

台灣行政法學會兩岸行政法學術研討會論文集【2008】

行政程序法之實施經驗與存在問題

聽證制度之理論、制度及實務



台灣行政法學會 主編

行政程序法之實施經驗與存在問題 聽證制度之理論、制度及實務

台灣行政法學會 主編

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

行政程序法之實施經驗與存在問題／聽證制度之
理論、制度及實務／章劍生等合著；台灣行
政法學會主編。-- 初版。-- 台北市：台灣
行政法學會出版：元照總經銷，2009. 07
面：公分

ISBN 978-986-80050-9-9（平裝）

1. 行政程序法 2. 論述分析 3. 文集

588.13507

98011182

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

行政程序法之實施經驗與存在問題 聽證制度之理論、制度及實務

5D176PA

2009年7月 初版第1刷

主 編 台灣行政法學會
作 者 章劍生、陳慈陽、葉俊榮、高家偉
高秦偉、蔡震榮、廖元豪、余凌云
出 版 者 台灣行政法學會
總 經 銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 350 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-986-80050-9-9

序 文

台灣行政法學會於二〇〇八年五月舉辦第十屆海峽兩岸行政法學學術研討會，研討「行政程序法之實施經驗與存在問題」、「聽證制度之理論、制度及實務」兩個主題，邀請海峽兩岸行政法學者專家共同參加，研討範圍廣泛，「行政程序法之實施經驗與存在問題」內容包括台灣行政程序法實證與檢討、民主與法治之間——論行政程序法在台灣的施行經驗、違反法定程序之審查標準研究——以最高人民法院公布的典型案件為例、大陸非正式行政程序之檢討，所發表之論文質量均優，頗值得參考。

另一主題「聽證制度之理論、制度及實務」則包括大陸給付行政中之聽證制度及其課題、行政聽證制度執行情形之研究、儀式性質的聽證權——從正當程序觀點檢討陳述意見與聽證之制度、實踐及聽證理論的本土化實踐等，均有相當深入而完整之介紹，極具參考價值。

本會爰依循往例，彙編成冊出版，並定名為「行政程序法之實施經驗與存在問題／聽證制度之理論、制度及實務」以饗讀者。

本會致力於行政法學理論與實務之研究發展，每年均舉辦行政法學術研討會，至今已有相當成果。近年來本會研究探討之主題包括下述各項：

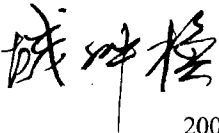
1. 行政救濟、行政處罰、地方立法1999。
2. 行政命令、行政處罰及行政爭訟之比較研究2000。

3. 行政契約與新行政法2001。
4. 公務員法與地方制度法2002。
5. 行政程序法之檢討、傳播行政之爭訟2003。
6. 行政法人與組織改造、聽證制度評析2004。
7. 損失補償、行政程序法2005。
8. 當事人協力義務、行政調查、國家賠償2006。
9. 國家賠償與徵收補償／公共任務與行政組織2007。
10. 行政法院裁判評析2008。

以上主題研究均已出版專書，讀者於坊間書局均方便購置參考。

本書能夠出版，首先感謝各個執筆作者熱心公益、無私奉獻的精神，其次也感謝元照出版公司協助相關出版事宜。期待本書的出版，能夠促進行政法制的革新。本會全體會員及國內行政法學者專家也能夠繼續攜手合作，共同促進與宏揚行政法學的發展，以提升國政運作效能、增進人民福祉。

社團法人台灣行政法學會

理事長  謹識

2009年6月

目 錄

序 文

- 「違反法定程序」之審查標準研究
——以最高人民法院公布的典型案件（1985-2008）
為例 章劍生／ 1
- 行政程序法實施之經驗與存在問題 陳慈陽／ 41
- 民主與法治之間
——論行政程序法在台灣之施行經驗 葉俊榮／ 87
- 非正式行政程序之管見 高家偉／ 135
- 論給付行政中的聽證制度及其課題 高秦偉／ 173
- 台灣行政聽證制度執行狀況與效率評估 蔡震榮／ 205
- 儀式性質的聽證權
——從正當程序觀點檢討「陳述意見」與「聽證」
之制度及實踐 廖元豪／ 261
- 聽證理論的本土化實踐 余凌云／ 295

