

## 論行政程序法的立法目的

### 序言

#### 壹、深化民主原則

- 一、法規命令訂定程序
- 二、行政資訊公開

#### 貳、貫徹依法行政

- 一、「違反正當行政程序」亦屬「違法」
- 二、「行政法之一般法律原則」成文化

#### 參、保障人民權益

- 一、聽證權之意義
- 二、第一百零二條之商權

#### 肆、提高行政效能

- 一、理論基礎
- 二、兼顧行政效能與人權保障的立法原則
  - (一) 區別「正式程序」與「非正式程序」，並以適用「非正式程序」為原則
  - (二) 原則與例外並用的立法體例
  - (三) 職權主義與行政裁量權之授與
  - (四) 自由心證主義
  - (五) 不採嚴格職務分工，不設專職聽證官
  - (六) 行政程序之決定不得單獨提起救濟

#### 伍、維護權力分立

#### 陸、結論

## 序言

行政程序法(以下簡稱「本法」)旨在規範行政機關做成「行政行為」<sup>1</sup>時所應遵循的正當程序(due process)。本書前文<sup>2</sup>已經說明何謂「行政程序的正當程序」,或稱「正當行政程序」的內涵。茲擬進一步探討:何以行政決策應該遵循正當程序?要求行政決策遵循正當程序的用意何在?

本法開宗明義,於第一條即揭示立法目的:「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序,確保依法行政之原則,以保障人民權益,提高行政效能,增進人民對行政之信賴,特制定本法」。茲試檢證本法相關規定,闡析其義。

## 壹、深化民主原則

依前揭條文,本法立法之目的首在「深化民主原則」。該條所謂「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序」云云,

<sup>1</sup> 本法第三條第一項規定:「行政機關為行政行為時,除法律另有規定外,應依本法規定為之」。惟本法未定義「行政行為」,僅定義「行政程序」(參見本法第二條第一項)。合而觀之,可知:「行政處分」、「行政契約」、「法規命令與行政規則」、「行政計畫」、「行政指導」、及「陳情處理」等七種行政決策,皆為「行政行為」。

另,法務部九十一年二月二十一日法律字第○○九○○四八八二八號函謂:「按行政程序法之規範範圍,係以行政機關行使公權力之行為為限。…準此,地政機關依土地法規定所為之地籍重測係屬行使公權力之行為,該行政行為自有本法之適用,合先敘明」,似以為「行使公權力之行為」即為「行政行為」,輯於法務部(編印),《行政程序法解釋及諮詢小組會議紀錄彙編(二)》,頁9(台北:法務部,2002年12月初版)。

<sup>2</sup> 參見湯德宗,〈論正當行政程序〉(輯於本書頁1以下)。

嚴格言之，僅「描述」了「行政上正當程序」的一般屬性，並未確切闡明其中意涵。

按「民主原則」或稱「國民主權原則」<sup>3</sup>，為民主國家憲法的基本原則，要求國家統治權的行使須以民意為依歸，統治的正當性應來自於被統治者的同意。我國憲法第二條所謂「中華民國之主權屬於國民全體」，即為「國民主權原則」的明確宣示。

各國為實踐民主原則，皆設有「參政權」的規定，我國憲法第十七條<sup>4</sup>亦然。惟參政權為一開放性概念，國民參與形成國家決策之方式（管道），原不以「選、罷、創、複」四端為限。凡有助於國民以主權者身份，參與國家意思之形成，或參與公共決定之作成者，皆在國民參政權保障之列。

環顧今世各國所採行之民主，主要為「代議民主」(representative democracy)，或稱「間接民主」。亦即，所謂「國家主權屬於國民全體」<sup>5</sup>，係指國民保有「政治主權」(political sovereignty)，得以定期「選舉」及不定期之「罷免」，操控代議士(representatives)之去留；至於「立法主權」(legislative sovereignty)則委諸代議士組成之國會。<sup>6</sup>我國憲法雖肯定「直接民主」(direct democracy)<sup>7</sup>，允諾人民得以「創制」、「複決」直接形成國家決策。但由於立法院迄未制定創制、複決兩權行使法<sup>8</sup>，目前國民參

<sup>3</sup> 參見法治斌、董保城，《中華民國憲法》，頁18~22（台北：國立空中大學，1997年8月修訂再版）。

<sup>4</sup> 憲法第十七條：「人民有選舉、罷免、創制及複決之權」。

<sup>5</sup> 參見憲法第二條。

<sup>6</sup> MARKKU SUSKI, BRINGING IN THE PEOPLE: A COMPARISON OF CONSTITUTIONAL FORMS AND PRACTICES OF THE REFERENDUM 15-17 (1993).

<sup>7</sup> 憲法第一百三十六條：「創制、複決兩權之行使，以法律定之」。此一法律迄未制定。

前「動員戡亂臨時條款」(61/03/23)第七項規定：「動員戡亂時期國民大會得制定辦法，創制中央法律原則與複決中央法律」，係將「直接」民權交由「代議士」代為行使，理論上殊難成立。

<sup>8</sup> 關於行政院版「創制複決法」草案(90/04/02)之評析，參見湯德宗，〈論直接

政實際僅限於選舉、罷免代議士（立法委員），無從直接（以創制、複決）決定政策。而代議制度未能真實、適切反映民意、體現公益，久為人們所詬病。

本法施行後，國民將因「告知」（含通知及公告）、「聽證」（含非正式的「陳述意見」與正式的「言詞辯論」）等「行政程序」的確立，而得以直接、積極、普遍參與日常行政決策。因此所體現的「參與民主」(participatory democracy)，雖猶未達於「直接民主」的理想，當可減少間接民主的諸多流弊。

本法「深化民主原則」的規定，在「法規命令訂定程序」與「行政資訊公開」兩方面表現最為具體。茲分述如下。

## 一、法規命令訂定程序

本法第一百五十四條規定，各機關訂定（含修正、廢止、停用或恢復適用）「法規命令」<sup>9</sup>時，應將草案全文（或主要內容）「公告」於政府公報，並表明「任何人」皆得於機關所規定之期間內，就法規草案內容「陳述意見」之意旨。法規命令須經過上述「預告暨評論」(notice and comment)程序後，始得定案（定稿）發佈。上述行政立法程序，乃師法美國立法例而來<sup>10</sup>，為我國與德、日兩國行政程序法（皆未設行政立法程序）之重大差別。「深化民主原則」乃此間制度抉擇的主要考慮！

所可惜者，本法未如「學者版草案」明白規定：行政機關於

民主的制度設計-- 行政院版「創制複決法」草案評析》，輯於翁岳生教授七秩誕辰論文編輯委員會（編），《當代公法新論（上冊）》，頁457以下（台北：元照，2002年7月初版）。

<sup>9</sup> 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」（第一百五十條第一項參見）。

<sup>10</sup> 參見湯德宗，〈論行政立法之監督〉（輯於本書頁211以下）。

訂定法規命令時，亦有「說明理由」的義務<sup>11</sup>，包括：說明該命令訂定的背景、立法理由、及各界對於草案的「評論」意見處理情形等。將來各機關如未能善體立法意旨，行政法院如亦未能克盡司法審查職責，則前述「擴大民主參與」的美意，很可能流為「言者諄諄、聽者藐藐」的官樣文章！其實，由本法第四十三條<sup>12</sup>及其他相關規定<sup>13</sup>，已足確認：行政機關於訂定法規命令時亦有「說明理由」的義務。只是說理的「方式」與「程度」，和其他與具體、個別之行政行為（如「行政處分」）不盡相同而已。

## 二、行政資訊公開

本法第一章（總則）第七節專就行政資訊之公開，設有四條規定，其翔實程度固為前此各草案所不及，惟其內容猶值商榷。按資訊公開的立法體例有二。一為美國模式，其有關資訊公開與限制各有專法--「資訊自由法」(Freedom of Information Act, FOIA)與「隱私法」(Privacy Act)--皆編入「行政程序法」(Administrative Procedure Act, APA)中，資訊公開乃與行政程序合為一體。另一為德、日模式，其行政程序法中僅規定「程序當事人對有關卷宗之閱覽權」<sup>14</sup>，至於行政機關一般性、全面性的資

<sup>11</sup> 學者版草案第一百零五條第二項：

「命令登載於政府公報時，應一併載明下列事項：

一、總說明，包括命令訂定之背景、主要內容所依據之理由、當事人意見表示之綜合要旨及機關之簡要答辯。

二、命令訂定依第一百零二條之規定，未經預告及意見表示之程序者，其免除之事實認定及理由」。

<sup>12</sup> 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」。鑑於該條列在「總則」章，所謂「其他行政行為」自應包括「法規命令之訂定」，而所謂「全部陳述」應含「陳述意見」在內。

