

## 第四章 問題提出與檢討

有關羈押之司法審查程序，大致實務運作現況、特徵及相關爭議問題已呈現於上，而近來司法院為建構公平正義訴訟制度，以完成改造跨世紀現代司法制度之理想目標，於民國八八年七月六日至八日召開全國司法改革會議，經審、檢、辯、學代表及社會賢達熱烈參與研討，就刑事訴訟制度之改革達成「落實第一審為堅強之事實審」、「第二審研採事後審查制」、「第三審研採嚴格法律審兼採上訴許可制」、「適度修正非常上訴制度」等多項共識結論。爰依其原則，並配合司法院之終審機關化，研擬修正刑事訴訟法第一編「總則」第十章「被告之羈押」、第三編「上訴」、第四編「抗告」、第五編「再審」、第六編「非常上訴」、第八編「執行」、第九編「附帶民事訴訟」等相關條文，計修正七十五條、增訂三十三條、刪除二十條，共計一百二十八條。為因應司法院提出刑事訴訟法之官方版修法條文，民間司法改革基金會、台大法學院刑事法研究中心、律師公會全國聯合會、台北律師公會，迅速於民國九十三年三月成立刑事訴訟修法小組，共同研擬民間版本對照條文，其中關於修正羈押部份之條文約有十餘條。然而司法院版及民間版之修正條文，是否真有助於構建符合保障人身自由之應有的人性化羈押審查機制，要非無疑。職是，下述除參以實務運作現況及態度外，另輔以近來司法院及民間版所提出之修正草案，針對羈押審查流程頗具爭議性之問題，逐一作更進一步綜合檢討分析，俾建構更為妥適之羈押審查制度<sup>1</sup>。茲檢討如後：

### 第一節 偵查中聲請羈押之管轄問題

案例一之謝案裁定所突顯的是，偵查中檢察官以恐嚇危害安全罪聲請羈押，法院可否不受拘束自行認定為妨害國交罪？設若法院可以認定為妨害國交罪，法院是否可以系爭案件屬高等法院所管轄之第一審案件，認無管轄權而逕駁回羈押之聲請，是否有其他更妥適之處理方式？關於法院可否不受拘束自行認定為妨害國交罪，涉及犯罪事實審查之範圍及罪名變更問題，本文擬於本章第四節第一項討論，於此僅先討論聲請之管轄問題，合先敘明。另外，關於管轄問題，刑訴法第四條所規定之事物管轄，及第五條之土地管轄，主要係決定起訴後之管轄問題，然而起訴前之偵查程序是否有管轄問題，即起訴前包括檢察官所為之強制處分行為是否受管轄權

<sup>1</sup> 關於司法院及民間版所提出之羈押部分修正草案，請參照附錄一。

之限制，學者間則頗有爭論。而學說見解之差別在於檢察官非對法院之行為究竟有無管轄權問題，至於對法院之行為均肯認當然有管轄之問題。是以，偵查中聲請羈押係向法院為之，當然會涉及管轄權問題，而關於檢察官非對法院之行為究竟有無管轄權問題，本文將在本章第三節討論，併此敘明。

而偵查中聲請羈押之管轄問題，亦可分為事務管轄及土地管轄兩部分來討論：

## 第一項 事物管轄

事物管轄係指某些特殊案件如內亂、外患及妨害國交等罪，將其第一審管轄權歸最高法院（刑訴法第四條參照），而就偵查中聲請羈押之事物管轄問題而言，解釋上，仍應有刑訴法第四條之適用。案例一之謝案裁定即涉及事物管轄問題，檢察官係以恐嚇危害安全向台北地院聲請羈押謝某，台北地院審查後認：「本案係屬妨害國交罪，依刑訴法第四條第三款規定，其第一審管轄權屬於臺灣最高法院，台北地方法院並無管轄權，故檢察官聲請羈押被告，於法未合，應予駁回。至於刑訴法第三〇四條係有關管轄錯誤判決之規定，裁定無適用之餘地，檢察官於到庭時聲請本院依該條文規定將本案移送有管轄權之法院，於法無據，故被告應當庭釋放」，承辦法官逕認無管轄權當庭釋放，是否妥適，不無疑問。對於此種無管轄權情形，有論者提出下列幾種可能之處理模式<sup>2</sup>：

### 一、依職權移送管轄法院

當法院認為其對檢察官聲請羈押案件沒有管轄權，諭知移轉管轄對被告合法權益並無影響（對準備逃亡的被告的逃亡計畫才會有影響），而對節省司法資源及追求司法正義卻大有助益，故應類推適用刑訴法第三〇四條規定，諭知管轄錯誤，同時依職權移送有管轄權法院。

### 二、人犯交還檢察官

被告若被合法逮捕，在法院尚未作成處分前，被告身體被拘束狀態仍然合法持續進行，法院因無管轄權的程序原因駁回羈押聲請時，並未對該案件之羈押之要件為實質審查，故應將人犯交由偵查機關再向有管轄權法院聲請，以免有羈押必要的被告因為法律見解的不同被釋放而不當得利，讓社會因此受害。

### 三、為羈押決定

---

<sup>2</sup> 參吳巡龍，偵查中聲請羈押的管轄問題與即時抗告—兼評台北地方法院九十三年度聲羈字第一五一號刑事裁定，月旦法學雜誌第 114 期，2004 年 11 月，頁 241—242。

刑訴法第十四條規定：「法院雖無管轄權，如有急迫情形，應於其管轄區域內為必要之處分」此規定目的是避免法官因無管轄權而消極不作為，導致人犯逃逸或證據滅失，造成社會禍害或影響該案審判或執行。因法院在無管轄權時仍可為急迫且必要之處分，因此若存在刑訴法所定羈押理由，情況急迫且有必要時，法院應可審查羈押的實質要件並為羈押裁定。起訴後如認為確無事物或土地管轄權，依據同法第十二條規定，此屬訴訟程序上之處分，不因法院無管轄而失效。

#### 四、將被告釋放

如果檢持官以非妨害國交罪的法條聲請羈押，地方法院認有變更法條必要，應讓檢察官有表示意見的機會。若法院認為對案件無管轄權，而檢察官又無法說服法官，檢察官所提羈押聲請在程序上不合法，法院應即駁回聲請，並將人犯釋放。

#### 五、本文見解

關於第一種模式，並不妥適，蓋刑訴法第三〇四條僅審判中有適用，偵查中羈押審查能否適用刑訴法第三〇四條規定，要非無疑。且法官如逕行移轉管轄，則被告將持續受到人身自由之限制，此種無法律依據之移轉管轄裁定，要難謂與憲法第八條之基本精神無違。站在嚴格法律保留解釋之精神，即便檢察官如到庭聲請依刑訴法第三〇四條規定精神，將聲押案件移送有管轄權法院，則法官仍不應將聲押案件移送有管轄權法院。

第二種模式，本文以為，法院為審查後，如距被告被拘捕時已逾二十四小時，除非為羈押決定簽發押票偵查中由檢察官執行外，檢察官即無任何依據在法院決定後仍可限制被告之人身自由。申言之，法官為程序審查未為實質審查，認無管轄權存在，而將人犯交還檢察官，僅限法官審查後尚未逾二十四小時之情形，蓋於二十四小時內仍有合法逮捕效力，逾二十四小時檢察官即無拘束被告之權限。如已逾二十四小時，則尚難因法官僅為程序審查未為實質審查，即將人犯交由檢察官繼續限制其人身自由。是以，第二種模式僅限於法官認無管轄權時尚未逾二十四小時之情形，檢察官則可趕在二十四小時內另向有管轄權法院聲請羈押，以落實憲法第八條之精神。

第三種模式，符合法律保留原則，刑訴法第十四條規定即係為避免無管轄權情形，而釋放被告亦不妥適之窘境，如符合急迫及必要情形，法官可為急迫性之必要羈押處分。

第四種模式，雖然管轄錯誤並非嚴重之瑕疵，如逕予釋放，將造成日後審判追訴執行之困難，尤其是遇到重大通緝犯，如僅因管轄錯誤即將其釋放，將造成社會治安二度傷害，檢警勢必浪費多倍資源緝捕，衡量整體追訴資源利益及管轄錯誤瑕疵程度，似不應逕行釋放。惟本文以為，如無

其他更合法妥適之處理方式，法官即應釋放被告，畢竟人身自由之剝奪須有法律依據，法律規範之不健全、有漏洞，係將來立法論改進之問題，尚難據此而繼續剝奪被告之人身自由，否則有違憲法第八條及第二三條保障人身自由之精神。

綜上所陳，本文以為，羈押審查法官凡遇有案例一之無管轄權情形，即應再進一步審查究竟有無必要、急迫情形，如存在急迫必要情形（如被告所犯案件重大，予以釋放極有可能逃匿），且具備羈押實體要件，則應勇於為急迫性羈押處分，而非一審查為無管轄權即駁回並釋放人犯，致刑訴法第十四條形同具文。當然檢察官亦可主動到場證明有急迫情形、羈押原因及羈押必要，請求法院為急迫性之羈押處分，法官認有羈押原因羈押必要且有急迫情形存在，即可先為急迫性羈押處分<sup>3</sup>；如法院進一步審查後認為無急迫性情形存在，無為急迫性羈押處分之必要，則應當庭將犯罪嫌疑人釋放，不可類推適用刑訴法第三〇四條裁定移送有管轄權法院，亦不可將人犯交還檢察官由檢察官繼續限制其人身自由。除非法官審查決定後，距犯罪嫌疑人被拘捕時尚未逾二十四小時，仍於合法逮捕效力之期限內，始得將犯罪嫌疑人交還檢察官，由檢察官速向有管轄權法院聲請羈押<sup>4</sup>。

而應注意的是，法官審查是否具備急迫性及必要性之情形時，應同時衡量檢察官是否能於二十四小時期限，及時向有管轄權法院聲請羈押。例如法官認已符合羈押實體要件，且考量二十四小時已屆滿或將屆滿，檢察官來不及向有管轄權法院聲押，如釋放嫌疑人極有可能逃匿，法官即得速為急迫性羈押處分；相反的，如距二十四小時仍有數小時，移送距離亦非過遠，足供檢察官向有管轄權法院聲押時，此急迫性要件之不存在，則法院不應為急迫性之羈押處分，應將人犯交還檢察官，由檢察官速向有管轄權法院聲押。至於法官為急迫性羈押處分後，後續之程序應如何處理，不無疑問。本文以為，於案例一之情形，解釋上應由有管轄權之高等法院換發押票，繼續羈押被告。其羈押期間之起算，仍從急迫性羈押處分之日起算。

## 第二項 土地管轄

<sup>3</sup> 如被告不服急迫性羈押處分而提起抗告，則由該處分法院所屬之上級法院為急迫性處分之審查，非由實際有管轄權法院之上級法院來審查抗告，併此敘明。

<sup>4</sup> 案例一之情形，該案法官未為移轉管轄之裁定，係屬適法。惟承審法官似未審查究竟有無為急迫性羈押處分之必要，而逕行釋放犯罪嫌疑人，有欠妥適。事實上，案例一之情形，於實際操作上，檢察官或可選擇不抗告，於釋放後，依刑訴法第八八條之一或第七六條，緊急拘捕或逕行拘提被告，再向高院聲請羈押，以避免抗告法院審理過久，致迅速羈押被告之目的無法達成。當然高院會先審查檢察官此之緊急拘捕或逕行拘提是否合法。

刑訴法第五條第一項規定：「案件由犯罪地或被告之住所、居所或所在地之法院管轄。」其中，所在地部分，依照我國通說與實務向來的理解，所在地乃現時身體所在地，其所在地之原因，係出於任意，抑由於強制，均非所問，甚且包括因強制處分行使的逮捕地、羈押地，此之現時以起訴時為準<sup>5</sup>。有學者即批評：「、、、果真如此，被告本人猶如取得土地管轄的活動來源，任何事物管轄法院都有可能對其取得土地管轄，列舉土地管轄原因之限定，也就喪失殆盡。因此，此之所在地應限出於任意之情形，不包括拘禁地，否則將可藉由逮捕地、羈押地之個案操縱而架空事先的、抽象的、一般管轄規定而有違背構築管轄規定法理基礎之法定法官原則。<sup>6</sup>」，誠屬的論，蓋如被告在基隆犯案，住居所亦在基隆，一路由北往南逃，逃到屏東始被逮捕，如依實務見解由屏東法院取得管轄權，則本案所有卷證豈非要移送到屏東法院，在基隆的證人豈非要到屏東作證，被告在基隆信賴之辯護律師豈非要至屏東開庭，如遇有勘驗現場之必要，屏東地院之法官豈非要北上至基隆。總之，不管從本案偵查效率、訴訟經濟、及被告防禦權之保障等來看，此一審案件均不適合由屏東地院管轄。

然而，此見解認為所在地應限出於任意之情形，此任意所在地究指為何，不無疑問。如係指被告出於任意所在地取得管轄權，亦可能出現被告犯案後故意至特定對其有利之地區，使該地區之法院取得管轄權，同樣的，仍會架空法定法官原則。且，被告任意所在地之法院取得管轄權，實難想像，實務上除了逮捕地、羈押地外，是否有以被告任意所在地取得管轄權之案例，尚無從知悉。事實上，僅以犯罪地或被告之住居所作為取得管轄權之聯繫因素即足矣，無論從本案偵查效率、訴訟經濟、及被告防禦權之保障等來看，均無不妥之處。所在地不論出於強制或任意，均不適宜作為取得管轄權之基礎。職是，本文以為，刑訴法第五條之所在地應予以刪除，以免偵查人員或被告藉由所在地之規定，使某特定之法院取得管轄權。

相同的，於聲請羈押時，亦會有管轄之問題。就土地管轄而言，其管轄判斷標準，仍以刑訴法第五條第一項之規定為準，即檢察官聲請羈押被告，必須向犯罪地或被告住所、居所或所在地之法院聲請。如依上開學者見解進一步推論的話，檢察官似不可向被告被逮捕地之法院聲請羈押，除非係被告任意所在地、犯罪地或住居所地。惟本文進一步認為，刑訴法第五條第一項所在地之規定實無必要，在未修法刪除前，檢察官仍不應向被告之逮捕地或任意所在地之法院聲請（除非係犯罪地或被告住居所地），以免間接架空法定法官原則。以下茲舉兩案例說明聲請羈押時之土地管轄問題：

<sup>5</sup> 參司法院院字第一二四七號解釋；最高法院八七年台非字第三七〇號刑事判決；陳樸生，刑事訴訟法實務，1999年6月，頁36。

<sup>6</sup> 參林鈺雄，綠島專案之管轄爭議，月旦法學雜誌第63期，2000年8月，頁16-17。

一、涉嫌販賣毒品之被告，其犯罪地住居所地均在高雄，經台南地檢署檢察官佈線跟監，前往高雄市逮捕被告解回台南後，向台南地方法院聲請羈押被告，台南地方法院應如何處理<sup>7</sup>？

甲說：台南地方法院應受理，並依法審酌有無羈押事由。

理由：司法院院字第一二四七號解釋認刑訴法第五條第一項所謂「被告所在地」，係以起訴時為準，至其所在原因，無論自由或強制，皆所不問。故受理第一審之縣政府雖係越界將被告等捕獲，如可視為起訴當時被告等確係在其區域內，自屬有權管轄。依該解釋意旨，應認台南地院有管轄權，並依法審酌有無羈押事由。

乙說：台南地方法院無管轄權，應駁回聲請。

理由：前開第一二四七號解釋係以起訴時被告所在之地點，為被告之所在地，定管轄權之有無。至於偵查期間被告所在地之認定，因尚未起訴，其時程在起訴時之前，似不在該解釋之範圍。又，本件被告既非於台南地院轄區遭逮捕，被告之住居所犯罪地及逮捕地，均在高雄非台南，被告出於任意之所在地應認係在高雄，本件之該管法院為高雄地院。

本文以為，應以乙說可採，蓋偵查階段聲請羈押之管轄問題仍否適用院字第一二四七號解釋，要非無疑，且如由台南地院管轄，則將有違法定法官原則，對被告之防禦權亦不無侵害。

二、涉嫌殺人之被告，其犯罪地住居所地均在台中，嗣被告犯案後逃至雲林，經雲林地檢署檢察官佈線跟監，終於雲林縣斗六市逮捕被告，隨即向雲林地方法院聲請羈押被告，雲林地方法院應如何處理？

此種情形，理論上應由雲林之檢警單位，迅速將本案被告移送至台中地檢署，由台中地檢署檢察官向台中地院聲請羈押。惟當雲林地檢署檢察官，不依此運作慣例，執意向雲林地院聲請羈押時，並主張依照刑訴法第五條第一項之文義解釋，及前述司法院院字第一二四七號解釋精神，雲林地院應受理其羈押之聲請。此時之雲林地院是否即有管轄之權限，誠有疑問。本文以為，基於下列理由，雲林地院就本案羈押之聲請仍無管轄權：

第一，即便司法院此解釋為妥適，亦無法適用於偵查階段聲請羈押之情形。依本文見解，刑訴法第五條第一項之「所在地」應予以刪除，惟在未修法前，或可採上開學者見解之延伸解釋，即刑訴法第五條第一項之「所在地」應限縮於被告出於任意之所在地，不包括拘提逮捕地。

第二，本案情形雲林地院受理並決定羈押後，依實務見解，雲林地院亦將取得日後一審之管轄權，則本案所有卷證豈非要移送到雲林法院，在台中的證人豈非要到雲林作證，被告在台中信賴之辯護律師豈非要至雲林

<sup>7</sup> 參台灣台南地方法院九十一年十二月份法律座談會刑事類編號一之問題。此經台灣高等法院研究意見採否定說，即認台南地方法院無管轄權，應駁回本案羈押聲請。

開庭，如遇有勘驗現場之必要，雲林地院之法官豈非要北上至台中勘驗。

第三，更實質重要的理由是，此殺人犯犯案後，均係由台中之檢警單位偵辦此案，相關卷證資料訊息均由台中檢警單位所掌握，雲林地檢是否能於短時間繼受所有卷證資料訊息，而迅速聲押並獲得准押結果，不無疑問。

第四，如由雲林地院受理羈押聲請，那被告台中所信賴之辯護人豈非需至雲林開羈押審理庭，被告勢必因等待辯護人而延長受拘束之時間，且被告之家屬亦須至雲林看守所會面，凡此在在影響到被告之程序保障。

準此以觀，本文以為雲林地檢署檢察官須迅訴將被告移送至台中地檢署，由台中地檢署檢察官向台中地院聲請羈押，雲林地院就本案羈押之聲請並無管轄權。

附帶一提的是，上開兩案例之檢察官仍執意向台南地院或雲林地院聲請羈押，由於台南及雲林地院就該聲押案件均無管轄權，審查法官遇此無土地管轄權之情形，亦應與前述欠缺事物管轄權之情形為相同處理，即審查法官應再進一步審查究竟有無必要、急迫情形，如存在急迫必要情形（如被告所犯案件重大，予以釋放極有可能逃匿），且具備羈押實體要件，則應勇於為急迫性羈押處分。當然檢察官亦可主動到場證明有急迫情形、羈押原因及羈押必要，請求法院為急迫性之羈押處分，法官認有羈押原因羈押必要且有急迫情形存在，即可先為急迫性羈押處分<sup>8</sup>；如法院進一步審查後認為無急迫性情形存在，無為急迫性羈押處分之必要，則應當庭將犯罪嫌疑人釋放，不可類推適用刑訴法第三〇四條裁定移送有管轄權法院，亦不可將人犯交還檢察官由檢察官繼續限制其人身自由。除非法官審查決定後，距犯罪嫌疑人被拘捕時尚未逾二十四小時，仍於合法逮捕效力之期限內，始得將犯罪嫌疑人交還檢察官，由檢察官速向有管轄權法院聲請羈押。

## 第二節 審查程序之參與者

檢察官聲請羈押後，即開啟了一羈押審查程序，而審查程序中，法官及被告乃是必要之參與者，檢察官及辯護人並非必要之參與者，僅視個案

---

<sup>8</sup> 無土地管轄權之法院為急迫性羈押處分後，後續程序應移送由有管轄權法院換發押票，繼續羈押被告，相同的，羈押期間係從急迫性羈押處分之日起算。如被告不服急迫性羈押處分而提起抗告，則由該處分法院所屬之上級法院為急迫性處分之審查，非由實際有管轄權法院之上級法院來審查抗告，併此敘明。

而決定是否到場，其中，為審查主體之法官、檢察官及辯護人之部分，均有亟待解決之爭議問題，以下即針對此三部分檢討之：

## 第一項 審查之主體

偵查中，由法官三人合議決定之羈押處分，之後於羈押被告期間，如由獨任法官一人裁定准予具保停止羈押，其法院組織是否合法，所為之裁定是否有效？乃案例二之顏案裁定中的主要爭點<sup>9</sup>。另外從問卷調查結果顯示，實務上仍可能發生決定羈押之法官，嗣後仍分配到該案之審理，此審查羈押之法官是否應於該案起訴後審理時迴避，尚有疑問。茲檢討此二爭議問題於下：

### 一、合議或獨任之爭議

前台中縣議長顏某，涉嫌違反貪污治罪條例，經台中地院以法官三人組成合議庭決定羈押，嗣後並經陸姓法官一人獨任具保停止羈押，引起各界譁然，此獨任裁定果否不妥適，並非無疑問。簡言之，法院合議裁定羈押後，於羈押期間內，如遇被告或辯護人具保聲請停止羈押，是否仍須由法院以合議裁定行之、可否由獨任法官一人准予停止羈押？關此，案例二之顏案裁定認為偵查中合議庭法院已作出之羈押裁定，是否具保停止羈押或撤銷原羈押裁定，亦應由合議庭裁定為之，而不得由獨任法官裁定行之。其理由略係：

首先，刑訴法第二七九條規定：「行合議審判之案件，為準備審判起見，得以庭員一人為受命推事，於審判期日前，訊問被告及蒐集或調查證據。受命推事關於訊問被告，及蒐集或調查證據，與法院或審判長有同一之權限。但第一二一條之裁定，不在此限」；同法第一二一條第一項規定：「第一〇七條第一項之撤銷羈押、第一〇九條之命具保、責付或限制住居、第一一〇條第一項、第一一五條及第一一六條之停止羈押、第一一八條第一項之沒入保證金、第一一九條第二項之退保，以法院之裁定行之」，故羈押被告雖得由受命法官一人為之，惟具保停止羈押之裁定則應由法院為之（在地方法院合議庭，為法官三人）。立法意旨顯然認為具保

<sup>9</sup> 附為一提的是，在顏案中，檢察官尚未收受交保裁定，在裁定生效前，就先至看守所提訊被告，押解至台中地檢署，隨即馬上將卷證一併送交法院，完成起訴程序，使全案脫離偵查、進入審判階段。雖然檢察官之動機不單純，但這整個起訴動作完全合法。縱使認陸姓法官之具保停止羈押之裁定並無明顯、重大之違法瑕疵，完全合法有效，然檢察官既未能於尚在偵查中即接獲釋票之送達，於當日下午一時四十分許偵查程序終結後，即無從再執行偵查中釋放被告之程序。而此時本案既已繫屬於台中地院，即應由台中地院依通常審理程序，重新審查決定是否羈押被告，不受前面偵查中停押交保決定的影響。故事實上討論三名法官合議羈押，可否由一名法官獨任具保停止羈押，就該顏案並無實益，僅於理論上有討論釐清之意義。

停止羈押之事項，較諸羈押被告之事項，應為重大。

其次，最高法院八十九年度台上字第一八七七號刑事裁判意旨謂：「……地方法院於審理個別案件時，經裁定行合議審判，並為準備審判起見，指定受命法官於審判期日前訊問被告及蒐集或調查證據後，該受理訴訟之（狹義）法院組織即確定，不容任意加以變更。受命法官於訴訟程序上之職權，復設有一定之限制，並非等同於（狹義）法院或審判長，觀之刑事訴訟法第二七九條及第一六七條、第一六八條、第一七八條、第四一六條第一項第一款等相關規定甚明。因之，受命法官踰越權限，於訴訟程序中規避合議審判，僭行審判長職權，致法院組織不合法所為之審判，非但所踐行之程序顯然違法，抑且足使被告應受法院依相關法律規定與程序公平審判之訴訟權受有侵害，而受有罪判決，被告未能獲合議審判之周延，嚴謹縝密審判之審級利益保障，橫被剝奪，尤不待言。此項侵害被告訴訟權之不合法審判之重大瑕疵，當亦不能因被告之上訴於上級法院審判而得以治癒、、、、」，明白指摘在地方法院經裁定行合議審判之案件，該受理訴訟之法院組織即告確定，不容任意加以變更，否則法院組織不合法，所踐行之程序當然違法，且屬重大瑕疵，無從因程序之經過而治癒。

準此，顏案裁定認以合議庭羈押被告之案件，若欲作出具保停止羈押之裁定，絕不能任意變更法院組織，否則該准予具保停止羈押之裁定，即有重大、明顯之違法瑕疵，不生效力<sup>10</sup>。

然而，本文以為，三人合議羈押，並非不可由獨任法官一人停止羈押，上開顏案裁定所舉之幾點理由，並不充分且無說服力，茲逐一將理由臚陳於下：

第一，雖然刑訴法第一二一條規定，撤銷羈押及停止羈押應以法院之裁定行之，此絕非立法意旨顯然認為具保停止羈押之事項，較諸羈押被告之事項，應為重大。蓋從限制人身自由觀點來看，羈押係剝奪被告自由，而撤銷羈押及停止羈押是回復被告自由，實難謂具保停止羈押之事項，較諸羈押被告之事項，應為重大。姑且不討論刑訴法第一二一條第一項規定之立法是否有必要，但此規定或許僅係因變更之前法官之決定，為求程序慎重明確，始要求應以法院裁定行之。

第二，刑訴法第二七九條之規定乃指審判案件，如屬合議案件，則受命法官於準備程序中調查蒐集證據，受命法官不得為第一二一條有關羈押之裁定，既然第二七九條已進入審判階段，與本案偵查中聲請停止羈押的問題並不相同，是否可以直接適用要非無疑，偵查中案件尚未繫屬法

<sup>10</sup> 參照台灣高等法院暨所屬法院九十年法律座談會提案討論結果，多數意見認依法應以合議庭行之之裁定，法官誤以獨任裁定之，該裁定不生效力；惟存在之裁定，仍應經撤銷後始失效。另外，根據問卷調查結果顯示，台中地院過半數之法官認為不應由獨任法官一人為之；而台中地檢署受訪之檢察官極大多數亦持保留態度；苗栗院檢均認為不應由獨任法官一人為之，呈現院檢同調之情形。考其原因，或係檢察官基於偵查之目的，或係法官認為三人決定應比一人決定慎重之故，而反對僅得由獨任法官一人准予停止羈押。

院，應無第二七九條規定之適用，以免錯誤擴大解釋法律適用範圍。是以，縱使對於偵查中檢察官聲請羈押之案件，係由法官三人合議裁定，並不當然表示法官所為具保停止羈押之裁定，亦應以合議行之。而最高法院八九年度台上字第一八七七號刑事裁判所示之情形，與偵查中羈押處分之變更，尚有不同，不能相提併論。故顏案之情形，並無法適用刑訴法第二七九條規定及最高法院八九年度台上字第一八七七號刑事裁判。

