

## 論行政程序法的適用

### 序言

#### 壹、行政程序法適用主體

##### 一、行政機關

- (一)「行政機關」
- (二)「視為行政機關」

##### 二、當事人

- (一)「當事人」
- (二)「利害關係人」

#### 貳、行政程序法適用客體

##### 一、「行政行為」

##### 二、機關除外

##### 三、事項除外

- (一)有關外交行為、軍事行為或國家安全保障事項之行為
- (二)外國人出、入境、難民認定及國籍變更之行為
- (三)刑事案件犯罪偵查程序
- (四)犯罪矯正機關或其他收容處所為達成收容目的所為之行為
- (五)有關私權爭執之行政裁決程序
- (六)學校或其他教育機構為達成教育目的之內部程序
- (七)對公務員所為之人事行政行為
- (八)考試院有關考選命題及評分之行為

##### 四、部份除外

#### 參、行政程序法適用定位-- 行政程序基本法

- 一、須其他法律有較本法嚴格之程序規定，始得排除本法程序規定之適用
- 二、其他法律之程序規定是否較本法嚴格，應從嚴個別認定
- 三、本法「正當程序」規定對於應適用本法之主體，所為應適用本法之行政行為，俱有補充效力

#### 肆、結論

## 序言

本文旨在探討本法適用的有關問題，包括：誰應適用本法（適用主體）、哪些事項應適用本法（適用客體）、以及本法與其他法律的關係（適用順位）。

法律適用問題，恆涉及廣泛的立法裁量，包含許多政策性的考慮，本法當然也不例外。為全面確立「行政的正當程序」，使行政機關普遍遵循，以達到貫徹依法行政、保障人民權益的目的，本法在適用問題上必須有所發明。如何規範（解釋）本法的適用，不僅具有實用的價值-- 本法適用與否，對於行政決策影響甚大；抑且具有學術的價值-- 如何「牽一『法』而動全身」，使全體行政機關之行政程序得以「一體向上提昇」，不許「個別向下沈淪」，無寧為一項高難度的法制工程！

## 壹、行政程序法適用主體

應適用本法的主體即「行政程序法適用主體」，一稱「行政程序主體」<sup>1</sup>，包括行政機關與人民。「行政程序主體」其實就是「行政程序當事人」。惟本法第一章第三節所稱「當事人」，採取狹義定義，僅指人民，不包括行政機關。<sup>2</sup>為免混淆，以下爰區

<sup>1</sup> 參見陳愛娥，〈行政程序〉，收於李建良等合著，《行政法入門》，頁 328 以下（頁 341~342）（台北：月旦，1998 年 1 月初版）。

<sup>2</sup> 參見陳敏，《行政法總論》，頁 680 註 4（台北：自刊，1999 年 12 月二版）（「就廣義而言，實施行政程序之行政機關亦可視為行政程序之當事人，尤其行政機關經由行政程序而執行其行政主體之事務，並受終結程序規定之拘束時為然。然而，行政機關不僅為當事人，並且同時為程序之支配者，因此通常不將其納入行政程序之當事人範圍」）。

究本法所以採取狹義的「當事人」概念，殆為避免凸顯行政程序中，行政機關

分「行政機關」與「當事人」。

## 一、行政機關

應適用本法的行政機關包括：「行政機關」與「視為行政機關」兩種。

### (一) 「行政機關」

本法第二條第二項定義：「本法所稱行政機關，係指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織」。準此，行政機關所代表的行政主體有三：國家、地方自治團體、及其他行政主體。

代表國家的行政機關，例如：行政院、考試院、及其所屬各部會等；代表地方自治團體的行政機關，例如：台北市政府及其所屬一級局、處，縣（市）政府及其所屬一級局、處，鄉鎮（市）公所；代表「其他行政主體」的機關，例如：農田水利會的會務委員會<sup>3</sup>。我國現制對於「國家與地方自治團體」以外的公法人，採取疑懼（不承認）的態度，所謂「其他行政主體」幾希！<sup>4</sup>

---

「球員兼裁判」的特徵。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 791）（台北：翰蘆，2000 年 3 月二版）。

<sup>3</sup> 參見農田水利會組織通則第十六條。

<sup>4</sup> 擬議中之「其他行政主體」者包括：「高雄港特殊公法人」（參見許宗力主持，《國家機關組織法人化之研究-- 以港務局法人化為中心期末報告》，頁 150~181，台北：行政院經建會，1999 年）；民國八十六年廢棄物清理法修正後的「資源回收管理基金」（參見湯德宗主持，《廢棄物資源回收制度改進之研究》，頁 330，台北：行政院研考會，1997 年 12 月）。

另參見「行政法人法草案」（90/04/22，行政院與考試院會銜送立法院審議）第二條第一項（「本法所稱行政法人，指國家及地方自治團體以外，由中央目的事業主管機關，為執行特定公共任務，依法律設立具人事及財務自主性之公

依前揭定義，「行政機關」代表國家、地方自治團體或其他行政主體「表示意思」，乃為「從事公共事務」。茲所謂「公共事務」應限縮解釋為「公共行政事務」，<sup>5</sup>以免與國家其他權力機關（例如立法機關、司法機關）混淆。<sup>6</sup>

「行政機關」除代表行政主體表示意思，從事公共（行政）事務外，並須為「具有單獨法定地位之組織」。所謂「具有單獨法定地位之組織」係指：1)有個別的組織法規，保障獨立的編制；2)具有獨立的預算。兩者缺一不可。<sup>7</sup>

關於上述界定，猶需補充說明兩點。第一，現制下所謂「法

---

法人」）；並見同條第二項（「前項特定公共任務，以具有專業需求或須強化成本效益及經營效能，不適合由政府機關推動，亦不宜交由民間辦理，且所涉公權力行使程度較低者為限」）。

<sup>5</sup> 吳庚教授認為：以「從事公共事務」定義行政機關，「尚欠周延，因其未有任何行政權字樣，故難謂僅適用於行政機關，蓋立法機關亦可能代表國家或地方自治團體表示意見，又所謂從事公共事務並不具特殊意義，行政機關焉有從事公共事務以外之業務」。參見吳庚，《行政法之理論與實用》，頁 166 註 13 之 1（台北：自刊，2001 年 7 月增訂七版）。

對照本法前此行政院版草案第三條（「本法所稱行政機關，係指行使公權力，從事公共行政事務，具有單獨法定地位之組織體」）、學者版草案第二條第二項前段（「本法所稱行政機關，係指依法律或自治規章設置，就行政事務，以自己名義決定並表示國家、地方自治團體或其他行政主體意思於外部之組織體」）可知，漏未載入「行政」二字，殆屬立法之疏失。

<sup>6</sup> 此由本法第三條第二項（「機關除外」）之規定觀之，益明。詳後。

<sup>7</sup> 其有個別組織法規而無獨立之預算者，亦不能稱為行政機關，例如法務部調查局幹部訓練所。

另說認標準有三：有無單獨之組織法規，有無獨立之編制及預算，有無印信。參見吳庚，前揭（註 5）書，頁 166。

實務見解，參見法務部九十年四月六日法九十律字第〇〇九〇〇七號函：「上開所稱『行政機關』，係以具有『獨立編制』、『獨立預算』、『依法設置』及『對外行文』等四項為認定標準。收於法務部（編印），《行政程序法解釋及諮詢小組會議紀錄彙編（一）》，頁 2~3（台北：法務部，2001 年 12 月初版）。

定」，一般係指由「法律」<sup>8</sup>直接規定，不包括由（由依據法律授權而訂定的）「法規命令」或（未有法律授權而訂定的）「行政規則」規定之情形。蓋國家機關之組織由法律定之，乃「法律保留原則」的傳統內涵。<sup>9</sup>惟邇來「政府再造」、「組織鬆綁」之理念對此已產生衝擊，為落實憲法增修條文第四條第三項、第四項之規定，<sup>10</sup> 行政院已擬具「中央政府機關組織基準法」，於九十一年四月二十五日會銜考試院送請立法院審議。依據該草案，今後中央政府僅一級機關及二級機關之組織，須以法律定之；其餘機關之組織，概以命令（通常為「組織規程」）定之。<sup>11</sup> 因此，前揭條文所謂「法定」，應從寬解為「法規規定」。

其次，前揭定義原係針對一般行政機關（文機關）而設，「軍事機關」（武機關）該如何適用？按國防部、國防部參謀本部各有組織法，各軍總部有組織規程，且皆有獨立預算，其為「行政機關」殆無疑義。惟下轄「各級部隊」僅有編裝表（約相當於一般機關的「組織規程」），而無獨立預算，是否為「行政機關」，猶可研究。至於不具有單獨法定地位者，僅為機關之內部「單位」（例如內政部民政司、台北市政府教育局第一科、國防部參謀本部人力司等），非為「行政機關」，依法不得代表行政主體作成

<sup>8</sup> 此所謂「法律」指憲法第一百七十條定義之「法律」。

<sup>9</sup> 參見中央法規標準法第五條第三款。

<sup>10</sup> 憲法增修條文第三條第三項：「國家機關之職權、設立程序及總員額，得以法律為準則性之規定」；同條第四項：「各機關之組織、編制及員額，應依前項法律，基於政策或業務需要決定之」。準此，立法院對行政組織之立法權限將減縮，行政部門則將享有較大的組織自主權。

<sup>11</sup> 參見「中央政府機關組織基準法」草案(91/04/25)第五條。又，草案第四條第一項明定所謂「一級機關」係指中央的五院；同條第三項並規定：國民大會、總統府與國家安全會議準用之，故「一級機關」計有8個。

關於該草案的評介，參見朱武獻、周志宏，〈行政組織權與設置原則〉，收於台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究（上）》，頁281~303（台北：五南，200年12月初版）。

行政行為（如行政處分）。<sup>12</sup>

## （二）「視為行政機關」

本法第十六條第一項規定：「行政機關得依法規將其權限之一部份，委託民間團體或個人辦理」；<sup>13</sup>第二條第三項並明定：「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關」。受託行使公權力之個人，例如船長依「船員法」(88/06/23)第五十九條<sup>14</sup>之規定，為維持船上治安及保障國家法益，在航行中所為緊急處分；受託行使公權力之團體，例如「財團法人海峽交流基金會」依照臺灣地區與大陸地區人民關係條例(86/05/14修正)第四條，受行政院委託，負責處理兩岸人民事務<sup>15</sup>。最常見的

