桃津通訊

發 行 人：關維忠
召 集 人：丁俊和
發 行 所：社團法人桃園律師公會
總 編 輯：張百欣
編　　輯：張百欣、林哲倫、陳韻如、劉君豪
　　陳怡衡、陳孟彥、賴佳郁、江鎬佑
攝影構成：袁曉君
網　　址：www.tybar.org.tw
地　　址：桃園市桃園區中正路1221號4樓
電　　話：(03) 3566301
傳　　真：(03) 3566302

/本期目錄/

一版：1.【薪傳】- 桃園律師公會資深顧問吳東霖律師專訪
　　2.【會務報告】- 會刊編輯部
二、三版：
　　【論「行政程序重新進行」- 解釋論上的爭議與立法論上的建議(中)】- 黃銘輝副教授
四版：1.【我的書法學習之路】- 徐建弘律師
　　2.【讓花藝走進生活】- 彭以樂律師
　　3.【攝影作品-班夫纜車(Banff Gondola)】- 劉士昇律師

『薪傳』--桃園律師公會資深顧問 吳東霖律師專訪

（吳東霖律師口述，採訪小組記述、整理、攝影）

自開始籌辦『薪傳』專欄起，本會資深顧問吳東霖大律師就一直列名邀訪名單內力邀之對象，但吳律師多次謙虛懇辭，經本小組鍥而不捨邀請，終能約成本次專訪，故於敲定專訪的5月8日時間一到，採訪小組成員已迫不及待的抵達吳律師位於桃園地方法院正門口對面的事務所。採訪當日是個風和日麗的下午，要踏入事務所前首先映入眼簾的是庭園內那枝葉繁盛的草木扶疏，以及池塘內那照顧得宜的肥碩錦鯉，這與一般律師事務所截然不同的景象，令人印象深刻。而進入事務所後，吳律師與夫人隨即熱情招呼採訪小組一行，眼前的吳律師精神矍鑠，完全感覺不出是已近耄耋之年。於專訪開始前的準備階段，採訪小組對於吳律師如何維持容光煥發都深感興趣，吳律師也大方地分享其養生之道給小組成員，甚至貼心地將其養生方法的DVD贈送給小組成員，讓小組成員對於吳律師身為資深前輩如此愛護後進的心意，更添敬重。接下來就讓我們一同聆聽吳律師分享其執業超過45年的精彩律師生涯點滴。

【人生哲學 順應天命】

首先採訪小組先向吳律師請教，為何會選擇就讀法律系以及選擇律師工作作為志業，對此吳律師仍保持一貫謙虛之態度表示，不敢妄言自己係為了伸張正義、保障人權，一切都是「命中注定」，其始終相信「人一出生劇本就寫好了，只是時間未到還不能偷看」，所以其只是順應天命而已。但眾所周知，民國60年代的律師考試錄取率極低，能夠考取律師者都是當時法律界之菁英，對於吳律師虛懷若谷的前輩風範，實在令人敬佩。

而對於考取律師後的接案準則，吳律師表示其屬「老派觀念」，重視因果觀念，所以有二種之案件其不會承辦且堅持至今，第一種是明顯要坑害對方、扭曲事理之案件，其不會承辦，吳律師認為不能為了律師費而泯滅良知，這與其堅信有因果報應相關；第二種是離婚案件其不敢承辦，吳律師表示，這是為了遵守其開業前對於父親許下的承諾，因為老人家的觀念是勸和不勸離，但吳律師也笑稱，這是他比較「老古板」的想法，他也了解離婚程序或許是結束一對怨偶，更可能另促成兩對佳偶，但為了信守對父親的諾言，所以遇有離婚訴訟便會請當事人另請高明處理。

由吳律師的分享，我們可以體會到資深前輩對於「明辨是非」以及「信守承諾」的堅持，雖然吳律師一再謙稱自己為老觀念，但在變遷快速的現代社會裡，能夠擇善固執、堅守信念，正是值得學習之處。

【堅持立場 捍衛律師職業尊嚴】

採訪小組接著向吳律師請教律師執業生涯中所秉持之信念為何，吳律師表示身為律師第一個就是要有責任感，能夠保持衝勁的辦妥受任事項，不負所託。此外，也要能夠堅持立場，不畏懼壓力。

在談及此話題，吳律師舉其執業過程中，曾發生讓其印象深刻之二件事情為例，第一件為吳律師憶及多年前其受任辦理訴訟過程中，曾有對造當事人私下向吳律師表示只要吳律師不要接受委任不辦理該案，就願意給吳律師100萬元，被吳律師婉拒後，竟又找道上兄弟來向吳律師關切，在此等軟硬兼施之壓力下，吳律師依然不為所動，仍然盡力替當事人主張權利，最終促成兩造和解，在和解過程中，對造當事人主動向在場人士提及此事，並當著眾人之面讚賞佩服吳律師是絕對不會被收買的律師。吳律師舉此為例說，這就是律師要能夠承受壓力，為當事人權利設想，吳律師一再強調其堅信因果觀念，如果做了違背良心之事，必然會背負業力，反之，則是種福田、積陰德，而律師若能為當事人伸張權利，最後促成和解，則息訟止爭使紛爭圓滿解決落幕，更是積德之舉。