第三，依刑訴法第一〇七條第四項規定：「偵查中經檢察官聲請撤銷羈押者，法院應撤銷羈押，檢察官得於聲請時先行釋放被告。」，此係仿德國刑訴法第一二〇第三項規定，無非係為了使被告早日回復自由。故為了使在押中之被告於羈押原因消滅時，得不待法院之撤銷決定，即能透過檢察官聲請撤銷羈押之同時，先行獲得釋放，有利於其人身自由之保護。如是，不論係獨任或合議之羈押裁定，尚且賦予偵查中檢察官撤銷羈押之聲請，具有使法院先前羈押裁定失效之強制效果，而同屬回復被告人身自由之救濟機制的停止羈押，如果反而嚴格解釋不能由獨任法官裁定具保停止羈押，顯然有失均衡<sup>11</sup>。

第四，雖刑訴法第一二一條第一項規定以法院裁定行之，然此組織方式，刑訴法並未明文須以合議或獨任方式為之，此法院裁定，本可包括由獨任法官及三人組成合議以法院名義為裁定，顏案裁定自認此法院裁定係指在地方法院合議庭，為法官三人，顯然有誤。

更何況，從被告人身自由保障之觀點而言，由獨任法官為停止羈押，如駁回，對被告並無不利，被告地位不會惡化；准許，反而對被告甚為有利，亦與憲法第八條保障人身自由精神無違，且僅係暫停原羈押處分之效力，程度上應不比羈押處分為嚴重，則羈押決定，獨任或合議均非法律所不許，影響程度較不嚴重的停押裁定為何就非合議不可？反而要求組成合議庭裁定後始得釋放，並無實質更正當之理由存在。

另外，關於顏某於合議決定羈押後，於陸姓法官裁定停止羈押前，即多次聲請停止羈押，並遭獨任法官駁回，則先前同一法官所為之多次駁回裁定，均未被指摘為不適法，反而獨任准許聲請卻引起指摘及批評，如此駁回聲請可獨任為之，准許聲請卻不能獨任為之的情形，顯有失均衡。此種堅持須以三人合議准許具保之做法，難免令人有寧可錯殺一百而不願錯放一個之感嘆，法治國家公平法院之理念精神，已喪失殆盡。

再者，羈押後之聲請具保停止羈押，會重新分案，聲請停止羈押的案件與之前的羈押決定已經脫離，屬獨立之新案，案號亦有所不同。依實務偵查中簽報召開合議庭的作法，本文以為，值日之輪值法官於受理聲請羈押與受理聲請停止羈押時，應有裁量是否簽報召開合議庭之權利。本

<sup>11</sup> 參陳運財，偵查中之羈押審查—台中地院九十年度訴字第一〇二二號裁定、台灣高院九十一年度抗字第九〇號及八十九年度抗字第三六一號裁定，月旦法學雜誌第92期，2003年1月，頁300。

件顏案之陸姓法官未簽報召開合議庭，要難謂不適法。

綜上，本文以為，關於顏案之爭點，應將重心置於討論顏某個案中究竟有無羈押之必要，是否有停止羈押之事由存在，陸姓法官據以認定有停止羈押事由存在，是否有認事用法之違誤，而非拘泥於是由法官一人獨任或三人合議的組織上的形式問題。只要受理停止羈押聲請之獨任法官，嚴謹審酌本案之所有卷證資料，並據以認定有停止羈押事由存在而為停止羈押之裁定，要難謂為不適法之裁判。

同樣的，在再執行羈押情形或許也會產生類似顏案之爭議問題，例如於偵查中三名法官合議停止羈押後，犯罪嫌疑人有再執行羈押事由，此時再執行羈押之決定可否由一名法官為之？本文以為，應可由一名法官為再執行羈押之決定，蓋只要該具體個案確有再執行羈押事由，即可由一名法官為再執行羈押之決定，實不應拘泥於是由法官一人獨任或三人合議的組織上的形式問題。即便再執行羈押係剝奪被告自由，對被告甚為不利，要難以此即認應由三人合議為之，蓋實務上由獨任法官為羈押決定，亦甚為平常。更何況，刑訴法第一一七條及第一二一條並未要求，再執行羈押之組織形式應以三人合議為之。

## 二、羈押決定後之法官迴避問題

偵查中羈押之審查程序，法官是必要之參與者，此無庸置疑，然而依問卷調查結果顯示，院方受訪者有七成認為不一定，即實務上法官審查聲請羈押之案件，經提起公訴後，仍有可能會分配到擔任本案之審判。簡言之，有些法官會同時參與羈押之審查及本案的審理。但該法官對於本案的審理是否有迴避之必要呢？從問卷調查結果顯示出，約半數之法官及檢察官，不贊成該法官須迴避！惟本文以為，基於下列理由，偵查中為羈押審查之法官，於審判程序中應類推刑訴法第十七條第八款「…前審..」之規定而迴避：

- (一) 法官於為羈押審查時，須審查被告犯罪嫌疑是否重大，勢必對案情內容有所知悉，且已斟酌過檢察官所提出的證據，如此一來，法官不免會有些許心證產生，基於預斷排除之精神及公平法院之要求，偵查中為羈押審查之法官實有迴避之必要，如此，方能避免法官先入為主之想法延續到本案之審理。
- (二) 法官已為羈押之決定，嗣後承審起訴後之本案，則法官會判決被告無罪之機率幾乎不可能，形成羈押決定即為有罪判決之烙印，而嚴重與無罪推定精神相左。
- (三) 目前實務上係由值日法官為羈押審查，即法院之各法官均可能審查羈押，惟渠等刑事庭法官平日所接觸之大量刑事案件，均係以嚴格

證明法則來認定，其心証之要求程度幾達無合理懷疑程度，如於值日時審查羈押案件，其心証門檻上是否能與平日審理刑事案件，截然劃分轉化，而適用不同心証門檻，要非無疑問。

(四) 外國立法例部分，如德國刑事訴訟法第一二五條第一項、第一二六條規定：偵查中羈押的聲請，係由管轄區域內或被告住所地內之區法院 (Amtsgericht) 法官管轄。而本案起訴後之受理本案的管轄法院，通常係地方法院 (Landgericht)，與羈押之管轄法院不同<sup>12</sup>。

職是，本文以為，現階段，法院內部應可先透過事物分配協調，將羈押審查之法官，不再分配到本案審理，或可儘速於法院辦理刑事案件應行注意事項，訂定已為羈押審查之法官，不再分配到本案審理。甚且，設立專門審核強制處分之偵查法官或羈押審理專庭，均是可以努力之方向。附為一提的是，有學者更進一步認為，即使在審判中有關羈押之裁決雖由法官決定但並非由承審本案之法官依職權自行決定，而應自行迴避，否則獨立審查機制之功能，在理論上即缺一貫。申言之，在法院審理有關被告之羈押，應由另一法官裁決，而非由本案承審之法官依職權決定，否則即有球員兼裁判之虞，惟我國現行法仍由本案承審法官自行決定，尚有未妥<sup>13</sup>。

## 第二項 檢察官應否有到場義務？

按刑訴法第一〇一條第二項規定：「法官為前項之訊問時，檢察官得到場陳述聲請羈押之理由及提出必要之證據。」，此規定是否妥適，具體實務運作上檢察官是否應到場，而未來立法論上是否應課予檢察官到庭義務，均非無疑，且司法院所提出檢察官受通知應到場補提證據及說明之修正草案，亦有待深入檢討。茲逐一檢討如後：

### 一、現行法之評析

民國八十六年底修法後，關於檢察官是否到庭問題，雖然已有刑訴法第一〇一條第二項之明文，惟實務上院檢之間，對於該法條之解釋運用，向來均頗有爭議，首先是於民國八十七年，高雄地檢署檢察官，就工廠負責人馬鵬貴涉嫌凌虐工人致死案聲請高雄地院羈押，法官認無羈押必要，諭知交保二十萬元，檢察官抗告，高雄高分院合議庭認為原審法官未通知檢察官到場陳述或提出必要證據，程序上欠妥，認檢察官抗告有理由，而

<sup>12</sup> 參王梅英，羈押修法後實務問題檢討，律師雜誌第 220 期，1998 年 1 月，頁 54。

<sup>13</sup> 參林國賢、李春福合著，刑事訴訟法論上冊，2002 年 5 月，頁 309。

將原駁回羈押聲請之裁定撤銷發回原審法院<sup>14</sup>。另外，案例六之羅案，檢察官係於民國八十九年八月二十五日聲請羈押，因考量案情複雜，主動要求蒞庭論告，希望親自向法官說明聲押理由，但卻遭法官拒絕，引起各界揣測的疑雲。邇來，反台獨炸彈客高某一案，就出現法院於羈押審查時已出具檢察官蒞庭通知書，請檢方法警室代為轉交，法警卻未送達檢察官，檢察官則表示聲押後他一直等法官通知蒞庭，後來法官未通知，檢察官以為其附卷之齊，往例法官應會准押，未料法官卻交保，事後檢察官打電話詢問法官為何不通知蒞庭，法官答覆係因法警沒找到人，便逕為審理後裁定交保，遂引起因檢察官未到庭論告之院檢舌戰，此案例再次突顯出是否應立法課予檢察官有蒞庭聲押之義務或補提聲押理由及證據之義務<sup>15</sup>。

對此爭議問題，有部分論者指出：雖刑訴法第一〇一條第二項規定為「得」，但不宜拘泥在法條文義用語，而認檢察官得恣意自由裁量，甚至不宜誤解成「檢察官可隨心所欲決定是否到場」，蓋依本法第二條規定，檢察官就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。足見我國檢察官仍具有公益代表人之身分，於提出羈押之聲請後，仍負有協助法院形成公正裁判之義務，就羈押之聲請而言，是否得以保全被告及保全證據，仍會影響能否有效追訴犯罪，以維護社會治安實現國家刑罰權之公共利益。因此，將來修法時，宜修正為「法官為前項訊問時，檢察官應到場陳述聲請羈押之理由及提出證明應予羈押之必要證據」，以強化檢察官之舉證責任<sup>16</sup>。

惟本文以為，基於下列理由，立法論上無課予檢察官到庭義務之必要<sup>17</sup>：

其一，偵查中羈押之司法審查程序不同於審判程序，且我國第一次羈押審查亦不採言詞辯論之形式，故辯護人並無與檢察官行刑訴法第二八九條所謂言詞辯論之餘地。

其二，偵查中之羈押司法審查程序，只要藉由告知義務、辯護人在場權等制度性保障以及法官透過程序指揮權之行使，儘可能的踐行刑訴法第

<sup>14</sup> 參林俊益，羈押權改制後法院對被告人權之保障，月旦法學雜誌第 45 期，1999 年 2 月，頁 47-48。

<sup>15</sup> 從問卷調查結果顯示出，台中地院部分，多數受訪者指出聲押之檢察官多半會到場，相對的台中地檢署部分，關此問題，卻表示曾經到場者僅有二成左右。另一方面，苗栗院檢之受訪者，也同樣呈現出此種院檢不同調的結果。雖然審檢間認知有所歧異，但可以肯定的是就現行法而言，於實際運作上，檢察官是否應到場，端視個案判斷有無到場之必要而為運作。

<sup>16</sup> 參柯慶賢，對人強制處分，收錄於刑事訴訟起訴狀一本主義及配套制度法條化研究報告（下），最高法院學術研究會叢書（七），頁 99；類似相同見解，參王梅英，羈押相關聲請、審查程序及其救濟途徑，軍法專刊第 45 卷第 5 期，1999 年 5 月，頁 17-18。另外，刑事訴訟法研修會定稿的新制案，首先是調整檢察官在聲請羈押案中的角色，將現行制度檢察官「有權自行決定」是否要到法庭提出證據的作法，修正為檢察官「應該到庭」舉證。據新制草案，法官訊問被告時，檢察官必須到場陳述聲請理由，並提出必要證據，善盡舉證責任，使法官充分了解案情，以便作決定。參司法院刑事訴訟法研究修正委員會第一九六次會議記錄，收錄於司法院刑事訴訟法研究修正資料彙編（十五），頁 2174-2265。

<sup>17</sup> 相同見解，參王國棟，論偵查中羈押，國立中正大學法律研究所碩士論文，2004 年 6 月，頁 36-37。

一六四條及第一六五條之證據調查程序，賦予犯罪嫌疑人辯明之機會，並聽取其辯明，俾使犯罪嫌疑人就羈押事由享有充分防禦的機會。因此，事實上檢察官未到場並不會對犯罪嫌疑人造成不利益。

其三，為了將來有效追訴犯罪以維護社會治安，實現國家刑罰權之公共利益，而課予檢察官有到場義務，理由亦稍嫌不足，因為，到不到場並非關鍵重點，重要的是，檢察官為了向法院聲請羈押所準備之證據資料，是否充足達到足使法官形成心證而為准予羈押之程度，只要檢察官準備之卷證充足，檢察官未到庭對羈押之聲請亦無影響。如此，始為有效追訴犯罪以維護社會治安實現國家刑罰權之上策，要非謂必須由聲請人之檢察官到場陳述意見不可。

其四，法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第三五項規定：「法官認檢察官聲請羈押或延長羈押期間所敘理由或所提證據不足時，不得率予准許。必要時得指定應到場之時間及處所，通知檢察官到場陳述聲請羈押之理由或提出證據。此項通知，得命書記官以電話、傳真或其他迅捷方式行之，作成紀錄。檢察官未遵限到場者，得逕行裁定。、、、」，可知現行實務作法，法官認理由或所提證據不足時，仍應通知檢察官到場陳述聲請羈押之理由或提出證據，只要法官恪遵此要求通知檢察官，檢察官亦到庭陳述聲請羈押之理由或提出證據，應可避免部分案件因檢察官草率所提事証不足，致法官駁回而釋放被告，造成社會恐慌不安之情形<sup>18</sup>。

其五，即便檢察官係公益代表人，負有協助法院形成公正裁判之義務，惟並非檢察官一定要到庭始盡客觀注意義務，只要檢察官卷證資料準備充足，始聲請羈押，並視個案必要而主動到庭，例如於發現法官有駁回之可能而主動到庭補提理由及證據，或發現對被告有利之證據而不加以隱藏，如此已符合刑訴法第二條客觀注意義務之要求。

其六，如日本亦是採取當事人進行主義之國家，亦未因檢察官須負實質舉證責任而必須到庭<sup>19</sup>，只要聲押時一次將所有卷證資料詳列，即可符合舉證責任之實質意義，並非謂檢察官須到庭方盡實質舉證責任。檢察官聲押備足所有證據資料，由法官就此為羈押審查，如法官認理由或證據不足通知檢察官到庭，檢察官仍不到庭，法官逕為決定，此時檢察官負擔未准予羈押之風險，並不違反檢察官負實質舉證責任之精神<sup>20</sup>。

其七，按聲請羈押須於拘捕後二十四小時內為之，如要求檢察官須蒞

<sup>18</sup> 依據問卷調查結果顯示，法官會通知檢察官到庭，大多係因證據不足，或出於辯護人之要求或其他因素。對此，台中地檢署有約半數檢察官表示會立即予以配合，而苗栗地檢署檢察官亦有逾半數認為對於法官之通知會到場。足見，實務上檢察官受通知大部分都會到庭，即便檢察官受通知不到場，依現行法規定，未必聲押會遭受駁回，仍由法官就既有卷證資料及被告陳述，作綜合判斷而決定。

<sup>19</sup> 參土本武司 著，董璠輿・宋英輝 譯，日本刑事訴訟法要義，1997年5月，頁145。

<sup>20</sup> 依據問卷調查結果顯示，多數受訪者認若檢察官未到場補提證據且亦未藉電話表明意見，則法院即會傾向駁回羈押之聲請。惟極少數受訪者認為縱使檢察官未到場或補提證據，法院仍應該會依職權調查證據後始決定是否羈押。

庭聲押，則輪值檢察官受理警察機關解送之人犯後，並蒞庭聲請羈押，接著陸續解送來之其他犯罪嫌疑人，符合羈押要件亦須急於二十四小時內聲押，則勢必調派更多檢察官因應，整體檢察官人力是否足以負荷，要非無疑。例如由第三章第一節之統計資料可知，九十三年聲押人數為 7436 人，再加上檢察官未聲押逕命具保、責付及限制住居之案件量，如果要求檢察官均需蒞庭聲押，則現行輪值檢察官人力面對如此多案件量及近八千人聲押人數，是否均能因應，頗值懷疑。

其八，如一昧修法要求檢察官蒞庭，卻未建立偵查中羈押審查之強制辯護及指定辯護制度，只是更加遽偵查中羈押審理時武器不平等之現象，且造成預審化之現象，對被告人權之保障無任何實質助益。

綜上以觀，本文以為立法論上不應課予檢察官到庭義務，檢察官可視個案之必要選擇是否蒞庭聲押，蓋應思考之重心係檢警辦案品質之提升及蒐集證據資料究否齊全，足以使審查法官為明確之判斷，而非檢察官是否蒞庭。簡言之，良好之偵查品質，始能避免檢察官未蒞庭之弊端。退萬步言，即便修法課予檢察官有蒞庭義務，亦應配套加強提升被告於羈押審查之地位，如偵查中羈押審查之強制辯護及指定辯護之制度等，以達武器平等原則之要求。

## 二、司法院版草案之評析

司法院版本之刑訴法第一〇一條第二項草案規定：「對於偵查中檢察官聲請羈押被告案件，法官為前項訊問時，認為羈押之理由或相關證據不足，有補充或為適當說明之必要者，應通知檢察官，檢察官應到場陳述意見或以其他適當方法提出必要之證據或說明。」其理由說明為：「羈押係基於保全訴訟程序與維護社會安全之目的，而將被告拘禁於看守所，防止被告逃亡及保全證據及預防被告再犯罪之強制處分，其除嚴重干預被告之自由權外，實際上對被告之名譽及人格權亦有極大影響，為保障被告基本人權並兼顧公共秩序之維護，羈押權之行使本應慎重行事，尤須注意比例原則及正當程序原則，故對於偵查中檢察官聲請羈押被告之案件，法官於訊問被告時，如認為檢察官聲請羈押之理由或所提相關證據不足，有補充或為適當說明之必要者，應通知檢察官，俾檢察官有到場陳述意見或補充必要證據之機會，此時，檢察官應到場陳述意見或以其他適當方法（例如傳真或送交書面資料等）提出必要之證據或說明，以使法官充分了解案情，俾為適法妥當之決定，本條第二項爰予修正。」

惟本文以為，基於下列理由，司法院版本之刑訴法第一〇一條第二項草案，並不妥適：

第一，基本上羈押審查制度係建立在維護被告人身自由的意旨上，法

院羈押審查時，如認為羈押之理由或相關證據不足，應即為有利於被告之處分，不宜再通知檢察官到場說明或補提必要之證據，否則法院即具有積極介入偵查之虞，流於糾問及職權。司法院草案，將使訴訟三角關係失去平衡，積極介入偵查之結果，不啻使法官不再居於被動聽審者之角色。

第二，偵查中羈押審查之目的不同於審判程序，檢察官與被告無進行所謂刑訴法第二八九條所謂言詞辯論之餘地。

第三，檢察官聲押之理由及證據不足，依舉證責任效果，本應由檢察官負駁回之風險，法官認理由證據不足通知檢察官，不僅使法官過度介入偵查，亦形成法官與檢察官聯手打被告之情形，有違武器平等原則之要求。有無到場說明，實應由聲請羈押之檢察官自負其責。

第四，司法院草案諒係以部分灰色案件，法院不敢放人，藉由檢察官之到場，以減輕法官之壓力，避免駁回羈押卻造成輿論譁然，惟本文以為偵查中之羈押司法審查程序，重點應置於理由告知、賦予辯明機會以及辯護人在場權等制度性保障，而非檢察官是否到場以減輕法院審查之壓力或責任。

第五，檢察官所提理由證據不足，通知檢察官到庭，法官等同於公開對檢察官不利之心證，使檢察官預知聲押結果得以再次積極攻擊，達羈押被告之目的；相反的，如法官心証對被告不利，卻無相同機制使被告了解法官心証，得以積極辯駁防禦，除去法官不利之心証，如此只是使被告於羈押審查程序居於更劣勢之地位，顯難符合當事人對等原則。

第六，如依司法院草案，將造成檢察官偷懶、投機之情形，僅先整理部分證據資料聲押，即便不足以羈押被告，審查法官仍會通知，屆時再補提其他證據理由，仍然可達羈押被告之目的。且，尚可藉此避免一開始提出全部證據，精銳盡出，使被告及辯護人知悉後，不利於後續偵查工作之進行。

第七，審判程序中，亦未有法官公開心證認證據不足，請檢察官再舉證補提理由之機制，舉輕明重，羈押審查程序更不應有此通知補提之機制。

### 三、小結

總之，如前所述，只要偵查品質良好，聲押之證據資料充分，視個案必要而蒞庭，並由檢察官就此負擔聲押駁回之風險，應足以在羈押被告之目的與被告防禦權保障間，取得適當之平衡關係，亦可謂檢察官已善盡其舉證責任及公益代表人之角色。要之，現階段應係著重提升偵查之品質，而非本末倒置課予檢察官到場義務，亦非課予檢察官受通知補提證據之義務，以免檢察人力過度浪費在羈押審理程序中，反而應將檢察人力用以提升偵查品質，如此方為正鵠。職是，管見以為，維持現行刑訴法第一〇一條第二項之規定即可，由檢察官自行合義務裁量是否蒞庭，未來立法論尚不宜課予檢察官到場義務或受通知到場補提證據及理由之義務。

### 第三項 羈押審查之辯護人機制與辯護活動範圍

偵查中羈押審查程序，被告如何有效接受辯護人之協助防禦，辯護人到場辯護活動範圍為何？係吾人所關心之重點之一，雖然無法從現行法得到一個非常明確之答案，僅能嘗試透過解釋架構出審查程序應有之辯護人機制。以下本文擬先詮釋現行法下應有之辯護人機制，並針對民間版本之草案加以檢討：

#### 一、現行法之解釋

羈押訊問時辯護人之在場問題，雖然刑事訴訟法第一〇一條無明文，但解釋上應有在場權，蓋依第二十七條第一項規定，被告得隨時選任辯護人，第九十五條第三款規定，訊問被告前應先告知其得選任辯護人，以及依第一〇一條第三項規定，羈押理由所依據之事實，應告知被告及其辯護人等規定，此應係當然之解釋。況且，第二四五條第二項規定，偵查機關訊問被告時，辯護人得在場行使防禦，而有鑑於羈押係一重大剝奪人身自由之處分，故更需要辯護人在場（辯護人在場之必要性）<sup>21</sup>。

至於辯護人之辯護活動範圍為何，則頗有疑問<sup>22</sup>。首先就陳述意見部分，本文以為，辯護人既然得在場，當然不限於在場觀察，其自得行使其辯護權限，為被告陳述意見，此參酌第一〇七條第三項及第一一〇條第三項有關羈押是否撤銷或停止之審查，明文規定得聽取辯護人陳述意見，應無疑義。

其次，就請求調查有利證據部份，本文以為，考量羈押係判決確定前嚴重剝奪被告人身自由之強制處分，且羈押後形同有罪判決之烙印，為達實質協助犯罪嫌疑人防禦並積極具體澄清所有不利之指證，應肯認辯護人得為被告利益請求調查有利證據<sup>23</sup>。

<sup>21</sup> 日本實務運作上，在羈押審查程序辯護人並無在場權。參土本武司 著，董璠輿·宋英輝 譯，前揭註 19 書，頁 145。

<sup>22</sup> 依問卷調查結果顯示，目前實際運作上，辯護人到場後有八成為「陳述意見」，此屬辯護人到場後最主要之活動範疇。另亦有近三分之一之辯護人到場後會更進一步「請求調查有利證據」者。至法未明文肯認之部分，台中地院一名受訪法官表示曾遇辯護人「要求告以證據要旨」者，而苗栗地院則有一名法官表示曾遇辯護人「要求當庭檢閱檢察官之證據」者。可知，辯護人辯護活動範疇，約略有此幾種類型。

<sup>23</sup> 辯護人於羈押訊問時在場之陳述意見及請求調查證據，旨僅在於提出有利於犯罪嫌疑人之證據資料獲促使法官發動職權調查有利於犯罪嫌疑人之證據，而並非如同審判之調查證據程序中具有得對證人實施反對詢問之權利，亦無與檢察官舉行刑訴法第二八九條所謂言詞辯論之餘地。參陳運財，新修正羈押制度之檢討，【刑事訴訟與正當之法律程序】，1998 年 9 月，頁 289。

另外，如辯護人請求告知證據之要旨及要求當庭檢閱檢察官之證據，法官應否准許，不無疑問。依現行法第一〇一條第三項及第三三條規定，法院駁回辯護人之請求，應不違法。惟本文以為，即便現行法如此規定，法官仍應嘗試透過刑訴法第一六四及第一六五條，技巧性提示或告以相關證據要旨，俾被告得逐一辯駁澄清，如此方符憲法第八條之精神<sup>24</sup>。

應注意的是，如被告已有選任辯護人，於辯護人到庭前，只能對被告為人別訊問，而不得開始有關應否羈押之訊問，更不得逕行羈押被告，蓋於辯護人不在場之狀態下進行羈押訊問程序，則先前告知被告得選任辯護人即毫無意義，亦使辯護制度形同虛設，法官訊問完畢後辯護人到庭，並依刑訴法第一〇一條第三項將各款所依據事實告知辯護人，對被告之防禦能力完全無任何實質助益，故必待辯護人到庭後始得為羈押之訊問<sup>25</sup>。對此等候問題，有學者認為：「嚴格解釋第二四五條第四項規定，由法官負通知辯護人之義務，但為避免等候辯護人而遲延訊問開始之時間，以致被告蒙受不必要之人身自由限制，應由偵查機關於移送法院聲請核發押票之同時，適用第二四五條第四項規定，通知被告已選任之辯護人，將移送法院之預定到達時日及移送法院之所在處所，先行通知辯護人。<sup>26</sup>」，誠屬的論<sup>27</sup>。

再者，此項由法官所為之羈訊問乃在於審查有無羈押被告之要件，與偵查機關為取得被告之供述所為之偵訊不同，並無所謂影響偵查秩序之情形，故現行刑訴法第二四五條第二項但書之限制或禁止辯護人在場之規定，於法官為羈押訊問時並無適用<sup>28</sup>。

## 二、民間版草案之評析

民間版修正草案第一〇一條第四項：「對於偵查中檢察官聲請羈押被告案件，被告因智能障礙無法為完全之陳述而未選任辯護人者，法官應指定公設辯護人或律師為其辯護。低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定或法官認有必要者，亦同。」其理由說明為：「刑事訴訟法第三十一條規定為貫徹憲法之平等原則，特別保護重罪、智能障礙、無資力者，由國家出資使其享有受律師協助的權利。惟上開法條僅為審判中被告的權利，如檢

<sup>24</sup> 關於證據調查之方式及證據開示問題，於本章第五節再加以說明檢討。

<sup>25</sup> 參黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，2001年10月，頁172。

