

大法官講堂：
中華民國憲法及政府（一）

第二十二講
人身自由指標案例演習
—比例原則適用檢視

授課教師：湯德宗教授
國立臺灣大學政治學系



【本著作除另有註明外，採取創用 CC「姓名標示
—非商業性—相同方式分享」臺灣 3.0 版授權釋出】

人身自由指標案例演習

-- 比例原則適用檢視

湯德宗
憲法有聲書

目 次

壹、釋字 384

一、多數意見

1. 檢肅流氓條例 §§6, 7 (強制到案)，如何不當？
解釋理由書 [4]
2. 檢肅流氓條例 §12 (秘密證人制度)，如何不當？
解釋理由書 [5]
3. 檢肅流氓條例 §21 (感訓處分制度)，如何不當？
解釋理由書 [6]

二、階層式比例原則操演

1. 先決問題 (釋明即可)

Q (對人身自由之) 有無「侵害」？

Ω 「強制到案」與「感訓處分」屬對人身自由之限制或剝奪；

解釋文：「凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分」，皆應依「法定程序」 (§8-I) 為之

2. 形式合憲性審查

Ω 合憲；系爭限制乃法律之規定

3. 實質合憲性審查

3.1 選定審查基準

3.1.1 所涉人權「種類」？

Q 人身自由屬「根本的基本權」(a fundamental right)？

是→ 應以高標 (heightened scrutiny) 審查

Q 參考座標 (比較法例或判決先例)？

3.1.2 干預 (侵害) 之強度？

Q 永久、長期 v. 暫時、短時？

Ω 「強制到案」=「逮捕」；「感訓處分」=「處罰」

3.1.3 干預 (侵害) 權利之「核心」或「外延」？

Q 狹義 v. 廣義 人身自由？

Q 審問、處罰 v. 逮捕、拘禁

Q §8-I 蘊含如何之價值判斷 (預設)？

Ex：犯罪嫌疑 (§8-II) v. 其他，例如：

臨檢 (釋字 535)，SARS 防治 (釋字 690)

3.1.4 所涉事務領域 (功能最適理論)

Ω 社會治安 (v. 人權保護) →

法院無需特別尊重立法裁量

3.1.5 小結

Ω 綜上，應採「高標」審查

本件屬早期之大法官解釋，未宣示審查基準，實際殆屬「中標」

3.2 目的合憲性審查

Q 系爭限制乃在追求「極優越或極重要」之公共利益 (compelling/ overriding public interest)？

Q 流氓 = 現行犯？

Ω 「防止妨害他人自由，維護社會秩序」（流氓條例 §1 參見）當屬「重要」之公共利益，甚或為「極重要」之公共利益（如為避免他人生命或公共安全遭受威脅）

3.3. 手段與目的之關連性

Q 「強制流氓到案」與「不許流氓與檢舉人對質」乃「維護社會治安」所「必要」？

3.3.1 「適當性」（*Geeignetheit*）審查

Q 「強制到案」與「不許對質」有助於（而非有害於）維護社會治安？

Ω 是；

3.3.2 「必要性」（*Erforderlichkeit*）審查

Q 高標：手段與目的須直接相關（*directly related to*）？須非「涵蓋過度」或「涵蓋不足」，而為「量身定作、恰如其份」（*necessary and narrowly tailored*）之限制

Ω 否；

系爭規定顯然限制過廣（*over-inclusive*），蓋想像中顯然有其他限制較少之替代手段（*less restrictive alternative means*）可用

理由書 [4]：

檢肅流氓條例 §§6, 7 「授權警察機關可逕行強制人民到案，但流氓或為兼犯刑事法之犯罪人或僅為未達犯罪程度之人，而犯罪人之拘提逮捕，刑事訴訟法定有一定之程式及程序，上開條文不問其是否在實施犯罪行為中，均以逮捕現行犯相同之方式，

無須具備司法機關簽發之任何文書，即強制其到案，已逾越必要程度，並有違憲法第八條第一項明白區分現行犯與非現行犯之逮捕應適用不同程序之規定意旨」。

理由書 [5]：

檢肅流氓條例 §12 「不問個別案情，僅以檢舉人、被害人或證人要求保密姓名、身分，即限制法院對證人應依秘密證人方式個別訊問，並剝奪被移送裁定人及其選任律師與秘密證人之對質或詰問，用以防衛其權利，俾使法院發見真實，有導致無充分證據即使被移送裁定人受感訓處分之虞，自非憲法之所許」。

