

從正當法律程序看我國人身自由保障
之司法實踐

陳淳文

臺灣大學政治學系暨政治研究所、臺灣大學公共事務研究所教授
中央研究院法律學研究所合聘研究員

從正當法律程序看我國人身自由保障之司法實踐

陳淳文

台灣大學政治學系暨政治研究所、台灣大學公共事務研究所教授
中央研究院法律學研究所合聘研究員

目次

前言

壹、人身自由保障是訴訟權的特殊面向

一、英美法之傳統

（一）英國法之發展

（二）美國法之發展

二、歐陸法及我國法之發展

（一）歐陸情形

（二）我國的發展

貳、人身自由保障是司法權的試金石

一、大法官勇於對抗政治權力部門捍衛人身自由

（一）英美人身自由保障的迂迴起伏

（二）大法官的線性發展

二、大法官是人身自由的最後堡壘，但非唯一依靠

（一）權力分立是人權保障的基礎

（二）法官保留不是萬靈丹

結語

前言

「人身自由之保障」無疑是西方立憲主義發軔的根基，從 1215 年的大憲章，到 1789 年法國大革命時的人權宣言與 1791 年美國聯邦憲法增修條文第五條，對此都有清楚的規範。我國憲法第 8 條承續前述西方立憲主義傳統，對於人身自由的保障亦規定詳盡，使憲法第 8 條成為憲法本文文字最多的條文。在此背景下，為何在爾後的憲政實踐中，還會出現「正當法律程序」的用語？

前大法官吳庚在釋字第 271 號解釋的不同意見書中，開宗明義地指出：刑事訴訟乃實用之憲法，並認為憲法第八條第一項至少包含以下四項內涵：第一，刑事被告利益之保障在一定限度內乃憲法保留範圍，除現行犯之逮捕，委由法律加以規定外，本項所舉之其他事項縱令法律亦不得與之牴觸。第二，人民因犯罪嫌疑有接受依法設置之法院及法官審判之權利。第三，逮捕、拘禁、審問、處罰須遵守法定程序。第四，對於違反法定程序之行為，提供人民一項消極的防衛權利，此即條文所稱「得拒絕之」真諦所在。至何謂「法定程序」，不僅指憲法施行時已存在之保障刑事被告之各種制度，尤應體認憲法保障人身自由之精神，予以詮釋。準此以解，在實體法包括：罪刑法定主義、對被告不利之刑罰法律不得溯及既往；在程序法上則為：審判與檢察分離、同一行為不受二次以上之審問處罰、審級救濟之結果原則上不得予被告不利益之變更、不得強迫被告自認其罪等。

這段詮釋說明了憲法第 8 條雖然本身用字甚多，但仍有補充空間。尤其是第 8 條第 1 項共出現三次「法定程序」的用語，但對其實質內容卻未置一詞。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。前述不同意見書嘗試補此缺漏，提出「法定程序」的可能內涵；只是這些內涵又是從何而來？

釋字第 384 號解釋對於此法定程序的概念作進一步闡釋，在其解釋理由書中的前兩段如此闡釋：

人民身體自由享有充分保障，乃行使其憲法上所保障其他自由權利之前

提，為重要之基本人權。故憲法第八條對人民身體自由之保障，特詳加規定。該條第一項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，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。」係指凡限制人民身體自由之處置，在一定限度內為憲法保留之範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障。除現行犯之逮捕，由法律另定外，其他事項所定之程序，亦須以法律定之，且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；就程序法而言，如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。除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。

從憲法第 8 條的法定程序出發，在解釋理由書使用正當法律程序之用語後，大法官接著在釋字第 396 號解釋文中使用正當法律程序一詞，只是此次是用來詮釋憲法第 16 條的訴訟權保障：

憲法第十六條規定人民有訴訟之權，惟保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之。公務員因公法上職務關係而有違法失職之行為，應受懲戒處分者，憲法明定為司法權之範圍；公務員懲戒委員會對懲戒案件之議決，公務員懲戒法雖規定為終局之決定，然尚不得因其未設通常上訴救濟制度，即謂與憲法第十六條有所違背。懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第

八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。

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？二是從此概念被援引運用的經驗，來看我國憲政運作與法治實踐的特徵與局限。

壹、人身自由保障是訴訟權的特殊面向

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。我國憲法第 8 條與第 16 條分別規定的方式，與美國憲法及歐陸法的發展相似，只是相較而言，我國憲法第 16 條的規定過於抽象空泛而已。

一、英美法之傳統

一般論及正當法律程序（due process of law），都從 1215 年的大憲章（Magna Carta）第 29 節談起：

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.

這段宣示首次變成法律的規定乃在 1354 年愛德華三世執政時期，其內容為：

That no man of what Estate or Condition that he be, shall be put out of land or Tenement, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without

being brought in answer by due process of law.

在 Edward Coke 詮釋英國法的大作 *Institutes* 中表示：due process of law 的意思其實就是前引大憲章段落末的 the law of the Land，依據大憲章之拉丁文原文 (*lex terrae or legem terrae*) 的意思，就是指一國或一區域之「現行有效之法」，放在當時英國法的語境去理解，「現行有效之法」包括國會所通過的法，地方習慣法與普通法。若「正當法律程序」的意思就是「現行有效之法」，則前引 1354 年英國首次出現 due process of law 的法條可翻譯為：

任何人未依現行有效之國法（或依現今字面意思直譯為「法律的正常程序」）進行審問，不得被逐出其土地或家宅，不得被逮捕、被拘禁、被剝奪繼承權或被處死。

（一）英國法之發展

雖然 Edward Coke 是英國的權威法學家，但是其對 due process of law 的詮釋仍有討論的空間。事實上，在愛德華三世執政時期，有不少法律將 due process of law 與令狀 (writ) 的概念連結在一起，從而 process 一字可以被理解成相當於 writ 「令狀」的意思。在此理解下 due process 其實就是 appropriate writ，也就是「適當的令狀」的意思。延續此詮釋方式，則 due process of law 的意思就變成「法定適當令狀」；前述 1354 年的法條就應翻譯為：

任何人未依法定適當令狀進行審問，不得被逐出其土地或家宅，不得被逮捕、被拘禁、被剝奪繼承權或被處死。

談及「令狀」概念，英國法上的「人身保護令狀」(Writ of habeas corpus) 十分著名，也有不少人將其淵源上溯至前引 1215 年大憲章第 29 節的這個著名段落。Habeas corpus 此拉丁文字面上的意思為 you may have the body，而 writ of habeas corpus 意思是 Thou shall have the body brought into court 法院要求行政部門將被逮捕或拘禁之人移送至法院來，所以也有將之譯為「出庭狀」。雖然最早使用人身保護令狀的紀錄可以追溯至 1305 年愛德華一世執政時期，但一直要到 1679 年國會才正式將其入法。英國著名的

法學家戴雪曾說：雖然人身保護令狀法不曾提出什麼原則或權利，但就實用的成效而言，它遠勝上百條保障個人權利的憲法條文。¹

這種公權力機關必須基於法定之基礎，並在法院審核之後，才能限制或剝奪人民權利的傳統，成為英國法的特色。特別是法院成為人民權利之堡壘的傳統，廣泛傳播於世。對於英國法的特色，Lord Atkin 有這麼一段精確的描述：

In accordance with British jurisprudence no member of the executive can interfere with the liberty or property of a British subject except on the condition that he can support the legality of his action before a court of justice.²

從人身自由保障的角度來看，英國法雖然很早就出現 *due process of law* 的用語，不論此用語的具體意涵為何，在爾後的法治實踐中，此用語並沒有扮演重要的角色。相反的，普通法中的自然正義理念與法治理念才是英國法的核心精神，而人身保護令狀的運用與法院對侵害人身自由之公權力行為的司法審查，則成為人身自由保障最重要的兩個支柱。

（二）美國法之發展

美國獨立制憲的過程中，先後將前述英國法之傳統融入憲法之中。先是在憲法本文第 1 條第 9 節第 2 項規定僅有在國內叛亂或外敵入侵的情況下，且為維護公共安全所必要，才能暫時中止人身保護令狀。1791 年的聯邦憲法增修條文第 4 條強調沒有合法令狀不得搜索或扣押，聯邦憲法增修條文第 5 條則規定未經正當法律程序，任何人之生命、自由及財產不得被剝奪。1868 年的聯邦憲法增修條文第 14 條也作相同的規定，只是規範對象不是國會，而是各州而已。

對於憲法條文中 *due process of law* 的意涵，早期美國聯邦最高法院延

¹ The British Habeas Corpus Acts "declare no principle and define no rights, but they are for practical purposes worth a hundred constitutional articles guaranteeing individual liberty" 引自 Anthony Wright *Citizens and subjects: an essay on British politics*, Routledge, 1994.

