



中央研究院 法律學研究所 籌備處

論正當法律程序

從大法官釋字第709號解釋談起

湯德宗

Dennis T. C. TANG

司法院大法官

The Honorable Justice
Constitutional Court (Judicial Yuan)
Republic of China (Taiwan)

dennistc@judicial.gov.tw
<http://idv.sinica.edu.tw/dennis/>



湯德宗

Dennis T. C. TANG

學經歷：

中央研究院法律學研究所 特聘研究員兼所長
國立台灣大學國家發展研究所 合聘教授
日本東京大學法學部 客座教授
德國科隆大學(Universität zu Köln) 訪問學者
美國杜蘭大學(Tulane U.) 法學博士(S.J.D.)
美國哈佛大學(Harvard U.) 法學碩士(LL.M.)
國立台灣大學法律研究所 碩士
國立台灣大學法律系 學士

領域：

憲法、行政法、環境保護法與政策

代表作：

《對話憲法·憲法對話：湯德宗憲法有聲書》(增訂二版, 上冊2011, 下冊2012)

《基本人權新論》(*forthcoming*)

《資訊權法原論》(*forthcoming*)

《權力分立新論 卷一：憲法結構與動態平衡》(增訂三版, 2005)

《權力分立新論 卷二：違憲審查與動態平衡》(增訂三版, 2005)

《行政程序法論：論正當行政程序》(增訂二版, 2003)

ENVIRONMENTAL LAW AND ENFORCEMENT IN THE ASIA-PACIFIC RIM 435~486
(Sweet & Maxwell, 2002).



目次

壹、引言—釋字第709號解釋

貳、理念

一、英國「自然正義法則」

二、美國「法律正當程序」

三、我國正當程序條款—憲法第八條（人身自由的程序保障）

參、正當程序解釋之回顧與展望

一、正當程序解釋之濫觴—釋字第384號解釋

二、正當法律程序之保障範圍

三、程序上正當程序（「程序正當」）之內涵

四、實質上正當程序（「實質正當」）之內涵

壹、引言—釋字第709號解釋 (102.04.26) 都更的正當程序

什麼是都更？

1. 都市更新條例除有使人民得享有**適足居住權**(right to adequate living，經社文國際公約 §11-I參照)外，並為限制**財產權**與**居住自由**之依據。
2. 都更三部曲：**事業概要**、**事業計畫**、**權利變換計畫**
3. 實施方式：公辦或自辦

Q₁ 都更「事業概要」核准程序，合憲？

Part 1

都市更新條例(87/11/11) §10-I：「經劃定應實施更新之地區，其土地及合法建築物所有權人得就主管機關劃定之更新單元，或依所定更新單元劃定基準自行劃定更新單元，舉辦公聽會，擬具事業概要，連同公聽會紀錄申請當地直轄市、縣（市）主管機關核准，自行組織更新團體實施該地區之都市更新事業或委託都市更新事業機構為實施者實施之」



H₁₋₁ §10-I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。

F₁ 憲法要求之正當行政程序？
憲法要求 v. 法律要求、命令要求？
正當立法程序、正當司法程序…？

F₂ 未設置、未確保？
規範（保護）不足 v. 規範（限制）過當？

F₃ 適當組織 v. 知悉 & 陳述意見？



Part 2

都市更新條例(87/11/11) §10-II：「前項之申請應經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」。

H₁₋₂ §10-II **申請核准**都市更新**事業概要**時應具備之**同意比率**，不符**憲法要求之正當行政程序**

F₁ 同意比率如何「不符」憲法要求之正當行政程序？

F₂ 憲法要求之正當行政程序包含「同意比率」？

理由書 [6]

其規定之同意比率太低，形成同一更新單元內少數人申請之情形，引發居民參與意願及代表性不足之質疑...尤其於多數人不願參與都市更新之情形，僅因少數人之申請即應進行行政程序，將使多數人被迫參與都市更新程序，而面臨財產權與居住自由被侵害之危險...尚難與尊重多數、擴大參與之民主精神相符，顯未盡國家保護人民財產權與居住自由之憲法上義務，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之意旨。

F 未盡國家保護義務（致使少數得強迫多數） \equiv
違反比例原則（過度限制財產權與居住自由） \equiv
不符憲法要求之正當行政程序？



Q₂ 都市更新「事業計畫」核定程序，合憲？

Part 1

§19-III前段：「都市更新事業計畫擬定或變更後，送該管直轄市、縣（市）政府都市更新審議委員會審議前，應於各該直轄市、縣（市）政府或鄉（鎮、市）公所公開展覽三十日，並應將公開展覽日期及地點登報周知及舉行公聽會；任何人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，向該管直轄市、縣（市）政府提出意見，由該管直轄市、縣（市）政府都市更新審議委員會予以參考審議」

Q₂ 都市更新「事業計畫」核定程序，合憲？

H₂₋₁ §19-III前段都市更新事業計畫核定程序，並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，亦不符憲法要求之正當行政程序。

小結：三項違憲 (解釋文)

上開(三項)規定均有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨。相關機關應依本解釋意旨就上開違憲部分，於本解釋公布之日起一年內檢討修正，逾期未完成者，該部分規定失其效力。

Q₂ 都市更新「事業計畫」核定程序，合憲？

Part 2

§22-I (79/01/16修正公布)「實施者擬定或變更都市更新事業計畫報核時，其屬依第十條規定申請獲准實施都市更新事業者，除依第七條劃定之都市更新地區，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過二分之一，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過二分之一之同意外，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過五分之三，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過三分之二之同意；其屬依第十一條規定申請獲准實施都市更新事業者，應經更新單元範圍內私有土地及私有合法建築物所有權人均超過三分之二，並其所有土地總面積及合法建築物總樓地板面積均超過四分之三之同意」

都更計畫申請核定之同意比率，合憲

H 九十二年一月二十九日及九十七年一月十六日修正公布之都市更新條例第二十二條第一項有關申請核定都市更新事業計畫時應具備之同意比率之規定，與憲法上比例原則尚無抵觸，亦無違於憲法要求之正當行政程序。惟有關機關仍應考量實際實施情形、一般社會觀念與推動都市更新需要等因素，隨時檢討修正之。

Why ?

