

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Law

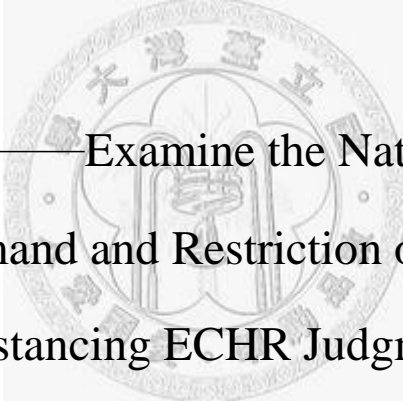
College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

歐洲人權公約第五條——以歐洲人權法院裁判為借

鏡，檢討我國羈押與人身拘束制度



ECHR Art. 5——Examine the Native System of
Detention on Remand and Restriction of Liberty by Way
of Instancing ECHR Judgments

施育傑

Yu-Chieh Shih

指導教授：林鈺雄 博士

Advisor: Yu-Hsiung Lin, Dr. jur. (München)

中華民國 97 年 7 月

July, 2008

謝辭

2008年3月，台灣大選結束；對照長年來的民主改革，台灣這塊土地上面人民的信念也越來越堅定。當兩大黨—甚至包含多數後起的小黨—「往前看」的時候，我們逐漸淡忘，或根本沒有記起，爲了民主信念努力的那群人。套一句競選廣告說的：「這些歷史都過去了，但真的，他們並不很遙遠。」；不管這是不是只是個選舉語言，但是當時這些民主運動的前輩，爲了他們的信仰，犧牲自己的人身自由，換來了今天的進步。雖然我從沒有投過票，也沒有參加黨派，但我仍然認爲，這些事情，不應該被遺忘。

這篇論文說的其實是一樣的事情，我以類似註釋書的寫作方法，並且對照外國以及我國的具體案例，主題設定在「人身自由」上；我發現，不論是老牌的民主西歐國家，新興的東歐國家，或者是台灣—不論以前或現在—，犧牲人身自由所換來的一切，是一部血淚斑斑的歷史。當民主運動的前輩們犧牲人身自由換來民主改革，終於看到這個幼苗開始成長，然而司法沉痾的問題，卻始終無法「輪替」；「民主改革」換來了我們政治上的權利，「司法改革」卻還停留在口號帶領制度的遠古時代；不堪入目的嗜血鬥爭，利益交換，永遠無法拯救真正犧牲的人。

這篇論文，本來的主題只有羈押。但在歷經文獻的閱讀後和論文的數度修正後，我認爲，最重要的問題，應該出在人身拘束制度本身的定位不清楚；既然是整個人身拘束的問題，那麼只討論羈押或其他人身拘束，就目前中文文獻的累積以及討論的方向，要如何完整的交代，顯得困難重重。也因此，在林鈺雄老師的提醒下，我把這篇論文先設定在完整的介紹公約第5條——包括體系、概念與裁判，並且鳥瞰我國實定法體系的整體問題；我也具體處理了羈押期間、人身自由的強制處分權制度與實務問題，另外也論述了 Habeas Corpus 的由來以及制度。

關於歐洲人權公約的中文論文，雖然不乏開路先鋒，但是我在比較其與外國文獻之間的差異後，我認爲，可能很多部分的正確性可能需要重新釐清；至於學者間的研究，大多對於特定問題意識直接深入的研究，對於想要接觸或者研究歐洲人權法的學術研究者，未必一蹴可及，這也是我這篇論文之所以一般性開展的用意。對於外國文獻，我的能力無法全部詳細引介或評析，這本論文毋寧重要的是要一般性的引介以及提出問題意識，拋磚引玉，期待未來有更深入的研究——

當然，這個論文裡，我也提出了自己的看法。我想，一直陷於「職權主義」或「當事人進行主義」立場而導出的結論，未必正確；統整歐洲基準的人權公約及相關裁判，應該可以有更大的視野來觀照我國法上相關的問題。另外，在口試之後，我考量再三，決定把我國法一部分細節問題刪除或整合，包括了法官、檢察官及其他司法人員的迴避問題、司法規則制定權、判例制度，希望未來有機會再發表這一部分的意見。最後，關於文獻的引註方式，我認為註腳一方面在於可以適當地容許之後的研究者證偽，一方面可以補充文本的說明，也因此，我都以全註的方式引用文獻，避免日後讀者翻閱的困難。

撇去體重和肝指數的直線上升不談，研究的過程，是快樂的。這篇論文的完成，要感謝一路走來，亦師亦友的林鈺雄老師；感謝他讓我放手去專注我自己的固執，面對人生和學術的徬徨，他為我指引了正確的方向；論文的寫作，也因為他的幫助，我才會開始對刑事訴訟的領域踏出研究的小徑；他的學術熱誠和態度，以及投注在本地實際素材的關懷，也讓我修正了自己的想法。我向來認為，「經師易得，人師難求」，林鈺雄老師是經師，也是人師，能在研究所的歲月拜在老師門下，我一直認為我做了最正確的選擇。感謝他對我的寬厚和教誨，也要感謝他在每個星期一的晚餐；雖然他的健忘程度不亞於我（同時我也必須強調，這是少數時候而已），但是對於學術的掌握和處事的態度，一直是我要學習，卻也難以企及的對象。如果能拿幾句話比喻我對老師的看法，大概是「望之儼然，即之也溫，聽其言也厲。」（論語，子張，第十九）；「仰之彌高，鑽之彌堅，瞻之在前，忽焉在後，夫子循循然善誘人，博我以文，約我以禮，欲罷不能。既竭吾才，如有所力，卓爾；雖欲從之，未由也已。」（論語，子罕，第九）。不過，這些話要稍微修正一下：老師從來不是「儼然」的人。同樣的形容，也獻給師母，希望老師一家人平安喜樂。

其次，感謝幾位口試教授，除了時間的充分配合之外，也指出了我的論文需要剪裁以及未盡之處。李建良老師風雨無阻的為我們幾個學生指導了法學德文的讀書會，而且時常容忍我在他的課堂上遲到、缺席、大放厥詞；他寬廣的學術視野和胸襟，也一直是我所佩服的。從研究所以來，李建良老師帶領我進入的，不只是法釋義學，還有 Radbruch 的法律哲學，以及那句「自由、平等、博愛——何時才能實現？」的思想；這篇論文有關於憲法第 8 條的問題，很多思考是因為他的見解受到啟發。此外，楊雲驊老師連結公法與刑事訴訟法的觀點，我向來一直努力學習，這篇論文的方向，尤其是羈押的部分，有很大部分的問題意識是受

到他的影響；雖然和他照面機會不多，但是勇於挑戰權威，屢屢擇善而「橫眉冷對千夫指」的學術態度，我卻知道不少；當然，楊老師在孩子面前，想必也是「俯首甘為孺子牛」。何賴傑老師的學術研究，常常是「獨上高樓，望盡天涯路」，處理他人沒有處理過的問題，提出別人沒有提出的見解；也因此，我這篇論文關於正當程序以及合理期間的關鍵看法，也都參考了他的著作；但同時，我也希望他千萬不要因為研究而「衣帶漸寬終不悔，為伊消得人憔悴」。祝福幾位老師，都身體健康，繼續廣栽桃李。

從以前到現在，我還能保有對於法律的一點熱忱，要感謝一些人。包括正祥以及陽升，從大學以來的討論和觀念的澄清，還有 Jura 和國考讀書會的革命情感，希望你們在未來的實務和學術之路能夠發光發熱；另外，感謝俊賢學長的那一句「有為者亦若是」讓我努力考上研究所；同時要感謝吳景芳老師對我不斷的循循善誘，還有刑事訴訟的啓蒙；如果說這篇論文算是一點成就，那麼老師對我的教導，是我從無到有的造雨人，也祝福師丈早日活蹦亂跳！此外，也感謝甘添貴老師、陳愛娥老師、范光群老師、林明昕老師，他們的學術與處世態度，都是我遇到困難時的指引方向。遠在德國的大師兄士帆和雅婷、之萍、雲飛、建志，都是從研一以來對我照顧有加的師兄姐，他們對我生活和研究的影響，我一直記得；也特別謝謝建志學長以及雅婷學姐在我論文寫作時給我的關懷和討論，特別是建志學長的鼓勵和提點，這篇論文的構想可以說是承接他的研究成果。三位師妹包括靖珣、以蓓、鈺歆，在論文研討會的支援和學術上的相互激發，憑著她們的天資和努力，相信她們未來的學術研究，絕對比我優秀；尤其是靖珣，這篇論文的寫作過程都多虧她的幫忙，她的用功程度與細心，我向來很佩服；同時，我也很看好最新加入的鬼人小師弟，希望他們未來的日子能夠一帆風順。人民大學的程捷博士，交淺言深，在我論文寫作時在各方面給了我不少反芻的想法，這裡要一併感謝他。最要感謝的，還有紹翊，沒有他，我根本不會考上研究所。

另外，雖然我也曾經想要嘗試用包括統計學、社會學等不同角度來詮釋，但是因為我的時間和知識始終不足，因此只能在註腳裡點到為止，希望未來能有餘力補足這個缺憾。對於這些法律以外的觀點，我要特別感謝淡江大學未來學研究生小蔓對於社會學的相關啓發，以及電腦硬體的支援；台大森林所碩士雅雯，澄清了我統計學上的疑惑；我的哥哥育隆，同時也是日文碩士，為我貧乏的日文閱讀開啓一絲曙光；也感謝中山大學許震宇博士在政治學以及跨國界法律問題的指點。此外，要感謝的包括：小飛從認識以來對我的關懷；Jura 讀書會包括麗亞、

以廷、麗文在內的成員；許隨譯律師的幫忙；包括任昇、宗瀚、瑞瑞在內的同屆的公法組同學，以及刑事法組的皓潔。另外，學思程度都讓我自嘆不如的琳珊、晨桓、宗憶、忠霖、以及其他東吳的德文讀書會成員、天琪、夏毅、欽煌、國榮、黃建霖律師、Warcraft 的戰友、大學同學以及我可愛的高中同學例如俊融、八卦小琪琪、偉智、大肥、阿布、彥芬、信逢、穎潔、喆文、彥彰、蔣村，因為他們的幫忙和陪伴，也讓我跌跌撞撞的路途上，其實並不孤獨；王兆鵬老師、律達法律事務所的葉建廷律師、所長、王銘滄代書、錢建榮法官、羅秉成律師，他們提攜後進，分別讓我對於實務更加熟悉或開啓不一樣的視野，並且也讓我了解嚴謹的態度和人生的寬容；十銓影印社的劉富貴先生，不介意我個人的懶散，也提點了我很多人生想法，希望他一家人總是快快樂樂。另外，也感謝台大稅法組的季緯與同為稅法組的幾位學弟妹，包括敬超、友仁、琇媛在讀書會的付出，以及民商法組的昀哲，還有許多這篇謝詞沒有提到的無名英雄。

最後，這篇論文，要獻給我的爸爸、媽媽、哥哥，二十多年，還有這些日子的求學生涯，幸虧有他們在，無怨無悔、從不要求回報的付出，我才能夠自私的完成我的願望；我從來不算是個好孩子、乖學生，但是他們在我最需要的時候，永遠在我身旁；同樣的，這些話也獻給宛珊，也感謝她一直以來的陪伴和容忍。真正的感情，用筆墨難以形容，我只希望這篇論文的完成，能帶給他們一絲絲的驕傲。最後的最後，這本論文獻給阿公和在天之靈的阿媽，希望你們看到我的成績，我一直都在努力。

施育傑

July, 2008.

中文摘要

這篇論文主要有兩大部分，首先，是歐洲人權公約第 5 條以及歐洲人權法院裁判的部分；其次，從歐洲跨國基準的角度來看國內羈押以及人身拘束體系的部分，並提出實務以及立法上的建議。歐洲人權公約第 5 條，可以分為幾個部分：人身拘束的實質原因（第 5 條第（1）項）、人身拘束的一般程序保障（第 5 條第（2）項、第（4）項）、人身拘束的特別程序保障（第 5 條第（3）項），以及賠償規定（第 5 條第（5）項）。本文引用包括 Guzzardi 案、Vagrancy 案、Brogan 案、Pauwels 案、Neumeister 案等標竿判決來觀察人權公約的發展。另外，幾個本文研究的重要論點，包括了公約第 5 條第（3）項以及第（4）項的程序保障。關於公約第 5 條第（3）項的羈押期間，雖然人權法院並沒有指出特定的限期，本文統計從 1968 年到 2008 年 4 月 15 日之前的相關判決，認為羈押期間對於人權法院的判決有所影響；並且進一步觀察德國和歐洲人權法院在這一部分的互動。至於公約第 5 條第 4 項的一般程序保障，本文從歐洲古典的自由以及英國 13 世紀大憲章所規定的「人身保護制度」探求，也指出了公約在現代意義下所賦予的程序保障，這些保障要素包括了閱卷權、言詞審理以及受法律協助權。此外，橫跨公約第 5 條以及第 6 條的中立性與獨立性要求，本文認為並不足以完全支撐人身拘束自由所有決定的面向。

就我國法的部分，雖然憲法第 8 條規定了法官保留和提審權利，但是橫跨公法和刑事訴訟的問題，始終無法解決；立法以及實務上的運作，甚至忽略了這兩個基本的要求。就此，本文先從憲法層次探討，並解決包括「正當程序」與「拘捕前置」在我國法上發展的獨有困境；其次，對於刑事法部分探討，認為目前我國羈押實務運作上在繼續性羈押的部分欠缺說理，實務應盡快改善；最後，就其他法律層面探討，一般性的人身保護始終無法落實，透過憲法第 8 條的解釋或者是立法的運作，都是解決的策略。本文也在最後提出提審法以及刑事訴訟法羈押制度的具體立法建議。

關鍵字：

歐洲人權公約第 5 條、人身自由權利、受告知權利、羈押期間、Habeas Corpus、公平審判、武器平等、受法律協助權（受律師協助權）、中立性與獨立性、正當程序、拘捕前置主義。

Abstract

This paper mainly has two major parts, first, is the European Convention of Human Rights as well as the Judgments of European Court of Human rights; Next, from the European transnational standard, inspects domestic system of detention on remand and restriction of liberty, then proposes suggestion to the practice as well as the legislation. ECHR Art. 5, may divide into several parts: the essential reason of detention(5-1), general procedure safeguard of detention(5-2, 5-4), special procedure safeguard of detention on remand(5-3), as well as the compensation stipulation if violating Art. 5(5-5). This article quotes including cases of Guzzardi, Vagrancy, Brogan, Pauwels, Neumeister to observe the development of ECHR. Moreover, important arguments of this article are procedural safeguard of ECHR 5-3, 5-4. Takes into the period about the duration of detention on remand, although the human rights court has not pointed out specifically deadline, this article calculated correlation Judgments from 1968 to 15 April 2008, thought the duration of detention on remand has influenced ECHR Judgments; and further observed interactions of German and ECHR. As for the general procedure safeguard of ECHR Art. 5-4, this article searched European classical meanings of freedom and Habeas Corpus of Magna Carta of England since 13th, pointed out ECHR procedural safeguard which entrusts with under the modern significance, those safeguard essential factor included right to access to the files, right to oral trial as well as right to legal assistance. In addition, this article thought that the request of impartiality and independence which cross Art.5 and Art. 6 cannot support all part of deciding whether one should be detained or not.

As to native laws, although Constitution Art. 8 had stipulated that only the court had power to detain persons and right to Habeas Corpus, the question still is unable to be solved both in Constitution and criminal procedure; in legislation as well as practice operation, these two basic requests has even been neglected. In light of this, this article firstly discussed under constitution, solved the unique, difficult questions including “due process of law” and “principle of essential arrest before detention”; secondly, discussed under criminal laws, and thought that native practice of detention on remand has been short of reasons in the part of continuous detention; and last,

under other laws, general protection of personal liberty has been always unable to carry out perfectly, strategy could be made through ways of appropriate explanation of constitution Art. 8 or legislative operation. Finally, this article also proposed concrete legislative suggestion of the law of Habeas Corpus as well as the system of detention on remand.

Key words :

ECHR Art. 5, right to liberty, right to be informed, time of detention on remand, Habeas Corpus, fair trial, equality of arms, right to legal assistance, impartiality and independence, due process of law, principle of essential arrest before detention.



目錄

謝辭.....	I
中文摘要.....	V
Abstract.....	VI
目錄.....	VIII
圖表目錄.....	XXII
第一章、緒論.....	1
第一節、研究動機與問題意識.....	1
第一項、刑事司法史上的著名個案.....	1
第一款、黃志成案.....	1
第二款、武漢大旅社案.....	2
第三款、第一銀行押匯弊案.....	3
第四款、陸正案.....	4
第五款、蘇建和等三人案.....	4
第二項、非刑事法領域：以 SARS 案為例.....	5
第三項、台灣人權報告.....	6
第四項、問題意識：替罪羊與陌生人.....	7
第五項、問題提出與研究對象.....	8
第二節、研究方法與本文架構.....	10
第三節、用語說明.....	11
第四節、歐洲人權公約第 5 條概論.....	12
第一項、公約第 5 條的條文.....	12
第二項、公約第 5 條所規定的體系.....	15
第三項、人權法院的裁判與學說.....	17
第二章、第 5 條第 (1) 項——總論.....	18
第一節、自由的剝奪.....	18
第一項、剝奪自由的界定.....	18
第二項、 <i>Guzzadi v. Italy</i>	19
第三項、相同的審查途徑.....	20
第二節、誰可以剝奪他人自由？——為數稀少的裁判.....	21
第三節、剝奪自由的合法性——列舉條款與法定程序.....	24
第一項、非列舉條款不得剝奪自由.....	24
第二項、「法定」程序.....	25
第一款、形式意義.....	25
第二款、實質意義—法律「品質」的要求.....	26
第三款、小結.....	27

第三項、當事人「同意」的情形.....	28
第三章、剝奪自由的實質原因——第 5 條第 (1) 項.....	29
第一節、第 5 條第 (1) 項 (a) 款：法院判決後的人身拘束.....	29
第一項、總論.....	29
第二項、判決與人身拘束間的連結.....	30
第一款、「連結」的意義.....	30
第二款、 <i>Eriksen v. Norway</i>	31
第三項、法院必須有合法性及管轄權.....	33
第一款、具備管轄權.....	33
第二款、必須是實質意義的法院.....	33
第二節、第 5 條第 (1) 項第 (b) 款：法令規定與義務履行.....	34
第一項、因為不遵守法院合法命令而實施的拘束自由.....	35
第二項、為確保法律義務履行而為的人身拘束.....	36
第三節、第 5 條第 (1) 項 (c) 款：刑事拘捕與羈押.....	37
第一項、總論.....	37
第二項、人身拘束的前提要件：懷疑犯罪、防止犯罪、防止脫逃.....	38
第一款、「犯罪」不限於內國法定性的刑事不法.....	38
第二款、「犯罪」必須精確而具體.....	38
第三款、預防性羈押的處境.....	39
第三項、有理由的嫌疑.....	40
第四項、拘束的目的：為了將其送交有管轄權的司法當局.....	40
第一款、作為公約保障的程序權利.....	41
第二款、嚴格的審查標準.....	41
第三款、送交司法當局.....	42
第四款、立即審查.....	42
第五項、 <i>Brogan and others v. United Kingdom</i>	43
第一款、案例事實.....	44
第二款、內國法的規定.....	45
第三款、歐洲人權法院的審查.....	46
第一目、公約第 5 條第 (1) 項第 (c) 款.....	46
第二目、公約第 5 條第 (3) 項.....	48
第三目、公約第 5 條第 (4) 項.....	49
第四目、小結與本案不同意見.....	50
第四節、第 5 條第 (1) 項 (d) 款：未成年人的保護.....	52
第一項、教育監督目的.....	52
第二項、官方的合法命令.....	52
第三項、未成年人的界定.....	53
第五節、第 5 條第 (1) 項 (e) 款：社會安全與危險族群.....	54

第一項、精神疾病.....	54
第一款、意義.....	54
第二款、 <i>Winterwerp</i> 基準.....	54
第三款、 <i>Winterwerp</i> 基準的個案放寬.....	56
第二項、遊民.....	57
第三項、酗酒者、吸毒者與傳染病的防治遏止.....	58
第一款、意義.....	58
第二款、疾病傳播防止的案例.....	59
第六節、第 5 條第 (1) 項第 (f) 款：移民、難民與引渡.....	60
第一項、意義.....	60
第二項、 <i>Chahal v. United Kingdom</i>	61
第四章、剝奪自由的特別程序要件——第 5 條第 (3) 項：羈押相關程序要求	63
第一節、總論.....	63
第一項、條文意義.....	63
第二項、 <i>Iwańczuk v. Poland</i>	65
第二節、「司法當局」的立即審查.....	66
第三節、中立性與獨立性.....	67
第一項、案例簡介.....	67
第二項、 <i>Pauwels v. Belgium</i> 裁判.....	67
第一款、本案背景.....	67
第一目、案件事實.....	67
第二目、尋求救濟.....	68
第三目、審判程序.....	69
第二款、內國法制.....	70
第三款、歐洲人權法院的觀點.....	72
第三項、裁判的發展.....	73
第一款、 <i>Huber v. Switzerland</i>	73
第二款、人權法院對於檢察官角色的認定——以比利時為例.....	75
第一目、 <i>Delcourt v. Belgium</i>	75
第二目、 <i>Borgers v. Belgium</i>	76
第三款、對照公約第 6 條的案例.....	77
第一目、 <i>Hauschildt v. Denmark</i>	78
一、案件事實與爭點.....	78
二、中立性：迴避問題.....	79
第二目、 <i>Pfeifer & Plankel v. Austria</i>	80
一、案件事實與爭點.....	80
二、人權法院的意見.....	80
第四項、尚未解決的問題——不同類型的內國法制.....	81

第一款、以檢察官角色為例.....	81
第二款、偵查階段處分的制度鳥瞰.....	82
第二款、人權法院處理的案例.....	83
第五項、小結.....	84
第一款、人權法院見解.....	84
第二款、本文意見.....	86
第四節、立即受審或釋放的權利.....	87
第一項、「立即」的意義.....	87
第一款、人權法院的審查標準.....	87
第二款、4日原則標準.....	88
第三款、主動審查.....	89
第二項、羈押期間.....	89
第一款、總論.....	89
第二款、期間的界定.....	90
第一目、期間始點.....	90
第二目、期間終點.....	90
一、 <i>Wemhoff v. Germany</i> 案.....	91
二、對於人權法院認定標準的爭議.....	93
三、本文意見.....	95
第三目、期間的中斷.....	95
一、中斷事由.....	95
二、認定中斷的實益.....	96
第三款、審查的基準.....	97
第一目、「合理性」的審查基準.....	97
一、審查標準.....	97
二、健康事由作為審查之要素？.....	98
第二目、繼續羈押的「關聯性」與「充足性」.....	99
一、逃亡之虞.....	100
二、使案情晦暗之虞：湮滅或變造、偽造證據.....	102
三、使案情晦暗之虞：串供.....	102
四、再犯之虞.....	103
五、公共安全的保護.....	104
六、為了保護被告自身安全？.....	104
七、為偵查而羈押？.....	106
八、司法資源不足？.....	106
第三項、羈押作為合理期間的判斷要件——程序加速.....	107
第一款、內國特別勤勉作為.....	107
第二款、考量要素：案情的複雜.....	108

第三款、考量要素：被告個人行為.....	109
第五節、其他問題.....	110
第一項、保釋.....	110
第二項、救濟.....	111
第一款、金錢賠償.....	111
第二款、減刑方案.....	111
第六節、具體案例審查.....	112
第一項、 <i>W v. Switzerland</i>	112
第一款、本案事實與程序.....	112
第一目、本案事實.....	112
第二目、被告請求釋放的過程.....	114
第二款、公約第 5 條第 (3) 項的審查.....	117
第一目、持續性羈押的理由.....	117
一、逃亡風險 (<i>The danger of absconding</i>)	118
二、串供風險 (<i>The danger of collusion</i>)	119
三、再犯之虞 (<i>The danger of repetition of offences</i>)	120
四、小結.....	120
第二目、程序作為：勤勉義務.....	120
第三目、不同意見.....	121
一、Pettiti 法官的不同意見.....	121
二、Walsh 與 Loizou 法官的不同意見.....	124
三、De Meyer 法官的不同意見.....	125
第二項、 <i>Muller v. France</i>	125
第一款、羈押期間與其合理性.....	126
第二款、本案結論.....	127
第三項、羈押期間的案例具體統計.....	127
第一款、裁判表列.....	127
第二款、裁判分析.....	136
第七節、向人權法院的意見調校：以德國的羈押期間問題為例.....	139
第一項、德國在人權法院的經驗.....	139
第一款、從 <i>Wemhoff</i> 案到 <i>Erdem</i> 案	139
第二款、 <i>Cevizovic</i> 案	140
第一目、充足性與關聯性.....	140
第二目、特別勤勉義務.....	141
第三款、 <i>Chraidi</i> 案	141
第一目、本案概況.....	141
第二目、充足性與關聯性.....	142
第三目、特別勤勉義務.....	142

第四目、Borrego 法官協同意見	143
第四款、小結	144
第二項、德國法對於羈押的規定	145
第一款、源自於基本法第 2 條及 104 條的權利保護	145
第二款、德國羈押法的設計	147
第一目、羈押的目的	147
第二目、羈押事由	147
第三目、羈押權限與羈押令狀記載事由	148
第四目、人身拘捕及審查程序	149
第五目、延長羈押與羈押期間	149
一、延長羈押之期間	149
二、救濟	151
第三項、歐洲人權法院對於德國的影響	151
第一款、羈押法制	151
第二款、羈押期間：聯邦憲法法院的決定	152
第八節、小結	153
第一項、權利體系	153
第二項、審查步驟	155
第三項、審查密度	156
第五章、剝奪自由的一般程序要件——第 5 條第 (2)、第 (4) 及第 (5) 項	158
第一節、第 5 條第 (2) 項	158
第一項、總論	158
第二項、告知義務	159
第一款、「立即」的意義	159
第二款、告知事項	160
第三款、「告知形式」的解釋	160
第三項、以當事人能瞭解的語言告知	161
第二節、第 5 條第 (4) 項	162
第一項、總論	162
第一款、規範目的	162
第二款、剝奪人身自由的「合法性」審查	163
第三款、有疑唯利自由 (<i>in dubio pro libertate</i>)	164
第四款、與公約第 5 條第 (3) 項比較	165
第一目、前提要件的不同	165
第二目、適用階段的不同	165
第二項、 <i>Habeas Corpus</i> ：自由的保護	166
第一款、自由的古代意義	166
第一目、漢摩拉比法典	166

第二目、舊約與新約.....	166
第三目、交織而成的自由權利.....	168
第二款、 <i>Habeas Corpus</i> ：英國的權利進步史.....	169
第一目、13世紀的英國.....	169
第二目、1679年人身保護法案.....	171
第三目、 <i>Somerset</i> 案.....	171
第三款、人身保護制度的演進.....	172
第三項、「法院」的定性.....	175
第一款、獨立性與中立性.....	175
第二款、對法院發出的拘束命令再要求審查？.....	176
第一目、問題起源.....	176
第二目、 <i>Vagrancy</i> 案提出的「結合原則」.....	176
一、兩次的審查？.....	176
二、本案違反「法院」與「司法程序」的要求.....	177
三、學說批評.....	178
四、本文意見.....	179
第四項、「司法程序」的要素：一般原則.....	180
第一款、對審程序、公平性與武器平等.....	180
第二款、案例.....	181
第五項、「司法程序」的要素：具體要求.....	182
第一款、言詞審理（ <i>Oral Hearing</i> ）.....	182
第二款、閱卷權（ <i>Right to Access to the File</i> ）.....	182
第一目、挑戰法院決定的必要權利.....	183
第二目、行使閱卷權的例外.....	183
第三款、法律協助權（ <i>Right to Legal Assistance</i> ）.....	184
第一目、一般意義（ <i>General Rules Concerning Access to Counsel</i> ）.....	184
第二目、強制法律協助權（ <i>Right to Legal-Aid Counsel</i> ）.....	185
第四款、「盡速」的司法審查.....	186
第一目、期間的確定.....	186
第二目、自由剝奪後的盡速審查.....	186
第三目、審查程序本身的「盡速」要求.....	187
第四目、具體案例的期間.....	188
第六項、受定期審查的權利.....	188
第一款、人身自由的持續性剝奪.....	188
第二款、任何情形的人身自由持續性剝奪.....	189
第七項、立即釋放.....	189
第八項、其他問題.....	190
第一款、整體制度問題.....	190

第一目、回溯審查效力？.....	190
第二目、釋放後仍有權利要求審查？.....	191
一、人權法院的態度.....	191
二、學說批評.....	192
三、本文意見.....	192
第二款、程序具體問題.....	192
第一目、公開審理？.....	193
第二目、上訴救濟權利？.....	193
第三節、第 5 條第 (5) 項——損害賠償的權利.....	193
第六章、我國法現況——憲法層次.....	195
第一節、憲法第 8 條.....	196
第一項、條文的文字與體系.....	196
第二項、條文的理解.....	197
第一款、條文釋義.....	197
第二款、學說見解.....	198
第一目、憲法保留.....	198
第二目、人身自由的意義與干預.....	199
第三目、條文的保護.....	199
一、程序保護.....	199
二、實體保護.....	200
第四目、人身自由的保護的一般條款？—以 SARS 事件為例.....	200
一、事實背景.....	200
二、相關意見.....	201
三、本文意見.....	201
第三項、正當法律程序？.....	203
第一款、釋憲實務與學說的呼應.....	203
第二款、本文意見.....	204
第一目、正當程序「妾身」未明.....	204
第二目、不宜「扶正」.....	205
第四項、刑事訴訟的獨有問題.....	206
第一款、拘捕前置主義.....	206
第一目、意義.....	206
第二目、所處理的問題.....	207
第二款、司法實務.....	208
第一目、鳥瞰.....	208
第二目、採取肯定見解的裁判.....	208
一、僅能審查形式要件.....	208
二、審判中羈押並無適用.....	209

第三目、意見不明的實務見解.....	210
第三款、本文意見.....	211
第一目、原則與例外的誤用.....	211
第二目、對學說及實務見解的批評.....	212
一、憲法第 8 條導出「拘捕前置主義」？.....	213
二、拘捕前置原則的實益？.....	214
三、實務見解的問題.....	215
第三目、透過解釋修正：以 <i>Habeas Corpus</i> 取代拘捕前置.....	216
第四目、透過立法的修正.....	217
第二節、大法官解釋.....	218
第一項、釋字 392 號之前.....	218
第一款、人身拘束部分.....	218
第二款、法官與司法機關的定性.....	219
第三款、迴避制度：法官的中立問題.....	219
第一目、審級說.....	219
第二目、拘束說.....	220
第三目、本文意見.....	221
第二項、釋字 392 號.....	222
第一款、事實經過.....	223
第二款、各方意見.....	223
第一目、提審法規定以「非法拘禁逮捕」作為要件是否違憲？.....	223
第二目、羈押權限屬於檢察官是否不當？.....	224
第三目、憲法第 8 條的法院是否不含檢察機關？.....	225
第四目、檢察機關是否屬於憲法第 8 條規定的司法機關？.....	226
第五目、「拘禁」、「逮捕」與「審問」、「處罰」的意義.....	226
第三款、釋字 392 號的決定.....	226
第一目、釋字 392 號.....	227
第二目、小結.....	229
第三項、釋字 392 號之後.....	229
第一款、人身自由的解釋.....	229
第一目、刑事法律.....	229
第二目、行政執行：管收與拘提程序.....	231
第二款、法官的定性與法官保留.....	231
第一目、法官的定性.....	232
第二目、法官保留.....	232
第三款、「本於正當法律程序」實現訴訟權.....	233
第一目、一般意義.....	233
第二目、細節要求.....	233

第四款、救濟.....	234
第一目、對羈押聲明不服的程序.....	234
第二目、賠償.....	236
第四項、大法官解釋意旨的歸納.....	236
第一款、解釋歸納.....	236
第二項、本文意見.....	237
第三節、小結.....	239
第一項、憲法第 8 條與大法官解釋的歸納.....	239
第二項、檢討.....	240
第一款、對人身權利一般保護條款的誤解.....	240
第二款、欠缺司法程序相關規範.....	241
第三款、大法官應具體說理並司法自制.....	242
第七章、我國法現況——羈押法制.....	244
第一節、實定法制.....	245
第一項、總論.....	245
第二項、非必要之前置程序：拘捕.....	246
第三項、羈押之聲請及決定機關.....	247
第一款、聲請機關.....	247
第二款、決定機關.....	247
第四項、羈押之要件.....	248
第一款、逃亡或逃亡之虞.....	248
第二款、使案情晦暗之危險.....	248
第三款、重罪羈押.....	249
第四款、預防性羈押.....	249
第五項、羈押之聲請、審查與執行.....	249
第一款、聲請程序.....	249
第一目、被告非經拘捕到場.....	250
第二目、被告經拘捕到場.....	250
第二款、審查程序.....	250
第一目、告知義務.....	251
第二目、到場參與.....	251
第三目、審理原則.....	251
第四目、證明法則.....	252
第三款、法院決定.....	252
第四款、羈押執行.....	252
第六項、繼續性羈押.....	252
第一款、羈押期間.....	252
第二款、羈押之撤銷、停止與救濟.....	253

第一目、羈押之撤銷.....	253
第二目、羈押之停止.....	254
第三目、羈押之救濟.....	255
第二節、刑事司法實務——偵查中羈押的統計數據.....	255
第一項、偵查中羈押具體數據鳥瞰.....	255
第一款、1998 年到 2003 年的數據.....	255
第二款、2004 年到 2006 年的數據.....	256
第三款、2006 年法務年報.....	257
第二項、相關意見.....	259
第一款、偵查中羈押權改隸法院.....	259
第二款、羈押密度越趨嚴格.....	260
第三項、本文意見.....	261
第一款、偵查中羈押的法官審查密度.....	261
第二款、檢視裁定書內容的必要性.....	261
第三節、羈押裁定書分析.....	263
第一項、地方法院裁定書：以台北、士林地方法院為例.....	263
第一款、犯罪嫌疑重大.....	263
第二款、羈押原因.....	263
第一目、一般情形.....	263
第二目、羈押原因：逃亡之虞.....	264
第三目、羈押原因：使案情晦暗之虞.....	264
第四目、羈押原因：重罪羈押.....	265
一、一般理由.....	265
二、重罪羈押與其他羈押原因並用.....	265
第五目、羈押原因：預防性羈押.....	266
一、一般性理由.....	266
二、與其他羈押原因併用.....	267
第三款、必要性：比例原則.....	267
第一目、一般考量.....	267
第二目、替代手段.....	268
第四款、繼續性羈押的情形.....	268
第一目、駁回聲請的一般理由.....	269
第二目、被告理由的類型.....	270
一、動之以情：家庭因素.....	270
二、深感悔悟.....	271
三、身體健康因素.....	271
四、願受其他條件限制的聲明.....	271
第五款、小結.....	272

第一目、一般觀察.....	272
第二目、聲請具保停止羈押.....	272
第二項、上級審法院的裁定分析.....	274
第一款、台灣高等法院.....	274
第一目、一般情形.....	274
第二目、其他情形.....	275
第二款、最高法院.....	276
第一目、一般情形.....	276
第二目、其他情形.....	277
第三目、程序問題.....	278
一、更裁法官迴避.....	278
二、接押無庸令狀及訊問.....	278
三、逾越救濟期間與折抵刑期.....	279
四、檢察官於「審判中」無權「聲請」羈押.....	279
第四節、檢討.....	279
第一項、偵查中的羈押程序.....	280
第一款、書面審理？.....	280
第二款、本文意見.....	280
第三款、具體建議.....	281
第二項、審判中的羈押構造.....	281
第一款、審判中法院自行決定羈押.....	281
第二款、釋字 631 的對照.....	282
第三款、本文意見：機關功能與權力制衡.....	283
第四款、具體建議.....	285
第三項、羈押期間與實務運作.....	285
第一款、羈押期間.....	285
第二款、羈押裁定.....	286
第三款、具體建議.....	287
第四項、羈押中的辯護權.....	288
第一款、問題.....	288
第二款、具體建議.....	289
第五節、附論：羈押未來應如何修正的相關意見.....	290
第一項、民間司改會對整體羈押制度的意見.....	290
第二項、延長羈押與羈押期間：法務部意見.....	292
第三項、本文觀點.....	294
第一款、關於民間司改會草案.....	294
第一目、撤銷具保的舉證責任.....	294
第二目、偵查中羈押期間的問題.....	294

第二款、關於法務部的意見.....	296
第一目、整體評論.....	296
第二目、羈押期間.....	297
第八章、我國法現況——其他法律層次.....	298
第一節、提審法.....	299
第一項、制度概況.....	299
第二項、實務概況.....	299
第一款、提審在實務上的稀少.....	299
第二款、大陸地區人民.....	300
第一目、一般觀察.....	300
第二目、非刑事法院審判權.....	301
第二節、其他刑事法上的人身拘束.....	302
第一項、刑法的保安處分.....	302
第二項、刑事訴訟法與少年事件處理法.....	303
第三項、檢肅流氓條例.....	303
第四項、毒品危害防制條例及組織犯罪條例.....	305
第三節、民事法上的人身拘束.....	305
第一項、民事實體法.....	305
第二項、強制執行法.....	306
第三項、其他.....	306
第四節、行政法上的人身拘束.....	307
第一項、行政法總論.....	307
第一款、行政程序法.....	307
第二款、行政罰法.....	307
第三款、行政執行法.....	308
第四款、行政訴訟法.....	308
第二項、行政法各論.....	309
第一款、社會秩序維護法.....	309
第二款、其他的警察法.....	309
第三項、特殊族群收容.....	310
第一款、兒童與少年.....	310
第二款、外國人.....	310
第三款、大陸、港澳人民.....	311
第四款、疾病管制.....	312
第一目、傳染病.....	312
第二目、精神疾病.....	312
第五款、其他.....	313
第五節、檢討：最低標準的確立.....	314

第一項、整體觀察.....	314
第二項、欠缺法官保留.....	315
第一款、顯然違憲.....	315
第二款、實務見解應改變.....	316
第三項、建立最低程序標準.....	317
第一款、受法律協助權及閱卷權.....	317
第二款、審理原則.....	318
第四項、具體建議.....	320
第九章、結論.....	321
第一節、泛歐最低基準的借鏡.....	321
第一項、最低基準.....	321
第二項、我國法的借鏡.....	322
第二節、短期策略.....	323
第三節、長期目標.....	324
第一項、增訂最低保護基準.....	324
第二項、羈押相關條文的建議.....	332
參考文獻.....	339



圖表目錄

圖表 1：歐洲人權公約第 5 條簡圖.....	16
圖表 2：人權公約 5-3 簡圖	64
圖表 3：羈押期間判決一覽表.....	128
圖表 4：羈押期間與人權法院裁判：案件數量表.....	138
圖表 5：羈押期間與人權法院裁判：宣告結果比率圖.....	138
圖表 6：公約 5-3 爭點簡圖	155
圖表 7：我國 2004 年～2007 年偵查中羈押數量表.....	258
圖表 8：我國 2004 年～2007 年偵查中羈押核准比率曲線圖.....	259
圖表 9：我國 Habeas Corpus 立法設計圖	319



第一章、緒論

第一節、研究動機與問題意識

首先，本文就我國比較有名的案例，例如 SARS 案、黃志成、蘇建和三人案等，分別就各該案件的事實以及目前的進度簡單敘述；並引用台灣人權促進會(下稱台權會)所出版的「2006-2007 年台灣人權報告」一書中¹，簡單描繪出台灣的一些人身自由輪廓。以下，先以刑事司法出發，舉出幾個案例；其次，對於非刑事法的領域，以 SARS 案作為範例，並引用台權會的相關報告作為關注的重點。

第一項、刑事司法史上的著名個案

我國刑事司法史上有很多著名的案件，這些案件同時都涉及了羈押期間與訴訟期間的問題。以下分別以「判決確定」的時間，自遠至近分別說明；尚未判決確定的案件，則以案件「發生時期」自遠至近分別說明²。

第一款、黃志成案

當事人黃志成被懷疑共犯殺人。本案係前台南市教育局社教課長陳震鑾，在 1989 年 3 月 22 日，被發現死在台北新生南路的寓所裡。案發後，警方逮捕了辦理房屋貸款的方啓鈞以及代書張憲全，兩人依據警方提供的照片，指認黃志成涉案。方啓鈞及張憲全在 1990 年即被執行槍決。1994 年 2 月 23 日，被告 27 歲時被「逮捕」，自 1994 年起共羈押 9 年餘；2003 年，黃志成獲判無罪。

¹ 林佳範主編，2006 年-2007 年台灣人權報告，2008。

² 各該事實大多參考司改會網站(<http://www.judicial.gov.tw/>)，內容並經筆者在不變動原意下重新編寫。

本案共犯的自白為唯一證據（驗斷書、相驗屍體證明書、勘驗筆錄、查扣兇刀、金融卡提款記錄表，僅能證明陳震鑾死亡及張啓鈞及張憲全等人犯罪，無法證明黃志成犯罪），但從 1996 年 6 月到 2003 年，從一審台北地院、二審高等法院以及 6 次更審都判黃志成死刑。整體程序共歷經 8 個死刑判決，9 年的羈押，1 個無罪判決，聲請國家賠償亦耗時 2 年餘。不論國家賠償程序，僅訴訟程序（自 1994 年起算）亦耗費 9 年餘的時間；若將 1989 年時涉案共犯指認時起算，總計耗費 13 年餘。

第二款、武漢大旅社案³

1959 年 7 月，華僑經理姚嘉薦死於當時全台北最豪華的武漢大旅社。法醫葉昭渠鑑定為自縊身亡。5 個月後，調查局介入辦案，把自殺事件「平反」為謀殺事件（調查局以匪諜自清的蕭道應法醫鑑定為注入巴拉松中毒身亡）。全案經調查後，包括旅社老闆黃學文夫婦、旅社帳房林祖簪、職員游全球、房客王靄雲、工友吳亮台大化工系教授陳華州(雷震同黨)在內的 7 人全遭逮捕及刑求。

本案共同被告 2 人經刑求後死亡，「主謀」黃學文 7 度被判死刑，1973 年聲請保外就醫，1974 年獲准保外就醫並經停止審判，從此逃亡。全案最後判決免訴程序止逾 46 年，直到追訴時效經過，高院於 2006 年因而為免訴判決確定⁴；其間，本案其他共同被告亦有要求聲請再審平反者，惟遭駁回⁵。黃學文於 2007 年返國，認為免訴判決不足以證明清白，要求無罪判決。全案真相迄今不明。自 1960 年時黃學文遭逮捕時起算，至 1974 年保外就醫逃亡，共歷經 14 年羈押；全案自 1960 年至 2006 免訴判決確定時止，纏訟共 46 年餘；部分於 1976 年即已確定，亦耗費 16 年餘。

³ 該案並參照台灣人權促進會網站：<http://www.tahr.org.tw/>。

⁴ 高等法院 95 年度重上更(九)緝字第 2 號判決。

⁵ 參考高等法院 91 年度聲再字第 84 號判決。

當事人要求國家賠償，遭台北地方法院駁回⁶。該決定書中認為：「聲請人所提之『臺北地方法院檢察處第一七五二二號（武漢旅社經理姚嘉荐縊死案偵查報告書）』，雖於結論中記載『姚嘉荐之縊死，根據現場勘驗及法醫初步檢驗，咸認定為自殺，今經反覆澈查，仍不能發現有其他足資證明其為他殺之具體事實或證據』等語，然其性質究屬偵查報告而非不起訴處分書，聲請人主張業經不起訴處分云云，容有誤會。故本件聲請人既非經不起訴處分，亦未受有無罪判決，自與冤獄賠償法第一條規定之聲請要件不符。」；「末按大法官會議釋字第四七七號解釋，係就八十九年二月二日修正前之戒嚴時期人民受損權利回復條例第六條所規定適用對象，以『受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者』為限，未能包括不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，認屬立法上之重大瑕疵，與憲法第七條有所牴觸，故就上開漏未規定之情形，解釋其得於該解釋公布之日起二年內，依同條例第六條規定請求國家賠償。本件聲請人既非犯內亂、外患、懲治叛亂條例或檢肅匪諜條例之罪，亦無其他列舉情形，自無該解釋規定之適用。從而，本件聲請為無理由，應予駁回。」。

第三款、第一銀行押匯弊案

1979年，台北地檢署偵辦第一商銀押匯弊案共起訴15人，起訴書中指稱第一銀行中山分行前副理張國隆、前襄理柯芳澤以及林泰治等3人，與台運、千慕及浩運三家公司負責人林浩興（有罪確定）、副總經理張國霖（無罪確定）及江勝公司總經理於勇明（有罪確定）等人勾結。起訴意旨認為，台運等公司押匯時，所提出單據、信用狀甚多瑕疵，張國隆等人卻違規收件，批准押匯撥款，造成第一商銀損失美金上百萬元，涉嫌圖利。

⁶ 台北地方法院 88 年度賠字第 57 號決定。

台北地方法院 1980 年一月間判張國隆及林泰治均有期徒刑 11 年，褫奪公權 5 年，柯芳澤則被判有期徒刑 6 年，褫奪公權 3 年。張國隆等 3 人自 1979 年 2 月間遭收押後，柯芳澤 1981 年 9 月間獲交保，張國隆及林泰治則在 1983 年 4 月間獲交保，張國隆等 3 人歷審均遭判有罪。2005 年，台灣高等法院於更 12 審判決 3 人無罪⁷；全案經上訴，最高法院於 2007 年 8 月 23 日作出判決，張國隆等人辦理押匯過程雖有瑕疵，但並非嚴重瑕疵，且貪污治罪條例修正後，圖利罪構成要件已改變，全案沒有發回更審實益，維持更 12 審判決，張國隆等 3 人獲判無罪定讞。全案自 1979 年到 2007 年，訴訟程序共歷 28 年餘，當事人分別遭到羈押 2 年餘至 4 年餘不等。

第四款、陸正案

1987 年，被告等 4 人涉嫌擄走國小學童陸正並勒贖，其後並涉嫌對被害人撕票。全案經偵查後，被告分別在 1988 年遭逮捕、拘提，案經偵查後起訴，歷經各審均判決有罪，並經被告上訴、最高法院撤銷。於更九審，被告邱和順被判處死刑；其餘共同被告林坤明應執行有期徒刑 17 年，吳淑貞和吳金衡則各被判 11 年徒刑⁸。全案迄今更十審，尚未確定。自 1988 年迄今，被告之羈押及訴訟程序均約 20 年。

第五款、蘇建和等三人案⁹

1991 年 3 月發生汐止吳銘漢夫婦命案。同年 8 月 13 日王文孝於軍中逮捕，

⁷ 至於為何全案拖延多年才定讞，全案更十二審承審法官陳憲裕說，「因為有些法官不夠認真」，陳憲裕法官並在更十二審首次開庭時，曾為本案纏訟多年，向張國隆等人致歉。

⁸ 高等法院 94 年度重矚上更(九)字第 151 號判決。案情並參照高等法院 91 年度重上更(七)字第 36 號判決、94 年度重矚上更(八)字第 1 號判決。

⁹ 本案一直是國內司法改革團體以及人權團體最關注的案子，於此不贅，參林佳範主編，2006 年-2007 年台灣人權報告，2008，頁 65 以下、頁 73 以下、頁 377 以下。

並承認僅其 1 人犯案；兩天後王文孝供出蘇建和、劉秉郎、莊林勳 3 人，該 3 人隨即被捕。1992 年 1 月王文孝軍法審判定讞執行槍決。執行前，蘇建和等 3 人完全沒有機會和他當面對質。1995 年 2 月由最高法院三審定讞，3 人各被判處兩個死刑、褫奪公權終身。被告雖一再強調遭受刑求，但對其有利的不在場證明或人證，法院均不採信。

1996 年 3 月，最高法院 40 多位法官史無前例召開記者會，寫出 4 萬多字的說明書為有罪判決辯白；2000 年 11 月 16 日高等法院開始再審。歷經兩年多在法庭上檢辯雙方互相攻防、交互詰問，2003 年 1 月 13 日，高等法院判決無罪。高檢署檢察官隨即於同年 3 月 6 日提起上訴。2007 年 5 月 18 日，蘇案再審辯論終結，再度判決有罪，惟法院認並無羈押必要。2007 年 11 月 1 日，最高法院再度撤銷高院判決，並駁回羈押聲請。理由中認為「受死刑之諭知者，是否有羈押必要，仍應斟酌個案情節決定之，並非一經諭知死刑及當然應執行羈押」。全案至今仍然繼續纏訟。自 1991 年蘇建和等 3 人被逮捕之時起，至 2003 年高院判決無罪時止，共被羈押近 12 年；訴訟程序自 1991 年時起迄今共 17 年，仍未完全確定。

第二項、非刑事法領域：以 SARS 案為例

2003 年 3 月 14 日，臺灣爆發第一個 SARS 病例，到 2003 年 7 月 5 日世界衛生組織宣佈台灣從 SARS 感染區除名，近 4 個月期間，共有 664 個病例(衛生署疾病管制局 9 月重新篩選出 346 個實際病例)，其中 73 人死亡。其中，亦不乏醫師因染病死亡之案例。

其間，臺北市立和平醫院因 SARS 院內感染而遭到封院。並引起中央和台北市政府的對抗。和平醫院的相關封院措施，甚至引發院內集中人員向外界丟紙條

求援、拉白布條抗議。其中，尚有因不願意返院集中隔離，而自行以居家隔離之醫師飽受外界壓力。其後，監察院提出糾察報告¹⁰，彈劾相關人等¹¹。但不論事中或事後，法律層面的探討始終多集中在中央、地方權限問題，以及相關行政處分問題。至於人身自由拘束處分的正當性疑問，並沒有成爲焦點。

第三項、台灣人權報告

台灣人權促進會在 2008 年出版的 2006-2007 年人權報告中，臚列了 2006 年、2007 年兩年的人身自由相關新聞及評鑑¹²。新聞方面，刑事法領域包括「死囚定讞半年未槍決」、「保障人權法治反成縱囚漏洞」、「質疑法院無押票 在押被告及體爭權益」、「無票押人 學者：違憲」、「押人不用押票 最高法院有理?」、「監所人滿爲患爆破 6 萬人」、「監所拒收 愛滋犯成人球」、「纏訟七年餘 古金水仍判無罪」、「坐牢 13 年多 判決竟未定讞」、「檢察官：不說？我就把妳收押」、「以及多項有關司法改革、死刑廢止論的爭議。除此之外，尚有「剝削外勞與外娘我評等下降」、「情傷就醫 強綁住院 17 天」、「惡妻誣夫精神病 醫拘 22 小時遭罰」、「設特別法庭 司院：須先立法」、「學者：台灣對待新移民 近乎沒人性」等新聞，族繁不及備載¹³。

台權會報告分別討論有關刑事訴訟法、陸海空軍刑法、其他刑事法、以及行政執行法的議題¹⁴。其中指出，軍人在草案中未來包括「禁閉」在內的人身自由

¹⁰ 該調查報告係委員主動調查，依據監察院 92 年 4 月 29 日(92)院台調壹字第 0920800339 號函作成。參考監察院網站：<http://www.cy.gov.tw/>

¹¹ 參考監察院(93)院台業 字第 0930701332 號彈劾案文；和平醫院事件並經公視作成「和平風暴」、「穿越和平」等兩部紀錄片。

¹² 林佳範主編，2006 年-2007 年台灣人權報告，2008，頁 117 以下。

¹³ 當然，有些新聞是不是一定係人身自由的相關問題，仍然有待進一步討論；台權會在評鑑報告中指出，人身自由包含了身體行動自由、遷徙自由、生命權有關的自由、干預身體有關之處置例如碰觸身體、體罰、性騷擾等，或許是揀選新聞分類的準則，參台灣人權促進會，人身自由總評，林佳範主編，2006 年-2007 年台灣人權報告，2008，頁 125。

¹⁴ 台灣人權促進會，人身自由總評，林佳範主編，2006 年-2007 年台灣人權報告，2008，頁 126 頁以下。

限制懲罰，應由軍事懲罰法庭審理為之；強制治療以後亦應由法院裁定；並簡單介紹了釋字 588 號。整體而言，人權報告以這兩年鳥瞰式的檢討這兩年所發生的事件，但有趣的是，對於人身拘束的法官保留、人身拘束的期間問題、大陸地區、港澳地區的人民，篇幅顯得相當少或根本沒有提及。

第四項、問題意識：替罪羊¹⁵與陌生人¹⁶

前面這些案子，是我國刑事司法史上的著名個案，也是號稱「人權立國」的我國一直無法擺脫的「巨靈」。如果從「訴訟期間」來看，台灣的司法—尤其是刑事司法—的結案速度，如果從法官的「人數」仍然稀少、案件的數量急速增加、司法人力的配置來說，本文實在不忍苛責¹⁷；從文獻的研究來說，其實也已經開始受到注意¹⁸。就「刑事訴訟合理期間」本身來說，學術研究和實務的確是已經向前邁進了一大步；大法官的解釋與公法學界、刑事法學界就憲法第 8 條、第 16 條的意義，也一點一滴的正在形成。

然而，或許是因為刑罰的嚴厲性以及刑事審判程序動輒博取社會版面的效果，對於「非刑事程序」的拘束人身自由，和「刑事程序」不論是曝光率、研究上，相較之下顯然少了很多。此外，就算拿「刑事程序」本身來說，強制處分雖然經過這幾年來不斷的研究和探討，但對於「羈押期間」的問題，不論是從媒體

¹⁵ 用語來自：Rene Girard, *Le Bouc emissaire*. 馮壽農譯，替罪羊，2004。

¹⁶ 用語來自：Georg Simmel, *Philosophie des Geldes*, 1900, S. 223-228; Georg Simmel, *Exkurs über den Fremden*, in: Otthein Rammstedt(Hrsg.), *Soziologie: Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Suhrkamp, 1. Aufl., 1992., S. 509-512.

¹⁷ 劉建志，刑事被告請求適時審判的權利—以歐洲人權法院判例法為中心，台灣大學法律研究所碩士論文，1996，頁 1、頁 143 以下，指出了目前我國實務的狀況。同時，就實務面來說，對於法官、檢察官的結案期限也已經開始控管。

¹⁸ 主要例如王兆鵬，建構我國速審法之芻議—以美國法為參考，台大法學論叢，第 33 卷第 2 期，2004 年 3 月，頁 137 以下，並收錄於新刑訴·新思惟，頁 223 以下；何賴傑，論刑事審判之合理期間，台灣本土法學，第 69 期，2005 年 4 月，頁 120 以下；吳志光，適當期間接受裁判權之實踐—以歐洲人權法院 *Kudla v. Poland* 案暨相關裁判為核心，台灣本土法學，第 70 期，頁 102 以下；林鈺雄發言，刑事訴訟之檢討與再造研討會會議記錄，法官協會雜誌，第 9 卷第 2 期，2007 年 12 月，頁 57。

的曝光率¹⁹、文件的數量來看，也都顯得興趣缺缺²⁰；更值得注意的，是不論在實務統計上、學術研究上，都相當欠缺本土的實務素材。

如同林鈺雄教授指出：「...本土裁判是取自於斯土斯民的真實案例，藉由專業且蓬勃的裁判評釋，我們才能對於所繼受的西方法制進行本土性的創造與轉化。」²¹；也因此，本文除了引介比較法上的議題，更關心如何在我國的裁判與實務加以落實。其次，並且在恐怖主義逐漸興起的今天，本文也引入這方面的比較法裁判。至於非刑事法領域的部分，造成世界恐慌的 SARS，在我國當然也無法倖免於難；但是不論從法律的制定、疾病傳染防治的實務操作，在當下卻看不出太多爭議。如果，因為恐慌，我們可以忘掉我們應該堅持的法秩序與憲法原則，那麼，恐怕有更多我們平常根本無從想像的制度正在運行著²²。

第五項、問題提出與研究對象

本文所要提出的問題，分別要從憲法、法律層次、實務層次來觀照。首先，如果大法官已經對於憲法—尤其是第 8 條—做出相當多的解釋，那麼從這些解釋或者是公法學者的見解，對於我國人身拘束制度應該如何理解？而法律層次，又可以分為兩方面來探討。首先，對於刑事訴訟法的「羈押」問題，為什麼在我國

¹⁹ 媒體比較在意的是交保金數額。

²⁰ 少數針對羈押期間的文獻探討，例如楊雲驊，延長羈押被告與人權保障—從歐洲人權法院實務論我國延長羈押的若干問題—，台灣本土法學，第 81 期，2006 年 4 月，頁 105 以下；蔡秋明，被告之羈押期間與在押被告之律師通訊權—歐洲人權法院 Erdem v. Germany 案判決評介，收錄於顏厥安、林鈺雄主編，人權之跨國性司法實踐，歐洲人權裁判研究(一)，頁 57 以下。

²¹ 林鈺雄，於：2006 台灣刑事法年鑑，最高法院呂潮澤、紀俊乾庭長榮退祝賀論文集，2008，頁 III，主編導讀部分，。

²² 當然，在不同的學門上，例如社會學，從傅柯 (Michael Foucault, 1926-1984) 的「瘋癲與文明」、 「規訓與懲罰」；西蒙 (Georg Simmel) 早在 20 世紀初於「貨幣哲學」以及「社會學：社會化形成式的思考」提出的「陌生人」(der Fremde; the stranger) 意涵；以及吉拉爾 (Rene Girard) 指出的「替罪羊」觀念，不論是從公共空間、私人領域規訓的柔順肉體，或是從群體對待「他者」的看法，都指出權力、群體力量與—不論是個體或群體—的自由拘束。以「替罪羊」或「陌生人」來形容這一群遭到囚禁的人，恐怕再適當也不過。然而，必須說明的是，本文並不是以巨觀、批判性的角度來看待「拘束自由」的問題，而毋寧是要在這個制度裡找出一個比較合理、並且在目前比較能夠接受的體系。

不論是學說或者實務發表了相當多的意見之後，但是射程卻沒有到達「羈押期間」的問題？就算文獻上已經探討許多的羈押相關問題，但實務如何運作？其次，就整體的人身拘束程度來說，「應該」要怎麼形成？其次，非刑事法的其他法律制度，和憲法的誠命究竟符不符合？如果沒有，那麼「至少」應該給予什麼保障？

然而，身為繼受法國家，由於實定法欠缺，以及對於法律「演進」歷史沒有完整地觀察；前面提到的問題意識，恐怕無法以國內的法秩序具體的演繹出一套規範。也因此，本文以歐洲人權公約與歐洲人權法院裁判的例子，具體指出歐洲大陸「最低限度人權保障」的標準——也以此來對照我國顯然不足之處²³。

此外，問題的提出，最後會回到本土的釋憲、刑事與非刑事法律規定、司法實務方面來對照。前面提到的包括蘇建和等案、武漢大旅社案、黃志成案、陸正案等，全都不是近年出現的「新聞」，而是一再重複的「舊聞」；更多看不到的案件，也都正在這些脈絡下繼續囚禁他們的青春。所以，最後的問題是：這些「應該」形成的規範，應該要怎麼樣在我國的法律與實務脈絡裡落實？

綜上所述，本文對於問題提出作簡單整理：

- (一)、歐洲人權公約如何規範人身自由的相關制度？
- (二)、歐洲人權法院與內國如何將公約條文以裁判具體化？
- (三)、我國的憲法與解釋規定如何理解人身拘束及其保障程序？
- (四)、我國的法律如何具體化人身保障程序？
- (五)、我國的實務如何操作現有法制？
- (六)、比較法上能帶給我國法什麼啟示？

²³ 見本章第 2 節，研究方法與本文架構部分；並參見林鈺雄，歐洲人權保障機制之發展與挑戰，刑事程序與國際人權，2007 年，頁 16 以下。

第二節、研究方法與本文架構

本文以傳統的「比較法學」(comparative law/Rechtvergleich)的研究方法進行；從而，就章節安排上，先以問題意識及歐洲人權公約的規定先略加說明(第一章)，焦點集中在用以保障人身自由的人權公約第5條。其次，就歐洲人權公約第5條第(1)項，而由於第(1)項分別有不同的規範要件，亦即包括「剝奪自由的定義必須依法為之」(第二章)與「拘束的實質理由」(第三章)，從而將其分別開展；而由於公約第5條所的「程序規定」分別規定於第(2)到第(4)項，而第(3)項係針對羈押所為特殊規定，因此在架構安排上，為了避免混淆，特將其先行提出，討論「羈押」在歐洲人權公約的意義，包括了繼續性羈押羈押期間在歐洲人權法院裁判，以及羈押期間的具體統計(第四章)；最後對於一般性的程序規定即公約第5條第(2)、(4)項討論，並說明第(5)項因為違反公約的賠償請求權(第五章)。

從這些條文為基礎，本文採取類似「註釋書」(Kommentar)的方式，將各條文字的意義，透過人權法院的裁判與學說的解釋，分別列出；這樣的方式，主要是因為我國對於歐洲人權公約的規定體系較為陌生，僅僅針對某一主題來論述，恐怕失焦。另一方面，這樣的方式也能夠具體呈現問題爭點的脈絡。並且，藉由這種方式，也可以對於我國的法秩序做出比較全面的檢討。

惟，由於本文作者能力所限，對於各個問題點無法均深入探討。對此，本文除了就歐洲人權公約及人權法院裁判完整介紹之外，對於我國法的問題，主要焦點集中在和比較法具備「可相提並論性」的重要問題上，但在我國的獨有問題上，就相關連的部分，一併探討。準此，比較法介紹完結之後，本文以我國的法制與實務作為研究對象，為了呈現我國的法秩序情形，本文先行討論我國憲法第8

條、大法官解釋與學說的看法（第六章）；並就羈押法制與實務羈押裁定進行分析（第七章）；除此之外，分別就憲法、羈押以外的刑事法、公法與民事法脈絡，討論人身拘束制度規定的實定法問題（第八章）。最後以歐洲人權公約、人權法院裁判為比較對象，具體對我國法制及實務作出建議（第九章）。

第三節、用語說明

首先，歐洲人權公約的條文，本文以我國中央法規標準法形式的標準來稱呼。亦即，從「條」、「項」到「款」，來稱呼人權公約的條文排列。其次，對於人權法院的裁判，本文以當事人——即申訴人與國名稱呼，並於註腳附上具體案件名稱、裁判日期與申訴案號。

用語上，人身自由受到「干預」之後，第一步的審查是「剝奪自由」或僅是「限制自由」；其次，「剝奪自由」也可能成為「合乎公約要求的自由剝奪」或「違反公約要求的自由剝奪」；為了避免誤會，原則上本文將尚未經過「合公約性」評價的自由「剝奪」以「拘束」來代替；但在「剝奪」本身定義必須討論時，則從原文用語加以探討。這樣的用語，是為避免一開始就使用「剝奪」的用語，導致對於干預本身即有負面評價的錯誤印象。至於各該條文的翻譯問題，則於文本內提及時具體說明。

此外，而相關文獻上，”detention”和”detention on remand”兩者並不相同。前者指的是對於人身自由的拘束，並沒有指任何階段；後者指的是刑事審判的「羈押」情形。通常，後者也常以”pre-trial detention”來描述，但也有僅以”detention”來稱呼，用語上並非絕對。因此，對於前者，本文譯為「拘束」，意義是對於人身自由權利的剝奪；後者則原則上直接譯為「羈押」。但必須注意的是，在公約

第 5 條第 (3) 項的情形，雖然一般認為是「羈押期間」(Duration of detention; Haftdauer) 的問題，但在不同的脈絡下，對於「人身拘束」有時也一併包含在內。總而言之，這些用語必須看前後的脈絡來決定語意射程，而沒有絕對的定義。

第四節、歐洲人權公約第 5 條概論²⁴

第一項、公約第 5 條的條文

歐洲人權公約第五條的規定如下：

The European Convention on Human Rights, Article 5, (1):

歐洲人權公約，第 5 條第 (1) 項：

Everyone has the right to liberty and security of person.

人人享有人身自由與安全的權利²⁵。

²⁴ 對於歐洲人權公約第 5 條的裁判，除有特別註明以外，均係自人權法院網站 (<http://www.echr.coe.int/echr/>) 搜尋而得；至於主要文獻的掌握，英文部分有：Ben Emmerson Q.C., Andrew Ashworth Q.C., & Alison Macdonald, *Human Rights and Criminal Justice*, 2007; Barbara Mensah, *European Human Rights Case Locator 1960-2000*, 2000; Barbara Mensah, *European Human Rights Case Summaries*, 2002; C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002; Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005; Gilles Dutertre, *Key case-law extracts*, European Court of Human Rights, 2003; Jessica Simor, Ben Emmerson Q.C., *Human Rights Practice*, 2007; Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006; Karen Reid, *a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008; Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, 2000; Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 2005; Richard Gordon QC & Tim Ward, *Judicial Review and the Human Rights Act*, 2000; Sarah J. Summers, *Fair Trials the European Criminal Procedural Tradition and European Court of Human Rights*, 2007; Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005.

德文部分有：Anne Peters, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003; Christoph Grabenwater, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl., 2005; Eva Unfried, *Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK*, 2006; Mark E. Villiger, *Handbuch der Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2. Aufl., 1999; Mayer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 2. Aufl., 2006; Regina Weiß, *Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention*, 1996.

²⁵ "...the right to liberty and security of person"，這一句話固然可以翻為「自由與人身安全的權利」；然而公約的重點在於"liberty"和"security"，所以意思應該指的是"liberty of person and security of person"，把「人身」限定在「安全」而不是「自由」並沒有任何的意義，故為本文之翻譯。

No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

任何人不能被剝奪其自由，但在下列情形按照法律規定程序者除外：

- (a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

經有管轄權的法院的判決後對其加以合法的拘束；

- (b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;

由於不遵守法院合法命令或為了保證法律所規定的任何義務之履行而對其合法逮捕或拘束；

- (c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority of reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;

有理由懷疑某人犯罪或合理認為有必要防止其犯罪或在犯罪後防其脫逃時，為送交有管轄權的司法當局而對其人加以合法的逮捕或拘束；

- (d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;

為實行教育性質監督的目的而依合法命令拘束未成年人或為將其送交有管轄權的法律當局而予以合法的拘束；

- (e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts, or vagrants;

為防止傳染病蔓延之合法拘束以及對精神失常者、酗酒者或吸毒者或遊民加之合法拘束；

- (f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.

為防止其人未經許可進入國境或為驅逐出境或引渡對其採取行動而合法的逮捕或拘束。



Article 5, (2):

Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and the charge against him.

第 5 條第 (2) 項：

被逮捕的任何人應以其所能了解的語文立即告以被捕理由及被控罪名。

Article 5, (3):

Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law

to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

第 5 條第 (3) 項：

依照本條第一項(c)款的規定而被逮捕或拘束者，應立即送交法官或其它經法律授權行使司法權的官員，並應有權在合理的時間內受審或在審判前釋放。釋放得以擔保出庭候審為條件。

Article 5, (4)：

Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

第 5 條第 (4) 項：

遭逮捕或拘束而被剝奪自由的任何人應有權運用司法程序，法院應依照司法程序盡速對其拘束的合法性作出決定，拘留如非合法，則應命令將其釋放。

Article 5, (5)：

Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article shall have an enforceable right to compensation.

第 5 條第 (5) 項：

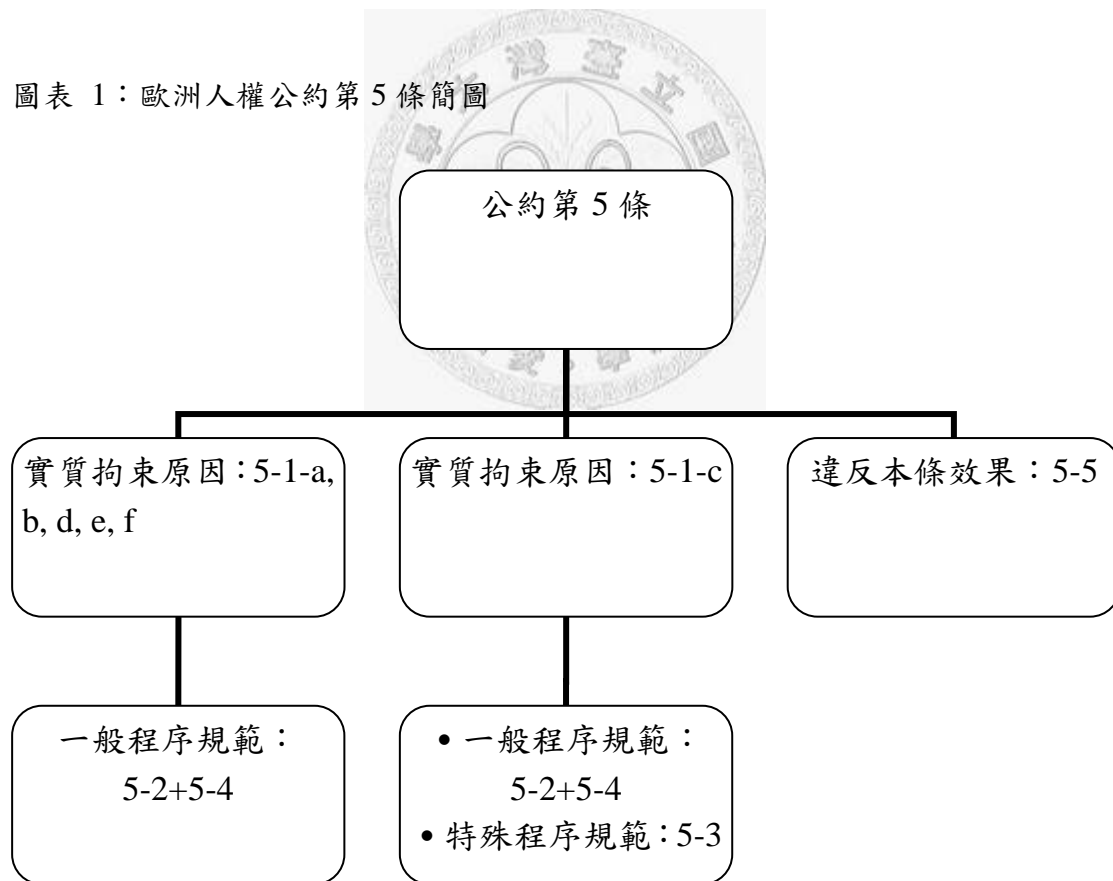
因違反本條規定而受逮捕或拘束者，應具有可執行的賠償權利。

第二項、公約第 5 條所規定的體系

歐洲人權公約第 5 條分別規定了 5 項。整體而言，公約第 5 條是歐洲人權公約中明文保障人身自由的條文。第（1）項分別規定第（a）到（f）等 6 款實體上得以拘束人身自由之事由，並要求必須按照法律規定的程序為之。而同條第（2）項到第（4）項規定了個人在拘束人身自由程序中所應有的程序權利；第（5）項則規定了違反前開條文的效果²⁶。

公約第 5 條第（2）項規定了當事人有權利了解自己的處境；而第（3）項則是針對公約第 5 條第（1）項第（c）款的「羈押」而為的「特別」程序規定；第（4）項則是對於公約第 5 條第（1）項各款的「一般性」程序規定。簡單圖示如下（圖表 1）：

圖表 1：歐洲人權公約第 5 條簡圖



²⁶ Vgl. Christoph Grabenwater, Europäische Menschenrechtskonvention, 2 Aufl., 2005, S. 149, Rn. 1.

第三項、人權法院的裁判與學說

公約第 5 條－相對爭議較多的第 6 條－的裁判相對足夠、穩定；人權法院對於公約第 5 條條文文字的理解、保護範圍、內國應該盡到的義務，都有具體的指示。同時，由於人身保護制度不若訴訟結構本身，跨國性的制度共識也相對容易形成，至於章節安排的考量，則參見本章第二節「研究方法與本文架構」部分。



第二章、第 5 條第 (1) 項——總論

第一節、自由的剝奪

第一項、剝奪自由的界定

歐洲人權公約第 5 條主要是保障身體的自由 (Liberty; Freiheit) 與安全 (Security; Sicherheit) 的規定；該條並不是要「禁止人身拘束」，而是要禁止「恣意的人身拘束」²⁷。歐洲人權法院第 5 條第 (1) 項即開宗明義規定：除了公約列舉事項，並經由法律規定的程序 (procedure prescribed by law) 以外，不能剝奪 (deprive) 人身自由。公約雖然規定了「人身自由與安全」受到保障，但是其實人身的安全沒有辦法單獨定義，而必須從自由的保障加以觀察；簡之，如果能夠定義人身「自由」保障的內涵與外延，那麼也同時界定了人身「安全」的射程²⁸。

公約條文也規定，對於人身的「剝奪自由」，必須在列舉事項以及法律保留的程序下為之，因此在歐洲人權法院的判決²⁹以及學說上³⁰都指出，對於「自由的剝奪」(deprivation of liberty) 和「自由的限制」(restriction of liberty) 之間的界限，必須要適當的界定。這樣界定的實益在於：如果畫進剝奪自由的射程裡，就必須受到公約第 5 條的嚴格控管。另外，「自由的限制」又必須進一步的和「不

²⁷ Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, p. 36; Anne Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 92; vgl. Auch Christoph Grabenwater, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 2005, S. 149, Rn. 1.

²⁸ Vgl. Eva Unfried, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK, 2006, S.30; C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, p. 103; Mayer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl, 2006, S. 81, Rn. 1.

²⁹ ECHR, *Guzzardi v. Italy*, Judgment of 6 November 1980, Appl. 7367/76, Series A no. 39, §§ 92-93, 95.

³⁰ Vgl. Eva Unfried, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK, 2006, S.30; C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, pp. 103-104.

需要加以規範的一般行為自由限制」之間必須加以區分³¹。學說上雖然指出所謂對自由的剝奪，是指將某人拘禁於某地持續一段期間³²；亦有認為，所謂對於「自由的剝奪」，是指客觀上，對於人身自由在空間、地點角度所為之限制，並且在時間上屬於「非暫時性」的限制；並且在主觀上必須違背當事人之意思³³。然而，這三個不同對「自由」的「干預」界線，並沒有「本質」的不同，而是「強度」的不同；區分的界線，必須考量干預的手段、干預的措施模式、干預的時間、干預的地點以及干預的影響後果等綜合判斷，而沒有絕對或本質的區分標準³⁴。

當然，由於沒有單一的絕對標準，加上事實上的確有時難以判斷究竟是「自由的剝奪」，或者是僅為「自由的限制」，從而在審查的時候有可能容易變成主觀恣意。因此，在檢視各該案件的時候，必須要注意求取彼此間利益的平衡³⁵。準此，是否構成人身自由的剝奪，並不能用抽象的規定事先決定具體個案是否就必然違反公約第 5 條；人權法院在這裡的審查模式是以建立在「個案審查基礎」(the case-by-case basis) 之上³⁶。

第二項、*Guzzardi v. Italy*

在歐洲人權法院的裁判中，*Guzzardi v. Italy* 一案是典型的邊界案例，同時也

³¹ C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, pp. 103-104.

³² 或者說是「物理性質」的身體自由，關於自由剝奪定義所做的不同描述，參考：Ben Emmerson Q.C., Andrew Ashworth Q.C., & Alison Macdonald, Human Rights and Criminal Justice, 2007, p.238, §5-02; Mayer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2006, 2 Aufl., S. 82, Rn. 2; Mayer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2 Aufl, 2006, S. 82, Rn. 2.

³³ Mayer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2006, 2 Aufl., S. 82, Rn. 2.

³⁴ Vgl. Eva Unfried, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK, 2006, S.30-31; Anne Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 92; Ben Emmerson Q.C., Andrew Ashworth Q.C., & Alison Macdonald, Human Rights and Criminal Justice, 2007, p.238, §5-02; Karen Reid, a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 2008, p. 367, IIB-182.

³⁵ ECHR, *Guzzardi v. Italy*, Judgment of 6 November 1980, Appl. 7367/76, Series A no. 39, §93.

³⁶ See Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, pp. 35-36.

成了歐洲人權法院處理「剝奪自由」與否的標竿判決³⁷。申訴人 **Guzzardi** 在內國被控訴為黑手黨的一員，被限制住居在一個靠近 **Sardinia** 的小島上長達 6 個月，該限制住居命令並限制 **Guzzardi** 僅能在 2.5 平方公里的區域活動，而與其他和他同樣限制住居的居民一起生活。同時，**Guzzardi** 必須接受宵禁，以及一天向警察局報到兩次的限制。**Guzzardi** 的家庭——包括了妻子與孩子，雖然可以和他居住在一起，但是僅能在一個破爛、狹窄的地方；這個地方也顯然不適合一個家庭一起居住。**Guzzardi** 可以工作，但是這個島上沒有幾個雇主，他根本不可能找到工作。在他居住在這座島上的期間，他想要打電話出去或者接見外來訪客，就必須要徵求警察局的同意。而上述所有規定的違反，就會導致 **Guzzardi** 接受懲罰。歐洲人權法院比較了他的處境與一般關在監獄的犯人，認為 **Guzzardi** 所受到的待遇，其實就是歐洲人權公約所要保護的「自由的剝奪」。

第三項、相同的審查途徑

在此之後，歐洲人權法院也用相同的審查途徑（Approach）來檢視幾個申訴案件。在 **Ashingdane v. U.K.** 的案件³⁸，歐洲人權法院認為，雖然將被告從一個高度戒護（High-security）的精神疾病醫院，調離到一個比較低度戒護制度的醫院，甚至讓病人可以在平日以及周末在外出；但是按照英國的 1959 年心理健康法案（the Mental Health Act 1959）授權的「強制治療」（forced hospitalization）仍然構成對於人身自由的剝奪。另外，在 **Amuur v. France** 的案子裡³⁹，申訴人 **Amuur** 等人是索馬利亞（Somalia）的難民，法國認為他們的護照是偽造的（falsified），因此拒絕 **Amuur** 等人入境。在遣送之前，警察將他們當人球停滯在機場「轉境

³⁷ ECHR, *Guzzardi v. Italy*, Judgment of 6 November 1980, Appl. 7367/76, Series A no. 39; C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, pp. 104, 105; Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, 2000, pp. 315-319.

³⁸ ECHR, *Ashingdane v. United Kingdom*, Judgment of 28 May 1985, Appl. 8225/78, Series A no. 39.

³⁹ ECHR, *Amuur v. France*, Judgment of 25 June 1996, Appl. 19776/92, Reports 1996-III; Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, 2000, pp. 361-364(本案係以公約第 5 條第 1 項第 6 款的事由審查).

區」(transit zone) 長達 20 天。法國政府認為，既然這些人能夠隨時離去或者任何願意接受這些難民的其他國家，法國政府的作為並不構成對自由的剝奪；但是這個意見被人權法院反駁：就技術上，法國政府說的固然沒有錯，但是重要的是，事實上對於這些難民，法國政府顯然缺乏法律上以及社會上的協助，對於他們的處境，也同樣地構成了自由的剝奪⁴⁰⁴¹。

第二節、誰可以剝奪他人自由？——為數稀少的 裁判

剝奪自由本身並不難理解，國家剝奪自由也不難理解。但是就如同公法學上所發展出的「主觀公權利」以及「客觀法規範」的模式，前面所說到保障人權的條款，是否也保障個人不受私人非法的拘束自由？反面來說，是否授權私人在符合公約各個條款時，能夠拘束他人的人身自由？這一點其實並不清楚。更簡單的說：國家對於私人不受他人拘束自由，有無因公約第 5 條所導出的「積極保護義務」(positive obligations)⁴²？

⁴⁰ 當然，一些邊界案例有可能仍然會引起爭執；例如在 *X v. Germany* 一案中(*X v. Germany*, Appl. 8819/79.)，委員會認為在警察局對一名 10 歲的女童訊問兩小時，沒有任何形式上的逮捕、羈押、或者拘禁，從公約第 5 條的目的來看，並不構成所謂的自由剝奪；但是如果是以偵辦竊盜罪的目的將學童留置，就會構成自由的剝奪；理由是，這樣的處分並不是針對女童的自由，而是對於相關事件資訊的獲取。以發動處分機關的「主觀意圖」做為判斷因素的看法，被學說上認為是「沒有說服力」(unconvincingly)而且甚至是不正確的(undue)。參考 Ben Emmerson Q.C., Andrew Ashworth Q.C., & Alison Macdonald, *Human Rights and Criminal Justice*, 2007, p.241, §§5-04, 5-05.

⁴¹ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p.105.

⁴² 例如 Eva Unfried 僅認為，公約第 5 條保護個人的自由不受國家的剝奪(“Die in Art. 5 EMRK gewährleistete persönliche Freiheit schützt den einzelnen vor willkürlicher Freiheitsentziehung durch den Staat.”)，似乎是認為公約第 5 條並沒有保障私人間剝奪自由的問題，當然，也有不少學說站在肯定立場，詳見本文下述。Vgl. Eva Unfried, *Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK*, 2006, S.30; dazu vgl. auch Christoph Grabenwater, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl., 2005, S. 150, Rn. 5; Mayer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 2. Aufl., 2006, S. 83. Rn. 3b.

歐洲人權法院在 *Nielsen v. Denmark* 的案子裡⁴³，討論到了這個問題。Nielsen 是一名 12 歲大的男童，因為受到其母親的要求而在精神醫院治療。歐洲人權法院認為，基於其母親作為監護人的授權⁴⁴，並且因為申訴人本身的心理狀態問題本身可以做為精神治療的正當化依據，加上該精神醫院的治療，和一般醫院對於其他兒童所加諸的自由限制相較之下，並不會顯得特別強烈；因此，就這個案子的意義上來說，並沒有所謂的「剝奪」自由⁴⁵。

有趣的是，對照前面的 *Ashingdane* 一案，同樣是必須在醫院受到治療，*Nielsen* 這一個案子的結論卻是迥然不同。也因此，和人權法院不同的學說見解認為：*Nielsen* 案件中的情節其實應該是的確受到自由的剝奪，只不過可以用公約第 5 條第 (1) 項的 (d) 款（對於未成年人的監護）或者 (e)（對於疾病的控制）款來正當化而已⁴⁶。

另外，在 *Koniarska v. U.K.* 一案中⁴⁷，申訴人是一名 17 歲的年輕女孩，因為心理的問題，為保護其自身安全的理由住進到當地的安全戒護處所。和 *Nielsen* 一案最不同的地方是，這個人身自由的拘束命令是英國法院所發布的，並沒有父母的授權，這也是人權法院認為和前述的 *Nielsen* 案最大不同點。從人權法院在

⁴³ ECHR, *Nielsen v. Denmark*, Judgment of 28 November 1988, Appl. 10929/84, Series A no. 144.

⁴⁴ 其母親的權限也受到公約第 8 條的保障，參考以下條文：

ECHR, Article 8 provides:

(1) Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.
(2) There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

中文翻譯如下：

第八條

一、人人有權使他的私人和家庭生活，他的家庭和通信受到尊重。

二、公共機關不得干預上述權利的行使，但是依照法律的干預以及在民主社會中為了國家安全，公共安全或國家的經濟福利的利益，為了防止混亂或犯罪、為了保護健康或道德、或為了保護他人的權利與自由，有必要進行干預者，不在此限。

⁴⁵ Mayer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 2 Aufl, 2006, S. 88, Rn. 17.

