

學術專論

法治國之 警察理念與權限

陳英淙、黃惠婷 著

 元照

法治國之警察 理念與權限

陳英淙、黃惠婷 著

元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

法治國之警察理念與權限／陳英淙，黃惠婷著．
-- 初版．-- 臺北市：陳英淙出版：元照總
經銷，2007〔民96〕
面；公分

ISBN 978-957-41-4599-7（平裝）

1. 警察－法規論述

575.81

96010245

法治國之警察理念與權限 5D096PA

2007年6月 初版第1刷

作 者 陳英淙、黃惠婷
出 版 者 陳英淙、黃惠婷
總 經 銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
網 址 www.angle.com.tw
定 價 新臺幣 360 元
訂購專線 (02)2375-6688
訂購傳真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle Publishing Co., LTD.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-4599-7

自序

在公權力部門中，警察橫跨行政與司法兩種權力，是一個絕無僅有的單位，此種特殊屬性，理應造成在組織編制上、指揮系統上、法律適用上、執法效果上均應有雙軌思維的考量，惟學理上對此著墨不多，實務上更是習焉不察。本論文集即是以此為脈絡，將個人與內人黃惠婷教授近年來有關警察法制的文章，依其屬性臚列編輯成冊，俾供警察實務與學術參考。

促成本論文集之出版，緣自個人與內人自中央警官學校畢業，共同負笈德國求學。個人以憲法為題，先取得碩士學位，博士論文則探討警察法，並以此取得博士學位。返國後曾嘗試繼續深研警察法，同時也發表相關論文，卻因緣際會無法進入相關學術單位，期間曾於中研院歐美所先後取得二年的博士後研究，最後輾轉到長庚大學任教至今，在教學難以相長之下，研究方向不再一本初衷，而是需要另起爐灶，但個人仍關心警察學術的發展，尤其警察職權行使法剛通過不久，制定該法固然讓警察行使職權不再被批評遊走於法律邊緣，惜尚有待改進之處。論文集中有篇「論警察之行政與司法性質」是個人與內人近日共同完稿，基於上述因素，難以對警察職權行使法做詳細論述，擬透過拋磚引玉的作用喚起有興趣者探究本法，由於此篇論文尚未刊登於期刊雜誌上，遂興起不如將個人其他有關警察行政法的文章與內人有關刑事程序法的文章，共同集結出版，同時也表示對警察法議題之研究劃上休止符。

本書分上、下二篇，上篇蒐錄有關警察危害防止之論文，分為兩部分，因為警察行政須以普通行政程序法為依歸，而行政程序法中的當事人權利又以陳述意見（聽證）為重點，故將陳述意見（聽證）列為第一部分，惟需特別提出的是：聽證（Anhoerung）一詞在德國行政程序中，不僅用於非要式程序，亦使用於要式程序及計畫程序，故文中仍直接譯為「聽證」（等同於我國行政程序法第一〇二條的「陳述意見」）；第二部分則分別從不同角度深入探討警察行政的危害防止。下篇的論文則是關於警察之犯罪調查，共蒐錄五篇，除了「無罪推定原則之探討」外，其餘則屬強制處分。

元照出版公司編輯群協助校閱，在此特申謝意。

2007年4月

目 錄

自 序

上篇 警察之危害防止

陳英淙

第一部分 引 論

- 探討行政程序中聽證制度之憲法法理…………… 3
- 德國行政程序法中聽證規定之研究…………… 21
- 探討德國行政程序法中聽證義務之例外…………… 51
- 論增值中的行政程序…………… 71

第二部分 深 論

- 以德國為例論警察行政程序之理念…………… 97
- 行政程序之陳述意見應用於集會遊行法之探討…………… 125
- 從人性尊嚴與保護義務之衝突探討法治國的刑求
禁忌…………… 153
- 論警察之行政與司法性質…………… 177

下篇 警察之犯罪調查

黃惠婷

- 無罪推定原則之探討…………… 209
- 不正訊問方法之禁止——以最高法院八十九年度台上字第一四五六號判決為平台…………… 231
- 由實務判決再探討不正訊問方法之禁止…………… 259
- 同意搜索與違反令狀原則之法律效果——高等法院八十八年度上訴字第二九五七號判決評釋…………… 281
- 另案監聽…………… 311

