

就③之論點而言，依都更條例 22 條 3 項之規定，土地所有權人出具同意書，在都更事業計畫公開展覽期間屆滿後，原則上即不可撤回，且事業計畫核定之後，就進入權利變換階段，對利害關係人之權益影響相較於事業概要核准階段，更為重大。因此，在程序上有關預告、聽證權等之程序保障，應更為周延，方能確保實體權利之實現。就結論而言，大法官對上述系爭條文之違憲宣告應屬妥當。不過，大法官對在此階段之程序中，欠缺對於有否由主管機關舉辦聽證，對事業計畫核定之准駁究會有何影響之論證，在說理上似有稍嫌薄弱之嫌。

再者，本號解釋之一般論，在未詳細論證上述都更之各階段中，各當事人或利害關係人所可能遭受不同程度之權益侵害或剝奪，即於理由書中指出：為使主管機關於核准都市更新事業概要、核定都市更新事業計畫時，能確實符合重要公益、比例原則及相關法律規定之要求，並促使人民積極參與，建立共識，以提高其接受度，本條例除應規定主管機關應設置公平、專業及多元之適當組織以行審議外，並應按主管機關之審查事項、處分內容與效力、權利限制程度等之不同，規定應踐行之正當行政程序，包括應規定：①確保利害關係人知悉相關資訊之可能性，及②許其適時向主管機關以言詞或書面陳述意見，以主張或維護其權利。而於都市更新事業計畫之核定，本條例並應規定③由主管機關以公開方式舉辦聽證，始無違於憲法保障人民財產權及居住自由之意旨。上述大法官之此段論述，除似有以司法者指導立法之嫌外，亦與理由書中：「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素綜合考量，由立法者制定相應之法定程序」之論述似亦有所扞格。

三、正當行政程序之憲法依據

憲法上「正當法律程序」是否可擴大到行政程序上？若可，則其在憲法上根據為何？於行政程序適用時，其內容是否和刑事程序相同？或是必須有若干之調整？很可惜的是，針對上述問題，大法官於本號解釋中，只於解釋理由書中，引用釋字 689 號解釋指出：「憲法上正當法律程序原則之內涵，應視所涉基本權之種類、限制之強度及範圍、所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性、有無替代程序或各項可能程序之成本等因素

綜合考量，由立法者制定相應之法定程序」並未明確說明憲法上之根據為何。有關此點，在本號解釋之之大法官的個別意見中，對正當法律程序之見解非常分歧³²，亦可看出端倪。

比較法上，戰後日本亦有過，關於憲法上之正當法律程序得否適用於行政程序中之論爭。由於日本憲法中，雖然並無對行政之正當法律程序之明文保障，不過日本憲法上之正當程序條款，於過去之判例亦適用在行政程序。其次，日本憲法 31 條和美國正當法律程序條款不同，法條之字面只限定刑事程序之保障，因此，將其解釋成一適用在行政程序，相當勉強。不過，儘管如此，仍有學說提倡，在無其他適當之規定時，則應適用 31 條。此說，並非主張要將刑事程序所要求之正當性，完全適用到行政程序，而是主張，可以容許依行政之性質進行修正。不過，其受到如下之批判：亦即，若是承認此種修改，則反而會有使重要之刑事程序保障產生弱化之危險。因此，乃有學說提倡，行政程序並非適用日本憲法 31 條之規定，而是應該準用或類推適用。

其次，另有學說主張，日本憲法 31 條只限定在刑事程序之保障，因此其他之程序應另從日本憲法 13 條³³ 尋求適當性。主張日本憲法中相當於美國正當法律程序規定之條項為日本憲法 31 條與 13 條之規定。就 13 條而言，其不只是實體之人權一般規定，同時也是程序性人權之一般規定。不過，對於此說，另有學說指出，日本憲法 13 條，即使不屬於綱領性規範，亦不能不說是抽象性規定，在以此為依據，而欲做具體之人權主張則必須

32 如陳春生大法官指出：姑不論本院逐步擴大正當法律程序之適用範圍，而未明示其憲法依據，其或隱含類推適用憲法第八條、或各該基本權利內含正當程序保障，或可適用憲法第二十二條，惟本院解釋已將正當法律程序定位為憲法原則，作為拘束國家公權力行使之依據。林錫堯大法官指出：「憲法要求之正當行政程序之內涵」，可分設置適當組織與正當行政程序二大部分規定，其中正當行政程序部分又可分為：建立資訊公開機制與使權利可能受影響之人得於作成行政處分前向主管機關表達意見之程序二部分規定。葉百修大法官則質疑，於本號解釋新創「正當行政程序」的意義指出：多數意見從本院過去解釋所建立之憲法正當法律程序，另創出憲法上正當行政程序，但其內涵與現行行政程序法之規定相混淆；將憲法上之正當行政程序視為一般憲法原則，該原則適用於所有國家機關之行政行為之結果，現行相關法律規範秩序將因而受到波及。陳新民大法官，亦對本號解釋引進「正當行政程序」概念表示憂心，指出：本席並不十分贊同本號解釋驟然導入正當行政程序的用語，即在於擔心此概念會否日後產生更多的質變發展—法律要對任何一個可能導致侵犯人權且不論輕重，都要鉅細靡遺規定其程序，且無庸以嚴格的比例原則為檢驗標準，如此一來將會造成立法的混淆。

