

黃朝義老師的刑事訴訟法學說精要 (中)

編目：憲法

二、審判程序

(一)公訴提起之原則

1.卷證不併送制度之建構(註 1)

(1)現行制度：起訴「卷證併送制度」

依刑事訴訟法第 251 條、第 264 條第 3 項之規定，檢察官起訴之際，含起訴書在內，包括偵查紀錄與證據物全數一併送交法院；於是法官乃先行閱讀相關提出之證據，屆時蒞庭審理案件。

(2)黃朝義老師之見解：未來應改採起訴「卷證不併送制度」

A.概說：

起訴卷證併送之結果，檢察官所認定之嫌疑很自然地由法院全部予以承繼。隨之法官為確認檢察官所認定之嫌疑真實與否，法官乃藉由對被告之訊問以確認，此種訊問之型態亦成為整個公判審理之重心所在。此時之被告雖稱之為法官訊問之對象，惟就實際訴訟程序之運作得知，其實被告已淪為法官糾問之對象。

因此，為避免法官對被告未審之前存有先入為主之不良印象，法官應該係以「白紙狀態」蒞庭審理案件。如此一來，提起公訴之際，檢察官向法院提出者，應該僅只限定於即將於法庭中舉證證明之「起訴書」而已，亦即起訴時相關之卷證不得與起訴書同時提出於法院。此種起訴制度即為所謂的起訴「卷證不併送制度」(編按：即「起訴狀一本主義」)。

在起訴卷證不併送之制度下，其運作之形態較接近「當事人主義」模式，而其所考量者不外乎在於使被告具有接受公平法院審理之權利保障。

B.未來應採卷證不併送之理由：



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

(A)卷證不併送制度下之訴訟制度，在法庭之進行過程中，法院之主要責任並非在於作為事實之探究者，亦即法院不直接負責事實之調查，只作事實之釐清工作，基本上事實調查之工作由檢察官負全責舉證，法院僅單純的在於判斷犯罪事實存在與否。

換言之，法院扮演著一仲裁者（聽訟者）角色，而檢察官之主要角色扮演在於明確的立於訴訟當事人之地位，以實行公訴，亦即檢察官將親自持被告之相關卷證蒞庭，確實的負起實質的與全部的舉證責任，以證明被告之犯罪事實。如此一來，在制度上，對於被告所為之無罪推定保障將較易於落實。

(B)實施卷證不併送制度之結果，在公判程序進行之前，亦可禁止法院事前接觸到無證據能力之證據（如傳聞證據與違法蒐集之證據等），破除法院不當心證之形成。法院心證之形成，必須僅能基於當事人雙方於公判庭中所為之主張與立證為基礎，且此種心證之形成，大多透過交互詰問之程序以達成。因此，在此意義之下，實施卷證不併送制度之結果，非但一般所云之以公判為中心、口頭言詞辯論、直接主義等觀念得以實現，尚且亦可使集中審理之功效得以達成。

(C)卷證不併送制度乃在於如何防止審判者（法官）事先接觸卷證（排除其預斷），法官應嚴守其客觀第三者之角色並以空白之心證蒞庭審判，亦即自始偵查程序與審判程序分屬兩種不同程序，互不相屬，互不接續，其出發點可謂為在於建立一個「權責分明」之訴訟架構。

因刑事訴訟程序之運作，應該是在一個權責分明之訴訟架構下，警察、檢察官與法官依其分工之所需，各盡其責，檢察官與法官並非是一個接力賽或工作團隊的接續。

換言之，訴訟程序之運作不能是警察將蒐集之證據（棒子）交由檢察官，隨著檢察官再將其擁有之證據（棒子）交由法院，最後由法院單獨面對被告進行審理，整個訴訟流程之公正性實難以掌握。蓋因接棒之結果，法官早已在其心中形成不利被告之偏見與預斷，因而法官在此種情況之下所為之事實認定，其客觀性亦會受到質疑。

C.實施卷證不併送制之具體效果



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓・02-23115586(代表號)

權責分明下之卷證不併送制度，屬於「**檢警確實蒐證、檢察官慎重起訴，並於法庭中確實負起實質之舉證責任；法官嚴格堅守其客觀立場進行審判**」之制度，此應可達成以下 3 種效果：

- (A)在偵查階段，會使得偵查之過程精緻化。檢警機關必須盡全力蒐集與案件有關之各種證據，並且在蒐證之過程中嚴守證據蒐集之相關法則，以避免辛苦蒐集到之證據於審判中被排除而不被適用。如此一來，自然可防止檢察官之輕率起訴。
- (B)在公判程序中，檢察官之實行公訴，並不在於消極的監督法庭之運作，而是必須積極的扮演著稱職的追訴者角色。因採取卷證不併送制度下，法庭上並非如現在之形式行禮如儀，而是如同真槍實彈作戰般，檢察官必須親自攜帶相關之卷證蒞庭，並就其所主張之犯罪事實，一一提出證據加以陳述說明，且其所提之卷證，亦須嚴格的受相關證據法則（如傳聞法則、證據排除法則等）之約制，直至法官完全相信其所言之事實為真實（心證形成）為止。檢察官須善盡其實質之舉證責任，否則檢察官將負敗訴之責任。
- (C)在事實之認定上，由於檢察官盡職的舉證，法院亦能以一客觀第三者（聽訟者）之角色形成心證之情況下，案件因而得以詳細及明確的確定，而獲得速審速決之效果，進而得以確立第一審成為堅實的事實審。

D.證據開示制度

採行卷證不併送制度之同時，必須採行「**證據開示制度**」以為配合。在「證據開示制度」下，當事人意欲請求調查之證據，事先（亦即於請求調查證據之前）須向對造當事人，給予知道證人等之住居所機會，或者應給對造當事人得以閱覽相關書類與證物之機會，因而自然對於被告或犯罪嫌疑人之防禦權保障不會產生影響。再者，若在「形式」上徹底地貫徹當事人主義之情形下，檢察官對於有意請求證據調查「以外」之證據，基本上應無向被告方面開示任何證據之義務。

因此，一味地貫徹形式上當事人主義之結果，辯護人一旦完全無法利用相關之證據，必然會造成擁有強大偵查權限與組織以蒐集證據之偵查機關（檢察官），與自始幾乎無蒐集證據能力之被告間，產生「實質」上之不平等，如此一來，反而有違當事



人主義之精神。

因此，黃老師認為，對於檢察官手中所持有之證據，**不論該證據是否將於公判程序中請求證據調查**，依理法院雖無須預先命令檢察官將相關證據令被告閱覽(全面開示)，然法院得基於「**訴訟指揮權**」，對於檢察官所持有之證據令其向辯護人予以開示(基於訴訟指揮下之證據開示【編按：**個別性開示**】)(註2)。

2. 訴因制度之導入

在採卷證不併送之前提下，檢察官於提起公訴之際，其向法院所提出之起訴書，並非在於呈現檢察官之嫌疑，而僅是在於呈現檢察官之主張(亦即檢察官將於公判程序中證明之犯罪事實)。

又檢察官之起訴，應記載「**訴因**」以明確顯示公訴之犯罪事實，亦即檢察官須**儘可能的以犯罪之日時、地點(場所)及犯罪方法等，將犯罪事實加以特定**(日本刑事訴訟法第256條第3項)；同時，法院須基於檢察官之請求，在不損害公訴事實之同一性範圍內，對於起訴書上記載之訴因加以追加、撤回或變更(日本刑訴法第312條第1項參照)。此亦係基於當事人主義之理念，亦即訴訟當事人一造之檢察官所提之公訴對象為起訴書上所記載之特定犯罪事實，該**特定犯罪事實(訴因)**可謂為被告之防禦對象，亦為法院審判之對象。因此，在當事人主義之訴訟架構下，當事人一造之檢察官應為審判對象之設計(特定)，相對地法院應受其記載之拘束以為裁判。

(二) 公訴程序

1. 當事人主導之法庭活動

(1)於公判程序之階段，有關證據之蒐集與提出，以及案件真相之究明，應屬當事人須扮演之角色(此即為所謂的「**當事人進行主義**」)。尤其是，**在證據調查階段，證據之調查係以當事人所提出之請求為原則**。在證據調查之方式上，有關**證物與書證之調查**，原則上須向請求調查之當事人予以提示或宣讀；有關**證人等之調查部分**，現行刑事訴訟法雖仍有法官補充訊問之相關規定，惟在實際上應以**當事人間進行交互詰問為原則**，較能保持法官之公平與公正。因此，交互詰問之相關規定應優先重視。至於，法院就審理之過程，只要不違反當事人進行之訴訟模式，仍應依需要進行所謂的補充性的職權調查(刑訴法第166條之6第2項)，自不待言。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓·02-23115586(代表號)

