

實體正義與程序正義

—以我國法律變革為中心

何君豪*

目 次

- 壹、前言
- 貳、文獻回顧
- 參、知識與科技對於程序與實體正義的影響
- 肆、程序正義與實質正義衝突的抉擇
- 伍、程序延滯對於實體正義的影響
- 陸、結論

* 臺灣高等法院審判長，中華法學會秘書長，政大法律博士、臺灣科技大學資管博士。

壹、前言

俗諺有云：司法是社會正義的最後一道防線。正義為何物？卻眾說紛紜，莫衷一是，迄今尚無定論。談論到正義，最著名的論著應首推約翰·羅爾斯（John Rawls）的「正義的理論」（A Theory of Justice）¹，除了其著作本身以正義為名外，羅爾斯的正義論點承襲了18世紀法國哲學家盧梭的「社會契約」概念，而發展其正義理論。但諾貝爾經濟學獎得主阿馬蒂亞·沈恩（Amartya Sen）卻有著不同看法，以「社會選擇」論為出發點，著有「正義的理念」（The Idea of Justice）一書，致力於消滅不正義²。可見雖然正義是全體人類的共同渴求，但往往各有仁智之見。除了哲學家們對於正義有著不同哲學觀念的理解外，就司法實務工作者而言，觀察同時期的各國立法例，或是不同時期的本國法律，也經常迥然不同，大相逕庭。

為了深刻瞭解正義的本質與司法應如何實現正義，本文擬回顧一些與正義有關的重要先前文獻，探究其背後的哲學理論，並以此作為出發點，對於我國的法律變革進行分析，希望對於過往的法律規定能有體系性的認識，並提供法律實現程序正義與實質正義的未來思考方向。

¹ Rawls, John. A Theory of Justice. Harvard University Press, 1971. revised ed.

² Amartya Sen 著、林宏濤譯：正義的理念，商周出版，2020年初版第4.5刷。

貳、文獻回顧

約翰·羅爾斯在1971年所著「正義的理論」(A Theory of Justice)一書中，從初始狀態為出發點，得出下列兩項正義原則：(1). 每個人對於最廣泛所有系統的平等基本自由都應享有平等的權利，且與其他類似系統所有人的自致。(2). 社會與經濟的不平等應加以調整，使得：(a). 社會中處於最弱勢的成員受益最大，並與公平救濟原則相容（即差別原則）。(b). 各項職位及地位必須在公平的機會平等下，對所有人開放（機會均等原則）³。我國大學聯考中的原住民加分政策，或是美國各大學按不同族裔給予入學名額，即針對不同弱勢團體給予差別待遇，以達到實質平等，就是本於上開原則實現的實質正義。

對於上開正義原則，羅伯特·諾齊克在1974年所著「無政府，國家，與烏托邦」一書中卻有著截然不同的觀點，諾齊克從自由意志主義的觀點出發，提倡最小政府主觀，認為如果世界是完全公平的，正義應包含下列幾項原則：(1). 一個符合獲取正義原則而獲得一種持有的人，對那個持有是有權利的。(2). 一個符合轉讓的正義原則，從別的對持有擁有權利的人那裡獲得一種持有的人，對這個持有是有權利的。(3). 除非經由對於(1)與(2)的重覆應用，沒有人對於一種持有擁有權利⁴。亦即認為

³ John Rawls, *supra* note 1, p.266.

⁴ Robert Nozick 著，王建凱、張怡泌譯：「無政府，國家，與烏托邦」，時報文化出版（2022年二版二刷），第192頁。

人作為獨立自主的個體，擁有先天不可讓渡的基本權利，不應受任何個體或團體的干涉，政府亦不能使用整體利益的名義來侵害個人權利，而否認羅爾斯所提倡「差別原則」的正當性。

美國政府於1960年代為了緩解種族歧視問題，提出「積極平權」(affirmative action)政策，以避免弱勢族裔的入學機會遭到排擠，不少大學也設法增加少數族裔學生的錄取名額，美國聯邦最高法院在1978年Regents of the University of California v. Bakke乙案中也肯認考量申請入學者的種族背景，並給予優惠性差別待遇的正當性⁵。因此，各大學給予少數族裔更優惠的入學條件，近60年多來可謂是政治正確。但在今年非營利組織「學生公平入學」(Students for Fair Admissions，簡稱SFFA)以哈佛大學與北卡羅萊納大學採行「積極平權」政策，對白人和亞裔學生構成歧視，違反憲法上的平等原則為由，對哈佛大學與北卡羅萊納大學提起控訴，美國聯邦最高法院則推翻既往的判例，認為哈佛大學與北卡羅萊納大學施行的「積極平權」政策違憲，並在判決文中指出：「許多大學長期以來恰恰做了相反的事情，在實施的過程中錯誤歸結出，個人身份的標準不是克服挑戰、建立技能或吸取教訓，而是他們的膚色。我們的憲法歷史不容許做出這種選擇」⁶。

