

## 論憲法上的正當程序保障

### 序言

#### 壹、正當法律程序理念

#### 貳、大法官有關「正當程序」解釋評析

##### 一、限制「人身自由」的正當程序

##### 二、「司法程序」的正當程序

##### 三、限制「財產權」的正當程序

##### 四、限制「工作權」、「服公職權」的正當程序

##### 五、「修憲」的正當程序

#### 參、憲法上「正當程序保障」適用問題

##### 一、憲法上正當程序保障的客體

##### 二、憲法上正當程序保障的依據

##### 三、憲法上正當程序所保障之「程序上正當程序」內涵

##### 四、「憲法上正當程序」與「法律上正當程序」的關係

##### 五、憲法上正當程序所保障的「實質上正當程序」似漸由「法律明確性原則」所取代

#### 肆、結論

## 序言

十年前筆者有幸參與「行政程序法」草案的研擬，<sup>1</sup>前後一年多期間，每週一次的研討會，經常熱烈辯論、欲罷不能，感受國人關於「程序」價值的認知頗有差距。社會快速變遷的結果，十年後「程序正義」<sup>2</sup>的呼聲已然高聳入雲，大法官解釋也由過去單純倚賴「實體控制」（講求「法律保留」與「授權明確」），轉而並重「程序控制」（講求「正當程序」）。

國人開始重視程序正義，誠為可喜的現象，亦法治發展必然的結果。惟因我國傳統文化及所繼承的德國法原皆「重實體而輕程序」，公法程序的研究一時之間還環繞著實體問題打轉。筆者爰於《月旦法學雜誌》開闢「行政程序法專題講座」系列，<sup>3</sup>期積極闡明行政程序上的「正當程序」，還給行政程序法本來面目。本文擬更探討憲法上的「正當程序保障」，確立正當程序的憲法基礎。

<sup>1</sup> 參見翁岳生（主持）、廖義男（協同），《行政程序法之研究--行政程序法草案》（台北：行政院經建會，1990年12月）；詳細內容參見湯德宗，〈論正當行政程序〉（輯於本書頁1以下，頁3註5）。

<sup>2</sup> 姑不論其間所涉爭點，釋字第五二〇號解釋(90/10/15)之解釋理由書所謂「基於法治國原則，縱令實質正當亦不可取代程序合法」，堪稱的論。

<sup>3</sup> 參見湯德宗，〈論行政程序的正當程序--行政程序法專題講座系列之一〉，《月旦法學雜誌》，第五十五期，頁152以下（1999年12月）。湯德宗，〈論行政程序法的立法目的--行政程序法專題講座系列之二〉，《月旦法學雜誌》，第五十六期，頁146以下（2000年1月）。湯德宗，〈論違反行政程序的法律效果--行政程序法專題講座系列之三〉，《月旦法學雜誌》，第五十七期，頁141以下（2000年2月）。湯德宗，〈論行政程序法之適用--行政程序法專題講座系列之四〉，《月旦法學雜誌》，第五十九期，頁158以下（2000年4月）。湯德宗，〈論訴願的正當程序--行政程序法專題講座系列之五〉，《月旦法學雜誌》，第六十一期，頁127以下（2000年6月）。

## 壹、正當法律程序理念

美國聯邦憲法增修條文第五條規定：「任何人…非經法律正當程序(due process of law)，不應受生命(life)、自由(liberty)或財產(property)之剝奪」，通稱「正當程序條款」(Due Process Clause)。<sup>4</sup>其理念可上溯英國大憲章(Magna Carta)第三十九章(Chapter 39)英王約翰(King John)不任意拘捕的承諾<sup>5</sup>；而「法律正當程序」(“due process of law”)一詞，則首見於一三五四年該憲章的法規式翻版：「任何人非經法律正當程序之審理，不應被逐出其人之土地或住宅，或被逮捕、剝奪繼承權或處死」。<sup>6</sup>

前揭美國憲法「正當程序條款」所謂「法律正當程序」，依其文義，似僅指「程序」，尤其「司法程序」(法院程序)，且似僅限於立法者(在法律裡)所規定者(所謂「法定程序」)。然美國聯邦最高法院自始即以體系解釋觀點，詮釋該條款的意義，謂：該條款「顯然不欲聽任立法部門隨意制定任何程序。

<sup>4</sup> 除本條限制聯邦政府的權力外，美國聯邦憲法增修條文第十四條第一項亦有類似規定(「…任何州非經法律正當程序，不得剝奪任何人之生命、自由或財產」)，用以限制各州權力。

<sup>5</sup> “[n]o free man shall be taken or imprisoned or disseized or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgement of his peers or by the law of the land.” W. McKECHNIE, MAGNA CARTA-- A COMMENTARY ON THE GREAT CHARTER OF KING JOHN 375 (Glasgow, 2ed rev. ed. 1914), cited from THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA: ANALYSIS AND INTERPRETATION 1343 (1996).

<sup>6</sup> “No man of what or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he be brought to answer by due process of law.” See F. THOMPSON, MAGNA CARTA-- ITS ROLE IN THE MAKING OF THE ENGLISH CONSTITUTION, 1300-1629, 86-97 (1948). Cited from THE CONSTITUTION OF THE UNITED STATES OF AMERICA: ANALYSIS AND INTERPRETATION 1343 (1996).

其毋寧為對於立法權，亦為對於行政權與司法權之限制，故而不能解為：任由立法者，依其意志，規定任何程序為『法律正當程序』」。準此，正當程序條款乃在保障人民之生命、自由與財產，免於遭受國家權力<sup>8</sup>(含立法、行政及司法)恣意暨不合理(arbitrary and unreasonable)之侵害。

美國實務上，將「正當程序保障」(due process guarantee)區分為「程序上正當程序」(procedural due process)與「實質上正當程序」(substantive due process)。前者為政府限制人民「生命、自由或財產」時，應經如何程序方為正當的問題；後者為法院如何審查法律內容，以確保其為「公平」(fairness)的問題。

為適用「程序上正當程序」，美國法院發展出「二元或二階分析法」(bifurcated analysis, two-tier analysis, or two-stage analysis)。亦即，首先界定繫爭利益是否為「生命、自由或財產」；如答案為肯定，則進而判斷用以剝奪或限制該等利益之程序是否充分(「正當」)。<sup>9</sup>在現代福利國家，認定何謂「自由」或「財產」<sup>10</sup>，固非易事；但判斷如何程序方屬「正當」，毋寧更加困難。所謂「正當程序」非謂凡涉及人民「自由」或「財產」之剝奪或限制，皆須經過法院審判程序(司法程序)；

<sup>7</sup> Murray's Lessee v. Hoboken Land and Improvement Co. 59 U.S. (18 How.) 272, 276 (1856).

<sup>8</sup> 「正當程序」保障原則上僅限制政府權力，私人活動不在此限，除非其在政府強制下所為，或受到政府重大鼓勵(公然或暗示)而為者。Blum v. Yaretsky, 457 U.S. 991 (1982).

<sup>9</sup> See, e.g., Board of Regents v. Roth, 408 U.S. 564 (1972); Perry v. Sindermann, 408 U.S. 593 (1972). 詳見湯德宗，〈論美國公務員不受恣意免職之保障〉，《政大法學評論》，第三十二期，頁253以下(頁273~278)(1985年12月)。

<sup>10</sup> 現代的「財產」概念不僅包括有體財產(如土地、金錢)，亦擴及無體財產(如受教育、服公職)，See, e.g., Reich, *The New Property*, 73 YALE L. J. 733 (1964).

<sup>11</sup>毋寧應斟酌案件性質、受到不利影響的私人利益、限制或剝奪私人利益之方式、限制或剝奪私人利益之理由、有無替代程序、限制或剝奪私人利益所欲追求的公共利益、以及公益與私益之衡量等因素，綜合認定之。<sup>12</sup>大體而言，雖侵害自由或財產的決定，至少應在事前給予相對人「通知並依案件性質（可謂）適當之聽證機會」（notice and opportunity for hearing appropriate to the nature of the case）<sup>13</sup>，且聽證應在侵害生效前舉行，以便及時阻止侵害的發生。<sup>14</sup>但有特殊理由時，事後給予聽證亦不違反正當程序。<sup>15</sup>茲所謂「聽證之機會」即一般所謂「聽證權」，實際包含許多不同內容的程序；<sup>16</sup>所謂「應予聽證之機會」，未必即為「全套」的聽證程序保障<sup>17</sup>。例如，公務員因行為不檢而被免職，或公立學校學生因行為不檢而遭退

<sup>11</sup> 剝奪「生命」的決定須經刑事訴訟程序，殆無爭論。Davidson v. City of New Orleans, 96 U.S. 97, 102 (1878); Public Cleaning House v. Coyne, 194 U.S. 497, 508 (1904).

<sup>12</sup> See Ex parte Wall, 107 U.S. 265, 289 (1883); Joint Anti-Fascist Refugee Comm. V. McGrath, 341 U.S. 123, 163 (1951)(J. Frankfurter concurring).

<sup>13</sup> See, e.g., Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co., 339 U.S. 306 (1950).

<sup>14</sup> See, e.g., Fuentes v. Shevin, 407 U.S. 67 (1972).

