# 接押問題的辯證
## －檢視刑訴第108條第3項的正當性（上）

文／柯耀程

## 壹 引言

羈押係所有刑事程序強制處分中，對於被告人身自由及相關權利干預最嚴重的手段，其作為刑事程序保全手段的屬性，應當以最後手段的性格看待之，亦即除法律所定的羈押條件之外，非有絕對必要性，當不為羈押被告時，即有具體而合理的疑慮，會造成程序無法進行，或者是刑罰權無法實現之虞，否則不宜任意加以動用，更不能將羈押視為與刑罰相當的性質，任意將羈押作為對被告處罰的前置性制裁，更不能以羈押作為脅迫被告坦承犯罪的手段，否則將使得羈押喪失其為程序保全手段的本來意義。為確保羈押的正當性，刑事訴訟法關於羈押的規定，更須受到嚴格的檢視。

雖然現行法對於羈押的規範看似完整，但進一步審視規範的正當性時，不免發現容有若干羈押的規定，欠缺其合理性，且有背離程序中強制處分目的之虞。諸如審判中羈押於不同審級的具體內涵問題、重罪羈押問題、撤銷羈押後的繼續羈押問題等；其中最為弔詭的規定，莫過於程序中接押問題的規定。依刑訴第108條第3項的規定，於程序進展過程中，當案件具有所謂「移審」問題存在時，羈押期間的計算，算入前一階段的期間；此種直接併入前程序階段的羈押期間計算方式，其正當性與具體的效應，恐都難以經得起檢視。羈押的效力如何能在審級終結時，繼續延伸其效力？因移審所生的羈押問題，主要發生在於程序階段銜接時的間隙情況，簡言之，前階段程序已經終結，而後階段的程序尚未開啟，此時羈押的效力，究竟仍存在著前一階段的效力？抑或是直接推定後階段程序效力自動發生？在現行法中，並未對此種程序銜接關係的羈押問題作處理，僅單純作「卷證送交之日起算」的規定，並未對於羈押裁定關係，或是原階段羈押效力的問題作處理，此一規定無異將羈押效力作擴張性的延伸，其正當性恐有疑慮！

欲釐清程序階段銜接時的羈押問題，必須先從羈押的程序階段分析著手，檢視羈押在不同程序階段所具有的效力，進而觀察程序階段所生的間隙，在此種間隙中，羈押效力的關係，以及如何使發生在程序間隙中的羈押，能取得法的正當性，從而對於法律規範予以檢討，並作修法上的建議。

## 貳 羈押的程序階段關係

法律規範對於羈押發動的要求，設定4個嚴格的前提條件：1、必須確實認定被告具有犯罪嫌疑[1]；2、必須具備法定羈押之事由，亦即刑訴第101條及第101條之1所規定之事由，此種事由雖係透過法律作規範，但在認定上，仍須有具體的理由足認此等事由的存在，而不能僅依臆測，或是單純認為犯罪相關之參與人在外，即得以推定具有串證之事由；3、必須具有程序保全的必要性，亦即非對於被告加以羈押，不足以擔保偵查及審判之程序進行，或者對於科刑確定的被告，如未先於程序中加以羈押，不足以擔保刑罰權實現之執行，此種程序必要性的思考，主要係以程序進行的流暢性與可能性，作為具體考量之條件，不得以羈押事由充作羈押必要性，而於羈押事由存在時，即認定具有羈押必要；4、必須經過法官訊問，亦即羈押之決定權由法官作最後決定的要求下，法官必須親自對於被告加以訊問，除確認人別之外，並由檢察官（屬於偵查中羈押）對於犯罪嫌疑及羈押原因與羈押必要性，作說服法官之說明。唯有在4個條件均成就的情形下，方有對於被告為羈押之可能。

