

公私協力選商程序之平等保障

目 次

壹、問題之提出	立法現況
貳、平等權保障之憲法意涵	(一) 遴選及分配程序之概念特徵及公平要求
參、平等原則對行政程序立法形塑及適用之拘束	(二) 公平遴選及分配程序之立法現況
一、程序平等之憲法要求	二、程序平等作為甄選行政最重要之法律控制機制
(一) 實體平等與程序平等	伍、公平程序瑕疵之法律效果及其權利救濟
(二) 程序平等之憲法誠命	一、公平程序瑕疵之法律效果
1. 基本權競合	(一) 行政程序法上之一般性觀點
2. 基本權之客觀程序保障功能	(二) 分配行政專法之特殊性考量
3. 一般平等原則對行政程序措施之拘束	二、公平程序瑕疵之權利救濟
二、公平行政程序之立法形塑	陸、結論
三、行政程序之平等貫徹	
肆、公平程序於行政專法上之具體化	
一、公平遴選及分配程序概說與	

壹、問題之提出

在近代人權發展史上，「平等」（equality）與「自由」（freedom）經常並列，同為人民向國家統治者爭取享有之權利標的。而現代立憲主義國家之成文憲法，「平等權」更是在其人權清單中佔有不可或缺之席地，為人民受憲法保障之重要基本權類型。我國憲法於第二章〈人民之權利義務〉中，更是在章首以第7條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。」揭示人民之一般平等權。是以，在憲法平等權保障之旨趣下，人民即不得遭受到國家公權力恣意之差別待遇。

在大陸法系之傳統思維上，關於憲法平等權之學說討論及釋憲實務，多半側重於人民實體權利是否因國家抽象法令或具體公權力行為之規定或措施而遭受到歧視性之差別對待，較少將其視野往前延伸至國家實體決定作成前之程序部分。質言之，「實體平等」所達成之實體正義往往遠較之於「程序平等」所維護之程序正義，受到學說及實務之關注。然而，由於近代法治國家人權保障全面化及精緻化之發展趨勢，國家公權力之行使除須持續確保不得無正當事由侵害人民基本權之實體保障內涵外，尚須更進一步地透過正當法律程序之形塑及踐行，以作為限制實體基本權之輔助控制機制，或是使實體基本權獲得更臻周延且完善之實現。職是之故，「程序」（Verfahren）要素在現代基本權理論及實踐面向上漸居要角，甚至取得獨立之存在價值及規範落點。觀之現今學說發展狀況，約可理出兩條主要之實踐脈絡：其一是主觀面向之「程序基本權」（Verfahrensgrundrechte）的建構。此尤其又以訴訟權（Prozeßgrundrecht）之保障為核心，透過人民得向法

院提起訴訟之事後司法救濟的賦予，以達維護實體基本權之目的。其二，則是國家公權力措施或決定作成之正當法律程序的客觀形塑¹。此在行政權作用範疇內之行政程序（Verwaltungsverfahren），尤具意義。其中，平等權之保障與訴訟基本權間之關係向為大法官解釋之審查標的²；學界討論及研究成果亦頗為豐碩³。法治斌教授曾頗具見地指出，正當法律程序原則之核心要求，「即在要求『公平』（Fairness）。因此訴訟中之平等保護可謂已為正當法律程序之規定所吸收涵蓋，而無待另有明文之法律源」⁴。基此，氏巧妙地將「訴訟權」、「平等權」及「正當法律程序」三者予以連結，並賦予彼此不可割裂之內在依存關係。相較於此，平等權或是平等原則與行政程序間之關聯性為何，截至目前為止則較少受到我國學者之關注⁵。有鑑於此，本文擬從平等權及平等原則出發，首先嘗試探討其在一般行政程序中所扮演之角色及功能。繼之，由於在現行法秩序下，公平之行政程序尤

¹ 縱然如此，「正當法律程序」與「程序基本權」兩者間並非絕無交錯可能之兩條平行線，毋寧通常僅是觀察面向及功能主體不同所呈現出之一體兩面概念而已。相關之法理論證及分析，詳參見李震山，行政法導論，8版，2009年9月，頁259-261；同氏著，程序基本權，收錄於：多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心，2005年10月，頁266-267。

