

第四章 對公務人員公法上不當得利返還請求權之行使

本章賡續前章之研究，將進一步處理行政機關如何向公務人員行使公法上不當得利返還請求權的問題。由於這個問題，在我國現行行政爭訟實務，堪稱最富爭議的議題之一，因此本章將先以整理實務的爭議點入手，探究其爭議的原因（第一節），其次再交叉比較德國法制與我國法制的異同，以評析實務的方式，檢討行政機關向公務人員行使公法上不當得利返還請求權時，究竟應採取哪種法律上之手段，始能符合我國現行法制的要求，以作為本章最後的結論（第二節）。

第一節 我國行政爭訟實務上之爭議

壹 爭議過程

一 行政法院審判實務

查公法上不當得利返還請求權者，如本研究第二章第一節壹所言，除本研究所關心的由國家或其他行政主體（請求權人）向人民，如公務人員，主張者外，至少也有人民（請求權人）向國家或其他行政主體所主張者，如溢繳之稅款請求退還的類型。至於涉及公法上不當得利返還請求權，請求權人如何向被請求權人行使的問題時，在人民向國家或其他行政主體主張請求權的方面，基

本上而言，則較無爭議。因為在此，請求權之行使，其實與民法上不當得利返還請求權人行使請求權的方法一致：以意思通知為之，若受領人仍拒絕返還，則起訴而透過法院爭訟途徑解決。只是在民法上不當得利方面，具有審判權的法院為普通法院；在公法上不當得利方面，具有審判權的法院，則原則上為行政法院（行政訴訟法第二條參照）。我國司法院大法官釋字第 515 號解釋所涉的公法上不當得利之問題，正屬人民向國家或其他行政主體主張公法上不當得利返還請求權之一種；司法院大法官在該號解釋理由書指出「因不可歸責之事由致興辦工業人未能於法定期間內依核定開始使用在工業區購得之土地或廠房，其課徵供作基金款項之法律上原因既已不存在，則構成公法上之不當得利，該興辦工業人自得依現行行政訴訟法提起給付訴訟…」，不啻說明了該種類型之公法上不當得利，其請求權通常如何行使的問題。在此，司法院大法官的見解與德國通說¹同；從比較法的立場觀察，殊值贊同²。

然而相對於此，在國家或其他行政主體向人民主張公法上不當得利返還請求權的方面，問題則比較複雜。因為依據德國，以及繼受德國行政法學思想甚多的我國行政法體系，無論國家或其他行政主體向人民作如何公法上之權利的請求，絕大多數均以透過代表國家或其他行政主體之行政機關作成行政處分（*Verwaltungsakt*）的方式進行；設若行政處分之相對人仍不因此而為義務之履行，必要時，則尚得依據行政執行法所提供之機制，逕為行政上之強制執行。此際，行政機關其實毋庸再以起訴的方式，尋求法院爭訟途徑解決問題。反之，行政處分之相對人或其他利害關係人，若有不服行政處分者，則必須自行依循行政爭訟的機制，以提起訴願，或其他取代訴願之程序，如公務人員保障法中之復審，乃至行政訴訟的方式，尋求權利保護。換言之，代表國家或其他行政主體行使公權力的行政機關，在此與人民的法律地位並非對等的；而國家基於統治權行使的公益目的，此一不平等的地位，不但無可厚非，也有實際上的必要性。

不過，同樣是依據德國或我國的現行行政法體系，行政機關以行政處分的方式解決公法上之權利義務問題，在另一方面也絕非全面性，而無往不利的。

1 *Statt aller Detterbeck*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht*, § 27 Rn. 5 m. w. Nachw.

2 同說，例見：吳庚，*行政法之理論與實用*，頁 697。詳細說明，尤見：林錫堯，*公法上不當得利法理試探*，收於：*當代公法新論（下）*，頁 281-283。

事實上由於法治國思想下的依法行政原則影響，行政機關是否得以作成行政處分，往往取決於法律上明示或默示的基礎是否存在；假使法律事實上並未提供相當的法律基礎，則行政機關解決其與人民間之相關公法上的爭議，仍須透過行政爭訟的途徑，而非逕自以行政處分，乃至行政執行的方式處理³。準此，以國家或其他行政主體向人民主張公法上不當得利返還請求權為例，代表國家或其他行政主體之行政機關得否逕以行政處分，乃至行政執行的方式來主張，並實現其返還請求權，而不直接訴諸法院爭訟，在法律未有明文規定的情況下，則屬疑義。關於這個問題，我國實務的見解相當分歧，值得吾人注意：

在我國，有關行政機關究竟應以行政處分及行政執行之方式，直接向人民請求返還公法上不當得利，抑或仍應與人民向行政機關請求返還公法上不當得利的類型同，以向行政法院體系提起給付訴訟之方式為之的問題，如前所述，原是行政爭訟實務上的一大爭議。不過關於這個問題點，若經吾人整理相關的實務見解後，即又將發現歷來法院的立場，其實可以分成兩大階段來說明。首先是民國 89 年（2000）7 月 1 日行政爭訟法改制前當時行政法院（即現在的最高行政法院）的立場：

