

論正當法律程序原則（八）

許玉秀*

三、兩個最低限度的反省

工欲善其事，必先利其器。欲利其器，必先知其器。如果能適切掌握正當法律程序原則的核心意涵，也就更能知道何時應該使用正當法律程序原則這個釋憲工具，以及如何使用。本文觀察歷來大法官相關解釋，得到兩個最基本的心得：

1. 權利主體的保障從保障程序主體地位開始

上面所論述關於正當法律程序原則的意義中，所謂主觀參與可能性與客觀參與可能性，都是為了保障程序主體的主體地位，而兩種參與可能性，當然也都以能成為程序主體為前提。因此正當法律程序原則的根本意義，其實就是在於確立程序主體地位。

如何被對待，是一個程序問題，在對待過程，可以呈現所對待的是受尊重的主體，或是受擺佈的客體。追溯大憲章⁴⁰的形成背景，貴族們爭取的，正好就是爭取確認為權利（力）主體。只有被尊重為權利（力）主體，才可能在權利（力）遭受限制時，要求遵循正當法律程序。正當法律程序原則在憲法上的重要性，正好在於：權利主體的保障從保障程序主體地位開始⁴¹。

2. 應開拓適用正當法律程序原則的審查領域

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

⁴⁰ 作為各國現代憲法鼻祖的大憲章雖然出現於英國（England），但是英國（UK）在一些人權問題上面，實在很難歸類為先進國家。例如英國直到 1912 年，才以法官審判規則（Judges' Rules 1912）的形式，確立在審判前的訊問，被告有拒答的權利，但被告的緘默權利一直受到挑戰，直到 1996 年，歐洲人權法院還必須在 John Murray v. UK（Application no. 18731/91; 22 EHRR 29, at para. 45）一案，宣示緘默權是歐洲人權公約第 6 條所要求的國際標準，告誡英國不得侵犯被告緘默權利。又以歐洲人權公約的整合為例，英國在 1953 年即已加入該公約，但是遲至 2000 年的人權法（Human Rights Act (HRA) in 2000），才通過符合該公約要求的內國法律，參見 Samantha Besson, The Reception Process in Ireland and the United Kingdom, in: Keller & Sweet (editor), A Europe of Rights - The Impact of the ECHR on National Legal System, 2008, pp. 31-33. 並且在 McGonnell v. UK（Application no. 28488/95; 30 EHRR 289）一案，上訴人指摘職掌最終審級救濟的皇室法院（the Royal Court）大法官（the Lord Chancellor）同時兼任上議院議員，以及法務部長，集行政、立法與司法於一身，有違歐洲人權公約所要求的公平審判原則，歐洲人權法院審理後，認為這種體制，無法確保法院審判的中立性與獨立性，才逼使英國在 2009 年 10 月 1 日成立最高法院，該國司法權才算全面脫離行政權與立法權。可以說保證公平審判的法官獨立與法官中立原則，直到二十一世紀開始一段時間，在英國才告確立。

⁴¹ 所以產生基本權的自主原則，需要藉由正當法律程序原則加以落實。參見許玉秀、林子儀、許宗力，釋字第 610 號解釋部分協同意見書。

大憲章對於正當法律程序原則的要求，同時針對人身自由及財產權，所以人身自由與財產權，可以說是正當法律程序原則的指標人權。

觀察前文決算表所列的解釋例（論正當法律程序原則(二)、(三)），我國大法官歷來解釋對於正當法律原則的適用，多半集中於審查人身自由的限制，以及訴訟權的程序疑義，少部分適用於權力分立爭執，與集會自由、結社自由、學生學習權等其他基本權類型，但與財產權有關的解釋，只有釋字第 574 號⁴²及第 663 號解釋，其中則只有第 663 號解釋論述中提及財產權，不過該號解釋的論述脈絡，主要仍然是針對訴願及訴訟權。

一如前文（論正當法律程序原則(六)）的分析，對於限制人身自由的審查，主要針對刑事處罰，其他類似刑罰而對人身自由的限制，受到審查的有對流氓的管訓（釋字第 384 號、第 523 號、第 636 號等 3 號解釋）、對匪諜的感訓處分（釋字第 567 號解釋）、對公法上金錢債務人的拘提和管收（釋字第 588 號解釋）。有關兒童及少年人身自由的限制，則有兒童及少年性交易防制條例規定的緊急安置於收容中心（該法第 9 條、15 條第 2 項、第 16 條第 2 項參照）；少年事件處理法規定的收容於少年觀護所、交付安置於適當福利或教養機構輔導（該法第 26 條、第 42 條參照）。

