

論公法上之不當得利

—以林毅夫之返還撫卹金案為例

指導老師：黃啟禎

撰寫學員：沈宗興

- (一)、案情摘要
- (二) 法律問題爭點
- 第一章、前言
 - (一)、衡平思想說
 - (二)、依法行政說
- 第二章、現行法制概況
 - 1、個別行政法
 - 2、行政程序法
 - 3、大法官釋字第 515 號解釋
 - 4、小結
- 第三章、構成要件及效果
 - 1、財產變動
 - 2、公法範疇
 - 3、欠缺法律上原因
 - 4、因果關係
 - 5、非可歸責於給付者（即給付型不當得利之受損者）？
 - 6、返還客體與範圍
 - 7、時效
 - 8、除斥期間
- 第四章、公法上不當得利返還請求權之法律途徑
 - (一)、「行政處分說」
 - 1、德國聯邦行政法院之見解
 - 2、我國學說見解
 - 3、我國實務見解
 - (二)、「一般給付訴訟說」
 - 1、德國學說
 - 2、我國學說
 - 3、實務見解
 - (三) 折衷說
 - (四) 本文見解
 - (五) 案例解析
 - 1、本案之財產變動
 - 2、公法範疇
 - 3、欠缺法律上原因
 - 4、因果關係
 - 5、其他相關問題
 - 6、公法上不當得利返還請求權之行使方式
- 第五章、結論
- 附錄相關法條：
- 參考文獻：
 - 一、專書著作
 - 二、期刊論文

(一)、案情摘要

緣林正誼原為我國陸軍第二八四師上尉連長，其於民國 68 年 5 月 16 日因不明原因於金門地區失蹤，國防部後勤司令部（下稱國防部）乃依軍人保險條例第 11 條、第 14 條及留守業務規程第 28 條之規定，於失蹤滿一年後核定「宣告意外死亡」，並由國防部據以核定撫卹六年十一個月及一次卹金，並副知林正誼之父林火樹查照。嗣自 69 年 7 月 21 日起，除一次卹金、功績卹金及第一、二次年撫金由林火樹具領外，其後第二次至第七次（最後一次即 75 年 7 月 1 日）之年撫金，均經林火樹與陳雲英兩人以協議之方式各具領五分之二及五分之三。俟至 91 年 5 月 9 日林火樹去世，其子林正誼以林毅夫之名自大陸向我國相關單位申請入境奔喪，方始確知林正誼當年係金門馬山以泅泳叛逃投敵至中國大陸；此亦可由其本人歷次直接接受電視等媒體訪問所自承者證實無誤。鑑於所蒐事證確鑿，國防部乃於 91 年 5 月 31 日依軍人撫卹條例第 24 條之規定，令頒「核定註銷前陸軍上尉林正誼死亡撫卹金案」，國防部遂即據以持函派員親赴宜蘭送達並告知林火樹之繼承人即本件原告及陳雲英等人，並表明依法應繳回已發之撫卹金新台幣 47 萬 5140 元（含原告等三人應返還之撫卹金 313、437 元及訴外人陳雲英應返還之 161、703 元）。此外，本件經撤銷死亡宣告處分後，原核發之撫卹處分自始無效，而林正誼於記者現場採訪報導中，曾自述於逃亡至大陸後即請其表兄轉知在臺家人，加以 71 年前往美國進修後，翌年陳雲英即亦自台赴美，與之共同生活，此足以推定林火樹及陳雲英等均早已知悉，卻仍具領系爭卹金，為無法律上原因而受利益，致他人受損害，爰依行政訴訟法第 8 條第 1 項規定，依據不當得利返還請求權，請求被上訴人林旺松、林次郎、林春蘭三人應連帶給付上訴人新台幣 31 萬 3437 元，暨自各次領取日起至清償日止按年息百分之 5 計算之利息。陳雲英應給付上訴人新台幣 16 萬 1703 元，暨自各次領取日起至清償日止按年息百分之 5 計算之利息。

第一審臺北高等行政法院 91 年度訴字第 2318 號審理結果判決原告即國防部聯合後勤司令部敗訴，駁回原告之訴，並認為：原告既於發放系爭卹金後數年，發現訴外人林正誼現仍存在，當初所誤為發放之撫卹金，應予撤銷，該撤銷之部分已溯及既往失其效力，被告有返還具領之撫卹金額之義務，乃發函敘明變更之意旨及命其於一定期限內如數返還，其係基於職權及主觀的效果意思，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意思表示，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，有原告主張曾

派員送達與被告之原告所屬留守業務署九十一年五月三十一日(九一)躍妙字第〇三四四〇號函附卷可稽，被告因而負有公法上金錢給付義務，茲被告倘未表不服而提起行政救濟且逾期未履行，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。

被告即國防部聯合後勤司令部不服判決上訴¹。

第二審**最高行政法院 93 年度判字第 1595 號**審理結果將原判決廢棄發回，並認為：義務人依法令或本於法令之行政處分或法院之裁定，負有公法上金錢給付義務，而其處分文書或裁定書定有履行期間或有法定履行期間者，逾期不履行，主管機關得移送行政執行處執行，行政執行法第十一條第一項第一款固定有明文；惟該條所稱之公法上金錢給付義務，依同法施行細則第二條所定，係指稅款、滯納金、滯報費、利息、滯報金、怠報金、短估金、罰鍰、怠金、代履行費用或其他公法上應給付金錢之義務。上開公法上金錢給付義務，均屬行政機關依法單方裁量核定之金錢給付。是則行政執行法施行細則第二條第四款所稱其他公法上應給付金錢之義務，應以可由行政機關依法單方裁量核定之金錢給付為限。又行政程序法第一百二十七條第二項之規定，僅係受益人不當得利返還義務中返還範圍準用民法有關不當得利之規定，如兩造對公法上給付義務有爭執時，因行政機關並無單方裁量核定之權限，仍應由行政機關提起一般給付訴訟尋求救濟。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，故上訴人所屬留守業務署九十一年五月三十一日(九一)躍妙字第〇三四四〇號函，無非係催告被上訴人履行債務，尚非行政機關本於法令所為之形成或下命之行政處分，顯與前開行政執行法第十一條第一項所定之要件不合。是以，上訴人依行政訴訟法第八條第一項規定，依據不當得利返還請求權，提起一般給付訴訟，程式上尚無不合。原審判決以上訴人請求返還系爭卹金係基於公法上不當得利關係請求，復又認定上訴人函催被上訴人返還該款之具有形成或下命之行政處分效力，其法理顯有矛盾。原審復以上訴人得依行政執行法第十一條第一項第一款規定逕行移送行政執行處執行而毋庸提起一般給付訴訟，上人之訴欠缺權利保護要件而予以駁回等情，不無違誤。

¹ 本件被告於臺北高等行政法院判決原告敗訴後，被告亦同時另提起確認公法上債權不存在之訴(臺北高等行政法院 92 年度訴字第 3723 號)，惟遭該行政法院以就已起訴之事件，於訴訟繫屬中更行起訴為由裁定駁回。