我國現行行政爭訟法改制前，舊行政訴訟法本來採取以行政處分為唯一爭訟對象的所謂「列舉主義」（修正前行政訴訟法第一條參照）。雖然在當時，行政機關代表國家或其他行政主體向人民主張公法上不當得利返還請求權的問題，其實早已成為行政法院審判的對象。不過彼時或許由於行政處分乃人民唯一能夠透過行政爭訟機制表示不服的一種行政行為，所以當時改制前的行政法院，在涉及行政機關向人民請求返還公法上不當得利的爭訟案件上，似乎有意或無意忽視行政機關就此對人民所做的書面返還主張，究竟係屬一種書面的行政處分，抑或只是一種單純的、與一般私人間請求對方返還民法上不當得利相類似的書面意思通知，而直接將之視為「行政處分」來處理。其中，例如民國 86 年 7 月 31 日行政法院所做成的 86 年度判字第 1861 號判決稱：「按公教人員待遇應以敘薪為前提，如超出核薪範圍，不依規定敘級支給時，執法上並無裁量彈性。多核薪級一級，在法律上實質不合法，形式上亦有瑕疵，屬無法律原因之給付為不當得利，應予返還。本件原告…溢領學術研究費計新台幣三十八萬八千二百七十元，被告函知原告自八十五年七月份起原告薪資中每月扣繳新

³ 就此，詳見：陳敏，行政法總論，頁 377-380；Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 10 Rn. 5 ff.。

台幣一萬五千元，分期繳還，如退休或離職時尚未繳清，則餘款請一次還清。揆諸首揭說明洵無違誤；訴願及再訴願決定遞予維持，亦無不合…」，即屬代表。蓋在這個案件中，爭訟事實明顯牽涉行政機關（請求權人）以「函知」方式向溢領薪資（學術研究費）的某公教人員（不當得利受領人）主張返還該溢領的學術研究費，為一種典型的行政機關向人民（公教人員）請求返還公法上不當得利之事件，然而行政法院就此，卻在未討論系爭「函知」之法律性質的情況下，直接進入本案不當得利究竟是否成立等問題加以審理；從而，姑不論行政法院在此的立場究竟如何，其針對行政機關得否逕以行政處分之方式，向人民主張公法上不當得利返還請求權的問題，欠缺問題意識，則顯然可知。因此，相關問題的爭議，似乎有待行政爭訟法改制後，始能浮現檯面。至於法院就此爭議問題的態度究竟如何，也得以本節前揭所謂的第二階段來作進一步的說明：

民國 89 年 7 月 1 日現行訴願法及行政訴訟法開始施行；原來的行政法院改制為最高行政法院，管轄行政訴訟案件的終審裁判，而第一審裁判，則由新設的臺北、臺中與高雄等三所高等行政法院負責受理。其間，由於發生在臺北縣的一宗徵收補償費溢放事件，相當多數之溢領人經臺北縣政府於民國 85 年函知退繳，仍拒絕繳還後，臺北縣政府遂分別於民國 90 年間，向管轄的臺北高等行政法院依行政訴訟法第八條第一項提起一般給付訴訟，請求溢領人返還前所不當受領之補償費⁴。面對此等因同一事實而大量湧入的公法上不當得利案件，臺北高等法院一一受理後，卻分別於民國 91 年間，略以原告臺北縣政府得逕以行政處分及行政執行方式主張並貫徹其向人民所生之公法上不當得利返還請求權，是起訴欠缺「權利保護必要性（Rechtsschutzbedürfnis）」等為理由，分別駁回原告之起訴。不過就此，原告不服，遂分別上訴至最高行政法院；而最高行政法院在此卻另持與原審臺北高等行政法院迥然不同的見解。又於民國 92 年間，分別略以有關行政機關對人民所生之公法上不當得利返還請求權，在法律並無明文規定的情況下，行政機關原則上不得逕以行政處分及行政執行方式主張並貫徹其請求，而應以提起一般給付訴訟為之等理由，廢棄臺北高等行政法院的原判決，發回原法院另為適法之審理。從而有關公法上之不當得利，行政機關究竟如何向人民為返還請求權之主張，臺北高等行政法院及最高行政法院顯然

⁴ 相關問題，詳見：劉建宏，行政主體向人民請求返還公法上不當得利之法律途徑，本土 64 期，頁 37-38。

分別採取「行政處分說」及「一般給付訴訟說」等對立的立場，而相持不下。是今正為便利相關問題的探討，本文謹將臺北高等行政法院於民國 91 年 1 月 14 日所作成的 90 年度訴字第 1752 號判決理由全文，以及最高行政法院據以廢棄該原審判決之 92 年度判字第 761 號判決（民國 92 年 6 月 13 日）的重要理由部分，分別抄錄在後，以作為兩所法院的不同代表性觀點。