33 日本憲法第 13 條為對人權作一般性抽象性規定之條文。其規定：所有國民以個人受到尊重，有關國民對生命自由及追求幸福的權利，限於在不違反公共福祉，在立法或其他國政上，必須予以最大之尊重，

在：①能見到其有某種程度之現實化的社會基礎之形成，以及②理論上的具體化為必要。此說更進一步指出，就社會基礎而言，當今日本對於要求行政程序必須正當之意識已然穩固。問題是，在理論的具體化上，以於刑事程序中所要求之正當程序為基礎，進行必要的修正，將其內容具體化之後，或許為妥當之見解。其結果上，雖與準用或類推適用說相同，不過卻是以日本憲法 13 條為根據，在為求內容具體化上準用日本 31 條之理論結構³⁴。

就我國現行憲法規範，我國憲法上並無類似美國憲法第 5 或第 14 修正之一般正當法律程序之規定，憲法第 8 條原本也只應限定在和刑事程序等和人身自由相關之事項適用。另，我國憲法 22 條為有關人權保障之抽象性之概括條款，於規範上類似日本憲法第 13 之規定。於論述正當法律程序之憲法上依序，其根據或可援用為憲法 22 條，而在具體內容上，準用憲法第 8 條之規定，或為妥適之解釋。

四、小結

自 1990 年代後半，大法官即開始積極將源自英美的「正當法律程序」之實質內容導入釋憲實務中。自釋 384 號解釋（1995.7.28）出爐之後迄今，不過約莫經過 20 年，以「正當法律程序」為論證基礎所作成之大法官解釋即高達 37 則。特別是在釋字 709 號解釋，大法官首次使用憲法上「正當行政程序」用語，更引起各界高度矚目。大法官在引進源自自然權思想的「正當法律程序」用於我國釋憲實務。在內容上，「正當法律程序」之具體內容為何？「程序正當」與「實質正當」在實際操作上可否截然二分？因不同之個案，何種程序才能符合「正當」之要求等問題，在學說上容或尚有討論空間。

不過，一般而言，學說對大法官作出和「正當法律程序」相關之憲法解釋，大多給予高度評價。如認為：近年大法官將憲法第 8 條規定之「正當程序保障」，由「人身自由」逐步類推適用於其他權利之保障。大法官

34 野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利，憲法 I 第 5 版，有斐閣，2012 年，414 頁。

在「行政正當程序」的要求其實是很高的，其與美國法院態度相比，亦毫不遜色。

肆、憲法上正當行政程序之實踐

如前述，釋憲實務上，大法官對憲法秩序維護及人權保障發揮違憲審查之一定功能。不過，憲法價值之實現，尚有賴立法部門及行政部門對憲法價值之理解及貫徹。再者，我國採歐陸型違憲審查制，且未如有德國憲法訴願制度。為使憲法價值具體落實，個案之司審判更具有關鍵之重要性。

我國立法院於 1999 年通過行政程序法，並自 2001 年 1 月 1 日起施行。行政程序法施行後，機關於處分作成前應踐行之相關程序，雖有更為明確之法律依據，不過該法有許多排除，或免予適用之規定等立法上之缺陷。於施行後反而使得憲法上所要求之「正當行政程序」之價值無法真正落實。以下，於分析正當行政程序之意義後，將對我國行政程序法，及在司法實務上適用之問題點進行分析檢討。

一、正當行政程序的意義

有關憲法上之「正當法律程序」，在行政程序中應適用何種程序，學說上曾指出，在準用刑事程序之具體事例上，為告知及聽證（notice and hearing）程序。不過，告知、聽證在適用上亦有種種型態，依行政程序性質之不同，亦有不同型態之變化，未必須和刑事程序具有相同之型態。

其次，有關行政上正當程序之意義，學說指出，具有：①保障和個別人民之權利自由直接有關之行政活動，使其有公正、透明之程序的意義（權利保障型），以及、②藉由保持行政立法、政策決定、計畫決定過程之公正、透明，確保民主主義決定過程之公正性和透明性之意義（民主主義之過程）³⁵。另方面，湯德宗教授指出，「正當程序」（due process），或稱「正當法律程序」（due process of law）之理念源於英國法上的「自然正義法則」（rules of natural justice）按「自然正義」理念原先僅適用於法庭（司法）

35 和俊文=山田洋=亘理格，有斐閣，2007，114-115 頁。

程序，後來擴張適用於行政程序。

另一方面，日本在 1993 年行政手續法制定前，於個別法中，已累積一定和行政程序有關之訴訟個案，至行政手續法施行後，日本學說指出：在行政程序法施行後，法律明文課予行政機關義務之程序若有瑕疵，原則上應可解釋為構成處分違法事由，因為若非如此，將會喪失課予行政機關程序義務之意義。告知・聽聞（相當我國聽證）、提示理由、以及處分基準之設定及公開，則被稱為正當程序之 4 要素³⁶。

