

從正當法律程序要求到正當行政程序 要求兼論律師於行政程序中的定位

胡博硯*

壹、前言

正當法律程序這個名詞的出現大概是在30年前，我剛接觸到法學教育的時候，而實際上來說出現在我國的法學實務中，最早應該是司法院釋字第384號解釋與392號解釋，隨著釋憲的實務，慢慢地對於其內容更為的清楚。而之後更有正當行政程序出現在釋字第709號解釋，這兩個到底有什麼差異。而真正在行政程序當中，目前要處理的棘手難題應該是民眾到底在行政程序中扮演的角色為何？特別行政處分就定義上來說乃是單方的行政作用，相對人往往只能接受決定，而在這個決定做成的時候，相對人可否更為的積極參與。而一個很現實的問題就是，當事人很多對於法律規範並不了解，可否透過律師的協助來處理問題呢？

貳、正當法律程序到正當行政程序

一、正當法律程序的內涵

關於正當法律程序的規定，因為在憲法當中並沒有明確的規定，當然最終都會指向於

美國憲法修正案第5與第14修正案中的規定。而在我國憲法當中，就文義上其實是找不到正當法律程序的。不過，文義上沒有不代表其不存在，至少大法官在歷史的演進當中，已經幫不同的權利找到定位。而基本權也有程序保障功能這點是沒有疑問的。而在正當法律程序的要求上，早期從司法院釋字第392號解釋出發，不管是396號解釋、436號解釋與491號解釋等，多在處理關於審判程序以及人身自由的侵害，也因此推論，我們都會認為我國關於正當法律程序的要求乃是出發於憲法第8條人身自由與審判權保障。

因為最初在釋字第392號解釋解釋理由書關於正當法律程序的闡釋，大法官是這樣說的：「基於保障人民訴訟權之觀念，以「當事人對等原則」配合理解憲法第八條第一項所規定正當「法律程序」之意義，亦可證明同條項前段所稱之「司法機關」，不應包括檢察機關在內。若使代表國家身為刑事訴訟程序當事人之檢察官亦得決定、執行羈押者，非但不符「當事人對等」，亦折損實質正當之「法律程序」之嚴肅意義，以及人民對於國家訴追犯罪之公信力。故應將檢察官排除於「司法機關」之外，始能符合正當法

* 本文作者係東吳大學法律學系專任教授

律程序之憲法意義」。釋字第396號解釋乃在處理公務員懲戒程序，這個部分大法官又基於憲法上的審判權保障來出發。而且在這號解釋中大法官指出，「本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。」在這之下，大概可以理解正當法律程序的程序保障要求要有直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，當事人最後陳述之機會等。

二、正當行政程序

如前所述，這個正當的法律程序，如果就美國憲法來說，憲法第5修正案或者第14修正案在剝奪人民權利的程序中扮演重要角色但倘若沒有呢？就沒有這個程序嗎？或者是做成的決定乃是為尋求公共利益的時候，那這樣的程序又是如何呢？而我國大法官在處理正當法律程序的時候主要都在處理審判權，那在行政程序上要怎樣正當呢？事實上來說，行政程序法本身就是在建構一個正當的行政程序，這點從立法目的上面就可以看到。

關於在我國實務中正當行政程序要怎樣建構，首推司法院大法官釋字第709號解釋。在該解釋的理由書中，大法官先說明了，「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（本院

釋字第六八九號解釋參照）。」而這樣的正當法律程序，在行政程序當中也應該要有出現。尤其在該號解釋中大法官指出，「都市更新之實施，不僅攸關重要公益之達成，且嚴重影響眾多更新單元及其週邊土地、建築物所有權人之財產權及居住自由，並因其利害關係複雜，容易產生紛爭。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、處分之內容與效力、權利限制程度等之不同，規定應踐行之正當行政程序，包括應規定確保利害關係人知悉相關資訊之可能性，及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，限制人民財產權及居住自由尤其直接、嚴重，本條例並應規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，始無違於憲法保障人民財產權及居住自由之意旨。」在這號解釋中，把正當法律程序的內涵解為應規定確保利害關係人知悉相關資訊之可能性，及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。

這些規範事實上來說，在我們現行的行政程序法規定其實都有出現，例如資訊的告知，行政程序法第六節第36條以下規定，就是在調查事實與證據的程序。而在大法官所

提的陳述意見來說，行政程序法第39條與第102條也有規定，至於聽證則有整節的規範。但行政程序法不管作為普通法或者是作為基本法的規定，還是有行政法各論的規定做了不同程序規範，所以也才有前述釋字第709號解釋中都市更新條例的規定。而且即使有陳述意見，或者有聽證，內容仍否被採納才是當事人在乎的地方，如何使人民所講的與所要求的被行政機關考量到呢？