<sup>15</sup> See, e.g., Bowless v. Willingham, 321 U.S. 503 (1944)（為因應戰時急需，得不經聽證管制價格）；Goss v. Lopez, 419 U.S. 565 (1975)（當該學生之出現對其他人員與財產構成持續性危險(a continuing danger to persons or property)或教學過程之繼續性干擾威脅(an ongoing threat of disrupting the academic process)時，勒令退學處分僅須給予通知，並在退學後「儘快」給予聽證機會，即不違反正當程序）；The Board of Curators of the University of Missouri v. Horowitz, 435 U.S. 78 (1978)（學生因成績不及格而退學者，僅須預先通知，無須舉行聽證）。

<sup>16</sup> 關於聽證程序的光譜構造，參見 Friendly, *Some Kind of Hearing*, 123 U. PA. L. REV. 1267, 1279-1304 (1975); 湯德宗，〈第十六章 行政程序〉，收於翁岳生（編），《行政法二〇〇〇（下冊）》，頁 787 以下（頁 930）（台北：翰蘆，2000 年 3 月二版）。

<sup>17</sup> 參見湯德宗，前揭文，頁 901~902。

學，或社會福利金之受領人被停發福利金時，皆應予「聽證之機會」，但其程序保障皆不及刑事訴訟被告那般周詳。

「實質上正當程序」(substantive due process)旨在使法院得以審查法律之內容，確保法律之公平。所謂「實質上正當程序」要求：法律須為達成合法目的之合理手段，<sup>18</sup>且須為對人民權利限制最少者；又，法律之內容須明確（不論其為「下令」或「禁止」），俾人民知所措手足。<sup>19</sup>雖然本世紀初葉美國聯邦最高法院曾經不當使用「實質上正當程序」，極度干涉經濟立法（如管制最低工資、最高工時、童工使用之立法）的形成自由，<sup>20</sup>致「實質上正當程序」一度沈寂。惟其並未死亡，僅是轉向用於公民權(civil rights)，例如隱私權(right to privacy)之保障<sup>21</sup>而已。

綜上說明，美國憲法上所謂「法律正當程序」（以下簡稱「正當程序」）乃在確保國家權力（含立法、司法與行政之行

<sup>18</sup> See, e.g., City of New Orleans v. Dukes, 427 U.S. 297 (1976)（僅於政府所青睞之管制手段「全然恣意」(wholly arbitrary)時，法院始予推翻）；Regents of the University of Michigan v. Ewing, 474 U.S. 214, 225 (1985)（學校以成績為由，命學生退學之處分，如內容上非「重大背離學術規範」(a substantial departure from academic norms)，即屬符合實質上正當程序）；Price v. Hecker, 733 F.2d 699 (9th Cir. 1984)（繫爭法律與達成合法政府目標間具有「合理關連」(rational relationship)，應認合憲）。

<sup>19</sup> See, e.g., Bell v. Arlington County, Va., 673 F. Supp. 767 (1987)（地方立法之規定模糊，致令執法官員亦難以分辨「按摩技師」(massage technician)與「按摩治療師」(message therapist)不同，僅後者始得為異性施行按摩，遑論一般人。似此規定應認過於含糊而違憲(unconstitutionally vague)）。

<sup>20</sup> See, e.g., Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905)（宣告紐約州限制糕餅烘焙業勞工每週總工時不得超過六十小時，或一天工時不得超過十小時的法律，違反人民締約與私有財產自由）；Adkins v. Children Hospital, 261 U.S. 525 (1923)（宣告哥倫比亞特區規定女工與勞工最低工資之法律違憲）。

<sup>21</sup> See, e.g., Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 481 (1965).

爲)之公平、合理(非爲恣意)行使。其內涵包括「實質上正當程序」與「程序上正當程序」。前者旨在確保國家權力作用之實質公平，其功能殆與我國憲法第二十三條相當；後者旨在確保國家權力行使之程序公平，我國憲法僅於第八條(關於人身自由之限制或剝奪)著有明文。又，「程序上正當程序」除來自憲法之要求(即所謂「憲法上的正當程序」)者外，並有由於法律(立法)之規定者(所謂「法律上的正當程序」)。

析言之，就「立法行爲」而言，法律之內容固須符合「實質上正當程序」；至於立法之程序，按「權力相互尊重」之法理，<sup>22</sup>則大體歸於「議會自律」的範疇。<sup>23</sup>就「司法行爲」而言，

<sup>22</sup> 參見湯德宗，〈大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析〉，輯於氏著，《權力分立新論》，頁183以下(頁195~200、258~264)(台北：自刊，2000年12月，增訂二版)。

<sup>23</sup> 依釋字第三四二號解釋(83/04/08)之意旨，立法程序仍有違反「程序上正當程序」之可能。該號解釋明揭：「但法律案立法程序有不待調查之事實即可認定牴觸憲法者，亦即有違反法律成立基本規定之明顯重大瑕疵者，釋憲機關仍得宣告為無效」，參見《司法院大法官解釋續編(八)》(以下簡稱《續編》)，頁23(台北：司法院秘書處，1995年6月初版)。核其真意，當指司法審查密度降低，而非全然棄守。並參見湯德宗，前揭文，頁259~260。

大法官楊建華之不同意見書未必否定「議會自律原則」，其似亦同意多數大法官所宣示之原則「法律案之立法程序有不待調查事實即可認定為牴觸憲法，亦即有違反法律成立基本規定之明顯重大瑕疵者，則釋憲機關仍得宣告為無效」，惟其認大法官應就繫爭事實做成裁判，且以為當日立法院情況實屬「未議未決」，至為明顯，無庸再為調查。參見《續編(八)》，頁23。

並參見許宗力，〈國會議事規則與國會議事自治〉，輯於氏著，《法與國家權力》，頁301以下(頁323)(台北：月旦，1992年4月初版)(認法案不經二讀，即逕行表決者，合憲性堪疑)。

大法官最近於「懲治盜匪條例」效力爭議案之「不受理決議」中並重申斯旨。參見《司法院公報》，第四十一卷第十期，頁45~46(1999年10月)。

裁判之內容固應符合「實質正當程序」；<sup>24</sup>裁判之程序(司法訴訟程序)亦須符合「程序正當程序」。司法院大法官在有關訴訟權與人身自由權之解釋中屢申斯旨(詳後)。需補充說明者，在我國，各級法院裁判時所適用之程序規範向由法律規定(如民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法)，故司法程序是否符合「程序上正當程序」，通常即各該訴訟法之規定是否合憲的問題。美國法院的訴訟程序主要係由聯邦最高法院與各級法院自訂，其為「司法行爲」至為明顯。<sup>25</sup>就「行政行爲」而言，行政行爲(無論其為「行政處分」、「法規命令」、或其他行政行爲)之內容，應符合「實質正當程序」；<sup>26</sup>其決定之程序並應符合「程序上正當程序」，包括「憲法上正當程序」與「法律上正當程序」(例如「行政程序法」的程序規定)<sup>27</sup>。

【表一】顯示「正當程序保障」對於國家各種權力運作的限制作用。

<sup>24</sup> 參見釋字第一五四號解釋(67/09/29)(行政院四十六年度裁字第四十一號判例旨在遏止當事人之濫訴，無礙訴訟權之正當行使，與憲法並無牴觸)，《續編(一)》，頁64(台北：司法院，1991年8月三版)；釋字第三七四號解釋(84/03/17)(最高法院民事庭會議決議，有違憲法保障人民財產權及訴訟權之規定，應不予適用)，《續編(九)》，頁38(台北：司法院，1996年6月初版)；釋字第四四六號解釋(87/02/13)(公務員懲戒委員會再審字第四三一號議決案例，違反憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨，應不再援用)，《續編(十一)》，頁277(台北：司法院，1999年5月初版二刷)。

<sup>25</sup> See, e.g., Federal Rules of Civil Procedure for the United States District Courts, Federal Rules of Criminal Procedure for the United States District Courts, Federal Rules of Appellate Procedure, Rules of the Supreme Court of the United States.

<sup>26</sup> 是公立學校命學生退學之處分，須非「重大背離學術規範」。Regents of the University of Michigan v. Ewing, 106 S. Ct. 507 (1985).

<sup>27</sup> 詳見湯德宗，前揭(註1)文，頁8~31。

## 貳、大法官有關「正當程序」解釋評析

司法院大法官解釋使用「正當法律程序」一詞，首見於釋字第三九六號解釋（民國八十五年二月）。惟正當程序的理念前此（民國七十九年十二月）已出現於釋字第二七一號解釋吳庚大法官所提「不同意見書」中，該「不同意見」嗣於釋字第三八四號解釋（民國八十四年七月）變成「多數意見」。<sup>28</sup>

其實，釋字第二七一號解釋之前，大法官至少曾有三次絕佳機會，可以闡明「正當程序」的憲法意義。釋字第一六六號解釋(69/11/07)與釋字第二五一號解釋(79/01/19)均指摘違警罰法中，逕由警察官署限制人身自由的規定<sup>29</sup>，牴觸憲法第八條所謂「人身自由…非經『法院』不得審問『處罰』」的明文，爰要求「應迅改由法院依法定程序為之」。可惜或因昧於正當程序理念，或因採用文義解釋方法使然，兩件解釋皆僅在憲法第八條前揭文字上著墨，未進一步闡明該條何以如是規定---限制或剝奪人身自由為何須經法院「依法定程序」始得為之--的理由，亦未闡釋何謂「法定程序」。

另，釋字第一〇五號解釋(53/10/07)涉及出版法「定期停止發行」與「撤銷登記」兩種行政處分的合憲性問題。雖監察院在聲請書中指陳：上開「處分足以妨害出版人之營業與生存，其不經司法程序，而由行政官署直接為之，難免擅專用事，使出版事業處於危殆地位」，「已超過憲法第二十三條之『必要』

<sup>28</sup> 關於大法官解釋「不同意見」與「多數意見」的互動，以及其他實證分析，參見湯德宗，〈大法官解釋不同意見的實證研究〉，輯於氏著，前揭（註22）書，頁385以下（頁402~405）。