上篇 警察之危害防止

第一部分 引 論

第二部分 深 論

探討行政程序中聽證制度之 憲法法理^{*}



壹、前 言

貳、聽證之概念

- 一、聽證之濫觴
- 二、聽證之意涵
- 三、與其他程序行為之區別

參、程序權之憲法法理與「透過程序保護 基本權利」之差異

肆、聽證之憲法法理

- 一、法治國家原則
- 二、司法程序之聽證
- 三、基本權利

伍、結 論

^{*} 本文原刊載於憲政時代，23卷4期，1998，頁96-108。

摘 要

聽證權是祇要行政機關對於將採取決定的事務擁有權限時，即必須給予當事人在規定與可能的範圍內，就程序進行與內容、程序的可能結果、將採取的決定與事實依據，以及對行政裁量上具有決定性的各種情況，有陳述意見的機會，進而能影響行政機關之程序及行政決定之採取的一種權利。行政效率與權利保護二者之間的關係應是「透過程序保護基本權利」，為了保護實體基本權，遂要求某種特定的程序設計，而保障法律上的聽證權即屬之。聽證權並非基本權利，但為法律規範程序中不可放棄的組成部分，依通說，聽證係法治國家原則要求下的結果，其目的是保障程序的透明化，以避免行政機關作出突襲性的決定，又因被聽證的當事人在某種程度亦是形成決定的一方，而非行政機關作成決定時的客體，故聽證的功能落實主體權利的保護。

關鍵詞：聽證、意見陳述、法治國家原則，人性尊嚴

壹、前 言

國內介紹關於聽證（Anhoerung）在憲法上之法理依據已有數篇文章¹，主要以美、日、德三國為主，本來，聽證之憲法法理應無國別之差異，不過，因為參考資料之緣故，本文主要以德國為研究對象，文中意見或有不同，爰提出以供參考。

德國行政程序（Verwaltungsverfahren）中之聽證，共出現在三種不同的實定法，分別為：一般行政程序法（VwVfG）、社會福利法第十冊（SGB X）及租稅通則（AO）；而一般行政程序法又為了因應非要式行政程序（Nichtfoermliches Verwaltungsverfahren）、要式行政程序（Foermliches Verwaltungsverfahren）及計畫確定程序（Planfeststellungsverfahren），而分為三種不同的聽證程序，故在行政程序中計有五種不同的聽證制度，其構成要件之內容繁簡或有差異，但是，在憲法上之原理並無不同。

為了清楚地探究聽證在憲法上之依據，首先，介紹聽證之概念（貳）；其次，指出程序權的憲法法理與「透過程序保護基本權利」兩者觀念不同（參）；最後，討論聽證的憲法法理（肆）。

貳、聽證之概念

一、聽證之濫觴

聽證權於其法條化之前，已是行政法的一般原則中不可分離

¹

翁岳生，論西德一九六三年行政手續法草案，收錄於：行政法與現代法治國家，15版，1985，頁183（211以下）；陳志揚，行政程序中聽證制度之研究，收錄於：行政法之一般法律原則，1994，頁295（301以下）；許育典，論行政程序中聽證與意見陳述之憲法理論基礎及其在法律上之效果（一）—（五），法務通訊，1724-1728期，1995。

之要素，德國的歷次判決均承認，聽證係當事人對於不利的行政處分之一種程序權利²，而更早在一九〇七年五月二十五日，普魯士高等行政法院即將聽證視為行政程序中對個別權利的保障方法，並取消一項受非難的警察命令，因為，該命令忽略聽證，因而造成嚴重的程序瑕疵³，事實經過如下：警察機關於一九〇五年十一月十一日星期六中午十二時左右，對下游工廠作成一項書面處分，內容係要求該工廠於次日七至十七時之間，必須將其機器製造廠及發電廠的蓄水池出清，其目的乃為了方便另外一間紙業工廠清洗位於該蓄水池之下的溪底管道。警察機關在作成該項處分時，事先並未通知下游工廠，對此亦沒有舉行聽證，普魯士高等行政法院遂依照下游工廠之請求，以程序瑕疵為由廢棄警察處分，院方認為，警察有義務考慮原告營業上之利益，故必須事先聽取其意見，或者另外擇日、或者另選時段，並和一般所代表之利益加以衡量，而非照原定計畫如期舉行，這樣才能將損害減至最低，亦唯有如此方能得知，為達到警察目的之必要的措施是否恰當。

然而，根據在法庭上所提供的卷宗內容顯示，警察機關並未採取這些步驟，原告的利益在可能的範圍內並沒有受到保護，事先既未向原告提出關於此項具爭議性的命令，且中間亦完全沒有與原告取得聯繫，對於排水和清洗一事，之前亦未請教原告，警察機關對於限制原告蓄水池之使用，顯然已超越必要的範圍⁴，所

² BVerwG, Urt.v.10.3.1971, BVerwG 37, 307 (308 ff.); Borgs, in: Hans Meyer/Hermann Borgs-Maciejewski, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 2. Aufl., 1982, § 28 Rn. 1; Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., 1991, Rn. 178; Koenig, Verwaltungsverfahrensgesetz des Freistaates Bayern unter Beruecksichtigung des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Bundes, kommentar, 1993, Art. 28 Rn. 1; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, § 19 Rn. 20.