<sup>12</sup> 實務上，行政機關內部單位擅權作成行政處分者，輒遭撤銷。參見國防部九十二年決字第〇七一號訴願決定書(92/07/16)；國防部九十二年決字第〇九七號訴願決定書(92/08/21)。

<sup>13</sup> 按同條第二項規定，行政機關須將委託事項及法規依據公告，並刊登政府公報或新聞紙。

<sup>14</sup> 船員法第五十九條：「船長在航行中，為維持船上治安及保障國家法益，得為緊急處分」。

<sup>15</sup> 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第四條第一項：「行政院得設立或指定機構或委託民間團體，處理臺灣地區與大陸地區人民往來有關之事務」；並參見「財團法人海峽交流基金會捐助暨組織章程」(79/11/21，第一屆董監事會第一次會議通過)第三條：「本會為達成前條所定之宗旨，辦理及接受政府委託辦理下列業務：

一、台灣地區與大陸地區人民入出境案件之收件、核轉及有關證件之簽發補發等事宜。

二、大陸地區文書之驗證、身分關係之證明、協助訴訟文書之送達及兩地人犯之遣返等事宜。

三、大陸地區經貿資訊之蒐集、發布；間接貿易、投資及其爭議之協調處理等事宜。

四、兩地區人民有關文化交流之事宜。

五、協助保障台灣地區人民在大陸地區停留期間之合法權益。

六、兩地區人民往來有關諮詢服務事宜。

私人行使公權力事例，要屬「代檢代驗」，例如：公路監理機關根據交通工具排放空氣污染物檢驗及處理辦法(88/08/11)第十條第二項規定，委託汽車代檢驗商辦理車輛之定期檢驗；<sup>16</sup>台北市環保局依水污染防治法(91/01/09)第二十三條規定，委託領有中央主管機關核發之許可證的檢驗測定機構辦理水污染物及水質水量之檢驗測定；經濟部依商品檢驗法(90/10/24)第四條委託民間檢驗機構辦理指定商品之檢驗。所謂「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關」，即受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，亦應視同行政機關，適用本法各項程序規定，包括：本系列前此討論的「正當行政程序」，以及「資訊公開」、「調查事實及證據」等規定。

前揭第十六條第一項所謂之「權限」（委託私人），與前揭第二條第三項所謂之（私人受託行使）「公權力」，兩者指涉之內容是否相同？余意以為，此所謂「權限」即是指「公權力」。準此理解，僅於機關將「公權力」委託民間團體或個人行使時，須有「法規」（含「法律」及依法律授權訂定的「法規命令」）之依據；至「政府業務委託民間辦理」（俗稱「委辦」<sup>17</sup>或「委外辦理」）而不涉及「公權力」者，則無需有法規之依據。蓋「委辦」之本質為「政府採購」(government procurement)—由政府付款換取民間提供各種「服務」(services)。凡不涉及公權力的「委辦」，例如戶政機關為戶政電腦化而委託民間資訊業者建立電腦資料，或選務機關委託民營印刷廠印製選票等，除法律明文禁止

七、政府委託辦理之其他事項」。

<sup>16</sup> 關於委託機關、受託私人與人民間之三角關係，參見李建良，〈因執行違規車輛拖吊及保管所生損害之國家賠償責任--兼論委託私人行使公權力之態樣與國家賠償責任〉，輯於《中興法學》，第三十九期，頁 30-31（1995 年 7 月）。

<sup>17</sup> 本文所謂「委辦」，係專指行政機關與人民間之業務委託關係，與地方制度法上的「委辦行政」有別，不應混淆。

者外，解釋上各機關應得本其職權，自行評估，<sup>18</sup>決定是否「委辦」（或仍「自辦」），以符合當今各國「政府再造」的趨勢-- 打造「小而能」政府。至於「政府採購」，不論其標的為「物品」（含「工程」與「財物」）或「服務」，原則上皆應依照「政府採購法」，選擇締約人，要屬當然。

前述「公權力委辦」應注意與「行政助手」(Verwaltungshelfer)相區別。「公權力委辦」例如：市政府交通局委託民營車輛拖吊公司，認定違規車輛，並執行違規車輛之拖吊業務；設若機關公務員（如交通警察）認定車輛違規，並決意拖吊時，始指揮民間拖吊公司，協助執行拖吊工作，則民間拖吊公司僅屬提供「單純勞務」之「行政助手」。礙於法規之限制，<sup>19</sup>目前實務上之違規車輛拖吊，皆屬「行政助手」類型。

另需探究者，BOT (Build, Operate & Transfer)模式的「委辦」，有無本法之適用？例如，政府委託民間「興建」、「營運」垃圾焚化爐、高速鐵路等事業，在特許經營期間結束，將所有權「移轉」予政府之前，負責經營的個人或團體是否亦應「視為行政機關」，而適用本法？余意以為，應視各案「興建」及「經營」的內容是否涉及委託機關「權限」（公權力）之行使而定。涉及「公權力」者，就涉及部分，該受託經營之個人或團體仍應「視為行政機關」。

嚴格言之，要求行政機關將公權力委託民間應有「法規」依

<sup>18</sup> 參見「行政院所屬各機關資訊業務整體委外作業實施辦法」(87/04/08)第七條（「各機關採資訊業務整體委外作業，應綜合考量本機關及所屬機關之資訊需求、經濟規模、資源整合及成本效益等因素，評估其可行性及實施範圍，並依本辦法及相關規定，擬訂實施計畫報請上級機關核定」）。

<sup>19</sup> 參見臺北市政府警察局管理違規停放車輛拖吊及保管作業規定（91/10/28 臺北市政府(91)府警交字第〇九一二〇七七八四〇〇號函修正）二、（四）（「對於違規停放車輛非經執勤員警完成照相採證及填製『舉發違反道路交通管理事件通知單』程序，不得執行拖吊」）。

據，尚不足以顯示「權限（公權力）委辦」應有的界限。質言之，除前揭本法第十六條第一項規定，行政機關僅能將其權限之「一部份」（而非全部）委辦之外，應更積極確立「權限委辦」的界限。美國法禁止將「本質上屬於政府之職能」（inherently government functions）委託民間辦理，頗值參考。<sup>20</sup>

美國聯邦採購政策局(Office of Federal Procurement Policy)第92號政令(Policy Letter 92)闡釋所謂「本質上屬於政府之職能」，謂：<sup>21</sup>

某職能與公共利益密切相關致應由政府公務員執行者，即本質上屬於政府之職能。此等職能包括運用政府權力之際行使裁量之活動，及代表政府作成決定時使用價值判斷之活動。……政府之職能一般可分為兩大類：

1. 統治行為(the act of governing)。即政府裁量權之行使。其適例包括：刑事偵查、起訴及其他司法職能；須使用價值判斷之政府計畫之管理，如國防指揮、三軍指揮及管理；僅為以戰鬥、戰鬥支援或戰鬥勤務支援身分展開佈署之軍事人員才能遂行之活動；外交工作；各種施政計畫優位次序之選定；聯邦公務員之指揮；太空、海洋、可航行水域及其他天然資源之管制；情報及反情報活動之指揮；工業及商業之管制（含食品及藥物管制）。

2. 貨幣交易及享有之資格。例如課稅及稅收分配，

<sup>20</sup> 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82~86（台北：行政院研考會，1993年9月）。

<sup>21</sup> 56 Fed. Reg. 65, 279 (1991).

國庫帳目及貨幣供給之控制，以及公共信託基金之管理。<sup>22</sup>

## 二、當事人

應適用本法的主體，除行政機關外，即與行政機關相對的當事人（廣義），包括本法所稱之「當事人」（狹義）與「利害關係人」。

<sup>22</sup> 為了協助各機關辨別何為政府之本質職能，避免不當地將政府的權責移轉給包商，聯邦採購政策局繼上述政策令函之後，復於一九九二年九月發佈第92-1號政策令函(Policy Letter 92-1)，在附件A(Appendix A)中例示了十九項「本質上屬於政府之職能」：

- 1) 刑事偵查；
- 2) 公訴及其他司法職能之控制，但仲裁及其他替代糾紛解決途徑除外；
- 3) 軍隊之指揮；
- 4) 外交事務之遂行及外交政策之決定；
- 5) 機關政策之決定（含管制內容及其適用範圍之決定）；
- 6) 聯邦施政計畫優位次序或預算請求之決定；
- 7) 聯邦公務員之指揮及控制；
- 8) 情報及反情報活動之指揮及控制；
- 9) 選任或不選任某人為公務員之決定；
- 10) 聯邦公務員之職位分類之職系說明及考績標準之核定；
- 11) 政府財產之處分及處分條件之決定；
- 12) 在聯邦採購活動中 A.決定採購哪些財產或服務，B.參加有關審標、選標作業之投票，C.批准契約文件，D.決標，E.管理契約，F.決定契約價格是否合理，G.終止契約；
- 13) 批准機關應督察長、主計長室或其他聯邦稽查單位之請求而提出之說明；
- 14) 批准依資訊自由法所提出之閱覽請求；
- 15) 召開聽證會決定某人是否可發給通行證，或其他影響個人聲譽或參與政府計畫之資格之事項；
- 16) 核發聯邦執照及檢查之批准；
- 17) 預算政策方針及策略之決定；
- 18) 規費、使用費、關稅、罰鍰、賦稅及其他公共基金之徵收、控制及分配；
- 19) 公共信託之管理。See 57 Fed. Reg. 45, 096 (1992).