² *Eshugbayi Eleko v. Government of Nigeria* [1931] AC 662, 670.

續英國法之傳統，認為相當於「現行有效之法」（the law of the Land）。³但到了二十世紀，其意義已有所轉變。美國學者 Edward S. Corwin 在深入研究此概念之歷史淵源以及美國聯邦最高法院對於聯邦憲法增修條款第 5 條及第 14 條之詮釋後，認為 due process 的原始意涵就是「給予被告公平審判權」（a fair trial for accused persons），⁴此見解符合聯邦最高法院爾後大幅開展此概念的司法實踐。聯邦最高法院將這兩個憲法條文的相同內容分成兩部分，前半部（No person shall be deprived of life, liberty, or property）稱之為實質或實體的正當程序（Substantive Due Process），其要求公權力機關若要介入人民之生命、自由與財產，不僅要目的正當，而且手段與目的必須相符。而後半部（without Due Process of Law）稱為程序上的正當程序（Procedural Due Process of Law），其乃限制公權力機關之作為或行動的具體程序規範。

就實體正當程序而言，它除了作為生命，自由與財產之保障的基礎之外，更成為開展其他新興權利的泉源，特別是從此處「自由」的概念開展成憲法保障的結婚權，⁵公權力不得強行分開小孩與父母的子女照護權，⁶甚至是隱私權⁷與人工流產權⁸都是從此條文衍生而來。

至於程序上的正當程序，其發展更是燦然大備。在 1976 年的裁判中，⁹聯邦最高法院提出關於程序是否正當的三個考量因素：第一是將受公權力影響的私人利益，第二是所使用之程序可能誤傷人民權益的風險，以及若有附加或可替代之程序保障的實用價值，第三，政府的利益，包括所涉及

³ 在 Murray' s Lessee v. Hoboken Land and Improvement Co., 59 U.S. 272 (1855) 一案中，法院指出：The words, 'due process of law,' were undoubtedly intended to convey the same meaning as the words, 'by the law of the land,' in Magna Charta. 同樣的，在 1884 年 Hurtado v. California, 110 U.S. 516 (1884) 法院也認為：Due process of law in the [Fourteenth Amendment] refers to that law of the land in each state which derives its authority from the inherent and reserved powers of the state, exerted within the limits of those fundamental principles of liberty and justice which lie at the base of all our civil and political institutions, and the greatest security for which resides in the right of the people to make their own laws, and alter them at their pleasure.

⁴ Edward S. Corwin, COURT OVER CONSTITUTION: A STUDY OF JUDICIAL REVIEW AS AN INSTRUMENT OF POPULAR GOVERNMENT, Princeton University Press, Princeton, 1938, p. 107.

⁵ Loving v. Virginia, 388 U.S. 1(1967).

⁶ Stanley v. Illinois, 405 U.S. 645 (1972); Quilloin v. Walcott, 434 U.S. 246 (1978).

⁷ Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965).

⁸ Planned Parenthood of Southeast Pennsylvania v. Casey, (1992).

⁹ Mathews v. Eldridge, 424 U. S. 319, 334-335 (1976) .

的職能，以及為實現附加或可替代之程序保障所需要的行政及財政負擔。這種三重綜合考量因素的想法，在我國大法官解釋中也可看到類似的思維：

人身自由為重要之基本人權，應受充分之保護，對人身自由之剝奪或限制尤應遵循正當法律程序之意旨，惟相關程序規範是否正當、合理，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定（大法官釋字第 639 號解釋理由書第 3 段，釋字第 690 號解釋理由書第 5 段）。

除了三重考量因素之外，從聯邦最高法院的歷年裁判可歸納出十項符合正當程序之基本要求：¹⁰(1) 裁判或決定之相對人之適宜資訊權（adequate notice），（2）裁判或決定之相對人之聽審權（opportunity to be heard），（3）裁判或決定之相對人之證據提出權（the right to present evidence），（4）裁判或決定之相對人質問證人與鑑定人之權（confrontation of opposing witnesses），（5）當事人交互詰問雙方證人之權（right to cross examine those witnesses），（6）當事人取得所有對照證據資訊之權（disclosure of all adverse evidence），（7）當事人之辯護人協助權（the right to an attorney if desired），（8）僅以聽審後所得之證據作為裁判或決定之基礎（a decision based solely on the evidence produced at the hearing），（9）裁判或決定應附具理由（statement of the reasons for the decision），（10）作成裁判或決定之人應公正中立（an impartial decision maker）。

由於美國聯邦憲法第 5 條及第 14 條直接使用正當法律程序的用語，並將其適用範圍不限於人身自由之剝奪，而是及於所有人民之生命，自由與財產，故其打擊範圍十分廣大，幾乎可以涵蓋所有人權的範圍。聯邦最高法院透過詮釋正當程序條款，又進一步將其內涵擴張成實體及程序等兩個面向。至於在人身自由的保護上，除了正當法律程序條款外，前引美國聯邦憲法第 1 條第 9 節第 2 項的暫時中止條款，以及憲法增修條文第 4 條有關禁止無理搜索與扣押的規定，都扮演不可或缺的角色。

¹⁰ John V. Orth, *Due Process of Law. A Brief History*, University Press of Kansas, 2003, p. 88.

二、歐陸法及我國法之發展

Edward Coke 曾有一段著名的論述：如果一個人被違反正當法律程序（或違反現行有效之法）逮捕或拘禁時，其有何救濟管道？其答案就是人身保護令狀。¹¹ 這段論述將正當法律程序與人身保護令狀結合在一起，充分顯示英美法的特色。吾人可以說英美法所建構的人身自由保障體系，其實就是築基於「令狀要求及法院聽審」與「程序保障」等兩個支柱上，其於成文憲法架構中自然也就形成二元架構：一是有關令狀與法院提審的規定，一是相關公權力作為的程序規定，以及當事人的程序保障。此架構方式在爾後的成文憲法中，都可看到類似的規範模式。

（一）歐陸情形

法國是歐陸第一個成文憲法國家，同時法國大革命所宣揚的革命理念也隨著革命的浪潮傳播全歐。1789 年的人權宣言以及其後的法國新體制，基本上就是把英國有關人身自由的保障成文法化。人權宣言第 2 條將（一般）自由權，財產權，人身自由權與抵抗權視為人權的核心。該條文特別將人身自由權與一般自由權分開，顯見其對人身自由權的特別重視。人權宣言第 7 條特別規定：唯有在法律明定的條件，以及法律所規範的程序下，才能控告、逮捕或拘禁人民。凡是違法行使公權力侵害人民之人身自由的公務員，必須受刑事制裁。人權宣言迄今仍是法國現行憲法的一部分，這些規定自大革命以降，就不曾被改變過。大革命後的法國第一部成文憲法「1791 年憲法」，其對人身自由之保障有非常詳細的規定，在該憲法第 5 章有關司法權的 27 條規定中，其中第 10 條，第 11 條，第 12 條，第 13 條，第 14 條，第 15 條及第 16 條等七個條文，都是針對人身自由的相關規定。其中第 10 條規定沒有令狀不得逮捕，第 11 條規定被逮捕之人至遲在 24 小時內，必須接受司法警察詢問，若有拘留之必要，時間不得超三天。第 12 條規定得以具保者不得羈押，第 13 條規定拘留或羈押僅能在法定處所，第 14 條規定沒有法定拘留或羈押令狀，看守所或監獄不得接受被告。第 15

¹¹ 其原文為：If a man be taken, or committed to prison *contra legem terrae*, against the law of the land, what remedy hath the party grieved? ...He may have an *habeas corpus*. 引自 Brandon L. Garret, *Habeas Corpus and Due Process*, 98 Cornell L. Rev. 47 2012-2013, at 64.