首先，臺北高等行政法院 90 年度訴字第 1752 號判決持「行政處分說」之判決理由全文如下：

一、按義務人本於法令之行政處分，負有公法上金錢給付義務，其處分文書定有履行期間，如逾期不履行，主管機關得移送行政執行處就義務人之財產強制執行，行政執行法第十一條第一項第一款定有明文。又「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷」、「授予利益之行政處分，其內容係提供一次或連續之金錢或可分物之給付者，經撤銷、廢止或條件成就而有溯及既往失效之情形時，受益人應返還因該處分所受領之給付」、「前項返還範圍準用民法有關不當得利之規定」，行政程序法第一百十七條前段、第一百二十七條第一項前段、第二項分別定有明文。次按行政程序法雖於九十年一月一日始開始施行，但上開法理本存在於五十九年十二月二十三日修正公布之訴願法第十七條第二項及八十七年十月二十八日修正公布、八十九年七月一日施行之訴願法第八十條第一項有關提起訴願雖逾法定期限，但原行政處分若顯屬違法或不當者，原行政處分機關或其上級機關得依職權變更或撤銷之規定中，改制前行政法院四十四年判字第四十號判例亦明示：「行政官署對其已為之行政行為發覺有違誤之處，而自動更正或撤銷，並非法所不許」，另同院二十四年判字第四號、五十年判字第二十五號判例意旨均屬同一意旨。而授予利益之行政處分之一部或全部被撤銷時，受益人受領利益之法律原因即於撤銷範圍內溯及失其效力，依民法第一百七十九條規定之法理，其應負返還該已無法律原因之利益之義務，原授予利益之機關即有請求其返還之權利，且基於主管此項事務之機關職權，自可以行政處分之方式命其返還該項不當得利。故縱使在行政程序法施行前，行政機關仍得於發現其所為授益性行政處分有違誤時，依職權為全部或一部之撤銷，並命受益人於一定期限內返還其不當得利，此乃行政機關本於法令（或法理）所為之形成及下命處分，受處分之相對人即因而負有公法上金錢給付義務，如其認為

此項處分有違法或不當，自得另行提起行政救濟。而主管機關亦得於履行期限屆滿後，移送行政執行處就義務人之財產強制執行。

二、查原告因辦理省道台十五線 0k+000 至 6k+626 段道路拓寬工程，拆遷被告所有坐落用地內之建築物，前經原告核定應核發補償費二、〇三九、二九六元，經公告確定後發放並拆遷完畢。嗣經原告予以複估，並認應以第三次複估之金額一、六六五、三〇五元為準，原告乃於八十五年一月十一日以八五北府工土字第七八一〇號函通知被告：「台端所有坐落省道台十五線 0k+000 至 6k+626 段道路拓寬工程用地內之建築物補償費，經複估核算後與原公告補償費金額不合，其溢領之補償費（詳如附件）請八十五年二月二十九日前退繳至台灣土地銀行士林分行補償費發放專戶內，請查照。」，並於附件「建築物補償清冊」內敘明各業主建築物坐落門牌、複估金額、已領金額及追繳金額，其中本件被告應追繳金額為三七三、九九一元，此有原告所提上開公函及附件西部濱海公路台十五線 0k+000 至 6k+626 用地內建築物補償清冊可稽。原告既於核定被告之建築物補償金額後，因複估發現原核定補償金額有誤，乃決定以複估之金額為準，即係更為核定較低之金額（亦即依職權撤銷原核定之一部），並因該經撤銷之部分已溯及既往失其效力，被告有返還溢領部分之補償金額之義務，乃發函表明變更之意旨及命其於一定期限內如數返還，其係基於職權就公法上具體事件所為之決定，而對外直接發生法律效果之單方行政行為，甚為明顯，則此公函即係依法令所為之行政處分，具有形成及下命處分之性質，被告因而負有公法上金錢給付義務，茲被告既逾期未履行，依首揭說明，原告即得逕移行政執行處強制執行，自無庸向高等行政法院另行提起給付之訴。至於遲延利息之請求部分，雖然上開公函未一併命被告給付，但依行政程序法第一百二十七條第二項準用民法第一百八十二條第二項之規定，利息本屬不當得利返還之範圍，原告可另以行政處分命被告給付，亦無向本院起訴之必要。否則如認原告須起訴取得給付判決，始得強制執行，無異否定行政處分之執行力，有違行政訴訟法第一百十六條第一項、訴願法第九十三條第一項及行政執行法第四條第一項之規定。且按行政講究主動、積極與效率，於法律許可之多種作為方式中，行政機關基於行政效率之考慮，及自我實現行政目的之職能，有義務選擇最有效能之行政作為手段，以達成其施政目標。而行政法院存在之目的，主要係提供人民於其權利受侵害

時救濟之管道，而非代替行政機關為行政處分。如行政機關放棄自身之行政作為手段，或自認其命人民為財產上給付之表示，非行政處分，而訴諸法院判決之強制作用來完成其自身應負之行政任務，即難謂在行政訴訟制度上具有權利保護之必要性。何況被告對於右開公函本得提起行政救濟，如又認原告得另提起返還公法上不當得利之給付訴訟，程序上將造成同一爭議重複進行行政爭訟，應如何審判及判決歧異之困擾。故原告起訴請求返還本件公法上不當得利及其利息，其訴欠缺權利保護必要，在法律上顯無理由，爰不經言詞辯論，逕以判決駁回之。

