

東海大學法律研究所

碩士論文

指導教授：林騰鶴 博士

美國聯邦憲法刑事  
基本人權保障之研究

A Research on the guarantees of Criminal Fundamental  
Human Rights in the federal Constitution

研究生：林富滄

中華民國 101 年 3 月

碩士學位考試委員會審定書

東海大學法律學研究所

碩士班研究生 林富滄 君所提之論文：

美國聯邦憲法刑事基本人權保障研究

經本委員會審查並舉行口試，認為符合  
碩士學位標準。

考試委員簽名處

林騰鵠

蕭淑芬

劉子德

10年 3 月 28 日

## 論文摘要

以自由為基礎之諸多人權保障的鏡像，就是國家公權力的侵害。美國人權典章中所記載不能讓渡之權利，是國家及政府之權力運作之界限；進而構成基本人權體系，是一個國家主權之所在、也是民主國家的起點，以此作為研究美國刑事基本人權意義之首要課題。

從觀察沿革伊始，以美國獨立宣言、憲法前言及人權典章所構築之憲法優位原則，透過美國聯邦最高法院的審查，形成限制國家權力的框架，具體落實憲法規範之最高性及權力分立，藉此保障基本人權。

本文著重在美國聯邦憲法增修條文中有關搜索扣押、接受法院審判、雙重危險、不自證其罪、迅速審判、對質詰問、辯護權及正當法律程序等刑事基本人權保障之種類作一比較分析，以美國刑事基本人權保障之種類作一綜整，並簡述我國人權基本法草案保障之不足為結論。

# 美國聯邦憲法刑事基本人權保障之研究

第一章	緒論	
第一節	研究動機	1
第二節	研究目的	3
第三節	研究方法與範圍	4
第二章	美國聯邦憲法刑事基本人權保障之意義	
第一節	前言	6
第二節	美國聯邦憲法刑事基本人權保障之意義	8
第三節	結語	16
第三章	美國聯邦憲法刑事基本人權保障之沿革	
第一節	中世紀的英格蘭	17
第二節	普通法之形成	18
第三節	殖民時期之美洲	22
第四節	人權典章之形成	25
第五節	對人權保障之影響	36
第六節	美國聯邦憲法刑事基本人權保障之演變	38
第七節	結語	43

第四章	美國聯邦憲法刑事基本人權保障之種類	
第一節	不受不合理之搜索及扣押之權利 (Right against unreasonable search and seizures)	
第一項	財產權之物理侵入-----	46
第二項	從物理空間過度到意思自由的不受干擾----	47
第三項	與我國保障搜索及扣押權利之比較與檢討--	56
第二節	接受法院審判之權利(Right to an impartial)	
第一項	司法分權-法院與陪審團-----	60
第二項	不告不理-----	65
第三項	與我國保障接受法院審判權利之比較與檢討 -----	67
第三節	雙重危險禁止原則(Double Jeopardy)	
第一項	程序危險之禁止-----	72
第二項	一事不再理-----	75
第三項	與我國保障雙重危險禁止原則之保障與檢討 -----	78
第四節	不自證其罪之權利 (Privilege against self-incrimination)	

第一項	程序有害參與禁止-----	83
第二項	保持緘默-----	85
第三項	與我國保障不自證其罪之比較與檢討-----	89
第五節	迅速審判之保障(Right to a speedy trial)	
第一項	防止審判前不當拘禁-----	93
第二項	保障被告防禦權-----	95
第三項	與我國保障迅速審判之比較與檢討-----	99
第六節	對質詰問權之保障 (Right to confront opposing witnesses)	
第一項	武器對等原則-----	104
第二項	對質詰問權-----	107
第三項	強制取證權-----	111
第四項	與我國保障對質詰問權之比較與檢討-----	114
第七節	辯護權之保障(Right to counsel)	
第一項	當事人對等與程序之公平-----	118
第二項	形式對等到實質對等-----	120
第三項	與我國保障辯護權之比較與檢討-----	122
第八節	正當法律程序之保障(Due process of law)	

第一項	程序正義-----	127
第二項	從程序到實體之正當法律程序-----	133
第三項	與我國保障正當法律程序之比較與檢討---	136
第五章	結論	
參考文獻	-----	143



# 第一章 緒論

I have a dream that one day this nation will rise up  
live, out the true meaning of iesw creed:

“We hold these truths to be self-evident, That all men are  
created equal<sup>1</sup>.”

我夢想著，我的國家終將實現—人生而平等的真諦！

## 第一節 研究動機

英美法（Anglo-American Law）係指由英國發展而來推展於  
英語系國家之法律制度，與歐陸國家或受歐陸國家征服和統治所  
使用之大陸法（Civil Law）有所不同。英美法系最早起源於英國  
盎格魯薩克遜時期的地方習慣法，原來的地方習慣法（customs）  
在 11 世紀諾曼人征服英國後，透過國王委派法官到各地巡迴法院  
之審判，擇優透過判例之形式加以淬煉，而成為皇室法院普及通  
用於全國的普通法（Common Law）。因此，普通法又稱為判例法（Case  
Law），此與我國經過國家立法機關立法程序而制定之成文法  
（Statutory Law）有所不同<sup>2</sup>。

「王子犯法與庶民同罪」<sup>3</sup>，意味法律之前人人平等，我國卸

<sup>1</sup>See Martin Luther King, J, August 28, 1963: I have a Dream,  
[http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/mlk01.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/mlk01.asp), 2012 年 2 月 18 日訪問。

<sup>2</sup>參見王澤鑑主編，英美法導論（Introduction to Anglo-American Law），2010 年 7 月初版第 1 刷，第 1 頁。

<sup>3</sup>參見教育部重編國語辭典修訂本，帝王的兒子觸犯了法律，要和平民接受同樣的罪刑。意謂法律之前人人平等。  
文明小史·第四回：「照著律例上，雖說是『王子犯法，與庶民同罪』，然而也得詳革功名，方好用刑。」中國現在記·第二回：「俗語說得好，『王子犯法，與庶民同罪。』我們這裡只知道押犯人，卻不分別誰是老爺，誰不是老爺。」

<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/newDict/dict.sh?idx=dict.idx&cond=%A4%FD%A41%A5%C7%AAk%BBP%B1f%A5%C1%A6P%B8o&pieceLen=50&fld=1&cat=&imgFont=1>，2008 年 3 月 15 日訪問。



任總統涉案<sup>4</sup>遭到羈押及審判之同時，社會一般大眾卻存有兩極評價，在高喊司法迫害及侵害人權的口號之下<sup>5</sup>，個人應有所反省，是否應檢討我國憲法<sup>6</sup>制度上所諭示之刑事基本權利，不應流於奉辭伐罪之一時情緒性人言言殊<sup>7</sup>；法獄治罪<sup>8</sup>之前提，須立於人權保障與發現真實之司法運作<sup>9</sup>，憲法制度<sup>10</sup>所應踐行基本人權保障之法定程序，憲法始能免於成為政治鬥爭工具，信守正義防線，進而成為下一代人們珍惜的一部美麗詩篇<sup>11</sup>。

憲法基本人權保障運行之舉直措枉，攸關人民各項基本權利，為免我國憲法有關刑事基本人權淪為枉道事人之手段<sup>12</sup>，本文礙於篇幅，擬聚焦西元1791年權利典章（The Bill of Rights）所確立適用於美國各州之基本人權保障角度，探討刑事人權保障之內涵與範圍。

爰美國聯邦憲法前言寫到：美國人民為了建立一個更完善的聯邦，樹立公平的司法制度，保障國內的治安，籌設共同防衛，

4參見林騰鶴著，停止製造法條鸚鵡，2000年8月13日，中國時報A18時論廣場；另參見台灣法學雜誌第168期，2011年1月15日，第2頁，法官不應是法條鸚鵡，法律是人民意志的表現，也是人民對社會正義的文句規範。法官受人民之付託，在將其演譯詮釋到具體生活個案時，不應拘泥法條句文義而忽略法規體系，否則，很容易成為不知所云的「法條鸚鵡」，而無法守護社會正義。

5參見林騰鶴著，民主內涵更要打拚，1999年12月15日，中國時報A14時論廣場。

6參見蘇永欽著，飄移在兩種司法理念間的司法改革，台灣法學雜誌第28期，2001年11月出版，第1頁，多國人都把司法改革放在跨世紀的改革議程上，決定改革大方向的是每個國家的社會經濟條件，左右改革具體內容的，則是個別司法體制和其背後的基本理念。儘管對於司法權有相同的定位，但大陸法系和英美法系實際上發展出相當不同的司法理念，也因此司法組織、程序，乃至職業的管理上都有很大的差異，其間環環相扣，務實的改革者只能在體制基礎上去作功能調整。台灣跨世紀的司法改革，面對的挑戰十分艱鉅，司法院也以前所未見的魄力擬定了極大幅度的改革方案，令人遺憾的是，改革者忽略了體制背後的不同司法理念，近乎轉軌的方案實際上是在兩種理念間飄移，其結果很可能是消耗了巨大的社會成本，卻因為沒有抓病因，而根本無法解決原來要解決的問題，徒然製造出更多問題。

7參見蕭白雪著，聯合筆記誰的人權？誰的特權？2008-12月20日聯合報A13版民意論壇及阿扁對司法人權的貢獻，2009年1月20日聯合報A11版民意論壇。

8參見前揭註3，南朝梁·任昉·奏彈曹景宗：「肅明典憲，臣謹以劾，請以見事免景宗所居官，下太常削爵士，收付廷尉法獄治罪。」，

<http://dict.revised.moe.edu.tw/cgi-bin/newDict/dict.sh?cond=%B8&pieceLen=50&fld=1&cat=&ukey=-982596515&serial=1&recNo=25&op=f&imgFont=1>，2008年4月7日訪問。

9參見林騰鶴著，結構性災難與政府改造，1999年9月4日，中國時報A14時論廣場。

10參見林騰鶴著，建國百年提升憲政品質，2010年8月22日，及建國百年找回公義，2010年7月26日，中國時報A14時論廣場，中國時報A14時論。

11參見林騰鶴著，駝鳥行政誤國誤民，2010年6月1日，中國時報A14時論廣場。

12參見2009年4月18日聯合報A2版焦點社論，受司法磨難二十八年的冤枉人生。

增進全民福利，使我們自己和後代子孫，永享自由的幸福，乃制定並確立此<sup>13</sup>；我國憲法前言則以：中華民國國民大會受全體國民之付託，依據孫中山先生創立中華民國之遺教，為鞏固國權、保障民權、奠定社會安寧及增進人民福利，制定本憲法，頒行全國，永矢咸遵<sup>14</sup>。而作為我國憲法守護者之司法院大法官歷來對基本人權保障所作之解釋是否如同官斷十路<sup>15</sup>，爰此以「美國聯邦憲法刑事基本人權之保障」為題，試述淺見。

## 第二節 研究目的

按美國聯邦憲法刑事基本人權之普通法制度，在英國歷史上的發展，主要起因於諾曼人征服英國後設立國王法院，展開一連串司法集權的結果。英國早期之法律主體，是英國在盎格魯薩克遜時期<sup>16</sup>由各部落之習慣發展而來的盎格魯薩克遜習慣法，但英國各地習慣法非常分歧，標準也不一，隨著諾曼征服英國，結束這一時期的部落統治，並且在英國確立封建制度。逐漸為鞏固王權，便發展出一個以盎格魯薩克遜習慣法為基礎，而通用於全國的普通法制度。尤以英王亨利二世從國王法院逐漸發展而來之中央法院司法審判體制<sup>17</sup>為最。司法制度<sup>18</sup>除應關注外在制度架構之移植

13參見美國聯邦最高法院憲法判決選譯第二輯，司法院編印，2001年12月，第309頁，We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessing of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.

14參見王皓昱著，歐美民主憲政之源流-從古代民主到現代民主之實踐，三民書局股份有限公司，2011年7月初版，第226頁，現代的憲法隨時代發展呈現不同的內容：第一、有關「社會公約」的內容。第二、權力和制衡原則。第三、人權保障條款。第四、成文憲法進入二十世紀增加所謂政治福音學說，在憲法中標示出社會主義或馬克思共產主義等福音學說，指示出有待努力實踐的美好方向。現在今各國的憲法中，吾人不難發現上述的內容，只是依國家的差異，對四種內容所強調的分量有所不同。經驗也告訴人們，憲法內容中愈明示地強調「政治福音」學說，則此一社會在意識型態宰制下，容易導向不容忍異己的「封閉社會」。

15參見2009年4月16日Upaper2版焦點社論，記者李光儀，一案拖28年定讞3行員含冤坐老。

16參見John Blair著，肖明翰譯，盎格魯-撒克遜簡史(The Anglo-Saxon Age A Very Short Introduction)，外語教學與研究出版社，2008年12月第1版，第114-116頁。

17參見前揭註2，第4頁。

與改造，尚須視制度內在背景因素與相關配套措施，參酌一國法制傳統與法律文化之精神，斟酌損益妥為設計。時值我國前任總統因貪汙、洗錢等案件遭受刑事羈押、追訴及審判<sup>19</sup>，美國聯邦憲法增修條文及法院審判實務在其實踐上應有我國借鏡之處，本文嘗試比較分析美國聯邦憲法增修條文有關：第 4 條不受不合理之搜索與扣押 (Right against unreasonable searches and seizures)、第 5 條接受法院審判(Right to an impartial jury)與雙重危險(Double Jeopardy)、不自證其罪 (Privilege against self-incrimination)、第 6 條迅速審判(Right to a speedy trial)、對質詰問(Right to confront opposing witnesses)及辯護權(Right to counsel)及第 14 條正當法律程序 (Due process of law)；擷取美國聯邦憲法增修條文在法院實際運作之經驗，引為我國刑事實務之參考，故以「美國聯邦憲法刑事基本人權之保障」為本文之研究目的。

### 第三節 研究方法及範圍

美國聯邦憲法刑事基本人權保障之研究，採歷史考察方法兼採我國現況<sup>20</sup>比較，探討美國刑事基本人權保障實際運作之情形，從中汲取經驗，以茲引為我國日後應用上之參考。

美國獨立宣言乃肇因於不平等，剝奪了人們追求生命、自由與幸福的權利，當政府容許此一不平等的存在，人民有權改變這個邪惡的政府，建立一個符合人民同意且幸福安全的國度，不再

---

18參見 <http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=166772&ctNode=27633&mp=001>, 2011年9月3日訪問。

19參見邱忠義檢察官著，押人取供黑白講，2008年11月14日聯合報 A19版民意論壇。

20參見林騰鶴著，荒唐立法機制該改了，2010年9月27日，中國時報 A16時論廣場。

受制於國家權力所導致的苦難<sup>21</sup>。權利典章也更加確認了來自人民同意的憲法制定，賦予人民享有追求幸福安全、不可讓渡之基本權利，政府無權以任何的形式改變此一上天所賦予之權利<sup>22</sup>。美國聯邦憲法增修條文之各基本人權圖像，係以判例法形式存在於法院審判實務，如非以探究其歷史沿革及發展歷程為追本溯源之基礎，則無法一明底蘊及其體系化之過程，有鑒於此，本文囿於篇幅，本文第二章聚焦美國聯邦憲法刑事之基本人權之意義、第三章則探究美國聯邦憲法及其增修條之沿革、第四章以美國聯邦憲法刑事基本人權之種類輔以參照美國法院實際案例，與我國司法院大法官解釋為比較研究之對象，引為相互琢磨之主要重點，亦以此為本文研究之主要範圍。

學海伏龍鳳雛僅陶潛三徑而已，筆者孤陋未能探驪獲珠當為戒慎，僅以此文作八大人覺之初醒，方能撫恭自問，竊邀先進惠予指正也。

---

21See Declaration of Independence: 「We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness. That to secure these rights, Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed. That whenever any Form of Government becomes destructive of these ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their Safety and Happiness. Prudence, indeed, will dictate that Governments long established should not be changed for light and transient causes; and accordingly all experience hath shown that mankind are more disposed to suffer, while evils are sufferable, than to right themselves by abolishing the forms to which they are accustomed. But when a long train of abuses and usurpations, pursuing invariably the same Object evinces a design to reduce them under absolute Despotism, it is their right, it is their duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future security.」, [http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration\\_style.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_style.html), 2012年2月12日訪問。

22See Bill of Right: 「That there be prefixed to the constitution a declaration That all power is originally vested in, and consequently derived from the people. That government is instituted, and ought to be exercised for the benefit of the people; which consists in the enjoyment of life and liberty, with the right of acquiring and using property, and generally of pursuing and obtaining happiness and safety. That the people have an indubitable, unalienable, and indefeasible right to reform or change their government, whenever it be found adverse or inadequate to the purposes of its institution.」, [http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill\\_of\\_rights.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights.html), 2012年2月12日訪問。

## 第二章 美國聯邦憲法刑事基本人權保障之意義

### 第一節 前言

美國制憲先賢傑佛遜樂觀地認為：任何一種生命為追求幸福<sup>23</sup>，會自己保護自己，在人生過程中，失敗只不過是往目標發展過程中暫時的受挫，一切結果都會往美好的方向發展。一個聰明而又廉能的政府，要防止人們相互之傷害，但也要鼓勵人民自主地發揮勤奮與上進的努力，尤其不可從勞動者的嘴裡，奪取他所賺來的麵包。國家不應在財富之再分配方面，有侵入性作為。政府不應干擾人民、讓綿羊過自己的生活，這樣總比在狼的照顧下來得快樂。盧梭曾言：「人曾經生而自由，如今無不在枷鎖中。」意味人類所有權利之基礎—從出生到死亡的自由，在在受到層層的枷鎖之限制<sup>24</sup>。正如人民的財產是國家制度創造出來的，所以不能只看到欠債人的惡意，而沒看到國家管理財產的失職，唯有如此，財產權才是所謂受憲法保障之基本權<sup>25</sup>。

人權或有不同差異的看法，係指人人為維護其生命尊嚴，在社

23參見黃榮堅著，刑罰的極限，月旦出版社股份有限公司出版，1998年12月一版一刷，第1-5頁，能夠使人感到愉快的，當然就是一種利益。所以國家和人民一起來追求復仇的快感，並不是自始就不可以的事情。問題是，為了追求這樣的快感，我們是不是在眼睛所沒有看到的地方，在腦筋所沒有想到的地方，要付出更慘痛的代價？…我們每一個人都會有做錯事情的時候，也都會有做對事情的時候。換句話說，每一個人都是好人，也都是壞人。每一個人都有做為好人的時候，也都有做為壞人的時候。那麼按照上面殘忍對待懷人的哲學，我們每一個人心裡都必須準備好面對殘忍…。當國家本身，當這個社會的多數人，在心態上已經接受了把自己的快樂直接建立在別人的痛苦上的哲學之後…。要解決問題，現實上真正的方法只有一個，就是不做殘忍的示範…。我們也不能永遠叫社會或國家去負起個人侵害行為的全部責任。所謂責任，是誰應該解決問題，卻沒有解決問題，誰就是要負責任的人。要負責任的人並不是永遠只有一個人。而個人和國家之間，對於一件事情的負責，也沒有必然要互相排斥的關係…。這個世界令人不滿，我們還是不能製造傷害。否則在一個混亂的社會裡，我們會連最後的希望都失去了…。生存在這個社會裡的人，特別是執政者，對於人類的愛心到哪裡，刑罰功能的極限就是會到哪裡。

24參見前揭註14，第227-228頁。

25參見許玉秀著，論正當法律程序原則，軍法專刊社2011年10月初版，第35-36頁。

會關係中擁有對他人主張之權利<sup>26</sup>。從 13 世紀古典詩歌天堂篇可得知：上帝在創造萬物的時候，最大的禮物及傑作也是最值得祂讚美的，就是自由意志，只有智慧的天使和人類才享有。人類一旦獲得充分的自由，就能處於最佳狀態。自由的基本原則就是有選擇的自由，而選擇自由就是意志自由，這是上帝對人類的最大恩賜！因為這種自由能使我們感到在塵世作為人是幸福的，在天國作為神也同樣幸福<sup>27</sup>。

人民不為他們的代表而存在，也不為國王而存在；相反的，代表是為人民而存在，國家也是為人民而存在。人民遵守法令，不是為了立法者，而是立法者為了他們。國家建立的基石是遵循人權保障，國家的自我解散與毀滅也是抵觸人權之行為，因此，國家無權毀滅自己，否則，無異於悖反國家存立之目的。基本人權保障之歷史就是：以人對抗神，以人性沖淡神性，以人權沖淡神權的一種過程。因為，將人性從抽象神性抽離或許只能讓身為人遠離壓迫的醜陋而感覺舒服些。然而過度強調神性的結果，將掩飾作為人的存在受到一種壓迫<sup>28</sup>。我們必須不斷地追問：神話的虛偽飄渺性格，是我們想要的一種慰藉而不是一種習慣嗎？

美國聯邦憲法乃至人權典章之人權保障條款納入成為增修條文

---

26參見廖福特著，批准聯合國兩個人權公約及制訂施行法之評論，月旦法學雜誌第 174 期，元照出版有限公司第 2009 年 11 月出版，第 229 頁，真正問題依舊是如何適用法律？不論是行政、司法、考試還是監察權，其所面對的難題是必須先確認既有之法律規範是否與兩公約衝突，如果衝突的話，即應適用兩公約之規範。而未來司法機關可能必須扮演關鍵之角色，一方面法院在個案審理中必確認兩公約與國內法如何適用；另一方面則是有關統一解釋法律，當各政府機關或是人民在適用國內法及兩公約時見解有異，司法院大法官應該統一解釋法律。

27參見劉幸義著，法律倫理學之意義、範疇與議題，月旦法學雜誌第 196 期，元照出版有限公司第 2011 年 9 月出版，第 6 頁。倫理學為一極古老的研究領域，其意義可以由多重角度切入理解。倫理學的主要論題，具普遍性，列如一、道德(善)的本質、起源和發展；二、道德與物質生活的關係；三、個人利益與整體利益的關係；四、道德的最高原則；五、道德評價的根據；六、人的價值；七、其他等。以比較具體的方式來說，例如什麼樣的行為是正當的？什麼樣的品性才是符合道德的？在評價人們的行為和品性時，應以什麼為標準？在社會共同生活中，應該履行什麼樣的義務？

28參見前揭註 2，第 332 頁。

之宗旨：人生而平等，賦予生命、自由不可剝奪及追求幸福之權利。因此美國刑事基本人權之保障，從美國聯邦憲法增修條文第 4 條不合理之搜索、扣押禁止；第 5 條接受法院審判之權利、雙重危險禁止原則、不自證其罪之權利；第 6 條迅速審判之保障、對質詰問權之保障、辯護權之保障及第 14 條正當法律程序之保障，均以聯邦憲法增修條文的高度去限制國家權力，透過國家權力間之相互制衡，達到保障人民權利之目的，都是建立在所謂自由之基礎之上<sup>29</sup>。

本章關於美國聯邦憲法刑事基本人權意義為內容，從刑事基本人權保障之基礎談起，試論其意義。

## 第二節 美國聯邦憲法刑事基本人權保障之意義

從古典詩歌傳頌人存在本質，在強調以人對抗神，以人性對抗神性的歷史過程中，追求幸福是人類的天性，任何人現在不願，將來也不願成為一個不幸者<sup>30</sup>。政府保障人民之財產與安全，是人性最基本之需求，人們易於忘記他們父親的死，卻不易忘去繼承遺產之喪失，因為人民財產權神聖不可侵犯。人權<sup>31</sup>保障之發展在

29參見廖福特著，歐盟與歐洲人權公約，月旦法學雜誌第 62 期，元照出版有限公司第 2000 年 7 月出版，第 93 頁，就歐洲人權公約如何成為歐洲共同體之一般法律原則而言，歐洲共同體法院在 FRT 判決中有較完整之陳述，此判決論述：「本法院堅定認為基本人權構成一般法律原則之重要部分，應確保其實行。就確保基本人權之目的而言，本法院從…會員國均已簽訂之國際人權條約中的指導原則得到啟發，在此方面歐洲人權公約有特別重大之意義，因而本法院認為歐洲共同體無法接受與其所認定及保障的人權相違背之行為。本法院已認定各內法則超出共同法律之外的部份，本法院無審查此法則是否符合歐洲人權公約之規定。另一方面，如果國內法則乃是在共同體法徑範圍內，且求本法院為先決裁定，本法院應提供國內法院所需之一切解釋原則，以決定國內法則是否符合本法院所應確保及特別是由歐洲人權公約導引出之基本人權。」

30See George Anastaplo, Amendments to the Constitution of United States: A Commentary, Loyola University Law Journal, Vol. 23, (1991-1992), 「Whatever the limitations in 1787-1789 of the case for a bill of rights, it is now salutary to consider the Bill of Rights of 1791 as the virtual completion of the constitutional framing that had begun in 1776. Certainly, the Bill of Rights cannot now be eliminated without ominous implications and without an unhealthy effect on citizen morale in this Country. Even tampering with it, as in response to such unfortunate provocations as the Flag Burning cases, should be approached with the greatest caution.」, page 59.

31參見日本學士院會員樋口陽一著，台灣大學法律學院教授蔡茂寅譯，日本國憲法六十年與憲法學-從憲法象徵「回收」的點談起，月旦法學雜誌第 143 期，元照出版有限公司 2007 年 4 月出版，第 188 頁，「人權」的回收：

1791年權利典章成為美國憲法增修條文時，才算大功告成<sup>32</sup>。

美國獨立革命具有人民自決權及權利主體之意涵<sup>33</sup>，人民有免於專制集權統治之自由及政府為人民存在之權利。尤其是當一群人民必須解除其與另一群人民的政治聯繫，獲得自然法<sup>34</sup>和上帝所賦予他們的獨立平等地位時，就是一種對人類的真誠與尊重<sup>35</sup>。

經濟及戰爭雖然是美國獨立革命之因素之一。利用經濟與武力是集權統治向外擴張的手段，然而無論結果如何都使人民的自由、生命、財產受到更大的壓迫，也因此激起反抗集權之力量，故戰爭的結果經常是人權發展的重要動力<sup>36</sup>。美國獨立革命之後，權利典章遂以自然法及社會契約論為基礎，促成保障個人自由權

人權的情況又是如何？在這裡也以兩件事說明。(一)自律與自己責任。首先是「自律與自己責任」。從至今為止非難「個人主義太過頭」，而主張與集團的一體化為美德的人群中，「重視、發展個性」的用語忽然開始被提起。一連串的規制緩和、撤廢政策即為適例。因此，最受動搖的則是憲法第25條的生存權以及第28條的勞動基本權的實質。如眾所知的「二動基準論」的法理，其一方面承認制約經濟社會領域的自由(權)的可能性，另一方面則以精神自由、政治自由的最大保障為佳。在日本國憲法的場合，其旨趣因(以個別條文言之)僅明示第22條第1項及第29條第2項的、可能以「公共福祉」名義限制憲法上基本權的規定而被實定化。其構造則因為「個體」的強調-之所以如此，乃是因為得到第13條的「尊重個人」象徵的協助-而動搖。

32參見許宗力著，基本權程序保障功能的最新發展-評司法院釋字第488號解釋，月旦法學雜誌第54期，元照出版有限公司1999年11月出版，第154頁，基本權是否蘊含如何內容的程序要求，是一個饒富興味的問題。這個問題免不了讓我們聯想到美國憲法上的「正當法律程序」(due process of law)。根據美國憲法增修條文第5條，只要涉及剝奪人民之生命、自由或財產，均應經正當法律程序。關於「正當法律程序」，在我國也迭經大法官使用，問題是，從過去曾明白提及「正當法律程序」的釋字第384、392、396、418、436與446等號解釋觀之，發現都是涉及憲法第8條人身自由之保障與第16條訴訟權之保障等所謂「程序基本權」者，至若涉及其他的實體基本權者，大法官到目前還未曾一句話提到「正當法律程序」。

33參見前揭註30，「Vital to the affirmations of the Declaration of Independence is the self-evident truth that "all men are created equal." The meaning and application of this principle have been major concerns of the American people for more than two centuries now. Precisely how the equality principle should be applied depends on circumstances, so much so that at times it can mean that all States (as the agents of diverse communities of men) should be treated the same and at other times it can mean that all persons should be treated the same.」, page10.

34參見林文雄著，探討自然法的意義，月旦法學雜誌第64期，元照出版有限公司2000年9月出版，第48-49頁，自然法有以下四點重要的特徵：一、自然法是主張一定的法價值判斷。二、這種價值判斷，無論其淵源是自然、啟示或理性，均具有普遍妥當性與永恆不變的特徵。三、這種價值判斷對人類而言，是認識可能的。四、這種價值判斷一經認識把握，其效力是強於與其矛盾的實證法。即自然法廢棄與其衝突的實證法。具有上述四點特徵的法價值判斷命題，就是我所謂的自然法。

35參見前揭註30，「The greatest wars fought by the American people have been civil wars. The first was the struggle between Patriots and Loyalists from 1774 to 1781; the second was the struggle between Northerners and Southerners from 1857 to 1865. The victors in both wars suppressed far-reaching claims by their rivals. No later British monarch ever plausibly aspired to the power in the British Empire that George III was believed to exercise between 1774 and 1781. No later State government ever again aspired to the power in the American Union that the Confederate States tried to exercise between 1860 and 1865. In each case the aspirants were confronted by armed responses rooted in the constitutional history of a people.」, page2-3.

36參見劉文彬著，西洋人權史-從英國大憲章到聯合國科索沃決議案，五南圖書出版股份有限公司，2005年2月初版1刷，第99-137頁。



利，對刑事基本人權之成文化<sup>37</sup>。

有關人權保障只在美國憲法第1條第9項提及人身保護令<sup>38</sup>(the writ of habeas corpus)不得廢止，當有叛亂及敵人入侵，危及公共安全之必要時，方得暫停，並接受法院審查。其本文所規範者，多為政府間之權力關係。之所以未在憲法前言中宣示有關人權保障，主要是對聯邦政府擴權之疑慮，因為權利典章之目的既然在限制政府權力，聯邦政府若無實質的權力，即無危害人民之疑慮。凡憲法未授予聯邦政府的權力(利)，均保留予各州人民；因為憲法本文旨在提供聯邦政府運作的法律基礎，而非作為人民權利保障的基礎。但此一論點則忽略，權利典章對於人權之宣示，有教育政府與人民尊重他人權利，保障少數<sup>39</sup>、對抗多數及濫權<sup>40</sup>之功能。

Bill of right 之 bill，原有寫好並蓋章封妥文件之意<sup>41</sup>。英國

37參見前揭註30，「...Lincoln figured, no doubt, that they had nowhere else to go but also Northerners who did not have strong opinions about slavery (but who did care about the Constitution and the Union) and Middle States men who retained both slaves and loyalty to the Constitution.」, page165.

38參見前揭註30，「...the privilege of the Writ of Habeas Corpus. The Trial by Jury in all cases, Criminal as well as Civil. The Freedom of the Press. A fourth provision (also in his list), the prevention of Religious Tests, as qualifications to Offices of Trust or Emolument, he speaks of as a provision the world will expect from the Federal Convention, in the establishment of a System founded on Republican Principles, and in an age so liberal and enlightened as the present.」, page21-22.

39參見廖元豪著，憲法訴訟法草案的幾點評析—從「活化憲法」的角度出發，月旦法學雜誌第149期，元照出版有限公司2007年10月出版，第48-49頁，美國聯邦最高法院宣告「公立學校種族隔離違憲」的判決了。聯邦最高法院首先將「種族隔離違憲」的原則，與「此原則之執行方法」分開。在1954年的Brown v. Board of Education(Brown I)，最高法院石破天驚地判定公立學校實施種族隔離均屬違憲。在隔年的Brown v. Board of Education(Brown II)，最高法院判定，消弭種族隔離，應由各學校當局(school authorities)負擔主要義務；並由各聯邦地方法院監督各校是否誠意地履行系爭的憲法原則(禁止隔離，校園融合)。Brown I與Brown II，可以讓我們看到美國最高法院在救濟與執行上的幾個作法：一、「法律原則」與「執行方法」是可以分別處理的；二、判決所創設(或確認)之「法律原則」，具有普遍的適用性；三、執行方法可以相當彈性，包括由下級法院監督應執行機關，考量地方特性與憲法精神，逐漸為之。

40參見前揭註30，「...Each State retains its sovereignty, freedom, and independence, and every Power, Jurisdiction and right, which is not by this confederation expressly delegated to the United States, in Congress assembled. Instead of such a limitation, the Constitution of 1787 provides that Congress should have power to make all Laws which shall be necessary and proper for carrying into Execution the foregoing Powers, and all other Powers vested by the Constitution in the Government of the United States, or in any Department or Officer thereof. The efforts made by a lively minority in the First Congress to curtail the implied powers of Congress were soundly defeated. This, as I have said, is generally known.」, page20.

41參見前揭註30，「The Bill of Rights of 1791 does not come out of nothing. For one thing, it is vital,

1689 年之 Bill of right 之正式名稱是：An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject, and setting the Succession of the Crown。是 1688 年英國議會中提出之人民權利宣言<sup>42</sup>。

美國人權保障之根源及文化傳統，自 1776 年維吉尼亞宣言以來，賦予人民自由與獨立，是先於社會、國家存在之權利；獨立宣言<sup>43</sup>並強調造物者賦予人不可讓渡之權利，此乃為自明之理（truth to be self-evident），此一宣言除奠定政治上獨立、建國的宣言外，同時反映天賦人權之基本信仰。歐洲在 1789 年法國人權宣言中亦出現，不可讓渡權利之精神，作為人權保障最高信仰。美國獨立宣言宣示人權是先於國家與政府、人民享有平等追求不可讓渡之生命、自由、與幸福之權利，但未提及財產。人權典章中所能讓渡之權利，便在憲法限制其形式、權限、及運用的方式授予政府。讓渡這些權利是為換得一有效的政府，藉由人權典章保障不可讓渡之諸權利。政府如破壞了這些目的，人民就可

---

for an effective bill of rights, that the rule of law already be established in a community. A bill of rights may guide and refine that rule of law; it cannot create or do without it. This rule-of-law background bears on what can be done with declarations of rights in a variety of regimes all over the world. Without a proper, and reliable, rule of law, there is not likely to be either the secure civil liberties a people yearn for or the reliable economic development that stable government depends on. All this bears upon whether our civil liberties can be exported and whether the many economic and social bills of rights of the Twentieth Century make much sense.」, page33-34.

42參見前揭註 2，第 175 頁，美國聯邦憲法本文所未授權政府限制人民基本權利，則相應而言權利典章亦無必要納入憲法有關基本權利之保障範圍。James Madison 從權力分立與制衡角度認為：憲法本文在加入權利清單後，反而對人民權利保障帶來危險，因為一定會包括各種未經授權之例外情形，會為當權者提供一個侵害人權在授權外行使權力之藉口。在美國聯邦憲法增修條文 1 至 10 條實踐過程的今日，聯邦政府之權力確實透過聯邦最高法院所增加之權力是比限制來的大多了。

43參見前揭註 30，「That Declaration, appealing before the opinions and judgment of all of mankind to principles of right embodied in nature, manifested the fundamentals upon which the United States rest and to which all modern liberal democracies look. Our point of departure for this discussion is the proposition that there may be seen in the dialogues of Plato and in the political careers of Jefferson and his contemporaries two forms of excellence. The American critique of Plato should help us to notice problems that we in this Country have always had in sensing the amplitude and depth of the more thoughtful ancients. We should, after surveying the Jeffersonian response to Plato, be better able to get into the minds of the men who not only developed the Constitution of 1787 and its first twelve Amendments, but also trained their successors.」, page152.

以變更或撤消它。美國 1787 年聯邦憲法原無人權典章，直至 1791 年憲法增修條文納入人權典章成為前 10 條之內容。觀察從 18 世紀美國獨立宣言以來之思想論之，建立民主國家之起點乃在人權典章及憲法本文。美國聯邦憲法<sup>44</sup>增修條文中人權典章的第 1 條，載明國會不得制訂法律以建立宗教或禁止信仰自由，或限制言論出版自由，人民和平集會權利。人權典章之總結，見於憲法修正條文第 9 條之規定，本憲法中所列舉之若干權利，不得解釋為否認或減損人民所保留之其他權利及第 10 條之規定，憲法所未付託於合眾國，仍保留於各州或人民。人權典章作為憲法保障人權之基本目的<sup>45</sup>，尤不能以普通法律加以限制，即凡有關憲法保障之基本權問題，非多數普通複決程序下所能決定，尤其在基本權利須以修正或增補憲法的方式始能解答時。不可讓渡之人權均已被劃出政府一般權力之外，亦即透過限制政府權力保障人權，成為美國憲法之基本原則運作司法制度，才有基本人權之保障。

基本人權同時做為法規範之性質，我們不能以基本人權與法律

44參見廖元豪著，美國憲法學對臺灣憲法實務與理論之影響—以方法論為重心，月旦法學教室第 100 期，元照出版有限公司 2001 年 2 月出版，第 57 頁，自從二十世紀初期起，最高法院在許多判決中，以憲法為名（尤其是「聯邦主義」以及並未明文規的「契約自由」積極干預各類社會與經濟立法。最為惡名昭彰的列子，莫過於 1905 年的 *Lochner v. New York*。該案判決宣告紐約州有烘焙對工人（麵包師傅）之最高工時法抵觸憲法保障契約自由之意旨而違憲。判決中並根本否認政府得「單純」以「保護勞工利益」作為干預契約自由之正當目的。因此，任何限制勞動契約的法律，若被定位為「純粹而單純的勞工法」(a labor law, pure and simple) 而無其他「公共利益」(如大眾或工作人員之健康) 作為基礎，則當然無效！這個判決開啟了美國最高法院「以憲法人權為名」，干預、打擊各類政府改革措施的新時代。自 1905 年 *Lochner* 判決直到 1937 年最高法院完全改變趨勢為止的這段期間，被稱為「*Lochner* 時期」(*Lochner era*)。「*Lochner* 時期」也成為美國憲法界用來批評司法濫用違憲審查權，假憲法為名而行個人意識型態偏好之實的用語。Holmes 大法官在 *Lochner* 案的不同意見書因此膾炙人口：本案是以一個多數國人都並不信服的經濟理論為判決基礎。如果本案的爭點是我個人是否同意那個理論，那麼我希望在下決定之前，能先進行長期研究。但我不認為那是我的任務，因為我堅決認為，無論我是否同意這種理論，都不能干涉社會多數人將他們的想法制定成法律的權利。本院許多判決早已確認「州法」可以制定各種法律規範人類生活—即便這些法律從我們作立法者的角度來看，會認為它們跟本件系爭法律一樣粗糙，一樣專制（如果你喜歡這種稱呼的話），其干預契約自由的程度也毫不遜於本法。…Herbert Spencer 的社會靜力理論並未被制定到憲法增修條文第 14 條之中。

45參見前揭註 30，「Once the Constitution and its Bill of Rights were established, the American people could settle down to governing themselves. The education of that people and their leaders became critical to how competent such self-government would be. Instructive in any assessment of this education is an appreciation of what Americans in the early Nineteenth Century drew upon from antiquity besides considerable respect for the republican institutions of Rome.」, page151.

制度完成視為一事。一國之法律固然應該與基本權利相符合，但確未必見得每個法律制度均能合乎基本權利之保障。美國南北戰爭因奴隸制度所產生之爭端<sup>46</sup>，自屬明證。基本權利本身具有實然與應然之雙重性格，為確定自然權利之實效性乃至於得到國家保證的一種制度，並做為國家最高主權之原則，成為下位階法律之基礎。基本人權必須得到國家及政府的保證，同時不許任意變更，政府之運作只能以法律客觀制度擔保人民之行動自由，不得干擾到人民思想及隱私生活。因為縱然基於信仰而侵害自己生命之人，法令也必加以禁止，生命最高保護原則乃為基本人權保障之必要條件，基本人權作為人民之權利必先得到所有人之同意。尤其當政府無法保障基本權利時，等於是民主制度破毀、成為暴民之政治。基本權利是現代民主<sup>47</sup>國家之最原始的起點。人與其自然

46參見前揭註30，「It can be argued that but for the institution of slavery which had to be accommodated in the late Eighteenth Century an equal protection principle might have found even more expression than it did in the Constitution of 1787 and the Bill of Rights. Provesion for as well as any pervasive reliance upon a rule of law has equal protection implications. But the equal protection principle had to await the post-Civil War Amendments for its full expression most obviously with respect to slavery. One major concern expressed again and again by advocates of a bill of rights during the Ratification Campaign of 1787-1788 was that there should be limitations placed upon standing armies in time of peace. But even so stout a "civil libertarian" as George Mason recognized that an absolute prohibition of standing armies in time of peace might be unsafe. He attempted to have precautions taken with respect to the establishment and use of the militia. A major precaution found in the Constitution that bears upon these matters is the two-year limitation placed in Article I on appropriations for the Army.」, page135-136.

