

論擬制行政處分之訴願與行政訴訟

蔡志方*

摘要

訴願法第1條與行政訴訟法第4條第1項規定之行政處分，是否包括擬制行政處分？如申請之案件，依法必須經聽證程序，是否將有所不同？如業經於構成擬制行政處分前或後舉行聽證程序者，是否將有所不同？本文認為，擬制行政處分無論係擬制核可或擬制駁回，均可能成為訴願與行政訴訟之程序標的，而其相對人或利害關係人訴權之有無與相關程序中之地位、救濟種類，亦會有所不同。

擬制處分之機關誰屬、成立與生效之始點為何，甚至有關機關能否於爭訟程序中加以撤銷與變更？擬制行政處分之存續期間為何？能否因遲到之行政處分而被替換？擬制行政處分之成立與否，以及是否有效，如何確認？德國聯邦行政程序法第42a條之立法例，似乎可以作為我國相關法制，特別是行政程序法是否增訂一般性規定之參考。

最後，在立法政策與行政實務上值得注意者，乃除應設法預防不肖公務員，為圖利特殊申請人，而故意讓申請案件逾期，並構成擬制核可外，申請人亦可能利用機關人力嚴重不足時，才以違背誠實信用

DOI: 10.3966/168067192025060049001

投稿日期：2025年3月13日；接受刊登日期：2025年5月19日

* 國立成功大學名譽教授；國立臺灣大學法律學研究所法學博士。

本文作者感謝二位匿名審查委員寶貴之審查意見，對於本文提出之建議，均已斟酌參採改善，特此敘明。

原則之心態與方法，提出申請，以謀求擬制核可之取得，亦不能不防範！

關鍵詞：擬制行政處分、職權撤銷、遲到之行政處分、適格之原告、救濟種類



目次

- 壹、對擬制行政處分能否提起訴願與行政訴訟——問題之提出
- 貳、「擬制行政處分」之種類
 - 一、視為核可之「擬制行政處分」
 - 二、視為駁回之擬制行政處分？
 - 三、具有第三人效力之擬制行政處分？
- 參、擬制行政處分之處分機關的認定基準
 - 一、訴願法第13條與行政程序法第96條規定之無用論
 - (一)訴願法第13條規定之檢討
 - (二)行政程序法第96條第1項第4款規定之檢討
 - 二、規定擬制行政處分之立法機關？
 - 三、受理申請之機關？
 - (一)有管轄權之受理申請機關？
 - (二)無管轄權之受理申請機關？
 - 四、逾期末為決定之機關？
- 肆、擬制行政處分之訴願管轄機關
 - 一、訴願法關於訴願管轄機關規定之適用
 - 二、超越訴願法關於訴願管轄機關規定之適用與造法
 - 伍、對擬制行政處分提起訴願之期間
 - 一、對擬制行政處分之訴願，有無期間規定之適用？
 - (一)訴願法相關規定之檢討
 - (二)行政程序法相關規定之檢討
 - 二、對擬制行政處分之訴願，應否有期間規定之適用？
 - 三、對擬制行政處分之訴願期間，應否類推訴願法之相關規定？
 - 四、對擬制行政處分之訴願期間，應否類推行政程序法之相關規定？
 - (一)擬制行政處分於何時成立？
 - (二)擬制行政處分於何時生效？
 - 陸、對擬制行政處分提起訴願之種類與實益
 - 一、對擬制駁回之行政處分提起訴願之種類與實益
 - (一)對擬制駁回之行政處分提起訴願之種類
 - (二)對擬制駁回之行政處分提起訴願之實益

二、對擬制核可之行政處分 提起訴願之實益	一、對擬制駁回之行政處分之 行政訴訟
柒、對經聽證而逾期末為處分 之擬制行政處分，能否訴 願之分析	(一)適格之原告
一、聽證程序於申請案擬制 為行政處分之前舉行者	(二)適當之訴訟種類
二、聽證程序於申請案擬制 為行政處分之後舉行者	(三)暫行權利保護
捌、對擬制行政處分之行政 訴訟	二、對擬制核可之行政處分之 行政訴訟
	(一)適格之原告
	(二)適當之訴訟種類
	(三)暫行權利保護
	玖、結 論

壹、對擬制行政處分能否提起訴願與行政訴訟 ——問題之提出

我國訴願法第1條規定：「**①**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。**②**各級地方自治團體或其他公法人對上級監督機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，亦同。」行政訴訟法第4條第1項與第3項規定：「**①**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，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。**③**訴願人以外之利害關係人，認為第一項訴願決定，損害其權利或法律上之利益者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」其中所稱行政處分，屬於訴願與行政訴訟之程序標的。

(Verfahrensgegenstand)¹，是否包括擬制行政處分？²

又行政訴訟法第5條規定：「**1**人民因中央或地方機關對其依法

¹ 關於訴願程序標的之概念，詳請參見蔡志方，論訴願之程序標的與訴權，全國律師，創刊號，頁55-60（1997年）。關於行政訴訟程序標的之概念，詳請參見林隆志撰、蔡志方指導，論行政訴訟之程序標的：以法定訴訟種類為中心，成功大學法研所碩士論文（2005年）。

² 關於擬制行政處分之概念與相關問題，詳可參見蔡志方，擬制行政處分制度之研究，東吳法律學報，6卷2期，頁145-192（1990年）；蔡志方，論擬制行政處分與訴之利益，植根雜誌，7卷6期，頁1-10（1991年）；蔡志方，急為決定之訴願與擬制行政處分制度之存廢，法學叢刊，38卷4期，頁67-77（1994年）；蔡志方，行政處分的遠觀與近狎、橫切與縱剖，頁11-12，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000024123（最後瀏覽日：2025年3月4日）；蔡志方，論德國與我國行政處分的學術分類，頁28-29，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000024493（最後瀏覽日：2025年3月4日）；蕭文生，行政處分之變種與異形——擬制行政處分與形式行政處分，臺北大學法學論叢，73期，頁31-82（2009年）；蕭文生，行政法——基礎理論與實務，增訂6版，頁419-420（2024年）；Johannes Caspar, Der fiktive Verwaltungsakt – Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts, AöR 125 (2000), S. 131-153; Christian Ernst/Johannes Pinkl, Genehmigungsfiktion und Fiktionsbescheinigung nach § 42a VwVfG, JURA 2013, S. 685-695.; Annette Guckelberger, Die Rechtsfigur der Genehmigungsfiktion, DÖV 2010, S. 109-117; Winfried Kluth, Die Genehmigungsfiktion des § 42a VwVfG – Verfahrensrechtliche und prozessuale Problem, JuS 2011, S. 1078-1081; Matthias Knauff, Genehmigungsfiktionen als verwaltungsrechtliches Steuerungsinstrument, VerwArch 109 (2018), S. 480-502 [中譯，請見陳信安譯，許可擬制作為行政法上之調控手段，公法研究，6期，頁21-56（2023年）]；Martin Müller, Über den fiktiven Verwaltungsakt, DÖV 1966, S. 704 (704); Martin Oldiges, Der fiktive Verwaltungsakt – Bemerkungen auch zu § 15 Abs. 2 BimSchG, Umwelt- und Technikrecht. Jg. 2000, S. 41 ff.; Holger Weidemann/Torsten Barthel, Die Genehmigungsfiktion und das 4. VwVfGÄndG, JA 2011, S. 221-223; Michael Uechtritz, Die allgemeine verwahrungsverfahrensrechtliche Genehmigungsfiktion des § 42a VwVfG, DVBl. 2010, S. 684 (684-686).

因此，我國學者間不乏將擬制行政處分，等同於消極處分者。請參見陳新民，行政法學總論，新10版，頁297-298（2020年）；林明鏞，行政法講義，修訂6版，頁212（2021年）。惟亦有學者將機關為駁回申請之處分，稱為消極處分者。請參見陳敏，行政法總論，10版，頁1340註11（2019年）。

申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。²人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」其中第1項規定之情形，是否包括構成擬制行政處分之情形？第2項規定之情形，是否包括構成擬制駁回之行政處分之情形？如申請之案件依法必須經聽證程序，是否將有所不同？如業經於構成擬制行政處分之前或之後舉行聽證程序者，是否將有所不同？

由於對於上述諸問題，我國似乎尚無學者撰文為完整之探討，乃興起本人進行探究之興趣與動機，爰撰成本文，以就教於我國學術俊彥，希望能獲得批評與指教！特此先致謝意！

貳、「擬制行政處分」之種類

所謂擬制行政處分（fiktiver od. fingierter Verwaltungsakt），本非法規用語，而純屬學者將立法者基於政策需要³，將原無機關作成行政處分之狀態，以擬制（fiction; Fiktion; fictio）之方法，使其在法效果上，發生與行政處分存在同一價值者⁴。在當前多數的我國法規

³ 在德國聯邦行政程序法第42a條規定，是否採為全面性之擬制行政處分制度，作為謀求行政程序之加速手段（Beschleunigungsinstrument），在政策上之再評估。Dazu, vgl. Caspar, a.a.O., S. 149-153.

⁴ 擬制在心理學上，乃將意識上不同之事物，在意志或意欲上，為等同之處理（Eine gewollten Gleichsetzung eines als ungleich Gewußten）。在法的技術上，乃將一定之事實狀態，當作相當於已被規定之構成要件事實，而使之發生相同法效果之制度。請參見鄭玉波，法諺（一），頁188（1984年）；Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 1. Aufl., S. 141 (1983).

規定，則將機關受理申請，相應地，其應於法定或機關規定之一定期限內作成准駁之處分，而逾期未作成時，即將其當作已經准許或駁回者⁵。與擬制行政處分仍有不同者，乃推斷之行政處分（konkludenter Verwaltungsakt）⁶。

一、視為核可之「擬制行政處分」

我國最早創設「擬制核可之行政處分」者，似乎係1946年4月29

⁵ 至於在該期限之後，始作成准許或駁回之處分者，則屬於學說上所稱之遲到行政處分，與擬制行政處分仍有所不同。關於遲到之行政處分的概念與衍生之問題，詳請參考蔡志方，論遲到之行政處分，植根雜誌，6卷12期，頁2-16（1990年）；蔡志方，遲到之行政處分與訴願決定在行政救濟制度上之地位，植根雜誌，9卷5期，頁1-10（1993年）；蔡志方，遲到之行政處分面面觀，收於：政大兩岸行政法學研討會集刊，頁119-149（1998年），復收於：行政救濟與行政法學(三)，修訂1版，頁319-351（2004年）；蔡志方，行政處分的遠觀與近狎、橫切與縱剖，頁12-13，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000024123（最後瀏覽日：2025年3月4日）；立法院議案關係文書院總第830號、委員提案第17117號；山西大學法學院教師尤春媛，「遲到之具體行政行為」的法律責任和救濟，河北法學，2000年第1期，http://blog.sina.com.cn/s/blog_13c4490d60102vykm.html（最後瀏覽日：2025年3月4日）；武漢大學，遲到之具體行政行為的法律責任和救濟——中國人民大學複印報刊資料，<http://cgrs.lib.whu.edu.cn.Paper>（最後瀏覽日：2025年3月4日）；2012年2月14日最高行政法院101年度2月份庭長法官聯席會議，所採之甲說，即個人提出來的見解。

至於機關有意為一定之處分，但未為明示之表示者，則屬於默示處分，而非擬制行政處分。關於默示處分之概念，詳請參見蔡志方，論默示的行政處分，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000024127（最後瀏覽日：2025年3月4日）。

⁶ 關於推斷之行政處分，請參見蔡志方，論德國與我國行政處分的學術分類，頁26-27，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000024493（最後瀏覽日：2025年3月4日）；näher dazu, vgl. Ulrich Stelkens/Joachim Bonk/Michael Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 5. Aufl., 1998, Rn. 3-5a, m.w.N.; Kyrill-Alexander Schwarz, in: Fehling/Kastner/Störmer, *Verwaltungsrecht, VwVfG* § 35 Rn. 52, 53, 5. Aufl., 2021; kurzer Darstellung, vgl. Caspar, a.a.O., S. 132.

