論羈押替代手段之實然與應然
—兼提出羈押替代手段之刑事政策參考—

文／黃翰義

下

（文接上期）

從而，關於具保之規範，並未在實然面上發生應有之效果，反而是實務上創設了一種先行繳納保證金之具保類型，而此種創設，顯然與具保之本然面上所欲規範之內涵，發生「例外變成原則」之結果。因此，實務上對於具保之程序，通常直接命被告或第三人「繳納」保證金額，並未踐行先命其提出保證書及指定保證金額之程序，此一直接命被告或第三人繳納保證金額之程序，顯與法條規定之內容迥異，運作上恐有可議之處[19]。

（二）不得駁回之具保聲請

依本法第114條之規定，羈押之被告，若所犯最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪[20]、懷胎5月以上或生產後2月未滿或現罹疾病，非保外治療顯難痊癒者，如經具保聲請停止羈押，不得駁回。觀其理由，主要係因被告所犯之罪為輕罪、或為保護被告及其胎兒之安全及因被告本身罹患疾病而無法於看守所進行治療，故對於其聲請具保者，自應准許，以避免過度侵害被告之權利並維護被告之人性尊嚴。

惟應予注意者，本條第1款規定被告所犯最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者，之所以不得駁回具保之聲請，其目的在於不應以過度之手段羈押被告，惟同條款但書卻又基於「預防性羈押」之觀點，認為被告若係累犯、常業犯、有犯罪之習慣、假釋中更犯罪，或因第101條之1第1項羈押者，縱使提出具保之聲請，亦得駁回，此一但書之規定恐有疑義。

首先，被告依其前科資料構成刑法第47條第1項前段之累犯，未必等同於將來有再犯之疑慮，則將構成累犯之被告排除在「不得駁回具保聲請」之範圍外，等同於宣示「累犯＝反覆實施犯罪者」之等價判斷。然而，累犯僅是依刑法加重事由之一，被告究竟是否會再犯、有無再犯之可能性，並非因其是累犯即可斷定。故立法者將構成累犯之被告列為得駁回其具保聲請之對象，實有未當。

其次，立法者原意既是將「輕罪」（即所犯最重本刑為3年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪）作為不得駁回停止羈押聲請之理由，卻又將預防性羈押之思維注入不得具保停止羈押之內涵中，立論上未見公平。蓋以預防性羈押乃是以「將來被告具有反覆實施犯罪之可能性」作為「現在羈押被告之原因」，則縱使被告所犯係輕罪，但若被告有累犯、常業犯、有犯罪之習慣、假釋中更犯罪或因第101條之1第1項事由者，仍得駁回其具保之聲請，等於宣示被告所犯雖係輕罪，倘有第114條第1款但書所定之身分或事由者，即有可能喪失具保停止羈押之機會。姑且不論累犯、常業犯或有犯罪習慣之人，將來是否確有再犯之可能？如何在科學上更精確地認定被告有犯罪之習慣[21]？均必須有相當之儀器或科學進行驗證，倘單以被告有上揭身分之關係，即讓其在具體個案中產生差別待遇，是否妥當，實值吾人進一步地深思。

況且，縱使本條款但書之規定，係為預防被告將來反覆實施犯罪而得駁回其具保停止羈押之聲請，惟如同本文所主張，預防性羈押是一種與「無罪推定原則」衝突之概念，亦非刑事訴訟法存在之目的，故而，以「將來未必發生之事由」資為「現在羈押被告之原因」，或以「預想將來可能發生之事由」作為「駁回被告具保停止羈押聲請之理由」，而將羈押之功能轉化為國家防止被告將來實行特定犯罪之完美利器，進而得駁回其具保停止羈押之基礎，立論上顯有疑義[22]。