<sup>13</sup> 余意以為並可類推適用第一百零二條與第一百零八條。

<sup>14</sup> 參見德國行政程序法第二十九條、日本行政手續法第十八條。

訊公開義務，則由其他法律斟酌情形個別規定<sup>15</sup>。兩種體例的差別不僅關係立法技術，更影響行政資訊公開的程度。美式立法對於「深化民主原則」的影響，最是明顯。

就立法技術言，當國會立法決策之一貫性偏低時，畢其功於一役的立法模式，<sup>16</sup>較能避免立法矛盾，有助於法律的正確適用；但本法所以師法美國，確立政府資訊公開的原則，毋寧更為「深化民主原則」！雖本法未能一舉建構完成資訊公開制度<sup>17</sup>，但已確立了部分架構與原則，仍值肯定。

第四十四條第一項首先明揭資訊公開的基本原則：「行政機關持有及保管之資訊，以公開為原則，限制為例外」。同條第二項並對「資訊」為最廣義的定義，謂：「係指行政機關所持有或保管之文書、圖片、紀錄、照片、錄影（音）、微縮片、電腦處理資料等，可供聽、讀、閱覽或藉助科技得以閱讀或理解之文書

<sup>15</sup> 德國目前除出版業者有「資訊請求權」外，尚未有類似美國資訊公開制度，參見許宗力，〈德國的資訊公開〉，輯於氏著，《憲法與法治國行政》，頁427以下（台北：元照，1999年3月初版）。另，為執行歐盟一九九〇年六月七日有關環境資訊自由獲得之指令(90/313/EWG)，德國乃於一九九四年制定環境資訊法(Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates vom 7 Juni über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt vom 8 Juli, 1994)。

日本於一九九六年十二月提出「資訊公開法案要綱案」，並於一九九九年完成立法，自二〇〇一年四月一日開始施行。參見鹽野宏(演講)林素鳳(譯)，〈日本的政府資訊公開(情報公開)法制〉，《月旦法學雜誌》，第四十期，頁121~25（1998年9月）；宇賀克也，〈情報公開の逐條解説〉，頁8~12（東京：有斐閣，2000年10月二版）；三宅弘，〈行政情報の公開〉，《實用法律雜誌--ジュリスト》，第1215期，頁20以下（2002年1月1日-15日）。

<sup>16</sup> 作者嘗建議採取「綜合立法體例」，將組織法、作用法、程序法、救濟法相關規定熔於一爐、一次提出、一案審議。參見湯德宗（主持），《美國公共契約法制之研究--我國政府採購及委辦制度興革建議》，頁331~333（台北：行政院研考會，1993年9月）。

<sup>17</sup> 立法院已於民國八十八年底、九十二年初分別通過「檔案法」(88/12/15)與「國家機密保護法」(92/02/06)。至於「政府資訊公開法」草案尚在立法院待審。

或物品」。<sup>18</sup>繼於第三項首創「立法催生條款」，由該（第三）屆立法者指示下（第四）屆立法委員：「有關行政機關資訊公開及其限制之法律，應於本法公布二年內完成立法」。雖然，上述「立法催生條款」對於後來的立法者並無拘束力（第四屆立委未依上開指示完成相關立法時，亦不構成國家賠償責任），但其期盼殷切，可見一斑。

按「資訊公開」之方式，一般分為「主動公開」與「被動公開」兩種。本法第四十五條確立了「主動公開」，至於「被動公開」則漏未規定。「主動公開」者，除涉及國家機密者外，各機關應主動（不待請求）將該條所列八款資訊刊載於政府公報。立法體例上，本法不採「學者版草案」與「行政院草案」之「負面表列」（明定「不得公開」之資訊）方式，而改採「正面表列」方式，明定「預算、決算書」、「公共工程及採購契約」等諸多資訊，皆應主動公開。此舉對於人民獲悉政府運作、評斷政府表現，具有重大而實質的助益。長此以往，對於深化民主原則必有重大貢獻。

第四十六條規定行政程序當事人之「卷宗閱覽權」。「卷宗閱覽權」與其說是「資訊公開」的一部份，不如說是當事人為實現其「聽證權」所必要，而為「聽證權」之附隨權利。按「資訊公開」所謂之「被動公開」，其請求權人乃「任何人」（社會大眾），而無須為某個案之「當事人」或「利害關係人」。<sup>19</sup>但本

<sup>18</sup> 嚴格言之，本項定義詞不達意（「前項所稱資訊，係指…文書或物品」）。行政資訊公開辦法(90/02/21)第三條（「本法所稱政府資訊，係指…訊息」）顯然較為高明。

<sup>19</sup> 相同見解，參見法治斌，〈資訊公開〉，輯於台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究（下冊）》，頁 1545 以下，頁 1550（台北：五南，2000 年 12 月初版）。並參見法務部九十年三月十四日法九十律字第〇〇五五〇二號函，輯於法務部（編印），《行政程序法解釋及諮詢小組會議紀錄彙編（一）》，頁 46（台北：法務部，2001 年 12 月初版）（「（五）至於本法第四十六第一項規定，係針對當事人或利害關係人於行政程序中個案性資訊閱覽卷宗之規定，與前述之行政資訊提供請求權係屬二事，並此敘明」）；法務部九十

條限制申請閱覽（含抄寫、複印或攝影）卷宗，須以「主張或維護其法律上利益有必要者」為限，並限於「當事人」<sup>20</sup>或「利害關係人」<sup>21</sup>。實則，本條規定係仿自德、日立法例，而非美國資訊自由法所謂之「被動公開」<sup>22</sup>。本條的規範意義主要在於保障人民權益，而非為深化民主原則。

第四十七條禁止公務員於行政程序外與當事人（或其利益代表人）進行接觸；其有接觸者，應將所有往來文書附卷，或將接觸之內容作成書面附卷，並對其他當事人公開。上述規定原在遏阻「關說」，以確保行政程序之公正（尤其「聽證」之實益）。

---

一年一月十七日法律字第〇〇九〇〇四六六六六號函，輯於法務部（編印），前揭（註 1）書，頁 73~74（「按行政程序法第四十六條係規範行政機關為行政行為之程序進行中，當事人或利害關係人得申請閱覽卷宗之程序規定…至於該法第四十四條、第四十五條及行政資訊公開辦法係規範行政機關資訊公開之基本原則、限制公開或提供及應主動公開之行政資訊等事宜，兩者規範內容不同」）。

不同見解，參見葉俊榮，〈面對行政程序法〉，頁 148（台北：元照，2002 年 3 月初版）（「行政程序法有關資訊公開的規定，如同「第一章總則」的其他規定，所規範的對象並不侷限於本法第二章以下所規範的各種行政行為，而具有整體行政法總則性規範的地位。…第四十六條第一項『當事人或利害關係人』的解釋，自不受第二十條第二至六款的限制，毋需以一定的行政程序開始為前提」）。

<sup>20</sup> 本法第二十條：「本法所稱之當事人如下：

- 一、申請人及申請之相對人。
- 二、行政機關所為行政處分之相對人。
- 三、與行政機關締結行政契約之相對人。
- 四、行政機關實施行政指導之相對人。
- 五、對行政機關陳情之人。
- 六、其他依本法規定參加行政程序之人」。

<sup>21</sup> 此所謂「利害關係人」，對照本法第二十三條之規定，應指其權利或法律上利益將因程序之進行而受有影響，但尚未獲准參加為「當事人」之人。德國行政程序法（§ 29 VwVfG）限「當事人」始得申請閱覽。

<sup>22</sup> 5 U.S.C. § 552(a)(3).