日修正公布之土地法第214條規定：「前條保留征收之期間，不得超過三年，逾期不征收，視為撤銷。但因舉辦前條第一款或第四款之事業，得呈請核定延長保留征收期間，但延長期間至多五年。」⁷如將保留徵收之決定，視為行政處分，則視為撤銷或視為廢止，自均可認為屬於擬制之行政處分⁸。

1955年12月23日修正公布之所得稅法第52條第3項規定：「納稅義務人如認為有提列必要時，亦得於營業年度終結二個月前，申請財政部為前項之決定⁹。財政部接得此項申請時，應即會商有關部會核定准否提列。如於接得申請日起二個月後仍未核定時，視為准予提列。」惟本條業於2001年6月13日修正公布所得稅法時，予以刪除。

1963年1月29日修正公布所得稅法第56條第3項規定：「納稅義務人如認為有提列必要時，亦得於營業年度終結兩個月前，申請財政部為前項之決定。財政部接得此項申請時，應即會商有關部會核定准否提列，如於接得申請日起兩個月後仍未核定時，視為准予提列。」¹⁰

1973年9月6日修正公布之都市計畫法第20條第3項規定：「第一項所定應報請備案之主要計畫，非經准予備案，不得發布實施。」

⁷ 2001年10月31日修正公布之土地法第214條規定：「前條保留徵收之期間，不得超過三年，逾期不徵收，視為廢止。但因舉辦前條第一款或第四款之事業，得申請核定延長保留徵收期間；其延長期間，以五年為限。」

⁸ 然而，保留徵收之決定的法律性質為何？釋字第148號解釋與第156號解釋，似乎仍無法提供論證之參考依據。

⁹ 1955年12月23日修正公布之所得稅法第52條第2項規定：「前項資產漲價補償準備，由財政部會同有關部會，視物價增漲程度，決定應否提列，連同前項指數，選定公告之。」

¹⁰ 本條業於2001年6月13日修正公布刪除。

但備案機關於文到後三十日內不為准否之指示者，視為准予備案。」

1980年2月6日修正公布之關稅法第5條之1規定：「為加速進口貨物通關，海關得按納稅義務人申報之稅則號別及完稅價格，先行徵稅驗放，事後再加審查；如有應退應補稅款者，應於貨物放行後一年內，通知納稅義務人，逾期視為業經核定。」¹¹

1988年1月20日制定公布之集會遊行法第12條第3項規定：「主管機關未在前二項規定期限內通知負責人者，視為許可。」¹²

1992年7月17日修正公布之軍人婚姻條例第5條規定：「**①**軍人之結婚，最遲應於一個月前繕具結婚報告表，報請核准後行之。**②**

¹¹ 其後，於1983年5月6日修正公布之關稅法第5條之1規定：「**①**為加速進口貨物通關，海關得按納稅義務人申報之稅則號別及完稅價格，先行徵稅驗放，事後再加審查；如有應退應補稅款者，應於貨物放行後六個月內，通知納稅義務人，逾期視為業經核定。**②**進口貨物未經海關依前項規定先行徵稅驗放，且海關無法即時核定其應納關稅者，海關得依納稅義務人之申請，准其檢具審查所需文件資料，並繳納相當金額之保證金，先行驗放，事後由海關審查，並於貨物放行之翌日起六個月內核定其應納稅額，逾期視為依納稅義務人之申報核定應納稅額。」2004年5月5日修正公布之關稅法第18條之1第1項、第2項規定：「**①**為加速進口貨物通關，海關得按納稅義務人應申報之事項，先行徵稅驗放，事後再加審查；該進口貨物除其納稅義務人或關係人業經海關通知依第十三條規定實施事後稽核者外，如有應退、應補稅款者，應於貨物放行之翌日起六個月內，通知納稅義務人，逾期視為業經核定。**②**進口貨物未經海關依前項規定先行徵稅驗放，且海關無法即時核定其應納關稅者，海關得依納稅義務人之申請，准其檢具審查所需文件資料，並繳納相當金額之保證金，先行驗放，事後由海關審查，並於貨物放行之翌日起六個月內核定其應納稅額，屆期視為依納稅義務人之申報核定應納稅額。」

¹² 在地方自治法規方面，例如高雄市公園管理自治條例第14條第2項規定：「管理機關受理前項申請後，應於六日內決定並通知申請人。但屬集會遊行法第九條第一項但書規定之特殊情形，管理機關應於收受申請書之時起二十四小時內以書面通知申請人外，逾期視為許可。」

於報請後屆滿三十天，上級主官未做成不准結婚之決定並予通知理由者，視同核准。」¹³

1999年1月25日制定公布之地方制度法第32條第3項規定：「自治法規、委辦規則須經上級政府或委辦機關核定者，核定機關應於一個月內為核定與否之決定；逾期視為核定，由函報機關逕行公布或發布。但因內容複雜、關係重大，須較長時間之審查，經核定機關具明理由函告延長核定期限者，不在此限。」

2000年11月1日修正公布之銀行法第74條第1項及第2項規定：「**①**商業銀行得向主管機關申請投資於金融相關事業。主管機關自申請書件送達之次日起十五日內，未表示反對者，視為已核准。但於前揭期間內，銀行不得進行所申請之投資行為。商業銀行為配合政府經濟發展計畫，經主管機關核准者，得投資於非金融相關事業。但不得參與該相關事業之經營。主管機關自申請書件送達之次日起三十日內，未表示反對者，視為已核准。但於前揭期間內，銀行不得進行所申請之投資行為。」

2001年7月9日制定公布之金融控股公司法第16條第5項規定：「主管機關自第二項之申請書送達次日起十五日內，未表示反對者，視為已核准。」¹⁴

2003年10月29日修正公布之臺灣地區與大陸地區人民關係條例

¹³ 本條例業於2005年12月7日公布廢止。

¹⁴ 金融控股公司法第16條第2項規定：「金融控股公司設立後，同一人或同一關係人擬持有該金融控股公司有表決權股份總數超過百分之十者，應事先向主管機關申請核准，或通知金融控股公司，由該公司報經主管機關核准。同一人或同一關係人擬持有金融控股公司有表決權股份總數超過百分之二十五、百分之五十或百分之七十五者，亦同。」

第33條之3第1項增訂：「臺灣地區各級學校與大陸地區學校締結聯盟或為書面約定之合作行為，應先向教育部申報，於教育部受理其提出完整申報之日起三十日內，不得為該締結聯盟或書面約定之合作行為；教育部未於三十日內決定者，視為同意。」

值得注意者，乃德國為因應歐洲共同體服務指令（Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt）轉換為內國法¹⁵，於2008年12月17日公布第四次行政程序法規定修正法（Viertes Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften），於聯邦行政程序法（Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)）第42a條增訂關於許可擬制之基準性規定（核准之擬制）（Genehmigungsfiktion）如下：「(1)凡法有明定，且申請充分者，於為其決定所規定之期限屆滿後，視為業經核准（核准之擬制）。關於行政處分之存續力與權利救濟程序之規定，準用之。(2)第一項第一句之期限為三個月，但法另有規定者，不在此限。期限自收到完整之文件開始起算。因事件困難而正當者，得於適當期間內延長一次。延期應附理由，並及時通知之。(3)經依第41條第1項規定¹⁶，須使其知悉之人請求者，應給予核准擬制之書面證明。」（(1) Eine beantragte Genehmigung gilt nach Ablauf einer für

¹⁵ Vgl. Julia Dürig, in: Obermayer/Funke-Kaiser, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl., 2021, § 42a Rn. 3; Ulrich Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 23. Aufl., 2022, § 42a Rn. 1; Uechtritz, a.a.O., S. 684 (684-686); Jan Ziekow, Die Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf das deutsche Genehmigungsverfahrenrecht, GewArch 2007, S. 179.

¹⁶ § 41 Abs. 1 VwVfG: “Ein Verwaltungsakt ist demjenigen Beteiligten bekannt zu geben, für den er bestimmt ist oder der von ihm betroffen wird. Ist ein Bevollmächtigter bestellt, so kann die Bekanntgabe ihm gegenüber vorgenommen werden.”

die Entscheidung festgelegten Frist als erteilt (Genehmigungsfiktion), wenn dies durch Rechtsvorschrift angeordnet und der Antrag hinreichend bestimmt ist. Die Vorschriften über die Bestandskraft von Verwaltungsakten und über das Rechtsbehelfsverfahren gelten entsprechend. (2) Die Frist nach Absatz 1 Satz 1 beträgt drei Monate, soweit durch Rechtsvorschrift nichts Abweichendes bestimmt ist. Die Frist beginnt mit Eingang der vollständigen Unterlagen. Sie kann einmal angemessen verlängert werden, wenn dies wegen der Schwierigkeit der Angelegenheit gerechtfertigt ist. Die Fristverlängerung ist zu begründen und rechtzeitig mitzuteilen. (3) Auf Verlangen ist demjenigen, dem der Verwaltungsakt nach § 41 Abs. 1 hätte bekannt gegeben werden müssen, der Eintritt der Genehmigungsfiktion schriftlich zu bescheinigen) ¹⁷。

¹⁷ 關於本條規定之釋義與衍生之問題的探討，中文文獻請參見陳揚升，擬制行政處分之理論發展——以許可擬制的立法基礎構築為中心，公法研究，12期，頁128-129（121-143），法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/pl_article.aspx?AID=P000268349（最後瀏覽日：2025年5月9日）；德文文獻請參考Sebastian Baer/Ariane Wiedmann, in: Schoch/Schneider, VwVfG § 42a, 5. Aufl., 5. EL Juli 2024; Winfried Müller, in: Huck/Müller, VwVfG § 42a, 4. Aufl., 2025; Friedhelm Hufen/Thorsten Siegel, in: Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 7. Aufl., 2021; Michael Kleine-Cosack, in: Kleine-Cosack, VwVfG § 42a Rn. 1, 9. Aufl., 2022; Bettina Meermagen, in: PdK Bu A-15, VwVfG § 42a, 7. Fssg., 2024; Ulrich Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG § 42a, 10. Aufl., 2023; Michael Uechtritz, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungs-verfahrensgesetz, VwVfG § 42a Rn. 1-106, 2. Aufl., 2019; Jan Ziekow, in: Ziekow, VwVfG, VwVfG § 42a Rn. 1-21, 4. Aufl., 2020.

關於特別法之規定，德文文獻請參考Christian Armbrüster, in: Langheid/Wandt, VVG § 5, 3. Aufl., 2022; Anderas Decker, in: Busse/Kraus, BayBO Art. 55, 68, 156. EL Dezember 2024; Tobias Henn, in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG § 23a, 4. Aufl., 2023; Clemens Höpfner, in: BeckOGK, HGB § 377 Rn. 128-144, Stand: 15.10.2024; Oliver Kellermann, in: Busse/Kraus, BayDBauV § 9, 156. EL Dezember 2024; Wolfgang Kunz/Urs Kramer, in: Kunz/Kramer, Eisenbahnrecht, HmbLadÖffG

二、視為駁回之擬制行政處分？

雖然我國早於1970年12月23日修正公布之前訴願法第2條規定：「中央或地方機關對於人民依法聲請之案件，於法定期限內應作為而不作為，致損害人民之權利或利益者，視同行政處分。」此之視同行政處分，根據學者之研究，其應屬於擬制駁回之行政處分¹⁸，而成為我國法律最早創設擬制駁回之行政處分的先例。此一規定之目的，其始意無非係當時侷於無處分，即不得提起訴願與行政訴訟之固有想法與實務見解¹⁹，為讓申請之人民有提起訴願之機會，乃於修正訴願法時，增列此項規定²⁰。然而，由於當時之訴願法僅有撤銷或變更處分之訴願，而無課予作成處分義務之訴願。因此，被學者訾議譏評為畫地為餅與畫餅充飢²¹，並建議訴願法應增訂課予作成處

§ 10a, 61 2023; Anja Stenger, in: Landmann/Rohmer, GewO, GewO § 6a, 93. EL März 2024; Hans-Christian Fricke, in: BeckOK BauordnungsR Nds, NBauO § 70a Rn. 1-12, 32. Edition, Stand: 01.11.2024; Jeanine Greim-Diroll, in: BeckOK BauordnungsR Bayern, BayBO Art. 68 Rn. 35a-35q, 31. Edition, Stand: 01.10.2024; Robert Koch, in: Oetker, HGB § 377, 8. Aufl., 2024; Hans-Dieter Laser, in: Schwarzer/König, BayBO Art. 68, 5. Aufl., 2022; Markus Fisch, in: PdK Bu K-2a, GewO § 6a, 5. Fssg., 2023; Uechtritz, a.a.O., VwVfG § 42a Rn. 88-96; Regine Wagner, in: Krauskopf/Wagner, SGB V § 13, 123. EL September 2024; Daniela Winkler/Wagner, in: Ennuschat/Wank/Winkler, GewO § 6a, 9. Aufl., 2020.