第二件則是吳律師於劉邦友縣長任內擔任桃園縣選舉委員會監察小組召集人時所發生，吳律師憶及當時辦理國民大會代表選舉，有候選人提出「台灣的前途由台灣全體住民共同決定。」之所謂「住民自決」政見，就此政見是否能刊登於選舉公報，吳律師基於其法律人之專業素養判斷，此政見並無違法違憲之情況，故而認定於選舉公報上刊登並無適法性疑慮，且認為不應該因為其他非法律上原因之考量而否准刊登。然則當時之政治情勢不同今日，要做出此等決定絕對需要

高度道德勇氣，吳律師並向其他小組成員表示若有責任由其一肩承擔。惟當此決定呈送中央選舉委員會後，竟仍遭撤銷。吳律師知悉此情後，旋即辭職明志，且不接受慰留，以示抗議。吳律師表示身為律師對於法律的尊重不容妥協，這是身為一個法律人的風骨，也是捍衛律師的尊嚴，雖然吳律師乃雲淡風輕的陳述這段陳年往事，但更令人對眼前的資深前輩感到敬重。

【投身公益 創立桃園市生命線協會】

眾所周知，吳律師對於公益事業之參與不遺餘力，更是桃園市生命線協會之創會理事長，對此，吳律師表示早年律師確實為高收入職業，但相對的也會帶來高壓力，所以參與民間社團活動以及公益服務就是其所選擇的紓壓方式，吳律師憶及其自年輕時便積極投入青商會、獅子會等社團，且協助編製會議規範範本，此外吳律師也擔任桃園縣總工會的無給職義務律師、家扶中心之扶幼委員、以及參與觀護人協會之運作，並獲選扶幼楷模、觀護楷模等榮譽。而就創立（改制前）桃園縣生命線協會之機緣，吳律師表示當時約為民國79、80年間，桃園縣已是工商業繁榮的區域，而偶然的機會，吳律師與新竹縣生命線協會理事長餐敘，理事長隨口向吳律師提及桃園縣已經這麼熱鬧，怎麼會沒有生命線。吳律師經此一問，強烈的使命感油然而生，旋即著手推動生命線協會的創立，吳律師憶及籌辦過程中最困難的部分，是需要培訓能24小時輪班的志工以及輔導員，生命線志工非但要經過10個月的訓練以及考試篩選，且都是無給職的義務奉獻，所以非常需要對於公益事務有熱忱的夥伴加入。而正因為吳律師出錢出力的熱心籌組，也才能使今日桃園市內能夠擁有對失望而志氣消沈的人，給予勇氣，協助心靈創傷的人，重獲新生的生命線協會存在！吳律師開心地說從事公益活動，與案件開拓無關，也不求名利，但在助人過程中帶給他無限的快樂，並以此分享給後進從事公益、助人最樂之理念。

【給新進律師的三點贈言】

在專訪最末，採訪小組希望吳律師可以給新進律師一些勉勵與建議。吳律師特別將其於台灣警察專科學校任教時，贈與給畢業學生的三句臨別贈言與後進共勉之：第一點，要多看書多充實精進，吳律師認為身為律師，吸收新知充實學養不可或缺；第二點，要拿捏好心中那「一把尺」的尺度，律師執業以心中良知的尺，審度情理法；第三點，要重視因果觀念，切記因果循環、報應不爽。如此非但能將律師當成職業，更期許能成為志業。

【採訪後記】

在訪談過程中，吳律師的夫人在一旁打理事務所內的行政事務，但仍不時關心吳律師於訪談過程中採訪小組有沒有需要協助之處，伉儷情深令人稱羨，而吳律師的公子曾於桃園地檢署擔任檢察官，更受新北市侯友宜市長重用接任新北市政府法制局局長，而吳律師仍健康、硬朗地在律師工作岡位上為當事人伸張權益，老當益壯毫不見疲態，經此訪談，令人不禁深思，古諺所云「積善之家必有餘慶」，吳律師一再提點重視因果、積功累德，確實值得細細體會。

會務報告

（會刊編輯部）

本會對於會務推動及會員權益保障，一如往常用心努力，不敢有絲毫懈怠。本會在職進修委員會於109年3月22日晚上6時邀請臺灣桃園地方法院家事法庭蘇昭蓉庭長，在本會會館舉辦「心有千結，口有難言；家事實務經驗分享」講座課程，蘇庭長豐富實用的講述內容，以及幽默風趣的上課方式，獲得熱烈迴響。

又為了因應新冠肺炎疫情之衝擊，顧及會員健康及疫情防範，本會於109年4月起已在本會、法院、檢察署之法律諮詢櫃檯架設壓克力隔板，減少近距離接觸引發之飛沫傳染，並於會館、法院及檢察署之律師休息室等三處準備補給用品、消毒酒精及額溫槍，供會員安心使用。而前段時間因疫情較為嚴峻，為減低群聚感染之風險，故本會只能忍痛取消舉辦春季國外旅遊，而原訂於109年5月30日出發之本年度參訪仙台辯護士會交流參訪團，亦決定延期舉辦。另因本會在職進修乃在室內空間授課，且參與者眾，故慮及會員安全，於109年4至6月亦暫停舉辦。然近來疫情逐步趨緩，屢屢傳來「嘉玲（+0）」的好消息，故在職進修課程於109年7月開始將恢復舉辦，109年7月11日已經邀請國立臺北大學法律學系李榮耕教授前來講授「刑事訴訟法修正後的被害人參與及保護與再審」相關議題，敬請會員期待。