47參見前揭註14，第234-236頁，自由之基本價值主要在於「主宰」及「發展」的觀念上；秩序的觀念是由主宰性所導出。個別主體當前的主宰性之自覺，是一切規範的根源；秩序自然辨識客體化的規範。但秩序及規範一旦走入封閉狀態，則主宰性及成為自我否定；要避免這種災禍，便需要另一發展之肯定。而主宰與發展又多以統攝在一個自由概念底下，這種自由概念不只是等於英文中的“liberty”的觀念，反而要以內在意義的“freedom”為重。人權之價值實現即在事務本質之實現。就人本身而言，人之本性為自由及理性則人身本身之歷程，應既為自由及理性實化之歷程。權利的基礎在於心靈，其源生點則是意志。意志是自由，故自由為權利之實質，亦是權利之目的。當權力制度為被實現的自由的領域時，心靈的世界即由其自身中前進一步，宛如第二自然。因此，所謂權利的問題，必以自由意志之確認為基礎。權利問題之全程，乃自然意志實化之全程，仍考慮權利問題，而予人間關係以正當處理；而每一正當處理，即表一度自由；故人之考慮權利問題，即以一度實現自由為目的。自然世界為心靈之客觀化，而自然即指物理事實的世界，權利的制度泛指一切之制度，而一切制度也是心靈之客觀化，這就是所謂第二自然。因此，制度做為心靈世界進一步所產生的實有。做為自由的國家，有著普遍客觀的自由，進而普及為心靈之權利至上的自由。民主是平等思想所激勵出的成果，托克維爾認為「民主政治」是平等思想所激勵出來的結果。托克維爾指出：身分、地位的平等對待社會的運作和發展方向，有著重大的影響，它指導民智，引領法律的走向，給予統治者新的行事準則，造所導致的結果，民主社會淡化了社會等級和階級的分別，重視社會每一位成員的平等，因為身分地位和機會的平等，使得財富和特權的維護，不像過去的社會，不再世襲，機會的平等帶動社會上下流動的暢通，以致現代社會財富不平等的差距有縮少的趨勢。這種天意的平等化走向是普世的，人們無法阻擋這種發展走向。人受到希望平等的激勵，對平等有著堅決、頑強而又難以

權利，是構成民主國家組成前已存在條件。為保障這些權利，憲法才被制訂，政府才被成立。保障基本權利是憲法制度組合之目的，現代憲法不僅應訂明政府之結構與程序，亦應涵括人權保障在內，則更凸顯憲法之契約性質；因此種宣言中所敘述的各種目的，更清楚地構成政治契約之條件，因此基本人權保障及憲法是一個國家主權之所在也是民主國家的起點<sup>48</sup>，基本人權所保障的自然權利經過國家憲法的保證乃成為最高權威條款自然是政府之一般權利行使之界線，便具有絕對的束縛力，亦為我國憲法第 2 條所宣示國民主權原則之所在。現代意義之民主國家，人民不但以政治權利控制政府，並且也以這種方法保障人民自己之基本權利，因為只有這種選擇與控制之自由才能使生活得到安全，也只有這種自由才能使安全得到更加的安全，這種安全及於所法律<sup>49</sup>、經濟制度或政治之範圍，蓋經濟制度之變更不得因此使人民最後的控制權受到損害。保障基本權利是政府的事，運用基本權利則

---

滿足的永恆熱望。這種熱望的累積使得人愈享有平等，就愈無法忍受不平等，對平等的渴望就如同對自由的嚮往，平等的感受帶給人們眾多的快樂，自由則帶給人們無限的創造力。

48參見前揭註 14，第 237-238 頁，民主政治的缺點，在托克維爾看來，民主政治實踐的結果，首要缺點在於助長「個人主義」，因平等化使得對所有事務的權衡在個人，以致激勵個人主義。個人主義致使美國人只重視個人的理性努力，傳統和別人的經驗變得無值。個人主義進而危害家庭和社會情感，個人主義下偏重個人思考和冷靜，它讓每位公民自我孤立於群眾，與其家庭和親人保持距離，以致人們喪失了社群意識，心態變得自私而又偏狹。對於使得社會變得遲鈍和弱化的「個人主義」，托克維爾視之為「社會的鐵鏽」。托克維爾約略提出三方面的建議：首先，行政上「去中央集權」即行「地方分權」，賦與地方和省區的自由，深信地方精神是維護社會秩序與公共安寧的有力因素；再者，托克維爾強調自由的保障已不能仰望傳統的居間階級-貴族，因而鼓勵人民「結社」，建立各種性質的協會，如政策、工業、商業、科學和文學藝術的組織，使各種公民的組織，成為可替代貴族的社會新勢力，即形成有等同貴族實力的法人，這也可抗衡個人主義；此外，托克維爾強調有如宗教信仰的約束功能，民主社會也有賴人們的導德、士氣和意志的品質，而且責任感和對公共福祉的熱誠，都是公民必要的品質，托克維爾如同孟德斯鳩，強調道德應凌駕於政治之上，進而主張必須將中心信仰與民主精神妥協，在民主政治中，中心信仰也是必要的，對持續進化和不穩定的政治體制而言，有助於鞏固，且可對抗個人主義。托克維爾對民主政治缺點因應的處方，容易一般人誤認為是非常保守、反動的主張，但這位不時會稱頌敵人、寬宏大量的自由主義者，非常有前瞻性視野，托克維爾的見解就如同先引述美國參迪生總統言論時所強調的，他們都展望到現代民主政治是「多元勢力較勁」的政治。關心自由之維護是托克維爾作品的核心價值。

49參見鄭衍森著，偉大的異議者-美國最高法院法官奧立佛·溫代爾·賀姆斯，月旦法學雜誌第 74 期，元照出版有限公司第 2001 年 7 月出版，第 194 頁。「法律的生命不是邏輯，而是經驗。時代的需要，現行的道德或政治理論，公共政策的直觀，不論是明示的主張或不自覺，即使是法官與其同胞共同具有的成見，在確定人類應遵守的規則時，較之三段論式顯有更大的影響。」賀姆斯這段話的意思，事實上是反映內心深處對於僵硬社會秩序的反動。他一直試圖拓展每一個人在一有秩序發展之社會中，表達個人所提出之需求的空間。因此，在他的想法中，法律個人所提出之需求的空間。因此，在他的想法中，法律準則或原理的不變性是法律合理適應社會條件的頑固障礙。

純屬個人自己的事，無須政府替我規定什麼時候說些什麼或不得說些什麼。基本權利制度排除生活中最大的阻礙，同時規定基本權利行使之程序，基本人權及憲法<sup>50</sup>可說是一個人不影響他人之狀態下，以其之意志、毫無顧慮支配其所享有之一切自由。國家不能概括所有現代生活，政治也只是人民特定生活面向，政府之功能在於保障生活及理念的實現，永遠無法代替個人的生活，這便是基本人權實現自由的真諦，如同生命權存在之邏輯般，生命權不管憲法承認與否，都是先於憲法之承認而存在，生命權隨著生命而存在，當有一個生命存在時，該生命如何表達自己之存在？一定是透過主張自己存在之程序，藉由主張存在而存在，不能主張生命存在之生命，不能享有生命權，所以只要生命存在，就可以提出任何主張，提出主張生命存之所有證據，只要是人，就有主張權利之權利，也因而承認人作為權利主體地位之必然結論<sup>51</sup>，基本權及實現基本權之程序亦復如此。對於人權的侵害，莫過於國家以刑事手段壓制個人自由，美國聯邦刑事基本人權保障制度，刻劃出國家所有公權力干預的範圍，屬個人不可讓渡的權利，課予國家遵守之義務，使人之所以為人之原則成為神聖信仰，成為保障刑事基本人權<sup>52</sup>意義之所在。

50參見許志雄著，新世紀台灣憲法學的責任與課題，月旦法學雜誌第100期，元照出版有限公司2003年9月出版，第26-27頁，長久以來，立憲主義一直是西方世界奉行的價值，而無緣進入東方陣營，1989年起，立憲主義超越北大西洋各國的境界，適用領域不斷擴大，寢假成為全球性的共通價值。所謂「西」與「東」之間形成「憲法共同體」或「價值共同體」，畢竟僅侷限於歐洲世界，「南」與「北」之間，情況截然不同，各國由於文化的差異，對人權普世價值的認知與接受程度並不一致。台灣位處亞洲，在詭譎多變的局勢中，憲政究竟要朝日本與歐美發展，或者向中國靠攏，這不僅是一種價值選擇的問題，更是台灣能否順應世界潮流、維繫國家命脈與人民福祉的問題。

51參見前揭註25，第144頁。

52參見陳瑤華著，人權不是舶來品-跨文化哲學的人權探究，2010年6月初版第1刷，第66-67頁，當人權概念在哲學上的證明非常不明確的時候，聯合國就把它引入了國際法與國際政治中。這個不明確的產生是由於來自自然權利的歷史批判，以及當世界人權宣言通過時缺少人權基礎的哲學共事的緣故。更糟的是，人權概念受到以下幾點質疑：1. 人權並非自然地存在；它們是人類創造的。因此，它們既非自然的、也非不證自明的，但只有它們依從具道德強制性的正確論證時，才有道德強制性。2. 亞里斯多德的人類是社會動物的說法是正確的。因此，人權

### 第三節 結語

憲法之所以寫下人權保障語句，主要是在叮嚀國家及政府運用權力之同時讓它牢記生命的苦難和遭遇，它不是一個政治語言，也不是留存在浩瀚的歷史中的一份文件，而是活生生的血淚一頁！歷史的轉折固然讓我們無從迴避，如果現行的憲法及法律制度是政治與社會所承諾的結果，那實現憲法人權保障縱然屬於只是一種神話，也是我們當代這個社會裡所需要的神話。

憲法制度必須具備成長所需之原則，使之成為社會表像價值之終極評判。憲法人權保障之諸多鏡像，就是國家公權力的侵害，尤以刑事處罰為最，在行憲及其他法領域之實踐卻又是不同的現實，我們如果正視制度上的歧視與被剝奪感，則公權力部門在人權保障的落實有著令人難以接受的怠惰，這是本章論述美國聯邦憲法刑事基本人權意義之基本要義及背後蘊含之精神。

---

理論應該依從而非優先於良善社會的理論。3. 因為社會的良善理論優先於個人權利，所以對社會的個人責任優先於個人權利。4. 有不同的良善社會觀念，且不同的權利觀念會從這些良善社會的觀念中導出：沒有普遍性的人權觀念。5. 國際人權法是政治權力、務實協議與有限道德共識的產物，沒有什麼更深的理論證成。一般原則的文字協議可能隱蔽了這些原則在意義上與政策執行上的不一致。

## 第三章 美國聯邦憲法刑事基本人權保障之沿革

### 第一節 中世紀的英格蘭

羅馬帝國在西元 407 年無力抵抗北方蠻族入侵，迫使其從英倫撤軍，任由當地克爾特人 (Celtic Britons) 自行防衛自身安全。歷史上，由於羅馬拉丁文化在不列顛的影響短暫，反成為英國古代歷史發展不容忽視的重大事實<sup>53</sup>，也是英國法律體系沒有走上羅馬法傳統 (Roman law tradition) 的主要原因。如同法國法制度繼受羅馬拉丁化是歐洲古代史中的重大事實一樣。對歐洲中世紀的發展史，在此必須選擇性移轉焦點，當時英國的主客觀情勢，使得英國率先成為現代國會和代議民主發祥地，以下略述其發展歷史：

一、約莫在 11 世紀英格蘭統一前，不僅在政治上形成封建制度，司法制度上亦形成以地方法律、習慣為主體之封建分化格局。10 世紀末，丹麥的維京人再度入侵，以武力征服英格蘭後，迫使英格蘭地區的權貴，在「賢人會議」(Council of Wisemen) 中擁護克努特為英格蘭國王，藉此獲得代表全民公意之承認。賢人會議有推舉王位繼承者之權，英格蘭並非是君權神授，只能視為所有權力來自上帝，但透過人民之公意。

二、自 1016 年克努特的時代開始，至 1707 年英格蘭建立王權統

---

53參見前揭註 30，「Both history and tradition ultimately depend for their authority upon the natural tendency of human beings to identify the old with the good. This in turn should remind us of the primacy of the natural and of that which is by nature right. Is it not here that the Confederate Constitution, with its unfortunate deference to slavery, is most vulnerable?」, page152. 這也正如美國制憲時期人權保障對奴隸制度的轉變，有著相同戰亂、抵抗等結構因素。



治的民族國家。當 1066 年愛德華死後，王位繼承出現爭議，也引來法國北部諾曼地公爵即「威廉征服者」(Duke of Normandy, William the Conqueror, 1027-1087) 入侵，這也是英格蘭歷史上最後一次遭大規模入侵。

三、威廉征服者的歷史意義在於君主專制體制<sup>54</sup>帶入英國，其重點在於，將賦稅與軍權收歸中央，建立中央集權統治，強調君主與諸侯之間的權利義務關係，紛爭解決則由君主與地方領主參與的大會議(Great Council)中解決。此一制度是英國日後走上憲政主義及議會政府(constitutionalism and parliamentary government)的遠因之一。

此時普通法與當時承襲羅馬法之大陸法系歐洲國家間不同者是，當時歐洲之法律體系持續在君主專制及意志下制定，法院裁判所能發展空間受到限制；英格蘭所發展出的普通法，根植於法律準則，可隨時代和客觀環境之變遷，由承審法官依其理性詮釋的司法判例，形成司法習慣。英國的普通法在此尚非完整之法典，而是在累積久遠且包羅萬象的判例中，為各地法官所援用。

## 第二節 普通法之形成

1135 年至 1154 年後亨利二世當政後，為鞏固王權，致力充實國庫，徵收個人財產與所得稅、削弱地方貴族勢力和封建制度，所進行之制度革新，並開始引用陪審團制(trial by jury)<sup>55</sup>。為

54參見前揭註 30，「...States are listed differently in other proclamations. Lincoln displays here a methodical turn of mind. In this way, too, we should be reassured to notice, he avoids the boundless field of absolutism and this means we can safely think about what he is doing, for then we are thinking about thinking rather than trying to think about that which is irrational or accidental and hence essentially unknowable.」, page192.

55參見前揭註 30，「There are five elements set forth here. The first two specify who can be tried in a criminal proceeding. Action by a grand jury is a prerequisite (except for the trials of those in military

保障國內司法之公正性，亦創設代表君權至上之王權法院(Courts of King' s Bench)，派巡迴法官 (Judges of Assize) 巡迴各地主持司法審判，提供不服地方法院審理結果之當事人，有上訴的機會。「王權法院」遂成為衡平法院，衡平適用累積之判例，形成普通法 (common law) 體系。此種新型態之司法體制，亦為英國擺脫地方封建制度，朝中央集權發展之因素。12 世紀末到 13 世紀，英格蘭王國司法體制之變革走向，少有立法作為，英格蘭權貴的會議只是向國王請願的機構，造法程序尚不發達。此時法律的擴張主要靠法官的詮釋作為，形成了法官造法 (“judge-made” law)，為國家司法審判制度上進行司法之創作，造就司法作品 (judicial fictions)，以維持普通法規範適應新的時代。此種法官造法所形成之司法個案判例，累積成通用全國之司法規範與原則—普通法 (common law)。普通法即為通行全國之法 (a body of law “common” to the whole Kingdom)<sup>56</sup>。

此時之規範有：王國之法律 (the law of ghe realm ; legibus regni)，即指廣義之法及溯自理性與領土內長久遵循的習慣。法院在審理案件時，歸納出可通行於全國各地的法律原則，將繁雜多樣的地方習慣，融合在普通法體系中。法院判決所形成的普通

---

service), but one can be tried only once for the same offence (that is, a second indictment will not be permitted or a retrial on the first indictment, once one is acquitted). Many technical questions have to be ad-dressed, however, in any application of these two provisions.」, page115.

56參見前揭註 35，「The Common Law, with its application of reason to the imple-mentation of generally-accepted moral standards in a variety of cir-cumstances, provides the legal underpinnings of the Constitution of 1787. Most of the guarantees found in the Bill of Rights of 1791 had been developed by and incorporated in the Common Law pro-cess in England long before American independence, a process which was grounded in a natural-right tradition. The people who demanded a bill of rights for the Constitution of 1787 drew upon an approach to these matters that had been estab-lished for centuries. These demands began, as we have seen, in the Federal Convention that drafted the Constitution. Thus, it will be instructive to review, however briefly, some of the predecessors to the bill of rights that was drafted by Congress in 1789 and ratified by the States in 1791.」, page35.

法，其目的在於統一全國之司法體系，將司法體制運作模式朝中央集權化轉變，而有助於鞏固王權之地位。此時，君主專制之體制下，王權以敕令 (writs) 約束和統治臣民，尚無所謂的立法行為，但隨著司法制度之發展，逐漸發展成自主生存、擺脫王權糾葛之超然體系，以致於王權之行使亦不能自外於普通法之制度。伴隨普通法之逐漸確立，13 世紀末的司法審判法官雖亦不時受羅馬判例與歐陸法學思想的影響，然而普通法所歸納出之原則與精神，並非僅羅馬法所獨有，而是人類社會普遍具有法律蘊涵之理性、命令和精神，如同上帝諭示之道德禁令 (the moral inhibition implied in the Digna vox)，有其共通性，此種共通約束性，至 1215 年大憲章確立限制君權及君主立憲<sup>57</sup>，成為貴族與國王間權利保障之明文。

西元 1649 年英國發生清教徒革命，國王查理一世兵敗被俘，在處以極刑之判決書中明確表示：法律高於國王，而議會更高於法律，民主政治與議會政治儼然成為日後國家制度運行模式，確立議會主義之最高性。於西元 1688 年詹姆士二世，迎立新國王詹姆士三世，並宣告權利典章及王位繼承法，立憲主義之原則於焉確立<sup>58</sup>，史稱「光榮革命」。此時英國逐漸成為君主立憲之民主國家。

---

57參見江玉林著，近代初期的警察，月旦法學教室第 28 期，2005 年 1 月 15 日出版，第 37 頁註解 4，康德在提到憲政共和國的各種建制原則時，即特別指出，每一位作為憲政國家中的自由公民者擁有追求自己幸福的權利。對此，他便曾非常明確地說：「作為人的自由，它的原則就一個共同體的建構來說，我將以下面的準則來加以闡明：沒有人可以強迫我去按照他的方式（如同以他自己所設想別人的福祉的方式）而獲得幸福的，但每一個人卻可以按照他所認為對自己是好的途徑去追求他自己的幸福，只要他不去侵害到其他人追求一項類似目的的自由（亦即不去侵害到他人的這項權利），而此一自由則可以根據一項可能的普遍法則而與其他人的自由相互共存。」

58參見前揭註 30，「The English speak of the great and glorious revolution which culminated in the abdication of James II and the installation of William and Mary according to the terms of the Bill of Rights of 1689. That Bill of Rights is not simply a collection of guarantees of rights, which is how Americans understand bills of right foday. Rather, it is even more important in confirming the rule of law and the general constitutional system by which the English are to be governed. And so the 1689 Bill of Rights came to be regarded as the second Magna Carta」, page42.

相對於此，歐陸從絕對君主專制在進入君主立憲時期之前，有一段開明專制時期，普魯士斐特烈大帝更於西元 1740 年進行重大統治上的改革，其自詡為國家的首席僕人 (the first servant of the state)，此種自律性之拘束，尚不得稱為法之拘束。此時立憲之憲法乃指君主權力受憲法拘束，並因此取得統治的正當性，統治權行使之界限亦由此而生。因此君主立憲前期又稱為開明專制。無論是君主絕對專制或開明專制時期，其所稱之憲法並非現代意義的憲法。現代意義憲法應從北美獨立革命及法國大革命開始。

英國的憲法制度不是一部法典化整合的憲法，是限制君權的產物。英國的憲法散見於歷史文件之憲章 (charters)；舉其要者說明英國基本憲政原則：

一、英國憲政之君主制度，是受到國會全面控制，在國會至上的原則下，雖由世襲國王統領英國，但統而不治，僅是代表國家之虛位元首；

二、國會作為法律制度上之最高權威 (ultimate legal authority)，國會所通過之法律，法院無權對其進行違憲司法審查；兩院制之立法機關，即國會包括貴族院 (House of Lords)、眾議院 (House of Commons)；

三、依法行政 (rule of law)，即公權力的一切行政作為，必須依照正當法定律成程序，政府之行為不能逾越法律規範；

四、法律之前人人平等 (equality before the law)，保障公民自由 (liberty of the citizen)，即人民享有不損及社會群體利益和福祉的任何權利，尤其是人民財產權之保障；

五、在政治制度上普及選舉權、落實競爭型的政黨政治，使人民選出組成之政府必須依據多數決 (majority) 為之，並同時顧及少數權益 (minority)<sup>59</sup>；

六、政黨政府 (party government)，憲政慣例要求由國會多數黨或能形成多數勢力的政黨結盟組閣；

七、在內閣制下，公權力的核心組織是內閣政府 (cabinet government)，內閣由執政黨組織，政務官均來自國會，因此內閣制亦為議會政府 (parliamentary government)，形成立法與行政兩權合一 (fusion of powers)，不同於美國權力分立體系；

八、英國的中央與地方政府之結構，屬中央集權之單一制 (unitary system; unitary government)，中央授與地方政府的權力，可不顧地方政府的意見，隨時收回，有別於聯邦制<sup>60</sup>。

### 第三節 殖民時期之美洲

今日之美國乃從英國北美殖民地所形成，最早於 1607 年的維吉尼亞 (Virginia) 之 Jamestown。其後在 125 年間共形成了 13 個英國殖民地。此時殖民地卻有著不同法律形式之統治模式，由國王殖民地直接隸屬英王，次為所有權殖民地 (Proprietary Colonies)，此乃由英王移轉給私人或團體之財產，而英王僅有監督權限。最後是在特許下之自由殖民地 (Charter Colonies)，雖然在英王監督下，但因當時之自由憲章，使得有自治行政權利。

---

59參見前揭註 30，「If there is an established rule of law it is awkward for a government to be oppressive towards minorities. A rule of law tends toward a respect for general principles, which means that a government cannot easily harm a minority without running the risk of at least inconveniencing the majority as well. This is not to deny that affirmative action on behalf of a minority may have to be considered to remedy old abuses.」, page 34.

60參見前揭註 14，第 315-317 頁。

又在殖民地中最高行政首長為殖民總督 (Kolonialgouverneur)，而立法權則由上議院及經由選舉出來的下議院共同組成。特許下之自由殖民地中以 Rhode Island 及 Connecticut 較為進步，也就是當其他殖民地仍是由國王或所有權者統治時，則此兩殖民地卻由殖民者每年進行選舉。雖然形式上還須國王同意，但因北美離英國相當遙遠，船期甚至須二個月，所以此形式要件並不實用。且上議院乃經選舉所組成，總督也無對法律擁有否決權，如此之憲章可說是美國 1787 年<sup>61</sup>憲法及各州州憲之模範。從殖民者的觀點出發，也就是英王認為殖民地應該為母國服務，但殖民地本身卻因遠離母國，且北美大陸資源豐富，所以逐漸形成殖民地自己利益，而慢慢地與母國之要求產生緊張關係，特別是在英法二國於 1756 年至 1763 年戰爭後更是加劇。經過此戰爭，英國取得加拿大及北美密西西比河以東地區，所以英國要求殖民地應分擔該戰爭費用，1765 年的印章法案 (Stamp Act) 使得任何簽具公文書及報紙營業均須納稅。殖民地人民隨即於紐約召開印章稅會議，要求無人民代表同意就無需繳稅，也就是有參與國家政治意志表達及決定者才有繳稅義務。針對殖民地人民的反抗，英國也採取反制措施，但終致造成公開暴動，最有名的是 1773 年茶葉黨將英國運至波士頓之茶葉沉入海底。緊接著於 1774 年於 Lexington 及 Concord 爆發戰爭。稍後又於 Philadelphia 召開第二次大陸會

---

61參見前揭註 30，「To say that the American judiciary was least affected by the Constitution of 1787 is to recognize that the principal activities of English-speaking judges should not be affected by political or perhaps even constitutional realignments. Where the judicial head of the community is to be found and what its jurisdiction includes is a political decision, but not how that court does what it does. Similarly, the decision of how many inferior courts there should be from time to time and what they are to do is a political decision, but not how they are to do whatever they are assigned to do.」, page111.

議，任命華盛頓為統帥組成的大陸軍隊，至 1781 年之會議議決由 Thomas Jefferson 草擬的 1776 年 7 月 4 日的獨立宣言，此一宣言可溯至 John Lock 論述國家理性及自然理性之法精神，作為獨立革命在精神及理論之基礎，強調平等、不可讓渡的人權、國民主權及對不正義統治之反抗權。獨立宣言之宗旨在於，人權保障才是國家為人民存在之目的。同時該宣言非難英國之專制獨裁及為等平對待殖民地，而作為脫離英國之正當性理由。獨立戰爭直到 1783 年於巴黎簽訂和約，英國終於承認美國，並退出密西西比河以東、加拿大以南及佛羅里達以北區域。此時期美洲殖民地常以權利宣言作為脫離英國之理由，具代表性的是 1776 年 Virginia 權利宣言，此乃首部完整且具憲法效力，將現代基本權實證化的政府文獻<sup>62</sup>。在該宣言第 1 條提出，所有人生而自由、平等，並具有內涵於其人身內在權利，換言之，除享有生命與自由外，還可以追求所有權及佔有權，並致力於安全與幸福目標之達成。如何探究將基本權予以憲法實證化的問題時，至少可以清楚得知的是，其形成背景除上述理性自然法外，尚有在光榮革命後英國政治傳統之國會至上取得作為一般人民之代表。除政治因素外，尚有爭取經濟及商業自由之濫觴。但此宣言內容強調白人利益優先，特別是清教徒佔有多數之人民。平等權在此並未被強調，所

---

62參見前揭註 30，「When the First Congress came to draft a national bill of rights in 1789, it had not only various English predecessors to draw upon but also innumerable American instruments and the experience of the Federal Convention of 1789. I have already referred to various State bill of rights, which had been preceded by Colonial guarantees in charters and statutes. Perhaps the most illustrious of the State bills of rights at that time was the Virginia Declaration of Rights of 1776. Innumerable speeches had also helped shape American opinion about the liberties of citizens. In 1761, James Otis had stirred up New England against writs of assistance (general search warrants); later, Patrick Henry had proclaimed to a receptive Virginia, "Give me liberty, or give me death!" Authoritative statements on behalf of American prerogatives were issued by the Continental Congress. Consider, for example, the Declaration and Resolves of the First Continental Congress (of October 14, 1774).」, page43.

謂生而平等之要求，僅是在對抗國王及貴族而已，其他人種未被包含其中。所以此宣言仍是在保留奴隸制度下之形式妥協產物。另賓夕法尼亞權利宣言中，內容出現政府組織，稱為賓夕法尼亞憲法 (Constitution of the Commonwealth of Pennsylvania)，乃係由基本權及國家組織所組成的第一部現代意義之憲法<sup>63</sup>。此外1780年的麻塞諸塞州憲法是最古老，至今還繼續生效的憲法，其特殊意義在於，該憲法是首度經人民同意的憲法。所有美國各州憲法共同特徵在於，對基本權保障、國民主權的承認、權利分立原則的適用及應受限制的國家權力之行使。在第2次美洲大陸會議決議下使得當時13殖民地形成邦聯國家，正如邦聯國特性，中央權力是相當虛弱的，如議會中每個成員國各有一票，修憲須一致決，對重要決議須有13條成員國中，9個以上之同意始可等規定。又此會議雖有立法權限，但卻無商業、經濟及徵稅權限。該邦聯國中既無統一之執行權與法院管轄權存在。直到1783年巴黎和約締結後，在已無外來威脅的情況下，才開始討論該議會之無能力處理國政問題<sup>64</sup>。如轉換時空觀察，現今組成之歐盟體制似乎也重蹈此時運作困境。

#### 第四節 人權典章之形成

63See E. H. Randle, *The Virginia Law Register*, Vol. 16, No. 7 (Nov., 1910), 「The Thirteenth, the Fourteenth and the Fifteenth amendments to our Federal Constitution were imposed by the stronger section of the government upon the weaker section against the latter's will, and greatly to its injury, while these amendments have no application whatever to the stronger section. But as soon as the Southern states were restored to self-government in the election of Mr. Tilden, most of these drifted back to their old love. There is no other time in the history of our government in which these two amendments could have been adopted by a majority of the Northern states, and no other means by which they could possibly have been ratified by any one of the fifteen Southern states than were used at the time. They were not written with pen dipped in ink, but with bayonets dipped in blood. This was against the law of justice, against the law of humanity, against the law of nations, against the law of liberty, against the law of the Federal government that did it against every law but the "divine right of kings."」, <http://www.jstor.org/stable/1102908>, page 481-491.

64參見陳慈陽著，憲法學，元照出版2004年1月初版，第11-15頁。



16、17 世紀以來，眾多歐洲移民為逃脫貧窮和飢荒，或逃避宗教信仰和政治迫害，集體逃難到美洲地區墾荒，圖謀生路，新建家園；這種移民對母國已無深厚的愛戴之情。1765 年至 1766 年英國對美洲地區稅法問題逐漸引發殖民地大規模武力衝突，當時北美洲 13 個殖民地反抗英王統治之根本原因，在於賦予經濟及商業利益對立的正當性，1774 年 6 月 17 日由維吉尼亞社會發起「第一次大陸會議」(First Continental Congress)，最終決定向英王治三世發出權利宣言 (Declaration of Rights and Grievances)。1776 年的獨立宣言正式宣告新英格蘭地區 13 個殖民地脫離大英帝國，成為 13 個獨立的國家<sup>65</sup>。1783 年結束獨立戰爭後，在 1789 年 3 月 4 日制定美利堅合眾國憲法終於正式公布生效，並在 1791 年通過美國聯邦憲法增修條文即權利典章之內容<sup>66</sup>。

美國獨立宣言提到的是建立新的政府而非新的國家，然殖民地人民革命的目的只是要改變、廢除或推翻英政府或英王嗎？以法國大革命為例，革命成功後，推翻帝制、改建共和、廢棄封建特權，但法國人民在革命後仍然是法國人，政府改變，國家沒有變。就獨立宣言的精神而言，如果革命後英王被推翻，英國政府更替，殖民地是否仍願為大英帝國的一部分？殖民地人民是否仍願為英帝國臣民？美洲殖民地人民之真正意願是要脫離與切斷和英國的政治關係，建立獨立自主之國家，成為美國人。但依照洛克<sup>67</sup>的理

65參見前揭註 14，第 34-48 頁。

66參見前揭註 30，「The people who demanded a bill of right for the Constitution of 1787 drew upon an approach to these matter that had been established for centuries. These demands began, as we have seen, in the Federal Convention that drafted the Constitution. Thus, it will be instructive to review, however briefly some of the predecessors to the bill of right that was drafted by Congress in 1789 and ratified by the States in 1791.」, page35.

67參見前揭註 30，「Early constitutional commentators, including Joseph Story, William Rawls, and Thomas

論，只涉及一國之內的人民改變或推翻政府的權利，並未觸及殖民地人民脫離母國、自立新國的自決權或獨立權問題。質言之，洛克的理論和英國政府之施政可以推演出的結論是：英國政府必須改變對北美洲人民的態度，否則北美洲人民就有權改變它們，但無法推演出殖民地有獨立權之結論。最初獨立宣言之起草人若能將洛克的理論加以發展，在推翻政府和獨立建國之間做適度的連結，聲明若政府不願改變暴政而遠離母國的殖民地人民也無法推翻政府時，或聲明在殖民地人民認為有必要的任何時候，殖民地均有權自行決定其前途，建立新的國家，或許可以使宣言的獨立論述，在邏輯及事理上更為周延<sup>68</sup>。

人權典章所形成之重要性，在於對法律制度具有指導作用。這些制度背景也深深影響世界各國之相關人權制度。因為可靠經濟發展及自由與安全取決於穩定之政府機制。同時亦證明公民之自由與 20 世紀許多之經濟與社會法案的權利賦予更大之意義<sup>69</sup>。

容許我們暫時跳脫時空去回顧，當我們習慣把人權發展追溯到啟蒙時期，即法國大革命及立法，並且將此看作是對抗君主專制主義及至少在法國與專制主義密切相連之教會的成就。如果此點指的是人權以清單的方式呈現的時期，確非謬論。不過基本權的

---

M. Cooley, described the amendment in terms of a republican philosophical tradition stemming from Aristotle's observation that basic to tyrants is a mistrust of the people, hence they deprive them of arms. Political theorists from Cicero to John Locke and Jean-Jacques Rousseau also held arms possession to be symbolic of personal freedom and vital to the virtuous, self-reliant citizenry (defending itself from encroachment by outlaws, tyrants, and foreign invaders alike) that they deemed indispensable to popular government.」, page87.

68參見前揭註 36，第 112 頁。

69參見前揭註 30，「This rule-of-law background bears on what can be done with declarations of rights in a variety of regimes all over the world. Without a proper, and reliable, rule of law, there is not likely to be either the secure civil liberties a people yearn for or the reliable economic development that stable government depends on. All this bears upon whether our civil liberties can be exported and whether the many economic and social bills of rights of the Twentieth Century make much sense.」, page34.

宣示有更早之前歷史。這段前歷史中最重要的一個篇章是在西班牙寫下的 *Francisco de Vitoria* (1480-1546)，神學家兼哲學家，與 *Francisco Suárez* (1548-1617)，法學家兼神學家，雖未發展出基本權及人權學說，但曾探究過若干相對於國家的個人原始自由。*Vitoria* 的財產權理論即已蘊含有自然權利的思維觀念。透過人類本質及其原始自由，還有國家權力目的的反思，推演出國家權力界限的論點。美洲新大陸及其原住民的發現，最初對西班牙的法學家及神學家帶來挑戰。*Vitoria* 與 *Las casas* (1474-1566) 依照其神學上的基本理解—獲致以下確信，印第安人是神的創造及神自己的形象。這點對於印第安人的法律地位，厥為重要。從純就人權的觀點以言，野蠻人（即甫被發現的印地安人）如同基督徒，均被認為其財產的所有權人<sup>70</sup>。

人權之精神起源是基督宗教的人類圖像，並有其聖經上及古代時期之根源<sup>71</sup>。每個人尊嚴及權利之基礎，存乎於聖經暨基督宗教的教義中，即神依其自己的形象造人。由此亦可以窺見人類平等的根源。基督宗教的神學將人類看作是與神有關的人，不問其在家庭、宗教社群及政治團體中的地位。基督教神學家 *Ernst Troeltsch* (1865-1923) 對於以基督宗教為基礎的自由思想有如下肯綮的描述：神之子的個人不能視己為無上價值，只能在全面

70參見李建良著，法文化的成就，台灣法學雜誌第191期，2012年1月1日出版，第31頁。

71參見前揭註30，「Thus, it can again be said, the Declaration of Independence reflects an awareness among the American people of that which is by nature right. Old-fashioned notions about natural right, influenced perhaps by a sense of morality reaffirmed and refined by long-established religious influences, helped shape the Declaration of Independence in ways that Plato can perhaps help us notice. Lincoln, for one, could see in the Declaration's insistence upon equality the basis for an eventual repudiation of slavery in the name of justice. We may well wonder whether mid-Nineteenth Century Americans, better grounded in the ancient authors and less moved by religious passion, would have been able to deal more prudently than they did with the institutions of slavery and of radical individualism which seriously threatened constitutional government in the United States.」, page175.

服膺神的聖旨下，透過自我犧牲而達此目標。於此所指的不是自然存在的個體性，而是唯有在神的共同體中始能獲致的價值。可以理解的是，這種個人主義是一種相當極端的個人主義，而且是一種在宗教精神價值典範下摒除各種自然界限與差異性的個人主義，同樣可理解的是，此種個人主義也只能在此宗教基礎下始有存在可能。唯有神的共同體方能給予個人此種價值，且只有超越所有世俗之物而共同皈依在神之下，所有的自然差異才會泯滅。

上述神學上所形構的自由概念，在歷史的發展過程中，從兩方面對於內在世界之關係產生影響。職司侍奉上帝的的神職人員與世俗統治的要求之間，彼此相互衝突。為了能夠滿足侍奉上帝的職責，神職人員必須享有相對於世俗團體的自由與權利。承認此種自由與權利的途徑之一是，透過國家賦予的宗教自由而獲致屬於內在世界自由之觀念。另一途徑則是循世俗化的過程，即人們將個人的自由地位與個人在神學上的基礎分隔開來，並將自由地位的部分予以世俗化，以便得以向世俗統治主張權利，包括非宗教的問題。依照黑格爾在其世界歷史哲學的著名闡述，基督宗教的自然法學說、宗教改革、啟蒙及大革命，萌生自基督宗教的自由思想，經由國家學說及立法予以制度化之陶鑄。戰後於哥廷根講學的基督教神學家 *Ernst Wolf* 正確地將人權宣言稱為「西方宗教的產物」，其他的高度文明，如中國、日本或印度，均未產出此種人類自由及人權的概念。

基督宗教與人權的相互關聯，不能被理解為，基督宗教的進程系以促成人權之目的而發展，從而新約聖經即是人權的基礎。事

實上，我們最後必須將人權歸功於歐洲的啟蒙，其係根基在一段前歷史，一段有利於認識個人在團體中之價值的歷史，進而促成對個人與國家政治統治間之關係的哲學上討論。就是這種認識才讓人權的表述得以醞釀成熟，先是作為一種訴求，接著成為一種堅實、可透過訴訟貫徹的權利<sup>72</sup>。在此之所以不厭其煩的重複說明，乃美洲大陸有著延續英國與歐洲人民的遷移歷史與信仰，這種生活的歷程，深深影響接下來的人權典章之制訂。

在英國，早在法國與德國諸侯時期之前，即已以國會立法來決定自由之標準。至於自由之宣示下的細部內容，則只要國會未將其決定權授權出去，便是由國會來認定，且是從普通法（Common Law）中得出該等內容。A. V. Dicey 後來對於此等國會主權性，有如下一段經典說明：國會主權的意義，依據英國憲法，擁有制定與廢止法律之權利；且依據英國法，絕無其他人或團體可廢棄或無視於國會立法之效力。關於此點，洛克（1632-1704）其實早就說過了：人們在一個國家中的自由，指的是在法律下生活，而法律對所有社會成員均有效，且是由在社會中所設置之立法機關所制定。他還提到，於人們並不屈服於另一個不穩定的、不可靠的、陌生的、獨斷的意志之處，正是自由支配之處。唯有在受理性所薰陶的自然法律的支配下，自由才有可能。在市民社會中，也就是國家中，實證法指出了市民之自由的領域。市民的法律，限制了天生的自由。這並不會帶來法律與自由的對立，而是讓原始狀態文明化。就法律對自由領域的指定，洛克是從締建國家的個人

---

72參見前揭註70，第31-33頁。

主義目的的角度來解釋，亦即自由與財產之保護，且透過立法會議來確保，而立法會議之成員，在會議解散後，即與其他人無異地均須服從於法律。特別強調所有立法機關之成員直至其成員屬性結束後，始受法律拘束，這點乍看之下很令人疑惑，但其意應僅指該等立法機關之成員亦須遵守法律。於保障自由與平等的1776年維吉尼亞州憲法的權利法案，第3條及第5條提到行政與立法權力間之關係，民意代表則透過選舉法而明定於第6條。國家機關為普遍福祉、人民之保護與安全而效力。表現了聯邦權利法案而直至今日仍有效的美國1791年憲法增修條文中，法律出現過1次，且是涉及禁止立法者立法的規定，亦即：國會不得制定引進國教、禁止宗教信仰自由、限制言論自由<sup>73</sup>與出版自由、和平集會、以及向政府請願以除去弊端的法律（美國聯邦憲法增修條文第1條）。美國聯邦憲法增修條文的前10條，內容上均連結了普通法，且對特定的國家行為設定了相關要求，尤其是在刑事法與訴訟法的領域。18世紀晚期的美國憲法，基本權之保護的任務，亦即基本權之定義與限制，也是交由法律與普通法為之，於具體的爭議案件中，則由法院予以解釋與適用。因此，憲法基本權清單之形成，是由立法確保基本權的任務密切相關。其中包括了主權者就什麼該受到多大的保護所為的定義。法律之制定，對於基本權保護而言，具有一項關鍵性的功能，便是干預人民自由與財

73參見黃炎東著，為言論自由與名譽維護尋求一個合理之平衡點，台灣法學雜誌第151期，2010年5月1日出版，第1頁，西方自由主義大師約翰穆勒（John Stuart Mill, 1806-1873）在其1859年所著之自由論（On Liberty）乙書中開宗明義的指出：「思想與言論自由是一切自由的前提，若是缺乏了它，則其他的自由就會落空。吾人研究穆勒所指稱的言論乃是指合法、合理的言論；亦就是不應傷害到國家、社會與個人法益之言論自由，才符合憲法所保障的言論。而我國憲法第11條亦明文規定言論自由受到憲法直接保障。但無論從以上所述的約翰穆勒之自由觀，側至於世界人權宣言，公民及政治權利國際公約，以及我國司法院大法官之解釋與民法、刑法之規定而言，在在皆可印證言論自由固然應受到憲法及有關法律之保障，但若言論逾越合法、合理之界限，亦應負起法律侵權行為之責任。這無異正符合了一句「自由應保障，但不可將自由賦予破壞自由的人」之法律諺語。

產者，須符合法律保留之要求。法律之制定被視為有能力藉由權衡基本權主體之利益與普遍福祉之需求而保護基本權。由於在 19 世紀下半葉，所謂的基本權法律於焉形成，此等基本權法律界定了、限縮並保護基本權。憲法優位原則的思想尚未在歐洲實現，因此，立法者於制定基本權法律時，是相對自由的，當行政侵害基本權時，受害人民便可向法院提起訴訟，而法院正是以此等基本權法律為裁判之標準。

憲法的優位性有一段可以回溯到中世紀的發展前史，特別是於近代早期作為統治契約而超越主權者所制定之普通法律之上的基本規範中，可以找到憲法優位性的雛形。但一直到了 1776 年美國獨立宣言以及 1787 年美國聯邦憲法前言，才創造出憲法優位性的政治性根基：吾等合眾國之人民…締建與創設此一美利堅合眾國之憲法（We the People of the United States…do ordain and establish this Constitution for the United States of America.）依據前言這些話，人民作為主權者，以憲法建立與節制國家權力，並予以組織、授予職權、決定國家權力行使所應遵循之程序。以憲法建構的國家權力，受憲法所拘束；其中立法權作為國家權力的一環，並無例外。於英格蘭，這點要特別記上一筆，因為基於國會的最高權威性，英格蘭並無立法權亦受限制的原則。此外，1791 美國憲法增修條文第 1 條也清楚表現了以憲法節制立法權的觀念：國會不得制定以設立國教而禁止宗教活動自由等為宗旨的任何法律。基本權因此成為立法權的框架，立法權如同其他國家權力機關般，均應受憲法所規定之組織性、權限性

與程序性規定所拘束。權力分立與人權保障也因此獲得作為憲法的基本條件。當憲法優位性已受到美國制憲先賢所關注，就須有得以實際確保憲法優位性的機制。Alexander Hamilton 於 1788 年與聯邦黨人共同參與制憲時，寫下了以下這段以憲法優位性為出發點之確保憲法優位性的一段話（第 78 號）：法院真正的任務在於解釋法律。從本質來看，一部憲法正是一部基本權保障的法律（fundamental law），因此必須由法官來加以解釋<sup>74</sup>。從而，法官即負有認定其意涵的義務，正如法官必須認定所有由立法者所制定之法律意涵一般。假如在兩者間出現了不一致的衝突狀況，則具有較高拘束性與效力的法律，必須獲得優位性。換言之，憲法必須立於國會所發布的法律之上，人民之意願，必須在人民代表的意願之上。美國聯邦最高法院在 1803 年 *Marbury V. Madison* 一案中，即已支持 Hamilton 的見解，並運用到實務中。首席大法官 Marshall 的論點，即是以憲法具有在法律之上的較高位階為出發點。就此，他即可援引歐洲的榜樣為據。自從近代早期以來，便有基本規範（*Leges fundamentale*），是一種較高位階的法，並規定了較低位階之法的效力。

值得注意的是，關於什麼是憲法的問題，Hamilton 提到了表現該等拘束君主之法的基本規範。在此根基上，Marshall 則發展出另一種論點：憲法若不是影響及於所有抵觸憲法的立法行為，那

---

<sup>74</sup>See The Federalist Papers:No. 78, The Judiciary Department From McLEAN'S Edition, New York. HAMILTON: 「A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges, as a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning, as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents.」, [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed78.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp), 2012 年 2 月 5 日訪問。



就是立法權可僅以尋常的行為即修改憲法。此種另類論法並非開設一條中庸之路。假如此一論法前半段是正確的，那麼一項牴觸憲法的立法行為，就不是法律。假如此一論法後半段是對的，那麼成文憲法便是人民方面的一種荒謬的企圖，妄想對無可節制的權力予以節制。凡是在一部憲法是所有國家權力-包括立法權在內-的基礎。此一範疇內思考的人，就會認為有必要由法院對於立法予以審查<sup>75</sup>。於此，與當時以國會為最高權威性包括 King Parliament 的觀念，作為憲法基本原則的英格蘭之情形，大相逕庭。美國不管是憲法中，還是訴訟法中，自然均未規定法院對法律的審查權。但聯邦最高法院與國會、總統並為三大國家最高機關，此三大國家機關以其憲法所規定之職權，具體表徵了權力分立的理念。美國聯邦憲法第 1 至 3 條分別規定了國會、總統與最高法院的地位，在一定程度上是平等的。1803 年 Marbury V. Madison 的判決後，主要是因聯邦與各州間的爭議所必要的權限衝突審判權之故而受到承認<sup>76</sup>。但在美國憲法中，不僅明確規定了各種職權，且在憲法增修條文中也規定了基本權與人權，凡此皆

---

75參見前揭註 74，「But in regard to the interfering acts of a superior and subordinate authority, of an original and derivative power, the nature and reason of the thing indicate the converse of that rule as proper to be followed. They teach us that the prior act of a superior ought to be preferred to the subsequent act of an inferior and subordinate authority; and that accordingly, whenever a particular statute contravenes the Constitution, it will be the duty of the judicial tribunals to adhere to the latter and disregard the former.」

76See MARBURY v. MADISON, 5 U.S. 137 (1803) 5 U.S. 137 (Cranch), 「If he has a right, and that right has been violated, do the laws of his country afford him a remedy? The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws, whenever he receives an injury. One of the first duties of government is to afford that protection. In Great Britain the king himself is sued in the respectful form of a petition, and he never fails to comply with the judgment of his court. ...In all other cases, he says, it is a general and indisputable rule, that where there is a legal right, there is also a legal remedy by suit or action at law whenever that right is invaded. ...The government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation, if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right.」, <http://laws.lp.findlaw.com/getcase/us/5/137.html>, 2012 年 1 月 31 日訪問。

分享了憲法優位性，也是立法的標準所在，如同增修條文第 1 條規定的：國會不得立法尊崇…禁止..剝奪..(Congress shall make no law respecting…, prohibiting…, abridging…)。