<sup>29</sup> 前者涉及違警罰法(43/10/23)第十八條：「主罰之種類如左：一、拘留 四小時以上，七日以下，遇有依法加重時，合計不得逾十四日」；後者涉及同法第二十八條：「因遊蕩或懶惰而有違警行為之習慣者，得加重處罰，並得於執行完畢後送交相當處所，施以矯正或令其學習生活技能」。

限度，並違反五權分立不相侵犯之精神」，顯然希以「實質正當程序」理念，宣告繫爭處分違憲。惟大法官以為：「憲法對於違法出版品之處分方式並無限制，出版法為貫徹其限制之目的，採用行政處分方式，尚難謂為違憲。且上開各該規定之處罰要件，甚為嚴格」，「受處分人尚得提起訴願及向行政法院提起行政訴訟，請求救濟，亦足以資保障」。顯然以為，在「處罰要件明確」且「有司法救濟可循」的前提下，行政機關得逕為剝奪人民財產權之決定。<sup>30</sup>上開解釋之論理殆已隱含「正當程序」理念，且兼指「實質正當程序」與「程序正當程序」。本案如將繫爭規定「定性」為機關對於人民「言論自由」（而非「財產權」）之限制（或剝奪），則大法官是否仍將以為符合「正當程序」，非無疑問！

### 一、限制「人身自由」的正當程序

釋字第二七一號解釋(79/12/20)涉及刑事訴訟程序中不利於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，應如何處理的問題。最高法院二十五年上字第三二三一號判例認為，此種駁回上訴之程序上判決，不發生實質上確定力，得變更逕為實體上裁判。本件「解釋文」則以為：繫爭之「判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第八條第一項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。最高法院二十五年上字第三二三一號判例，於上開解釋範圍內，應不再援用」<sup>31</sup>。

<sup>30</sup> 關於本件解釋在權力分立上之意義，參見湯德宗，前揭（註22）文，頁243~245。

<sup>31</sup> 參見《續編（五）》，頁185（台北：司法院，1991年10月初版）。

前揭解釋文固謂「與憲法第八條第一項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符」，然未說明「不符之處何在」，難以令人信服，大法官吳庚爰發表「不同意見書」。首先闡明憲法第八條之規範內容，謂：第一項<sup>32</sup>所稱「法定程序，不僅指憲法施行時已存在之保障刑事被告之各種制度，尤應體認憲法保障人身自由之精神，予以詮釋。準此以解，在實體法包括：罪刑法定主義、對被告不利之刑罰法律不得溯及既往；在程序法上則為：審判與檢察分離、同一行為不受二次以上之審問處罰、審級救濟之結果原則上不得予被告不利益之變更、不得強迫被告自認其罪等」。<sup>33</sup>此為我國大法官闡釋「法定程序」即為「正當程序」，且兼含「實質正當」與「程序正當」要件之濫觴。<sup>34</sup>

該不同意見書繼而澄清：前開最高法院判例何以違反憲法第八條所含之原則，及前揭「解釋文」何以不能贊同之理由。質言之，「本件乃屬是否違反同一行為不受二次以上審問處罰原則，以及審級救濟之結果可否予被告不利益之變更問題」。<sup>35</sup>按不受二次以上審問處罰原則，在刑事訴訟程序通稱為「一事不再理」(ne bis in idem)。本案「多數意見基於實體判決與程序判決有別之前提，以最高法院駁回上訴之程序判決，祇有形式上羈束力，不具有實質確定力，與一事不再理原則無關為立論基礎，固有其訴訟技術上之依據。惟是否構成同一行為不受

<sup>32</sup> 憲法第八條第一項：「人民身體之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之」。

<sup>33</sup> 《續編（五）》，頁186。

<sup>34</sup> 另本案大法官張承韜與翟紹先發表之「一部不同意見書」亦認為：「憲法第八條所謂之法定程序，係人民之審問處罰須受正當程序保障之條款」。參見《續編（五）》，頁189。

<sup>35</sup> 《續編（五）》，頁187。

二次以上審問處罰，應從憲法保障人身自由之根本精神予以解答，不應限於訴訟技術之層次」<sup>36</sup>。蓋「本件聲請人歷經三審法院判決，連續二次宣告無罪，若仍持訴訟技術之理由或程序法上之概念，致聲請人再度受審並遭處罰，當非憲法保障被告利益之本旨」<sup>37</sup>！

至「審級救濟結果不得予被告不利益變更原則」，乃與信賴保護有關，而信賴保護為我國法制普遍採納之原則。按「本件聲請人既經最高法院駁回對造之上訴，其二次無罪宣告，在一般觀念中無疑即屬確定，竟因法院本身之錯誤，原有利判決遭致撤銷，並於第三次『實體』審判中，被判有罪。本件乃司法行為違反信賴保護原則之典型案例，類似情形，在行政機關之訴願程序尚不許存在，況於關係重大之刑事訴訟程序乎」<sup>38</sup>！依「解釋文」之見解，「自訴人之合法上訴」仍在，勢須再開審判程序，造成為免除二次審問處罰之聲請人因尋求憲法救濟，反而更多次暴露於審判危險之中。尤有甚者，審判之結果，並不排除對聲請人不利益之變更，豈非違反救濟制度存在之目的乎」<sup>39</sup>！綜觀上述論理，前揭不同意見書實際以為：前開最高法院判例固違反「正當程序」（程序上正當程序），應予推翻（不再援用）；本件大法官「解釋文」（雖許聲請解釋人「依非常上訴程序將該確定判決撤銷」，但仍須「回復原訴訟程序」），亦違反「正當程序」（程序上正當程序），而難以認同！

釋字第三八四號解釋(84/07/28)涉及檢肅流氓條例中諸多規定是否抵觸憲法第八條「人身自由」保障的問題。解釋文中

<sup>36</sup> 《續編（五）》，頁187。

<sup>37</sup> 《續編（五）》，頁187~188。

<sup>38</sup> 《續編（五）》，頁188。

<sup>39</sup> 《續編（五）》，頁188。

首次使用「內容更須實質正當」一詞，闡示「憲法上正當程序」概念，謂：

「憲法第八條第一項規定：『人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕，拘禁，審問，處罰，得拒絕之。』其所稱『依法定程序』，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。檢肅流氓條例第六條及第七條授權警察機關得逕行強制人民到案，無須踐行必要之司法程序；<sup>40</sup>第十二條關於秘密證人制度，剝奪被移送裁定人與證人對質詰問之權利，並妨礙法院發見真實；<sup>41</sup>第二十一條規定使受刑之宣告及執行者，無論有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之虞，均逾越必要程度，欠缺實質正當，與首開憲法意旨不符。」

多數大法官於「解釋理由書」中進一步說明：「前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法

<sup>40</sup> 同條例第六條規定：「經認定為流氓而其情節重大者，直轄市警察分局、縣（市）警察局得不經告誡，逕行傳喚之；不服傳喚者，得強制其到案」。第七條規定：「經認定為流氓於告誡後一年內，仍有第二條各款情形之一者，直轄市警察分局、縣（市）警察局得傳喚之；不服傳喚者，得強制其到案。對正在實施中者，得不經傳喚強制其到案」。

<sup>41</sup> 同條例第十二條規定：「警察機關及法院受理流氓案件，如檢舉人、被害人或證人要求保密姓名、身分者，應以秘密證人之方式個別訊問之；其傳訊及筆錄、文書之製作，均以代號代替真實姓名、身分，不得洩漏秘密證人之姓名、身分。被移送裁定人及其選任之律師不得要求與秘密證人對質或詰問」。

而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。」

綜觀本件解釋所以宣告繫爭檢肅流氓條例有關規定違憲，理由有二：一因其違反憲法第八條第一項所稱之「法定程序」乃「實質正當法律程序」之意旨，二因其違反憲法第二十三條之「比例原則」，尤其「逾越必要程度」。本件所謂「實質正當法律程序」，由其「解釋理由書」觀之，乃兼指「實質上正當程序」與「程序上正當程序」而言；雖繫爭法條所違反者，殆屬「程序上正當程序」保障。至於「實質上正當程序」與憲法第二十三條之關係為何，大法官彼此間見解分歧。<sup>42</sup>

釋字第三九二號解釋(84/12/22)認為：（舊）刑事訴訟法准許檢察官羈押被告之規定，與憲法第八條第二項規定之意旨不符，蓋「憲法第八條第一項、第二項所規定之『審問』，係指法院審理之訊問，其無審判權者既不得為之，則此兩項所稱之『法院』，當指有審判權之法官所構成之獨任或合議之法院之謂」。由於採用文義解釋的結果，本件僅在「解釋理由書」提

<sup>42</sup> 參見本件孫森焱大法官協同意見書（本件「關鍵所在，厥為所謂『法定程序』究何所指？『法定程序』規定之內容是否有憲法第二十三條規定法律保留原則、比例原則之適用？」），《續編（九）》，頁204。有關釋字第三八四號解釋的進一步評論，請參見陳運財，〈憲法正當程序之保障與刑事訴訟--以釋字第384號為中心〉，收於劉孔中、李建良（主編），《憲法解釋之理論與實務》，頁283以下（台北：中央研究院中山人文社會科學研究所，1997年6月出版）。

及：「憲法第八條關於行使逮捕、拘禁、審問、處罰權限之規定具有憲法保留(Verfassungsvorbehalt)之性質，同條第二項前段之『法院』究何涵義，既如上述，自無所謂倘已符合正當程序，檢察官亦得擁有刑事訴訟法之羈押權問題」。上開解釋雖未就「正當程序」之意涵更予闡釋，但其認為當憲法本身（以「憲法保留」之方式）就如何程序方為正當，已作成判斷時，大法官即應予尊重（不再衡量刑事訴訟法有關規定是否合乎「程序上正當程序」，從而使檢察官亦可擁有羈押權）。此一解釋方法，值得注意。