（三）具保之範圍限制及免除

具保之範圍在我國刑事訴訟法上有其限制。倘被告係累犯、常業犯、有犯罪之習慣、假釋中更犯罪或因第101條之1第1項事由存在，在現行制度上，並無法藉由具保之方式防止其再犯罪之可能[23]。按本法第118條第1項之規定，具保之被告「逃匿」者，應命具保人繳納指定之保證金額，並沒入之；不繳納者，強制執行；保證金已繳納者，沒入之[24]。故被告經具保後，若有「滅證、串證或反覆實施第101條之1第1項各款犯罪行為」者，並無任何「得沒入保證金額」之法律效果存在[25]。換言之，若被告經具保後雖未逃匿，然卻進行滅證或串證、甚至反覆實施第101條之1第1項各款之犯罪者，刑事訴訟法內並無違反上揭事項而得「沒入其保證金額」之規範存在，故依法仍不得因被告有上開事由，而沒入其保證金額。果爾，具保之規定顯然有其界線，而僅能處理被告逃匿之事由甚明。因此，若有被告逃匿以外之事由而有害保全證據或保全刑罰執行之目的者，僅得依本法第117條第1項各款再執行羈押之事由羈押被告，以資補救，而無法藉由沒入保證金之方式為之[26]。

依本法第119條第1項之規定，具保人之具保責任於撤銷羈押、再執行羈押、受不起訴處分、有罪判決確定而入監執行或因裁判而致羈押之效力消滅者，免除具保之責任[27]。具保責任之所以得免除，或係因有前揭撤銷羈押之法定事由存在，足認已不存在保全證據及保全執行刑罰之目的，或係國家機關業已達到執行刑罰之目的、使用再執行羈押之較重手段已足以保全證據或保全執行刑罰，故已無必要再命具保人持續擔負具保之責任，故免除具保人之責任。具保責任之免除，依同條第3項之規定，應將保證書註銷或發還未沒入之保證金，保證書註銷後即無需依指定金額繳納保證金，而保證金發還具保人後，具保人已取得該保證金之所有權，故自註銷保證書或發還保證金之時起，具保人即不再負擔任何具保之責任。

二、責付程序

依本法第115條之規定，責付係將被告交付於得為其輔佐人之人或該管區域內其他適當之人，並出具載明如經傳喚應令被告隨時到場之證書。因此，責付程序之目的亦是在擔保被告到場之手段，藉由「人的擔保」，使被告到庭，故責付程序之目的在於解決被告到庭之問題；其立法目的，在於使缺乏資力而犯輕罪之被告，得有停止羈押之權利，期能減少羈押之不便與勞煩，亦為替代處分之一[28]。

我國刑事訴訟法內並未規定聲請責付之聲請人，因此造成究竟被告、得為其輔佐人之人或辯護人得否隨時聲請責付以停止羈押之問題。本文認為，具保、責付及限制住居既均屬於羈押之替代方式，而具保係出具保證書、指定保證金額以停止羈押被告，同屬於羈押替代方式之責付、限制住居，自無不准被告、得為其輔佐人之人或辯護人聲請以責付或限制住居之方式以停止羈押。

實務上對於責付程序大抵上均是藉由載明令被告隨時到場之證書交由法院附卷，並命受責付人應隨時使被告到場，惟實際上責付之效應卻不大。主要之理由在於，在我國刑事訴訟法內並無違反責付程序之法律效果存在，常造成縱使被告逃匿，受責付人卻無需負任何責任之窘境[29]。最後必須再經合法傳喚、拘提，甚至發布通緝，始能讓被告到庭。因此，責付程序雖為「人的擔保」，卻頗易於流於形式而發生無人負責之結果。我國刑事程序上之責付難認是一種有法律效果之程序[30]。倘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，而受責付人雖有出具如經傳喚應令被告到場之證書，惟下次庭期時，被告仍然不到庭，對於受責付人而言，根本無不利益之效果足以制衡，故在現行實務上運作之責付程序是否為一種有效替代羈押之手段，實值檢討。

本文認為，正是因為責付係替代羈押之較輕手段，藉由此較輕之手段擔保被告到庭，自應課予受責付人一定之法律效果，始更能彰顯責付程序之意義，並使責付程序成為一種具備「有效性」的羈押替代方式。例如：當被告逃匿而不到庭時，法院得對於受責付人科予一定之刑罰或行政罰[31]，使受責付人對於其「人的擔保」有實質上之法律效果，適足以讓受責付人在決定擔保被告到庭後確實承擔被告到庭之責任，亦不致於使責付程序流於紙上談兵而無任何效果。

