

論違反行政程序的法律效果

序言

壹、「程序違反」的概念

- 一、「程序違反」指「正當行政程序」之違反
- 二、「正當行政程序」的法源
 - (一) 源於憲法的「正當行政程序」
 - (二) 其他法定「正當行政程序」
 - (三) 機關自訂之「正當行政程序」
- 三、「程序違反」亦司法審查（行政訴訟）之客體
- 四、「程序違反」之司法審查標準容有不同
 - (一) 恣意暨任意標準
 - (二) 實質證據標準
 - (三) 從嚴審查標準

貳、違反「公正作為義務」之效果

- 一、應迴避而不迴避
- 二、決策組織不適法
- 三、曾為「片面接觸」

參、違反「聽證權相關程序」之效果

- 一、預告程序有瑕疵
- 二、未予陳述意見之機會或未舉行聽證
- 三、聽證進程序之爭議

肆、違反「決定告知」義務之效果

伍、違反「說明理由」義務之效果

陸、違反「救濟途徑教示」義務之效果

結論

序言

本書前文嘗確認行政程序中的「正當程序」要素，釐清「正當行政程序」的意涵；並進而申論「正當行政程序」的目的，俾供行政機關與行政法院參考準據。茲擬本此基礎，更探討本法作為「程序法」的關鍵問題-- 違反行政程序發生如何法律效果？質言之，〈論行政程序的正當程序〉為「知其然」（何謂「正當行政程序」）的努力，〈論行政程序法的立法目的〉為「知其所以然」（何須「正當行政程序」）的努力，本文則在探討「如其不然」（違反「正當行政程序」）的後果。

違反行政程序在法律上發生如何效果，為本法的關鍵問題。蓋如以為正當行政程序雖有違反，對於行政決定（「行政行為」）之效力，猶可毫髮無傷，則本法辛苦建立的「正當行政程序」，充其量只是供作參考的「訓示規定」，不具法的拘束力。如此解釋雖不符合本法立法之目的，但本法起草時偏重實體問題之規範，以完成行政法總則法典化為主要目標，致關於違反行政程序的效果問題，未能精確規定，亦是事實。是為本法之正確施行計，自應深入探討程序違法之效果。

壹、「程序違反」的概念

討論「違反行政程序」的法律效果，首應界定「行政程序違反」（以下簡稱「程序違反」）的概念。其意涵遠比乍看之下複雜，茲分析如下。

一、「程序違反」指「正當行政程序」之違反

前文曾分析本法各項程序規定，歸納得出五項「正當行政程

序」要件。其中「資訊公開」一項性質特殊，且相關立法迄未完成，本文以下所謂「正當行政程序」爰僅指以下四項。

1. 公正作為義務 (duty to act fairly)。為期決策「公正」(impartiality)，符合「任何人不得自斷其案」(no man shall be a judge in his own cause, *Nemo iudex in causa sua*)的法諺，本法明定凡公務員與待決事件具有個人利害關係，或對之存有預設立場，致執行職務有偏頗之虞者，應即迴避。¹本法並禁止公務員與當事人在行政程序外為接觸。²另，本法隱含³作成行政行為之機關組織應為適法之要求。

2. 受告知權 (right to be informed)。行政程序之當事人⁴與利害關係人⁵，有適時獲悉與其利害攸關之行政決定及處置之權利。「告知」依其「時點」及「作用」又可分為三種。第一種為「預告」(prior/advanced notice)，指行政機關作成終局行政決定前，為實施特定程序而為之告知，通常係為促使程序權利人及時採取程序行為、行使程序權利（例如「陳述意見」）。⁶第二種為「決定告知」，指行政機關作成終局行政決定後，將決定之內容告知程序當事人與利害關係人，使其知悉並對其生效。⁷第三種為「救濟

¹ 參見本法第三十二條、第三十三條。

² 參見本法第四十七條。

³ 參見本法第一百四十四條第一項第四款及第五款。

⁴ 程序「當事人」之定義，參見本法第二十條。

⁵ 參見本法第五十五條（帽頭）、第一百零五條第二項。

第一百零四條（帽頭）規定之告知對象，僅列「相對人」，顯有遺漏，應仿第五十五條（帽頭）增列「及其他已知之利害關係人」。

⁶ 例如第三十九條（行政機關為調查事實及證據，得通知相關之人「陳述意見」）、第五十五條（行政機關舉行聽證前，應以書面通知當事人及其他已知之利害關係人，必要時並公告之）、第一百零二條（作成不利處分前應通知處分相對人「陳述意見」）。

⁷ 例如第四十三條（行政機關為處分或其他行政行為，應將其決定告知當事人）、第一百條（書面行政處分，應送達相對人及已知利害關係人；書面以

途徑之教示」，指在終局行政決定中一併喻知當事人不服該決定時，所得利用之救濟方法、期間及其受理機關，協助其維護權益。⁸

3. 聽證權 (right to be heard/right to hearing)。本於「兩造兼聽」(both sides shall be heard, *Audi alteram partem*) 的理念，當事人在行政機關作成行政決定前，應有說明、答辯或防禦⁹之機會。本法將聽證權分為「陳述意見之機會」與「聽證」兩種。前者係以書面提出答辯¹⁰，屬「非正式程序」(informal procedures)；後者除以「言詞」於聽證期日陳述意見外，依法¹¹並得提出證據、傳訊證人、獲悉不利證據（含卷宗閱覽請求權¹²）、交互詰問（證人、其他當事人或其代理人等）、作成聽證紀錄、限制依聽證紀錄作成行政決定¹³、選任代理人、乃至公開進行聽證¹⁴等，殆屬「正式程序」(formal procedures)。「陳述意見之機會」乃本法關於「聽證權」之最低限度規定；「聽證」（本法第一章第十節）則為「聽證權」之最大限度。理論上說，行政機關並得依實際需要，於「陳述意見之機會」外，增採部分「聽證」程序，形成「混合程序」(hybrid procedures)。

外行政處分，應以其他適當方法通知或使其知悉）。

⁸ 例如第九十六條第一項第六款（書面行政處分應表明「不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關」）。

⁹ 法國中央行政法院在 *Trompier Gravier* 案宣示，行政機關剝奪既存權利之決定，應與當事人適當之防禦機會，是為「防禦權」(droits de la défense)。參見湯德宗，〈第十六章 行政程序〉，收於翁岳生（編），《行政法二〇〇〇（下冊）》，頁 787 以下（頁 917-919）（台北：翰蘆，2000 年 3 月二版）。

¹⁰ 參見本法第一百零四條及第一百零五條（以書面為事實上及法律上之陳述）。

¹¹ 參見本法第六十一條、第五十五條、及第六十二條。核其內容，殆與美國法官 Friendly 所析分之元素相當，see Friendly, *Some Kind of Hearing*, 123 U. PA. L. REV. 1267 (1975).

¹² 參見本法第四十六條。

¹³ 參見本法第一百零八條第一項但書。

¹⁴ 參見本法第五十九條。

4. 說明理由義務(duty to give reasons)。為期行政決策合理化，本法除於「總則」章第四十三條明定：「行政機關為處分或其他行政行為，應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將其決定及理由告知當事人」外，並於多章¹⁵明定行政決定應「附記理由」。另，前文¹⁶並指出：法規命令訂定完成，於刊登政府公報或新聞紙時，亦應一併簡要說明訂定理由及人民陳述意見之處理情形。

除上述「正當行政程序」要件之違反外，廣義的「程序違反」尚指涉其他情形，例如：「方式」（要式）之違反¹⁷、「管轄」之違反¹⁸、與人民參與無關之行政「內部程序」（機關間或機關內程序）之違反¹⁹等。本文所稱之「程序違反」，僅指「正當行政程序」之違反，不及於其他，核先敘明。²⁰又，所謂「程序違反」乃指「機關」違反其按「正當行政程序」應有之作為義務，非指「當事人」自願棄權之情形（例如：因未於機關所定期間內提出陳述書，而視為放棄「陳述意見之機會」，或因未如期出席

¹⁵ 例如：第二章「行政處分」第九十六條第一項第二款、及第九十七條；第三章「行政契約」第一百四十七條第三項；及第六章「行政指導」第一百六十七條第一項等。

¹⁶ 參見湯德宗，〈論正當行政程序〉（輯於本書頁1以下）。

¹⁷ 參見本法第一百十一條第一款、第二款。

¹⁸ 參見本法第一百五十五條、第一百十一條第六款。

¹⁹ 參見本法第一百五十八條第一項第三款（訂定之命令應經其他機關「核准」而未經核准）。又如命令訂定應會商其他機關或與其他機關會同為之，而未會商或會同者。

²⁰ 類似分類方式，參見蕭文生，〈程序瑕疵之法律效果〉，收於台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究（上）》，頁603~609、612（台北：五南，2000年12月初版）（將「程序瑕疵」分為廣義與狹義；狹義程序瑕疵指：人員與組織瑕疵、事實調查程序瑕疵、參與及聽證瑕疵、資訊程序瑕疵、說明理由瑕疵與告知程序瑕疵，核與本文之「程序瑕疵」相當；廣義程序瑕疵尚包括方式瑕疵與管轄權瑕疵）。

聽證而視為放棄聽證權)²¹，不可不察。

前述前四項「正當行政程序」要素，實際並非普遍適用於本法所定各種「行政程序」²²，毋寧乃以「行政處分」、「法規命令」為主。以下討論爰以「作成行政處分」與「訂定法規命令」時之「程序違反」為中心。

二、「正當行政程序」的法源

「程序違反」指違反「正當行政程序」。「正當行政程序」固以本法所規定者為主，然行政機關²³作成行政行為時所應遵行之「正當行政程序」，亦可能來自於憲法、其他法律、或行政命令之規定。茲簡要說明之。

（一）源於憲法的「正當行政程序」

我國憲法雖未有如美國聯邦憲法增修條文第五條之「正當程序條款」(Due Process Clause)²⁴，但憲法第八條乃有關限制或剝奪「人身自由」之正當程序規定，厥為不爭之事實。理論上憲法規定的「正當程序」要件，效力更在本法所定「正當行政程序」之上。²⁵實務上最高法院大法官至少已有四件解釋，²⁶闡釋作成不同行