我國則除個別法之規定外，於行政程序法施行後，學說指出：正當行政程序其內涵有：①公正作為義務：包含迴避制度、組織適法、片面接觸之禁止等。②受告知權：包含事前告知（預告）、事後告知（處分送達）、救濟途徑之教示等。③聽證權：包含聽證（正式的聽證權）及陳述意見之機會（非正式的聽證權）。④說明理由義務。⑤行政資訊公開³⁷。

二、法規範圍之問題點

（一）排除適用規定

行政程序法第 1 條規定：立法目的是為遵循公正、公開與民主之程序、保障人民權益、提高行政效能。不過，在第 3 條第 3 項卻又列了 8 款排除適用「本法之程序規定」。當中包含：「學校或其他教育機構為達成教育目的之內部程序。」（第 6 款）、「對公務員所為之人事行政行為（第 7 款）」。

此種規定，即有學說指出：「特別權力關係」似乎又在「行政程序」找到新據點，給人時空錯置的感覺³⁸。

不過，大法官之釋憲實務則顯然不完全贊同行政程序法之排除適用。如先前所見，大法官在釋字 491 號解釋指出：「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

36 櫻井敬子=橋本博之，行政法，第 4 版，弘文堂，2013 年，220 頁。

37 湯德宗，論正當行政程序，收於姓著前揭書（註 20），9-23 頁。

38 李震山，「正當法律程序」被當真嗎？

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，設立相關制度予以保障。」

於釋字 563 號解釋則又指出：「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。」

其次，行政程序法 174 條規定：「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。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。」對於此種不分權利救濟是有否急迫性、所依附之權利是否涉及人權之核心內容，不分權利救濟之輕重緩急，一律不得單獨以程序違反為理由進行救濟之規定，學說上不無質疑。如：在某些行政領域如商標專利之審查，程序正當性常影響實體正確性，程序保障之時間延緩，會使當事人蒙受實體之不利益³⁹。其次，程序救濟貴在即時，特別是在涉基本權核心領域之救濟時，若以「暫時性」限制為理由，恐欲蓋彌彰。因而，乃有程序事件救濟層級化構想之學說出現⁴⁰。包含：若涉基本權核心領域救濟之部分，行政程序法 174 條之適用應受限縮⁴¹。其次，具行政處分性質者，例如對機關拒絕處分相對人、利害關係人等，則不應暫時排除提起救濟。

（二）聽證、陳述意見

1. 目的及各國立法概要

於各國之立法例上：

美國聯邦行政程序法（Administrative Procedure Act；APA）將行政程序區分為「非正式程序」與「正式程序」。前者適用於非正式之行政裁決於非正式之規則訂定，僅須給程序當事人書面表示意見，且機關作成決定時，

39 洪家殷，權利保障與效能提升之抉擇，收於台灣行政法學會編，行政程序法之檢討、傳播行政之爭訟，元照，2003 年，169-170 頁。

40 李震山，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心，元照，2005 年，272-274 頁。

41 有關此點，參吳志光，論不服行政機關程序行為之救濟，律師雜誌 263 期，2001 年 8 月，21 頁。

僅須斟酌程序當事人所陳述之意見。而後者則適用於正式之行政裁決於非正式之規則訂定。此種程序之嚴謹度要求較高，須由人民與機關兩造進行爭訟式之聽證，且機關須依聽證紀錄作成決定。

日本行政手續法，則對於機關作成對人民不利益處分時，課予機關應予人民「辯明」之機會或進行「聽聞」程序之義務。前者，原則上限於以書面表示意見，後者則須經言詞辯論。不過，兩者之結果均僅提供作成決定之「參酌」⁴²。

德國聯邦行政程序法，對於聽證權之保障亦區分「非正式程序」與「正式程序」兩者。前者為有關「當事人聽證權」之程序，不以言詞辯論為必要。後者原則上，須經言詞辯論並送達當事人。不過，言詞辯論之內容則僅供機關參考⁴³。

我國行政程序法中，有「聽證」與「陳述意見」兩者之不同規定。此二者均為保障人民「聽證權」之重要程序，為「正當法律程序」重要核心內容之一環。本法雖無正式或非正式程序之區分。不過學說上將前者稱為「正式的聽證權」、後者則稱為「非正式的聽證權」。本法規定之「聽證」與「陳述意見」之主要目的，在於保障人民於處分作成前，有對機關表達自己意見之機會，藉此保障處分之正確性並保障人民權益⁴⁴。

2. 不利益處分之「陳述意見」及「聽證」

2-1. 聽證

我國行政程序法中，有關正式之「聽證」程序於該法 54-66 條有詳細規定。其次，於該法 102-109 條則有「陳述意見」及「聽證」之相關規定。行政程序法上之「聽證」基本上是採較為嚴謹的「準司法程序」，其內容包含：事前通知當事人（55 條）、公開言詞辯論（59 條）、當事人詰問（61