(2)訴訟之進行方面，公判期日之指定、證據調查之範圍、順序、方法之決定等皆屬法院或審判長之職權，就此部分而言，應採職權進行原則亦屬訴訟程序運作之當然要求。亦即在採當事人進行原則之訴訟制度，法院所為前述之訴訟活動，不僅不得與當事人主義之理念相互矛盾，而且應將此些活動理解為屬於訴訟活動上不可或缺之訴訟行為。因此，法院所發動之職權調查程序，應該係以強化當事人間之實質平等（**當事人間實質平等原則**）為出發點，原則上，在於**補充地位較為薄弱之被告**所為之構想。而法院在於程序上所為之監控作為，亦係在於**促進當事人間活絡訴訟活動**。

2. 法院訊問被告制度之修正

在卷證不併送之前提下，法庭之運作係以強化當事人間攻防之公判程序為主，自應**廢除被告之訊問制度**。亦即法院對被告所為之訊問，乃在於被告緘默權得以保障之前提下，賦予被告得以任意陳述之機會，其訊問應該不是在於為調查被告而為訊問。因此，在證據調查程序之前，在程度上，法官僅得以進行爭點之整理，不容許就公訴事實要求被告陳述(註3)。

3. 傳聞法則之採用

傳聞證據之所以應加以排除，其理由乃在於以傳聞證據作為犯罪事實之認定資料，係無法透過交互詰問方式確認（驗證）供述內容之正確性（真實性），故就有關無法透過反對詰問方式之供述或書面資料（傳聞證據），在作為認定犯罪事實之資料中，自屬於無法於公判庭中調查之證據（無證據能力）。傳聞法則（排除傳聞證據之法則）之採用，就此一角度而言，係在於被告詰問權之保障。

然即便是採用傳聞法則，設若從另一角度而論，該供述內容之正確性得以確保，且係在具有得以信賴（可信度）之外部情狀保障下所為者（可信性之情狀保障）；或者原供述者業已死亡等，無法藉由反對詰問得以確認該供述之正確性，尚且亦可能因一旦不採用該傳聞證據，或許反而會有事實誤認之疑慮者（必要性之情狀），例外地，承認該傳聞證據之證據能力亦屬無可厚非之事。因此，刑事訴訟法於採用傳聞法則之同時，基本上應該將該兩例外要件（「**可信性之情狀保障**」、「**必要性之情狀**」）一併加以考量，創設某些例外情狀（傳聞法則之例外情形）以符合實際之需要。

惟在導入傳聞法則例外情形之際，亦須注意到例外情形若過於廣



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓・02-23115586(代表號)

泛，勢必會形成「所謂之傳聞法則，無非僅只在論述所謂的例外法則」，此將破壞傳聞法則之原本內涵。

4.自由心證主義之變化與限制

在當事人主義之公判程序中，法官自由心證之形成亦將隨之變化。有關證據之評價，作為評價對象之證據本身，若從**證據能力**方面加以論述可得知，證據之評價仍須受到一些約束(註 4)。因**無證據能力之證據無法進入法院，自無法影響法官自由心證**。此外，卷證不併送制度、訴因制度、當事人追訴下之證據調查程序、容許當事人就證據之證明力進行辯論等制度與程序，間接地對於法官之自由心證亦形成限制。

(三)上訴程序之構造

1.現行制度：覆審制（刑訴法第 364 條）。

2.黃朝義老師之見解：「**事後審查審制**」

(1)若訴訟程序進行之主導者委由當事人負責之「**當事人主義**」下，起訴採卷證不併送制度、訴因制度，且一些無法經由當事人藉交互詰問程序以確定供述內容正確與否之傳聞證據，原則上必須加以排除之傳聞法則一旦亦能落實於第一審訴訟程序時，相較於現行法之第一審程序，在事實之調查與認定，以及證據法則之採用方面，將呈現出受到重視與強化之情形（**堅實的第一審**）。

如此一來，第二審之程序重覆第一審程序之「覆審制」，或者第二審接續第一審之程序進行案件審判程序之「續審制」，由於與重視或強化事實審程序功能之第一審程序之理念相左，因而勢必將無法持續地予以維持。同時，第三審之程序亦將隨之改變，或許將以處理一些是否違憲或者有無違背判例或解釋等問題為主。

(2)在「**當事人主義**」之訴訟模式下，第二審與第三審之構造予以改變後，**第二審法院係以審查原審判決（第一審）之結果，認為上訴無理由者，直接駁回上訴；認為上訴有理由者，撤銷原審判決，並將案件發回原審法院（即命令原審法院重新審理該案件），或者將案件發交管轄之第一審法院。換言之，第二審法院將成為「事後審查審」之型態，即便是認為上訴有理由，原則上仍然係以撤銷原審判決，並將其發回原審法院審理為主(註 5)。**

(四)再審程序之構造(註 6)

1.現行制度：為受判決人之「不利益」可提起再審之請求（刑訴法第



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

420 條、第 422 條)。

- 2.黃朝義老師之見解：**為受判決人之「不利益」再審制度應該禁止**現行刑事訴訟法中之再審制度，不採行法國式之再審制度（僅以為受判決人之利益方得以提起再審），而係採行德國式之雙軌再審制度（不論係為受判決人利益或不利益皆可提起再審）。採行德國式再審制度之結果，在運作上，與其謂其在於救濟無辜，毋寧謂其在於實現真實之裁判，而置重點於實體的真實發現。
- 惟就實際而論，基於「**禁止雙重危險理念**」之要求，至少應慮及已受判決人之利益，亦即**對於為受判決人之「不利益」的再審制度應該加以禁止**，方能符合憲法之基本理念。如此一來，即能將再審制度列為，在於救濟無辜之冤枉者，以作為擁護人權之最後一道防線。再者，一旦將被告視為訴訟主體予以處理時，即可使其符合保障被告之基本人權。

柒、偵查程序

一、偵查之基本原則(註 7)

- (一)強制處分法定原則（合法性原則）(註 8)。
- (二)比例原則。
- (三)偵查不公開原則。

二、偵查構造論(註 9)

(一)糾問偵查觀與彈劾偵查觀

1.糾問偵查觀：

在於強化偵查本屬偵查機關偵訊犯罪嫌疑人程序之觀點上，偵查機關得對於犯罪嫌疑人發動強制行為。亦即將犯罪嫌疑人列為偵查之客體。

2.彈劾偵查觀：(黃朝義老師所採)

偵查僅屬偵查機關單獨所為之準備行為；因此犯罪嫌疑人亦得獨立為準備行為。強制處分之行為乃應將來裁判之需要（保全被告或證



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

據之必要)，因而唯有「**法院**」方得為之行為（**我國現行規定與此觀點存有落差，依現行規定檢察官將被告列為偵訊客體**）。亦即**彈劾偵查觀不將犯罪嫌疑人列為偵查之客體對待，而是將被告以偵查階段之一主體看待**(註10)。

(二)糾問偵查觀與彈劾偵查觀之具體相異點

1.有無接受偵訊之義務：

(1)糾問偵查觀：

犯罪嫌疑人為偵查之對象(客體);犯罪嫌疑人有接受偵查之義務。

(2)彈劾偵查觀：

偵查機關與犯罪嫌疑人彼此間僅僅同屬一造當事人之關係，偵查機關並無單方面地將犯罪嫌疑人列為偵查對象之權限，因而犯罪嫌疑人並無接受偵訊之義務。

2.可否限制接見通信權：

(1)糾問偵查觀：

基於偵查之必要，較容易導出容許對辯護人為廣泛的接見限制(如刑訴法第34條)。

(2)彈劾偵查觀：

首重於犯罪嫌疑人防禦權之重視，偵查之必要問題將受到解釋上之限制，不得任意為範圍之擴張。

(三)當事人主義訴訟構造下之理解(黃朝義老師之見解)

1.公判階段(事實審)採用當事人主義之訴訟構造，基本上，在其前階段之**偵查階段亦應採取「當事人對等」之訴訟構造**，較能符合理念一致之要求。

亦即在偵查階段，犯罪嫌疑人與偵查機關處於對等的當事人關係下，最能夠達到人權保障與真實發現之效果。蓋因在偵查階段，偵查機關基於對偵查職務之熱誠，自然會升高對於人權侵害之危險；因而唯有藉由賦予犯罪嫌疑人的主體地位，以及得以實質地貫徹緘默權與律師辯護權之保障下，才能夠防止人權侵害危險之發生。

尤其是在偵查階段，一旦存有錯誤的自白或者虛偽的自白，該等自白隨之必將會對公判程序產生重大影響。因此，為避免此種情形之發生，**確保犯罪嫌疑人與偵查機關之對等當事人性格，以及保障被**



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓·02-23115586(代表號)

告緘默權與律師辯護權得以落實，將具有重要意義。

2.2003年修法後之刑訴法第287條雖已廢除法官訊問制，訴訟制度亦已朝向所謂改良式當事人主義改革，審判中當事人之主體性格可謂趨於明確，惟因在偵查階段，犯罪嫌疑人與偵查機關之關係非但無法處於對等關係，犯罪嫌疑人尚且亦未能充分的獲得辯護人之協助。犯罪嫌疑人可謂自始即淪為偵查機關之偵查對象。尤其是，諸如**犯罪嫌疑人被拘提逮捕或羈押後之防禦權保障**部分，更有待日後修法予以強化。