⁵ Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1978). 見 [Regents of the University of California v. Bakke | Oyez](#)。最後瀏覽日：2023.08.14。

⁶ 原文如下：「Many universities have for too long done just the opposite. And in doing so, they have concluded, wrongly, that the touchstone of an individual's identity is not challenges bested, skills built, or lessons learned but the color of their skin. Our constitutional history does not tolerate that choice。」

觀察學者們對於正義所提出的哲學論述，以及美國聯邦最高法院對「積極平權」入學政策於不同時期所採行之法律見解，可見正義並沒有統一的定義與標準。我們無法從初始狀態的社會契約理論推演出固定的正義概念，甚至司法實務在不同時期也會對相同問題作出不同的認定與裁判。綜合上述現象，我們可以歸結出正義的具體內涵實際上只是不同時期人們對於特定事務的價值選擇，正義必須從「社會選擇」論的觀點來理解，始能解構正義與其他領域知識互動所生影響，以及各國立法例關於實現正義所生的立法差異。

參、知識與科技對於程序與實體正義的影響

程序正義雖然是以達成實體正義為目的，但當要確認程序正義已超越人類所處時代的極限時，程序規定往往以實體正義之姿循入實體法中。在DNA技術尚不發達的年代，女子未婚生子依1930年12月26日制定公布的民法親屬編第1067條第1項規定：「有左列情形之一者，非婚生子女或其生母，或其他法定代理人得請求其生父認領：一、受胎期間生父與生母有同居之事實者。二、由生父所作之文書可證明其為生父者。三、生母為生父強姦或略誘成姦者。四、生母因生父濫用權勢成姦者。」，

STUDENTS FOR FAIR ADMISSIONS, INC. v. PRESIDENT AND FELLOWS OF HARVARD COLLEGE(Decided June 29, 2023), 600 U.S. __ (2024)。
見 https://www.supremecourt.gov/opinions/22pdf/20-1199_hgdj.pdf。最後瀏覽日：2023.08.14。

固可提起認領生父之訴，但生父依同法第1068條規定：「生母於受胎期間內，曾與他人通姦或為放蕩之生活者，不適用前條之規定」，可提出不貞抗辯拒絕認領非婚生子女。

上開法律的設計即是立法當時的技術水平無法精準判斷非婚生子女之生父，因此，將諸多判斷非婚生子女生父的證據法則視為實體規範而明訂於實體法，民法第1067條就是此種典型規定。事實上，在DNA親子鑑定技術普及之前，判斷非婚生子女的生父，雖綜合使用血型、生物特徵的隱性與顯性、女子受孕的可能事實來判斷，但匯總各該事實仍不足以精確判斷非婚生子女的生父，就真實的結果而言，仍無異於是以猜測作為判決的最終依據。

14世紀法國哲學家布里丹曾提出「布里丹之驢」悖論，表述如下：一隻完全理性的驢子處在兩堆等量等質的乾草中間將會餓死，因為牠不無對究竟該吃哪一堆乾草作出任何理性的決定⁷。人類在發展歷史上為了解決「布里丹之驢」的困境，就會發展出一些沒有堅強科學依據的形式儀式，透過這些形式儀式強化與鞏固對於決策的信心。例如：殷商時期統治者龜甲或獸骨上契刻文字以占卜吉凶，並作為決策之依據即為適例。

⁷ 維基百科：布里丹之驢。見

<https://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E5%B8%83%E9%87%8C%E4%B8%B9%E4%B9%8B%E9%A9%B4>。

最後瀏覽日：2023.8.14。

以DNA親子鑑定科技觀察1930年12月26日民法親屬編第1067條第1項規定，與甲骨文占卜斷凶吉有著驚人的近似之處，即均缺乏堅強的科學依據。例如：受胎期間生父與生母有同居之事實只不過是證明非婚生子女生父的眾多證明方法之一，且尚非絕對，但立法者卻將之列為認領的實體要件之一，無異於是採用甲骨文占卜斷凶吉的方式，解決「布里丹之驢」的困境。實者，一般夫妻在同財共居的婚姻生活期間都有可能與他人外遇而產下私生子，非同居生活的露水姻婚也有可能孕育共同的下一代，以是否同居作為認領的實體要件，顯然是沒有DNA親子鑑定技術時代下的不得已產物。隨著DNA親子鑑定技術的普及，民法第1067條第1項於2007年5月23日被修正為「有事實足認其為非婚生子女之生父者，非婚生子女或生母或其他法定代理人，得向生父提起認領之訴。」至於民法第1068條的不貞抗辯，立法原意旨在避免男子誤認領非其親生子女，亦於2007年5月23日民法修正時一併被刪除。