### (一) 「當事人」

本法所稱「當事人」，依第二十條之規定，計有六種：1)申請人及申請之相對人；2)行政機關所為行政處分之相對人；3)與行政機關締結行政契約之相對人；4)行政機關實施行政指導之相對人；5)對行政機關陳情之人；6)其他依本法規定參加行政程序之人。前揭第一款至第五款規定甚明，第六款規定則需解釋。所謂「其他依本法規定參加行政程序之人」，依其字義，係指「前五款規定以外，依本法規定實際參加行政程序之人」。換言之，須有「依法參加程序之事實」，始為第六款所稱之「當事人」。至於依法「得參加」而「未參加」程序之人，仍非本法所稱之「當事人」。

得「依本法規定參加行政程序之人」，主要為「利害關係人」。本法第二十三條規定：「因程序之進行將影響第三人之權利或法律上利益者，行政機關得依職權或依申請，通知其參加為當事人」。其他得「依本法規定參加行政程序之人」包括：由當事人委任或行政機關選定之「代理人」<sup>23</sup>、偕同當事人或代理人到場的「輔佐人」<sup>24</sup>、為調查事實及證據所必要的「有關之人」<sup>25</sup>、於機關所定期間內就「法規命令」草案陳述意見的「任何人」<sup>26</sup>、為「行政計畫」確定裁決之目的，而參與公開聽證程序之「多數不同利益之人及多數不同行政機關」<sup>27</sup>等。至於人民或團體，依第一五二條之規定，雖得提議訂定法規命令，但尚非「依本法規定參加行政程序之人」。<sup>28</sup>

<sup>23</sup> 參見第二十四條、第二十七條。

<sup>24</sup> 參見第三十一條。

<sup>25</sup> 參見第三十九條。

<sup>26</sup> 參見第一百五十四條。

<sup>27</sup> 參見第一百六十四條第一項。

<sup>28</sup> 參見吳庚，前揭（註5）書，頁520。惟如受理提議之機關認為提議有第一五

### (二) 「利害關係人」

所謂「利害關係人」，本法未有直接定義。惟第二十三條既謂：「因程序之進行將影響第三人之權利或法律上利益者，行政機關得依職權或依申請，通知其參加為當事人」，應可推知：本法所稱「利害關係人」，係指其權利或法律上利益將因程序之進行而受影響之第三人。故行政機關得依職權或依申請，通知其參加為當事人。

「當事人」得享有本法所規定的各種程序權利，<sup>29</sup>例如陳述意見、參與聽證、閱覽卷宗、被告知決定等，固不待言。惟本法多處規定將當事人與利害關係人並列為程序主體，例如：稱「當事人或利害關係人」者，有第四十六條第一項<sup>30</sup>、第一百七十四條<sup>31</sup>等，稱「當事人或已知利害關係人」者，有第一百條第一項<sup>32</sup>、第五十五條第一項<sup>33</sup>等。此際行政機關除「得」<sup>34</sup>按前揭第二十三條之規定，通知「利害關係人」參加為「當事人」外，並「應」

三條第一項第二款及第三款之情形，依法不得以法規命令訂定者，或無須訂定法規命令者，仍須依同條款之規定，附述理由通知原提議者。

<sup>29</sup> 參見吳庚，前揭（註5）書，頁519。

<sup>30</sup> 本法第四十六條第一項（「當事人或利害關係人得向行政機關申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷宗。但以主張或維護其法律上利益有必要者為限」）；並參見第一百零六條第一項（「行政處分之相對人或利害關係人得於第一百零四條第一項第四款所定期限內，以言詞向行政機關陳述意見代替陳述書之提出」）。

<sup>31</sup> 本法第一百七十四條（「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。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」）。

<sup>32</sup> 本法第一百條第一項（「書面之行政處分，應送達相對人及已知之利害關係人；書面以外之行政處分，應以其他適當方法通知或使其知悉」）。

<sup>33</sup> 本法第五十五條第一項（「行政機關舉行聽證前，應以書面記載下列事項，並通知當事人及其他已知之利害關係人，必要時並公告之」）。

<sup>34</sup> 本條雖規定「得」通知利害關係人參加行政程序，但實際上因裁量縮減而「應」通知參加之情形料將為常態。參見陳敏，前揭（註2）書，頁682。

注意依本法其他規定（如前揭第四十六條第一項、第一百條等），對之履行程序義務（如「告知」），或便利其行使程序權利（如許其「閱覽卷宗」）。

質言之，「利害關係人」雖不享有與「當事人」同等之權利，實際亦不遠矣。本法施行後，行政機關所面對的「程序當事人」，範圍上將大於前此僅以實體法上當事人為限的「實體當事人」。全體行政機關應注意此一新的發展，調整實務作為，以保障人民權益。

以作成「不利處分」的「正當行政程序」為例，為使「陳述意見」（或參加「聽證」），機關依法應「預告」（通知，必要時並公告）相對人及已知之利害關係人。<sup>35</sup>處分之相對人固得因此提出陳述書，陳述意見；利害關係人於釋明利害關係之所在後，亦得提出陳述書，陳述意見。<sup>36</sup>雖本法第六十一條、第六十三條及第六十四條等，皆僅規定「當事人」於「聽證」時之權利，但第六十二條第二項第四款既曰：主持人於聽證時得「依職權或申請，通知或允許利害關係人參加聽證」，利害關係人因此參加聽證者，即成為「當事人」矣。嗣行政機關作成書面處分時，應載明其決定（主旨、事實）與理由（含法令依據），並教示救濟途徑，<sup>37</sup>「告知」（送達）相對人及已知之利害關係人。<sup>38</sup>

<sup>35</sup> 參見第五十五條第一項；第一百零四條第一項。第一百零四條第一項雖僅曰「應通知相對人」，未如第五十五條第一項，載明「及已知利害關係人」等字樣。但第一百零五條第二項既許「利害關係人」釋明利害關係後，提出陳述書，解釋上自應為相同解釋。

另，利害關係人有時未必盡知，為恐通知疏漏，故上開兩條文皆有「必要時並公告之」的規定。

<sup>36</sup> 參見第一百零五條第一項（「行政處分之相對人依前條規定提出之陳述書，應為事實上及法律上陳述」）；同條第二項（「利害關係人亦得提出陳述書，為事實上及法律上陳述，但應釋明其利害關係之所在」）。

<sup>37</sup> 參見第九十六條第一項。

<sup>38</sup> 參見本法第一百條第一項、第一百十條第一項。並參見訴願法第十八條（「自

## 貳、行政程序法適用客體

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」，明揭凡「行政機關」作成「行政行為」時，原則上即有本法之適用。同條第二項、第三項就此二者分設例外--「機關除外」與「事項除外」。茲分述之。

### 一、「行政行為」

前揭本法第三條第一項宣示行政機關作成「行政行為」時應適用本法，但並未定義何謂「行政行為」。惟第二條第一項定義：「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、實行政指導及處理陳情等行為之程序」，合而觀之可以推知：行政處分、行政契約、法規命令、行政規則、行政計畫、行政指導及處理陳情等七者，皆「行政行為」也。文義解釋上，因前揭第二條第一項之定義中有個「等」字，應認為該項所列「行政處分」等七種行政決策，乃「行政行為」之例示，而不以此為限。惟余意以為，自體系與目的解釋的觀點，<sup>39</sup>現時本法所謂「行政行為」應僅限於

然人、法人、非法人之團體或其他受行政處分之相對人及利害關係人得提起訴願」）。

<sup>39</sup> 按本法係以「學者版草案」為基礎制定（參見湯德宗，〈論正當行政程序〉，本書頁1以下），學者版草案乃以各國立法例之比較研究為基礎，研擬草案。查影響本法之各國立法例，美國聯邦行政程序法適用範圍不及於本法所謂「行政契約」、「行政計畫」、「行政指導」與「陳情處理」；德國聯邦行政程序法適用範圍不及於本法所謂「法規命令」、「行政規則」、「行政指導」與「陳情處理」；日本行政手續法適用範圍更僅限於本法所謂「行政處分」與「行政指導」而已。是本法所定適用範圍堪稱集各國之大成！法制初立允宜按部就班、切實執行，切忌好大喜功、呷緊弄破碗！另，本法乃以前揭七種行為分章設節，則七種以外之行政行為應「比照」（類推適用）何一行為之程序作成，乃有疑義，而易滋爭議。

該項所列之七種行為。至行政機關為「其他」行為時，例如對「社會大眾」提供警告性資訊<sup>40</sup>或建議性資訊<sup>41</sup>，則無須適用本法所規定的程序。<sup>42</sup>

## 二、機關除外

第三條第二項規定：「下列機關之行政行為，不適用本法之程序規定：一、各級民意機關。二、司法機關。三、監察機關」。何以此等機關所為之「行政行為」，竟不適用本法之程序規定？其以機關之性質為準，設定本法適用之例外，故名「機關除外」。<sup>43</sup>

蓋行政程序法所謂之「行政」，可指「形式意義」的行政機關的活動，亦可指「實質意義」的行政機關的活動。鑑於立法機關（國會）、司法機關（法院）、監察機關（監察院）等原非形式意義的行政機關，其等雖亦可能作成「行政行為」，<sup>44</sup>數量終究有限，建制初期為免備多力分，亦為權力（部門）間之相互尊重，爰僅限定形式意義的行政機關所為「行政行為」始須適用本

<sup>40</sup> 例如發布空氣品質惡化警報（參見空氣污染防治法第十四條第一項）。

<sup>41</sup> 例如依照「行政院環境保護署環保標章推動使用作業要點」（86/05/08 修正）發給環保標章，參見《行政院環境保護署公報》，第十一卷第六期，頁 15~18（1997 年 6 月）。行政院農業委員會依工業團體法第四條第十三款，委託建立加工肉品優良品質標誌制度，參見黃茂榮等，《行政業務委託民間辦理之可行性及其範圍探討》，頁 89（台北：行政院研考會，1991 年）。

<sup>42</sup> 行政指導，依本法第一六五條之定義，須係針對「特定人」所為之建議等。上述對社會大眾所為之警告、建議等行為，乃非「行政指導」。又，行政機關作成「行政行為」以外之行為時，解釋上非不得主動比照本法有關程序規定辦理。

<sup>43</sup> 「機關除外」規定原仿自美國立法例。5 U.S.C. § 551(1)。

<sup>44</sup> 例如立法院或法院對於申請旁聽之准駁決定，即屬「行政處分」。又，立法院、司法院、監察院皆訂有法規命令與行政規則。

法。至於上述「機關除外」之規定是否過寬，容可討論。<sup>45</sup>

應注意者，前揭規定未將「考試機關」（考試院及其所屬機關）除外，蓋考試機關實際亦為行政機關（人事行政與考試行政之機關），只因「五權分立」的憲法設計而獨立於行政院之外而已。又，前揭規定亦未將「軍事機關」（國防部及所屬部隊）除外，僅於同條第三項設有「軍事行為」除外的規定（詳後）。猶需注意者，本款規定僅排除本法「程序規定」之適用，並未排除本法「實體規定」之適用。