三、小結

如果從大法官的見解來說，正當法律程序演變到正當行政程序，基本上變化有限，主要是要求程序參與的嚴整性，這點也是行政程序法立法的目的，不過雖然有程序保障的要求，但我們細看一下行政程序法還是有些問題，如前述的陳述意見，另外即使程序上有問題，依據行政程序法第114條規定不管是理由、陳述意見等都有補正的機會。另外，即使行政程序上可能有所缺漏，但也不一定是可以單獨作為救濟的事由，因為行政程序法第174條規定了，「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。」如果這樣來看程序參與，似乎在現行的行政決定中容易被忽略，因為它既可以補正又不

能單獨救濟，重要性也沒有那麼重要，那我們不管正當法律程序與正當行政程序到底可以達成什麼要求。而如果我們細部來看待這個問題，就會發現其實諸多問題的焦點都在於聽證，例如土地徵收，就有立法委員要求所有程序都需要進行聽證¹。氣候變遷因應法立法之時，關於是否有聽證程序也成為爭執的焦點²。而沒有聽證程序也是司法院釋字第709號解釋認為不符合正當行政程序的理由之一。當然其實民眾的參與不應該只是聽證，但顯然這個讓民眾可以參與決定過程很重要，以下的討論就集中在公民怎麼參與。

參、現行的公民參與程序

一般來說，關於公民參與的部分，在行政程序法目前可以想像到的就是在行政程序法中規定的聽證與陳述意見兩者。不過，在行政法各論上來說，討論可能不能僅止於此，因為在不同法律規範中其實有著說明會、公聽會以及公開說明等不同程序的要求。而在行政學中，國內多位學者介紹了Sherry Arnstein於1969年提出「公民參與階梯」理論（ladder of citizen participation）³，其講述了獲得授權的公共機構和官員如何與公民權力取得平衡，以及如何提高公民機構、控制和權力的參與。而按權力分享予公民的程度，提出8個政治參與的層次。這個八層次分別

註1：<https://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/3257874>（最後瀏覽日：2024年1月5日）

註2：<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20230104001886-260405?chdtv>（最後瀏覽日：2024年1月6日）

註3：Arnstein, Sherry R.. 1969. A Ladder Of Citizen Participation. *Journal of the American Institute of Planners*. 35:4. 216-224.

為：操縱、治療、告知、諮詢、安置、夥伴關係、授權、公民控制等。目前已經為國內行政學所熟知的理論，卻可能沒有辦法完整的實踐在我國的行政法實務中，但也可能帶來參與的變化。

一、行政程序法的公民參與程序

而回到行政程序法規定參與機制，就只有兩個方向，一個是聽證，另外一個是陳述意見。聽證之精神用在司法上面就是聽取各方意見，賦予各方陳述意見之機會，以維繫公平，就此就屬於聽審之權利⁴。

整體來說，在程序上聽證與陳述意見都會被列入所謂的聽審權⁵，或者是被認為也是聽證權的部分⁶。陳述意見乃是使當事人對於程序、程序標的與應做成的決定及事實基礎，乃至法律觀點與裁量斟酌等狀況表示意見⁷。簡言之，陳述意見等權利的賦予，乃是為避免行政機關的專斷，因此賦予當事人在行政程序上面也有聽審請求權⁸。這些意見必須要在做成決定的時候被考量⁹。這些陳述的內容都應該是所謂的照料義務的一部分，即行政程序法中基本原則要求的有利與不利均應注意的要求，此點於刑事訴訟法第2條第1項規定同。

關於陳述意見，行政程序法第102條規定為，「行政機關作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。」這個部分僅限於限制人民權利之處分，且如果於調查時已經通知其陳述意見時，則可免除，但陳述的範圍或事實其實可能有差距，再加上有第103條的規定，得不給予陳述意見之事由，因此在實務上本條文很難發揮功能。也因此很多要求要進行聽證，因為依據行政程序法第108條規定，「行政機關作成經聽證之行政處分時，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。前項行政處分應以書面為之，並通知當事人。」其效果明確，但這裡其實也僅規範應斟酌全部聽證之結果，行政機關還是可以自行去考量。不過由於聽證會做成聽證紀錄，且參與者較多，公開性較高，所以較為慎重。

但要選用聽證還是陳述意見，必須要有合理的考量，對此司法院大法官釋字第709號解釋理由書就提出，「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

註4：李震山（1999），〈論行政程序之民主化〉，《中央警察大學學報》，第31期，第7-8頁。

註5：湯德宗（2003），〈論正當法律程序〉，《行政程序法論》，第28頁；陳敏（2019），《行政法總論》，第10版，第822頁。

註6：吳志光（2017），《行政法》，8版，第284頁以下。

註7：陳敏，前揭註5，第822頁。

註8：陳清秀（1999），〈行政程序法簡介〉，《全國律師》，第3卷第4期，第17-18頁。

註9：Hartmut Maurer/ Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., 2017, S. 544; Rolf Stober/ Winfried Kluth/ Stefan Korte/ Sven Eisenmenger, Verwaltungsrecht I, 13. Aufl., 2017, S. 592-593.

