

憲法上的正當行政程序
—以行政處分之前程序為出發點

李仁淼

中正大學法律學系教授

憲法上的正當行政程序

—以行政處分之前程序為出發點

司法院 105 年度研討會
2016.12.3 於法官學院

中正大學法律學系 李仁淼

目次

壹、前言

貳、憲法上正當法律程序之意義

一、各國發展概況

二、美國之發展脈絡

（一）沿革

（二）實質正當

三、小結

參、憲法上之正當行政程序

一、正當法律程序在釋憲實務之發展動向

二、和「正當行政程序」相關之大法官解釋

（一）行政程序法成立前

（二）行政程序法成立後

（三）大法官釋字 709 號解釋（2013.4.26）

三、正當行政程序之憲法依據

四、小結

肆、憲法上正當行政程序之實踐

一、正當行政程序的意義

二、法規範面之問題點

（一）排除適用規定

（二）聽證、陳述意見

三、處分作成前之程序瑕疵的司法審查

四、小結

伍、結語

壹、前言

我國憲法上並無類似美國第 5、第 14 修正條文之相關規定。大法官自 1990 年代後半，將「正當法律程序」引進釋憲實務。憲法上程序性權利保障之問題，受到學界矚目。其後，在和都市更新有關之釋憲聲請案中，大法官於 2013 年 10 作出之釋字 709 號解釋，首度使用憲法要求之「正當行政程序」之用語，引起各更加高度之關注。大法官歷來有關「正當法律程序」之憲法解釋，有很大比重是環繞在和人身自由、以及訴訟權保障之部分。本文是以大法官 709 號解釋和憲法上之「正當行政程序」衍生之問題為出發點，擬將檢討、分析之重點聚集在：和機關作成處分前之「聽證」、「陳述意見」等事前程序相關之問題點。

文中，首先概觀正當法律程序之發展脈絡。特別是就美國發展出之「程序正當」、以及「實質正當」，對我國在繼受「正當法律程序」時，有何值得參考或留意之處進行檢討。其次，本文對過去於美國司法實務上，如何審查「正當法律程序」？於何種要求下方為「正當」？可供我國參考之個案，亦擬作初步分析。之後，在對大法官歷年有關「正當法律程序」之代表性憲法解釋進行整理、分析之後，嘗試釐清「正當行政程序」在我國憲法上之基礎。

另一方面，本文為探究大法官引進憲法上「正當行政程序」後，此種憲法價值在實際適用上是否真正落實。亦將對「正當行政程序」有關之法規範面，特別是行政程序法施行後之問題點、以及司法實務之相關個案進行考察。於此部分，在必要時，亦將對日本法上之相關論點，進行比較分析。日本戰後之憲法規範，於 31 至 40 條為和人身自由、以及刑事程序有關之規定，且日本憲法中無類似美國聯邦憲法第 5、第 14 修正有關「正當法律程序」之一般規定。此點和我國類似。且彼邦於 1993 年通過行政手續法，自 1994 年 10 月 1 日起施行後，亦已累積若干實務上之個案。日本法之發展，亦有若干可供我國借鏡之處。

最後，本文在經以上考察之後，於文末將提出若干個人觀點，期能供我國改革參考。

貳、憲法上正當法律程序之意義

一、各國發展概況

「正當法律程序」(due process of law) 源自英國大憲章(Magna Carta)之國法(law of the land)規定，其原初在於防止國王恣意行使權力，保障正規之法院審判程序，特別是經由陪審之起訴程序及陪審之審判。於 1215 年之大章中記載「任何自由人除非因同儕之合法審判，或是國法(law of the land)不受逮捕、拘禁、扣押、權利或財產之剝奪、法外放置、放逐、或用其他方法遭受地位之剝奪」。其後、在此所謂之「國法」逐漸受到以「正當法律程序」(due process of law)之用語取代，兩者被解釋解釋為相同意義。此種正當法律程序之概念，當初和英國的「法治主義」(rule of law)之觀念互為一體，不過在重視人權的程序保障之傳統下，則是以判例法(common law)保障正當之刑事程序。英國之此種發展為受到洛克等自然法論者之影響，在和自然正義之觀念結合後，美國亦繼受此種法思想，並具體規定在美國聯邦憲法第 5 及第 14 修正條文。當中，第 5 修正條文為美國在 1791 年將 10 個和人權有關之條文(一般將此 10 個增修條文稱為美國的 Bill of Rights)，以增補之方式成為修正條文(Amendments)的其中一個條文。其在美國的適用上，除對議會、法院有拘束力外，**於 19 世紀末，不僅是在刑事程序，有關行政程序也適用該條款，並確立了以告知(notice)和聽證(hearing)為核心之憲法上要求。**