理由書 [9]

查上開規定之同意比率均已過半，並無少數人申請之情形；而斟酌都市更新不僅涉及不願參加都市更新者之財產權與居住自由，亦涉及重要公益之實現、願意參與都市更新者之財產與適足居住環境之權益，以及更新單元周邊關係人之權利，立法者應有利益衡量空間；且有關同意之比率如非太低而違反憲法要求之正當行政程序，當屬立法形成之自由。

F 同意比率之高低，屬憲法要求之正當行政程序？
何謂「太低」？「過半」即非太低？

申請核定都更計畫之同意比率既為合憲， 何需隨時檢討？

- 依本條例之規定，都市更新處理方式分為**重建**、**整建**、**維護**三種，其對土地及合法建築物所有權人權益影響之程度亦有重輕之別，則**法律就相關申請之同意比率，允宜有不同之規定**。
- 為使同意比率之計算基礎臻於**確實**，在同意都市更新事業計畫之徵詢時，**是否應將權利變換內容納入同意之項目**，以及在徵詢同意後，實施者就經同意之都市更新事業計畫之內容有變更者，**是否應重新徵詢同意，亦應予檢討改進**。

Q₃ 災變都更同意比率，合憲？

H₃ § 22之1之適用，以因戰爭、地震、火災、水災、風災或其他重大事變遭受損壞而迅行劃定之更新地區內，申請辦理都市更新者為限；且係以不變更其他幢（或棟）建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分為條件，在此範圍內，該條規定與憲法上比例原則尚無違背。



都市更新條例(92/01/29修正公布) § 22之1：「依第七條劃定之都市更新地區，於實施都市更新事業時，其同一建築基地上有數幢建築物，其中部分建築物毀損而辦理重建、整建或維護時，得在不變更其他幢建築物區分所有權人之區分所有權及其基地所有權應有部分之情形下，以各該幢受損建築物區分所有權人之人數、區分所有權及其基地所有權應有部分為計算基礎，分別計算其同意之比例。」



But, Again Why?

理由書 [10]

§22之1係參考九二一震災重建暫行條例第十七條之二規定而增訂，目的係考量於同一建築基地內有多幢大樓，部分建築物因災害受損倒塌時，以該受損倒塌部分計算同意比率，較可迅速有效解決重建之困難問題。...有災後迅速重建、避免危害擴散之必要性與公益性...核屬必要，且於相關利益之衡量上亦非顯失均衡，自與憲法上比例原則無違。

F 憲法上比例原則 = 憲法要求之正當行政程序？



釋字709省思

- 一、正當法律程序的保障範圍
- 二、程序上正當程序（「程序正當」）之內涵
- 三、實質上正當程序（「實質正當」）之內涵



貳、理念

- 一、英國「自然正義法則」
- 二、美國「法律正當程序」
- 三、我國正當程序條款
 - 憲法第八條（限制人身自由的正當程序保障）



一、英國「自然正義法則」 (rules of natural justice) -- 傳統的正當程序

1. 溯源

大憲章(Magna Carta) Chap. 39英王約翰(King John)
「不任意拘捕」的承諾 (1215/06/15)：

”[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*.”

2. 語出

“Due Process of law”（法律正當程序）一詞，首見於1354年該憲章的法規翻版：「任何人非經法律正當程序之審理，不應被逐出其土地或住宅，或被逮捕、剝奪繼承權或處死」

“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*.”

Ω 保障（適用）範圍擴大

3. 「自然正義」三要素

Ridge v. Baldwin (1963) 2 All E.R. 66

- 1) 在公正法庭前就（聽）審的權利
(the right to be heard by an unbiased tribunal)
- 2) 獲悉指控的權利（⇔ 受告知權）
(the right to have notice of charges of misconduct)
- 3) 就指控進行答辯的權利（⇔ 聽證權）
(the right to be heard in answer to those charges)

「自然正義」兩法諺

前述三項要素又可歸納成兩句：

1. 任何人不得自斷其案

(no man shall be a judge in his own cause,
Nemo iudex in causa sua)

→ 「公正」 (impartiality)

2. 兩造兼聽

(both sides shall be heard, *Audi alteram partem*)

→ 「公平」 (fairness) ⇔ fair trial

R v. Chancellor of Cambridge University (1723)

二、美國「法律正當程序」(due process of law)

1. 正當程序條款 (Due Process Clause)

美國聯邦憲法增修條文第五條：

「任何人...非經法律正當程序，不應受生命、自由或財產之剝奪」

Amendment V (1791): "No person shall be...deprived of *life, liberty, or property*, without *due process of law*...."

