

2017 JUDICIAL FESTIVAL

# 72屆司法節 學術研討會

會議手冊  
Program Book

日期：106 年 1 月 11 日（星期三）

地點：國家圖書館國際會議廳

主辦單位： 司法院  法 務 部  中華民國律師公會全國聯合會

協辦單位： 國家圖書館

# 第 72 屆司法節學術研討會

## 目錄

|                                     |    |
|-------------------------------------|----|
| 壹、議程表 .....                         | 3  |
| 貳、第一場：重建司法公信-以「保全羈押<br>制度」為中心 ..... | 5  |
| 一、會議備忘錄 .....                       | 7  |
| 二、主持人、報告人、與談人簡歷 .....               | 9  |
| 三、會議論文(楊教授雲驊) .....                 | 11 |
| 參、第二場：政府資訊提供申請權之審查與<br>救濟 .....     | 39 |
| 一、會議備忘錄 .....                       | 41 |
| 二、主持人、報告人、與談人簡歷 .....               | 43 |
| 三、會議論文(范姜教授真嫻) .....                | 45 |
| 肆、第三場：言論自由與進行中的司法案件<br>.....        | 73 |
| 一、會議備忘錄 .....                       | 75 |
| 二、主持人、報告人、與談人簡歷 .....               | 77 |
| 三、會議論文(王副教授正嘉) .....                | 79 |

## 第 72 屆司法節學術研討會議程表

一、日期：106 年 1 月 11 日(星期三)

二、地點：國家圖書館國際會議廳(臺北市中正區中山南路 20 號 3 樓)

三、議程內容：

| 時間                        | 時程     | 議程                                                                                                                                                                                                                                              |
|---------------------------|--------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 08:30 ~ 09:00             | 30 分鐘  | 報到                                                                                                                                                                                                                                              |
| 09:00 ~ 09:30             | 30 分鐘  | 開幕式 - 司法院許院長宗力、法務部邱部長太三、中華民國律師公會全國聯合會蔡理事長鴻杰共同主持並致詞                                                                                                                                                                                              |
| 09:30 ~ 11:30<br>第一場學術研討會 | 120 分鐘 | 主 題：重建司法公信-以『保全羈押制度』為中心<br>主持人：陳明堂(法務部政務次長)<br>報告人：楊雲驊(政治大學法律系教授)<br>與談人：張明偉(輔仁大學學士後法律學系副教授)美國<br>林裕順(中央警察大學刑事警察學系教授)日本                                                                                                                         |
| 11:30 ~ 13:00             | 90 分鐘  | 午餐休息                                                                                                                                                                                                                                            |
| 13:00 ~ 15:00<br>第二場學術研討會 | 120 分鐘 | 主 題：政府資訊提供申請權之審查與救濟<br>主持人：蔡烱燉(司法院副院長)<br>報告人：范姜真燉(東海大學法律學院教授)<br>與談人：林三欽(東吳大學法學院教授)<br>帥嘉寶(最高行政法院法官)                                                                                                                                           |
| 15:00 ~ 15:20             | 20 分鐘  | 中場休息及茶飲                                                                                                                                                                                                                                         |
| 15:20 ~ 17:20<br>第三場學術研討會 | 120 分鐘 | 主 題：言論自由與進行中的司法案件<br>主持人：陳彥希(中華民國律師公會全國聯合會理事)<br>報告人：王正嘉(中正大學法律學系副教授)<br>與談人：吳光陸(中華民國律師公會全國聯合會常務理事)<br>Mr Dr Martin ABEND(德國聯邦律師公會副會長)<br>Mr Stephen HUNG 熊運信(香港律師會前會長)<br>Mr Jai-Hyuk CHOI 崔在燦(大韓辯護士協會副會長)<br>Mr George VARUGHESE(馬來西亞律師公會副會長) |
| 17:20 ~                   |        | 散會                                                                                                                                                                                                                                              |

主辦單位：法務部(第一場)、司法院(第二場)、中華民國律師公會全國聯合會(第三場)

協辦單位：國家圖書館

〔第一場〕

重建司法公信-以「保全羈押制度」為中心

## 第 72 屆司法節學術研討會

### 第一場次會議備忘錄

歡迎參加第 72 屆司法節第一場次學術研討會。為使本場次研討會順利進行，敬請注意下列事項：

一、 研討會時間分配：共 120 分鐘。

(一) 主持人致詞 5 分鐘。

(二) 論文報告時間為 60 分鐘。

1. 第 58 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2. 第 60 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

(三) 每位與談人評論時間為 20 分鐘。

1、第 18 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2、第 20 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

(四) 提問與回應時間為 15 分鐘。討論進行方式由會議主持人裁決。

二、 發言人發言後，請將發言單擲交會場工作人員，以利資料整理。

三、 會議中未盡完善之處，敬請不吝指正，謝謝。

# 第 7 2 屆 司 法 節 學 術 研 討 會

## 第一場

### 主持人簡歷

| 主持人 | 學 歷           | 現 職     |
|-----|---------------|---------|
| 陳明堂 | 中國文化大學法律研究所碩士 | 法務部政務次長 |

### 報告人簡歷

| 報告人 | 學 歷         | 現 職       |
|-----|-------------|-----------|
| 楊雲驊 | 德國圖賓根大學法學博士 | 政治大學法律系教授 |

### 與談人簡歷

| 與談人 | 學 歷          | 現 職                |
|-----|--------------|--------------------|
| 張明偉 | 美國金門大學法學院博士  | 輔仁大學學士後法律學系<br>副教授 |
| 林裕順 | 日本國立一橋大學法學博士 | 中央警察大學刑事警察學系<br>教授 |

〔第一場〕

會議內容

報告人：楊教授雲驊

〔第一場〕

會議內容

報告人：楊教授雲驊

# 提升司法威信－審判程序之「保全羈押」及其配套

政治大學法律系教授 楊雲驊

## 壹 前言 弱化的羈押制度

## 貳 刑事被告之在場權以及在場義務

- 一 被告之在場權利－請求聽審權
- 二 被告之在場義務－從基本權利客觀性出發
  - 1 基本權利的客觀價值決定
  - 2 基本權的組織程序功能與訴訟原則

## 參 羈押規定應在人權保障與刑罰權有效性間取得平衡

## 肆 羈押與被告到場義務及防止被告逃亡

- 一 防止藐視司法－需創設確保被告到場之羈押制度
- 二 被告遭判決有罪後之「保全羈押」
- 三 法院宣判時被告必須在庭、宣判同時決定是否羈押或續押被告
  - 1 德國規定－「審判期日」、「被告到庭聆判」以及「羈押決定」三位一體！
  - 2 我國規定－「審判期日」、「被告到庭聆判」以及「羈押決定」分割適用？

## 伍 被告上訴二審案件無正當理由不到時，應得逕行駁回上訴

## 陸 檢察官於審判中不可以聲請羈押被告？－「法院辦理刑事訴訟案

## 件應行注意事項」第五十四項的疑慮

- 一 本項規定違反法官獨立審判以及司法行政監督權
- 二 實務見解－最高法院九十六年度台抗字第五九三號裁定
- 三 檢察官於審判中沒有聲請羈押被告之權限？

## 柒 結論

## 壹 前言 弱化的羈押制度

刑事被告容易逃亡以規避刑責，舉世皆然，故各國刑事訴訟法內均規定有羈押制度，以有效防止被告逃亡。我國過去立法及實務有諸多嚴重違反人權之羈押情形，例如檢察官於偵查中有權羈押被告、審判中對重罪被告羈押無期限（邱和順案羈押被告長達二十餘年）以及以重罪為唯一羈押理由等，幸經多號司法院釋字以及立法修正等，終能與世界人權標準接軌。

過去是不及，但時至今日，現在我國擁有大概是世界上最嚴格以及繁瑣的刑事羈押制度，包括如拘捕被告後最短的聲押期間（24 小時內）、羈押被告一定要法院開庭進行繁瑣之羈押審查程序、可不斷來來回回的抗告救濟與發回更裁、嚴格限制偵審期間的羈押期間、法院裁准羈押之嚴格證明程度、駁回羈押聲請無法暫時停置被告，致發生被告在外串供證或逃亡之事實、羈押被告可不限次數的聲請停止羈押，干擾偵查程序進行、法院准押後，被告可不斷聲請停止羈押等後續事宜，導致裁准羈押法院是「准押多事、駁回沒事」！加上院檢等都懼怕羈押後，萬一被告將來被判無罪，可能引發的向法官及檢察官求償的壓力，以及監察院的來函關切寫報告等，院檢常視羈押被告為畏途，導致實務上羈押被告比例甚低，甚至有「羈押有事、跑掉沒事」的怪異現象，「矯枉過正」的結果，每當又有人犯逃亡後，媒體一大幅刊登，司法腐敗、無能的印象再度在人民心中深化，九十九件院檢努力做出的正確判決，遠遠抵不過一個大咖落跑案件所造成的殺傷力！

根據報載<sup>1</sup>，僅今年一年內就有 3 位重大吸金要犯落跑，此無異向人民宣告，違法吸金是本少利重的好生意，逃跑成功後，坐擁鉅款逍遙過日子，棄保潛逃後運氣不好被抓到，目前也沒有另外處以「棄保潛逃」之罪，也只是去服原有之刑期，何樂不為？尤其 2016 年刑法大幅修正沒收新制後，有效率的「追贓、追錢」算是終於獲得重視，逐漸趕上先進國家的腳步！相對於此，「追人、防逃」此區塊，卻是繼續因循守舊，繼續戕害司法威信！

對此，本文擬以「被告之在場義務」、「羈押與有效刑事訴追」、「保全羈押」、「宣判被告到庭」以及「審理中檢察官聲押權」等為重心論述，並提出建議修法方向，正視羈押對於刑事程序之重要，期能有效防止被告逃亡，建立司法威信以及人民的信賴。

<sup>1</sup> 「辦報吸金 30 億 陳元忠發監前落跑」，中國時報，2016 年 12 月 18 日 04:10 陳志賢／台北報導。

## 貳 刑事被告之在場權以及在場義務

幾乎所有文獻在論及刑事被告於法院審判程序時，均享有在場權，但同時亦負有在場義務。惟其憲法基礎何在？現行法律是否充分回應憲法之要求？文獻上對此討論較少，本文先從此出發，以便後續檢討現行法律是否有所不足。

### 一 被告之在場權利－請求聽審權

在法治社會，任何人都具有獨立的人格和尊嚴，尊重和保障人格尊嚴是一個國家對公民應盡的義務。基於尊重人格尊嚴之憲法理念，現代訴訟制度的設計和運作，應當承認和尊重當事人的程序主體性，使當事人成為程序的主體，即便是成為刑事被告之犯罪者亦然。主體地位要求法院在對一個人的權利義務責任進行判定的時候，要讓該當事人有充分發表自己意見主張的機會，並充分聽取當事人的意見和主張。訴訟制度的設計和運作應當以保障當事人的聽審請求權為指導理念。聽審請求權是訴訟權這一憲法性權利的重要內容，尊重當事人的聽審請求權是憲法的基本要求。聽審請求權得不到保障，法院的判決將失去其正當性，並由此導致司法權威性、公信力的缺失，甚至會導致人民對法律失去信仰。因此，在法治國要求下，加強訴訟中當事人的聽審請求權保障，顯得尤為重要。