最後，關於各民意機關、司法機關、監察機關應否適用「行政資訊公開辦法」，法務部行政程序法諮詢小組第二十次會議曾有激烈辯論，終未獲致結論。<sup>46</sup>如前所述，「資訊公開」並非本法所謂「行政行為」，民意機關、司法機關、監察機關應否公開資訊與本法第三條第二項無關，毋寧應以本法第四十四條為準。該條既明定：「行政機關持有及保管之資訊，以公開為原則，限制為例外；…」，而「行政資訊公開辦法」乃依據該條第三項授權而訂定，自僅能適用於「行政機關」。該條（或該節各條）既無不同之規定，則所謂「行政機關」自應以前揭本法第二條第二

<sup>45</sup> 參見吳庚，前揭（註 5）書，頁 516~517（「監察院行使職權另有監察法及其附屬法規可據，乃不適用本法之主要原因。惟監察院尚有一項職權即掌理公職人員之財產申報，並無排除行政程序法適用之理由，依本條規定仍無適用餘地，殊非合理」）；蔡茂寅，〈行政程序法之適用除外（一）〉，《月旦法學雜誌》，第五十二期，頁 14 以下（頁 15）（1999 年 9 月）（立法、司法、監察機關所為行政行為有限，採「事項除外」即可）；李震山，〈論「程序基本權」之建構與落實——幾個行政程序法適用問題之探討〉，《行政程序法實施二週年檢討》學術研討會會議論文，頁 13~14（台北：台灣大學法律學院，2003 年 1 月 12 日）（「事實上，各機關之性質固有不同，但司法、立法、監察機關之「行政行為」與行政機關之「行政行為」，本質上並無差異。因此逕行排除適用，無異拒斥「程序基本權」得拘束行政、立法、司法等公權力機關之法律」）。

<sup>46</sup> 參見法務部（編）印，前揭（註 7）書，頁 334~348。



項之定義為準。總之，余意以為，擴大資訊公開適用的機關範圍立意固佳，但本法確實僅就「行政資訊」之公開，設有若干架構規定而已。

### 三、事項除外

「事項除外」者，某些事項不適用本法之程序規定也；本法第三條第三項定有八款除外「事項」。在逐項解析前，有兩點需為說明。首先，前揭條項所謂之「程序規定」，對照本法第一百四十四條第一項第二款至第五款之規定可知，主要係指有關促進「公平決策」之規定（含「受告知權」、「聽證權」及「說明理由義務」等）。至於「公正作為」有關規定（尤其「迴避」）及「資訊公開」有關規定（尤其第四十五條之「主動公開」），並非一概排除適用。毋寧應視該條項所列各款「事項」（待決事項）之性質分別認定。<sup>47</sup>例如，第八款之「考選命題及評分之行為」，首重公正，俾昭公信，豈能排斥「迴避」規定之適用？其次，該條項排除之「事項」，實際未必為「行政行為」。茲分析八款「除外事項」如下。

#### （一）有關外交行為、軍事行為或國家安全保障事項之行為

前揭三種行為的性質特殊，涉及高度政治性、機密性的國家利益，與一般「行政行為」不同，故予除外。<sup>48</sup>按「例外從嚴解釋」的原則，適用之際應注意繫爭行為是否確實具有如上性質，因而不宜適用本法公正、公平（參與）、公開（透明）的決策程

<sup>47</sup> 參見湯德宗，〈法務部行政程序法諮詢小組第三十三次會議書面意見〉（92/03/28）。

<sup>48</sup> 嚴格地說，此等「事項」多數非以本法所謂「行政行為」（例如「行政處分」）的形式作成。既非為「行政行為」，按本法第三條第一項之規定，原無須適用本法，遂無「不適用」本法（之程序規定）可言！

序。所謂「外交行為」應指國家對外交涉的活動，例如：經援友邦<sup>49</sup>、國家承認、建交、斷交、簽署備忘錄、公報、條約、或公約等決定。<sup>50</sup>至於外交部及其所屬機關（如駐外使領館），對於國民請領護照或申辦其他有關個人權益所為之決定，仍應認為有本法之適用。<sup>51</sup>

所謂「軍事行為」應限於為特定軍事目的而實施的軍事活動，例如作戰、實施戒嚴、於宣戰或戒嚴期間內實施飛航管制<sup>52</sup>、為實施軍事演習而劃定飛彈試射管制區等。至於國防部及其所屬機關平時為徵用民間物資（含徵收土地）或徵召人員（徵兵）<sup>53</sup>所為之決定，仍應認為有本法之適用。

所謂「國家安全保障事項行為」，就字面含義解，牽涉甚廣，

<sup>49</sup> 例如民國八十八年李前總統登輝宣布經援科索夫三億美金的決定（參見中時晚報，1999年6月8日）。

<sup>50</sup> 關於條約、公約之立廢，應遵守憲法第三十八條、第五十八條第二項、第六十三條以及增修條文第三條第二項規定，大法官釋字第329號解釋之意旨，以及外交部公佈的「條約及協定處理準則」（83/03/11）所定程序。例如，「條約及協定處理準則」第十四條第一項規定：「條約及協定生效後，外交部應彙整正本逐一編列號碼，並應刊登公報及定期出版，以利查考」。

<sup>51</sup> 參見法務部八十九年十月二十日法八十九律字第○三七一三九號函，轉於法務部（編印），前揭（註7）書，頁8~9（按行政程序法（以係簡稱本法）第三條第三項第一款所稱之「外交行為」，學者認為應以涉及高度政治性、機密性的國家利益始足當之，故適用時應做狹義之解釋，及應限於對外交涉事項，而非泛指外交行政之一切事項而言。此外，外交部亦認為：「前開規定所稱之『外交行為』，係指屬於國家主權行使、與國家安全保障有關且具高度政治性、機密性或急速因應之行為而言，並非所有外交行為及有關涉外事務均屬此種行為，而全然不受該法之規範」（外交部八十九年九月八日外（八九）條二字第八九〇一〇一二三六九號函參照）。準此，行政院新聞局之「國際新聞行政業務」是否得視為外交行為，請參酌上開文義，本於職權自行審認之。如仍有疑義，宜請外交事務之主管機關（外交部）認定之）。

<sup>52</sup> 參見國防部頒「軍事緊急期間管制中外軍民用航空器飛航及助航設施辦法」（85/06/29）。

<sup>53</sup> 參見大法官釋字第459號解釋（87/06/26）（兵役體位之判定為行政處分）。

許多行政行為皆與國家安全保障有關。余意以為，應從嚴解釋為：除外交行為、軍事行為以外，其他直接以保障國家安全為目的，而有高度政治性、機密性或急速因應之必要，致不宜遵行本法所定程序之活動。<sup>54</sup>例如：總統發布緊急命令、國安會指揮諜報活動等。至於國防部會同內政部，依照國家安全法(85/02/05)第五條劃定「海岸、山地或重要軍事設施管制區」<sup>55</sup>，除具有機密與緊急性質者外，仍應認為有本法之適用。

## (二) 外國人出、入境、難民認定及國籍變更之行為

本款規定之事項為國家主權行使之表現，並涉及高度政治性國家利益，爰予排除。<sup>56</sup>查「入出國及移民法」(88/05/21)第二十條禁止外國人出境之事由包括：經司法機關或財稅機關通知限制出境者（應禁止其出國），以及因其他案件依法查證中，經有關機關請求限制出境者（得禁止其出國）。同條第三項並規定，對於禁止出國之外國人，主管機關應以書面敘明理由通知之。因此，適用本法與否主要的差別在於，當事人於決定前有無「陳述

<sup>54</sup> 並參見法務部九十年三月十五日法九十律字第〇〇八三六〇號函轉於法務部（編印），前揭（註7）書，頁12（「大陸事務涉及各機關之業務範圍，就是否有關國家安全保障情形，宜由各機關依其業務執掌就具體個案予以判斷認定。如主管機關認為符合國家安全保障事項者，自得依行政程序第三條第三項第一款規定排除適用」）。

<sup>55</sup> 參見國家安全法第五條第一項：「為確保海防及軍事設施安全，並維護山地治安，得由國防部會同內政部指定海岸、山地或重要軍事設施地區，劃為管制區，並公告之」。至於依「要塞堡壘地帶法」(43/05/12)，劃定「軍事要塞堡壘地帶區域」，並依該辦法第四條至第六條限制或禁止人民於區域內為特定活動（例如遷入、進出、漁獵、採石、建築、勒令遷出等）之決定，是否有本法之適用，有待研究。

<sup>56</sup> 或謂「係基於不欲給予外國人以國民同等待遇之立場，或係考慮難民庇護或國籍變更亦可能涉及對外交涉事項，而加以排除」。參見吳庚，前揭（註5）書，頁517。

意見之機會」。需補充說明者有二。第一，本款僅適用於「外國人」，關於本國人入、出境與國籍變更之准駁，為典型的行政處分。<sup>57</sup>其次，自人權保障之國際化趨勢，以及「平等互惠」之外交基本國策<sup>58</sup>觀點觀之，上述規定尚可改進。<sup>59</sup>

## (三) 刑事案件犯罪偵查程序

所謂「犯罪偵查程序」，非僅指檢察官因告訴、告發、自首或其他情事，知有犯罪嫌疑所為調查犯罪事實、蒐集證據之程序，亦包括司法警察調查犯罪嫌疑人犯罪情形以及蒐集證據之程序。刑事偵查程序雖屬實質的行政程序，然其性質與一般行政程序有異，故予排除適用。質言之，一方面基於發現真實之必要，犯罪偵查不能採行一般行政程序中之「當事人參與」原則；另一方面，亦為保護被調查人（犯罪嫌疑人）之名譽，避免無謂困擾，刑事偵查程序乃有所謂「偵查不公開原則」<sup>60</sup>。惟所謂「偵查不

<sup>57</sup> 前此所謂之「黑名單」，乃侵害人民「居住、遷徙自由」的作法。參見司法院大法官釋字第五五八號解釋（「民國八十一年修正後之國家安全法第三條第一項仍泛指人民入出境均應經主管機關之許可，未區分國民是否於臺灣地區設有住所而有戶籍，一律非經許可不得入境，並對未經許可入境者，予以刑罰制裁（參照該法第六條），違反憲法第二十三條規定之比例原則，侵害國民得隨時返回本國之自由」）。