另律師法修正後，本會因應相關變革，已積極研擬章程修改事項。又依據律師法第142條明定中華民國律師公會全國聯合會應於109年8月前辦理修法後新生的「全國律師聯合會」（簡稱全律會）理事長、副理事長、理事、監事及個人會員代表之選舉。新生的全律會採用全面直選，由各位律師同道直接投下神聖一票，選出在全律會為各位律師服務、發聲的人選。而未來的全律會是否能確實發揮組織功能，謀取律師同道福祉，又是否能真正反映各地方律師民意，與各地方公會緊密合作，共同作為律師執業強而有力的後盾，乃與全國每一位律師均息息相關，是因此全國各地有志律師同道也紛紛捨棄自身利益及工作而投入此次劃時代之選舉，目前本會會員已有徐建弘律師、關維忠律師、鄭仁壽律師及張百欣律師因使命趨使而投入此次全律會理事及會員代表選舉，也期盼本會更多優秀人材可投入全國性之公共事務，一起共同刻劃Formosa全國律師未來的藍圖。也懇請各會員把握及正視自己手中關鍵一票，選賢與能，讓未來的全律會能真正發揮強而有力的功能，讓全國律師感到驕傲與光榮！

【論「行政程序重新進行」-解釋論上的爭議與立法論上的建議(中)】

（黃銘輝）

二、須有重新進行程序之法定事由

依行政程序法第128條第1項之規定，申請程序重新進行，必須符合下列三項事由之一，始得為之。

（一）有持續效力的行政處分所根據的事實或法律狀況發生有利的變更

行政處分依其效力在時間上是否具有延伸性，可分為「有持續效力的行政處分」（又稱「繼續性處分」，例如停工處分）與「不具持續效力的行政處分」（又稱「一次（時）性處分」，例如罰鍰之裁處）[34]，而立法者之所以將情事變更此一事由的適用侷限於「繼續性處分」，而不及於「一次（時）性處分」的原因，乃因「一次（時）性處分」合法性之判斷，應以作成時之法律及事實狀況為準，若當事人根據行政處分作成後之事實或法律狀況，重新提出申請，則係發動一新程序以求為新決定，並非程序的重新進行。

然而對於上述的條文規定，晚近學說上卻出現有力的質疑之聲，認為所謂「具有持續效力之行政處分」的定義不清，並且認為程序再開與否，關鍵是在處分的規制目的或內容是否已經實現，而與處分內容是否一次完成抑或是具備時間的持續性無必然關連[35]。法務部2016年公布的行政程序法部分條文修正草案，亦以「本法並無明確定義何謂『具有持續效力之行政處分』，學界目前對此一概念之理解亦尚非全然清晰」為由，刪除「具有持續效力行政處分」此一要件。

本文以為，本款規定將事實與法律變更的適用客體，侷限在「有持續效力的行政處分」，仍屬合乎法理之作法，草案將其刪除，恐怕是會增加、而非減少本款適用的問題。首先，關於概念清晰度的問題，本文以為「具有持續效力之行政處分」的釋義，難度並不會高於「本質重要性」、「重大公益」等常見的公法概念，若擔心法律概念的清晰度影響到法律適用的可量度性，那麼，透過立法理由的說明將其型態做進一步的列舉例示，應當比單純將其刪除來得更加合宜[36]。其次，保留「持續效力行政處分」的要件，與行政程序重新進行的制度機能，亦有密切關連——程序重新進行是為了貫徹依法行政而生，制度上它是行政機關自身對違法行政處分一個最後的「糾錯」機會，因此，其制度適用自然必須以行政機關「做錯了」為前提。而在事實與法律變更的場合，處分的效力是持續或是一次性，對於處分合法或違法的評價，自屬重要，而非如反對的學者所言「無必然關連」。以力主刪除的學者所舉的例子而言，渠等認為在行政機關做成徵兵處分（一次性處分）並通知後，義務人始發生殘廢之情形，應許其請求程序重新進行，方為合理[37]。然而，此等情形，在徵兵處分作成之時，義務人既然完全符合被徵兵的要件，行政機關既然沒有做錯，該徵兵處分如何能夠被認定是「違法」而得以透過程序重新進行予以撤銷？ 事實上，針對此種個別行政領域的特殊情形，斧底抽薪之道，恐怕應當是在兵役法規中另外設立實體與程序的規範以為因應，而非以此為由改寫總論層次的法律制度[38]。

（二）發現有利的新事實新證據

關於此一要件，實務上曾從狹解釋認為：「按行政程序法第128條第1項第2款發生新事實或發現新證據之規定，係指於作成行政處分之時業已存在，但未經斟酌之事實或證據而言。」[39]；亦有從寬解釋認為「前開行政程序的重新進行之要件中所謂之『發現新證據』係指凡發現可以證明事實之存否或真偽之方法，即使作成行政處分後始成立者亦屬之。」[40]學說論著對此問題之立場亦顯紛陳[41]，本文則認為從寬解釋較為合理，蓋如此方能夠讓行政處分作成後始「成立」或「存在」的證據資料，例如：處分作成後新作成之鑑定報告或公文書、刑事無罪判決發現之積極證據等足以影響處分適法性判斷的重要證據，在實務上得以運用，藉以確保行政行為的合法性。