條規定辯護人或輔佐人制度，第 16 條規定違法監禁人民之公務員的刑事責任，這些規定也重現在 1795 年憲法第 222 條至 232 條。在拿破崙法典於 19 世紀初制定完成之後，爾後的憲法就不再細膩地規定這些涉及人身自由的程序規定，僅留下人權宣言所宣示的相關基本原則。二十世紀後的法國憲法，包括 1946 年的第四共和憲法與 1958 年的第五共和憲法，在憲法本文都沒有人權條款，人權規定都是放在憲法前言中。這樣的規定方式其實就是延續大革命的傳統，人權具普世性，可以放在人權宣言或憲法前言裡，至於憲法本文則以規範公權力組織與權限為其主要內容。此外，在刑事訴訟程序已經法典化後，相關人身自由保障的規定也不用放在憲法裡。

法國現行第五共和憲法對於人身自由的保障僅有一個條文，其餘都直接援引人權宣言或憲法前言。¹² 法國現行憲法第 66 條規定：任何人不得被恣意拘禁。法院是人身自由的捍衛者，其須在法律規定下確保前述原則。而法國刑法第 432-4 條規定：若公職人員執行職務違法侵害人身自由，處七年有期徒刑及十萬歐元罰金。若是侵害人身自由超過七日者，則處三十年有期徒刑及四十五萬歐元罰金。如此高的刑事制裁規定，可以說是其對人身自由保障的具體承諾。

除了法國之外，諸如德國，義大利或西班牙等二戰後的新憲法，都對人身自由有獨立的保障規定，除人身自由之外，另有其他人權清單或有關刑事程序與訴訟權的相關規定。例如德國 1949 年基本法第 104 條對於人身自由之剝奪有完整的規定，至於包括其他各類自由權的人權清單則在第 1 條到第 19 條，第 101 條及第 103 條則涉及訴訟權之保障。義大利 1947 年憲法第 13 條亦是單獨規定人身自由之剝奪，它是人權清單中的第一個條文，隨後才是其他的人權規定。人身自由權單獨規定的情形，也見於西班牙 1978 年憲法第 17 條。

雖然法國因其現行憲法本文沒有人權清單的特殊性，不能清楚呈現人身自由令狀要求與程序保障分離的情形。但是在大革命後的早期憲法規定，這種分離情形就十分明顯。二戰後深受法國影響的聯合國世界人權宣言與

¹² 參見法國第五共和憲法前言。

歐洲人權公約，吾人都可以看到人身自由獨立保障與一般訴訟權保障彼此分開規範的情形。1948年12月10日在巴黎通過的世界人權宣言，其第3條規定：人人享有生命權，自由權與人身安全。此處所謂的人身安全，就是指人身自由權。第9條規定任何人不得被任意逮捕、拘禁或放逐。第10條規定任何人都有獲得公正獨立之法院審判的權利。第11條規定無罪推定原則與罪刑法定原則。1950年11月4日簽訂於羅馬的歐洲人權公約，其第5條規範的重點就是人身自由權，第6條則規範訴訟權，第7條是罪刑法定原則。不論是世界人權公約的第9條及第10條，還是歐洲人權公約的第5條及第6條，都是將人身自由權與訴訟權分開規定。特別是訴訟權的保障，歐洲人權公約第6條規範的十分詳細，學界稱其所保障之權為使被告獲得「公正審判權」（*droit au procès équitable*, *Right to a fair trial*）。而此處所指之人民可以獲得公正審判之權，其實與美國法上之正當法律程序的基本意涵相同。換言之，美國人說的「正當法律程序」，到了歐陸的法制語境，就變成了「公正審判權」。

（二）我國的發展

和美國及歐陸戰後憲法相比，我國憲法有兩個特色：一是有關人身自由的規定，亦是採單獨規定的方式，而且因其是文字最為詳盡的條文，因而成為憲法保留的範疇。此種人身自由單獨規定的方式，與前述歐美成文憲法並無二致。一是除了憲法第8條之外，沒有其他的條文涉及人權保障的程序規定。唯一被認為是訴訟權保障的條文是憲法第16條，但其內容十分空洞，僅說人民有請願、訴願及訴訟之權，對於訴訟權的內容隻字未提；此特點又與歐美成文憲法大異其趣。

雖然不同訴訟案件依其性質由不同的法院，依不同的程序進行審理乃司法多元主義必然的結果，因而會有不同的訴訟法規。¹³ 但是如果沒有在憲法位階提出一些最基本且最重要的程序保障規定，則將使一切程序保障

¹³ 如釋字第466號解釋文第一段謂：憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判。至於訴訟救濟應循普通訴訟程序抑或依行政訴訟程序為之，則由立法機關依職權衡酌訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等而為設計。我國關於民事訴訟與行政訴訟之審判，依現行法律之規定，分由不同性質之法院審理，係採二元訴訟制度。除法律別有規定外，關於因私法關係所生之爭執，由普通法院審判；因公法關係所生之爭議，則由行政法院審判之。

規範皆成為立法者的禁鬻。換言之，固然各個訴訟法都有相關之程序規定，但單僅有法律保留與罪刑法定原則，並不足以確保人民的權利；從早年的違警罰法到爾後的檢肅流氓條例，都足以說明國會本身也可能會是人權的侵害者。就此而言，憲法對於訴訟權保障空無一詞，的確是現行憲法的缺漏。

在另一方面，憲法第 8 條出現逮捕、拘禁、審問、處罰等概念，全屬刑事訴訟的範疇。雖然第 8 條本身規定詳盡，但其主要內容是類似人身保護令狀的規範內容，而非具體的程序規定。而條文中三度出現「法定程序」之用語，又宛若英國法之「現行有效之法」（the law of the Land）或是美國法上的「正當法律程序」（due process of law）。基於憲法第 8 條本身涉及剝奪人身自由之刑事程序，及其使用「法定程序」之用語，整體結構與前述英國法學家 Coke 將令狀與正當法律程序結合在一起的論述相當。基此，大法官將憲法第 8 條與正當法律程序作連結，看來並不奇怪。只不過人身自由保障因憲法保留之故，雖屬訴訟權最特別的一部分，但卻不是訴訟權的全部。而從英美傳來之「正當法律程序」，其真正要規範的重點，就是形塑「公正審判權」，所以此概念真正該落腳的憲法條文應該是憲法第 16 條，而非第 8 條。

在釋字第 384 號解釋中，孫森焱與林永謀兩位大法官都發表協同意見書，兩位大法官都對引用正當法律程序持保留態度。孫大法官認為：

檢肅流氓條例有關規定是否牴觸憲法第八條第一項規定，抑或逾越第二十三條所定必要程度而失其效力，應於我國憲法規定之體制下分析判斷之。外國法制如何，究僅供思維方法之參考而已，不宜直接為「異種移植」，致鬆動本國現行法律體系之基本架構，發生法律的矛盾現象，製造新問題。本解釋文既謂所稱「法定程序」須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件，於解釋理由書復多處述及有關規定逾越必要程度，乃於理由結論未引述憲法第二十三條規定，說理欠周，難予贊同。

