

論正當法律程序原則（九）

許 玉 秀*

1. 多數意見所選擇的解釋客體與解釋內容

多數意見沒有針對聲請書所指摘的兒童及少年性交易防制條例第 9 條、第 15 條第 2 項、第 16 條第 2 項進行實體審查，而選擇對於具體規範審查程序要件，進行受理要件的補充解釋。所補充解釋的受理要件，就是法官在作成停止程序的裁定後，可以作成保全處分的裁定。

既然是保全處分，必然是暫時性的處分，也就是不會發生終結程序效果的處分。解釋理由書曾舉例說明可能的裁定內容，例如先暫交付其親權人或監護權人，或於該兒童或少年的家庭已經不適任時，將該兒童或少年交付於社會福利機構為適當輔導教養。此種保全程序的裁定，與法官適用兒童及少年性交易防制條例（以下簡稱兒少條例）第 16 條第 2 項所列 2 款規定而為裁定，其實性質相同。

2. 兒少條例第 16 條第 2 項所規定的裁定為中間裁定

依據兒少條例第 16 條第 2 項規定，法院得裁定將無從事性交易或無從事性交易疑慮的兒童、少年，交付法定代理人、家長、最近親屬或其他適當的人，或者裁定將兒童、少年交由主管機關安置於短期收容中心，或收容中心以外的其他適當場所。該項裁定根據直轄市、縣、市主管機關所設的緊急收容中心提出報告聲請而作成，是一種緊急安置的裁定。在主管機關移送報告時，繫案兒童或少年的人身自由，往往已遭近七十二小時的限制，甚至經常實質上已超越七十二小時，為了完成依據法官保留原則而設的法定程序，法官幾乎沒有自主的裁量時間與空間，而只能依移送機關的報告作成裁定。這種緊急安置裁定，沒有終結程序的效果，目的也不在於終結程序，所以不是終局程序的裁定，而是典型的保全程序的中間裁定⁴⁵。

3. 保全程序屬於法院的程序指揮權

中間裁定的目的，可能在於掃除程序障礙，使程序能夠進行，例如民事訴訟程序中，命兩造當事人預先提出書狀，以整理訴訟爭點，促使審判順利進行（民事訴訟法第 268 條規定以下參照），又例如命不願意聲明承受訴訟的當事人，繼續進行訴訟，也是在於促使程序可以有效地繼續進行（民事訴訟法第 178 條規定參照）；也可能在於使程序轉進，即轉彎而繼續向前⁴⁶，例如應先經調解的民事爭端，縱使當事人已提出訴訟，法院仍應先停止訴訟程序，命先進行調解（民事訴訟法第 403 條規定以下參照）。目的在於保全的中間裁定，屬於掃除程序障礙的裁定。對於任何程序的順利進行而言，掃除程序障礙，都是一種緊急避難的行為，

* 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。

⁴⁵ 詳細說明見許玉秀，釋字第 590 號解釋不同意見書。

⁴⁶ 不是名為轉進實為撤退。

緊急避難包含於任何基本權利之中，是任何權利的必要內容，因為是實現權利的必要手段，此所以憲法上有所謂有效保護權利原則⁴⁷。

依據有效保護權利原則，掌握程序指揮權的人，擔負程序順利進行的責任，也必然享有排除緊急程序障礙的權利，所以保全程序的進行，當然屬於法院程序指揮權的內涵。因此，縱使憲法沒有明文規定、也欠缺法律規定，法院依據原有的程序指揮權，完成保全程序，符合正當法律程序原則的要求。而保全程序的進行，當然也必須與法院的程序指揮權一樣，遵守正當法律程序原則。

基於一般保全程序的觀點，兒少條例第 16 條第 2 項規定的緊急安置，原本即應該遵守正當法律程序原則，也就是本文前揭的「保障程序主體地位」、「保障程序主體的主觀參與可能性」、「保障程序主體的客觀參與可能性」等要求⁴⁸。

(三)保護程序的特別要求？

1. 保護程序的單一目的：保護

一般保全程序中，受保全的人，經常是造成障礙的因素，為了程序本身的終極目的，必須掃除造成障礙的程序主體所造成的障礙因素，最為典型的保全程序就是刑事訴訟程序的羈押，旨在確保刑事訴訟程序得以順利進行。例如防止被告逃亡的羈押，在於確保被告按時參與審判程序；又例如避免被告串證或湮滅證據的羈押，則在於使證據可以不受干擾地呈現在法庭，有利於心證的形成⁴⁹。但是在兒童及少年保護事件中的保全程序，本身的目的，即在於保護兒童及少年，所要掃除的障礙，並不是兒童及少年所造成的障礙，而是其他人，可能是兒童、少年的法定代理人、主管機關，或其他對兒童、少年有侵害行為的人。換言之，處理兒童及少年事件的程序，從程序的啟動、進行，直到終結，目的都是在保護兒童及少年。

2. 保護不等於限制；安全不等於失去自由

保護的另一面，往往就是限制，正如同安全的另一面，往往就是失去自由。在保護程序中，受保護的對象，很容易淪為程序客體。尤其在家父思想的傳統中，不容許兒童及少年有自我主張，自我主張這件事，被認為對兒童及少年本身，是一種傷害，所以小孩被教導要有耳無口。有耳無口的人，他們的權利必須由他人代為主張，他們只能被動接受對於他們權益的決定，因而成為權利客體。