釋字第四三六號解釋(86/10/13)涉及軍事審判制度合憲性問題。<sup>43</sup>大法官採取折衷立場，一方面承認：「因現役軍人負有保衛國家之特別義務，基於國家安全與軍事需要，對其犯罪行為得設軍事審判之特別訴訟程序」；一方面則力謀改進軍事審判程序：「軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第七十七條、第八十條等有關司法權建制之憲政原理；規定軍事審判程序之法律涉及軍人權利之限制者，亦應遵守憲法第二十三條之比例原則」。本件所謂「正當法律程序」顯然偏重於「程序上正當程序」，並一如釋字第三八四號解釋，將「正當法律程序」與「憲法第二十三條」（比例原則）併用。

以上四件解釋確立：為保障人民身體自由，憲法第八條所稱（非依法定程序不得逮捕、拘禁、審問、處罰）之「法定程序」，不僅須為法律之規定（符合「法定」的形式意義），且法律規定之內容更須「實質正當」。所謂「實質正當」，兼指「實體法」與「程序法」規定之正當；核其意涵，則兼有「實

<sup>43</sup> 有關軍事審判制度合憲性問題，參見湯德宗，〈軍事審判法釋憲案專家學者說明會意見書〉，輯於氏著，前揭（註22）書，頁653以下。

質上正當程序」與「程序上正當程序」概念。總之，我國憲法關於「人身自由」確有「正當程序保障」，應屬無疑。

釋字第四七一號解釋(87/12/18)涉及槍砲彈藥管制條例之保安處分規定是否合憲的問題。大法官認為：「限制人身自由之法律，其內容須符合憲法第二十三條所定要件。保安處分係對受處分人將來之危險性所為拘束其身體、自由等之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當。槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一項規定…不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年，限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第二十三條所定之比例原則」。<sup>44</sup>

釋字第五二三號解釋(90/03/22)涉及檢肅流氓條例之留置規定是否合憲的問題。大法官首先重申：「凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須依法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件，方符憲法第八條保障人身自由之意旨，迭經本院解釋在案」。其次，就本件繫爭之檢肅流氓條例第十一條第一項之規定（「法院對被移送裁定之人，得予留置，其期間不得逾一月。但有繼續留置之必要者，得延長一月，以一次為限」），大法官明確表示：該留置處分「係為確保感訓處分程序順利進行，於被移送裁定之人受感訓處分確定前，拘束其身體自由於一定處所之強制處分，乃對人民人身自由所為之嚴重限制，惟同條例對於法院得裁定留置之要件並未明確規

<sup>44</sup> 《續編（十二）》，頁363（台北：司法院，1999年6月初版）



定，其中除第六條、第七條所定之事由足認其有逕行拘提之原因而得推論具備留置之正當理由外，不論被移送裁定之人是否有繼續嚴重破壞社會秩序之虞，或有逃亡、湮滅事證或對檢舉人、被害人或證人造成威脅等足以妨礙後續審理之虞，均委由法院自行裁量，逕予裁定留置被移送裁定之人，上開條例第十一條第一項之規定，就此而言已逾越必要程度，與憲法第八條、第二十三條及前揭本院解釋意旨不符」。<sup>45</sup>

釋字第五三五號解釋(90/12/14)涉及警察實施臨檢勤務之合法(憲)性問題。大法官釋示：警察勤務條例「有關臨檢之規定，並無授權警察人員得不顧時間、地點及對象任意臨檢、取締或隨機檢查、盤查之立法本意。除法律另有規定外，警察人員執行場所之臨檢勤務，應限於已發生危害或依客觀、合理判斷易生危害之處所、交通工具或公共場所為之，其中處所為私人居住之空間者，並應受住宅相同之保障；對人實施之臨檢則須以有相當理由足認其行為已構成或即將發生危害者為限，且均應遵守比例原則，不得逾越必要程度。臨檢進行前應對在場者告以實施之事由，並出示證件表明其為執行人員之身分。臨檢應於現場實施，非經受臨檢人同意或無從確定其身分或現場為之對該受臨檢人將有不利影響或妨礙交通、安寧者，不得要求其同行至警察局、所進行盤查。其因發現違法事實，應依法定程序處理者外，身分一經查明，即應任其離去，不得稽延。前述條例第十一條第三款之規定，於符合上開解釋意旨範圍內，予以適用，始無悖於維護人權之憲法意旨。現行警察執行職務法規有欠完備，有關機關應於本解釋公布之日起二年內依解釋意旨，且參酌社會實際狀況，賦予警察人員執行勤務時應付突發事故之權限，俾對人民自由與警察自身安全之維護兼籌並顧，通盤檢討訂定，併此指明」。上開「解釋文」雖未

<sup>45</sup> 《續編(十四)》，頁588(台北：司法院，2001年12月初版)。

提及「正當法律程序」等語，惟其內容確在闡釋警察臨檢應符合「實質上正當程序」(包括：臨檢事由應以「已生或易生危害」者為限、比例原則)及「程序上正當程序」(包括：告知臨檢事由、表明身份、及提供即時救濟途徑)等。<sup>46</sup>

以上三件解釋皆僅引用「比例原則」或「法律明確性原則」，而不提「正當法律程序」，其中緣故，值得玩味。

## 二、「司法程序」的正當程序

關於司法程序的正當程序，首見於釋字第三六八解釋(83/12/09)吳庚大法官所發表之協同意見書：「憲法第十六條訴訟權之保障範圍，實涵蓋下列四項構成事實：…(三)法院所踐行之程序應符合一般民主法治國家所遵循之原則，諸如審判獨立、公開審理、言詞辯論、攻擊防禦方法之對等、審判與檢察部門之分離、不得強迫被告自認其罪，不得舉行群眾公審等；訴訟程序係法律保留事項，應以法律作明確之規定，其完備之程度且不得較憲法制定時已存在之訴訟制度為更低。…」。<sup>47</sup>

釋字第三九六號解釋(85/02/02)涉及公務員懲戒委員會審理程序(及組織)是否「正當」的問題。解釋文中首度使用「正當法律程序」一詞，謂：「懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應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

<sup>46</sup> 參見《司法院公報》，第四十四卷第一期，頁21以下(2002年1月)。

<sup>47</sup> 《續編(八)》，頁355(台北：司法院，1995年6月初版)。

法第十六條保障人民訴訟權之本旨」。<sup>48</sup>上開解釋首次闡明司法程序亦須符合「程序上正當程序」（「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」），並應以適當組織（「應採法院之體制」），以確保其「公正作為」<sup>49</sup>。

釋字第四一八號解釋(85/12/20)涉及道路違規裁罰案件司法救濟限制規定是否合憲的問題。解釋文謂：「道路交通管理處罰條例第八十七條規定，受處分人因交通違規事件，不服主管機關所為之處罰，得向管轄地方法院聲明異議；不服地方法院對聲明異議所為之裁定，得為抗告，但不得再抗告。此項程序，既已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無牴觸」。<sup>50</sup>繼於解釋理由書中補充前開限制尚非違反「程序上正當程序」之理由：「此係立法機關基於行政處分而受影響之權益性質、事件發生之頻率及其終局裁判之急迫性以及受理爭訟案件機關之負荷能力等因素之考量，進而兼顧案件之特性及既有訴訟制度之功能而為設計。上開法條，既給予當事人申辯及提出證據之機會，並由憲法第八十條所規定之法官斟酌事證而為公平之裁判，顯已符合正當法律程序」。<sup>51</sup>本件論理顯示，大法官係在綜合考量各項因素，包括交通違規案件之性質、交通違規處罰對人權侵害之程度等後，認定如何程序方為正當。

釋字第四四二號解釋(86/12/12)就民國八十三年七月二十三日修正公布之公職人員選舉罷免法第一百零九條，限制選舉

<sup>48</sup> 《續編（九）》，頁 474。「解釋理由書」爰指示：「有關機關應就公務員懲戒機關之組織、名稱與懲戒程序，併予檢討修正」。

<sup>49</sup> 「公正作為義務」亦「正當行政程序」之部分，參見湯德宗，前揭（註 16）文。

<sup>50</sup> 《續編（十）》，頁 312（台北：司法院，1997 年 6 月初版）。

<sup>51</sup> 《續編（十）》，頁 313。

訴訟採二審終結不得提起再審之訴之規定，是否合憲的問題，多數大法官認為：其乃「立法機關自由形成之範圍，符合選舉訴訟事件之特性，於憲法保障之人民訴訟權尚無侵害，且為增進公共利益所必要，與憲法第二十三條亦無牴觸」<sup>52</sup>。本件與前述釋字第四一八號解釋類似，皆涉及訴訟程序之「程序上正當程序」問題，解釋文與解釋理由書卻隻字未提「正當法律程序」。僅大法官林永謀於「協同意見書」中提到：「憲法第十六條所定人民有訴訟之權，此固在使人民為實現其憲法上所保障之自由、權利，得向國家所設之司法機關提起訴訟之制度性保障；惟此人民訴訟權之制度性保障，其本質內容，僅係保障人民有權向此等司法機關提起訴訟，期以正當程序獲得公平審判，並不得藉故予以剝奪之權利」。<sup>53</sup>

釋字第四四六號解釋(87/02/13)牽涉公懲會議決之再審議期間起算方式是否正當的問題。本件「解釋理由書」謂：「公務員之懲戒事項，屬司法權之範圍，由公務員懲戒委員會審理，而懲戒處分影響人民服公職之權利至鉅，懲戒案件之審議，自應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，乃憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨」。再次肯定司法程序亦有「正當程序保障」之適用；依繫爭事件觀之，且為「實質上正當程序」原則之適用。