第 5 修正條文規定：「發非經大陪審團提起公訴，人民不受死罪或其他不名譽罪之審判，但戰時或國難時期服現役之陸海軍或國民兵所發生之案件，不在此限。同一罪案，不得令其受兩次生命或身體上之危險。不得強迫刑事罪犯自證其罪，亦**不得未經正當法律手續剝奪其生命、自由或財產**。非有公正賠償，不得將私產收為公用。¹」。第 14 修正條文則為在美國南北戰爭後，於 1868 年納入美國聯邦憲法之增修條文，其內容為：「凡出生或歸化於美國並受其管轄之人，皆為美國及其所居之州之公民。**無論何州**，不得制定或執行損害美國公民特權或豁免權之法律；亦**不得未經正**

1 中文翻譯參閱司法院網頁 <http://www.judicial.gov.tw/db/db04/db04-03.asp>

當法律手續使任何人喪失其生命、自由或財產；並不得否定管轄區內任何人法律上平等保護之權利。²」

於美國司法審查制度的脈絡下，正當法律程序除要求立法權保障正當程序外，在其後續發展當中，則不只是程序正當，亦要求實體正當。相對於此，歐陸有關正當刑事程序，最早起源於法國人權宣言，其第 7 條中規定「除非在法律所規定情況下並按照法律所指示的程序，任何人均不受控告、逮捕與拘留。」第 8 條則規定：「法律只應規定確實和明顯必要的刑罰，而且除非根據在犯法前已經通過並且公布的法律而合法地受到科處，任何人均不應遭受刑罰。」於法律優位之下，尋求藉由法律進程序及實體之保障為其特徵。不過，於後續歐陸法之發展脈絡中，在人權保障上，實體比程序更受到重視。

其次，於亞洲之發展中，於戰前明治憲法 23 條 中亦有相關規定，戰後日本則於憲法 31 條規定：「任何人，若不依法律所規定之程序，不得剝奪其生命或自由，亦不被科處其他刑罰」此憲法上之規定，一般被認為繼受美國聯邦憲法上正當法律程序而來。我國憲法第 8 條，亦有刑事上正當程序之規定，不過我國憲法第 8 條之正當法律程序之規定，適用於刑事程序中並無疑義，但在行政程序中，是否得引用憲法第 8 條作為行政上正當法律程序之依據，則有檢討之必要。

二、美國之發展脈絡

（一）沿革

如前述，正當法律程序（due process of law）可追溯至大憲章英王約翰（King John）不隨意逮捕拘禁之承諾。依湯德宗教授之研究，美國聯邦憲法上之正當法律程序，於實務運用上，則又有「**程序正當**」（procedural due process）與「**實質正當**」（substantive due process）兩者之區分。前者旨在確保國家權力行使之程序公平，為公權力限制人民「生命自由或財產」時，應遵循何種程序方為正當之問題，不過我國僅於憲法第 8 條對有關人

2 中文翻譯參閱司法院網頁 <http://www.judicial.gov.tw/db/db04/db04-03.asp>

身自由之事項有明文規定。後者，則在確保國家權力運作之實質「公平」（fairness），其功能接近我國憲法第二十三條³。筆者之理解若無錯誤，應該是指相當於比例原則。

於 19 世紀末，美國法上的「正當法律程序」（due process of law），不只是在刑事程序，也已經適用在民事訴訟程序，甚或行政程序。並確立了以告知 (notice) 和聽證 (hearing) 為核心的程序要求。不過之後，正當法律程序條款，逐漸受到超出程序要求之功能的期待，該條項也成為欠缺憲法明文規定之權利保障的根據。

美國「程序正當」之要求，一直到 1960 年代初期都處於較為穩定之狀態。亦即，在以一般型態制定規則時，雖不必對所有人告知或給予聽證，不過在行政行為對人民之身體自由或財產權限制時，則被認為應該進行類似司法審查程序之告知、聽證之事前程序。不過，此種事前程序保障，對於傳統上不被認為是「權利」而是「特權」之範圍，包含：監所受刑人的處遇、公務員之解雇、學生之懲戒、終止福利給付等問題，不適用「程序上正當」之程序保障。

不過，此種情況到了 1970 年，以聯邦最高法院對 **Goldberg v. Kelly** 案判決⁴ 為契機，開始產生重大改變。該案是有關在終止兒童扶養給付 (Aid Families with Dependent Children AFDC) 之前，是否應該要求憲法上的聽證程序受到爭執。聯邦最高法院於判決中，並未採用將接受公的扶助區分為「權利」(right)、 「特權」(privilege) 之傳統判斷手法。判決中除明確指出本件「若未能舉行為了事前調查證據之聽證，則將無法滿足程序上之正當法律程序之要求」、而在給付終止前的聽證雖未必須要求到如司法或準司法般之嚴謹，只要依接受給付者的特性，在最小限度之程序保障即已足夠。不過就本件而言，正當法律程序包含：**「將詳細敘述終止給付之理由，以合理充分之時間告知、給予有對自己不利之證人反詰問的有效機會、保障得將自己之主張和證據以言詞提出的權利、選任辯護人的權利、提示決定**

3 湯德宗，論憲法上的正當程序保障，憲政時代 25 卷 4 期，2000 年 4 月，4-5 頁。

4 397 U.S. 254 (1970)