¹⁸ 請參見蔡志方，擬制行政處分制度之研究，同註2，頁183以下，收於：行政救濟與行政法學(二)，頁179-244（1993年）。

¹⁹ 請參見李建良，行政法基本十講，13版，頁243（2023年）。

²⁰ 據聞此一增訂，為當時行政院法規會與訴願會主委管歐教授所提議，其後亦為學者所盛讚。請參見翁岳生，新訴願法之商榷，憲政思潮，15期，頁135-138（1971年），收於：行政法與現代法治國家，3版，頁374（373-379）（1979年）。

²¹ 請參見蔡志方，論行政處分之存在與訴願之提起——論訴願法第二條第二項與第九條規定間之齟齬，憲政時代，16卷2期，頁80-81（80-84）（1990年）；蔡志方，怠為決定之訴願與擬制行政處分制度之存廢，同註2，頁67-77，收於：氏著，行政救濟與行政法學(三)，修訂1版，頁359、363（2004年）。

分義務之訴願²²。但自從訴願法及行政訴訟法1999年修正後，已分別於第2條與第5條第1項增訂對抗逾期不作為之課予義務之訴。因此，擬制駁回處分之制度，誠如學者所言，已不具有救濟法上的實際意義²³。

然而，我國法律明文規定視為駁回之行政處分，且屬於特殊之機關內部擬制行政處分者，似乎只有於2023年12月27日修正公布之國家機密保護法第12條第3項規定：「前二項之原核定機關或其上級機關有核定權責人員，應於接獲報請後二個月內為核定與否之決定，逾期視為不同意延長保密期限。」²⁴準此，所謂擬制駁回處分之制度，已不具有救濟法上的實際意義，似乎仍有例外。蓋本法第5條第4款規定：「核定國家機密，不得基於下列目的為之：為拒絕或遲延提供應公開之政府資訊。」本條之立法理由亦謂：「審酌政府資訊應以公開為原則，限制為例外，如有限制開放必要應設有期限，以維護人民知的權利」及「為避免原核定機關或其上級機關有核定權責人員，遲延不為核定與否之決定，爰增訂第三項規定」等意旨，復根據政府資訊公開法第1條、第2條、第9條以下規定，特別是第18條第1項第1款規定，如人民申請之政府資訊，涉及已屆保密期限之「國家機密」，或國家機密等級之實際狀況，應適

²² 請參見蔡志方，怠為決定之訴願與擬制行政處分制度之存廢，同註2，頁67-77，收於氏著，行政救濟與行政法學(三)，同前註，頁363、364。

²³ 請參見陳揚升，同註17，頁125。

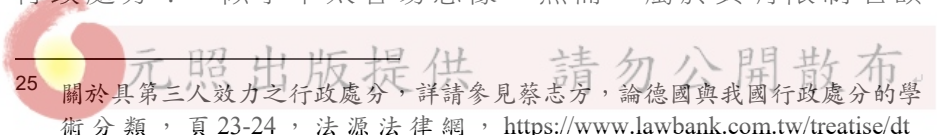
²⁴ 國家機密保護法第12條第1項、第2項規定：「**①**涉及國家安全情報來源或管道之國家機密，保密期限自核定之日起算不得逾三十年；其解除機密之條件逾三十年未成就時，視為於期限屆滿時已成就。但經原核定機關檢討認有繼續保密之必要者，應敘明事實及理由，報請原核定機關或其上級機關有核定權責人員延長之，不適用前條第二項、第四項、第五項及檔案法第二十二條規定。**②**前項延長之期限，每次不得逾十年；保密期限自原核定日起算逾六十年者，其延長應報請上級機關有核定權責人員核定，每次不得逾十年。」

時註銷、解除機密或變更其等級，而申請解密並提供，原核定機關經檢討認有繼續保密之必要者，應敘明事實及理由，報請原核定機關或其上級機關有核定權責人員延長之，而原核定機關或其上級機關有核定權責人員，應於接獲報請後二個月內為核定與否之決定，逾期即視為不同意延長保密期限。因此，依據政府資訊公開法第18條第1項第1款規定，如駁回人民之申請，其因而提起訴願與行政訴訟，則此種擬制駁回之處分，自仍具有外部效力之意義，而非僅存在於機關內部而已。再者，對於申請政府資訊之人民，其申請逾期未決定時，應係請求准以提供該資訊，而非請求延長保密期限也。

此外，人民以其所爭取之權利或法律上利益，因國家機密之核定而受損害或有損害之虞，例如：P教授認為曾擔任教授之T總統申請之教職資料涉及造假，而申請教育部提供原始資料，但T總統則指示將之列為國家機密，三十年內不得公開，而P教授申請註銷、解除機密或變更其等級，原核定機關或其上級機關有核定權責人員，認為其涉及國家安全情報來源或管道，有延長之必要，但未於接獲報請後二個月內為核定與否之決定，逾期即視為不同意延長保密期限。此時之擬制駁回之處分，對於P教授有利，但對於T總統則不利。

三、具有第三人效力之擬制行政處分？

擬制行政處分有無可能具有第三人效力（*Fiktiver Verwaltungsakt mit Drittenwirkung*）？換言之，有無可能發生具有第三人效力之擬制行政處分？²⁵似乎不太容易想像。然而，屬於具有限制名額


²⁵ 關於具第三人效力之行政處分，詳請參見蔡志方，論德國與我國行政處分的學術分類，頁23-24，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000024493（最後瀏覽日：2025年3月4日）；李庭熙，附有

（*numerus clausus*）或於相同時間使用同一空間（*Raum*）之競爭關係（*Konkurrentenverhältnis*）事項，當將有限之員額給予其中一方（核可處分），必然須拒絕其他申請人之請求（駁回處分）²⁶。否則，難免會構成主觀的競合行政處分（*subjektiver Konkurrentenverwaltungsakt*）²⁷。例如：A警察分局受理B團體申請於特定時間與地點，舉行室外遊行或集會，而於此同時，C團體亦依法申請於同一時間與同一地點，舉行室外集會或遊行。由於B、C係立場對立之團體，且成員眾多、複雜，A警察分局一時無法於規定期限內作成決定，導致B、C團體根據我國集會遊行法第12條第3項規定，均獲得「擬制核可之行政處分」。

又如在上述案例中，A警察分局飽受無比之壓力、不敢得罪任何一方，對於B、C團體之申請，均刻意逾期未為決定，導致B、C團體根據我國集會遊行法第12條第3項規定，均獲得擬制核可之行政處分。反之，如B團體之勢力輾壓警界，A警察分局只好駁回C團體之申請，而佯裝B團體之申請案情複雜，無法於期限內作成決定、且亦未依法作成延長決定之決定²⁸，導致B團體根據我國集會遊行法第12

第三人效力之行政處分，臺灣大學法研所碩士論文（1990年）；*Hans-Werner Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung*, 1967.

²⁶ 例如加油站設置管理規則第8條第1項第3款規定：「申請於都市計畫地區及非都市土地甲、乙、丙種建築用地、遊憩用地及特定目的事業用地（加油站）設置加油站者，其申請基地應符合下列規定：三、同一直轄市、縣（市）內，與同一路線系統之道路同側既有或先申請之加油站入口臨街面地界，至少應有五百公尺以上之距離。但直轄市、縣（市）政府考量車流方向，認為有設站需要者，不在此限。」

²⁷ 關於處分競合之概念與類型，詳請參見蔡志方，論「規範競合」與「處分競合」——以「政黨法」與「黨產條例」相關規定與處分為例，頁7-10，法源法律網 https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000024505（最後瀏覽日：2025年3月4日）。

²⁸ 關於擬制核可處分案件，能否延長決定，另詳本文後述伍、四、（一）、3之探

條第3項規定，獲得擬制核可之行政處分²⁹。

不管是擬制核可之行政處分或是擬制駁回之行政處分，理論上，均可能形成具第三人效力之擬制行政處分。擬制核可之行政處分如造成第三人（如鄰人）權利受侵害，將導致第三人之行政爭訟權。擬制駁回之行政處分，如造成第三人為法律所保護之利益受影響，則亦可基於處分之利害關係第三人身分，取得行政爭訟權³⁰。當然此時必須存在保護規範（Schutznorm），以為其主張之依據³¹。

參、擬制行政處分之處分機關的認定基準

由於擬制行政處分，係根據法律規定，將受理申請之機關，依法應於規定期限內作成處分，而逾期未作成處分之狀態，視為已經作成核可或駁回之行政處分。由於在事實上，受理申請之機關並無任何為行政處分之行為外觀，更遑論是處分之書面。因此，擬制行政處分之處分機關為何者，恐即不無疑問，而甚有探討之餘地。以下擬先從我國訴願法第13條與行政程序法第96條之規定，探討其實際規範效力。然後，再依次就是否以受理申請之機關（含有管轄權之受理申請機關與無管轄權之受理申請機關）、逾期未為決定之機關，甚至規定擬制行政處分之立法機關，作為處分之機關，進行分析：

討與說明。

²⁹ 此涉及擬制核可之行政處分案件，有無可能構成違法圖利，詳將另文探討（本人將於論擬制核可處分與圖利罪間之關係一文中詳為分析），敬請期待！

³⁰ Ähnliche Meinung, vgl. Caspar, a.a.O., S. 145.

³¹ Vgl. Caspar, a.a.O., S. 139-143.

一、訴願法第13條與行政程序法第96條規定之無用論

（一）訴願法第13條規定之檢討

我國訴願法第13條規定：「原行政處分機關之認定，以實施行政處分時之名義為準。但上級機關本於法定職權所為之行政處分，交由下級機關執行者，以該上級機關為原行政處分機關。」本條規定，本人曾率先提出顯名主義（Nominalprinzip）之概念，且獲得國內行政法學者的接受³²。

根據上述規定，原行政處分機關之認定，以實施行政處分時之名義為準。所謂以實施行政處分時之名義為準，其中之實施乃作成之意，而非指執行。至於作成行政處分時之名義機關，即涉及我國訴願法第5條～第10條規定之運用問題。通常作成行政處分時之名義機關，固指為自己（本機關）而作成處分，但亦有為其他機關而為處分者³³。至於自動化作成之行政處分，其作成機關為誰，則屬於另一問題³⁴。

其次，所謂上級機關本於法定職權所為之行政處分，交由下級機關執行者，以該上級機關為原行政處分機關，意指處分之作成機關與處分之執行機關，分屬不同之行政機關，而決定訴願管轄機關之基礎與訴願相對機關，均以原作成行政處分之機關為準，而與執

³² 請參見蔡志方，新訴願法與訴願程序解說，旁碼050,051（1999年）；蔡志方，行政處分機關的認定，萬國法律，109期，頁99-102（2000年）。

³³ 特別是我國訴願法第7條～第10條與行政程序法第15條與第16條、特別是地方制度法第76條第1項與第3項規定之代行處分的處分機關誰屬問題。關於代行處分的處分機關與責任歸屬問題及爭訟相對機關等問題，詳可參見蔡志方，論代行處分在行政救濟程序上之地位，萬國法律，119期，頁79-92（2001年）。

³⁴ 關於作成自動化處分之機關問題，詳可參見蔡志方，再論行政自動化所衍生之法律問題，東南法學，八輯，頁46（1-56）（2023年）。

行處分之機關無關。除非有關之行政處分機關與執行機關，恰屬同一³⁵，或者相關問題係因執行引發，而非處分本身所導致³⁶。

由於擬制行政處分，並無法從我國訴願法第13條規定，獲致原行政處分機關之認定。因此，吾人亦可因此而認為其對於擬制行政處分機關之認定，並不具有規範效力，而具有識別能力！

(二) 行政程序法第96條第1項第4款規定之檢討

其次，我國行政程序法第96條第1項第4款規定：「行政處分以書面為之者，應記載下列事項：四、處分機關及其首長署名、蓋章，該機關有代理人或受任人者，須同時於其下簽名。但以自動機器作成之大量行政處分，得不經署名，以蓋章為之。」

由於所有之擬制行政處分，均非以書面為之，而不具書面性（Schriftlichkeit）。因此，我國行政程序法第96條第1項第4款規定之應記載處分機關一事，顯然亦徒勞無功，不具有規範效力，而具有識別能力！

由上述二段之探討，可知我國訴願法第13條與行政程序法第96條規定，於判斷擬制行政處分之機關時，確實並無任何有意義之作用。因此，稱兩條規定於判斷擬制行政處分之機關的目的上，為無用論，應尚不為過！