此外，本款前段規定雖謂「發生新事實」，惟在「繼續性處分」，發生新事實即事實變更，原屬第128條第1項第1款規定的事項；若屬「一次性處分」，則發生新事實可逕為新處分，無須重新進行行政程序廢棄原處分，故解釋上宜將「發生」作「發現」解，亦即僅限於作成處分時已存在，但為當時所不知或未予以援用之事實始符法理[42]。當然，斧底抽薪之道，應該是在立法上求其解決，法務部2016年草案將本款規定修改為「提出新證據，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。」，應為正確的立法方向。

（三）有足以影響處分的相當於行政訴訟再審之事由

法院之確定判決，在有一定之再審原因時，可以提起再審之訴，故作成之程序未如法院判決嚴謹之行政處分，自亦得以行政訴訟再審之事由，而重新進行行政程序，惟該事由必須足以影響行政處分者，乃屬當然[43]。

三、當事人非因重大過失，未在先前程序主張所據以申請程序重新進行之事由

此處的先前程序，包含事前的行政程序與事後的救濟程序。又條文雖僅曰「重大過失」，然基於「重大過失」等同「故意」，本文以為解釋上應包含「故意」與「重大過失」，也就是關係人對於程序重新進行理由之存在，如相關資料或文件等，已經知悉、或依當時之情形其應知悉，但卻違反了任何正常程序當事人可推定之注意義務而未立即予以處理、援用者即屬之[44]。值得注意的是，實務上行政機關往往以人民未在法定期間內提起訴願行政訴訟為由，主張此為「重大過失」而否定人民程序再開的申請，若按此解釋，將使程序重新進行的制度形同空中樓閣，故此一作法遭學者嚴厲批評犯了「倒果為因」的錯誤，並不冤枉[45]。

四、 應於一定期限內為之

程序重新進行的申請應自法定救濟期間經過後三個月內為之；但事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。惟須注意五年失權期間的規定。

參、 行政程序重新進行的審查決定

人民對於已生形式存續力的行政處分，請求行政機關重新加以考量予以撤銷或廢止時，其實包含兩項請求：其一，請求行政機關重新進行行政程序；其二，請求行政機關經由重新進行之行政程序，廢棄該原已不可爭訟之行政處分。行政程序法第129條雖規定有行政機關的處理方式（「行政機關認前條之申請為有理由者，應撤銷、廢止或變更原處分；認申請為無理由或雖有重新開始程序之原因，如認為原處分為正當者，應駁回之」）；坊間文獻亦頗多依循本條之規範結構，就行政機關審查結果的處理方式採三分法的安排，例如：「拒絕重新開始行政程序／准予重新開始但於實體上不為重新決定（即拒絕廢棄、變更原處分）／准許重新開始並同時於實體上為重新決定（即廢棄變更原處分）」[46]。然鑑於此種處理方式並未按照「先程序後實體」的原則安排，因此以下本文為求邏輯層次清晰，特別將行政機關可能的處理結果，依照程序上的合法性與與實體的正當性分別述之[47]：

一、 程序法上合法性之審查

凡人民提出程序重新進行的申請，不合乎行政程序法所規定之要件者，其申請自屬欠缺程序上之合法性，行政機關即應駁回人民申請，此類駁回並可細分為下列兩種類型：

（一）申請程式不合法

當事人申請程式不合法，行政機關自當駁回人民之申請。所謂程式不合法，包括申請欠缺一般的行政程序要件（例如當事人無行政程序當事人能力、向非管轄機關提出申請等）、未具體主張第128條第1項三款申請事由、遲誤期間、因重大過失未在先前程序主張等情形均屬之[48]。

（二）申請程式合法，但據以申請之事由並不存在

當事人重新進行行政程序之申請程式上雖然合法，但行政機關審查後認為實際上並不存在當事人據以申請之事由時。對此，行政程序法第129條中段雖規定應以「申請為無理由」駁回[49]，實則若與後段的「雖有重新開始程序之原因，如認為原處分為正當者，應駁回之。」相較可知，中段所規定的駁回，應係人民的申請不具備「重新開始程序之原因」使然，例如在繼續性處分的情形，當事人雖已具體指出重新進行行政程序之事由（發生了某種事實變更），但卻未合理釋明該事由何以能令行政機關廢棄變更原處分。此種狀況下的駁回，是因為與行政程序法第128條要件不符所致，故行政機關之駁回仍然僅具程序上之意義。然按一般法學用語的習慣，使用「無理由」往往代表實體上已經為審酌，屬於實體面的決定，但此處的駁回既然與第129條後段所規範的，行政機關經實體審酌而後拒絕變更廢棄原處分的決定不同，受理申請機關實際上並未作實體審查，因此仍應屬「申請不合法」的層次，條文以「無理由」稱之易滋生誤會，並非妥適。2016年法務部版行政程序法修正草案，對此一規定並未做進一步的修訂，實有檢討之必要[50]。

又上述駁回申請之決定，行政機關既純粹作形式上的審理，並未就實體的法律關係詳為探究，因此均屬對同一事件所為，不具實體法效性的「重複處置」（wiederholende Verfügungen）[51]。

