

前言

行政程序法（下稱「本法」）第一章（總則）第四節（迴避）試圖在行政程序中全面建立「迴避」的規範。第三十二條規定：「公務員在行政程序中，有下列各款情形之一者，應自行迴避」；第三十三條第一項規定：「公務員有下列各款情形之一者，當事人得申請迴避」；第三十三條第五項規定：「公務員有前條所定情形不自行迴避，而未經當事人申請迴避者，應由該公務員所屬機關依職權命其迴避」。前開規定體系嚴密，立意甚佳。然我國傳統文化原欠缺程序正義(procedural justice)觀念，講求人情迥為社會上普遍的事實，如何積極闡明迴避的規範意涵，進而培養人民對此新生規範的認同，終能貫徹執行，毋寧為一項嚴峻的挑戰。本文擬由行政法院有關裁判入手，確認實務上疑難之所在，並借鏡先進國家經驗，試予解惑。

壹、問題案例

一、行政法院 88 年判字 3204 號判決(88/07/30)：題庫試題命題委員及審查委員，應否迴避應試其曾參與命題、審查之考試類科？

（一）案例事實

原告某甲於民國八十三年十月受聘擔任被告考選部獸醫師類科「家畜普通病學」及「獸醫實驗室診斷學」兩科目之題庫試題命題委員及審題委員，嗣於八十五年七月，未知會考選部即報名參加八十五年第二次專門職業及技術人員獸醫師檢覈筆試，並

論行政程序中的迴避義務

--行政法院判決三則評釋

前言

壹、問題案例

- 一、行政法院 88 年判字 3204 號判決：題庫試題命題委員及審查委員，應否迴避應試其曾參與命題、審查之考試類科？
- 二、行政法院 89 年判字第 738 號判決：公費留考應考人學位論文指導教授應否迴避擔任該考試之口試委員？
- 三、行政法院 88 年判字第 3000 號判決：曾參與訴願審議之委員應否迴避參與該事件之再訴願程序？

四、爭點整理

貳、問題解析

一、迴避義務定性

- （一）迴避制度旨在維護公眾對於決策程序的信賴
- （二）行政程序之迴避與司法程序之迴避，本質相同，程度或有不同
- （三）考選「命題」及「評分」應有迴避規定之適用
- （四）迴避義務並為一般法律原則

二、迴避義務有關實體問題

- （一）迴避的事由
- （二）迴避義務與其他公正作為義務
- （三）「偏頗之虞」的認定
- （四）迴避的例外事由

三、迴避義務有關程序問題

- （一）及時申請
- （二）釋明的責任
- （三）職權調查

四、「應迴避而未迴避」的法律效果

- （一）經由迴避之瑕疵程序所生之實體決定為「得撤銷」
- （二）經由迴避之瑕疵程序所生之實體決定無法以「鋸箭法」進行補救

參、結語

以總成績五十六分（其中「家畜普通病學」為五六·二五分，「獸醫實驗室診斷學」為六十分），榜示錄取。後考選部接獲檢舉，經核對發現：該次考試「家畜普通病學」及「獸醫實驗室診斷學」兩科目試題中，確有部分係某甲所命擬，且全部試題均經某甲審查。考選部爰依據考試院院會之決議，於八十六年十二月二十三日通知某甲：應於八十七年七月舉行之八十七年第二次專門職業及技術人員獸醫師檢覈筆試時，補考「家畜普通病學」及「獸醫實驗室診斷學」等二科，屆時如未到考，或考試成績未達原及格標準（即總成績五十六分），將撤銷其考試及格資格，並吊銷及格證書。某甲不服，提起訴願、再訴願均遭駁回，乃提起本件訴訟。

（二）起訴要旨

原告某甲起訴意旨略謂：

1. 查典試法(77/11/11)第二十一條規定：「典試委員、命題委員、閱卷委員、審查委員、口試委員及實地考試委員，如有配偶或三親等內血親、姻親應考者，對其所應考試類科有關命題、閱卷、審查、口試、測驗、實地考試等事項，應行迴避」，並未將委員「本人」納入應迴避之列。因此，本於「明示其一，排除其他」之法理，在無配偶或三親等內血親、姻親應考之情形下，委員「本人」自無須迴避應試。

2. 前揭典試法第二十一條乃指各典試委員、命題委員、閱卷委員等，依法令「執行公務」時，有「迴避」之義務。原告為應考者，乃行使憲法第十八條所保障之「權利」，自無「迴避」之適用。

3. 原告所參加者為檢覈考試，非依典試法¹所舉辦之考試，

¹ 參見典試法第一條（「依法舉行考試時，除檢覈外，其典試事宜，依本法行

不能類推適用前揭典試法第二十一條之規定。按類推適用，係指就法律未規定之事項，比附援引與其性質相類之規定而為適用，亦即本諸「類似案件應為相同處理」之法理，依邏輯推演而成；法律未規定之事項，若係立法者有意不為規定，即非屬漏洞，無以類推補充之可言。

4. 原告應試為八十五年七月十九日，與其受聘擔任命題及審題工作（八十三年十月），已間隔三次考試。依各科選定一六〇〇餘題之事實觀之，原告對各題內容已難記憶，實無由產生僥倖之不正確結果可言。

5. 查專門職業及技術人員考試法(75/01/03)第二十條第五款規定「以詐術或其他不當方法，使考試發生不正確之結果者」，得由考試院撤銷其考試及格資格並吊銷及格證書。其構成要件有二：一為行使詐術或其他不當方法，二為使考試發生不正確之結果。本件原告並未積極使用任何詐術，相關法規亦無課原告應主動告知被告機關曾參與題庫命題、審題之義務，則原告本諸憲法所賦予之參加考試之權利，自非該當「以詐術或其他不當方法」之要件。又，本件亦不該當「使考試發生不正確結果」之構成要件。訴願決定理由書雖謂：「該次檢覈筆試上開兩科目中，由渠命擬之『家畜普通病學』科目試題計有十三題占本科目總題數八十題中百分之十六·二五，『獸醫實驗室診斷學』科目計八題占本科目總數八十題中百分之十，又因原告係命題小組委員，並兼審查委員，該二科目全部試題均經渠審查，亦即此二科目全部試題均為原告所瞭解，與其他應考人相較，其立足點顯失平衡，違背考試之公平原則，是原告之行為實已構成專門職業及技術人員考試法第二十條第五款以『其他不當方法』，使考試發生不正確之結果」云云。惟所謂「使考試發生不正確之結果」，應從客觀上（考試之成績）評斷。原告本次應試，五科成績均係介於五二·

之」）。

五至六〇分之間，並未有原告曾經命題、審題之科目所得分數顯著凸出之現象。

（三）答辯要旨

被告（考選部）答辯意旨略謂：

1. 典試法第二十一條縱未明定命題委員或審查委員「本人」應試時應行迴避，但試題之命擬及審查為考試程序之核心作業，依典試法之立法精神及舉輕明重之法理，命題委員及審查委員本人參加考試時，自應有迴避規定之適用。

2. 雖典試法第一條規定：「依法舉行考試時，除檢覈外，其典試事宜，依本法行之」。惟該條規定之立法意旨係指檢覈之方式、檢覈委員會之組成、及試務程序與設置典（主）試委員會之考試，性質牴觸者，不適用典試法之規定，並非指典試法有關之重要規範，如委員之資格、試題命擬、試卷評閱及辦理考試人員之保密與迴避等不牴觸之規定，均可排斥不予適用。

3. 按考試後發現及格人員以詐術或其他不當方法，使考試發生不正確之結果者，由考試院撤銷其考試及格資格，並吊銷其及格證書，專門職業及技術人員考試法第二十條第五款定有明文。典試法第二十一條既規定：「典試委員、命題委員、閱卷委員、審查委員、口試委員及實地考試委員，如有配偶或三親等內血親、姻親應考者，對其所應考試類科有關命題、閱卷、審查、口試、測驗、實地考試等事項，應行迴避」。同法施行細則第十六條並規定：「有本法第二十一條所定迴避原因之各委員，應於命題、審查、口試、測驗、實地考試前或於獲知迴避原因時，書面告知辦理試務機關」。命題委員等既應迴避應試，其應試時有為告知之義務，應為當然之解釋。

4. 原告某甲於八十三年十月擔任「家畜普通病學」及「獸醫

實驗室診斷學」二科目之題庫命題及審題工作，對該二科目之題庫試題均有所瞭解，渠報名參加獸醫師檢覈筆試，依前開說明，應事先書面告知本部，俾採取因應措施，竟怠於告知，致該次檢覈筆試上開兩科目中，由原告命擬之「家畜普通病學」科目試題計有十三題占本科目總題數八十題中百分之十六·二五，「獸醫實驗室診斷學」科目計八題占本科目總題數八十題中百分之十，又因原告係命題小組委員並兼審查委員，該二科目全部試題均經渠審查，亦即此二科目全部試題均為原告所瞭解，與其他應考人相較，其立足點顯失平衡，違背考試之公平原則，足使考試發生不正確之結果。是原告某甲之行為已構成專門職業及技術人員考試法第二十條第五款以「其他不當方法」，使考試發生不正確之結果。

（四）判決要旨

【主文】原告之訴駁回。

【理由】

1. 前揭典試法第二十一條雖未明定委員本人應試其所命題、審查之類科時亦應行迴避，然本於舉輕以明重之原則，應認當然包括本人在內；否則本人既為命題、審題委員，而又應試其所命題、審題類科之考試，則考試制度所強調之公平性豈不喪失殆盡。又此之所謂迴避，乃指原告為命題、審題委員之身分應行迴避，非謂其應考之資格應行迴避。原告謂其參加考試乃憲法所保障之權利，並無迴避之適用云云，顯有誤會。

2. 雖典試法第一條規定：「依法舉行考試時，除檢覈外，其典試事宜，依本法行之」。然此所指檢覈除外之規定，應認僅限「典試事宜」，蓋檢覈考試係不須成立典試委員會之考試，則典試法關於典試委員會之組織、資格及職責等事宜之規定，於檢覈考試既無適用之餘地，自當為除外之規定。至攸關維護考試公平

性之規定，如試題之保密、試卷之評分方式及命題委員迴避等規定，既為各種國家考試所應共遵，應無於檢覈考試除外之理由。

3. 本件原告某甲於八十三年十月間受被告聘請任「家畜普通病學」及「獸醫實驗室診斷學」二科目之題庫命題及審題委員，對該二科目之題庫由其所命或所審之試題，應有所了解。則嗣於八十五年七月間參加本件專門職業及技術人員獸醫師檢覈筆試，其試題有可能選自題庫由其所命或所審之試題，按諸一般常情，應為其有所預悉，乃未於參加是項考試前知會被告，俾能為因事制宜因應，自與前述規定有違。另典試法施行細則乃依據典試法第二十四條之授權訂定，典試法第二十一條既規定有命題、審查委員迴避之原因，則遇有該委員應行迴避之原因事實時，自應將其應行迴避事實告知辦理試務之機關，俾能為妥適之因應，是該法施行細則第十六條規定應行迴避之委員應為書面告知之義務，核未逾越其母法授權之範圍。

4. 本件八十五年第二次專門職業及技術人員獸醫師檢覈筆試科目中，由原告某甲命擬之「家畜普通病學」科目試題計有十三題占本科目總題數八十題中百分之十六·二五，「獸醫實驗室診斷學」科目計八題占本科目總題數八十題中百分之十，又因原告係命題小組委員並兼審查委員，該二科目全部試題均經渠審查，亦即此二科目全部試題，原告自不能諉為無所知悉，其參加此二科目之筆試，與其他對試題內容毫無所悉之應考人相較，原告之立足點顯然優越，於考試應公平競爭之原則即有違背，其考試之結果自難期正確。

5. 是原告某甲之行為實已構成專門職業及技術人員考試法第二十條第五款以「其他不當方法」，使考試發生不正確結果所規定之要件。本得撤銷其考試及格資格，並吊銷其及格證書，被告並未為此嚴格之處分，僅通知原告補考「家畜普通病學」及「獸醫實驗室診斷學」二科目，如不到考或到考成績未達原及格標準，再行報請撤銷、吊銷，已極盡維護原告權益之能事，原告仍