³⁵ 我國行政執行法第4條第1項即規定：「行政執行，由原處分機關或該管行政機關為之。但公法上金錢給付義務逾期不履行者，移送法務部行政執行署所屬行政執行處執行之。」

³⁶ 我國行政執行法第9條第1項即規定：「義務人或利害關係人對執行命令、執行方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，得於執行程序終結前，向執行機關聲明異議。」

二、規定擬制行政處分之立法機關？

由於擬制行政處分制度，均以法律與自治條例為依據，而於具體事件中構成擬制核可或駁回之行政處分，似乎均係由立法院或直轄市、縣（市）議會所創制。然而，能否因此將立法機關認定為擬制行政處分之機關，顯然應採取否定之見解。蓋徒有立法機關依據法律或自治條例，創設擬制行政處分之制度，如無行政機關受理申請案件，且未於規定之期限過後，仍未依法作成准駁之處分，自無擬制行政處分之發生。因此，欲將規定擬制行政處分之立法機關，作為擬制行政處分之機關，顯屬無稽、且欠缺理論之妥當性，自無可採。

三、受理申請之機關？

基於上述原因，僅能退而求其次，探討能否以受理申請之機關，作為擬制行政處分之機關。然而，受理申請之機關可能屬於有管轄權之機關，但亦可能屬於無管轄權之機關。因此，分述如下：

（一）有管轄權之受理申請機關？

首先，我國行政程序法第17條第1項規定：「行政機關對事件管轄權之有無，應依職權調查；其認無管轄權者，應即移送有管轄權之機關，並通知當事人。」因此，如收受申請之機關經依職權調查後，認為其具有處理與決定之權限者，自應依據法律規定或根據法律授權訂定之處理時限，為一定之處理。是以，如相關法律規定其受理後，未於規定期限作成決定者，即視為核可或駁回者，似乎即可以之為處分機關。但此仍應非屬定論，而有進一步探討之空間。

在此擬一併說明者，乃就特定申請案件依法真正具有管轄權

者，如申請人並非向其申請，而係向依法、客觀上並不具備管轄權之機關申請，而該收受機關並未依據行政程序法第17條第1項為職權調查，而將申請案擱置未為處理，直至法定處理期限已過，是否亦構成擬制核可或擬制駁回之行政處分，並以有管轄權之機關作為該擬制行政處分之處分機關？就此，無寧應採否定之見解，以符合事理之平。

反之，就特定申請案件依法真正具有管轄權者，如申請人並非向其申請，而係向依法、客觀上並不具備管轄權之機關申請，而該收受機關雖依據行政程序法第17條第1項為職權調查，但因調查費時甚久，直到法定處理期限將至或已過，才確定並無管轄權，而將該申請案移請有管轄權，但當其收受移轉管轄時，規定之處理期限已過，是否亦構成擬制核可或擬制駁回之行政處分，並以有管轄權之機關作為該擬制行政處分之處分機關？就此，無寧亦應採否定之見解，始符合事理之平。

(二)無管轄權之受理申請機關？

其次，我國行政程序法第17條第1項固規定：「行政機關對事件管轄權之有無，應依職權調查；其認無管轄權者，應即移送有管轄權之機關，並通知當事人。」基於保護人民享有及時之受益處分權益，同法第51條第2項規定之「二個月」處理期間，對於可能構成「擬制行政處分」之申請案，應將移轉前與移轉後之期間併計，較為妥當。但是，仍不排除有無管轄權機關，誤以為有管轄權，而就申請案作成處分者³⁷，甚至不僅未依法移轉管轄，且未於規定期限內

³⁷

我國行政程序法第115條規定：「行政處分違反土地管轄之規定者，除依第一百十一條第六款規定而無效者外，有管轄權之機關如就該事件仍應為相同之處分時，原處分無須撤銷。」相關探討請參見蔡志方，論越界行政處分所衍生之

有所作為。

就上述無管轄權機關，誤以為有管轄權，而就申請案作成處分者，我國行政程序法除第111條第6款規定：「行政處分有下列各款情形之一者，無效：六、未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者」外，同法第115條規定：「行政處分違反土地管轄之規定者，除依第一百十一條第六款規定而無效者外，有管轄權之機關如就該事件仍應為相同之處分時，原處分無須撤銷。」

四、逾期末為決定之機關？

首先，觀諸本文前述之擬制行政處分的概念與不同種類之相關規定³⁸，可知擬制行政處分之存在，除必須有「法律規定」作為規範基礎外，尚必須在事實上，有於實體法上具備申請權與程序上遵守合法程序之申請的申請案件，而受理申請之機關，未於法定期間或規定期間內，相應地作成准駁之決定，才會具體形成擬制之行政處分³⁹。因此，最關鍵者，似乎就落在逾期末為決定之機關。準此，似

法律問題——以行政程序法第一百五條為核心，萬國法律，129期，頁72-82（2003年）；蔡志方，論違反土地管轄行政處分所衍生之法律問題——以德國法及學說為借鏡，成大法學，5期，頁1-26（2003年）。

³⁸ 見本文前述貳之一、二所列之規定。

³⁹ 準此，雖然由於擬制行政處分之構成，缺乏受理機關對申請案件之實體審查與程序審查程序，但從1970年12月23日修正公布之訴願法第2條規定：「中央或地方機關對於人民依法聲請（申請之誤—筆者加註）之案件，於法定期限內應作為而不作為，致損害人民之權利或利益者，視同行政處分。」似乎亦採申請案件，必須同時具備申請權之實體要件與合法申請之程序要件。因此，似乎應增設一制度，以嗣後確認該擬制行政處分是否構成。對此，個人認為如對之有爭議，似乎應容許於行政程序法第113條、訴願法第2條與行政訴訟法第6條第1項，增訂確認擬制行政處分存在之非爭訟性與爭訟性確認程序，以增進擬制行政處分之嚴謹性。

乎將受理申請，而逾期未為決定之機關，作為擬制之行政處分的機關，自較前述二者為妥當⁴⁰。

其次，就上述三、(二)所述，無管轄權機關，誤以為有管轄權，而就申請案不僅未依法移轉管轄，且未於規定期限內有所作為者⁴¹，由於我國行政法規並無相關特別規定。因此，似乎應因其受理之案件，法律有擬制核可或駁回之規定，因而認為其屬於擬制核可或駁回之行政處分，且為該擬制行政處分之處分機關，似乎亦屬妥當。

肆、擬制行政處分之訴願管轄機關

對於擬制行政處分如得以提起訴願，究竟其管轄機關誰屬？由於我國訴願法本身並無相關規定，以下嘗試從現有之規定，能否當然適用或者存在規範漏洞（*Lücke der Norm*），而尋求漏洞填補（*Lückenausfüllung*），分別探討之：

一、訴願法關於訴願管轄機關規定之適用

我國訴願法有關訴願管轄機關，採取單一管轄之原則⁴²，而定訴

⁴⁰ 我國已故知名公法學者、大法官吳庚教授曾謂：「因為提起訴願須有行政處分存在為前提，對消極不作為之訴願亦有擬制之『原處分機關』存在，則訴願管轄之機關即不致發生疑義」〔請參見吳庚，行政爭訟法論，修訂5版，頁389（2011年）〕，其結果雖與本人之推論相同，然而，由於擬制須有法律明文，觀諸過去之法律，並未見有原處分機關之擬制存在。因此，吳庚教授此一說法，似乎尚待商榷。

⁴¹ 因之而引發之訴願與行政訴訟，應為如何之處理與決定，相關探討請參見蔡志方，論無管轄權機關受理申請案逾期未處分之訴願實體決定與行政訴訟判決，成大法學，3期，頁1-23（2002年）；蔡志方，論無管轄權機關受理申請案逾期未處分之訴願實體決定與行政訴訟判決，萬國法律，124期，頁68-79（2002年）。

⁴² 請參見蔡志方，新訴願法與訴願程序解說，同註32，頁84-88、93-94；蔡志

願管轄機關之基準，根據個人研究，則可分為顯名主義下之處分機關、應為處分之機關、權責歸屬機關、承繼機關與權責歸屬主義⁴³。

我國訴願法第4條規定：「訴願之管轄如左：一、不服鄉（鎮、市）公所之行政處分者，向縣（市）政府提起訴願。二、不服縣（市）政府所屬各級機關之行政處分者，向縣（市）政府提起訴願。三、不服縣（市）政府之行政處分者，向中央主管部、會、行、處、局、署提起訴願。四、不服直轄市政府所屬各級機關之行政處分者，向直轄市政府提起訴願。五、不服直轄市政府之行政處分者，向中央主管部、會、行、處、局、署提起訴願。六、不服中央各部、會、行、處、局、署所屬機關之行政處分者，向各部、會、行、處、局、署提起訴願。七、不服中央各部、會、行、處、局、署之行政處分者，向主管院提起訴願。八、不服中央各院之行政處分者，向原院提起訴願。」本條規定之訴願管轄，我國學者間稱之為基本管轄⁴⁴或列舉管轄⁴⁵。

訴願法第5條規定：「**①**人民對於前條以外之中央或地方機關之行政處分提起訴願時，應按其管轄等級，比照前條之規定為之。**②**訴願管轄，法律另有規定依其業務監督定之者，從其規定。」本條第1項規定之訴願管轄，我國學者間稱之為比照管轄⁴⁶或補充管

方，行政救濟法新論，3版，旁碼3054（2007年）。

⁴³ 請參見蔡志方，新訴願法與訴願程序解說，同註32，頁88-93；蔡志方，行政救濟法新論，同前註，旁碼3055-3057。

⁴⁴ 請參見吳庚、張文郁，行政爭訟法論，修訂10版，頁51-52（2024年）。

⁴⁵ 請參見陳敏，同註2，頁1333-1335；蔡志方，新訴願法與訴願程序解說，同註32，旁碼054；蔡志方，行政救濟法新論，同註42，旁碼3059-3062。

⁴⁶ 請參見吳庚、張文郁，同註44，頁52；蔡志方，行政救濟法新論，同註42，旁碼3063。

轄⁴⁷。至於第2項規定之訴願管轄，則為業務監督管轄。

至於訴願法第6條規定：「對於二以上不同隸屬或不同層級之機關共為之行政處分，應向其共同之上級機關提起訴願。」第7條規定：「無隸屬關係之機關辦理受託事件所為之行政處分，視為委託機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第四條之規定，向原委託機關或其直接上級機關提起訴願。」第8條規定：「有隸屬關係之下級機關依法辦理上級機關委任事件所為之行政處分，為受委任機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第四條之規定，向受委任機關或其直接上級機關提起訴願。」第9條規定：「直轄市政府、縣（市）政府或其所屬機關及鄉（鎮、市）公所依法辦理上級政府或其所屬機關委辦事件所為之行政處分，為受委辦機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第四條之規定，向受委辦機關之直接上級機關提起訴願。」第10條規定：「依法受中央或地方機關委託行使公權力之團體或個人，以其團體或個人名義所為之行政處分，其訴願之管轄，向原委託機關提起訴願。」第11條規定：「原行政處分機關裁撤或改組，應以承受其業務之機關視為原行政處分機關，比照前七條之規定，向承受其業務之機關或其直接上級機關提起訴願。」我國學者間較多數之學者，分別稱之為共同處分管轄、委辦事件管轄、承受（繼）管轄⁴⁸等等。但少數學者則採取總括方式，而稱之為特殊情形之訴願管轄者⁴⁹。

至於上述訴願法第4條～第11條規定中之行政處分，能否認為其概念範圍，當然包括擬制行政處分，而將針對擬制行政處分提起之

47 請參見陳敏，同註2，頁1335-1336。

48 請參見吳庚、張文郁，同註44，頁53-56；蔡志方，行政救濟法新論，同註42，旁碼3064-3071。

49 請參見陳敏，同註2，頁1336-1340。

訴願，根據訴願法第4條～第11條規定，定其訴願管轄機關，似乎仍不無疑問。蓋訴願法第13條規定：「原行政處分機關之認定，以實施行政處分時之名義為準。但上級機關本於法定職權所為之行政處分，交由下級機關執行者，以該上級機關為原行政處分機關。」亦即採行顯名主義，業如前述。但擬制行政處分顯然並無法適用訴願法第13條規定所採取之顯名主義。又雖然根據本文前述（參之四）之分析，似乎應以受理案件，而法律有擬制核可或駁回之規定時之該受理申請，且逾期未為決定之機關為處分機關。再者，所謂擬制行政處分之構成，其前提與同法第2條第1項前段規定之「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為」，正屬若合符節！如比照訴願法第2條第1項規定之課予義務訴願，定其訴願管轄機關，似乎應更為妥適。然而，我國訴願法迄今並未明文根據第2條第1項提起之訴願的管轄機關，而係採取類推（Analogie）之方式，將受理申請，而逾期未為處分之機關，當作處分機關，而比照同法第4條～第11條規定，定其訴願管轄機關⁵⁰。基於管轄法定主義⁵¹，訴願法未明文規定根據第2條第1項規定提起之訴願的訴願管轄機關，顯屬外部的明顯漏洞，自應修法增訂之⁵²。