三、限制住居之程序

限制住居程序係藉由限制被告於住居所或禁止被告出境、出海之手段，以擔保被告得以到庭。限制住居可分為限制被告

（文轉三版）

註釋

19. 此觀諸本法第113條之規定可知，許可停止羈押之聲請者，應於接受「保證書」或保證金後，停止羈押，將被告釋放；故提出保證書並指定保證金額，實際上無庸先行繳納保證金額即應停止羈押，將被告釋放；若指定保證金額後，聲請人或第三人願意繳納者，免除其提出保證書之義務，而應於繳納保證金額後，將被告釋放。故而，原則上先命提出保證書並指定保證金額，即可完成具保之程序，法院於收受保證書後，即應將被告釋放；例外於聲請人或第三人願意繳納保證金額時，即無庸提出保證書。
20. 惟依同條第1款但書，如係累犯、常業犯、有犯罪之習慣、假釋中更犯罪或依第101條之1第1項羈押者，若經具保聲請停止羈押，認仍有羈押之必要者，仍得駁回其聲請。
21. 累犯僅是因為被告有前科而符合刑法第47條第1項加重其刑之規定，常業犯則是以犯罪為其謀生活本能之職務，將來是否再犯？如何再犯？猶未可知。再者，被告是否有犯罪之習慣，必須透過專業機關之科學儀器或有相當之測試程序始能作大致上之人格分析，實務上固然以被告在其前科紀錄表內有相同或類似之犯罪行為作為判別的依據之一，惟在未有更為精準或精密分析被告人格特質之證明下，要在科學上認定被告「將來」有犯罪之習慣或「預測」被告會實行犯罪，並非易事。
22. 羈押之目的在於保全證據及執行刑罰，並非預防特定犯罪為其目的，以預防特定犯罪為目的而立法明定駁回具保聲請之唯一理由，亦欠缺立論上之基礎。
23. 關於具保效力所及，僅在於保全被告之法定證據方法而防止被告逃匿，並無法防止被告滅證或串證、甚至不再反覆實施犯罪，此觀諸第118條第1項、第119條第2項之規定，均僅是就被告逃匿之事由進行規範，並不及於滅證或串證、不再反覆實施犯罪之事由，即可知悉。
24. 若屆時被告經合法傳喚、拘提均不到庭者，實務上通常於發布通緝之前，會先下沒入保證金之裁定，俟沒入後，再發布通緝。
25. 誠然，停止羈押後若有第117條第1項各款情事之一者，仍得命再執行羈押，然終究欠缺對於「滅證、串證或反覆實施第101條之1第1項各款犯罪行為」而得「沒入保證金額」之規範存在，此乃是具保制度之因法條規定之不完善所發生之結果；參以具保乃是一種對於財產權限制之強制處分，自亦不得類推適用第118條第1項之規定，因此，依現行法之解釋，僅限於被告逃匿之事由，始得命具保人繳納指定之保證金額，並沒入之。
26. 自本法第119條第2項之規定可知，具保證書或繳納保證金之第三人，將被告預備逃匿情形，於得以防止之際報告法院、檢察官或司法警察官而聲請退保者，法院或檢察官得准其退保，因此，具保僅在於防止被告逃匿，其效力並不及於其他再執行羈押之事由。
27. 本法第119條之規定，業於103年1月29日總統華總一義字第10300011871號令修正公布全文之條文，其中已刪除「具保人將被告預備逃匿情形，於以得防止之際報告法院、檢察官或司法警察官而聲請退保」之相關規定，應予注意。
28. 林國賢等合著，刑事訴訟法論上冊，自版，2002年5月初版，第345頁。
29. 學理上即謂：受責付人若不能督促被告到場，或經督促被告仍不到場，受責付人並無法律上之處罰，王兆鵬，刑事訴訟講義，自 版，2009年9月 第4版 第1刷， 第274頁。
30. 本法第119條第4項固然有準用免除具保之相關規定，但由於欠缺強制性，仍難認為是一種具有效力之擔保方法。
31. 例如在立法上增訂受責付人因故意或過失而無法擔保被告到庭時，法院得處拘役或罰金之刑罰，或由法院裁定新臺幣五萬元以上之罰鍰，藉由特定之法律效果，使受責付人真正地負起未擔保被告到庭之法律責任。