三、檢警關係(註 11)

(一)現行法制下檢警關係之問題點

1.檢察官為偵查主體下矛盾之「退案審查」

(1)在現行法下，檢察官係唯一之偵查主體，司法警察(官)僅得「調查」犯罪案件(刑訴法第228條第1項、第229條第2項、第230條第2項、第231條第2項)。從上述規定，可知檢察官應該總攬所有未來整個「犯罪偵查」之偵查過程與偵查成敗。畢竟「犯罪偵查」與「犯罪調查」不同，警察機關只負責調查者，應毋須負責犯罪偵查之成敗。

(2)依刑事訴訟法第228條規定，犯罪行為之偵查屬於檢察官之法定工作。惟就實際而論，直接向檢察官提出告訴、告發之案件並不多，檢察官所受理之案件，占不少比例係由司法警察機關或其他機關所移送。檢察官與警察之關係，平時隸屬不同之行政機關，於偵查時，卻有上下階級關係，亦即係處於檢察官得請求協助或指揮、命令警察之關係(刑訴法第229條以下)。在偵查之過程當中，對於不夠完備之案件，檢察官可以退回司法警察機關或請求其他機關繼續辦理(刑訴法第231條之1)。

(3)偵查階段中之偵查主導權(偵查主體)依法屬於檢察官。因此，所有的案件理應由檢察官主動偵查，或者主動偵查後再發動指揮命令，亦即對於案件的處理過程，檢察官非但最為清楚，尚且應負所有偵查成敗之責任。在此情況下，**依法絕對無法想像有所謂的「退回」案件之情形，檢察官亦不應將案件退回**。蓋因所有偵查之主導權既然由身具「唯一偵查主體」之檢察官擁有，自然不應將自己本身應作之事，推由他人辦理，亦不應將責任推由他人負責，**刑事訴訟法第231條之1所規定之「退案」規範，顯然屬於**



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓·02-23115586(代表號)

不當之立法。

2. 警察機關得聲請搜索票之立法疑義

刑事訴訟法第 128 條之 1 第 2 項規定，司法警察官因「調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據」，認有搜索之必要時，得依前項規定，「報請檢察官許可」後，向該管法院聲請核發搜索票。此對照於檢察機關為唯一偵查機關之說法得以發現，警察機關顯然存有越俎代庖之疑慮。

蓋因有無必要聲請搜索票純屬犯罪偵查之範圍，警察機關僅在於調查犯罪之階段非但尚無所謂「聲請搜索票」之情事，尚且偵查階段檢察官為偵查之主導機關，有無必要發動搜索之強制處分，亦應由檢察官自行向法院聲請，隨之，在基於指揮警察機關之法制設計下，交由警察機關執行。因此，警察機關只需將是否要發動搜索之事實報告檢察官即可，並無向法院聲請搜索票之必要，亦無聲請搜索票之權限。

3. 檢察官發動緊急搜索權之立法疑義

刑事訴訟法第 131 條第 2 項規定，檢察官於偵查中確有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，24 小時內證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索，並層報檢察長。

此規定有立法上之盲點。蓋因一向係以被動型態執行職務之檢察官，真不知有多少機會得以進行緊急搜索，相對地，以主動型態執行職務（如巡邏等）之警察機關卻無緊急搜索權，豈不令人深感不解。

因而警察人員於執勤過程中，一旦發現有應發動緊急搜索時，依法亦不得實施。此從整個立法設計而論，在面對急迫情形下，警察人員不是無法發動緊急搜索，便是可以不為緊急搜索之發動，而採取便宜行事，亦即先為法律所不容許的警察緊急搜索，隨之再將所為之搜索列為檢察官之緊急搜索。倘若如此，對於緊急搜索之立法設計，可謂完全漠視檢警間之實際需要。亦即有緊急搜索需要之警察機關竟然無權實施，相對地，並無實施實益之檢察官緊急搜索權，卻將其列為令狀搜索例外之一種，相當不合理。

4. 警察非刑法第 125 條濫用追訴處罰職權罪行為主體之疑義

刑法第 125 條規定，有追訴或處罰犯罪職務之「公務員」，為「濫



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

用職權為逮捕或羈押」或「意圖取供而施強暴脅迫」行為者，處 1 年以上 7 年以下有期徒刑。一般之見解認為，其中所云之「公務員」，在偵查階段，僅在於規範檢察官而不包括警察人員。然就實際而論，在整個偵查階段，警察所為之調查或偵查，佔最大比例，因而在過程中，警察人員倘有不當或不法之情事發生時，卻未能將其違法行為列入刑法規範之對象，此將使得刑法規範內容趨於形式化外，亦將使得警察人員之違法偵查無法獲得刑法之監督。

(二)檢警關係之未來

- 1.現行法制面上之檢警關係，被定位為，「檢察官為主、警察為輔」。惟現實之犯罪偵查卻是「警察為主、檢察官為輔」之結構；且就實際運作而論，身為「偵查主導者之檢察官」，法制上卻亦要求其必須極盡其與原本主動偵查態度相背離之「客觀義務」，實存有強人所難之疑慮。
- 2.在刑事訴訟程序中，**檢察官與扮演仲裁者角色之法官為不同之屬性**。在法庭中，就被告犯罪事實負有實質的（全部的）舉證責任（刑訴法第 161 條），屬當事人之一方（同法第 3 條）扮演著公訴官角色（同法第 251 條、第 264 條、第 280 條）。在偵查階段，檢察官係主宰著整個偵查程序，為偵查階段之唯一的偵查主體，其所為者在於實現法律所賦予之偵查權限。亦即在偵查過程中，檢察官負有客觀義務（刑訴法第 2 條）之同時，亦扮演著執行者之偵查主體角色，總攬偵查大權；再者，在偵查階段，屬唯一偵查主體之檢察官非但可指揮警察機關辦案（同法第 230 條、第 231 條），並得將案件退回警察機關辦理，檢察官儼然係以一行政指揮監督者對待警察機關。整體而言，在權責歸屬不明之情形下，**檢察官所扮演之角色實無法完全分辨出其究竟屬於何種屬性？（司法官？準司法官？行政官？以上皆是？或以上皆非？）**
- 3.基此，**院檢間不同屬性之事實不容曲解**（釋字 392 號解釋）外，為能掌握真實面貌的檢警關係，對於現狀之認識亦不應漠視。檢警間之關係應該建構在「**警察負責證據蒐集之第一線工作、檢察官負責證據篩選之監督補充工作**」之合乎實際運作之基礎上，而非建構在案件偵破與否，「而與檢察官無關之『檢察官有權無責』，『警察無權有責』」之畸形結構上。亦即**檢警之關係不應屬於上下之關係，而應建構在「相互協助」關係上，以完成偵查工作。**



倘一直強調檢察官為唯一偵查主體時，檢察官自應就偵查過程負全責，而不應將偵查（或調查）結果不完備之事項退回警察機關才是。將偵查階段分類成「檢察官所為者屬『偵查』，警察所為者屬『調查』」毫無意義。解決之道，在於前提上應考慮直接賦予警察機關權限，要求其就證據蒐集工作之成敗負起全責，或乾脆建構「**雙偵查主體**」，此時的檢察官只在警察機關移送者未符合起訴要求下，再為「補充偵查」或退回警察機關「補足證據」。

亦即，理想之檢警關係應將「**證據之蒐集面**」全數交由警察機關負責，至於「**證據之篩選面**」則交由檢察官負責，並以此為起訴、不起訴或緩起訴處分之決定依據，方為的論。

四、拘提與逮捕(註 12)

(一)概說

自刑事訴訟法第 87 條關於通緝之規定觀之，該條將「拘提」與「逮捕」並列規定，拘提與逮捕之概念混淆在一起，導致原先所提之「拘捕時需有令狀為憑者稱之為拘提，無需令狀亦得執行者稱之為逮捕」之概念區分趨於模糊。

因此，就現行法之規定，實無法完全區分「拘提」與「逮捕」之概念，有時甚且造成認知上之困難。嚴格而論，拘提與逮捕之區分，就刑事訴訟程序之運作而言，並無多大意義，僅係製造概念之混淆而已。因此，以下將拘提與逮捕，區分為：

1. 需有令狀憑藉之「通常拘提逮捕」(刑訴法第 75、76 條)；
2. 「現行犯、準現行犯逮捕」(刑訴法第 88 條，執行時基於時機之考量而在無令狀憑藉下，得以先行逮捕)；
3. 「緊急逮捕」(刑訴法第 88 條之 1)。

(二)通常拘提逮捕

黃老師認為，除拘提逮捕之法定原因(刑訴法第 75 條、第 76 條各款)、理由(存有犯罪嫌疑)外，亦應考量「**拘提逮捕之必要性**」(註 13)。於判斷是否有拘提逮捕之必要性時，應確實考量以下諸種情狀，例如：考量犯罪嫌疑人年事已高或年少、遭遇、犯罪情節之輕重、犯罪型態(暴力型與否)以及其他諸般情狀(如：單純僅屬懲罰過度之傷害行為、殺害甫生子之行為、貧窮者之一時偷竊行為等)發現，犯罪嫌疑人並無逃亡之虞，且亦無湮滅證據之虞，很明顯地得以認為並無拘提逮捕之必要性，此時對於拘票之聲請應不得加以核發。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