³ PrOVG, Urt.v.27.5.1907, PrOVGE 51, 284.

⁴ PrOVG, Urt.v.27.5.1907, PrOVGE 51, 284 (288 f.).

以，在普魯士高等行政法院將聽證之必要性視為法治國家不成文的程序原則之下，行政機關除了急迫危害的情形外，若事先沒有給予當事人對欲作成之行政干涉陳述意見的機會，則不能作成不利的行政處分⁵。

在行政程序法典化的協商過程中，基於可行性的理由，起初在一九六三、一九六六及一九七〇年的草案中，第二一條第一項的聽證僅以當為條款（Sollvorschrift）被規定⁶，一九七〇年行政程序法草案第二一條第一項內容如下：「干涉當事人權利之行政處分作成之前，應當給予當事人，對與決定有關之顯著性事實，有陳述意見的機會。」直到稍後的法條協議過程才完成現行的規定，其內容係以一九七三年行政程序法草案第二四條第一項為藍本，現行行政程序法第二八條第一項已將裁量規定改為基本上是一種請求權條款（Anspruchsvorschrift），亦即，第二八條已非裁量規範，而是行政機關有義務舉行聽證⁷。

二、聽證之意涵

依據聽證原則，行政機關祇要對於將採取決定的事務擁有權限時，即必須給予當事人在規定及可能的範圍內，就程序的進行及內容、程序的可能結果、將採取的決定及其事實之根據、和對行政裁量上具有決定性的各種情況，有陳述意見的機會⁸，且必須

⁵ Jellinek, Verwaltungsrecht, unveränderter Nachdruck der 3. Aufl., von 1931, 1966, S. 290.

⁶ Borgs, 同註2, § 28 Rn. 2; Schickdanz, Das rechtliche Gehör Im Verwaltungsverfahrensgesetz-Entwurf, ZRP 1975, 182; Ule/Laubinger, Verwaltungs-verfahrensrecht, 4. Aufl., 1995, § 24 Rn. 1.

⁷ Borgs, 同註2, § 28 Rn. 2; Friedrich Eichler/er/Ernst Oestreicher, Verwaltungs-verfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar, Bd. I 1995, § 28 5.2; Hufen, 同註2, Rn. 179; Schickdanz, 同註6, ZRP 1975, 182; Ule/Laubinger, 同註6, § 24 Rn. 1.

⁸ OVG Muenster, Beschl.v.2.9.1986, NVwZ 1987, 606 (607); Peter Badura, Das Verwaltungsverfahren, in: Hans-Uwe Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwal-

讓當事人瞭解，基於法律規定其擁有聽證權，故將有機會影響行政機關之程序及行政決定之採取⁹。不過，聽證並不一定非得透過採取決定之機關本身、或由機關首長親自直接舉行，而是祇要在組織上能確保，所有聽證的重要結果將在整個決定過程中予以適當的考量即可¹⁰，而即將作成行政處分以前所舉行的聽證，其功能祇有當事人在時間上及客觀條件上能夠陳述意見，方謂完整。行政機關應該僅根據當事人陳述之事實及調查證據之結果，作為採取決定之基礎¹¹，如果當事人對於行政決定之顯著事實已陳述意見，則行政機關必須充分去瞭解、評斷，並於將要作成之決定加以考慮，以及至遲於其決定的理由中，對當事人的意見提出辯解¹²，當然，在程序結果中，是否、以及到何種程度必須接納當事人提出的意見，並非程序問題，而是屬於實質合法性問題，如未考慮當事人所提出的意見，可以構成理由缺陷（Begründungs-

tungsrecht, 10. Aufl., 1995, § 37 Rn. 10; Koenig, 同註2, Art. 28 Rn. 2; Ferdinand O. Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6. Aufl., 1996, § 28 Rn. 5; Joachim Martens, Die Rechtsprechung zum Verwaltungsverfahrensgesetz, NVwZ 1982, 13 (14).

⁹ Borgs, 同註2, § 28 Rn. 19; Friedrich K. Schoch, Heilung unterbliebener Anhoerung im Verwaltungsverfahren durch widerspruchsverfahren?, NVwZ 1983, 249 (252).

¹⁰ VGH München, Beschl.v.19.2.1988, BayVBl. 1988, 496 (497); Kopp, 同註8, § 28 Rn. 5.

¹¹ Joachim Bonk, in: Paul Stelkens/Heinz Joachim Bonk/Michael Sachs Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 4. Aufl., 1993, § 28 Rn. 20; Maurer, 同註2, § 19 Rn. 20.

