

論正當法律程序原則（十四）

許 玉 秀*

(5) 法官保留原則⁹¹

i. 以權力制衡為基礎

正當法律程序原則（法治國原則）始終有兩個面向，保障基本權與踐行權力分立。而踐行權力分立，也是為了保障基本權。在踐行權力分立的面向，法官保留原則用來保障司法權和實踐司法權，法官就是憲法上行使司法權的權力機關；在保障基本權的面向，法官保留原則用來保障人民的異議權。

用來保障人民異議權的法官保留原則，固然以「有權利即有救濟原則」作為法理依據，但是從「有權利即有救濟」的文義，並不能直接導出法官保留原則的必要性。人民之所以需要提出異議，必定因為受到不公平的不利對待，能夠主動對人民發動不利對待的權力來源，必然是行政權。這裡的行政權，指的是廣義的行政運作，而不是憲法分權概念下的行政權。因為任何行政運作，而遭受不利對待的人，只要能對權力來源提出異議，即可滿足「有權利即有救濟」意涵⁹²。但是因為行政權內部的異議程序，例如訴願或其他的申訴制度，只是一個內部反省機制，如果欠缺外部監督機制，也就不能實現有效的救濟。因此一般憲法論述，均藉由權力制衡的原理，證立法官保留原則。必須遵守法官保留原則，准許人民向法院尋求救濟，才有外部監督機制，可以保障人民的異議權。

ii. 以保障個人主體性為基礎

其實不必藉由權力分立原則，從正當法律程序原則保障基本權的面向，也能建立法官保留原則的必要性。司法權在分權機制之下，原本的功能就是處理衝突關係。控訴衝突，也就是對於不利對待提出異議，本身就是一個應該保障的程序

* 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。

⁹¹ 許玉秀，釋字第 654 號解釋協同意見書、釋字第 665 號解釋部分不同意見書參照。

⁹² 許玉秀，釋字第 653 號解釋協同意見書參照。

基本權。這種程序基本權，是作為權利主體的表徵，只要是人，只因為是人，就自動會有這個說出自己受到不利對待的權利，縱使其實並沒有受到不公平的不利對待。因為究竟有沒有受到不公平的不利對待，總要進行審查程序，才可能知道。而如果不提供開啟程序的機會，不可能進行審查。誰能促使程序開啟？當然是提出控訴的人。

正因為有無實體權利，要經過一定程序檢驗才能夠知道，程序權就是提出某種主張的權利而已，主張與實際上有無權利是兩回事，但是如果連提出來主張的機會都沒有，哪有機會知道有無實體權利？所以並不是有實體權利，才有程序權利。「有權利即有救濟（ubi jus ibi remedium；Where there is a right, there is a remedy.）」這個拉丁法諺，是要求給實體權利，配備程序權利，以便在權利受侵害時，可以請求救濟，因為雖有實體權利，如果沒有程序權利，則實體權利不能實現，所以必須有進程序的權利，以保障實體權利的實現。但是這個拉丁法諺不能進一步擴大理解為必須有實體權利，才需要程序權利、才能有程序權利。

這個程序權與實體權的邏輯關連，可以借用生命權的存在邏輯加以理解。生命權當然是被憲法所承認，但是憲法承不承認生命權，生命都先於憲法的承認而存在。生命權隨著生命的存在而存在，當有一個生命存在的時候，那個生命如何表達自己的存在？一定是透過主張存在的程序，藉由主張存在而存在，不能主張存在的生命，不可能享有生命權。

所以只要生命存在，就可以提出任何主張，提出主張是生命存在的證據；只要是人，就有主張權利的權利；所以程序權是可以先於實體權而獨立存在。向解決衝突關係的法院，控訴權利遭受侵害的權利，是人民的程序基本權，不需要依附於任何實體基本權，這是承認人作為權利主體的必然結論。因此遵循法官保留原則，也就是給予尋求司法救濟的機會，是保障程序主體地位的表現。

iii. 大學生、中學生、小學生都可以向法院尋求救濟

依據大法官釋字第 684 號解釋，大學生如果受到行政處分或其他公權力措施，致受教權或其他基本權利受有侵害，即使不是退學或類似的處分，基於憲法第 16 條規定有權利即有救濟的意旨，得提起行政爭訟。至於中、小學生是否也享有相同的司法救濟權利，則未同步作成解釋。本文認為依據正當法律程序原則，為保

障權利主體的程序主體地位，不會因為遭受侵害的基本權種類及身分有所不同，而受限制或剝奪⁹³。所有的學生，基本權如因學校行使公權力而受侵害，均可提起行政爭訟，並無特別限制的必要。