林大法官則表示：

法制之物，固有為他國之所有，我國之所無者，亦有他國之所無，而

我國之所有者。國各不同，源流多異，自宜先審各國之國情，歷史之背景，觀其所同異於我國者何若，然後取其同者，於今昔之時勢，一一比較而衡量之，何者宜於彼而不宜於我，何者無分中外，可為經常久遠之規，垂百世不刊之典，如此權酌長短，善加取捨，始不致鑿圓枘方，扞格不合。否則，本源不問，專事末流，終無益也。茲憲法第八條第一項規定之法定程序，非必等同於美國聯邦憲法之正當法律程序條款；而憲法第二十三條之規定，復為美國聯邦憲法之所無，關於法律之目的與人權之價值，其衡量上之判斷本可據此資以適用，良法美意，允宜研鑽而勿替，奈何邯鄲學步，捨自己典章不變之法，襲他人權宜可易之例，矜長護短，曲意遷就，此本席所以不能已於言者也。

兩位大法官都認為運用憲法第 8 條加上第 23 條就已經足以處理所涉問題，並不需要援引正當法律程序的概念，這樣的想法也獲得部分學者的支持。¹⁴ 而大法官在爾後的解釋中，的確也常將正當法律程序與憲法第 16 條相結合。事實上，在「公正審判權」的概念下，其自然會包含有關剝奪人身自由的相關規定。所以公正審判權與人身自由權二者並非相斥關係，而是包含關係。基於我國憲法對於訴訟權保障的規範缺漏，而且並非所有訴訟程序皆可委由立法者決定，釋憲機關只好介入予以填補。這些由釋憲機關所建立之具憲法位階的程序保障規定，稱其是基於「正當法律程序之要求」，或是為了確保「人民享有公正審判權」，二者並無差別；只不過前者是英美法之傳統用語，後者卻是在歐陸法的語境之下而已。

貳、人身自由保障是司法權的試金石

不論當年大法官是選用「正當法律程序」，還是「公正審判權」作為其填補訴訟程序保障的理由，他們都不能迴避憲法第 8 條對於人身自由確有特別規定之事實。換言之，就算大法官從憲法第 16 條切入，最後也是會延伸連結到憲法第 8 條。憲法第 8 條的特殊地位並非我國專有，前引西方成文憲法也都對人身自由保障有特別規定。事實上，人身自由保障就是西

¹⁴ 如陳愛娥，正當法律程序與人權之保障 - 以我國法為中心，收於司法院大法官九十二年度學術研討會紀錄，頁 34-35。

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。而壓抑人身自由，就是威嚇與迫使臣民順服最有效的方法。對於被統治的人而言，沒有人身自由，其他一切權利皆無所附麗；而為了爭取或捍衛自己的權利，也一定要以人身自由為前提。既然人身自由必然是統治者想要壓抑，而被治者極力捍衛的一種權利，二者之角力、拉鋸或衝突成為政治社群必有的自然現象。而在政治權力法制化的過程中，毫無疑問地，最難處理的部分就是保護人身自由權，因為它直接挑戰政治權力部門難以自我制約的內驅力。司法權介入其中，若想要充分履行其天職，就必須要與政治權力部門保持距離，同時還要具備不為己利的良知與捨我其誰的勇氣。但無論司法權再神勇，再神聖，其仍有其界限，其亦有賴其他外力之支持，其亦不得目空一切，無視其他權力部門的應有運作空間。

一、大法官勇於對抗政治權力部門捍衛人身自由

司法權為了捍衛人身自由必須對抗政治權力部門的龐大壓力，就算憲法對人身自由有特別保障，也不一定能夠成為司法權的護身符。或是反過來說，正是因為司法權一直無法有效對抗政治權力部門而捍衛人身自由，所以成文憲法才要特別將人身自由的保護憲法化，使其成為憲法保留範疇。從西方國家捍衛人身自由的歷史軌跡來看，我們幾乎可以說我國大法官在此領域的表現著實不凡。

（一）英美人身自由保障的迂迴起伏

英國是人身保護令的發源地已如前述，但對法院而言，捍衛人身自由向來就不是一件容易的事。在 1627 年 11 月 22 日，英國王座法庭就曾審理一個五名騎士的拘禁案。¹⁵ 這五名騎士因為得罪國王查理一世被國王下令拘禁，他們向法院聲請人身保護狀並請法院提審。法院提審時就是要問

¹⁵ Keith Jurow, *Untimely Thoughts: A Reconsideration of the Origins of Due Process of Law*, *The American Journal of Legal History*, vol. 19, No. 4, 1975, p. 273-276.

他們是否被合法拘禁？由於國王並沒有提出控告這五名騎士的罪名，故其拘禁應屬非法。當時的檢察總長在庭上雖然承認拘禁這五名騎士的確不是依正常合法之方式為之，但卻辯稱他們是基於「國王的特別命令」而被拘禁。檢察總長進一步指出：法院過去從不曾質疑國王可以在特殊情況下，享有不用特定罪名即能拘禁臣民的特權。換言之，法院根本無權審查「國王特別命令」的合法性。雖然法院發出人身保護令提審該案，但最後這五名騎士並沒有被釋放。從人身保護令狀透過國會立法以來，仍然有多次被暫時停止適用的時期。就算該令狀持續運作，但只要國會立法允許拘禁，法院提審也沒有用。在兩次大戰期間以及北愛爾蘭獨立動亂時期，人身保護令狀雖然在形式仍存在，但在實質上並無太大功能。從二十世紀下半葉起即存在的移民與難民問題，到本世紀特別凸顯的恐怖主義問題，都使人身自由受到極大的打擊。例如在 1971 年的移民法通過後，英國法院在人身保護令的提審案件中，一改過去應由行政部門舉證拘禁之合法性的傳統立場，改由被拘禁之移民或難民自行提出拘禁違法之證據。法院更進一步認為，只要行政官署有「合理的理由」（**There are reasonable grounds for the decision to detain.**）拘禁就不算違法；這與過去的判例傳統截然不同。¹⁶ 過去法院向來主張應由行政官署負擔舉證責任，而且官署還必須在法律上證立其拘禁決定（**The detention should be justified in law.**）。幸而這樣不利於被拘禁之移民或難民的裁判見解，很快的就被法院自己所推翻，並再回到原來人身保護令由官署舉證並證立拘禁之合法性的傳統。¹⁷ 又如英國 2001 年由國會所通過的反恐法（**the Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001**）規定：對於不具英國國籍之恐怖活動嫌疑犯，可以不經法院聽審就予以拘禁。英國政府為避免此法案遭到質疑，特別以歐洲人權公約第 15 條第 1 款規定為後盾。該條文規定：

在戰時或遇有威脅國家生存的公共緊急時期，任何締約國得在緊急情況所嚴格要求的範圍內，採取有悖於其根據本公約所應履行之義務的相關措施，但前述措施不得與其根據國際法所應履行的其他義務相牴觸。

¹⁶ R v. Secretary of State for the Home Department ex p Choudhary [1978] 1 WLR 1177; Zamir v. Secretary of State for the Home Department [1980] AC 930.

¹⁷ Khawaja v Secretary of State for the Home Department [1984] AC 74.

