

發文字號：法務部 101.08.08 法律字第 10100096260 號函

發文日期：民國 101 年 08 月 08 日

要旨：行政程序法第 117、118、121 條等規定參照，如核定資遣行政處分，確係因年資計算錯誤而作成，應屬違法行政處分，主管機關仍得職權撤銷之，惟仍宜由主管機關就具體個案是否有違法情事本於職權審酌認定

主旨：有關貴會核定資遣，未將當事人就讀陸軍官校基礎教育折算役期，併計資遣年資，得否補辦核給資遣費乙案，復如說明二、三，請查照參考。

說明：一、復貴會 101 年 5 月 16 日輔人字第 1010037197B 號函。

二、按行政程序法（以下簡稱本法）第 128 條規定：「行政處分於法定救濟期間經過後，具有下列各款情形之一者，相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更之。但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限：…二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。…（第 1 項）。前項申請，應自法定救濟期間經過後三個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算。但自法定救濟期間經過後已逾五年者，不得申請（第 2 項）。」準此，行政處分之相對人或利害關係人如發現行政處分作成時已存在而當時不知或未援用之新證據，即得向行政機關申請重新進行行政程序，重為實質之審查，以作成適當之新決定。惟為同時兼顧法安定性之考量，爰就其申請予以一定期間之限制。又所謂「新證據」，係指該證據於行政程序或救濟程序中已經存在，因行政處分之相對人或利害關係人不知有此證據，或因故不能使用該證據，致未經斟酌，現始知之或得使用，且如經斟酌可受較有利益之處分者而言（林錫堯「行政法要義」，2006 年版，第 540 頁；本部 93 年 11 月 3 日法律字第 0930044067 號函、95 年 1 月 17 日法律字第 0940048235 號函；最高行政法院 101 年度判字第 221 號判決、101 年度判字第 32 號判決參照）。

三、次按違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關亦得為之，惟上開撤銷權，應自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起 2 年內為之（本法第 117 條及第 121 條第 1 項規定參照）。其立法意旨係基於依法行政原則，行政機關依其職權撤銷違法之行政處分，即使該處分已發生形式上之確定力，亦然。惟於行政處分發生形式確定力後，違法行政處分是

否撤銷，原則上屬行政機關之裁量。所謂「知有撤銷原因」，係指就具體個案行政處分知悉具有撤銷原因（本部 96 年 9 月 3 日法律決字第 0960028589 號函、99 年 6 月 21 日法律決字第 0999026605 號函參照）。又申請重新進行行政程序受拒絕或不符合要件者，該管行政機關仍得適用本法第 117 條及第 123 條撤銷及廢止原處分之規定（吳庚「行政法之理論與實用」，99 年 10 月增訂第 11 版第 2 刷，第 406、407 頁參照）。查本件依來函所述，當事人於 92 年核定資遣，至本（101）年 3 月 5 日申請，已逾上開本法第 128 條第 2 項期間之限制，自不得適用該條第 1 項重新進行行政程序。至於本件核定資遣之行政處分，如確係因年資計算錯誤而作成，則應屬違法之行政處分，主管機關仍得依行政程序法第 117 條規定為職權撤銷之，惟具體個案是否有違法情事、得否依本法第 117 條規定依職權撤銷、有無逾越本法第 121 條第 1 項之 2 年期間等節，仍宜由貴會本於職權審酌認定之。

正 本：行政院國軍退除役官兵輔導委員會

副 本：本部資訊處（第 1 類）、本部法律事務司（4 份）