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（本院釋字第六八九號解釋參照）。都市更新之實施，不僅攸關重要公益之達成，且嚴重影響眾多更新單元及其週邊土地、建築物所有權人之財產權及居住自由，並因其利害關係複雜，容易產生紛爭。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、處分之內容與效力、權利限制程度等之不同，規定應踐行之正當行政程序，包括應規定確保利害關係人知悉相關資訊之可能性，及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，限制人民財產權及居住自由尤其直接、嚴重，本條例並應規定由主管機關以公開方式舉辦聽證，使利害關係人得到場以言詞為意見之陳述及論辯後，斟酌全部聽證紀錄，說明採納及不採納之理由作成核定，始無違於憲法保障人民財產權及居住自由之意旨。」在此大法官強調，立法者制定的時候必須要顧慮到所涉基本權之種類、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。例如立法者就可以規定必須要經過聽證程序，如公民投票法第10條第5項規定，中選

會命公投提案人補正其提案前，應經聽證，則機關有舉辦聽證程序之義務。有線電視廣播法第12條第2項也有規定，對於第11條第2項第15款之人之適格性，中央主管機關應就促進市場有效競爭、保障消費者權益及其他公共利益之需要事項召開聽證，其有不利影響者應予駁回。低放射性廢棄物最終處置設施場址條例第10條，縣（市）政府自願於轄區內設置處置設施者，應經該縣（市）議會及鄉（鎮、市）民代表會議決通過，並經公告設置計畫及舉行聽證後，於潛在場址公告之日起四個月內，以書面檢具相關資料，向主辦機關提出申請。

但如果就目前行政程序法規定的參與程序，都是規定要求行政機關做成決定的時候去考量到人民陳述的內容或者是聽證的內容，不過，其作成決定不會受到必然拘束。而立法者目前在法律中規定要用聽證的機會也不多。

二、行政法各論中的其他參與程序

而除了上述的規範外，目前法律規範中尚有說明會、公聽會等設置。但目前沒有法律上明確規定的定義，前者應該只是向人民公開資訊的說明，例如都市計畫法第19條規定，「主要計畫擬定後，送該管政府都市計畫委員會審議前，應於各該直轄市、縣（市）政府及鄉、鎮、縣轄市公所公開展覽三十天及舉行說明會，並應將公開展覽及說明會之日期及地點刊登新聞紙或新聞電子報周知；任何公民或團體得於公開展覽期間內，以書面載明姓名或名稱及地址，向該管政府提出意見，由該管政府都市計畫委員會

予以參考審議，連同審議結果及主要計畫一併報請內政部核定之。前項之審議，各級都市計畫委員會應於六十天內完成。但情形特殊者，其審議期限得予延長，延長以六十天為限。

該管政府都市計畫委員會審議修正，或經內政部指示修正者，免再公開展覽及舉行說明會。」森林法第38條之4第1項也有規定，「地方主管機關受理受保護樹木移植之申請案件後，開發利用者應舉行公開說明會，徵詢各界意見，有關機關（構）或當地居民，得於公開說明會後十五日內以書面向開發利用單位提出意見，並副知主管機關。」

而公聽會的部分，可以設想為，各界提出意見使主管機關得以參採，上述的森林法第38條之4第2項就規定，「地方主管機關於開發利用者之公開說明會後應舉行公聽會，並將公聽會之日期及地點，登載於新聞紙及專屬網頁，或以其他適當方法廣泛周知，任何民眾得提供意見供地方主管機關參採；其經地方主管機關許可並移植之受保護樹木，地方主管機關應列冊追蹤管理，並於專屬網頁定期更新公告其現況。」森林法這裡規定的兩個會，開發利用者應該舉行公開說明會，而地方主管機關則是舉行公聽會。

但是法規上也有規定要由主管機關辦理的說明會，例如市地重劃實施辦法第16條規定，「重劃計畫書經核定後，主管機關應即依法公告，及通知土地所有權人，並舉行說明會，說明重劃意旨及計畫要點」。至於要說明什麼呢？在大部分的規範，都只簡要的指出要說明辦理事項的內容，例如前述的市地重劃實施辦法就僅指出要在計畫書核定後

舉辦說明會。但也有規定詳細的，例如區段徵收實施辦法第27條第1項與第2項規定：「主管機關通知土地所有權人召開抵價地分配作業說明會時，應同時檢送下列資料：一、抵價地分配作業要點。二、土地所有權人應領抵價地之權利價值計算表。三、抵價地分配街廓位置圖說。四、合併分配申請書。前項抵價地分配街廓位置圖說，應載明下列事項：一、各分配街廓之土地使用分區管制規定。二、各分配街廓之評定區段徵收後地價。三、各分配街廓之可分配權利價值。四、各分配街廓之最小分配面積及其所需之權利價值。五、各分配街廓之分配方向。」又依據該辦法第5條之1的規定，關於區段徵收的公益性與必要性評估報告，必須要記載該說明會辦理情形，因此這個規範相對於其他規定較為明確。