美國聯邦憲法增修條文第十四條第一項亦有類似規定，用以限制各州權力

「...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」



2. 正當程序條款的體系解釋

核其文義，所謂「**法律正當程序**」，似僅指「**程序**」，尤其「**司法（法院）程序**」，且似僅限於由立法者在法律裡所規定之司法程序而言，類似我國憲法第八條所稱「**法定程序**」。

然，美國聯邦最高法院以體系解釋方法，詮釋：「正當程序條款」顯然不欲聽任立法部門隨意制定任何程序。**其毋寧為對立法權，亦且為對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，規定任何程序即為『法律正當程序』」。

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

正當程序之憲法意義

正當程序條款乃在保障人民之生命、自由與財產，
免於遭受國家公權力（含立法、行政及司法）
恣意暨不合理(arbitrary and unreasonable)之侵害。

Ω 美國憲法沒有類似我國憲法23條（比例原則）之
規定



3. 正當程序 = 「程序正當」 + 「實質正當」

美國實務上「正當程序保障」(due process guarantee)分爲

- 1) 程序上正當程序(procedural due process)，即國家限制人民「生命、自由或財產」權時，應經如何程序方為正當的問題 ÷ 「程序正當」
- 2) 實質上正當程序(substantive due process)，即（法院）如何確保法律規定之內容合乎基本公平，避免「惡法亦法」的問題 ÷ 「實質正當」

三、我國正當程序條款

— 憲法第八條（人身自由的程序保障）

我國憲法雖未有「正當法律程序」一詞，但憲法第八條實滿載**程序保障**

第一項：

S₁：人民身體之自由應予保障。

S₂：除**現行犯之逮捕**由**法律另定**外，非經**司法或察機關**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**。

S₃：非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。



Q₁ 現行犯之逮捕（法律保留）v.
非現行犯之逮捕、拘禁、審問、處罰（憲法保留）

Why?

Ω 「正當」程序 (*due process*) 之正解
程序應對應實體，因事制宜，區分輕重緩急！

**Cf.**

釋字第90號解釋 (50.04.26)

「憲法所謂**現行犯**，係指刑事訴訟法第八十八條第二項之**現行犯**，及同條第三項**以現行犯論**。」

刑事訴訟法 §88：

現行犯，不問何人得**逕行逮捕**之。（第一項）

犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。（第二項）

有左列情形之一者，**以現行犯論**：

一、被追呼為犯罪人者。

二、因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。（第三項）

Q₂ 人身自由「保障」？

Ω 非有**權機關**，依**法定程序**，不得**逮捕、拘禁、審問、處罰**（人身自由**侵害四類型**）

釋字392：

「**逮捕**」指以**強制**力將人之身體自由予以**拘束**之意；

「**拘禁**」指**拘束**人身之自由使其難於脫離**一定空間**之謂。

「**拘提**」乃於一定期間內拘束被告（犯罪嫌疑人）之自由，**強制其到場**之處分；「**羈押**」則係以確保訴訟程序順利進行為目的之一種保全措置，即**拘束被告**（犯罪嫌疑人）身體自由之強制處分，並將之收押於**一定之處所**（看守所）。

就剝奪人身之自由言，**拘提**與**逮捕**無殊，**羈押**與**拘禁**無異；且拘提與羈押亦僅目的、方法、時間之久暫有所不同而已。



Q₃ 有權機關 = 司法或警察機關 v. 法院？
⇒ 公正作為 ⇒ 功能最適組織

Ω 侵害類型 = 「逮捕、拘禁」 v. 「審問、處罰」
⇒ 侵害強度有別

釋字392：

「司法或警察機關」指合（代表國家從事偵查、訴追、執行之）檢察官在內之廣義司法機關

「法院」指有審判權之法官所構成之獨任或合議之法院（狹義司法機關）



Q₄ 何謂「法定程序」？

Ω 「法定程序」堪稱人身自由保障之靈魂，

釋字384（詳後）

§8-II：「人民**因犯罪嫌疑**被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以**書面告知**本人及其本人指定之親友，並**至遲於二十四小時內**移送該管**法院審問**。本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關**提審**。」

Q₁ 哪些程序保障？

Ω **受告知權** (right to be informed)；

聽證權/聽審權 (right to hearing, right to be heard)

Q₂ 何以「至遲於二十四小時內」？

Ω **即時聽審權** (prompt judicial review)

檢警得「逮捕、拘禁」合計24小時；

逾24小時之「拘禁」≡「**處罰**」⇒「**法官保留**」

審問、處罰之正當程序 ⇒ **訴訟權** (憲法 §16)

§8-III 法院對於前項聲請，不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁之機關，對於法院之提審，不得拒絕或遲延。

Ω 人命關天，須即時聽審

§ 8-IV 人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理。

Ω §8-I（非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之）↔ §8-IV（追究）

Ω 法官應以保障人權為天職，庶幾無愧憲法之付託！

參、正當程序解釋之回顧與展望

- 一、正當程序解釋之濫觴——釋字第384號解釋
- 二、正當法律程序保障之保障範圍
- 三、程序上正當程序（「程序正當」）之內涵
- 四、實質上正當程序（「實質正當」）之內涵



一、釋字第384 號解釋(84.07.28)

— 正當法律程序解釋之濫觴

憲法第八條第一項「**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**，其**程序**須以**法律規定**，**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。

Q 何以要求法律**內容**更須「實質正當」？

Ω 實質上正當程序 (substantive due process) ≠
程序上正當程序 (procedural due process)

Q 誰來認定法律內容是否「實質正當」？

Q 何謂「**並符合**憲法第二十三條（**比例原則**）」？

Cf.