<sup>26</sup> 參陳運財，羈押處分決定權之歸屬與羈押被告辯護權之保障，軍法專刊第43卷第3期，1997年3月，頁34。

<sup>27</sup> 由問卷調查結果顯示，偵查中已選任辯護人之案件，如辯護人並未陪同犯罪嫌疑人到場者，實務上仍有少數法官未通知辯護人到場。惟適用刑訴法第二四五條第四項之規定，偵查中法院為羈押審查訊問被告時，除有急迫情形，否則應通知辯護人到場，始得訊問。是以，期盼實務上法官若遇有已選任辯護人卻未陪同犯罪嫌疑人到場之情形，務必通知辯護人到場，再行審查程序，以免被告因不善於言詞辯白表達而生冤抑。故少數案件未嚴格踐行此項在場之通知，有待改進。

<sup>28</sup> 參陳運財，前揭註26文，頁34。

察官在偵查中聲請羈押，對涉智能障礙、無資力者，即無相應的保障。按羈押涉及被告長時間的自由拘束，其結果有時較一般案件判決有罪的結果更為嚴重，在權衡二者對人民可能造成的侵害後，為貫徹平等原則，被告在偵查中之羈押程序，亦應享有國家出資委請律師協助的權利。同時為顧及司法資源之有限，特將該受律師協助的權利，限制在無資力與智能障礙者，並增訂第一百零一條第四項之規定。」

上開草案之修法方向值得肯定，蓋偵查中羈押審查被告自行選任辯護人之情形實屬極少數，極大多數被告均係在無辯護人之協助下而獨自接受羈押訊問<sup>29</sup>，此或係因被告無資力或短時間無從委任值得信賴之律師，為提升被告於羈押審查程序之地位，並鑑於司法資源有限性，實有必要就特定案件由國家出資使其享有受律師協助之權利。且，偵查中辯護之重要性絕不亞於審判程序，被告在任何階段都公平享有接受辯護人協助之權利，既然審判中有強制辯護制度，舉輕明重，偵查中羈押審查程序更應有此強制辯護制度，以障人權。更何況，相同案件卻因貧富差距致受辯護人協助機會有所不同，顯然有失情理之平。

惟上開草案強制辯護適用範圍僅限無資力及智能障礙，本文建議適用範圍另擴及於重罪案件及高等法院管轄第一審案件，採與刑訴法三十一條同樣之案件範圍。即最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪及高等法院管轄第一審案件，法官為羈押審查時應指定公設辯護人或律師為其辯護，蓋此等特定重罪案件被告被羈押之可能性不低，為提高渠等之防禦地位，應有辯護人到場協助防禦，以免法官先入為主濫行羈押。且，審判中就此重罪亦有強制辯護之要求，基於羈押審查具有迅速性、秘密不透明之特性，羈押審查程序之被告更須辯護人之協助防禦。再者，現行實務常單以第一〇一條第一項第三款為原因羈押被告，而不考慮被告是否有逃亡湮滅罪證等情，甚為不妥<sup>30</sup>，如羈押審查時針對最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪要求強制辯護，可使審判實務單獨以第一〇一條第一項第三款為重罪羈押之運作慎重行使，對被重罪被告人權之保障實具有正面意義<sup>31</sup>。此外，本文以為，「低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定或法官認有必要者」之情

<sup>29</sup> 依本問卷調查，偵查中羈押審查階段選任辯護人之比例極低，就回收之 22 份台中地檢署檢察官問卷中，即有 17 位認為選任比例不及 10% 者；至苗栗地檢署 7 份回收之有效問卷中，即有 5 位認為選認辯護人之比例不及 10%。至台中地院 42 份回收問卷中有 33 位法官認為選任辯護人之比例不及 10%；苗栗地院 10 份回收問卷中則有 9 位認為選任辯護人之比例不及 10%。整體來講，雖無確實的具體統計數字，不過仍可觀察到即使是偵查中羈押審查的關鍵階段，選任辯護人的比例大致維持在百分之十極低的水平，如此低之選任率使被告於審查程序中處於極為不利之地位。

<sup>30</sup> 問卷調查結果呈現，被聲請羈押之人所犯雖為最輕本刑五年以上有期徒刑之罪，惟認定無逃亡、湮滅證據或串證之虞者，是否仍以重罪為由裁定羈押，院方有逾五成表示仍以重罪為由裁定羈押，渠等裁定於法雖無不合，惟單獨僅以刑訴法第一〇一條第一項第三款即羈押犯罪嫌疑人，卻無其他保全執行及證據之目的，顯然已與無罪推定原則相違背，希冀未來實務運作上，法官於認定無逃亡、湮滅證據或串證之虞時，避免以刑訴法第一〇一條第一項第三款羈押犯罪嫌疑人。

<sup>31</sup> 相同見解，參陳運財，前揭註 26 文，頁 39。另有學者更進一步認為，審判中之強制辯護制度應配合推前至偵查一開始實施，使犯重罪而貧困之被告或犯罪嫌疑人能受平等之保護，而符法律之前人人平等之精神。參陳煥生，偵查中之選任辯護，刑事法雜誌第 27 卷第 1 期，1983 年 2 月，頁 24—25。

形，本質上非屬強制辯護案件，雖有加以指定辯護之必要，但應該與強制辯護之情形分開規範，不應列為同一項，以資明確。綜上，上開草案應修改為：「對於偵查中檢察官聲請羈押被告案件，最輕本刑為三年以上有期徒刑或高等法院管轄第一審案件，或被告因智能障礙無法為完全之陳述而未選任辯護人者，法官應指定公設辯護人或律師為其辯護。低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定或法官認有必要者，法官亦應指定公設辯護人或律師為其辯護。<sup>32</sup>」。

另須注意的是，依本文所擬之草案，如果檢察官聲押之罪名係屬最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪者，羈押審查法官應先為未選任辯護人之被告指定公設辯護人或律師為其辯護，否則不得進行羈押審理程序；反之，檢察官聲押之罪名雖非屬最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪者，但法官審查後於基本事實同一範圍內變更聲押罪名為最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪者，並業經踐行告知程序，此時羈押審查法官亦應先為未選任辯護人之被告指定公設辯護人或律師為其辯護，否則不得進行羈押審理程序<sup>33</sup>。如偵查中聲押案件，應經強制辯護者，如未經強制辯護，依刑訴法第三七九條第七款之精神，此羈押決定當然違背法令，救濟法院應撤銷之，併此敘明。

---

<sup>32</sup> 此外，德國刑訴法第一一七條第四項規定：「被告未選任辯護人而羈押期間已逾三個月者，檢察官、被告或其法定代理人，得為其聲請在羈押期間內指定辯護人。對於此項聲請權應向被告予以告知。第一四二條、第一四三條與第一四五條準用之。」，此對於未經選任辯護人卻羈押一定期間之被告，指定辯護人為其辯護，誠屬良善之立法，將來我國審判中或偵查中之被告未選任辯護人卻遭羈押一定期間者，或可考慮立法，使檢察官、被告或其法定代理人為其聲請在羈押期間內指定辯護。

<sup>33</sup> 關於羈押之犯罪事實審查範圍問題，本文將於第四節第一項再作說明。

### 第三節 拘提逮捕合法性之審查

案例三之羅案裁定值得思考的論點是，偵查中法官審查檢察官所聲請之羈押案件時，是否應先行審查前置程序之拘提逮捕的合法性？答案若是肯定，則以刑訴法第七六條之逕行拘提為例，法官審查之範圍是否包括簽發拘票或執行拘提之程序要件以及刑訴法第七六條本身所定拘提之實質要件？特別是，被告有無因逃亡或湮滅證據之虞等情事致有拘提之必要，是否亦屬法官得介入審查之範圍？另外，案例四劉案首次裁定之爭點，則涉及檢察官依刑訴法第二二八條第四項逮捕被告，此逮捕是否有急迫性要件之限制？法官可否以檢察官依刑訴法第二二八條第四項逮捕被告，並無急迫情形存在，而駁回羈押之聲請？對於此兩案例之爭點，院檢看法甚為不一致，實有必要加以釐清孰是孰非。而在討論此等爭議問題前，以下先行就拘捕前置原則加以說明，次則討論拘捕要件之審查問題。

#### 第一項 拘提逮捕前置主義

首要說明的是，我國之拘提逮捕前置主義係引自日本法之逮捕前置主義，日本法稱之為逮捕前置主義有別於我國之拘提逮捕前置主義，係因日本之「逮捕」相當於我國之「拘提」與「逮捕」二者之意義，故日本實務與學說之逮捕前置主義，在我國即為拘提逮捕前置主義<sup>34</sup>。

而所謂拘提逮捕前置主義係指：偵查中檢察官向法院聲請羈押被告，應以先經拘提或逮捕為其前提要件。此拘提逮捕前置主義之法律依據，無非係以刑訴法第九三條第二項、第二二八條第四項及第二二九條第三項為

---

<sup>34</sup> 有少數日本學者稱之為逮捕先行主義。參三井誠，刑事手続法（1），1997年6月，頁19。

主。刑訴法第九三條第二項即規定：「偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之。」；第二二八條第四項規定：「被告經傳喚、自首或自行到場者，檢察官於訊問後認有第一百零一條第一項各款或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一而無聲請羈押之必要者，得命具保、責付或限制住居。但認有羈押之必要者，得予逮捕，並將逮捕所依據之事實告知被告後，聲請法院羈押之。第九十三條第二項、第三項、第五項之規定於本項之情形準用之。」；第二二九條第三項規定：「被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者，不得解送。」。自此等規定來看，我國係以明文方式規定拘提逮捕前置主義，與日本法上係運用法條解釋得出拘提逮捕前置主義之方式不同<sup>35</sup>。

雖然從法條條文可以看出聲押前須先拘提或逮捕被告，但如違反之效果為何？如檢察官之拘捕不合法，是否會進一步影響檢察官之聲請羈押？法院得否藉由之後的羈押審查程序溯及的檢驗檢察官先行拘提逮捕的合法性？關此疑義，羅案中之原審裁定曾指出：「法院在決定應否對被告實施羈押時，首要決定及審查者乃究竟對於被告之逮捕或拘提是否合法，如不合法，法院即不得為羈押之准許，因為基於人權之保障，拘提、逮捕前置主義係與被告、被告之利益為直接之結合，而非僅止於將拘提、逮捕與羈押間關係視之為技術性之原則而已；蓋若非以此角度為之理解，將有背於憲法層次所強調之『正當法律程序』」<sup>36</sup>。此項看法，誠屬確論。確立拘捕前置原則，並使拘提逮捕之合法性列入羈押審查的範圍，對於被告之人身自由實具有正面的意義。本文以為，基於下列理由，拘提逮捕之合法性列入羈押審查的範圍，：

其一，憲法第八條明定期移送法院審問之制度，其目的不僅在確認羈押處分之決定必須經法院踐行訊問被告之程序實施審查，同時亦要求法院應審查偵查機關先前所為之拘提或逮捕有無違法；如果對於偵查中檢察官聲請羈押案件，法官僅能審查有無繼續拘束被告人身自由之必要，而任令先前拘捕程序之違法於不顧，將使憲法第八條人身自由保障產生階段性的漏洞<sup>37</sup>。

其二，現行法下檢察官仍有拘提逮捕之權限，正因為檢察官尚有此權限，故實有必要透過事後之羈押審查加以司法抑制，以落實憲法第八條之精神，如此更能彌補我國拘提逮捕未由法官以令狀為之之遺憾。

其三，不服羈押處分實務上往往都是透過抗告程序加以救濟，惟現行刑訴法對於偵查機關違法之拘提或逮捕，並未設有得聲明不服之救濟管道，在無事前司法抑制之情形，又無事後之救濟途徑，如果法官再不能於

<sup>35</sup> 參朱百強，逮捕前置主義之研究，國立中興大學法律研究所碩士論文，1998年6月，頁74。

<sup>36</sup> 參照台北地院九一年度聲羈字第二四號裁定；羅案之高院裁定，基本上亦支持此項看法。

<sup>37</sup> 參陳運財，前揭註11文，頁301。

羈押審查程序中介入判斷拘提逮捕是否合法，將造成偵查機關權力之獨斷濫用，置已侵害之人身自由於無從迅速救濟的狀態。

其四，拘提、逮捕或羈押，本質上同為確保被告到場所為之強制處分，應視拘提逮捕為羈押之連續性及一體性之附隨處分，自得允許法院一併就拘提逮捕為整體性之審查，以便達成兼顧人權保障之司法抑制功能<sup>38</sup>。

據上論結，法院於羈押審查時，首先應審查本案聲押案件是否先經拘提或逮捕，亦即形式上有無違反拘捕前置原則，未經拘提或逮捕之被告，檢察官逕將其解送至法院聲請羈押者，應認聲請不合法而予以駁回；倘形式上係經拘提或逮捕，則應進一步審酌其拘提逮捕是否合於法定要件，審查結果，法院如認檢察官羈押之聲請未經合法之拘提或逮捕者，應駁回其聲請並逕將被非法拘提逮捕之人釋放。

## 第二項 拘提逮捕要件之審查

如前所述，偵查中羈押之聲請，以經合法之拘提或逮捕為前提，則法官於審查聲押案件時，自應先就拘提逮捕之程序要件及實質要件進行審查。案例二之羅案裁定中，關於程序要件的判斷，曾發生高檢署檢察官簽發拘票偵辦事物管轄屬於地檢署的刑事案件，其拘提程序是否合法的爭議；實質要件部分，檢察官與原審之間對於法官得否介入刑訴法第七六條所列各款拘提必要性之審查，則是羅案之另一重要爭點。其次，劉案首次裁定涉及檢察官依刑訴法第二二八條第四項逮捕被告，此逮捕是否限於急迫性？法官可否以檢察官依刑訴法第二二八條第四項逮捕被告，並無急迫情形存在，而駁回羈押之聲請？實務見解亦是看法不一致。

### 一、程序要件之審查

高檢署檢察官得否簽發拘票偵辦屬於地檢署事物管轄範圍內之詐欺等案件，此涉及檢察官之行為有無管轄權之限制，部分論者及檢察實務認為，起訴案件必須按照事先的、抽象的法律條文明確規範，以決定法院之管轄，其用意在於防範外力藉由操縱何人審判的方式來左右審判結果，至於檢察官的偵查行為，如果不是向法院為之者，例如訊問被告、勘驗現場、

<sup>38</sup> 參林永謀，也談「拘提、逮捕前置主義（原則）」，司法週刊第 880 期，1998 年 6 月；柯慶賢，前揭註 16 文，頁 95-96。

簽發拘票或監聽票等，則與法院管轄的限制無關。依刑訴法第十二條規定，訴訟程序不因法院無管轄權而失其效力，在嚴格受到法定法官原則支配的法院，已是如此，偵查中縱使檢察官拘提被告不符管轄規定，更不影響其拘提之效力<sup>39</sup>。學者黃東熊甚至認為，檢察官因受檢察一體原則之支配，對檢察官而言，僅有管轄區域之概念，並無管轄權之概念<sup>40</sup>。此外，羅案之檢察官抗告意旨指出，起訴前之偵查程序本無管轄之觀念，管轄權之觀念僅於檢察官「對審」時始存在，亦即，不論情況有無急迫，檢察官之偵查不僅不受區域（土地管轄）之限制，且不受案件性質（事務管轄）之限制，對任何刑事案件均得偵查。

惟本文以為，上開見解夾雜本位主義之思考，非無研求之餘地，事實上，偵查中實施偵查仍應有管轄之問題，無急迫情形或緊急情形而偵辦無管轄權案件，仍會影響其偵查行為之適法性。茲將理由臚陳於下：

第一，法院組織法第五十八條規定，各級法院及分院各配置檢察署；同法第六十二條規定：「檢察官於其所屬檢察署配置之法院管轄區域內執行職務，但遇有緊急情形時，不在此限。」又刑事訴訟法第二百五十條規定：「檢察官知有犯罪嫌疑而不屬其管轄或於開始偵查後，認為案件不屬其管轄者，應即分別通知或移送該管檢察官，但有急迫情形時，應為必要之處分。」可見，不僅在組織法上，檢察官執行職務受管轄區域之限制；程序法上，已如此明確要求，只要偵查中案件不屬其管轄者，原則上應即分別通知或移送該管檢察官，除非有急迫情形存在始可為必要處分。

第二，刑訴法第二百五十條規定亦無限於檢察官對法院之行為始有適用，故於偵查階段，檢察官的偵查行為，如簽發拘票拘提被告，即使不是向法院為之，亦受管轄原理的拘束。

第三，刑訴法第十六條規定檢察官偵查時準用第十三條及第十四條，準用之結果應係指：檢察官因發見真實之必要或遇有急迫情形時，得於管轄區域外行其職務。檢察官雖無管轄權，如有急迫情形，應於其管轄區域內外為必要之處分。如此訴訟法之明確規範，難道仍能謂檢察官偵查行為為無管轄權之概念。事實上，刑訴法第十六條亦無區分對法院行為或非對法院行為而有不同適用結果，要難謂檢察官非向法院所為之偵查行為為無管轄權問題。

第四，所謂「訴訟程序不因法院無管轄權而失其效力」，乃為避免訴訟程序的重覆及重起程序反而可能導致不合理之結果、或有害於真實之發現，故設本條規定，縱使法院不具土地管轄或事物管轄已為之訴訟程序，其訴訟程序並不因管轄錯誤之理由而失其效力。惟無庸失其效力之訴訟程序，並非漫無限制，一般係以形成實體的訴訟行為，例如法院所為之審判

<sup>39</sup> 參照林鈺雄，法律經常遇到「平民」而轉彎？，中國時報論壇，2002年2月5日；吳巡龍，前揭註2文，頁240；參照〈高檢署：拘提羅，無管轄權問題〉，聯合報13版，焦點，2002年2月4日。

<sup>40</sup> 參黃東熊、吳景芳著，前揭註25書，頁98。

筆錄訊問證人或勘驗筆錄等之證據能力，不失其效力；至於形成程序的訴訟行為，原則上仍應重新行之。亦即，實體真實固屬重要，程序原理猶應尊重，法律條文雖謂訴訟程序不因法院無管轄權而失其效力，僅止並不「當然」失其效力，違反管轄程序原理之規範目的情節嚴重者，仍有致使該無管轄權所為之訴訟程序不合法，且該訴訟行為不發生訴訟法上效果之餘地<sup>41</sup>。

第五，定管轄之目的並非僅在單純之法定法官法則，同時兼具被告程序利益之保障，如無管轄權之限制，無管轄權之台北地檢署檢察官逕行簽發拘票，將屏東地檢署管轄範圍之被告拘提至台北偵辦，則被告對外接見通信權將受到影響，被告在屏東熟識之辯護人亦不得不至台北為被告辯護，凡此被告之防禦權益受到地域之妨礙，要難謂檢察官飛象越河之拘提行為適法。故如無應為必要處分之急迫情形，自不容許台北地檢署檢察官「越區」拘提非屬其管轄案件之被告，以免侵害被告之程序利益<sup>42</sup>。

綜上所述，對於無管轄權偵查行為之效力問題，本文以為，如檢察官實施偵查行為，如無法院組織法第六十二條所定之「緊急情形」或刑事訴訟法第二百五十條所定之「急迫情形」，自不得於管轄區域外行使職務，否則其侵害人民自由權利之偵查行為，應認為不合法，而失其效力。至於，此之「緊急情形」或「急迫情形」，係指被告有逃亡、湮滅證據或串證之危險，具時間之急迫性，有立即保全證據及被告之必要，以免實體真實之發現受到管轄硬性規定之妨礙。此外，是否有急迫情形，判斷上應另衡量被告防禦權受侵害之程度，縱使檢察官偵查行為無管轄權，惟對被告防禦權並無實質妨害，則例外解釋為檢察官之偵查行為不因無管轄權而失效，畢竟管轄錯誤並非非常嚴重之瑕疵，如被告程序保障仍未受影響，要難概認檢察官之行為因無管轄權而失效。換言之，檢察官之偵查行為，如無侵害被告防禦權及程序利益，則急迫性要件之認定可較為寬鬆，而承認其無管轄權偵查行為之適法性<sup>43</sup>。

案例二之高院「羅案裁定」，主要基於下述兩項理由，認為本案高檢署檢察官偵辦被告羅某所涉詐欺等案件，於法並無不合：其一，本件高檢署檢察官偵辦被告所涉犯上開案件，以有急迫情形存在，並以被告有刑事訴訟法第七十六條第二款、第三款之事由，而簽發拘票將被告拘提到案，實已具備該條所稱「急迫情形」之要件，其拘提程序即無不合。其二，基

<sup>41</sup> 參陳運財，前揭註 11 文，頁 307。學者黃東熊亦認為，無管轄權法院於非急迫情形下所為之處分，例如羈押、搜索、扣押、訊問證人或調查證據等，均不應認其為有效；案件重新繫屬之管轄法院亦不得利用其處分，始合理。否則，法院於知悉其對案件無管轄權後，既無急迫情形，而仍許其為處分或訴訟行為，則管轄權制度豈飛虛設！參黃東熊、吳景芳，前揭註 25 書，頁 97。

<sup>42</sup> 另外，例如台南高分院檢察署偵查原屬台南地檢署管轄之強盜案件，此種違反事務管轄之情形，因其實施偵查行為之範圍均在台南，對被告防禦權並無實質妨害，與違反土地管轄權之情形顯然有別。

<sup>43</sup> 惟通常違反土地管轄之情形，均會影響到被告防禦權之行使，而違反事務管轄之情形，則應視偵查行為之區域是否同一或其他情事，判斷有無影響到被告防禦權之行使。

於「檢察一體」，本案台灣高等法院檢察署檢察長若親自處理其所指揮監督之台北地方法院檢察署檢察官所承辦之案件、或命令台北地檢署檢察官將所承辦之案件移轉給同署其他檢察官或高檢署檢察官承辦，自不受事物管轄之限制。

本件實際上是否具急迫情形，非本文所能了解判斷。當然，如羅案確實有急迫性情形存在，高檢署檢察官之行為仍屬有效。至於，以檢察一體原則作為本案越級偵查之正當化事由，則尚待研求，因為檢察一體原則之適用，以有事實足認檢察官執行職務違背法令、顯有不當或有偏頗之虞、或為求法律適用之妥適或統一追訴標準，認有必要時，上級檢察機關之檢察總長或檢察長始得親自處理其所指揮監督之檢察官之事務，並得將該事務移轉於其所指揮監督之其他檢察官處理<sup>44</sup>。就羅案是否已符合此要求，尚難判斷。惟本案畢竟非屬違反土地管轄之情形（橫的逾越），僅係有關違反事務管轄之情形（縱的逾越），高檢署檢察官之偵查行為均在台北地區，對被告防禦權及程序利益影響有限，依前開本文見解，其拘提行為符合急迫性要件，應例外認為仍屬有效。總之，羅案仍應以被告防禦權受影響程度、時間急迫性及保全證據及被告之必要性，來判斷是否符合急迫情形要件，如符合急迫情形，則越級管轄實施拘提之程序為合法。

## 二、實體要件之審查

### （一）羅案裁定之評析

其次，案例三之羅案裁定中的另一個亟待檢討的爭點是，法院審查拘捕前置原則時，除了對於被告是否具備刑訴法第七六條所定犯罪嫌疑重大，進行合法性之審查外，是否亦得一併實質審查有無拘提被告之必要性，亦即，法官得否介入刑訴法第七六條所列各款拘提必要性之合目的性的審查，存有爭議。原審裁定認為，於現行刑事訴訟法規定中，因檢察官對於被告仍有拘提之權利，故法院在決定應否對被告實施羈押時，對於檢察官是否合法拘提被告，不僅在形式上審查檢察官拘提被告之要件是否充分，同時對於檢察官於實質上拘提被告有無違背法律之規定，亦應一併加以審查。

對此，聲請本案羈押之檢察官之抗告意旨卻指出：法院於審查羈押要件之「拘提、逮捕前置主義」時，對於檢察官是否合法拘提被告，僅得形式上審查拘提被告之程序是否完備，而不能進行實質上審查拘提被告之必要性。至於犯罪之偵查，究竟應先傳喚未到再拘提或未經傳喚即逕行拘提，則屬檢察官之權限，檢察官容有判斷餘地，並無所謂「逮捕必要性」

<sup>44</sup> 參陳運財，前揭註 11 文，頁 307—308。

之實質內涵可得審查，立法者所賦予法院之審查權，並未擴及實質審查，否則將嚴重侵害檢察權之行使。而高等法院之羅案裁定亦指出：刑事訴訟法第七十六條之逕行拘提之規定，在案件偵查中，本屬檢察官之權限，法院於審查羈押要件之「拘提逮捕前置主義」時，對於檢察官是否合法拘提被告，僅得「形式上」審查拘提被告之程序是否完備，而不能進行實質上審查拘提被告之必要性，此與法院於審查有無羈押之必要性（實質羈押理由與必要性）尚有不同，蓋檢察官既有拘提之權利，其應否拘提之實體上之判斷，要非法官所得過問，此亦符合憲法層次所謂之正當法律程序<sup>45</sup>。

惟以檢察官有拘提權利，逕認應否拘提之實體必要性判斷，非法官可過問，顯然過於武斷，尚有斟酌之餘地。蓋縱使檢察官有拘提權利，並不代表可恣意濫用拘提權利，完全不受司法審查之抑制，如被告無逃亡或湮滅罪證之虞，仍逕以刑訴法第七六條逕行拘提，要難謂符合憲法正當法律程序之精神。既然法官可審查檢察官拘提之程序要件，如不承認法官亦可審查拘提必要性，則拘提違反程序之被告可不受人身自由之繼續拘束，被告確實無逃亡或湮滅罪證之虞卻不受審查仍遭受持續人身自由之限制，要難謂無顯失均衡之情形。且，依第二二八條第三項規定，檢察官實施偵查非有必要，不得先行傳訊被告，可見僅具間接強制性質之傳喚，尚且應具傳訊必要性之情形，始得為之，兩相比較，屬直接強制之拘提處分，豈有不論拘提之必要性，而任由檢察官自由裁量之理<sup>46</sup>。更何況，檢察官有拘提權利卻未同時賦予被告事後不服之救濟途徑，如再限制被告無法透過羈押審查程序審查拘提逮捕之必要性，將導致被告救濟無門，顯不合理。再者，雖拘提未回歸由法院決定，但如能在法官審理拘提逮捕前置主義賦予法官亦可審查拘提之必要性，對人民重大之人身自由更有雙重保障機制之效果，亦可彌補拘提未回歸法院決定之立法落後的遺憾，畢竟拘提亦係限制人民自由之重大強制處分。

關於法官於羈押審查時，得否實質上審查檢察官實施拘提之必要性？介入審查之程度又如何？爭議頗大。固然，法官審查拘提必要性，會有介入偵查之虞，惟人權之保障亦不可忽略，此兩難之問題，日本法亦曾遭遇過，其修法之過程，值得我國參酌。

戰後日本新刑事訴訟法制定公布時起，刑訴法第一九九條第二項僅規定法院依檢察官或司法警察官之聲請，有相當理由足認犯罪嫌疑人有犯罪之嫌疑者，得核發拘提。此亦引發拘提之必要性，是否得由法官介入審查的爭議，持肯定與否定想法者均大有人在。惟在一九五三年刑事訴訟法修正，增訂第一九九條二項但書規定：「但顯認無拘提之必要者，不在此限」，

<sup>45</sup> 相同見解，參林永謀，論羈押，法令月刊第 49 卷第 8 期，1998 年 8 月，頁 6。劉案首次裁定（台灣高院九一年抗字第七五三號裁定）亦認為，立法者所賦予法院之審查權，並未擴及實質審查，否則將發生法官指導、主導偵查或侵害檢察權之行使，混淆刑事訴訟法有關偵查與審判權責之劃分，更屬違背法官之中立性，即持與羅案裁定相同之看法。