（文接二版）

住居於特定之住居所及禁止被告出境、出海之方式[32]。限制住居既是替代羈押之方法，顯然其目的亦在於使被告到庭，以保全證據及保全刑罰執行為其目的[33]。

然限制住居既是一種對於人民依憲法第10條「居住、遷徙自由」之基本權限制[34]，勢必應有具體、明確之期間以資規範，否則，將造成永無止境之限制住居，果爾，無期間限制之限制住居規定，恐有違憲之虞。故限制住居之程序，其目的既在擔保被告到庭，其期間亦應特定，至多僅得延長限制住居期間至執行刑罰前為止，而不得逾越必要之範圍，否則即有過度干預基本權之疑義存在。

實務上關於具保、責付及限制住居之決定權，在偵查中由承辦檢察官為之，在審判中由法官為之[35]，其主要依據在於本法第93條第3項所規定：偵查中檢察官得命具保、責付或限制住居[36]。故第110條第1項、第115條、第116條之規定，自係採取「二分模式」下進行處理。然正是因為我國刑事訴訟法上並未規定限制住居之執行期間，常常造成被告所犯之案件業已執行完畢，卻仍在限制住居之狀態。例如：被告以易科罰金之方式易刑處分，但尚未對於被告解除限制住居，造成被告出國時，仍處於限制出境、出海之狀態。因此，究應如何處理此種實務上發生之情形？何人始有解除限制住居之權力？即頗為重要。茲分述如下：

（一）偵查中由檢察官限制被告住居者

偵查中由檢察官限制被告住居者，自該案件起訴以迄審理終結、確定後送執行時，均尚未解除被告限制住居之狀態者，自應由偵查中之檢察官解除其先前之限制住居[37]。

（二）審理中經法官限制被告住居者

偵查中未經檢察官限制被告住居，然於審理中法官限制被告住居者，於該案件確定後送執行時，即應由法官解除被告限制住居之狀態。縱使該案件於送執行後，亦同。蓋以本案既是由法官於審理中限制被告之住居，依二分模式之要求，限制住居之權力既來自於法官，解除限制住居亦應由法官為之，故應由法官解除被告之限制住居。

追本溯源之道，應在刑事訴訟法內確實解決此種「未定期間」的限制住居問題，不應使被告之限制住居發生在執行刑罰後仍未解除之問題。故本文認為，針對限制住居之程序，在立法上確有增訂相關規定之必要。

在實務運作上的可行之道，可由法官在程序進行後，批示：「自本日起限制被告住居於○○○（具體住址），期間三個月，期滿失效。」[38]，或「自本日起限制被告出境、出海，期間三個月，期滿失效。」或可稍解法律規定不足的燃眉之急。

四、小結

許可停止羈押應命法院管轄區域內殷實之人「提出保證書」並「指定相當之保證金額」，保證書上並應記載具保之金額及依法繳納之事由，無需即時繳納保證金，然實務在運作上，卻命被告或得為輔佐人之人或辯護人實際提出「繳納保證之金額」具保，恐有未當。而聲請具保停止羈押不得駁回之情形，排除累犯、常業犯、有犯罪之習慣、假釋中更犯罪或依第101條之1第1項羈押者，將預防犯罪之精神溶入本法第114條第1款但書得駁回具保聲請羈押之條文中，亦有違「無罪推定原則」。

其次，責付程序雖為「人的擔保」，惟若被告逃匿者，對於受責付人因故意或過失之行為造成被告無法到庭之結果，在程序上並無任何不利益之法律效果足以因應，亦為法條規定之疏漏。此外，限制住居在我國刑事訴訟法內並無期間之限制，非無可能執行完畢之被告亦有被限制住居之狀態。

關於上揭羈押替代手段即有實然及應然上之隔閡，自應透過修法之刑事政策予以解決。以下，爰針對羈押之替代手段提出建議之修正條文，期藉由提出立法上之刑事政策參考，以使我國替代羈押之制度設計能更臻完善。

肆、羈押替代手段之刑事政策參考

一、關於具保程序之建議

本法第111條之具保程序規定，因實務運作上之誤用，造成同條第1項「本應以提出保證書並指定相當之保證金額」之原則成為例外，反而將同條第3項之例外規定「由聲請人或第三人繳納保證金」顛倒成為原則，此一運作上確有回歸法條適用之必要。