⁴⁶ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 415.

⁴⁷ ECHR, *Koniarska v. United Kingdom*, admissibility decision of 12 October 2000, App. 33670/96.

本案的觀點來看，似乎是要排除公約第 5 條有所謂「國家應排除私人對他人自由侵害」的積極義務。

然而對上述 *Koniarska* 一案，學說見解認為，從人權法院從公約第 2 條、第 3 條、第 8 條以及按照各該條文判例法所建立起的保障機制，相較於人權法院在本案的看法，顯然有很大的落差，和第 5 條本身要保障的禁止恣意拘束人身自由的機制顯然也有一段距離⁴⁸；同時，姑且不論這個意見實質上的說服力，這樣的見解當然同樣也在形式上並沒有一定的廣泛的法效力，而足以推翻以往人權法院做出的判決。畢竟 *Koniarska* 案到最後僅僅是一個由人權法院其中一個庭所作出的「採納決定」(admissibility decision)，並不足以推翻以往 *Nielsen* 案所做出的法院見解；因此更重要的應該是人權法院在未來對於私人干預他人自由的想法才是⁴⁹。

上開學說的見解似乎是認為，對於公約第 5 條有規範各該會員國負有積極保障私人間不剝奪自由的義務。雖然，從上面的看法可以知道，就公約第 5 條本身，歐洲人權法院其實沒有固定的裁判見解；當然，一方面可能是因為「私人之間」的侵害和「國家干預私人自由」的強度相比，顯然比較微弱而數量較少，比較不會上訴到歐洲人權法院。另一方面也是因為事實上在內國法中，對於非法剝奪他人自由都有一定的刑罰條款，而藉由刑罰來做為保障私人間不互相剝奪自由的界線。

⁴⁸ C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, p.106.

⁴⁹ C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, p.106. 對此，陳慈陽教授指出，歐洲人權公約原則上並無第三人效力問題。參考，陳慈陽，憲法學，2004，頁 319。

第三節、剝奪自由的合法性——列舉條款與法定程序

這裡所指的「剝奪自由的合法性」，是指公約第 5 條第 (1) 項「...但在下列情形並依照法律規定的程序者」的要件⁵⁰。主要可以分為三個要件⁵¹：第一，必須有法定的內國程序存在；第二，該法定程序必須經由法定機關合法進行（恣意禁止之控制）；第三，自由的拘束必須有在第 5 條第 (1) 項 (a) 到 (f) 款的列舉事由。第一個要件和第二個要件，其實說的就是條文所規定的「...依照法律規定的程序」的射程範圍問題；第三個要件所說的就是「列舉條款」。以下分別以「列舉條款」以及「法定程序」之意義分別論述，最後並附帶討論「當事人同意」之效力問題。

第一項、非列舉條款不得剝奪自由

歐洲人權公約第 5 條第 (1) 項規定，除了公約所列的 (a) 到 (f) 共 6 款的事由之外，應保障人身自由不受任意剝奪⁵² (No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law)。在 *Riera Blume and others v. Spain* 一案中⁵³，申訴人等六名宗教成員受到法院的命令，必須在家庭以及警方的監護之下，在旅館裡接受心理醫生對其進行「淨化」(deprogramming)。這樣的限制人身自由的理由並不在公約第 5 條第 (1) 項所規定的 6 種法定事由中，從而人權法院判決認定西班牙政府敗訴⁵⁴。

⁵⁰ Anne Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 93.

⁵¹ Anne Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 93.

⁵² Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, p. 35; C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, pp.106, 107.

⁵³ ECHR, *Riera Blume and others v. Spain*, Judgment of 9 March 1999, Appl. 37680/97, RJD 1999-II.

⁵⁴ 至於公約第 9 條保障宗教自由在本案的問題，歐洲人權法院並沒有實質上檢討，結論上認為「沒有審查的必要」(Not necessary to examine Art. 9)。

第二項、「法定」程序

第一款、形式意義

公約第 5 條同時也明定，除非是「符合法定程序」(in accordance with a procedure prescribed by law) 的情形，否則不允許剝奪人身自由；換句話說，何謂「合法的」(lawful) 程序⁵⁶，就十分重要。首先，法律必須要符合國內的程序法和實質的 (substantive) 法規範⁵⁷，學說上就舉了一個例子：在拘捕的時候，必須要有令狀，而這個令狀必須要在正確的形式下所發出，否則就不符合公約第 5 條的「合法」程序規定⁵⁸。

歐洲人權法院一再強調：「關於拘禁是否『合法』這件事情，也包括了是否『符合法律所要求的程序』，必須要本質的回歸各該內國法的實質、程序法規範來檢討。但無論如何，任何的剝奪自由都必須要和公約第 5 條目的相符合，這也意味著，避免個人的自由遭到恣意的剝奪。」⁵⁹。而這樣的基礎審查模式，也由

⁵⁵ 條約列舉的容許事由也不能以內國自身民主正當性的原因而逸脫。關此，以及違反「公約保留」的更多案例參考：Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 35.

⁵⁶ 亦可稱「合法性」(lawfulness)，和公約第 5 條第 (1) 項第 (a) 款的「合法的」意義相同 (lawful; rechtmäßig)；也與公約第 8 條第 (1) 項的「符合法律」(in accordance with law; gesetzlich vorgeschriebene Weise) 意義相同。See C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, pp.107, note 24; Eva Unfried, *Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK*, 2006, S. 31.

⁵⁷ "...arrest and detention must have been carried out in compliance with the procedural and substantive rules of national law"; see C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 107.

⁵⁸ 然而這個要件審查的功能有限，因為歐盟普遍肯認的「基層化原則」(或稱「輔助原則」, principle of subsidiarity)，在此歐洲人權法院不願意介入各國內國法院就可以自行審查的個案，僅參考：C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 107., note 22.

⁵⁹ "On the question whether detention is "lawful", including whether it complies with "a procedure prescribed by law", the Convention refers back essentially to national law and lays down to substantive and procedural rules thereof. However, it requires in addition that any deprivation of liberty should be consistent with the purpose of Article 5 (art. 5), namely to protect individuals from arbitrariness...". See also ECHR, *Wassink v. the Netherlands*, Judgment of 27 September, Appl. no. 12535/86, §24, Series A no. 158-A.

人權法院一再的援用⁶⁰。在 *Wassink v. the Netherlands* 一案中⁶¹，檢察官（State Prosecutor）請求法院延長對於申訴人心理治療的拘禁期間。法院沒有經過法定程序所規定「登錄員」（registrar）的參與即同意延長。雖然內國法院對此有所解釋，但是歐洲人權法院以比利時違反內國法而剝奪申訴人的自由，認為內國作為已經違反公約第 5 條。但是必須注意的是，這並不代表歐洲人權法院就搖身一變成為了「太上法院」；人權法院主要還是審查各該內國法有無按照其法律合法的剝奪自由。詳言之，人權法院審查的是各該內國是否因違法剝奪自由而導致違反歐洲人權公約第 5 條，但並不介入各該內國判決的法律解釋以及合理性。

簡單地說，人權法院要求必須法律的「確實存在」，並且要求各該內國法必須具備公約框架下的「合條約性」⁶²。同時，必須要注意的是，由於「內國法律」也同樣的有可能和歐洲人權公約第 5 條（1）項的各款事由重疊或者連結，從而也可能有同時違反「法定程序」以及公約第 5 條第（1）項各款的可能⁶³。

第二款、實質意義—法律「品質」的要求

除了必須符合各該會員國的國內法規範之外，人權法院特別強調關於法律的「品質」（Quality）必須要有所控管。簡單的說，並不是符合法規範就好，法律必須是要「清楚而可接近的」（*clear and accessible*）。在前面提到的 *Amuur v. French* 一案中，人權法院認為，關於留置這些尋求庇護者的規定，僅僅是未出版（published）的內政部長公告，實質內容也僅僅是大綱（Guideline）而已；對於這些尋求庇護者以及他們的律師而言，這樣的法律資訊是難以獲得的——更不

⁶⁰ ECHR, *Benham v. the United Kingdom*, Judgment of 10 June 1996, Report 1996-III, §§40-41.

⁶¹ ECHR, *Wassink v. the Netherlands*, Judgment of 27 September, Appl. no. 12535/86, §24, Series A no. 158-A.

⁶² Vgl. Anne Peters, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, S. 94.

⁶³ 例如德國的 *K.-F. v. Germany* 一案所涉及的羈押期間問題，歐洲人權法院以違反公約第 5 條第（1）項第（c）款宣告德國敗訴，但是在體系上也同樣涉及違反法定程序的問題。See Gilles Dutertre, *Key case-law extracts*, European Court of Human Rights, 2003, p. 94.

用提這些公告裡面，並沒有避免恣意拘禁的權利，也沒有尋求法院審查的機會。

在 *Baranowski v. Poland* 一案中⁶⁴，人權法院認為波蘭內國法關於審前羈押（pre-trial detention）的規定顯然不足。在波蘭的羈押實務中，被告在被起訴之後，並不需要任何法院的命令即可羈押；而這樣建立在起訴基點的羈押實務並不是建立在任何的立法觀點或案例法（case law）的見解，而僅僅是內國法規則並不清楚。從人權法院的觀點來看，這樣的作法不能符合「可預見性」（foreseeability），從而也不符合公約第 5 條所要求的法律品質。此外，在沒有法院的命令下，加上羈押並沒有一定的期限，也無法預測什麼時候會停止羈押的情形，違反了「法律確定原則」（principle of legal certainty）⁶⁵，而有恣意、濫用（abuse）的嫌疑⁶⁶。

第三款、小結

人權法院的態度大抵上可以用 *Kawka v. Poland* 一案來下一個簡單的說明⁶⁷。首先，人權法院認為：「關於內國的拘禁『合法性』問題，是判斷有無違法公約的重要因素，但不是決定性的因素。法院仍然必須要審查在個案中的羈押期間有無違反人權公約第 5 條保障個人不受到恣意剝奪自由的規範目的。」⁶⁸。其次，面對「合法性」本身的解釋問題，歐洲人權法院認為，內國法拘束人身自由固然必須按照內國法規範，對於這些授權拘束人身自由的內國法規範，「人權法院必須確定內國法本身符合公約，並且符合已經明白表達或者指示的原則。」；而這些剝奪自由的內國法規範必須是「定義清楚（clearly defined）而可能預見

⁶⁴ ECHR, *Baranowski v. Poland*, Judgment of 28 March 2000, Appl. 28358/95, RJD 2000-III.

⁶⁵ 「法律確定原則」是公法的原則，指法律的規定必須要符合一定的確定性而不能過於恣意、浮動、不可預測，和國內學說所指的「法安定性原則」與「明確性原則」相近；近來也多用在經濟法的審查上。

⁶⁶ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p.108.

⁶⁷ 該案雖然有部分是針對羈押期間的說明，但歐洲人權法院的判斷流程在此可以充分的觀察。See ECHR, *Kawka v. Poland*, Judgment of January 2001, Appl. 25874/94.

⁶⁸ ECHR, *Kawka v. Poland*, Judgment of January 2001, Appl. 25874/94, §48.

(foreseeable)的，才符合公約所設定的『合法性』標準，這個標準甚至必須要能夠精準的使個人—如果必須的話，取得適當的諮詢建議—得以預見其究竟應該如何行動⁶⁹。」。

第三項、當事人「同意」的情形

歐洲人權法院在 *De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium* 一案中⁷⁰，明白表示：雖然申訴人等基於自由意識的同意，進而遭受自由的剝奪，但是這並非意味著這就不是自由的剝奪。更詳細的說，當事人的同意並未解除國家必須遵守公約第 5 條的義務。



⁶⁹ ECHR, *Kawka v. Poland*, Judgment of January 2001, Appl. 25874/94, §§48-49.

⁷⁰ ECHR, *De wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 28 May 1970, Appl. 2832/66 ; 2835/66 ; 2899/66, Series A no. 12; Gilles Dutertre, Key case-law extracts, European Court of Human Rights, 2003, pp. 92, 124.

第三章、剝奪自由的實質原因——第 5 條第 (1)

項

第一節、第 5 條第 (1) 項 (a) 款：法院判決後

的人身拘束

第一項、總論

歐洲人權公約第 5 條第 (1) 項第 (a) 款規定，得以進行人身拘束的法定情形，是在「經有管轄權的法院的判決後對其加以合法的拘束」(the lawful detention of a person after conviction by a competent court)，也就是所謂的「判決後拘束」(detention following conviction; Haft nach Verurteilung)⁷¹。必須注意的是：所謂

⁷¹ 對此，例如張文遠，人身自由保障制度之研究—以歐洲人權公約第五條與我國法制之比較為中心—，中正大學碩士論文，1999，頁 128 以下，李壽星，傳染病防治法對人身自由限制之探討，東吳大學碩士論文，1996，頁 36，將本條款都譯為「有罪判決」，並基於此概念開展，並且李文第 129 頁將“preventing of security of measure”譯為「保安處分」，並認為保安處分不含在本條款之內。對此，筆者認為不無可疑，首先，用以特別矯治的「保安處分」和一般性的「預防措施」能否完全相提並論，即有疑問；其次，張文遠在該文第 129 頁、註腳第 348 雖然引用了人權法院在 *Guzzardi* 案的見解，但是觀察該案，第 99 段人權委員會認為「正確的分析下，關於 *Guzzardi* 先生的禁制住居命令並不是因為基於精確的原因而致，而是基於犯罪傾向的特徵而導致的預防性措施。」(“On a true analysis, the order for Mr. Guzzardi's compulsory residence was not a punishment for a specific offence but a preventive measure taken on the strength of indications of a propensity to crime.”)，人權法院在次段也表達贊同委員會的意見(“Moreover, to use “conviction” for a preventive or security measure would be consonant neither with the principle of narrow interpretation to be observed in this area (see paragraph 98 above) nor with the fact that that word implies a finding of guilt. The Court thus reaches the same conclusion as the Commission”)。同時，該裁判最後結果是「6 票對 2 票認為本案並不違反公約第 5 條第(1)項第(a)款」(Holds by sixteen votes to two that the said deprivation of liberty was also not justified under sub-paragraph (a) (art. 5-1-a))，亦即，本案也使用該條款(5-1-a)審查，至於第(d)、(f)款，同案第 103 段，則指出「此與本案無關」(Finally, sub-paragraphs (d) and (f) of Article 5 par. 1...are obviously not relevant.)，並且審查同條第(1)項第(b)款後，認為也違反第(b)款。從這些脈絡以及用句觀察，重點應該在 *Guzzardi* 案中，該處分的原因不夠詳細，同時用意在於預防犯罪，不符公約的要求，而不是完全無法進入公約第 5 條第(1)項第(a)款的射程。即便是刑事程序的保安處分，如果認為保安處分不是(a)款的審查範圍，第(b)款以及第(c)款也都不可能正當化，反而變成化外之地。最後，對於本款的射程問題，*Militello* 教授於 2007 年 4 月 28 日於台灣大學法律學院人權研究中心第二屆歐洲人權裁判研討會議程所發表之論文中，也對

的「合法」拘禁，指的是拘禁本身的合法，而不是判決的合法⁷²。歐洲人權法院雖然接獲不少申訴人申訴的內容是「根本沒有犯罪」，但是這並不在公約第 5 條第（1）項（a）款的審查範圍當中⁷³。因使，如果判決後來被推翻而認定是無罪的情形，原本因有罪判決的合法拘禁也不會因此成為違法⁷⁴。

同時，對於被告犯罪後判決未確定於上訴期間中的人身拘束，公約第（5）條第（1）項第（a）款並沒有排斥；但在具體個案中，人權法院認為如果在上訴期間中，國家以行政權自行決定延長人身拘束的話，則不受允許⁷⁵。

第二項、判決與人身拘束間的連結

第一款、「連結」的意義

簡單的說，拘禁必須是基於判決而來的人身拘束，雖然未必是因為判決本身的決定，但是至少判決與自由的剝奪其間必須有所連結——亦即，有其因果關係⁷⁶。簡單的說，拘禁可以是因為判決本身判處的刑期，也可以是因為本案判決後為了其他事由而決定的拘禁。事實上，對於後者的情形，也是法院所做的決定，只是焦點就會轉移到了「判決」本身的意義，

根據判決本身判處的徒刑的情形，因為歐洲人權法院必須注意自己不能成為太上法院，因此，在「事實」的有無問題，都不介入審查。但是歐洲人權法院對

於非刑事犯罪判決部分(尤其是無罪責但必須保安處分者)，引用公約第 5 條第(1)項說明；對此，5-1-a 毋寧是指經由法院刑事程序審查並判決的人身拘束，而非僅「判決有罪」的部分而已，並亦參照本文第 3 章、第 2 項、第 2 款介紹的案件。

⁷² C. Ovey and R. White, Jacobs and White *The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 118.

⁷³ C. Ovey and R. White, Jacobs and White *The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 118.

⁷⁴ C. Ovey and R. White, Jacobs and White *The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 118, note 75.

⁷⁵ ECHR, *Van Droogenbroeck v. Belgium*, Judgment of June 6 1982, , Appl. 7906/77, Series A no. 50; Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 36; Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, 2000, pp. 323-325, other cases see pp.326-337.

⁷⁶ Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 2005, p.225.

於各該內國法院進行判決所遵循的程序規範本身仍然必須進行審查；反面來說，如果各該內國法院遵循程序規範判決，並因該判決而拘禁個人，那麼人權法院多半會認為是合法的情形⁷⁷。

第二款、*Eriksen v. Norway*

但是如果不是因為判決本身宣告的拘禁，就顯得複雜許多。在 *Eriksen v. Norway* 一案中⁷⁸，1984 年 9 月 20 日，挪威的 Kragerø 的區法院 (Kragerø regional court) 認為被告有罪，並且判處他 20 天的監禁。除此之外，由於擔心 Eriksen 的精神狀態、以及完全缺乏自制力的情形，法院認為僅僅讓當局在有可能違反公共安全的情形下對其進行人身自由的拘束可能有所困難，因此按照刑法 (Criminal Code) 第 39 條第 1 段授權檢方在最多 5 年內對其使用任何必要的保安處分手段。

該決定經過申訴人在國內法院尋求救濟後，在 1985 年 1 月 12 日仍然由上級法院加以維持。此外，因為上開的法院授權期限到 1990 年 2 月 25 日，拘禁 Eriksen 的機構以安全為由，經由檢方授權繼續將其拘留的期限延長。1990 年 2 月 7 日，警察局長按照挪威刑事訴訟法 (Code of Criminal Procedure) 第 171 條，以必須聽證會聽取醫療意見決定是否再度延長 Eriksen 的拘禁為由，向法院聲請暫時性為期 4 星期的短暫拘禁。1990 年 2 月 12 日，區法院審查拘禁時，申訴人抗議，警方的要求根本就是直接判他兩次刑期，並且再進一步的挑戰，認為當局在 5 年之後的拘禁，再以未採取刑事訴訟必要的手段為理由下，聲請將其短暫拘禁，根本有問題。然而 1990 年 2 月 12 日，區法院仍然決定繼續進行 4 個星期的短暫拘禁。1990 年 3 月 25 日，檢察總長撤銷對於繼續拘禁的要求，申訴人才被釋放

⁷⁷ C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, p. 118. 此外判決未必限定於刑事判決，也有可能是其他法律的手段。Vgl. auch Mark E. Villiger, Handbuch der Menschenrechtskonvention (EMRK), 2 Aufl., 1999, S.211, Rn. 330.

⁷⁸ ECHR, *Eriksen v. Norway*, Judgment of 27 May 1997, Reports 1997-III.

歐洲人權委員會認為，就該案來看，拘禁和 1985 年根據刑法 39 條的判決本身沒有連結，因此不能在第 5 條第（1）項（a）款的事由下正當化；如果這樣的行為被允許的話，結果將是變成容許內國長期羈押（detention on remand）⁸⁰。當事人主張，該案根本沒有新的事由可以進行所謂因為安全而執行的拘禁，該拘禁的決定也不是因為具體化對他罪責的評價所生，也更不構成所謂的「判決」。這樣的判決從公約來看，根本不符合「因為判決之後的拘禁」（detention after conviction）及其目的⁸¹。

歐洲人權法院表示，隨著時間的流逝，最初的判決和之後的（因為安全的預防性）羈押（detention on remand）之間關聯性會越來越薄弱，甚至彼此之間的關聯會斷裂⁸²。和羈押延長的決定比起來，無法當然地要求法院先考量停止原來的羈押；這也是因為要在期限到達之前取得醫學報告有其困難。也因此，按照挪威的刑事訴訟法 171 條才能夠繼續拘禁當事人⁸³。其次，人權委員會也注意到了挪威當局認為如果就把申訴人這樣放出去，他很可能繼續的去犯罪。但是委員會卻也認為，申訴人自 1990 年 2 月 25 日之後的拘禁，並不是根據任何的犯罪行為⁸⁴。

歐洲人權法院參考了挪威內國最高法院解釋的實務情形。該內國實務見解認為，對於起初的犯嫌與後來運用的保安處分之間的關連性，必須要詳細審查。挪威最高法院也認為，對於新產生的犯罪懷疑，刑事訴訟法 171 條並不當然是必備

⁷⁹ Gilles Duterte, Key Case-law extracts, European Court of Human Rights, 2003, p. 99.

⁸⁰ ECHR, *Eriksen v. Norway*, Judgment of 27 May 1997, Reports 1997-III, §68.

⁸¹ Gilles Duterte, Key Case-law extracts, European Court of Human Rights, 2003, p. 100.

⁸² “...with the passage of time, the link between the initial conviction and a prolongation may become less strong and may eventually be broken...”; ECHR, *Eriksen v. Norway*, Judgment of 27 May 1997, Reports 1997-III, §78.

⁸³ ECHR, *Eriksen v. Norway*, Judgment of 27 May 1997, Reports 1997-III, §79.

⁸⁴ ECHR, *Eriksen v. Norway*, Judgment of 27 May 1997, Reports 1997-III, §80.

的措施，然而既然對於起初的犯罪（而考量社會安全）而得以正當化拘禁，那麼因為本案特殊條件下產生的再犯風險所進行的拘禁並不違反規範目的，拘禁的手段和原因本身也都有其關聯性，在此之下，歐洲人權法院進行第 5 條第（1）項（a）款的審查⁸⁵。人權法院認為，申訴人自 1990 年 2 月 25 日一直到 3 月 15 日的拘禁，的確是基於當初的判決所產生的，從挪威的刑法 39 條以及刑事訴訟法 171 條所為的保安處分以及拘禁，也都沒有問題。人權法院認為，這樣的拘禁的確是基於當初的犯罪及判決所產生的連結，因此可以認為是公約第 5 條第（1）項（a）款所保障的「受有管轄權法院的判決」產生的拘禁，因此判定挪威政府並未違反公約⁸⁶。

第三項、法院必須有合法性及管轄權

第一款、具備管轄權

對於拘禁人身自由，法院必須有「合法的管轄權」（competent court）。所謂的”Competent”，原文的解釋是能勝任的、有能力的、有法定資格的。其實簡單的說，就是按照內國法律，有權行使各該拘禁處分⁸⁷。

第二款、必須是實質意義的法院

此外，人權法院也強調，第 5 條第 1 項第（a）款所指的「法院」，在公約其他條文（例如第 5 條第（4）項）等等，都一再的出現；從這些在不同條文的安排以及要求，可以看得出法院應該具備的要素：例如人權法院十分強調獨立於當事人之外—換句話說，非兩造之一方—等要素⁸⁸。就如同文獻上指出的，這裡所

⁸⁵ ECHR, *Eriksen v. Norway*, Judgment of 27 May 1997, Reports 1997-III, §§81-82.

⁸⁶ ECHR, *Eriksen v. Norway*, Judgment of 27 May 1997, Reports 1997-III, §§83-85.

⁸⁷ 文獻上有直接稱之為「合法的」（gesetzgemäßig）法院，也有稱為「有資格的」（zuständig）。S. dazu Mark E. Villiger, *Handbuch der Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2 Aufl., 1999, S.211, Rn. 330; Anne Peters, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, S. 95.

⁸⁸ “It is true that the Convention uses the word "court" (French "tribunal") in several of its Articles. It

指的法院必須有其司法性格 (Judicial Character)，遵循公平程序⁸⁹，並且必須在公約第 6 條所規定的框架之內⁹⁰。

第二節、第 5 條第 (1) 項第 (b) 款：法令規定

與義務履行

公約第 5 條第 (1) 項第 (b) 款規定了另一種列舉的拘禁事由：「由於不遵守法院合法命令或為了保證法律所規定的任何義務之履行而對其合法逮捕或拘束⁹¹」。因此，這一款所規定的義務可以分為兩個面向⁹²：第一個面向是「不服從法院合法命令所為之拘束」 (...detention for 'non-compliance' with the lawful order of a court)，第二種面向是爲了「確保法律規定的義務履行而為的拘束」 (...detention to secure the fulfilment of an obligation prescribed by law)。

does so to mark out one of the constitutive elements of the guarantee afforded to the individual by the provision in question (see, in addition to Article 5 (4), Articles 2 (1), 5 (1) (a) and (b), and 6 (1) (tribunal) (art. 5-4, art. 2-1, art. 5-1-a, art. 5-1-b, art. 6-1). *In all these different cases it denotes bodies which exhibit not only common fundamental features, of which the most important is independence of the executive and of the parties to the case* (see Neumeister judgment of 27th June 1968, Series A, p. 44, paragraph 24), but also the guarantees of judicial procedure. The forms of the procedure required by the Convention need not, however, necessarily be identical in each of the cases where the intervention of a court is required. In order to determine whether a proceeding provides adequate guarantees, regard must be had to the particular nature of the circumstances in which such proceeding takes place. Thus, in the Neumeister case, the Court considered that the competent courts remained "courts" in spite of the lack of "equality of arms" between the prosecution and an individual who requested provisional release (ibidem); nevertheless, the same might not be true in a different context and, for example, in another situation which is also governed by Article 5 (4) (art. 5-4)". See also ECHR, *De wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 28 May 1970, Appl. 2832/66 ; 2835/66 ; 2899/66, Series A no. 12, § 78; ECHR, *Eagle and others v. Netherlands*, Judgment of 8 June 1976, Appl. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Series A no. 22, §68.

⁸⁹ 簡單的說必須是實質意義的法院，而不是名稱叫做法院而已。See C. Ovey and R. White, Jacobs and White *The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 118.

⁹⁰ Anne Peters, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, S. 95.

⁹¹ ECHR, Article 5 (1) (b): "the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law

⁹² C. Ovey and R. White, Jacobs and White *The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 120; Mayer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 2 Aufl, 2006, S. 85, Rn. 9ff; Gilles Duterte, *Key Case-law extracts, European Court of Human Rights*, 2003, p. 103; C. Ovey and R. White, Jacobs and White *The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 121.

第一項、因為不遵守法院合法命令而實施的拘束自由

在歐洲人權法院的裁判上，這一款的事由包含了例如因傳喚不到的拘捕；因為不繳交罰款、或因為不服從法院發的各種禁制命令（*injunction*）等導致受到逮捕、拘禁等人身拘束的各種情形⁹³。

從歷史解釋的角度上，該條款本來僅僅是為了民事契約產生的責任，而不包含公法、私法一般性的義務⁹⁴。對於這一款的定位，歐洲人權委員會的官方出版刊物，把這裡的人身拘束事由歸類在「民事脈絡下的拘束」（“Detention in the *civil context*”），而和「刑事脈絡下的拘束」（“Detention in the *criminal context*”）有所不同⁹⁶。前者包含了(b)、(d)、(e)、(f)等事由；後者包括了(a)以及(c)款。從字面的意義來看，前者或許可以譯為「民事脈絡」，而和後者的「刑事脈絡」相對應。然而，實際上公約第 5 條第 (1) 項的(b)、(d)、(e)、(f)各款並不是我們想像中那麼狹義的「民事」問題；各該款項尚且包含了教育監督、安全衛生等等的公共安全與秩序的人身自由拘束。從而，與其說是「民事脈絡」，不如說是一非刑事的—「權利脈絡」⁹⁷。

⁹³ C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, p. 120.

⁹⁴ Explanatory Reports on the Second to Fifth Protocols to the Convention, Strasbourg 1971, at 39. See C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, p. 121, note 96.

⁹⁵ 值得注意的是，在人權公約第 4 議定書當中的第 1 條規定：“No one shall be deprived of his liberty on the ground of inability to fulfill a contractual obligation”。這樣的條款看起來是對於是國家對於民事案件「押人逼債」的授權禁止；但是實際上並沒有任何以該條款爭執的案件。See Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, p 38.

⁹⁶ Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, pp. 36-37.

⁹⁷ “civil”可以翻譯成「民事的」；但是也可以翻成「市民的」、「公民的」。從人權公約的各該實質內容以及案例的對照，其實不難發現所謂的“civil context”指的應該是對於人民權利的干預。而對於刑事程序已經有同條的(b)、(c)款所規定，因此這裡的「權利脈絡」射程就會排除刑事相關程序的內涵。至於所謂的「市民」或「公民」的用語，前者用語的指涉範圍並不清楚，後者則容易造成對於「公民資格」的疑問，也就是一般討論到所謂的「國民」與「公民」的區別疑問，因此本文僅以「權利脈絡」4 字來簡稱這樣的翻譯。對於各該條文以及案例的簡單介紹，參考 Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, pp. 37-41.

另外，張文遠，人身自由保障制度之研究—以歐洲人權公約第五條與我國法制之比較為中心—，中正大學碩士論文，1999，頁 140 以下，認為民事部分僅有第 4 議定書的授權拘束，公約部分並沒有授權民事原因的拘束，並認為「我國當即早立法修改，廢止因單純民事義務為反而剝奪人身自由之相關法律。」。對此，本文採取保留態度；該文此一見解並沒有引註，從而本文無法查證，並且，該文第 140 頁也舉出了「未能支付贍養費」的例子；其次，例如德國民事訴訟法（該法併

第二項、為確保法律義務履行而為的人身拘束

在第二個面向，特別重要的議題是關於預防性人身拘束（preventive detention）。在 *Lawless v. Ireland* 一案中⁹⁸，愛爾蘭政府就曾向委員會建議，關於第 5 條第（1）項第（b）款的情形，應該包含了對於恐怖分子的可能的犯罪行為預防⁹⁹。委員會考慮後認為，該條項並不允許對違反國家安全或者公共秩序的可能犯罪為一般性的逮捕或羈押，如果採取這樣廣泛的解釋，反而會逐漸侵蝕該條款保護人身自由的基石。第 5 條第（1）項第（b）款所說的「法律所規定的義務」（obligation prescribed by law）必須是具體的（specific）；而這樣的看法在 *Engel* 案中再度確認¹⁰⁰；亦即，因為一般性義務（general obligations）而導致的羈押並不符合公約所認可的所謂「法律所規定的義務」。換句話說，對於「法律規定的義務」必須是具體的，違反該義務的行為當然也必須是具體的，不能因為廣泛的只因為「有義務不違反公共秩序、國家安全的危險」而就得為人身自由的拘束。總結來說，人權法院指出，法律的義務指的是「特定」（specific）而「具體」（concrete）的內容；一般性的法律義務並不足以作為本款的正當化事由¹⁰¹。同時，歐洲人權法院也認為在有更小侵害手段時，對於各該具體案件的過分限制，也同時會導致條約的違反¹⁰²。

由行政執行法、租稅法律準用，並參考許宗力大法官等，釋字 588 號部分協同、部分不同意見書），也有相當的程序得以進行管收，如果本條款不能夠以民事原因作為基礎，那麼德國似乎在人權法院的硬仗應該不勝枚舉才對，但目前似乎看不到這種趨勢。

⁹⁸ ECHR, *Lawless v. Ireland*, Judgment of 7 January 1961, Appl. 332/57, Series A no. 3; see also Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, 2000, pp. 359-360 (Benham case).

⁹⁹ ECHR, *Lawless v. Ireland*, Report of the Commission, 19 December 1959.

¹⁰⁰ ECHR, *Engel and others v. Netherlands*, Judgment of 8 June 1976, Appl. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, Series A no. 22, §69.

¹⁰¹ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p 38.

¹⁰² *Id.*

第三節、第 5 條第 (1) 項 (c) 款：刑事拘捕與

羈押

第一項、總論

第 5 條第 (1) 項的第 (c) 款，把「有理由懷疑某人犯罪或合理認為有必要防止其犯罪或在犯罪後防其脫逃時，為送交有管轄權的司法當局而對其人加以合法的逮捕或拘束」的情形¹⁰³，列入為得以拘束人身自由的事由之一。事實上，這一款也是比較法上普遍採行的「羈押」(detention on remand) 的情形¹⁰⁴。

更精確地說，本款規定了「刑事判決前拘束人身自由」的情形，包括了逮捕以及羈押的情形¹⁰⁵。本款允許的人身拘束可以拆解出不同的要件，但是共通的要件是在逮捕或者羈押是必須「合法的」(*lawful*)，並且是為要讓受拘束人「被送交有管轄權的司法當局的目的」(for the purpose of *bringing him before the competent legal authority*)，方可為之。而所謂的「有管轄權的司法當局」(*the competent legal authority*)，意義和第 5 條第 (3) 項所規中的「被逮捕或拘留的任何人，應立即送交法官或其它經法律授權行使司法權的官員」¹⁰⁶的「法官或其

¹⁰³ (c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority of reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so.

¹⁰⁴ 和(a)款同樣做為「刑事脈絡」的射程範圍之一。See Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p 36.

¹⁰⁵ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 108.

必須注意的是，上開文獻於此以“arrest”以及“pre-trial detention”來描述這裡的拘束情形；惟，“pre-trial detention”直譯雖可翻成「審前羈押」，但是如此一來容易誤為僅有「審判前的羈押」，而不包含起訴後到判決前的審判中羈押，因此本文直接以公約的意義直譯為「羈押」。另外，由於歐洲人權法院對這一款的羈押情形限制在一審判決前，而不是單純的「審前羈押」或「包括上訴審的羈押」，因此本文參照其意譯為「刑事判決前之拘束人身自由」。

¹⁰⁶ Everyone arrested or detained... shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power.

它經法律授權行使司法權的官員」意義相同¹⁰⁷。此外，對於上開的拘束人身自由情形，必須是要在「有理由懷疑犯罪」或者是「有理由認為防止犯罪」或者是「犯罪後防止脫逃」這三種情形下（reasonable suspicion of *having committed an offence* or when it is reasonably considered necessary to *prevent his committing an offence* or *fleeing after having done so*），才能夠限制其人身自由。

第二項、人身拘束的前提要件：懷疑犯罪、防止犯罪、防止脫逃

第一款、「犯罪」不限於內國法定性的刑事不法

拘束的前提既然是為了懷疑犯罪、防止犯罪以及防止脫逃，那麼「什麼是犯罪」這個問題就顯得十分重要。條文文字上是以“offence”來規範，但是關於這個字怎麼解釋，人權法院採取了一貫的「自主」（autonomous）解釋¹⁰⁸，認為各該內國法對於要把什麼行為規範為刑事不法，固然必須要參考；但是對於「程序進行的本質」以及「系爭處罰的嚴重性」更是必須要注意的問題¹⁰⁹。例如英國法體系上，對於軍事懲戒，並非刑事法或者刑事訴訟程序要處理的範圍。然而某些違反上開法令的行為本身卻可以處罰到兩年的監禁¹¹⁰。從處罰程度來看，這樣的個案就會落入審查範圍。同樣地，某些被內國法被認定為「準民事」（quasi-civil）而非刑事法領域的「破壞治安」行為，也有可能會因為上開原因落入審查範圍¹¹¹。

第二款、「犯罪」必須精確而具體

¹⁰⁷ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 108.

¹⁰⁸ 自主解釋代表的是：人權法院對於公約的解釋，並不受各該內國法拘束，而由條約本身出發的解釋方法。

¹⁰⁹ ECHR, *Benham v. the United Kingdom*, Judgment of 10 June 1996, Report 1996-III.

¹¹⁰ ECHR, *Hood v. United Kingdom*, Judgment of February 1999, Appl. 27267/95, RJD 1999-I.

¹¹¹ ECHR, *Steel and others v. United Kingdom*, Judgment of 23 September 1998, Appl. 24838/94, Report 1998-VII.

對於「犯罪」，國家對於行為人的具體犯罪行為必須具體的指出¹¹²。這樣的要件在歐洲人權法院所審查的案件裡，預防性羈押（preventive detention）的案件占了重要的地位。僅僅以「不良分子」、「組織幫派成員」甚至是「破壞治安」名義的理由並不符合這樣的要件¹¹³。

第三款、預防性羈押的處境

歐洲人權公約在文字上雖然允許了「預防性羈押」的存在，但是人權法院對於條文的控管卻相當的嚴格。條文允許「在有理由認為預防犯罪的必要」(...when it is reasonably considered necessary to prevent [the detained person] committing an offence.) 的情形下拘束人民的人身自由，但是這樣的條文並沒有授權「一般的預防性拘禁」；對於嫌疑人的人身拘束，仍然需要意圖犯罪的主觀、客觀證據，方能為之。加上前面提到的「犯罪」也必須足夠具體，從這樣的「法律」和「證據」雙重控制之下，使得能夠滿足公約條文的預防性羈押其實並不多¹¹⁴。對此，文獻上也指出，在人權法院的案例法上，相對於「預防性羈押」與「避免脫逃」的案件量，審查「懷疑已經犯罪」的事由占了絕大多數¹¹⁵。

事實上，從歐洲各該國家的內國法律來看，如果有預備犯罪的證據，通常這種情形就會足以落入公約第 5 條第（1）項（c）款的第一個「懷疑犯罪」要件的審查範圍。基於相同的理由，對於同條款的第三個「犯罪後防止脫逃」要件，其實也通常會滿足「懷疑犯罪」的審查¹¹⁶。

¹¹² 例如前面所提到的 *Lawless* 一案。See ECHR, *Lawless v. Ireland*, Judgment of 7 January 1961, Appl. 332/57, Series A no. 3.

¹¹³ 例如 *Brogan* 案、*Lawless* 案、*Greek* 案、*Guzzardi* 案；並參考 C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, pp. 109-110; Karen Reid, *a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. 233, IIB-030.

¹¹⁴ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 110.

¹¹⁵ Karen Reid, *a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. 232, IIB-030.

¹¹⁶ Karen Reid, *a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. 232, IIB-030.

第三項、有理由的嫌疑

一般法制上比較長拘束人身自由的理由，大多是因為懷疑已經犯罪的情形（*having committed an offence*）；而拘束人身自由必須限制在有理由的嫌疑下（*reasonable suspicion*）才能夠為之。而所謂的「有理由的嫌疑」，必須從一般的客觀角度來觀察，認為有資訊及事實支持已經有所犯罪，才能夠以本事由拘束人身自由¹¹⁷。

例如在 *Fox* 一案中¹¹⁸，申訴人主張，對於北愛爾蘭 1978 年緊急法案第 11 節第 1 項（section 11(1) of the North Ireland (Emergency Provision) Act 1978）中，對於恐怖分子的懷疑導致的人身拘束，只需要主觀的想法、信仰測試，就可以實行，根本就不會符合人權公約的要求。歐洲人權法院認為，由於對抗恐怖主義的立場以及英國政府針對北愛爾蘭的特殊處境，對於「有理由的嫌疑」採取比較低的標準，是可以理解的；但是仍然必須要有客觀的、現實的基礎。人權法院認為，英國政府在本案中，既然沒有提供任何證據為基礎來證明申訴人是恐怖份子，那麼就違反了第 5 條第（1）項第（c）款的要求。更進一步地，人權法院在 *Labita* 案中認為¹¹⁹，僅有「無名氏」提供了不確定的、聽說來的傳聞證據，不能就認為是符合了「合理犯罪嫌疑」的要件¹²⁰。

第四項、拘束的目的：為了將其送交有管轄權的司法當局

¹¹⁷ 但必須注意的是：由於偵查的需要，所謂的犯罪嫌疑並不要求到「確定」的狀態，參考：Karen Reid, *a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. 233, IIB-031.

¹¹⁸ ECHR, *Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom*, Judgment of 30 August 1990, Appl. 12244/86; 12245/86; 12383/86, Series A no. 182; Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, 2000, pp. 356-358.

¹¹⁹ ECHR, *Labita v. Italy*, Judgment of 6 April 2000, Appl. 26772/95, RJD 2000-IV.

¹²⁰ 然而，這樣的案例不能解釋為人權法院對於羈押的實質理由上採取極高的標準，或者是排斥傳聞法則，或者是甚至取代了內國法為具體的實質審查。事實上，歐洲人權法院更著眼在內國法院如果連提供證據的來源以及確定性都不清楚的時候，要用這個理由拘束人身自由，不能夠認為符合公約要求。

第一款、作為公約保障的程序權利

就如同前面所提到的，立即送交司法當局要件，第 5 條第 (1) 項 (c) 款和同條第 (3) 項的規定具備了相同意義。根據公約第 5 條第 (3) 項的規定，依照本條第 1 項 (c) 款的規定而被逮捕或拘留的任何人，應立即送交法官或其它經法律授權行使司法權的官員，並應有權在合理的時間內受審或在審判前釋放。釋放得以擔保出庭候審為條件¹²¹。從而，第 5 條第 1 項 (c) 款的「為了將受拘束人帶往有管轄權的司法當局」不僅僅是一個規範，這也意味了當事人有要求司法當局立即審查的權利。

然而，公約第 5 條第 (4) 款也規定了迅速審查的條款，該條款要求「遭逮捕或拘束而被剝奪自由的任何人應有權運用司法程序，法院應依照司法程序盡速對其拘束的合法性作出決定，拘留如非合法，則應命令將其釋放。」¹²²。按，第 (4) 款的規定其實是在「自由已經受到拘束」的前提作為條件的規範，而要求「法院」盡速的審查拘束合法性的「權利」，和前面提到的 (1) 項 (c) 款與 (3) 款的規定並不相同——「立即送交司法當局」不但是要求立即審查的權限，還是國家必須主動對於拘束合法性審查的義務¹²³。

第二款、嚴格的審查標準

在審查標準方面，歐洲人權法院認為，條文既然已經規定必須送交有管轄權

¹²¹ ECHR, Article 5 (3) provides:

Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.

¹²² ECHR, Article 5 (4) provides:

Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

¹²³ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 111.

的司法機關，那麼就不能透過解釋開後門。例如在 *Lawless v Ireland* 一案當中¹²⁴，愛爾蘭政府以申訴人是愛爾蘭共和軍（Irish Republican Army, IRA）一員而有危害公共秩序及國家安全的理由，透過國務卿（Minister of State）的命令而非透過法院審查的程序，將其拘禁。愛爾蘭政府主張，第 5 條第（1）項第（c）款的事由可以解釋為，在「避免犯罪的發生」該項要件的情形，條文意旨上可以在人身拘束之後毋須送交法院。然而歐洲人權法院認為，「立即送交法官或其它經法律授權行使司法權的官員」的要件，其實是第 5 條第（1）項第（c）款三種得以拘束自由正當性的證立（qualified）基礎；因此，人權法院認為這樣的解釋及作法並不符合第 5 條第（1）項（c）款的各種事由¹²⁵。

第三款、送交司法當局

「有管轄權的司法當局」（competent legal authority），從歐洲人權法院的態度來看，和第 5 條第 3 項的「法官或其他經法律授權行使司法權限的官員」（...judge or other officer authorized by law to exercise judicial power.）相同¹²⁶¹²⁷。人權法院認為，既然這個條款規定的是「目的」，而「手段」是拘束犯罪嫌疑人的人身自由，因此重點在於具體案件中有否帶往法院或者有權官員的「意圖」，而不是在於事實上有否帶往法院或有權官員的「行為」，也不在於最後有否起訴¹²⁸¹²⁹。

第四款、立即審查

¹²⁴ ECHR, *Lawless v. Ireland*, Judgment of 7 January 1961, Appl. 332/57, Series A no. 3.

¹²⁵ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, pp. 108-109.

¹²⁶ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 108.

¹²⁷ 從條文的文字可以看得出歐洲人權公約對於統合歐洲法制的努力，而必須在歷史、法秩序迥然不同的各個國家找出最低的標準，也因此條文形式上並不限制「法院」——更重要的毋寧是行使權限的機關本身的性質，必須是「行使司法權」的實質權力運作模式。

¹²⁸ ECHR, *Labita v. Italy*, Judgment of 6 April 2000, Appl. 26772/95, RJD 2000-IV, §155.; See also cases mentioned by Philip Leach, *Taking Case to the European Court of Human Rights*, 2005, p. 228, note 341.

¹²⁹ 然而有否立即帶往有權機關審查的客觀行為，會涉及第 5 條第(3)項的審查。因此不能反面解釋為無須帶往司法審查的客觀行為。

而在同條款，也規定了必須「立即」送交的要件。這一個要件當然是非常富有爭議性的，尤其在現在恐怖主義橫行的環境下，對於「立即」送交司法當局審查其實有其獨特的困境。尤其在英國、土耳其，常常因為為了恐怖事件發生或即將發生的證據，以及恐怖份子可能威脅證人甚至是法官的安全，而必須將恐怖份子加以獨立監禁（*incommunicado*）¹³⁰；然而，這樣的考量—反面來說—也有可能使檢警因為壓力而使用不正方法強迫取供¹³¹。人權法院在審查的時候，一貫的以個案審查的模式來看待具體個案中的「立即性」，而沒有具體的指出時間上「多久」就會構成公約的違反。以下，本文介紹人權法院對該要件，在 *Brogan* 案作出的標竿判決，並具體指出 4 日的原則上限。

第五項、*Brogan and others v. United Kingdom*

Brogan 案，是歐洲人權法院在人身自由拘束的審查案件類型裡，重要的標竿判決¹³²；然而這個案件更重要的意義，是在於面對壟罩全球的恐怖主義，歐洲人權法院如何畫出人權保障的紅線¹³³。傳統的犯罪、精神以及疾病衛生，其實已經早就是挑起社會恐慌神經，或者是畫分他者的開端；面對更赤裸裸直指你我周遭生活安全的恐怖攻擊，身為歐洲「吹哨者」的人權法院，對於這個案例的審查以及態度就格外重要，因此本文擬將該案事實以及過程較為詳細的介紹。

¹³⁰ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 111.

¹³¹ *Id.*

¹³² ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B; Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, 2000, pp. 371-376; vgl. auch Mayer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 2. Aufl., 2006, S.81, Rn. 1b.

¹³³ 至於其他國家例如德國內國、美國，乃至於聯合國的對抗措施，參考：李震山，德國抗制恐怖主義法制與基本權利保障，*月旦法學雜誌*，第 131 期，2006 年 4 月，頁 5 以下；楊永明，聯合國之反恐措施與人權保障問題，*月旦法學雜誌*，第 131 期，2006 年 4 月，頁 21 以下；廖元豪，多少罪惡假「國家安全」之名而行？—簡介美國反恐措施對人權之侵蝕，*月旦法學雜誌*，第 131 期，2006 年 4 月，頁 37 以下；台灣人權促進會，*國土安全與人權保障*，林佳範主編，2006 年-2007 年台灣人權報告，2008，頁 3 以下；廖福特，*反恐之本質與定義*，林佳範主編，2006 年-2007 年台灣人權報告，2008，頁 23 以下。

第一款、案例事實

Terence Patrick Brogan 是生活在北愛爾蘭（County Tyrone, Northern Ireland）的一個農夫。在 1984 年 9 月 17 日早上，警方依照 1984 年反恐法案（臨時條款）第 12 條¹³⁴，在他家中將他逮捕並拘禁，直到 9 月 22 日才獲釋。總計拘束其人身自由達 5 天 11 小時之久¹³⁵。於此期間，他被盤問有關涉嫌參與 1984 年 8 月 11 日攻擊警察巡邏機動隊，而導致兩名警員一死一傷的案件，以及有關愛爾蘭共和軍組織參與的問題¹³⁶。自始自終，Brogan 都保持沉默，不是看著天花板，就是看著地板跟牆壁。同時，他也在 8 月 19 日、21 日與他的律師會面¹³⁷。其他的申訴人，包括 Dermot Coyle，也同樣居住在該地，也同樣因懷疑有恐怖攻擊而遭到逮捕；在他受到拘禁的期間，除了要香菸，他都保持沉默¹³⁸；William McFadden，同樣也對涉嫌問題保持沉默，並遭到拘禁 4 天 6 小時¹³⁹；Michael Tracey，則是因為遭懷疑參與愛爾蘭解放軍（Irish National Liberation Army, "INLA".）並參與恐怖活動，遭拘禁 4 天 11 小時，但他在裡面除了沒事大叫大鬧，亂敲暖氣管之外，也對涉嫌問題保持沉默¹⁴⁰。這 4 個人在遭受逮捕的時候，警察都有告知逮捕的法條依據，也有合理懷疑他們參與那些組織（...reasonable grounds for suspecting them to have been involved.），警方並有告知緘默權¹⁴¹。同時，他們在遭受逮捕之後，北愛爾蘭安全國務卿（the Secretary of State of Ireland）依照 1984

¹³⁴ Section 12 of the Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1984, "the 1984 Act".

¹³⁵ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §§11-12.

¹³⁶ Provisional Irish Republican Army, "IRA". 愛爾蘭共和軍是 1984 年反恐法最主要明令禁止的對象。

¹³⁷ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §13.

¹³⁸ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §§14-16.

¹³⁹ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §§17-19.

¹⁴⁰ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §§ 20-22.

¹⁴¹ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, § 23.

年法案 12 條第 (4) 項同意延長拘禁 5 天。自始至終，他們都沒有見到法官，本案也沒有司法權力介入審查；一直到他們獲釋，也沒有遭到任何正式的刑事控訴¹⁴²。

第二款、內國法的規定

在英國的國內法，因為北愛的恐怖攻擊事件頻傳，因此在 1974 年就有一個反恐法案¹⁴³，賦予警方有特別權限逮捕、拘束人身自由，以對抗恐怖主義。1974 年之後，國會定期的審查、修訂該法並繼續的延長效力，法案甚至也提供監控 (monitor) 的權限。該法案其後延續效力並轉成為 1984 年反恐法，將在 1989 年失效，英國有意要將這個臨時法案永久的立法¹⁴⁴。在這個法案效力持續的期間，官方對這個法案的報告指出：對於恐怖主義的預防及偵查，對於人身拘束的特殊國家權力不可或缺；至於認為延長人身拘束應由法院審查的意見，基於機密的敏感性，這個見解不應採納¹⁴⁵。

1984 年法案是這樣規定的 (與 1974、1976 年法案大致相同)，該法第 12 條 (1) [A][b] 規定，對於曾經或現在參與、準備或煽動恐怖活動者，當警察有合理懷疑的根據時，無須令狀即可逮捕之¹⁴⁶。同條第 (4) 及第 (5) 項規定，不能拘束超過 48 小時¹⁴⁷，但國家安全事務卿許可者，可以繼續拘束不超過五天的期限，如果不延長，就要盡速釋放或者由法院審判¹⁴⁸。

¹⁴² ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84 ;11386/85, Series A no. 145-B, § 24.

¹⁴³ Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1974, "the 1974 Act".

¹⁴⁴ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §§25-27.

¹⁴⁵ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84 ; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §29.

¹⁴⁶ "...constable may arrest without warrant a person whom he has reasonable grounds for suspecting to be..."

¹⁴⁷ "A person arrested under this section shall not be detained in right of the arrest for more than forty-eight hours after his arrest".

¹⁴⁸ 該法的英國國內實務運作參考 ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §§ 34- 37.

然而，反恐法的權限也不是無邊無際。在人身拘束令狀 (Habeas Corpus) 的保障上，雖然根據上開條文，一個犯罪嫌疑人總共可以被行政部門拘禁 7 天，並且當根據該法 12 條逮捕並拘禁，被認為是合法的羈押¹⁴⁹，但是並不排除 Habeas Corpus 的保護。因此在審查的時候，如果一開始的逮捕不合法的話，那麼基於與逮捕相同理由的拘禁同樣也不會合法¹⁵⁰¹⁵¹。

第三款、歐洲人權法院的審查

第一目、公約第 5 條第 (1) 項第 (c) 款

歐洲人權法院並對於英國內部的 Habeas Corpus 有簡單清楚的描述：這是一個保護人身自由的制度，與其說法院審查對於拘束自由的妥當性 (the merits of the detention)，不如說是在審查合法性 (the lawfulness of the detention)。所有的審查，必須取決於個案情境。審查的範圍包括程序技術性規範的遵守、合理懷疑根據的要求等。並且，當人民要求審查 Habeas Corpus 的時候，就已經有表面證據 (prima facie) 推定拘捕非法；政府部門負有舉證責任證明拘捕的合法性¹⁵²。同樣的，在被告主張非法拘禁要求賠償時，政府部門也負有舉證證明拘禁合法的舉證責任¹⁵³。

¹⁴⁹ "...provides that a person detained pursuant to an arrest under section 12 of the Act "shall be deemed to be in legal custody when he is so detained".

¹⁵⁰ "If the initial arrest is unlawful, so also is the detention grounded upon that arrest."; ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, § 39.

¹⁵¹ 這和國內通說的拘捕前置原則外觀很像，但是實際上相差甚遠。因為這樣的人身拘束是基於同樣目標的一連串、持續的對於人身自由的拘束；和我國拘捕、羈押基於不同目的、切開成兩個階段的拘束規範其實相差甚遠。對此，參考本文第 5 章及第 6 章第 1 節關於拘捕前置部分。

¹⁵² 當然，負有舉證責任和舉證到什麼程度是不同的問題。我國對於強制處分的合法性問題，多以自由證明作為基礎，認為僅須被告證明到法院大致相信即可認定有違法；同時檢察官一般聲請（或審判中法院的保全審判、執行處分），也是讓法院大致相信就可以，並且法院會認為「被告無法使法院確信有不會逃亡的風險...」等等而認定必須要強制處分。就算按照一般所謂的「舉證責任」分配，這樣的說明其實有兩個矛盾：第一，如果採取自由證明，被告如果釋明有違法處分問題時（提出責任），檢察官應該先負擔證明風險（說服責任），而不是直接由被告證明到大致相信。第二，依照這樣的說法，強制處分合法性的舉證責任轉由被告負擔，並不妥當。

¹⁵³ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84;

歐洲人權法院同時也注意到了現代社會反恐的問題。歐洲人權法院說，法院注意到了英國在北愛組織性的恐怖活動中的困境；但同樣的，對於恐怖主義的遏阻必須考量民主政治社會的公共利益與個別人權的平衡¹⁵⁴。本案相關的法律問題首先是歐洲人權公約第 5 條第（1）項以及該項（c）款。Brogan 等人對於「依法律」的程序沒有意見，但是對於所謂「已犯罪」以及「送交有管轄權的司法當局」有所爭執。對於這兩個問題，申訴人認為，英國政府的懷疑根據，與其說是在他們「已經犯下特定犯罪」（having committed a specific offence）的事實上，不如說只是對於申訴人牽涉不特定的恐怖活動（...rather of involvement in unspecified acts of terrorism）有所懷疑；而這樣的懷疑根據已經違反了上述歐洲人權公約的條文。

歐洲人權法院認為，英國政府已經對申訴人等的涉嫌特定的罪行、涉嫌參加特定的組織、涉嫌參與特定的恐怖攻擊行動作出說明，因此這樣的抗辯並不成立¹⁵⁵。但是關於有否合於公約「送交有管轄權的司法當局」，申訴人主張，在受到拘束的期間，他們從來沒有被起訴或送交到法院審理該案；這樣由行政機關所為的拘束根本就只是為了獲得資訊而已。歐洲人權法院認為，沒有起訴或沒有送交法院，不代表就違反前面提到的歐洲人權公約 5 條第（1）項第（c）款，而且因為懷疑根據所為的拘捕、羈押，不當然能夠預料到以後是否有足夠證據可以起訴。並且，歐洲人權法院沒有理由相信警察不是善意（in good faith）的，也沒有理由認為警察以後就不可能有進一步的證據。從而照這樣的情況看來，並沒有違反前述公約¹⁵⁶。

11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §§40-41.

¹⁵⁴ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, § 48. 在這一段裡面，英國也提出了歐洲人權公約第 15 條的抗辯，但沒有被採納。

¹⁵⁵ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §§50-51.

¹⁵⁶ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84;

第二目、公約第 5 條第 (3) 項

下一個問題是，英國有沒有違反公約第 5 條第 (3) 項？條文的文字是「依照本條第一項(c)款的規定而被逮捕或拘束者，應立即送交法官或其它經法律授權行使司法權的官員，並應有權在合理的時間內受審或在審判前釋放。釋放得以擔保出庭候審為條件。」。申訴人認為，按照愛爾蘭的其他法律，他們頂多受到拘禁 48 小時，就算按照英國及威爾斯原來的法律¹⁵⁷，在起訴前的拘禁期間頂多也是只有 4 天，並且在 36 小時的階段法院就要介入審查¹⁵⁸，愛爾蘭的 1978 年對於人身拘束的法律也頂多押人 3 天，1984 年反恐法根本沒有理由獨樹一格，足足可以押人 7 天。

當然，談到北愛爾蘭，英國政府的答辯可想而知：基於恐怖活動的威脅、爲了打擊恐怖份子的困難度、爲了起訴所要偵查相關證據帶來的時間、金錢花費，以及相關證據的科學檢驗，甚至讓恐怖份子互咬，7 天已經是最小限度了。這樣的法律也經過國會充分的討論和辯證，並且有具體的數據可以證明有效性。至於在 48 小時就要交由法官審查的問題，英國政府指出：基於機密資料的敏感性，不可能交由法院來作一般的審理，避免洩密；真的要審理，恐怕法官必須從頭到尾坐在攝影機前面，被告跟律師也不能被告知細節甚至不能出席，這樣的進行會導致英國程序法的重大改變，對於被告和他的律師也不見得有好處。如果認爲要法院來審查，那麼法院比較像是一個執行的行政官，根本無法發揮司法審查的功能¹⁵⁹。與其如此，倒不如交由國務卿（the Secretary of State）來作決定，而且這樣的好處是，國務卿會仔細、詳細的審查每個個案，無法決定的時候，還有其他

11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §§52-54.

¹⁵⁷ Police and Criminal Evidence Act 1984.

¹⁵⁸ “...the maximum period of detention permitted without charge is four days, judicial approval being required at the thirty-six hour stage.” See ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §55.

¹⁵⁹ “...the judges would be seen to be exercising an executive rather than a judicial function”.

首長 (Minister) 會加入¹⁶⁰。

對此歐洲人權法院認為，受到拘禁的犯罪嫌疑人未被起訴或沒有受法院審理，並不代表就違反第 5 條 (3) 款；如果在受到司法審查的控制前就能夠迅速地 ("promptly") 得到釋放，那麼也不會違反該條。反過來說，如果犯罪嫌疑人沒有立即獲釋，那麼就必須立即受到法院或司法官員 (a judge or judicial officer) 的審理。歐洲人權法院說，這是一個非常重要的公約權利，「它照耀了基本的人權，亦即，保障了個人抵抗國家專制干預的自由權利」¹⁶¹，同時並指出，「立即」這個字 ("promptly"/"aussitôt") 與公約其他條文用字比較，例如第 5 條第 (3) 項的「合理期間」 ("reasonable time"/"délai raisonnable")、第 5 條第 4 款的「迅速地」 ("speedily"/"à bref délai")，字面不一樣，意義也不同¹⁶²。「立即」的英文或法文怎麼解釋，或許可以討論；但無論如何，在本案中，就算是被拘禁最短時間的 4 天 6 小時，也超過條約「立即」所容許的範圍。本案 4 名申訴人遭到逮捕後，既沒有被立即的釋放，也沒有立即的接受法院或司法審查¹⁶³。至於英國政府所謂的反恐，理由雖然都是對的，都是可以思考的，但是條文已經非常的明瞭，文義範圍也僅止於盡快地、迅速地，英國政府的說法仍然無法正當化違反條約法令的行為¹⁶⁴。

第三目、公約第 5 條第 (4) 項

¹⁶⁰ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §56.

¹⁶¹ "...it enshrines a fundamental human right, namely the protection of the individual against arbitrary interferences by the State with his right to liberty." ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §58.

¹⁶² ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §59.

¹⁶³ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §62.

¹⁶⁴ See ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §§60-61.

本文中，申訴人繼續爭執前開所提英國法律已經違反公約第 5 條第（4）項¹⁶⁵；該條條文規定：「遭逮捕或拘束而被剝奪自由的任何人應有權運用司法程序，法院應依照司法程序盡速對其拘束的合法性作出決定，拘留如非合法，則應命令將其釋放。」。歐洲人權法院認為，不論按照英國 1984 年法案、內國成熟累積的判例法，或者依照人權公約，在本文中，申訴人的確是有權要求人身拘束審查程序並以此確保拘束的合法性，事實上也的確是可以做到，但是他們選擇了不去要求¹⁶⁶。人權法院進一步的解釋，認為：關於第 5 條第（4）項的「合法性」(lawfulness) 和第 5 條第（1）項的概念相同。申訴人有權要求審查，在程序上以及實質上，剝奪人身自由是否符合內國法以及公約的「合法性」；本文中，申訴人確實有權要求內國法院，對程序上是否符合 1984 年反恐法第 12 條的程序要求，以及懷疑根據的合理性、續為拘禁的合法性等，為完全的審查。並且從歐洲人權法院以前對於愛爾蘭問題作過的裁判，這樣的內國法也的確足夠成熟，從而法院認為，關於有無違反第 5 條第（4）項，申訴人並無理由¹⁶⁷¹⁶⁸。

第四目、小結與本案不同意見

簡單的說，關於本案有無符合公約第 5 條第（1）項到第（4）項的各該條文，歐洲人權法院認為，除了「立即審查」部分不合公約要求以外，其他的要求英國政府都沒有違反。但是值得注意的是，這個案子共有 9 名法官提出（一部或全部）不同意見書。例如 Pinheiro Farinha 法官認為本案情形違反了第 5 條第（1）項，他批評多數意見根本傷害了人性尊嚴¹⁶⁹；此外，按照第 5 條第（1）項以及歐洲

¹⁶⁵ 以下參考 ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §§63-65.

¹⁶⁶ 歐洲人權委員會以及英國政府也是持這個觀點，參考 ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §64.

¹⁶⁷ 至於違反人權公約第 5 條的賠償權利以及補救，則參考 ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §§66-71.

¹⁶⁸ 歐洲人權法院全體一致通過這個看法。

¹⁶⁹ “[T]he Court has stressed the vital role of the international jurisdiction and the necessity of

人權法院自己以前的裁判，在已犯罪（committing an offence）的情形，可以爲了法院或司法審查的目的而逮捕、拘禁；但本案拘禁英國政府和申訴人的情形，根本只是為了偵查以及取得證據¹⁷⁰，法院的認定完全不符合前面自己說的目的。Walsh 和 Carrillo Salcedo 兩位法官則是對於英國國內實務毫不留情的批評：本案在沒有足夠證據起訴的情形下，這個法律根本也是為了審訊的目的逮捕申訴人，到最後英國政府當然只能放人¹⁷¹。Walsh 和 Carrillo Salcedo 兩位法官認爲，看看英國國內國實務，1974 年之後按照該法共有 15,173 人遭到逮捕和拘禁，但只有 3342 人，比例上不到 25% 遭到起訴；而這些遭到起訴的人，還包括和當初逮捕、拘禁原因毫無關聯的罪名；而被以反恐法的「恐怖份子」(terrorist) 相關罪名定罪的，更少於這個比例¹⁷²。英國所說的反恐法和自己所說目的不符合，本案根本不可能符合第 5 條第（1）項的要求。



interpreting restrictions on personal freedom strictly having regard to the exceptional importance of the right guaranteed, which is crucial for the freedom and dignity of the human being”(Louis-Edmond Pettiti, preface to the book by Vincent Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l’Homme*).

¹⁷⁰ A “person whom it is reasonably considered necessary to prevent ... **committing an offence**” may be arrested or detained **only “for the purpose of bringing him before the competent legal authority”** (see the *Lawless* judgment of 1 July 1961, Series A no. 3, pp. 51-52, para. 14). **The applicants, however, were detained for the purposes of the investigation so that evidence could be gathered**, and not “for the purpose of bringing [them] before the competent legal authority”; see also Karen Reid, *a Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. 235, IIB-032.

¹⁷¹ In our view the arrests in the present cases were for the purpose of interrogation at a time when there was no evidential basis for the bringing of any charge against them. No such evidence ever emerged and eventually they had to be released.

¹⁷² “...the legislation in question is used for such a purpose is amply **borne out by the fact that since 1974 15,173 persons have been arrested and detained** in the United Kingdom pursuant to the legislation yet **less than 25% of those persons, namely 3,342, have been charged with any criminal offence arising out of the interrogation including offences totally unconnected with the original arrest and detention**. Still fewer of them have been convicted of any offence of a terrorist type”.

第四節、第 5 條第 (1) 項 (d) 款：未成年人的 保護

第一項、教育監督目的

公約第 5 條第 (1) 項 (d) 款規定，在以下的情形可以實施人身自由的剝奪：
「為實行教育性質監督的目的而依合法命令拘束未成年人或為將其送交有管轄
權的法律當局而予以合法的拘束」¹⁷³。按照該款，為了教育監督目的或者為了送
交有管轄權的官方當局，得以剝奪未成年人的自由。在歐洲人權法院的案例類型
當中，這一款是相對比較少的¹⁷⁴。然而，該款既然是主要為了教育的監督目的做
為正當化事由，那麼在剝奪自由的過程中，如果是把未成年人拘禁在監獄裡，或
者在其他並不是真正實施教育措施的地方，就違反了該款¹⁷⁵。例如在 *Bouamar*
案當中¹⁷⁶，一名人格異常（*disturbed personality*）的 16 歲未成年人，然而因為當
局沒有辦法找尋到適當的青少年收容機構收容，因此將他監禁在成年人的監獄
裡。比利時政府雖然主張，這樣同樣是為了教育的監督目的而為之，但是並不受人
權法院所採納，畢竟本案當中事實上終究是沒有收容在適當的教育機構¹⁷⁷，最
後人權法院認為這樣的拘禁違反了 (d) 款。

第二項、官方的合法命令

從這一款可以知道，該款授權各該內國在兩種情形可以剝奪未成年人的自由：
第一種是為了教育目的而按合法命令剝奪自由；第二種是為了送交有管轄權的

¹⁷³ “...the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority”.

¹⁷⁴ See Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 38.

¹⁷⁵ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 38.

¹⁷⁶ ECHR, *Bouamar v. Belgium*, Judgment of 29 February 1988, Appl. 9106/80, Series A no. 129.

¹⁷⁷ ECHR, *Bouamar v. Belgium*, Judgment of 29 February 1988, Appl. 9106/80, Series A no. 129, §§ 51-53.

官方而剝奪自由。第一種的具體情形，其實就是要求未成年人在學校的出席；即便未成年人並不是「整天」的被拘束¹⁷⁸；而所謂的「合法命令」和前面（c）款所要求的不同，該命令並不需要由法庭所發出，而可以由行政當局來為之。然而這樣比較寬泛的授權，並不能排除人權公約第 5 條第（4）項—當事人得以要求法庭迅速審查剝奪自由合法性—的審查權利¹⁷⁹。而第二種情形規定的「為了送交有管轄權的官方」情形，所謂的「官方」，也一併包含了行政以及司法權力，並由這些官方權力決定是否要命令剝奪自由。

第三項、未成年人的界定

然而，比較不清楚的是，對於條文規定的「未成年人」（minor）到底範圍如何，在各該內國對於成年規定並不不同的時候，歐洲人權法院如何界定，就顯得相當棘手。歐洲議會（Council of Europe）雖然對此具體地向會員國建議把這個年紀界定在 18 歲到 21 歲之間，但是歐洲人權法院在不同的具體案件當中並沒有採取一定的年紀；人權法院同時也認為，標準應該是獨立於各該會員國內國法規定的年紀，而要按照人權公約的意義審查¹⁸⁰。在 *Koniraska* 一案當中¹⁸¹，申訴人是一名 17 歲的女孩。英國法對未成年的離校年齡（School-leaving age）是 16 歲，然而人權法院依然認為，在該案件中，英國政府以教育監督目的為由的剝奪自由直到 18 歲是合乎人權公約的要求。同時，該案件中，該申訴人被診斷出有心理疾病，並且安排在專業的監督戒護機構中。申訴人認為，與其說這是教育監督的目的，不如說根本就是一個控制措施；所謂的教育措施根本就只是伴隨的、偶然的（incidental）。人權法院認為，關於「教育性的監督」（educational supervision）並不是硬性單指「教室的上課」，而是也包含了各種當地的當局監護措施¹⁸²。

¹⁷⁸ C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, p.122.

¹⁷⁹ C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, p.122.

¹⁸⁰ C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, pp.122-123.

¹⁸¹ ECHR, *Koniaraska v. United Kingdom*, admissibility decision of 12 October 2000, Appl. 33670/96.

¹⁸² C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, p.

第五節、第 5 條第 (1) 項 (e) 款：社會安全與

危險族群

該款規定，在「為防止傳染病蔓延之合法拘束以及對精神失常者、酗酒者或吸毒者或遊民加之合法拘束」的情形，可以予以剝奪其人身自由¹⁸³。對於這些「異於常人」的族群的拘禁，公約允許以社會安全的理由加以正當化。同時，公約規定是「合法」拘束自由即可，而沒有規定必須由法院發出拘束的命令；然而這些拘禁同樣地必須受到同條第 (4) 項的司法控制；易言之，有事後要求法院審查的權利。



第一項、精神疾病

第一款、意義

這一款主要是對於個人身心健康、社會秩序以及公共安全的規定。在人權法院審查的案件裡，因為心理疾病而遭受強制治療處分的案子是相當常見的類型。該款並不是要求各該內國必須要提供特定的治療，而是要保證適當的場所來進行人身拘束¹⁸⁴。

第二款、*Winterwerp* 基準

123.

¹⁸³ “the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts, or vagrants”.

¹⁸⁴ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 39; C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 127.

在 *Winterwerp* 一案當中¹⁸⁵，對於該款的「精神失常」(unsound mind)，人權法院設定了三個判準¹⁸⁶：1)、首先，必須參考內國對於認定「精神失常者」的醫療標準，這一點，當然必須要由各該內國提出客觀的數據及證據¹⁸⁷；2)、其次，這些判準的理由以及程度，必須足以正當化公約第 5 條第 (1) 項第 (e) 款的剝奪自由；3)、最後，這些限制只有在精神疾病持續的時候，方能為之。最後一個判準所代表的意義，也在於精神疾病患者有「定時受審查的權利」¹⁸⁸，同時也決定了患者既然有定期受審查以決定是否(繼續)受到人身拘束的權利，那麼模糊、不定期的拘禁期間是不能允許的¹⁸⁹。

具體的適用，例如在 *Varbanov* 一案中¹⁹⁰，申訴人有恐嚇他人的習慣，檢察官以他是精神疾病的理由，命令其住進精神病院。然而，在這個命令的決定過程中，並沒有任何精神疾病的醫療證據。人權法院雖然認為，對於該當情形，對於申訴人以安全的理由即時逮捕並且立刻進行醫療診斷，固然符合在第 5 條第 (1) 項第 (e) 款的要求，也有必要；但是在其後沒有證據能夠證明申訴人能夠造成危險，也欠缺精神疾病的具體評估，從而並不足以正當化對申訴人之後的拘禁。除此之外，保加利亞內國法律中，檢察官並沒有單獨強制心理評估的權限，本案是由健康部門首長的指令要求檢察官所為之，顯然欠缺法律的規定，因此人權法院認為內國也違反了「合法性」的規定¹⁹¹¹⁹²。

¹⁸⁵ ECHR, *Winterwerp v. the Netherlands*, Judgment of October 10 1979, Appl. 6301/73, Series A no. 33; Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, 2000, pp. 337-341.

¹⁸⁶ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 38; C. Ovey and R. White, Jacobs and White *The European Convention on Human Rights*, 2002, p.125.

¹⁸⁷ 簡單的說，內國必須提出一定的客觀判準。

¹⁸⁸ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 38.

¹⁸⁹ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, pp. 38-39.

¹⁹⁰ *Varbanov v. Bulgaria*, Judgment of 5 October 2000, Appl. 31365/96.

¹⁹¹ C. Ovey and R. White, Jacobs and White *The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 127.

¹⁹² 人權法院以違反合法性的原因判定內國敗訴其實不在少數，除了內國法律沒有達到公約要求之外，還有在內國法律已經規定程序要件(例如聽證、出席、專家鑑定等)，卻在個案程序中沒有進行的情形，例如 ECHR, *Van der Leer v. Netherlands*, Judgment of 21 February 1990, Appl. 11509/85, Series A no. 170-A; ECHR, *Wassink v. Netherlands*, Judgment of 27 September 1990, Appl. 12535/86, Series A no. 185-A.

第三款、*Winterwerp* 基準的個案放寬

必須注意的是，隨著進步的醫藥以及對於精神疾病的理解，如果的確能夠證實釋放精神病的患者具備特定癥狀，而有可能造成這些患者自己或者他人的傷害時，*Winterwerp* 標準並不是不能適度的放寬¹⁹³。例如在 *Johnson* 案中¹⁹⁴，申訴人因為酗酒、嗑藥導致精神疾病，並引起攻擊他人的行為。在 1984 年申訴人遭到判刑之後，內國法院也命令其強制治療；1989 年，心理健康審查法庭評估他的心理狀態，認為並沒有繼續性的精神問題，但是並不能擔保他能夠回到社會中自己生活，因此命令他在回到居住地時，必須要在特定場所下受到戒護。但是因為戒護場所的稀少，以及申訴人本身個性的負面問題，使得沒有戒護場所想要收容他；也因此，申訴人從醫院釋放的時間不斷延誤，這樣的情形一直拖延到法庭無條件的釋放他。

在 1989 年之前的人身拘束，人權法院認為，本案情形並沒有違反歐洲人權公約第 5 條第 (1) 項第 (e) 款；同時人權法院也表示，對於 *Winterwerp* 標準太過嚴格的解釋，反而會導致太過僵硬的標準，可能在具體個案上並不能夠適用；在某些案件事實上，沒有完全的評估或者過早釋放，反而會對大眾造成風險。內國法庭基於醫療證據而做出的拘束決定，以及附條件的處分，並不能說是不合理的拘束人身自由¹⁹⁵。然而，人權法院認為，既然內國法庭認為做出附條件的場所戒護處分，那麼內國就有義務設置這樣的場所；基於場所的缺乏，但內國法院又堅持必須附條件的場所戒護才能夠釋放，就導致了無限期的拖延，在本案中的拖延長達了 4 年。並且因為申訴人除了 1 年 1 次的心理健康審查以外，沒有其他

¹⁹³ See C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, pp. 125-126.

¹⁹⁴ ECHR, *Johnson v. United Kingdom*, Judgment of 24 October 1997, Appl. 22520/93, Reports 1997-VII.

¹⁹⁵ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p.126.

要求審查的管道，這樣的程序顯然也是欠缺對於申訴人的保障，從上面這兩個理由，人權法院認為英國違反了公約第 5 條第（1）項第（e）款¹⁹⁶¹⁹⁷。

第二項、遊民

除了精神疾病患者，公約也授權對於“Vagrants”可以拘束其自由。“Vagrants”這個字是指「流浪漢」、「遊民」、「流氓」或「無賴」，本文以「遊民」二字譯之¹⁹⁸。歐洲人權法院在這一類所作的標竿判決，主要是 *De Wilde, Ooms and Versyp* 案（下稱 *Vagrancy* 案）¹⁹⁹。申訴人等經由治安法官（Magistrate）命令強制收容於遊民中心；比利時內國法律對於「遊民」的定義指「沒有固定居住場所，且不具備自行謀生的方法，亦不具備常態職業的人」²⁰⁰。在 *Vagrancy* 案中，人權法院認為內國法律這樣定義「遊民」，符合公約的要求；並且內國法院在認定事實以及解釋法律，也沒有違反一般的認知及公約。從方法上來說，人權法院認為關於「遊民」的定義，不單單要檢視內國法律是否符合公約的意義，還要看是否有所

¹⁹⁶ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, pp. 126-127.

¹⁹⁷ 在「不定期拘束，定期審查」的情形中，初次的拘禁決定通常可以因為精神疾病的因素正當化；但是在繼續拘禁的期間，同時涉及了第 5 條第（3）項（合理期間）以及同條第（4）項（司法審查權利）的問題。

¹⁹⁸ 「氓」字最早使用在詩經的衛國風：「氓之蚩蚩，抱布貿絲」，指的是百姓。此後典籍所用的「氓」字多也是指百姓，但也有指比較低賤的「野民」；例如「編氓」指納入戶籍的百姓；「野氓」則指野民。至於後來用的「流氓」則指「破壞社會秩序或組織幫派的不法分子」，目前實定法上的「檢肅流氓條例」第 5 條則對「流氓」的行為態樣有所描述，大抵不脫組織幫派、常習性的勒索、敲詐、強迫等；該條第 5 款規定「品行惡劣或遊蕩無賴，有事實足認為有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣者」，比較接近公約的“Vagrants”意義，但是也並不是對「單純的遊蕩」或者「遊民」規制，而是必須要有危害他人法益或者破壞社會秩序的習慣。在實質內容上，比較接近 Vagrants 的規定反而是社會秩序維護法第 74 條第 1 款的「深夜遊蕩，行跡可疑，經詢無正當理由，不聽禁止而有危害安全之虞者」以及 82 條第 1 款的「於公共場所或公眾得出入之場所，乞討叫化不聽勸阻者」兩者。然而，社會秩序維護法也僅止於處以罰鍰而已（惟同法第 21 條有易以拘留之條文）。

本文認為，在翻譯上，“Vagrants”不宜譯為「流氓」或「無賴」。古文意義上雖然「氓」等同於「民」，但是因為實定法以及用語習慣上，對於「流氓」已經有負面評價的既定印象以及內涵，並且參考目前我國對於這類遊蕩行為的一般用語，應譯以「遊民」的用語較為妥適。

¹⁹⁹ ECHR, *De wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 28 May 1970, Appl. 2832/66; 2835/66; 2899/66, Series A no. 12

²⁰⁰ “...vagrants are persons who have no fixed adobe, no means of subsistence and no regular trade or profession”. See ECHR, *De wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 28 May 1970, Appl. 2832/66; 2835/66; 2899/66, Series A no. 12, §68.

正確的翻譯、解釋與適用²⁰¹。

然而，學說上也指出²⁰²，*Vagrancy* 案的審查方式不可能常態性的維持——尤其在本款對於其他的「酗酒者」、「精神失常者」。在個人對於人權法院的訴願案暴增，以及實際上難以確認是否有本款規定的實質理由下（例如酗酒、精神失常），審查的對象會把程序是否有所保障作為重點，但是在認定有否實質上的剝奪自由原因問題（例如本款的精神失常、酗酒、遊民、吸毒者），會讓內國自身有更大的審查權限²⁰³。

第三項、酗酒者、吸毒者與傳染病的防治遏止

第一款、意義

本款對於毒癮、酒癮、疾病傳染的適用問題，在歐洲人權法院的案例累積上，算是相對少數。然而必須注意的是，與（e）款其他危險族群的解釋途徑相同，人權法院對於「酗酒者」的意義，也是就公約本身的獨立意義加以審查。在 *Litwa* 一案中²⁰⁴，申訴人因為在郵局一直不斷的叫囂他的信箱被別人打開而且搜刮一空等行爲，警察認為他可能酒醉，於是拘留他，後來他也被診斷出的確有「中度酒精中毒」（moderately intoxicated），並且因此遭到拘禁 6 個半小時。歐洲人權法院認為，一般所稱的「酗酒者」（alcoholics），指的是對酒類依賴、上癮（addicted to alcohol）的人²⁰⁵；從公約第 5 條第（1）項的規定來看，對於個人人身自由的剝奪，只能在受拘束人自身安全以及公共安全，而基於醫療目的或是社會安全政

²⁰¹ C. Ovey and R. White, Jacobs and White *The European Convention on Human Rights*, 2002, p.124.

²⁰² C. Ovey and R. White, Jacobs and White *The European Convention on Human Rights*, 2002, p.125.

²⁰³ 這樣的變化從前面所提到「精神疾病」的 *Witwerp* 標準到後來的逐漸放寬，可以窺其一二。簡單的說，*Witwerp* 三個標準的放寬，是基於實際上的不得不然；但是在程序保障上相對的必須嚴格審查。歐洲人權法院對於這類案件同時作程序審查的案例，參照：Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 39.

²⁰⁴ ECHR, *Witold Litwa v. Poland*, Judgment of 4 April 2000, Appl. 26629/95, RJD 2000-III.

²⁰⁵ 人權法院參照維也納公約作出這樣的看法，參考 ECHR, *Witold Litwa v. Poland*, Judgment of 4 April 2000, Appl. 26629/95, RJD 2000-III, §§57-59.

策的理由而拘束其自由²⁰⁶。當然，(e) 款的「酗酒者」雖然不能只限縮在臨床意義的「酒精中毒」(alcoholism)，但是基於前面提到的立法宗旨以及解釋的密度來看，也不能只因為「喝太多酒」就剝奪自由；換言之，重點是在「會不會危害自身或他人安全」，而不在於是否有長期性的酒癮，因此認為波蘭政府的作為符合(e) 款的規定²⁰⁷。

第二款、疾病傳播防止的案例

在疾病傳播的案例上，*Enhorn* 案算是人權法院絕無僅有的案例²⁰⁸²⁰⁹。瑞典的傳染疾病法 (Infectious Disease Act) 規定，如果愛滋病帶原者沒有遵守相關規定的話，那麼政府可以予以強制隔離。本案申訴人在 1995 年被發現以性行為將病毒傳染他人，因此被政府送進醫院強制隔離。此後，申訴人間斷地因為該法而受到多次的強制隔離。人權法院認為，審查公約 (e) 款的規定，是為了保護公共健康及安全，在本案瑞典政府的行為符合這樣的目的；然而，人權法院質疑，瑞典政府除了這件個案之外，並沒有任何證據可以證明申訴人在 1995 年到 2001 年仍然有其他傳染或危險的性行為；這段期間中，瑞典政府一律以強制隔離的手段剝奪當事人的人身自由，也沒有考量比例原則下的最後手段性來防止愛滋病的傳播。在這 7 年來，申訴人斷斷續續的被拘禁了總計 1 年半的時間，瑞典政府對於人身自由的拘束和為了防止疾病傳播的公眾利益考量，顯然有所失衡²¹⁰。至於本款對於傳染防治的射程範圍，人權法院僅僅有附帶的提到，除了對於確定感染

²⁰⁶ ECHR, *Witold Litwa v. Poland*, Judgment of 4 April 2000, Appl. 26629/95, RJD 2000-III, §60. This approach has been confirmed, see also C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p.128.

²⁰⁷ ECHR, *Witold Litwa v. Poland*, Judgment of 4 April 2000, Appl. 26629/95, RJD 2000-III, §§61-64.