「違反法定程序」之審查 標準研究

——以最高人民法院公布的典型 案件（1985-2008）為例

章劍生*

目 次

- | | |
|-----------------|---------------------|
| 壹、引 言 | 五、評估人員不具備法定評估資格等 |
| 貳、法律規範分析與學術史梳理 | 六、未達到侵害行政相對人合法權益的程度 |
| 一、法律規範分析 | 七、違反「正當程序」 |
| 二、學術史梳理 | 肆、分析與初步結論 |
| 參、法院在典型案例中說了些什麼 | 一、關於「違反法定程序」的認定 |
| 一、違反「步驟」 | 二、關於「違反法定程序」的法律效果 |
| 二、未引用法律條文 | 三、本文初步的結論 |
| 三、未適用法定程序 | |
| 四、未送達法律文書 | |

* 浙江大學光華法學院教授。

摘 要

「違反法定程序」在規範上可從「程序」、「法定程序」和「違反法定程序」三個層次來解釋。在學理上，對「法定程序」之解釋有(1)「法律、法規規定說」、(2)「法律、法規和規章規定說」、(3)「法律、法規、規章和憲法規定說」和(4)「重要程序說」等四種學說。對違反法定程序之行政行為的法律效果，在學理上也存在著上「無效說」、「撤銷說」和「區別說」等三種學說。在最高法院《公報》上公布的有關違反法定程序的典型案件中，判決理由及判決主文與《行政訴訟法》的規定和學理解釋之間存在著較大的差異。在若干個典型案件中法院引入「正當程序」作出沒有法律規範依據的判決，對於提升行政機關正當程序之觀念作用是積極的。法律、法規和規章規定的程序為「法定程序」；在沒有「法定程序」情形時，法院可以引入正當程序輔助判斷之。在認定行政行為違反法定程序之後，法院應當主要考慮「是否損害行政相對人實體法上的合法權益」之因素，區分不同情形分別作出撤銷判決、確認判決和駁回訴訟請求判決。

關鍵詞：法定程序、違反法定程序、正當程序

壹、引言

1989年《行政訴訟法》將具體行政行為「違反法定程序」列為法院作出撤銷判決的法定理由之一，對於具有濃厚法律實用主義傳統的中國來說，它的法治意義非同小可。在這一年10月份全國人大常委會通過的《集會遊行示威法》中，行政行為說明理由制度獲得了立法確認，它可以看作是現代行政程序的法律價值再次獲得法律認可的標誌¹。1996《行政處罰法》第3條明確規定，違反法定程序的行政處罰決定無效，它確立的行政處罰聽證制度更是引世人所注目。1999年《行政復議法》一反《行政復議條例》的規定，將《行政復議條例》規定撤銷被申請的具體行政行為情形之一的「違反法定程序，影響申請人合法權益」，改為被申請的具體行政行為只要「違反法定程序」，復議機關就可以作出撤銷或者確認違法的復議決定。這種立法上的變化似乎可以解讀為我們在認識上對「法定程序」所發生的一次質變。2004年國務院在《全面推進依法行政實施綱要》中，將「程序正當」作為依法行政的基本要求之一，更是進一步抬高了「行政程序」在依法行政中的地位。

就現行有效的法律、法規和規章而言，對於行政行為的程序性規範密度並不低，行政行為違反法定程序的法律後果在法律規範上也是相當明確的。但是，在實務中行政行為違反法定程序是不是當然產生這樣的法律後果呢？如對實務稍作觀察，筆者認為答案是否定的。即使是在行政法學理論上，我們也可以看到這樣的遲疑：「一、對法律、法規和具有法律效力的規章未作規範的