指摘原處分違誤，難謂有理。

二、行政法院 89 年判字 738 號判決(89/03/16)：公費留考應考人學位論文指導教授應否迴避擔任該考試之口試委員？

(一) 案例事實

原告某乙參加被告機關教育部舉辦之八十六年公費留學考試（「法學」學門「國際智慧財產權法」研究領域），未獲錄取，質疑該考試五位面試委員之一謝 XX 為錄取人陳 XX 前在台大法研所碩士班之論文指導教授，應行迴避而未迴避，影響考試之正確與公正。經訴願、再訴願，均遭駁回，爰提起本訴訟。嗣某乙不服本件訴訟判決，而提起再審之訴。

按該次考試簡章第十一條第一項第四款規定：「筆試、面試比例：筆試四科總分乘以零點八二，面試總分乘以零點一八，併計為筆、面試總分，再依筆、面試總分及預定錄取名額，擇優錄取」。原告某乙筆試成績總分為 233.2 分，名列第一；陳 XX 筆試成績總分為 216.2 分，名列第三。原告某乙面試成績總分原為 345 分（= 75+75+50+65+80），名列第三；陳 XX 面試成績總分原為 458 分（= 95+92+90+90+90），名列第一。經依前揭簡章規定計算得出：原告某乙之筆、面試總分為（233.2 × 0.82 + 345 × 0.18 =）253.32 分；陳 XX 之筆、面試總分為（216.2 × 0.82 + 457 × 0.18 =）259.54 分。

被告機關爰通知錄取陳 XX。

(二) 訴願決定要旨

訴願受理機關（教育部）駁回原告訴願，略謂：²

1. 面試委員為應考人學位論文指導教授，應否迴避乙節，涉及行政程序是否正當之問題。雖公務人員考試口試規則第九條明定：「口試委員為應考人現任機關直屬長官或為應考人學位論文之指導教授者」，應行迴避；惟繫爭考試之考試簡章或該部其他相關規定，並未有迴避之規定，且面試時並無人申請面試委員迴避，是就當次面試言，尚難認有迴避之適用。

2. 鑑於考試成績之評定本質上涉及主觀之判斷，尤以口試為然，為免考試之公平遭受質疑，避免可能之利益衝突，嗣後該部於處理公費留學考試面試時，當應再慎重周延，就相關迴避事項予以規範。

3. 本件行政程序雖有質疑，但於考試之結果不生實質影響。本件依照本部八十六年公費留學考試第四次委員會議之決議，援例（八十五年公費留學考試第三次委員會決議之方式）縱使扣除謝 XX 所為之面試評分，重新計算訴願人（本案原告）與錄取人陳 XX 之面試分數，再依前揭簡章規定計算出二者筆試、面試之總分，陳 XX 仍為該組三位參加面試考生中之第一名。亦即：

原告某乙（訴願人）： $233.2 \times 0.82 + [(80+65+75+75) \div 4 \times 5 \times 0.18]$
 $= 257.60$ ；陳 XX（錄取人）： $216.2 \times 0.82 + [(95+92+90+90) \div 4 \times 5 \times 0.18] = 259.86$

嗣原告不服教育部訴願決定，向行政院再訴願，仍遭駁回。再訴願決定書殆重申教育部訴願決定書之意旨，未有新論，不贅述。

² 參見教育部訴願決定書，台（八七）訴字第八七〇六六四二四號（87/11/18）。

(三) 起訴要旨

原告某乙起訴意旨略謂：

1. 口試委員謝 XX 前於八十五年六月指導錄取人陳 XX 完成碩士論文，繼於八十六年推薦陳 XX 赴德進修，並於八十七年五月發表與陳 XX 合著之論文，兩人學術關係密切，應自行迴避。

2. 口試委員謝 XX「應迴避而未迴避」，已影響口試之結果。按謝 XX 為面試委員中唯一專攻智慧財產權法的學者，且面試委員間於作成評分決定前向例皆曾討論、交換評分意見。

3. 利益迴避原則乃法律共通之原理、原則，不能僅因公費留考簡章未有規定，即不予適用。毋寧應「類推適用」或「準用」前揭考試院頒「公務人員考試口試規則」。

4. 前揭教育部訴願決定書採取之成績計算方法（即將面試總分扣除謝 XX 之評分，再除以四、乘以五，計算為面試得分），並未真正剔除謝 XX 之影響。毋寧應以其他四位面試委員的面試總分的平均分數，直接乘以零點一八作為面試成績分。蓋謝 XX 委員係「應迴避」，並非「臨時缺席」，無由援引八十五年公費留學考試第三次委員會決議（「面試委員有一人臨時缺席，該組考生面試成績，總計以除四乘五換算為面試成績總分」），作為計分方式。

5. 面試時原告因全然不識參與面試之委員與考生，自無從當場舉發，即時申請面試委員迴避。

(四) 答辯要旨

被告機關（教育部）答辯意旨略謂：

1. 查原告應考法學組，當日該組面試學生共計十四名，而應考該領域「國際智慧財產權法」學生三名，五位面試委員之主審

並非謝 XX，經詢謝 XX 函復當時面試情形，渠並未提出任何與陳 XX 論文有關之問題，而係以「智慧財產權」專業領域之同一問題分別請教該組三位考生。另，由五位面試委員所給與三位考生之面試分數觀之，渠等對錄取人陳 XX 之評分均在九十至九十五分之間，對錄取人的專業能力均表肯定；至於原告，除一位面試委員對其專業評語為良好外，其餘委員對原告之評語為語言能力及專業知識均有不足，由各委員對各面試者之評分評語差異情形交叉比較，顯示看法約略相近，足見各面試委員均係憑專業知識評定面試者分數，應無疑義。

2. 司法程序中為求裁判之公平，並維審級之利益，相關法律固有法官應自行迴避或聲請法官迴避之規定。至行政程序中之迴避規定，實務見解並非一致，僅有少數法令作明文規定。被告機關辦理之公費留學考試，目的在培育國家人才，非係國家考試，亦非係國家公務人員之甄選，且公費生留學歸國亦無擔任公職之義務，故無須依據「公務人員考試口試規則」，其理甚明。若動輒以「類推適用」，反易造成秩序之混亂，徒令其他各類非屬「公務人員」之考試作業無所適從。鈞院八十一年判字第二三七八號判決指出：「會計師懲戒委員會及懲戒覆審委員會組織規程，並無委員迴避之規定，而會計師之懲戒與律師之懲戒又係個別規定，自不能以律師懲戒規則訂有委員迴避之規定，認為會計師之懲戒亦應比照辦理」，可併茲參照。

3. 為符合面試滿分為五〇〇分之規定，八十六年公費留考第四次委員會議乃決議援引八十五年公費留考第三次委員會議決議，面試委員一人缺席則面試成績總計以「除四乘五」換算為面試成績總分之方式辦理。又，縱如原告所謂謝 XX 係「應迴避」，而非「臨時缺席」，然迴避亦屬臨時缺席之狀況，故仍應按前項「除四乘五」之方式計算。

4. 綜上，本次考試均依相關作業規定辦理，程序並無違背法令之處，亦未見面試委員辦理面試有何權利濫用情形，應無違反

公平原則及損害原告權益情事。

（五）判決要旨

【主文】原告之訴駁回。

【理由】

1. 按考試決定涉及專業及教育判斷，其所依據之判斷基礎事實無法重新展現於法院之前，以供審查。且在作成決定時，非僅就當事人個人之表現單獨觀察，而係與其他應考人一併為觀察評量，故法院對考試決定之審查應受前述考試特性之限制，除是否遵守程序之規定，是否適用正確之考試標準，是否根據正確之事實，是否違反通常之評分標準，是否將考試無關之事項納入考量等事項外，均非法院審查之範圍。本件爭執問題（面試委員有應迴避之事由而未迴避，影響考試之公正），核屬考試之程序問題，自屬本院所得審查之範圍。

2. 查本件被告舉辦之公費留學考試，除聘任命題委員及閱卷委員時，註明「台端如因子弟參加本項考試而不宜命題，務請…函知本部國際文教處」（教育部八十六年十一月二十二日台（八六）文公八六一三五三二八號函）外，並無有關面試委員應迴避之規定，故面試委員謝 XX 未就其論文指導學生陳 XX 之應試迴避，並未違反有關法令之明文規定。惟考試既涉及主觀之判斷，尤以口試為然，為避免考試之公平性遭受質疑，允宜慎重其程序，避免可能之利益衝突，被告於辦理口試時，未能注意及之，其所為之程序難謂無瑕疵。

3. 原告應考之科目為法學門智慧財產權法組，五位面試委員中，謝 XX 委員及另二位委員對錄取人陳 XX 評分為九十分，其他二位分別為九十二分及九十五分，綜觀五位面試委員對陳 XX 之評分，均係法學門（包括智慧財產權法組）應面試之十四人中

最高分者，面試委員所為之評語亦屬肯定，例如：思路清晰表達清楚專業知識豐富、基礎法學知能及語文能力均相當充足富潛力、智慧財產權法之素養充分、專業知識良好語文能力良好、法學基礎與一般知識豐富等。而原告之面試成績分別為七十五分、七十五分、五十分、六十五分、八十分、其中三位面試委員所為之評分爲參加面試十四人中之最低者，對原告之評語除一位表示原告具國際觀對國際貿易之知識良好，屬肯定之評價外，其餘分別認爲當地語文能力不足將無法充分運用當地資料專業知識明顯不足、平平、留學地語文能力尙待充實、專業知識欠缺表達不足等，均非肯定之評價。綜上所述，面試委員謝 XX 未迴避參與面試，並未導致原決定有難以維持其效力之瑕疵。

4. 退而言之，縱於面試當時，發現委員謝 XX 不宜參加面試而迴避，致臨時發生委員缺額之情形，依被告八十六年公費留學考試第四次委員會議之決議援引八十五年公費留學考試第三次委員會決議之「面試委員有一人臨時缺席，該組考生面試成績總計以除四乘五換算為面試成績總分」方式，扣除面試委員謝 XX 之面試評分，計算出三名參加面試考生之面試總分，陳 XX 仍爲該三名參加面試考生之中筆、面試合計分數之第一名。是本件行政程序雖有質疑，然於考試之結果不生實質影響。原告雖主張，應逕行扣除謝 XX 之評分，以其他四位面試委員之評分結果乘以〇·一八計算總成績，依此計算，原告應爲錄取人等語。但面試委員迴避與缺席，事實上均造成委員不足，無法依一般情形計算分數，被告已有既定之補救措施，其援用作為計算成績之方式，於法並無不合，原告主張反於被告原有之計分方式，計算本件分數，有違平等原則，尙無可採。

5. 綜上所述，被告辦理八十六年公費留學考試面試之程序雖不無瑕疵，惟並未影響其結果，原處分尙無應予撤銷之違法情事，訴願及再訴願決定遞予維持，亦無違誤，原告起訴論旨核無理由，應予駁回。

（六）再審判決要旨

再審原告某乙不服前述判決，提起再審之訴。再審起訴意旨與再審被告答辯意旨仍各持前述起訴意旨與答辯意旨之意見攻防，焦點仍在（謝 XX）應迴避而未迴避之事實是否已影響考試之結果（錄取與否）。案經最高行政法院作成 92 年度判字第 51 號判決。

【主文】再審之訴駁回。

【理由】

1. 按「所謂判決理由與主文顯有矛盾，係指判決理由與主文之內容適得其反而言」，本院著有六十年裁字第八十七號判例。查本件原判決之主文爲「原告之訴駁回」，而其理由則載爲「面試委員謝 XX 未迴避參與面試，並未導致原決定有難以維持其效力之瑕疵，被告依其既定之計分標準，依五位面試委員評分之結果，計算成績，並爲陳 XX 錄取之決定，於法並無違誤」。「被告辦理八十六年公費留學考試之程序雖不無瑕疵，惟並未影響其結果，原處分尙無應予撤銷之違法情事，訴願決定及再訴願決定遞予維持，亦無違誤，原告起訴論旨核無理由，應予駁回」。則前開理由自係形成再審原告於前程序之訴應予駁回之論據，是原判決之主文與理由並無矛盾情形。

