# 高雄高等行政法院裁定

高等行政訴訟庭第二庭
115年度全字第23號

聲　請　人　吳泓邑
相　對　人　空軍航空技術學院

代　表　人　鍾喜文

上列當事人間聲請假處分事件，本院裁定如下：

主　文

一、聲請駁回。

二、聲請訴訟費用由聲請人負擔。

理　由

一、按「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。」行政訴訟法第298條第2項固有明文。然該條項所稱定暫時狀態之處分，係為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，於爭執之公法上法律關係尚未經確定終局裁判前，作成暫時擴張法律地位之措施。易言之，聲請人於准許定暫時狀態之假處分裁定後，在本案執行前，可依該裁定所定暫時狀態實現其權利，相對人亦應暫時履行其義務。惟聲請定暫時狀態之假處分，須以有本案請求為前提，且定暫時狀態之假處分，本即在一定範圍內會造成達到本案勝訴判決之相同結果。若依聲請人所主張之事實，法令上並未賦予其請求主管機關作成行政處分或特定內容行政處分之公法上請求權，或主管機關就其職權決定之裁量權尚無裁量縮減至零之情形，法院於本案訴訟本即無權命主管機關作成許可處分，則其本不能透過本案訴訟取得之法律地位，更無由於爭執之公法上法律關係尚未經本案確定終局裁判前，請求法院作成暫時擴張其法律地位之措施。所謂爭執之公法上法律關係，係指為假處分所保全之本案行政爭訟標的之公法上法律關係而言，不包括與該法律關係相牽涉之其他公法上法律關係在

內；所稱重大之損害，應綜合情形判斷是否對聲請人造成異常難以回復之損害；所稱急迫之危險，係指危險刻不容緩，無法循行政爭訟程序處理者而言。又關於假處分或定暫時狀態假處分之請求及其原因，應予釋明，行政訴訟法第301條、第302條準用同法第297條再準用民事訴訟法第525條第1項及第526條第1項規定甚明，聲請人如未能釋明，其聲請即難准許。再行政訴訟之提起係以具有權利保護必要為其要件。人民就對己之侵益處分，或對第三人授益卻對己侵益之雙重效力行政處分，本得於行政處分作成後循序提起訴願及撤銷訴訟以為救濟；在行政處分尚未作成前，人民尚無權利或法律上利益受損害。除如不許可人民預防地發動行政訴訟程序以阻止行政處分作成，其權利無從及時受到保護之特殊情形外，人民尚無就行政處分提起預防性不作為訴訟之權利保護必要（最高行政法院108年度裁字第1875號、第1876號裁定意旨參照）。

二、聲請意旨略以：

㈠聲請人現為相對人學生，預定於民國115年6月30日畢業。相對人已於115年6月17日召開獎懲評議委員會，以聲請人累積懲處達3大過為由，進入學籍處分審議程序，極有作成退學、撤銷學籍或不准畢業等不利處分之高度可能，本件距離畢業日期僅餘數日，具有高度急迫性。又聲請人近期發現實習及伙食名單中未列有聲請人姓名，且畢業相關程序亦未見聲請人列入安排，綜合各項客觀情況，足使聲請人合理認為相對人極有可能於畢業前作成退學、撤銷學習、不准畢業或拒發畢業證書等處分。如待正式處分書送達後再循一般救濟程序處理，恐已錯失應屆畢業、實習及後續任職機會。

㈡聲請人對相關懲處處分（下合稱原處分）均有重大爭議，理由如下：⑴114年6月26日衛哨遲到30分鐘案，事後已深切檢討並改善，未再發生類似情事，記過處分有失比例原則。⑵114年7月4日體育館案，聲請人未離開校區，僅因陪同同學取物短暫未能接受掌握，未造成部隊管理實害，記過處分顯

