

正當法律程序與禁止雙重危險

邱忠義*

壹、前言

禁止雙重危險此一原則，在我國憲法條文上未見蹤跡，討論者亦乏，而世界各國莫不於彼等國家憲法定有明文，例如美國聯邦憲法第五增補條款所規定：「對同一犯罪不受二次處刑；非依正當法律程序，任何人之生命、自由與財產不得被剝奪。」及第十四增補條款第一項所規定：「無論何州，未經正當法律程序，不得剝奪任何人之生命、自由或財產。」二個條文，此即為鼎鼎有名之正當法律程序及其內涵之一之禁止雙重危險（Double Jeopardy）（或稱一事不二罰）。而鄰國日本憲法第三十一條亦定有法定手續之保障（正當法律程序）之總則性規定，另於憲法第三十九條定有二重刑罰之禁止（禁止雙重危險）原則。此外，德國基本法第一百零三條第三項、南韓憲法第十二條第一項、菲律賓憲法第三條第一項第二十九款、巴拿馬憲法第三十二條、印度憲法第二十條第二項等¹，均係有關禁止雙重危險之憲法依據。一般而言，禁止雙重危險為正當法律程序原則之內涵之一，此等規定之內容及運用為何，本文有必要先予闡述，再進一步探求禁止雙重危險此一原則在我國之地位及運用。

貳、正當法律程序原則

一、正當法律程序原則

（一）正當法律程序原則之概念

正當法律程序（Due Process of Law）之概念源自英國²，肇始於西元一二一五年英王約翰與封建諸侯所簽署之大憲章（the Magna Charta）第三十

*臺北地檢署調法務部辦事檢察官，玄奘大學法律系講師，輔仁大學法學碩士。

¹參照林紀東著，中華民國憲法逐條釋義（第一冊），第一〇五至第一一八頁。

²參照史慶璞著，正當法律程序條款與美國刑事偵審制度，刊載於輔仁法學，第十四期，第四五至四六頁（另收錄於美國憲法與政府權力，二〇〇〇年四月，下同）；康順興著，刑事訴訟適用正當法律程序原則之探討，刊載於刑事法雜誌，第四十三卷，第四期，第九五至九六頁；林國漳著，淺釋行政法學上之「正當法律程序」原則，收錄於城仲模主編，行政法之一般法律原則（一九九四年八月初版），第五六頁。

九條之精神。該大憲章第三十九條規定：「自由民非依國法(Law of the Land)而受其同輩之合法審判者，不得逮捕、監禁、剝奪其財產、放逐、施以任何傷害或不予法律保護」。其中所規定之「依國法」一語，對應於英國之習慣法(common law)制度，即蘊含正義及理性之自然法原則³，而「依國法」及「合法審判」二語，實係正當法律程序之濫觴⁴。直至西元一三五五年愛德華三世公布之「倫敦西敏寺自由法」(Statute of Westminster of the liberties of London)，其中第三章第二十八條明定：「任何人不論身分或情況，非依正當法律程序應訊，不得被放逐、沒收其土地或租地、剝奪其繼承權與處死」⁵，才第一次使用 Due Process of Law 一詞，因其內容正足以發揮保障人民自由權利之功能，且多屬程序性保障準則，更易與洛克從自然法所導出之自然權利相結合，因此我們可以大膽地說，自然正義亦為正當法律程序之原始意義⁶。其後英國「正當法律程序」之精神，伴隨著殖民地政府在美国新大陸奠下基礎，並進一步發展成為美國憲法上「正當法律程序」相關之條文規定⁷。

民主憲政國家之憲法雖然沒有類似美國憲法對正當法律程序為如此詳細之規定，但均經由司法實務或學說理論加以解釋，將該原則納入該國憲法之體系中⁸。以鄰國日本為例，因為二次大戰結束後，戰敗之日本向聯合國無條件投降，現行憲法是基於麥克阿瑟將軍所指示之天皇定位、放棄戰爭及民主革新、廢除封建制度等三原則進行研議起草而成⁹，而日本憲法第三十一條即是有關法定手續之保障（正當法律程序）之總則性規定，其中第三十九條又規定有二重刑罰之禁止（禁止雙重危險），均與本文有關，容後探討。

³參照康順興著，刑事訴訟適用正當法律程序原則之探討，刊載於刑事法雜誌，第四十三卷，第四期，第九五頁。

⁴參照郭介恆著，正當法律程序，刊載於憲法體制與法制行政（城仲模教授六秩華誕祝壽論文集），第二冊（一九九八年八月），第一三四頁以下。

⁵參照 I Statute at Large of Gr. Br. & Ireland 643, "No man of what state or condition he be, shall be put out of his lands or tenements nor taken, nor disinherited, nor put to death, without he brought to answer by due process of law".（轉引自史慶璞著，正當法律程序條款與美國刑事偵審制度，刊載於輔仁法學，第十四期，第四五頁，註一）

⁶參照林國璋著，淺釋行政法學上之「正當法律程序」原則，收錄於城仲模主編，行政法之一般法律原則（一九九四年八月初版），第五八頁；林子儀著，人身自由與檢察官之羈押權，刊載於月旦法學雜誌，第六期，第三四頁以下。

⁷參照林子儀著，人身自由與檢察官之羈押權，刊載於月旦法學雜誌，第六期，第三四頁。

⁸例如日本經由其憲法第三十一條之解釋，引進此理念，德國亦經由對基本法第十九條第四項、第一百零一條第一項、第一百零三條第一項及第一百零四條等規定之解釋，建構基本人權之程序保障理論。參照林子儀著，人身自由與檢察官之羈押權，刊載於月旦法學雜誌，第六期，註二九。

⁹參照講談社バイリンガル・ブックス（Bilingual Books）編著，英語で讀日本国憲法，英文日本大百科事典（一九九七年），第一五六頁以下；陳運財著，刑事訴訟與正當之法律程序（一九九八年），第三三頁。

(二) 美國憲法上正當法律程序之內涵¹⁰

I · 人權法案

美國聯邦憲法於西元一七八九年三月施行後，制憲者有感於人民自由權利並未明文入憲，人權之保障尚有不足，乃促請國會於同年九月通過「人權法案」(Bill of Rights)，共計十條，並於一七九一年十二月獲得各州之認可並付諸施行，成為美國憲法第一至第十增補條款¹¹。而該人權法案所列舉之重要自由權利，包括下列各項¹²：

1. 宗教、信仰自由；言論、出版自由；和平集會與向政府請願申冤之權利¹³。
2. 組織民兵、配備武器之權利¹⁴。
3. 民房免受軍隊駐紮之權利¹⁵。
4. 人民身體、住所、文件和財產免遭不合理搜索、拘禁與扣押，非有相當原因，不得簽發令狀之權利¹⁶。
5. 非經大陪審團審判，不對死罪或其他不名譽罪名負責之權利；對同一犯罪不受二次處刑之權利；在刑事案件中不得被強迫自證其罪，非依正當法律程序，生命、自由與財產不得被剝奪；非經合理賠償，私有財產不得收為公用¹⁷。
6. 刑事被告接受公正陪審團迅速且公開審判（公平審判原則、適時審判權利），與被告知控訴本旨與原因之權利（聽證權）；與不利己證人對質之權利（聽證權、對質權）；以強制程序取得利己證人（聽證權、強制取證權），以及獲得律師協助為其辯護之權利¹⁸。

¹⁰ 參照史慶璞著，正當法律程序條款與美國刑事偵審制度，刊載於輔仁法學，第十四期，第四七頁以下。

¹¹ 參照陸潤康著，美國聯邦憲法論（一九八六年九月增訂初版），第三一五頁。

¹² 參照 <http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.billofrights.html>（造訪日期：二〇〇七年五月十五日）。

¹³ 參照美國聯邦憲法第一增補條款(Amendment I):Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.

¹⁴ 參照美國聯邦憲法第二增補條款(Amendment II):A well regulated militia, being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms, shall not be infringed.

¹⁵ 參照美國聯邦憲法第三增補條款(Amendment III):No soldier shall, in time of peace be quartered in any house, without the consent of the owner, nor in time of war, but in a manner to be prescribed by law.

¹⁶ 參照美國聯邦憲法第四增補條款(Amendment IV):The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

¹⁷ 參照美國聯邦憲法第五增補條款(Amendment V):No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

¹⁸ 參照美國聯邦憲法第六增補條款(Amendment VI):In all criminal prosecutions, the accused shall

- 7.依普通法提起，系爭金額超過二十元之訴訟，有受陪審團審判之權利，且同一事實不得再予審查¹⁹。
- 8.過多保釋金、過重罰金與殘酷和異常處罰之禁止²⁰。
- 9.憲法列舉某些權利，不得解釋為否認或貶損人民所保留之其他權利²¹。
- 10.未依憲法授予聯邦政府，且未依憲法禁止授予州政府之權力，分別保留於州政府或人民²²。

上述美國聯邦憲法第一至第十增補條款之內容，原制定之目的僅在約束聯邦政府，以鞏固州政府之權力與保障人民之基本權利，故在第十四增補條款制定前，解釋上咸認為上開人權法案不能限制州政府，州政府只受州憲法之拘束²³。然而，在美國南北戰爭之前，州主權論者勢力強大，憲法增補條款所保障之自由權利，對州政府之行爲，影響極其有限，雖然州政府甚少有違背上開增補條款之情事發生，然考量州政府可能之專擅獨斷，不再「自發地」遵守上開增補條款而侵害人民之自由權利，並爲了因應社會呼求而能與時俱進，上開增補條款經過七十餘年之適用，第十四增補條款適時於西元一八六六年六月十六日由國會向各州州議會提出，並於西元一八六八年七月二十一日經各州認可而生效。自此而後，人權法案所保證得以對抗聯邦政府之基本權利，在解釋上亦可以對抗各州政府²⁴。

II．第五及第十四增補條款

上開美國聯邦憲法第十四增補條款第一項規定：「．．．，無論何州，未經正當法律程序，不得剝奪任何人之生命、自由或財產；．．．」²⁵，此即所謂「正當法律程序（Due Process of Law）」。惟該增補條款既係爲防

enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the state and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the assistance of counsel for his defense.

¹⁹ 參照美國聯邦憲法第七增補條款(Amendment VII):In suits at common law, where the value in controversy shall exceed twenty dollars, the right of trial by jury shall be preserved, and no fact tried by a jury, shall be otherwise reexamined in any court of the United States, than according to the rules of the common law.

²⁰ 參照美國聯邦憲法第八增補條款(Amendment VIII):Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted.

²¹ 參照美國聯邦憲法第九增補條款(Amendment IX):The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people.

²² 參照美國聯邦憲法第十增補條款(Amendment X):The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people.

²³ 參照史慶璞著，正當法律程序條款與美國刑事偵審制度，刊載於輔仁法學，第十四期，第四七頁。

²⁴ 參照史慶璞著，正當法律程序條款與美國刑事偵審制度，刊載於輔仁法學，第十四期，第四七至四八頁。

²⁵ 參照美國聯邦憲法第十四增補條款(Amendment XIV) : Section 1.;nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law;.....。

參照：<http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.amendmentxiv.html>（造訪日期：二〇〇七年六月十五日）。

止州政府之獨斷專擅而制定，但對於人民得享受之基本自由與權利，僅籠統地如此規定，與前揭人權法案第一條至第八條所為之詳盡列舉，有著顯著之差異，亦未如人權法案第九條與第十條為概括之涵示，則該第十四增補條款所保障之自由權利，究何所指，不無疑義。

於第十四增補條款實施後數十年間，聯邦最高法院始終堅持「人權法案」之保障，不得併入憲法第十四增補條款第一項之「正當法律程序」條款，認為憲法第一至第十增補條款僅拘束聯邦政府之行爲，州政府之作爲不受其限制²⁶，另一相反具前瞻性之少數見解認為，人權法案之保障應完全併入第十四增補條款²⁷。直至西元一九二五年，最高法院始揚棄先前之保守觀點，開始對聯邦憲法第十四增補條款之適用予以擴張解釋，肯定人權法案中某些特定之條款對各州亦有拘束力²⁸。然而，人權法案中究竟那些特定之條款對各州亦有拘束力？這是一個難題。為了解決此一問題，美國聯邦最高法院因此發展出所謂的「選擇性併入理論」（大部分之爭議著重在人權法案中涉及刑事訴訟程序之條款）。該理論不贊成將人權法案之內容全部併入憲法第十四增補條款而一體適用於各州，認為聯邦憲法第十四增補條款第一項「自由」所蘊涵之意義，應由法官自為解釋或補充，無需受聯邦憲法第一至第十增補條款之限制。但如所爭議之「自由」具有某些基本特質，且該種基本特質足以牽動第十四增補條款對所涉及之自由詳加保障，則聯邦憲法得依憲法第六條至高條款（Supremacy Clause）之規定，阻止州政府對人民之基本權利妄加干擾。換句話說，人權法案中具有基本重要性（fundamental importance）之部分，應選擇地併入憲法第十四增補條款第一項之「正當法律程序」條款，並非全部併入。職是，選擇性併入理論亦被稱為「基本權利取向」（fundamental rights approach）²⁹。聯邦最高法院大法官 Cardozo 對於人權法案中哪些「自由」才是屬於「基本權利」之問題，曾提出一較明確之檢視標準，主張憲法第十四增補條款僅併入蘊涵於體制性自由觀念之原則（principles implicit in the concept of ordered liberty）。認為倘某一自由屬於人權法案保證之某種體制性自由之內容，且如該自由確屬政府與政治機構是賴之原則，則該一自由即為憲法第十四增補條款第一項正當法律程序條款所蘊涵之「自由」，人權法案中之該項基本權利，對各州即有其適用³⁰。

²⁶ 參照 *O'Neill v. Vermont*, 144 U.S. 323, 332 (1892); *Presser v. Illinois*, 11 U.S. 252, 263-68 (1886); *United States v. Cruikshank*, 92 U.S. 542, 552-56 (1875).

²⁷ 在亞當森一案中，大法官布萊克(Hugo L. Black) 認為最高法院應形成新判例，以完成制憲者之初衷，並實現憲法第十四增補條款之目的，因此在不同意見書中表示：「歷史確實表明，第十四修憲案提案人認為，該修憲案第一項之文字足以保證日後任何州均無權剝奪其人民於人權法案中所享有之特權與保障。」其詳參照 *Adamson v. California*, 332 U.S. 46 (1947).

²⁸ 參照 *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, 666 (1925).

²⁹ 參照史慶璞著，正當法律程序條款與美國刑事偵審制度，刊載於輔仁法學，第十四期，第五〇頁。

³⁰ 參照 *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937).

Cardozo 依此標準，認為聯邦憲法第五增補條款明定之「同一犯罪不得受二次處刑（即禁止雙重危險【Double Jeopardy】）」之權利不屬基本權利，故各州無遵行之義務。惟 Cardozo 此一論點日後並未被自由派色彩濃厚之華倫法院（Warren Court）所接受，是於西元一九六〇年代前後大法官華倫（Earl Warren）擔任首席大法官期間，不斷擴大適用「選擇性併入」理論。依其見解，凡是對美國維護之司法程序而言屬於基本之任何保證（Fundamental in the context of the judicial processes maintained by the American states），均應併入憲法第十四增補條款，聯邦與各州均須受其拘束³¹。準此，聯邦憲法第五增補條款明定之「同一犯罪不得受二次處刑」之權利應該屬於人民之基本權利，各州均須加以遵行³²。華倫法院擴大承認刑事被告在憲法上之權利，對日後正當法律程序理論在刑事訴訟領域之具體實踐，具有相當大之幫助，因此選擇性併入理論「華倫法院版」自此成為通說，除憲法第五增補條款「經大陪審團起訴」，與第七增補條款「受陪審團審判」之權利未曾解凍併入外，人權法案中之其餘自由權利幾乎均已全部併入，而成為憲法第十四增補條款第一項「正當法律程序」之內容³³。又正當法律程序原則經蓬勃發展³⁴之結果，又可分為實質之正當程序（Substantive Due Process）及程序之正當程序（Procedural Due Process）。前者旨在限制立法者制定法律之實質內容不得違背公平（fairness），亦即，法院可以審查立法者所制定之法律實質內容是否符合正當法律程序，而實質之正當程序之內涵，是指法律須為達成合法目的之合理手段，且須為對人民權利限制最少者，又法律規定須明確，俾使人民有預測可能性³⁵；後者則為政府（含行政、立法、司法）限制或剝奪人民「生命、自由或財產」時，應遵循如何程序方為正當之問題³⁶。

³¹ 參照 *Duncan v. Louisiana*, 391 U.S. 145 (1968).

³² 該第五增補條款中對同一犯罪不受二次處刑，即禁止雙重危險（Double Jeopardy）之權利，於西元一九六九年已適用於各州，其詳參 *Benton v. Maryland*, 359 U.S. 784 (1969)；又有關 Double Jeopardy 之發展及範圍，請參閱：<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/02.html>（造訪日期：二〇〇七年十月十五日）。

³³ 參照 *Hurtado v. California*, 110 U.S. 516 (1884); *Walker v. Sauvinet*, 92 U.S. 90 (1876).

