

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

中日「行政處分之附款」比較研究 研究成果報告(精簡版)

計畫類別：個別型
計畫編號：NSC 99-2410-H-004-144-
執行期間：99年08月01日至100年07月31日
執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：劉宗德

計畫參與人員：博士班研究生-兼任助理人員：陳小蘭
博士班研究生-兼任助理人員：張坤盛

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 100年08月15日

行政處分附款法制之研究

——通訊傳播行政處分附款之合法性論議

劉宗德

政治大學法律學系教授

摘要

行政處分附款理論自 20 世紀奠基至今，其實質內容幾未有變化，此乃反映附款理論之價值中立性及情勢順應性。惟面對行政程序法之發展，要求行政權應尊重人民享有程序法上權利，另為因應行政現象之複雜性與不確定性，常將行政程序予以分節化以簡化行政決定之複雜性，故為確保行政處分於時間上、內容上之柔軟性，附款之現代意義乃因應而生。考察行政處分附款之現代意義及法律問題時，應從憲法及行政法體系之宏觀角度，正確把握上述附款理論之恆常性與變動性，以確認行政處分附款之合法性界限。

目次

- 壹、前言
- 貳、附款之概念
- 參、附款之類型
- 肆、附款之機能
- 伍、附款之合法性
- 陸、附款之行政爭訟
- 柒、案例研究
- 捌、結論

壹、前言

德國行政法學者 Karl Kormann 於二十世紀初，於行政法總論中作為行政法上之概念奠定行政處分附款一般理論體系後，已於一九七六年在德國聯邦行政程序法中予以明文規定，我國亦於二〇〇一年施行

關鍵詞：行政處分、附款、負擔、通訊傳播、行政爭訟

之行政程序法中設有類似規定。時至今日，附款理論之實質內容幾乎未見變化，此乃反映附款因具價值中立之法技術性而能適應情勢變遷¹。

然而圍繞行政處分附款之各種實定法及行政法理論，於此期間已顯現大幅變化。尤其人權保障之憲法發展及其深化，須與行政權之控制機制有機結合，而形成抑制行政權濫用以保護人民之法體系。另一方面，基於生存權之保障及社會法治國家之理念，要求行政權於古典之營業自由領域中，應積極保護第三人市民權益或公益。而面對行政程序法之發展，要求行政權應尊重人民享有之程序法上權利，即行政處分之現代意義在於，將行政程序予以分節化以簡化行政決定之複雜性。另為因應行政現象之複雜性與不確定性，而確保行政處分於時間上、內容上之柔軟性，附款之現代意義乃因應而生²。

考察行政處分附款之現代意義及法律問題時，應從憲法及行政法體系之宏觀角度，正確把握上述附款理論之「恆常性」與「變動性」。本文以此為考察目的，擬就「附款之概念」、「附款之類型」、「附款之機能」、「附款之合法性」及「附款之行政爭訟」進行檢討。

我國實務上附款之重要性亦日趨提升，從最近發生之行政爭訟可看出其端

倪。例如國家通訊傳播委員會（下稱「NCC」）第一屆委員對中廣公司股權轉讓及負責人變更案，以及第二屆委員對旺旺集團入主三中案所要求之附款，因事涉媒體經營之管制而引起合法性爭議。尤有甚者，於二〇一〇年年末，NCC更認定年代綜合台執照因所附加兩項解除條件成就而失效，並作成撤照「通知」，更加劇學理及實務對行政處分附款是否遭致濫用之疑慮。鑑於憲法所保障人民之知情權利及媒體於現代社會中應享有從國家公權力之獨立性，行政法學須審慎探究此等附款之合法性。職是之故，本文最後將此等三個案例作為研究素材，具體探究行政處分附款之合法性界限。

貳、附款之概念

一、歷史沿革

（一）德國行政處分附款概念之形成

據學說一般理解，以 B. Windscheid 為代表之民法學者首先確立民法上「附款」概念，嗣後 O. Mayer、K. Kormann 等建構現代行政法學體系之學者，將此民法上概念繼受於行政法體系中。然亦有見解指出，於十九世紀對警察法中各種許可，其得添加各種附加條款（Zusatz），應以此視

¹ 參照塩野宏「附款に関する一考察」，收於『行政過程とその統制』（有斐閣、1989年）152頁。

² 參照菊井康郎『行政行為の存在構造』（信山社、1995年）183—187頁、人見剛「西ドイツ行政法における行政行為概念の位置づけ」，收於兼子仁編著『西ドイツの行政行為論』（成文堂、1987年）12—23頁。

為行政處分附款之淵源。亦即，營業法有關附款之傳統甚為長遠，例如一八四五年普魯士一般營業法（preußische Allgemeinen Gewerbeordnung）及一八六九年北德意志聯邦營業法（Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund）已有「條件」（Bedingung）有關規定；此時期之建築法亦有此種「條件」有關規定。於十九世紀各種立法中被使用之「條件」概念，不僅意味今日作為附款下位概念之條件（行政處分效力繫於將來不確定發生之事實者），尚包含負擔、廢止權保留及事後負擔之保留；換言之，當時之「條件」概念，大致相當於今日之「附款」概念。除此「條件」用語外，亦有「規定」（Vorschrift、Bestimmung）被使用，均意指行政機關就個別法律關係所為之規律（Regelung），其意義與民法上之「條件」（conditio）不同³。

對上開十九世紀之立法，O. Mayer 基於「法學方法」（juristische Methode），依據民法概念而將向來之「條件」概念轉換為「附款」概念。氏將「條件」解釋為對許可附加之特別規定，如不遵守此規定，該許可消滅者（即解除條件）；然氏已意識

到警察法相對於民法之特殊性，認為如條件之成就直接導致行政處分效力之消滅，則違反比例原則此警察法之最高原則。另一方面，氏將負擔定義為「為防止從許可事業可能發生之損害，作為許可之附款對事業者所命令之規定」，而將其視為附款中最重要之類型。氏所提出之附款概念成為現今行政處分附款理論與制度之端倪，此點雖不容質疑，但其僅於各論之「警察許可」一章中被提及，而尚未定位於行政法總論中⁴。

K. Kormann 大致承襲 O. Mayer 之方法，以民法概念整理行政法中「附款」概念，並將其定位於作為公法總論之行政處分論之一環。氏先將附款大別分為廣義之條件與法律效果之部分除外，並將前者分為狹義之條件、期限、廢止權保留及負擔，再將條件分為停止條件與解除條件，期限亦被分為始期與終期。氏所為民法概念之模仿及對公法之類推適用，與 Mayer 相比更為徹底，但亦舉出民法中不存在之法律效果部分除外等，可知其方法尚非完全倚賴民法概念⁵。且氏亦指出，就附款各類型所具有之重要性而言，民法與行政法間顯著不同，即於民法中條件最為常用而負擔

³ 人見剛「西ドイツにおける行政行為の附款論」，收於兼子仁編著『西ドイツの行政行為論』（成文堂、1987年）64—66頁。

⁴ 人見剛・前掲註3・63—64頁。

⁵ 人見剛・前掲註3・67—69頁。

⁶ 塩野宏・前掲註1・156—157頁。負擔於民法與行政法中重要性之差異，塩野宏教授求諸於：於民法中，當事人間法律關係原則上依當事人合意而定；反之，於行政法中，就相當於民法契約關係之申請一許可制度而言，當事人間之基本法律關係原則上雖以法律明定，但行政機關亦有單方課予附加性義務之餘地（177頁）。

甚為少見，因此德國民法典已刪除作為一般法律制度之負擔；與此相反，氏認為於公法中負擔之重要性遠比條件更高⁶。

前揭二者依據民法概念整理出之行政處分附款理論，顯有助於釐清過去實務中被使用之附加條款，其後之學說及實務原則均採此等見解。惟於十九世紀公法領域中被使用之「條件」(Bedingung)概念，其所涵蓋者比民法學所謂之附款更廣：亦即，申請之部分否准、部分變更等行政處分中出現之現象，難以民法上附款概念予以釐清。換言之，如將民法附款概念直接適用於公法領域，勢必導致行政處分附款概念中產生「空白」⁷。

(二)日本行政處分附款概念之形成

於日本首次提及行政處分附款概念者，係美濃部達吉於一九一九年出版之『日本行政法總論』一書。其中增設「行政處分之附款」一節而謂：「所謂行政處分之附款，係指為限制行政處分效果而對行政處分內容附加行政權之意思表示。行政處分之附款，僅得附加於法律行為性行政處分，因附款係以意思表示限制行政處分效果者，應以基於行政權意思表示而發生法律效果之行政處分為限。因此，確認、公證、通知等處分，並無附加附款之餘地。得附加附款者，除有法律特別規定者外，僅限於屬於行政權自由裁量之處分。至於

羈束處分，行政權僅得執行法規所定之事項，故並無以行政權任意之意思表示限制其效果之餘地」；進而將附款類型分為條件、期限、負擔、廢止權保留及法律效果之部分除外五種⁸。佐佐木惣一則於一九二一年出版之『日本行政法論總論』一書中，就行政處分附款提出與美濃部相似之見解，但認為廢止權保留及法律效果之部分除外並不屬於附款，且指出得否附加附款一事，與是否為裁量處分無關⁹。此二者見解雖未明示其出處，但可認其係直接承襲當時已完成之德國行政法學理論成果。換言之，日本之行政處分附款理論，間接源自德國民法，即經由「德國民法—德國行政法—日本行政法」之繼受過程。非僅附款理論如此，此現象於日本行政法學之形成過程亦頗常見¹⁰。

二十世紀初已形成之此等見解，於日本，經過新憲法之制定及於今日，其內容幾乎未有變化。例如田中二郎亦將附款類型分為條件、期限、負擔、廢止權保留及法律效果之部分除外，其並認為：「所謂行政處分之附款，係指為限制行政處分效果而附加於意思表示主要內容之次要意思表示」；「一般而言，行政處分為法所羈束且具有執行法律之性質」；「惟行政處分之根據規定本身有時允許行政機關對法律所定一般性效果之發生予以限制，或即使並無

⁷ 人見剛·前揭註3·63—72頁、森稔樹「行政行為の附款の境界—『制限』の体系と行政行為の附款—」早大法研論集76号(1996年)213頁。

⁸ 美濃部達吉『日本行政法總論』(有斐閣、1919年)157頁以下。

⁹ 佐々木惣一『日本行政法論總論』(有斐閣、1921年)458頁以下。

¹⁰ 塩野宏·前揭註1·152頁。

此種特別規定，法律賦予行政機關自由裁量時，在此裁量範圍內，依行政機關之判斷，仍得就其一般性效果之發生予以限制；「既然如此，得附加附款之處分，限於法律行為性行政處分，即以行政機關之意思表示為要素，而被賦予所欲達成該效果之行政處分（命令性處分、形成性處分）；如為準法律行為性行政處分（確認、公證、通知、受理），其性質上並無附加附款之餘地；就法律行為性行政處分而言，行政處分乃為基於法律，作為法律之具體化或執行而作成之行為，故在被法律所羈束之範圍內，行政機關不得任意附加附款，此乃當然之理」¹¹。

此田中二郎見解與上開美濃部之見解相比即可容易發現，二者之實質內涵幾乎完全相同。故有見解指出，日本行政法學之發展中，持續一致如此冗長時期者，甚為罕見。其反映附款極具價值中立之性質，且因其法技術較單純，而對情勢變遷具有強烈適應性。然而在行政處分理論業經多面向之重新檢討，而附款理論此一安定性之假象，其原因之一恐係學說對此尚未進行檢討而已¹²。

二、學理定義

學理上對附款之定義，多由其概念著眼，茲介紹數種較具代表性之觀點：

(一)德國聯邦行政程序法就「附款」概念並未定義，多數學說對此概念亦未賦予積極定義，而以其為條件、期限、負擔及廢止權保留等之上位概念。曾有試圖就附款概念予以定義之見解，惟學理咸認無此實際必要，故此種定義無法取得學說或實務之任何反響。學者 Elster 進而指出，為保持附款諸型態之多樣性，開放之特徵標示 (offene Kennzeichnung) 反而具有豐富內容¹³。