自 18 世紀末以來，人權、公民權乃至後來之基本權，便已於憲法中受到保障。而人權作為一種理念，早在此之前便已見於政治哲學領域。當憲法中明定了這些權利後，其效力屬性與位階問題，便相應產生。這些權利是否只是立法準則，立法者仍可自主決定何時與如何完成立法？或者，這些權利具有拘束立法者的規範效力？如果國會立法者在君主集權時期已從君主手中取走主權，那麼就很難支持國會立法者還應受到更高位階之法所拘束的主張，除非先接受自然法原則或國際法等前提。若主權是由貴族與人民代表所分享，則法律作為兩大國家機關一致之決定，也很難臣服於一種更高秩序之內國法之下。由此可知，憲法所保障的權利只能依據立法尺度而獲得實效性。然而，若憲法是以國民主權為據，而國家權力最初是由憲法所證成，且如美國般進行權限區分者，則主權者既非立法者亦非其他機關。因此，法院得促成行政與立法機關遵守憲法，若法院與其他國家權力機關，如同美國均由憲法所設立，地位平等的話。今日在許多國家，憲法所保障的基本權已不僅是針對行政而由法院依據法律予以確保，同時也針對立法者而由法院的規範審查於以確保，而這在有些國家是由特別的憲法法院享有獨佔權。基本權作為對抗國家之防禦權時，也就是表現人民消極性身分的權利，通常是一種直接有效的權利，且可藉由原則性的或附隨性規範審查而予以實現。當美國人權典章以

基本權的目錄形式出現以後，法院裁判成為維護憲法作為課予義務之法律統一體性的國家權力機關，並促成法律遵守的需求原因所在<sup>77</sup>。

## 第五節 對人權保障之影響

美國聯邦憲法的制憲先賢們對這部憲法許多特有的規定是借助於各州憲法。不管制憲者如何的學識淵博與豐富，但到了具體問題時，他們幾乎是完全仰賴他們自己所見行事。在依賴各州憲法與邦聯條款之下，考慮各種妥協辦法，各州的憲法僅僅是殖民政府的進一步發展。聯邦憲法只能使用經驗來補救邦聯條款下政府的缺陷，但在短暫的邦聯存在時期中，經驗不可能概括所有政府活動的全部範圍，聯邦憲法的通過主要在於它的簡易性與現實性，因為新憲法的改革，提出的補救措施是各州代表們所熟悉，如果政府作的不好，就應該隨時訂出改良到符合需要的條款。邦聯條款的失敗而新憲法成功了，因為政府就像時鐘一樣，按照人們給與它的動作運轉；由於政府是人為的又是人來操作的，所以政府也是由人來毀壞的。因此，是政府依靠人，而非人依靠政府。美國聯邦憲法也進而產生改變美國人的態度，這部憲法既非神授，也非在一定時期內由人類的智慧和決心寫出來的最偉大的作品，而是一部實際可行的文件。它被規劃來滿足需求以及適應意外狀況，它漂浮在經濟繁榮的海洋之上，又被足智多謀而有政治頭腦的人民改編，以應付新世紀以來的外在變化<sup>78</sup>。

77Christian Starck 著，蔡宗珍譯，基本權與法律的一段發展史，台灣法學雜誌第191期，2012年1月1日出版，第10-16頁。

78參見馬克思·法蘭德（Max Farrand）著，董成美譯，設計憲法-美國憲法的誕生，博雅書屋有限公司，2008年1月初版一刷，第203-204頁。

權力分立理論在古代的根源，係以人類是從彎曲之木（aus “Krummem Holz”）所生<sup>79</sup>。在美國制憲時期的聯邦黨人文集中（1788年）可以看到以神學觀點論述權力分立必要性的理由。James Madison（1751-1836）寫道（Nr. 51）<sup>80</sup>：如果人是天使，就沒有存在政府的必要。如果天使可以統治人類，則對政府的控制，不管是內部或外部，都沒必要。但是如果人們建立了政府制度，在這個制度中，人類對人類行使權力，則存在以下巨大難題，首先，政府必須被授權去監督被統治者，其後，政府必須被迫監督自己，依附於人民——也就是定期的民主選舉——無疑是最好的手段。不過，人類的經驗教訓是，額外的防範措施是必要的。而這些防範措施指的是，要求將權力分配給彼此相互獨立的機關、設立兩個相互監督的立法機關，同時設置法院。如果溯自古代混合政體經驗的制度工具，讓制衡、公開、彰顯利益及討論得到可能，凡此足以降低人性本質缺陷的影響<sup>81</sup>。今日我們把這些制度工具整

79參見前揭註70，第33頁。

80See The Federalist Papers :No. 51, The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments From the New York Packet. Friday, February 8, 1788. HAMILTON OR MADISON: 「Ambition must be made to counteract ambition. The interest of the man must be connected with the constitutional rights of the place. It may be a reflection on human nature, that such devices should be necessary to control the abuses of government. But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself. A dependence on the people is, no doubt, the primary control on the government; but experience has taught mankind the necessity of auxiliary precautions.」, [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed51.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp), 2012年2月5日訪問。

81參見 Prof. Dr. Robert Esser, 林鈺雄、王士帆翻譯，台灣法學雜誌第148期，2010年3月15日出版，第65-66頁。《東協憲章》基礎上的區域人權保護制度之發展—從歐洲觀點看國際法院裁判落實到內國刑事訴訟法，《東協憲章》裡並無人權清單，其所課予簽約國者只是遵守人權一般性義務。就某種意義言，歐洲人權發展對亞洲而言肯定不是一種範本，畢竟，人們無法將歐洲情況直接套用到亞洲的政治環境。儘管如此，我仍想以刑事法為例來概述，國際人權監督機構之裁判如何落實到內國法律，而卻不損及內國的國家主權，本文認為，在宣稱民主國家之列，所實踐之民主制度對人權保障機制，各國在傳統的人權歷史裡究竟給了人民什麼樣的保障？政治及經濟上的欠缺與匱乏，是亞洲人權保障普遍欠缺的建構，台灣歷經2012年總統選舉所產生結構性認知差異，是否也產生犧牲多數人之經濟利益造就少數財團利益之結果？使得貧者越貧，富者越富，進而產生民主制度的反轉質變為鞏固社會優勢者之制度者何？吾人因深知、戒慎恐懼及此。台灣法學雜誌第148期，2010年3月15日出版，第65-66頁。

合成民主及法治國原則。也因此唯有權力分立，始能確保人權的有效保護<sup>82</sup>。透過權力分立以馴服權力的思想，尚可擴及廣之，對經濟制度、大眾媒體與政黨所匯聚而成之非國家權力集中，產生拘束力，進而確保人權典章之刑事基本人權，在美國聯邦憲法增修條文中明列<sup>83</sup>。影響所及者，乃作為法位階最高性之憲法，能隨時代逐步充實其內涵，成為法院判決之基準，限制國家權力行使之界限，使法院在權力分立框架中，個案審查有關國家行為牴觸憲法之侵害，確認人權典章所保障之權利範圍。對於刑事人權之影響者，諸如，搜索扣押之客體延伸至人民自由意思不受干擾、司法分權體制確定在法院、偵查及陪審團間之審查與制衡，以接受法院審判之權利分析出法院判決之效力與律師協助之機會，大幅延展至偵查時點所生之危險階段，強化國家機關對程序主體之有害參與禁止等，在在顯示若無人權典章之憲法化及實證化，付諸實行之簡易，則人權典章亦如同寫在歷史文件中之泛黃紙張、空中閣樓，聊備一格而已。

## 第六節 美國聯邦憲法刑事基本人權保障之演變

美國聯邦及州均各有其憲法，容易產生似是而非之誤解，因為並無一套法律稱之為美國法；美國法律制度雖源自英國法系統，但兩者實有差異。美國有 51 套法律，50 個州各自有其州法及聯邦法，彼此交互影響不盡相同；此外，雖然同稱英美法，但時至今

82參見蕭淑芬著，基本權之保護領域-憲法上權利保障範圍，為什麼需要確定？該如何確定？台灣法學雜誌第 147 期，2010 年 3 月 1 日出版，第 133 頁，所謂憲法上權利，我國憲法第 2 條稱之為「人民之權利」，一般學界通稱為「基本權」，其保障構成憲法規範之一部分，為國家最高法規，用來限制國家公權力。基本權這種「原則上」不受國家公權力限制之性質，稱為「不可侵犯性」，就因為此一特質，憲法上保障之基本權利，以自由為原則，限制為例外。

83參見前揭註 36，第 33-34 頁。

日，早已涇渭分明。追溯美國法律制度之起源，始於1607年英國在現今維吉尼亞州的詹姆士城（Jamestown）設立殖民地開始，自從1584年英國爵士Walter Raleigh的探險隊發現一片土地，為了紀念當時仍未婚的伊莉莎白女王，他將該片土地命名為維吉尼亞（Virginia），1607年，英國正式在維吉尼亞的詹姆士城建立殖民地，開啟了英屬殖民時代，因此，藉由掌握此一時期之特徵，有助於了解美國法律文化深層的歷史脈絡<sup>84</sup>。

從法律之形式<sup>85</sup>觀察，殖民時期之美國法律制度多以成文法典之形式展現，此與當時英國是一個普通法系國家，法律是透過一個一個的判決先例累積而成不同，美國之制反而與法國及德國有一套體系性的法典類似。英國殖民地為何在一開始走向法典化？理由是：

第一，普通法在本質上不利輸出的，也不利殖民統治。不成文的普通法在英國或許行得通，但卻不利於殖民地的管理，普通法體系過於龐雜與凌亂，新殖民地無法等待法律緩慢地演變，所需要者是清楚之法律規範及規則以資遵循。因此，在殖民地中，法律以成文法典的形式出現成為自然現象。對統治者而言，成文法便於管理，免去人民以不知法律而違法之藉口。

第二，對人民而言，成文法可以成為自由之擔保。殖民地時期最

---

84See Evolution of Amendment in the Constitution of the United States Author(s):Wm. Wirt HoweSource:The Sewanee Review, Vol. 1, No. 2(Feb, 1893), pp. 181-193Published by:The Johns Hopkins University PressStable URL:<http://jstor.org/stable/27527741>. Accessed:21/09/2011 04:24 page1-14.

85參見Richare A. Posner 著，蘇力譯，超越法律 Overcoming Law，譯序第5頁，波斯納常常引用的卡多佐的斷言；另此，所有的法徑原則、學說、教義和制度，甚至具體案件的判決結果（例如波斯納多次提到的布朗案和諾伊訴韋德案等），其正當性都是社會的接受、承認，是其在社會中的實際功能和後果。但這並不拒絕形式主義，波斯納認為，依據這一世界觀，甚至少量的並不過份僵化或神聖化的法律形式主義也是可以接受的，可以接受是因為形式主義有助於提供法律的穩定性這樣一種公共善品。用波斯納的話來說，就是一個實用主義也許會選擇形式主義，但這不是因為形式主義本身正確，而是形式主義的後果在通常情況下就總體來說可能是好的。

重要的法典就是 1648 年的「麻州法律與權利」，為了抑制當時麻州的殖民官署有著幾乎不受節制之權威所制訂。就法典之內容並非如同現今之成文法律架構，而是將重要之法律原理原則彙集成冊。該部法典一開始就有一段宣言：「除國家法律明訂，或法無明訂時依照上帝指示<sup>86</sup>，任何人的生命、名譽、財產、自由，不得剝奪。」（“no mans life shall be taken away, ” or his “or his “honour or good name...stayned, or his person arrested, or his goods taken, except by the virtue or equity of some expresse law of the Country, or in defect of a law in any particular case by the word of God”<sup>87</sup>。）

然而，當國家政治制度走向民主政體，廣泛擁抱司法違憲審查時，憲法規範透過違憲審查機關積極的運用，其威力的強大很多時候超越我們對於憲法與人權的想像，也多半聚焦在司法審查所操作的抽象憲法規範上。不過，正如美國 20 世紀偉大的法官 Learned Hand 所言：我經常懷疑，我們是否對憲法、法律與法院寄予太大的希望。這種希望是虛幻的；自由存在於公民的心中；當自由在人們的心中消亡，沒有任何一部憲法，任何一套法律，任何一個法院，有辦法挽回其生命。而憲法與人權的價值及精神從來都不只是以抽象規範命題的型態，存在於人們心中。學者 Robert Cover 曾說：每一部憲法的背後都是一篇史詩，正如十誠

---

86參見前揭註 30，「The "considerate judgment of mankind" reminds us of the language of the Declaration of Independence's "opinions of mankind." Mankind has "judgment"; Almighty God has "gracious favor." It is not for man to assess what moves God or, indeed, to determine whether God moves at all. Man, it seems, must do what he thinks right and then hope or pray for the best. The references to both mankind and God serve to remind the reader that immediate, personal concerns should not be permitted to usurp in us the proper, one might even say the constitutional, role of the truly human, the justly divine.」，page196。

87參見前揭註 2，第 46-48 頁。

背後是聖經中上帝的救贖歷史。從歷史中，我們能夠看見一部憲法規範價值，是如何地根植於一個社會、一個國家、一個民族的歷史，如何體現每一時代的挑戰與社會的困惑、焦慮和回應，以及一個社會如何從過往的錯誤中學到教訓。然而，每一個時期對於美國法制性格與社會集體記憶影響十分深遠，正如人的創傷記憶往往比起歡樂技藝更深更持久地烙印在當代的人心深處。對於美國聯邦憲法增修條文各項權利的邊界思考，往往最深刻地反映出美國社會對其內涵的理解，探索這些深埋在美國人民集體記憶中的歷史經驗，可以讓我們更深刻瞭解美國聯邦憲法增修條文中所列出的刑事基本人權保障的規範性格。美國在歷經一連串的言論自由的限制與鎮壓之後，終於在1969年的Brandenburg V. Ohio<sup>88</sup>判決中，綜整歷史上所有對言論自由的保障原則。這段歷史所帶來的人權保障反思為何？學者Richard A. Posner在911事件後提出實用主義的憲法思維（pragmatic constitutional reasoning）論述，認為以古為鏡未必能夠知興替。每一個時代的法官都是在資訊不充足、且意識到司法比起行政、立法對國家安全資訊的掌握更不完整的情形下，權衡國家安全與人權之後，所作的選擇。後見之明固然能提供教訓，但當碰到巨大的挑戰時，不宜以古非今。也因此，在天平的兩端，法官不應推定人權應該優於國家安全，頂多應該盡可能地權衡二者，而很多時候甚至應該盡量尊重政治部門或行政部門的決定。但更重要的是，在美國歷史上，沒

---

88See Brandenburg V. Ohio(1969): 「Freedoms of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=395&invol=444>, 2012年1月22日訪問。



有任何一個判決或事件，顯示聯邦最高法院保障人權過度，導致國家安全受到損害。歷史<sup>89</sup>反而是充斥著法院太過屈從政府而過度限制人權的例子。為何如此？因為歷史告訴我們，法官與一般人一樣，也有可能被戰爭的狂熱與社會壓力的氛圍所影響，或者不希望因為其判斷錯誤而導致國家戰爭受挫，因而對於政府限制人權的措施太過寬容。因此，在先天上法官承受強大的壓力驅使其屈從政府。當法院宣告某個法案或措施違憲，因而對政府設下侵犯人權的障礙後，如果政府真的認為有國家或社會安全的疑慮，政府永遠有能力採取其他的途徑來達到類似的效果。因為，法院是被動的，政府是主動的。當看到法院逐步限制行政與立法部門的手段時，法院所能作的其實就是從政府的政策工具中，將弱勢者這個低廉成本抽除，使政府不能隨心所欲得利用此一工具選項。從歷史中可以看出，這種工具太容易滿足大眾恐懼與報復的集體非理性，來製造政府果決行動的假像、把負擔加在社會上已經處於弱勢的少數人、而且剛好有利於政客以國家或社會安全為理由，成為打壓政敵或反對者之藉口。

即便法院在面對國家或社會安全的威脅時，也不應完全放手讓政府部門隨心所欲的去採取任何措施。法院可以在個案中權衡各方，有時也可以給政府相當的自由，但不應系統性地採取屈從的

---

89See Inaugural Address of Harry S. Truman, THURSDAY, JANUARY 20, 1949, 「The American people stand firm in the faith which has inspired this Nation from the beginning. We believe that all men have a right to equal justice under law and equal opportunity to share in the common good. We believe that all men have the right to freedom of thought and expression. We believe that all men are created equal because they are created in the image of God. From this faith we will not be moved. The American people desire, and are determined to work for, a world in which all nations and all peoples are free to govern themselves as they see fit, and to achieve a decent and satisfying life. Above all else, our people desire, and are determined to work for, peace on earth—a just and lasting peace—based on genuine agreement freely arrived at by equals.」, [http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/truman.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/truman.asp), 2012年2月5日訪問。若我們重新審視美國總統 Truman 在就職演說所宣誓此一理想時，對照今日美國以安全為由行動武之實，其他區域國家是否能安然豁免於國際安全與戰爭之外，台灣現狀的處境是否能依然堅持得來不易之民主制度與人權保障？

立場。當政府預期的作為可能受到獨立的司法體系檢視時，才會警醒的評估其措施對於人權的影響。儘管歷史的後見之明不見得可以告訴法官總是有能力評估國家與社會安全的顧慮，但是歷史的後見之明卻明明白白的告訴我們，政府的濫權是系統性的，會一再發生的行為模式。真正的實用主義憲法思維應該是把政府部門面對國家或社會安全的病理考慮進去。就好像刑法上，由於我們相信人性會系統性的對於刑事犯罪嫌疑人抱持偏見，因此，法律必須建構超越合理懷疑的超高門檻，作為定罪科刑的門檻一樣。當我們有理由相信政府部門會有系統性的濫權危機時，法律體系所應該作的，就是建置妥當的防堵機制，以防堵或壓抑錯誤或惡意的決策出現。而建立此一機制並非在危機來臨時，在平時，法院就應該建立清楚的規則，避免使用太過開放式的法律原則，才能在危機來臨時抵抗政府部門的濫權並預防因為危機的壓力而草率為之。畢竟，對行政部門而言，確保制度中的反對意見才是人權保障的守護者，不是一味的屈從與唱隨。因為一群愛好自由的人民，才是人權保障的最大擁護者<sup>90</sup>。在不斷提問與自問自答的過程中，我們終將反思及此一我們是否能承擔所面臨的危機時刻及風險，我國的民主憲政秩序是否能持續對人權保障保持警戒？

## 第七節 結語

本章從盎格魯薩克遜文化所累積之習慣，逐步演化為普通法，透過英國王權統治擴及英格蘭及美洲殖民地，追溯美國制憲過程了解歷經獨立戰爭及建立主權國家至迄今，在保有各州固有完整

---

90許家馨著，自由與恐懼—讀「危險年代：戰爭時期的言論自由—從1789年叛亂法到反恐戰爭」，台灣法學雜誌第183期，2011年9月1日，第241-250頁。

主權及維持強而有力之中央聯邦政府運作下，以權力分立與制衡（check and balance）的概念，建構一個以對抗野心的方法來約束政府濫權，政府的成立就是一種對人性最大的責難，正因為人不全然是天使，所以需要政府，人性如此，濫權亦復如是<sup>91</sup>。英國自 17 世紀所發生之光榮革命係以王權（行政）與議會之中產階級之對抗為中心，美洲大陸自始是對抗來自殖民統治為中心，前者是由上至下的改革模式，後者係出自於由下而上的獨立戰爭，前者仍維持君主立憲之法統，後者，則產生獨立國家，論其國家之法律制度，前者符合社會契約說所描述，透過議會選舉模式產生立法限制君主權力以保障人民自由，後者正如 1776 年獨立宣言所謂：人生而平等，有天賦不可剝奪之權利，故不以此為目的之政府，人民有革命之權利<sup>92</sup>。因此，若我們的制憲史是過去的一種政治生活，當我們的憲法制度繼續支配生活在這片土地上的人們，這樣的一種政治生活，對於在這片土地上的人們也應該是現在的一種政治生活，那生活在這片土地的人們有什麼理由不能寫出對此一美麗詩篇不容變更的結論。人權保障自始就非不證自明的道理，而是必須透過向為政者爭取得來的，國家的存立一開始也並非為了人民而存在，人性尊嚴正是刻劃出基本權及人性自覺的演變軌跡<sup>93</sup>。

---

91 參見前揭註 78，第 161-269 頁。

92 參見美濃部達吉著，林紀東譯，法之本質，臺灣商務印書館發行，第 8 頁至第 9 頁，民國 82 年 8 月臺二版第二次印刷。

93 參見李震山著，人性尊嚴與人權保障，元照出版公司，2000 年 2 月初版第 1 刷。

## 第四章 美國聯邦憲法刑事基本人權保障之種類

### 第一節 不受不合理之搜索及扣押之權利(Right against unreasonable searches and seizures)

自從 1604 年 William Pitt 曾說：雖然我的房子很破舊，風會吹進來，雨會打進來，但國王的腳步，一步也不能踏進來，可以捍衛未經其同意侵入住宅之人，家是自己的城堡係對住居不受非法搜索之著名格言<sup>94</sup>。將欠缺令狀之不合理搜索視為一種人民的基本權利侵害，但也同時認為，國家有權為逮捕嫌疑人或執行追訴處罰之適當行為。人權典章乃植基殖民時代之歷史經驗，進而轉化為美國聯邦憲法增修條文第 4 條之具體化<sup>95</sup>。在歷經法院個案審判的轉變後，搜索扣押所保障之客體以身體、房屋、文件和其他財產列為受保護的、不得侵犯的權利，除有宣誓、並具體描述受搜索扣押之地點及範圍於令狀外，不得為搜索或扣押<sup>96</sup>正如最高

94See One of the most forceful expressions of the maxim was that of William Pitt in Parliament in 1763: 「The poorest man may in his cottage bid defiance to all the force of the crown. It may be frail—it's roof may shake—the wind may blow through it—the storm may enter, the rain may enter—but the King of England cannot enter—all his force dares not cross the threshold of the ruined tenement」, <http://law.justia.com/constitution/us/amendment-04/01-search-and-seizure.html>, 2012 年 2 月 28 日訪問。

95See Fourth Amendment History: 「...Every man's house is his castle」 was a maxim much celebrated in England, as was demonstrated in Semayne's Case, decided in 1603. A civil case of execution of process, Semayne's Case nonetheless recognized the right of the homeowner to defend his house against unlawful entry even by the King's agents, but at the same time recognized the authority of the appropriate officers to break and enter upon notice in order to arrest or to execute the King's process.」, [http://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt4frag1\\_user.html#amdt4\\_hd4](http://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt4frag1_user.html#amdt4_hd4), 2012 年 10 月 09 日訪問, page1。

96See U.S. Constitution: Fourth Amendment- Search and Seizure: 「Few provisions of the Bill of Rights grew so directly out of the experience of the colonials as the Fourth Amendment, embodying as it did the protection against the utilization of the writs of assistance. But while the insistence on freedom from unreasonable searches and seizures as a fundamental right gained expression in the Colonies late and as a result of experience, there was also a rich English experience to draw on. Every man's house is his castle was a maxim much celebrated in England, as was demonstrated in Semayne's Case, decided in 1603. A civil case of execution of process, Semayne's Case nonetheless recognized the right of the homeowner to defend his house against unlawful entry even by the King's agents, but at the same time

法院所標示是一個偉大的判決代表從殖民時期以來的憲法建構里程碑及司法審查之機會<sup>97</sup>。本節就財產權之物理侵入及意思自由不受干擾，分述如下：

## 第一項 財產權之物理侵入(property right physical trespass)

美國聯邦憲法增修條文第4條<sup>98</sup>規定不受不合理之搜索扣押，聯邦最高法院最早係以財產權之物理侵入（property right physical trespass），判斷政府行為是否構成搜索。在 *Boyd v. U. S.* 116 U. S. 616 (1886) 案中第一次探討憲法增修條文第4條之性質，其認為此條文制定的理由，係因英國殖民時期慣用空白搜索票（general warrants），嚴重侵犯人民的財產，因此建立以財產權為中心的搜索扣押法理<sup>99</sup>。自此法院皆以是否物理性侵入憲

---

recognized the authority of the appropriate officers to break and enter upon notice in order to arrest or to execute the King's process. Most famous of the English cases was *Entick v. Carrington*, one of a series of civil actions against state officers who, pursuant to general warrants, had raided many homes and other places in search of materials connected with John Wilkes' polemical pamphlets attacking not only governmental policies but the King himself. ...The language of the provision which became the Fourth Amendment underwent some modest changes on its passage through the Congress, and it is possible that the changes reflected more than a modest significance in the interpretation of the relationship of the two clauses. Madison's introduced version provided: The rights to be secured in their persons, their houses, their papers, and their other property, from all unreasonable searches and seizures, shall not be violated by warrants issued without probable cause, supported by oath or affirmation, or not particularly describing the places to be searched, or the persons or things to be seized. As reported from committee, with an inadvertent omission corrected on the floor, the section was almost identical to the introduced version, and the House defeated a motion to substitute and no warrant shall issue for by warrants issuing in the committee draft. In some fashion, the rejected amendment was inserted in the language before passage by the House and is the language of the ratified constitutional provision.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment04/01.html#3>, 2012年2月6日訪問。

97參見前揭註96，「The Supreme Court has said, is a great judgment, one of the landmarks of English liberty, one of the permanent monuments of the British Constitution and a guide to an understanding of what the Framers meant in writing the Fourth Amendment.」，

<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment04/01.html>，2012年1月22日訪問。

98參見前揭註30，「The tension between a proper privacy and the needs of effective governance may be seen in the Fourth Amendment, which provides: 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.」, page99.

99See *Boyd v. U. S.* 116 U. S. 616 (1886)，「Then and there, said John Adams, then and there was the first scene of the first act of opposition to the arbitrary claims of Great Britain. Then and there the child

法所保護的區域 (constitutionally protected area)，作為判斷是否構成搜索之客體，此為增修條文第 4 條所稱：人、住宅、文件、物品。在 *Olmstead v. U. S.* , 277 U. S. 438, (1928) 案中，涉及電話監聽與隱私權保護。聯邦最高法院在本案判決，認為電話監聽如未入侵 (trespass) 到個人住宅，則不構成搜索、扣押，政府可以自由為之<sup>100</sup>。在 *Silverman v. U. S.* 365 U. S. 505 (1961) 案中因政府竊聽行為所使用之器材有侵入談話者的牆壁內部，法院因此認為政府物理上入侵行為，認定構成搜索行為<sup>101</sup>。

## 第二項 從物理空間過度到意思自由的不受干擾

---

Independence was born. These things, and the events which took place in England immediately following the argument about writs of assistance in Boston, were fresh in the memories of those who achieved our independence and established our form of government. In the period from 1762, when the *North Briton* was started by John Wilkes, to April, 1766, when the house of commons passed resolutions condemnatory of general warrants, whether for the seizure of persons or papers, occurred the bitter controversy between the English government and Wilkes, in which the latter appeared as the champion of popular rights, and was, indeed, the pioneer in the contest which resulted in the abolition of some grievous abuses which had gradually crept into the administration of public affairs. Prominent and principal among these was the practice of issuing general warrants by the secretary of state, for searching private houses for the discovery and seizure of books and papers that might be used to convict their owner of the charge of libel. Certain numbers of the *North Briton*, particularly No. 45, had been very bold in denunciation of the government, and were esteemed heinously libelous. By authority of the secretary's warrant Wilkes' house was searched, and his papers were indiscriminately seized. For this outrage he sued the perpetrators and obtained a verdict of 1,000 against Wood, one of the party who made the search, and 4,000 against Lord Halifax, the secretary of state, who issued the warrant. The case, however, which will always be celebrated as being the occasion of Lord CAMDEN'S memorable discussion of the subject, was that of *Entick v. Carrington and Three Other King's Messengers*, reported at length in 19 How. St. Tr. 1029. The action was trespass for entering the plaintiff's dwelling-house in November, 1762, and breaking open his desks, boxes, etc, and searching and examining his papers. The jury rendered a special verdict, and the case was twice solemnly argued at the bar. Lord CAMDEN pronounced the judgment of the court in Michaelmas term, 1765, and the law, as expounded by him, has been regarded as settled from that time to this, and his great judgment on that occasion is considered as one of the landmarks of English liberty. It was welcomed and applauded by the lovers of liberty in the colonies as well as in the mother country. It is regarded as one of the permanent monuments of the British constitution, and is quoted as such by the English authorities on that subject down to the present time.」,

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=116&invol=616>, 2012 年 1 月 26 日訪問。

<sup>100</sup>See *Olmstead v. U. S.* , 277 U. S. 438, (1928), 「The information which led to the discovery of the conspiracy and its nature and extent was largely obtained by intercepting messages on the telephones of the conspirators by four federal prohibition officers. Small wires were inserted along the ordinary telephone wires from the residences of four of the petitioners and those leading from the chief office. The insertions were made without trespass upon any property of the defendants. They were made in the basement of the large office building. The taps from house lines were made in the streets near the houses.

」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=277&invol=438>, 2011 年 1 月 19 日訪問。

<sup>101</sup>參見王兆鵬著，美國刑事訴訟法，元照出版有限公司 2007 年 9 月二版 1 刷，第 107-108 頁。

美國聯邦憲法增修條文第 4 條之規定從規範國家物理空間的侵入行為，演變成為限制國家權力不得為不合理之隱私侵害 (purely private unreasonable)。Justices Oliver W Holmes 曾認為：社會環境變化非常大，吾人對憲法、法律的解釋，不能永遠一成不變，制憲當時沒有電話，不表示制憲者將利用電話竊聽視為正當。科學的進展將使得政府偵測人民的方式絕不僅止於竊聽，政府不須取出秘密抽屜裡的文件，即可在法庭上複製出文件的方法一定會被發展出來，而這將使政府可以向陪審團揭露發生在個人家中最隱密的事件。美國聯邦憲法增修條文的 4 條保護人民的身體、住宅、文件、物件免於不合理之搜索、扣押之規定，在精神上可以導出個人隱私權的概念，美國制憲者想要確保人民追求幸福的有利環境，因此賦予美國人民不被打擾的權利—涵蓋最廣、最為文明人所珍視的權利，以對抗政府，而為了保障此一權利，政府對個人隱私權所為的一切不合理侵犯，不論其使用的方法為何，均應視為違反憲法增修條文的 4 條<sup>102</sup>。而在刑事訴訟程序中，使用因此等侵犯而取得之證據，均應視為違反憲法增修條

---

102See U. S. Constitution: Fourteenth Amendment-Privacy: 「Privacy has in a number of cases been identified as a core value of the Bill of Rights, ... the right of privacy was denominated a liberty which found its source and its protection in the due process clause of the Fourteenth Amendment. by designating the right as a fundamental right, the Court required a governmental restraint to be justified by a compelling state interest... by designating the right as a fundamental right, the Court required a governmental restraint to be justified by a compelling state interest. Necessary to assessment of the effect of this development is a close analysis of the limits of the right thus protected as well as of its contents. The Constitution does not explicitly mention any right of privacy. however, ...the Court has recognized that a right of personal privacy, or a guarantee of certain areas or zones of privacy, does exist under the Constitution... These decisions make it clear that only personal rights that can be deemed fundamental or implicit in the concept of ordered liberty.」法院在隱私權的案件中，認為具有人權典章的核心價值，並由法院闡述了其內容，隱私權在美國聯邦憲法增修條文第 14 正當法律程序中，乃係保護隱私自由；將隱私權賦予具有憲法之基本權利性質，係約束政府行為需具有令人信服及合理狀態的利益。此種基本權保護需求的發展與影響，是從緊密的分析與評估而加以保護及作為其權利的限制之內容。憲法條文中雖然沒有明確提到隱私的任何權利。然而，法院已意識到的保障個人或某些領域的隱私重要性，並認為在憲法秩序下，可以當作其基本權之性質或隱含其內的自由概念，而為決定使隱私權作為憲法所保障之個人權利。  
，<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment14/11.html>, 2012 年 2 月 6 日訪問。

文的 5 條之規定。憲法增修條文的 4 條最重之精神，不是其文字，不合理之搜索、扣押不須非有物理上的侵入不可<sup>103</sup>。因此，合理隱私期待與政府有效治理之間的常具有緊張關係。

國家公權力發動搜索依據主要來自令狀原則(warrant)之授權，令狀原則<sup>104</sup>，是法官決定應以書面為之，書面內容應該包含當事人、當事人的主張、當事人及法院所調查的證據、法院作成判斷而為准駁的理由，以及法院所作成限制基本權的方式與範圍。如果明白指示限制基本權的方式與範圍，可以避免公權力恣意執行。如果公權力未遵守法院揭示的執行方法與範圍，權利受侵害之人，向法院提起救濟時，可以有明確的依據。令狀的內容可以清楚顯示對程序當事人有利不利的決定，例如裁判理由的記載，可以公開法官的心證，將決定心證的基礎理由，尤其是反駁人民主張的理由一一敘明，則程序當事人因而可以採取相對應的對策，而可以決定如何參與程序，以保證獲得有利的程序結果。縱使在緊急情況下，因為令狀原則的要求，人民才能有效尋求救濟，保障程序當事人的有效參與，是確保程序主體有主觀參與可能，並且是客觀參與可能的必要保障<sup>105</sup>。搜索扣押之令狀原則要求有：

- (1) 主觀上隱私之期待 (subjective expectation of private)
- (2) 合理之社會期待 (reasonable、legitimate、justifiable)。

因此，在欠缺法院所核發之搜索票或例外情形之搜索所得之證據

103陳銘洋著，布蘭迪斯大法官—民眾的律師、社會的法官，月旦法學雜誌第 63 期，元照有限公司 2008 年 8 月出版，第 162 頁。

104參見前揭註 30，「General warrants and general searches without warrant had a lengthy pedigree. In 1662, a statute codified writs of assistance that allowed searching all suspected places for goods concealed in violation of the customs laws. Such writs had been used since at least 1621 and themselves absorbed the language of royal commissions that had for centuries authorized general searches without warrant.」, page101.

105參見前揭註 25，第 152 頁。



及衍生性證據，皆因違反本條之規定產生證據排除效果或稱毒果實理論 (Fruit from the poisonous theory)<sup>106</sup>。

關於個人住居場所之公權力不法之侵害，美國自 1890 年起以隱私權之概念發展其相關之法律保障<sup>107</sup>。然而何為隱私權？聯合國頒布的世界人權宣言中第 12 條：「任何人的私生活、家庭、住宅和通信不得任意干涉，他的榮耀和名譽不得加以攻擊。人人有權享受法律保護，以免受這種干涉或攻擊。」歐洲人權公約第 8 條：「一、人人有權使他的私人和家庭生活，他的家庭和通信受到尊重。二、公共機關不得干預上述權利的行使，但是依照法律的干預以及在民主社會中為了國家安全，公共安全或國家的經濟福利的利益，為了防止混亂或犯罪、為了保護健康或道德、或為了保護他人的權利與自由，有必要進行干預者，不在此限。」公民與政治權利國際公約<sup>108</sup>第 17 條規定：「一、任何人的私生活、家庭、

106參見王兆鵬著，新刑訴、新思維，元照出版 2004 年 10 月初版，第 4-5 頁，所謂的「毒樹果實原則」，指非法取得之證據為毒樹，由該非法證據所衍生之證據，即令係合法取得，仍得具毒性之毒果，不得使用。例如司法警察非法搜索取得帳簿（第一個行為），依證據排除法則該帳簿應予排除。司法警察隱瞞前有非法搜索之事實，報請檢察官向法院聲請搜索票，經法院核發搜索票後執行搜索（第二個行為），又取得帳簿。此時因為第二個行為完全合乎法定要件，無法依證據排除法則排除帳簿，必須借助毒樹果實原則，否則無法貫徹證據排除法則的目的。如同美國聯邦最高法院所言：對於非法取得之證據，若僅禁止直接使用，不禁止間接使用，等於邀請執法人員以違反法律及侵害人權的方式取得證據。自 1920 年 *Silverthorne Lumber Co. v. U.S.* 發展以來有 3 個例外：獨立來源 (independent source)、必然發現 (inevitable discovery)、稀釋原則 (purged taint exception)。另參見最高法院 93 年台上字第 664 號判例，經 2006 年 9 月 12 日最高法院 95 年度第 18 次刑事庭會議之決議，選編為有關證據排除法則之判例，不但重申法院於斟酌違法取得證據之證據能力時之標準，並將原先僅是立法理由層級之標準化為判例，使其拘束性更為顯著。此外，本判例亦悄悄地將原先七項審查標準，加上一項「違背法定程序時之狀況」，考量程序之違反是否有緊急不得已之情形，亦值未來適用上密切注意。月旦法學教室 2006 年 12 月 15 日出版，第 51 期，第 118 頁。

107參見謝瑞智著，謝世維修訂，憲政體制與民主政治-憲政與民主政治基礎知識，文笙書局經銷，2005 年 9 月增訂三版，第 43 頁。

108參見廖福特著，法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約，台灣法學雜誌第 163 期，台灣本土法學雜誌有限公司 2010 年 11 月 1 日出版，第 65 頁，不論是刑事庭、民事庭、行政法院、公懲錢會均應適用「公民與政治權利國際公約」，不過國內法院只有少數判決適用「公民與政治權利國際公約」，因而恐怕有相當多之判決是處於應該適用而未適用之情形，這些判決可能都有應適用法律而未適用之違法可能性。而當民事庭法院必須適用「公民與政治權利國際公約」時，實質上與基本權第三人效力之直接效力一樣。當法官在個案中適用「公民與政治權利國際公約」時，實質上已經某種程序扮演違憲審查之角色，或是至少可以說是法官必須思考國內法律是否與權利保障規範衝突，此將是國內法院之重大挑戰。即使認為條約與國內地位相同，在適用「公民與政治權利國際公約」時，應可認為其是特別法，或是基於法律衝突，當國內法與「公民與政治權利國際公約」衝突時，應適用「公民與政治權利國際公約」。而所謂參照人權事務委員會之意見，法院適用時應包括幾個步驟：1、確認本案事實是否與「公民與政治權利國際公約」所保障之權利有關；2、如果有的話，與哪些權利有關；3、人權事務委員會對這些權利的詮釋內容為何；4、國內法律規範是否與這些權利內容衝突；5、決定依據國內法律或是「公民與政治權利國際公約」

住宅或通信不得加以任意或非法干涉，他的榮譽不得加以非法攻擊。二、人人有權享受法律保護，以免受這種干涉或攻擊。」可知隱私權範圍<sup>109</sup>，在於私生活之自由與自治。個人有享受生命之權以及有獨處之權，其私生活、家庭、住宅或通信應受保障，並有免受他人干擾或侵犯之權。換言之，任何人享有獨處、不受干擾之生活權利（general right of the individual to be let alone）。隱私權起初是為了因應新聞自由之持續擴大濫用，而必須對於特定人，所遭受不當侵害之心靈痛苦予以保障，所獨立之權利類型。也因此從最初的身體方面擴及到名譽方面，最後不可避免地會擴及到個人之思想、情緒和感受或者不可侵犯之人格（the inviolate personality）。隱私權的概念在美國法上是逐漸從民法上侵權行為的類型，演變成具有憲法位階的權利。從而獨處而不受干擾之權利與不可侵犯之人格，而逐漸進展到個人尊嚴及個人自主性的脈絡，進而發展出包括個人對自己資訊有自我決定公開與否的權利<sup>110</sup>。歸納隱私權<sup>111</sup>之內涵有四：(1)對人之私

---

為判決。並於論證過程中參照人權事務委員會審查各國報告之意見、個案申訴之決定、一般評論意見。而我國法院目前適用「公民與政治權利國際公約」之情形，恐怕均有適用法律不當之疑慮。

109參見蔡震榮著，新聞採訪跟拍權與憲法爭議之探討，月旦法學雜誌第195期，元照出版有限公司2011年8月出版，第5-10頁。

110See U.S. Constitution: Fourteenth Amendment about Whalen v. Roe, 429 U.S. 589, 598-600 (1977), 「...What is apparent from the Court's approach in these cases is that its concept of privacy is descriptive rather than analytical, making difficult an assessment of the potential of the doctrine. Privacy as a concept appears to encompass at least two different but related aspects. First, it relates to the right or the ability of individuals to determine how much and what information about themselves is to be revealed to others. Second, it relates to the idea of autonomy, the freedom of individuals to perform or not perform certain acts or subject themselves to certain experiences. Governmental commands to do or not to do something may well implicate one or the other or both of these aspects, and judicial decision about the validity of such governmental commands must necessarily be informed by use of an analytical framework balancing the governmental interests against the individual interests in maintaining freedom in one or both aspects of privacy. That framework cannot now be constructed on the basis of the Court's decided cases.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment14/11.html>, 2012年1月26日訪問。

111參見劉靜怡著，隱私權的哲學基礎、憲法保障及其相關辯論，月旦法學教室第46期，2006年7月15日出版，第41-42頁，自近代學說理論的發展來看，1890年美國Warren與Brandeis兩位法學家合著的文章問世後，為隱私權在美國法學界的討論立下里程碑。在這篇文章裡，Warren與Brandeis主張的是個人在自己家中的輕聲細語不受公開宣揚（what is whispered in the closet shall be proclaimed from housetops）的自由，以及所謂「生命的權利即指享受生活的權利，也就是不受干擾的權利」（now the right to life has come to mean the right to

領域或事務所為之干擾 (Intrusion upon a person's seclusion or solitude, or into his private affairs.) (2) 公開揭發他人不堪之訊息 (Public disclosure of embarrassing private facts about an individual.) (3) 使人處於人為誤解情況之侵害 (Publicity placing one in a false light in the public eye.) (4) 非基於個人之利益，擅用他人之肖像權 (Appropriation of one's likeness for the advantage of another)<sup>112</sup>。

從美國聯邦憲法增修條文第 4 條與第 5 條規定所演譯之諸多原則中，主要適用於國家行為侵害人民之住居安全與生活隱私。此一侵害核心不在破門或者翻查抽屜等物理上之侵入，而在於剝奪人身安全、個人自由及財產憲法基本權利。因此所取得之證據形同以強迫取得的供述或文書作為證據，或者扣押之財產，均為美國聯邦憲法增修條文第 4 條加以非難之對象，在 *Mapp v. Ohio*, 367 U. S. 643 案中法院宣告：違反聯邦憲法之搜索扣押，而所取得之任何證據，在州法院之刑事審判程序中均不得採為證據；並在 *Wolf v. Colorado*, 338 U. S. 25 乙案判決之相反主張，應不再援用。對於生命、身體、自由與財產上憲法基本權利之保障，是人民對抗所有不法侵入之權利，並為法院審酌的對象，確保人民權利不受侵害，藉由法院之口宣告人民權利之基礎，抵抗來自國家與私人間之侵害。憲法增修條文第 4 條之規定在限制國家行使權力所須受到之拘束範圍，藉此保障人民之生命、身體、自由、住

---

enjoy life—the right to be let alone)。此一 Warren 與 Brandeis 立論於 common law 法律觀念的「不受干擾的權利」(the right to be let alone)，雖然遲至 1960 年代，才真正因為科技的急遽變革引起高度重視和嚴肅辯論，可是，一個多世紀以來，隱私權的哲學基礎和法律面貌是否出現了任何轉變？有哪些個人隱私權保障的核心理念，仍然是活在 21 世紀初的我們，應該珍視不渝的？恐怕都依舊是最根本問題。通常也不外乎如何劃定國家與個人之間的界限，以及如何保護個人固有的私密領域不受侵犯。

112See <http://plato.stanford.edu/entries/privacy/>，2011 年 9 月 10 日訪問。

宅、文件與財產不受包裹著合法外衣不合理之搜索與扣押。如果在不合理乃至於不法行為下國家所扣押及持有之個人文件及財產，得作為人民有罪之不利證據，憲法增修條文第 4 條勢將形同具文，國家追訴機關所為之查行為不能因此犧牲憲法建立之基本原則<sup>113</sup>。

另美國聯邦憲法增修條文第 4 條並不禁止為無令狀之搜索與扣押，對遺留在住宅外待收集垃圾或廢棄物之期待，只在被告表示對於該垃圾有主觀期待的隱私權，且社會認為該隱私權期待是客觀合理時，才會違反憲法增修條文第 4 條之規定。在 California v. Greenwood 486 U.S. 35(1988)案中法院認為：單純對垃圾有主觀期待，並不會立即啟動憲法增修條文第 4 條之保護，除非一般社會大眾認為被告對其垃圾之隱私權是一種客觀的合理期待<sup>114</sup>。因