<sup>58</sup> 參見憲法第一百四十一條。

<sup>59</sup> 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26）（1999年7月）（「在外國人出入境管理之法律上，充實外國人之程序保障，為將來之立法課題」）。並參見蔡庭榕、刁仁國，〈論外國人人權--以一般外國人之入出境管理為中心〉，《憲政時代》，第二十五卷第一期，頁155以下（1999年7月）；李念祖，〈論我國憲法上外國人基本人權之平等保障適格〉，《憲政時代》，第二十七卷第一期，頁80以下（2001年7月）；李震山，〈論移民制度與外國人基本權利〉，《台灣本土法學雜誌》，第四十八期，頁51以下（2003年7月）；李建良，〈外國人權保障的理念與實務〉，前揭期刊，頁92。

<sup>60</sup> 參見刑事訴訟法第二四五條。

公開」仍應注意維護犯罪嫌疑人之人權，故憲法第八條設有「正當程序」保障<sup>61</sup>，刑事訴訟法且進一步落實此一保障。例如，刑事訴訟法第二百四十五條第二項規定，被告（或犯罪嫌疑人）之辯護人，得於檢察官、司法警察官或司法警察訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場。其因有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，而限制或禁止辯護人在場者，依「檢察署辦理刑事偵查及執行案件應行注意事項」（83/10/14 法務部修正發布）第二十八條之規定，檢察官「應將其據以限制或禁止之事實記明於卷內及通知辯護人」，以兼顧被告人權保護與檢察官偵查之公益。

#### （四）犯罪矯正機關或其他收容處所為達成收容目的所為之行為

所謂「犯罪矯正機關」，指對犯罪行為人施以矯正之機構，例如監獄。所謂「其他收容處所」，單由字面解，固包羅甚廣。惟由其與「犯罪矯正機關」並列，同句稍後並以「收容目的」概括「犯罪矯正機關」與「其他收容處所」之功能觀之，應認為係指：為（狹義）犯罪矯正以外之其他目的（例如預防犯罪、調理治療），而由國家實施「強制收容」（被收容人之自由因收容而受到限制）的處所。例如：保安處分執行處所（感化教育及強制工作處所、監護、禁戒及強制治療處所）<sup>62</sup>、少年輔育院<sup>63</sup>、少年觀護所<sup>64</sup>、煙毒勒戒所<sup>65</sup>、中途學校<sup>66</sup>、精神醫療機構<sup>67</sup>、警察機

<sup>61</sup> 參見大法官釋字第三八四號、第三九二號解釋；湯德宗，〈論憲法上的正當程序保障〉（輯於本書頁 167 以下）。

<sup>62</sup> 參見保安處分執行法(84/01/18)第二條第一項。

<sup>63</sup> 參見少年事件處理法(86/10/29)第五十二條；「少年輔育院條例」(70/01/12)第二條。

<sup>64</sup> 參照少年事件處理法第二十六條。

<sup>65</sup> 參照毒品危害防制條例(87/05/20)第二十七條。

關為拘留違反社會秩序維護法之人而設置的留置室或拘留所等。<sup>68</sup>至於非屬實施「強制收容」之處所，如兒童福利法上之「收容機構」<sup>69</sup>、老人安養機構<sup>70</sup>、孤兒院、智障院等，則非屬本款除外之範圍，而仍有本法程序規定之適用。

本款機構及處所，為達成收容目的（犯罪矯正、強制理療等），需有較大的管理授權，俾限制被收容人之自由與權利。德國法上有所謂「特別權力關係」(besonderes Gewaltverhältniss)<sup>71</sup>，法國法上有所謂「內部秩序措施」(mesures d'ordre intérieur)<sup>72</sup>，皆反映此種需要。<sup>73</sup>本款排除本法程序之適用，亦在便利此等處所之管理。惟國家法治進步的結果，上述處所的管理實際多已建立了法規範，例如：「行刑累進處遇條例」(86/11/26)、「少年矯正學校學生累進處遇分數核給辦法」(88/06/30，法務部頒)<sup>74</sup>、「少

<sup>66</sup> 參見兒童及少年性交易防制條例第十八條第二項。例如廣慈博愛院。

<sup>67</sup> 參見精神衛生法第二十一條。例如台北市立療養院。

<sup>68</sup> 法務部九十年三月一日法九十律字第○四九七五二號函已採納本書見解。參見法務部（編印），前揭（註 7）書，頁 10~11。

<sup>69</sup> 參見兒童福利法第十七條。

<sup>70</sup> 參見老人福利法第九條。

<sup>71</sup> 參見翁岳生，〈論特別權力關係之新趨勢〉，收於氏著，《行政法與現代法治國家》，頁 131 以下（台北：月旦，1987 年初版）；湯德宗，〈公務員之權利保護與身份保障-- 特別權力關係理論之檢討〉，台灣大學法律學研究所碩士論文（1981 年）；蔡震榮，〈特別權力關係和基本人權的限制〉，收於《現代國家與憲法》，頁 479 以下（台北：月旦，1997 年）；劉宗德，〈重新釐清特別權力關係〉，收於氏著，《行政法基本原理》，頁 607 以下（台北：學林，1998 年）。

<sup>72</sup> 參見湯德宗（譯），〈法國行政上內部秩序措施之法律性質〉，《憲政思潮》，第六十一期，頁 40 以下（1983 年 3 月）。

<sup>73</sup> 參見吳庚，前揭（註 5）書，頁 517~518（排除之原因殆係認為客觀上難予實施公開透明之程序）。不同意見參見，蔡秀卿，前揭（註 50）文，頁 24（保安處分執行法關於受處分人之事前程序，僅於第六十一條規定「為前條懲罰前應與本人以辯解之機會」，與行政程序法相較，顯然不周）。

<sup>74</sup> 依少年矯正學校設置及教育實施通則第七十四條第二項授權訂定。

年輔育院學生接見規則」(85/06/12, 法務部修正公布)<sup>75</sup>、「拘留所設置管理辦法」(81/09/25, 行政院訂定發佈)<sup>76</sup>、「臺灣省煙毒麻醉迷幻藥物犯勒戒辦法」(77/05/18, 臺灣省政府發布)、「觀察勒戒處分執行條例」(87/05/20)<sup>77</sup>。

### (五) 有關私權爭執之行政裁決程序

按審查會時之立法說明<sup>78</sup>，「有關私權爭執之行政裁決，性質上乃準司法權之行使，與一般行政程序有相當差異，不宜一體適用本法」，故予排除。然「有關私權爭執之行政裁決」究竟與一般行政程序有何差異，未見說明。余意以為，於此「行政裁決」程序中，行政機關乃立於中立第三人地位，對兩造之私權爭執加以判斷，與一般行政處分（如施予裁罰、准駁申請）不同，不生「球員兼裁判」的顧慮，故可排除本法程序之適用。

私權爭執經行政裁決仍無法解決時，有應訴請普通（民事）法院者，例如耕地三七五減租條例第二十六條<sup>79</sup>、礦業法第六十五條<sup>80</sup>、著作權法第八十二條<sup>81</sup>、公害糾紛處理法第三十九條<sup>82</sup>等

<sup>75</sup> 依少年輔育院條例第四十四條第三項授權訂定。

<sup>76</sup> 依據社會秩序維護法第九十三條第二項授權訂定。

<sup>77</sup> 依據毒品危害防制條例第二十九條之規定制定。

<sup>78</sup> 立法院議案關係文書院總第 1584 號政府委員提案第 5195、736、958、1666 號之 1，頁討 381(87/09/29)。

<sup>79</sup> 耕地三七五減租條例第二十六條：「出租人與承租人間因耕地租佃發生爭議時，應由當地鄉（鎮、市、區）公所耕地租佃委員會調解；調解不成立者，應由直轄市或縣（市）政府耕地租佃委員會調處；不服調處者，由直轄市或縣（市）政府耕地租佃委員會移送該管司法機關，司法機關應即迅予處理。並免收裁判費用。

前項爭議案件非經調解、調處，不得起訴；經調解、調處成立者，由直轄市或縣（市）政府耕地租佃委員會給予書面證明。」

<sup>80</sup> 礦業法第六十五條第一項：「土地之使用，經核定後，礦業權者為取得關於該土地之權利，應與土地所有人及關係人成立協議，如不能達成協議時，雙方

規定之事件；有應循行政爭訟程序救濟者，例如商標法第五十八條<sup>83</sup>、專利法第四十六條<sup>84</sup>。有謂<sup>85</sup>僅前者應排除本法程序之適用，後者則否，蓋其「仍屬形式的行政事件」。惟由前述立法理由分析，此等「有關私權爭執之行政裁決」所以排除本法程序之適用，乃因其不具有一般行政處分中「球員兼裁判」的性質，此一特質並不因其事後救濟途徑為私法（民事訴訟）或公法（行政訴訟）而有異。實則，國家所以介入私權爭執，在訴訟途徑以外（通常規定在起訴以前），提供行政裁決管道（如調解、調處、裁決、評定、評決等），多基於特定政策考量。至於提供行政裁決服務，與不服該行政裁決應予如何救濟途徑（民事訴訟或行政訴訟），兩種立法裁量似無必然關連。

### (六) 學校或其他教育機構為達成教育目的之內部程序

所謂「學校或其他教育機構」應指以教育為主要目的的機構，以與前揭同條項第四款所稱「犯罪矯正機構或其他（強制）收容處所」相區別。所謂「為達成教育目的之內部措施」，應注意措施之目的（「為達成教育目的」）與界限（「內部措施」）。

均得向省（直轄市）主管機關申請裁決」。

<sup>81</sup> 參見著作權法第八十二條；並參見「著作權爭議調解辦法」(88/06/09 經濟部修正發布)第十五條（調解成立時，視同爭議當事人間之契約）。

<sup>82</sup> 公害糾紛處理法第三十九條第一項：「當事人於裁決書正本送達後二十日內，未就同一事件向法院提起民事訴訟，或經撤回其訴者，視為雙方當事人依裁決書達成合意」。