本件訴訟經最高行政法院廢棄發回臺北高等行政法院後，尚在審理中。

(二) 法律問題爭點

一、公法上不當得利之請求依據。

二、公法上不當得利之成立要件與法律效果。

三、本案是否成立公法上不當得利。

四、撫卹金之返還，是否得由原行政機關以行政處分命返還，並逕送強制執行，抑或需提起一般給付訴訟，命相對人（受領人）返還？

第一章、前言

民法上，契約、無因管理、不當得利及侵權行為並列為債之發生原因，透過上述四種機制，得以產生民法上債之關係及債之效力，請求權亦因此發生。上述四種機制所關注者各有不同，契約、侵權行為所關注者，乃關於人之行為所生之法律效果，而無因管理及不當得利所關切者則非人之行為，而是基於事件之發生（無因管理）或狀態之變化（不當得利）所衍生之一系列法律效果，可見民法債之發生原因甚為廣泛，不僅有出於人之行為者，單純利益狀態之變動，亦得成為債之發生原因。行政法之發展雖較民法發展為晚，但晚近隨著行政程序法及行政訴訟法之相繼通過，行政行為之種類已日趨多元，在過去僅限於行政處分或侵權行為（國家賠償）方得發生行政法上法律關係之情況，在今日已不復見。如何因應複雜多元的行政法上的法律關係與事實，為晚近行政法學界所關心的議題，其中不當得利即係其一²。

所謂公法上的不當得利，係指在公法範疇內，欠缺法律上原因而發生財產變動，致一方得利，他方失利。失利者因而享有公法上不當得利返還請求權，與民法上不當得利返還請求權相比擬³。至於公法上不當得利之法理基礎為何，學說上仍有爭議，歸納有以下兩說⁴：

² 例如：林錫堯，公法上不當得利法理初探，收錄於：當代公法新論（下）-翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002年；陳愛娥，工業區開發管理基金與公法上之不當得利返還請求權-評司法院大法官釋字第五一五號，台灣本土法學雜誌，第19期，2001年2月；詹鎮榮，行政機關之公法上不當得利返還請求權，法學講座，第23期，2003年11月；蕭文生，公法上不當得利返還請求權之實現-評最高法院九十二年判字第六二〇號判決，月旦法學雜誌，第119期，2005年4月；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，台灣本土法學雜誌，第64期，2004年11月；林明昕，行政機關如何向人民請求返還公法上不當得利-以授益處分所造成之給付型不當得利為中心，律師雜誌，第313期，2005年10月。

³ 林錫堯，前揭文，第268頁。

⁴ 此外，尚有主張「法秩序說」、「結果除去請求權說」，詳見魏虎嶺，公法上不當得利之研究，台灣大學碩士論文，1988年6月，第52頁以下。

(一)、衡平思想說

按衡平思想係所有法律秩序之共通原則，目的在於實踐正義，故衡平思想不僅應為民法上不當得利之指導原則，加上公法上的不當得利之運作本即在調整欠缺法律原因的利益變動狀態，足見衡平思想在公法上不當得利具有重要地位⁵。

(二)、依法行政說

公法上的不當得利係公法上固有之法理，其理論基礎在於依法行政原則。蓋基於依法行政之要求，不合法之財產變動均應予以回復合法狀態。此與民法上不當得利旨在調和私人利益不當變動者不同⁶。

本文以為，公法領域與民法領域最大之差異即在於規範對象之不同，民法所規範者乃私人間之法律關係，而公法所規範者乃國家與人民間所生之法律關係，兩者本質上並不相同。在民法上當事人恒基於對等地位，對於利益之不當移動，以衡平思想加以思考並無不妥。但在公法領域中，由於所涉及者往往為國家與人民間之關係，兩者間之地位並不對等，同時在公法中為免國家侵害人民權利，對於國家加諸多種限制，依法行政原則即為此種限制之代表，單純自衡平思想，尚無法凸顯公法與民法不同之情況，更無法體現公法關係中一方為國家之事實，是故，應以依法行政說為可採。

然，非因此謂衡平思想即應被全面否定，實則，對於利益之不當移動加以調整，本身即為一種衡平思想之表徵，只是公法相較於民法有其特殊性，在公法中更需特別注意依法行政之要求。此時，衡平思想便可作為公法上不當得利之輔助原則，特別在私人間產生公法上不當得利之情形時，更可以衡平思想加以輔助說明。

第二章、現行法制概況

1、個別行政法

我國現行行政法領域中，關於不當得利制度之規範最早係出現在個別的法律規定之中，例如稅捐稽徵法第 28 條規定：「納稅義務人對於因適用法令錯誤或計算錯誤溢繳之稅款，得自繳納之日起五年內提出具體證明，申請退還；逾期未申請者，不得再行申請。」即屬之。又如中華民國 79 年 12 月 29

⁵ 陳敏，行政法總論，2003 年 1 月，三版，第 1181 頁。

⁶ 林錫堯，前揭文，第 268 頁。

日公佈之促進產業升級條例第 38（現行條例第 61 條）關於興辦工業人租購工業區土地或標準廠房，未依該條例第 35 條於核准設廠之日起一年內，按照核定計畫開始使用，或未於第 36 條所定延展期間內開始使用，或不依核定計畫使用者，得由工業主管機關照土地或廠房原購買價格（其屬廠房或自行興建之建築改良物者，則應扣除房屋折舊）強制收買之規定，似乎亦屬不當得利之規定⁷。

2、行政程序法

民國 88 年 2 月 3 日公佈之行政程序法第 127 條規定：「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。其行政處分經確認無效者，亦同。前項返還範圍準用民法有關不當得利之規定。」此為我國現行法制中公法上不當得利適用範圍最廣的規定，然本條即便具有行政法總則之性質，亦僅侷限在「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」之情況，並且須有「經撤銷、廢止或條件成就而有溯及既往失效之情形」，方有適用，適用範圍仍屬狹窄，而無法將其他公法上不當得利之類型全部涵括。

3、大法官釋字第 515 號解釋

本號解釋文中謂：「...惟興辦工業人承購工業區土地或廠房後，工業主管機關依上開條例第三十八條之規定強制買回，若係由於非可歸責於興辦工業人之事由者，其自始既未成為特別公課徵收對象共同利益群體之成員，亦不具有繳納規費之利用關係，則課徵工業區開發管理基金之前提要件及目的均已消失，且原興辦工業人若於遭強制買回之後，另行選擇其他工業區買地設廠，並不能以前此繳納作為管理開發基金之款項抵充，仍須再次由主管機關按規定比例課徵，是以上述繳納作為基金之款項，就此而言，亦無不予返還之理由。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。依上開細則之規定，該管機關僅須以原價買回，對已按一定比例課徵作為基金之款項，不予返還，即與憲法保障人民權利之意旨有違，該細則

⁷ 彭康凡，論行政法上之類推適用-以類推適用民法規定為重心，東吳大學碩士論文，2006 年 8 月，第 147 頁。

此部分規定，並不排除上述返還請求權之行使。至興辦工業人有無可歸責事由，是否已受領其他相當之補償，係屬事實認定問題，不在本解釋範圍，併此指明。」，本件大法官解釋可謂我國實務承認公法上不當得利之開端，亦將公法上不當得利的概念範疇由上開法規擴張至其他類型之範例。