固然羈押係由法官作最終之決定，但因不同的程序階段因素，而有不同的處理程序要求。對於羈押因偵查與審判程序的差異，在發動與決定的屬性上，也有所差異。羈押因程序階段的差異，在概念上可以區分為偵查中羈押與審判中羈押。偵查中的羈押，係由檢察官發動，依據刑訴第93條的規定，認被告具有犯罪嫌疑，具有羈押原因（刑訴第101條或第101條之1所定事由），且有羈押必要者，向管轄法院聲請羈押，經法院審查後所為羈押之裁定；而審判中羈押者，則係案件經起訴後，繫屬於法院時，法院認定被告有羈押原因，且有羈押必要者，依職權所為之羈押。偵查中羈押的期間，不得逾2月（刑訴第108條第1項），其得為羈押之延長，延押期間不得逾2月，於偵查中之延長羈押，不分案件內容的輕重，均以1次為限，偵查中聲請延押者，最遲於羈押屆滿5日前向法院申請延長羈押；審判中之羈押，期間不得逾3月（刑訴第108條第1項），延長次數則依審級與案件內容差異有別，倘若案件內容為最重本刑10年以下之案件者，審判中延長羈押次數，一、二審各為3次，三審1次，每次期間不得逾2月（刑訴第108條第5項）；倘若案件內容為最重本刑10年以上之刑之罪者，延押次數一、二審各為6次，三審仍為1次（妥速審判法第5條第2項），且審判中羈押期間不得逾8年（妥速審判法第5條第3項）。

基於法官保留的授權關係，羈押須由法官裁定，偵查中羈押被告者，應由檢察官依據刑訴第93條之規定，向法院為聲押；而審判中羈押者，則屬於法官職權衡量事項。羈押因程序階段之故，有偵查中羈押及審判中羈押問題，且因不同的程序階段，會有程序階段銜接的關係，而羈押亦必然會發生在程序銜接過程中的問題。是故，在釐清程序間隙的羈押問題前，宜先將程序的進展關係，先加以說明。

### 一、偵查中羈押

刑事訴訟法第93條之規定，檢察官於偵查程序中訊問被告後，認為被告犯罪嫌疑重大，具有羈押之事由存在（刑訴第101條、第101條之1），且有程序保全之必要者，得自拘捕被告時起24小時內向法院聲請羈押被告[2]。檢察官雖然主導偵查程序，但因檢察官並無羈押之決定權，如其認為有羈押之必要時，僅能聲請法院為羈押之裁定。而當檢察官認為被告有羈押之法定原因存在，且有羈押必要時，應詳述羈押之具體理由與必要性之事證，向法院聲請羈押。法院對於偵查中檢察官所為之羈押聲請，基於分權關係，應僅能為羈押與否之決定，不應超出羈押聲請的範圍[3]。偵查中之羈押，係由檢察官所聲請，而由法院裁定（偵查中延長羈押者，亦同。刑訴第108條第1項），如法院經訊問被告後，發現被告犯罪嫌疑重大，且檢察官所提之羈押事由存在，並有予以羈押之必要時，而裁定准予被告羈押之聲請；如不認有得為羈押之事由時，應為裁定駁回檢察官之聲請。當法院准予羈押之裁定後，該羈押雖為法院所為之裁定，但法院並不能在羈押期間中，任意對於羈押事由再為審酌，而自為更易式的處分變更，除非有檢察官或是被告之聲請，否則法院雖有羈押之決定權，卻無羈押撤銷、停止或是變更之發動權。