聽審請求權，也稱聽審權（the right to be heard）、公平聽審權（the right to a fair hearing）。它是指法院在對一個人的權利、義務、責任進行判定的時候，人民有就案件的事實、證據及法律問題向法院充分發表自己的意見和主張並以此影響法院的審判程序及其結果的權利。聽審請求權是在訴訟程序中，其權利義務受到判決影響者的一項重要的程序基本權利。從權利性質來看，聽審請求權不是普通的訴訟權利，而是屬於憲法權利的範疇，是訴訟當事人的程序基本權利。許多國家以憲法確認當事人的聽審請求權。在美國，聽審請求權是由「美國憲法修正案」第 5 條和第 14 條的正當程序條款所確定的，1789 年通過的憲法修正案第 5 條規定，任何人未經正當法律程序不得剝奪任何人的生命、自由和財產。這一規定適用於聯邦政府。1868 年通過的憲法修正案第 14 條又規定，各州不得未經正當的法律程序，即行剝奪任何人的生命、自由和財產。正當程序包括程序之正當程序和實體正當程序，合理的通知及聽審請求權保障正是程序性正當程序的核心要素，根據程序性正當程序的要求，當事人就其案件有在審判者面前呈示證據、提出自己的意見和主張並反駁對方意見的機會，即有聽審的機會（an opportunity to be heard）。實際上，程序性正當程序的基本功能就在於給予當事人在合理期限內以合理方式聽審的機會，進而增進糾紛解決的公正和精確。程序性正當程序授予了當事人聽審請求權（a right to be heard）。德國基本法第 103 條第一項規定人人在法院享有合法聽審請求權（Anspruch auf rechtliches Gehör），此係以法治國原則為根源，補充傳統訴訟基本權而發展出與其他憲法程序原則相關聯之等同基本權之權

## 貳 刑事被告之在場權以及在場義務

幾乎所有文獻在論及刑事被告於法院審判程序時，均享有在場權，但同時亦負有在場義務。惟其憲法基礎何在？現行法律是否充分回應憲法之要求？文獻上對此討論較少，本文先從此出發，以便後續檢討現行法律是否有所不足。

### 一 被告之在場權利—請求聽審權

在法治社會，任何人都具有獨立的人格和尊嚴，尊重和保障人格尊嚴是一個國家對公民應盡的義務。基於尊重人格尊嚴之憲法理念，現代訴訟制度的設計和運作，應當承認和尊重當事人的程序主體性，使當事人成為程序的主體，即便是成為刑事被告之犯罪者亦然。主體地位要求法院在對一個人的權利義務責任進行判定的時候，要讓該當事人有充分發表自己意見主張的機會，並充分聽取當事人的意見和主張。訴訟制度的設計和運作應當以保障當事人的聽審請求權為指導理念。聽審請求權是訴訟權這一憲法性權利的重要內容，尊重當事人的聽審請求權是憲法的基本要求。聽審請求權得不到保障，法院的判決將失去其正當性，並由此導致司法權威性、公信力的缺失，甚至會導致人民對法律失去信仰。因此，在法治國要求下，加強訴訟中當事人的聽審請求權保障，顯得尤為重要。

聽審請求權，也稱聽審權（the right to be heard）、公平聽審權（the right to a fair hearing）。它是指法院在對一個人的權利、義務、責任進行判定的時候，人民有就案件的事實、證據及法律問題向法院充分發表自己的意見和主張並以此影響法院的審判程序及其結果的權利。聽審請求權是在訴訟程序中，其權利義務受到判決影響者的一項重要的程序基本權利。從權利性質來看，聽審請求權不是普通的訴訟權利，而是屬於憲法權利的範疇，是訴訟當事人的程序基本權利。許多國家以憲法確認當事人的聽審請求權。在美國，聽審請求權是由「美國憲法修正案」第 5 條和第 14 條的正當程序條款所確定的，1789 年通過的憲法修正案第 5 條規定，任何人未經正當法律程序不得剝奪任何人的生命、自由和財產。這一規定適用於聯邦政府。1868 年通過的憲法修正案第 14 條又規定，各州不得未經正當的法律程序，即行剝奪任何人的生命、自由和財產。正當程序包括程序之正當程序和實體正當程序，合理的通知及聽審請求權保障正是程序性正當程序的核心要素，根據程序性正當程序的要求，當事人就其案件有在審判者面前呈示證據、提出自己的意見和主張並反駁對方意見的機會，即有聽審的機會（an opportunity to be heard）。實際上，程序性正當程序的基本功能就在於給予當事人在合理期限內以合理方式聽審的機會，進而增進糾紛解決的公正和精確。程序性正當程序授予了當事人聽審請求權（a right to be heard）。德國基本法第 103 條第一項規定人人在法院享有合法聽審請求權（Anspruch auf rechtliches Gehör），此係以法治國原則為根源，補充傳統訴訟基本權而發展出與其他憲法程序原則相關聯之等同基本權之權

利(Grundrechtsgleiches Recht)。法定聽審請求權保障作為程序法上的基本原則，具有憲法上的地位，法院有義務使得當事人能夠在訴訟中以充分的和恰如其分的方式陳述他們所持有的看法。在德國，聽審請求權被認為是司法程序領域法治國家概念的結果，是典型的程序基本權利，是法院程序的大憲章。一般認為，聽審請求權、其他特別訴訟基本權及一般公平審判權，同為確保法院刑事程序進行。所謂公平審判之一般訴訟權(allgemeine Prozessgrundrecht auf ein faires Verfahren)，係屬於攔截性基本權(Auffanggrundrecht)，用以補充屬於特別程序權之聽審請求權。公平審判請求權僅於未有特別保障時，始發生之。再者，如合法聽審受到確保時，客觀正當的審理，始得踐行，從而刑事程序中之所謂武器平等，亦得保障。聽審請求權，亦係源自突襲性裁判之禁止，且合法聽審之功能，不僅是為法院判決事實基礎之澄清，並且亦為人性尊嚴之尊重。德國基本法明定之合法聽審請求權不適用法律保留，僅在憲法內在限制範圍內，始得限制，此乃基於德國基本法第十九條第四項規定有效權利保護之要求而產生。因此，立法者基於基本法第一百零三條第一項所規範之保障範圍，在合乎比例原則內，有權利亦有義務以個別法律制定合法聽審請求權之相關程序。

在日本，聽審請求權產生於 1947 年的日本憲法第 13 條第 1 項尊重個人之規定、第 32 條接受裁判權之規定以及第 82 條裁判應基於公開辯論之規定等憲法條文內容。日本憲法第 13 條規定：任何國民的人格均被尊重。關於國民生命、自由及追求幸福的權利，在不違反公共福利的範圍內，在立法及其他國政上。必須予以最大的尊重。第 32 條規定：任何人在法院接受審判的權利不得剝奪。第 82 條第 1 款規定：法院的審理及判決應當在公開的法庭進行。這些條文特別是第 32 條在日本被解釋為包含了聽審請求權。

我國憲法第 16 條所確認的訴訟權中包含著聽審請求權。司法院釋字第 482 號內即明載「憲法第 16 條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。…」除聽審請求權保障被告之訴訟在場權外，另訴訟權保障被告刑事防禦權亦應包含被告之在場權，例如司法院釋字第 582 號即稱，「憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。」被告享有詰問證人之權利，自應以保障其於審判程序有在場之權利為前提。

## 二 被告之在場義務—從基本權利客觀性出發

### 1 基本權利的客觀價值決定

憲法基本權主要是人民的主觀權利，學者更申言它們是公民權利序列中最基本、最重要的權利。作為主觀權利的基本權賦予了每個公民在面對國家公權力侵犯時，要求其停止侵害、排除妨害、保持克制的公法上請求權，具有「個人可向國家主張」的主觀面向。但德國法在基本權利作為主觀權利的面向之外，並抽象演繹出其內涵的客觀價值決定屬性，基本權利自此不再只是一種個體化權利，而成為一種「價值體系」或是「價值標準」，其效果放射至所有的法律領域，成為立法、行政與司法都必須遵循的標準，並且是國家權力和整體社會所共同追求的目標。這樣的學理建構不僅反映出戰後德國對立法絕對主義的拋棄與自然法的回歸，以及對國家在權利保障體系中的角色重塑，更重要的是表達出德國法希望以基本權為核心價值，重構以人為導向的國家的信念和立場。經由對其雙重屬性，尤其是客觀屬性的不斷強調、豐富和延伸，基本權利成功的被賦予了在德國法中的核心位置，它不僅重重地改寫了德國公法，甚至也影響至私法領域，德國基本權理論也因此有了跨越性之發展。

確認基本權作為人民可向國家請求，並可獲得司法救濟支持的主觀權利，雖然使人民一躍成為憲法主體，並使基本權獲得了切實可行的有效性，但僅對基本權做此理解，事實上並不足以充分實現基本權的保障目標。作為主觀防禦權，基本權只有在國家違法侵犯時才能發揮效用，或者說，人民只能在國家行為違反基本權時，才能予以消極對抗，國家在平日卻並不因此負擔落實基本權的積極義務。在實際生活裡，即便沒有國家的違法干預，公民自由的實現常常要受到各種社會要素，例如財產狀況、教育程度以及家庭背景的制約，公民自由的具體實現也常依賴於相應的國家機構和程序要件的存在與運作；此外，除國家干預外，公民權利亦有可能面臨來自民間的威脅。如果國家對此都不負擔任何積極責任，公民自由的保護在很多情形下將淪為空談。

面對基本權理論和實踐中呈現出的缺陷，德國學說遂嘗試在主觀面向之外，擴張基本權的其它屬性特徵。對此，二戰後的德國基本法規定有一定的引導作用。基本法在第1條第3項規定「所有基本權拘束立法、行政及司法，作為直接有效的法」。這一規定使基本權具備了客觀法的拘束效果和特徵，而國家權力作為整體亦被普遍課予了尊重與保護基本權的積極義務。德國學者 Duerig 由此出發<sup>2</sup>，從基本權作為客觀秩序規則中，發展出基本權作為客觀價值決定的看法，認為基本權對於整體的法秩序均有約束力，在法律的制定、解釋和適用過程中，都應被作為客觀價值決定（objektive Wertentscheidungen）予以尊重。在此認識下的基本權是憲法價值決定的表現，也是國家整體制度的價值基礎，其作用力放射至所有的

<sup>2</sup> Hartmut Maurer, Staatsrech I, 2003, S. 269.