憲法 §171-I：「法律與憲法牴觸者無效。」

憲法 §171-II：「法律與憲法有無牴觸發生疑義時，
由司法院解釋之。」

憲法 §172：「命令與憲法或法律牴觸者無效。」

憲法 §173：「憲法之解釋，由司法院爲之。」

憲法 §23：「以上各條列舉之自由權利，**除**爲防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益**所必要者外**，不得以法律限制之。」

〈解釋理由書〉

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。

Q₁ 流氓強制到案（≡逮捕）規定，合憲？

H₁ 檢肅流氓條例(81.07.29) §§ 6, 7 授權警察機關可逕行強制人民到案，但流氓或為兼犯刑事法之犯罪人，或僅為未達犯罪程度之人，而犯罪人之拘提逮捕，刑事訴訟法定有一定之程式及程序，上開條文不問其是否在實施犯罪行為中，均以逮捕現行犯相同之方式，無須具備司法機關簽發之任何文書，即強制其到案，已逾越必要程度，並有違憲法第八條第一項明白區分現行犯與非現行犯之逮捕應適用不同程序之規定意旨。

**Cf.**

檢肅流氓條例(81.07.29) §6：「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」

檢肅流氓條例(81.07.29) §7：「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。」

Q₂ 秘密證人（≡審問程序）規定，合憲？

H₂ 不問個別案情，即限制法院對證人應依秘密證人方式個別訊問，並剝奪被移送裁定人及其選任律師與秘密證人之對質或詰問，用以防衛其權利，俾使法院發見真實，有導致無充分證據即使被移送裁定人受感訓處分之虞，自非憲法之所許。



Cf.

§12-I：「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」

§12-II：「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」



Q₃ 感訓處分（≡處罰）規定，合憲？

H₃ §21關於受感訓處分人其行爲同時觸犯刑事法律者之執行規定，使受刑之宣告及執行之人，不問有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之危險。又同一行爲觸犯刑事法者，依刑法之規定，刑事審判中認須施予保安處分者，於裁判時併宣告之（參照刑法第九十六條），已有保安處分之處置。感訓處分爲刑法及保安處分執行法所定保安處分以外之處分，而受感訓處分人，因此項處分身體自由須受重大之限制，其期間又可長達三年，且依上開規定，其執行復以感訓處分爲優先，易造成據以裁定感訓處分之行爲事實，經警察機關以同時觸犯刑事法律，移送檢察機關，檢察官或法院依通常程序爲偵查或審判，認不成立犯罪予以不起訴處分或諭知無罪，然裁定感訓處分之裁定已經確定，受處分人亦已交付執行，雖有重新審理之規定（同條例第十六條第一項第七款），但其喪失之身體自由，已無從彌補。凡此...縱有防止妨害他人自由，維護社會秩序之用意，亦已逾越必要程度，有違實質正當，自亦爲憲法所不許。



85/12/30檢肅流氓條例修正 §§ 6, 7, 12, 21 ；

釋字第523號解釋(90.03.22) — 「程序正當」不能取代
「實質正當」 ；

釋字第636號解釋(97.02.01) —修正條文部分違憲 ；

98/01/21檢肅流氓條例廢止。



1. 釋字第523號解釋 (90.03.22)

-- 「程序正當」不能取代「實質正當」

Q 法官得自行裁定留置（≡處罰）流氓，合憲？

H 檢肅流氓條例(85.12.30) §11-I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」。同條例對於法院得裁定留置之要件並未明確規定，其中除 §§6、7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 §11-I之規定，已逾越必要程度，與憲法 §§8, 23及前揭本院解釋意旨不符，應於本解釋公布之日起一年內失其效力。

2. 釋字第636號解釋 (97.02.01) -- 釋字384續篇

Q₁ 流氓定義，合憲？

H₁ 檢肅流氓條例(85/12/30) §2-③關於霸佔地盤、白吃白喝與要挾滋事行為之規定，雖非受規範者難以理解，惟其**適用範圍**，仍有未盡明確之處，相關機關應斟酌社會生活型態之變遷等因素檢討修正之。

§ 2-③關於欺壓善良之規定，以及§2-⑤關於品行惡劣、遊蕩無賴之規定，與**法律明確性原則**不符（≡**實質正當**）

〈解釋理由書〉

基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合**法律明確性原則**，使受規範者**可能預見**其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使**執法之準據明確**，以保障規範目的之實現。依本院歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義及立法目的，如非受規範者難以理解，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違。

Q₂ 流氓認定及移送（≡逮捕）程序，合憲？

H₂ 關於流氓之認定，依據正當法律程序原則，於審查程序中，被提報人應享有到場陳述意見之權利；經認定為流氓，於主管之警察機關合法通知而自行到案者，如無意願隨案移送於法院，不得將其強制移送。

Q₃ 秘密證人（≡審問程序）規定，合憲？

H₃ 檢肅流氓條例 §12-I規定，未依個案情形考量採取其他限制較輕微之手段，是否仍然不足以保護證人之安全，或擔保證人出於自由意志陳述意見，即得限制被移送人對證人之對質、詰問權與閱卷權之規定，顯已對於被移送人訴訟上之防禦權，造成過度之限制，與憲法第二十三條比例原則之意旨不符，有違憲法第八條正當法律程序原則及憲法第十六條訴訟權之保障。