理由書 [6]：

「同條例 §21 關於受感訓處分人其行為同時觸犯刑事法律者之執行規定，使受刑之宣告及執行之人，不問有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之危險」。

3.3.3 狹義比例性

Q 「成本」與「效益」顯失均衡？

Ω 按「階層式比例原則」，僅採「高標」審查，而通過「必要性」審查者，才須進行「損益衡量」。本件因未能通過「必要性」審查，乃無庸審究「狹義比例性」

4. 結論

4.1 階層式比例原則：系爭規定違憲

4.2 本解釋：系爭規定違憲

4.2.1 違憲救濟選單

- 單純警告（警告性解釋）
- 未宣告違憲，但課予立法（或修法）義務
- 單純宣告違憲
- 宣告違憲，並籠統指示應檢討修正
- 宣告違憲，並限期失效
- 宣告違憲，限期失效，並附修法指示
- 宣告違憲並立即失效

5. 後續追蹤

85/12/30 檢肅流氓條例修正：

§ 6

經認定為流氓而其情節重大者，直轄市警察分局、縣（市）警察局經上級直屬警察機關之同意，得不經告誡，通知其到案詢問；經合法通知，無正當理由不到場者，得報請法院核發拘票。但有事實足認為其有逃亡之虞而情況急迫者，得逕行拘提之。

前項逕行拘提，於執行後應即報請法院核發拘票，如法院不核發拘票時，應即將被拘提人釋放。

§ 7

經認定為流氓於告誡後一年內，仍有第二條各款情形之一者，直轄市警察分局、縣（市）警察局得通知其到案詢問；經合法通知，無正當理由不到場者，得報請法院核發拘票。但有事實足認為其有逃亡或嚴重破壞社會秩序之虞，且情況急迫者或正在實施中者，得逕行拘提之。

前項逕行拘提，於執行後應即報請法院核發拘票，如

法院不核發拘票時，應即將被拘提人釋放。

§ 12

法院、警察機關為保護本條例之檢舉人、被害人或證人，於必要時得個別不公開傳訊之，並以代號代替其真實姓名、身分，製作筆錄及文書。其有事實足認檢舉人、被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞者，法院得依檢舉人、被害人或證人之聲請或依職權拒絕被移送裁定人與之對質、詰問或其選任律師檢閱、抄錄、攝影可供指出檢舉人、被害人或證人真實姓名、身分之文書及詰問，並得請求警察機關於法院訊問前或訊問後，採取必要之保護措施。但法官應將作為證據之筆錄或文書向被移送裁定人告以要旨，訊問其有無意見陳述。

前項檢舉人、被害人或證人之證詞，不得作為裁定感訓處分之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。

檢舉人、被害人及證人之保護，另以法律定之。

§ 21

受裁定感訓處分之流氓行為，同時觸犯刑事法律者，經判決有罪確定，其應執行之有期徒刑、拘役或保安處分，與感訓期間，相互折抵之。其折抵以感訓處分一日互抵有期徒刑、拘役或保安處分一日。

被移送裁定人所涉流氓行為，同時觸犯刑事法律者，法院得於判決確定前，停止移送案件之審理。

98/01/21 檢肅流氓條例 廢止

貳、釋字 535

一、案例事實

二、聲請意旨

三、解釋要旨

1. 臨檢影響人民憲法權利甚鉅，其要件、程序應符合法治國原則（解釋文 [1]）
2. 臨檢之實施，應以「必要者」（具有相當事由）為限（解釋文 [2]）
 - 2.1 場所臨檢
 - 2.2 對人臨檢
3. 實施臨檢應遵守正當程序（解釋文 [2]）
4. 警察勤務條例應限期修正
5. 受臨檢人於法令未完備前，亦得就臨檢提起行政爭訟（解釋理由書 [3]）