之理由及該決定所依據之證據、以及保障決定者之公正性為必要」之程序。亦即聯邦最高法院認為，給當事人有事前聽證，而且必須是接近法院審判程序之嚴謹程序的聽證，在本案為不可或缺⁵。其次，為給處分相對人有充裕之反論準備，不利益處分之告知時間點，亦為程序正當之重要內容。

此後，「程序上正當」之要求，被擴張適用到各種過去所未被承認的各種範圍，而被稱為「正當法律程序之革命」、或是「正當法律程序之爆炸」⁶。不過此種趨勢，於 70 年代美國聯邦最高法院，對於「正當法律程序」之適用，並非無限上綱，而是予一定之管控。於 *Board of Regents v. Roth*⁷ 案，對於任期 1 年之大學老師不續聘，未經聽證或陳述意見之事前程序是否違憲之問題受到爭執。聯邦最高法院對此於 1972 年作出之判決指出：憲法第 14 修正條文的正當法律程序要求，在受該條項保護之自由或財產不存在時，則並不適用，並認定於本案當中，並無受到保護之「財產」，因此駁回須適用正當法律程序之要求。其次，聯邦最高法院在同年對 *Perry v. Sinderean*⁸ 案作出的判決中則指出：雖是不續聘，不過在經多年聘用的情況中，則有受憲法正當法律程序保護之可能，較上開 *Roth* 案判決，雖於正當法律程序之適用略為放寬。不過，於此二判決中，均認定為適用程序上之「正當法律程序」，必須以有在實體上受到保護之利益存在方有適用之可能。

有關程序上正當法律程序之適用，必須適用到何種程序方為正當。聯邦最高法院於 1976 年對 *Mathews v. Eldridge*⁹ 案作出之判決中，提出其審查方法。本案之爭點在於：行政機關在終止重度殘障保險給付（disability insurance benefits）前，是否須給處分相對人聽證（evidentiary hearing）之適用。對此，聯邦最高法院以利益衡量之方法審查所須適用程序之嚴密程度。

5 有關 *Goldberg v. Kelly* 案之介紹，參閱湯德宗，第十六章行政程序法，翁岳生編，行政法，翰盧，2000 年，915 頁；葉俊榮，環境行政的正當法律程序，翰盧，2001 年，61 頁。日本文獻可參閱宇賀克也 *Goldberg v. Kelly* 福祉行政と手続的デュー・プロセス，藤倉皓一郎等編，英米法判例百選 3 版，1996 年，14-15 頁。

6 松井茂記，アメリカ憲法入門 7 版，有斐閣，2012 年，359-360 頁。

7 408 U.S. 564 (1972)

8 408 U.S. 593 (1972)

9 425 U.S. 319 (1976) 本案評論可參閱木下毅，社会保障受給資格の取消処分と事前聴聞，芦部信喜編，アメリカ憲法判例，有斐閣，1998 年，262-268 頁。

判決中指出：正當法律程序為具彈性，而以在特定狀況所要求之程序保護為必要。而為了解決本案之行政程序在憲法上是否充分之爭點，必須分析受影響之公益及私益。為判別在何種特定狀況須適用正當法律程序，一般而言，必須**考慮三個不同的重要因素**。

第一、**因公的行為而受影響之私人利益**。第二、**透過所採用之程序，造成誤為剝奪私人利益之風險，以及採附加或替代程序之保護可能獲得的利益**。第三、包含**被認為是必要之功能以及附加或替代程序，對政府部門在財政上或行政上之負擔的政府利益**。依此種方法，首先在第一階段審查是否存在有受保護之利益。第二階段則對相關利益進行比較衡量，檢討程序之正當性。

學說指出，聯邦最高法院迄今雖然未將二階段審查理論作統整性適用，不過大致是依循此種審查模式。依此理論，聯邦最高法院，對於要求適用程序上正當法律程序之要件，在第一階段先審查是否有受實定法保護之實體利益，程序上正當程序所要求之範圍，也將因此受到大幅限縮。其次，由於聯邦最高法院在第二階段之審查，於進行利益衡量時，由於經常強調程序要求所須之行政成本，而拒絕賦予原告所要求之更為嚴謹之程序¹⁰。

（二）實質正當

如上述，正當法律程序條款項在美國之實務運作上，確立了「**程序正當**」之內容。不過，該條項同時也發揮了一定的實體權利保護之功能，而被稱為「**實質正當**」法律程序之理論。則在 19 世紀末 20 世紀初，在美國因全國性商業資本主義已經形成，而在都會區聚集了許多靠工資生活的勞動者，有許多州乃積極制定對社會經濟規制之法規，「**實質正當**」法律程序之理論，於此時受到矚目。

有關此種和經濟性規制有關之實體正當法律程序有關之代表性案例為聯邦最高法院對 **Lochner v. New York**¹¹ 案在 1905 年作出之判決。本案是因紐約州對麵包工場之工作時間規制所引發之爭議。依紐約州在 1897 年制定

¹⁰ 松井茂記，前揭書（註 6）361-362 頁。

¹¹ 198 U.S. 45 (1905)