大學生、中學生、小學生之間的身分差異，在於他們人格成長階段不同，學習能力被假設為不一樣、所需要的學習材料不同，因而施以不同的教學程序。不同的教學程序，會使得他們享有的學習自由程度不同。例如可以讓大學生自己在一個空間自由學習的某種狀況，未必能在中、小學生身上實施，在同樣的學習空間，中、小學生可能需要教師或輔導人員陪伴；可以讓大學生嘗試處理的事務，未必能讓中、小學生單獨嘗試處理；對中、小學生可能容許實施夜間門禁，對大學生則可能不需要；對一個十歲以下的小孩，在食衣住行上面，應該如何處理，予以諄諄告誡，或許可以認為出於保護的意思，而沒有任何不妥，但對於一個大學生、甚至中學生，採取相同的告誡態度，卻可能被認為是一種羞辱，因為忽視他的成熟度。也就是說，由於大、中、小學生身分不同，可能享有的自由權利會有不同，對於大、中、小學生自由權利的限制程度，可能不一樣。

但是不管大、中、小學生實體上的權利大小、範圍如何不同，當他們認為自己的權利受到侵害時，他們都應該擁有向司法請求救濟的權利，因為他們都是權利主體。而中、小學生需要法定代理人代為行使權利，也以他們自己已經是權利主體為前提，法定代理人補強他們行使權利的能力，作用在於保護他們，而不是歧視他們。

2. 保障程序主體地位的主客觀參與可能

以下這些原則，當然也都在實現對程序主體地位的保障，在保障程序主體主客觀參與可能性上面，他們都是實際操作原則。

(1) 法律明確性原則

i. 實質意義的法律保留原則

法律保留原則的形式意義，要求立法者以法律作為限制人民身體自由基本權的依據。所謂的法律，必須符合憲法所要求的形式，亦即符合國會保留原則所要

⁹³ 許玉秀，釋字第 684 號解釋協同意見書參照。

⁹⁴ 依據釋字第 342 號解釋意旨，立法議事程序雖屬議會自律的範疇，但仍不得明顯抵觸憲法。

求的制定與生效程序⁹⁴，這個要求，其實本身也在保障程序主體的主客觀參與可能性。而有效的法律保留原則，必須更進一步要求法律規定必須明確。因為法律規定如不明確，解釋與適用法律的行政權及司法權，即有違背立法意旨的操作空間，則憲法想要透過法律保留原則，實現權力分立的目標，即可能落空。此所以可以認為，法律明確性原則，是實現法律保留原則的正當程序，法律明確原則因此可以稱為：實質意義的法律保留原則。

ii. 審查依據：依據受規範者日常生活及語言經驗

對於法律規定是否明確，司法院大法官歷來的解釋（釋字第 432 號、第 491 號、第 521 號、第 594 號、第 602 號、第 617 號、第 623 號、第 636 號、第 659 號、第 669 號解釋）均依據「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」進行審查。這一段審查論述，可以切割成三個部分：首先，法條文義及立法目的，是審查的操作工具。其次，所依據的標準，是受規範者能否理解。受規範者的理解能力可能不同，可能是一般人民，可能是受過專門職業技術訓練的人，應該分別狀況確立審查門檻。至於可經由司法審查加以確認，並不是指至今是否經司法實務反覆作成裁判，否則對於法律的解釋與適用，如果已形成判例、作成決議或成為通說的裁判見解，卻屬於從憲法角度而言的積非成是，豈不是即無從進行明確性的違憲審查？

得經由司法審查予以確認，是在指明審查主體與審查程序⁹⁵，不是在表達審查標準。是以程序的客觀化，保證概念客觀審查的可能性。所據以審查的標準，還是受規範者的理解能力，司法審查要站在受規範者的立場，檢驗是否能夠理解法律規定的內容。以剛出爐的釋字第 689 號解釋為例，跟追有無正當理由，最終需要由法院進行審查，而確實可經由法律所規定的阻卻不法事由，進行類型化的建構。

⁹⁵ 可以參考德國聯邦憲法法院判決的論述：「如果無可避免地要以有待補充的規範性概念來描述實體要件，那麼更為重要的問題是，誰決定補充與適用這些概念，以及這個決定的過程如何進行。如果提供一種形式化且可經由法院加以審查的程序，使重要的判決因素受到審查，而且規範所要追求的目的真的會被實現，這些干涉基本權而有待補充的規範性概念，則可以接受。」（BVerfGE 33 (1972), 303; 110 (2004), 37, 63 f.）德國學者 Karl-Peter Sommermann 亦認為「立法者必須在這些情形中給予相當的決定空間，並且藉由程序上的形塑或者是組織上安排，例如組成一個特別的多數合議制的機關，來確保其決定的作成具有高度理性。」（Karl-Peter Sommermann, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck (Hrsg.), GG II, 2005, Art. 20 Abs. 3, Rn. 289.）