二、 實體正當性的審查

一旦當事人的申請合法且有理由，行政機關應重新為實體審查並作成實體決定。依人民申請程序重新進行之目的，此一實體決定可能的態樣分述如下[52]：

（一）人民重新申請廢棄、變更「侵益處分」

1. 行政機關廢棄變更行政處分

行政機關認為處分確實違法，且在行使裁量權後亦認為有廢棄變更之必要時，自可廢棄變更之，此為對同一事件積極的第二次決定，為具有法效性的「（積極的）第二次裁決」（Zweitbescheid）處分。

2. 行政機關拒絕廢棄變更原處分

人民雖具有重新進行行政程序的原因，但行政機關審查後認為原處分實質上為正當，仍應予以維持時，自得拒絕廢棄變更原處分。此等消極的第二次決定，行政機關雖未廢棄變更原處分，但既已重新作實體審查，仍應歸為「（消極的）第二次裁決」。

（二）人民重新申請行政機關作成「授益處分」

1. 行政機關作成授益處分

在人民因當初申請授益處分遭行政機關否准，申請程序重新進行的場合，若行政機關認為先前的拒絕違法，且在行使裁量權後認為有變更先前作法，給予人民利益之必要時，自可廢棄先前的拒絕決定並給予人民所申請之利益，此時屬於「（積極的）第二次裁決」。

2. 行政機關再次拒絕作成授益處分

經實體審查後，若行政機關認為先前的否准並無不當時，自可再次拒絕給予人民所申請的利益，此一決定的法律性質當屬「（消極的）第二次裁決」。

肆、對行政程序重新進行審查決定之法律救濟

一、學說見解——類型化的處理

或由於行政程序的重新進行幾乎是一項完全移植自德國法的概念，國內學者引述德國學界見解的結果，關於人民申請行政程序重新進行的法律救濟，論述頗為一致，皆主張必須視行政機關審查決定之態樣，配合人民請求之內容，分別定其救濟：

（一）對「重複處置」之救濟

在前述一、的情形，行政機關拒絕重新進行行政程序，縱使行政機關同時重申原處分的意旨，此一決定之性質僅能定位為「重複處置」，傳統見解認為此一不具外部法效性的重複處置純屬觀念通知的性質，非行政處分[53]，故人民不得對其提起訴願與行政訴訟。實則，在行政訴訟種類擴大的今日，是否為行政處分，已非判斷人民得否提起行政訴訟的主要關鍵，毋寧，重點應置於行政行為是否影響人民公法上的權利才是。

故晚近的有力見解認為，行政機關拒絕重新進行行政程序，在實體法上固可定位為「重複處置」，但在程序法上，既然法律明文承認人民有申請程序重新進行的權利，倘行政機關拒絕人民之申請，此一拒絕就不能說沒有影響到相對人程序上的權利，從而應允許人民提起行政訴訟。主此說者並進一步將此一重複處置以「程序性的行政處分」稱之，人民得依行政訴訟法第5條第2項，提起「拒為處分的課予義務之訴」，請求法院判命行政機關重新進行行政程序[54]。惟亦有學者參考德國學說與實務的作法，認為基於訴訟經濟，應該容許人民請求法院「審理到底」（Durchgriff）——請求行政法院判命行政機關直接作成第二次裁決[55]。本文以為，此等作法固然給予人民更直接的救濟，但在將是否開啟程序重新進行的決定界定為行政處分（儘管只是程序性）的情況下，審理到底的作法是否過度侵犯了行政機關的第一次判斷權，實不無疑義[56]。

（二）對「第二次裁決」之救濟

在人民申請合法有理由，行政機關重新為實體審查的情形，此時行政機關的決定不論內容為何，均屬具有處分性的「第二次裁決」[57]，對於積極的第二次裁決，相對人的請求既已獲得滿足，自無請求救濟的必要[58]，對於消極的第二次裁決，相對人應如何救濟，應分門別類以觀。

1. 申請廢棄變更侵益處分遭否准

原則上既然該「第二次裁決」可定性為行政處分，對於侵益處分之救濟理當以「撤銷訴訟」為之，惟國內多數學者皆進一步區分以下兩種情形作不同的處理[59]：

（1）若行政機關是以重為相同內容的侵益處分作為第二次裁決的方式時，此時相對人自當針對該第二次裁決提起「撤銷訴訟」。

（2）若行政機關以單純拒絕廢棄變更的方式為第二次裁決時，此時相對人應提起「課予義務訴訟」，請求行政法院命行政機關為廢棄變更之決定。

2. 申請作成授益處分遭否准

此時相對人自得提起行政訴訟法第五條第2項「拒為處分的課予義務之訴」以資救濟。

---

[34]參　林三欽，前揭註24文，頁5-6（2001）；參　李建良，論行政處分之違法判斷基準時—以訴願審理程序為中心，收於台灣行政法學會編：行政法爭議問題研究（下），頁19-20（2000）。

[35]參　程明修，行政程序法上有關行政處分撤銷與程序重新進行之規範改正，收於氏著：行政處分的構造，頁236-244（2016）。

[36]主張刪除的學者，亦承認並非所有行政處分發生事實或法律變更都可以程序再開，其適用對象的界定，「應保留學說與實務形成共識的空間」。參　程明修，同上註文，頁244。同樣的邏輯，「有持續效力的行政處分」概念的界定，似乎也可以保留給學說與實務形成共識的空間。

[37]參　程明修，同上註文，頁243-244。

[38]上述案例若要透過總論的概念處理的話，那麼行政機關知悉後，應該主動依行政程序法第122條廢止該徵兵處分；行政機關若不主動為之，而是人民提出請求的話，則應解為一個新的行政程序之發動（請求行政機關作成新處分），而非程序重新進行。