<sup>23</sup>本條為美國「禁止片面接觸」(*ex parte contact*)原則之翻版，惟其禁止範圍更廣，<sup>24</sup>其以「附卷」並「對其他當事人公開」之方式，處理違法情事，更是「創舉」。姑不論本條規定是否可行，其所謂「對其他當事人公開」與一般所謂之「資訊公開」，堪稱風馬牛不相及，不能混為一談。

究本法所以如此注重「資訊公開」，闢成專節，明定「其公開及限制，除本法規定者外，另以法律定之」，並首見「立法催生條款」（「有關行政資訊公開及其限制之法律，應於本法公布二年內完成立法」），實因公共資訊(*public information*)之獲得與流通，直接關乎言論自由之品質，進而深化民主原則、改進民主運作的功用。<sup>25</sup>今後細部建構資訊公開制度時，應致力調和公

<sup>23</sup> 第四十七條立法理由，乃在追求公平、透明之行政程序，避免行政機關受到不當之干擾，因而有禁止行政機關於作成行政決定前，片面與當事人或代表其利益之人，為程序外之接觸之必要。惟為避免矯枉過正，如基於推行職務所必要，仍得為之，但為防行政偏頗，保障當事人權益，爰規定行政機關應將片面往來文書附卷，並向相對當事人公開，以確保行政程序之實益。參見「學者版草案」第四十七條立法理由。

<sup>24</sup> 美國（一九七六年政府陽光法）所以禁止機關與當事人在「正式」程序（含「正式行政裁決」與「正式規則訂定」）以外為片面接觸，主要係為確保正式程序須完全依據行政筆錄作成決策（“record exclusiveness”）的原則。至於「非正式」程序是否亦禁止為片面接觸，則有爭論。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 826~827）（台北：翰蘆，2000 年 3 月二版）。

例如 *Sierra Club v. Costle* 案中，原告（美國知名的環保團體）以聯邦環保署（EPA）主管官員在訂定繫爭命令（火力發電廠廢氣排放標準）時，曾片面會晤國會議員，而質疑該命令係在國會議員的壓力下所訂定，違反禁止「片面接觸」的原則。美國聯邦上訴法院認為：除有證據顯示行政機關確實受到議員所為與議題無關的壓力外，不能單以議員曾會晤並表示強烈的意見，即認為機關違反行政程序法，蓋「吾人應可期待行政機關得來自其他各方面的壓力，平衡來自國會的壓力」657 F.2d 298 (1981)。

<sup>25</sup> 關於言論自由與民主政治之關係，參見林子儀，〈言論自由之理論基礎〉，收於氏著，《言論自由與新聞自由》，頁 1 以下（頁 24~34）（台北：月旦，1993 年 4 月初版）。See generally, ALEXANDER MEIKELJOHN, POLITICAL FREEDOM

益-- 國民知的權利(right to know)-- 與私益-- 資訊隱私(*information privacy*)保護-- 的衝突，並建立保密區分的審查機制。美國的「秘密審閱」(*in camera review*)制度<sup>26</sup>-- 由法院審視繫爭資訊之保密區分是否必要，決定其應否公開-- 可供參採。

## 貳、貫徹依法行政

本法第二個立法目的，按前揭第一條之規定，厥為貫徹依法行政的原則。「依法行政」乃「法治」(*rule of law*)主義<sup>27</sup>之一環，為現代立憲國家普遍採行的原則，惟各國以此所指涉之內容，則不盡相同。大抵而言，大陸法系國家<sup>28</sup>（如德國）側重於實體，認為關係人民權利、義務之行政作用必須有法律之依據，是即「法律保留原則」(*Prinzip des Gesetzesvorbehalt*)<sup>29</sup>；並限制立法對行政之授權，是即「授權明確性要求」(*Bestimmtheitsgebot*)<sup>30</sup>，以防止

(1960); Michael J. Perry, *Freedom of Expression: An Essay on Theory and Doctrine*, 78 NW. U. L. REV. 1137, 1142-1148 (1983).

<sup>26</sup> 參見湯德宗，前揭（註 24）文，頁 818~819；並見 Notes, *Developments Under the Freedom of Information Act 1984*, 湯德宗（譯），〈美國資訊自由法之發展--一九八四年之回顧〉，《憲政時代》，第七十七期，頁 22~38（19 年 3 月）；焦興鎧，〈行政機構資訊之公開及限制--美國現行資訊自由法之研究〉，《政大法學評論》，第二十九期，頁 97 以下（頁 102）（1994 年 6 月）。

<sup>27</sup> 參見法治斌、董保城，前揭（註 3）書，頁 31~49。

<sup>28</sup> 法國（大陸法系另一支的代表）雖亦強調行政合法性(*légalité*)，但中央行政法院(*Conseil d'Etat*)至遲自一九四四年以來已經確立所謂「防禦權」(*droit de la défense*)的程序概念。See generally, L. N. BROWN & J. S. BELL, *FRENCH ADMINISTRATIVE LAW* 217-8 (4th ed. 1993); JÜRGEN SCHWARZE, *EUROPEAN ADMINISTRATIVE LAW*, 1245-1255 (1992).

<sup>29</sup> 有關法律保留原則，參見許宗力，〈論法律保留原則〉，輯於氏著，《法與國家權力》，頁 117 以下（1992 年 4 月）。

<sup>30</sup> 有關授權明確性要求，參見許宗力，〈行政命令授權明確性問題之研究〉，輯於氏著，前揭書，頁 215 以下。

行政濫權，保障人民權利。至於「行政程序」原屬行政固有的領域，不受法的規範。因此，「依法行政」所指稱的「法」僅指（行政）實體法，未有（行政）程序法。<sup>31</sup>

反之，英美法系素來注重程序，甚至以為「捨程序保障即無權利保障」。惟不論美國所謂「法律正當程序」(due process of law)，抑或英國所謂「自然正義」(natural justice)，皆屬高度不確定的法律概念。其在「司法程序」之實踐上，各國已有相當差異；以之適用於行政程序，因行政內容千差萬別，如何程序算是「正當」，更不易得出確切答案。「行政程序法」之制定乃「正當程序」理念具體化的里程碑。各國行政程序法中普遍存在的「告知」(notice)、「聽證」(hearing)、「說明理由」(duty to give reason)、「提供救濟途徑」等程序要素，使「依法行政」的內涵更為充實。從今而後，「依法行政」所指稱之「法」，不再侷限於「實體法」，亦指「程序法」而言！<sup>32</sup>

## 一、違反「正當行政程序」亦屬「違法」

使「程序合法」成為「依法行政」的一環，在我國別具意義。蓋我國原無西方「法治」傳統，國人習於「人治」（專制）的結果，時而曲解「法治」的概念。按所謂「法治」(rule of law)，原係相對於「人治」(rule of man)而言，強調依循「客觀法規範」，而非「統治者主觀意念」，進行統治。是「法」(“law”)者應重「客觀規範」，依其情形可為憲法、法律、命令、先例、習慣甚或法理。但國人卻往往將之限縮解釋為「實定法」（含憲法、法

<sup>31</sup> 參見行政法院 61 年判字第 514 號判例(61/11/21)（原告代理人在訴願程序進行中申請閱覽卷宗，是否准許，乃受理訴願機關之權限，與行政訴訟之因官署之違法處分致損害其權利者不同）。訴願為準司法程序，尚且如此，遑論一般行政程序。

<sup>32</sup> 正當法律程序雖然充實了「依法行政」的內涵，「程序違法」的法律效果未必與「實體違法」相同。參見德國行政程序法第四十六條及奧地利一般行政程序法第六十三條第二項。

律、以及依據法律訂定的法規命令，餘則不及）。然在法治落後的國家，實定法的規範密度原本偏低，諸多事項或全然未有法律規範，或法律規定十分粗糙、掛一漏萬。限縮解釋「依『法』行政」的結果，往往因「無『法』可循」，而演成任由權勢者予取予求的不公平現象。此時建立一套通用的行政程序法，遂為落實依法行政原則的有效捷徑。

本法雖已設有許多正當程序的規定，<sup>33</sup>但因囿於現行立法體例的條框，認「行政程序法」中不宜規範應由「行政訴訟法」規範的「法院審查基準」<sup>34</sup>，又不能形成「綜合立法」<sup>35</sup>或「包裹立法」，一併修正有關法律，形成配套，終至為德不卒：既未如美國法<sup>36</sup>明定「程序違反」（未遵守本法之程序規定）亦屬「違法」，其因此作成之決定得由法院予以廢棄；<sup>37</sup>甚且抄襲德國立法例<sup>38</sup>，規定「程序違反」概得於訴願程序終結前（其得不經訴願者，於向行政法院起訴前）補正<sup>39</sup>！試問：依法應給予當事人「陳述意

<sup>33</sup> 參見湯德宗，前揭（註 2）文（輯於本書頁 1 以下）。

<sup>34</sup> 作者曾力主於「學者版草案」中規定法院審查標準，明定「程序違反」為法院撤銷原行政決定之理由之一。然研究小組以「體制不同」，不宜仿效美制。僅決議以專函建請司法院於修正「行政訴訟法」時一併考慮。新近修正的行政訴訟法(87/10/28)並未採納是項建議。缺少司法審查作為後盾的行政程序法，有如無牙的老虎。參見湯德宗，〈行政立法程序之研究-- 美國行政程序法本土化應用之嘗試〉，收於翁岳生（主持），《行政程序法之研究》，頁 321 以下（頁 345）（台北：行政院經建會，1990 年 12 月）。

<sup>35</sup> 美國的立法案(a legislative bill)常屬「綜合立法」之形式，舉凡與某法案相關者，不論其為組織、作用、程序抑或救濟之性質，皆一併提出。俟法案通過後，再按其內容，分別歸入美國法典彙編(United States Code, U.S.C.)各篇中。參見湯德宗，前揭（註 16）書，頁 333。

<sup>36</sup> 5 U.S.C. § 706(2).