**Cf.**

檢肅流氓條例(85/12/30) §12-I：「法院、警察機關為保護本條例之檢舉人、被害人或證人，於**必要時**得**個別不公開傳訊**之，並以**代號**代替其真實姓名、身分，製作筆錄及文書。其**有事實足認**檢舉人、被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞者，**法院得**依檢舉人、被害人或證人之聲請或依職權**拒絕**被移送裁定人與之**對質、詰問**或其選任律師**檢閱、抄錄、攝影**可供指出檢舉人、被害人或證人真實姓名、身分之**文書**及詰問，並得請求警察機關於法院訊問前或訊問後，採取必要之保護措施。但法官應將作為證據之筆錄或文書向被移送裁定人告以要旨，訊問其有無意見陳述。」

Q₄ 感訓、刑期**互抵**（≡**處罰**），合憲？

H₄ 本條例 §21-I **相互折抵**之規定，與憲法 §23比例原則**並無不符**。同條例 §13-II但書關於法院**毋庸諭知感訓期間**之規定，**有導致**受感訓處分人**身體自由遭受過度剝奪之虞**，相關機關應予以檢討修正之。



Cf.

〈解釋理由書〉[13]

本條例第二十一條第一項規定「受裁定感訓處分之流氓行爲，同時觸犯刑事法律者，經判決有罪確定，其應執行之有期徒刑、拘役或保安處分，與感訓期間，相互折抵之。其折抵以感訓處分一日互抵有期徒刑、拘役或保安處分一日。」係因流氓行爲如同時觸犯刑事法律，行爲人可能於受刑罰及保安處分宣告之外，復因同一事實而受感訓處分，故規定感訓處分與刑罰或刑法上之保安處分應互相折抵，使行爲人受憲法保障之身體自由，不致因不同之訴訟程序，而遭受過度之限制。惟因同條例第十三條第二項規定「法院審理之結果，認應交付感訓者，應為交付感訓處分之裁定，但毋庸諭知其期間」；且第十九條第一項規定「感訓處分期間為一年以上三年以下。但執行滿一年，執行機關認無繼續執行之必要者，得檢具事證報經原裁定法院許可，免予繼續執行」，於先執行刑罰、保安處分已滿三年時，因可完全折抵，即無須再執行感訓處分，而無過度限制人民身體自由之疑慮；但於先執行刑罰、保安處分未滿三年時，因感訓處分之期間未經諭知，無從計算可折抵之期間，如將上開第十九條規定解為應再繼續執行至少一年之感訓處分，可能使受感訓處分人之身體自由過度遭受限制。是上開第十三條第二項但書之規定，有導致受感訓處分人身體自由遭受過度限制之虞，相關機關應予以檢討修正之。



3. 其他人身自由之「處罰」

釋字471 槍砲彈藥刀械管制條例 §19-I...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，違憲。

釋字528 組織犯罪防制條例 §3-III強制工作之規定，有免其執行與免于繼續執行之規定，足供法院斟酌裁量，合憲。

釋字567 戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法 §2強制工作管訓，未以法律規定必要之審判程序，而係依行政命令限制人民身體之自由，違憲。

釋字251 (違警罰法 §28之矯正處分，應與拘留、罰役之裁決程序 (業經釋字166釋示在案)，一併改由法院依法定程序為之。

釋字664 (少年事件處理法§26-② &42-I-④少年虞犯之收容與感化，因尚有其他可資選擇之手段，違憲。



二、正當法律程序之保障範圍

1. 憲法第八條構造解剖

§8 人身自由限制之正當程序（**憲法保留**）

I **非刑事被告**（**非犯罪嫌疑人**）人身自由之限制

逮捕&拘禁：「司法或警察機關」依「**法定程序**」

例外：**現行犯之逮捕**由法律另定（**法律保留**）

審問&處罰：「法院」依「**法定程序**」

II 刑事被告（犯罪嫌疑人）人身自由之限制

逮捕&拘禁：「程序正當」

審問（**法官保留原則**）

機關限時移送法院～（移審）

人民聲請法院～（提審）

處罰（**釋字677：刑期終了應即釋放**）

III 法院審問之正當程序

IV 法院追究（違反第1項之非法逮捕拘禁）之正當程序

2. 非典人身自由→ 其他人權

非刑事被告（非犯罪嫌疑人）人身自由限制的正當程序

≡ 關於憲法 §8-I 「法定程序」之解釋

- 流氓檢肅正當程序：釋字384, 523, 636
- 警察勤務（臨檢、酒測）正當程序：釋字535, 699
- 債務人管收、破產人羈押 正當程序：釋字588, 300
- 傳染病患強制隔離 正當程序：釋字690
- 外國人強制出境收容 正當程序：釋字708
- 大陸地區人民強制出境收容 正當程序：釋字710
- ↓
- 工作權與服公職權限制 正當程序：釋字462, 491
- 財產權限制 正當程序：釋字709, 488, 409

相關解釋

釋字第488號解釋(88.07.30)

—命接管金融機構之正當程序

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（涉及各該地方自治團體經營之金融機構）之意見設置明文...皆與憲法保障人民財產權之意旨未盡相符。

釋字第409號解釋(85.07.05) —土地徵收之正當程序

1. 實質正當

解釋文：「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」。

2. 程序正當

解釋理由書：「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」。



Q 正當程序保障之一般化（普遍適用）？

憲法 §8 僅於「人身自由」之限制提供程序保障，與US Const. 5th Amend要求於剝奪生命、自由、財產時普遍遵循正當程序者有別，能為相同解釋？

釋字384_林永謀大法官協同意見：縱認 §8-I 「法定程序」兼指形式上「須以法律規定」且「其規定之程序，內容亦須實質正當」，其程序內容應僅限於「刑罰」，不及於其他之國家作用。