之勞動法，無論任何勞工，在麵包製造業之工作時間，均不可超過 1 週 60 小時或 1 天 10 小時。本件上訴人因違法此規定而被起訴，於州的三個審級之法院均被判有罪。經上述至聯邦最高法院後，判決中指出：聯邦憲法第 14 修正「任何州不依正當法律程序，不得剝奪任何人的生命、自由或財產」之規定，包含「簽訂契約的自由」。有關勞動力買賣之權利，只要在沒有應該排除該種權利之情況，即應受第 14 修正條文之保障。而本案之爭點在於：州的規制是否合理正當？對契約自由是否有不合理治干預？¹²。

於本案，紐約舉出規制的兩個目的。其一，在於保護勞工。對此，聯邦最高法院於判決指出：就一般統計資料，麵包製造業勞工之健康狀況並並不惡劣。且工作時間之限制，可能損及勞工維持其家庭生計的能力。其二，在於維持大眾之健康。對此，聯邦最高法院判決中則認定，雖可肯定規制之目的，不過對於工作時間限制和製造麵包的安全性之關聯性，則持懷疑之態度，並認為規制之手段應有更直接關聯性之必要。最後，聯邦最高法院並作出本件州法對工作時間之規制和保護勞工健康並無直接關聯性，禁止雇主和勞工簽訂工作內容之契約的自由，為違反聯邦憲法。

本判決為將自由放任主義，藉由憲法解釋予具體化之和實質正當法律程序有關之代表性案例。整體而言，於 1890 年代到 1930 年代，聯邦最高法院將許多社會經濟立法以「**實質正當**」法律程序之理論宣告違憲。當然，值得留意者，為在此時期，聯邦最高法院也並非將所有社會經濟立法均宣告違憲，亦有支持社會經濟規制合憲之判決。例如，在 *Muller v. Oregon*¹³ 案中，聯邦最高法院即在 1908 年作出，對於以保護婦女為目的之對女性勞工工作時間限制為合憲之判決。判決中，聯邦最高法院對於規定工場勞動者最高工時之法律也予以支持。換言之，此判決等同於變更了 *Lochner* 判決。

到了 1930 年代後半期，聯邦最高法院對「**實質正當**」之態度有了重大改變。聯邦最高法院在 1937 年對 *West Coast Hotel Co. v. Parrish* 案¹⁴ 作出的

12 本案評論參閱宮川成雄，*Lochner v. New York 經濟的自由とデュー・プロセス条項（1）*，藤倉皓一郎等編，英米法判例百選 3 版，1996 年，74-75 頁。

13 208 U.S. 412 (1908) 本案評論參閱宮川成雄，*Muller v. Oregon 經濟的自由とデュー・プロセス条項（2）*，同上書，76-77 頁。

14 300 U.S. 379 (1937) 本案評論參閱畑博行，*West Coast Hotel Co. v. Parrishwest Lochner 時代の終焉*，前掲書（註 12）80 - 81 頁。

判決，認定女性勞工居於弱勢地位，因而作出：議會對其立法作出最低工資之規定，並非恣意之合憲判斷。此後，聯邦最高法院對社會經濟規制立法，不再出現以違反憲法上「實質正當」條款之理論宣告違憲之判決。特別是聯邦最高法院在 1963 年對 *Ferguson v. Scrupa* 案之判決¹⁵，支持除有正式律師資格者外，不得居間介入催討債務之州法。判決中並指出：法院不應居於判斷立法政策良窳之超立法機關的地位。至此，實質正當程序之理論，在涉及有關社會經濟立法之部分，終告崩解。直到 1970 年代以後，聯邦最高法院在對有關人格權、隱私權、家庭、性傾向等個案進行審查，實質正當法律程序之理論才又復活。

如上述，美國「正當法律程序」之發展，在過去實務運作上雖又有「**程序正當**」以及「**實質正當**」兩者之不同。「實質正當」之理論，在於要將對聯邦憲法中第 5 或第 14 修正條文明確記載之「生命、自由或財產」之不當限制或侵害，作權利之實體上的保障。因此對於憲法上沒有明文規定之權利，可透過正當法律條項予保障。而其**理論特徵在於，對於立法目的，以及目的和手段的關聯性兩者，均進行嚴格之審查**¹⁶。

如在上述 *Lochner* 案判決中所見，聯邦最高法院將憲法上沒有明文規定的「契約自由」解釋為受「正當法律程序」條款保護的「自由」之範圍，並對限制最高工時之勞工保護法進行嚴格審查，作出違反一般社會通念之違憲判決。因此，學說上乃有對「**實質正當**」法律程序之理論提出許多疑點，包含：究竟是否實質正當法律程序理論本身是否即有問題。或是將「契約自由」解釋為憲法上正當法律程序條項之「自由」有問題等¹⁷。