<sup>46</sup> 參陳運財，前揭註 11 文，頁 308—309。

爭議大致已獲平息。多數說認為，令狀原則之本質，乃由法官事前審查為司法之抑制或監督，有無拘提之必要性，自亦應屬法官判斷之事項，但書之增訂即在體現此項令狀原則保障人身自由的精神，然而，由於有無拘提之必要性，於偵查階段往往具流動性，自不能無視偵查機關偵查權限的獨立性，況且偵查中拘提之要件本應迅速而簡潔的審查，如要求法院必須過度介入有無拘提必要性的判斷，採嚴格審查，反而可能有害於司法之公正，故但書中乃加入「顯」字一語，強調法院對於偵查機關聲請拘提，如有相當理由足認嫌疑人有犯罪嫌疑，以顯無拘提之必要者為限，始得駁回聲請，否則應即核發拘提。此項修法，可謂是以肯定說為出發點，同時又顧及偵查機關之偵查權限，採取了平衡處理的立場<sup>47</sup>。

綜上所述，本文亦以為，為貫徹憲法保障人身自由之精神，法院於審查拘捕前置原則時，檢察官所為之拘提或逮捕有無具備合法性及必要性，應屬羈押審查法官得審查之對象。惟礙於我國現行刑訴法仍賦檢察官拘提及逮捕之權限，有無拘提或逮捕被告之必要性，屬於偵查階段由檢察官獨自決定的事項，法院不宜過度介入，應以尊重檢察官之判斷為宜，故法院審查結果，如認具備犯罪嫌疑重大之拘提理由，原則上應肯認檢察官拘提之合法性，但依個案情節，顯無拘提必要性者，例如被告已表明願自動到場說明且顯無湮滅證據或串證之虞，檢察官竟仍決定拘提之情形，應認其拘提已構成權限之濫用，此時法院自得基於維護人身自由之本旨，以違反拘捕前置原則為由，駁回檢察官羈押之聲請。

## （二）劉案首次裁定之評析

劉案首次裁定涉及，檢察官以刑訴法第二二八條第四項逮捕被告，是否限於有急迫性要件？有學者認為，第二二八條第四項之但書雖用逮捕，惟其性質接近於第八八條之一的緊急拘提，因此檢察官依第二二八條第四項之但書逮捕被告聲請法院羈押，參酌第八八條之一的規定，仍應同時具有（1）具體之理由足認自行到場者一旦釋放，將有立即逃亡或湮滅證據之虞。（2）且其所之情節重大，聲請施以羈押處分顯係相當者，始得予以當場拘束人身自由<sup>48</sup>。復有認為，檢察官得對自動到案的被告，無須令狀逕為逮捕者，應具備兩項要件：第一，限於情況急迫，即待被告釋回後，再依刑訴法第七六條或第七七條規定拘提被告，被告將有逃亡或湮滅證據、勾串證人之虞。第二，應具備刑訴法第一〇一條第一項或第一〇一條之一之羈押要件<sup>49</sup>。而劉案原審裁定意旨亦認為：刑事訴訟法第二百二十八條第四項所規定創設逮捕事由，仍屬檢察官急迫權限，應從嚴解釋；即

<sup>47</sup> 參陳運財，前揭註 11 文，頁 309。

<sup>48</sup> 參陳運財，前揭註 23 書，頁 266—267。

<sup>49</sup> 參王梅英，前揭註 12 文，頁 50。

必須限於遲延即生危險之急迫情況；亦即若被告釋回後再予拘提，將有逃亡危險或晦暗危險（即生串證或偽造變造證據）<sup>50</sup>。

對此，高院裁定意旨指出：查刑事訴訟法對法院或檢察官行使某種權利有無限於「急迫情形」，均有法律明文規定，如第一百條之三第一項有關司法警察官或司法警察不得夜間訊問，經檢察官或法官許可；有急迫之情形者，不在此限。第一百三十一條第二項「檢察官於偵查中有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，得逕行搜索。」另諸如同法第十三條、第十四條、第八十八條之一、第一百條之三、第一百零五條、第一百三十一條、第一百四十六條、第一百五十條、第一百七十五條、第二百四十五條、第二百四十條、第二百五十條、第二百七十三條、第三百二十三條亦有規定，惟本條法文並未明定急迫之條件，明顯揭示限於「急迫情形」，即如德國刑事訴訟法第一百二十七條第二項規定在「情事急迫時」，檢察官如具備發布羈押命令之條件者，亦得暫時之逮捕，惟本法既無如德國刑事訴訟法之規定，足見立法者係有意不將「急迫」作為第二百二十八條第四項逮捕之要件，至為灼然。故原裁定認前開創設逮捕事由，屬於檢察官急迫權限，應從嚴解釋，必須限於遲延即生危險之急迫情況；亦即若被告釋回再予拘提，將有逃亡危險或晦暗危險（即生串證或偽造變造證據）等語，實屬無據，委不可採。

惟本文以為，解釋上，第二二八條第四項應限於遲延即生危險(Gefahr im Verzuge)之急迫情況；亦即若被告釋回後再予拘提，將有逃亡危險或晦暗危險，蓋當初修法時應係考量到此等自行到場者，已符合羈押之要件，如飭回後有可能逃亡或湮滅罪證，因無法以刑訴法第七六條及第八八條之一規定加以拘捕<sup>51</sup>，則即使聲押適用拘捕前置主義之結果，法官必定駁回檢察官之聲押，故為避免自行到場者，飭回後有可能逃亡或湮滅罪證，且為配合拘提逮捕前置主義之要求，始另新設一逮捕事由，俾檢察官有所依據逮捕自行到場者迅速聲押。換言之，當初就是為了此等自行到場者有可能湮滅證據或逃亡之急迫情形，有羈押必要，但因自行到場尚難逕行拘提或緊急拘捕，始針對此情形新設逮捕事由，否則如無此急迫情形，飭回後再依刑訴法第七六條及第七七條為拘提之處分即可，何必再新設一逮捕事由<sup>52</sup>。是以，如檢察官對於沒有羈押必要、無逃亡或湮滅之虞之自行到場者逕為逮捕，即已經逾越當初立法的背景。其次，為了貫徹拘逮捕前置主義，如不作如此解釋，則第二二八條第四項規定，將造成羈押審查拘提逮捕前置主義之司法抑制功能盡失，無異是開啟另一扇門免去審查拘捕前置主義之機會，對於依刑訴法第七五條、第七六條或第八八條之一等

<sup>50</sup> 相同見解，參林鈺雄，刑事訴訟法上冊，2002年9月，頁306。

<sup>51</sup> 惟有認為對於此種自行到場者，亦非不可透過第八八條之一加以逮捕。參林永謀，前揭註38文。

<sup>52</sup> 參陳運財，前揭註23書，頁265；王梅英，前揭註12文，頁49-50；蔡碧玉，新修正刑事訴訟法簡介（一），法務通訊第1866期第三版，1998年2月；林鈺雄，前揭註50書，頁306。

規定拘捕之被告有受審查拘捕合法性之機會，相對的，依第二二八條第四項逮捕之被告則免去審查逮捕合法性之程序，兩相比較，顯失均衡<sup>53</sup>。事實上，符合羈押之要件，有逃亡或湮滅罪證之虞之被告，均有急迫加以拘束人身自由之必要，有逃亡或湮滅罪證之虞之被告，卻無急迫情形者或被告不予拘提不會馬上有逃亡危險或湮滅罪證危險者，誠難想像。若有此情形，則檢察官應待此急迫情形出現，始聲請羈押被告，方符羈押之目的。再者，雖現行法未明文急迫性要件，但透過立法緣由之解釋及貫徹拘捕前置主義之精神，法官審查後認為第二二八條第四項有急迫性要件，要難謂不符憲法第八條保障人身自由之基本理念。

職是之故，第二二八條第四項應限於限於遲延即生危險之急迫情況，即若被告釋回後再予拘提，將有逃亡、湮滅證據或串證之危險，並由法院對此急迫性要件為審查，以貫徹拘捕前置主義<sup>54</sup>。期盼實務運作上檢察官依刑訴法第二二八條第四項逮捕被告聲押，應儘量限於有遲延即生危險之急迫情況。如無，檢察官應避免逕依第二二八條第四項直接逮捕被告。

然而，因現行法未明文急迫性要件，致審判實務上法官不敢勇於任事，為有效解決此爭議，釜底抽薪之計應是刪除第二二八條第四項但書「逮捕權」之規定，另透過修法修改拘提逮捕之要件，例如第八八條之一之要件，俾檢察官得對自行到場者予以拘捕而聲請羈押，茲將理由臚列於下<sup>55</sup>：

第一，雖然德國刑訴法第一二七條第二項：「如具備發布羈押命令或強制收容命令之條件者，檢察官與警察官員於情事急迫時，亦得為暫時之逮捕。」惟德國並無所謂拘提逮捕前置主義，是否能因為配合拘捕前置主義，而移植德國法之規定，新設一逮捕事由，要非無疑。

第二，德國此緊急逮捕規定，於我國制定刑訴法第八八條之一時所參考，如以德國此規定作為我國刑訴法第二二八條第四項但書規定之依據，則只要修正第八八條之一即可，何必在第二二八條第四項但書規定新設一逮捕事由。

第三，更實質重要的理由是，為了實務運作方便並配合拘捕前置主義，將逮捕之規定與聲請羈押之程序置於同一條文下，使羈押原因與逮捕要件合而為一，致部分法院誤以為羈押審查時無須審查第二二八條第四項之逮捕適法性，反而使拘捕前置原則之實質意義落空，此為了逮捕而逮捕空有一個拘捕前置的形式，誠非妥適。

第四，同樣採逮捕前置主義之日本，對於此種自行到場者（在宅嫌疑

<sup>53</sup> 即有論者因此反而認此種新增逮捕事由，不需有如拘票般之要式，更不須經法院先行審核，如解釋我國有拘捕前置主義，顯然是一種誤導。參顧立雄，評羈押決定權回歸法院之刑事訴訟法修正條文，萬國法律第 98 期，1998 年 4 月，頁 50。

<sup>54</sup> 林永謀大法官認為刑訴法第二二八條第四項規定，顯不具二次審查之可能性，殊與拘提逮捕前置主義之精神有所乖離，倘政策上卻有此依規定之必要，而認不宜以第八八條之一緊急拘提予以先行，亦應設計為得予二次審查之立法，始屬前後一貫。參林永謀，前揭註 45 文，頁 7。

<sup>55</sup> 參林永謀，前揭註 38 文；陳運財，前揭註 23 書，頁 265；朱百強，前揭註 35 文，頁 169-174。

人)，檢察官尚可以透過刑訴法第一九九條之通常逮捕規定，立即向法院聲請逮捕狀，或依第二一一條之緊急逮捕規定逮捕後聲押，以符逮捕前置主義之要求，並未如我國為了配合拘捕前置主義另立法特別規定。如果現行之拘捕規定無法適用以逮捕自行到場者，則應思考的是修正拘捕規定，毋須於偵查一節另行創設逮捕事由，如此體例上較為一致。

### 三、拘捕後之限時移送及即時訊問

#### (一) 限時移送

如前所述，現行刑訴法賦予檢察官有拘提逮捕之權限，而非由法官為令狀審查，卻未一併規範被告對此等違法拘捕強制處分之事後救濟途徑。而為使法官能迅速審查偵查機關之拘捕行為是否違法，俾被告人身自由之拘束抑制至最低程度，憲法第八條第二項始要求二十四小時限期移審之機制，拘捕之被告透過此憲法第八條正當法律程序之程序保障機制，應可使被告迅速獲得司法審查之救濟機會。為了符合憲法保障之限期移送司法審查制度之精神，確保「法定程序」之忠實執行，刑訴法第九三條乃規定要求，檢察官對於拘提逮捕到場之犯罪嫌疑人，如認有羈押之必要者，應自拘提逮捕時起二十四小時內，向該管法院聲請羈押。此係植基於憲法第八條第二項明定偵查機關至遲應於二十四小時內，將逮捕拘提之人移送法院審問之要求，聲請羈押之檢察官或羈押審查之法官務必恪遵之要求，以提前使被告獲得自由。是以，法院接受羈押聲請立即訊問後，如認檢察官有逾越二十四小時之不必要的遲延而聲請羈押者，或未釋明法定障礙事由或釋明不足之情形時，因屬直接違反憲法保障之重大違法情形，法官應認該項聲請不合法，予以駁回。而根據問卷調查結果顯示，實務上仍有極少數檢察官未嚴格遵守刑訴法第九三條之規定於拘提逮捕後二十四小時內（惟法定障礙事由經過時間不計入）聲請羈押。換言之，有極少數檢察官逾越二十四小時期限始聲請羈押。故於此種情形時，法官應認為該聲請不合法，予以駁回，且法院亦不可對該犯罪嫌疑人命其具保、責付、限制住居。

#### (二) 即時訊問

刑訴法第九十三條第五項規定：「法院於受理前三項羈押之聲請後，應即時訊問。」，此「即時」訊問究指為何，法條並無對應何時訊問及何時決定明確規範，此實涉及被告人身自由限制之久暫，有予以釐清之必要。目前，實務上見解係認應於合理期間內儘速訊問，諸如詳閱卷證後始予訊問，另如通譯不能於深夜到庭，可於翌日上班後通譯到庭時訊問，仍

不失為即時訊問。惟無論如何，各法院宜於受理後二十四小時內儘速裁定<sup>56</sup>。至於夜間聲請部分，法院能否隨時因應，不無疑問，依問卷調查結果顯示，台中地院仍低於苗栗地院之全然可隨時因應開庭訊問者，有約 14.2% 會因逾午夜十二點而延至早上八點訊問。足見，遇夜間移送聲請羈押之案件，目前法院值日法官之因應方式似仍有部分有待加強的地方<sup>57</sup>。針對夜間聲請之問題，有論者即認為：德國刑訴法第一一五條第二項規定：「被告解送後，法官應立即或最遲於次日，審問被告。」此翌日乃指解送後第二日夜間十二時前。德國立法不採固定的時數，而採鐘面時間，立法亦顧及一般人之作息時間，且德國目前實務上並不設夜間法庭進行訊問，可供我國參考<sup>58</sup>。惟本文以為，偵查中羈押審查，有迅速性及急迫性之要求，且刑訴法第九三條第五項規定：「法院於受理前三項羈押之聲請後，應即時訊問。」，係植基於人身自由受拘束之被告有迅速接受法院審查有無繼續拘束人身自由必要之權利，國家機關本有此項義務即時訊問被告，以避免拘提逮捕權力之濫用，方符合憲法第八條第二項規定限時移送之意旨。是以，並無採行德國法之必要。

此外，民間版修正草案第九三條第六項規定：「法院於受理第二項、第三項及第五項羈押之聲請後，應即時訊問。但聲請羈押之時間為夜間者，被告或其辯護人得請求法院於翌日日間為訊問，非有正當理由，法院不得拒絕之。」其理由說明為：「現行法規定「法院於受理前三項羈押之聲請後，應即時訊問」。在實務上，如檢察官聲請羈押之時間為夜間者，法院因為此一規定必須漏夜審理，對於檢察官、法院、被告都造成極為沉重的負擔，對於被告甚至可能構成疲勞訊問。故增訂第九十三條第五項但書之規定，讓被告得請求法院於翌日日間為訊問，如此一來，對於社會公益、被告之權益都能兼顧。法院如有正當理由，亦得於夜間訊問。」

惟本文以為，此草案乍看對被告有利，實則不然，民間版草案要難謂妥適，蓋法官為審查有無羈押理由之訊問，與司法警察人員之詢問性質不同，會造成疲勞訊問之情形畢竟仍屬少數。且，人身自由受拘束之被告有迅速接受法院審查有無繼續拘束人身自由必要之權利，國家機關亦有此項義務，以避免拘提逮捕權力之濫用，此為憲法第八條第二項規定限時移送之意旨。事實上，條文形式上似賦予被告有選擇權，惟實際上被告之請求可能非出於充分理解之下的自由意思。依此草案，將會造成實務上變相處理，只要法官、檢察官或辯護人向被告動之以情，被告豈有拒絕之可能，被告豈敢要求夜間審理羈押！此草案但書運作之結果將成為原則，日後夜間審理羈押之情形將成為例外。基此，管見以為，除非依具體個案，移送至法院之被告有精神恍惚或其他重大疾病等不適宜於夜間即時訊問之情

<sup>56</sup> 司法院第三十六期司法業務研究會法律問題研討結論所採，載於刑事法律專題研究（十四），1998年6月，頁502-503。

<sup>57</sup> 此外，若遇檢察官聲請羈押時院方能否立即開庭訊問之點，台中地院有別於苗栗地院之全部皆能立即開庭訊問者，仍有 16.6% 未立即訊問者，比例不低，值得注意。

<sup>58</sup> 參王梅英，前揭註 12 文，頁 53。

形，否則不論被告有無同意，仍均應即時訊問。

## 第四節 審查之範圍

依刑訴法第一〇一條第一項之規定可知，犯罪嫌疑重大、羈押原因有無及羈押必要性，均係羈押之要件，同屬審查法官應仔細研求審酌之範圍。羈押處分如何決定，固屬於法院裁判之職權，惟構成羈押之犯罪事實及羈押原因，為羈押審查之法官是否不受檢察官聲請羈押之具體主張所拘束？值得檢討。

關於構成羈押之犯罪嫌疑事實，聲押之檢察官與令狀審查之法官之間亦難免產生認知不同的情形，斯時法院得否變更檢察官聲請羈押所引應適用的法條？案例一之謝案裁定及案例五之劉案二次裁定，即涉及犯罪事實審查之範圍。而案例六之王案裁定，檢察官僅以被告有湮滅證據或串證之

虞為由聲請羈押，法院改認定為有逃亡之虞，是否適法，即涉及第一〇一條第一項各款所列羈押原因之變更問題。以下，先就罪名變更之問題加以說明後，再針對案例六有關構成羈押原因之變更，作進一步的檢討。

## 第一項 犯罪事實之審查

### 一、審查範圍之界定

究竟偵查中羈押審查法官可否自行認定嫌疑事實，不受檢察官聲請範圍之拘束？要非無疑。按偵查中羈押審查程序之開啟，依刑訴法第九三條第二項及第二二八第四項之規定，須有檢察官之發動聲請，法院始得據檢察官所送交之偵查卷證資料，審查有無羈押被告之要件，非經檢察官聲請，法院尚無法職權羈押被告。由檢察官聲請開啟羈押審查程序，仍維持廣義的不告不理、公正、消極主義的訴訟架構。是以，偵查中，法院實施羈押審查之犯罪嫌疑範圍，自應受檢察官聲請之嫌疑事實所拘束，亦即，除非在同一案件之範圍內，否則法院決定羈押處分所認定之罪名及適用法條，不得異於檢察官所主張適用者，例如，與聲請羈押之案件不具有實質一罪、裁判上一罪或包括一罪關係之其他案件，自不在法院審查之範圍<sup>59</sup>。

問題是所謂同一案件之範圍如何界定？是否應採取如審判中審理犯罪事實相同界定範圍<sup>60</sup>？關於此問題，實務上傾向於以基本社會事實同一說，作為容許變更法條之界限，與審判中法院為有罪判決適用刑訴法第三百條之情形相同<sup>61</sup>。而有學者認為，偵查中證據仍具流動性，且法院應嚴守不得介入偵查之分際，故是否合於同一案件之判斷，應益行慎重。基本上除了社會事實應屬同一之外，應進一步考量聲請羈押所指構成犯罪之事實，與法院所認定構成羈押之犯罪要件的事實是否具有相當程度的共通性？如果用來證明新事實之證據與證明原先聲請羈押事實之證據相較，已有重大的變化或實質的差異，此時，兩者間構成要件之基本事實即非共通，應認非屬同一案件。換言之，偵查中之羈押審查，應以使用證據是否同一為斷，如法院已踰越檢察官提出證據之範圍，而自行蒐集調查之證據，顯已過度介入偵查，應認法院違反不告不理的精神及裁判公正，其羈

<sup>59</sup> 參陳運財，前揭註 11 文，頁 311；參林輝煌，談偵查中羈押之審查（中），司法周刊，第一〇九一期第三版，2002 年 7 月。

<sup>60</sup> 長期以來，我國審判實務關於案件同一性之見解，以基本事實同一說為主流想法，不過仍有判例與判決認為起訴事實與法院認定事實間是否具有同一性之判斷，應加入法律之評價，而有所謂「罪質同一」、「構成要件共通」等見解存在。參陳運財，論起訴事實之同一性—評最高法院八十六年度台非字第一八七號刑事判決，月旦法學雜誌第 62 期，2000 年 7 月，頁 150。

<sup>61</sup> 參林輝煌，前揭註 59 文。

押處分不適法<sup>62</sup>。

惟本文以為，雖上開基本社會事實同一說與構成要件共通說相較，較為寬鬆，但實者差距不大，尤其是法官為具體審查羈押要件時，不易區別兩者適用之差異處何在。固然，主張同一性判斷應加入法律評價之想法，其目的主要在制衡法官權限潛在之擴張，但事實上，偵查中羈押審查採取較寬鬆之基本社會事實同一說，作為容許變更法條之界限，並未因法官審查範圍稍廣而惡化被告之地位及權益。蓋縱使法官採取基本事實同一說而變更聲押罪名，由於偵查具流動性，偵查終結及公訴之行使乃專屬檢察官之職權，羈押審查法官所認之罪名及觸犯法條無法拘束之後偵辦本案之檢察官，日後檢察官未必以此罪名起訴，故無羈押審查法官過度介入偵查之疑慮；同樣的，起訴後之一審法官亦未必以此羈押罪名或起訴罪名判決被告有罪。且，如法官變更後之聲押罪名為五年以上有期徒刑者，解釋上法官亦不可單以第一〇一條第一項第三款羈押被告，仍須符合他款羈押原因始可羈押被告<sup>63</sup>。再者，如非採較寬鬆之基本社會事實同一說，則將造成法官認非屬同一案件範圍內，而無法變更聲押罪名，勢必駁回檢察官之聲請，則檢察官又將再次逮捕被告再次聲請羈押，此無疑對被告是不利的，司法資源之耗費，至為明顯。重要的是，只要法官變更羈押罪名時，務必踐行告知程序，充分給予被告及其辯護人辯明陳述之機會，確立被告為程序主體及賦予程序保障後，即便是採取基本事實同一說而稍擴張法官權限，亦不會出現突襲性裁判以致於侵害被告之防禦權。職是，基於上開理由，本文以為，偵查中羈押審查應採取基本社會事實同一說，作為容許變更法條之界限，例如檢察官以搶奪罪嫌疑聲請羈押被告，法院不得踰越此項事實之主張，認定被告殺人未遂罪而予以羈押。

應注意的是，法院羈押審查時，於同一案件之範圍內，如認有變更罪名而決定羈押之情形，於程序上務必通知聲押之檢察官到場，使其有陳述意見之機會，如檢察官同意變更聲押罪名，即由檢察官聲請變更罪名或法條的方式行之，如檢察官不同意，法官仍得於基本社會事實同一範圍內變更聲押罪名；如檢察官仍不到庭，法官於基本社會事實同一範圍內，變更檢察官聲押之罪名，仍屬適法；且依刑訴法九五條規定之精神，就罪名

<sup>62</sup> 參陳運財，前揭註 11 文，頁 311。

<sup>63</sup> 法官變更聲押罪名，不論變後之罪名輕或重，均應踐行告知程序並給予被告防禦機會，如變輕且不符合第一〇一條第一項第三款，則勢必須符合第一〇一條第一項第一款或第二款，始得羈押被告；如變更後罪名變重且符合第一〇一條第一項第三款，解釋上仍應判斷是否符合第一〇一條第一項第一款或第二款，始得羈押被告，如不如此解釋，逕依第一〇一條第一項第三款羈押被告，則減少此層過濾防堵機會，法官審查權限過廣，對被告實屬不利。且重罪羈押之立法，學者向來均有批評，並肯認法官應同時判斷是否符合第一〇一條第一項第一款或第二款，始得羈押被告。則於變更聲押罪名時，亦作相同之解釋，實呼應學者之主張。是以，如變更後罪名變重且符合第一〇一條第一項第三款，法官不應只以第一〇一條第一項第三款來羈押，仍應判斷是否符合第一〇一條第一項第一款或第二款，始得羈押被告。透過此解釋築起截堵之防線，加上變更聲押罪名時告知義務之踐行及給予被告辯明機會，在如此雙重程序保障機制下，縱使採行基本社會事實同一說致法官審查權限較寬，被告地位亦不因此惡化。而關於重罪羈押之批評，與適用第一〇一條第一項第三款之限制，參本章第七節第二項。

變更部分，法院應再踐行告知程序，並充分給予被告及其辯護人辯明陳述之機會，以保障被告之防禦權。

附帶一提的是，民國九十四年一月刑法修正廢除牽連犯及連續犯之規定，對同一案件範圍之認定不無影響，依現行法檢察官以裁判上一罪聲請，法官因於同一案件範圍內，一併審酌是否具備羈押要件，惟修法後檢察官針對原本連續犯及牽連犯即須改以數案件數罪名聲押，如檢察官一併以數案件、數罪名聲押，固無問題，如僅以其中一罪名聲押時，法官即不可審酌被告他案之犯罪事實；如檢察官已到庭，亦可一併追加其他罪名。例如檢察官僅以被告侵入住居有湮滅罪證而聲押，法官即不可以認定被告觸犯竊盜罪，不可以因發現被告有湮滅竊盜等證據而將被告羈押。可知，刑法修正後，同一案件之範圍，較為限縮。

## 二、案例評析

案例一之謝案裁定另外突顯的是，偵查中檢察官以恐嚇危害安全罪聲請羈押，法院可否不受拘束自行認定為妨害國交罪？此即涉及犯罪事實審查之範圍及罪名變更問題。按恐嚇危害安全罪及刑法第一一六條妨害國交罪，差別僅在於刑法第一一六條之被害人限於友邦元首或派至中華民國之外國代表，事實上，行為主體及行為手段等並無不同。而本文所採之基本事實關係同一說，其基本的事實關係是否同一，係以社會事實為準，如聲押之事實與羈押裁判之事實，其社會事實關係相同，縱犯罪之日時、處所、方法、被害物體、行為人人數、犯罪之形式、被害法益、程序及罪名雖有差異，但於事實之同一性並無影響。是以，謝案中法官於基本事實同一範圍內，改認定為妨害國交罪，尚屬適法。而法官變更聲押罪名為妨害國交罪後，如本章第一節所述，檢察官可聲請急迫性羈押處分（法院亦可職權為之），如法院不為急迫性處分時，檢察官僅能待被告釋放後，依刑訴法第七六條或第八八條之一拘提被告後，再向有管轄權法院聲請羈押，以茲因應。除非尚未逾二十四小時之期限，法官始可逕將人犯交還檢察官，由檢察官逕向有管轄權法院聲押。雖然，謝案裁定認係妨害國交罪，屬高等法院所管轄之第一審案件而裁定駁回，逕行釋放被告，但依刑訴法九五條規定之精神，就罪名變更部分，法院仍應再踐行告知程序，並充分給予被告及其辯護人辯明陳述之機會，始得變更罪名逕行釋放被告或移送有管轄權法院。