惟遺憾者乃為屬於前述無拘提必要性之犯罪類型，在實務之運作上，率皆不先作拘提必要性存在與否之判斷，直接交由檢察官依刑事訴訟法第 228 條第 4 項規定命具保（設若亦未能依刑訴法第 92 條第 2 項之規定授權警察不予解送之辦理，以方便涉案者之行動，則情況將更加嚴重）。如此一來，檢察官所為者，只論犯罪嫌疑人涉案與否，對於有無拘提逮捕之必要部分幾乎不作判斷，甚且就刑訴法第 101 條及第 101 條之 1 所提之羈押理由存在與否之判斷部分，似乎與其無關，直接具保以釋放犯罪嫌疑人，實有濫用具保之疑慮。

(三)現行犯、準現行犯逮捕

1.黃老師指出，就準現行犯之規定內容對照於現行犯之規定得以發現，準現行犯部分並未對於犯罪行為之「時間」加以規範。因而在解釋上，準現行犯既然在於準用現行犯之規定，故犯罪事實與犯人皆需明確外，在時間之要求上亦應設定在得以清楚明確地認定，「**犯罪實施後不久（接近即時）之時間內發現**」者為限。

因若從現行犯之逮捕屬於令狀主義之例外，以及憲法理念所要求之正當法律程序之觀點而論，「不久（即時）之時間內」之條件要求必須嚴格的加以解釋方可，否則將產生過度擴充準現行犯逮捕範圍之疑慮。亦唯有為如此之解釋，方得以與憲法第 8 條所云之現行犯逮捕之概念接近。因此，如已離開犯罪現場數里外之地點，且於犯罪發生後之一段時間（約略一小時）後，方欲對之以準現行犯逮捕之行為，將不能認為其屬合法的準現行犯逮捕。

2.依刑事訴訟法之規定，現行犯在無令狀之情形下，不論任何犯罪、不問犯人之住居或姓名是否明確、犯人有無逃亡之虞、證據有否被滅失之虞，任何人皆得逕行逮捕之。惟雖如此，若屬於專科罰金等輕微案件，犯人之住居或姓名並非不明確，且犯人亦無逃亡之虞，是否得對之直接逮捕，將需慎重考量。因犯罪情節輕微，且亦無不得對之加以追訴之疑慮，加以直接之逮捕所造成之人身傷害與其所侵犯的法益相較，更顯輕重失衡(註 14)。然而一般民眾非法律專家，並無法判斷是否可以加以逮捕，因此，一般民眾於現行犯逮捕後必須簡化之後解送之程序，否則，在此些輕微案件對犯罪嫌疑人所產生的侵害將更行擴大。

(四)緊急逮捕

1.緊急要件之判斷基準



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

警察人員於巡邏中經由盤查機會發現嫌疑犯涉有重大案件，或者經由自首者、自行到場（警察機關等）者之報案得知嫌疑犯明顯地涉有重大案件；此時為確保嫌疑犯日後得以順利完成追訴程序，且在考量情況之急迫下，對於該等嫌疑犯反而必須立即採取緊急逮捕作為，否則嫌疑犯一旦離去，未來之程序將無法獲得確保。如此一來，面對前述之急迫情況所為之緊急逮捕行為，雖無法列入憲法第 8 條或刑事訴訟法第 88 條現行犯（或準現行犯）之範圍，惟基於實際之考量，即便是容許例外情況下之緊急逮捕作為亦屬不得已之情事。因此，在刑事訴訟法第 88 條之 1 所提之情況急迫概念與 4 種理由認定之要求下，緊急逮捕須嚴格考慮到下列情況要件：

- (1)涉嫌重罪案件（刑訴法第88之1第1項第1、2款所云者，未必屬於此一範圍，嚴格而論不應實施緊急逮捕）；
- (2)處於情況急迫，未及聲請拘提逮捕令狀；
- (3)拘捕時須告知嫌疑犯拘捕之理由；
- (4)拘捕後應立即聲請拘提逮捕令狀之簽發；
- (5)事後未得拘捕令狀之簽發時，應立即釋放嫌疑犯（現狀下警察人員不能直接釋放嫌疑犯之法制設計，有其未能兼顧便民之疑慮）。

2. 事後逮捕理由及必要性之判斷

在緊急逮捕犯罪嫌疑人之情形，一旦發現，逮捕理由之犯罪事實無法構成、或者所認定之事實顯然地無法構成犯罪或者並無留置或偵訊被告之必要，事後應對所逮捕者立即加以釋放。然為慎重起見，非但須對緊急逮捕之要件加以審查，亦應對緊急逮捕之一般拘提逮捕理由一併加以探討，因而於緊急逮捕後，所有之案件皆應提出拘提逮捕令狀之聲請（此部分刑訴法第 88 條之 1 第 2 項規定「……如檢察官不簽發拘票時，應即將被拘提人釋放」），以杜絕非法緊急逮捕行為之發生。

蓋因此一聲請之目的，並非在於使無理由之緊急逮捕變成有理由之逮捕，進而逮捕被告，而是在於有必要強化緊急逮捕當時，其要件具備與否之審查。緊急逮捕之發動需與通常逮捕相同，緊急逮捕之拘提逮捕令狀一旦取得核發，在實質上，會使得逮捕行為溯及地產生追認效果，因而取得行為之正當性(註 15)。

(五)拘提逮捕令狀之未來課題

1. 拘提逮捕之性質



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>
北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

逮捕行為應與羈押行為之解讀相同，其目的乃在於為確保他日公判庭中被告得以出庭，以及為防止罪證受到湮滅所為之一種身體拘束處分，因而將逮捕令狀解讀為屬於「**法官命令狀**」（立於彈劾式偵查觀）之見解較符合司法審查之宗旨(註16)。亦即逮捕令狀乃基於法官所擁有之強制處分權，藉由法官審查與核發之監督行為，而將逮捕權個別地賦予偵查人員執行，最後仍受法官司法審查之監督(註17)。

2. 現行法上問題

與羈押行為相互比較之結果，對於人身自由之拘束部分，拘提、逮捕行為在法律上之規範較為簡略，審查機制並不健全。尤其是，有關拘提逮捕權限之歸屬方面，自始未能貫徹「令狀原則」之要求。亦即檢察官身兼拘捕活動之決定者與執行者之角色，被告或犯罪嫌疑人無疑地淪為受其支配或處分之對象，事後亦無任何監督機制得以控制，**有違當事人對等原則**（編按：黃老師認為應將拘提逮捕之決定權回歸法院為司法審查）。

五、羈押與具保(註 18)

(一)從令狀主義觀點檢視羈押制度(註 19)

1. 概說

(1)強制處分的發動因會侵害到被處分者之自由與權益。因而倘將實施者與決定者劃歸為同一人，難免會遭到濫用。法律規定許多發動的要件，其功能即在於限制國家權力的實施，一旦由實施者決定，則此些要件有如被架空。因是否達此一要件存乎實施者一心，完全欠缺監督的機制。因此，強制處分在實施前應由一中立之第三人加以審查，將使限制國家權力實施的立法意旨加以落實，對人權保障才能落實（令狀主義）。

(2)實施強制處分時需有書面的憑藉，惟此亦不代表真正落實令狀主義。因**令狀主義的要素是要經過「司法審查」**，即便是有書面，但亦不能完全與令狀劃上等號。例如，拘提時應用拘票，拘票在偵查中由檢察官簽發（刑事訴訟法第 77 條）。**拘票由偵查機關核發，明顯與司法審查不符，執行時雖然有書面的憑藉，但仍不能稱為符合令狀主義之「令狀」**（註 20）。

2. 拘捕前置原則

(1)拘捕前置原則之意義

「拘提（逮捕）前置原則」係指，必須先經合法拘提或逮捕之程



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

序後，方得以聲請羈押。在「拘捕前置原則」下，除拘提或逮捕所憑之犯罪嫌疑事實與羈押所憑之犯罪嫌疑事實必須相同外，亦得藉由法院之「雙重審查」以保障被告之人身自由不受任意侵害。換言之，不合法之拘提（逮捕）之情事一旦發生，即便是檢察官提出羈押之聲請，法院亦不得為羈押之裁定。

基於上開理由，為符合拘捕前置原則，刑訴法第 228 條第 4 項規定，被告經傳喚、自首或自行到場者（未經拘捕），檢察官於訊問後認有羈押之必要者，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。同法第 229 條第 3 項規定，被告或犯罪嫌疑人未經拘提或逮捕者，不得解送檢察官。不得解送至檢察官乃含有不得羈押之意義在內。