³⁴ 在美國憲法制定之後一百年間，對於「正當法律程序」原則，皆解釋為對於程序法之限制，僅在行政及司法二方面保障人民之生命、自由及財產不受非法定程序之侵犯。迨十九世紀後葉始經法院之判例擴大其意義，及於實體法之範圍，對於各州及聯邦立法機關制定之實定法，亦加以限制。其詳參照劉慶瑞著，比較憲法，第五七頁以下。

³⁵ 參照郭介恆著，正當法律程序，刊載於憲法體制與法制行政（城仲模教授六秩華誕祝壽論文集），憲法第二冊（一九九八年八月初版），第一四二至一四三頁。

³⁶ 參照史慶璞著，正當法律程序條款與美國刑事偵審制度，刊載於輔仁法學，第十四期，第五一頁；湯德宗著，論憲法上的正當程序保障（正當法律程序原則之內涵與落實學術研討會【下】），刊載於憲政時代，第二十五卷，第四期，第四頁；林國漳著，淺釋行政法學上之「正當法律程序」原則，收錄於城仲模主編，行政法之一般法律原則（一九九四年八月初版），第六一頁以下；朱敬一、李念祖合著，基本人權，第三二八至三二九頁。又我國司法院釋字第三八四號解釋理由書明白表示：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

（三）日本憲法上正當法律程序

如前所述，日本在第二次世界大戰敗戰而於昭和二十年（西元一九四五年）八月向聯合國無條件投降，現行憲法乃於當時基於聯合國最高司令官麥克阿瑟將軍所指示³⁷之天皇定位、放棄戰爭及民主革新、廢除封建制度等三項原則進行研議起草而成³⁸。昭和二十一年（西元一九四六年）十一月三日公布之現行日本憲法第三章「國民之權利及義務」（国民の権利及び義務）中，關於人身自由之條文，由第三十一條至第四十條總計達十個條文，均係關於刑事程序保障之規定，所列舉之重要自由權利，包括下列各項³⁹：

- 1.任何人，未經法律所定之程序，不得剝奪其生命、自由或科以其他刑罰⁴⁰。
- 2.任何人，不得被剝奪其接受法院裁判之權利⁴¹。（聽審權）
- 3.任何人，除現行犯被逮捕之場合外，倘未經有權限之司法官吏開具載明犯罪及理由之令狀，不得被逮捕⁴²。
- 4.任何人，未經立即告知理由，且賦予立即選任辯護人之權利，不得予以扣留或拘禁；又任何人，倘無正當理由，不得被拘禁，如有要求，其理由必須立即開示於本人及其辯護人出席之公開法庭⁴³。
- 5.任何人，除第三十三條規定之場合外，其住居所、書類及所持物品，倘

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。惟本號解釋招至不少批評，例如「實質正當之法律程序」一語，易與其保障內容所包攝之「實體之正當」之意義相混淆，且美國憲法上之實質之正當程序（Substantive Due Process），與我國憲法第二十三條之比例原則，係同一概念，故沒有必要引進。其詳，參照在本號解釋中，林永謀、孫森焱二位大法官之協同意見書，刊載於總統府公報，第六〇五六號，第四至四四頁；陳運財著，刑事訴訟與正當之法律程序（一九九八年），第十七頁至十九頁。

³⁷ 按麥克阿瑟元帥亦係根據波茨坦（Posdam）宣言，所揭示之「政府有樹立和平趨勢之責任」、「復活強化民主主義之趨勢」、「基本人權尊重之確立」等原則而指示。其詳參照：<http://www.ndl.go.jp/constitution/gaisetsu/00gaisetsu.html>（国立国会図書館網址，造訪日期：二〇〇七年十月二十五日）；日本国憲法上の誕生／概説－第1章戦争終結と憲法改正の始動。

³⁸ 參照講談社バイリンガル・ブックス(Bilingual Books)編著，英語で読日本国憲法，英文日本大百科事典（一九九七年），第一五六頁以下；白取 祐司著，一事不再理の研究（一九八六年），第二三一頁以下；陳運財著，刑事訴訟與正當之法律程序（一九九八年），第三三頁。

³⁹ 參照 <http://www.ndl.go.jp/constitution/etc/j01.html#3>（国立国会図書館網頁－憲法条文・重要文書，造訪日期：二〇〇七年十月二十五日）。

⁴⁰ 第三十一条【法定手続保障】：何人も、法律(刑事訴訟法等)の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない。

⁴¹ 第三十二条【裁判を受ける権利】：何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。

⁴² 第三十三条【逮捕に対する保障】：何人も、現行犯として逮捕される場合を除いては、権限を有する司法官憲が発し、且つ理由となつてゐる犯罪を明示する令状によらなければ、逮捕されない。

⁴³ 第三十四条【抑留・拘禁に対する保障】：何人も、理由を直ちに告げられ、且つ、直ちに弁護人に依頼する権利を与へられなければ、抑留又は拘禁されない。又、何人も、正当な理由がなければ拘禁されず、要求があれば、その理由は、直ちに本人及びその弁護人の出席する公開の法廷で示されなければならない。

非基於正當理由所簽發，且載明搜索場所及應扣押物之令狀，不得侵入、搜索及扣押。搜索及扣押，必須基於有權限之司法官吏所發之各別令狀為之⁴⁴。

6. 絕對禁止依據公務員之拷問及殘酷而施予刑罰⁴⁵。
7. 所有刑事案件，被告均有接受公平法院迅速公開裁判之權利（公平審判原則、適時審判權利）；刑事被告，應給予其對於所有證人充分詰問之機會（聽證權、聽審權），又被告得為自己利益，要求以公費，利用強制程序要求證人到庭之權利；刑事被告無論在何場合，均有資格委任辯護人，被告無法委任時，國家應替其委任⁴⁶。
8. 任何人，不能強要其為不利於己之供述；藉由強制、拷問或脅迫，或不當長時間扣留或拘禁後所得之自白，不能當證據；任何人，在僅有不利於己之自白為唯一證據之場合，不能被判有罪或科以刑罰⁴⁷。
9. 任何人，於為實行行為時為適法或業已無罪之行為，事後不能追究其刑事責任；又同一犯罪，不得再重複追究其刑事責任⁴⁸。
10. 任何人，於被扣留或拘禁後，受無罪裁判時，可以基於法律規定，請求國家賠償⁴⁹。

由上可知，日本憲法從第三十一條首先揭示法定程序之保障，此外，關於不受非法之侵入住居、逮捕、拘禁、搜索、扣押等所謂強制處分之規定（第三十三條至三十五條）、選任辯護人之權利（第三十四條及第三十七條第三項）、接受公平、迅速、公開審判及聽證之權利（第三十二條、第三十七條第一項）、詰問證人及聲請傳喚證人之權利（第三十七條第二項）、拷問及殘酷刑罰之禁止（第三十六條）、緘默權、自白法則及補強證

⁴⁴ 第三十五條【住居侵入・搜索・押収に対する保障】：1 何人も、その住居、書類及び所持品について、侵入、搜索及び押収を受けることのない権利は、第三十三条の場合を除いては、正当な理由に基いて発せられ、且つ搜索する場所及び押収する物を明示する令状がなければ、侵されない。2 搜索又は押収は、権限を有する司法官憲が発する各別の令状により、これを行ふ。

⁴⁵ 第三十六條【拷問及び残虐な刑罰の禁止】公務員による拷問及び残虐な刑罰は、絶対にこれを禁止する。

⁴⁶ 第三十七條【刑事被告人の諸権利】1 すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する。2 刑事被告人は、すべての証人に対して審問する機会を充分に与へられ、又、公費で自己のために強制的手続により証人を求める権利を有する。3 刑事被告人は、いかなる場合にも、資格を有する弁護人を依頼することができる。被告人が自らこれを依頼することができないときは、国でこれを附する。

⁴⁷ 第三十八條【不利益な供述の強要禁止、自白の証拠能力】1 何人も、自己に不利益な供述を強要されない。2 強制、拷問若しくは脅迫による自白又は不当に長く抑留若しくは拘禁された後の自白は、これを証拠とすることができない。3 何人も、自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられない。

⁴⁸ 第三十九條【刑罰法規の不遡及、二重刑罰の禁止】何人も、実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問はれない。又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問はれない。

⁴⁹ 第四十條【刑事保障】何人も、抑留又は拘禁された後、無罪の裁判を受けたときは、法律(刑事補償法)の定めるところにより、国にその補償を求めることができる。

據法則之規定（第三十八條）、溯及處罰之禁止與二重刑罰之禁止（第三十九條）、冤獄賠償（第四十條）等，均洋洋灑灑詳為列舉，此與近代立憲主義之憲法法典，關於刑事程序之保障通常僅止於規定若干原則性之條款相較，日本憲法對於刑事程序保障之規定，就比較憲法之觀點而言，實為罕見。所以如此，除了是受美國憲法之影響外，復係對於侵害人權狀況之反省，且因舊明治憲法保障人權規定實有不足，再者基於刑事程序中保障人身自由之重要性等因素，為綜合考量所制定而成⁵⁰。

惟有關前揭日本憲法第三十一條「法定程序保障」範圍之解釋，是否相當於上述美國聯邦憲法上之正當法律程序條款，於學理上產生極大爭議，計有程序法定說⁵¹、正當程序法定說⁵²、程序及實體法定說⁵³、正當程序及實體法定說⁵⁴、正當程序及正當實體說⁵⁵等五種學說⁵⁶，而基於過去歷史之反省以及貫徹憲法保障人身自由之本旨，目前正當程序及正當實體說已成為日本通說⁵⁷。因此，日本憲法第三十一條即被理解為是有關法定程序保障（正當法律程序）之總則性規定，而第三十二條至第四十條則為滿足正當法律程序要求之最低限度保障之各論性規定。當然，日本憲法第三十一條與第三十二條以下諸條文之間，雖屬具有總論及各論之關係，但這並非表示第三十一條所保障之正當程序範圍，僅限於第三十二條至第四十條之具體規定而已，因憲法上關於人身自由保障之規定並不具有排他性，且就人權保障之觀點，條文間競合之適用亦無任何相互牴觸可言。是第三十一條所保障之正當法律程序，除第三十二條以下之具體規定外，仍有其獨自之權利內容存在⁵⁸。亦即正當法律程序之實質內涵為何，向來是與時俱進，屬浮動狀態，並非一成不變，例如倘日後日本採行陪審制度，則依大陪審追訴之保障、接受公平陪審審理之權利等，並非不可能成為第三十一條所保障之正當法律程序之內涵⁵⁹。

⁵⁰ 關於日本憲法之所以設有如此詳細而具體之規定，其歷史背景、意義及特徵，參照陳運財著，*刑事訴訟與正當之法律程序*（一九九八年），第二九至三四頁。

⁵¹ 指憲法第三十一條僅係要求程序保留由法律規定。

⁵² 指憲法第三十一條對實體方面雖然完全沒有限制，但在程序方面不僅要求須以法律規定，且必須「正當」。

⁵³ 指憲法第三十一條係指程序和實體兩方面皆須以法律規定，惟不要求法律內容須「正當」。

⁵⁴ 指憲法第三十一條係要求程序和實體兩方面皆須以法律規定，且要求程序方面之內容須有「正當」性。

⁵⁵ 指憲法第三十一條之意旨，除程序與實體兩方面均須以法律明定外，且要求關於程序和實體之內容必須有「正當」性。

⁵⁶ 關於此五種學說，參照田中英夫著，*デエー・フロセス*，東京大學出版會（一九八七年初版），第二八一頁；杉原泰雄著，*人身の自由*，收錄於蘆部信喜編，*憲法Ⅲ人權*(2)（一九七八年），第九一頁以下。又國內較為詳細介紹之文獻，請參照陳運財著，*刑事訴訟與正當之法律程序*（一九九八年），第三四至三八頁。

⁵⁷ 參照杉原泰雄著，*人身の自由*，收錄於蘆部信喜編，*憲法Ⅲ人權*(2)（一九七八年），第九五頁；小林直樹著，*憲法講義*(上)（一九八〇年），第四六八頁。

⁵⁸ 參照杉原泰雄著，*人身の自由*，收錄於蘆部信喜編，*憲法Ⅲ人權*(2)（一九七八年），第九六頁。

⁵⁹ 參照前述美國聯邦憲法第五及第六增補條款之規定。

（四）德國及我國憲法上之法治國原則

如同前述「正當法律程序」是支配美國及日本憲法之主要原則，支配德國基本法適用之主要原則則是我們比較熟悉之「法治國原則」（Rechtsstaatsprinzip）。德國學說即主張，憲法上對於實現國家刑罰權之最重要指導方針即為法治國原則⁶⁰。從法治國原則可以導出諸多下位原則，即對於刑事程序而言，例如個人自由及基本權利之保障、法安定性、罪責原則⁶¹、無罪推定原則、比例原則、實體真實發現原則、符合法定程序之刑事訴訟、法定法官、聽審權、一事不再理⁶²、有效之法律保護、起訴法定原則⁶³、公平審判原則等，皆為法治國原則之基本要求。形式意義之法治國原則，要求行政及司法必須遵守實定法；實質意義之法治國原則，則要求立法必須實現正義並遵守人性尊嚴之誡命⁶⁴。法治國原則之規範功能，首先是立法者於制定具體法律規定時之指導方針；其次則係做為解釋適用實定法之標準⁶⁵，不同於我國大法官對正當法律程序原則適用上之猶豫，大法官們透過基於憲法第二十三條解釋適用所援引之法治國原則及比例原則⁶⁶，可知法治國原則係我國具憲法位階之憲法原則之一，應係毋庸置疑之憲政事實。但不可諱言，由於正當法律程序原則之概念用語，特別標明「程序」應「正當」之特徵，從字面文義看來，相較於法治國原則，該概念對大法官或一般法律適用者，應較有吸引力⁶⁷，且我國留美學界日漸增多，自會受美國法制及理論之影響，因此未來對於正當法律程序之引用，應會與日俱增。惟無論如何，法治國原則下之一事不再理原則之內涵，實與前述美國憲法增補條款之禁止雙重危險原則，及日本憲法之禁止二重刑罰原則相同。準此，本文以下僅以「禁止雙重危險」一詞加以闡明。

⁶⁰ 參照 Hill.in:Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg,1987,Bd.4,§156 Rn.11.〔轉引自何賴傑著，正當法律程序原則—刑事訴訟法上一個新的法律原則？（正當法律程序原則之內涵與落實學術研討會【下】），刊載於憲政時代，第二十五卷，第四期，第四七頁，註六。〕

⁶¹ 以上參照 Badura,aaO.,D 46.（轉引自何賴傑著，前揭文，註七）。

⁶² 按德國基本法第一百零三條第三項規定：「任何人不得因同一行為，而受一般刑法上兩次以上之處罰」。其詳，參照林紀東著，中華民國憲法逐條釋義（第一冊），第一〇五至第一一八頁。

⁶³ 以上參照 Hill.in:Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg,1987,Bd.4,§156 Rn.11;12.（轉引自何賴傑著，前揭文，註八）。

⁶⁴ 參照 Arndt/Rudolf,Oeffentliches Recht,8.Aufl.,Muechen,1991,S.48.（轉引自何賴傑著，前揭文，註九）。

⁶⁵ 參照 Hill.in:Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg,1987,Bd.4,§156 Rn.13;14.（轉引自何賴傑著，前揭文，註十）。

⁶⁶ 到目前為止，大法官們在解釋文或理由書中所援引法治國原則之例，約有司法院釋字第五二五號、第五二〇號、第三三七號（一部不同意見書）、五七七號等解釋；又援引法治國原則下所導出之比例原則之例，略有司法院釋字第五六八號、第五六四號、五五八號、第五五四號、第五五三號、第五五一號、第五四四號、第五四三號、第五四二號、第五三五號、第五二八號、第五二三號、第五一七號、第五一五號、第五一二號、第五一〇號、第五〇九號、第五〇七號、第四九〇號、第四八九號、第四八七號、第四七六號、第四七一號、第四六五號、第四六二號、第四五六號、第四五二號、第四四五號、第四四〇號、第四三六號、第四二八號、第四一四號、第四〇九號、五七七號等解釋，可以說是司法院大法官解釋之常客。

⁶⁷ 參照何賴傑著，正當法律程序原則—刑事訴訟法上一個新的法律原則？（正當法律程序原則之內涵與落實學術研討會【下】），刊載於憲政時代，第二十五卷，第四期，第三六頁。

二、我國憲法上之正當法律程序

由上開美國及日本憲法上正當法律程序之初步介紹，可知此一憲法上之原則又可分為實質之正當程序（Substantive Due Process）及程序之正當程序（Procedural Due Process）。前者著重在限制立法者制定法律之實質內容不得違背公平，法院可以審查立法者所制定之法律實質內容是否符合正當法律程序；後者著眼於行政、立法、司法機關限制或剝奪生命、自由、財產時，應遵循如何程序方為正當之問題。換言之，正當法律程序不僅是指公平合理之行政、立法及司法程序，亦兼指公平合理之法律。可知此原則不僅係針對程序方面，甚且包括法律之內容及其目的是否符合公平正義及正當合理。故正當法律程序實係國家行使一切權力，及侵害或限制人民權利均須遵循之憲法原則。然而我國憲法並無類似美國及日本憲法上所謂「正當法律程序」之明白規定，則在我國是否有此原則之適用？此向為學者所探討之難題之一⁶⁸。就此，本文即針對正當法律程序原則在我國法制上之實踐及其在我國憲法上之依據加以扼要說明，期能釐清此一原則在我國之適用問題，俾有助於強化本文論述之基礎。

（一）正當法律程序在我國法制上之實踐

憲法第八條第一項規定：「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。」上開「依法定程序」究何所指？又憲法第十六條規定：「人民有．．．訴訟之權。」此處所稱之訴訟權內涵為何？正當法律程序（尤其是其內涵之一之禁止雙重危險）在我國憲法可否找到依據？由憲法第八條第一項規定，再配合憲法第九條、刑事訴訟法第一條，及司法院釋字第一六六、二五一號解釋整體觀察，是否僅可導出「人身自由之剝奪或限制，才須受到正當法律程序原則之限制」？我國大法官們在受到美國法制重視程序保障之影響下，並且參酌法制相近之鄰國日本之實踐，引進前述正當法律程序之概念，藉由個案之聲請，不斷以大法官會議作成解釋，或以協同或不同意見書方式表達看法，而相關解釋為數不少，在此僅擇其要者臚列如下並加以說明。

I．正當法律程序之醞釀

在早期針對人身自由之保障，與正當法律程序原則之概念有關者，主要之大法官解釋為釋字第一六六號、第二五一號解釋，說明如下：

⁶⁸參照葉俊榮著，環境行政的正當法律程序，第五四頁以下；林子儀著，人身自由與檢察官之羈押權（人身自由與強制處分權之探討研討會），刊載於憲政時代，第二十一卷，第二期，第一七頁以下（其中第二三頁中亦述及：「當我們了解到正當之法律程序對基本人權保障的重要性時，我們卻苦於如何在我國現行憲法中找到建立正當之法律程序的基礎。」）

釋字第一六六號解釋文及理由書⁶⁹略以：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，憲法第八條第一項定明文。是警察機關對於人民僅得依法定程序逮捕或拘禁，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。．．．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。又釋字第二五一號解釋文及理由書⁷⁰對此則補充略以：違警罰法規定由警察官署裁決之拘留、罰役，係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，以符憲法第八條第一項之本旨，業經本院．．．作成釋字第一六六號解釋在案。依違警罰法第二十八條規定所為「送交相當處所，施以矯正或令其學習生活技能」之處分，同屬限制人民之身體自由，其裁決由警察官署為之，亦與憲法第八條第一項之本旨不符，應與拘留、罰役之裁決程序，一併改由法院依法定程序為之。

此二號解釋認違警罰法所規定有關拘留、罰役由警察官署裁決之規定，以及其他關於限制人民身體、自由之處分，其裁決由警察官署為之之規定，應改由法院依「法定程序」為之，實係屬正當法律程序原則之體現，只是大法官們未明白套用 Due Process of Law 之用語而已。可見正當法律程序之概念當時已在我國醞釀中。

II．特別權力關係之突破

大法官們對於特別權力關係之突破，與正當法律程序有關者，略有釋字第一八七號、第二〇一號、第二四三號、第二六六號、第二九八號、第三一二號、第三二三號、第三三八號、第三八二號、第四八三號、第四九一號、第五六三號等解釋，分述如下：

釋字第一八七號解釋⁷¹、第二〇一號解釋⁷²認為：公務人員依法辦理退休請領退休金，乃行使法律基於憲法規定所賦予之權利，應受保障。其向原服務機關請求核發服務年資或未領退休金之證明，未獲發給者，在程序上非不得依法提起訴願或行政訴訟。釋字第二四三號解釋⁷³認為：中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務員所為之免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利，受處分之公務員自得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權。該公務員已依法向該管機關申請復審及向銓敘機關申請再復審或以類此之程序謀求救濟者，相當於業經訴願、再訴願程序，如仍有不服，應許其提起行政訴訟，方符有權利即有救濟之法理。釋