---

113See Mapp v. Ohio 367 U.S. 643, 「All evidence obtained by searches and seizures in violation of the Federal Constitution is inadmissible in a criminal trial in a state court. Wolf v. Colorado, 338 U.S. 25, overruled insofar as it holds to the contrary.」, 「in Boyd v. United States, 116 U.S. 616, 630 (1886), considering the Fourth and Fifth Amendments as running "almost into each other" on the facts before it, this Court held that the doctrines of those Amendments "apply to all invasions on the part of the government and its employes of the sanctity of a man's home and the privacies of life. It is not the breaking of his doors, and the rummaging of his drawers, [367 U.S. 643, 647] that constitutes the essence of the offence; but it is the invasion of his indefeasible right of personal security, personal liberty and private property ... Breaking into a house and opening boxes and drawers are circumstances of aggravation; but any forcible and compulsory extortion of a man's own testimony or of his private papers to be used as evidence to convict him of crime or to forfeit his goods, is within the condemnation ... of those Amendments.」 「...Specifically dealing with the use of the evidence unconstitutionally seized, the Court concluded: If letters and private documents can thus be seized and held and used in evidence against a citizen accused of an offense, the protection of the Fourth Amendment declaring his right to be secure against such searches and seizures is of no value, and, so far as those thus placed are concerned, might as well be stricken from the Constitution. The efforts of the courts and their officials to bring the guilty to punishment, praiseworthy as they are, are not to be aided by the sacrifice of those great principles established by years of endeavor and suffering which have resulted in their embodiment in the fundamental law of the land.」,

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=367&invol=643>, 2011年1月19日訪問。

114See California v. Greenwood 486 U.S. 35(1988), 「The Fourth Amendment does not prohibit the warrantless search and seizure of garbage left for collection outside the cartilage of a home. Since respondents voluntarily left their trash for collection in an area particularly suited for public inspection, their claimed expectation of privacy in the inculpatory items they discarded was not objectively reasonable. It is common knowledge that plastic garbage bags left along a public street are readily accessible to animals, children, scavengers, snoops, and other members of the public. Moreover, respondents placed their refuse at the curb for the express purpose of conveying it to a third party, the trash collector, who might himself have sorted through it or permitted others, such as the police, to do so. The police

此對於自願交付與提供資訊給予第三人，無合理的隱私權期待。與此同時對住居範圍之上下領域空間搜索扣押之限制，無須事先申請搜索令狀，法院在 *California v. Ciraolo* 案中認為，從高空的私人飛機上，對被檢視住居之圍籬與後院進行空中偵查之行為，被告隱私期待是不合理的，因為只要在這個領空飛行的任何人往下看，就可以看到警方所觀察到的所有事情<sup>115</sup>。從而亦構成無令狀搜索之例外。

當犯罪嫌疑人遭受國家追訴機關之追緝與搜捕時，自由離去受有限制，是否構成憲法增修條文第 4 條所規定的扣押或搜索，在 *Michigan v. Chesternut* 486 U.S. 567(1988)案中法院認為：沒有一個明確法則可適用在所有警方的調查及追捕，必須對個案情況作通盤考量，以評估追捕行為。檢測標準是，受追捕之人會合理相信行動受限制時，才是構成憲法增修條文第 4 條規定之扣押<sup>116</sup>。然而並非所有警方和人民的接觸皆會構成扣押，在 *Trey*

---

cannot reasonably be expected to avert their eyes from evidence of criminal activity that could have been observed by any member of the public.」，  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=486&invol=35>，2011 年 1 月 19 日訪問。

<sup>115</sup>參見前揭註 80，「Similarly, we held in *California v. Ciraolo*, supra, that the police were not required by the Fourth Amendment to obtain a warrant before conducting surveillance of the respondent's fenced backyard from a private plane flying at an altitude of 1,000 feet. We concluded that the respondent's expectation that his yard was protected from such surveillance was unreasonable because any member of the public flying in this airspace who glanced down could have seen everything that these officers observed.」

<sup>116</sup>See *Michigan v. Chesternut* 486 U.S. 567(1988)，「No bright-line rule applicable to all investigatory pursuits can be fashioned. Rather, the appropriate test is whether a reasonable man, viewing the particular police conduct as a whole and within the setting of all of the surrounding circumstances, would have concluded that the police had in some way restrained his liberty so that he was not free to leave. Under this test, respondent was not seized before he discarded the drug packets. One officer's characterization of the police conduct as a "chase," standing alone, is insufficient to implicate the Fourth Amendment, since the police conduct - which consisted of a brief acceleration to catch up with respondent, followed by a short drive alongside him - would not have communicated to the reasonable person an attempt to capture him or otherwise intrude on his freedom of movement. The record does not reflect that the police activated a siren or flashers; commanded respondent to halt or displayed any weapons; or operated the car aggressively to block his course or to control his direction or speed. Thus, the police conduct was not so intimidating that respondent could reasonably have believed that he was not free to disregard the police presence and go about his business. The police therefore were not required to have a particularized and objective basis for suspecting him of criminal activity, in order to pursue him.」，

v. Ohio 案中，法院認為只有警方展現公權力而使人民之行動自由受到限制的程度時，警方的行為才會構成扣押<sup>117</sup>。

在被告被強迫抽血檢驗之國家強制處分行為，涉及個人身體完整性、隱私及尊嚴之侵害，是否構成憲法增修條文第 4 條所規定之對人身扣押與搜索，法院在 *Schmerber v. California* 384 U. S. 757(1966)案中認為：醫療人員對被告抽血檢驗行為，並無侵害被告憲法增修條文第 4 條及第 14 條賦予之不受不合理之搜索及扣押之權利<sup>118</sup>。因為此時醫療人員成為國家偵查之輔助機關，由具有醫學專業人員所為之身體侵入行為雖違反被告意願，但被強迫採樣之血液中有易於散失之特性，為保障偵查利益及維護社會治安，事後將驗血報告作為不利被告之有罪證據，並無侵害憲法增修條文第 14 條之正當法律程序，與人權典章賦予之基本權利，如憲法增修條文第 5 條保障刑事訴訟被告有不自證其罪之權、第 6 條保障刑事訴訟被告有律師協助辯護的權利、第 4 條賦予不受不合理之搜索和扣押<sup>119</sup>的權利。

---

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=486&invol=567>，2011 年 1 月 19 日訪問。  
117See *Terry v. Ohio*, 「The reasonableness of any particular search and seizure must be assessed in light of the particular circumstances against the standard of whether a man of reasonable caution is warranted in believing that the action taken was appropriate.」,

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=392&invol=1>, 2012 年 1 月 23 日訪問。

118See *Schmerber v. California* 384 U. S. 757(1966)-4: 「In view of the substantial interests in privacy involved, petitioner's right to be free of unreasonable searches and seizures applies to the withdrawal of his blood, but under the facts in this case there was no violation of that right. (a) There was probable cause for the arrest and the same facts as established probable cause justified the police in requiring petitioner to submit to a test of his blood-alcohol content. In view of the time required to bring petitioner to a hospital, the consequences of delay in making a blood test for alcohol, and the time needed to investigate the accident scene, there was no time to secure a warrant, and the clear indication that in fact evidence of intoxication would be found rendered the search an appropriate incident of petitioner's arrest. (b) The test chosen to measure petitioner's blood-alcohol level was a reasonable one, since it was an effective means of determining intoxication, imposed virtually no risk, trauma or pain, and was performed in a reasonable manner by a physician in a hospital.」,

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=384&invol=757>，2011 年 1 月 19 日訪問。

119參見李佳玟著，預防性羈押：刑事程序中的風險管理，月旦法學教室 2005 年 9 月 15 日出版，第 36 期，第 57-59 頁，1970 年美國哥倫比亞特區修正保釋制度，預防性羈押方被正式地納入美國的刑事司法體系。新修正的法案允許法院於裁定羈押時，將「被告若被釋放，是否對社區造成危險的可能性」納入考慮。至於危險的判斷，則包括被告是否涉及有危險性或暴力的犯罪，或是可能傷害證人或陪審員，因此妨礙司法的運作。此一作法在

不受不合理之搜索與扣押之法理，應認為所保障的是人之個體，而非僅為物理空間，重點在於隱私期待 (Expectation of privacy)，而非所謂之財產權。縱令身處公共空間，如有侵害隱私期待，即構成搜索。換言之，主觀上，人民須表現出隱私期待 (exhibited an actual subjective expectation of privacy)；在客觀上，其隱私必須社會一般人認為係合理之期待 (society is prepared to recognize as reasonable)，在 *katz v. U. S.* 389. U. S. 347 (1967) 案中協同意見認為，不受不合理之搜索扣押旨在兼具主觀及客觀要件，即為增修條文第 4 條所保護之客體<sup>120</sup>。

當政府扣押人民財產時，已侵害人民之財產權。但當政府搜索人民之物件、住宅、處所時，等於人民暫時喪失對於財產之獨立控制權，亦屬侵犯人民之財產權。換言之，搜索是對人民財產權的暫時、輕微的侵犯，對人民隱私權的侵犯是長久的。而扣押，是在保護人民之財產權；搜索則在保護人民的隱私權，均不受不合理之搜索扣押之侵害。

### 第三項 與我國保障搜索及扣押權利之比較與檢討

---

1982年 *United States v. Edwards* 一案中受到法院的支持。哥倫比亞特區上訴法院認為：從國會的立法意旨來看，預防性羈押乃是一種行政規制性 (regulatory)，而非刑事懲罰性的 (penal) 措施，其目的是為了保衛社區的安全，而非在定罪之前對被告進行懲罰。法院指出，該法案已對國家的羈押權限有適當的限制：若要對被告進行預防性羈押，該被告必須被起訴且有危險性的犯罪；國家必須在裁定程序中提供相當證據，證明對於被告進行預防性羈押具有合理根據；況且該羈押制度確與保護大眾安全實質相關。由於該法案滿足上述要件，法院判定哥倫比亞特區所實行之預防性羈押並不違憲。

<sup>120</sup>See *katz v. U. S.* 389. U. S. 347 (1967)，「MR. JUSTICE HARLAN, concurring. I join the opinion of the Court, which I read to hold only (a) that an enclosed telephone booth is an area where, like a home, *Weeks v. United States*, and unlike a field, *Hester v. United States*, a person has a constitutionally protected reasonable expectation of privacy; (b) that electronic as well as physical intrusion into a place that is in this sense private may constitute a violation of the Fourth Amendment; and (c) that the invasion of a constitutionally protected area by federal authorities is, as the Court has long held, presumptively unreasonable in the absence of a search warrant.」，

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=389&invol=347>，2012年1月29日訪問。

我國大法官解釋將來自於其他基本權主體的隱私權侵害，列入基本權衝突領域，釋字第 509 號<sup>121</sup>解釋認為，為保護個人名譽、隱私等法益及維護公共利益，國家一方面必須保障言論自由，而他方面又必須滿足對人民人格名譽權益加以適當保護之義務要求的兩難情況下，對於此際所面臨的「基本權衝突」問題。而釋字第 585 號<sup>122</sup>解釋禁止國家機關空白授權強制處分，並以憲法第 22 條為依據，將隱私權列入憲法基本人權保障範圍。

闡釋隱私權之內涵，釋字第 603 號<sup>123</sup>解釋將人民資訊自主決定權認為是，基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障。在釋字第 631 號<sup>124</sup>解釋中，隱私權除明列憲法第 12 條規定秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，並將刑事訴訟法所賦予之各種防禦權，如保持緘默、委任律師、不為不利於己之陳述等之權利行使與通訊自由、隱私權之關聯性作為人權保障之前提。

在論述人民依其意志作為或不作為之一般行為自由時，釋字第 689 號<sup>125</sup>解釋認為，個人自由權利之保護，不因其身處公共場域，而失其必要性。換言之，他人之私密領域及個人資料自主，在公共場域亦有可能受到干擾，而超出可容忍之範圍，該干擾行為亦有加以限制之必要。

我國從基本權之衝突、禁止空白授權處理來自私人與國家間

121參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=509](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=509), 2012 年 2 月 11 日訪問。

122參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=585](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=585), 2012 年 2 月 11 日訪問。

123參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=603](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=603), 2012 年 2 月 11 日訪問。

124參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=631](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=631), 2012 年 2 月 11 日訪問。

125參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=689](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=689), 2012 年 2 月 11 日訪問。



的基本權干擾，並將隱私權角度擴張至通訊自由，從而影響刑事訴訟法上防禦權之行使，縱令個人身處公開場合，其隱私權保障亦在不妨害其他自由與權利之限制下，個人享有資訊自主決定權。

令狀原則作為控制偵查中強制處分之發動及憲法基本人權干預，係以接受追訴機關單方陳述作為事前審查方式，對人民憲法上基本人權保障，有保護不周之處。以美國聯邦憲法增修條文第4條之發展歷程觀察，從物理空間到意思自由的不受干擾，以財產權保障到以「人」為重點的模式，凸顯出國家公權力之侵害隨科技發展有新興態樣的出現。刑事訴訟作為憲法化之具體展現，我國令狀原則之審查基準應強化審查作為，避免淪為空白授權致生憲法基本人權之侵害。網路科技發展日新月異，對人民生活利益的干擾已從意思干擾變遷至被受害人毫無察覺的境界如釋字第631號<sup>126</sup>解釋，使用網路攔截的方式作為搜索扣押的對象，並作為刑事偵防的工具已是未來之趨勢。若無法院加強審查強制處分發動之授權，則侵害人民憲法上基本權，被害人將無從知悉、無從主張憲法上之權利。令狀原則或許可以減緩對第三人搜索扣押之強制處分的侵害，然而對於第三人與犯罪嫌疑人之間要能同時縮小隱私權之侵害，兼顧憲法及刑事訴訟之需求，除以相當理由做為申請許可之外，更應顧及其他憲法基本人權之間的衝突。

## 第二節 接受公正法院審判之權利 (Right to an impartial jury)

大陪審團的歷史係植基於民事與其他法律審判的共同適用體

---

126參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=631](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=631), 2012年2月11日訪問。

系，可以溯及至雅典與英國亨利二世時期所頒佈之法令。接受大陪審團審判之權利，經由人權典章至美國聯邦憲法增修條文帶到這個曾是殖民地的美洲大陸，提供一個公正的審判程序，確認嫌疑人之犯罪事實，為其主要目的。陪審團成員的選擇係從一般具有資格者選出，候選者之選任工作並不受嚴格的程序或證據規則的影響。事實上，陪審員對提出在他們面前的被告或證人之陳述及檢方起訴的犯罪嫌疑事實，有充分自由的決定。大陪審團在提起刑事訴訟有廣泛之審查權力。但從保障自由的觀點上，係以控制檢方起訴程序或法官審判而具有其獨立性。美國聯邦憲法作為保障接受法院審判之基本權，陪審團也是對於刑事重罪案件中能呈現最高正義的最後一道防線。美國如同傳統英格蘭時期一樣，作為一個普通法國家，自由的保障從程序的規範，去保證起訴或審判過程中，沒有人會因為國家機關的偏見，並且採行秘密方式召集大陪審團<sup>127</sup>，進而確保審判之公正。以下從司法分權及不告不理原則分述如下：

---

127See U.S. Constitution: Fifth Amendment- INDICTMENT BY GRAND JURY : 「The history of the grand jury is rooted in the common and civil law, extending back to Athens, pre-Norman England, and the Assize of Clarendon promulgated by Henry II. The right seems to have been first mentioned in the colonies in the Charter of Liberties and Privileges of 1683, which was passed by the first assembly permitted to be elected in the colony of New York. Included from the first in Madison's introduced draft of the Bill of Rights, the provision elicited no recorded debate and no opposition. The grand jury is an English institution, brought to this country by the early colonists and incorporated in the Constitution by the Founders. There is every reason to believe that our constitutional grand jury was intended to operate substantially like its English progenitor. The basic purpose of the English grand jury was to provide a fair method for instituting criminal proceedings against persons believed to have committed crimes. Grand jurors were selected from the body of the people and their work was not hampered by rigid procedural or evidential rules. In fact, grand jurors could act on their own knowledge and were free to make their presentments or indictments on such information as they deemed satisfactory. Despite its broad power to institute criminal proceedings the grand jury grew in popular favor with the years. It acquired an independence in England free from control by the Crown or judges. Its adoption in our Constitution as the sole method for preferring charges in serious criminal cases shows the high place it held as an instrument of justice. And in this country as in England of old the grand jury has convened as a body of laymen, free from technical rules, acting in secret, pledged to indict no one because of prejudice and to free no one because of special favor.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/01.html>, 2012年2月6日訪問。

## 第一項 司法分權—法院與陪審團

從英國大憲章及英王亨利二世的歷史，可以得知陪審團<sup>128</sup>審訊開啟，從民事審判迨至刑事訴訟審判，以嚴格的程序形式、令狀核發與審判程序的訊問，開始正視陪審團的審判制度，藉由職業法官適用法律、陪審團認定事實之司法分權控制政府濫權。陪審團在他們所傳喚的案件裡原本僅為證人之性質，現代陪審團之雛型直到英王亨利六世統治時期才成為保障刑事被告之機制。由原來各州憲法與美國聯邦憲法增修條文第 6 規定成為保障在刑事案件中，被告接受陪審團審判的權利。從而成為英格蘭及其他歐陸移民到這個國家的人民與生俱來的權利，接受法院審判權利作為令人敬佩的普通法的一部分，形成國家權力行使的界限，保障人民基本權的壁壘<sup>129</sup>。因此，在十八世紀，陪審團在保障人民自由和

128參見前揭註 30，「For example, what is a grand jury, how does it work, and what form does its action have to take in order to provide the proper basis for a criminal trial? Both statutes and judicial determinations, stretching back to the days of Magna Carta and even before, have helped make the grand jury what it is. It is obvious that judges must be relied upon if we are to know what is called for on any particular occasion. The two dozen citizens assembled to determine whether any person should be subjected to a criminal trial stand in the way of prosecutors and judges who might be inclined to oppress their fellow citizens. The grand jury can also serve to make officials of government more vigilant and vigorous in prosecuting and punishing criminals (including those who betray the public trust) than they might otherwise be.」，page115.

129See U. S. Constitution: Sixth Amendment- RIGHT TO TRIAL BY IMPARTIAL JURY :「By the time the United States Constitution and the Bill of Rights were drafted and ratified, the institution of trial by jury was almost universally revered, so revered that its history had been traced back to Magna Carta. The jury began in the form of a grand or presentment jury with the role of inquest and was started by Frankish conquerors to discover the King's rights. Henry II regularized this type of proceeding to establish royal control over the machinery of justice, first in civil trials and then in criminal trials. Trial by petit jury was not employed at least until the reign of Henry III, in which the jury was first essentially a body of witnesses, called for their knowledge of the case; not until the reign of Henry VI did it become the trier of evidence. It was during the Seventeenth Century that the jury emerged as a safeguard for the criminally accused. Thus, in the Eighteenth Century, Blackstone could commemorate the institution as part of a strong and two-fold barrier... between the liberties of the people and the prerogative of the crown because the truth of every accusation... must be confirmed by the unanimous suffrage of twelve of his equals and neighbors indifferently chosen and superior to all suspicion. The right was guaranteed in the constitutions of the original 13 States, was guaranteed in the body of the Constitution and in the Sixth Amendment, and the constitution of every State entering the Union thereafter in one form or another protected the right to jury trial in criminal cases. Those who emigrated to this country from England brought with them this great privilege as their birthright and inheritance, as a part of that admirable common law which had fenced around and interposed barriers on every side against the approaches of arbitrary power.」，<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment06/04.html#1>, 2012 年

國家追訴處罰機關之間，形成一種必須有合理的犯罪嫌疑起訴門檻與超越合理懷疑有罪判決的審查，因為檢方必須證實犯罪嫌疑人之犯罪事實，並說服陪審員取得一致同意。

美國聯邦憲法增修條文第6條規定：「No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury...」。被告有接受大陪審團起訴的權利，只有大陪審團決定起訴的事實與犯罪，始得受審判。若大陪審團未認定的事實而審判並判決有罪，等於剝奪被告受大陪審團起訴的權利。因此，除非將事實重新呈現給大陪審團，由大陪審團修改起訴書（indictment），否則檢察官不得修改起訴書請求審判。美國法採不告不理的控訴原則，刑事審判為當事人進行主義，法院立於中立、超然的地位，就檢察官與被告間之糾紛為裁判成為基本原則<sup>130</sup>。起訴之效力，當然不及

---

2月6日訪問。

130See HURTADO v. PEOPLE OF STATE OF CALIFORNIA, 110 U.S. 516 (1884) 110 U.S. 516, 「The constitution of the state of California adopted in 1879, in article 1, 8, provides as follows: Offenses heretofore required to be prosecuted by indictment, shall be prosecuted by information, after examination and commitment by a magistrate, or by indictment, with or without such examination and commitment, as may be prescribed by law. A grand jury shall be drawn and summoned at least once a year in each county.' Various provisions of the Penal Code regulate proceedings before the examining and committing magistrate in cases of persons arrested and brought before them upon charges of having committed public offenses. These require, among other things, that the testimony of the witnesses shall be reduced to writing in the form of depositions; and section 872 declares that if it appears from the examination that a public offense has been committed, and there is sufficient cause to believe the defendant guilty thereof, the magistrate must indorse on the depositions an order, signed by him, to that effect, describing the general nature of the offense committed, and ordering that the defendant be held to answer thereto. Section 809 of the Penal Code is as follows: When a defendant has been examined and committed, as provided in section 872 of this Code, it shall be the duty of the district attorney, within thirty days thereafter, to file in the superior court of the county in which the offense is triable, an information charging the defendant with such offense. The information shall be in the name of the people of the state of California, and subscribed by the district attorney, and shall be in form like an indictment for the same offense. ...Thereupon the plaintiff in error, by his counsel, objected to the execution of said judgment, and to any order which the court might make fixing a day for the execution of the same, upon the grounds that it appeared upon the face of the judgment that the plaintiff in error had never been legally, or otherwise., indicted or presented by any grand jury, and that he was proceeded against by information made and filed by the district attorney of the county of Sacramento, after examination and commitment by a magistrate of the said county; that the said proceedings, as well as the laws and constitution of California, attempting to authorize them, and the alleged verdict of the jury, and judgment of the said superior court of said county of Sacramento, were in conflict with and prohibited by the fifth and

於檢察官所指被告以外之人，法院當然不得就未經起訴<sup>131</sup>之犯罪審判。

陪審團乃重要的美國審判制度，美國聯邦憲法增修條文第 6 條規定受陪審團審判為刑事被告之憲法保障基本權利，各州均有類似的規定。陪審團制度是人民不喜歡將所有的權力放在同一個人之手，所設計的權力制衡機制。若法官有偏見或不公平時，陪審團可制衡法官而自行作成公平正義的判決，相反的，若陪審團作成恣意不當的判決，法官亦得將陪審團判決撤銷，再選任另一個陪審團重新審判。陪審團的陪審員是由社區內納稅義務人或註冊候選人名單選出。在審判前，候選陪審員必須經過檢察官及辯護律師的詰問篩選之後才能成為正式的陪審員，此詰問篩選程序稱之為 Voir Dire。在 Voir Dire 程序中，檢察官或辯護律師得以正當理由或任意理由（Peremptory challenge）排除候選陪審員，使之不能成為正式陪審員。所謂正當理由，乃候選陪審員有犯罪前科，或對案件有偏頗或成見，或精神不正常等理由；而所謂的任意理由，乃檢察官或辯護律師不需有任何理由，可任意排除某特定的候選陪審員，此一程序主要目的乃檢察官或辯護律師根據其訴訟經驗，直覺某些人可能不適任為正式陪審員，但又說不出明確的正當理由，而給予雙方當事人此一機會排除某些特定人成

---

fourteenth articles of amendment of the constitution of the United States, and that they were therefore void.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=110&invol=516>, 012 年 1 月 29 日訪問。

131參見林裕順著，日本訴因制度之比較法研究-我國「起訴不可分」存廢之檢討，月旦法學雜誌第 175 期，2009 年 12 月出版，第 15 頁，我國「偵查」與「審判」程序幾乎無年不修，可是銜接、串連「偵」「審」階段的「起訴」條文，於刑事訴訟法施行迄今卻紋絲未動。其中，現行「公訴不可分」實務運用，造成「訴狀記載規範要求模糊失焦」、「審判對象受制法院判斷」、「審判範圍受制於罪數判斷」、「被告防禦權力的輕忽漠視」等不符「不告不理」訴訟原則之缺憾。因此，比較研究日本「訴因制度」論理，並以困擾實務頗多「連續施用毒品」為例，用以說明。另考量「公平審判」、「避免預斷」，並保障「被告防禦」、「避免突襲」，認為「公訴不可分」機制存廢，乃亟待修法解決的課題。

為正式陪審員。通常只能各以任意理由排除 5 至 30 個候選陪審員。而且任何一方不得以種族因素而以任意理由為藉口排除某種族群類成為正式陪審員。經篩選後，選出正式陪審員 6 至 12 人，另外再加上 1 至 4 名候選陪審員以防止審判程序中陪審員因病或其他理由無法參與全程審判。選出後，需宣誓忠誠公正盡其陪審義務<sup>132</sup>。

彈劾主義 (Accusatorial System)<sup>133</sup>：係對被告必須有具體確定的指控，且須證明至無庸置疑的程度，偵查機關不得以任何方式對被告施壓而取得自白，被起訴後之被告有權要求中立的法官儘速聽審，被告有權要求律師的協助，必要時國家必須替被告聘僱律師，執法者有義務告知被告其憲法上所享有的權利。英國自 13 世紀起，在被告於審判中宣誓陳述仍持續使用糾問制度。1485 年至 1603 年的英國都德 Tudor 王朝，開始採納大陸法系的糾問制度，來審判反對王室之敵人。當時的法院即以糾問的方式，要求被告宣誓陳述，以陷被告自白犯罪。直到 1641 年，英國國會禁止刑事案件要求被告宣誓。1689 年光榮革命之後，被告審判中的權利逐漸受到保障。才形成現代意義之控訴主義<sup>134</sup>。美國聯邦及有些州法規定重罪案件，需經大陪審 (Grand Jury) 審核之後才能起訴。大陪審團為防止檢察官濫行起訴，及侵害被告名譽，憲法增修條文第 5 條規定被告應經大陪審團審核始能起訴，但聯邦法院

132參見前揭註 101，第 15 頁。

133參見前揭註 30，「Both the indictment and the double jeopardy requirements presuppose the rule of law, including respect for the various laws that govern how prosecutors and judges conduct themselves. However important technical requirements and learning have to be, the constitutionalist's understanding can help make it less likely that these privileges and immunities will be converted into snares and delusions.」，page116.

134參見王兆鵬著，刑事訴訟講義（一），翰蘆圖書出版有限公司 2002 年 8 月出版，第 11 頁至 12 頁。

在 *Hurtado v. Cal*, 110 U. S. 516 (1884)<sup>135</sup> 案中認為：該憲法規定只適用於聯邦，州的重罪刑事被告得不經大陪審團審核即可起訴。大陪審團通常是以多數決定起訴或不起訴，其訊問程序為秘密不公開，被告接受訊問時，被告之辯護律師不得在場亦不會被通知訊問之內容。訊問其他證人時，被告或其證人亦不得在場。大陪審團雖在限制檢察官之濫權起訴，但實際上卻為檢察官所操控。因為法律規定檢察官為大陪審團的法律顧問，大陪審團通常無法知悉應如何調查證據、傳喚證人<sup>136</sup>。因此，起訴階段之審查程序陪審團僅徒具形式，無法發揮陪審制度控制起訴的功能。

法院之公正性是否僅指個別法官認事用法的公正、無偏私，法院在 *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U. S. 765, 777 認為：並非法官對法律爭議事前如同一張白紙<sup>137</sup>。換言之，法院審判前不得事前接觸案卷事實的汙染，排除預斷，但非指對進入審判後對證據評價沒有可否的傾向。審判程序中法官更替之問題，如承審法官之選擇及更替，在 *Cruz. v. Abbate*, 812 F.2d 571,

---

135See *Hurtado v. California* 110 U. S. 516 (1884): 「The words due process of law in the Fourteenth Amendment of the Constitution of the United States do not necessarily require an indictment by a grand jury in a prosecution by a State for murder. The Constitution of California authorizes prosecutions for felonies by information, after examination and commitment by a magistrate, without indictment by a grand jury, in the discretion of the legislature. The Penal Code of the State makes provision for an examination by a magistrate, in the presence of the accused, who is entitled to the aid of counsel. Offences heretofore required to be prosecuted by indictment shall be prosecuted by information, after examination and commitment by a magistrate, or by indictment, with or without such examination and commitment, as may be prescribed by law. A grand jury shall be drawn and summoned at least once a year in each county...」, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/110/516/case.html>, 2012年2月6日訪問。然而，透過美國聯邦憲法增修條第14條正當法律程序的要求下，它不只是在限制政府權力，尤其當被告被起訴重罪時，接受大陪審團審判之權利源自於古老的英格蘭普通法，倘若在飄洋過海來到了美洲大陸反而成為政府壓制人民之自由時，那麼，這個令人肅然起敬的悠然歷史傳統與人權保障制度，勢將形成政府壓迫人民之工具而質變為政府的恣意。

136參見前揭註101，第10頁。

137See *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U. S. 765, 777, 「One meaning of impartiality in the judicial context and of course its root meaning is the lack of bias for or against either party to the proceeding. Impartiality in this sense assures equal application of the law. That is, it guarantees a party that the judge who hears his case will apply the law to him in the same way he applies it to any other party. This is the traditional sense in which the term is used.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=000&invol=01-521>, 2012年1月22日訪問。

573, 574<sup>138</sup>案中法院認為：被告有權要求審判法官無偏見的事前分案規則分配<sup>139</sup>。並強調法官任意更替而影響於被告接受公平法院審判之權，因為在 *Chandler v. Judicial Council*, 398 U.S. 74, 137 案中<sup>140</sup>，個別法官對證據評價不同，裁判結果也將有不同，進而形成個案審判遭受人為操控決定審判結果。

## 第二項 不告不理

權力分立為憲法之重要基本原則。1789年法國人權宣言第16條言：國家若不保障人民的權利，並沒有採用權力分立的制度，可以視為沒有憲法。我國憲法第2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，因此所形成之自由民主憲政秩序，釋字第499號<sup>141</sup>解釋

138See *FIRISHCHAK v. HOLDER* Osg. *FIRISHCHAK*, Petitioner, v. Eric H. *HOLDER, Jr.*, Attorney General of the United States, Respondent. No. 09-2238- Cruz. v. *Abbate*, 812 F.2d 571, 573, 574, 「assignments need not be random and can be made for any reason, so long as it is not made in a biased manner "or with the desire to influence the outcome of the proceedings"」, <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1555875.html>, 2012年1月29日訪問。

139 參見釋字第627號部分協同、部分不同意見書。或許，在維護國家司法行為之公正性而言，確保免除偏見及公平適用法律，保障訴訟程序之雙方當事人之正當權利去限制法院或法官之言論自由有其正當性基礎，並且在維護一個令人信賴的司法體制乃具有合理的國家利益，去建構人民可以親近之法院及利用的司法制度。但這仍不能解免法官個人因學經歷、財務利益、審判經驗甚至賄賂等情形導致採取特定立場形成有罪預斷，這在當事人進行主義的美國刑事司法制度下尚且不能避免，細思我國的採職權主義與當事人進行主義之立法模式下，如何確保訴訟雙方之機會平等及武器對等？<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/抄本665.pdf>。2010年12月11日訪問。另參酌 *REPUBLICAN PARTY OF MINNESOTA et al. v. WHITE, CHAIRPERSON, MINNESOTA BOARD OF JUDICIAL STANDARDS, et al.* certiorari to the united states court of appeals for the eighth circuit. [June 27, 2002], 「It is perhaps possible to use the term "impartiality" in the judicial context (though this is certainly not a common usage) to mean lack of preconception in favor of or against a particular legal view. This sort of impartiality would be concerned, not with guaranteeing litigants equal application of the law, but rather with guaranteeing them an equal chance to persuade the court on the legal points in their case. Impartiality in this sense may well be an interest served by the announce clause, but it is not a compelling state interest, as strict scrutiny requires. A judge's lack of predisposition regarding the relevant legal issues in a case has never been thought a necessary component of equal justice, and with good reason.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=000&invol=01-521>, 2012年2月6日訪問。

140See *Chandler v. Judicial Council* - 398 U.S. 74 (1970)-398 U.S. 74, 137, 「...until the Council's further order, no cases filed in the district were to be assigned to petitioner, and that, if all the active judges in the district could not agree upon the division of business and case assignments necessitated by the order, the Council, acting under 28 U.S.C. § 137, would make such division and assignments as it deemed proper.」, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/398/74/>, 2012年1月29日訪問。

141參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=499](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=499), 2011年12月31日訪問。



認為，權力分立原則在憲法上的重要性，乃為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。

權力分立原則之目的主要在追求效率，在不同的政府部門間進行分工，得提高政府效率，藉此保障人民自由，政府權力分散，專權機會減少，人民之自由因而獲得保障。如果同一個人或同一個部門得兼行行政、立法、司法三權，則人民之一切自由皆不復存在。權力分立之體現為各部門分別行使立法權、行政權、與司法權等功能；各部門僅能行使本身的權力及功能，不得侵犯他部門的權力及功能，否則即違反權力分立原則。司法權必須與立法權及行政權分立，否則人民便無自由可言。設想司法與立法合一，法官身兼立法者將形成握有壓迫者之暴力，人民之生命與自由將受專制之控制。一旦違反權力分立原則，除非憲法設有例外規定，否則即屬違憲行為。在權力分立原則下，司法權最重要的特徵即為「被動性」，審判機關必須嚴守不告不理的被動性，否則即違反權力分立原則而違憲<sup>142</sup>。就司法之被動性，係因審判結果之終局性、對人民權利的重大影響性，法院應嚴格遵守「不告不理所彰顯的被動性」，此與行政、立法機應主動、積極為民謀利，不待人民聲請或請願者，截然不同。

因為審判的結果是要對個別當事人形成終局的拘束力，裁判

---

142參見前揭註30，「Conscientious judges have to resolve these matters, and they must do so pretty much on a case-by-case basis. Legislatures cannot do much more than provide general rules, especially if the spirit of the constitutional prohibitions of bills of attainder is to be respected. It should be obvious that an independent judiciary is required here if popular passions and overly zealous prosecutors are to be held in check. It should also be obvious that judges should have at their command considerable instruction in how such matters have been dealt with by their predecessors. This instruction must promote an awareness of the considerations of fair play and social policy that generally guide judicial determinations.」，page116.

一旦執行<sup>143</sup>，當事人可能失去生命、自由、財產；其他的權力威脅生命自由財產，均可因當事人之爭執，受到法院運用審判權加以審查並為攔阻，法院行使審判權作成之裁判，則是終局的決定，不再受其他憲政機關審查、審判之權力。因此，位於權力分立程序的決策流程尾端。權力分立制度本不容許任何權力機關單獨做成決定而形成獨裁；同理，位於決策流程尾端的終局權力，也不能成為決策的發動者。審判權力是權力分立決策流程中攸關個別人民權利事項的唯一的終局決策者，不告不理所彰顯的被動性，也就成為對審判權的限制，構成審判權獨有的特徵。訴訟法上的不告不理原則，就是基於司法之被動性，藉以確保憲法上司法權之行使其之中立性與公正性的目的而產生的原則，並成為刑事司法平衡國家與私人間追訴處罰之制度。

### 第三項 與我國保障接受法院審判權利之比較與檢討

基於有權利即有救濟之法理，人民訴請法院<sup>144</sup>救濟之權利係憲法第 16 條訴訟權保障之核心內容，為釋字第 396 號<sup>145</sup>解釋所確認。從司法權之本質在於正當性、獨立性、被動性及拘束性，與權力

143參見宋名晰著，美國聯邦量刑準據的建置經驗對我國量刑制度改革之啟示，台灣法學雜誌第 181 期，2011 年 8 月 1 日出版，第 3 頁，法官的量刑於我國刑事實務上實堪稱為黑盒子，雖然刑事訴訟法第 310 條明定科刑判決理由應說明刑法第 57 條諸情狀之審酌情形，實務上之運作卻往往流於形式，而少有認真盡到說明義務者，在未加認真說明的情況下，社會對相似案件間量刑歧異的感受相對較強，可能性亦較高；另一方面，即便法官有心說明，往往也因刑法量刑規定之諸情狀用語與適用程度的要求過於抽象，應如何理解說明量刑情狀及說明至何種程度，並未有任何標準。再加上基於抽象概念具體化理解的主觀性質，通常會引發論者對於法官判決量刑理由的論述為曲解法令原義或量刑恣意濫權、罪刑不成比例、甚或「恐龍判決」之評擊。是以在我國實務上法官量刑的思考邏輯與論理過程，常常很難從判決中查明或理解，更遑論加以檢視。無怪乎國人對我國實務上量刑公平性一直存有疑問，對司法的信任度也不高。

144參見謝開平著，當凡人法官遇上神明，月旦法學教室第 106 期，2001 年 8 月出版，第 96 頁，任何法院的判決都必須經過適用法律的過程，而適用法律的前提則是事實的確認。一般非法律人根本不知道法院如何認定事實；聽過幾個法律名詞自以為熟悉法律的人，則會說那是法官「自由心證」的結果，雖然他們並不知道證據能力與證明力有何不同。至於實體與程序的差異、法律規定之間的區別，判決理由究竟在說什麼，一般認得中文的人，似乎都自以為看得懂。難怪判決一出，就被自以為內行的外行人，解讀成自以為是的內容。加上犯罪案件最難認定的事實，媒體輿論卻彷彿全都在現場目睹、感同身受，一口咬定犯罪事實「真相」就是如何。在這種雞同鴨講的狀況下，法官如果沒有背上罵名，反而是不正常的現象。

145參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=396](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=396)，2012 年 2 月 11 日訪問。

分立與制衡的機制來看，司法機關唯嚴守不告不理之被動性，始能使司法權限縮於憲法所規範的界線，闡述於釋字第 445 號<sup>146</sup>不同意見書。然而，釋字第 530 號<sup>147</sup>解釋認為，審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，為實現審判獨立，司法機關應有其自主性；基於保障人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利，以維護人民之司法受益權，最高司法機關自有司法行政監督之權限。並且，只要國家的積極作為置人民於受公正法院審判之訴訟基本權遭受侵害的風險中，因嚴重觸及司法公正性之信賴如此重要法益，構成對訴訟基本權的干預視之，且干預的強度隨訴訟程序進行日久遞增，是以，釋字第 665<sup>148</sup>部分協同、部分不同意見書認為，在訴訟程序的愈後階段所為之法官更易，其改分案事由之必要性、程序保障的嚴謹度與決策的透明度都必須相應提高，始能謂為正當。因此在案件愈是可能受操控、愈易動搖司法廉正誠實的信賴基礎及其可檢證性（accountability）的情勢中，應賦予當事人更高度的程序保障以維護其受公平審判的權利。法院必須實質地去考慮當事人的立場，揭露說明理由，並使中立的第三者有機會審視法官更易的要件、方式及程序是否公正而中立。

人身自由的保障的兩項憲法保障基本原則，一是嚴格的法律保留，一是法官保留。關於法官保留部分，憲法第 8 條直接明文規定拘束人身自由的要件，例如非經法院許可，不得限制人身自

---

146參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=445](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=445), 2012年2月11日訪問。

147參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=530](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=530), 2012年2月11日訪問。

148參見 <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/665部分協同部分不同宗力.pdf>, 2012年2月11日訪問。

由超過 24 小時，被稱為對人身自由的憲法保留。法官保留（或稱法院保留）原則有兩個面向，一方面在踐行權力分立，一方面保障人民的基本權，包括保障人民的異議權。憲法第 8 條透過法官保留原則，所保障的基本權是人身自由。對於人身自由的剝奪和限制，憲法第 8 條的法官保留有兩種模式。一種是拘束人身自由之前，必須經過法院審理程序；一種是拘束人身自由之後，在最短期限內，應該移送法院審查，補正審查程序。因此，釋字第 690 號解釋認為，刑事被告與非刑事被告的區隔，其實並非真的沒有意義。我國將接受法院審判之權利，函攝在憲法第 16 條訴訟權及第 77 條與第 78 條司法權之建構中，並從權力分立原則探究法院不告不理及審判獨立原則建立起人身自由保障須堅守法律保留體系所課予之誠命。

我國不採陪審制度<sup>149</sup>，由職業法官認定事實及適用法律，我國憲法第 8 條人身自由保障規定，係為保障人身自由所形成的權力分立原則，必須透過法官保留原則方能實現，否則即欠缺外部監督、制衡機制，緊急情況即容易成為製造致命悲劇的藉口<sup>150</sup>。美國聯邦憲法增修條文第 5 條有關接受大陪審團之審查，主要由陪審認定事實、法官適用法律之司法分權制度。固然各自有其承繼不同之法系傳統所致，然而，在建立公平法院一事上，兩者均為共

149參見陳運財著，國民參與刑事審判之研究-兼評日本裁判員制度，月旦法學雜誌第 180 期，2010 年 5 月出版，第 131 頁，採行陪審或參審等國民參與司法制度最重要的核心價值，不特在彰顯司法的民主化，而應著重使所謂的社會通念能反映在適用法律背後的事實認定及量刑的判斷上，同時透過程序的參與及互動，使國民更能瞭解刑事司法，重視正當程序的維護及關懷犯罪被害的狀況，有助於促進法治社會的成熟。基於降低一般國民較易受人情干擾及法律專業知識不足之疑慮，同時為顧及與現行刑事訴訟法制的相容性，並使社會常識亦能反映於量刑上的考量，我國將來如要引進國民參與刑事審判，自先以採用參審制度為宜，且因應參審制的引進，同時修正刑事程序有關證據法則等接軌或配套措施。

150參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/690 不同\(許玉秀\).pdf](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/690%20不同(許玉秀).pdf)。2010 年 12 月 30 日訪問。

同目的。美國在起訴階段，經大陪審團的起訴審查，受限於對事實的不了解及偵查方式的陌生，僅為象徵性審查。我國司法裁判制度所面臨者，為一般人民對其不信任，與美國建立陪審制度避免權利過度集中一人之手的不信任，有相同之處。我國憲法 16 條訴訟權保障之語意上顯現接近法院、使用法院的司法裁判結果，如要增加人民之信服度，則應酌採司法內部分權體例<sup>151</sup>，使法院裁判能更貼近人民之法感情，並將程序審查提前至偵查中之令狀的核發與授權，始能確保人民憲法保障之基本人權。

### 第三節 雙重危險禁止原則(Double Jeopardy)

雙重危險禁止原則一般認為在希臘或羅馬法時期即有此法律概念，西元前 355 年希臘法即規定：禁止就同一爭議對同一人審判兩次 (forbid the same man to be tried twice on the same issue)。英國在 12 世紀的普通法即承認禁止雙重危險<sup>152</sup>。

美國法之雙重危險禁止原則，是為了保障犯罪嫌疑人不受一次以上的罪名指控與審判的危害。其憲法制度的基本理念，係植基於英美判例法中，主要是禁止國追訴家機關運用其雄厚資源及不對等之權力，重複使得所有被國家追訴機關嘗試定罪之個人遭受被指控罪名的風險，從而使被控訴之人遭遇尷尬、費用支出、精神上之磨難，持續迫使被告生活在焦慮和惶惶不可終日的狀

151參見國際刑事法學會台灣分會圓桌論壇(二)－人民觀審制之理論與實踐－台灣法學雜誌第 193 期，2012 年 2 月 1 日，第 115-119 頁，「參審與陪審的差異，在於審判權有無分割，陪審有分割，職業法官只保有適用法律的部分；參審制的職業法官擁有完整的審判權，人民則在程度不一參與審判。觀審制的起點就是在感受人民參與審判的必要性，首先，透過人民參與可以讓程序更為公開透明，減低密室交易的疑慮。第二，可以增加人民對司法的信賴度及公正正確的期待。第三，可以填補職業法官視野之不足。缺點則有第一，對憲法司法權適用之疑慮。第二，專業度的不足。第三，品德操守上之疑慮。第四，造成訴訟程序的遲延增加勞費等。更令人關心者是，引進觀審制對於第一，發現真實的訴訟目的之影響。第二，維護正當法律程序。第三，量刑妥當性。第四，能否促進審理集中化解決懸而未決不斷發回之案件。」

152參見王兆鵬著，一事不再理，總經銷元照出版有限公司，2008 年 4 月初版第 1 刷，第 8 頁。

態。甚至使得無辜之人可能暴露在被判有罪的高度可能性之中。雙重危險禁止原則，意味著被告在審判前可為有罪之答辯聲明，或對起訴之犯罪事實為無罪聲明。在美國普通法規範下，雙重危險主要限制重新開啟追訴及審判程序，不論前審判為無罪或有罪之諭知。因此，任何人不得就同一事件遭受數次處罰或審判，並限制聯邦政府在行使追訴及法院審判之權力。最高法院也在個案判決中，依據聯邦增修條文第 14 規定闡述正當法律程序，納入在人權典章中有關其他增修條文之內涵，保障司法之正義及人民自由基本權利，並適用於各州。雙重危險，就像被告許多的其他憲法及法律上之權利，在確保公平審判臻於可能。因此，雙重危險主要適用於危險的附加時點<sup>153</sup>。以下從程序危險之禁止及一事不再

---

153See U. S. Constitution: Fifth Amendment—DOUBLE JEOPARDY: "The constitutional prohibition against double jeopardy was designed to protect an individual from being subjected to the hazards of trial and possible conviction more than once for an alleged offense. ...The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity, as well as enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty. The concept of double jeopardy goes far back in history, but its development was uneven and its meaning has varied. The English development, under the influence of Coke and Blackstone, came gradually to mean that a defendant at trial could plead former conviction or former acquittal as a special plea in bar to defeat the prosecution. In this country, the common-law rule was in some cases limited to this rule and in other cases extended to bar a new trial even though the former trial had not concluded in either an acquittal or a conviction. The rule's elevation to fundamental status by its inclusion in several state bills of rights following the Revolution continued the differing approaches. Madison's version of the guarantee as introduced in the House of Representatives read: No person shall be subject, except in cases of impeachment, to more than one punishment or trial for the same offense. Opposition in the House proceeded on the proposition that the language could be construed to prohibit a second trial after a successful appeal by a defendant and would therefore either constitute a hazard to the public by freeing the guilty or, more likely, result in a detriment to defendants because appellate courts would be loath to reverse convictions if no new trial could follow, but a motion to strike or trial from the clause failed. As approved by the Senate, however, and accepted by the House for referral to the States, the present language of the clause was inserted. Throughout most of its history, this clause was binding only against the Federal Government. In *Palko v. Connecticut*, the Court rejected an argument that the Fourteenth Amendment incorporated all the provisions of the first eight Amendments as limitations on the States and enunciated the due process theory under which most of those Amendments do now apply to the States. Some guarantees in the Bill of Rights, Justice Cardozo wrote, were so fundamental that they are of the very essence of the scheme of ordered liberty and neither liberty nor justice would exist if they were sacrificed. But the double jeopardy clause, like many other procedural rights of defendants, was not so fundamental; it could be absent and fair trials could still be had. Of course, a defendant's due process rights, absent double jeopardy consideration per se, might be violated if the State creat[ed] a hardship so acute and shocking as to be unendurable, but that was not the case in *Palko*. In *Benton v.*

理原則，分述如次：

### 第一項 程序危險之禁止

美國聯邦憲法增修條文第 5 條規定：「任何人不得就同一犯罪遭受重複追訴與審判之雙重危險<sup>154</sup>」(no person shall be... subject, for the same offense, to be twice put in jeopardy of life or limb.)<sup>155</sup>。係指同一被告之同一犯罪事實只能被起訴或處罰一次；類似我國刑事訴訟法一事不再理原則，但兩者之意涵不全然相同。當被告一審判決無罪時，無論是陪審團或法官所判，且不論該案件之審判結果有無錯誤，檢察官就此案件皆不得上訴，否則即違反雙重危險禁止原則。甚至被告一審被判有罪，若被告上訴，上訴審法院認定一審檢察官所提出之證據，不足支

---

Maryland, however, the Court concluded that the double jeopardy prohibition... represents a fundamental ideal in our constitutional heritage. ...Once it is decided that a particular Bill of Rights guarantee is 'fundamental to the American scheme of justice... the same constitutional standards apply against both the State and Federal Governments. Therefore, the double jeopardy limitation now applies to both federal and state governments and state rules on double jeopardy, with regard to such matters as when jeopardy attaches, must be considered in the light of federal standards」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/02.html>, 2012 年 2 月 9 日訪問。

154 參見前揭註 30，「Even more difficult technical questions are raised in the application of the Double Jeopardy guarantee of the Fifth Amendment. Double jeopardy, we have been told, "is the most ancient procedural guarantee provided by the American Bill of Rights." Even so, many difficult questions remain to be resolved, usually by Courts, such as when precisely "jeopardy attaches." Thus, we are told, although the Common Law recognized the pleas of former acquittal and former conviction, which would stand as bars to another trial on the same charge, the American law has taken a more expansive view of the right here: even a prior accusation without a verdict can sometimes result in a successful double-jeopardy plea. Complications extend to questions about whether the crime being charged is indeed the same as an earlier one that had been charged, especially when the same facts are the basis of the two charges, and about what the effects are of separate prosecutions for the same crime in State and Federal Courts.」, page 115-116.