42 日本行政手續法中有關機關於不利益處分作成前應踐行之「弁明」、「聽聞」程序之內容，參宇賀克也，行政法概說 I 5 版，2013 年，428 頁以下。

43 德國聯邦行政程序法之內容及啟發展，參陳春生，行政法之學理與體系（二），元照，2007 年，27 頁以下。

44 湯德宗，論行政程序法的立法目的，月旦法學雜誌 56 期，2000 年 1 月，50 頁。其後，收於氏著，前引書（註 20），51 頁以下。

條)、主持人中立公正(62條)、應作成書面紀錄(64條)、處分作成應斟酌聽證結果(108條)。不過,行政程序法對舉行聽證,於107條規定兩種情況。其一、為法規明文規定應舉行聽證者。其二、為行政機關認為有舉行聽證之必要者。

前者如:在行政程序法164條第1項規定:「行政計畫有關一定地區土地之特定利用或重大公共設施之設置,涉及多數不同利益之人及多數不同行政機關權限者,確定其計畫之裁決,應經公開及聽證程序,並得有集事權之效果。」不過,除此之外,我國實定法上少有此種規定⁴⁵。後者,則由機關依職權裁量是否舉行聽證。不過,實務上行政機關在成本考量之下,於處分作成前選擇舉行聽證之可能性即微乎其微。以釋字709號解釋之系爭法規而言,若於都更程序中明文規定:主管機關於核定事業計畫前應舉行聽證,且事業計畫之核定應受聽證內容拘束,則當事人可能就較能接受主管機關之決定。

對於此種法規範面的問題,即有學說指出:若欠缺適時給予聽證機會,行政程序基本上只是機關的法制作業準則而已,無法真正保障人民的程序基本權⁴⁶。再者,各種不同之行政程序要求,若都要求司法者舉出具體之內容,亦可能會出現司法干預立法之權力分立之問題。有關此點,筆者過去即曾於對釋字709號解釋之評析中指出⁴⁷:大法官對都更相關「正當行政程序」之具體要求,「似有以立法指導者之角色指導立法之嫌」而會有違反權力分立原則之虞。

2-2. 陳述意見

依行政程序法,於機關作成處分時,應在何種範圍內須給予相對人陳述意見,主要有兩種情況。其一為、「行政機關基於調查事實及證據之必要,得以書面通知相關之人陳述意見。」(39條)。其二為、「行政機關作

45 如和核廢料貯存事項有關之放射性物料管理法第8條、第17條、國家通訊傳播組織法第9條第7項、公民投票法第10條第2項、農村社區土地重劃條例第6條等,雖有聽證之規定,不過這些法律亦都僅於例外情況下要求聽證。

46 黃丞儀,前引文(註18),8頁。

47 拙文,前引文(註30),50頁。

成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第三十九條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規另有規定者，從其規定。」（102條）。亦即，行政程序法以機關作成對人民之「不利益處分」時，應事先給予陳述意見之機會為原則。

在程序上機關應先對當事人預告（104條）、陳述意見以書面為原則，但當事人亦得於提出陳述書期限內，親赴機關以言詞陳述（154條1項4款）。當事人無正當理由不於期限內提出陳述意見書，視為放棄陳述意見之機會（105條）。於上述兩種陳述意見之情況，前者為和行政調查有關，而後者則為機關於作成不利一處分前，給予人民答辯之機會。兩者在目的、性質上並不盡相同。因此，是否可因在調查階段已經給予陳述意見之機會，即可於作成不利處分前，不再踐行此種程序，即有諸多質疑。如：兩者之目的、性質、內容均有很大差異。不分青紅皂白以前者可替代後者，不符憲法正當程序保障之批評⁴⁸。另有學說認為：應將適用範圍限縮解釋為，除已依第39條規定通知相對人就本案重要事實陳述意見，始得不再依102條踐行此種程序⁴⁹。

其次，後者之情況則又在行政程序法103條中，設下許多得不予當事人陳述意見之機會，包含：「①大量作成同種類之處分。②情況急迫，如予陳述意見之機會，顯然違背公益者。③受法定期間之限制，如予陳述意見之機會，顯然不能遵行者。④行政強制執行時所採取之各種處置。⑤行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者。⑥限制自由或權利之內容及程度，顯屬輕微，而無事先聽取相對人意見之必要者。⑦相對人於提起訴願前依法律應向行政機關聲請再審查、異議、復查、重審或其他先行程序者。⑧為避免處分相對人隱匿、移轉財產或潛逃出境，依法律所為保全或限制出境之處分。共8款。

48 廖元豪，儀式性的聽證權—從正當程序觀點檢討「陳述意見」與「聽證」之制度及實踐，收於台灣行政法學會編案，行政程序法之實施經驗與存在問題—聽證之理論，元照，2009年，281頁。

49 湯德宗，前引文（註44）146頁以下，之後收於氏著前引書（註20）67頁。類似見解，黃錦堂，行政程序法理念與重要釋義問題之研究，收於翁岳生七秩祝壽論文集（中），元照，2002年，410-411頁。