(2)現行法制下之問題點（黃朝義老師之見解）

- A.前階段之拘捕依法並不符合令狀原則之要求。檢察官具有「短暫拘束人身自由」處分（拘捕）之決定權，對拘捕前置原則之落實，具有極大之「殺傷力」。因檢察官得自行片面決定是否拘捕被告（或犯罪嫌疑人），不受任何之監督，完全在於其主觀之好惡，邇後於羈押聲請時，拘捕所憑之犯罪嫌疑事實與羈押所憑之犯罪嫌疑事實，是否屬於相同，法院很難加以判斷。審查時概以檢察官之陳述為準，拘捕前置原則因而淪為形式，此對被告而言，相當不利，實有違反正當法律程序（憲法第 8 條）之虞。
- B.刑訴法第 228 條第 4 項之規定乃係為了「形式」上滿足拘捕前置原則，究其實質並無太大之意義。立法者於將來修法時，應考慮將拘提（逮捕）交由法院審查（令狀原則之要求），而非為了遷就符合「拘捕前置原則」，創設新的逮捕事由。
- C.刑事訴訟法上並無任何規定，法院於審查羈押時，應先審查拘提（逮捕）之合法性，且立法者於刑事訴訟法中，並無具體「授權」法院得逕予駁回不合法拘捕所為之羈押聲請，如此一來造成實務上法院「無法可用」之窘境，無辜的是刑事訴訟程序下之被告。
- D.前述之問題點應屬環環相扣，倘前階段之行爲與後階段之行爲未能相互配合，拘捕前置原則之意旨，即將落空。因此，為落實此一理念，立法者於未來修法時，應將拘提（逮捕）之決定權回



歸法院為司法審查，方符人民之期待。

3. 羈押要件（刑訴法第101條第1項第1～3款、第101條之1）之檢討

(1) 犯罪嫌疑人犯罪嫌疑重大

此係指有事證證明犯罪嫌疑人涉有具體犯罪行為之嫌疑。惟此之明犯罪嫌疑之事證係與「起訴時，要求足以證明被告犯罪嫌疑之程度」，或與「有罪判決時不容任何懷疑之確信程度」是不同的（非客觀程度高低，乃說服之程度不同）。換言之，具體根據在於，犯罪嫌疑人所涉及之犯罪嫌疑只要在屬得以掌握之程度，即可認為足以證明犯罪嫌疑。

(2) 逃亡或有逃亡之虞

犯罪嫌疑人之確保，某種程度有助於偵查、審判與執行。尤其審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判。許被告用代理人之案件，得由代理人到庭（刑訴法第281條）。因此，偵查除發現犯人外，亦應確保偵查結束後，審判程序中，人犯始終在場。而對於有逃亡之虞之犯罪嫌疑人，最有效的保全手段即屬羈押。然而羈押卻是對犯罪嫌疑人之侵害最嚴重的強制處分，在發動上實有必要加以限制。因此，至少案行輕微或許用代理人之案件，縱犯罪嫌疑人有逃亡之虞，亦不得加以羈押（相當性）。

(3) 有事實足認為犯罪嫌疑人有滅證之虞

A. 此係指對證據產生之不當功能。其所著眼之點，並非犯罪嫌疑人本身逃亡的可能性，而係犯罪嫌疑人與證據間之關係。此種羈押事由，將來實有必要加以改正。基於「**犯罪嫌疑人防禦權保護**」與「**偵查中程序主體強化**」之觀點下，**不應以犯罪嫌疑人有滅證之虞作為羈押之理由**。否則，犯罪嫌疑人羈押於看守所之中，如何確保其主體性之特徵，讓其進行為公判需要之準備工作。

B. 另從實務運作之觀點言之，檢察官以被告有滅證之虞作為羈押之理由，亦必須「具體指明」何證據、何共犯，犯罪嫌疑人有滅證的可能，自不得任意空言指摘，泛稱若不予羈押犯罪嫌疑人滅證之虞。如此方能使此一羈押要件不淪為「形式」，破除檢察官抽象的主觀判斷，讓被告之權益獲得最大之保障。然而，一旦實務真正落實此種「具體指明」的運作，亦恐產生實際上矛盾之效應：



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓・02-23115586(代表號)

(A)如何具體認定犯罪嫌疑人「很有可能」會進行滅證之作為，其中之關連性，在實務上之證明相當不容易，甚至很有可能犯罪嫌疑人自己都不知道有此證據存在（例如，證人暗中目擊犯行）。

(B)若能具體指出何證據有被湮滅之可能時，偵查機關為何不事前進行保全證物之措施，非得要等羈押後再取證（押人取證）。換言之，一旦能夠具體指明何證據有被被告滅證之虞時，即表示該證據已被偵查機關所掌握。

因而，可想見多數以滅證作為羈押聲請之情形，主要係證據仍不充分，在不知有何證據存在時，為避免犯罪嫌疑人湮滅、勾串「不特定」、「不知名」之證人，偵查機關僅憑其假設、推斷所為之判斷。此種偵查構造可謂係將犯罪嫌疑人列為偵查之客體，藉由羈押之手段，作為檢警便利偵查之工具。

(4)重罪

此種羈押事由，實務見解認為，只要被告涉嫌犯重罪，不論有無之原因可皆得加以羈押。惟就刑事訴訟法第 101 條第 1 項觀之，重罪僅係羈押要件之一，尚須符合「非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行」之必要性要求。因此，實務不得僅以犯罪嫌疑人涉犯重罪即予以羈押。換言之，重罪僅代表逃亡之原因大增，將來容易使審判、執行發生困難，非只要犯重罪，即得加以羈押。

★補充重要大法官解釋（釋字第 665 號）：

①解釋文：

刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 款規定，於被告犯該款規定之罪，犯罪嫌疑重大，且有相當理由認為有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之。於此範圍內，該條款規定符合憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 8 條保障人民身體自由及第 16 條保障人民訴訟權之意旨，尚無牴觸。

②解釋理由書：

①憲法第 8 條第 1 項前段規定：「人民身體之自由應予保障。」羈押作為刑事保全程序時，旨在確保刑事訴訟程序順利進行，使國家刑罰權得以實現。惟羈押係拘束刑事被告身體自由，並將之收押於一定處所，乃干預身體自由最大之強制處分，使刑事被告與家庭、社會及職業生活隔離，非特予其心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用等人格權之影響甚為重大，自僅能以之為保全程序之最後手段，允宜慎重從事（本院釋字第 392 號、第 653 號、第 654 號解釋參照）。是法律規定羈押刑事被告之要件，須基於維持刑事司法權之有效行使之重大公



益要求，並符合比例原則，方得為之。

- ② 刑事訴訟法第 101 條第 1 項規定：「被告經法官訊問後，認為犯罪嫌疑重大，而有左列情形之一，非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之：一、逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。二、有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者。三、所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為 5 年以上有期徒刑之罪者。」該項規定羈押之目的應以保全刑事追訴、審判或執行程序為限。故被告所犯縱為該項第 3 款之重罪，如無逃亡或滅證導致顯難進行追訴、審判或執行之危險，尚欠缺羈押之必要要件。亦即單以犯重罪作為羈押之要件，可能背離羈押作為保全程序的性質，其對刑事被告武器平等與充分防禦權行使上之限制，即可能違背比例原則。再者，無罪推定原則不僅禁止對未經判決有罪確定之被告執行刑罰，亦禁止僅憑犯罪嫌疑就施予被告類似刑罰之措施，倘以重大犯罪之嫌疑作為羈押之唯一要件，作為刑罰之預先執行，亦可能違背無罪推定原則。是刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 款如僅以「所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為 5 年以上有期徒刑之罪」，作為許可羈押之唯一要件，而不論是否犯罪嫌疑重大，亦不考量有無逃亡或滅證之虞而有羈押之必要，或有無不得羈押之情形，則該款規定即有牴觸無罪推定原則、武器平等原則或過度限制刑事被告之充分防禦權而違反比例原則之虞。
- ③ 惟查依刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 款及第 101 條之 2 之規定，法官決定羈押被告之要件有四：犯罪嫌疑重大，有法定之羈押事由，有羈押之必要（即非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行），無同法第 114 條不得羈押被告之情形。是被告縱符合同法第 101 條第 1 項第 3 款之羈押事由，法官仍須就犯罪嫌疑是否重大、有無羈押必要、有無不得羈押之情形予以審酌，非謂一符合該款規定之羈押事由，即得予以羈押。
- ④ 刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 款規定之羈押，係因被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為 5 年以上有期徒刑之罪者，其可預期判決之刑度既重，該被告為規避刑罰之執行而妨礙追訴、審判程序進行之可能性增加，國家刑罰權有難以實現之危險，該規定旨在確保訴訟程序順利進行，使國家刑罰權得以實現，以維持重大之社會秩序及增進重大之公共利益，其目的洵屬正當。又基於憲法保障人民身體自由之意旨，被告犯上開條款之罪嫌疑重大者，仍應有相當理由認為其有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等之虞，法院斟酌命該被告具保、責付或限制住居等侵害較小之手段，均不足以確保追訴、審判或執行程序之順利進行，始符合該條款規定，非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行之要件，此際羈押乃為維持刑事司法權有效行使之最後必要手段，於此範圍內，尚未逾越憲法第 23 條規定之比例原則，符合本院釋字第 392 號、第 653 號、第 654 號解釋意旨，與憲法第 8 條保障人民身體自由及第 16 條保障人民訴訟權之意旨，尚無違背。