保護物件不僅是單個記者的出版報導自由，同樣也包含作為整體的出版制度。制度保障所針對的是立法者，這一理論的內涵在於：某些私法上或公法上的制度，對社會生活具有特別的重要性，憲法應對其特別加以保障，嚴禁立法者將這些制度完全廢棄，或是通過對核心內容加以改變而將其掏空<sup>7</sup>。制度保障強調的是對制度本身，或者說對其核心內容的保護與維續，而非制度的受益人或是使用者。因此，從這個意義上說，制度保障仍舊是基本權在客觀法面向上的功能與屬性。

制度保障的理論源于德國威瑪憲法時代，它的提出主要是針對當時認為基本權只拘束行政權的通說。學者期望藉由制度保障，使立法者同樣受基本權內容的約束。在制度保障的約束下，立法者非但不得排除或掏空某些司法制度，還對其存續負有義務。但如上述，德國基本法第 1 條已經確認，基本權作為直接有效的法約束所有的國家權力，這其中當然包括立法者。因此，基本權作為國家整體法秩序的客觀價值屬性，事實上已經吸收了上述制度保障的功能，而傳統的制度保障理論也因為沒有再為基本權的理解與實現提供其他附加價值，而被客觀價值理論所取代。

## 2 基本權的組織程序功能與訴訟原則

國家負有在社會生活中積極落實基本權的義務，但基本權的落實需要實定法提供相應的機構與程序保障，尤其是某些基本權本身就具有很強的程式法特徵，例如：德國基本法第 19 條第 4 項中規定的司法救濟權，第 101 條第 1 項規定的合法審判以及第 103 條第 1 項規定的法庭聽審權等。在此意義上，實體的基本權在客觀法層面，同樣具有制度法與程序法的內涵<sup>8</sup>，國家也因此負有義務通過確立適當的機構與程序，來落實基本權的保障。而這一點伴隨社會生活的急劇發展和變遷更顯得尤為重要，因為在這個人類自由愈來愈需劃定界限，基本權之間的衝突愈來愈需平衡的時代，組織與程序往往是唯一的工具，導向符合基本權要求的結果。除了要求國家設立相當的組織和程序來落實基本權外，基本權在客觀法層面的擴散效果同樣覆蓋相關程序法與組織法的制定、解釋與適用，即在實體法之外，基本權同樣是組織法與程序法形成、解釋與適用的準則<sup>9</sup>。眾所周知，在現代國家下，基本權的主要功能之一在於保障公民自由地參與政治意志的形成，為達成這一目標，國家組織與程式應盡可能地多元、多樣、開放、透明、可監督與可控制。結構的多樣性與程序的透明與開放，更是防禦國家走向整體化的重要機制。尤其是在國家擁有事實上或法律上壟斷權的領域，適當與開放的組織與程序，對於公民的參與、基本權的保障、民主目標的實現更為關鍵。

<sup>7</sup> Sachs, Grundgesetz Kommentar, 1999, S. 388.

<sup>8</sup> Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 2003, S. 275.

<sup>9</sup> Sachs, Grundgesetz Kommentar, 1999, S. 89.

保護物件不僅是單個記者的出版報導自由，同樣也包含作為整體的出版制度。制度保障所針對的是立法者，這一理論的內涵在於：某些私法上或公法上的制度，對社會生活具有特別的重要性，憲法應對其特別加以保障，嚴禁立法者將這些制度完全廢棄，或是通過對核心內容加以改變而將其掏空<sup>7</sup>。制度保障強調的是對制度本身，或者說對其核心內容的保護與維續，而非制度的受益人或是使用者。因此，從這個意義上說，制度保障仍舊是基本權在客觀法面向上的功能與屬性。

制度保障的理論源于德國威瑪憲法時代，它的提出主要是針對當時認為基本權只拘束行政權的通說。學者期望藉由制度保障，使立法者同樣受基本權內容的約束。在制度保障的約束下，立法者非但不得排除或掏空某些司法制度，還對其存續負有義務。但如上述，德國基本法第 1 條已經確認，基本權作為直接有效的法約束所有的國家權力，這其中當然包括立法者。因此，基本權作為國家整體法秩序的客觀價值屬性，事實上已經吸收了上述制度保障的功能，而傳統的制度保障理論也因為沒有再為基本權的理解與實現提供其他附加價值，而被客觀價值理論所取代。

## 2 基本權的組織程序功能與訴訟原則

國家負有在社會生活中積極落實基本權的義務，但基本權的落實需要實定法提供相應的機構與程序保障，尤其是某些基本權本身就具有很強的程式法特徵，例如：德國基本法第 19 條第 4 項中規定的司法救濟權，第 101 條第 1 項規定的合法審判以及第 103 條第 1 項規定的法庭聽審權等。在此意義上，實體的基本權在客觀法層面，同樣具有制度法與程序法的內涵<sup>8</sup>，國家也因此負有義務通過確立適當的機構與程序，來落實基本權的保障。而這一點伴隨社會生活的急劇發展和變遷更顯得尤為重要，因為在這個人類自由愈來愈需劃定界限，基本權之間的衝突愈來愈需平衡的時代，組織與程序往往是唯一的工具，導向符合基本權要求的結果。除了要求國家設立相當的組織和程序來落實基本權外，基本權在客觀法層面的擴散效果同樣覆蓋相關程序法與組織法的制定、解釋與適用，即在實體法之外，基本權同樣是組織法與程序法形成、解釋與適用的準則<sup>9</sup>。眾所周知，在現代國家下，基本權的主要功能之一在於保障公民自由地參與政治意志的形成，為達成這一目標，國家組織與程式應盡可能地多元、多樣、開放、透明、可監督與可控制。結構的多樣性與程序的透明與開放，更是防禦國家走向整體化的重要機制。尤其是在國家擁有事實上或法律上壟斷權的領域，適當與開放的組織與程序，對於公民的參與、基本權的保障、民主目標的實現更為關鍵。

<sup>7</sup> Sachs, Grundgesetz Kommentar, 1999, S. 388.

<sup>8</sup> Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 2003, S. 275.

<sup>9</sup> Sachs, Grundgesetz Kommentar, 1999, S. 89.

基本權利擁有程序保障功能，在我國學說上似無疑問<sup>10</sup>。吳庚大法官早在釋字第368號的協同意見書內，即清楚認為：憲法第十六條訴訟權之保障範圍，實涵蓋下列四項構成事實：……（三）法院所踐行之程序應符合一般民主法治國家所遵循之原則，諸如審判獨立、公開審理、言詞辯論、攻擊防禦方法之對等、審判與檢察部門之分離、不得強迫被告自認其罪，不得舉行群眾公審等；訴訟程序係法律保留事項，應以法律作明確之規定，……。」更為具體的表示在於司法院釋字第396號認為，「依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。有關機關應就公務員懲戒機關之組織、名稱與懲戒程序，併予檢討修正。」另釋字第582號內亦強調，所謂合法調查，係指事實審法院依刑事訴訟相關法律所規定之審理原則（如直接審理、言詞辯論、公開審判等原則）及法律所定各種證據之調查方式，踐行調查之程序<sup>11</sup>。按此，憲法訴訟權所欲建構的刑事處罰程序，雖然立法者有相當大的立法裁量空間<sup>12</sup>，但原則上如直接審理、言詞辯論、公開審判等原則，應可視為具有憲法位階的價值決定，因此，課以被告到場義務，將此些原則有效實現，屬於國家權力，包括行政、立法及司法等應努力的方針和推動。

我國刑事訴訟制度係以直接審理、言詞辯論及公開審判等，作為通常審理程序之審理原則<sup>13</sup>。貫徹這些原則之實現，就被告部分，法律規定了被告之到庭義務以及相當多的強制手段，例如刑事訴訟法第75條「被告經合法傳喚，無正當理由不到場者，得拘提之。」、第101條第1項「……非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之」、第281條「審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判。」以及第283條「被告到庭後，非經審判長許可，不得退庭。審判長因命被告在庭，得為相當處分。」等規定，課以被告到場義務以及相應之強制手段等，均屬於立法者立法以期憲法訴訟權客觀價值有效實現的具體規定。

## 參 羈押規定應在人權保障與刑罰權有效性間取得平衡

<sup>10</sup> 例如許宗力教授稱之為「異軍突起的程序保障功能」，見許宗力，憲法與法治國行政，2006，頁196以下。

<sup>11</sup> 如對於證人之調查，應依法使其到場，告以具結之義務及偽證之處罰，命其具結，接受當事人詰問或審判長訊問，據實陳述，並由當事人及辯護人等就詰、訊問之結果，互為辯論，使法院形成心證〔五十六年一月二十八日修正公布前之刑事訴訟法第一編第十三章（人證）、第二編第一章第三節（第一審審判）及該次修正公布後同法第一編第十二章第一節（證據通則）、第二節（人證）及第二編第一章第三節（第一審審判）等規定參照〕。

<sup>12</sup> 例如釋字第574號所稱：「訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定。」

<sup>13</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法下冊（各論編），2013.9，頁187。

羈押被告屬於刑事程序中最為強烈之保全措施，將人自家庭、社會、職業生活中隔離，「拘禁」於看守所、長期拘束其行動，此人身自由之喪失，非特予其心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用—人格權之影響亦甚重大，係干預人身自由最大之強制處分，自僅能以之為「保全程序之最後手段」，允宜慎重從事，其非確已具備法定條件且認有必要者，當不可率然為之<sup>14</sup>。此外，羈押會對刑事被告武器平等與充分防禦權之行使造成重大限制，亦可能違背無罪推定原則，實屬強制處分中對被告各種防禦權最嚴重的干預<sup>15</sup>。但另一方面，羈押同時又是確保訴訟程序順利進行，使國家刑罰權得以實現的必要手段。兩者之間如何適當拿捏分寸，考驗著立法者與司法機關之智慧。德國聯邦憲法法院即認為「從羈押制度裡清楚可見，在基本法第 2 條第 2 項和第 104 條保障之個人人身自由與有效刑事追訴的必要之間，存有緊張關係。若是禁止刑事追訴機關在有罪判決前逮捕可能的犯罪人，並拘禁至判決為止，在很多情況下將難以迅速且公正地處罰重罪。但另一方面，透過拘禁於監禁設施而完全剝奪人身自由，在法治國之中是只能對有罪確定之人施加的不利益，僅在嚴格限定的例外情形方容許對於犯罪嫌疑人採取此種措施。

綜觀國際人權公約對於羈押被告之規定以及注意是否侵害人權的觀察面向，大致可分為「人民遭拘捕後是否迅速送至法院審查」、「羈押被告是否以涉嫌重罪嫌疑重大為唯一理由」、「有無構成長期羈押以及訴訟遲延？司法機關在過去羈押期間有無盡勤勉義務？」以及「審理羈押或羈押執行程序是否符合正當法律程序之要求」等問題。其中第一項「人民遭拘捕後是否迅速送至法院審查」，就刑事被告部分，在司法院釋字第三九二號做出以及民國八十六年刑事訴訟法修法後，無論在法制以及實務操作上，可說大致上已符合國際人權水準。至於第二項「重罪羈押」部分，雖然刑事訴訟法第 101 條第 1 項將被告「所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者」等涉嫌重罪列為可單獨羈押被告事由之一，引發違憲之爭議，但在司法院釋字第六六五號對之做出「合目的性限縮」之合憲性解釋後，至少在規範層面的違憲以及違反國際人權等問題可說相對降低。而在我國過去實務上部分案件出現「長期羈押」以及如影隨形之「訴訟遲延」等人權問題，民國九十九年公布之「刑事妥速審判法」第 5 條限制羈押期限規定，已在立法層面上就此問題有所改進。

但在人權保障之外，憲法第七十七條規定，司法院為全國最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。第八條第一項規定：「人民身體之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序不得逮捕拘禁，非由法院依法定程序，不得審問處罰……」，此就司法權之一之