(二)代表日本傳統學說之田中二郎將「附款」定義為：「為限制行政處分之效果，對意思表示之主要內容附加之次要意思表示」。塩野宏教授亦認同田中博士之觀點，即認為附款係為限制行政處分之效果，而在意思表示之主要內容附加從屬性意思表示，並結合行政法實務進一步認為此種附加，乃「法律既定事項外之附加」（不承認「法定附款」之存在），而非「法律既定事項外規範之全部」（因「效果裁量」亦有此一機能）¹⁴。

對此，藤田宙靖教授指出，行政處分附款及其界限之問題，不外乎為作成行政處分時，基於行政機關之判斷，超越法律明文規定所規律者而附加之效果，與「依法行政原理」之關聯上，某種程度方被允許。從此角度觀之，附款理論學理上並無重要且固有之意義，亦即，行政機關有無

¹¹ 田中二郎『新版 行政法 上 全訂第1版』（弘文堂、1964年）113—116頁。

¹² 塩野宏・前掲註1・153頁。

¹³ Elster, *Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen*, 1979, S. 9. 轉引自人見剛・前掲註3・49頁。

¹⁴ 塩野宏著『行政法 I（第4版）』（有斐閣、2006年）166頁。

權限以其主體性意思變更法規範所已規律者，此問題端視法律羈束程度而定。氏並指出，依傳統通說所採附款定義，概念上必然導致對非為意思表示之「準法律行為性行政處分」（如確認、公證、通知、受理）不得附加附款，因而此種定義實有重新檢討之必要¹⁵。

三、法律規定

(一)德國聯邦行政程序法第三六條規定：

(I)人民對作成行政處分有請求權時，除法規另有特別規定，或為確保行政處分法定要件之履行外，不得附有附款。

(II)行政處分，得不受前項規定之影響，依合義務性裁量，附加下列各附款：

- 1.規定給予利益或課予負擔之時日開始、終止或在一定期間有效者（期限）。
- 2.規定給予利益或課予負擔之發生或消滅，繫於將來不確定之事實者（條件）。
- 3.保留行政處分之廢止權者。
- 4.規定受益人須為一定行為、容忍或不作為者（負擔）。
- 5.保留事後得附加、變更或補充負擔者。

(III)附款不得與行政處分之目的牴觸。

(二)我國行政程序法第九三條規定：「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。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」。第九四條規定：「前條之附款不得違背行政處分之目的，並應與該處分之目的具有正當合理之關聯」。

(三)澳門行政程序法(一九九九年十月十一日制定施行)第一一一條規定：「行政處分得附條件、期限或負擔，該等條件、期限或負擔不得違反法律或不得違背該處分所擬達成之目的」。

四、數點評價

以上簡單羅列理論與實務中有關附款之定義，不難看出「附款」所含之民法色彩，多數學者均認為行政法之附款概念其實源自羅馬法發達之民事法律行為理論。亦即，最早始於德國學者導入民法學之 *Nebenbestimmung*（附款）觀念而形成，其後，逐漸發展成為德國行政處分理論中之重要內容，而許多繼受德國行政法傳統之國家亦承認此一理論。惟須注意者，雖觀念出於同源，民法法律行為理論，以私人自治、契約自由原則為基本原理，最大限度尊重行為人之主體意思內容；與此相反，於行政處分理論中，行政機關之主體意思並非關鍵因素，其最基本原理在於是否合乎法律規範，以及行政處分相對人之私人權利、利益保護。因此，不得過於拘泥於行政機關之主體意思，而應從私人權

¹⁵ 藤田宙靖『行政法學の思考形式（增補版）』（木鐸社、2002年）115—118頁。

¹⁶ 藤田宙靖，前揭註15，115—118頁。

益保護之觀點出發，建立得以有效控制行政裁量之附款理論，如此方能於此一法技術概念中貫徹依法行政原理¹⁶。

參、附款之類型

一、期限

期限係指行政機關給予人民利益或課予不利益，其效力自一定時日開始、終止，或在一定時間內有效而言（行政程序法九三Ⅱ一）。進一步細分：自一定時日開始發生處分效力者，稱為始期；自一定時日終止其效力者，稱為終期；於一定時間範圍內有效者，稱之期間。有認為原則上，此種行政處分存續期間之長短，通常已明定於法規，故行政機關作成行政處分時，往往並無行使裁量權餘地。惟不同意見指出，行政處分所附加之時間限制，若係法律直接規定者，因其僅為重複法律之規定，尚難以期限看待之（即不承認「法定附款」之存在）。換言之，一般所稱期限，應僅指處分機關於法無明文下自行設定之時間限制。基於行政機關裁量權運用之立場，似以後說較為可採。例如許可室外集會活動，但須於「夜間十時前」解散，學者有認此一限制並非對主要規制內容之許可本身所額外、附加之時間限制，該時間規定本身即為行政處分主要規制內容之一部，並非期限，甚至非屬行政處分之附款¹⁷。

二、條件

條件係指行政機關給予利益或課予不

¹⁷ 塩野宏・前掲註1・159—161頁。

利益，或謂行政處分內部效力之發生或消滅，繫於將來不確定發生之事實者而言（行政程序法九三Ⅱ二），條件與期限均為規範行政處分內部效力之開始與結束。

條件進而得區分為「停止條件」與「解除條件」，倘行政處分內部效力之開始繫於某特定事實之發生者，稱為停止條件，例如行政機關核發建築執照，惟要求須先覓得廢土棄置場地，並提出證明，始得開始施工即是；內部效力若繫於某特定事實發生時終止，則為解除條件，例如行政機關發給營業許可，但規定如有違法營業行為時，該營業許可失其效力即是。條件尚可區分為偶然條件與任意條件，例如當事人得自行決定或有能力決定條件之成就者，稱為「任意條件」；反之，倘條件成就與否，非當事人所能影響者，則為「偶然條件」。

三、廢止權之保留

行政處分之廢止係針對「合法」行政處分向未來消滅其效力之謂。我國法制依據在行政程序法第九三條第二項第四款、第一二二、一二三條定有明文。廢止權之保留，指處分機關作成行政處分之同時，附記保留未來廢止該行政處分之可能性，俾便行政機關為防止未來可能發生之危險或情事變更，預留彈性處理空間。此類條款多出現於授益處分，目的在向相對人事先告知未來廢止處分之可能性，以排除信賴保護之情事。

廢止權保留之定性，學說上有所爭議。有學者認為，廢止權之保留實質上是解除條件之特殊方式，僅主管機關事前不為解除條件之附加，取而代之以告知相對人日後可能廢止該處分，而待一定事實發生時，主管機關再據以廢止，故性質上應屬條件。如主管機關核發某外籍勞工居留我國之許可，但於該許可上附註隨時可廢止該居留許可，則日後主管機關發現外籍勞工有供過於求之情形時，即可廢止該居留許可。廢止權保留之最大實益，在於可防止信賴保護原則之發生，免除損失補償原則之適用。就處分相對人地位而言，行政機關註記廢止權之保留將比解除條件更為不利，應謹慎為之，從而當法律授權行政機關僅能以條件類型之附款予以附加時，行政機關不得以廢止權保留之形式，實質上卻為解除條件之特殊類型，而任意予以附加¹⁸。

四、負擔

負擔係指附加於授益處分之特定作為、不作為或忍受義務內容而言（行政程序法九三Ⅱ三），換言之，行政機關於作成授益處分之同時，另課予相對人一定作為或不作為等義務。例如行政機關許可補助公務員出國進修，但回國後應回原機關任職一定期間。

應注意者，負擔必須是行政機關作成處分依據之法律所未明文之義務，若法律本身已有明定，而行政機關於處分中重複地加以「提示」該義務內容，僅係用以提醒相對人注意不得違反相關法律規定，通說認為其非真正負擔。換言之，「法規本身已先規定為行政處分應附加之限制」，此種「法定附款」不得定性為附款。例如集會遊行法第二三條規定禁止攜帶危險物品，則行政機關於核准遊行中註明不得攜帶刀械等危險物品即是。該附記均本為法律所明定，並非因行政處分之作成始有該等義務之發生，故定性上並非附款。

負擔究竟是立於授益處分外之獨立行政處分，抑或具獨立性，而構成主行政處分一部，學說意見並不一致。學說上向來承認負擔乃一獨立之行政處分，但仍與其他「一般」行政處分迥異，其相異處在於「附屬性」，當主行政處分不生效力時，負擔亦不生效力；更重要的是，負擔所規定之作為或不作為義務，僅於相對人主張或使用該授益處分內容時，該負擔始行生效（內部效力）¹⁹。

負擔與條件之區別，亦頗值注意，二者之主要差異在於後者並不對相對人課予法律義務，如 Savigny 謂：「條件，停止（其效果）而不強制（其履行）；負擔，強制（其履行）而不停止（其效果）。」（Die Bedingung...suspendiert, zwingt aber

nicht, der Modus zwingt, suspendiert aber nicht.）²⁰ 然實際上，解除條件具有為保持心理上強制相對人履行條件之性質，因此於實際機能上二者具有一定共通性²¹。其區別略整理如下：

（一）性質不同

負擔係對授益處分之受益人，課予作為、不作為或忍受義務之另一獨立行政處分。此課予義務之行政處分附屬於該授益處分而存在，該授益處分如不存在，此負擔處分亦失其附屬。條件附款其所附之條件與該行政處分結合，形成該行政處分不可分離之構成部分，且無法獨立。

（二）主處分之生效時點不同

附負擔之行政處分，於該授益處分生效時，立即生效，並非以履行負擔所課之義務為生效之前提要件。附條件之行政處分，如所附者為停止條件時，該行政處分須於條件成就時，始能生效；如所附者為解除條件時，該行政處分雖自始生效，惟效力並未確定，於條件成就時，該行政處分即失其效力。

（三）得否單獨強制執行不同

附負擔之行政處分對受益人所課予之義務，得強制其履行，如仍不履行時，得廢止該授益處分。附條件之行政處分，並非對行政機關或處分相對人課有任何義務，而僅是將其效力發生或消滅與否繫於將來不確定之事實，故條件是否成就，無

¹⁸ 詳見人見剛·前揭註3·55—57頁、140—143頁。

¹⁹ 詳見人見剛·前揭註3·52—54頁。

²⁰ F. K. v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 3, 1840, S. 231. 轉引自人見剛·前揭註3·50頁。

法強制。

(四)得否單獨訴請撤銷不同

對於附款得否單獨訴請撤銷，德國實務之基本處理原則如下：1.僅於負擔之情形，原則上得單獨訴請撤銷；2.即使負擔係附加於裁量處分，上述原則亦並無改變，蓋處分機關得類推適用德國行政程序法第四九條第二項第二款有關相對人不履行負擔之規定，廢止該授益處分；3.負擔如被撤銷，則剩餘之主行政處分即構成違法者，亦屬撤銷負擔之訴無理由，而非該訴不合法。有關此一問題，本文將於行政爭訟之專節再予詳述。

五、負擔之保留

負擔之保留係指行政機關於作成處分時，註記保留事後附加、變更或補充負擔之權限，學說上有認為是附加負擔之特殊方式。例如主管機關先核准某工廠之許可，但保留「若將來相關環保標準提高時，主管機關得要求該工廠一併提高其環保標準」。學說上認為，負擔之保留此種附款本身僅係行政機關事先之宣示，並未單方對外發生法律上效果，應非一獨立之行政處分；然當行政機關行使該保留負擔之權限，而附加、變更或補充原已存在之負擔內容，則該附加、變更或補充「行為本身」應可定性為行政處分。

六、新型態附款——類似附款實非附款

(一)行政處分內容限制

行政處分內容限制，係行政機關僅單純就處分內容予以具體化之規定，並未存在處分原有內容以外之附加規制，例如建築主管機關於建築執照上註記所核准建築之基地面積、地界線、樓層高度等事項，則僅係屬於處分內容層次之限制，因該核准內容限制無非是內容描述或範圍劃定，已內化為許可內容之本身，屬於許可之細節，故並非附款。學者提出判斷行政處分內容限制與附款之標準，即從行政機關所註記文字之目的探求其是否基於充實許可或核准之內容，申言之，即內容本身之限制，非為附款。

然自日本法觀察，所謂行政處分內容限制，與法律上被承認之一般效果之限制有關。關於此點，在日本法院成為問題者，係廢棄物處理法上對許可設定之營業區域限制。日本廢棄物處理法第七條第三項規定：對許可得附加期限、設定得收集一般廢棄物之區域、或附加生活環境之保全上必要條件。就此區域設定，奈良地裁一九八一年八月十四日決定（行集三二卷八号一四四二頁）認為：「區域之指定僅止於許可效力之區域性限制，該區域內之營業仍一律、全面被容許，其為許可內容本

²² 塩野宏・前掲註1・162—163頁。

²³ 塩野宏・前掲註1・164頁。

²⁴ Elster, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, 1979, S. 8, 66.