[39]參　台北高等行政法院92年訴字第5535號判決。

[40]參　台中高等行政法院90年訴字第732號判決；台北高等行政法院102年度訴字第995號。

[41]主張證據的存在時點不必然得在處分作成之前，參　傅玲靜，前揭註4文，頁108；參　林樹埔，行政程序法第128條程序重開之理論與實務，法令月刊第61卷2期，頁84-85（2010）。主張證據必須在處分作成時業已存在者，參　吳志光，行政程序重新進行之要件，台灣法學雜誌第150期，頁70（2010.04）。

[42]相同見解，參　陳敏，前揭註9書，頁499-500（2016）。類似立場，參　吳志光，同上註文（認為此係立法疏失）。

[43]參　陳敏，同上註，頁500。

[44]參　洪家殷，論行政處分程序之再度進行——以德國1976年行政程序法第五十一條之規定為中心，政大法學評論第45期，頁339-340（1992.06）。

[45]參　吳志光，前揭註41文，頁70。

[46]參　蔡茂寅、林明鏘、李建良、周志宏合著，前揭註3書，頁319；參　林素鳳，前揭註5文，頁211；此外，陳敏教授雖亦採三分法（申請不合法：駁回／申請合法、無理由：駁回／申請合法、有理由：廢棄原處分），但與程序法第一百二十九條的規範模式並不相同，氏文中所稱「申請不合法」條文中似未規範，至於「申請合法、無理由」則同時涵蓋程序與實體面兩種因素的考量。參　陳敏，前揭註9書，頁501-503。

[47]相同的邏輯安排，參　洪家殷，前揭註44文，頁315之圖表。又，本文在此不擬陷入德國法上對於程序重新進行應採取「二階段」抑或「三階段」審查的爭議，有意識地不採用此等用語。國內學者採取德國「三階段審查說」的論述者，參　詹鎮榮，前揭註4文，頁109。採「兩階段審查說者」者，參　傅玲靜，前揭註4文，頁106；謝碩駿，行政程序重新進行，月旦法學教室第183期，頁10（2018.01）。

[48]參　陳敏，前揭註9書，頁501。

[49]參　陳敏，同上註，頁502。

[50]本文認為只要將129條中段的文字「申請為無理由」調整為「申請不合法」（或申請不符法定要件）即可。惟傅玲靜教授主張將129條全面修訂為「行政機關認前條之申請有理由者，應撤銷廢止或變更原處分；認申請為無理由者，應維持原處分」。但本文認為這樣的修訂，無法配合反映行政程序重新進行在制度運作上，程序審查與實體審查有別的結構。

[51]參　許宗力，前揭註1書，頁514；參　洪家殷，前揭註44文，頁317以下；參　陳敏，前揭註9書，頁506以下。惟傅玲靜教授反對採用「重複處置」形容行政程序法第129條中段的決定，認為如此會導致觀念混淆，參　傅玲靜，前揭註4文，頁111。但本文以為，「重複處置」與（後述）「程序性行政處分」的定性，只要能夠掌握「前者著眼於實體、後者側重於程序」，兩者併同使用形容同一行政行為，尚不至於有混淆的情形發生。

[52]以下若未特別註明，均整理自洪家殷，同上註文；陳敏，同上註書。

[53]參　洪家殷，前揭註44文，頁317、324-325。

[54]參　許宗力，前揭註1書，頁514（2006）；參　陳敏，前揭註9書，頁494、506，對於此際人民提起的課予義務訴訟，氏並以「裁決訴訟」（Bescheidungsklage）稱之。

[55]參　傅玲靜，前揭註4文，頁116。

[56]相同質疑，參　程明修，是否重開行政程序之決定均為行政處分：評最高行97裁字5406號判決，台灣法學雜誌第125期，頁210（2009.01）。

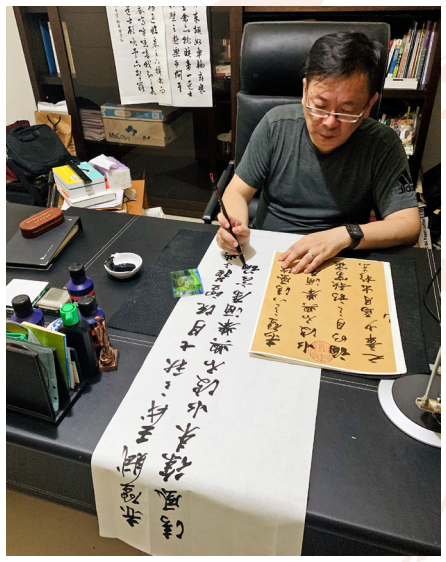
[57]其實，在以第128條第1款的事由（事實變更）申請程序重新進行的場合，此時行政機關的決定在概念上是否可歸類為「第二次裁決」，或者是因為有新事實的發生而應界定成一新的處分，誠有疑義。參　洪家殷，前揭註44文，頁329。惟此等爭議之後在德國法並未受到重視，因為這純粹只是概念用語上的爭論，蓋不管如何，行政機關第二次的決定具有實體上的處分性，人民可對之提起行政爭訟殆無疑義。