4、小結

公法上不當得利雖然有如上之法制，然個別法律的規定適用上有其限制，而且總則性的行政程序法第 127 條亦無法解決所有公法上不當利益的變動，至於釋字第 515 號解釋雖明確承認公法上不當得利，卻僅以「可否歸責」加以說明，對於公法上不當得利返還請求權之成立要件及法律效果均未予以建構及闡釋，導致公法上不當得利制度的法律漏洞持續存在。職是之故，在一定的程度內，透過司法個案與判例的形成，並類推適用民法不當得利之規定即有其必要。

雖有上述類推適用之必要，然而就公法上不當得利而言，法律有特別規定者，自當依其規定，未規定或規定不足者，仍應適用公法上不當得利之法理，其雖得準用或類推適用民法有關不當得利之規定，但畢竟屬行政法體系內自有之法理，僅係援引民法有關規定之法理以充實內容⁸。

第三章、構成要件及效果

公法上不當得利之發生，其要件分別為財產變動、公法範疇、欠缺法律上之原因、因果關係等。茲就其構成要件及效果分述如下：

1、財產變動

公法上不當得利的發生，係以兩個權利義務主體（即行政機關與人民）間發生財產變動，致一方受有利益，他方受有損害。而所謂財產，則包括金錢或其他有財產價值者，例如：土地、債權或節省費用等。

另外，公法上不當得利是否如民法上不當得利般般，區分為「給付型不當得利」及「非給付型不當得利」？學說上有不同意見。否定者認為公法上不當得利必須在「受利益者」與「受損害者」間存在有真實或假設的公法給付關係，如果欠缺這種給付關係，則均屬民法上不當得利。其理由主要係認為公法上不當得利返還請求權係給付請求權之反面，是否為不當得利，可藉由

⁸林錫堯，前揭文，第 268 頁。

「給付」概念認定其「無法律上原因」性質之連繫因素，而於非基於給付而受益之情形，欠缺判斷其「無法律上原因」性質之連繫因素⁹。

肯定者認為，公法上不當得利兼有給付型不當得利及非給付型不當得利，在基於非給付關係之情形，如受益者與受損者間之法律關係係屬公法性質，則仍可能構成不當得利，若將此等情形劃入民法上不當得利之領域，反而有所不妥¹⁰。

2、公法範疇

公法上不當得利與民法上不當得利均以財產上變動「無法律上原因」為要件，如何區別二者，即成為重要之課題。至於如何區別，宜著眼於「財產變動或造成財產變動之行為」法律性質究為公法或私法。茲分別情形敘述之：

- (1) 如先有給付，而其給付有所依據，則視其依據判斷該給付係公法上給付或私法上給付而定。故依據公法法規、行政處分、行政契約等公法上依據而為給付，屬公法上給付，倘若，其依據基礎因自始無效或事後撤銷、解除等，致喪失給付依據，而欠缺法律上原因，則可能發生公法上不當得利。
- (2) 給付無依據，則從給付動機假設其給付原因，並視其給付原因係因何種「拘束力」（責任）而為，據以判定其為公法或私法性質。故如係為履行公法上義務而為給付，則屬公法上不當得利之範圍。
- (3) 如係因其他方之財產變動，其是否具有公法性質，應視「受利益者」與「受損者」間之法律上關聯而定，例如：行政機關誤用私人土地開闢道路，因其係公權力之干涉，故具有公法性質，而發生公法上不當得利。

3、欠缺法律上原因

公法上不當得利之發生，須有財產變動，而自始無法律上原因及雖初有法律上原因，但於財產變動後，法律上原因已不存在。

至於是否欠缺法律上原因，須視相關行政法規所形成之行政法律關係而定，其中，尤以行政處分、行政契約及給付目的不達所構成之公法上不當得利為最多¹¹，例如行政程序法第 127 條即屬行政處分構成公法上不當得利之例。

⁹ 魏虎嶺，前揭文，第 24 至 28 頁。

¹⁰ 林錫堯，前揭文，第 270 頁。

¹¹ 林錫堯，前揭文，第 272 頁以下。

另實務見解亦採取相同看法，如最高行政法院 93 年判字第 1400 號判例¹²中謂：「被上訴人徵收登記規費及裁處罰鍰之決定，為行政處分，縱有違反法律規定之情事，其違法尚非重大而明顯，並非無效。上訴人之前並未對於該行政處分提起行政爭訟，且依該行政處分內容繳納登記規費及罰鍰，被上訴人受領款項，有該行政處分為據，並非無法律上之原因而受利益，並不構成不當得利。」

最高行政法院 92 年判字第 767 號判例要旨謂：「本件給付請求權之成立與否，以行政處分為據者，既應先由行政法院對行政處分合法性加以判斷，其給付訴訟依行政訴訟法第八條第二項之規定應與撤銷訴訟合併請求。上訴論旨主張給付訴訟部分，在請求權之時效期間內均可提起，不受行政處分已確定之影響云云，自無可採。」，綜合上開最高行政法院之見解，該規費、罰鍰或溢繳利息之法律上原因即行政處分，未依法撤銷、廢止、條件成就或其他事由而失效前，仍屬具有法律上原因，而未構成公法上不當得利，故應先由行政法院審查行政處分之合法性後，並依法撤銷該處分後，始生公法上不當得利之問題。簡言之，公法上不當得利以無法律上原因為要件。

4、因果關係

依照我國民法學界通說，在給付型不當得利中，必須受有利益與受有損害間有因果關係，即一方受有利益與他方受有損害須互為因果，且其因果關係須為直接，而其因果關係是否「直接」存在，則以受益之原因事實與受損之原因事實是否同一為斷¹³。

5、非可歸責於給付者（即給付型不當得利之受損者）？

司法院大法官釋字第 515 號解釋謂：「...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。...」認為公法上不當得利之成立，似須無法律上原因係出於非可歸責於給付者之事由所致者為限。反之，若可歸責於給付者，則縱有無法律上原因之財產變動，亦不得返還。

然如本文前述，公法上不當得利旨在使無法律上原因之財產變動回復原來應有之狀態，以符合依法行政原則，與民法上不當得利之單純調和私人間

¹² 詳參最高行政法院裁判要旨彙編 第 24 輯 886-889 頁。

¹³ 彭康凡，前揭文，第 152 頁。

利益衝突不同，諸如民法第 180 條第 4 款所稱因不法原因而為給付者，不得請求返還之規定，於公法上不當得利即無適用¹⁴。因此，公法上不當得利之公法給付是否無法律上原因，應僅從客觀面加以判斷，無法律上原因是否因可歸責於給付者（即受損者）所致，並不會影響到返還請求權之行使¹⁵。