²⁵ Laubinger, Das System der Nebenbestimmungen, Wirtschaft und Verwaltung, 1982, S. 134.

²⁶ 森鷗外「前掲註1の附款の撤銷」早稲田法学会誌46卷（1996年）124頁。

身且與許可具有一體不可分之關係。因此，對區域之指定有不服者，應爭執與此形成一體之許可處分本身，即不得僅聲請停止執行區域指定有關部分」。對此，第二審大阪高裁一九八一年十二月二十六日決定（行集三二卷十二号二三四八頁），先將該區域之指定解釋為「附款」，而認為若承認本件「附款」之停止執行，則導致本件許可處分未有區域限制之過大效力，故不得僅承認聲請停止執行附款之效力²²。然而另一方面，廣播電台、瓦斯事業、電氣事業、道路運送事業等許可法制中，區域之指定規定為許可證之記載事項（電波法十四Ⅲ、瓦斯事業法六Ⅱ三、電氣事業法六Ⅱ三等），此等法律明確將事業區域之指定整理為許可內容之一部分²³。

德國 Elster 將內容限制定義為：「行政機關為行政處分時所為之決定，且對該申請予以限制行政處分之有效範圍及內容者」²⁴。對此，Laubinger 批判 Elster 以申請為內容限制之要素，而認為內容限制之特徵在於：「對受益人保留若無內容限制其法律上能獲得之部分」此點²⁵。雖論者對定義之見解不一，但負擔與內容限制之差異在於，前者對相對人課予作為、不作為之義務，後者則僅係部分拒絕而已²⁶。內容限制在德國特別作為有別於負擔之範疇被討論，其主要原因在於聯邦行政程序法中附款類型之法定化。學說一致承認，內

容限制並非該當於聯邦行政程序法揭示之附款種類；但學說亦一致認為，該法有關附款規定應準用於內容限制。在此意義上，亦有見解懷疑此概念論爭之實益，且負擔與內容限制之界限實際上具有流動性²⁷。然而違反內容限制之行為，概念上非如違反負擔之不作為義務，而具有無許可行為之性質，故若個別制定法對此之規定與負擔不同，亦發生二者區分之解釋論上實益²⁸。就前述區域指定而言，依傳統附款分類學之見解，應解釋為「負擔」。惟事業許可與區域指定間是否具有主從關係仍有問題，若仔細觀察其性質，不拘法律規定方式，應理解為異於附款之「內容限制」²⁹。

(二)法律效果之一部除外

法律效果之一部除外，係指主管機關附註於主行政處分之意思表示，使法規對於該處分所賦予之法律效果，一部不發生之意思表示。其目的在於排除法律所規定之某特定法律效果之附帶說明。例如允許電子遊戲場營業，但限定其不得在住宅區或不得鄰近學校一百公尺以內設置。此類法律效果之一部除外之情形，因行政機關之裁量在是否行使上，較無選擇餘地，必須作成法律效果一部除外之必要限制，因而多數見解認為，其非屬附款。

(三)修正之負擔

所謂修正之負擔，係主管機關所為之決定，性質上原本並非負擔，亦非課予受益人作為、不作為或忍受之義務，而是對人民所提出之許可申請內容加以變更後許可之，故實際上應稱為「修正之許可」較妥。簡言之，即拒絕原申請，而許可另一申請，此種許可內容之變更已成爲行政處分之主要部分，例如人民申請牆面厚度二十四公分之建築許可，但得到牆面厚度爲三十二公分之建築許可，故其所取得之建築許可與原來所申請者相比實爲異質物，可見申請人若欲建築該牆，同時形成須建造厚度爲三十二公分牆面之義務，即存有一修正之負擔。

申請人所獲得之行政處分與提出申請所期待者不同，不僅量有減損，而且質亦有部分改變。此種處分於性質上並非附加義務，故與負擔不同，而係變更部分內容成爲處分之本體，爲許可內容本身不可分割之一部，學者認爲稱作「修正之負擔」易生誤導，至多認定爲兼具授益與負擔性質之行政處分。對修正之負擔或修正之許可之權利救濟，多數學說認爲，此時僅得提起課予義務訴訟作爲得到不受限制之授益處分手段，申請人不得運用（部分）撤銷之爭訟手段以獲得原申請之授益處分³⁰。

(四) 處分外之負擔 (準負擔附款、切結書或承諾書)

於行政實務上，行政機關時有要求人民出具切結書，承諾履行一定作為或不作為義務或一定事實之確認後，再予許可決定。仔細觀之，此切結書與前述負擔附款不盡相同，蓋負擔附款乃行政機關基於裁量權片面作成，惟切結書係出於處分相對人自願接受，且通常未如負擔般記明於行政處分之公文書，而存在於另外之文件。因之，切結書可否視爲負擔之一種，於相對人不履行時，行政機關得直接廢止原先之許可決定，容有爭議。惟有學者認爲，基於其發揮與負擔附款相同機能，使人民負有義務，且此情形亦無信賴保護原則之顧慮，從而，對此類非典型附款，似宜援用行政處分附款之法理而予承認其適法性。

肆、附款之機能

一、附款之重要性

行政處分之附款於實務上頗具重要性，尤其授益行政處分作成時，行政機關審查結果，發現雖已具備許可之構成要件，然仍有法律或事實上障礙，如斷然駁

³¹ Vgl. Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, S. 116, Rn. 1.

³² Kloppe, *Bezugnehmende Verwaltungsakte auf Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen*, 1979, S. 55-59.

³³ Ertmer, *Bezugnehmende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen*, 1979, 12, 71 f.

³⁴ 見前揭 Kloppe, *Bezugnehmende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen*, 1979, S. 260. 轉引自

³⁵ 詳見藤原靜樹「行政行為の附款」一橋研究 8 卷 1 号 (1983 年) 32-37 頁、人見剛・前揭註 3・79-87

³⁶ 藤原樹・前揭註 21・110 頁。

回，不僅肇致機關與人民之尖銳對立，進行中之行政程序亦付諸流水，而須人民重新申請，再為審查及決定，不符程序經濟之要求。反之，行政機關如得附加附款，在有所保留之限制下予以許可，即可避免此等缺點，使行政決定更具彈性及效率，並兼顧人民之利益，符合比例原則及個案正義之要求。行政處分作成後追加之附款，則可因應實際情事變更而調整行政處分³¹。然附加附款亦可能使人民之權利受限制，行政機關亦增加追蹤管制之責任，此為附款不利之一面³²。

關於附款之機能，Schneider 謂：「認可、許可等授益行政處分，常對關係人間接賦予重大經濟利益。此市民之利益與公共財政之負擔對峙時，行政主體及其機關可能對於一定程度上吸收此經濟利益感興趣。將行政機關所欲之金錢或現物，以負擔或停止條件之形式包裝附加於授益處分，此乃附款之成立目的」³³。即，附款可用於對授益行政處分獲得對待給付之方法。惟基於行政之財政負擔等理由獲得對待給付，除附款外，仍得以行政契約（尤其交換契約）達成之³⁴。

日本學者森稔樹教授引介德國行政處分理論之見解，分別自附款之基本機能與類型機能說明如下：

二、附款之基本機能

行政處分之附款有以下基本機能：確保行政實務之彈性、調整行政機關與相對人之利益及調整相對人與第三人之利益或公益³⁵。

(一) 確保行政實務之彈性

若無附款此種法技術，行政機關對私人之申請僅能作肯定或否定間之選擇，附款依其內容增加行政機關之選擇可能性。

(二) 調整行政機關與相對人之利益

對相對人之私人而言，即使行政處分內容未完全與其申請一致或附加一定負擔，仍可為其所欲之活動，在此意義上，附款能調整行政機關與相對人之利益。

(三) 調整相對人與第三人之利益或公益

無限制之許可等處分違反第三人之利益或公益時，附款得以調整處分相對人與第三人之利益或公益。

此外，如私人申請某許可，行政機關於核發許可前，對許可要件之存在與否，與申請人進行談判，有時其結果表現於附款，此類附款具有顯示行政機關與相對人合意結果之功能³⁶。

三、各類型附款之不同機能

行政處分附款除具有基本之機能外，各類型附款亦有其以下之個別機能³⁷：

(一) 負擔之機能

負擔係以維持行政處分完全之效力為前提，為附隨此處分之命令者；其儘量尊重相對人之權益，亦能實現行政機關之意思³⁶。此外，負擔之保留，於將來一定時點發生不可預測之狀況時，透過維持主要行政處分之原來效力以保護相對人之權益；另一方面透過附加、變更或補充負擔而保護第三人權益或公益，藉以對行政機關提供調整雙方利益之方法。

此外，菊井康郎教授謂：「行政處分之負擔係屬個別性規制，由此性質衍生規制之彈性及個別妥當性之保障等機能。由此機能再衍生對法規規制之補充機能，以及對否准供給權益之補償機能」³⁹。亦即：

1. 對法規規制之補充機能

各種行政法規明定受許可者應履行之各種義務，此等義務通常為對受許可者之一般規制，經常發生無法適應個案特性之情形，此時，負擔附款補充法令之一般性義務。

2. 對否准供給權益之補償機能

就行政機關具有裁量權之許可及補助金之給付決定等，行政機關認為不得完全依申請為處分時，藉由附加一定負擔，避免全面否准申請，以圖申請人利益及公益之維護。

(二) 條件之機能

所謂「任意條件」係指依相對人一定行為，使行政處分效力發生或消滅之條件。因而，相對人為使行政處分之內容發生效力，不得不履行任意條件所示之內容。例如行政機關對營業許可附加作為解除條件之任意條件時，相對人若未為該條件所定之行為，該營業許可即失效。對此，行政機關以負擔命令為一定行為時，若相對人未為該行為，行政機關則得強制相對人履行該行為，有時亦得廢止該營業許可，但負擔之不履行並不直接導致該許可之失效。在此意義上，此種條件之拘束力比負擔更重，因此，可認為任意條件具有對相對人課予義務之機能⁴⁰。

(三) 期限之機能

透過附加期限，能限定行政處分之有效期間，行政機關藉此能定期地判斷私人能力或客觀情勢之變遷而對應之⁴¹。

(四) 廢止權保留之機能

廢止權之保留，對將來可能發生而事前無法預測之狀況，具有調整相對人利益與第三人利益或公益之機能。亦可使相對人預先知悉將來廢止行政處分之可能性，藉此對相對人賦予防禦機會之機能⁴²。

日本建築行政中並未積極利用附款，其理由之一在於「建築確認」屬於準法律行為性行政處分之確認行為，應屬羈束處分，故認為行政機關不得附加附款。於德

³⁶ 森稔樹·前揭註21·111頁。

³⁷ 森稔樹·前揭註21·113頁以下。

³⁸ 森稔樹·前揭註21·118頁。

³⁹ 菊井康郎·前揭註2·153頁。

國，「變更許可」（行政機關所為異於申請內容之許可）作為類似於附款之概念成為問題；對此，在日本，行政機關係以行政指導方式，使相對人再度申請行政機關所欲為之內容，透過此種方式，實現申請內容與實際許可內容之一致⁴³。

