少，也幾乎沒有值得討論之實務案例，因此，在國內普遍欠缺對行政指導制度的了解的情況下，行政程序法將行政指導法制化的同時，亦一併帶入相關弊病。本文主要即探討行政指導之相關問題點，並企圖藉由對行政指導本質概念之重新審視，打破傳統因將行政指導侷限於事實行為性質所為對人民保障不周之論述迷思，同時將日本學理、實務上發展已久的見解稍作整理，以作為我國之借鏡。整體歸納而言，本文有下列結論：

³²⁰ 以下參照：劉建宏（2004），〈中日法制上行政指導之救濟介紹〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 5 期，頁 44-45。

³²¹ 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著（2001），《行政程序法實用》，第二版，臺北：學林，頁 332（蔡茂寅執筆）。

第一，日本傳統實務及學界通說認為行政指導皆屬於事實行為，並不具有法效性，惟為了讓相對人有機會針對違法行政指導提起救濟，例外於系爭指導有強烈事實上支配力時，肯認行政指導在行政訴訟上之「處分性」，亦即，因為在日本可以提起相當於我國行政撤銷爭訟程序者並不限於行政處分，尚包括具備一定條件之事實行為，故只要肯認行政指導在行政訴訟上之「處分性」，雖然行政指導本質上仍屬事實行為，仍可對之提起撤銷爭訟。本文認為，因行政指導態樣紛雜多歧，其是否一定皆屬事實行為，實在無法一概而論，有必要就具備不同特色之行政指導類型分開檢視。質言之，在法學概念上與行政處分相對的係事實行為，雖說多數行政指導性質上屬於事實行為，但無法否認有具行政處分性質者之可能，行政指導之特徵首重於其任意性，而任意性之有無並非區分法律行為與事實行為之標準，故吾人不能謂行政指導完全沒有具備行政處分性質之空間，毋寧應針對不同之行政指導種類去探求其法律性質究竟為何。

首先關於助成性行政指導，其以幫助、促進、保護相對人利益為目的，是否接受完全由相對人自主決定，甚至不帶有事實上之強制力，因其確實僅給予相對人一個選擇接受與否之機會，而屬建議性質之事實行為，即便其在外觀上以表示行政機關一定之精神作用於外部為特徵，與法律行為極為相近，但行政機關該行為並無意欲對相對人發生任何法律效果，僅在特定情況下因法律之規定當然發生一定之效果，此種情形在法學概念上，似乎較近似於觀念通知或意思通知，本質上或許勉強可認為其屬於準法律行為，但仍非法律行為。另外關於規制性行政指導，其係行政機關對於相對人之行為加以規制、預防或抑制，常以公權力之行使為背景，故易生限制人民權利或自由之效果，本文認為，規制性行政指導若有其他權限手段擔保其實效性，因行政機關係為達成特定之目的而對相對人有所要求，事實上係課與相對人作為或不作為之義務，且其滿足了後續相關公權力行為發

動之要件，應可認為其已具備法效性，尤其在作為事前勸告之規制性行政指導的情況，行政機關以後續公權力行為之發動為後盾，要求相對人接受其指導，即其企圖發生一定法律效果的意思而表示於外部，實已具備意思表示之特徵，而具有行政處分之性質；而於未帶有後續權限手段之規制性行政指導之場合，其雖帶有行政機關之精神作用，然其並非對於相對人產生具法拘束力之意思表示，故其並非法律行為，若有法律規定規定其法律效果，則其應屬準法律行為，反之，若其未依據法律之規定被賦予法律效果，則其亦非準法律行為，仍屬行政事實行為之一（詳見本論文第二章、第三節）。