²⁰⁸ ECHR, *Enhorn v. Sweden*, Judgment of 25 January 2005, Appl. 56529/00, RJD 2005-I.

²⁰⁹ 在歐洲人權法院判決以"PREVENTION OF SPREADING OF INFECTIOUS DISEASES"為關鍵字的判決僅此而已。並參考 C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p.128-129; Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 447.

²¹⁰ 簡單的說，歐洲人權法院並不認為內國法律違反公約，而是瑞典政府一再的以申訴人曾經傳染愛滋病而一再的拘禁當事人的作為有問題。當然，在比例原則的審查下，疾病的類型、傳染的途徑以及傳染的難易，都會是考量因素，關此參考 Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 448.

傳染疾病者以外，對於疑似罹患傳染疾病而有可能危害公眾安全的人，都是在可以容許的範圍²¹¹；學說上並認為，爲了確定有否罹患疾病而爲的短暫拘束自由，應該也爲本款所允許²¹²。

第六節、第 5 條第 (1) 項第 (f) 款：移民、難民與引渡

第一項、意義

本款規定「為防止其人未經許可進入國境或為驅逐出境或引渡對其採取行動而合法的逮捕或拘束。」²¹³。首先必須注意的是：在歐洲人權公約中，關於政治難民的權利是沒有規定的；但是因爲第 5 條第 (1) 款的「合法性」要求，因此會員國在運作國境管制的權力時，仍然不能出於恣意而限制上開政治難民的人身自由²¹⁴。

此外，公約第 5 條第 (1) 項開宗明義的「合法性」要件同時也正當化了本條款的存在²¹⁵，目的主要是爲了避免人身拘束的濫用²¹⁶。然而，因爲這個條款本身賦予會員國對於國境的出入有相當大的權限；並且，體系上本條款和前面的條款也是各自獨立（例如該條 (c) 款）。因此當各該內國在「為防止其人未經許可進入國境，或為了驅逐出境、引渡的目的」時，並不需要特別證明例如逃亡風

²¹¹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 447.

²¹² *Id.*

²¹³ “...the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorized entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.”

²¹⁴ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 39.

²¹⁵ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p.129.

²¹⁶ Karen Reid, *a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. 267, IIB-071.

險、具體犯罪嫌疑等²¹⁷。對於 (f) 款的「實質理由」審查，人權法院雖然審查密度相對寬鬆，而僅僅是「恣意禁止」而已；但在具體案例中，仍然有因此認為違反公約的內國作為。例如 *Bozano* 一案²¹⁸，歐洲人權法院就認為，內國政府拘束當事人的理由是要「驅逐」出境，但是事實上卻是為了「引渡」的理由而為之，就違反了公約的恣意禁止要求²¹⁹²²⁰。

第二項、*Chahal v. United Kingdom*

Chahal 一案中²²¹，人權法院審查了多項條款。結論上，英國政府以申訴人涉嫌進行恐怖活動並對內國安全造成疑慮的理由，拘束申訴人的人身自由並作出驅逐出境的決定，違反了公約第 3 條、第 5 條第 (4) 項，第 13 條，僅僅不違反第 5 條第 (1) 項而已。人權法院認為，對於英國政府將驅逐申訴人到印度的決定，的確會因為陷他於受到酷刑或者死刑的風險，而違反了公約第 3 條的規定²²²；至於本案中申訴人所受到的超過 3 年 5 個月的拘禁，在第 5 條第 (1) 款第 (f) 項的標準下是可以允許的²²³²²⁴。

²¹⁷ C. Ovey and R. White, Jacobs and White *The European Convention on Human Rights*, 2002, p.129.

²¹⁸ ECHR, *Bozano v. France*, Judgment of 2 December 1986, Appl. 9990/82, Series A no. 111.

²¹⁹ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 39; see also ECHR, *Bozano v. France*, Judgment of 2 December 1986, Appl. 9990/82, Series A no. 111, §§57-61.

²²⁰ 其他恣意禁止案例參考 Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 40.

²²¹ ECHR, *Chahal v. United Kingdom*, Judgment of 15 November 1996, Appl. 22414/93, Reports 1996-V; see also Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, 2000, pp. 360-364 (Amuur case), 364-367.

²²² 歐洲人權公約第三條規定：

「任何人不得加以酷刑或使受非人道的或侮辱的待遇或懲罰。」(No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.)。

²²³ C. Ovey and R. White, Jacobs and White *The European Convention on Human Rights*, 2002, pp. 129, 130; Karen Reid, *a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. 269, IIB-073.

惟，前開兩文獻對於期間認定有所不同，Clare Ovey & Robin White 認定為 6 年，Karen Reid 認定為 3 年 5 個月餘，但根據 *Chahal* 判決中第 114 段：「考量的期間自 1990 年 8 月 16 日開始，亦即自 *Chahal* 先生第一次遭到因驅逐出境的目的而遭到拘捕開始，終結於 1994 年 3 月 3 日。...雖然目前他仍然受到拘束。」(The period under consideration commenced on 16 August 1990, when Mr Chahal was first detained with a view to deportation. It terminated on 3 March 1994...). Clare Ovey & Robin White 似乎是以「實際上受到拘束的期間」，亦即自 1990 年到 *Chahal* 判決的 1996 年來認定；但人權法院既然已經指出考量期間，並且也在同段指出，本案例中後段不列入審查的原因是因

而人權法院這樣的審查作法，其實和審查公約第 5 條第 (1) 項第 (a) 款一樣，對於「實質原因」並不干涉太多²²⁵，盡量避免人權法院自己成為審查內國決定「適當性」的太上法院；然而，人權法院對於「程序權利」相對重視²²⁶。例如，本案中涉及了「恐怖活動」的敏感神經，對於要否驅逐申訴人而言，要求太快速的決定，反而可能有失輕率，對當事人或者國家安全都沒有好處；以高標準的迅速程序要求的確有點可議²²⁷。但是，畢竟並沒有證據證明申訴人曾經有所犯罪，同時也欠缺了人身保護令狀的審查程序，顯然並不符合公約第 5 條第 (4) 項的要求²²⁸。學說上對此指出²²⁹，對於人權法院「審查」「內國司法審查」時，雖然在 (c) 款的羈押理由認為必須要清楚交代實質合理嫌疑理由，但是標準到了第 5 條第 (1) 項第 (f) 款的情形，就顯得相當不確定。



為人權委員會已經要求內國政府暫時停止驅逐出境的考量，因此本文以 Karen Reid 認定的年限作為基礎。

²²⁴ 但在本案中，涉及了國家安全、恐怖活動的判斷，人權法院似乎也迴避了「迅速程序」的審查，因此人權法院結論上雖然認為英國政府的作為違反了公約第 5 條第 (4) 款是違反了「合法性」(lawfulness)，而不是違反了該條款的「迅速」(speedily) 要求。對此參見：C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 130.

²²⁵ 例如人權法院在本案中審查後認為，英國政府對於申訴人可能涉及的恐怖活動已經有起碼的表面證據 (prima facie)，因此英國政府拘禁的作為並無恣意。關於人權法院對照 (a) 款的審查以及上開說明，參考：ECHR, *Chahal v. United Kingdom*, Judgment of 15 November 1996, Appl. 22414/93, Reports 1996-V, §§112, 122-123.

²²⁶ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 129. 並參前述對於公約(a)及(e)款部分的說明。

²²⁷ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, pp. 40, 46. However, comparing with the criteria of speedy review under §5(4) set by the court, when it comes to §5(1)(f), this point of view may be conservative.

²²⁸ ECHR, *Chahal v. United Kingdom*, Judgment of 15 November 1996, Appl. 22414/93, Reports 1996-V, §132.

²²⁹ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, pp. 132-133.

第四章、剝奪自由的特別程序要件——第 5 條第

(3) 項：羈押相關程序要求

第一節、總論

第一項、條文意義

公約第 5 條第 (3) 項規定：「依照本條第 1 項 (c) 款的規定而被逮捕或拘束者，應立即送交法官或其它經法律授權行使司法權的官員，並應有權在合理的時間內受審或在審判前釋放。釋放得以擔保出庭候審為條件。」²³⁰。

和第 5 條第 (4) 項的可適用於任何受到自由剝奪的情形不同，第 (3) 項的規定僅適用在 (c) 款的羈押類型；該條款提供了受羈押人一般性的保障。人權法院在這一個條款的見解基本上是：按照第 5 條第 (3) 項，司法當局（包含法官以及運作司法權力的機關）必須審查羈押所有相關問題（all issues relating to the detention questions），並且根據客觀的法定標準做出決定²³¹。從而，為了符合這樣的要求，那麼受拘禁人就有請求法院聽審的權利；法院也必須依此按照法律獨立地做出決定²³²²³³；同時，內國法院必須具體交代實質的證據證明羈押的實質理由²³⁴。

²³⁰ ECHR §5(3) provides:

“Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1(c) of this article shall be brought promptly before a judge or other officer authorized by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.”

²³¹ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 42.

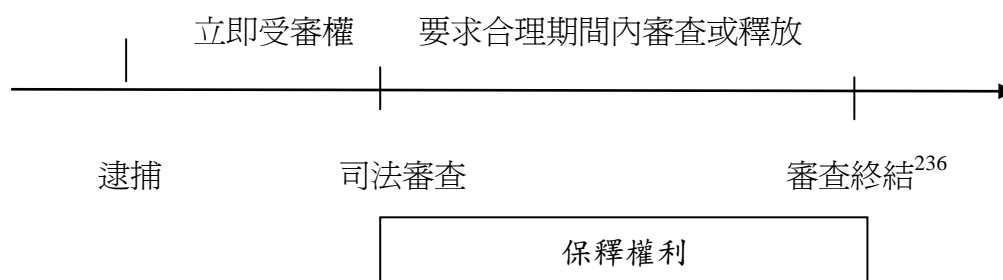
²³² *Id.*

²³³ See also ECHR, *Schiesser v. Switzerland*, Judgment of 4 December 1979, Appl. 7710/76, Series A no. 34, § 31.

²³⁴ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, pp. 132-133.

第 5 條第 (3) 款保障了兩個程序權利，分別是受到逮捕的人有權受到法院的立即審查，該受逮捕人有權要求審查或釋放的合理期間，以及要求保釋的權利。圖示如下（圖表 2）²³⁵：

圖表 2：人權公約 5-3 簡圖



²³⁵ 歐洲人權法院指出公約第 5 條第(3)項主要保障的兩個權利分支就是「遭拘捕的立即受審權」以及「羈押中的受審權」，參考 ECHR, *McKay v. the United Kingdom*, Judgment of 3 October 2006, Appl. 543/03, §31, see also Karen Reid, a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 2008, p. 453, IIB-285.

但是在遭到拘捕之後到司法審查之間，有沒有要求釋放的權利？關於這點，人權法院並沒有具體的說明，然而，Karen Reid, a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 2008, p. 453, IIB-285 引用 *Neumeister* 案指出，本條款「目的並沒有賦予司法當局有將被告帶往審判或釋放的權限」，但在 ECHR, *Neumeister v. Austria*, Judgment of 27 June 1968, Appl. 1936/63, Series A no. 8, The Law, §4 以下的敘述看來，該段主要是在敘述人權法院認定公約第 5 條第(3)項的審查期間的問題，人權法院在此的脈絡應該是指「公約並沒有規範這種權限」，而不是指「這種權限違反公約」。

此外，從人權法院累積的案例來看，也僅僅是說「有羈押權限者，必須同樣有釋放權限」，無法反推出沒有羈押權限的機關，就不能以保釋或其他方法預防被告逃亡、使案情晦暗。就此，對照我國檢察官還擁有交保、限制住居的權限來看，學說上以「交保、限制住居是羈押的替代手段，檢察官既然沒有羈押權，那麼應該不能為其替代手段」的說法，似乎還有待澄清。就本文的看法，首先，「羈押替代手段」不當然等同「羈押」，如果說「較輕的手段」檢察官不能為之，那麼「較重的羈押」當然就不可能是檢察官的權限；但是如果以「較重」不得為之，而認為「較輕」亦不能為之，那麼恐怕邏輯上就有問題。其次，如果交保釋放或者限制住居而釋放不能交由檢察官決定，反而會造成通通聲請羈押，對於人權保障不見得比較周全。最後，如果以公約第 5 條的角度來看，檢察官的責付、具保、限制住居，並不會限制個人自由的過度限制，從而在「剝奪人身自由」這一關可能就不會進入公約第 5 條以下的審查範圍，因此也就不會排斥檢察官所為的替代性處分。當然，如果限制住居已經形同「軟禁」，那麼個案中有可能因為違反法官保留而有所疑問。

²³⁶ 歐洲人權法院畫期間終點的界線是「第一次的有罪判決」，但這個標準受到學說上的批評，參考以下關於羈押期間的說明。

第二項、*Iwańczuk v. Poland*

Iwańczuk v. Poland 一案當中²³⁷，波蘭政府認為，對於申訴人的羈押，是爲了確保程序的適當進行，而本案也具備申訴人的犯罪嫌疑要求，法院也有詳細的審查²³⁸。申訴人則認為，比照內國其他類似的案件，其他嫌疑人大多沒有受到羈押的決定，從這裡來看，波蘭政府所爲的羈押決定是恣意的。後來的保釋決定，金額高達 2,000,000,000 波蘭幣 (old zlotys)，並且還附帶警方的監視；和其他類似案件相比，保釋金額高了 40 倍，也不符合申訴人的經濟條件——即便當事人已經聲請破產。雖然後來的保釋金額下降了，但是申訴人主張，因為這樣不合理的保釋金額而繼續受到羈押，這樣的決定是變相的延長人身拘束期間²³⁹。

面對這樣的爭執，歐洲人權法院首先表明，關於保釋的金額，必須「原則上考量當事人的經濟情形，換句話說，考量足以威嚇當事人在審判缺席的程度」²⁴⁰；而且，考量保釋和考量是否羈押一樣重要²⁴¹。在本案中，內國政府從 1993 年 12 月 21 日的 2,000,000,000 波蘭幣現金巨額保釋金，一路下降到 100,000,000 荷蘭幣現金以及其他巨額擔保，4 個月又 14 天之後，當事人提供了現金及足額擔保，但遲至 1994 年 5 月 5 日才受到釋放²⁴²。同時，內國法院在 1993 年決定保釋時，已經認知釋放當時人並不會對之後的程序造成影響，卻到 1994 年才讓當事人重獲自由²⁴³。對此，歐洲人權法院認為，當事人既然已經提供了財產的資訊給法院，那麼以現金擔保或者是以實物、其他財產擔保—亦即決定保釋—的形式，如此情形，在人權法院看來，內國政府對於當事人的保釋決定顯得相當「含蓄」。而以非現金擔保程序手續繁瑣的原因，來遲滯申訴人的釋放長達 4 個月，對於內國法

²³⁷ ECHR, *Iwańczuk v. Poland*, Judgment of 15 November 2001, Appl. 25196/94.

²³⁸ ECHR, *Iwańczuk v. Poland*, Judgment of 15 November 2001, Appl. 25196/94, §§ 62-63.

²³⁹ ECHR, *Iwańczuk v. Poland*, Judgment of 15 November 2001, Appl. 25196/94, §§ 64-65.

²⁴⁰ “...assessed principally in relation to the person concerned, his assets ... in other words to the degree of confidence that is possible that the prospect of loss of security.. in the event of his non-appearance at a trial will act as a sufficient deterrent to dispel any wish on his part to abscond”.

²⁴¹ ECHR, *Iwańczuk v. Poland*, Judgment of 15 November 2001, Appl. 25196/94, §66.

²⁴² ECHR, *Iwańczuk v. Poland*, Judgment of 15 November 2001, Appl. 25196/94, §67.

²⁴³ ECHR, *Iwańczuk v. Poland*, Judgment of 15 November 2001, Appl. 25196/94, §68.

院都已經認為沒有羈押必要的當事人來說，顯然並不是一個充足的理由，也因此違反了公約第 5 條第（3）款²⁴⁴。簡單的說，人權法院認為，對於考量當事人的保釋，在並無案情晦暗或者其他程序風險的情形，那麼保釋的決定本身就違反了公約第 5 條（3）的規定²⁴⁵。此外，對於保釋的決定，以技術性的規範而不是實質的風險考量，反而會造成不正當的延長羈押。

第二節、「司法當局」的立即審查

首先，關於審查機關，歐洲人權法院認為，所謂的「司法當局」，在決定最初的羈押時，必須要同時具備釋放的權限才符合本條款的要求——簡之，必須具備審查拘束自由必要性與否的權限；同時，這裡所指的「司法當局」也必須有能夠決定是否保釋以及羈押替代手段的權限²⁴⁶。換句話說，具有「羈押」權限的審查機關，也必須同時具備「保釋」的決定權限，否則就有違反公約的疑慮²⁴⁷。

本條款雖然規定了「法官」與「運作司法權力的法定機關」兩者，但前者意義其實並無太大疑問，問題比較會出現在後者。歷史解釋上，本條款之所以要把「法官」以及「運作司法權力的法定機關」分開規定，用意在避免因為僅僅規定「法官」可能導致太過狹窄、形式的解釋²⁴⁸。換言之，可能導致各種不同的內國法制變成通通違反公約。就「法官」和「行使司法權力的法定官員」兩者，人權法院認為兩者固然並不相同，但是後者必須具備「法官」的一些屬性。最重要的一點，就是必須具備相對於控訴者以及被告之外的獨立性²⁴⁹。

²⁴⁴ ECHR, *Iwańczuk v. Poland*, Judgment of 15 November 2001, Appl. 25196/94, §69.

²⁴⁵ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 42.

²⁴⁶ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 42; Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 510-511; Karen Reid, a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 2008, p. 455, IIB-288.

²⁴⁷ ECHR, *McKay v. the United Kingdom*, Judgment of 3 October 2006, Appl. 543/03, §§35-40.

²⁴⁸ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 507.

²⁴⁹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 508, 509.

第三節、中立性與獨立性

第一項、案例簡介

人權法院認為所謂的司法當局，該機關成員必須要具備「獨立性」(independence)與「中立性」(impartiality)²⁵⁰。因此，第一個出現的問題就是：檢察官是不是本條款所稱「運作司法權力的官員」？歐洲人權法院就此有不少裁判。就案例而言，最早做出解釋的標竿判決是 *Schiesser* 案，然而這個判決後來實質上被 *Huber* 案推翻。在 *Schiesser* 案之後，第一個有機會做成審查結論的案例是 *Skoogstöm* 一案²⁵¹，然而很可惜的，因為瑞典政府和當事人達成和解並修法，人權法院便做出和解的判決；該案中 Wiarda、Ryssdal、Ganshof、van Der Meersch 等數位法官雖然做出協同意見書，認為本案是審查檢察官是否符合本條款的好時機，但是最後並沒有具體指出結論²⁵²。人權法院在後來於 *Pauwels* 一案中作出較為詳細的審查，而在此之後，是以 *Huber* 一案作出更詳細的解釋。然而，由於 *Pauwels* 案是我國大法官釋字第 392 號認定檢察官擁有羈押權限違憲的重要依據判決，同時也是歐洲人權法院在審查檢察官是否能夠行使司法權限的重要標竿判決，因此以下對該案事實以及人權法院的意見予以詳細介紹。

第二項、*Pauwels v. Belgium* 裁判²⁵³

第一款、本案背景²⁵⁴

第一目、案件事實

²⁵⁰ Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, p. 42; as to the independence and impartiality which §6(1) provides, see p. 57.

²⁵¹ ECHR, *Skoogstöm v. Sweden*, Judgment of 2 October 1984, Series A no. 83, Appl. 8582/79.

²⁵² See joint dissenting opinion of Judges Wiarda, Ryssdal and Ganshof van Der Meersch, in: ECHR, *Skoogstöm v. Sweden*, Judgment of 2 October 1984, Series A no. 83.

²⁵³ ECHR, *Pauwels v. Belgium*, Judgment of 26 May 1988, Appl. 10208/82, Series A no. 135.

²⁵⁴ ECHR, *Pauwels v. Belgium*, Judgment of 26 May 1988, Appl. 10208/82, Series A no. 135, §§9-17.

Pauwels 是比利時國民，之前是駐紮在德國（Federal Republic of Germany）的一名軍官。在 1982 年 4 月 2 日，軍事法院調查委員會（the Board of Inquiry (commission judiciaire) of Field Court Martial "A"）下令逮捕申訴人，並且以侵占公款罪名起訴他。該委員會主席是 G Van Even，一位資深的副軍事檢察官（senior deputy auditeur militaire）；在 3 月 23 日以及 24 日，G Van Even 已經先行訊問過 Pauwels。在申訴人遭到逮捕後幾小時，當事人請求立即釋放，但在 4 月 8 日，同樣由 G Van Even 主持的委員會，以相同理由拒絕。

當天，申訴人繼續向軍事法院第二次要求釋放。在 4 月 15 日，軍事法院聽取了另一名軍事檢察官 Potemans 的意見，認為申請釋放並無理由。軍事法院認為，在調查委員會的初步調查期間，當事人聲請釋放與否的審查專屬管轄於軍事調查委員會，並且也確認第一次的逮捕合法。

第二目、尋求救濟

之後，申訴人隨即上訴到位於布魯塞爾（Brussels）的軍事上訴法院，但在 4 月 22 日該院維持原判決而駁回申訴人的上訴。4 月 23 日，同樣由 G Van Even 主持的委員會再次確認了逮捕命令。4 月 30 日，當事人上訴到最高上訴法院（the Court of Cassation）。Pauwels 根據憲法第 7 條第 3 段的規定「人人有免受逮捕的權利，但在法官所發的令狀授權為之不在此限。該令狀並須說明犯罪嫌疑的基礎。」²⁵⁵。就此，當事人爭執軍事檢察官是在法務部長（Minister of Justice）的指揮監督下執行職務，同時具備了起訴（public prosecutor）和偵查法官（investigating judge）的權力；這樣的機關和成員和羈押的犯人、或者被告，都處於利害相反的情形；而且也不受到其他委員會成員的不同意見節制，而有自行決定的權限。因此，調查委員會以及其成員沒有一個是法官，也不具備獨立性、

²⁵⁵ "save for offences discovered while being committed, no one may be arrested except pursuant to an order issued by a judge, which shall state the grounds on which it is based".

中立性。

1982年7月22日，最高上訴法院駁回了上訴。該院認為，憲法第7條必須要和憲法105條體系解釋，從而軍事審判程序所授權的組織也符合「法官」的意義。而在1889年6月15日開始採行的軍事審判程序法第35、第36條，授權調查委員會得以發出逮捕令狀。歷史解釋上，也認為作為委員會主席的軍事檢察官具備獨立性，得以運作偵查法官的權限。

同時，在1982年5月3日，申訴人也基於調查委員會並沒有開出逮捕令狀以及在4月2日確認令狀權限的理由，要求軍事法庭釋放。5月11日，軍事法院聽取了 Van Even 的意見，並認為基於一事不再理（已決事項；res judicata），該案既然已經在4月15日審查，因此予以駁回。當事人隨即上訴到軍事上訴法院，而該法院再度在6月4日將其上訴駁回。6月14日，當事人再度聲請釋放；6月23日，軍事法院也再度聽取 Van Even 的意見，駁回該聲請。1982年6月11日，申訴人的律師直接寫信給軍事檢察長（auditeur général），而檢察長在6月16日這樣的回覆：「我個人很榮幸的得以告知您，在參考了 Pauwels 先生於1982年6月的聲請釋放之後，對於他的續予羈押問題，根據軍事審判法第123條，我認為以本官署來說，我們並沒有權限做出決定」；「然而，我已經要求軍事法院的軍事檢察官把該案儘速移往軍事法院審查，以使該案件的法律爭點以及能否釋放等問題能儘速釐清。」。

第三目、審判程序

在審判程序裡，1982年6月23日，該資深副軍事檢察官即 G Van Even 發出傳票傳喚申訴人，於7月5日在科隆的軍事法院到庭接受審判。在審判當天，軍事法院隨即裁定釋放當事人，並決定本案不附下次開庭期間而暫時停止。於1982

年 12 月 6 日，審判程序再度開始，這次的傳票由 Potemans 發出。1983 年 5 月 2 日，軍事法院同意 G Van Even 宣誓作證。雖然被告即申訴人反對其作為證人，但軍事法院仍然決定以此為爭點繼續進程序。次日，申訴人對此裁定抗告，但一方面仍同意於 7 月 4 日同意審判繼續進行。在 1983 年 9 月 8 日，軍事法院根據 Van Even 的陳述等證據，認定當事人偽造文書、侵占公款等罪名，判處 6 年有期徒刑併科 6000 元比利時法郎（Belgian francs; BF）。

同日，申訴人隨即上訴軍事上訴法院，1985 年 2 月 27 日，法院作出判決。首先，軍事上訴法院以 1983 年 5 月 2 日裁定不予採用 Van Even 的證詞。上訴法院指出，Van Even 在偵查程序以及 1982 年 6 月 23 日傳喚當事人等各種行為比較像是公訴人，而不是偵查法官。這意味著他已經成為程序中的一方當事人，不能做為證人。法院最後判決當事人 4 年有期徒刑，併科 6000 比利時法郎罰金。同時法院也根據軍事審判法 54 條解除當事人的職務，但並沒有如同下級審在判決同時隨即諭令逮捕當事人。1987 年 3 月 3 日，最高上訴法院駁回申訴人及檢察官的上訴，全案遂告確定。

第二款、內國法制²⁵⁶

比利時的國內法規定大致如下：憲法 105 條第 1 句規定「軍事法院之組織、權限，其成員之權利及義務、任期，均應由特別法定之」²⁵⁷。軍事審判程序，原則上係由 1814 年 7 月 20 日的軍事程序法（Army Code of Procedure; ACP）、1899 年 6 月 15 日的軍事審判法（Military Criminal Procedure; CMCP）所規制。

關於軍事檢察官（auditeur militaire），組織上係隸屬於特定軍事法院的軍事

²⁵⁶ ECHR, *Pauwels v. Belgium*, Judgment of 26 May 1988, Appl. 10208/82, Series A no. 135, §§18-20, 24-26.

²⁵⁷ "special laws shall regulate the organisation of military courts, their powers, the rights and obligations of their members and the terms of office of the latter".

檢察署。他是司法的一員，因此也不會是軍事指令系統的一環，由此，資深副檢察官（如 Van Even）以及副檢察官（Potemans）職務是協助軍事檢察官的，因此地位同上。然而，軍事檢察官及其協助官員，並不是憲法 100 條上所稱的「法官」。同時，國王根據軍事審判法第 77 條有權解散軍事檢察系統，因此他們並不是不能更動的。他們同時也必須服從軍事上訴法院的軍事檢察長以及司法部長，但不影響他們在執行職務上的獨立性。

軍事檢察官及其協助官員其職務及功能如下：

- 1、資深的司法警察官員（officiers de police judiciaire，軍事審判法 44 條）
- 2、偵查程序法官，而與普通程序的偵查程序法官權限相同，得各自行使權限，亦得作為調查委員會的主席。（軍事審判法第 35 條，以及同條第 25 段以下）
- 3、公訴檢察的成員，在軍事法庭作為檢察官，受檢察長的指揮監督（軍事審判法第 76 條）

因此，根據司法條例（Judicial Code）第 292 條規定，除非法律另有規定，否則不能身兼數職，軍事審判法就是這裡所指的例外之一。

而調查委員會（Board of Inquiry）的組織成員包含軍事檢察官（或副檢察官），同時也作成調查報告（軍事審判法第 35 條），同時能夠發出逮捕令狀，效力得持續一個月，並且得以審查羈押，並能夠命令釋放（軍事程序法第 60 條）。按照軍事審判法第 35 條，軍事檢察官得以指揮偵查，對於被告的無罪基礎以及有罪的證據、自白，均須一併注意（軍事程序法第 70 條）。調查委員會的決定得以僅由主席決定，其他兩名成員的意見並不拘束他，因為該其他成員的任務在於協助、提供建議以及對於偵查程序的合法性見證，並非偵查程序法官。

第三款、歐洲人權法院的觀點²⁵⁸

申訴人爭執公約第 5 條第 (3) 項擔保了所有按照第 5 條第 (1) 項第 (c) 款受逮捕、拘禁的人，都有權利要求法院或行使司法權力的官員迅速審查。他主張，軍事檢察官以及其作為主席的調查委員會，都不能認為是條款所要求在當事人或檢方以外的獨立性。首先，關於相對於當事人之獨立性，軍事檢察官職務上負責他自己作為偵查程序法官的公訴，違反了第 5 條第 (3) 項。同時，本案中資深副檢察官即 Van Even 事實上的確上也負責了偵查主導以及起訴。之後在 1982 年的 5 月 11 日以及 6 月 23 日，他也擔任了公訴檢察官，1982 年 6 月 23 日他也簽發了傳票，甚至在 1985 年 2 月 27 日，軍事上訴法院的程序中，他也繼續的執行公訴職務。

人權委員會認為，Van Even 既然成為當事人的一方，就不能認為是相對於當事人之外的獨立。至於（獨立於行政權之外的）獨立性問題，申訴人 Pauwels 主張，既然軍事檢察官可以隨時由國王解散、指派，又與司法部長有上下科層關係，因此並沒有任何的成文法可以擔保所謂的獨立於行政權之外的獨立性。內國的訴訟實務及判決先例也認為，不能由司法條例第 414 條解釋出部長的紀律處分權限僅在對於軍事檢察官的公訴人地位，而不至其司法職務；甚至，軍事審判法第 76 條雖然沒有規定檢察長的監督可以及於軍事檢察官的司法功能，但是並不能認為這樣的作用實際上就不存在，例如在本案律師寫信給檢察長之後，檢察長對於軍事檢察官就有所指示。就這一點，人權委員會並沒有具體表示意見。

內國政府認為，Van Even 是獨立的主導偵查程序，並且在公訴角色上僅僅扮演了極為輕微的角色。1982 年 5 月 11 日以及 6 月 23 日，Van Even 在軍事法庭作為公訴人的角色，法庭也在該次裁定被告釋放，並未繼續延長。在政府的觀

²⁵⁸ ECHR, *Pauwels v. Belgium*, Judgment of 26 May 1988, Appl. 10208/82, Series A no. 135, §§30-38。

點來看，關於申訴人所遭受到共計 94 天的羈押，相對於其最後判決的刑度是非常短的。內國政府同時也主張，1814 年以及 1899 年法案所建構出的軍事司法系統符合公約以及人權法院的要求，對於檢察長對檢察官的通知行為，實際上並沒有法律上的影響力。

人權法院在審查了所有事實及內國法之後，認為：

「雖然比利時的軍事檢察官和檢察長、司法部長具有上下科層隸屬的關係，但是在執行公訴以及調查委員會主席等職務時，他的作為的確是獨立的。唯一的爭議是，在本案中 Van Even 在他執行職務時，是否真的具有（獨立於當事人之外的）獨立性而符合公約要求的法定運作司法權力的官員。」

「在考量對類似案件中，人權法院對於荷蘭的判決，亦即荷蘭內國軍事法律的逮捕、羈押問題，認為軍事檢察官通常在案件起訴審判後都有公訴的職務義務，也因此他們成為當事人的一方，而不是獨立於當事人之外的地位，本案的情形也相同。一方面，比利時的立法例和荷蘭相差不遠，另外一方面根據軍事審判法，Van Even 確實在申訴人的案件中執行了偵查、起訴的權限。這也意味著，他的中立性（impartiality）的確有問題；從而也違反了公約第 5 條第（3）項」。

第三項、裁判的發展

第一款、*Huber v. Switzerland*

之後，歐洲人權法院在 *Huber v. Switzerland* 一案認為²⁵⁹，關於軍事檢察官得以羈押申訴人，並且也擔任公訴職務來看，並不能認為是「獨立於當事人之

²⁵⁹ ECHR, *Huber v. Switzerland*, Judgment of 23 October 1990, Appl. 12794/87, Series A no. 188, §§42-43; Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, 2000, pp. 369-371.

外」，並表示：「公約並非規範司法官員不能行使羈押權限，但是如果他能夠以公訴人的地位介入之後的刑事審判，那麼他的中立性 (impartiality) 必須受到質疑」²⁶⁰。

因此，在第 5 條第 (3) 項的「司法當局」定性問題上，歐洲人權法院並對於形式「組織上」的問題並沒有太嚴格的審查。相對地，人權法院從實質的功能角度，認為這些得以行使審查權限機關必須具備「中立性」與「獨立性」。基本的要求是：如果有一個角色能夠決定起訴以及執行公訴，那麼他將成為當事人一方；從而，他如果也同時有拘束人身自由的權限的話，就不能認為是中立的司法官署。既然不具備「中立性」，那麼也不符合公約第 5 條第 (3) 項所要求的司法屬性。簡之，人身拘束必須要由中立、獨立的機關來審查，具備公訴權限的檢察官並不合這個要求²⁶¹。

上述意見，顯然推翻了人權法院在之前 *Schiesser* 案的見解²⁶²。*Schiesser* 案中，瑞士的「地方檢察官」(Bezirksanwalt) 組織上隸屬於檢察署，並且具有偵查及控訴功能。然而，人權法院審查該案後認為，就該機關而言，在本案並沒有在其後有所執行控訴的功能，因此並不違反公約第 5 條第 (3) 項的要求²⁶³。就「是否成為當事人一方而喪失中立性」這一點來說，人權法院雖然也有提及，但是顯然是就個案事實的審查而已，而忽略對於瑞士法制作是否合乎公約的要求。

²⁶⁰ See also Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 509.

²⁶¹ 人權法院認為，單純的從「文字分析」上來看，隸屬於公訴部門的成員能夠成為公約第 5 條第(3)項所指的「法定機關」，但是從其實質執行權限的方式來看，不能認為是條款規定的「行使司法權力的法定機關」。See Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 508.

²⁶² Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 509.

²⁶³ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 508.

第二款、人權法院對於檢察官角色的認定——以比利時為例

關於中立性的問題，歐洲人權法院在審理 *Delcourt v. Belgium*²⁶⁴²⁶⁵ 以及 *Borgers v. Belgium*²⁶⁶²⁶⁷ 兩案中，均係針對比利時最高法院的上訴案中，檢察署的檢察官（procureur général）所扮演的角色做出判決。但兩者的結論卻大異其趣：前者被認為並未違反公約第 6 條第（1）項，後者則違反之。很顯然的，歐洲人權法院在面對「檢察官」角色的態度有不小的轉變²⁶⁸。

第一目、*Delcourt v. Belgium*

在 *Delcourt v. Belgium* 一案中，Delcourt 於 1963 年 11 月被起訴多項罪名，並於 1964 年 9 月遭到判決有罪，處以一年徒刑以及兩千元比利時法郎的罰金²⁶⁹。此後，檢察署和 Delcourt 均上訴，但在上訴法院，Delcourt 被增加刑期至五年。1965 年，Delcourt 上訴到最高法院，按照比利時當時的司法制度，各級法院內得設立檢察署（procureur général's department），該檢察署成員即檢察官（avocat général）得以在法庭參與案件審理，並對案件發表意見，同時並得以參與法院的評議過程。於 Delcourt 的案件中，最高法院及檢察署的官員進行了此項評議，最高法院並裁定駁回 Delcourt 的上訴²⁷⁰²⁷¹。

²⁶⁴ ECHR, *Delcourt v. Belgium*, Judgment of 17 January 1970, Appl. 2689/65, Series A no. 11.

²⁶⁵ 本案其實在歐洲人權法院是武器平等的問題，但因與後面的案件環境及相關事實類似，因此於此一比較。並且本案人權法院對於中立、獨立雖無完全聚焦；但因我國司法環境本身以及與後面的 *Borgers* 類似，因此先予介紹。

²⁶⁶ ECHR, *Borgers v. Belgium*, Judgment of 30 October 1991, Appl. 12005/86, Series A no. 214-B.

²⁶⁷ 本案亦涉及武器平等以及辯護權的問題，但同 *Delcourt* 案，本文僅只介紹有關連且必要的部分。

²⁶⁸ 必須注意的是，*Borgers* 一案歐洲人權法院並沒有明確推翻 *Delcourt* 案的意見，而是迂迴的以第 6 條來解釋中立性與獨立性的問題，詳見以下案件的開展。

²⁶⁹ ECHR, *Delcourt v. Belgium*, Judgment of 17 January 1970, Appl. 2689/65, Series A no. 11, §12.

²⁷⁰ ECHR, *Delcourt v. Belgium*, Judgment of 17 January 1970, Appl. 2689/65, Series A no. 11, §§12-13.

²⁷¹ 此外，本家中比利時政府尚提出一項理由，認為：最高上訴法院並不對本案事實審查，僅對下級審判決的合法性作審查，因此這個判決是針對「判決」的判決，而不是針對人的判決，因此根本沒有適用公約第 6 條第 1 款的規定。人權法院認為，判決最後還是要對人產生影響的，因此這個理由並不成立。

在 *Delcourt* 案中，當事人雖然主張了多項理由，但僅有主張武器平等 (equality of arms) 這點被委員會接受；因為當檢察官員提出建議時，當事人並沒有參與的機會，而且在審判時，聽到檢察官員對他做的不利評述，又看到他跟法官一起退庭。歐洲人權法院認為，這樣的司法制度雖然與眾不同，但不致違反武器平等的條文；理由是，在上訴時，檢察署獨立於法院之外行使職權，並僅針對學術、理論以及相關的實務給予意見，僅是協助法院判決符合法律，並協助司法見解的統一；並且，檢察署並不會對法庭有具體的指令；另外，檢察署在此不行使控訴的職權，因此他也不是所謂的「當事人」；只要檢察官員正確而獨立的行使職權，最高法院也就不會因為參與內部評議而受到負面影響。

最後，人權法院也注意到：該法律係在一百五十多年前即頒布，並也兩度審議此項法律而決定予以保留，比利時法學界以及公眾並沒有對其合理性與公平性表示懷疑²⁷²。最後，人權法院認為比利時並未違反公約第 6 條第 (1) 款。

第二目、*Borgers v. Belgium*

在 *Borgers* 一案中，當事人也是在 1981 年遭到起訴並其後遭判決有罪，並因此最後上訴到最高法院。最高上訴法院聽取了判決起草人以及檢察官員的報告之後，駁回了 *Borgers* 的上訴²⁷³。和前面 *Delcourt* 案不同的是，關於檢察官員出席的規定，已經經由《司法條例》(Judicial Code) 所更改。該法典規定，除了某些特別案件之外²⁷⁴，檢察署在最高法院的案件中不是公訴機關；檢察署應該完全的獨立執行職務，而得以向法院提出建議²⁷⁵。

²⁷² ECHR, *Delcourt v. Belgium*, Judgment of 17 January 1970, Appl. 2689/65, Series A no. 11, §§27-38.

²⁷³ ECHR, *Borgers v. Belgium*, Judgment of 30 October 1991, Appl. 12005/86, Series A no. 214-B, §§9-15.

²⁷⁴ 例如對於大臣的審判、法官職權所導致的民事訴訟、司法官員風紀的審判等。

²⁷⁵ ECHR, *Borgers v. Belgium*, Judgment of 30 October 1991, Appl. 12005/86, Series A no. 214-B, §§16-19, 23.

人權法院在此參照了 *Delcourt* 一案的看法，認為相關的最高上訴法院以及檢察署的獨立、公正性相關意見仍然有效。但是，在本案中必須另外考量辯護權以及訴訟權利平等的問題²⁷⁶。歐洲人權法院認為，從比利時政府國會、輿論等觀察，該最高上訴法院檢察署的作用是客觀的；然而，檢察署的提交意見不可能均成為在訴訟當事人間保持中立的。如果檢察官員的意見有利於原告或被告一方，那麼都有可能變成類似當事人其中之一，則公約第 6 條第（1）項要求的辯護權以及武器平等就有可能遭到破壞。

關於導致辯護權的限制可能性，理由是因為既然上開官員可以提供意見，那麼這種權力就對於判決的草擬以及作成有一定功用，這導致其與判決之間很難分開。即便這點只是可能如同比利時政府所主張，係為了維持判例法的一致性；但是同樣可以受到懷疑的是：法院評議給予檢察官員不必擔心和被告相衝突，就可以陳述意見並且主張駁回被告的上訴。凡此種種，人權法院最後認為，比利時政府違反公約第 6 條第（1）項的情形²⁷⁷。

第三款、對照公約第 6 條的案例

歐洲人權公約第 6 條規定：「在決定某人的公民權利與義務或在決定對某人的任何刑事罪名時，任何人有權在合理的時間內受到依法設立的獨立（independent）與中立（impartial）的法庭之公平與公開的審訊」²⁷⁸。從前面的比利時兩案中可以得知，公約第 5 條從「獨立審查」模式，人權法院已經改變見解，認為關於所謂「司法官員」必須符合第 6 條的要件。因此，雖然這裡主要是審查第 6 條的問題。但是因為第 5 條要求的「司法官署」性質上必須與此一致，

²⁷⁶ ECHR, *Borgers v. Belgium*, Judgment of 30 October 1991, Appl. 12005/86, Series A no. 214-B, §§24-26.

²⁷⁷ ECHR, *Borgers v. Belgium*, Judgment of 30 October 1991, Appl. 12005/86, Series A no. 214-B, §§27-29.

²⁷⁸ “In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.”.

因此以下以案例介紹人權法院在第 6 條對於中立、獨立的看法。

第一目、*Hauschildt v. Denmark*

一、案件事實與爭點

在 *Hauschildt v. Denmark*²⁷⁹ 一案中，申訴人在 1974 年成立了斯堪地那維亞資本交易所（Scandinavian Capital Exchange; SCE），成為北歐最大的黃金交易公司，並提供金融服務²⁸⁰。SCE 後來和丹麥的政府機關（如國家銀行、稅務局、貿易部）發生衝突²⁸¹，經過丹麥的稅務局指控，警方逮捕了 Hauschildt 並扣押其公司文件，後來被控訴漏稅、詐欺、侵占等罪名²⁸²，並歷經三審判決有罪²⁸³。Hauschildt 分別以：違反合理期間審判、未受到中立法庭審判等向歐洲人權法院申訴²⁸⁴。

關於中立法庭的問題，在內國法程序進行時，申訴人曾經對審判長的人選有意見，但是因為律師告訴他，不能因為法官在開庭審判前所做的裁決而要求迴避；其次，被告也歷經 20 次以上的延長羈押。這些做出延長羈押裁定的法官，有部分參與了上訴程序擔任申訴人的法官。因為丹麥的司法施行法（Administration of Justice Act）規定，法官先前因其任公職而必須處理某案件事實時，並不因此使其喪失審理該案的資格；此外，丹麥最高法院在 1973 年也曾裁定認為：法官對刑事被告裁定羈押時，並不因此使其喪失其後的審判權限。

²⁷⁹ ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. 10486/83, Series A no. 154.

²⁸⁰ ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. 10486/83, Series A no. 154, §8.

²⁸¹ ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. 10486/83, Series A no. 154, §9.

²⁸² ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. 10486/83, Series A no. 154, §§10-12.

²⁸³ ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. 10486/83, Series A no. 154, §§13-18.

²⁸⁴ 當事人係以公約 3、5、6、7、10 條以及第 4 議定書第 1 條申訴。

二、中立性：迴避問題

主要的問題是，在審判前就有裁定或者接觸案件時，有沒有可能使法官喪失中立性？人權法院認為，在決定某一特定案件是否法律上理由懷疑公正性時，被告的立場是重要的，但不是唯一的。決定性的關鍵是：關於被告的疑慮是否客觀證明其合理。

人權法院也認為，本文中，參與本案審理的法官雖然曾經參與過裁定，令被告有所疑慮，但沒有客觀證據證明其疑慮合理²⁸⁵。此外，法官對於審判前的裁定和審判最後作出的判決不同，前者僅要簡單的評估警方初步資料是否有足夠嫌疑；後者卻是要查明並且在法院辯論的證據，以澄清被告是否有罪。從而，人權法院認為，類似這種審判中法官在審判前已經做過裁決時—包括有關羈押事項—的體制，無法證明對於公正性的疑慮合理²⁸⁶。然而，在可能的特殊情形下，還是有可能得出不同的結論。例如在延長羈押中，司法施行法第 762 條第 2 項得以作為依據延長。該條款規定：在有「特別證實的懷疑」(particularly confirmed suspicion) 認為嫌疑人犯法定刑 6 年以上之罪名，並因公共利益的要求不應釋放之時，得予以繼續羈押。在審判過程中，多名法官以此決定延長羈押，爾後亦參與上訴審的審判；如此一來，分別該羈押條款與犯罪的區別就變得困難²⁸⁷。根據該條款，很可能因為適用該規定時即以認定被告犯有後來被判處徒刑的罪名。人權法院認為，如此一來，法院的公正性就顯得使人懷疑，並且申訴人在這裡的疑慮客觀上應屬合理，因此判決丹麥政府違反公約第 6 條第 (1) 款²⁸⁸。

²⁸⁵ ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. 10486/83, Series A no. 154, §§43-47.

²⁸⁶ ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. 10486/83, Series A no. 154, §§48-50.

²⁸⁷ 因為根據丹麥官方的解釋，這樣的嫌疑必須要達到「非常清楚(very high degree of clarity)的犯罪程度」。See also ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. 10486/83, Series A no. 154, §52.

²⁸⁸ ECHR, *Hauschildt v. Denmark*, Judgment of 24 May 1989, Appl. 10486/83, Series A no. 154, §§51-53; 本案意見在其他案件的引用，參考：Sarah J. Summers, *Fair Trials the European Criminal Procedural Tradition and European Court of Human Rights*, 2007, p.126.

第二目、*Pfeifer & Plankel v. Austria*

一、案件事實與爭點

和上面 *Hauschildt* 案同樣涉及中立性的是 *Pfeifer & Plankel v. Austria* 一案²⁸⁹，但本案主要涉及預審法官的問題。1982 年，Pfeifer & Plankel 分別因不同案由遭到羈押²⁹⁰，在 1983 年，Pfeifer 受審，法官分別是 Kaiser 以及 Arnold 兩位法官，但是 Kaiser 早在 1982 年就持續的擔任 Pfeifer 的預審法官；Arnold 在 Pfeifer 遭到逮捕當天值班，訊問過 Pfeifer。根據奧地利刑事訴訟法 (the Code of Criminal Procedure) 68 條 2 項規定，如同一案件中已擔任預審法官者，不得再參與審判以及判決。但 Pfeifer 在法院沒有通知辯護人到場的情形下，放棄這個權利；此後，Pfeifer 均被判有罪²⁹¹，並歷經三審上訴於 1984 年遭到駁回²⁹²。監禁期間，兩人通信受到檢查，而檢查法官認為通信中有侮辱監獄官員字眼，因此予以刪除這些句子；Plankel 後來以此在國內提出申訴遭到駁回。兩人告上歐洲人權法院後，對於 Pfeifer 部分，主張違反公約第 6 條保障的獨立、公正的審判權利；對於 Plankel 部分，則是主張違反第 8 條的通訊自由保障。

二、人權法院的意見

人權法院審理後認為：根據以前的判決，對公約保障的權利所放棄的意思表示，必須明示為之；而為了公約的有效實現，對程序權利的放棄必須具備與其重要性相稱之最低限度的保障，因此奧地利政府抗辯，認為 Pfeifer 並無異議以及

²⁸⁹ ECHR, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Judgment of 25 February 1992, Appl. 10802/84, Series A no. 227.

²⁹⁰ ECHR, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Judgment of 25 February 1992, Appl. 10802/84, Series A no. 227, §§6-12.

²⁹¹ ECHR, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Judgment of 25 February 1992, Appl. 10802/84, Series A no. 227, §§13-15.

²⁹² ECHR, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Judgment of 25 February 1992, Appl. 10802/84, Series A no. 227, §16.

明示放棄權利，並不成立²⁹³。其次，即便申訴人放棄權利，按照奧地利刑事訴訟法，法官也有義務告知申訴人，並且也有義務避免從事與本案有關的訴訟活動。此外，人權法院認為，受法院依法審判是很重要的權利，無法靠當事人自己完成。本案中，申訴人放棄時，沒有辯護人到場，法庭即便告知，也涉及相當的法律知識，不是像申訴人這樣的門外漢可以理解的；因此他並不能完全、真正的了解重要性，在這種情形的放棄，值得懷疑；因此判決奧地利敗訴²⁹⁴。

第四項、尚未解決的問題——不同類型的內國法制

第一款、以檢察官角色為例²⁹⁵

歐陸內國的法制，姑且不論組織與行為法細節的不同，彼此之間相差其實很遠²⁹⁶。舉例來說，就檢察系統，光是英國內國，除了最主要的英格蘭／威爾斯檢察體系（the Crown Prosecution Service; CPS），還有蘇格蘭、北愛爾蘭的不同檢察體系²⁹⁷，英國的警察對案件的處理權限頗為廣大，包括了偵查以及起訴，檢察官雖然也有案件起訴權限，但扮演橡皮圖章的成分比較多，也讓文獻上認為英國的檢察系統應該有更多的處理權²⁹⁸；法國的檢察系統雖然從 19 世紀的拿破崙帝國就獨步首先創立，但是就後來發展的程序以及強制處分權來說，被以預審法

²⁹³ ECHR, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Judgment of 25 February 1992, Appl. 10802/84, Series A no. 227, §37.

²⁹⁴ ECHR, *Pfeifer and Plankl v. Austria*, Judgment of 25 February 1992, Appl. 10802/84, Series A no. 227, §§38-39.

²⁹⁵ 中文文獻參考：林鈺雄，檢察官論，1999，頁 63 以下；陳誌銘，法官與檢察官的實然與應然，研討會發言，台灣本土法學，第 107 期，2008 年 6 月，頁 114-117。

²⁹⁶ 並參考蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 907 以下

²⁹⁷ Chirs Lewis, *The Prosecution Service Function within the English Criminal Justice System*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, pp. 151-152.

²⁹⁸ Chirs Lewis, *The Prosecution Service Function within the English Criminal Justice System*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, p. 153.

²⁹⁹ 而對於案件，檢察官是可以要求警察進一步的調查的。我國學說上對於「微罪處分權」與「退案審查制」似乎有認為是勢不兩立的，就此，可以知道並不是必然對立的。關於英國檢察官的角色，參考：Chirs Lewis, *The Prosecution Service Function within the English Criminal Justice System*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, pp. 153-154.

官爲主的其他組織瓜分掉一大部分³⁰⁰³⁰¹；在偵查階段，法國檢察官主要功能是監督警察的偵查、篩選證據、對於犯罪事實的法律面提供見解，避免偵查階段違反法律³⁰²；德國的檢察官和我國較爲類似，在刑事程序上扮演了主要的角色，包括案件的偵查、起訴處分在內的終結權限、公訴、上訴、執行，德國警察扮演的角色主要是執行偵查，但對於案件的終結沒有太多權限，偵查法官僅在聲請後發動強制處分權限³⁰³。荷蘭的檢察系統，檢察官在刑事程序也是主要的角色，除了控制偵查，也決定要否起訴，幾乎所有的案件都要透過檢察官終結，當然，檢察官也必須執行公訴³⁰⁴。更遑論其他包括波蘭、瑞典等檢察制度以及權限的不同³⁰⁵³⁰⁶。

第二款、偵查階段處分的制度鳥瞰

就偵查階段的相關處分來說，英國除了搜索以及監聽、限制住居、義務回報

³⁰⁰ Bruno Aubusson de Cavarlay, The Prosecution Service Function within the French Criminal Justice System, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, pp. 185-182, 201-202.

³⁰¹ 人身自由拘束的強制處分權，則在 2001 年之後畫分出去，由獨立的自由權法官行使，參考：Kühne, *Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, 7. Aufl., 2007, S. 678, Rn. 1242；另外，法國的刑事司法體系相當複雜，簡要圖表參：Jörg-Martin Jehle, *The Function of Public Prosecution within the Criminal Justice System – Aim Approach and Outcome of a European Comparative Study*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, p. 14.

³⁰² Bruno Aubusson de Cavarlay, *The Prosecution Service Function within the French Criminal Justice System*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, pp. 201-202.

³⁰³ Beatrix Elsner, Julia Peters, *The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, pp. 207, 209-219, 224-228.

³⁰⁴ Martin Blom, Paul Smit, *The Prosecution Service Function within the Dutch Criminal Justice System*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, pp. 237-246.

³⁰⁵ Teodor Bulenda Beata Gruszczynska, Andrzej Krempleski, Piotr Sobota, *The Prosecution Service Function within the Polish Criminal Justice System*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, pp. 258-260; Josef Zila, *The Prosecution Service Function within the Swedish Criminal Justice System*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, pp. 285-287.

³⁰⁶ 各國刑事司法制度簡要圖表以及相關處分權限參考：Jörg-Martin Jehle, *The Function of Public Prosecution within the Criminal Justice System – Aim Approach and Outcome of a European Comparative Study*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, pp. 13-18.; Marianne Wade, *The Power to Decide – Prosecution; Control, Diversion and Punishment in European Criminal Justice System Today*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, p. 36.

必須要法院決定之外，包括財產凍結、沒入、監視、DNA 鑑定、48 小時以下的人身拘束、審前羈押，都可以由警察單獨或者警察（檢察官）與法院共享權限；法國絕大多數的處分都不需法院決定，審前羈押在 2001 年由預審法官獨佔，之後則要司法決定；德國法除了 24 小時以下的人身拘束可以由檢察官或法院決定之外，其他強制處分都必須由法院為之，最為嚴格；荷蘭除了財產凍結以及審前羈押、監聽之外，其他的強制處分權限都可以由檢察官為之；波蘭在財產凍結、審前羈押、監視以外，都得以由檢察官為之；瑞典在財產凍結、監視、監聽、羈押之外，也可以由檢察官決定³⁰⁷。大致看來，就搜索、財產沒入、財產凍結、監視、DNA 鑑定、監聽、48 小時以下的人身拘束、限制住居、回報義務、審前羈押這些強制處分來說，各國共通的部分僅只審前羈押均採取絕對法官保留；其他部分則並不依定；反而在偵查階段中，有些處分是由檢察官、警察所獨占的。

第二款、人權法院處理的案例

在人權法院處理的案例中，有幾種不同的類型。例如在處理「羈押法官」（Untersuchungsrichter）的問題時，人權法院認為，這類型的「偵查（程序）法官」（investing Judge）執行的是要控制羈押的合法性，就內國法來說，他有的確是具備「法官」的意義³⁰⁸；然而，當他也同時負責偵查程序的終結、以及決定是否起訴的時候（Schlussverfügung），那麼他的地位就會類似準備控訴的人，也違反了第 5 條第 3 款的要求³⁰⁹。例如波蘭的檢察官角色除了控訴以外，同時也是公眾利益的守護者；但是人權法院指出，這並不能認為他們就可以處在司法地位而

³⁰⁷ Marianne Wade, *The Power to Decide—Prosecution; Control, Diversion and Punishment in European Criminal Justice System Today*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, p. 51.

³⁰⁸ 翻譯上，對照張文遠，*人身自由保障制度之研究—以歐洲人權公約第五條與我國法制之比較為中心*，中正大學碩士論文，1999，頁 230，將“investing judge”譯為「偵查法官」，但「偵查法官」此一用詞也由林鈺雄教授提出，意義係「偵查程序控制強制處分合法性的法官」，用字相同，但是內涵卻差異甚。對此，本文有意以內涵區分，避免因文字產生誤會，從而對於“investing judge”，本文譯為「偵查(程序)法官」。

³⁰⁹ 主要是瑞士的案例，參考 Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 509.

執行職務³¹⁰。Trechsel 也指出³¹¹，對於所謂的偵查（程序）法官，如果他的工作是作為公訴人前程序進行者，而將收集的卷證交給公訴人，那麼他的目標就會偏向一方當事人，而不能認為是機關獨立；公訴人的角色和監督人身自由剝奪的角色顯然是矛盾的。

然而，對於歐陸各國不同的法制以及或多或少的法制差異，不同國家在偵查程序中有檢察官、偵查（程序）法官、預審法官等等不同的角色，歐洲人權法院並沒有全然的否定；即便是同樣叫做檢察官、偵查（程序）法官、預審法官，功能也不必然相同，因此就算瑞士、奧地利的檢察官或者偵查程序法官被認為違反公約，但並不當然就可以套用到其他國家的法制情形³¹²。就目前為止，德國法上的偵查（程序）法官（Ermittlungsrichter）以及法國法上的預審法官（juge d’instruction）是不是符合公約的要求，並不清楚，仍有待釐清³¹³³¹⁴。

第五項、小結

第一款、人權法院見解

對於人權公約第 5 條第（3）項的獨立性與中立性要求，人權法院累積了不少案例³¹⁵。不論是從第 5 條或者是第 6 條對於司法機關—乃至於法院—的要求，法院比較注重的是，內國的機關是否得以拘束人身自由的問題上，如果該機關具

³¹⁰ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 510.

³¹¹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 510.

³¹² Trechsel also points out that the French procureur de la République could not qualify as a “judge or other officer...”, see Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 510, note 48.

³¹³ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 510.

³¹⁴ 就本文的看法，重點仍然會回歸到所謂的偵查(程序)法官或預審法官在決定是否拘束人身時，有否控訴的立場。就這點而言，德國法上的羈押法官，其實只是讓法官先行在偵查程序介入審查強制作為的合法性，作用和美國的治安法官相同；換言之，偵查(程序)法官不負責偵查，只負責審查偵查程序的強制處分合法性，來防止國家權力濫用，其實和審查人身拘束令狀(Habeas Corpus)的法院意義相同，因此違反公約的可能性不大；然而就舊法國法而言，預審法官得以拘束人身自由並主導程序，就顯然危險的多。

³¹⁵ Cases cf. Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, 2000, pp. 387-401; dazu vgl. auch Mayer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 2. Aufl., 2006, S. 93, Rn. 31f.

備有礙日後審判程序繼續控訴的權限，那麼就會成為一方當事人；從而「中立性」就變得可疑。而既然「中立性」的要求必須是獨立於行政以及當事人之外，那麼人權法院的案例看法上，檢察官擁有羈押決定權限（detention decision）就會違反公約³¹⁶；受到檢察機關節制的偵查官員擁有羈押權限也一樣。關於軍事審判方面的拘束人身自由問題上，公約第 5 條第（3）項並不容許軍事指揮系統官員在軍事法院扮演判決的角色³¹⁷。

必須要注意的是，文獻上引用 *Skoogstöm* 以及 *Huber* 兩案指出，歐洲人權法院認為內國官員如果同時有檢察官（prosecutor）以及偵查官員（investigator）兩種角色，就不符合公約的要求³¹⁸³¹⁹。乍看之下，這樣的見解好像根本的和一般認為「檢察官應偵查、起訴」的職務截然不同；然而從前面兩案脈絡以及人權法院的論證對照來看，這並不是指機關不能夠同時控訴以及偵查，也不是指檢察官就應該把偵查權限交出來；與其說一般的偵查或調查，毋寧應該說是「強制處分」的偵查行為。亦即：當行使拘束人身自由的官員同時作為控訴者，那麼就對於強制處分行使的中立性就值得懷疑³²⁰。在第 5 條的脈絡下，Trechsel 正確的指出³²¹，類似 *Schiesser* 案的方法，推測、審查各該機關有無可能在訴訟程序中作為當事人的一方，這樣的說法並不具有說服力；不如說是當這些機關在執行逮捕、拘禁的時候，必須要看其是否係在控訴方的利益下而剝奪人身自由，來決定是否為中立的司法官署³²²。

³¹⁶ 這個見解目前仍然繼續維持，例如 ECHR, *Kuibishev v. Bulgaria*, Judgment of 30 December 2004, Appl. 39271/98; ECHR, *Iovchev v. Bulgaria*, Judgment of 2 May 2006, Appl. 41211/98.

³¹⁷ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 42.

³¹⁸ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 42.

³¹⁹ 例如張俊雄等釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 161 的意見就引用這個看法認為：「...歐洲人權法院認為，一個機關如果同時具有犯罪偵查及起訴的職能，那就不符合『其他依法執行司法權力之官員』所必須具備的『中立性』來看，我國刑事訴訟法賦予檢察官得羈押被告，也不符合歐洲人權公約的約定」。

³²⁰ Esser 和 Trechsel 與本文採取相同意見。See Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 509.

³²¹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 509- 510.

³²² 張俊雄等釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 185-186 的意見認為，瑞士雖然沒有統一的刑事訴訟法，而不少邦的檢察官具有羈押權限，但

此外，從人權法院的裁判上看來，對於「中立性」和「獨立性」的審查似乎沒有界分的很清楚，裁判文字上甚至會把「中立性」解釋為「獨立於當事人之外」，審查的面向最後大多聚焦在「中立性」的問題上。從上面這些裁判來看，人權法院的審查體系會將「獨立性」以「是否受其他機關節制」簡單帶過，甚至把「是否獨立」解釋為「中立性」的參考要素。

第二款、本文意見

本文認為，上述的看法其實並不令人意外。因為公約第 5 條既然主要是要保障人民的權利，那麼法官是否「獨立」，重點最後都會回歸到權利保障的審查；而對於受到人身拘束的申訴人而言，「中立性」在客觀上能夠審查的基礎，都遠比「獨立性」要來的廣泛；保障法官的「獨立性」——包括了內部獨立、外部獨立，最後的用意也是為了擔保審判的客觀中立而已³²³。

文獻上也有將人權法院判決分為「獨立性」與「中立性」兩方面來論述的手法，而將「獨立性」解為「獨立於行政、當事人以及立法部門之外」³²⁴，而將「中立性」以實質的角度來觀察，而認為法官主觀上必須無偏見，客觀上必須排除與

「上述幾個邦之檢察官的獨立性及客觀性相當強，而與法官近似」。這個觀點似乎和前述相同聲請書的觀點似乎不能並存，而有幾個疑問。首先，檢察制度本身的差異並沒有具體的指明；其次，瑞士制度檢察官的「獨立性」是否決定於檢察官的產生模式？第三，如果從前述強制處分與起訴不應由同一機關決定的立場，檢察官有否獨立性、客觀性恐怕就不是重點，而應該是中立性與權力分配、制衡才是關鍵。

事實上，這個意見(第 187-188 頁)也是引用 Schiesser 案的意見，但在 Schiesser 案其實在論理上與結論上的差距之外(這一點在後來的 Huber 案明顯可以比較出來)，上開釋憲聲請書同時引用 Pauwels 案，而得出「...『其他依法執行司法權力之官員』，在性質上必須接近法官，而不是以檢察官為標準。...歐洲人權法院則對『獨立性之保障』要件提出了更清楚的標準，那就是一個機關如果同時具有犯罪偵查及起訴的職能，那就不符合中立性這個標準。」的結論，姑且不論 Schiesser 案與 Pauwels 兩案的差距，「獨立於當事人之外」與是否「同時具有犯罪偵查、起訴的職能」兩件事情是不是同一個問題，似乎就有所疑義。

³²³ 至於卷證併送或者無調查義務，從來不是中立性的審查要素。並參考林鈺雄發言，刑事訴訟之檢討與再造研討會會議記錄，法官協會雜誌，第 9 卷第 2 期，2007 年 12 月，頁 55。

³²⁴ Karen Reid, a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 2008, p. 127, IIA-087.

審判事物的關聯³²⁵；本文認為，比較能夠清楚劃分中立、獨立兩種不同性質的觀點。當然，必須再次說明的是，人權法院沒有明白指出這樣的分類。

第四節、立即受審或釋放的權利

公約要求按照受到羈押、逮捕的人有「立即送交法官或其它經法律授權行使司法權的官員」以及「合理的時間內受審或在審判前釋放」的權利。兩相比較之下，前者公約的條文文字使用了“promptly”這個字，意義上相較於公約第 5 條第（4）項的“speedily”的標準是比較嚴格的³²⁶。其次，進入本條審查範圍的前提當然是因為第 5 條（1）項（c）款而受到人身剝奪，因此審查上必須考量的期間就是自由受到剝奪的期間，終期則係在受拘束人被帶往有權審查機關時，但在審查時同樣必須要盡速為之³²⁷。

因此，本條款可以從幾個方面觀察。首先，關於逮捕後是否「立即」送交有權機關審查的問題；其次，是關於「合理時間內受審或釋放」的權利，簡單來說，必須「羈押期間」的合公約性，以及「繼續羈押」的公約要求；最後，是羈押做為「訴訟程序加速要素」的問題。以下依序介紹。

第一項、「立即」的意義

第一款、人權法院的審查標準

關於「立即」，案例上並沒有明白指出一個具體的最低界限（例如幾天、幾個小時），但是如果是拘禁了 10 數天以上而沒有讓被告受具管轄權限的司法當局

³²⁵ Karen Reid, a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 2008, p. 127, IIA-092.

³²⁶ Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, p. 42.

³²⁷ Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, pp. 511, 512.

審查，就違反了公約的要求³²⁸；又例如前面提到的 *Brogan* 案，拘禁了 4 天餘，人權法院也認為是違反了公約的要求——即便是有國家安全以及恐怖活動偵查上困難的考量亦同³²⁹。關於是否符合本條款的期間要求，人權法院認為，必須要看個案的特徵來決定，而不能有任何的不正當遲延³³⁰。但無論如何，內國政府以不定期限或者是原因模糊的羈押，是不受允許的³³¹；而續予羈押也必須在重大、清楚而有證據的公眾利益—以及無罪推定—考量下，程度上較個人的自由權利為重時，方得為之；反之則須釋放被告³³²。

第二款、4 日原則標準

文獻上並指出，就歐洲人權法院的裁判來看，從 *Brogan* 案以來，該案樹立的「4 日」成為一個判斷原則，除非在極為特殊的案例，例如事實上無法將被告帶往審查，否則超過 4 日就會被認為違反公約的要求³³³。但是這樣的「4 日標準」不能反面解釋認為 4 日內的人身拘束就必然符合公約，只能說最長上限是 4 天而已³³⁴。就此，文獻上建議，應該以 24 小時作為期限，並且得以延長一次作為標

³²⁸ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 42; Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 512, 513.

³²⁹ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 42. 並參考張俊雄等釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，*羈押權釋憲案相關資料輯要*，法務部發行，1996，頁 188-191。另外，歐洲人權法院的案例中，一直持續有這個問題的是英國，同樣有恐怖活動問題，並且成為敗訴排行榜新進名單的是土耳其以及俄羅斯。

³³⁰ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 512.

³³¹ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 43.

³³² Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 43.

³³³ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 513; recent case, for example, see ECHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 May 2005, Appl. 46221/99, RJD 2005-IV; ECHR, *McKay v. the United Kingdom*, Judgment of 3 October 2006, Appl. 543/03; Mayer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 2 Aufl., 2006, S. 93, Rn. 30.

³³⁴ 有認為「恐怖主義」案件的審查基準是 4 日，一般犯罪原因的案件則會更加縮短(Karen Reid, *a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. 454, IIB-287); 然而亦有文獻認為：合公約的逮捕時限原則應該是 24-48 小時，在特殊案例中才會到 4 天的情形(Eva Unfried, *Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK*, 2006, S. 44)。這樣認知的歧異，如果像是我國憲法第 8 條已經規定「24 小時」，或者像德國規定「次日」(Art. 104 III GG, §§ 115a I. 128 I StPO)，那麼就會顯得有點不可思議；然而從人權公約涵括十數國，案例事實各有不同的情形，對於這樣認知不同的爭議，就顯得似乎並不十分重要。重點還是，對照個案的特徵，是否符合公約的要求；而就人權法院的案例法而言，4 日是原則的上限。

準，可能比較實際而且合理³³⁵。個案中，人權法院認為，違反內國法規定期間的拘束人身自由，法院認為並不當然違反公約第 5 條第（3）項的要求，但是這樣的作為違反了第 5 條第（1）項——亦即，雖然不違反「立即」司法審查的要求，但違反了「法定程序」的規定³³⁶。

第三款、主動審查

人權法院指出，「立即送交法官或其它經法律授權行使司法權的官員」的司法控制，內國必須要主動、自動為之，不能仰賴受拘束人的聲請。³³⁷

第二項、羈押期間

第一款、總論

首先，第 5 條第（3）項是針對同條第（1）項（c）款的特殊規定，因此對於其他款項並不適用³³⁸。然而，由於第 5 條第（3）項要求「合理期間」的審查，因此「羈押期間」（time of detention on remand）遂成問題，歐洲人權法院在以往的審查機會並不多，在 1971 年之前僅有 *Wemhoff*、*Neumeister*、*Stögmüller* 等案件而已；一直到 1990 年之後，才有接續的裁判出現，更有趣的是，從 1990 年之後，以羈押期間為審查標的的案件大幅增加³³⁹，文獻上認為這是因為歐洲人權委員會以往對此採取比較寬鬆審查的原因³⁴⁰。

羈押，基本上涉及了被告本身的人身自由權利、無罪推定、其他權利與有效

³³⁵ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 513; vgl. auch Christoph Grabenwater, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl., 2005, S. 161, Rn. 28.

³³⁶ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 515.

³³⁷ 人權法院並認為，第 5 條第(3)項除了提供權利之外，內國有義務主動審查；而第 5 條第(4)項所提供的是權利並不相同，參考 ECHR, *McKay v. the United Kingdom*, Judgment of 3 October 2006, Appl. 543/03, §34.

³³⁸ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 517.

³³⁹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 516, 530-531.

³⁴⁰ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 516.

偵查之間的衝突關係，在白領犯罪、組織犯罪、恐怖活動尤然³⁴¹。也因此，個案中利益衡量的問題就顯得困難重重；就羈押期間的認定，也顯得十分困難。就此，羈押期間涉及了審查的標的究竟如何界定的問題，也涉及了審查的標準問題，以下分別討論之。

第二款、期間的界定

期間的界定，指的是對於「羈押期間」的起點以及終點如何界定的問題。雖然這裡的用語是「羈押期間」，但對照公約第 5 條第 (3) 款保護人身自由的意義，對於起點和終點的理解就未必是以羈押裁定或者釋放裁定來認定。精確的射程，是人權法院從第 5 條的意義，認定「拘束人身自由」的期間。

第一目、期間始點

期間始點，通常開啟於被告遭到逮捕之時³⁴²。但是由於歐洲會員國橫跨歐洲大陸，跨國性的問題比比皆是，因此人權法院也認定，如果被告在引渡時間的所受的人身自由剝奪，並沒有期間計算的問題³⁴³。這樣認定的理由主要有二：第一，因為引渡的拘束人身自由主要是落在第 5 條第 (1) 項 (f) 款的事由，而非 (c) 款；第二，也因為這樣的拘束是其他會員國的管轄權因素，而非被告國所造成³⁴⁴。

第二目、期間終點

期間終點的認定，主要是落於被告釋放或者是遭到判刑，主要的爭議點出現在「判刑」的認定標準——就算上訴，也一樣認定羈押期間終止；歐洲人權法院

³⁴¹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 518.

³⁴² Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 518.

³⁴³ 另一個例外是簽訂歐洲條款的時間以及追認的問題，在此不予贅述。並參考 Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 518-519.

³⁴⁴ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 519.

從 *Wemhoff* 案以來，持的都是相同的見解³⁴⁵。該案中，人權法院如此主張：「根據公約第 5 條第（3）項認定羈押期間的終期——就算只是第一次（的判決）——，決定於判決之後或者控訴終結時。」³⁴⁶。

一、*Wemhoff v. Germany* 案

（一）、事實及一般評估

該案中，*Wemhoff* 係因犯罪嫌疑而為了防止逃亡而遭受羈押，遭到逮捕之時，德國政府即刻將他送往法院審查繼續剝奪自由的合法性。因此並沒有違反公約第 5 條第（1）項的（c）款或者同條第（3）項的第一段權利（立即的司法審查）³⁴⁷。但是，問題出現在德國的司法當局有無違反另外兩個條款，包括第 5 條第（3）項的合理羈押期間，以及第 6 條第（1）的合理審判期間問題。關於合理羈押期間（第 5 條第（3）項），人權法院認為³⁴⁸，該條款的「合理」與否，純粹的字面解釋會讓司法當局只有兩個選擇，合理期間內進行審判程序一直到判決為止，或者是釋放當事人進行審判；當然，不排除必須要提供擔保。人權法院知道，就這樣的解釋，並不會太符合會員國的想法；這看起來也有點不可思議，亦即他們必須要求司法當局，以釋放被告的代價換取避免違背合理期間審判的行為，這根本不會是第 6 條第（1）項的宗旨。

公約第 5 條，確保每個人都有自由和人身安全的權利，具體說明了各種原則

³⁴⁵ ECHR, *Wemhoff v. Germany*, Judgment of 27 June 1968, Appl. 2122/64, Series A no. 7; Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 519; Christoph Grabenwater, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2 Aufl., 2005. S. 15, Rn 15.

³⁴⁶ “It remains to ascertain whether the end of the period of detention with which Article 5 (3) (art. 5-3) is concerned is the day on which a conviction becomes final or simply that on which the charge is determined, even if only by a court of first instance.”, see ECHR, *Wemhoff v. Germany*, Judgment of 27 June 1968, Appl. 2122/64, Series A no. 7, §9 (AS TO THE LAW); see also Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 43.

³⁴⁷ ECHR, *Wemhoff v. Germany*, Judgment of 27 June 1968, Appl. 2122/64, Series A no. 7, §2 (AS TO THE LAW).

³⁴⁸ ECHR, *Wemhoff v. Germany*, Judgment of 27 June 1968, Appl. 2122/64, Series A no. 7, §§4-17 (AS TO THE LAW).

以及可能減損權利的情形，尤其是爲了維持公共安全而必須懲罰犯罪的類型。因此，對於受到控訴的個人遭受羈押的情形，必須要檢視其羈押期間的久暫，亦即在個案的特徵以及無罪推定的考量，有否遭受特別強烈而不可承受之重的犧牲。換言之，受到控訴的被告根據公約第 5 條第 (3) 項的羈押，不能超越合理期間。這同樣也由人權委員會以及德國政府所認同。

另一個問題是，關於法院的羈押審理本身是否包含在公約第 5 條第 (3) 項合理期間的審查範圍內。根據人權委員會的報告以及德國政府的解釋，被告於 1964 年 11 月 9 日在法庭出現，就已經算是羈押終止。但人權法院並不接受這樣限縮的解釋，「審判」出現在兩種情況，其中一種是整個的法庭程序，而不是只有法庭一開始的程序；「有權接受審判」和「有權被帶往接受審判」的「審判」意義不必然相同。而根據必須在合理期間審判或釋放的條約義務，代表的是判決終結程序的意義，是比較廣泛的意義，包含了整個審理和偵查程序。

(二)、羈押期間的認定與審查

人權法院認為，對於公約第 5 條第 (3) 項的終點認知，應該是在最後的判決終結或者控訴終結時——即便這是第一次為之，仍有疑問，但後者比較可採。有疑問的是，對於這樣的看法，那麼第一次遭到判決的被告遭受羈押後，也仍然在第 5 條 (1) 項 (a) 款的「判刑後剝奪自由」的情形，這樣一來反而太過限縮而排除了上訴、出庭卻遭受剝奪人身自由的被告。但人權法院認為，這樣類型的被告，只能用公約第 6 條第 (1) 項的合理期間條款救濟，而不是按照公約第 5 條第 (3) 項救濟³⁴⁹。因此本案的審查標的在 1961 年 11 月 9 日到 1965 年 4 月 7 日。

³⁴⁹ 這是針對本案的情形審查，但被告於上訴後的審判程序尚有公約第 5 條第(4)項的合理期間審查權利，參本文第 5 章第 2 節部分。

個案中的合理期間必須要參照其特徵，各有不同。對於繼續性的羈押，人權法院必須看內國是否有相「關聯」的及「充足」的理由而得以為之。對於 Wemhoff 先生在 1961 年 11 月 9 日的逮捕是出自於避免其逃亡、滅證、串供的風險，這些理由在 1963 年 8 月 5 日仍然被內國法院認為存在而駁回其抗告。偵查終結後，上訴法院仍然認為被告有相同理由，而駁回抗告。就此，人權法院也認知內國法院對於案情晦暗風險的考量、案件的極端複雜以及犯罪事實本身可能導致被告逃亡等風險的原因。

考量到對本案被告刑罰的嚴厲，逃亡的風險固然存在；但是僅憑重罪的理由並不充分，而且在持續性羈押的情形下，這樣的影響性會下降。人權法院也強調，根據公約條款，本案持續性羈押的唯一理由是被告可能逃亡，如果被告能夠擔保之後的出庭，那麼就應該獲得釋放。無疑地，在類似 Wemhoff 先生這類的金融案例中，對於其要求足夠的保釋財產或金額總數是必要的條件，而他在本案提供的擔保並不足以滿足這個要求。

關於公約第 5 條第 (3) 項的問題，人權委員會認為，對於本案的複雜情況，案件的延遲是無可避免的。然而不容忽略的是，羈押的被告有權要求他的案件優先並迅速處理。就此與公約其他條款的規範，人權法院認為，在本案中，德國政府並沒有違反公約第 5 條第 (3) 項以及第 6 條第 (1) 項的要求³⁵⁰。

二、對於人權法院認定標準的爭議

學說上將 *Wemhoff* 案大致整理出 5 個小結³⁵¹：第一，在第一次判決之後的程序，當事人受到符合公約第 6 條的保障；第二，「判決後」的羈押是和「該判決」

³⁵⁰ 關於第 6 條第(1)項的討論，參考 ECHR, *Wemhoff v. Germany*, Judgment of 27 June 1968, Appl. 2122/64, Series A no. 7, §§4-17, §§18-20 (AS TO THE LAW).

³⁵¹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 519.

相連結；第三，判決後的羈押並不是爲了要將被告帶往司法當局審判；第四，如果不是基於第 5 條（1）項（a）款的逮捕，那麼沒有理由逮捕被告進行判決後續審判；第五，第一次判決後的羈押問題，在不同會員國之間可能造成不同情形。

依照這個見解，如果上訴撤回呢？對於這樣判決後的羈押合法性認定有沒有追溯效力而落到（c）款的範圍？歐洲人權法院在 *Kudła v. Poland* 一案中表示³⁵²：「根據第 5 條第（3）項以及同條第（1）項（c）款的必要連結，個人受到判決之後的人身拘束，並不能認為是為了帶往司法當局並合理期間內審查的目的，而應該是在同條項（a）款的根據判決後的人身拘束。因此，申訴人從 1995 年 6 月 1 日判決後一直到 1996 年 2 月 22 日判決被撤銷發回下級審判，這段期間內的羈押不能以第 5 條第（3）項進行審查」。

Trechsel 對於歐洲人權法院在本案的判決—不論是結果或者推論—，顯得相當不贊同；他認爲，對於「判決後的羈押」不在公約第 5 條第（3）款的保護範圍的見解顯然有問題，本案中其他結論也顯得沒有說服力³⁵³。舉例來說，如果被告願意接受判決，但是檢察官卻上訴的情形，被告卻繼續受到羈押，應該怎麼認定³⁵⁴？Trechsel 同時也認爲，如果考量了無罪推定的因素，最終判決前就被認定爲沒有本條的程序保障，顯然可疑。固然，在某些國家裡，例如英格蘭、威爾斯等，第一次判決之後馬上就要執行，但是這樣的標準放到公約作爲審查的基準，人權法院顯然違背了人權公約第 60 條所規定的「本公約的規定不應被解釋爲限制或減損根據任何締約國的法律，或根據締約國參與的任何其他協定所保證的任何人權以及基本自由」³⁵⁵。對於人權法院始終堅持以第一次判決作爲認定羈押終點的見解，遭受學說上普遍的批評，認爲歐洲人權法院應該要重新檢視這樣的認

³⁵² ECHR, *Kudła v. Poland*, Judgment of 26 October 2000, Appl. 30210/96, RJD 2000-XI, §104.

³⁵³ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 519.

³⁵⁴ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 520.

³⁵⁵ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 520 .

定標準³⁵⁶。

三、本文意見

就此，本文認為，歐洲人權法院將公約第 5 條第 (1) 項的 (a) 款以及 (c) 款分開定位，並沒有錯；只是在面對個案中，將「判決後的羈押」一律以判決後的人身拘束來定性，似乎忽略了判決後拘束被告人身，並不一定單純是為了執行刑罰，也有可能是因為被告逃亡或使案情晦暗風險而為之。至於是否符合公約 (c) 款，是爲了要讓司法當局審查拘束的合法性？其實解釋上並不困難，畢竟上訴審的羈押和下級審的羈押原因，其實並沒有不同，從而本文贊成學說上的看法。但如果單純從人權公約的條文以及射程來看，人權法院之所以做出這樣的意見，大體上也是在建立「歐洲最低人權保障機制」，而不是最高標準；從而面對不同法制的會員國，做出這樣的意見，應該也是有其苦衷；此外，人權法院對於判決後的羈押也不是都沒有其他的保障來促進其羈押期間縮短，例如人權法院對於「訴訟合理期間」的要求，就是最好的例子³⁵⁷。

第三目、期間的中斷

一、中斷事由

羈押期間的中斷，有可能基於各種原因，例如羈押進行時被告服刑，或是其他的理由而讓被告人身自由³⁵⁸。歐洲人權法院在處理 *Van der Tang* 一案中³⁵⁹，西

³⁵⁶ Trechsel 舉出了包括 Esser, Reindl, Villiger, Renucci, van Dijk and van Hoof 等多名學者反對歐洲人權法院的標準，參考 Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 520.

³⁵⁷ 必須要注意的是，即便是以公約第 6 條的合理訴訟期間爲標的討論，被告處於人身自由拘束的情形，也有程序加速的要求。此外，我國已經開始有討論認爲，應該修法判決後得以無限期羈押的意見；就此，報載除法務部表達贊成以外，包括司法法院在內的其他意見都顯得相當保留。但這些討論都沒有併的討論到，在這樣的情形下，被告「至少」必須要有程序加速的配套措施。關此，見本文第 7 章第 5 節的討論。

³⁵⁸ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 521.

³⁵⁹ ECHR, *Van der Tang v. Spain*, Judgment of 13 July 1995, Appl. 19382/92, Series A no. 321.

班牙政府主張當事人翻供，因而從原本的釋放導致繼續羈押，根據「潔手原則」(clean hands) 申訴人根本不能主張公約的保障。人權法院雖然同意虞逃能夠做為續予羈押的考量要素，但是不能認為潔手原則會使得申訴人就此不能主張公約的保障³⁶⁰。

在案例中，人權委員會曾經認為，為了身體檢查的心理鑑定機構留置，也能夠成為所謂「羈押期間中斷」的事由。但這個見解不受人權法院所採。法院認為，對於這樣的身體拘束，也是基於刑事程序的嫌疑基礎而為之；這樣的身體拘束同時落在第(5)條第(1)項第(a)款、第(c)款，因此必須要以第(5)條第(3)款審查³⁶¹。

最後的問題是：當「保釋的決定」和「實質上被告身體自由」如果是不同時間，那麼應該從何點認定羈押期間中斷？原則上，人權法院認為應該是從「實質上被告身體自由」來認定³⁶²。

二、認定中斷的實益

認定中斷的實益在於，一旦認定中斷，那麼中斷的期間就不會納入人權法院審查的範圍。但是，下一個問題在於：如果羈押期間中斷，而有數個不同的羈押期間，應該個別審查各該期間的合法性或者是合併觀察？歐洲人權法院對此的看法似乎並不固定，比較多數的裁判認為累計的羈押期間的合理性必須整體考量(global assessment)，因此應該合併計算之³⁶³；但也有案例傾向分開審查³⁶⁴。然

³⁶⁰ ECHR, *Van der Tang v. Spain*, Judgment of 13 July 1995, Appl. 19382/92, Series A no. 321, §§ 49, 53. 另外，本案中人權法院最後判定西班牙政府並沒有違反公約第 5 條第(3)項的要求。

³⁶¹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 521 .