<sup>14</sup> 司法院釋字第 392 號。

<sup>15</sup> 司法院釋字第 665 號。

刑事訴訟、即刑事司法之裁判言，既係以實現國家刑罰權為目的之司法程序<sup>16</sup>。因此，有效實現國家刑罰權，當屬於刑事訴訟的重要目的之一。德國聯邦憲法法院自 1972 年起，即在多次裁判中強調「刑事司法之功能有效性」屬於法治國家的重要部分<sup>17</sup>。故正確使用羈押制度，防止被告逃亡或湮滅證據等以順利實現國家刑罰權，也是具有憲法位階之要求。另聯合國反貪腐公約第 30 條「起訴、審判及處罰」內之第 2 項「各締約國均應依其國家法律制度及憲法原則採取必要之措施，以訂定或維持下列事項之適當平衡：既顧及公職人員執行職務所給予之豁免或司法特權，又顧及在必要時對本公約所定之犯罪進行有效偵查、起訴和審判程序之可能性。」以及第 4 項「就本公約所定之犯罪而言，各締約國均應依其國家法律，並在適當尊重被告權利之情況採取適當措施，力求確保於候審或上訴期間釋放裁定所定之條件，已考量確保被告在其後刑事訴訟程序中出庭之需要。」等，均要求「顧及在必要時對本公約所定之犯罪進行有效偵查、起訴和審判程序之可能性」以及釋放被告之條件，必須「考量確保被告在其後刑事訴訟程序中出庭之需要」，足見有效之刑事司法要求亦為國際公約所重視。司法院釋字第 665 號中亦明言「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。」故「刑事訴訟程序順利進行」以及「使國家刑罰權得以實現」等，應為法治國刑事司法的當然要求。

## 肆 羈押與被告到場義務及防止被告逃亡

如前所述，被告於刑事審判到場屬於基本權利的客觀價值內涵之一，甚至被課以到場義務。而被告於法院判處其重刑前或之後逃亡，不但造成國家刑罰權無法有效實現，更是對司法威信嚴重之打擊，亦即在個案之外，國人往往認為司法遇到權貴就低頭或是司法無能，尤其是逃亡至國外者，由於我國在外交及國際處境上相當艱難，與多數主要國家均無邦交，被告逃亡至國外後，往往無法順利循刑事國際司法互助途徑將之引渡回國接受刑罰！故有效督促被告到場以及防止被告逃亡，不僅是偵查中，亦是審判中以及判刑確定後必須認真嚴肅面對之問題。當然，被告到場以及防止被告逃亡的機制甚多，未必均要將被告羈押方可，況基於人權保障的要求，也不可能將所有遭到有罪判決之被告均予羈押！但在有效刑事司法的考慮下，羈押作為確保被告履行到庭義務以及防止被告逃亡之機制，也應該放在應有的天平位置慎重考慮！過去我國對於羈押立法的問題，較偏重於偵查中羈押被告的部分，尤其是以釋字第 392 號以及其後之修法為重心，甚至可說已經是世界上少有的嚴格。但對於審判中之羈押，相關重大之修正似乎僅有刑事妥速審判法第 5 條對於羈押期間之限制，用意在於避免羈押期間過長以致侵犯人權，

<sup>16</sup> 司法院釋字第 392 號。

<sup>17</sup> Roxin/Schunemann, Strafverfahrensrecht, 27 Aufl., 2012, S. 422 Rn. 5.

但對於整體審判中羈押制度的建制，尤其是確保被告履行到庭義務以及防止被告逃亡等，則較少受到注意。尤其在我國現制下，對於涉及較重罪刑之案件審判期間往往甚久，除少數犯如嚴重暴力型犯罪之案件外，羈押被告受限於各項限制以及執法人員之心態，往往未予羈押或是容易交保，以致難以有效防止被告逃亡或督促被告到庭接受審判。經筆者整理，約略有以下問題：

1 現有羈押制度，僅限於被告犯罪嫌疑重大、有逃亡串證之虞以及有羈押之必要者，方可裁定羈押，羈押之種類太少且單一。遇有被告並無逃亡或串證之虞，但因出於藐視司法等原因故意不到庭進行訴訟者，現有羈押規定即無適用之空間！（例如被告如常工作，生活作息正常，其資金與財產狀況並無異常）

2 宣示判決時，被告遭受有罪或無罪之判決，此時被告逃亡與否之判斷可能發生重大改變，法院應對到庭之被告於宣判當時同時做一處置！被告未到庭而允許宣判，除了對於審判程序的不尊重外，法院可能只是著重在判決宣示而已，對於宣判後被告是否有逃亡的可能性，未同時給予應有之重視！

3 法官於被告最後陳述後宣示辯論終結後，往往定一段期間宣判，宣判後將判決書製作完成送達當事人，等送達後當事人提起上訴及理由狀，並由原法院整卷後送至上級法院，讓案件再度實質繫屬於上訴審，又常需一段相當的期間！在這段期間內，常常是下級審法院與上訴審法院之「空窗期」！下級審認為都已經宣判了，被告的情況已不關我的事，上級審也容易認為，案件尚未上訴到我這邊，也不關我的事！遇到被告有逃亡之虞時，可能無法及時因應！

4 被告於一審言詞辯論終結後如即逃亡，按照現制，其仍可提起上訴至二審，甚至將來的三審，也就是說，被告早就不見了，訴訟程序依然進行，甚至長達數年之久！如此輕忽被告到庭義務的訴訟程序，實屬罕見。對自知可能判重罪之被告而言，大可選擇一審言詞辯論終結後即逃亡，如果將來可改判輕罪或無罪，再行現身！如果判決確定仍是重罪，他將慶幸還好跑得快！被告可以如此藐視司法，破壞司法尊嚴的情況，必須立刻改善！

5 審判中羈押決定與否，完全由法官決定，檢察官連聲請權都沒有，毫無置喙餘地，不僅與法理有違，且容易造成資訊聯繫有缺口，同時課以法官過大之負擔，並不適當。

#### 一 防止藐視司法—需創設確保被告到場之羈押制度

被告於審判中除發生逃亡或有逃亡之虞，或是影響共同被告、證人或是其他證據方法而可能構成一般之羈押外<sup>18</sup>，德國尚有為到場目的「保全」羈押（Der Sicherungshaftbefehl）之制度，是一般羈押的特別形式，當被告無正當理由未到庭

<sup>18</sup> Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, 3 Aufl., 2001, S. 278 Rn. 677ff.

故常伴有逃亡之高度可能性<sup>20</sup>，此際，國家刑罰權既有難以實現之危險，刑訴法第 101 條對於羈押所設計之一般性要件自應於法院宣判時特別審酌，考慮。

當然，一律將符合此一情況之被告宣布羈押，也有違反比例原則之疑慮！此時不妨由被告提出反證，充分說明自己並不會逃亡，以及提供將來如尚有訴訟程序進行，其必然會履行到場義務之各種擔保等，以說服法院不下保全羈押裁定。此種要求被告提供資訊，甚至相當於「舉證責任倒置」以免於羈押之規定，是否有違反人權，尤其是緘默權等人權問題，可從歐洲人權法院的相關判決得到答案。在 *Saunders v. the United Kingdom* 案中，申訴人被要求回答關於其公司及其財務狀況之問題，否則將遭處以最高可達兩年徒刑之刑罰！人權法院認為並不違反公約第 6 條第 1 項。在 *Weh v. Austria* 一案中，奧地利政府立法要求車主提供真正駕駛人身份之義務，否則就要處罰駕駛人，經申訴後，人權法院亦認為並未違反第 6 條第 1 項，亦即並不違反公約！相較之下，本文所稱之有罪判決後之保全羈押，是在被告遭法院判決有罪，尤其是可能入監服刑之重罪後，負有舉證說明其不會逃亡以及將來審判會如期到庭之義務，以免除羈押之不利益，自無不當可言。

或有意見認為此種保全羈押有違反無罪推定原則之疑慮。我國刑事訴訟法第 154 條第 1 項規定「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」將無罪推定之保護範圍延伸至審判證明有罪確定前，是否過度延伸，誠有討論之必要。即便如條文規定將此範圍延伸至判決確定，但究竟此一人權保障只是「無罪推定」而已，當法院已經宣判被告有罪後，即使該有罪判決尚因有上訴可能而尚未確定，但法院根據刑事訴訟法第 299 條第 1 項前段「被告犯罪已經證明者，應諭知科刑之判決。」亦即經過訴訟程序後得到被告有罪之確信後而判決被告有罪，亦即當下已由法院經過訴訟程序後證明被告犯罪，被告享有之無罪推定已遭法院有罪判決強有力之「推翻」，此時再強調被告之無罪推定保障，甚至認為難以羈押被告，似屬多慮。

### 三 法院宣判時被告必須在庭、宣判同時決定是否羈押或續押被告

要討論的是，事實審法院宣判時，被告是否必須在庭聆判？以及法院是否需於判決內同時決定是否羈押被告，以防止逃亡？

#### 1 德國規定—「審判期日」、「被告到庭聆判」以及「羈押決定」三位一體！

德國刑事訴訟法對於被告於事實審審判期日到庭，基本上是一有始有終的規定，簡單的說，從朗讀案由至最後宣判，原則上被告均有到庭權利以及義務。被告於

<sup>20</sup> 最高法院九十八年度台抗字第六六八號裁定：「……良以重罪常伴有逃亡、滅證之高度可能，係趨吉避凶、脫免刑責、不甘受罰之基本人性，倘一般正常之人，依其合理判斷，可認為該犯重罪嫌疑重大之人具有逃亡或滅證之相當或然率存在，即已該當「相當理由」之認定標準，不以達到充分可信或確定程度為必要。以量化為喻，若依客觀、正常之社會通念，認為其人已超過百分之五十之逃亡、滅證可能性者，當可認具有相當理由認為其有逃亡、滅證之虞。……」

故常伴有逃亡之高度可能性<sup>20</sup>，此際，國家刑罰權既有難以實現之危險，刑訴法第 101 條對於羈押所設計之一般性要件自應於法院宣判時特別審酌，考慮。

當然，一律將符合此一情況之被告宣布羈押，也有違反比例原則之疑慮！此時不妨由被告提出反證，充分說明自己並不會逃亡，以及提供將來如尚有訴訟程序進行，其必然會履行到場義務之各種擔保等，以說服法院不下保全羈押裁定。此種要求被告提供資訊，甚至相當於「舉證責任倒置」以免於羈押之規定，是否有違反人權，尤其是緘默權等人權問題，可從歐洲人權法院的相關判決得到答案。在 *Saunders v. the United Kingdom* 案中，申訴人被要求回答關於其公司及其財務狀況之問題，否則將遭處以最高可達兩年徒刑之刑罰！人權法院認為並不違反公約第 6 條第 1 項。在 *Weh v. Austria* 一案中，奧地利政府立法要求車主提供真正駕駛人身份之義務，否則就要處罰駕駛人，經申訴後，人權法院亦認為並未違反第 6 條第 1 項，亦即並不違反公約！相較之下，本文所稱之有罪判決後之保全羈押，是在被告遭法院判決有罪，尤其是可能入監服刑之重罪後，負有舉證說明其不會逃亡以及將來審判會如期到庭之義務，以去除羈押之不利益，自無不當可言。