[58]惟申請重新進行的客體若屬「第三人效力處分」，則因該第二次裁決的作成而導致法律上權益受侵害的第三人，得以利害關係人的地位請求撤銷該積極的第二次裁決，自屬當然。參　洪家殷，前揭註44文，頁346。

[59]參　洪家殷，同上註；林錫堯，前揭註13書，頁584-585；陳敏，前揭註9書，頁462。

我的書法學習之路

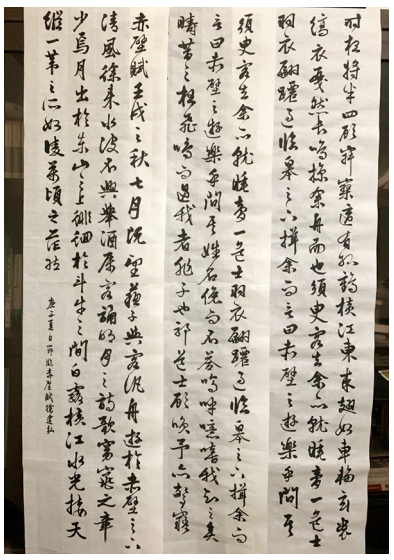
（徐建弘律師）



小時候沒學過書法，所謂的拿毛筆寫字，對自己來說是一件困擾的事，尤其在那個國小有書法課的年代。自己的寒暑假作業總是在開學前一天趕工，所以其中的書法作業對自己而言更是一大困擾，那個拿黑色彩色筆趕書法作業的場景至今仍記憶深刻。

從小喜歡畫畫，就讀南投縣平和國小五、六年級時畫畫都拿第一名，於是當南投縣南投國中要成立第一屆美術班時，自然而然就去甄試並就讀了。那時候我們每周有八堂美術課，其中國畫就占了兩堂。學國畫時，才發現國畫的筆法跟書法息息相關，而國畫作品都要落款，落款字的好壞常常是一幅畫的靈魂，那時候萌生想學習書法的意念，但礙於升學壓力，一直沒有去實現。國中三年級時，去參加高中美術班的保送甄試，雖然有考上，但書法的分數不高，連帶的影響志願排序，所以後來放棄直升高中美術班，參加聯考並就讀台中一中。之後一連串的升學考試，高中之後直至當執業律師後多年，只有偶爾想到想寫好字，但學書法這一件事從來沒有特別想過。

當律師數年後參加桃園大同扶輪社，桃園大同扶輪社的母社是桃園南區扶輪社，他們社上每年都有辦書法比賽，因為有一位社友謝幸雄老師是桃園知名的書法家。謝老師師承於桃園書法大師黃群英老師，在桃園地區可謂是桃李遍地。在女兒小學五年級時，決定讓她去跟謝老師學習書法，當時突發奇想，與其接送，何不一起學？於是跟女兒一起跟謝老師學習十個月。這段時間從學習楷書從謝老師手書字帖開始，慢慢到臨摹歐陽詢《九成宮醴泉銘》；之後學習行書臨摹王羲之《集字聖教序》。但說實話，那段時間擔任桃園律師公會副理事長，常常有公務行程，上課時數不甚理想，甚至常常回家沒寫作業，但至少已經開始學習書法了。之後擔任桃園律師公會理事長，公務甚為繁忙，於是跟謝老師告假一年半，承諾之後會再回來學習。



民國一〇八年七月在我卸下理事長職務的第二個月，我準時跟謝老師報到，謝老師頗感驚訝我真的回來了。這時候我已經沒有任何公會會務及職務在身，純粹當一個開理監事會議的常務理事，所以時間上充裕，可以好好學習書法。這次回來繼續學習行書，謝老師讓我從臨摹趙孟頫《前後赤壁賦》開始。趙孟頫是一代書法大家，他的行書有很深的楷書影子，當然也受書聖王羲之影響甚鉅；這個帖子我前後臨摹三次，對自己的幫助很大。有一天在網路上突然發現明朝四大家文徵明的《前後赤壁賦》，我當時感到非常震驚，他的字怎麼可能這麼漂亮！這個就是我想要的字，馬上上網訂購。收到這個帖子之後，我反覆欣賞，到後來受不了，就自己拿起筆來臨摹，感覺無盡暢快！但後來去上課時，我還是持續臨摹謝老師之前給我的趙孟頫《前後赤壁賦》，直至中間批改作業時，才試探性的拿出自己臨摹的文徵明《前後赤壁賦》作業；令自己驚奇的是，謝老師竟然同意自己臨摹這個帖子，那時真的高興極了。之後在家悶的時候，就會去書房打開音樂，開始臨摹這個帖子，一個春節過去，竟然就臨摹完一遍，直覺自己的功力確實有增長。

學書法過程中，剛好看到一部大陸電影是講述書法大師啟功先生的一生。啟功先生是滿清皇族，當然清末出生的皇族歷經滿清滅亡、民初紛亂、日本入侵及中共建政後的歷次肅清及文化大革命運動，一生命運之乖舛不言可喻。啟功先生一開始是學水墨畫的，但因字寫得太醜每每讓人嘲笑，而常常需要請別人落款，於是開始努力學寫字，最終成為一代書法大師。他在文化大革命時被要求書寫大字報；很有趣的，他寫的大字報常常被偷，電影中描繪偷大字報的竟然是一個紅衛兵的小領導幹部，此足見啟功先生書法之優美。最近自己迷上的書法巨擘文徵明先生在明朝長壽至八十九歲，非常高壽。我所臨摹的《前後赤壁賦》據說是他臨終前不久的作品，整篇氣勢連貫，如行雲流水，將蘇軾遭貶居黃州時與好友遊赤壁時緬懷古人並感嘆人生之劇作發揮得額淋漓盡致，令人心神嚮往。文徵明先生雖為明朝四大家之一，但仕途並非順遂。他一開始學書法也是因為字太醜而無法參加鄉試，因此下定決心練字，而終成一代大師，非常令人敬佩。我今年四十八歲，距離文徵明先生寫這個帖子的年紀尚有四十年，期許自己在未來能一直寫下去，早日擺脫帖子，能按照自己的心性寫出自己的字。