雖然英國政府與國會聯手反恐，違反自大憲章以降保護人身自由的偉大傳統，立法通過「未經聽審即予監禁」的反恐措施，使人身保護令狀完全失其效用。而這樣侵害人權的措施，只怕也獲得相當多英國選民的支持。但是英國上議院卻能堅守保護人身自由的神聖使命，在裁判中宣告政府的反恐措施超出嚴格必要之範圍，故屬違法。¹⁸ 司法權為捍衛人身自由權，不惜對抗行政權與立法權，甚至還可能違背多數民意的情況，在本案中可以說是淋漓盡致地被展現。

延續英國法制傳統的美國，一樣也有諸多中止人身保護令，侵害人民權利的勢力。在南北戰爭時期，1861年林肯總統即以總統令暫時中止人身保護令的適用。總統的作為馬上遭到馬里蘭上訴法院的挑戰，該院在判決中強調總統的作為是違憲的，僅有國會有權中止人身保護令。¹⁹ 面對法院的挑戰，國會在1863年通過中止人身保護令法（the Habeas Corpus Suspension Act），總統大幅使用該法監禁內戰所涉人員，一直到1865年Andrew Johnson總統才廢止此法。在內戰後重建時期的1871年民權法（the Civil Rights Act of 1871），二戰期間的夏威夷基本法（Hawaiian Organic Act），1996年奧克拉荷馬市恐攻後的反恐法（the Antiterrorism and Effective Death Penalty Act of 1996）都有暫時中止人身保護令的規定。在2001年11月13日布希總統所發布之軍事命令規定：與恐攻相關之非美國公民或是被懷疑為恐攻之敵對戰士者，得以在尚未有明確罪名，不經法院聽審，且不得諮詢辯護人的情況下被監禁。美國聯邦最高法院在2004年Hamdi v. Rumsfeld的判決中認為：即便是與美國為敵的美國公民，其人身自由權亦不可未經正當法律程序而被剝奪。²⁰ 不過在本案中，當事人Yaser Esam Hamdi是在阿富汗被逮捕，然後被送到Guantánamo Bay監禁，其不享有國際公約中「戰俘」的地位，而是被視為是「敵對戰士」（enemy combatant），他在沒有明確被控之罪名以及法定程序下被無限期拘禁。²¹ 爾後美國發現Hamdi竟

¹⁸ A v Secretary of State for the Home Department [2004] UKHL, 56, [2005] 2 AC 68.

¹⁹ Ex Parte Merryman, 17 F. Cas. 144(C.C.D. Md. 1861).

²⁰ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004).

²¹ David Golove, *United States: The Bush Administration's "War on Terrorism" in the Supreme Court*, 3 INT' L J. Const. L. 128, 128-129 (2005).

是美國公民，只好將他送回美國。對於其他類似情況的敵對戰士，若是他們非美國公民，他們的人身自由權要如何被保障？聯邦最高法院在本案刻意迴避不談此問題。²² 至少，在本案中聯邦最高法院認為：即便是收到被宣稱為「敵對戰士」所提出之人身保護令聲請狀，法院有義務確保正當法律程序是否被實踐。²³ 在此判決後，美國政府只好釋放 Hamdi，並在幾週後建立一個「敵對戰士審查法庭」（Combatant Status Review Tribunal），用來滿足最高法院所要求之為監禁恐怖份子嫌疑犯所需踐行之正當法律程序。在此審查程序中，由三名軍官組成審查庭，而這些被拘禁於 Guantánamo Bay 的嫌疑犯不得有律師協助，他們雖可提出反證，但審查庭對於軍方所提出之證據基本上都假定其為「可信而且是正確的」。對於如此不符正當法律程序之審查法庭的決定，被監禁者提出訴訟。有的法官認為這些非美國公民被拘禁於美國領土之外的地區，並不受美國法的保護，所以沒有人身保護令的適用；²⁴ 但也有法官持相反之立場。²⁵ 此外，美國國會在 2005 年通過「被監禁者處遇法」（Detainee Treatment Act Of 2005），限縮這些被監禁者的司法救濟權利。聯邦最高法院在 2006 年的判決中認為此新法並不適用於新法通過前已被監禁的敵對戰士，²⁶ 如此促使國會在 2006 年再通過一個新法 Military Commissions Act of 2006，該法不僅授權前述「敵對戰士審查法庭」可以審查本法通過前已遭監禁的案例，並且亦限縮其司法救濟權。針對該法之合憲性，司法權再度介入審查。

Lakhdar Boumediene 和其他五名阿爾及利人在波士尼亞被逮捕，並被轉送拘禁於 Guantánamo，他們被指控是蓋達組織成員並計畫炸毀美國大使館。Boumediene 等人提出司法救濟，D.C. 巡迴法院認為這些人非美國公民，而且被拘禁於美國領土之外，因此不受憲法所規定之人身保護令與正當法律程序之保護。²⁷ 本案上訴之後，聯邦最高法院在 2008 年 Boumediene v. Bush

²² Brandon L. Garret, *Habeas Corpus and Due Process*, 98 Cornell L. Rev. 47 2012-2013, at 77.

²³ Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004), at 538. 在另一個類似案例 *Rsaul v. Bush*, 542 U.S. 466(2004) 中，聯邦最高法院也是採取相同之立場。

²⁴ Khalid v. Bush, 355 F. Supp. 2d 311, 314(D.D.C. 2005).

²⁵ In re Guantanamo Detainee Cases, 355 F. Supp. 2d 443, 464(D.D.C. 2005).

²⁶ Hamdi v. Rumsfeld, 548 U.S. 557, 574-587 (2006).

²⁷ Boumediene v. Bush, 476 F 3d. 981, 992-994(D.C. Cir. 2007).

一案中對於這些外國人的人身自由保障問題，法院跳過憲法增修條文第 5 條的正當法律程序條款，直接以憲法第 1 條第 9 節第 2 項人身保護令狀之暫時中止條款為依據。法院表示：此新法所規範的程序並不是一個適宜且有效替代人身保護令狀之程序，故其違反憲法暫時中止人身保護令的相關規定。²⁸ 法院並強調：此暫時中止條款在憲法中的結構性角色就是制衡國會與行政權，它是監控權力分立原則所不可或缺的機制（**an indispensable mechanism for monitoring the separation of powers**）。²⁹

從前述英國與美國的實踐經驗來看，人身自由權常常成為政治權力部門自然就會想要去侵害的對象。民主化不僅不能阻止這種自然傾向，有時反而還會成為政治權力部門的助手或幫兇。近年歐美國家的反恐行動，不論如何侵害人權，常常還是會得到民眾的支持。行政權與立法權聯手反恐，打擊非法移民或是國際化的組織犯罪型態可以說是十分普遍，前述英美的情形即為適例。在此背景下，如果司法權不能獨立與政治權力部門之外，乃至獨立於多數民眾所支持的民粹主義之外，則人權保障的情況極有可能每況愈下。

（二）大法官的線性發展

看到英美等人身自由保障的先驅大國，其人身自由保障的情況是如此迂迴起伏，時好時壞。特別是在如內戰，對外戰爭或是恐攻的特殊情境之下，不僅是人身自由，甚至其他諸多人權都受到嚴厲的挑戰。我國自民國 36 年行憲以來，先是國共內戰，爾後政府退居台灣，海峽兩岸處於敵對戰爭狀態，一直到民國 76 年解嚴以後，兩岸之敵對狀態才趨轉緩和。在長達 38 年的戒嚴時期，人民憲法上所保障的各項權利都遭到嚴重侵害，人身自由權自然也在其中。

雖然國際冷戰與兩岸敵對所形塑之特殊不利的外在環境，以及國內經濟從戰後重建到產業轉型，一路顛頗前行，而在政治上則因民主推進緩慢，

²⁸ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723, 733(2008).

²⁹ *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. (2008) at 765; Martin J. Katz, *Guantanamo, Boumediene, and Jurisdiction-Stripping: The Imperial President Meets the Imperial Court*, 25 CONST. COMMENT. 377, 411-12(2009).