四、解釋之續構（補強）

1. 應釋示憲法上「正當程序」於警察「臨檢」亦有適用
 - 1.1 憲法第八條第一項（正當程序條款）旨在保障人民身體之自由及權利免於遭受公權力恣意、無理之侵害
 - 1.2 警察臨檢乃限制人民身體自由之公權力行為
攔停＝逮捕→ 搜索（搜身）→ 留置（拘禁＝羈押）
 - 1.3 臨檢之「正當程序」包括「實質正當」與「程序正當」
2. 應釋示憲法第八條「人身自由」包含「免於無理搜索、扣押之自由」
 - 2.1 我國憲法並無類似美國憲法增修四條之規定
 - 2.2 故需經由解釋，以功能上相當於美國憲法增修條文第五條之我國憲法第八條第一項（正當程序條款），涵

括「免於遭受無理之搜索扣押之自由」

五、解釋之改造

1. 本解釋何以引進「裁判重要關聯性」理論
 - 1.1 為補救現行違憲審查制之缺失
 - 1.2 為有效保障人權
2. 改採「具體違憲審查」，始能有效保障人權
 - 2.1 原因事實即足界定「審查標的」
 - 2.2 憲法訴訟審查法令之事實涵攝，始能有效保障人權
 - 2.3 憲法訴訟始能確立「臨檢」之正當程序保障
3. 憲法裁判主文試擬
(「具體解釋」與「抽象解釋」之對照)

📖 詳參 本講【進階閱讀】第一篇

六、階層式比例原則操演

1. 先決問題檢視（釋明即可）

Q 人身自由受有「侵害」？

 - 1.1 警察「臨檢」得否拒絕？
 - 1.2 「臨檢」限制人身自由？

Ω 警察「臨檢」乃限制人民「身體自由」之公權力行為
2. 形式合憲性審查

Ω 合憲；系爭限制乃法律之規定
3. 實質合憲性審查
 - 3.1 選定審查基準
 - 3.1.1 所涉人權「種類」？

Q 屬「根本的基本權」(a fundamental right)？
→ 應以高標 (heightened scrutiny) 審查

Q 參考座標 (比較法例或判決先例)？

3.1.2 干預（侵害）之強度？

Q 永久、長期 v. 暫時、短時？

Ω 攔停＝逮捕→搜索（搜身）→留置（拘禁＝羈押）

3.1.3 干預（侵害）權利之「核心」或「外延」？

Q 為「廣義」v.「狹義」人身自由？

Cf. 釋字 699〈湯德宗大法官部分協同暨部分不同意見書〉

Q 審問、處罰 v. 逮捕、拘禁

Q 典型 v. 非典型 逮捕、拘禁

「警察臨檢」與「犯罪嫌疑」有別？

3.1.4 所涉事務領域（功能最適理論）

Ω 社會治安（v. 人權保護）

→ 法院無需特別尊重立法裁量

3.1.5 小結

Ω 綜上，應採 中標 審查；

本解釋：？

3.2 目的合憲性審查

Q 系爭限制乃在追求「重要」（*important/ substantial*）之公共利益？

Ω 是；「維持公共秩序，保護社會安全」當屬「重要」公共利益，甚或為「極重要」公益（例如為避免他人生命或公共安全遭受威脅）

3.3. 手段與目的關連性

Q 「警察臨檢」乃「維持公共秩序，保護社會安全」所「必要」？

3.3.1 「適當性」（*Geeignetheit*）審查

Q 「警察臨檢」有助於（而非有害於）「維持公共秩

序，保護社會安全」？

Ω 是；

3.3.2 「必要性」(Erforderlichkeit) 審查

Q 中標：手段與目的須實質相關(*substantially related to*)？

Ω 否；系爭規定顯然限制過廣(over-inclusive)，顯然有其他限制較少之替代手段(less restrictive alternative means)

3.3.3 狹義比例性

Q 「成本」與「效益」顯失均衡？

Ω 按「階層式比例原則」，僅採「高標」審查而通過「必要性」審查者，始須進行「損益衡量」。本件未能通過「必要性」審查，無庸審究「狹義比例性」。

4. 結論

4.1 階層式比例原則：系爭規定違憲

4.2 本解釋：系爭規定違憲

4.2.1 違憲救濟選單(詳參 前述壹、二、)

宣告違憲，限期失效，並附修法指示

5. 後續追蹤

系爭規定(警察勤務條例 §11-(3))迄 2016/08 並未修正。惟 92/06/25 制定之「警察職權行使法」§§6, 7 & 8 已參照本號解釋意旨，明定警察臨檢之要件及程序。