大法官在前揭第 515 號解釋中，判斷無法律上原因時，加入給付者之主觀責任要件，似對公法上不當得利制度之本質有所忽略及誤解¹⁶。

6、返還客體與範圍

關於公法上不當得利之返還客體，依行政程序法第 127 條第 2 項之準用，或於第 127 條第 1 項以外之公法上不當得利類推適民法第 181 條之結果，返還客體包括：(1) 所受利益、(2) 本於該利益更有所得。

大致可分為三類，即原物之用益（原物所得之孳息及使用利益）、基於權利之所得（例如：債權受償、所有權人發現埋藏物等）、原物之代償（例如：損害賠償金、保險金、補償金等）。如上述所受利益或本於該利益更有所取得，依其性質或其他情形，不能返還者，應償其價額¹⁷。

另關於返還之範圍，原則上在公法上不當得利，不得主張所得利益已不存在而免返還責任。惟除法律另有規定外，公法上不當得利仍應適用信賴保護原則¹⁸，而實務見解亦採取相同之看法¹⁹。

由於限於篇幅，以下本文純就以人民為公法上不當得利返還請求權行使之對象（給付型公法上不當得利）論述，附此敘明。按行政程序法第 117 條但書第二款之規定，受益人具備下列三項要件時，行政機關不得撤銷違法之授益處分：(1) 受益人無行政程序法第 119 條所列信賴不值得保護之情形（即信賴值得保護）；(2) 受益人信賴該授益處分（即信賴表現）；(3) 信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益。倘受益人因授益處分所受領之給付，業已使用而不存在，可認具備上述「信賴表現」，苟如此，雖非惡意，且所受利益已

¹⁴ 林錫堯，前揭文，第 275 頁以下

¹⁵ 詹鎮榮，前揭文，第 58 至 59 頁。

¹⁶ 陳愛娥，前揭文，第 19 頁。

¹⁷ 王澤鑑，債法原理第二冊（不當得利），2001 年 7 月，第 188 頁以下。

¹⁸ 林錫堯，前揭文，第 279 頁。

¹⁹ 最高行政法院裁判要旨彙編 第二十三輯（93 年 12 月）1346 頁，最高行政法院 92 年判字第 800 號判例要旨謂：「上訴人於七十三年間對於被上訴人提敘一級核定薪額一九〇元之敘薪處分，固足為信賴之基礎事實，然此敘薪處分，僅供敘薪機關日後作為繼續敘薪之基礎，被上訴人並無從因信賴此敘薪處分而作何處置或安排，難認有客觀上具體表現其信賴之行為，並無信賴保護原則之適用。」

不存在，如不具備「信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益」，則行政機關仍得撤銷授益處分而構成不當得利。

換言之，在決定是否撤銷授益處分，而適用信賴保護原則時，所受利益是否存在，僅為斟酌之要件之一，非謂利益不存在，即無庸返還其受領之公法上不當得利。

7、時效

關於時效問題，按公法上不當得利返還請求權係公法上請求權，則除法律有特別規定外，該公法上不當得利之請求權因五年間不行使而消滅，且因時效完成而請求權當然消滅（行政程序法第 131 條第 1 項、第 2 項）。惟如在行政程序法施行前發生公法上不當得利者，則應如何處理？據法務部 2001 年 3 月 22 日法 90 令字第 008617 號之見解，應類推適用民法關於消滅時效之相關規定。

承上，在行政程序法施行前，有關於一年或不及一年之定期給付債權者，例如行政機關向人民請求返還之公法上不當得利，原係按月定期發給之定期給付者，則行政機關行使該返還請求權時，是否亦類推適用民法第 126 條關於短期消滅時效，即 5 年之規定，本文採取肯定之見解。蓋短期時效之設，貴在迅速確定法律關係，從而有關定期給付的消滅時效規定，不論是針對該給付之請求權本身、取代原給付請求權之損害賠償請求權，抑或是針對請求返還錯誤給付的不當得利返還請求權，似均應適用或類推適用之。

此項消滅時效，自公法上不當得利返還請求權可行使時起算（類推民法第 128 條），且可因請求、承認、起訴而中斷時效，及有時效不完成之情形。（類推適用民法第 129 條以下）

上述消滅時效期間之起算，於行政處分經撤銷、廢止、條件成就或其他事由而失效之情形，應自行政處分撤銷、廢止、條件成就或其他失效事由發生時，始為可行使請求權之時，而起算時效。至若行政機關為實現該公法上不當得利請求權，而依法作成行政處分者，自行政處分發生效力時中斷時效（行政程序法第 131 條第 3 項、第 110 條第 1 項），並自行政處分不得訴諸撤銷或因其他原因失其效力後，重行起算（行政程序法第 133 條）。倘若，中斷時效之給付決定因撤銷、廢止、條件成就或其他事由而溯及既往失效時，自該處分失效起，已中斷之時效視為不中斷。（行政程序法第 132 條）。

8、除斥期間

按「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；．．．。」¹¹⁷「第 117 條之撤銷權，應自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起 2 年內為之。」¹²¹行政程序法第 117 條前段及第 121 條第 1 項分別定有明文；可知，原處分機關就其所為之違法行政處分，雖已經過法定救濟期間，依法仍得自為撤銷，僅是此撤銷權之行使，其期間受有應自原處分機關知有撤銷原因時起 2 年內為之之限制。又行政機關依上述行政程序法第 117 條規定自為違法行政處分之撤銷，其所行使者乃撤銷權，核與同法第 131 條所規範之公法上請求權無涉，自無該條關於 5 年時效期間規定之適用，故兩者應予區分，不可混淆。

另行政機關自為違法行政處分之撤銷，其性質雖亦為行政處分，然並非就違反行政法上義務之行為，所為罰鍰、沒入或其他裁罰性之不利處分，是其撤銷權之行使期間，亦與行政罰法關於裁罰權時效期間之規定無涉，附此敘明。

第四章、公法上不當得利返還請求權之法律途徑

依請求權人及請求對象之標準，迨可分為人民向行政主體請求者、行政主體相互間請求者及行政主體向人民請求者三種，而有不同之請求法律途徑。在人民向行政機關主張公法上不當得利返還請求權，其行使方式與民法上不當得利請求權人行使者相同，以意思表示為之，若受領人仍拒絕返還，則透過法院爭訟途徑解決。差別者，僅係民法上不當得利向普通法院為之，而公法上不當得利，原則上則向行政法院提起之，大法官釋字第 515 號解釋即揭示此旨。

例如土地登記申請人主張地政機關計徵登記費，有超收費用之情事，最高行政法院 93 年判字第 12 號判例要旨謂：「土地登記申請人如主張地政機關計徵登記費之行政處分為違法或不當，而有超收費用情事，應循訴願程序救濟，如不服訴願決定者，得提起撤銷訴訟合併請求給付。且於原計徵登記費之行政處分有效存在時（未經撤、廢止或因其他事由而失效前），並無所謂不當得利之情形，無從逕行提起行政訴訟法第八條之給付訴訟。」¹²²，即須先將該據以計徵登記費之行政處分，提起撤銷訴訟以撤銷之，嗣再提起一般給付之訴，請求返還超收之部分，或併前撤銷訴訟同時提起之。