肅殺之氣一直十分凝重。在這樣的背景下，大法官卻能逐步落實人身自由，乃至於其他人權的保障，對於我國人法治之提升，實功不可沒。與前述英美迂迴曲折的發展經驗相比，至少到目前為止，我國人身自由保障的情況似尚無退縮趨勢，而是如直線般地一路穩步前行。

試想在民國 67 年 12 月 16 日中美斷交，總統隨即發布緊急處分令，除加強軍事戒備與穩定財經局勢外，並中斷選舉。雖然在中美斷交一年多後的民國 69 年 6 月政府決定恢復選舉，以強化人民對政府的信心，但當時國內外之實際情勢仍然十分嚴峻。在這樣的背景下，大法官竟能在民國 69 年 11 月 7 日作出釋字第 166 號解釋，宣告違警罰法中**關於人民身體自由所為之處罰，應迅改由法院依法定程序為之，以符憲法第 8 條第 1 項之本旨**。雖然大法官在解釋文中沒有直接使用違憲之字眼，在解釋理由書中也為違憲之情形緩頰：「至有關人民身體自由之處罰，則屬於司法權，違警罰法所定由警察官署裁決之拘留、罰役，既係關於人民身體自由之處罰，即屬法院職權之範圍，自應由法院依法定程序為之，惟違警行為原非不應處罰，而違警罰法係在行憲前公布施行，行憲後為維護社會安全及防止危害，主管機關乃未即修改，迄今行憲三十餘年，情勢已有變更，為加強人民身體自由之保障，違警罰法有關拘留、罰役由警察官署裁決之規定，應迅改由法院依法定程序為之，以符憲法第八條第一項之本旨。」但該解釋已經指出剝奪人身自由應由法院依法定程序為之的憲法規範精神，在當時的時空環境下，的確是難能可貴。

然而十年的時間過去，違警罰法依然繼續存在並持續侵害人身自由權，一直到民國 79 年 1 月大法官才有機會於釋字第 251 號解釋中再次宣告該法違憲，並作出定期失效的宣告。至此，該法才正式退場，離開法律的舞台。

檢肅流氓條例是另一個眾所週知的案例。該條例可溯源至日本殖民時期於 1906 年所發布的台灣浮浪者取締規則為基礎，其內容規定：警察機關如遇有遊手好閒不務正業者，輕者拘留 29 日，嚴重者即送綠島管訓。政府遷台後，為加強治安與強化政治統治，先訂定台灣省戒嚴時期取締流氓辦法，後再改為戒嚴時期檢肅流氓條例，解嚴後則稱檢肅流氓條例。從該條例的發展沿革來看，它典型是政治權力部門為遂行有效統治所採取的便捷

方法，其令流氓被移送人處於比刑事被告更加不利的法律地位，嚴重侵害人權。大法官在民國 84 年的 384 號解釋首度宣告該條例中的五個條文違憲，違憲比率已佔整部條例的五分之一。爾後在民國 90 年釋字第 523 號解釋與 97 年釋字第 636 號解釋該條例又分別二度與三度被大法官宣告違憲，創下我國同一法律被三度宣告違憲的少數特例。從該條例的發展沿革與違憲審查紀錄，我們可以看到行政權對於該條例是何等依賴而一直捨不得放棄該條例所能提供的便捷管制手段。不僅如此，立法權也一直配合行政權之需要而進行修法。無疑的，流氓與黑道是一般大眾所最討厭的對象。有像檢肅流氓條例這種有助於維繫治安的有效工具，一般善良群眾也不會反對。但是大法官卻能一再挑戰主流政治勢力的意志，乃至一般群眾的偏好，屢屢宣告該條例違憲，最後終於使得該條例被廢止。

在 384 號解釋之後，接著又為了政治異議分子的羈押問題，大法官作出釋字第 392 號解釋，將長期為檢察官所享有之偵查期間羈押權，改由法官來行使。此舉對於行政權而言，無疑又是一個重大的打擊。喪失對人與對物之強制處分權的檢察官，常自覺宛若無牙之虎，無法有效打擊犯罪與確保法律之尊嚴。對於法官屢屢不願裁定羈押的行事作風，更讓檢察官，乃至法務部長都常抱怨法院不知逮捕犯罪嫌疑人的艱辛，總是把檢警費了千辛萬苦才捉來的人輕易放掉。更何況引發 392 號解釋的原因案件之一，就是檢察官裁定羈押政治異議分子。就此而言，為了捍衛憲法與人身自由，大法官敢於發揮其專業良知與道德勇氣，不惜站在包括行政權與立法權在內之執政勢力的對立面。

圍繞在羈押問題上的大法官解釋，一號接著一號不斷地作出來。不論外在的國際局勢如何動盪，還是內在的政治、經濟與社會變遷之衝擊，大法官從未退縮，一路線性發展，不斷向上提升我國人身自由保障的強度。與前述英美經驗相比，大法官保障人身自由的具體操作經驗雖然資歷甚淺，但卻有初生之犢之姿與旭日東昇之勢。

二、大法官是人身自由的最後堡壘，但非唯一依靠

從人身自由與政治權力部門在本質上是相互對立的特性來看，沒有獨立的司法部門，是不可能實現人權保障的理想。英美終審法院法官都是終

身職，此種制度確保其與政治權力部門保持相當大的距離。就制度上而言，我國法官固然也是終身職，但因有明確的階層與升遷概念，³⁰ 下級審法官總是有人懷抱著向上級審晉級或出任司法行政首長的企圖心，導致這些人的行為可能受到案件本身以外之因素的影響，無法作出理想的裁判。至於大法官雖設有任期保障制度，但原來可連任的制度，被認為可能影響其獨立性而被改為不得連任。現行新制究竟能否使大法官比舊制更加獨立？尚有待觀察。不過不論制度如何設計，其核心重點仍在司法人員必須與政治權力部門保持應有的距離。我國過去曾有威權體制與一黨獨大的時代，但大法官卻能一路挑戰執政者，披荊斬棘為民主、人權與法治殺出一條生路來，正是因為他們能與政治部門保持距離，不投其所好，甚至是與其唱反調。沒有過去大法官的專業良知與道德勇氣，我們不會有今日的民主法治與人權保障。不過，在頌揚大法官之餘，我們更要理解他們雖是人權保障的最後堡壘，但絕不能是唯一依靠。

（一）權力分立是人權保障的基礎

人權保障是立憲主義的目的，權力分立則是立憲主義的方法，透過權力分立的實踐，才能落實人權保障，這點在人身自由議題上最能明顯呈現。整個人身保護令狀的制度設計，就是以立法來框限行政（法定程序），再以司法來檢視行政（移審）。行政與立法在上游，司法權則在下游。如果上游不能妥善運作，下游也就未必能發揮功能。

權力分立的原始想像在大眾民主普及之後而有所變更：行政、立法兩權的關係不必然是相互牽制抗衡的。不論是在總統制、內閣制還是半總統制下，因為民主選舉的關係，常會出現多數政府或一致型政府，也就是行政立法兩權為同一個政黨或同一個政治勢力所掌握。在此情形下，行政立法兩權的相互制衡就變成執政黨與在野黨的相互對抗。在野黨或在野政治勢力在國會通常處於少數黨的地位，其雖不能有效阻止法案之通過，但因一方面其擁有資訊取得權，可以透過議場辯論將法案爭點公諸於世，引起

³⁰ 例如有關大法官的資格規定，司法院組織法第 4 條規定，必須曾任最高法院法官者，才符合大法官之提名資格。沒有升到最高法院擔任法官者，就算其在地院表現再優異，也永遠無緣被提名為大法官。