伍、附款之合法性

行政處分之附款，係行政機關就法律未予規定之事項單方予以規律之手段，其本質上具有依法行政原理之例外性質⁴⁴。從此觀點而言，如何建構行政機關附加附款時應遵守之合法性基準，成為行政法學極為重要之檢討課題。行政處分於何種情形始得附加附款，倘法律明文允許附加附款，其得附具附款固不論，即令法律未明文規定，如係裁量處分，原則上亦得附加附款。反之，於羈束處分，處分機關既依法有作成處分之義務，秉持依法行政之觀點，自不許其擅自附加附款。

一、不得附加附款之行政處分

對特定之行政處分，法律明文許可或禁止其設定附款，或許可於一定要件下設定附款者，自應依其規定。惟有關考試、歸化、公務人員之任用以及其他「設定身分之行政處分」，基於法律安定之要求，本質上即不許設定附款，不待法律之明文規定。

於德國，自建構一般附款理論體系之 Kormann 以來，學說承認有不適合附加附款之行政處分類型

⁴⁰ 森稔樹・前掲註 21・122—124 頁。

⁴¹ 森稔樹・前掲註 21・124—125 頁。

⁴² 森稔樹・前掲註 21・126—127 頁。

⁴³ 人見剛・前掲註 3・104—105 頁。

⁴⁴ 森稔樹「行政行為の附款の許容性（1）—行政裁量論の一環として—」早大法研論集 77 号（1996 年）238 頁。

(nebenbestimmungsfeindliche Verwaltungsakte) 存在⁴⁵：其包含確認性行政處分(如各種資格之確認等)、設定身分之行政處分(如賦予國籍等)⁴⁶及形成權利之行政處分(如給付社會保險年金處分等)⁴⁷。其理由在於，此等行政處分於法律上常與多樣且廣泛之法效果相結合，而構成法律身分或地位之基礎，如此種基礎之確定性被暴露於附款所引起之不確定性，則其將影響並牽動以此行政處分為基礎之廣泛法效果，以致於大幅損害法律安定性⁴⁸。

日本學說認為，因行政處分之附款係對主要意思表示附加之次要意思表示，得附加附款之行政處分應限於以意思表示為其因素之行政處分，故對於確認、公證、通知及受理等所謂「準法律行為性行政處分」，其性質上不得附加附款⁴⁹。亦有見解指出，如對確認性行政處分附加附款，則有侵害平等權或精神自由等權利之虞，亦有行政機關附加與主要行政處分不相應之負擔之危險，因此對此種行政處分不得附加負擔。而且，從法律安定性之觀點而言，

不得對設定身分之行政處分及形成權利之行政處分附加附款⁵⁰。

二、得設定附款之行政處分

行政處分是否許可附加附款，法律無特別規定時，應視行政處分之性質而定。我國行政程序法第九三條第一項規定：「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」。本項係依行政處分為「裁量處分」或「羈束處分」之不同而為規定。惟附款之設定，其作用在增加行政處分之彈性，因此通常係就授益行政處分附加附款。茲說明如下：

(一)羈束之授益處分

1.法律明文規定得設定附款

羈束之授益處分，人民對特定行政處分之作成有請求權，附加附款即限制其請求權。基於法律保留原則，行政機關須有法律授權始得限制人民之自由權利，因此，原則上不許對羈束之授益處分附加附款。惟法律如有特別規定許可附加附款，

⁴⁵ 塩野宏・前掲註1・170—171頁、森稔樹「行政行為の附款の許容性(2)－行政裁量論の一環として－」早大法研論集78号(1996年)198頁。

⁴⁶ Vgl. etwa Hans Mayer, in: Meyer/Borgs-Maciejewski, VwVfG, 2. Aufl., 1982, § 36 Rn. 24; Ferdinand O. Kopp, VwVfG, 5. Aufl., 1991, § 36 Rn. 14; Hans-Güter Henneke, in: Hans Joachim Knack; VwVfG, § 36 Rn. 4; Hans-Uwe Erichsen, in: Hans-Uwe Erichsen (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, § 14 Rn. 9. 轉引自森稔樹・前掲註45・198頁。

⁴⁷ Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 47 Rn. 17. 轉引自森稔樹・前掲註45・198頁。

⁴⁸ Schachel, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, 1979, S. 128. 轉引自森稔樹・前掲註45・198頁。

⁴⁹ 田中二郎『行政法總論』(有斐閣、1957年)313頁、菊井康郎・前掲註2・180—181頁。

⁵⁰ 森稔樹・前掲註45・200頁、森稔樹「行政行為の附款の許容性(4・完)－行政裁量論の一環として－」早大法研論集80号(1997年)332—333頁。

自不在此限。例如公平交易法第十二、十五條以及民用航空法第五八條之一第一項等是。行政程序法第九三條第一項後半段所謂：「無裁量權者，以法律有明文規定……者為限，始得為之」，即為此意。

2. 為確保處分之法定要件而設定附款

羈束行政處分之根據規定如就得否對其附加附款未予規定時，得否附加附款？就此問題，德國聯邦行政程序法第三六條第一項規定，於「為確保行政處分法定要件之滿足時」得附加附款，但從該規定之目的，此時行政機關不得附加解除條件、終期及廢止權保留，僅得附加停止條件、始期或負擔。此時，從比例原則之觀點，在得以負擔彌補非重要之法定要件欠缺時，或停止條件相較於負擔更具干涉性時，以此時為限始得附加負擔⁵¹。

於日本，學說認為欠缺之法定要件非重要，且認為如以該要件之欠缺為理由拒絕申請為不合理時，始得對羈束處分附加附款後為該處分。但行政機關在羈束處分主要法定要件欠缺時原則上不得為該處分，從儘量遵守此原則之觀點，應認為行政機關僅得附加停止條件，以防止法定要件滿足前行政處分已生效所生弊端⁵²。

羈束之授益處分，法律雖未授權附加附款，惟行政機關對於本質上合法，但尚未具備全部法律要件之案件，或對不能證明已具備全部法律要件之案件，得為人民

之利益，基於附款而作成終局之實體決定。附款之附加，正所以排除原應拒絕作成授益處分的原因，對相對人有利。另為確保處分法定要件之繼續存在，亦得設定附款。行政程序法第九三條第一項後半段所謂，「無裁量權者，……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」，即為此意。惟條件或負擔等附款，並不能取代重要之處分要件，在欠缺處分所必須具備之基本構成要件要素時，行政機關應作成駁回申請之處分，並不得基於附款之確保而為處分。行政機關為處分時，應就基本之重要事項為調查，此一義務並不得以設定附款取代或脫免。

(二) 裁量之授益處分

行政機關得以裁量決定作成行政處分時，原則上亦應有權決定是否對該行政處分附加附款。因此，裁量處分原則上應許可設定附款。行政程序法第九三條第一項前段即規定：「行政機關作成行政處分有裁量權時，得為附款」。惟法律如明文禁止設定附款，或依行政處分之性質（設定身分處分）或所規定事項之目的，不得設定附款者，自不得為之。

此外，期限、條件或廢止權保留等附款，僅限制行政處分規制對象相對人之授益效果，並未增加人民不利益之義務，行政機關是否依裁量決定，對裁量之授益處

⁵¹ Vgl. Schneider, Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozeß, 1981, S. 49 ff, 54, 58; Hans Meyer, in: Meyer/Borgs-Maciejewski, VwVfG, 2. Aufl., 1982, § 36 Rn. 28, 29. 轉引自森稔樹·前揭註 45·208-212 頁。

⁵² 森稔樹·前揭註 45·208 頁、森稔樹·前揭註 50·330 頁。

分設定此等附款，尙無疑義；反之，負擔之附款，則超出行政處分授益之限制，設定得予強制執行之義務，如無法律之授權而設定此等附款，有違反法律保留原則之虞。在此，亦不得以行政處分之利益超過負擔之不利益，或相對人自願服從爲由，予以合法化。

(三)負擔處分

行政程序法第九三條第一項，僅依行政機關有無裁量權，規定得附加附款之情形，並未就授益處分或負擔處分爲區別。附款之作用，通常固然在於排除作成授益處分之障礙，以及確保法律目的之達成；而不利人民之負擔處分，於個別情形，雖亦可能有附加附款之需要（如期限、解除條件），但得附加附款之情況及種類，本質上即受有較大限制。配合行政程序法第九三條第一項規定，負擔處分得附加附款之機會，實極爲稀少。此種結果應係立法行文之角度所致，而非立法政策之選擇。

三、附款之一般合法性要件

行政處分之附款不得違背行政處分之目的，並應與該處分之目的具有正當合理之關聯（行政程序法九四），以及符合比例原則、平等原則等法律優越原則之要求。在此亦適用一般之裁量原則，蓋法律別無其他規定時，據以作成行政處分之規定，

以及一般作成裁量處分時所應遵守之規定，即爲附款之實體法根據：

(一)合憲性

行政機關不得附加有侵害表現自由等精神自由之實質可能性之附款⁵³，例如對集會遊行之許可不得附加附款而限制該表現行爲之內容本身⁵⁴。就經濟性自由權而言，在處分相對人之權利與第三人權益或公益間發生矛盾時，如何調整二者即成爲問題。例如因工廠設置許可而有鄰近居民遭至噪音或空氣污染等被害之危險性，或因高層建築物建築許可而鄰近居民之「日照權」受限制，此時爲調整二者利益，行政機關得附加限制申請人經濟自由權之附款⁵⁵。然而例如就公益事業之許可附加具體限制員工薪資之決定方法者，違背勞動基本權之保障；於事業許可有關負擔中介入董事或員工之具體人事者，構成不當侵害源自財產權保障之企業經營權⁵⁶。

(二)合法性——立法者制度形成自由之保障

行政機關就主要行政處分具有裁量權時，原則得附加附款而對相對人課予法律所未規定之義務，且將該義務與違反時之法效果相結合。如所課加之附款爲負擔而未被履行時，其將與廢止處分之法效果相結合（行政程序法一二三·三）。惟法律已形塑具體架構，並將其法定作爲或不作爲

⁵³ 森稔樹·前揭註50·334頁。

⁵⁴ 菊井康郎·前揭註2·179頁。

⁵⁵ 森稔樹·前揭註50·334頁。

⁵⁶ 菊井康郎·前揭註2·179頁。

義務與特定法效果（如不利益處分）相結合時，從保障立法者制度形成自由之觀點而言，行政機關不得擅自將該法定義務轉換成如解除條件般法效果最為強大之附款，於該解除條件成就時，並創設出法律所無之原授益處分當然失效之法效果，此舉將導致立法者制度形成自由之嚴重侵蝕⁵⁷。

(三)不得違背行政處分之目的

附款係用以達成行政處分及其所根據法律規定之目的，特定事項之存否，足以影響行政處分之作成或裁量時，附款即用以創設或排除此等事項，以利行政處分之作成。故「附款不得違背行政處分之目的」，致使行政處分依法所欲達成之目的，全部或部分受妨礙。

(四)禁止不當聯結及正當合理關聯性

於德國，聯邦行政程序法第三六條第2項一般授權行政機關就裁量處分附加附款，且該條第三項就附款內容之合法性基準僅規定「附款不得違反行政處分之目的」，而未要求附款須積極適合主要行政處分之目的，學說上有對此二點提出批判之見解。依此見解，附款之目的與內容應予以限制且具體化，而聯邦行政程序法第五六條第一項所規定之「實質關聯性」要件應適用於裁量處分附款，即附加附款時須存在必要性，且裁量處分與附款之目的間