¹ 《中華人民共和國集會遊行示威法》第9條規定：「主管機關接到集會、遊行、示威申請書後，應當在申請舉行日期的二日前，將許可或者不許可的決定書面通知其負責人。不許可的，應當說明理由。逾期不通知的，視為許可。」

4 行政程序法之實施經驗與存在問題／ 聽證制度之理論、制度及實務

任意性程序，行政機關則具有一定的自由裁量權，行政機關可以根據實際情形和需要選擇其認為最適當的程序手續。這種選擇只要不違反行政程序的基本原則，即不影響該行為的法律效力。行政相對人如對行政機關這種自由選擇的程序的異議，以此要求法院撤銷相應的具體行政行為，法院一般不能滿足相對人的要求。二、對行政程序中輕微的瑕疵現象，一般不作違反法定程序處理。如具體行政行為缺少次要證據；能補充的可責令行政機關予以補充，不能補充的提出司法建議。三、對行政程序混亂，違反法定的、不可改變順序的，可判決撤銷並責令行政機關依正確順序重新處理²。」可見，對於行政行為違反法定程序是否撤銷或確認違法，學理上也並沒有完全接受當下法律規範上的規定。

違反法定程序之行政行為，必須匹配一個以上的法律效果，以此作為一種驅使行政機關遵守法定程序的保障性機制。進而言之，對於違反實體和程序規定的行政行為在法律效果上是否需要作區別對待，則取決於人們對法律程序價值的認知及其認識的程度高低。不過，一個極其重要的因素必須納入我們的考慮的範圍，那就是行政相對人提起行政訴訟的目的是實體法上權利的實現，還是程序法上的權利滿足，或者兩者兼而有之？若是兩者兼而有之，則兩者發生衝突時又究竟作如何選擇？另一個也不能輕視的因素是，對違反法定程序的行政行為作出處理結論，是引導行政機關重視還是輕視行政程序的價值？如果行政行為違反法定程序並不當然導致行政行為被撤銷或者無效，而是給行政機關一個修補行政程序的機會，甚至無關行政行為是否有效，那麼「行政便宜主義」是否會使現代行政程序的法律價值失落於行政行為的補正、轉換以及行政訴訟的確認判決之中呢？

² 羅豪才主編：《中國司法審查制度》，北京大學出版社1993年版，第383頁。

依法行政原理之下，違反法定程序的行政行為是沒有生存的合法空間，這個以「依法行政原理」為前提下所獲得的命題在邏輯上並無問題。但是，這個命題在實務中卻受到了質疑甚至在一些個案的處理中被否定。依法行政原理與承認違反法定程序有不同法律效果之間的緊張關係，如果不是一種「你死我活」的對峙狀態，那麼我們也應當找尋怎麼樣的一個機制給予緩解？本文以最高人民法院公布的典型案例（1985-2008）為例，試圖回答上述提出問題。

貳、法律規範分析與學術史梳理

一、法律規範分析

《行政訴訟法》第54條規定，具體行政行為有「違反法定程序的」，判決撤銷或者部分撤銷，並可以判決被告重新作出具體行政行為。這是審查「違反法定程序」之標準的基礎性規範。此法律規範之內涵可以作如下解讀：

（一）程 序

「程序，就是行為從起始到終結的長短不等的過程³。」程序由步驟、方式和時空三個要素構成。所謂步驟，即行為的階段性「單元」。它有先後之分，所以，步驟必須依順序進行，否則可能會導致作出的行為在內容上發生實質性改變。如《公安機關辦理行政案件程序規定》第33條規定：「當場處罰，應當按照下列程序實施：1. 向違法行為人表明執法身分，口頭告知其擬作出行政處罰的事實、理由、依據及其依法享有的權利；2. 對違法行為人的陳述和申辯，應當充分聽取。違法行為人提出的事實、理由