³⁶² Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 521 ; ECHR, *Van der Tang v. Spain*, Judgment of 13 July 1995, Appl. 19382/92, Series A no. 321, §57.

³⁶³ See, for example, ECHR, *Mitev v. Bulgaria*, Judgment of 22 March 2005, Appl. 40063/98, §§101-103; ECHR, *Kolev v. Bulgaria*, Judgment of 28 July 2005, Appl. 50326/99.

³⁶⁴ ECHR, *Panchenko v. Russia*, Judgment of 8 April 2005, Appl. 45100/98, §91-93.

而，如果從人權法院的裁判「理由」來看，羈押期間的「合理性」本身並不在於時間總計或分開計算；而是在羈押的期間中，內國政府有沒有在任意的時間點盡到公約所要求的義務，尤其是羈押理由的充足、關聯以及特別勤勉作為³⁶⁵。

第三款、審查的基準

第一目、「合理性」的審查基準

一、審查標準

由於公約規定「合理的時間內受審或在審判前釋放」，因此何謂「合理性」(Reasonableness)就顯得相當重要。歐洲人權法院在1969年 *Stögmüller* 案所做出的標竿基準仍然繼續維持³⁶⁶：「從任何角度看，要將(合理期間)固定的界定出幾天、幾個禮拜、幾個月甚至幾年，或是僅藉由犯罪原因的嚴重性來界定合理性的概念，都是不可行的。」³⁶⁷。雖然歐洲人權委員會曾經建議在公約第5條第(3)項設定一個具體的合理期間上限，但是這個建議並不被人權法院所採納³⁶⁸。

學說上指出，「合理期間」的上限最多應該不能超過個案中判決的刑期³⁶⁹。然而因為判決的刑期和實際服刑的刑期不同，因此學說上也指出，對於判決所定的「抽象刑期」並不能做為惟一的固定界定理由，同時也必須考量各種可能因為假釋、赦免等原因的釋放理由，而應該以實際上真正服刑的期間作為標準³⁷⁰。例

而 ECHR, *Lebedev v. Russia*, Judgment of 25 October 2007, Appl. 4493/04 一案明確的分開審查，然而該案是因為羈押分別跨越了第一次裁判的做成，因此分成第5條第(3)項以及第(4)項審查，並不是真的就個別的羈押期間分開審查。

³⁶⁵ 本文認為，對於人權法院的裁判結論來說，合併或分開計算有其意義，因為計算的期間總數「實質」上會影響結果，對此，參考本文第6節第3項，就羈押期間案件統計列表的部分。

³⁶⁶ ECHR, *Stögmüller v. Austria*, Judgment of 10 November 1969, Appl. 1602/62, Series A no. 9, The Law, §4.

³⁶⁷ “It is admitted on all sides that it is not feasible to translate this concept into a fixed number of days, weeks, months or years, or into various periods depending on the seriousness of the offence.”

³⁶⁸ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 523.

³⁶⁹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 520-521.

³⁷⁰ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 522.

如在 *Klamecki v. Poland* 一案中³⁷¹，申訴人被判決 1 至 10 年的有期徒刑，但實際上僅服刑 3 年，人權法院採取後者作為審查的對象。

對於合理性的審查標準，首先，必須基於無罪推定，考量個案中的公眾利益，並且比較個人利益、釋放的可能等各種正反面要素，來決定羈押的合理期間。對於持續性的羈押，被告的犯罪嫌疑固然是必要條件之一，但是因為「期間的經過」，原來的羈押和犯罪嫌疑之間的連結會逐漸削弱，個案上就必須建立其他更強的理由以進行持續性的羈押。從而繼續羈押必須建立「相關聯的」(relevant) 與「充足的」(sufficient) 羈押原因³⁷²。

二、健康事由作為審查之要素？

公約第 5 條第 (3) 項的羈押期間「合理性」審查，「健康事由」能否作為逾越合理性的審查事由？歐洲人權法院強調，本條款並未要求內國有義務因為羈押被告的身體健康因素而必須加以釋放；本條款也不會使內國有義務要將被告移往特定醫院接受特定治療³⁷³。然而，身體健康因素卻會成為羈押的「必要性」考量原因之一。

例如在 *Joblonski v. Poland* 一案中³⁷⁴，申訴人在羈押時絕食，並且持續傷害自己的身體；歐洲人權法院在本案中，指出波蘭內國並未考量被告可能出庭的因素，也沒有考量釋放被告的可能或其他替代羈押的措施，同時也沒有具體指出被告何以有逃亡風險或其他妨礙司法的可能；並且，就本案的情形，因為被告對自身的傷害，與時間的經過種種因素，內國法院都沒有具體考量其原因，從而繼續

³⁷¹ ECHR, *Klamecki v. Poland*, Judgment of 28 March 2002, Appl. 25415/94, §122.

³⁷² Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 522 .

³⁷³ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 522-523; Karen Reid, a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 2008, p. 457, IIB-291.

³⁷⁴ ECHR, *Joblonski v. Poland*, Judgment of 21 December 2000, Appl. 33492/96, §82; see also ECHR, *Kudla v. Poland*, Judgment of 26 October 2000, Appl. 30210/96, RJD 2000-XI, §93.

羈押被告並不符合「合理期間內將其帶往審判」的公約目的要求³⁷⁵，本案對於被告的持續性羈押，也不能認為是具有保全程序的必要性（...”necessary” from the point of view of ensuring the due course of the proceedings.）。

第二目、繼續羈押的「關聯性」與「充足性」

歐洲人權法院在續予羈押的審查上，認為：「合理犯罪嫌疑」（reasonable suspicion）是羈押的必要條件之一（a condition *sin qua non*）；而人權法院也同時認為，這樣的犯罪嫌疑，在時間的過去之後，繼續羈押的基礎就會逐漸減弱，內國政府也必須建立更多「關聯的」（*relevant*）以及「充足的」（*sufficient*）的基礎來證立繼續羈押的必要³⁷⁶。易言之，從人權法院的審查途徑來看，對於「時間的經過」雖然沒有精準的定義，但是在犯罪嫌疑逐漸與羈押之間的連結減弱後，那麼就必須基於無罪推定的考量，具體審查是否有逃亡風險、干擾證人、證據的可能性、以及再犯之虞，或是其他公眾利益的考量，以準正繼續羈押及其原因之關聯性、充足性³⁷⁷。例如外國人遭受多項刑事指控，那麼具體看來逃亡的風險就顯得相當明顯³⁷⁸。

同時，人權法院也指出，對於關聯性以及充足性的證明負擔，不能由羈押被告承受。例如在 *Ilijkov v. Bulgaria* 一案中，內國政府認為被告必須承擔證明例外不受羈押因素的責任，人權法院指出這樣的舉證責任轉換並不符合公約第 5 條第（3）項的要求，因此判決保加利亞違反公約³⁷⁹。

³⁷⁵ “...it became more and more acutely obvious that keeping him in detention no longer served the purpose of bringing him to “trial within a reasonable time.”

³⁷⁶ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 43; Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 522, note 124.

³⁷⁷ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 522, 523-524.

³⁷⁸ For example, ECHR, *Van der Tang v. Spain*, Judgment of 13 July 1995, Appl. 19382/92, Series A no. 321, §60.

³⁷⁹ ECHR, *Ilijkov v. Bulgaria*, Judgment of 26 July 2001, Appl.33977/96, §85.

就此，人權法院對於「關聯性」及「充足性」的考量，案例法上可以具體化成幾個要素，分述如下³⁸⁰。

一、逃亡之虞

逃亡之虞 (*Danger of Absconding*) 作為繼續羈押的考量因素，大抵上並沒有爭執。畢竟出庭審判也是被告行使防禦權的必要因素，也是公平審判考量的原因——大多數的內國法令都規定被告缺席是不能作出有罪判決的³⁸¹。逃亡的風險雖然必須考量全案的情形，但該因素仍然能夠具體化為幾個考量要點，分述如下。

(一)、有罪判決的嚴重性³⁸²

犯罪的嚴重性 (*The seriousness of the Alleged Offence*) —更精確地說，可能遭受判決罪刑的嚴重性—，將會導致逃亡風險的增加³⁸³；但這僅是原因之一，而不是唯一的要素。人權法院認為，必須觀察個案中所有的相關因素，同時也必須基於無罪推定具體考量公共利益與剝奪人身自由的平衡。

(二)、被告的個人因素

³⁸⁰ 歐洲人權法院處理過的案件裡，居然有以「暑假」(summer holiday)作為羈押延長原因的情形 (see ECHR, *Kaszczyniec v. Poland*, Judgment of 22 August 2007, Appl. 59526/00.)，對於這種「貼在額頭上一望即知」的案例，本文不做詳細論述，僅就人權法院較常審查的因素類型化。此外，例如 Christoph Grabenwater, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2 Aufl., 2005, S. 155/156, Rn. 15/16.ff, 是將公約第 5 條第(1)項第(c)款與同條第(3)項一併論述，惟本文按人權法院論述順序於此，並此說明。

³⁸¹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 524.

³⁸² Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 524, 527; Karen Reid, a *Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. 458, IIB-292.

³⁸³ 必須特別注意的是，由於人權法院主張判決有罪後的羈押無關第 5 條第(3)項，因此，對於所謂的「嚴重罪刑」，並不是指判決後的罪刑。這一點，文獻上並沒有具體指出，但是例如 ECHR, *Tomasi v. France*, Judgment of 27 August 1992, Appl. 12850/87, Series A no. 241-A, §98; ECHR, *Ilijkov v. Bulgaria*, Judgment of 26 July 2001, Appl.33977/96, §81 兩個案件中，人權法院在前者指出以判決作為審查期間的終點；並在後者指出是被告所面對的罪刑，而不是判決的罪刑；從人權法院的審查邏輯而言，也可以知道判決之後的羈押應該不在(c)款的審查範圍。在 Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 524,527 雖然分開不同範圍討論，但是所指的應該是相同的事情。

1、一般性的考量³⁸⁴

被告逃亡的風險，必須考量被告個人的人格因素、道德觀念、家庭情形、財產狀況、住居所，以及被告與受調查所在國的相關聯結因素。

2、被告與外國的聯結³⁸⁵

關於逃亡的風險，在個案中必須考量被告個人性格、個人道德意識、個人的財產情形，以及被告和外國之間的關聯性。在 *W. v. Switzerland* 一案中³⁸⁶，申訴人和瑞士以外的多數外國有所關聯，在瑞士也沒有家庭，並且在外國有相當大的經濟來源；就此，人權法院認為申訴人逃避審判的風險顯然可觀，從而判定瑞士政府並沒有違反公約第 5 條第（3）項的要求。

3、被告的財產情形³⁸⁷

被告的財產狀態作為考量因素的案例，在 *Barfuss v. Czech Republic* 一案中³⁸⁸，被告在國內負債累累以及被控訴的罪名、刑期來看，當局認為被告潛逃至德國的可能性很高；歐洲人權法院對此觀點表示支持³⁸⁹。

4、被告的逃亡記錄³⁹⁰

當被告曾經在之前的程序有逃亡記錄，或者嘗試潛逃到外國時，那麼被告在本案逃亡的風險就顯然地增加。但是內國仍然必須就繼續羈押的必要性以此特定事項加以證立，而不能空泛指稱逃亡的風險。

³⁸⁴ Karen Reid, a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights, 2008, p. 459, IIB-296.

³⁸⁵ Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p. 525.

³⁸⁶ ECHR, *W v. Switzerland*, Judgment of 26 January 1993, Appl. 14379/88, Series A no. 254-A.

³⁸⁷ Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p. 524.

³⁸⁸ ECHR, *Barfuss v. Czech Republic*, Judgment of 31 July 2000, Appl. 35848/97.

³⁸⁹ ECHR, *Barfuss v. Czech Republic*, Judgment of 31 July 2000, Appl. 35848/97, §§69-70. However, the Court finds that “special diligence” was not displayed in the conduct of the proceedings, accordingly, there has been a violation of Article 5 § 3 of the Convention as a result of the length of the applicant's detention on remand.

³⁹⁰ Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p. 524.

二、使案情晦暗之虞：湮滅或變造、偽造證據

湮滅、偽造或變造證據 (*Risk of Tampering with Evidence and Suborning Witness*)，指的是兩方面：第一，對於證人的干擾；第二，對於證物的干擾。例如在 *Contrada* 一案中³⁹¹，申訴人曾經擔任過許多政府重要職位，而義大利政府認為他涉嫌參與黑手黨組織；在本案，考量被告懷疑犯罪的類型（組織犯罪）及其與許多證人間的特殊關聯，內國政府認為如果釋放被告，將會帶給證人相當大的影響，並且干擾其他的證據，這樣的理由受到人權法院的採納。

在證物的干擾方面，在 *I.A. v. France* 一案中³⁹²，被告涉嫌對殺妻案的現場侵入竊盜，意圖破壞證據。人權法院認為：「本案的犯罪原因，導致當局認為釋放被告，他將會不顧一切的破壞證據，人權法院可以體會這點。然而，在竊盜發生的時候，對於謀殺的證據其實已經蒐集完備——甚至在 1994 年 10 月 24 日當天，預審法官還撤銷對於房屋的封鎖。」³⁹³；從而人權法院認為，就此情形，內國對於被告破壞證物的理由有待加強，因此也違反了公約的要求。

三、使案情晦暗之虞：串供

串供 (*The Risk of Collusion*)，其實是對於證人干擾的特別型態；但是基於串供的特殊性——尤其是「共犯」之間串供，和一般被告對於單純證人影響的考量有所區別。因此這裡單獨提出討論。

人權法院認為，對於串供的立法作為羈押的原因，原則是可採的。但是必

³⁹¹ ECHR, *Contrada v. Italy*, Judgment of 24 August 1998, Appl. 27143/95, Reports 1998-V, §61.

³⁹² ECHR, *IA v. France*, Judgment of 23 September 1998, Appl. 28213/95, Reports 1998-VII.

³⁹³ ECHR, *IA v. France*, Judgment of 23 September 1998, Appl. 28213/95, Reports 1998-VII, §110.

須注意的是，人權法院也指出：在長時間的繼續羈押後，隨著時間的經過，偵查結果逐漸完備，證人的供述以及證據逐漸齊全；那麼，對於串供的風險考量將會不足以單獨支撐羈押的必要³⁹⁴。也因此，人權法院曾經在個案中認為，當偵查終結、對被告進行審判時，共犯之間的串供風險就因此消失³⁹⁵。

四、再犯之虞

對於再犯之虞 (*The Risk of Reoffending*)——其實就是所謂的「預防性羈押」，在立法例以及一般的討論上並不是一個普遍的羈押原因。學說上也指出，對於被告涉嫌犯罪的預防性羈押，也很難滿足對於無罪推定的要求³⁹⁶；此外，如果內國僅以被告過去犯罪的心理狀態考量，那麼適當的作法應該是醫療措施，亦即，僅僅考量被告的「過去犯罪紀錄」，並不足以正當化預防性羈押³⁹⁷。

Assenov 一案中³⁹⁸，被告涉嫌 16 件以上的強盜、竊盜案件，甚至在偵查程序開始後被告仍然涉嫌繼續作案。人權法院認為，內國對於釋放被告可能再犯的理由，並非不合理的考量³⁹⁹。從而，就「預防性羈押」的觀點而言，人權法院基本上是站在合乎公約的立場。必須附帶說明的是，人權法院最後以本案申訴人是未成年人，在內國法律必須要特殊例外才能夠羈押的理由，以此認為內國政府並沒有盡到合理期間審判的「特別勤勉義務」，而宣告保加利亞政府違反公約⁴⁰⁰。

³⁹⁴ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 526; 這個理由同時也適用在對於干擾證人、毀滅證據等使案情晦暗的原因上，參考：Karen Reid, *a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. 459, IIB-294.

³⁹⁵ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 526.

³⁹⁶ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 526.

³⁹⁷ Karen Reid, *a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. 459, IIB-295.

³⁹⁸ ECHR, *Assenov and others v. Bulgaria*, Judgment of 28 October 1998, Appl. 24760/94, Reports 1998-VIII.

³⁹⁹ ECHR, *Assenov and others v. Bulgaria*, Judgment of 28 October 1998, Appl. 24760/94, Reports 1998-VIII, §156.

⁴⁰⁰ ECHR, *Assenov and others v. Bulgaria*, Judgment of 28 October 1998, Appl. 24760/94, Reports 1998-VIII, §§157-158.

五、公共安全的保護

關於公共安全的保護（*Protection of Public Order*）作為繼續羈押合理性的基礎，歐洲人權法院認為，犯罪的危險性、嚴重性與公眾對該犯罪的反應及不安，足夠做為羈押的正當化事由——至少一段期間的羈押⁴⁰¹。然而，人權法院同時也指出，以公眾安全作為保護的事由，僅能在釋放被告的確可能導致公眾安全的疑慮時，才能夠成爲一種「充足」而「關聯」的繼續性羈押事由；同時，對於被告的繼續羈押僅能在公眾安全持續受威脅的時候爲之，而絕對不能成爲一種預支性的刑罰⁴⁰²。至於公眾安全的考量，必須進一步觀察被告的心理狀態、人格特質、甚至是具體行爲上對於警察、證人的恐嚇行爲。⁴⁰³

在 *Tomasi v. France* 一案中⁴⁰⁴，被告被控涉嫌參與恐怖組織的多項犯罪。人權法院接受公共安全作為羈押的事由，並且認為，就一開始的羈押而言，的確是有公眾安全的考量；但隨著時間的經過，原來考量的原因會逐漸消散⁴⁰⁵。從而，不論從人權法院的嚴格控管態度以及要求的條件來看，內國以公共安全的理由作為抗辯時，反而較難以被認為合乎公約的要求⁴⁰⁶。

六、為了保護被告自身安全？

保護被告自身安全的必要（*The Need to Protect the Applicant*），人權法院曾經

⁴⁰¹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 527; Karen Reid, a *Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. 458, IIB-293.

⁴⁰² Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 527.

⁴⁰³ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 527.

⁴⁰⁴ ECHR, *Tomasi v. France*, Judgment of 27 August 1992, Appl. 12850/87, Series A no. 241-A.

⁴⁰⁵ ECHR, *Tomasi v. France*, Judgment of 27 August 1992, Appl. 12850/87, Series A no. 241-A, §§90, 91.

⁴⁰⁶ Karen Reid, a *Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. 458-459, IIB-293.

在 *I.A. v. France* 一案中表示⁴⁰⁷：「本院認為，在某些案件中受到偵查的被告會因為他自己的人身安全而必須受到持續性的羈押。然而，這僅能在特別的環境中，考量係爭犯罪及其發生的原因脈絡而為之。」。*I.A.*案中，被告斷斷續續地受到報復警告以及人身安全威脅，因此被告自身安全的考量也被人權法院認為是足以正當化繼續性羈押的事由。另外一種保護被告安全而拘束人身自由的情形，就是被告自殺或自殺傾向的理由⁴⁰⁸。

但是，從多數文獻上的案例列表來看，*I.A.*案並不是重要案件，甚至根本沒有列入參考⁴⁰⁹；即便少數文獻列入 *I.A.*案，但從該案來看，這個理由也不是本案審查的重點，而毋寧只是附帶提及⁴¹⁰；如果以人權法院的案例來看，此後並沒有再援用同一理由，而認為得以正當化被告人身拘束⁴¹¹。本文認為，以「被告安全」的理由，可能想見的情況反而是被告尋求國家的保護⁴¹²，或是即時強制的情形；被告如果有遭受他人的威脅而有身體、生命危險，應該可能受到拘束的人是發出威脅的人，而不是被告本身。

⁴⁰⁷ ECHR, *IA v. France*, Judgment of 23 September 1998, Appl. 28213/95, Reports 1998-VII, §108.

⁴⁰⁸ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 527.

⁴⁰⁹ 例如 Karen Reid, *a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. xxviii; Philip Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 2005, p. xxx; C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. xxiii; Ben Emmerson Q.C., Andrew Ashworth Q.C., & Alison Macdonald, *Human Rights and Criminal Justice*, 2007, Table of Cases/30; Anne Peters, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, 2003, S. 269; Mark E. Villiger, *Handbuch der Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2 Aufl., 1999. S. 226-230, Rn.359-365; Richard Gordon QC & Tim Ward, *Judicial Review and the Human Rights Act*, 2000, p. xxvi.

⁴¹⁰ See Barbara Mensah, *European Human Rights Case Summaries*, 2002, pp. 434-435.

⁴¹¹ 以” the need to protect the applicant”加上”5-3”作為關鍵條文，則搜尋結果僅有 *I.A. v. France* 一案；若僅以” the need to protect the applicant”為關鍵字搜尋的案件，有例如 ECHR, *Werner v. Austria*, Judgment of 24 November 1997, Appl. 21835/93, Reports 1997-VII, §50; ECHR, *Kesyan v. Russia*, Judgment of 19 October 2006, Appl. 36496/02, §79，但是亦非公約第 5 條的問題。文獻上有引用此一見解的，也均無列出其他案件的相同意見，而僅以 *I.A.*案第 108 段做為說明，例如 Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, 2000, p.461, footnote 249; Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 527, footnote 162.

⁴¹² 當然，把被告關起來或許可以是避免被告遭受危險的一種手段；然而，現實上還有其他的方法可以達成較小的侵害手段，那麼應該不需要採行「為你好，怕你出事，所以把你關起來」的措施。而如果被告自願地要求國家以拘束自己自由的方式來避免危難，那麼被告也應該得以自行解除這種狀態，國家沒有理由自己判斷有所風險而拘束這種「被害人」。

七、為偵查而羈押？

內國法制也常以為偵查之需求 (*The Requirements of the Inquiry*) 的因素作為羈押的正當化原因之一。文獻上認為⁴¹³，這樣的考量完全不能成為羈押的事由；要讓偵查作為羈押的事由，首先就必須解釋何以偵查必須要透過剝奪被告的手段達成；而這些理由也只有可能會是前述各種的事由之一而已。本文認為，所謂的「為偵查而羈押」，如果是指「以押取供」，當然不會是合公約的要求；但是如果是為了避免被告破壞證據而妨礙偵查，那麼偵查的需求就應該足夠正當化繼續性羈押。但是必須注意的是，對於繼續性羈押的關聯性、充足性，必須因為時間的經過而加以補強。

八、司法資源不足？

羈押期間以及訴訟期間，很大一部分出在於犯罪率的節節升高、檢警以及法院的人力卻明顯不足⁴¹⁴。例如德國在 1993 年各地檢署總計終結 3,335,259 件案件，起訴案件 451,289 件 (13.5%)，法院作出最終判決案件 252,636 件 (7.5%)；到了 2003 年，終結 4,766,070 件案件，起訴案件 573,345 件 (12.0%)，法院作出最終判決案件 330,448 件 (6.9%)⁴¹⁵。就數字上來說，固然上升了不少；但是就比例來說，法院最終做成判決僅有全部案件的不到 7%。德國在 2003 年總人口數約 8200 萬，光是刑事法院該年要處理的案件，光通常程序就有 573,345 件 (12%)，簡易程序有 603,999 件 (13%)⁴¹⁶，加起來就有 1,177,344 件 (而這還不包括法院

⁴¹³ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 528.

⁴¹⁴ 例如英國從 1990 年代到 2005 年，犯罪率與服刑人數成長了近兩倍。參考：Chirs Lewis, *The Prosecution Service Function within the English Criminal Justice System*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, p. 152 所指出的趨勢。有趣的是，該圖表也指出法院的案件數量並沒有隨著這些數據攀升太高，一大部分是因為英國刑事司法系統在之前就採取了轉向措施(Chirs Lewis, *Ibid*, pp.181-182)。

⁴¹⁵ Beatrix Elsner, Julia Peters, *The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, p. 212.

⁴¹⁶ Beatrix Elsner, Julia Peters, *The Prosecution Service Function within the German Criminal Justice System*, in: Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, 2006, p. 223.

其他特別程序的案件)，可以說是驚人的數字。但是德國內國學說見解原則上並不接受檢警、鑑定人以及法院的人力不足或過度負擔作為羈押期間過長的正當化事由⁴¹⁷。

同樣地，刑事司法機關人力短缺這個理由，歐洲人權法院也並不接受；人權法院認為，如果內國批准了公約，那麼當然有義務建立迅速程序的體系⁴¹⁸。就此，可以發現內國對於刑事司法案件，漸漸的多數以轉向制度，以及交由警察、法院的簡易程序來終結案件，同時也設立協助案件偵查的組織；這也意味著，通常程序的適用就比例來說，反而是下降的。人力物力的短缺，也意味著羈押可能作為追訴機關方便偵查，或者將案件按兵不動的手段；但是就這一點，人權法院可以說是完全不認為這可以做為理由；反而是採取了相當嚴格的審查標準⁴¹⁹。

第三項、羈押作為合理期間的判斷要件——程序加速

第一款、內國特別勤勉作為

通過繼續性羈押的「關聯性」以及「充足性」審查之後，人權法院的審查模式會繼續關注內國在處理這類被告的刑事程序進行進度——尤其是有否任何不適當的遲延⁴²⁰。歐洲人權法院認為，不論是用什麼理由來羈押，國家必須要有「特別勤勉的作為來進程序」⁴²¹。亦即，公約第 5 條第（3）項擔保了一種權利：

⁴¹⁷ Roxin, *Strafvahrensrecht*, 25. Aufl., 1998, S.258, Rn. 54.

⁴¹⁸ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 529.

⁴¹⁹ 以德國學說為例，也特別指出了羈押期間長短不能和偵查工具本身相連結，而應以刑事訴訟法第 121 條 (§121 StPO) 和歐洲人權公約的解釋來決定期間；法院以及檢察機關相關成員的過重負擔原則上不能成為繼續羈押合法的理由，參考：Roxin *Strafverfahrensrecht*, 25 Aufl., 1998, S. 258, Rn. 54.

⁴²⁰ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 528.

人權法院審查的步驟是先審查繼續性羈押的「關聯性」以及「充足性」之後，才審查內國有無盡勤勉義務；反之，如果關聯性和充足性就過不了關，人權法院就直接認為沒有必要審查勤勉義務的問題了，近來裁判參考 ECHR, *Korshunov v. Russia*, Judgment of 25 October 2007, Appl. 38971/06, §53.

⁴²¹ “...the State must also conduct the proceedings with special diligence”, see Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 43; see also Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 518, Karen Reid, a *Practitioner’s Guide to the*

當被告受到人身拘束時，程序必須在「合理期間」(reasonable time)內盡速進行⁴²²；而關於第5條第(3)款指涉的「合理期間」概念，射程從一開始的逮捕，一直延伸到審判之中所有拘束人身自由的情形⁴²³。換言之，當被告受到人身自由拘束時，國家必須要盡速進行一切程序以擔保公約所保障的「合理期間」權利。歐洲人權法院的這種檢驗公式稱為「Labita 審查」(“Labita test”)⁴²⁴，主要是因為這樣的審查模型是自 *Labita* 案所確定⁴²⁵。

自由的被告，雖然也有第6條第(1)項所擔保之國家必須無遲延進行訴訟的權利⁴²⁶，然而對於「合理期間」的權利，受到羈押的被告有特別重要性的地位；歐洲人權法院指出，對於受到羈押的被告而言，有權要求國家優先處理，並且要求特別勤勉的作為⁴²⁷。此外，在裁判個案中，歐洲人權法院認為「羈押中暫時釋放的被告」，雖然暫時獲得人身自由，但並不減損合理期間的特別重要性⁴²⁸。

第二款、考量要素：案情的複雜

內國固然對於羈押被告有特別勤勉的義務以加速程序進行，但是在各個案件經常遇到的情形是：案情以及程序的龐大、複雜。人權法院就此的審查模式，通常是檢視內國以及申訴人個人，對於複雜案件類型的程序遲延有無任何「貢獻」；如果係爭程序遲延並非基於案件的複雜性或者申訴人個人的行為故意拖延所導

European Convention on Human Rights, 2008, p. 461, IIB-297.

⁴²² Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, p. 43; Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p. 517.

⁴²³ Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, p. 43.

⁴²⁴ See, for example, ECHR, *Castravet v. Moldova*, Judgment of 13 March 2007, Appl. 23393/05, §§31, 35.

⁴²⁵ ECHR, *Labita v. Italy*, Judgment of 6 April 2000, Appl. 26772/95, RJD 2000-IV, §§152-153.

惟須注意，對於「審查關聯性與充足性後，再審查是否盡到勤勉義務」的兩階段處理方式，並不是 *Labita* 案才首先提出；毋寧是該案中確認並指出這樣的審查模式。

⁴²⁶ Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p. 518.

⁴²⁷ Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, p. 43; Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p. 518.

⁴²⁸ Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, p. 43.

致，那麼人權法院會將程序遲延的風險交由內國負擔⁴²⁹。在前述的 *Tomasi* 案，人權法院表示⁴³⁰：「羈押被告的特別迅速權利（雖然）不能夠不合理地妨礙內國法院進程序。在本案中，證據顯示，法國法院並沒有為必要的迅速作為。除此之外，上訴法院檢察長（the principal public prosecutor at the Court of Cassation）也在 1991 年 6 月 5 日表示：調查程序『原本可以更加縮短，並且沒有這些係爭遲延』，特別是從 1983 年 11 月到 1985 年 1 月以及 1986 年 5 月到 1988 年 4 月這些期間。據此以觀，係爭羈押期間並不是因為案件的複雜性或者被告的行為所導致。」。從而法國政府也就違反了公約的要求。

案件的複雜性，能夠做為羈押期間較長的正當化理由。相對地，如果案件並沒有特別複雜，那麼長時間的羈押將會違反公約第 5 條第（3）項的要求。就「案情的複雜」而言，人權法院比較常考量的是以下的要素：案件的龐大、證據、證人的數量、相關的偵查作為、非基於權宜的法官更換、等待專家證人以及鑑定人的報告、送達判決的必要在途期間、法院特別勤勉地傳喚證人等各種程序遲延的原因⁴³¹。

第三款、考量要素：被告個人行為

內國政府經常抗辯的事由是，由於申訴人個人的行為所導致案件程序的遲延，例如被告經常拒絕配合。然而，被告並沒有義務對自己的有罪判決做出貢獻，並且有權利用所有內國提供的程序權利，就此，個人僅在對於這些權利的不當濫用可以解除國家的歸責。

雖然如此，但是人權法院的案例中，如果是被告對於羈押期間的延長有主要

⁴²⁹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 527-528.

⁴³⁰ ECHR, *Tomasi v. France*, Judgment of 27 August 1992, Appl. 12850/87, Series A no. 241-A, §102.

⁴³¹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 529.

貢獻的話，那麼就必須自行爲羈押期間負責⁴³²。例如在 *W v. Switzerland* 一案中，歐洲人權法院認爲對於該案的案情複雜狀況、重建該重大金融犯罪案情確有困難；而且被告從頭到尾拒絕爲任何的陳述而延長了程序，因此申訴人必須對程序緩慢的步調負責⁴³³。當然，這樣的見解受到該案的其他法官以及學說上猛烈的批評，而認爲公約第 6 條第（1）項的不自證己罪權利根本被犧牲，這樣的決定完全不能說是利益的平衡⁴³⁴。

第五節、其他問題

第一項、保釋

公約第 5 條第（3）項規定「...釋放得以擔保出庭候審為條件」，文獻上認爲，從羈押的規定，舉重以明輕（a maiore de minus）來說⁴³⁵，就可以得出這個結論。而除了財產的擔保作為釋放的條件以外，以其他的手段—例如限制行動—，來確保審判程序的順利進行，也在公約允許的範圍之內⁴³⁶。此外，Trechsel 也指出，就實務上來說，保釋幾乎毫無例外的是因爲逃亡風險加以正當化，而不包含其他使案情晦暗風險，以及再犯之虞的情形⁴³⁷。

對於保釋的審查，當然必須要具體的爲之；如果是「自動」的拒絕保釋，那麼將會違反公約的要求。保釋的金額，必須審查羈押被告的財產狀況、提供擔保者與羈押被告的關係，換句話說，財產的損失是否足夠威嚇被告棄保的行動⁴³⁸。

⁴³² Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 529.

⁴³³ ECHR, *W v. Switzerland*, Judgment of 26 January 1993, Appl. 14379/88, Series A no. 254-A, § 42.

⁴³⁴ 參考本章第 6 節第 1 項對 *W v. Switzerland* 案的敘述，並參考：Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 532.

⁴³⁵ Trechsel 是用“a maiore minus”，本文使用比較完整的字彙，意義相同。參考：Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 529.

⁴³⁶ Cf. ECHR, *Schmid v. Austria*, Judgment of 9 July 1985, Appl. 10670/83, D.R. 44, p. 195.

⁴³⁷ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 532.

⁴³⁸ ECHR, *Neumeister v. Austria*, Judgment of 27 June 1968, Appl. 1936/63, Series A no. 8, The Law,

此外，內國在考量保釋與羈押兩者，必須要有相同的注意程度⁴³⁹。在 *Iwańczuk v. Poland* 一案中⁴⁴⁰，申訴人被羈押超過 4 個月，內國政府認為，就是否保釋，要對其財產採取保全必須要經過一定的程序，才能因為該財產的提供而確保被告沒有逃亡之虞。對此，人權法院認為，這樣的理由不能認為是羈押 4 個月的充足理由，從而也就違反了公約第 5 條第（3）項的要求⁴⁴¹。其次，公約也保障羈押被告在保釋方面有聽審請求權⁴⁴²，在 *Sczloch v. Poland* 一案中，波蘭政府對於申訴人的保釋要求，在 3 個月後才做出決定，人權法院也認為，這樣的作為也違反了公約的保障⁴⁴³。

第二項、救濟

第一款、金錢賠償

金錢賠償是公約第 5 條第（5）項明文所保障的救濟權利，規定係「可執行的損害賠償權利」。從公約的角度，內國對於羈押期間過長的審查及救濟包含兩個要素：首先必須確定違反公約條款；其次，內國必須保障羈押被告相當數額的賠償⁴⁴⁴。

第二款、減刑方案⁴⁴⁵

就公約的意義來說，以量刑模式解決並不是公約所明文保障的權利；但就救濟途徑而言，相當多的內國對於過長的羈押期間以（量刑）減刑模式處理⁴⁴⁶。歐

§14.

⁴³⁹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 532.

⁴⁴⁰ ECHR, *Iwańczuk v. Poland*, Judgment of 15 November 2001, Appl. 25196/94.

⁴⁴¹ ECHR, *Iwańczuk v. Poland*, Judgment of 15 November 2001, Appl. 25196/94, §66.

⁴⁴² Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 533.

⁴⁴³ ECHR, *Sczloch v. Poland*, Judgment of 22 February 2001, Appl. 33079/96, §69.

⁴⁴⁴ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 533.

⁴⁴⁵ 量刑方案主要是在內國違反公約第 6 條第 1 項的訴訟合理期間救濟途徑之一，關此參考劉建志，*刑事被告請求適時審判的權利—以歐洲人權法院判例法為中心*，台灣大學法律研究所碩士論文，1996，頁 86 以下，以及頁 205 以下。

洲人權法院在 *Dzelili* 案也指出減刑方案作為羈押過長的救濟。該裁判中，人權法院認為：「面對違反公約第 6 條保障合理訴訟期間要求的案例，內國政府可以提供適當的救濟，特別是減刑。在人權法院的觀點而言，如此的量刑方法同樣在違反公約第 5 條第（3）項羈押的合理期間案例上。」⁴⁴⁷。該案中，德國內國下級審法院也因為意識到了在押被告案件可能因為羈押期間以及訴訟的延遲，因此違反公約第 6 條第（1）項，從而在將當事人的刑期從 9 年減到了 6 年 6 個月；但歐洲人權法院認為，內國相關裁判並沒有指明如何需要採取適當的減刑理由，因此仍然認定違反公約第 5 條第（3）項⁴⁴⁸。

第六節、具體案例審查

第一項、*W v. Switzerland*⁴⁴⁹

第一款、本案事實與程序⁴⁵⁰

第一目、本案事實

申訴人是瑞士商人，被指控涉及包括了操控 60 間公司的大量詐欺在內的經濟犯罪。他與其他 6 名共犯在 1985 年 3 月 27 日遭到逮捕；並以虞逃、串供以及

⁴⁴⁶ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 533.

⁴⁴⁷ ECHR, *Dzelili v. Germany*, Judgment of 10 November 1999, Appl. 65745/01, §83: "In cases concerning the failure to observe the reasonable-time requirement guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention, the national authorities can afford adequate redress in particular by reducing the applicant's sentence in an express and measurable manner (see Eckle, cited above, p. 30, § 66; Beck, cited above, § 27). In the Court's view, such a mitigation of the sentence is also capable of affording adequate redress for a violation of Article 5 § 3 in cases in which the national authorities had failed to hear the case of an applicant held in pre-trial detention within a reasonable time."

⁴⁴⁸ ECHR, *Dzelili v. Germany*, Judgment of 10 November 1999, Appl. 65745/01, §§84-85. 另外一個認定違反公約第 5 條第(3)項的理由是內國並沒有對羈押被告盡到特別勤勉義務，參考本章第 7 節的說明。

⁴⁴⁹ ECHR, *W v. Switzerland*, Judgment of 26 January 1993, Appl. 14379/88, Series A no. 254-A.

⁴⁵⁰ ECHR, *W v. Switzerland*, Judgment of 26 January 1993, Appl. 14379/88, Series A no. 254-A, §§7-24.

再犯之虞的理由，隨即遭到羈押

本案之前的調查程序的情形如下：瑞士伯恩（Canton of Berne）刑事警察在 1982 年發現被告涉及多項詐欺性破產的行爲。1984 年，伯恩當局要求德國、美國、英國、摩納哥等國的國際刑警組織介入，並且在 1985 年 2 月 8 日展開調查。基於案件的複雜性，伯恩上訴法院(Obergericht)檢察署以及法院的起訴法庭 (Anklagekammer) 在 1985 年中設立了一個專屬的調查法官小組 (Untersuchungsrichteramt)，由兩名調查法官組成，並擁有特別的司法警察組織協助。

從 1985 年 4 月到 1986 年 6 月—該調查甚至追及 1977 年的事項—，調查發現 W 的數個住居所、其所控制的公司，並在各該處所發現了大量的資料，這些資料甚至有些即將要被摧毀。從這些資料可以發現，W 的確有意切割、並改變公司的資訊，有些公司甚至是空頭的，以阻撓調查的進行。1985 年 4 月 3 日，當局並凍結包括被告 17 間銀行的資產以及信用資料，並且經由調查發現包括 200 個帳戶，都是作為詐欺的相關行爲所用。1985 年以及 1987 年，被告以及其他共犯的資產分別遭到 18 次搜索扣押。調查程序也經過國際的司法協助——尤其是慕尼黑的檢察署，該檢察署在 1987 年 4 月 16 日提出報告。在 1987 年 12 月 11 日，調查法官並且進行了多項保全行爲。

申訴人對於調查法官當然也有挑戰，他進行了 11 次的抗告以及 2 次的辯護要求接近卷證。在 1986 年 5 月，當事人調閱了 9 成的卷證，並在同年 10 月 22 日對於全部的卷證都能夠調閱。1988 年 6 月 28 日，申訴人再度抗辯無法調閱卷證，而他的律師拿不到影本；起訴法庭 (indictments chamber) 後來駁回了這項抗辯。在其他案件，當事人和法院也有數度交鋒，包括是否能夠在偵查在場、與妻子會面是否不受監督等。在 W 的羈押期間，他也繼續遙控，而導致他有更多

的詐欺性破產以及教唆等犯罪。調查報告以及精神醫學的報告也指出，當事人是惡意、狡猾的經濟罪犯。

1988 年 4 月 29 日，調查法官根據伯恩刑事程序法第 98 條，請求州檢察署在經濟法庭(Wirtschaftsstrafgericht)起訴；1988 年 9 月 2 日，被告被正式起訴(Überweisungsbeschluß)。在 1986 年 4 月到 1988 年 7 月 12 日，調查法官總計訊問 36 次，提出 350 個質問，但被告始終拒絕回答問題。記錄上的問題以及被告的沉默記載總計近 700 頁。1987 年 9 月，主要的案件卷宗就大約有 600 卷，審判時到達 711 卷。涉及金額總計逾 5 千萬瑞士法郎 (Swiss francs)。

第二目、被告請求釋放的過程

1985 年 3 月 29 日到 1988 年 4 月 18 日，當事人及其他羈押共犯總計要求了 25 次的釋放，其中 8 次由申訴人提起。第一次是在 1985 年 5 月 24 日，在同年 7 月 1 日遭到駁回。其後在 1985 年 7 月 22 日駁回申訴人在 7 月 8 日的聲請、8 月 28 日駁回 8 月 2 日的聲請，這一次的申訴並包含禁見的撤銷。後來的聲請以及抗告也都被駁回，法院認為，根據 W 的卷證來看，他的確具有相當大的犯罪嫌疑。被告還改變住所到蒙地卡羅 (Monte Carlo)，並且被告曾經在德國、英國、德國、美國等地停留，從而有理由相信被告會嘗試逃避審判往外國；並且基於被告與共犯在這些公司的涉嫌犯罪以及記錄，有理由相信可能串供。然而，瑞士聯邦法院也要求調查官員必須要勤勉的作為並盡可能的加速有關被告的訊問程序，聯邦法院不認為單獨就事實的複雜性能夠正當化數年的羈押⁴⁵¹。

1986 年 3 月 17 日被告也曾經聲請釋放，但在 1986 年 6 月 4 日遭到駁回，該項駁回裁定並由聯邦法院在 8 月 25 日維持。理由也是基於被告的重大犯罪嫌

⁴⁵¹ ECHR, *W v. Switzerland*, Judgment of 26 January 1993, Appl. 14379/88, Series A no. 254-A, §15.

疑以及多項詐欺犯罪、經濟犯罪，被告主張犯罪嫌疑並沒有重大到足夠正當化本案可觀的羈押期間，並無理由。此外，從被告與外國的關聯性，以及共犯的關係來看，被告逃亡以及串供的風險仍然存在。然而，其他共犯都已經被逮捕、並且主要證人都已經陳述的情形下，今後除非有特別的事實或理由能夠認為有串供之虞，今後就不能再以串供的理由作為羈押原因。除此之外，W 必須為他自己的羈押期間負責，原因是他以及他的公司積極的隱藏證據，從以上各個理由來看，羈押期間並不算太長。

1986 年 12 月 12 日，申訴人再度聲請釋放，1987 年 1 月 20 日遭到駁回。上訴人隨即抗告，認為對於犯罪金額的報告未免也太久，並且當局對於調查的完整性根本無能為力。1987 年 3 月 4 日，聯邦法院認為當事人自己隱匿證據才是無法完成專家報告的理由，而政府對於 W 的控訴也已經精確的指出犯罪事實。1986 年 8 月 25 日以後，當局以及調查法官就考量了進行的程序，並且基於案件的龐大以及複雜性，調查程序並不能認定過長。對於心理狀態以及會計的報告，在 W 刻意的沉默下，提出的時間也沒有特別的延遲。簡單地說，係爭羈押並沒有超過可容許的最長期間。

1987 年 8 月 3 日，申訴人再度要求起訴法庭撤銷羈押，但在 1987 年 9 月 4 日遭到駁回，聯邦法院並在 1987 年 10 月 29 日駁回當事人的抗告。聯邦法院認為，為了與慕尼黑檢察署的調查配合，以及本案偵查官員也已經特別努力，對於偵查程序的遲延是不可歸責於調查官員的。認為調查官員經常訊問被告—儘管被告不願意為任何陳述—，也是讓被告能告行使自己的防禦權利。本案的遲延，都是被告自己的行為所造成，從被告最可能到達 5 年的刑期來說，2 年 7 個月的羈押還不到可受批評的程度。聯邦法院並在 1988 年 1 月末建議調查法官再次考量係爭羈押期間。在 1988 年 1 月 31 日，調查法官再次決定延長羈押（Haftbelassungsbeschluß）。

1987年12月2日，當事人再度要求釋放，並在12月9日遭到駁回，理由同樣是仍有逃亡以及串供，W這次並沒有抗告。1988年2月1日，上訴人再度要求釋放，同年2月18日遭到駁回，這次他抗告到聯邦法院，但該院在1988年4月25日駁回該抗告。聯邦法院認為，在被告仍有逃亡風險的疑慮下，起訴法庭並沒有違反聯邦憲法或者是人權公約，而且在1988年2月的抗告，W也拒絕了提供擔保。當事人認為，當局必須對於偵查程序的遲延負責，包括了必須要配合德國方面的調查，以及對其他共犯不同的指控，而且當局曾經提及在1988年初就會全部結束，這些遲延都對當事人帶來不可忍受的自由剝奪。但聯邦法院認為，這些程序都是對於盡速結束調查程序來說，都是必要的；也沒有到達認為違法的程度——尤其是當事人可能面對的刑期可能超過5年。

1988年5月18日，當事人提出了第8次的聲請要求釋放，並且在同年6月7日提供了總計30000瑞士法郎（CHF）的擔保要求。起訴法庭在1988年6月27日再度駁回，理由是法院沒有理由相信任何第三人會提供這筆金錢，並且比較被告涉案金額來說也太少；而且法院對於被告的個人人格而言，並不相信可以以這樣的金額就提供保釋。被告就此抗告，聯邦法院基於歐洲人權公約第5條第4項的理由，撤銷了下級法院的裁定。下級法院於1988年9月6日再度開庭審理，但仍然拒絕被告的釋放要求，當事人再度抗告，聯邦法院在1988年11月15日作出決定，認為在目前的程序來看，在偵查程序的終結以及起訴後，串供的風險僅能基於特別證據證立後作為羈押的理由，而原裁定在考量羈押期間時，忽略考量本案是否有特殊情境存在，因此再度撤銷原裁定，要求起訴法庭重新考量釋放的可能性。1989年1月10日，起訴法庭三度駁回前開聲請。這次聯邦法院在同年2月23日維持了裁定，理由是基於申訴人犯罪的罪名以及他在偵查程序表現的行為，並且根據心理報告的結論來看，下級裁定申訴人不予釋放是值得贊同的。當事人在1989年2月17日在經濟法院進行審判，1989年3月30日

序終結，W 因為職業詐欺 (gewerbsmäßiger Betrug)、詐欺性破產 (betrügerischer Konkurs) 以及偽造文書 (Urkundenfälschung) 以及惡意延滯刑事程序 (qualifizierte ungetreue Geschäftsführung) 被判處 11 年有期徒刑，併科 10000 瑞士法郎罰金，審前羈押得折抵刑期。

第二款、公約第 5 條第 (3) 項的審查⁴⁵²

第一目、持續性羈押的理由

申訴人主張，對於羈押期間的長度已經違反了公約第 5 條第 (3) 項的要求。瑞士政府則駁斥這項說法，人權委員會原則同意政府的立場。

首先，必須要納入審查的期間是從 W 在 1985 年 3 月 27 遭到逮捕後起算，直到 1989 年 3 月 30 日經由瑞士經濟犯罪法院判處有罪終結。總計 4 年又 3 天。人權委員會建議基於公約第 5 條第 (3) 項，應該畫出審查羈押的具體上限期間；但人權法院並沒有為這個想法背書，並且認為從案例法來看，也沒有能夠支持此項觀點的理由；亦即，合理期間並不能一般性的抽象評估，就如同人權法院在 *Wemhoff* 一案中的論點，被告的持續性羈押合理期間必須要個案根據其特徵逐一審查。持續性羈押僅能在對於公眾利益有特別需要時，基於無罪推定，和當事人的個人自由加以衡量。

首先，必須審查內國法院有否審查所有的係爭環境問題以及釋放可能性；人權法院同時也必須觀察這些決定的理由，以及由當事人所陳述的事實來決定本案是否有違反公約第 5 條第 (3) 項的作為。對於持續羈押的合法性，懷疑被告犯罪的理由是必要條件；但是基於時間的經過，羈押基礎將會逐漸消退。人權法院

⁴⁵² ECHR, *W v. Switzerland*, Judgment of 26 January 1993, Appl. 14379/88, Series A no. 254-A, §§28-43.

必須審查內國司法當局是否有提供其他「關聯」以及「足夠」的基礎以正當化人身自由的剝奪。人權法院也必須要確認內國管轄當局有否對於程序的進行有「特別勤勉」的作為。

就內國持續羈押的理由來看，是基於重大的犯罪嫌疑，而因為逃亡之虞、串供風險以及預防再犯可能而為之。就此，人權法院對本案逐一審查：

一、逃亡風險 (*The danger of absconding*)⁴⁵³

根據申訴人的說法，羈押的越久，他逃亡的風險也就越低。羈押期間的經過後，相對於釋放的可能性，他反而會傾向服刑。他並且也說，他曾經提出擔保以釋放的要求，也因此他不會逃亡。人權法院認為，逃亡的風險不能僅由可能刑度的來計算，而是必須審查其他相關的因素來確認逃亡或者出席審判的可能。就此，還必須審查涉嫌被告的個人性格因素、他的道德條件、他的資產、與外國的聯結以及被起訴的罪刑。人權法院參考伯恩法院謹慎並附理由的決定，基於當事人的個人情形，以及基於其曾經移轉住居所，以及經常到訪外國的行為，他和外國具有相當緊密的連結。除此之外，他也曾經數次陳述他想要到美國長住的計畫。種種跡象都顯示他在外國仍然具有龐大的資金，並且擁有數個不同國家的護照。而且被告孤家寡人，對於隱匿於瑞士之外一點都沒有困難性。

聯邦法院在 1985 年 11 月 7 日、1986 年 8 月 25 日、1988 年 4 月 25 日作出了審慎的決定。在這些決定裡，甚至特別的指出了對於逃亡風險因為羈押期間的持續減低的認知，這些必須注意的事項也經由人權法院一再提及。然而，聯邦法院認為，經從起訴法庭確認的特定因素來看，足夠證立 W 的逃亡意圖。對此，

⁴⁵³ ECHR, *W v. Switzerland*, Judgment of 26 January 1993, Appl. 14379/88, Series A no. 254-A, §§32-33.

人權法院說，「本院並沒有理由做出不同的結論」⁴⁵⁴。本案的調查程序的確堅定的指出多項犯罪的可能性。除此之外，本案的特殊情況以及申訴人的個人特質也使讓相關法院拒絕了他的釋放以及保釋要求：30000 元的瑞士法郎總數和可疑的金錢來源並沒有辦法保證申訴人不會決定棄保潛逃。最後，申訴人最後判決的事實不能回溯性的來認為內國法院所採的觀點不當。

二、串供風險 (*The danger of collusion*) ⁴⁵⁵

W 爭執對於串供風險的考量，在 1988 年 4 月 29 日調查法官宣示將要起訴後，不能再做為羈押的理由。人權法院認為，內國當局或許考量羈押是避免被告干擾偵查的手段之一，尤其在本案的複雜情形，許多偵查程序困難是必須要關注的。在這段長時間裡，偵查程序的必要不能夠繼續的正當化本案的羈押，時間的經過、供述的取得、證據的取得後，係爭風險也會逐漸的降低。為了證立串供風險的確存在的實質連結，起訴法庭指出本案的龐大以及國際性的關鍵，甚至包括外國人在內的龐大證人數量。其次，內國法院也指出被告個人的人格特性，不論是他被逮捕之前或之後，他都計畫性地意圖隱匿、毀滅證據，例如他曾經竄改、毀滅帳戶文件。據此，起訴法庭認為，本案具有特別跡象正當化被告可能濫用他獲釋權利來隱匿、毀滅、偽造證據以及對於影響本案相關公司員工、證人。聯邦法院審查了數次抗告，每一次都謹慎的審查被告有否羈押的必要性。顯而易見的，聯邦法院在 1985 年 11 月 7 日、1986 年 6 月 4 日、1987 年 3 月 24 日以及 1988 年 4 月 25 日都建議調查法官必須基於特別勤勉的態度作為，並且盡可能快速地保全、調查相關證據以及證人，但都沒有具體排除串供的危險；反面來說，聯邦法院確認即便在偵查程序的終結、案件起訴後，這樣的風險仍然存在。這樣的審查不但是基於 W 的個人特質以及前例的作為，也是基於本案 W 在偵查程序

⁴⁵⁴ ECHR, *W v. Switzerland*, Judgment of 26 January 1993, Appl. 14379/88, Series A no. 254-A, §33.

⁴⁵⁵ ECHR, *W v. Switzerland*, Judgment of 26 January 1993, Appl. 14379/88, Series A no. 254-A, §§33-36.

嚐試隱匿證據以及干擾證人的行為所為之。人權法院也認為⁴⁵⁶：「此處本院並沒有理由不同意聯邦法院的看法，內國當局有權考量案件的所有環境，並以串供風險作為係爭羈押持續的理由。」。

三、再犯之虞 (*The danger of repetition of offences*) ⁴⁵⁷

內國政府認為，本案中被告如果釋放會有再犯的危險。雖然起訴法庭認為這個理由可以做為羈押的理由，但是聯邦法院並沒有持這個觀點來衡量係爭決定，聯邦法院認為，就逃亡的風險以及串供的理由來看，就足以正當化繼續羈押，人權法院同意這個看法。

四、小結

總結來看，前述兩個觀點可以在本案的繼續羈押做為相關聯以及充足的理由；這些事由在內國法院也有具體的說明。

第二目、程序作為：勤勉義務⁴⁵⁸

申訴人認為調查法官造成了程序的遲延：他們訊問他長達數星期，而在申訴人明白的告訴他們他要行使緘默權，不回答任何問題，他們仍然繼續花時間訊問。除此，他們對案情也沒有任何了解，問案只是一直浪費時間。內國政府首先強調本案是重大金融犯罪，特別龐大、複雜，也因為這樣的因素，本案相較其他羈押的情形當然會特別長。當局並沒有忽視程序的完成作為，甚至還特別組成包括兩名調查法官以及各種調查官員在內的單位來偵辦案件，並且，本案的偵辦還需要實質的科技設備，包括電腦設備。包括對申訴人 36 次，全案總計 350 次的

⁴⁵⁶ ECHR, *W v. Switzerland*, Judgment of 26 January 1993, Appl. 14379/88, Series A no. 254-A, §36.

⁴⁵⁷ ECHR, *W v. Switzerland*, Judgment of 26 January 1993, Appl. 14379/88, Series A no. 254-A, §37.

⁴⁵⁸ ECHR, *W v. Switzerland*, Judgment of 26 January 1993, Appl. 14379/88, Series A no. 254-A, §§39-42.

訊問以及對於申訴人 30 次的決定，才作成最後的 1100 頁判決。對於偵查作為來說，當事人也沒有其他任何抗辯；對於當事人的訊問，僅在於讓其能夠行使自己的防禦權限。

人權法院認為，早在 1985 年 11 月 7 日，聯邦法院對於係爭人身自由剝奪問題，就指出了程序作為以及羈押期間之間的比例性；審查後，聯邦法院認為 W 的抗辯並沒有辦法證立。聯邦法院也考慮了審前羈押的期間過長可能，並持續的要求當局盡可能快速地作為，也給他們具體的指示以遵從。聯邦法院從不認為當事人的羈押已經逾越期限，而認為偵查程序的延遲必須由當事人負責：尤其在被告拒絕作任何陳述的情形，在重建他的公司、帳戶資料的財務狀況有特別困難。

在考量內國最高法院的觀點，人權法院同意政府的說法。在押被告得以要求迅速審查的權利，並不能抹滅法院努力的程序作為。本案偵查程序都有必要的適當性，對於人事以及設備也都有盡其所能。係爭羈押期間實質上是因為案件的複雜性以及申訴人的行為導致。當然，當事人並沒有義務與政府合作，但是他必須承擔他在偵查程序的態度所導致的後果。

因此，法院認為本案情形並沒有違反公約第 5 條第（3）項⁴⁵⁹⁴⁶⁰。

第三目、不同意見

一、Pettiti 法官的不同意見

Pettiti 法官認為，本案違反了公約第 5 條；本案的決定根本違反歐洲人權法院案例法建立的無罪推定，以及對於審前羈押的態度。

⁴⁵⁹ ECHR, *W v. Switzerland*, Judgment of 26 January 1993, Appl. 14379/88, Series A no. 254-A, §43.

⁴⁶⁰ 本案是以極其接近的投票比例（5 比 4）認定瑞士沒有違反公約，本案的意見書也提供了不同的思惟，詳見本文以下。

從公約第 5 條的理念以及對公約認知觀點來看，公約第 5 條是保障個人自由，並且限制審查羈押的條款，對其解釋，必須基於嚴格審查的觀點；第 5 條與保障無罪推定的公約第 6 條也必須要一起觀察。Pettiti 法官主張，瑞士聯邦法院對於第 5 條採取了錯誤的標準衡量逃亡風險；而且使被告承擔必須證明沒有逃亡風險的舉證責任，這個消極條件根本不能被證明。這樣的認知會導致對於第 5 條錯誤的解讀，也就是僅有監禁才能消除所有的逃亡風險。

本文中，內國司法當局以及其實務作為，根本沒有想要要求高額擔保金，也沒有想要以其他的作為避免被告逃亡，在外國有住所不足夠做為逃亡風險的正當化理由。內國司法當局也認為，關於 W 案件，司法負擔雖然極為沉重；但是在本案清算人的報告、債權人的民事法律動作、專家的報告中，都提供了精確的證據而得以加速偵查程序的進行。由會計單據以及經濟當案所組成卷證並沒有跡象顯示本案特別複雜。

對於第 5 條的解釋以及審前羈押原因來說，自由是原則，羈押是例外。羈押無論如何不能破壞無罪推定。但是無罪推定不僅是法官不能事先認定有罪而已，無罪推定也提供了被告有能力對抗控訴。極端來說，被控訴犯罪的個人也有權利維持他的自由，維持他自己的職業、家庭生活，安排他自己的未來。歐洲人權法院就常這樣認為，事前羈押不能用以作為預支性刑罰 (Letellier judgment of 26 June 1991; Tomasi judgment of 27 August 1992)；羈押也不能作為法官個人的感情或者是認定有罪的反應。而且從人權法院審查過的案例來看，例如 Neumeister 案以及 Stögmüller 案來說，人權法院甚至在將近兩年的羈押就認定違反了公約。比較刑事法的觀點來看，平均的審前羈押期間長度也少於 2 個月到 3 個月，以經濟原因的羈押長度平均也少於 1 年。同時歐洲人權法院在之前的案例從未接受 4 年以上的羈押期間。

犯罪學者的研究上，每年有數千人被控訴犯罪並受到羈押，並且可能遭受長期羈押，但最後控訴撤銷或判決無罪。這類型的羈押導致不公正、明顯的社會混亂，而導致司法系統遭受批評。本案內國最後的有罪判決不能準正本案的長期羈押，尤其是瑞士聯邦法院曾經因為串供的風險，部分地撤銷了原來的決定。Pettiti 法官也滿懷憤懣的指出，內國的決定「暴露出內國面對被告要求接近卷證的窘境」；同時 Pettiti 法官也引用案例指出，為了準正繼續性羈押的刑期考慮。人權法院拒絕接受以預測刑期作為羈押的理由（Letellier judgment cited above and Kemmache judgment of 27 November 1991）。

經濟犯罪或者金融犯罪的刑事程序或許非常複雜，也需要非常多樣的刑事偵查手段，但這並不能作為延長羈押的理由。眾所周知，會計報告總是花很多時間，而且會因此導致偵查程序的延長，但是在破產案件中特殊的法官也知道如何利用清算人的報告以免程序延長，本案 W 的破產顯然有太多不必要的程序。從法國相關類似的程序來講，也比本案的情形快了許多。刑事程序以及刑事政策上的文獻，一般性來說，歐洲的司法體系審前羈押持續 4 年並不正常，研究報告並指出，在英國法體系中，1986 年等待審判的平均期間是 57 天，1985 年平均是 10.5 個星期，1987 年 12.9 個星期，這樣子還比較像是合理期間的範圍。

此外，羈押的案例法會影響內國法面對嚴重危機、人犯爆滿以及審前羈押的「額外用途」的刑事政策，歐洲人權法院本案設下的標準必須為這些情形負責。為了正當化 4 年的審前羈押程序，我們甚至可以回顧龍布羅梭（Lombroso）的「史前」想法。如果觀察歐洲的刑事法進步史，我們會發現，很多內國開始規定審前羈押的最高期限（6 個月或 1 年，例如捷克斯洛伐克，也有 6 個月到 2 年的期限）；對於職業法官的訓練，在調查法官傾向延長羈押以施壓羈押被告並要求他們放棄緘默權時，歐洲人權公約與法院設定的標準會說服他們降低審前羈押的

比例；比較法上也顯示出，並沒有任何內國實務實行在詐欺以及破產案件羈押長達 4 年，即便是較本案更嚴重、龐大的刑事案件。歐洲人權公約的歷史以及案例法的演進，顯著的保障了個人的自由，並且限制了審前羈押的期間。

就 W 案的情形來說，被告拒絕合作不能認為是延長羈押的理由，被告有權在偵查程序以消極態度爭取對他有利的條件。Pettiti 法官並憂慮地認為，調查法官可能會因此將偵查程序轉化成為壓迫取供的程序，甚至成為被告拒絕控訴自己的懲罰，而且成為殺雞儆猴式的羈押。

二、Walsh 與 Loizou 法官的不同意見

Walsh 和 Loizou 兩位法官聯名的不同意見書指出，公約第 5 條第（3）項指明了審前的自由保障權利，並且提供了在確保出庭的前提下釋放的權利。條約的保障自由內容和無罪推定的權利再怎麼強調也不為過，受到羈押的當事人可能丟掉自己的工作，可能丟掉自己的房子，甚至可能讓自己的家庭、婚姻生活都被毀滅，一個受到無罪推定的人，除非有通盤的考量，否則不能使其承擔如此嚴重的後果下。其次，對如此嚴重問題而反應遲鈍的會員國，或許可以考慮這個事實：根據統計來說，目前歐洲內國待審的羈押被告比例已經從 7% 上升到 52%。

此外，就目前本案來看，並沒有紀錄顯示證人的聽證確認被告的逃亡風險，或是干擾證據。瑞士內國法院的主張也僅是基於他的文件保留行為（bookkeeping），而使偵查更難進行，利益比較上來說，不能認為條約保障的自由能夠因此遭到剝奪。至於被告不肯協助蒐集對抗他自己的證據，也不能夠成為拒絕他釋放的理由，就算有逃亡風險，內國法院也可以用各種手段保障被告的公約自由，例如每天向警察報到。避免被告干擾證人或證據，也可以用其他例如禁止接近證人以及特定文件、官署達到相同目的。但是這些手段完全沒有被認真

的考慮。

最嚴重的，是考量被告未來犯罪的可能性。這根本的違反了公約保障自由和刑事犯罪程序的權利。這樣的考量，逾越了公約第 6 條無罪推定的保護，該條保護所有人，除非被認為有罪而應該遭受懲罰，否則應該推定為無罪；我們認為羈押就是「懲罰」。無罪推定並不是一個空洞的說法，這是非常真實、而且不僅僅是在審判程序才要生效的權利，審前的監禁也經常導致被告以及律師準備案情，以及對於防禦權行使的機會。Walsh 法官和 Loizou 法官認為，從公約來看，羈押者必須負擔舉證責任，而不是被告必須證明他應該獲得自由。

三、De Meyer 法官的不同意見

De Meyer 法官引用瑞士聯邦法院自己的意見——認為他們自己也承認「本案羈押這麼多年很難正當化」。申訴人遭受羈押長達 4 年，基於保護個人自由的權利以及無罪推定的理由，De Meyer 法官並不認為本案的情形符合公約。如果被告引用自己的權利而不與當局合作，或許的確會影響偵查程序的進行，但是這絕對不是被告必須要延長羈押後果的理由。

第二項、*Muller v. France*⁴⁶¹

具體操作上，以 *Muller v. France* 案為例，本案法國政府在申訴人早已承認犯罪的情形下，仍然羈押了近 4 年的期間⁴⁶²。歐洲人權法院審查法國政府是否違反本條款的羈押期間問題，分成幾個步驟，分述如下⁴⁶³。

⁴⁶¹ ECHR, *Muller v. France*, Judgment of 17 March 1997, Appl. 21802/93, Reports 1997-II.

⁴⁶² See also Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 43.

⁴⁶³ ECHR, *Muller v. France*, Judgment of 17 March 1997, Appl. 21802/93, Reports 1997-II, §§33-49.

第一款、羈押期間與其合理性

1、確認拘束期間（Period to be taken into consideration）⁴⁶⁴

首先確定本案中法國政府一共從 1988 年 12 月 13 日將當事人拘束人身自由到 1992 年 12 月 9 日，共計近 4 年的時間。

2、確認羈押期間的合理性（Reasonableness of the length of the detention）⁴⁶⁵

人權法院認為，為了評估持續性的羈押是否有正當性，首先必須考量內國司法當局是否有考量所有當事人釋放的正面和負面因素。合理犯罪嫌疑的確是逮捕以及羈押合法性的必要條件，但在時間的經過後有可能無法繼續滿足這個要件：人權法院必須審查內國司法當局是否有其他的基礎，而足以正當化接下來的繼續性拘束人身自由；而這些基礎必須要有「關聯性」以及「充足性」。就此，人權法院再細分幾個步驟審查：

（1）、羈押的正當性（案件複雜原因）（Justification for the detention）⁴⁶⁶：

法國相關當局認為本案繼續羈押大多是因為當事人自己行為所導致，並且也考量了犯罪原因的嚴重性以及當事人逃亡、再犯的風險。同時，也考量了犯罪事實的複雜性、調查的困難以及其他共犯逃亡、串供、再犯的風險⁴⁶⁷。

（2）、程序的進行（遲延是因誰而起）（Conduct of the proceedings）⁴⁶⁸：

申訴人認為，他不應該承擔司法當局決定用同一訴訟程序來起訴所有犯罪嫌疑人，而因此產生的複雜性——特別是在偵查法官訊問之前，就已經早早自白承認他自己的犯罪事實。但法國政府認為這樣的說法有問題，內國法制並沒有妨

⁴⁶⁴ ECHR, *Muller v. France*, Judgment of 17 March 1997, Appl. 21802/93, Reports 1997-II, §34.

⁴⁶⁵ ECHR, *Muller v. France*, Judgment of 17 March 1997, Appl. 21802/93, Reports 1997-II, §35.

⁴⁶⁶ ECHR, *Muller v. France*, Judgment of 17 March 1997, Appl. 21802/93, Reports 1997-II, §36.

⁴⁶⁷ ECHR, *Muller v. France*, Judgment of 17 March 1997, Appl. 21802/93, Reports 1997-II, §§37-45.

⁴⁶⁸ ECHR, *Muller v. France*, Judgment of 17 March 1997, Appl. 21802/93, Reports 1997-II, §§46-47.

礙他的權利或程序進行，反而是申訴人自己在偵訊時不願意說出實情而遲滯了訴訟。

第二款、本案結論

歐洲人權法院在參考上面幾個因素後⁴⁶⁹，認為本案大多係因為政府的因素、法官的調動、以及偵查、訴訟程序本身複雜所導致的延遲，從而判決：「在當事人偵查時就已經全部自白，而且任何申訴人都沒有任何作為導致訴訟延遲的情形下，司法當局並沒有盡力的迅速進程序。因此，本案對於 Muller 先生的審前羈押逾越了公約第 5 條第（3）項所規定的『合理期間』範圍。」。

第三項、羈押期間的案例具體統計

第一款、裁判表列

如同前述，歐洲人權法院雖然認為必須原則上要根據個案的特徵，在無罪推定原則下具體衡量公共利益以及個人自由權利的保障，並在持續性羈押必須考量有無關聯性以及充足性的證據，以正當化逐漸消散的實質理由。文獻上將人權法院從 *Wemhoff* 案一直到 2004 年 7 月以來的案例舉出⁴⁷⁰，本文以此作為基礎，並且將 2004 年 7 月以後到 2008 年 4 月 15 日前的裁判收錄⁴⁷¹，以年限為基準將案例表列如下（圖表 3）⁴⁷²：

⁴⁶⁹ ECHR, *Muller v. France*, Judgment of 17 March 1997, Appl. 21802/93, Reports 1997-II, §§48-49.

⁴⁷⁰ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 530-531.

此外，Karen Reid, *a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, pp. 462-463, IIB-299 以下有將「決定」(Decisions)等不同於判決的案例意見一併「例示」列入，惟本文僅針對「判決」(Judgments)作全面性的搜尋。理由是，人權法院的判決意見毋寧具有公約效力，並且，如果要把判決以外的相關所有意見納入，筆者能力也有所不足。

⁴⁷¹ 以關鍵條文“5-3”以及關鍵字“reasonable time”搜尋，並以英文版為基礎。

⁴⁷² 以最左的「羈押年限」為基準，而以每年為一區隔；一個區塊之間並不再以細部月、天數升冪排列，而是以「判決日期」由舊至新為順序排列，如此除了可以看出人權法院對於羈押期間的態度，也比較能夠看出裁判發展的趨勢。

此外，本文僅針對「繼續性羈押」有無違反公約第 5 條第(3)項的裁判列出，並排除因「立即送交」違反公約的案例。

圖表 3：羈押期間判決一覽表

羈押年限	編號	具體羈押期間	案例名稱	判決日期	有無違反公約
不滿 1 年	1	7 個月 15 天、6 個月 8 天	Herczegfalvy v. Austria	24/09/92	不違反
	2	2 月 15 天	Eriksen v. Norway	27/05/97	不違反
	3	7 月 3 星期	Klameckiv Poland	28/03/02	不違反
	4	7 月 3 星期	Shishkov v. Bulgaria	09/01/03	違反
	5	5 月 2 星期	Nikolov v. Bulgaria	30/01/03	違反
	6	4 月 14 天	Belchev v. Bulgaria	08/04/04	違反
	7	11 月 8 天	Panchenko v. Russia	08/02/05	違反
	8	將近 10 月	Tas v. Turkey	20/09/05	違反
	9	7 月 14 天	Kalay v. Turkey	22/09/05	違反

至於 2004 年 7 月之後的裁判，因為各種原因沒有做出「有無」違反決定者，或者於裁判內沒有、無法計算出具體期間的案子，則有：ECHR, *Staykov v. Bulgaria*, Judgment of 12 January 2007, Appl. 49438/99 (不適格/loss of victim status); ECHR, *Sarban v. Moldova*, Judgment of 4 October 2005, Appl. 3456/05(認為內國對延長羈押缺乏充足及關聯的說理，其羈押係自 2004 年 11 月開始，到 2005 年 2 月請求釋放仍遭駁回，當事人僅對 2004 年部分裁判爭執，人權法院亦僅對 2004 年內國法院各該決定本身為審查)；ECHR, *Fedotov v. Russia*, Judgment of 25 October 2005, Appl. 5140/02(因已違反第 5 條第(1)項，故無必要審查該條其它條款/Not necessary to examine under Arts. 5-2, 5-3 and 5-4);ECHR, *Tibbling v. Sweden*, Judgment of 11 October 2005, Appl. 59129/00(申訴人沒有遭到剝奪自由，無必要審查 5-3 的爭點)；ECHR, *Emrullah Karagöz v. Turkey*, 8 November 2005, Appl. 78027/01, RJD 2005-X (因已違反第 5 條第(1)項，故無必要審查該條其它條款)；ECHR, *Tendik and others v. Turkey*, Judgment of 22 December 2005, Appl. 23188/02(該案非本條問題)；ECHR, *McKay v. the United Kingdom*, Judgment of 3 October 2006, Appl. 543/03(未具體認定期間，該案因未即時由法院審查而遭認定違反公約，但羈押則合乎公約)；ECHR, *Boicenco v. Moldova*, Judgment of 11 July 2006, Appl. 41088/05(羈押理由缺乏足夠理由，並且內國法沒有提供救濟管道)；ECHR, *Bic and others v. Turkey*, Judgment of 2 February 2006, Appl. 55955/00(程序駁回)；ECHR, *Hidir Durmaz v. Turkey*, Judgment of 5 December 2006, Appl. 55913/00(該爭點程序駁回)；ECHR, *Castravet v. Moldova*, Judgment of 13 March 2007, Appl. 23393/05(該案在事實的敘述中僅提及申訴人自 2005 年 5 月 25 日起遭逮捕並隨受羈押，在 2005 年 10 月上訴仍遭駁回，但不論在事實或者人權法院的審查裡面，都沒有具體的指出是否之後有遭釋放，人權法院直接以無充足性及關聯性宣告內國違反公約)；ECHR, *Paladi v. Moldova*, Judgment of 10 July 2007, Appl. 39806/05(以該部分無必要審查駁回部分申訴，該案目前並上訴大法庭中)；ECHR, *Benediktov v. Russia*, Judgment of 10 May 2007, Appl. 106/02(程序駁回)；ECHR, *Can v. Austria*, Judgment of 5 December 2000, Appl. 9300/81. Series A no. 96(14 個月 26 天，人權委員會認定違反，但該案和解)。

	10	超過 1 年	Mamedova v. Russia	01/01/06	違反
	11	約 1 月 7 天	Becciev v. Moldova	04/01/06	違反
	12	超過 4 個月	Selcuk v. Turkey	10/01/06	違反
	13	近 1 年	Dolgova v. Russia	02/04/06	違反
	14	6 月 12 天	Iovchev v. Bulgaria	02/05/06	違反
	15	9 月 2 天	Dobrev v. Bulgaria	10/08/06	不違反 ⁴⁷³
	16	不滿 5 月	IstratII and others v. Moldova	27/05/07	違反 ⁴⁷⁴
	17	約 1 月	Lebedev v. Russia	25/10/07	違反 ⁴⁷⁵
	18	9 月 12 天	Patsuria v. Georgia	06/11/07	違反
	19	不滿 2 月	Gault v. the United Kindom	20/11/07	違反 ⁴⁷⁶
	20	不滿 1 年	Lind v. Russia	06/12/07	違反
	21	6 月 7 天	Kostadinov v. Bulgaria	07/02/08	違反
1 年～不 滿 2 年	1	1 年	Quinn v. France	22/03/95	不違反
	2	1 年 2 月 26 天	Jecius v. Lithuania	31/07/00	違反
	3	1 年 10 月 3 天	Szeloch v. Poland	22/02/01	違反
	4	1 年 5 月 17 天	Bouchet v. France	20/03/01	不違反
	5	1 年 9 月 19 天	Ilowiecki v. Poland	04/10/01	違反
	6	1 年 2 月 29 天	Kalashnikov v. Russia	15/07/02	違反
	7	至少 1 年 8 月 15 天	Bali and others v. Turkey	03/06/04	違反

⁴⁷³ 該案結論上並沒有提到 5-3 的問題，但在第 77 段以下有審查，並且認為沒有違反合理期間；人權法院於本案也做出了違反公約其他條款的結論，於此不贅。參考：ECHR, *Dobrev v. Bulgaria*, Judgment of 10 August 2006, Appl. 55389/00.

⁴⁷⁴ 人權法院認為內國法院裁判完全沒有對延押進一步說理，直接遭認定違反公約，而沒有指出具體期間；申訴人遭受羈押部分為本文作者參考事實部分自行算出。參考：ECHR, *IstratII and others v. Moldova*, Judgment of 27 March 2007, Appl. 8721/05; 8705/05; 8742/05, §§6-16.

⁴⁷⁵ 該案經要求送交大法庭審查中(Request for referral to the Grand Chamber pending)，並且該案爭執激烈，以 4 票對 3 票認定違反公約的要求，參考 ECHR, *Lebedev v. Russia*, Judgment of 25 October 2007, Appl. 4493/04.

⁴⁷⁶ 該案中申訴人僅以 2004 年 7 月 9 日到 2004 年 9 月 6 日之間的羈押要求審查。

	8	1年9月4天	Kuibishev v. Bulgaria	30/12/04	違反
	9	1年5月28天	Latasiewics v. Poland	23/01/05	違反
	10	1年9月	E.M.K. v. Bulgaria	18/04/05	違反
	11	1年6月22天	Sulaoja v. Estonia	12/05/05	違反
	12	1年5月27天	Rokhlina v. Russia	12/10/05	違反
	13	1年5月20天	Romanov v. Russia	20/10/05	違反
	14	1年5月28天	W.B. v. Poland	10/01/06	不違反 ⁴⁷⁷
	15	1年5月	Malik v. Poland	04/04/06	違反
	16	將近2年	Kubicz v. Poland	28/06/06	違反
	17	1年5月	Dzyruk v. Poland	04/07/06	違反
	18	1年21天	Toshev v. Bulgaria	10/08/06	違反
	19	1年7月10天	Danov v. Bulgaria	26/10/06	違反
	20	1年6月16天	Radoslav Popov v. Bulgaria	02/11/06	違反
	21	近7個月	Chitayev and Chitayev v. Russis	18/01/07	違反
	22	1年23天	Khudobin v. Russia	26/01/07	違反
	23	1年2個月(合計)	Belevitsky v. Russia	01/06/07	違反
	24	1年3月12天	Laszkiewicz v. Poland	15/01/08	不違反
2年～不 滿3年	1	2年2月4天	Neumeister v. Austria	27/06/68	違反
	2	2年0月1天	Stögmüller v. Austria	01/11/69	違反
	3	2年4月0天	Ringeisen v. Austria	16/07/71	違反
	4	2年4月15天	B v. Austria	28/03/90	不違反
	5	2年9月0天	Letellier v. France	26/06/91	違反
	6	2年10月10天	Kemmache v. France	27/11/91	違反

⁴⁷⁷ 該案結論中，仍以內國並未遵守「即時司法審查」條款宣告波蘭政府違反公約。

7	2年1月2天	Toth v. Austria	12/12/91	違反
8	2年2月	Yagct and Sargin v. Turkey	08/06/95	違反
9	2年7月	Scott v. Spain	18/12/96	違反
10	2年7月7天	Contrada v. Italy	24/08/98	不違反
11	約2年	Assenov and others v. Bulgaria	28/10/98	違反
12	近2年7月	Labita v. Italy	06/04/00	違反
13	2年6月18天	Punzelt v. Czech Republic	25/04/00	違反
14	2年4月3天	Kudla v. Poland	26/10/00	違反
15	2年3月19天	Grisez v. Belgium	26/09/02	不違反
16	2年3月16天	Klamecki v. Poland(No. 2)	03/04/03	違反
17	2年8月14天	Pantano v. Italy	06/11/03	不違反
18	2年9月26天	Imre v. Hungary	02/12/03	違反
19	2年7月22天	Matwiejczuk v. Poland	02/12/03	違反
20	約2年4個月	Yankov v. Bulgaria	11/12/03	違反
21	約2年9個月	DP. v. Poland	20/01/04	違反
22	2年2月6天	JG v. Poland	06/04/04	違反
23	2年7月18天	Hamanov v. Bulgaria	08/04/04	違反
24	2年	Pavlettic v. Slovakia	22/06/04	違反
25	2年5月10天	Klyakhin v. Russia	30/11/04	違反
26	2年5月23天	Nikolova v. Bulgaria	30/12/04	違反
27	2年10個月	Hiyasettin Altin v. Turkey	24/05/04	違反
28	2年22天	Pihlak v. Estonia	21/01/05	違反
29	2年5個月	Sevgin and Ince v. Turkey	20/09/05	違反
30	2年5月12天	Nevmerzhitsky v. Ukraine	12/10/05	違反

31	超過 2 年 8 月	Harazin v. Poland	10/01/06	違反
32	超過 2 年 10 月	Leszczak v. Poland	07/03/06	違反
33	2 年 4 月 24 天	Nakhmanovich v. Russia	02/04/06	違反
34	2 年	Tariq v. the Czech Republic	18/04/06	違反
35	2 年 8 天	Dudek v. Poland	04/05/06	不違反 ⁴⁷⁸
36	2 年 11 月	Michta v. Poland	04/05/06	違反
37	超過 2 年 7 月	Csaky v. Hungary	28/05/06	違反
38	2 年 2 月	Wiensztal v. Poland	30/05/06	不違反
39	近 2 年 6 月	Telecki v. Poland	06/07/06	違反
40	2 年 8 月 10 天	Ceglowski v. Poland	08/08/06	違反
41	2 年 6 月 20 天	Cabala v. Poland	08/08/06	違反
42	2 年 9 月	Hass v. Poland	07/11/06	違反
43	2 年 10 月	Osuch v. Poland	14/11/06	違反
44	2 年 3 月 18 天	Spasov v. Bulgaria	16/11/06	違反
45	2 年 4 月 11 天	Oleksy v. Poland	28/11/06	違反
46	近 2 年 6 月	Buta v. Poland	28/11/06	不違反
47	2 年 2 月	Dolasinski v. Poland	19/12/06	違反
48	2 年 4 月 23 天	Duda v. Poland	19/12/06	違反
49	2 年 11 月	Kusyk v. Poland	24/01/07	不違反 ⁴⁷⁹
50	2 年 4 月	Bak v. Poland	16/04/07	不違反
51	近 2 年 11 個月	Garycki v. Poland	06/05/07	違反
52	2 年	Kucera v. Slovakia	17/07/07	違反
53	超過 2 年	Govorushko v. Russia	25/10/07	違反

⁴⁷⁸ 該案中 Pavlovschi 法官對此提出不同意見書。

⁴⁷⁹ 4 票對 2 票通過。

3 年～不 滿 4 年	1	3 年 4 月 29 天	Wemhoff v. Germany	27/07/68	不違反
	2	3 年 2 月 4 天	Clooth v. Belgium	12/12/91	違反
	3	3 年 1 月 27 天	Van der Tang v. Spain	13/07/95	不違反
	4	3 年 3 月 7 天	Cesky v. The Czech Republic	06/06/00	違反
	5	3 年 6 月	Trzaska v. Poland	11/07/00	違反
	6	3 年 5 月 19 天	Barfuss v. Lithuania	31/07/00	違反
	7	3 年 9 月 7 天	Jablonski v. Poland	21/12/00	違反
	8	3 年 3 月 27 天	Ilijkov v. Bulgaria	26/07/01	違反
	9	約 3 年 3 月	Olstowski v. Poland	15/11/01	違反
	10	3 年 8 月 3 天	Stasaitis v. Lithuania	21/03/02	違反
	11	3 年 17 天	GK. v. Poland	20/01/04	違反
	12	3 年 2 月 8 天	Wesolowski v. Poland	22/06/04	違反
	13	3 年 3 天	Zaprianov v. Bulgaria	30/09/04	違反
	14	3 年 8 月 6 天	Paszowski v. Poland	28/10/04	違反
	15	至少 3 年 8 月	Mitev v. Bulgaria	22/03/05	違反
	16	3 年 7 月 8 天(合計)	Panchenko v. Russia	08/05/05	違反
	17	3 年 2 月 1 天	Sardinas Albo v. Italy	17/05/05	違反
	18	3 年 11 月	Chodecki v. Poland	26/07/05	違反
	19	3 年 10 天	Baginski v. Poland	11/10/05	違反
	20	3 年 1 月 3 天	Pasinski v. Poland	20/01/06	違反
	21	3 年 2 月 5 天	Golek v. Poland	25/04/06	違反
	22	3 年 7 月	Miszkurka v. Poland	04/05/06	違反
	23	3 年 9 月 15 天	Celejewski v. Poland	04/05/06	違反
	24	3 年 5 天	Drabek v. Poland	20/06/06	違反

	25	近3年6月	Pekov v. Bulgaria	30/06/06	違反
	26	近3年8月	Gasiorowski v. Poland	17/10/06	違反
	27	近4年	Tanko Todorov v. Bulgaria	09/11/06	違反
	28	近3年5月	Spasov v. Bulgaria	16/11/06	違反
	29	3年5月	Trzcialkowski v. Poland	28/11/06	違反
	30	3年5月	Depa v. Poland	12/12/06	違反
	31	3年3月27天	Dombek v. Poland	12/12/06	違反
	32	3年3月13天	Kaszczyniec v. Poland	22/08/07	違反
	33	3年2個月	Korshunov v. Russia	25/01/08	違反
4年～不 滿5年	1	4年0月3天	W v. Switzerland	26/01/93	不違反
	2	大約4年	Muller v. France	17/03/97	違反
	3	4年2月10天	Debboub alias Hussaini Ali v. France	09/11/99	違反
	4	4年8月3天	PB v. France	01/08/00	違反
	5	4年8月2天	Vaccaro v. Italy	16/11/00	違反
	6	4年9月7天	Gombert and Gochgatian v. France	13/02/01	違反
	7	4年8月14天	Richet v. France	13/02/01	違反
	8	少於4年12天	Kreps v. Poland	26/07/01	違反
	9	4年9月3天	Cevizovic v. Germany	29/07/04	違反
	10	4年5月	Maglodi v. Hungary	09/09/04	違反
	11	4年10月20天	Calleja v. Malta	07/07/05	違反
	12	4年11月	Kolev v. Bulgaria	28/07/05	違反
	13	4年7月20天	Skrobol v. Poland	13/09/05	違反
	14	4年23天	Gorski v. Poland	04/10/05	違反

	15	4年5月	Kankowski v. Poland	04/10/05	違反
	16	4年4月	Karagöz v. Turkey	20/10/05	違反
	17	4年8月	Dzelili v. Germany	10/11/05	違反
	18	4年10月	Kozlowski v. Poland	13/12/05	違反
	19	4年6月	Gökce and Demirel v. Turkey	22/01/06	違反
	20	4年2月	Vasilev v. Bulgaria	02/02/06	違反
	21	共計約4年	Kozik v. Poland	18/07/06	違反
	22	4年11月19天	Lachowski v. Poland	05/12/06	違反
	23	4年3月20天	Estrikh v. Latvia	18/04/07	違反
5年～不 滿6年	1	5年7個月	Tomasi v. Austria	27/08/92	違反
	2	約5年3個月	Mansur v. Turkey	08/06/95	違反
	3	5年11月	Erdem v. Germany	05/07/01	違反
	4	5年5月23天	Zannuti v. France	31/07/01	違反
	5	至少5年6月15天	Ahmet Özkan and others v. Turkey	06/04/04	違反
	6	5年4月26天	Ryckie v. Poland	19583/05	違反
	7	5年1月	Czarnecki v. Poland	28/07/05	違反
	8	5年1月	Vayic v. Turkey	20/01/06	違反
	9	5年4月6天	Khudoyorov v. Russia	12/04/06	違反
	10	5年2月13天	Hasan Ceylan v. Turkey	23/05/06	違反
	11	5年1月26天	Korchuganova v. Russia	08/06/06	違反
	12	近5年6月	Chraidi v. Germany	26/10/06	不違反
	13	5年4月26天	Ryckie v. Poland	30/01/07	違反
6年以上	1	6年9個月	IA v. France	23/09/98	違反

2	6年5個月14天	Lavents v. Latvia	28/11/02	違反
3	7年20天	Demirel v. Latvia	21/01/02	違反
4	超過7年3個月	Dereci v. Turkey	24/05/05	違反
5	近6年3月	Krawczak v. Poland	04/10/05	違反
6	超過6年3月	Jarzynski v. Poland	04/10/05	違反
7	近6年1月	Yasar v. Turkey	24/01/06	違反
8	10年3月	Taciroglu v. Turkey	02/02/06	違反
9	6年2月 ⁴⁸⁰	Jaworski v. Poland	28/03/06	違反
10	8年8月	Suyur v. Turkey	23/05/06	違反
11	6年6月	Mehmet Günes v. Turkey	21/09/06	違反
12	12年	Tutar v. Turkey	10/10/06	違反
13	共計13年	Pakkan v. Turkey	31/10/06	違反
14	近7年2月	Solmaz v. Turkey	16/01/07	違反

第二款、裁判分析

從以上的統計來看，不滿1年的羈押期間有17/21的案例違反公約(80.95%)⁴⁸¹；1年以上未滿2年的案例有20/24的案例違反公約(83.33%)；2年以上未滿3年的案例有44/53違反公約(83.02%)；3年以上未滿4年有31/33違反公約(93.94%)；4年以上未滿5年除了W及Chraidi案之外，均違反公約(95.65%)；5年以上的羈押則是除了Chraidi案以外通通違反公約。受到審查的案件，以2年以上到未滿3年為大宗(53件)，其次是3年以上到未滿4年(33件)。就此，人權法院在羈押期間的審查上，雖然不能用抽象的標準一概而論，但是大體上可

⁴⁸⁰ 該案自1999年12月起，到2006年人權法院做出判決前仍於內國在押，參考：ECHR, *Jaworski v. Poland*, Judgment of 28 March 2006, Appl. 25715/02, §30.

