

論正當法律程序原則（四）*

許 玉 秀**

二、正當法律程序原則的審查與論述類型

大法官對於正當法律程序原則的操作，在決算表¹⁸所列出的解釋例中，可以區分為權力分立原則之下的審查，以及依附在基本權之下的審查。

（一）權力分立類型

在權力分立原則之下進行審查的解釋例有第 499 號、第 520 號、第 590 號、第 601 號、第 628 號及第 633 號解釋。其中第 628 號解釋關於地方水利自治權限疑議，屬於垂直的權力分立關係的解釋，其餘各號解釋則在處理水平的權力分立問題。

1. 分權是正當程序的一種要求

權力分立成為一種憲法上的規範，與所有規範產生的理由相同，都來自於生活經驗中的防弊與興利。生活經驗告訴我們，如果不要讓分配利益的人，總給他自己多一點，給別人少一點，最好的辦法就是不要讓分配利益的權力集中於一人或少數人。想像某個只有住三個人的海中小島，靠捕魚維生，所捕到的魚，一直由甲負責分配，那麼難保甲不會每次分給自己多一點，分配給乙、丙少一點。如果為了避免甲濫用權力私心自用，可能的解決方式，就是由甲乙丙輪流負責分配，或者甲分配時，由乙或丙共同或輪流監督，輪流分配是一種分權的模式，分享分配權與監督權，也是一種分權模式。又假設可以分配的資源有魚、水果、肉，因為存在數種利益，就會產生另一種分權模式，例如每個人負責一種食物的分配。這種生活經驗告訴我們，要獲得公平的分配結果，必須分權，而正當程序正是為了公平而存在，分權是保證公平的方式，也就成為正當程序的一種要求。

再回溯正當法律程序原則所濫觴的大憲章。貴族和國王之間，針對人身自由、財產權等保障，而締結規章¹⁹，就是在實踐分權的要求。所以正當法律程序，就是從分權開始。

* 許玉秀，德國佛萊堡大學刑事法學博士，司法院大法官，國立政治大學法律學系兼任教授。

¹⁸ 許玉秀，〈論正當法律程序原則（二）〉，《軍法專刊》，第 55 卷第 4 期，2009 年 8 月，頁 1-10；〈論正當法律程序原則（三）〉，《軍法專刊》，第 55 卷第 5 期，2009 年 10 月，頁 7-8。

¹⁹ 許玉秀，釋字第 653 號解釋協同意見書參照。關於 1215 年大憲章，影響最深遠的是第 39 條「No freeman shall be arrested or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any other way harmed. Nor will we [the king] proceed against him, or send others to do so, except according to the lawful sentence of his peers and according to the Common Law（任何自由人不受拘捕、監禁、沒收財產、剝奪法律保障、放逐，或受任何方式的侵害。非經其同等貴族或法律的合法審判，我們（國王）不得進行起訴或假手他人提出控訴。）」此即人身保護狀（Habeas Corpus）的來源；美國獨立後，聯邦憲法與各州憲法，關於正當法律程序原則的內容，亦源於此。

2. 正當程序的個別內涵

在上開列出的 6 則大法官解釋例中，關於正當法律程序的內容，有釋字第 499 號解釋的公開透明原則、利益迴避原則；第 520 號解釋關於國家重要政策執行有所變更時，行政權與立法權的正當協商程序；第 590 號解釋關於法院程序指揮權中的暫時處分權；第 601 號解釋的法定法官原則與利益迴避原則；第 628 號解釋關於自治規章制定及執行權；第 633 號解釋關於立法調查權的正當法律程序，以及對於立法調查程序的司法審查權。

3. 公開透明原則、利益迴避原則、國民主權原則

釋字第 499 號解釋，對於國民大會修正憲法增修條文第 1 條而自行延長任期的作法，首先認為除有不能改選的正當理由（釋字第 31 號、第 261 號解釋參照）外，一旦任期屆滿，應即改選，否則違反國民大會代表與選民間的選舉約定，亦即違反國民主權原則。其次認為違反利益迴避原則、有害自由民主憲政秩序。再者，認為以不記名投票方式通過該次增修條文，違反公開透明原則。依據上述三個原則，釋字第 499 號解釋建構屬於取得權力與操作權力的正當程序。

公開透明是同義複詞，因為公開就能透明，公開透明原則，就是公開原則。釋字第 499 號解釋所提出來的公開原則，依據該號解釋理由書的說法，旨在滿足理性溝通的條件，所謂理性溝通的條件，可理解為議事決定如遵守公開原則，才能提供檢驗所作成的結論，是否經由理性溝通而形成。欠缺理性溝通的議事過程，會使得議事結論欠缺正當性。

之所以要求利益迴避，是為了排除自己圖利自己的機會。但是如果涉及自己的利益，必須自己能參與決定，才能避免任人宰制，為什麼涉及自己的利益，必須迴避？迴避的目的在於不能把別人的利益變成自己的利益，換句話說為的是避免掌握利益分配權力的人，濫用分配利益的權利，而作成不公平的分配。所以利益迴避的基本原理在於分配利益的權力不能集中，利益迴避因而屬於分權原則，也就是權力分立原則的下位原則。