⁶⁹ 參照司法院大法官會議解釋續編（一），第一八八頁，解釋日期為六十九年十一月七日。

⁷⁰ 參照司法院公報，第三十二卷，第三期，第三頁，解釋日期為七十九年一月十九日。

⁷¹ 參照司法院大法官會議解釋續編（二），第一二六頁，解釋日期為七十三年五月十八日。

⁷² 參照司法院大法官會議解釋續編（三），第七二頁，解釋日期為七十五年一月三日。

⁷³ 參照司法院大法官會議解釋續編（四），第一八一頁，解釋日期為七十八年七月十九日。

字第二六六號解釋⁷⁴則謂：依公務人員考績法所爲之免職處分，因改變公務員身分關係，直接影響人民服公職之權利，依本院釋字第二四三號解釋，得許受處分之公務員提起行政訴訟。對於未改變公務員身分之其他考績結果有所不服，仍不許以行政訴訟請求救濟。惟公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定爲財產上之請求而遭拒絕者，影響人民之財產權，得依法提起訴願或行政訴訟。釋字第二九八號解釋⁷⁵認爲：關於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，受處分人得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服，由該司法機關就原處分是否違法或不當加以審查，以資救濟。有關法律，應依上述意旨修正之。本院釋字第二四三號解釋應予補充。至該號解釋，許受免職處分之公務員提起行政訴訟，係指受處分人於有關公務員懲戒及考績之法律修正前，得請求司法救濟而言。釋字第三一二號解釋⁷⁶略以：公務人員之公法上財產請求權，遭受損害時，得依訴願或行政訴訟程序請求救濟。公務人員退休，依據法令規定請領福利互助金，乃爲公法上財產請求權之行使，如有爭執，自應依此意旨辦理。釋字第三二三號解釋⁷⁷略謂：各機關擬任之公務人員，經人事主管機關任用審查，認爲不合格或降低原擬任之官等者，於其憲法所保障服公職之權利有重大影響，如經依法定程序申請復審，對復審決定仍有不服時，自得依法提起訴願或行政訴訟，以謀求救濟。釋字第三三八號解釋⁷⁸復謂：主管機關對公務人員任用資格審查，認爲不合格或降低原擬任之官等者，於其憲法所保障服公職之權利有重大影響，公務員如有不服，得依法提起訴願及行政訴訟，業經本院釋字第三二三號解釋釋示在案。其對審定之級俸如有爭執，依同一意旨，自亦得提起訴願及行政訴訟。又針對足以改變學生身分並損及其受教育之機會之問題，釋字第三八二號解釋⁷⁹作成如下說明：各級學校依有關學籍規則或懲處規定，對學生所爲退學或類此之處分行爲，足以改變學生身分並損及其受教育之機會，自屬對人民憲法上受教育之權利有重大影響，此種處分行爲應爲訴願法及行政訴訟法上之行政處分。受處分之學生於用盡校內申訴途徑，未獲救濟者，自得依法提起訴願及行政訴訟，以符憲法保障人民受教育之權利及訴訟權之意旨。

上開解釋突破「特別權力關係」之傳統見解，倘國家之行政作爲使公務員及學生之基本權利受侵害時，亦即足以改變公務員身分或於其憲法所保障服公職之權利有重大影響，或足以改變學生身分並損及其受教育之機會，對人民憲法上受教育權利有重大影響之處分，均應給予司法救濟途徑，此亦屬「正當法律程序」原則之實踐，蓋如本文前揭美國及日本憲法

⁷⁴ 參照司法院公報，第三十二卷，第十一期，第三頁，解釋日期為七十九年十月五日。

⁷⁵ 參照司法院公報，第三十四卷，第七期，第一頁，解釋日期為八十一年六月十二日。

⁷⁶ 參照司法院公報，第三十五卷，第三期，第一頁，解釋日期為八十二年一月二十九日。

⁷⁷ 參照司法院公報，第三十五卷，第八期，第二九頁，解釋日期為八十二年六月十八日。

⁷⁸ 參照司法院公報，第三十六卷，第四期，第二四至二七頁，解釋日期為八十三年二月二十五日。

⁷⁹ 參照總統府公報，第六〇四五號，第十至十四頁，解釋日期為八十四年六月二十三日。

正當法律程序之介紹，及吾人對於訴訟權內涵之瞭解⁸⁰，正當法律程序之內涵包括「審判過程以公開為原則」及「對裁判不服提供審級救濟」二者（釋字第三八四號解釋理由書參照）。因之，上開突破「特別權力關係」之解釋，使公務員及學生之基本權利受侵害時，可依司法循求救濟，實係要求國家行為須符合正當法律程序前揭內涵之緣故。

上述關於對公務員及學生之處分，亦應遵守正當法律程序要求之見解，在其後之下列大法官解釋，可得到印證：

釋字第四九一號解釋⁸¹認為：對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度予以保障。另吳庚大法官在釋字第四九一號解釋提出協同意見書⁸²，詳細說明免職處分與正當法律程序之關係，略謂：對公務員記兩大過免職等懲處處分屬於典型之「限制或剝奪人民自由之行政處分」（參照行政程序法第一〇二條），凡法律所規定作成單方行政行為時給予相對人之程序之保障，諸如通知處分相對人陳述意見或舉行聽證（即言詞辯論）、受處分人得委任代理人及閱覽卷宗、並得主張事實或提出證據、懲處處分書應記明事實、理由及其法令依據、其得提起行政爭訟者並須有教示救濟方法之記載等均應切實踐行，方符現代法治國家程序保障之要求，亦為本院歷來釋示正當法律程序旨趣之所在（參照釋字第三八四號、第三九六等號解釋）。無如行政程序法在立法院審議時，未經專業上深思熟慮之判斷，即增設行政院原提案所無之除外條款（該法第三條），且達八種之多，內容並非妥適⁸³，其第二項第七款所稱：「對公務員所為之人事行政行為」顯係囿於舊日「特別權力關係」之說法，欲將行政程序侷限於所謂「一般權力關係」之事項，殊不知人事行政行為之無行政程序法之適用者，充其量僅能限於未限制或剝奪公務員服公職之基本權事項，例如職位陞遷、調動、任務指派等而已。目前行政程序法尚未施行，各級機關切勿以民國九十年一月一日該法實施後，依新法推翻舊解釋之理，排除本解釋之適用，因為本解釋乃憲法位階之釋示，任何法律不得與之對抗也。再者，有關機關未來研擬修改公務人員考績法規之際允宜以前瞻之思維，對記過以上之懲處均踐行正當法律程序⁸⁴，不必僅限於免職處分，蓋本解釋未及於免職

⁸⁰ 參照邱忠義著，由憲法正當法律程序原則論刑事訴訟預備與選擇合併制度，私立輔仁大學法律研究所碩士論文（二〇〇四年十一月），第七二頁以下。

⁸¹ 參照總統府公報，第六三一〇號，第四至二一頁，解釋日期為八十八年十月十五日。

⁸² 參照總統府公報，第六三一〇號，第四至二一頁，解釋日期為八十八年十月十五日。

⁸³ 參照吳庚著，行政法之理論與實用，增訂五版，第十五章第六節。

⁸⁴ 按此項「對記過以上之懲處均踐行正當法律程序」之見解，與此有關者，乃釋字第四八三號解釋，其謂：公務人員依法銓敘取得之官等俸級，非經公務員懲戒機關依法定程序之審議決定，不得降級或減俸，此乃憲法上服公職權利所受之制度性保障，亦為公務員懲戒法第一條、公務人員保障法第十六條及公務人員俸給法第十六條之所由設。公務人員任用法第十八條第一項第

以外之懲處處分者係針對聲請標的而為之故。

又有關大學對學生所為退學或類此之處分，必須踐行正當法律程序之見解，亦在大法官們所為之釋字第五六三號解釋⁸⁵中得到印證，大法官們認為：學生之學習權及受教育權，國家應予保障（教育基本法第八條第二項）。大學對學生所為退學或類此之處分，足以改變其學生身分及受教育之權利，關係學生權益甚鉅（司法院釋字第三八二號解釋參照）。大學依其章則對學生施以退學處分者，有關退學事由及相關內容之規定自應合理妥適，其訂定及執行並應踐履正當程序。

Ⅲ．保障人民訴訟權免受不當限制

針對人民訴訟權免於受不當限制之保障，大法官們作了釋字第二二〇號、第二二四號、第二七三號、第二八八號、第三二一號及第四三九號等解釋，說明如下：

釋字第二二〇號解釋⁸⁶意旨略以：動員戡亂期間勞資糾紛處理辦法第八條前段規定：「勞資評斷委員會之裁決，任何一方有不服從時，主管機關得強制執行。」係指當事人不依裁決意旨辦理時，該管行政機關得依法為行政上之執行而言，如有爭議，仍得依法定程序請求救濟。是前開規定並未限制人民之訴訟權，與憲法尚無牴觸。釋字第二二四號解釋⁸⁷略謂：稅捐稽徵法關於申請復查，以繳納一定比例之稅款或提供相當擔保為條件之規定，使未能繳納或提供相當擔保之人，喪失行政救濟之機會，係對人民訴願及訴訟權所為不必要之限制，且同法又因而規定，申請復查者，須於行政救濟程序確定後始予強制執行，對於未經行政救濟程序者，亦有欠公平，與憲法第七條、第十六條、第十九條之意旨有所不符。釋字第二七三號解釋⁸⁸則謂：內政部於中華民國六十八年五月四日修正發布之都市計畫樁測定及管理辦法第八條後段「經上級政府再行複測決定者，不得再提異議」之規定，足使人民依訴願法及行政訴訟法提起行政救濟之權利受其限制，就此部分而言，與憲法第十六條之意旨不符，應不予適用。釋字第二八八號解釋⁸⁹另謂：中華民國七十九年一月二十四日修正前之貨物稅條

三款前段規定（按此為舊法）：「經依法任用人員，除自願者外，不得調任低一官等之職務；在同官等內調任低職等職務者，仍以原職等任用」，有任免權之長官固得據此將高職等之公務人員調任為較低官等或職等之職務；惟一經調任，依公務人員俸給法第十三條第二項及同法施行細則第七條之規定，此等人員其所敘俸級已達調任職等年功俸最高級者，考績時不再晉敘，致高資低用人員縱於調任後如何戮力奉公，成績卓著，又不論其原敘職等是否已達年功俸最高級，亦無晉敘之機會，則調任雖無降級或減俸之名，但實際上則生類似降級或減俸之懲戒效果，與首開憲法保障人民服公職權利之意旨未盡相符。此號解釋並未直接引用正當法律程序一詞，僅說明公務人員依法銓敘取得之官等俸級，非經公務員懲戒機關『依法定程序』之審議決定，不得降級或減俸，此處所稱之依法定程序，是否意謂因未改變其公務員之身分，故與正當法律程序原則無涉？

⁸⁵參照司法周刊，第一一四四期，第一及四版，解釋日期為九十二年七月二十五日。

⁸⁶參照司法院大法官會議解釋續編（四），第二六頁，解釋日期為七十六年十二月二十三日。

⁸⁷參照司法院大法官會議解釋續編（四），第五二頁，解釋日期為七十七年四月二十二日。

⁸⁸參照司法院公報，第三十三卷，第三期，第十五頁，解釋日期為八十年二月一日。

⁸⁹參照司法院公報，第三十四卷，第一期，第二八頁，解釋日期為八十年十二月十三日。

例第二十條第三項：「受處分人提出抗告時，應先向該管稅務稽徵機關提繳應納罰鍰或其沒入貨價之同額保證金，或覓具殷實商保」之規定，使未能依此規定辦理之受處分人喪失抗告之機會，係對人民訴訟權所為不必要之限制，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨有所牴觸。釋字第三二一號解釋⁹⁰則謂：中華民國七十五年六月二十九日修正公布之關稅法第二十三條之規定，使納稅義務人未能按海關核定稅款於期限內全數繳納或提供相當擔保者，喪失行政救濟之機會，係對人民訴訟權所為不必要之限制，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨有所牴觸。釋字第四三九號解釋⁹¹又重申：海關緝私條例第四十九條：「聲明異議案件，如無扣押物或扣押物不足抵付罰鍰或追徵稅款者，海關得限期於十四日內繳納原處分或不足金額二分之一保證金或提供同額擔保，逾期不為繳納或提供擔保者，其異議不予受理」之規定，使未能於法定期限內繳納保證金或提供同額擔保之聲明異議人喪失行政救濟之機會，係對人民訴願及訴訟權利所為不必要之限制，與憲法第十六條所保障之人民權利意旨牴觸，應不再適用。

上開諸解釋，旨在保障人民之訴訟權免於受不當限制，參照前揭美國及日本憲法正當法律程序之介紹及吾人對於訴訟權內涵之理解（正當法律程序之內涵包括「對裁判不服提供審級救濟」）⁹²，雖大法官們並未說明各該聲請案件所涉及之事項與正當法律程序有關，但上開解釋實已蘊含有「正當法律程序」之意涵，應屬無庸置疑。

IV．正當法律程序概念之引借

大法官們正式引進正當法律程序之釋示，重要者有釋字第二七一號解釋不同意見書、釋字第三八四號解釋及第三九二號解釋，分析如下：

釋字第三八四號解釋可以說是我國大法官們第一次正式引借正當法律程序此一原則之概念，並使之具有我國憲法之地位，實則，此一解釋可以說參考釋字第二七一號解釋吳庚大法官之不同意見書而來，釋字第二七一號解釋不同意見書⁹³提及：憲法第八條第一項就人身自由之保障作原則性之宣示，其所稱：「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。」上述憲法條文至少涵蓋下列原則：(1)刑事被告利益之保障在一定限度內乃憲法保留（Verfassungsvorbehalt）範圍，除現行犯之逮捕，委由法律加以規定外（即法律保留 Gesetzesvorbehalt），本項所舉之其他事項縱令法律亦不得與之牴觸，此乃違警罰法雖屬憲法第二十三條所指之法律，仍為本院釋字第一六六號及釋字第二五一號宣告限制人身自由之違警罰

⁹⁰ 參照司法院公報，第三十五卷，第八期，第十五頁，解釋日期為八十二年六月十八日。

⁹¹ 參照總統府公報，第六一九二號，第五至六頁，解釋日期為八十六年十月三十日。

⁹² 參照邱忠義著，由憲法正當法律程序原則論刑事訴訟預備與選擇合併制度，私立輔仁大學法律研究所碩士論文（二〇〇四年十一月），第七二頁以下。

⁹³ 參照司法院公報，第三十三卷，第二期，第七頁，解釋日期為七十九年十二月二十日。

為違憲之主要理由。(2)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。(3)逮捕、拘禁、審問、處罰須遵守法定程序。(4)對於違反法定程序之行為，提供人民一項消極之防衛權利（*ein negatives Abwehrrecht*），此即修文所稱「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。已正式在不同意見書論述此一原則，實具拋磚引玉之功效。

準此，在釋字第三八四號解釋之聲請案，大法官們終於找到一個契機⁹⁴，放膽作成相當出名之釋字第三八四號解釋⁹⁵，其解釋文略以：憲法第八條第一項規定：「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。」其所稱「依法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。檢肅流氓條例第六條及第七條授權警察機關得逕行強制人民到案。無須踐行必要之司法程序；第十二條關於秘密證人制度，剝奪被移送裁定人與證人對質詰問之權利，並妨礙法院發見真實；第二十一條規定使受刑之宣告及執行者，無論有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之虞，均逾越必要程度，欠缺實質正當，與首開憲法意旨不符。又同條例第五條關於警察機關認定為流氓並予告誡之處分，人民除向內政部警政署聲明異議外，不得提起訴願及行政訴訟，亦與憲法第十六條規定意旨相違。

而本號理由書更為精彩，略謂：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

⁹⁴實則，在釋字第一六六號解釋及第二五一號解釋時已有此契機，惟因時空因素而錯失此一機會，而當本案機會一來，大法官們即把握良機，不再錯過。

⁹⁵參照總統府公報，第六〇五六號，第四至四四頁，解釋日期為八十四年七月二十八日。

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。現行檢肅流氓條例之制定，其前身始於戒嚴及動員戡亂時期而延續至今，對於社會秩序之維護，固非全無意義，而該條例（指現行法，下同）第二條所列舉之行為，亦非全不得制定法律加以防制，但其內容應符合實質正當之法律程序，乃屬當然。

同條例第二十一條關於受感訓處分人其行為同時觸犯刑事法律者之執行規定，使受刑之宣告及執行之人，不問有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之危險。又同一行為觸犯刑事法者，依刑法之規定，刑事審判中認須施予保安處分者，於裁判時併宣告之（參照刑法第九十六條）已有保安處分之處置。感訓處分為刑法及保安處分執行法所定保安處分以外之處分，而受感訓處分人，因此項處分身體自由須受重大之限制，其期間又可長達三年，且依上開規定，其執行復以感訓處分為優先，易造成據以裁定感訓處分之行為事實，經警察機關以同時觸犯刑事法律，移送檢察機關，檢察官或法院依通常程序為偵查或審判，認不成立犯罪予以不起訴處分或諭知無罪，然裁定感訓處分之裁定已經確定，受處分人亦已交付執行，雖有重新審理之規定（同條例第十六條第一項第七款），但其喪失身體自由之危險，已無從彌補。凡此均與保障人民身體自由、維護刑事被告利益久經樹立之制度，背道而馳。檢肅流氓條例上開規定，縱有防止妨害他人自由，維護社會秩序之用意，亦已逾越必要程度，有違實質正當，自非憲法之所許。

綜觀上開解釋，約可歸結出如下五要點⁹⁶：

- A. 憲法第八條所定「依法定程序」，與美國聯邦憲法上所謂「非經正當法律程序」之規定相符，其適用範圍涵蓋程序正當與實質正當。其理由書更謂實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容。
- B. 正當法律程序原則之適用，不以法院為限，亦不限於刑事訴訟或其相關

⁹⁶參照郭介恆著，正當法律程序，收錄於憲法體制與法治行政（城仲模教授六秩華誕祝壽論文集），憲法第二冊（一九九八年八月初版），第一五五至一五六頁，及其註八四至八八；陳運財著，刑事訴訟與正當之法律程序（一九九八年），第十七頁至十九頁。

之程序。凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定。既然指「國家機關」，故並未限定正當法律程序原則僅適用於法院或司法程序。

- C.正當法律程序之實質正當係指法律所定內容欠缺正當性，解釋理由書中所提：「檢肅流氓條例上開規定，縱有防止妨害他人自由，維護社會秩序之用意，亦已逾越必要程度，有違實質正當，自亦為憲法所不許。」與憲法第二十三條所定比例原則相當，並與美國聯邦最高法院所採手段與欲達成之目的間需有相當合理關連⁹⁷之論證相符。
- D.本解釋理由書列舉程序法上應踐行之實質正當，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、同一行為不得重複處罰、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，在比較法上，似乎均屬正當法律程序中之程序正當問題。
- E.同一行為不得重複處罰（即禁止雙重危險）屬憲法地位之正當法律程序之內涵之一；而對感訓處分為實質之刑罰，其與刑法之宣告及執行相同，均有喪失人身自由之虞，有禁止雙重危險原則之適用。

又本號解釋雖然招致不少質疑⁹⁸，其中最主要的是美國憲法上之實質之正當程序（Substantive Due Process），其內涵是指法律須為達成合法目的之合理手段，且須為對人民權利限制最少者，又法律規定須明確，俾使人民有預測可能性⁹⁹。此與我國憲法第二十三條之「比例原則」，及「法律明確性原則」係屬同一概念，蓋比例原則¹⁰⁰之內涵包括適當性（即有效性，指國家機關所採取之手段，必須有助於目的之達成）、必要性（指國家機關就多種有效之方法中，僅能選擇傷害最小者，且是否必要性並非裁量問題，而是法律規定）及狹義比例性（指國家機關行為所造成之傷害，不得與欲達成之結果顯不成比例）三原則¹⁰¹；而法律明確性原則乃指法

⁹⁷ 參照郭介恆著，正當法律程序，收錄於憲法體制與法治行政（城仲模教授六秩華誕祝壽論文集），憲法第二冊（一九九八年八月初版），第一四二至一四三頁。

⁹⁸ 例如，「實質正當之法律程序」一語，易與其保障內容所包攝之「實體之正當」之意義相混淆，及美國憲法上之實質之正當程序（Substantive Due Process），沒有必要引進我國，蓋與我國憲法第二十三條之比例原則係同一概念。其詳，參照在本號解釋中，林永謀、孫森焱二位大法官之協同意見書，刊載於總統府公報，第六〇五六號，第四至四四頁；陳運財著，刑事訴訟與正當之法律程序（一九九八年），第十七頁至十九頁。

⁹⁹ 參照郭介恆著，正當法律程序，收錄於憲法體制與法治行政（城仲模教授六秩華誕祝壽論文集），憲法第二冊（一九九八年八月初版），第一四二至一四三頁。

¹⁰⁰ 比例原則係源自於法治國原則，具憲法位階之地位，得用以約束立法、行政、司法機關，以避免各該權力行使之恣意與逾越，是為調和公益與私利，達到實質正義之理性思考下之法則。有關法治國原則，參照本文前揭「德國及我國憲法上之法治國原則」部分之論述。