（文轉三版）

## 註釋

1. 值得思考的問題，在於羈押的發動是否應考慮犯罪之輕重？倘若從重罪作為羈押之原因時，似乎屬於輕微案件，乃至專科罰金的案件，似乎不宜在程序中，採取羈押之手段；惟觀羈押替代手段的規範（刑訴第114條），並不阻礙輕微犯罪得以羈押的許可，僅在於能以替代手段擔保程序進行時，避免羈押之手段而已。故而，羈押的屬性，並不應涉及犯罪的輕重，其係程序保全的必要性最後手段。只是此種最後手段的運用，仍應堅守其最後手段的要求。
2. 羈押係一種程序進行的保全手段，為維持程序進行的順暢，所以設定一定之羈押條件（第101條、第101條之1），惟因自司法院大法官釋字第392號解釋之後，羈押除法定條件之外，更多了所謂前置性的條件，亦即對於偵查中羈押，除須考慮羈押之原因與必要性之外更須前置性的拘捕條件成立，如此之羈押方為合法，此即學理與實務所稱羈押之拘捕前置原則。參照林鈺雄，刑事訴訟法（上），5版，2007年9月，元照，354頁；朱石炎，刑事訴訟法（上），2007年9月，三民，98頁；林俊益，刑事訴訟法概論（上），9版，2008年9月，新學林，234頁。
3. 惟實務對此種聲請羈押的處理見解，與本然性之觀念有相當大的落差，其中最主要的差異性問題有二：1、法院得否變更偵查中聲請羈押的處分方式？目前實務運作的方式，大抵從刑訴第101條之2的規定，認定得以將羈押聲請變更為具保、責付或限制住居；2、法院得否超出檢察官聲請事由而為羈押之裁定？亦即法院未准予檢察官之羈押聲請，但法院裁定之羈押原因與檢察官所為羈押聲請原因有所不同。嚴格而言，對於偵查程序檢察官向法院聲押的事由與內容，均具有完全拘束法院的效力，法院僅能為羈押與否的決定，並不能變更聲押事由，也不能變更處分方式。參照柯耀程，具保停押之抗告不適格問題，月旦法學雜誌第125期，214頁以下。
4. 當然如果從檢察官係代表國家或是基於公益關係，且為保障被害人之權益，似乎非必然不允許其於審判中得為羈押被告的聲請，即使賦予檢察官此種聲請權，在一般人民的法律情感上，以及法理的正當性上，非必然須加以禁止，只是在現行法的規定中，並未賦予檢察官此種權限，此從刑訴法第107條第2項、第110條第2項的規定可以理解，蓋即使檢察官為受羈押之被告為撤銷羈押或停止羈押之聲請，僅限定在偵查中，並不及於審判中可知。但實務的操作上，檢察官認為審判中應羈押被告時，雖無聲請權，但通常都會建議法院為羈押與否之衡量，只是此種建議並無拘束性而已。
5. 基本上，審判中的強制處分，乃屬於法官對於程序實現的職權考量，若其對於被告所為的任何處置，應非為檢察官所能置喙，但檢察官對於審判中法官所為撤押或停押的處置，是否具有抗告的權利？則是具有爭議的問題。檢察官認為其基於公益代表人的角色，自有監督法院正確適用法律的權限，當法官對於審判中羈押的更裁時，檢察官亦有監督之責。且刑訴第403條抗告的規定，亦只「當事人」為抗告的主體，檢察官於審判中本為當事人（刑訴第3條），自得為抗告。惟此種看法容有疑慮。參見柯耀程，刑事程序理念與重建，2009年9月，309頁以下，330頁以下、334頁。
6. 羈押的效力具有程序階段的限制性，偵查中的羈押效力不及於審判，不同審級的羈押，亦不能互為拘束，此羈押效力的程序階段限制。惟其與作為羈押替代性手段的具保、責付及限制住居有所差異，在現行運作的慣例，具保、責付及限制住具的效力，似乎一經處分，其效力得以延續至裁判確定，形同羈押具有程序階段的效力限制，而其替代性手段，卻無程序階段效力的限制，此種效力的落差，確有值得檢討之處，在未來修法時，應加以一併檢討。
7. 所謂撤銷羈押的概念，應指無條件釋放羈押之被告，除刑訴第109條規定為被告不利益上訴的前提下，否則撤銷羈押不得附任何替代性的條件。從而刑訴「繼續羈押」的規定（刑訴第316條、第108條第8項），既已發生撤銷羈押的事由，本不得附任何替代性處分，其在無刑訴第109條的事由時，附條件為撤銷羈押，已屬錯誤，卻在無能為具保、責付或限制住居時，得為繼續羈押，乃是錯上加錯的規定。關於繼續羈押謬誤的檢討，參見柯耀程，刑事程序理念與重建，339頁以下。