其次，本法第110條第1項係規範聲請具保之聲請人資格[39]，卻未見對於責付、限制住居之聲請人予以規範，修正法律前，就責付、限制住居之部分，自得類推適用上揭條文之規定。惟立法上似應修正本法第116條之1之規定為：「第一百十條第一項至第四項之規定，於前二條之責付、限制住居準用之。」較為妥當。

至於具保程序中，本文建議刪除第114條第1款但書之規定，蓋以該款但書顯係將預防性羈押之意義內化成為得駁回具保聲請之依據，有違「無罪推定原則」，茲建議修正草案如下：

第114條：「羈押之被告，有左列情形之一者，如經具保聲請停止羈押，不得駁回：

一、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。

二、懷胎五月以上或生產後二月未滿者。

三、現罹疾病，非保外治療顯難痊癒者。」。

二、關於責付程序之建議

責付程序係以人資為擔保被告到庭之依據，然欠缺違反之法律效果，致實際上受責付人極有可能因故意或過失之行為，致被告未到庭之情形，毫無相對應之處置，爰建議增訂第115條第3項至第5項之修正草案如下：

第115條第3項：「受責付人因故意或過失，無法擔保被告到庭者，法院得科以新臺幣三萬元以上、一百萬元以下之罰鍰。」

第4項：「前項科罰鍰之處分，由法院裁定之。檢察官為責付者，應聲請該管法院裁定之。」

第5項：「對於前項裁定，得提起抗告。」。

三、關於限制住居程序之建議

限制住居程序並無期間之限制，恐有違憲之疑義，實務上非無可能會發生執行完畢之被告仍在限制出境、出海之情形。爰建議增訂第116條第2項之修正草案如下：

第116條第2項：「對於被告限制住居，偵查中不得逾二月，審判中不得逾三月。但有延長限制住居之必要者，得於期間未滿前，以裁定延長之。」

第3項：「延長限制住居之期間，偵查中不得逾二月，以延長一次為限。審判中每次不得逾二月，第一審、第二審以三次為限，第三審以一次為限。」

第4項：「限制住居之期間未經延長或經解除限制住居命令者，限制住居之效力消滅。」

第5項：「限制住居及解除限制住居之裁定，得以略式裁定或處分為之。」[40]。

四、小結

關於具保程序中，關於第114條之修法建議，以去除「預防犯罪」之因子，回復輕罪本質為目的，以緩和「預防犯罪」與「無罪推定原則」間之衝突；而責付程序中，增列對於受責付人擔保被告到庭之法律效果，使受責付人面對被告不到庭之責任時，國家機關有相對應之措施可資使用。至於限制住居最大之問題在於未有具體、特定之期間而衍生出牴觸憲法第10條之疑義，故本文建議增列限制住居之期間，並得以略式裁定之方式為之，以期能活化限制住居之效力，並使未延長限制住居之情形，發生限制住居命令消滅之效果。藉由上揭對於羈押替代方案之修正，以使我國刑事訴訟法上關於具保、責付及限制住居之制度能更臻完備。

伍、結語

羈押是刑事程序上侵害基本人權最強大亦是最有效之強制處分，其目的在於保全證據及保全刑罰之執行，因此，非有必要，不得採取羈押之手段干預人民之基本權。當有更為輕微之方式足以替代羈押而達成相同之目的者，自應以該替代手段為之。我國刑事訴訟法中替代羈押之手段，包括具保、責付及限制住居。然而，實務上對於具保之規定運用上發生誤解，加上各該類型化之替代手段，在法律上之規定過於簡略，亦連帶產生責付、限制住居是否具有有效性及未限定期間之限制住居有無違憲之疑義。本文嘗試將羈押、具保、責付及限制住居之方式建構在保全證據及保全刑罰執行之基礎上，且藉由分析羈押之替代方式所存在之問題，重新建立具有思想、較為具體及直觀之體系。此外，羈押替代方法在實然面上之運作既有許多疑義，本文亦期望以提出修正草案之方式，使吾人重新瞭解羈押替代方法之應然面。