須存在因果關係⁵⁸。

日本見解亦認為，附款之內容不得逾越法律所定之目的，且附款之目的及內容與主要行政處分間須有因果關係，以及不得超過依主要行政處分內容而必要之限度⁵⁹。

行政處分之附款，既在於達成行政處分及其所根據法律之目的，附款之合法化原因，即存在於該法律目的。因此，如以附款達成非行政處分目的之其他目的，縱然該其他目的本身亦具有意義，但該目的並不在附款所根據實體規定之授權內，仍構成裁量之瑕疵。「不當聯結之禁止」係行政上一般法律原則，對行政處分之附款亦有其適用。我國行政程序法第九四條後半段規定，行政處分之附款「並應與該處分之目的具有正當合理之關聯」，即為此意。

(五)不得有其他瑕疵

1.不得有裁量瑕疵

行政機關作成裁量處分時，固得依裁量設定附款；於作成羈束之授益處分，因相關法律有明文規定，或為確保法定要件之履行，行政機關得設定附款時，該行政處分雖仍為羈束處分，但對於「是否」以及「如何」附加附款，行政機關仍具有裁量餘地。行政機關就附款之附加應為合義務之裁量，遵守法治國家之比例原則、平

⁵⁷ 參照詹鎮榮「行政處分附款機制之現況及發展—以公平交易法上之結合管制為例」台灣行政法學會編『公平交易與環境保護之新思維』學術研討會論文集』（2011年）99—100頁。

⁵⁸ Schneider, Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozeß, 1981, S. 72f; Elster, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, 1979, S. 168ff, 262, 267, 346. 轉引自人見剛·前揭註3·119—127頁、森稔樹·前揭註45·201頁。

⁵⁹ 森稔樹·前揭註50·343頁。

等原則、行政自我拘束原則及憲法之基本權保障等，不得有裁量瑕疵。

2.比例原則之適用

於選擇附款及決定其範圍時，不得違反比例原則。例如以干涉較輕微之「負擔」即可達成目的時，即不得設定干涉較重大之「條件」，在負擔無法達成目的時，始得設定條件。作成授益處分時，如附加附款即足以保護公益，基於比例原則之考量，不得否准申請。

四、各類型附款之合法性要件

(一)期限

就始期而言，其合法性受質疑之情形不多，但依主要行政處分之旨趣、目的或客觀狀況，「停止」主要行政處分效力之期間過長者，應屬違法⁶⁰。

就終期之性質，日本通說認為，對公共事業之許可等授益處分附加之終期，依主要行政處分之目的、性質客觀上過於短暫，且如承認該終期有效將導致媒體事業等無法長期經營者，應認為事業許可之效力不因終期之到來而當然失效，此種終期僅意味行政機關得重新考量授益處分要件是否繼續存在而已⁶¹。

(二)條件

在附加條件時，主要行政處分之效力發生與終了時點並非確定，為確定其時點

行政機關應確認條件是否已成就，此時處分相對人被暴露於恣意判斷之風險。而且，因行政機關及相對人均須判斷條件是否已成就，故行政程序往往變為繁雜。因此，應認為依裁量附加條件之餘地甚微⁶²。

尤其，就解除條件之合法性而言，學說認為依裁量附加解除條件之餘地極為有限。德國見解指出，如解除條件成就，於該時點主要行政處分之效力自動消滅，且該消滅之時點並非確定，故應認為解除條件兼具廢止權保留及終期二者之弊端，即主要行政處分所賦予授益法效果之消滅時點不明確，且主要行政處分之效力自動消滅。因此，解除條件干涉相對人權益之程度在附款中最大，從比例原則之觀點，應認為附加解除條件之餘地極為有限。而且，即使附加解除條件，因條件成就之時點常不明確，為防止實體之法狀態與合法性之外觀間發生矛盾，行政機關實際上應對相對人表明解除條件之成就及作成廢止處分以正式消滅主要行政處分之效力。在此點上，解除條件實質上與撤銷或廢止無異，從此觀點言之，得附加解除條件之情形，須限於主要行政處分之根據法律規定存有撤銷或廢止事由之情形⁶³。

日本學說亦指出，在解除條件之成就取決於相對人之行為（任意條件）時，如相對人未履行該條件則行政處分效力消

⁶⁰ 森稔樹·前揭註 50·350 頁。

⁶¹ 森稔樹·前揭註 44·250 頁。

⁶² 森稔樹·前揭註 50·349 頁。

⁶³ Schneider, Nebenbestimmungen und Verwaltungsprozeß, 1981, S. 71; Elster, Begünstigende Verwaltungsakte mit Bedingungen, Einschränkungen und Auflagen, 1979, 187 ff.

滅，在此點上，解除條件實際拘束相對人之程度比負擔更大。而且，因解除條件與負擔實際上難以分辨，故因條件成就而主要行政處分失效之時點常不明確。因此，對相對人而言，解除條件係最具干涉性且最不明確之付款，就其合法性須為最嚴格之解釋⁶⁴。

(三)負擔

負擔係課予相對人作為或不作為之義務者，主要行政處分根據規定通常未有明文規定是否附加負擔，故附款一般合法性基準最需要適用於負擔。尤其主要行政處分與負擔間之正當關聯性，以及主要行政處分與負擔所課予義務間比例關係是否存在，乃為極重要之問題⁶⁵。

有德國見解將負擔分為「前作用性負擔」(vorwirkende Auflage)與「結果負擔」(Folgeauflage)，前者係指要求處分相對人於利用授益處分所賦予之利益前須採取某種措施者，因此種負擔限制受益人利用受益之自由，應要求於特別法律根據存在時始得附加；後者則指授益效果消滅後發生規律作用之負擔，此種負擔與行政處分消滅有關附款(條件及期限)或將行政處分之消滅予以正當化之附款(廢止權保留)相結合時始得附加，但縱基於法定廢止事由而將主要行政處分廢止時，亦非當然容

許對結果負擔之強制執行，此乃因行政機關應採取處分廢止之相關對應措施⁶⁶。

而且，以不履行負擔所課予之義務為由，得否廢止主要行政處分亦成為問題。德國聯邦行政程序法第四九條第二項第二款將不履行負擔作為廢止主要行政處分事由之一(我國行政程序法一二三·三亦然)，但不履行負擔內容並非當然正當化主要行政處分之廢止。例如以未履行非重要之負擔為由廢止主要行政處分，則可能違反比例原則；而且，行政機關為實現負擔所課予之義務須先為行政強制，其未有實際效果時始得廢止主要行政處分⁶⁷。

日本見解亦認為，從維持行政處分合法性及處分相對人信賴保護之觀點，不得僅以相對人未履行負擔內容為由，立即廢止主要行政處分⁶⁸。

(四)廢止權之保留

就附加廢止權之保留，應從主要行政處分內容及作為廢止理由之第三人利益或公益，二者間進行比較衡量之觀點判斷。從此角度以觀，附加廢止權之保留為合法者，應限於廢止授益處分之合法要件存在，且於將來之某時點因廢止而消滅之處分相對人利益與行使廢止權時被考量之第三人利益或公益，二者間須進行利益衡量之情形，故廢止權之保留，僅具確認法

⁶⁴ 森稔樹·前揭註45·212頁。

⁶⁵ 森稔樹·前揭註50·354頁。

⁶⁶ Schachel, Nebenbestimmungen zu Verwaltungsakten, 1979, S. 32f, 137f.

⁶⁷ Meyer, aaO, § 49 Rn. 25; Michael Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 4. Aufl., 1993, § 49 Rn. 33.

⁶⁸ 森稔樹「行政行為の附款の許容性(3) - 行政裁量論の一環として -」早大法研論集79号(1996年)294頁。

律何時承認廢止行政處分之意義。應注意者，相對人縱同意附加廢止權之保留，並無使其成為合法之效果；而且，行政機關行使保留之廢止權時，應證明廢止處分之合法要件存在，換言之，廢止權之保留亦無舉證責任轉換之效果⁶⁹。

五、附加附款之程序要件

(一)書面要件

我國行政程序法第九五條第一項規定行政處分不以書面為必要，惟行政處分附有附款時，其項目有時異常繁瑣，如此種處分及附款皆以口頭傳達時，相對人有遭致不測損害之風險，故此時為確保二者之明確性，主要行政處分及其附款均應以書面為之⁷⁰。

(二)陳述意見之機會

從行政程序之適正化及行政裁量控制之觀點，應要求行政機關於作成主要行政處分時，須對相對人明示附款之附加及其內容並賦予陳述意見之機會，以保障相對人程序上權利，並使行政機關正確把握相對人有關能力及狀況等資訊⁷¹。

(三)訂定並公開審查基準之義務

就何時得附加附款及其內容應如何，行政機關有無義務訂定並公開審查基準？就此，因行政處分附加附款係屬行政機關行使裁量之一環，且附款具有確保行政機

關與相對人利害之一致、提高行政實務之柔軟性、以及申請人利益與第三人利益或公益間進行調整等功能，有鑑於此，事前訂定附款有關審查基準或有困難。然而如有通常應附加附款之典型情況存在，則可預先設定得附加附款之行政處分類型、附款內容，且訂定附款有關審查基準應有助於控制行政裁量。再者，透過訂定並公開審查基準，得確保市民之預測可能性、事前防止發生糾紛、以及提升行政效率等機能⁷²。

當然，行政處分內容原則上應以法律嚴格予以規律，而行政機關無附加附款之餘地，此種狀態最為理想，惟實際上無法實現，故不得不承認行政機關附款有關之裁量。然而如無法以法律事先對附款予以控制，則即使最後仍得由法院加以司法審查，均不若期待行政機關預先透過其本身訂定之基準進行自我控制更為有效。因此，應要求行政機關於授益處分有關審查基準中須訂定其附款有關之設定基準並公開之，以確保對處分附款之控制⁷³。

陸、附款之行政爭訟

處分相對人得否僅對附款部分單獨提起撤銷訴訟？有何限制？學說上仍存爭議。

⁶⁹ 森稔樹·前揭註50·353頁。

⁷⁰ 森稔樹·前揭註50·344—345頁。

⁷¹ 森稔樹·前揭註50·347頁。

⁷² 森稔樹·前揭註50·345—347頁。

⁷³ 森稔樹·前揭註50·346—348頁。

一、國內學說

(一) 依附款類型決定說

此說學者認為，原則上應將附款類型依其與主行政處分是否可分，予以二分化，即：1. 先將「條件、期限、廢止權之保留」歸為一組，「負擔、負擔之保留」則為另一組；2. 進而分析，前者因與主行政處分不可分，故不得單獨對之提起撤銷訴訟，後者本身性質係獨立處分，與主行政處分係屬可分，故可單獨對之提起撤銷訴訟。惟應注意，雖條件、期限係「附隨」於主行政處分之作成而不可單獨撤銷，爭訟救濟上得一併提起課予義務訴訟，請求主管機關作成符合原告請求之處分。

(二) 依處分性質(羈束或裁量)決定說

以附款之種類來判斷並決定得否獨立對之提起撤銷訴訟，此一論點並不具正當性。因為既然承認主處分本身得一部廢棄，則作為主處分附加規定之附款，本來即屬可分，原則上自不應區分附款類型而有所差別對待，應一律認為得單獨撤銷。然此說進一步從處分性質著眼，主處分若屬裁量處分，則其附款之附加完全出自行政機關裁量，不論附加何種附款，該附款皆無獨立撤銷之餘地；反之，羈束處分因行政機關作成與否並無裁量權，故相對人認為附款之附加係額外增加其依法所無之不利而違法時，自得單獨針對附款訴請撤銷，亦與附款類型為何無關。

(三) 對各類型附款單獨提起撤銷之

訴說

此說認為，不論附加之附款種類為何，如處分相對人訴之目的係在排除該附款，則該相對人除得提起課予義務之訴，請求作成全新無附款之授益處分外，亦得選擇針對附款本身單獨提起撤銷之訴（認為性質上係屬一部撤銷之訴），行政法院尚不得以其選擇之訴訟類型不正確為由而予以駁回。此說認為，容許原告得就各類型之附款提起撤銷之訴，不僅有訴訟經濟之優點，且可使原告避免承受行政處分作成後法令及事實可能變更之風險。