有斟酌空間。⑶115年1月23日支付命令案，調查過程中曾長時間接受約談，涉及程序正當性及調查方式妥適性問題，尚待釐清。⑷115年3月及5月借貸案，均屬同一借貸事件之延續調查結果，是否屬單一違失行為及有無一事不二罰原則之適用，顯有爭議。因上述懲處涉及相關事實及程序爭點，仍有待行政救濟及司法審查，倘相對人於畢業前作成退學、撤銷學籍、不准畢業或拒發畢業證書等處分，聲請人將立即喪失應屆畢業資格，無法參與後續實習、任職及相關就業程序，縱使日後行政救濟或行政訴訟勝訴，實務上亦僅可能以補發證明或金錢損害賠償方式處理，然應屆畢業身分、錄取機會及時間利益均已喪失，無法完全回復原狀。故為避免於本案爭訟確定前即發生退學或撤銷學籍，將導致聲請人重大且難以回復之損害，爰依行政訴訟法相關規定聲請假處分等語。並聲明：於本案行政爭訟終結確定前，命相對人不得以聲請人累積三大過為由，作成退學、撤銷學籍、不准畢業、拒發畢業證書或其他影響畢業資格之處分。

三、本院之判斷：

㈠查聲請人因不服相對人所為之原處分即相關懲處處分，得循序提起本案行政訴訟之訴訟類型，核屬撤銷訴訟。而聲請人本件請求定暫時狀態處分之內容為：「於本案行政訴訟終結確定前，命相對人不得對聲請人作成退學、撤銷學籍、不准畢業或拒發畢業證書或其他影響畢業資格之行政處分」，核其主張定暫時狀態之法律關係係使法院形成禁止相對人作成如上述對聲請人之侵益處分，經核其聲請假處分所欲保全之本案請求，應為請求判命相對人未來不得作成對聲請人為退學、撤銷學籍、不准畢業等行政處分之「預防性不作為訴訟」，性質為給付訴訟，此與其不服原處分而應提起撤銷訴訟所涉之法律關係，分屬不同之公法上法律關係。是聲請人本件假處分聲請所欲保全之公法上法律關係，既非其本案訴訟標的之公法上法律關係，則其不能透過本案訴訟取得之法律地位，亦無由於爭執之公法上法律關係尚未經本案確定終

局裁判前，請求法院作成暫時擴張其法律地位之措施，其聲請即屬無據。

㈡又任何訴訟提供人民之權利保護，均以有權利保護必要為要件。人民就對己之侵益處分，或對第三人授益卻對己侵益之具雙重效力之授益處分，本得於處分作成後提起訴願及撤銷訴訟救濟。蓋在處分未作成前，人民並不會因處分而有權利或法律上利益受損害。是以除非個案情形特殊，如不許人民提起預防性不作為訴訟，人民權利無從及時受到保護外，人民並無就行政處分提起預防性不作為訴訟之權利保護必要。由於預防性不作為訴訟具有事前審查性質，為免司法權過早介入行政權之決定空間，故僅於訴願及撤銷訴訟不能達成有效權利保護，如不許可人民預防地發動行政訴訟程序以阻止行政處分之作成，權利無從及時受到保護時，始例外允許提起此類訴訟。查本件相對人縱日後作成如聲請人所稱退學、撤銷學籍等處分，聲請人本得於該處分作成後，聲請停止執行、依限提起訴願或撤銷訴訟，已足達成有效之權利保護。惟聲請人並未釋明其有何重大之損害或急迫危險而有預先命相對人不得為退學、撤銷學籍等處分之定暫時狀態之必要，亦難認符合聲請要件，併此指明。

四、綜上所述，本件聲請人之聲請，核與行政訴訟法第298條第2項規定之要件不符，應予駁回。

五、結論：聲請無理由。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　23　　日

審判長法官　黃　堯　讚

法官　曾　宏　揚

法官　林　韋　岑

一、上為正本係照原本作成。

二、如不服本裁定，應於送達後10日內，向本院高等行政訴訟庭提出抗告狀並敘明理由（須按他造人數附繕本）。

三、抗告時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書（行政訴訟法第49條之1第1項第3款）。但符合下列情形者，得例外不

委任律師為訴訟代理人（同條第3項、第4項）。

| 得不委任律師為訴訟代理人之情形 | 所需要件 |
| --- | --- |
| (一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人 | 1.抗告人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。<br>2.稅務行政事件，抗告人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格者。<br>3.專利行政事件，抗告人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 |
| (二)非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人 | 1.抗告人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。<br>2.稅務行政事件，具備會計師資格者。<br>3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。<br>4.抗告人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。 |
| 是否符合(一)、(二)之情形，而得為強制律師代理之例外，抗告人應於提起抗告或委任時釋明之，並提出(二)所示關係之釋明文書影本及委任書。 | |

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　23　　日

書記官　鄭　郁　萱