植根法律資訊
數位法律資訊
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
修訂重
2期貨買賣及選擇權之發行與買賣
3對不動產之優先購買權
5至2014年底的重要判解與說明
訂購未滿
請自付郵
植根法律書
JUDICIAL
司法
訂閱辦法
本刊每
全年
費用新臺
如蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

# 法官在人民聲請釋憲程序之新角色
## －司法院大法官審理案件法草案第62條第1項之開展

下

文／林慶郎

（文接上期）

至於行政機關個別之行為，不論是個別的行政處分（décisions individuelles），或行政立法權所制定之命令（dispositions règlementaires），都被排除在QPC之外[24]，因該等行政機關之個別行為，其司法審查權是掌握在最高行政法院法官手中，例如：若某些律令（ordonnance），尚未經國會之同意，其仍只有命令性質（un caractère réglementaire），便不得進入憲法委員會審查[25]。

至於如何判斷「得適用於個案或程序」？主要係指訟爭法規與個案之關聯性。實務上法官認為，該法條與當事人主要爭點有足夠之關聯性（un lien suffisant）。例如，訟爭之行政決定，適用了該可能違憲的法律即屬之，相對從寬。又例如，倘被爭執違憲的法律，有多種解釋的可能性，只要其中一種解釋是違憲的，就可以聲請QPC[26]。

再者，所謂「適用於個案」，實務也從寬認定，例如，法國最高行政法院在2010年4月14日凱迪迦案（Mme Khedidja A. et M. Mokhtar A., n° 336753）中認為，如果某條文「應適用而未適用」於個案中，倘該條文有違憲之虞，即得對之聲請釋憲[27]。或該條文之「排除適用」，使聲請人成為明顯的被害人（effectivement victime），亦得聲請釋憲[28]。

然而，在某些情況下，法官也會作出不予轉送之決定。例如，就某些法律來說，其目的本來就不可能適用於個案，比方說，對某條約案之追認法案，法國最高行政法院於2010年5月14日判決中認為不符合適用於個案[29]，或程式法案（loi de programmation，性質上類似行政機關的財政規劃法律），或在某些情況下，法律的適用與爭端的解決，並不具任何關係，此時法律也不屬於「適用於個案」之情況[30]。

二、系爭之法律條款，從未遭憲法委員會，於判決主文與理由之中，已宣告係為合憲之者。但有情事變更之情形時，不在此限。

該要件也是同時適用於事實審與法律審，其理由在於憲法委員會所作決定之既判力（l'autorité de chose jugée）所致。因此，法國最高行政法院2010年5月19日Commune de Buc別克鎮案中認為，即便憲法委員會沒有明白宣稱某條文合憲，但只要憲法委員會在判決的理由中作了憲法的宣告，基於憲法委員會已經表明立場這個事實，就可以認為不需要轉送QPC[31]。且如同事實審法院法官一樣，依據法國行政組織法第771-18條之規定，針對憲法委員會已經宣示過合憲之法律，當事人如以相同理由提出釋憲聲請時，法國最高行政法院得拒絕轉送憲法委員會。相反地，雖然某法律曾被憲法委員會宣告合憲，但假如原告之聲請，係基於憲法委員會尚未表示過意見之其他理由，則仍得提起QPC[32]。

然而，此要件允許所謂「情事變更」（changement de circonstances）之例外。憲法委員會認為此處的「情事變更」，包括法律上及事實上的變更[33]（circonstances de droit et de fait）。它可以指訟爭法律的法律上解釋或結構（une évolution du cadre juridique）發生改變。例如，適用於競選活動之財政法案，如果發生實質上的修改，足以正當化針對某些選舉法規提出QPC聲請[34]。事實上的變更，也可以被考慮。例如，縣的財政資源及負擔的改變，亦得使針對「融入社會基本收入」（Le revenu minimum d'insertion（RMI），俗稱RMI補助）[35]補助權限轉讓之財政補助相關法律，重新檢視其合憲性[36]。此外，如果事實上之改變，已牽動國家政治生活及機構組織，例如在2011年12月22日瑪茵女士案（Marine），法國最高行政法院便針對總統候選人保證人制度之規定有違憲之虞，而同意轉送至憲法委員會。