這種法律的解釋與適用程序，主要在說明針對法律使用有待價值補充的規範性概念、具有較高度抽象性的概念（統稱不確定的法律概念）時，應該如何審查。這種程序的踐行，可以參考柏林邦行政法院針對性交易是否違反公序良俗的民意調查模式⁹⁶。只是「得經由司法審查予以確認」，沒有表達出這種要求客觀審查程序的意義，所以被質疑為多餘⁹⁷。

iii. 保護程序主體的主客觀參與可能

以上這三個部分的審查論述，都可以從保護受規範的主體在程序上主體地位加以理解。文義是理解的第一個路徑，主要有兩個理解方法，針對文法和文脈。藉由文法結構，對文句進行邏輯確認，而後在文句上下文的脈絡中，解讀文本。文法與文脈的理解，都必須從每個字、每個詞以及每個語句的可能含義下手，「可能的含義」則仰賴日常生活與專業生活及語言的經驗認知，而日常性、專業性生活及語言的經驗認知，則取決於認知的目的。換言之，字、詞、語句的含義，往往取決於他們的用途，因為不同用途，可能使形狀相同、發音相同的字，具有不同的含義，所以文義解釋和目的解釋會有一定程度的關聯⁹⁸。這種所謂日常、專業生活及語言的經驗認知，必須是受規範者的日常、專業生活及語言的經驗認知，因為受規範者如果不能理解法律規定所使用的概念、語句與應用範圍，即不能認識法律規定所涵攝的事實類型與範圍，則也無從防止自己為規範所不允許的行為，無從瞭解何時以及如何依據程序規定參與程序⁹⁹。因此以非受規範者難以理解作為審查標準，是在保障權利主體的程序主體地位，而主要是透過對程序主體主客觀參與的保障，確保權利主體的程序主體地位。至於要求司法審查程序的客觀化，則在於使受規範者的理解能力，獲得客觀審查的保證，在客觀審查中，程序主體的客觀參與更為重要，司法審查程序客觀化的要求，因此更是在實踐對權利主體主客觀參與可能性的保障。

iv. 罪刑法定原則、法律明確授權原則

刑罰規範所要求的罪刑法定原則，是為了拘束裁判者而發展出來的法治國原

⁹⁶ 許玉秀，釋字第 666 號解釋部分協同意見書參照。

⁹⁷ 林子儀、許宗力，釋字第 636 號解釋部分協同意見書，註（三）參照。

⁹⁸ 類似意見，見林子儀、許宗力，釋字第 636 號解釋部分協同意見書。

則（德國基本法第 103 條第 2 項規定參照），避免人民的人身自由，因為裁判者的恣意而遭受過度的限制。除了具有前文¹⁰⁰法律保留的意涵，同時具有法明確性的意涵。其中關於空白刑罰構成要件的審查，屬於法律明確授權原則的審查，也是同時包含法律保留和法律明確性的審查。從法明確原則的角度，罪刑法定原則、法律明確授權原則，也都同時在實踐對程序主體主客觀參與可能性的保障。

(2) 令狀原則

依據令狀原則，法官的決定應以書面為之，書面內容應該包含當事人、當事人的主張、當事人及法院所調查的證據、法官作成判斷而為準駁的理由，以及法官所作成限制基本權的方式與範圍。如果明白指示限制基本權的方式與範圍，可以避免行政機關恣意地執行。如果行政機關未遵守法院揭示的執行方法與範圍，權利受侵害之人，向法院提起救濟時，可以有明確的依據。

令狀內容可以清楚顯示對程序當事人有利及不利的決定，例如裁判理由的記載，可以公開法官的心證，將決定心證的基礎理由，尤其是反駁人民主張的理由，一一敘明，則程序當事人因而可以採取相對應的對策，而可以決定如何參與程序，以保證獲得有利的程序結果。縱使在緊急情況之下，例如屬於緊急情況的搜索，或有保密需要的通訊監察，因為令狀原則的要求，人民才能有效地尋求事後救濟。令狀原則因此可以保障程序當事人的有效參與，是確保程序主體有主觀參與可能，並且是客觀參與可能的必要保障¹⁰¹。

(3) 法官獨立、法官中立、法定法官原則

法官獨立、法官中立與法定法官原則¹⁰²，都是保證程序公正的基本原則。在一個公正的程序中，程序主體的主觀和客觀參與可能性，也才有保障。這三個原則是法官保留原則的下位原則，法官保留原則為保障程序主體地位的目的，需要藉由這三個原則保障程序主體的主客觀參與可能性，才能實現。