有關此點，我國近日亦有學說指出：「**實質正當法律程序**」之定義向來頗多爭議，甚至被認為是矛盾詞¹⁸。而聯邦最高法院在 1985 年對 *Regents of the Univ. of Mich. v. Erwing* 案判決中亦指出：從 *Lochner* 案判決以後的「**實質正當法律程序**」並非憲法上任何條文之規定，也無法從制憲前的歷史文

15 372 U.S. 726 (1963)

16 松井茂記，前揭書（註 6），2468-247 頁。

17 松井茂記，前揭書（註 6），368-369 頁。

18 黃丞儀，程序保障與理性論證 - 從大法官 709 號解釋析論比例原則與正當行政程序之交錯適用，「基本權的新視角」學術研討會 (2016 年 5 月 19 日於中正大學) 資料，6 頁。

獻中找到具體根據。其只不過是司法者對第 5 修正條文和第 14 修正條文歷年累積出來的解釋產物。

三、小結

就我國而言，在引進「正當法律程序」作為憲法解釋的理論之同時，似應思考是否有必要如同美國法上，區分為「程序正當」與「實質正當」兩者。若以擴張人權清單之功能而言，在解釋上我國憲法 22 條即可達成此功能。若就實體人權保障之審查而言，依個別基本權之性質，依個案中事實之不同，有可能適用比例原則或寬嚴程度不一之審查基準。同時，**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。

參、憲法上之正當行政程序

一、正當法律程序在釋憲實務之發展動向

我國釋憲實務上「正當法律程序」之用語，首見於以下所要檢討之大法官釋字 396 號解釋。不過在此之前，於釋字 271 號解釋 (1990.12.20) 中吳庚大法官的不同意見書¹⁹，已提及正當法律程序之理念。於釋字 384 號釋中，大法官雖然沒用使用「正當法律程序」之用語，不過已將其理念導入該號解釋²⁰。

(一) 人身自由

1. 釋字 384 號解釋 (1995.7.28)

本件釋憲案為和檢肅流氓條例之系爭條文是否違憲之爭議。大法官指

19 吳庚大法官於釋字 271 號解釋之不同意見書指出：憲法第 8 條 1 項之「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。」該意見書中，為將「正當法律程序」之內容，包含實體、程序兩者導入釋憲實務之先驅。

20 我國大法官有關「正當法律程序」解釋之發展脈絡，參閱湯德宗，行政程序法論 2 版，元照，2003 年，175 頁以下。

出：憲法第 8 條第 1 項所稱：「『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。」、系爭檢肅流氓條例有關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、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、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。」

大法官除於解釋文中指出「欠缺實質正當」外，更於解釋理由書中進一步闡釋：「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。…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**。」

大法官於本號解釋中，將「正當法律程序」之理念，用於實務上之憲法解釋，並宣告系爭法律條項。發揮了一定之人權保障功能。在此號解釋之後，大法官於包含：釋字 535、567、585、588、636、639、677、690、708、710、737 等號解釋中（詳如文末**附表一**），均將「正當法律程序」適用於和憲法第 8 條保障之人身解釋之相關釋憲案。不過本號「實質正當」之內容，似和美國聯邦最高法院所作之判決的內容有所不同。

2. 釋字 396 號解釋（1996.2.2）

本件解釋之爭點和公務員懲戒委員會審查程序、及其組織是否「正當」有關，大法官於解釋中首次使用「正當法律程序」之用語，指出：「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，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。」

大法官於本號解釋除闡明公懲戒委員屬憲法上法官，公懲會應採法院組織外，該組織對被付懲戒人之審查，應以司法審判之「正當法律程序」審理，方能符合憲法第 16 條訴訟權之保障。

「正當法律程序」在大法官於 384，396 兩號解釋之後，於後續許多和人身自由、訴訟權相關之解釋，亦加以援用，「正當法律程序」成為釋憲實務上重要之審查依據。

二、和「正當行政程序」相關之大法官解釋

「正當法律程序」在釋憲實務上，除有關人身自由、訴訟權之解釋外，於行政機關在作成一定決定，特別是不利益處分前，是否、如何、在何時間點應予相對人和利害關係人予陳述意見、聽證之「聽證權」，方符合憲法上「**正當行政程序**」，亦為釋憲實務上之重要論點。大法官在行政程序法施行前，於釋憲實務上即已作出如下和「正當行政程序」有關之憲法解釋。而在和都市更新之事業概要之核准、事業計畫之核定之前，應該給處分相對人、利害關係何種程序之事前參與程序方符合「正當法律程序」要求之釋憲聲請案中，大法官於釋字 709 號解釋首度使用「正當行政程序」更引起學界高度矚目。

（一）行政程序法成立前

1. 釋字 409 號解釋 (1996.7.5)

本號解釋為涉土地徵收之正當程序。大法官於解釋文指出：「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，併此指明。」於解釋理由書，大法官則更進一步闡明土地徵收應之事前程序：「徵收土地對人民財產權發生嚴重影響，舉凡徵收土地之各項要件及應踐行之程序，法律規定應不厭其詳。…尤其於徵收計畫確定前，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。」