Q 酒測與臨檢之關係？(釋字 699，參 30 講)

參、其他案例（請依前例，自行操演）

一、檢肅流氓條例與類似立法

1. 釋字 523

檢肅流氓條例 §11 感訓處分前之「留置」要件悉委由法院裁定，已逾越必要程度，違憲。

Ω 「程序正當」（法官保留）不能替代「實質正當」（留置要件）！

2. 釋字 636

- 檢肅流氓條例 §2-(3) 「流氓」定義中，關於「霸佔地盤、白吃白喝、要挾滋事、欺壓善良」及同條例 §2-(5) 關於「品行惡劣、遊蕩無賴」等規定，有違「法律明確性」原則；

- 於審查程序中，被提報（為流氓）人應有「到場陳述意見」之機會（正當行政程序防禦權）；

- 同條例 §12-I（限制被提報人之對質、詰問與閱卷）

顯然過度限制被移送人之訴訟上防禦權（正當司法程序）；

- 同條例 §13-II 但書（法院交付感訓處分之裁定，勿庸諭知期間）可能使受感訓處分人之身體自由過度遭受限制，應檢討修正

3. 釋字 471

槍砲彈藥刀械管制條例 §19-I 不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年之規定，違憲

4. 釋字 528

組織犯罪防制條例 §3-III 「強制工作」規定，合憲

5. 釋字 567

戡亂時期匪諜再犯管教辦法規定之「管訓處分」未有法律依據，且未經法院審判，侵害思想自由與人身自由，違憲

二、行政執行

釋字 588

- 行政執行法 §17-I 關於債務不履行之「拘提」、「管收」事由，部分違憲；
- §17-III 關於「未予即時審問」及 §17-II, 19-I「未經審問，即為管收裁定」之規定，違憲

三、少年事件處理法

釋字 664

少年事件處理法 §26-(2)及 §42-I-(4)關於「經常逃學或逃家」之虞犯少年之「強制收容」及「感化教育」規定，違憲

四、傳染病防治法

釋字 690

傳染病防治法 §37-I 主管機關對於曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，得予以「留驗」、「強制隔離」之規定，合憲

五、入出國及移民法

釋字 708

入出國及移民法 §38-I 許行政機關為儘速遣送外國人出境，逕行暫時收容，但未予受收容人「即時司法救濟之機會」，違憲

Q 允予「即時司法救濟」之意義？

Ω〈湯德宗大法官協同意見書〉

六、兩岸關係條例

釋字 710

- 兩岸關係條例（92/10/29 修正）§18-I 對經許可合法入境之大陸地區人民，未予申辯之機會，即得逕行強制出境部分，有違憲法正當法律程序原則；
- 同條例 §18-II 規定：「前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容」，未能顯示應限於非暫予收容顯難強制出境者，始得暫予收容之意旨，亦未明定暫予收容之事由，有違法律明確性原則；於因執行遣送所需合理作業期間內之暫時收容部分，未予受暫時收容人即時之司法救濟；於逾越前開暫時收容期間之收容部分，未由法院審查決定，均有違憲法正當法律程序原則，不符憲法第八條保障人身自由之意旨。
- 同條例關於暫予收容未設期間限制，有導致受收容人身體自由遭受過度剝奪之虞，有違憲法第二十三條比例原則。
- 大陸地區人民及香港澳門居民強制出境處理辦法（88/10/27）第五條規定：「強制出境前，有下列情形之一者，得暫予收容：…」未經法律明確授權，違反法律保留原則。

【學思策問】

Q 憲法第八條「正當程序」中之「實質正當」，與憲法第二十三條「比例原則」之關係為何？

《對話憲法·憲法對話》2016

Q 現制下，大法官解釋「個別意見書」應如何進行分類？（部分協同、協同、部分協同暨部分不同、部分不同、不同意見等如何區分？）

【進階閱讀】

湯德宗，〈具體審查與正當程序保障：大法官釋字第五三五號解釋的續構與改造〉，輯於氏著《憲法結構與動態平衡：權力分立新論·卷二》，頁 255 以下（2014 年，增訂四版）。

湯德宗，〈大法官釋字第六六四號解釋評析〉，載《法令月刊》，第 60 卷第 12 期，頁 4~26（2009 年 12 月）。

【課後習作】