自權利保障和行政成本兩者衡平之考量，機關於作成處分前，對於諸如：情況急迫、所涉權利、利益輕微等情況，雖未必均須予當事人陳述意見之機會。不過，我國行政程序法對於程序意見之排除規定，即有學說指出：排除適用之規定共 8 款包羅之廣為各國立法所僅見。原本於法務部草案中，全部 6 款之範圍較德日廣泛甚多，實際上須通知相對人陳述意見之處分已所剩無己。經行政院修改後，則再加重重限制。第 7 款之先行程序已屬救濟階段，與處分作成前應給予陳述意見機會，目的、性質應不相同。而第 8 款之事由則非不能包含於第二款範圍，不僅蛇足且徒增立法嚴苛之感⁵⁰。對於以上學說，筆者除表贊同外，須補充的是，第 5 款「處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者」之規定，易使機關有過大之裁量空間，使憲法上「正當法律程序」適用於行政程序時流於空洞，而無法實現憲法之價值。

再者，行政程序法 114 條中，另又有：「違反程序或方式規定之行政處分…，因下列情形而補正：一、須經申請始得作成之行政處分，當事人已於事後提出者。二、必須記明之理由已於事後記明者。三、應給予當事人陳述意見之機會已於事後給予者。四、應參與行政處分作成之委員會已於事後作成決議者。五、應參與行政處分作成之其他機關已於事後參與者。前項第二款至第五款之補正行為，僅得於訴願程序終結前為之；得不經訴願程序者，僅得於向行政法院起訴前為之。」

此種得於事後「補正」之規定是否會使得陳述意見之功能蕩然無存，亦引起高度關注。學說上有以限縮解釋，嘗試淡化「補正」之法律效果者。如：僅「在可變更原處分之行政程序中為之」方有意義⁵¹。或是：僅得於補行程序後，對依原「違反程序」所作成之「實體決定」不生影響時，使得補正⁵²。此說之問題在，於機關補正陳述意見程序後，是否會變更原處分之效果？應由何者認定對「實體決定」不生影響？如何舉證？之問題。

50 吳庚，行政法之理論與實用 12 版，自版，2012 年，594-595 頁。

51 陳敏，行政法總論 5 版，自版，2007 年，802 頁。

52 湯德宗，前引書（註 20），113 頁。

若要求由處分相對人舉證，除增加負擔而無法落實正當法律程序之價值外，若是處分作成之基礎為法規賦予機關有高度裁量空間之事項，則人民恐更無力舉證。

因此，另有學說主張：若正當程序為憲法上之要求，則一律容許程序瑕疵得予「補正」之規定，無異容許機關得將「事前程序」變為「事後救濟」並不妥當。並提出：只要系爭程序瑕疵「可能影響」處分內容，即不許以「補正」方式逃避⁵³。此說嘗試以目的限縮之解釋方法，將得「補正」之範圍，限制在「可能影響」處分內容。不過，憲法上「正當法律程序」之主要意義之一，在於事前由當事人參與程序，陳述理由，以避免機關恣意或依錯誤之事實作成處分。與是否因「補正」程序後，處分內容是否得變更，似無絕對關聯性。且「可能影響」處分內容之認定，應由何者？如何認定？恐又是另一難題。

有關此點，過去日本司法實務上，對於撤銷計程車執照及停止營業處分作成前，當事人雖受通知進行「聽聞」（相當我國聽證）程序，不過主管機關僅告知違法之法條，而沒有告知具體之違反事實，程序瑕疵受到爭執。對此。日本大阪地方法院，於 1970 年日本行政手續法尚未制定前之判決中指出：「…必須在聽證前告知撤銷執照等之處分原因，欠缺此告知之瑕疵，由於是違反聽證制度之重大瑕疵，此瑕疵不論是否會成為對本件處分有實體〔影響〕之根據，將其解釋為本件處分應予撤銷之事由乃為相當⁵⁴」值得參考⁵⁵。其次、若因行政成本考量，而須有得予補正之情況，筆者認為似應只限定在：情況急迫無法於事前聽證或陳述意見、或是所涉利益輕微之範圍，方不致使「正當法律程序」喪失其原本之意義。

三、處分作成前之程序瑕疵的司法審查

如上述，我國自 1990 年代後半，大法官即開始積極將源自英美的「正當法律程序」之實質內容導入釋憲實務中。而自釋字 409 號解釋 (1996.7.5)

53 廖元豪，前引文（註 48），286 頁。

54 大阪地判昭和 55 年 3 月 19 日行集 31 卷 3 号 483 頁〔ニコニコタクシー事件〕

55 日本有關程序瑕疵之評論，參神橋和彦，手続的瑕疵の效果，芝池義一＝小早川光郎＝うが克也編，行政法の争点 3 版，有斐閣，2004 年，64-65 頁。

之後，大法官亦積極將憲法上的「正當法律程序」適用在和事前行程序有關之解釋。在釋字 709 號解釋中，大法官更首度使用「憲法上正當行政程序」用語，明確將憲法上「正當法律程序」之保障導入行政程序。大法官之解釋除若干論點，有再細緻化外之必要外，學說上大多對大法官引進「正當法律程序」之憲法解釋予高度評價。不過，憲法價值之落實有待大法官以外各級法院於個案中予以實現。以下，以和行政機關作成行政決定前之核心程序「聽證」、「陳述意見」有關之個案，分析實務上之運作狀況。並就日本之正當行政程序發展動向進行比較性檢討。