綜觀以上解釋，大法官認為：司法程序應符合「正當法律程序」乃「訴訟權」內涵之一部份。所謂「正當法律程序」，依其內容乃兼指「程序上正當程序」（如釋字第三九六號解釋、釋字第四一八號解釋）與「實質上正當程序」（如釋字第

<sup>52</sup> 《續編（十一）》，頁 187。

<sup>53</sup> 《續編（十一）》，頁 191。有趣的是，林大法官前在釋字第三八四號解釋時猶認為「憲法第八條第一項關於法定程序之規定，…非可…當然並及於其他國家作用。」參見《續編（九）》，頁 213。

四四六號解釋)。

### 三、限制「財產權」的正當程序

限制財產權亦應遵守正當程序，在釋字第三八三號解釋(84/07/07)大法官蘇俊雄所提「不同意見書」中，殆已呼之欲出。表面上，本件所涉乃經濟部所為釋示令函是否逾越法律授權而違憲的問題。多數意見(解釋文)認為：「經濟部六十一年八月四日經(六一)礦字第二一五一六號令稱：今後凡被撤銷或註銷礦業權之煤礦，除有特殊原因，可予單獨開放人民申領者，一律應予暫行保留，以備有礦利關係之鄰接礦區調整增區促使擴大規模，趨於合理化經營，而增加保安之管理等語；復於七十五年八月十五日以經(七五)礦字第三五九〇六號函，就礦種中包含煤礦者，一併暫予保留，不開放人民申請一事，重申前令，均係中央主管機關依上開規定<sup>54</sup>，對下級主管機關就台灣地區煤礦之探採所為之準則性釋示，與憲法尚無抵觸」。<sup>55</sup>

蘇俊雄大法官於「不同意見書」指出：「行政機關之一般處分，有涉及人民權益者，應記明理由並為一定方式之通知或公告，為法治國家公認之行政原則。此項原則之意旨，在使行政機關為行政行為之際，能遵循一定之公正、公開的程序，使人民易於瞭解」。<sup>56</sup>前開經濟部令函「所稱『一律應予暫行保留』，具對外發生『停止接受申請』之法律效果，原應由經濟部以法規命令或行政處分之方式對外發布，公告周知，以避免人民為準備礦業投資所為之浪費。今經濟部以對下屬內部之行政規則函令之方式，替代一般處分應為正當程序與要式，明顯

<sup>54</sup> 參見礦業法第三十四條。

<sup>55</sup> 《續編(九)》，頁176。

<sup>56</sup> 《續編(九)》，頁178。

抵觸礦業法第三十四條第二項之規定」<sup>57</sup>。究其論理，似以為本案實際牽涉對外發生法律效力之行政規則，應經如何程序作成，始屬正當的問題。惟其終未能超越傳統的「實體違憲觀點」(論究命令有無逾越法律授權)，而逕由「程序觀點」指明「正當程序」之憲法意義，殊為可惜！本件益證行政程序法第一百六十條第二項規定(「解釋性規則」及「裁量基準」應「登載於政府公報發布之」)之必要。<sup>58</sup>

釋字第四〇九號解釋(85/07/05)宣示土地徵收之正當程序。解釋文謂：「徵收土地究對人民財產權發生嚴重影響，法律就徵收之各項要件，自應詳加規定，前述土地法第二百零八條各款用語有欠具體明確，徵收程序之相關規定亦不盡周全，有關機關應檢討修正」。解釋理由書並指示如何周全程序：「於徵收計畫確定前，應聽取土地所有權人及利害關係人之意見，俾公益考量與私益維護得以兼顧，且有促進決策之透明化作用」。本件乃大法官將「正當程序保障」適用於侵害財產權的行政處分(「侵害處分」)的首例。其宣示「土地徵收前應予當事人陳述意見之機會」，殆與行政程序法第一百零二條規定不利處分作成前至少應予相對人「陳述意見之機會」(非正式聽證權)同，然其宣示較行政程序法之制定更早兩年。

釋字第四八八號解釋(88/07/30)涉及接管金融機構之行政處分的合憲性問題。解釋文謂：「前述銀行法、信用合作社法及金融機構監管接管辦法所定之各種措施，對銀行、信用合作社之股東(社員)、經營者及其他利害關係人，既皆有重大影響，該等法規僅就主管機關作成行政處分加以規定，未能對作成處分前，如何情形須聽取股東、社員、經營者或利害關係人陳述之意見或徵詢地方自治團體相關機關(涉及各該地方自治

<sup>57</sup> 《續編(九)》，頁178。

<sup>58</sup> 參見湯德宗，〈論行政立法之監督〉(輯於本書頁211以下，頁266)。

團體經營之金融機構)之意見設置明文…與憲法保障人民財產權之意旨未盡相符」。<sup>59</sup>本件解釋雖未使用「正當程序」等語，但強調接管金融機構應「予利害關係人陳述意見之機會」(非正式的聽證權)，實為繼前述釋字第四〇九號解釋之後，再次將「正當程序」適用於侵害財產權的行政處分。

釋字第五二一號解釋(90/02/09)涉及海關緝私條例第三十七條<sup>60</sup>第四款以概括方式，規定「其他違法行為」亦在處罰之列，有無違憲的問題。大法官認為：該規定係為執行海關緝私與貿易管制法規所需；且所謂「法律明確性原則」非僅指法律文義具體詳盡，立法者仍得衡量法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，運用概括條款而為相應之規定。因此，系爭規定尚非有違「法律明確性原則」。<sup>61</sup>

以上三件解釋已將「正當程序保障」擴大適用於侵害「財產權」之行政行為(行政處分)，並宣示其「程序上正當程序」包括「事前之非正式聽證」(陳述意見之機會)。

#### 四、限制「工作權」、「服公職權」的正當程序

釋字第四六二號解釋(87/07/31)涉及大學教師升等的正當程序問題。解釋文明揭：「大學教師升等資格之審查，關係大學教師素質與大學教學、研究水準，並涉及人民工作權與職業

<sup>59</sup> 參見《續編(十三)》，頁1(台北：司法院，2000年7月初版)。

<sup>60</sup> 海關緝私條例(90/01/10)第三十七條(「報運貨物進口而有左列情事之一者，得視情節輕重，處以所漏進口稅額二倍至五倍之罰鍰，或沒入或併沒入其貨物：

- 一、虛報所運貨物之名稱、數量或重量。
- 二、虛報所運貨物之品質、價值或規格。
- 三、繳驗偽造、變造或不實之發票或憑證。
- 四、其他違法行為」)。

<sup>61</sup> 《續編(十四)》，頁529。

資格之取得，除應有法律規定之依據外，主管機關所訂定之實施程序，尚須保證能對升等申請人專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量，始符合憲法第二十三條之比例原則。…各大學校、院、系(所)教師評審委員會，本於專業評量之原則，應選任各該專業領域具有充分專業能力之學者專家先行審查，將其結果報請教師評審委員會評議。教師評審委員會除能提出具有專業學術依據之具體理由，動搖該專業審查之可信度與正確性，否則即應尊重其判斷」。並於「解釋理由書」中進一步提示：「評審過程中必要時應予申請人以書面或口頭辯明之機會；由非相關專業人員所組成之委員會除就名額、年資、教學成果等因素予以斟酌外，不應對申請人專業學術能力以多數決作成決定」。本件解釋雖終篇不見「正當程序」等語，惟所論盡皆教師升等審查的「程序上正當程序」，對於時下「教授治校」衍生的諸多問題，當可發生相當的匡正效果。

釋字第四九一號解釋(88/10/15)涉及公務員專案考績免職處分是否合憲的問題。解釋文首先說明考績免職之性質，謂：「公務人員之懲戒乃國家對其違法、失職行為之制裁。此項懲戒得視其性質，於合理範圍內，以法律規定由其長官為之。中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定對公務人員所為免職之懲處處分，為限制人民服公職之權利，實質上屬於懲戒處分，其構成要件應由法律定之，方符憲法第二十三條之意旨。」其次則闡明考績免職應有之「正當程序保障」，包括「實質上正當程序」與「程序上正當程序」。關於「實質上正當程序」，解釋文謂：「懲處處分之構成要件，法律以抽象概念表示者，其意義須非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，方符法律明確性原則」。關於「程序上正當程序」，解釋文謂：「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」。<sup>62</sup>「解釋理由書」進一步釋示所謂「立場公正之委員會」，乃指考績「委員會之組成由機關首長指定者及由票選產生之人數比例應求相當」。

本件解釋有三點特別值得注意。第一，本件為大法官繼釋字第三九六號解釋，將「正當程序保障」適用於公務員懲戒之「司法程序」（公務員懲戒委員會審理程序）後，進一步將之擴大適用於公務員懲戒之「行政程序」（服務機關專案考績免職懲處程序）之解釋。<sup>63</sup>大法官重視公務員身份保障可見一斑。第二，本件解釋文並宣示：公務人員考績法第十八條之規定（服務機關對於專案考績應予免職之人員，在處分確定前得先行停職）違憲，蓋「受免職處分之公務人員既得依法提起行政爭訟，則免職處分自應於確定後方得執行」<sup>64</sup>。如此解釋後，一方面公務員「懲戒」免職與「懲處」免職的差異<sup>65</sup>殆已消弭（懲戒固須經公懲會審議才能生效執行，懲處免職除受處分人不為爭訟者外，亦須經行政法院裁判確定才能執行）<sup>66</sup>。他方面，公