或有意見認為此種保全羈押有違反無罪推定原則之疑慮。我國刑事訴訟法第 154 條第 1 項規定「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」將無罪推定之保護範圍延伸至審判證明有罪確定前，是否過度延伸，誠有討論之必要。即便如條文規定將此範圍延伸至判決確定，但究竟此一人權保障只是「無罪推定」而已，當法院已經宣判被告有罪後，即使該有罪判決尚因有上訴可能而尚未確定，但法院根據刑事訴訟法第 299 條第 1 項前段「被告犯罪已經證明者，應諭知科刑之判決。」亦即經過訴訟程序後得到被告有罪之確信後而判決被告有罪，亦即當下已由法院經過訴訟程序後證明被告犯罪，被告享有之無罪推定已遭法院有罪判決強有力之「推翻」，此時再強調被告之無罪推定保障，甚至認為難以羈押被告，似屬多慮。

### 三 法院宣判時被告必須在庭、宣判同時決定是否羈押或續押被告

要討論的是，事實審法院宣判時，被告是否必須在庭聆判？以及法院是否需於判決內同時決定是否羈押被告，以防止逃亡？

#### 1 德國規定—「審判期日」、「被告到庭聆判」以及「羈押決定」三位一體！

德國刑事訴訟法對於被告於事實審審判期日到庭，基本上是一有始有終的規定，簡單的說，從朗讀案由至最後宣判，原則上被告均有到庭權利以及義務。被告於

<sup>20</sup> 最高法院九十八年度台抗字第六六八號裁定：「……良以重罪常伴有逃亡、滅證之高度可能，係趨吉避凶、脫免刑責、不甘受罰之基本人性，倘一般正常之人，依其合理判斷，可認為該犯重罪嫌疑重大之人具有逃亡或滅證之相當或然率存在，即已該當「相當理由」之認定標準，不以達到充分可信或確定程度為必要。以量化為喻，若依客觀、正常之社會通念，認為其人已超過百分之五十之逃亡、滅證可能性者，當可認具有相當理由認為其有逃亡、滅證之虞。……」

審判期日必須到庭，如前所述，源自於基本法第 103 條第 1 項法定聽審權(既是主觀權利，也是客觀義務)以及法院之真實發現義務(法治國原則)，歐洲人權公約則是基於公平審判原則！法律則據以明定被告之在場義務以及若干例外。

德國刑事訴訟法第六章規定為「法庭審理」，從第 226 至 275 條均是。其中第 230 條規定法庭審理被告到庭義務，被告無正當理由不到庭者，為了法庭審理之需要，應下令拘提或逮捕。當考慮到所有之情況可認被告之缺席或是無訴訟能力無可指責時，構成正當理由不到庭。至於被告有到庭義務之所謂「到庭義務」之始末，第 243 條規定法庭審理程序於朗讀案由後開始，第 260 條則清楚規定法庭審理程序於宣判後結束。故其事實審之審判期日係從朗讀案由開始，直至法庭宣判方始結束，宣判本身就是審理程序的一部份<sup>21</sup>。因此，被告於此一階段，原則上均有到庭之義務，自然包括被告到庭聆判在內。

第 230 條第 1 項規定被告不在場不得進行審判。在此確認了被告之到場原則。為報告之到場不僅是被告之權利，從訴訟基本架構（言詞、直接審理）以及法律規定之強制措施，被告還應有到場之義務。所謂在場是指被告本人必須親身出現在審判庭。至於第 260 條第 1 項，亦即法庭審理程序於宣判後結束的規範目的在於，確保個別訴訟行為係依據程序進行，以及審理程序終結此一重要訴訟行為之意義。法院宣判，直接連結言詞審理以及法官評議後之判決結果，不僅是一技術上之意義而已，而是保證一實體上正確裁判需「考慮程序整體性」以及「直接基於審判程序印象」之要件。判決宣示亦屬於審判程序一環之規定，不僅確保被告之權利，亦是社會大眾之利益。其目的在於，作為一審理程序終結之結果，保障對於國家，被告以及所有訴訟參與者一具拘束性之正當判決。也因此基於審理程序法安定機制之確保而可能發生確定力或是可以連結到下一個審級。立法者設計此一法條的想法是，藉此盡可能的「發現真實」以及最大「被告辯護利益」，並依此做出正當的判決。因此，將法院宣判納入審理程序的一環，對於被告之在場權利、法院言詞審理以及公開審理原則以及法院受判決拘束以及判決之有效性均具有意義。

此外，於被告在場時，法院公開宣示判決對於被告以及社會大眾具有重要意義。法院對於審理案件之宣判，代表法院經過諸多之訴訟程序進行後，對於檢察官起訴被告犯行是否證據充分以及該當何種國家刑罰權之宣示，等於是法院審理的結尾，自然屬於審判程序之一環，且為經歷法院審判程序後國家刑罰權有無之結論，自屬重要。德國刑事訴訟法第 268 條即規定，判決以人民之名義作出，另宣示判決，以宣讀判決主文及公布判決理由為之。公布判決理由，以宣讀或口頭告知其重要內容為之。在決定是否宣讀判決理由或告知其重要內容，以及以口頭告知判

<sup>21</sup> Burhoff, Handbuch fuer die strafrechtliche Hauptverhandlung, 8 Aufl., 2016, Rn. 2761 ff.

決理由之重要內容時，應考慮訴訟參與者、證人或被害人值得保護之利益。在任何情況下，宣讀判決主文均應在公布判決理由之前為之等。其次是，法官宣判之內容，按照第 268a 條以下之規定，法院就以下事項，往往亦需宣示以下許多法律效果，並曉諭被告，主要如：「判決對被告諭知緩刑或保留處刑警告時，此裁定應與判決一併宣示」、「諭知緩執行保安處分」、「審判長應曉諭被告緩刑或緩執行保安處分，保留處刑警告或行為監督之意義，緩執行或行為監督之期間，負擔及指示之內容，以及撤銷緩執行或判處所保留刑罰之可能性」、「法院科以被告《刑法》第 68b 條第 1 項之指示時，審判長尚應曉諭被告依《刑法》第 145a 條判處刑罰之可能性。3 曉諭通常緊接在宣示第 1 項或第 2 項之裁定後為之」、「判決中命禁止駕駛時，審判長應曉諭被告禁止駕駛期之開始時間，曉諭緊接在宣示判決後為之」以及「判決中依《刑法》第 66a 條第 1 項或第 2 項，將保安監禁之命令保留於後續之法院裁判時，由審判長告知被告，後續裁判之標的及保留之持續時間。」等諸多事項的宣布。

除此之外，尚要注意德國刑事訴訟法第 268b 條「繼續羈押或暫時安置」規定，該條內容為，法院於作成判決時，應同時依職權決定繼續羈押或暫時安置，且此裁定應與判決一併宣示。按此，當被告目前在押或遭暫時安置者，法院應於宣示判決時同時以裁定決定是否繼續羈押或暫時安置，當認為要件已不存在時，應當下令撤銷並釋放被告，故此條規定了法院需於宣判時點做成一新決定<sup>22</sup>。同樣的，通說一致認為，對於到場而之前未遭羈押之被告，不論是先前停止羈押或是本就未遭限制自由者，亦可考慮於宣判時決定當場羈押（後者例如第一次羈押）<sup>23</sup>，例如該被告因受較高之刑罰而存在逃亡之虞等事由，因為此時隨著法院宣判較重刑罰而致狀況有所改變，自應立即考慮因應。

這裡或許有人質疑被告無罪推定之權利是否遭到侵害，或將來上訴後改判為無罪或較輕之罪刑將惹出麻煩？無罪推定原則是刑事被告一項特別之權利，在所有之民主法治國家內均承認其為一訴訟之基本權利，且被認為是除了正當法律程序以外的一項被告獨立的權利。但對於其意義以及保護範圍等，除了若干核心事項外，卻是有高度之爭議。歐洲人權法院判決迄今亦未對此有一普遍的標準。這主要在於，所謂直至法律證明被告之罪責之前，應推定被告對其犯罪行為係無罪責的條文內，「法律證明」的意義為何？在條文本身並沒有清楚的規定。而長期以來，人權機構對此之解釋亦處於搖擺之狀態。權威學者 Peukert 即認為，歐洲人權法院在對此原則之重要判決，亦即 Minelli 案中，是否直至被告遭判決有罪確定前，均有無罪原則推定之適用，其實歐洲人權法院係持一開放之態度<sup>24</sup>。

<sup>22</sup> Radtke-Hohmann, StPO - Kommentar, 2011, § 268b Rn. 1.

<sup>23</sup> Radtke-Hohmann, StPO - Kommentar, 2011, § 268b Rn. 2.

<sup>24</sup> SK-StPO, Band X EMRK, 4 Aufl., 2012, Art. 6 Rn. 175 ff.

由以上說明可知，德國刑事訴訟法係將「審判期日」、「法院宣判」以及「羈押與否」等做密切連結，配合被告原則上均需出庭之義務，課以法院必須確保報告到庭聆判之義務，除少數例外被告得不到庭外，被告未到庭聆判即代表審判期日尚未終結，因此，在訴訟程序中，法院必須時時注意被告是否有逃亡或其他規避審判之情事。在實務上，由於被告需到庭聆判之規定，法院往往在言詞辯論終結後，立即評議並讓被告在場時宣判，以達審理集中以及直接審理原則之貫徹。此外，既然被告已經到庭聆判，則是否有實施或繼續羈押的必要，往往隨著判決結果做成而立刻發生變化，故法律要求法官於此時點亦要對此做出決定，同時聽取檢察官以及被告對是否構成羈押或延長羈押事由的意見，較不容易發生被告於判決前或判決宣示以後，即行逃亡的情況。

在實務上，著名的辯護人手冊中，亦強調在法院宣判前後時段，辯護人的功能亦非常重要。依據第 260 條第 1 項之規定，宣判屬於審判程序之一環，在宣判之前，由法官宣布的「法庭休息（Sitzungspause）」期間，辯護人必須對其委任人全力投入並討論審判程序的過程。辯護人可向被告解釋目前由檢察官聲請法院進行之措施，例如剝奪汽車駕照等，並且討論由此而生之法律效果。無論如何，辯護人不可使被告單獨在場，因為被告通常是心情煩躁的，需要辯護人的鼓勵、安慰與諮詢<sup>25</sup>。因此，法庭宣判絕對不是僅僅將法院判決結果揭示於外的簡單程序而已。

此外，雖然法律規定法院可在審理結束後最遲至 11 日方為宣判（第 268 條第 3 項），但實務上，德文字有「椅子判決（Stuhltrteil）」一詞，意指法官在言詞辯論終結後，即直接宣判（同一天內），不需要另定一宣判期日。此一詞的最早來源在於，法官繼續坐在椅子上，考慮判決內容後即可以宣判，訴訟當事人不可以離開審判庭。所有類型之法院均可能有椅子判決，刑事判決尤為常見。按此，法院宣判時所有法定具有在場義務者，必須在場（辯護人及被告之在場義務）<sup>26</sup>

## 2 我國規定—「審判期日」、「被告到庭聆判」以及「羈押決定」分割適用？

相較德國，我國對此的立法與實務，似有很大之不同。我國刑事訴訟法第 225 條第 1 項雖規定宣示判決，應朗讀主文，說明其意義，並告以理由之要旨，大致似乎與德國規定相同，也代表著對於判決宣示之尊重以及口頭告知被告判決內容之義務。但由於配套規定的不足，甚至是刑事訴訟法內有相異之規定，以致所謂的宣示判決，變成在實務上並非審判程序中重要的部分，甚至淪為可有可無之程序。實務上，未遭羈押之被告，可說大部分都不會到庭聆判，過去許多法官也樂的省略此一程序，而被告一旦得知遭判較重之刑，也難免會想逃亡，或增加其逃亡之可能。

<sup>25</sup> Burhoff, Handbuch fuer die strafrechtliche Hauptverhandlung, 8 Aufl., 2016, Rn. 2763.