緊急安置兒童及少年的規定，僅出現於釋字第 590 號解釋的原因事實當中，並未受到實體審查；對於少年的收容和交付安置，釋字第 664 號解釋可以認為僅就正當法律程序原則為有限的審查。與正當法律程序原則有比較直接連結的財產權，莫過於稅捐的稽徵與對人民財產的徵用，這方面大法官也還沒有建立一套審查準則。

對於為保護而限制的兒童及少年人身自由，以及因稅捐稽徵與公用徵收所導致的財產權限制，均有待建立正當法律程序原則的審查經驗。本文在嘗試對於正當法律程序原則進行體系建構之前，先藉由已經發生的案例，檢討正當法律程序原則在這兩個領域的審查可能性。

參、兒童及少年事件的正當法律程序

一、與兒童及少年利益有關的解釋

大法官歷來解釋例中，除了前面提及的釋字第 590 號及第 664 號解釋之外，涉及兒童、少年利益的解釋，例如釋字第 171 號解釋，禁止父母濫用親權；釋字第 333 號解釋，關於托兒所教保人員轉任幼稚園教師的提敘限制，認為幼稚園教師所負擔的兒童學前身心教育，與托兒所教保人員的任務有所不同，必須任職托兒所時已具有幼稚園教師資格之人，方得提敘；釋字第 407 號解釋，就行政院新聞局 81 年 2 月 10 日(81)強版字第 02275 號函，對於刑法第 235 條、出版法第 32 條猥褻概念的解釋，雖認為與憲法尚無牴觸，但是基於保障人民言論出版自由的憲法意旨，兼顧善良風俗與青少年身心健康的維護，應隨時進行檢討；釋字第 514 號解釋，對於教育部 81 年 3 月 11 日台(81)參字第 12500 號令修正頒布的遊藝場業輔導管理規則，禁止未滿 18 歲之人進入電子遊戲場的規定，雖然認為維護社會安寧、兒童與少年的身心健康

⁴² 該號解釋對象為上訴第三審的限制規定，限制的標準為上訴利益的金額，對實體權利的影響，就是人民財產權的保障。

有其必要，但是限制人民的營業自由，不得僅依未獲法律授權的命令予以限制，違反法律保留原則；釋字第 587 號解釋，引用聯合國 1990 年 9 月 2 日生效的兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child）第 7 條第 1 項⁴³，認定兒童獲悉自身血統來源的權利，應受憲法第 22 條規定所保護，而可提起否認生父之訴；釋字第 623 號解釋針對兒童及少年性交易防制條例第 29 條，以該法保護兒童、少年免於性交易的立法目的，限縮解釋認為，如果行為人傳布訊息時，非以兒童、少年性交易，或促使兒童、少年為性交易為內容，而且採取必要隔絕措施，使接收人限於 18 歲以上之人，該規定即無過度限制的疑慮；釋字第 646 號解釋，針對電子遊戲場業管理條例第 22 條規定，認為兒童及少年身心健康發展特別需要保護，所以限制未辦理營利事業登記之人，不得經營電子遊戲場業，違者施予刑罰的規定，並未逾越比例原則。

上述所列解釋例，雖涉及兒童、少年的利益，但多數解釋例中，基本權受限制的對象是成年人（例如釋字第 171 號、333 號、第 407 號、第 514 號、第 623 號、第 646 號解釋），所審查的規範直接限制兒童及少年基本權的解釋，只有釋字第 587 號、第 590 號及第 664 號解釋。

二、檢視釋字第 587 號解釋的審查準據

（一）解釋意旨摘要

1. 獲知自身血統來源、確定真實的父子身分關係，屬於子女應受憲法第 22 條保障的人格權。如不准許子女獨立提起否認生父之訴，將使子女的訴訟權受到不當限制，對子女人格權益的保護不足。

2. 依據民法第 1063 條舊規定、最高法院 23 年上字第 3473 號及同院 75 年台上字第 2071 號判例，得提起否認婚生子女之訴的人，限於夫妻一方，因此子女本身無獨立提起否認生父之訴的資格。

3. 上開規定及判例與憲法保障人格權及訴訟權的意旨不符，應不再援用。此外，為顧及子女獨立提起該否認之訴時，應有合理期間及起算日，有關機關應適時就得提起否認生父之訴的主體、起訴除斥期間的長短及起算日等相關規定檢討改進。