⁴⁸¹ 小數點後兩位數四捨五入計算。

以看出在一但跨越 1 年的羈押期間，宣告違反公約的比例就從 8 成左右到達 8 成 3；第 2 個門檻是 3 年的羈押期間，超過這個期間的宣告百分比就直接向上跳 10 個百分點，到達 9 成 3；超過 4 年的羈押期間則是除了 *W v. Switzerland* 以及 *Chraidi v. Germany* 兩案以外，全部遭到宣告違反公約⁴⁸²。就此，大抵可以看出具體的原則期間大約是在 1 年到 3 年之間——但是 1 年以下的案件類型仍然有高達 8 成的比例被宣告違反公約。

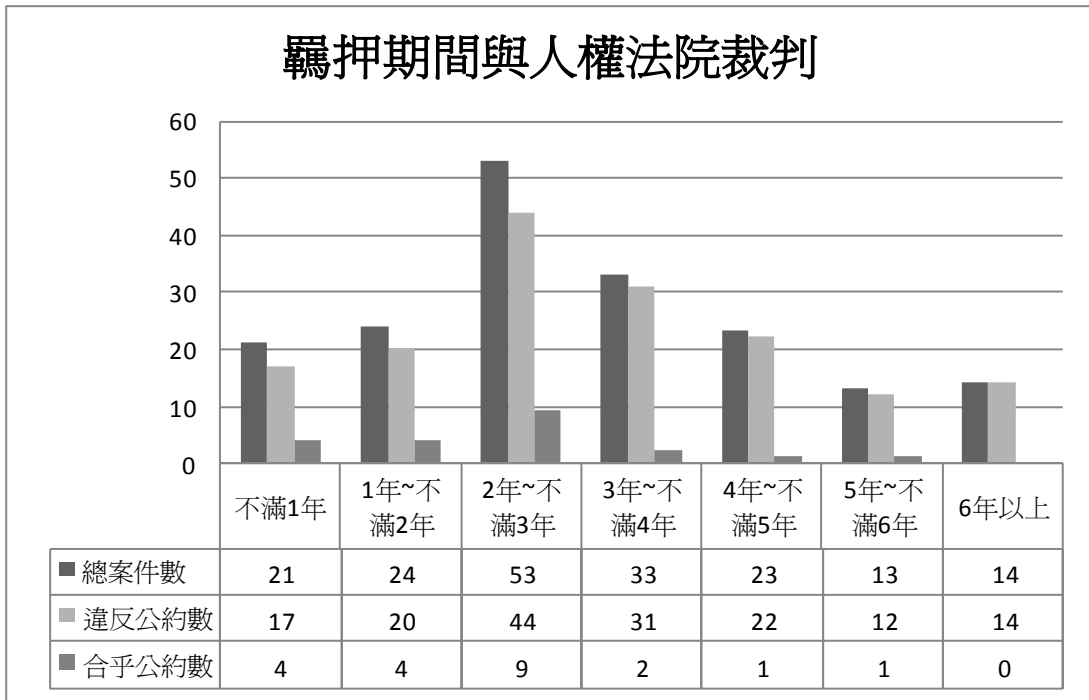
如果是從時間來看，2000 年之前總共審查了 23 件，宣告違反公約的有 15 件，違反公約的比例僅有 65.22；如果從 2000 年起算到 2008 年 4 月中，案件共有 158 件，有 145 件違反公約，亦即僅有 13 件宣告不違反公約，違反公約比例就高達 91.77% 的超高數字。並且，2000 年之後，宣告合乎公約的案件羈押期間除了 *Chradi* 案之外，全部在 3 年以下。

從以上的數字整體來看，時間越接近現代，羈押期間越長，那麼違反公約的比例就越高，並且以 1 年以及 3 年羈押期間作為宣告違反公約的原則基準點；就此，羈押期間和人權法院宣告違反公約的結果呈現正面顯著相關⁴⁸³。同時，以羈押期間要求審查的案件量也隨著時間的推移大量暴增。比較有趣的是波蘭的案件，在 2000 年之後之後合乎公約的 13 件案件就占了 8 件，和其他國家相較，可以說是相對多數。但是如果從波蘭被告上人權法院的案件數量來看，62 件僅有 8 件合乎公約（而且全部都不超過 3 年），被宣告違反公約的比例仍然高達 85.48%，其實也和前述的統計（3 年以下是 80% 到 83% 的違反公約率）大致吻合。

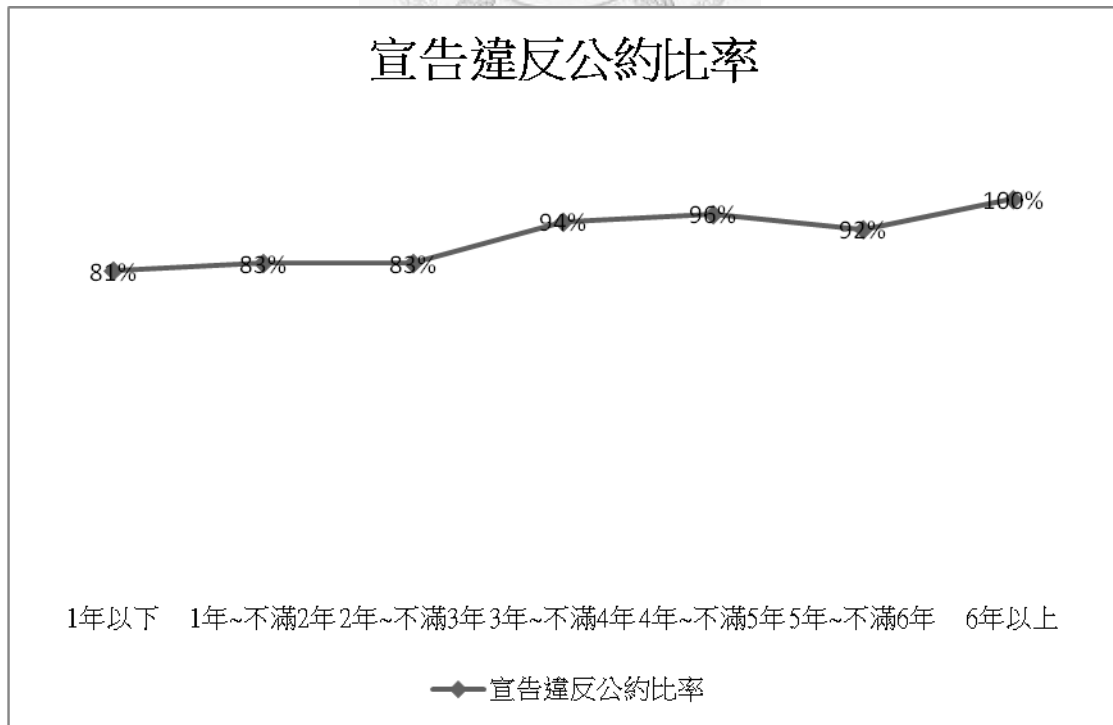
⁴⁸² 這一點和 *W v. Switzerland* 一案當中 Pettiti 法官的看法不謀而合；Pettiti 法官雖然說的是 W 案之前的情形，但是在 W 案之後情形也仍然相同。

⁴⁸³ $\chi^2=0.8259$.

圖表 4：羈押期間與人權法院裁判：案件數量表



圖表 5：羈押期間與人權法院裁判：宣告結果比率圖



第七節、向人權法院的意見調校：以德國的羈押

期間問題為例⁴⁸⁴

第一項、德國在人權法院的經驗⁴⁸⁵

第一款、從 *Wemhoff* 案到 *Erdem* 案

德國在歐洲人權法院的案子裡面⁴⁸⁶，針對公約第 5 條 (3) 項的審查，當然，1968 年的 *Wemhoff* 案 (3 年 4 個月又 9 天) 不但是德國的初體驗，也是歐洲人權法院對於羈押期間作出的標竿判決之一；1999 年的 *Dzelili* 案 (4 年 8 個月)⁴⁸⁷，2001 年的 *Erdem* 案 (5 年 11 個月)⁴⁸⁸，2004 年有 *Cevizovic* 案 (4 年 9 月 3 天)⁴⁸⁹，2006 年則有 *Chraidi* 案 (5 年 6 個月)。除了 *Wemhoff* 案以及 *Chraidi* 案以外，其他的相關羈押期間的案件都被認定違反公約第 5 條第 (3) 項。

首開先河的 *Wemhoff* 案，如同前述，人權法院認為德國沒有違反公約的要求。*Dzelili* 一案，對於以案情複雜、以及其他被告可能逃亡等因素作為羈押期間的實質理由，人權法院基本上是認為沒有問題的⁴⁹⁰；但是在內國政府並沒有盡到「特別勤勉」的義務⁴⁹¹——即便該案中，德國內國法院對於當事人以具體的量刑方案減刑，仍然遭到人權法院指摘。和 *Dzelili* 案異曲同工，*Erdem* 案中，當事

⁴⁸⁴ 其他歐陸內國部分，參歐洲人權法院對於歐陸內國法秩序的「施壓」和「調校」的經驗，參考林鈺雄，區域性國際認權法院與內國法之互動－以歐洲人權法院裁判對奧地利刑事法之影響與改造為例，月旦法學雜誌，第 148 期，2007 年 9 月，頁 33 以下。

⁴⁸⁵ 惟需注意：羈押期間的問題會和公約第 6 條第(1)項所規範的合理訴訟期間規範競合，但本文僅對於涉及公約第 5 條第(3)項的部分論述，至於德國在公約第 5 條第(4)項第 6 條第(1)項的裁判表列部分，參考：Barbara Mensah, *European Human Rights Case Locator 1960-2000*, 2000, pp. 65-67., 。

⁴⁸⁶ 以“5-3”作為搜尋關鍵條文。

⁴⁸⁷ ECHR, *Dzelili v. Germany*, Judgment of 10 November 1999, Appl. 65745/01.

⁴⁸⁸ ECHR, *Erdem v. Germany*, Judgment of 05 October 2001, Appl. 38321/97, RJD 2001-VII.

⁴⁸⁹ ECHR, *Cevizovic v. Germany*, Judgment of 29 July 2004, Appl. 49746/99.

⁴⁹⁰ ECHR, *Dzelili v. Germany*, Judgment of 10 November 1999, Appl. 65745/01, §§71-74.

⁴⁹¹ ECHR, *Dzelili v. Germany*, Judgment of 10 November 1999, Appl. 65745/01, §§75-81.

人被懷疑是恐怖分子並且犯下重罪，人權法院也挑剔德國裁判的理由構成，從一開始羈押的裁判看不出足以正當化當事人遭到剝奪自由的理由，其後的繼續羈押理由也顯然並沒有精確指出有什麼理由繼續羈押⁴⁹²。

第二款、*Cevizovic* 案

第一目、充足性與關聯性

相對於前面兩案大多是被指摘裁判的理由構成問題，2004 年的 *Cevizovic* 案，算是德國面對歐洲人權法院對於羈押期間比較具體而詳細審查的案子。該案中，當事人從被逮捕到地方法院第一次判決，總計被拘束了 4 年 9 月 3 天⁴⁹³。歐洲人權法院對於羈押期間的合理性，首先審查了羈押事由的充足性與關聯性，並認為德國以被告逃亡風險的理由合乎公約⁴⁹⁴。在此之後，人權法院進一步繼續觀察程序作為（Conduct of the proceeding），審查德國有無盡到「特別勤勉義務」時，認為由於本案中總計 3 名被告的重罪，以及牽涉到多名外國的證人的案情，從而「人權法案同意德國政府的說法，本案的確是複雜的」⁴⁹⁵。

其次，當事人主張，其要求進一步的調查證據，並不能說是因此對於程序的延遲因素。德國政府雖然同意依照內國法被告有權要求防禦，但是對於當事人與其他共同被告屢屢要求調查證據是在拖延程序，而由於被告與其他兩名同被告的犯罪事實緊密關係，也不可能單獨進行申訴人的程序⁴⁹⁶。人權法院並不同意德國政府的說法，指出：「既然在押被告對其程序有優先要求處理的權利，那麼，

⁴⁹² 本裁判在歐洲人權法院的網站上雖然可以搜尋的到，但是關於第 5 條第(3)項部分全部省略，僅有第 8 條的部分，同時本裁判全文書面似乎僅有法文版本，對於文本的說明係參考：Gilles Dutertre, Key case-law extracts, European Court of Human Rights, 2003, pp. 144-145.；中文文獻說明參考蔡秋明，被告之羈押期間與在押被告之律師通訊權－歐洲人權法院 *Erdem v. Germany* 案判決評介，收錄於顏厥安、林鈺雄主編，人權之跨國性司法實踐，歐洲人權裁判研究(一)，頁 65 以下。

⁴⁹³ ECHR, *Cevizovic v. Germany*, Judgment of 29 July 2004, Appl.49746/99, §§36-38.

⁴⁹⁴ ECHR, *Cevizovic v. Germany*, Judgment of 29 July 2004, Appl.49746/99, §§39-42.

⁴⁹⁵ ECHR, *Cevizovic v. Germany*, Judgment of 29 July 2004, Appl.49746/99, §44.

⁴⁹⁶ ECHR, *Cevizovic v. Germany*, Judgment of 29 July 2004, Appl.49746/99, §§45-46.

法院對於完整爭議事實澄清的努力以及對於控辯雙方所有證據提出的空間就可能要稍作考量。其次，即便當事人的確早期有拖延訴訟的意圖，但是結論上來說影響十分微小。」⁴⁹⁷。

第二目、特別勤勉義務

對於審判程序的進行，人權法院注意到從 1996 年 11 月 4 日起訴開始，法院在 1997 年 4 月 14 日才進行審判，審判進行 56 天，平均開庭時間僅有 90 分鐘。1998 年 1 月 2 日，審判程序再開，因為之前法官毫無經驗而更換法官，所有證人必須再度出庭，其後的開庭次數每個月平均少於 4 次，每次平均少於 2 個半小時，持續到 2001 年 3 月 20 日⁴⁹⁸。就此，人權法院認為，在 1998 年程序再開的時候，當事人已經被羈押 2 年；平均每個月 4 次的庭期，根本不能說是盡到「特別勤勉義務」⁴⁹⁹，同時法院也沒有盡力傳喚證人以及鑑定人。對此，人權法院語帶批評的說：「內國法院應該安排更緊湊的行程來加速審判程序。」⁵⁰⁰。最後判決內國政府並未盡到公約所要求的特別勤勉義務，而宣告德國敗訴⁵⁰¹。

第三款、*Chraidi* 案

第一目、本案概況

2006 年的 *Chraidi* 案⁵⁰²，算是讓德國扳回了一點顏面。該案中，歐洲人權法院認定的羈押期間是自 1996 年 5 月 24 日到 2001 年 11 月 13 日，才由柏林地方法院判決，一共是大約 5 年 6 個月⁵⁰³。這個案件的另外一個意義是：從人權法院

⁴⁹⁷ ECHR, *Cevizovic v. Germany*, Judgment of 29 July 2004, Appl.49746/99, §47.

⁴⁹⁸ ECHR, *Cevizovic v. Germany*, Judgment of 29 July 2004, Appl.49746/99, §50.

⁴⁹⁹ ECHR, *Cevizovic v. Germany*, Judgment of 29 July 2004, Appl.49746/99, §51.

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ 其他對於勤勉義務的爭點，是法官生病而拖延程序，由於人權法院認為因素不可預期，而且內國已經盡力，因此沒有苛責。參考 ECHR, *Cevizovic v. Germany*, Judgment of 29 July 2004, Appl.49746/99, §§52-54.

⁵⁰² ECHR, *Chraidi v. Germany*, Judgment of 26 October 2006, Appl. 65665/01.

⁵⁰³ ECHR, *Chraidi v. Germany*, Judgment of 26 October 2006, Appl. 65665/01, §33.

的案例法來看，超過 5 年還能夠認為合乎公約，可以說是絕無僅有⁵⁰⁴。關於羈押的合理期間（Reasonableness of the length of detention），人權法院引用了 *W v. Switzerland* 以及 *Labita* 案的判準而認為，關於羈押期間的問題，無法抽象判斷，而必須依個案的特徵來判斷；同時，僅有在重大公眾利益的考量，並通過無罪推定的檢驗之後，才能夠對個人的自由剝奪⁵⁰⁵。

第二目、充足性與關聯性

首先，關於繼續性羈押的理由是否「相關聯」並「充足」，以及是否內國已經盡到「特別勤勉義務」，歐洲人權法院首先表明，一般而言，本案所涉及的罪名係大規模的國際恐怖活動問題，內國會遇到棘手的狀況，固不待言，但內國仍然必須遵守公約所要求的事項⁵⁰⁶。其次，內國法院在說明羈押的基礎，主要的理由是：當事人仍然具備強烈的犯罪嫌疑；考量他的涉嫌程度，以及因為求處重刑的和其他情事來看，如果加以釋放，當事人逃亡的可能性相當高。人權法院認為，雖然求處罪刑的重大不能夠作為單獨的羈押理由；但在本案中，德國內國法院已經說明了該名罪犯最初就是以引渡方式從黎巴嫩而遭德國政府拘束自由，而該名被告在德國也沒有固定居所，和德國也沒有其他實質上的生活聯繫。因此在羈押實質理由的審查上，是可以接受的⁵⁰⁷，從而也滿足了「充足」及「相關聯」的繼續性羈押條件。

第三目、特別勤勉義務

對於程序中內國有否盡到特別勤勉義務的問題來說，人權法院指出本案的考量重點：本案案情複雜，除了國際因素以及恐怖組織、活動問題，該案中共同被

⁵⁰⁴ 而且，本案中所有法官一致通過德國的作為合乎公約。

⁵⁰⁵ ECHR, *Chraidi v. Germany*, Judgment of 26 October 2006, Appl. 65665/01, §35.

⁵⁰⁶ ECHR, *Chraidi v. Germany*, Judgment of 26 October 2006, Appl. 65665/01, §37.

⁵⁰⁷ ECHR, *Chraidi v. Germany*, Judgment of 26 October 2006, Appl. 65665/01, §§38-41.

告共 5 人，證人多達 169 人，同時並涉及 106 人的求償問題⁵⁰⁸；而且同時該 5 名被告共聘請了 15 名律師、106 名原告 (plaintiffs) 有 29 名律師也參與了程序。該案中，自 1997 年 1 月 31 日起訴於柏林地方法院後，到 2001 年 11 月 13 日止，平均 1 個星期進行了 2 次的審判程序，從這點來看，歐洲人權法院認為本案中，德國內國已經盡到了「特別勤勉義務」⁵⁰⁹。

有趣的是，本文中，人權法院最後以「整體評估」為標題 (Overall assessment) 做了一個結尾：「人權法院注意到，在之前關於羈押期間的案子只要超過 5 年，都會被宣告違反公約。而本文中，牽涉到對於國際性嚴重恐怖主義犯罪，極其複雜的偵查以及審判程序；還牽涉到了恐怖活動中 3 名犧牲者以及超過 100 人的嚴重創傷；1996 年被告自黎巴嫩引渡回德國，並讓他為此接受審判，也是因為這些原因。在這個極其例外的情形下 (exceptional circumstances)，人權法院結論上認為，被告的羈押期間可以認為是合理的，本案並不違反公約第 5 條第 (3) 項的要求」⁵¹⁰。

第四目、Borrego 法官協同意見

本文中，僅有 Borrego 法官提出了協同意見書⁵¹¹。他認為，即便本案的結論算是人權法院案例法中非常例外而不尋常的，但他也贊同這個結論。只不過，對於人權法院判決中使用過多的「國際恐怖分子／主義」(international terrorist/terrorism) 的字眼，相對於人權法院之前建立的案例標準以及個案審查角度，過多的評價語彙，容易導致解讀上認為「國際恐怖主義」也會變成判斷標準之一。就 Borrego 法官而言，他認為對於「國際恐怖主義」的特別「眷顧」，容易造成該犯罪型態在公約的特殊考量，這一點對於公約的體系相當的危險。他

⁵⁰⁸ ECHR, *Chraidi v. Germany*, Judgment of 26 October 2006, Appl. 65665/01, §43.

⁵⁰⁹ ECHR, *Chraidi v. Germany*, Judgment of 26 October 2006, Appl. 65665/01, §44.

⁵¹⁰ ECHR, *Chraidi v. Germany*, Judgment of 26 October 2006, Appl. 65665/01, §§46-49.

⁵¹¹ Concurring Opinion of Judge Borrego Borrego.

批評這樣的習慣用語，不但用錯地方，還會造成誤會。例如，論者可能會懷疑國際恐怖犯罪和其他類型的犯罪就會造成不同的審查結論；論者也可能會認為「國際」與否取決於恐怖分子的國籍（2005年7月7日英國籍的嫌犯在英國涉嫌犯下恐怖攻擊罪行，到底算不算「國際恐怖主義」？），甚至提供資金、實際執行而有不同國籍，到底怎麼定位，也會變成問題。此外，從被害人角度來看，難道我們要把「被害人」因為「恐怖主義」的不同而分類嗎？顯然是不妥的。最後，Borrego法官說：「我誠懇地請求人權法院不要再堅持使用這個稱呼，並且以此造成恣意的差別待遇，這些事情，本來就可以簡單的稱呼為「恐怖主義」。」。

第四款、小結

就公約第5條第(3)項的案例來說，德國並不算是常常成為被告的國家。雖然 *Wemhoff* 案逃過了被宣告敗訴的命運，但是在1999年之後，德國卻全部被宣告違反公約。比較具體的檢視出現在2004年的 *Cevizovic* 案，人權法院認為平均每個月4次的庭期對於在押2年的被告根本不夠，進而違反了「特別勤勉義務」。在 *Chraidi* 案中，德國內國法院也是以平均1個禮拜2次的密集開庭，才讓人權法院破例宣告合乎公約。

另外，如果從案件仔細觀察，會發現各該違反公約的案件，其被認定的羈押期間全部超過4年。雖然年限本身並不是人權法院認定違反公約的理由，但是如果從人權法院認定的理由來看，連「內國判決理由不精確」也成為一種違反公約的原因，不難看出羈押期間的長短，似乎和人權法院傾向宣告違反公約的意願是成正比的⁵¹²。

⁵¹² 出現類似看法例如 ECHR, *Kreps v. Poland*, Judgment of 26 July 2001, Appl. 34097/96, §43(羈押申訴人超過4年)；以及 ECHR, *I.A. v. France*, Judgment of 23 September 1998, Appl. 28213/95, Reports 1998-VII, §108(被告經羈押6年9月)；比較短的是 ECHR, *Labita v. Italy*, Judgment of 6 April 2000, Appl. 26772/95, RJD 2000-IV，但被告也被羈押近2年7月。關於判決本身的構成作為違反公約事由，參考：Gilles Dutertre, Key case-law extracts, European Court of Human Rights, 2003, pp. 143-145.

然而，2006 年的 *Chraidi* 案，如果單純從「羈押期間」以及結論來看，的確容易讓人懷疑歐洲人權法院的標準是否一貫。但是如果仔細觀察該案的情形，歐洲人權法院甚至自己指出「我們從來沒有容許超過某個年限的案子，這次是極其例外」的結論，其實也透露出：在歐洲人權法院的審查標準中，「羈押期間」毋寧也是個重要的考量因素。只不過在 *Chraidi* 一案中，德國內國法院的作法實在沒有辦法挑剔了——5 年半的審判過程裡，平均 1 個禮拜開了 2 次庭，還硬要認為違反「勤勉義務」，恐怕是強人所難。

以下，本文次第介紹德國的羈押法制，以及 2005 年憲法法院的判決，並且就此分析德國在歐洲人權公約的最低基準下，對於羈押期間相關問題所為的調校。

第二項、德國法對於羈押的規定

第一款、源自於基本法第 2 條及 104 條的權利保護

德國基本法（Grundgesetz；GG）第 2 條保障人格發展的權利（第 1 項）以及人身自由的權利（第 2 項）。該條第 2 項規定⁵¹³：「二、人人有生命與身體之不可侵犯權。個人之自由不可侵犯。此等權利唯根據法律始得干預之。」。其次，同法第 104 條人身拘束有詳細的規定⁵¹⁴。第 1 項規定：「個人自由非根據正式法

⁵¹³ §104 GG:

- (1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.
- (2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

⁵¹⁴ §104 GG:

- (1) Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden.
- (2) Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit

律並依其所定程序，不得限制之。被拘禁之人，不應使之受精神上或身體上之虐待。」；同條第 2 項規定：「惟法官始得判決可否剝奪自由及剝奪之持續時間。此項剝奪如非根據法官之命令，須即時請求法官判決。警察依其本身權力拘留任何人，不得超過逮捕次日之終了。其細則由法律定之。」；同條第 3 項規定：「三、任何人因犯有應受處罰行為之嫌疑，暫時被拘禁者，至遲應於被捕之次日提交法官，法官應告以逮捕理由，加以訊問，並予以提出異議之機會。法官應即時填發逮捕狀，敘明逮捕理由，或命令釋放。」；同條第 4 項規定：「四、法官命令剝奪自由或延續剝奪期間時，應即時通知被拘禁人之親屬或其信任之人。」。

簡單來說，剝奪人身自由，包括羈押在內的保障，是根據德國基本法第 2 條第 2 項以及第 104 條的規定而來⁵¹⁵。可以簡單的描述為下列幾點：

- 一、對於人身自由的「限制」（Beschränkung）與人身自由的「剝奪」（Freiheitsentziehung）意義及保護密度有所不同⁵¹⁶，對於人身自由的限制，僅需法律保留及其程序即可⁵¹⁷。
- 二、剝奪自由的權限，屬於基本法上的相對法官保留。
- 三、暫時受拘禁的時間不能超過次日，也就是 24 小時。
- 四、法官有剝奪人身自由或釋放的決定及審查權限，審查程序必須賦予當事人有抗辯機會，諭令剝奪自由必須發出令狀；此外，諭令拘禁之後，必須通知特定關係之人，並且不得有任何精神上或者身體上的虐待。

niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nähere ist gesetzlich zu regeln.

(3) Jeder wegen des Verdachtes einer strafbaren Handlung vorläufig Festgenommene ist spätestens am Tage nach der Festnahme dem Richter vorzuführen, der ihm die Gründe der Festnahme mitzuteilen, ihn zu vernehmen und ihm Gelegenheit zu Einwendungen zu geben hat. Der Richter hat unverzüglich entweder einen mit Gründen versehenen schriftlichen Haftbefehl zu erlassen oder die Freilassung anzuordnen.

(4) Von jeder richterlichen Entscheidung über die Anordnung oder Fortdauer einer Freiheitsentziehung ist unverzüglich ein Angehöriger des Festgehaltenen oder eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen.

⁵¹⁵ Janique Brüning, Die Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, 2005, S. 38; Mayer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl., 2006, S. 96, Rn. 36d ff.

⁵¹⁶ Pieroth/Schlink, Grundrechte-Staatsrecht II, 22. Aufl., 2006, Rn. 418.

⁵¹⁷ 當然也必須遵守基本法上各種「限制的制限」，這點固不待言。

五、羈押的相關處分與執行，必須堅守比例原則⁵¹⁸。

第二款、德國羈押法的設計

德國羈押的規定主要規定在刑事訴訟法（Strafprozeßordnung；StPO），該法對於羈押制度基本上是自歐洲人權公約第 5 條以及憲法第 104 條具體化的規範。以下分別以羈押目的、羈押歸屬權限、羈押令狀記載事項、羈押事由、程序以及羈押期間等順序分點說明。

第一目、羈押的目的

羈押的目的，一般而言，係在確保被告到庭進行訴訟程序，或是確保偵查程序的順利進行⁵¹⁹，抑或確保刑罰的執行⁵²⁰。當然，重罪羈押以及預防性羈押的立法導致羈押目的根本的質變，重罪羈押經由聯邦憲法法院的轉化，勉強可以符合前開的羈押目的；但是基於短期保安處分的考量而做的預防性羈押，在德國法上持反對聲浪的意見一直不在少數⁵²¹。

第二目、羈押事由⁵²²

羈押事由上，德國刑事訴訟法分別以重大犯罪嫌疑、羈押事由以及必要性作為羈押的必備條件⁵²³。羈押事由上，在確保訴訟程序進行以及刑罰執行方面，於

⁵¹⁸ Vgl. Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2007, S. 247-248, Rn. 416.

⁵¹⁹ 順利進行不代表羈押是一種「偵查手段」，毋寧是避免證據、證人遭到滅失、變偽、影響而使偵查難以進行而已。

⁵²⁰ Werner Beulke, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2005, S. 123f., Rn. 208.

⁵²¹ 參考林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 350，352。認為已經成為實務上預支性刑罰的看法，僅參考：Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2007, S. 247, Rn. 415.

⁵²² Werner Beulke, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2005, S. 124ff.

⁵²³ Werner Beulke, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2005, S. 123ff., 127, Rn 216; Roxin, Strafvahrensrecht, 25. Aufl., 1998, S.245, Rn. 9ff.; Roxin/Achenbach, Strafprozessrecht, 16. Aufl., 2006, S. 62; Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2007, S. 247, Rn. 415.1.

逃亡或有逃亡之虞，或在個案中衡量情形，被告可能以其他方法逃避審判程序時，得以羈押⁵²⁴。在避免偵查難以進行的情形，被告如果有湮滅、變造證據，或者影響證人、鑑定人、或其他有可能相類之行爲，亦得以羈押⁵²⁵。對此，文獻上指出，「拒絕合作」是憲法上、人權公約所保障的不自證己罪權利，不能因此成爲羈押原因的考量⁵²⁶。

德國刑事訴訟法 112 條第 3 項規定了重罪羈押，該條規定，被告涉嫌列舉重大犯罪事由得以羈押，如此一來，則有違憲之虞。從而，聯邦憲法法院認爲⁵²⁷，從合憲性解釋的考量，這時候必須要考量其他例如逃亡之虞、妨礙偵查等羈押要件時，方得以本條羈押；僅是在審查羈押時，審查密度可以放寬⁵²⁸。同時，該法 112a 條規定了預防性羈押（Wiederholungsgefahr），該條規定在被告涉嫌法定列舉事由的情形下，在確定被告受確定判決前有事實足認再犯之虞時，德國聯邦憲法法院認爲，該條得以因爲公眾安全以及法和平性作爲正當化的基礎，並且在嚴格例外的限制情形下，預防性羈押並不違憲；但是從羈押目的、憲法原則、人權公約的角度，對此必須嚴格審查⁵²⁹。

第三目、羈押權限與羈押令狀記載事由

由於憲法 104 條第 2 項的誡命，因此德國刑事訴訟法第 114 條以下規定，羈押必須透過法官發的羈押命令（Haftbefehl）爲之⁵³⁰；並且必須記載被告人別、涉

⁵²⁴ §112 II Nr. 1, 2 StPO.

⁵²⁵ §112 II Nr. 3 StPO.

⁵²⁶ Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2007, S. 249, Rn. 419.1.

⁵²⁷ BverGE, 19, 342, 350.

⁵²⁸ Vgl. Roxin, Strafvahrensrecht, 25. Aufl., 1998, S.246, Rn. 12; Roxin/Achenbach, Strafprozessrecht, 16. Aulf., 2006, S. 63f.; Werner Beulke, Strafprozessrecht, 8. Aulf., 2005, S. 126, Rn. 214; Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2007, S. 250, Rn. 420.

⁵²⁹ Vgl. Roxin/Achenbach, Strafprozessrecht, 16. Aulf., 2006, S. 63f.; Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2007, S. 250, Rn. 421ff.

⁵³⁰ 法官必須是在各訴訟階段有管轄權的法官 (§125 StPO)。

嫌犯罪事實以及所犯法條、羈押理由，並說明理由，但在事實的理由說明有危及國家安全時，得以免除記載⁵³¹。

第四目、人身拘捕及審查程序

羈押命令經由拘捕（Verhaftung）來執行，最遲必須次日前解送法院⁵³²。執行時，必須告知羈押令狀的內容⁵³³；並且必須通知特定親屬或其信任之人，對於將來繼續羈押亦同，在不妨害偵查目的範圍內，得以親自通知⁵³⁴。遭到拘捕之後，法官必須立即審查，審查期間不能逾次日，訊問時必須告知法定權利，在延長羈押的情形，法院並須告知其救濟途徑⁵³⁵。最後法官必須決定是否維持羈押命令或者撤銷羈押命令而釋放，或是有否停止羈押之執行的情形⁵³⁶。

第五目、延長羈押與羈押期間

一、延長羈押之期間

德國刑事訴訟法上，第 121 條規定，羈押期間原則上為 6 個月，除有例外情形，逾 6 月即應撤銷羈押並釋放被告⁵³⁷；同時，第 122a 條規定，在 121 條第 1 項的羈押期間相關規定，於預防性羈押期間上限為 1 年，而無例外之適用。必須注意的是，對於判決後的羈押，第 121 條第 1 項規定了逾越 6 個月的例外羈押事由；在未判決自由刑、剝奪自由的矯正及保安處分的判決做出前，可以因為法定重要因素延長羈押。而例外的法定事項有三種，分別是特別困難（besondere Schwierigkeit）、或者是偵查範圍的極為特別（besondere Umfang der Ermittlungen）、或者是因為其他重要因素導致無法判決（ein anderer wichtiger

⁵³¹ §114 StPO, dazu vgl. auch Roxin, Strafvahrensrecht, 25. Aufl., 1998, S.248, Rn. 20.

⁵³² §115a StPO.

⁵³³ §114a StPO.

⁵³⁴ §114b StPO.

⁵³⁵ §115 StPO.

⁵³⁶ §§120,116 StPO.

⁵³⁷ §121I, II, IVStPO.

Grund das Urteil noch nicht zulassen) ⁵³⁸⁵³⁹。

逾越 6 個月的羈押，邦高等法院（OLG）或聯邦最高法院（BGH）必須依職權主動審查⁵⁴⁰，例外並須嚴格檢視，否則可能因此違反歐洲人權公約第 5 條第（3）項的保障；此外，延長羈押的審查必須權衡基本法第 2 條保障的人身自由權利⁵⁴¹。羈押超過 3 個月時，被告如無辯護人，有要求指定辯護人的權利⁵⁴²，如未要求指定辯護或提出任何救濟，法院必須於羈押 3 個月之後職權主動審查羈押⁵⁴³。聲請繼續羈押的程序，係由有管轄權之羈押法官（Haftrichter；包括偵查法官在內）或由檢察機關（StA）向邦高等法院或聯邦最高法院提出聲請；受聲請機關訊問後如為繼續羈押之決定，則 3 個月後必須為再次審查⁵⁴⁴。

對於德國的羈押期間，Kühne 認為，由於德國刑事訴訟法 122a 條的採用，羈押期間並不能說是已經精確地確定；平均來說，一審羈押期間仍然在 280 天到 295 天左右；令人疑慮地，羈押審查上對於個人自由權利的保障考量似乎並不是那麼重視，實然面的羈押期間顯然過長⁵⁴⁵⁵⁴⁶；對此，羈押的審查與撤銷，必須在基於事實的確實認定、預期刑罰的考量，在比例原則下審慎為之⁵⁴⁷。

⁵³⁸ §121I StPO.

⁵³⁹ 解釋上必須非常嚴格，即便是法院造成的錯誤也不能因此讓繼續羈押合法化。參考：Roxin, Strafvahrensrecht, 25. Aufl., 1998, S.258-259, Rn. 53.

⁵⁴⁰ §121 StPO.

⁵⁴¹ Vgl. Roxin, Strafvahrensrecht, 25. Aufl., 1998, S.258, Rn. 53; Werner Beulke, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2005, S. 131, Rn. 227.

⁵⁴² §117 IV StPO.

⁵⁴³ §117 V StPO.

⁵⁴⁴ §121IV StPO.

⁵⁴⁵ Vgl. Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2007, S. 260, Rn. 441.

⁵⁴⁶ Roxin 也指出，德國實務上認為趁早羈押會比一般其他預防措施有用許多，參考：Roxin, Strafvahrensrecht, 25. Aufl., 1998, S.246, Rn. 13.

⁵⁴⁷ Vgl. Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2007, S. 260, Rn. 441.1.

二、救濟

對於羈押決定的救濟，德國法制上也規定了兩種救濟情形，分別是對於裁定的抗告（Haftbeschwerde；如直譯則為拘束訴願）以及聲請羈押審查（Antrag auf Haftprüfung）⁵⁴⁸。對於地方法院法官的羈押，得向地方法院刑事庭抗告；如對抗告之裁定有不服，得向邦高等法院為再抗告⁵⁴⁹；如以邦高等法院法官為羈押處分時，以邦高等法院作為抗告法院，如對抗告裁定不服，得向聯邦最高法院提出再抗告⁵⁵⁰；如以聯邦最高法院法官為羈押決定時，則以聯邦最高法院為抗告機關⁵⁵¹。而除抗告之外，所謂的羈押審查，是指由被告提出要求羈押法官為一言詞審理程序而再為審查該羈押之合法、必要性，只要是羈押持續中，就可以重複提起，但僅能每 2 個月提起一次⁵⁵²。



第三項、歐洲人權法院對於德國的影響

第一款、羈押法制

歐洲人權公約以及人權法院的裁判，在德國羈押法制上提供了更進一步的發揮空間；同時也控管了實務上運作的情形。例如，在羈押事由的審查上，就重罪羈押來說，Kühne 指出，基於憲法層次以及歐洲人權公約的規範框架，不自證己罪原則（nemo tenetur）與一導源於公約第 6 條的一無罪推定原則（Unschuldsvermutung）都必須審慎考量；並且不能以被告「缺乏合作」作為羈押的審查因素⁵⁵³。另外，例如「中間羈押」（Zwischenhaft，即判決確定後到刑之

⁵⁴⁸ §§304ff., 107ff. StPO.

⁵⁴⁹ §§73 GVG, 310 StPO.

⁵⁵⁰ §§120 III 2 GVG, 310I StPO.

⁵⁵¹ §135 II GVG.

⁵⁵² 118 III StPO.

⁵⁵³ Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2007, S. 249/250, Rn. 419.1/421.

執行所施行之羈押)，同樣必須透過解釋符合公約第 5 條的範圍⁵⁵⁴；對於人身拘束的事由、法官保留亦同⁵⁵⁵。

第二款、羈押期間：聯邦憲法法院的決定

從羈押的實定法來說，德國並沒有因為人權公約以及人權法院的裁判做出太多改變。然而，就實務來說，最嚴重的問題出在羈押期間的問題。在歐洲人權公約以及人權法院的控制之下，羈押期間可以說是這個老牌法治國家的痛處；雖然 1968 年的 *Wenhoff* 案逃過了一劫，但是後來的 *Dzelili* 案、*Erdem* 案、*Cevizovic* 案都被宣告敗訴。「裁判理由構成不足」和「未盡勤勉義務」這兩個理由而被宣告敗訴，德國可以說是丟盡面子；也因此，德國學說和實務也開始注意到這個問題。

2005 年，聯邦憲法法院對於羈押期間的相關問題做出了決定⁵⁵⁶；該案中，當事人被羈押了 8 年，程序中，被告對於杜賽道夫地方法院（LG Düsseldorf）以及邦高等法院（OLG Düsseldorf）的羈押、繼續羈押的抗告屢屢遭到駁回，經判決確定後向聯邦憲法法院提出憲法訴願⁵⁵⁷。聯邦憲法法院於該判決中，首先指出「程序加速保障在整個刑事程序中都有適用」；其次並認為，「關於羈押期間，必須要衡量人身自由的利益以及刑事追訴利益。同時，也必須基於同樣考量，以客觀標準決定具體適當的刑事程序期間；必須要考量的因素包括了案情的複雜程度、參與程序的人數多寡或者是附隨於此的辯護行為，並且必須取決於個案程序

⁵⁵⁴ Vgl. Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2007, S. 252, Rn. 424.1.

⁵⁵⁵ Vgl. Kühne, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2007, S. 257-258, Rn. 434.

⁵⁵⁶ BverG, 3. Kammer des Zweiten Senats, Beschluss vom 05.12.2005, 2BvR 1964/05. 該判決並能在 <http://www.bundesverfassungsgericht.de/搜尋>。

⁵⁵⁷ 被告從 1997 年開始遭到羈押。該案事實方面參考：Christian Konert, Das Bundesverfassungsgericht und die Untersuchungshaft, 1. Aufl., 2007, S.4-5; Hermann, Untersuchungshaft, 2008, S.280, Rn. 897.

進行的變化；然而，隨著羈押期間的增加，構成法定基礎的要求也就越高」⁵⁵⁸，甚至進而認為下級法院的程序作為並不合乎憲法的要求。

簡單來說，對於羈押期間—如同歐洲人權法院—的問題，聯邦憲法法院並沒有要求「具體」的時間，而是要求必須在繼續性羈押時，必須加強審查羈押基礎，並且還有程序加速的考量。因此，「延長羈押」並不是不允許，但是必須嚴格的控管。1999 年的 *Dzelili* 案和 2004 年的 *Cevizovic* 案，顯然讓聯邦憲法法院學到了教訓，也開始向歐洲人權法院靠攏，甚至在本件憲法訴願判決中開始要求下級法院的庭期安排。2005 年德國勝訴的 *Chraidi* 案——同時也是歐洲人權法院史上羈押超過 5 年唯一勝訴的案子，審判庭期甚至達到了 1 個禮拜 2 次的審理頻率。整體來說，聯邦憲法法院和歐洲人權法院的手法相當一致：對於羈押期間的問題，本身雖然無法規範具體期間，但是必須從兩點加以控制：第一，隨著羈押期間的經過，審查密度必須增加；這也和歐洲人權法院的「關聯性」與「充足性」要求如出一轍。第二，在押被告的程序加速權利必須貫徹，這也同樣是人權法院所要求的「特別勤勉義務」⁵⁵⁹。

第八節、小結

第一項、權利體系

歐洲人權法院認為，本條款的保障限於公約第 5 條第（1）項第（c）款的羈

⁵⁵⁸ Gaede, Verfassungsverzögerung durch zur Zurückweisung führende staatliche Verfahrensfehler und Detailprüfung des Beschleunigungsgebots in Haftsachen, HRRS 2005, 409ff.; Schmidt, NStZ 2006, 313 ff., zitiert nach Hermann, Untersuchungshaft, 2008, S.280, Fn. 856; s. Auch Mayer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, 2. Aufl., 2006, S. 96, Rn. 36d. 本案憲法法院對於訴訟迅速原則的控制，包括認為明顯錯誤導致三審撤銷發回的延誤、介入下級審法院庭期的安排等，參考劉建志，刑事被告請求適時審判的權利—以歐洲人權法院判例法為中心，台灣大學法律研究所碩士論文，1996，頁 99。

⁵⁵⁹ 該決定對於下級審法院的實務運作影響效果，參考：Christian Konert, Das Bundesverfassungsgericht und die Untersuchungshaft, 1. Aufl., 2007, S. 11 ff.

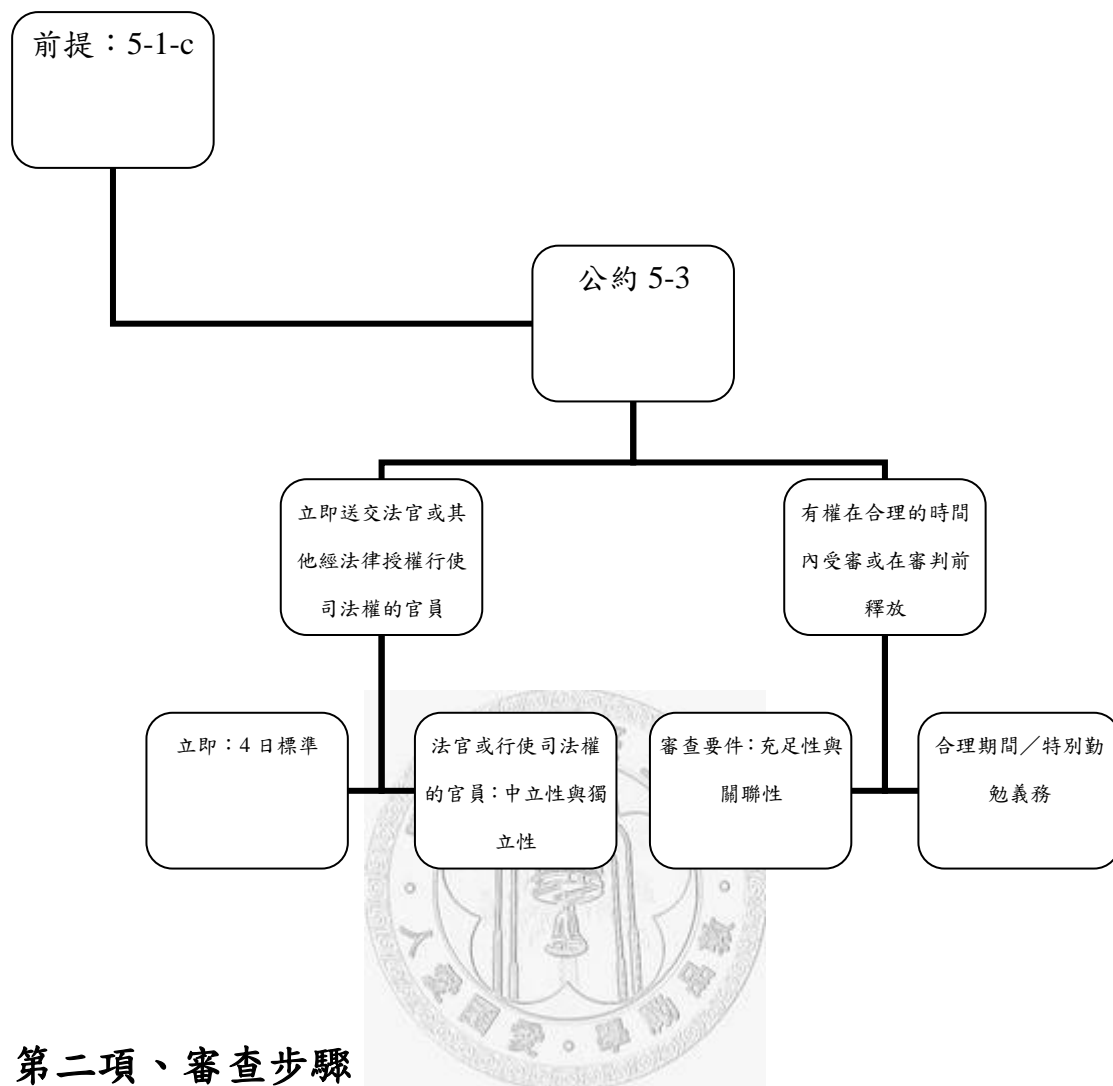
押，並且限制在第一次判決前；此外，公約第 5 條第（3）項保障了兩個分支，第一個階段是遭逮捕後立即受司法機關審查的權利；第二階段則是要求法院快速審查是否繼續拘束人身自由的權利。

第一個分支引申出的爭點主要有「立即」的解釋以及「行使司法權的官員」如何解釋的問題。關於「立即」，人權法院從 *Brogan* 案樹立的 4 日原則標準目前仍然繼續維持，並未改變；而「行使司法權的官員」如何解釋的問題，人權法院的態度逐漸的轉變，認為重點應該在「中立性」以及「獨立性」性上，從而雖然條文文字上「行使司法權官員」和「法院」並不相同，但是人權法院的態度可以看出逐漸往「法院」解釋靠攏的趨勢。也因此，人權法院同樣要求審查的機關以及程序都必須有「司法屬性」。這樣的解釋也主導了歐洲內國修法的趨勢。

第二個分支主要爭點也有兩個，一個是繼續性羈押的「關聯性」以及「充足性」；另外一個是「合理期間」如何解釋的問題。關聯性以及充足性的方面，面對歐洲數十國不同的規定，歐洲人權法院的類型化因素大致不脫公共利益的保障，也因此相當程度的容許了「預防性羈押」的存在。對於「合理期間」的態度，人權法院固然一再指出，無法用抽象的標準畫出期限，必須要就個案特徵具體檢視⁵⁶⁰；但是從本文之前的討論可以看出，1 年應該是一個原則標準。除此之外，人權法院也指出，對於羈押的被告，內國有「特別勤勉作為」的義務。圖示如下（圖表 6）：

⁵⁶⁰ Vgl. auch Christoph Grabenwater, Europäische Menschenrechtskonvention, 2 Aufl., 2005, S. 163, Rn. 30.

圖表 6：公約 5-3 爭點簡圖



第二項、審查步驟

審查步驟上，人權法院也是分開審查前階段（立即移送）與後階段（繼續羈押）的合法性。前階段審查的步驟基本上並不固定；但後者人權法院有一定的審查步驟。首先，必須先確認羈押期間，對此，人權法院傾向「整體觀察」而不是「個別審查」；其次，關於「合理期間」，法院會審查繼續性羈押理由的「充足性」與「關聯性」，並且基於「時間的經過會導致原本羈押基礎逐漸薄弱」的態度審查個案中的因素。當各案通過充足性以及關聯性的審查之後，人權法院審查繼續性羈押合公約性的最後一關則是內國有無盡到「特別勤勉義務」。

此外，人權委員會曾經在 *Neumeister* 案中具體建議了審查的步驟及要點分

別是⁵⁶¹：(1)、確認羈押期間；(2)、繼續性羈押與犯罪原因、刑罰嚴重性的關聯；(3)、受拘束人的行爲，包括了是否對於偵查程序有所拖延、是否因爲受拘束人的行爲拖延司法程序、其是否在要求釋放時有提供足夠擔保；(4)、偵查的態度，包括國家投入的資源、偵查機關的態度；(5)、司法當局的態度，包括處理被告釋放及完成程序的態度等，從人權法院的判決案例來看，這些要素也或多或少的在個案中產生影響。

但是必須注意的是，由於公約第 5 條第 (4) 項也同樣是保障羈押的權利，而第 6 條第 (1) 項的訴訟合理期間也是人權法院在這類案件中常常會碰到的問題，因此在頗多個案中，人權法院也會同時審查上開兩個條文。

第三項、審查密度

雖然人權法院一再強調對於審查羈押相關問題有無違反公約第 5 條第 (3) 項，必須要從各案特徵來決定，而無法抽象劃分具體的界線；但是從前面案例列表的統計數字，本文認為，羈押期的長短、案例法的累積以及思想、生活的進步，似乎和人權法院審查所持的密度寬嚴成正比。

至於恐怖活動的是否影響人權法院就羈押期間的審查態度？雖然人權法院一再表明對於恐怖主義的確是其所關心、也所支持的；然而，一方面，這些案例集中在「立即被帶往司法當局」的條款，人權法院也建立了明確的標準；另一方面，從波蘭自 2003 年底開始遭受恐怖主義威脅，以及土耳其長久以來的庫德族問題來看，從時間爲標準或從國別爲標準來看，人權法院似乎也並沒有因此採取一如同美國在 911 事件之後的一對人權保障的問題採取相對保守的立場，因此雖然恐怖活動以及軍事安全問題已經蔓延到全球，但是歐洲人權法院仍然繼續扮演

⁵⁶¹ ECHR, *Neumeister v. Austria*, Judgment of 27 June 1968, Appl. 1936/63, Series A no. 8, Arguments of the Commission and the Government, §2.

歐洲人權的安全閥腳色⁵⁶²。



⁵⁶² Cases see Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, *European Human Rights Law Text and Materials*, 2000, pp. 387-399.

第五章、剝奪自由的一般程序要件——第 5 條第

(2)、第 (4) 及第 (5) 項

第一節、第 5 條第 (2) 項

第一項、總論

人權公約第 5 條第 (2) 項規定：「被逮捕的任何人應以他所能了解的語文立即告知被捕理由及被控罪名」⁵⁶³。本條款規定了內國有義務對受到自由剝奪的人告知受到剝奪的原因，文獻上也指出，本條款的規定是提供了權利人有請求資訊的權利 (*Recht auf Information*)⁵⁶⁴。

體系上，第 6 條第 (3) 項 (a) 款也規定受刑事控訴的人有下列權利：「立即以他所能了解的語文並詳細地告知他被控的性質和原因」⁵⁶⁵。在受告知的主體方面，和公約第 5 條第 (2) 項規定相比，第 6 條僅限於刑事控訴的被告，而第 5 條 (2) 項是「受到逮捕的任何人」，兩者或有重疊，但不盡相同。在告知義務的內容方面，第 6 條也規定必須「詳細告知」「被控訴的性質及原因」，也較第 5 條第 (2) 項為具體。之所以這樣規定的理由是，由於第 6 條提供的是刑事訴訟的權利，是為了要讓被告能夠準備訴訟程序，因此告知義務的內容自然必須較為詳細而具體；第 5 條僅僅是要讓受自由剝奪的個人了解他的法律處境，因此只需

⁵⁶³ ECHR §5(2) provides:

“Everyone who is arrested shall be *informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and the charge against him*”.

⁵⁶⁴ Eva Unfried, *Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK*, 2006, S. 40; Mayer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar*, 2. Aufl., 2006, S. 92, Rn. 25.

⁵⁶⁵ ECHR §6(3)(a) provides:

“...to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him” .

要知悉逮捕、控訴的一般性理由即可⁵⁶⁶。

第二項、告知義務

第一款、「立即」的意義

對於受逮捕人的告知義務，必須「立即」的為之；亦即，必須在可能的緊接時間內告知，但是仍然必須看各該案件的環境、特徵來決定⁵⁶⁷。人權法院在 *Kerr* 一案中⁵⁶⁸，對本條款做了相當詳細的解釋⁵⁶⁹：

「該條款的要件是為了保護人民在受到剝奪自由時，得以知道理由。該條款也是公約第 5 條所描繪出保障人權的藍圖所不可或缺的要件之一：根據該條款，受到逮捕的人必須受告知。告知的內容必須包含基本的事實與法律上的基礎，而不能只是技術性的語言；如此，以使其能夠挑戰該人身自由的剝奪在同條第 (4) 款的合法性問題。告知義務雖然必須『即時』為之，但並不能連結到逮捕機關在逮捕的時時刻刻都要告知。在各別具體個案中，對於告知義務的內容和即時性，必須要取決於其不同特徵評估，以決定是否滿足公約的條款。」⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 131; Eva Unfried, *Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK*, 2006, S. 41.

⁵⁶⁷ Eva Unfried, *Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK*, 2006, S. 42-43; vgl. dazu Christoph Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2 Aufl., 2005, S. 160, Rn. 26f.

⁵⁶⁸ ECHR, *Kerr v. United Kingdom*, admissibility decision of 7 December 1999, Appl. 40451/98. See also ECHR, *Fox, Campbell and Hartley v. United Kingdom*, Judgment of 30 August 1990, Appl. 12244/86; 12245/86; 12383/86, Series A no.182, § 40.

⁵⁶⁹ “The Court recalls that paragraph 2 of Article 5 contains the elementary safeguard that any person arrested should know why he is being deprived of his liberty. This provision is an integral part of the scheme of protection afforded by Article 5: by virtue of paragraph 2 any person arrested must be told, *in simple, non-technical language* that he can understand, *the essential legal and factual grounds for his arrest*, so as to be able, if he sees fit, to apply to a court to challenge its lawfulness in accordance with paragraph 4. Whilst this information must be conveyed “promptly” (in French: “*dans le plus court délai*”), *it need not be related in its entirety by the arresting officer at the very moment of the arrest*. Whether the content and promptness of the information conveyed were sufficient is to be assessed in each case according to its special features”.

⁵⁷⁰ 這樣「個案決定」的審查模式在 *Murray* 案中就已經提出(ECHR, *Murray v. United Kingdom*, Judgment of 28 October 1994, Appl. 14310/88, Series A no. 300-A.)。該案中，歐洲人權法院認為，申訴人在受到逮捕後直至訊問之間隔了數小時之久，在此時申訴人才受到告知，這樣並不能就認定是違反公約的即時告知義務，但必須注意的是，*Murray* 案是對第 6 條告知義務的審查。See also C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 131.

在歐洲人權法院的累積案例裡面，違反本條款的案例僅有 *Leer* 一案⁵⁷¹。該案中，荷蘭政府在命令強制隔離時，並沒有提供申訴人任何一有關何以她被拘禁在精神病院一的事由；甚至連申訴人在「事實上」受到自由剝奪的這件事情都不願告知，當事人甚至到後來才知道她自己是「自願入院」的。人權法院認為，不論是申訴人受到自由剝奪的通知方法，或者是受到通知的時間，都不符合公約第 5 條第（2）項的標準⁵⁷²。

第二款、告知事項

人權公約第 5 條第（2）項既然規定，被逮捕的任何人都應以他所能了解的語文立即告知被捕理由及被控罪名，按照該條規定，會員國於一開始逮捕人民時，必須要「立即地」以其能了解之語言踐行告知義務；告知義務的內容至少包含了「被捕理由」以及「告知罪名」⁵⁷³。

第三款、「告知形式」的解釋

在前面提到的 *Kerr* 案中，申訴人在英國政府依據反恐法（the Prevention of Terrorism Act）逮捕並羈押，在逮捕時，內國政府告知了他逮捕的罪名。首先，人權法院表示，僅僅告知當事人逮捕的法律罪名，並不符合公約第 5 條第（2）項的意旨⁵⁷⁴。本案中，申訴人遭到逮捕之後，政府立即在軍事收容所訊問他涉嫌有關恐怖活動的問題，包括了炸彈攻擊活動、遭扣押的特定電腦及電磁紀錄、組織成員等。從英國政府在短暫時間內，一連串的動作，以及當事人因此收到的訊

⁵⁷¹ ECHR, *Van der Leer v. the Netherlands*, Judgment of 21 February 1990, Appl. 11509/85, Series A no. 170; Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 41.

⁵⁷² ECHR, *Van der Leer v. the Netherlands*, Judgment of 21 February 1990, Appl. 11509/85, Series A no. 170, §§ 25~31.

⁵⁷³ 文獻上亦有認為係必須告知剝奪自由的「事實上」(tatsächlich)以及「法律上」(rechtlich)的基礎。Vgl. Eva Unfried, *Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK*, 2006, S. 41.

⁵⁷⁴ 這是人權法院的固定見解，並參考 ECHR, *Fox, Campbell and Hartley*, Judgment of 30 August 1990, Appl. 12244/86; 12245/86; 12383/86, Series A no. 182, §41.

息看起來，他應該是可以因此充分了解他的法律處境以及爲何受到拘禁；從而人權法院認爲本文中，英國政府並沒有違反公約第 5 條第（2）項的規定。

此外，公約第 5 雖然規定了立即「告知」的義務，但是在歐洲人權法院的案例中，人權法院以條文意旨出發，認爲重點應該是在使當事人了解自己何以受到拘禁以及自己的處境；有時候客觀環境、情勢足以使當事人自己明瞭情況時，那麼就算沒有真的「口頭告知」，也符合公約第 5 條第（2）項的要求。在 *Dikme* 一案中⁵⁷⁵，申訴人對於警察提供假的身分證件，並在警察發現該文件係偽造後遭到逮捕，之後警察並沒有具體的告知逮捕事由。人權法院認爲，本案和其他案例中的「訊問時告知」雖然並不相同，但是本文中既然因為當事人故意的提供偽造的身分證件而起，那麼申訴人應該有能力—或者事實上的確—知道他為什麼遭到逮捕；並且根據後來的訊問，當事人也應該知道為什麼遭到逮捕，因此人權法院認爲政府的作爲並沒有違反公約第 5 條第（2）項。

必須要注意的是，人權法院在這裡對「告知義務」的認定標準似乎很寬鬆；然而這樣的解釋是基於公約第 5 條的「人身自由拘束」觀點，而與第 6 條的「公平審判」脈絡不同。從而認定的基準、解釋的射程、案例法所指涉的要件、射程都不相同。簡之，公約第 5 條第（2）項的目的僅在於讓當事人盡速的了解自己自由遭到剝奪的原因⁵⁷⁶——包括事實和法律上的處境，至於不自證己罪或者公平審判的程序權利，則是另一個層次的問題⁵⁷⁷。

第三項、以當事人能瞭解的語言告知

在國境相連、出入國境頻繁的歐洲大陸而言，「語言」問題對於移民、外國

⁵⁷⁵ ECHR, *Dikme v. Turkey*, Judgment of 11 July 2000, Appl. 20869/92, RJD 2000-VIII.

⁵⁷⁶ Donna Gomen (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 41.

⁵⁷⁷ Vgl. auch Eva Unfried, *Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK*, 2006, S. 41.

人而言是相當重要的事情。人權委員會在第 5 條第 (2) 項的意見是：在當事人遭到逮捕之後，如果偵查程序法官 (investing Judge) 用該當事人的母語來訊問，就符合公約的意旨。然而，下一個問題是，事實上當事人是否因為告知或者訊問，而的確能夠瞭解自己的處境，該「是否瞭解」有否在公約第 5 條第 (2) 項的射程範圍？就人權法院的裁判來看，並不清楚⁵⁷⁸。在 *X v. Federal Republic of Germany* 一案中⁵⁷⁹，歐洲人權法院表示，對於該條款的告知而言，並不需要告知完整的所有控訴事實原因，但必須受到事實以及羈押理由的充分告知；同時也只要以一般能夠使當事人理解的語彙告知即可。結合公約第 5 條第 (1) 項第 (c) 款，該告知條款僅是要使當事人能夠挑戰犯罪嫌疑的合理性而已⁵⁸⁰。人權法院認為，在「以其能理解的語言告知」這個問題上，只要是「具備一般智識的人」(a person of only average intelligence) 能夠理解的語言而為告知，即可符合公約的要求⁵⁸¹。



第二節、第 5 條第 (4) 項

第一項、總論

第一款、規範目的

人權公約第 5 條第 (4) 項規定⁵⁸²：「遭受逮捕或拘留而被剝奪自由的任何人

⁵⁷⁸ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 132.

⁵⁷⁹ ECHR, *X v. Federal Republic of Germany*, Decision of 13 December 1978, Appl. 8098/77, 16 DR 111.

⁵⁸⁰ ECHR, *X v. Federal Republic of Germany*, Decision of 13 December 1978, Appl. 8098/77, 16 DR 111, p. 113.

⁵⁸¹ 然而，這個標準仍然有所爭議。參考 C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 132.

⁵⁸² ECHR, §5(4) provides:

“Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful”.

有權利用司法程序要求法院快速對其拘留的合法性作出決定，拘留若屬非法，則應命令將其釋放」。

本條款提供個人對於剝奪自由得以利用司法途徑審查其合法性的權利⁵⁸³；反面說，國家政府剝奪自由必須根據其內國法為之⁵⁸⁴。此外，本條款也擔保個人對於拘留具備有效、充足的救濟途徑，例如必須對於拘留本身合法性的爭執，而非僅對於權力有否濫用、或僅對於拘留程序的合法性抗辯爭執⁵⁸⁵。此外，本條係為保障個人人身自由的「合法性」審查，因此如果將條文解釋為僅提供予遭「非法拘留」個人方得以行使，那麼就根本的違反了本條的意旨⁵⁸⁶。

第二款、剝奪人身自由的「合法性」審查

本條提供遭到剝奪人身自由的個人向法院挑戰該強制處分合法性的機會，而法院，當然也如前所述，必須具備獨立性以及中立性，並按照公平程序做出決定；該審查自由剝奪的程序必須要快速進行 (*speedily*)，在法院認為剝奪人身自由的強制處分不合法時，應立即釋放⁵⁸⁷。必須注意的是，和第 5 條第 (3) 項僅提供因 (c) 項受羈押人的迅速審查的權利不同，第 (4) 項提供了所有個人受到所有原因剝奪人身自由的迅速合法性審查權利，這也就是一般我們所熟知的「人身拘束令狀制度」—Habeas Corpus—的公約規定⁵⁸⁸。該制度—成文法—的起源，是以英國 1679 年人身保護制度為濫觴⁵⁸⁹。

⁵⁸³ Grabenwater 簡單明確地指出，這是要求審查(是否合法)拘束的權利，參考：Christoph Grabenwater, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2 Aufl., 2005, S. 164, Rn. 32.

⁵⁸⁴ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 44.

⁵⁸⁵ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 44; C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 133.

⁵⁸⁶ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 465. 並參照本文第 8 章第 1 節關於我國提審的部分。

⁵⁸⁷ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 43; Eva Unfried, *Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK*, 2006, S. 54.

⁵⁸⁸ *Id.*, Christoph Grabenwater, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2 Aufl., 2005, S. 164, Rn. 32.

⁵⁸⁹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 462.

人權法院同時也要求各該內國必須提供有效－對於拘束爭執合法性－的人身拘束審查制度，例如在 *Sakik v. Turkey* 一案中⁵⁹⁰，個人要求內國對於拘留合法性審查，卻因為沒有任何成功案例或者憲法條文可以援引，導致無法審查，那麼就根本的欠缺 Habeas Corpus 的制度，而遭到歐洲人權法院宣告違反公約第 5 條第（4）項⁵⁹¹。內國如果對於個人要求審查的司法途徑設置過多的障礙（包括了法律上或者因為事實上國家作為導致無法司法審查），也同樣會受到人權法院宣告違反公約⁵⁹²。

第三款、有疑唯利自由（*in dubio pro libertate*）

在 *Hutchison Reid v. United Kindom* 一案中，歐洲人權法院認為⁵⁹³：「本院雖然沒有案例法直接指出第 5 條第（4）項的舉證責任問題，然而案例中已經有認為，要求羈押被告舉證自己沒有逃亡風險，與公約條款相矛盾」。該案中，內國警方要求申訴人必須自行證明自己沒有精神障礙的法定原因或程度，內國法院也認為證據的確無法支持申訴人是「有威脅性的」；但基於舉證責任的轉換，仍然拘禁申訴人。人權法院認為，將舉證責任轉移並不是不可以，但是要在申訴人有能力足以影響決定的範圍內，從而英國政府違反了公約第 5 條第（4）項⁵⁹⁴。

本文認為，人權法院雖然沒有清楚的指出舉證責任絕對不能轉換，但是由於公約第 5 條第（1）項各款的拘束人身自由，其實都是讓被告處在極度不利的狀況下，從而「有疑唯利自由」應該可以適用在公約第 5 條第（4）項的人身自由保護程序上⁵⁹⁵。

⁵⁹⁰ ECHR, *Sakik and Others v. Turkey*, Judgment of 26 November 1997, Appl. 23878/94, Reports 1997-VII.

⁵⁹¹ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 44.

⁵⁹² Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 44.

⁵⁹³ ECHR, *Hutchison Reid v. the United Kindom*, Judgment of 20 Frbruary 2003, Appl. 50272/99, §70.

⁵⁹⁴ ECHR, *Hutchison Reid v. the United Kindom*, Judgment of 20 Frbruary 2003, Appl. 50272/99, §§73-74.

⁵⁹⁵ 相同結論，參考 Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 487-488. 此

第四款、與公約第 5 條第 (3) 項比較

第一目、前提要件的不同

公約第 5 條第 (3) 項，僅有因公約第 5 條第 (1) 項第 (c) 款羈押的申訴人，可以要求第 (3) 項的特別審查程序。至於第 5 條第 (4) 項，保障了一般性的人身拘束情形。準此，對於羈押的被告來說，第 (3) 項以及第 (4) 項的保護有可能產生競合⁵⁹⁶。因此，對於受人身拘束的被告，可以說「羈押」的情形，必須要進入第 5 條第 (3) 項的特別程序權利審查；一般「人身拘束」—包含被羈押—的情形，必須要按第 5 條第 (4) 項的一般程序權利審查。這樣的條文結構，文獻上指出，在實際操作上，能夠在內國司法當局未盡遵守公約第 5 條第 (3) 項的要求時，以此做為另外一個防線⁵⁹⁷。

第二目、適用階段的不同

如同前述，第 (3) 項的權利分為兩者，第一是立即的交付司法審查，第二是羈押必須在合理期間內受審或釋放。第 (4) 項的權利，和第 (3) 項拆開兩個階段不同，而是得以在個人遭受任何拘捕程序的時候，即要求司法審查。例如被告被逮捕之後，送交法院審查羈押，並經聲請法院裁押獲准；在「拘捕」到「送交法院審查之間」，公約第 5 條第 (3) 項所要求的是「立即性」的問題，公約第 5 條第 (4) 項則對此有兩種權利，第一，要求盡速審查，這個權利和第 (3) 項的權利相同，在羈押的情形，甚至可以由第 (3) 項取代⁵⁹⁸。另外一個部分，則

外，必須注意的是，「有疑唯利自由」雖然看起來和刑事訴訟上的「有疑唯利被告」相當雷同，但是後者主要是裁判規則，前者毋寧是一般性的影響層面；當然，如果把所謂的「舉證責任」理解為客觀層面的風險負擔，那麼意義上就區別不大。

⁵⁹⁶ ECRH, *De Jong, Baljet and Van den Brink v. Netherlands*, Judgment of 22 May 1984, Appl. 8805/79; 8806/79; 9242/81, Series A no. 77, §§56-57.

⁵⁹⁷ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 466.

⁵⁹⁸ 可能的疑問是，如果功能都被第(3)項取代，本項意義為何？在於除了「羈押」，公約第 5 條第(1)項還規定了其他各款得以拘束人身自由的情形，因此不能以條文競合而可能缺乏實益的看

是第(3)項所欠缺的，也就是在「拘捕」和「送交法院」之間，被告依照公約第(4)項所保護的權利，仍然可以要求司法審查拘束的合法性⁵⁹⁹⁶⁰⁰。

第二項、*Habeas Corpus*：自由的保護

第一款、自由的古代意義

第一目、漢摩拉比法典

在漢摩拉比法典(*Hammurabi's Code*)裡面，爲了司法的正直，必須排除貪污腐敗的法官；如果誣告別人，控訴者自己必須受到同樣的處罰⁶⁰¹。著名的「以眼還眼，以牙還牙」(eye for eye, tooth for tooth)條款，僅有在受害者係「自由人」(freeman; patrician)或是同等階級時，才有適用。如果受害者是一般下級平民(commoner)，只需以銀幣代替罰款即可⁶⁰²。換言之，報復懲罰僅在同等階級間適用，否則僅有賠償而已。

第二目、舊約與新約

法，而否定公約第5條第(4)項作爲人身保護制度的一般條款。

⁵⁹⁹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 466; see also ECRH, *De Jong, Baljet and Van den Brink v. Netherlands*, Judgment of 22 May 1984, Appl. 8805/79; 8806/79; 9242/81, Series A no. 77, §§56-57.

⁶⁰⁰ 而例如李壽星，傳染病防治法對人身自由限制之探討，東吳大學碩士論文，1996，頁38，認爲：「從文義解釋來看，第三項之程序規定與第四項所規定者，有很大不同。第三項中，特別使用了法官以及司法權(judicial power)，於第4項中，則是使用了法院(power)。第三項刑事被告之場合，使用審理(trial)，而關於其他人身自由侵害之情形，第四項則使用程序(proceeding)。可見歐洲人權公約爲強調刑事被告人身自由侵害情形，其所進程序必須爲司法性質，而其他非刑事被告人身自由侵害之情形，則僅需接受法院審查。很顯然地，歐洲人權公約對於不同種類人身自由侵害之情形，予以不同程度之程序保障」。對於這樣的說法，首先，第3項的「法官與司法權」文義顯然範圍不會比第4項的「法院」要小，就此，何以做爲第3項程序保障要比第4項要強的理由，不無疑問；況且，兩者用字雖然不同，但人權法院的見解都是以中立性以及獨立性作爲核心。其次，對於刑事被告的自由侵害，必須區分拘捕、羈押以及判決中審查的程序，而其所進行的程序，有直接適用公約第6條，有從公約第6條所導出，不當然能夠從字面概括的解釋。最後，從該文的意見似乎認爲，第4項無庸進行司法程序，因此和第3項的司法程序有所差別，就此，和人權法院的意見相左，參本文第5章、第2節、第4及第5項部分。

⁶⁰¹ Micheline R. Ishay, *The History of Human Rights—From Ancient Times to the Globalization Era*, 2004, p. 28.

⁶⁰² 客觀貨幣價值與個人生命、自由的歷史關連，參 Georg Simmel, *Philosophie des Geldes*, 陈戎女等譯，貨幣哲學，2002，頁277以下。

舊約聖經裡 (*Hebrew Bible*)，同樣提到了賄賂法官與法官貪汙的問題，例如在舊約申命記提到「法官...不可接受賄賂，因為賄賂令智慧人的眼目失明，使正確遭受曲解。」(Deuteronomy 16:19-20 JB)⁶⁰³；在誣告與誹謗的誡命方面，出谷記也要求「不可隨從多數以附和惡事；在爭訟的事上，不可隨從多數說歪曲正義的話。」；「在爭訟的事上，也不可偏袒弱小。」(Exodus 23:2-3 JB)。舊約也要求「愛人如己」，同時，「欺壓窮人的，就是褻瀆造物主」(Proverbs 14:31-35 JB)。而不論外國人、本國人都應相同對待⁶⁰⁴；對於陌生人也是一樣，「因為你們自己在外國也是陌生人」⁶⁰⁵；法官也必須不論受審對象一律公平審判⁶⁰⁶。但在報復懲罰來說，和巴比倫時期的漢摩拉比法典相較，並沒有維持區分階級的不同對待⁶⁰⁷；申命記中宣布的律法提到⁶⁰⁸：「...若那作證的是一個假證人，誣告自己的兄弟，你就應對付他，如同他想對付自己的兄弟一樣；這樣你便由你中間剷除了這邪惡，其餘的人聽了，必然害怕，在你中間再不致有這樣的惡事發生。」；「你不可發慈悲，要以命償命，以眼還眼，以牙還牙，以手還手，以腳還腳。」⁶⁰⁹⁶¹⁰。

相對於舊約，新約聖經更充滿了「愛人如己」與「寬恕」的誡命。就此，相對舊約作為猶太人的宗教與律法，新約逐漸轉化為更廣泛的宗教信仰。即便耶穌說：「你們不要以為我來是廢除法律或先知；我來不是為廢除，而是為成全。」(Matthew 5:17 NEB)，亦即，耶穌的說法只是「補充」而不是「推翻」舊約。

⁶⁰³ 這一點在舊約一再提及，例如出谷記第 23 節(Exodus 23:1-9 JB)，也一再要求法官的正直和清廉。

⁶⁰⁴ Leviticus 19:15-18 JB.

⁶⁰⁵ Exodus 22:20 JB.

⁶⁰⁶ 肋未記(Leviticus 19:14-15, 18 JB)與申命記(Deuteronomy 1:16-17, 31-35 JB)都有提到。

⁶⁰⁷ Micheline R. Ishay, *The History of Human Rights – From Ancient Times to the Globalization Era*, 2004, p. 28.

⁶⁰⁸ Deuteronomy 19:18-21 JB.

⁶⁰⁹ 舊約中提到的證據法，其實就算在現代意義也不遑多讓。例如申命記裡面也提到：「人無論犯了什麼不義，什麼罪惡，或什麼過錯，只憑一個見證，罪名不得成立；須憑兩個或三個見證的口供，纔可定案。若有人懷有惡意，起來作證控告某人犯法，二人應一同站在上主面前，和值班的司祭及法官面前。法官應仔細詢問。」(Deuteronomy 19:15-18 JB; see also Leviticus 19:15-21 JB)，如果在刑事訴訟法來說，就是證據的補強、對質詰問權、法院的澄清義務。

⁶¹⁰ 至於東方的印度王朝、佛教、中國之間的戒律與思想，參：Micheline R. Ishay, *The History of Human Rights – From Ancient Times to the Globalization Era*, 2004, p. 29-31.

但在更強調寬恕的價值觀下，新約記載耶穌的傳到：「你們一向聽過給古人說：『不可殺人！』誰若殺了人，應受裁判。我卻對你們說：凡向自己弟兄發怒的，就要受裁判，誰若向自己的弟兄說『傻子』，就要受議會的裁判；誰若說『瘋子』，就要受火獄的罰。」⁶¹¹；「你們的話當是：是就說是，非就說非；其他多餘的便是出於邪惡。你們一向聽說過：『以眼還眼，以牙還牙。』我卻對你們說：不要抵抗惡人；而且，若有人掌擊你的右頰，你把另一面也轉給他。」⁶¹²；「你們當愛你們的仇人，當為迫害你們的人祈禱，好使你們成為你們在天之父的子女，因為祂使太陽上升，光照惡人，也光照善人；降雨給義人，也給不義的人。」⁶¹³⁶¹⁴。

第三目、交織而成的自由權利

簡單來說，雖然久遠之前的規定與想法，無法和現代的「自由」意義相提並論⁶¹⁵；但是，參考以前的歷史戒律，「汝不能殺人」(thou shall not kill)或「汝不能偷竊」(thou shall not steal)等規定，其實就是在保障人民的生命權與財產權，從而其實從以前的典章制度可以看出一些保障人身自由的端倪。學說指出，古代的「人權」思想關聯—從兩河流域一直到希臘、羅馬，乃至於新舊約聖經—，告誡了人民和信徒各種禁令與義務，其中良心的實踐、宗教的寬容，個人生存與安全，也能夠交織連結到自由權利的象徵⁶¹⁶。

⁶¹¹ Matthew 5:21-22 NEB.

⁶¹² Matthew 5:37-39 NEB.

⁶¹³ Matthew 5:44-45 NEB.