而關於人民向行政主體（行政機關）行使公法上不當得利返還請求權者，其行使方式，不論在德國或繼受德國行政法學思想甚多之我國行政法體系，均爭議不斷，見解歧異，仁智互見。本文嘗試將德國對上開問題之見解及我國學說及實務見解，作粗淺的介紹與比較分析，期能尋求最適之解答。本文限於篇幅，僅針對行政主體因授益行政處分所造成之「給付型公法上不當得利」之類型（行政主體之公法上不當得利返還請求權）論述之，至於行政主體間、人民向行政機關請求乃至於「非給付型公法上不當得利」類型者，不在本文討論之範圍內，附此敘明。

就行政機關對人民之給付型公法上不當得利返還請求權而言，其行使方式，迥可分為下列幾種看法，茲分敘如下：

（一）、「行政處分說」

1、德國聯邦行政法院之見解

在法律有明確授權之情況下，行政主體自得以「給付決定」命相對人返還，此「給付決定」為行政主體就具體事件所為對外直接發生法律效果之單方意思表示，其性質為侵益行政處分。反之，在無法律授權下，依德國聯邦行政法院歷來見解認為，行政主體向人民請求返還公法上不當得利，如在欠缺法律明確授權之情形下，通常固然不能以行政處分命相對人返還。惟在行政主體與相對人處於權力服從之「從屬關係」時，縱無法律明確授權，行政主體仍得以行政處分命相對人返還，如軍人或公務員者；或若給付原係依據行政處分而提供，其後法律上原因消滅，行政主體請求返還公法上不當得利時，亦得逕行作成行政處分命相對人返還，此即所謂「反面理論」²⁰。

而上揭之「反面理論」，乃因此種公法上不當得利返還請求權，正好是人民原有、對於授益處分之給付請求權的反面，故以此稱之。

2、我國學說見解

我國學者有承襲自上開德國聯邦行政法院之見解，採取相同看法，認為如有法律授權或雖未法律授權，而相對人處於權力服從關係、或給付原係依據行政處分而提供，嗣後法律上原因消滅，行政主體請求公法上不當得利時，得以作成行政處分命相對人返還。

²⁰ 劉建宏，前揭文，第43頁。

尤有進者，我國行政程序法第 127 條雖無類似德國現行聯邦行政程序法第 49a 條第 1 項第 2 句規定：「應返還之給付，應以書面行政處分確定之。」然亦得為公法上不當得利返還請求權之法律授權。

更有學者以為，行政主體以行政處分對人民提供一給付，嗣後行政主體依法撤銷該授益處分，命相對人返還其所受領之不當得利之類型，相對人之受領給付之法律上原因（行政處分）已消滅，行政主體以「給付決定」命相對人返還所受領之給付，該「給付決定」並未創設、變更或消滅相對人之權利或義務，僅係回復公法上不當得利之前狀態的方法而已，並不具有行政處分之性質，是故給付決定僅係觀念通知，自不受法律保留原則之拘束，自無須法律授權²¹。

然本文以為，給付決定仍係一具有變動相對人財產權之行政處分，而非觀念通知。苟非行政處分，則行政機關何以得逕執此逕送行政執行，是故關於給付決定之性質，本文尚與該說有部分不同意見。

3、我國實務見解

基本上我國實務見解，的確有如學說見解，呈現兩極化之現象。在臺北縣政府請求相對人返還溢領之補償金²²一案中，臺北高等行政法院，大致上認為：被告（即溢領補償金之受領人）有返還溢領部分之補償金額之義務，而臺北縣政府（下稱原告）乃發函敘明變更之意旨及命其於一定期限內如數返還，其係基於職權及主觀的效果意思，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意思表示，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，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。

另法務部 2001 年 4 月 10 日法 90 律字第 005367 號函謂：「...發放租金之行為若屬行政處分...，發放租金違法部分之行政處分經依職權撤銷而有溯及既往失效之情形，受領人就該被撤銷之『租金』，應返還義務；且如經原處分機關依行政程序法第 127 條第 1 項規定命其返還，

²¹ 劉建宏，前揭文，第 46 頁。

²² 關於此案，係源自於臺北縣政府徵收座落省道臺十五線 0k+000 至 6k+626 段道路拓寬工程用地內之建築物補償等案，多數之溢領人經臺北縣政府於 1996 年函知退繳，仍拒絕繳還後，臺北縣政府即分別於 2001 年間，向管轄的臺北高等行政法院依行政訴訟法第 8 條第 1 項提起一般給付訴訟。

並訂有履行期間而逾期不返還者，自得依行政執行法第 11 條第 1 項規定移送行政執行處執行。原處分機關雖未明示『撤銷』原發放租金之部分，而僅以行政處分命受領人返還一定金額之租金，因原處分機關依行政程序法第 127 條第 1 項規定得以行政處分命其返還，故仍宜認為該處分寓有撤銷租金之意旨」，此法務部之函釋，同樣認為應逕以行政處分之方式，行使公法上不當得利返還請求權。

(二)、「一般給付訴訟說」

1、德國學說

有論者以為，命相對人返還公法上不當得利，本質上係一侵害人民財產權或其他基本權利之行政處分，而本於憲法之法律保留原則之本旨，須在法律有明文授權下，始得以行政處分之方式命相對人返還公法上不當得利，反之，如無法律授權時，僅得向行政法院以「一般給付訴訟」之訴訟類型行使公法上不當得利返還請求權。前揭之「反面理論」尚不能據此作為違反法律保留原則之合理化事由，若欠缺此等實證法上之授權基礎時，行政主體不得逕以行政處分為之。

2、我國學說

有學說提及公法上不當得利返還請求權如係行政主體向人民請求者，例如退休公務員溢領退休金，又如退休公務員再任公職，依法應返還已領取之退休給付，而均拒不返還之情形，即屬公法上金錢給付，該管機關應提起一般給付訴訟²³。

3、實務見解

在前揭臺北縣政府請求相對人返還溢領之補償金一案中，最高行政法院持與高等行政法院相左之見解²⁴，認為：「...經查，義務人依法令或本於法令之行政處分或法院之裁定，負有公法上金錢給付義務，而其處分書文書或裁定書定有履行期間或有法定履行期間者，逾期不履行，主管機關得移送行政執行處執行，行政執行法第十一條第一項第一款固定有明文；惟該條所稱之公法上金錢給付義務，依同法施行細則第二條所定，係指稅款、滯納金、滯報費、利息、滯報金、怠報金、短估金、罰鍰、怠金、怠履行費用或其他公法上應給付金錢之義

²³ 吳庚，行政爭訟法論，1999 年，第 130 頁，林騰鷄，行政訴訟法，2004 年，第 131 頁。

²⁴ 關於此案，最高行政法院之見解大致相同，如 92 年度判字第 777 號、92 判字第 590 號、93 判字第 594 號...等。

務。上開公法上金錢給付義務，均屬行政機關依法單方裁量核定之金錢給付，則上開施行細則第二條第四款所稱其他公法上應給付金錢之義務，應以可由行政機關依法單方裁量核定之金錢給付為限。本件上訴人請求被上訴人返還溢領補償費，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。…」，最高行政法院首先敘明行政執行法公法上金錢給付義務，係指可由行政機關依法單方裁量核定之金錢給付。惟授予金錢給付之行政處分，經主管機關撤銷變更，致受領人有溢領金額時，因其原法律上原因已不存在，即發生公法上之不當得利關係。臺北縣政府請求返還溢領補償費，係基於公法上不當得利返還請求權，上訴人（即國防部）並無裁量核定之權，性質上非屬行政執行法第 11 條之公法上金錢給付。而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。