即使法規中有規範了說明會、公聽會等程序，但在規範中也沒有說明兩者的作用，例如文化資產保存法第24條第5項，「古蹟辦理整體性修復及再利用過程中，應分階段舉辦說明會、公聽會，相關資訊應公開，並應通知當地居民參與。」說明會、公聽會應該分階段辦理，但要有怎樣功能呢？在古蹟保存計畫作業辦法第8條，只規定了：「一、辦理說明會：計畫擬定前，就古蹟及其定著土地與周邊等相關範圍及計畫目標，舉行說明會並徵求意見。二、辦理公聽會：計畫擬定後，舉行公聽會，聽取機關、團體或人民意見。」看來就法律效果而言都是聽取意見，差異不大。

整體來說，這些以公聽會或說明會為名的措施，目前在法律上並沒有明確說明其法律

上的定位，但可以了解的是這些公聽會或者是說明會都是在做資訊發布與溝通的工作。森林法第38條之4的立法理由即認為，開發單位應舉行公開說明會，供有關機關或當地居民提出意見。文化資產保存法第24條第5項的立法理由則指出，「為強化古蹟保存之公民參與，爰增列第五項明定古蹟修復及再利用過程中，應分階段舉辦說明會、公聽會，相關資訊應公開，並應通知當地居民參與」。顯然這個部分符合我們上述的推論。

三、新的參與類型

在公民參與上面還有其他不同的方法，目前國內積極倡議的就是審議式民主下的公民參與。審議式民主（deliberative democracy）目前沒有法律上的定義，但一般來說這個審議式民主可以說是：「係利用理性思辨及公共討論方式，讓所有受到決策影響公民或其利害關係人能夠集體參與決策的一種形式。近年審議民主常被運用作為公民參與及公共議題討論途徑與機制，除了創造公民參與公共事務討論和決策機會，藉由審議參與過程，亦可增加民眾公共事務參與動機、提升政治效能感並串聯不同利害關係人間的社會連結，逐步由下而上強化民主素養與公民意識。¹⁰」而此前也有舉辦過類似公民審議活動，常見的有參與式預算的公民審議活動，例如早期新莊區中港大排規畫使用計畫的討論¹¹。

不過學說上的公民審議多存在實驗中，尤其目前強調的參與式預算，基本上並沒有明確的法律規定。比較不一樣的就是全民健康保險公民審議¹²，因為全民健康保險法第5條第3項規定，「健保會於審議、協議本保險有關事項，應於會議七日前公開議程，並於會議後十日內公開會議實錄；於審議、協議重要事項前，應先蒐集民意，必要時，並得辦理相關之公民參與活動。」所以健保的公民審議活動是有法律上的依據的。但這個參與活動的紀錄乃是作為全民健康保險會（健保會）審議的參考。

另外較新的法律規範，氣候變遷因應法第46條規定，「各中央目的事業主管機關應就其權責事項，在尊重人權及尊嚴勞動之原則下，諮詢因應淨零排放轉型受影響之社群，邀集中央及地方有關機關、學者、專家、民間團體採行適當公民參與機制廣詢意見，訂修該主管業務之公正轉型行動方案，送第8條第2項所定公正轉型之主辦機關。前項主辦機關應基於公私協力原則，整合各中央目的事業主管機關提交之公正轉型行動方案，採行適當公民參與機制廣詢意見，定期擬訂國家公正轉型行動計畫及編寫成果報告，報請行政院核定後對外公開。」但目前僅止於法律上規範，尚未有此經驗。

比較概括的規定則有文化基本法第9條第1項的，「國家於政策決定、資源分配及法規制（訂）定時，應優先考量文化之保存、活

註10：https://www.hisp.ntu.edu.tw/report_paper?id=401（最後瀏覽日：2023年11月22日）

註11：「中港大排規劃與使用」願景工作坊|環境資訊中心（e-info.org.tw）（最後瀏覽日：2024年1月4日）

註12：林國明／陳東升（2003），〈公民會議與審議民主〉，《台灣社會學》第6期，第61頁以下。

化、傳承、維護及宣揚，並訂定文化保存政策；文化之保存，應有公民參與機制。」。文化內容策進院設置條例第6條，「本院應建立公民參與機制，廣納社會各界建言及意見，並回應或說明。」