其次，反對前開臺北高等行政法院見解的最高行政法院 92 年度判字第 761 號判決，其持「一般給付訴訟說」的重要理由則為：

本件上訴人請求返還溢領補償費，係基於公法上之不當得利請求權，上訴人並無裁量核定之權，性質上非屬行政執行法第十一條之公法上金錢給付義務。次查本件上訴人本於公法上不當得利法律關係請求，係準用民法有關不當得利之規定，其請求權之行使、返還之範圍等均須依民法第一百八十條至第一百八十三條之規定，上訴人並無單方裁量之決定權，足認上訴人行使不當得利請求權，係基於與被上訴人相同地位，故上訴人八十五年一月十一日所發八五北府工土字第七八一〇號函中，限期被上訴人返還溢領補償金部分，無非通知被上訴人履行債務，尚非行政機關本於法令所為之形成或下命之行政處分，顯與行政執行法第十一條第一項所定要件不合。又行政程序法第一百二十七條第二項，僅規定受益人返還範圍準用民法有關不當得利之規定，並未如德國法有明文規定因行政處分撤銷失效，受益人返還所受領給付時，行政機關得以行政處分核定返還金額。主管機關若以行政處分之方式命受領人返還，欠缺法律上依據。行政機關既無依法單方裁量核定之權限，仍應由行政機關提起一般給付訴訟，以確定不當得利之範圍。是以上訴人依行政訴訟法第八條第一項規定，依據公法上之不當得利返還請求權，提起一般給付訴訟，程序上尚無不合，亦有權利保護之必要。…上訴意旨據以指摘，求為廢棄原判決，為有理由。合將原判決廢棄，發回原法院另為適法之審理，以資救濟。

最後，綜上兩所法院不同的見解，吾人可以發現：有關行政機關如何向人民請求返還公法上不當得利的問題，兩所法院判決在此所涉之事實，係屬因行政機關（部分）撤銷原行政處分（在本案，即被告建築物補償金額之原核定）

後所生的公法上不當得利。而針對這種原以行政處分作為給付的「法律上之原因」，嗣後因行政處分撤銷，以致「法律上之原因」溯及不存在所生的公法上不當得利類型，我國行政程序法第一百二十七條第二項雖然明確指出，相關的返還範圍準用民法有關不當得利之規定，不過行政機關在此究竟如何向不當受益的人民請求返還，則因法無明文，而滋爭議。不過針對這個法無明文的爭議問題，臺北高等行政法院則認為：行政程序法第一百二十七條所揭示者，終究只是一項行政機關得依職權自行（部分）撤銷違法之授益處分，並同時向受益人請求返還因此已無法律原因之利益的法理；由於此一法理，原已存在，而不待法律明文，所以在本案所示的公法上不當得利類型中，行政機關縱於行政程序法第一百二十七條之規定無從適用，或該規定本身不明確的情形下，仍得逕按前開法理，依職權自行以形成並下命之行政處分的方式，撤銷原違法之授益處分（形成），並同時向受益人請求返還因此所生的不當得利（下命）。此際，又因為基於下命處分既有的執行力，行政機關原得於受益人拒絕返還不當得利時，依行政執行法逕送強制執行，以貫徹其返還請求之主張，因此行政機關若捨此不為，而另以起訴方式主張其公法上不當得利返還請求權，則其所提起之一般給付訴訟，欠缺權利保護必要，應予駁回。

然而相反地，針對臺北高等行政法院前開見解，最高行政法院一方面雖不否認行政機關就違法之授益處分具有自行撤銷的職權，惟另一方面在有關原處分撤銷後所生之公法上不當得利的問題本身上，卻又強調：由於行政程序法第一百二十七條在此指向準用民法之相關規定，從而行政機關對人民行使返還請求權，也應該立於與人民平等的地位。據此，行政機關實無從動用具有高權作用之單方決定性質的下命處分，乃至行政執行，來貫徹其主張；是其最多只能以訴訟方式，來解決與人民立於對等關係所產生的公法上不當得利返還請求權問題。在此，最高行政法院同時又援引德國法制，亦即德國聯邦行政程序法第四十九條之一⁵，作為比較法上的佐證：由於我國行政程序法第一百二十七條「…並未如德國法有明文規定因行政處分撤銷失效，受益人返還所受領給付時，行政機關得以行政處分核定返還金額。主管機關若以行政處分之方式命受領人返還，欠缺法律上依據。」關於這一點，似也值得吾人特別注意。

不過無論如何，由於最高行政法院終審的地位，屬於下級法院的臺北高等行政法院最後只能改變其見解。其於民國 93 年 1 月 20 日所做成的 91 年度訴字

5 惟最高法院在此並未明確指出其所參考者，係德國法制中的哪一條法律條文。

第4774號判決稱：「惟按行政主體向人民請求返還公法上不當得利即繳回溢領之補償費時，究應提起一般給付之訴，由行政法院判決命受領人返還；抑或得由行政主體逕行作成行政處分，命受領人返還，為一值得研究之課題，在如法律有明文授權時，一般通說均認行政主體得逕行作成行政處分命受領人返還公法上不當得利，固無爭論；惟於欠缺法律明文授權時，有認若前所為之給付原係依據行政處分而提供者，其後法律上原因消滅，行政主體請求返還此公法上不當得利時，得毋需求助於行政法院，逕將其認為屬於行政執行法第十一條第一項規定之行政處分命人民負返還義務者；亦有認此項溢領補償費返還請求權——公法上不當得利返還請求權之行使，法令並未規定，依法律保留原則之要求，難謂被告得以行政處分為溢領補償費返還之核定者；後者為目前最高行政法院所採取之見解（最高行政法院九十二年度判字第一五八〇號等判決參照）。準此，本件被告前函命原告於一定期限內如數返還部分，尚難認係符合行政執行法第十一條第一項所稱義務人依法令或本於法令之行政處分…。」正為爭議形式上的結束，作一註腳。但是問題最後是否果真解決，則有疑問。