<sup>62</sup> 參見《續編（十三）》，頁 461。

<sup>63</sup> 按程序應與實體（利益）成比例之原則，應認本件解釋所宣示之「程序上正當程序」僅限於「免職處分」。

<sup>64</sup> 嚴格地說，大法官此處的論理並不充分。如謂「受考績懲處免職之公務員既得依法提起行政爭訟」，該懲處處分即應於確定後方得執行，則其他行政處分理當比照辦理！然行政處分作成後即有執行力，不因提起行政爭訟而停止，無寧為現行法之原則。余意以為，本案大法官所以為如上解釋，主要係為消弭懲戒免職與懲處免職在司法審查上的差異。

<sup>65</sup> 湯德宗，〈論公務員不利人事處分的正當程序--司法院大法官釋字四九一號解釋評析〉（輯於本書頁 331 以下，頁 372【圖一】）。

<sup>66</sup> 參見本件（釋字第四九一號）解釋吳庚大法官協同意見書（「本解釋對現制之另一項衝擊，係免職處分須行政爭訟審級救濟終結，或相對人對免職處分甘心折服不提起爭訟而告確定，始得執行，與目前免職處分一經銓敘機關核定，即屬「確定」並予執行之處理方式，大不相同」），《續編（十三）》，頁 467。

務員受人事行政處分，將較普通人民受行政處分更有保障，蓋人民因不服行政處分而提起行政爭訟（訴願或行政訴訟）時，並無停止執行原處分之效力<sup>67</sup>，此間差異可解為憲法保障公務員身份之表現。第三，前揭解釋文宣示之「專案考績免職處分」正當程序，乃關於「憲法上正當程序」保障<sup>68</sup>之闡釋；其效力高於法律，應優先於法律之規定適用。<sup>69</sup>是行政程序法第三條第三項第七款所謂「對公務員所為之人事行政行為」，不適用該法所定程序一點，業因本件解釋而修正。亦即，該法所謂「人事行政行為」之範圍將縮小，不再包括「專案考績免職」。而前揭解釋文所宣示之「專案考績免職」正當程序，較行政程序法所定最低限度的「正當行政程序」<sup>70</sup>猶有過之！<sup>71</sup>

以上兩件解釋確立：限制或剝奪人民工作權或服公職權時，亦有「正當法律程序」之適用。

## 五、修憲的正當程序

釋字第四九九號解釋(89/03/24)<sup>72</sup>宣告第三屆國民大會民國八十八年九月四日通過之修憲條文違憲。解釋文第一點即宣示修憲之「正當程序」，謂：「憲法為國家根本大法，其修改關係憲政秩序之安定及全國國民之福祉至鉅，應由修憲機關循正當修憲程序為之。又修改憲法乃最直接體現國民主權之行為，

<sup>67</sup> 參見訴願法(88/10/28)第九十三條第一項、行政訴訟法(88/10/28)第一一六條第一項。

<sup>68</sup> 詳見湯德宗，前揭（註 65）文（輯於本書頁 331 以下）。

<sup>69</sup> 就此，大法官吳庚之協同意見書特別澄清：「本解釋乃憲法位階之釋示，任何法律不得與之對抗！」參見《續編（十三）》，頁 467。

<sup>70</sup> 關於行政程序法作為「行政程序基本法」的立法定位問題，參見湯德宗，〈論行政程序法的適用〉（輯於本書頁 127 以下，頁 158~166）。

<sup>71</sup> 詳見湯德宗，前揭（註 65）文（輯於本書頁 331 以下，頁 340）。

<sup>72</sup> 參見《續編（十三）》，頁 685~687。

應公開透明為之，以滿足理性溝通之條件，方能賦予憲政國家之正當性基礎。國民大會依憲法第二十五條、第二十七條第一項第三款及中華民國八十六年七月二十一日修正公布之憲法增修條文第一條第三項第四款規定，係代表全國國民行使修改憲法權限之唯一機關。其依修改憲法程序制定或修正憲法增修條文須符合公開透明原則，並應遵守憲法第一百七十四條及國民大會議事規則有關之規定，俾副全國國民之合理期待與信賴。是國民大會依八十三年八月一日修正公布憲法增修條文第一條第九項規定訂定之國民大會議事規則，其第三十八條第二項關於無記名投票之規定，於通過憲法修改案之讀會時，適用應受限制。而修改憲法亦係憲法上行爲之一種，如有重大明顯瑕疵，即不生其應有之效力。所謂明顯，係指事實不待調查即可認定；所謂重大，就議事程序而言則指瑕疵之存在已喪失其程序之正當性，而違反修憲條文成立或效力之基本規範。國民大會於八十八年九月四日三讀通過修正憲法增修條文，其修正程序牴觸上開公開透明原則，且衡諸當時有效之國民大會議事規則第三十八條第二項規定，亦屬有違。依其議事錄及速記錄之記載，有不待調查即可發現之明顯瑕疵，國民因而不能知悉國民大會代表如何行使修憲職權，國民大會代表依憲法第一百三十三條規定或本院釋字第三三一號解釋對選區選民或所屬政黨所負政治責任之憲法意旨，亦無從貫徹。此項修憲行爲有明顯重大瑕疵，已違反修憲條文發生效力之基本規範」。是國民大會以「無記名投票」方式，通過繫爭憲法增修條文，爰具有「重大明顯瑕疵」，「不生其應有之效力」。

解釋文並補充說明：「本件相關機關國民大會雖主張：修憲程序之合憲性，依本院釋字第三四二號、第三八一號解釋，均屬議會自律事項，釋憲機關不應加以審究；並以外國之案例主張修憲程序不受司法審查；又國會議員基於自由委任地位，採公開或不公開之表決，均為憲法精神之所許云云。惟查憲法

條文之修改應由憲法所定之機關依正當修憲程序議決通過，為憲法條文有效成立之前提，一旦發生疑義，釋憲機關自有受理解釋之權限，已見前述；至於相關機關所踐行之議事程序，於如何之範圍內為內部自律事項，何種情形已逾越限度而應受合憲性監督，則屬釋憲機關行使審查權之密度問題，並非謂任何議事程序皆得藉口內部自律事項，而規避其明顯重大瑕疵之法律效果」。此為大法官首次將憲法上「正當程序保障」適用於「修憲」（廣義的立法行爲）之解釋，<sup>73</sup>並限縮「議會自律原則」之適用。

## 參、憲法上「正當程序保障」適用問題

由於我國憲法僅於第八條設有關於限制人身自由之程序保障，大法官如何建構全面適用（於限制或剝奪其他自由或財產）的「正當程序保障」，值得研究。另外，由於「如何程序方為正當」乃相對的、社會的、進化的概念，「正當程序保障」於適用時，尤其容易產生疑義。限於篇幅，茲擇要析論適用有關問題如下。

### 一、憲法上正當程序保障的客體

除關於「人身自由」的限制或剝奪，依憲法第八條之規定，須遵守「正當法律程序」外，限制或剝奪憲法所保障之其他權利（或利益）時，是否亦須遵守「正當法律程序」？換言之，我國憲法於「人身自由」外，是否承認「正當法律程序」（due process of law）為一普遍性的憲法保障？

<sup>73</sup> 參見湯德宗，〈國大延任修憲案違憲疑義解釋案--大法官審查說明會意見書（一）、（二）〉，輯於氏著，前揭（註22）書，頁689以下。

綜觀大法官相關解釋案，其發展脈絡可謂分明。大法官先是堅持憲法第八條之文義解釋，繼而改採論理解釋與體系解釋，肯認該條所謂「法定程序」乃具有憲法意義的「法律正當程序」-- 國家機關限制人身自由所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。而所謂「實質正當之法律程序」兼指「實體法及程序法規定之內容」正當；核其真意，實已兼有美國憲法上所謂「實質上正當程序」(substantive due process)與「程序上正當程序」(procedural due process)的概念。

「人身自由」的正當程序保障確立後，大法官開始將「正當程序保障」逐步擴大適用於「訴訟權」（所謂「司法程序亦應符合正當法律程序」），乃至（限制或剝奪）「財產權」與「工作權」（含「服公職權」）之「行政程序」中。循此往下，「正當程序」可望發展成爲我國憲法上普遍適用的保障。<sup>74</sup>【表二】分析大法官有關「正當程序」解釋適用之範圍。

關於上述發展，大法官中亦有質疑者。大法官林永謀在釋字第三八四號解釋之「協同意見書」中即謂：「憲法第八條第一項…所稱之『法定程序』，依文字敘述之本身觀之，…係限於『刑罰』，不直接涉及其他之國家作用，如『行政程序』，殊甚明顯。…此與美國聯邦憲法增修第五條、第十四條係規定：『…非依法律正當程序，不得剝奪其生命、自由與財產…』

<sup>74</sup> 釋字第四四五號解釋(87/01/23)涉及違反集會遊行法之處罰是否合憲之問題。解釋理由書有謂：「以法律限制集會、遊行之權利，除應遵守憲法第二十三條必要性原則外，尚須符合明確性原則，使主管機關於決定是否限制人民之此項權利時，有明確規定其要件之法律為依據，人民亦得據此，依正當法律程序陳述己見，以維護憲法所保障之權利」，《續編（十一）》，頁 246。似在揭示限制集會遊行自由之正當程序，包括「實質上正當程序」（限制規定須明確）與「程序上正當程序」（人民應有陳述意見之機會）。惟本件並未指示集遊法應限期改正，不無遺憾。

之不限於刑罰者，未可相提併論。」<sup>75</sup>亦即，林氏雖亦認同第八條所稱「法定程序」，不僅在形式上須以法律規定，且「其程序之內容，在實質上亦須正當」，但反對擴張「正當程序」保障於其他權利，謂：「至若程序所適用之實體法（非程序本身所適用之程序法），是否亦應一併要求爲『正當』，則未可望文生義，謂其亦屬必然。否則，豈非與美國聯邦憲法之『正當程序條款』(due process clause)相同」。<sup>76</sup>