媒體與輿論之關注。在另一方面，若透過立法程序無法改變或修正執政黨之既定政策，少數黨也可發動釋憲權，以制衡執政黨之多數暴力。美國式的違憲審查制度雖然沒有由議員針對法案提出釋憲聲請的制度，但是因為採分散式違憲審查，各級法院都可介入法律的合憲性問題。此外，聯邦最高法院又可選案並提審，故可以有效快速地介入違憲案。

從我國人身自由保障的司法實務來看，至少有兩個特色值得注意：首先，行政立法兩部門對於此領域長期不甚關注，重大的立法爭議很少是肇因人權問題，特別是由人身自由所產生的立法爭議。以羈押法為例，至今已三度被大法官宣告違憲。其中有關被羈押者³¹所遭受之各種處遇，若有不服，得否提出司法救濟一事，從民國 35 年制定該法迄今，未曾成為立法討論的重心。甚至大法官在釋字第 653 號解釋要求有關機關應於兩年內修正該法第 6 條及其相關法規；釋字第 720 號解釋仍重申前述應修法之意旨，但迄今國會仍未完成修法。行政院雖曾於民國 99 年 7 月向立法院提交一部全文含十四章共 105 個條文的羈押法修正草案，算是行政部門認真檢討該法後的產品，但立法院卻遲未完成審議工作。尤其是何種處遇措施得以提出救濟？該由何種法院來承擔此救濟功能？針對如此重要的政策問題，行政部門所提之草案沒有清楚的評估與說理，立法部門更未曾深入討論。至於執政與在野兩股政治勢力，基本上不在乎此議題，被羈押者的人權在他們眼中根本無足輕重。從羈押法的修法歷程與權力分立的角度來看，不論是從行政權與立法權兩權相互制衡的觀點切入，還是從執政勢力與在野勢力二者相互對抗的視角來說，吾人都可以看到原應相互牽制或相互對抗以落實人權保障的制度功能，並沒有發生。

第二個值得注意的特色是有關釋憲權的發動。在監察院改成現制之前，其常常在人權領域提出釋憲聲請，這在過去行政立法長期同為一黨掌控的背景下，格外顯得重要。民國 82 年大法官審理案件法公布後，增列三分之一立委連署可以聲請釋憲，讓立法院中的少數黨或是針對特定法案的少數意見，有機會透過釋憲來挑戰執政多數之意志。只不過「三分之一」的法

³¹ 此處所謂「被羈押者」包括被告與犯罪嫌疑人，對於此二名詞的使用與討論，請參見釋字第 737 號解釋蔡明誠大法官提出，黃虹霞大法官加入之協同意見書。

定門檻過高，導致除非是涉及政黨重大利益的議題，否則即不會有人發動連署並達釋憲門檻。然而一般的人權保障議題，特別是有關人身自由之保障，如何能成為政黨眼中的重大利益呢？以英美為例，反而是為了反恐以回應民眾的安全需求，執政黨透過修法限縮人身自由。基於人身自由保障議題本身不容易成為政黨的的重大利益或優先法案，唯有降低連署門檻，才能使此類議題有機會提早進入違憲審查程序。更不用說立法委員選舉現制，常常導致第一大在野黨都沒有擁有三分之一的席次，³² 如此連反對黨透過連署釋憲以維護人權的可能性都不存在。

綜上，如果沒有健全的政黨政治與相對較為成熟的民主政治，人權議題不容易成為競選政見中的重點項目之一，³³ 並在選後成為政府的重要公共政策，並進而成為國會立法審議時的辯論焦點。然而民主政治要成熟需要時間，政黨政治要健全則需要制度。而欲建立健全的政黨政治，特別需要在制度上肯認在野或少數黨的憲政地位，諸如在立法程序中在野黨擁有一定程度的影響力，³⁴ 乃至少數黨得以聲請釋憲等，都是實踐權力分立所不可或缺的前提。

（二）法官保留不是萬靈丹

在權力分立的制度設計下，法官保留無疑是一個極為重要的支柱。但是「法官保留」最後不能變成「大法官保留」，如此或將形成法官怠惰，或甚至是取代「法律保留」。

在釋字第 690 號解釋、第 708 號解釋及第 710 號解釋中，法官保留議題都是討論的焦點。對於人身自由的剝奪，刑事被告與非刑事被告應否有不同的制度安排，釋字第 708 號解釋作了很好的詮釋，其基本上符合包括

³² 如 2008 年的民進黨或 2016 年的國民黨都是國會第一大在野黨，但都沒有超過三分之一席次。

³³ 如果沒有選票利益，就不容易成為競選政見的重點。而選民所在乎的，多是自己的切身利益，而非他人的人權。像人工流產或同性婚姻合法化之議題，可能成為選舉討論議題是因為婦女或同性戀者擁有選票。反之，恐怖份子、犯罪嫌疑人、刑事被告或受刑人，這些人或是不會去投票，或是不能去投票，其人身自由權自然很難受到重視。

³⁴ 例如英國在野黨領袖擁有特殊地位，或法國在野黨得以分享一部分的議程排定權，或是如我國得以參與政黨協商的设计皆為適例。

歐洲人權公約第 5 條與聯合國公民及政治權利公約第 9 條的規範精神，此處不深入討論。³⁵ 法官保留的重點不僅是「法官」或「法院」等組織隸屬上的概念而已，更重要的是要能「中立、公正與獨立」地行使職權。不是法官或法院，未必不能中立、公正與獨立地行使職權；就算是法官或法院，也未必就能夠中立、公正與獨立地行使職權。這也就是為什麼歐洲人權公約在第 5 條之後，緊接著就是有關法院必須公正中立獨立以確保公正訴訟權的第 6 條規定。換言之，光談法官保留是不夠的，更重要的是法官如何行使職權。例如釋字第 392 號講了法官保留，偵查期間之羈押權改由法官行使。然而從釋字 392 號解釋以來，法官如何行使羈押權？如果法官都妥善行使羈押權，還需要大法官再就刑事訴訟法第 101 條第 1 項作出釋字第 665 號解釋嗎？同樣的，釋字第 631 號解釋認為舊通訊保障及監察法第 5 條第 2 項未要求通訊監察書應由客觀、獨立行使職權之法官核發，難謂為合理、正當之程序規範。然而，通訊監察書改由法官核發之後，浮濫監聽的情形有大幅改善嗎？

包括大法官在內的所有法官，都有適用法律的職權；而適用法律自然包含對模糊之法令進行解釋與填補法令可能出現之缺漏。一般法官必須遵守憲法，但不能解釋憲法。故除開憲法之外，法官有完整之適用法律的權力。但是我們的法官是如何適用法律的？以釋字第 653 號解釋為例，不論是羈押法第 6 條或是羈押法施行細則第 14 條第 1 項規定，都沒有明文提及「不服處遇措施不得提出司法救濟」。就算將羈押法施行細則第 14 條第 1 項第 7 款規定：「監督機關對於被告申訴事件有最後決定之權」視為是禁止提出司法救濟的意思，其也不過就是命令位階，並不能拘束法官。更何況該條款是針對看守所之監督機關而言，並非是指「法院」。羈押法適用這麼多年，監獄或看守所所為之處遇措施何止千萬。法院一律拒絕受理該類案件竟全無成文法之基礎，這樣的法官，就算強調法官保留又有何用？同樣受特別權力關係理論影響的德國法官，對於受刑人不服監所限權之處遇措施，其司法救濟權自二戰後就不曾被法官質疑過。³⁶ 連特別權力關係

³⁵ 詳見湯德宗大法官在本號解釋的協同意見書，湯大法官特別說明自本號解釋起，我國有關法官保留問題不再是全有全無的零和關係，與德國基本法第 104 條的規範方式不同。