(四) 綜合考量說

吳庚大法官綜合德國各種學說之主張，分別以「以附款是否具有獨立性質為準」、「視附款屬於負擔或授益效果為準」、「以羈束處分或裁量處分為準」三項法則，就個案互補參酌運用，以茲解決⁷⁴。換言之：

1. 以附款是否具有獨立性質為準

例如條件、期限及廢止權之保留無法與行政處分分離而存在，僅能對主處分連同附款一併不服，不得單獨對附款提起撤銷訴訟；惟負擔及負擔之保留其性質本可獨立於行政處分之外而存在，可單獨對其提起撤銷訴訟。

2. 視附款屬於負擔或授益效果為準

如原告主張行政處分因附有負擔附款而違法，或主張因附加之授益附款有瑕疵而違法，如附款可分時，對負擔附款得單獨提起撤銷訴訟，對授益附款則應提起課

⁷⁴ 吳庚『行政爭訟法論（修訂第4版）』（2008年）151—152頁。

予義務訴訟中「不服拒絕申請之訴」，請求行政法院命被告機關為特定內容附款之判決；如附款與行政處分不可分，則不問附款性質為負擔或授益，均以對主處分及附款提起撤銷訴訟為其救濟途徑。

3.以羈束處分或裁量處分為準

羈束處分部分，如附款可分者，單獨撤銷，如附款不可分者，一併對主處分及附款起訴。如係裁量處分，無論附款可分與否，縱使排除該項附款，因無該項附款則行政機關顯無欲作成該處分行為，且基於其係裁量處分，行政機關作成與否原則上不生違法問題，而係適當與否之問題，提起不服拒絕申請之訴將無實益可言。

二、比較法之觀察——以德國學說與實務見解為核心

德國法有關行政處分附款之明文，係規定於行政程序法第三六條：「(I)人民對作成行政處分有請求權時，除法規另有特別規定，或為確保行政處分法定要件之履行外，不得附有附款。(II)行政處分，得不受前項規定之影響，依合義務性裁量，附加下列各附款：1.規定給予利益或課予負擔之時日開始、終止或在一定期間有效者(期限)；2.規定給予利益或課予負擔之發生或消滅，繫於將來不確定之事實者(條件)；3.保留行政處分之廢止權者；4.規定受益人須為一定行為、容忍或不作為者(負擔)；5.保留事後得附加、變更或補充負擔者。(III)附款不得與行政處分之目的牴觸」。

(一)以附款類型為決定

依德國向來學說之見解，授益處分之

相對人是否得單獨針對附款提起撤銷之訴，係完全依照「附款之類型」來決定其訴之合法性。其主張之重點如下：負擔本身即係一完整而獨立之行政處分，與主行政處分具有可分性，相對人可單獨針對負擔提起撤銷之訴。申言之，負擔係行政機關關於授益處分外，另課予處分相對人一定之作為、不作為或容忍義務，由規制內容觀察，其本身完全具備德國行政程序法第三五條行政處分之概念要素，已具有獨立規制之意義，故負擔在性質上實係一與所附加之主行政處分聯結之獨立行政處分。換言之，負擔及負擔之保留，依德國現今通說，均為獨立行政處分，且其依德國行政程序法第三六條規定，對於主行政處分僅是「兼有」而非主行政處分之組成部分。

至於其他附款，如條件、期限或廢止權之保留則係屬與主行政處分有整體不可分割關聯之成分。例如停止條件成就，則主行政處分當然生效，而解除條件成就，行政處分則當然失效；至於期限則直接決定主行政處分效力之開始、結束；廢止權之保留則係規定主行政處分將來得因處分機關行使廢止權而失效。以上附款均在直接限制主行政處分之效力，故其若與主行政處分分開，附款本身完全不具獨立之規制意義。由於此等附款與主行政處分不具有可分性，故相對人僅得經由課予義務之訴，請求原處分機關作成一未附加上述附款或附加不同附款之行政處分。

(二)依主行政處分屬於羈束或裁量處分為決定

主行政處分若係「裁量處分」，如相對

人得單獨訴請撤銷附款，在原告獲得勝訴判決結果時，可能將造成削弱行政機關裁量權，且強使行政機關必須接受原來如無該附款即不須作成，或不欲作成行政處分之結果，就此而言，實已構成對行政裁量權之侵害。因此對裁量處分，於行政機關如知附款違法則將為其他決定時，相對人應提起課予義務之訴，請求法院判決行政機關應重新作成無附款處分之決定，方為正確。

(三)肯定單獨撤銷附款之訴為合法

有學者主張，原則上不論附款種類為何，亦不因主行政處分屬於羈束或裁量處分而異其處理，認為均應容許授益處分之相對人單獨針對附款提起撤銷之訴。此說基本上係以德國行政法院法第一一三條第一項承認法院得為一部撤銷判決之規定為其思考出發點。依其見解，在行政處分具有可分性時，授益處分之相對人得將訴訟標的限定在行政處分之一部而提起一部撤銷之訴。由於所有附款與行政處分均具有可分性，故單獨針對附款提起撤銷之訴於合法性均無疑義。

(四)以除去附款後之主行政處分仍合法存續為訴訟合法性要件

此說認為，原則上所有傳統附款均得對之單獨提起撤銷訴訟。此說不區分附款類型，容許原告單獨提起撤銷之訴，實有訴訟經濟（訴訟標的之減少）且保留有利憲法上基本權確實地位（如建築自由、職業自由），以及使行政處分作成後，由於事實之初，法律狀態可能發生不利變化者得到保障。僅當單獨撤銷附款後剩餘處分之

適當且合法方式不存在時，撤銷訴訟之提起方為不合法。

(五)對一切附款均得提起課予義務訴訟

少數說認為，處分相對人為追求不受限制之授益處分，故得針對包括負擔之所有附款，提起課予義務訴訟。蓋其認為：所有附款均係行政處分不可分割之非獨立組成部分，故不可能對其單獨提起撤銷訴訟。

(六)德國實務見解之變化

一九九七年十二月十四日聯邦行政法院判決認為，如行政處分與負擔得由裁量決定作成時，則不得單獨對附款撤銷。一九八二年三月十二日聯邦行政法院判決認為，授益處分於給付範圍內當然來自裁量決定，從而排除負擔之可分離撤銷性，其他附款亦屬不可分離撤銷，亦即，無論附款之種類為何，均不可分離撤銷。

依現今聯邦行政法院判決觀點，即附款之權利救濟，原則上應經由撤銷訴訟實現；然認仍有其限制，即若附款撤銷後，剩餘之處分係違法，法院撤銷該附款將削弱行政機關之裁量餘地且強使其接受此一處分。於此情形下，此部分僅得類推適用德國行政法院法第一一三條第一項第四款有關續行確認之訴之規定。

綜上所述，不難發現，得否單獨針對附款提起撤銷，學界爭議不休，主因係對附款與主行政處分「可分性」之界定，以及就「可分性」於訴訟之處理層次上見解歧異。亦即：1.傳統之附款類型論者，以附款之性質區分附款與主行政處分之「可

分性」，並以此為前提區別其權利保護之形式。2.客觀說則以剩餘之行政處分是否合法作為「可分性」之判準，並以此為前提決定權利保護之訴訟類型。3.「羈束、裁量」二分說則以剩餘之行政處分是否侵害行政機關裁量餘地為斷，並以此為前提決定權利保護之形式。4.另有學者則主張「可分性」應由客觀形式上加以判斷，換言之，如除去行政處分一部後，剩餘之行政處分仍得獨立以行政處分之型態存在，則該行政處分與付款即具有可分性，並以此為前提，肯定不分附款之類型，相對人均得單獨對附款提起撤銷之訴以維其權利。

如果作更細部觀察，可以發現問題之處理不僅涉及到行政處分與附款之關聯性，相關層面還涵蓋：1.有關撤銷之訴及課予義務之訴二種訴訟類型之區隔與關係；2.暫時權利保護效力範圍；3.行政處分一部違法之處理及 4.授益處分存續力等本身即具有相當爭議性之問題⁷⁵，不在本文探討之範圍。

柒、案例研究

一、「中國廣播公司」案

(一)事實摘要

本案係中廣公司於二〇〇七年一月五日依廣播電視法第十四條規定，向 NCC 申請股權轉讓及負責人變更，經二〇〇七年二月十六日 NCC 第一四五次委員會議討

論決議，於符合排除媒體壟斷、無線電波頻率有效利用、強化公司治理及外資不得經營暨黨政軍退出媒體之前提下，始予同意。嗣後，中廣公司於二〇〇七年六月一日回應並提出九項具體承諾如下：

1.本公司將於一個月內，將華夏投資股份有限公司董事會、股東會通過出售其持有本公司全部股票一案之會議紀錄及好聽、悅悅、播音員、廣播人等四家公司董事會、股東會通過購買華夏投資公司持有本公司股票一案之會議紀錄，函請 NCC 查照。

2.本公司股份經 NCC 核准由華夏投資公司轉讓予好聽、悅悅、播音員、廣播人等四家股份有限公司後，本公司將依公司法重新召開新股東大會，選任新董事、監察人，並互選董事長。

3.為落實媒體反壟斷政策及配合廣播電臺開放，本公司過去配合執行遏制匪播政策之音樂網及寶島網所用頻率，於該頻率經主管機關指配予他人後即無條件繳回。

4.本公司承諾朝資本大眾化方向轉型，將於兩年內辦理股票上櫃上市。

5.本公司承諾提高節目自製比率，流行網會達到三分之二以上，音樂網於繳回之前亦會維持目前百分之百自製率。

6.本公司承諾遵守廣播電視法第五條及第五條之一規定，確實落實黨政軍退出媒體之要求，本公司之經營亦絕不受任何黨政軍勢力之影響。

⁷⁵ 盛子龍「行政處分附款之行政爭訟」中原財經法學第 6 期（2001 年）14 頁。

7. 本公司保證將沒有任何外資、港資、中資投資經營之情事。

8. 承諾於 NCC 核准本公司股份轉移案後三至六個月內，擬任董事長趙少康之配偶梁蕾在飛碟廣播股份有限公司之持股，將降至百分之十以下。

9. 本公司保證與飛碟廣播公司將各自獨立自主運作，在廣播市場作良性競爭。

NCC 確認承諾事項後於二〇〇七年六月二十六日許可中廣公司股權轉讓及負責人變更之處分。其後因情事變更，該公司不服 NCC 上開處分所附承諾辦理事項部分而提起行政爭訟，主張原行政處分所附之承諾辦理事項，性質上為「準負擔」之附款，惟該附款與原行政處分法定要件之履行毫不相關，亦與原行政處分目的不具事理上之關聯，原行政處分附款部分應屬違法不當而應予廢止。

(二)系爭承諾事項之法律性質

1. 法律性質之爭議

按行政程序法第九三條規定，行政機關作成行政處分有裁量權時，得為附款。於行政實務之切結書、承諾書性質可歸納為下列三說：

(1) 處分相對人以切結書所保證之事項等，得以「準負擔」附款之性質視之。

(2) 如所切結之事項，並非核准之法定構成要件者，處分相對人出具切結書承諾為一定行為，係為換取行政機關之許可，二者間無非要約、承諾之對待關係，其性質更接近「行政契約」。

(3) 公行政除作成法律行為，例如訂定法規命令、作成行政處分外，亦與人民從

事不具法律拘束力之溝通、協調、約定等，以獲取人民之同意與協力，從而準備或方便此等法律行為之作成，本質上應屬行政事實行為之行政指導。

2. 切結書、承諾書並非為德國法之「行政機關與私人合意之附款」或稱「承諾之附款」

按行政處分附款之基本機能在於，使行政機關與相對人之利害一致、行政實務之柔軟性以及調整相對人利益與第三人利益或公益三者，故附款確有誘使行政機關與相對人意思合致之機能。此一「合意性」特徵，確與行政契約或行政指導具有高度類似性或共同點；惟行政處分與行政契約皆為法律行為，非但須符合法律構成要件，通常亦須為要式行為，與行政指導之任意性事實行為大不相同。故為辦理系爭承諾事項，中廣公司簽具之切結書、承諾書，其性質應認為係基於 NCC 之行政指導所為之配合事項，方為正辦。