² 司法院釋字第179、224、610號解釋參照。

³ 參見李惠宗，從基本權功能論司法獨立與訴訟基本權之保障，收錄於：氏著，權力分立與基本權保障，1999年3月，頁255-263。氏指出，訴訟平等權至少應包括如下之內涵：一、法定法官原則；二、訴訟武器平等原則；三、法官判決之見解只受憲法及法律之拘束（實質獨立），以及四、審理迴避制度。

⁴ 法治斌，司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究，收錄於：法治國家與表意自由，憲法專論(三)，2003年6月，頁219-220。

⁵ 較新之文獻可參見陳愛娥，經濟行政領域中的程序保障——以分配程序（Verteilungsverfahren）為觀察重心，憲政時代，第38卷第1期，2012年7月，頁1以下。

其在以複數申請人彼此間相互競爭為結構特徵之分配行政中尤富意義，故本文擬續行聚焦於「甄選及分配程序」（Auswahl- und Verteilungsverfahren）之特殊行政程序類型，探討平等原則如何對立法者及行政機關發揮制約功能，以確保分配程序之公平。此外，對於程序違反平等原則所作成實體甄選或分配決定之法律效果，以及程序當事人有無與如何為權利救濟等瑕疵效果規範（Fehlerfolgenregime）及司法救濟（Rechtsschutz）等後端問題，本文亦將併予探究之。

貳、平等權保障之憲法意涵

平等權及平等原則在我國憲法中之規範，除上揭文本第 7 條規定外，尚有涉及民族平等之第 5 條：「中華民國各民族一律平等。」選舉平等之第 129 條：「本憲法所規定之各種選舉，除本憲法別有規定外，以普通、平等、直接及無記名投票之方法行之。」受教育機會平等之第 159 條：「國民受教育之機會，一律平等。」以及兩性地位平等促進之增修條文第 10 條第 6 項：「國家應維護婦女之人格尊嚴，保障婦女之人身安全，消除性別歧視，促進兩性地位之實質平等。」此等立法例，率皆將平等與「特定事項或群體」作連結，具有高度立憲政策上之考量。換言之，立憲者或修憲者乃盱衡當時社會情況，針對若干特別容易受到不平等對待，或尚有平等促進空間之生活領域及事件，透過憲法明文規範，以確保人民不受歧視性之差別待遇，或是課予國家公權力為積極平等促進之作為義務。然而，平等權之一般內涵究係為何？除上述條文所明揭之事項及人群外，其他生活領域及群體是否抑有平等權及平等原則適用之餘地？凡此問題，我國憲法文本及增修條文皆未有明確之直接規範。在此，基本權學說及憲

法解釋實務即扮演填補之重要角色。

首先，就憲法解釋機關之立場出發，司法院釋字第 179 號解釋理由書對憲法第 7 條所揭示之平等原則，有如下之闡釋：「憲法第七條所稱中華民國人民無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等，並非不許法律基於人民之年齡、職業、經濟狀況及彼此間之特別關係等情事，而為合理之不同規定。」嗣於釋字第 211 號解釋理由書更清晰地指出：「按憲法第七條規定：『中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等。』係為保障人民在法律上地位之實質平等，並不限立法機關在此原則下，為增進公共利益，以法律授權主管機關，斟酌具體案件事實上之差異及立法之目的，而為合理之不同處置。」釋字第 485 號解釋亦謂：「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待。」換言之，「要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇。」至於國家公權力機關所為之差別待遇是否與平等權保障相符，司法院釋字第 648 號解釋理由書指出：「行政機關在財稅經濟領域方面，於法律授權範圍內，以法規命令於一定條件下採取差別待遇措施，如其規定目的正當，且所採取分類標準及差別待遇之手段與目的之達成，具有合理之關聯性，其選擇即非恣意，而與平等原則無違。」基本方向相同，但文字略作修正者，司法院釋字第 682 號解釋理由書略以：「憲法第七條保障人民平等權，旨在防止立法者恣意，並避免對人民為不合理之差別待遇。法規範是否符合平等權保障之要求，其判斷應取決於該法規範所以為差別待遇之目的是否合憲，其所採取之分類與規範目的之達

成之間，是否存有一定程度之關聯性而定。」綜上所述，我國釋憲機關對於平等權之內涵，理解上前後相當一貫，認為：一、平等原則要求對於本質上相同之事物，應為相同之處理。二、平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等。三、國家公權力機關基於憲法之價值體系及正當之目的，得被容許斟酌事物性質之差異而為合理之區別對待。反之，倘無正當目的而為差別待遇，或是雖有正當目的，但差別待遇與目的間欠缺合理關聯者，則差別待遇即屬恣意而構成平等原則之違反。