<sup>26</sup> Burhoff, Handbuch fuer die strafrechtliche Hauptverhandlung, 8 Aufl., 2016, Rn. 2766.

宣示判決變成無足輕重之主要原因，似乎法律是將「審判期日」與「宣示判決」區分，以及宣示判決不屬於審判期日之部分<sup>27</sup>！因此，雖然第 281 規定，審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判。此規定揭示了被告原則於審判期日到庭之權利與義務。另於第 285 條規定審判期日，以朗讀案由為始。但審判期日何時結束？法條卻沒有明定。事實上，從其他條文規定，主要是第 284 條「第三十一條第一項所定之案件無辯護人到庭者，不得審判。但宣示判決，不在此限。」、312 條「宣示判決，被告雖不在庭亦應為之」以及第 313 條「宣示判決，不以參與審判之推事為限」等綜合來看，無論是自由遭剝奪之被告或是自由之被告，似乎均沒有到庭聆判之義務，而被告也常不到庭聆判，甚至少數案件法官提被告來聆判，也遭受批評<sup>28</sup>，以致常有法官是對「空氣」宣判之譏！對司法之不尊重以及形式化傾向，莫此為甚！也讓第 225 條第 1 項「宣示判決，應朗讀主文，說明其意義，並告以理由之要旨」等規定，變成主要應為審判對象之被告，居然可以對之不聽不聞，根本架空本項之意義。甚至，本法第 313 條「宣示判決，不以參與審判之推事為限」之錯誤規定，更將本應莊嚴、慎重之法院宣判，淪為可任由根本沒有參與審判以及評議之法官，對根本不相干、沒有參與審判之案件彷彿讀稿機一般照稿朗讀，毫無司法之生命可言。本文認為，在目前法律規定下，第 312 條「宣示判決，被告雖不在庭亦應為之」之解釋，不能僅從本條之文義為主，認為本來就不需被告到庭即可宣判，甚至被告對此有選擇自由，亦即選擇到庭聽判與否之權利！而應從「被告到庭聆判不僅是權利，亦是義務」、「法院宣判對司法莊嚴性之意義」，以及「防止遭判重刑被告逃亡」等角度而再做根本性思考。因此，本文認為，第 312 條之被告雖不在庭亦應宣判之規定，應不能僅從文義考慮，而應如同其他條文被所稱告於例外情況始得「不待其到庭，逕行判決」般，強化被告之到庭義務，限縮於此些法定被告不到庭亦可審理、判決之例外狀況方可<sup>29</sup>，亦即有「不待其到庭」、「不待其陳述」或「不經言詞辯論」亦可判決者（例如許被告用代理人之案件、被告因心神喪失或疾病不能到庭而顯有諭知無罪或免刑之判決、法院認為應科拘役、罰金或應諭知免刑或無罪等而被告經合法傳喚無正當理由不到庭或僅諭知刑事判決者），法院方得依據第 312 條於被告不在庭時宣示判決。惟長遠考慮，還是透過修法，將法院宣示判決列入審判程序之一環，並以此作為審判期日之終點，才能真正解決被告有權利及義務到庭聆判之問題。

<sup>27</sup> 學說上有認為，宣示判決係將已經成立之判決對外發表，初無必令被告到庭之必要，故本法規定被告雖不在庭，亦應為之。然此項規定非謂無須傳喚被告到庭，既為審判程序之一部，自當仍予傳喚獲為第 72 條之告知，僅被告不到庭尚不影響宣示判決程序之進行而已。見林永謀，刑事訴訟法釋論（改訂版）中冊，2010 年，頁 500。

<sup>28</sup> 有論者謂「……簡言之，沒有親耳聽到判決不會有害當事人，聽判只是當事人的「權利」，從來就不是「義務」！」

<sup>29</sup> 目的性限縮（Die teleologische Reduktion）係指「依照法律之文義，會將規範目的未包含之生活事實涵攝入內」，造成與法律目的相對立之現象，因此，法條之意義必須依據明示的法律規範意義限縮，因為立法者在當初立法使用文字時，疏忽了「必要之限縮」或是「例外條款」，而由適用法律者加以補充。

被告往往不到庭聆判的問題除如上述之外，此一實務操作的結果，讓法院宣判似乎亦與被告羈押與否之決定脫節，刑事訴訟法第 108 條第 1 項前段規定，羈押被告，偵查中不得逾二月，審判中不得逾三月。但有繼續羈押之必要者，得於期間未滿前，經法院依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後，以裁定延長之。另同條第 5 項規定，延長羈押期間，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，如所犯最重本刑為十年以下有期徒刑以下之刑者，第一審、第二審以三次為限，第三審以一次為限。但法律雖規定法院一段又一段之羈押決定或延長羈押決定，主要在檢察官起訴時以及審理程序進行中，似乎與判決宣示沒有什麼關連！簡言之，按照現行實務，宣判時被告大多不到庭，這時隨著宣判產生的程序變化，例如被告因宣判重刑以致逃亡可能性增高之因素，在法院宣判時點似無法將之充分考慮入內！對於未到庭之自由的被告，即便法院判決重刑，以致可認其逃亡脫免服刑之機率升高，但法院對此在宣示判決時，並不是必須考慮因素而需於判決時一併處理。故實務上，因其沒有聆判義務，故被告多半選擇不到庭，而由其辯護人或委託之第三人到庭聆判，一旦發現遭宣判是重刑，即有逃亡之可能！對此種被告未予順利羈押，而是啟動所謂「防逃機制」，不僅效果甚微，更有捨本逐末之疑！

實行「審判期日」、「被告到庭聆判」以及「羈押決定」三位一體的程序，對於刑事訴訟原則之貫徹亦有重要意義，亦即，法官於言詞辯論終結時，應本著迄今言詞辯論終結結果，亦即歷經於法庭上舉辦之各項證據調查及事實上與法律上辯論完畢後，獲取「直接審理」及「言詞審理」之深刻印象後當場或稍後即行宣判，此亦為這些訴訟原則的貫徹。而不是隔了一段時間後，直接法庭印象已經日益模糊，各項舉證及證據調查的直接性也日益淡薄，反而是而根據各項間接的書類及筆錄而做成判決。尤其在我國勢必引進人民參與審判後，不論其係採何種制度，人民必須更深入的介入審判程序以及判決做成，應無疑義！此時更不可能在辯論終結後，經過一段不短的時間後，再將召集參與人民進行判決評議！

## 伍 被告上訴二審案件無正當理由不到時，應得逕行駁回上訴

德國事實審上訴審法院（Berufung）主導訴訟程序，必須依據證據調查之結果以及自由心證而自我負責的做出判決。因此，在訴訟程序所支配之原則，主要如言詞辯論、公開以及直接審理原則等，於上訴審程序原則上亦適用之。法律規定在上訴審審級原則上禁止被告缺席程序，因此，下級審在被告出庭的情況下所為之判決，理論上應被上訴審維持，故第 329 條第 1 項規定法院應駁回上訴。此考慮在於，上訴人於審理程序開始後不到庭，即代表他放棄上訴，亦即放棄對於下級審判決再進行一次實質審查的機會。當然，此一規定付出的代價在於，一審的錯誤判決，可能於上訴審因為被告無正當理由不到庭遭駁回而發生確定力。此外，

基於訴訟經濟以及迅速之目的，不允許被告在不在場之情況下，藉此拖延訴訟。因此，德國刑事訴訟法規定，被告於上訴審親自到庭不僅是權利，同時也是義務，被告上訴之案件，如果被告逃亡，亦即無正當理由不到庭，則法院應逕行駁回上訴<sup>30</sup>。

我國現行刑事程序第二審是採覆審制，亦即第二審須就合法上訴之部分，從新調查被告有利或不利之證據，而為事實上之審認，不得專就第一審卷宗所具之資料，未經調查程序而為判決<sup>31</sup>。由於係完全重複之審理，關於事實之認定、法律之適用與刑之量定，與第一審同其職權<sup>32</sup>。雖是完全之事實審，但被告似無到庭義務，我國刑事訴訟法第 371 條規定，被告經合法傳喚，無正當之理由不到庭者，得不待其陳述，逕行判決。其目的在於防止被告藉由提起上訴又不到庭之方式，來拖延訴訟之進行<sup>33</sup>。理論上，如果被告是有意拖延，當以駁回上訴可最快終結訴訟。

既是事實審，當以直接、言詞及公開審理為重心，無正當之理由之被告不到庭參與審判，雖然還是要從新調查被告有利或不利之證據，亦即「但仍須開庭經過調查證據，與到庭檢察官或自訴人一造之辯論終結程序為之，非調不待被告陳述即可逕用書面審理」，但訴訟當事人之被告不在，以上之訴訟原則於此情形幾乎等於名存實亡，顯有不當。且按此規定，非在押之被告於一審辯論終結後，如果預期會被判重刑，則可以選擇逃亡以因應，待宣判後判決書送達，仍可依法提起上訴！雖然他屆時應不會出庭訴訟，但一來上訴免費，二來其上訴有「不利益變更禁止」原則之保護<sup>34</sup>，大可碰碰運氣，看二審是否會判的較輕而坐享利益<sup>35</sup>！如仍遭重判，尚可提起第三審上訴後繼續拖延，而第 389 條規定第三審法院之判決，不經言詞辯論為之，被告原則上亦無到場義務，可讓程序繼續進行。如運氣好遭撤銷發回更審，以上戲碼將再演一遍。形成被告逍遙法外，而訴訟仍在進行可寄望翻盤的怪異現象，嚴重破壞司法尊嚴。

除極少數之案件外，現行高院為刑事第二審，被告不服地方法院之第一審有罪判決而之提起上訴救濟，此固為憲法第十六條訴訟權內保障之「人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。」惟被告提起上訴後，如無正當理由不到庭，應可認為被告事實上已經放棄上訴之權利，應修法為上訴審法院得逕行駁回上訴，較為妥當。

<sup>30</sup> Radtke-Hohmann, StPO-Kommentar, 2011, § 329 Rn. 3 ff.