3. 通訊傳播行政上行政指導之必要性

負擔乃行政機關基於裁量權單方作成，惟承諾書係出於處分相對人自願接受，且通常未如負擔般記明於行政處分之公文書，而存在於另外之文件。案內承諾辦理事項，僅係 NCC 為辦理中廣公司申請股權轉讓及負責人變更所為之協調、約定，並不直接發生法律效力。NCC 於作成行政處分前，給予中廣公司陳述意見之機會，並充分溝通後，中廣公司始出具承諾辦理事項。因而，本案承諾辦理事項之性質應屬行政機關與人民從事不具法律拘束力之協調等溝通，而於人民同意與協力下

所為之行爲，非原行政處分之附款，而係事實行爲之行政指導，與原處分間不生不當聯結之問題。

於日本行政實務上大抵係以行政指導達成附款所具有之上述機能⁷⁶，於通訊傳播行政領域中並出現大量行政指導，迴避使用行政處分等高權性行爲，以尊重表現自由之主體性。即有見解指出，傳播業者不服從事後監督措施，如就此發生特定裁罰性不利益法律效果，則可能使傳播業者萎縮並損於自由傳播之發展，故行政機關自制而僅爲行政指導，亦有一定之合理性；並指出，行政指導與傳播業者之自主規制、由國民所爲之監督相結合，得以形成自律性、共同性之架構，以克服行政規制之集權性⁷⁷。再有見解指出，於媒體法，嚴格之權利義務關係，妨礙迅速且有活力之報導活動之風險甚大；而且，於法所設定之界限上，以倫理爲基準設定緩衝地帶，藉此個人得以享有較大自由行爲空間，另一方面，縱未違反法律，亦得加以倫理制裁。媒體之自由，有時藉由「非法化」部分之內在化，始得確保適當機能，在此意義上，應承認「正因屬於事實層面

而具有意義之概念」⁷⁸。在此脈絡上，吾人認爲，將切結書、承諾書解釋爲「屬於事實層面」之行政指導，爲確保傳播自由，並爲使得媒體、國民及行政機關三者共同形成屬於「非法化」領域之自由、多元言論空間，具有特別之意義。惟亦有學者認爲行政指導之行爲形式欠缺公開透明性，恐有違反依法行政原理之虞，主張應作成正式之行政處分及附款，以明確行政法律關係之內容⁷⁹。

二、「旺旺入主三中」案

(一)事實摘要

本案源於中視及中天電視之法人股東榮麗投資公司（持有中視股份百分之四十四·五、中天電視股份百分之六十八·一二）主要股權由余建新（持有榮麗公司股份百分之七十二·九八）讓予旺旺集團之旺旺食品股份有限公司，從而形成旺旺食品公司間接持有中視及中天電視公司之股份。榮麗公司遂改派中視及中天電視之董監事代表，並由中視及中天電視依廣播電視法向 NCC 申請董事長、常務董事、董事、監察人及總經理變更許可⁸⁰。因另一

⁷⁶ 人見剛·前揭註3·104-106頁。

⁷⁷ 參照稻葉一將『放送行政の法構造と課題』（日本評論社、2004年）207-208頁、231-234頁。

⁷⁸ 參照浜田純一「Innere Freiheit と自己規制—『法でないこと』の法的効用」ジュリスト 1037号（1994年）158-159頁。

⁷⁹ 塩野宏「放送事業と行政介入」，收於『放送法制の課題』（有斐閣、1989年）72頁。

⁸⁰ 廣播電視法第14條第1項：「廣播、電視事業之停播，股權之轉讓，變更名稱或負責人，應經主管機關許可」。衛星廣播電視法第13條：「申請書及營運計畫內容於獲得許可後有變更時，衛星廣播電視事業應向主管機關為變更之申請。但第七條第三款內容有變更者，不在此限。前項變更內容屬設立登記事項者，應於主管機關許可變更後，始得辦理設立或變更登記」。

屬旺旺集團之蔡合旺事業公司百分之百持有中國時報公司，是以旺旺集團同時跨業經營平面媒體之報紙及電子媒體之無線電視臺與衛星電視事業等。主管機關 NCC 受理前揭負責人變更申請案後，察覺其迥異於過去臺灣媒體產權之移轉：1. 跨媒體併購報紙、雜誌、無線電視及衛星廣播電視頻道領域之產權，且其跨媒體併購後之媒體集團，於電視廣告市場營收產值排名較前。2. 跨媒體產權併購後，其對媒體內容多元化之可能影響及涵蓋範圍較廣。3. 屬於單一持股人與家族，擁有較多絕對股權之跨媒體產權併購案例。基於以上特點，將對臺灣媒體市場公平競爭、員工工作獨立性與權益保障，或內容多元化造成影響，性質屬於重大併購案件，NCC 爰於二〇〇九年四月十日第二九四次委員會議決議擇期辦理聽證事宜。

二〇〇九年五月八日 NCC 依組織法第九條第七項、行政程序法第五五、一〇七條及國家通訊傳播委員會召開聽證會作業要點等規定，召開聽證會廣納各界意見。最終，中視及中天電視之負責人變更申請案，經五月二十七日 NCC 第三〇一次委員會議決議以附加附款方式許可通過。消息經報導後，輿情譁然，各種媒體競相

報導。

面對各界報導，NCC 亦以嚴正聲明回應，略以：「本會受理中國電視公司及中天電視公司申請董事長、董事及監察人等之變更，於完備行政程序法第一〇七條第二款規定之聽證程序後，依據廣播電視法第十四條及衛星廣播電視法第十三條等相關規定予以許可，相關行政處分之作成及其處理程序皆屬嚴謹適法，絕無部分媒體所稱『違法濫權』之情事。本會之任何行政作為對所有傳播業者均一視同仁，絕無針對特別業者訂定特別條款之可能。本會作成上開許可處分時，為維護言論市場之多元化，爰依行政程序法第九三條及第九四條規定作成之相關附款，係經本會委員會議討論認為與本案處分目的，即維護言論市場之多元化之間，具有正當合理之關聯，且亦符合比例原則等一般行政法規範。至於本會處分之附款內容妥適與否，各界容有不同看法與解讀，本會對此皆能理解與尊重。而本案當事人如對本會處分或附款有所不服，亦可逕行提起行政訴訟請求司法救濟，俾踐行民主法治國家媒體應有之態度與作為」。

囿於篇幅，本文僅針對本案許可處分附加附款之合法性分析如下⁸¹：

⁸¹ 參照黃銘輝「法治行政、正當程序與媒體所有權管制——借鏡美國管制經驗析論 NCC 對『旺旺入主三中』案處分之合法性與正當性」法學新論第 17 期（2009 年）105 頁以下。

⁸² 一開始 NCC 針對中視與中天之許可先分別附加七款附款，後經 NCC 檢討作若干修正，最後針對中視之附款計有下述五項：

- (1) 中視公司法人股東之榮麗投資公司，其指派於中視公司之法人董事、監察人代表，其兼任中天電視公司之董事、監察人者，應於 3 個月內變更之，不得兼任。
- (2) 中視公司應於 1 年內設置至少 1 名獨立董事。

本案各界關心之焦點為，NCC 固然許可旺旺集團入主中視與中天，卻同時附加數則附款作為限制⁸²。因廣電法及衛廣法相關規定均未有 NCC 得於作成許可處分之際附加附款，導致附款缺乏法源基礎之議論。對此，NCC 主張係依據行政程序法第九三條規定，其附加附款之處分並不違法，此一見解是否有當，值得深究⁸³。

(二)系爭附款之合法性

1. 系爭許可處分是否為不得附加附款之行政處分？

如前所述（伍、一），對各種資格之確認等「確認性行政處分」（或稱「準法律行為性行政處分」）不得附加附款，其理由在於，此等行政處分於法律上常與多樣且廣泛之法效果相結合，而構成法律身分或地位之基礎，如此種基礎之確定性被暴露於附款所引起之不確定性，則其將影響並牽動以此行政處分為基礎之廣泛法效果，以致於大幅損害法律安定性。系爭董事長、董事及監察人之變更申請，一旦行政機關作成許可處分，則將於公司內外以此法律狀態之有效變動為前提基礎，而進行無數

組織內部之法律行為（如股東大會或董事會之召集）及與外部之交易行為。如認得以附加附款將此種基礎性法律狀態暴露於不確定性，必將大幅損害圍繞本案公司之法律行為安定性。從此法效果角度觀之，系爭變更許可處分應解釋為確認性行政處分，其性質上根本無法與附款相容，對此不得附加附款。故違反此法理之系爭附款，應屬違法無效。

2. 行政程序法第九三條是否已滿足法律保留之要求？

退步言之，如認 NCC 對本案之許可處分依法享有裁量權，則原則上其附款之附加依據僅存有行政程序法第九三條第一項一途。姑且不論此種概括授權是否合憲，惟系爭附款牽涉公司內部之具體組織結構事項，嚴重干涉憲法所保障、源自財產權之營業自由；更何況，本案處分相對人為媒體公司，鑑於其所享有之表現自由及在於其背後之國民之知情權利，如認行政機關得依行政程序法第九三條第一項之概括授權，對此種媒體公司以附款漫無限制地予以干涉，則媒體應享有「從國家公權力

(3)中視公司之部門經理以上人員，不得兼任中天電視公司之職務。其廣告、業務部門與節目部門均須獨立，應獨自設立自有攝影棚，並不得與中天電視公司有節目聯合招攬之情事。

(4)中視公司應在3個月內成立倫理委員會，且每3個月定期在網站公布委員會對節目內容自律之報告。

(5)中視公司（主頻、新聞台、娛樂綜藝台）各頻道應各自設置獨立節目編審人員，並於3個月內提出內部流程管控機制之改善計畫。

針對中天附款大致與中視相同，惟其中「1年內設置至少1名獨立董事」，及「應獨自設立自有攝影棚」兩項內容，則基於中天屬衛星廣播電視頻道，管制強度未如無線電視頻道高，營運計畫書中亦已對設置獨立攝影棚方面有所要求，故改列注意事項。

⁸³ 見「NCC 對中視及中天刊登廣告不實指控之嚴正聲明」，網址：http://www.ncc.gov.tw/chinese/news_detail.aspx?site_content_sn=8&is_history=1&pages=0&sn_f=10952。

之獨立性」及「國民對其之信賴性」等目的皆無法達成。依此等本案特性，至少對如系爭附款般對媒體經營權課予重大限制者，應要求絕對之法律保留密度，即應認以有專業媒體法律明文根據時為限，始得附加此種附款。

3. 處分目的與附款效果間是否具有正當合理關聯性？

最後，於本案 NCC 附加附款並無專法明文依據造成「法律保留原則」嚴重存疑之情形下，系爭附款之合法性，將取決於各該附款之實質內容是否合乎行政程序法第九四條以及行政法一般法律原則之要求。就此等附款有關裁量權之控制基準，依上開本案特性，在其適用上並應要求進行密度最高之審查。於本案特別成為問題者，乃係主要行政處分之目的與藉由附款得合理期待實現之效果間，是否存在正當合理關聯性。NCC 主張基於廣播電視法第十四條第一項及衛星廣播電視法第十三條所為許可處分之目的在於確保節目內容之「多樣化」及「多元化」，惟即使勉強接受此等處分法律根據（廣電法及衛廣法）未為規定之目的，此目的與藉由附款得合理期待實現之效果間是否存在正當合理關聯性，令人極為疑慮。亦即，正當合理關聯性之存在，應以因果關係之存在為前提，惟上開目的與附款間，於科學上之因果關係皆無法證明，何能承認目的與附款間具有正當合理關聯性？一旦於本案承認正當合理關聯性之存在，則將來行政機關藉由