二 保訓會復審實務

相對於前開臺北高等行政法院與最高行政法院間，對於行政機關向含公務人員在內的人民，究竟應以行政處分之方式，或一般給付訴訟之方式，行使公法上不當得利返還請求權的問題，有所爭執，保訓會在其公務人員的復審實務中，對於這個問題，似乎未有明確的見解表示。雖然在該會於民國92年12月23日做成的92公審決字第0362號復審決定中，委員廖林麗貞及李英毅亦以共同提出的不同意見書質疑：「最高行政法院近來於台北縣政府追繳溢領徵收補償費之連續判決中，對於追繳函之法律性質，大抵認行政機關對人民行使公法上不當得利請求權，係基於與人民相同地位，尚無單方裁量決定之權，故認該追繳僅屬通知履行債務，尚非行政機關本於法令所為之形成或下命之行政處分（如最高行政法院九十二年度判字第七六九號判決、九十二年度判字第八六七號判決等），人民對追繳函不服，無從提起撤銷訴訟，應循一般給付訴訟途徑救濟。事實上，此問題於德國行政法早已爭議多年，惟通說與實務仍認法律有明確授權時，自得以行政處分命相對人返還，縱無法律明確授權，於以行政處分為給付基礎時，基於反面理論，仍得以行政處分命返還，此項爭議並隨德國

行政程序法增定第四十九條 a 而塵埃落定…。」不過保訓會的復審決定，最後基本上仍將相關案件視為行政處分的類型處理；因為這裡，保訓會所關心的，毋寧是「行政處分說」與「一般給付訴訟說」之爭以外的其他問題。

蓋在我國行政實務中，行政機關向公務人員（或其他私人）行使公法上不當得利返還請求權，習就同一返還請求事由、金額及繳交期限等，多次去函追繳，最後始以最終之追繳函移送行政執行。姑不論這種「追繳函」的性質為何，因縱認為其屬行政處分，最後仍有哪一次的追繳函始為有效的行政處分的困惑⁶。此外，也是同在行政實務中，行政機關去函公法上不當得利返還請求權之被請求權人時，函中雖表明返還請求之旨，惟卻非令其繳回，而是逕以「扣繳」⁷、「抵銷」⁸等用詞，通知被請求權人原繼續向行政機關得領的薪資或其他定期之金錢給付等金額，已因行政機關對其之公法上不當得利返還請求權而一部或全部、一次或分期扣除。準此，行政機關此一主張抵銷之扣繳函，性質為何，是否亦屬行政處分，亦一再令保訓會受理復審案件時，產生疑惑。

總之，在我國現階段的行政爭訟實務中，有關行政機關向公務人員或其他私人行使公法上返還請求權，究竟應以何種方式為之，似無定論，而爭議頗多，亟待進一步深入研究。

貳 爭議點整理

不過，綜觀以上行政爭訟實務上之爭議，本研究在此仍可以將所有的爭議點，簡單地整理成以下的問題：

行政機關向公務人員請求返還公法上金錢給付的法律手段，依我國現行實務，主要約有下列幾種；惟行政機關事實上依據法理，應得以哪些手段向公務人員主張返還，以貫徹其請求權之實現？

6 參見：保訓會 92 公審決字第 0362 號復審決定，廖林麗貞／李英毅，不同意見書。

7 例見：（改制前）行政法院 86 年度判字第 1861 號判決。

8 例見：保訓會 92 公審決字第 0239 號復審決定。

- 作成行政處分令其返還。在此，實務上常見的行政機關多次行文追繳，究竟應以何者為行政處分？
- 向行政法院依行政訴訟法第八條規定，提起一般給付訴訟。
- 扣繳。在此，行政機關得否於應發給公務人員之其他金錢給付中，直接扣繳前所不當受領之金額？而此「扣繳」的法律性質為何；究係為一種「行政處分」，抑或所謂「公法上之抵銷」，而非能定性為行政處分？

根據這個提問，本研究將總和國內學說意見，並比較德國法制，做出可能性的解決方案。

第二節 各種行使之方式

壹 行政處分（給付裁決）

一 反面理論

有關行政機關究竟得否逕以行政處分，必要時，並為行政執行的方式，向公務人員或其他私人行使公法上不當得利返還請求權的問題，在我國學術界，近年來，特別是由於前開臺北高等行政法院與最高行政法院的爭議，也引起廣大的討論⁹；不過相對於最高行政法院堅持反對見解，採取所謂的「一般給付訴訟說」，學者大多數贊成臺北高等行政法院的作法，肯定逕以行政處分模式，行使公法上不當得利返還請求權。在此，大多數的學者咸以德國實務所謂的「反面理論」為依據¹⁰，並且將此相關的行政處分，翻譯德文 *Leistungsbescheid*，稱為「給付裁決」或「給付決定」。由於國內的學者在此論述已多，殊值贊同，本研究僅就若干觀點，提出補充意見：

⁹ 例見：林錫堯，公法上不當得利法理試探，收於：當代公法新論（下），頁 283-284；詹震榮，行政機關之公法上不當得利返還請求權，法學講座 23 期，頁 61-63；詳細論證，尤見：劉建宏，行政主體向人民請求返還公法上不當得利之法律途徑，本土 64 期，頁 37 以下。