⁵⁰ 請參見蔡志方，行政救濟法新論，同註42，旁碼3064-3071；蔡志方，新訴願法與訴願程序解說，同註32，頁89、92、117-118。另陳敏教授認為：「人民因行政機關對其依法申請之案件，不於法定期間內作成所申請之行政處分，而提起訴願者，應向原申請機關之上級機關提起訴願。該上級機關，應比照請求撤銷原處分之情形認定之」。請參見陳敏，同註2，頁1340；但是，如該申請之受理機關屬於無上級機關之院或總統府，自應向原申請之機關提起訴願，自不待言。

⁵¹ 我國行政程序法第11條第1項規定：「行政機關之管轄權，依其組織法規或其他行政法規規定之。」

⁵² 由行政院前政務委員羅秉成主持之訴願法修正草案第13條規定：「依第二條第

至於訴願法第12條規定：「**①**數機關於管轄權有爭議或因管轄不明致不能辨明有管轄權之機關者，由其共同之直接上級機關確定之。**②**無管轄權之機關就訴願所為決定，其上級機關應依職權或依申請撤銷之，並命移送於有管轄權之機關。」於擬制行政處分之場合，似乎仍有用武之地，但機會應屬微乎其微。

二、超越訴願法關於訴願管轄機關規定之適用與造法

誠如上述，由於我國訴願法第4條～第11條規定之行政處分，是否包括擬制行政處分，仍不無疑義。基於管轄法定主義，即使修法中之訴願法修正草案，仍未明文規定針對擬制行政處分提起訴願之訴願管轄機關，顯屬外部的明顯漏洞，自亦應修法增訂之，以杜疑義。至於採取超越訴願法關於訴願管轄機關規定之適用，是否妥當、且合法，恐將更有疑義！

一項規定提起訴願者，比照第四條至前條規定，定其訴願管轄。」茲所謂比照，其實乃將應為處分之機關擬制為處分機關之意。請參見蔡志方，行政院訴願法修正草案之我見，頁20，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000024107。個人草擬之訴願法修正草案，除將現行第2條規定修正為：「機關或依法受委託行使公權力之個人或團體，對依法申請之案件，應於法定期間內作成處分，而逾期不作為者，除法律視為核可者外，認為損害其權利者，申請人得依本法提起訴願，請求命作成核准之處分。但法律另有規定者，從其規定。**②**前項期間，法令未規定者，自機關或依法受委託行使公權力之個人或團體，受理申請之日起為二個月。**③**機關或依法受委託行使公權力之個人或團體，對依法申請之案件，予以駁回或不受理者，申請人認為損害其權利者，申請人得依本法提起訴願，請求撤銷原處分，並命其作成核准之處分。」外，並於第5條增訂：「依本法第二條第一項規定提起之訴願，其管轄以受理申請應為處分之機關或依法受委託行使公權力之個人或團體，分別比照前條與第十一條之規定。」請參見蔡志方，訴願法修正草案（蔡志方教授草擬版），頁17-19、21，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000023891（最後瀏覽日：2025年3月4日）。

伍、對擬制行政處分提起訴願之期間

我國之訴願制度，基於維護因行政處分引發之法秩序的早日趨於安定（法的安定性⁵³），乃有提起訴願期間與訴願決定期間之限制⁵⁴。但此等規定，於擬制行政處分之訴願，是否亦當然一體適用，則不無疑問。以下擬專就對擬制行政處分提起之訴願，有無訴願期間規定之適用，進行探討⁵⁵：

一、對擬制行政處分之訴願，有無期間規定之適用？

關於對擬制行政處分提起之訴願，有無期間規定之適用的問題，似乎可以先從訴願法相關規定（特別是第14條）與行政程序法相關規定（特別是第96條第1項第6款與第98條第3項），進行分析與探討：

⁵³ 關於「法之安定性」的概念與運用，詳請參見蔡志方，論法之安定性，收於：鄧衍森、陳清秀、張嘉尹、李春福主編，法理學，頁149-235（2020年）；論法之安定性，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000023842（最後瀏覽日：2025年3月4日）。

⁵⁴ 關於訴願決定期間之限制，我國訴願法第85條雖規定：「**①**訴願之決定，自收受訴願書之次日起，應於三個月內為之；必要時，得予延長，並通知訴願人及參加人。延長以一次為限，最長不得逾二個月。**②**前項期間，於依第五十七條但書規定補送訴願書者，自補送之次日起算，未為補送者，自補送期間屆滿之次日起算；其依第六十二條規定通知補正者，自補正之次日起算；未為補正者，自補正期間屆滿之次日起算。」且《行政訴訟法》第4條規定：「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，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」但仍不排除訴願決定逾期始作成者。關於此一問題，詳可參見蔡志方，遲到之行政處分與訴願決定在行政救濟制度上之地位，同註5，頁1-10。

⁵⁵ 關於德國之情況，請參見Caspar, a.a.O., S. 146-147.

(一) 訴願法相關規定之檢討

1. 訴願法第14條規定之檢討

我國訴願法第14條規定：「**①** 訴願之提起，應自行政處分達到或公告期滿之次日起三十日內為之。**②** 利害關係人提起訴願者，前項期間自知悉時起算。但自行政處分達到或公告期滿後，已逾三年者，不得提起。**③** 訴願之提起，以原行政處分機關或受理訴願機關收受訴願書之日期為準。**④** 訴願人誤向原行政處分機關或受理訴願機關以外之機關提起訴願者，以該機關收受之日，視為提起訴願之日。」

上述規定，能否適用於對擬制行政處分提起之訴願，不僅與本條各項規定中之行政處分，是否包括擬制行政處分與擬制行政處分之處分機關誰屬的問題有關外，更涉及擬制行政處分並無送達（包括公告在內之各種送達⁵⁶），根本不該當於本條之規定要件問題。因此，除第2項前段規定，可以「勉強」適用外，其餘規定，應無適用之餘地。但由於如擬針對擬制行政處分提起之訴願人，並非原事件之申請人，通常並無法於擬制行政處分成立之當下，即刻知悉其存在。但其嗣後知悉，仍有後段但自行政處分達到或公告期滿後，已逾三年者，不得提起之限制。至於第3項與第4項規定，於對擬制行政處分提起之訴願，應完全適用，無庸贅述。

此外，因擬制行政處分於擬制之要件齊備或該當時，即告成立與生效。因此，訴願法第14條第1項與第2項規定，似乎得以「類推適用」（Analogie od. analogische Anwendung; Analogy or Application



元照出版提供 請勿公開散布

⁵⁶ 關於行政處分之送達，請參見我國行政程序法第67條～第91條規定。

per analogiam) ⁵⁷。

2. 訴願法第15條規定之檢討

我國訴願法第15條規定：「**①**訴願人因天災或其他不應歸責於己之事由，致遲誤前條之訴願期間者，於其原因消滅後十日內，得以書面敘明理由向受理訴願機關申請回復原狀。但遲誤訴願期間已逾一年者，不得為之。**②**申請回復原狀，應同時補行期間內應為之訴願行為。」本條第1項規定之其他不應歸責於己之事由，於對擬制行政處分提起之訴願人，並非原事件之申請人，自無法於擬制行政處分成立之當下，即刻知悉。因此，應有適用之餘地。

3. 訴願法第16條規定之檢討

我國訴願法第16條規定：「**①**訴願人不在受理訴願機關所在地住居者，計算法定期間，應扣除其在途期間。但有訴願代理人住居受理訴願機關所在地，得為期間內應為之訴願行為者，不在此限。**②**前項扣除在途期間辦法，由行政院定之。」本條規定，原係基於平等原則與比例原則，對於訴願人不在受理訴願機關所在地住居者，須有較長之時間，而為規定⁵⁸，但在當前交通便利與電子化設備下，應將所謂之在途期間，變更為分析案情與搜尋救濟準據所需之合理時間⁵⁹，且在訴願實務上，仍有出現似有違誠實信用原則之隱

⁵⁷ 詳另請參見下述二~四之探討。

⁵⁸ 關於在途期間的古典意義與問題，詳請參見蔡志方，論複數代理人之訴願與行政訴訟在途期間，萬國法律，130期，頁96-112（2003年）；論「訴願代表人」及其「在途期間」，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000024315（最後瀏覽日：2025年3月4日）。

⁵⁹ 關於在途期間的當代意義，詳請參見蔡志方，論在途期間的時空法則，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000023634（最後瀏覽日：2025年3月4日）；蔡志方，論在途期間之新義與決定之新基準

名代理的情事⁶⁰，洵值得檢討。雖然如此，我國訴願法第16條規定，初無須因訴願之程序標的為通常之行政處分或擬制行政處分，而有所差別處理之必要也。

(二) 行政程序法相關規定之檢討

1. 行政程序法第96條第1項第6款規定之檢討

我國行政程序法第96條第1項第6款規定：「行政處分以書面為之者，應記載下列事項：六、表明其為行政處分之意旨及不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關。」由於擬制行政處分既非書面行政處分（*schriftlicher Verwaltungsakt*），當無可能表明其為行政處分之意旨及不服行政處分之救濟期間。因此，行政程序法第96條第1項第6款規定，自無法提供對擬制行政處分訴願之期間的判斷基準。

2. 行政程序法第98條第3項規定之檢討

反之，我國行政程序法第98條第3項規定：「處分機關未告知救濟期間或告知錯誤未為更正，致相對人或利害關係人遲誤者，如自處分書送達後一年內聲明不服時，視為於法定期間內所為。」如將前述受理申請，依法應於規定之期限內為處分之機關，作為處分機關，則因於擬制行政處分之場合，處分機關自未能告知救濟期間，而致擬制駁回之相對人、利害相同之關係人或擬制核可時利害相反之關係人遲誤者，如自擬制行政處分成立後，一年內聲明不服

(New Understandings and New Criteria of the Journey Duration in Remedy Laws)，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000024074（最後瀏覽日：2025年3月4日）

⁶⁰ 關於隱名代理之現象與能否扣除在途期間之探討，詳請參見蔡志方，論隱名代理訴願及行政訴訟行為之在途期間，萬國法律，118期，頁25-36（2001年）。

時，自亦應視為於法定期間內所為，始稱合理。

二、對擬制行政處分之訴願，應否有期間規定之適用？

雖然上述一、(一)、1與2、3，已經認定因擬制行政處分於擬制之要件齊備或該當時，即告成立與生效。因此，訴願法第14條第1項與第2項規定，似乎得以類推適用（*analogische Anwendung; Application per analogiam*），而第15條與第16條規定，則當然有其適用。至於上述一、(二)、2已經認定，依法應於規定期限內為處分之機關，作為處分機關，於擬制行政處分自未能告知救濟期間，致擬制駁回之相對人、利害相同之關係人或擬制核可時利害相反之關係人遲誤者，如自擬制行政處分成立後，一年內聲明不服時，自亦應視為於法定期間內所為。因此，對擬制行政處分之訴願，似乎均應有期間規定之適用。

然而，或許基於當前我國法律採取擬制行政處分之規定者，不僅為數有限，且多屬擬制核可者，事實上，會引發訴願之機率並不高。因此，探討對擬制行政處分之訴願，應否有期間規定之適用的問題，似乎不甚具有實益！

三、對擬制行政處分之訴願期間，應否類推訴願法之相關規定？

基於當前我國法律採取擬制行政處分之規定者，雖為數有限，且多屬擬制核可者，事實上，會引發訴願之機率亦並不高。但是，根據本文前述貳之三就具有第三人效力之擬制行政處分的探討，似乎仍有因此提起訴願之可能。再者，因擬制核可室外集會遊行，其

結果，難免會嚴重影響周遭住戶之安寧、強光照射⁶¹、停車與行動之便利性，甚至商家亦可能遭受營業上之不利益⁶²。因此，探討對擬制行政處分之訴願，應否有期間規定之適用的問題，似乎亦非毫無實益！抑有進者，如前所述，因我國訴願法關於訴願期間之基本規定的第14條第1項，在文義解釋上，並無法適用於對擬制行政處分提起之訴願。基於法秩序之安定要求，似乎即應對於此一法律漏洞，於修法填補前，先類推適用訴願法第14條第1項。

四、對擬制行政處分之訴願期間，應否類推行政程序法之相關規定？

關於對擬制行政處分之訴願期間，應否類推行政程序法之相關規定的問題，除前述一、(二)、1與2，已經分別指明：由於擬制行政處分既非書面行政處分，當無可能表明其不服時之救濟期間。但擬制行政處分既然亦屬行政處分之一種，則類推適用之，而責成受理申請，逾期未為處分之機關，於擬制行政處分成立後，另行表明其不服時之救濟期間，似乎尚無不可。反之，我國行政程序法第98條第3項規定，因於擬制行政處分之場合，處分機關自未能告知救濟期間，而致擬制駁回之相對人、利害相同之關係人或擬制核可時利害相反之關係人遲誤者，如自擬制行政處分成立後，一年內聲明不服時，自亦應視為於法定期間內所為，應屬當然適用之範疇，而不屬於類推適用的範圍。

此外，攸關擬制行政處分之訴願期間者，乃擬制行政處分之成立與生效基準時問題。由於我國現行法均無相關之明文，因此，自

 元照出版提供 請勿公開散布。

⁶¹ Vgl. Caspar, a.a.O., S. 144.

