

發文字號：法務部 101.08.20 法律字第 10100091260 號書函

發文日期：民國 101 年 08 月 20 日

要旨：行政程序法第 122 條規定參照，負擔處分廢止不限於特定原因，尤其持續效力之合法負擔處分，所依據事實或法規狀態事後有變更，可能發生廢止問題，其由行政機關裁量，惟仍有「如經廢止仍應為同一內容之處分」、「依法不得廢止」等不得廢止之情形

主旨：有關常備兵因病停役改判替代役體位轉服替代役，並經貴署核定回役現役役男之行政處分，得否依行政程序法第 122 條規定予以廢止疑義乙案，本部意見如說明二至四。請查照參考。

說明：一、復貴署 101 年 5 月 9 日役署召字第 1015006144 號函。

二、按行政程序法（下稱本法）第 122 條規定：「非授予利益之合法行政處分，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止。但廢止後仍應為同一內容之處分或依法不得廢止者，不在此限。」準此，負擔處分之廢止，不限於特定原因，且實際上可能發生必須予以廢止之情形，尤其，持續效力之合法負擔處分，其所依據之事實或法規狀態事後有變更者，可能發生廢止之問題。至是否廢止負擔處分，由行政機關裁量之，但仍有不得廢止之情形如下：

（一）如經廢止，仍應為同一內容之處分：按容許廢止行政處分之目的，旨在將行政處分事後予以停止其效力或變更，俾與現行法相符，因此，倘若負擔處分經廢止後，依現存之事實與法令狀態，行政機關仍有義務再作成內容相同之處分，否則形成違法狀態，則應不得廢止。

（二）依法不得廢止：除上述原因不得廢止外，亦可能基於其他原因不得廢止者，諸如：基於法律規定之意義與目的、基於平等原則、基於習慣法、基於一般法律原則、基於處分之性質等（本條立法說明參照）。

三、次按憲法第 20 條規定：「人民有依法律服兵役之義務。」惟人民如何履行兵役義務，憲法本身並無明文規定，有關人民服兵役之重要事項，係由立法者斟酌國家安全、社會發展之需要，以法律定之，從而，兵役法第 1 條規定：「中華民國男子依法皆有服兵役之義務。」，併予敘明。

四、本件所詢貴署得否依本法第 122 條規定廢止「原核定停役替代役男於停役原因消滅後應予回役之處分」乙節，因貴署於 101 年 6 月

8 日修正發布「停役替代役男免予回役作業規定」並修正第 3 點免予回役之規定，是以貴署擬針對「未及適用新規定而已核定回役，且尚在服役」之替代役，廢止原核定渠等回役之行政處分，基於上開憲法及兵役法規範目的，此部分得否認屬依法不得廢止之情形，仍請貴署本於職權審慎考量。

正 本：內政部役政署

副 本：本部資訊處（第 1 類）、本部法律事務司（4 份）