³ 應松年：〈論行政程序法〉，《中國法學》1990年第1期。

或者證據成立的，應當採納；3.填寫處罰決定書並交付被處罰人；4.當場收繳罰款的，同時填寫罰款收據，交付被處罰人；不當場收繳罰款的，應當告知被處罰人在規定期限內到指定的銀行繳納罰款。」此規定為公安機關當場處罰的四個步驟，在順序上不可顛倒，否則構成違反法定程序。

所謂方式，亦可稱之為形式，即行為所表現出來的載體。正如有學者所認為：「方法是指實施和完成某一行為的方法及行為結果的表現形式，如採用秘密的方式還是公開的方式作出決定，行政行為是以書面的方式還是以口頭方式作出等⁴。」如《行政許可法》第37條規定：「申請人的申請符合法定條件、標準的，行政機關應當依法作出准予行政許可的書面決定。」這裡的「書面決定」即為行政許可的方式。也有學者認為：「行為方式，實際上是除時間期限、步驟、順序以外的其他程序要素的總稱，是一個『兜底』的概念，因此，它所包含的內容和種類較多，凡是納入不到時間、步驟、順序中去的程序要素和種類，都可以歸入到方式之中⁵。」此說雖然新意，但我以為似乎並不妥當，因為「方式」畢竟是一個程序的獨立要素，而不是一個呈開放性的概念，能容納其他不能「物歸其主」的程序要素。

所謂時空，即行為的起止時間點與行為作出的空間點。任何行為都發生在一個特定的時間和空間之中，離開了特定的時空，也就不可能有行為的存在。如《行政處罰法》第29條規定：「違法行為在二年內未被發現的，不再給予行政處罰。法律另有規定的除外。前款規定的期限，從違法行為發生之日起計算；違法行為有連續或者繼續狀態的，從行為終了之日起計算。」此規定了

⁴ 王萬華：〈行政程序論〉，載《行政法論叢》（第3卷），法律出版社2000年版，第233-234頁。

⁵ 應松年、楊小君：《法定行政程序實證研究》，國家行政學院出版社2005年版，第242頁。

行政機關追溯行政違法行為的起止時間點。又如，《鹽業行政執法辦法》第26條規定：「受送達人不在時，交其同住的成年家屬或者所在單位簽收；受送達人是法人或者其他組織的交其收發部門簽收。受送達人拒絕簽收的，送達人應當邀請有關人員到場，說明情況，在送達回證上記明拒收事由和日期。由送達人、見證人簽名或者蓋章，把《鹽業違法案件行政處罰決定書》留在受送達人的住處或者收發部門，即視為送達⁶。」這裡的「受送達人的住處」、「收發部門」就是送達程序中的空間點。

(二)法定程序

將程序中的行為步驟、方式以及時空要素加以法定化，即為法定程序。依照《立法法》的規定，這裡的「法」當限於法律、法規和規章。凡是法律、法規和規章所規定的程序，都是「法定程序」。至於它所規定的程序是羈束性程序還是裁量性程序，與是否劃入「法定程序」的範圍之間沒有關聯性。

「法」的範圍是否還可以在法律、法規和規章之外作拓展，在解釋論上似乎存在著較大的難題。首先，由於憲法一直不能為法院判決所引用的依據⁷，所以，把憲法放置於「法」的範圍，可能與《行政訴訟法》立法原旨不合⁸。其次，由行政機關自己制定

⁶ 《鹽業行政執法辦法》（輕工業部令第2號）。

⁷ 這是一個規範命題，所以並不當然反映出現實狀況，因為在當下的司法實踐中，法院依照憲法規定作出判決的情形還是存在的。參見：王禹編著：《中國憲法司法化：案例評析》，北京大學出版社2005年版。

⁸ 1955年《最高人民法院關於在刑事判決中不宜援用憲法作為論罪科刑的依據復函》給新疆省高級人民法院復函：「你院65刑二字第336號報告收悉。中華人民共和國憲法是我國國家的根本法，也是一切法律的『母法』。劉少奇委員長在關於中華人民共和國憲法草案的報告中指出：『它在我國國家生活的最重要的問題，規定了什麼樣事是合法的，或者法定必須執行的，必須禁止的。對刑事方面，它並不規定任何論罪科刑的問題，據此，我們同意你院的意見，在刑事判決中，憲法不宜援