<sup>37</sup> 余意以為，行政程序法既是立法院通過的法律，違反行政程序法（包括其中的程序規定），當然是「違法」。所可斟酌者，僅程序違反（程序違法）的法律效果耳。參見湯德宗，前揭（註 24）文，頁 944~955。

<sup>38</sup> § 45VwVfG. 其規定內容與本法第一百十四條全然相同。

<sup>39</sup> 本法第一百一十四條參見。

見之機會」（「非正式聽證」），竟未給予而逕自作成行政處分者，如何能一概因為事後給予當事人「陳述意見之機會」而補正？如以為聽證權在「事前」與「事後」行使並無異，何如刪除本法有關「陳述意見之機會」與「聽證」之規定，一律改在作成行政決定以後之行政救濟階段（如訴願）進行答辯，豈不簡便！第一百十四條的規定極易予人以本法藐視「程序價值」的錯誤印象，<sup>40</sup>遑論落實「依法行政」原則！

## 二、「行政法之一般法律原則」成文化

前曾說明，本法立法目的之一厥為行政法總則法典化；本法所含「實體規定」大體可以行政法總則視之。其中又以第一章第一節第四條至第十條所規定之「行政法之一般法律原則」<sup>41</sup>最值注意。第四條明定：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束」，確認「依法行政」的「法」概念及於「一般法律原則」(general principles of law, les principes généraux du droit)。第五條規定之行政行為「明確性原則」、第六條規定之行政行為「平等原則」、第七條規定之行政行為「比例原則」、第八條規定之「信賴保護原則」等，俱屬「一般法律原則」，因而拘束「行政行為」。是行政法之一般法律原則成文化之後，對於貫徹「依法行政」原則將有重要貢獻。

<sup>40</sup> 關於本法第一百十四條的意義，參見湯德宗，〈論違反行政程序的法律效果〉（輯於本書頁85以下）。

有謂：第一百十四條之規定顯示，司法救濟程序並無補正行政程序瑕疵的作用，故而行政程序具有獨立之價值。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53~54）（1999年7月）。

<sup>41</sup> 查「學者版草案」在今法第四條之前原置有一節名：「行政法之一般法律原則」。

## 參、保障人民權益

前揭本法第一條宣示的第三個立法目的為「保障人民權益」。就此而言，本法第一百零二條最具代表性：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定」。

### 一、聽證權之意義

上開規定保障「不利處分」，或稱「負擔處分」(belastende Verwaltungsakte)的相對人，於處分作成前，參與表達意見之機會，期因此提高行政處分的正確率，進而達成保障人民權益之目的。申言之，在本法施行前，人民權利因行政機關違法或不當作為而受有侵害時，僅能以「事後救濟」（訴願、行政訴訟），除去所受之侵害，而不能預為防免。僅有事後救濟猶不能充分保障人民權益的理由在於：<sup>42</sup>

1. 行政救濟，特別是對行政處分之撤銷，僅是觀念上的回復原狀（回復處分前的狀態），而非事實上的回復原狀。即使得附帶請求損害賠償，求償範圍亦屬有限。<sup>43</sup>至當事人在事後救濟程序中所支出的勞力、精神等，仍無法得到適當補償。

2. 預防勝於治療。從經濟觀點而言，慎重程序、一次做成正確決策之所費，通常遠低於草率決策、再循救濟途徑改正者。

3. 尤有甚者，現制下行政處分一旦作成，即生執行力，不因

<sup>42</sup> 參見鹽野宏（著），劉宗德·賴恆盈（譯），《行政法I》，頁220（台北，月旦，1996年5月初版）；see also J. SCHWARZE, *supra* note 28, 1178.

<sup>43</sup> 舊行政訴訟法(64/12/12)第二條第二項後段明文規定得請求損害賠償之範圍不及於「所失利益」。新行政訴訟法(87/10/28)第七條則修正為：「提起行政訴訟，得於同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付」。

提起訴願或行政訴訟而停止。<sup>44</sup>是為保障人民權益計，更須注重提高原處分之正確率。使人民於處分作成前，有申辯之機會，堪稱意義非比尋常。

## 二、第一百零二條之商榷

第一百零二條固為本法關鍵性條文，惟其規定容有改進之空間。質言之：

1. 所謂「不利處分」應從寬認定。按學者版草案第六十八條<sup>45</sup>原規定，除有該條但書所列五款事由者外，行政機關作成「行政處分」前，皆應予當事人表示意見之機會。亦即，草案原未限定僅「不利處分」之相對人，始有表示意見之機會。現行之限縮，似為兼顧行政效能。余意以為，今後可參考大法官釋字第四四三號解釋（「層級化保留體系」）之意旨，彈性解釋「不利處分」，將與重大公益有關的授益處分適時納入，俾強化人權保障。

申言之，前揭本法第一百零二條既謂「限制或剝奪人民自由或權利之行政處分」，則處分之結果，對相對人而言，較諸處分前更不利者，即屬「不利處分」，例如：限制出境、吊銷執照、勒令歇業、課處罰鍰等，作成之前應予相對人陳述意見（書面答辯）。至於否准人民依法規提出之申請，是否屬於「不利處分」，余意以為，應分別而論。凡行政機關拒絕作成「羈束處分」（申請人合於法定要件，行政機關即應核准申請者，例如核准集會遊

<sup>44</sup> 參見新訴願法(89/06/14)第九十三條第一項，新行政訴訟法第一百十六條第一項。

<sup>45</sup> 學者版草案第六十八條：「行政機關於作成行政處分前，應予當事人表示意見之機會。但有下列情形之一者，不在此限：

- 一、大量作成同種類之行政處分，或藉自動機器作成行政處分者。
- 二、情況急迫，如予表示意見之機會，顯然違背公益者。
- 三、受法定期間之限制，如予表示意見之機會顯然不能遵行者。
- 四、行政執行時所採之各項處置
- 五、其他事件之性質，無予表示意見機會之必要者」。

行)者，應屬「不利處分」；反之，機關拒絕作成「裁量處分」（申請人縱合於法定要件，行政機關仍得斟酌是否核准申請者，例如核准特許經營事業之執照），則非屬「不利處分」。<sup>46</sup>

2. 調查事實階段所為之陳述，不必然等於「陳述意見」。次按學者版草案第六十八條亦無前開條文所謂「除已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見…者外」等字樣。依字義解，如「不利處分」之相對人，曾依本法於調查事實過程中，表示過意見，則於處分作成前即不需再給予表示意見之機會。然而調查事實的過程可能相當冗長，初時所為之意見表示，可能非關作成處分之重要事實<sup>47</sup>，何能以其曾在調查事實期間表示過非關緊要之意見，嗣於處分作成前，即可不給予就「將為限制或剝奪自由或權利之行政處分」之原因事實與法規依據」表示意見之機會？鑑於

<sup>46</sup> 實務見解略同，參見法務部八十九年七月十七日律決字第○○○二五〇號函，轉於法務部（編印），前揭（註19）書，頁114（「人民申請設立銀行係屬憲法第十五條工作權之保障範圍，行政機關駁回人民設立銀行之申請，業已限制人民工作選擇之自由，自屬行政程序法第一百零二條之『行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分』，依該條規定，原則上應給予處分相對人陳述意見之機會」）。並參見法務部「行政程序法諮詢小組」第九次會議結論（二），轉於法務部（編印），前揭書，頁276-277（行政機關駁回給付行政事項之申請，如「人民依『直接對外發生法律效果之規定』享有公法上之請求權，而依該公法上之請求權提出申請而被駁回者，即屬行政程序法第一百零二條之『行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分』，依該條規定，原則上應給予處分相對人陳述意見之機會。至於人民是否享有「公法上之請求權」，宜參照司法院大法官釋字第四六九號解釋之意旨認定之」）。

另，按德國行政程序法第二十八條第一項之規定，僅限於「干涉當事人權益」之處分，始需予人民陳述意見之機會，是該國實務上認為該項規定不包括「駁回人民申請處分之情形」，參見陳敏，《行政法總論》，頁702註6（台北：自版，1999年12月二版）。