(5) 預防性羈押

此乃針對「將來犯罪之高度可能性」作為羈押之原因，與犯罪偵



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

查之訴求有所區隔，純屬犯罪防治方面之政策問題，直接將其規定於刑事訴訟法內似乎不甚合理。

4. 羈押期間過長問題

就我國法制而言，偵查中得為 2 個月的羈押，可再延長羈押 1 次，總計得 羈押被告 4 個月，在立法例上屬於相當特殊之法制。偵查中得為長期間的 4 個月羈押，羈押期間顯然過長。對偵查機關而言，除特殊案件外，有無必要如此長之羈押期間，恐無法以通案之方式予以詮釋。蓋因長期間的羈押容易流於濫權，經常會假借羈押之名義，進行實質的非法偵查行為。

因而在實務運作方面，偵查一旦陷入困難，苦於無法突破時，長期間之羈押制度，正是偵查人員辦案的保障。具體而論，目前處處可見的，例如不應羈押而羈押或先押人再找證據（押人取證）之羈押等不合法的羈押即為顯例。

5. 律師閱卷權（拘捕理由與羈押理由書類）(註21)

6. 羈押之救濟課題

(1) 羈押裁判之形式與救濟

刑事訴訟法第 102 條第 4 項僅規定，押票，由法官簽名。此押票簽發之形式是否以裁定之方式，並無明文。在解釋上並非一定需以「裁定」之方式不可。在訴訟資源、犯罪嫌疑人救濟便利之立場考量下，似乎以法官「處分」之方式即可，在救濟途徑上亦可收簡便之效。

換言之，在現行法的立場下，羈押之准駁可用「法官處分」之方式為之，自可減少卷證移送、分案、審理所需之勞費。另一方面，為節省救濟之時效，以準抗告提起救濟，原羈押准駁所屬法院，應於 24 小時內自為裁定，以免重複發回之累（此屬將來立法課題）。

(2) 羈押理由之開示與意見充分陳述

除羈押之准駁以處分為之外，如何減少對於羈押決定一再表示不服，亦應加以考慮。其中，最簡便之方法在於，法官應將得出准、駁羈押決定之理由、心證適時於羈押審查與押票中予以闡明。

A. 事前程序：法官應將有無羈押必要之理由適時公開（例如，向檢察官闡明無法得出犯罪嫌疑人逃亡之理由），避免「突襲性」裁判之情事發生，減少事後之爭議。



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

B.事後程序：法官亦應再將羈押之理由充分說明，使當事人能夠充分知悉法官為處分之依據，此除保障羈押程序之嚴謹外，亦可充作當事人是否提起救濟之憑藉。且充分說明理由，亦可減少當事人不服而提起救濟。

(3)檢察官應到場陳述意見與提出證據

法官訊問被告時，檢察官「得」到場陳述聲請羈押之理由及提出必要之證據（刑訴法第 101 條第 2 項、第 101 條之 1 第 2 項）。雖法條規定「得」，惟法院僅係「確認者」之角色（確認檢察官所提之羈押聲請），故「應」由聲請者到場陳述並提出必要之證據（註 22）。此用意在於避免法官駁回羈押聲請後，檢察官一再提出抗告或準抗告之救濟。

(4)駁回羈押救濟理由之限制

法官駁回羈押之聲請是否容許檢察官提起救濟，乃存有疑問。蓋因此與犯罪嫌疑人之救濟途徑，不可相提並論，基於犯罪嫌疑人之人身自由保障，在「有權利必有救濟」的法理下，應給予犯罪嫌疑人救濟之機會。當原處分已經載明理由，並給予檢察官充分陳述、提出事證之機會時，原則上應不容許檢察官再次提起救濟，僅當原處分之羈押理由不備或理由矛盾時，才得作為救濟之理由。換言之，應嚴格限定檢察官之聲請，不得以證據之證明力之自由心證問題作為提起救濟之理由。因自由心證問題應適度尊重審查法官之判斷，當檢察官所提之證據無法說服法官時，表示已經不符合羈押之要件。倘以相同之事證，再次提起救濟，羈押案件將會一直拖延；聲請羈押之理由，恐會因犯罪嫌疑人早就逃亡、湮滅罪證，而早已不復存在。

又針對目前實務羈押救濟程序冗長之問題，法務部亦開始正視此一問題之嚴重性，而提出「暫時羈押抗告」之立法建議。然而，基於憲法第 8 條 24 小時之保障，當法官駁回羈押之聲請，而容許「暫時性」的拘留犯罪嫌疑人，恐有違憲之疑慮。因此，針對駁回羈押聲請之處分，應立即將犯罪嫌疑人釋放。

(5)犯罪嫌疑人之簡便救濟途徑

檢察官針對羈押之駁回處分，在提起救濟時應有理由之限制。惟在犯罪嫌疑人方面，基於「有權利必有救濟」與「人權保障」之思考基準，不應如此限縮救濟之理由，用以避免因錯誤之決定，



產生侵害人權之憾事發生。換言之，當承審法官做出羈押之處分，基於「有權利必有救濟」之法理，不應限制準抗告之理由。並且為避免救濟程序冗長，準抗告之程序亦應以簡速為主。

(二)具保制度與無罪推定

1.具保制度之意義

具保制度之設置，其目的乃在於為確保被告將來得以出庭應訊、接受審判，對於符合法律上所規定之一定保證條件者，暫時停止羈押，而將被告從羈押狀態中予以釋放。此對於承認被告擁有無罪推定地位之訴訟制度而論，有此必要，且能有效的保障被告得以早日由羈押之狀態脫離，以保障被追訴者之防禦自由。**因而在重視無罪推定原則之前提下，應將具保制度視為被告之一種「權利」。**蓋因具保權之保障一旦受到剝奪，正如同對被告科以過重之負擔，而使被告淪為糾問程序下之有罪推定者。同時，法院在為具保與否之裁量時，其基準應考慮：

- (1)被告是否存有逃亡之危險或拒絕接受審判之危險；
- (2)被告釋放後可能造成社會安全之虞等。

因此，被告若無該當其中之任何一基準，具保之聲請將不被拒絕（以美國為例）。

2.具保制度與無罪推定之關係

- (1)現行法就有關具保制度部分，設有限制法院駁回聲請停止羈押之規定（刑訴法第 114 條）。藉由該條款之有效適用，被告之訴訟地位可望獲得提昇，甚且亦可強化無罪推定原則之重要性。惟因實務上經常以被告有偽造、變造、湮滅證據或串供之虞，或依同法第 101 條之 1 存有預防性羈押之內容聲請羈押，此除與刑訴法之規範理念不合外，尙且更加嚴重地違反無罪推定原則。
- (2)惟任何原理原則皆有其無法突破之界限存在，無罪推定原則當亦不例外。亦即，無罪推定原則亦須藉由被告之防禦利益與追訴之公共利益間之平衡關係，以使該法理獲得支持。因此，一味的癱瘓追訴之公共利益，進而致使追訴無效的訴求行為，並非為無罪推定原則之原始涵義。無罪推定原則雖以保護被告防禦權為內容所建立之訴訟大原則，然並非成為賦予被告得以享有「**構築隱匿自己犯罪城堡**」之權利。原則上，無罪推定原則所存有之限度係分別對應於各訴訟行為而存在著：



- A.偵查階段中之逮捕、羈押、搜索、扣押等強制處分，對於被告之防禦權而言，屬於嚴重的限制。因此，為使不致於過度影響無罪推定原則之保障，強制處分要件之強化以及令狀原則之要求等制度面的考量，皆屬不可或缺之條件。因此，尤其是包括傳喚、拘提、具保等所有的強制處分或等同強制處分之處分，皆應回歸法院行使司法審查。
- B.具保後之被告，一旦發現其對於社會安全、個人自由財產存有明確的緊急危害之虞時，即使需要保障其無罪推定的地位，亦可對之發動相當程度的限制。
- C.在事實審之審判程序中，經由審理結果，被判有罪之案件，即使經由上訴之提起，無罪推定原則之原貌亦將產生變化。因經過以案件之全面性事實審理為內容之第一審程序與第二審程序後（然若未來之二審屬以審查原審有罪判決當否為內容之「事後審查審」時，當以第一審判決為基準），無罪推定原則之法理適用產生變化，亦屬不可避免之事。亦即，**事實審之審判程序終結後，其與先前之程序最大不同之處乃在於可否為具保之聲請。在通常情形之下，或許於偵查中之具保聲請可謂為屬於被告之權利，一旦最終之事實審判決有罪（尤其是重罪之判決）之後，基本上不得為具保之聲請。**