<sup>31</sup> 最高法院 30 年上字第 1380 號判例。

<sup>32</sup> 林永謀，刑事訴訟法釋論（改訂版）下冊，2007，頁 44 以下。

<sup>33</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法下冊（各論編），2013.9，頁 345。

<sup>34</sup> 刑事訴訟法第 370 條前段：由被告上訴或為被告之利益而上訴者，第二審法院不得諭知較重於原審判決之刑。

<sup>35</sup> 根據實務統計，高等法院通緝刑事被告的比例極低（僅佔所有被告僅有 0.05% 至 0.11%），可見在被告已逃亡的情況下，法院大多選擇不待其陳述逕行判決。

## 陸 檢察官於審判中不可以聲請羈押被告？—「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項的疑慮

我國刑事訴訟法向來係嚴格區分「偵查—檢察官；審判—法官」之階段，頗有各人自掃門前雪，井水不犯河水的味道。在釋字第 392 號做出之前，偵查中檢察官甚至擁有包括羈押被告在內之所有強制處分權，此不僅違反憲法，嚴重侵害人權，也與世界主要法治先進國家大相逕庭。對照起來，今日許多偵查中強制處分需得到法官之同意方得實施，甚至被認為是憲法正當法律程序之要求，足見固有思維未必能與時俱進，或是不容挑戰。同樣的，審判屬於法官職權，除其核心範圍外，是否均讓法院一手包攬，職權決定？恐怕亦甚有問題。除了法定當事人可聲請之事項外（例如聲請調查證據、聲請法官迴避等），其他「法無明定」之事項，是否就可逕行解釋為純屬法院職權，當事人毫無插手餘地？「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項規定，就是一個很好的例子。

### 一 本項規定違反法官獨立審判以及司法行政監督權

刑事訴訟法第 93 條第 2 項規定，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。在偵查中，檢察官固然依據法律有此一權限，但在審判階段，檢察官有無聲請法院羈押被告之權限？刑事訴訟法內無明文規定，僅在司法院頒「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項有：「檢察官僅於偵查中始得聲請羈押、延長羈押、撤銷羈押或停止羈押。在審判中，並無為上揭各項處分之聲請權，其提出聲請者，應以聲請為不合法，予以駁回」之規定，按此，否決了檢察官在審判中有聲請羈押、延長羈押、撤銷羈押或停止羈押等各項處分之聲請權，提出聲請者，本規定明定應以聲請為不合法，予以駁回。這裡產生的疑問在於，何以檢察官於審判中並無聲請羈押被告之權限？刑事訴訟法對此並無規定，則此一結論如何產生？在法理上是否可行？「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項之規定，有無僭越法律，干預法官獨立審判之疑慮？

首先，如司法院釋字第 530 號所表示，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權以及司法行政監督之權限，理由在於，憲法第八十條規定法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉，明文揭示法官從事審判僅受法律之拘束，不受其他任何形式之干涉；法官之身分或職位不因審判之結果而受影響；法官唯良知，依據法律獨立行使審判職權。審判獨立乃自由民主憲政秩序權力分立與制衡之重要原則，為實現審判獨立，司法機關應有其自主性；本於司法自主性，最高司法機關就審理事項並有發布規則之權；又基於保障人民有依法定程序提起訴訟，受充分而有效公平審判之權利，以維護人民之司法受益權，最高司法機關

有司法行政監督之權限。司法自主性與司法行政監督權之行使，均應以維護審判獨立為目標，因是最高司法機關於達成上述司法行政監督之目的範圍內，雖得發布命令，但不得違反首揭審判獨立之原則。因此，雖然憲法明定法官係依據「法律」獨立審判，但並不排除最高司法機關就審理事項有發布規則之權，或為司法行政監督而發布命令，但有其當然之限制。

依現行法制，司法院本於司法行政監督權之行使，頒佈包括「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」在內之諸多「注意事項」和「要點」，為各級法院及分院受理民、刑訴訟事件、非訟事件，就有關職務上之事項，發布命令，依據司法院釋字第 530 號解釋理由書所載，若僅係促其注意，俾業務之執行臻於適法、妥當及具有效率，避免法官因個人之認知有誤，發生偏頗之結果，於未違背法律之規定，對於人民權利未增加法律所無之限制範圍內，與憲法方無牴觸。各該命令究竟有無違背本解釋意旨，應隨時檢討修正，以維審判獨立之原則。論者有認為此違反法律保留原則者<sup>36</sup>。其次是，司法院係本於司法行政監督權之行使而頒佈，但事實上，有許多內容，恐怕已經超出「司法行政監督」範疇，而是進入法律見解之判斷，例如司法院頒「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項規定：「檢察官僅於偵查中始得聲請羈押、延長羈押、撤銷羈押或停止羈押。在審判中，並無為上揭各項處分之聲請權，其提出聲請者，應以聲請為不合法，予以駁回」等於已經指導法官對此類案件「其提出聲請者，應以聲請為不合法，予以駁回」之法律效果！此與釋字第 530 號所稱「司法院本於司法行政監督權之行使所發布之各注意事項及實施要點等，亦不得有違審判獨立之原則。」恐已有違。

## 二 實務見解－最高法院九十六年度台抗字第五九三號裁定

在司法實務上，前述「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項亦為實務所遵循。以最高法院九十六年度台抗字第五九三號裁定為例，本案檢察官係以「本件被告丙○○、甲○○、乙○○三人因強盜殺人案件，經原審法院判決有罪，犯罪事證明確，顯非僅係犯罪嫌疑重大而已，且本件係強制上訴案件，第三審法院會為如何之判決，雖無從預料，苟經判決上訴駁回，則立即應執行死刑，以現在被告等未予羈押、限制出境及為其他必要之強制處分情形，屆時顯難進行刑事執执行程序，為免被告等逃逸，徒增將來執行之困難，爰聲請對被告等羈押、限制出境及其他適當之強制處分云云」，聲請法院對被告為強制處分。然經原審審認結果，被告等所犯強盜殺人罪，雖經原審法院於民國九十六年六月二十九日，再審後之更(一)審判決，改判死刑，固有刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款所定重罪之情形，然被告等於審理期間均按時到庭接受審判，且無違反先前之限制

<sup>36</sup> 司法院所發布之現行各種要點、注意事項等行政內規，眾多攸關人民權利義務之訴訟程序與強制處分等規定，卻僅以職權命令中之內規型態出之，欠缺民主正當性與程序保障，不但易受內部本位主義影響，外界無從參與及監督；此類司法行政體系之內規多無救濟途徑，容易造成內部監督機制形同虛設及規避監察權之監督，對人民權利應有之保障顯然過於薄弱。見黃越欽大法官於該號之不同意見書。

住居處分，以被告等生活舉動備受媒體矚目，亦難有隱匿之可能，衡之比例原則，既有限制住居處分，對將來審判、執行之進行尚無妨礙，並無羈押之必要。檢察官未考慮及此，僅以被告等經判決有罪為由，逕謂被告等應予羈押，尚難謂合，其聲請為無理由，遂裁定駁回檢察官之聲請。

本案經抗告至最高法院，最高法院於本裁定內認為，本件檢察官於審判中向原審法院聲請羈押被告等，原審既認為無羈押之必要（即無依職權發動之必要），則其聲請自屬不合法，原審不察，誤以無理由予以駁回，即有未合。抗告意旨雖未指摘及此，惟原裁定既有違誤，仍應由本院將原裁定撤銷，並駁回檢察官之聲請。其主要理由為：

1 依刑事訴訟法規定，檢察官限於對偵查中之被告，始有向法院聲請羈押或再執行羈押之權。至於案件經起訴後，已移由法院審理，有無羈押被告之必要，應由法院依職權決定，刑事訴訟法並無檢察官得於審判中聲請羈押被告之明文，縱為聲請，亦僅在於促使法院依職權發動而已。檢察官於審判中。無聲請羈押被告之權。

2 司法院頒「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項規定：「檢察官僅於偵查中始得聲請羈押、延長羈押、撤銷羈押或停止羈押。在審判中，並無為上揭各項處分之聲請權，其提出聲請者，應以聲請為不合法，予以駁回」，亦同此見解。

### 三 檢察官於審判中沒有聲請羈押被告之權限？

「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第五十四項之所以認為檢察官審判中無相關羈押聲請權，係以刑事訴訟法第 93 條第 2 項、第 107 條第 2 項、第 108 條第 1 項、第 110 條第 2 項及第 117 條第 2 項規定之反面解釋得出。分析這幾個條文的規定，其中第 93 條第 2 項、第 108 條第 1 項及第 117 條第 2 項係規定偵查中羈押、延長羈押及停止羈押後再執行羈押等，應由檢察官向法院聲請；至於第 107 條第 2 項則規定檢察官於偵查中得為撤銷羈押之聲請；第 110 條第 2 項係規定檢察官於偵查中得聲請法院命被告具保停止羈押。惟探究前開相關檢察官偵查中有聲請權的各項規定，原因即在於偵查中尚無所謂訴訟中三角關係以及當事人兩造地位形成，而我國刑事訴訟法中偵查主體係檢察官，法院本居於被動之不告不理原則，因此，如何啟動法院行為，亦即何人有權發動法院之作為，必須明文加以規範，且惟有透過有權聲請者的發動，法院才可以介入，除非法有明文，否則法院不得依職權就偵查中的案件，為一定之訴訟行為。此係我國偵查中結構以及院檢角色安排所致。

但以偵查中僅有檢察官得向法院聲請各種羈押事由之現行規定，得否逕行導論出，檢察官於審判中不得向法院聲請羈押被告？亦即運用「反面解釋」之方法，得到

這樣之結論？恐有疑問。按反面解釋(der umkehrschluss; argumentum e contrario)在法律解釋上係屬於漏洞填補的方法之一，恰與類推解釋相反，係指「由未做規定」可以得知，立法者對此係「有意的」保持沈默，因為立法者認為對此已經不需規定<sup>37</sup>。按此，在解釋時是否可以援引反面解釋，原則上需確認，是否立法者係就可窮盡列舉的事項，選擇僅就「正面」或「反面」加以規定。以最近聲請大法官釋憲的偵查中遭羈押被告之辯護人有無接觸相關卷證為例，刑事訴訟法第 33 條第 1 項固規定「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」但能否由此反面推論，認為辯護人於偵查中就絕對無接觸卷證之權利，尤其是對於被告遭聲押或羈押中之案件，實務向來採否定說，認為法律只明定辯護人於審判中有閱卷權，當然反面解釋就是辯護人於偵查中沒有接觸卷證的機會，此看法有很大之違憲或違反國際人權公約的疑問<sup>38</sup>。

對於檢察官可否聲請法院羈押被告一事，法律固規定偵查中檢察官有向法院聲請被告羈押之權，但這是否屬於立法者對此已經窮盡之列舉，亦即立法者已經在現有刑事訴訟法內已經「規定完畢」，除此以外，檢察官再也沒有任何聲請權，故對於審判中檢察官之聲押為「有意的沈默」，亦即允許反面推論檢察官在審判中無羈押聲請權，似有疑義。

首先，此一看法顯然與我國刑事訴訟訴訟的基本法理違背，特別是在採所謂改良式當事人進行的制度，當事人既為訴訟上之主體，原則上法院之審理作為，都應該是透過當事人的聲請而發動，盡量減少依職權發動之狀況，且應該係限於法有明文時，方得依職權為之，否則法院中立的立場，將受到質疑。以調查證據為例，對現行法最高法院實務均認為「法院於當事人主導之證據調查完畢後，認事實仍未臻明白，為發現真實，仍「得」就當事人未聲請部分，依職權為補充、輔佐性之調查。」亦即證據調查係以當事人主導為主，當事人未聲請之部分，法院依職權調查僅是為補充、輔佐性而已。既然法院於審判中之證據調查部分已經是退居到補充、輔佐性之調查，甚至一〇一年度第二次刑事庭會議認為「刑事訴訟法第一百六十三條第二項但書所指法院應依職權調查之『公平正義之維護』事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限」之決議，復大幅限縮法院「應」調查之範圍！則對於審判中羈押被告與否，法院仍然全面職權式的全包式認定，是否妥適，自有疑問。

<sup>37</sup> Ruethers, Rechtsstheorie, 1999, S. 494, Rn. 899.