<sup>47</sup> 德國聯邦行政程序法第二十八條第一款規定：「干涉當事人權利之行政處分作成前，應給予當事人，對與決定有關之重要事實，表示意見之機會」。而本法第一百零二條用語顯然不如德國聯邦行政程序法第二十八條第一款嚴謹。



兩種情況下所為之「陳述意見」，於相對人之權益保障之效用差別甚大，余意以為，前句應限縮解釋為「除已依第三十九條規定，通知處分相對人就本案重要事實陳述意見」，始得不再依第一百零二條之規定，給予陳述意見之機會。<sup>48</sup>

目前實務見解大體相同，亦即認為：凡於調查程序中曾予相對人，就待決事件之「重要事項」，陳述意見之機會者，嗣後作成處分時即無庸再予陳述意見之機會。<sup>49</sup>甚且，調查機關與處分機關非屬同一時，調查機關如有調查權限或係受託調查，而於調查程序中曾予相對人陳述意見之機會者，處分機關亦無須再予相對人陳述意見之機會。<sup>50</sup>

<sup>48</sup> 類似見解，參見黃錦堂，〈行政程序法理念與重要釋義問題之研究〉，輯於翁岳生教授祝壽論文編輯委員會（編），前揭（註 8）書（中冊），頁 373 以下，頁 410~411（「若在案件事實調查過程中，被告機關已經給予行政處分相對人一定的參與機會，則即使在該案件之共同協力過程中，主管機關尚未完成心證，但因事實大要及未來流程已經確定（例如大家同意為如何之採樣，也同意提交某一具公信力機關為鑑定，並同意日後依之作為處置），則於有關機關的鑑定報告出爐之後，並無必要再行提供意見陳述的機會」）。

<sup>49</sup> 參見法務部九十年五月一日法九十律字第〇一三六一八號函，輯於法務部（編印），前揭（註 19）書，頁 118（按行政程序法第一百零二條規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處份相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。……」準此，對於違反區域計畫管制土地使用規定者，由主管機關依該法第二十一條規定予以處罰時，如於該個案查獲現場，承辦人員針對該違法（規）構成要件之重要事項予以調查，並於調查證據時，依行政程序法第三十九條規定給予相對人陳述意見之機會，載明調查筆錄中者，似符首揭行政程序法第一百零二條除外規定，無庸於作成行政處分前再給予相對人陳述意見之機會）。

<sup>50</sup> 參見法務部九十年三月十二日法九十律字第〇〇七六五二號函，輯於法務部（編印），前揭（註 19）書，頁 115~116（按警察機關對公共場所實施臨檢查察，如發現有非主管業務之違法（規）情形時，是否依法或受有關機關權限委託有調查證據之權限，宜由貴署（內政部警政署）本於職權先予釐清。如警察機關依法有調查證據之權限或受他機關權限委託者，對違法（規）業者製作調查筆錄，於筆錄中載明該向對人陳述意見後，主管機關具以裁罰時，

3. 本條「但書」應從嚴解釋。再者，第一百零二條「但書」之規定，甚具破壞作用。如從寬解釋，凡其他法規已有關於作成「不利益處分」之程序規定者，不問其規定之內容如何（包括根本未規定應予陳述意見之機會），一概從其規定，則本條殆無適用之機會！蓋我國現制下，其他法律幾乎未有如本法第一百零二條之規定。是余意以為，該但書僅能從嚴（限縮）解釋為：僅於其他法規另有功能上與本條所謂「表示意見之機會」相當，或更為嚴格之程序規定（例如規定須經「聽證」）者，始得從其規定。

4. 第一百零三條之規定似嫌寬泛。本法第一百零三條規定，有所列八款情形之一者，行政機關即得不給予陳述意見之機會。亦即，第一百零三條可排除第一百零二條之適用。與「學者版草

得否視為符合行政程序法第一百零二條除外規定，而無庸於處分前在給予相對人陳述意見機會乙節，按警察人員於調查證據時，針對該違法（規）構成要件之重要事項已予調查，並於調查證據時，依行政程序法第三十九條給予相對人陳述意見機會，載明調查筆錄中者，該法規之主管機關據該調查筆錄做成負擔性行政處分時，似符同法第一百零二條除外規定，無庸於作成處分前再給予相對人陳述意見機會，以符程序經濟原則）。

並參見法務部九十年三月二十八日法九十律字第〇〇九〇九九號函，輯於法務部（編印），前揭書，頁 117~118（按行政程序法（以下簡稱本法）第一百零二條規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處份相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。」其立法目的係為避免行政機關恣意專斷，並確保相對人之權益。是行政機關於作成行政處分前，就同一事件之重要事項，已依本法第三十九條規定基於調查證據之必要通知相對人陳述意見，或依本法第一章第十節舉行聽證，或依本法第一百零二條規定給予處分相對人陳述意見機會，如踐行上開程序之機關關係有權為之，則做成行政處分縱非踐行上開程序之機關，似亦符合本法第一百零二條規定，毋庸於作成行政處分前在給予相對人陳述意見機會。本件有關核准徵收案於中央主管機關核准徵收交由直轄市或縣（市）主管機關公告徵收前，需用土地人已依土地徵收條例第十條及地十一條之相關規定給予處分相對人充分陳述意見之機會，並做成紀錄於徵收計畫內並送核准機關考量，則核准徵收後，交由直轄市或縣（市）主管機關做成行政處分前，似毋庸再重複踐行同法第一百零條陳述意見之程序）。

案」第六十八條但書之規定相較，第一百零三條增加了四款規定。其中第六款之規定（「限制自由或權利之內容及程度，顯屬輕微，而無事先聽取相對人意見之必要者」），適用時極易發生爭議。第七款之規定（「相對人於提起訴願前依法律應向行政機關聲請審查、異議、復查、重審或其他先行程序者」，亦得不給予陳述意見之機會），極不合理。姑不論「訴願先行程序」之設，是否侵害當事人之訴願權，此等程序中縱有（實際未必有）「陳述意見之機會」，亦在「處分作成之後」，其功能實無法與「處分作成前」之陳述意見同視！<sup>51</sup>差可理解者，在「訴願先行程序」，處分多停止執行。<sup>52</sup>

5. 第一百零二條之主體似漏列「已知之利害關係人」。前揭本法第一百零二條之主體，僅限於「行政處分之相對人」，從而第一百零四條第一項之主體，亦僅限於通知「相對人」（陳述意見之機會）。相較於本法第五十五條所定「通知當事人及其他已知之利害關係人」，前揭兩條規定之主體，顯然有所缺漏。按基於法治國程序正義的要求，利害關係人的程序主體地位殆已普遍

<sup>51</sup> 類似見解，參見吳庚，《行政法之理論與實用》，頁549（台北：自版，2001年8月增訂七版）（「蓋第七款之先行程序已屬救濟階段，與作成處分之前給予將受不利益之相對人陳述意見機會，係屬兩事。況提起先行程序之救濟，並不能停止原處分之執行，否則訴願及行政訴訟亦有多次陳述機會，何須於作成處分之前給予機會，立法理由稱「在訴願前應先經先行程序者，實質已賦予相對人有再一次表達意見之機會」云云，根本不能成立」）。

按此款規定似為我國所自創。其鄙視正當程序之用意，殆與本法第一百四條「程序違反概得補正」之規定相當。

究其所以如此規定，似與我國實務上一向將訴願先行程序，視為中央法規標準法第十八條所稱之「處理程序」，許其適用「從新從優」之原則有關（參見行政法院48年判字第81號判例、49年判字第127號判例）。自訴願程序以降，則屬「救濟程序」，而非「處理程序」，僅能適用「實體從舊、程序從新」之原則辦理（參見行政法院72年判字第1657號判例）。

<sup>52</sup> 參見稅捐稽徵法(89/05/17)法第三十九條第一項（「納稅義務人應納稅捐，於繳納期間屆滿三十日後仍未繳納者，由稅捐稽徵機關移送法院強制執行。但納稅義務人已依第三十五條規定申請復查者，暫緩移送法院強制執行」）。

獲得承認。故本法第二十條定義程序上之「當事人」，除實體法上之當事人（即此所謂「行政處分之相對人」）外，並及於本法第二十三條所謂「因程序之進行其權益將到受影響」，而得參加作為當事人之「利害關係人」。依本法第五十五條「預告」聽證（正式的聽證權）時，尚且應「通知當事人及其他已知之利害關係人」，何以依本法第一百零四條「預告」陳述意見之機會（非正式的聽證權）時，反而無須主動「通知其他已知之利害關係人」？余意以為，行政機關於本法修正前應類推適用本法第五十五條之規定，一併通知「已知之利害關係人」陳述意見。