而案例五之劉案二次裁定之爭點，則涉及高院撤銷發回後，更審法院重新審查，檢察官可否再補充其他罪名而一併聲押，法官對此等補充之聲明，是否應予以審酌<sup>64</sup>？此亦涉及犯罪事實審查之範圍。首要說明的是，

<sup>64</sup> 此種上級法院發回後再追加補充之情形，實務上經常發生，如反台獨炸彈客高寶中聲押案，

如果是第一次羈押審查，檢察官已蒞庭，基於刑訴法第二六五之精神，自可追加其他相牽連之犯罪一併聲押，檢察官追加後，法官審查犯罪事實之範圍即特定。惟如係上級法院撤銷發回後，更審法院重新審查，檢察官可否再補充追加其他罪名而一併聲押，法官對此等補充之聲明，是否應予以審酌？案例五之更審地方法院裁定即指出，檢察官當庭所補充之貪污、偽造文書及違反公司法等罪嫌部分，與原聲請書所列被告涉犯背信、侵占等罪嫌之事實，不僅構成要件有間，罪名不同，行為互異，難認二者之社會基本事實相同。本文亦以為，基於下列理由，於基本社會事實同一範圍內，檢察官始得補充追加其他罪名及聲明，如與第一次聲請羈押之犯罪事實，其基本的事實關係不同一，已非同一案件範圍內，則法院無需審酌檢察官所補充追加之聲明<sup>65</sup>：

第一，更審法院審查是否具備羈押要件，此審查程序即應受高院所發回之範圍所拘束，不僅法律見解受拘束，犯罪事實審查範圍亦同受拘束，其審查範圍係受檢察官第一次聲請羈押之犯罪事實受拘束，故檢察官僅得於基本社會事實同一範圍內，補充其他罪名聲明，如非同一案件範圍內之犯罪事實，檢察官僅能另案聲請羈押。畢竟羈押非偵查之手段，並不同於偵查之流動性，聲押案件一繫屬法院，法官審查範圍即受檢察官聲請書範圍之拘束。

第二，例如最高法院將案件發回高等法院，或高等法院將案件撤銷發回地方法院，高檢署或地檢署檢察官蒞庭後豈可於更審法院再行追加被告其他相牽連之案件！另如，檢察官就聲押案件抗告，其抗告意旨豈能追加被告其他相牽連案件作為撤銷發回之理由！是以，案例五之情形亦應作相同解釋，檢察官不得補充追加相牽連案件，更審法官應不予以審酌。

第三，實務上仍可能發生檢察官先以被告所犯其中一罪名聲請羈押，避免一開始以被告所犯所有相牽連案件一併聲押，致所有證據及偵查秘密均洩漏殆盡，待法官駁回後，再另案以他罪名聲押，或待上級法院發回後於更審法院始補充追加其他相牽連案件，以說服法官務必羈押被告。為避免檢察官此種技巧性聲押，隱藏大部分卷證資料訊息，致被告無法透過羈押審查程序知悉相關案情，故解釋上檢察官不應就相牽連之其他案件，向

---

經發回後於更審法院審理庭，檢方即追加殺人未遂、製造爆裂物等重大罪嫌，以所犯為「本刑五年以上重罪」聲押理由，經合議庭長達四個小時的審理、評議後，採認檢方聲押理由，裁准羈押。合議庭主要是依據檢方追加聲押理由裁准羈押，其餘滅證、串供之虞等聲押理由，合議庭認為，檢警扣案所得證物已足，同時缺乏事實認定有反覆實施同一犯罪之虞，另外駁回兩項聲押理由。參 <http://www.epochtimes.com/b5/4/12/30/n764277.htm>。當然此案檢察官補充追加之罪名究竟是否與原羈押聲請書為同一案件，非本文所能了解。

<sup>65</sup> 劉案具體個案中，檢察官當庭所補充之貪污、偽造文書及違反公司法等罪嫌部分，與原聲請書所列被告涉犯背信、侵占等罪嫌之事實，究否具裁判上一罪之關係，非本文所能置喙。本件之檢察官抗告意旨指出被告此部分犯罪嫌疑，與原背信與侵占，具有裁判上一罪關係，原審法院本應一併審酌；而更審法院裁定反而認二者之社會基本事實不同，已非同一案件。雖有此認定之歧異，惟本爭點前提必須假設已非同一案件，始有討論實益，即依更審法院見解為基礎討論，否則如肯依檢察官之抗告意旨之見解，本案例即無評析之必要。

更審法院補充追加聲明。

第四，此補充追加聲明之性質究為何，是否與刑訴法第二六五條相同性質，均有疑問。案例五之情形，非屬審判中，亦非首次聲押之情形，刑訴法第二六五條應無適用餘地，以免裁判範圍過於浮動。

第五，劉案二次裁定指出，個案偵查、起訴或審判，不以單純一罪或裁判上一罪為限，刑事訴訟法第七條第一款規定一人犯數罪之相牽連案件，得合併偵查、起訴或審判，同法第十五條、第六條定有明文。而羈押原因若存在於相牽連案件中，實際上已不可分割，自應一併審酌。惟本文以為，如係檢察官第一次聲請羈押時，檢察官固可就相牽連案件一併聲押，甚至可以蒞庭追加相牽連案件，然本件係經上級法院撤銷發回，更審法院之審查程序能否仍適用刑訴法第十五條，顯有疑問。刑訴法第十五條不應無限上綱適用於更審之羈押審查程序，更審審查程序之合併補充追加相牽連案件並不同於合併偵查、合併起訴之情形。

第六，檢察官抗告意旨指出：按之外國法例，縱屬數罪，在檢察官逮捕犯罪嫌疑人後，向法院提出羈押請求時，法院於羈押之審查，亦應一併審酌。否則，如須檢察官再踐行逮捕被告，對被告人身自由，反而無實質上保障。本文以為，此見解僅於第一次聲請羈押始有適用之餘地，第一次聲押檢察官本可一併以數罪聲押，法官應一併審酌，惟如係經上級法院發回更審，檢察官則不得另補充他罪聲押，法官就此補充他罪不得予以審酌。

第七，檢察官抗告意旨另指出：被告前於台北市調查處應詢時，已對此貪污等部分罪嫌，提出答辯，被告已知所防禦，依照最高法院九十一年度台上字第二三〇四號判決意旨，縱未告知所犯罪名或應變更罪名，對被告防禦權之行使，並無妨礙。故原審法院在審查有無羈押原因之際，自行踐行刑事訴訟法第九十五條之告知義務，即不生突襲性裁判問題。此說法固非無見，惟在現行法偵查中選任辯護率極低，以及無偵查中強制辯護及指定辯護之設，縱使透過法官告知義務之踐行，被告在無辯護人協助之情形下，被告防禦權是否真能受到保障，是否會產生實質突襲之問題，要非無疑。

## 第二項 羈押原因之變更

其次，值得檢討的是，在同一案件之範圍內，檢察官依第一〇一條第一項各款所主張之羈押原因與法院審查後所認定之羈押原因不同者，法院如認有羈押被告之必要時，得否變更檢察官主張之羈押原因而命羈押被告？換言之，法官於決定羈押被告時，是否須受檢察官聲請羈押原因之拘束？例如案例六之**王案**裁定，檢察官僅以被告有湮滅證據或串證之虞為由聲請羈押，法院認被告並無串證之虞，卻有事實足認有逃亡之虞，法院改認定為有逃亡之虞，究否適法？反之，檢察官以逃亡之虞聲押，法院審查

結果認應無逃亡之虞，卻有湮滅證據或串證之虞者，得否變更？

關於此項問題，實務見解及多數學者認為，法院應受檢察官聲請羈押原因所拘束，第一〇一條第一項各款間之羈押原因，不得變動。其所憑之主要理由在於，基於不告不理及無訴即無裁判之訴訟理論所得之結論，法官如自行變更羈押原因逕予裁定羈押，即屬對於未受請求之事項予以裁判，容有訴外裁判之違法。且我國已由職權主義變革為當事人進行主義，就證據之蒐集與調查本屬當事人之職責，法院依職權為調查證據已居於例外之補充地位，從而法官為羈押之准否，應以檢察官聲請羈押書上所载之理由為限，否則有違當事人進行主義之法理，亦難保被告有被法院為濫權羈押或恣意之虞。基此，法官審查羈押要件時，如認為檢察官所主張之羈押原因並不存在，縱使法院認仍有其他羈押原因存在，而檢察官並未主張者，亦應駁回檢察官之聲請，尚難命羈押被告<sup>66</sup>。

然而，上開見解，是否妥適，要非無疑。本文以為，基於下列理由，法院只要在同一案件的範圍內，應可變更第一〇一條第一項各款間之羈押原因，不受檢察官聲請原因之拘束<sup>67</sup>：

其一，不告不理原則，係指法院不得就未經起訴之犯罪審判，刑訴法第二六八條定有明文。偵查中羈押之審查，只要法官於檢察官聲請之犯罪事實內，審酌是否具備羈押要件，甚至於同一案件範圍內，變更檢察官聲請罪名，即符合不告不理及無訴即無裁判之精神，要非謂必須受檢察官聲請原因之拘束始符合不告不理原則之要求。更何況，羈押審查程序是否能適用刑訴法第二六八條，並非無疑。

其二，雖然我國採取當事人進行主義，只要羈押審查程序，檢察官詳備卷證聲請羈押，並視個案必要蒞庭聲請羈押，以言詞補充陳述其意見，即符當事人進行主義之法理，縱使法官不受檢察官聲請羈押原因拘束，尚難逕認有違當事人進行主義之法理，否則現行審判中，法院依第三百條為有罪判決時，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條，豈非有違當事人進行主義之法理。

其三，刑訴法第一〇一條第一項之規定：「被告經法官訊問後，認為犯罪嫌疑重大，而有左列情形之一，非予以羈押，顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之」，並未限定法官僅得就檢察官聲請所據之情事是否合於上開規定而為審酌。換言之，由法條文義可知，偵查中經檢察官聲請羈押之案件，有無第一〇一條第一項各款之羈押原因，屬法院得依職權判斷

<sup>66</sup> 參八十七年二月二十七日司法院第三十六期司法業務研究會之研究意見；柯慶賢，前揭註 16 文，頁 104；林國賢、李春福合著，前揭註 13 書，頁 318—319；張麗卿，羈押審查的決定與救濟—台開事件相關裁定評析，月旦法學雜誌第 72 期，2001 年 5 月，頁 177。

<sup>67</sup> 相同見解，參陳運財，前揭註 11 文，頁 312—313。另有學者認為，檢察官一旦提出羈押之聲請後，關於聲請是否合乎羈押要件，法院仍有澄清義務，應本於職權調查，並不受當事人聲明及主張的拘束。據此，縱使被告並未主張該聲請不符必要性之要件，法院亦得依職權認定，逕名具保；反之，縱使檢察官聲請之羈押原因乃被告有逃亡之虞，而法院認為本案係屬所犯為最輕本刑五年以上有期徒刑之罪者，亦不受檢察官聲請羈押原因之拘束。參林鈺雄，前揭註 50 書，頁 311。

之事項，自不受檢察官聲請理由所主張之羈押原因所拘束。

其四，法官認羈押原因應變更，依刑訴法第九五條之精神，應再告知被告，俾被告有言詞辯明反駁之機會，且如決定羈押被告，法院應依第一〇一條第三項之規定，將羈押原因所依據之事實告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。透過此雙重程序保障機制，應足以避免突襲性裁判，被告之防禦權應無被侵害之問題。只要法官恪遵此等告知義務，並於羈押原因變更時，通知檢察官到庭陳述意見，應不生被告有被法院為濫權羈押之虞。

其五，如認法官應受檢察官聲請原因之拘束，則檢察官僅以被告有湮滅證據或串證之虞為由聲請羈押，法院認被告並無串證之虞，卻有事實足認有逃亡之虞，此時法官仍應釋放被告，則檢察官勢必再行逮捕被告及再行聲請羈押，被告遭受二次之逮捕及二次羈押之聲請，無疑的對被告是不利的，司法資源之浪費，至為明顯。是以，於此種情形，容許法院得不受檢察官聲請羈押原因之拘束，而於羈押原因變更時，程序上踐行告知之義務，並使被告有辯明之機會後，始決定有無羈押被告之必要，就司法資源分配、整體追訴利益及被告防禦權之保障等，將是最大公約數。

其六，根據問卷調查結果顯示，受訪者中，約有半數法官對於得否變更羈押原因乙事，持肯定的看法，而檢察官則幾乎持肯定之態度。可見實務上仍有部分地區之多數法官及檢察官，容許法院得不受檢察官聲請羈押原因之拘束。

總之，基於上開理由，解釋上於聲請羈押之同一案件範圍內，法院認定第一〇一條第一項各款所列之羈押原因，不受檢察官主張之拘束。惟有學者認為，從羈押之目的與羈押審查之方式觀之，法院變更檢察官主張之羈押原因，仍應有其界限。下述幾種情形，例外的，應認法院不得捨檢察官主張之羈押原因而逕行認定變更為其他羈押原因<sup>68</sup>：

第一，基於無罪推定原則，無論被告所犯是否為最輕本刑五年以上有期徒刑之案件，倘被告並無實施湮滅證據或逃亡等妨害司法作用之行為，在本案有罪判決確定前，自不得剝奪被告之人身自由；再者，基於人身自由原則，即使是最輕本刑五年以上有期徒刑之案件，一律推定被告有湮滅證據或逃亡之虞，非予羈押顯難確保審判或執行，亦非允洽。因此，法院光以被告所犯為最輕本刑五年以上有期徒刑之重罪為由羈押被告，有違正當程序保障人身自由之本旨。檢察官以被告犯最輕本刑五年以上之罪犯罪嫌疑重大，且有第一〇一條第一項第一款或第二款之原因為由聲請羈押者，法院仍應具體判斷被告有無第一〇一條第一款或第二款之可能妨害司法作用之行為，若無，則不得僅依第一〇一條第一項第三款之重罪為由，即行羈押被告。

<sup>68</sup> 參陳運財，前揭註 11 文，頁 313。惟有論者僅贊成，如果未變更檢察官聲請之基本犯罪嫌疑事實，為了保全被告，第一〇一條第一項第一款、第三款，可以相互變更，其餘之情形，則無法變更。參林輝煌，談偵查中羈押之審查（下），司法周刊，第一〇九二期第三版，2002 年 7 月。

第二，例如檢察官以被告搶奪罪嫌重大，而有第一〇一條第一項第一款或第二款之原因為由聲請羈押者，法院於基本社會事實同一之範圍內，如認為被告之犯罪情節已構成刑法第三二九條之準強盜者，基於上述理由，仍應判斷被告有無第一〇一條第一款或第二款之羈押原因，而不得僅依強盜罪最輕本刑係五年以上有期徒刑之罪為由命羈押被告。反之，檢察官僅以被告涉嫌準強盜罪，重罪為由聲請羈押，法院認屬搶奪罪者，仍得依職權具體判斷有無第一〇一條第一項第一款或第二款之羈押原因，並賦予被告辯明之機會，以決定是否有羈押被告之必要。

第三，檢察官僅以被告犯罪嫌疑重大且有逃亡之虞聲押，法院審查結果認應無逃亡之虞，卻有湮滅證據或串證之虞者，基於羈押之目的及審查程序之界限，除非先經檢察官補行變更其聲押之原因為湮滅證據或串證之虞，否則法院仍不得逕依職權變更羈押原因為第一〇一條第一項第二款之情形而羈押被告。蓋偵查中有無湮滅證據或串證之虞，純屬判斷偵查必要性的相關事項，本應由檢察官積極透過偵查手段提出證據資料予以證明，如果竟容許法院主動發動職權蒐集被告涉及湮滅證據，或串證之不利事項，而據以認定被告具有第一〇一條第一項第二款之羈押原因，此種情形，無疑的是法院過度介入偵查，失去其應保持公正審查的立場，亦不合於修正刑事訴訟法第一六一條及第一六三條規定檢察官應負舉證責任及當事人主導證據調查之精神。

本文以為，前開數種羈押原因變更之界限，值得贊同，法官雖可以變更羈押原因，但並非全面毫無界限之變更。此外，本文以為，如檢察官係以第一〇一之一條聲請預防性羈押，法官則不可改以第一〇一條某一款羈押被告，除非檢察官有同時聲請以第一〇一條某一款羈押被告；反之，如檢察官係以第一〇一條之某一款聲請羈押被告，法官不可以第一〇一之一條預防性羈押被告，除非檢察官有同時聲請預防性羈押被告。畢竟第一〇一條與第一〇一之一條，羈押被告之目的各不相同。再者，第一〇一條之一條第一項各款間，可否相互變動，不無疑問。此種羈押原因之變動同時會涉及聲押罪名之變更及犯罪事實審查範圍之問題，本文以為，只要於基本社會事實同一關係內，法官即可變更聲押罪名，並適用他款預防性羈押原因羈押被告，例如，第一〇一條之一第一項第二款與第三、四款間、第三款與第四款間，第五款與第六款間，即有相互變更之可能，畢竟於此情形，在基本社會事實同一關係內變更聲押罪名，其結果等同將第一〇一條之一某一款原因變更為他款原因<sup>69</sup>。

以下茲融合本文見解及前開學者見解，整理羈押原因變更之應有界限如下：

<sup>69</sup> 惟有論者認為，第一〇一條之一明列各種犯罪，故一經變更羈押原因，即有超越檢察官主張之犯罪嫌疑事實範圍，而自行認定被告之犯罪嫌疑事實，應該是不可以的。參林輝煌，前揭註68文。

- 一、如檢察官未以第一〇一條第一項第二款聲請羈押，亦未蒞庭補充變更，則法官不能變更羈押原因以第二款羈押被告。即法官以第一〇一條第一項第二款羈押被告，前提須檢察官有以第一〇一條第一項第二款聲請羈押。
- 二、檢察官僅以第一〇一條第一項第三款聲請羈押，法院仍應具體判斷被告究竟有無第一〇一條第一款之情形；除以第一〇一條第一項第三款聲請羈押，如另合併第一款或第二款原因聲請羈押，法院仍應具體判斷被告究竟有無第一〇一條第一款或第二款之情形；若無，法官不得僅依第一〇一條第一項第三款之重罪為由，即行羈押被告<sup>70</sup>。
- 三、檢察官僅以第一〇一條各款聲請羈押，法官不能改以第一〇一條之一其中一款預防性羈押被告；檢察官僅以第一〇一條之一某款聲請預防性羈押被告，法官不能改以第一〇一條第一項其中一款而羈押被告。
- 四、第一〇一條之一第一項各款間，於基本社會事實同一範圍內，始可相互變更。

## 第五節 審查之程序

偵查中法官受理羈押案件之聲請後，接續之審查程序應採何種模式及型態，不無疑問。是否應採取如同審判中之言詞辯論模式，以障人權，實有探究之必要。除此之外，審查程序中亟待釐清的問題是，例如法院能否以證人審判外之陳述作為認定羈押之理由而不受第一五九條規定之限

---

<sup>70</sup> 如前所述，即便是法官於同一案件範圍內，變更檢察官聲請罪名，而變更後之罪名符合第一〇一條第一項第三款，法官亦不能單以第一〇一條第一項第三款即羈押被告，仍應判斷是否符合第一〇一條第一項第一款或第二款之情形。當然，檢察官未以第一〇一條第一項第二款聲請羈押被告，即便法官於同一案件範圍內，變更檢察官聲請罪名，而變更後之罪名符合第一〇一條第一項第三款，法官亦不能輔以被告有湮滅罪證或勾串證人之虞，而同時以第一〇一條第一項第二款及第三款羈押被告。

制？有無嚴格證明法則之適用？就證據之調查程序而言，偵查中羈押審查程序固然無庸與審判期日證據調查之法定程序相提併論，惟法官具體證據調查方式應如操作方為妥適？在場之辯護人是否享有如同審判階段要求檢閱偵查卷證，或依第一六三條第一項及第一六六條第二項之規定，請求直接詰問證人等問題，現行刑訴法均未明文規範。茲將上開問題分別論述如下：

## 第一項 有無嚴格證明法則之適用

民國九十二年修法後，刑訴法第一五五條第二項規定為：「無證據能力，未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」，學理上，一般稱此項規定為「嚴格的證明」，強調具有證據能力之證據，尚須依刑事訴訟所規定之方法為調查，始能作為認定犯罪事實之基礎。由刑訴法第一五四條第二項及第一五五條第二項規定可知，對犯罪事實之證明，須以嚴格之證明為之。相對的，無關犯罪事實之事項，如訴訟法上事項及無關可罰性事項等，則以自由證明行之，無須嚴格要求其所憑證據之證據資格及所踐行的調查方式。固然，審判中之犯罪事實部分，應經嚴格證明方式為之，惟偵查中之羈押審查程序，就犯罪嫌疑重大、羈押原因及羈押必要等羈押要件，究竟有無嚴格證明法則之適用，或僅以自由證明方式為之，非無研求之餘地。

針對此疑義，目前不乏有學者指出，羈押審查程序係屬於審理期日以外之程序，其目的亦不在於認定本案被告之罪責與刑罰問題，而僅在判斷有無保全被告之必要，且羈押審查畢竟是快速的訊問程序，不是蒐集犯罪嫌疑人有罪的證據程序，如以審判程序的嚴格證明為之，將削弱羈押的急迫效率，故以自由的證明行之即可，不受嚴格證明法則之拘束<sup>71</sup>。而目前實務見解亦認為，羈押與否之審查，其目的僅在判斷有無實施羈押強制處分之必要，並非認定被告有無犯罪之實體審判程序，故關於羈押之要件，無須經嚴格證明，以經釋明得以自由證明為已足；至於被告是否成立犯罪，乃本案實體上應予判斷之問題<sup>72</sup>。然而，有學者認為，如此論斷羈押審查不受嚴格證明法則之拘束，恐生誤解，有待再做慎密的思維。首先，應區別羈押理由中之本案事實——「犯罪嫌疑重大」、及程序事實——第一〇一條第一項第一款及第二款所列事項，分兩方面檢討。就被告有無湮滅證據、逃亡或串證之虞的認定部分而言，屬本案犯罪事實以外之程序事項，據此作為推論有無保全被告——判斷羈押之必要性的前提基礎，此部分與被告之不法及罪責無涉，是以其證明活動，自以自由的證明為已足，

<sup>71</sup> 參林鈺雄，前揭註 50 書，頁 311—312；張麗卿，前揭註 66 文，頁 176—177。

<sup>72</sup> 參臺灣高等法院九三年抗字第七五一號裁定。

於證據能力及調查程序的問題上，可不受嚴格的限制。至「犯罪嫌疑重大」的判斷，尚不宜簡單一句話——採自由證明，即可交代。由於偵查中一旦決定羈押，之後卻未經起訴的案件，極其罕見；又如經起訴，獲判無罪者，亦屬例外，亦即，在我國實務之運作上，偵查中一經羈押之案件，其實往往已經被貼上有罪的標籤，所以只是形式上的區分羈押審查與有罪判決的階段不同或兩者目的不同，而據以論斷羈押審查採自由證明為已足，似忽略了羈押在我國刑事程序的實質影響。換言之，縱使偵查中之羈押審查異於認定罪刑之審判，縱使第一五五條第二項嚴格證明的規範，無庸全盤適用及於羈押審查，惟並不表示偵查中羈押審查就完全不必受到證據能力及調查程序的合理規範；關於「犯罪嫌疑重大」的判斷，仍宜以適當的證明方式行之<sup>73</sup>。

本文以為，前開後述學者之區分見解，誠屬真知灼見，畢竟羈押要件仍可細分為犯罪嫌疑重大、羈押原因及羈押必要等，均為法官需逐一審酌事項，且不能劃一等量齊觀，其中審查犯罪嫌疑重大之要件，仍免不了涉及本案實體之判斷，如僅以自由證明為之，羈押審查未免流於形式，對被告人權之保障並無助益。更何況，衡量羈押與無罪推定原則之高度緊張關係，如不慎重羈押，認定犯罪嫌疑重大之證據能力及調查程序的問題上，不受嚴格的限制，要難謂無推定被告犯罪之虞。

職是之故，犯罪嫌疑重大之判斷，尚難以自由證明為已足，仍應具體區別情形以適當的證明方式行之。其中，就證據能力的問題而言，如刑訴法第一五六條第一項所要求之自白任意性法則，於偵查中羈押審查程序應否適用，不無疑義。本文以為，偵查中羈押審查程序，仍應適用自白任意性法則，始為正鵠。蓋自白法則所規範的是避免國家機關不擇手段取得被告自白，以免被告之身體權、人格權等基本人權遭受嚴重侵害，不僅審判中有適用之必要，偵查中羈押審查程序更應適用之，以維人權。且，非任意性自白之虛偽性頗高，以此虛偽性之自白作為認定被告犯罪嫌疑重大之依據，要難符公平正義法則，正當法律程序之精神將蕩然無存。是以，偵查中羈押審查程序，審查法官應排除非任意性之自白，不得以之作為判斷是否羈押被告之依據。至於，偵查中羈押審查程序，其目的僅在判斷有無實施羈押強制處分之必要，非認定被告有無犯罪之實體審判程序，得不受第一五九條第一項規定之限制，而容許傳聞證據作為法院形成心證的依據。故刑訴法第一五九條第二項始規定：「前項規定，於第一百六十一條第二項之情形及法院以簡式審判程序或簡易判決處刑者，不適用之。其關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，亦同。」

茲有疑義者，違法搜索取得的物證，法院得否據以判斷羈押被告之理由，而不受嚴格法則之拘束？有學者即認為：因違法蒐集之「物證」倘無

<sup>73</sup> 參陳運財，前揭註 11 文，頁 314—315。

偽造或變造之情形，即無虛偽之問題，具物之真實性；況且偵查程序具流動性，羈押審查的同時或之後，檢察官仍有補行蒐集證據之餘地，倘於偵查中羈押審查階段，法院即行援用違法證據排除法則，排除違法蒐集之證據而不作為心證形成之依據，恐有不當介入檢察官追訴權行使之問題，是以，縱經違法程序取得之物證，仍不妨容許法院作為審查羈押理由之判斷依據<sup>74</sup>。本文亦以為，違法搜索之物證仍可作為判斷羈押之依據，畢竟此物證大多仍具真實性，此種情形與因有虛偽可能而應受排除之非任意性的自自不同，除非法官發現該物證確實有虛偽性，始得排除之，否則仍應以之為羈押之判斷依據。

總之，偵查中羈押審查之目的主要在於確保被告將來之到庭，而非確定被告的罪責，故不宜將審判程序認定犯罪事實應依嚴格證明的證據法則，全盤套用到偵查中的羈押審查。但就犯罪嫌疑重大要件，仍應以適當方式證明之，較為妥適。例如就證據能力之部分而言，得不受第一五九條之限制，使用證人審判外之傳聞證據作為判斷有無羈押理由的證據。惟聲請羈押所憑之證據如為警察刑求取得之非任意性自白，仍不得作為判斷羈押理由之依據；至被告自自以外之其他違法取得之物證，不妨容許法院作為心證形成的依據。