1. 我國

我國司法實務，如上述於行政程序法在 2001 年施行後，由於該立法有許多缺漏，司法實務在個案審查之態度也多持消極之態度。曾有學說對 2007 年最高行政法院相關判決進行調查，找不到任何一個因機關作成處分前，未踐行「陳述意見」或「聽證」而導致原處分被撤銷之個案⁵⁶。

筆者以最高行政法院近 3 年（2014.1.1-2016.10.1），有關「聽證」、「陳述意見」之判決，透過司法院法學資料全文檢索資料。以「陳述意見 & 行政程序法第 102 條」，以及「陳述意見 & 行政程序法第 103 條」之檢索語進行蒐尋。當中，和「**陳述意見部分**」有關之裁判共 57 件（判決 54 件裁定 3 件、詳見文末附表二），當中**僅有其中一件（105 判 442）**認未給予當事人陳述意見之機會，不符合行政程序法 102 條之規定而駁回者。其餘均認未給予當事人陳述意見之機會符合行政程序法第 103 條「得不給予陳述意見之機會」。其次，最高行政法院所作和聽證有關之裁判，近 3 年（2014.1.1-2016.10.1）則共有 12 件，不過並無任何因聽證程序瑕疵而撤銷原處分之裁判。

有關上開最高行政法院唯一一件，因程序瑕疵而撤銷原處分之判決⁵⁷。上訴人為花蓮縣玉里國小，被上訴人為上訴人之專任運動教練，因被上

⁵⁶ 廖元豪，前引文（註 48），289-294 頁。

⁵⁷ 最高行政法院 105 年度判字第 442 號判決（2016 年 8 月 25 日）。

訴人涉及體罰學生遭上訴人解聘。判決中，最高行政法院引原審判決⁵⁸認定之事實，僅指出：「惟經原審依調查證據之辯論結果……未給予被上訴人陳述意見之機會，亦不合行政程序法第 102 條規定，因將訴願決定及原處分均予撤銷…核其認事用法並無違誤，所適用之法規與該案應適用之法規並無違背，與司法院解釋、本院判例亦無牴觸。」並作出支持撤銷原處分之原審判決。

最高法院於本件判決雖指出，未給上訴人陳述意見之機會違反行政程序法 102 條之規定。不過，判決中並未論證究，未踐行事前程序，即構成原處分得撤銷之原因，或因未踐行事前程序，而會影響本件解聘處分作成之事實認定基礎。且大法官歷年作出之「正當法律程序」之憲法解釋，其內容均未被提及。其次，於其他受最高行政法院判決駁回之案件中，大多以行政程序法 103 條第 5 款「行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者」未予上述人陳述意見，於法亦無不合。

如上所見，我國司法實務上，對於行政之「正當法律程序」之重要性之認定非常消極。且在相關判決中，憲法上「正當法律程序」似離行政法院的法官非常遙遠。

2. 日本

相較於我國，日本之現行憲法規範中亦無類似美國「正當法律程序」之明文，此點和我國類似。日本憲法上和刑事程序保障有關之 31 以下等條文，可否將其適用到行政程序上，雖有學說上不同見解，不過如先前所檢討者，大致是支持，憲法規範應可導出有在行政程序上「正當法律程序」適用之可能。

而在司法實務上，代表性案例為，日本國會對為了限制反對成田機場建設通過之特別立法（通稱「成田新法」），對機場周邊一定範圍內之私人特殊用途之建物（工作物）禁止其在多數暴力主義破壞活動者之集合使用，且對違反者科處 6 個月以下徒刑或 10 萬日圓以下罰金。於機關指定一

58 原審判決為臺北高等行政法院 103 年度訴字第 811 號判決（2015 年 4 月 13 日）。

定期間限制利用前，並未給當事人「弁明」、「聽聞」等陳述意見之機會，是否違憲之訴訟案件。對此，日本最高法院於 1992 年判決⁵⁹中，首先指出：「憲法 31 條所規定的法定程序之保障，雖然是直接和刑事程序有關之規定，**對行政程序而言，僅以其非刑事程序為理由，即判斷所有之行政程序均不受該憲法條文保障，並不妥當**」肯定行政程序亦受憲法 31 條「正當法律程序」之保障。

其次，以刑事程序和行政程序在性質上的差異，依行政目的之多樣性為依據，於判決中指出：「對處分相先對人未必都必須給予告知聽證之機會」，至是否賦予該種機會，則採用：「**依行政處分所受之限制的權利利益之內容、性質、限制之程度、藉由行政處分所要達成之公益的內容、程度、緊急性等**」之綜合考量加以決定之審查基準。而有關本法並未規定事前程序，則受到限制之權利利益的內容為限定的、以及所要達成之公益內容為高度且有緊急之必要性為依據，從而導出並未違反憲法 31 條之意旨的結論⁶⁰。