以上各項疑義，大大地縮減了第一百零二條的適用，「非正式聽證」（「陳述意見之機會」）保障人民權益的效用，也隨之縮減。

## 肆、提高行政效能

前揭本法第一條宣示的第四個立法目的為「提高行政效能」。乍看之下，似是不通之論。尤其，立法過程中行政部門一再表示，本法之施行恐將減損行政效能。誠然，制定行政程序法未必能提升行政效能，但提升行政效能應該是本法追求的目標之一。

### 一、理論基礎

一般以為，本法之制定所以能夠提升行政效能，理論上說主要有兩個理由。第一，設計得當的行政程序可以協助行政機關，伊始即作成「正確決定」，因而免除事後救濟的種種支出。第二，經由當事人及利害關係人的參與所形成、確定的權利、義務關係，較易於為當事人所接受，可免發生抗爭而影響決策之執行。換言之，行政機關雖因採行行政程序，而增加若干行政成本，但設計得當的行政程序所能獲致之效益，包括：因決策的正確率提

高而擲節之事後救濟成本，及因決策的正當性增強而節約的政策執行成本等，將勝過（大於）因採行行政程序所需增加之成本，故而能夠提升行政效能。

## 二、兼顧行政效能與人權保障的立法原則

提升行政效能的前提為「設計得當」的行政程序。按程序保障的強度原應與其間所涉及的實質利益成正比。因此，作成剝奪生命的決定（處死），應該比作成剝奪財產（如處五千台幣罰鍰）的決定，適用更縝密的程序才是。行政程序法的制定正是立法者關於如何程序方為「適當」所做的立法裁量，而裁量重點即在於：如何兼顧「行政效能」與「人權保障」。為此，本法採取六項重要立法原則。

### （一）區別「正式程序」與「非正式程序」，並以適用「非正式程序」為原則

按行政程序之區分為「正式程序」(formal procedures)與「非正式程序」(informal procedures)，首見於美國聯邦行政程序法(APA)。其正式程序（包括「正式的規則訂定」與「正式的行政裁決」）應舉行「兩造爭訟式的聽證」(adversary hearing)，行政機關並應依聽證紀錄(the administrative record)作成決定。亦即，聽證紀錄須足以支持行政機關所為之決定。至於非正式程序（包括「非正式的規則訂定」與「非正式的行政裁決」）僅需給予程序當事人以書面表示意見之機會（相當於本法所謂「表示意見之機會」），且行政機關作成決定時，僅需「斟酌」當事人所表示之意見。<sup>53</sup>實務上，經由「非正式程序」作成的行政行為占了絕大多數。<sup>54</sup>

<sup>53</sup> 參見湯德宗，前揭（註24）文，頁794。

<sup>54</sup> 據估計機關百分之九十到百分之九十五的決策係以非正式行政程序做成，See

本法雖未使用「正式程序」與「非正式程序」的用語，實際亦將「聽證權」(right to be heard, right to hearing)區分為「正式的聽證權」與「非正式的聽證權」。前者稱「聽證」<sup>55</sup>，後者稱「陳述意見之機會」<sup>56</sup>；第二章（行政處分）第二節且將「聽證」與「陳述意見」並列作為節名。按本法第五十四條至第六十六條（尤其第六十一條）之規定，「聽證」須經「言詞辯論」；按本法第一百零五條第一項之規定，「陳述意見」僅得以書面表示事實上及法律上之意見。<sup>57</sup>由第一百零二條及第一百零七條，第一百五十四條及第一百五十五條等規定觀之，本法亦以適用非正式程序（「陳述意見」）為原則，正式程序（「聽證」）為例外。又，本法並採取「非要式原則」，例如第九十五條、第一百三十九條、第一百六十七條第二項皆許機關得以書面、言詞或其他方式作成各該行政行為。

至於「聽證」之法律效果，本法第一百零八條第一項規定：「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」。亦即，將經過「聽證」的程序進一步區分為兩種效果：僅當法規明定「應依聽證紀錄做成處分」時，聽證紀錄才有拘束機關決策的效力；此外，聽證之結果概僅供機關參考（「斟酌」）。如此規定實為美國立法例與德國立法例折衷的結果。

---

PIERCE, SHAPIRO & VERKUIL, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS, 317 (1992); PETER L. STRAUSS., AN INTRODUCTION TO ADMINISTRATIVE JUSTICE IN THE UNITED STATES 142 (1989); 並參見法務部，《考察「美、日行政程序法立法與實務」報告》，頁43、75（台北：法務部，1994年11月）。

<sup>55</sup> 參見第一百零七條、第一百五十六條、第一百六十四條。

<sup>56</sup> 參見第一百零二條、第一百三十八條、第一百五十四條。

<sup>57</sup> 「聽證」之程序規定在「總則」章第十節，解釋上本法中所有稱「聽證」者，自應依該節規定實施；然「總則」並無「陳述意見」之程序，解釋上第一百五十四條及第一百三十八條所稱之「陳述意見」僅能準用第一百零四條、第一百零五條規定之程序辦理。

申言之，本法第一百零八條第一項前句為德國行政程序法第六十九條第一項之翻版--對於經過言詞辯論的正式程序，「官署應斟酌全部程序之結果」做成決定；本條後句（但書部分）則同美國行政程序法之規定<sup>58</sup>--聽證程序中所提出之證據、證詞及其他文件，構成行政決定的唯一紀錄。<sup>59</sup>如此折衷的結果，縮小了「正式程序」與「非正式程序」的差別。究其立意，當為減輕行政負擔。<sup>60</sup>

需悉心分辨者，德、日兩國雖亦有「正式程序」與「非正式程序」的區別，但僅為程序「要式程度」的差異，並未有如前述美國之「程序效力」差異。德國所謂「當事人之聽證權」(Anhörungsrecht)，相當於我國行政處分程序中之「陳述意見之機會」，乃「非正式程序」(nichtförmliche Verfahren)，不以言詞辯論為必要。<sup>61</sup>至其「正式程序」(förmliche Verfahren)的「要式性」則表現在：(原則上)須經言詞辯論(mündliche Verhandlung)、作成書面處分、送達當事人等。<sup>62</sup>惟德國「言詞辯論」之結果，亦僅供機關「斟酌」而已。日本將「不利益處分」更分為二種，分別「賦予辯明之機會」或行「聽證」。前者類似我國所謂「陳述意見之機會」，原則上限以書面(「辯明書」)表示意見；後者類似我國「聽證」之程序，須經言詞辯論。<sup>63</sup>惟不論「辯明」或「聽

<sup>58</sup> 5 U.S.C. § 556 (d).

<sup>59</sup> 本條載在第二章(行政處分)，至本法其他程序中經「聽證」者(如第一百五十五條、第一百五十六條)，聽證紀錄之效力是否亦應作如本條規定之解釋，不無疑問。

<sup>60</sup> 本法第一百零九條仿德國聯邦行政程序法第七十條之規定，使經聽證程序作成處分之相對人，得不經訴願及其先行程序，逕行提起行政訴訟。惟如為保障當事人權益計，本法之「聽證」效力既有不同，似應限於「應依聽證紀錄作成處分」者，始得免除訴願及其先行程序。

<sup>61</sup> § 28 VwVfG.

<sup>62</sup> §§ 66, 67, 68 & 69 VwVfG. Vgl. H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., S. 449 (1997).