（三）折衷說

論者以為，行政機關對人民之給付型公法上不當得利返還請求權，固基於前開「反面理論」之見解，逕以行政處分行使之。惟在法律並未明文強制規定，行政機關必須作成行政處分向人民主張公法上不當得利返還請求權，而人民始終否認該公法上不當得利之存在，此時，與其堅持行政機關必以行政處分方式行使，而相對人不服，尋訴願、行政訴訟（撤銷之訴）之方式救濟，無寧允許行政機關得直接選擇一般給付訴訟之方式，同樣透過法院定紛止爭，然免除訴願程式，來得較為經濟、迅速，不必堅持以欠缺「權利保護必要性」而駁回該訴訟²⁵。

亦即，行政機關有選擇行使公法上不當得利返還請求權的可能，只要是有助於行政機關與人民間爭議之解決，得以「行政處分」抑或以「一般給付訴訟」之方式為之²⁶。

另有學者²⁷認為，宜區分當事人是否對「不當得利之客體、範圍、金額有爭執」而選擇不同之行使方式。如當事人對不當得利之金額無爭執者，則本於反面理論，由行政機關逕以行政處分命相對人返還之；反之，

²⁵ 林明昕，前揭文，第 119 頁。

²⁶ 董保城，翁嶽生主編，行政訴訟法逐條釋義，2003 年，第 120 頁。

²⁷ 此見解援引自本文作者與指導教授黃啟禎老師於 2008 年 8 月 27 日，東海大學法律系會談時之意見，爰酌引老師之要旨。

如有爭執者，則因數額未確定，由行政機關向行政法院提起一般給付訴訟，以確定數額並據以執行。

(四) 本文見解

本文以為，行政機關對財產變動所依據之行政處分，如依法享有撤銷或廢止之權限，則此項作成撤銷或廢止行政處分之權限，亦可包括作成給付決定命其返還之權限。而行政程序法第 127 條所揭示者，終究只是一項行政機關得依職權自行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上原因之利益的法理，由於此法理原已存在，不待法律明文，故行政機關縱於行政程序法第 127 條之規定無從適用，或該規定本身不明確的情形下，仍得逕按前開法理即「反面理論」，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）²⁸。

另自訴訟經濟之角度觀察，行政主體向人民請求返還公法上不當得利時，既得本於高權地位，以單方行為命相對人返還已受領之給付，即不得另行起訴行使其請求權，否則即屬「無效率之法律保護」。是故，行政法院應以其欠缺權利保護必要而駁回行政機關所提起之一般給付之訴。

再反面觀察，若以「一般給付訴訟」之方式行使，則相對人如不服行政機關之撤銷處分，則既得針對撤銷授益處分之處分提起行政爭訟，又可同時進行前開之一般給付訴訟，造成同一案件同時有兩個訴訟進行，顯然有違一事不再理，並造成司法資源之浪費及裁判之矛盾。

最高行政法院或持行政機關函文相對人「催告返還不當得利」，其性質非行政處分，故無提起撤銷訴訟之可能，進而論述無上開一事不再理之問題。惟本文以為，最高行政法院似有誤解上開催告之性質，蓋承自「反面理論」之一貫脈絡，既命相對人返還公法上不當得利之函文，對相對人而言，使既有財產歸屬狀態發生變動，影響其受憲法保障之財產權，核其性質應為行政處分，以調整無法律上原因之財產變動，則本於「有權利必有救濟」之法理，相對人如認有違法得撤銷之情形，自得提撤銷訴訟以廢棄該處分，是故，既相對人得提撤銷訴訟，又如最高行政法院所云，行政機關應提一般給付訴訟，苟如此豈非如重複起訴，違反一事不再理。

²⁸ 林明昕，前揭文，第 113 頁。

然當行政機關在作成「給付決定」時，應嚴守程式正義之相關制度規定，如行政程序法之書面要式、附理由及提供相對人陳述意見之機會等²⁹，或可補強前開法律保留原則在行使方式上「給付決定」（即命返還不當得利之行政處分）無法律授權之爭議。

（五）案例解析

1、本案之財產變動

林毅夫（原名林正誼）原為我國陸軍第二八四師上尉連長，其於民國 68 年 5 月 16 日因不明原因於金門地區失蹤，國防部即依軍人保險條例第 11 條、第 14 條及留守業務第 28 條之規定，核定撫卹金給付林毅夫之父母，並由其父母林火樹及陳雲英具領之。該筆款項由國防部轉移至林毅夫之父母所有。

2、公法範疇

本件之撫卹金之給付，發生於國防部與林毅夫之父母之間³⁰（下稱林火樹等人），並基於軍人保險條例第 11 條、第 14 條及留守業務第 28 條之規定，核定撫卹金。核其規定之性質，依學界通說區分公、私法之見解³¹，迨有權力服從說、利益說、主體說、新主體說等。

本案之法律關係，發生於國防部與軍人及其眷屬之間，具有上下之隸屬關係，又事關為國效力之軍人因公殉職，國家為照顧其身後，而加以安撫所訂定之「人事行政」法規，具有公共利益之性質。且系爭法律之規範主體，為國防部及其所屬之行政機關，非一般人所得成為規範主體者。以上不論依何種判別標準加以檢驗本案，均應屬公法範疇，而據此為撫卹金之核定，要屬授益之行政處分無疑。

3、欠缺法律上原因

本件之授益行政處分作成後，嗣後發現林毅夫係泅泳叛逃投敵至中國大陸，並數次出現在媒體中。國防部遂以留守業務署九十一年五月三十一日（九一）躍妙字第 0 三四四 0 號函，命林火樹等人返還其所具領之撫卹金共計 47 萬 5140 元及其年利率百分之五利息（下稱系爭撫卹金）。

²⁹ 林明昕，前揭文，第 118 頁。

³⁰ 嗣後林毅夫之父於具領後死亡，改由其子女即繼承人林旺松、林次郎、林春蘭及林毅夫之妻陳雲英，承繼本件法律關係。

³¹ 吳庚，行政法之理論與實用，增訂九版，2005 年 10 月，第 29 頁。

該公文函撤銷前給付系爭撫卹金之授益行政處分（下稱系爭授益處分），使得系爭授益處分溯及既往失其效力，進而林火樹等人具領之系爭撫卹金即失其法律上原因。

4、因果關係

以給付事實觀之，本案之林火樹等人受領系爭撫卹金，欠缺法律上原因，並使國防部受有系爭撫卹金額計 47 萬 5140 元及其年利率百分之五利息之損失，兩者間具有直接之因果關係，應堪認定，是本案應成立公法上不當得利，應無問題。