## 肆 結論

誠如司法院蘇永欽副院長所言[37]，每個現代憲法審查制度，均須面臨二個問題，其一是如何解決「司法抗多數決」之難題，亦即，15個大法官，為何可以審查並宣告代表國會多數意見通過之法律違憲？其正當性何在？其二即為如何設計一套適當之司法程序，足以合理化其決定有超越原因案件之一般性法律效力之難題。而分散與集中審查兩種模式，分別以不同面向來回應上揭問題。

我國違憲審查制度係採取集中審查模式，其發展至今，面臨到底我國大法官，或修法後之憲法法庭，其核心功能，要放在規範控制之客觀面向，或基本權保障之主觀面向之歷史十字路口；而大審法草案，選擇以規範控制之客觀面向為主，畢竟在憲法層次的問題上，人民聲請法令違憲解釋，應定性為人民所發動之具體規範控制，其雖具有基本權保障之功能，但主要作用畢竟還是在維護客觀法律秩序[38]。

因此，如大審法通過，法官在人民聲請釋憲上的角色，將益趨重要，除了在個案上主觀基本權保障之救濟角色外，也會開始兼有客觀法秩序維護者之角色。

不僅在我國，即便是QPC制度創始國之法國，其境內法官在QPC制度實行後這幾年（2010年至今），也在調適他們的新角色，從而，筆者藉由本文，以一得之愚，效野人獻曝，藉以拋磚引玉，就法國QPC制度略予簡述，並就法院在「雙重篩檢機制」中，就事實審法官與終審法官所共同應審酌事項加以介紹，敬請各界賢達指教。另就「雙重篩檢機制」中適用第三要件：即違憲問題應具「新穎性」及「嚴肅性」部分，則留待日後專文析之。

（作者為台中地院法官、法國巴黎政治學院法學博士）

### 註釋

24. 參閱吳秦雯，前揭註2，第389頁。
25. CE, 11 mars 2011, M. Alexandre A., n° 341658。關於政府律令尚未經國會批准同意者，由於其仍具有命令性質，關於其違法及違憲之審查，是由行政法院法官於越權之訴中審查。
26. CE, 14 avril 2010, Union des familles en Europe, n° 323830。
27. CE 14 avr. 2010, Mme Khedidja A. et M. Mokhtar A., n° 336753。
28. CE, 13 janv. 2014, M. C. B. , n° 372804。
29. CE, 14 mai 2010, M. Senad B., n° 312305。
30. CE, 19 janv. 2011, EARL Schmittseppel et autre, n° 343389。
31. CE 19 mai 2010, Commune de Buc, n° 330310。
32. CE, 24 nov. 2010, M. C., n° 340970。
33. 3 déc. 2009, n° 2009-595 DC。
34. CE, 28 janv. 2011, M. Jean-Paul A., n° 338199。
35. RMI字面上稱為「融入最低收入補助」，是法國最低生活保障金制度，於1989年12月1日法律（la loi du 1er décembre 1988）公布實行。其目標是保障人民得進入滿足社會生活最低度的門檻（un seuil de ressources minimum），使其脫離貧困，重新就業，回歸社會。
36. CE, 20 avril 2011, Département de la Somme, n° 346460。
37. 蘇永欽，前揭註1，第1頁。
38. 蘇永欽，前揭註1，第3頁。

---

（文接二版）

### 二、審判程序的羈押

案件經檢察官起訴後，繫屬於法院，程序從偵查階段進入審判階段，羈押權的分權關係也發生變化。審判中之羈押在現行法的規定中，完全屬於法官之權，並無檢察官聲請的問題，也不宜再由檢察官來加以聲請，蓋檢察官於案件起訴之後，其角色已經從偵查者轉變成為訴訟當事人，在刑事程序中，似乎不宜由一方當事人對另一方當事人為人身自由干預之強制處分聲請，否則當事人對等的構想，將產生動搖[4]。惟案件進入審判中，會發生對於被告羈押的情形，主要有二種情況：1、偵查中有為羈押被告，而於羈押期間中起訴，此時在實務之作法上，檢察官起訴時，除依刑訴第264條之起訴程式規定外，通常會提出被告一併移送法院，此時，法官應即時訊問被告，如認其具有刑訴第101條或第101條之1的情形，而有羈押必要者，應依職權為羈押之裁定（接續偵查階段之羈押，簡稱接押）；反之，如無必要者，則依職權為具保、責付或限制住居之裁定（刑訴第101條之2），倘若並無程序阻礙之疑慮時，則不須為任何強制處分之決定。2、審判程序開啟後，在任何審判階段中（不問是準備程序或是正式審理程序），審理之法官認為被告有羈押之原因且有羈押必要存在時，經訊問被告之後，亦得以為羈押之裁定。