³⁶ 參見本號解釋許宗力大法官之協同意見書。

理論發源地之法官，都能為受刑人開啟救濟之門，是什麼神奇的力量禁錮我國的法官呢？

又如釋字第 654 號解釋有關舊羈押法第 23 條第 3 項有關「監視」之規定，以及同法第 28 條辯護人與被告被監聽之交談內容得以作為證據之規定，就條文文字而言，「監視」並不包含監聽與錄音。甚且在釋字 631 號解釋作出之後，檢察官依然可以下令對被告與辯護人接見時進行全程錄音，沒有踐行法官保留。在當事人提出異議之後，法院所作之裁定仍表示：「檢察官於被告與辯護人接見時，命與全程錄音，所為處分，與前揭看守所組織通則、羈押法之規定無悖，且未逾越必要之範圍，亦未造成被告防禦權及選任辯護人辯護權無法行使或限制，被告及辯護人指為違法，聲明異議，核非有據，應予駁回。」³⁷ 事實上，釋字第 653 號解釋的原因案件，也是受羈押被告對於所方在其所居房舍內進行 24 小時之錄音錄影與施以隔離處分的處遇措施感到不滿而提出救濟。同樣的，釋字第 654 號解釋的原因案件，也是針對羈押被告的錄音，只是時機不同而已。然而不論是羈押法第 23 條第 3 項還是第 28 條，都沒有明文出現「錄音」之字眼。法官在適用該法時，只要透過解釋排除「錄音」的可能性即可。但是法官卻都沒有這麼做。

法國最高法院先後在 2014 年及 2015 年作出兩個裁判，都是針對可否在看守所的房舍內進行監聽與錄音的案件。其原因案件乃發生於 2012 年巴黎地區的一個銀樓持槍搶案，三名嫌犯中有一名因留下 DNA 線索而被逮捕拘禁，另一名嫌疑犯雖也被逮捕拘禁，但苦於欠缺有效證據，面臨即將予以釋放的命運。³⁸ 檢方為求取得證據，經預審法官核發監聽票後，對此二嫌疑犯的拘禁房舍裝設監錄設備，並錄得兩人私下交談時的串供內容。檢方以此作為進一步羈押此二人的證據與理由，但遭當事人提出抗告。依據法國刑事訴訟法第 709-96 條規定，對於某些特定犯罪（如本案所涉之組織犯罪），檢方經預審法官或法官之同意，得對嫌疑人出入之公私場所或交

³⁷ 臺灣板橋地方法院 97 年度聲字第 4370 號裁定。

³⁸ 法國法上的拘禁（*garde à vu*）與羈押（*détention provisoire*）不同。前者是指警方逮捕嫌疑犯後移送法院前剝奪人身自由的行為，原則上不超過 24 小時。但基於不同的犯罪類型，例外最長可以達 96 小時。

通工具進行監聽與錄音。就法條的規範意旨來看，是否包括看守所？並非沒有討論空間。該案提出後，凡爾賽上訴法院認為檢方的作為合法，但此決定被最高法院 2014 年的裁判所廢棄。³⁹ 案子轉發巴黎上訴法院更審，巴黎上訴法院維持凡爾賽上訴法院的見解，認為檢方的作法並沒有違法。最高法院全院會議在 2015 年再度對本案表示意見，⁴⁰ 其並堅持其 2014 年刑事庭的見解，認為本案中檢方的作法不合法。2014 年及 2015 年最高法院的這兩個裁判都援引歐洲人權公約第 6 條作為重要基礎，只是前者強調這種監聽取證方式違反「合法採證原則」，後者則更加強調「不自證己罪原則」。綜合而言，從歐洲人權公約第 6 條的「公正審判權」的概念裡，可以推衍出合法採證、緘默權與不自證己罪等次原則。最高法院認為：在被羈押被告不知情的情況下，偷偷監錄其談話內容，並以此監錄內容作為證據，基本上就是讓被告自證己罪。然而不論是歐洲人權法院，⁴¹ 還是歐盟法院，⁴² 很早就確認此原則不得被侵犯；而歐盟 2012 年及 2013 年的指令也明確強調該原則的重要性。⁴³ 所以雖然法國法對此並沒有明確規定，但基於前述國際規範與人權保障之職責，必須否定此監錄行為的合法性。我們看到在法律條文沒有明確規定的情形下，法國最高法院法官援引歐洲人權公約作為裁判基礎，否定檢方的處遇措施與採證方法，他們並不事事依賴職司憲法爭訟事項的憲法委員會。

事事依賴大法官除了致使一般法官怠惰，並不視人權保障為自己之天職之外，還可能導致大法官保留太多，連立法者的權限都受到影響。不論是釋字第 653 號解釋，第 654 號解釋，第 720 號解釋，乃至第 737 號解釋，都可以看到大法官介入的缺陷是受質疑的法條本身都沒有明顯的違憲。不論是監所處遇措施能否及應如何救濟，被羈押者（被告或嫌疑人）是否可以被監錄，其律師可否得知卷據資訊等，都涉及刑事司法制度，應該由立法者透過民主審議程序作出最妥適的政策選擇與合理的制度安排，不宜由

³⁹ Cass. Crim. 7 janvier 2014, n° 13-85, 246; *Bull. Crim.* n° 1

⁴⁰ Cass. Ass. Plén. 6 mars 2015, n° 14-84, 339.

⁴¹ CEDH, 25 février 1993, *Funke c. France*, Req. n° 10588/83.

⁴² CJCE, 18 oct 1989, *Orkem c. Commission*, aff. n° 374/87.

⁴³ Les directives n° 2012/13/UE du 22 mai 2012; n° 2013/48/UE du 22 oct 2013.

司法權在沒有整體考量的情況下，透過隨機案件作出解釋，指導立法方向，或甚至取而代之，以「大法官保留」取代「法律保留」。例如有關羈押被告不符處遇措施的救濟途徑，究竟走普通法院途徑，還是行政法院途徑，自應由立法者衡酌全局妥為設計。違憲審查機關只應消極地阻止可能違憲的立法行為，不應積極地主導或籌劃政策方向，限制國會的立法裁量空間。無論再怎麼看不慣立法怠惰，司法權也不能越俎代庖，自己化身為太上立法院。

結語

自人身自由被剝奪的那一刻起，從可否選任辯護人，辯護人得否在場協助、辯護人與被告接見時得否被錄音、辯護人得否閱覽卷證等，此一系列問題既與人身自由保障密不可分，也屬訴訟權保障的一環。鑑於憲法第 8 條本身結構較為完整，且其內涵與西方之人身保護令狀的規範相當，需要詮釋的地方較為有限。大法官提出正當法律程序的概念，應該用於填補憲法第 16 條的空虛，以建立「公正審判權」。

不論是正當法律程序，還是公正審判權，大法官詮釋的重點應該是要區分憲法位階的原則與法律保留的範疇。前者是屬大法官應該判斷的領域，後者當然就是立法者的裁量空間。例如羈押被告與獄友、親人、乃至辯護人間的溝通資訊，可否被監錄，可否成為合法證據，此乃涉及不自證己罪原則，而非單純的防禦權之行使而已。如果防禦權之行使可以基於犯罪特質、犯罪危害程度與公共利益之考量而為必要之限制，不自證己罪原則則與無罪推定、罪刑法定等原則，屬於不得變更之基本原則。大法官最重要的職責就是在找出這些具憲法位階，不在立法裁量範疇內的基本原則。至於這些最重要的基本原則從何而來，除了我國憲法本身的規定之外，前引外國法，特別是國際人權公約所揭示的基準，應該都是最佳的參考範本。

我國人身自由保護情形在大法官的努力下，成效值得肯定。惟人權保障與法治發展不能僅依賴司法權，必須各個權力部門都各在其位，各司其職。即便是司法權本身，也不能僅依賴大法官，而是要各個層級的司法人員都戮力以赴。