的行政規定（或稱之「其他規範性文件」）雖然也規定了許多「行政程序」，但是，依照《行政訴訟法》第53條規定，即使規章在行政訴訟中也被置於「參照」地位，更何況規章之下的行政規定。顯然，行政規定在當時的立法原旨中並沒有「法」的地位。再次，法律原則等所謂的「不成文法源」同樣也不能解釋成爲這裡的「法」。長期以來，我們所持的正統觀點是將法源限定於一切制定法，且有一定級別的國家機關制定的規範性文件，即把法源定位於「由何種國家機關制定或認可，具有何種表現形式或效力等級」的規範性文件⁹。所以，基於規範層面，從法律原則中推導出有關行政行爲程序規則，也是難以爲這裡的「法」的範圍所接納。

（三）違反法定程序

所謂「違反」，依文義解釋，它是指「不遵守、不符合¹⁰」所以，「違反法定程序」是指行政機關作出的行政行爲不遵守、不符合法定程序的情形。《行政訴訟法》的立法者似乎認爲，無論該法定程序與行政行爲實體內容之間是否存在著必然的關聯性，行政機關違反法定程序作出的行政行爲必須被撤銷。由此也可推出這樣的結論：《行政訴訟法》立法者不僅認爲行政程序法是實現行政實體法的「助手」，而且也認爲行政程序法具有獨立於行政實體法的法律價值；對於這樣的法律價值，《行政訴訟法》必須給予保護。如《行政復議法》第31條規定：「行政復議機關應當自受理申請之日起六十日內作出行政復議決定；但是法律規定

用。』」

⁹ 張文顯主編：《法理學》，高等教育出版社／北京大學出版社1999年版，第58頁。

¹⁰ 中國社會科學院語言研究所詞典編輯室編：《現代漢語詞典》（2002年增補本），商務印書館2002年修訂第3版，第1308頁。

的行政復議期限少於六十日的除外。」在沒有法律特別規定的情況下，假如行政機關在第六十一天作出行政復議決定，依照《行政訴訟法》規定的「違反法定程序」之審查標準，法院只能作出撤銷判決。

不過，2000年《最高人民法院關於執行「中華人民共和國行政訴訟法」若干問題的解釋》（以下簡稱《若干問題》）似乎在悄悄地改變《行政訴訟法》關於「違反法定程序」的立法原旨。這種「特洛伊木馬」式司法解釋在一定程度上可以看作是對此前國家立法機關剛剛頒布的《行政復議法》一種「反動」。對於這種「反動」應如何評介，也是見仁見智罷了。

（一）《若干問題》第54條第2款規定：「人民法院以違反法定程序為由，判決撤銷被訴具體行政行為的，行政機關重新作出具體行政行為不受行政訴訟法第五十五條規定的限制¹¹。」在這一條司法解釋之下，如行政機關未經聽證程序對當事人作出吊銷許可證的行政處罰決定，經當事人訴請法院，在該行政處罰決定被撤銷之後，行政機關可以補辦聽證程序並仍然可以對當事人作出吊銷許可證的行政處罰決定。法院通過當事人提起的行政訴訟實現了監督行政機關依法行政的目的，但當事人在付出的相當的時間和金錢之後，並沒有得到什麼「好處」，所謂的「勝訴」對於該當事人究竟有多少意義呢？而所謂的「敗訴」對於該行政機關又有多少的「懲罰」功能呢？這樣的司法解釋是否會將行政機關導向「法律程序虛無主義」，我不無疑惑。在這裡，我已經隱隱感覺到了最高人民法院對「違反法定程序」的認識已經偏離了《行政訴訟法》的原旨。而這種認識究竟是「與時俱進」表現，還是對現狀的無奈遷就，在這裡下一個結論似乎為時尚早。