## 第二項 調查方式與證據開示之問題

如本章第四節所述，法官基於檢察官所提出之卷證資料為犯罪事實審查，於同一案件範圍內，始得變更檢察官之聲押罪名及法條。至於，當法官僅憑檢察官所提之羈押聲請書與相關資料卷證，並對犯罪嫌疑人訊問後，對聲請羈押案件仍有疑問，法院得否針對事實加以調查，如可，其調查範圍界限如何？均有疑義。有學者即認為：羈押審查貴在迅速，法官所為之事實調查若過於廣泛將屬不當，其調查應有所界限，即除非不得已，否則法官不得超越檢察官所提供之事證範圍作為審查之依據（羈押之准否應以此些相關事證為主）<sup>75</sup>。復有學者指出：羈押理由之有無，多數的場合僅依檢察官提出之證據資料以及聽取被告之答辯後，法官即可判斷。如檢察官所提之證據顯然不足以認定被告有相當之犯罪嫌疑，而被告又否認時，則法官不應為了補充檢察官發現真實之不足，而竟積極主動地調查發掘對被告不利的證據，否則，無疑的法官將是過度的介入偵查，失去法院原本應保持之公正客觀的立場。相對地，若依檢察官之證據雖可認定犯罪嫌疑充足，但有無逃亡或湮滅證據之虞，難以認定時，為求慎重羈押，法官得調查事實。實施調查事實之內容，例如，得以面談或電話連絡的方式

<sup>74</sup> 參陳運財，前揭註 11 文，頁 315—316。

<sup>75</sup> 參黃朝義，刑事訴訟法《制度篇》，2002 年 8 月，頁 112。

聽取關係人的意見、調取證物等，必要時，亦得直接訊問證人或命令實施鑑定<sup>76</sup>。

本文亦以為，羈押審查程序本重迅速簡潔之進行，法官僅能於必要情形下調查證據，不可恣意、廣泛無界限的調查，當法官認為檢察官所提之證據尚難證明被告犯罪嫌疑重大，法官即應駁回檢察官之聲請，無庸再逾越檢察官提出卷證資料之範圍，依職權調查證據，除非檢察官已到庭補提證據及理由。而如被告之犯罪嫌疑重大足堪認定，就被告有無逃亡或湮滅證據或羈押必要之要件，法官仍得為必要之調查，以確定究否須以羈押處分保全被告及證據。然而，遺憾的是，從問卷調查結果顯示，仍有極少數法官於認定犯罪嫌疑所憑之證據不足時，會再依職權積極調查證據，另有近四成之法官會依個案而定，此等法官超出檢察官聲押舉證範圍，過度介入偵查的運作，實屬不當，顯與法院公正客觀的立場相違，期盼實務上羈押審查法官能謹守調查之界限，勿過度職權積極調查證據。

至於，羈押審查程序中，被告或辯護人是否可依刑訴法第一六三條第一項及第一六六條之規定請求詰問證人？本文以為，偵查中羈押審查，並非如同審判程序，基於羈押審查之迅速性，要難賦予對證人實施反對詰問之權利。而刑訴法第一六一條之三規定，被告自白非於有關犯罪事實之其他證據調查完畢後，不得調查。同樣的，此規定於偵查中羈押審查亦無適用之餘地，畢竟羈押審查著重迅速簡潔之進行，法官於短時間內審酌所有卷證即形成羈押與否之心證，適用此規定實無如同審判中之實益，只要法官恪遵刑訴法第一五六條第一項自白任意性法則即可，無須將被告之自白列為最後調查之順序，併此指明。

其次，值得討論的是，偵查中羈押審查時，檢察官應否開示其偵查卷證由辯護人檢閱的問題。依現行刑事訴訟法第三三條之規定，辯護人於審判中始得檢閱卷證，明文排除偵查中辯護人之閱卷權；刑訴法第一〇一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄。」此項規定，僅屬於羈押理由之告知制度，本非偵查中證據開示之明文。在欠缺明文規範之情形下，實務運作上不免產生羈押審查應否將檢察官聲押所提供之卷證資料提示予被告或辯護人之歧異作法<sup>77</sup>。

固然，偵查中羈押審查之證據開示，不免使檢察官之偵查秘密及方向有所洩漏，甚至進一步影響檢察官日後之偵查動作，使實體之真實難以發現。惟有學者認為：基於被告行使防禦的觀點言，若無法詳閱檢察官手中的偵查卷證，面對可能遭受長達二月羈押期間的重大不利處分，如何充分

<sup>76</sup> 參陳運財，前揭註 23 書，頁 287—288。

<sup>77</sup> 從問卷調查結果顯示，台中地院院方有近五成五的受訪法官表示，如遇辯護人請求當庭檢閱卷證，通常不會予以准許；僅有 14% 之少數表示會准許；至於表示會完全尊重檢察官意見者則僅有近 5%。而苗栗地院院方通常會准許及通常不會准許者，各為四成及三成。另一方面，檢察官對此問題之看法，台中地檢有七成二表示反對辯護人檢閱偵查卷證；苗栗地檢則有八成六之極多數表示反對。顯見對於現行法並無明文根據之情形下，實務運作上仍趨保守，對於辯護權之保障，仍屬消極。

行使辯明的機會，顯有困難。故基於保障被告防禦權益，如有必要於偵查中使偵查機關將其手持之證據開示予被告或其辯護人者，應從思考修正刑訴法第二四五條第一項偵查不公開以及第三三條審判中辯護人閱卷權之規定著手，另行於起訴前之階段設定踐行證據開示之一般性規定，為根本解決之道<sup>78</sup>。本文以為，起訴前證據開示實有必要，畢竟辯護人如無法檢閱卷證，僅能為被告為抽象之辯護答辯，尚無法具體指摘系爭案件所憑重要證據之真實性及可信性，當然更無法具體動搖法官或檢察官審酌該證據後之心證。縱使被告因此知悉偵查秘密及方向，只要警調之前階段偵查品質良好，待時機成熟始逮捕被告，所蒐集之犯罪證據早已齊全，則即便將證據開示予辯護人，亦難以影響聲押或偵查之結果<sup>79</sup>。且本文進一步認為，將起訴前證據開示限於羈押階段，即檢察官聲請羈押時，辯護人始可檢閱、抄錄或攝影卷證，但檢察官若認例外有湮滅證據或串證等之虞者，得聲請法院為適當之限制，而由法院對此為審酌裁定。蓋偵查階段全面開示將影響過廣，檢警機關之偵查利益，能否不受影響，要非無疑。況且，僅限羈押階段始證據開示，較具強烈之正當合理化基礎，畢竟偵查階段影響被告最嚴重者為羈押處分，有必要特別獨立提高被告之防禦地位。

此外，關於證據告知提示之問題，民間版修正草案第一〇一條第三項規定：「第一項各款所依據之事實及檢察官所提出之理由與證據，應告知被告或其辯護人，並記載於筆錄。」，其理由說明為：「有鑑於羈押對於被告人身自由影響重大，於法院決定是否羈押被告時，應賦予被告有充分防禦之機會，惟為免檢察官或法官受限於偵查不公開原則，而拒絕告知被告及其辯護人有關羈押聲請之理由與證據，是以，修訂第一百零一條第三項後段，以資規範之明確。」基於防禦權之保障，此修法方向上值得肯定。惟本文以為，在條文體例上，此項具有證據開示性質之色彩，應於審查程序訊問被告之前行之，以使被告或辯護人有較充分的資訊行使防禦，故應與法院決定羈押理由所依據之事實之告知分別規定，以突顯適用階段及性質上的差異<sup>80</sup>。雖然，現行法下，偵查中辯護人無直接檢閱卷宗及證物並

<sup>78</sup> 參陳運財，前揭註 23 書，頁 290—291。另有學者認為，偵查中不許閱卷，係不合理，偵查一開始，律師應即可閱卷，但檢察官對部分之卷證可保留。參陳志龍之發言，修正後刑事訴訟法檢討及展望座談會紀錄，律師雜誌第 220 期，頁 72—73。惟有認為偵查中為羈押處分時，應無必要為證據開示。參王國棟，論偵查中羈押審查之程序及其證據法則，軍法專刊，第 50 卷第 8 期，2004 年 8 月，頁 8。

<sup>79</sup> 就立法論而言，將來是否有必要賦予辯護人檢閱偵查卷證之權利此點，台中地院院方受訪者之看法，有四成三認為並無必要，而高於肯認應賦予權利之兩成九者。而苗栗地院院方受訪者否認應賦予此權利者，更有高達六成之比例。另外，檢察官或因與辯護人之角色截然對立，擔心無法有效偵查，是故，受訪檢察官認不應賦予辯護人檢閱卷證之權者，台中地檢部分達於七成七，苗栗地檢則高達於 100%。可以想見的是，若未來修法擬採取偵查中之證據開示制度，將招致院檢之反對阻撓。

<sup>80</sup> 關於告知問題，刑訴法第九五條及第一〇一條第三項有所規範，其中，刑訴法第九五條所課之告知罪名、緘默權、選任辯護等防禦權利，院方之受訪者均表示會依法於訊問犯罪嫌疑之前為告知。且有八成會將檢察官聲請羈押所據之理由告以犯罪嫌疑人。至於決定羈押後，幾乎都會將羈押所依據之事實告知犯罪嫌疑人。而極少數未告知者，則顯違反刑訴法第一〇一條第三項之明文，其羈押決定即為不適法。雖然，刑訴法第一〇一條第三項僅要求羈押原因所依據之事實應告知被告及辯護人，故法官未於審查程序告知犯罪嫌疑人羈押理由，

得抄錄或攝影之權，法官亦無須將檢查所提出之證據告知被告或辯護人，且偵查中羈押審查亦不受第一五九條及第一六六條規定之規範，惟基於羈押審查應行訊問被告之目的，主要在於告知被告之犯罪嫌疑並賦予其辯明之機會，則為落實被告防禦權之保障，使被告有行使防禦之必要武器，則羈押審查法官仍應盡量透過程序指揮權之行使，儘可能的踐行刑訴法第一六四條及第一六五條之程序，俾被告或辯護人得以具體辯明<sup>81</sup>。將來此項規定如明文化，在具體操作上，如檢察官聲請羈押之理由中並未主張第一〇一條第一項第二款有事實足認有湮滅證據串證之虞者，為充分使被告有行使辯明之機會，法官應類推適用第一六四條及第一六五條之規定，如有證物，應提示被告辨認，如屬書證，則應向其宣讀或告以要旨。反之，如檢察官聲請羈押之理由中有主張本案被告有第一〇一條第一項第二款湮滅證據串證之虞者，基於發現真實之考量，法官應以適當之方式扼要告知羈押原因所依據之事實，使被告享有得行使防禦之必要基礎，並聽取其辯明<sup>82</sup>。

附為敘明的是，民間版修正草案增訂四〇四條第二項規定：「律師受前項羈押抗告之委任時，得檢閱羈押訊問筆錄，並得抄錄或攝影。但涉及另案偵查不公開或其他依法應予保密之事項，得限制或禁止之。」其理由說明為：「被告受羈押時，為使被告能提出抗告以茲救濟，故應令其辯護人享有閱卷權，以使其能針對羈押之理由提出抗辯，惟若閱卷有害偵查不公開或其他依法應予保密之事項時，自得予以限制，故增訂第四百零四條第三項。」此修法方向值得肯定，惟如前所述，根本解決之道，應從思考修正刑訴法第二四五條第一項偵查不公開以及第三三條審判中辯護人閱卷權之規定著手，另行於起訴前之羈押階段設定踐行證據開示之規定，以保障被告之防禦權，不應僅侷限於羈押抗告之階段。

### 第三項 言詞辯論與否

民國八十六年修法之過程中，有部分立法委員提案主張審理羈押之程

---

僅於為羈押決定時始為此項告知，仍屬適法。惟如此已經喪失及時防禦並影響法院決定之作用，此種告知便與押票上記載羈押理由及其所依據之事實之功能重疊，效用實大打折扣，對於此等事實有無，被告自無機會表達意見，法院對於新證之形成，亦屬片面形成，根本未有被告之參與。故事實上至少應在審查程序過程，告知被告檢察官聲押之理由及所依據之事實，使被告得以及時提出防禦，適時影響法院之心證，避免突襲性裁判之情形產生。是以，民間版修正草案第一〇一條第三項之規定，實有其必要，避免法官僅於最後決定羈押時，始依刑訴法第一〇一條第三項規定告知被告及辯護人羈押原因所依據之事實。在本草案未修法通過前，基於程序保障之精神，期盼實務上能於審查程序中即先告知被告檢察官所據以聲請羈押之理由。同本文見解者，參林鈺雄，前揭註 50 書，頁 308；王梅英，前揭註 16 文，頁 17；王國棟，前揭註 78 文，頁 6。

<sup>81</sup> 依問卷調查結果顯示，與犯罪事實有關之書證及物證的調查，院方大多數仍會依第一六四條向犯罪嫌疑人提示及依第一六五條向犯罪嫌疑人宣讀或告以要旨，僅有少數之法官未進行第一六四、第一六五條之程序。

<sup>82</sup> 參陳運財，前揭註 11 文，頁 317。

序應採言詞辯論<sup>83</sup>。雖最後修法結果未採部分立委言詞辯論之主張，但修正後之刑訴法，一方面透過法官訊問犯罪嫌疑人，而檢察官得到場陳述聲請羈押之理由及提出必要證據，亦可謂對羈押之審理係採任意言詞審理主義，仍然有助於基本人權之保障。惟迭來仍有論者主張，在羈押之審理時，仍必須採取言詞辯論（mündliche Verhandlung），唯有透過言詞審理與辯論，始能夠闡明羈押之必要性，且對於羈押處分在手段與目的間有無具有相當性（verhältnismäßig），更必須透過雙方之言詞辯論，始能獲得法官確信（Überzeugung）之心證，如此所作之決定，才可能妥適，此德國法制之特色，就羈押審理採行言詞辯論，似值得吾人之參考<sup>84</sup>。復有認為偵查中羈押審查程序，檢察官被告及其辯護人言詞辯論，使法官對案情有立體而動態的瞭解，得以作出最恰當的裁定<sup>85</sup>。

惟管見以為，維持現行法之言詞審理程序即可，即便檢察官主動到場聲押及提出必要證據，羈押審查程序仍不應踐行言詞辯論程序，未來立法論上亦不需修法改行如刑訴法第二八九條之言詞辯論程序，茲將理由臚陳於下<sup>86</sup>：

其一，如羈押審查進行言詞辯論程序，審查期間將過於冗長，法院勢必派出更多法官受理檢察官二十四小時內之聲押，例如由第三章第一節之統計資料可知，九十三年聲押人數為 7436 人，依現行法官人力，是否能因應龐大聲押案件，並逐一進行言詞辯論程序，實有疑問。

其二，檢察官認有羈押必要，應於逮捕被告後二十四小時內聲押，法院應速為審查究竟有否具備羈押要件，此羈押審查迅速性之要求，無非係避免被告人身自由遭受不必要或過久之拘束，如踐行言詞辯論程序，是否真有助於人權之保障，要非無疑。

其三，固然，言詞辯論程序提高被告陳述意見之機會，但事實上，只要法官將檢察官聲押之理由及罪名告知被告，甚至扼要提示相關證物，並同時賦予被告辯明機會，再輔以辯護人之協助攻擊防禦，應足確保被告之權利，未踐行兩造言詞辯論程序，未必即侵害被告之防禦權。

<sup>83</sup> 立委張俊雄所提修正案，於第一〇一條之二至第一〇一條之四，對羈押仿德國刑訴法第一一八條及第一一八條 a 採言詞辯論方式，而撤銷羈押之裁定亦於第一〇七條第三項準用上述規定。參照立法院公報，第 86 卷第 52 期（上），民國 86 年 12 月 13 日，頁 99 以下。

<sup>84</sup> 參林國賢、李春福合著，前揭註 13 書，頁 313—314。同此見解，參翁玉榮，實用刑事訴訟法（上），2002 年 10 月，頁 319。

<sup>85</sup> 參張麗卿，刑事訴訟法理論與實用，2003 年 6 月，頁 284。

<sup>86</sup> 目前實務運作上，仍發生羈押審查法官就特定重大案件仍言詞辯論程序，例如案例四之劉某第一次被聲押時，審查法官於台北地院第二法庭行公開訊問及言詞辯論程序，結果並未予以羈押（台北地院九十一年度聲羈字第三六五號裁定），嗣經台灣高院九一年度抗字第七五三號裁定指摘：因法院於訊問被告有無刑事訴訟法第一百零一條與第一百零一條之一之羈押法定條件時，依據第一百零一條第三項：「第一項各款所依據之事實，應告知被告及其辯護人，並記載於筆錄」之規定，其程序並非審理程序之言詞辯論，而本件原審法院於訊問被告時，依是日筆錄之記載，係直接訊問被告之全部犯罪事實，而非訊問檢察官聲請羈押之法定事由，並以言詞辯論之方式由被告之辯護人為偵查中之被告作犯罪事實辯護，則其程序顯然與刑事訴訟法第一百零一條之規定不合。

其四，決定羈押被告與否之程序，係屬決定應否限制人身自由之調查程序，性質上並非兩造當事人對立之審判程序，其目的亦非在決定被告是否有罪，若採行與法院判決之相同程序，不僅與羈押決定具裁定或處分之性質有違，且可能會造成提前審查本案犯罪事實之未審先判情形，故羈押審查程序應無如審判中言詞辯論適用之餘地。

其五，如採言詞辯論程序，則須檢察官到場始有實益，惟如本章第二節所述，本文以為不應課予檢察官到場或受通知到場補提理由及證據之義務，檢察官可視個案必要而裁量是否到庭，既然檢察官無到場之義務，如何行言詞辯論程序。

其六，德國刑訴法第一一五條第三項規定：「在審問時，應告其涉嫌之情況及其應有之辯明罪責或拒絕陳述之權利。並應予以解除嫌疑及被押理由與使其主張對其有利事實之機會」，並未要求法官行言詞辯論，我國論者認德國羈押係採言詞辯論程序，容有誤會。事實上，德國採行言詞審理程序，係指「羈押審查<sup>87</sup>」，相當於我國之撤銷羈押及停止羈押之制度。換言之，德國法院於受理聲押時，審查程序不行言詞辯論程序，僅嗣後之羈押審查，始依言詞審理方式行之，但此項言詞審理亦未準用審判程序之辯論及證據調查程序<sup>88</sup>。

其七，日本刑訴法第六一條僅規定：「對被告之羈押，除非告知被告被起訴之案件，並聽取其有關陳述之後不得為之。但在被告曾經有過逃亡行為者，不在此限。」，其對羈押審查程序未採言詞辯論程序，檢察官亦無庸到庭；而在美國，其羈押訊問非但毋庸踐行公開程序，行使羈押權之治安法官（magistrate）甚至可以採用傳聞證據、書面證言，且無須選任辯護人到場，亦無需交互詰問，此乃聯邦最高法院所認可，實務界迄今未變之做法。凡此均足証我國現行法未採言詞辯論，對被告人權保障並無不周之處<sup>89</sup>。

總之，羈押審查時訊問被告之程序，僅屬羈押與否之言詞審查程序，並非本案之言詞辯論程序，故如檢察官不願到場陳述及提出必要之證據供法官形成應予羈押之心證時，並不構成本法第三七九條第九款之判決當然違背法令之事由，法官就檢察官聲請羈押所提之現有書面資料，如不足形成應予羈押之心證，只能裁定駁回羈押之聲請<sup>90</sup>。

<sup>87</sup> 德國刑訴法第一一八條規定：「（一）於羈押審查時，依被告之聲請或法院依職權之裁量，依言詞審理之方式為之。（二）如對於羈押命令提起抗告時，於抗告程序亦得依被告之聲請或依職權而決定採取言詞審理。（三）依言詞審理之結果而繼續羈押者，如羈押已逾三個月且自最後言詞審理時起已逾二個月者，被告得聲請再開言詞審理。（四）於審判期日進行期間或判處自由刑或剝奪自由之保安處分之判決已經宣示者，不得聲請言詞審理。（五）言詞審理應即時為之，非經被告同意，指定之期日不得逾聲請許可後二星期。」

<sup>88</sup> 參蔡碧玉，新修正刑事訴訟法簡介（三），法務通訊第 1868 期第二版，1998 年 2 月。

<sup>89</sup> 參蔡碧玉，前揭註 88 文。

<sup>90</sup> 參柯慶賢，前揭註 16 書，頁 99。

## 第六節 裁判之形式與不服之救濟

法官為羈押之審查後，則須迅速為羈押准駁之決定，此羈押裁判之形式法律未明文規範，不免滋生疑義。而為羈押之駁回決定後，檢察官如有不服，向高等法院抗告，待高院裁定發回後，被告早已不見蹤跡，對此等緩不濟急之救濟程序，向來有主張暫時留置令者，甚且司法院提出即時抗告之草案，以資因應。惟暫時留置令或即時抗告，有無進一步侵害被告之人權，殊值研求。其次，被告收押後不服羈押決定，現行法運作上，有抗告、聲請撤銷羈押及停止羈押等制，惟被告是否真能從抗告程序迅速獲得救濟，有無必要引進日本法上之羈押理由開示或德國法上之羈押審查制，均係本文關心之重點，茲逐一檢討於下：

### 第一項 裁判之形式

偵查中，關於羈押裁判之形式，刑訴法第一〇八條第一項係規定羈押期間以法院裁定延長之；而第一二一條第一項則規定：「第一〇七條第一項之撤銷羈押、第一百零九條之命具保、責付或限制住居、第一一〇條第一項、第一一五條及第一一六條之停止羈押、第一一八條第一項之沒入保證金、第一一九條第二項之退保，以法院之裁定行之。」，均明文以裁定為之，自無疑義。惟關於法官簽發押票或駁回聲押，是否仍應以法院裁定之形式為之，法未明文規範。為何法未明文規範羈押准駁之形式，卻明文延長羈押、停止或撤銷羈押須以法院裁定行之，實無一明確之立法理由，足供參照。

目前，多數學者認為，偵查中值日法官性質上屬於獨任制之法院，其所為之決定，均屬裁定性質，對之如有不服均應向上級法院提起抗告<sup>91</sup>。

<sup>91</sup> 參林俊益，前揭註 14 文，頁 52；林鈺雄，前揭註 50 書，頁 313；林國賢、李春福合著，前揭註 13 書，頁 320；褚劍鴻，刑事訴訟法論上冊，1998 年 9 月，頁 191；管高岳，修正

而有部分學者指出：偵查中關於拘提或逮捕到場之被告是否符合羈押之要件，其判斷上有時間之急迫性；且為避免拖延被告之留置，亦應講求時效，對於檢察官之聲押案件，倘限定亦應由法院以裁定行之，則必須嚴格符合第二二〇條至第二二七條所定之裁判形式，可能較為勞費。況且，偵查中有關聲押案件之准駁，如要求應以法院裁定行之，對此，當事人若聲明不服，則必須向為裁定法院之上級法院提出抗告，如此將造成書類往返之勞費，遲延救濟之時效，於回復羈押被告之人身自由，亦非有利。是以，對於偵查中檢察官聲押案件，法官以處分之形式為羈押之准駁為宜，對此，當事人若有不服，應依刑訴法第四一六條規定向該管法院合議庭提出準抗告，以資救濟<sup>92</sup>。關於此爭議，管見以為，羈押之准駁宜以處分形式為之，茲將理由臚列於下：

第一，刑訴法第一〇二條第二項第六款規定，押票應記載如不服羈押「處分」之救濟方法，如立法者之真意係認羈押准駁應以裁定為之，則第一〇二條第二項第六款應規定為，押票應記載如不服羈押「裁定」之救濟方法，且立法者於第一〇八條第一項及第一二一條，均明文規定以裁定為之，卻反而未規範羈押准駁之形式，足見立法者對羈押之准駁未要求須以裁定行之不可。是以，羈押之准駁以處分形式為之，並無違反立法者之真意，亦無違反刑訴法之規定。

第二、日本刑訴法第二〇七條第一項規定，其偵查中令狀部之法官為有關羈押之處分，原則上具有與法院或審判長同一權限；而不服此項法官有關羈押之處分者，得向該法官所屬之法院聲請撤銷或變更（準抗告），受理聲請之法院則應以合議裁定之，此則規定在日本刑訴法第四二九條第一項及第三項。是以，足證外國立法例仍有將羈押視為處分性質，並以準抗告救濟之情形<sup>93</sup>。

第三，雖然對羈押決定以抗告救濟之，審級利益上似乎較有保障，惟如對羈押處分以準抗告救濟之，事實上被告之審級利益並無實質侵害，蓋準抗告縱經駁回，之後於羈押期間內被告仍得隨時聲請撤銷或具保停止羈押，此時法院依法應以裁定決定是否撤銷或停止羈押，對其裁定，如有不服，自可向高等法院提起抗告，羈押被告仍有向上級法院聲明不服請求救濟之機會。

第四，對羈押處分以準抗告救濟之，時效上對被告及檢察官雙方均屬有利，畢竟準抗告至該管法院合議庭，所耗費之時日一定少於抗告至高等法院之方式。試想宜蘭地院值日法官所為之羈押決定，如堅持以抗告程序救濟，則須由台北之台灣高等法院審查，所費時日之良久，不言而喻；如係準抗告至宜蘭地院之合議庭，時效上程序上對被告及檢察官誠屬有利，

---

後刑事訴訟法之檢討及展望，律師雜誌第 220 期，1998 年 1 月，頁 42。

<sup>92</sup> 參陳運財，前揭註 23 書，頁 269。

<sup>93</sup> 參土本武司 著，董璠輿・宋英輝 譯，前揭註 19 書，頁 146。

其間所省卻之被告及書類往返，實有助於聲押案件迅速確定。

然而，目前之實務運作，對於檢察官羈押之聲請，法官所為之羈押准駁，概以法院裁定之方式行之，當事人若有不服，均以提出抗告之方式，向其直接上級法院聲明不服。且根據問卷調查結果顯示，受訪之法官及檢察官，僅有極少數認為法官所為之羈押准駁，須以法院處分之方式行之，逾八成認為應以裁定之型式為之。如此一來，當法官決定羈押被告，被告則須抗告至高院，縱使上級法院認抗告有理由，撤銷原羈押決定，被告之自由早已受拘束一段時間，抗告程序難免緩不濟急；相反的，如果法官駁回檢察官羈押之聲請，當場釋放犯人，檢察官如抗告至高院，待高院審酌所有卷證並撤銷發回更審，已費時良久，即便更審法院重新羈押被告，被告早已逃之夭夭不見蹤跡，亦難重新拘提其到案<sup>94</sup>。簡之，對於偵查中檢察官聲押案件，法官為羈押之准駁，採法院裁定之形式，對此，其聲明不服之管道循向上級法院抗告之方式行之，要難謂妥適。

總之，關於偵查中檢察官之羈押聲請，法院應以何種形式為意思表示，就民國八十六年修法而言，係一新衍生之問題，是否應依刑訴法第二二〇條以裁定行之，仍有討論之空間<sup>95</sup>。本文以為，現行偵查中受理聲押案件之值日法官，即為刑訴法第一〇一條之法官，其羈押決定宜以處分為之，如有不服得類推適用刑訴法第四一六條之準抗告程序，以為救濟<sup>96</sup>。另外，偵查中對於案情複雜或涉案被告身分受媒體關注的聲押案件，審判實務或為因應值日法官資淺之問題，有部分案件不僅以裁定之形式決定羈押之准駁，其法院組織更採行合議制，姑且不論針對此種特定案件召開合議庭是否妥適<sup>97</sup>，此種以三名法官行羈押審查，其羈押決定宜以審判長處分為之，並適用刑訴法第四一六規定，以求救濟。否則如未召開合議庭僅由值日法官單獨審理，被告本得透過刑訴法第四一六條迅速獲得救濟，如今卻因案件特殊性接受合議庭審查而適用緩不濟急之抗告程序，顯有失均衡。至於，審判中如於準備程序時，受命法官為羈押之決定，此即屬處分性質，一樣適用刑訴法第四一六條以求救濟；審判中審理程序進行時所為之羈押決定，固然多數想法認係裁定性質，惟本文以為，刑訴法未要求羈押決定須以裁定為之，操作上或可以審判長之處分為之，使其適用刑訴法