程序正義既然是達成實質正義的手段，符合程序正義顯然比實現實質正義更容易達成。在實現實質正義已超過人類知識極限時，程序規定往往以實體正義之姿遁入實體法，例如：1930年12月26日制定的民法第1067條規定即為適例。隨著時代演進與科技發展，人們利用現有知識與科技，而不必透過公開的訴訟程序，即可實現實質正義目標，程序規定就會瀕臨死亡甚或

消失，民法第1068條規定最終被刪除即是明證。

上述的現象不僅反應在DNA的親子訴訟上，也普遍反應在其他類型的案件上。1986年9月15日至1994年5月19日美劇「洛城法網」在全球各地上映，掀起一波法律熱潮⁸，許多年青學子也因觀賞該劇而立志報考法學院，該劇主要是以法庭上的訴訟攻防為主軸。但目前以法庭上的訴訟攻防為主軸的戲劇似無法吸引觀眾的普遍興味，取而代之的是犯罪鑑識科學。例如：美劇CSI犯罪現場2003-2004即獲得收視冠軍，且衍生《CSI犯罪現場：邁阿密》、《CSI犯罪現場：紐約》等系列影集⁹。可見純粹訴訟上的法庭攻防並不足以實現正義，知識與科技¹⁰的提升才能有效地實現正義。

肆、程序正義與實質正義衝突的抉擇

程序正義與實體正義如有衝突應如何抉擇，亦即違法取得之證據不得作為認定被告實體犯罪的證據，各國立法例也不盡相同。英美法向來採取「毒樹果實理論」，認為先前違法取得的證據有如毒樹，本於此證據而再行取得的證據就如同毒樹生出的果實為毒果，原則上應絕對排除其證據能力。例如：在1920

⁸ 維基百科：「洛城法網」(L.A. Law)。見 <https://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E6%B4%9B%E5%9F%8E%E6%B3%95%E7%B6%B2>。最後瀏覽日：2023.08.14。

⁹ 維基百科：CSI犯罪現場。見 <https://zh.wikipedia.org/zh-tw/CSI%E7%8A%AF%E7%BD%AA%E7%8F%BE%E5%A0%B4>。最後瀏覽日：2023.08.14。

¹⁰ 例如：臺灣地區普遍裝設監視器、大陸地區天網系統都是有效現實正義的體現。

年 Silverthorne Lumber Co., Inc. 訴 United States 乙案中，Silverthorne Lumber 公司控訴政府官員為調查其是否有規避納稅之情事，非法搜查了其公司辦公室，並扣押一些文件與紀錄，違反美國憲法第4條修正案的規定。美國聯邦最高法院則認定，政府官員在最初的搜查中非法獲得了一些文件，並使用這些文件去獲取更多的證據和信息，雖這些證據和信息的取得行為是合法的，但由於最初是以非法搜查取得文件，後續的合法行為所獲得的證據也必須被排除在證據鏈之外¹¹。此即「毒樹果實理論」的代表性案例。

但「毒樹果實理論」在大陸法系國家並沒有普遍被採用。例如：德國法上與英美法上證據排除法則相類似的概念為「證據使用禁止」，其上位概念為證據禁止，證據禁止可分為證據取得禁止與證據使用禁止，所謂證據使用禁止係指違反證據取得禁止規範所得的證據，在訴訟上應否排除問題¹²，其判斷標準有下列幾種學說：(1).權利範圍理論、(2).規範保護目的理論、(3).權衡理論¹³。德國聯邦最高法院1951年2月21日在著名的拒絕證言案中試圖提出統一標準，而首先採用權利範圍理論¹⁴。該院認為，被告是否可以下級法院的判決違背法規為由提

¹¹ Silverthorne Lumber Co., Inc. v. United States, 251 U.S. 385 (1920).

¹² 林鈺雄：刑事訴訟法（上冊總論篇），2023年9月，第449頁以下。

¹³ 百科知識：禁止理論。見

<https://www.jendow.com.tw/wiki/%E7%A6%81%E6%AD%A2%E7%90%86%E8%AB%96>。最後瀏覽日：2023.08.14.