2. 再審原告主張，據傳言面試時面試委員均持有面試人之筆試成績，面試委員若與某些考生有特殊淵源者，委員間即會不正式交換意見，以決定由何人錄取云云，既為再審被告否認，再審原告所主張本屬傳言，又未提出任何證據以供調查，自無可採。又，關於面試委員謝 XX 發問內容及再審原告對該問題之回答，謝 XX 對再審原告回答之態度反應等，是否影響其他委員之判斷，及謝 XX 對再審原告及（錄取人）陳 XX 評分之差距是否過於懸殊，核屬各面試委員專業範圍之判斷事項，非本院所得審究。

3. 縱於面試當時，發現委員謝 XX 不宜參加面試而迴避，致臨時發生委員缺額之情形，依再審被告八十六年公費留學考試第四次委員會議之決議援引八十五年公費留學考試第三次委員會議之「面試委員有一人臨時缺席，該組考生面試成績總計以除四乘五換算為面試成績總分」方式，扣除面試委員謝 XX 之面試評分計算出三名參加面試考生之面試總分，陳 XX 仍為該三名參加面試考生之中筆、面試合計分數之第一名，是本件行政程序雖有質疑，然於考試之結果不生實質影響。再審原告雖主張，應逕行扣除謝 XX 之評分，以其他四位面試委員之評分結果乘以〇·一八計算總成績，依此計算，再審原告應為錄取人等語。但查，委員謝 XX 於面試當時如發現不宜參加面試而退出面試時，即發生面試委員不足之情形，再審被告就類似之情形於八十五年度公費留學考試第三次委員會中業已決議，面試委員臨時缺席時，以面試總成績除以四乘以五換算。八十六年度公費留學考試委員會決議，有關面試部分往例辦理，有各該議會記錄附卷可稽。面試委員迴避與缺席事實上均造成委員不足，無法依一般情形計算分數，再審被告已有既定之補救措施，其援用作為計算成績之方式，於法並無不合，再審原告主張反於再審被告原有之計分方式，計算本件分數，有違平等原則，尚無可採。

三、行政法院 88 年判字第 3000 號判決(88/06/30)： 曾參與訴願審議之委員應否迴避參與該事件 之再訴願程序？³

(一) 案例事實

原告某丙、某丁分別於民國(以下同)六十年、六十五年間，依當時有效之中醫師檢覈辦法(51/03/23)第二條、第八條及醫師法第三條之規定，以中醫師、中醫針灸科檢覈及格，獲考試院頒發之中醫師考試及格證書與行政院衛生署核發之中醫師證書，分別加入台北市中醫師公會，取得公會會員證書。嗣原告於八十五年七月十二日檢附前揭證書向被告(台北市衛生局)所屬大安區衛生所申請開業、執業，經該所否准所請。原告不服，向台北市政府提起訴願，經以大安區衛生所逕為核處，行政管轄難謂適法等

³ 類似爭議亦見於行政法院 85 年判字第 1443 號判決(85/06/19)--行政院公平交易委員會(以下簡稱「公平會」)委員參與作成行政處分後，可否更擔任公平會訴願審議委員會委員，參與該案之訴願審議程序？法院認為：公平交易委員會組織條例第十一條至第十三條規定，公平會委員須超出黨派以外，於任職期間不得參加政黨活動，並依法獨立行使職權，足見其係具有獨立及專業性，且合議之行政組織，羅致學者、專家組成，於具體個案之決定上，亦具有準司法性之特性，是公平會組設之訴願審議委員會之委員，雖多為公平會委員兼任，惟其亦同時具有專家、學者及社會公正人士身分，參酌公平會所具有之獨立性、專業性及準司法性等特性，與(舊)訴願法第二十六條第一項規定並無抵觸，自無組織不合法之可言。上開論證似有規避問題、模糊焦點之嫌疑，蓋本案爭點在於：公平會委員應否「迴避」擔任公平會訴願會委員，而非公平會訴願會之組成中是否具有比例之專家學者。

該案實際涉及一更為根本的制度問題—對於專業的「獨立管制委員會」(independent regulatory commission)(公平會屬之)經詳細調查、審議程序作成之行政處分，如有不服，是否仍須經過訴願程序，抑或應依行政程序法第一百零九條(「不服依前條[按指經聽證程序]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」)之精神，許其逕行行政訴訟。

由，訴願決定「原處分撤銷，由原處分機關另為處理」。被告（台北市衛生局）乃另為處分，於八十六年一月三十日函告，略以：「申請中醫師開、執業登錄乙案，核與現行醫政管理規定不符，本局歉難同意」。原告等仍不服，一再訴願均遭決定駁回，乃提起本件行政訴訟。

「起訴意旨」與「答辯意旨」皆有關本案實體問題之攻防，與本文主題無涉，爰從略。

（二）判決要旨

【主文】再訴願決定撤銷。

【理由】按行政院暨所屬機關訴願審議委員會組織規程(61/07/25)第五條明定：委員曾在他機關參與訴願事件之處分或決定者，應予迴避。本件醫師法事件，前經被告提起訴願，經台北市政府於八十六年七月十五日以府訴字第八六〇五三七六〇一號訴願決定書駁回訴願在案，該訴願決定之審議委員有…、黃XX、…等人，原告等仍不服，提起再訴願，經行政院衛生署於八十七年二月二十七日以衛署訴字第八六〇六七六號再訴願決定駁回在案，該再訴願決定之委員有…、黃XX、…等人。經核黃XX既參與訴願決定，依上開規定，自應迴避再訴願決定之參與，惟未依法迴避，仍為再訴願決定之審議，有所違誤，原告等起訴意旨雖未指摘此點，本院依職權仍應將再訴願決定撤銷，發回再訴願決定機關另為適當之處分。

四、爭點整理

綜觀前揭案例，牽涉的主要爭點可分為四大類：

（一）關於迴避規定的性質問題，包括：

- 迴避規定旨在維護什麼利益？係為確保行政決策之結果公正？抑或確保公眾對於行政決策公正性(integrity of the decision making process)的信賴？
 - 行政程序中的迴避與司法程序中的迴避有無不同？兩者係本質有別，抑或程度（關於程序公正的期許程度）有別？
 - 考選「命題」及「評分」之行爲，有無「迴避」規定之適用？
 - 「迴避」為實定法所創設的義務(statutory obligation)？抑或並屬「一般法律原則」(general principle of law)，原無待乎明文？
- （二）迴避有關的實體問題，包括：
- 迴避的事由有哪些？如何分類？
 - 何謂「其他具體事實，足認執行職務有偏頗之虞」？如何認定？
- （三）迴避有關的程序問題，包括：
- 哪樣的「當事人」得於「何時」申請（公務員）迴避？
 - 未即時申請迴避者，即發生程序上失權效果 -- 視為棄權，「應迴避而未迴避」之程序瑕疵因而自行治癒？
 - 迴避義務有無違反為行政爭訟機關（行政法院、訴願受理機關）應依職權審查之事項？
 - 申請迴避之當事人應負如何舉證責任？
- （四）關於迴避義務違反的效果問題，包括：
- 「應迴避而未迴避」之程序瑕疵，對於經由該程序所獲致之實體決定，有何影響？概為「得撤銷」？或程序雖有瑕疵，然於實體結果並無影響者，應不撤銷？
 - 「應迴避而未迴避」之程序瑕疵，得因採取「補救措施」而

治癒（「補正」）？

貳、問題解析

茲參酌前揭爭點，試就迴避義務有關問題解析如下。

一、迴避義務定性

前揭本法第三十二條及第三十三條所定「迴避義務」屬於本法「程序規定」之部分，亦即「正當行政程序」⁴之一環。其理念源自英國「自然正義法則」(rules of natural justice)與美國「法律正當程序」(due process of law)；⁵其體例則參考德國聯邦行政程序法，及我國民事訴訟法、刑事訴訟法相關規定。⁶

(一) 迴避制度旨在維護公眾對於決策程序的信賴

「自然正義」者，任何人不得自斷其案，依其固有之理性，即可判斷為正當者。「自然正義法則」由兩大柱石所構成：「任何人不得自斷其案」(no man shall be a judge in his own cause, *Nemo iudex in causa sua*)與「兩造兼聽」⁷(both sides shall be heard, *Audi*

⁴ 參見湯德宗，〈論正當行政程序〉（輯於本書頁1以下，頁10~15）。

⁵ 美國憲法增修條文第五條規定：「任何人……非經法律正當程序，不應受生命、自由或財產之剝奪」。詳細討論參見湯德宗，〈論憲法上的正當程序保障〉（輯於本書頁277以下，頁169~175）。

⁶ 參見，立法院法制委員會，陳委員婉真、趙委員永清等二十四人、吳委員東升等二十人擬具、行政院函請審議「行政程序法草案」案暨協商基礎試擬案條文對照表，頁44~46（1996年11月20日）。

⁷ 歐體法院(European Court of Justice)亦承認「兩造兼聽」為行政程序之基本原則(Case 17/74 *Transocean Marine Paint v. Commission* [1974] E. C. R. 1063 at 1080; Case 85/76 *Hoffmann-La Roch v. Commission* [1979] E. C. R. 461 at 511;

alteram partem)。「任何人不得自斷其案」乃為確保決策之「公正」(impartiality)，使「免於偏頗」(free from bias)，亦稱「禁止偏頗法則」(rule against bias)；至「兩造兼聽」旨在維護程序之「公平」(fairness)，亦稱「聽證權」(right to be heard)。⁸前者重在機關之自我約束，後者重在適時給予當事人合理的參與機會。

本文所謂「迴避義務」，在英國係涵攝在「禁止偏頗法則」(rule against bias)之下，以「偏頗」(bias)或「不適任」(disqualification)稱之。關於「禁止偏頗法則」的意涵，各家說法雖有出入（廣狹不同）；然關於其目的，在歷經長時期辯論之後，已趨於一致。大法官 Lord Hewart C.J. 嘗謂：「最關緊要的是，正義不僅應獲得實現，而且應顯然而無疑地被人這麼認為」(“It is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”)⁹，殆已為法院普遍奉為規臬。亦即「禁止偏頗法則」所禁止者，毋寧為「偏頗之虞」(appearance or risk of bias)或「看似偏頗」(apparent bias)，而非侷限於「偏頗」(bias in fact)或「確有偏頗」(actual bias)。¹⁰準此理解，迴避制度旨在維護公眾對於決策程序的信賴(public confidence in the decision-making process)。

Case 136/79 *National Panasonic v. Commission* [1980] E. C. R. 2033 at 2058 (para. 21))，歐洲理事會(Council of Europe)一九七七年通過決議(Resolution of September 28, 1977, Council of Europe, Information bulletin on legal activities, June 1978, at 45)規定：「凡行政處分可能對個人權利、自由或利益造成不良影響者，當事人得提出事實與主張，必要時並得聲明證據，要求機關斟酌」。JÜRGEN SCHWARZE, *EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW* 1324-1325 (1992).

⁸ *Kanda v. Government of Malaya*, (1962) A.C. 322, at 337; see RICHARD GORDON Q.C., *JUDICIAL REVIEW: LAW & PROCEDURE* 30 (2nd ed. 1996).

⁹ *R. v. Sussex JJ.*, ex p *McCarthy* [1924] 1 K.B. 256, 259. 另說以為，前揭引文中之“be seen”應是“be seem”之誤繕，see *R. v. Essex JJ.*, ex p. *Perkins* [1927] 2 K.B. 475, 488.

¹⁰ DE SMITH, WOOLF & JOWELL'S, *PRINCIPLE OF JUDICIAL REVIEW* 413-4 (Sweet & Maxwell, 1999).