另外，在關於前述公聽會或者是說明會上面，在新的法律規定也有一些變化。例如最近公布的氣候變遷因應法第10條第1與第2項，「為達成國家溫室氣體長期減量目標，中央主管機關得設學者專家技術諮詢小組，並應邀集中央及地方有關機關、學者、專家、民間團體，經召開公聽會程序後，訂定五年為一期之階段管制目標，報請行政院核定後實施，並對外公開。中央主管機關為研擬階段管制目標，於召開公聽會前，應將舉行公聽會之日期、地點及方式等事項，於舉行之日前三十日，以網際網路方式公開周知；並得登載於政府公報、新聞紙或其他適當方法廣泛周知。人民或團體得於公開周知期間內，以書面或網際網路方式載明姓名或名稱及地址提出意見送中央主管機關參考，由中央主管機關併同階段管制目標報行政院。」到底這裡的程序應該要怎樣處理，其實在立法過程中曾有爭議，最終沒有規定聽證，但在公聽會規定上面比起其他法律的公聽會規定了更多程序要求。而類似的狀況在礦業法第31條第1與第2項關於礦業權申請的說明會也可以看到，其規定為，「設定礦業權之申請無第十九條及第二十九條之情形，主管機關應通知礦業申請人將其書圖文件刊登於指定網站，並在礦業申請地之鄉（鎮、市、區）公所、村（里）辦公室及部落公布欄公開展覽三十日，供民眾、團體及機關於刊登或公開展覽之期間內於指定網站或書面

表達意見後，舉行說明會，聽取意見，並通知土地與建築物所有人及使用權人參與。但石油礦及天然氣礦之礦業申請人得免通知土地與建築物所有人及使用權人參與。礦業申請人應將前項之書面意見及說明會紀錄彙送主管機關。」甚至在該條第6項規定，說明會之召開程序、應刊登與公開展覽之書圖文件及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之；礦業申請地位於原住民族地區者，由主管機關會商中央原住民族主管機關定之。而這規定是今年新修正的礦業法中增加的規範，所以目前主管機關尚在研議依據該條第6項授權訂定的礦業公開展覽及說明會辦法。

整體來說，就這些規範可以了解到，目前在處理說明會、公聽會的程序更加嚴謹化，而非只是各言爾志的會議。就立法理由上來說，這個部分顯然保障的是民眾知情權，使其可以參與。

肆、律師的定位在行政程序中的定位

而上述關於各種公民參與程序，除了當事人外，專門人員的參與也是有必要，因為當事人雖然為利害直接影響，但缺乏專門人員的參與則將導致當事人權利無法保障。

在法律上面其權利的代表者，應該就是律師了，但我們最近在入出國及移民法修法過程中律師到底可否出席面談過程等就發生爭議，而教師申訴評議委員會在審議解聘、不續聘、停聘、資遣案件時，當事人可能由律師陪同出席，但學校方往往以不同的理由，或者是以沒有法律依據來阻擋律師的出席，

教育部近期發函應允律師得陪同出席¹³。律師有如洪水猛獸般地不受行政機關歡迎，到底發生什麼事情了？

一、一般行政程序中代理人的定位

行政程序法中得委任代理人似乎應該為必然之理，行政程序法第24條也有規定，但該條規定為，「當事人得委任代理人。但依法規或行政程序之性質不得授權者，不得為之。每一當事人委任之代理人，不得逾三人。代理權之授與，及於該行政程序有關之全部程序行為。但申請之撤回，非受特別授權，不得為之。行政程序代理人應於最初為行政程序行為時，提出委任書。代理權授與之撤回，經通知行政機關後，始對行政機關發生效力。」而後面也還有單獨代理與代理權範圍的規定，這個規範看似跟行政訴訟規定相仿，但在行使上面卻充滿危機。這裡的代理人並不限律師，這個跟訴訟法的規定並不相同，而訴訟法長久以來的爭議就是是否需要律師強制代理，因為缺乏律師代理時，當事人是否有充足的能力去應付訴訟程序的要求即有疑義。不過，行政訴訟的規定則是原則上必須要律師強制代理，非律師如會計師、專利師只有在特定的案件中得擔任代理人，另外機關的法制人員得擔任機關的代理人。比較寬鬆的規定則是交通裁決事件，原告為自然人時，其配偶、三親等內之血親或二親等內之姻親；原告為法人或非法人團體時，其所屬人員辦理與訴訟事件相關業務。但在行政訴訟的前階段，訴願程序的代理人則沒有如此規定。訴願法第32條規定了，