5、其他相關問題

至於公法上不當得利是否應考量可歸責於給付者（即受損者）所致，依本文前開之主張，應無需考慮之，亦不應影響到公法上不當得利返還請求權之行使。實務上，本案不論是高等行政法院或是最高行政法院亦均不以可否歸責給付者為考量之因素，附此敘明。

另外，關於公法上不當得利之返還客體，依行政程序法第 127 條第 2 項之準用，或於第 127 條第 1 項以外之公法上不當得利類推適用民法第 181 條之結果，返還客體包括所受利益、本於該利益更有所得，其中包括原物之用益，是本案中國防部除系爭撫卹金外，一併請求給付法定遲延利息，應堪准許。

最後關於，國防部撤銷該核發撫卹金之行政處分，自林毅夫之父林火樹於民國 91 年 5 月 9 日去世後，而林毅夫申請來台奔喪，國防部知悉其即為叛逃至大陸之林正誼，始於同年 3 月 31 日「核定註銷前陸軍上尉林正誼死亡撫卹金案」而撤銷，依前揭行政程序法第 117 條：「自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起 2 年內為之」之規定，經核於法並無不合。又國防部隨即持往向林火樹等人表明應繳回系爭撫卹金，未逾行政程序法第 131 條五年消滅時效之規定，故本案應未逾公法上不當得利返還請求權之五年消滅時效。

6、公法上不當得利返還請求權之行使方式

本案之公法上不當得利返還請求權之行使方式，高等行政法院認為，國防部既於發放系爭卹金後數年，發現訴外人林正誼現仍存在，當初所誤為發放之撫卹金，應予撤銷，該撤銷之部分已溯及既往失其效力，林火樹等人有返還具領之撫卹金額之義務，乃發函敘明變更之

意旨及命其於一定期限內如數返還，其係基於職權及主觀的效果意思，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意思表示，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，林火樹等人因而負有公法上金錢給付義務，茲被告倘未表不服而提起行政救濟且逾期未履行，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。

最高行政法院則認為，義務人依法令或本於法令之行政處分或法院之裁定，負有公法上金錢給付義務，而其處分文書或裁定書定有履行期間或有法定履行期間者，逾期不履行，主管機關得移送行政執行處執行。行政執行法第十一條第一項所稱之公法上金錢給付義務，依同法施行細則第二條所定，係指稅款、滯納金、滯報費、利息、滯報金、怠報金、短估金、罰鍰、怠金、代履行費用或其他公法上應給付金錢之義務。上開公法上金錢給付義務，均屬行政機關依法單方裁量核定之金錢給付。是則行政執行法施行細則第二條第四款所稱其他公法上應給付金錢之義務，應以可由行政機關依法單方裁量核定之金錢給付為限。又行政程序法第一百二十七條第二項之規定，僅係受益人不當得利返還義務中返還範圍準用民法有關不當得利之規定，如兩造對公法上給付義務有爭執時，因行政機關並無單方裁量核定之權限，仍應由行政機關提起一般給付訴訟尋求救濟。

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，國防部並無單方裁量之決定權，足認國防部行使不當得利請求權，係基於與林火樹等人相同地位，故國防部所屬留守業務署九十一年五月三十一日（九一）躍妙字第○三四四○號函（下稱系爭公文函），無非係催告被上訴人履行債務，尚非行政機關本於法令所為之形成或下命之行政處分，顯與前開行政執行法第十一條第一項所定之要件不合。是以，上訴人依行政訴訟法第八條第一項規定，依據不當得利返還請求權，提起一般給付訴訟，程式上尚無不合。

上開兩法院各採取不同之立場，前者主張「行政處分說」，後者主張「一般給付訴訟說」，並執行政程序法第一百二十七條第二項之規定，僅係受益人不當得利返還義務中返還範圍準用民法有關不當得利之規定，如兩造對公法上金錢給付有爭執時，因行政機關並無單方裁量核定之權限，仍應由行政機關提起一般給付訴訟尋求救濟。又國防部與林火樹等人，係基於相同地位，系爭公文函並非行政處分，顯與行政執行法第 11 條第 1 項所定要件不合，故尚非據此授權國防部得以行政處分方式逕移送行政執行。

本文以為，國防部如主動發現原授益處分違法時，依據行政程序法第 117 條第 1 項前段之規定：「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…」及大法官釋字第 349 號解釋之意旨：「私有農地所有權之移轉，其承受人以能自耕者為限，乃土地法第三十條第一項前段所明定。申請農地所有權移轉登記者，依土地登記規則第八十二條第一項第一款前段規定，應提出承受人自耕能力證明書，登記機關既應就所提自耕能力證明書為形式上的審查，則其於登記完畢後，經該管鄉（鎮、市、區）公所查明承受人不具備自耕能力而撤銷該自耕能力證明書時，其原先所有權移轉登記所據「具有自耕能力」之事由，已失所附麗，原登記機關自得撤銷前此准予登記之處分，逕行塗銷其所有權移轉登記。」，自得主動依職權撤銷該核發撫卹金之授益處分，而形成無法律上依據之公法上不當得利。

而公法上不當得利返還請求權僅係撤銷原授益行政處分之附隨效果，亦即撤銷授益行政處分之行為同時帶來公法上不當得利返還請求權之誕生³²。林火樹等人所受領之給付係系爭授益處分所提供，則國防部撤銷該系爭授益處分，並向林火樹等人要求返還所受領之給付，國防部撤銷原系爭授益處分時，即已發生受領人權利消滅之結果，而非事後的通知創設此項結果，其並未創設受益人新的不利益地位，故與是否需經法律授權無涉，最高行政法院洵有誤會。況學說上有謂「反面理論」，若原係經由行政處分而提供給付，則應容許作成行政處分命其返還。

³² 蕭文生，前揭文，第 199 頁。

又該系爭公文函，以林火樹等人不符軍人撫卹條例之因公撫卹之要件，而撤銷前給付系爭撫卹金，並命返還系爭撫卹金。核其性質，既撤銷前給付系爭撫卹金之授益處分，對林火樹等人之財產權發生喪失之效果，對此公法上之具體事件，發生公法上得喪變更之法律效果，應屬行政處分無疑。另同時系爭撫卹金，因授益處分遭撤銷而成為無法律上原因，形成公法上之不當得利，國防部在要求返還不當得利之公文函中催告林火樹等人，其具有觀念通知之性質，並未更創設受領人新的不利益地位，僅是撤銷授益處分的附隨效果。最高行政法院「... 催告函既非行政處分，自無從對之另行提起撤銷訴訟...」等語，顯將撤銷授益處分之行政行為，與其後之催告函，兩者混為一談，實則撤銷訴訟的客體，乃撤銷（授益系爭撫卹金處分）處分，而非嗣後的催告函。且如最高行政法院針對公法上之不當得利以提起「一般給付訴訟」方式行使，而對撤銷授益處分之處分又可提起撤銷訴訟，豈不生有裁判矛盾、一事不再理之問題，顯有違訴訟經濟。