第二，行政指導作為行政權作用之一環，自不得逸脫於依法行政原則的統制之外。關於行政指導之合法性，首先要論及法律保留原則的問題，日本傳統實務見解及學界通說認為行政指導原則上不須法律依據，蓋行政指導基於其非權力性，不屬於傳統公權力行為，依照侵害保留之思想，並不要求行政指導須有法律依據，抑且從行政指導係為了因應現代社會複雜之行政需要以及行政機能之擴大而生，若一概要求法律依據始得為之，反倒削弱了行政指導所得發揮之作用。大致上而言，法律保留原則理論在此處之討論僅係移植複製向來之見解並得出行政指導是否需要法律根據之結論，然傳統全面保留說以及侵害保留說之缺陷在此並未作出修正或突破，一律要求法律授權未免過度限制行政之彈性，而過度執著於傳統侵害態樣亦未能顧及行政指導對相對人之實際影響，均不可採。質言之，相關探討仍處於抽象、模糊之狀態，以致實用性不高，一樣留有具體化、細緻化之工作尚待學說以及實務來補完。

本文認為，法律保留原則對於行政指導所要求規範密度之寬嚴，應受到兩個因素之影響：其一，系爭行政指導對相對人而言屬於干預行政或給

付行政；其二，系爭行政指導所採手段對相對人有無強制之規制力。原則上，對於屬於干預行政以及手段帶有權力性之行政指導，法律保留原則所要求之規範密度應較高，反之，對於屬於給付行政領域以及手段具柔軟性、任意性之行政指導，應可降低法律保留原則所要求之規範密度。依此判斷準則，一樣可將助成性指導與規制性指導分別作觀察。就助成性行政指導而言，其屬於給付行政之一環，且非屬重大之給付行政，依我國大法官釋字第 443 號解釋之意旨，助成性行政指導原則上不以有法律根據為必要。而規制性行政指導作為干預行政之一環，對之規範密度的要求相對提高，依具體狀況的不同可再作細緻的區分（詳見本論文第三章、第一節、貳、二）：

首先，若系爭規制性行政指導有其他權限手段擔保其實效性，縱使相對人當下可以拒絕遵從系爭指導之指示，但後續其馬上就會遭受行政機關其他權限之壓迫，行政指導之任意性在此名存實亡。為了避免行政機關假借行政指導名義壓制相對人之自由意志，而導致公權力手段之行使逸脫法治之掌控，本文認為其應以有法律授權為前提始得發動。其次，系爭規制性行政指導若未以其他權限手段作為後盾，而法律規定直接賦予其一定之法律效果，因為此處無涉行政機關主觀上之意思，故行政機關並非欲借之對相對人有所規制，手段上亦不具權力性，本文認為可肯認行政機關不需法律根據即可為之。最後，若系爭規制性行政指導未以其他權限手段作為後盾，亦無法律規定賦予其一定之法律效果，此時其應為一事實行為，本文認為其亦無需法律根據。

除了法律保留原則之外，行政指導亦須受法律優位原則之拘束。簡單而言，行政程序法對於行政指導僅於第六章中設有三條規定（行政程序法第 165 條至第 167 條），行政機關作成行政指導時必須合乎該等規定，其

中最重要的即屬不利益處置禁止之要求。此外，尚須注意行政法上一般法律原則之適用，諸如信賴保護原則、禁反言原則等（詳見本論文第三章、第二節）。

第三，關於行政指導之行政爭訟問題，本文認為，因為我國行政訴訟法規定有各種訴訟類型，故應針對系爭行政指導之性質提起相應之訴訟。首先，就最可能具有行政處分性質的規制性行政指導而言，可區分為幾種情況進行討論：其一，依法律明文規定，行政機關對於不遵守行政指導者得進行後續的不利益措置，本文認為此種以其他公權力措施作為行政指導後盾之場合，系爭指導應屬於一行政處分，故相對人對之不服應提起撤銷爭訟；其二，依法律明文規定，行政機關欲對相對人作成行政處分前，應先進行勸導、勸告等情形，本文認為其亦屬於一行政處分，相對人得對之提起撤銷爭訟；其三，對於不遵從行政指導者，法律未規定行政機關得為後續之不利益措置或罰則之場合，本文認為此時之行政指導應不具行政處分性質，因此若對此處之行政指導不服，應提起一般給付訴訟，而非提起撤銷爭訟；其四，行政機關對相對人作成一具有相同內容的行政指導，以取代原本應作成的行政處分之情形，本文認為，對於此處之行政指導該如何定性，應視個案情況作判斷其強制性是否已達到或逼近使相對人不能抗拒之程度，無法一概而論（詳見本論文第四章、第一節、壹、一、(三)）。

