

「從正當法律程序看我國人身自由保障之
司法實踐」與談稿

鄧衍森

東吳大學法學院教授

「從正當法律程序看我國人身自由保障之司法實踐」 與談稿

鄧衍森

關於人身自由保障與正當法律程序原則之憲法解釋的命題中，人身自由或人身安全的意義，就文義而言，可稱明確，不致生有疑義而需要解釋。任何基於憲政主義或立憲主義 (constitutionalism) 所制定的憲法秩序，原則上都應有人身自由與安全的保護條款，例如我憲法第八條之規定：人民身體之自由應予保障。

如何保障人身自由，同條文規定對於人身自由的合法干預必須遵循一定的法定程序，其態樣包含逮捕、拘禁、審問與處罰。所謂一定的法律程序顯然是指國家有效的法律所規定的程序。然而，如果國家有效的法律所規定的程序不完備或甚至於與保護人身自由與安全的目的有違時，憲法所稱的非依法定程序，不得逮捕拘禁；非由法院依法定程序，不得審問處罰；非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰得拒絕之的保障即出現漏洞或落空。這也就是陳教授文中所指：「在解釋上如認為凡是立法院透過法律所規定的程序，皆屬「法定程序」，此即與憲法第 171 條第 1 項相衝突：因為牴觸憲法的法定程序自屬無效。」(第 1 頁)之意。正因如此，司法院釋字第 384 號解釋理由書中才會指出實質的正當程序保障的必要性：「立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第二十三條所定之條件，此乃屬人身自由之制度性保障。舉凡憲法施行以來已存在之保障人身自由之各種建制及現代法治國家對於人身自由所普遍賦予之權利與保護，均包括在內，否則人身自由之保障，勢將徒託空言，而首開憲法規定，亦必無從貫徹。前述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」

依此解釋，顯然法定程序與正當法律程序在概念上並非相同，法定程序只是說明實定法的存在事實，亦即法律命令的存在事實，正當法律程序則表彰法律命令所蘊含的價值，或是法律命令的規範性。釋字第 739 號關於自辦市地重劃審查案，解釋理由書明確指出其間之關係。「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。」

雖然有此區別，然而正當法律程序的概念又如何理解始能彰顯其規範性的實踐，因而能有效保障人身自由？這個問題應該就是探討人身自由保障與正當法律程序原則在憲法解釋上的意義與目的。

正當法律程序的概念，並不是一個完整的法律概念，檢視我國司法院解釋，關於正當法律程序原則的內含要素與其所能涵攝的權利並非僅限於人身自由，¹尚及於其他權利的保障，特別是訴訟權。例如釋字第 737 號關於偵查中羈押審查程序卷證資訊獲知案，對於訴訟權保障與正當法律程序明確指出：「憲法第十六條所明定人民有訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度性保障，以謀其具體實現。」釋字第 436 號關於軍審法相關規定是否違憲之爭點，亦有相同之宣示。解釋文指出：「軍事審判之建制，憲法未設明文規定，雖得以法律定之，惟軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第七十七條、第八十條等有關司法權建制之憲政原理」。

如同陳教授文中所述：「自此以降，正當法律程序的用語，以及其他相近用語，在大法官解釋中頻繁出現，從剝奪人身自由到財產權的保障，從司法訴訟程序到行政程序，到處都可以但到它的身影。若將探究的範圍回溯到原點，至少有兩個問題需要進一步釐清：一是在我國憲法架構下，為落實人權保障的憲政實踐過程中，需要借用並開展「正當法律程序」的概念嗎？」

關於此問題，我們應該問的是，正當法律程序原則是保障人身自由的

¹ 司法院解釋文中使用或出現正當法律程序的解釋，計有：739號、737號、736號、710號、709號、708號、704號、690號、689號、681號、677號、667號、665號、663號、654號、653號、639號、636號、633號、610號、603號、588號、585號、582號、574號、491號、446號、445號、436號、418號、392號、384號等。

必要條件，或是充分條件？如果前者的關係，則沒有正當程序原則，人身自由就沒有保障，若是充分條件關係，則人身自由能獲得保障，一定有正當法律程序原則的存在。陳教授的疑問似乎是懷疑正當法律程序原則是保障人身自由的必要條件。邏輯上，保障人身自由，正當程序原則確實是條件之一，然而沒有正當法律程序，人身自由獲得保障的機會是否仍然存在，令人懷疑。換言之，法定程序，如前說明，確實不是人身自由保障的必要條件，而正當法律程序概念上如能包含形式與實質二面向，則正當法律程序與人身自由保障應已具有充分與必要之條件關係。