²¹ 參見本法第一百零五條第三項。

²² 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」。

²³ 此所謂「行政機關」除本法第二條第二項定義之「行政機關」外，應兼指同條第三項所謂之「視為行政機關」。

²⁴ 美國聯邦憲法增修條文第五條規定：「任何人…非經法律之正當程序(due process of law)，不應受生命(life)、自由(liberty)或財產(property)之剝奪」。

²⁵ 詳見湯德宗，〈論憲法上的正當程序保障〉（輯於本書頁167以下）。

²⁶ 大法官新近相關解釋，參見湯德宗，前揭文，頁175以下。

政處分時所應遵循之本於憲法的正當程序。

釋字第四〇九號解釋(85/07/05)宣示土地徵收之正當程序，解釋文謂：「徵收土地究對人民財產權發生嚴重影響，法律就徵收之各項要件，自應詳加規定，前述土地法第二百零八條各款用語有欠具體明確，徵收程序之相關規定亦不盡周全，有關機關應檢討修正」。²⁷解釋理由書並指示如何周全程序：「於徵收計畫確定前，應聽取土地所有權人及利害關係人之意見，俾公益考量與私益維護得以兼顧，且有促進決策之透明化作用」。²⁸上述「聽取關係人意見」之宣示，具有補充本法第一百六十三條所定「行政計畫」之正當程序的作用。²⁹本件解釋之作成，較本法之制定猶早兩年。

釋字第四八八號解釋(88/07/30)謂：「銀行法、信用合作社法及金融機構監管接管辦法所定之各種措施，對銀行、信用合作社之股東（社員）、經營者及其他利害關係人，既皆有重大影響，該等法規僅就主管機關作成行政處分加以規定，未能對作成處分前，如何情形須聽取股東、社員、經營者或利害關係人陳述之意見或徵詢地方自治團體相關機關（涉及各該地方自治團體經營之金融機構）之意見設置明文…與憲法保障人民財產權之意旨未盡相符」。³⁰本件解釋宣示作成「接管金融機構」之行政處分前，應予利害關係人「陳述意見之機會」，除與本法第一百零二條之旨趣相符外，並有限制本法第一百零三條第一項第六款適用之意

²⁷ 《司法院大法官解釋續編（十）》（以下簡稱《續編》），頁 99（台北：司法院秘書處，1997 年 6 月初版）。

²⁸ 《續編（十）》，頁 100。

²⁹ 按本法第一百六十三條僅定義「行政計畫」，並未規定其確定應循如何程序。至本法第一百六十四條所謂「應經公開及聽證程序」，僅適用於該條所規定之特種行政計畫。

³⁰ 《續編（十三）》，頁 337（台北：司法院秘書處，2000 年 7 月初版）。

義。³¹

釋字第四六二號解釋(87/07/31)確立大學教師升等之正當程序，解釋文明揭：「大學教師升等資格之審查，關係大學教師素質與大學教學、研究水準，並涉及人民工作權與職業資格之取得，除應有法律規定之依據外，主管機關所訂定之實施程序，尚須保證能對升等申請人專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量，始符合憲法第二十三條之比例原則。…各大學校、院、系（所）教師評審委員會，本於專業評量之原則，應選任各該專業領域具有充分專業能力之學者專家先行審查，將其結果報請教師評審委員會評議。教師評審委員會除能提出具有專業學術依據之具體理由，動搖該專業審查之可信度與正確性，否則即應尊重其判斷」。³²大法官於「解釋理由書」中進一步提示：「評審過程中必要時應予申請人以書面或口頭辯明之機會；由非相關專業人員所組成之委員會除就名額、年資、教學成果等因素予以斟酌外，不應對申請人專業學術能力以多數決作成決定」。³³上開解釋所宣示之「應先送專家學者審查」及「教評會之決策限制」，於教師升等審查案件，具有補充本法「正當行政程序」中「組織適法」要件之效力。

釋字第四九一號解釋(88/10/15)闡明考績免職應有之正當程序，謂：「對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等」。³⁴「解釋理由書」並補充：「作成處分應經機關內部組

³¹ 亦即，否定「接管金融機構之行政處分」係屬「限制自由或權利之內容及程度顯屬輕微」者，而須事先聽取利害關係人等之意見。

³² 《續編（十二）》，頁 181（台北：司法院秘書處，1999 年 6 月初版）。

³³ 《續編（十二）》，頁 183。

³⁴ 《續編（十三）》，頁 461。

成立場公正之委員會決議」，且「委員會之組成由機關首長指定者及由票選產生之人數比例應力求相當」。³⁵本件解釋限縮了本法第三條第三項第七款（除外規定）³⁶之適用，³⁷並強化了公務員懲處免職程序的「組織適法」要件（須組成立場公正之委員會）。違反上述各件憲法解釋所闡釋的憲法位階的「正當行政程序」，自亦屬本文所謂之「程序違反」。

（二）其他法定「正當行政程序」

本法第三條第一項謂：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定者外，應依本法規定為之」，旨在宣示本法作為「行政程序基本法」之定性-- 本法所定正當行政程序乃各機關作成「行政行為」時應一體遵行的最低限度的程序規範。亦即，前開條項所謂「法律另有規定者」，原則上應限縮解釋為：除「其他法律另有較本法所定更嚴格之程序規定者」，始得優先於本法而適用。

³⁵ 《續編（十三）》，頁 461。

³⁶ 本法第三條第三項第七款：「下列事項，不適用本法之程序規定：…七、對於公務員所為之人事行政行為」。

³⁷ 本件解釋後，公務人員「考績免職」程序，實質上固與前述本法所定之「正當行政程序」相當；惟對於公務員所為之其他人事行政行為，則仍不適用本法之程序規定。

大法官吳庚於釋字第四九一號解釋的協同意見書中表示：「行政程序法…之除外條款…內容並非妥適…其第三項第七款所稱：『對公務員所為之人事行政行為』顯係囿於舊日『特別權力關係』之說法，欲將行政程序侷限於所謂『一般權力關係』之事項，殊不知人事行政行為之無行政程序法之適用者，充其量僅能限於未限制或剝奪公務員服公職之基本權事項，例如職位陞遷、調動、任務指派等而已。目前行政程序法尚未施行，各級機關切勿以民國九十年一月一日該法實施後，依新法推翻舊解釋之理，排除本解釋之適用，因為本解釋乃憲法位階之釋示，任何法律不得與之對抗也。再者，有關機關未來研擬修改公務人員考績法規之際允宜以前瞻之思維，對記過以上之懲處均踐行正當法律程序，不必僅限於免職處分，蓋本解釋未及於免職以外之懲處處分者係針對聲請標的而為之故」。《續編（十三）》，頁 466~467。

³⁸違反此等由其他法律所定，且較本法規定更嚴格之程序規定，亦屬本文所稱之「程序違反」。

（三）機關自訂之「正當行政程序」

各機關（或其上級機關）為落實本法程序規定，而訂定之補充性規定（例如明定作成某種行政處分前，按本法第一百零四條第一項第四款，應予當事人提出陳述書之期間）；或為推動其主管業務，而訂定之程序性規定（其內容可能較前述本法「正當行政程序」更為周延）。³⁹此等程序規定，性質多為「行政規則」，一經有效下達，即具有拘束訂定機關及其下級機關之效力。⁴⁰雖訂定機關得隨時予以修正或廢止；然於其有效施行期間內，此等程序規定亦構成「正當行政程序」之部分。⁴¹違反機關自訂之程序規定，遂亦構成本文所稱之「程序違反」。⁴²

³⁸ 同理，本法第一百零二條所謂「但法規另有規定者，從其規定」，亦應如此解釋。詳見湯德宗，〈論行政程序法之適用〉（輯於本書頁 127 以下）。

惟實務見解不同，法務部九十一年二月二十一日法律字第〇〇九〇〇四八八二八號函不僅引用行政院八十九年三月九日台八十九法字第〇六九九一號函釋，將本法第三條第一項所稱「法律」，擴張解釋為「包括經法律授權而其授權內容具體明確之法規命令」在內；並且不問其他法律之程序規定是否較本法嚴格，一概優先本法而適用（「行政程序法為普通法之性質，如其他法律或法律具體明確授權之法規命令就同一事件另有特別規定者，自應適用該其他特別規定」）。前者已經逸出「文義解釋」所容許的範圍，後者忽略本法立法之原意，兩者皆值商榷。參見法務部（編印），《行政程序法解釋及諮詢小組會議紀錄彙編（二）》，頁 9~10（台北：法務部，2002 年 12 月初版）。

³⁹ 例如，考試院依典試法(91/01/16)第二十三條授權訂定之「成績複查辦法」(91/08/28)。

⁴⁰ 參見本法第一百六十一條。

⁴¹ See RICHARD J. PIERCE, JR., SIDNEY A. SHAPIRO & PAUL R. VERKUIL, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS 204 (2nd ed., 1992).

⁴² 在英美法系國家，法官得否依據普通法(common law)，在行政程序法所定程

三、「程序違反」亦司法審查（行政訴訟）之客體

美國行政程序法(Administrative Procedure Act, APA)明白規定「程序違反」屬於法院審查之範圍(scope of judicial review):⁴³

行政機關之決定有下列情形之一者，應予廢棄：

- (1) 恣意、任意、濫用裁量權、或其他違法情事；
- (2) 牴觸（侵犯）憲法上之權利、權力、特權或豁免權者；
- (3) 逾越法定管轄、授權、或法定限制、或欠缺法定權利者；
- (4) 未遵守法定程序者；
- (5) 應履行本法第 556, 557 條之程序〔按即「正式程序」〕，或依其他法律規定應就其聽證之筆錄加以審查，而發現其缺乏「實質證據」(substantial evidence)之支持者；
- (6) 事實部份接受審理法院再審時，發現其事實認定不當者。

本法雖未明定「程序違反」為「違法」，亦未規定「程序違反」為司法審查（行政訴訟）之客體，然綜觀本法第一百十一條、第一百十四條及第一百七十四條，亦應為相同之解釋。

按第一百十一條⁴⁴計列舉七種行政處分「無效」之事由。其

序以外，課行政機關以更嚴之程序，向有爭論。美國聯邦最高在 Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council 案(435 U.S. 519 (1978))傾向否定見解。

⁴³ 5 U.S.C. § 706(2).