除了對於具有行政處分性質者應提起撤銷爭訟外，其餘情況原則上應提起一般給付訴訟。其中較特別的係預防性不作為訴訟，於行政指導場合，行政機關對相對人為一行政指導後，通常會視相對人之反應再決定是否採取後續之動作，故若相對人不服從該行政指導，除了可要求行政機關不得繼續進行行政指導之外，尚可能得提起預防性不作為訴訟，禁止行政機關作成後續的動作（詳見本論文第四章、第一節、壹、三）。

再者，暫時權利保護制度亦可運用到對於行政指導之救濟上。對於具有行政處分性質者，只要合乎停止執行之要件，當可利用停止執行制度凍結其法律效力，不過假處分制度可發揮之效用則較為有限（詳見本論文第四章、第一節、貳）。

第四，對於違法行政指導所造成之損害，亦可能成立國家賠償責任。首先，國家賠償法上所謂「行使公權力」之範疇，不限於具有命令性或強制性之手段，故行政指導不論其性質為何，均屬行使公權力之行為。再者，雖然行政指導強調相對人任意之協力，而應適用「同意阻卻違法」之法理，但由於行政指導態樣繁雜，所採手段亦五花八門，因此並非所有行政指導皆可以「同意阻卻違法」之法理來否認其違法性，須視其內容或者所採手段來判斷其是否成立違法性，此外，不作為行政指導亦可能具有違法性。最後，雖然因為行政指導通常並不具拘束力，相對人本無遵從之義務卻仍基於自由意志遵從之，故原則上否定行政指導與損害間之因果關係，但若行政指導已失去其任意性，相對人實無從自由選擇是否遵從時，則可肯定行政指導與所生損害間之因果關係，質言之，規制力越強越能肯定因果關係之存在（詳見本論文第四章、第二節）。



參考文獻

壹、中文（按筆畫順排列）：

一、期刊論著

李建良（2006），〈行政法：第九講依法行政原則—法律優位原則〉，《月旦法學教室》，第 48 期。

李建良（2006），〈「裁罰性處分」、行政處分之廢止與法律保留原則—簡析司法院大法官釋字第六一二號解釋〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 85 期。

李建良（2002），〈論行政法上之意思表示〉，《臺北大學法學論叢》，第 50 期。

李建良（2000），〈試論一般給付訴訟之適用範圍〉，《律師雜誌》，第 254 期。

李建良（1996），〈亂丟紙屑的代價—行政裁量與司法審查〉，《月旦法學雜誌》，第 19 期。

李震山（2000），〈行政法意義下之法律明確性原則〉，《月旦法學雜誌》，第 57 期。

林三欽（2009），〈國家賠償事件中違法性之認定〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 132 期。

林三欽（2007），〈國家賠償請求權基礎之二—「怠於執行職務型」之國賠請求權〉，《月旦法學教室》，第 55 期。

林三欽（2007），〈國家賠償請求權基礎之一—「執行職務型」之國賠請求權〉，《月旦法學教室》，第 53 期。

林三欽（2001），〈行政法上權利救濟管道的選擇—「第一次權利保護」與「第二次權利保護」之區別〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 26 期。

林明昕（2006），〈論 ETC 案中之行政爭訟問題—以暫時權利保護為中心—〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 82 期。