單方主張此種抽象目的而得附加任何附款，則裁量權控制基準將歸於零，必然導致行政程序法第九三條所規定概括授權違反法律保留原則。正因如此，於本案無法認定系爭許可處分與附款間具有正當合理關聯性之情形下，系爭附款亦無法通過法律優越原則之檢驗標準。

三、「年代綜合臺撤照」案

(一)事實摘要

NCC 於二〇〇九年十一月二十五日受理年代綜合臺頻道換照之申請時，為有效抑制其於執照期間之嚴重違規情節，然復考量到衛星廣播電視事業之產業發展，遂於二〇一〇年二月二十六日作成准予換照處分，惟附加有兩項解除條件：其一，自換照日起一年內如有違反衛廣法第十七或十九條第一項規定之情事；其二，自換照日起六個月內，節目首播率未達百分之四十，上揭條件其中之一成就時，換照許可即失其效力。年代綜合臺於取得換照許可後，遭 NCC 認定於二〇一〇年三月及六月間復有違反衛廣法第十九條第一項規定之情事，成就上述第一項解除條件，其執照應予失效。NCC 並於十二月二十四日作成撤照「通知」（非行政處分，僅係觀念通知），並令該臺應於十二月三十一日凌晨零時起下架，原有頻道由其他電視臺置換。年代綜合臺曾對該換照許可之解除條件單獨 訴願，惟行政院訴願會卻以解除條件之附款並非獨立之行政處分為由，訴願不受

⁸⁴ 院臺訴字第 0990104681 號（2010 年 10 月 21 日）。

理⁸⁴。吾人認為訴願管轄機關之行政院徒以行政處分性有無之形式要件，放棄對違法性極為明顯之本案附解除條件換照處分之審查機會，是否導致今後行政處分附款機制被濫用之後果，則有待學說及司法判決之嚴格檢驗。

(二) 系爭解除條件附款之法律性質及法律效果

1. 違反衛廣法規定能否視為解除條件成就？

如前所述（伍、三、(二)），法律已形塑具體架構，並將其法定作為或不作為義務與特定法效果相結合時，從保障立法者制度形成自由之觀點而言，行政機關不得擅自將該法定義務轉換成如解除條件般法效果最為強大之附款，於該解除條件成就時，並創設出法律所無之原授益處分當然失效之法效果。衛廣法既已規定違反同法第十七及十九條第一項規定時之效果，亦即根據同法第三六條第五款規定，違反第十七條規定者，「處新臺幣十萬元以上一百萬元以下罰鍰，並通知限期改正」；而違反第十九條第一項規定，經警告後仍不改正者，根據第三六條第一款規定，同樣「處新臺幣十萬元以上一百萬元以下罰鍰，並通知限期改正」。即相對人之違章行為僅能受裁罰性不利益處分，不得事先以解除條件之附加，創設出法律所無之事業執照當然失效之法效果。故此一解除條件嚴重違反依法行政原理，應為無效。

2. 附加法律所未規定之首播率要求，其性質如何？

查首播率之比率要求，並未明文規定

於衛廣法。此一新增之換照許可處分之相反給付，考其性質應屬附款類型中之「負擔」。如其符合比例原則、平等原則、禁止不當聯結及正當合理關聯性原則時，或有合法性之可能。且於該負擔未被履行時，得以行政強制或廢止處分迫使相對人就範。然系爭第二項解除條件，雖未成為本案撤照「通知」之事由根據，然其已嚴重扭曲原本應屬負擔之性質，故亦屬違法無效之附款。

捌、結論

傳播事業有關許可制，與通常之營業許可相較，具有不同之架構。亦即，私人於取得許可後始得開始營業，從法技術之角度而言，其有三個不同類型：一、著眼於客觀營業行為，並許可設立特定事業以實施該營業活動者（事業許可），此時事業活動所需設施或設備等，僅具事業許可審查基準或其後事業監督客體之意義，而且，行政機關所為監督措施之最典型形式，為停止事業或撤銷許可等；二、要求一定設施之設置，並專以該設施之設置或開設為許可對象者（設施許可），此時業務行為本身則另有法律規範予以規制；三、該事業必須使用之物的條件並非任由私人所自由使用，必須特別許可其利用或設定排他性使用或收益權者（使用許可）。日本傳播事業許可制度之基本架構，具有上開「設施許可」與「使用許可」之複合形式，而我國傳播事業之規範機制，主要係以「事業許可」方式為之。

傳播事業一旦取得執照，其經營事業之權利究應如何保障，學理及實務咸認，於許可有效期間，除有法定事由外，不得剝奪電波頻率使用權及傳播事業經營權，在此意義上，得對國家主張二者之權利性，此點不容質疑。然而有鑑傳播事業須長期、穩定經營之特性，雖有換照之必要，惟事業對換照之申請，並非僅為「期待利益」或「反射利益」，應承認其公法上之請求權。對此，司法判決認為，「一般而言，許可等處分附有期限時，不應認為其期限之到來而當然失效，依許可目的及性質如認該期限過於短暫時，則該期限僅具許可之存續期間性質，應視為因該期限之到來而應考量其更新之旨趣，因此，期限到來前已有合法申請其更新時，該許可不因期限之到來而失效」。當然，仍須處理者，即有效利用有限之電波及維護傳播行政之秩序此一公益要求，與保護私人既得利益及法律安定性此一要求，二者如何調整？如認傳播事業具有人的資格及物的設備之特性，且僅能靠其運用該事業始得經營時，應將傳播自由、私權保障及法律安定性優先予以考量，而認為一旦取得事業許可時，就電波頻率之使用及傳播事業之經營被賦予較強之權利，無特別理由時，不得任意剝奪。

另一方面，傳播之特殊性在於，其為憲法所保障表現手段之一，惟此表現手段不得被少數人所獨占，故必須承認行政介

入之必要。而且，就個別傳播事業之節目內容，僅能基於資訊之多元化觀點予以一定「框架規制」。此種行政介入之必要與傳播自由之確保，如何滿足此二者看似矛盾之要求，乃為依法行政原理須予貫徹者⁸⁵。而附款係行政機關於作成授益處分時，對處分效果就法律未有規定之事項予以單方規律之法技術，其勢將構成依法行政原理之例外⁸⁶，從此角度觀之，行政機關對傳播事業作成行政處分，並對此附加附款時，基於貫徹依法行政原理之要求，就該處分及附款之合法性應予以嚴格審查，始得確保傳播業者所享有並於民主社會不可或缺之表現自由。而其審查標準，可整理為以下八項：

一、法律明文規定允許時，或行政機關具有裁量權時，始得附加附款。

二、對準法律行為性行政處分，不得附加附款。

三、對資格之認定等確認或決定個人資格或身分之行政處分，原則不得附加附款。

四、附款之內容，不得違背憲法及法律規定。

五、附款之內容，須足資明確。

六、附款之內容，不得逾越法律所定目的，並不得超過依主要行政處分所定內容之必要限度。

七、附款之內容及目的，須與主要行政處分之內容及目的間具有因果關係。

⁸⁵ 塩野宏·前掲註79·68頁。

⁸⁶ 森稔樹·前掲註44·238頁。

八、違法之附款，不因相對人同意而成爲合法。

最後，就程序面向而言，於史無前例之困境下，NCC 能否僅就個案考察 (case by case)，先選定數個抽象參數，涵攝至個案，進而預測、分析個案准駁可能之影響，而後作成決定，並藉由個案經驗之累積、歸納，逐漸形塑出具體管制標準，即屬有所爭論。蓋我國屬大陸法系，於實務中常要求行政機關作成規制處分時，應有「解釋基準」及「裁量基準」以爲補充，亦即，不應貿然承認 NCC 僅以個案裁決而欠缺規則制訂之正當性。對於發展中、變遷迅速之行政事務，個案裁決雖有較大之彈性空間，但亦可能犧牲法律適用之安定性，與人民對行政之預測可能性。對於高科技、瞬息萬變之通訊傳播行政，如何選擇適當之規制手法仍值吾人深思。六

(本篇已授權收錄於月旦法學知識庫及月旦系列電子雜誌 ● www.lawdata.com.tw)

國科會補助計畫衍生研發成果推廣資料表

日期:2011/08/09

國科會補助計畫	計畫名稱: 中日「行政處分之附款」比較研究
	計畫主持人: 劉宗德
	計畫編號: 99-2410-H-004-144- 學門領域: 行政法
無研發成果推廣資料	

99 年度專題研究計畫研究成果彙整表

計畫主持人：劉宗德		計畫編號：99-2410-H-004-144-					
計畫名稱：中日「行政處分之附款」比較研究							
成果項目		量化			單位	備註（質化說明：如數個計畫共同成果、成果列為該期刊之封面故事...等）	
		實際已達成數（被接受或已發表）	預期總達成數（含實際已達成數）	本計畫實際貢獻百分比			
國內	論文著作	期刊論文	1	0	100%	篇	月旦法學雜誌 2011 粘 8 月第 195 期
		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%		
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力 （本國籍）	碩士生	0	0	100%	人次	藉由專案研究計畫之訓練，提升參與計畫人員下述知能： （1）增進蒐集整理、歸納分析資料之能力。 （2）強化獨立研究之能力。 （3）藉由相互討論學習，培養團隊合作之習性。 （4）培養經由未知情境解決困難之學習能力。 （5）深化「行政處分之附款」法制領域之學養。
		博士生	2	0	100%		
博士後研究員		0	0	100%			
專任助理		0	0	100%			
國外	論文著作	期刊論文	0	0	100%	篇	

		研究報告/技術報告	0	0	100%		
		研討會論文	0	0	100%		
		專書	0	0	100%		章/本
	專利	申請中件數	0	0	100%	件	
		已獲得件數	0	0	100%		
	技術移轉	件數	0	0	100%	件	
		權利金	0	0	100%	千元	
	參與計畫人力 (外國籍)	碩士生	0	0	100%	人次	
		博士生	0	0	100%		
		博士後研究員	0	0	100%		
		專任助理	0	0	100%		

其他成果 (無法以量化表達之成果如辦理學術活動、獲得獎項、重要國際合作、研究成果國際影響力及其他協助產業技術發展之具體效益事項等，請以文字敘述填列。)	無						
--	---	--	--	--	--	--	--

	成果項目	量化	名稱或內容性質簡述
科教處計畫加填項目	測驗工具(含質性與量性)	0	
	課程/模組	0	
	電腦及網路系統或工具	0	
	教材	0	
	舉辦之活動/競賽	0	
	研討會/工作坊	0	
	電子報、網站	0	
	計畫成果推廣之參與(閱聽)人數	0	

國科會補助專題研究計畫成果報告自評表

請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況、研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）、是否適合在學術期刊發表或申請專利、主要發現或其他有關價值等，作一綜合評估。

1. 請就研究內容與原計畫相符程度、達成預期目標情況作一綜合評估

達成目標

未達成目標（請說明，以 100 字為限）

實驗失敗

因故實驗中斷

其他原因

說明：

2. 研究成果在學術期刊發表或申請專利等情形：

論文： 已發表 未發表之文稿 撰寫中 無

專利： 已獲得 申請中 無

技轉： 已技轉 洽談中 無

其他：（以 100 字為限）

月旦法學雜誌 2011 年 8 月第 195 期

3. 請依學術成就、技術創新、社會影響等方面，評估研究成果之學術或應用價值（簡要敘述成果所代表之意義、價值、影響或進一步發展之可能性）（以 500 字為限）

行政處分之附款於現代行政機關之管制手法中愈益普遍，本篇論述兼具學術與實務價值，除為現代行政處分附款運作之理論奠基外，對於附款於行政處分之決定在實務上如何運作，可作為導航之指針，目前國內對此一部分研究尚不多見。