本號解釋為大法官首次對機關作成剝奪人民財產之前，應予所有權人、利害關係人陳述意見之機會之解釋。且作成時間點為在行政程序法尚未施行前，解釋中指出「徵收土地…應踐行之程序，法律規定應不厭其詳。…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」。具有督促立法、及行政部門遵守「正當法律程序」之意義，而值得矚目。

2. 釋字 462 號解釋（1998.7.31）

本號和大學教師升等有關之解釋。大法官於解釋文指出：「大學教師升等資格之審查…涉及人民工作權與職業資格之取得」、「**教師升等資格評審程序…其決定之作成應基於客觀專業知識與學術成就之考量**，此亦為憲法保障學術自由真諦之所在。故各大學校、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。」於理由書中更指出：「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…不應對申請人專業學術能力以多數決作成決定**。」

本號解釋之背景。為我國大學教師升等，歷年在校迭有紛爭。大法官於本號解釋直接指出，大學教師升等程序應採專家預審制，其審查之結果並拘束教評會。大法官要求專家預審制，就正當法律程序之目的「客觀專業知識與學術成就考量」固無庸置疑，不過在手段上，是否一定須採有別於教評會之「專家預審制」方能達成該目的，甚或此種制度接是否會過度介入大學自治，則似尚有探討之空間²¹。亦即，如同學說所言：程序要達到何種程度「才能認定合理、正當，合乎基本權程序保障之要求，確是一個棘手的問題。²²」

21 外審委員之審查意見須受到尊重之前提，在於制度面能擔保升等申請人之專業著作等相關升等資料，能夠得到客觀、公正之專業評價。如在大學之組織中，無法擔保此種機制，則外審意見亦有可能是對申等申請人之專業作出偏頗、不正確之評價。如此，強調尊重外審意見，依個案之不同，反而會和大學自治之精神背道相馳。李仁淼，我國大專教師升等訴訟評析，收於司法院編，行政訴訟二級二審制實施十週年回顧論文集，2011年，387頁。

22 許宗力，基本權程序保障功能的最新發展，月旦法學雜誌 54 期，1999 年 11 月，155-156 頁。

3. 釋字 488 號解釋（1999.7.30）

在釋字 488 號解釋中則指出：「基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定，方符憲法維護人民權利之意旨；法律授權行政機關訂定之命令，為適當執行法律之規定，尤須對採取影響人民權利之行政措施時，其應遵行之程序作必要之規範。」、系爭「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…，無須斟酌受接管之金融機構股東或社員大會決議之可行性…皆與憲法保障人民財產權之意旨未盡相符。前述法規主管機關均應依本解釋儘速檢討修正。」。

於本號解釋中，聲請人於釋憲聲請書雖未提及「正當法律程序」，不過大法官之解釋重點幾乎置於機關在作成對人民權利影響之處分前，應予相對人、利害關係人等有陳述意見等廣義「聽證權」之機會，方符合「正當法律程序」之保障。解釋中，大法官至少明白指出，基本權不僅拘束法律規定之實體內容，同時亦拘束為實施實體內容之程序，而此種見解亦得到學說上之支持²³。學說上甚至指出：大法官於本號解釋有將「正當法律程序」一般化為「程序基本權」之趨勢²⁴。

3. 釋字 491 號解釋（1999.10.15）

本號為和公務員專案考績免職有關之憲法解釋。大法官於解釋文指出：「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，設立相關制度予以保障。」

大法官之本號解釋中，除重申 396 號解釋做成之後的「正當法律程序」外，亦明確指出，其具體內容包含：處分前予受處分人申辯機會、處分書應附記理由、以及救濟方法之教示。

²³ 許宗力，同上文，155 頁。

²⁴ 李震山，「正當法律程序」被當真嗎？，月旦法學教室 34 期，2005 年 8 月，26 頁。

(二) 行政程序法成立後

1. 釋字 563 號解釋 (2003.7.25)

本案為有關大學就碩士生兩次未通過修學科考，予以退學是否合憲之憲法解釋。大法官於解釋文中指出：「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。」其次理由書中，則再次提醒：大學法中對學生參與和其學業、生活等有關之校務會議的規定²⁵。

2. 釋字 689 號解釋 (2011.7.29)

本號為涉及社會秩序維護法中，限制記者等新聞採訪之規定是否合憲之解釋。本件解釋為少數憲法法庭開庭審理之案件，當中和「正當法律程序」相關之解釋，大法官於解釋文中指出：系爭社維法之規定「旨在保護個人…於公共場域中得合理期待不受侵擾之自由與個人資料自主權」、「…新聞採訪者於有事實足認特定事件屬大眾所關切…而具有新聞價值…其跟追倘依社會通念認非不能容忍者，即具正當理由…。又系爭規定**以警察機關為裁罰機關，亦難謂與正當法律程序原則有違。**」於理由書中，大法官則闡明：「**憲法上正當法律程序原則之內涵，除要求人民權利受侵害或限制時，應有使其獲得救濟之機會與制度，亦要求立法者依據所涉基本權之種類、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成本等因素綜合考量，制定相應之法定程序。**」