⁶¹⁴ 猶太教義與基督徒之間並不是一直「彼此成全」的，甚至「就一些基督徒而言，他們痛苦地認識到，數世紀的基督宗教的反猶太教，也許對使得奧維茲集中營和對猶太人的大屠殺成為可能的氛圍負有責任。」，參考 Harvey G. Cox, CHRISTIANITY, 孫尚陽譯，基督宗教，2002年，147-151頁。Harvey G. Cox 同時也正確的指出，基督宗教從猶太教派到世界宗教的轉變，並不是一件輕易的事情，彼此之間的扞格也一直存在。例如，外邦人是否應該改宗猶太人，行割禮、遵循猶太人的飲食律法，才有資格響應福音、成為教會成員？彼得和保羅之間的爭執最後是由保羅取得勝利，基督宗教也因此甚至成為外邦人占主導地位的運動，參考：Harvey G. Cox, CHRISTIANITY, 孫尚陽譯，基督宗教，2002年，49-51頁。

⁶¹⁵ Micheline R. Ishay, The History of Human Rights—From Ancient Times to the Globalization Era, 2004, p. 27.

⁶¹⁶ Micheline R. Ishay, The History of Human Rights—From Ancient Times to the Globalization Era, 2004, p. 28.

例如，舊約的世界裡，奴隸（或僕從）享有特定的權利，並且只要他們不是戰俘，就可以在一段時間後重獲自由；而羅馬時期雖然沒有對奴隸這麼寬大，但從新約來看，只要受到福音的感召，即便是奴隸，他們也會是天主的自由子民⁶¹⁷。例如格林多前書（上）第 7 章中提到：「你是作奴隸蒙召的嗎？你不要介意，而且即使你能成為自由人，你也寧要守住你原有的身份，因為作奴隸而在主內蒙召的，就是主所釋放的人。」⁶¹⁸。這個時期的人身自由權利概念，並不是全面性的開展，反而比較是良心、信仰的自由；心如果自由，那麼，身體也是自由的。

第二款、*Habeas Corpus*：英國的權利進步史

第一目、13 世紀的英國

個人有權要求即時審查人身拘束處分的合法性，這種制度稱為「人身拘束令狀制度」，拉丁原文稱之為“*Habeas Corpus*”。人身自由的拘束，幾乎是從有刑罰史以來，就會有的現象；從有權利意識的產生、中產階級抬頭、自然法的思想、民主的革命、甚至是階級的鬥爭之後，首先要求的幾乎就是人身自由權利的保護⁶¹⁹。歐洲大約是到 18 世紀左右，因為階級問題以及革命，從法國大革命的人權宣言以及拿破崙時期開始廣泛的受到各國所繼受，並全面的擴散⁶²⁰。然而人身拘束令狀制度（*habeas corpus ad subjiciendum*），早在 13 世紀左右就開始在英國的普通法（common law）發展⁶²¹；1215 年所頒布的「大憲章」（Magna Carta 1215，

⁶¹⁷ 其與當時羅馬帝國的統治其實有相當大衝突。

⁶¹⁸ I Corinthians 7:21-22 NEB JB. 但就「解放奴隸」的實際行動，基督教徒毋寧是比較不那麼直接身體力行的，而比較強調應公平對待奴隸；新約中，對於不同階級的人，特別強調應一視同仁，並且不同階級應該盡力去做自己的事情，而這些事情是爲了主，不是爲了人。參考：Colossians 3:22-23 NEB; the letter of Paul to Philemon 1-25 NEB。

⁶¹⁹ Vgl. nur. Klaus Kröger, Grundrechtsentwicklung in Deutschland – von ihren Anfängen bis zur Gegenwart, 1998, S.1 ff.

⁶²⁰ 也因為民族國家的形成有其先後，因此對於具體條件以及成文憲法對於人身自由的保護仍然需要視其政治以及歷史因素。例如德國是因為法國大革命以及國家統一的聲浪，而在 1849 年產生了法蘭克福憲法（亦稱保羅教堂憲法 Paulskirchenverfassung），該憲法 138 條規定了免於恣意人身拘束的權利。Vgl. Klaus Kröger, Grundrechtsentwicklung in Deutschland – von ihren Anfängen bis zur Gegenwart, 1998, S.22ff, 25.

⁶²¹ 至少在 12 世紀亨利二世（Henry II）就有類似人身保護的制度；而人身令狀保護制度（*habeas corpus*

Magna Carta 是拉丁文，意指 Great Charter)，普遍被認為是英國法人身保護制度的第一個成文化法典。其中第 39 條規定⁶²²：

” No Freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his Freehold, or Liberties, or free Customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed; nor will We not pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his Peers, or by the Law of the Land.”⁶²³。

上面這段話，中文的意思是：「任何自由人不得被捉拿、拘囚、剝奪產業，放逐或受任何損害。除非受同等人之合法判決及本地法律所允許，我們亦不會自己充當軍隊或派軍攻擊他」⁶²⁴。這樣的明文由國王簽署的文件，明文的限制了王權；雖然在當時的時空背景下，主要是貴族為保障其權利／力⁶²⁵，而因此對國王的權限明文限縮，甚至在簽屬簽署之後，貴族在挾持英王約翰簽署法案後滿意離

corpus ad subjiendum)的具體明文，是在 1305 年愛德華(Edward I)的統治下所出現。

⁶²² 1215 年的大憲章條文參考 <http://www.britannica.com/eb/article-9116848/Magna-Carta>；1297 年大憲章則可由 <http://www.statutelaw.gov.uk/> 搜尋。然而事實上，當時的大憲章均以拉丁文寫成，英文版本係後人所譯。

⁶²³ 1215 年大憲章的條文，歷經亨利三世(Henry III)在 1216、1217、1225 的修訂與再次頒布，而到 1272 年為止，亨利三世已經統治英國長達五十餘年，因此大憲章的條文已經成為英國法律制度習以為常的一部分，到 1297 年愛德華再度確認了 1225 年亨利三世的版本，稱為「肯定法案」(Confirmatio cartarum)，但其中條號也有所變更。從十三世紀以至現代，多半的條文都已經被修改或者廢棄。人身保護制度算是碩果僅存的少數條文(1297 年至現代僅僅 1、9、29 條 3 條而已)之一。歷次大憲章的條文後來也被帶往北美殖民地而成為美國自然法、憲法的思想以及具體條文。關於其演變以其司法審查的態度，僅參考 R. J. Sharpe, *The law of Habeas Corpus*, 1976, pp.10, 25-26.

⁶²⁴ 由於坊間所譯版本眾多，但是或許因為重要性不大的緣故，” nor will We not pass upon him, nor condemn him”一段均多無譯出，這裡的中文翻譯係採輔仁大學雷敦蘇教授所譯，參考雷敦蘇，英國大憲章今譯，和平叢書 26，2002，頁 39 以下，可參考網址：[http://peace.ls.fju.edu.tw/doc/\(26\)%20Magna%20Carta.doc](http://peace.ls.fju.edu.tw/doc/(26)%20Magna%20Carta.doc)。

釋字 392 號張俊雄等釋憲聲請書中並指出：「基本人權保障之理念源自於英國，人身自由的保障亦不例外。其起源應可追溯至西元 1215 年之大憲章(the Magna Chata)第 39 條：『自由民非依斯土之法(the law of the land)，並受同儕之合法審判者，不得逮捕、監禁、剝奪其財產、置於法律保護之外、放逐於國外、或加以任何危害。』為了落實大憲章對人身自由之保障，在西元 1679 年之人身保護律(The Habeas Corpus Amendment Act, 1679)則將習慣法中之「人身保護令」(Writ of Habeas Corpus)成文化。而我國憲法上的提審制度，即是源自於人身保護令狀制度。」。

⁶²⁵ 一開始叫做「男爵法案」(Articles of the Barons)。

去；英王卻等到貴族一離去，旋即發表聲明廢除該法案而引發內戰⁶²⁶，但是對於明文的對王權的限制與人身自由保護，1215 年大憲章畢竟是成文法的濫觴⁶²⁷。

第二目、1679 年人身保護法案

令狀制度的用途，也和現代一般熟知係在刑事程序上避免恣意的人身拘束的概念，相去甚遠；這時候的 Habeas Corpus 而是用在民事訴訟程序，用以要求被告到庭⁶²⁸。比較接近現代意義的成文法典是在 1679 年的「人身保護法案」(Habeas Corpus Act 1679)⁶²⁹，根據學理的看法，這個法案除了保護人身自由之外，至少還有兩個不同的全新意義：首先，如果犯人有權獲釋，他不會因為程序的不足而導致無法為之；該法案保障犯人得以在任何時候獲得西敏寺(Westminster)的任何法官所給予的令狀，獄卒必須立即執行釋放；釋放後，犯人不會再度回到監獄，同時也要求獄卒必須給予犯人複本，以使其知悉受拘束的原因⁶³⁰。其次，如果犯人無權立即獲釋，他有權盡可能毫無延遲地接受審判(...be brought to trial with as little delay as possible.)⁶³¹。除了這兩個改變之外，同時因為國會對該法案的重視，以及認為並不能永遠完全信任法官的決定，因此也設下了條款：法官個人對於不適當的人身拘束，應負懲罰性賠償。此外，該法案也僅僅適用在刑事案件⁶³²。

第三目、*Somersett* 案

⁶²⁶ 稱為「第一次男爵戰爭」(First Barons' War)。當時也因為教宗伊諾森三世(Pope Innocent III)和英王站在同一陣線，聲稱該法案是一個「以武力和恐懼強加國王的無恥下流協定」(“...shameful and demeaning agreement, forced upon the king by violence and fear.”)，導致貴族、國王、教會之間情勢越演越烈。爾後約翰在戰爭中病死(1216 年)，僅九歲的亨利三世即位，當年王室即以其名義發布內容雷同的大憲章以穩定局勢，同年戰爭亦結束。

⁶²⁷ 該法案 61 條明文由二十五名貴族組成的委員會有權隨時召開會議，具有否決國王命令的權力；並且可以使用武力，佔據國王的城堡和財產。關於大憲章形成的詳細歷史背景，參考：劉文彬，西洋人權史——從英國大憲章到聯合國科索沃決議案，2005，頁 6-8；Ann Lyon, *Constitutional History of the United Kingdom*, 2003, pp. 39-51.

⁶²⁸ R. J. Sharpe, *The law of Habeas Corpus*, 1976, pp. 1-7.

⁶²⁹ R. J. Sharpe, *The law of Habeas Corpus*, 1976, pp. 16-19.

⁶³⁰ R. J. Sharpe, *The law of Habeas Corpus*, 1976, p. 18.

⁶³¹ R. J. Sharpe, *The law of Habeas Corpus*, 1976, p. 19.

⁶³² R. J. Sharpe, *The law of Habeas Corpus*, 1976, p. 19.

18 世紀以來，人身保護令狀制度也使用在私人的非法拘禁上，亦可由第三人為受拘禁人聲請。例如在 1771 年英國的著名案例 *Somerset's Case*⁶³³，這個案子裡面，一個名為 Somerset 的黑奴被主人 Charles Stewart 在 1769 年於波士頓(當時尚為英國殖民地)購買，當時奴隸被認為是主人的財產；後來 Somerset 在 1771 年逃跑，被卻被主人逮回，並囚禁在往牙買加的船上。之後，主張廢除奴隸制度的人士 Granville Sharp 介入，並向王座法院(Court of King's Bench)聲請人身保護令狀，被法院認定 Somerset 必須要獲得人身自由。當時的主審法官(Chief Justice of King's Bench) Lord Mansfield 在 1772 年召開聽審，爭點集中在於，英國殖民地法律容許奴隸制度，但是英國國會並未確認英國本土亦同，因此在英國奴隸制度是否違法；同時英國的契約法中，拋棄自由不能作為契約標的，而契約效力未經當事人同意也不能拘束該當事人。從這裡可以知道，當時相對於人權問題，法律問題毋寧更受到重視。而同年 Lord Mansfield 終於做出判決，Somerset 應該受到釋放，這個案子的意義除了作為英國人權的里程碑以外，也同時得確認了 Habeas Corpus 在人權問題上一儘管當時並沒有意識到—的重大貢獻⁶³⁴。

第三款、人身保護制度的演進

人身拘束令狀—“*Habeas Corpus*”—，意思是“(We command that) you have the body”——「我們授權你拘束身體」⁶³⁵。反面的說，這個制度也保障了被拘束自由

⁶³³ (1772) 20 State Tr 1; (1772) Lofft 1. 這個案件同時也是英國奴隸制度的里程碑。See Jerome Nadelhaft, *The Somerset Case and Slavery: Myth, Reality, and Repercussions*, *Journal of Negro History*, Vol. 51, No. 3, July, 1966, pp. 193-208 online at JSTOR; see also R. J. Sharpe, *The law of Habeas Corpus*, 1976, pp. 159, 214.

⁶³⁴ 該案宣示性的名言就是：「長久以來，英國的自由空氣對於奴隸而言太過稀薄，然而所有呼吸到這個空氣的人都應該是自由的」(“.....The air of England has long been too pure for a slave, and every man is free who breathes it.”)。但是有趣的是，也有認為這些話並不是在 *Somerset's Case* 才出現的，而應該是後人誤引在伊利莎白一世(Elizabeth I)統治時期的 *Cartwright* 案(1569)：“...one Cartwright brought a slave from Russia and would scourge him; for which he was questioned; and it was resolved, that England was too pure an air for a slave to breathe in.” 這些話只是在 *Somerset* 一案中反覆出現而已，所以並不是 Lord Mansfield 首開先河。不過也有認為，這些話其實是 *Smith v Brown* (1702) 一案中由 Chief Justice Holt 首先以“... as soon as a negro comes to England he is free; one may be a villein in England, but not a slave”表示，而受到後人的引用而已。

⁶³⁵ 不同解讀，參吳庚，*憲法的解釋與適用*，2004，頁 199。

者本人—或者為被拘束者利益的他人—得以無合法拘束令狀為理由要求解除人身拘束的狀態，同時也保障了人民不受國家或他人恣意的人身拘束，也是人身自由權利最重要的制度擔保⁶³⁶。對於人身自由權利以及令狀制度的重要性，英國學者 Albert Venn Dicey 對此言淺意深地說，Habeas Corpus 法案「並沒有宣示任何原則，也沒有定義任何權利；但對於保障個人的自由而言，勝過上百條憲法條文」⁶³⁷。這樣的制度，到如今，除了當初的宣示禁止恣意拘束人身自由之外，也受到各國國歷史以及國情不同、法學以及時代變遷的影響，具有相當多和原來不同的細節規定；但是最重要的「無令狀不得拘束」的原始意義，仍然相同。就如同 Sharpe 所指出，人身拘束令狀的實際操作經久而改變，但是其保障的實質內涵至今猶存⁶³⁸；此外，人身保護制度也經由英國在美洲大陸的殖民，進一步被寫進美國的憲法裡。

Habeas Corpus 的制度，在英國號稱「日不落國」殖民時期，被帶到了美洲大陸，並經由美國獨立之後進一步寫進了美國的憲法⁶³⁹。美國的人身拘束制度，在目前的操作上，明文規定的主要是憲法本文第 1 條第 9 項第 2 款規定：「人身保護令狀之特權不得停止之。惟遇內亂外患而公共治安有需要時，不在此限」⁶⁴⁰，而第 1 條主要規定的是國會的組織、來源、權限問題；第 9 項規定的是禁止國會

⁶³⁶ 這樣的權利，原文是指 the right of habeas corpus，亦可稱 the right to petition for the writ，意思是請求令狀的請願權利。但為避免和公法學上的「請願」或者「訴願」混淆，因此依其意以人身自由權利稱呼。

⁶³⁷ 原文“... declare no principle and define no rights, but they are for practical purposes worth a hundred constitutional articles guaranteeing individual liberty”. See A. V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, 1885, at: http://www.constitution.org/cmt/avd/law_con.htm.

⁶³⁸ R. J. Sharpe, The law of Habeas Corpus, 1976, p. 19.

⁶³⁹ 至於獨立宣言，甚至是受到獨立宣言影響的法國大革命的人權宣言，其實並沒有針對人身自由權利列出如何保護的條款；而毋寧是以比較開闊的自然權利來開展格局。例如獨立宣言中，明言「我們認為這些真理是不證自明的，人人生而平等，造物主賦予了他們一些不可轉讓的權利，包括了生命權、自由權和追求幸福的權利。」(We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness.)。

⁶⁴⁰ Article One, Section 9, Clause 2 provides:

” The privilege of the writ of habeas corpus shall not be suspended, unless when in cases of rebellion or invasion the public safety may require it.”由於其明定人身保護令狀制度何時得以中止，因此又稱「終止條款」(Suspension Clause)；翻譯參考司法院網站：<http://www.judicial.gov.tw>。

行使之權力(Limits on Congress)。這也是 Habeas Corpus 在美國憲法的明文。然而這樣的保護，在美國的南北戰爭(內戰：Civil War)過程中受到相當大的減損；同樣的，在二十一世紀的反恐問題下，美國做為恐怖攻擊的頭號目標，對於人身保護的制度也相當程度的限縮⁶⁴¹。

在美國，人身保護令狀一開始也僅僅用在聯邦行政部門(the Executive Branch of the federal government)所為之拘禁，對於各州自行所為的拘禁，則按照其各自的州憲法以及法律提供人身保護制度為審查；即便聯邦法院有可能介入，態度也是曖昧不明。這樣的情形一直到 1867 年，美國國會通過明確的規定(28 U.S.C. § 2254; U.S.C 係指 United States Code)⁶⁴²，聯邦法院得以介入審查人身拘捕。這也是美國國會為了南北戰爭後重建(Reconstruction)的一部分⁶⁴³。

此外，從社會文化的演進角度來看，基督宗教的觀點，大體是以「人與上帝」的關係；在文藝復興後，當時的人文社會進一步的把神授權力／利帶入現世的「人」的觀點；文獻上指出，這種「個人主義」是人權理念的基礎——因為當人肯定自己的存在、價值、獨立之後，才能有進一步的自由思考空間⁶⁴⁴。歐洲經歷了文藝復興、宗教戰爭、階級彼此的對抗後，一直到 17 世紀之後，科學開始進步，王權進一步凌駕於神權之上；政治制度與人權論述的學說的建構成為思考重

⁶⁴¹ 例如廖元豪，多少罪惡假「國家安全」之名而行？—簡介美國反恐措施對人權之侵蝕，月旦法學雜誌，第 131 期，2006 年 4 月，頁 44 以下指出，布希政府對於外國人、移民者，立法授權司法部長可以片面決定羈押，被羈押者的司法審查管到十分限縮，僅能按人身保護令程序一途尋求救濟；在 2001 年 11 月 13 日以降的「軍事命令」(Military Order)以降，對於恐怖分子，當局也拒絕適用日內瓦公約，並且排斥人身保護令程序的司法審查途徑。

⁶⁴² For example, 28 U.S.C. § 2254 (a) provides:

“The Supreme Court, a Justice thereof, a circuit judge, or a district court shall entertain an application for a writ of habeas corpus in behalf of a person in custody pursuant to the judgment of a State court only on the ground that he is in custody in violation of the Constitution or laws or treaties of the United States”.

條文取自：http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode28/usc_sec_28_00002254----000-.html.

⁶⁴³ 戰後重建(post-Civil War Reconstruction)是指美國南北戰爭之後(1861-1865)，在 1865-1877 年之間，對於國家、政治、軍事、制度等等的重新討論與建立。

⁶⁴⁴ 劉文彬，西洋人權史——從英國大憲章到聯合國科索沃決議案，2005，頁 13 以下。而文藝復興時期與宗教改革的起端，在歐洲也大致是從 12、13 世紀開始一直到 16 世紀末。

點；同時，當代的人權思想家言論，認為最重要的權利是「自由」，甚至超越生命權與財產權⁶⁴⁵。而盧梭、洛克與自然法的思想，進一步也影響了之後的法國大革命、美國獨立等運動⁶⁴⁶。自此之後，19 世紀開始，人權史進入了「集體化」與「去階級化」的時期，平等和政治權利成爲矚目的焦點⁶⁴⁷，20 世紀之後，因爲世界大戰與經濟恐慌的因素，造成人權發生倒退的現象，20 世紀中，聯合國宣言、世界人權宣言、歐洲人權公約、美洲人權公約、非洲人權及人民權利憲章等相繼問世，開始了「人權普遍化」的趨勢⁶⁴⁸。

第三項、「法院」的定性

第一款、獨立性與中立性

首先，由於第 5 條第（4）項保障個人有向「法院」聲請審查拘束合法性的情況，因此，如果內國法拘束人身自由而沒有提供司法審查途徑時，對於那麼也違反公約第 5 條第（4）項⁶⁴⁹；同時，該機關並必須具有釋放的權限⁶⁵⁰。

本條款擔保了個人得以「有權利用司法程序」向「法院」要求審查相關拘束的合法性，因此，「法院」的定性與「司法程序」的要素就顯得相當重要。就「法院」的定性而言，和本文之前在公約第 5 條第（3）項討論到的「司法當局」相同，必須要具備獨立性與中立性、以及公約所要求的司法屬性⁶⁵¹。例如在 *D.N. v. Switzerland* 一案中⁶⁵²，當事人因爲精神疾病遭到人身自由的剝奪，然而該做成決

⁶⁴⁵ 包括狄德羅(Denis Diderot, 1713-1784)以及史賓諾莎(Baruch Spinoza, 1632-1677)，參：劉文彬，西洋人權史——從英國大憲章到聯合國科索沃決議案，2005，頁 73-74。

⁶⁴⁶ 劉文彬，西洋人權史——從英國大憲章到聯合國科索沃決議案，2005，頁 95 以下。

⁶⁴⁷ 劉文彬，西洋人權史——從英國大憲章到聯合國科索沃決議案，2005，頁 139 以下；18 到 20 世紀憲法學理對於自由權定性及分類，參考陳慈陽，憲法學，2004，頁 322 以下。

⁶⁴⁸ 劉文彬，西洋人權史——從英國大憲章到聯合國科索沃決議案，2005，頁 209 以下。

⁶⁴⁹ Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, p. 45.

⁶⁵⁰ Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, pp. 481-482.

⁶⁵¹ Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, p. 45; Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, pp. 479-481.

⁶⁵² ECHR, *D.N. v. Switzerland*, Judgment of 29 March 2001, Appl. 27154/95, RJD 2001-III.

定的法官，卻早在法庭外表示他對本案的立場；就此，人權法院認為，雖然公約第 5 條第（4）項並沒有像公約第 6 條第（1）項提供那麼多的程序保護，但是關於中立性的要求仍然不能輕易妥協，因此判定瑞士政府違反了公約第 5 條第（4）項⁶⁵³。

第二款、對法院發出的拘束命令再要求審查？

第一目、問題起源

一般的訴訟結構，比較想像得到的情形，是經過三面關係，並由法院作出決定。在人身拘束的情形，如果是法院自行發出的拘束命令，當事人是否可以要求由（上級）法院（再次）審查該命令的合法性？這除了涉及法院「中立性」及「獨立性」是否即可正當化拘束的權力以外，也涉及了權力分立與制衡的根本問題。

第二目、*Vagrancy* 案提出的「結合原則」

一、兩次的審查？

在 *De wilde, Ooms and Versyp*（下稱 *Vagrancy*）一案中⁶⁵⁴，申訴人因為同意受到拘束，但在之後要求釋放被駁回，法院命令繼續拘束人身自由，對於這樣的情形，拘束人身是否需要「兩個機關」來共同完成？遂成疑問⁶⁵⁵；亦即，是否拘束的命令需要其他法院來審查合法性？或者是只要由公約第 5 條第（4）項的法院作出決定，就可以滿足這個要求⁶⁵⁶？人權法院認為⁶⁵⁷：該條條文和第 13 條、

⁶⁵³ S. auch Eva Unfried, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK, 2006, S. 56 ff.

⁶⁵⁴ ECHR, *De wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 28 May 1970, Appl. 2832/66 ; 2835/66 ; 2899/66, Series A no. 12

⁶⁵⁵ ECHR, *De wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 28 May 1970, Appl. 2832/66 ; 2835/66 ; 2899/66, Series A no. 12, §§75-80.

⁶⁵⁶ ECHR, *De wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 28 May 1970, Appl. 2832/66 ; 2835/66 ; 2899/66, Series A no. 12, §75.

⁶⁵⁷ ECHR, *De wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 28 May 1970, Appl. 2832/66 ; 2835/66 ; 2899/66, Series A no. 12, §76.

26 條等條文比較，是使用「程序」(proceedings) 而不是使用「上訴」(appeal)、
「求助」(recourse)、或是「救濟」(remedy)。而且，公約第 5 條第 (4) 項是保障個人遭受逮捕、拘禁時有司法審查合法性的權限；「法院」(court) 這個名詞使用單數、而非複數形；當剝奪個人自由權利的決定是經由行政體系為之時，公約第 5 條第 (4) 項要求內國有義務讓個人向法院尋求審查；但是並沒有指出當決定係由法院經由司法程序作成時，有相同的救濟方式。法院決定拘束的情形，公約第 5 條第 (4) 款的要求已經經由原先的司法審查以及決定「結合」(incorporated)。因此，例如基於公約第 5 條第 (1) 項第 (a) 款的判決後服刑，也是相同的。準此，根據公約第 5 條第 (1) 項第 (e) 款的事由，經過「法院」審查所為之的命令，已經符合公約第 5 條第 (4) 項的要求。從第 5 條的目的與規範文字來看，「程序」(proceedings) 兩字要求內國必須建構相關司法審查程序，如果一開始的拘束沒有提供，那麼內國就必須提供第 2 次的司法機關審查。就本案的情形，比利時政府未提供第 2 次的司法救濟並沒有違反公約。

二、本案違反「法院」與「司法程序」的要求

人權法院接下來審查本案情形，發出命令的治安法官是否符合公約第 5 條第 (4) 項所要求的「法院」意義⁶⁵⁸。就「形式意義」來說，「治安法官」(magistrate) 的確是「法院」(court)，但是就法院的實質意義來說，必須獨立於當事人以及行政之外，而符合中立性、獨立性的要求，並且必須有司法程序的保障。人權委員會審查意見認為，本案治安法官運作的是「行政功能」而不是公約第 5 條第 (4) 項要求的「司法監督」。

歐洲人權法院指出，根據比利時內國法，個人因為遊民（罪）遭受逮捕後，必須要在 24 小時內帶往治安法庭，並且訊問人別身分、年齡、生理、心理情形

⁶⁵⁸ ECHR, *De wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 28 May 1970, Appl. 2832/66 ; 2835/66 ; 2899/66, Series A no. 12, §§77-80.

以及生活習慣，並且如果該被告同意，可以延緩 3 天進行，根據內國政府的資訊，這樣並不是羈押。係爭問題出在於，對照刑事案件的「羈押」，和遊民（罪）的「拘留」情形相當接近；但是因遊民（罪）遭到逮捕的個人和其他刑事案件相比，卻進行相對簡化的程序，當然，程序本身具有些許司法特徵，例如聽審程序以及公開審理，但並不能就認為內國治安法院與相對簡化的程序本身就因此滿足了第 5 條第（4）項「司法程序」的要求⁶⁵⁹。就此，委員會的看法是可採的，此時應該開啟另一次司法救濟途徑給當事人。從而，人權法院認為，本案當事人沒有向上級法院或者其他法院要求救濟的權利，違反了公約第 5 條第（4）項的要求。

三、學說批評

（一）、批評

學說上對於「結合原則」，表達並不完全贊同的意見⁶⁶⁰。的確，人身保護制度（Habeas Corpus）的確無法導出必須再為審查的結論，但是如果堅持採取這樣的立場，如果出現顯然很明顯的錯誤，例如人別錯誤、原法院拘束期間根本逾越法定期間，要怎麼辦？Esser 也提出一個疑問：「結合原則」能不能推論到由法院發出的逮捕令狀，並進而逮捕時的情形⁶⁶¹？如果一個案子當事人僅因為一次的判決遭到重刑對待，難道也不能要求審查⁶⁶²？

⁶⁵⁹ 人權法院認為，本案剛好不是「公開審理」所能準正所要求的司法屬性——流民罪以及其犯罪原因事實，本來就不是太光榮的事情。See ECHR, *De wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 28 May 1970, Appl. 2832/66 ; 2835/66 ; 2899/66, Series A no. 12, §79.

⁶⁶⁰ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 469.

⁶⁶¹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 469, footnote 77. 然而，雖然對於「結合原則」本身，學說上有所批評；但是 Trechsel 也指出，如果就 *Vagrancy* 案來說，結果是還可以接受的；Esser 的問題其實按照公約第 5 條第(3)項「立即帶往法院審查」，就獲得了解答。參考：Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 469.

⁶⁶² 例如 ECHR, *Iribarne Pérez v. France*, Judgment of 24 October 1995, Appl. 16462/90, Series A no. 325-c 一案中，當事人被判決 12 年徒刑，然而人權法院以「結合原則」判決認為法國政府並沒有違反公約，學說的批評參考 Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 470.

(二)、結合原則的例外

除此之外，文獻上也指出在歐洲人權法院的判決上，所謂的「結合原則」，其實因為案例法的演進，也越來越寬鬆、並且有越來越多的例外⁶⁶³。包括「危險心靈」(精神失常：Unsoundness of Mind)、「危險罪犯」(Dangerous Convicts)、「未成年犯罪判決」(Sentences against Juvenile Offenders)、「未繳罰款的拘束」(Detention for Non-payment of a Fine)，人權法院都認為必須要有司法再次的適當審查 (adequate review)⁶⁶⁴。

四、本文意見

人權法院在 *Vagrancy* 案提出了「結合原則」(“*Doctrine of Incorporation*”)，認為公約第 5 條第 (4) 項的要求藉由「法院」的司法審查本身「結合」。並且認為，如果拘束自由本身是由非法院機關—而不是經過法院—的命令，那麼之後必須提供其司法審查途徑；如果拘束人身自由的命令本身就是法院所為之，那麼公約第 5 條第 (4) 項並不保障其他法院(再次)介入審查的權利。本文認為，*Vagrancy* 案中，人權法院其實根本找不到理由說「治安法院」不是「法院」，畢竟本案的法院並不是當事人一方，嚴格來說，並沒有違反中立性與獨立性的要求⁶⁶⁵；也因此，人權法院也只能從「司法程序」下手宣告違反公約。

從人權法院的態度來看，「權力制衡」本身並不是一個重要因素——毋寧相信法院本身的獨立性與中立性就足以作為正當化的基礎。這個問題，在一般的「聲請—決定」模式並沒有問題；但是兩個問題上會被突顯出來。首先，在「法院自行發出拘束命令」的時候會被相對突顯出來：例如，法院於審判中自行決定羈押，

⁶⁶³ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 468.

⁶⁶⁴ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 470-475.

⁶⁶⁵ 雖然人權法院認為人權委員會的意見「相當正確」，但從裁判理由以及人權委員會的見解來看，恐怕還是有一點距離。附帶一提，該判決關於公約第 5 條第(4)項的爭執也頗為激烈，最後是以 9 比 7 通過結論，最後共有 12 名法官對本案相關問題提出意見書。

就是一個最典型的例子。如果按照前面學說的討論，按照公約第 5 條第 (3) 項，似乎是認為「羈押」令狀的發出後逮捕當事人得以獲得再次司法審查的機會；至於第 (4) 項的情形，人權法院和學說上的看法則有歧異。其次，即便法院是按照聲請—決定的模式來做出決定，在第一次做出拘束當事人的人身拘束決定時，顯然，也是以國家權力侵害個人權利。就此，如果不給予適當的管道爭執，那麼就和「有權利必有救濟」的原則不符⁶⁶⁶。

本文立場原則上贊同學說的結論，並認為必須以權力分立與制衡，以及無漏洞的權利救濟作為參考的基準點；亦即，「中立性」與「獨立性」可以正當化法院決定人身拘束的命令，但是如果從權力分立來看，當事人有權要求再次的司法審查——當然，最好的模式是改為「聲請—決定」模式，以避免原拘束法院自行決定而造成恣意剝奪人身自由⁶⁶⁷；其次，對於做出拘束人身的決定應有司法救濟的機會。

第四項、「司法程序」的要素：一般原則

第一款、對審程序、公平性與武器平等

除了組織上必須具備獨立性與中立性，本條款同時也要求該法院必須在司法屬性的程序下進行。例如，必須提供受拘束的當事人適當的資訊，以使其足以為

⁶⁶⁶ 同樣的問題，在德國其實早就處理過；德國原本也是以審級制度方面去觀察這件事情，但因為法院本身做為第一次強制處分的干預者，按照基本法第 19 條第 4 項(“Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.”)，應該給予權利救濟，也因此，從「干預脈絡」來說，即便強制處分的決定是由法院作成，也必須給予再一次司法審查的機會，對此，參考：Yu Hsiung Lin, Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, Klaus Volk(Hrsg.), Criminalla Bd. 19, 1998, S. 169ff.

⁶⁶⁷ 至於所謂的「例外」，其實大部分可以由「定期審查」的脈絡解決問題，然而「定期審查」無法解決如本文提出—例如，審判中法院自行決定羈押—的疑問，因此「定期審查」未必能夠解決「結合原則」所提出的所有問題。

自己的拘束合法性問題辯護；審查拘束合法性的法定在場權等⁶⁶⁸。審查的程序必須依照對審程序(adversarial hearing)實踐公平性(fairness)以及武器平等(equality of arms)⁶⁶⁹，並且按照公約文字，有要求法院快速審查的權利。即便是涉及國家安全因素的考量，亦同。但必須注意的是，對於這些原則的細節程序問題，人權法院強調必須要檢視各該案件當事人受到拘束的事由來決定⁶⁷⁰。

第二款、案例

例如，在 *Assenov* 一案當中⁶⁷¹，申訴人雖然能夠向法院提出審查的要求，但是包括申訴人及其律師在內，對於檢察官反對釋放的理由以及法院審查過程都無法在場聽審，從而人權法院認定這樣的程序違反了公約第 5 條第(4)項的要求⁶⁷²。

整體而言，根據人權法院在 *Garcia Alva v. Germany* 一案的說明⁶⁷³，可以下一個簡單的註腳：公約第 5 條第(4)項要求的司法程序，必須是包含當事人間「武器平等」在內的對審制度。「...『武器平等』不僅是保障辯護人被拒絕閱卷時可以實質影響，並挑戰對其當事人拘束的合法性而已。...這些要求是導源於公約第 6 條...必須賦予控訴人與被告有相同機會以理解彼此的卷證並對其提出意見。」；從而，「...根據公約第 5 條第(4)項提供的程序，原則上也必須要從公平審判、對審程序最大可能的範圍去理解」⁶⁷⁴。因此，包括接觸卷證、受通知權

⁶⁶⁸ Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, p. 45.

⁶⁶⁹ Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights, 2005, p. 45; C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, p. 135, note 147; Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, p. 479. 至於張文遠，人身自由保障制度之研究－以歐洲人權公約第五條與我國法制之比較為中心－，中正大學碩士論文，1999，頁 188，將“adversarial proceedings”譯為「辯論程序」。

⁶⁷⁰ ECHR, *De wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 28 May 1970, Appl. 2832/66 ; 2835/66 ; 2899/66, Series A no. 12, §76; ECHR, *Megyeri v. Germany*, Judgment of 12 May 1992, Appl. 13770/88, Series A no. 237-A, §22; Christoph Grabenwater, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 2005, S. 165, Rn. 35.

⁶⁷¹ ECHR, *Assenov v. Bulgaria*, Judgment of 28 October 1998, Appl. 24760/94, Reports 1998-VIII.

⁶⁷² C. Ovey and R. White, Jacobs and White The European Convention on Human Rights, 2002, pp. 134-135.

⁶⁷³ ECHR, *Garcia v. Germany*, Judgment of 13 February 2001, Appl. 23541/94, §39.

⁶⁷⁴ *Ibid.*

都包含在本條款的程序要求內⁶⁷⁵。

第五項、「司法程序」的要素：具體要求

雖然人權法院強調對於對審制度下的武器平等以及公平性問題，必須檢視各案當中拘束人身自由的事由，但是對於案例法上仍然有一些具體的共通程序要求⁶⁷⁶；此外，由於公約第 5 條第（4）項已經明訂快速審查的要求，也是屬於程序要素之一，因此一併分述如下。

第一款、言詞審理（*Oral Hearing*）

人權法院早在 *Neumeister* 一案中就指出⁶⁷⁷：「本案中，公約第 5 條第（4）項所要求的羈押程序，必須要『武器平等』。...『法院』的意義不僅在於獨立於行政部門以及當事人之外，也無法滿足『快速』審查的要求。」；因此，針對本案，人權法院認為「全部都是書面審查，或者是僅由一方進行言詞辯論」，都不能滿足公約的要求⁶⁷⁸。當然，言詞辯論的前提是在場，從而人權法院也指出，「在場權」是必備的要素⁶⁷⁹。

第二款、閱卷權（*Right to Access to the File*）

⁶⁷⁵ Cf. Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 484.

⁶⁷⁶ 必須注意的是，人權法院也一再強調，公約第 6 條所提供的程序保障，並不當然都可以使用在第 5 條第(4)項的人身保護程序中，這點在 *Winterwerp* 案中就清楚指明。參考：ECHR, *Winterwerp v. the Netherlands*, Judgment of October 10 1979, Appl. 6301/73, Series A no. 33, §60.

⁶⁷⁷ ECHR, *Neumeister v. Austria*, Judgment of 27 June 1968, Appl. 1936/63, Series A no. 8, The Law, §24; see also ECHR, *Sanchez-Reisse v. Switzerland*, Judgment of 21 October 1986, Appl. 9862/82, Series A no. 107, §51.

⁶⁷⁸ 至於公開審理，學說上則認為，並不是當然不能成為公約第 5 條第(4)項所要求的程序原則之一，只不過在當事人的隱私以及可能不願被公開討論的情形，才必須要排除公開性。參考：Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 483. 不同意見，張文遠，*人身自由保障制度之研究—以歐洲人權公約第五條與我國法制之比較為中心—*，中正大學碩士論文，1999，頁 189，認為審理以不公開為原則。

⁶⁷⁹ See, for example, ECHR, *Sanchez-Reisse v. Switzerland*, Judgment of 21 October 1986, Appl. 9862/82, Series A no. 107, §51.

第一目、挑戰法院決定的必要權利

在 *Lemy v. Belgium* 這個標竿判決裡，當事人認為，在一開始完全禁止其接觸卷證，根本讓他沒有辦法有效挑戰自己的人身拘束合法性。人權法院認為，從程序的緊迫性來看，想要具體的影響法院決定，閱卷權的賦予以接觸卷證是必要的⁶⁸⁰。

閱卷權，是聽審請求權下的請求資訊權的射程範圍，而請求注意權、請求表達權也是聽審請求權下的權利之一，請求資訊的目的當然是為了向法院要求表達意見並且促使注意，從而人權法院也進一步認為：司法程序，也包含申訴人得以回應由控訴方所提出任何爭點以及卷證的權利⁶⁸¹。

第二目、行使閱卷權的例外

當然，權利的行使都有例外，如果是閱卷權的行使有可能危及偵查時，是否應該限制？因此例如在 *Garcia* 一案，德國政府就是持這個理由限制了申訴人的閱卷權利。人權法院認為，閱卷權是武器平等的重要指標，指出⁶⁸²：「人權法院理解刑事偵查程序必須有效進行，卷證保持隱密的利益是要避免被告可能因此使案情晦暗。然而，這個制度目標不能以被告防禦權的實質限制作為犧牲品；從而，對於挑戰人身拘束的相關卷證必須提供給予辯護人。」；本案中，由於證人 K 先生的證詞無法受到挑戰，本案中內國法院決定概括排除這一部分的閱卷權，不能認為合乎公約的要求。

簡單的說，有其他正當利益，尤其是妨礙偵查的情形時，並是可以正當化閱卷權限制的；但是必須在最大可能範圍內保障被告閱卷權的行使。這個裁判同時

⁶⁸⁰ ECHR, *Lamy v. Germany*, Judgment of 30 March 1989, Appl. 10444/83, Series A no. 151, §29.

⁶⁸¹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 484-485.

⁶⁸² ECHR, *Garcia v. Germany*, Judgment of 13 February 2001, Appl. 23541/94, §§42-43..

也指出，「閱卷權」是被告行使其他程序權利的重要基礎——畢竟沒有資訊，就無法以任何理由挑戰卷證內對被告不利的說法。

第三款、法律協助權 (*Right to Legal Assistance*)⁶⁸³

同樣地，法律協助權也是起源於公約第 6 條所保障的權利；法律協助權在人身拘束程序重要性，是藉由專業法律協助來挑戰羈押的合法性⁶⁸⁴。受法律協助而進行專業辯護的權利，不僅僅是公約第 6 條的刑事審判最低限度標準而已，人權法院指出，這個權利同樣也適用在程序的初期階段，也就是包括羈押在內的人身拘束程序⁶⁸⁵。這個權利包含了一般性的意義，以及在特殊個案，有強制法律協助權。

第一目、一般意義 (*General Rules Concerning Access to Counsel*)

雖然公約第 5 條沒有明文規定受律師協助權，但是如同前述，人權法院以公約第 6 條的「武器平等」與「公平審判」導出人身拘束程序中也必須具備「武器平等」以及「公平程序」的說法。因此，個人遭到自由拘束時，有權進行司法程序，並隨著律師協助的機會，才能實質的影響、挑戰自由拘束的合法性；也因此，一概的拒卻當事人與律師間的接見、通信權利並不符合公約的要求⁶⁸⁶。

⁶⁸³ 呂雅婷，刑事被告受律師協助權——以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007，將“Right to Legal Assistance”譯為「受律師協助權」，這也是一般的用語；惟，本文認為，“Legal Assistance”譯為「受律師協助權」容易誤解代表「僅有律師有資格提供協助」或「法院必須指定有律師資格之人協助」；例如我國法上的「公設辯護人」，按公設辯護人條例第 7 條，未必僅以有律師資格為限。又，例如 ECHR, *V. v. United Kingdom*, Decision of 3 March 1986, Appl. 11465/85, 其中提到，申訴人因為其僅在愛爾蘭有律師資格，而無法為其出庭；當中，人權委員會和人權法院的焦點都集中在「無法出庭」因而無法獲得實質上的法律協助，至於「律師資格未獲承認」是「無法出庭」的因素，但並非主要原因。

⁶⁸⁴ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 486.

⁶⁸⁵ ECHR, *Imbrioscia v. Switzerland*, Judgment of 24 November 1993, Appl. 13972/88, Series A no. 275.

⁶⁸⁶ Cf. Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 486.

在 *Öcalan v. Turkey* 一案中⁶⁸⁷，被告被逮捕、羈押禁見很長一段期間。人權法院具體指出：「公約第 5 條第 (4) 項的救濟途徑必須包含司法要素，個人必須能夠接近法院，並且要求聽審。除此之外，本條款要求法院必須在拘束非法時釋放被告。」⁶⁸⁸；「本案中，內國政府並沒有盡到公約的要求。首先，內國法院在羈押期間屆滿後都沒有釋放申訴人。其次，所有的程序都沒有讓被告在拘束人身自由的決定時有在場的機會，法院的決定僅僅按照書面為之。」⁶⁸⁹。人權法院並認為⁶⁹⁰：「本案中，在警察拘束申訴人的人身自由時，被告沒有受過法律訓練，也沒有和律師協商的可能性。...當事人在這種情況下，如果沒有律師的協助，根本無法期待能夠挑戰拘束自由（期間）的合法性。其次，就算認為申訴人及其親屬已經有委任律師，而可以不必有當事人的意見也能挑戰拘束的合法性，（但）人權法院認為，（本案中）律師能夠得到的資訊都被警察所阻礙，警察同樣也禁止被告接見律師。」，從而判決內國政府違反了公約第 5 條第 (4) 項的誡命。

第二目、強制法律協助權 (*Right to Legal-Aid Counsel*)

受法律協助權，也就是具備與專業的法律人士協商的權利，但不代表強制國家「必須」提供當事人律師以及法律協助。然而，人權法院在 *Winterwerp* 案指出⁶⁹¹，面對一些「特別程序」，例如心理障礙，或是無法為他們自己辯護的當事人，國家「必須」要提供其受法律協助權。這一點，在後來的案例法都一再確認⁶⁹²。此外，人權法院的案例中，相同要求的還有未成年人自由剝奪的情形⁶⁹³。

⁶⁸⁷ ECHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 May 2005, Appl. 46221/99, RJD 2005-IV.

⁶⁸⁸ ECHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 May 2005, Appl. 46221/99, RJD 2005-IV, §66.

⁶⁸⁹ ECHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 May 2005, Appl. 46221/99, RJD 2005-IV, §68.

⁶⁹⁰ ECHR, *Öcalan v. Turkey*, Judgment of 12 May 2005, Appl. 46221/99, RJD 2005-IV, §70.

⁶⁹¹ ECHR, *Winterwerp v. the Netherlands*, Judgment of October 10 1979, Appl. 6301/73, Series A no. 33, §60.

⁶⁹² ECHR, *Megyeri v. Germany*, Judgment of 12 May 1992, Appl. 13770/88, Series A no. 237-A, §23; ECHR, *Magalhaes Pereira v. Portugal*, Judgment of 26 February 2002, Appl. 44872/98, RJD 2002-I, §57-61.

⁶⁹³ ECHR, *Bouamar v. Belgium*, Judgment of 29 February, Appl. 9106/80, Series A no. 129.

第四款、「盡速」的司法審查

公約第 5 條第 (4) 項規定「...被剝奪自由的任何人有權利用司法程序要求法院盡速地對其拘留的合法性作出決定」，這裡的「快速地」(*speedily*) 如何解釋也成爲一個重點。快速進行司法審查的權利有兩個面向：第一，當個人受到自由拘束，必須在其後立即受到司法審查；第二，審查程序本身必須以「適當勤勉」(*due diligence*) 的態度為之⁶⁹⁴。

第一目、期間的確定

「盡速審查」的起算點，原則在個人請求審查的時候開始起算；經由行政機關轉交法院亦同；如果是自動審查的內國機制，則以拘束人身自由當局一開始準備送交法院時起算；至於盡速審查期間的終結點，則是在法院決定作出之後⁶⁹⁵。但如果被告在決定作出之前就已經重獲自由，那麼就按釋放時點認定⁶⁹⁶。

當然，如同羈押期間的認定一樣，盡速審查期間的具體認定也有中斷的問題——例如個人逃跑。在這種情形，除非因此不能做出決定，內國法院仍然必須要遵守公約要求的盡速審查義務⁶⁹⁷。

第二目、自由剝奪後的盡速審查

個人遭到自由剝奪後，本條款保障盡速進入司法審查的權利——不論是在逮捕或者拘禁之後。在 *De Jong, Baljet and Van den Brink v. Netherlands* 一案中⁶⁹⁸，

⁶⁹⁴ C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 135. 並與本文第 4 章、第 4 節關於公約第 5 條第(3)項的「立即」與「特別勤勉」比較。

⁶⁹⁵ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 491.

⁶⁹⁶ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 492.

⁶⁹⁷ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 494.

⁶⁹⁸ ECHR, *De Jong, Baljet and Van den Brink v. Netherlands*, Judgment of 22 May 1984, Appl.

當事人從要求審查後分別等待了 6 天、7 天以及 13 天，才真正進入法院審查。人權法院也因此認為荷蘭政府作為違反本條款的要求。除此之外，人權法院的案例中，分別審查過 7 天、9 天、12 天、21、30 天等不同的拘束期間，都被宣告違反公約的要求⁶⁹⁹。

同樣地，即便在受拘束人聲請要求審查後，有事實足證有逃亡可能，內國也必須提供快速的司法審查，這樣的權利，即便在受拘束人的人身自由強制處分中止，或者執行完畢，都必須實踐⁷⁰⁰。

第三目、審查程序本身的「盡速」要求

對於「快速」，人權法院如同在第 5 條第（3）項的「立即」一樣，並沒有指出特定具體的期限，而必須要個案決定⁷⁰¹。在特別複雜的案例中，較長的期間並不影響合公約性——尤其在確定精神狀態的醫學報告等待期間。然而，人權法院同時也指出，認定精神疾病固然很重要，但是人身自由權利重要性促使內國當局處理受到拘束的個人有積極處理的義務⁷⁰²。例如在 *Baranowski* 一案中⁷⁰³，法院等待一名心臟病醫學專家的報告 6 個星期，以決定是否保釋申訴人；並且等待了一名精神醫學專家、一名神經醫學專家又 1 個月，就欠缺了「適當勤勉」的程序義務，違反了本條款的要求。

8805/79; 8806/79; 9242/81, Series A no. 77.

⁶⁹⁹ ECHR, *Igdeli v. Turkey*, Judgment of 20 June 2002, Appl. 29296/95 (7 days); ECHR, *Gündoğen v. Turkey*, 10 October 2002, Appl. 31877/96 (9 days of police custody); ECHR, *Sakik and others v. Turkey*, Judgment of 26 November 1997, Reports 1997-VII (12 days); ECHR, *Zeynep Avcı v. Italy*, Judgment of 6 February 2003, Appl. 37021/97 (21 days); ECHR, *Tas v. Turkey*, Judgment of 14 November 2000, Appl. 24396/94 (30 days). See also Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 466-467.

⁷⁰⁰ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 467-468.

⁷⁰¹ 案例中，3 周被人權法院認為是過長的。See C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 135.

⁷⁰² C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, p. 135.

⁷⁰³ ECHR, *Baranowski v. Poland*, Judgment of 28 March 2000, Appl. 28358/95, RJD 2000-III.

第四目、具體案例的期間

如同羈押期間的認定，人權法院也認為關於「盡速性」的審查，不能夠抽象的認定，而必須依照個案的特殊情況來決定⁷⁰⁴。此外，由於人權法院目前仍然堅持公約第 5 條第（3）項僅能適用在公約第 5 條（1）項（c）款，並且是在第一審判決前的期間；而公約第 5 條第（4）項包含了所有的拘束事由，因此第（3）項以及第（4）項兩者的保護範圍有相當大的競合⁷⁰⁵。

文獻上指出，在人權法院關於「盡速審查」的案件上，僅有 3 件合乎公約；分別是 8 到 20 天、將近 3 個月、1 個月 2 天。在其他案件裡面，少至 17 天，多至 2 年，都被認為違反公約的要求。但是這樣的數字，比較難以分析出人權法院的意見動向。畢竟，一方面案件量不如羈押期間的案件量那麼多，母數較少；一方面第 5 條第（4）項所要審查的拘束事由包含了第（1）項第（a）款到第（f）款等各種不同事由，必須要分析的審查因素與變因和第（3）項—相對單純—的羈押期間相比，分析上有困難。因此，不論是案例法上或者本文作者的分析，人權法院至今沒有具體指出原則應該遵守的期限，分析上也難以確認。但是必須注意的是，姑且不論 7 天就有被宣告違反公約的例子，從 1991 年到 2003 年之間，23 件案例僅有 3 件合乎公約，總計有 86.96% 的案件被宣告違反公約。

第六項、受定期審查的權利

第一款、人身自由的持續性剝奪

人權法院在本條款建立出一個相對特殊的要求：在內國對於個人為持續性的人身剝奪時，在環境的改變下，即使原來的剝奪自由決定合法，也必須對於持續

⁷⁰⁴ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 494.

⁷⁰⁵ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 494-495.

性剝奪的必要性再為審查⁷⁰⁶。在心理、精神問題的剝奪自由案例中，歐洲人權法將這個原則更進一步發展，而認為受到自由剝奪的個人有權要求在適當的期間後再為審查持續性剝奪自由處分的合法性⁷⁰⁷。據此，歐洲人權法院也曾在多個案例中表示，在個人因為刑事判決而因此受羈押而剝奪自由時，有權在羈押期間的任何時候，要求定期審查羈押的合法性⁷⁰⁸。

第二款、任何情形的人身自由持續性剝奪

必須注意的是，由於人權法院認為「第一次有罪判決後的羈押」並不在公約第 5 條第（1）項（c）款的範圍，而是公約第 5 條第（1）項（a）款的事由；從而第 5 條第（4）款的「快速」審查權利在此也有適用——即便不如（c）款的嚴格。此時，對於繼續性的人身拘束，當事人就有定期受合法性審查的權利。有趣的是，人權法院堅持「初始判決有罪後的羈押」並不在第 5 條第（3）款的審查範圍，但是認為所有的羈押情形（detention on remand）——即便是審前羈押，都可以納入第 5 條第（4）款的審查情形⁷⁰⁹。本文認為，這樣認定的理由，除了體系以及文義範圍的堅持之外，一方面也可能是因為就第（3）款來說，並沒有發展出定期審查權的解釋；因此以第（4）款的審查來彌補第（3）款的不足⁷¹⁰。

第七項、立即釋放

公約第 5 條第（4）項規定：「...拘留若屬非法，則應命令將其釋放」。從文

⁷⁰⁶ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 44.

⁷⁰⁷ For Example, ECHR, *Winterwerp v. the Netherlands*, Judgment of October 10 1979, Appl. 6301/73, Series A no. 33; see also Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 44.

⁷⁰⁸ Relevant Cases see Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 44; C. Ovey and R. White, *Jacobs and White The European Convention on Human Rights*, 2002, pp. 133-134.

⁷⁰⁹ See, for example, ECHR, *Bezicheri v. Italy*, Judgment of 25 October 1989, Appl. 11400/85, Series A no. 164.

⁷¹⁰ 類似見解，參考 Karen Reid, *a Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, 2008, p. 456, IIB-290.

義上來看，只要內國司法審查該拘禁屬於非法，那麼就應該立即讓個人重新獲得自由。但是，歐洲人權法院曾經在 *Minjat v. Switzerland* 一案中⁷¹¹，做出了一相當令人詫異的一獨特裁判⁷¹²。該案中，申訴人向瑞士聯邦最高法院請求審查拘束自由的合法性，而法院也的確認為下級法院拘禁的理由欠缺，違反了公約保障的權利，但是卻將該案發回下級法院更為裁定，而非立即裁定釋放申訴人。的確，就人身保護制度來說，當事人的確也受到司法審查的保障，但是人權法院卻認為內國作為應該合乎公約⁷¹³。

這樣的裁判相當程度地容許了內國以上下級法院程序—如同我國常以撤銷發回更裁—的制度；或許也是因為公約第 5 條第（4）項的審查密度不如公約第 5 條第（3）項的羈押問題那麼嚴格，因此有這樣的裁判，並不令人意外。然而，就本文意見而言，上下級撤銷、發回更裁的模式，所能保護的利益僅有當事人的審級利益而已；如果因為這樣的觀點來看，以「保護審級利益」的理由來侵害當事人的立即釋放的權利，並不妥當。就此，本文主張，如果上級法院認為原裁定構成非法拘束人身自由時，即應自為裁定並釋放受人身拘束的個人。

第八項、其他問題

第一款、整體制度問題

第一目、回溯審查效力？

⁷¹¹ ECHR, *Minjat v. Switzerland*, Judgment of 28 October 2003, Appl. 38223/97. However, the text of this Judgment is available only in French, English text cf. Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 465.

⁷¹² Trechsel 認為該裁判對於人權的保障顯然是倒退的。See Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 465.

⁷¹³ 然而，不論從人權法院的裁判習慣，或是文獻上對這個裁判的態度，不難看出這個裁判其實並沒有重要到足以推翻公約條文文義。首先，本裁判僅以法文作成，被列為 2 的重要性也不甚高；另外，文獻上不是連提都不提，就是提出來作為反面教材。如果以“Minjat”為關鍵字搜尋，除了本案以外，僅有 ECHR, *Zervudacki v. Frane*, Judgment of 27 July 2005, Appl. 73947/01 裁判引用過 1 次（同樣僅有法文版本，重要性為 2）。從而，面對內國上下級法院撤銷人身拘束，以發回更為裁定的方法，人權法院會不會在未來採取更為嚴格的審查立場，仍然有待觀察。

公約第 5 條第（4）款提供人身自由受剝奪的審查程序，因此，本條款的審查必須是在個人已經遭受剝奪自由時，才有介入的餘地。文獻上指出，本條款的保障，人權法院認為，無從提供個人有「回溯」審查之前剝奪自由的合法性問題⁷¹⁴。

第二目、釋放後仍有權利要求審查？

一、人權法院的態度

人權法院對於這個問題有截然不同—而且顯然相反—的結論。在 *Brogan* 案中，在司法審查人身拘束合法性之前，當事人即已釋放。申訴人認為，他們在公約第 5 條第（4）項的權利遭到破壞；然而，就人權法院的角度而言，認為在這種情形，英國內國政府的確提供了申訴人有救濟的機會，因此也沒有違反公約第 5 條第（4）項⁷¹⁵。人權法院認為：「根據本院建立的案例法，關於公約第 5 條第（4）項的『合法性』和公約第 5 條第（1）項的意義相同，並且關於『逮捕』、『拘禁』的合法性，除了必須以內國法標準來看之外，還必須以公約標準決定。」；「根據公約第 5 條第（4）項，受到人身自由剝奪的個人有權要求審查實質與程序法規範有無符合公約的『合法性』。本案中，申訴人本來就應該可以（...the applicants should have had available to them a remedy...）獲得有管轄權之法院按照 1984 年法案、以及對於犯罪懷疑基礎的審查。」⁷¹⁶。因此，最後人權法院認為內國並未違反公約。但另一方面，如同本文在「快速審查」的要求中所提到的，人權法院仍對拘束後有意逃跑的個人，要求內國仍然必須提供快速審查的權利，並且即便在強制處分措施中止後、或執行完畢後亦同⁷¹⁷。

⁷¹⁴ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 466.

⁷¹⁵ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §§63-65.

⁷¹⁶ ECHR, *Brogan and others v. United Kingdom*, Judgment of 20 November 1988, Appl. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, Series A no. 145-B, §65.

⁷¹⁷ 對照見解的案例數量的話，後者的見解顯然比較多。See Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 466-467, Footnotes 65-68.

二、學說批評

對於這樣的態度，Trechsel 提出相當嚴厲的批評⁷¹⁸。首先，*Brogan* 案的見解顯然違背了人權法院不僅僅以「抽象標準」衡量的審查方式，而且這樣的見解也無從正當化。難道申訴人比較早要求審查，法院就真的會比較快審查嗎？這樣一來，也會變成，只要一釋放，內國就不會違反公約第 5 條第（4）項。此外，釋放後允許提出人身自由審查是有實益的，例如賠償的問題⁷¹⁹。

三、本文意見

關於剝奪人身自由的強制處分在釋放後能不能繼續以公約第 5 條第（4）款爭執，似乎是因為人權法院一貫地認為，本條款是在保障受自由剝奪的個人必須馬上獲得司法審查，並且在非法的拘捕下應該立即的釋放。從而基本的想像情形是非法拘束—審查—釋放，而且也沒有回溯審查的餘地。但是就非法拘束—釋放的過程來看，並不包含在釋放後審查之前非法拘束的問題。

本文認為，如果可以允許在事後介入審查有無違反公約第 5 條第（4）項，就公約上，如同 Trechsel 的見解，的確有所實益。當然，賠償是一個救濟途徑。另外一種，就如我國學說在強制處分救濟途徑中所提到的，「違法確認訴訟」的實益還可以確認該處分的違法性，並可以對以後可能的再次違法進行防堵⁷²⁰。

第二款、程序具體問題

⁷¹⁸ Cf. Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 466-467.

⁷¹⁹ 但 Trechsel 也指出，公約第 13 條會把這個實益覆蓋。

⁷²⁰ 林鈺雄，*刑事訴訟法(上)*，2007，頁 286-287。至於認定違法之後的效果如何？是賠償，還是要如同我國通說贊成「拘捕前置主義」的態度，因為以前有違法，所以要馬上放人？處分違法性的確認固然有其實益，然而，對於「之前違法拘束」是否必然導致「以後不能拘束」？是否導致「之後的拘束」必須以「之前的拘束」為前提？本文在討論拘捕前置主義時，一併釐清，對此參照第 6 章、第 1 節、第 3 部分的討論。

第一目、公開審理？

必須注意的是，關於「公開審理」是否在於公約的要求？在 *Neumeister* 案中，有部分人權委員認為，身體自由拘束應該要按照公約第 6 條第（1）項的要求⁷²¹。人權法院認為⁷²²，這樣理解似乎太過廣泛，公約第 6 條必須是在刑事程序的脈絡下才有適用；公約第 6 條第 1 項雖然規定，審理不僅要求公平，也要求公開；但是就公約第 5 條第（4）項的理解上，這並不能一般性地認為是當事人的利益；從而，公約第 5 條第（4）項並不一概要求公開審理⁷²³。

第二目、上訴救濟權利？

人權法院也指出，根據公約，政府並沒有義務提供上訴救濟的途徑。然而，如果內國提供上訴救濟途徑，就必須要遵守「盡速決定」的要求⁷²⁴。

第三節、第 5 條第（5）項——損害賠償的權利

公約第 5 條第（5）項規定⁷²⁵：「由於違反本條規定而受逮捕或拘留的任何人應具有可執行的賠償權利」；這個規定，明文訂定了因為內國違反公約第 5 條而剝奪個人的人身自由時，內國對於該個人應負有損害賠償責任；反面來說，也必

⁷²¹ ECHR, *Neumeister v. Austria*, Judgment of 27 June 1968, Appl. 1936/63, Series A no. 8, The Law, §22.

⁷²² ECHR, *Neumeister v. Austria*, Judgment of 27 June 1968, Appl. 1936/63, Series A no. 8, The Law, §23.

⁷²³ 同此見解參考：Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, p. 483。不同見解例如：Richard Gordon QC & Tim Ward, *Judicial Review and the Human Rights Act*, 2000, p.110 認為第 5 條第(4)項所要求的程序條件，幾乎和第 6 條第(1)項相同，並引 *Neumeister* 一案，認為公開審理也是本條要求的程序之一，然而不論從推論或結果來看(*Neumeister* 案中，內國於第 5 條第(4)項以及第 6 條第(1)項均被認為並無違反公約)，或是從刑事公開審理原則的利益、個人隱私權的角度來看，這樣的見解似乎還有待進一步澄清。就此，本文認為，一概的認為均應公開或均不公開，似乎都不是正確的做法；毋寧應該視案件性質而定，但「原則上」應該公開。

⁷²⁴ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 489, 494.

⁷²⁵ ECHR, §5(5) provides:

“Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this article shall have an enforceable right to compensation”.

須內國具有違反公約第 5 條各個條款的行爲，才有本條的損害賠償權利⁷²⁶；而本款也是個人得以逕向內國當局主張損害賠償請求權的基礎⁷²⁷。對此，人權法院並表示，爲了符合公約第 5 條第（5）項的規定，內國必須—不論是公約的直接適用或者其他手段—在內國法制建立：如有違反公約第 5 條的任何權利，個人必須有獲得賠償的請求權基礎⁷²⁸。



⁷²⁶ Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 46.

⁷²⁷ *Id.*

⁷²⁸ ECHR, *D.G. v. Ireland*, Judgment of 16 May 2002, Appl. 39474/98, RJD 2002-III; see also Donna Gomien (ed.), *Short guide to the European Convention on Human Rights*, 2005, p. 46.

第六章、我國法現況——憲法層次

前述人權公約和人權法院裁判的見解，形成了一個完整的人身自由保護體系。我國法的部分，人身自由的論述雖然大多從憲法第 8 條開始論述，但是在法律層次上，比較多的評析出現在刑事訴訟法的羈押問題上；其餘法律層次，欠缺一般性的人身保護規範。即便回到刑事訴訟法的羈押問題，在羈押期間以及繼續性羈押的相關討論上，也顯得較為貧乏。就此，於本章之後，於我國法部分，本文均先將人權公約與我國相關問題表列比較。就憲法層次，比較大的問題出在憲法第 8 條的定性，亦即是否為一般性的人身保護條款，以及提審的適用等問題。

編號	歐洲人權公約		憲法	
	條文	內容：比較基準	現行法情形	內容
1	5-1	1、拘束人身自由的實質原因 2、一般性人身保護條款	第 8 條	是否為一般性的人身保護條款並不清楚？（是否包含非刑事法層次？）
2	5-2	告知義務	第 8 條第 2 項	告知義務之內容？
3	5-3	1、4 日原則 2、法官的中立與獨立	第 8 條	1、24 小時 2、法官的中立與獨立
4	5-4	1、請求司法審查之權利／事後的法官保留 2、法官的中立與獨立	第 8 條第 2 項到第 4 項	1、提審條款幾無適用。 2、實務上的運作似有錯誤解讀 ⁷²⁹ 。 3、法官的中立與獨立

⁷²⁹ 完整評析參第 8 章第 1 節，提審法部分。

			獨有問題	1、正當程序如何適用？ 2、「拘捕前置原則」？
--	--	--	------	----------------------------

第一節、憲法第 8 條

第一項、條文的文字與體系

人身拘束與憲法的關連，憲法第 8 條第 1 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。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」；同條第 2 項規定「人民因犯罪嫌疑被逮捕拘禁時，其逮捕拘禁機關應將逮捕拘禁原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，並至遲於二十四小時內移送該管法院審問。本人或他人亦得聲請該管法院，於二十四小時內向逮捕之機關提審。」；第 3 項規定：「法院對於前項聲請，不得拒絕，並不得先令逮捕拘禁之機關查覆。逮捕拘禁之機關，對於法院之提審，不得拒絕或遲延。」；第 4 項規定「人民遭受任何機關非法逮捕拘禁時，其本人或他人得向法院聲請追究，法院不得拒絕，並應於二十四小時內向逮捕拘禁之機關追究，依法處理。」。

這樣的規定，在我國的基本權條文(第 7 條至 22 條)裡面⁷³⁰，憲法第 8 條算是獨樹一格的「詳細」規定。一般的基本權規定大多僅僅是框架式的規範，並不會具體的標示出需要哪些程序，學說上也指出，從這裡也可以看出當時制憲者對於人身自由的重視。此外，由於憲法第 8 條並不能獨立於憲法體系以外理解，因此，對於干預基本權利的國家權力，必須符合憲法 23 條的法律保留原則以及比例原則。

⁷³⁰ 這裡所稱的基本權條文是指明白規定有何權利的條文，並不是排除在憲法的其他條文或者增修條文有賦予基本權的概念。憲法哪些條文有基本權的意涵或者賦予個人有基本權得以主張，涉及公法學上龐大的爭議，並非筆者所能一併討論。

第二項、條文的理解

第一款、條文釋義

對憲法第 8 條，第 1 項明白表示保障人身自由，並且以現行犯作為例外。其次，司法或警察機關得以按法律「逮捕」、「拘禁」人民，而所謂的逮捕和拘禁，和刑事訴訟法上的逮捕並沒有當然的關聯。文獻上也多引用釋字 392 號理由書的看法，認為：「...『逮捕』，係指以強制力將人之身體自由予以拘束之意；而『拘禁』則指拘束人身之自由使其難於脫離一定空間之謂，均屬剝奪人身自由態樣之一種」，在憲法的用語與刑事訴訟法的用語上，「...就剝奪人身之自由言，拘提與逮捕無殊，羈押與拘禁無異；且拘提與羈押亦僅目的、方法、時間之久暫有所不同而已，其他所謂『拘留』『收容』『留置』『管收』等亦無礙於其為『拘禁』之一種，當應就其實際剝奪人身（行動）自由之如何予以觀察，未可以辭害意」。

按此解釋，關於逮捕或拘禁，只是大概的描述了剝奪人身自由的態樣，授權在憲法容許的範圍上司法或警察機關得以拘束人身自由，並不是就授權了該機關得以做所有的人身拘束⁷³¹。也因此，除了刑事訴訟法，對於其他法領域的人身拘束，都有憲法第 8 條的討論餘地⁷³²。

此外，對於「非依法定程序」不得拘禁、逮捕、審問、處罰，不少看法以「正當法律程序」來解釋。典型的例如 384 號解釋：「...其所稱『依法定程序』，係指

⁷³¹ 從而，對於羈押的權限爭議上，大法官認為「...羈押之將人自家庭、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、信用一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。是為貫徹此一理念，關於此一手段之合法、必要與否，基於人身自由之保障，當以由獨立審判之機關依法定程序予以審查決定，始能謂係符合憲法第八條第二項規定之旨意」。

⁷³² 討論憲法第 8 條的有無適用並不代表都當然有第 8 條的適用。例如造成全國恐慌的 SARS 問題，疾病管制相關法規要求封院或者要求可疑染病者留置的條文，正反意見衝突頗大。但是現實上可能因為 SARS 的風聲鶴唳，因此沒有受拘束人對這方面的問題有所質疑，更遑論訴訟抗爭，詳細討論，參本章節第 4 目部分。

凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。」。至於其下位概念如何？什麼是「實質正當」，和美國的正當法律程序 (*Due Process of Law*) 下位概念的「實質正當程序」 (*Substantive Due Process*) 是否相關或相同？如何對正當法律程序定義、定性以及操作下位概念？和憲法第 16 條的訴訟權關係如何？目前的深入討論僅止於少數，對於正當法律程序的引介，以及將正當法律程序／憲法第 8 條／16 條／實際上的具體問題連結，反對的聲音似乎越來越小；贊成的聲音一直都是占多數。

最後，對於「審問」、「處罰」，則僅有法院得以為之，392 號解釋認為，「係指法院審理之訊問，其無審判權者既不得為之」；至於處罰，則沒有太多著墨。解釋理由書也注意到了「提審」制度，認為既然把提審和法院規定在一起，這裡「第二項後段與第三項關於『提審』之規定，係仿自英美之『人身保護令狀』(Writ of Habeas Corpus)，考之此一制度，唯有審判機關之法院方有提審權之可言，檢察機關之無此一權限」⁷³³。

第二款、學說見解

第一目、憲法保留

學說上普遍地將憲法第 8 條定性為「憲法保留」⁷³⁴，意指該部分經由憲法規 定，不允許立法部門變更之，而與憲法第 23 條的「法律保留」有所區別。然而，例如憲法第 8 條規定「除現行犯之逮捕由法律另定外...」，「現行犯」在刑事訴訟法第 88 條第 2 項將憲法第 8 條「現行犯」的範圍擴張許多，法律效果規定為「以

⁷³³ 在實定法上，也有提審法的規定。該法於 24 年頒布，88 年修正一次；去除施行日規定以及罰則，僅有短短 8 條規定相關事宜。

⁷³⁴ 吳庚，憲法的解釋與適用，2004，頁 59、191；許宗力，論法律保留原則，收錄於法與國家權力，1993，頁 92。

現行犯論」；包括了「被追呼為犯罪人者」以及「因持有兇器、贓物或其他物件、或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者」⁷³⁵。

除此之外，包括羈押權的法官保留、24 小時限制、提審規定、令狀原則都必須實踐。並且必須受到憲法 23 條比例原則的規範⁷³⁶。

第二目、人身自由的意義與干預

對於人身自由的意義，學說上主張，人身自由就是「身體的行動自由」（Körperliche Bewegungsfreiheit）；凡隨心所欲於任何時間前往任何地點，或任何時間不前往任何地點，均屬於身體的行動自由⁷³⁷。

此外，近來學說上有提及，對於人身自由的「干預」必須區分「剝奪」與「限制」的區別。前者則必須納入憲法第 8 條的射程，後者則涉及一般行動自由⁷³⁸。這樣的定性，大體上是觀照德國基本法的規定而來。

第三目、條文的保護

一、程序保護

憲法的條文在程序部分，其實規定的相對清楚；包括司法、警察機關必須依法逮捕拘禁；法院必須依法審問處罰。此外，「法定程序」，不僅包含程序意義，

⁷³⁵ 限縮解釋參考林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 332-333。大法官解釋並以憲法第 8 條的「現行犯」為「廣義」的現行犯；刑事訴訟法 88 條規定則為準現行犯與狹義現行犯。本文認為，88 條的規定應該要修正兩點：第一，應該限縮在情形緊迫；第二，「以現行犯論」應修正為「亦為現行犯」。

⁷³⁶ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 10、20-21、328。

⁷³⁷ 參考，吳庚，憲法的解釋與適用，2004，頁 191。

⁷³⁸ 例如李震山，論行政管束與人身自由之保障，收錄於：人性尊嚴與人權保障，2000，頁 229 以下。

也包含了實質意義⁷³⁹。此外，憲法第 8 條第 2 項到第 4 項的提審制度是起源於英國的 Habeas Corpus，唯有法院有審問處罰之權，法院以外機關逮捕嫌疑人之後，並無拘禁權限⁷⁴⁰。此外，憲法第 9 條對於軍事審判與人身自由部分亦有所規定⁷⁴¹。

二、實體保護

學說尚有認為，自由權的保護是所有基本權的根本⁷⁴²；此外，憲法第 8 條並不僅在保障人身自由的程序規定而已；該條並包含對於任何身體自由侵入的行為；並且包含了個人在生理、心理的保護，也包括了對於個人身體的侵入⁷⁴³。

第四目、人身自由的保護的一般條款？—以 SARS 事件為例

一、事實背景

比較有所爭議的是，面對憲法第 8 條的人身自由保護誠命，似乎不少學說傾向本條僅為規定「刑事訴訟程序」的規定。認知的不同，導致在其他法律類型的拘束人身自由時，應該怎麼處理相關程序，成為難題。

例如從廣東爆發的「嚴重急性呼吸道症候群」(*Severe Acute Respiratory Syndrome*；下稱 SARS)，在 2002 年到 2003 年蔓延到台灣之後，立法部門迅速制定了「嚴重急性呼吸道症候群防治及紓困暫行條例」(已廢止，下稱 SARS 條例)。SARS 條例規定，各級政府為防疫工作之迅速有效執行，得指定特定防疫區域實施管制；必要時，並得強制隔離、撤離居民或實施各項防疫措施(第 5

⁷³⁹ 吳庚教授指出此為「從形式合法到實質正當」，參考，吳庚，憲法的解釋與適用，2004，頁 193 以下。

⁷⁴⁰ 吳庚，憲法的解釋與適用，2004，頁 197。

⁷⁴¹ 於此不贅，僅參考，吳庚，憲法的解釋與適用，2004，頁 202。

⁷⁴² 陳慈陽，憲法學，2004，頁 479。

⁷⁴³ 陳慈陽，憲法學，2004，頁 481，並且亦指出對於輕微的侵害必須視個案決定合憲性；吳庚，憲法的解釋與適用，2004，頁 192。

條第 1 項)；並且經各級衛生主管機關認定應強制接受居家隔離、集中隔離或隔離治療者，不得拒絕、規避或妨礙(第 5 條第 3 項)；並有違反的相關罰則(第 18 條以下)。僅有的救濟程序是經診斷後並無罹患 SARS 後，有金錢的「合理補償」(第 8 條)。或許是因為 SARS 的致死率甚高，傳染途徑與傳染力都非同小可⁷⁴⁴，一時之間人心惶惶；除了「和平醫院」醫護人員因無預警封院微弱的抗議之外，沒有人敢「捋虎鬚」，也沒有人因此要求憲法第 8 條的人身保護。

二、相關意見

學說上對這一部分的討論頗為分歧，基本上可以分為兩個結論。李建良教授指出，關於 SARS 條例要求的各種隔離等措施，包括了強制隔離治療、強制居家隔離，應該是屬於人身自由的「剝奪」；從而必須遵守憲法第 8 條所規定的程序規定，包括法官保留以及 24 小時內移審等⁷⁴⁵。另外一個立場是，SARS 條例的相關處分，其合憲性問題以憲法第 23 條的比例原則即可解決⁷⁴⁶。

三、本文意見

⁷⁴⁴ 僅台灣就有 307 例，死亡人數 47 人。台灣官方訊息參考疾病管制局網站：<http://www.cdc.gov.tw>；世界各國情形並參考世界衛生組織網站：<http://www.who.int>。

⁷⁴⁵ 李建良，從正當法律程序觀點透析 SARS 防疫相關措施，台灣本土法學，第 49 期，2003 年 8 月，頁 88-91；認為強制治療措施係剝奪人身自由的意見，例如楊秀儀，SARS 相關法律問題座談會發言，台灣本土法學，第 49 期，2003 年 8 月，第 56 頁，但沒有具體指出解決途徑。認為有憲法上問題，並透過憲法第 8 條的抽繹、以及聽審原則解決的意見，參陳愛娥，疾病控制的憲法問題—以我國政府在 SARS 事件中的應變措施作為反省基礎，月旦法學雜誌，第 105 期，2004 年 2 月，頁 31-47。比較特別的是陳英鈴教授的立場，似乎從文義上認為，非刑事法追訴程序的人身自由剝奪並沒有憲法第 8 條第 1 項的適用，而僅有憲法第 8 條第 2 項到第 4 項的保護，參陳英鈴，抗煞(SARS)！要人權就不要命？—隔離與人身自由的保障，月旦法學雜誌，第 98 期，2003 年 7 月，頁 198-203。

⁷⁴⁶ 林明鏘，SARS 相關法律問題座談會發言，台灣本土法學，第 49 期，2003 年 8 月，第 59 頁：「...居家隔離...我認為這是憲法人身自由限制，只是他可以通過憲法第 23 條比例原則的考驗而已。」，並且認為相關處分的審查應該放寬；僅從行政法層次探討而沒有交代憲法相關疑義，例如林明鏘，論 SARS 所生之行政法上法律關係—以醫療所為中心—，台灣本土法學，第 49 期，2003 年 8 月，第 99 頁以下；陳清秀，SARS 傳染病之疫情防治法制相關問題，台灣本土法學，第 49 期，2003 年 8 月，第 43 頁以下。此外，例如，陳美伶，SARS 相關法律問題座談會發言，台灣本土法學，第 49 期，2003 年 8 月，第 60-61 頁；陳清秀，SARS 相關法律問題座談會發言，台灣本土法學，第 49 期，2003 年 8 月，第 61-62 頁，均認為法律層次足以解決相關問題，並無動用緊急命令必要。

就此，本文認為，固然，從「後果考量」來說，在當時欠缺相關法律規範形成的當下，不免會有傾向必須「硬著頭皮」強硬採取相關措施的立場；甚而可能從所謂的「形式警察」或「實質警察」的看法⁷⁴⁷，否定非刑事程序的人身自由剝奪有憲法第 8 條第 1 項的適用。然而，第一，大法官解釋已經認為，即便非刑事程序也有憲法第 8 條第 1 項的適用⁷⁴⁸，就此，這樣的見解，恐怕必須要對於非刑事程序拘束人身自由的強制處分，在憲法第 8 條的憲法誠命下重新思考。第二，退步言之，即便認為非刑事追訴程序並無第 8 條的適用，而在我國憲法「似乎」欠缺「一般性人身保護條款」時，相關程序應該如何為之？在「比例原則」的適用，在這一部分顯然欠缺類型化的案例時，審查的標準會否浮動？均不無疑問。

準此，本文認為李建良教授的看法，應屬正確。從而，不論是刑事追訴程序或者是非刑事追訴程序，都應該有憲法第 8 條各項的適用，易言之，憲法第 8 條是人身自由保護的一般條款⁷⁴⁹。文義上，憲法第 8 條，本來就可以直接理解為一般人身自由權的規範。如果把「人民身體之自由應予保障」理解為刑事追訴程序的保障，並且把「逮捕拘禁、審問處罰」都理解為刑事追訴程序，當然會導出「除刑事追訴程序外，不必遵守憲法第 8 條」或是「除刑事追訴程序外，不必遵守憲法第 8 條第 1 項的理解」。並沒有必要因為單純的「現實考量」，因此就犧牲了憲法的明文誠命。就自由剝奪的程序規範上，如果只是因為傳染病防治法或相關法制沒有這樣規定，那麼應該質疑的是法律違反憲法要求，並直接以憲法第 8 條的程序規定（尤其是第 4 項）審查相關處分，而不是遷就於現實的恐慌心理。不過，SARS 給台灣法制的教訓看起來，似乎僅限於學術上的討論，到目前為止，看不出立法部門或者其他國家部門有意要將相關程序法制化的企圖。

⁷⁴⁷ Friauf, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schmidt-Aßmann(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, Rn. 9 ff.