(4) 武器平等原則

武器平等原則，從文字的涵義，即可知在於使參與競賽、搏鬥的雙方擁有對

⁹⁹ 例如釋字第 446 號及第 610 號解釋對確定判決的知悉、釋字第 663 解釋接受稅務處分的送達。

¹⁰⁰ 許玉秀，〈論正當法律程序原則（十三）〉，《軍法專刊》，第 57 卷第 3 期，2011.06，頁 2。

¹⁰¹ 許玉秀，〈論正當法律程序原則（十一）〉，《軍法專刊》，第 57 卷第 1 期，2011.02，頁 4。

¹⁰² 釋字第 665 號解釋參照。

等的攻擊、防禦力量，這定然是以有爭端兩造有平等地位為前提，目的自然也在於維持雙方作為競賽、搏鬥過程的主體地位。在限制人身自由的審理程序中，武器平等原則為確保被控訴人能面對國家機器的攻擊，而給予被控訴人各項防禦權的保障，包含對質詰問權（例如釋字第 636 號、第 582 號解釋）、受辯護人協助權利（例如釋字第 654 號解釋）、閱卷權（例如釋字第 636 號解釋）等等。

藉由武器平等原則使被控訴人有效參與程序，實現被控訴人客觀參與程序的可能，而確保被控訴人的程序主體地位。不管可不可能完全實現，這是正當法律程序原則的必要內涵。如果主張完全的武器平等不可能，不表示武器平等原則是一個無用的或不需要的原則，而可能表示，到目前為止，基於武器平等原則所發展出來的被告防禦權種類還不足夠，為了實現上述正當法律程序原則的目的，必須繼續開發、充實被控訴人的防禦權。例如足球競賽中的裁判們，或許不是一開始就必須跟著球員們全場奔馳，現在的足球裁判們，縱使已經有全程錄影，可以立即或事後輔佐裁判，仍然甚至必須比球員們有更好的體力、更堅強的意志，才能承擔裁判任務。可預見的將來，為了保證足球競賽程序的公正，或許每個上場的球員，都必須攜帶類似行車紀錄器的配備。

(5) 平等原則、比例原則

平等原則要求保障人民在法律地位上實質平等，不得恣意為無正當理由的差別待遇（釋字第 688 號、第 682 號、第 666 號、第 649 號、第 626 號、第 593 號等解釋參照）。應該如何對待權利主體，才能表現對每個權利主體的尊重，是一種屬於程序的要求，所以平等原則本身就是一種程序原則。這個程序原則建立在每個權利主體等價的前提之上，同時也是為了保障每個權利主體可以獲得等價的對待，自然已經蘊含保障程序主體的意義。審查平等原則時，其實都是審查程序主體的主觀參與和客觀參與，是否受到不合理的差別待遇，所以平等原則本身就是一個操作原則。

比例原則所要求的目的必須正當，目的與手段之間不能有不當連結¹⁰³、必須有合理或實質關連，或手段必須是否選擇侵害最小（釋字第 659 號、第 637 號、第 634 號、第 631 號、第 612 號、第 593 號、第 577 號、第 573 號等解釋參照），以

¹⁰³ 許玉秀，釋字第 612 號解釋不同意見書，參、二參照。

確認對於人民權利的限制，是否逾越必要程度，也是一種決定如何對待人民，方符合憲法要求的程序規則。比例原則的審查，也是同時在保障主觀參與及客觀參與可能時操作，而且在釋憲實務上，經常是平等原則的審查操作原則。