¹⁰¹ 參照李震山著，行政法導論（一九九七年九月初版），第八〇至八二頁。

治國家之法律應具有預見可能性、衡量可能性及審查可能性¹⁰²。此二原則與實質之正當程序（Substantive Due Process）之內涵相近，故實在沒有在比例原則之外，另行引進此概念之必要。

有鑑於此，此後之釋字第三九二號解釋¹⁰³似乎有意避開上述之質疑和批評，此號解釋文認為：憲法第八條第一項、第二項所規定之「審問」，係指法院審理之訊問，其無審判權者既不得為之，則此兩項所稱之「法院」，當指有審判權之法官所構成之獨任或合議之法院之謂。法院以外之逮捕拘禁機關，依上開憲法第八條第二項規定，應至遲於二十四小時內，將因犯罪嫌疑被逮捕拘禁之人民移送該管法院審問。是現行刑事訴訟法第一百零一條、第一百零二條第三項準用第七十一條第四項及第一百二十條等規定，於法院外復賦予檢察官羈押被告之權；同法第一百零五條第三項賦予檢察官核准押所長官命令之權；同法第一百二十一條第一項、第二百五十九條第一項賦予檢察官撤銷羈押、停止羈押、再執行羈押、繼續羈押暨其他有關羈押被告各項處分之權，與前述憲法第八條第二項規定之意旨均有不符。其理由書則謂：憲法第八條關於行使逮捕、拘禁、審問、處罰權限之規定具有憲法保留（Verfassungsvorbehalt）之性質，同條第二項前段之「法院」究何涵義，既如上述，自無所謂倘已符合正當程序，檢察官亦得擁有刑事訴訟法之羈押權問題。

綜觀本號解釋，其解釋理由並未再直接從憲法第八條第一項「正當法律程序」之觀點切入，而是基於該條文體例之整體涵義，認為同條第二項前段所謂的「法院」，係指具有審判權之狹義法院，故檢察官不得逕行決定羈押犯罪嫌疑人之處分。而該解釋雖未就「正當程序」之意涵更予闡釋，但仔細推敲之下，可以發現大法官們似乎認為，憲法第八條第一項、第二項係以「憲法保留」之方式，就刑事訴訟程中之人身自由之剝奪或限制，亦即行使逮捕、拘禁、審問、處罰時，如何程序方為正當，已經作成判斷時，大法官即應予尊重，不再衡量刑事訴訟法有關規定是否合乎「程序上正當程序」，從而使檢察官亦擁有可羈押權¹⁰⁴。簡言之，因為由憲法本身之文義解釋，即可導出「憲法第八條第一項、第二項所規定之審問，係指法院審理之訊問，而檢察官並無審判權，並非狹義之法院¹⁰⁵，自無羈押決定權」之結論，因此已經可由文義解釋解決此一問題，無須再畫蛇添足，引用正當法律程序此一概念之必要。此種解釋方法，並不是說檢察官行使刑事訴訟法上之職權，不須遵守正當法律程序，反而是檢察官行使偵查、追訴等職權時，更應該遵守該原則，例如與本文有關的，倘同一行為業經不起訴或裁判確定，均不能再行追訴，否則有違禁止雙重危險之正當法律

¹⁰² 參照本文後述「比例原則與法律明確性原則及實質之正當程序」部分之說明。

¹⁰³ 參照統府公報，第六〇八二號，第四至十七頁，解釋日期為八十四年十二月二十二日。

¹⁰⁴ 參照湯德宗著，論憲法上的正當程序保障（正當法律程序原則之內涵與落實學術研討會【下】），刊載於憲政時代，第二十五卷，第四期，第九頁。

¹⁰⁵ 參照史慶璞著，法院組織法新論（二〇〇〇年四月），第二八頁。

程序之憲法上要求，乃屬當然。

V．正當法律程序一詞之使用

按大法官們首次使用「正當法律程序」原則一詞者，出現在釋字第三九六號解釋，其解釋理由書¹⁰⁶略謂：憲法第十六條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨不符。本院釋字第二四三號解釋所謂有權利即有救濟之法理，即在指明人民訴請法院救濟之權利為訴訟權保障之核心內容，不容剝奪。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。而憲法所稱之司法機關，就其狹義而言，係指司法院及法院（包括法庭），而行使此項司法權之人員為大法官與法官。公務員懲戒委員會掌理公務員之懲戒事項，屬於司法權之行使，並由憲法上之法官為之。惟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，包括組織與名稱，且懲戒案件之審議，亦應本諸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。

按本號解釋為首次使用「正當法律程序」原則一詞之大法官解釋，值得注意，除宣示人民訴訟權之保障應本於「正當法律程序」原則外，重要的是，本號解釋似乎亦在宣示因正當法律程序之內涵包括「審判過程以公開為原則」，「對裁判不服提供審級救濟」（參前揭釋字第三八四號解釋理由書），而此正屬訴訟權之內涵（「受公平適時審判之權利」、「依法定程序提起訴訟之權利」）¹⁰⁷。依此，可見憲法第十六條所規定人民有訴訟之權，亦屬正當法律程序之各論性規定，亦即正當法律程序原則屬總則性之原則，第八條以下屬於各論性規定¹⁰⁸！

VI．保障人民之聽證或聽審機會

¹⁰⁶ 參照總統府公報，第六〇八九號，第四至三五頁，解釋日期為八十五年二月二日。

¹⁰⁷ 參照邱忠義著，由憲法正當法律程序原則論刑事訴訟預備與選擇合併制度，私立輔仁大學法律研究所碩士論文（二〇〇四年十一月），第七二頁以下。

¹⁰⁸ 這樣的理解，並非本文所獨創，而是參考日本憲法第三十一條被通說理解為是有關法定程序保障（正當法律程序）之總則性規定，而第三十二條至第四十條則為滿足正當法律程序要求之最低限度保障之各論性規定而來。其詳參照本文前揭「日本憲法上正當法律程序」部分之介紹，及邱忠義著，由憲法正當法律程序原則論刑事訴訟預備與選擇合併制度，私立輔仁大學法律研究所碩士論文（二〇〇四年十一月），第七二頁以下。

聽證權為正當法律程序之內涵已如前述，例如釋字第三八四號解釋理由書（當事人有與證人對質或詰問證人之權利）、釋字第三九六號解釋（對審及辯護制度，最後陳述之機會）及釋字第四九一號解釋吳大法官協同意見書（通知處分相對人陳述意見或舉行聽證【即言詞辯論】、受處分人得委任代理人及閱覽卷宗、並得主張事實或提出證據），此外，有關人民聽證或聽審機會之保障，亦有大法官會議釋字第四〇九號解釋、釋字第四一八號解釋、釋字第五八二號解釋可憑，說明如次：

釋字第四〇九號解釋理由書¹⁰⁹明白宣示：徵收土地對人民財產權發生嚴重影響，舉凡徵收土地之各項要件及應踐行之程序，法律規定應不厭其詳。有關徵收目的及用途之明確具體、衡量公益之標準以及徵收急迫性因素等，均應由法律予以明定，俾行政主管機關處理徵收事件及司法機關為適法性審查有所依據。尤其於徵收計畫確定前，應聽取土地所有權人及利害關係人之意見，俾公益考量與私益維護得以兼顧，且有促進決策之透明化作用。而釋字第四一八號解釋¹¹⁰則認為：憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利。至於訴訟救濟，究應循普通訴訟程序抑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。道路交通管理處罰條例第八十七條規定，受處分人因交通違規事件，不服主管機關所為之處罰，得向管轄地方法院聲明異議；不服地方法院對聲明異議所為之裁定，得為抗告，但不得再抗告。此項程序，既已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨尚無抵觸。

上開二號解釋關於「尤其於徵收計畫確定前，應聽取土地所有權人及利害關係人之意見」及「此項程序，既已給予當事人申辯及提出證據之機會」之見解，旨在宣示國家徵收私人土地，或交通違規事件處罰之救濟，均應給予當事人有聽證或聽審¹¹¹之機會，此項見解，實在宣示正當法律

¹⁰⁹ 參照總統府公報，第六一一〇號，第三至十三頁，解釋日期為八十五年七月五日。

¹¹⁰ 參照總統府公報，第六一三八號，第三至九頁，解釋日期為八十五年十二月二十日。

¹¹¹ 按所謂聽審權（*rechtliches Gehör*），係法治國原則底下之原則，基於德國基本法第一〇三條第一項聽審權規定，法院於刑事訴訟，有踐行聽審程序之義務。即刑事法院必須於程序上，賦予訴訟關係人有陳述、說明或提出聲請之機會；於訴訟關係人有所聲請或陳述時，法院尚須聽取其陳述，並於個案判斷時，實際上予以考慮，且於法院判決理由內，明示法官對此之法律意見。另基於聽審權，被告亦得享有受國家偵審機關告知或通知攸關其訴訟勝敗之各種資訊之權利。又基本上，聽審權之程序功能，主要是在保障被告訴訟主體地位，就此點而言，與正當法律程序所要求之聽證之程序功能，應屬相同。然就正當法律程序原則尚且包括國家偵查機關之偵查行為（例如拘提逮捕應符合司法程序）而言，其概念內涵顯然比聽審權制度廣泛得多。其詳，參照何賴傑著，正當法律程序原則—刑事訴訟法上一個新的法律原則？（正當法律程序原則之內涵與落實學術研討會【下】）刊載於憲政時代，第二十五卷，第四期，第三六至三七頁；林鈺雄著，變更起訴法條與突襲性裁判，刊載於刑事法系列研討會（一）—如何建立一套適合我國國情的刑事訴訟制度，第十八至二一頁；陳榮宗著，審問請求權，刊載於司法周刊，第一一七八期，第二、三版（陳教授該文章雖針對民事訴訟而論，惟其基於對德國及日本憲法之認知，針對審問請求權即聽審權【聽證權】歸納有下列內容：受通知訴訟之權利、能提出自己之

程序所要求之聽證(hearing)，及法治國原則底下之聽審(rechtliches Gehör)之程序功能，誠值贊同¹¹²。

又釋字第五八二號解釋¹¹³則是認為刑事共同被告於其他共同被告案件具有證人適格，是刑事被告對於其他共同被告亦得行使詰問權，否則即與正當法律程序有違。此號解釋進而認定最高法院三十一年上字第2423號及四十六年台上字第四一九號判例違憲，雖引起最高法院法官之反彈，惟大法官們貫徹正當法律程序之堅持，仍值肯定。

VII·人身自由保護之嚴格標準

按前揭釋字第三八四號解釋認為凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，均有正當法律程序原則之適用。此主張在之後之釋字第四三六號解釋¹¹⁴得到貫徹，認為：憲法第八條第一項規定，人民身體之自由應予保障，非由法院依法定程序不得審問處罰；憲法第十六條並規定人民有訴訟之權。現役軍人亦為人民，自應同受上開規定之保障。又憲法第九條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判」，乃因現役軍人負有保衛國家之特別義務，基於國家安全與軍事需要，對其犯罪行為得設軍事審判之特別訴訟程序，非謂軍事審判機關對於軍人之犯罪有專屬之審判權。至軍事審判之建制，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；規定軍事審判程序之法律涉及軍人權利之限制者，亦應遵守憲法第二十三條之比例

事實主張及為此提出證據之權利、獲知他造陳述主張及對其為表示意見之權利、就法院所調查之事實或證據方法有受審問之權利等四項原則，亦可為刑事訴訟是否保障被告聽審權【聽證權】之判斷標準）。

¹¹²另請參考最高法院八十九年度台上字第六二〇三號、八十九年台上字第五四二〇號及八十八年台上字第五二三三號判決，其等意旨略以：刑事訴訟法第九十五條第一款規定：「訊問被告應先告知犯罪嫌疑及所犯所有罪名，罪名經告知後，認為應變更者，應再告知」，乃被告在刑事程序上應受告知之權利，為憲法第八條第一項正當法律程序保障內容之一，旨在使被告能充分行使防禦權，以維審判程序之公平。其所謂「犯罪嫌疑及所犯所有罪名」，除起訴書所記載之犯罪事實及所犯法條外，自包含依刑事訴訟法第二百六十七條規定起訴效力所擴張之犯罪事實及罪名，暨依同法第三百條規定變更起訴法條後之新罪名。法院就此等新增或變更之罪名，均應於其認為有新增或變更之情形時，隨時、但至遲於審判期日前踐行上開告知之程序，使被告知悉而充分行使其防禦權，始能避免突襲性裁判，而確保其權益；否則，如僅就原起訴之犯罪事實及罪名調查、辯論終結後，擅自擴及起訴書所記載者以外之犯罪事實或變更起訴書所引應適用之法條而為判決，就此等未經告知之犯罪事實及新罪名而言，無異剝奪被告依同法第九十六條、第一百七十三條、第二百八十九條等規定所應享有而屬於憲法第十六條訴訟基本權保障範圍內之辯明罪嫌及辯論（護）等程序權，抑且直接違背憲法第八條第一項所稱「非由法院依法定程序不得審問處罰」之規定，難謂於判決無影響，自應認該判決違背法令；至若就起訴效力擴張之犯罪事實及變更起訴法條之同一性事實，已踐行刑事訴訟法第九十六條、第一百七十三條、第二百八十九條等規定之調查辯論程序，僅未對被告告知新罪名而於判決無影響時，則屬訴訟程序違法。可見上開諸判決旨在宣示保障被告之聽證權（聽審權）、防禦權，以防止突襲性裁判，此種維護審判程序公正之要求，乃正當法律程序所當然。

¹¹³參照司法周刊，第一一九五期，第一版，解釋日期為九十三年七月二十三日。

¹¹⁴參照總統府公報，第六一八九期，第八至二三頁，解釋日期為八十六年十月三日。

原則。本於憲法保障人身自由、人民訴訟權利及第七十七條之意旨，在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟。軍事審判法第十一條，第一百三十三條第一項、第三項，第一百五十八條及其他不許被告逕向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟部分，均與上開憲法意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於滿二年時失其效力。

由本號解釋理由書一開始即指明「人民身體自由在憲法基本權利中居於重要地位，應受最周全之保護」來看，大法官其實已作了人身自由之保護應嚴於其他基本權之決定。因此即使從憲法第九條看來，立法者有權制定特別訴訟程序，其所制定之程序仍應符合「正當法律之最低要求」。另外，本件解釋論述規範軍事審判程序之法律涉及軍人權利之限制者，應遵守憲法第二十三條之比例原則，不再重述釋字第三八四號解釋之「內容須實質正當」，是否意味以比例原則取代實質正當法律程序，亦或二者可併存併用，誠值探究¹¹⁵。

VIII·司法程序與「程序之正當程序」

有關訴訟程序亦應遵守「程序之正當程序」乙節，大法官們在釋字第四四二號解釋¹¹⁶中，針對民國八十三年七月二十三日修正公布之公職人員選舉罷免法第一百零九條，限制選舉訴訟採二審終結不得提起再審之訴之規定，是否合憲之問題，解釋文及理由書認為：其乃立法機關自由形成之範圍，符合選舉訴訟事件之特性，於憲法保障之人民訴訟權尚無侵害，且為增進公共利益所必要，與憲法第二十三條亦無牴觸。

解讀本號解釋，其解釋文與解釋理由書雖隻字未提及正當法律程序此一原則，然可由林永謀大法官於「協同意見書」中所補充之：「憲法第十六條所定人民有訴訟之權，此固在使人民為實現其憲法上所保障之自由、權利，得向國家所設之司法機關提起訴訟之制度性保障。惟此人民訴訟權之制度性保障，其本質內容，僅係保障人民有權向此等司法機關提起訴訟，期以正當程序獲得公平審判，並不得藉故予以剝奪之權利」。實與前述釋字第三九六號及釋字第四一八號解釋類似，皆涉及訴訟程序之「程序之正當程序」之問題，應予注意。

IX·司法程序與「實質之正當程序」

關於司法程序亦應遵守「實質之正當程序」之解釋，出現在釋字第四四六號解釋¹¹⁷，本號解釋理由書謂：人民有請願、訴願及訴訟之權，為憲法第十六條所明定。所稱訴訟權，乃人民在司法上之受益權，不僅指人民於其權利受侵害時得提起訴訟請求權利保護，尤應保障人民於訴訟上有受公正、迅速審判，獲得救濟之權利，俾使人民不受法律以外之成文或不

¹¹⁵ 參照本文後述「比例原則與法律明確性原則及實質之正當程序」部分之探討。

¹¹⁶ 參照總統府公報，第六二〇三號，第四至二四頁，解釋日期為八十六年十二月十二日。

¹¹⁷ 參照總統府公報，第六二一二號，第三至八頁，解釋日期為八十七年二月十三日。

成文例規之不當限制，以確保其訴訟主體地位。公務員之懲戒事項，屬司法權之範圍，由公務員懲戒委員會審理，而懲戒處分影響人民服公職之權利至鉅，懲戒案件之審議，自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，乃憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨，本院釋字第三九六號解釋已有闡示。

按本號解釋係牽涉公務員懲戒委員會議決之再審議期間起算方式是否正當之問題，實再次肯定司法程序亦有正當法律程序保障之適用。依聲請事件觀之，可認為是「實質之正當程序」原則之適用¹¹⁸。

X·修憲程序與正當法律程序

有關修憲者之修憲內容亦不能違反實質之正當程序之解釋，為釋字第四九九號解釋¹¹⁹，本號解釋認為：國民大會為憲法所設置之機關，其具有之職權亦為憲法所賦予，基於修憲職權所制定之憲法增修條文與未經修改之憲法條文雖處於同等位階，惟憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之正當性。憲法條文中，諸如：第一條所樹立之民主共和國原則、第二條國民主權原則、第二章保障人民權利、以及有關權力分立與制衡之原則，具有本質之重要性，亦為憲法整體基本原則之所在。基於前述規定所形成之自由民主憲政秩序，乃現行憲法賴以存立之基礎，凡憲法設置之機關均有遵守之義務。

吾人解讀此號解釋，大法官們似乎在明示國民大會之修憲內容不能違反實質之正當程序，較本文前述所謂實質之正當程序旨在制約「立法者」所立之法律內容須公平（fairness）者更為廣泛，似乎大法官們亦認為正當法律程序亦適用於「修憲者」。亦即意味者「憲法中具有本質之重要性而為規範秩序存立之基礎者」，實蘊含有自然法（自然正義）之思想，此項具有本質重要性之憲法規範，係先驗存在的，屬於憲法之核心領域¹²⁰，

¹¹⁸ 參照湯德宗著，論憲法上之正當程序保障（正當法律程序原則之內涵與落實學術研討會【下】），刊載於憲政時代，第二十五卷，第四期，第十頁。

¹¹⁹ 參照總統府公報，第六三三九期，第三至七六頁，解釋日期為八十九年三月二十四日。

¹²⁰ 綜觀國內文獻有關「核心領域」理論之介紹，均以德國基本法第十九條第二項「在任何情形下，基本權之核心內容不容侵犯。」及同法第七十九條第三項「本基本法之修正案凡影響聯邦之體制、各邦參與立法，或第一條與第二十條之基本原則者，不得成立。」之規定為依據，加以闡述民主憲法與其基本精神不容破壞與空洞化。惟均未提及「核心領域」是否與「自然正義」（正當法律程序）有關，亦即雖二者來自不同法制體系之不同概念，惟其所欲達成之目的似無不同。而本號解釋竟然直接表明：憲法中『具有本質之重要性』而為規範秩序存立之基礎者，如聽任修改條文予以變更，則憲法整體規範秩序將形同破毀，該修改之條文即失其應有之『正當性』。因此本文認為大法官們似乎將核心領域與自然正義（正當法律程序）做了某種程度之牽連。又有關德國核心領域理論之介紹，參照陳新民著，論憲法人民基本權利之限制，收錄於憲法基本權利之基本理論（上）（一九九六年四版），第一八一至二八四頁；陳慈陽著，基本核心理論之實證化及其難題，翰蘆圖書出版有限公司（一九九七年六月）；高祥輝著，「本質內容保障」作為基本權限制之實質界限—以德國法為借鏡，刊載於憲政時代，第十九卷，第三期，第九六至一一一頁。