¹⁰ 有關德國理論問題，並見前文第二章第二節壹、二。

查德國實務所支持的「反面理論」，主要係適用在行政機關溯及撤銷或廢止授益行政處分後所產生的公法上不當得利之類型。在此，聯邦行政法院¹¹認為，相關的問題點均適用與原做成該處分的法律基礎；因此，行政機關在無其他法律明文授權的情況下，亦得逕以行政處分，即：給付裁決，必要時，付諸行政執行，以實現其公法上返還請求權。這種公法上返還請求權，正好是人民原有、對於授益處分之給付請求權的反面，故稱「反面理論」。對於德國法院實務的這種普遍作法，學者贊成者有之¹²，反對者亦有之¹³；不過後來由於德國聯邦行政程序法第四十九條之一第一項第二句：「應返還之給付，應以書面行政處分確定之」，隨著該條之增訂，而成為法律¹⁴，有關的爭議，即大幅失去實益。僅存意義的，只剩下德國聯邦行政程序法或各邦行政程序法不能適用的領域，如公務人員法上的特殊公法上返還請求權¹⁵。

在德國學說的爭議中，贊成說與反對說相持不下者，其實與我國實務中的爭議同，究竟行政機關，在無法律授權下，得否逕以行政處分的方式行使情返還請求權：持否定說者，基於該請求權之行使，為對於人民的一種負擔，故受法律保留的限制；持肯定說者，則傾向適用法理，並強調，法律既授權行政機關得以行政處分方式，撤銷或廢止原行政處分，殊無撤銷或廢止的固有目的，在此，亦即公法上不當得利返還請求的此一法律效果，不能自為決定，並需轉交法院處理的道理。

基本上本研究贊成肯定說者之意見；而事實上法律保留原則是否必須嚴格到一切侵害保留（Eingriffsvorbehalt）的程度，其實令人懷疑。即以授益行政處分之撤銷與廢止為例。這種撤銷或廢止行為本身，也是一種負擔處分；可是在我國尚未有行政程序法之前，或德國尚未有現行聯邦行政程序法暨各邦行政程

11 So etwa BVerwGE 20, 295 (297 f.); 25, 72 (76); 40, 85 (89).

12 So etwa *Detterbeck*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht*, § 27 Rn. 10; *Ossenbühl, Staatshaftungsrecht*, S. 436 f.

13 So beispielsweise *Erichsen*, in: *Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 15, Rn. 4, § 29, Rn. 31; *Windthorst*, JuS 1996, 894 (900); *Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht*, Bd. 1, § 30 Rn. 19; Bd. 2, § 55 Rn. 26.

14 就此，並詳見前文第二章第二節貳、一。

15 並見前文第二章第二節貳、一；vgl. *Zudem Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis*, Rn. 744 ff.

序法之前，實務¹⁶也是直接依據法理，為授益行政處分的撤銷與廢止，並獲學說支持，殊未有人懷疑其與法律保留之間的關係。更何況，德國聯邦行政程序法，為平息爭議，所新增的第四十九條之一第一項第二句，最多也不過「應返還之給付，應以書面行政處分確定之」簡單一語；其規範實質內涵，與直接依法理，做成返還請求的書面處分，即：給付裁決，有何兩異？

事實上在這個問題上，依本研究之見，與其堅持法律保留，不如強調給付裁決做成前的「程序保障」，似乎更有實益。換言之，本研究在此認為，這種給付裁決的問題，似得以程序保障來彌補其於法律保留方面的不足；從而，行政機關做成行政處分以向公務人員或其他私人請求返還行政處分撤銷、廢止後的公法上不當得利時，應嚴守程序正義；其中尤其是行政行為之明確性（例如書面之要式等）、附理由及提供相對人陳述意見之機會等，尤應具備。這些制度，在目前我國的行政程序法，均有規定，得為法律上的依據。

二 隸屬關係說

不過在另一方面，「反面理論」對於本研究所關心的行政機關向公務人員行使公法上不當得利返還請求權的問題，其實幫助有限。因為依據本研究已做過的分析¹⁷，與公務人員受領公法上金錢給付有關的公法上不當得利，除了因給付所基於之行政處分嗣後遭致溯及既往的撤銷或廢止外，尚有其他眾多類型；而這些類型，是否亦能適用「反面理論」，則值得商榷。然而針對此一問題，似乎毋庸深入，因為正好從比較德國法制的經驗¹⁸，吾人可知，德國實務，尤其是聯邦行政法院之實務¹⁹，除前開「反面理論」外，另有強調只要是像軍人或公務人員，原與國家立於一種「隸屬關係（Subordinationsverhältnis）」者，處於高權地位的行政機關，基於習慣法或行政法之一般原則，均得逕以行政處分的

16 有關行政程序法制定前之實務，我國部分，參見：陳敏，行政法總論，頁 452-453；德國部分，參見：*Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 11 Rn. 21 ff.。

17 詳見前文第三章第二節之分析。

18 參見前文第二章第二節壹、二及貳、二。

19 So z. B. BVerwGE 21, 270 (271); 24, 225 (228); BVerwG, NJW 1977, 1838 (1839); vgl. zudem nur *Schoch*, Jura 1994, 82 (89 f.); 中文文獻，參見：劉建宏，行政主體向人民請求返還公法上不當得利之法律途徑，本土 64 期，頁 42-43。

方式，向其行使公法上返還請求權²⁰。這種所謂的「隸屬關係說」，值得參考，也有效地解決所有國家或其他行政主體（請求權人）對於公務人員所有可能的公法上不當得利返還請求權。