可能之解釋方法

§8 所定「人身自由」之正當程序保障乃憲法之**基本價值**，得依個案需要，**類推適用**（舉重以明輕）於其他基本權之保障

或

各憲法基本權皆內含「正當程序」保障（基本權程序保障功能）

Q 釋字709採取哪一種？



3. 哪種國家權力作用應受到「正當程序」之約制？

Q 哪種國家權力，依「法定程序」行使，能剝奪人民之「生命、自由或財產」？

- 「生命」之剝奪（死刑）須經「法院」（司法權）→ 正當司法程序（屬「訴訟權」之保護範圍：*access to the court, unbiased tribunal & fair trial*）

其餘事項多任立法裁量（例如釋字639：不服法官之羈押處分僅得向原法院聲請救濟，合憲）



- 各種「自由」及「財產」之剝奪：
「刑罰」須經「法院」裁判（司法權）→
正當司法程序；or
「行政罰」須經「主管機關」處分（行政權）→
正當行政程序 &
不服行政決定之司法救濟（司法權）→
正當司法程序
- 「依法審判」&「依法行政」→「法定程序」
釋字384：法律規定（立法權）之內容更須「實質正當」
（符合「正當司法程序」&「正當行政程序」要求）



4. 正當立法程序→正當修憲程序

Q 立法權行使須遵守程序制約（「程序正當」）？

Ω 釋字342：正當立法（審議）程序

法律因牴觸憲法而無效，固不以其內容牴觸憲法者為限，即其立法程序有不待調查事實即可認定為牴觸憲法之重大瑕疵者（如未經憲法第六十三條之議決程序），則釋憲機關仍得宣告其為無效。然如其瑕疵是否已達足以影響法律成立之重大程度，尚有爭議，並有待於調查者，則事實尚未明顯。



Q 國民大會修憲須遵守程序制約（程序正當）？

Ω 釋字499：正當修憲程序



釋字第499號解釋(89.03.24) —修憲的正當程序

Part 1

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，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。

89/09/04修憲決議如何違憲？

國民大會議事規則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為之一種，**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... 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**。此項修憲行為有明顯重大瑕疵，已違反修憲條文發生效力之基本規範。

Ω **無記名投票**使國民無從知悉國大如何行使職權，無從貫徹政治責任，違反**公開透明、理性溝通**之**修憲正當程序**



釋字第499號解釋(89.03.24)

—修憲正當程序（實質正當）

Part 2

憲法條文中具有**本質之重要性**而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，**諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則**，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡**憲法設置之機關均有遵守之義務**。倘國民大會通過之憲法增修條文牴觸具有本質重要性之憲法基本原則，而破壞**自由民主憲政秩序**者，即不具**實質正當性**。



釋字第721號解釋(103.06.06)

憲法增修條文第四條第一項及第二項關於單一選區兩票制之並立制、政黨比例代表席次及政黨門檻規定部分，並未違反現行憲法賴以存立之自由民主憲政秩序。

釋字第721號解釋(103.06.06)

部分協同暨部分不同意見書（湯大法官德宗）

- 釋字第499號解釋所釋示之修憲實質界限應僅適用於經由代議（間接）民主產生之憲法增修條文憲法
- 經由直接民主產生之憲法增修條文應僅受正當修憲程序之限制。亦即，除憲法增修程序違反公開透明、理性思辨之正當修憲程序（憲法第一百七十四條、憲法增修條文第十二條參見），致國民無從自由、平等表達其意志者（如投票時普遍存在威脅利誘情事，憲法第一百三十二條參見）外，釋憲機關對國民全體複決通過之憲法增修條文內容即應予尊重。
- 今後，向以「憲法守護者」自居的釋憲機關，應學習信任國民全體理性思辨的智慧，調整過往時而「作之君、作之師」的心態，繼續忠心地守護憲法。

三、程序上正當程序（「程序正當」）之內涵

1. 因事制宜原則／利益衡量方法

Q 如何程序始足保障系爭人權？

美國聯邦最高法院：如何程序方為正當，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之公共利益、以及公益與私益之衡量等因素，綜合認定之。

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).



釋字689 (100.07.29)

〈解釋理由書〉

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[之]成本等因素綜合考量，**制定相應之法定程序**。

See also 釋字636, 709

釋字588 (94.01.28)

〈解釋理由書〉

刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，畢竟有其**本質上之差異**，是其必須踐行之司法程序或其他**正當法律程序**，自非均須同一不可。

See also 釋字690, 708



2. 如何看待「法官保留」？

Q 「法官保留」（憲法 §8-II）之意義？

Ω 迅速由「公正、專業之第三人」主持之「聽證權」
(right to hearing) 考量因素：

基本權種類：

人身自由（v. 其他人權）

刑事被告（v. 非刑事被告）

侵害強度：拘禁期間久暫（暫時收容 v. 繼續收容）



完善程序保障選項

釋字708_湯大法官德宗協同意見書

處罰前之司法審查（法官保留）... 刑事被告人身自由

→ 經（正式或非正式）聽證之行政處分 &
（事後）即時司法審查... 非刑事被告人身自由
例如釋字708_外國人強制出境前之暫時收容

→ 未經聽證之行政處分 +
及時司法審查（事後救濟）... 其他人權

例如釋字709_

都更概要核准前，應予關係人陳述意見之機會
（非正式聽證權）；

都更計畫核定前，應舉辦聽證（正式聽證權）

四、實質上正當程序（「實質正當」）之內涵

1. 系爭規定之內容是否合乎公平？

A. 比例原則（逾越必要程度？）

- **不問**其是否在實施犯罪行為中，均以逮捕現行犯相同之方式，無須具備司法機關簽發之任何文書，**即**強制其到案，**已逾越必要程度**（釋字384）
- **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，不合憲法第二十三條所定之比例原則（釋字471）
- **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，**已逾越必要程度**，與憲法 §§8, 23及前揭本院解釋意旨不符（釋字523）