不容任何人甚至修憲者加以破毀。而正當法律程序，如前所述，係源自於英國¹²¹，其與英國法治（rule of law）核心概念之「自然正義」同係由英國之普通法和大憲章所衍生之古老原則¹²²。只是自然正義之廣度比正當法律程序為廣泛，而正當法律程序之深度比自然正義為深入而已¹²³。因此，正當法律程序亦內含有自然正義（自然法）之成分，不容制（修）憲者加以變更。

（二）比例原則與法律明確性原則及實質之正當程序

如前所述，釋字第三八四號解釋之出現，招致不少質疑¹²⁴，其中最主要的是美國憲法上之實質之正當程序（Substantive Due Process），其內涵是指法律須為達成合法目的之合理手段，且須為對人民權利限制最少者，又法律規定須明確，俾使人民有預測可能性¹²⁵。因此實質之正當程序與我國憲法第二十三條之「比例原則」，及「法律明確性原則」之關係如何釐清，是一個問題，本文扼要說明如下：

I．比例原則

比例原則（又稱禁止過度原則），係法治國原則下所導出之具體原則¹²⁶，其意義是指國家機關行為之手段與目的，必須合乎比例。就其位階性質而言，在德國公法上已有憲法位階，我國憲法第二十三條亦充分表彰此一法理。而其內涵包括下列三原則¹²⁷：

- 1.適當性原則（又稱適合性原則、有效性原則）：指國家機關所採取之手段，必須具有助於目的之達成。換言之，即自「目的取向」而言，該國家機關行為之實施，須能達到預定之目的（即公益）。
- 2.必要性原則：指國家機關就多種有效之方法中，僅能選擇傷害最小者，且是否必要性並非裁量問題，而是法律規定。換言之，即自「法律後果」而言，該國家機關行為不得逾越法律目的所定之必要範圍；倘有數種同

¹²¹ 參照本文前揭「正當法律程序原則之概念」部分之說明。

¹²² 參照 Paul R. Verkuil 著，法治斌譯，英美行政法之分流，刊載於憲政時代，第十三卷，第四期，第三〇頁。

¹²³ 按雖兩者有廣度與深度不同之差別，但兩者之內涵皆係富變動性，是隨著時代而浮動的，故在深度而言，自然正義有逐漸深入之傾向，而就正當法律程序而言，其廣度有漸漸寬廣之趨勢，是兩者之界限可預期的將會愈形模糊。其詳，參照 Paul R. Verkuil 著，法治斌譯，英美行政法之分流，刊載於憲政時代，第十三卷，第四期，第三一至三二頁。

¹²⁴ 例如，「實質正當之法律程序」一語，易與其保障內容所包攝之「實體之正當」之意義相混淆，及美國憲法上之實質之正當程序（Substantive Due Process），沒有必要引進我國，蓋與我國憲法第二十三條之比例原則係同一概念。其詳，參照在本號解釋中，林永謀、孫森焱二位大法官之協同意見書，總統府公報，第六〇五六號，第四至四四頁；陳運財著，刑事訴訟與正當之法律程序（一九九八年），第十七頁至十九頁。

¹²⁵ 參照郭介恆著，正當法律程序，刊載於憲法體制與法制行政（城仲模教授六秩華誕祝壽論文集），憲法第二冊（一九九八年八月初版），第一四二至一四三頁。

¹²⁶ 比例原則係源自於法治國原則，具憲法位階之地位，得用以約束立法、行政、司法機關，以避免各該權力行使之恣意與逾越，是為調和公益與私利，達到實質正義之理性思考下之法則。有關法治國原則，參照本文前揭「德國及我國憲法上之法治國原則」部分之論述。

¹²⁷ 參照李震山著，行政法導論（一九九七年九月初版），第八〇至八二頁。

樣有效之手段可資運用，則應選擇對人民損害最小之手段。

- 3.狹義比例原則（又稱衡量性原則）：指國家機關行為所造成之傷害，不得與欲達成之結果顯不成比例。換言之，自「價值衡量」而言，國家機關行為之「手段」與「目的」間須成「比例」，不得與所欲達成之目的顯失均衡，亦即人民因所受之損害（私益）與所達成之公益間應成比例（相當）始具有合法性¹²⁸。最常被舉出之例子如：殺雞取卵、殺雞用牛刀、以大砲轟小鳥等，皆屬公益與私益價值之衡量。

又我國憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所『必要』者外，不得以法律限制之。」其中所謂「必要」，即是指法律之制定必須符合比例原則，此觀大法官們在解釋文或理由書中所援引法治國原則下所導出之比例原則之例，例如司法院釋字第五六八號、第五六四號、五五八號、第五五四號、第五五三號、第五五一號、第五四四號、第五四三號、第五四二號、第五三五號、第五二八號、第五二三號、第五一七號、第五一五號、第五一二號、第五一〇號、第五〇九號、第五〇七號、第四九〇號、第四八九號、第四八七號、第四七六號、第四七一號、第四六五號、第四六二號、第四五六號、第四五二號、第四四五號、第四四〇號、第四三六號、第四二八號、第四一四號、第四〇九號、第五七三號、第五七七號等解釋自明。因此，比例原則可以說是司法院大法官解釋較常出現之原則，其在我國具有憲法之地位，已不容質疑。

II．法律明確性原則

另關於法律明確性原則，其意義係指法治國家之法律應具有預見可能性、衡量可能性及審查可能性¹²⁹。惟法律明確性之要求，並非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，尚包括立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。

此原則在我國實務之運用上最具代表性之大法官解釋，為釋字第四三二號解釋，其解釋意旨略以¹³⁰：專門職業人員違背其職業上應遵守之義務，而依法應受懲戒處分者，必須使其能預見其何種作為或不作為構成義務之違反及所應受之懲戒為何，方符法律明確性原則。對於懲戒處分之構成要件，法律雖以抽象概念表示，不論其為不確定概念或概括條款，均須無違明確性之要求。法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適

¹²⁸ 參照吳庚著，行政法（一九九八年第四版），第五七至五八頁；，陳清秀執筆，禁止過分原則，收錄於翁岳生編，行政法（上冊）（一九九八年），第一二六至一二七頁。

¹²⁹ 另有關此一原則之介紹，請參照李英毅著，法律明確性原則，刊載於法政學報（二〇〇〇年八月），第十一期。

¹³⁰ 參照總統府公報，第六一七五號，第六至十頁，解釋日期為八十六年七月十一日。

用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。有關專門職業人員行為準則及懲戒之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與前揭原則相違。

準此，依釋字第四三二號解釋以觀，法律明確性之判斷標準，可歸納如下三點：

- 1.法律規範意義須非難以理解：雖容許立法者運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定，惟該規範之內容及範圍須屬可得確定。
- 2.預見可能性：即前述之法律規範意義，須為受規範者可憑其專業知識加以判斷、理解及預見。
- 3.審查可能性：即前述之法律規範意義，可經由司法程序依照社會上之客觀價值、職業倫理等，按具體情況加以認定及判斷，且無礙於法安定性之要求。

此外，司法院釋字第四四五號¹³¹、第四九一號¹³²、第五二一號¹³³、第五二二號¹³⁴、第五二三號¹³⁵、第五二四號¹³⁶、第五四五號¹³⁷、第五

¹³¹ 參照總統府公報，第六二〇九號，第五至四〇頁，解釋日期為八十七年一月二十三日。其解釋意旨略以：以法律限制集會、遊行之權利，必須符合明確性原則與憲法第二十三條之規定。

¹³² 參照總統府公報，第六三一〇號，第四至二一頁，解釋日期為八十八年十月十五日。其解釋意旨略以：懲處處分之構成要件，法律以抽象概念表示者，其意義須非難以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，方符法律明確性原則。

¹³³ 參照總統府公報，第六三八九號，第七至三三頁。解釋日期為九十年二月九日。其解釋意旨略以：法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，運用概括條款而為相應之規定。

¹³⁴ 參照總統府公報，第六三九二號，第七至三〇頁，解釋日期為九十年三月九日。其解釋意旨略以：對證券負責人及業務人員違反其業務上禁止、停止或限制命令之行為科處刑罰，涉及人民權利之限制，其刑罰之構成要件，應由法律定之；若法律就其構成要件，授權以命令為補充規定者，其授權之目的、內容及範圍應具體明確，而自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則。

¹³⁵ 參照總統府公報，第六三九三號，第七至十九頁，解釋日期為九十年三月二十二日。其解釋意旨略以：檢肅流氓條例授予法院就留置處分有較大之裁量權限，固係維護社會秩序之所必須，然其中有關限制人民權利者，應符合明確性原則，並受憲法基本權保障與比例原則之限制。

¹³⁶ 參照總統府公報，第六四〇〇號，第二七至四五頁，解釋日期為九十年四月二十日。其解釋意旨略以：全民健康保險法第三十九條係就不在全民健康保險給付範圍之項目加以規定，其立法用意即在明確規範給付範圍，是除該條第一款至第十一款已具體列舉不給付之項目外，依同條第十二款規定：「其他經主管機關公告不給付之診療服務及藥品」，主管機關自應參酌同條其他各款相類似之立法意旨，對於不給付之診療服務及藥品，事先加以公告。又同法第三十一條規定：「保險對象發生疾病、傷害或生育事故時，由保險醫事服務機構依本保險醫療辦法，給予門診或住院診療服務；醫師並得交付處方箋予保險對象至藥局調劑。」「前項醫療辦法，由主管機關擬訂，報請行政院核定後發布之。」「第一項藥品之交付，依藥事法第一百零二條之規定辦理。」內容指涉廣泛，有違法律明確性原則。

¹³⁷ 參照司法周刊，第一〇八三期，第一版，解釋日期為九十一年五月十七日。其解釋意旨略以：醫師法第二十五條規定：「醫師於業務上如有違法或不正當行為，得處一個月以上一年以下停業處分或撤銷其執業執照。」所謂「業務上之違法行為」係指醫師於醫療業務，依專業知識，客觀上得理解不為法令許可之行為，此既限於執行醫療業務相關之行為而違背法令之規定，並非泛指醫師之一切違法行為，其範圍應屬可得確定；所謂「業務上之不正當行為」則指醫療業務行為雖未達違法之程度，但有悖於醫學學理及醫學倫理上之要求而不具正當性應予避免之行

七七號¹³⁸等解釋亦均係針對有關法律明確性原則所為之解釋，可見此一原則在我國亦已屬憲法上之明確概念而經常被用以判斷法律是否合憲。

III．比例原則與法律明確性原則及實質之正當程序

由以上介紹，可以發現上開實質之正當程序（Substantive Due Process）之內涵中之「法律須為達成合法目的之合理手段，且須為對人民權利限制最少者」，實與我國憲法第二十三條之比例原則相當。而其內涵中之「法律規定須明確，俾使人民有預測可能性」，與上開法律明確性原則亦無不同。雖美國以實質之正當程序，判斷立法是否具有正當性，除以方法手段間之必要合理作為認定之標準外，並將公共利益分為正當利益（legitimate interest）、重要（實質）利益（substantial interest）與優勢（絕對）利益（compelling interest），視系爭法律所涉及基本權利之不同，區分為三種不同程度之審查基準¹³⁹，分別針對法律之目的及手段，以及二者之關聯性加以檢驗。惟此乃涉及針對個案之審查程度不同而已，其功能應與我國憲法第二十三條之比例原則相同。

職是之故，實質之正當程序（Substantive Due Process）之內涵，可以說等於比例原則加上法律明確性原則之內涵，故有無必要在比例原則與法律明確性原則之外，另行引進此概念，實不無疑問。國內見解約可分為二類¹⁴⁰：

1.以比例原則及法律明確性原則，取代實質之正當法律程序：

此說認為，自釋字第三八四號解釋於解釋文中提出「法律規定之內容

為。法律就前揭違法或不正當行為無從鉅細靡遺悉加規定，因以不確定法律概念予以規範，惟其涵義於個案中並非不能經由適當組成之機構依其專業知識及社會通念加以認定及判斷，並可由司法審查予以確認，則與法律明確性原則尚無不合。

¹³⁸ 參照司法周刊，第一一八四期（九十三年五月十三日），第一版，解釋日期為九十三年五月七日。其解釋意旨略以：菸害防制法第八條第一項規定，與同法第二十一條合併觀察，足知其規範對象、規範行為及法律效果，難謂其規範內容不明確而違反法治國家法律明確性則。

¹³⁹ 按即合理、中度、嚴格審查基準三種。(1)合理審查基準之審查標準最為寬鬆，其僅要求國家機關措施之目的乃為追求正當利益，而其手段只要與目的具有「合理之關聯」（rational relationship）即可，適用此種審查基準之案件，通常涉及「經濟性基本權利」；(2)中度審查基準之審查標準介於合理與嚴格審查基準中間，其要求國家機關措施之目的，乃為追求重要之利益，而其手段與目的間，應具有「實質之關聯」（substantial relationship），適用此種審查基準之案件，通常涉及處理平等保護原則中，有關性別或非婚生子女作為差別待遇分類標準之立法或行政措施；(3)而嚴格審查基準是最為嚴苛之審查標準，其要求國家機關措施之目的乃為優勢之利益（compelling interest），而其手段必須是「必要且侵害最小」或「必要並且從嚴限縮適用範圍」之方式，適用此種審查基準之案件，通常涉及基本權中某些特別之政治權利（如言論自由）、基礎權利（如投票權、訴訟權、旅行權、婚姻自由、生命選擇權、墮胎權等），或平等權案件中，有關種族、國籍、膚色等作為差別待遇標準之有違憲嫌疑之分類。其詳，參照郭介恆著，正當法律程序，刊載於憲法體制與法制行政（城仲模教授六秩華誕祝壽論文集），憲法第二冊（一九九八年八月初版），第一四一頁以下；蘇昱憲著，憲法上之實質正當法律程序，刊載於司法官訓練所－憲法論文選集（下），未編頁數。

¹⁴⁰ 按在法學方法論上，不必再導出「須符合以比例原則及法律明確性原則，並且須同時符合實質之正當法律程序」之第三種見解，蓋如前所述，該兩種原則之概念相同，只要符合其一，應會符合另一，是在法學方法論上似乎沒有必要多出第三種見解。

更須實質正當」之概念，並於解釋理由書中說明，「實質正當之法律程序」兼指「實體法及程序法規定內容」之正當以來，大法官間對於我國正當法律程序究竟應否包括「實質之正當程序」，始終有爭論。綜觀相關各件解釋，早期持不同見解之大法官似認為：「實質之正當程序」相當於我國憲法第二十三條之比例原則，故無在憲法第二十三條之外，另外承認「實質之正當程序」之必要¹⁴¹。至少自釋字第四六二號解釋已認為「程序．．．須．．．符合比例原則」，及至釋字第四九一號、五七三號解釋，大法官似已達成共識，不再使用「實質正當」一詞含攝「實質上正當程序」概念，而改以「法律明確性原則」稱之。不論釋字第三八四號解釋所謂「實質正當」，或美國憲法學上所謂「實質之正當程序」，皆與中文所謂「正當程序」之一般理解有相當落差，容易滋生誤會。今後應將「正當程序保障」侷限於「程序之正當程序」，並以憲法第二十三條比例原則，及法律明確性原則，代替「實質之正當程序」，固有助於全民理解及宣導。惟「實質之正當程序」之意涵，是否能完全由「法律明確性原則」及「憲法第二十三條」概括，猶可研究¹⁴²。

2. 比例原則及法律明確性原則，與實質之正當法律程序兩者併存併用：

此說認為，就正當法律程序原則而言，經大法官之解釋適用，其於我國憲法上，已係具有憲法位階之法律原則，乃毋庸置疑。就該原則適用於刑事程序時，不但刑事立法者於制定法律時，須受該原則拘束，即國家偵審機關於進行刑事程序時，亦須考慮各該程序之正當性，否則難免有違法之嫌。即就現行支配刑事訴訟法之各該原則¹⁴³而言，亦須考慮其亦不能違反有憲法位階之正當法律程序原則，否則該刑事訴訟法上之原則，亦可能因違憲而不能適用。基本上，於刑事司法領域，正當法律程序原則與法治國原則，並無乖離之處，即將兩者並稱，亦無不妥。基此，原為法治國原則基本內涵之比例原則等，亦得與正當法律程序原則（尤其是實質之正當程序）為有機之結合適用¹⁴⁴。

以上二說，均有其見地，而實務上似又分二種看法，第一種看法例如釋字第四六二號解釋認為程序須符合比例原則，而釋字第四九一號解釋，認為法律規定之內容須符合比例原則及法律明確性原則，而對於公務人員之免職處分程序，應踐行程序之正當法律程序¹⁴⁵，其針對法律規定之內

¹⁴¹ 參照孫森焱大法官及林永謀大法官在釋字第三八四號解釋分別出具之協同意見書。

¹⁴² 參照湯德宗著，論憲法上的正當程序保障（正當法律程序原則之內涵與落實學術研討會【下】），刊載於憲政時代，第二十五卷，第四期，第二四至二五頁。

¹⁴³ 例如訴訟照顧義務、訴訟迅速原則、言詞及直接審理原則、公開審理原則等。

¹⁴⁴ 參照何賴傑著，正當法律程序原則—刑事訴訟法上一個新的法律原則？（正當法律程序原則之內涵與落實學術研討會【下】），刊載於憲政時代，第二十五卷，第四期，第三九頁。

¹⁴⁵ 按釋字第四九一號解釋認為：中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定對公務人員所為免職之懲處處分，為限制人民服公職之權利，實質上屬於懲戒處分，其構成要件應由法律定之，方符憲法第二十三條之意旨。公務人員考績法第十二條第一項第二款規定各機關辦理公務人員之專案考績，一次記二大過者免職。同條第二項復規定一次記二大過之標準由銓敘部定之，與上開解釋意旨不符。又懲處處分之構成要件，法律以抽象概念表示者，其意義須非難

容是否合憲乙節，不再援用實質之正當法律程序，另釋字第五七三號解釋¹⁴⁶亦認為宗教團體管理、處分其財產，國家固非不得以法律加以規範，惟應符合憲法第二十三條規定之比例原則及法律明確性原則。上開大法官們之解釋似均採取前開第一說以比例原則及法律明確性原則，取代實質之正當法律程序之見解。惟第二種看法則是認為比例原則及法律明確性原則，與實質之正當法律程序原則可以併列，除前述釋字第三八四號解釋、釋字四三六號解釋外，民國九十年以後再出現併用者，略有釋字第五二三號解釋及釋字第五六七號解釋。釋字第五二三號解釋¹⁴⁷係有關檢肅流氓條例中法院得裁定留置之要件是否已明確所為之解釋，多數大法官們認為：凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須依法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件，方符憲法第八條保障人身自由之意旨。檢肅流氓條例授予法院就留置處分有較大之裁量權限，固係維護社會秩序之所必須，然其中有關限制人民權利者，應符合明確性原則，並受憲法基本權保障與比例原則之限制，則無不同（參照司法院釋字第三八四號解釋）。檢肅流氓條例第十一條第一項規定，法院得為拘束被移送裁定之人於一定處所之留置裁定，係為確保感訓處分程序順利進行，於被移送裁定之人受感訓處分確定前，拘束其身體自由於一定處所之強制處分，雖有其必要，惟此乃對人民人身自由所為之嚴重限制。同條例對於法院得裁定留置之要件並未明確規定，除被移送裁定之人係依同條例第六條、第七條之規定而為逕行拘提，法院於核發拘票時已確認被移送裁定之人具有逕行拘提之事由，因而得推論其已同時符合留置之正當理由外，不論被移送裁定之人是否有繼續嚴重破壞社會秩序之虞，或有逃亡、湮滅事證或對檢舉人、被害人或證人造成威脅等足以妨礙後續審理之虞，均委由法院自行裁量，逕予裁定留置被移送裁定之人，上開條例第十一條第一項之規定，就此而言已逾越必要程度，與憲法第八條、第二十三條及前揭本院解釋意旨不符。又釋字第五六七號解釋¹⁴⁸則是關於戒嚴時期在戒嚴地域內，最高司令官限制人身自由之處罰之依據，是否須以內容實質正當之法律規定存在為前提，抑或以行政命令為據即可，大法官們認為：人民身體之自由應予保障，非由法院依法定程序，不得審問、處罰，憲法第八條設有明文。戒嚴時期在戒嚴地域內，最高司令官固得於必要範圍內以命令限制人民部分之自