「左列之人，得為訴願代理人：一、律師。二、依法令取得與訴願事件有關之代理人資格者。三、具有該訴願事件之專業知識者。四、因業務或職務關係為訴願人之代理人者。五、與訴願人有親屬關係者。前項第三款至第五款之訴願代理人，受理訴願機關認為不適當時，得禁止之，並以書面通知訴願人或參加人。」但這個條文除了律師是明確的外，後面的依法令取得與訴願事件有關之代理人資格者、具有該訴願事件之專業知識者、因業務或職務關係為訴願人之代理人者與親屬關係都規範不明確。這裡的親屬關係到底有沒有親等要求呢？何謂具有專業知識者。不過現行的訴願案件，絕大多數的情形都沒有委任代理人，但這個程序基本上主要為書面審理，所以對很多民眾來說其實跟陳情類似，部分的訴願案件提出也是以向機關陳情的方式為之，但機關其實會視狀況分類其為訴願還是陳情。而訴願當中，職權主義色彩明確，因為其實這也是一個行政程序，行政機關應該更主動處理問題，例如訴願法第58條第2項就規定，原行政處分機關對於前項訴願應先行重新審查原處分是否合法妥當，其認訴願為有理由者，得自行撤銷或變更原行政處分，並陳報訴願管轄機關。在這種情況下，如果也要求必須要律師強制代理，似乎有點強人所難。

不過，訴願法雖然以書面審理為原則，但依據訴願法第63條第2與第3項規定，訴願人、參加人有正當理由得請求陳述意見，訴願管轄機關亦得通知訴願人、參加人與利害關係人到達指定處所陳述意見。雖然當事人

註13：教育部112年11月30日臺教人（三）字第1120113271號函。

如果想要主動陳述意見必須要有正當理由，但何謂沒有正當理由？在這邊同樣的也涉及到正當行政程序的要求，如果不許其陳述意見，則對當事人的聽審請求權就是侵害。這裡的陳述意見不同於行政程序法的規定，行政程序法的陳述意見依據該法第105條規定，主要以陳述書的方式提出，例外的規定出現在第106條，該規定為，「行政處分之相對人或利害關係人得於第一百零四條第一項第四款所定期限內，以言詞向行政機關陳述意見代替陳述書之提出。以言詞陳述意見者，行政機關應作成紀錄，經向陳述人朗讀或使閱覽確認其內容無誤後，由陳述人簽名或蓋章；其拒絕簽名或蓋章者，應記明其事由。陳述人對紀錄有異議者，應更正之。」相比之下，訴願程序的陳述意見強調言詞陳述，並藉此可回復訴願會委員的問題以釐清疑慮。

甚至訴願法第65條以下，也有言詞辯論的規定，雖然訴願行言詞辯論幾乎未見，但在法規上仍有可能，如果此時代理人不具有能力，則如何協助當事人等進行言詞辯論等程序？因此，在訴願程序，如果只是單純的書面申請與審查或許現行制度應屬足夠，但倘若必須要出席陳述意見或者是言詞辯論，則應該考量到代理人的能力，否則若來陳述的人無法陳述其內容，則就無法協助程序的進行，只是浪費委員的時間。

回到行政程序法規定來，依據第24條規定當事人之代理人並沒有身分上的限制，這樣的代理意涵是什麼呢？而既然可以委任代理人，那委任律師應該沒有問題，何以在實務上會有諸多爭議發生？主因在於行政程序法作為普通法地位，而在諸多行政法各論規定

中也有不同的代理規範，以至於一般性的規定被忽略。這些不同的代理規定例如商標法第6條規定，「申請商標註冊及其他程序事項，得委任代理人辦理之。但在中華民國境內無住所或營業所者，應委任代理人辦理之。前項代理人以在國內有住所，並具備下列資格之一者為限：一、依法得執行商標代理業務之專門職業人員。二、商標代理人。前項第二款規定之商標代理人，應經商標專責機關舉辦之商標專業能力認證考試及格或曾從事一定期間之商標審查工作，並申請登錄及每年完成在職訓練，始得執行商標代理業務。前項商標專業能力認證考試之舉辦、商標審查工作之一定期間、登錄商標代理人之資格與應檢附文件、在職訓練之方式、時數、執行商標代理業務之管理措施、停止執行業務之申請、廢止登錄及其他應遵行事項之辦法，由主管機關定之。」

在本條規定下一種新的專門職業及技術人員，專利法第11條也產生一種專利師的專門職業及技術。不過，一般性的狀況就會造成，於各該程序進行時，各機關首先注意的就是各該法律規範有沒有規定代理人或律師代理之規定，倘若沒有規定反向的變成限制代理的可能性。事實上來說，行政程序上並未做代理人的限制，可以解釋為，很多行政程序，並沒有這麼複雜到需要由律師等專門職業與技術人員來代為其處理，例如代為辦理領取證件或者是簡單的代為去監理站辦理行車執照申請業務，這類的行政庶務的工作，代理人所扮演的角色應該是本人無法親自出席時，代為辦理的措施。雖然在行政實務上面來說，可能還是有一定的難度，但可以透過行政機關的指導，例如志工的協助，