當審判中法院對於被告為羈押裁定後，法院應時時檢視羈押的原因是否仍舊存在，會形成程序阻礙（羈押必要性之考量）的疑慮是否尚未消除，倘若有發生應撤銷羈押或是有停止羈押的情狀存在者，除受羈押之被告及其辯護人或得為其輔佐人之人聲請外，法院亦應依職權為審查，而為撤銷羈押或是停止羈押之決定。此時羈押權的發動與決定完全操在法官之手，檢察官並無置喙之餘地[5]，故而即使有撤銷或停止羈押之問題，亦不須如偵查中應徵詢檢察官意見之要求。在審判中之羈押關係，純然屬於法院與被告之間的關係，亦即處分主體與受處分對象間之法律關係而已，而這也是強制處分權授權的法律關係，審判中之羈押的發動與決定權關係，完全屬於法院，這種強制處分的分配，自然有其一定合理性之基礎，蓋檢察官與被告在審判程序中被定位為當事人，而強制處分權係干預性之程序手段，自然在授權上，宜超出當事人之外，專屬於法官。

### 三、羈押的程序階段效力

羈押固有偵查與審判程序的區分，在偵查中的羈押，因將偵查程序視為單一的程序階段，其本不生效力檢討的問題，但審判程序因有審級的關係，會發生不同審級羈押效力的問題。雖然刑訴第108條第1項規定，審判中羈押期間不得逾3月，此所指「審判中」的含意，依實務上具體運作所形成的詮釋方式，並非將審判視為單一程序的關係，而是不同審級均獨立適用所謂「審判中」的概念，亦即每一審判的審級，均屬於獨立的「審判中」，其期間的計算，均是重新計算。蓋依刑訴第108條第5項羈押延長的規定，似乎可以解讀出各審級均屬獨立的程序階段。從而，羈押的效力，乃隨程序階段的各自獨立關係，僅限定在其既有的程序中，倘若程序經轉換，則原有羈押的效力，即應行消滅，亦即羈押的效力僅及於所為羈押的程序，其效力無法擴張到下一個程序階段[6]。

因羈押具有程序階段的效力限制，特別是在審判中的羈押，其各審級所為的羈押，其效力僅限定於該審級，不能任意擴散到下一審級（不論是一審上至二審，或是三審發回原審），也就是羈押隨原審級的終結，本當失其效力，而羈押效力消失時，乃產生撤銷羈押的事由[7]。是故，偵查中的羈押，其效力僅及於偵查中；審判中各審級的羈押效力，亦僅及於該審級，當審級程序終結時，其羈押的效力亦應隨之消失。倘若於審級終結後，案件仍未確定，對於被告仍有羈押的問題存在時，乃產生所謂「接押」的問題。而原程序已經終結，新程序階段尚未開啟前，應如何對於被告為羈押？乃產生問題，此問題主要發生在程序階段的銜接上，現行法第108條第3項，逕將程序間隙中的羈押，視作為前階段的羈押，恐規定的正當性有所謬誤！

（下期待續）

（作者為中正大學財經法律系教授）

法律網 訊的最佳平台
重點 1讓與之債與用益之債 4污染的狀態責任與物之瑕疵擔保
【買賣法 黃茂榮 著】104年3月增訂七版 定價800元
1000元者 資65元 書城熱賣中
WEEKLY 周刊
周出刊 訂閱
幣400元 訂閱 劃撥 號 4377 戶 周法周刊