⁴⁴ 第一百十一條：「行政處分有下列各款情形之一者，無效：

- 一、不能由書面處分中得知處分機關者。
- 二、應以證書方式作成而未給予證書者。
- 三、內容對任何人均屬不能實現者。
- 四、所要求或許可之行為構成犯罪者。

中第一款、第二款為關於「方式」之規定，第三款至第五款為關於「實體內容」之規定，第六款為違反「專屬管轄」，第七款則為概括規定（「其他具有重大明顯之瑕疵者」）。「程序違反」既不在前六款之列，則其瑕疵如未達第七款所謂之於「重大明顯」程度，即非屬「無效」⁴⁵。

次按，本法第一百十四條規定：

違反程序或方式規定之行政處分，除依第一百十一條規定而無效者外，因下列情形而補正：

- 一、須經申請始得作成之行政處分，當事人已於事後提出者。
- 二、必須記明之理由已於事後記明者。
- 三、應給予當事人陳述意見之機會已於事後給予者。
- 四、應參與行政處分作成之委員會已於事後作成決議者。
- 五、應參與行政處分作成之其他機關已於事後參與者。

前項第二款至第五款之補正行為，僅得於訴願程序終結前為之；得不經訴願程序者，僅得於向行政法院起訴前為之。

前開條文乍看之下似謂：「程序違反」一概得限時（於「訴願程序終結前」或「向行政法院起訴前」）補正，惟更與本法第一百七十四條合觀後，又非作限縮解釋無法自圓。

本法第一百七十四條謂：「當事人或利害關係人不服行政機關關於行政程序中所為之決定或處置，僅得於對實體決定聲明不服時一併聲明之。但行政機關之決定或處置得強制執行或本法或其

五、內容違背公共秩序、善良風俗者。

六、未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者。

七、其他具有重大明顯之瑕疵者」。

⁴⁵ 按本法第一百十條第四項之規定，無效之行政處分「自始不生效力」。

他法規另有規定者，不在此限」，顯示當事人或利害關係人對「程序違反」並非不得聲明不符，僅聲明不符之時機(timing)受有限制而已⁴⁶。僅得於對「實體決定」聲明不服時，一併聲明之。如此限制，究其用意，無非在避免「無謂」之爭訟。易言之，如「程序違反」對於行政行為之「實體決定」不生影響，自無許其單獨以「程序違反」提出爭訟之必要。反之，如當事人或利害關係人認為，「程序違反」已經影響到行政行為之「實體決定」，並且不服該「實體決定」時，自可依本條提起爭訟。本此理解，前揭第一百一十四條應限縮解釋為：該條第一項第二款至第五款所列之四種情形，雖於第二項所定時點前，補行欠缺之程序（補提申請、補記理由、補予陳述意見之機會、補作決議、補行參與），亦僅於補行程序後，對於行政機關原依「違法程序」所作成之「實體決定」不生影響時，始得「補正」。亦即，「程序違反」之瑕疵因及時補行程序而治癒。反之，如雖依限「補行程序」，但行政機關因而應變更其原先「違法程序」所為之「實體決定」時，「程序違反」之瑕疵自不能因此「補正」，而應認法院得予審查撤銷！

實則，本法第一百五條已間接肯定如上之解釋。所謂「行政處分違反土地管轄之規定者，除依第一百十一條第六款規定而無效者外，有管轄權之機關如就該事件仍應為相同之處分時，原處分無須撤銷」，雖為關於土地管轄違反之規定，但其中隱含之原則則為：（土地管轄）程序瑕疵影響行政處分之實體結果時，該瑕疵即構成處分撤銷之事由。

如上解釋，不僅符合論理解釋之要求，可避免法條間可能的

⁴⁶ 究其作用相當於繫爭事項達於可為裁決之程度(ripeness)之特殊規定。參見湯德宗，〈權力分立與違憲審查-- 大法官抽象釋憲權之商榷〉，輯於氏著，《權力分立新論》，頁133以下（頁149~150）（台北：自刊，2000年12月增訂二版）。

矛盾；抑且符合本書前文所申論的立法目的-- 貫徹「依法行政」原則。⁴⁷如此解釋從比較法觀點而言，亦具有說服力。按前揭本法第一百四十四條實際為德國聯邦行政程序法第四十五條⁴⁸之翻版，而本法第一百五條則為德國聯邦行政程序法第四十六條⁴⁹之修正。⁵⁰德國通說以為，非屬「無效」事由之程序瑕疵，僅於

⁴⁷ 參見湯德宗，〈論行政程序法的立法目的〉（輯於本書頁51以下）。

⁴⁸ 德國行政程序法第四十五條規定：

「(1)違反有關程序與方式之規定者，除該行政處分依第四十四條之規定而無效者外，因下列情形而視為補正：

1. 為行政處分所必要之聲請，事後已提出者。
2. 必須說明之理由，已於事後說明者。
3. 對於當事人必要之聽證，已補辦者。
4. 作成行政處分時必須參與之委員會之決議，已於事後作成者。
5. 必須參與之其他官署，已於事後參與者。

(2)前項第二款至第五款之（補正）行為，只得於訴願程序終結前補正之，如無訴願程序時，只得於向行政法院起訴前為之。

(3)行政處分因未說明應說明之理由，或未正式舉行作成行政處分前應舉行之當事人之聽證，致無法於法定期間對其訴請撤銷者，所遲延之法律救濟期間，視為無過失責任。依第三十二條第二項所定回復原狀期間，自其所遲延之程序行為補正時起算」。

⁴⁹ 德國行政程序法第四十六條規定：「行政處分非依第四十條而無效者，如對該事件不可能有其他決定時，不得只因其成立違反有關程序方式或土地管轄之規定而被請求廢棄」。

⁵⁰ 參見李建良，〈行政程序法與人民權利之保障〉，《月旦法學雜誌》，第五十期，頁40以下（頁47）（1999年7月）。

另說以為：本法第一百一十五條之規定，僅限於違反「土地管轄」之瑕疵，而未如德國聯邦行政程序法第四十六條，併及於違反「有關程序方式」之瑕疵，故應為「反面解釋」-- 土地管轄瑕疵以外之「其他程序瑕疵」應一概為「得撤銷」。參見翁岳生，〈論行政處分〉，輯於氏著，《法治國之行政法與司法》，頁9以下（頁17~18）（台北：月旦，1987年4月初版）（「至於違反土地管轄之行政處分，如就該事件不可能為其他決定時，亦即該行政處分縱使依法予以撤銷，實體上仍須再作成內容相同之行政處分，為程序經濟之計，應限制行政機關在此情形之撤銷權。…本草案認為，我國一般人民之法律意識不強，守法觀念有待加強，在此情形下，如只顧實體上行政處分

其對行政決定（行政處分）之實體結果有影響時（即德國法第四十六條所謂「如就該事件不可能為其他決定時」之反面解釋），始構成導致決定（處分）違法之「程序違反」。⁵¹總此，導致行政決定（如行政處分）違法之「程序違反」，應構成「得撤銷」之事由；僅未導致行政決定（如行政處分）違法之「程序違反」得因及時「補行程序」而「補正」！⁵²

「法規命令」訂定之程序違反，得否作為司法審查之對象？按，關於「程序違反」應為司法審查之客體，前已敘明；法規命令訂定程序既亦有「正當行政程序」（例如預告、陳述意見、說明理由）之適用，則為確保機關履行「正當行政程序」，法規命令訂定程序之違反，自應同受法院審查。另，本法第一七四條限制「當事人或利害關係人不服行政機關於行政程序中所為之決定或處置，僅得於對實體決定聲明不服時一併聲明之」，法規命令訂定之程序違反，自亦不能例外。然，法規命令乃「對多數不特

無法作成不同之決定，就准許有關程序或方式規定之違反，恐將造成不少弊端，有鼓勵違法之嫌，乃未採上述德國之立法例」）；蕭文生，前揭（註20）文，頁615（「我國行政程序法第一百一十五條之規定可能係有意排除方式及程序瑕疵，而僅限於土地管轄瑕疵，藉此杜絕行政機關不重視行政程序的心態」）。

⁵¹ 參見〈德國行政程序法當前討論之問題〉，收於《考察「德、西、奧、義行政程序立法與實務」報告》，頁219以下（頁238~239）（台北：法務部，民國八十二年十二月）。

⁵² 相同見解，參見蕭文生，前揭（註20）文，頁612~613。不同見解，參見詹震榮，〈行政程序瑕疵之補正〉，《法學講座》，第十一期，頁36以下（頁43~44）（2002年11月）（本法第一百一十四條「蘊藏了兩種截然不同之補正目的：第一與二款程序欠缺之補正，主要在於踐行依法行政原則；補正行為並不會影響行政處分的實質內容。反之，第三至五款程序瑕疵之補正，其目的則在於促進或改善實體決定之正確性，蓋『倘若先前踐行必要之程序或方式，行政機關可能另為其他實體決定』。是以，在判斷補正行為是否具有治癒效果時，應為此目的性之考量，而非忽視各款程序行為之本旨，一視同仁地採行限縮解釋，認為『僅於補行程序後，對於行政機關原違反程序所作成之實體決定不生影響時，始得補正』」）。

定人民，就一般事項所為之抽象對外發生法律效果之規定」⁵³，與行政處分為係「就具體事件所為之決定或其他公權力措施，而對外發生法律效果之單方行政行為」⁵⁴者不同，得否逕行主張法規命令實體違法，而附帶聲明「程序違反」，不無疑問。

按美國因行政程序法明文規定⁵⁵：「凡因機關之行為而遭受法律上之損害，或因機關之行為而受有某有關法律所謂之不利影響或侵害之個人，均得以此為由請求司法審查」，是故因某項法規命令之訂定而受不利影響（限制）者，遂得以「因政府行為而受有不利影響或侵害(adversely affected or aggrieved)」為基礎，取得「原告適格」(standing)，提起訴訟，直接挑戰法規之內容。⁵⁶我國前此行政爭訟（訴願與行政訴訟）概以「行政處分」為限，法規命令當然不得直接作為爭訟之客體。新修正的行政訴訟法(87/10/28)第二條將訴訟客體放寬，謂：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟」；法規命令似亦可以「公法上之爭議」，成為行政訴訟之標的。然同法第三條繼而界定：「前條所稱之行政訴訟，指撤銷訴訟、確認訴訟及給付訴訟」；第四條並謂：「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟」，又將「撤銷訴訟」限定於「行政處分」；至於具有「補遺」功能的「一般給付訴訟」，多數學者亦主張將其適用範圍限縮於行政機關所為之具體、特定行政行為。⁵⁷是國內學者⁵⁸多認為人民僅得於對「行政處分」（或

⁵³ 參見本法第一百五十條第一項。

⁵⁴ 參見本法第九十二條第一項。

⁵⁵ 5 U.S.C. § 702.