以理解，且為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，方符法律明確性原則（以上為法律規定之內容須符合比例原則及法律明確性原則之釋示）。對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度予以保障（此部分為免職處分之程序須符合程序之正當法律程序之釋示）。

¹⁴⁶ 參照司法院公報，第四十六卷，第四期，第一頁以下，解釋日期為：九十三年二月二十七日。

¹⁴⁷ 參照總統府公報，第六三九三號，第七至十九頁，解釋日期為九十年三月二十二日。

¹⁴⁸ 參照司法周刊，第一一五七期，第一版，解釋日期為九十二年十月二十四日。

由，惟關於限制人身自由之處罰，仍應以法律規定，且其內容須實質正當，並經審判程序，始得為之。戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法第二條規定：「匪諜罪犯判處徒刑或受感化教育，已執行期滿，而其思想行狀未改善，認有再犯之虞者，得令入勞動教育場所，強制工作嚴加管訓（第一項）。前項罪犯由執行機關報請該省最高治安機關核定之（第二項）。」未以法律規定必要之審判程序，而係依行政命令限制人民身體之自由，不論其名義係強制工作或管訓處分，均為嚴重侵害人身自由之處罰。況該條規定使國家機關僅依思想行狀考核，認有再犯之虞，即得對已服刑期滿之人民再行交付未定期限之管訓，縱國家處於非常時期，出於法律之規定，亦不符合最低限度之人權保障，與憲法第八條及第二十三條之規定有所抵觸，應不予適用。

此二號解釋均係針對法律規定內容須符合實質之正當法律程序要求之再次釋示，而比較值得注意的是，此二號解釋均將比例原則及法律明確性原則，與實質之正當法律程序原則併列，均認為法律規定之內容須符合比例原則與實質之正當法律程序，可見似採取上開第二說比例原則及法律明確性原則，與實質之正當法律程序兩者併存併用之見解。

本文在此不選邊站，就此問題擬留待實務及學說演進，主要是因為上開爭點係著重在探討「實質之正當法律程序」與比例原則、法律明確性原則之關係，而到目前為止，學說及實務上尚無強烈之反對意見認為「程序之正當法律程序」不能引進我國之看法，是無論上開二說爭議結果為何，均與本文所要探討之核心問題不生任何影響，蓋本文係有關「程序之正當法律程序」，並非著重在實質之正當法律程序，是應該不致產生如上之針鋒相對意見。且無論採取何說，本文所要探討之禁止雙重危險原則，是屬於程序之正當法律程序（或法治國原則）之內涵之一，因此不論禁止雙重危險之原則究應由正當法律程序原則或法治國原則導出，均不能否認禁止雙重危險原則具有其憲法上之堅強地位。

（三）正當法律程序在我國憲法之依據

正當法律程序已介紹如前，且我國大法官亦加以援用，學界也多表贊同，然此一原則究竟其憲法上之依據何在？是不得不探究之問題，略有如下說法¹⁴⁹：

I．由憲法第八條人身自由保障之「法定程序」規定導出

¹⁴⁹ 參照許宗力著，基本權的功能與司法審查，收錄於氏著憲法與法治國行政，第一七二頁；許宗力著，基本權程序保障功能的最新發展－評司法院釋字第四八八號解釋，月旦法學雜誌，第五十四期，第一五五頁；葉俊榮著，環境行政的正當法律程序（一九九七年十一月再版），第五六至六〇頁；湯德宗著，論憲法上的正當程序保障（正當法律程序原則之內涵與落實學術研討會【下】），刊載於憲政時代，第二十五卷，第四期，第二〇頁；楊雲驊著，憲法上正當法律程序之保障，刊載於法學講座，第二十四期，第二至一〇頁；王寶鋒著，憲法上訴訟權之研究－以我國大法官解釋為中心，國立政治大學法律研究所碩士論文（一九九九年七月），第二七至二八頁。

此說認為，憲法第八條保障人身自由，其保障甚至超過一般法律保留之程度，屬於「憲法保留」之一種，此觀諸上開釋字第三八四號解釋理由中曾提及「凡限制人民身體自由之處置，在一定程度內為憲法保留範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障」即可明瞭。換言之，若將憲法第八條，配合憲法第九條、前揭司法院釋字第一六六號、第二五一號、第三八四號、第四七一號、第五二三號等解釋作一體觀察，可以看出其有一共同指向：有關「人身自由」之限制或剝奪，必須經過法定程序，方得為之。此與美國憲法上正當法律程序在人身自由方面所作之要求，尚屬相互吻合¹⁵⁰。此一規定在本質上已是我國憲法在人身自由之保障上，所作正當法律程序之規範要求。詳言之，憲法第八條所含之「正當程序保障」是憲法之基本價值，任何人不問是否屬於刑事被告身分，均受該條規定之保障。從而，為使憲法上其他基本權利亦能受到正當法律程序之保障，有必要承認一件事實：只要是憲法上所保障之法益，均可以按個案情形，將正當法律程序此一原則「直接適用」，或依「舉重以明輕」之法理「類推適用」¹⁵¹於憲法所保障之其他權利（法益）。

II．從基本權利附隨程序保障功能理論導出

此說認為，由於我國沒有正當法律程序之明文，因此要透過憲法解釋找尋其憲法基礎，較為辛苦。而為確保基本權之實質內涵得以實現，防止基本權之實害發生，有必要要求國家機關作成涉及人民基本權利限制之決定前，履踐一定程序之義務¹⁵²，因此，基本權利之附隨程序保障功能理論，是值得採用之方法。詳言之，我國憲法雖無正當法律程序之明文，但卻有許多實體基本權利¹⁵³之規定。倘吾人肯認基本權利必須伴隨者程序之保障才算是完整之權利，則每一種基本權利亦均蘊含著程序之保障，使正當法律程序之要求，內化在每一基本權利之中¹⁵⁴。

例如，釋字第三九六號解釋謂：懲戒案件之審議，「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，．．．以貫徹．．．訴訟權之本旨」；釋字第四九一號解釋謂：「對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序」。即可說明大法官們亦認為訴訟權、服公職之權等基本權利，必須伴隨者程序之保障才算是完整之權利，因此該等基本權利即蘊含一定之程序保障功能，使正當法律

¹⁵⁰ 參照葉俊榮著，環境行政的正當法律程序（一九九七年十一月再版），第五六頁。

¹⁵¹ 參照湯德宗著，論憲法上的正當程序保障（正當法律程序原則之內涵與落實學術研討會【下】），刊載於憲政時代，第二十五卷，第四期，第二〇頁。

¹⁵² 參照許宗力著，基本權的功能與司法審查，收錄於氏著憲法與法治國行政，第一七二頁；許宗力著，基本權程序保障功能的最新發展－評司法院釋字第四八八號解釋，刊載於月旦法學雜誌，第五十四期，第一五五頁。

¹⁵³ 按此說只舉實體基本權利為例，似乎認為程序基本權利，例如憲法第十六條之訴訟權，其落實似乎沒有必要經由「基本權利附隨程序保障功能理論」導出，而由憲法第八條人身自由之程序保障即可直接導出。

¹⁵⁴ 參照葉俊榮著，環境行政的正當法律程序（一九九七年十一月再版），第五九頁。

程序之要求，內化在每一基本權利之中，使基本權之實質內涵得以實現，防止基本權發生實害。

上開二說，其論述基礎均甚為堅強，第一說（由憲法第八條人身自由保障之「法定程序」規定導出）之好處是：於法有據，亦即有憲法第八條之明文，及持釋字第三八四號、第四七一號、第五二三號等解釋為依據，且富有彈性，除上開直接適用之情形外，亦得視情形決定類推與否及類推之範圍。然其可能被懷疑的是：類推適用必須是性質相近者始得為之，但每個基本權之內涵均不同，如何類推適用？又第二說（從基本權利附隨程序保障功能理論導出）之好處是：操作簡便，省去是否直接適用之爭議及類推適用之麻煩，但其受到質疑的是，缺乏憲法明文，於法無據，且此種在每一實體基本權利，附隨承認相應程序保障之方式，固然是在憲法上沒有一般正當法律程序規定之國家，在強化憲法之程序保障機能時，所可以採取之一種憲法解釋方法。然而，此種作法將程序保障解釋成各實體基本權利之附隨權能，使正當法律程序受制於憲法上所承認之基本權利，憲法上未能被承認為基本權利之事項（例如環境權），即無正當法律程序之適用¹⁵⁵。

III．本文看法

我們認為，第一說之說法並無不妥之處，雖然每個基本權之內涵均不相同，然其程序保障之追求應無二致，亦即無論何種基本權，為使其實質內涵得以實現，防止基本權發生實害，有必要要求國家機關對人民之任何基本權利欲加以剝奪或限制時，均須有正當理由，因此必須踐行正當法律程序，方能保障人民之基本權，在這個「基本權雖不相同，但程序保障並無不同」之理解下，其程序保障之性質實均相近，自然可以類推適用。而且，在操作上，也不會有太大困難，舉例而言，憲法第十六條所定訴訟權之保障，此為一程序基本權，為使訴訟權之行使與否，達到「能依法定程序提起訴訟」、「能受公平審判」之要求，必須「直接適用」憲法第八條正當法律程序之誡命，因此，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（禁止雙重危險）、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原則，均應完全遵守。又有關憲法第十五條之生存權、工作權及財產權、憲法第十六條之請願及訴願權、憲法第十七條之參政權、憲法第十八條之應考試服公職之權、憲法第二十一條之受國民教育權等，因不在憲法第八條規定之文義解釋範圍內，故只能以「類推適用」之方式比附援引，使上開基本權利亦能享受正當法律程序之保障。至於有關憲法第十條之居住遷徙自由、憲法第十一條表見自由¹⁵⁶、憲法第十二條秘密通訊自由、憲法

¹⁵⁵ 參照葉俊榮著，環境行政的正當法律程序（一九九七年十一月再版），第五九頁。

¹⁵⁶ 有關言論自由之相關介紹，參照陳健民著，大眾傳播與言論自由及社會責任之關係，刊載於

第十三條信仰宗教自由、憲法第十四條集會結社自由等，究竟應該「直接適用」或「類推適用」第八條之正當法律程序原則，可能是個疑問，蓋憲法第八條只規定「人民身體之自由應予保障」，由文義上單純觀之，並非泛指上開其他自由權，是倘認該條在解釋上可以「擴張解釋」包括其他自由權利，則屬直接適用，然若堅持「文義解釋」之路線，則恐怕第八條不當然可以解為包括其他自由權利，故只能用類推適用之方式，將其他自由權利納入正當法律程序之保障範圍。惟無論適用之橋樑如何，其結果均屬相同，就是其他自由權利亦有正當法律程序原則之適用。

因此，上開第一說（由憲法第八條人身自由保障之「法定程序」規定導出）之說法，就現階段而言，可能是比較好之方式。例如，以刑事訴訟程序中有關人身自由之保障乙節，可能也只有第一說比較能合理說明，因為刑事訴訟程序當中人身自由之保障，觀諸上開釋字第三八四號解釋理由中曾提及「凡限制人民身體自由之處置，在一定程度內為憲法保留範圍，不問是否屬於刑事被告身分，均受上開規定之保障」等釋示，即可明瞭憲法第八條有關人身自由之保障已經超過一般法律保留之程度，而屬於「憲法保留」。換言之，有關「人身自由」之限制或剝奪，必須經過憲法第八條所定正當法律程序之檢驗，始得為之。此與美國憲法上正當法律程序所作之要求，在人身自由方面，已經相當吻合，故似乎沒有必要再依第二說「由憲法第十六條訴訟基本權利附隨程序保障功能」之方式導出有關人身自由保障方面之正當法律程序原則，蓋第二說著重在保障實質基本權利之不受侵害，而憲法第十六條之訴訟權，屬程序基本權，已有憲法第八條明定，故無再畫蛇添足之必要。

準此，我們再回頭參考本文前述，有關日本憲法第三十一條被通說理解為是有關法定程序保障（正當法律程序）之總則性規定，而憲法第三十二條至第四十條則為滿足正當法律程序要求之最低限度保障之各論性規定之介紹。似乎可以嗅出一個訊息，也就是我國憲法第八條所定之正當法律程序原則屬於通則性之規定，憲法其他基本權之規定屬各論性規定！亦即，雖然憲法所有基本權利，均有其獨特之內涵，然就程序保障之追求而言，應無二致，無論何種基本權，為使其實質內涵得以實現，防止基本權發生實害，有必要要求國家機關對人民之任何基本權利欲加以剝奪或限制時，均須有正當理由，因此必須踐行正當法律程序，方能保障人民之基本權。從而，無論是以直接適用或類推適用之方式，均能使由憲法第八條導出之正當法律程序原則，可以套用到各個基本權利上，因此在這個角度之理解下，似乎憲法第八條所定之正當法律程序原則屬於通則性之原則，憲法其他基本權之規定屬各論性規定！

、正當法律程序與禁止雙重危險

一、概說

西元一九九九年美國有部電影 *Double Jeopardy*¹⁵⁷（中譯為致命追緝令），這是有史以來第一部以憲法上禁止雙重危險為主題之電影，可見這個原則在美國已是人人耳熟能詳之原則。故事大綱是描述一位名叫莉比之女子，原本生活美滿，她深愛之丈夫尼克英俊富有，還有一位備受兩人疼愛之獨子馬帝、一棟位於西雅圖近郊之豪宅及一群好友。但是在某個浪漫週末，二人一起出海渡假，在遊艇上當她醒來，發現到處都是血，而尼克已經消失，她突然發現遊艇上有一把刀，於是撿起來，此時剛好有海巡警察經過，將她逮捕，她竟被控謀殺，使得美好生活頓時轉為夢魘。莉比被定罪並入獄服刑後，她請求美麗又性感之好友安琪收養她五歲兒子馬帝，安琪也予同意．．．。其後，安琪竟帶著馬帝一起失蹤。莉比靠著獄友瑪格莉特與艾琳之幫助，以電話追蹤安琪與馬帝到舊金山。在那裡，莉比發現一個令人戰慄之事實，即安琪、馬帝倆竟與尼克同住一起。原來是尼克一手導演自己「被謀殺」案，並改換一個全新身分。而獄中好友瑪格莉特原為一位律師，因謀殺親夫而被判入獄並被撤銷律師資格，她告訴莉比一個令人安慰之消息，讓莉比擺脫絕望：當莉比出獄後，她可以隨意在大庭廣眾前殺死尼克，因為她不可能因同一罪名受到二次審判，那樣會違憲，造成「雙重危險」！而她也被瑪格莉特說服，準備獲釋後追殺尼克。六年後莉比獲釋，被送入中途之家，並接受一位憤世嫉俗、無法忘懷自己過去失敗之假釋官李曼之監管，李曼無法忍受任何違反規定之行爲，而莉比卻幾乎是在獲釋後即刻違反假釋規定，前去尋找兒子馬帝和丈夫尼克。她的逃脫讓李曼相當尷尬，也讓李曼急切地想找到她。故事是由一場雖可怕但很單純之追擊展開，很快地就轉變為澈底改變莉比也改變李曼一生之一場冒險歷程。

本文描述這樣一個故事，最主要是要突顯禁止雙重危險此一原則在憲法上之重要性，此原則已是美國民眾人盡皆知之通世原則，甚至其餘世界各國就此原則亦有明列於憲法中者，如前述日本憲法第三十九條之「同一犯罪，不得再重複追究其刑事責任」、德國基本法第一百零三條第三項之「任何人不得因同一行為，而受一般刑法上兩次以上之處罰」、南韓憲法第十二條第一項之「．．．不得因同一犯罪，受到二次處罰．．．」、菲律賓憲法第三條第一項第二十款之「人民不得因犯一罪而受兩次刑罰、一行為如依某種法律或命令，已受刑罰，或已受有罪或無罪之判決，不得對

¹⁵⁷ 原名為 *Double Jeopardy*，中譯為致命追緝令，是第一部以美國憲法第五增補條款「...任何人均不得因同一罪名，使生命或肉體再受到傷害...」為靈感而製作之賣座電影，本片為布魯斯貝勒斯福導演，一九九九年上映。

同一行為，再行訴追」、巴拿馬憲法第三十二條之「任何人……就同一案件，不受兩次以上之審判」、印度憲法第二十條第二項之「無論何人，不因同一行為，而再度追訴或處罰」等¹⁵⁸。我國憲法就禁止雙重危險此一原則雖未明文，但人身自由之保障為憲法之基本原則，我國憲法就人權之保障應不亞於他國，如前所述，憲法第八條第一項之「法定程序」，甚至第十六條「訴訟權之保障」，實已蘊含此項原則。職是，如何將此一原則落實到我國之刑事訴訟法甚至刑事實體法，則是更為要緊之具體議題，從而，本文有必要將此一原則之完整概念加以說明。

二、禁止雙重危險之內涵

美國聯邦憲法第五增補條款所稱之 double jeopardy（雙重危險），依文獻之記載應包括下列三內涵¹⁵⁹：〔1〕同一行為無罪確定後再行追訴（即於程序上先後之一事再理）；〔2〕同一行為定罪確定後再行追訴（亦係於程序上先後之一事再理）；〔3〕同一行為多重處罰（即於程序上先後之重複處罰，及於刑事實體法罪數理論中同時評價上之雙重評價）。亦即如果偵查及審判機關有上開三項內涵其中之一之行為，即構成雙重危險，均為憲法所禁止。

上述 double jeopardy 之內涵是否包括在刑事實體法罪數理論中同時評價上之禁止雙重評價，應採肯定見解，蓋上開美國憲法所稱之 double jeopardy 包括同一行為多重處罰，並未區分先後或同時評價，且此為法理及保障人權所當然，自不待言。又日本憲法第三十九條所揭示之二重刑罰禁止原則及德國法治國原則下之一事不再理原則，亦應為同一解釋，乃屬當然。

準此以解，所謂禁止雙重危險，應包括一事不再理及一事不兩罰原則，一事不再理原則指的是同一行為不得再行追訴、審問¹⁶⁰，亦即禁止程序重複（先後之問題）；一事不兩罰原則則是指同一行為不得再行處罰，亦即同一行為禁止處罰重複（先後之問題）¹⁶¹及禁止雙重評價（於刑事

¹⁵⁸ 參照林紀東著，中華民國憲法逐條釋義（第一冊），第一〇五至第一一八頁。

¹⁵⁹ DOUBLE JEOPARDY - Being tried twice for the same offense; prohibited by the 5th Amendment to the U.S. Constitution. '[T]he Double Jeopardy Clause protects against three distinct abuses: [1] a second prosecution for the same offense after acquittal; [2] a second prosecution for the same offense after conviction; and [3] multiple punishments for the same offense. 1 U.S. v. Halper, 490 U.S. 435, 440 (1989). 參閱 The 'Lectric Law Library's Lexicon On, <http://lectlaw.com/def/d075.htm>。（造訪日期：二〇〇六年六月十五日）