細繹本法規定，亦可得出相同結論。按本法第三十二條¹¹所定公務員「應自行迴避」之事由，無論第一、二款所定之特定「個人利益」(personal interest)關係，或第三、四款所定之「先前參與」(previous participation)關係，只需具有該等關係之一，即應迴避，並不以實際致生「偏頗」為必要。本法第三十三條第一項規定：公務員有前條所定情形而不自行迴避者，或「有具體事實，足認其執行職務有偏頗之虞者」，當事人得「申請迴避」。其將第三十二條所列舉之情形，與「足認其執行職務有偏頗之虞之具體事實」並列，尤足顯示「迴避」制度所思防免者乃「偏頗之虞」！究其所以不以避免「偏頗」為滿足，更求避免「偏頗之虞」，無非為維護公眾對於決策程序之信賴！本條立法理由¹²明載：「行政程序之進行首重公平，若主持者或參與者之公務員有不公之情形，則有損程序之正當」，亦可佐證。

「迴避」既以保障公眾對於決策程序的信賴為目的，凡有「偏頗之虞」即足侵害其保護之法益，則前揭問題案例二（公費留考案）以「繫爭口試委員雖應迴避而未迴避，但於實體結果並無影響」（亦即「實際未造成偏頗」）為由，駁回原告之訴，即不無可議。實則，前揭三則案例於此關鍵問題之立場各不相同。案例一（命題委員應試案）中原告雖力陳：其雖參與題庫命題在先，復參加考試在後，惟其命題中選比例既屬有限，且時隔多日已不復記憶，實際並未影響考試成績（亦即「實際未造成偏頗」），

¹¹ 本法第三十二條：「公務員在行政程序中。有下列各款情形之一者，應自行迴避：

一、本人或其配偶、前配偶、四親等內之血親或三親等內之姻親或曾有此關係者為事件之當事人時。

二、本人或其配偶、前配偶就該事件與當事人有共同權利人或共同義務人之關係者。

三、現為或曾為該事件當事人之代理人、輔佐人者。

四、於該事件，曾為證人、鑑定人者」。

¹² 參見，前揭（註6）條文對照表，頁43。

但終不為法院所採。該判決書所謂「原告之立足點[較其他應考人]顯然優越，於考試應公平競爭之原則即有違背」，實際已認同：迴避制度乃在維護公眾對於考試程序的信賴！案例三（訴願委員參與再訴願案）雖當事人不曾指摘「迴避」問題，法院仍逕依職權認定訴願委員之一黃XX前曾參與訴願，復參與該案之再訴願，自有「偏頗之虞」，而撤銷再訴願決定。究其認知實亦認同迴避之設乃為昭公信也！前揭三案顯示行政法院關於「迴避」制度的本旨，認識不清，時而以造成「偏頗」（確有偏頗）為要件，時而以有「偏頗之虞」（看似偏頗）為已足，見解矛盾。

（二）行政程序之迴避與司法程序之迴避，本質相同，程度或有不同

1. 英國

按「自然正義法則」初僅適用於「司法程序」；後因行政權能擴張，乃擴及「行政程序」。惟繫爭行政行為須屬「司法」(judicial)，而非「行政」(executive or administrative)之性質，始有適用。¹³晚近見解更寬，認為不論公務員所行使的職能為「行政」(executive or administrative)或「準司法」(quasi-judicial)之性質，皆有「公正作為之義務」(duty to act fairly)。¹⁴惟通說以為，「禁止偏頗法則」既由「任何人不得自斷其案」的理念而來，仍僅限於公務員行使司法職能(in a judicial capacity)時，始有適用。¹⁵準

¹³ See e.g., *Nakkuda Ali v. Jayaratne*, [1951] AC 66; *R v. Metropolitan Police Comr, ex p Parker*, [1953] 2 All ER 717, [1953] 1 WLR 1150, DC.

¹⁴ *Re K (H) an infant*, [1967] 2 QB 617, 1 All ER 226; see, DAVID FOULKES, *ADMINISTRATIVE LAW* 286 (8th ed. 1995).

在 *Schmitt v. Secretary of State for Home Affairs*, [1969] 2 Ch 149, [1969] 1 All ER 904 一案，Lord Denning 甚且明言：前此公務員「司法」與「行政」作為的區分已不復存在。*Id.*

¹⁵ See, e.g., D. FOULKES, *supra* note 14, at 294.

此以觀，行政程序之迴避與司法程序之迴避，本質上應屬相同--皆為維護公眾對於決策程序的信賴。至於兩者在程度上是否有所差異，亦即，所思維護之公眾（對於決策程序的）信賴之「程度」有無不同，則需進一步在既有普通法(common law)傳統，又制定有「行政程序法」的美國探求。¹⁶

2. 美國

美國聯邦行政程序法(Administrative Procedure Act, APA)¹⁷運用兩個區分基準：「規則訂定」(rulemaking)或「行政裁決」(adjudication)，「正式程序」(formal procedure)或「非正式程序」(informal procedure)，將行政程序（亦即「行政行為」）分成四類：

- 正式的規則訂定(formal rulemaking)；
- 非正式的規則訂定(informal rulemaking)；
- 正式的行政裁決(formal adjudication)；及
- 非正式的行政裁決(informal adjudication)。

並以此配置程序規定，略如【圖一】所示。

美國行政程序法中相當於本文所謂「迴避」之規定，載於 5 U.S.C. § 556 (b)：

「主持 [聽證程序] 之公務員及依據本篇第 557 條之規定參與決定之公務員，應以公正之態度執行職務。主持之公務員或參與 [決定] 之公務員得隨時自行迴避。於收悉 [當事人] 基於善意，以主持之公務員或

¹⁶ 英國並無一般性的「行政程序法」立法，亦不似美國那麼強調「行政立法」與「行政裁決」的區分。

¹⁷ 5 U.S.C. § 551 *et seq.* 關於 APA 的介紹，參見湯德宗，〈第十六章 行政程序法〉，輯於翁岳生（編），《行政法二〇〇〇（下冊）》，頁 787 以下（頁 814-815）（台北：翰蘆，2000 年 3 月二版）。

參與之公務員具有個人偏見(personal bias)或其他不適任(other disqualification)情形為由，及時提出並經適當具結之申請時，[所屬]機關應作成 [該公務員應否迴避之] 決定，並列入該案紀錄」。¹⁸

上開規定依法¹⁹原應適用於「正式程序」（含「正式的行政裁決」(formal adjudication)與「正式的規則訂定」(formal rulemaking)程序）。但因受到「規則訂定」(rulemaking)與「行政裁決」(adjudication)區分的影響²⁰，復因僅「正式行政裁決」程序始有（類似「審檢分隸」的）所謂「職能分工」(separation of functions)²¹可

¹⁸ 5 U.S.C. § 556 (b) (“The functions of presiding employees and of employees participating in decisions in accordance with section 557 of this title shall be conducted in an impartial manner. A presiding or participating employee may at any time disqualify himself. On the filing in good faith of a timely and sufficient affidavit of personal bias or other disqualification of a presiding or participating employee, the agency shall determine the matter as a part of the record and decision in the case”).

譯文中方括弧 [] 內的文字，乃作者為方便讀者理解而附加者，相當於一般所謂「譯者按」。

¹⁹ 5 U.S.C. § 556 (a) (“This section applies, according to the provisions thereof, to hearings required by section 553 or 554 of this title to be conducted in accordance with this section”).

²⁰ 兩者的區別在於「行政裁決程序」處理的是「裁決事實」(adjudicative facts)，「規則訂定程序」處理的是「立法事實」(legislative facts)。按 K. Davis 教授的見解：所謂「裁決事實」通常係在回答誰(who)在何處(where)、何時(when)、如何(how)、基於何種動機或意圖(with what motive or intent)做了什麼(what)的問題；裁決事實大體為應由陪審團認定的事實。「立法事實」通常未有直接的當事人，而是有助於法庭認定法律暨政策問題(questions of law and policy)以及裁量(discretion)的一般事實(general facts)。See, 2 K. DAVIS, ADMINISTRATIVE LAW TREATISE, §§ 10.5, 12.6 (2nd ed. 1979), 並見湯德宗，前揭（註 17）文，頁 794~796。

²¹ 為確保「聽證」之公正，美國聯邦行政程序法(5 U.S.C. § 554 (d))禁止曾經參與案件調查或告發業務的公務員，主持聽證或建議行政處分。實務上各機關乃多設置專司主持聽證、研擬處分的「聽證官」(hearing examiner)，或稱「行政

言，實務上乃限縮上開規定的適用範圍，認僅於公務員行使「司法或準司法權力」(judicial or quasi-judicial power)時，亦即，僅於「正式行政裁決」程序，始有「迴避」規定的適用；²²教科書通常亦僅在「正式行政裁決」章節中，討論(公務員)「迴避」問題。²³至於法院法官之迴避(司法程序之迴避)則另行規定於 28 U.S.C. § 455，其詳盡程度遠勝於前揭行政程序迴避規定(5 U.S.C. § 556 (b))。總此，美國僅於「部分」行政程序(大抵為「正式行政裁決」程序)，適用(較法院)相對寬鬆的迴避規定。

3.我國

本法博採各國立法例，²⁴規範至少七種「行政程序」²⁵，種類之多(適用範圍之廣)殆為各國之冠。前揭本法第三十二條既泛稱「公務員在『行政程序』中…」，按文義解釋，應認為本法所

法法官」(administrative law judges)。另一方面，聽證官亦不受機關內負責調查或告發業務的公務員之監督，其懲戒(含免職)僅能由「功績制度維護委員會」(Merit System Protection Board)經聽證後為之(5 U.S.C. § 7521)，其薪給亦由「人事管理處」(Office of Personnel Management)決定，服務機關首長不能左右(5 U.S.C. § 5372)。此種機關內部的「職務分工」，與「審檢分立」的目的類似，皆為避免「結構性偏頗」(structural bias)。

²² See, *Sec v. R.A. Holman & Co.*, 323 F.2d. 284 (D. C. Cir. 1963), *cert. denied* 375 U.S. 943 (1963).

或謂「正式規則訂定」程序雖亦有迴避規定之適用，惟其「偏頗之虞」之認定與在「正式行政裁決」中不同，殆無成立之可能。See, e.g., *Association of National Advertisers, Inc. v. FTC*, 627 F.2d 1151 (D.C.Cir.1979), *cert. denied* 447 U.S. 921 (1980). See also Strauss, *Disqualification of Decisional Officials in Rulemaking*, 80 COLUM. L. REV. 990 (1980).

²³ See, e.g., ALFRED C. AMAN, JR. & WILLIAM T. MAYTON, *ADMINISTRATIVE LAW* 249-253 (2nd ed., 2001); RICHARD J. PIERCE, JR., *ADMINISTRATIVE LAW TREATISE*, Vol. II, § 9.8 (4th ed. 2002).

²⁴ 參見湯德宗，前揭(註4)文，頁3~7。

²⁵ 參見本法第二條第一項(「本法所稱行政程序，係指行政機關作成行政處分、締結行政契約、訂定法規命令與行政規則、確定行政計畫、實施行政指導及處理陳情等行為之程序」)。

定七種行政程序皆有「迴避」之適用。惟如此解釋，將使我國行政程序中「迴避」規定的適用範圍不僅大於英國(僅適用於「公務員行使司法權能」時)、美國(大抵僅於「正式行政裁決」程序適用)、日本，抑且大於德國，是否合理、可行，殊成疑問。

按日本行政手續法(1993)僅規範(作成)「行政處分」與(實施)「行政指導」兩種行政程序；其第十九條所定之「迴避」，僅在規範「聽證」主持人，而聽證僅「不利處分」有之，故其「迴避」之適用範圍殆與美國相當。次按，德國聯邦行政程序法第九條、第七十一條及第七十二條等規定，同法第二十條之「自行迴避」與第二十一條之「申請迴避」，應適用於作成「行政處分」與締結「公法契約」(即「行政契約」)等兩種「行政行為」之「非正式程序」及(須經聽證之)「正式程序」；另，「計畫確定程序」概須經聽證，亦有「迴避」之適用。是知德國雖不採美國「職能分工」(separation of function)原則，但設有一般性的迴避規定，普遍適用於該法所定各種行政程序，以維程序之公正。

本法既不採美國之「職能分工」原則-- 設置專職的聽證主持人，將「聽審、裁決」和「調查、告發」兩種工作，分由不同公務員擔任-- 而仿德國立法例設「迴避」規定，解釋上自難循美、日立法例，將「迴避」限縮於「正式行政裁決」(須經聽證之行政處分)程序。然而，「迴避」規定一概適用於各種行政程序，又不免流於浮濫而難以施行，勢需尋求折衷。余意以為，迴避規定應僅適用於發生法律效力之個別、具體行政行為--「行政處分」與「行政契約」，至多並得視其情形，擴大適用於不具法律效力之個別、具體行政行為--「行政指導」與「陳情處理」。至於法規命令訂定程序(含本法第一百五十六條所定「正式法規命令訂定」程序)，則不適用「迴避」規定。