就其所以反對普遍性的正當程序保障，林大法官有如下之說明：「程序法之實質的正當，究應賦予如何之內涵？何者應屬憲法之層次，何者委諸法律規定即可，當應自我國訴訟所採取之制度、歷史文化之背景，暨現在之實況予以觀察，始能合乎現實之社會而無乖於人民之期望」。<sup>77</sup>以該件解釋繫爭問題爲例，林氏以爲：「以職權主義爲主之刑事訴訟制度，應否將對質、詰問權提昇至憲法之層次予以保障，尙非無商榷之餘地。當然，對質、詰問之於真實發見，不能謂無助益；但…並非絕對必須將之視爲憲法上之基本權利不可」。<sup>78</sup>另一方面，林氏亦認爲法律規定（立法裁量）非可毫無節制：「其政策上之限制是否確屬必要，已否侵害基本人權，仍應如前所述之依據憲法第二十三條規定暨比例原則之法理予以衡量、判斷，殊不宜直接、積極地擴張憲法第八條第一項之法定程序以爲適用」。<sup>79</sup>是「關於秘密證人之此一制度，其存廢問題應委諸立法之判斷，非屬司法審查範疇，此與刑事訴訟制度究應採職權主義抑當事人主義，非『司法』所得置喙者，其理正同；惟如此亦非謂立法機關可得藉此制度以剝奪人民之基本權利。因是

<sup>75</sup> 《續編（九）》，頁 209。

<sup>76</sup> 《續編（九）》，頁 210~211。

<sup>77</sup> 《續編（九）》，頁 212。

<sup>78</sup> 《續編（九）》，頁 213。

<sup>79</sup> 《續編（九）》，頁 214。

立法機關所規定之該制度『程序暨內容』，自仍應合乎『必要』『正當』之要求。」<sup>80</sup>

另，大法官孫森焱於釋字第四一八號解釋之「協同意見書」中，亦持類似見解：「解釋我國憲法，所謂『正當法律程序』除第八條別有規定外，應係第二十三條規範之事項，惟人民行使訴訟權所制定之訴訟程序，是否合理而公平，應依第二十三條規定之要件論斷，要難謂於憲法第二十三條之外，另有普遍性抽象意義之正當法律程序，為憲法所保障」。<sup>81</sup>

上述論爭究為用語之誤會（蓋多數大法官以為「實質正當之法律程序」兼指「實體法及程序法規定之內容」正當，實未能正確表達其真意--「正當法律程序」包括「實質上正當程序」(substantive due process)與「程序上正當程序」(procedural due process)的概念)所致？抑或關於法體系之認知差異（「正當程序」下之「實質上正當程序」等於或不等於「憲法第二十三條之比例原則」）所致，猶待深究。

## 二、憲法上正當程序保障的依據

大法官雖逐步擴大「正當程序」適用的範圍，但始終未明確交代其論理之憲法依據。綜觀各件解釋，似有兩種可能。一種認為憲法第八條所含之「正當程序保障」乃憲法之基本價值，故可依個案情形「類推適用」於憲法所保障之其他權利（法益）；亦即，所謂「舉重以明輕」也。上述「類推適用」的優點為於法有據（有憲法第八條之明文），且富彈性（得視情形決定類推與否及類推之範圍）。

另一種可能為，前揭各件解釋隱約以為：人身自由以外之

<sup>80</sup> 《續編（九）》，頁 214。

<sup>81</sup> 《續編（十）》，頁 315。

各該權利本身，即內含「正當程序保障」。例如：釋字第三九六號解釋謂：懲戒案件之審議，「應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，…以貫徹…訴訟權之本旨」；釋字第四九一號解釋謂：「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」。上述「程序保障內含」說<sup>82</sup>的優點為操作簡便（可免去「類推」的麻煩），缺點則是於法無據（缺乏憲法明文）。<sup>83</sup>

## 三、憲法上正當程序所保障的「程序上正當程序」內涵

如何程序方為正當，無寧為「程序上正當程序」保障絕妙之處，亦法院認定上最感艱辛之處。美國聯邦上訴法院法官 H.

<sup>82</sup> 或謂「基本權本身即蘊含一定的程序保障功能」，蓋要求國家作成涉及人民基本權利之決定前，有履踐一定程序之義務，可以防止基本權的實害發生。參見許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，輯於氏著《憲法與法治國行政》，頁 153 以下（頁 172）（台北：元照，1999 年 3 月初版）；許宗力，〈基本權程序保障功能的最新發展--評司法院釋字第四八八號解釋〉，《月旦法學雜誌》，第五十四期，頁 153 以下（1999 年 11 月）。

或謂「人性尊嚴應受尊重」可作為建構「行政程序」之正當程序的憲法基礎。參閱蔡志方，〈從人性尊嚴之具體化，論行政程序法及行政救濟法之應有向〉，輯於氏著《行政救濟與行政法學（一）》，頁 351 以下（頁 377~387）（台北：三民，1993 年）；陳清秀，〈論法律上聽審請求權〉，輯於氏著，《行政訴訟之理論與實務》，頁 321 以下（1994 年再版）。

<sup>83</sup> 前揭大法官孫森焱與林永謀皆認我國憲法有第二十三條足矣，無需再謀一般性的正當程序保障。

另參見廖元豪，〈行政程序的憲法化--論行政處分之「正當程序」〉，《世新大學學報》，第九期，頁 213 以下（頁 235）（1999 年 10 月）（質疑在沒有憲法明文規定的情形下，法院逕以學說為依據，課與行政機關特定程序義務的可能）。



Friendly嘗分析憲法上正當程序保障的內涵，得出十項要素：

- 1) 公正的法庭 (An unbiased tribunal)；
- 2) 告知擬採取的行動及理由 (Notice of the proposed action and the grounds asserted for it)；
- 3) 反駁擬議行動之機會 (Opportunity to present reasons why the proposed action should not be taken)；
- 4) 聲明證據之權，包括傳訊證人之權 (The right to present evidence, including the right to call witnesses)；
- 5) 獲悉不利證據之權 (The right to know opposing evidence)；
- 6) 詰問對造證人之權 (The right to cross-examine adversary witnesses)；
- 7) 完全依據證據作成決定 (Decision based exclusively on the evidence presented)；
- 8) 選任辯護人之權 (Right to counsel)；
- 9) 法庭應就提出之證據作成筆錄 (Requirement that the tribunal prepare a record of the evidence presented)；
- 10) 法庭應以書面載明事實認定及裁決理由 (Requirement that the tribunal prepare written finding of fact and reasons for its decision)。

茲參酌我國現制（各種訴訟法、行政程序法）中之程序規定及上述要素，將前述大法官解釋所揭示之「司法程序」上之「程序正當程序」與「行政程序」上之「程序正當程序」內涵，分析如【表三】與【表四】。

#### 四、「憲法上正當程序」與「法律上正當程序」

### 的關係

理論上說，憲法上的正當程序保障，尤其是「程序上正當程序」，對於法律上的正當程序設計，具有指導、匡補的作用。此處牽涉司法（大法官）解釋對於立法裁量權應如何尊重（含尊重至如何程度）的問題。<sup>84</sup>前揭釋字第四九一號解釋與釋字第四一八號解釋，提供了兩個有趣的實例。

前揭釋字第四九一號解釋之「解釋文」提示考績免職之正當程序（屬「程序上正當程序」）謂：「對於公務人員之免職處分…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」。<sup>85</sup>大法官吳庚在「協同意見書」中一語道破前揭憲法上「程序上正當程序」要件與行政程序法(88/02/03)第三條「除外條款」<sup>86</sup>間之落差，謂：將「對公務員所為之人事行政行為」排除該法之適用範圍，「顯係囿於舊日『特別權力關係』之說法，欲將行政程序侷限於所謂『一般權力關係』之事項，殊不知人事行政行為之無行政程序法之適用者，充其量僅能限於未限制或剝奪公務員服公職之基本權事項，例如職位陞遷、調動、任務指派等而已」，並強調「目前行政程序法尚未施行，各級機關切勿以民國九十年一月一日該法實施後，依新法推翻舊解釋之理，排除本解釋之適用，因為本解釋乃憲法位階之釋示，任何法律不得與之對抗也」。更具體指出憲法上「正當程序」要件乃起碼之程序要求，法律自可設定更周詳之程序保障，謂：

<sup>84</sup> 並參見湯德宗，〈立法裁量之司法審查的憲法依據〉，輯於氏著，前揭（註22）書，頁1以下。

<sup>85</sup> 參見《續編（十三）》，頁461。

<sup>86</sup> 行政程序法第三條第二項：「下列事項，不適用本法之程序規定：…七、對公務員所為之人事行政行為。…」。

「有關機關未來研擬修改公務人員考績法規之際允宜以前瞻之思維，對記過以上之懲處均踐行正當法律程序，不必僅限於免職處分」。<sup>87</sup>

上開解釋旨在以「憲法上的正當程序保障」（尤其是「程序上正當程序」）匡正「法律上正當程序保障」之不足-- 限縮行政程序法「事項除外」條款之適用範圍-- 至為明顯。按現制下，公務員因專案考績懲處免職者，依「公務人員保障法」之規定，固得提起「復審」、「再復審」；<sup>88</sup>其不服「再復審」之結果者，並可依大法官有關解釋（如釋字第二四三號），提起行政訴訟。是公務員不利人事處分與一般不利處分所不同者，僅為處分前未有「事前通知」（預告）及「申辯」（「陳述意見」或「聽證」）之機會耳。上開解釋推翻立法者（在「行政程序法」中）所為之立法裁量，強化了公務員的身份保障，用心良苦，應予肯定。惟理論上，大法官亦可選擇其他途徑（例如以體系解釋宣告懲戒處分以外，具有懲戒性質之考績懲處為違憲<sup>89</sup>），達成相同目的。