¹⁶⁰ 參照我國刑事訴訟法第二百五十二條第一款規定：案件有曾經判決確定者，應為不起訴之處分；同法第二百六十條規定：不起訴處分已確定或緩起訴處分期滿未經撤銷者，非有左列情形之一，不得對同一案件再行起訴：一、發現新事實或新證據者；二、有第四百二十條第一項第一款、第二款、第四款或第五款所定得為再審原因之情形者；同法第二百五十五條第一項規定：檢察官因「其他法定理由」為不起訴處分者，應製作處分書敘述不起訴之理由。

¹⁶¹ 參照我國刑事訴訟法第二百零二條第一款規定：案件有曾經判決確定者，應諭知免訴之判決；同法第二百零三條第二款、第四款規定：已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，

實體法罪數理論中同時評價之問題)¹⁶²。而套一句學者蘇永欽教授之說法¹⁶³：美國憲法第五增補條款所宣示之禁止「雙重危險」(double jeopardy)，與德國基本法第一百零三條第三項所禁止之「雙重刑罰」(Doppelbestrafung)，都僅於刑法領域有其適用，且其重點在於程序上之不因一事而兩度置於受刑之危險，亦即一事不再理¹⁶⁴。此在我國可否作為憲法原則，已漸漸受到各方探討。大法官在釋字第三一一號解釋中，對於遺產及贈與稅法有關逾期申報遺產稅之規定，一方面要求遺產價值之計算以申報日與死亡日中時價較高者為準，另一方面又對逾期申報按核定納稅額加倍科罰，未擇一適用，認為「易滋重複處罰之疑慮，應從速檢討修正」。在解釋理由書又以傍論提到土地稅法與平均地權條例徵收增值稅以繼承開始時公告現值為計算基準問題，無異一頭牛剝三次皮。又以下則為大法官們之看法，可見禁止雙重危險之原則在我國亦屬正當法律程序及法治國原則底下之憲法原則。

三、我國實務對於禁止雙重危險之見解

我國司法院大法官解釋對於禁止雙重危險之概念，最早出現的是司法院釋字第四七號解釋，其後釋字第二七一號解釋，這二號解釋是有關一事不再理之問題，此後之解釋是有關一事不兩罰之問題，舉其要者有釋字第三一一號解釋、釋字第三三七號解釋、釋字第三五六號解釋、釋字第三八四號解釋、釋字第四九〇號解釋、釋字第五〇三號解釋等，均藉由解釋文、解釋理由書，甚至協同或不同意見書之形式，意圖闡明及為此一原則立下標杆，本文將其中較具代表性者臚列如下：

(一) 一事不再理

主要是釋字第二七一號解釋之不同意見書¹⁶⁵，本號解釋文雖表示：刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第八條第一項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。最高法院二十五年上字第三二三一號

或曾為不起訴處分、撤回起訴或緩起訴處分期滿未經撤銷，而違背第二百六十條之規定再行起訴者，均應諭知不受理之判決；同法第二百零七條規定：第一百六十一條第四項、第二百零二條至第二百零四條之判決，得不經言詞辯論為之。

¹⁶² 此為刑事實體法之概念，指的是侵害一法益之一行為，在刑法之評價上，必須禁止雙重評價。

¹⁶³ 參照蘇永欽著，財產權的保障與大法官解釋，大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄，第七四頁。

¹⁶⁴ 參照 Green v. United States, 355 U.S.184(1957); H. Hill, Verfassungsrechtliche Gewährleistungen gegenüber der staatlichen Strafgewalt, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, Heidelberg, 1989, 1339-1342. (轉引自蘇永欽著，財產權的保障與大法官解釋，大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄，第七四頁，註六六)

¹⁶⁵ 參照司法院公報，第三十三卷，第二期，第七頁，解釋日期為七十九年十二月二十日。

判例，於上開解釋範圍內，應不再援用。

而理由書則進一步說明：憲法第八條第一項規定：「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。」又刑事訴訟法第一條第一項規定：「犯罪，非依本法或其他法律所定之訴訟程序，不得追訴、處罰。」刑事訴訟程序因判決確定而終結者，不論為實體上之判決或程序上之判決，均生法律上之羈束力，其有重大違背法令之情形者，依本院釋字第一三五號解釋，雖不生效力，惟就不利益於被告之合法上訴所為駁回上訴之程序上判決，依本院院字第七九〇號解釋意旨，在未經法定程序撤銷其判決前，自不得回復原訴訟程序，逕行審問處罰。刑事訴訟程序之實施，應保障當事人之合法訴訟權，並兼顧被告對於裁判效力之信賴及國家刑罰權之正確行使。刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，足使被告信賴其羈束力，依上開說明，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第八條第一項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。最高法院二十五年上字第三二三一號判例，認此種駁回上訴之程序上判決，不發生實質上之確定力，得再逕行為實體上裁判，於上開解釋範圍內，應不再援用。

然吳庚大法官對上開解釋有另一見地，與前述禁止雙重危險有關，故提出不同意見書，認為：

1．刑事訴訟素有實用之憲法之稱（Strafprozess ist angewandetes Verfassungsrecht），此一說法不僅從歐美民主國家憲政發展之過程可獲印證，抑且為衡判刑事訴訟法規及法院行為合憲與否之標準，本件所涉及者，即憲法人身自由之保障在刑事訴訟程序中之實踐問題。憲法第八條為保障人身自由之基本條款，其第二項至第四項為關於提審制度之規定，與本件無關暫棄置不論。至於本條第一項則就人身自由之保障作原則性之宣示，其所稱：「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。」究竟包含如何之規範內容，為本件解釋上首應闡明之前提。本席以為上述憲法條文至少涵蓋下列原則：(1)刑事被告利益之保障在一定限度內乃憲法保留（Verfassungsvorbehalt）範圍，除現行犯之逮捕，委由法律加以規定外（即法律保留 Gesetzesvorbehalt），本項所舉之其他事項縱令法律亦不得與之牴觸，此乃違警罰法雖屬憲法第二十三條所指之法律，仍為本院釋字第一六六號及釋字第二五一號宣告限制人身自由之違警罰為違憲之主要理由。(2)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。(3)逮捕、拘禁、審問、處罰須遵守法定程序。(4)對於違反法定程序之行為，

提供人民一項消極之防衛權利（*ein negatives Abwehrrecht*），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。本件多數大法官所通過之解釋文，指最高法院二十五年上字第三二三一號判例部分內容與「憲法第八條第一項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符」，然則不符之處何在？判例究竟違反憲法第八條所包含之何項原則，仍應加以指明，始能令人信服。

2．本件聲請人因違反商標法案件，被害人提起自訴，先後經地方法院及高等法院二次判決無罪，自訴人不服上訴最高法院，亦因「誤合法上訴為不合法」而被駁回，至此聲請人無罪可謂確定。嗣後最高法院又置其先前之判決於不顧，發回高等法院更審，聲請人終於被判處八個月有期徒刑。是則本件乃屬是否違反同一行為不受二次以上審問處罰原則以及審級救濟之結果可否予被告不利益之變更問題。先就不受二次審問處罰而言，此一原則在刑事訴訟程序通稱為一事不再理（*nebis in idem*）。多數意見基於實體判決與程序判決有別之前提，以最高法院駁回上訴之程序判決，祇有形式上羈束力，不具有實質確定力，與一事不再理原則無關為立論基礎，固有其訴訟技術上之依據。惟是否構成同一行為不受二次以上審問處罰應從憲法保障人身自由之根本精神予以解答，不應限於訴訟技術之層次。蓋不受二次處罰之原則在羅馬法上已經存在，並表現於下列法諺：*Nemo debet bis puniri pro uno delicto*，或者 *Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*（英譯：*a man shall not be twice vexed for one and the same cause*）。十八世紀英國法學家布來克史東（*Sir William Blackstone*）在其經典著作「英格蘭法律詮釋」（*Commentaries on the Laws of England*, 1790, IV, 335）中宣稱：不受一次以上之危險乃舉世普遍之法則（"*the plea of autrefois acquit, for a formal acquittal, is grounded on the universal maxim……that no man is to be brought into jeopardy of his life more than once for the same offense*"）。美國聯邦憲法制定時，將已見諸殖民地各州憲法之條款列入聯邦憲法修正案第五條，此乃眾所熟知之雙重危險保障條款（*double jeopardy protection clause*）。二次大戰之後，德國基本法第一〇三條第三項、日本憲法第三十九條亦均有類似規定，其他大陸法系國家則多以一事不再理之方式，規定於刑事訴訟法。所謂雙重危險保障或不受二次處罰原則其內涵如何？固無各國一致之標準，在英美法系國家適用此一原則之結果，非但一罪不能兩罰，凡經陪審團認定無罪者，檢察官亦不得上訴，使被告免再受審問處罰之危險；在大陸法系國家雖未如此嚴格之限制，但至少一如前述日本憲法之規定：「任何人就其已認定無罪之行為，不被追問刑事上責任，同一犯罪亦不得使其

再受追問刑事上責任」，殆無疑問。

3．我國刑事訴訟制度中，不僅明文規定同一犯罪行為不受二次審問處罰（刑事訴訟法第二百零二條第一款、第二百零三條第二款及第四款等），抑且在特種刑事案件中，全盤接受美國禁止雙重危險之法則，凡適用美軍在華地位協定之被告，依該協定第十四條第九項之有關照會，「如被告被判無罪，他造當事人不得提出上訴；被告對任何判決不提出上訴時，他造當事人亦不得提出上訴……。」故雙重危險保障原則，已溶入我國實證法體系之中。本件聲請人歷經三審法院判決，連續二次宣告無罪，若仍持訴訟技術之理由或程序法上之概念致聲請人再度受審並遭處罰，當非憲法保障被告利益之本旨。……本件聲請人既經最高法院駁回對造之上訴，其二次無罪宣告，在一般觀念中無疑即屬確定，竟因法院本身之錯誤，原有利判決遭致撤銷，並於第三次之「實體」審判中，被判有罪。……又聲請人爲請求憲法救濟而向本院大法官會議提出聲請，則本院之解釋已成爲人民基本權利救濟體系最終之一環，雖本院之解釋文向例祇對法規或判例生棄廢效果（Kassatorische Wirkung），解釋文本身不自爲決定（reformatorische Entscheidung），但若聲請憲法救濟，而結果受訴訟上之技術所限，非常上訴如僅撤銷最高法院第一次之判決或雖一併撤銷最高法院第二次之判決及高等法院之有罪判決，而「自訴人之合法上訴」仍在，勢須再開審判程序，造成爲免除二次審問處罰之聲請人因尋求憲法救濟，反而更多次暴露於審判危險之中……。

由上可知，依上開不同意見書，不難明瞭禁止雙重危險中之一事不再理與一事不兩罰，實爲不同之正當法律程序概念；前者重在程序，後者重在實質，就前者而言，雖無兩次處罰，亦禁止程序上重複追訴審問，實較後者保障人權更爲週到¹⁶⁶。事實上，早在釋字第四七號解釋時，即有一事不再理之觀念，該號解釋認爲某甲在子縣行竊，被在子縣法院提起公訴後，復連續在丑縣行竊，又被丑縣法院提起公訴，屬連續犯，原得依刑事訴訟法之規定，併案受理。惟後起訴之丑縣法院未依法移由子縣法院管轄而逕自判決並告確定，此時子縣法院對於已繫屬之具有連續犯關係之前一次犯行公訴案件，自應諭知免訴判決。解釋文及理由書雖未明白表示此案涉及憲法規定之正當法律程序概念，亦即一事不再理之問題，惟審究其解釋之結果，實爲此概念之闡明，不言可諭。分析此二號解釋，不難看出大法官之用意是在避免同一行為一再反覆遭到檢察官追訴之痛苦，此屬一事不再理之問題，而與一事不兩罰較無關係。大法官們之用心，實已爲我國禁止雙重危險之憲法地位奠定明確之基礎。

（二）一事不兩罰

¹⁶⁶ 參照李念祖編著，案例憲法Ⅱ——人權保障的程序（二〇〇三年），第七七四頁。

I · 釋字第三三七號解釋及協同意見書¹⁶⁷

本號解釋認為：營業稅法第五十一條第五款規定，納稅義務人虛報進項稅額者，除追繳稅款外，按所漏稅額處五倍至二十倍罰鍰，並得停止其營業。依此規定意旨，自應以納稅義務人有虛報進項稅額，並因而逃漏稅款者，始得據以追繳稅款及處罰。財政部中華民國七十六年五月六日臺財稅字第七六三七三七六號函，對於有進貨事實之營業人，不論其是否有虛報進項稅額，並因而逃漏稅款，概依首開條款處罰，其與該條款意旨不符部分，有違憲法保障人民權利之本旨，應不再援用。至首開法條所定處罰標準，尚未逾越立法裁量範圍，與憲法並無牴觸。

而理由書則謂：違反稅法之處罰，有因逃漏稅捐而予處罰者，亦有因違反稅法上之作爲或不作爲義務而予處罰者，營業稅法第五十一條第一項本文規定：「納稅義務人有左列情形之一者，除追繳稅款外，按所漏稅額處五倍至二十倍罰鍰，並得停止其營業。」依其意旨，乃係就漏稅行爲所爲之處罰規定，因之，對同條項第五款之「虛報進項稅額者」加以處罰，自應以有此行爲，並因而發生漏稅之事實爲處罰要件，此與稅捐稽徵法第四十四條僅以未給付或未取得憑證爲處罰要件，不論其有無虛報進項稅額並漏稅之事實者，尙有不同。財政部七十六年五月六日臺財稅字第七六三七三七六號函未明示上述意旨，對於有進貨事實之營業人，不論是否有虛報進項稅額，並因而逃漏稅款，概依首開條款處罰，其與該條款意旨不符部分有違憲法保障人民權利之意旨，應不再援用。至營業稅法第五十一條之處罰，乃在防止漏稅，以達正確課稅之目的，其處罰標準，尚未逾越立法裁量範圍，與憲法尙無牴觸。營利事業銷售貨物，不對直接買受人開立統一發票，應依稅捐稽徵法第四十四條規定論處，財政部六十九年八月八日（六九）臺財稅字第三六六二四號函所採之見解，業經本院大法官釋字第二五二號解釋，認與憲法並無牴觸。營業人買受貨物，不向直接出賣人取得統一發票，依同一法理，適用稅捐稽徵法第四十四條處罰，與上開解釋意旨相符。此項行爲罰與漏稅罰，其處罰之目的不同，處罰之要件亦異，前者係以有此行爲即應處罰，與後者係以有漏稅事實爲要件者，非必爲一事。其違反義務之行爲係漏稅之先行階段者，如處以漏稅罰已足達成行政上之目的，兩者應否併罰，乃爲適用法律之見解及立法上之問題，併予說明。

然吳庚大法官對此亦提出一部不同意見書，闡明：本件聲請意旨指摘確定終局裁判適用財政部七十六年台財稅字第七六三七三七六號函，對於同一租稅債務之義務違反行爲，既依營業稅法第五十一條第一項第五款處予漏稅罰，又依稅捐稽徵法第四十四條處予行爲罰，爲雙重處罰，有違一行爲不兩罰之法治國家原則之部分，多數大法官通過之解釋文對此重要且具有原則性之法律問題置而不論，本席期期以爲不可。按單純一個違法行

¹⁶⁷ 參照司法院公報，第三十六卷，第四期，第一五至二四頁，解釋日期為八十三年二月四日。

為與二個以上法律條文之處罰構成要件相當，即所謂處罰競合之情形，應如何處置，向有併罰主義（Kumulationsprinzip）及吸收主義（Absorptionsprinzip）之分。倘若處罰之性質不同，例如一為刑事罰一為行政罰（秩序罰）或一為秩序罰一為懲戒罰時，各國立法例固多採併罰主義，我國法制亦然；反之，處罰之性質相同，例如競合者均為刑罰或行政罰則應採吸收主義，以從一重處斷為原則（參照已廢止之違警罰法第二十六條、社會秩序維護法第二十四條、德國一九七五年修正公布之違反秩序罰法第十九條），尤其因漏稅或違反稅法上作為或不作為義務，既均以罰鍰為制裁手段，更無不採吸收主義之理由（參照奧國一九五八年之財政罰法第二十一條）¹⁶⁸。實務上對於稅法之所謂「漏稅罰」與「行為罰」究應併罰抑或吸收，各方意見亦不一致，財政部於前述七十六年之函釋中採併罰主義，但其後財政部於民國七十八年七月二十四日發布之台財稅字第七八一—四八二三七號函，則又主張營業人之行為同時違反營業稅法第五十二條及稅捐稽徵法第四十四條「係屬法條競合，可採從重處罰，不宜分別適用各有關法條之規定同時處罰」，顯已不採併罰之原則。本件解釋允宜對此問題作一明確之釋示，俾實務上有所遵循，爰提一部不同意見書如上。

雖該一部不同意見書認對於同一租稅債務之義務違反行為，既依營業稅法第五十一條第一項第五款處予漏稅罰，又依稅捐稽徵法第四十四條處予行為罰，為雙重處罰，有違一行為不兩罰之法治國家原則等語，而如前所述¹⁶⁹，法治國原則下之一事不再理原則之內涵，實與前述美國憲法增補條款之禁止雙重危險原則，及日本憲法之禁止二重刑罰原則相同。是無論大法官認為禁止雙重危險是在法治國原則或正當法律程序原則下之概念，均與結果不生影響，亦即，禁止雙重危險均屬具有憲法位階之原則。況本文亦贊同學者之主張，於刑事司法領域，正當法律程序原則與法治國原則，其目的、內涵均無乖離之處，是倘將兩者並稱並用，亦對人權保障無任何妨礙，不會有理論及適用結果上之矛盾¹⁷⁰。

II．釋字第三八四號解釋及不同意見書

如前所述，本號解釋實係將前述釋字第二七一號解釋吳庚大法官之不同意見書予以承認，且對於雙重危險之論述，可謂「前無古人，後無來者」，闡述的極為詳盡，實為憲法思潮之一大進步，本文解讀上述解釋理由書，可得到如下與本文命題有關之二原則：其一為同一行為不得重複處罰，即禁止雙重危險，屬憲法地位之正當法律程序之內涵之一；其二為感訓處分為實質之刑罰，其與刑法之宣

¹⁶⁸ 關於行政罰上應以吸收主義取代併罰主義，學說及比較法上之理由，參照 Robert Walter/Heinz Mayer, Grundriss des "österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts, 2. Aufl., Wien 1980, S. 260f.（轉引自吳庚大法官本號解釋一部不同意見書之註解）

¹⁶⁹ 參本文前揭「德國及我國憲法上之法治國原則」部分之論述。

¹⁷⁰ 參照何賴傑著，正當法律程序原則—刑事訴訟法上一個新的法律原則？（正當法律程序原則之內涵與落實學術研討會【下】），刊載於憲政時代，第二十五卷，第四期，第三九頁。

告及執行相同，均有喪失人身自由之虞，有禁止雙重危險原則之適用，亦即俗諺「一頭牛不得剝二次皮」。詳言之，大法官們認為，檢肅流氓條例第二條所規定各款之行爲，刑法多有處罰之規定。被移送人有各該款之行爲，除應依各該刑法規定之處罰之外，尚須依檢肅流氓條例第十九條第一項接受一至三年之感訓處分，實務上雖曾有感訓處分係屬行政罰，其執行在使受處分人改過遷善，適於社會生活爲目的，故無「一罪不兩罰」原則適用之案例¹⁷¹，然依刑事訴訟程序經科處徒刑拘役之受刑人，對其行刑之目的，亦在使其改悔向上，適於社會生活爲目的¹⁷²；且受感訓處分人所受到之身體拘束與依刑事訴訟程序科處徒刑拘役之受刑人實無二致，再就感訓處分執行辦法所規定感訓處分執行內容有關收訓、訓練及輔導、管理與福利、感訓累進處遇、獎懲之規定，均與規範受刑人徒刑拘役執行內容之監獄行刑法及行刑累進處遇條例規定大致相同。猶有甚者，上開感訓處分執行辦法更有準用監獄行刑法規定之明文（第四十六條），因此檢肅流氓條例之受感訓處分人與刑事訴訟程序之受刑人所受之處罰並無不同，職是，檢肅流氓條例確使同時觸犯刑事法律之受感訓處分人一罪兩罰，實違反禁止雙重危險之原則。