蓋法規命令不同於行政處分，非針對特定人，而影響普遍。主事公務員縱與待決命令有「利害關係」，或對其間所涉問題「存有成見」，並不當然即有「偏頗之虞」；程序縱有不公，亦非必

依賴司法途徑獲得救濟，循政治途徑矯正往往更為有效。於法規命令訂定程序屬行迴避規定，乃無必要。再者，嚴格言之，我國並無相當於美國「正式的規則訂定」程序。按「法規命令」縱經「聽證」而訂定，其「聽證紀錄」亦僅供機關決策之參考（「斟酌」），機關無須「依聽證紀錄訂定命令」，蓋本法第四章（法規命令及行政規則）未有如同第一百零八條第一項但書之規定²⁶也。

（三）考選「命題」及「評分」應有迴避規定之適用

前述問題案例一（命題委員應試案）與案例二（公費留考案）分別涉及考試之「命題」及「評分」行為。「命題」及「評分」，依其情形，輒形成行政處分。兩案繫爭行為作成時，本法尚未制定，自無從適用前揭本法迴避規定；或謂：倘該兩案發生於今日，且縱採前文建議，限縮「迴避」之適用範圍，使僅限於「行政處分」與「行政契約」，然因本法第三條第三項第八款明定：「考試院有關考選命題及評分之行為」，不適用本法之「程序規定」（含迴避規定），考試「命題」及「評分」仍無「迴避」之適用！

上述說法顯有誤解，應予澄清。按迴避制度既在維護公眾對於決策程序之信賴，考試決策程序，依其性質，尤需獲得公眾信賴。蓋考試一方面須尊重「命題」委員、「評分」委員於命題及評分之專業「判斷餘地」，²⁷他方面考選程序屬性競爭，應考人間利益對立，程序上稍有疏失，即可能導致考試公正性遭受質

²⁶ 本法第一百零八條第一項：「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。但法規明定應以聽證紀錄做成處分者，從其規定」。

²⁷ 參見大法官翁岳生、楊日然與吳庚，於司法院大法官解釋第三一九號解釋所提出之「一部不同意見書」，載《司法院大法官解釋續編（七）》，頁135~137（台北：司法院秘書處，1994年6月初版）。

疑，是以更無排除迴避規定之理！試問：公眾豈容命題委員「命題」於先，復自行「應考」或自為「評分」於後？又，豈容命題委員與考生私下為「片面接觸」，交換試題意見？

前揭本法第三條第三項之措辭（「下列事項，不適用本法之程序規定」）顯有「過度排除」（over-exclusive）的語病。其真意非指本法所定所有「程序規定」，概不適用；毋寧乃指「性質上與考試不相容之程序規定」，始排除不用。²⁸按考選「命題」與「評分」，因涉及專業判斷，且試卷數量龐大，評閱時間有限，故有關「聽證權」（含非正式的「陳述意見」與正式的「聽證」）及「說明理由」等程序規定，殆無適用之可能。至於「迴避」規定，既不妨害命題及評分之專業判斷，亦不至於無理增加機關負荷，並無排斥不用之理。此對照德國聯邦行政程序法第二條第三項第二款之規定²⁹，自明。

細釋前揭問題案例一與案例二，法院實際亦認同考選「命題」及「評分」應有「迴避」之適用，只是苦無明文。有關機關於前揭判決作成後，皆已增修法規，補強迴避規定。³⁰

²⁸ 參見湯德宗，法務部行政程序法諮詢小組第三十三次會議意見（92/03/28）。

²⁹ 德國聯邦行政程序法第二條第三項第二款（「有關人的成就、能力及類似之考試之官署事務，只適用本法...第二十條 [按指迴避] 至第二十七條、第二十九條 [按指卷宗閱覽請求權] 至第二十七條...」）。

³⁰ 參見典試法(91/01/16)第二十六條：「經選聘之典試委員、命題委員、閱卷委員、審查委員、口試委員、實地考試委員，於其本人、配偶三親等內之血親、姻親應考時，對其所應考試類科有關命題、閱卷、審查、口試、測驗、實地考試等事項，應行迴避。（第一項）參與題庫試題命擬與審查者，於報名參加該類科考試時，應主動告知考選部（第二項）」。

教育部公費留學考試面試注意事項（90/06修正）第十條：「面試委員及辦理試務人員，如有配偶、前配偶或有三親等內之血親、姻親應試，應行迴避。面試委員為應考人現任機關首長或直屬長官或為應考人學位論文之指導教授者亦同」。

(四) 迴避義務並為一般法律原則

前揭問題案例一（命題委員應試案）與案例二（公費留考案），法院雖感應有迴避規範，然同苦於其時有關法令並無（繫爭當事人應行迴避之）明文。案例一中，法院以「舉輕以明重」為由，認定（解釋）「本人」亦在典試法二十一條所定迴避之列；案例二中，法院反是，認定（解釋）雖口試程序「難謂無瑕疵」，然「並未違反有關法令之明文規定」。兩者見解矛盾。

實則，維護公眾對於決策程序的信賴，乃普遍有效的程序價值(procedural values)。迴避義務除由實定法(statutes)所創設者外，並應認為係屬「一般法律原則」。法國行政法上所謂「法律一般原則」(les principes généraux du droit)兼有實體與程序基本原則，「禁止偏頗」法則亦屬之。³¹我國行政法院歷來亦承認有所謂「行政法理」³²，大可將「迴避」納入。³³尤其，我國憲法規定與德國不同，毋寧較接近於美國，亦列有「正當程序保障」(due process guarantee)，其內涵並迭經大法官解釋而日益充實。³⁴

承認迴避義務並為「一般法律原則」，具有填補法令闕漏的實益。申言之，本法施行（90年1月1日）之後，本法所定「迴避」規定，對於適用範圍內之行政行為，除其他法律另有（較本法）更嚴格之（迴避）規定，因而構成本法之「特別法」而優先適用者外，皆有其適用。³⁵其在本法施行前（如前揭案例一與案

³¹ L. NEVILLE BROWN & JOHN S. BELL, FRENCH ADMINISTRATIVE LAW 205-223, 217 (4th ed. 1993).

³² 參見司法院行政訴訟及懲戒廳編印，《最高法院法院裁判要旨索引彙編（第二輯）》，頁1221~1247（台北：司法院秘書處，2001年12月）。

³³ 前揭問題案例三認迴避事由是否存在，乃法院應依職權審究之事項，不待當事人主張，實際已經近乎承認其為一般法律原則矣。

³⁴ 參見湯德宗，前揭（註5）文，頁276~294。

³⁵ 亦即，本法應定性為「行政程序之基本法」，參見湯德宗，〈論行政程序法之適用〉（輯於本書頁127以下，頁158~164）。

例二），或本法規定有時而窮時，仍可援引「一般法律原則」促其迴避，一如民事，法律未規定、亦無習慣者，應依「法理」一般。³⁶

二、迴避義務有關實體問題

「迴避」之性質既明，以下擬更釐清迴避有關的實體問題，包括：迴避的事由、迴避的概念、及偏頗的認定等。

(一) 迴避的事由

1. 「自然正義」下的「偏頗」概念

按普通法(common law)係由無數法院案例累積構成，關於其中所含法則(rules)之歸納，可謂言人人殊，巧妙各有不同。唯其如此，適足以相互啟發、事理愈明。

牛津大學教授 D. J. Galligan³⁷嘗分析，造成「不公正」的主要途徑有二：

- 「偏頗」(being biased)。指決策者偏袒一方之謂，亦寓含預設立場之意。可能造成偏頗的原因（亦應行迴避之事由），

現行法關於迴避事由之規定，實際並不統一。有僅規定「利益關係」為迴避之事由，而不及於其他事由者，例如：私立學校法(89/10/19)第二十八條（董事會應通知校長列席董事會議。但如涉及校長本身利害關係時，除必要之說明外，校長應迴避）、都市更新審議委員會組織準則(88/05/21)第十條（審議委員會開會時，有利害關係之委員應自行迴避）、公務員服務法第十七條（公務員執行職務時，遇有涉及本身或其家族之利害事件，應行迴避）。為免「其他未列舉而有偏頗之虞之情形，可無庸迴避」之荒謬結論，使本法迴避規定自動發揮補充適用的功用，確有必要。

³⁶ 參見民法第一條（「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」）。

³⁷ D. J. GALLIGAN, DUE PROCESS AND FAIR PROCEDURES: A STUDY OF ADMINISTRATIVE PROCEDURES 437-441 (1996).

可析分為三類：

- 「個人偏見」(personal bias)，強調因公務員個人因素而造成偏頗。包括：個人的偏好或感覺(personal preferences or feelings)、個人(財產上或情感上的)利益(personal interest)、因為親友的利益致使公務員對於待決事件產生個人關連(personal connection)等。法院對於此類事由，向採嚴格態度---凡有偏頗之跡象，即認定有「偏頗之虞」。
 - 「體系偏見」(systematic bias)，指偏好或預設非因個人利益，或其刻意採取之立場所致，毋寧因決策者隸屬於某一社會階層，或出身某種背景，或在某一組織情境下工作之結果。體系偏見承認：特定社會環境會形生某種優勢態度，影響所屬成員的行為與觀點。體系偏見與個人偏見作用略同，皆因不正當理由的介入，而扭曲決策程序。
 - 「認知偏見」(cognitive bias)，指決策過程中所為某些假設，或採取某些步驟，乃不合理並有導致錯誤結論之效力。社會心理學家研究顯示：時間、知識、成本等，皆為誘使決策者在複雜的決策過程中，減少思考選項(簡化思維)的理由。
- 「喪失獨立」(loss of independence)。包括：
- 賄賂：因利誘而使人喪失決策自主。
 - 脅迫：因懼怕而使人喪失決策自主。

Richard Gordon 教授認為可能產生偏頗的情形主要有三：³⁸

³⁸ RICHARD GORDON Q. C., *supra* note 8, at 30-2 (1996).

- 不適任者參與程序(a disqualified person participates):所謂「不適任者」指對待決事件具有直接金錢上利益(directly pecuniary interest)，或具有其他利害關係，而偏袒或可能偏袒一造當事人者；
- 對事件預設立場(prejudging)：例如裁決者就待決案件所涉問題曾表達過明確意見，而有預判之危險者；
- 接觸裁決者(access to the adjudicator)：例如檢察官於裁決者合議時在場；或檢察官曾向裁決者私下提交證據。
- 牛津大學 Paul Craig 教授³⁹將「偏頗」分為兩大類：
- 「個人利益」(personal interest)。又分為：
- 「金錢利益」(pecuniary interest)。法院向來以為，決策者對於程序之結果具有「金錢利益」時，不論金額多寡，應即迴避；法院無庸審究是否「有偏頗之合理懷疑或確有偏頗之可能」(reasonable suspicion or real likelihood of bias)。⁴⁰
 - 「其他個人利益」(other personal interest)。決策者於程序之結果具有「其他個人利益」，例如：家族關係、商業關係等，而「有偏頗之合理懷疑」或「確有偏頗之可能」時，亦應迴避。
- 「機構」(institutional)偏頗。指決策者因其所屬機構意欲達成特定目標，而刻意使程序產生特定結果。又分為
- 「審檢不分」。例如：鄉代表會(town council)指示鄉秘書(town clerk)起訴某人，嗣後審理法官之一正是前曾指

³⁹ P. P. Craig, *Administrative Law* 451-5 (4th ed. 1999).

⁴⁰ *See, e.g., R. v. Rand* (1866) L.R. 1 Q.B. 230; *Lesson v. General Council of Medical Education and Registration* [1889] 43 Ch.D. 366.