換言之，依據事實審之終審結果，被告既已受重刑之判決，嗣後依法應不得認為具保之聲請屬於其權利。因為確保國家刑罰權之實現，在被告是否存有逃亡之危險或拒絕接受審判之危險，以及被告釋放後是否會造成社會安全之虞等問題很難確保之情形下，基本上不應容許被告具保在外，否則實無法想像「看守所」之存在意義。甚且，在法制上，羈押之實施，設若僅考慮到被告之身分關係時，必然會造成，有辦法者即使被判重刑，亦可具保在外；相對地，沒有辦法者即使僅犯非重罪或未確定之重罪，亦難免受到羈押之命運。相較之下，殊為不公平。

- (3)對被告而言，設若將拘提、逮捕、羈押視為負面因素加以考量時，很明顯地，具保制度之存在可謂為其反面判斷，屬於對被告具有正面價值之制度。進而言之，對被告而言，具保制度係與其自由權及防禦權之保障存有密切關係，且其與實現公平法院理念具有密不可分之緊密關係。蓋因羈押制度係以取得①被告因羈押所喪



失的防禦自由，與②藉由羈押以確保法院得以維持訴訟程序順利進行（訴訟秩序）間之平衡為基礎。

相對地，具保制度係以取得①被告因具保而恢復其防禦上之自由，與②確保法院得以維持訴訟程序順利進行間之平衡為基礎。兩種制度（羈押制度與具保制度）共通之課題為「被告之防禦自由」與「維持訴訟程序順利進行」。然在基礎上，兩種制度皆會面臨到「被告之防禦自由」與「確保被告無罪推定地位」之強化，方為整個問題之核心要點。亦即訴訟程序之運作，基本上不應輕視「被告之防禦自由」與「確保被告無罪推定地位」之重要，以及不得過度強調訴訟秩序維持之羈押制度；相同地，具保制度亦須考量如上之要件而不得有所偏廢。

(三)羈押原因與替代手段(註 23)

【案例】

某甲因販賣毒品案件遭警逮捕查獲，經解送至檢察官。檢察官訊問後，以「尚有共犯未到案，有勾串共犯之虞、所犯為重罪，但目前尚無羈押必要」為由，諭知某甲以新台幣 100 萬元交保，試問：此一命交保之處分是否合法？

【說明】

1.羈押原因與替代手段之關係

自「羈押原因」(刑訴法第 101 條第 1 項第 1~3 款、第 101 條之 1)、「替代手段」(具保、責付、限制住居)、「禁止命令」(刑訴法第 116 條之 2、第 117 條之 1、第 108 條)等相關法條文義觀之，「禁止命令」必須「依附」在具保、責付、限制住居等處分而無獨立運用之可能。

另可以得知，羈押原因與羈押替代性手段之「組合」，有以下數種可能：(1) 有逃亡之虞與替代手段；(2) 使案情昏暗之危險與替代手段；(3) 重罪與替代手段；(4) 預防再犯特定犯罪與替代手段。

2.各種「替代手段」之檢討

(1)替代手段之意義

A.具保：係指以命提出保證書，並指定相當之保證金額，而釋放羈押中之犯罪嫌疑人(但我國目前實際作法多係要求犯罪嫌疑



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

人提出保證金「交保」，提出保證書者為少數，此顯與現行法制不符)。

- B.責付：係指將被告未來出庭、到場之責任，交付於受責付人。
- C.限制住居：指限制被告住居處。

(2)檢討(黃朝義老師之見解)

A.以上三種所謂之替代手段，究其實際而言，皆屬「**保全犯罪嫌疑人**」之處分。因就具保而言，其沒入保證金之前提係「**犯罪嫌疑人逃匿**」(刑訴法第118條)，唯有當犯罪嫌疑人逃匿時才有制裁之措施，其他羈押原因發生根本無法得出此一法律效果。另就責付、限制住居而論，充其量乃促使被告到場之手段與其他羈押原因無涉。

換言之，**具保、責付、限制住居，本質上乃「保全被告」之手段**，**犯罪嫌疑人若真有使案情昏暗之危險、犯重罪、再犯特定之罪等情狀時，責付、限制住居根本無法避免此種情形發生。**

B.就「**比例原則**」之觀點而論，當採取之方法無助於目的之達成時，該方法顯係「**無效之方法**」，此舉無異增加犯罪嫌疑人不必要之負擔，顯與正當法律程序之憲法理念背道而馳。因此，**現行法所謂羈押之「替代手段」僅能適用於「被告有逃亡之虞」之情形。**

C.既然犯罪嫌疑人具有上述幾種羈押之原因，然無羈押之必要時，各類之替代性措施亦應考量各種羈押原因，立法者應根據羈押原因之不同而據以決定不同之替代措施，而非法條所舉之具保、責付、限制住居。事實上，我國刑事訴訟法第116條之2已經有上述之考量。立法者似乎已經意識到做為羈押的替代手時不能僅限於上述三種情形，應該根據事實上之需要做出不同之處置。但現行法條卻又將上開禁止命令「**依附**」在替代手段上，其效果頗值疑慮(註24)。

3.「禁止命令」之具體運作

(1)犯罪嫌疑人有使案情昏暗之危險

犯罪嫌疑人有使案情昏暗之危險時，具保、責付、限制住居不足以達到防止之效果，故當無羈押必要時，院、檢自不得為任何替代性手段。此時依現行法而論，禁止處分亦無法發動，因



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段2號8樓·02-23115586(代表號)

而將導致只有「羈押」或「放人」二種選擇。此種法制上之漏洞，自宜在修法時予以考量。

理想之作法在於「禁止處分獨立運作」，亦即將禁止處分與現行之替代性手段做合一之處置，將羈押性之替代性措施擴大，讓院、檢在具體個案中作出合理之選擇。例如，可對被告發出禁止對證人、鑑定人為騷擾、接觸跟蹤、通話、通信或其他非必要之聯絡行為。一旦犯罪嫌疑人違反此些命令，將構成羈押之理由（有羈押之必要），並且在未來立法時將此類行為之違反，列為「藐視法庭」之一種，並以干擾司法罪論處，科以刑罰。

(2)重罪

犯罪嫌疑人涉犯重罪得為羈押之事由，其羈押之原因何在，何以涉犯重罪得以羈押？

A.一種可能性立場之考量在於此類型之案件對社會安全危害較大，尤其是殺人案件或社會重大矚目案件。當此類涉案人於犯案後仍可不受羈押之處置，而任意在社會中與人群接觸，無異造成社會上之恐慌，而且對受害人、證人都是一種危險，此種重罪羈押之目的，無非出於社會觀點之考量，並非就案件進行本身有何思考。

B.犯重罪除係羈押事由外，亦為逕行拘提之事由（刑訴法第 76 條第 4 款）。依現行之規定而論，拘提仍為檢察官之權限，並不受司法審查，犯罪嫌疑受拘提之後有被偵訊之「義務」（依現行法犯罪嫌疑人僅得為緘默權，尚無拒絕偵訊、逕行離去之權利），實際上已將犯罪嫌疑人列為「偵查之客體」，因而所謂重罪之羈押，或多或少亦係基於此種考量，亦即將犯罪嫌疑人列為偵查之客體，藉由羈押此一手段威迫犯罪嫌疑人自白或進行其他進一步之偵查作為（押人取證）。

重罪羈押若出於上列之目的而無其他考量因素，已然失去任何正當性之基礎，而逸出正當法律程序之憲法要求，恐有違憲之疑慮。就此點而論，**檢察官一旦聲請重罪羈押，理論上各種替代性手段皆無助於羈押目的之達成**，因此所謂替代性手段、羈押之最後手段性，最後皆變成「犯罪嫌疑重大」之取決。

(3)預防性羈押

此種以預防再犯為其考量之羈押理由，在學理上已經有許多批



高點律師司法官班 <http://www.license.com.tw/lawyer/>

北市開封街一段 2 號 8 樓 • 02-23115586(代表號)

評見解。惟無論如何，在解釋上，倘若有其他禁止命令可以有效降低再犯之虞時，院、檢自應優先考量此種手段而不予羈押。

【解析】

1. 本例檢察官命交保之處分，並不合法：

現行法制將具有保全犯罪嫌疑人性質之具保、責付、限制住居等處分做為無羈押必要之替代手段（此三種處分僅能適用於有逃亡之虞），此點實有疑義。尤其是，我國實務上率皆命犯罪嫌疑人具保以換取自由之模式，自與法不合，故本例題中檢察官以某甲「有勾串共犯之虞、所犯為重罪，但目前尚無羈押必要」為由所為之「具保處分」，並不合法。

2. 禁止命令應獨立運作，列為羈押替代手段之一：

刑訴法第 116 條之 2 雖規定有數款禁止命令之內容，然而現行法制卻將此類之禁止命令「依附」在替代手段上，因而導致只有在犯罪嫌疑人有逃亡之虞時，才能運用此一禁止命令，此點自不能符合現狀之需求，且在法理上亦無必然之關係。**將來在立法時宜放寬禁止命令之適用範圍，作齊一式的立法，而將具保、責付、限制住居及禁止命令皆視為羈押之替代手段(註 25)。**