<sup>94</sup> 關此實務運作之缺陷，近來有提出即時抗告制，本文將於第二節第二項說明之。

<sup>95</sup> 關於法院之意思表示除了判決及裁定外，是否包含處分，且此處分之性質為何，均不無疑問。或有認為處分包括裁定及檢察官之命令，惟本文以為，法院之意思表示除了判決及裁定外，仍有第三種意思表示即處分，蓋依四一六條規定可知處分包含羈押、搜索扣押等，實兼具有強制力（事實行為），與判決及裁定性質上有所差別，故同日本法將法院意思表示分為判決裁定及處分三種，或許脈絡上較為單純明瞭。

<sup>96</sup> 偵查中並無受命法官之用語，是否能逕適用第四一六條規定，尚有疑問，故本文始類推適用第四一六條，俾被告得以迅速獲得救濟。惟林永謀大法官認為，偵查中羈押之聲請，其在第一審法院本可以合議庭予以受理，而由受命法官依法處分（裁判之命令），其不服者，則聲請所屬法院該管合議庭撤銷變更之。參林永謀，前揭註 45 文，頁 8。

<sup>97</sup> 針對特定案件，偵查中以合議庭為羈押審查，本文以為似有違平等原則之嫌，案情重大或被告身分特殊均非召開合議庭之正當化基礎，有學者甚至認為，羈押審查並無必要以合議庭之方式進行。參黃朝義，前揭註 75 書，頁 116。

第四一六之救濟途徑，不僅體系上脈絡上較為分明，對檢察官及被告均屬有利。簡之，不論偵查中或審判中，不論是否合議審理，羈押准駁之決定均宜以處分為之，對此，當事人如有不服，尋刑訴法第四一六條規定向該管法院合議庭提出準抗告，以求救濟即可。透過法理解釋，不待修法，期待審判實務勇於任事積極改善目前聲押案件的審查運作。當然，最好之解決方式，還是透過修法將審判中及偵查中羈押之准駁以處分為之，並均以準抗告方式尋求救濟，以免爭議。

## 第二項 暫時留置令及即時抗告制度

檢察官對於法院之聲押駁回決定不服，審判實務均係抗告至高等法院以為救濟，惟當高院裁定撤銷發回更審後<sup>98</sup>，犯罪嫌疑人往往已逃之夭夭，更審法院再為羈押處分已毫無實益。正因現行抗告制度之緩不濟急，存有多處漏洞，學者方針對此情形提出暫時留置令，而司法院始決定修法增訂即時抗告制度，以資因應。茲分別評析之：

### 一、暫時留置令之評析

檢察官之聲請若係不合法或不符羈押之實體要件（羈押之必要除外）時，法院應以裁定駁回羈押之聲請，且須當庭釋放被告。茲有疑義者，若檢察官提起抗告，是否有不予釋放被告之例外？目前我國實務運作上，檢察官提起抗告，尚未見原審法院或抗告法院勇於停止羈押裁判之執行。惟學說上有肯定說認為，在抗告與重新裁定的期間，被告可能早已逃之夭夭，甚至湮滅證據或與其他嫌犯及證人串供，此一期間內若無急迫措施，等法院重新裁定羈押，羈押之意義與目的可能盡失。依現行法應得聲請該法官裁定停止其執行（亦即暫不釋放、暫時留置），法官亦得依職權裁定停止執行（第四零九條第一項但書），此外抗告法院亦得以裁定停止執行（第四零九條第二項）<sup>99</sup>。而否定說認為，任何拘束自由的強制處分，必

<sup>98</sup> 按法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第四〇項規定：「檢察官對法官駁回羈押聲請或命具保、責付、限制住居之裁定提起抗告者，該管抗告法院須以速件之方式為審理，並儘量自為羈押與否之裁定（刑訴法四。四，四一三）」。惟審判實務上，高院審查後，若認原裁定理由有違誤，均不直接做出妥適裁定，而係發回原審重新定期審理。如檢方仍然不服，可再次提抗告，此時聲押案便可能在一二審之間鐘擺，致被告羈押與否之程序延宕不決，實屬不妥。例如劉泰英涉嫌新瑞都弊案，即出現過檢方三度提出抗告，前後歷經近八個月，最後才聲押獲准之案例。職是，有學者甚至認為於卷證齊全後，高院宜儘速於二四小時內裁定，該項裁定若係撤銷原裁定宜儘量自為裁定，避免發回原審法院更為裁定。參林國賢、李春福合著，前揭註 13 書，頁 321。

<sup>99</sup> 參林鈺雄，前揭註 50 書，頁 315。另外，日本法上，對於檢察官依刑訴法第四二九條，聲請撤銷或變更羈押駁回之處分時（準抗告），是否可同時聲請停止執行而暫時留置犯罪嫌疑人？對此，

須有法律規定，內容更需實質正當，在羈押處分確定前，拘束被告的身體自由，必須有明確的法律規定才妥。此從九十年三月二十二日大法官釋字第五二三號解釋：「法院為確保感訓處分程序順利進行，限制送裁定者人身自由，與憲法第八條的精神不符，應自解釋公布日起一年內失其效力」的意旨可知，故僅能於抗告法院或所屬法院認檢察官之抗告或準抗告為有理由而撤銷時，由檢察官重新依法拘提或緊急逮捕被告或依第二二八條第四項為暫時逮捕，再予解送法院聲請羈押，不得要求原裁定駁回聲請之法院自行拘提被告到案諭命羈押<sup>100</sup>。

本文以為，法院裁定停止執行致被告受拘束時間延長，對被告甚為不利，如最後抗告法院仍駁回檢察官之抗告，則被告豈非自認倒楣，亦無法透過冤獄賠償法獲得賠償。相反的，如係被告被羈押，被告不服抗告，被告豈可依刑訴法第四〇三條及第四〇九條文義，聲請原審法院或抗告法院暫停羈押之執行，則為何僅僅只有抗告之檢察官能適用第四〇九條。被告人身自由之拘束，有賴法律明確之規範，僅透過既有的抗告救濟程序之規範，導出可以繼續拘束被告自由之結果（因抗告而先行暫時羈押），要難符合正當法律程序之實質內涵。更實質重要的理由是，駁回羈押之裁定內容，並無可為停止執行對象之執行力，被告之釋放係因駁回羈押裁定之結果，根本無另有其他釋放之裁定或處分，當然無所謂停止執行釋放之問題。是以，在未修法明確規定可暫不釋放被告之前，仍不應透過刑訴法第四〇九條而暫行拘禁被告。

## 二、司法院即時抗告草案之評析

司法院版本刑訴法第一〇一條第四項草案規定：「偵查中檢察官聲請地方法院羈押被告之案件，第一項之訊問及羈押之決定，由該管地方法院簡易庭法官行之。」司法院版本刑訴法第四〇六條之一草案規定：「偵查中檢察官聲請地方法院羈押被告之案件，檢察官或被告不服該管地方法院簡易庭法官關於羈押、具保、責付或限制住居之裁定者，得抗告於該管地方法院合議庭。前項抗告如係於裁定宣示後當庭以書狀或言詞敘述理由為之者，原審法院應停止原裁定之執行，認為抗告有理由時，應立即更正其裁定；認為抗告全部或一部無理由時，應速將案卷送交該管地方法院合議庭。該管地方法院合議庭應於檢察官或被告當庭提起抗告後二十四小時內訊問被告並自為裁定。前項訊問，準用第一百零一條第二項之規定。」。

其理由說明略為：「為使聲請羈押之相關法律效果儘速確定，利於偵

---

學者間頗有爭論，而目前日本實務上係採肯定之作法，即依刑訴法第四三二條準用第四二四條聲請停止原裁判之執行。參三井誠，前揭註 34 書，頁 27。

<sup>100</sup> 參張麗卿，前揭註 66 文，頁 180。參柯慶賢，前揭註 16 文，頁 110；相同見解，參林永謀，前揭註 45 文，頁 8；陳運財，前揭註 23 書，頁 307-308；顧立雄，前揭註 53 文，頁 49。

查程序之進行，並避免實際上確有羈押必要之被告因地方法院簡易庭法官之違誤裁定（參照修正條文草案第一百零一條第四項）而得以逃匿、勾串共犯、證人、湮滅或偽造證據甚而再犯罪破壞社會秩序，檢察官如不服地方法院簡易庭法官所為駁回羈押聲請而命具保、責付、限制住居或逕行釋放被告之裁定者，應可直接抗告於其所屬地方法院之合議庭。被告若不服地方法院簡易庭法官所為羈押、具保、責付或限制住居之裁定者，為求衡平並兼顧被告人身自由權之保障，亦應賦予被告相對等之聲明不服權利，爰於第一項予以規定；為求抗告及抗告審查之時效，前項抗告如係於裁定宣示後當庭為之者，應准許以言詞或書狀敘述抗告之理由，而此時，原審法院應停止原裁定之執行，如認為抗告有理由時，應立即更正其裁定；認為全部或一部無理由時，則應速將案卷送交該管地方法院合議庭。又為避免被告於法院等候訊問及裁定之時間過長，侵害被告人身自由，該管地方法院合議庭亦應於檢察官或被告當庭提出抗告後二十四小時內訊問被告並自為裁定，不得遲延，爰於第二項規定之。至於檢察官或被告對於地方法院簡易庭法官所為有關羈押、具保、限制住居、責付裁定有所不服，而未於裁定宣示後當庭向該管地方法院合議庭提出抗告者，仍得依本條第一項之規定，於第四百零六條所定期間內，向該管地方法院合議庭提起抗告，就該抗告案件之審理，則適用一般抗告之規定。（雙軌制）」

關此爭議，另涉及羈押裁判之性質，本文以為，如將羈押准駁之性質視為處分，適用刑訴法第四一六條之準抗告救濟程序，不待修法，即可適度使聲押之相關法律效果儘速確定，利於偵查程序之進行，而基於下列理由，本文著實不贊同此草案：

其一，此草案擬定之背後原因係因特定少數犯人釋放後不知去向，甚至再犯罪危害社會大眾，惟參考前開統計資料可知，九三年未予以羈押之人數約九百多人，真正會逃之天天不知去向之人應屬少數，是否有必要僅為少數特殊個案，而犧牲其餘約八百多人未羈押被告提早獲得自由之權利，是否符合憲法上之比例原則，頗值深思。

其二，如受理抗告之地方法院合議庭，認檢察官抗告無理由駁回，當場釋放犯罪嫌疑人，則犯罪嫌疑人豈非自認倒楣，白白多拘束二十四小時，甚且亦無法透過冤獄賠償法獲得賠償。雖然只有二十四小時之拘束，但對被告而言卻是度日如年，實不容小覷。

其三，審查法官決定不予以羈押被告，檢察官本應負擔敗訴駁回的風險，不應該間接將此不利益轉嫁由犯罪嫌疑人來負擔，且司法院版本另主張檢察官受通知應到場補提證據及理由，若然，則法官尚無法形成羈押心證時，勢必會再通知檢察官到場，如最後法官仍不羈押被告，檢察官之再次舉證不力無法說服法官，更應自負犯罪嫌疑人釋放之責任，豈能透過即時抗告將此責任轉嫁由被告負擔。

其四，此草案不僅賦予檢察官即時抗告，被告亦有此權利，且未限定

案件類型，則如所有被告只要以言詞敘述理由抗告，則原審法院即需停止原裁定之執行，之後之地方法院合議庭是否能因應如此多之被告抗告案件，要非無疑。

其五，任何制度之設計本有其盲點，無法規範極縝密致被告無法利用制度之空窗取得逃亡之機會，對羈押處分以準抗告救濟之，雖無法完全避免極少數被告逃之夭夭之可能，但至少在程序上、時效上已較抗告程序縮短許多。好比偵查中受羈押之被告，法官撤銷羈押，檢察官不服而抗告，難道因抗告法院亦可能撤銷原裁定，故應修法繼續拘束被告二十四小時！

其六，羈押之目的，既在於確保追訴、審判、執行或預防被告的反覆實施犯罪，而將被告拘禁之強制處分，除嚴重剝奪被告之自由權外，並對被告之名譽及人格權造成極大不利之影響，為保障被告基本人權並兼顧公共秩序之維護，尤須注意比例原則及正當程序原則，自不應以羈押作為彌補行政上境管可能缺失之手段。

其七，法官命交保之決定後，於候保時間被告尚未釋放，只要該管法院合議庭即時因應迅速召開合議庭審理，應可避免部分少數被告於具保後不知去向之情形發生。

其八，羈押本與無罪推定原則存有高度緊張關係，今為了滿足檢察官達到羈押之目的，而修法繼續拘束被告人身自由二十四小時，是否會加遽羈押與無罪推定原則之緊張關係，殊值深思。

總之，實務運作之羈押准駁決定宜以處分為之，如有不服，尋刑訴法第四一六條之準抗告救濟程序，再透過審判實務運作限該管法院合議庭於一定短時內為羈押與否之決定即可。不待修法，透過此解釋，只要審判實務積極改善目前聲押案件的審查運作，即可適度使羈押案件迅速確定，亦可將少數人會逃亡之可能性降至最低，實無須另行修法採即時抗告草案。退萬步言，如果真的為了要避免極少數人不知去向，而採司法院即時抗告制，對於合議庭決定不予以羈押之被告，則務必搭配補償被告之措施，例如將受拘束之二十四小時折抵日後有罪判決之刑期，或修改冤獄賠償法使被告獲得金錢上之賠償。

附為敘明的是，民間版刪除司法院四〇六之一第二項，其理由說明為：「司法院版本之羈押即時抗告制，將使許多無辜、不應羈押之被告，遭受額外二十四小時之人身自由拘束，有侵害人權之虞，甚不適當，爰刪除第二項、第三項之規定。」，而只同意保留四〇六之一第一項：「偵查中檢察官聲請地方法院羈押被告之案件，檢察官或被告不服該管地方法院簡易庭法官關於羈押、具保、責付或限制住居之裁定者，得抗告於該管地方法院合議庭。」。事實上，民間版之主張結果（抗告於該管地方法院合議庭），與本文主張羈押為處分性質，以準抗告程序救濟之，無甚區別。

## 第三項 日本羈押理由開示及德國羈押審查制之簡介

法官為羈押之決定後，被告如有不服，可透過抗告、聲請撤銷羈押及停止羈押等制尋求救濟，惟被告是否真能從抗告程序迅速獲得救濟，現行聲請撤銷羈押或聲請具保停止羈押應否以言審審理方式為之，有無必要引進日本法上之羈押理由開示，或德國法上之羈押審查制，均值得討論。茲簡述於下：

### 一、日本羈押理由開示制度

日本憲法第三十四條規定：「任何人非經告知理由，及選任辯護人之權利，不得拘留或拘禁。且任何人非有正當理由，不得拘禁。如有請求，必須在本人及辯護人到場之公判庭，提示其理由。」基此，日本刑訴法第八二條至第八六條，即明文規定告知羈押理由制度。凡被告被羈押，均得向法院請求告知羈押之理由。同時，被羈押被告之辯護人、法定代理人、保佐人、配偶、直系親屬、兄弟姊妹或其他利害關係人，亦得提出此項請求。惟當被告在保釋、停止執行羈押或撤銷羈押時，以及押票之效力消失時，前開請求權人之請求，失其效力（日本刑訴法第八二條參照）。至於，當數請求權人均請求告知羈押理由，應如何處理，不無疑義。對此，日本刑訴法第八六條規定：「對同一羈押，有兩個以上第八二條之請求時，告知羈押之理由應對最先提出之請求進行。對其他之請求應在告知羈押理由完結以後，以裁定駁回<sup>101</sup>。」

而此羈押理由之告知應在公開之法庭上進行，並由審判長為羈押理由之告知<sup>102</sup>。此法庭應在法官和法院書記官出庭下開庭<sup>103</sup>。且當被告和其辯護人不到場時，不得開庭。但如被告係由於患病或其他不得已事由而不能到場且被告無異議時，或關於辯護人之到場，被告無異議時，則仍得進行羈押理由開示程序。此時，檢察官、被告或辯護人以及其他請求人，得陳述意見。但審判長認為適當之時候，得命其提出記載意見之書狀、以代替意見之陳述（日本刑訴法第八三條及第八四條參照）<sup>104</sup>。

關於告知羈押理由的請求，日本判例則認為，就同一羈押，只允許向開始羈押的審級法院提出一次，不得再次請求告知羈押理由。具體言之，

<sup>101</sup> 參池田修、前田雅英，刑事訴訟法講義，2004年6月，頁111及114。

<sup>102</sup> 關於羈押理由開示之範圍，尚有爭議。本文於此不多著墨，詳參黃朝義，前揭註75書，頁115—116。

<sup>103</sup> 日本刑訴法第八五條另規定：「告知羈押之理由，得使合議庭之構成員進行。」

<sup>104</sup> 參池田修、前田雅英，前揭註101書，頁114。

對於起訴前的羈押可以在起訴後請求第一審法院告知理由，所以對起訴前被羈押的被告來說，就只能在起訴前或起訴後提出一次關於告知理由的請求（最決昭二九年八月五日刑集八卷八号一二三七頁）<sup>105</sup>。而學理上，多數認為此種羈押理由之開示，不僅應告知構成羈押要件的具體事實，並應由檢察官提示證明該事實存在之證據，故具有某種程度證據開示的作用<sup>106</sup>。此羈押理由開示程序，具有將羈押理由及部分證據開示予被告之效果，迫使法官須公開心證，間接使法官慎重羈押。惟此僅係請求告知理由的程序，並非係要求釋放之程序，不過，事實上如果告知程序的結果判明沒有羈押理由或沒有必要時，法院亦將撤銷羈押，立即釋放犯罪嫌疑人，達到被告救濟之目的。

## 二、德國羈押審查制度<sup>107</sup>

德國刑訴法設有所謂羈押審查（Haftprüfung）制度，此即羈押之被告或犯罪嫌疑人，得隨時向法院聲請審查應否將其羈押命令予以撤銷或依第一一六條停止其執行（德國刑訴法第一一七條第一項）。惟如羈押期間已逾三個月，被告未聲請羈押審查，或未提起羈押抗告者，則羈押審查應依職權為之。但被告有辯護人時，不在此限（第一一七條第五項）。超過六個月之羈押，則羈押審查由邦高等法院為之，且其後每三個月覆查一次（第一二一及第一二二條）。

然而，德國之羈押審查程序原則上係採言詞審理（Mündliche Verhandlung），此言詞審理可依法院職權裁量為之，或由被告聲請之（德國刑訴法第一一八條第一項）。被告依言詞審理之結果而繼續羈押者，如羈押已逾三個月且自最後言詞審理時起已逾二個月者，被告得聲請再開言詞審理。惟於審判期日進行期間或判處自由刑或剝奪自由之保安處分之判決已經宣示者，不得聲請言詞審理（同條第三、四項）。法院一經被告或犯罪嫌疑人之聲請，應即進行言詞審理，非經被告或犯罪嫌疑人同意，指定之期日不得逾聲請許可後二星期（同條第五項）。

而關於言詞審理之地點與日時，應通知檢察官、犯罪嫌疑人或被告、辯護人（第一一八條 a 第一項）。此言詞審理應將被告提解聆審，但被告放棄聆審或解送之距離過遠、被告生病或其他不可排除之障礙存在時，不在此限。如被告未能將其解送到場聆審者，應有辯護人為其在審理時保護其權利。如被告尚未選任辯護人者，應為其言詞審理而指定辯護人。第一四二條、第一四三條與第一四五條之規定準用之（同條第二項）。同時，言詞審理時應聽取在場當事人之意見。證據調查之種類與範圍，由法院決

<sup>105</sup> 參日本弁護士連合会刑事弁護センター編，逮捕・勾留・保釈と弁護「弁護マニュアルと決定事例集」，1996年8月，頁20。

<sup>106</sup> 參田宮裕，刑事訴訟法（新版），1999年12月，頁89。

<sup>107</sup> 參林山田，中德羈押法制之比較研究，政大法學評論第34期，1986年12月，頁139；Claus Roxin 著，吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，1998年11月，頁340-342。

定。審理應製作筆錄；第二七一條至第七三條準用之（同條第三項）。最後，法院之決定應於言詞審理終結時宣示之。如不能宣示者，最遲應於一個星期內宣示之（同條第四項）。

### 三、小結

我國之羈押審查未進行言詞辯論方式，法官只須依刑訴法第一〇一條第三項規定告知被告或辯護人羈押原因所依據之事實，即可羈押被告。雖然，被告仍可抗告、聲請撤銷羈押或停止羈押，但畢竟抗告程序緩不濟急，而聲請撤銷羈押或停止羈押時，被告或辯護人僅得為意見之陳述，並非採如德國之言詞審理方式，法官可能瀏覽過被告之書狀即為裁定，縱使未徵詢被告意見尚未違法。是以，審判實務上，被告在這一連串之審理程序及救濟程序均可能無法充分就各羈押理由為辯明，實有必要另設一機制，俾被告得以充分理解法官羈押心證形成之過程，就不利之理由及證據為充分之攻擊防禦。

關於日本之羈押理由開示，本文以為不須在制度上另外採行如日本之羈押理由開示制度，畢竟引進此制可能會與我國其他救濟程序有所重疊架屋，且羈押理由開示制度操作不當難免會流於形式，甚至，由第三章統計資料可知一年羈押人數約六千餘人左右，如此多之被告可以選擇抗告、隨時聲請撤銷羈押、停止羈押或羈押理由開示，現行法院人力是否能足以應付，殊值懷疑。再者，如前所述，日本羈押審查時檢察官及辯護人並未蒞庭，故須透過事後之羈押理由開示制度，俾被告得以充分了解法官形成心証之過程及理由，相反的，我國辯護人得到庭陳述意見，檢察官亦可視個案必要到庭聲押，復加以本文認羈押階段應證據開示，實不須另採行羈押理由開示制度。至於，德國之羈押審查採言詞審理方式，本文以為將來修法時可以採此制，即仿照德國刑訴法第一一八條及第一一八條 a，規定要求我國之聲請撤銷羈押及具保停止羈押，經被告聲請或法院職權裁量以言詞審理程序行之，理由如下<sup>108</sup>：

其一，現行法下聲請撤銷羈押或停止羈押時，被告或辯護人僅得為意見之陳述，被告並無請求以言詞審理之權利，法官可能瀏覽過被告之書狀即為裁定，致書面審查程序流於形式，無法達到救濟之效果。

其二，德國法之被告依言詞審理之結果而繼續羈押者，如羈押已逾三個月且自最後言詞審理時起已逾二個月者，被告始得聲請再開言詞審理。我國如亦另行設定類似期間之限制，使被告於言詞審理後逾一段時間始能再聲請言詞審理，如此即可避免隨時聲請撤銷羈押及具保停止羈押，法院不勝其擾之情形。

<sup>108</sup> 相同見解，參顧立雄，前揭註 53 文，頁 47。類似見解，參王梅英，前揭註 16 文，頁 22；林鈺雄，前揭註 50 書，頁 323。依本文此見解仍另應搭配羈押期間之長短及延押次數頻率，作綜合考量設計，較為周延。

其三，僅被告主動聲請或法院職權開啟言詞審理程序，並非全面言詞審理，以免法院人力不足以負荷。

其四，依我國現行之聲請撤銷羈押及停止羈押之規範，另外採行得以聲請言詞審理模式，復加以聲請再開言詞審理之限制，即得於變動現行法規範最少之狀況下，達到被告防禦權保障周全之目的。

其五，透過言詞審理程序，使被告有充分表達意見之機會，法官依據被告之陳述及客觀卷證資料，形成心證為公平之裁量，無論結果如何，都較能使被告心服口服，減少冤獄發生。

## 第七節 其他

### 第一項 賦予檢察官得核准具保權限之辯正

民國 86 年修法羈押處分決定權終回歸法院，但第九十三條第三項但書及第二百二十八條第三項（今為第四項）之規定又保留檢察官得核准犯罪嫌疑人具保等權限。惟理論上是否有必要賦予檢察官得核准具保權限？換言之，目前偵查中檢察官之具保及限制住居之權限，是否亦應回歸法院審查？根據問卷調查結果顯示，受訪之法官及檢察官逾七成比例持反對之態度，考其原因，可能係因羈押決定權回歸法院已造成重大負擔，且有些案件由檢察官來審查是否具保、責付，限制住居，較有利於被告，亦有利於偵查。如不賦予檢察官逕命具保、責付、限制住居之權，則原本在偵查中無羈押必要之嫌疑人或被告將必須等到法院決定具保時始能保釋，對被告嫌疑人之人身自由反而更為不利<sup>109</sup>。

<sup>109</sup> 參蔡碧玉，新修正刑事訴訟法簡介（二），法務通訊第 1867 期第三版，1998 年 2 月。

惟本文以為，羈押處分權回歸法院後，不僅是有無羈押之原因應由法院審查，有無羈押之必要、是否得以具保等處分來代替羈押，均屬法院裁判事項，檢察官不得為之<sup>110</sup>。理由如下：

第一，具保乃屬羈押之補充性手段，係以羈押之原因存在為前提，先有羈押原因始決定有無必要具保，非決定具保始決定有無必要聲押。故具保，自亦屬法院決定之事項，實無法單獨將其割裂，容許檢察官在法院尚未判斷有無羈押之原因前，即先行命犯罪嫌疑人具保而免予羈押。

第二，縱使將具保與羈押割離，視「具保免予羈押」為新型態的偵查處分，亦難謂與憲法第二三條比例原則之意旨相符。蓋偵查中檢察官依舊擁有傳喚、拘提等強制處分之決定權，已足以確保犯罪嫌疑人之到場，實無再賦於檢察官得限制國民財產權益與遷徙自由之具保權及限制住居權之必要。

第三，檢察官得逕行命犯罪嫌疑人具保之規定，在實際的運作上，難保檢察官不會以交保作為取得犯罪嫌疑人自白之交換條件，如此之運作與過去檢察官擁有羈押處分權之情形相較，將無多大之不同，實質上，可謂是檢察官仍擁有一半的羈押權，要難謂與釋字第 392 號解釋之意旨相符。

第四，將狹義之代替羈押之處分割裂給檢察官與法官於兩階段中分別行使，亦可能造成是否具保以及具保之條件等判斷基準不一致的情形。

第五，被告是否有具保責付限制住居之必要，由法院判斷反而督促檢察官不恣意聲請羈押，對被告較有利，如由檢察官決定，反而亦造成本不需要為羈押代替處分者，檢察官卻予以具保、責付或限制住居之情形。