⁶² Vgl. Caspar, a.a.O., S. 143-144.

仍有從通常行政處分之成立與生效的規定，進行分析與探討有無類推適用之可能的必要。

（一）擬制行政處分於何時成立？

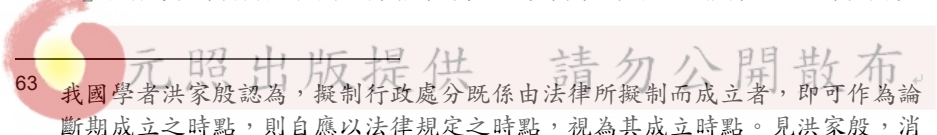
關於擬制行政處分於何時成立之問題⁶³，首先，必須探究受理申請之事項，法律有無明文規定處理期限，才能進一步論究其逾期未為處分，而構成擬制行政處分之問題。

1. 行政程序法第51條第1項規定之適用

就上述問題，我國行政程序法第51條第1項規定：「行政機關對於人民依法規之申請，除法規另有規定外，應按各事項類別，訂定處理期間公告之。」再者，訴願法第2條第1項之規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起訴願。」因此，不管是法律或法規命令所規定之處理期間，抑或各行政機關依據行政程序法第51條第1項後段規定按各事項類別，訂定並公告之處理期間，均屬於判斷擬制行政處分是否與於何時成立之重要依據，並應當然適用。

2. 行政程序法第51條第2項規定之適用

其次，行政程序法第51條第2項規定：「未依前項規定訂定處理期間者，其處理期間為二個月。」再者，訴願法第2條第2項之規定：「前項期間，法令未規定者，自機關受理申請之日起為二個月。」則屬於特別適用於訴願程序之平行性規定。換言之，行政程


⁶³ 我國學者洪家殷認為，擬制行政處分既係由法律所擬制而成立者，即可作為論斷期成立之時點，則自應以法律規定之時點，視為其成立時點。見洪家殷，消極處分，月旦法學教室，8期，頁32-33（32-35）（2003年）。

序法第51條第2項之規定，於無須先經訴願程序之行政訴訟案件⁶⁴，則屬於其準據法。再者，如前所述，無管轄權之機關於將申請案移轉予管轄機關，前後之期間應行併計，以資保障申請之人民，並促進行政之效率（迅速性）。

3. 行政程序法第51條第3項規定之適用

最後，於探討擬制行政處分之成立要件中的法定處理期間時，尚不能遺忘行政程序法第51條第3項～第5項之規定。本條第3項～第5項分別規定：「**㉟**行政機關未能於前二項所定期間內處理終結者，得於原處理期間之限度內延長之，但以一次為限。**㊸**前項情形，應於原處理期間屆滿前，將延長之事由通知申請人。**㊹**行政機關因天災或其他不可歸責之事由，致事務之處理遭受阻礙時，於該項事由終止前，停止處理期間之進行。」因此，根據行政程序法第51條第3項規定，如受理申請之機關未能於前二項所定期間內處理終結，而於原處理期間之限度內延長一次者，則唯有在該延長之處理期限經過後，仍未作成任何處分時，始能論究擬制行政處分之成立。

再者，根據行政程序法第51條第5項規定，如受理申請之行政機關因天災或其他不可歸責之事由，致事務之處理遭受阻礙時，於該項事由終止前，停止處理期間之進行。因此，必須停止前已經過之處理期間，合併處理期間恢復進行後之期間，已經超過法定處理期間，始能論究擬制行政處分之成立。至於所謂其他不可歸責之事

⁶⁴ 關於無須踐行訴願先行程序之行政訴訟，詳可參考蔡志方，論行政訴訟先行程序之免除——以台灣法制為探討中心，第8屆東亞行政法學會國際學術大會論文（2008.5.25），復收於：台灣行政法學會主編，行政調查之建制與人權保障、行政訴訟之前置救濟方法與程序，頁239-312（2009年）。

由，必須具有與天災類似之不可抗力性與不可歸責性。如單純因人力不足、案件複雜、難度高，承辦人員素質差、專業知識不足、綆短汲深……等等，似尚難以構成停止處理期間之進行的合法事由！

（二）擬制行政處分於何時生效？

至於擬制行政處分於何時生效之問題，吾人能否單純以法律有「……視為核可、許可、准予核備」等等用語，即認定在擬制行政處分存在時，亦告同時生效？茲分析如下：

1. 行政程序法第110條第1項規定之適用

我國之行政程序法第110條第1項規定：「書面之行政處分自送達相對人及已知之利害關係人起；書面以外之行政處分自以其他適當方法通知或使其知悉時起，依送達、通知或使知悉之內容對其發生效力。」由於擬制行政處分並非書面之行政處分，自無法亦無送達相對人及已知之利害關係人之可言，而無行政程序法第110條第1項前段規定之適用。至於擬制行政處分雖該當於行政程序法第110條第1項後段規定之書面以外之行政處分，似乎自以其他適當方法通知或使其知悉時起，即可依使知悉之內容對其發生效力。然而，何種適當之方法，屬於擬制行政處分可以使相對人及已知之利害關係人知悉擬制行政處分之內容（核准或駁回申請），並對其發生效力？可資想像者，乃受理申請，而逾期未為處分之機關，於擬制行政處分成立之當下或稍後之不久時間內，以口頭、甚至書面通知申請人、甚至已知之利害關係人，相關之申請已經擬制核准或駁回。

2. 行政程序法第110條第3項規定之適用

又我國行政程序法第110條第3項規定：「行政處分未經撤銷、

廢止，或未因其他事由而失效者，其效力繼續存在。」此一規定，於擬制行政處分似乎應可完全適用。但其不同於通常之行政處分者，乃擬制行政處分能否撤銷（Rücknahme）或廢止（Widerruf），乃其關鍵。至於因其他事由而失效，例如：解除條件、終期屆至，因屬於行政處分之附款（Nebenbestimmungen des Verwaltungsakts）⁶⁵，根據行政程序法第93條第1項規定：「行政機關作成行政處分有裁量權時，得為附款。無裁量權者，以法律有明文規定或為確保行政處分法定要件之履行而以該要件為附款內容者為限，始得為之。」自應無法適用⁶⁶。

陸、對擬制行政處分提起訴願之種類與實益

一、對擬制駁回之行政處分提起訴願之種類與實益

（一）對擬制駁回之行政處分提起訴願之種類

對於擬制駁回之行政處分提起訴願者，究竟應根據訴願法第1條規定，提起撤銷處分之訴願？抑或應根據訴願法第2條規定，提起課予作成和可申請之處分之訴願？

⁶⁵ 行政程序法第93條第2項規定：「前項所稱之附款如下：一、期限。二、條件。三、負擔。四、保留行政處分之廢止權。五、保留負擔之事後附加或變更。」依「擬制行政處分」之本質，始期、停止條件、負擔、保留行政處分之廢止權與保留負擔之事後附加或變更，應無法適用。

⁶⁶ Dazu vgl. auch Henn, in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG § 23a, 4. Aufl., 2023; di Ardereas Schifferdecker, SGB V § 13 Kostenerstattung, in: Rolfs (geschf.)/Körner/Krasney/Mutschler, beck-online.GROSSKOMMENTAR (最後瀏覽日：2025年3月20日) (Kasseler Kommentar), Stand: 15.11.2024, Rn. 232, 233; Anderas Fleischfresser/Stefan Fuhrmann/Karsten Gaede/Boris Handorn/Elmar J. Mand/Kirsten Plassmann/Dorothea Prütting/Christian Rotta/Valentin Saalfrank/Frank Stollmann/Sabine Wesser, in: Kloesel/Cyran, AMG § 105 58, 140. EL Mai 2024.

對於擬制駁回之行政處分提起訴願者，受駁回而不利者，似乎亦應根據訴願法第1條規定，提起撤銷處分之訴願⁶⁷。然而，其結果可能緩不濟急，且欠缺實益。因此，我國乃有學者主張，應根據訴願法第2條規定，提起課予作成核可申請之處分之訴願⁶⁸。

（二）對擬制駁回之行政處分提起訴願之實益

如擬制駁回之行政處分事件，具有時效性，甚至是迫在眉睫，則提起訴願，恐緩不濟急，且欠缺實益。又訴願法第93條第2項與第3項雖分別規定：「**㉑**原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行。**㉒**前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行。」但對於本質上在謀求核准申請事項之訴願，因訴願審議與決定常因時間因素，無法立即辦理⁶⁹。尤有甚者，我國訴願法並無類似行政訴訟法第298條第2項規定之假處分制度⁷⁰。因此，其訴願之實益，顯然將更為薄弱！

⁶⁷ 我國訴願法第81條規定：「**㉑**訴願有理由者，受理訴願機關應以決定撤銷原行政處分之全部或一部，並得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分。但於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利益之變更或處分。**㉒**前項訴願決定撤銷原行政處分，發回原行政處分機關另為處分時，應指定相當期間命其為之。」第96條規定：「原行政處分經撤銷後，原行政處分機關須重為處分者，應依訴願決定意旨為之，並將處理情形以書面告知受理訴願機關。」。

⁶⁸ 請參見陳敏，同註2，頁1326註11；類似見解，請參見Caspar, a.a.O., S. 144.

⁶⁹ 根據本人參與各級機關訴願審議近40年的經驗，開會審議最為頻仍者，如經濟部亦只能每週一次，其他如考試院與直轄市或縣（市）政府則多數每月一次。至於司法院早年更曾經1年內僅開會一次者。

⁷⁰ 行政訴訟法第298條第2項規定：「於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」

二、對擬制核可之行政處分提起訴願之實益

對擬制核可之行政處分提起訴願者，應以因該處分而受害之利害關係人，始具有實益⁷¹。雖然因該處分而受害之利害關係人，對擬制核可之行政處分提起訴願，但是，如上所述，因我國之訴願審議與決定，常因時間因素，無法立即辦理，且我國訴願法並無類似行政訴訟法第298條第2項規定之假處分制度。因此，其訴願之實益，顯然亦甚為薄弱！

柒、對經聽證而逾期未為處分之擬制行政處分，能否訴願之分析

一、聽證程序於申請案擬制為行政處分之前舉行者

我國行政程序法第109條規定：「不服依前條作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先行程序。」⁷²所謂依前條作成之行政處分，係指行政機關作成經聽證之行政處分而言。準此，如構成擬制行政處分之申請案件，依法必須經聽證始得作成，則其逾期未作成決定，未必亦尚未舉行聽證程序。此時，如受理申請之機關已經完成聽證，但尚未正式作成處分，即構成擬制行政處分，則能否對之提起訴願？抑或僅能逕行提起行政訴訟？自不無疑問。

針對上述問題，本文認為因擬制行政處分，並無完整之作成紀錄，如又未先經訴願，而直接進入行政訴訟，能否更為迅速與正確

⁷¹ 詳請參見蔡志方，論擬制行政處分與訴之利益，同註2，頁1-10，收於氏著，行政救濟與行政法學(二)，頁256、258(245-258)。

⁷² 行政程序法第108條規定：「**1**行政機關作成經聽證之行政處分時，除依第四十三條之規定外，並應斟酌全部聽證之結果。但法規明定應依聽證紀錄作成處分者，從其規定。**2**前項行政處分應以書面為之，並通知當事人。」