表格填寫的說明，即可完成的行政程序。

另外，行政程序法第24條第1項但書規定：「依法規或行政程序之性質不得授權者，不得為之」。比較令人疑惑的是，何謂行政程序之性質不得授權者¹⁴，這個不確定概念導致了很多機關以此名義而限制代理人之行為，而在實踐上也會有問題，例如既然已經委任代理人，但卻未通知代理人到場而只通知本人，本人為協同代理人到場，如此可否發揮功能呢？近期有關賴清德副總統萬里老家就產生類似的爭議¹⁵。或者是沒有告知當事人可以委任代理人，即進行行政調查，而當事人可能對其權利也不甚了解¹⁶。然關於委任代理人其地位如何，最高行政法院110年度上字第284號判決指出，「行政程序法第24條第1項規定：「當事人得委任代理人。但依法規或行政程序之性質不得授權者，不得為之。」僅在使人民得委任代理人參與行政程序，擴大其活動領域，使代理人於代理權限內，以本人名義所為之意思表示，直接對本人發生效力，該代理人之地位並未如同刑事訴訟法之辯護人。經查，被上訴人專案小組於完成系爭性騷擾案調查報告後提申調小組審議，被上訴人於申調小組審議時，業已依性騷擾處理要點第8點第1項第4款規定通知上訴人到場說明等情，為原審依法確定之事實，則上訴人已有可在申調小組陳述意見之機會，雖被上訴人未通知上訴人之代理人到

場，固有程序上之瑕疵，惟上訴人於上訴時未依訴訟資料具體指出其在申調小組審議時，對該程序瑕疵有何責問之情形，況上訴人既已受通知到場，如其認有必要偕同其代理人到場輔助，本可自行偕同到場，依卷內申調小組之會議資料（復審卷第293至304頁），並無上訴人主張要求代理人列席而被否准之情形，亦無上訴人對前開未通知代理人到場之程序瑕疵，有何指摘，則申調小組於上訴人為充分之意見陳述後作成性騷擾成立之審議，尚難謂有何違反正當法律程序。原判決認被上訴人未通知代理人列席申調小組委員會議，並無違反正當法律程序……」。

但如果該程序最終結果可能會對當事人不利利益，則這個行政程序的代理人與刑事訴訟中的辯護人差異到底在哪呢？更何況這都是聽審請求權在行政法上的落實，如果這個部分無法落實，則強調聽證有何意義？因為畢竟行聽證之事件，所依據法律規定多為強制規定，少見機關職權認為應行聽證之案件。這裡代理的行為應該是全權代理，即使本人在場，代理人仍可代理其表示意見¹⁷，所以上面的個案中，沒有通知代理人這個程序瑕疵應該是無法治癒的，否則程序保障就會落空。

基本上來說，性質上不得委任代理人者，應該限於本人必須要親自辦理的事務，例如必須要調查本人的資料，僅有本人可回覆，外籍人士居留面談的部分，所詢問的問題僅

註14：翁岳生 / 董保城主編（2023），《行政程序法逐條釋義》（上），第272頁。

註15：賴皮察會勘民進黨轟「突襲」沒通知代理人新北市府發聲了|2024大選前哨站|要聞|聯合新聞網 (udn.com) (最後瀏覽日：2024年1月6日)

註16：例如臺北高等行政法院109年訴字第1086號判決中，原告即指出，機關行調查時並未告知其選任代理人之權利。

註17：Hartmut Maurer/ Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., S. 552.

有本人可以回答，也是長期以來移民機關不准律師陪同的主因。但有問題的是，所有性質上要有本人親自出面處理，皆屬不得委任代理人的事件嗎？訴訟程序中要本人到庭的狀況，還是可以委任代理人保護其權益，而在行政程序上不會有這種狀況嗎？而代理應該在這裡無法代理的事實行為，所以上述的事實陳述本來就無法代理，這個是必然之理。代理依據民法第103條規定就是代為與代受本人意思表示，而使其發生法律效果，也因此必須要是自然人¹⁸，雖然在德國也有學者認為在例外狀況允許法人代理，但僅屬少數見解¹⁹。處理的是法律行為的代理。處理一般常見的行政程序例如我代理太太去辦理駕照，乃是代理太太向監理所提出辦理駕照的意思表示，並依循法律規定辦理相關事務。

所以不能因為事實需要本人來陳述，就屬於性質上不能代理，因為這是兩件事情，否則行政程序法第102條有關陳述意見的部分就會形同虛設。而更何況需要本人陳述可否委任律師陪同呢？例如訴訟程序都是以本人進行，但我們何以可以讓其委任代理人呢？

如果更具象的來說，這裡的性質上不得代理的事務應該限於，該法律行為限於本人親自完成者，才屬不能代理。另外，即必須要有正當理由於法律上加以規範，否則不應該加以限制。例如戶籍法第60條第1項與第2項規定，初領或補領國民身分證，應由本人親