<sup>38</sup> 對此，司法院釋字第 737 號已認為：「本於憲法第八條及第十六條人身自由及訴訟權應予保障之意旨，對人身自由之剝奪尤應遵循正當法律程序原則。偵查中之羈押審查程序，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官據以聲請羈押之理由……。刑事訴訟法第三十三條第一項規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。」同法第一百零一條第三項規定：「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。」整體觀察，偵查中之犯罪嫌疑人及其辯護人僅受告知羈押事由所據之事實，與上開意旨不符。有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴訟法妥為規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。」

又按羈押係為保全國家犯罪追訴權的手段，所謂保全國家追訴權，除確保偵、審程序的進行外，尚包括判決確定後的執行，檢察官做為犯罪追訴的主體，在刑事訴訟程序中，理應在任何階段都有為防止被告逃避追訴執行，而向法院聲請羈押的權限<sup>39</sup>。以德國實務為例，因宣判重刑而形成新的羈押事由，法院於宣判後當庭諭知收押被告者，一般稱為當庭收押(Saalverhaftung)<sup>40</sup>，此通常是辯護人方最不希望遭遇的棘手狀況。在訴訟上，如果蒞庭檢察官對案件甚有把握，並希望達到一定之訴訟效果時，也有在論告時，即一併聲請法院羈押被告。

此外，羈押做為審判中法院的訴訟行為之一，本件的理由結構，也產生下面幾個疑點：必須要法律明定，訴訟中的當事人才具有對法院一定訴訟行為的聲請權嗎？縱認檢察官對羈押無聲請權，對於檢察官提出羈押被告之聲請，法院僅能以不合法駁回之嗎？這樣的職權獨攬式看法，恐怕連採職權主義進行的德國制度亦瞠目結舌。德國法對於羈押之決定，德國刑事訴訟法第 125 條定有管轄規定，其第一項規定，案件起訴前，羈押必須經由檢察官之聲請由區法院法官決定之；同條第二項則規定，提起公訴後，由承審案件之法院決定是否羈押被告，但如有緊急狀況，審判長亦得為羈押之決定。這個條文的規範意旨，除明定偵查中僅檢察官有羈押之聲請權外，主要在於羈押法院管轄之確定，即偵查中為區法院，審判中為本案之承審法院，惟審判中有緊急狀況，審判長亦得自行為之，不待合議庭決定。除此之外，德國刑事訴訟法亦如我國刑事訴訟法一樣，並未對審判中羈押之聲請有所規定。按德國刑事審判制度，係採職權主義，審判之進行與證據之調查，原則上法院應依職權為之，但是當事人仍享有各種訴訟行為之聲請權，如聲請調查證據、聲請定審判期日等等，並不待法律逐項明定，而檢察官於審判中、判決後，只要發生被告有羈押之必要時，均得向法院提出羈押之聲請<sup>41</sup>。特別就羈押被告而言，雖然上述德國刑事訴訟法第 125 條第 2 項規定，緊急狀況下審判長也得就是否羈押被告為決定，惟若係由檢察官提出羈押聲請者，審判長認為無羈押必要時，尚不得逕駁回檢察官之聲請，而必須由合議庭裁定是否駁回檢察官羈押之聲請，一方面就駁回羈押聲請之決定，本質上並無所謂急迫性；一方面也顯示由檢察官提出之聲請，乃正式對法院之請求，必須由法院以裁定復之。

相對於德國刑事訴訟法，我國刑事訴訟法係採當事人進行為原則，按此法理，是否羈押被告，法院原則上僅得依聲請為之，職權為之應屬例外，原裁定於理由中雖說明「至於案件經起訴後，已移由法院審理，有無羈押被告之必要，應由法院依職權決定」，但接著卻認為，「刑事訴訟法並無檢察官得於審判中聲請羈押被告之明文，縱為聲請，亦僅在於促使法院依職權發動而已。檢察官於審判中既無聲請羈押被告之權，倘提出聲請，除法院亦認有羈押之必要，無庸再為無益之駁回

<sup>39</sup> Vgl. Vordermayer/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Handbuch für den Staatsanwalt, 2000, S. 728.

<sup>40</sup> Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, 3. Auf. 2001, S. 280.

<sup>41</sup> Vgl. Vordermayer/v. Heintschel-Heinegg, a. a. O. S. 728.

者外，應認其聲請為不合法。」惟結論竟直接跳躍至檢察官無聲請權，實令人不解。

## 柒 結論

被告於法院判處其重刑前或之後逃亡，不但造成國家刑罰權無法有效實現，更是對司法威信嚴重之打擊，認為司法遇到權貴就低頭尤其我國在外交及國際處境上相當艱難，與多數主要國家均無邦交，被告逃亡至國外後，往往無法循刑事司法互助途徑將之引渡回國接受刑罰！故有效防止被告逃亡，不僅是偵查中，亦是審判中以及判刑確定後必須認真嚴肅面對之問題。根據統計，在民國 102 至 104 年間，確定判決為「五年以下、七年未滿」而需通緝到案者，高達 21.4%，「三年以上、五年未滿」的，高達 20.5%，而刑期高達逾十五年者，亦有 13.2%，遭受重刑被告逃亡比例之高，令人訝異。媒體刊登的大咖逃亡，只是冰山一角而已，真實數字如果報導出來，司法信賴度恐怕要再跌 10%。

誠如釋字第 392 號解釋文所言，「司法權之一之刑事訴訟、即刑事司法之裁判，係以實現國家刑罰權為目的之司法程序，其審判乃以追訴而開始，追訴必須實施偵查，迨判決確定，尚須執行始能實現裁判之內容。是以此等程序悉與審判、處罰具有不可分離之關係，亦即偵查、訴追、審判、刑之執行均屬刑事司法之過程，……」另聯合國反貪腐公約第 30 條要求「顧及在必要時對本公約所定之犯罪進行有效偵查、起訴和審判程序之可能性」以及釋放被告之條件，必須「考量確保被告在其後刑事訴訟程序中出庭之需要」，足見有效之刑事司法要求亦為國際公約所重視。被告一旦逃亡，損害的是司法整體形象以及國民對於司法之信賴，不是院檢相互指責後，即可以把責任推卸乾淨<sup>42</sup>！當然，防止被告逃亡的機制甚多，未必均要將被告羈押方可，況在人權保障的要求下，也不可能將所有遭到有罪判決之被告均予羈押！但在有效刑事司法的考慮下，羈押作為防止被告逃亡之機制，應該放在應有的天平位置考慮！過去我國對於羈押的問題，較偏重於偵查中羈押被告的部分，尤其是以釋字第 392 號以及其後之修法為要。對於審判中之羈押，重大之修正僅有刑事妥速審判法第 5 條對於羈押期間之限制，至於整體審判中羈押制度的建制以及有效確保到場及防逃，則較少受到注意。值政府力倡司法改革之時，加強確保被告到場及有效防逃，實屬刻不容緩的急迫問題。

人民為何不信賴司法？為何司法沒有尊嚴？原因很多，但軟弱的司法，人民可以輕忽的司法，視司法為無物等，絕對是主因之一。本文借鏡德國之立法例與實務，以防止被告逃亡為出發點，強調「保全羈押」之重要與立法必要，並將審判中羈押建議結合「被告原則應到庭聆判」、「宣判時同時決定羈押被告問題」、「被告逃亡失權」以及「檢察官於審判中亦應享有聲請羈押被告之權限」等相關配套，期

<sup>42</sup> 貪檢井天博落跑 院檢互批卸責，自由時報，2015-12-24

能做一整體性的「有效防逃」考慮，重振司法威信！並對我國刑事審判制度若干不合理處提出建議，拋磚引玉，希望有識之士不吝指教！

〔第二場〕

政府資訊提供申請權之審查與救濟

## 第 72 屆司法節學術研討會

### 第二場次會議備忘錄

歡迎參加第 72 屆司法節第二場次學術研討會。為使本場次研討會順利進行，敬請注意下列事項：

一、 研討會時間分配：共 120 分鐘。

(一) 主持人致詞 5 分鐘。

(二) 論文報告時間為 55 分鐘。

1、第 53 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2、第 55 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

(三) 每位與談人評論時間為 20 分鐘。

1、第 18 分鐘鈴響一聲，請準備結束。

2、第 20 分鐘鈴響兩聲，正式結束發表。

(四) 提問與回應時間為 20 分鐘。討論進行方式由會議主持人裁決。

二、 發言人發言後，請將發言單擲交會場工作人員，以利資料整理。

三、 會議中未盡完善之處，敬請不吝指正，謝謝。

# 第 7 2 屆 司 法 節 學 術 研 討 會

## 第二場

### 主持人簡歷

| 主持人 | 學 歷           | 現 職    |
|-----|---------------|--------|
| 蔡炯燉 | 政治大學法律研究所法學博士 | 司法院副院長 |

### 報告人簡歷

| 報告人  | 學 歷        | 現 職        |
|------|------------|------------|
| 范姜真嫩 | 日本東海大學法學博士 | 東海大學法律學院教授 |

### 與談人簡歷

| 與談人 | 學 歷         | 現 職       |
|-----|-------------|-----------|
| 林三欽 | 德國哥廷根大學法學博士 | 東吳大學法學院教授 |
| 帥嘉寶 | 臺灣大學經濟研究所碩士 | 最高行政法院法官  |

〔第二場〕

會議內容

報告人：范姜教授真嫩

# 政府資訊提供申請權之審查與救濟

## 一 救濟程序中之卷宗閱覽與政府公開請求之交錯、競合

東海大學 范姜真嫻 (暫定稿,請勿引用)

### 壹、問題之背景

#### 貳、卷宗閱覽權與政府資訊公開請求權之區別

- 一、卷宗閱覽權之性質與目的
- 二、政府資訊公開請求權之性質及目的
- 三、卷宗閱覽權與資訊公開請求權之區別
  - (一)、請求提供之客體範圍
  - (二)、請求提供之時間限制
  - (三)、請求權人之限制
  - (四)、救濟方式之不同

#### 參、我國救濟程序中之卷宗閱覽

- 一、概觀
- 二、分析
  - (一)、聲請人
  - (二)、得閱覽之資料及期限
  - (三)、限制閱覽之事由
  - (四)、救濟
- 三、法庭錄音或錄影資料之交付

#### 肆、政府資訊公開請求權與卷宗閱覽請求權之交錯

- 一、政府資訊公開法制之特性
- 二、政府資訊公開與救濟程序中之卷宗閱覽之交錯適用
- 三、檢討
- 四、日本之規定
  - (一)、刑事訴訟之卷宗閱覽
  - (二)、民事訴訟事件之卷宗閱覽
  - (三)、行政不服審查法之卷宗閱覽
  - (四)、行政事件訴訟法之卷宗閱覽