¹⁴ BGHSt 10, 186, 190, 11, 213 ff.

起上訴或抗告，取決於被告的權利範圍是否受到重大影響。其判斷標準為探究取證禁止規定是為保護何人的利益而設，僅有在禁止性法規是為被告的利益而訂立時，且被告的重要權利範圍因追訴機關違法取證而受到侵犯時，被告才能以下級法院審判違反證據使用禁止規定為由，據以提起上訴或抗告¹⁵。

我國在2003年2月6日公布增訂民事訴訟法第158條之4規定：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」乃採取權衡理論。最高法院2007年度台上字第4177號判決更明確指出：學理上所謂毒樹果實理論，乃指先前違法取得之證據，有如毒樹，本於此而再行取得之證據，即同毒果，為嚴格抑止違法偵查作為，原則上絕對排除其證據能力，係英美法制理念，我國並未引用。我刑事訴訟法第158條之4所定：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」是為法益權衡原則，採相對排除理論，以兼顧被告合法權益保障與發現真實之刑事訴訟目的。是除法律另有特別規定不得為證據，例如同法第100條之1第2項、第158條之2、第158條之3等類者外，先前違法取得之證據，應逕依該規定認定其證據能力，固勿論

¹⁵ 見前註13。

矣！其嗣後衍生再行取得之證據，倘仍屬違背程序規定者，亦應依上揭規定處理；若為合乎法定程序者，因與先前之違法情形，具有前因後果之直接關聯性，則本於實質保護之法理，當同有該相對排除規定之適用。惟如後來取得之證據，係由於個別獨立之合法偵查作為，既與先前之違法程序不生前因後果關係，非惟與上揭毒樹果實理論無關，亦不生應依法益權衡原則定其證據能力之問題¹⁶。

綜上所述，可見程序正義與實體正義何者為重，各國立法例都有不同的考量，而無舉世皆然的標準，英美立法例為偏重保護程序正義的光譜極端，而德國與我國則採取平衡程序正義與實體正義的作法，但各自建立在不同的理論基礎與架構上。

伍、程序延滯對於實體正義的影響

俗諺有云：遲來的正義不是正義（Justice delayed is justice denied）。美國最高法院首席大法官華倫·厄爾·柏格（Warren Earl Burger）於1970年在美國律師協會的演講中曾說過：效率低下和拖延可能會削弱甚至削減公正判決的價值¹⁷。程序正義不僅必須表現在證據取得的合法、聽證程序的公開及公開的審判上，而且必須展現在有效率與沒有延滯地推展訴訟程序的進行。訴

¹⁶ 最高法院 2007 年度台上字第 4177 號判決。見「司法院裁判書系統」，網址：<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/default.aspx>。最後瀏覽日：2023.08.14。

¹⁷ Warren E. Burger, "What's Wrong With the Courts: The Chief Justice Speaks Out," U.S. News & World Report (Vol. 69, No. 8, Aug. 24, 1970) 68, 71 (address to American Bar Association meeting, Aug. 10, 1970).

訟程序欠缺效率與不當拖延對於被告所造成的傷害，可區分下列兩個場合加以觀察：(1).被告確為無罪之場合：在美國，無罪釋放即禁止就同一罪行對被告進行重新審判，但在大陸法系國家，檢察官仍就可以針對無罪判決上訴，如訴訟程序不能有效率與毫無延滯地進行，被告最終雖經判決無罪，但長期經訴訟程序無盡的折磨與煎熬，最後所獲無罪判決的實質正義價值也會被消磨殆盡。(2).被告確屬有罪之場合：被告雖有犯罪行為，但因訴訟程序缺乏效率與延滯造成訴訟程序期間超過被告應科刑度之期間，導致被告歷經長期訴訟程序後再服應科之刑期，不利有罪被告的更生與人生規劃。我國為解決訴訟延滯而造成被告不利益的問題，於2010年5月19日制定公布妥速審判法，並於同年9月1日施行，最重要的兩項措施為：其一為限制檢察官對無罪被告的上訴權、其二為對於久懸未決案件(8年以上)的被告減輕刑度。

關於限制檢察官對無罪案件的上訴權，見諸妥審法第8條規定：「案件自第一審繫屬日起已逾6年且經最高法院第3次以上發回後，第二審法院更審維持第一審所為無罪判決，或其所為無罪之更審判決，如於更審前曾經同審級法院為2次以上無罪判決者，不得上訴於最高法院。」即案件自繫屬第一審之日起已逾6年，最高法院發回3次後，(1).第二審更審仍維持第一審所為無罪判決，或(2).第二審更審3度為被告無罪之判決，