155 See UNITED STATES v. EWELL, 383 U.S. 116 (1966): 「The Fifth Amendment provides that no person shall "be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb." That clause, designed to prohibit double jeopardy as well as double punishment, is not properly invoked to bar a second prosecution unless the "same offence" is involved in both the first and the second trials. The identity of offenses is, therefore, a recurring issue in double jeopardy cases, but one which we need not face in this case. Here the Government is not attempting to prosecute a defendant for an allegedly different offense in the face of an acquittal or an unreversed conviction for another offense arising out of the same transaction. Nor is there any question here of the Government's joining in one indictment more than one count allegedly charging the same crime. In these circumstances, where the appellees are subject to a second trial under , is charged does not in any manner expand the number of trials that may be brought against them.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=383&invol=116>, 2012 年 2 月 6 日訪問。

持犯罪構成要件，得將一審有罪判決撤銷，此時案件即告確定，檢察官不得請求上訴，也不得請求法院再對被告進行審判。但限於一審證據本身與法律要件不符。美國法之特色有聯邦及各州之審判權，互不侵犯。聯邦法院審理違反聯邦刑法之案件、州法院審理違反州法刑事案件，被告之一行為可能同時違反聯邦法及州法之刑事法令。此時每個州或聯邦對該被告均有獨立之審判權，不受雙重危險禁止原則之拘束，此乃因各州與聯邦分屬不同主權，不同的審判權所致，一般稱之為雙重審判權（Dual Sovereignty）現象<sup>156</sup>。

在有關既判力之範圍，聯邦及大多數州都採取「相同要件」法則（same element test），亦即就先後二訴之起訴法條檢驗，如任何一訴法條構成要件的全部，為另一訴法條構成要件所包含，則後訴為雙重危險所禁止之危險。美國有 17 個州採取相同事件理論，但各州對相同事件的定義或範圍不完全相同。各州不論採取何一理論，在建立原則的同時，也都承認許多例外的情形，以求公平正義。英國與美國聯邦最高法院相同，原則上採「相同要件」理論，但同時輔以不同之理論來保護被告之利益。美國法對於既判力範圍之認定，不會影響審判之範圍，不會因為既判力之範圍有擴張之可能，即導致審判之範圍因此擴張。因此，法院審判之範圍若為輕罪，若為重罪之要件所包含者，皆為既判力所及，不得再為起訴。

在法院既判事項之既判力所及之範圍內（res judicata），可

---

156參見前揭註 101，第 21 頁。



在二重追訴作為防禦方法。此不但適用於民事訴訟程序，抑且適用於刑事訴訟程序；再者，縱使並非同一案件，既判事項之運作，其效力亦及於前此確定判決中所已判斷之爭點，即發生爭點效，或附帶禁反言<sup>157</sup>「collateral estoppel」。在 *Sealfon v. United States* 332 U.S. 575(1948) 案中法院認為：雙重危險法則所禁止者，為第 2 次性危險；但為判斷是否為第 2 次性危險，須先找出是否已曾發生第 1 次性危險 (original jeopardy) 必有其開始之時，危險之開始，謂之危險之貼加 (attachment)。在陪審審判 (jury trial) 當全體陪審員就位宣誓完畢時，其危險開始貼加；在無陪審之審判 (non-jury trial; bench trial) 當法官開始聽審證據時，其危險開始貼加。其已貼加第 1 次性危險之審判，如果順利完成，而作成被告有罪或無罪之判決，即發生既判力；縱使其審判因故中止，而未有終局判決出現，亦因雙重危險禁止原則，阻絕以後對於同一被告之同一犯罪進行第 2 次之訴追，以防免被告蒙受第 2 次被追訴或審判之危險，導致對己不利程序之再行開啟。因此，雙重危險禁止原則較之既判力，對於被告之保障，係提早到程序尚在進行之階段，而增加程序危險之禁止。雙重危險法則認為，對於被告之刑事訴追程序，縱使在法院作出最後評決即告結束，該被告亦已經蒙受第 1 次之危險，其基本理由何在？

乃因國家機關擁有全部資源及權力職司追訴與審判，應不許

---

157See *Sealfon v. United States* 332 U.S. 575(1948), 「...res judicata may be a defense in a second prosecution. That doctrine applies to criminal as well as civil proceedings (*United States v. Oppenheimer*, 242 U.S. 85, 87, 69, 3 L. R.A. 516; *United States v. De Angelo*, 3 Cir., 138 F.2d 466, 468; *Harris v. State*, 193 Ga. 109, 17 S.E.2d 573, 147 A.L.R. 991; see *Frank v. Mangum*, 237 U.S. 309, 334, 590) and operates to conclude those matters in issue which the verdict determined though the offenses be different. See *United States v. Adams*, 281 U.S. 202, 205, 50 S. Ct. 269.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=332&invol=575>, 2011 年 1 月 19 日訪問。

對於特定個人之特定犯行，反覆企圖加以定罪，而因此使該特定個人遭受困窘、耗費及折磨，並使之生活於繼續性之焦慮與不安之中，Green v. United States, 335 U.S. 184(1957)案中法院因此認為，升高無辜之人亦終有被判有罪之可能性<sup>158</sup>。綜上，雙重危險法則，本即包括既判力；只不過，雙重危險法則，係在既判力法則之外，增加程序危險之禁止而已。正由於即判力加程序危險之禁止，即等於雙重危險禁止原則。

## 第二項 一事不再理

在大陸法系所提及類似雙重危險，通常為「res judicata」或「non bis in idem」。拉丁文之「res judicata」，BLACK'S LAW DICTIONARY 定義為「a matter adjudged」；FindLaw Law Dictionary 定義為「judicata matter」，均作既判事項之謂。使用在我國刑事訴訟法上者則為刑事訴訟法第 302 條第 1 款之案件曾經判決確定或實質確定力。拉丁文之「non bis in idem」，BLACK'S LAW DICTIONARY 定義為「not twice for the same」；『Ne bis in idem』即是 non bis in idem，意指對於同一案件，不得二度起訴。此一刑事訴訟法之判決效力乃起源於羅馬法之法律觀念，與美國聯邦憲法增修條文第 5 條之雙重危險相當。故若以我國刑事訴訟法學之用語以觀，則可作為一事不再理原則使用<sup>159</sup>。

<sup>158</sup>See Green v. United States, 355 U.S. 184(1957), 「355 U.S. 184-188: 「The underlying idea, one that is deeply ingrained in at least the Anglo-American system of jurisprudence, is that the State with all its resources and power should not be allowed to make repeated attempts to convict an individual for an alleged offense, thereby subjecting him to embarrassment, expense and ordeal and compelling him to live in a continuing state of anxiety and insecurity, as well as enhancing the possibility that even though innocent he may be found guilty.」，

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=355&invol=184>，2011 年 1 月 19 日訪問。

<sup>159</sup>參見林朝榮·林芸濃著，既判力與二重危險之研究，一品文化出版社 2009 年 3 月出版，第 212-213 頁。

一事不再理<sup>160</sup>，指就同一犯罪行為，不得為兩次以上之追訴、審判。我國憲法條文雖無一事不再理之規定，然從釋字第384<sup>161</sup>、392<sup>162</sup>號解釋，應可推論為我國憲法所保障之基本權利無疑。蓋若無一事不再理之權利，國家追訴機關得以利用充沛及優勢的資源，使無辜之人遭受被判決有罪之風險；再者，對同一重複起訴之案件，法院可發揮判決效力，將被告於起訴審查機制中排除於訴訟程序之外，使之免於陷入訟累<sup>163</sup>。一事不再理原則，從公權力之觀點，可以是為符合節省耗費的經濟原則；從程序主體的觀點，則是為了避免再一次的程序負擔，以及因而產生的實體風險。因為對於人民而言，進入處理衝突程序，除要承擔程序結論所造成的失敗風險，在任何程序都有保存證據所必要的保全程序，在程序結束前，經由保全程序或者財產扣押、人身自由的限制等，都可能遭受限制。這些程序風險對基本權可能造成之侵害，對程序主體基本權主體是多重且過度之限制。因此，一事不再理原則是對程序主體的一種消極保障，使程序主體不需承受過度的程序負擔，否則國家可以利用後程序，架空曾參與的前程序，導致程序主體的主、客觀參與可能性淪為無意義的白忙一場，甚至變成陷害自己的有害參與<sup>164</sup>。

既判力乃大陸法系之刑事訴訟，在程序上基於案件不兩判原則所發生一事不再理之效果，大陸法系之職權主義與英美法系當事人主義之刑事審判構造上，有其程度上之差異。既判力之一事

160參見黃東熊著，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司1999年3月增訂初版，第527頁。

161參見[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=384](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=384)，2011年12月31日訪問。

162參見[http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=392](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=392)，2011年12月31日訪問。

163參見前揭註152，第1-3頁。

164參見前揭註25，第139-141頁。

不再理之效果，著重於實體上有罪、無罪之判決確定後，係重於實體上之實質正義，觀諸我國刑事訴訟法第 302 條第 1 款案件曾經判決確定者，應諭知免訴判決之規定，可得明瞭。被告若經第一審法院為無罪判決，在大陸法系之既判力法則下，由於案件尚未終審判決確定，檢察官如果不服，自可依循審級制度，逐級上訴，以尋求被告有罪之判決<sup>165</sup>。既判力作為實質確定力與一事不再理之上位概念，案件不兩判，在刑事訴訟法即為一事不再理之程序作用，在 ASHE v. SWENSON, 397 U.S. 436 (1970) 案中認為，禁反言原則固然是一個極為麻煩之短語，但在當事人進行主義之對抗模式之刑事訴訟下，至少在 50 年以前確認其對於被法院所最終確定之事實判斷，不得在同一當事人間之後訴訟程序中再行爭執<sup>166</sup>。本案之 Mr. Justice BRENNAN, whom Mr. Justice DOUGLAS and Mr. Justice MARSHALL 協同意見認為，在私人間之民事訴訟程序，採用靈活且寬鬆之訴訟規則，只要不違反公正、干擾及造成訴訟遲延，在憲法傳統之向度中，維持寬容與不具強制行之自由裁量，是符合民事訴訟在賦予雙方當事人間平等機會之程序規定。但在刑事訴訟程序裡，擷取民事程序之靈活性、經濟及便利之考量，亦不違反雙重危險禁止原則在於防範追訴機關之狂熱所導致之刑事訴訟程序所生之憲法障礙<sup>167</sup>。

---

165參見前揭註 159，第 1-3 頁。

166See ASHE v. SWENSON, 397 U.S. 436 (1970): 「Collateral estoppel is an awkward phrase, but it stands for an extremely important principle in our adversary system of justice. It means simply that when an issue of ultimate fact has once been determined by a valid and final judgment, that issue cannot again be litigated between the same parties in any future lawsuit. Although first developed in civil litigation, collateral estoppel has been an established rule of federal criminal law at least since this Court's decision more than 50 years ago in United States v. Oppenheimer, 242 U.S. 85 (1916).」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=397&invol=436>, 2012 年 3 月 5 日訪問。

167參見前揭註 166: 「It is true that these developments have not been of a constitutional dimension, and that many of them are permissive and discretionary rather than mandatory. Flexibility in the rules

行為不兩罰則為實質確定力之作用，進而產生禁止矛盾之排除效果，此時案件既經判決確定法院應諭知免訴判決，兩者分別投射於刑事實體法與刑事訴訟法，藉由法院程序判決達到類似雙重危險禁止原則之目的。刑事訴訟係為達確定國家刑罰權之方法，刑事實體法劃定國家刑罰權之範圍<sup>168</sup>，既判力作為連結刑事程序法與實體法之手段與目的關係，在程序上實現一案不兩判、實體上實現行為不兩罰。在國家刑罰權之具體關係呈現光與影之相互映照，拒絕刑事追訴程序之再開、關閉懲罰程序之啟動，張顯憲法刑事基本人權保障。

### 第三項 與我國保障雙重危險禁止原則之保障與檢討

為保障刑事被告之利益，除現行犯之逮捕，委由法律加以規定外，在一定限度內乃憲法保留範圍，即法律保留，釋字第 271 號曾解釋在案。因此憲法第 8 條所謂法定程序，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。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。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,

---

governing the structure of civil litigation is appropriate in order to give the parties the opportunity to shape their own private lawsuits, provided that injustice, harassment, or an undue burden on the courts does not result. Some flexibility in the structuring of criminal litigation is also desirable and consistent with our traditions. But the Double Jeopardy Clause stands as a constitutional barrier against possible tyranny by the overzealous prosecutor. The considerations of justice, economy, and convenience that have propelled the movement for consolidation of civil cases apply with even greater force in the criminal context because of the constitutional principle that no man shall be vexed more than once by trial for the same offense.」

168參見陳樸生著，刑事訴訟法實務（重訂版），海宇文化事業有限公司1994年9月重訂9版，第1頁。

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)。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”) <sup>169</sup>。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 5 條，此乃眾所熟知之雙重危險禁止原則 (double jeopardy protection clause)。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。因此，所謂雙重危險保障或不受二次處罰原則其內涵如何？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，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 302 條第 1 款、第 303 條第 2 款及第 4 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 14 條第 9 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，已溶入我國實証法體系之中。

雙重危險禁止原則，可溯自古希臘羅馬的歐洲法制史，似乎都適用於刑事程序法，因為刑事法是最古老的制裁體系。在只有

---

169參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03\\_01.asp?expno=271](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=271), 2012 年 2 月 11 日訪問。

刑法規範的遠古社會中，做錯一件事，不可以被責備兩次，就是 *ne bis in idem* 的意思，它的含義是廣泛的。一事不二罰與比例原則一事不二罰的「一事」，在 20 世紀初認為並非只具程序上的意義，而是一個刑法上的基本原則，即同一個犯罪行為，只能處罰 1 次。採取歷史的解釋方法，解釋為程序法上的一事不再理，尤其只適用於刑事訴訟，至於刑罰與懲戒罰等其他行政法領域的制裁手段之間是否能重複處罰，則以法治國原則中的比例原則及實質正義原則作為禁止重複制裁的依據，從比例原則可以引申出重複評價禁止原則，而重複評價禁止，就是古老的 *ne bis in idem*。在重複評價禁止原則之下，對於制裁而言，即是重複制裁禁止原則，行政法領域可以繼續使用一事不二罰「*ne bis in idem*」同時作為程序以及實體的下位比例原則。在刑法的領域，一向是程序法上的一事不再理，在實體法方面，則一向慣用重複評價禁止原則，在釋字第 604 號<sup>170</sup>解釋不同意見書有所敘明。

然而，在釋字第 686 號<sup>171</sup>不同意見書質疑，釋憲實務上未嚴格採行「一事不再理」之原則。故人民往往於本院作成不受理決議後，經常又重複聲請釋憲，又視同新案處理之。釋憲受理程序之要件，應當求其嚴整與明確，下一步是否應考量將一事不再理原則及其例外，明白行諸法條之規定或任諸此「再審制度」的存在，默認其可毫無章法與標準的個案適用下去乎？在程序面毫不注意併案與否的問題外，反而在效力層面強制規範了合併的效果，這

170參見 <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/抄本604.pdf>, 2012年2月11日訪問。

171參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/686不同意見書\\_陳大法官新民\\_.pdf](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/686不同意見書_陳大法官新民_.pdf), 2012年2月11日訪問。

種「輕程序，重結果」的態度，豈合乎程序正義之要求乎？釋字第 664 號<sup>172</sup>部分不同意見書又言，在宣告定期失效的法律，在所定期間內，仍有拘束力，依據該法律所作成的裁判，不會失去原有的既判力，法官並無權利予以廢棄或變更，本號解釋採取定期失效，又要法官自行變更具有既判力的裁判，即違反一事不再理原則。而且因為所有裁判的內容，都在決定如何執行，不會因為只是變更不繼續執行，就沒有違反一事不再理原則的問題。

在以「特別法優先於普通法」的原則下，釋字第 672 號不同意見書則認為，不論就時間的較後，以及同一事件的重複規定，與更大的規範與覆蓋效果，行政機關的處罰依據已由舊法移轉為新法，舊法相關的規定，已形同失效，故為避免一事二罰，只能適用其中一法的規定。

我國憲法解釋從憲法第 8 條法定程序演繹出法官保留、嚴格法律保留聯結憲法第 23 條比例原則之規定，進而在刑事程序法確認雙重危險禁止原則之制度，體現刑事實體法中的重複評價禁止原則，一體適用在行政、刑事處罰。然而，釋憲實務對於遵守此一原則上之態度似有反覆不定之傾向。

我國從憲法第 8 條有關人身自由保障及第 16 條司法受益權之規定中，並無有關雙重危險禁止原則及既判力制度之明文，係規定在刑事訴訟法及刑事實體法中與美國聯邦憲法增修條文第 5 條不同。憲法作為規範之最高性，如果刑事訴訟法係憲法之測震儀，我們應如何使之擺盪幅度受到憲法的制約。從刑事追訴及審判程

---

172參見 <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/664> 部分不同意見書許玉秀.pdf, 2012 年 2 月 11 日訪問。



序之危險性觀察，若能使裁判效力提前至第 2 次刑事訴訟開始前，則對被告人權保障而言，將可避免對其不利之刑事訴訟程序再行啟動，而使我國既判力制度在實體上擔保行為不兩罰、程序上擔保案件不兩判，並斷絕為受判決人之不利益再審程序重新開啟。

#### 第四節 不自證其罪之權利 (Privilege against self-incrimination)

不自證其罪就是沒有人必須背叛、指責自己。不自證己罪原則最早可回溯猶太教塔木德經 (Talmud)，塔木德律法謂「人與自己最親近，不入自己於罪」。關於該法則之基礎原理，於塔木德經註釋者之間出現不同主張。或謂人類生命屬於上帝，不得藉由自證其罪而放棄；或謂被告之自白無法保證真實，例如被告可能有精神障礙；或謂被告自白形同自殺，精神正常之人不為之；或謂不自證其罪原則乃上帝之法則。16 世紀時期之相關論述則多援引自然法或聖經新約，亦或謂係基於自然法則或上帝之律法。1532 年 John Lambert 被控宣導邪教之案件中，Lambert 主張不自證其罪乃思想與良知之自由。1607 年一位英國律師 Nicholas Fuller，曾根據大憲章，主張彼時糾問制度賦予被告宣誓並作證義務之規定違憲，蓋依強推論 (a fortiori)，不自證其罪違背大憲章。文獻上稱該律師為第一位為不自證其罪原則提出理論依據之人，直至 1649 年經 John Lilburne 一案之抗爭，不自證其罪原則方才開始具有憲法地位，John Lilburne 宣稱：「我知道依上帝的律法這是受保障的，而我想依照國家的法律，我可以倚賴我正當的防衛，而不回答你的質問，控訴我的人應該被帶來面對我，以證明他們

對我的控訴。」，因而推崇為今日不自證己罪原則之創始人<sup>173</sup>。也因此英王亨利二世統治時期分成起訴與審問程序兩個不同方式。在起訴階段中，由陪審團起訴涉嫌不法行為及被告之人。法院要求被告之人宣誓及作證，做為指控的不法行為者。在此一宣誓下，法院有權使任何人在法庭面前宣誓陳述並受到質問，並且要求傳喚有利於己之證人，或提出指控被告犯罪之證據及證人<sup>174</sup>。以下從程序有害參與禁止及保持緘默之權力，分述如次：

### 第一項 程序有害參與禁止 (prohibition against prevented procedure of participating)

不自證其罪特權 (Privilege against self-incrimination)，其意為：任何人不得被強迫作出對自己不利之陳述、被強迫控訴自己。美國聯邦憲法增修條文第 5 條規定：「任何人於任何刑事案件中，不得被強迫成為對自己不利的證人。」(No person shall be...compelled in any criminal case to be a witness against himself.)。依不自證其罪之原則，被告之陳述必須出於自由意志始得為證據，被告若因受脅迫或不當

173參見

<http://mojlaw.moj.gov.tw/LawContentExShow.aspx?ShowType=C&LawID=&LawNo=&ItemID=537&Keyword=%e5%b0%8d%e8%b3%aa>，釋字第 582 號協同意見書，2012 年 2 月 19 日訪問。

174See U. S. Constitution: Fifth Amendment SELF-INCRIMINATION: 「Source of this clause was the maxim nemo tenetur seipsum accusare, that no man is bound to accuse himself. The maxim is but one aspect of two different systems of law enforcement which competed in England for acceptance; the accusatorial and the inquisitorial. In the accusatorial system, which predated the reign of Henry II but was expanded and extended by him, first the community and then the state by grand and petit juries proceeded against alleged wrongdoers through the examination of others, and in the early years through examination of the defendant as well. The inquisitorial system, which developed in the ecclesiastical courts, compelled the alleged wrongdoer to affirm his culpability through the use of the oath ex officio. Under the oath, an official had the power to make a person before him take an oath to tell the truth to the full extent of his knowledge as to all matters about which he would be questioned; before administration of the oath the person was not advised of the nature of the charges against him, or whether he was accused of crime, and was also not informed of the nature of the questions to be asked.」,

<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/07.html#1>, 2012 年 2 月 6 日訪問。

影響，導致個人意志受到干擾，而在自由受有限制下為陳述者，影響程度縱屬輕微，亦不得作為證據。法律因為在量化對被告之影響程度無法具體化，進而決定影響於被告自由意志下所為之法律效果，只能求諸於國家機關之追訴、審問者所使用之手段，判斷被告之自白應否排除<sup>175</sup>，將無法追訴及審判之不利益歸諸於國家，即由社會全體共同承受。在 *Bram v. United States*, 168 U. S. 532(1897)案中，法院認為，被告不自由之陳述，可能來自對身體、精神上之壓迫。然而被告在決定對訊問之應答過程中，身處偵查機關設置之環境，以一般人之思考下，被告決定選擇的自由是否已被剝奪。

不自證其罪原則，禁止強迫被控訴人、受處分人參與作證程序，而且保障程序主體不會因為不參與作證程序，而遭受不利益的對待，也是對於程序主體的消極保障，保障程序主體不參與程序的權利。保障程序主體參與程序的主觀、客觀參與可能性，是為了保障程序主體能夠在程序中行使抵抗，如果程序主體認為參與程序將對自己不利，不願參與程序就是一種抵抗方法，國家即不得強制他參加程序、破壞抵抗的方法。所以不自證其罪原則，在於避免參與程序變成陷害自己的有害參與<sup>176</sup>。

---

175See *Bram v. United States*, 168 U. S. 532(1897): 「this confession must be voluntary, and without compulsion; for our law in this differs from the civil law; that it will not force any man to accuse himself; and in this we do certainly follow the law of nature, which commands every man to endeavor his own preservation; and therefore pain and force may compel men to confess what is not the truth of facts, and consequently such extorted confessions are not to be depended on. ...In *Hawkins' Pleas of the Crown* (6th Ed., by Leach, published in 1787, bk. 2, c. 31) it is said: And where a person upon his arraignment actually confesses he is guilty, or unadvisedly discloses the special manner of the fact, supposing that it doth not amount to felony where it doth, yet the judges, upon probable circumstances, that such confession may proceed from fear, menace, or duress, or from weakness or ignorance, may refuse to record such confession, and suffer the party to plead not guilty.」  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=168&invol=532>，2011年1月19日訪問。  
176參見前揭註25，第156頁。

在中世紀歐陸及英國刑事審判歷史，不自證其罪所要防止的是被告於審判程序開始，必須宣誓誠實回答全部問題。因為被告若拒絕陳述，將受藐視法庭罪之處罰；若陳述不實，將受偽證罪之處罰；若陳述真實，等於自我控訴自己。影響所及，將造成造成冤獄、妨礙發現真實、當事人間武器對等，因為身為人可以選擇的時候，代表其擁有自由，可以決定其行為舉止，因此而所為之舉動與生活之開展，正是人類社會創設自由民主制度之初衷。無辜之人若在意思不自由下，不能選擇保持緘默，追訴審判機關者可能為不利之推斷，形成冤獄，強迫被告自己控訴自己。19世紀歐陸拿破崙刑事法典化的過程中，將不自證其罪原則以成文法體系具體付諸實現。但是當年改革立法之後遺留給21世紀歐陸的不自證其罪，是一份厚禮，還是負擔？之所以提出這樣的問題，正是因為歐陸國家義都正辭嚴表示有遵守不自證其罪，但都心裡有數：各國所引用的不自證其罪，卻不是指涉同一內涵。「不自證其罪」名同義異，這在跨國性追訴程序法律統一化過程形成迷思，要調和起跨國程序權利標準，可能必須再借重更高規範的整合力量。不自證其罪制度之設計既然作為刑事人權保障之一環，訴訟成為各項資源在量的集合，就應假設所有訴訟當事人及關係人在此一制度形塑空間的向度中，確保公平流動的可能，並考慮潛在的所有利用者在此遭遇之可能流動的危險<sup>177</sup>。

## 第二項 保持緘默 (remain silent)

英國法哲學家 Bentham 曾言：「無罪之人主張陳述之權，有罪

<sup>177</sup>參見許玉秀著，刑法第173條放火罪-最高法院88年度台上字第6372號判決評譯，台灣法學雜誌第10期，2000年5月，第22-23頁。

之人行使緘默之權。」(Innocence claims the right of speaking, as guilt invokes the privilege of silence.)。因為無辜者會抓住機會為自己澄清辯白，故以緘默作為證據之推論，乃極為理性之結果；反之，若不准緘默作證據使用，反而與一般人民的經驗法則相違反<sup>178</sup>。

在涉及殺人嫌疑刑事案件，被告在審判中未作證陳述情形，法院不得因此作出不利於被告之認定。在 GRIFFIN v. CALIFORNIA, 380 U.S. 609 (1965) 判決中<sup>179</sup> 法院認為，因為檢察官在審判中所提出的證據或針對被告可合理預期以拒絕或解釋的事實，被告拒絕對此種證據或事實的解釋亦即緘默，法院若指示陪審團可考慮這種證據的真實性，並且從中合理地得出的推論在不利於被告可能性越大。對被告審判中未向陪審團表示對檢察官所提出證據為拒絕或否認之立證事實，縱被告未為陳述作證，法院告訴陪審團得合理將被告此一保持沉默作為不利被告之認定，若准許緘默作為證據，無異於被告行使美國聯邦憲法增修條文第 5 條所賦予之權利而遭受處罰<sup>180</sup>。

178參見前揭註 101，第 390 頁。

179See GRIFFIN v. CALIFORNIA, 380 U.S. 609 (1965). 「Comment to the jury by a prosecutor in a state criminal trial upon a defendant's failure to testify as to matters which he can reasonably be expected to deny or explain because of facts within his knowledge or by the court that the defendant's silence under those circumstances evidences guilt violates the Self-Incrimination Clause of the Fifth Amendment of the Federal Constitution as made applicable to the States by the Fourteenth. "As to any evidence or facts against him which the defendant can reasonably be expected to deny or explain because of facts within his knowledge, if he does not testify or if, though he does testify, he fails to deny or explain such evidence, the jury may take that failure into consideration as tending to indicate the truth of such evidence and as indicating that among the inferences that may be reasonably drawn therefrom those unfavorable to the defendant are It added, however, that no such inference could be drawn as to evidence respecting which he had no knowledge It stated that failure of a defendant to deny or explain the evidence of which he had knowledge does not create a presumption of guilt nor by itself warrant an inference of guilt nor relieve the prosecution of any of its burden of proof.」

,<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=380&invol=609>, 2012 年 2 月 6 日訪問。

180See MIRANDA v. ARIZONA, 384 U.S. 436 (1966) 384 U.S. 436. 「...Today, then, there can be no doubt that the Fifth Amendment privilege is available outside of criminal court proceedings and serves to protect

另被告於審判中拒絕陳述，若准許陪審團對被告之緘默作證據上之推論，在 Griffin v. California 案中，法院認為以緘默為實體證據，對被告行使憲法權利造成憲法上不被容許的負擔，違憲<sup>181</sup>。蓋：一、被告享有憲法上之緘默權而非僅消極不為陳述。二、因政府行為造成妨礙被告意思自由應否陳述之任何行為時，違法。三、從不自證其原則角度而言，不論偵查或審判中都形成有害參與禁止的破壞。

至於偵查中的保持緘默，在被告受拘禁之警訊中，處罰其行使憲法上之緘默權，受不受容許之事。因此，被告在受拘禁之警訊中保持緘默，不得成為不利之證據。法院在 Miranda 案中認為，逮捕拘禁後人身自由之限制，警訊環境充滿強勢的壓迫力，蘊藏逼迫被告陳述的強制力，該壓迫及強制力更強至被告無法抗拒，影響被告之自由意志，在此環境所生的自白皆應被推定為非自由意志所為。(inherently compelling pressures which work to undermine the individual's will to resist and to compel him to speak where he would not otherwise do so freely.)<sup>182</sup>。本案在正當法律程序及證據法上之意義：為發現真實，將被告保

---

persons in all settings in which their freedom of action is curtailed in any significant way from being compelled to incriminate themselves. We have concluded that without proper safeguards the process of in-custody interrogation of persons suspected or accused of crime contains inherently compelling pressures which work to undermine the individual's will to resist and to compel him to speak where he would not otherwise do so freely. In order to combat these pressures and to permit a full opportunity to exercise the privilege against self-incrimination, the accused must be adequately and effectively apprised of his rights and the exercise of those rights must be fully honored.」，<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=384&invol=436>，2012年1月29日訪問。  
181See GRIFFIN v. CALIFORNIA, 380 U. S. 609 (1965), 「Comment to the jury by a prosecutor in a state criminal trial upon a defendant's failure to testify as to matters which he can reasonably be expected to deny or explain because of facts within his knowledge or by the court that the defendant's silence under those circumstances evidences guilt violates the Self-Incrimination Clause of the Fifth Amendment of the Federal Constitution as made applicable to the States by the Fourteenth.」，<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=380&invol=609>，2012年1月29日訪問。  
182參見王兆鵬著，刑事訴訟中被遺忘的權利-緘默權，月旦法學雜誌第145期，元照出版有限公司2007年6月出版，第171-179頁。

持緘默之事實得以作為彈劾證據，不至於違反美國聯邦憲法增修條第5條之規定。

美國聯邦刑事證據法之宗旨主要表現於：一、對陪審團的不信任。二、適用傳聞法則原則與例外之情形。三、法院發現真實之程序。四、確立對質詰問之法庭規則。美國聯邦最高法院在個案判決與聯邦證據法將作為證明有罪與否及反駁信用性之證據，區分為實體證據及彈劾證據，並以不自證其罪原則或正當法律程序連結證據法則，去操作是否得於偵查或審判中使用。美國審判制度之陪審團並無能力理解其中之差別<sup>183</sup>。若將被告緘默認定得以在彈劾證據的場合使用、不得用於實體證據作為有罪之認定的命題，則在國家追訴機關優勢的實力支配之下，對被告而言都是一種刑事訴訟程序上之不利益及恣意。美國刑事訴訟採當事人進行主義，證明被告罪責之舉證責任在檢察官，若政府追訴犯罪之行為及手段違反憲法規範，基於無罪推定原則之保障<sup>184</sup>，被告之緘默或不為陳述應能免於面對自己不利益指控，否則無異於回復糾問

183See United States federal criminal evidence law: 「The Federal Rules outline the procedure for conducting federal criminal trials. Similarly, states have their own codes of criminal procedure of which many closely model the Federal Rules. The Federal Rules incorporate and expound upon all guarantees included within the U.S. Constitution's Bill of Rights. A few of the rights guaranteed to criminal defendants by the Constitution include the guarantees of due process and equal protection under the laws, the right to have legal counsel present, the right to confront witnesses, the right to a jury trial, and the right to not testify against oneself. While state constitutions and procedural rules may increase the protection afforded to criminal defendants, they may not offer less protection than that guaranteed by the U.S. Constitution.」

<http://criminal.findlaw.com/criminal-procedure/law-of-criminal-evidence-background.html>, 2012年2月6日訪問。

184參見許澤天著，為調查原則再伸冤一值得再三檢討的最高法院決議——「無罪推定係世界人權公約及公民與政治權利公約所宣示的普世價值，自無爭論。然而，卻不是每個法治先進國家都採取法院必須是消極聽訟的角色，負有遵守人權公約的歐陸許多國家，就採取法院仍有義務調查真相，而不論是否有利被告的看法，顯見無罪推定和調查義務間，不是想當然爾的具有關聯性。並且，歐洲人權公約第6條第1項雖賦予控辯雙方有知悉對方聲明與證據，以及對此表達意見的權利，卻無法推出締約國該採英美式的當事人模式或德國的職權調查模式。至於我國憲法與德國基本法也同樣對此訴訟模式問題保持中立保留態度，而認為這是立法政策的問題。相對於美國憲法受到當事人模式的影響甚深，而傾向採取排斥職權調查模式之立場，此係吾人在援用美國法觀點時必須注意的現象，以避免把刑事立法政策的爭議，不明國情地加以過度泛憲法化。」台灣法學雜誌第193期，2012年2月1日，第2頁。

主義之黑暗期。

### 第三項 與我國保障不自證其罪之比較與檢討

我國憲法條文雖無「不自證其罪」規定，不代表其非人民憲法上之基本權利。人民之基本權利不以憲法條文明文規定者為限，如釋字第 384 號解釋即表示：「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。」，釋字第 392 號解釋亦表示：「憲法並非靜止之概念，其乃孕育於一持續更新之國家成長過程中，依據抽象憲法條文對於現所存在之狀況而為法的決擇，當不能排除時代演進而隨之有所變遷之適用上問題，從歷史上探知憲法規範性的意義固有其必要；但憲法規定本身之作用及其所負之使命，則不能不從整體法秩序中為價值之判斷，並藉此為一符合此項價值秩序之決定。人權保障乃我國現在文化體系中之最高準則，並亦當今先進文明社會共同之準繩。作為憲法此一規範主體之國民，其在現實生活中所表現之意念，究欲憲法達成何種之任務，於解釋適用時，殊不得不就其所顯示之價值秩序為必要之考量。

不自證其罪原則在刑事處罰規定、實現刑罰權的程序中，與無罪推定原則相同位階，而有效保障被告程序主體地位的正當法律程序原則，是不自證其罪原則。一方面，作為人格主體，不能遭強迫自我否定；他方面，因為被告作為一種證據方法，必須能夠單獨獲得絕對的保護，才可能貫徹無罪推定原則。而絕對保護的第一道防線，就是在個案中，被告可以不作為證據方法。被告



享有緘默權，就不會成為證據方法。而被告享有緘默權，就是建立在不自證其罪原則之上。不自證其罪原則，在於禁止被告背叛自己，而成為對自己不利的證據方法。被告之所以有權決定是否及如何捍衛自己在訴訟上的權利，而不自陷於不利地位，因為被告是訴訟程序主體。所謂被告享有緘默權，是指被告的緘默，不可以作為對被告作不利認定的依據。除此之外，不自證其罪原則，還有一個延伸的意義，就是刑事訴訟法第 156 條第 2 項的規定，被告不利於自己的供述，包含被告的犯罪自白，均不得作為認定被告犯罪的唯一證據，不問自白出於任意或非任意，因為任意或非任意的被告自白，均抵觸禁止被告背叛自己的法則。那麼是否被告的任意自白如有補強證據，仍然不可作為認定被告有罪的證據？因為被告的任意自白，既然違背不自證其罪的禁止背叛原則，加上補強證據的被告任意自白，仍然違背不自證其罪的禁止背叛原則，而不得作為認定被告有罪的證據？

若重新審視釋字第 582 號<sup>185</sup>協同意見書所提出的意見，在於對補強證據的不同理解。將補強證據理解為補助性質的證據者，因而認為被告任意自白加上補強，仍然屬於禁止自我背叛原則的證據。若補強證據是足以重建犯罪事實而具有獨立證據價值的證據，不必依附於被告的自白，而與構成犯罪事實具有直接關聯，且足以證明待證事實、擔保自白真實性的必要證據。因此加上補強證據的被告自白，對於犯罪事實的證明，並無真正的貢獻，不會影響補強證據的證據價值，不會因為同時有被告的任意自白，

---

185參見 <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/582-司法院.doc.pdf>, 2012 年 2 月 12 日訪問。

補強證據就遭到連累而違背自我背叛原則。禁止強迫被告為不利於己的陳述，是不自證其罪最原始的意涵，出於誘導、恐嚇、詐術或刑求，所得到的被告自白，均因違背不自證其罪原則而無證據能力。蓋刑求以取得被告自白，所呈現的訴訟瑕疵，每每重創人民對於司法的信賴。這其中不只是取證者為解除破案壓力或求取功勳，而侵犯被告的不自證其罪權利，審判者對於使用被告自白證據的憲法意識不足，習慣於在審判前即預斷被告有罪，而不能善盡審核證據的責任，更難辭其咎。

我國刑事訴訟法第 156 條規定，在審判中保持緘默不得將被告之緘默做為有罪證據唯一之依據。同法第 95 條規定，偵查中亦課予偵查機關有告知被告得保持緘默之義務。要言之，人民不得因行使法律上的權利，而有任何不利益之後果，否則即違反正當法律程序與無罪推定原則。

### 第五節 迅速審判之保障 (Right to a speedy trial)

迅速審判的權利係源自大憲章中的一項條文。1776 年憲法增修條文第六條及維吉尼亞宣言亦有相同之規定。與其他憲法增修條文之規定不同的是，此一規定之具體理由係導因於迅速審判之權利與施加於被告訟累之桎梏。是以，為防止不當審判前監禁及可能施加於被告之壓迫，並儘量減少被告之精神焦慮與公開指責而對迅速審判權利的限制。因為長時間的審判延遲，將損害被告為自己辯護的能力，甚至可能導致證人死亡或其他原因喪失和模糊證人可用的記憶。再者，提供迅速的審判，有時反而不利於被告利益。諸如：在監獄裡的犯人與其家庭，社會往往必須付出巨

大代價，協助其更生與生活。自由社會中的人也可能違反其他罪行、延長保釋的時間，會造成檢方或法院可能利用積壓的案件，與被告進行訴訟上之交易，或因此未實現社會的正義。審判延遲往往會妨礙刑事法律追訴的阻嚇和受刑人的復歸作用，進而無法與法規範言歸於好。迅速審判係憲法基本權利之一，源自於人權典章，美國聯邦憲法增修條文第 14 條亦提供此一權利之憲法基礎及發動刑事訴訟程序之正當性，且僅限於在起訴過程中被指控之人。保障迅速審判之基本自由不僅不需要等待公訴程序之發動，甚至在逮捕拘禁開始時，即受保障。被國家指控之人，在人身自由受到拘束之刑事司法處分時，如果國家忽視應給予被告的迅速審判及確保審判到庭目的之請求者，就已經違反了迅速審判之保障，而必須中止對嫌疑人之控訴，釋放被羈押之被告，檢察官在之後的任何時間起訴者，則有違反保障迅速審判之憲法基本權利。因為遲延審判損害到政府對犯罪嫌疑人進行足以追訴犯罪證據的發現<sup>186</sup>。以下從防止審前不當拘禁及保障被告防禦權，分述如

---

186See U.S. Constitution: Sixth Amendment- RIGHT TO A SPEEDY AND PUBLIC TRIAL : 「The right to a speedy trial may be derived from a provision of Magna Carta and it was a right so interpreted by Coke. Much the same language was incorporated into the Virginia Declaration of Rights of 1776 and from there into the Sixth Amendment. Unlike other provisions of the Amendment, this guarantee can be attributable to reasons which have to do with the rights of and infliction of harms to both defendants and society. The provision is an important safeguard to prevent undue and oppressive incarceration prior to trial, to minimize anxiety and concern accompanying public accusation and to limit the possibility that long delay will impair the ability of an accused to defend himself. The passage of time alone may lead to the loss of witnesses through death or other reasons and the blurring of memories of available witnesses. But on the other hand, there is a societal interest in providing a speedy trial which exists separate from and at times in opposition to the interests of the accused. Persons in jail must be supported at considerable public expense and often families must be assisted as well. Persons free in the community may commit other crimes, may be tempted over a lengthening period of time to jump bail, and may be able to use the backlog of cases to engage in plea bargaining for charges or sentences which do not give society justice. And delay often retards the deterrent and rehabilitative effects of the criminal law. Because the guarantee of a speedy trial is one of the most basic rights preserved by our Constitution, it is one of those fundamental liberties embodied in the Bill of Rights which the due process clause of the Fourteenth Amendment makes applicable to the States. The protection afforded by this guarantee is activated only when a criminal prosecution has begun and extends only to those persons who have been accused in the course of that prosecution. Invocation of the right need not await indictment, information, or other formal charge but begins with the actual restraints imposed by arrest if those restraints precede

次：

## 第一項 防止審判前不當拘禁 (prevention former trial of improp r custody)

迅速審判為刑事被告之重要權利，早在 1215 年英國大憲章<sup>187</sup>即規定被告享有受快速審判的權利 (we will not ..defer to any man either justice or right.)。美國聯邦憲法增修條文第 6 條亦規定，在任何刑事訴訟中，被告享有快速審判的權利。聯合國公民與政治權利公約第 14 條第 3 項亦規定，刑事被告享有立即受審，不得無故稽延的權利。

刑事被告為何享有速審權，速審對被告又有何利益？在 *Barker v. Wingo*<sup>188</sup> 案法院認為：若被告為有罪之人，在審判前又

---

the formal preferring of charges. Possible prejudice that may result from delays between the time government discovers sufficient evidence to proceed against a suspect and the time of instituting those proceedings is guarded against by statutes of limitation, which represent a legislative judgment with regard to permissible periods of delay. In two cases, the Court held that the speedy trial guarantee had been violated by States which preferred criminal charges against persons who were already incarcerated in prisons of other jurisdictions following convictions on other charges when those States ignored the defendants requests to be given prompt trials and made no effort through requests to prison authorities to obtain custody of the prisoners for purposes of trial. A state practice permitting the prosecutor to take nolle prosequi with leave, which discharged the accused from custody but left him subject at any time thereafter to prosecution at the discretion of the prosecutor, the statute of limitations being tolled, was condemned as violative of the guarantee.」,

<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment06/02.html#4>, 2012 年 2 月 6 日訪問。

187參見前揭註 30，「A good place to begin with any inventory of predecessors to the Bill of Rights is Magna Carta, the Great Charter exacted from King John in 1215 by the barons at Runnymede" sword in hand." This charter revised on several occasions during subsequent reigns stands for an affirmation of the principle that even the King is bound by the law of the land. It is obvious that a number of rights, especially with respect to property, were already familiar enough to be invoked in 1215. This particular charter was preceded by such instruments as the Constitutions of Clarendon. The fourth version of Magna Carat, issued in 1225 during the reign of Henry III, is said to be still the law of England, except as it has been repealed. We are told that "it now stands on the statute books of common law jurisdiction [as] a sober, practical, and highly technical document."」，page35-36.