我國憲法學者對於大法官所採取之平等原則審查基準，雖屢有質疑及批判⁶，然針對「平等權內涵」之本身，理解上則與上述大法官解釋之見解幾近一致，主張憲法上之平等，絕非是齊頭式之形式平等或機械式之絕對平等，毋寧應是立足點的機會平等、實質平等，以及相對平等。從而，平等權之核心內涵，並非要求國家公權力機關絕對不得為差別待遇，而是要求不得為「恣意」(Willkür)之差別待遇⁷。亦即，平等權之真諦，應是「等等者，不等者不等之」⁸。

⁶ 參見法治斌，前揭（註4）文，頁240以下；許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，收錄於：李建良、簡資修主編，憲法解釋之理論與實務（第二輯），2000年8月，頁85以下；

⁷ 參見李惠宗，憲法要義，6版，2012年9月，頁135。

⁸ 參見陳新民，平等權的憲法意義，收錄於：憲法基本權利之基本理論（上冊），1992年1月，3版，頁503、518。

參、平等原則對行政程序立法形塑及適用之拘束

一、程序平等之憲法要求

(一) 實體平等與程序平等

「實體」與「程序」，為現代國家法學上常見之配對概念。就客觀之實定法規範而言，通常在功能上可大別為「實體法」與「程序法」。前者係指以實體法律關係之形成、變更或消滅為標的之規範；而後者則涉及為形塑或確認實體法律關係所進程序之程序面規範。而若從主觀權利面向出發，更可有「實體權」與「程序權」之分。平等權倘與實體基本權相競合，則所實現者為「實體平等」。例如應考試平等權⁹、選舉平等權，以及工作平等權等。反之，若平等權落實於程序權上，則呈現出「程序平等」。此反應在憲法第 16 條訴訟基本權之保障上，尤指訴訟平等。根據學說之一般見解，個別自由權本內含有平等之要求¹⁰。從而，由個別實體及程序基本權之保護範圍中原本即包含有實體平等及程序平等之內涵。縱然如此，此處所指稱之實體平等及程序平等，並不以與基本權之種類相結合為限。毋寧，乃更為宏觀地指涉受平等所拘束之事物屬性。

實體與程序縱然原則上有所區分，然兩者間並非截然隔離，而無競合之可能性。例如司法院釋字第 384 號解釋理由書即明確指出：「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

⁹ 參見司法院釋字第 319 號解釋。

¹⁰ Vgl. P. Kirchhof, Allgemeiner Gleichheitssatz, in: Isensee/Ders. (Hrsg.), HStR VIII, 3. Aufl., 2010, § 181 Rn. 63.

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。」

尚應說明者，上述「實體平等」及「程序平等」之對稱概念，旨在說明平等權所連結權利或標的之屬性，與學說及憲法解釋機關經常使用之「實質平等」及「形式平等」用語所指涉之情境不同。蓋後者通常係用以描述平等或不平等狀態本身所呈現之結果，係基於何等事物性質之考量所由生。在此思考脈絡下，「實體平等與程序平等」以及「實質平等與形式平等」兩組對稱概念即不排除有交錯情形發生之可能。換言之，實體平等及程序平等可能是實質平等之結果，但也有可能是形式平等之產物。

(二) 程序平等之憲法誠命

我國憲法並無特別針對「程序上之平等」為明文規定，從而，程序平等是否為一具憲法位階之誠命，甚至從主觀面向而言，人民是否享有憲法上之程序平等權，則容有進一步探討之必要。為解決此疑義，本文認為在基本權釋義學上，略有下列可能之思考路徑：

1. 基本權競合

首先，程序平等之憲法誠命可由基本權之競合而得出：憲法第 16 條保障人民有請願、訴願及訴訟之程序基本權。若吾人將其與憲法第 7 條所保障之平等權相連結，則即可推導出「訴訟平等權」之憲法上基礎。司法院釋字第 610 號解釋針對公務員懲戒