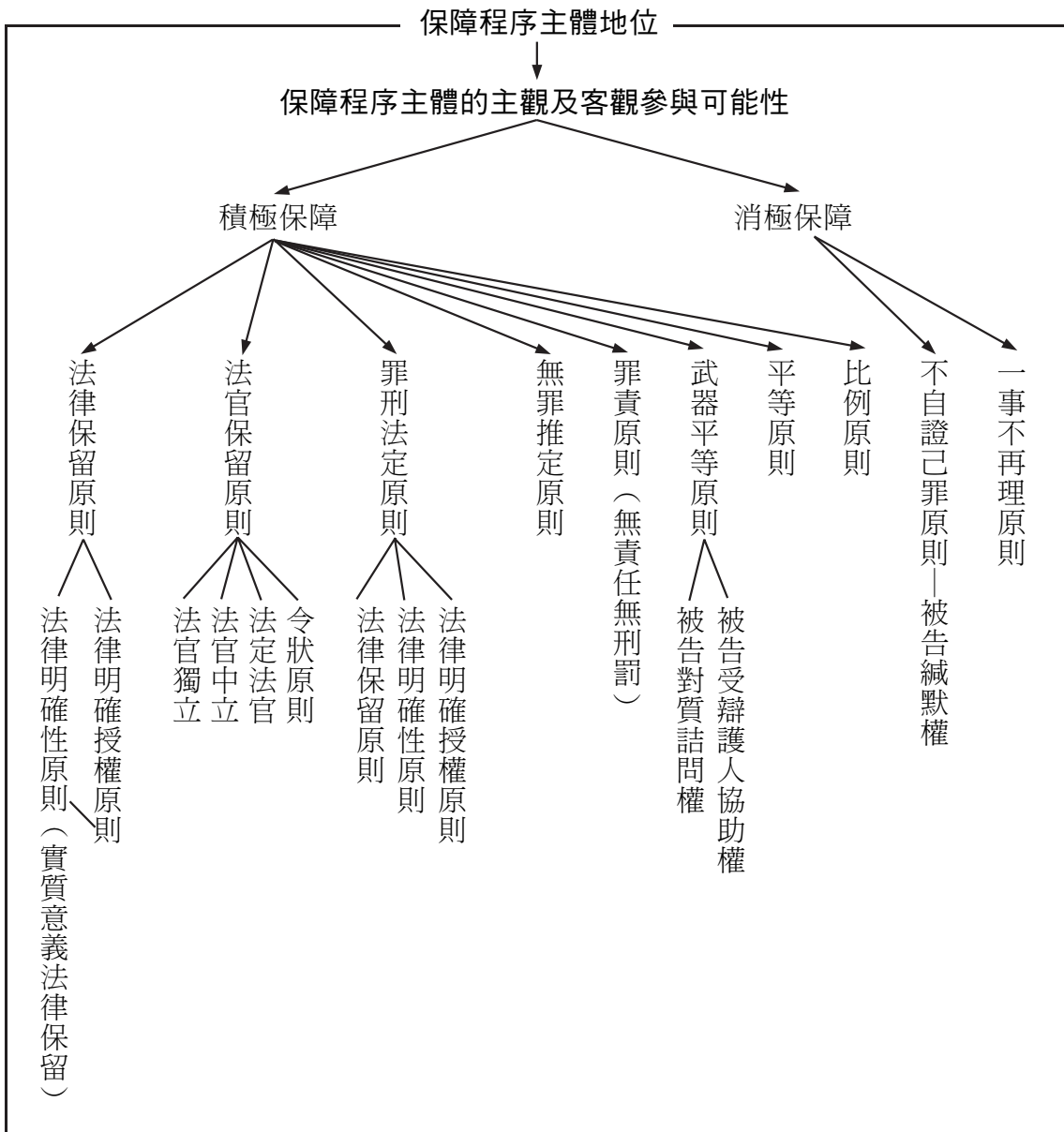
(6)消極程序保障：不自證己罪原則、一事不再理原則

一事不再理原則，從公權力的觀點理解，可以是為了符合節省耗費的經濟原則；從程序主體的觀點，則是為了避免避免再一次的程序負擔，以及因而產生的實體風險。因為對於人民而言，進入處理衝突程序，除了要承擔程序結論所造成的失敗風險，在任何程序都有保存證據所必要的保全程序，在程序結束之前，經由保全程序，或者是財產（例如扣押），或者是人身自由（例如羈押），或者是其他基本權（例如資訊自主權、通訊自由），都可能遭受限制。這些程序風險對基本權可造成的侵害，是對程序主體基本權的多重、因而是過度限制。這個原則是對程序主體的一種消極保障，使程序主體不需承受過度的程序負擔，否則國家可以利用後程序以架空曾參與的前程序，導致程序主體的主、客觀參與可能淪為無意義的白忙，甚至變成陷害自己的有害參與。

不自證己罪原則，禁止強迫被控訴人、受處分人參與作證程序，而且保障程序主體不會因為不參與作證程序，而受到不利益的對待，也是對於程序主體的消極保障，保障程序主體不參與程序的權利。保障程序主體參與程序的主觀、客觀參與可能，是為保障程序主體能夠在程序中行使抵抗，如果程序主體認為參與程序將對自己不利，不願意參與程序就是一種抵抗方法，國家即不得強制他參加程序、破壞抵抗的方法。所以不自證己罪原則，同樣在於避免參與程序變成陷害自己的有害參與。

四、保障人身自由的正當法律程序原則審查體系

(一) 審查原則例示



（待續）