「隸屬關係說」最大的憂慮是，是否代表著傳統「特別權力關係」的惡靈復活。關於這一點，本研究持比較樂觀的態度。因為縱使在現代已經逐漸揚棄特別權力關係理論的我國與德國，仍不免肯定代表國家或其他公權力主體行使公權力的公務人員，畢竟與國家或其他公權力主體處於某種一般人民與國家或公權力主體間所無的特別法律關係（*Sonderrechtsverhältnis*）²¹；因此相關之規範未必與一般人民齊一處理。事實上「隸屬關係說」之所以在法治國家依然得以成立，重點也是在於對法律保留原則的反省：只要行政處分嚴守正當法律程序，並且公務人員仍有權利救濟的機會，如公法上不當得利返還之義務，這種非公務人員基於其身分關係原始成立，而是因公務人員法律關係中已出現一種客觀的違法狀態，亟待回復，始所衍生的造成公務人員負擔的類型，有無固守侵害保留的必要，令人懷疑。從而，縱使無法律明文規定，在與國家或其他公權力主體本具有密切結合關係的公務人員領域，除公務人員受領金錢給付，原係基於國家或其他公權力主體與公務人員所定的行政契約作為給付之原因而來，故雙方就此給付關係例外地立於平等地位，行政機關不得任意以高權性質的行政處分方式，行使相關的返還請求權者外，適度地放寬法律保留限制，由行政機關直接以行政處分之方式，行使公法上不當得利返還請求權，似仍得宜²²。換言之，本研究在此，亦建議以程序保障的觀點，彌補法律保留之欠缺。

總之，本研究既支持「反面理論」，也贊成「隸屬關係說」。不過在公務員法領域，既然公務人員與國家或其他行政主體既存在著一種隸屬關係，則事實上所謂的「隸屬關係說」應該優先適用，而毋庸區分受領給付的（原）法律上之原因為行政處分抑或其他情形，分別採取「反面理論」及「隸屬關係說」。

20 Vgl. hierzu ausführl. *Schnellenbach*, *Beamtenrecht in der Praxis*, Rn. 744 ff.

21 Dazu vgl. nur *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, § 8 Rn. 30；並見：陳敏，*行政法總論*，頁 224-226。

22此外，在基於契約而與國家或其他行政主體成立平等法律關係的約聘、僱人員方面，以及公務人員之（遺）眷屬方面，因與國家或其他行政主體欠缺隸屬關係，故除非法律另有明文規定，或前開所謂「反面理論」適用的情形，否則行政機關，原則上不得逕以做成行政處分之方式，對其行使公法上不當得利返還請求權；vgl. dazu näher *Schnellenbach*, *Beamtenrecht in der Praxis*, Rn. 744 m. w. Nachw.。

不過相同的道理，行政機關做成行政處分以向公務人員請求返還公法上不當受領之金錢給付，亦須嚴守程序正義；其中尤其是行政行為之明確性（例如書面之要式）、附理由及提供相對人陳述意見之機會等，尤應具備²³。在此，行政程序法之相關「程序」規定，或因同法第三條第三項第七款之規定，而不能直接適用²⁴；惟基於公務人員之基本權利本身所散發的「程序保障」功能，行政程序法之相關規定仍有參考適用的可能。至於公務人員不服行政機關請求返還公法上不當得利所做成之給付裁決，則依據公務人員保障法的復審程序與行政訴訟法上之撤銷訴訟，針對此一書面行政處分請求救濟處理。此外，若另有行政處分之撤銷、廢止等，前於此一給付裁決，或與此給付裁決同時出現，針對該撤銷、廢止本身（也是一種行政處分）不服，亦同一辦理。

最後附帶一提者，是有關行政機關多次行文追繳的問題。關於此一問題，限於篇幅之見，不擬多做說明；事實上在保訓會 92 公審決字第 0362 號復審決定中，由委員廖林麗貞與李英毅共同提出之不同意見書稱：「…惟問題是我國實務上類如本件情形，習慣多次追繳，並向以最後追繳函移送行政執行。此時究以第一次追繳函為行政處分，其餘追繳函僅屬重複處置，非行政處分？或者以後來所為追繳屬第二次裁決，先前所為追繳已遭後者撤銷，故以最後所為者為最終有效之行政處分？本件本會係以九十一年十一月五日函作為救濟標的，顯係採後者看法。惟從民航局三次追繳函之內容比較，前二次均具體指定日期限期繳清，第三次則以文到十日內繳清，並附加表示「台端如未能如期配合繳交，本局當依審計部交通建設審計處函釋規定移送法務部行政執行署相關執行處辦理強制執行」，其內容未必相同，鑑於限期繳清所定日期，與金額均應同屬行政處分主要內容之一，故可認第二次追繳函已撤銷第一次追繳函，至於第三次追繳函之附加表示，旨在使復審人得以預測其將來之不利益，俾督促義務之履行，應屬告誡性質，尚非行政處分。是以，本件真正處分似應為九十一年七月十一日之催繳函，就告誡提起行政救濟，於法應有未合。…多次催繳並非法律所規定，行政執行法僅規定行政處分文書或裁定書未定履行期間者，須以書面限期催告履行後，依法令負有義務者，須以書面通知限期履行者後，逾期不履行，始得移送強制執行，至於行政處分定有履行期間，則毋須再限期催告履行，於完成告誡程序後，即得移送強制執行，返還公法上不當得利，並非依

