

此可知大法官要求免職等類似處分應有正當法律程序，即使行政程序法第三條第三項第七款中排除了人事行政之適用，但行政機關就人事行政為行政處分等行為時，還是應維護正當法律程序，否則仍有可能因觸犯位階較高之憲法而被宣告違憲。

三、程序行為理論

所謂程序行為理論，如同行政程序法第一七四條前段之規定，「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服時一併聲明之」，如果當事人所不服之行政處分是一種實體決定前之處置，亦即不服程序上之一個行為而非實體之決定，當事人即不能直接對其提起爭訟。假如某甲向行政機關申請一個執照，在行政機關審核當中，某甲向行政機關申請閱卷，卻被行政機關無理由地拒絕，除非終局決定係不利於當事人之處分，亦即執照之申請被駁回，當事人則得於對執照之申請提起訴訟時，一併就拒絕當事人申請閱卷之行為提出不服。因為程序行為理論係為了顧慮程序經濟，所以如果行政機關所作成之實體決定係有利於當事人的，當事人之權利即未受侵害，法律也就沒有必要就程序上有瑕疵之行為給當事人爭訟之管道。簡而言之，當事人對程序上之瑕疵原則上係不能獨立爭訟，必須要附帶爭訟，以符合程序經濟，節省國家資源。

四、行政處分有瑕疵時之法律效果

1. 管轄：

行政程序法第十四條第一項規定『數行政機關於管轄權有爭議時，由其共同上級機關決定之，無共同上級機關時，由各該上級機關協議定之』；又同條第四項又規定『人民對行政機關依本條所為指定管轄之決定，不得聲明不服』。因此，假設上級機關之指定係錯誤的，當事人欲聲明不服時，僅能依前述之行

政程序法第一七四條之程序行為理論規定處理，亦即若政府機關之實體決定係有利於當事人者，當事人不得就此一程序上之瑕疵請求爭訟；若該決定係不利於當事人者，當事人就該處分為爭訟時，得與對指定管轄之不服一併聲明之。

又行政程序法第一一一條有規定某些行政處分係無效的，如該條第六項之規定，『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』，因此對無效之行政處分，當事人應提起無效處分之確認之訴，因處分係自始當然無效，並無實體之處分可以撤銷。

2. 迴避：

行政程序法第三二條及三三條中迴避之規定，係對行政機關之「公正作為義務」為程序上之要求，學者湯宗德先生認為在行政處分作成前，陳述意見或聽證之前若發現該迴避而立即迴避者，該行政處分之前置程序並無瑕疵；但若已踐行陳述意見或聽證之程序後始發現該迴避而卻未迴避者，就必須要再進行一次陳述意見及聽證，否則該前置程序仍有瑕疵，當事人得提起訴願聲請撤銷。

3. 片面接觸禁止：

行政程序法第四十七條中規定，『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。公務員與當事人或代表其利益之人為行政程序外之接觸時，應將所有往來之書面文件附卷，並對其他當事人公開』。倘若發生片面禁止之情形時，當事人當然可以懷疑程序上有不公平之情形，如果公務員私下與其他當事人接觸後，未確實公開並作成處分，當事人得依訴願法及行政訴訟法之規定

請求撤銷該項處分。

4. 記明理由：

行政程序法第九十六條有「行政處分以書面為之者，應記明理由」之規定，而第九十七條另有例外規定。學者湯先生認為，如果處分書中沒有記明任何理由，該項處分是得以撤銷的，因為一個處分違法與否是在做成處分的時間來判斷，如果未記明理由，很難判斷理由是否正確。

5. 陳述意見：

行政程序法第一〇二條第一項中規定，「行政機關作成限制或剝奪人民自由權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證會者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會」，而第一〇三條就「陳述意見」另有排除規定。假如行政機關於作成一個處分前，應預先通知當事人而未通知，或通知內容有錯誤時，而行政機關亦未依行政程序法第一一四條之規定補正者，該處分係得以撤銷的。當事人依訴願法提起訴願後，若不服其訴願決定者，得依行政訴訟法提起撤銷訴訟。

6. 聽證權：

行政程序法第一〇七條中規定，「行政機關遇有下列各款情形之一者，舉行聽證：1．法規明文規定應舉行聽證者；2．行政機關認為有舉行聽證之必要者」；另外第一〇八條又規定，「行政機關作成聽證之行政處分時，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」。學者湯先生特別指出法律如果規定應依聽證做出決定，結果行政機關卻不依照聽證結果者，該項處分有可能

係無效的，因為這處分有重大明顯之瑕疵，當事人得向原處分機關請求確認其處分無效，若未被允許或不為確答者，得提起確認行政處分無效之訴訟。

7. 救濟途徑教示：

行政程序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。如果行政處分對於救濟方法未為教示或教示錯誤，使當事人未能及時聲明不服時，學者楊先生認為應類推行政程序法第九十八條及第九十九條之規定辦理。即行政機關有更正或補行教示之義務，機關未為補行更正者，應將聲明不服之期間延長為一年。

五、結語

政府為使行政機關為行政行為時，能夠以合理、透明、公開、民主之方式進行，因此制定行政程序法以滿足人民需求，惟學者吳庚先生卻批評我國行政程序法條文數目過多，內容雜蕪，甚至與對外發生效力之公權力無關之行政內部作業手續等皆納入行政程序法內，實有檢討之必要。行政程序法雖有不少值得檢討修改之處，惟法律既然已經公佈實施，行政機關必定要遵循其規定依法行政，而人民為避免行政機關因程序上之瑕疵而遭受不利益處分，更應注意行政程序法之相關規定，以確保自身權益。

（本文參考自法觀人月刊第三十九期之專題講座以及黃默夫之行政法新體系與問題研析）