前述兩個原則，是權力操作原則。國民主權原則，則是權力取得原則。取得權力有一定的路徑，如果未具備取得權力的條件，也就是乖離了正當路徑，自然發生失權的效果。如果選民的授權是有期限的，期限就是擁有權力的正當程序條件。

4. 正當協商程序

針對核四預算「停止」執行一事，釋字第 520 號解釋對正當法律程序原則，進行三個步驟的論述：首先根據民主原則及憲法所賦予的職權（憲法第 58 條第 2 項），認為行政權有權變更施政方針與重要政策。其次認為重要政策涉及法定預算停止執行部分，依據憲法增修條文第 3 條規定，行政院應向立法院負責，以及立法院就國家重要事項的決策參與權，行政院有向立法院報告並接受質詢的義務，立法院則有聽取報告的義務，並有決議支持或反對的權利。再者面對立法院的支持或反對決議，行政院可以選擇遵守決議，或者依照憲法的爭議解決機制解決僵局，所謂憲法爭議解決機制，是指覆議制度或立法院提出不信任案。

上述關於正當法律程序原則的操作，使用了民主原則、分權原則和責任政治原則。大法官對於行政權與立法權的權力分立與制衡關係，依據憲法增修條文第 3 條規定，具體描述了行政院的告知義務與陳述權利，以及立法院的資訊取得權與聽取義務。聽取義務是立法院決議的正當性基礎，立法院必須履行聽取義務，方能證立對行政院決策的支持或反對具有正當性。關於責任政治原則的運用，則描述了行政院的異議權與立法院的杯葛權。

因此可以認為，在釋字第 520 號解釋中，大法官透過民主原則、告知義務與陳述權利、資訊取得權與聽取義務、異議權與對造杯葛權，建構了行政權與立法權之間正當協商程序的內涵。

5. 利益迴避原則與法定法官原則

利益迴避原則先後出現在釋字第 499 號及第 601 號解釋當中，操作的結論則正好相反。釋字第 601 號解釋認為大法官將自己解釋為憲法上的法官，不違反利益迴避原則。大法官對於理由的說明可以歸納為 4 點：(1)迴避制度所要避免的是，「個別」公職或公務人員，與職務間的利益衝突；(2)屬於機關的法定職務，與所有任職的公職人員均有利害關係，個別公職人員因而與職務之間有利害關連，是一種反射性的利害關聯，不是個別的利害衝突，不必也不可能迴避，例如立法委員無法迴避審查立法院的預算；(3)訴訟上的迴避制度，適用對象也是個別、特定的法官，而不是法官所屬的法院，因此不許聲請法院全體迴避，法官也不能以全體法官均應迴避為由，而拒絕審判；(4)司法院大法官職司憲法解釋、統一解釋法令、違憲政黨解散，及審理總統及副總統彈劾案，在此範圍中均為最終且唯一的有權解釋或裁判機關，無從迴避。

上面的論述可以歸納成兩點理由：(1)大法官解釋自己是憲法上的法官，是為機關利益而作為，不是為個人利益而作為，因此不是直接圖利自己，沒有陷入必須迴避的利益衝突；(2)大法官作為司法權的最後仲裁者，有保證司法權有效運作的義務。這兩點理由說明，權力操作須無替代可能性，以及沒有直接得利的可能，即不違背利益迴避原則，也因此符合正當法律程序原則。

釋字第 601 號解釋更重要的目的，在於闡釋憲法上的法定法官原則。大法官認為大法官與各級法院法官，均屬被動依法定程序對個案進行審理，不受干涉地獨立作成終局性、權威性的裁判，僅有職務分工的不同，並無職務性質上的差異，不問任期長短，均應受相同身分上的保障。

宣示大法官為憲法上的法官，是確立仲裁程序中，仲裁者具有仲裁身分，仲裁者的身分正當，是程序正當的保證。所以法定法官原則是正當法律程序的一環²⁰。

6. 法院的暫時處分權

釋字第 590 號解釋，針對緊急程序，不問訴訟或非訟程序，准許法官有暫時處分權，可以為必要的保全、保護或其他適當處分。而處分作成之前，當事人、利害關係人應有陳述意見的機會，並且對該處分，可以依相關程序法規定，尋求救濟。

釋字第 590 號解釋所處理的兒童及少年性交易防制條例第 15 條、第 16 條規定，並沒有明文規定法官的緊急處分權，大法官為處理該等事件的法院，創設緊急處分權，所依據的就是憲法上的正當法律程序原則。解釋結論等於認定，縱使法律沒有明文規定，擁有訴訟指揮權的法官，也應該有暫時性的緊急處分權。換言之，本號解釋開發出來的正當法律程序是：緊急處分權，當然包含於法院訴訟指揮權當中，而沒有法律保留的問題。

至於處分作成之前，當事人、利害關係人應有陳述意見的機會，並且對該處分有異議權。則屬於傳統上對於正當法律程序的認知。

²⁰ 許玉秀，釋字第 665 號解釋部分不同意見書參照。