但是保護不能等於效果相反的限制，否則便是採取了不能達到目的的手段；追求安全的目的，是為了藉由安全獲得自由，而不是以獲得安全為藉口限制自由。權利客體不可能有自由，遑論安全。如何將兒童及少年當作權利主體加以保護，在保護過程中，如何呈現兒童及少年的權利主體地位，是建立正當法律程序的指導原則。

3. 緊急安置的正當法律程序

⁴⁷ 許玉秀，釋字第 590 號解釋不同意見書肆、參照。

⁴⁸ 許玉秀，〈論正當法律程序原則(七)〉，《軍法專刊》，第 56 卷第 3 期，2010.06，頁 2-3。

⁴⁹ 不同意見，見許玉秀，釋字第 653 號解釋協同意見書、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。

兒少條例第 15 條第 1 項規定，當法官、檢察官、司法警察官、司法警察、聯合稽查小組，或兒少條例第六條的檢警任務編組人員⁵⁰，查獲及救援從事性交易或有從事之虞的兒童或少年時，應立即通知主管機關指派專業人員，陪同兒童或少年進行加害者之指認及必要之訊問，並於二十四小時內將該兒童或少年移送直轄市、縣市主管機關設置之緊急收容中心。兒童或少年安置於緊急收容中心之後，依據兒少條例第 16 條第 1 項規定，主管機關所設置的緊急收容中心，提出報告聲請法院裁定的準備時間，可以長達七十二小時，加上前面二十四小時查獲、移送的在途期間，兒童或少年在公權力的限制之中，最長可以達到九十六小時。

由於憲法第 8 條規定，對於人民身體自由的拘束，在緊急的二十四小時之後，必須遵守法官保留原則。兒少條例上述規定，容許主管機關對兒童或少年的「保護拘束」，最多可能達九十六小時，學術及實務上經常討論九十六小時是否過長的問題。討論的焦點往往在於：兒童及少年需要被保護，是否成為一個特殊理由，可以支持九十六小時的合憲性⁵¹？

問題的癥結，未必在於時間的長短，本文以為更應該在於長達九十六小時的「保護」時間裡面，如果發生與保護相反的事件，如果保護反而變成傷害的時候，有沒有處理的救濟程序，甚至有沒有預防保護變成傷害的機制。

現行法律規定，對於九十六小時的緊急處理與安置的時間，還欠缺任何程序上的安全裝置。法律對於這種程序上的管控裝置，如果只是放任由緊急收容中心的設置辦法與管理規則處理，不但很難達到目的，甚至非常危險。這是檢討兒童及少年性交易事件的正當法律程序，第一個必須認真面對的問題⁵²。

（四）如何保障兒童及少年的程序主體地位

1. 補強主體地位的專業輔佐

前述兒少條例第 15 條規定中，主管機關所指派的專業人員，在實務運作上，可能只是陪同兒童、少年到警察局或偵查機關，接受訊問，有時候在指認加害人時，安撫兒童或少年的情緒，使兒童或少年能夠順利地陳述與指認。無論如何，他們都是給予兒童及少年支持的人，而不是和查獲嫌疑兒童或少年的人站在一起的人。

涉案兒童或少年一旦被安置在緊急收容中心，屬於主管機關的專業人員，就會變成限制兒童或少年自由的人，保護程序是否符合保護目的，立刻會成為被檢驗的對象。在這個階段，涉案兒童或少年需要其他的專業輔助，才可能補強自己的主體地位，很容易就能看得出來。

雖然目前實務運作上，在法官根據兒少條例第 18 條決定長期安置與否時，也有准許委任

⁵⁰ 兒少條例第 6 條規定：「法務部與內政部應於本條例施行後六個月內，指定所屬機關成立檢警之專責任務編組，負責全國性有關本條例犯罪之偵查工作」。

⁵¹ 林超駿，〈概論限制非刑事被告人身自由正當法律程序：以兒少性交易防制條例與精神衛生法為例〉，收錄於《司法院大法官九十二年度學術研討會論文集》及紀錄，1 版，2004.10，頁 175；黃昭元評論意見，及相關與談紀錄，收錄於前揭書，頁 217-218, 223-227。前揭文及討論重心，部分在於繼續安置之後，未能再給予兒童、少年或其家長答辯機會，但尚未先將議題置於緊急安置九十六小時的緊急救濟程序。

⁵² 關於緊急安置的救濟程序，可參考精神衛生法第 42 條第 2 項規定。

法律專業人員到庭協助的情形，但是涉案兒童或少年，或他們的家庭，多數居於弱勢，目前委任律師或其他法律專業人員的情況很少，而且正因為兒少條例欠缺法律規定，法律扶助法也就還沒有將兒少事件納入扶助。

回頭觀察前述九十六小時緊急安置對正當法律程序的需求，應該不難察覺，在正當法律程序確立程序主體地位的第一步，應該是讓法律專業人員有提前並且全程加入協助的可能。沒有可以幫忙的人，也就沒有可以幫忙表達意願、幫忙保護權益的人。當然，既然沒有設置異議程序，也就沒有想到設置提出異議的幫手。

關於法律專業的協助可能性，在兒少條例正好是完全空白的一章。在檢討兒童及少年性交易事件的正當法律程序上面，保障兒童及少年程序主體地位的第一步、建立緊急安置救濟程序的第一步，應該是替涉案兒童或少年，設置法律專業輔助機制。而且應該在查獲涉案少年的同時，就讓法律專業人員有加入協助的可能，僅僅由主管機關派出專業人員協助，無論如何不能取代法律專業人員的協助。（待續）