檢察官即不得提起第三審上訴，被告即經判決無罪確定。經於2023年8月14日至「司法院裁判書系統」，輸入關鍵字「妥速審判法第8條&不得上訴」查詢結果如圖一所示，計有116件案件適用上開規定而無罪確定，有效調和大陸法系檢察官對於第一審無罪判決得提起上訴所產生的缺陷，而提升實質正義的價值，此種機制實現實質正義的途徑，應值讚許與認同。



圖一：截至2023年8月14日止適用妥速審判法第8條規定的案件數

至對久懸未決案件的被告減輕刑度見諸妥速審判法第7條規定：「自第一審繫屬日起已逾8年未能判決確定之案件，除依法應諭知無罪判決者外，法院依職權或被告之聲請，審酌下列事項，認侵害被告受迅速審判之權利，且情節重大，有予適

當救濟之必要者，應減輕其刑：一、訴訟程序之延滯，是否係因被告之事由。二、案件在法律及事實上之複雜程度與訴訟程序延滯之衡平關係。三、其他與迅速審判有關之事項¹⁸。簡言之，即法院審理案件的時間太久（超過8年），如果訴訟程序的延滯沒有可歸責於被告的事由，或案件在法律與事實上的複雜度不高，且情節重大而有予適當救濟之必要者，則減輕被告的刑度。即賦與被告減輕刑度的利益，平衡國家偵審機關無法為有效率與妥速訴訟行為的不利益，適用妥速法第7條規定減輕刑度的被告，可謂多不勝數，由此可見國家偵審機關的效能仍有提升的空間。

日本在2003年制定「關於裁判迅速化之法律」¹⁹，司法院有鑑於此乃於2009年召開公聽會²⁰，並於翌年5月19日制定公布妥速審判法，妥速審判法第1條第1項規定：「為維護刑事審判之公正、合法、迅速，保障人權及公共利益，特制定本法。」就同法第7條關於法院審理逾8年案件 給予被告減輕刑度的機制而言，給被告減刑並不會使訴訟程序的進行變得比較快，並無促進訴訟程序有效率與迅速進行的功能。再就國家偵審機關無法為有效率與迅速審判的作為而言，應該是提升國家偵審機

¹⁸ 2010年5月19日制定公布的妥速審判法第8條只有「經被告聲請」始得減刑，法院不得依職權減輕被告的刑度，嗣於2014年修正公布為「法院依職權或被告之聲請」均得減輕被告刑度。

¹⁹ 裁判の迅速化に関する法律（平成15年7月16日公布法律第107号）。見 https://www.courts.go.jp/toukei_siryou/siryo/houritu/index.html。最後瀏覽日：2023.08.14。

²⁰ 司法院：「追求刑事妥速審判司法院舉辦公聽會」新聞稿（2009.06.04）。見 <https://www.judicial.gov.tw/tw/cp-1429-72527-07504-1.html>。最後瀏覽日：2023.08.14。

關的服務能量與品質始得稱為妥當，捨此不為，給予被告減輕其刑的處遇，實難窺見對刑事審判的公正有何助益，及保障何種公共利益，既無迅速可言，似亦乏正當性，可謂稱為妥速，實值深入進行各國立法例的比較與觀察。

陸、結論

觀察我國幾項重要法律的變革，不難發現無論實現程序正義與實體正義，均必須以堅強的專業知識與科技背景為基礎，「無知之幕」在現實上無法支撐起實現正義的理想。2021年我國將智慧財產法院和商業法院合併，改組為「智慧財產及商業法院」，大陸地區成立北京金融法院，專職審理商業案件，都是以專業知識與技能實現實質正義的典型作為。再者，治世不一道，正義並沒有放諸四海而皆準的標準存在，各國與各地區往往會因應其歷史演進與生活型態而有不同的價值選擇，並形制各種不同的法制與立法例。最終，無論是程序正義與實質正義的實現，皆須國家投入大量的司法資源才能有效率與無遲延地實現正義，雖然如妥速審判法等立法設計能解決部分正義遲到問題，但終局正義的實現仍須有充裕的司法人力與資源始克為功。我們雖然無法提出正義的明確定義，但誠如經濟學獎得主阿馬蒂亞·沈思所言，我們應該都知道如何去消除社會的不義。