⁵⁶ 湯德宗，〈美國行政程序法概要〉，收於翁岳生（主持），《行政程序法之研究》，頁181以下（頁200）（台北：行政院經建會，1990年12月）。

⁵⁷ 參見翁岳生（主編），《行政訴訟法逐條釋義》，頁63、123（盛子龍執筆）。

其他個別行政行爲)提起行政爭訟時,間接主張該處分(或行政行爲)所依據之「法規命令」違法(實體違法)。⁵⁹余意以爲,行政處分之相對人於得間接主張法規命令實體違法時,應許其一併主張命令訂定之「程序違反」。

四、「程序違反」之司法審查標準容有不同

「程序違反」爲法院所得審究之對象,已析論如前,惟法院審查之標準(standards of judicial review),或謂司法「控制密度」(Kontrolldichte),容有不同。前揭美國行政程序法 5 U.S.C. § 706(2)對不同的行政程序,指示不同的審查標準。質言之,對於「非正式程序」(包括「非正式規則訂定」與「非正式行政裁決」),法院應採用最寬鬆的「恣意暨任意標準」(arbitrary and capricious test);對正式程序(包括「正式行政裁決」與「正式規則訂定」),則應採取最嚴格的「實質證據標準」(substantial evidence test)審查。另,近年並發展出介在兩者間的「從嚴審查標準」(“hard-look” test)。不同的司法審查標準,使法院對於行政程序可爲不同程度的監督,堪稱美國行政法之精華,可供我國參採。

(台北:五南,2002年11月);陳清秀,《行政訴訟法》,頁129(台北:自版,1999年6月)。

⁵⁸ 參見吳庚,《行政法之理論與實用》,頁304(台北:自版,2001年8月增訂七版)(「行政行爲權益受侵害之人民,提起訴願及行政訴訟,通常僅限於行政處分,而不能對行政命令逕行表示不服」);蔡茂寅,〈公法上之爭議與行政訴訟--司法權界限理論之檢討〉,《台灣本土法學》,第五期,頁123以下(頁127)(1999年12月)(「法律與行政命令…僅為抽象之法規,而不具具體事件性,在爭訟成熟性不足的情形下,僅能等待行政機關據此做成行政處分後,再就行政處分提起行政訴訟」)。

⁵⁹ 實務上「命令有無違法」,輒由大法官以憲法解釋受理(參見大法官釋字第三一三號、第三四五號、第三八〇號解釋等)。從違憲控制分工的角度檢視,現行作法是否妥適,容可商榷。參見蘇永欽,〈試論違憲〉,輯於氏著,《違憲審查》,頁9以下(頁25~26)(台北:學林,1999年1月)。

下述三個審查標準,主要係法院用以確保行政決策(行政行爲)克盡「說明理由義務」的手段。至「說明理由義務」在性質上究屬「程序」抑或「實體」義務,實難截然論斷,毋寧以爲兼具二者更爲貼切。此亦前文⁶⁰所謂「程序規定與實體規定有時難以截然劃分」之適例。美國法院於適用下述三個審查標準時,並不區分(限定)審查標的(客體)係屬「程序違法」或「實體違法」。因本書一版刊行以來,屢有詢問,特補充說明如上。

(一) 恣意暨任意標準

按照傳統的「恣意暨任意標準」,司法監督(法院審查)的重點在於行政機關是否確已履行法定程序,至於機關所爲之事實認定與實體決定,幾乎概予尊重。究其操作而言,殆與憲法上正當程序條款(Due Process Clause)之「合理性要件」(“mere rationality” requirement)⁶¹相當。一九三五年美國聯邦最高法院在 *Pacific States Box & Basket Co. v. White*⁶²案所謂:「凡能設想有一事實狀態可以合理支持該處分時,即應推定該事實狀態存在;其挑戰該項推定者,應負責舉證繫爭處分爲恣意」,可爲代表。一九七〇年以後,「恣意暨任意」標準開始趨於嚴格,在 *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe*⁶³案,美國聯邦最高法院謂:「法院應審究該決定是否於考量相關因素(the relevant factors)後作成,又其判斷是否顯然錯誤」。雖然如此,凡機關之決定確有理由,法院即應尊重。司法審查的尺度十分寬鬆。

⁶⁰ 參見,湯德宗,前揭(註16)文,頁1以下。

⁶¹ See LAURENCE TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW §§ 16-1, 16-2 (2nd. ed. 1988).

⁶² 296 U.S. 176 (1935).

⁶³ 401 U.S. 402, at 416 (1971).

（二）實質證據標準

與「恣意暨任意標準」相對者，乃「實質證據標準」。美國聯邦最高法院初於 *Consolidated Edison Co. v. NLRB*⁶⁴案界定：「實質證據(substantial evidence)……乃指相關證據，自心智正常之人 (a reasonable mind)觀之，可認為足以支持其結論者」。繼於 *Universal Camera Corp. v. NLRB*⁶⁵案補充：「須心智正常之人，於考量行政機關提出之證據整體後，認為足可支持其結論者」，始為符合「實質證據標準」。「實質證據標準」雖較「恣意暨任意標準」嚴格，但行政決定仍受相當之尊重。亦即，當心智正常之人，按機關提出之證據，可以獲致一項以上之結論時，凡機關獲致之結論確屬其中之一者，即符合「實質證據標準」，機關之決定即應予維持。

（三）從嚴審查標準

為強化原先極為寬鬆的「恣意暨任意標準」，使法院能對行政機關依「非正式程序」所為之決定，進行較有意義之審查，聯邦法院自七〇年初以來，逐漸發展出「從嚴審查標準」，其寬嚴程度介在前述二者間。申言之，凡有下列情形之一者，應認行政機關之決定為「恣意或任意」：

- 1) 機關作成決定時考慮了法律所不希望其考慮的因素；
- 2) 機關作成決定時對重要因素漏未考慮；
- 3) 機關提出之理由與出示之證據不符；
- 4) 機關所為決定顯然無法以觀點不同或機關專業知識加以理解者。⁶⁶

⁶⁴ 305 U.S. 197, at 229 (1938).

⁶⁵ 340 U.S. 474, at 488 (1951).

⁶⁶ 463 U.S. 29, at 43 (1983).

樹立從嚴審查標準的 *Motor Vehicle Manufacturers Ass'n v. State Farm Automobiles Insurance Co.*⁶⁷案，乃因「國道安全局」(National Highway Traffic Safety Administration)廢止一項法規命令而起。按該項命令係該局依據「全國交通及汽車安全法」(National Traffic and Motor Vehicle Safety Act of 1966)⁶⁸之授權所訂定，要求製造商在各式新車上配備「安全氣囊」(air bag)或「自動上繫安全帶」(automatic seat belt)。按該局一九七七年之估計，前揭命令實施後，將有百分之六十的新車裝置安全氣囊，另百分之四十的新車裝置自動上繫安全帶，每年車禍死、傷人數將可因此分別減少一萬人與一萬兩千人。嗣該局發現百分之九十九的汽車製造商，基於成本考量，將選擇裝置「自動上繫安全帶」，致原先預估之管制效益無法實現；且「自動上繫安全帶」裝置後猶可輕易拆除，減低車禍死傷人數之效果益減，乃於一九八一年決定廢止該項命令。本案最高法院首先認定：「廢止命令」應視同「訂定命令」般，接受法院審查；蓋兩者同樣涉及政策之變更（一為從有到無，一為從無到有），自有說明理由之義務。繼而，在肯認法院不應以「自己之判斷」取代「機關之判斷」的前提下，認定國道安全局漏未考量顯然合理的替代方案，即逕行廢止繫爭命令，乃屬恣意暨任意之決定，爰廢棄機關廢止命令之決定，命重為適法之決定。蓋「自動上繫安全帶」既不足以達成預定之管制目標，理應考慮修正原命令，規定新車一律裝置安全氣囊才是。判決中並指出：只要該機關能提出理由，其重為決定時，並非不得拒絕採納「僅新車應一律裝置安全氣囊」的替代方案。

⁶⁷ 463 U.S. 29 (1983).

⁶⁸ 15 U.S.C. § 1381.