<sup>83</sup> 商標法第五十八條規定，對於評定之評決不服時，得於評定書送達之次日起三十日內，依法提起訴願。同法第六十條規定，評定程序進行中，有提出關於商標專用權之民事或刑事訴訟者，應於評定商標專用權之評決確定前，停止其訴訟程序之進行。

<sup>84</sup> 參見專利法第四十六條（「對於再審查、異議或舉發之審定有不服時，得於審定書送達之次日起三十日內，依法提起行政救濟」）。

<sup>85</sup> 參見吳庚，前揭（註5）書，頁 518。

蓋此等措施所以排除本法之適用，主要乃「為達成教育目的」而為變通。其立意殆與前述便利犯罪矯正機構或其他（強制）收容處所之管理相當。所謂「內部措施」旨在宣示此等程序變通的界限。按大法官釋字第三八二號解釋，凡「各級學校依有關學籍規則或懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為，足以改變其學生身分並損及其受教育之機會」<sup>86</sup>的措施均為「行政處分」，得為訴願及行政訴訟之標的，自應認為係「外部措施」，仍應踐行本法有關之程序。<sup>87</sup>至於其他管理措施概屬「內部措施」，例如：課業輔導、成績評量、及維持紀律之合理措施（如記過、警告、留校察看）等。

#### （七）對公務員所為之人事行政行為

就字義言，所謂「對公務員所為之人事行政行為」包羅甚廣。凡服務機關或人事主管機關，就具體事件，對公務員（基於公務員身份）所為直接發生法律效果的單方決定，皆屬之。究其範圍兼指公務人員保障法(85/10/16)第十八條所稱之「行政處分」與第二十三條第一項所稱之（內部）「管理」（措施）。「人事行政行為」之結果可為有利於相對人者，例如職位陞遷、俸給晉級<sup>88</sup>；亦可為不利於相對人者，例如免職、停職、降級、減俸、記過、申誡等。按本法第一百零二條等規定觀之，行政處分應「說明理由」，且予相對人「陳述意見之機會」或「聽證」者，僅限於「限制或剝奪人民自由或權利」的「不利處分」，此處所謂「人事行

<sup>86</sup> 續篇（九），頁 170。

<sup>87</sup> 相同意見，參見吳庚，前揭（註 5）書，頁 518；蔡秀卿，前揭（註 59）文，頁 24。  
並參見司法院大法官釋字第五六三號解釋(92/07/25)（「大學對學生所為退學之處分行為，關係學生權益甚鉅，有關章則之訂定及執行自應遵守正當程序，其內容並應合理妥適，乃屬當然」）。

<sup>88</sup> 參見公務人員考績法第七條、公務人員任用法第十七條等。

政行為」應指「不利人事行政行為」，始有意義。

不利於相對人的人事行政行為<sup>89</sup>，按公務人員保障法之規定，本得為復審、再復審<sup>90</sup>，如有不服並得為行政訴訟<sup>91</sup>。因此，「人事行政行為」不適用本法的差別僅在於：相對人在處分作成前將無申辯（「陳述意見」或「聽證」）的機會。究本款所以將「人事行政行為」除外，想係顧慮長官與部屬朝夕相處，關係密切，如須給予部屬申辯機會始得作成不利處分，恐不免尷尬，而又不欲長官因此顧忌，而坐視官箴敗壞，故耳。惟「人事行政行為」中「足以改變公務員身份關係或於其權益有重大影響」者，如亦不能享有本法提供的「正當行政程序」保障，實與人權保障之趨勢相違。大法官於行政程序法制定後（開始施行前）作成釋字第四九一號解釋，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」。<sup>92</sup>「解釋理由書」並補充：「作成處分應經機關內部組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求相當」。本件解釋一方面限縮了本款的適用範圍<sup>93</sup>，一方面補充了公務員懲處

<sup>89</sup> 其意涵約相當於公務人員保障法第十八條所稱之「行政處分」。

<sup>90</sup> 新修正公務人員保障法(92/05/28)，為配合新訴願法(89/06/14)，已廢除「再復審」制度（參見公務人員保障法第七十二條第一項：「保訓會復審決定依法得聲明不服者，復審決定書應附記如不服決定，得於決定書送達之次日起二個月內，依法向該管司法機關請求救濟。」）。

<sup>91</sup> 參見大法官釋字第二九八、三一二、三二三、三三八等號解釋。

<sup>92</sup> 參見司法院（印），《司法院大法官解釋續編（十三）》（以下簡稱《續編》），頁 461（台北：司法院，2000 年 7 月初版）。

<sup>93</sup> 按本件解釋，公務人員「考績免職」程序實質上已與本法所定「正當行政程序」（參見本系列之一）相當。惟對於公務員所為之其他（不利）人事行政行為，則仍不適用本法之程序規定。

免職（專案考績免職）程序的「組織適法」要件-- 須組成公正委員會，應予肯定。惟該號解釋並未解決現制下的關鍵問題-- 「懲戒」<sup>94</sup>與「考績」雙軌並行、混雜不分<sup>95</sup>是否合憲<sup>96</sup>-- 從而難以得出有意義的程序保障。實則，「懲戒」與「考績」本質上有別，其所應遵循的程序自應有不同。<sup>97</sup>質言之，「懲戒」須以客觀事實（行為不檢）為基礎，「考績」則為主觀的評價（工作表現）。有無申辯機會，對於「懲戒」是否「正確」確有影響，但對於日積月累所形成的主觀考評，則幾無差別。

實務上似有意進一步限縮本款所稱「人事行政行為」之範圍。法務部八十九年四月十二日法八十九律字第〇〇八三九三號函謂：<sup>98</sup>「（一）凡構成行政處分之人事行政行為，因於事後當事人仍可依訴願、行政訴訟程序或其相當之程序請求救濟，故行政機關於為此類行政處分時，即應依行政程序法之規定為之。至於非屬行政處分之其他人事行政行為則視個案情形，由主管機關

---

又，大法官吳庚發表協同意見書，進一步主張：「行政程序法…第二項第七款所稱：『對公務員所為之人事行政行為』…，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」。參見《續編（十三）》，頁467。

<sup>94</sup> 參見公務員懲戒法(74/05/03)第二條（懲戒事由含違法與失職）、第十九條（各部會長官認所屬公務員有懲戒事由者，應移請監察院審查。但對九職等以下公務員得逕送公懲會審議）、第九條第三項（九職等以下公務員之記過與申誡，得逕由主管長官行之）、第十八條（監察院認公務員有懲戒事由者，應將彈劾案移送公懲會審議）。

<sup>95</sup> 公務員考績法中有所謂「專案考績」，實際為基於特定事由所為之懲戒（實務上稱「懲處處分」）。

<sup>96</sup> 參見湯德宗，〈論美國公務員不受恣意免職之保障〉，《政大法學評論》，第三十二期，頁253以下（頁269~288）（1985年12月）；湯德宗，〈美國聯邦公務員申訴制度之研究〉，載吳庚（主持），《公務人員保障法制問題之研究期末報告》，頁69以下（1998年3月）。

<sup>97</sup> 詳見湯德宗，〈論公務員不利人事處分的正當程序-- 司法院釋字第四九一號解釋評析〉（輯於本書頁以下）。

<sup>98</sup> 參見法務部（編印），前揭（註7）書，頁7~8。

自行斟酌。（二）改變公務員身份或對公務員權利或法律上利益有重大影響之人事行政行為或基於公務員身分所產生之公法上財產請求權遭受侵害者，仍應依行政程序法之規定為之。（三）退休、離職之公務員對於行政機關於其具有公務員身分時所為之人事行政行為提出陳情者，仍依前述（一）之結論處理」。惟前開函釋中（一）與（二）內容似為重複，蓋依大法官相關解釋，僅「改變公務員身份」（如免職）與「對公務員（權利或法律上利益）有重大影響」之人事行政行為（如退休金、福利互助金、考績獎金之核發），始構成「行政處分」，得為爭訟。

#### （八）考試院有關考選命題及評分之行為

考選「命題」應嚴格保密，「典試法」第十六條、「命題規則」(87/05/11)第十條等規定甚明。此與本法講求決策公開、民主參與之程序設計不合，故予排除適用。考選「評分」<sup>99</sup>因涉及高度主觀評價，需尊重典試與閱卷委員之專業判斷，<sup>100</sup>且要求其等逐卷說明評分理由，實際亦不可行，爰予排除本法之適用。

茲須悉心明辨者，本款所謂「考選命題及評分之行為，不適用本法之程序規定」，非謂「命題」與「評分」兩項行為不適用本法所有之程序規定，毋寧應予限縮。按行政程序法之「適用除外」規定，各國體例不同。有散見於各該正當行政程序者，例如美國關於「正式裁決程序」之適用範圍，即規定於5 U.S.C §554

---

<sup>99</sup> 評分行為本質上為「行政處分」。參見吳庚，前揭（註5）書，頁312。

<sup>100</sup> 參見大法官釋字第三八二號解釋（「受理學生退學或類此處分爭訟事件之機關或法院，對於其中涉及學生之品行考核、學業評量或懲處方式之選擇，應尊重教師及學校本於專業及對事實真象之熟知所為之決定，僅於其判斷或裁量違法或顯然不當時，得予撤銷或變更」），《續編（九）》，頁171；釋字第四六二號解釋（「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」），《續編（十二）》，頁181。

(a)；有統一規定於一處者，例如德國（聯邦行政程序法）將除外事項合併規定於第二條。我國採取後者（統一規定於第三條第三項），惟所定各款漏未注意區別，究為「全部」抑或「一部」排除本法「正當行政程序」之適用。

所謂「本法之程序規定」，作者嘗分析其要義為「正當行政程序」，包含「公正」（作為）、「公平」（決策）與（資訊）「公開」等三大類。「公正」（作為）又含「迴避」、「組織適法」與「禁止片面接觸」等三項義務；「公平」（決策）包含「聽證權」（分非正式的「陳述意見」與正式的「言詞辯論」）、「受告知權」（又分「預告」、「決定告知」與「救濟教示」）與「說明理由義務」等三項。（資訊）「公開」又有「主動公開」與「被動公開」之分。考選「命題」及「評分」可全然不適用前揭各項「正當行政程序」？