- 林明昕 (2005),〈假處分之本案事先裁判—兼論行政訴訟法第二百九十八條第三項之規範意義—〉,《中原財經法學》,第 15 期。
- 林明昕 (2002),〈暫時權利保護程序之實體裁判要件(一)〉,《法學講座》,第 6 期。
- 林明昕 (2001),〈論行政訴訟法上之「執行(不)停止原則」〉,《月旦法學雜誌》,第 77 期。
- 林錫堯 (2005),〈法律保留原則之理論與實踐〉,《法學叢刊》,50 卷 4 期。
- 洪家殷 (2001),〈論信賴保護原則之適用〉,《臺灣本土法學雜誌》,第 27 期。
- 紀振清 (1992),〈行政指導與獨占禁止法於行政法學上之爭議問題〉,《法學叢刊》,第 146 期。
- 張嫻安 (1990),〈行政行為中之事實行為〉,《輔仁法學》,第 9 期。
- 陳英鈺 (2005),〈從有效權利保護論公法上假處分—與最高行政法院的裁定對話〉,《臺大法學論叢》,第 34 卷 4 期。
- 陳愛娥 (2002),〈如何明確適用「法律明確性原則」?—評司法院大法官釋字第五四五號解釋〉,《月旦法學雜誌》,第 88 期。
- 陳愛娥 (2000),〈行政處分存否的認定標準與行政法院「適用」大法官的方式—行政法院八十九年度判字第一六五八號判決評釋—〉,《法令月刊》,第 51 卷第 10 期。
- 程明修 (2007),〈第一次權利保護優先原則〉,《法學叢刊》,第 52 卷 4 期。
- 程明修 (2006),〈課予義務訴訟與一般給付訴訟間選擇之爭議問題分析〉,《臺灣本土法學雜誌》,第 88 期。
- 黃俊杰 (2010),〈信賴保護〉,《月旦法學教室》,第 91 期。
- 黃舒芃 (2004),〈法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵〉,《中原財經法學》,第 13 期。
- 黃銘傑 (1992),〈行政指導與日本獨占禁止法〉,《公平交易季刊》,創刊號。

- 詹鎮榮（2008），〈給付行政之法律保留密度再思考－以軍公教退休人員優惠存款為例〉，《月旦法學雜誌》，第 157 期。
- 廖元豪（2004），〈走自己的路－大法官「法律保留本土化」之路－〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 58 期。
- 廖元豪（2002），〈論我國憲法上之「行政保留」：以行政、立法兩權關係為中心〉，《東吳法律學報》，第 12 卷第 1 期。
- 劉孔中（1996），〈論公平交易委員會之行業導正〉，《公平交易季刊》，第 4 卷第 4 期。
- 劉宗德（1989），〈試論日本之行政指導〉，《政大法學評論》，第 40 期。
- 劉建宏（2004），〈中日法制上行政指導之救濟介紹〉，《軍法專刊》，第 15 卷第 5 期。
- 蔡宗珍（2006），〈營業自由之保障及其限制－最高行政法院 2005 年 11 月 22 日庭長法官聯席會議決議評釋〉，《國立臺灣大學法學論叢》，35 卷第 3 期。
- 蔡達智（1996），〈論行政指導－以日本法制為中心〉，《法學叢刊》，第 162 期。
- 蕭文生（2007），〈裁量濫用〉，《月旦法學教室》，第 51 期。
- 謝榮堂（2004），〈行政行為明確性原則與信賴保護之實例探討〉，《臺灣本土法學雜誌》，第 64 期。

二、書籍著作

- 吳庚（2005），《行政爭訟法論》，第 3 版，臺北：自刊。
- 李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啟禎合著（2004），《行政法入門》。臺北：元照。
- 李惠宗（2008），《行政法要義》，第 4 版，臺北：元照。
- 李震山（1999），《行政法導論》，臺北：三民。