然而這個疑惑的真正解答，或許要回到正當法律程序其概念的解說，才能回答在我國憲法架構下，保障人身自由以落實人權保障的憲政實踐過程中，開展正當法律程序概念是否必要的問題。

解說正當法律程序概念的方法論，通常可見都是採用比較法制(史)的方法，從 1215 年英國大憲章 (Magna Carta) 談起。其第 39 節 (陳教授文誤植為第 29 節) 規定：除經其同儕依法裁判，或依國家法律之規定，沒有自由人會被監禁，剝奪財產，或是自由，或是自由通行或認為不法，或驅逐，其他相同的傷害；我們也不會不保護他，也不會加以責難。(No Freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will We not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the Law of the Land.)

如陳教授文所述：正當法律程序，或更精確地說「法之正當程序」，乃源自英國法之傳統。但其核心精神傳至美洲大陸與歐洲大陸後，逐漸發展成「人身自由保障權」與「公正審判權」等兩種不同的權利內涵。

陳教授文中從比較法制的觀點已十足且完整界說正當法律程序的意義與功能。問題是，比較法制上所顯示的「正當法律程序」是否都具有相同的概念內涵因而其功能也都具有相同的規範性呢？檢視我國司法解釋提及正當法律程序時，並未附註英文或其他外文，實難以確定其概念就是英國法或美國法上的 due process of law。文獻上有關正當法律程序的意義也相當分歧甚至於不一致，例如形式與實質意義上之分別；視正當法律程序等同

於國家法律 (law of the land) 的說明或就是人身保護令狀的意涵，因此，比較法制的分析對於正當法律程序概念的建構似乎用處不大。申言之，認為所有憲政體制都有相同的正當法律程序原則，其實是比較法學方法論所稱的普世論 (universalism)，依此理論，世界所有法律體系都有相同或相類似的概念，此等相同的概念可以解決相同的法律問題。或是此等概念具有解決特定問題的功能，因而使用此相同概念於任何法律體系都可產生相同的效果。至此，機械化適用法律概念的概念法學已呼之欲出了。檢視司法院解釋的理由書，類似正當法律程序原則的概念化論證方法，處處可見，例如法治國原則、比例原則等。²

無怪乎孫森焱大法官與林永謀大法官在釋字第 384 號解釋中的兩份協同意見書中，都對引用正當法律程序持保留態度。(見陳教授文第 9-10 頁) 對於比較法的誤用與概念法學的濫用，二位大法官的協同意見可謂發人深省。

使用比較法學方法歸納所有法律體系共通適用的概念，在釋憲上確可作為實證規範的基礎，也可滿足法治原理之要求，更可避免釋憲工作成為個人理念與偏好價值的競技場。然而在適用此等概念時，尤應注意並詳為說明此概念之規範內涵，在憲政秩序合理關係之結構上，是否具有必要之合成關係，答案如為肯定，始可作為論證之前提或依據。

釋字第 582 號關於共同被告不利己陳述未經正當法律程序及作得為他共同被告罪證之判例為違憲之解釋，即此說明。如其解釋文所稱，憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利，刑事審判上之共同被告，對其他共同被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，自不能因案件合併關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利。

² 釋憲中誤以憲法第二十三條作為比例原則之解釋，隨處可見。第二十三條規範基本權受到限制的必要理由，滿足其中必要理由所作之限制，手段與方式仍應符合比例原則。

大法官職司憲法解釋，最重要的工作莫過於保障人民權利免於政府權力，包含立法、司法與行政的侵害與剝奪。人身自由的保障更是所有權利的基礎。「人身自由保障就是西方立憲主義的核心，以此為出發，才能進一步擴展至其他的自由權與財產權之保障。其特殊地位來自於「人身自由」與「政治權力」（或統治權力）二者在本質上是相互衝突的：對統治者而言，不論其為民主或專制體制，臣民的順服是其永恆追求的目標，因為這是其安於其位的必要前提。」陳教授所言，誠為的論。