相較於過去之解釋，大法官於本號解釋，對「正當法律程序」之內容，提出兩個重要面向，第一、權利救濟可能之機會、第二、立法者應制定符合衡量包含對基本權種類、限制強度範圍、公益，以及程序成本等因素之法定程序。大法官之此種解釋，除說明要合乎「正當法律程序」之「正當」要求，所須考量得因素並非單一外，程序成本亦是必須考量的要素。就此

25 本號解釋時之大學法第 17 條第項規定：「大學為增進教育效果，應由經選舉產生之學生代表出席校務會議，並出席與其學業、生活及訂定獎懲有關規章之會議。」現行法雖將舊法內容移至第 33 條，不過卻在第 15 條第 1 項中規定：「大學設校務會議，議決校務重大事項，以校長、副校長、教師代表、學術與行政主管、研究人員代表、職員代表、學生代表及其他有關人員代表組織之。」致使在實際運作上，若干大學讓學生在校務會議參與審議與其學業、生活無直接關係，甚或教師聘任升等辦法，而有高度違反大學自治之虞。

點而言，最近之學說指出：正當程序並非機械，其內容並不固定。再者，美國大部分判決會針對不同事項提出不同之程序要求，若干類型之行政行為甚至不須進行聽證²⁶。

如前述美國聯邦法院在 1976 年對 Mathews 案作出的判決，提出考量程序是否「正當」三個判斷基準包含：①因公的行為而受影響之私人利益、②透過所採用之程序，造成誤為剝奪私人利益之風險，以及採附加或替代程序之保護可能獲得的利益、③包含被認為是必要之功能以及附加或替代程序，對政府部門在財政上或行政上之負擔的政府利益。此三要素，為將「正當法律程序」之內涵，轉化為一般人民利益、對政府行政成本之效益衡量。和此類似之概念，大法官在本號解釋之前，即曾於多號解釋，如釋字 639、663、681 號解釋之理由書，而在本號解釋後，於以下進行檢討之 709 號以及 710、739 等號解釋理由書中（詳細內容參照文末附表一、**大法官解釋**）均再重複此審查基準。大法官之這些解釋，似和 Mathews 案判決有類似之處，不過大法官並非只對一般人民利益和政府行政成本效益進行審查，而增加了「所欲追求之公共利益、決定機關之功能合適性」等要素，似也增加了判斷程序是否「正當」之複雜性。

（三）大法官釋字 709 號解釋（2013.4.26）

1. 事實

本件為有關台北市及新北市都市更新事業之釋憲申請案，大法官對和舊都市更新條例之相關之條文（包含：第 10 條第 1 項、第 10 條第 2 項、以及第 19 條第 3 項前段）因不符憲法要求之「正當行政程序」而分別對其宣告違憲。於歷年之釋憲實務，**大法官首次於本號解釋使用「憲法上正當行政程序」用語**。亦即，依本號解釋，大法官明確將憲法上「正當法律程序」之保障亦使用在行政程序（特別是有關告知、聽證等處分作成前之事前程序）。本號解釋，並有多位大法官提出其個別意見²⁷，其對「憲法上正當行政程序」之見解非常分歧，並引起學界高度關注。

²⁶ 黃丞儀，前引文（註 18），2 頁。

²⁷ 林錫堯、李震山、黃茂榮、葉百修、陳春生、陳碧玉等六位大法官提出協同意見書，羅昌發大法官提出部分協同部分不同意見書，湯德宗大法官提出協同暨部分不同意見書，蘇永欽大法官提出一部不同意見書，以及陳新民大法官提出部分不同意見書

大法官於本號解釋對：主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，**未設置適當組織**以審議都市更新事業概要，**且未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，與憲法要求之正當行政程序不符**（10 條 1 項）。有關申請核准都市更新**事業概要**時應具備之**同意比率之規定，不符憲法要求之正當行政程序**（10 條 2 項）。**未要求**主管機關應將該計畫**相關資訊**，對更新單元內申請人以外之其他土地及合法建築物**所有權人分別為送達**，且未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，連同已核定之都市更新事業計畫，分別送達更新單元內各土地及合法建築物**所有權人**、他項權利人、囑託限制登記機關及預告登記請求權人（19 條 3 項前段），亦**不符憲法要求之正當行政程序**。

就上述大法官宣告違憲事項再加整理，可以得知大法官就憲法上對都更程序之最低程度之認定包含：

①管機關於事業計畫概核准前，須先設適當組織進行審查。

②須確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會。理由書並指出：系爭規定中雖有雖有申請人或實施者應舉辦公聽會之規定，惟尚不足以保障利害關係人適時向主管機關陳述意見，以主張或維護其權利。

③核准事業計畫概要之同意比率須正當。理由書中並指出：人民申請之要件亦屬整體行政程序之一環。其次，本案適用系爭條文要求更新單元範圍內，土地及建物所有權人須超過 10 分之 1、及其總土地面積及建物總樓板面積均超過 10 分之 1 之規定²⁸，同意比率太低，不符憲法要求之正當行政程序，亦有違於憲法保障人民財產權與居住自由。