此外，民間版修正草案第九三條第四項規定：「前項具保、責付或限制住居期間不得逾二月，但有繼續具保、責付或限制住居之必要者，應由檢察官附具體理由，於期間屆滿之五日前，聲請法院裁定延長之。延長具保、責付或限制住居之期間不得逾二月，以延長三次為限。」其理由說明為：「檢察官命具保等處分應有期限之限制，否則在具保等強制處分後，即對案件不聞不問，限制人民自由。被告雖得請求法院撤銷，但舉證責任在被告，且擔心會惹惱檢察官。故增訂第九十三條第四項之規定，轉由檢察官負舉證責任，證明有繼續具保等必要。」。管見以為，基於人身自由及財產權免於不當長期的干預，此項新增規定的修法方向，應予肯定。惟徹底解決之道，不應賦予作為偵查機關之檢察官具有決定具保、責付及限制住居之權限。縱使欲採民間版之修法方向，對於延長的次數，應考慮與偵查中延長羈押次數的限制，以一次為限，較合於比例原則。

## 第二項 重罪羈押不應獨立成為羈押之原因

<sup>110</sup> 參陳運財，前揭註 23 書，頁 278—284。相同見解，參張麗卿，前揭註 85 書，頁 295—296。

以犯重罪作為羈押原因，其目的在確保刑罰之執行，並安撫社會大眾情緒之作用，即使並未具備第一百零一條第一款及第二款的原因亦得羈押。依據筆者執業之經驗，目前實務運作上，慣以第一〇一條第一項第三款單獨羈押犯罪嫌疑人，此由接受問卷調查之受訪院方有逾五成表示仍會單獨以重罪為由裁定羈押，足堪證明。

然而，若僅具本款理由別無其他羈押理由，即羈押被告，恐怕有違法治國刑事程序之無罪推定原則，這在德國的學說與判例曾經發生相當大的爭論，並曾經送請聯邦憲法法院做是否違憲審查，雖經認定與憲法無違<sup>111</sup>，但仍有不少學者認為係違憲，或者至少認為此一規定顯然違反德國刑訴法中之羈押法體系，因為不但違背保全程序之目的，且違背無罪推定原則，已具有刑罰性，有如將羈押當作對於涉嫌違犯法定重大犯罪者之「立即之制裁」(Sofortige Sanktion)<sup>112</sup>。本文亦以為，重罪羈押顯然已違反無罪推定原則，蓋以犯行重大作為羈押原因，實具提前應報之預支性刑法立法色彩，根本是假設被告所犯的重罪一旦成立，刑期將很長，故先從將來的刑期預支一部分作為羈押，事實上此不啻已經對被告作出判斷。於此，本文僅能期盼我國法院於實際運作上能採取較為慎重之態度，凡遇所列之重罪案件，不要單以重罪即認定有羈押之原因，仍應判斷犯罪嫌疑人或被告究竟有無具備第一〇一條第一款及第二款的原因，始決定是否予以羈押<sup>113</sup>。至於立法論上，甚至可以考慮進一步明文限制，犯行重大不得作為羈押的唯一理由，或直接刪除第一〇一條第一項第三款，直接以同條項第一款及第二款判斷是否具有羈押原因即足矣<sup>114</sup>。退萬步言，縱使欲保留重罪羈押，仍應修法採取如德國之列舉罪名方式，不應以刑度為單一標準，或者是提高到所犯為最輕本刑十年以上之罪，以障人權。

---

<sup>111</sup> 德國聯邦憲法法院將刑訴法第一一二條第三項嘗試以下述方式合憲地加以解釋：即在本條第三項的重大犯罪有急迫嫌疑時，只有當有逃亡或使調查工作難以進行之虞的羈押理由成立時，方得施行羈押，但是在認定這些羈押理由之成立與否時，並不需像同條第二項那麼嚴格的要求，而只需稍微輕度的逃亡或使調查工作難以進行之虞即可。參 Claus Roxin 著，吳麗琪 譯，前揭註 107 書，頁 325。

<sup>112</sup> 參林山田，前揭註 107 文，頁 130-131。相同見解，參張麗卿，前揭註 85 書，頁 276；參林鈺雄，前揭註 50 書，頁 300-301。

<sup>113</sup> 如檢察官僅以重罪，未一併以他款聲請羈押，法官為避免以重罪羈押，基於前開羈押原因變更界限之限制，僅能依刑訴法第一〇一條第一項第一款之一般規定，判斷有無羈押之原因，併此指明。

<sup>114</sup> 事實上，日本立法例上並無以犯行重大為羈押之理由，此或可作為我國未來修法之參考。

### 第三項 預防性羈押之疑慮

預防性羈押之立法目的，無非係為了避免被告反覆實施同一犯罪，以維護治安、防衛社會，甚至有安撫被害人及社會大眾的色彩。惟預防性羈押之立法，學說間頗有爭論。多數學者批評預防性羈押之立法殊值商榷，蓋訴訟法上之所云之羈押必須係針對已發生之犯罪行為，對於未來可能之犯罪行為並不適用。如以將來是否有再實施同一犯罪之虞，即構成羈押之理由，將造成國家的追訴權乃至於刑罰權的實現過程，竟係依附於一個未來的不確定基礎上，很明顯已逾越刑事訴訟法的規範目的，並且可能破壞法治國刑事程序之無罪推定原則，亦使我國刑事訴訟制度帶有濃厚之犯罪鎮壓色彩，對被告之人權構成負面效果，此種立法例實屬少數，於實際運作上，恐有被惡用為從被告取得自白之手段，如果不當濫用預防性羈押，會對犯罪嫌疑人或被告造成重大侵害。因此，此款理由應屬補充性，如果具備第一〇一條所列的羈押要件時，即不得根據本條實行羈押<sup>115</sup>。

但有反對說認為無罪推定原則乃在於指明「控訴者有責任證明被告有罪，而被告不需證明自己無罪」，亦即在於揭示舉證責任之歸屬，故此一原則只適用於審判程序本身，並不適用於審判前拘禁之程序。質言之，預防性羈押並無無罪推定原則之適用<sup>116</sup>。且，德國刑事訴訟法第一一二條 a 及美國之 Bail Reform Act 均有採用預防性羈押之規定，美國聯邦最高法院曾於一九八七年 United States V. Salerno 案例中肯定其合憲性<sup>117</sup>。甚至，林永謀大法官指出：「、、法國在實務上，其有反覆實施同一犯罪之虞者，亦係羈押原因之一，但其不出以列舉，未如我國以列舉罪名為標準，似可供我國參考<sup>118</sup>。」此外，根據問卷調查結果顯示，受訪之法官及檢察官極大多數認為刑訴法第一百零一條之一預防性羈押之規定，並無違反「無罪推定原則」。

對此爭議，本文以為，預防性羈押之立法實屬不妥，應予以刪除，茲將理由臚陳於下：

<sup>115</sup> 參陳運財，前揭註 23 書，頁 276—277。相同見解，參張麗卿，前揭註 85 書，頁 259；黃東熊、吳景芳，前揭註 25 書，頁 168；黃朝義，犯罪偵查論，2004 年 3 月，頁 143；褚劍鴻，前揭註 91 書，1998 年 9 月，頁 189；林山田，刑事程序法，1999 年 5 月，頁 296；陳志龍，檢察官與羈押犯嫌，憲政時代 21 卷 2 期，1995 年 10 月，頁 3；李錫棟，我國預防性羈押之探討，警學叢刊第 32 卷第 2 期，2001 年 9 月，頁 223—225；林鈺雄，前揭註 50 書，頁 302。此外，外國立法例上，如日本刑訴法亦無預防性羈押之規範，且日本實務見解仍認為防止再犯乃羈押之反射效果，而非羈押本來之目的，因此如為達取締之目的，則不允許羈押。參篠田省二，勾留の要件，收於熊谷弘、田宮裕、松尾浩也編，搜查法大系，勾留，保釋，昭和 58 年 4 月，頁 54。

<sup>116</sup> 參王金龍，論羈押之相當性原則—以西德刑事訴訟法之規定為基礎，76 年輔仁大學法律研究所碩士論文，頁 144。

<sup>117</sup> 參朱石炎，論修正之羈押規定，法令月刊第 49 卷第 1 期，頁 5。類此見解，參林俊益，預防性羈押，萬國法律第 104 期，1999 年 4 月，頁 77—78。

<sup>118</sup> 參林永謀，前揭註 45 文，頁 4。

第一，為了保全刑事程序之執行，始可於判決確定前剝奪被告自由，而為了避免再犯而聲請預防性羈押被告，將造成被告防禦權行使之困難，有違武器平等則之要求。

第二，預防性羈押之規定，其背後具有懲前罰後之作用，不僅與羈押之性質及目的有違，亦難謂符合憲法第八條第一項以無罪推定為內涵之正當法律程序的要求。以被告過去之犯罪來推定將來真的有犯罪之可能，顯然違反無罪推定原則。

第三，羈押之目的僅在保全被告及證據，並非預防將來可能犯罪，所謂防衛社會及預防將來犯罪之發生，本屬行政警察之作用，並非刑事偵查及追訴的任務，將危險防衛之概念引進羈押之理由中，因權力不當濫用之結果，犯罪嫌疑人或被告之人身自由將造成重大侵害。

第四，刑罰最終之目的係使被告改過向善，重新適應社會，但如以預防性羈押被告，將使該犯人無法獲得再社會化之機會，違反再社會化之特別預防目標。

縱上所述，我此，僅期盼檢察官避免以此聲請羈押，法官亦應避免適用此一條文，而仍依刑訴法第一〇一條第一項第一款及第二款之一般規定，判斷有無羈押之原因<sup>119</sup>，至於是否有反覆實施同一犯罪之虞，則僅作為是否以具保代替羈押之考量即可。其次，就未來立法論上，應刪除預防性羈押規定，始為正鵠。

## 第四項 輕罪案件羈押之限制

是否須針對特定輕微犯罪限制其羈押之要件？立法論上是否有其必要，不無疑義。按德國刑訴法第一一三條規定：「如所犯之罪僅能科以六個月以下之自由刑或一百八十單位以下日額罰金者，不得依有湮滅罪證危險為理由而羈押之。前項之情形必須被告有逃亡危險且合乎下列情形之一者始得予以羈押：（1）曾經一次逃避刑事訴追或曾從行刑機關脫逃者。（2）在本法適用區域內，無固定住居所者。（3）無法證明其身分者。」；而日本法則要求，該當三十萬元以下罰金、拘留或罰款之案件，以被告無

---

<sup>119</sup> 須注意的是，如檢察官僅以第一〇一條之一聲請羈押，基於前開羈押原因變更之界限，法官不得以第一〇一條各款羈押被告。

一定之住所時，始得羈押被告（日本刑訴法第六〇條第三項）<sup>120</sup>。然而，反觀我國卻無類此之限制規定，只要有逃亡或湮滅罪證等原因，不論案件輕重，均得予以羈押，顯有失均衡。例如普通毀謗之案件，即便被告有湮滅證據之虞，難道真有必要施以二個月之羈押。雖然，如第二章第二節第二項所述，本文認為未來修法可增訂一〇一第二項條文：「前項之羈押非與案情之輕重程度及預期科處之刑罰或保安處分成相當比例關係者，不得為之。」甚至，刑訴法第一〇一條有羈押必要性之要件，惟此等規定畢竟是抽象之原則性規定，無法特定具體提供標準，供法官就輕微案件為不羈押之決定。

職是，本文以為，有必要具體明文輕微犯罪羈押之限制，其標準，則以所犯為最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者為準，蓋刑訴法第九二條第二項但書規定針對此等輕微犯罪，司法警察得經檢察官許可不予解送被告，且依第八八條第一項第三款規定，亦無法以被告盤查而逃逸緊急拘提之。又，告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者，則以不能羈押為妥。再者，一名被告於偵查中及一審中最多受羈押之期間共為十三個月（含延押），低於此十三個月期間之罪名，實難無條件限制之羈押，以免超時之羈押。此外，因第一〇一條之二後段規定，有第一一四條各款所定情形之一者，非有不能具保、責付或限制住居之情形不得羈押，是故應一併將此羈押限制列入規範。由上參互以觀，管見以為應另立法規定：「被告有下列情形之一者，不得羈押：一 所犯最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者。二 告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者。三 有第一一四條各款所定情形之一，且能具保、責付或限制住居之情形者<sup>121</sup>。」。是以，如被告符合第一一四條第一款所犯最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，且能具保、責付或限制住居者，不得羈押。如被告所犯最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，無論如何不得羈押。

## 第五項 羈押替代處分之建議

刑訴法第一〇一之二規定，被告經法官訊問後，有羈押原因無羈押必要時，法官得逕命具保、責付或限制住居。是以，現行法之羈押替代處分僅有具保、責付或限制住居三種，且不區分羈押原因之種類概以此種替代處分為之<sup>122</sup>。有論者即認為：如係以「保全被告」為目的而羈押，於認無羈押之必要時，另以具保、責付或限制住居來代替羈押，當能達成保全被

<sup>120</sup> 參福井厚，刑事訴訟法講義，1996年3月，頁106。

<sup>121</sup> 須注意的是，如將來修法採更多樣化之羈押替代處分，本文於此所擬之草案第三款亦應一併調整。關於羈押替代處分之建議，本文將於本節第五項為討論。

<sup>122</sup> 撇開檢察官逕命具保、責付及限制住居等處分不論，由第三章之統計資料可知，歷年來偵查中法官逕命具保、責付及限制住居等處分，至少約佔聲押人數的8%—10%，每年約有六百人左右。

告之目的；如係以「保全證據或防止被告繼續反覆實施同一犯罪之預防性羈押」為目的而羈押，於認無羈押之必要時，僅以具保、責付或限制住居來代替羈押，必然無法達成保全證據及預防性羈押所欲達成之目的，將來修法時，宜另行設計一套可以代替保全證據及預防性羈押之方法，以茲周延<sup>123</sup>；學者黃東熊亦批評：「、、、不明瞭具保、責付、限制住居為何物，亦將其用來代替預防被告再犯之羈押，殊非妥適。蓋具保、責付及限制住居雖具有防制被告逃亡之作用，但並不具有預防被告再犯之作用也。」<sup>124</sup>。

對此羈押替代處分之缺失，民間版修正草案第一〇一條之二則規定：「被告經法官訊問後，雖有第一百零一條第一項或第一百零一條之一第一項各款所定情形之一，如依本法或其他法律規定，得以羈押以外之方法，防止第一百零一條第一項第一款及第二款之情形或防止被告反覆實施同一犯罪時，不得羈押。有第一百十四條各款所定情形之一者，非有不能具保、責付或限制住居之情形，不得羈押。」其理由說明為：「按羈押為侵害人身自由最嚴重之強制處分，本應慎重為之，基於憲法比例原則之要求，不但應嚴格審查其法律要件，且如有其他人權侵害性較輕，且能達成同樣目的之行為，則應擇其損害最小者替代之。如被告僅因有逃亡之虞而得予羈押時，以指定其定期向特定機關報到，或指定必須在指定人陪同下，始得離開其所居所，或攜帶電子定位通訊器材等方式同樣可以掌握被告行蹤時，則可以採行上列方式而不予羈押。又如被告有勾串證人或共犯之虞，或有湮滅、偽造、變造證據之虞得予羈押時，如有其他較輕而有效之處分，可以避免湮滅證據之危險時，即應改採該等方式，以避免羈押被告。爰仿美國、德國刑事訴訟法第一百一十六條之規定，增訂本條第二項，以資適用。」

此外，關於羈押替代處分，外國立法例上，如德國刑訴法第一一六條第一項及第二項則規定：「(一) 僅因被告有逃亡之虞而被羈押時，如有其他較輕而有效之處分，亦能達成羈押之目的者，法官得採該處分，但應為下列之指示：(1) 在指定之日期向法官、刑事訴追機關或其所指定之機關報到。(2) 在住居所在地或其他指定之區域內，非得法官或刑事訴追機關之核准，不獨擅自離開。(3) 必須在指定人員監視之下始得離開其住所。(4) 由被告或其他之人能提供相當之保證。(二) 因被告有湮滅證據之虞而被羈押時，如有其他較輕而有效之處分，可明顯避免湮滅證據之危險者，法官得採該處分。但應考慮禁止其與共同被告、證人或鑑定人串供。」；

綜合上述國內學者見解，草案及外國立法例，本文以為，羈押之替代處分應視羈押原因之種類，而分別為最有效之防制規範，不應劃一概以具保、責付或限制住居為之，倘概命具保、責付或限制住居，實難完全預防被告湮滅罪證或串供。事實上，應作更多樣化之規範，以因應各種案件及

<sup>123</sup> 參柯慶賢，前揭註 16 文，頁 107—108。

<sup>124</sup> 參黃東熊、吳景芳，前揭註 25 書，頁 168—169。

各類被告實際妨礙刑事追訴之情形，如德國刑訴法第一一六條第一項及第二項規定，即可供我國將來立法之參考。至於，民間版之修正草案方向值得肯定，惟本文以為，僅為概括、抽象性之規範，實屬不妥。畢竟羈押之替代處分仍具有限制人民權利之性質，仍有法律保留原則之適用，立法技術上，仍應明文具體列舉各種替代處分，另輔以一款概括性規定，方為妥適。準此以觀，管見以為刑訴法第一〇一條之二應規定為：「被告經法官訊問後，雖有第一百零一條第一項所定情形而無羈押之必要者，於符合第一百零一條第一項第一款時，法官得為下列之處分：一 在指定之日期向法官、刑事訴追機關或其所指定之機關報到。二 在住居所在地或其他指定之區域內，非得法官或刑事訴追機關之核准，不得擅自離開。三 必須在指定人員監視之下始得離開其住所。四 命令被告攜帶電子定位通訊器材<sup>125</sup>。五 由被告或其他之能提供相當之保證。六 將被告責付於得為其輔佐人之人或該管區域內其他適當之人。七 其他足以避免被告逃亡之適當處分。被告符合第一百零一條第一項第二款時，法官得為下列處分：一 不得對被害人、證人、鑑定人、辦理本案偵查、審判之公務員或其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親、家長、家屬之身體或財產實施危害或恐嚇之行為。二 禁止被告與共同被告、證人或鑑定人串供。三 其他經法官認為適當之處分。如法官認被告均具備第一百零一條第一項第一款及第二款之羈押原因，得合併採取前二項之處分<sup>126</sup>。」

## 第六項 羈押期間過長

羈押期間之限制，原為保護犯罪嫌疑人或被告之人身自由而設，羈押期間之長短事涉基本人權，應審慎處理。而我國偵查中的羈押期間為二月，並可聲請延長一次，即最多有四個月的羈押期間，至於審判中的羈押期間是三個月，並可聲請延長二個月，第一、二審各三次，且如被告所犯之罪最重本刑逾十年者，延長羈押之次數毫無限制。故本法於八十六年十二月修正時，司法院為使偵審中在押被告案件儘速終結，避免被告長期遭受羈押，而提草案將羈押期間及延押之次數予以限縮，立法院一讀時已採納，未料二讀後未通過，實有遺憾。

修法至今已有七年餘，羈押期間是否真過長，非無探求之餘地。關此，目前有論者指出，延押次數於修正時可考慮取消，蓋每次延押檢察官皆需表明延押長短及理由，而法院既須逐次審核延押有無理由，此已足以保障

<sup>125</sup> 當然如考量到比例原則之要求，或許應進一步針對命被告攜帶電子定位通訊器材之處分，設定案件類型或其他要件之限制，較為周延。

<sup>126</sup> 如前所述，本文以為預防性羈押及重罪羈押均應刪除，故於此未一併為規範。此外，刑訴法第一一七條之一第一項亦應配合修正，當被告違反上開法官所為之羈押替代處分，則依第一一七條之一第一項規定之程序改命羈押。

人權，苟更縮短羈押期間，或限縮延押次數，對特定重大跨國案件或共犯眾多案件，反而無法有效進行偵辦。甚且，有可能迫使檢察官以別案羈押偵查方式，實質達成延長羈押之目的，對人權保障反更不利<sup>127</sup>。至於實務界目前之態度，由問卷調查結果得知，受訪之法官及檢察官極大多數認為並無期間過長之問題，此或係源於審檢承辦案件量眾多，無法速偵、速審及速結，須更多時間偵辦調查審理案件之故。

固然，案件量繁多及案情複雜需更多偵辦審理時間，惟本文以為，羈押期間的確過長，在立法論上應加以修正縮短，理由如下<sup>128</sup>：

其一，羈押之目的本來並非利用於偵訊犯罪嫌疑人，由人找物證，因此，羈押期間長短之設定，不能針對特殊個案偵查之需求，而應就一般性之案件暫時保全犯罪嫌疑人之需要進行考量，所以有認為於特殊犯罪（如毒品案件）偵查須費時良久，其理由稍嫌不足。

其二，檢察官本負有迅速蒐集證據以決定是否起訴之職責，偵查中羈押期間本來即不應過長，以免造成犯罪嫌疑人重大的心理負擔。

其三，羈押期間過長，於訴訟程序上亦容易導致犯罪嫌疑人或被告無法充份實施防禦，例如，與辯護人之接見通信受不當之限制或造成強取自白刑求逼供等之弊端。

其四，從比較法之觀點來看，更突顯我國刑事程序之羈押期間過長的問題。以鄰近日本為例，日本刑訴法規定，為偵訊目的而逮捕犯罪嫌疑人之後警察得將其留置 48 小時（第二〇三條第一項），犯罪嫌疑人送至檢察官後，可留置 24 小時（第二〇五第一項），又檢察官取得審判官之羈押令狀後，得將其羈押十天（第二〇八條第一項），並得延長羈押時間十天（第二〇八條第二項）。是以，日本的偵查機關為偵訊目的，在偵階段最多可拘束被告 23 天。縱使，在極例外的情形，如被告所犯係刑法之內亂罪、外患罪、妨害國交罪、騷擾罪，可以再延長五天，故最多也才共二十八天（第二〇八條之二）。至於，日本審判中羈押期間，是自提起公訴之日起二個月，特別有必要需繼續羈押時，得以附有具體理由之裁定，每隔一個月延長一次。但除符合第八九條第一款、第三款、第四款或第六款之情形外，延長以一次為限（第六〇條第二項）。亦即，除特定情形外，羈押期間不得超過三個月<sup>129</sup>。

其五，德國羈押期間，偵查中及審判中合併計算，原則上以六個月為限，只有在例外情況下，如因偵查內容與困難性或其他無法宣判之重要理由，羈押始可逾六月之期限（德國刑訴法第一二一條第一項及第二項）。

<sup>127</sup> 參李忠雄，從羈押權之喪失論檢察官地位，法令月刊第 48 卷第 12 期，1997 年 12 月，頁 16。

<sup>128</sup> 參陳運財，前揭註 23 書，頁 296—298；同此見解，參張麗卿，刑事訴訟制度與刑事證據，2000 年 10 月，頁 235—237；柯慶賢，前揭註 16 文，頁 127；林山田，前揭註 107 文，頁 135；褚劍鴻，前揭註 91 書，頁 201。

<sup>129</sup> 參田宮裕，前揭註 106 書，頁 91；安富潔著，演習講義刑事訴訟法（第二版），2001 年 6 月，頁 66。

另外，以再犯危險為羈押之案件，其羈押期間最長不得逾一年（德國刑訴法第一二二條 a）<sup>130</sup>。

總之，我國偵查實務上，部分以羈押之名行蒐集證據之實，已違背刑事訴訟法維護程序正義、不得以羈押為調查蒐證方法之保障人權意旨。現行偵查實務，警察辦案品質之低劣、蒐證之不完全，迫使檢察官不得不先聲押換取更多時間，再進一步偵查取供，顯然已本末倒置，事實上，只要警察調查人員待案件成熟後始逮捕犯罪嫌疑人，相關證物仔細提前蒐集完備，接續檢察官之偵辦工作將更為迅速，偵查案件亦能於短時間終結而起訴。例如日本之檢警偵查品質良好，待案情成熟蒐證完全始逮捕嫌疑人，故日本檢察官才有辦法於短短的十天羈押期間內起訴，此種效率絕非因日本刑事案件複雜度低於我國之故，實值得我國偵查機關借鏡。是以，只要我國偵查技術提升，縱使羈押期間縮短，應不至於壓縮檢察官之偵查進度。至於，羈押期間之縮短，應如何改進？本文以為，或可依民國八六年司法院行政院原提出之修正案，將偵查中的羈押及延押期間由現行的二月縮短為一月，審判中羈押期間由三月減為二月。另外，審判中延押期間減為一個月，而延押次數不變。則，偵查中羈押期間最多為二個月，一審羈押期間最多為五個月，較趨近於日本德國之羈押期間。

撇除羈押期間是否應予以縮短，現行法下，偵查中檢察官聲請羈押或延長羈押，法官得否為較短於二個月羈押期間之處分？有學者以為，第一〇八條第一項中所謂「偵查中不得逾二月」，僅是就其上限所設之規定，限制羈押期間應於兩個月以內，且理論上羈押期間究竟應定多長，法官本可斟酌案件之具體情況而為適當之處分，如全部劃一地羈押兩個月，未免失之公允及造成犯罪嫌疑人人身自由不當的長期拘束，有違正當法律程序之要求，故法官可為較短於二個月羈押期間之處分<sup>131</sup>；另有認為，偵查中檢察官聲請延長兩個月時，法院得裁定未及兩個月之延長期間，蓋法院如據檢察官所為之釋明，而認為延長一個月已足夠時，自得依其裁量而裁定延長一個月，只不過檢察官對此裁定得為抗告而已。因此依具體案件在偵查階段羈押之最長期間有可能未及四個月<sup>132</sup>。本文以為，無論係偵查中審判中，無論係第一次羈押或延長羈押時，法官均得裁定較法定上限期限更短之期間，例如偵查中檢察官聲請羈押，法官可為較短於兩個月之處分，偵查中檢察官聲請延押，法官可為短於兩個月之處分，審判中法官自行羈押可為短於三個月之處分，自行延長羈押亦可為短於兩個月之處分，如此可減緩羈押期間過長可能長達二七個月之譏，況且，每一案件情節輕重不

<sup>130</sup> 德國刑訴法第一二一條第一項及第二項規定：「判處自由刑或剝奪自由之保安處分之判決未諭知之前，只有因特別之困難，調查特別複雜或因其他重大事由無法判決，羈押期間始得逾六個月。第一項之情形，如羈押命令之執行未依第一一六條之規定予以停止或未經高等法院命令繼續羈押，其逾六個月之羈押應予以撤銷。」；德國刑訴法第一二二條 a 規定：「依據第一一二條 a 之羈押理由而為之羈押案件，如依第一二一條第一項之規定予以執行者，其羈押不得逾一年」。

<sup>131</sup> 參陳運財，前揭註 23 書，頁 298—300。

<sup>132</sup> 參黃東熊、吳景芳，前揭註 25 書，頁 184。

一，制式劃一的羈押期間，難免會犧牲掉部分個案不需要長期羈押之被告，即便有聲請撤銷及停止羈押之制度，充其量僅係消極賦予被告救濟途徑，尚非積極促使被告早日自由之制度，如果偵查中法官決定羈押一個月，即便檢察官聲請延長，法官仍能決定延長如十天，則偵查中被告僅能被羈押四十天，比起原本偵查中的羈押期間四個月，實屬天壤之別。再者，透過縮短羈押期間，亦可避免偵查機關怠惰以押取供，督促檢察官早日偵查終結起訴，對被告人權保障實有正面之幫助<sup>133</sup>。

---

<sup>133</sup> 日本法上關於法官得否為較短於十日羈押期間，實務目前是持否定的見解，但學說上仍有主張法官必要時可以為較短於十日羈押期間隻羈押處分。參三井誠，前揭註 34 文，頁 22—23。