（二）正當法律程序原則的審查可能性

釋字第 587 號解釋，連結訴訟權與人格權的審查模式，雖然完全未提及正當法律程序原則，其實就是一種正當法律程序原則的審查模式。

1. 確立程序主體地位

在確認親子關係的訴訟中，依據民法第 1063 條舊規定、最高法院 23 年上字第 3473 號及同院 75 年台上字第 2071 號判例，程序主體是有婚姻關係的雙方，子女只是程序客體，沒有獨立的程序利益。釋字第 587 號解釋以知悉血統來源，建構子女的人格權，而後從人格權的主

⁴³ Article 7 1. The child shall be registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and, as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents.

（兒童應於出生後立即登記、並應有自出生時獲得姓名的權利、獲得國籍的權利，以及盡可能知道誰是其父母並受其父母照料的權利。）

體地位，肯認子女在確認親子關係訴訟中的程序主體地位。

2. 保障程序主體主、客觀參與可能

解釋意旨要求主管及立法機關修法增訂起訴除斥期間及起算日，在論述脈絡上看起來是一種附帶要求，其實是正當法律程序的當然要求。合理的除斥期間，在於保障程序主體的客觀參與可能，起算日的明確合理，在於保障程序主體的主觀參與可能。

96 年 5 月 23 日修正公布的民法第 1063 條增訂第 3 項，對於起算始點，規定雙重保障，以知悉與法律推定的生父不具真實血緣關係時，作為一般性的起算始點，也就是作為起訴權得喪的主觀認定標準，符合對於程序主體主觀參與可能的保障，是對於憲法上自主原則的實踐⁴⁴。如果知悉時未成年，而錯過第一個 2 年除斥期間，再給予成年後 2 年的除斥期間，保障客觀參與可能。這種成年後的保障，當然還是保障未成年人的客觀參與可能。

三、檢視釋字第 590 號解釋的審查準據

(一) 解釋意旨摘要

1. 依據司法院釋字第 371 號、第 572 號解釋，法官對於審理案件所必須適用的法律，如有違憲疑慮，擬聲請憲法解釋，應先裁定停止該案件的訴訟程序或非訟程序。

2. 上開停止訴訟程序的要求，是法官聲請憲法解釋的必備要件，不得欠缺。但是在訴訟程序停止後，如果存有急迫情形，法官仍然應該探究各該相關法律的立法目的、權衡當事人的權益與公共利益、並斟酌原因案件情狀，作成必要的保全、保護或其他適當處分。

3. 據以聲請的台灣苗栗地方法院 90 年度護字第 31 號兒童保護安置事件，聲請法官已依據兒童及少年性交易防制條例第 16 條第 2 項規定作成本案終局裁定，事件既脫離法院繫屬，已無從裁定停止訴訟程序，與釋字第 371 號、第 572 號解釋所揭示的聲請釋憲要件不符，應不予受理。

(二) 保全程序是正當法律程序的一環

本號解釋論述，雖然在解釋理由書第三段「……容許法官適用依其確信違憲之法律而為裁判，致違反法治國家法官應依實質正當之法律為裁判之基本原則，……」出現實質正當的文字，但是所指並非正當法律程序原則的實質正當概念，而是指法律未違憲而實質正當，因此可以認為對於正當法律程序原則，同樣未置一詞。只是所應該援引的審查準據，同樣應該是正當法律程序原則，不僅僅因為聲請解釋客體，應該適用屬於正當法律程序原則中的法官保留原則予以審查，縱使是「不受理解釋所受理解釋」的保全程序，也是正當法律程序的一環。（待續）

⁴⁴ 參見許玉秀、林子儀、許宗力，釋字第 610 號解釋部分協同意見書。

更正及道歉啟事

特向本刊讀者致歉，並補充第 56 卷第 3 期〈論正當法律程序原則（七）〉乙文中之內容：

壹、第 2 頁最末行「確保防禦方得為辯護、申辯，以及被付懲戒公務員最後陳述的機會」乙句，應更正為「為確保防禦，而給予被付懲戒公務員受辯護協助以及最後陳述的機會」。

貳、第 3 頁第 7 行以下遺漏一段內容：「這些程序的保障，都是禁止將被決定的對象，當作程序客體，換言之，所謂參與權的保障，就是要求給予權利可能受限制的對象，享有程序主體的地位。正當法律程序所顯示的第一個意義，顯然是建立程序主體地位」。