⁷⁴⁸ 參考釋字 588 號。

⁷⁴⁹ 雖然，憲法第 8 條第 2 項以及第 3 項條文寫「犯罪嫌疑」，但是這樣的文字框架並不難突破。因為第 4 項的文字顯然也可以把第 2 項和第 3 項的要求一併解釋；文獻上也有「抽釋」或「類推」的方法，但同樣將本條解為一般的人身保護條款。就本文的理解，本條的保障起碼要給予受拘束人有主觀請求司法審查的權限。

第三項、正當法律程序？

第一款、釋憲實務與學說的呼應

從釋字 384 號出現「正當法律程序」(due process of law)之後，至今釋憲實務似乎已經對於正當法律程序愛不釋手。正當法律程序的用語，首見於釋字 236 號劉鐵錚大法官不同意見書，但劉鐵錚大法官並未詳細說明其內涵⁷⁵⁰。遲至釋字 271 號，才有大法官對其內涵作比較詳細的描述⁷⁵¹，但也只限於對外國法的引介，比較是歸納的手法，而不是演繹的方向。大法官在釋字 384 號對「正當法律程序」作了比較大的開展。主文中認為正當法律程序除了形式正當，還必須實質正當；而其來源係基於憲法第 8 條⁷⁵²，不少學者認為，其即指正當法律程序而言⁷⁵³。本號大法官解釋引進美國學理及憲法修正案，在學術上的發展，的確有一呼百應的效果；例如，針對刑事訴訟的憲法解釋，曾有田大法官認為「...足見近十年來，正當法律程序及人權保障，幾已成為大法官解釋憲法之主流。」⁷⁵⁴。除此之外，至今已有多號解釋，以正當法律程序為開展，而分別指向司法程序，行政程序，以及實質正當的問題⁷⁵⁵。

⁷⁵⁰ 劉鐵錚大法官認為，比例原則中的必要性原則，「即為達特定目的所採限制之手段，必須合理、適當，不可含混、武斷，換言之，所採之手段固必須能達成目的，然必擇其對人民損害最輕，負擔最低，且不致造成超過達成目的所需要之範圍，始足當之。此項必要原則與英美法系之正當法律程序（Due Process of Law）與歐陸法制之比例原則（das Prinzip der Verhältnismäßigkeit）頗相類似，均以調和私益與公益為著力點。」。

⁷⁵¹ 參大法官釋字二七一號吳庚大法官不同意見書；湯德宗，論憲法上的正當程序保障，憲政時代 25 卷第 4 期，2000 年 4 月，第 7 頁。

⁷⁵² 強調「其所稱『依法定程序』，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件」。

⁷⁵³ 林明鏘，人身自由與羈押權，憲政時代第 21 卷第 2 期，1995 年 10 月，頁 9；湯德宗，論憲法上的正當程序保障，憲政時代 25 卷第 4 期，2000 年 4 月，頁 56；翁岳生，大法官關於人身自由之保障的解釋，警大法學論集創刊號，1996 年 3 月，頁 8；陳運財，刑事訴訟之回顧與展望，月旦法學雜誌，第 45 期，1999 年 2 月，頁 30：「公平之審判，不僅是『正當法律程序』所要求的內涵，亦是憲法保障國民訴訟權之重要基礎。」。

⁷⁵⁴ 曾有田，刑事訴訟之憲法觀，月旦法學雜誌，第 45 期，1999 年 2 月，第 5 頁。

⁷⁵⁵ 民事程序亦有適用，參考沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟——以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會——憲法解釋與訴訟權之保障，頁 80 以下。

第二款、本文意見

第一目、正當程序「妾身」未明

從 384 號以來，大法官對於正當法律程序「詳細內容」的闡述仍然是欲拒還迎⁷⁵⁶。比較大的問題是，大法官仍然沒有就「正當法律程序」以及所謂「實質正當」作再一步的體系性的建構⁷⁵⁷。至於引進正當法律程序在我國憲法的正當性質疑，也從未有所回應⁷⁵⁸。

本文認為，刑事法雖作為憲政秩序的一環，但是刑事法的釋義學應該在合憲性框架下用有其相當大並且自主的形塑空間。尤其。在正當法律程序本身概念探討刑事程序時，何賴傑教授指出，「如對該等原則之具體內涵，尚未有深入之理解時，即隨意引用各該原則之概念用語，如此之『空匣子』引進，絕非妥當之法律適用」⁷⁵⁹；陳愛娥教授也明白指出，上述正當法律程序的引用及學者的引介均有諸多疑義，包括概念本身不清楚，釋憲實務本身搖擺不定，引用的正當程序概念有時在美國聯邦憲法亦不一定有所開展，學者之間的闡釋彼此有互相模糊，而

⁷⁵⁶ 釋字 396 號，釋字 409 號，釋字 418 號，釋字 436 號，釋字 446 號，釋字 491 號、釋字 567 號，釋字 523 號，釋字 535 號。

⁷⁵⁷ 吳庚教授則認為，我國其實沒有正當法律程序的條款，頂多有「法定程序」而已，但認為正當法律程序是通行於文明國家的原則，而認為我國釋憲實務「應該算作法理上的類推(analogia juris)」；另外，吳庚教授對於正當程序的引入，且正當程序包含「實質正當與程序正當」的意見似表贊同，參考，吳庚，憲法的解釋與適用，2004，頁 532 及頁 62。

⁷⁵⁸ 釋字 384 號孫森焱大法官的協同意見書、林永謀大法官協同意見書，即分別對正當法律引進的正當性有所質疑。例如孫森焱大法官指出「至若程序所適用之實體法（非程序本身所適用之程序法），是否亦應一併要求為『正當』，則未可望文生義，謂其亦屬必然。否則，豈非與美國聯邦憲法之『正當程序條款』（due process clause）相同；而美國聯邦憲法所增修之人權法案、即增修第四、五、六、七、八等條所保障之權利，豈亦非當然屬於我國憲法之人民權利？果如是，則陪審等基本權利豈非亦可予以援用？似此任意之附麗，定不免於遭受扭曲作直之議。」；林永謀大法官則認為，憲法第 23 條既然已經規定了必要原則，並無必要引進所謂實質正當法律程序的概念。

此外，釋字 384 號認為，罪刑法定主義也是屬於正當法律程序的一環，然而在美國聯邦憲法上罪刑法定主義並非出於正當程序條款。參考，郭介恆，正當法律程序——美國法制之比較研究，錄於憲政體制與法治行政——城仲模教授六秩華誕論文集（二），1998，頁 154。

⁷⁵⁹ 何賴傑，正當法律程序原則——刑事訴訟法上一個新的法律原則？，憲政時代第 25 卷第 4 期，2000 年 4 月，頁 34。

未建立體系性的建構觀點等等問題⁷⁶⁰。

對此，陳愛娥教授並指出，正當法律程序的使用，在釋憲實務上，不使用亦無區別；而在作為論述主軸而用以輔助解釋憲法第 16 條訴訟權的時候，不同的解釋也導致「正當程序」的理解有所歧異。陳愛娥教授並認為「這不僅是因為各該解釋提出此等要求時未經詳細論證，也因為大法官不無混淆該訴訟程序的最低憲法要求與各該訴訟法制的不同原則之處」。並且認為在刑事追訴程序上「大法官不宜輕率介入，動輒認定此等刑事程序要求已歸屬憲法程序」，並且認為「釋字 384 號解釋已作出既非必要，亦非可喜的論述。」⁷⁶¹。

第二目、不宜「扶正」

然而，就目前多數學說以及大法官解釋的態度來看，憲法第 8 條已經不免「正當法律程序」鋪天蓋地的席捲。陳愛娥教授雖然早已指出，大法官對於正當程序的論述可能導致程序要求的無限增益；然而，更嚴重的危機應該出現在解釋的「恣意」。在「正當程序」意義仍然模糊的今天，羈押處分僅能向原法院審查救濟是合憲的⁷⁶²；一事不再理⁷⁶³；監聽的法官保留⁷⁶⁴、農田水利會徵收餘水使用費的自治權、訴願的程序⁷⁶⁵、大學生退學程序規定⁷⁶⁶、國民大會的表決程序⁷⁶⁷都分別是

⁷⁶⁰ 陳愛娥教授於文中即明白表示，例如湯德宗教授介紹美國 H. Friendly 法官提出的十項正當法律程序要求後，僅以表列方式呈現大法官的程序要求；李建良教授以及林子儀、葉俊榮等四人合著的權力分立，亦僅是提出標準，而沒有建構，而以上的做法已經可能導致訴訟程序無限增益的可能。參考陳愛娥，正當法律程序與人權之保障－以我國法為中心，頁 23，收錄於憲政時代 29 卷第 3 期，2004 年 1 月，359 頁以下。其次，例如吳庚，憲法的解釋與適用，2004，頁 196-197 認為，「法定程序」有實體法上的意義(罪刑法定主義)，但無罪推定、不自證己罪則不在法定程序保護範圍，此一部份「基本上是程序法與證據法規範的事項，運用正當法律程序加以檢驗即可。」。

⁷⁶¹ 見陳愛娥，正當法律程序與人權之保障－以我國法為中心，憲政時代 29 卷第 3 期，2004 年 1 月，362 頁以下。

⁷⁶² 釋字 639 號。

⁷⁶³ 釋字 636 號林子儀、許宗力、許玉秀大法官部分協同意見書。許玉秀大法官並在釋字 574 號部分協同意見書認為英國的人身保護制度是法治國以及正當程序的濫觴。

⁷⁶⁴ 釋字 631 號。

⁷⁶⁵ 釋字 613 號第(七)部分。

⁷⁶⁶ 釋字 563 號。

「正當程序」的射程，或使用了「正當程序」的「字眼」⁷⁶⁸，但看不出正當程序究竟有什麼具體的細節，或者能以之決定何種事物。準此，本文認為，「正當法律程序」應該毋寧作為一種上位的原則概念，無法單獨具體化地判斷具體事物；因此從概念的理解上、具體的涵攝上，均不宜動輒使用⁷⁶⁹。

第四項、刑事訴訟的獨有問題

第一款、拘捕前置主義

第一目、意義

刑事訴訟法文獻上，認為「拘捕前置主義」是憲法第 8 條的「正當法律程序」一環⁷⁷⁰；所謂拘捕前置主義，係指在羈押前，必須有合法的拘提逮捕⁷⁷¹，如果拘提逮捕違法，則不應繼續審查羈押，必須馬上釋放被告；這樣的說法，一般也稱為「拘捕前置原則」。刑事訴訟法第 228 條特別在 90 年特別增訂第 4 項，檢察官對於「自行到場的被告」，認為有羈押必要時，得當場逮捕。立法理由認為這是為了「使羈押之被告能得到兩次之法院『司法審查』之機會，以貫徹『拘提逮捕前置主義』」。°。

⁷⁶⁷ 釋字 499 號：「...有違修憲之正當程序」。

⁷⁶⁸ 而更可疑的是，大法官也多次使用「實質正當」，但沒有描述「實質正當」的意義，例如釋字 590 號、567 號、523 號、520 號：「基於法治國原則，縱令實質正當亦不可取代程序合法」、499 號：「牴觸憲法基本原則而形成規範衝突之條文，自亦不具實質正當性」、392 號：「若使代表國家身為刑事訴訟程序當事人之檢察官亦得決定、執行羈押者，非但不符『當事人對等』亦折損實質正當之「法律程序」之嚴肅意義，以及人民對於國家訴追犯罪之公信力。故應將檢察官排除於「司法機關」之外，始能符合正當法律程序之憲法意義。」、384 號。

⁷⁶⁹ 例如李建良，從正當法律程序觀點透析 SARS 防疫相關措施，台灣本土法學，第 49 期，2003 年 8 月，頁 85-86、97-99，該文引論部分，將正當法律程序與法治國原則等並列說明，並且以「...本文...從正當法律程序的觀點，逐一檢視其適法性」，而在同文總結部分其實也是就憲法、行政程序法等層次剖析，並沒有指出「正當法律程序」包含了「哪些要件」，並用以檢視各該實定法以及各種處分。因此，本文認為，這樣的手法，理解上應該是將「正當法律程序」作為一種「原則」，而實定法層次作為一種「規則」，也是相對比較可以接受的方法。

⁷⁷⁰ 例如隋光偉，羈押法論，2006，頁 82。

⁷⁷¹ 黃朝義，刑事訴訟法，2007，頁 176。

追溯日本文獻，學說上是以日本刑事訴訟法第 207 條第 1 項的所規定的「法官根據前三條所接受的羈押請求」為基礎⁷⁷²，認為既然 207 條規定是法官接受前 3 條的檢察官羈押請求，而前 3 條是規定檢察官逮捕過後的處理程序，因此就有所謂的「逮捕前置主義」⁷⁷³。對此，由於羈押是對於犯罪嫌疑人的重大處分，由於犯罪嫌疑事實證據的流動性，先為短時間的逮捕也比逕自進行羈押要妥當，並且，逮捕前置主義可以藉由二階段的審查進行司法抑制，並以此貫徹令狀主義⁷⁷⁴。

第二目、所處理的問題

此外，學說上亦指出，拘捕前置原則可以導出幾個結論，首先，拘提逮捕和羈押如果所依據的事實不同，則有違拘捕前置原則；或以輕罪逮捕而對苦無事證的重罪聲請羈押，亦不符合此一原則⁷⁷⁵；並且，若於此種情形在羈押期間進行該重罪的偵查，「偵查機關所為對被告之偵查將被認定為違法之拘提或羈押。」⁷⁷⁶。

例如山本正樹教授指出⁷⁷⁷，逮捕前置主義基於「逮捕與羈押之犯罪嫌疑同一性」，在「事件單位說」（通說）的立場，例如以 A 事實逮捕，以 B 事實羈押，那麼並不受允許；對此的反對說即「人之單位說」則以犯罪嫌疑人的拘束角度來看，認為以 A 事實逮捕，但如果對 B 事實的確有羈押事由，要求放人再逮捕，根本是多餘的程序；A 事實逮捕的程序合法，那麼以 B 事實為由的羈押，可以說已經實質上滿足了逮捕前置主義；另外，如果以 A 事實逮捕、B 事實羈押，

⁷⁷² 「前三條の規定による勾留の請求を受けた裁判官は、その処分に關し裁判所又は裁判長と同一の権限を有する。但し、保釈については、この限りでない。」

⁷⁷³ 山本正樹，逮捕前置主義の意義，刑事訴訟法の争点，松尾浩也・井上正仁編，2002，62 頁。

⁷⁷⁴ 山本正樹，逮捕前置主義の意義，刑事訴訟法の争点，松尾浩也・井上正仁編，2002，62-63 頁。

⁷⁷⁵ 黃朝義，刑事訴訟法，2007，頁 176-177。

⁷⁷⁶ 黃朝義，刑事訴訟法，2007，頁 177。

⁷⁷⁷ 山本正樹，逮捕前置主義の意義，刑事訴訟法の争点，松尾浩也・井上正仁編，2002，63 頁；至於翻譯文獻部分，參考田口守一著，刘迪、张凌、穆津譯，卞建林审校，刑事訴訟法，2000，頁 55。

反而會使犯罪嫌疑人不必再受到 B 羈押前的逮捕程序，對於犯罪嫌疑人身體拘束期間也可以縮短。惟通說（即事件單位說）認為這個見解違反令狀原則以及 207 條的要求，還可能使「別件逮捕、羈押」的途徑大開，並不可採⁷⁷⁸。而相同的問題（即別件逮捕、羈押的問題），也有不少文獻在論述上並不是以逮捕前置主義來建構，而是以逮捕、羈押的「事件單位說」出發，進一步討論「逮捕、羈押一次性」以及「別件逮捕、羈押」的問題⁷⁷⁹。

第二款、司法實務

第一目、鳥瞰

對此，最高法院並沒有相關案件。而在高等法院也沒有太多案例有被告提出拘捕前置的抗辯意旨，高等法院有的直接忽略，沒有表明立場，而以其他的理由做出結論⁷⁸⁰；而有對此作出回應的，因為對於「拘捕前置」的普遍錯誤理解，導致「一錯再錯」——但如果從結論來說，卻可能「負負得正」。

第二目、採取肯定見解的裁判

一、僅能審查形式要件

例如高等法院台南分院於 93 年抗字第 295 號裁定，認為「刑事訴訟法第七

⁷⁷⁸ 日本法上的「別件逮捕・勾留」，是指形式上逮捕、羈押均符合程序，但實質上是因為對於本案目的而為他案的逮捕、羈押。對此參考：白取祐司，刑事訴訟法，2004，頁 161 以下。

⁷⁷⁹ 「再逮捕・再勾留の禁止——一回性の原則」、「別件逮捕・勾留」。參考：白取祐司，刑事訴訟法，2004，頁 154、160 以下；橋本雄太郎，田口守一編，争点ノート刑事訴訟法，2000，頁 69 以下；福井厚，刑事訴訟法講義，2007，頁 108、115 以下；田口守一著，劉迪、張凌、穆津譯，卞建林校，刑事訴訟法，2000，頁 55、58 以下；松尾浩也著，丁香順譯，金光旭校，日本刑事訴訟法，2005，頁 118 以下。

⁷⁸⁰ 高等法院 94 年度抗字第 386 號裁定理由中描述下級審法院的裁定：「原裁定以：檢察官於審理程序中僅係提出「建議」供原審法院參酌，非如聲請意旨所稱係檢察官聲請將被告等人予以羈押，原審法院自無駁回檢察官聲請羈押之裁定必要；又『拘提逮捕前置主義』僅於偵查程序中始有適用，法院進行審判程序時，並不受『拘提逮捕前置主義』之限制。原審法院於該次審判期日訊問被告等人後，認被告等人有刑事訴訟法第 101 條第 1 項之情事，惟無羈押之必要，遂依職權逕命被告二人交保，於法尚無不合，而裁定駁回抗告人之聲請。」，但沒有對這裡的「拘捕前置主義」是否貫徹在審判程序中作出說明。另參高等法院台南分院 96 年度抗字第 302 號裁定。

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強調之『正當法律程序』（即『Due process of law』，並請參照司法院大法官第三八四號解釋）。準此以觀，抗告人甲○○、乙○○認為其並無逃亡或勾串共犯、證人、湮滅證據之虞之拘提事由，檢察官以刑事訴訟法第七十六條規定逕行拘提，逮捕程序應不合法，原審所為之羈押裁定即有違誤，實因容有誤會所致。」。

這號裁定並沒有挑戰拘捕前置主義，但對於拘捕前置主義作出了一或許是因為本案係因緊急拘捕的情形—相當限縮的理解。認為審查拘捕合法性僅有「形式上審查」，而不能「實質審查」。那麼，必須要問的是：如果採取這樣的觀點，學說上所稱「拘捕前置主義」的實益究竟為何⁷⁸¹？

二、審判中羈押並無適用

同樣是高等法院台南分院，該院在 96 年度聲字第 980 號裁定書指出，被告經傳喚到庭，沒有經過拘捕程序，審判程序中被法院當庭羈押。辯護人主張：「按刑事訴訟法第 229 條第 3 項、第 93 條第 2 項及憲法第 8 條第 2 項所揭示之『拘捕前置原則』闡明羈押以合法之拘捕為前提。查本件被告到庭應訊時，審判長當庭諭知收押；惟揆諸前揭說明，羈押以合法之拘捕為前提，原裁定法院並未踐行該項程序，顯有違上開拘捕前置原則至明。」。

⁷⁸¹ 另參高等法院台南分院 92 年度抗字第 87 號裁定。

高等法院台南分院對此理由做出回應，也沒有挑戰所謂的「拘捕前置主義」，但卻又認為「惟審判中，無論是一般性之羈押或預防性之羈押，如經法官訊問後，認被告有重大之犯罪嫌疑及刑事訴訟法第 101 條第 1 項、第 101 條之 1 第 1 項之法定事由，暨有羈押之必要時，即得予以羈押。本件被告以到庭應訊時，遭受命法官當庭諭知收押，而指摘羈押有違上開拘捕前置原則，顯有誤解，合先敘明。」；「... 被告雖以其均遵期到庭應審，並無逃亡或有事實足認為有逃亡之虞，本院當庭諭知被告收押，並未踐行拘捕前置原則為由，聲請撤銷原裁定云云。惟查刑事訴訟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，待至判決確定，尚須執行始能實現裁判之內容。偵查、追訴、審判及刑之執行均屬刑事司法之過程。本件既尚有其他共犯尚待查證，而本院亦認其犯罪嫌疑重大，則日後尚有『刑之執行』之司法權尚待行使，自仍有繼續羈押之必要。」這樣的理由，顯然是說「法律就是這樣規定，別拿拘捕前置主義壓我」。

第三目、意見不明的實務見解

同樣是高等法院台南分院，96 年度抗字第 302 號裁定書認為：「(二)按被告經法官訊問後，認為犯罪嫌疑重大，而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，非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之，刑事訴訟法第一百零一條第一項第二款定有明文。又羈押乃拘禁被告之強制處分，亦屬對人強制處分之一，羈押之目的，除在保全證據使審判得以順利進行，亦在保全刑罰之執行，而刑事被告經法官訊問後，究竟有無刑事訴訟法第一百零一條第一項各款所規定之情形，應否羈押，法院應按訴訟進行之程度、卷證資料及其他一切情事，就有利被告及不利被告事項均予注意審酌，並為具體認定，以免當事人訟累。惟原審徒以『被告為現任臺南縣議員，聲請人於原法院裁定前既未取得臺南縣議會之同意，聲請人之聲請顯不合法』之前述不備理由之程序事項，遽予駁回檢察官羈押之聲請，未就有無羈押被告之具體必要性予以認定裁

奪，即駁回檢察官聲請羈押之聲請，顯嫌率斷，容有未洽。」；進而接受台南地檢署檢察官的抗告，將原審法院裁定發回更裁。但因為該裁定對於台南縣議會等其他事實以及程序問題，對於原裁定有所批評，這個理由看起來像是「否定」拘捕前置主義，但因為有其他理由而綜合認為原審法院裁定有誤，因此對於是否真的否定，並不清楚⁷⁸²。

第三款、本文意見

第一目、原則與例外的誤用

不論是從 Habeas Corpus 制度起源的英國，或者正當程序條款發源的美國，或是歐洲人權法院的裁判來看，「拘捕」從來都不會是必要的「前置」程序，更遑論「拘捕前置主義」的採行⁷⁸³。例如在德國法，和我國最大不同的情形是，德國法上是以「羈押」作為一種拘束人身自由的原則概念（＝「人身自由的剝奪」），而分別將「緊急情況的逮捕」與「為訊問而拘提」作為其他的短暫人身拘束理解（＝「人身自由的限制」）。也因此，德國法上將「拘捕」認為是「執行羈押」的手段，法院在認為被告有法定事由時，即可發出羈押命令；後來的審查羈押，是要審查「繼續維持」或者「釋放」，和我國通說的「拘捕前置主義」概念上有很大區別⁷⁸⁴。從實務上的操作來看，也很明顯的看的出來，對於「拘捕前置」已經掏空到「偵查中」，並且「形式審查」的要求而已。

⁷⁸² 又，例如台灣高等法院台南分院 92 年度抗字第 87 號裁定，被告抗辯並未收到拘票而違反拘捕前置；高等法院以本案係逕行拘提，符合法定程序，駁回被告之抗告，而未針對「是否因此合乎拘捕前置主義」做出明確決定。

⁷⁸³ 筆者尋找文獻的過程上，發現僅有三個地方的文獻「強調」「拘捕前置主義是正當法律程序要件」的見解：分別是日本、台灣、中國大陸。但如果從文獻上的引註回溯來看，中國大陸是引註台灣的見解，台灣是引註日本的見解。

⁷⁸⁴ 參照本文第 4 章、第 7 節、第 2 項關於德國羈押法制的介紹；林麗瑩檢察官對此也正確的指出，我國的羈押法沒有「先逮捕再訊問」的規範體系，因此羈押的情形就少了別人一大塊，參考林麗瑩，於：楊雲驊，延長羈押被告與人權保障－從歐洲人權法院實務論我國延長羈押的若干問題－，台灣本土法學，第 81 期，2006 年 4 月研討會議紀錄，頁 184。

簡單地說，關於「人身自由的拘束」，應該是「原則」和「例外」的關係；「原則」的自由拘束必須透過「法官」為之，並且經過「聽審程序」，也通常是較為長期的⁷⁸⁵；「例外」的自由拘束因為緊急情況，得以由法院以外的機關或人民「暫時」為之，這時候受拘束人自然有權利要求法院審查是否要「繼續拘束」或「釋放」。但我國的通說見解顯然誤用，將「例外」變成正當程序的一環。

值得一提的是，台灣高等法院 95 年度抗字 594 號裁定內容提到：「...四、按法院對被告執行之羈押，本質上係為使訴訟程序得以順利進行或為保全證據或為保全對被告刑罰之執行之目的，而對被告所實施之剝奪人身自由之強制處分，惟若為達該目的而允許拘捕前置程序以漫無限制、不擇手段方式為之，於人權之保障，自有未周。本件檢察官認桃園縣政府警察局桃園分局逮捕被告，不符合現行犯或準現行犯之要件，諭知其逮捕不合法，並命法警解除被告等三人之拘束，當庭釋放（見 95 年 7 月 11 日偵訊筆錄）。嗣後檢察官詢問被告等三人是否同意於釋放後接受訊問，被告三人表示同意，但被告三人接受訊問前所為之逮捕既屬違法，非可因被告等嗣後之同意接受訊問，即認被告等係自行到場，符合該項之規定。本件先前警方之逮捕被告既難謂適法，檢察官當庭釋放被告後又再當庭逮捕被告，不能認為合於刑事訴訟法第 228 條第 4 項之規定。原審駁回檢察官羈押之聲請，尚無不合。檢察官提起抗告，指摘原裁定不當，難認有理由，應予駁回。」⁷⁸⁶。其實就是拘捕前置主義一再誤用的實務後果——為了符合形式上的拘捕前置主義，反而更可能犧牲了真正的人權保護。

第二目、對學說及實務見解的批評

⁷⁸⁵ 郎勝，歐盟國家前羈押與保釋制度，2006，頁 45，正確的將羈押前的拘捕行為理解為緊急狀態的處置，並將此種行為稱為「羈押前置措施」，毋寧是「描述」這種前行為的狀態，而非做為必要的原則；相反的，隋光偉，羈押法論，2006，頁 82-84，認為逮捕是羈押的必要前置程序，並認為有無規定前置程序是可以表明各該國家對於人身自由權的重視程度。

⁷⁸⁶ 本裁定係筆者於 2007 年搜尋所得；但於 2008 年於司法院裁判再度搜尋時卻再不復見。

一、憲法第 8 條導出「拘捕前置主義」？

首先，「拘捕前置主義」是憲法第 8 條的「正當法律程序」一環，關於這個說法，本文已經在前述「正當程序」部分提及；無論是從 Habeas Coepus 的歷史演變、歐洲各國的人身拘束程序、將正當程序發揚光大的美國法來看，「拘捕前置」從來不會是一個「絕對必備條件」。可以想像的情形是：如果被告自行於警察局到場，而亦無其他無令狀逮捕事由，就我國法的制度上，警察根本無由解送，檢察官也不得聲請羈押⁷⁸⁷；這樣的情形，僅能用迂迴的「自願」、或者「先放再抓一次」來正當化拘捕，這樣的制度，顯然有所缺陷。

本文認為，毋寧，所謂的拘捕前置，不能理解為「羈押前必先拘捕」，而應該理解為「羈押前的拘捕必須合法」；憲法第 8 條也僅能夠理解為「人身拘束原則由法院為之，例外由其他機關依法為之」⁷⁸⁸。換言之，「拘捕必須合法」的命題，不當然能導出「羈押前必須經過拘捕」或者「羈押前必須經過合法的拘捕」。其次，「拘捕必須合法」也不當然能導出「不拘捕不能羈押」或「不合法的拘捕導致不能羈押」⁷⁸⁹。

⁷⁸⁷ 案例參林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007 年，頁 321、355。至於羈押前必先經過拘捕是「事實上當然」的說法，在這個例子裡似乎也不見得那麼的「當然」。

⁷⁸⁸ 對此，林鈺雄教授林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 357-358 認為，這樣的說法根本是循環論證，且果真按照該條，「非經傳喚、自首、自行到場」的被告，檢察官豈不是只能放人？並且，按照憲法第 8 條的誠命是「羈押應由法官依法定程序始能為之」，卻被誤解為「法定程序就是應先經拘捕，始得羈押」的結論；並且正確的指出，「回歸憲法第 8 條...貫徹人身保護令狀之法官保留原則才是正途。」。

⁷⁸⁹ 或謂，不採行拘捕前置，豈非導致拘捕能夠任意違法？本文認為，這類型「前強制處分導致後強制處分違法」的見解，恐怕也和一般認為的證據排除法則、毒樹果實原則的見解相矛盾——違法的強制處分並不會讓後面的強制都當然違法，而是導致證據排除而已。其次，違法搜索扣押取得證據，進而以該證據聲請羈押，通說也認為在羈押程序並不適用證據排除法則，那麼，為什麼「違法拘捕」就不能羈押，但是「違法搜索扣押」的證據卻可以做為羈押的事證？何以這種情形就不需要「兩次的司法保障」。比較可能的原因是，通說誤解「拘捕的目的是為了羈押」，因此也才有刑訴第 228 條第 4 項的修改，然而，這樣的命題本來就有問題。至於違法拘捕的救濟程序，本來就可以由被告「隨時」聲請司法審查，並且偵查機關「必須」移送法院審查，根本沒有必要全部拖到 24 小時之後才由法院用「拘捕前置主義」來審查。可以想像的例子是，如果按照拘捕前置主義，違法拘捕而聲請羈押，必須釋放，那麼之後只要再為「合法的拘捕」，法院也必須要審查羈押要件，甚而進而羈押；如此的操作，除了以人權保障為名誤解憲法原則，並且浪費刑事司法資源、侵害被告利益、造成社會危險之外，看不出有任何實益。簡之，以拘捕前置主義取代 Habeas Corpus，是只見秋毫，不見輿薪的做法。

更可疑的是，如果「拘捕前置主義」的確是憲法層次的原則，但卻不是所有法律層次都會要求「必須先經過拘捕才能長期拘束」，也沒有強調「如果事前的拘捕不合法，就不能為長期拘束」。例如，釋字 636 號對於檢肅流氓條例中，認為「關於流氓之認定，依據正當法律程序原則，於審查程序中，被提報人應享有到場陳述意見之權利；經認定為流氓，於主管之警察機關合法通知而自行到案者，如無意願隨案移送於法院，不得將其強制移送。」。如果真的認定「拘捕前置原則」是「憲法原則」的話，那麼大法官的解釋或許應該是「經認定為流氓，於主管之警察機關合法通知而自行到案者，應當場逮捕」才對。

二、拘捕前置原則的實益？

此外，學說上認為，依照拘捕前置原則，拘提逮捕和羈押如果所依據的事實不同，則有違拘捕前置原則。有疑問的是：如果以輕罪拘捕，卻發現被告正是失蹤多時的重罪嫌疑犯時，是不是只能放人？而所謂輕罪逮捕而對苦無事證的重罪聲請羈押也違反拘捕前置主義的說法，也看不出是因此要認為「逮捕違法」、「羈押的聲請違法」或者是「之後真的羈押違法」。如果真的對重罪苦無事證，那麼根本不會符合羈押要件，也不會有這個問題。

這樣的說法，或許是爲了避免被告犯重罪卻不符無令狀逮捕，但剛好有輕罪得以逮捕的事由，於是以此逮捕再以重罪聲請羈押。本文認為，如果被告的確符合「無令狀逮捕」事由，並且的確另犯重罪有「串供、滅證、逃亡」的可能⁷⁹⁰，那麼，有什麼理由「一定」不能逮捕或羈押？這樣的見解，豈不是告訴被告：「你如果犯重罪，那就去多犯點輕罪，被抓了也不能對你怎樣」？況且，對於被告重罪而有重大犯罪嫌疑、羈押事由的情形，刑事訴訟法也早已經訂定第 76 條的緊

⁷⁹⁰ 至於僅以重罪爲羈押理由，本文並不贊同。

急拘捕授權⁷⁹¹；如此一來，更看不出拘捕前置主義的實益。

其次，想像上，或許可以有以輕罪逮捕來偵查重罪或者以此脅迫被告的情形，但現行刑事訴訟法並不是沒有解決的管道。對於這些情形，只要確保被告的受法律協助權以及要求司法審查的權利，即可確保；此外，其他的證據禁止理論（例如自白法則、毒樹果實原則）也足以保護被告，並不需要採行所謂的拘捕前置主義⁷⁹²。本文認為，「暫時拘束」不合法，並不當然導致法院就不能為「拘束」⁷⁹³。如果貫徹「拘捕前置主義」的見解，反而應該要認為只要「一次非法逮捕」，以後「完全不能羈押」；否則法院只要因為「拘捕不合法」放人之後，檢察官等在法庭外面拘提、或檢警以其他理由再次為拘捕程序，就沒有認定違反「拘捕前置」的理由——因為已經踐行了合法的拘捕程序！再者，如果在延押時，法院還要不要審查「最初」的拘捕合法性？是否能夠以非法拘捕聲請撤銷羈押或停止羈押？是不是所有的法律都必須因此要規定拘捕前置的授權條文？如果審判中開庭，被告徘徊於法庭之外不願進去，法警—或甚至被害人氣憤地—把人拉進去開庭，法院審判中是否就不能為羈押？——顯然，拘捕前置主義如果真的貫徹，反而只是治絲益棼⁷⁹⁴。

三、實務見解的問題

⁷⁹¹ 刑事訴訟法第 76 條：

「被告犯罪嫌疑重大，而有左列情形之一者，得不經傳喚逕行拘提：

一、無一定之住所或居所者。

二、逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者。

三、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。

四、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。」

⁷⁹² 例如，王兆鵬教授於自白與毒樹果實原則，新刑訴·新思維，2004，第 32 頁以下及 42 頁指出，自白得以做為違法逮捕的「毒果」，並且具體認為「非法逮捕，不當然代表警察再也不能向被告詢問，亦不代表之後的自白必定為先前非法逮捕的產物，否則對於被告保護過度，對執法人員之束縛過嚴，並不妥當」；進而主張，非法逮捕而有自白作為毒果的情形，仍然必須考量「稀釋原則」而審酌違法逮捕之情節、所經過之時間、介入之事實，而依個案綜合判斷。

⁷⁹³ 並參考何賴傑，刑訴二二八條第三項檢察官之暫時逮捕權，何賴傑、林鈺雄、陳運財、黃朝義，刑事訴訟法實例研習，2000 年，頁 10，註 21。

⁷⁹⁴ 相對的，拘捕前置主義處理的問題大多可以從逮捕、羈押的事實同一性去解決，從前面提到的日本文獻脈絡觀察，也不無這樣的趨勢；惟此非本文所能處理，不予贅述。

有趣的是，對於「拘捕前置」，刑事訴訟法第 228 條的立法理由認定是「羈押前必須有拘捕」。的確，按照一般對於拘捕前置主義的看法，「羈押前必須有合法拘捕」，那麼當然羈押前就必須有拘捕，而且拘捕還必須合法⁷⁹⁵。

但是，從前面提到的實務見解，可以得知，當辯護人緊抓著「羈押前一定要拘捕」的命題，認為「審判中的羈押」根本沒有拘捕程序而不能羈押，法院反而駁回這個看法，這樣的結論也能理解——否則，審判中的羈押根本全部都形同具文⁷⁹⁶。此外，實務見解還認為法院不能夠審查拘捕的「必要性」，以比例原則作為拘捕的合法要件來看，這樣一來，拘捕前置主義從「羈押前必須拘捕」到「羈押前必須合法拘捕」的說法也全部都被掏空。如此一來，拘捕前置主義根本徒有虛名。

第三目、透過解釋修正：以 *Habeas Corpus* 取代拘捕前置

就此，在解釋層次，本文主張：

- 1、拘捕前置主義沒有採行的必要⁷⁹⁷。
- 2、現行法下，拘捕的非法並不當然導致「必須釋放」。
- 3、我國檢察官對於「非緊急情形」仍然握有拘提權，但因為「提審」實效不彰，理論上，人民只要透過「提審」要求，就可以中止「暫時拘束」，而要求法院審查，亦即只要檢警拘捕，則該受拘束人有權隨時要求審查該例外暫時性拘

⁷⁹⁵ 惟，2007 年修訂的刑事訴訟法第 108 條第 8 項到第 10 項的繼續羈押，並沒有另外規定授權「拘捕」的程序。

⁷⁹⁶ 如果回頭看日本法的體系，日本文獻上以日本刑事訴訟法第 207 條作為拘捕前置主義的基礎，而該條是規定「偵查中羈押」的相關問題，當然不可能在審判中羈押適用。

⁷⁹⁷ 本文認為，日本法之所以採行逮捕前置主義的可能性是因為彼邦的通說及實務見解對於「逮捕」並沒有準抗告的權限，因此也只好於此進行司法審查（山本正樹，逮捕前置主義の意義，刑事訴訟法の争点，松尾浩也・井上正仁編，2002，62 頁）；但我國憲法第 8 條第 2 項以下已經規定了提審的權利，並沒有必要引用一結構以及條文根本不同的一日本法 207 條以及逮捕前置主義；至於拘捕前置主義所處理的問題，應該以逮捕與羈押的案件事實同一性的脈絡來處理即可，本文必須再次強調，雖然形式「結論上」可能同樣得出「違法逮捕必須放人」，但實質命題不會是因為「羈押前必須進行逮捕」。

捕的合法性。也只有在這一點，法院才有可能審查「拘捕的合法性」⁷⁹⁸。

- 4、從而，既然提審係人民憲法上權利，解釋上「告知義務」則應告知遭拘捕被告有提審權。讓受拘束人了解此點，會比現行所謂「拘捕前置」主義更有效率地保障受拘束人——因為受拘束人可以隨時要求司法介入審查。
- 5、此外，受拘束人有受法律協助權，應得以要求法院指定辯護人或律師協助⁷⁹⁹。
- 6、違法拘捕的檢警，有行政、民事、刑事責任的問題⁸⁰⁰。受違法拘束人也有附隨要求國家賠償的權利。

第四目、透過立法的修正

綜前所述，本文對於立法論主張：

- 1、由於我國欠缺原則／例外的概念，也導致在羈押程序顯的疑雲重重，因此，對於「直接由法院發出拘捕令狀」的部分必須立法。並且參考比較法上對於有緊急拘捕的事由加以明文授權⁸⁰¹。
- 2、於例外的暫時性拘捕，明定必須加重告知提審權及受法律協助權。
- 3、刪除刑事訴訟法第 228 條第 4 項⁸⁰²；如有檢察官或警察其他暫時性拘捕的必

⁷⁹⁸ 實務亦有前例可循，例如台灣高等法院 97 年度抗字第 49 號。

⁷⁹⁹ 相關權利內容參林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 360-361。

⁸⁰⁰ 必須再次說明的是，或有謂以「證據排除」的理念來看，「違法的拘捕」導致「不能羈押」其實也是一種威嚇手段。但有趣的是，通說上的證據排除卻不是認為「第一次違法強制處分」會導致後來的強制處分都違法，反而是取得證據才違法；如果以「拘捕是爲了羈押」對照「強制處分是爲了取得證據」，恐怕也說不過去，因爲除了 228 條第 4 項，沒有一個原來的拘捕事由是和羈押原因完全相關，況且也並不是所有的拘捕事由在拘捕時都會認定是爲了羈押的目的。

⁸⁰¹ 其實，採取拘捕前置主義的學者例如黃朝義，刑事訴訟法，2007，頁 22-23、頁 164，也是將憲法第 8 條理解爲令狀原則爲主，並且例外的由其他機關爲逮捕。然而，如果對憲法第 8 條如此理解，那麼似乎正確的途徑應該是妥當地適用憲法第 8 條的相關程序；至於拘捕前置主義的採行，再加上本文中提及的實務見解來看，拘捕前置主義反而更可能侵害人身自由權利。

例如台灣人權促進會，人身自由總評，林佳範主編，2006 年-2007 年台灣人權報告，2008，頁 126-127，認爲「刑事訴訟法第 228 條形成人身自由保障之漏洞」，雖然該文似乎是以贊成拘捕前置主義的角度理解，但也認爲「...爲我國仍賦予檢察官拘提決定權，再加上刑事訴訟法第 228 條『以羈押爲目的之逮捕』，實使『拘捕前置主義』流於形骸化。」。就本文的意見而言，拘捕前置主義的採行，會變成這樣並不意外。此外，檢察官拘提權有無正當行使，反而是目前拘捕前置主義惟一最可能審查的區塊——畢竟只能審查「形式要件」，又「不能於審判中適用」；但是，以傳喚不到爲唯一要件的拘提，這樣的實益究竟何在？

⁸⁰² 持肯定拘捕前置但認爲本條規定不妥的意見，例如台灣人權促進會，人身自由總評，林佳範主編，2006 年-2007 年台灣人權報告，2008，頁 126 以下。

要，亦應一併修正，避免現行法暫時性拘捕範圍的空白導致延誤偵查。

4、本文認為，不妨制定「人身自由保護基本法」，將人身保護程序規定納入作為最低限度保障，此部分於本文結論部分說明。

第二節、大法官解釋⁸⁰³

第一項、釋字 392 號之前

第一款、人身拘束部分

在大法官解釋 392 號之前，關於人身拘束並沒有太多解釋；即便有，也是短短數行。釋字 90 號認為，憲法上現行犯指刑訴規定的現行犯與準現行犯；並且不論何人均可逮捕之，自不限於有偵查人未曾發覺之犯罪。此外，憲法第 8 條第 2 項的 24 小時規定，不包括「因交通障礙，或其他不可抗力之事由所生不得以之遲滯，以及在途解送等時間在內，且不能有不必要之遲延」⁸⁰⁴。

另外，釋字 166 號很早就指出，違警罰法（現社會秩序維護法）由警察官署裁決之拘留、罰役，「係關於人民身體自由所為之處罰，應訊由法院依法定程序為之，以符憲法第 8 條第 1 項之本旨」；同樣是違警罰法，釋字 251 號認為，只要是限制人民身體自由者，均應交由法院為之；釋字 300 號認為，羈押延長未加適當限制亦不合乎憲法要求；該號解釋，認為「破產法上之羈押，其主要目的既在保全破產財團之財產，該法第七十一條第二項但書關於羈押展期次數未加限制之規定，與上開其他法律規定兩相比較，顯欠妥當，易被濫用，有違憲法保障人民身體自由之本旨。」，該號解釋，認為當時破產法對於羈押（同現行管收制度）並沒有附加期限，並不妥當。

⁸⁰³ 以往單純對法律所為的司法解釋則不納入。

⁸⁰⁴ 釋字 130 號。

比較重要的，是釋字 384 號的見解。該號解釋對於檢肅流氓條例中，授權警察機關得以強制人民到案，而無須踐行司法程序，以及對於秘密證人制度導致遭移送裁定人與證人對質詰問之權利，均屬違憲。理由書中指出：「...實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。」。

第二款、法官與司法機關的定性

釋字第 13 號認為，憲法第 81 的法官，指同法第 80 條的法官而言，不包檢察官在內；檢察官的保障應按法律為之。且所謂法官，只要是依據法律獨立行使審判、審議之職權而不受任何干涉者，均屬憲法上法官，從而也包含了行政法院之評事、公務員懲戒委員會的委員；至於行政法院院長、公務員懲戒委員會委員長，屬行政職，非憲法上法官所規定的範圍⁸⁰⁵。此外，大法官也認為，憲法 77 條規定司法院為家最高司法機關，從而下級審各法院掌理民、刑事訴訟審判，應隸屬司法院⁸⁰⁶。

第三款、迴避制度：法官的中立問題

第一目、審級說

⁸⁰⁵ 釋字 162 號。

⁸⁰⁶ 釋字 86 號；進一步的解釋參考釋字 530 號。

這一部分，主要問題是「法官」在審判中參與過後，後來的裁判是否應該迴避？刑事訴訟法規定，「前審」已經參與的法官必須迴避，但何謂「前審」，並不清楚。釋字 178 號首先指出：「刑事訴訟法第十七條第八款所稱推事曾參與前審之裁判，係指同一推事，就同一案件，曾參與下級審之裁判而言。」；該號理由書認為：「按刑事訴訟法為確定國家具體刑罰權之程序法，以發現實體真實，俾刑罰權得以正確行使為目的，為求裁判之允當，因有特殊原因足致推事執行職務有難期公平之虞時，特設迴避之規定。」，但說明了這個大前提之後，卻相當弔詭的認為：「其第十七條第八款所定：推事曾參與前審之裁判者，應自行迴避，不得執行職務，乃因推事已在下級審法院參與裁判，在上級審法院再行參與同一案件之裁判，當事人難免疑其具有成見，而影響審級之利益。」；並一波三折的認為「惟此不僅以參與當事人所聲明不服之下級審裁判為限，並應包括『前前審』之第一審裁判在內。至曾參與經第三審撤銷發回更審前裁判之推事，在第三審復就同一案件參與裁判，以往雖不認為具有該款迴避原因，但為貫徹推事迴避制度之目的，如無事實上困難，該案件仍應改分其他推事辦理」。⁸⁰⁷。同樣也是實務的通說⁸⁰⁸。

第二目、拘束說

對於何謂「前審」，除了大法官「欽定」的審級說，學說上也指出不同的「拘束說」意見⁸⁰⁹。拘束說的出發點在於：當法院自為意思表示之後，那麼法院就應該受自己的意思表示所拘束，因此不能在同一案件日後出爾反爾；也因此，法官在後來碰到同一案件時，就不能對於該案做出不同的具體判斷，也因此既然沒有辦法更改見解，就必須迴避，避免一開始就有成見，以保持中立性。從而，這一

⁸⁰⁷ 釋字 178 號陳世榮大法官不同意見書。

⁸⁰⁸ 參考黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，2002，頁 62-66；林永謀，刑事訴訟法釋論（上），2006，頁 94；最高法院 75 年第 14 次刑庭決議；最高法院 70 年台上 4231 號判例；90 年台上 7832 號判決；針對第 18 條第 2 款「偏頗之虞」的解釋，參考最高法院 79 年台抗字 318 號判例

⁸⁰⁹ 黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，2002，頁 63 以下。

個學說對於所謂「推事曾參與前審之裁判者」的「前審」採取的是所謂「前次審」的立場⁸¹⁰。

學說上對此也指出，將前審解釋為下級審，其實也是抄襲二次戰前日本大審院的見解⁸¹¹，係遷就事實上困難而產生。但是這種事實上的困難「甚易解決，殊無必要犧牲『公平之法院』，而作此解釋」。黃東熊、吳景芳教授並且也指出，法官迴避的原因在於該法官有無為偏頗審判之虞；而法官迴避制度，乃在維持公平法院，而非審級利益。也因此，對於迴避制度的解釋，主要是以有無危害公平法院為準，而不在於字面的解釋，即便不符合 17 條第 8 款，也可以從 18 條 2 款入手。從而，例如受託法官雖然不是前審的構成員，但是如果因為受託範圍甚廣而導致對於案情了解相當廣泛時，那麼當事人仍得按 18 條第 2 款聲請迴避⁸¹²。

第三目、本文意見

178 號解釋其實是有意識到「公平審判」的問題。但為了實際的考量，只能曖昧的帶過此一重點，最後以算是妥協的「審級說」加上「事實上無困難應貫徹」作結。但是，要怎麼從「公平審判」的立場一下子跳到「審級利益」的立場，並沒有詳細交代。對此，陳世榮大法官對此明確指出，此非審級利益問題，而是因為「任何推事，對於自己所為之裁判，無法為公平之裁判；而且就文義上來說，「前審」理解為前次審也比較合理，不可能理解為「下級審」，而認為直接前審應該迴避⁸¹³。然而，如果是因為法官員額的考量，實務上並不是沒有因應的方法。例如最高法院 31 年聲字 24 號，該案件中指出：「受理本件上訴之某高等法院分

⁸¹⁰ 黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，2002，頁 63。

⁸¹¹ 對於這種「照抄」乃至於不顧我國法體系的移植（例如所謂的正當法律程序），分析及批評參考：陳愛娥，繼受法國家中的法比較——以憲法解釋作為觀察對象，月旦民商法雜誌，第 4 期，2004 年 6 月，第 5 頁以下。

⁸¹² 黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，2002，頁 65-66。

⁸¹³ 參陳世榮大法官 178 號不同意見書。不過，陳世榮大法官雖然對於該爭議明白的指出應以公平審判為出發而非審級利益，但在結論其中之一卻令人詫異的指出「前前審」不必迴避。

院，僅有推事兼院長一人及推事二人，其一既應迴避，不足組成三人之合議庭，而分院所在地之地方法院，亦僅推事二人，又曾參與前審，復另無其他可調人員，是本件有管轄權之原法院，顯因法律及事實不能組成合法之合議庭，以行使審判權，自得聲請移轉管轄」，將法院員額不足的問題以移轉管轄解決⁸¹⁴。其次，值得更深入思考的是，法院員額不足，而導致審判可能不公平的風險，是不是應該由當事人承擔？如果在以前的戰亂、戒嚴、動盪時期，可以做為法院員額不足的理由，那麼現在「拚經濟」的時代，為什麼沒有解決的辦法⁸¹⁵？迴避的問題，其實是公平審判的問題，也是法官中立性的問題，如果中立性是憲法所要求的條件，那麼，實務意見似乎應該改弦易轍⁸¹⁶。

第二項、釋字 392 號

⁸¹⁴ 當然，移轉管轄的風險是可能導致當事人奔波。但是否能透過當事人同意、或者是乾脆直接增加法院員額，都會比直接一口咬定「審級說」要來的妥當。

⁸¹⁵ 類似觀點，黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，2002，頁 63，註腳 9。

⁸¹⁶ 民事訴訟法當時的條文和刑事訴訟法如出一轍，也因此促成釋字 256 號解釋；當時的行政訴訟法第 6 條也規定「評事有左列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務……四、曾參與該訴訟事件再審前之裁判者。但其迴避以一次為限」。和現行行政訴訟法 19 條雷同，只是將評事修改為法官。但是現行行政訴訟法規定的反而比較詳細而將再審、更審等案件區分處理，該條文規定「法官有左列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務……五、曾參與該訴訟事件之前審裁判或更審前之原裁判者。六、曾參與該訴訟事件再審前之裁判者。但其迴避以一次為限」。

如果從解釋標的來看，釋字 256 號和刑事訴訟法 17 條 8 款並無直接關係。但是因為做為解釋標的的民事訴訟法和刑事訴訟法迴避規定其實雷同，因此可以做為參考對象。當時(1990 年)的民事訴訟法規定「推事有左列各款情形之一者，應自行迴避，不得執行職務……七、推事曾參與該訴訟事件之前審裁判、更審前之裁判或仲裁者」；對此，256 號解釋認為：「民事訴訟法第三十二條第七款關於法官應自行迴避之規定，乃在使法官不得於其曾參與之裁判之救濟程序執行職務，以維審級之利益及裁判之公平。因此，法官曾參與訴訟事件之前審裁判或更審前之裁判者，固應自行迴避。對於確定終局判決提起再審之訴者，其參與該確定終局判決之法官，依同一理由，於再審程序，亦應自行迴避。惟各法院法官員額有限，參考行政訴訟法第六條第四款規定意旨，其迴避以一次為限。最高法院二十六年上字第三六二號判例，與上述意旨不符部分，應不再援用，以確保人民受公平審判之訴訟權益。」。這一號解釋正確的將「審級利益」以及「公平審判」拆開作為不同的利益。雖然美中不足的是，仍然沒有解釋「審級利益」是怎麼解釋得到的立法目的。另外，該號解釋也指出迴避主要是為了維護公平審判的利益，但最後仍然作出了「迴避以一次為限」的妥協。然而，有趣的是，最高法院以 79 年第 2 次決議對此解釋強硬回擊，反而把可以適用的範圍緊縮在大法官「明白指出」的部分；在 2007 年，民事訴訟法第 32 條該款被修改為「法官曾參與該訴訟事件之前審裁判或仲裁者」，並表明如此修改之下，對於「更審以及再審前」的裁判即不適用，反而是決定將迴避適用的範圍縮小。

第一款、事實經過⁸¹⁷

羈押權限的爭議，主要是起因於憲法訴願人許信良於 1989 年 9 月 27 日涉嫌非法入境及因他案通緝而遭逮捕，並經檢察官諭令羈押；1989 年 10 月 7 日，訴願人向高等法院聲請提審，而遭駁回；該裁定確定後，訴願人向大法官聲請解釋。除此之外，張俊雄、李慶雄等立法委員也針對憲法第 8 條提起憲法解釋的聲請⁸¹⁸⁸¹⁹；同時，台中地院法官高思大在審理刑事案件程序時，也認為檢察官羈押權限有所疑義，因而亦聲請釋憲⁸²⁰。

第二款、各方意見

對於憲法第 8 條的意義與檢察官可否有羈押權限的爭議，正反意見大致可以分為幾點說明，分述如下⁸²¹。

第一目、提審法規定以「非法拘禁逮捕」作為要件是否違憲⁸²²？

對於提審法的規定，許信良等聲請人的意見認為，以「非法」拘禁逮捕作為提審要件，顯然使法院審判時因為先程序、後實體的審查順序，如此無異使「憲法提審制度形同虛設...提審制度功效之不彰。」⁸²³。

⁸¹⁷ 蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 74-75。人犯的羈押程序，吳庚教授指出可分為三個階段，參考，吳庚，憲法的解釋與適用，2004，頁 199-200。

⁸¹⁸ 蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 81、87 以下。

⁸¹⁹ 按照大法官案件審理法，立法委員能否針對該條提起「機關權限爭議」是另外一個問題。

⁸²⁰ 蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 97 以下。但是該聲請書已經是 1995 年的事情了。就此來看，大法官解釋的「訴訟期間」也是個令人困擾的問題。

⁸²¹ 詳細列表並參考蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 277 以下、頁 551 以下、頁 741 以下。

⁸²² 許信良釋憲聲請狀，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 75。

⁸²³ 許信良釋憲聲請狀，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 76。

第二目、羈押權限屬於檢察官是否不當？

認為檢察官不應擁有羈押權的理由主要有：憲法第 8 條所稱法院僅有狹義，不包含檢察機關；再加上審檢分隸的改革，以及檢察官隸屬於行政體系，必須遵從檢察一體，從權力分立的角度，檢察機關應該不能擁有羈押權限，即便法院組織法規定各級法院配置各級檢察機關亦同⁸²⁴。此外，亦有從「兩造公平原則」、「武器平等」的角度，認為檢察官處於原告地位，本來就掌有國家優勢，再賦予羈押權限，則公平難以維持⁸²⁵；也有從「正當法律程序」的觀點採取同一立場的看法⁸²⁶。另外，有從偵查實務的角度認為，檢察官若擁有（拘提及）羈押權，將導致成為「檢察官樂用之利器」⁸²⁷⁸²⁸，並認為「檢察官縱無羈押權亦不影響偵查之實施」⁸²⁹。也有認為檢察官因為不起訴效力屬於「司法官化」不能準正強制處分權的歸屬問題⁸³⁰。也有直接從司法權「不告不理」的觀點以及法治國觀點支持這個立場的理由⁸³¹。

⁸²⁴ 許信良釋憲聲請狀，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 76-77；張俊雄等釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 82-83、195；李慶雄釋憲聲請書蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 90-92、94-95、96；高思大釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 106-107、120。

⁸²⁵ 張俊雄等釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 83-84、196-198。

⁸²⁶ 張俊雄等釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 161、193-198。該意見並認為「正當之法律程序」概念核心在「自然正義」及「公平」，也就是不能以背於公平正義的方法去定他人罪名，也就是必須建立公平審判制度。從而自公平審判制度所之下，依其所建立的審檢分立、當事人對等原則可以確定檢察官不能擁有羈押權。

⁸²⁷ 李慶雄等釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 95；高思大釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 100-105、125。

⁸²⁸ 一併從訴訟制度、偵查實務理解這個問題的看法，參考高思大釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 108-110。

⁸²⁹ 高思大釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 121-122。這個意見並具體指出，以台灣台中地方法院 80-84 年間為例，平均處理時間上，自警察逮捕到移送地檢署時間為 15 小時，地檢署收案到檢察官訊問為 1 小時 30 分鐘，檢察官開始訊問到訊問完畢為 10 分鐘，自警察機關到檢察官訊問完畢為止，全程為 17 小時 45 分鐘。相近立場而認為不影響偵查的意見，參考張俊雄等釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 206-211。

⁸³⁰ 這一個意見認為「徵諸...職權主義之國家如德、法者，亦不見使檢察官片面擁有強制處分權之制度，即值吾人玩味再三，進而重估我國刑事訴訟現制之合憲性。」。參考李慶雄等釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 94。

⁸³¹ 高思大釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，

認為檢察官不應有羈押權的意見，有以國際人權公約的觀點⁸³²，也有引「世界民主先進國家普採」以及「人身保護令狀制度」的比較法及歷史觀點來看當時的羈押制度⁸³³；也有從立憲史料認為不應該認為檢察官有羈押權的看法⁸³⁴；也有認為檢察官有無羈押權無關社會治安之維護的立場⁸³⁵。同時，檢察官決定羈押，法院立即審查的制度也不免違憲疑義⁸³⁶。

認為檢察官應該有羈押權的意見，有從檢察制度的起源、變遷觀點，並且採取監督法院審判合公益性、監督警察機關執法合理性的看法⁸³⁷。並且認為從我國檢察制度的觀察上，檢察官非一般當事人，而具有公益代言人的腳色⁸³⁸。並認為司法權本身內涵會有所變動，不能僅以司法權的性質就否定檢察官應該擁有羈押權限⁸³⁹。

第三目、憲法第 8 條的法院是否不含檢察機關？

有認為，憲法第 8 條的法院專指職司審判之狹義法院，司法機關才是廣義法

頁 119；張俊雄等釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 158-159。

⁸³² 張俊雄等釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 186-190。

⁸³³ 高思大釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 107-108；張俊雄等釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 160-161、181-182、183-186。

⁸³⁴ 高思大釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 103-106、110、115-118；張俊雄等釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 159、171-180。

⁸³⁵ 高思大釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 122-123。但並沒有具體指出比較法上有無羈押權影響犯罪率的數據。

⁸³⁶ 高思大釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 123-124。

⁸³⁷ 法務部意見，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 234-234。

⁸³⁸ 法務部意見，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 235-241。

⁸³⁹ 法務部意見，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 241-247。

院而包括檢察機關的意見⁸⁴⁰。法務部對此以憲法 82 條「各級法院之組織以法律定之」以及 97 條「監察院對於中央及地方公務人員...如涉及刑事，應移送法院辦理」而認為，「法院」當然包含檢察官；除非像是憲法 132 條規定「...由法院審判之」，才是指狹義法院⁸⁴¹。

第四目、檢察機關是否屬於憲法第 8 條規定的司法機關？

釋憲聲請書中，有認為憲法第 8 條規定「非經司法或警察機關依法定程序，不得拘禁逮捕」，這裡所稱的「司法機關」，是否包含「檢察機關」？應有疑義⁸⁴²。法務部意見指出，對此憲法條文明顯把「司法院」和「司法機關」區隔開來，且機關的行政隸屬和機關的職權本質無關，有上命下從、檢察一體，但也有法定原則、客觀義務，檢察官不等同行政官，不能否定檢察官行使職權的獨立性⁸⁴³。

第五目、「拘禁」、「逮捕」與「審問」、「處罰」的意義

法務部的意見認為，處罰指的是狹義的法院，沒有問題；但是條文上既然規定的是「審問」，而不是「審判」，加上「法院」應該採取廣義的看法，因此「審問」應該包含檢察官的羈押處分⁸⁴⁴。

第三款、釋字 392 號的決定

⁸⁴⁰ 高思大釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 100。

⁸⁴¹ 法務部意見，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 252-255。

⁸⁴² 李慶雄等釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 87-88、93。這一個疑問，基本上是還沒有對「羈押」應該在憲法第 8 條的文義上定性在「拘禁逮捕」或「審問處罰」，而提出的看法。也因此，就算同樣站在聲請憲法解釋的立場，也有認為司法機關包含檢察機關的看法，參考高思大釋憲聲請書，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 100。

⁸⁴³ 法務部意見，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 247-251。

⁸⁴⁴ 法務部意見，蔡清祥、蘇南桓等編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部發行，1996，頁 256。

第一目、釋字 392 號

羈押在 392 號解釋之前(1985 年 12 月 22 日公布)，係以二分模式進行；在該號解釋裡面，大法官認為羈押於偵查中權限隸屬檢察官違憲，指定應於兩年內失效。於是刑事訴訟法於 1995 年 12 月 19 日修正並公布羈押新法制⁸⁴⁵，明定羈押權限屬於法院；檢察官僅有聲請權，而司法警察官員仍然沒有聲請權限。

392 號可是說是羈押法制的一個里程碑，該號解釋對於憲法第 8 條的釋義以及強制處分權的隸屬有相當大的指標作用。關於「權力應該由誰行使」這個問題，大法官並沒有直接的陷入第八條「非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁」這些文字的糾纏；而是直接從權力分立的定性以及機關功能的角度去考慮權限應該何屬：

「...就剝奪人身之自由言，拘提與逮捕無殊，羈押與拘禁無異；且拘提與羈押亦僅目的、方法、時間之久暫有所不同而已，其他所謂『拘留』『收容』『留置』『管收』等亦無礙於其為「拘禁」之一種，當應就其實際剝奪人身（行動）自由之如何予以觀察，未可以辭害意。茲憲法第八條係對人民身體自由所為之基本保障性規定，不僅明白宣示對人身自由保障之重視，更明定保障人身自由所應實踐之程序，執兩用中，誠得制憲之要；而羈押之將人自家庭、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。是為貫徹此一理念，關於此一手段之合法、必要與否，基於人身自由之保障，當以由獨立審判之機

⁸⁴⁵ 中華民國八十六年十二月十九日總統 (86) 華總 (一) 義字第 8600272590 號令修正公布第 27、31、35、91~93、95、98、101~103、105~108、110、111、114、117~119、121、146、226、228~230、259、271、311、379、449、451、451-1、452 條條文；刪除第 104、120 條條文；並增訂第 93-1、100-1、100-2、101-1、101-2、103-1、116-1、231-1 條條文。

關依法定程序予以審查決定，始能謂係符合憲法第八條第二項規定之旨意。」

後來，理由書上面又補上：

「...所謂「審問」原非必限於案件起訴之後，憲法第八條第二項所規定之「審問」意在審查其繼續「拘禁」、即羈押之必要與否，並非對案件之實體為審理，如德國現行刑事訴訟法第一百十七條之「羈押審查」(Haftprüfung)，第一百十八條之羈押「言詞審理」(Mündliche Verhandlung)即均係起訴前決定羈押與否之規定，另日本刑事訴訟法第八十三條、第八十四條、第八十五條等關於羈押理由之告知，亦係在法庭為之...」

「另一九五三年生效之歐洲人權及基本自由保障公約(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)第五條第三項所規定之「依法執行司法權力之其他官吏」(other officer authorised by law to exercise judicial power)暨一九七六年生效之公民及政治權利國際盟約第九條第三項與一九七八年生效之美洲人權公約第七條第五項類同之規定.....參以歐洲人權法院於一九八八年關於『包威爾斯』乙案之判決所稱，若法律將犯罪偵查與公訴提起之權授予同一官吏，縱其係獨立行使職權，其職務之中立性仍應受質疑，有違前開公約第五條第三項所指之『依法執行司法權力之其他官吏』之規定等語 (G.Pauwels Case, Judgement of 26 May 1988, COUNCIL OF EUROPE YEARBOOK OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS ,148-150 (1988))，即不得賦予羈押人民之權，而我國之檢察官既為偵查之主體，且有行使公訴之權，是即令依據前述相關之國際公約，顯亦不應有刑事訴訟法上之羈押權；何況我國憲法第八條第二項既明定為『法院』如上，而此之所謂法院係指有獨立審判權之法官所構成之狹義法院，亦已述之如前，尤不宜執此『國際盟約』、『公約』之規定主張我國憲法第八條第二項前段所稱

之法院亦應包括『依法執行司法權力之其他官吏』如檢察官在內。」

第二目、小結

從上面的解釋理由書中，可以知道大法官是從幾個方面出發。首先，關於憲法上對於人身強制處分的「拘禁」「逮捕」或者「審問」「處罰」，並不單純的以強制處分的定性以及文義的解釋，因此就輕易的把屬於「拘禁」的羈押權限交由檢察官行使。反之，大法官認為，就算從文義來看，羈押要開羈押庭審理，也是屬於審問的一種。但是最重要的關鍵在於：羈押是最嚴重的強制處分以及人身自由拘束，如果檢察官擁有這一個權力，恐怕就無法制衡；同時參酌各國立法以及國際公約，強制處分權限應該由獨立、中立的機關行使。我國刑事訴訟法上雖規定檢察官有客觀性義務、並且也是大法官肯認的廣義司法機關，但是檢察官畢竟還有檢察一體、上命下從的行政官色彩⁸⁴⁶，同時又做為偵查主體⁸⁴⁷，如果還讓檢察機關擁有羈押權限，並不妥適。

也因此，羈押的規定不只是法律保留，羈押的決定也必須是法官保留，而應交由法官行使，而不能由其他的機關組織取代。

第三項、釋字 392 號之後

第一款、人身自由的解釋⁸⁴⁸

第一目、刑事法律

其後，針對憲法第 8 條的意義，釋字 471 號針對槍砲彈藥刀械管制條例的「強

⁸⁴⁶ 法院組織法 64 條：「檢察總長、檢察長得親自處理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之」，一般稱為指揮監督權以及職務收取、移轉權。

⁸⁴⁷ 當然就現實上或者留學國背景的問題，檢察官應該是否作為偵查主體，有所爭議；但是在目前「實定法制」上檢察官作為偵查主體則是無庸置疑，大法官在 392 號解釋也再次確認。

⁸⁴⁸ 至於實體法以及特殊主體例如民意代表、總統的解釋則不予討論。

制工作」條款提出具體指摘⁸⁴⁹。該號解釋大致指出限制人身自由的法律必須符合比例原則；而「保安處分係對受處分人將來之危險性所為拘束其身體、自由等之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當。」；並認為「槍砲彈藥刀械管制條例...規定...『...經判處有期徒刑者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年。』此項規定不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年，限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第二十三條所定之比例原則。犯上開條例第十九條所定之罪，不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年之部分，與本解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起不予適用。」。

而對於檢肅流氓條例的「留置」規定，釋字 523 號認為「凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須依法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件，方符憲法第八條保障人身自由之意旨」；並且認為「...留置處分，係為確保感訓處分程序順利進行，於被移送裁定之人受感訓處分確定前，拘束其身體自由於一定處所之強制處分，乃對人民人身自由所為之嚴重限制，惟同條例對於法院得裁定留置之要件並未明確規定，其中除第六條、第七條所定之事由足認其有逕行拘提之原因而得推論具備留置之正當理由外，不論被移送裁定之人是否有繼續嚴重破壞社會秩序之虞，或有逃亡、湮滅事證或對檢舉人、被害人或證人造成威脅等足以妨礙後續審理之虞，均委由法院自行裁量，逕予裁定留置被移送裁定之人，上開條

⁸⁴⁹ 針對「強制工作」的解釋尚有 528 號解釋。該解釋認為組織犯罪防制條例設強制工作規定，係藉以「補充刑罰之不足，協助其再社會化；此就一般預防之刑事政策目標言，並有防制組織犯罪之功能，為維護社會秩序、保障人民權益所必要」。

例第十一條第一項之規定，就此而言已逾越必要程度。」。

簡單來說，針對第 8 條的問題，對於人身自由的限制，除了形式上必須要有法律保留以及明確性之外，內容更需「實質正當」⁸⁵⁰。

第二目、行政執行：管收與拘提程序

釋字 588 號解釋指出：「立法機關基於重大之公益目的，藉由限制人民自由之強制措施，以貫徹其法定義務，於符合憲法上比例原則之範圍內，應為憲法之所許。行政執行法關於『管收』處分之規定，係在貫徹公法上金錢給付義務，於法定義務人確有履行之能力而不履行時，拘束其身體所為間接強制其履行之措施，尚非憲法所不許。」；並認為「...人身自由...程序固屬憲法保留之範疇，縱係立法機關亦不得制定法律而遽予剝奪；惟刑事被告與非刑事被告之人身自由限制，畢竟有其本質上之差異，是其必須踐行之司法程序或其他正當法律程序，自非均須同一不可。管收係於一定期間內拘束人民身體自由於一定之處所，亦屬憲法第八條第一項所規定之『拘禁』，其於決定管收之前，自應踐行必要之程序、即由中立、公正第三者之法院審問，並使法定義務人到場為程序之參與，除藉之以明管收之是否合乎法定要件暨有無管收之必要外，並使法定義務人得有防禦之機會，提出有利之相關抗辯以供法院調查，期以實現憲法對人身自由之保障。」；「憲法第八條第一項所稱『非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕、拘禁』之『警察機關』，並非僅指組織法上之形式『警察』之意，凡法律規定，以維持社會秩序或增進公共利益為目的，賦予其機關或人員得使用干預、取締之手段者均屬之。」。

第二款、法官的定性與法官保留

⁸⁵⁰ 釋字 567 號。

第一目、法官的定性

對於憲法上法官的定性，射程包括公務員懲戒委員⁸⁵¹、大法官。而憲法上的法官，在解釋中和訴訟權一同解釋時，是將「審判者必須獨立公正」作為程序的要求⁸⁵²。並且指出法官必須本其良知，依據法律獨立行使審判權，僅受法律拘束，不受其他任何形式干涉⁸⁵³；但得在必要範圍內受司法行政監督⁸⁵⁴。同時，釋字 639 號指出，憲法第 8 條所稱的「法院」意義包含依法獨立行使職權的「法官」。

第二目、法官保留

釋字 631 號指出「憲法第十二條規定：「人民有秘密通訊之自由。」旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。國家採取限制手段時，除應有法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保護人民秘密通訊自由之意旨。中華民國八十八年七月十四日制定公布之通訊保障及監察法第五條第二項規定：「前項通訊監察書，偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權核發」，未要求通訊監察書原則上應由客觀、獨立行使職權之法官核發，而使職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關，同時負責通訊監察書之聲請與核發，難謂為合理、正當之程序規範，而與憲法第十二條保障人民秘密通訊自由之意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於九十六年七月十一日修正公布之通訊保障及監察法第五條施行之日失其效力。」；該號解釋理由書並認為「...鑒於通訊監察侵害人民基本權之程度強烈、範圍廣泛，並考量國家執行通訊監察等各種強制處分時，為達成其強制處分之目的，被處分人事前防禦以避免遭強制處分之權利常遭剝奪。為制衡偵查機關之強制處分措施，以防免不必要之侵害，並兼顧

⁸⁵¹ 另外，「其機關應採法院之體制」，參考釋字 396 號。

⁸⁵² 釋字 436 號。

⁸⁵³ 釋字 530 號。

⁸⁵⁴ 釋字 539 號。

強制處分目的之達成，則經由獨立、客觀行使職權之審判機關之事前審查，乃為保護人民秘密通訊自由之必要方法。是檢察官或司法警察機關為犯罪偵查目的，而有監察人民秘密通訊之需要時，原則上應向該管法院聲請核發通訊監察書，方符憲法上正當程序之要求。」

第三款、「本於正當法律程序」實現訴訟權

第一目、一般意義

此外，針對立法以及實務上的問題，大法官認為「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，此項權利之保障範圍包括人民權益遭受不法侵害有權訴請司法機關予以救濟在內，惟訴訟權如何行使，應由法律予以規定。」；「法律為防止濫行興訟致妨害他人自由，或為避免虛耗國家有限之司法資源，對於告訴或自訴自得為合理之限制，惟此種限制仍應符合憲法第二十三條之比例原則。」⁸⁵⁵，亦即，「告訴權」與「自訴權」屬於憲法第 16 條的訴訟權範圍，但可以為一定限制⁸⁵⁶。

第二目、細節要求

訴訟權的內涵的要求，必須「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。」；至於審級制度，則不在訴訟權的保護範圍⁸⁵⁷；而訴訟救濟應該採取普通審判系統或者行政審判，也不在憲法第 16 條的保護範圍⁸⁵⁸。至於立法上特殊設計的救濟程序（例如交通管理處罰案件），如果「已給予當事人申辯及提出證據之機會，符合正當法律程序，與憲法第十六條保障人民訴訟權

⁸⁵⁵ 釋字 507 號、591 號。

⁸⁵⁶ 釋字 554 號、569 號。

⁸⁵⁷ 釋字 396 號。

⁸⁵⁸ 釋字 418 號、442 號、448 號。

之意旨尚無抵觸。」⁸⁵⁹。簡單來說「憲法第十六條保障人民有訴訟之權，旨在確保人民有依法定程序提起訴訟及受公平審判之權利，至訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應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。」⁸⁶⁰。

此外，釋字 582 號並指出「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...之正當法律程序所保障之權利。」。同樣的要求也經由 636 號解釋再次確認⁸⁶¹；該號解釋指出「於主管之警察機關合法通知而自行到案者，如無意願隨案移送於法院，不得將其強制移送。」，並認為詰問權、對質權、閱卷權都是防禦權的內涵。

第四款、救濟

第一目、對羈押聲明不服的程序

釋字 639 號認為，對於「刑事訴訟法第四百十六條第一項第一款及第四百十

⁸⁵⁹ 大法官在釋字 436 號也指出，「軍事審判之建制，憲法未設明文規定，雖得以法律定之，惟軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，**必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序**，並不得違背憲法第七十七條、第八十條等有關司法權建制之憲政原理；規定軍事審判程序之法律涉及軍人權利之限制者，亦應遵守憲法第二十三條之比例原則。本於憲法保障人身自由、人民訴訟權利及第七十七條之意旨，在平時經終審軍事審判機關宣告有期徒刑以上之案件，應許被告直接向普通法院以判決違背法令為理由請求救濟。」。

⁸⁶⁰ 釋字 512 號。

⁸⁶¹ 「依據**正當法律程序原則**，於審查程序中，**被提報人應享有到場陳述意見之權利**；經認定為流氓，於主管之警察機關合法通知而自行到案者，如無意願隨案移送於法院，不得將其強制移送。本條例第十二條第一項規定，未依個案情形考量採取其他限制較輕微之手段，是否仍然不足以保護證人之安全或擔保證人出於自由意志陳述意見，即得限制被移送人對證人之對質、詰問權與閱卷權之規定，顯已對於被移送人訴訟上之防禦權，造成過度之限制，與憲法第二十三條比例原則之意旨不符，有違憲法第八條正當法律程序原則及憲法第十六條訴訟權之保障。本條例第二十一條第一項相互折抵之規定，與憲法第二十三條比例原則並無不符。同條例第十三條第二項但書關於法院毋庸諭知感訓期間之規定，有導致受感訓處分人身體自由遭受過度剝奪之虞，相關機關應予以檢討修正之。本條例第二條第三款關於欺壓善良，第五款關於品行惡劣、遊蕩無賴之規定，及第十二條第一項關於過度限制被移送人對證人之對質、詰問權與閱卷權之規定，與憲法意旨不符部分，應至遲於本解釋公布之日起一年內失其效力。」。

八條使羈押之被告僅得向原法院聲請撤銷或變更該處分，不得提起抗告之審級救濟，為立法機關基於訴訟迅速進行之考量所為合理之限制，未逾立法裁量之範疇，與憲法第十六條、第二十三條尚無違背。」。對於若以「處分」方式作成的羈押決定，僅能向原法院聲請撤銷、變更，大法官認為一方面憲法 16 條並沒有包含「審級制度」，一方面認為這樣的立法已經得以保障個人的救濟，從而認定並無違憲。

其次，關於因為處分或裁定做成羈押決定方式的不同而導致救濟程序的不同，大法官認為：「...向原法院聲請撤銷或變更處分之救濟仍係由依法獨立行使職權之審判機關作成決定，故已賦予人身自由遭羈押處分限制者合理之程序保障，尚不違反憲法第八條之正當法律程序。至於刑事訴訟法第四百零三條、第四百零四條第二款、第四百十六條第一項第一款與第四百十八條之規定，使羈押被告之決定，得以裁定或處分之方式作成，並因而形成羈押之被告得否抗告之差別待遇，與憲法第七條保障之平等權尚無抵觸。」⁸⁶²。

⁸⁶² 林子儀大法官認為平等權部分違憲，參林子儀，釋字 639 號一部協同、一部不同意見書：「惟如前所述，羈押決定既涉及人民之人身自由之限制，即應採取嚴格的審查標準，審查系爭規定是否違反平等原則。如依多數意見所言，系爭刑事訴訟法第四百十六條第一項第一款與第四百十八條第一項前段規定，其立法目的在於追求訴訟經濟及維繫訴訟體系之一致性；惟訴訟經濟是否屬重大迫切之公共利益，應就其因此所限制之基本權利類型加以權衡而定。因本案所涉者為人身自由之限制，以犧牲人身自由而追求訴訟經濟，即難謂符合重大之公共利益；而多數意見所主張維繫訴訟體系之一致性，係指維持現行刑事訴訟制度關於刑事被告對法院裁定表示不服，應以抗告為之，而對法院處分不服者，則應聲請撤銷或變更（即準抗告）該處分之二元制度設計。惟此一制度本身實係因法院為執行審判事務所為內部分工所致，就憲法保障人身自由之意旨而言，該制度是否合理，本即有爭議，則該目的亦難謂係屬重大之公共利益。是以，本席認為，即使依多數意見之觀點，以嚴格審查標準審查系爭規定，刑事訴訟法第四百十八條第一項前段規定之立法目的，尚非屬重大迫切之公共利益，不符平等原則之要求。況如許羈押之被告向上級法院提起抗告，並不影響本案之繼續審理；且從人民觀點而言，其受羈押決定既均係法院所為，何以會有不同之救濟程序？是若立法者就羈押決定不論其係裁定或處分，同樣允許受羈押被告得直接向上級法院抗告，即無體系不一致之弊。

綜上所述，依本席之觀點，不論法院內部因分工之必要，而就刑事被告之羈押決定，有『處分』或『裁定』之別，經有審判權合議庭合法授權之合議庭審判長、受命法官或受託法官所為之羈押處分，既屬有審判權合議庭所為之決定，則對其處分不服之救濟程序，即不宜與不服有審判權之合議庭所為羈押裁定之救濟程序有所不同，而應採相同的救濟程序，並仿倣德國相關立法，均得直接向上級法院提起抗告，始符憲法平等原則及保障人身自由之意旨。」。

第二目、賠償

釋字 477 號指出：「...戒嚴時期人民受損權利回復條例...適用對象，以『受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者』為限，未能包括不起訴處分確定前或後、經治安機關逮捕以罪嫌不足逕行釋放前、無罪判決確定後、有罪判決（包括感化、感訓處分）執行完畢後，受羈押或未經依法釋放之人民，係對權利遭受同等損害，應享有回復利益者，漏未規定，顯屬立法上之重大瑕疵，若仍適用該條例上開規定，僅對受無罪判決確定前喪失人身自由者予以賠償，反足以形成人民在法律上之不平等，就此而言，自與憲法第七條有所抵觸。是凡屬上開漏未規定之情形，均得於本解釋公布之日起二年內，依該條例第六條規定請求國家賠償。」⁸⁶³。

487 號解釋認為：「冤獄賠償法為國家賠償責任之特別立法，憲法第二十四條...立法機關據此有制定有關國家賠償法律之義務，而此等法律對人民請求各類國家賠償要件之規定，並應符合憲法上之比例原則。刑事被告之羈押，係為確保訴訟程序順利進行，於被告受有罪判決確定前，拘束其身體自由於一定處所之強制處分，乃對人民身體自由所為之嚴重限制，故因羈押而生之冤獄賠償，尤須尊重憲法保障人身自由之精神。冤獄賠償法第二條第二款前段，僅以受害人之行為違反公共秩序或善良風俗為由，剝奪其請求賠償之權利，未能以其情節是否重大，有無逾越社會通常觀念所能容忍之程度為衡量標準，與前述憲法意旨未盡相符。」。

第四項、大法官解釋意旨的歸納

第一款、解釋歸納⁸⁶⁴

⁸⁶³ 類似方法，而以平等權介入訴訟權審查，參考釋字 610 號。

⁸⁶⁴ 並參考翁岳生，大法官關係於人身自由保障的解釋，月旦法學雜誌，第 15 期，1996 年 8 月，

簡單來說，針對「機關」而言，大法官認為「羈押」權必須經由中立、客觀的「法院」、「法官」審查，檢察官則不在此範圍；而針對法官保留問題，大法官也指出「監聽權」必須要由法院發出。至於憲法第 8 條的意義，大法官認為「內容更需實質正當」；訴訟權則必須透過各項包括對質詰問權、辯護權、對審制度、提出證據權利、陳述機會等權利來實現。至於「實質正當」或是「正當法律程序」與憲法第 8 條、第 16 條的「法定程序」以及「訴訟權」保護範圍彼此之間如何解釋，則沒有太多說明。從文字上來看，似乎是認為「實質正當」或「正當程序」和「正當法律程序」的意義相去不遠，並且貫穿憲法第 8 條以及第 16 條。此外，大法官解釋並認為，審級制度不是訴訟權保護範圍，但是告訴權、自訴權則在保護範圍內⁸⁶⁵。

第二項、本文意見

從大法官解釋的意旨，問題出現在幾個地方。首先，「怎樣的權利」被干預到「什麼程度」會必須要法官保留？現行法上非由法官決定的拘提是否都因而違憲？有待觀察。其次，「正當程序」是否要全盤繼受美國的正當法律程序——包括形式程序正當以及實質程序正當，如果答案是肯定的，包括墮胎、安樂死的議題恐怕就和目前的法釋義學有所衝突。最後，大法官認為審級制度完全不在訴訟權範圍，而自訴、告訴權在訴訟權—要求司法「救濟」權利—的射程內，這個意見顯然還有待商榷。

從最新的釋字 639 號來看，對於「處分／裁定」的模式造成不同的救濟模式，做出了合憲解釋。從憲法的觀點來看，「處分向原法院」聲請救濟固然不見得違

頁 89-97。

⁸⁶⁵ 肯定告訴、自訴權作為訴訟權的內容，如張麗卿，憲法解釋與訴訟權之保障——以釋字五六九號為中心，司法院大法官九十三年學術研討會——憲法解釋與訴訟權之保障，2005 年，頁 170 以下，認為告訴及自訴權同屬「無漏洞救濟」的一環；該文 176 頁雖提到「美國與日本並無自訴程序」，但並沒有具體批評這樣「公訴獨占」的制度究竟有何疑問。

憲，但是大法官在這一號的解釋則有兩個疑點：第一，對於本案的審查似乎採取的審查密度過於寬鬆⁸⁶⁶；第二，大法官的「合憲宣告」在實際上的效果很有可能變成一種「背書」，形成「合憲但不妥當」的立法變成「合憲又妥當」的指導效果⁸⁶⁷。

對於大法官宣告的各種方式⁸⁶⁸，蘇俊雄大法官就曾指出，「...『合憲性解釋』的既成先例，在法律位階上固有其相當的約束力，但僅以同一事實之類型法規為其範圍，其是否可進而成為『一合憲法解釋』—普遍地作為憲法制度本身原理的一部分...」，必須要視與憲法相關的事物類型、規範、解釋體系化等因素來評價⁸⁶⁹；陳愛娥教授也曾指出，在我國大法官解釋的解釋權界限上，比較德國聯邦憲法法院的經驗，從功能法的觀點來看，釋憲機關和立法機關功能各異，大法官固然有抗多數決的人權保障機能，但「...不表示釋憲機關可以篡奪立法機關政治辯論論壇的地位，政治部門也不該輕易借用釋憲機關的權威。之於立法一事，釋憲機關應該只是控制者，而非共同製造者」⁸⁷⁰，並且認為「...我國大法官對於立法行為的審查密度，呈現極度不穩定的狀況。」；「...在『單純違憲宣告』、『合憲性解釋』兩種宣告類型中，大法官的諸多解釋都引發，其是否已侵及立法權限的疑義」⁸⁷¹。本文認為，從前面提到的諸號解釋—包括審查密度、宣告方式—，看不出大法官因為學說上的提醒，而有因此有意識到這些問題⁸⁷²；並且，從立法以及

⁸⁶⁶ 參前開林子儀大法官一部協同、一部不同意見書。

⁸⁶⁷ 其實，大法官對於「合憲」的解釋作出「不妥當」的意見也有很多前例。例如釋字 419 號就說「與憲法設置副總統及行政院院長職位分由不同之人擔任之本旨未盡相符。」；固然學理上有指出，憲法解釋未必僅有「合憲／違憲」的二分模式，還有包括警告性裁判等多種模式，但如果從這樣的途徑來看 639 號解釋，那麼大法官在這一號的解釋恐怕就真的變成一種「背書」了。

⁸⁶⁸ 主要的分類是合憲維持效力、違憲即實失效、單純違憲宣告、合憲性解釋、警告性裁判。參陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法的觀點出發，月旦法學雜誌，第 42 期，1998 年 11 月，第 48 頁以下。

⁸⁶⁹ 蘇俊雄，違憲審查制度與憲法解釋效力之界限，月旦法學雜誌，第 42 期，1998 年 11 月，第 31 頁。

⁸⁷⁰ 陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法的觀點出發，月旦法學雜誌，第 42 期，1998 年 11 月，第 43 頁。

⁸⁷¹ 陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法的觀點出發，月旦法學雜誌，第 42 期，1998 年 11 月，第 44、48 頁。

⁸⁷² 不同見解，參考吳庚，憲法的解釋與適用，2004，頁 416，認為關於人身自由限制的法律以

司法實務機關來看，「單純合憲宣告」反而更容易因為「背書」造成怠惰的現象⁸⁷³。

第三節、小結

第一項、憲法第 8 條與大法官解釋的歸納

歸納以上的意見，憲法第 8 條是我國憲法上保障人身自由的條款，也是一般的保護條款。本條包括了第 1 項第 1 句的實體權利；以及其後的程序規定。警察機關、司法機關，並不限於刑事追訴，包括了社會秩序維護法（舊違警罰法）、行政執行法，也必須遵守憲法第 8 條第 1 項，在暫時性拘束人身自由之後，必須在 24 小時之內交由法院決定是否繼續拘束。而按照第 2 項以下的程序規定，個人可以要求法院對人身拘束的合法性審查。