- 李震山、林合民、洪家殷、陳春生、黃啟禎合著（2008），《行政法入門》，臺北：元照。
- 林明昕（2006），〈行政爭訟上停止執行之實體審查標準—以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心〉，收錄於湯德宗、劉淑範主編，《2005 行政管制與行政訴訟》，中央研究院法律學研究所籌備處。
- 林錫堯（2006），《行政法要義》，第3版。臺北：元照。
- 城仲模主編（1996），《行政法裁判百選》，臺北：月旦。
- 翁岳生編（2000），《行政法》，臺北：翰蘆。
- 翁岳生編（2002），《行政訴訟法逐條釋義》，臺北：五南。
- 許宗力（1999），〈論法律保留原則〉，《法與國家權力》，臺北：元照。
- 陳英鈴（2003），〈論撤銷訴訟之暫時權利保護—從雙贏的風險分配評析實務見解〉，收錄於葛克昌、林明鏘主編，《行政法實務與理論—臺大法學論叢公法特刊（一）》，臺北：元照。
- 陳敏（2007），《行政法總論》，第5版。臺北：自刊。
- 陳清秀（1999），《行政訴訟法》，臺北：翰蘆。
- 陳愛娥（1998），〈「有效權利保障」與「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響〉，收錄於司法院行政訴訟及懲戒廳編，《行政訴訟論文彙編（一）》。司法院。
- 彭鳳至（2001），〈行政訴訟種類理論與適用問題之研究〉，收錄於台灣行政法學會編，《行政命令、行政處罰及行政爭訟之比較研究》，臺北：翰蘆。
- 程明修（2005），〈行政法上之意思表示、法律行為與行政處分〉，《行政法之行為與法律關係理論》。臺北：新學林。
- 蔡志方（1995），《行政法三十六講》。臺南：自刊。
- 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏合著（2001），《行政程序法實用》，第二版，臺北：學林。

三、學位論文

林重魁（1984），《從行政法學觀點論日本行政指導制度》，中國文化大學法律學研究所碩士論文。

姜悌文（1998），《行政法學上之明確性原則》，國立中興大學法律研究所碩士論文。

蔡進良（1996），《行政法上禁反言法理之比較研究》，國立政治大學法律研究所碩士論文。

蔡馥宇（2003），《論行政指導之救濟》，國立臺北大學法律學系研究所碩士論文。

蕭于哲（2009），《論日本行政訴訟中課予義務訴訟與禁制訴訟之暫時權利保護—以暫時課予義務與暫時禁制為中心》，東吳大學法律學研究所碩士論文。

貳、日文（按五十音順排列）：

一、期刊論著

宇賀克也（2004），〈行政指導〉，《法学教室》，第 291 號。

大久保則子（2006），〈処分性をめぐる最高裁判例の展開〉，《ジュリスト》1310 號。

櫻井敬子（2006），〈指導要綱による開発負担金〉，收錄於塩野宏、小早川光郎、宇賀克也編，《行政判例百選》，別冊ジュリスト第 181 號。

白石忠志（2006），〈行政指導と石油価格カルテル〉，收錄於塩野宏、小早川光郎、宇賀克也編，《行政判例百選》，別冊ジュリスト第 181 號。

- 長谷川佳彦（2010），〈行政事件訴訟法における仮の義務付け・仮の差止め制度の研究（一）—仮命令制度・執行停止制度との比較の見地からする考察—〉，《關西大學法學論集》，第59卷第5號。
- 根岸 哲（1999），〈行政指導と価格カルテル〉，收錄於塩野宏、小早川光郎、宇賀克也編，《行政判例百選I》，別冊ジュリスト第150號。
- 松戸 浩（2006），〈行政指導の法的根拠（一）〉，《広島法学》，29卷4號。
- 松戸 浩（2007），〈行政指導の法的根拠（三）〉，《広島法学》，30卷3號。
- 高田 敏（1974），〈行政指導と「法律による行政」の原理〉，《法学教室》，第2期5號。
- 乙部哲郎（2008），〈行政指導の処分性に関する一考察〉，《神戸学院法学》，第37卷3・4號。
- 乙部哲郎（1989），〈租税法と信義則、禁反言（二）〉，《民商法雑誌》，第100卷第4號。
- 水野忠恆（1988），〈青色申告承認の手續と信義則の法理〉，ジュリスト第903號。
- 藤木英雄（1974），〈行政指導と独禁法違反の罪〉，ジュリスト第566號。