法第 34 條第 2 款規定¹¹是否合憲之問題，略以：「是上開期間起算日之規定，未區分受懲戒處分人於相關刑事確定裁判之不同訴訟地位，及其於該裁判確定時是否知悉此事實，一律以該裁判確定日為再審議聲請期間之起算日，與憲法第七條及第十六條人民訴訟權之平等保障意旨不符。」本號解釋即是本基本權競合之論證模式，導出人民受憲法保障之訴訟平等權。

2. 基本權之客觀程序保障功能

其次，程序平等尚可從基本權之客觀程序保障功能連結平等權之論證模式而得出：按憲法除於第 16 條明定訴訟權以外，是否尚保障人民享有主觀上之「一般程序基本權」，憲法學者間見解仍屬分歧，大法官迄今亦未有明確之揭示¹²。若為肯定，則吾

¹¹ 公務員懲戒法第 34 條規定：「移請或聲請再審議，應於左列期間內為之：二、依前條第一項第二款至第四款為原因者，自相關之刑事裁判確定之日起三十日內。」同法第 33 條第 1 項規定：「懲戒案件之議決，有左列各款情形之一者，原移送機關或受懲戒處分人，得移請或聲請再審議：二、原議決所憑之證言、鑑定、通譯或證物經確定判決，證明其為虛偽或偽造、變造者。三、原議決所憑之刑事裁判，已經確定裁判變更者。四、原議決後，其相關之刑事確定裁判所認定之事實，與原議決相異者。」

¹² 大法官內部見解之分歧，尤其在釋字第 709 號解釋中可略窺一二。對於正當法律程序之憲法上依據，林錫堯大法官於協同意見書中指出：「……，『憲法要求之正當行政程序』係出於『憲法上正當法律程序原則』？抑或係出於『各個基本權之客觀規範效力』？進而要問：『憲法上正當法律程序原則』如何而來？『憲法上正當法律程序原則之內涵』是否包括『正當行政程序』？除『由立法者制定相應之法定程序』外，尚有無基本要求？如依上述理路，能否導出『憲法要求之正當行政程序之內涵』？上開問題，仍有待釐清並建構理論。於未釐清並建構理論前，宜從『各個基本權之客觀規範效力』出發，導出在何種情形下立法者應規定公權力行為必須踐行『憲法要求之正當行政程序』，……。」相對於林大法官採取較為保留之態度，李震山大法官於同號解釋所提之協同意見書中則對「程序基本權」之憲法上一般保障依據，明白持肯定之見解。氏謂：「在錯綜複雜的都市更新事務且涉及重要公私利益糾葛情況下，本件解釋選擇憲法「正當法律程序」原則作為規範

人固可依循上述之程序基本權及平等權競合思考路徑，導出程序平等之憲法依據¹³。反之，倘若憲法是否保障人民之一般程序基本權尚存有疑義者，則吾人尚可從個別之實體基本權出發，連結平等權後先行導出實體平等之要求。繼之，再透過基本權之客觀程序保障功能，使各該基本權之實體平等保障延伸至為實現或促進該基本權實體保護內容所採行之程序部分，而導出依附於個別實體基本權之程序平等誡命。

此等結合基本權主、客觀功能之論證理路，尤其在行政程序上之平等，富具意義。蓋在憲法是否保障包含行政程序在內之獨立的「程序基本權」尚未獲得共識之前，至少可藉由基本權之客觀法上程序保障功能，導出正當行政程序之憲法要求。司法院釋字第 689 號解釋理由書略以：「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。」亦蘊含有正當法律程序係依附各實體基本權而異其內涵之旨趣¹⁴。大法官對正當法律程序在憲法上地位之此等立場，亦被嗣後涉及正當行政程序之釋字第 709 號解釋所依循。在此脈絡下，倘吾人再

審查的主要依據，宣告舊都市更新條例第十條及第十九條第三項前段規定違憲，除係肯認程序規範應落實公正、公開與民主精神的憲法意義外，尚可彰顯「程序權利」在我國憲法人民權利保障體系中兼具「基本權利」及「憲法原則」的雙重功能與地位，猶如「平等權」與「平等原則」般。能透過完備之程序規範直接或間接制約公權力，藉以達到保障基本權利目的之模式，確合於民主法治國追求程序正義的理念，本席敬表贊同。」

¹³ 參見李震山，前揭（註 1）書，頁 251-252。氏認為：「將個別基本權利內之程序保障功能，共通化為『程序基本權』，至少可植基於憲法第二十二條。」

¹⁴ 司法院釋字第 409、488、491 及 535 號解釋亦可參照。