貳、違反「公正作為義務」之效果

按前文分析，行政程序中，機關「公正作為之義務」有三。茲分別探究其違反對於「行政處分」與「法規命令」作成之影響。

一、應迴避而不迴避

按本法第三十二條及第三十三條之規定，公務員⁶⁹在行政程序中應迴避之原因有三。一為「利益衝突」(conflict of interests)，指公務員因「個人利益」與「職務利益」發生衝突，難期公正作為，故應迴避；⁷⁰二為存有「成見」(prejudgment or prejudice)，指因公務員對待決事件已存有預設立場，難期公正作為，故應迴避；⁷¹三為因有其他「具體事實，足認其執行職務有偏頗之虞者」⁷²。迴避之方式亦有三種：公務員「自行迴避」⁷³、由當事人「申請迴避」⁷⁴、以及由公務員所屬機關「命為迴避」⁷⁵。

「應迴避而未迴避」的情形約可分為「半途始迴避」與「全程未迴避」兩種。兩者對於終局行政決定或有「重大」影響，然皆非「明顯」之瑕疵（按當事人自處分之外觀上無法獲悉瑕疵之

存在），按第一百十一條之規定，尚非「無效」之事由，核先敘明。關於「半途迴避」，自迴避制度乃為確保行政決策公正之目的觀之，應更區別其迴避係在「陳述意見」開始（或「聽證」舉行）之前或之後。鑑於「陳述意見」（或「聽證」）對於行政處分之重要，公務員在「陳述意見」（或「聽證」）後始行迴避者，理應重新進行「陳述意見」或「聽證」程序。亦即，僅其重新進行「陳述意見」或「聽證」之程序，始能治癒「未及時迴避」之瑕疵；其未重新進行「陳述意見」或「聽證」程序者，應視同「全程未迴避」處理。公務員於「陳述意見」開始（或「聽證」舉行）前即已迴避者，應認其先前之「未迴避」，對於終局處分不生實質影響，該「程序違反」之瑕疵，已因及時迴避而治癒。至於「全程未迴避」，既無從「及時補正」，應「推定」⁷⁶因此所為之終局處分為違法，法院「得撤銷」之。此亦我國目前實務⁷⁷之見解。

本書前文已說明，本法從德、日立法例，不採美國的「職務分工」(separation of function)原則，不設置專職、獨立的聽證官，一稱「行政法法官」(administrative law judges)，而僅以「迴避」制度確保公正作為。是迴避義務不限於應「經聽證」，或應予「陳述意見之機會」，而作成之「不利處分」，即使（經「聽證」或予「陳述意見之機會」而作成之）「授益處分」亦應有適用。

至於法規命令訂定程序中有無「迴避義務」之適用，不無疑義。美國行政程序法⁷⁸將「迴避義務」限用於「正式程序」，包

⁶⁹ 此所謂「公務員」應從廣義解為「依法令從事於公務之人員」，參見湯德宗，前揭（註16）文，頁14。

⁷⁰ 參見本法第三十二條第一項第一款（「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」），及第二款（「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」）。

⁷¹ 參見第三十二條第三款（「現為或曾為該事件當事人之代理人、輔佐人者」），及第四款（「於該事件，曾為證人、鑑定人者」）。

⁷² 參見第三十三條第一項第二款。

⁷³ 參見第三十二條。

⁷⁴ 參見第三十三條第一項。

⁷⁵ 參見第三十三條第五項。

⁷⁶ 由於機關較（當事人）易證明：何以「未迴避」對於終局決定不生影響。余意以為，應使機關負舉證責任。

⁷⁷ 參見行政法院75年判字第2469號判例(75/12/30)（各級租佃委員會委員對有關本身之議案應迴避之，為臺灣省各縣(市)政府暨鄉公所耕地租佃委員會組織規程第三十六條所明定。本件繫爭土地承租人為崁頂鄉公所耕地租佃委員會委員，就其議案並未迴避，被告機關據以決定由承租人續訂租約，難謂無違誤）。

⁷⁸ 5 U.S.C. § 556(b).

括「正式的行政裁決」(formal adjudication)與「正式的規則訂定」(formal rulemaking)。實務上認為僅當主持聽證之公務員(「行政法官」)，對於「特定事實」(specific facts)之認定存有成見，始須迴避；如僅係對「一般政策」存有立場，毋寧為當然，不須迴避。⁷⁹余意以為，我國法規命令訂定程序中應不適用「迴避義務」。蓋其一，行政處分為個別行政行為，案中繫爭利益具體而尖銳，一旦決定偏頗，將導致特定人民之權益受損，故有必要模仿「司法程序」，厲行迴避規定；法規命令因非針對特定個人，利益影響普遍，厲行迴避規定似非必要。其二，嚴格言之，我國並無相當於美國「正式行政裁決」的行政處分。法規命令縱須經「聽證」而訂定，⁸⁰為尊重機關政策形成的裁量權，預料殆將規定「聽證紀錄」僅供機關決策之參考(「斟酌」)而已，不至於要求「應依聽證紀錄訂定命令」。總之，命令訂定中公務員「利益衝突」的情形，既非明顯，似無適用「迴避義務」之必要。

二、決策組織不適法

理論上說，行政機關以適法之組織作成決策，亦為確保「公正作為」之一環。「組織不適法」常見的情形包括：應由委員會作成決定而未召開委員會、委員會出席人數不足法定開會人數、委員在場人數未達法定決議人數、委員會組成不符資格限制⁸¹

⁷⁹ See Pillsbury Co. v. FTC, 354 F.2d 952 (5th Cir. 1966); Texaco Inc. v. FTC, 336 F.2d 754 (D.C.Cir 1964), vacated and remanded on different issues, 381 U.S. 739 (1965).

亦即以為，所謂「觀點偏頗」(viewpoint bias)尚不構成迴避事由，詳見湯德宗，〈論行政程序中的迴避義務-- 行政法院判決三則評釋〉(輯於本書，頁 277 以下)。

⁸⁰ 參見本法第一百五十五條、第一百五十六條。

⁸¹ 參見環境影響評估法(88/12/22)第三條第二項(環境影響評估審查委員會中專家學者不得少於委員會總人數三分之二)。

等。行政處分違反「組織適法」要件者，我國實務上雖認為「得撤銷」⁸²，惟本法第一百十四條第一項第四款卻規定：違反程序之行政處分，得因「應參與行政處分作成之委員會已於事後作成決議」而補正。實則，細繹其義，應指前應參與(但未參與)行政處分作成之委員會，已於事後作成「與原處分同一內容」之決議，「組織不適法」始為補正。如其未能「及時補正」或「委員會補行決議之內容不同於原處分」時，則屬不能補正之「程序違反」，自為「得撤銷」之原因。余意以為，組織適法乃機關之基本義務，極易遵守；而其違反對於決策結果之影響，外人甚難知悉。故應使機關負責舉證：組織雖不適法，然於終局處分之結果不生影響。至於法規命令之訂定，既須經機關首長發布，足以確保其為真實；本法第一百五十八條復設有無效之控制，似無要求「決策組織適法」之必要。目前各中央部會與地方政府皆設有法規訂定專責單位(如「法規會」)，然實務上機關之法規命令未必皆經法規會審議。

三、曾為「片面接觸」

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 contacts)原則。公務員與當事人(或代表其利益之人)在行政程序外之有單方面接觸，且非職務上所必要者，即屬違反禁止「片面接觸」原則。

本書前文曾主張：為免限制過嚴，有礙機關獲得決策所需資訊，所謂「職務上之必要」，應為適當解釋。⁸³按美國行政程序

⁸² 參見湯德宗，前揭(註16)文，頁16~17。本法第一一四條第一項第四款規定違反行政程序之行政處分，得因「應參與行政處分作成之委員會已於事後作成決議」而補正，暗示委員會組織不合法亦為違反程序。

⁸³ 湯德宗，前揭(註16)文，頁18。

法於一九七六年增訂「陽光法」時，僅在「正式程序」（含「正式的行政裁決」及「正式的規則訂定」）中，才禁止程序外之片面接觸（溝通）。至於「非正式程序」（包括「非正式的行政裁決」及「非正式的規則制訂」）是否亦禁止片面接觸，尙有爭論。法院判決顯示，「非正式的行政裁決」(informal adjudication)亦有「禁止片面接觸」原則之適用。⁸⁴至「非正式規則制定」(informal rule-making)則須涉及「就特定有價特惠為競爭性之主張」(“competing claims to a valuable privilege”)時，始禁止片面溝通；如僅涉及「一般性的政策制訂」(general policy-making)則否。⁸⁵余意以為，禁止「片面接觸」原則在我國應不適用於「法規命令」訂定程序。理由有四：

- 1) 我國前揭規定之文義較（美國）為寬鬆，容許如此限縮解釋；
- 2) 我國實務上迄未有試圖以「命令訂定」取代「行政處分」之作用者，暫時無需顧慮「鑽漏洞」問題；
- 3) 法規命令縱經「聽證」而訂定，如其未有如本法第一百零八條但書之規定，應認為其「聽證紀錄」亦僅供機關決策之參考（「斟酌」），與「應依聽證紀錄作成處分」者有別；
- 4) 性質上，法規命令為一般性的政策決定 (general policy-making)，與行政處分（尤其第一百零二條規範之「不利處分」）牽涉具體的事實認定 (specific facts-finding)者不同，行政機關應有較大的裁量空間。

質言之，「片面接觸禁止」原則不適用於「法規命令訂定程序」，實因「禁不勝禁」。另一方面，其間隱含認知：民主社會中，各種利益團體競相「遊說」立法（法規命令訂定實際為行政

⁸⁴ See U.S. Lines v. FMC, 584 F. 2d 519 (D.C.Cir. 1978).

⁸⁵ See Action for Children's Television v. FCC, 546 F. 2d 458 (D.C.Cir. 1977); Sierra Club v. Costle, 657 F.2d 298 (D.C.Cir. 1981).