讓花藝走進生活

（彭以樂律師）

在2018年的繡球花季時，好朋友邀約我一起上陽明山參加一個由台灣休閒農業發展協會主辦的手作繡球花圈課程，而該課程是與竹北的「拾米豐瓶」花店（下稱「拾米」）合作，由「拾米」的花藝師帶領學員親手製作屬於自己獨一無二的繡球花圈。那天是我第一次接觸花藝課程，也從此著迷不已。

由於「拾米」是一間以歐式花藝為主的花店，店內也多以進口花材為主，各式各樣的花材、葉材，總是讓我目不轉睛。一開始是接觸「拾米」每月推出的「拾米小花盒」，能在家看著「拾米」直播或是錄製的影片一起完成一個花藝作品，讓不方便至花藝教室上課的人也能上花藝課。連續買了幾個月的小花盒後，覺得這間花店的品味著實非凡，遂決定親自到店內上課。我是一個熱愛乾燥花、不凋花多於鮮花的人，鮮花固然有其美好的地方，像是色彩鮮豔、水分飽滿、充滿生命力；雖然乾燥花、不凋花少了鮮花獨有的張狂，但就是那不及鮮花的彩度，反而更加耐看，而且能保存2至3年。因此，我比較常參加乾燥花藝的課程，若是鮮花課程，也會選擇適合乾燥的作品。

有天下班後我驅車前往竹北上一堂花籃乾燥花的課程，課程中花藝師除了帶領學員認識該次課堂的花材以外，也會教授插花技巧以及花材配色並從旁協助。記得當時花藝師看我拿著棉花準備當作主花花材準備插在海綿上時，問了我一句：「妳要把棉花當作主花嗎？妳好特別！」花藝師進一步解釋，插花人的個性、當下的情緒，都會影響該次花藝作品的呈現，每一個作品都獨一無二，跟人一樣。確實啊！花有花的姿態，人也有。之後我每一、二個月都會去上一堂實體花藝課程，三個小時只專注在每一朵花、每一片葉上，算是在工作之餘給自己好好放空的時間，讓花藝走進日常，點綴每一個平凡的時刻。

攝影作品【班夫纜車（Banff Gondola）】

（劉士昇律師手機拍攝）

照片檔案資訊

拍攝日期：2020年2月4日下午3點45分
大小：4.1MB
拍攝
1/1600秒f/1.84 4.25mm
ISO
25
裝置
iphoneXR

因為新冠肺炎的影響，2020的世界像是被按了暫停鍵。在世界暫停之前，我們幸運造訪了冰雪的國度。

在靄靄白雪與凜冽寒風中，觀覽壯闊的銀色世界，對居住亞熱帶的我們，一直是種致命的吸引力。

畫面中的纜車，位於加拿大班夫國家公園內的硫磺山，從海拔1583公尺上升到2218公尺，乘坐纜車已是驚呼連連，但踏著深可及腰的積雪步行上山者，卻也不在少數，當真令人佩服！

纜車站起點有著全加拿大最高點的星巴克，造訪當天雖因整修暫停營業，但仍然在車站裡貼心提供鮮奶、咖啡暢飲，讓旅客們暖暖身心。

班夫國家公園深處洛磯山脈中，冬季總是籠罩著陰黑的天空，時而大雪紛飛，或是細雪飄飄，拍攝的多數風景照，就像是黑白照片。然而，幸運的我們，就在搭乘班夫纜車抵達硫磺山頂之後，瞬間陽光從雲隙掙脫灑落，拍到了有紅、有綠，透著藍天與陽光的「彩色」照片！

美景天成，但想將它攝入影中，時常需要辛苦守候。我們的運氣很好，老天在我們可能一輩子只會去一次的地方，很乾脆的給了個大景！

徵稿啟事

律師的生活並非只是書狀及開庭，各位道長間除了因為工作上認識外，對於其他道長的認識有多少？其他道長對於自己的認識有多少？本會刊提供法庭外交流的管道，請各位道長發揮寫書狀以外的文采，豐富律師的生涯。

來稿內容、文體不拘，本刊保有修改之權利，如因文章過長，本刊並得分期刊登，稿費從優，惟為免侵害著作權，如有引用他人著作，請先行取得同意。如欲一稿多投，本刊僅接受首刊，若已投稿其他刊物，請惠知出刊日期，若無法首刊，本刊將不予刊登，敬請見諒。

本刊除印製紙本外，並一併於公會網站、臉書上公開發表，歡迎道長及各界先進踴躍賜稿。來稿請寄桃園律師公會電子信箱：sec.tybar@gmail.com，並請註明姓名及『投稿桃律通訊』等標題文字，謝謝。