¹² VGH Kassel, Beschl.v.4.12.1986, NVwZ 1987, 510; Badura, 同註8, § 37 Rn. 11; Bonk, 同註11, § 28 Rn. 7; Clausen, in: Hans-Joachim Knack (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG), Kommentar, 4. Aufl., 1994, § 28 Rn. 2; Obermayer, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl., 1990, § 28 Rn. 7; Weides, Die Anhoerung der Beteiligten im Verwaltungsverfahren, JA 1984, 648.

mangel)，並因而成為瑕疵決定之證據¹³。

就德國而言，其行政程序法賦予聽證為擁有約束力之程序法上的請求權，準此，聽證遂具有絕對必要之性質，祇要聽證例外的情況不存在，依行政程序法第二八條第一項，當事人即有權利要求，對行政決定之顯著性事實舉行聽證，當然，聽證並非目的或價值本身、亦非祇流於形式，而係一種重要的工具及方法¹⁴，透過聽證權保護及實現了當事人在行政程序中之權利，但除此之外，值得注意的是，聽證的舉行亦攸關行政機關之利益，因為，在調查事實時，經由當事人再三對行政決定之顯著性事實的提供，將有助於事實真相的明朗化¹⁵。

故就德國行政程序而言，聽證即是陳述意見，兩者用語並無不同，而我國行政程序法草案（一九九五年三月十六日行政院院會核定通過）有關聽證之概念，則除了「聽證」（草案第六八條以下）之外，尚有「陳述意見」（草案第八六條以下），此種立法方式，顯非參考德國模式¹⁶。

三、與其他程序行為之區別

德國行政程序法第二八條的聽證規定，必須與第十三條第三項的非當事人聽證及第二六條第一項次句第二款的當事人聽證區分開來。行政程序法第十三條第三項的非當事人聽證，以其所涉

¹³ Hufen, 同註2, Rn. 192; vgl. Bonk, 同註11, § 28 Rn. 7.

¹⁴ Schilling, Die Anhoerungsregelung des Verwaltungsverfahrensgesetzes im Lichte des Grundgesetzes, VerArch 1987, 45 (56); Schoch, 同註9, NVwZ 1983, 249 (252).

¹⁵ Clausen, 同註12, § 28 Rn. 2.2; Kopp, 同註8, § 28 Rn. 2; Mandelartz, anhoerung, Absehen von der Anhoerung Nachholen der unterbliebenen Anhoerung-Zur Relativierung eines Verfahrensrechts, DVBl. 1983, 112 (113).

¹⁶ 關於「聽證」及「陳述意見」之差異，參閱許育典，同註1，法務通訊，1724、1725期。

及者並非攸關當事人本身之權利或法益為先決要件；而是相反地，著眼於一般公共利益，使得行政機關對於事實有較佳及較廣泛之瞭解¹⁷。而行政程序法第二六條第一項次句第二款的當事人聽證，則被視為證據方法或資料取得之方式，同樣地，亦不是直接符合聽證之保障，本條之法律規範亦優先著眼於公共利益，以期保證內容上之正確性及行政行為之合法性，也祇有在符合上述的目的之下，所有在案中被涉及之對象的權利地位，方間接地獲得保障¹⁸。

參、程序權之憲法法理與「透過程序保護基本權利」之差異

自從一九七九年年底，德國聯邦憲法法院對於位在 Muehlheim-kaerlich 的核電廠之批准程序作出判決後，一時之間，討論行政效率與權利保護之文章如雨後春筍，因為，該判決雖非首次、但卻完整地勾勒出「透過程序保護基本權利」（Grundrechtsschutz durch Verfahren）之藍圖，根據該判決，必須儘可能地透過程序設計，以增強基本權利之保護，基本權利不僅影響全部實體法，而且亦及於程序法，祇要此種程序法對於有效之基本權利保護富有意義，故行政程序亦受基本權利之拘束，不僅實質的行政行為需與基本權利一致，且在其之前所進行的行政程序，即已必須能夠有效地保護基本權利¹⁹。

但是，上述之觀點與行政程序中聽證之憲法依據不可混為一談：它們彼此獨立，既不互依、亦不互斥。就聽證之憲法法理而言，如一般的看法，祇要聽證被認為係源自於人類尊嚴，在此觀

¹⁷ Clausen, 同註12, § 28 Rn. 2; Hufen, 同註2, Rn. 177; Kopp, 同註8, § 28 Rn. 4a.

¹⁸ Clausen, 同註12, § 28 Rn. 2.2; Kopp, 同註8, § 28 Rn. 4b.

¹⁹ BVerfG, Beschl.v.20.12.1979, BVerfGE 53, 30 (65).