人身自由保障藉由正當法律程序的適用，不論是我國的大法官，他國的最高法院或是憲法法院的確都有顯著的成果。從正當法律程序等同於國家有效法律之觀念，事實上，正當法律程序原則就是法治原理的體現，也就是形式意義的法治概念，如依法行政，依法審判，法律保留原則，法律明確性等。陳教授文中提及美國聯邦最高法院的歷年裁判所歸納出十項符合正當程序之基本要求，概念上也是形式意義的法治概念。然而法治概念並非只有形式上的意義，因為關於法的概念，向來有自然法論與實證論之爭，因而依法而治之法，顯然也會因法概念之差異，而有不同之內涵。依實證主義立論，法律僅限於實定法，亦即人為制訂之法，因而法律的有效性，僅限於實定法始具有批判之權威性與效力。³若法治之法，係指自然法理論之法，法律的效力繫於其是否合乎正義而定，不正義之法即不是法。（*Lex injusta, non est lex*）。結果，道德上有爭議的法律，或法律的實質內容背離自然正義，即不可能符合法治要件而具有效力。

陳教授文中，貳（一）對於英美人身自由保障的迂迴起伏一節的詳盡說明，足以印證形式意義的法治所形成的權利保障，如訴訟權、提審權等，不論是否產生制度性保障之效力，如果缺乏實質價值作為依歸與其規範性來源，都有可能基於非法規範之理由遭到壓制、或扭曲或貶損。所稱「非法規範」理由，例如國家或社會遇有緊急狀態之情形，為回復法律應有之秩序對於人民權利所作之限制。公民與政治權利國際公約第四條容許國家於此情形限縮或凍結性質上非屬核心人權之其他人權，如集會結社自由，遷徙自由、言論自由、家庭生活權等，即此說明。公正審判權雖未明文規

³ 我憲法第 170 條規定：本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律。即此說明。

定屬於不得限縮之權利，基於其規範目的，第四條不得限縮之權利類型並非類舉規定，因此，解釋上公正審判權亦具有核心人權之性質，國家不得減免其保護義務。⁴ 國家對於屬於核心人權之絕對義務源自人性尊嚴的絕對性，因此，人民權利在實定憲法秩序下遭受限制時，應注意是否損及人性尊嚴之絕對性，任何侵害人性尊嚴的法令或措施，都是自由民主憲政秩序的背離。

司法院釋字第 567 號亦有相同之說明：「非常時期，國家固得為因應非常事態之需要，而對人民權利作較嚴格之限制，惟限制內容仍不得侵犯最低限度之人權保障。思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害。縱國家處於非常時期，出於法律規定，亦無論其侵犯手段是強制表態，乃至改造，皆所不許，是為不容侵犯之最低限度人權保障。」

此解釋明確揭示自由民主憲政秩序之核心價值，亦即人性尊嚴，就是憲法規範價值之終極目的。因此，緊急狀態下，具有核心價值之人性尊嚴，基於實值正當法律程序絕對不得違犯外，亦不得違反比例原則。此外，憲法第七條之平等原則更是公權力行使在憲法上應絕對遵守的界限。違反平等原則與歧視之任何法令措施，已違反實值正當法律程序之內涵要素，構成人權的侵害，也是自由民主憲政秩序的違反。

解釋文所稱人性尊嚴就是形式意義之法治所保障權利之實質價值與其規範性來源。概念上為實質意義之法治，亦即英國法上有關正當法律程序演變成為自然正義之理。

釋字第 384 號解釋所指實質的正當程序亦即表彰法治的實質意義。另釋字 392 號解釋文所稱，若使代表國家身為刑事訴訟程序當事人之檢察官亦得決定、執行羈押者，非但不符「當事人對等」亦折損實質正當之「法

⁴ Human Rights Committee, “General Comment No. 29, States of Emergency (Article 4)”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, para.16.

律程序」之嚴肅意義，以及人民對於國家訴追犯罪之公信力。故應將檢察官排除於「司法機關」之外，始能符合正當法律程序之憲法意義。亦屬實質正當法律程序之說明亦為表彰實質意義的法治原理。

基於正當法律程序的規範內涵既已包含形式與實質的意義，又是法治的表徵，正當法律程序原則對於人身自由保障具有充分與必要之關係，應無疑義。政府任何權利之行使，在憲法秩序下都應以遵守法治原則，落實人權保障為其目的，若非如此，自由民主憲政秩序下之權利保障即有落空之危險。大法官職司憲法解釋保障人權之任務，貫徹法治更是憲法解釋不可忽略的準則，基於此，司法積極主義 (activism) 或是最小主義 (minimalism) 的選項或討論，都已無關宏旨，因為開展正當法律程序以保障人身自由與安全已是大法官當仁不讓之任務矣。