此種綜合性比較衡量的基準，受到學說上批評⁶¹指出：過於抽象概括而無法成為實際有效之基準。之後，並在日本最高法院所作的相關判決中⁶²中受到援用。有關此點，本判決中另有，**園部逸夫、可部桓雄**兩位法官提出其**個別意見書**。**園部**認為，對於不利益處分，有必要規定「弁明、聽聞」等事前程序，**可部**則認為：在以行政處分對私人所有權作重大限制時，應該是在憲法 31 條保障之範圍，認為應設客觀基準。不過，**園部**認為在程序具體化時，應該承認廣泛的立法裁量，**可部**則強調本件工作物的特殊性，在結論上認為本法合憲。

59 最判平成 4 年 10 月 29 日民集 46 卷 7 号 1174 号

60 本件判決解說參小島慎司，行政手続に対する 31 条の適用・準用—成田新法事件，憲法判例研究会編，判例プラクティス憲法増補版，信山社，2014 年，243 頁。

61 宮地基，行政上の不利益処分と適正手続，長谷部恭男＝石川健治＝穴戸常寿，憲法判例百選 6 版，有斐閣，2013 年，250-251 頁。

62 包含：①. 原子爐設置許可處分時，並未給周邊居民告知聽證之機會的事例（最判平成 4 年 10 月 29 日民集 46 卷 7 号 1174 号）、②於作成教科書審定不通過處分時，未給執筆者告知聽證之機會的事例（最判平成 5 年 3 月 16 日民集 47 卷 5 号 3488 号）、③基於美日安保條約軍日美軍用地特別措施法，於土地徵收時，不承認利害關係人意見書（最大判平成 8 年 8 月 28 日民集 50 卷 7 号 1952 頁）、④同法修改後，於土地暫時使用時，並未給所有權人告知聽證之機會的事例（最判平成 15 年 11 月 27 日民集 57 卷 10 号 1665 頁）、⑤基於本法 3 條 8 項，於作成工作物處分時，未給所有權人告知聽證之機會的事例（最判平成 15 年 11 月 20 日民集 50 卷 7 号 1952 頁）等，均以簡單之比較衡量駁回違反憲法 31 條之主張。

學說上多數認為伴隨行政作用之性質，可有例外，但須限定在必要最小限度才可容許。若是如此，則園部意見雖指出：「在附上緊急不得已的情況之除外規定之後，期盼有事前程序之規定」毋寧說，設立該種規定為憲法上的要求，不分個別命令有無緊急性，完全欠缺事前程序之本案系爭法規，即有強烈違憲之虞。即便是觀察本件各處分，本件系爭工作物在命令前即已置於警察的管理之下，並無以系爭成田新法 3 條 1 項所指之型態加以使用之急迫性。而自第二年之後的命令，應有給予告知聽證之充裕時間。因此，應該是找不到不給予告知聽證之機會的合理理由。

3. 日本行政手續法及司法實務動向

本件判決後 1993 年 11 月，日本制定了和行政過程中事前程序之一般原則有關的「行政手續法」，於該法 13 條規定：機關於做成不利處分時，應事前給予「聽聞」、或「弁明」之機會。本法為將憲法要求之正當程序具體化之法律，其內容是否合於憲法之要求，則有待檢驗⁶³。

其次，有關處分有程序上之瑕疵，該處分是否會成為無效或得撤銷之事由。有關此點，基本上因採：①**重視行政程序之意義**之想法、以及②**行政程序只不過是擔保實體決定之正確性的手段**之不同立場，在結論亦可能上會有所不同⁶⁴。對於行政機關未踐行陳述意見等相關程序，而有瑕疵程序之法律爭議之司法案例，於日本行政手續法制定前，日本最高法院作出，只在程序瑕疵會對行政機關之實體判斷造成影響之可能時才會造成處分違法之解釋。於 1971 年的**個人計程車事件判決**⁶⁵中指出：於處分作成前，因未公告處分基準而作成之行政處分，有「獨斷之嫌疑」，且於聽證程序中，若聽證官能給予執照申請人，主張其想要轉行開計程車及轉其他行業有所困難之理由，就這些事實之主張提出證據的話，原處分機關或即可能作出不同之判斷。而判斷本件處分違法而撤銷原處分⁶⁶。

63 有關此點，在同法第 3 條、4 條、13 條 2 項廣泛承認例外，另外許多個別法也規定排除該法之適用，特別成為問題。

64 櫻井敬子=橋本博之，行政法 4 版，弘文堂，2013 年，219 頁

65 最判昭 46.10.28 民集 25 卷 7 號 1037 頁

66 本件判決評釋，參恒川隆生，個人タクシー免許申請の審査手続，宇賀克也=交告尚史=山本隆司編所収，行政判例百選 I 6 版，有斐閣，252-253 頁。

另一方面，於 1975 年的**群馬中央巴士事件判決**⁶⁷ 中則指出：即便以適正之公聽會審理，若其結果並無足以左右審議會認定之判斷的可能，則即使程序不備也不會成為處分撤銷之原因。其次，於下級法院的動向，除有前開大阪地方法院 1970 年判決中，認為機關作成處分未予告知違反事實，乃違反聽證制度之重大瑕疵，而撤銷原處分之判決外，另有大阪地方法院於 1989 年之判決中，對於處分作成前因沒有踐行聽證程序，而不待論述其結果如何，即認定處分有重大瑕疵構成撤銷事由之裁判例⁶⁸。