釋字第四一八號解釋及其後續發展，則提供了另一種「憲法上正當程序」與「法律上正當程序」互動的模式。前揭釋字第四一八號解釋認為：道路交通管理處罰條例規定違規行為人，不服主管機關所為之處罰時，得向地方法院聲明異議，交通法庭審理時既曾給予當事人申辯及提出證據之機會，即已符合正當法律程序，縱使違規行為人於主管機關作成處罰（行政處分）前，並無「聽證機會」。嗣立法院於民國八十六年修正

<sup>87</sup> 參見《續編（十三）》，頁466~467。

本件解釋文明揭：「相關法令應依本解釋意旨檢討改進，其與本解釋不符部分，應自本解釋公布之日起，至遲於屆滿二年時失其效力」。

<sup>88</sup> 公務人員保障法(85/10/16)第十八條及第十九條。新修正公務人員保障法(92/05/28)已配合新修正訴願法，廢除「再復審」制度。

<sup>89</sup> 參見大法官劉鐵錚之「不同意見書」，《續編（十三）》，頁471~475。

「道路交通管理處罰條例」時，增列第八條第二項<sup>90</sup>，給予當事人在處分前陳述意見之機會。今（民國八十八）年初公布之「行政程序法」第一百零二條更規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，…應給予該處分相對人陳述意見之機會」。凡此，皆說明「憲法上正當程序保障」具有門檻的性質，立法者得依其裁量，在此門檻上更增加「法律上正當程序」之保障。

## 五、憲法上正當程序所保障的「實質上正當程序」似漸由「法律明確性原則」所取代

自釋字第三八四號解釋於「解釋文」中提出「法律規定之內容更須『實質正當』」之概念，並於「解釋理由書」中說明：「實質正當之法律程序」兼指「實體法及程序法規定內容」之正當。此後，大法官關於「正當法律程序」究竟應否包括「實質上正當程序」(substantive due proces)，始終爭論。

綜觀前文所論各件解釋，早期持不同意見的大法官似認為：「實質上正當程序」相當於我國憲法第二十三條，故無在憲法第二十三條之外，更承認「實質上正當程序」之必要。<sup>91</sup>至少自釋字第四百零九號解釋(85/07/05)<sup>92</sup>起，大法官已有放棄

<sup>90</sup> 道路交通管理處罰條例第八條第二項：「違反本條例之行為，由左列機關處罰之：

一、違反第十二條至第六十八條之規定者，由公路主管機關處罰。

二、違反第六十九條至第八十四條之規定者，由警察機關處罰。

前項處罰於裁決前，應給予違規行為人陳述之機會」。

<sup>91</sup> 參見孫森焱大法官釋字第三八四號解釋之「協同意見書」，《續編（九）》，頁204。

<sup>92</sup> 釋字第四百零九號解釋：「然徵收土地究對人民財產權發生嚴重影響，法律就徵收之各項要件，自應詳加規定，前述土地法第二百零八條各款用語有欠具體明確，徵收程序之相關規定亦不盡周全，有關機關應檢討

「實質正當」用語之傾向。及至釋字第四九一號解釋，大法官似已達成共識，不再以「實質正當」一詞涵攝「實質上正當程序」概念，而改以「法律明確性原則」稱之，謂：「懲處處分之構成要件，法律以抽象概念表示者，其意義須非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，方符法律明確性原則」。<sup>93</sup>釋字第五二一號解釋步隨其後塵。

不論釋字第三八四號解釋所謂「實質正當」，或美國憲法學上所謂「實質上正當程序」，皆因與所謂「正當程序」之尋常理解有所落差，易滋誤會。故將「正當程序保障」侷限於「程序上正當程序」，並以「法律明確性原則」及「憲法第二十三條」代替「實質上正當程序」，當有助於全民理解，進而助長憲法意識。惟「實質上正當程序」之意涵，是否能盡由「法律明確性原則」及「憲法第二十三條」所舍括，猶可研究。

## 肆、結論

在世界民主浪潮的衝擊下，近十年來台灣在法治方面有了長足的進步。大法官有關解釋確立「憲法上正當程序」的保障，亦為例證。

本文由比較法觀點切入，說明美國憲法上「正當程序保障」的理念，作為參考座標。其次檢視我國大法官建構「正當程序」保障的歷程與成果。再次分析「正當程序保障」在我國適用時所遭遇的各種問題。整體而言，大法官辛苦有成，應予高度肯定。

---

修正」。

<sup>93</sup> 關於「法律明確性」原則之類似闡述，早見於釋字第四三二號解釋(86/07/11)。

大法官逐步擴大「正當程序保障」的適用範圍後，將開始面臨挑戰-- 決定個案繫爭之程序是否為正當，含「程序上正當程序」是否充分，以及「實質上正當程序」是否公平。美國聯邦最高法院大法官法蘭佛特(Frankfurter)嘗謂：「正當程序，不同於某些法則，要非具有固定內涵，而無關乎時間、地點及情況之技術性概念…。正當程序非機械工具，亦非碼尺，而是精細的調整過程，其間無可避免地將涉入憲法授權開發此一過程之人（按指法官）之判斷」。<sup>94</sup>道出「正當程序」內涵變動不羈、隨境權宜，從而須就個案論斷的本質。準此理解，大法官於闡釋「正當程序保障」內涵時，應調整「抽象解釋」<sup>95</sup>下慣常的操作方式，避免尋求「放諸四海皆準」的「標準程序」，力求限縮解釋範圍，務期「量身定作」-- 視個案需要，闡明各案應有之「正當程序」，並以此為限，嚴禁逾越「必要範圍」。此或可謂大法官解釋「正當程序」之「正當程序」也！

本文初稿發表於《憲政時代》，25卷4期，頁3~33，民國八十九年四月；2003年8月增訂。

---

<sup>94</sup> Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath, 341 U.S. 123 (1951) (Justice Felix Frankfurter).

<sup>95</sup> 關於抽象解釋之界限，參見湯德宗，〈權力分立與違憲審查--大法官抽象釋憲權之商榷〉，輯於氏著，前揭（註22）書，頁133以下。

表一：「正當程序保障」的適用範圍

國家行爲	立法行爲	司法行爲	行政行爲
正當程序			
實質上正當程序 (Substantive Due Process)	適用 (功能上殆相當於 憲法第二十三條)	適用	適用
程序上正當程序 (Procedural Due Process)	適用 惟因議會自律原則 (參見釋342)，司 法審查密度較低(司 法審查標準較寬)	適用	適用

表二：大法官有關「正當程序」解釋適用一覽表

程序類型	司法程序	行政程序			立法程序 (含修憲 程序)	
		行政處分		法規命令		行政規則
		侵害處 分	授益處 分			
繫爭權利						
§ 8人身自由	釋271 (吳 庚不同 意見) 釋384 釋392 釋436				釋342 不受理決 議第1124次 會議第11 案	
§ 10居住遷徙自由					釋499 (正 當修憲程 序)	
§ 11言論出版自由						
§ 12秘密通訊自由						
§ 13宗教自由						
§ 14集會結社自由						
§ 15生存權						
§ 15工作權		釋462				
§ 15財產權		釋383 (蘇俊 雄不 同意 見) 釋409 釋488	釋383 (蘇俊 雄不 同意 見)	釋383 (蘇俊 雄不 同意 見)		
§ 16訴訟權	釋396 釋418 釋446					
§ 17參政權						
§ 18服公職權		釋491				
§ 21受國民義務教育 權利						
§ 22其他自由及權利						

表三：大法官有關「司法程序」之「程序上正當程序」內涵分析

正當程序內涵		大法官解釋	釋384 人身自由	釋396 公務員懲戒	釋436 軍事審判
公正作為義務	迴避制度				
	組織適法				
	禁止片面接觸				
預告（擬採行動及理由）					
聽證權	直接審理				
	答辯之機會 (opportunity to rebut)	書面答辯（「陳述意見」） (written defense) 言詞答辯（「聽證」） (oral argument)			
提出證據(right to present evidence)					
選任辯護人(right to counsel)					
獲悉不利證據（「閱覽卷宗請求權」） (right to know opposing evidence)					
傳訊證人(right to call witnesses)					
詰問證人(cross-examination)					
予以被付懲戒人最後陳述之機會 (final statement by the accused)					
作成聽證記錄(prepare administrative record)					
依聽證記錄作成決定(decision based exclusively on the administrative record)					
公開聽證(hearing in public)					
決定之告知（事後告知）					
說明理由的義務 (duty to give reasons)					
救濟途徑之教示					

指由各該解釋文明白宣示者

指相關法令所包括者

表四：大法官有關「行政處分」之「程序上正當程序」內涵分析

正當程序內涵		大法官解釋	釋409 徵收土地 理由書	釋462 大學教師升等 解釋文 理由書	釋488 接管銀行 解釋文	釋491 公務員考績免職 解釋文 吳庚協同
公正作為義務	迴避制度					
	組織適法					
	禁止片面接觸					
聽證權	預告（事前告知）					
	申辯機會	書面答辯 (陳述意見) 言詞答辯				
提出證據						
傳訊證人						
獲悉不利證據 (含閱覽卷宗請求權)						
交互詰問						
作成聽證記錄						
選任代理人						
公開聽證						
應依聽證記錄作成決定						
決定告知（事後告知）						
說明理由的義務 (含法令依據)						
教示救濟途徑						

指由各該解釋文明白宣示者

表示行政程序法、公務人員考績法、公務人員保障法以及訴願法相關規定所舍者，並參見湯德宗，〈論正當行政程序〉（輯於本書頁1以下）。