- 破產羈押展期次數**未加適當限制**，違憲（釋字300）
- 行政執行法規定得聲請法院裁定管收之事由中，除...難謂其已逾必要之程度外，其餘...顯已逾越必要程度（釋字588）
- 數罪併罰定應執行刑逾有期徒刑六個月，**一律**不許易科罰金，實屬對人民身體自由之**過度**限制，違憲（釋字662）
- 犯罪嫌疑重大，且有相當理由認為有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，**非**予羈押，**顯難**進行追訴、審判或執行者，得羈押之，合憲（釋字665）
- 冤獄賠償法 §2-③**無論**受害人致受羈押行為可歸責程度之輕重及因羈押所受損失之大小，皆**一律**排除全部之補償請求，並**非**避免補償失當或浮濫等情事所**必要**，違憲（釋字670）

B. 法律明確性原則

- 檢肅流氓條例關於「霸佔地盤、白吃白喝與耍挾滋事」行為之規定，與與法律明確性原則不符（釋字636）
- 傳染病防治法 §37-I規定：「曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，得由該管主管機關予以留驗；必要時，得令遷入指定之處所檢查，或施行預防接種等必要之處置。」關於「必要之處置」應包含「強制隔離」在內之部分，對人身自由之限制，尚不違反法律明確性原則（釋字690）

Q 兩案結論何以不同？因審查標準不同？

C. 法律保留原則

- 公務員專案考績一次記兩大過免職之**事由**應以**法律定之**（釋字491）
- 檢肅流氓條例 §11-I：「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」。同條例對於法院得裁定留置之**要件**並未明確規定，違憲（釋字523）
- 實施**臨檢之要件**、程序及對違法臨檢行為之救濟，均應有**法律之明確規範**（釋字535）



2. 「實質正當」與「程序正當」之分別

Q 「**憲法要求之正當行政程序**」能獲致申請核准「**都更計畫概要**」之**同意比率**違憲的結論？

釋字709_湯大法官德宗〈協同暨部分不同意見書〉

- 所謂「**憲法要求之正當行政程序**」乃屬「**程序正當**」之範疇；而申請核准「**計畫概要**」之「**同意比率**」是否合理，則屬「**實質正當**」之範疇
- 「**程序正當**」乃一**相對性問題**，應權衡個案相關因素決定，亦即採「**利益衡量標準**」(a balancing test)
- 「**實質正當**」與否--系爭規定之內容是否**合乎公平**--則涉及敏感的立法與司法（違憲審查）兩權之**權限劃分**，應高度**尊重立法裁量**



解釋理由書[6]

- 「人民依法申請行政機關為特定行政行為時，行政機關須就其申請是否符合法定程序要件予以審查，於認為符合法定程序要件後，始據以作成行政處分，故人民申請之要件亦屬整體行政程序之一環，法律有關**人民申請要件之規定**，自**亦應符合正當行政程序**之要求」。

Ω 顯將「實質正當」與「程序正當」混為一談

- 上開「同意比率太低之規定…**顯未盡國家保護**人民財產權與居住自由之憲法上**義務**，**即不符憲法要求之正當行政程序**」。

Ω 顯誤用「嚴格標準」進行審查，指摘系爭規定「涵蓋不足」(under-inclusive) (尚有漏網之魚，未盡全功)，而非「涵蓋過廣」(一竿子打翻一船人，殃及無辜)！

- 「財產權」與「居住自由權」乃要求免於國家侵害（干涉）之「防禦權」(Abwehrrechte, defensive rights)，及由此衍生之要求國家保護免於他人侵害（或干涉）之「保護權」(Recht auf Schutz, right to protection)。
- 「防禦權」乃對相對人（國家）之「禁令」(Verbote, prohibitions)-- 要求國家消極地不干涉、不侵害或不破壞
- 「保護權」乃對相對人（國家）之「命令」(Gebote, commands)-- 要求國家積極地採取（法律上及／或事實上）作為，使免於遭受他人（第三人）之侵害、干涉，乃（廣義的）「請求權」(Leistungsrechte, entitlements)。

- 要求「不作為」之「禁令」（至少在表面上）係禁止**任何**具干涉、侵害或破壞效力之行為；
- 而要求「作為」之「命令」則僅要求採取**某些**具保護效力之措施。

因上述結構性的根本差異，權利相對人（國家）關於如何履行「命令」，應該享有較為寬廣之**裁量空間**；僅於國家全然未採取任何（法律上及／或事實上）保護措施時，釋憲機關始得宣告國家之「不作為」為「違憲」。

- 逕自宣告都更條例第十條第二項違憲，**實際上乃以多數大法官之價值判斷（政策選擇），取代了多數立法者的價值判斷（政策選擇），忽略了前述自由權（防禦權）v 保護權（給付權）之根本差異**

3. 「實質正當」與「比例原則」之關係？

- 緣起爭議
- 多數解釋相提並論
- 標示「比例原則」，有助於選擇適當的審查基準
(參拙文_層級化比例原則)