188See *BARKER v. WINGO*, 407 U.S. 514 (1972) 407 U.S. 514，「The right to a speedy trial is generically different from any of the other rights enshrined in the Constitution for the protection of the accused. In addition to the general concern that all accused persons be treated according to decent and fair procedures, there is a societal interest in providing a speedy trial which exists separate from, and at times in opposition to, the interests of the accused. The inability of courts to provide a prompt trial has contributed to a large backlog of cases in urban courts which, among other things, enables defendants to negotiate more effectively for pleas of guilty to lesser offenses and otherwise manipulate the system. In addition, persons released on bond for lengthy periods awaiting trial have an opportunity

未受羈押，迅速審判得迅速對被告定罪，並迅速執行應執行刑，減少執行前再犯。若被告在羈押中，遲延審判會導致長時間的羈押，導致政府龐大財政支出與行政負擔。因此審判遲延可能致使證人之供述及物證滅失，因而必須與被告協商，甚或起訴遭法院駁回甚或導致不利於有罪判決之執行、矯正處遇及更生。

美國聯邦憲法增修條文第 6 條規定，在任何刑事訴訟中，被告享有迅速審判之權利，主要在防止審判前之不當監禁。在殖民地的時期美洲大陸，檢察官常利用審判遲延以達到長期羈押被告的目的，並期望因此獲得被告自白或共犯之供述證據之利益。將被告長期羈在刑事訴訟採當事人進行之美國，除造成隔離作用外亦不利於被告事證之蒐集、或與接受律師協助等準備訴訟之行為，嚴重影響被告受憲法保障之刑事基本人權。因此，迅速審判即在於保護被告免受審判前的長期羈押。在 *United States v. Ewell*<sup>189</sup> 案中更認為，因無法達到迅速審判，將使得被告在認罪協商程序中邀得寬典，變相操縱法院審判制度<sup>190</sup>。

迅速審判權與憲法保障其他刑事基本權利不同。除應依照適

---

to commit other crimes. It must be of little comfort to the residents of Christian County, Kentucky, to know that Barker was at large on bail for over four years while accused of a vicious and brutal murder of which he was ultimately convicted. Moreover, the longer an accused is free awaiting trial, the more tempting becomes his opportunity to jump bail and escape. Finally, delay between arrest and punishment may have a detrimental effect on rehabilitation.」，

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=US&vol=407&page=514>，2012年1月29日訪問。

189See *UNITED STATES v. EWELL*, 383 U.S. 116 (1966), 383 U.S. 116, 「The right to a speedy trial depends upon all the circumstances of the case, including the effect upon the rights of the accused and the rights of society. Since the only important interval of time occurred as a result of the Seventh Circuit's decision in an unrelated case, the substantial interval between the original and subsequent indictments does not of itself violate the Sixth Amendment's guarantee. When a defendant obtains a reversal of a prior, unsatisfied conviction he may be retried in the normal course of events...」，另本案被告尚援引雙重危險原則主張起訴不合法等。

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=383&invol=116>，2012年2月6日訪問。

190參見林利芝著，*Barker v. Wingo*（上）-迅速審判權的經典案例之一，*台灣法學雜誌*，2009年10月1日，第137期，第200頁。

當且公平對待、避免審前不當拘禁外，被告迅速審判之權利是否受到侵害有：一、被告之審判拖延的時間。二、被告之審判拖延的理由。三、被告是否曾行使迅速審判權。四、被告審判之拖延是否致使被告的辯護受到損害，法院必須通盤考量與案件有關之其他事證。因此迅速審判之核心不只是快速，而是正常速度的審判<sup>191</sup>。遲延審判無異於裁判之拒絕」(Justice Delayed, Justice Denied)<sup>192</sup>。

## 第二項 保障被告防禦權 (The guarantees to rights of Accused for his defence)

被告在享有速審權之後，經過一段顯著的時間，被告仍未受審判，被告的速審權才可能被侵害。反之，在被告享有速審權前，所經過的時間不論多長，因被告無速審權，當然無所謂侵犯速審權的問題。人民在偵查或審判之何一階段始享有迅速審判之利益，亦即速審權附著時點之問題，在 U. S. v. Marion, 404 U. S. 307 (1971) 案中建立控訴後法則：憲法之速審權，只有在人民被控訴為犯罪時，始有適用<sup>193</sup>。所謂控訴，雖不以檢察官、大陪審團起訴或正式的控訴為限，但最少限度必須有逮捕或拘提等限制人身自由行為的發生。因為通常只有在這個時點之後，才涉及迅速審

191參見王兆鵬著，迅速審判-要權利，不要空談，台灣法學雜誌第135期，2009年9月1日出版，第141-160頁。

192參見吳秋宏著，刑事訴訟與妥速審判-以試辦案件流程管理制度為中心，台灣法學雜誌，2009年9月15日出版，第136期，第25頁。

193See U. S. v. Marion, 404 U. S. 307 (1971), 「Appellees, claiming that the Government had known of the crimes with which they were charged, the circumstances of the crimes, and appellees' identities for over three years before they were indicted, moved to dismiss on the ground that the indictment was returned "an unreasonably oppressive and unjustifiable time after the alleged offenses," and that the delay deprived them of rights to due process of law and a speedy trial as secured by the Fifth and Sixth Amendments. 」，

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=404&invol=307>，2011年1月19日訪問。

判所保障之利益。因為在控訴人身自由受限制前，若有危及國家追訴情事發生，有刑法上之追訴權時效可提供保障。被告於被逮捕後則是，當追訴機關逮捕人民時，即表示有相當理由相信被逮捕人涉嫌犯罪，而逮捕為公開的行為，嚴重影響被告行為自由，從憲法保障被告迅速審判之利益判斷，逮捕與起訴對被告之不利影響，並無不同，被告人身自由皆應受憲法迅速審判之保障。

有關迅速審判在人民防禦權保障之時點，在 *Doggett v. U. S.* 505 U. S. 647, 112 S. Ct. 2686 (1992)<sup>194</sup> 案中，因毒品案件，政府旋即展開逮捕行動，被告於前一天出國不知已遭起訴，被告回國後過著一般正常、守法的生活，於距離起訴 8 年後始逮捕被告。法院認為：只要檢察官一提起公訴，被告即享有迅速審判之利益，至於被告是否已知悉被起訴或曾否被逮捕乃至於受拘禁，均則非所問。因為本案被告雖在起訴後，未受人身自由之限制，但憲法迅速審判之權利，及於未受拘禁之被告。迅速審判之保障意旨，不僅在保障被告免於審判前之不當拘禁，同時也在防止遲延審判所致侵害被告應有之防禦能力，如有利於被告之證物因遲

---

194See *Doggett v. U. S.* 505 U. S. 647, 112 S. Ct. 2686 (1992), 「The delay between Doggett's indictment and arrest violated his right to a speedy trial. His claim meets the criteria for evaluating speedy trial claims. First, the extraordinary 1/2-year lag between his indictment and arrest clearly suffices to trigger the speedy trial enquiry. Second, the Government was to blame for the delay. The District Court's finding that the Government was negligent in pursuing Doggett should be viewed with considerable deference, and neither the Government nor the record provides any reason to reject that finding. Third, Doggett asserted in due course his right to a speedy trial. The courts below found that he did not know of his indictment before his arrest, and, in the factual basis supporting his guilty plea, the Government essentially conceded this point. Finally, the negligent delay between Doggett's indictment and arrest presumptively prejudiced his ability to prepare an adequate defense. The Government errs in arguing that the Speedy Trial Clause does not significantly protect a defendant's interest in fair adjudication. Nor does Doggett's failure to cite any specifically demonstrable prejudice doom his claim, since excessive delay can compromise a trial's reliability in unidentifiable ways. Presumptive prejudice is part of the mix of relevant Barker factors, and increases in importance with the length of the delay. Here, the Government's egregious persistence in failing to prosecute Doggett is sufficient to warrant granting relief. The negligence caused delay six times as long as that generally deemed sufficient to trigger judicial review, and the presumption of prejudice is neither extenuated, as by Doggett's acquiescence, nor persuasively rebutted.」

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=505&invol=647>, 2012年1月29日訪問。

延追訴審判所導致滅失。

在逮捕或起訴前，雖無享有迅速審判之利益，但國家追訴機關之行為仍受正當法律程序之規範，在 *U.S. v Lovasco*, 431 U.S. 783 (1977)<sup>195</sup> 案中，偵察機關在有足夠的證據得以起訴被告時，但未將被告起訴，經過 18 個月後檢察官始請求大陪審團起訴。檢察官遲未起訴的原因，係欲取得更多的證據所致。法院認為：不是一有對被告不利益情事發生，即當然構成正當程序之違反，仍須衡量政府遲延原因，只有在政府企圖藉遲延起訴而取得對被告策略上的利益；及知悉不起訴有可能傷害被告之有效防禦權，仍輕忽遲延。因此，被告要證明遲延起訴構成正當程序之違反，需同時具備不利益 (the prejudice prong)：必須由被告以優勢證據證明起訴遲延，確實對被告產生不利益，倘若被告只是宣稱證人無法記得當時情形，法院不認為構成遲延，被告須證明因遲延起訴致證人不能作證或喪失記憶，若提前之時點起訴、審判，證人即能到庭做出有利於被告之證詞。及所謂遲延要件 (the reason for delay prong) 必須探究檢察官遲延起訴的原因是否正當。

違反迅速審判之效果，在 *Strunk v. U.S.* 412 U.S. 434 (1973) 案中，在被告起訴後與起訴後出庭聲明 (arraignment) 間，有 10 個月無法解釋的遲延，被告雖異議審判遲延，但審判仍繼續進行，

---

195See *U.S. v Lovasco*, 431 U.S. 783 (1977), 「More than 18 months after federal criminal offenses were alleged to have occurred, respondent was indicated for committing them. Beyond an investigative report made a month after the crimes were committed, little additional information was developed in the following 17 months. Claiming that the preindictment delay, during which material defense testimony had been lost, deprived him of due process, respondent moved to dismiss the indictment. The District Court, which found that the delay had not been explained or justified and was unnecessary and prejudicial to respondent, granted the motion to dismiss. The Court of Appeals affirmed, concluding that the delay, which it found was solely attributable to the Government's hope that other participants in the crime would be discovered, was unjustified. Held: The Court of Appeals erred in affirming the District Court's dismissal of the indictment.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=431&invol=783>, 2012 年 1 月 29 日訪問。



地方法院判決被告有罪。案經上訴，二審法院認定被告之速審權確實受有侵害，但認為駁回起訴為非常極端的救濟方式，因此將案件發回。聯邦最高法院認為：憲法增修條文第 6 條規定被告享有迅速審判及受公開公平陪審團審判等不同權利，但迅速審判與其他權利之違反不同。其他權利之違反，得藉由重新審判之訴訟程序取得救濟。但違反迅速審判，無法以重新審判獲得救濟，被告因遲延審判所承受之精神壓力與痛苦、因為遲延審判致不能迅速開展新生活之損害，反而是法院駁回起訴，是違反迅速審判唯一救濟途徑。只要認定遲延審判有侵害被告接受迅速審判之權利，法院就必須駁回起訴，產生禁止雙重危險之效力，檢察官不得就同一案件再為起訴。憲法迅速審判應為每一個被告所得享有之權利，但法院判決實務操作結果，卻是一般被告不能享有迅速審判，只有在少數案例中的被告才享有迅速審判之保障，迅速審判權之法律效果，應以較為彈性之方法運作，否則法院為避免產生駁回起訴的嚴厲法律效果，反而會怯於認定違反迅速審判之權利<sup>196</sup>。在判斷是否違反被告之迅速審判權，縱然嚴重遲延未舉行審判，不當然代表違反速審權，應綜合判斷：遲延的期間、遲延原因、被告是否主張權利及何時主張權利等因素是否對被告產生不

---

196See *Strunk v. U. S.* 412 U. S. 434(1973), 「The Court of Appeals stated that the 10-month delay which occurred was "unusual and called for explanation as well as justification," The Government responded that petitioner had, after receiving the proper warnings, freely admitted his guilt to an FBI agent while incarcerated in the Nebraska Penitentiary, and had stated that he intended to demand a speedy trial under Fed. Rule Crim. Proc. The Government claimed that it had postponed prosecution because of petitioner's reference to Rule, and consequently, that a large portion of the delay which ensued was attributable to petitioner. The Court of Appeals regarded this explanation as tenuous; it also rejected the lack of staff personnel in the United States Attorney's Office as a justification for the delay. The entire course of events from the time of arrest through the Court of Appeals plainly placed the Government on notice that the speedy trial issue was being preserved by the accused and would be pressed, as indeed it has been.」,

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&friend=public&court=US&case=/us/412/434.html>, 2012 年 1 月 22 日訪問。

利之影響<sup>197</sup>。

### 第三項 與我國保障迅速審判之比較與檢討

憲法第 8 條第 2 項規定之性質為迅速移送條款，乃繼受自外國立法例，參酌 1953 年 9 月 3 日生效之「歐洲保障人權及基本自由公約」第 5 條、1976 年 3 月 23 日生效之「聯合國公民及政治權利國際盟約」第 9 條等，對因犯罪嫌疑而遭逮捕拘禁之人，一致規定其應迅速解送至「法官或其他依法執行司法權之官員」，顯然上開公約均認為受理解送人犯之機關並不限於法官，僅受理提審聲請之機關，始限於狹義之審判法院。釋字第 392 號解釋又認為，憲法第 8 條第 2 項後段與第 3 項關於「提審」之規定，係仿自英美之「人身保護令狀」，考之此一制度，唯有審判機關之法院方有提審權之可言，就拘提與逮捕無殊，羈押與拘禁無異；且拘提與羈押亦僅目的、方法、時間之久暫有所不同而已，其他所謂「拘留」「收容」「留置」「管收」等亦無礙於其為「拘禁」之一種，當應就其實際剝奪人身（行動）自由之如何予以觀察，未可以辭害意。因此犯罪嫌疑人一遭法院以外之機關逮捕拘禁時，不問是否有「非法」逮捕拘禁之客觀事實，即得向該管法院聲請提審，無「合法」與「非法」逮捕拘禁之分。

在法官於受理之案件，釋字第 530 號解釋認為，其負有合法、公正、妥速及時處理之義務，其執行職務如有違反，或就職務之執行有所懈怠，應依法促其注意、警告或予以懲處。至承審法官就辦理案件遲未進行提出說明，亦屬必要之監督方式，與審判獨

---

<sup>197</sup>參見前揭註 101，第 478-498 頁。

立原則無違。

又法官對影響審判之命令有「不遵守」義務，並應予以排除，以維護審判獨立。就效力而言，任何行政命令，如其對象為法院，而內容又係針對法院之審判行為，已然抵觸兩項重要原則，釋字第 530 號不同意見書則認為：一為違反憲法上權力分立之原則，其二則復侵害法官獨立審判之原則，應屬當然無效。基於行政、司法分立之憲政原則，職務監督之界線有疑義時，應由法院以裁判決定之，不得由行政機關片面決定。

如果人身自由確屬其他自由權保障的基本前提，而法官保留具有透明、公開、客觀、迅速介入等特性，有防止行政可能濫權的作用，讓人身自由被不法剝奪之機率減至最低，法官保留與迅速並不必然矛盾，因法官保留有事前、事中（也可說是事後）之分，法官保留並不是要求以法官的非專業認知取代主管機關的專業決定，毋寧，法官保留主要功能在於使事件透明化，使行政機關對剝奪人身自由的理由，不得不必須作詳盡說理，公開接受反方的質疑與檢驗，再由未預設立場，居於客觀、公正第三者立場的法官作成決定，法官即使不具專業知識，也非不能藉助其他專家的第二專業意見，審查剝奪人身自由之必要性。釋字第 690 號<sup>198</sup>部分不同意見書認為，專業絕不是阻擋法官保留的理由。組成多元專家委員會之類的組織程序尚未能提供與法官保留相同的透明、公開、客觀、公正、迅速介入等功能。

迅速公開審判之權利，我國憲法並無類此規定違反迅速審判

---

<sup>198</sup>參見 <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/690> 部分不同(許宗力).pdf, 2012 年 2 月 12 日訪問。

之法律效果。從觀察憲法第 8 條有關移送期限、提審及 24 小時之規定，不論對人身自由時間之久暫、其法律上名稱為何、合法與否，在法官受理案件時，被告享有迅速審判之利益。縱使在專業介入的場合，法院仍應基於審判獨立原則、迅速審理，防止不當之審前人身自由之限制。

美國聯邦憲法修正第 6 條規定，於刑事訴訟程序，被告享有由陪審員迅速公開審判之權利。我國憲法雖無類此規定，但我國刑事、行政及民事訴訟程序皆面臨有關訴訟遲延之問題，刑事與行政訴訟主要在防禦來自國家行為侵害；民事訴訟則在私人間基本權衝突。然而，人身自由乃人民最基本之自由，此所以英美國家特設人身保護令制度，而我國憲法第 8 條亦師民主先進國家特別保障人身自由之美意，制定多達 273 字之具體內容，不厭其詳地保障我國人民之人身自由不受任何機關之非法侵害。揆之憲法第 8 條第 2 項有關提審制度之條文內容，其文義明確具體，直陳人民之聲請提審權，只要符合「因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時」之客觀要件，便即成立，未設其他任何限制。為避免審判前即不當長期限限制被告人身自由，我國憲法第 8 條與美國聯邦憲法修正第 6 條均未規定，違反之法律效果。美國國會於 1974 年制定聯邦速審法 (Federal Speedy Trial Act of 1974)<sup>199</sup>，以解決審判遲延之

---

199See RIGHT TO A SPEEDY AND PUBLIC TRIAL, 「Speedy Trial Source and Rationale -The right to a speedy trial may be derived from a provision of Magna Carta and it was a right so interpreted by Coke. Much the same language was incorporated into the Virginia Declaration of Rights of 1776 and from there into the Sixth Amendment. Unlike other provisions of the Amendment, this guarantee can be attributable to reasons which have to do with the rights of and infliction of harms to both defendants and society. The provision is an important safeguard to prevent undue and oppressive incarceration prior to trial, to minimize anxiety and concern accompanying public accusation and to limit the possibility that long delay will impair the ability of an accused to defend himself. The passage of time alone may lead to the loss of witnesses through death or other reasons and the blurring of memories of available witnesses. But on the other hand, there is a societal interest in providing a speedy trial which exists separate from

法律適用問題，期能兼顧公眾與被告之利益，將案件迅速審結，諸如案件於起訴後 70 日內，原則上即必須進行審判。然而在要求迅速審判的同時，並非完全置發現真實與人權保障於不顧，其規定若干例外情形，法官得依職權或當事人聲請，延長法定審判期限。倘違反規定致訴訟延遲，亦按情況不同定其處罰規範，例如檢察官或辯護人操控程序延滯訴訟，得沒收律師酬金最高至四分之一，或對檢察官科予罰金。鑑於本法制定後，審判實務運作勢必將大幅更動，並設有 5 年的「日出條款」，俾使司法體系自行調整，以遵守本法之強制規定，法院在此段期間並得就窒礙難行之處，向國會提出修法建議<sup>200</sup>。

我國刑事妥速審判法<sup>201</sup>預定於 2010 年 9 月 1 日開始施行，其核心概念厥在「即時審判，不得無故拖延訴訟」(prompt judicial determination without undue delay)，以免刑事被告因訴訟不當延宕而遭受煎熬與焦慮、因訴訟長久懸而不決而面對社會異樣眼光的注目與睥睨、因不必要的拖延訴訟致有利證據流失而錯失

---

and at times in opposition to the interests of the accused. Persons in jail must be supported at considerable public expense and often families must be assisted as well. Persons free in the community may commit other crimes, may be tempted over a lengthening period of time to jump bail, and may be able to use the backlog of cases to engage in plea bargaining for charges or sentences which do not give society justice. And delay often retards the deterrent and rehabilitative effects of the criminal law.」，<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment06/02.html>，2012 年 1 月 29 日訪問。

200 參見憲政法制組高級助理研究員何展旭著，速審法制立法例之探討，財團法人國家政策研究基金會國政評論，憲政（評）098-084 號，June 15, 2009，<http://www.npf.org.tw/post/1/6012>，2012 年 1 月 7 日訪問。

201 參見楊雲驊著，刑事妥速審判法第 5 條「羈押期限」規定之人權意義，台灣法學雜誌第 162 期，2010 年 10 月 15 日出版，第 57-60 頁，國際人權公約重視羈押被告-羈押被告不僅嚴重侵犯人權，對於人民享有之訴訟基本權，例如「無罪推定」、「武器平等」等，均造成嚴重之限制，尤其加上長期、遲緩的訴訟程序，更容易發生「審理期間過長+羈押期間過長」的雙重侵害，因此主要之國際人權公約內，除了將「迅速審判」、「適時審判」或「合理時間內審判」等列為重要之司法人權外，復對於剝奪自由之羈押在「人身自由」保障內加以強調，例如公民與政治權利國際公約第 9 條、歐洲人權公約第 5 條即是。尤其是對於被告在押之案件，迅速審理的要求程序更高。若審判中被告遭無限期羈押或延長羈押無次數之限制，將重大侵害人權，故審判中之延長羈押次數及羈押總期間均應有一定之限制才是。羈押被告嚴重的侵害受憲法保護之人身自由及諸多基本權利，其相關規定與個案運作等，是否符合正當法律程序以及「比例原則」等，已非單純違法性審查而已，而是達到「違憲與否」的層級。目前司法院大法官審查案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定：「人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有抵觸憲法之疑義者。」僅允許對於「裁判所適用之法律或命令」進行抽象之法規審查，對於最直接造成侵害之個案羈押決定本身的違憲爭議，卻不在允許提起違憲審查救濟之範圍，顯然是權利救濟的一大漏洞。

訴訟有力的防禦機會，有礙其依憲法受公平審判的基本權利，而非在於「審判的速度」(the speed of the trial)。刑事被告固擁有速審權(right to a speedy trial)，但無不速審權(right to unspeedy trial)。因此，訴訟若有可歸責於被告之事由而延宕者，依刑事妥速審判法第 7 條第 1 款規定，被告即不得主張速審權受侵害，而請求酌量減輕其刑之救濟。速審權雖為古老人權，但對我國而言，則為新增人權，對該人權的內涵未必嫻熟。如何擺脫「遲來的正義不是正義」(Justice delayed is justice denied)；「偷懶的法官就是最差勁的法官」(A lazy judge is a lousiest judge)，有關刑事被告速審權保障之落實，將視司法資源配置及運作審慎觀察。

#### 第六節 對質詰問權之保障(Right to confront opposing witnesses)

美國聯邦憲法增修條文第 6 條規定對質詰問之主要目的，是為了防止不利於己之證人片面宣示或陳述，用在對犯罪嫌疑人之犯罪事實之認定以代替交互詰問，不僅使被告有機會檢驗、回憶、過濾證人的證詞，並且令其立於陪審團前與其面對面，以便陪審團可以觀察判斷證人陳述的真實性及其證詞之信用性、是否值得信賴。對質詰問係保障生命及自由不可或缺之權利，為避免傳聞證據進入法院審判程序所需的傳聞證據規則與確保原被告之間武器對等的權利。因此，對質詰問是在證人未到場情況下，陪審團不得使用檢察官單方提供的證據資料，在審判中提出於法院作為不利於被告之證據、不允許檢方使用針對其他共同被告被定罪的

有罪判決之證據，在未經對質詰問，證明現在審判中被告的犯罪嫌疑。同時證據法則亦承認臨死前的陳述與在審判前已死亡之證人等<sup>202</sup>，諸多傳聞法則之例外情形<sup>203</sup>。當法院審判之案件不存在有不能詰問或其他需要保護之類似情況時，在未針對上訴人在原審審判時的主張，給其辯護人予充分且足夠對質詰問之機會，如未給予被告在場並由其辯護人進行了完整的、充分對質與詰問的機會，聯邦最高法院在 *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965) 案中認為，可以宣告原審法院之判決違法<sup>204</sup>。

以下從武器對等原則、對質詰問權、強制取證權分述如次：

### 第一項 武器對等原則 (The principle of Adversary)

武器對等原則旨在於使參與競賽、搏鬥的雙方擁有對等的攻

---

202See *The Right to Counsel*: 「The primary object of the constitutional provision in question was to prevent depositions of ex parte affidavits...being used against the prisoner in lieu of a personal examination and cross-examination of the witness in which the accused has an opportunity not only of testing the recollection and sifting the conscience of the witness, but of compelling him to stand face to face with the jury in order that they may look at him, and judge by his demeanor upon the stand and the manner in which he gives his testimony whether he is worthy of belief The right of confrontation is one of the fundamental guarantees of life and liberty...long deemed so essential for the due protection of life and liberty that it is guarded against legislative and judicial action by provisions in the Constitution of the United States and in the constitutions of most if not of all the States composing the Union. Before 1965, when the Court held the right to be protected against state abridgment, it had little need to clarify the relationship between the right of confrontation and the hearsay rule, inasmuch as its supervisory powers over the inferior federal courts permitted it to control the admission of hearsay on this basis. Thus, on the basis of the Confrontation Clause, it had concluded that evidence given at a preliminary hearing could not be used at the trial if the absence of the witness was attributable to the negligence of the prosecution, but that if a witness absence had been procured by the defendant, testimony given at a previous trial on a different indictment could be used at the subsequent trial. It had also recognized the admissibility of dying declarations and of testimony given at a former trial by a witness since deceased. The prosecution was not permitted to use a judgment of conviction against other defendants on charges of theft in order to prove that the property found in the possession of defendant now on trial was stolen.」, <http://criminal.findlaw.com/criminal-rights/the-right-to-counsel.html>, 2012年2月6日訪問。

203參見林俊益著，本土化傳聞法則之實踐-實施一年後之實務分析，月旦法學第114期，2004年11月出版，第153-154頁。

204See *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965): 「...constitutional confrontation rule is to give a defendant charged with crime an opportunity to cross-examine the witnesses against him. This Court has recognized the admissibility against an accused of dying declarations, and of testimony of a deceased witness who has testified at a former trial. Nothing we hold here is to the contrary. The case before us would be quite a different one had Phillips' statement been taken at a full-fledged hearing at which petitioner had been represented by counsel who had been given a complete and adequate opportunity to cross-examine.」, <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/400/case.html#403>, 2012年2月28日訪問。

擊、防禦力量，這必以爭端兩造有平等地位為前提，目的自然也在於維持雙方作為競賽、搏鬥過程的主體地位。於限制人身自由的審理程序中，武器對等原則為確保被控訴人能夠面對國家機器的攻擊，而給予被控訴人各項防禦權的保障，包含對質詰問權、受律師協助權利等。藉由武器對等原則使被控訴人有效參與程序，實現被控訴人客觀參與程序的可能，而確保被控訴人的程序主體地位。不管可不可能完全實現，這也是正當法律程序原則所要實現的內涵之一。如果主張完全的武器對等不可能，不代表武器對等是一個無用的或不需要的原則，而可能表示，到目前為止，基於武器對等原則所發展出來的被告防禦權種類還不夠，為了實現正當法律程序原則的目的，必須不斷的開發、充實被控訴人的防禦權<sup>205</sup>。

美國聯邦憲法增修條文第 6 條規定刑事被告的對質詰問權：所有刑事被告有與證人對質詰問的權利 (Right to confronted with the Witnesses against him.)。對質指二人同時在場，面對面互為質問之謂。使證人與被告或其他證人，共同在場，彼此面對面互為質問。詰問者，在主詰問者訊問證人完畢後，由他人對證人的再行訊問，以求發現疑點或澄清事實，美國法上對主詰問稱之為：Direct-examination，對詰問則稱之為：Cross-examination<sup>206</sup>。詰問與對質根本上的差異最重者是，在於對質者為被告與證人同時在場互為面對面及詰問乃在主詰問後之他人補充性詰問。交互詰問是證據法中對於尋繹出事實真相之最有利方

---

205參見前揭註 25，第 153-154 頁。

206參見前揭註 101，第 533 頁。



法，美國律師就主詰問之名言：一般案件之勝敗取決於主詰問。就反詰問之名言則是：律師之聲譽，生於反詰問，死於反詰問。主詰問所建立不起來之事實，被反詰問無情地檢驗時，可以判斷出接近真相之事實為何，成功的反詰問就是使用清楚之陳述語句在每個新問題中只添加一個新事實，在給予最後一擊之前先鎖定一個答案。因此，可以把反詰問當做是律師所做的一連串之陳述，只是偶爾被證人回答「是」所打斷而已。

歐洲於 12 世紀晚期之刑事審判，係由法官秘密訊問證人，當事人雙方於法官訊問時皆不在場。雖然當事人得以書面請求法官訊問證人特定問題，但法官不受當事人主張之拘束。秘密詢問證人的目的在防止當事人與證人串證，若於審判前知悉證人證詞，可能依證詞提出狡辯，此或為當時認為最能發現真實之審判制度。1215 年英國大憲章所宣示之權利：任何人未受可信賴的證人指控，不得交付審判。陪審團初始僅在決定是否有足夠的證據對被告提出起訴，不決定有罪與否。

初期陪審團具有職權主義之主動性格，甚至是證人兼裁判。有關對證人訊問部分，英美法在 17 世紀初以前，被告無權對證人對質詰問。在 16、17 世紀英國普通法，由行政機關行使追訴審判權能。一般刑事案件以秘密的訊問嫌疑犯、控訴者、證人等方式訊問，並得成為審判的證據。提出於法院審判之證明，以朗讀審判外的陳述為之。此時被告並無接受律師協助之機會，自然無法擁有傳喚對有利於己之證人。被告在刑事訴訟，雖有接受陪審審判之權，但因以朗讀審判外之書面陳述作定罪科刑之證據資料，

被告無法與不利己之證人面對面對質，造成審判不公。因此被告與證人對質詰問權利，於英國審判 Sir Walter Raleigh 之叛國罪案件於焉發展，Sir Walter Raleigh 當時被指控密謀推翻王室，惟 Lord Cobham 從未於審判中向陪審團作證，以其審判外訊問及陳述作為指控之證據。被告於審判中要求傳喚證人、與其面對面「call my witness、face to face」，法院雖然以當時法律被告無此權利而拒絕之。直至 17 世紀後，因證據法之逐次擴展，對質詰問及被告接受律師協助權利之賦予，對質詰問成為確保證人陳述真實性及被告權利，實現公平審判與發現真實之重要制度<sup>207</sup>。

## 第二項 對質詰問權 (THE right of confrontation)

所謂對質，係指被告與不利於己之證人同時在場彼此面對面且互為質問。而互為質問，即為詰問之意，同時在場彼此面對面，即所謂面對面之權利。刑事被告與證人面對面的權利，為憲法所保障的基本人權，目的在維持審判程序的公平及真實發現。蓋任何人在面臨刑事追訴審判時，要求與指控者面對面對質，乃人類本能反應，使被告得與證人面對面，能使被告親自觀察審判中證人作證程序，維持公平法院及發現真實目的。從人性的角度，在人背後比較容易捏造事實、誣讒他人 (It is always more difficult to tell a lie about a person to his face than his back) 陪審團及法官審判時得以綜合觀察證人陳述之情況及其信用性，賦予被告有與證人面對面之刑事基本人權<sup>208</sup>。

美國聯邦憲法增修條文第 6 條之對質詰問權之規範內容實即

207參見前揭註 101，第 527-530 頁。

208參見前揭註 101，第 530-531 頁。

指，被告得於審判中在場目視證人及有權使證人目視自己之權。被告對涉案事實得於審判時在場目視證人，使其易於協助辯護人對證人詰問及提出有利己之證據方法。至於被告有使證人目視自己的權利，有關為保護未成年人或性侵害犯罪被害人，以電視傳訊的方式對證人訊問或詰問，是否違反被告之詰問權？在 *Coy v. Iowa*, 487 U. S. 1012 (1988) 案中，因被告審判時始終在場直接聽聞證人所為之陳述，故不違反被告目視證人之權<sup>209</sup>。蓋州法院若未依個案情形及有無發現真實之必要，一律准許使用此種屏障，不使證人目視被告，將違反證人目視被告之權利。然如，經由法院個案認定，確有限制之必要時，並不違反被告與證人面對之權利，在 *Maryland v. Craig*<sup>210</sup> 案中，證人審判時之情緒激動係由被告的出庭所導致之創傷，而非證人個人因素所致之緊張興奮與不

---

209See *Coy v. Iowa*, 487 U. S. 1012 (1988), 「The Confrontation Clause by its words provides a criminal defendant the right to "confront" face-to-face the witnesses giving evidence against him at trial. That core guarantee serves the general perception that confrontation is essential to fairness, and helps to ensure the integrity of the factfinding process by making it more difficult for witnesses to lie. Appellant's right to face-to-face confrontation was violated since the screen at issue enabled the complaining witnesses to avoid viewing appellant as they gave their testimony. There is no merit to the State's assertion that its statute creates a presumption of trauma to victims of sexual abuse that outweighs appellant's right to confrontation. Even if an exception to this core right can be made, it would have to be based on something more than the type of generalized finding asserted here.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=487&invol=1012>, 2012年1月22日訪問。

210See *Maryland v. Craig* (89-478), 497 U. S. 836 (1990), 「...The expert testimony in each case suggested that each child would have some or considerable difficulty in testifying in Craig's presence. For example, as to one child, the expert said that what 'would cause him the most anxiety would be to testify in front of Mrs. Craig...The child wouldn't be able to communicate effectively. As to another, an expert said she would probably stop talking and she would withdraw and curl up. With respect to two others, the testimony was that one would 'become highly agitated, that he may refuse to talk or if he did talk, that he would choose his subject regardless of the questions' while the other would 'become extremely timid and unwilling to talk.' Craig objected to the use of the procedure on Confrontation Clause grounds, but the trial court rejected that contention, concluding that although the statute, takes away the right of the defendant to be face to face with his or her accuser, the defendant retains the essence of the right of confrontation, including the right to observe, cross-examine, and have the jury view the demeanor of the witness. The trial court further found that, based upon the evidence presented... the testimony of each of these children in a courtroom will result in each child suffering serious emotional distress... such that each of these children cannot reasonably communicate. The trial court then found Brooke and three other children competent to testify and accordingly permitted them to testify against Craig via the one-way closed circuit television procedure. The jury convicted Craig on all counts, and the Maryland Court of Special Appeals affirmed the convictions.」, <http://www.law.cornell.edu/supct/html/89-478.ZO.html>, 2012年1月29日訪問。

願意陳述者，此時限制被告與證人面對面之權利，不抵觸憲法對質詰問權之規定<sup>211</sup>。

美國刑事訴訟程序採當事人進行主義，證人由當事人雙方自行傳喚，由當事人自行訊問，他造當事人藉由詰問權的方式發現證人陳述的瑕疵。詰問旨在確保真實發現，在 *Dutton v. Evans*, 400 U. S. 74, 89 (1970) 案中，為使詰問者能發現證人之知覺 (Perception)、記憶 (Memory)、表達 (Narrative) 能力的瑕疵，以及證人的真實性 (Sincerity) 問題<sup>212</sup>，對質詰問也因此成為人類發現真實之偉大法律制度 (the greatest legal engine ever invented for the discovery of truth)。在有關詰問證人住居所之問題，是否得以禁止？在 *Alford v. U. S.* 282. U. S. 687 (1931) 案中法院認為，被告欲詰問證人之住所，法官不得禁止之。因證人住所與證人的信用力有關，陪審團知悉證人住址後，才可能得知其由何而來，而判斷證人的信用性。若證人有受保護之必要，告知真實姓名、住址於案件無影響時，在 *Smith v. IL.* 390. U. S. 129 (1968) 案中法院認為，僅得限制辯護人之詰問，如因而有危及

211參見檢視現行司法改革系列座談會-被害人人權，呂丁旺檢察官發言，台灣法學雜誌第194期，2012年2月15日出版，第65頁，以英國為例，英國的刑事司法授權刑事法院法官，在刑事判決內可以直接發布賠償令

(Compensation Order)，要求被告對被害人賠償，以避免冗長的民事訴訟對於被害人造成緩不濟急的窘境，民事賠償令不以民事責任的確定為前提，被告即使沒有民事責任，法官仍可依質裁量權作出賠償令，且民事賠償令的效力優於民事判決與法院的沒收命令，當刑事判決結果為有罪時，若法官沒有同時發布賠償令，法官必須說明理由。另外，關於犯罪被害人的保護，德國的刑事訴訟有犯罪被害人可以參加訴訟的規定，假若不服法官的判決，犯罪被害人能夠自己直接上訴，不受檢察官意見的拘束，台灣現行的訴訟應該朝這方向進行。要特別說明的是，美國有半數以上的州憲法皆有規定犯罪被害人程序主體的建立，30幾年前，美國掀起一連串的犯罪被害人保護運動，提議建立犯罪被害人保護條款，並將其入憲，後來礙於各州意見不一導致未能提起修正案入憲，以上在在顯示各國除了實體給付，即金錢賠償之外，更重要的是建構犯罪被害人的程序主體性，以彰顯程序正義，如果沒有完妥的犯罪被害人程序主體性的重構，可能會使後續的實體賠償受到壓縮或扭曲。

212See *Dutton v. Evans*, 400 U. S. 74, 89 (1970)，「MR. JUSTICE HARLAN concluded: that exceptions to the rule against hearsay must be evaluated, not by the Confrontation Clause (which is not designed to cope with the many factors involved in passing on evidentiary rules), but by the due process standards of the Fifth and Fourteenth Amendments. Thus evaluated, the Georgia statute is constitutional as applied in this case since the out-of-court declaration against interest involved here evinces some likelihood of trustworthiness and its exclusion from evidence is therefore not essential to a fair trial.」，<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=400&invol=74>，2012年1月29日訪問。

證人安全之虞，影響證人之信用性時，得限制被告對此詰問<sup>213</sup>。

在有關證人與被害人間關係，若准被告詰問此一問題時，可證明證人之偏見，可能影響陪審團對證人信用能力的評估，*Olden v. Kentucky*, 488 U.S. 227 (1988)案中法院認為，不得限制之，否則違反詰問權之保障<sup>214</sup>。若被告詰問權與法律保護之秘密發生衝突時，被告是否仍得行使詰問權？在 *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974) 案中認為，本案少年前科紀錄固有保護之必要，但被告的詰問權較政府對少年前科的保密更為重要<sup>215</sup>。被告詰問證人的理由具有憲法重要性。

違反對質詰問權之法律上效果，排除直接訊問之陳述或宣告審判無效。蓋對質詰問之目的在檢驗陳述之信用性及其真實性。對質詰問權之基本核心，乃為避免法院未審先判，使陪審團不使用未經被告詰問所檢驗之陳述而污染心證，因為證人的信用性

---

213See *Alford v. U.S.*, 282 U.S. 687 (1931), 「In the course of the trial the government called as a witness a former employee of petitioner. On direct examination he gave damaging testimony with respect to various transactions of accused, including conversations with the witness when others were not present, and statement of accused to salesman under his direction, whom the witness did not identify.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=282&invol=687>, 2012年1月29日訪問。

214See *Olden v. Kentucky*, 488 U.S. 227 (1988), 「The trial court granted the prosecutor's motion to keep such evidence from the jury and sustained the prosecutor's objection when the defense attempted to cross-examine Matthews about the matter after she had testified that she was living with her mother. The jury acquitted Harris of all charges and found petitioner guilty only of forcible sodomy. On appeal, petitioner claimed, inter alia, that the court's failure to allow him to impeach Matthews' testimony deprived him of his Sixth Amendment right to confront the witnesses against him. The Court of Appeals of Kentucky upheld the conviction. While acknowledging the relevance of the testimony, it found that the probative value of the evidence was outweighed by the possibility of prejudice against Matthews that might result from revealing her interracial relationship to the jury.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=488&invol=227>, 2012年1月29日訪問。

215See *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974), 「The trial court's order was based on state provisions protecting the anonymity of juvenile offenders. The Alaska Supreme Court affirmed. Petitioner was denied his right of confrontation of witnesses under the Sixth and Fourteenth Amendments. The defense was entitled to attempt to show that Green was biased because of his vulnerable status as a probationer and his concern that he might be a suspect in the burglary charged against petitioner, and limiting the cross-examination of Green precluded the defense from showing his possible bias. Petitioner's right of confrontation is paramount to the State's policy of protecting juvenile offenders and any temporary embarrassment to Green by disclosure of his juvenile court record and probation status is outweighed by petitioner's right effectively to cross-examine a witness.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=415&invol=308>, 2012年1月29日訪問。