判決，恐甚有疑義。因此，寧可採取否定之見解，而僅能先踐行訴願之程序⁷³。

二、聽證程序於申請案擬制為行政處分之後舉行者

由於行政程序法第109條規定：「不服依前條作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先行程序。」如前所述，所謂依前條作成之行政處分，係指行政機關作成經聽證之行政處分而言。準此，如構成擬制行政處分之申請案件，依法必須經聽證始得作成，則如受理申請之機關構成擬制行政處分之後，始舉行聽證程序者，參照本條規定之意旨，似乎不得對之逕行提起行政訴訟。再者，本文認為因擬制行政處分，並無完整之作成紀錄，如又未先經訴願，而直接進入行政訴訟，能否更為迅速與正確判決，恐甚有疑義。因此，寧可採取否定之見解，而僅能先踐行訴願之程序⁷⁴。至於嗣後舉行之聽證，是否據以作成一個遲到之行政處分，則屬於另一問題。

捌、對擬制行政處分之行政訴訟

一、對擬制駁回之行政處分的行政訴訟

對於擬制行政處分既得以依法提起訴願，則對之亦得提起行政訴訟，似亦無問題。由於訴願通常屬於行政訴訟之先行程序

⁷³ 關於對經聽證程序之處分提起之訴願，詳請另參見蔡志方，論對經聽證作成之處分之訴願，萬國法律，117期，頁60-64（2001年）；蔡志方，論訴願與聽證程序之等效性與衍生之問題，高雄市政府法制局主辦，高雄大學財經法律學系協辦，訴願與法制業務研討會論文（2008年）。

⁷⁴ 關於對經聽證程序之處分提起之訴願，詳請另參見蔡志方，論對經聽證作成之處分之訴願，同前註。

(Vorverfahren)⁷⁵，對於擬制行政處分提起訴願所涉及之問題甚為複雜，本文前面已有相當廣泛與深入之探討，當可作為（進一步）行政訴訟之依據，而無庸重複論述。因此，以下僅將其論述重點置於適格之原告〔亦即原告之訴權（Klagebefugnis）⁷⁶〕、適當之訴訟種類（Klagearten）⁷⁷與暫行權利保護（vorläufiger Rechtsschutz）⁷⁸三項問題上，合先敘明：

（一）適格之原告

行政訴訟法第4條第1項與第3項規定：「**1**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，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向行政法院提起撤銷訴訟。**2**訴願人以外之利害關係人，認為第一項訴願決定，損害其權利或法律上之利益者，得向行政法院提起撤銷訴訟。」

⁷⁵ 同註64。

⁷⁶ 關於行政訴訟之訴權問題，請參見蔡志方，行政救濟法新論，同註42，旁碼4063-4071；蔡志方，論訴願與行政訴訟的訴權，萬國法律，95期，頁76-79（1997年）。

⁷⁷ 關於行政訴訟之種類問題，請參見蔡志方，行政救濟法新論，同註42，旁碼4114-4153；蔡志方，新行政訴訟種類的正確選取，萬國法律，106期，頁69-75（1999年）；蔡志方，行政訴訟種類與訴之聲明，中律會訊，3卷4期，頁19-34（2000年）；蔡志方，從對症下藥觀點，談財稅行政訴訟種類的選取，收於：財政部法規委員會編印，財政部法律問題專題演講選輯，頁121-183（2011年）；蔡志方，從訴訟種類之規範模式，論行政訴訟法第二十六條與第二十七條「變更判決」之意義，植根雜誌，9卷8期，頁1-12（1993年）。

⁷⁸ 另詳蔡志方，行政訴訟法十八講第9講：行政訴訟程序之開始、暫行權利保護與停止，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000024210（最後瀏覽日：2025年3月4日）；論黨產條例上「推定不當取得財產」之收歸國有與暫行權利保護，法源法律網，https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000024001（最後瀏覽日：2025年3月4日）。

基於前述之探討，如擬制行政處分係擬制駁回申請人之申請者，則理論上，該申請人自得依法提起訴願或不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，自得類推適用行政訴訟法第5條第2項規定，向行政法院提起對抗駁回之課予義務訴訟。此時適格之原告，乃該申請人——訴願人。反之，如擬制行政處分係擬制核可申請人之申請者，則得據以提起訴願者，理論上，乃利害與之相反之第三利害關係人（例如：申請於同時地舉行室外集會遊行，業經駁回）。然而，因集會遊行之時間急迫性，即使提起訴願與行政訴訟，在時間上，恐亦會失去實益！

至於我國行政訴訟法第5條規定：「**①**人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。**②**人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」根據本條第1項規定之申請案，雖同樣有「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為」之字樣，但此時應無擬制許可或駁回之行政處分之規定存在，方有其適用，而同條第2項規定之情形，雖與擬制許可或駁回之行政處分無關，但非不能類推適用。因此，我國行政訴訟法第5條第1項與第2項規定，於此俱無庸贅述。

(二) 適當之訴訟種類

如前所述，如擬制行政處分係擬制駁回申請人之申請者，則該

光點出版提供 請勿公開散布

申請人自得依法提起請求作成核可之訴願或不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向行政法院提起作成核可之處分（課予義務訴訟）⁷⁹。反之，如擬制行政處分係擬制核可申請人之申請者，則得據以提起訴願者，乃利害與之相反之第三利害關係人（例如：申請於同時地舉行室外集會遊行，業經駁回），而其訴訟種類並非單純之撤銷訴訟，而係類似根據申請被駁回時，依據我國行政訴訟法第5條第2項規定，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。此時，其起訴原因，即非單純因他人之擬制核可集會遊行的處分而發。只是如前所述，基於集會遊行之時間急迫性，即使提起訴願與行政訴訟，在時間上，恐亦會失去實益！

準此，行政訴訟法第200條規定：「行政法院對於人民依第五條規定請求應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟，應為下列方式之裁判：一、原告之訴不合法者，應以裁定駁回之。二、原告之訴無理由者，應以判決駁回之。三、原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判令行政機關作成原告所申請內容之行政處分。四、原告之訴雖有理由，惟案件事證尚未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定者，應判令行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定。」應可類推適用之。至於行政訴訟法第201條規定：「行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷。」就作為逾越權限或濫用權力之部分，例如：刻意將應及時駁回之案件，逾時決定，而構成擬制核可行政處分之情況，行政法院亦得予以撤銷。



元照出版提供 請勿公開散布

⁷⁹ Dagegen mit Anfechtungsklage, Vgl. OVG Magdeburg: Rücknahme einer fiktiven Baugenehmigung NVwZ-RR 2024, 750-755.

（三）暫行權利保護

就擬制駁回之行政處分提起之行政訴訟，被擬制駁回之申請人，欲尋求暫行權利保護者，僅能勉強訴諸行政訴訟法第298條第2項規定：「於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」

二、對擬制核可之行政處分之行政訴訟

（一）適格之原告

對於擬制行政處分係擬制核可申請人之申請者，則得據以提起訴願者，乃利害與之相反之第三利害關係人。例如：申請於同時地舉行室外集會遊行，業經駁回者，或因擬制核可集會遊行，而受到干擾之其他第三人。然而，基於集會遊行之時間急迫性，即使提起訴願與行政訴訟，在時間上，恐亦會緩不濟急，而失去實益！

（二）適當之訴訟種類

如前所述，擬制行政處分係擬制核可申請人之申請者，則得據以提起訴願者，乃利害與之相反之第三利害關係人。例如：申請於同時地舉行室外集會遊行，業經駁回或者非申請人，而因該集會遊行將受干擾之第三人，則其訴訟種類應為「撤銷（擬制核可）訴訟」⁸⁰。當然如其自身係申請於同實地舉行集會遊行之人，而其申請被駁回，則應依據我國行政訴訟法第5條第2項規定，經依訴願程序後，向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。然而，基於集會遊行之時間急迫性，即使提起訴願

 元照出版提供 請勿公開散布

⁸⁰ Vgl. auch OVG Magdeburg: Rücknahme einer fiktiven Baugenehmigung NVwZ-RR 2024, 750-755.

與行政訴訟，在時間上，亦將緩不濟急，而失去實益！

(三) 暫行權利保護

至於就擬制核可之行政處分提起之行政訴訟，利害相反之第三人，欲尋求暫行權利保護者，亦僅能勉強訴諸行政訴訟法第298條第1項規定：「公法上之權利因現狀變更，有不能實現或甚難實現之虞者，為保全強制執行，得聲請假處分。」

上述規定，稽諸我國現行規定之擬制核可行政處分的規定類型，通常均具有極短時間內實現的特性，與德國聯邦與各邦之規定，多涉及需長時間方能實現之建設計畫，恐怕實益亦不大！

玖、結 論


綜上所述，擬制行政處分無論係擬制核可或擬制駁回，均可能成為訴願與行政訴訟之程序標的，而因其屬於該擬制行政處分之相對人或利害關係人，其訴權之有無與相關程序中之主體地位，甚至是救濟種類與暫行權利保護種類亦會有所不同。

再者，決定對擬制行政處分之訴願與行政訴訟的相關問題前，必須先決定擬制處分之機關誰屬、擬制行政處分成立與生效之始點，甚至有關之機關能否依職權予以廢止或依職權或本於爭訟而加以撤銷與變更。此外，擬制行政處分之存續期間為何？能否因遲到之行政處分而被替換？有關機關能否依據職權確認擬制行政處分之成立與否，以及是否有效？2008年12月17日公布之德國聯邦行政程序法第四次修正法增訂之第42a條之立法例，雖引起該國學者之廣泛討論，並有不同意見，且影響最大者，集中於聯邦與各邦之建設法、能源經濟法，以及少數社會立法，但似乎可以作為我國相關法

制，特別是行政程序法是否增訂一般性規定之參考。

最後，值得在立法政策上與行政實務上注意者，乃除了應設法預防不肖之公務員，為圖利特殊申請人，而故意讓申請案件逾期，並構成擬制核可之行政處分外，申請人亦可能利用機關人力嚴重不足之情況⁸¹，特別是特殊類型案件如雪片般紛至沓來的季節時段，而機關人員疲於奔命之際，才提出申請，以謀求擬制核可處分之取得，則不能不防範⁸²。畢竟擬制核可之立法本意，絕非讓有心人鑽法律漏洞，而以違背誠實信用原則之心態與方法，獲得不當得利與損人以利己的結果！

對於不肖之公務員，為圖利特殊申請人，而故意讓申請案件逾期，並構成擬制核可之行政處分的情形，除機關應嚴格依法追究其圖利罪責外，如該擬制行政處分將嚴重影響公益，亦應例外容許機關根據行政程序法第123條第5款規定廢止。至於申請人利用機關人力嚴重不足之情況，始提出申請，以達到擬制核可之結果，則受理機關除應善用行政程序法第51條第3項規定之延長處理期限外，似乎還可善用同法第19條第2項第2款規定之職務協助。當然，如該擬制行政處分將嚴重影響公益，亦可根據行政程序法123條第5款規定廢止之。

 81 Dazu, vgl. Caspar, a.a.O., S. 142.

82 至於我國行政程序法第19條規定之機關協助，能否有效解決此一問題，自尚不無疑問。

參考文獻

一、中文

- 吳庚（2011），行政爭訟法論，修訂5版，臺北：元照。
- 吳庚、張文郁（2024），行政爭訟法論，修訂10版，臺北：元照。
- 李建良（2023），行政法基本十講，13版，臺北：元照。
- 李庭熙（1990），附有第三人效力之行政處分，國立臺灣大學法研所碩士論文。
- 林明鏘（2021），行政法講義，修訂6版，臺北：新學林。
- 林隆志撰，蔡志方指導（2005），論行政訴訟之程序標的：以法定訴訟種類為中心，國立成功大學法研所碩士論文。
- 洪家殷（2003），消極處分，月旦法學教室，8期，頁32-35。
- 翁岳生（1971），新訴願法之商榷，憲政思潮，15期，頁135-138。
- 翁岳生（1979），新訴願法之商榷，收於：行政法與現代法治國家，3版，頁373-379，自刊。
- 陳信安譯（2003），許可擬制作為行政法上之調控手段，公法研究，6期，頁21-56。
- 陳敏（2019），行政法總論，10版，自刊。
- 陳新民（2020），行政法學總論，新10版，自刊。
- 蔡志方（1990），論行政處分之存在與訴願之提起——論訴願法第二條第二項與第九條規定間之齟齬，憲政時代，16卷2期，頁80-84。
- 蔡志方（1990），論遲到之行政處分，植根雜誌，6卷12期，頁2-16。
- 蔡志方（1990），擬制行政處分制度之研究，東吳法律學報，6卷2期，頁145-192。