機關的立法活動⁸⁶），毋寧為常態。

行政處分程序中曾與當事人為片面接觸者，按本法第四十七條第二項之規定，「應將所有往來之書面文件附卷，並對其他當事人公開」。如其接觸非以書面為之者，按同條第三項之規定，「應作成書面紀錄，載明接觸對象、時間、地點及內容」；解釋上並亦應如同條第二項般，「附卷並對其他當事人公開」。是知違反「禁止片面接觸」原則所生之程序瑕疵，僅須「附卷並公開」，即可「補正」。僅「不為補正」（例如不作成書面或不附卷）或「在其他當事人已依本法第四十六條第一項之規定，請求閱覽卷宗後，始為附卷」時，始成為不能及時補正之「程序違反」，而為「得撤銷」之事由。

又，本法既區別行政處分程序中之「聽證」效力：僅「法規明定應依聽證紀錄作成處分者」⁸⁷，聽證紀錄始有拘束機關決定之效力；其餘情形⁸⁸，聽證紀錄概供機關參考（斟酌）而已，其效力殆與「陳述意見」者相當。⁸⁹余意以為，可進一步在舉證責任上，反映出此一「程序違反」的效果。亦即，當事人主張機關在應予「陳述意見之機會」，或一般應「經聽證」作成之行政處分程序中，違反「禁止片面接觸」原則者，應負責舉證該片面接觸對於實體決定（終局處分）確有影響，以此請求法院撤銷原處分。至於「應依聽證紀錄」作成之處分，當事人主張機關於聽證過程中，違反「禁止片面接觸」原則者，應由處分機關應負責舉證（反證）：雖有片面接觸，然對於實體決定（終局處分）不生

⁸⁶ 詳見湯德宗，〈論行政立法之監督--法規命令及行政規則訂定程序起草構想〉文（輯於本書頁 211 以下）。

⁸⁷ 參見第一百零八條第一項但書。

⁸⁸ 參見第一百零八條第一項前段。

⁸⁹ 參見本法第四十三條（「行政機關為處分或其他行政行為，應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將其決定及理由告知當事人」）。

影響，俾原處分可免於為法院撤銷。⁹⁰

參、違反「聽證權相關程序」之效果

本法將「聽證權」分為兩種，並列為第二章第二節之節名：「陳述意見」及「聽證」。前者為「非正式程序」，後者為「正式程序」，已如前述。聽證權之「程序違反」態樣約可分為三類。一為預告程序之瑕疵，例如：未為預告、預告之「聽證準備期間」不適當、預告之內容錯誤等。二為未舉行聽證。⁹¹三為有關程序進行之瑕疵。茲分述其對於「行政處分」與「法規命令」之影響。

一、預告程序有瑕疵

在「職權主義」進行的設計下，為使當事人得以踐行「陳述意見」或「聽證」之程序權，行政機關須為預告。「陳述意見」之預告，分見於本法第一百零四條（行政處分）及第一百五十四條（法規命令）。關於「聽證」之預告，則分見於第五十五條（各式行政行為通用）及第一百五十六條（法規命令專用）。

如機關根本「未為預告」⁹²，當事人既無從「陳述意見」或

參與「聽證」，其效果應與下述「未為聽證」同視。其次，預告應酌留合理的「準備期間」，俾當事人得適當準備、有效參與。關於「聽證」之預告，本法第五十五條第三項明定：「聽證期日及場所之決定，應視事件之性質，預留相當期間，便利當事人或其代理人參與」；⁹³「陳述意見」之預告雖未有類似明文，惟機關於設定第一百零四條第四款所謂「提出陳述書之期限」及第一百五十四條所謂「所定期間」時，理應類推適用前揭第五十五條第三項之規定。準備期間不合理，將使當事人無法有效行使「聽證權」。除及時補正者（例如在陳述意見或聽證開始前，及時「延長」準備期間）外，應屬「不能補正之程序瑕疵」，構成終局決定（處分或命令）「得撤銷」之原因。至於其他「預告內容錯誤」情形，例如法規命令草案預告錯誤、收取意見之機關或承辦人錯誤等，余意以為，應視其情形，類推適用本法第九十八條（告知之「救濟期間」錯誤）或／及第九十九條（告知之「救濟機關」錯誤）之規定。亦即，預告機關應以通知（或公告）更正之，並自更正通知送達（或公告生效）之翌日，重新起算「所定期間」或「期限」；或當事人因預告機關之錯誤預告，而向其他機關或非承辦人「陳述意見」者，如其係於預告機關所指定之「期間」或「期限」內提出（陳述書或意見書）時，視為自始向預告機關或承辦人提出。僅於預告機關拒不更正，或實際收件機關或人員拒不移送者，始為「不能補正之程序瑕疵」，構成終局決定（行政處分或法規命令）「得撤銷」之原因。

二、未予陳述意見之機會或未舉行聽證

聽證權為「正當行政程序」之核心，（因未預告而）未給予

⁹⁰ 如此解釋意在將前文（參見湯德宗，前揭（註16）文，頁20）所述美國法之原始規定（行政機關得要求當事人說明理由-- 何以其申請或主張，不應因其違反禁止片面接觸原則而被拒絕或受不利影響），更予細緻化。

⁹¹ 至於「陳述意見之機會」似無所謂「不舉行」之可能。蓋其一經預告後，權利人即可在指定之「提出陳述書之期限」內，提出陳述書。至於機關是否確曾「斟酌」陳述書而為決定（行政處分或法規命令），則屬有無違反「說明理由」義務之問題。詳見本文下述伍、之說明。

⁹² 按「未為預告」之情形，包括對第一百五十四條第一項所謂「情況急迫，顯然無法事先公告周知者外」之解釋的爭議，以及關於第一百零三條所列各款例外情形之解釋的爭議。

⁹³ 本條為「總則」章之規定，對於一百五十六條之聽證，自亦應有適用。又，因聽證期日或場所變更，而重新預告時，亦有本條項之適用（參見第五十六條）。

「陳述意見之機會」，或未舉行「聽證」，對於行政決定（處分或命令）應生如何效果？因「陳述意見」與「聽證」對於行政決策之重要程度有別，其「程序違反」之效果，自應有所不同。

按當事人因「陳述意見之機會」，而提出之「陳述書」，依本法第四十三條之規定，僅供機關決策之參考（「斟酌」）。至經「聽證」所形成之「聽證紀錄」，依本法第一百零八條第一項前段之規定，原則上亦為僅供機關決策之參考（「斟酌」）；僅當法規規定「應依聽證紀錄做成處分」時，⁹⁴「聽證紀錄」始有拘束機關決策之效力。

關於行政處分未予當事人「陳述意見之機會」，本法第一百四十四條第一項第三款雖謂：「應給予當事人陳述意見之機會已於事後給予者」，得因及時「補行陳述」而「補正」；然本文前已論述應對之為限縮解釋：僅於補行程序（補行陳述）後，對原按「違反程序」所作成之「實體決定」（行政處分之結果）不生影響時，始得「補正」。其未及時補行陳述，或雖補行陳述而行政處分結果將因而變更者，處分之相對人自得訴請法院撤銷原處分。是否「及時補行陳述」，應由原處分機關負責舉證；至「如曾予陳述意見之機會，原處分結果將有不同」，則應由不服原處分之相對人負責舉證。

機關依法規明文規定，「應舉行聽證」⁹⁵而未舉行者，除相關法規規定「應依聽證紀錄作成處分」者外，應為同上之處理。蓋前已說明，「聽證」與「陳述意見之機會」同為「聽證權」之下位概念，目的皆在給予當事人答辯之機會。⁹⁶惟「應經聽證而

⁹⁴ 參見本法第一百零八條第一項但書。

⁹⁵ 參見本法第一百零七條第一款。至於機關依裁量舉行聽證者（同條第二款），無所謂「應聽證而未聽證」，不構成「程序違反」。

⁹⁶ 不同意見，參見周志宏，〈第七章 聽證及陳述意見〉，輯於蔡茂寅等合著，《行政程序法實用》，頁119以下，頁135-136（台北：學林，2001年10月

未聽證」，雖非「重大」瑕疵，要屬「明顯」瑕疵，與「未予陳述意見之機會」者，究有不同。⁹⁷故余意以為，首先應將司法審查標準由最寬鬆的「恣意暨任意」標準，提高為「從嚴審查」標準。如此一來，機關作成行政處分如有「應經聽證而未聽證」之情形，即屬「對於重要因素漏未考慮」，法院得予撤銷。⁹⁸其次，並應將舉證責任倒置，使機關負責舉證：縱使曾為聽證，仍將維持原處分。

至於行政機關按相關法規，更「應依聽證紀錄做成處分」，竟未舉行聽證，而逕自作成處分者，因其並無「聽證紀錄」可為依據，逕自作成之處分，應認為乃本法第一百一十一條第七款所謂之「重大明顯之瑕疵」，而屬「無效」！

現制之下人民無法直接以法規命令作為爭訟客體，而僅能在針對具體行政行為的爭訟中，附帶主張命令違法，已如前述。⁹⁹又，法規命令之訂定，因事涉一般性之政策制定，故以「非正式程序」為原則，「正式程序」為例外。本法第一百五十五條規定機關「得依職權舉行聽證」，第一百五十六條並規定機關「依法舉行聽證」之「預告」程序，惟其終究未有如本法第一百零八條但書之規定；並為避免過度限制機關政策形成之裁量空間，余意

二版）（「行政機關依法規應舉辦聽證而未舉辦聽證即作成行政處分者，應無補正之可能，無論該行政機關是否須依聽證紀錄作成行政處分，基於貫徹依法行政、保障當事人聽證權利，以及法規規定應事先舉行聽證之意旨，都應認該行政處分具有「重大而明顯之瑕疵」，並因而為無效）。

作者倡議「正當行政程序」，欣見響應。周氏之說實用心良苦，惟為研求至當，似以本書見解較符合「聽證權」之屬性，並較切近本法關於「聽證權」法律效果三分的立法設計。詳見湯德宗，前揭（註47）文，頁51以下；並參見本文後述伍、之說明）。

⁹⁷ 按「聽證」為言詞辯論，「陳述意見」為書面答辯，兩者「形式」不同、要式性亦不同（「聽證」為正式程序，「陳述意見」為非正式程序）。

⁹⁸ 參見本文後述伍、之說明。

⁹⁹ 參見本文前文壹、三之說明。

以爲，法規命令訂定「應經聽證而未聽證」時，應按前段所述行政處分「應經聽證而未聽證」（即本法第一百零八條第一項前句）之瑕疵處理模式辦理-- 人民於行政訴訟中，間接主張法規命令訂定程序違法時，法院應推定該未舉行聽證之程序瑕疵已影響命令的實體內容，但行政機關得以反證推翻之。¹⁰⁰至於未依第一百五十四條給予「陳述意見之機會」，其所訂定之法規命令，余意以爲，應與前述機關作成「不利行政處分」前，未予當事人「陳述意見之機會」，爲相同之處理-- 人民於行政訴訟中，欲間接主張法規命令訂定程序違法者，須負責舉證該未予陳述意見機會之程序瑕疵確已影響命令的實體內容。¹⁰¹