④須將計畫相關資訊對更新單元內申請人以外之土地及建物所有權人送達。

⑤主管機關須舉辦正式之聽證，並斟酌全部聽證紀錄作成附記理由之

28 舊都市更新條例第十條第二項規定：「前項之申請應該更新單元範圍內土地及合法建築物所有權人均超過十分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過十分之一之同意。」

准駁決定。並將該准駁決定送達更新單元內相關所有權人及利害關係人。

2. 問題點

有關上述大法官於本號解釋中，所衍生之主要論點，包含：

①本案件解釋中大法官使用有別於過去之「憲法上的正當行政程序」之用語，其實質內容是否與一般之「正當法律程序」有異？憲法上之根據為何？

②大法官指出：「人民申請之要件亦屬整體行政程序之一環」、當中都更事業計畫概要核准要件，須超過「10分之1」是否為程序規定？審查基準為何？

③大法官於本號解釋，就都更事業計畫概要核准要件、事業計畫核定要件認應採嚴格之聽證，並斟酌全部聽證內容作成將准決定，並須將決定之內容等，送達處分行相對人、利害關係人。此種嚴謹行政程序之高度要求，是否宜由大法官自行設定，亦或交給立法、或立法授權給行政部分進行制度面之設計。申言之，憲法上對「行政程序」之要求，其寬嚴應管控在何種範圍方為「正當」？其次，大法官積極介入審查，並要求須作成具體嚴謹之行政程序，是否會違背權力分立原則。

有關論點①將於以下檢討。論點②則又涉及計畫概要核准要件，須超過「10分之1」之規定是否屬適用「正當法律程序」進行審查之範圍。有關此點，湯德宗大法官於本號協同暨部分不同意見書指出：「正當法律程序」包含「程序正當」與「實質正當」，兩者意涵不同，審查基準亦不同。前者為應經何種程序方為正當之問題，應就個案上不同之要素進行比較衡量。至「實質正當」一系爭法律內容是否「合理」，則涉立法、司法權力分立之問題，宜採較寬鬆之「合理審查基準」²⁹。其次，湯大法官之該個別意見書中又指出以下意旨。亦即，於釋字 384 號解釋以降，凡以「實質正當」為由，宣告系爭規定違憲者，殆皆以「系爭規定不問……，一律……，逾越必要程度，有違實質正當」之形式表述，並多於「有違實質正當」後，

29 釋字 709 號解釋湯德宗大法官協同暨部分不同意見書，6-8 頁。

緊接「與憲法第二十三條比例原則不符」等語。足見前「實質正當」與「比例原則」兩者功能相當。

有關美國法上「正當法律程序」之「實質正當」，如本文先前所檢討，為歷來具高度爭議之問題。就美國正當法律程序之脈絡而言，原本美國聯邦憲法之正當法律程序條項是以聽審程序為中心，不過由於其規定對「生命、自由和財產」之實體權利的保障，因此延伸出當國家以法律侵害人民的「生命、自由和財產」時，聯邦最高法院得宣告違反憲法上「**實質正當**」法律程序之該法律無效。亦即，所謂「實質正當法律程序」，是為排除政府部門對第 5 以及第 14 修正規定之「生命、自由和財產」的不當規制或侵害而來。而在違憲審查之操作上，除有極為重要之政府目的，否則該法律不能侵害人民受憲法所保障之基本利益。再者，「實質正當」於適用上仍和受保障之實體權利有緊密之關係。且透過該條項，具有將憲法中沒有明文規定之權利予擴大適用之功能，此種傾向在 70 年代之後，在有關隱私權、人格權等所謂之新興人權的適用上更為顯著。

更進一步言，有關「**程序正當**」與「**實質正當**」，其複雜難解之處，在於程序與實體經常糾葛。以本件系爭同意比率而言，若同意比率提高，則其「正當」之代表性亦自隨之提升。另一方面，更新單元中對事業計畫概要持反對態度者，亦可在計畫概要擬定過程中，於表達自己意見之過程中影響與其意見不同者，甚或動員更新單元中土地所有權人支持其反對之意見。就此種觀點而言，同意比率即非只是單純之通過與否之門檻。換言之，該種過程亦具有「程序正當」之意義³⁰。其次，審查基準之選定，似應就立法目的是否僅為維持社會秩序安全之消極規制、或是在福利國理念之下，為實現社會經濟政策之積極規制再加斟酌。就後者而言，原則上雖應尊重立法者之判斷，不過若在考量規制手段，對當事人權利限制之重大性，則亦非無採用嚴格之審查基準，進而推論出系爭規定違憲之可能³¹。

30 此觀點參黃丞儀，前引文（註 18），2 頁；類似觀點，拙文，都市更新與正當法律程序—大法官釋字 709 號解釋評析，台灣法學 235 期，2013 年 11 月，52 頁。

31 審查基準之選定，參拙文，第四講：憲法基講座 職業自由與違憲審查方法，月旦法學教室 155 期，2015 年 9 月，42 頁以下。

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