- 蔡志方（1991），論擬制行政處分與訴之利益，植根雜誌，7卷6期，頁1-10。
- 蔡志方（1993），遲到之行政處分與訴願決定在行政救濟制度上之地位，植根雜誌，9卷5期，頁1-10。
- 蔡志方（1993），擬制行政處分之制度之研究，收於：行政救濟與行政法學(二)，頁179-244，臺北：三民。
- 蔡志方（1993），從訴訟種類之規範模式，論行政訴訟法第二十六條與第二十七條「變更判決」之意義，植根雜誌，9卷8期，頁1-12。
- 蔡志方（1994），怠為決定之訴願與擬制行政處分制度之存廢，法學叢刊，38卷4期，頁67-77。
- 蔡志方（1997），論訴願之程序標的與訴權，全國律師，創刊號，頁55-60。
- 蔡志方（1997），論訴願與行政訴訟的訴權，萬國法律，95期，頁76-79。
- 蔡志方（1998），遲到之行政處分面面觀，收於：政大兩岸行政法學研討會集刊，頁119-149，臺北：國立政治大學法學院。
- 蔡志方（1999），新行政訴訟種類的正確選取，萬國法律，106期，頁69-75。
- 蔡志方（1999），新訴願法與訴願程序解說，自刊。
- 蔡志方（2000），行政處分機關的認定，萬國法律，109期，頁99-102。
- 蔡志方（2000），行政訴訟種類與訴之聲明，中律會訊，3卷4期，頁19-34。
- 蔡志方（2001），論代行處分在行政救濟程序上之地位，萬國法律，119期，頁79-92。
- 蔡志方（2001），論對經聽證作成之處分之訴願，萬國法律，117期，頁60-64。

- 蔡志方（2001），論隱名代理訴願及行政訴訟行為之在途期間，萬國法律，118期，頁25-36。
- 蔡志方（2002），論無管轄權機關受理申請案逾期未處分之訴願實體決定與行政訴訟判決，成大法學，3期，頁1-23。
- 蔡志方（2002），論無管轄權機關受理申請案逾期未處分之訴願實體決定與行政訴訟判決，萬國法律，124期，頁68-79。
- 蔡志方（2003），論越界行政處分所衍生之法律問題——以行政程序法第一百十五條為核心，萬國法律，129期，頁72-82。
- 蔡志方（2003），論違反土地管轄行政處分所衍生之法律問題——以德國法及學說為借鏡，成大法學，5期，頁1-26。
- 蔡志方（2003），論複數代理人之訴願與行政訴訟在途期間，萬國法律，130期，頁96-112。
- 蔡志方（2004），怠為決定之訴願與擬制行政處分制度之存廢，收於：氏著，行政救濟與行政法學(三)，修訂1版，頁353-373，臺北：正典。
- 蔡志方（2004），遲到之行政處分面面觀，收於：行政救濟與行政法學(三)，修訂1版，頁319-351，臺北：正典。
- 蔡志方（2007），行政救濟法新論，3版，臺北：元照。
- 蔡志方（2008），論行政訴訟先行程序之免除——以台灣法制為探討中心，第8屆東亞行政法學會國際學術大會論文。
- 蔡志方（2008），論訴願與聽證程序之等效性與衍生之問題，高雄市政府法制局主辦，高雄大學財經法律學系協辦，訴願與法制業務研討會論文。
- 蔡志方（2009），論行政訴訟先行程序之免除——以台灣法制為探討中心，收於：台灣行政法學會主編，行政調查之建制與人權保障、行政訴訟之前置救濟方法與程序，頁239-312，臺北：元照。

- 蔡志方（2011），從對症下藥觀點，談財稅行政訴訟種類的選取，收於：財政部法規委員會編印，財政部法律問題專題演講選輯，頁121-183，臺北：財政部。
- 蔡志方（2020），論法之安定性，收於：鄧衍森、陳清秀、張嘉尹、李春福主編，法理學，頁149-235，臺北：元照。
- 蔡志方（2023），再論行政自動化所衍生之法律問題，東南法學，八輯，頁1-56。
- 鄭玉波（1984），法諺(一)，自刊。
- 蕭文生（2009），行政處分之變種與異形——擬制行政處分與形式行政處分，臺北大學法學論叢，73期，頁31-82。
- 蕭文生（2024），行政法——基礎理論與實務，增訂6版，臺北：五南。

二、德 文

- Armbrüster, Christian (2022), in: Langheid/Wandt, VVG § 5, 3. Aufl., München: C. H. Beck.
- Baer, Sebastian/Wiedmann, Ariane (2024), VwVfG § 42a, in: Schoch/Schneider, VwVfG, 5. Aufl., München: C. H. Beck.
- Caspar, Johannes (2000), Der fiktive Verwaltungsakt – Zur Systematisierung eines aktuellen verwaltungsrechtlichen Instituts, AöR 125, S. 131-153.
- Decker, Anderas (2024), in: Busse/Kraus, Bayerische Bauordnung, München: C. H. Beck.
- Dürig, Julia (2021), in: Obermayer/Funke-Kaiser, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl., München: Lucherhand.
- Ernst, Christian/Pinkl, Johannes (2013), Genehmigungsfiktion und Fiktionsbescheinigung nach § 42a VwVfG, JURA, S. 685-695.

- Fisch, Markus (2023), in: PdK Bu K-2a, GewO § 6a, München: PdK Bund.
- Fleischfresser, Anderas/Fuhrmann, Stefan/Gaede, Karsten/Handorn, Boris/Mand, Elmar J./Plassmann, Kirsten/Prütting, Dorothea/Rotta, Christian/Saalfrank, Valentin/Stollmann, Frank/Wesser, Sabine (2024), AMG § 105 58, in: Kloesel/Cyran, Arzneimittelrecht Kommentar, Stuttgart: Deutscher Apotheker Verlag.
- Fricke, Hans-Christian (2024), in: BeckOK BauordnungsR Nds, NBauO § 70a, 32. Edition, München: C. H. Beck.
- Greim-Diroll, Jeanine (2024), in: BeckOK BauordnungsR Bayern, BayBO Art. 68, 31. Edition, München: C. H. Beck.
- Guckelberger, Annette (2010), Die Rechtsfigur der Genehmigungsfiktion, DÖV, S. 109-117.
- Henn, Tobias (2023), EnWG § 23a, in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, 4. Aufl., München: C. H. Beck.
- Höpfner, Clemens (2024), in: BeckOGK, HGB § 377, München: C. H. Beck.
- Hufen, Friedhelm/Siegel, Thorsten (2021), in: Hufen/Siegel, Fehler im Verwaltungsverfahren, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Kellermann, Oliver (2024), BayDBauV § 9, in: Busse/Kraus, Bayerische Bauordnung, München: C. H. Beck.
- Kleine-Cosack, Michael (2022), VwVfG § 42a Rn. 1, in: Kleine-Cosack, VwVfG., 9. Aufl., München: C. H. Beck.
- Kluth, Winfried (2011), Die Genehmigungsfiktion des § 42a VwVfG – Verfahrensrechtliche und prozessuale Problem, JuS, S. 1078-1081.
- Knauff, Matthiass (2018), Genehmigungsfiktionen als verwaltungsrechtliches Steuerungsinstrument, VerwArch 109, S. 480-502.
- Koch, Robert (2024), HGB § 377, in: Oetker, Handelsgesetzbuch, 8. Aufl., München: C. H. Beck.

- Kunz, Wolfgang/Kramer, Urs (2023), Eisenbahnrecht, HmbLadÖffG § 10a, in: Kunz/Kramer, Eisenbahnrecht – mit Aktualisierungsservice, Baden-Baden: Nomos.
- Larenz, Karl (1983), Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe, 1. Aufl., Berlin: Springer.
- Laser, Hans-Dieter (2022), in: Schwarzer/König, BayBO Art. 68, 5. Aufl., München: C. H. Beck.
- Laubinger, Hans-Werner (1967), Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, Göttingen: Schwatz & Co.
- Meermagen, Bettina (2024), VwVfG § 42a, in: PdK Bu A-15, München: C. H. Beck.
- Müller, Martin (1966), Über den fiktiven Verwaltungsakt, DÖV, S. 704.
- Müller, Winfried (2025), VwVfG § 42a, in: Huck/Müller, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl., München: C. H. Beck.
- Oldiges, Martin (2000), Der fiktive Verwaltungsakt – Bemerkungen auch zu § 15 Abs. 2 BImSchG, Umwelt- und Technikrecht. Jg., S. 41-71.
- Ramsauer, Ulrich (2022), in: Kopp/Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz – Kommentar, 23. Aufl., München: C. H. Beck.
- Schifferdecker, di Andreas (2024), SGB V § 13 Kostenerstattung, in: Rolfs (geschf.)/Körner/Krasney/Mutschler, beck-online. GROSSKOMMENTAR (Kasseler Kommentar), angerufen am 2025.3.20.
- Schwarz, Kyrill-Alexander (2021), in: Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, VwVfG § 35, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Stelkens, Ulrich (2023), VwVfG § 42a, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG 10. Aufl., München: C. H. Beck.
- Stelkens, Ulrich/Bonk, Hans Joachim/Sachs, Michael (1998), Verwaltungsverfahrensgesetz, 5. Aufl., München: C. H. Beck.

- Stenger, Anja (2024), GewO § 6a, in: Landmann/Rohmer, GewO, München: C. H. Beck.
- Uechtritz, Michael (2010), Die allgemeine verwaltungsverfahrenrechtliche Genehmigungsfiktion des § 42a VwVfG, DVBl., S. 684-686.
- Uechtritz, Michael (2019), VwVfG § 42a, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, Verwaltungs-verfahrensgesetz, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Wagner, Regine (2024), SGB V § 13, in: Krauskopf/Wagner, SGB V., München: C. H. Beck.
- Weidemann, Holger/Barthel, Torsten (2011), Die Genehmigungsfiktion und das 4. VwVfGÄndG, JA, S. 221-223.
- Winkler, Daniela (2020), GewO § 6a, in: Ennuschat/Wank/Winkler, Gewerbeordnung 9. Aufl., München: C. H. Beck.
- Ziekow, Jan (2007), Die Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf das deutsche Genehmigungsverfahrenrecht, GewArch, S. 179-217.
- Ziekow, Jan (2019), VwVfG § 42a, in: Ziekow, Verwaltungsverfahrensgesetz, 4. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer.



On the Appeal and the Litigation Against the Fictitious Administrative Actions

*Chih-Fang Tsai**

Abstract

Do the administrative action stipulated in Article 1 of the Administrative Appeal Law and Article 4, Paragraph 1 of the Administrative Litigation Law includes the fictitious administrative action (as “faa” in following)? If the application case is subject to a hearing process according to law, will it be different? Will it be different if the hearing procedure has been held before or after the “faa”? I believe that whether an “faa” is a fictitious approval or a fictitious rejection, it may become the procedural subject of appeals and administrative litigations, and the existence of the counterparty or interested party’s right to sue, as well as the status and type of relief in the relevant procedures, will also be different.

Who is the agency responsible for formulating the “faa”, what is the starting point of its establishment and effectiveness, and can the relevant agency be abolished ex officio or revoked or changed ex officio or during litigation procedures? What is the duration of the “faa”? Can the “faa” be replaced due to a late administrative action for being made for that application? How to confirm whether the “faa” is established and effective? The legislation of Article 42a of the German Federal

* Prof. Emeritus, National Cheng-Kung University; Ph. D., National Taiwan University.

Administrative Procedure Act (VwVfG) seems to be a reference for our country's relevant legal system, especially whether to add general provisions to the Administrative Procedure Act.

Finally, what is worth noting in terms of legislative policy and administrative practice is that in addition to trying to prevent unscrupulous civil servants from deliberately letting the application case be overdue in order to benefit special applicants, which constitutes a fabricated approval, the applicant may also take advantage of the serious shortage of manpower in the agency to submit an application with a mentality and method that violates the principle of good faith, in order to seek to obtain fabricated approval, and we must take precautions!

KEYWORDS: Fictitious Administrative Action, Abolishment ex Officio, Revocation or Changement ex Officio, Delayed Administrative Sanctions, Litigation Against Oneself, Legitimate Plaintiff, Kinds of Remedies