<sup>63</sup> 參見日本 1993 行政手續法第十五條至第二十五條。惟其聽證原則上不公開，則與我國不同。參見日本 1993 行政手續法第二十條第六項，本法第五十九條。

證」之結果皆僅供機關「參酌」而已。<sup>64</sup>

我國「聽證」之效力，按前揭本法第一百零八條第一項之規定，雖不似美國「正式聽證」那般嚴格，但顯然較德、日兩國嚴格--並非一概僅供參考(「斟酌」)，故本法僅直接規定得發生「集中事權效果」之行政計畫確定裁決程序，「應舉行聽證」<sup>65</sup>，此外一概授權<sup>66</sup>立法者於個別立法中更行斟酌，或委由行政機關於個案中依職權(裁量)決定，是否舉行聽證。<sup>67</sup>

## (二) 原則與例外並用的立法體例

為避免行政機關過份負擔，本法幾乎對所有的程序要件，皆設有除外規定。舉其犖犖大端：

-- 第四十五條第一項規定行政機關應主動公開八種資訊，但「涉及國家機密者」，不在此限(同條項但書)；

-- 第四十六條第一項允許當事人申請閱覽卷宗，同條第二項規定機關得拒絕申請之情形，包括：「行政決定前之擬稿或其他準備作業」、「公務機密」、「個人隱私」、「營業秘密」、及「其他嚴重妨礙職務正常進行之虞者」；

-- 第四十七條第一項禁止公務員與當事人在行政程序外接觸(片面接觸)，但「基於職務上之必要」者，不在此限；

-- 第五十九條第一項規定聽證應「公開以言詞為之」，但法律另有規定，或公開顯然有違背公益之虞者，得不公開；

<sup>64</sup> 參見日本 1993 行政手續法第二十六條。

<sup>65</sup> 參見第一百六十四條第一項。

<sup>66</sup> 參見第一百零七條第一款(「法規明文規定應舉行聽證者」)、第一百五十五條(「行政機關訂定法規命令，得依職權舉行聽證」)。

<sup>67</sup> 不同見解，參見蔡秀卿，〈行政程序法制定之意義與課題〉，《月旦法學雜誌》，第五十期，頁 18 以下(頁 27)(1999 年 7 月)(認本法之「聽證」規定純屬虛擬，缺乏實益)。

-- 第九十六條規定書面行政處分應記明其理由，但九十七條規定於六款情形下，得不記明理由：「未限制人民權益者」、「處分相對人或利害關係人無待處分機關之說明已知悉或可知悉作成處分之理由者」、「大量作成之同種類行政處分或以自動機器作成之行政處分依其狀況無須說明理由者」、「一般處分經公告或刊登政府公報或新聞紙者」、「有關專門知識、技能或資格所為之考試、檢定或鑑定等程序」、「依法律規定無須記明理由者」；

-- 第一百零二條規定行政機關於作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分（「負擔處分」或「不利處分」）前，至少應給予處分相對人陳述意見之機會。第一百零三條隨即規定：有下列八款情形之一者，得不給予陳述意見之機會：

- 1) 大量作成同種類之處分；
- 2) 情況急迫，如予陳述意見之機會，顯然違背公益者；
- 3) 受法定期間之限制，如予陳述意見之機會，顯不能遵行者；
- 4) 行政強制執行時所採取之各種處置；
- 5) 行政處分所根據知識時，客觀上明白足以確認者；
- 6) 限制自由或權利之內容及程度，顯屬輕微，而無事先聽取相對人意見之必要者；
- 7) 相對人於提起訴願前依法律應向行政機關聲請再審查、異議、復查、重審或其他先行程序者；
- 8) 為避免處分相對人隱匿、移轉財產或潛逃出境，依法律所為保全或限制出境之處分。

-- 第一百五十四條規定行政機關擬定法規命令時，應事先公告草案全文，並定期間，使任何人得陳述意見，但「情況急迫顯然無法事先公告周知者」除外。又，第一百五十一條第一項明定：「關於軍事、外交或其他重大事項涉及國家機密或安全者」之法

規命令，不適用本法之法規命令訂定程序。

-- 第一百六十八條規定人民得向主管機關陳情，第一百七十條第一項行政機關對人民之陳情，應指派人員「迅速、確實處理之」。第一百七十三條明定人民陳情案「得不予以處理之情形」。

### （三）職權主義與行政裁量權之授與

為減低程序之限制作用，維持行政效能，本法採取職權主義（*Offizialmaxime*），廣泛授與行政機關程序裁量權。例如，關於事實及證據之調查，行政機關得自行決定「是否調查」及調查的「方式」與「範圍」<sup>68</sup>；除法律規定應為「聽證」外，機關得「依職權」開始、終結、及重開「聽證」，<sup>69</sup>並得變更聽證期日或場所。<sup>70</sup>

本法中限制性的程序規定，例如第一百零二條之給予「陳述意見之機會」，性質上屬於「最低程序」（*minimum procedures*）規範，並不禁止行政機關依其裁量，於個案中提供額外的程序（*extra procedures*）保障。美國聯邦最高法院在 *Mathew v. Eldridge* 案<sup>71</sup>，運用「成本--效益」觀念，分析個案中應如何決定「正當程序」，可供參考。<sup>72</sup>該案之被告 *Eldridge* 為殘障給付之受領人，認為社會安全局（*Social Security Administration, SSA*）在決定終

<sup>68</sup> 參見第三十六條及第三十七條。唯一的限制是行政機關不為調查，而作成行政行為時，應依第四十三條之規定於決定理由中敘明不為調查之理由。

實務上較有爭議者為人民依據公平交易法(88/02/03)第二十六條之規定，向公平會檢舉不法時，該會有無開始調查（行政程序）之義務。參見黃銘傑，〈論公平交易法上的檢舉與公平交易委員會的不作為〉，《人文及社會科學集刊》，第十卷第三期，頁 421 以下（1998 年 9 月）。

<sup>69</sup> 參見第一百零七條、第一百五十五條、第六十五條、第六十六條。

<sup>70</sup> 參見第五十六條。

<sup>71</sup> 424 U.S. 319 (1976).

<sup>72</sup> 上述利益衡量標準雖言之成理，但無法避免滲入個人的價值判斷，致操作結果難以預測。

止殘障給付後，始予其書面聲明證據的機會，違反了「正當程序」。最高法院在判決中提出了著名的「三段利益衡量標準」：

正當程序不同於其他法則，並非具有固定內容而無關乎時間、地點及情境的機械式概念。……認定正當法律程序具體意涵通常須考量以下三個不同因素：第一、將受到機關決定影響的私人利益；第二，機關用以剝奪該繫爭利益之程序造成錯誤決定的可能性、增加程序保障可能發揮的價值；第三，機關的利益，包括牽涉的職能、以及因採用額外程序所需之財務及行政負擔等。

上述標準可化約為一個公式： $P \times V \geq C$ 。P 為因採用某一程序（例如在停止給付前，給予「陳述意見之機會」）致使行政決策變得更正確的機率（假設為 5%）；V 為本件之繫爭利益（假設繫爭之殘障給付為 10 萬元）；C 為機關因採用該程序（在停止給付前，給予「陳述意見之機會」）所需增加的開支（假設為 5 千元）。本例中  $P \times V = C$ （如  $100,000 \text{ 元} \times 5\% = 5,000 \text{ 元}$ ），故該一程序應予採用-- 應予「陳述意見之機會」。

#### （四）自由心證主義

證據法則方面，美國行政程序法規定：「任何口頭或書面證據均得受理，但機關得本於政策，規定排除無關的、不重要的或不當重複的證據」<sup>73</sup>。其立法意旨認為，行政程序中之聽證，不適用「技術性證據法則」。質言之，行政程序採用「實質證據法則」(substantial evidence rule)<sup>74</sup>，不採用嚴格證據法則，一般不受「聯邦證據法則」(Federal Rules of Evidence)之拘束，以免嚴格證據法則妨害行政效率。大陸法系國家，各種法律程序皆採「自由

<sup>73</sup> 5 U.S.C. § 556(d).

<sup>74</sup> 所謂實質證據法則，即與自由心證主義相當。參見吳庚，前揭（註 51）書，頁 509 註 22。

心證主義」(Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung)，原無嚴格證據法則可循，行政程序亦然。

本法第四十三條規定：「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」，殆與奧地利一般行政程序法第四十五條<sup>75</sup>、德國聯邦行政程序法第六十九條第一項<sup>76</sup>同其旨趣，明示行政程序採取「自由心證主義」也。所謂「自由心證」，非謂無證據即可認定事實，亦非謂證據之取舍可隨心所欲、漫無標準。按前開條文，行政機關作成處分或其他行政行為，仍須以依法調查取得，並獲有心證之事實為基礎；關於證據證明力之判斷，更不能違背經驗法則及論理法則。

#### （五）不採嚴格職務分工，不設專職聽證官

美國為確保「聽證」之公正，在機關內部厲行「職能分工」(separation of functions)<sup>77</sup>。凡辦理案件「調查」或「檢舉」的公務員，即不得主持聽證，亦不得建議（研擬）行政處分<sup>78</sup>。實務上各機關多設置「聽證官」，一稱「行政法法官」(administrative law judges)<sup>79</sup>，主持聽證、<sup>80</sup>建議（研擬）處分。另，為使聽證官

<sup>75</sup> 奧地利一般行政程序法第四十五條規定：「除公知事實或就已知事實法律有推定之規定，而不必證據外，在其他情形，行政官署應斟酌調查證據之結果，依自由心證判斷事實是否業經證明」。