示起訴之鄉代表會代表，法院爰以此撤銷原審理之決定。此與前述美國「職能分工」的概念十分類似。

- 「機構意見」(institutional opinion)。例如：該管公務員對於待決事件具有「強烈意見」(“strong views”)或「預設想法」(“preconceived ideas”)；公務員固應充分考量各種意見與資訊，惟因「機構意見」而認定有偏頗之虞者，實際並不多見。

De Smith, Woolf & Jowell 等三位教授將「因偏頗而迴避」之事由分為三大類：⁴¹

- 直接的金錢或財產利益(directly pecuniary or proprietary interests)；
- 參與其曾參與審決案件之上訴(participation in appeal against own decision)；
- 因個人態度及關係而有偏頗之虞(likelihood of bias because of personal attitude and relationships)，例如：個人敵意(personal hostility)、個人情誼(personal friendship)、家庭關係(family relationship)、專業及職業關係(professional and vocational relationship)、僱傭(employer and employee)關係、因對事態度而有偏頗(bias because of attitudes towards the issue)等。

2. 「正當程序」下的「偏頗」概念

美國「正當程序」要求行政裁決的決策者應維持中立(neutral)而不偏頗(unbiased)。喬治城大學 Pierce 教授認為「偏頗」(bias)概念包含五種意思：⁴²

- 對法律或政策問題有預設立場或觀點(a prejudgment or point

⁴¹ DE SMITH, WOOLF & JOWELL'S, *supra* note 10, at 421-437.

⁴² PIERCE, *supra* note 23, at 648-679.

of view about a question of law or policy)⁴³；

- 關於立法事實的成見(prejudgment about legislative facts)，指對有助於澄清法律或政策意涵的立法事實存有成見；⁴⁴
- 預前知悉裁決事實(advance knowledge of adjudicative facts)，指決策者對於繫爭之裁決事實-- 誰(who)在何時(when)、何地(where)、基於何種動機(with what motive or intent)、如何(how)作了些什麼(what)-- 已有所悉；⁴⁵
- 個人偏見或成見(personal bias or prejudice)，指決策者個人對案件當事人的偏袒或敵意；
- 個人利益(personal interest)，指決策者將直接由待決案件之決定，獲得或失去利益。此當然構成迴避之事由。⁴⁶
印第安那大學教授 Aman 與埃默里大學教授 Mayton 將成見(bias)分為兩類：⁴⁷
- 結構性成見(structural bias)：指未厲行「職能分工」(separation of functions)，未將「調查、告發」與「裁決、處分」的工作，分由不同公務員擔任；
- 個人偏見與預設立場(personal bias and prejudgment)：包括

⁴³ 除其強度已達不公之地步外，實務上鮮少以「觀點偏頗」要求迴避。See, e.g., NLRB v. Pittsburgh S.S. Co., 337 U.S. 656 (1949).

⁴⁴ 除其成見使得決策者心靈封閉、無可改變(irrevocably closed mind)者外，尚不構成迴避之事由。See, e.g., FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683 (1948).

⁴⁵ 事先知悉裁決事實，係因決策者前曾參與裁決(「曾經參與前審」)所致者，構成迴避事由，see, e.g., Cinderella Career and Finishing Schools, Inc. v. FTC, 425 F. 2d 583 (D.C. Cir. 1970); American Cyanamid Co. v. FTC, 363 F.2d. 757 (6th Cir. 1966)。此外，並不構成迴避事由，see, e.g., Withrow v. Larkin, 421 U.S. 35 (1975).

⁴⁶ See, e.g., Tumey v. Ohio, 273 U.S. 510 (1927); Ward v. Village of Monroeville, Ohio, 409 U.S. 57 (1972).

⁴⁷ AMAN & MAYTON, *supra* note 23, at 246-253.

- 決策者對程序之結果有金錢上利益(monetary interest)；⁴⁸
- 決策者曾為該案件之律師、證人；
- 決策者曾對待決事件中之特定事實(specific facts)公開表示立場。⁴⁹

3.我國三分式的迴避事由

本法關於迴避事由，採取三分法：

- 個人利益(personal interest)。本法第三十二條第一、二款以公務員與待決事件具有一定之個人利害，難期公正，即為迴避之原因。又分為：
 - 家庭關係(family relationship)。第一款規定：「公務員本人或其配偶、前配偶、四親等內之血親或三親等內之姻親或曾有此關係者為事件之當事人時」，該公務員應行迴避；
 - 直接金錢利害關係(directly pecuniary or proprietary interests)。第二款規定：「本人或其配偶、前配偶，就該事件與當事人有共同權利人或共同義務人之關係者」，該公務員應行迴避。
- 預設立場(prejudgment because of previous participation)。本法第三十二條第三、四款以公務員對待決事件，因先前之參與而存有成見，難期公正，即為迴避之原因。
- 其他足認有「偏頗之虞」之具體事實(other specific facts

⁴⁸ See, e.g., *Tumey v. Ohio*, 273 U.S. 510 (1927); *Ward v. Village of Monroeville, Ohio*, 409 U.S. 57 (1972).

⁴⁹ See, e.g., *Cinderella Career & Finishing Schools, Inc. v. FTC*, 425 F.2d. 583 (D. C. Cir. 1970), 但如係對法律或政策之一般性事務(general matters)表達意見者，不構成迴避事由，*FTC v. Cement Institute*, 333 U.S. 683 (1948).

constituting likelihood of bias)。本法第三十三條第一項第二款規定：有具體事實，足認公務員執行職務有偏頗之虞者，當事人得申請該公務員迴避。凡不屬前揭本法第三十二條所列舉之特定事由，而「足以」認定有「偏頗之虞」者，概為本款所概括。前揭外國分類所謂：「個人敵意」(personal hostility)（如世仇）、「個人情誼」(personal friendship)（如師生、室友、同窗、結拜、義父母）、「專業及職業關係」(professional and vocational relationship)（如律師與客戶，心理分析師與病人）、「僱傭關係」、「長官與部屬」、「觀點偏頗」(viewpoint bias)或「強烈意見」(strong views)、「意識型態偏頗」(ideology bias)等，皆可涵容於此。關鍵在於，如何據此事實，認定公務員是否有「偏頗之虞」（後詳）。

(二) 迴避義務與其他公正作為義務

前述分析不難察覺：「迴避」的概念有廣、狹之不同。本文所謂「迴避」堪稱「狹義之迴避」；「廣義之迴避」則與所謂「公正作為義務」(duty to act fairly)⁵⁰相當，除（狹義）「迴避」外，尚包括「組織適法」（例如前揭 Craig 教授所謂「機構性偏頗」、Aman 與 Mayton 教授所謂「結構性偏頗」）與「片面接觸之禁止」（例如前揭 R. Gordon 所謂「接觸裁決者」）。

1. 「迴避義務」與「組織適法」

按「組織不適法」通常係指決策組織欠缺法令所定之積極要件，例如：決策組織（含公務員）未具備應有之資格（如訴願審議委員會中社會公正人士、學者、專家人數不及二分之一，環境

⁵⁰ 參見下文「正當行政程序」示意圖【圖三】；並見湯德宗，〈大學教師升等評審的正當程序〉（輯於本書頁 375 以下，頁 402）。

影響評估委員會中專家、學者少於三分之二)⁵¹；決策作成應經合議而未有合議；決策組織合議時應達法定出席人數而未達；決策組織決議（決策）時應有法定決議人數而未有等。至於決策組織因成員具有法令所定消極要件（例如有「應迴避」之事由而「未迴避」），致其決策不適法者，雖亦屬「組織不適法」，惟一般似多歸類為「迴避」。余意以為，組織成員不適任之原因係屬相對性質者（如曾參與「某案」之前審，復參與「該案」之後審，於某案之結果具有個人利害關係），應歸類為「迴避」問題；其屬絕對性質者（如委員不具備法定資格），應歸類為「組織適法」問題。

2. 「迴避義務」與「片面接觸之禁止」

本法第四十七條第一項規定：「公務員在行政程序中，除基於職務上之必要外，不得與當事人或代表其利益之人為行政程序外之接觸」，是為禁止「片面接觸」(ex parte contact)的原則。就其禁止程序外之接觸，乃為避免啓人疑竇，維護決策程序之公正而言，可謂與「迴避」制度同其目的。惟兩者規範之內容不盡相同。申言之，前述「迴避」之事由，可以「偏頗之虞」一語概括。片面接觸之禁止則於一定行政程序（大抵為「正式行政裁決」，相當於我國「應經聽證之行政處分」，並可擴及牽涉有價特惠 (valuable privilege) 分配之「非正式行政裁決」，相當於我國「應以甄選或其他競爭方式」作成之行政處分）全面禁止公務員與當事人（含其利益代表人）為程序外之接觸。「片面接觸之禁止」實際殆已推定具有「偏頗之虞」矣。

⁵¹ 參見訴願法(89/06/14)第五十二條第二項、環境影響評估法(92/01/08)第三條第二項。

（三）「偏頗之虞」的認定

迴避既在避免「偏頗之虞」，以維程序之公信，是凡能證實決策者「確有偏頗」(actual bias)，出現決策不公之結果(bias in fact)時，其決定恆應予廢棄。⁵²實務上最感困難者，毋寧為如何認定有無「偏頗之虞」(apparent bias)-- 發生偏頗的可能究需至如何程度，方構成迴避之事由？

除涉及「金錢利益」應概推定有「偏頗之虞」外，為認定「其他情形」是否存有「偏頗之虞」，英國法院曾發展出不同標準。

1. 「偏頗的合理懷疑」標準 (test of “reasonable suspicion of bias”)。大法官 Denning 在 *Metropolitan Properties Co. v. Lannon* 案有謂：「法院並不審究此間是否存在著他 [決策者] 將會或曾經犧牲他造利益，而偏袒一造之真實可能(a real likelihood)。法院毋寧審究其所予人之印象（觀感）」。⁵³準此，只要有合理的理由，懷疑決策者因所謂利益衝突，而有偏頗之可能時，即構成迴避的事由。

2. 「偏頗的真實可能」標準 (test of “real likelihood of bias”)。指僅於個案情形下，決策者因所謂利益衝突，確有偏頗之可能時，始需迴避。茲所謂「可能」(likelihood)，可指涉偏頗之「可能性」(possibility)，亦可指涉偏頗之「或然性」(probability)，據此又可發展出兩個標準。

⁵² See, e.g., R. v. Burton, ex p. Young [1897] 2 Q.B. 468, 471; R. v. Tempest (1902) 86 L.T. 585, 587.

⁵³ Metropolitan Properties Co. (F.G.C.) Ltd v. Lannon [1969] 1 Q.B. 577, 599 (“The court does not look to see if there was a real likelihood that he would, or did, in fact favour one side at the expense of the other. The court looks at the impression which would be given to other people”), per Lord Denning. See also, Alexis, *Reasonableness in the Establishing of Bias*, [1979] P.L. 143; Rawlings, *The Test for the Nemo Judex Rule*, [1980] P.L. 122.

3. 「偏頗的或然性」標準 (test of “probability of bias”)。既以「機率」認定，所謂「偏頗的或然性」標準實較接近「確有偏頗」標準(“actual bias” test)。⁵⁴

4. 「偏頗的可能性」標準 (test of “possibility of bias”)。其由「可能性」認定，毋寧較接近「合理懷疑」標準(“reasonable suspicion” test)。⁵⁵

前述各標準並皆有兩種可能的觀點：自「理智之人」(from the viewpoint of the “reasonable man”)綜觀個案情境而為判斷，或由「法院」依據其對個案情況的印象而為判斷。堪稱標準林立，莫衷一是。

自從最高法院(House of Lord)在 R. v. Gough⁵⁶一案宣示「偏頗的真實危險」標準(test of “real danger of bias”)以後，前此紊亂的情形已大為改善。質言之，凡決策者於程序之結果直接涉有金錢或財產上利益者，恆應迴避外；如法院依個案情形，認為似有「偏頗的真實危險」(“real danger of bias”)者，亦應迴避。所謂(偏頗的)「真實危險」(“real danger”)，殆與(偏頗的)「真實可能性」(“real possibility”)類似，其以「危險」(“danger”)取代「可能性」(“possibility”)，而捨棄「或然性」(“probability”)概念。⁵⁷「偏頗的真實危險」標準並確認應自「法院」，而非「理智之人」的觀點來判斷。蓋既由法院調查事實，則由法院所認定的事實必可歸諸於理智之人；況且何者為由理智之人所得出之印象，何者為由法院所得來之印象，在結果上亦難以區別。⁵⁸上述諸標準，由

⁵⁴ De Smith, Woolf & Jowell's, *supra* note 10, at 420.