試問：考選「命題及評分」，可自為命題於先，復自行應考於後？亦即，果無「迴避義務」之適用乎？又，命題委員豈可私下與考生為「片面接觸」？不適用本法「公正」（作為）之程序規定，如何確保考試之公正與公信？<sup>101</sup>是前揭條文應限縮解釋為：僅「性質上與考試不相容之程序規定」，始排除而不用。

實則考選之「命題」與「評分」，因涉及（命題委員與閱卷委員之）專業判斷，殆無給予「聽證權」（含「陳述意見」與「聽證」）之必要；復以試卷為數眾多，評閱時間有限，要求逐卷「說明理由」，殆無實施之可能，故而排除適用。至於「卷宗閱覽」、

<sup>101</sup> 關於資訊「公開」部分，本法規定甚為簡陋，固難以此相繩。惟典試法(91/01/16)第二十三條第二項限制應考人申請複查成績時，不得「一、申請閱覽試卷；二、申請為任何複製行為；三、要求提供申論題式試題參考答案；四、要求告知典試委員、命題委員、閱卷委員、審查委員、口試委員或實地考試委員之姓名及有關資料」，幾近全面禁止資訊公開。為配合資訊公開的時代潮流，避免過度限制人民「知的權利」，主管機關允宜從善如流，儘速為合理之修正。

「決定告知」（成績通知）與「救濟教示」（諭知複查成績等救濟途徑）等程序，既不妨害命題及評分之專業判斷，亦非無理增加機關工作負荷，自無概行排斥不用之理。德國聯邦行政程序法第二條第三項第二款明定：「有關人的成就、能力及類似之考試之官署事務，僅適用本法.....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...之規定」，採取正面規範方式（列舉應適用之規定），較本法前揭規定採取負面規範方式（似全面排除程序規定之適用）顯然高明。

另有疑義者，「考試院」以外機關（如教育部）所為有關「考選命題及評分」之行為，得否依本款排除本法（「公平」決策有關）程序規定之適用？實務見解似採否定說，<sup>102</sup>然余意以為，舉凡正式之考選，「命題及評分」之行為本質既相同，解釋上其他機關（如教育部）所為有關「考選命題及評分」之行為，亦應準用本款規定，排除本法「公平」決策相關程序規定之適用。

#### 四、部分除外

關於本法適用範圍，除前揭第三條的一般規定外，並應注意其他「部分除外」規定。本法明示「部分除外」約有兩種。一為就原屬「行政行為」者，將其部分排除本法之適用。例如，第一百五十一條第一項規定，<sup>103</sup>關於「軍事、外交或其他重大事項而涉及國家機密或安全」的法規命令，無須依本法所定程序訂定。

<sup>102</sup> 參見法務部八十九年三月六日法八十九律字第〇〇七四六七號函，輯於法務部（編印），前揭（註7）書，頁6（「依行政程序法第三條第三項第八款規定，考試院有關考選命題及評分之行為，不適用該法之程序規定。依其文義解釋，應僅限於考試院所為之有關考選命題及評分之行為，並不包括其他機關所為考選命題及評分之行為」）。

<sup>103</sup> 第一百五十一條第一項：「行政機關訂定法規命令，除關於軍事、外交或其他重大事項而涉及國家機密或安全者外，應依本法所定程序為之。但法律另有規定者，從其規定」。

此等法規命令本屬第三條第一項所稱之「行政行為」，但因性質特殊，而排除本法「法規命令訂定程序」之適用。須注意者，按同條項但書之規定，如其他法律規定，關於「軍事、外交或其他重大事項而涉及國家機密或安全」的法規命令，亦應依本法法規命令訂定程序訂定，則又回復本法之適用。<sup>104</sup>由此種罕見的「負負得正」（例外的例外又回到原則）規定，顯示立法者於維護本法適用範圍，如何費盡思量、寸土必爭。

第二種「部分除外」較前一種更為「部分」，係按各項「正當行政程序」要素，個別規定不適用的情形，而非完全排除某種程序規定。前文<sup>105</sup>嘗分析，本法為兼顧行政效能與人權保障，採取「原則與例外並用」的立法體例。除「決定告知」為行政行為之生效要件，無從省略外，其餘各項正當程序要素幾乎皆有例外。例如：第一百五十四條規定行政機關擬定法規命令時，應預告草案，提供評論，但「情況急迫顯然無法事先公告周知者」例外；第一百零二條規定行政機關於作成「不利處分」前，至少應給予處分相對人陳述意見之機會，第一百零三條列有八款得不給予陳述意見之機會的情形；第九十六條規定書面行政處分應「記明理由」，九十七條規定六款情形得不記明理由。

總之，本法對「適用客體」（事項）規定得綿綿密密、層次井然，除揭示「行政行為」以適用本法為原則外，並設有「機關除外」、「事項除外」等一般性例外，以及「部分除外」等個別性例外。顯示立法者對本法抱持高度期待，極不欲見行政機關迴避本法的適用。

<sup>104</sup> 解釋上，其他法律並非不得規定僅適用本法部分法規命令訂定程序，亦即「部分適用」。

<sup>105</sup> 參見湯德宗，〈論行政程序法的立法目的〉（輯於本書，頁 51 以下）。

## 參、行政程序法適用定位-- 行政程序基本法

在長達二十年的催生期間裡，各界對於本法的基本定位，已形成共識，歷次草案規定雷同。<sup>106</sup>本法第三條第一項謂：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之」。<sup>107</sup>除表明本法適用於「行政行為」外，並重申本法作為「行政機關通用的行政程序基本法」的立法定位。這點看似簡單明白，其實大有學問。前揭條文所謂「除法律另有規定外，應依本法規定為之」，至少具有以下幾重意義。

### 一、須其他法律有較本法嚴格之程序規定，始得排除本法程序規定之適用

我國現制下，行政法規普遍欠缺「正當行政程序」的觀念，前揭條項果如從其字義，解為「凡其他法律與本法規定不同者」（包括「全然未有」或「僅有部分」正當行政程序規定），即為「另有規定」<sup>108</sup>，則本法勢被架空，無處適用，而形同虛設！所謂「確保依法行政」、「保障人民權益」等諸立法目自亦無從實

<sup>106</sup> 參見民六十六年研考會版草案第二條第一項（「行政機關為處分及行使其他公權力時，除法律另有特別規定外，應依本法規定之程序為之」）；民七十九年學者版草案第三條第一項（「行政機關為行政行為時，除法律另有程序規定外，應依本法規定為之」）；民八十四年行政院版草案第二條（「關於行政機關行使公權力之程序，除法律另有規定外，依本法之規定為之」）。

<sup>107</sup> 類似規定並見本法第一百零二條但書以及第一五一條但書。

<sup>108</sup> 採此見解者，例如：吳庚，前揭（註 5）書，頁 516（我國行政程序法在體例上亦採以該法為規範行政程序事項之普通法，其他法律有特別規定者，自應優先予以適用）；陳敏，前揭（註 2）書，頁 676（其他法律另有規定時，自應優先適用各該特別規定，而不適用行政程序法，亦即將行政程序法定位為補充性之普通法）；法治斌，〈迎接行政資訊公開時代的來臨〉，輯於氏著，《資訊公開與司法審查-- 行政法專論》，頁 21 以下，頁 32~34（台北：正典，2003 年 6 月初版）（「本法為普通法之性質」）。



現。因此，所謂「法律另有規定」顯然係指「其他法律另有較本法更嚴格之程序規定」！此乃本法作為「行政程序基本法」的第一義。<sup>109</sup>

按「例外從嚴」原則，並基於前述之目的考量，余意以為，前揭條項所稱之「法律」，應僅指立法院三讀通過、總統公布施行者，而不及於「法規命令」。<sup>110</sup>以免行政機關以命令，架空法律的限制--以「法規命令」排除「本法」之適用！

<sup>109</sup> 類似見解，參見廖義男，〈行政程序法草案之重要內容--適用範圍、行政處分與法規命令〉，輯於《行政程序法草案研討會論文集》，頁9以下，頁18（1999年2月）（「其他法律關於程序事項已有規定者，固然依特別法優先適用之原則，應先適用該法律有關程序事項之特別規定，惟是否即可完全排除行政程序法規定之適用，應視該其他法律對於程序事項是否為「完全規定」而定。即就該法律之目的及程序規定而言，顯然要使特定之行政行為完全依照該法律所定之程序處理者，可認為是「完全規定」，而排除行政程序法規定之適用」。李震山，前揭（註45）文，頁10（「若一具體個案，涉及基本權利核心內容之保障，或涉及憲法其他「具有本質重要性而為規範秩序賴以存立之基礎」，則「特別法優先適用普通法」之原則，應退居「程序基本權」保障原則之後。換言之，行政程序法與其他個別法規間之競合、衝突，若涉及「程序基本權」之核心內涵，則以保護該核心內涵為優先，此外，才應適用特別法優先之法理」。蔡茂寅，〈第一章 法例〉，輯於蔡茂寅等合著，《行政程序法實用》，頁18（台北：學林，2001年10月再版）（「如個別法規規定係有意排除本法適用者，則應全然適用個別法；若個別法規規定顯有疏漏者，本法應有補充之功能」）。

<sup>110</sup> 惜法務部八十九年三月二十三日法八十九律字第〇〇九三七三號函、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，引法務部行政程序法諮詢小組第二次會議結論，持相反見解（本法第三條第一項所稱之法律「包括經法律授權而其授權內容明確之法規命令」）。參見，法務部（編印），前揭（註7）書，頁6。

## 二、其他法律之程序規定是否較本法嚴格，應從嚴個別認定

其次，如何認定其他法律之程序規定是否確較本法嚴格？理論上可為概括認定，亦可為個別認定。本法和其他法律一樣，於此一筆帶過，語焉不詳。吳庚教授以為：「未列入本條第三項除外之行政事項，若法律就該等事項之處理程序已自行規定，或其救濟已不適用行政爭訟程序者，原則上並無本法適用餘地。前者如社會秩序維護法之各種程序，後者如交通裁決事件」<sup>111</sup>。似是採取概括認定。概括認定的優點在於操作簡便，符合國人的法治文化。但是，各個法律程序規定不同，或有某些（部分）程序規定較本法嚴格，而其他（部分）程序規定較本法寬鬆的情形，此時概括認定即不免遭遇困難。茲為落實人權保障、貫徹依法行政的立法目的，並審酌前述本法層次井然的適用暨除外規定之立意，余意以為，應按「正當行政程序」要素<sup>112</sup>，逐項檢查認定某個法律規定的某項程序，是否較本法嚴格，從而應優先於本法而適用。<sup>113</sup>