三、聽證進行政程序之爭議

最後，關於聽證進行政程序中可能發生之爭議，本法第六十三條第一項明定當事人得「即時聲明異議」，此爲第一百七十四條「程序違反」不得單獨聲明不服原則之例外。當事人未即時聲明者，應生失權效果-- 「程序違反」之瑕疵視爲治癒，嗣後不得主張。惟當事人即時聲明異議後，聽證主持人所爲之處置，如當事人仍有不服，既載入聽證紀錄¹⁰²，自非不得按第一百七十四條之規定，於就實體決定聲明不服時，一併聲明之。

¹⁰⁰ 當然，其他法律得爲較本法更嚴格之程序規定。是以其他法律或其授權之法規命令，並非不得規定「應經聽證訂定法規命令」。此時，其未爲聽證者，應適用上述行政處分「應依聽證紀錄作成而未聽證」之瑕疵處理模式辦理。

¹⁰¹ 不同意見，參見吳庚，前揭（註58）書，頁555-556（縱未予陳述意見之機會，如非有第一百五十八條規定之無效事由，仍屬完全有效之命令）。

¹⁰² 參見第六十四條第二項。

肆、違反「決定告知」義務之效果

按本法第四十三條之規定，行政機關作成行政處分與其他行政行爲後，應將其「決定」告知當事人。¹⁰³違反「決定告知」義務的情形約有三種：全然未爲告知、告知內容不完全、及告知內容錯誤。

本法第一百十條第一項規定：「書面之行政處分自送達相對人及已知之利害關係人起；書面以外之行政處分¹⁰⁴自以其他適當方法通知或使其知悉時起，依送達、通知或使知悉之內容對其發生效力」。準此，未爲告知之行政處分固無從生效；¹⁰⁵告知內容不完全或錯誤者，僅按其告知之（不完全或錯誤）內容，對處分相對人生效。同條第二項¹⁰⁶規定之旨趣相同，僅告知方式與生效時點不同，乃「一般處分」之特性使然也。¹⁰⁷

關於法規命令之「決定告知」，本法僅規定「告知方式」¹⁰⁸，而未規定「程序違反」（未「發布」）之效果。雖第一百五十八條第一項所列三款無效事由¹⁰⁹並未包括「未經發布」之情形，然

¹⁰³ 並參見第九十六條第一項第二款之規定（「行政處分以書面為之者，應記載下列事項：…二、主旨、事實、理由及其法令依據」）。

¹⁰⁴ 參見第九十五條第一項（「行政處分除法規另有要式之規定者外，得以書面、言詞或其他方式為之」）。

¹⁰⁵ 並參見司法院大法官釋字第三三五號解釋（提存應由提存人依法通知債權人或由提存所將提存通知書送達或公告，其未踐行者，應於前述其間屆滿前相當期間內補行送達或公告）；釋字第五一三號解釋（徵收未經公告或未遵守三十日期限規定者，不生效力；徵收之公告記載日期與實際公告不符，以實際公告日期為準）。

¹⁰⁶ 本法第一百十條第二項：「一般處分自公告日或刊登政府公報、新聞紙最後登載日起發生效力。但處分另訂不同日期者，從其規定」。

¹⁰⁷ 就此而言，第一百十條堪稱第一百十一條（行政處分無效）之特別規定。

¹⁰⁸ 第一百五十七條第三項：「法規命令之發布，應刊登政府公報或新聞紙」。

¹⁰⁹ 第一百五十八條第一項：「法規命令，有下列情形之一者，無效：

法規命令既有法的拘束力，¹¹⁰不經公布（「發布」）如何能夠發生拘束人民的效力？¹¹¹前述僅影響特定人權益的行政處分，尚須經告知，並按告知之內容對相對人發生效力，依「舉輕明重」之法理，¹¹²影響不特定多數人民權益之法規命令，更須經「發布」，且依「發布」之內容對大眾發生效力。¹¹³又，本法第一百六十一條明定：「有效下達之行政規則，具有拘束訂定機關、其下級機關及屬官之效力」。僅拘束機關內部之行政規則，尚且以有效「下達」為前提，¹¹⁴遑論對外發生法律效果的「法規命令」如何能不經「發布」，而發生效力！

伍、違反「說明理由」義務之效果

美國法院對於行政行為之監督，主要係透過審查機關決策之

- 一、抵觸憲法、法律或上級機關之命令者。
- 二、無法律之授權而剝奪或限制人民之自由、權利者。
- 三、其訂定依法應經其他機關核准，而未經核准者」。

¹¹⁰ 參見本法第一百五條第一項（「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」）。

¹¹¹ 湯德宗，前揭（註16）文，頁39~40。

¹¹² 相同見解，參見林明鏞，〈教師申訴與行政規則〉，《台灣本土法學》，第十三期，頁161以下（頁165）（2000年8月）（「發布法規命令未刊登於政府公報或新聞紙之法律效果為無效，依『舉輕明重』之法理，而類推行政程序法第一一〇條之規定，可得此結論，此項見解實值贊同」）。

¹¹³ 或謂本法所以未設明文，因中央法規標準法第十三條已規定：「法規明定自公布或發布日施行者，自公布或發布之日起算至第三日起發生效力」；未經發布之法規命令，無從計算其生效時點，自不生效力。然，法規命令未明定自公布或發布日施行者，應如何處理，仍有疑問。本文如上論證仍有必要。

¹¹⁴ 有爭論者，解釋性規定與裁量基準等具有間接對外拘束力之行政規則，其未依本法第一百六十條第二項之規定，由首長簽署並登載於政府公報者，應如何處理。參見湯德宗，前揭（註86）文，頁249~250。

論理過程(reasoning process)而達成，¹¹⁵「說明理由義務」之重要性可見一斑。按，使機關說明其決策理由，原在確保機關作成理性之決策(reasoned decision-making)，防止權力濫用。惟說理應至如何程度，始屬克盡說理義務，尚須斟酌繫爭程序而定，非可一概而論。

析言之，繫爭程序為「正式程序」（決定前應經「聽證」）抑或「非正式程序」（決定前應予「陳述意見之機會」），直接影響法院據以認定機關是否克盡說理義務之基礎--「行政紀錄」(administrative records)或稱「卷宗」之內容。經「聽證」作成之行政處分（或法規命令），其「卷宗」包括：「聽證紀錄」¹¹⁶（內含當事人、證人之陳述與交互詰問）、聽證主持人就待決事件所為之處分擬議、及機關作成之終局處分等。至經予當事人及利害關係人「陳述意見之機會」後，作成之行政處分，其「卷宗」僅有：當事人等提出之「陳述書」¹¹⁷、及機關作成之終局處分等。經過「公告暨陳述意見」程序，而訂定之法規命令，其「卷宗」包括：機關之公告（含命令草案與有助於瞭解草案之相關資料）、各界（針對草案提出）之意見書¹¹⁸、以及機關發布法規命令時一併提出之「理由說明」與「評論回應」¹¹⁹等。各種程序所得出之卷宗，其內容翔實程度不同，法院審查時所得據以要求的說理程度自亦不同。前述美國法院發展出三種司法審查標準，良有以

¹¹⁵ 華府上訴法院院長Wald氏嘗分析該院一九八一年六月至一九八二年六月間之判決，發現該院廢棄行政決定乃以「機關論理不當」為最大宗。Wald, Remarks to the Administrative Conference of the United States (July 7, 1983); see PIERCE, SHAPIRO & VERKUIL, *supra* note 41, at 353.

¹¹⁶ 參見本法第六十四條。

¹¹⁷ 參見本法第一百零五條第一項。

¹¹⁸ 關於命令訂定程序，社會各界應如何「陳述意見」，本法未有如第一百零五條第一項（提出「陳述書」）之規定。解釋上，應可更不拘泥於形式（「非要件式」化）。

¹¹⁹ 參見湯德宗，前揭（註16）文，頁39~40。

也。¹²⁰

本法折衷美國立法例與德國立法例，¹²¹特將行政處分程序中之「聽證」效力區別為二。第一百零八條第一項明定：「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。但法規明定應依聽證紀錄作成處分者，從其規定。」準此，經「聽證」程序作成之「聽證紀錄」原則上僅供機關參考（「斟酌」），僅當法規明定「應依聽證紀錄做成處分」時，「聽證紀錄」始有拘束機關決策之效力。至當事人因「陳述意見之機會」，而提出之「陳述書」，按第四十三條¹²²之規定，一概僅供機關決策（作成「行政處分」或訂定「法規命令」）之參考（「斟酌」）。

表面上，依照第一百零八條第一項前段之規定所為之「聽證」，與依照第一百零二條予當事人¹²³「陳述意見之機會」所為之陳述，同樣僅供機關（作成行政處分之）「參考」。然「聽證」程序既較「陳述意見之機會」複雜得多，機關舉行「聽證」勢須付出更多決策成本，其因此形成之「聽證紀錄」關於事實爭點之記載亦必翔實許多，如謂機關對「聽證」所得之「聽證紀錄」與給予「陳述意見之機會」所獲得之「陳述書」可為同等程度之「斟酌」，殊非合理。是余意以為，為使機關克盡說理的義務，確實發揮各種程序應有的功能，行政法院應該配合我國獨有的「聽證權效果三分法」，採取前述三種寬嚴程度不同的審查標準。質言之：

¹²⁰ 參見前揭壹、四之說明。

¹²¹ 參見湯德宗，前揭（註47）文，頁73~74。

¹²² 第四十三條：「行政機關為處分或其他行政行為，應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，依論理及經驗法則判斷事實之真偽，並將其決定及理由告知當事人」。