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ [1993] A.C. 646.

⁵⁷ DE SMITH, WOOLF & JOWELL'S, *supra* note 10, at 420; FOULKES, *supra* note 14, at 295; P. P. CRAIG, *supra* note 37, at 456.

⁵⁸ [1993] A.C. 646, at 667-8.

寬鬆到嚴格，儼然形成一個光譜，可以【圖二】示意。

美國聯邦最高法院在 Withrow v. Larkin 案⁵⁹全院(無異議)意見書(由大法官 White 主筆)指出：正當程序有無違反，應取決於「偏頗或預斷的風險」(“a risk of actual bias or prejudice”)。雖然，「偏頗或預斷的風險」標準與英國「偏頗的真實危險」標準是否相當，很難抽象論定；惟兩國實務上操作的方式頗有神似處。質言之，美國法院對於「結構性偏頗」(structural bias)，尤其關於行政程序中未能厲行「職能分工」的指控，向來不輕易認定為迴避之事由⁶⁰；反之，對於「個人偏頗」(personal bias)，尤其決策者於程序之結果具有「金錢上利益」時，輒認為應行迴避。⁶¹此外，美國法院明確區分「規則訂定」(rulemaking)與「行政裁決」(adjudication)。前者除有明確證據顯

⁵⁹ 421 U.S. at 47, 95 S. Ct. 1456, 43 L.Ed 2d 712 (1975), *on remand* 408 F. Supp. 969 (E.D. Wis 1975).

⁶⁰ *See, e.g.,* Marshall v. Jerrico, Inc., 446 U.S. 238 (1980) (機關科處民事罰金(civil penalty)之決定，雖因潛在的金錢利益而有發生偏頗之危險，然尚非重大，無須適用嚴格的正當程序要件)；Friedman v. Rogers, 440 U.S. 1, 18 (1979) rehearing denied 441 U.S. 917 (1979) (法律規定管制委員會中的多數成員須由曾經明確表示支持該規則的專業組織中產生，毋寧為合理，蓋管制委員會將需負責執行該規則)；Hortonville Joint School Dist. No 1 v. Hortonville Education Ass'n, 426 U. S. 482 (1976), *on remand* 87 Wis.2d 347, 274 N.W.2d 697 (1979) (學校理事會(school board)既可與教師協商，亦可於協商破裂，教師違法舉行示威後，將教師免職)；FTC v. Cement Institute, 333 U.S. 683 (1948) (聯邦貿易委員會(Federal Trade Commission, FTC)委員，得於國會就其稍後將裁決之案件進行聽證)。See also, Air Products & Chemicals, Inc. v. FERC, 650 F.2d 67 (10th Cir.1972), *cert. denied* 416 U.S. 909 (1974), rehearing denied 416 U.S. 963 (1974); FTC v. Cinderella Career & Finishing Schools, Inc., 404 F.2d 1308, 1315 (D.C.Cir.1968).

⁶¹ *See* Tumey v. Ohio, 273 U.S..510, 47 (1927) (超速罰款係用以支付市長薪資，故市長不得作成罰款處分)；Ward v. Village of Monroeville, 409 U.S. 57, 93 (1972) (罰款為市政收入的重要部份，故市長不得作成罰款處分)；Gibson v. Berryhill, 411 U.S. 564 (1973).

示，主事公務員對於待決關鍵事項有「無可改變的閉鎖心靈」(an unalterably closed mind)外，所謂「個人偏見或成見」尚不足以構成迴避之事由。⁶²

我國關於行政程序之迴避，尚在啓蒙階段，理論探討既少，遑論法院建立「偏頗之虞」的認定標準。前揭問題案例一，法院固以「立足點顯然[較其他應考人]優越，考試結果自難期公正」為由，認定原告(命題、審題委員)有「偏頗之虞」，應行迴避，惟並未具體指明其據以認定「偏頗之虞」之標準為何。雖然如此，就該案原告命題、審題在先，復逕行應試在後，且兩科試題各有一定比率命中之事實觀之，當可符合前述英國「偏頗的真實危險」標準，亦可符合美國「確有偏頗或預斷的風險」標準，判令迴避應屬正確。前揭問題案例二，法院以「面試委員謝 XX 未迴避參與面試」，「行政程序雖有質疑，然於考試之結果不生實質影響」為由，駁回原告之訴，似認為(在法無明文時)須「確有偏頗」(actual bias)或實際造成偏頗(bias in fact)始應迴避；反之，縱依「偏頗的真實危險」或「確有偏頗或預斷的風險」標準，認為有「偏頗之虞」，仍無庸迴避。似此見解於迴避制度之本旨既有誤解，自未及深究「偏頗之虞」的認定標準。前揭問題案例三，法院以「未依法迴避，仍為再訴願決定之審議，有所違誤」為由，撤銷再訴願決定，似認為：凡違反迴避之明文規定，應即推定其有「偏頗之虞」。如此見解固值贊同，惟關於法令所未列舉之迴避事由，應如何認定有無「偏頗之虞」，則未有觸及。

綜上所論，余意以為，前述英國之通說--「偏頗的真實危險」(real danger of bias)足為取法。申言之，凡有本法(第三十二條各

⁶² Association of Nat. Advertisers v. F.T.C., 627 F.2d 1151, at 1195 (1979); see also, United Steelworker of America, etc. v Marshall, 647 F.2d 1189, 1209 (D.C.Cir 1980), cert. denied sub nom. Lead Industries Ass'n v. Donovan, 453 U.S. 913, 101 S.Ct. 3148, 69 L.Ed.2d 997 (1981).

款)所列舉之迴避事由，應一律推定其有「偏頗之虞」；至「其他具體事實」(第三十三條第一項第二款)需由承審法院，依社會客觀事實判斷。亦即，一般而言凡有此具體事實，足以認為該等公務員執行職務，將有偏頗的真實危險時，始構成迴避之事由。前揭問題案例一(命題委員應試案)與問題案例二(公費留考案)，由法院依社會常情判斷，應認為命題、審題委員應試，或論文指導教授參與口試評分，皆有造成考試程序偏頗的「真實危險」，而命迴避。

(四) 迴避的例外事由

迴避義務作為一項正當行政程序要素，性質上並非絕對。換言之，有時縱有偏頗之虞，仍無庸迴避。迴避的例外情形約有三種。

1. 必要時(necessity)

當機關需為決策，而無適任公務員或(合議制機關)未有法定出席人數時，為免正義失落(failure of justice)，可不顧「迴避」義務，逕為決策。這種情形最常見於法院關於再審的審理，蓋原審法院法官輒因曾參與前審而須迴避，致無足額法官可組成法庭。為此，前行政法院 65 年裁字第 327 號判決乃宣示：按(舊)行政訴訟法 28 條 1 項 4 款之規定，評事曾參與事件再審前之裁判者，應自行迴避，但以一次為限。在行政程序中亦可能出現類似情形。例如奉命調查申請人所主持的公司業務的調查員中，有些曾經調查過由申請人所主持的另家公司業務，英國法院認為此乃調查員職務使然，調查員無庸迴避。⁶³又，監獄視察人委員會(board of prison visitor)認定某受刑人違法於牢房持有違禁藥品，受刑人主張該委員會的主席曾經擔任地方審查委員會的委員，審

⁶³ R. v. Secretary of State for Trade, ex p. Perestrello [1981] 1 Q.B. 19.

查過其假釋申請案。英國法院認為監獄視察人因職務性質使然，對於被指控違反監獄紀律的受刑人，或多或少有些認識，不能以此主張迴避。⁶⁴

至如部會首長對於待決事件因具有「個人利益」而應行迴避時，一般皆由（法定或指定）代理人代為決行。雖然名義上，最終決定仍由部會首長署名，但除能證明部會首長確曾參與決策者外，一般並不認為違反「迴避義務」。⁶⁵

2. 立法或合意排除(statutory or contractual exemptions)

法律有時為維護更重要之利益（或價值），會例外地免除（廣義）迴避義務，例如政府採購法(87/05/27)第十五條第四項規定：「廠商或其負責人與機關首長有第二項之情形者，不得參與該機關之採購。但本項之執行反不利於公平競爭或公共利益時，得報請主管機關核定後免除之」。⁶⁶理論上，機關亦得與當事人以契約約定，如有爭議應交由與爭議結果具有利害關係之個人或機構裁決。⁶⁷

3. 棄權(waiver)

當事人既「得」申請公務員迴避，自亦得棄權--不申請迴避。當事人（或其代理人）知悉存有迴避事由，而保持緘默，不為主張者，一般可視為棄權；⁶⁸惟因不適任之決策者隱瞞其利益關係，

⁶⁴ R. v. Board of Visitors of Frankland Prison, ex p. Lewis [1986] 1 W.L.R. 130.

⁶⁵ DE SMITH, WOOLF & JOWELL's, *supra* note 10, at 441.

⁶⁶ 又如英國 Justices Jurisdiction Act 1742, *see* P. CRAIG, *supra* note 39, at 458, n. 44.

⁶⁷ DE SMITH, WOOLF & JOWELL's, *supra* note 10, at 438-9.

⁶⁸ *See, e.g.*, R. v. Byles (1912) 77 J.P. 40; R. v. Richmond JJ. (1860) 24 J.P. 422 and ex p. Ilchester Parish (1861) 25 J.P. 56; R. v. Lilydale Magistrates' Court, ex p. Ciccone [1973] V.R. 122; R. v. Williams, ex p. phillips [1914] 1 K.B. 608.

⁶⁹或當事人因事出突然而不克及時主張（迴避）⁷⁰，或當事人因未委任（程序）代理人而不知得為主張（申請迴避）者⁷¹，則不能推定當事人棄權。

三、迴避義務有關程序問題

（一）及時申請

本法第三十三條第一項宣示當事人有申請公務員迴避之程序權後，第二項便規定申請之程序（當事人「應舉其原因及事實，向該公務員所屬機關為之，並應為適當之釋明」），以及被申請迴避之公務員的答辯權（「被申請迴避之公務員，對於該申請得提出意見書」）。上開條文未規定申請的時限，余意以為，可參考前揭美國立法例，⁷²解釋以「及時異議」(timely objection)為原則。查現行法中不乏明定須限時異議者，例如：勞動檢查員執行職務迴避辦法(82/12/29)第三條第一項⁷³；有線廣播電視法

⁶⁹ *See, e.g.*, R. v. Cumberland JJ. (1882) 52 J.P. 502.

⁷⁰ *See, e.g.*, R. (Harrington) v. Clare County JJ. [1918] 2 I.R. 166.

⁷¹ *See, e.g.*, R. v. Essex JJ., ex p. Perkins [1927] 2 K.B. 475.

⁷² *See, e.g.*, Gibson v. FTC. 682 F.2d 554 (5th Cir. 1982)（當事人於聯邦貿易委員會舉行之聽證程序中未提出迴避之申請，應認當事人已放棄其申請迴避的權利）；Safeway Stores, Inc. v. FTC (1966, CA9) 366 F. 2d 795, 1966 CCH Trade Cases P 71891, *cer denied* 386 US 932, 17 L Ed 805, 87 S Ct 954（在聯邦貿易委員會作成裁決九個月之後，始申請該會主席迴避，顯非及時）；Marcus v. Director, Office of Workers' Compensation Programs, U.S. Department of Labor (1976) 179 App DC 89, 548 F 2d 1044（當事人等到勞工部福利審議委員會作成不利決定後，始主張該案之行政法官應行迴避，應視為當事人放棄申請迴避的權利）；Pfister v. Director, Office of Workers' Compensation Programs, etc. (1982) 219 App DC 89, 675 F 2d 1314.