雖孫森焱大法官提出協同意見書，惟綜觀其意見書全文，雖對本號解釋之其他解釋理由書所列舉之具體原則，例如犯罪嫌疑人之逮捕應踐行必要之司法程序、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、犯罪事實應依證據認定之、審判與檢察之分離、審判過程以公開爲原則等，均有尖銳之批評，認未必屬憲法層次之問題，惟獨對於同一行爲不受重複處罰此一禁止雙重危險原則，未爲任何批判，似亦未否認此一原則在憲法上之地位。準此，此一原則具有憲法上位階，應無疑義¹⁷³。

Ⅲ．釋字四九〇號解釋及不同意見書¹⁷⁴

本件解釋文係因聲請人認其自幼爲基督徒，一切生活言行均以聖經爲唯一標準及原則，凡與聖經牴觸者，聲請人皆本於良心督責而不爲。由於聖經多處經節教導，凡真實基督徒，對於地上列國戰爭均嚴守中立之立場，並不干涉他人行動，故聲請人自幼在良心上即拒絕參與任何與軍事有關之活動，前因應徵入營報到時，表示在良心上無法接受軍事訓練，致遭依陸海空軍刑法以抗命罪判處有期徒刑八年，嗣經先後二次減刑而服刑期滿，實際執行徒刑三年九月二十日。台北市團管區司令部又通知聲請人應報到參加召集，聲請人本於在良心上拒絕接受軍事訓練之相同宗教信仰理

¹⁷¹如臺灣高等法院八十五年度感抗字第一五二號裁定、八十四年度感抗字第四二六號裁定、八十二年度感抗字第五四二號裁定等，此爲實務界當時向例之見解，雖地方法院法官嘗試以雙重危險之理論裁定被移送人不付感訓處分，惟均遭高等法院以感訓處分係屬行政罰，無一罪不兩罰原則適用爲由，發回原審另爲裁定。

¹⁷²參照監獄行刑法第一條。

¹⁷³有疑義的是，此一原則究由第八條法定程序導出，或由第十六條訴訟權之內涵導出之爭論而已。

¹⁷⁴參照總統府公報，第六三〇九號，第六至六〇頁，解釋日期爲八十八年十月一日。

由未前往報到，致再度被軍管區司令部依妨害兵役治罪條例第六條第五款規定判處有期徒刑三月，實際執行徒刑三月。詎新竹團管區司令部復發布臨時召集令召集聲請人回役，致聲請人遭台灣新竹地方法院以聲請人未依規定申報，致該召集令無法送達，判處有期徒刑六月，緩刑三年。新竹團管區司令部復以臨時召集令召集聲請人回役，聲請人一本相同信仰理由及良心上決定，再度未應召回役，故受台北師管區司令部傳訊，勢將第四度受處刑責，因而提出聲請。

而本號解釋是針對聲請人一再拒絕服役之行爲，認仍應依妨害兵役治罪條例之規定處斷，並不構成一行爲重複處罰之問題，其解釋文及理由書略以：．．．兵役法施行法第五十九條第二項規定，同條第一項判處徒刑人員，經依法赦免、減刑、緩刑、假釋後，其禁役者，如實際執行徒刑時間不滿四年時，免除禁役。故免除禁役者，倘仍在適役年齡，其服兵役之義務，並不因此而免除，兵役法施行法第五十九條第二項因而規定，由各該管轄司法機關通知其所屬縣（市）政府處理。若另有違反兵役法之規定而符合處罰之要件者，仍應依妨害兵役治罪條例之規定處斷，並不構成一行爲重複處罰問題，亦與憲法第十三條宗教信仰自由之保障及第二十三條比例原則之規定，不相牴觸。

然而劉鐵錚大法官引用德國聯邦憲法法院之見解而提出不同意見書，略謂：按「一事不二罰原則」、「禁止雙重處罰原則」係民主國家彰顯人權保障之展現，其本意在禁止國家對於人民之同一行爲，以相同或類似之措施多次處罰。美國聯邦憲法早於西元一七九一年增訂之人權典章第五條即有明文(nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb)。我國憲法第二十二條係關於人民基本權利保障之補充規定，即除同法第七條至第十八條及第二十一條所爲例示外，另設本條規定，概括保障人民一切應受保障之自由權利。禁止雙重處罰原則，既爲現代文明法治國家人民應享有之權利，且不妨害社會秩序與公共利益，自亦在該條保障之列。就所謂良心犯罪與一事不二罰原則而言，德國聯邦憲法法院之見解可資參考，「若行爲人一再拒絕兵役、社會役之徵召行爲，係基於其所宣稱之永遠繼續存在之良心決定，則該行爲仍應屬基本法第一百零三條第三項所稱之同一行爲。蓋該等決定係基於單一之良心決定¹⁷⁵而永遠之拒服兵役，此種良心決定之範圍係原則性的而非個別性的。再者，行爲人透過基於其良心所下之決定而表現出來之持續反抗兵役行爲，可謂係對國家要求其服兵役之一種反抗，故國家以第一次及其後續之徵召令要求服役之行爲，始終爲同一行爲……。行爲人之良心決定具有嚴肅性及繼續性亦屬顯而易見。行爲人於其第一次處罰之後以及接獲第二次徵

¹⁷⁵ 按何謂一行爲，是否是基於一個內心決定所爲之行爲均屬一行爲？是否侵害單一法益之一行爲禁止雙重評價？其詳參閱邱忠義著，由憲法正當法律程序原則論刑事訴訟預備與選擇合併制度，私立輔仁大學法律研究所碩士論文（二〇〇四年十一月），第二〇七頁以下。

召令後，不過再次堅持以前所為永遠拒服兵役之良心決定，此種過去所為而持續至將來之良心決定，確定了行為人整體外部行為，從而行為人於接獲第二次徵召時，遵循此一決定進而拒服兵役，自屬基本法第一百零三條第三項所稱之同一行為。」¹⁷⁶就本件聲請案當事人而言，聲請人基於單一之良心因素拒絕服役而遭重複處罰至為明顯。此一由過去持續至將來之良心決定，確定了聲請人外部之行為，從而不論聲請人日後將再受多少次之徵召，其仍將一本初衷，持續拒絕服役。參考前揭德國聯邦憲法法院所表示之見解，原判決及其所適用之兵役法施行法第五十九條第二項規定，顯然未能掌握本件事實之內涵及其特殊性，同時亦使我國憲法所保障之宗教信仰、良心自由受到漠視，違反一事不二罰之憲法原則。

上開劉鐵錚大法官之見解實屬精彩，本文贊同此看法，據此推論，凡行為人基於單一之犯罪決意，而為犯罪行為，均屬同一行為，倘其所侵害之法益實際上僅屬單一，則其侵害某單一法益之一行為應不能雙重評價，否則有違禁止雙重危險之憲法原則。

IV·釋字第五〇三號解釋¹⁷⁷

本解釋係針對行為人同一行為違反行為罰及漏稅罰之處罰要件時，是否有禁止雙重危險原則適用之問題，其解釋文略以：納稅義務人違反作為義務而被處行為罰，僅須其有違反作為義務之行為即應受處罰；而逃漏稅捐之被處漏稅罰者，則須具有處罰法定要件之漏稅事實方得為之。二者處罰目的及處罰要件雖不相同，惟其行為如同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件時，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。是違反作為義務之行為，同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，如從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰，始符憲法保障人民權利之意旨。

其解釋理由書則更具體表示：．．．違反租稅義務之行為，涉及數處罰規定時可否併合處罰，因行為之態樣、處罰之種類及處罰之目的不同而有異，如係實質上之數行為違反數法條而處罰結果不一者，其得併合處罰，固不待言。惟納稅義務人對於同一違反租稅義務之行為，同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件者，例如營利事業依法律規定應給與他人憑證而未給與，致短報或漏報銷售額者，就納稅義務人違反作為義務而被處行為罰與因逃漏稅捐而被處漏稅罰而言，其處罰目的及處罰要件，雖有不同，前者係以有違反作為義務之行為即應受處罰，後者則須有處罰法定要件之漏稅事實始屬相當，除二者處罰之性質與種類不同，例如一為罰鍰、一為沒入，或一為罰鍰、一為停止營業處分等情形，必須採用不同方法而為併

¹⁷⁶ 參照 BverfGE 23,191. (轉引自劉鐵錚大法官該不同意見書之註解)

¹⁷⁷ 解釋日期為八十九年四月二十日。

合處罰，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。從而，違反作為義務之行為，如同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，則從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為併予處罰，始符憲法保障人民權利之意旨。

又曾華松大法官則基於「違法行為人之同一違法行為，亦即其基於單一之決定，或自然意義下之單一行為，違反數個法律時，不得重複處罰，否則違反禁止雙重危險原則」之理由，提出協同意見書，略以：本件解釋意旨，認為納稅義務人違反作為義務而被處行為罰，如同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件時，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則；本院釋字第三五六號解釋，略稱：「營業稅法第四十九條就營業人未依該法規定期限申報銷售額或統一發票明細表者，應加徵滯報金、怠報金，係對營業人違反作為義務所為之制裁，其性質為行為罰，此與逃漏稅捐之漏稅罰乃屬兩事」等語，立意過簡，易啟誤解。同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件時，是否屬於同一行為之一事？其處罰之目的及性質是否各異？似此同時違反租稅罰之不同條項或條款之行為，究應併予處罰，抑或擇一從重處罰即可，如併予處罰，有無違反「一事不再罰」或「一事不二罰」原則？．．．本號解釋之解釋文本席固表贊同，惟所持理由稍嫌過於抽象及簡略，易引起誤解誤用。鑑於．．．事涉具體個案「一事不再罰」，或「一事不二罰」原則之運用及釐清，相關法理之說明及具體個案運用實態，自有進一步闡釋之必要．．．「一事不再罰」或「一事不二罰」原則，就行政制裁而言，係指違法行為人之同一違法行為，亦即其基於單一之決定，或自然意義下之單一行為，違反數個法律；其與通常複數之違反行政義務行為，係由於各別之決意或自然意義下之複數行為有別，不得以同一事實和同一依據，給予兩次以上行政處罰¹⁷⁸。反之，為達行政「合目的性」之要求，遇有數個違反行政義務之行為，應分別處罰¹⁷⁹。例如：營業人進貨未依規定取得進貨憑證，並於銷貨時漏開統一發票之漏進漏銷事件，其銷貨漏開統一發票部分，同時違反稅捐稽徵法第四十四條關於應給他人憑證而未給（依查明認定之總額，處百分之五罰鍰之行為罰），及營業稅法第五十一條第三款短報或漏報銷售額（處漏稅額一倍至十倍罰鍰之漏稅罰），因係同一違法行為，自應擇一從重處罰。至其進貨未依規定取得進貨憑證部分，因其係由於各別之決意或自然意義下之複數行為，自仍應依稅捐稽徵法第四十四條關於應自他人取得憑證而未取

¹⁷⁸ 參照行政罰法草案第二十二條：「一行為發生二以上之結果者，從一重處罰」及其「立法理由」說明，亦同此見解。見張劍寒（研究主持人）及翁岳生、城仲模、朱志宏、古登美（參與研究）等研究，行政制裁制度，行政院研究發展考核委員會編印（一九七九年六月），第二七四至二七五頁。

¹⁷⁹ 參照行政罰法草案第二十一條：「二以上違反行政義務之行為，分別處罰」及其「立法理由」說明，亦同此見解。見張劍寒等研究，前揭「行政制裁制度」，第二七四頁。

得，處以經查明認定總額百分之五罰鍰之行爲罰。乃因進貨未依規定取得憑證，因素至多，其與銷貨漏開統一發票及應給他人憑證而未給，非有必然關連所致；此與本解釋理由書所指營業人依法律規定應給與他人憑證而未給與，致短報或漏報銷售額者，同時違反稅捐稽徵法第四十四條關於應給他人憑證而未給與之行爲罰，與違反營業稅法第五十一條各款規定例如：未申辦營業登記、逾限未申報銷售額，未按規定申報統一發票明細表短報漏報銷售額時之漏稅罰，核屬出於營業人之單一決定，或自然意義下之單一行爲，違反數個法律，亦即違反營業稅法第五十一條第一款（處漏稅罰）及稅捐稽徵法第四十四條（處行爲罰），即營業人對於同一違反租稅義務之行爲，同時符合漏稅罰及行爲罰之處罰要件，本於「一事不再罰」，或「一事不二罰」之原則，自應擇一從重處罰，不得併罰。本解釋理由書，未就違反租稅義務，因行爲之態樣及處罰之目的不同，而得併罰之情形，併予例示，致易引起不必要之疑惑。

由本號解釋可知，除在刑事法領域有禁止雙重危險原則之適用外，在行政罰上亦有此原則之適用¹⁸⁰，亦即在稅法爲掌握納稅義務人，並確實查明課稅事實關係，乃課予稅捐義務人一系列之協力義務，在納稅義務人違反此類行爲義務之情形，稅法多規定應科處罰鍰，由於此種處罰，通常並不以發生納稅義務人短漏稅款之結果爲要件，因此被歸類爲行爲罰。相反的，如果納稅義務人因故意或過失違反稅法上誠實申報義務，或違背義務致使稽徵機關不知有關課稅之重要事實，致發生短漏稅捐結果，對於此種違反稅捐秩序之行爲，所科處之行政秩序罰（罰鍰），一般即稱之爲漏稅罰。納稅義務人違反前述稅法上之協力義務，並進而發生短漏稅款結果之同一行爲，雖分別觸犯行爲罰與漏稅罰之規定，除二者處罰之性質與種類不同外，例如一爲罰鍰、一爲沒入，或一爲罰鍰、一爲停止營業處分等情形，必須採用不同方法而爲併合處罰，以達行政目的所必要，否則只能爲一次處罰，方符合禁止雙重危險之憲法原則。又曾華松大法官則基於「違法行爲人之同一違法行爲，亦即其基於單一之決定，或自然意義下之單一行爲，違反數個法律時，不得重處罰，否則違反禁止雙重危險原則」之理由，提出上開協同意見書，亦具參考價值，雖然論述之標準與本號解釋文及理由書不同，惟大法官們一再藉由不同聲請案而宣示憲法正當法律程序（或法治國原則）概念下之禁止雙重危險原則應嚴予遵守，其等所爲之努力，實不分軒輊，功不可沒。

四、禁止雙重危險在我國之憲法依據

¹⁸⁰ 按我國學者見解大抵均都採吸收主義，擇一從重處罰，以免構成雙重危險，其詳參照，城仲模著，租稅罰則之檢討及改進一書（受財政部稅制委員會委託研究）；吳庚大法官於釋字第三三七號解釋之一部不同意見書；又德國租稅通則第三百七十九條以下、德國違反秩序法第十九條、奧地利財政罰法第二十一條、日本國稅通則法第六十六條、第六十八條等，其規定均採吸收主義，亦即禁止雙重危險。其詳參照本件解釋聲請人楊世興等二十二聲請書。

正當法律程序究應由何處導出，如前所述，大別有二種說法，第一說認為應由憲法第八條人身自由保障之「法定程序」規定導出，第二說認為應從基本權利附隨程序保障功能理論導出。惟前已有述及，第一說之說法，就現階段而言，可能是比較好的方式。故正當法律程序底下之禁止雙重危險原則，因涉及的是刑事訴訟程序當中人身自由之保障問題，故可能也只有第一說比較能夠有合理之說明。

肆、結論

上述美國聯邦憲法第五增補條款所規定：「．．．；對同一犯罪不受二次處刑（禁止雙重危險）；．．．非依正當法律程序，任何人之生命、自由與財產不得被剝奪（正當法律程序）；．．．」及第十四增補條款第一項所規定：「．．．，無論何州，未經正當法律程序，不得剝奪任何人之生命、自由或財產（正當法律程序）；．．．」二個條文，日本憲法第三十一條所規定：「任何人，未經法律所定之程序，不得剝奪其生命、自由或科以其他刑罰（正當法律程序）。」與第三十九條所規定：「同一犯罪，不得再重複追究其刑事責任（禁止雙重危險）。」二條文，及德國法治國原則底下之一事不再理原則，均係正當法律程序中之雙重危險（Double Jeopardy）禁止原則（亦即法治國原則底下之一事不再理、一事不兩罰原則）。析言之，憲法上之正當法律程序中之同一行為不受二次追訴處罰原則，或法治國原則中之一事不再理、一事不兩罰原則，其「一事」之概念極為重要，此在刑事訴訟法上應係指公訴事實（即起訴事實）之同一，亦即在「事實上僅侵害單一法益之一行為」之條件下，「當然」屬公訴事實同一而必須適用一事不再理及一事不兩罰原則，以免造成雙重危險，始符合具憲法位階之正當法律程序或法治國原則，以保障人權，維護人性尊嚴。倘上開理解在目的性考量下，經利益權衡並符合比例原則後為正確，則在一行為而事實上僅侵害一法益時，絕對禁止雙重評價，例如最常見之竊盜罪與贓物罪，二者在不法領得他人財產方面相同，均為被害人之財產，倘法院判決被告被控訴之竊盜犯行無罪，檢察官理應不能再起訴同一被告侵害某單一法益之一行為另犯不兩立之贓物罪（其他類型亦同，例如竊盜罪與毀損罪之間，其未經同意而取他人財物及其他客觀要件等均屬相同，只是主觀犯意有所不同而已），否則即屬違反禁止雙重危險原則。然而，以目前法制及實務之運作，上開情形確可以另行起訴，因為法院認為基本犯罪事實不同，一為竊盜罪，一為贓物罪，二者構成要件及處罰條件均有差異，故倘檢察官起訴被告涉犯竊盜犯行，即使法官審理後發現實屬贓物犯行，亦不能變更起訴法條而判決被告贓物部分有罪，只能判決被告被控訴之竊盜部分無罪，並於理由中說明可能涉及贓物罪，應由檢察官另行偵查起訴；甚至檢察官起訴被告涉犯竊盜犯行，法官審理後竊盜部分無

罪，且亦不可能成立贓物罪或其他犯罪，亦只能判決被告被控訴之竊盜部分無罪，並於理由中表示被告持有被害人之物之來源多端，可能是拾獲，可能是受贈，可能是．．．等語。然無論如何，檢察官接到上開確定判決之任何一種，實務運作上均有可能會再將被告之同一侵害法益之一行為再行起訴贓物罪（又如不兩立之竊盜罪與毀損罪等之情形亦同）。本文認為這樣的看法及作法均有待商榷，因為一行為而事實上僅侵害單一法益，只能為一次評價（不論有罪或無罪），否則即屬雙重危險。基於此，為免上開雙重危險之情形一再發生，有必要建構一套訴訟制度¹⁸¹，例如在刑事訴訟程序上採行「預備及選擇合併制度」，讓被告事實上僅侵害單一法益之單一行為，無論有罪或無罪，能在一次訴訟程序中完全解決，期能與憲法地位之禁止雙重危險原則相呼應。

¹⁸¹ 按此處所指的訴訟制度之建構，並非憲法學上所稱之「制度性保障」之意，而是指國家（無論立法或司法實務運作上）應衡酌訴訟案件之性質，建構一套訴訟制度，保障人民權利之意。詳言之，我國憲法第十六條規定人民有訴願及訴訟之權，關於人民訴訟權之保障，目的是在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權益，因此，立法機關得衡酌訴訟案件之性質，制定法律，為合理之規定，提供人民保障權利之訴訟制度。其詳，請參照司法院釋字第一八七、二一一、二二〇及二七三號解釋。