及其陳述之真實性，可在詰問過程發現瑕疵，從而維持追訴、審判與被告之權力及武器對等。因此，若證人於被告詰問時，因死亡、疾病、失蹤、無合法理由拒絕回答、或合法拒絕證言等因素，致被告不能對證人詰問情形，應排除此一證言。但若陪審團已深受直接訊問證詞的影響而無法忽略，此時法院應宣布審判無效。尤以，證人於被告詰問時，主張憲法增修條文第 5 條不自證其罪之緘默權時，此時被告的對質詰問權與證人不自證其罪之憲法基本權衝突的場合，為調和憲法刑事人權保障之衝突，排除證人於直接訊問之陳述，被告的詰問權被維持，證人的拒絕證言權也被保護。因被告不能有效詰問，檢察官直接訊問的證詞必須被排除<sup>216</sup>、法院自亦不得引為有罪判決之依據，社會安全之維護及苦果將由全體人民共同承擔。

### 第三項 強制取證權 (THE right of compulsory process for obtaining witnesses)

被告之強制取證權 (Right of Compulsory process)，係為防止及對抗追訴機關濫用傳聞法則<sup>217</sup>、賦予刑事被告有強制對自己有利證人作證之權。蓋追訴機關使用合於傳聞法則例外的審判外之陳述時，該審判外不利於被告之陳述，被告得有強制取證權傳喚對自己有利的證人接受被告的訊問，藉此平衡國家追訴機關與

<sup>216</sup>王兆鵬著，刑事被告的憲法權利，翰蘆圖書出版有限公司總經銷，1999年3月出版，第142-155頁。

<sup>217</sup>參見前揭註203，第101-122頁，由於我國之訴訟制度背景，與美、日等國並不相同，2003年增訂之傳聞法則，乃與美、日法制有所歧異，引起各方批評，本土化傳聞法則如何實踐，眾所矚目。我們看到最高法院對「傳聞證據」下定義為：「傳聞證據係指並非供述者本身親眼目睹之證據，在公判程序無法經由具結、反對詰問與供述態度之觀察等程序加以確認、驗證，且大部分經由口頭之方式由證人重覆聽聞而來，在性質上易於造成不正確傳達之危險，原則上應予以排除適用。又傳聞法則須符合一、審判外陳述，二、被告以外之人陳述，三、舉證之一方引述該陳述之目的係用以證明該陳述所直接主張內容之真實性等三要件」，為傳聞法則所要排除之「傳聞證據」，提供清晰的判斷基準，以彌補修正刑訴法未對「傳聞證據」下立法定義之缺陷，殊值肯定。

被告間武器對等、維持審判程序之公平與發現真實。

因此，於審判陳述之證人若曾受有罪判決者，而其罪名與本案被告起訴之罪相同，該證人不得為本案被告作證，但得為檢察官之證人。在 *Washington v. Texas*, 388 U. S. 14 (1967) 案中認為，當本案被告向州法院聲請傳喚共犯作證時，法院認定會因此形成被告友性證人、對檢察官不利的證詞，故禁止證人為被告作證<sup>218</sup>係違反美國聯邦憲法增修條文第 6 條規定，在使被告有權取得一切對自己有利的證據，牴觸法院兩造兼聽原則及武器對等。被告有權提出一切對自己有利的證據，*U. S. v. Nixon*, 418 U. S. 683 (1974)<sup>219</sup>案認為，是憲法所保障之基本權利，法院有義務協助調取關於被告相關連之事證及證據能力證明<sup>220</sup>。

218See *Washington v. Texas*, 388 U. S. 14 (1967), 「The right under the Sixth Amendment of a defendant in a criminal case to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor applies to the States through the Fourteenth Amendment. The State arbitrarily denied petitioner the right to have the material testimony for him of a witness concerning events which that witness observed and thus denied him the right to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=388&invol=14>, 2012 年 1 月 29 日訪問。

219See *U. S. v. Nixon*, 418 U. S. 683 (1974), 「No case of the Court, however, has extended this high degree of deference to a President's generalized interest in confidentiality. Nowhere in the Constitution, as we have noted earlier, is there any explicit reference to a privilege of confidentiality, yet to the extent this interest relates to the effective discharge of a President's powers, it is constitutionally based. The right to the production of all evidence at a criminal trial similarly has constitutional dimensions. The Sixth Amendment explicitly confers upon every defendant in a criminal trial the right to be confronted with the witnesses against him and to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor. Moreover, the Fifth Amendment also guarantees that no person shall be deprived of liberty without due process of law. It is the manifest duty of the courts to vindicate those guarantees, and to accomplish that it is essential that all relevant and admissible evidence be produced.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=418&invol=683>, 2012 年 1 月 29 日訪問。

220參見釋字第 627 號聲請書，美國聯邦最高法院於 1974 年針對 *United States v. Nixon* 案所作成之判決。在該判決中，美國聯邦最高法院針對總統所被命提出之證物屬性，進行類型區分而賦與程度不同之保護。首先，就涉及「軍事、外交或敏感之國家安全機密」(military, diplomatic, or sensitive national security secrets)，聯邦最高法院表示並不適用一般之個案具體權衡操作模式，而有必要給予此類資訊特別之保護(註三十三)。質言之，縱使檢察官證明在系爭案件中有利用此類證物之需求，亦不足以突破總統得拒絕提出此類證物之特權保護。總統就此類資訊所得主張者，為「國家機密特權」(State Secrets Privilege)，並非僅係一般的「相對特權」(qualified privilege)，而係「絕對特權」(absolute privilege)，蓋繼續維持此類資訊秘密性所具有之公共利益，已遠遠地超越命揭露此項資訊在系爭個案中所得獲致之利益，從而無須再由法院進行任何的個案利益權衡。上開之價值判斷與基本原則，實早寓於聯邦最高法院在本案前所作成之其他判決之中，在本案判決後更繼續地被下級法院所遵循。其次，在不涉及軍事、外交或敏感的國家安全機密情形下，對於法院命令提出的證物，如果該證物將揭露總統認為有必要保持秘密的事項，或涉及與政策決定、形成有關的討論、溝通等資訊，則該證物在原則上即推定為總統得拒絕提出 (presumptively privileged)；此拒絕提出之特權乃係「相對特權」，得透過檢察官證明其有特別需求該證物之必要，以突破 43 此種相對特權之保護。所謂「特別需求該證物之必要」係指該證物必須與系爭案件密切相關而為在該案件中實現刑事司法正義所不可或缺，同時無法經由其他途徑取得時，始足當

然當被告強制取證權與有拒絕證言權之證人或法律上應秘密情形之發生訴訟程序上之證明妨礙時，被告雖無權調閱未成年兒童在社福機關所作之陳述及相關紀錄，但在 *Pennsylvania v. Ritchie*, 480 U. S. 39, 58 (1986) 案中，法院例外允許被告有權要求法院審視該行政機關之紀錄，因該紀錄可能成為影響審判結果的證據<sup>221</sup>。

在涉及強制取證權與秘密線民保密關係中，被告請求揭露秘密證人之身分資料，大於政府保護秘密證人的利益。因案發當時線民在場且積極參與本案，其證詞對被告可能極有價值。*Roviaro v. U. S.* 353 U. S. 53 (1957) 案<sup>222</sup>認為，當秘密線民身分或其陳述的揭露，對被告的防禦或公平審判有助益者，法律所要保護的秘密必須讓步，被告有權知悉該秘密線民的身分。若不欲揭露秘密線民的身分，則必須撤回起訴。至於如何判斷秘密證人究竟為犯罪參與者或目擊者，法院通常以秘密審查程序的方式為之（in camera），亦即辯護律師或檢察官均不得在場，而由法官秘密訊問證人，決定其身分的洩漏對被告是否重要。對於秘密證人之身分

---

之。同時，受此相對特權保護之資訊，並不限於總統個人親自參與討論之對話溝通，即使係總統幕僚間之對話溝通，只要是在為總統提供建議意見之討論、準備過程中所為，亦包括在內。

<sup>221</sup>See *Pennsylvania v. Ritchie*, 480 U. S. 39, 58 (1986), 「The court vacated the conviction and remanded for further proceedings to determine whether a new trial should be granted. On the State's appeal, the Pennsylvania Supreme Court held that, by denying access to the CYS file, the trial court order had violated both the Confrontation and the Compulsory Process Clauses of the Sixth Amendment, and that the conviction must be vacated and the case remanded to determine if a new trial was necessary. The court concluded that defense counsel was entitled to review the entire file for any useful evidence.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=480&invol=39>, 2012年1月23日訪問。

<sup>222</sup>See *Roviaro v. U. S.* 353 U. S. 53 (1957), 「Where disclosure of an informer's identity, or of the contents of his communication, is relevant and helpful to the defense of an accused, or is essential to a fair trial, the Government's privilege to withhold disclosure of the informer's identity must give way. However, no fixed rule is justifiable. The public interest in protecting the flow of information to the Government must be balanced against the individual's right to prepare his defense. Whether nondisclosure is erroneous depends on the particular circumstances of each case, taking into consideration the crime charged, the possible defenses, the possible significance of the informer's testimony, and other relevant factors.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=353&invol=53>, 2012年1月29日訪問。



辨識資料得保持秘密，但祕密證人陳述內容則不能保持秘密，被告有權知悉。若祕密證人陳述內容的揭露，會導致證人身分洩漏時，此陳述部分內容亦得保持秘密，被告無權知悉。但若祕密證人為犯罪參與者或係重要目擊證人，而其證詞對被告極為重要時，該證人的身分不得保持秘密，被告有權知悉。若僅係將所聽聞已發生的事實傳達給警方知悉，則其身分得受保護，被告無權知悉。

被告得否強制取證，法院應依具體個案，採取利益衡量標準考量被告對該證據證明之需求，並從證據取得之障礙、政策及利益，並以祕密審查的方式檢視證詞或證物。因此，在追訴機關與被告間武器對等原則之維持，係當事人進行主義下權力均衡狀態，國家追訴機關之優勢地位不等於可任意變更遊戲規則，使被告遭受有罪判決之高度風險<sup>223</sup>。

#### 第四項 與我國保障對質詰問權之比較與檢討

我國刑事訴訟制度與美國法上當事人進行主義訴訟制度不同，在當事人進行主義國家，有必要將對質詰問權列為刑事被告的基本人權，在武器對等原則下發現真實未必具有較其他利益更重要而犧牲審判程序的公平性，因而，在釋字第 384 號解釋認為，訊問證人乃調查證據方法之一種，英美法因採當事人主義及交互詢問制，證人應由當事人自行發問。依美國憲法增修條文第 6 條規定被告享有與對造證人對質之權利。故當事人之反對發問權為證人證據能力發生之要件；我國刑事訴訟法舊法時期採法院訊問

---

223參見前揭註 25，第 183-193 頁。

制，雖當事人有質問權及詰問權，其作用係在調查證據，藉此發見證據資料及探求證人之態度，憑以判斷證據之真實性，與證據能力無關。故當事人拋棄其詰問權，乃影響證據力之問題；證人雖未經當事人詰問，其證言仍非不得採為認定事實之證據。

在有關武器平等原則從什麼時候開始？保障被告訴訟權，主要在於保障他的防禦權，如果被告的防禦權是憲法所保障的權利，武器平等原則也就不可能不是憲法上的原則，因為武器平等原則，正是為了鞏固被告的防禦權而產生的。在刑事訴追程序中，防禦權專屬於被告，因為在訴追程序當中，被告是沒有武器的人，有武器的人是代表國家機器的檢察官，只要補足被告的防禦機會，就能滿足武器平等原則。被告究竟有無防禦必要，或應該有什麼防禦武器，是被告被當作犯罪嫌疑人的時候已經開始，而不是等到審判時才開始，釋字第 665 號<sup>224</sup>部分不同意見書認為，因為被指為犯罪嫌疑人時，被告已經遭受攻擊。

在刑事被告而言，其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第 8 條第 1 項規定非由法院依法定程序不得審問處罰之正當法律程序所保障之權利。刑事審判上應使其在對審制度下，依當事人對等原則，享有充分之防禦權，俾受公平審判之保障。刑事被告對證人有詰問之權。此項權利，釋字第 582 號解釋認為，不論於英美法系或大陸法系國家，其刑事審判制度，不論係採當事人進行模式或職權進行模式，皆有規定。刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世

---

224參見 <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/665部分不同意見書許玉秀doc.pdf>, 2012年2月12日訪問。

價值之基本人權。

我國現行刑事訴訟法第 166 條以下有關證人詰問順序，雖未必與英美法相同，但對質詰問權不論是當事人進行或職權進行模式下均為普世價值之人權，在刑事訴訟程序中，基於武器對等原則，當人民遭遇國家追訴機關著手強制處分時，不論此時身分為何，對質詰問權之保障即為人民建構權利之防禦體系。

從對質詰問權之歷史得知在於防止與治癒大陸法系刑事訴訟之惡，尤其以被告不在場之對被告不利之陳述所得之證據，特別是審判外之供述證據的情形，並確保證據在訴訟程序上有可信用性之擔保，防止政府濫權。我國自釋字 384 號解釋以降，將對質詰問權納入被告之防禦權，但在刑事訴訟實務，我國尚無法擺脫職權調查證據之立法例，使得被告行使對質詰問權淪為形式，雖然在刑事訴訟法第 159 條以下引進傳聞法則及例外之規定，進而產生被告對質詰問權與傳聞法則之例外大量審判外之證據間的緊張關係。我國刑事訴訟制度若要能更符合憲法刑事基本人權之保障，則對於職權色彩的淡化，應有明確之修正。

### 第七節 辯護權之保障 (Right to counsel)

任何人被指控犯罪而在無律師之協助，係剝奪了普通法原則的發展以來所應有之權利，美國政府部門在傳統上採用國家律師解決法律問題。美國聯邦憲法增修條文第 6 條規定，接受律師協助最初是以能夠負擔得起律師費用的方向作有限制的保障。自 1930 年阿拉巴馬州法院，在廢止死刑案件中享有律師協助之權利，開始擴大接受律師協助之範圍。法院認為在審判中依正當法

律程序，被告有權選擇聘請律師及費用負擔之必要性，就被告相關聯的基本個人權利的尊重與接受律師援助的權利是憲法基本原則。因為即使是一個受過專業法律科學教育的律師都顯的外行時，那被指控為犯罪嫌疑之人，是沒有能力確定自己被起訴的犯罪事實與違犯何種法律。如果被告在欠缺法律專業技能、知識及充分準備的攻防而無律師協助下，被告受審與定罪倘若係在欠缺關聯性的證據，或與犯罪無關證據上之法律問題，即使是一個無罪之人亦無法防止冤獄的發生。美國聯邦憲法增修條文第 6 條之所以要求，在偵查與審判程序中每一階段，必須有接受律師對被告或犯罪嫌疑人提出訴訟指導，是因為權利是不會主動實現的，要是沒有律師據理力爭，這些權利就不會存在，紮實的辯護可以改變被告的命運，沒有律師協助之權利，縱然被告並非有罪之人，亦無法免於面臨被定罪之風險<sup>225</sup>。

---

225See U. S. Constitution: Sixth Amendment- ASSISTANCE OF COUNSEL: 「Neither in the Congress which proposed what became the Sixth Amendment guarantee that the accused is to have the assistance of counsel nor in the state ratifying conventions is there any indication of the understanding associated with the language employed. The development of the common-law principle in England had denied to anyone charged with a felony the right to retain counsel, while the right was afforded in misdemeanor cases, a rule ameliorated in practice, however, by the judicial practice of allowing counsel to argue points of law and then generously interpreting the limits of legal questions. The colonial and early state practice in this country was varied, ranging from the existent English practice to appointment of counsel in a few States where needed counsel could not be retained. Contemporaneously with the proposal and ratification of the Sixth Amendment, Congress enacted two statutory provisions which seemed to indicate an understanding that the guarantee was limited to assuring that a person wishing and able to afford counsel would not be denied that right. It was not until the 1930's that the Supreme Court began expanding the clause to its present scope. The expansion began in *Powell v. Alabama*, in which the Court set aside the convictions of eight black youths sentenced to death in a hastily carried-out trial without benefit of counsel. Due process, Justice Sutherland said for the Court, always requires the observance of certain fundamental personal rights associated with a hearing, and '' the right to the aid of counsel is of this fundamental character. This observation was about the right to retain counsel of one's choice and at one's expense, and included an eloquent statement of the necessity of counsel. The right to be heard would be, in many cases, of little avail if it did not comprehend the right to be heard by counsel. Even the intelligent and educated layman has small and sometimes no skill in the science of law. If charged with crimes, he is incapable, generally, of determining for himself whether the indictment is good or bad. He is unfamiliar with the rules of evidence. Left without the aid of counsel he may be put on trial without a proper charge, and convicted upon incompetent evidence, or evidence irrelevant to the issue or otherwise inadmissible. He lacks both the skill and knowledge adequately to prepare his defense, even though he have a perfect one. He requires the guiding hand of counsel at every step in the proceedings against him. Without it, though he be not guilty, he faces the danger of conviction because he does not know how to establish

## 第一項 當事人對等與程序之公平(Adversary v. s justice procedure)

刑事被告有權聘請律師，在文明國家為基本人權的一部分。美國將之明文訂定於人權法案<sup>226</sup>，並於憲法增修條文第 6 條規定：「In all criminal prosecution, the accused shall enjoy the right..to have the assistance of counsel for his defense.」我國憲法中未明文將律師權訂入。被告若是無罪之人，他自己就是最好的辯護律師，被告只要依事實陳述，就能證明自己無辜。若被告為有罪之人，被告的行止、語言自能透露真相，狡猾的律師只會阻礙此真相的發現，但普通人從日常生活中，突然被帶入複雜龐大的司法體系中，被控以犯罪，又受生命、自由、財產的威脅，常徬徨無依不知所措，律師能提供專業的知識，教導當事人如何應對，如何保存或調查證據，對被告的重要性，不容否認。換言之，律師於刑事訴訟中能幫助法院發現真實，能協助無辜之人平反，能保護有罪之人的應有權利。美國聯邦憲法增修條文第 6 條只規定被告有權聘請律師的協助，但未言及貧窮的被告得要求政府為其聘任律師。美國聯邦最高法院於 Johnson v. Zerbst, 304 U. S. 45 (1932) 案中認為，死刑案件若被告無資力聘請律師，政府應為其聘任律師，否則即與正當法律程序 (Due Process) 的規

---

his innocence.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment06/10.html#2>, 2012 年 2 月 6 日訪問。

226參見前揭註 30, 「If the Bill of Rights was indeed less controversial than the Constitution, one might again wonder, why was there not a bill of rights provided by the Federal Convention with the original text of the Constitution it produced in 1787? One obvious answer is that the Convention was too busy devising what almost all of the delegates believed was needed in fundamental constitutional reform to take time also to devise what was not perceived by most of them to be needed. Besides, as we have seen, a bill of rights was regarded by many of the delegates to the Federal Convention as doing little more than reaffirming rights long secured and daily being exercised all over the Country.」, page51.

定有違。甚至在 *Gideon v. Wainwright*, 372 U. S. 335 (1963) 案中，規定各州政府應為該州重罪（法定刑一年以上有期徒刑之罪）的貧窮刑事被告聘任律師<sup>227</sup>。但在 *Scott V. Illinois*, 440 U. S. 367 (1979) 案中表示，並非每一個貧窮的刑事被告都有權要求政府委派律師<sup>228</sup>，此權利只有當被告確實被科拘役或徒刑時始有適用，若被告只被科處罰金則不適用。為何貧窮的被告有權要求政府替其委派律師？美國聯邦最高法院認為若被告是否聘請律師有影響於審判結果時，將間接等於金錢會影響審判結果，大法官 Black 在 1956 年曾寫下名言：「There can be no equal justice where the kind of trial a man gets depends on the money he has.」。美國刑事訴訟採當事人進行主義，刑事被告在無法負擔律師費用的情形下，律師的能力與受律師協助的權利絕對會影響刑事審判結果。

接受律師協助的權利，在 *Arizona v. Roberson*, 384 U. S. 436 (1988) 案中認為：美國憲法增修條文第 5 條不自證其罪所保障嫌疑人得要求與律師商議之權利，應適用於欲偵訊嫌疑人之任何問題，因羈押與偵訊之脅迫氛圍對嫌疑人造成不自在，除非嫌犯自己主動表示要與警方交談<sup>229</sup>，美國憲法增修條文第 5 條提出「被

---

227See *Gideon v. Wainwright*, 372 U. S. 335 (1963), 「Charged in a Florida State Court with a noncapital felony, petitioner appeared without funds and without counsel and asked the Court to appoint counsel for him; but this was denied on the ground that the state law permitted appointment of counsel for indigent defendants in capital cases only.」，  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=372&invol=335>, 2012 年 1 月 23 日訪問。

228See *Scott V. Illinois*, 440 U. S. 367 (1979), 「...that not every indigent defendant accused in a state criminal prosecution was entitled to appointment of counsel.」，  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=440&invol=367>, 2012 年 1 月 23 日訪問。

229See *Arizona v. Roberson*, 384 U. S. 436 (1988), 「that a suspect who has "expressed his desire to deal with the police only through counsel is not subject to further interrogation by the authorities until counsel has been made available to him, unless the accused himself initiates further communication."」，  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=486&invol=675>, 2012 年 1 月 23 日訪問。

告在不同時間針對不同罪行向不同偵訊之員警作出的不同供詞，不應一視同仁」之主張，並無任何幫助。美國聯邦憲法增修條文第 6 條之律師協助辯護權保障，源自於嫌疑人被正式指控特定罪行，因此面臨起訴，就一個認為自己無法應付警方羈押偵訊之脅迫壓力而要求律師在場陪訊的嫌犯而言，無疑地將加劇嫌犯怕被逼供的壓力。要求與律師商議的嫌犯，可以在律師之建議下決定如何處理警方的另行調查。如果嫌疑人主動表示要與警方交談的任何內容，都因符合美國憲法增修條文第 5 條不自證其罪之規定，而得被合法使用作為犯罪證據。換言之，本案所表示的是，當被告起訴後且聘有律師，必須通知其律師始能對被告取供，若律師不在場，不論警察以何種方式取得被告陳述，亦不論該陳述與事實是否相符、是否具有任意性，皆不得作為證據<sup>230</sup>。

## 第二項 形式對等到實質對等(styled Adversary to substantial Adversary)

刑事訴訟之辯護制度主要為顧及當事人對等。蓋國家機關擁有專業法律知識之執法人員，而被告常為法律門外漢，在未賦予被告之律師權，以平衡追訴機關與被告間之武器不對等。從法院審判程序之公平而言，如無辯護制度，審判程序將形成追訴與審判機關進行對刑事訴訟程序，被告縱使在場亦無濟於審判結果。審判之結果攸關被告之憲法基本人權之保障，在面對起訴及繁複的審判程序無法貫徹法律上應遂行之訴訟上之權利導致無法澄清真相發現真實、防止誤判。因此為保障被告之利益，應考量在當

---

<sup>230</sup>參見前揭註 217，第 105-109 頁。

事人對等、審判之公平性之因素下，使被告於審判中應享有律師權<sup>231</sup>。

偵查與審判程序有截然不同之歷史軌跡，傳統上辯護制度原只適用於審判中，偵查中並無適用之餘地。審判為檢察官對被告正式控訴，請求法院對被告定罪科刑；偵查程序中並無中立法院介入追訴機關與被告間，審酌兩造間之對立爭訟事實。偵查中律師權之保障係為使被告免於國家高權之強制處分所受之生命、身體、自由及財產，因國家追訴機關追訴犯罪之狂熱所為之任意決定<sup>232</sup>。

有關審判中之被告接受律師協助之權，在 POWELL v. STATE OF ALA., 287 U.S. 45 (1932)案中，Chief Justice Anderson 更認為，在被判處死刑案中，審判被告之刑事訴訟程序違反增修條文第 14 條正當法律程序及被剝奪平等保護理由如下：一、被告未獲得公正、公平之審判；二、並且未在審判前及時的接受律師就遭控訴事實諮詢與準備之機會；三、審判程序前排除了對被告有利之陪審團成員。因為，審判前未能獲得接受律師協助機會之理由，對被告而言，就已經是折損被告憲法權利<sup>233</sup>。

231王惠光著，律師之保密義務，月旦法學雜誌第 180 期，2010 年 6 月出版，第 248 頁，我國律師倫理規範上的保密義務，主要規定在律師倫理規範第 33 條，在 2009 年 9 月 19 日的修正中，大量引進美國律師專業行為準則的規定，而列舉保密義務的例外情形。不過，美國律師專業行為準則對於保密義務及利益衝突的規定較為詳盡，而我國的條文相對而言就少很多；再者，美國律師專業行為準則中，把保密義務和利益衝突的條文放在一起，這樣的規定其實比較完整，因為保密義務經常和利益衝突有關，尤其在探討整個事務所利益衝突的時候，律師能否盡到保密義務，也經常是否構成利益衝突的癥結點，所以美國將保密義務與利益衝突合在一起作約束有其道理。不過，我國雖然將保密義務和利益衝突的條文分別擺在不同的條文，但是，如果在解釋及適用時能夠注重其關聯性，則在最後的適用結果上也不會不同。

232參見前揭註 101，第 424-426 頁。

233See POWELL v. STATE OF ALA., 287 U.S. 45 (1932)- Chief Justice Anderson thought: 「In this court the judgments are assailed upon the grounds that the defendants, and each of them, were denied due process of law and the equal protection of the laws, in contravention of the Fourteenth Amendment, specifically as follows:(1)They were not given a fair, impartial, and deliberate trial;(2)they were denied the right of counsel, with the accustomed incidents of consultation and opportunity of preparation for trial; and(3)they were tried before juries from which qualified members of their own race were systematically



### 第三項 與我國保障辯護權之比較與檢討

在人身自由受有限制之被告防禦權保障，尤以受羈押被告與辯護人接見時得充分自由溝通之權利應受憲法保障。在現代法治國家採行之控訴原則下，刑事被告已取得「程序主體」之地位，而不再是單純之程序客體。為擔保其程序主體地位，乃發展出所謂「不自證己罪」、「無罪推定」、「事疑利於被告推定」等原則。儘管刑事被告已取得程序主體地位，但鑑於其與代表國家行使追訴權之檢察官間，無論在組織、人力、物力上以及專業法律知識等方面，兩者均有相當之差距。釋字第 654 號<sup>234</sup>協同意見書認為，故為維持被告與檢察官間雙方武器平等，被告應享有辯護權，於訴訟上防禦其權利，排除追訴檢察官對其不利之控訴。因此，被告不但得隨時選任辯護人，於強制辯護案件，法院且必須主動為未選任辯護人之被告指定辯護人，國家機關亦有義務於訊問被告前，告知其得選任辯護人。

蓋法治國之自主原則與平等原則於遠古糾問制度之下，被告乃訴訟客體，法官為被告之辯護人，自無所謂被告防禦權可言。隨著法治國思想之發展，於現代職權主義與當事人主義之刑事訴訟制度，依據法治國之自主原則，被告逐漸獲得訴訟主體之地位。憲法上之自主原則在刑事訴訟法上之第一層意義，乃無罪推定原

---

excluded. These questions were properly raised and saved in the courts below. The only one of the assignments which we shall consider is the second, in respect of the denial of counsel; and it becomes unnecessary to discuss the facts of the case or the circumstances surrounding the prosecution except in so far as they reflect light upon that question.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=287&invol=45>, 2012 年 2 月 13 日訪問。

<sup>234</sup>參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/654協同意見書\\_葉百修\\_.pdf](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/654協同意見書_葉百修_.pdf), 2012 年 2 月 12 日訪問。

則。無罪推定原則復有雙層涵義：其一，未有證據證明被告曾有犯罪事實之前，推定被告為無辜，亦即沒有證據證明，不能認定犯罪，此即犯罪依證據認定之證據裁判原則；其二，證明被告有罪之證據，必須無合理可疑，否則，即應作有利被告之認定，此即所謂罪疑有利被告原則（*in dubio pro reo*）。自主原則於刑事訴訟法上之第二層意義，則為被告之不自證己罪原則。不自證己罪原則即禁止被告背叛自己，而成為對己不利之證據方法。基於國家所當然承認之個人人格自由，被告並非訴訟客體而係訴訟主體，被告既為訴訟主體，即有權決定是否以及如何捍衛自己在訴訟上之權利，而不自陷於不利之地位。不自證己罪原則（*nemo tenetur seipsum accusare*）亦有兩層意義：其一，關於被告自白之證據能力，賦予被告緘默權，且被告之緘默不得據以作為不利於被告之認定；其二，關於被告自白之證明力，被告不利於己之供述，包含被告之犯罪自白，均不得作為認定被告有罪之唯一證據。所謂被告之緘默權，乃是被告不得被迫為不利自己之陳述，然基於自主原則，應准許被告任意為不利自己之陳述，亦即，基於法治國之自主原則，不自證己罪原則之意涵，僅限於禁止強迫被告為不利己之陳述，而不禁止被告之任意陳述，是以被告之非任意自白，不具有證據能力，被告之任意自白，非不得作為認定被告有罪之證據，亦即，具有證據能力。惟若僅以被告之任意自白，作為認定被告有罪之唯一依據，則復抵觸禁止被告背叛自己之法則，故禁止以被告之任意自白，作為認定被告有罪之唯一依據。基於法治國之自主原則，被告享有訴訟上之自主權，即作為

訴訟主體之防禦權，諸如上述之緘默權（刑事訴訟法第 95 條第 2 款參照）、共同被告間之對質與詢問（刑事訴訟法第 97 條參照）、詰問證人之權利（刑事訴訟法第 166 條以下參照）、委任辯護人以加強防衛力量之權利（刑事訴訟法第 27 條以下參照），以及保全證據之權利（刑事訴訟法第 219 條之 1 參照）等，皆能使被告於訴訟上與可以倚靠國家機器之原告公訴機關，享有武器上之平等地位，而有受公平審判之機會。釋字第 582 號<sup>235</sup>協同意見書認為，憲法上保障刑事被告之防禦權，即等同於保障其訴訟權，保障刑事被告之訴訟權，即等同於保障其於訴訟上與他造平等之權利地位。

美國聯邦憲法規定被告享有律師權，係為貫徹武器對等原則，攸關憲法平等原則是否落實。我國憲法雖未明文，但釋憲實務認為此一權利受憲法保障，並以憲法第 16 條之訴訟權為依歸。審判中，美國與我國均有辯護人在場之相關法律效果，但就憲法刑事基本人權之保障，重點在於偵查中如何享有受律師協助之權利。蓋被告面對偵查機關時就已經決定將來審判結果，如何強化偵查中辯護權之落實，將影響被告於偵查中之自白是否得為證據使用，並對抗強而有力之國家機器對已不利之搜證與調查。

## 第八節 正當法律程序之保障 (Due process of law)

美國聯邦憲法增修條文第 5 條之正當法律程序主要認為：這個深植於傳統與文明社會中，所設想的整個歷史的道德原則基礎之正當法律條款保障了憲法制度之基本權利。正當法律程序的內

---

<sup>235</sup>參見 <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/582-司法院.doc.pdf>, 2012 年 2 月 12 日訪問。

容是歷史源流中所創作出來的，尋繹英國大憲章時期，King John 曾承諾除依法律或法院判決，不得剝奪自由或監禁等。正當法律程序首次出現在 1354 年，在欠缺正當法律程序之下，不得剝奪他人生命、身體及財產。雖然其本質上是大憲章時期，國王與貴族之間的利益爭奪的結果，但隨時間推移了此一條款最初適用之範圍，並且遠遠超出整個 14 世紀英國議會立法的初衷。法院在保障人權典章所列舉之基本人權諸多自由與權利過程中，引用正當法律程序條款，限制國家權力，並適用於美國各州。促使國會立法把自由權利透過正當法律程序條款形成法律體系。藉此保障美國的領土內的所有人民之基本人權。早期美國司法的歷史上，就試圖制定一種自然法所賦予之權利，限制政府權力，藉此實現自然正義；特別是對人民財產權的保障理論。州法院也都加入這場論爭。因此有認為，美國之成文憲法乃是國家的最高法律與進行司法審查之依據，非僅以實現自然法上之自然權利為限；政府的追訴權力發動及限制，須由立法機關參酌公眾利益及憲法限制。然而，不論是州法院審理的過程，或國會立法程度，州法律和州憲法條款中正當法律程序之實質內容，無法滿足正當法律程序之保障自由權利。因此，聯邦最高法院在密蘇里州的蓄奴案中表示，違憲的其中一個原因是剝奪了人民的自由或財產。1930 年以後最高法院對美國聯邦憲法增修條第 14 條之實質性內容，重新闡述在非經濟立法領域，並繼續課與聯邦和州立法之義務。美國聯邦憲法增修條文第 14 及第 5 條之規定內涵，能隨著社會發展及時間遞演繼續適用於美國而有不一樣的面貌，使它在權利保障避免適用

上的混亂、重複可能，並平穩過渡到現代社會經濟領域。尤其在增修條文第 5 條的規範內容，將形成限制聯邦政府行為在人權典章之保障程序的公平性及避免恣意的操作，例如：陪審團的審訊、大陪審團起訴書、保釋金與罰款禁止過度，以及合理適當的損害賠償。而增修條文第 14 條與第 5 條條規定，它將人權典章中隱含人權保障在美國憲法的公平、正當的法律程序標準與增修條文規定連結適用。這兩條規定的方向與適用或有不同，但是分別所要求的內容在審判公平性及審理有其一致性，憲法基本權利保障的解釋在個案上如果不完全相同者、則在聯邦政府層級需要分開處理，因此，就正當法律程序的探討，在意義上有很大的程度，是保留在增修條文第 14 條的部分。最後應加以說明，對於增修條文第 14 條的一些解釋與適用結果有逐漸擴大增修條文第 5 條的解釋作為平等權保障的發展趨勢<sup>236</sup>。並且在 *Pointer v. Texas*, 380 U.S. 400 (1965) 案中，MR. JUSTICE HARLAN 大法官認為，在聯邦法院刑事審判中，透過增修條文第 14 條之規定適用於各州之刑事案件，係隱藏在正當法律程序之概念下之一種屬於訴訟程序上確保公平審判之權利，如何藉由增修條文第 14 條之規定選擇性結合反

---

236See U.S. Constitution: Fifth Amendment-DUE PROCESS: 「It is now the settled doctrine of this Court that the Due Process Clause embodies a system of rights based on moral principles so deeply imbedded in the traditions and feelings of our people as to be deemed fundamental to a civilized society as conceived by our whole history. The content of due process is a historical product that traces all the way back to chapter 39 of Magna Carta, in which King John promised that no free man shall be taken or imprisoned or disseized or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land. The phrase due process of law first appeared in a statutory rendition of this chapter in 1354. 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 be brought to answer by due process of law. Though Magna Carta was in essence the result of a struggle over interest between the King and his barons, this particular clause over time transcended any such limitation of scope, and throughout the fourteenth century parliamentary interpretation expanded far beyond the intention of any of its drafters.」,

<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/11.html>，2012 年 2 月 6 日訪問。

映人權清單所保障刑事基本人權的體現。以下從程序正義、形式到實質之正當法律程序，分述如次：

### 第一項 程序正義 (Procedural justice)

法院在保障人權典章所列舉之基本人權諸多自由與權利過程中，係引用正當法律程序條款，限制國家權力，並適用於美國各州。促使國會立法把自由權利透過正當法律程序條款形成法律體系。藉此保障美國的領土內的所有人民之基本人權<sup>237</sup>。

正當法律程序原則，原濫觴於英國大憲章 (Magna Carta)。依據貴族或自由人同儕之決定或普通法規定之法定程序，才得以拘束人身自由。但作為各國現代憲法鼻祖之英國大憲章，在一些人權問題上，實難歸類於先進國家之列。英國直到 1912 年才以法官審判規則 (Judges' Rules 1912) 之形式，確立在審判前的訊問，被告有拒答之權利，但被告的緘默權一直受到挑戰。直到 1966 年，歐洲人權法院還必須在 John Murray v. UK (Application no. 18731/91; 22 EHRR 29, at para. 45) 一案，宣示緘默權是歐洲人權公約第 6 條所要求的國際標準，告誡英國不得侵犯被告緘默權利。英國雖然在 1953 年加入歐洲人權公約，但是遲至 2000 年的人權法 (Human Right Act (HRA) in 2000) 才通過符合該公約要求的內國法律。在 McGonnell v. UK (Application

---

237參見前揭註 236, 「Standing by itself, the phrase due process would seem to refer solely and simply to procedure, to process in court, and therefore to be so limited that due process of law would be what the legislative branch enacted it to be. But that is not the interpretation which has been placed on the term. It is manifest that it was not left to the legislative power to enact any process which might be devised. The article is a restraint on the legislative as well as on the executive and judicial powers of the government, and cannot be so construed as to leave congress free to make any process due process of law by its mere will. All persons within the territory of the United States are entitled to its protection, including corporations, aliens, and presumptively citizens seeking readmission to the United States, but States as such are not so entitled.」

no. 28488/95；30 EHRR 289) 一案，上訴人指摘職掌最高審級救濟的皇室法院 (the Royal Court) 大法官 (the Lord Chancellor) 同時兼任上議院議員，以及法務部長，集行政、立法、司法於一身，有違歐洲人權公約所要求公平審判原則，歐洲人權法院審理後，認為這種體制，無法確保法院審判之中立性與獨立性，才迫使英國在 2009 年 10 月 1 日成立最高法院，此時英國的司法權才算全面脫離行政權與立法權。可以說保證公平審判的法官獨立與法官中立原則，直到 21 世紀開始一段時間，在英國才告確立<sup>238</sup>。

一個人文明與否，從與人往來的應對進退，可以看出端倪；一個國家的文明程度，則完全取決於國家權力的運作，是不是能夠遵守正當法律程序原則。人能夠知道是什麼？一個法官<sup>239</sup>能夠說的是，他根據一個不會被質疑的程序，得到一個應該被接受的真相。人能做的，未必是真的給予一個真相，而是從假設的真實，推論符合真實的條件，再創造一套可以找到這些條件的方法，也就是設計並實踐一套可以保證真實比較容易被發現的程序，俗稱公平的遊戲規則。如果遊戲規則是公平的，一般會說結論是公平的，而公平的結論，就是被承認的真相。適用公平的遊戲規則，通常稱為符合程序正義。如果一般人所說的惡有惡報，是實體正

238參見前揭註 25，第 59-75 頁。

239參見葉俊榮著，恐龍法官與恐龍法學，台灣法學雜誌第 164 期，2010 年 11 月 15 日出版，第 42-43 頁，法學教育系統終究必須有所反省。第一個反省，並不是法學教育的內涵本身，而是許多法官都是在受完法學教育後，通過考試就直接去擔任法官了，因此，絕大多數的他們在剛開始當法官時，年紀都很輕，除了已經被認可 (透過考試) 的法學素養外，其他的社會經驗與時空脈絡感知，都是很有限的，偏偏法院並不是一個磨練經驗的地方，因為審判獨立以及法官的權威性，使得法官一辦案就必須有「貧賤不能移，威武不能屈」的涵養，也必須以「明察秋毫，勿枉勿縱」為天職。台灣的法官，絕大多數都是這是養成的，想要從律師或教授延攬人才進入法院，一直都不太成功。但是，每年司法官考試還是繼續舉辦，司法官訓練所每年也都有一百至兩百個「準法官」進入受訓，他們的平均年齡大約 27 歲。這是我們與波斯納所描繪的美國法官的不同。第二個反省，則是法學教育的內涵本身。姑且不談將近二年的司法官訓練課程 (如果法官不是用考的，整個司法官「訓練」制度當然必須全盤調整)，開始當法官的年輕人，還很新鮮地承載著在法律系 (或補習班) 所受的法學教育。比較資深的法官，更是將這些內容在實務工作中不斷延伸。法官的「職業管道」中由外界人才橫向補充的，除了大法官以外，可說少之又少。這是不是已經很清楚地顯示，法學教育的內涵如果不夠與時俱進，將對法官的審判模式，或是如同波斯納所說的，與「法官如何思考」有相當大的關連。

義，能夠實現惡有惡報的程序，就是程序正義。實體正義是否實現，只有天知道，是神的正義，能夠透過公平的遊戲規則實踐的程序正義，則是人所能掌控的正義。將實體正義詮釋為神的正義，或許令人沮喪，但作為渺小的人，如果能夠實現程序正義，藉由程序正義定義實體正義<sup>240</sup>，仍然足以感到安慰。因此，正當法律程序原則的功能，在於保障權力（利）的正當運作，而同時也能界定權力（利）得正當範圍，甚至提供權力（利）的正當基礎<sup>241</sup>。

從歷史發展來看，自美國聯邦憲法增修條文的 14 條於 1868 年制定生效以來，在刑事訴訟程序中，何種程序方屬正當會決定州政府之刑事訴訟程序是否符合美國聯邦憲法增修條文第 14 條之正當法律程序原則，具體的爭點可化約為：憲法權利清單上所列原拘束聯邦之各項刑事訴訟程序保障條款，有哪些條文必須適用於各州？聯邦最高法院所採取的是「選擇性結合」（selective incorporation）的方法，即有何規定可被視為美國法律體系之基本原則（fundamental to the American system of law）而一體適用於全國，並從個案中一點一滴的抓取權利清單中程序性權利保障制度，直至 1968 年此一爭議才大致塵埃落定。權利清單中的各種程序權利，除刑事訴訟應由大陪審起訴、民事案件應由陪審團審判仍拘束聯邦外，其餘不得為不合理之搜索、扣押、不自證

---

240參見黃榮堅著，問題不在暴力，問題在正當性，台灣法學雜誌 117 期，2008 年 12 月 1 日出版，第 9 頁，國家不敢面對的正義？國家暴力相對於個人暴力的可怕，一在受害者求救無門，因為典型的國家暴力，高層執政者本身就是加害人，所以事實上不可能追究自己的責任。二在扭曲價值論述，斷絕爾後一切轉型正義的契機，因為執政者掌握一切國家資源，足以抹黑異議人士，或者至少麻痺人民的正義概念。我們看到執政者譴責反對人士背棄和平的承諾，問題是，除非執政者中心果真毫無民主概念，否則既然國家本身背棄於人民的民主承諾時，還有什麼資格要求人民必須信守和平的承諾？就事後的責任追究而言，理論上，不管是來自哪一方面的人士，對於事發當天個人直接或間接使用暴力的情形必須逐一清查，必須逐一確定其責任。於此，我們固然看到政府機關積極對於參與集會遊行者的撻伐與刑事追訴，但是對於最應該負責任，也最可能構成犯罪的各層級執政者，卻沒有任何甚至只是偵查事實的動靜。

241參見前揭註 25，第 58 頁。



其罪、與證人對質詰問權利及公開審判等，幾乎經由此種選擇性結合，適用於各州。在 SOLESBEE v. BALKCOM, 339 U.S. 9 (1950) 案中法院認為，凡國家針對犯人的有罪判決及其後刑之執行，得否依據增修條文第 14 條規定，就有關犯人精神狀態來確定是否執行譴責的刑之執程序，蓋若如是，應否致力於主張正當法律程序之規定，該精神障礙者或可由律師詰問證人之方式及證據接受法院審理。國家之正當程序，不會執行一個因瘋狂而責任能力有欠缺被判處死刑嗎？這是傳統上與制度賦予人民這樣的權利保障嗎？這與深植於我們整個文明歷史社會所設想的正當法律程序的道德原則基礎是否相符？正當法律程序程序最主要的是去追問，什麼是公平、公正之本質。在法院執行限制的個人意見表達的憲法規範時，法院如何採取令人信服的證據及符合人民普遍的感情，來判斷有關正當程序<sup>242</sup>。

美國聯邦最高法院並無大膽的將全部的程序保障都納入到增修條文第 14 條，甚至沒有在某些個案中逕行指示應結合於增修條文的 14 條的明細表，最高法院是權衡具體個案保障需求強度決定

---

242See SOLESBEE v. BALKCOM, 339 U.S. 9 (1950): 「Where a state policy is against execution of a condemned convict who has become insane after conviction and sentence, it is not a denial of due process under the Fourteenth Amendment to vest discretionary authority in the Governor (aided by physicians) to determine whether a condemned convict has become insane after sentence and, if so, whether he should be committed to an insane asylum - even though the Governor's decision is not subject to judicial review and the statute makes no provision for an adversary hearing at which the convict may appear in person or by counsel or through friends and cross-examine witnesses and offer evidence. ... Does the Due Process Clause then bar a State from executing a man under sentence of death while insane? It is now the settled doctrine of this Court that the Due Process Clause embodies a system of rights based on moral principles so deeply embedded in the traditions and feelings of our people as to be deemed fundamental to a civilized society as conceived by our whole history. Due process is that which comports with the deepest notions of what is fair and right and just. The more fundamental the beliefs are the less likely they are to be explicitly stated. But respect for them is of the very essence of the Due Process Clause. In enforcing them this Court does not translate personal views into constitutional limitations. In applying such a large, untechnical concept as due process, the Court enforces those permanent and pervasive feelings of our society as to which there is compelling evidence of the kind relevant to judgments on social institutions.」,