當然，理論上說，本法的立法者不能拘束其後的立法者。因此，在本法制定後制定的法律，如其明文規定排除本法（全部或部分）程序規定之適用時，自應從其規定。

## 三、本法「正當行政程序」規定對於應適用本法之主體，所為應適用本法之行政行為，俱有補充

<sup>111</sup> 吳庚，前揭（註5）書，頁518。

<sup>112</sup> 湯德宗，〈論行政程序的正當程序〉（輯於本書頁1以下，頁8~31）。

<sup>113</sup> 如此解釋，將使法律適用變得較為複雜，是其缺點。參見蔡茂寅，前揭（註109）文，頁18（「其他法律之適用，將因此種個別判斷而遭到割裂，並且增添適用優先順序上的疑慮」）。

## 效力

反之，如其他法律關於原屬本法適用主體，作成原應適用本法之「行政行為」的程序規定，較本法所定之「正當行政程序」（詳見本系列之一）寬鬆時，本法正當程序之規定即自動產生補充適用的效力。亦即，本法的「正當行政程序」規定對於其他法律的行政程序有「自動補強」的作用。茲以本法與訴願法，及本法與政府採購法的關係為例，說明之。

「訴願決定」本質上為一「行政處分」，原應依本法（行政處分）程序作成。茲因有「訴願法」之制定，應認其為本法之特別法，優先於本法而適用。惟訴願法所規定之程序，如不及（低於）本法所定「正當行政程序」時，則應注意補充適用本法相關程序，作為補充。例如，訴願法第五十五條關於「公正作為義務」中之「迴避」，僅規定：「訴願審議委員會主任委員或委員對於訴願事件有利害關係者，應自行迴避，不得參與審議」。所謂「有利害關係」僅相當於本法第三十二條第一、第二款規定之情形（「利益衝突之迴避」），而不包括本法第三十二條第三、第四款規定之情形（「預設立場之迴避」）。解釋上，訴願會委員（含主委）有本法第三十二條第三、第四款情形之一者，亦應補充適用本法前揭規定，自行迴避。<sup>114</sup>

本法與政府採購法的交集，最明顯者在於行政機關依本法第

<sup>114</sup> 如此解釋方可避免行政程序法的一般規定，反而嚴於訴願法的特別規定的尷尬情形。

反對見解，參見廖義男，前揭（註109）文，頁18（「訴願法在行政法體系之歸類上，係屬於『行政救濟法』之一環，著重在人民之權利或利益遭受行政機關所作成之違法或不當行政處分之損害後之救濟…與行政程序法著重在行政機關作成行政行為前，應遵行一定程序之立法目的，並不相同。故如因『訴願法』係在規範行政機關處理訴願之程序，而將訴願法歸類為行政程序法之特別法，恐將模糊訴願法之救濟目的，並使行政行為法與行政救濟法不易明確劃分」）。

十六條之規定，將部分權限（公權力）委由民間行使時，原則上應依採購法規定之程序，選定締約人(contractors)。【圖一】<sup>115</sup>按行政機關依本法第十六條第一項之規定，將非屬私經濟行政的（部分）「權限」委託民間團體或個人辦理時，所締結之契約多屬行政契約。惟行政契約締約人之選擇，在性質上則為一「行政處分」。例如，勞動檢查法第十七條即規定：「中央主管機關對於危險性機械或設備之檢查，除由勞動檢查機構派勞動檢查員實施外，必要時亦得指定代行檢查機構派代行檢查員實施」。惟「政府採購法」（87/05/27 公布，88/05/27 施行）施行後，上述「指定」行政契約締約人的權力即受限制。

蓋政府採購法旨在確立公家機關<sup>116</sup>（政府機關、公立學校與公營事業），以政府公款<sup>117</sup>向民間<sup>118</sup>採購「物品」(supplies)（含

<sup>115</sup> 惟實務見解似以為：政府採購法僅適用於「私經濟行政」行為，不及於本法所規定之「行政契約」。參見法務部八十八年八月二日法八十八律字第○二九七四二號函，輯於法務部（編印），前揭（註7）書，頁2。（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（行政程序法第二條第一項、第三條第一項及行政院函送立法院該法草案總說明參、立法原則參照）。而「政府採購法」則係以政府機關、公立學校、公營事業辦理工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等私經濟行為為適用範圍（該法第二條、第三條及其立法說明參照），有關此等採購事項，應依政府採購法及其子法之規定判斷之，似不生行政程序法之適用問題」）。

上開函釋容可再酌，蓋其對於「公權力委辦」之本質為「政府採購」一節（詳後），似未有認知。類似見解，參見許宗力，〈雙方行政行為--以非正式協商、協定與行政契約為中心〉，收於《廖義男教授六秩誕辰祝壽論文集--新世紀經濟法制之建構與挑戰》，頁284（台北：元照，2002年9月初版）。

<sup>116</sup> 參見採購法第三條（「政府機關、公立學校、公營事業（以下簡稱機關）辦理採購，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定」）。

<sup>117</sup> 所謂「政府公款」除政府預算款項外，尚包括「由強制性服務之使用人繳交使用費」（如強制性檢驗，並由受檢人繳付檢驗費）與「由政府提供公有財」（如市政府將公立醫院委外經營，或提供國有土地以BOT方式興建垃圾焚化爐）等情形。

<sup>118</sup> 參見採購法第八條、第四條。

「工程」及「財物」)或「服務」(services)時,<sup>119</sup>所應遵循的正當程序,以確保各種公益(例如貫徹憲法上平等原則、提升資源效率、避免徇私舞弊等)。<sup>120</sup>前述為委託民間行使「公權力」而締結的行政契約,本質上既屬「政府採購」(之「服務採購」),原則上自應適用政府採購法之程序選擇締約當事人。<sup>121</sup>就締約當事人之選擇而言,政府採購法所定程序應優先於本法所定程序而適用。惟本法第一百三十八條規定:「行政契約當事人之一方為人民,依法應以甄選或其他競爭方式決定該當事人時,行政機關應事先公告應具之資格及決定之程序。決定前,並應予參與競爭者表示意見之機會」。<sup>122</sup>前揭條文所謂「決定前,並應予參與競爭者表示意見之機會」,乃政府採購法所無之程序,<sup>123</sup>應認為係行政契約「選擇性招標」<sup>124</sup>程序中,在「決標」以前應補充履行的程序。

<sup>119</sup> 政府採購的標的,可二分為「物品」(supplies)與「服務」(services),如美國;可三分為「工程」、「財物」與「勞務」,如我國。參見湯德宗,前揭(註20)書,頁7~14;採購法第三條、第七條。

<sup>120</sup> 參見採購法第一條(「為建立政府採購制度,依公平、公開之採購程序,提升採購效率與功能,確保採購品質,爰制定本法」)。

<sup>121</sup> 例外情形,參見採購法第九十九條(「機關辦理政府規劃或核准之交通、能源、環保、旅遊等建設,經目的事業主管機關核准開放廠商投資興建、營運者,其甄選投資廠商之程序,除其他法律另有規定者外,適用本法之規定」)。

<sup>122</sup> 違反第一百三十八條之規定者,契約無效。參見第一百四十一條第二項。又,此項規定為「學者版草案」所無。

<sup>123</sup> 參見採購法第五十一條第一項(「機關應依招標文件規定之條件,審查廠商投標文件,對其內容有疑義時,得通知投標廠商提出說明」)。

<sup>124</sup> 參見採購法第十八條第三項(「本法所稱選擇性招標,指以公告方式預先依一定資格條件辦理廠商資格審查後,再行邀請符合資格之廠商投標」)。

## 肆、結論

本文嘗試剖析本法適用的有關問題,包括:誰應適用本法(適用主體)、哪些事項應適用本法(適用客體)、以及本法與其他法律的關係(適用順位)。

「適用主體」方面,最應注意:依本法第十六條規定,受託行使公權力的個人或團體,於委託範圍內,「視為行政機關」,須適用本法各項程序規定。

其次,「利害關係人」雖不享有與「當事人」同等之權利,但實際亦得參與各項行政程序,各級機關應注意修正前此實務作法。

「適用客體」方面,由於各款「事項除外」規定的內容相當抽象,且「部分除外」的規定相當零散,未免適用時疑惑難決,或產生各機關解釋不一的情形,本書前文嘗建議:各機關設有法規會者,應即指定專人,成立「行政程序法施行準備專案小組」,協同各業務單位人員,全面清查主管業務。遇有疑義,難以判定應否適用本法者,應匯送法務部「行政程序法施行準備專案小組」研議。<sup>125</sup>主管部會不同意法務部研商結論時,應報請行政院核定。行政院核定後,應以釋示令函方式,下達各機關,俾利共同遵行。各部會法規會於本法施行後,並應協助各業務單位,隨時解答本法有關疑問。

至於本法與其他法律的適用順位,則應認識本法作為「行政

<sup>125</sup> 欣見法務部從善如流,於行政程序施行後,旋即成立「法務部行政程序法諮詢小組」,迄今已召開三十三次會議。該小組第一次至第二十次會議紀錄已輯於,法務部(編印),前揭(註7)書,頁216以下;第二十一至第二十八次會議紀錄,輯於,法務部(編印),《行政程序法解釋及諮詢小組會議紀錄(二)》,頁162以下(台北:法務部,2002年12月初版);第二十九次至第三十三次會議紀錄參見[http://www.moj.gov.tw/chinese/d2\\_5.aspx](http://www.moj.gov.tw/chinese/d2_5.aspx)。

〈行政程序法的適用〉

程序基本法」的殊妙意義。至此本系列關於行政程序法作為「行政程序基本法」的原則問題（堪稱「總論」部分），已經大致釐清。此下將致力探索「正當行政程序」在個別行政領域上的應用。

本文初稿發表於《月旦法學雜誌》，第五十九期，頁 158～173，2000 年四月；2003 年 8 月增訂。

圖一：政府採購法與行政程序法適用範圍競合示意圖