綜合而言，有關行政程序瑕疵之法律效果，過去日本判例採上述①②兩種說法之中間立場，一方面肯定行政程序在法律上之意義的重要性，採對某種程序之瑕疵會立即導致處分違法之立場。另一方面，在非該種情況時，則就程序瑕疵是否會造成處分撤銷之原因進行個別判斷⁶⁹。不過，學說指出，於日本行政程序法施行後，在作為機關之行為義務上，只要有法定程序之瑕疵事由，即應將其解釋為處分違法事由。

其次，於 2001 年，在有關爭執處分作成前未告知理由以及公開審查基準的個案中，東京高等法院於 2001 年的判決⁷⁰ 中指出：「未踐行行政手續法所規定之重要程序所作之處分，除該申不合法之處有一看之下即有非常清楚等特別之前況，不免要以違反行政手續法之違法處分予以撤銷」判決中基本上是站在，只要重要程序欠缺或不備，原則上即構成違法而應予撤銷之立場。

四、小結

有關憲法上的「正當行政程序」，由近年我國行政訴訟之個案觀之，判決中對於該種價值、理念持非常消極之態度。學說上大多將此原因歸責於我國行政程序法之立法缺失。不過，「正當法律程序」原本即源自於自然權思想，即便行政程序法之內容有若干不合憲法理念之處，各級法院仍

67 最判昭和 50.5.29 民集 29 卷 5 號 622 頁

68 大阪地判平成元年 9 月 12 日判時 1345 号 63 頁。

69 櫻井敬子=橋本博之，前引（註 64）220 頁

70 東京高判平成 13 年 6 月 14 日判時 1757 号 51 頁。

可引用大法官解釋予適用或補充。不過，此種憲法上之理念，似仍尚未充分貫透到各級法院。

其次，二戰後的日本憲法，並無類似美國聯邦憲法第 5、第 14 修正條文同樣之內容，此點和我國相同。日本最高院在行政手續法還沒制定前，即曾於上述 1971 年之個人計程車事件判決中作出，因處分作成前之聽證程序瑕疵，而撤銷原處分之判決。之後，於 1992 年的成田新法判決中，日本最高法院雖駁回上訴，不過該判決則指出行政程序亦受日本憲法 31 條之「正當程序」保障。該判決中對於判斷行政程序是否「正當」，提出「綜合性比較衡量」基準，此和我國大法官釋字 689，709 號解釋中所提示之審查基準非常類似。不過，學說上卻批評其抽象概括而無法成為實際有效之基準。有關在何種程序要求下，方為「正當」，不只是我國，在比較法上，似也是美國、日本向來之難題。有待未來在實務、學說上再加深化。

伍、結語

首先，「正當法律程序」是來源自於自然權思想。美國法上的「正當法律程序」，原初亦是以聽審程序為中心所發展而來。在思考我國「正當法律程序」特別是有關「正當行政程序」之問題時，雖不可忽略美國法上「實質正當」之意義，不過「程序正當」之問題，或許才是於個案審查或探討時必須留意之重點。

其次，我國憲法上並無類似美國憲法第 5 或第 14 修正之一般正當法律程序之規定，憲法第 8 條之正當法律程序也只限定在刑事程序之適用。另，我國憲法 22 條為有關人權保障之抽象性之概括條款，於規範上類似日本憲法第 13 之規定。有關包含憲法上「正當行政程序」之「正當法律程序」依據，其根據或可援用為憲法 22 條，而在具體內容上準用憲法第 8 條之規定，或為妥適之解釋。

第三、我國學說對大法官將「正當法律程序」引進憲法釋憲實務之努力，雖大多給予以高度肯定。不過在訴訟個案上，行政法院之法官則採非常消極之態度。憲法上「正當法律程序」之價值，要透過個案予落實，似尚有許多必須克服之問題。我國學說多將此種現象歸咎於行政程序法等相

關立法之缺失。在此，筆者並非否認此種見解。只是，在我國要落實憲法價值之原因，恐怕冰凍三尺非一日之寒。包含：釋憲制度雖採歐陸之憲法法院型，卻不引進憲法訴願制度。或是依 1999 年全國司法改革會議決議，將法院組織改為一元單軌，則於個案上即較有可能落實憲法之價值。再者，過去國家考試長年輕忽憲法考科，或許也是憲法之理念或價值無法深植於各級法院法官的原因之一。

未來有關如何落實憲法上之「正當行政程序」，除法規範面的改革外，對於如何加強相關人員之憲法意識，或亦為我國能否邁入**真正值得驕傲的「立憲主義先進國家」**之林的重要關鍵。