二、書籍著作

- 阿部泰隆（1997），《行政の法システム》，東京：有斐閣。
- 新井隆一編（1992），《行政法》，東京：青林書院。
- 宇賀克也（2005），《行政手續法の解説》，東京：学陽書房。
- 雄川一郎、塩野宏、園部逸夫編（1989），《現代行政法大系—行政争訟I》。東京：有斐閣。
- 小高 剛（2000），《行政法総論》，東京：ぎょうせい。
- 大橋洋一（2009），《行政法I—現代行政過程論》，東京：有斐閣。
- 小早川光郎編（1996），《行政手續法逐条研究》，東京：有斐閣。

- 黒沼 稔 (1995), 《現代行政法概説》, 東京: 多賀。
- 塩野 宏 (2001), 《行政法 I》, 東京: 有斐閣。
- 塩野 宏、高木 光合著 (2000), 《条解行政手続法》, 東京: 弘文堂。
- 塩野 宏 (1989), 《行政過程とその統制》。東京: 有斐閣。
- 芝池義一 (2006), 《行政法総論講義》, 東京: 有斐閣。
- 新藤宗幸 (1992), 《行政指導—官庁と業界のあいだ》, 東京: 岩波書店。
- 関 哲夫 (1991), 《行政指導》, 東京: ぎょうせい。
- 竹下守夫、藤田耕三編 (1996), 《注解民事保全法 (上巻)》, 東京: 青林書院。
- 田中二郎 (1975), 〈行政指導と法の支配—日本的企業體質〉, 収録於竹内昭夫編, 《現代商法学の課題: 鈴木竹雄先生古稀記念》, 東京: 有斐閣。
- 田中二郎 (1976), 〈行政指導と法の支配〉, 《司法権の限界》, 東京: 弘文堂。
- 千葉勇夫 (1990), 〈行政指導〉, 収録於成田頼明編, 《行政法の争点》。東京: 有斐閣。
- 千葉勇夫 (1987), 《行政指導の研究》, 京都: 法律文化社。
- 中川丈久 (2000), 《行政手続と行政指導》, 神戸大学研究双書刊行会。
- 中川丈久 (2004), 〈行政指導の概念と法的統制〉, 収録於芝池義一、小早川光郎、宇賀克也編, 《行政法の争点: Jurist 増刊》, 第3版。東京: 有斐閣。
- 成田頼明、南博方、園部逸夫編 (1970), 《行政法講義 (下巻)》, 東京: 青林書院新社。
- 成田頼明 (1966), 〈行政指導〉, 収録於雄川一郎、高柳信一編, 《現代の行政》, 東京: 岩波書店。
- 藤田宙靖 (2005), 〈警察法二条の意義に関する若干の考察〉, 《行政法の基礎理論 (上)》。東京: 有斐閣。

藤田宙靖（2000），《行政法 I（総論）》，第 3 版再訂版，東京：青林書院。

南博方、高橋滋編（2009），《条解行政事件訴訟法》，第 3 版補正版，東京：弘文堂。

南博方、高橋滋編（2000），《注釈行政手続法》，東京：第一法規。

宮崎良夫（2004），〈行政指導と取消訴訟の対象適格性〉，収録於三辺夏雄、磯部力、小早川光郎、高橋滋編，《法治国家と行政訴訟：原田尚彦先生古稀記念》，東京：有斐閣。

山内一夫（1984），《行政指導の理論と実際》，東京：ぎょうせい。

山内一夫（1977），《行政指導》，東京：弘文堂。

俞 珍式（2001），〈行政指導の歴史性と行政法学〉，収録於小早川光郎、宇賀克也編，《行政法の発展と変革（上巻）—塩野宏先生古稀記念》，東京：有斐閣。