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=339&invol=9>, 2012 年 2 月 10 日訪問。

是否將刑事訴訟案件之陪審、強制辯護、對質詰問等系爭制度認定為基本權利而適用於全國。美國聯邦最高法院使用逐案累積權衡，是因為何種程序方為正當本來就與案件類型或事實背景有著密切關係，難以一概而論。要抽象的劃出界限，列出適用的清單，恐怕已超出司法機關的能力，最好由立法部門為之，較符合權力分立原理<sup>243</sup>。但失之抽象且僵硬的立法規範，又該如何的在幻化萬千的具體社會事實之案件裡，抽絲剝繭的具體適用，使憲法正當法律程序條款符合社會脈動同時與時俱進？由法官解釋憲法，與其說是起始於美國開國元勳之智慧，毋寧說是美國憲政發展史上的偶然。建立一個立法、司法及行政三權分立與制衡之政府，才是人民生命、身體、自由或財產不受侵犯之保證。立法部門為擁有政府之財政收支權、行政擁有人民之尚方寶劍，司法部門則又擁有什麼來對抗立法與行政部門？在1789年簽署通過之美國聯邦憲法對此並無肯定之答案。1803年 *Marbury v. Madison* 案中認為，法院應負起守護憲法及保障人民權利之職責。最高法院既然折衝於人民與政府之間，自應解釋及闡明代表全民意志之憲法意旨與內涵。政府制定之法律或命令如有違憲，最高法院自應宣告該法令無效。此一判決建立美國司法審查制度。然 John Marshall 大法官認為，最高法院是合憲性解釋之最高權威機關，在邏輯上只是一個假設性之推論，並非演繹性之結論，除非修改憲法，憲法最高解釋機關之歸屬問題，終究是憲法上之盲點。因為法律既然是由各州人民選出之代表依據選民意志制定，如有疑慮自應由具

---

243參見廖元豪著，美國憲法學對臺灣憲法實務與理論之影響，月旦法學教室第100期，元照有限公司2011年3月出版，第67頁。

有最後民意基礎之立法解釋，始能貼近民意之初衷。否則以檢驗立法及司法之民主正當性之角度，不啻為中古世紀寡頭政治於三權分立之政府體制復辟？民主之價值乃是服從多數、尊重少數。由法院解釋憲法，可兼顧全體國民各自關切之利益。立法因為需接受定期改選之壓力，故以擁護多數意見之利益為依歸，最高法院大法官正因不必受到此一選民壓力，得以從容保障少數意見人民之利益為職志，社會所認同之主流價值並非亙古不變，自得藉由判決發掘潛藏於社會之共通善性，並將此種不易透過多數決程序浮現之價值體系轉化為法律原則，與主流價值共同成為全體人民寶貴之文化資產、共同記憶及賴以生存之規範。試想最高法院大法官亦均由政治選舉過程產生，還會有誰會顧及社會上少數意見或弱勢族群之利益，為他們基於自然法之正義，去仗義執言？<sup>244</sup>

為什麼需要正當法律程序？什麼時候需要正當法律程序？正當法律程序<sup>245</sup>所要求的對象是國家公權力，要求國家實現公權力應該依循正當法律程序，目的應該是保障公權力所實施的對象—人民—不會遭受公權力不正當的侵害。而公權力之所以不可以不當侵害人民，是因為實施公權力的目的，在於保護人民，人民是公權力的主人，公權力的實施不可以反噬主人。那麼該如何保障公權力

244參見 Bob Woodward、Scott Armstrong 著，吳懿婷、洪麗倩譯，最高法院兄弟們，商周出版 2001 年 9 月 25 日初版，史慶璞-美國民主政治與司法審查間的張力，第 5-7 頁。

245參見葉俊榮，《環境行政的正當法律程序》，1993 年 4 月初版，第 76 頁。所謂「正當法律程序」之內容，除了字面上所指的「符合公平正義之程序」以外，其核心內涵其實在於藉由正當之法律程序對政府權力加以限制，以防止政府濫權，從而達到保障人民基本權利之目的。美國憲法增修條文第 5 條及第 14「正當法律程序條款」，足資參照；而依該國憲法實務運作，該條款之內涵包括實體性之正當法律程序（substantive due process of law）與程序性之正當法律程序（procedural due process of law）。前者是要限制政府對人民受憲法所保障之權利進行不當侵害，因此所關心的是政府有無足夠的理由支持其限制人民權利之正當性；後者則是要提供人民於其憲法所保障之權利受政府限制時，應獲得適當的程序性保障，因此重點在於縱使政府可以限制人民權利，然該權力之行使仍須符合一定之程序。而自 1976 年 Mathews v. Eldridge (424 U.S. 319) 一案以來，法院實務係以利益衡量作為判斷是否符合程序性正當程序要求之標準，亦即，應就個案衡酌以下要素：(1) 會受到政府行為所影響之私人利益為何；(2) 該利益在該程序中被錯誤剝奪的風險，以及因任何額外或替代性程序所可能產生的利益；(3) 政府的利益為何，包括系爭政府行為所涉之功能，及因額外或替代性程序所帶來的財政或行政負擔如何。

不會反噬主人？最高指導原則就是不能忘記人民是主人。在確認人民是公權力的主人這個前提之下，最基本的保障，就是建立啟動公權力的機制，使公權力的啟動，不至於流於不受主人管控的恣意。公權力的強制力，直接發生限制人民權利的效果，如果能夠受到控制，可以降低公權力不當時失的可能，從而降低人民權利遭受侵害的風險，當侵害來源比較不會製造侵害風險時，人民受不當侵害的機會就會減少。例如，就人身自由的侵害而言，要限制人身自由，必須有法律規定、必須經由法院程序，法律規定與法院程序就是人身自由的兩個防禦工事，如果必須跨越法律規定、法院程序兩道阻擋門檻，公權力才能拘束人民身體自由的行動自由，亦即，非經這兩道控制機制，公權力不得啟動，則公權力不當侵害人民的風險自然降低。不過防禦工事如果虛應故事，不但不能護體，遭爆破的碎塊，還可能擴大並加深傷害。對人身自由的限制縱使有法律規定、經過法院程序，規定的內容、程序的進行，如果不能符合設置這兩種程序目的，必定對人民的人身自由，造成過度的侵害。也就是不符合防禦工事的目的，防禦工事可能變成真正的緊箍咒。那麼本來應該要保護主人的保鑣，可能變成看守肉票的綁匪。正當法律程序原則使中有兩個面向，保障基本權與踐行權力分立，而踐行權分立，也是為了保障基本權<sup>246</sup>。

## 第二項 從程序到實體之正當法律程序

人身自由係基本人權中最具根源且基礎之權利，因人身自由一旦受到拘束，動輒伴隨著其他自由權益的限制，故人民身體自

---

246參見前揭註 25，第 134-135 及 142 頁。

由享有充分之保障，乃行使其憲法上所保障之其他自由權益的前提。雖然，在 13 世紀英國封建制度下之自由與財產權益的保護內容與今日或有差異，人身自由之保障可溯至 1215 年之大憲章（Magna Carta）第 39 條之規定：自由民非依斯之法（the law of the land）並受其同儕合法之裁判者，不得逮捕、拘禁、剝奪財產、置於法律保護之外（outlawed）、放逐或其他不法之侵害。」其中所稱之法係指當時習慣法（common law）之實定法（statute law）而言；所謂依同儕合法之裁判，即指現今陪審制度之發源，藉此保障自由民有免於違法逮捕、拘禁、體刑或放逐等之自由，大憲章之宣示已含有自然正義之理念在內，可謂為刑事程序中最基礎而原始之人權規定。大憲章制定後即不斷被當時之英國人民用來對抗君權之統治。影響所及，美國獨立戰爭與法國大革命均在此基礎上各自依其社會發展情勢，逐步擴大人權保障機制。

在 17 世紀，Edward Coke 爵士主張大憲章中所謂依斯土之法，包含有保障人身自由之基本原則。在 *Yick Wo v. Hopkins*, 118 U.S. 369, 6 Sup. Ct. 1064, 案中認為，驅逐外國人或禁止入境的處分，所產生的苛刻與殘酷之監禁或懲罰，抵觸美國聯邦憲法增修條文第 14 條之規定，因為正當法律條款並不僅限於內國公民之保護，任何人在未經正當法律程序，不得非法剝奪其之生命、自由或財產；並應依法平等保護其管轄範圍內之所有人；不得因種族、膚色、國籍而有差異。本條也擴張適用在增修條文第 5 條及第 6 條之規定，確保美國及各州領土內的所有人都有權獲得這些有關刑事基本人權之增修條文的保護，除非在有令狀或經由大陪審團

提起的公訴程序外，否則非依正當法律程序剝奪他人之自由、財產<sup>247</sup>」。

在有關人身自由之強制處分，須依合法權限者所簽發之合法令狀，並明示其理由始得為之；且人民遭受非法之拘禁時，有接受依國會實定法之間接保護、人身保護令之救濟、對非法拘禁提起民事訴訟之救濟以及請求審查拘禁理由等救濟手段之權利。這些主張大部分均屬於程序保障方面之基本原則，除落實於1640年人身保護法（The Habeas Corpus Act）之外，並對殖民地時代的美國保障人身自由之制度，產生極大的影響，而發展出美國憲法上的正當之法律程序。

美國聯邦憲法正當法律程序之保障條款，體現聯邦憲法增修條文第5條與第14條有非依正當之法律程序（without due process of law）不得剝奪其生命、自由或財產之規定。而第5條係1791年通過之增修條文第1條至第10條，屬於權利典章（Bill of Rights）之一，是對於侵害聯邦人權所由設之保障；第14條則為1838年，南北戰爭後對於侵害州人權保障，得上訴聯邦最高法院救濟之規定。在聯邦最高法院逐步充實下擴展刑事基本人權保障之內涵，將增修條文第4條至第8條之規定，不受不合理之搜

247See WONG WING v. U.S., 163 U.S. 228 (1896)- Yick Wo v. Hopkins, 118 U.S. 369, 6 Sup. Ct. 1064: 「The fourteenth amendment to the constitution is not confined to the protection of citizens. It says: 'Nor shall any state deprive any person of life, liberty or property without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the law.' These provisions are universal in their application to all persons within the territorial jurisdiction, without regard to any differences of race, of color, or nationality; and the equal protection of the laws is a pledge of the protection of equal laws.' Applying this reasoning to the fifth and sixth amendments, it must be concluded that all persons within the territory of the United States are entitled to the protection guaranteed by those amendments, and that even aliens shall not be held to answer for a capital or other infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, nor be deprived of life, liberty, or property without due process of law. ...it can confine them at hard labor in a penitentiary before deportation, or subject them to any harsh and cruel punishment.」, <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=163&invol=228>, 2012年2月11日訪問。

索與逮捕、有接受大陪審起訴、雙重危險禁止、不自證其罪、接受公平之法院為公開與迅速裁判、起訴罪名之告知、對質詰問、強制取證、接受辯護人協助及禁止殘虐及異常之刑罰等，均與刑事程序保障人身自由有關之具體規定。

對於各州侵害人權之救濟，聯邦僅能依據增修條文第 14 條之規定，以個案解釋或判決提供保障，故在聯邦最高法院就具體個案依第 14 條正當之法律程序之適用範圍，有其發展途徑，在有關刑事基本人權之增修條文第 4 條至第 8 條之規定，用以保障犯罪嫌疑人或被告權利，以漸進吸納之詮釋方法適用於第 14 條正當法律程序之保障範圍，逐漸適用於各州，同時適用於刑事、民事及行政程序，並擴及國家權力對人民之自由或財產權干預之實體法上正當性問題，隨著時代之推演，正當之實體之適用範圍有逐步適用於言論、出版、集會、契約之自由、工作權等基本權之實體正當程序保障範圍。因此，正當法律程序之保障，由程序正當性漸次擴張至實體正當性<sup>248</sup>。

### 第三項 與我國保障正當法律程序之比較與檢討

憲法第 8 條所謂「法定程序」必須「實質正當」，此概念的形  
成，可溯源於英國大憲章，然後移植於美國。查美國憲法修正第 5  
條及修正第 14 條規定非經正當法定程序不得剝奪任何人之生命、  
自由或財產；無論何州，非經正當法定程序，不得剝奪任何人之  
生命、自由或財產。在美國憲法制定之後一百年間，對於「正當  
法定程序」一詞皆解釋為對於程序法的限制；僅自行政及司法方

---

<sup>248</sup>參見前揭註 217，第 9-12 頁。

面保障人民之生命、自由及財產不受非法程序之侵犯。迨 19 世紀後葉始經法院之判例擴大其意義及於實體法之範圍；對於各州及聯邦之立法機關制定之實定法亦加以限制。亦即為符合正當的法定程序，法律的規定內容必須是合理者，方屬正當。至於正當的法定程序謂何？美國憲法並無明文規定，法院之判例亦未曾提出明確的定義，僅於具體案件發生時依其情事定之。「實質正當之法定程序」，非以美國憲法之規定如何為據，應以國內實定法之制度如何為依歸。按犯罪嫌疑人不受非法拘捕、搜索與扣押；被告依其意願有獲得律師辯護之權利；被告之自白須出於自由意志；同一行為不受重複處罰；被告有質問或詰問證人之權利等程序，於美國憲法均設有明文予以保障，指為憲法保留範圍，如有違反，即係違背實質正當之法定程序云云，於美國憲法規範下之各州固屬理所當然，於我國憲法體制下，則未必盡然。以言我國憲法第 8 條第 1 項規定，既云「非由法院依法定程序，不得審問、處罰。」而法院受理刑事訴訟案件，倘不顧刑事法規定之罪刑如何，悉聽法官之專斷，則人身自由之保護，終難達成。因此，所謂「法定程序」學者謂不惟指法律所規定之程序而言，且兼指刑事實體法之規定。

憲法第 8 條所規定之「法定程序」，其英譯為「in accordance with the procedure prescribed by law」，非如美國聯邦憲法增修第 5 條、第 14 條之 Due process of law（正當法律程序），因是解釋上殊不能當然而毫無批判地將我國此一規定，視之與美國聯邦憲法之「正當法律程序」係屬同義之詞；且亦不得未探討



我國憲法之其他相關規定以及兩者之訴訟制度是否相同，即將美國聯邦最高法院在擴張適用該增修第 14 條之諸多判例移植於我國，進而據此原則以要求實體法規定之內容亦須正當。

按我國憲法前開所規定之「法定程序」，目的既在保障人民之身體自由，則其程序之本身，內容上自必須合乎「正當」之要求，否則，焉能保障人身自由。故就憲法之規定言，其第 8 條第 1 項之「法定程序」，當非謂其僅在形式上以法律規定即可，而須該法律之內容未有違反近代民主國家之憲法基本原理，始能認其已合乎要求。因此，釋字第 384 號<sup>249</sup>解釋協同意見書認為，其不僅在程序應有規定，同時在規定之實質亦併受本條之保障，亦即其程序之內容，在實質上亦須正當，此乃當然且為應有之解釋。至若程序所適用之實體法（非程序本身所適用之程序法），是否亦應一併要求為「正當」，則未可望文生義，謂其亦屬必然。否則，豈非與美國聯邦憲法之「正當程序條款」(due process clause) 相同；而美國聯邦憲法所增修之人權法案、即增修條文第 4、5、6、7、8 等條所保障之權利，豈亦非當然屬於我國憲法之人民權利？果如是，則陪審等基本權利豈非亦可予以援用？似此任意之附麗，定不免於遭受扭曲作直之議。

在拘提與留置之設計及性質或有不盡相同之處，所以得以拘提之事由推論為留置之正當理由，拘提與留置之設計及性質不盡相同，所以得以拘提之事由推論為留置之正當理由。然「留置」與「羈押」，均屬限制人民身體自由之刑事強制處分，自應同受憲

---

249參見 [http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03\\_01\\_detail.asp?expno=384&showtype=意見書](http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/P03_01_detail.asp?expno=384&showtype=意見書), 2012 年 2 月 12 日訪問。

法基本權、法律明確原則與比例原則之保障，釋字第 523 號<sup>250</sup>協同意見書認為，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，皆能依法律規定，具備憲法第 23 條所定相關之條件，而符憲法第 8 條保障人身自由之意旨。

如果因為某些跡證顯示人民可能成為犯罪事實的調查對象，則應該向司法機關告發，由司法機關偵查。因為憲法就是為了使基本人權免於受到公權力的侵害，才高舉保障基本人權的大旗釋字第 585 號<sup>251</sup>一部協同、一部不同意見書認為，試問憲法如何能夠容忍公權力以保護自己的有效存在為理由，限制它所要保護的基本人權？

實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，在刑事訴訟領域之具體化，即為刑事訴訟法之各項基本原則與具體規定，釋字第 384 號認為，如強制處分權之法官保留、令狀原則、犯罪事實應依證據認定、被告自白應出於自由意志、被告之詰問權等。若使代表國家身為刑事訴訟程序當事人之檢察官亦得決定、執行羈押者，非但不符「當事人對等」亦折損實質正當之「法律程序」之嚴肅意義，以及人民對於國家訴追犯罪之公信力。因此，釋字第 392 號解釋認為，應將檢察官排除於「司法機關」之外，始能符合正當法律程序之憲法意義。

一個社會的文明程度，取決於對正當程序的堅持與實踐能力。緊急危險不能成為正當程序的例外。愈緊急，愈應該嚴謹有

250參見<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/523.pdf>, 2012年2月12日訪問。

251參見<http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/抄本585.pdf>, 2012年2月12日訪問。

效地遵守正當程序，因為緊急情況最容易出現致命的悲劇<sup>252</sup>。就刑事訴訟上如何保障被告之憲法上刑事基本人權，正是屬於正當法律程序之內容。美國聯邦最高法院透過證據排除法則完成（Exclusionary Rule）所謂正當法律程序的革命（Due process revolution），適用到各州<sup>253</sup>。正因為美國聯邦最高法院以正當法律程序條款之程序及實體之正當與權力分立原則，將諸多人權典章所保障刑事基本人權之規定適用於各州，使得司法分權體制逐漸產生權力集中化之現象，這與聯邦制度之理念是否有扞格之處。

人權保障之普世價值，如果在一個國家的最高規範中加以確認，則只有在此一最高規範能夠實現正當、公平、公正之原則後，法律的執行才能夠具有實質的正當法律程序，及其所應具備之形式正當法律之框架，唯有如此才能將自由、民主、人權等涵攝其中，賦予其法律基礎。憲法所保障之自由與權利，是人民在擁有自主領域中追求自身目標實現的一種不干擾他人的過程。我國從憲法第 8 條之法定程序與第 23 條比例原則操作、架構正當法律程序，充實我國刑事基本人權之內涵，諸如無罪推定原則、被告之緘默權、辯護權等重要權利。但一個有權做出最終法令違憲宣告且不受審查之司法院大法官會議，比起其他法院而言需要我們更仔細之監督，因為不受審查之權力可能使得大法官們縱容自己忽略冷靜的自我分析<sup>254</sup>。

---

252參見 <http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/690> 不同。2011 年 12 月 30 日訪問。

253參見前揭註 101，第 3 頁。

254參見前揭註 246，第 22 頁。

## 第五章 結論

憲法基本人權保障運行攸關人民各項基本權利，在西元 1791 年權利典章所確立適用於美國各州之基本人權保障角度，從美國聯邦憲法增修條文第 4 條有關人民不受非法搜索與扣押之規定、第 5 條接受法院審判與雙重危險、不自證其罪之權利及第 6 條迅速審判、對質詰問權及辯護權等刑事人權保障之內涵與範圍。令狀原則作為控制偵查中之強制處分之發動，係以接受追訴機關片面陳述之事前核發作為審查方式，對人民憲法上基本人權保障有規範不足之處。從物理空間到意思自由的不受干擾，以依附財產權為保障到以「人」為重點的模式，凸顯出國家公權力之侵害隨科技發展有新興態樣的出現。陪審制度，由職業法官認定事實及適用法律。美國聯邦憲法增修條文第 5 條有關接受大陪審團之審查，主要由陪審認定事實、法官適用法律之司法分權制度。經大陪審團的起訴審查，受限於對事實的不了解及偵查方式的陌生，僅能象徵性審查，凸顯起訴審查在規範上的無力。自 Miranda 判決後建立不自證其罪原則，賦予訊問被告前之權利告知程序，不會因行使法律上的權利，而有任何不利益之後果。美國聯邦憲法修正第 6 條規定，於刑事訴訟程序，被告享有由陪審員迅速公開審判之權利。為免審前不當長期限限制被告人身自由，美國於 1974 年制定聯邦速審法 (Federal Speedy Trial Act of 1974)，以解決審判遲延之法律適用問題，期能兼顧公眾與被告之利益，將案件迅速審結，減免刑事被告因訴訟不當延宕而錯失防禦機會，有礙其依憲法受公平審判的基本權利。對質詰問權旨在防止被告缺席下

所取得對其不利之供述證據，尤以審判外之供述證據為最，進而產生被告對質詰問權與傳聞法則之例外大量審判外之證據間的緊張關係。被告享有律師協助之權利，係為貫徹武器對等原則及平等原則是否落實，重點在於被告偵查中如何享有受律師協助之權利，強化偵查中辯護權之落實，將影響被告於偵查中之自白是否得為證據使用，並對抗強而有力之國家機器對已不利之搜證與調查。正當法律程序之內容在刑事訴訟上屬於如何保障被告之憲法上刑事基本人權，美國聯邦最高法院透過證據排除法則完成（Exclusionary Rule）完成正當法律程序的革命（Due process revolution），適用到各州。

我國人權基本法草案，在關於有效救濟與公平審判之權利，與刑事妥速審判法之規定有相同的缺陷，對於憲法刑事基本人權之保障，其相關配套之組織、程序、預算等結構性因素均付之闕如。再者，國際人權公約主要規範對象以國家為單位，我國在面臨外交困境與兩岸的層疊關係中，如何突顯國際監督與內國法院判決接軌國際潮流的一致性，開發政治與經濟人權的相關制度及解構束縛，將是作為吾人今後努力的重點。我們必須勇敢向前做出承諾，因為國家不能自外於這個世界，我還有一個夢，因為我們再也不能回頭！！（We cannot walk alone, And as we walk, we must make the pledge that we shall always march ahead, We cannot turn back。I have a dream！！<sup>255</sup>）

---

255參見前揭註1。

## 參考文獻

### 壹、中文

#### (一)書籍：

1. 美國聯邦最高法院憲法判決選譯第一輯，司法院編印。2001年8月。
2. 美國聯邦最高法院憲法判決選譯第二輯，司法院編印。2001年12月。
3. 美國聯邦最高法院憲法判決選譯第三輯，司法院編印。2002年11月。
4. 美國聯邦最高法院憲法判決選譯第四輯，司法院編印。2003年9月。
5. 美國聯邦最高法院憲法判決選譯第五輯，司法院編印。2005年12月。
6. 美國聯邦最高法院憲法判決選譯第六輯，司法院編印。2008年1月。
7. 王澤鑑主編，英美法導論，元照出版公司，2010年7月初版。
8. 李建良著，憲法理論與實踐（一）（二）（三），學林文化事業有限公司；1999年7月一版；2000年12月一版；2004年7月一版。
9. 謝瑞智著，2005年修憲後增訂九版憲法概要，文笙書局，2005年9月。
10. 李子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞著，憲法權力分立，學林文化事業有限公司，2004年5月一版再刷。
11. 許宗力著，憲法與法治國行政，元照出版公司，1999年3月初版第一刷。
12. 許宗力著，法與國家權力，元照出版公司，1999年10月初版第一刷。
13. 陳慈陽著，憲法學，元照出版，2004年1月初版。
14. 陳慈陽著，憲法規範性與憲政現實性，翰蘆圖書出版有限公司，1997年9月。
15. 李震山著，人性尊嚴與人權保障，元照出版，2000年2月初版第一刷。
16. 司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集，司法院印行，1998年9月。
17. Richard A. Posner 著，譯者朱蘇力，Overcoming Law 超越法律，元照出版，

2002年11月初版第一刷。

18. A. Kaufmann 著，譯者米健，後現代法哲學-告別演講，元照出版，2002年3月初版第一刷。

19. NEIL K. KOMESAR 著，譯者申衛星、王琦，法律的限度-法治、權利的供給與需求 Law's Limits-The Rule of Law and Supply and Demand of Rights，元照出版，2006年6月初版第一刷。

20. 鮑·伍華德、史考特·阿姆斯特壯著，最高法院兄弟們 The Berthren，譯著吳懿婷、洪儷倩，商周出版，2001年9月25日初版。

21. 霍華德·科曼、艾利克·史威森著，譯者何美瑩，法庭上的DNA，商周出版，1999年2月1日初版。

22. 許育典著，憲法，元照出版，2008年2月2版第一刷。

23. 許玉秀著，透明的法袍-大法官解釋意見書（2003.10-2007.09），公益信託春風煦日學術基金，2008年2月。

24. 美濃部達古著，譯者林紀東，法之本質，臺灣商務印書館發行，1993年8月2版二刷。

25. 橫川敏雄著，譯者謝瑞智，公正的審判，千華總經銷，1995年10月再版。

26. 翁岳生著，法治國家之行政法與司法，元照出版，1997年4月。

27. 陳新民著，法治國家論，學林文化事業有限公司，2001年4月一版。

28. 林子儀著，言論自由與新聞自由，元照出版，1999年9月初版第一刷。

29. 葛克昌著，國家學與國家法-社會國、租稅國與法治國理念，月旦出版社股份有限公司，1996年4月。

30. 蔡震榮著，行政法理論與基本人權之保障，五南圖書出版公司，1999年5月二版。

31. (美) 科斯 諾思 威廉姆森等著，(法) 克勞德·梅納爾編，劉剛 馮健 楊

其靜 胡琴等譯，楊瑞龍校，制度、契約與組織-從新制度經濟學角度的透視，經濟科學出版社 2005 年 5 月第 3 次印刷。

32. 馬克思·法蘭德 (Max Farrand) 著，董成美譯，設計憲法-美國憲法的誕生，博雅書屋有限公司 2008 年 1 月初版一刷。

33. 王皓昱著，歐美民主憲政之源流-從古代民主到現代民主之實踐，三民書局股份有限公司 2011 年 7 月初版。

34. 陳瑤華著，人權不是舶來品-跨文化哲學的人權探究，五南圖書出版股份有限公司 2010 年 6 月初版。

35. John Blair 著，肖明翰著，盎格魯-撒克遜簡史 (The Anglo-Saxon Age A Very Short Introduction)，外語教學研究出版社 2008 年 12 月第 1 版。

36. 黃榮堅著，刑罰的極限，月旦出版股份有限公司 1998 年 12 月 1 版 1 刷。

37. 劉文彬著，西洋人權史-從英國大憲章到聯合國科索沃決議案，五南圖書出版有限公司 2005 年 2 月初版 1 刷。

38. 謝瑞智著，謝世維修訂，「憲政體制與民主政治-憲政與民主政治基礎知識」，文笙書局 2005 年 9 月。

39. 王兆鵬著，刑事訴訟講義 (一)，翰蘆圖書出版有限公司 2002 年 8 月。

40. 王兆鵬著，一事不再理，元照出版有限公司 2008 年 4 月初版第 1 刷。

41. 林朝榮、林芸澧著，既判力與雙重危險之研究，一品文化出版社 98 年 3 月 1 版。

42. 黃東熊著，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司 1999 年 3 月增訂初版。

43. 陳樸生著，刑事訴訟法實務 (重訂版)，海宇文化事業有限公司 1994 年 9 月重訂 9 版。

(二)期刊：

1、蘇永欽著，「飄移在兩種司法理念間的司法改革」，台灣法學雜誌第 28 期，



2001 年 11 月，第 1 頁。

2、廖福特著，「批准聯合國兩個人權公約及制訂施行法之評論」，月旦法學雜誌第 174 期，2009 年 11 月，第 229 頁。

3、廖福特著，「歐盟與歐洲人權公約」，月旦法學雜誌第 62 期，2000 年 7 月，第 93 頁。

4、吳志光著，「司法與歷史的轉型正義糾葛-兼論歐洲人權法院關於 1945 至 1949 年德東蘇聯占領區土地改革之裁判」，月旦法學雜誌第 151 期，2007 年 12 月，第 41-43 頁。

5、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 488 號解釋」，月旦法學雜誌第 54 期，第 154 頁。

6、林文雄著，「探討自然法的意義」，月旦法學雜誌第 64 期，2000 年 9 月，第 48-49 頁。

7、樋口陽一著，台灣大學法律學院教授蔡茂寅譯，「日本國憲法六十年與憲法學-從憲法象徵「回收」的點談起」，月旦法學雜誌第 143 期，2007 年 4 月，第 188 頁。

8、廖元豪著，「憲法訴訟法草案的幾點評析-從「活化憲法」的角度出發」，月旦法學雜誌第 149 期，2007 年 10 月，第 48-49 頁。

9. 廖元豪著，「美國憲法學對臺灣憲法實務與理論之影響-以方法為重心」，月旦法學教室第 100 期，2001 年 2 月，第 57 頁。

10. 鄭衍森著，「偉大的異議者-美國最高法院法官奧立佛.溫代爾.賀姆斯」，月旦法學雜誌第 74 期，2001 年 7 月，第 194 頁。

11. 許志雄著，「新世紀台灣憲法學的責任與課題」，月旦法學雜誌第 100 期，2003 年 9 月，第 26-27 頁。

12. 江玉林著，「近代初期的警察」，月旦法學教室第 28 期，2005 年 1 月，第

37 頁。

13. Christian Starck 著，李建良譯，「法文化的成就」，台灣法學雜誌第 191 期，2012 年 1 月，第 31-33 頁。

14. Christian Starck 著，蔡宗珍譯，「基本權與法律的一段發展史」，台灣法學雜誌第 191 期，2012 年 1 月，第 10-16 頁。

15. 許家馨著，「自由與恐懼-讀「危險年代：戰爭時期的言論自由~從 1789 年叛亂法到反恐戰爭」」，台灣法學雜誌第 183 期，2011 年 9 月，第 241-250 頁。

16. 廖福特著，「法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約」，台灣法學雜誌第 163 期，2010 年 11 月，第 65 頁。

17. 蔡震榮著，「新聞採訪跟拍權與憲法爭議之探討」，月旦法學雜誌第 195 期，2011 年 8 月，第 5-10 頁。

18. 陳銘洋著，「布蘭迪斯大法官-民眾的律師、社會的法官」，月旦法學雜誌第 63 期，2008 年 8 月，第 162 頁。

19. 劉靜怡著，「隱私權的哲學基礎、憲法保障及其相關辯論」，月旦法學教室第 46 期，2006 年 7 月，第 40-41 頁。

20. 林裕順著，「日本訴因制度之比較法研究-我國「起訴不可分」存廢之檢討」，月旦法學雜誌第 175 期，2009 年 12 月，第 15 頁。

21. 宋名晰著，「美國聯邦量刑準據的建置經驗對我國量刑制度改革之啟示」，台灣法學雜誌第 181 期，2011 年 8 月，第 3 頁。

22. 謝開平著，「當凡人法官遇上神明」，月旦法學雜誌第 106 期，2001 年 8 月，第 96 頁。

23. 王兆鵬著，「論審判之範圍」，月旦法學雜誌第 147 期，2007 年 8 月，第 159-160 頁。

24. 陳運財著，「國民參與刑事審判之研究-兼評日本裁判員制度」，月旦法學雜誌第 180 期，2010 年 5 月，第 131 頁。
25. 王兆鵬著，刑事訴訟中被遺忘的權利-緘默權，月旦法學雜誌第 145 期，2007 年 6 月，第 171-179 頁。
26. 王兆鵬著，「迅速審判-要權利，不要空談」，台灣法學雜誌第 135 期，2009 年 9 月，第 141-160 頁。
27. 吳秋宏著，「刑事訴訟與妥速審判-以試辦案件流程管理學度為中心」，台灣法學雜誌第 136 期，2009 年 9 月，第 25 頁。
28. 林利芝著，Barker v. Wingo (上)-迅速審判權的經典案例之一，台灣法學雜誌第 137 期，2009 年 10 月，第 200 頁。
29. 楊雲驊著，「刑事妥速審判法第 5 條「羈押期限」規定之人權意義」，台灣法學雜誌第 162 期，2010 年 10 月，第 57-60 頁。
30. 王惠光著，「律師之保密義務」，月旦法學雜誌第 180 期，2010 年 6 月，第 248 頁。
31. 葉俊榮著，「恐龍法官與恐龍法學」，台灣法學雜誌第 164 期，2010 年 11 月，第 42-43 頁。
32. 王榮堅著，「問題不在暴力，問題在正當性」，台灣法學雜誌第 171 期，2008 年 12 月，第 9 頁。
33. 黃炎東著，「為言論自由與名譽維護尋求一個合理之平衡點」，台灣法學雜誌第 151 期，2010 年 5 月，第 1 頁。
34. 蕭淑芬著，基本權之保護領域-憲法上權利保障範圍，為什麼需要確定？該如何確定？，台灣法學雜誌第 147 期，2010 年 3 月，第 133 頁。
35. Prof. Dr. Robert Esser 著，林鈺雄、王士帆翻譯，《東協憲章》基礎上的區域人權保護制度之發展-從歐洲觀點看國際法院裁判落實到內國刑事訴

訟法，台灣法學雜誌第 148 期，2010 年 3 月，第 65-66 頁。

36. 林騰鷄著，法官不應是法條鸚鵡，台灣法學雜誌第 168 期，2011 年 1 月，第 2 頁。

37. 檢視現行司法改革系列座談會-被害人人權，台灣法學雜誌第 194 期，2012 年 2 月，第 65 頁。

(三)報紙論文：

1. 林騰鷄著，民主內涵更要打拚，1999 年 12 月 15 日，中國時報 A14 時論廣場。

2. 蕭白雪著，聯合筆記誰的人權？誰的特權？2008-12 月 20 日聯合報 A13 版民意論壇及阿扁對司法人權的貢獻，2009 年 1 月 20 日聯合報 A11 版民意論壇。

3. 林騰鷄著，結構性災難與政府改造，1999 年 9 月 4 日，中國時報 A14 時論廣場。

4. 林騰鷄著，建國百年提升憲政品質，2010 年 8 月 22 日，及建國百年找回公義，2010 年 7 月 26 日，中國時報 A14 時論廣場，中國時報 A14 時論。

5. 林騰鷄著，駝鳥行政誤國誤民，2010 年 6 月 1 日，中國時報 A14 時論廣場。

6. 2009 年 4 月 18 日聯合報 A2 版焦點社論，受司法磨難二十八年的冤枉人生。

7. 2009 年 4 月 16 日 Upaper2 版焦點社論，記者李光儀，一案拖 28 年定讞 3 行員含冤坐老。

8. 邱忠義檢察官著，押人取供黑白講，2008 年 11 月 14 日聯合報 A19 版民意論壇。

9. 林騰鷄著，荒唐立法機制該改了，2010 年 9 月 27 日，中國時報 A16 時論廣場。

10. 林騰鷄著，停止製造法條鸚鵡，2000 年 8 月 13 日，中國時報 A18 時論廣場。

## 貳、英文

1. George Anastaplo, Amendments to the Constitution of United States: A Commentary, Loyola University Law Journal, Vol. 23, (1991-1992)
2. E. H. Randle, The Virginia Law Register, Vol. 16, No. 7 (Nov. 1910).
3. Mehrdad Payandeh, Constitutional Aesthetics: Appending Amendments to the United States Constitution, Citation: 25 BYU J. Pub. L. 87 2011.
4. Martin Luther King, J, August 28, 1963: I have a Dream. Retrieved 2012/02/18 from: [http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/mlk01.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/mlk01.asp)
5. U. S. Constitution: Fourteenth Amendment-Privacy. Retrieved 2012/02/06 from: <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment14/11.html>.
6. U. S. Constitution: Fourth Amendment- Search and Seizure. Retrieved 2012/02/06 from: <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment04/01.html#3>
7. Declaration of Independence. Retrieved 2012/02/12 from: [http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration\\_style.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_style.html)
8. Bill of Right, Retrieved 2012/02/12 from: [http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill\\_of\\_rights.html](http://www.archives.gov/exhibits/charters/bill_of_rights.html)
9. The Federalist Papers: No. 78. Retrieved 2012/02/05 from: [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed78.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed78.asp)
10. The Federalist Papers: No. 51. Retrieved 2012/02/05 from: [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/fed51.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp)
11. Fourth Amendment History. Retrieved 2012/10/09 from: [http://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt4frag1\\_user.html#amdt4\\_hd4](http://www.law.cornell.edu/anncon/html/amdt4frag1_user.html#amdt4_hd4)
12. U. S. Constitution: Fifth Amendment- INDICTMENT BY GRAND JURY. Retrieved 2012/02/06 from: <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/01.html>
13. U. S. Constitution: Sixth Amendment- RIGHT TO TRIAL BY IMPARTIAL JURY . Retrieved 2012/02/06 from: <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment06/04.html#1>
14. U. S. Constitution: Fifth Amendment- DOUBLE JEOPARDY. Retrieved 2012/02/09 from: <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/02.html>
15. U. S. Constitution: Fifth Amendment SELF-INCRIMINATION. Retrieved 2012/02/06 from: <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/07.html#1>
16. United States federal criminal evidence law. Retrieved 2012/02/06 from: <http://criminal.findlaw.com/criminal-procedure/law-of-criminal-evidence-backgro>

und.html

17. U. S. Constitution: Sixth Amendment- RIGHT TO A SPEEDY AND PUBLIC TRIAL. Retrieved 2012/02/06 from:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment06/02.html#4>

18. RIGHT TO A SPEEDY AND PUBLIC TRIAL. Retrieved 2012/01/29 from:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment06/02.html>

19. The Right to Counsel. Retrieved 2012/02/06 from:

<http://criminal.findlaw.com/criminal-rights/the-right-to-counsel.html>

20. U. S. Constitution: Sixth Amendment- ASSISTANCE OF COUNSEL. Retrieved 2012/02/06 from: <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment06/10.html#2>

21. U. S. Constitution: Fifth Amendment- DUE PROCESS. Retrieved 2012/02/06 from:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment05/11.html>

### 參、外國判例

1. MARBURY v. MADISON, 5 U. S. 137 (1803) 5 U. S. 137 (Cranch) Retrieved 2012/01/31 from: <http://laws.lp.findlaw.com/getcase/us/5/137.html>

2. BRANDENBURG v. OHIO, 395 U. S. 444 (1969) 395 U. S. 444 Retrieved 2012/01/22 from: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=395&invol=444>

3. Inaugural Address of Harry S. Truman Retrieved 2012/02/05 from:

[http://avalon.law.yale.edu/20th\\_century/truman.asp](http://avalon.law.yale.edu/20th_century/truman.asp)

4. Boyd v. U. S. 116 U. S. 616 (1886) Retrieved 2012/01/26 from:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=116&invol=616>

5. Olmstead v. U. S., 277 U. S. 438, (1928) Retrieved 2012/01/19 from:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=277&invol=438>

6. Mapp v. Ohio 367 U. S. 643 Retrieved 2012/01/19 from:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=367&invol=643>

7. Wolf v. Colorado, 338 U. S. 25 Retrieved 2012/01/19 from:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=338&invol=25>

8. California v. Greenwood 486 U. S. 35(1988) Retrieved 2012/01/19 from:

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=486&invol=35>

35

9. Michigan v. Chesternut 486 U.S. 567(1988) Retrieved 2012/01/19 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=486&invol=567>
10. Terry v. Ohio, 392 U.S. 1 (1968) Retrieved 2012/01/23 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=392&invol=1>
11. Schmerber v. California 384 U.S. 757(1966) Retrieved 2012/01/19 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=384&invol=757>
12. katz v. U. S. 389. U. S. 347 (1967) Retrieved 2012/01/29 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=389&invol=347>
13. HURTADO v. PEOPLE OF STATE OF CALIFORNIA, 110 U.S. 516 (1884) 110 U.S. 516 Retrieved 2012/01/29 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=110&invol=516>
14. REPUBLICAN PARTY OF MINNESOTA et al. v. WHITE, CHAIRPERSON, MINNESOTA BOARD OF JUDICIAL STANDARDS, et al. Retrieved 2012/02/06 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=000&invol=01-521>
15. Chandler v. Judicial Council - 398 U.S. 74 (1970) Retrieved 2012/01/29 from: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/398/74/>
16. Sealfon v. United States 332 U.S. 575(1948) Retrieved 2012/01/19 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=332&invol=575>
17. Green v. United States, 355 U.S. 184(1957) Retrieved 2012/01/19 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=US&vol=355&invol=184>
18. Bram v. United States, 168 U.S. 532(1897) Retrieved 2012/01/19 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=168&invol=532>
19. GRIFFIN v. CALIFORNIA, 380 U.S. 609 (1965) Retrieved 2012/02/06 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=380&invol=609>

20. MIRANDA v. ARIZONA, 384 U. S. 436 (1966) 384 U. S. 436 Retrieved 2012/01/29 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=384&invol=436>
21. BARKER v. WINGO, 407 U. S. 514 (1972) 407 U. S. 514 Retrieved 2012/01/29 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=US&vol=407&page=514>
22. U. S. v. Marion, 404 U. S. 307 (1971) Retrieved 2012/01/19 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=404&invol=307>
23. Doggett v. U. S. 505 U. S. 647, 112 S. Ct. 2686(1992) Retrieved 2012/01/29 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=505&invol=647>
24. U. S. v Lovasco, 431 U. S. 783 (1977) Retrieved 2012/01/29 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=431&invol=783>
25. Strunk v. U. S. 412 U. S. 434 (1973) Retrieved 2012/01/22 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=search&friend=public&court=US&case=/us/412/434.html>
26. Coy v. Iowa, 487 U. S. 1012 (1988) Retrieved 2012/01/22 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=487&invol=1012>
27. Maryland v. Craig (89-478), 497 U. S. 836 (1990) Retrieved 2012/01/29 from: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/89-478.Z0.html>
28. Dutton v. Evans, 400 U. S. 74, 89 ( 1970 ) Retrieved 2012/01/29 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=400&invol=74>
29. Alford v. U. S. 282. U. S. 687 (1931) Retrieved 2012/01/29 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=282&invol=687>
30. Olden v. Kentucky, 488 U. S. 227 (1988) Retrieved 2012/01/29 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=488&invol=227>
31. Davis v. Alaska, 415 U. S. 308 (1974) Retrieved 2012/01/29 from:



- <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=415&invol=308>
32. Washington v. Texas, 388 U. S. 14 (1967) Retrieved 2012/01/29 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=388&invol=14>
33. U. S v. Nixon , 418 U. S. 683 (1974) Retrieved 2012/01/29 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=418&invol=683>
34. Pennsylvania v. Ritchie, 480 U. S. 39, 58 (1986) Retrieved 2012/01/23 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=480&invol=39>
35. Roviaro v. U. S. 353 U. S. 53 (1957) Retrieved 2012/01/29 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=353&invol=53>
36. Gideon v. Wainwright, 372 U. S. 335 (1963) Retrieved 2012/01/23 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=372&invol=335>
37. Scott V. Illinois, 440 U. S. 367 (1979) Retrieved 2012/01/23 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=440&invol=367>
38. Arizona v. Roberson, 384 U. S. 436 (1988) Retrieved 2012/01/23 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=486&invol=675>
39. SOLESBEE v. BALKCOM, 339 U. S. 9 (1950) Retrieved 2012/02/10 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=339&invol=9>
40. POWELL v. STATE OF ALA. , 287 U. S. 45 (1932) Retrieved 2012/02/13 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=287&invol=45>
41. Pointer v. Texas, 380 U. S. 400 (1965) Retrieved 2012/02/28 from:  
<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/380/400/case.html#403>
42. ASHE v. SWENSON , 397 U. S. 436 (1970) Retrieved 2012/03/05 from:  
<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=397&invol=436>