¹¹ 《行政訴訟法》第55條規定：「人民法院判決被告重新作出具體行政行為的，被告不得以同一的事實和理由作出與原具體行政行為基本相同的具體行政行為。」

(二)《若干問題》第30條規定：「下列證據不能作為認定被訴具體行政行為合法的根據：1.被告及其訴訟代理人在作出具體行政行為後自行收集的證據；2.被告嚴重違反法定程序收集的其他證據。」依照這一條司法解釋，《行政訴訟法》中的「違反法定程序」已經被最高人民法院作了違法程度上的區割。也就是說，違反法定程序中的「不遵守、不符合」的表現是立體的、分層次的；違反法定程序中的「不遵守、不符合」只有達到「嚴重」程度時，才能對實體內容產生影響。所以，行政機關嚴重違反法定程序所收集的證據不能作為認定被訴行政行為合法的根據；如果行政機關是在「非嚴重」違反法定程序情況下收集的證據，它仍然具有證據的「合法性」。如果這樣的推理成立的話，那麼我以為《若干問題》第30條這一規定，正漸行漸遠於《行政訴訟法》確立「違反法定程序」之審查標準原旨。

二、學術史梳理

(一)「法定程序」之界定

自《行政訴訟法》實施以來，對於有關界定「法定程序」的學理討論一直沒有中斷。對「法定程序」的學理解釋，爭議的核心問題是「法」的範圍究竟應當如何確定。迄今為止，有關「法定程序」的界定至少有以下幾種代表性的觀點：

1. 法律、法規規定說

如有學者認為：「法律、法規規定了的即為法定程序，行政機關必須遵循，違反了即導致該行為的無效。法律、法規未規定即意味著立法機關（包括行政立法機關）賦予行政執法機關以自由裁量權，行政執法機關可根據當時當地的情況和所要處理的問題的實際情況選擇其認為最適當的方式、形式、手續、步驟、順

序、時限實施具體行政行為¹²。」從此觀點的分析過程看，將「法定程序」的範圍嚴格限於法律、法規，這可能與《行政訴訟法》第52條的規定有關，即法院依據法律、法規審理行政案件¹³。由於《行政訴訟法》將規章置於「參照」地位，所以在《行政訴訟法》實施以後的相當一段時間裡，規章是否屬於法之問題一直處於爭議狀態¹⁴。如果基於這樣的認識，那麼，我以為此說也並無不當。

2. 法律、法規和規章規定說

如筆者曾著文認為，「法定程序」中的「法」除法律、法規外，還應當包括規章。「何種行政程序為法定程序，不應取決於法院對具體行政行為進行合法性審查的依據範圍，而是設定行政程序規範的實際效力。我國現階段大多行政程序均出自規章，且規章在行政權運作中均產生一般意義上的法律約束力。所以，法定行政程序應是法律、法規和規章所設定的行政程序¹⁵。」與此觀點相關聯的，行政法學界還存在著一種「參照規章說」，即規章所規定的行政程序不是當然的「法定程序」，它只具有參照的法律地位。「行政訴訟法第五十三條規定人民法院審理行政案件參照規章。那麼，審查行政程序時，自然也應當參照規章中的有

¹² 姜明安：《行政訴訟法》，法律出版社2007年第2版，第293頁。持有此說的還有羅豪才、應松年主編：《行政訴訟法學》，中國政法大學出版社1990年版，第247頁。

¹³ 《行政訴訟法》第52條規定：「人民法院審理行政案件，以法律和行政法規、地方性法規為依據。地方性法規適用於本行政區域內發生的行政案件。人民法院審理民族自治地方的行政案件，並以該民族自治地方的自治條例和單行條例為依據。」

¹⁴ 可參閱劉增祺、李江：《行政規章分析》，中國政法大學出版社1994年版。

¹⁵ 章劍生：〈論行政程序違法及其司法審查〉，《行政法學研究》1996年，第1期。