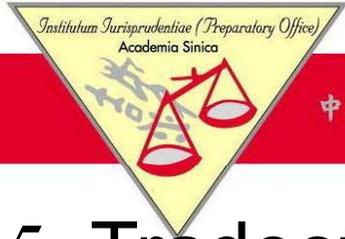
4. 法律明確性原則「層級化」趨勢？

釋字690〈解釋理由書〉[3]

國家公權力對人民身體自由之限制，若涉及**嚴重拘束人民身體自由而與刑罰無異**之法律規定，其**法定要件**是否符合**法律明確性原則**，固應受較為**嚴格之審查**

（本院釋字第六三六號解釋參照），惟**強制隔離**雖拘束人身自由於一定處所，因其乃以保護人民生命安全與身體健康為目的，**與刑事處罰之本質不同**，且事涉**醫療及公共衛生專業**，其**明確性之審查**自得採一般之標準涉醫療及公共衛生專業，**毋須如刑事處罰拘束人民身體自由之採嚴格審查標準**。

Q 哪些因素決定審查標準？



5. Tradeoff betw 「實質正當」與「程序正當」？

釋字523

流氓留置之要件完全委由法官裁定，違反實質正當

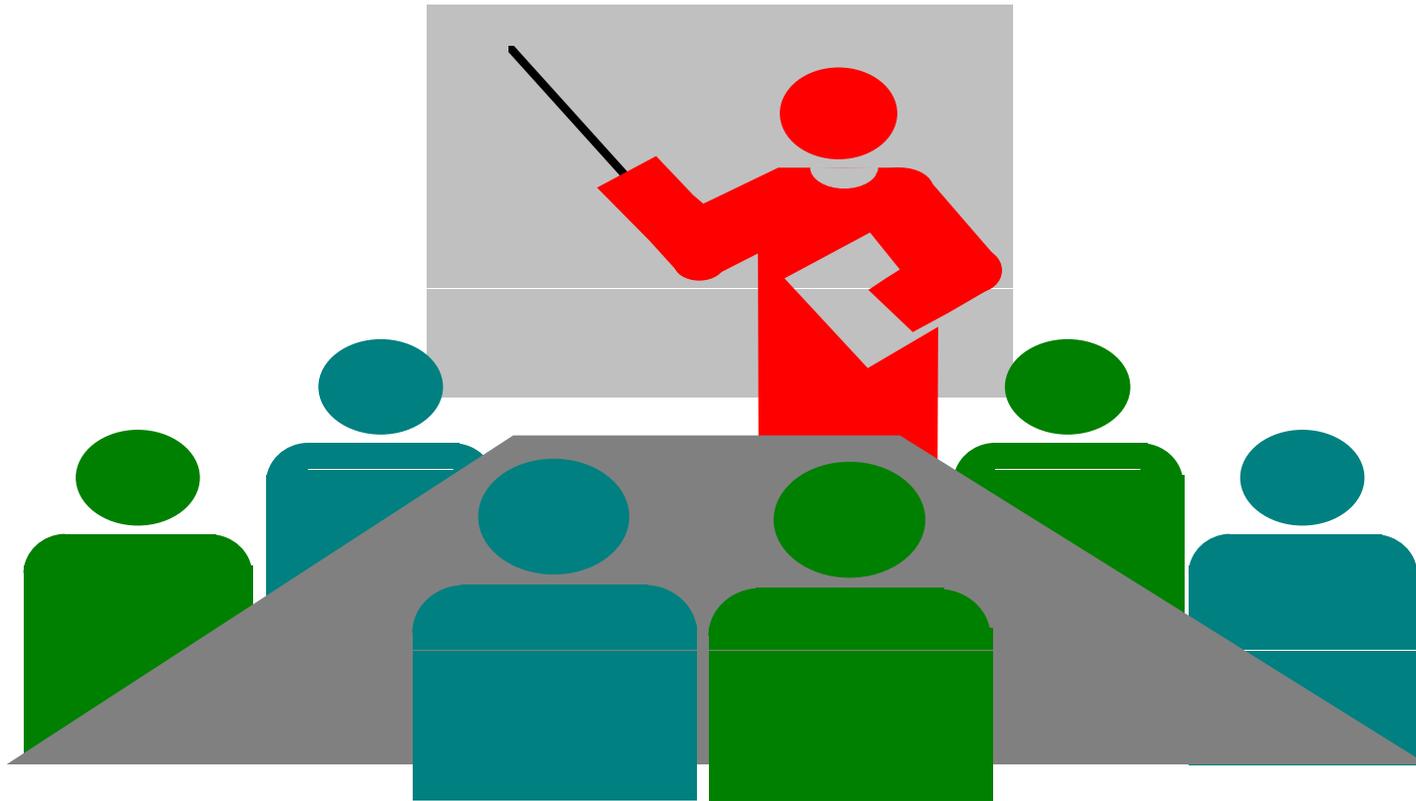
V.

釋字588

行政執行法之「**管收**」，係在貫徹公法上金錢給付義務，於法定義務人確有履行之能力而不履行時，拘束其身體所為間接強制其履行之措施，尚非憲法所不許。

管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之「**拘禁**」，其於決定**管收**之前，自應踐行必要之程序、即由中立、公正第三者之**法院審問**，並使法定義務人到場為程序之參與，並使法定義務人得有**防禦之機會**。

簡報完畢 敬請指教



中央研究院
法律學研究所籌備處

Institutum Jurisprudentiae (Preparatory Office)
Academia Sinica