¹²³ 利害關係人亦得依第一百零五條第二項之規定，於釋明利害關係所在後，陳述意見。

- 1) 對於經予「陳述意見之機會」而作成之行政處分，應採取前述「恣意暨任意標準」，審查其論理與結論之關係；
- 2) 對於經依第一百零八條第一項前段之「聽證」而作成之行政處分，應採取前述「從嚴審查標準」，審查機關之論理與結論之關係；
- 3) 對於經依第一百零八條第一項但書之「聽證」而作成之行政處分，則應採取前述「實質證據標準」，審查機關之論理與結論之關係。

惟我國現行法究竟未有明文，¹²⁴上述司法審查標準猶待行政法院法官積極於判決中確立。

「法規命令」雖亦有經「聽證」作成者，¹²⁵然未有如前述本法第一百零八條第一項之規定。其經「聽證」形成之「聽證紀錄」對於法規命令之訂定，應發生如何效力，並非明確。余意以為，法規命令在性質上為一般性的政策決定(general policy-making)，與行政處分（尤其第一百零二條規範之「不利處分」）牽涉具體的事實認定(specific facts-finding)不同，允宜給予行政機關較大的裁量空間。是法規命令訂定程序既未有本法第一百零八條第一項但書之規定，解釋上應認為：經「聽證」程序訂定之法規命令，法院應採取「從嚴審查標準」；至於一般按第一百五十四條之「公告暨陳述意見」程序，訂定之法規命令，則仍採「恣意暨任意標準」，審查其論理與結論之關係。

法院依上述標準審查，遇有行政機關之「論理」不足以支持

¹²⁴ 筆者前於參與本法草案（學者版）研擬時，力主明定司法審查標準，未獲採納，乃於該草案第一百零八條之「理由說明」，建議司法院於修正「行政訴訟法」時增訂。惜新修正之行政訴訟法仍未見納前揭呼籲！參見湯德宗，前揭（註86）文，頁247。

¹²⁵ 參見第一百五十五條、第一百五十六條。

其「結論」（無論其為「行政處分」或「法規命令」）時，即屬「程序違反」。¹²⁶雖本法第一百四條第一項第二款有謂「必須記明之理由已於事後記明者」，得因補記理由而「補正」，然本文前已澄清應作限縮解釋-- 僅於補行程序（補記理由）後，對原「違反程序」所作成之「實體決定」（行政處分之結果）不生影響時，始得「補正」（「程序違反」之瑕疵因補行程序而治癒）。其未及時補記理由，或雖補記理由而行政處分結果將因而變更者，處分之相對人自得訴請法院撤銷原處分。是否「及時補記理由」，應由原處分機關負責舉證；至「如記明理由原處分之結果將有不同」，則應由不服處分之相對人負責舉證。

陸、違反「救濟途徑教示」義務之效果

本法第九十六條第一項第六款規定，書面行政處分應「表明不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關」，以便利相對人利用救濟途徑、維護其權利。是「救濟教示」之內容有三：救濟方法、救濟期間及受理機關。而違反「救濟教示」之情形包括「未為教示」或「教示錯誤」。違反「救濟教示」非屬本法第一百十一條第一項所列舉之「無效」事由，亦非第一百四條第一項規定「得補正」之情形。

關於「救濟期間」教示錯誤，第九十八條第一項規定：「處分機關告知之救濟期間有錯誤時，應由該機關以通知更正之，並自通知送達之翌日起算法定期間」。亦即課機關以「更正」之義務，並自更正通知送達之翌日，重新起算法定期間，以為補救。同條第二項謂：「處分機關告知之救濟期間較法定期間為長者，

¹²⁶ 或謂：此時行政決定既無法獲得足夠之理由支持，應歸類為「實體違法」。實際，此處「實體」與「程序」兼而有之，難以明確劃分。

處分機關雖以通知更正，如相對人或利害關係人信賴原告知之救濟期間，致無法於法定期間內提起救濟，而於原告知之期間內為之者，視為於法定期間內所為」，乃基於信賴保護原則，對前揭同條第一項規定所設之例外。主張「因信賴機關原先告知之救濟期間，而無法於法定期間內提起救濟」之處分相對人，應負責舉證「信賴致不能」之情事；否則應概依前揭同條第一項之規定辦理。機關救濟期間教示錯誤而拒不更正，或自始即未曾教示救濟期間者，同條第三項¹²⁷特別將救濟期間放寬至一年，以期兼顧人民權利之保護與公共利益之維護。¹²⁸

關於「受理機關」教示義務之違反，本法第九十九條設有明文。其第一項規定：「對於行政處分聲明不服，因處分機關未為告知或告知錯誤致向無管轄權之機關為之者，該機關應於十日內移送有管轄權之機關，並通知當事人」。希課實際受訴機關以「限期移送」及「通知」之義務，作為補救。至當事人原向無管轄權之機關所為之不服聲明，按同條第二項之規定，視為自始向有管轄權之機關聲明不服」；程序違反所生之不利益，遂告消除。

前述第九十八條及第九十九條乃關於（不服行政處分之）「救濟期間」與「受理機關」教示義務違反之規定，至於「救濟方法」未為教示或教示錯誤，應發生如何法律效果，本法未有規定。余意以為，為落實救濟教示制度、保障人民權益，如當事人因此而未能及時聲明不服時，首應類推適用本法第九十八條第一項之規定，課原處分機關以更正（補行教示）之義務；機關未為

¹²⁷ 第九十八條第三項：「處分機關未告知救濟期間或告知錯誤未為更正，致相對人或利害關係人遲誤者，如自處分書送達後一年內聲明不服時，視為於法定期間內所為」。

¹²⁸ 所可討論者，第九十八條第三項所謂「告知錯誤未為更正」應否限縮解釋為：「（機關）告知之救濟期間較法定期間為短，而未為更正」？余意以為，似可不必。蓋相對人或利害關係人主張適用本項之一年救濟期間時，原應負責舉證：機關告知錯誤未為更正，如何致其遲誤法定救濟期間也。

更正者，則應更類推適用同條第三項之規定，將聲明不服之期間延長為一年。至如當事人因機關違反「救濟方法」教示，致向無管轄權之機關聲明不服者，該機關應類推適用第九十九條第一項為「限期移送」並「通知」，受移送之機關並應類推適用第九十九條第二項之規定，認（視為）當事人自始向有管轄權之機關聲明不服。

至於法規命令，因利害關係人不能直接聲明不服，僅能於對據以作成之行政處分聲明不服時，一併聲明命令訂定之「程序違反」。訂定命令時遂無需教示救濟途徑，自無所謂違反「救濟教示」的問題。

結論

本文首先界定「程序違反」乃指「正當行政程序」之違反，並說明「正當行政程序」之法源。其次論證「程序違反」亦屬司法審查（行政訴訟）之範圍，並略述三種不同的司法審查標準。然後逐一討論各種「程序違反」的態樣，及其對於依此瑕疵程序作成之「行政處分」與訂定之「法規命令」之影響。全文之結論略可歸納如【表一】。作者由衷希望，如上初步的努力，對於經由行政法院裁判，確立我國「正當行政程序」的目標，能有所助益。

本文初稿發表於《月旦法學雜誌》，第五十七期，頁 141~159，2000 年 2 月；2003 年 8 月增訂。

表一：違反行政程序之法律效果一覽表

行政行為類型		行政處分		法規命令	
正當程序要素 (關係條文)					
公正作為義務	迴避制度 (§§ 32, 33)	可補正 (類推§ 114) 不能補正 ☉ 得撤銷		(不適用)	
	組織適法	可補正 (§ 114-I-4) 不能補正 ☉ 得撤銷 (機關反證)		(不適用)	
	片面接觸之禁止 (§ 47)	得補正：附卷並公開 (§ 47-II & III) 不能補正☉ 得撤銷 1.應依聽證記錄作成者(機關反證) 2.其他經聽證作成者 (人民舉證)		(不適用)	
預告 (§§ 104, 154)		得補正：類推 §§ 114, 98, 99 不能補正 ☉ 得撤銷		得補正：類推 §§ 114, 98, 99 不能補正 ☉ 得撤銷	
	「陳述意見之機會」 (書面答辯) (§§ 102, 154)	得補正：§ 114-I-3 不能補正 ☉ 得撤銷 (人民舉證)		得補正：§ 114-I-3 不能補正 ☉ 得撤銷 (人民舉證)	
聽證權	「聽證」(言詞答辯) (§§ 107, 155)	應依聽證記錄作成 處分者 得補正：§ 114-I-3 不能補正☉ 無效	其他經聽證作成者 得補正：§ 114-I-3 不能補正☉ 得撤銷 (政府反證)	經聽證作成者 得補正：類推§ 114-I-3 不能補正 ☉ 得撤銷 (政府反證)	
	提出證據 (§ 61)				
	傳訊證人 (§ 61)				
	獲悉不利證據 (含「閱覽卷宗權」) (§§ 46, 61)				
	交互詰問 (§ 61)				
	作成聽證記錄 (§ 64)				
	選任代理人 (§ 55-I-5)				
	公開聽證 (§§ 59-II, 164-I)				
	依聽證記錄作成決定 (§ 108-I 但書)				
決定告知 (事後告知) (§§ 43, 96-I-2)	無效 (§ 110)		無效 (類推 §§ 110, 160)		
說明理由的義務 (含法令依據) (§§ 43, 96-I-2)	應依聽證記錄作成者： 實質證據標準	其他經聽證作成者： 從嚴審查標準	應給予陳述意見之機會者： 恣意暨任意標準	其他經聽證作成者： 從嚴審查標準	應給予陳述意見之機會者： 恣意暨任意標準

〈違反行政程序的法律效果〉

救濟途徑之教示 (§ 96-1-6)	1.救濟期間 (§ 98-I & II & III) 2.受理機關 (§ 99-I & II) 3.救濟方法 (類推§ 98-I & II & III)	(不適用)
-----------------------	--	-------