第五章、結論

關於本文所論述之爭議問題，似乎老調重談，學界與實務之前已有不少論述。在實務界，囿於最高行政法院為最高審級之法院，其見解實質上難免成為拘束下級審法院之見解，然非當然有論理上的正確性，該爭議問題亦未因此有實質的解決。

就本案而言，本文仍採取與學界相同之所謂「反面理論」之看法，基於行政效率、行政主體自我實現行政目的之職能、訴訟經濟、避免裁判矛盾等理由，國防部得撤銷林火樹等人所受領之系爭撫卹金（此部分為形成處分），並同時或嗣後命林火樹等人返還再無法律上原因（即佔有權源）之系爭撫卹金（此部分即為下命處分），若林火樹等人拒不返還，則國防部得逕送行政執行處以前開之下命處分為執行名義為強制執行。然國防部在為「給付決定」時，應同時嚴守行政程序法相關「程式正義」之規定，以補強法律保留原則在論證上之不足。苟林火樹等人如有不服，得以對該撤銷授益處分之處分，尋訴願、（撤銷）訴訟之方式救濟之。

此外，衡諸當事人林毅夫之時空背景，時值國共對立之緊張時期，而林毅夫本人深受政府高層喜愛，將其形塑為優秀青年投筆從戎之樣板人物，然卻攜帶軍

事機密叛逃大陸³³，姑不論其意圖、國家忠誠，然國防部仍將之列為撫卹對象，照顧其年老之父母。固不論國家背後之政治動機，其前極力栽培，後又盡力照顧撫卹，且撫卹數額非鉅，考其現今之社經地位，位居大陸政治高層及世界銀行首席經濟師兼主管發展經濟學之資深副行長等職位，位尊崇隆，其眼界視野應已不限於蠅頭小利。本文以為，林毅夫當應飲水思源，不該提起本訴，反而應撤回本訴，並加倍返還國防部，以感念政府當時照顧、撫卹之情。

³³ 關於林毅夫之生平及叛逃始末，詳參維基百科，網頁：
<http://zh.wikipedia.org/w/index.php?title=%E6%9E%97%E6%AF%85%E5%A4%AB&variant=zh-hant>，查訪日期 2008/8/29。

附錄相關法條：

壹、軍人保險條例

(繳費義務之移轉)

第 11 條 被保險人參加保險滿三十年者，其自付保險費免予扣繳，改由國庫負擔。

第 14 條 作戰、因公或意外失蹤，在地面逾一年、在海上及空中逾半年查無下落者，視同作戰、因公或意外死亡。

貳、留守業務規程(民國 89 年 11 月 29 日廢止)

失蹤人員之處理依左列規定：

- 一、留守業務執行單位發現所屬人員作戰或因公失蹤生死不明時，經研判後，即通報留守業務署。
- 二、留守業務署接到失蹤通報經查核屬實後即發布失蹤令，通知有關單位及所屬團管區轉知所屬縣市政府，通知其家屬，並辦理家屬安撫事宜。
- 三、失蹤人員經證實被俘時，留守業務署即撤銷其失蹤令，如歸隊時，由執行單位通知留守業務署，轉知所屬團管區，通報所屬縣市政府，通知其家屬，並副知所屬鄉鎮區公所。
- 四、留守業務署對作戰或因公失蹤自查報有案之日起，陸上逾一年，海上空中逾六個月仍無消息者，由留守業務署依前條死亡人員之規定辦理。

參、(舊)軍人撫卹條例(民國 85 年 10 月 02 日修正)

第 11 條 作戰或因公失蹤，在地面滿一年、在海上及空中滿六個月查無下落者，依作戰死亡或因公死亡辦理撫卹。

前項以外之失蹤人員，經法院為死亡之宣告者，依意外死亡辦理撫卹。但失蹤人員經查明有犯罪行為者，不予撫卹。

滯留大陸之臺籍國軍撫卹辦法另訂之。

第 24 條 依第十一條辦理撫卹經查明並未死亡者，應註銷其死亡撫卹令，已發之撫卹金得免追繳。但意圖逃亡或歸後不報，矇領撫卹金者，除追繳外，並依法究辦。

肆、行政執行法

第 11 條 義務人依法令或本於法令之行政處分或法院之裁定，負有公法上金錢給付義務，有下列情形之一，逾期不履行，經主管機關移送者，由行政執行處就義務人之財產執行之：

- 一、其處分文書或裁定書定有履行期間或有法定履行期間者。
- 二、其處分文書或裁定書未定履行期間，經以書面限期催告履行者。
- 三、依法令負有義務，經以書面通知限期履行者。

法院依法律規定就公法上金錢給付義務為假扣押、假處分之裁定經主管機關移送者，亦同。

伍、行政執行法施行細則(民國 95 年 01 月 06 日修正)

第 2 條：本法第二條所稱公法上金錢給付義務如下：

- 一、稅款、滯納金、滯報費、利息、滯報金、怠報金及短估金。
- 二、罰鍰及怠金。
- 三、代履行費用。
- 四、其他公法上應給付金錢之義務。

參考文獻

一、專書著作

- 1、吳庚，行政法之理論與實用，三民公司經銷，增訂九版。
- 2、吳庚，行政爭訟法，元照公司，四版，2008 年 3 月。
- 3、李震山，行政法導論，三民書局，2007 年 10 月。
- 4、陳敏，行政法總論，作者自刊，2003 年 1 月，三版。
- 5、陳計男，行政訴訟釋論，作者自刊，初版，2000 年 1 月。
- 6、林石猛，行政訴訟類型之理論與實務，2003 年 6 月。
- 7、林錫堯，行政法要義，作者自刊，二次修訂版，88 年 8 月。
- 8、陳新民，行政法學總論，三民公司，第七版，2000 年 8 月。
- 9、李惠宗，行政法要義，元照公司，初版，2001 年 8 月。
- 10、當代公法新論（下）-翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集。
- 11、翁岳生主編，行政法 2000（上）、（下），翰蘆圖書公司，第二版，2000 年 3 月。

二、期刊論文

- 1、魏虎嶺，公法上不當得利之研究，台灣大學碩士論文，1988 年 6 月。
- 2、彭康凡，論行政法上之類推適用-以類推適用民法規定為重心，東吳大學碩士論文，2006 年 8 月。

- 3、林明昕，行政機關如何向人民請求返還公法上不當得利-以授益處分所造成之給付型不當得利為中心，律師雜誌，第 313 期，2005 年 10 月。
- 4、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，台灣本土法學雜誌，第 64 期，2004 年 11 月。
- 5、陳愛娥，工業區開發管理基金與公法上之不當得利返還請求權-評司法院大法官釋字第五一五號，台灣本土法學雜誌，第 19 期，2001 年 2 月。
- 6、詹鎮榮，行政機關之公法上不當得利返還請求權，法學講座，第 23 期，2003 年 11 月。
- 7、蕭文生，公法上不當得利返還請求權之實現-評最高法院九十二年判字第六二〇號判決，月旦法學雜誌，第 119 期，2005 年 4 月。