自為之。換領國民身分證，由本人親自或以書面委託他人為之。但更換相片換領者，應由本人親自為之。對此立法理由並沒有說明何以有如此限制，不過可以得知，這個部分乃是因為我們的身分證上面有照片，所以必須要核對是否為本人。所以其為不得代理乃是在於這個部分的要求。類此的規定例如護照法第15條規定，首次申領護照原則上也應該要由本人親自為之。重點不在於這個行為是否可以代理，而是要確定是否為本人。這樣跟這個行為能不能代理也無關，只是重點是要確定是本人。簡單的來說，長期以來我們會限制本人來辦理，毋寧都不是因為這個法律行為只有本人可以辦理，通常都需要確定是否為本人，例如護照條例第15條規定的狀況就是當事人親自至主管機關委辦之戶政事務所辦理人別確認後，再委任代理人辦理。就理論上來說，例如身分行為倘若起產生的效果為行政法上的效果，則在民法上不能委任代理人為之的，在行政法上也該是如此。而雖然有學者舉例指出全民健康保險特約醫事機構特約為證明有醫療能力，慣例為本人親自為之，不得委任²⁰，惟目前實務上該特約本身並沒有排除。

二、公民參與程序中代理人的作用

回到我們前述說明的公眾參與程序，各種不同公眾參與程序公民參與程度不一。其中目前行政程序法的陳述意見與聽證程序，於

註18：吳庚／盛子龍（2020），《行政之理論與實用》，16版，第563頁；翁岳生／董保城主編，前揭註14，第269頁。

註19：Kopp/ Ramsauer, § 14, 21. Aufl., 2020, Rn. 12.

註20：蔡茂寅／李建良／林明鏘／周志宏（2013），《行政程序法實用》，4版，第78頁。

行政程序法第24條以下本有規範代理人的部分，且已如上述說明。而在特別的程序當中目前法律規範有公聽會、說明會等，但目前絕大部分的法律規範也沒有清楚說明公聽會、說會要做什麼，簡而言之，這些公聽會或說明會都是資訊公開的措施，主要的目的在於提供相關資訊並且是相關人等可以提供意見與溝通的機會。所以公聽會或者是聽證會乃是整體行政程序的一部分，而整體行政程序可能最終還是要做成一法律行為通常即為行政處分但也不一定，例如都市計畫，依據都市計畫法第19條規定，主要計畫擬定後，送該管政府都市計畫委員會審議前，應於各該直轄市、縣（市）政府及鄉、鎮、縣轄市公所公開展覽30天及舉行說明會，其最終要做成的就是主要計畫。倘後面有利害相關之人，則在這個程序的影響必須要透過該說明會始能表達其利害關係，此時其委任代理人說明其意見，應屬合理之處，否則該決定做成後即受拘束。而礦業法的部分舉行說明會之目的就是要聽取意見，並且規定了必須通知土地與建築物所有人及使用權人參與，如此這些權利人，為維持其權利不受侵害，本來也應該有委任代理人，特別是委任律師發言的說明與必要。

近年來還有一個問題就是，公益團體扮演的角色，例如律師公會中各委員會，如律師公會環境委員會可否參加上述的都市計畫程序。對此倘若在法律規範當中明確提及的民間團體參與應該是沒有問題，例如氣候變遷因應法第46條規定的公正轉型方案，各中央目的事業主管機關應就其權責事項，邀集中央及地方有關機關、學者、專家、民間團體採行適當公民參與機制廣詢意見，修訂該主

管業務之公正轉型行動方案。這些制度倘若不限於利害關係而屬於社會公眾參與的公私協力機制，如公民審議制度則律師公會擔任民間團體的角色自可發表意見，否則即無前述代理的應用。

行政程序上面律師的參與絕對有意義，因為如果在個人權利保護上面來說，事件當事人不一定了解其權利為何，在一般的行政事務上如申請補助等，國家自然透過行政指導等措施，使民眾可以了解如何進行。但在較為複雜的行政程序或者是行政決定涉及多方利害關係的時候，對於個別當事人權利的保障，應該有賴當事人自己來保障，而藉由律師督促國家在履行公共利益的要求時也兼顧私人的權利，這個是必要的。

伍、結論

整體而言，我國關於正當行政程序的討論，主要集中在人民怎樣參與這個程序，所以才會在709號解釋中產生聽證的問題。不過，綜觀我們目前在法律規範中公民的參與，從一般的陳述意見，到聽取意見的說明會、公聽會，以及程序較為仔細的聽證規定都有，並且有部分公民審議的條款。在不同程序中人民確實會有不一樣的定位，並非什麼都是聽證。不過，筆者覺得對人民來說，參與並不能僅是空白的參與，如果要有實際上的效果就必須要可以保障其權益，而往往人民無法保障其權益時就必須要透過有知識之人來協助，因此律師的代理或者陪同等制度，其實是我們將來在正當行政程序中要更為注重的。