⁷³ 勞動檢查員執行職務迴避辦法第三條第一項：「勞動檢查員未依前條規定自行迴避時，受檢查事業單位之雇主、工會或其他從業人員得於檢查結果通知書

(88/02/03)第十六條第一項⁷⁴，解釋上應認為係上述「及時」異議原則的特別規定，逾時之異議（申請）應視為棄權，不予受理。

上述「及時異議」原則，係指當事人客觀上得為聲請者而言，如因客觀上無從及時知悉（如前揭問題案例二之原告），或迴避之原因發生在後者，自應有例外。民事訴訟法第三十三條⁷⁵之規定可供參考。

（二）釋明的責任

前揭本法第三十三條第二項前段規定：當事人「應舉其原因及事實，向該公務員所屬機關為之，並應為適當之釋明」，乃關於主張迴避之舉證責任分配的規定。「釋明」不同於「證明」，司法院訂頒之「辦理民事訴訟事件應行注意事項」（90/08/02）第三五點明定：⁷⁶

三五 釋明與證明 民事訴訟法條文中所用釋明一語，乃對於證明而言。證明與釋明，均係當事人提出證據使法院得生心證之行為。其不同者，證明必須使法院信為確係如此。釋明祇須使法院信為大概如此。凡法律定為某事實應釋明者，如當事人提出證據能使法院信為大概如此，即為已足，其所用之證據，固以

送達之翌日起三十日內，以書面向勞動檢查機構提出異議」。

⁷⁴ 有線廣播電視法第十六條第一項：「審議委員會委員應自行迴避而不迴避時，中央主管機關於會議決議後一個月內，得逕行或應利害關係人之申請，撤銷該會議所為之決議」。

⁷⁵ 民事訴訟法第三十三條：「遇有左列各款情形，當事人得聲請推事迴避：一、推事有前條所定之情形而不自行迴避者。二、推事有前條所定以外之情形，足認其執行職務有偏頗之虞者。當事人如已就該訴訟有所聲明或為陳述後，不得依前項第二款聲請推事迴避。但迴避之原因發生在後或知悉在後者，不在此限」。

⁷⁶ 司法院訂頒之（舊）民事訴訟須知(84/11/01)第二點亦有類似規定。

可即時調查者為原則，例如偕同證人、鑑定人到場，添具證物於提出之書狀或攜帶到場等是；惟依證據之性質不能即時調查者，則不在此限，例如證人確實不能到場，而依事件之性質認為適當且不致延滯訴訟時，法院得延展期日而為調查，或允許證人提出書面陳述（含經公證及未經公證者）以代到庭作證。又釋明無須遵守嚴格之形式上證據之程序。釋明一語，在法律上有一定意義，不容濫用，並不可解為敘明或說明之意。（民訴法二八四）

前揭「釋明」之規定，大幅減輕了當事人的舉證負擔，並因而使迴避規定變得較為可行。至於實務上最大之困難-- 當事人一般無從獲悉機關裡承辦各該案件之公務員，如何能夠及時察覺有無「利益衝突」，而申請迴避-- 「電子化政府」(electronic government)發達後亦可望有所改善。⁷⁷

（三）職權調查

本法第三十二條規定公務員有該條所列情形之一者，應「自行迴避」；同法第三十三條第五項並規定公務員有第三十二條所列情形之一，而不自行迴避，當事人亦未申請迴避者，該公務員所屬機關應「命其迴避」。為確保公眾對於決策程序的信賴，行政法院自應依職權調查有無前述本法（或其他法規）所定之迴避事由存在。準此，前揭問題案例三（訴願委員參與再訴願案）法院依職權調查發現有應迴避而未迴避之情形，爰撤銷原再訴願決定，應予贊同；而前揭問題案例二（公費留考案）教育部訴願決

⁷⁷ 參見湯德宗，〈資訊革命與正當行政程序-- 行政程序法施行兩週年展望〉，輯於本書頁 447 以下，頁 464~465（各機關應按申請案件之作業進展，「適時」以電子方式通知當事人，許其「登入」(log-in)機關網站，線上查悉承辦公務員姓名；如認有迴避事由存在，並許其「線上申請」（公務員）迴避）。

定書以「面試時並無人申請口試委員迴避」，認為並無迴避問題，則有誤解。

所成疑問者，關於前述本法第三十三條第一項第二款所謂「其他有偏頗之虞之事實」，既僅屬當事人「得申請迴避」之事由，而非公務員應「自行迴避」或所屬機關應「命其迴避」之事由，法院是否亦應依職權調查？余意以為，為貫徹迴避制度之目的計，此等「其他有偏頗之虞之具體事實」既同樣會影響公眾對於決策程序之信賴，則其存在與否，行政法院（甚至訴願受理機關）自亦應依職權調查。所不同者，此等「其他具體事實」，當事人如未主張（申請迴避），法院一般不易依職權調查發現。

四、「應迴避而未迴避」的法律效果

違反迴避義務（應迴避而未迴避），發生如何法律效果，原應由規定該項義務的法律一併規定。例如有線廣播電視法(88/02/03)第十六條第一項規定：「審議委員會委員應自行迴避而不迴避時，中央主管機關於會議決議後一個月內，得逕行或應利害關係人之申請，撤銷該會議所為之決議」；同條第二項規定：「審議委員會對前項撤銷之事項，應重行審議及決議」。惟實務上，課予迴避義務的法律多未規定其違反之效果，本法亦然，而留待法院於個案決定。

（一）經由迴避之瑕疵程序獲致之實體決定為「得撤銷」

關於違反正當行政程序的法律效果，作者前此已有專文討論，茲僅摘述要義。按本法第一百一十一條之規定，行政處分無效之原因計有七種，「程序違反」既不在該條第一至第六款列舉之範圍，則僅於其瑕疵達於該條第七款所謂「重大明顯」之程度，

始屬「無效」。⁷⁸「應迴避而未迴避」或為「重大」之瑕疵（影響程序之結果--實體決定），但其瑕疵既難由程序之外觀察覺，自難以認為「明顯」之瑕疵，故尚不至於「無效」。其次，本法第一百四十四條經探求真意後，應限縮解釋為：該條第二款至第五款所列四種程序瑕疵，「僅於補行程序後，對於機關原「違反程序」所作成之「實體決定」不生影響時，始得（因補行程序而）補正」。⁷⁹迴避義務之違反原不在該條第二至第五款列舉之列，解釋上應無該條之適用（無從補正）。又，自迴避義務之性質觀之，亦然。蓋如有「應迴避而未迴避」之公務員參與作成決策，程序之公信即遭破壞，如何能「補正」？迴避之瑕疵（「應迴避而未迴避」）既非使因而作成之實體決定歸於「無效」，亦無從「限時補正」，則僅有「得撤銷」一途。

（二）經由迴避之瑕疵程序獲致之實體決定無法以「鋸箭法」進行補救

前揭問題案例二（公費留考案）原處分機關堅持：縱有「應迴避而未迴避」之委員參與決策（面試），僅需將其評分剔除，即可將違反迴避義務的程序瑕疵治癒。姑不論原處分機關與行政法院選定之「剔除」方式（「先除以四、再乘以五」）是否正確，其以為如此「鋸箭」即可療傷，便有誤解。蓋凡有「應迴避而未迴避」之委員參與面試，便足以使公眾對於考試之公正性產生質疑，程序之公信於焉破壞。又，不論口試委員作成評分前，彼此是否曾經交換意見（此毋寧為合理之作法），旁觀詢答的過程中，有爭議的委員無形中殆已影響其他口試委員之評分心證，如何能夠「剔除」其影響？

⁷⁸ 參見本法第一百十條第四項：「無效之行政處分自始不生效力」。

⁷⁹ 參見湯德宗，〈違反行政程序的法律效果〉（輯於本書頁85以下，頁95~99）。

參、結語

總結以上說明，前揭各問題案例可以重新審視如下：

案例一（命題委員應試案）之結論固然正確-- 為維護考試之公正期待，命題、審題委員嗣後應考同一科目之權利，應有所限制-- 但其理由應予補強，包括：應明確宣示迴避義務亦為行政法上一般法律原則，並說明命題、審題委員未迴避應試同一科目，何以有「偏頗之虞」的「真實危險」（非憑空臆測的危險）。

案例二（公費留考案）不僅結論錯誤-- 論文指導教授雖未迴避擔任面試委員，然其參與於考試結果不生實質影響，原錄取處分應予維持-- 且論理牽強、事實認定恐亦有誤。按既認被告機關辦理口試，未注意使指導教授迴避擔任口試委員，「其所為之程序難謂無瑕疵」，則何以堅持該瑕疵非達於「確有偏頗」之程度，不能撤銷原處分？其次，法院認為該案之關鍵在於「剔除」爭議委員（謝 XX）之評分後，並不影響該次考試之結果（仍應錄取陳 XX）。惟其「剔除」爭議評分之方式，何以不採「單純剔除」法（將謝 XX 所為評分，自原先共計五位口試委員之口試總分中扣除，再除以 4 求得平均值，然後乘以 0.18，算得該次口試成績），而竟採「放大剔除」法（將謝 XX 所為評分，自原先共計五位口試委員口試總分中扣除，再除以 4 求得平均值，然後乘以 5 放大，之後乘以 0.18，算得該次口試成績）？法院豈真不知：如依常人邏輯，採用「單純剔除」法，則該次考試之結果將有不同（應改錄取原告）！⁸⁰似此關鍵事實問題，孰為正確，能不悉心研求？！

案例三（訴願委員參與再訴願案）堪稱為善用程序問題，以

⁸⁰ 如改採「單純剔除」法，算成口試成績，則原告成績將勝過原錄取人陳 XX。
原告（訴願人）： $233.2 \times 0.82 + [(80+65+75+75) \div 4 \times 0.18] = 204.50$ ；
陳 XX（錄取人）： $216.2 \times 0.82 + [(95+92+90+90) \div 4 \times 0.18] = 193.80$

四兩撥千斤之代表。其結論固甚正確-- 前曾參與訴願審議之委員，復參與再訴願之審議，違反有關法規明定之迴避義務，原訴願決定書應予撤銷-- 理由部分則應補強，說明有關法規禁止「曾經參與前審者參與後審」之立意（避免預設立場），以及違反法規所定之迴避事由，應概推定為有「偏頗之虞」的「真實危險」之意旨。

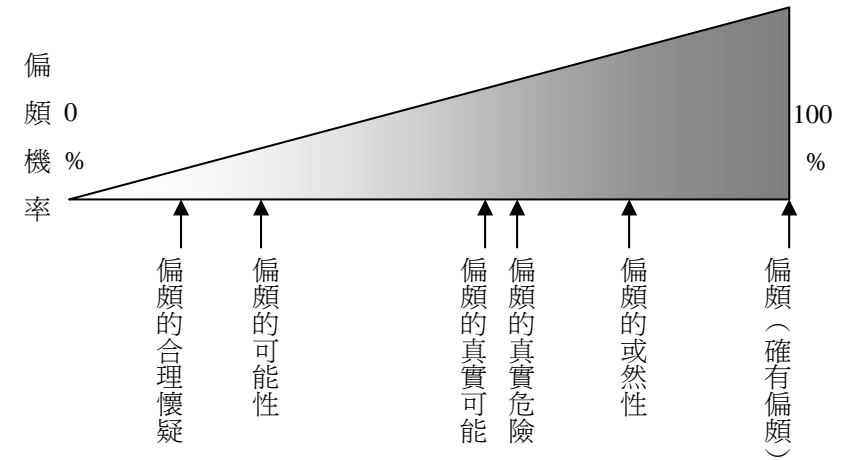
本文初稿發表於《月旦法學雜誌》，第九十九期，頁 199~235，2003 年 8 月。

圖一：美國行政程序類型與適用法條示意圖

基準二 \ 基準一	行政裁決 (Adjudication)	規則制訂 (Rulemaking)
正式程序 (Formal Procedures)	§ 554	§ 553
司法審查： § 706(2)(E) “on the record”	§ 556 § 557	§ 556 § 557
非正式程序 (Informal Procedures)	(§ 555)	§ 553
司法審查： § 706(2)(A) no record		

📖 資料來源：湯德宗，〈第十六章 行政程序法〉，輯於翁岳生編著，《行政法二〇〇〇（下冊）》，頁 787 以下（頁 815）（台北：翰蘆，2000 年 3 月二版）。

圖二：「偏頗」與各種「偏頗之虞」認定標準示意圖



圖三：正當行政程序示意圖