<sup>76</sup> 德國聯邦行政程序法第六十九條第一項：「官署應斟酌全部程序之結果，而為決定」。

<sup>77</sup> 究其精神，可謂是「行政機關內部的審檢分立」。

<sup>78</sup> 除機關另有規定者外，行政法法官之建議即為該機關之決定，惟當事人得及時向機關申訴。實務上，各機關首長對行政法法官之裁決建議多保有最終決定權，但為免濫權，行政程序法要求終局決定須說明事實認定、結論及理由。

<sup>79</sup> 「行政法法官」為特種公務員，並非美國聯邦憲法第三條所稱之「法官」。前文官委員會(Civil Service Commission)於一九七二年將「聽證官」(hearing examiners)改名為「行政法法官」(administrative law judges)，嗣經一九七八年文官改革法(Civil Service Reform Act)採用迄今。參見湯德宗，〈美國行政程

能獨立行使職權，聽證官不接受機關內主管調查或檢舉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, MSPB）於聽證後為之，<sup>81</sup>其薪給亦由「人事管理處」（Office of Personnel Management）決定，非該服務機關首長所能決定。<sup>82</sup>

本法從德、日立法例，不採美國的「職能分工」原則，應為兼顧行政效能著想。解釋上，承辦公務員亦得由機關首長指定為聽證主持人，惟公務員於行政程序中有利益衝突，或對待決事件存有成見時，仍應「迴避」。<sup>83</sup>

#### （六）行政程序之決定不得單獨提起救濟

本法第一百七十四條明定：「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符時一併聲明之。但行政機關之決定或處置得強制執行或本法或其他法規另有規定者，不在此限」。換言之，行政程序之決定或處置原則上不得單獨提起行政救濟，以免因程序爭議遲延決策，妨礙行政效能。但對於關鍵性的程序決定或處置，本法特設有「即時救濟」的規定，例如第六十三條允許當事人認聽證主持人之處置違法或不當時，即時聲明異議。

就避免妨害行政效能的觀點而言，本法規定亦有值得商榷者，例如第一百零六條。按本法第一百零二條賦予處分相對人「陳述意見之機會」（非正式之聽證權）時，為免機關負擔過重，故

---

序法概要），收於翁岳生（主持），前揭（註33）書，頁181以下（頁195）。

<sup>80</sup> 雖行政程序法規定，聽證會得由機關首長、或（委員制機關）委員之一、或行政法官（administrative law judges）主持。實務上機關首長或委員極少主持聽證，率由行政法官為之。

<sup>81</sup> 5 U.S.C. § 7521.

<sup>82</sup> 5 U.S.C. § 5372.

<sup>83</sup> 參見本法第三十二條、第三十三條。

規定機關應指定期間，由相對人提出「陳述書」；繼於第一百零五條第三項明定：「不於期間內提出陳述書者，視為放棄陳述之機會」，理路甚明。詎第一百零六條第一項竟規定相對人得於機關所定陳述意見之期間內，以言詞向機關陳述意見，以代替「陳述書」之提出。尤有甚者，同條第二項更規定「以言詞陳述意見者，行政機關應作成紀錄，向陳述人朗讀或使閱讀確認其內容無誤後，由陳述人簽名或蓋章」，無異以機關公務員為代筆之書僮，機關工作負荷可能遽增，非正式程序之便宜立義喪失殆盡。<sup>84</sup>

#### 伍、維護權力分立

除前述四個宣示的立法目的外，本法尚有一項重要而未明示的目的-- 因應社會變遷，維護「權力分立」的憲法原則於不墜。按，在當代福利國家思潮衝擊之下，行政權已不僅止於扮演夜警的角色（維護治安），並轉化為各種民生必需的供給者。行政任務因此日趨多樣化、複雜化、專業化與科技化。此一變遷對於憲法上原有的權力分立、相互制衡的原則產生了微妙的衝擊。質言之，立法者面對現代的行政任務，一方面不得不大量授權，致「委任立法」發達；另一方面授權後的監督機制（例如「立法否決權」）卻逐漸萎縮。<sup>85</sup>法院面對高度專業的行政決定（不論其以「行政處分」抑或「法規命令」的形式出現），除有明顯、重大之違法情事外，多僅能採取尊重、放任的態度。換言之，傳統的「外部監控機制」（國會監督與司法審查），表面上依然存在，但實質上不免魯鈍。我國關於空污費收費的爭議，可為例證。

---

<sup>84</sup> 茲建議刪除本法第一百零六條。另，本法第三十五條之規定近似，然因涉及「申請」，尚可理解。

<sup>85</sup> 參見湯德宗，〈三權憲法、四權政府與立法否決權--美國聯邦最高法院 *INS v. Chadha* 案評釋〉，輯於氏著，《權力分立新論》，頁533以下（台北：自版，2000年12月增訂二版）。

雖然空氣污染防治法(81/02/21)第十條之一明白規定：主管機關應依據污染源排放空氣污染物之種類及數量，徵收空氣污染防治費。環保署民國八十四年三月訂定的「空氣污染防治費收費辦法」卻規定：按污染源所使用之油料種類及數量，課徵空污費。授權之母法規定按活動之輸出項（污染物）收費，據以訂定之子法（空污費收費辦法）卻改以輸入項（油品）收費，兩者間出入至為明顯。兩個（空氣）污染源使用同種類、同數量之油品，縱未產生相同種類及數量的空氣污染物，卻須繳交相同數量的空污費！奈何立法院無力阻止環保署開徵空污費於前；大法官釋字第4二六號解釋(86/05/09)復以環保署上開辦法第四條規定「按移動污染源之排放量所使用油（燃）料之數量徵收費用，與法律授權意旨無違」，<sup>86</sup>寬容於後！<sup>87</sup>如何維護「權力分立原則」(doctrine of separation-of-powers, Gewaltentrennung, separation des pouvoirs)於不墜，保障人民權益，確實需要發展行政內部的監督機制，包括確立正當行政程序。

當然，行政程序法所代表的「程序導向控制」(process-oriented control)能否落實，從而有效填補「實體控制」（法律保留、授權明確）之不足，司法審查能否發揮作用，至為關鍵。令人欣慰的是，近年來司法院大法官業已注意到「實體控制」的不足，而積極開發「憲法上的正當程序」<sup>88</sup>，補強「法律上的正當程序」（含本法所定之正當行政程序）。例如：釋字第四六二號解釋(87/07/31)確立了大學教師升等的正當程序；<sup>89</sup>釋字第四九一號解釋

<sup>86</sup> 《司法院大法官解釋續編（十）》，頁 479~480（台北：司法院秘書處，1999年6月初版）。

<sup>87</sup> See Dennis Te-Chung Tang(湯德宗), *Applying Economic Instruments for Environmental Protection in Chinese Taipei*, Keynote Speech at the Workshop on Applying Economic Instruments toward Sustainable Cities in APEC (Taipei, 12/17/1997); 並參見湯德宗，〈大法官有關行政、立法兩權關係主要解釋析論〉，輯於氏著，前揭（註85）書，頁313以下（頁359~368）。

<sup>88</sup> 詳見湯德宗，〈論憲法上的正當程序保障〉（輯於本書頁？以下）。

<sup>89</sup> 詳見湯德宗，〈大學教師升等評審的正當程序-- 論大法官釋字第四六二號解

(88/10/15)更推翻（縮小）了本法第三條第三項第七款<sup>90</sup>所謂「人事行政行為」的範圍，確立公務人員「免職」處分的正當程序。<sup>91</sup>至於行政法院應如何處理「程序違法」問題，本書下文<sup>92</sup>將有詳細討論。

## 陸、結論

本文由本法第一條之宣示出發，檢視有關規定，確認本法立法目的有五：深化民主原則、貫徹依法行政、保障人民權益、提高行政效能、以及維護權力分立。確認立法目的無非為了強化有關本法的認知，便利本法的正確適用與解釋。希望如上分析，能使本法作為「行政決策程序基本法」的立意更加澄明。

本文初稿發表於《月旦法學雜誌》，第五十六期，頁 146~160，2000年1月；2003年8月增訂。

釋之適用〉（輯於本書頁375以下）。

<sup>90</sup> 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、對公務員所為之人事行政行為」。

<sup>91</sup> 詳見湯德宗，〈論公務員不利人事處分的正當程序-- 司法院大法官釋字第四九一號解釋評析〉（輯於本書頁331以下）。

<sup>92</sup> 參見湯德宗，前揭（註40）文（輯於本書頁85以下）。