最後，謹以亞圖．考夫曼（Arthur Kaufmann）之一段話，作為本文之結語：「抽象概念在法律的建構上具有極大的重要性，因為它能給予這項建構所需的外形，並擔保其法律安定性。然而詳盡地去描述一個類型是不可能的；這種描述只能不斷地接近類型，但無法掌握其最終的精細性。因為類型永遠比抽象地被定義的概念在內容上來的較為豐富，較為有思想，較為有意義，較為直觀。在此又再次顯示出：法絕非與制定法相同，因為法所具有的具體的、內容上的豐富並無法被捕捉在制定法的概念中。因此，也沒有任何封閉的『公理式的』法律體系，而只有一種開放的『集合論點式的』體系。」[41]。

（作者為士林地院法官）

註釋

32. 最高法院102年度臺抗字第840號裁定認為：「刑事訴訟上之限制出境，其目的在保證被告到庭，避免被告出境滯留他國，俾保全偵查、審判程序之進行及刑罰之執行，依其限制被告應住居於我國領土範圍內之對被告人身自由限制內容觀之，係執行限制住居具體方法之一，性質上固亦屬拘束人身自由之強制處分，然依刑事訴訟法第93條第3項、第101條之2前段，其與具保、責付及其他方式之限制住居，均僅為被告有得予羈押之法定理由，但無羈押必要時，用以置換羈押之替代手段。」可資參照。
33. 最高法院102年度臺抗字第792號裁定認為：「限制住居、限制出境乃僅在保全刑事偵查、審判、執行之順利進行，屬於刑事訴訟之保全程序，並非在確定被告對於本案是否應該負擔罪責與是否應科處刑罰之問題，是依卷內證據，倘被告犯罪嫌疑重大，確有出境滯留他國不歸而逃亡之可能性存在，自足影響審判之進行或刑罰之執行，依法當得為必要之限制出境強制處分，以確保被告到庭接受審判或執行。」可資參照。
34. 關於居住、遷徙自由之憲法意義，可參閱司法院大法官釋字第454號及第558號解釋，有相當深刻之說明。
35. 偵查中檢察官所為限制住居之期間倘未加以限制，將淪為被告或犯罪嫌疑人之重大負擔，黃朝義，刑事訴訟法，新學林出版社，2009年9月第2版，第205頁。
36. 限制出境本質上是對憲法第10條所定居住遷徙自由之限制，並非直接以實力拘束人身自由，應只有「法律保留原則」之適用，而不必「法官保留」，吳巡龍，刑事訴訟與證據法全集，新學林出版社，2008年11月第1版第1刷，第279頁。
37. 此處所指之法官，並不以審判中之原法官為限，若是法官夜間或假日值班，亦得解除其他法官先前對於被告限制住居之命令。
38. 此處所指限制住居之三個月期間，主要是類推適用本法第108條第1項之規定，限制住居既欠缺期間屆滿之相關規定，法律上又無特定其期間，為避免限制住居之規定發生牴觸憲法之疑義，故本文認為可依此類推適用羈押之相關規定，以資遵循。
39. 本法第110條第2項之規定，業據同法第116條之1準用之，然卻未見針對責付、限制住居之部分準用第110條第1項之規定，事實上檢察官既然亦得聲請責付被告或對於被告為限制住居之命令，理論上亦得由被告、得為其輔佐人之人及辯護人聲請責付或對於被告為限制住居命令，以替代羈押處分。日本法上關於限制住居之部分，若法官認為適當時，得本於職權將被告委託於其親屬、社會保護團體及他人，而為限制住居之處分，此雖為職權發動，然亦得由辯護人促請法院發動此一職權，田宮裕，刑事訴訟法，有斐閣，2004年2月29日新版第15刷，第91頁。
40. 依本法第404條第2款之規定，關於具保、責付、限制住居之裁定得向上級法院提起抗告；依同法第416條第1項第1款之規定，關於具保、責付、限制住居之處分，得聲請所屬法院撤銷或變更（準抗告）。
41. 亞圖．考夫曼（Arthur Kaufmann）原著，類推與事物本質－兼論類型理論－，（Analogie und "Natur der Sache", zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus），吳從周譯，新學林出版社，2003年5月初版再刷，第117頁。