除此之外，犯罪嫌疑人可能有數個羈押之理由，在實際運作上亦可能會配合數個禁止命令或替代手段，只要在內容上不矛盾，皆有並存之可能。尚且就受處分人而言，每一個處分都可以單獨救濟，也可以全部提起救濟。在救濟程序時，應視聲明不服的範圍以進行審查。

再者，院、檢不論是為羈押之決定抑或為其他替代禁止之命令，應將所為決定之理由及依據明白的告知犯罪嫌疑人，不得先告知處分內容，之後等到受處分人救濟時再補充依據及理由，亦即在為處分當時就應該把理由充分表露，而且禁止為任何概括、抽象之說明。

【未完・待續】



《備註》

- 註1： 另詳參黃朝義，《刑事訴訟法》，二版，新學林，2009.9，第347～351頁。相關考題，參90年司法官第1題。
- 註2： 有關「證據開示制度」部分，另詳參黃朝義，無罪推定〈論刑事訴訟程序之運作〉，五南，2001，第79頁以下；刑事訴訟法〈制度篇〉，元照，2002，第121頁以下。
- 註3： 2003年修法亦修正刑事訴訟法第288條，將法官訊問之規定修正，除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。
- 註4： 例如，屬於非任意性之自白或傳聞證據之證據，即便是具有極高證據之證明力，原則上，此些證據並不具有證據能力，自不得成為評價之對象，因而不得提出於法院。再者，採用證據排除法則之結果，對於法官資料來源而言，亦屬一種重大限制。亦即採用該原則之情形下，雖不得稱其為屬於自由心證主義之變化，然就實際之影響而論，間接上已對自由心證主義形成限制。
- 註5： 刑事上訴審之結構問題與未來第二審、第三審之審判範圍問題，請詳參同前註1書，第639頁以下；黃朝義，刑事訴訟法〈制度篇〉，元照，2002，第161頁以下；無罪推定〈論刑事訴訟程序之運作〉，五南，2001，第35頁以下。相關考題，參97年律師第4題。
- 註6： 另詳參同前註1書，第717頁以下。相關考題，參92年司法官第4題。
- 註7： 詳參同前註1書，第131～137頁。
- 註8： 黃老師強調，自刑事訴訟保障人權之觀點而言，實施強制處分所憑之「令狀」，其核發權屬「法院」司法審查權之職掌範圍。換言之，除非存有例外情形，否則沒有法院簽發的令狀，檢察官與司法警察人員不能夠進行強制性之偵查。
- 註9： 詳參同前註1書，第137～139頁。
- 註10： 另詳參黃朝義，犯罪偵查論，漢興，2004，第30～32頁。黃老師進一步說明：
(一)在偵查之過程中，只要能夠維持「強制處分需受司法審查之令狀原則」、「被告緘默權確實獲得保障」、「辯護人之接見通信權得以確保」以及「被告或辯護人之證據保全聲請權得以落實」等實質措施，偵查之構造便在某種程度上具有「彈劾式偵查構造」之內涵。



(二)上述兩種偵查構造之前提皆為令狀簽發之決定權在於「法院」。在偵查階段，我國目前之型態可謂比「糾問偵查構造」更加強調糾問，而將犯罪嫌疑人推向十足地「被偵查的對象」。從有無落實令狀原則（法官為司法審查）之角度而論，現今之制度可謂尚未符合任何「糾問式偵查構造」與「彈劾式偵查構造」之條件。是故，**論及偵查構造，其前提必須先將「令狀決定權」回歸「法院」進行司法審查，才可論述是否符合「糾問式偵查構造」與「彈劾式偵查構造」之要件。**

註11：詳參同前註1書，第140～146頁；同前註書，第24～40頁。相關考題，參93年律師第2題。

註12：詳參同前註1書，第166～184頁；同前註10書，第87～110頁。

註13：依刑事訴訟法之規定，拘提逮捕之必要性，具體而論，究竟意涵著何種意義並不明確。蓋因，有無必要拘提犯罪嫌疑人，其判斷係屬於身兼偵查機關之檢察官所擁有之權限，其客觀性受到質疑外，法條中亦將「必要性之判斷」與「理由依據」相互混淆在一起，似乎變得毫無意義。因此，可否拘提犯罪嫌疑人之審查，除應改為偵查機關以外之第三者（法院）擔當外，亦應確實考量「拘提逮捕之必要性」。

註14：例如，收受後方知為偽造、變造之紙幣而仍加以行使之犯行，對之以現行犯加以逮捕是否可行，值得三思。

註15：然就實際而論，對於緊急逮捕之審查，逮捕要件之具備應以何時點為準，在見解上頗為不同，有：以逮捕時為判斷基準、以令狀核發時之情狀為判斷基準、綜合說等不同之見解。

註16：黃老師進一步說明：

(一)糾問式的偵查觀乃是將偵查上之程序構造以「偵查機關對被告」之兩面關係作詮釋。在刑事案件之處理上，偵查機關形式上係以公平、公正、獨立之立場追究案件之真實，被告卻屬於被偵查的對象，對被告行使強制處分行為，亦被認為屬於正當之行為。以拘提為例，拘票之性質，在屬糾問式的偵查觀中，為「法官之許可書」，被告有忍受偵訊之義務。

(二)彈劾式的偵查觀，係指從偵查階段開始便以法院為主之結構，偵查機關與被告間係以相對立之當事人關係行使權利，且係以準備公判程序之目的解釋法院之三面關係。案件之真相係藉由公判程序中當事人間的攻擊防禦以求取。換言之，偵查機關只不過充當公判準備程序中之當事人角色，強制處分之決定權限屬於法院之職權。以拘提為例，拘票之性質，在屬糾問式的偵查觀中，為法



官之許可書，在屬彈劾式的偵查觀中，拘票屬於「法官之命令書」，且當事人僅能利用藉由強制處分所取得之結果，被告並無忍受被偵訊之義務。

- 註17：此部分與搜索扣押之情形存有類似情狀。亦即例如，檢察官或司法警察官於聲請核發之搜索票執行後，應將執行結果陳報核發搜索票之法院，如未能執行者，應敘明其事由（刑訴法第132條之1）。此部分乃在於落實法院之司法審查，以避免因為搜索票經法官核可後，無法追蹤核可後之執行狀況外，最重要者乃對於核可後之令狀，偵查人員倘未能執行之情形下，在司法審查之權限範圍內令其附理由交回，以監督、審查偵查機關有無濫行聲請之情事，並能避免核准後而無必要執行之令狀被濫用而造成民眾之另一傷害。刑事訴訟法第128條第2項第4款所云搜索票「逾期不得執行搜索及搜索後應將搜索票交還」之意旨，其理亦在此，以防止逾期之搜索票不被濫行使用。
- 註18：詳參同前註1書，第186～213頁；同前註10書，第139～167頁；刑事訴訟法〈制度篇〉，元照，2002，第109頁以下。羈押與具保是黃朝義老師向來關注的重點，請讀者務必留意。
- 註19：詳參黃朝義，從令狀主義觀點檢視羈押制度，台灣法學第120期，2009.1，第39～49頁。
- 註20：惟若所有的強制處分皆需事前的令狀，偵查活動的開展亦將處處受到限制。尤其當證據處於即將滅失的狀態時，此時即有必要緊急發動證據的保全。因此，雖然保障人權相當重要，但發現真實亦為刑事訴訟程序之目的之一，兩者不能偏廢，故本法亦容許在例外時採取無令狀的方式。
- 註21：見本學說精要（上）註15一（一）、（二）部分，此論點黃老師在此篇文章中再次強調，請讀者特別留意。
- 註22：黃老師進一步說明：
(一)偵查階段所為對於犯罪嫌疑人之羈押審查，貴在於迅速，法官所為之事實調查若過於廣泛將有不當。亦即其所為之調查，應該有所限制，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）。
(二)法院在審查羈押之要件時，並不適合進行公開言詞辯論，只要行書面審查或是單方面的陳述意見便為已足。理由在於：
1.偵查不公開原則（刑訴法第245條第1項）：
檢察官向法院聲請的羈押是在偵查階段中，所為的強制處分，



既然是偵查階段中所為的處分，便應該遵守該條的規定，倘以公開辯論之方式進行羈押之審查，明顯地違反偵查不公開的要求。

2.司法資源浪費：

設若每一次的羈押與否，都要以公開辯論進行，甚至是合議庭的方式為之，就以目前的法院編制而言，勢必是一個沈重且無法負荷的負擔。

3.審理方式考量：

以書面或是單方言詞陳述的方式審查羈押與否，通常能夠比公開言詞辯論之方式較為迅速，無論是就偵查的效益，或是人權的保障而言，皆屬較為妥當之作法。

註23：詳參黃朝義，羈押原因與替代手段，台灣法學第134期，2009.8，第139～143頁。

註24：就法理與事實上需要而言，「禁止命令（處分）」是否有必要「依附」在具保、責付、限制住居下，若只使用一種禁止處分就能達到防止犯罪嫌疑人逃亡之效果，基於比例原則之考量，即應選擇侵害最小的手段，因而此種搭配型的作法殊值懷疑。

註25：家庭暴力防治法第31條即採取此種立法模式（另參同法第32條）。