23 So betont denn auch *Schnellenbach*, *Beamtenrecht in der Praxis*, Rn. 744 f.

24 就此，已見前文第三章第二節壹之說明。

法令負有義務，若以行政處分定有履行期間命返還，並附加救濟教示，即無再發催繳函之必要，多次催繳僅徒增如本件行政處分認定之爭議而已，實亦值檢討。」見地正確，殊值參考。

貳 一般給付訴訟

如前所述，行政機關既得依據「隸屬關係說」，逕以行政處分方式，必要時佐以行政執行，向公務人員行使公法上不當得利返還請求權；準此，行政機關向行政法院，依行政訴訟法第八條規定提起一般給付訴訟來行使其權利的必要，相對地大為減低。在這方面，我國臺北高等行政法院的見解相當正確，原則上得以行政機關欠缺「權利保護必要性」為理由，駁回訴訟²⁵。查權利保護必要性之概念，原來自民事訴訟法²⁶，不過行政爭訟法中，也有適用餘地²⁷。至於這個概念的實際內涵，及其究竟是屬於「實體裁判要件（Sachentscheidungs voraussetzung）」，為起訴「合法性（Zulässigkeit）」問題，或「有（無）理由（Begründetheit）」問題，鑑於與本研究無直接關聯，在此不贅²⁸。

參 公法上之抵銷

最後在有關「扣繳」問題上，其實就是所謂「公法上之抵銷」；此際，民法第三百三十四條以下之規定，應予準用。雖然這個制度在我國與德國有關行政機關向公務人員或一般私人行使公法上不當得利返還請求權的實務上，廣泛

25 Vgl. dazu *Detterbeck*, in: *Detterbeck/Windthorst/Sproll, Staatshaftungsrecht*, § 27 Rn. 11; *Schnellenbach*, *Beamtenrecht in der Praxis*, Rn. 749 jew. m. w. Nachw.

26 參見：王甲乙／楊建華／鄭健才，*民事訴訟法新論*，頁 274-275；陳榮宗／林慶苗，*民事訴訟法* 上，頁 325 以下。

27 吳庚，*行政爭訟法論*，頁 89 以下；德文文獻，例見：*Hufen, Verwaltungsprozeßrecht*, § 23 Rn. 10 ff.; *Schenke, Verwaltungsprozeßrecht*, Rn. 557 ff.。

28 相關問題，詳見：林三欽，試論「行政爭訟實益之欠缺」（上），*本土* 42 期，頁 37 以下；（下），*本土* 43 期，頁 12 以下。

地適用，並且至少在德國方面，也獲得學說方面的贊同²⁹，不過在許多問題點方面，卻一直無法釐清³⁰。首先，學說³¹上已大致形成共識，行政機關以「函知」方式向公務人員或一般私人主張公法上之抵銷，欠缺行政處分之「高權」性質，故非為行政處分，而是最多只為行政處分以外的公法上另一種「意思表示（Willenserklärung）」³²；惟除此以外，其有何行使上之要件，並有何特殊的限制，縱然在德國方面，仍然不甚清楚³³。本研究限於篇幅，對於此一問題，無法深究；在此僅就若干問題點表示意見。

基本上，公法上之抵銷，行政機關似乎未必獨立於行政處分之外單獨行使。事實上正依據我國的實務，行政機關輒以給付裁決（行政處分）函知人民行使公法上不當得利返還請求權時，一方面說明請求權成立之理由，並確定返還範圍與金額，另一方面則同時主張公法上之抵銷（扣繳），而免除行政執行的冗繁程序；準此，公法上之抵銷，其實就是一種代替行政執行，直接實現行政處分效力之手段。此外，又由於行政機關在得主張公法上之抵銷時，通常即對相對人另有一給付種類相同之債務（民法第三百三十四條參照）；如此，行政機關又何庸一方面進行行政執行，取回公法上不當得利之應返還部分，另一方面卻又將給付種類相同之取得，給付同一相對人，以履行債務。故為避免此一無庸的同一標的轉進轉出，實務上常見行政機關逕以公法上抵銷，作為給付裁決之「內容」的作法，似無苛求之處。只是此際，行政機關一方面必須嚴守做成行政處分（給付裁決）的形式、程序與實質要件，另一方面也必須遵循公法上抵銷（扣繳）之要件與限制。

不過退一步而言，在現今行政法學上，學者對於公法上之抵銷認識其實太少；至於在實務中，行政機關針對公法上不當得利返還請求的問題所為之「扣繳」，究竟是行政處分或公法上之抵銷，其實連行政機關本身也無明確的問題

29 Dazu vgl. nur *Battis*, BBG, § 87 Rn. 24 und insb. *Schnellenbach*, Beamtenrecht in der Praxis, Rn. 750 ff. m. w. Nachw.

30 So beklagt denn auch *Detterbeck*, DÖV 1996, 889.

31 Statt viel *Detterbeck*, DÖV 1996, 889 (890 f.) m. w. Nachw.；保訓會 92 公審決字第 0239 號復審決定，廖林麗貞／李英毅，不同意見書，亦同此見解。

32 關於公法上之意思表示，參見：李建良，論行政法上之意思表示，台北大學法學論叢 50 期，2002 年 6 月，頁 25 以下。

33 Hierzu s. *Detterbeck*, DÖV 1996, 889 ff. m. w. Nachw.

意識。從而，在此種相關問題仍屬混沌未明的情形，有關公法上之抵銷，在我國，除有深入研究的必要外，基於人民權利之保護，實務上也寧可謹慎。