機關的意義上，大法官指出，檢察機關不同於法院的中立性，因此羈押權不能由檢察官獨自行使；至於法官的意義，則係依法獨立行使審理職權者均屬之。程序上，大法官特別指出，人身拘束的制度必須按照「正當法律程序」為之，至於正當程序包含的要件，則顯得非常多元：單就刑事程序來說，不但要「程序正當」，還要「實質正當」；具體的權利上，包含了對質詰問權、直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，甚至可以引伸到訴訟權的對應，包括了自訴權、告訴權，但不包含一審級制度的一上訴權。

及涉及訴訟權之部分應嚴格審查，大法官多號解釋並以此出發宣告違憲。

⁸⁷³ 例如林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007年，頁25，以「刑事訴訟之『憲法危機』」為標題，指出：「...釋憲制度可能阻礙刑事訴訟法自主的發展契機。...例如就『前審』法官迴避之解釋，學說上仍有爭執，然而，大法官卻『指定了』理論基礎欠缺、法律依據薄弱的『審級說』，不但因而衍生更多的實務問題(例如再審法官之迴避)，並且，受制於大法官解釋之拘束力，批評審級說之學說，縱使言之有理，也無影響我國實務的機會。」；並且亦指出，過度跳躍的以憲法原則解決具體刑事訴訟問題，產生法學方法的問題以及恣意的疑慮。

第二項、檢討

整理前面本文的意見，可以簡單的歸納出幾個結論，分述如下。

第一款、對人身權利一般保護條款的誤解⁸⁷⁴

這一點特別在「非刑事程序」的問題上特別容易凸顯，前面所舉的 SARS 條例得以強制隔離、封院、治療等，對於人身自由干預的強度、範圍、時間，判斷上已經可以認為是「剝奪」了人身自由。如果理解上認為這些程序並不包含在第 8 條的射程，那麼光憑我國憲法其他各該條文以及 23 條的保護，欠缺程序保障的後果，恐怕是個人必須為了社會的恐慌付出相當大的代價。其實，只要透過解釋，就可以充分的認定憲法第 8 條得以做為一般性的保護條款，這樣的觀點，也可以經由大法官釋字 166 號、251 號、585 號的解釋得出相同的立場。

此外，從歐洲人權法院的案例法角度來看，判例與司法規則制定權同樣都規範了司法程序相當重要的要件，但對於一般人民來說，恐怕離「清楚而可接近」仍然有一段距離。此外，司法規則制定權根本的違反了法律保留，如果真要按照大法官釋字 530 號解釋的意見，恐怕現行規則必須先行檢討。釜底抽薪之計，是盡速通過立法，將相關制度明文化，並賦予各該當事人救濟權限為宜⁸⁷⁵。

⁸⁷⁴ 面對毫無司法控制的人身拘束，對照 SARS 時期，卻沒有任何人以「提審法」要求審查，由此可見提審制度似乎欠缺實效性。

⁸⁷⁵ 判例制度和司法規則制定權的問題，可以觀照的面向有二：第一，影響法官的中立和獨立性，第二，影響人民對於相關法規範可接近的權利，但因離論文主題較遠，於此不贅。司法規則制定權方面，參考釋字 530 號；李仁淼，由司法權本質，思考我國大法官解釋釋憲制度的「聲請外解釋」問題；李超駿，略論司法院大法官聲請外解釋之作爲；陳愛娥，司法院大法官憲法解釋之標的—以聲請外解釋的認定困難爲中心—，李建良，試探大法官憲法解釋標的之實然與應然—以司法院釋字五六七號解釋爲中心—，以上各文章均收錄於台灣本土法學雜誌，第 59 期，2004 年 3 月，司法院大法官憲法解釋標的與範圍之認定的專題討論；釋字 530 號解釋黃越欽大法官不同意見書敏銳地指出：「查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……我國之情形未經立法授權，遑論憲法法源，多數意見憑空提出司法院之規則發布權，殊嫌無據，另一方面，復無視於立法優位原則，不知將憲法第二十三條及中央法規標準法置於何地……」

第二款、欠缺司法程序相關規範

這一個缺點包含了兩個問題：第一個問題是權力分立上的制度問題；第二個包含了公平審判或聽審原則等條款。

就權力分立來說，大法官允許了現行判例制度與司法規則制定權的存在，並且認為羈押權應該歸於法院，是因為法院的中立性與獨立性。本文認為，從機關功能的角度來說，法官和檢察官比起來，的確因為沒有負擔追訴任務，「相對」比較不容易趨向恣意的後果；但是，如同迴避制度的理由，法官不是在任何情形都必定中立，也因此有參與過審判的法官必須迴避。從這一點來看，審判中法院得以自行決定羈押的正當性，並不會因為法官在制度定性上是「中立」且「獨立」，

就效力而言，任何行政命令，如其對象為法院，而內容又係針對法院之審判行為，已然抵觸兩項重要原則，一為違反憲法上權力分立之原則，其二則復侵害法官獨立審判之原則，應屬當然無效……多數意見對此等『行政內規』，不宣告其為無效，反認為有效，僅法官於審判時不受其拘束而已，使得威權時代行政權高漲之心態獲得延續，致審判獨立原則無由真正貫徹。」；判例制度問題參考：顏厥安，法、理性與論證—Robert Alexy 的法論證理論，法與實踐理性，1998 年 7 月，頁 271 以下。林文雄，凱爾生的純粹法學，法實證主義，1982，頁 181 以下；顏厥安，再訪法實證主義，《法與實踐理性》，頁 271 以下。林立，法學方法論與德沃金，2000 年 9 月，頁 221、222；釋字第 153 號，釋字第 154 號，釋字第 177 號，187 號姚瑞光大法官的不同意見書；釋字 576 號林子儀，許宗力，楊仁壽協同意見書：「……現行實務對判例之操作，亦往往脫離其所依附之基礎事實，視其為一般抽象法規範適用之。要言之，判例在我國雖出自法院就具體個案所表示之法律見解，但卻限於最高法院及最高行政法院少數判決始有成為判例之可能，且其形成方式乃由透過非審判機關挑選、而非直接出於法院審判而來，尤有甚者，且判例之拘束力已超越個案事實，而具備類似抽象法規之性格，如此一來，我國之整體判例制度遂成一由上而下之法律見解控制體制。如此一來，我國之判例制度遂已成爲，而爲變相的司法造法，與判決先例拘束力存續之正當基礎—「相同案件、相同處理」漸行漸遠，進而有違反權力分立與審判獨立之憲法上要求之虞」；「……法律既爲法官獨立審判的權力來源，亦是其行使權力所不能逾越的界限。惟各級法院於審判具體案件時，同級或上級就事實類同案件曾爲之裁判，亦爲法院裁判所需斟酌之法源之一，此即爲所謂判決先例拘束原則。其於憲法上之正當基礎，係爲維護法之安定性與可預測性，並遵守相同事件必須相同處理之形式上公平審判要求，從而法院受其曾經表示之法律見解之自我拘束，對於相同之案件事實，應給予相同之裁判結果。但是法院裁判應受先例拘束，絕非指法院具有抽象法規之制定權，否則一則將使職司審判之法官兼掌立法之權力，破壞司法權與立法權間之權力分立機制；二則傷及法官獨立審判之權力，並僵化法律見解之進步。蓋法官於個案裁判中一方面須回顧過去法院曾表示之法律見解，仔細區辨個案事實之異同；他方面則須顧及對未來案件之影響，以及法律見解是否應與時俱進、有所變更，以綜合決定現下是否應受既存判決先例之拘束，因此形容法官乃是『傾聽過去的聲音而向未來對話』，諒不爲過。但在法的安定性與法律見解之進步與更新之間，實有賴法官本身審慎衡量，針對具體案件獨立而公正地審判，而不應委由司法行政部門代以判斷，甚至僵化而成爲見解更新之阻礙，此亦應爲憲法第八十條所以保障法官獨立審判制度所揭櫫之理想。」。

就變得事實上必定是「中立」而「獨立」。從這一點來看，司法規則制定與判例制度反而是反其道而行——以干預法官「事實上」的中立性與獨立性，來達到所謂的「保障人民訴訟權利」的結論。只是，當下級審法官必須遵循古老的判例或者根本不是法律的司法規則而作出裁判時，看不出「制度上」的中立性與獨立性，是否能夠真的讓法官真的中立或獨立⁸⁷⁶。

從程序上來說，憲法第 8 條雖然已經規定了相當詳細的程序，但是因為大法官的「旁徵博引」，因此憲法第 8 條乃至於憲法第 16 條，基於「正當程序」的要求，而肩負了相當大的任務。雖然，案例及見解的累積的確某種程度地促成權利的保障，但是從以上的歸納，可以看出連要將正當程序條款「類型化」都顯得有所困難。本文認為，相當大的原因出在於憲法欠缺程序條款，以及大法官在解釋時並沒有具體的指出審查基準、保護範圍，而導致「撿到籃子就是菜」，從好處來說，或許未來發展的空間可以無限寬廣；但是從壞處來說，就是變成了恣意的來源。如同本文前面指出，在我國的司法程序上，憲法與大法官解釋的層次部分，顯然忽略了「公平審判」的問題，也因此指定了「審級說」作為迴避制度的法理；卻同時也認為自訴權是憲法保障的層次。從學說和實務來說，認為拘捕前置主義是憲法上「正當程序」保障人權的一環，卻也立法修訂了因為「人為疏失」可以「繼續羈押」的嚴苛條款。

第三款、大法官應具體說理並司法自制

如同本文前述，大法官解釋往往神來一筆運用某種概念、或者沒有明確說明各該基本權利保護範圍、限制與審查密度，甚至可能導致憲法解釋適用上只有「合憲背書」和「違憲前快用一用」的實務態度。學者和司法實務間在分析同一個大

⁸⁷⁶ 更進一步指出司法審判、司法行政之間的連結與審判獨立的問題，林鈺雄，法官與檢察官的實然與應然，研討會發言，台灣本土法學，第 107 期，2008 年 6 月，頁 124-125。此雖為法官中立性與獨立性的「上游」體制，但涉此龐大爭議，本文不擬於此深入探討。

法官解釋時，也常因為大法官的語焉不詳導致各說各話，更遑論小老百姓和公務員對大法官解釋可能只有「紙上談兵」的感覺。

就此，大法官在作成憲法解釋時，在已經累積不少釋憲實務經驗的今天，或應將包括憲法爭訟程序、憲法解釋方法、憲法解釋步驟都一一的釐清，至少能夠形成類型化的慣例；並在作成解釋時，指出權利保護範圍，各該憲法權利要件，並且賦予充足的說法——即便是「繼受」，也不妨指出「普世價值」的理念⁸⁷⁷，也都會比「神來一筆」的概念好得多。就憲法解釋的權限上，似應特別注意避免成為立法的「導師」，並且認知司法權和立法權在功能法上的不同，避免過度的訴外裁判及審查密度的不穩定⁸⁷⁸。



⁸⁷⁷ 例如釋字 392、釋字 582。

⁸⁷⁸ 陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法的觀點出發，月旦法學雜誌，第 42 期，1998 年 11 月，第 48-49 頁指出的觀察及結論足供參考：包括抽象規範審查的要件應予限縮適用、應嚴守訴外裁判禁止、大法官審查密度並不穩定、考量過多政治後果等。

第七章、我國法現況——羈押法制

編號	歐洲人權公約		刑事訴訟法	
	條文	內容：比較基準	現行法情形	問題
1	5-1	1、拘束人身自由的實質原因 2、一般性人身保護條款	羈押替代處分(如限制住居)	於目前我國實務情形，非拘束人身自由；但有見解否定。
2	5-2	告知義務	第 95 條	訊問前告知
3	5-3	1、4 日原則 2、延長羈押的充足性與關聯性 3、特別勤勉義務 4、羈押期間	1、第 93 條、第 93 條之 1 2、第 108 條 3、審判中法院自行羈押	1、24 小時 2、實務於繼續性羈押運作時並無詳細說裡。 3、通說認為審判中自行決定羈押並無問題。
4	5-4	1、請求司法審查之權利／事後的法官保留 2、司法程序的要求：閱卷、受法律協助等。	1、有請求審查之權限 2、閱卷權、強制辯護權僅於審判中適用。	閱卷權與強制辯護權的適用階段問題。
			獨有問題	1、「拘捕前置原則」 ⁸⁷⁹ ？ 2、偵查中羈押的法官審查密度。 3、審判中羈押控訴構造未

⁸⁷⁹ 參照本文第 6 章、第 1 節、第 4 項，故於本章不予多加說明；亦參照本章第 1 節第 2 項部分。

				貫徹。
--	--	--	--	-----

第一節、實定法制

第一項、總論

羈押法制的層次上，原則是從憲法第 8 條的規定具體化，現行法於偵查中係由檢警「先為拘捕」後，由檢察官在認有羈押事由及必要時，聲請羈押；審判中由法院自行決定要否羈押。由於憲法第 8 條第 1 項的規定，檢警共用 24 小時，實務上大多係警方詢問 16 小時、檢察官複訊 8 小時為上限。

「羈押」本身，主要意義在於將被告拘禁於一定場所（看守所），以防止逃被告逃亡及保全證據，而完成訴訟並保全刑事程序之進行⁸⁸⁰。學說上也指出，由於羈押是有罪判決前所為對人身自由的強制處分，期間也遠較其他對於人身的強制處分為長，因此和無罪推定間有相當程度的緊張關係⁸⁸¹，從而不論立法或執行層次均應注意比例原則之適用，並且避免做為提前應報犯罪以及安撫被害人的刑事政策手段⁸⁸²。此外，刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 款並定有「重罪羈押」，

⁸⁸⁰ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 342 以下。

⁸⁸¹ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 342。但實務上仍然常有羈押作為社會預防、安撫大眾的意見；對此提出之質疑，例如羅秉成律師，靠押人拚治安，對嗎？，2005，司改會網站，針對「汐止殺警奪槍案」指出，在現今的實務上，每每以「警察抓人，法院放人」的意見批評法院，好像治安欠佳變成了法院的責任；羅律師並認為，對於社會重大治安案件，並且指出「羈押制度只是刑事保全程序而已...並不在於對被告施以懲罰效果。當局主張法院應提高羈押率以改善治安，不僅誤解羈押的功能，而且似乎認為『凡警察抓到的都是壞人，而法院不將壞人押起來，就應負治安敗壞之責』。以這種謬誤的邏輯誤導社會輿論，簡直是推卸責任。況且，依 93 年 1 至 12 月全國聲押件數共 8872 件，法院裁准羈押之件數高達 7420 件，僅約 16% 案件被法院駁回，所謂『警察提人，法官放人』的說法也與事實不符。再以『有反覆實施同一犯罪之虞』（刑訴第 101 之 1 條）而聲押之案件觀察，同一年度之裁准羈押比例更高達 87%（共 1336 件聲請案件，裁准 1161 件），也無羈押率偏低的情形，將治安責任推給法院，豈是公平？」，而認為，對於類似的重大案件，治安政策才是根本之道。

⁸⁸² 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 343-344。

101 條之 1 定有「預防性羈押」，前者係因被告犯重罪而進行的羈押；後者主要係因被告有「反覆實施同一犯罪之虞」的情形。

至於執行層次上，則包括了刑事訴訟法、羈押法等在内的規範對於羈押的執行問題作出了規範。本文以下分別就羈押之聲請、決定機關、羈押之要件、羈押之審查、羈押之執行以及羈押之停止、撤銷，簡述如下。

第二項、非必要之前置程序：拘捕

刑事訴訟法賦予個人或者檢警在急迫的情形下，得以緊急拘提、逮捕等⁸⁸³；並且賦予警察、檢察官在通知、傳喚不到時，得聲請檢察官或檢察官自行發出拘票拘提被告⁸⁸⁴。在拘提、逮捕後，於訊問後，檢察官如認有羈押必要，必須自拘提、逮捕 24 小時內聲請法院羈押⁸⁸⁵；如認無羈押理由，即應釋放；如認有羈押事由但無羈押必要者，檢察官得自行令被告具保、限制住居、責付⁸⁸⁶。

至於「24 小時」，討論上比較有爭議的是得否於此期間進行偵查？學說上有認為此期間完全不應偵訊；惟實務做法似乎並沒有採取這個看法，最多於在途期間內不得訊問而已⁸⁸⁷。比較持平的立場是，由於犯罪嫌疑重大以及羈押事由均係羈押要件，和本案犯罪事實往往不易區分，如不得偵訊，恐怕無法判斷是否應釋放或羈押，從而應得以偵訊，但僅限於「準備工作」為限，亦即僅為判斷羈押與否之情刑方得偵訊⁸⁸⁸。此見解顧及偵查效能與被告權利之保護，實際上操作也不致流於空談，應屬可採。

⁸⁸³ 刑事訴訟法第 76 條、88 條、88-1 條。

⁸⁸⁴ 刑事訴訟法第 71-1 條、75 條。

⁸⁸⁵ 刑事訴訟法第 93 條第 2 項。

⁸⁸⁶ 刑事訴訟法第 93 條第 3 項。

⁸⁸⁷ 刑事訴訟法第 93 條之 1 第 2 項。

⁸⁸⁸ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 339-340。

第三項、羈押之聲請及決定機關

第一款、聲請機關

羈押之聲請以及決定機關，於偵查中係檢察官為之；其他偵查中羈押之相關決定例如撤銷、延長、保全、停止等，亦以檢察官為聲請主體⁸⁸⁹。審判中，由於本法並無規定檢察官之聲請權，從而實務見解認為，檢察官於審判中並無聲請權；即便聲請亦不合法⁸⁹⁰。

比較有問題的是，如果檢察官根本不聲請，而自行決定羈押的替代手段，是否合法？學說上有主張，既然「羈押」係由法院決定，那麼「羈押的替代手段」也應該由法院決定，從而檢察官自行決定替代手段應不合法。本文認為，這樣的見解認為「較重者」既然不行，那麼「較輕的替代方案」也應該不行，似乎混淆了「舉重以明輕」的方法；其次，如果認為偵查機關一律僅能解送法院審查，那麼後果可能是使沒有羈押必要的被告因此受到更長的人身自由拘束；再者，如果這樣的說理可以成立，恐怕現行刑事司法的微罪處分、轉向制度都會有合法性的疑慮——「刑罰」應該由法院決定，那麼「刑罰的替代手段」是否也一律應該由法院來決定？準此，偵查機關應該可以自行決定替代方案⁸⁹¹；惟，如果被告因無法接受替代方案，不能用以往的檢察機關自行決定「暫押候保」；換句話說，如果要剝奪人身自由，都應該由法院來決定⁸⁹²。

第二款、決定機關

⁸⁸⁹ 刑事訴訟法第 93 條第 2 項、107 條第 2 項、108 條第 1 項、第 8 項、110 條第 2 項。並參林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 345。

⁸⁹⁰ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 345-346。

⁸⁹¹ 反對見解，例如黃朝義，刑事訴訟法，2007，頁 160 及註腳 71，認為 228 條之檢察官具保規定使其得以具保以釋放犯罪嫌疑人，並且認為這種濫用具保的情況「設若...未能依刑事訴訟法第 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，則情況更加嚴重。」。

⁸⁹² 例如刑事訴訟法第 107 條第 4 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。」，在體系解釋上也可以得知，決定釋放者，未必有決定拘束的權限。

無論偵查中或審判中，均由法院訊問後，認為有犯罪嫌疑重大、羈押原因及羈押必要後羈押之⁸⁹³。如無犯罪嫌疑重大、羈押原因，則應予釋放；如僅無羈押必要性，得以具保、限制住居、責付等替代手段。對於羈押之替代手段，實務發展出不少類型，例如「限制出境」、「定期報到」等。簡之，關於羈押之決定機關，屬於「絕對法官保留」，並無例外情形⁸⁹⁴。

第四項、羈押之要件

羈押之要件，分別有「犯罪嫌疑重大」、「羈押原因」及「羈押之必要」。對於犯罪嫌疑重大，指的是「嫌疑重大」而不是「所犯之罪重大」；羈押之「必要性」指的是比例原則的考量。關於「羈押原因」，則有被告逃亡之虞、串證、滅證、重罪、預防性羈押等不同事由，分述如下。

第一款、逃亡或逃亡之虞

刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 1 款規定，於逃亡或逃亡之虞時，得予羈押。所謂逃亡，指被告有逃亡事實；逃亡之虞，指依照具體情形，可以推測被告有逃避刑事追訴、執行者⁸⁹⁵。

第二款、使案情晦暗之危險

所謂案情晦暗之危險 (*Verdunkelungsgefahr*)，規定於刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 2 款，指被告有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯、證人者之虞者。亦即，按照具體案情，能夠認定被告有改變證據型態、影響共犯、證人的危險時，即具備使案情晦暗之危險。學說指出，僅保持緘默或否認涉案，並不足以肯認此

⁸⁹³ 刑事訴訟法第 101 條第 1 項、第 101-1 條第 1 項。

⁸⁹⁴ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 346-347。

⁸⁹⁵ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 349。

種危險存在⁸⁹⁶。

第三款、重罪羈押

所謂「重罪」，指刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 款，於所涉之犯罪為最輕本刑 5 年以上有期徒刑、無期徒刑、死刑者，於嫌疑重大並有必要性時，即得羈押。學說上指出，關於此項規定，應參酌德國聯邦憲法法院的合憲性解釋，即於重罪情形時，必須亦具備逃亡或使案情晦暗之風險，僅於審查密度得以放寬⁸⁹⁷；若僅按字面解釋，很有可能因為違反無罪推定與比例原則而根本地違反憲法要求。

第四款、預防性羈押

刑事訴訟法第 101 條之 1 規定，於所涉為 101 條之 1 列舉罪名，而有事實足認為有反覆實施同一犯罪之虞時，亦即有再犯之虞者 (*Wiederholungsgefahr*)，得以羈押，一般稱為「預防性羈押」。該條所列罪名包括了放火相關罪名；強制性交、猥褻相關罪名；妨害自由、強制、恐嚇等罪名；並亦包含竊盜、搶奪、詐欺、恐嚇取財等罪名⁸⁹⁸。

第五項、羈押之聲請、審查與執行

第一款、聲請程序

⁸⁹⁶ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 349。

⁸⁹⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 350。例如重罪的情形，被告因為嚴厲的刑罰制裁而增加了逃亡的風險。

⁸⁹⁸ 林鈺雄教授指出，關於預防性羈押，根本是預防未來犯罪的保安措施，與羈押制度原本目的格格不入；並且再犯之虞係以被告過往所犯之罪為基準，違反無罪推定；刑事政策上，短期自由拘束違反再社會化的特別預防目的。參考：林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 351-352。德國法上並對於此種羈押事由設有 1 年的上限 (§122a StPO)。陳運財教授亦對此制度指出，防衛社會與預防犯罪，應係行政任務，與羈押制度應無關聯，參陳運財，釋字 392 號解釋與刑事訴訟制度的變革，收錄於：刑事訴訟與正當法律程序，1998 年，頁 276 以下。

第一目、被告非經拘捕到場

從實定法來看，我國法對於「未經拘捕」的被告，司法警察（官）不得解送至檢察官⁸⁹⁹。如果是未經拘捕的被告，於有羈押必要者，本法 228 條第 4 項特別立法，賦予檢察官在認為有羈押必要時得以實施「逮捕」權限；於無羈押必要者，得自行決定拒保、責付及限制住居⁹⁰⁰。

第二目、被告經拘捕到場

司法警察（官）原則上應解送檢察官⁹⁰¹。檢察官於接收被告後，認符合羈押要件者，應聲請羈押；不符者，得釋放；於有羈押原因而無羈押必要者，得自行決定交保、責付、限制住居。

不論是有否經拘捕，本法的立法與 228 條第 4 項的立法理由，採取「拘捕前置主義」，甚為明顯。對此，學說上質疑根本是「庸人自擾」，憲法第 8 條根本沒有必要解讀為「非經拘捕不得羈押」，並建議「...應回歸憲法第 8 條，應貫徹人身保護令狀之法官保留原則才是正途，法律層面上並應單獨且全面創設拘捕之合法性審查機制（包含釋放情形亦應受審查）；...審判中法院羈押被告，由於仍是由法院為之，不生違反法官保留問題，但宜由檢察官聲請。」⁹⁰²，指出我國法通說關於「拘捕前置」的缺陷。關於其他「拘捕前置」的分析，本文已於前詳述，於此不贅⁹⁰³。

第二款、審查程序

⁸⁹⁹ 刑事訴訟法 229 條第 2 項。

⁹⁰⁰ 刑事訴訟法第 228 條第 4 項本文。

⁹⁰¹ 刑事訴訟法第 91 條、第 92 條第 2 項、第 229 條第 2 項。

⁹⁰² 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 356-358。

⁹⁰³ 參本文第 6 章、第 1 節、第 4 項以下。

第一目、告知義務

羈押審查程序中，因為必須先訊問被告，因此，必須遵守刑事訴訟法在訊問前的告知義務，內容包括了罪名、涉犯事實、緘默權、辯護權及得請求有利調查之證據⁹⁰⁴。除此之外，按照刑訴第 101 條第 3 項以及第 101 條之 1 第 2 項，羈押所依據之事實，亦應告知被告及辯護人⁹⁰⁵。

第二目、到場參與

就辯護人而言，按照刑訴第 95 條以及第 101 條的解釋，應有到場陳述意見的權利；就檢察官而言，應有到場之義務⁹⁰⁶。

第三目、審理原則

審理原則上，基於聽審請求權以及憲法第 8 條第 2 項的「審問」規定，應適用言詞審理。學說上指出，對此而言，藉由被告的言詞防禦，可以確保羈押權的正當行使⁹⁰⁷。但學說上也不乏反對見解。反對意見認為，如以言詞審理，可能造成法官的先入為主，進而污染心證⁹⁰⁸。這樣的見解，其實應該更能適用在審判中法院自行為羈押決定——如果本案審判法院決定羈押，難道不是心證的預斷？對此，本文認為，如認可能造成法官的預斷，最好的方式可能是將羈押權移往本案法院以外的法官審查，而不是犧牲被告的防禦權來達到避免法官預斷的風險。

其次，由於羈押可能涉及偵查不公開串證、滅證的風險，本文認為，應視其

⁹⁰⁴ 刑事訴訟法第 95 條。

⁹⁰⁵ 學說上稱此為「特別告知義務」。參：林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 358。

⁹⁰⁶ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 360。

⁹⁰⁷ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 362。

⁹⁰⁸ 黃朝義，羈押審查與羈押理由之開示，台灣本土法學雜誌，第 36 期，2002 年 7 月，頁 209 以下。

各該案件的性質來決定是否應公開；簡之，公開審理並不是必要條件⁹⁰⁹。

第四目、證明法則

目前通說大多主張，對於羈押審查的證明法則並不適用嚴格證明；此外，對於心證程度，法院僅須對於羈押的要件達到「很有可能如此」即可⁹¹⁰。

第三款、法院決定

法院的決定，得准予羈押，駁回羈押聲請，或逕命具保、責付、限制住居。由於如果僅按文義解釋，替代手段顯然太過單調，因此實務上也發展出了限制出境、定期向法院或各地警察局報到的附加條件。至於審判中，則由法院自行決定要否羈押或為其他替代手段。

第四款、羈押執行

羈押的指揮執行，偵查中由檢察官為之；審判中依審判長或受命法官為之⁹¹¹；羈押之處所為看守所，與受刑人於監獄執行不同⁹¹²。

第六項、繼續性羈押

第一款、羈押期間

對於羈押期間，於押票簽發之日起算；惟羈押前之拘捕日期亦算入⁹¹³。其次，按照刑事訴訟法第 108 條第 1 項，偵查中羈押被告不得逾 2 月，得延長一次；審判中羈押被告不得逾 3 月，如有延長，每次不得逾 2 月；然而，如果所犯之罪為

⁹⁰⁹ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 362，似認為審判中羈押應公開，偵查中羈押則不宜；惟本文認為在審判中羈押未必均應公開，須視個案而定。

⁹¹⁰ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 362-363。

⁹¹¹ 刑事訴訟法第 103 條第 1 項。

⁹¹² 羈押法第 1 條。

⁹¹³ 刑事訴訟法第 108 條第 4 項。

最重本刑 10 年以下之罪，第 1 審及第 2 審以 3 次為限，第 3 審以 1 次為限；如果是最重本刑 10 年以下之罪以外的罪名，則無次數限制。簡之，偵查中之羈押無例外的最長到 4 個月；審判中羈押，如為最重 10 年以下之罪，可以長達 20 多個月；如為最重本刑 10 年以下以外之罪，則無限期。

但是，本法在 108 條第 6 項也同時規定，延長羈押之次數，只要經過發回，全部更新計算。準此，前面所說到「最重 10 年以下之罪」的羈押期間，仍然有可能成為實際上沒有盡頭的羈押。然而，由於實務上並未統計過實際的羈押日期，因此仍然難以斷定目前我國實務上一般性的羈押期間究竟如何。

第二款、羈押之撤銷、停止與救濟

第一目、羈押之撤銷

羈押之撤銷，主要是針對羈押原因消滅的情形⁹¹⁴。撤銷羈押，由法院職權為之或由被告、辯護人等聲請為之⁹¹⁵。並且，如案件上訴三審中，由於是法律審的緣故，羈押由高等法院審查裁定之⁹¹⁶。此外，檢察官如於偵查中聲請羈押之撤銷，法院即「應」為撤銷之裁定，並得於裁定前由檢察官先行釋放被告⁹¹⁷。此外，在羈押期間屆滿而未受延長羈押裁定之合法送達等情形時，本法有「視為撤銷羈押」的情形⁹¹⁸。然而，實務常因各種疏失，導致羈押延長沒有在期限內合法送達被告，從而在 2007 年，刑事訴訟法新增第 108 條第 8 項到第 10 項，立法理由認為：「依...規定視為撤銷羈押者，多有出於人為之疏失者，若因此造成重大刑事案件之被告得以無條件釋放，致生社會治安之重大危害，殊非妥適，宜允在法制上謀求補救

⁹¹⁴ 刑事訴訟法第 107 條第 1 項。

⁹¹⁵ 刑事訴訟法第 107 條第 2 項。實務並就此反面推論檢察官並無聲請權限，參本章、第 3 節、第 2 項、第 2 款、第 3 目以下以及第 4 節以下討論實務見解部分。

⁹¹⁶ 刑事訴訟法第 121 條第 1 項到第 3 項。

⁹¹⁷ 刑事訴訟法第 107 條第 4 項。

⁹¹⁸ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 378-380。

之道」⁹¹⁹。

主要的規定是⁹²⁰：在被告因羈押期間屆滿而撤銷羈押者，偵查中，檢察官得聲請法院命替代措施，如認有必要者，仍得附具體理由聲請法院「繼續羈押」；如果在審判中，則由法院逕行決定要否繼續羈押。如果被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑 7 年以上有期徒刑者，偵查中由檢察官聲請、審判中法院依職權依 101 條規定訊問後繼續羈押；繼續羈押並以 2 月為限，不得繼續延長，按照立法理由，這種情形仍然必須遵守延長羈押的總期間規定⁹²¹。

第二目、羈押之停止⁹²²

所謂羈押之停止，和前述羈押之撤銷以羈押原因消滅不同，係以無羈押「必要性」，而停止羈押，並以具保、責付、限制住居為替代手段⁹²³。對此，我國實務上較常見選擇以具保、限制住居的手段進行；實務上，並多有「限制出境」的處分，根據實務見解，這種情形是「限制住居」的類型之一⁹²⁴；此外，實務上亦常出現「甲○○限制住居於○○縣○○市○○路○段○○號○樓，且應於停止羈押期間，每日晚上○時至○時之間，至○○縣政府警察局○○分局報到」的裁定

⁹¹⁹ 關此與立法理由，參林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 379-380，以及註腳 78。

⁹²⁰ 刑事訴訟法第 108 條第 8 到第 10 項規定如下：

「依第二項及前項視為撤銷羈押者，於釋放前，偵查中，檢察官得聲請法院命被告具保、責付或限制住居。如認為不能具保、責付或限制住居，而有必要者，並得附具體理由一併聲請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繼續羈押之。審判中，法院得命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要者，並得依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後繼續羈押之。但所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為七年以上有期徒刑之罪者，法院就偵查中案件，得依檢察官之聲請；就審判中案件，得依職權，逕依第一百零一條之規定訊問被告後繼續羈押之。

前項繼續羈押之期間自視為撤銷羈押之日起算，以二月為限，不得延長。繼續羈押期間屆滿者，應即釋放被告。

第一百一十一條、第一百三十三條、第一百五十五條、第一百六十六條、第一百六十六條之二、第一百七十七條、第一百八十八條第一項、第一百九十九條之規定，於第八項之具保、責付或限制住居準用之。

⁹²¹ 或可簡單理解為一種「特殊」的延長羈押類型。

⁹²² 參考林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 381-385。

⁹²³ 並參最高法院 95 年度台抗字第 411 號裁定。

⁹²⁴ 最高法院 92 年度台抗字第 345 號裁定。

內容⁹²⁵，亦即，以要求被告定期向指定之機關報到的手段，來及時發現有無棄保潛逃的情形。

第三目、羈押之救濟

對於羈押及相關替代處分之救濟，刑事訴訟法主要規定在第 403 條以下以及 416 條。簡之，當事人對於法院之裁定有不服者，得以抗告，或對於法院、檢察官之處分有所不服者，得以準抗告救濟⁹²⁶。

第二節、刑事司法實務——偵查中羈押的統計數據

第一項、偵查中羈押具體數據鳥瞰⁹²⁷

第一款、1998 年到 2003 年的數據

法務部在 2000 年法務統計重要指標分析的專案報告中指出，羈押決定權自 1998 年由法院行使後，以往之「暫押候保」、「暫押候執行」之作法改變，使得羈押被告人數由 1997 年之 21000 多人銳減為 1998 年之 7500 人；惟 1999 及 2000 兩年再分別減為 6200 人、5700 人，該報告並指出「其關鍵因素則與毒品新制施行，對吸毒犯改以向法院聲請觀察勒戒，不再聲請羈押有關。」。新收偵查案件檢察官向法院聲請羈押人數，由 1998 年之 8400 人，減至 2000 年之 6300 人，其

⁹²⁵ 參考高等法院 96 年度聲字第 1687 號裁定。

⁹²⁶ 並參林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 387-389。

⁹²⁷ 由於實務見解認為，偵查中羈押才有檢察官聲請的餘地，從而統計上也是基於這個基礎；至於審判中羈押／繼續羈押／不予羈押的比例則無具體統計。另外，很遺憾的，本文無法在法務部公開網站搜尋到關於「羈押期間」的具體統計；而司法院網站對於「羈押」相關的統計則付之闕如。

占新收偵查案件被告人數之比率亦由 2.4%降至 1.6%；至法院裁定許可羈押人數之比率近 3 年尚維持在 90% 上下。並且分析 2000 年羈押被告 5 千 7 百人之罪名結構，其中以竊盜罪約一千四百人最多，依次為強盜罪、毒品罪、殺人罪、槍砲彈藥刀械管制條例、妨害風化及性自主罪、詐欺罪、搶奪罪。

準此，從這些數據可以推出，1998 年羈押人數銳減，聲請羈押人數 8400 人，核准 7500 人，核准比率 89.29%；2000 年聲請羈押人數 6300 人，核准 5700 人，核准比率 90.48%。至於 1999 年則無法具體推出。

2001 年之後到 2003 年，根據法務部的統計⁹²⁸，2001 年全年各地方法院檢察署檢察官向法院聲請羈押者計 6000 人，嗣經法院裁定准許羈押人數為 5300 人，法院許可羈押比率為 89%，較上年減少 1.5 個百分點⁹²⁹。2002 年全年各地方法院檢察署檢察官向法院聲請羈押者計 6000 餘人，較上年略增 1.7%⁹³⁰；法院裁定准許羈押人數為 5300 人，則較上年減少 0.5%；法院許可羈押比率為 86.9%，較上年減少 2 個百分點。2003 年全年各地方法院檢察署檢察官向法院聲請羈押者約 5800 人，較上年減少 5.6%；法院裁定准許羈押人數約為 5100 人；法院許可羈押比率為 87.4%，較上年增加 0.5 個百分點。。

第二款、2004 年到 2006 年的數據

就羈押原因來說，以人數為基準，竊盜及毒品相關罪名都向來排行前 2 名；其後才是強盜、搶奪等罪，人數並有增多的趨勢⁹³¹。

以 2004 年來看，聲請羈押人數為 7435 人，核准羈押人數為 6507 人，核准

⁹²⁸ 參考法務部 2001 年到 2003 年，法務統計／統計專題分析／法務重要指標分析。

⁹²⁹ 具體計算應該是 88.33%。

⁹³⁰ 就此可以推出係 6170 人。

⁹³¹ 95 年法務統計年報，頁 104-105。

羈押比率為 87.52%；2005 年聲請羈押人數為 10889 人，核准人數為 9296 人，核准比率為 85.37%；2006 年聲請羈押 11977 人，核准人數為 10237 人，核准比率為 85.47%。

此外，整體向高等法院的抗告，不合法及無理由比率占了 86.4%，亦即，撤銷原裁定比率為 13.6%；其中檢察官向高等法院的抗告遭駁回比率占 62.7%，被告遭駁回比率 91.7%。93 至 95 年之間。以件數來看，包含一部或全部自為裁定者，93 年僅 1 件（撤銷 25 件），94 年 5 件（撤銷 58 件），95 年 4 件（撤銷 89 件）⁹³²。

第三款、2006 年法務年報

法務部在 2006 年法務統計年報⁹³³指出，當年自 3 月 23 到 12 月 31 日，重大危害治安案件聲請羈押比率 86.1%（3,621/4,207 人），核准率 92.3%（3341 人），較前一年全年「核准比率增 6.9%」；並且「由於各地檢署貫徹對於重大危害治安案件之被告依法羈押之政策，已全面產生遏止作用，從數據分析，各類犯罪與上年同期相較，已明顯減少。」⁹³⁴。至於在民生犯罪專案中，偵案 9,127 人，偵查中經羈押有 844 人⁹³⁵。該年總體的羈押數字上，僅就地方法院來說，共聲請 11,977 人羈押，較 94 年增加 10%；「經法院裁定犯罪嫌疑重大，有反覆實施同一犯罪之虞」准許羈押者為 10,237 人，亦較去年增加 10%；法院裁押准許比率為 85.5%，較去年增加 0.1%⁹³⁶。就法院駁回羈押的理由中，以不足證明犯罪事實嫌疑重大

⁹³² 具體數字參考法務部，95 法務部統計年報，頁 20。

⁹³³ 法務部，95 年法務統計年報，於：<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/82410332827.pdf>。

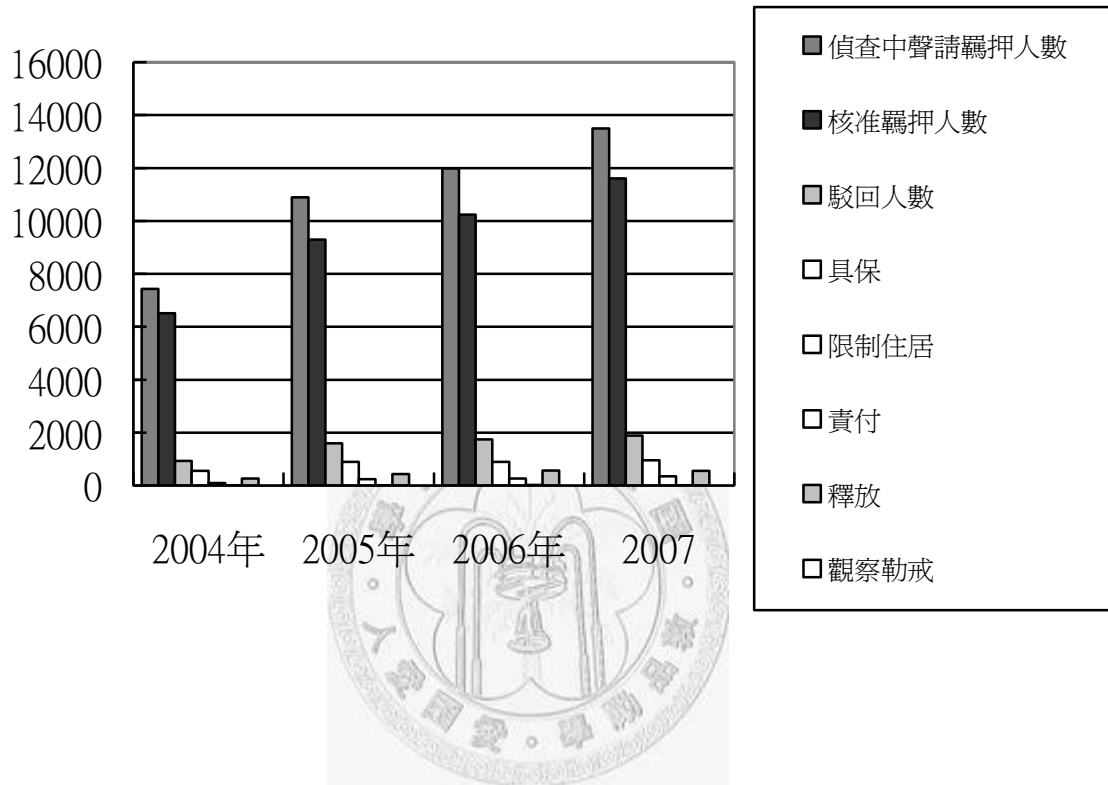
⁹³⁴ 法務部，95 年法務統計年報，頁 13。

⁹³⁵ 法務部，95 年法務統計年報，頁 13，筆者自行統計為 9.2%的羈押比率。

⁹³⁶ 法務部，95 法務統計年報，頁 13。而該報告以「經法院裁定犯罪嫌疑重大，有反覆實施同一犯罪之虞」准許羈押者有 10237 人，但參照下頁，該年總計人數也才 10238 人！這樣的對照下來，可能有幾種解釋。第一，報告的說法其實和預防性羈押無關，而有所誤用；第二，實務上的確濫用預防性羈押，因此法院羈押裁定中用到「有實施同一犯罪之虞」的理由的確超過 99%；第三，該報告是指「犯嫌重大以及預防性羈押」總計有 10,237 人，但是沒有說明同年報 105 頁多出來的 1 個人羈押理由是什麼。

為最大宗。2006 年，總計新收偵案 478,449 件，聲請羈押 11,977 人，法院核准率 85.5%，共 10238 人，釋放 21 人，其餘則以包括具保、限制住居等在內的替代手段為之。2004 年到 2007 年相關羈押比率，圖示如下（參圖表 7）⁹³⁷。

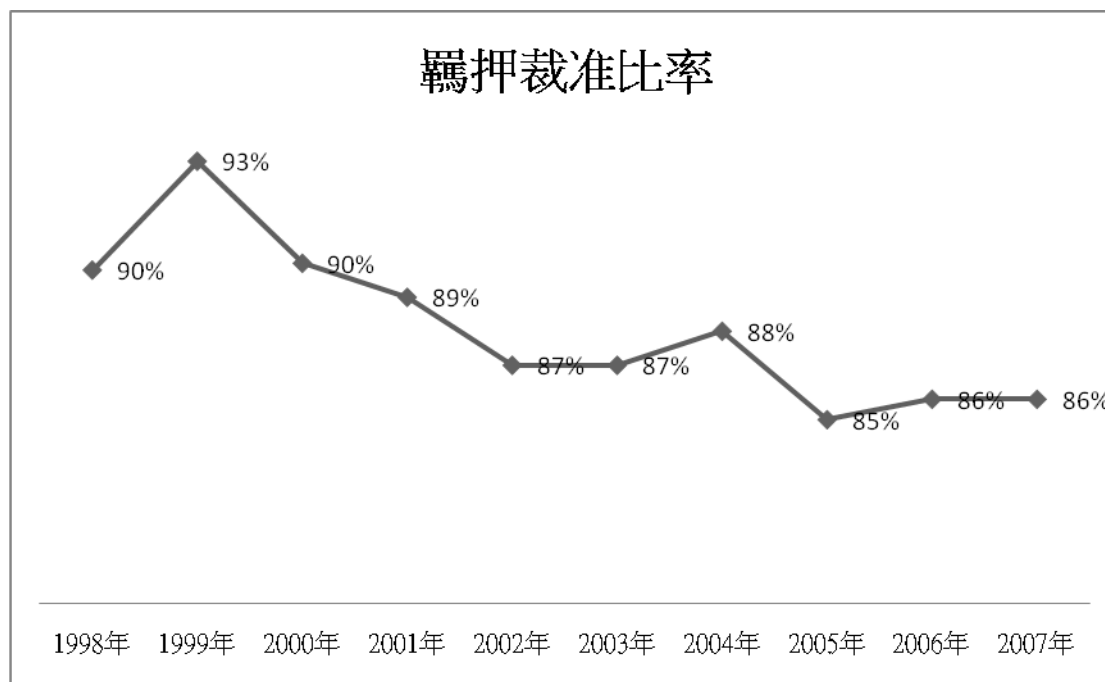
圖表 7：我國 2004 年～2007 年偵查中羈押數量表



⁹³⁷ 2007 年相關數據目前於法務部網站還無法取得，但法務統計指標／年資料，各地方法院檢察署新收刑事偵查案件及向法院聲請羈押情形，已有對於新收案件量、聲請羈押人數、羈押人數、羈押核准比例列出具體數據。

如果單以羈押比率來說，從 1998 年到 2007 年的偵查中聲請羈押與法院核准羈押比率，圖示如下（圖表 8）⁹³⁸：

圖表 8：我國 2004 年～2007 年偵查中羈押核准比率曲線圖



第二項、相關意見

第一款、偵查中羈押權改隸法院

以 392 號以後為例，王兆鵬教授指出，自 1995 年到 1997 年，羈押人數分別為 19,112 人、19,521 人、21,457 人，在 1998 年羈押權改隸法院後，人數急遽下降至 7,508 人，1999 年為 6,168 人，並認為「自...統計數字幾乎可知，每年可能會被關入看守所內的三分之二人民，因為三九二號解釋而獲釋放」，因此能夠使被告自白任意性、以及人身自由的保障更加充分⁹³⁹。

⁹³⁸ 小數點後四捨五入。數據參考，法務部，法務統計指標／年資料，各地方法院檢察署新收刑事偵查案件及向法院聲請羈押情形。

⁹³⁹ 王兆鵬，憲法解釋與訴訟權之保障－以刑事訴訟為中心，司法院九十三年度學術研討會，憲

王兆鵬教授並進一步指出，釋字 392 號的意義，可以推衍出憲法的基本權制度性保障原則；亦即除了急迫情形，關於「干預人民基本權，應將『聲請者』與『決定者』分離，使『聲請者』知悉其『聲請』將受中立超然之第三者審核，有可能不被准許，此制度將使『聲請者』非有必要，不願提出干預基本權之聲請。」⁹⁴⁰；並且進一步認為：「...若『聲請者』與『決定者』同屬一人，因為無『審核』程序，『聲請者』（即『決定者』）可能失所警惕，易流於輕忽、草率地為基本權之干預。」⁹⁴¹；「...以羈押權為例，將羈押之『聲請者』與『決定者』分離，得迫使聲請者非有必要，不得提出羈押之聲請，減少對人民無必要的羈押。因此自制度而言，其他基本人權之干預，將『聲請機關』與『決定機關』分離，得避免無必要的干預行為，確保人民權利。」⁹⁴²。

第二款、羈押密度越趨嚴格

以羈押核准比例來看，林俊益法官曾指出，87 年 1 月到 10 月，羈押核准比率為 89%，換言之，駁回聲請羈押比率仍有 11%，「就此，即係改善過去作為偵查主體之檢察官逕行決定羈押所可能產生不當情形，使人民遭受不當侵害之可能性減低，就此部分之被告而言，即係修正刑事訴訟法將加之強制處分改由法官決定之受惠者。」⁹⁴³；並且認為「...在實務運作上，對保障被告人權，刑事庭法官無不悉盡心力為之。1997 年修正刑事訴訟法至今，將近八年，偵查中，檢察官對羈押被告之聲請，日趨慎重。法院羈押被告之決定，日趨嚴謹。駁回聲請羈押

法解釋與訴訟權之保障，2005 年，頁 129-131。

⁹⁴⁰ 王兆鵬，憲法解釋與訴訟權之保障－以刑事訴訟為中心，司法院九十三年度學術研討會，憲法解釋與訴訟權之保障，2005 年，頁 133。

⁹⁴¹ 王兆鵬，憲法解釋與訴訟權之保障－以刑事訴訟為中心，司法院九十三年度學術研討會，憲法解釋與訴訟權之保障，2005 年，頁 133。

⁹⁴² 王兆鵬，憲法解釋與訴訟權之保障－以刑事訴訟為中心，司法院九十三年度學術研討會，憲法解釋與訴訟權之保障，2005 年，頁 133。

⁹⁴³ 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，第 47 期。

的比率在 1997 年是 8% 到 10%，近年來，駁回比率是 12%、13%...說我們刑事法庭法官的羈押裁定不夠保障人權，這種結論，我們完全無法同意。」⁹⁴⁴。此外，林俊益法官也認為：「...在 86 年羈押權改制的時候...准許檢察官聲請羈押被告的比例大約是百分之 90、91、92，沒想到現在已經掉到了 84、85、86，這表示什麼？這表示法官對羈押要件的審查愈來愈嚴格，對被告就愈有保障。」⁹⁴⁵。

第三項、本文意見

第一款、偵查中羈押的法官審查密度

就前開的法務統計年報來看，如果自 1997 年到 2007 年，即 10 年的統計數據來看，偵查中羈押核准比率的確有所下降⁹⁴⁶，法務部在首次核准羈押率掉到 9 成以下的 2001 年，該年專案統計分析也「委婉」的指出，「九十年全年各地方法院檢察署...法院許可羈押比率為八九%，較上年減少一·五個百分點，此乃因法官認定之標準差異，致部分被告未獲准羈押」。因此前述學說見解認為「法官對羈押要件的審查愈來愈嚴格」是可以接受的推估。但法官的審查密度是否影響羈押比例，就方法上來說，欠缺有信度、效度的統計或分析，本文並無法確認。此外，必須注意的是，在這 10 年間，也由於偵查中羈押裁定書，無法透過前後的內容比較，來確認是否審查密度漸趨嚴格，因此仍然無從確認是主要的變因之一⁹⁴⁷。

第二款、檢視裁定書內容的必要性

⁹⁴⁴ 林俊益，於：楊雲驊，延長羈押被告與人權保障－從歐洲人權法院實務論我國延長羈押的若干問題－，台灣本土法學，第 81 期，2006 年 4 月研討會議紀錄，頁 177。

⁹⁴⁵ 林俊益，於：楊雲驊，延長羈押被告與人權保障－從歐洲人權法院實務論我國延長羈押的若干問題－，台灣本土法學，第 81 期，2006 年 4 月研討會議紀錄，頁 185。

⁹⁴⁶ 但就羈押人數來說，隨著越來越多的刑事案件，大致上是逐年增加。

⁹⁴⁷ 參考 Joel Best, 張淑貞、何玉芳譯，統計數字——是事實還是謊言？，2008，頁 83-85 舉統計上以美國黑人教堂遭縱火的案件數字，試圖證立「種族主義者」恐怖行動的問題；該書作者認為，以數字來認定要有多少才叫做「猖獗」？每個個案的「縱火」定義是否都出自於種族主義的原因？顯然很可疑。

至於大法官釋字 392 號以及刑事訴訟法對於羈押權的改制，學說及前開統計年報上已經指出羈押權改隸法院對於羈押人數的數量銳減之間，是具體相關的，從而如果從「機關制衡」的角度來說，可以認為是正確的見解。但是如果就「法官本身比較可以保障人權」，並沒有數據證明，也無法直接透過偵查中羈押裁定書與審判中羈押裁定書的比較來證實⁹⁴⁸，主要是因為以下兩點：

- 1、 審判中羈押數據並無具體統計。包括自偵查中在押被告，繼續在審判中由法院羈押；或者偵查中並無遭到羈押，但審判中遭到羈押；或者偵查、審判起初均無羈押，但審判程序中遭到羈押等。因此也無法分析「偵查中羈押」和「審判中羈押」法院的審查密度是否不同⁹⁴⁹。
- 2、 偵查中羈押裁定書原則上並無法透過公開方式取得，因此要具體檢視偵查中羈押裁定書的內容有所困難。

因此，進一步的分析「公開」的羈押裁定書的質化方法，是檢視法官對於羈押相關見解的唯一途徑。就此，「偵查中羈押」或「審判中羈押」要件的不同，在以下的分析並不影響，理由是，不論偵查中、審判中的羈押，都必須要具備重大犯罪嫌疑、羈押原因、比例原則這 3 個要件；並且，偵查中或者審判中羈押要件的部分不同，也不影響對於下列各級法院裁定書的理解。

⁹⁴⁸ 王兆鵬，憲法解釋與訴訟權之保障—以刑事訴訟為中心，司法院九十三年度學術研討會，憲法解釋與訴訟權之保障，2005 年，頁 132-133 指出，檢察官依法雖然必須客觀公正，但未必代表在處理羈押權時，檢察官係中立、客觀機關；王兆鵬教授並認為，羈押權改隸法官的兩個主要理由是第一、法院超然中立，從機關功能的角度的來看，較適合處理相關強制處分問題；此外，機關之間的相互制衡也是重要的因素。

⁹⁴⁹ Joel Best, 張淑貞、何玉芳譯，統計數字——是事實還是謊言？，2008，頁 88-90 指出，「樣本數量多」不代表是「有效樣本」，以網路上的色情圖項分析問題為例，研究者分析了 800 萬以上的圖像，卻都是從網路信息群組中的一部分取得，該樣本也是色情圖像密度最高的網際網路部分，因此「那絕對不是具代表性的樣本」。偵查中羈押的裁押比率是以「偵查中」羈押聲請為樣本，也無法看出法官是否就「羈押」這個問題一貫的都是「嚴格審查」，從而也看不出是否「法官」本身就是足以作為保障人權的機制。

第三節、羈押裁定書分析

第一項、地方法院裁定書：以台北、士林地方法院為例

由於羈押案件數量龐大，因此要完整蒐羅全國各地方法院的相關裁定，筆者力有未逮；從而，就地方法院部分，本文僅就 2007 年到 2008 年台灣台北地區台北、士林地方法院的相關羈押裁定書為例⁹⁵⁰，但省略較不重要的裁定；至於日期、以及人別，筆者以○○代號代替；重要性不高而不影響理解的部分，以刪節號省略。

第一款、犯罪嫌疑重大

大體而言，法院對於「羈押原因」的交代，通常都是以這樣的形式出現：「按所謂犯罪嫌疑重大，係指其所犯之罪確有重大嫌疑而言。而被告是否有重大嫌疑，在決定羈押與否之心證程度，僅需公訴人所提證據足使法院相信被告很有可能涉有罪嫌即足。」並且進一步認為：「依檢察官起訴書、補充理由書所載被告二人犯罪事實，有起訴書、補充理由書證據清單所列證據在卷可稽，由該等證據與待證事實之關係形式上以觀，自有事實足認為上開被告之犯罪嫌疑均屬重大。」

951

第二款、羈押原因

第一目、一般情形

⁹⁵⁰ 司法院網站，以「羈押」及「期間」為關鍵字。另外必須說明的是，由於偵查中羈押裁定不能公開，因此這一部分並無法得知。

⁹⁵¹ 參考台北地方法院，96 年度矚重訴字第 3 號裁定。

對於「羈押原因」，認定比較簡單的理由有「本院以延長羈押之期間即將屆滿，且經本院訊問後認其羈押原因仍然存在，有繼續羈押之必要，應自○○年○月○○日起，再延長羈押 2 月。爰依刑事訴訟法第 108 條第 1 項規定，裁定如主文。」⁹⁵²。

第二目、羈押原因：逃亡之虞

比較詳細交代延長羈押理由的有「依現有卷證資料及同案被告之判決，足認被告犯罪嫌疑重大；且被告自承係因本案出境躲避至大陸地區，有逃亡事實，因認有羈押必要，而依刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 1、3 款規定，於民國○○年○月○○日起執行羈押，並分別於○○年○月○○日、○○年○月○○日裁定延長羈押在案。茲查羈押期間即將屆滿，前項羈押原因依然存在而未消滅，本院斟酌案件審理情形及被告涉案程度，認仍有繼續羈押被告之必要，爰裁定自○○年○月○○日起延長羈押○月。」⁹⁵³

第三目、羈押原因：使案情晦暗之虞

「被告甲○○於本案涉有湮滅證據犯嫌，且被告甲○○於乙○○禁止接見通信期間之○○年○月○日，猶……（串證、滅證的具體行為等）。是依目前訴訟程序進行情形，有事實足認被告甲○○尚有湮滅、偽造、變造證據及勾串共犯、證人之虞，是被告甲○○仍有刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 2 款之羈押原因。」⁹⁵⁴。

⁹⁵² 台北地方法院 96 年度訴字第 1543 號裁定；並參台北地方法院 96 年度訴緝字第 192 號裁定、96 年度訴緝字第 187 號裁定、97 年度訴字第 323 號裁定、96 重訴字第 94 號裁定；士林地方法院 96 年度訴緝字第 2 號裁定、96 年度重訴字第 2 號裁定。

⁹⁵³ 台北地方法院 96 年度重訴緝字第 8 號裁定。

⁹⁵⁴ 台北地方法院 96 年度重訴字第 3 號裁定；並參士林地方法院 96 年度訴字第 801 號裁定、聲字第 933 號裁定。

第四目、羈押原因：重罪羈押

一、一般理由

「被告甲○○因毒品危害防制條例案件，本院前已依刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 2 款、第 3 款規定，於民國○○年○月○○日將被告羈押，於○○年○月○○日羈押期間即將屆滿，本院認上開羈押事由中就同法第 101 條第 1 項第 3 款重罪規定之事由仍然存在，爰自○○年○月○○日起延長羈押 2 月。」⁹⁵⁵。

另外，例如：「(一)被告甲○○因販賣及施用毒品案件，經檢察官以被告涉嫌違反毒品危害防制條例...提起公訴，經本院於○○年○○月○○日訊問後，被告坦承犯行，且有卷內證據可稽，認為被告所涉犯上開罪嫌之犯罪嫌疑重大，且所犯販賣第二級毒品罪嫌為無期徒刑或最輕本刑七年以上有期徒刑之罪，非予羈押，顯難進行審判，而有羈押之必要，乃依刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款規定於同日對被告執行羈押，合先敘明。」；「(二)茲經本院於第一次羈押被告三個月期限即○○年○月○○日屆滿前之○○年○月○日，對被告行應否延長羈押之訊問後，認前開本院對被告執行羈押原因依然存在，若不將被告繼續羈押，本件訴訟程序即難期得以順利進行，而有繼續羈押被告之必要，應自○○年○月○○日起對被告延長羈押。」⁹⁵⁶。

二、重罪羈押與其他羈押原因並用

將重罪羈押與其他羈押原因一起論述的，例如：「(一)被告甲○○因違反...案件，經...提起公訴，經本院訊問後，認為被告長期往來臺灣及美國兩地，在美國亦有居所，而有逃亡之虞，且除涉犯上開二罪嫌外，另可能涉犯...罪嫌犯罪嫌

⁹⁵⁵ 台北地方法院 96 年度訴字第 1931 號裁定；並參士林地方法院 96 年度訴字第 1138 號裁定、96 年度重訴字第 22 號裁定、96 年度訴字第 413 號裁定。

⁹⁵⁶ 台北地方法院 96 年度訴字第 1932 號裁定；並參台北地院 96 年度訴字第 1797 號裁定、96 年度訴字第 1766 號裁定、96 年度訴字第 1815 號裁定。

疑重大，所犯為最輕本刑五年以上有期徒刑之罪，且扣案之子彈數量甚鉅，嚴重危害社會治安，非予羈押，顯難進行審判，乃依刑事訴訟法第一百零一條第一項第一款、第三款規定於同日對被告執行羈押，合先敘明。」；並基此認為「(二)茲經本院於第一次羈押被告三個月期限於○○年○月○○日屆滿前之○○年○月○○日，對被告行應否延長羈押之訊問後，認前開本院對被告執行羈押原因依然存在，若不將被告繼續羈押，本件訴訟程序即難期得以順利進行，而有繼續羈押被告之必要，應自○○年○月○○日起對被告延長羈押二月。」⁹⁵⁷。

又例如「(一)被告甲○○...經本院於民國○○年○月○日訊問後，認為被告犯罪嫌疑重大，經通緝到案，有逃亡之事實，迄未供出共犯「大哥」等人之真實年籍資料，有勾串共犯之虞，所犯為無期徒刑或最輕本刑五年以上有期徒刑之罪，非予羈押，顯難進行審判、執行而有羈押之必要，應予羈押，並諭知禁止接見通信，而於斯日執行羈押，並禁止接見通信...合先敘明。(二)茲經本院於...訊問被告後，認前開刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款之羈押原因依然存在，仍有繼續羈押之必要，應自○○年○月○日起延長羈押二月。」⁹⁵⁸。

第五目、羈押原因：預防性羈押

一、一般性理由

比較簡單的裁定理由例如「上列被告甲○○因違反毒品危害防制條例案件，本院前以被告犯罪嫌疑重大，並有刑事訴訟法第一百零一條第一項第二、三款所定之情形，認有羈押必要，經於民國○○年○月○○日將其收押，茲查上項情形仍然存在，認該被告有繼續羈押之必要，特為裁定如主文。」⁹⁵⁹。

⁹⁵⁷ 台北地方法院 96 年度訴字第 1891 號裁定；並參士林地方法院 96 年度訴字第 413 號裁定、96 年度訴字第 1164 號裁定。

⁹⁵⁸ 台北地方法院 96 年度訴字第 168 號裁定；並參台北地方法院 96 年度重訴緝字第 1 號裁定。

⁹⁵⁹ 台北地方法院 96 年度訴字第 1814 號裁定；並參台北地方法院 96 年度易字第 2969 號裁定、96 年度重訴字第 118 號裁定、96 年度聲字第 104 號裁定；士林地方法院 96 年度易字第 1633 號

針對共犯的理由，例如「...聲請人為本案之主要共犯之一，有事實證明共犯中至少有 2 人受其指揮執行詐欺犯行之一部分，被告實有再犯同一犯罪之虞，其羈押之原因尚未消滅，聲請人所聲請具保停押之理由，並不能消滅羈押之原因，復無刑事訴訟法第 114 條之情形，本件聲請於法不合，應予駁回。」⁹⁶⁰

二、與其他羈押原因併用

「本案...被告甲○○仍有與未到案之共犯○○○串證及湮滅證據之虞。另按依刑事訴訟法第 101 條之 1 第 1 項第 5 款所為之羈押，為預防性羈押，其目的在防免被告反覆實施同一犯罪，應以被告有無再犯同一犯罪之可能性為判斷依據。本件被告甲○○於短期間內犯案多起，且無業，有事實足認有反覆實施之虞，其羈押原因並未消滅...綜核上情，本案既另有共犯尚未到案，則被告甲○○仍有與共犯○○○勾串之虞，仍有禁止接見通信之必要，是本院認被告甲○○羈押原因並未消滅，聲請人甲○○聲請具保停止羈押，不能准許，應予駁回。」⁹⁶¹

第三款、必要性：比例原則

第一目、一般考量

針對必要性的考量，在社會重大矚目案件裡，法院的說理通常較為詳盡。在大前提即法律的闡釋上有指出：「按羈押係拘禁被告於一定處所，乃刑事訴訟強制處分方式中，干預被告人身自由最為嚴厲者，其目的僅止於保全證據及刑事訴訟程序之進行，尚不得作為預防犯罪之手段，故法律設有一定之要件。在形式要件上，被告依法須先經法官訊問，並應使用押票；在實質要件上，除被告犯罪嫌

裁定、96 年度易字第 2142 號裁定、96 年度易字第 2261 號裁定、96 年度訴字第 1143 號裁定。

⁹⁶⁰ 台北地方法院 97 年度聲字第 324 號裁定。

⁹⁶¹ 士林地方法院 96 年度聲字第 1104 號裁定。

疑重大，有法定羈押原因外，尚須『非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行』者，亦即有羈押之必要性，法院始得為羈押之處分，此觀刑事訴訟法第 101 條、第 102 條之規定自明。所謂羈押之必要性，係由法院就具體個案，依職權衡酌是否有非予羈押顯難保全證據或難以遂行訴訟程序者為準據。換言之，被告縱屬犯罪嫌疑重大，且具有法定羈押原因，若依比例原則判斷並無羈押之必要者，自得為停止羈押之裁定，或改以其他干預被告權利較為輕微之強制處分，同法第 101 條之 2 具保、責付，第 111 條第 5 項限制住居等規定，亦即本此意旨而設。是有無羈押必要性，得否具保、責付、限制住居而停止羈押，均屬事實審法院得自由裁量、判斷之職權。又執行羈押後有無繼續之必要，仍許由法院斟酌訴訟進行程度及其他一切情事而為認定，最高法院 46 年度台抗字第 6 號判例可資參照。而本件被告甲○○之犯罪嫌疑重大，且仍有各自羈押原因，已如上述，惟被告具狀聲請具保停止羈押，是於此部分應審酌者乃原羈押被告之必要性，就目前之訴訟進行程序，得否以具保替代。」⁹⁶²。

第二目、替代手段

例如法院准許具保，並附加條件：「於具保後停止羈押期間應遵求下列事項：一、應於每週三上午○○時○○分至○○第○法庭向甲○報到。二、不得對證人或其配偶、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；三、應於每日晚間○時至○時之間，至臺北縣政府警察局汐止分局汐止派出所（○○縣○○市○○路○段○○○號）報到。」⁹⁶³。

第四款、繼續性羈押的情形

⁹⁶² 台北地方法院 96 年度矚重訴字第 3 號裁定。

⁹⁶³ 台北地方法院 96 年度矚重訴字第 2 號裁定。

第一目、駁回聲請的一般理由

「本院前以刑事訴訟法第一百零一條之一第一項第四款、第八款之規定對被告裁定羈押，該原因自羈押時起至今並無因此消失而依然繼續存在，自有羈押之必要。」；「綜上所述，本件聲請人聲請具保停止羈押...本院認當初以刑事訴訟法刑事訴訟法第一百零一條之一第一項第四款、第八款規定對被告實施羈押之原因仍屬存在，亦有繼續羈押被告之必要，從而，聲請人向本院提出具保聲請，難以准許，應予駁回。」⁹⁶⁴。

說明的比較清楚的例如「本院審酌被告犯罪嫌疑重大，至今就起訴犯行均否認，且同案被告○○○現握鉅款犯罪所得滯留加拿大，被告甲○○又出入境頻繁，縱使予以限制出境，在我國目前非法出境之方式眾多之情形下，亦難保其將如期到庭接受審判，足認有逃亡之虞」...並且「...另多名證人於偵查中指證被告甲○○曾以恐嚇證人家人安全之方式要求證人不得據實陳述，亦足認有騷擾、勾串證人之虞，為確保將來審判或刑之執行，自有羈押之必要。」「又本件...繫屬本院後，經本院...行準備程序（期間因羈押抗告卷送臺灣高等法院），並定於...期間，就可能遭受恐嚇而無法於審判中據實陳述之重要關係證人先行詰問並進行集中審理，確保審判之順遂，以本件卷證繁雜之程度，均屬審判進行所必要之時間耗費，與檢察官於偵查中就相關證人是否已調查完竣無涉。」；「就本件而言，本院認被告仍有羈押之必要已詳述於前，且縱使可以高額保證金或限制出境、定期報到等方式擔保被告如期接受審判，在前述相關證人於審判中到庭陳述前，亦

⁹⁶⁴ 台北地方法院 97 年度訴字第 323 號裁定。並參士林地方法院 96 年度重訴字第 2 號裁定、96 年度重訴字第 23 號裁定、96 年度重訴字第 18 號裁定、96 年度重訴字第 817 號裁定、96 年度重訴字第 905 號裁定、96 年度訴字第 625 號裁定；96 年度訴字第 801 號裁定；96 年度訴字第 454 號裁定、96 年度訴字第 843 號裁定、96 年度訴字第 1005 號裁定、96 年度訴字第 1209 號裁定、96 年度訴字第 1079 號裁定、96 年度易字第 1174 號裁定。

無法以刑事訴訟法第一百十六條之二第二款禁止被告對證人實施危害或恐嚇行為之命令以代羈押。」⁹⁶⁵。

第二目、被告理由的類型

一、動之以情：家庭因素

例如「聲請人所涉犯...案件經本院審理後...本院綜合全案相關事證並審酌上開情節，認聲請人前開羈押原因依然存在，不能因具保而使之消滅，復為確保本案審判及執行而仍有羈押之必要。另聲請人以伊受羈押迄今無法探視照顧罹患癌症之祖母，內心深感痛苦，聲請具保停止羈押，以盡孝道，經核顯與刑事訴訟法第一百四十四條規定之情形不符合，且與羈押原因無涉，是其所請具保停止羈押，自難准許，應予駁回。」⁹⁶⁶。

另外也有「經查聲請人即被告甲○○...經本院訊問後，認所涉詐欺案件犯罪嫌疑重大，且有反覆實施同一犯罪之虞，與刑事訴訟法第 101 條之 1 第 1 項第 7 款規定之情形相符，且有羈押必要，...裁定羈押執行中，且...本院裁定自 97 年 2 月 17 日起延押 2 月在案。茲聲請人略以：其幼子已於本月 24 日出生，家中百廢待舉，急需返家協助一同處理，身為人父（夫）乃責無旁貸之事，願提新臺幣 20000 元以求得具保，並保證日後追訴及執行之順遂。惟聲請人曾於偵查中自白已經買賣人頭帳戶數百本，本案相關之犯罪事實亦有幾件涉及其所買賣之人頭帳戶，是有事實證明被告實有再犯同一犯罪之虞，其羈押之原因尚未消滅，聲請人

⁹⁶⁵ 台北地方法院 97 年度聲字第 262 號裁定。並參台北地院 97 年度聲字第 454 號裁定、97 年度聲字第 164 號裁定、97 年度聲字第 327 號裁定；士林地方法院 96 年度聲字第 1201 號裁定、96 年度重訴字第 6 號裁定、96 年度重訴字第 17 號裁定、96 年度訴字第 276 號裁定、96 年度易字第 570 號裁定、96 年度訴字第 910 號裁定。

⁹⁶⁶ 台北地方法院 97 年度聲字第 350 號裁定；並參士林地方法院 96 年度聲字第 1122 號裁定、96 年度聲字第 1037、1024 號裁定

所聲請具保停押之理由，並不能消滅羈押之原因，復無刑事訴訟法第 114 條之情形，本件聲請於法不合，應予駁回。」⁹⁶⁷。

二、深感悔悟

例如「聲請人以其與被告係夫妻之關係，被告係一時糊塗被利用做為工具，現已知錯，為彌補被害人，需工作賺錢，為此，聲請准予具保停押。茲因被告羈押之原因尚未消滅，聲請人所聲請具保停押之理由，並不能消滅羈押之原因，復無刑事訴訟法第 114 條之情形，本件聲請於法不合，應予駁回。」⁹⁶⁸

三、身體健康因素

例如「茲聲請人即被告以其已知錯，復已自白交代案情充分配合，且非主要共犯，其父年事已高，臥病在床，需其照顧，聲請人患有高血壓、糖尿病需特定醫師看診，為此，聲請准予具保停押。茲因被告羈押之原因尚未消滅，聲請人所聲請具保停押之理由，並不能消滅羈押之原因，復無刑事訴訟法第 114 條之情形，本件聲請於法不合，應予駁回。」⁹⁶⁹。

四、願受其他條件限制的聲明

例如「茲聲請人以其已悔悟，且已坦承，若再犯，願受最嚴厲之處罰，亦可定向轄區派出所報到及按時出庭，絕無再犯之虞。為此，聲請准予具保停押。茲

⁹⁶⁷ 台北地方法院 97 年度聲字第 384 號裁定；並參台北地方法院 97 年度聲字第 103 號裁定。士林地方法院 97 年度聲字第 91 號裁定對這種情形說的很明白：「本案刑事程序僅歷一審結終，尚未確定，一般人經此重刑宣告，縱曾有固定居所，另有長輩妻小賴其照料扶養，均難免逃避之心。是聲請人即被告如非予以羈押，一生逃避審判及執行之念，將來審判或執行即顯難進行。」

⁹⁶⁸ 台北地方法院 97 年度聲字第 143 號裁定；並參士林地方法院 96 年度聲字第 1048 號裁定、96 年度聲字第 1123 號裁定、96 年度訴字第 844 號裁定。

⁹⁶⁹ 台北地方法院 97 年度聲字第 163 號裁定；並參士林地方法院 96 年度聲字第 1107 號裁定、96 年度聲字第 1143 號裁定。但必須注意，身體健康因素就是交保的理由之一。

因其羈押之原因尚未消滅，聲請人所聲請具保停押之理由，並不能消滅羈押之原因，復無刑事訴訟法第 114 條之情形...。」，從而決定延長羈押⁹⁷⁰。

第五款、小結

第一目、一般觀察

地方法院的裁定書上，對於犯罪嫌疑重大部分，會先以「大致相信」作為立論基礎，而指出如何相信的理由；當然，對於「犯罪嫌疑」，因為法院自由心證以及心證程度要求較弱的因素，被告要具體的指摘通常是比較困難的。而在羈押原因上，基本上可以看出兩種不太相同的裁定：一種是「法院認為有」，但是沒有說明「為什麼有」；一種是法院具體的說明何以有羈押的原因。而重罪羈押以及預防性羈押上，也分成兩種裁定類型，一種是「單純重罪」羈押，一種是和學說若合符節的一以其他羈押原因併同考量的重罪羈押。針對羈押必要性來說，法院在矚字案件會有比較多的說理，重字案件則是不一定，其餘類型案件的比例原則審查則是一筆帶過。

第二目、聲請具保停止羈押

而值得注意的是，在聲請具保停止羈押的案件，法院通常僅就被告方面提出的理由作出決定，而不會就繼續羈押的正當性花時間論述；繼續性羈押的案件類型裡面，法院也通常以「以前的原因沒有消滅」而繼續羈押，並沒有進一步的論述是否考量因為時間的經過而導致羈押原因的薄弱問題。更值得注意的是，法院對於羈押期間一律以最高上限的 2 個月或 3 個月為羈押決定。至於以「未供出共犯」即認定「有串供之虞」，可能還有待進一步的說理。

⁹⁷⁰ 台北地方法院 97 年度聲字第 326 號裁定。

有趣的是，對於具保停止聲請羈押的部分，被告常以家庭狀況、個人因素作為聲請停止羈押的理由，但均遭法院駁回。可疑的是，被告或者辯護人又不是每個都「急迫、輕率、無經驗」，看到以前這樣的例子都被駁回，怎麼還會浪費筆墨在這樣的理由上？本文認為，這有一定的脈絡可循。

例如，台灣台北地方法院 95 年矚重訴字第 1 號裁定認為：「按羈押之目的在於保全被告於刑事程序中始終在場，此種於有罪判決確定前先行拘禁被告之處分，須在個案中透過憲法上比例原則之權衡，此即刑事訴訟法第一百零一條第一項『非予羈押顯難進行追訴、審判或執行』規定之必要性要件，因此，如以具保、責付、限制住居等干預人民基本權利較小之手段已足以達到目的時，即不得予以羈押。至於用以安撫被害人、作為滿足部分人民迫切之應報需求或其他目的考量等因素，自非現代立憲主義之民主法治國家所應有之作為。次按刑事被告經訊問後，無有羈押之必要，應按照訴訟進程序，及其他一切情事，由法院斟酌認定之，最高法院二十九年度抗字第五七號判例可資參照。而學者亦認：『審查有無羈押之必要性時，應以被告自動到庭之可能性預予判斷，此須考慮被告之身分、職業、地位及品性總合予以判斷其必要性。如被告為有身分之人且有正當職業，又在地方上或事業上有相當地位，別無犯罪之前科，則應認為無羈押之必要』（見蔡墩銘著，刑事訴訟法論，第一百七十九頁至第一百八十頁，六十八年再版）。」⁹⁷¹。本文認為，雖然從以前被告以及辯護人常以家庭情形、有恆產、以及工作需要的理由，但法院因此准許可說絕無僅有；這一類型的裁定理由，間接造成了被告及辯護人前仆後繼以此理由為具保聲請停止抗告。

本文認為，針對這類型的理由，以個人格特質、家庭因素、職業狀況，可以從兩方面來看。首先，上級法院如果維持或者撤銷，必須要對這樣的理由做出說

⁹⁷¹ 相同理由參照台北地方法院 96 年度重訴字第 19 號裁定、96 年度重訴字第 132 號裁定；類似理由參考台北地方法院 95 年度矚重訴字第 4 號裁定；96 年度矚重訴字第 2 號裁定。

明——「爲什麼」被告因爲家庭因素或者職業因素「可以」或「不能」以此聲請停止羈押⁹⁷²？其次，同樣地，地方法院，「爲什麼」面對其餘非重大案件被告也以相同理由要求具保停止羈押時，卻是「不符停止羈押要件，顯與 114 條無關」一筆帶過⁹⁷³？否則難逃「先下決定再找理由」的質疑，也讓被告、辯護人和檢察官無所適從。

第二項、上級審法院的裁定分析

如前所述，由於筆者能力未逮，僅就台灣高等法院近兩年裁定書爲例，至於其他分院則不在分析範圍內；最高法院則因案件較少，不計年限均包含在內。

第一款、台灣高等法院

第一目、一般情形

從高等法院的裁定書來看，大部分和前面所提到的地方法院裁定理由書理由相當一致。簡單的例如「訴人即被告甲○○前經本院訊問後認爲犯毒品危害防制條例等罪嫌疑重大，有刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 款情形，非予羈押，顯難進行審判，於民國○○年○○月○○日執行羈押，至民國○○年○○月○○日，3 個月羈押期間即將屆滿。...茲經本院訊問後以前項原因依然存在，認有繼續羈押之必要，應自民國○○年○月○○日起，延長羈押貳月...。」⁹⁷⁴。從高等法院的裁定內容來看，反而比下級審裁判更爲「言簡意賅」。通常只是「羈押原因仍

⁹⁷² 例如士林地方法院 96 年度聲字第 1109 號裁定「... 再按羈押被告乃刑事訴訟上不得已之措施，法院於認定羈押被告之原因是否存在時，僅就被告是否犯罪嫌疑重大，有無刑事訴訟法第 101 條第 1 項或第 101 條之 1 各款情形，及有無保全被告或證據使刑事訴訟程序順利進行之必要爲審酌，至被告之家庭、事業等其他情形，則非在斟酌之列，是聲請意旨所謂其父親患有多項疾病需人照料及公司事務亟待處理等情縱令屬實，亦不影響被告受羈押之原因及必要。」。

⁹⁷³ 當然，一個法院裡會有很多不同意見的法官；但是這些不同意見，恐怕不是一般的人民可以理解的。

⁹⁷⁴ 高等法院 96 年度上重訴字第 110 號裁定；另參 96 年度上重訴字第 94 號；96 年度上訴字第 4103 號裁定；96 年度上訴字第 5000 號裁定；96 年度上重訴字第 105 號裁定。

然存在，仍有羈押必要」，就一律以上限的期間延長羈押。

第二目、其他情形

高等法院做出的裁定中，也有以重罪羈押以及其他羈押原因同時存在的理由。例如「被告所涉毒品危害防制條例...係得處無期徒刑或七年以上有期徒刑之罪，販賣第三級毒品則係得處五年以上有期徒刑之罪，是其所犯最輕本刑均屬五年以上有期徒刑之重罪。且被告業經原審量處有期徒刑十二年之重刑，顯見其犯罪嫌疑重大，有逃亡之虞，經本院訊問後，認前羈押之原因依然存在，有羈押之正當性，且有繼續羈押之必要，應自○○年○月○日起第十次延長羈押期間二月。」⁹⁷⁵。

此外，就健康因素的聲請交保停止羈押的案子，例如「...被告因係犯殺人未遂罪，經原審判處有期徒刑十五年，犯嫌重大，並符合刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款之規定，且有羈押之必要，而執行羈押。被告聲請意旨稱其罹患憂鬱症及糖尿病等情，惟被告於本院羈押期間，並未接獲臺灣桃園看守所有關被告病情之報告，再者，被告縱有如聲請意旨所述之病症，衡情亦屬慢性疾病，而依目前看守所之醫療設備，應足提供用藥，是被告所提事由，並不符法定具保停止羈押之要件。復審酌被告所涉各項情節，其羈押原因尚未消滅，所請具保停止羈押，自難准許，應予駁回。」⁹⁷⁶。

整體而言，高等法院對於羈押裁定部分顯然沒有對羈押要件事實及理由部分做太多交代⁹⁷⁷，當然，這有可能是因為案件大量集中在高院的緣故。必須注意的

⁹⁷⁵ 高等法院 96 年度上訴字第 2048 號裁定。

⁹⁷⁶ 高等法院 97 年度上訴字第 454 號裁定。

⁹⁷⁷ 如果單純就裁定所占的「容量」來講，搜尋高等法院羈押相關裁定書，檔案大小幾乎都只有 1kb，超過這個大小的裁定是極少數的。

是，對於社會重大矚目案件，高等法院的裁定理由書不致太過簡單⁹⁷⁸，然而，就一般的羈押相關裁定而言，和下級審法院相比，裁定意見的敘述顯然較為簡略。

第二款、最高法院

第一目、一般情形

最高法院對於羈押的裁定原則僅審查法律部分相關問題，因此，下級審法院的裁定，如果「已詳敘其依憑，核其所為職權裁定尚無違誤。」那麼最高法院大多以「抗告意旨仍執前詞，指摘原裁定不當，難認有理由」的見解駁回當事人的抗告⁹⁷⁹。相對的，如果原審法院對於羈押或其他替代手段的實施沒有詳細說明，那麼最高法院也會因此撤銷發回更為裁定⁹⁸⁰。但一般來說，只要下級審對於當事人的理由有所論述，那麼是否犯罪嫌疑重大、羈押原因認定是否「適當」，以及

⁹⁷⁸ 例如王又曾相關家族成員，高等法院 97 年抗字第 287 號裁定，對於台北地方法院交保、限制住居的裁定撤銷發回更裁，理由中指出「... 依原裁定之記載，被告等 10 人所涉犯者均有法定最輕本刑為 7 年以上有期徒刑之罪，且所涉犯罪事實繁複，對國家及社會大眾造成至深且鉅之損害，並嚴重危害企業經營及金融秩序，並有嫌犯王又曾、王金世英在逃，而原審裁定亦認該二人係本案犯罪之首要被告（見原裁定 16 頁），是以，於王又曾、王金世英未到案之情形下，被告等於經具保後有無勾串共犯之情，尚非無疑，原審就此亦無詳予說明無該款之疑慮」；「再原審雖說明被告等 10 人於案發之初無逃亡之事實，然經原審審理後，倘被告等 10 人日後均遭判處 7 年以上重刑，是否仍會如期到案執行？亦非無慮。」；「再者依抗告意旨所載本案被告等 10 人共同掏空力霸集團金額高達 571 億 3824 萬 7499 元，並舉出所憑之資料（詳參原審 96 年 8 月 7 日第 2 次延押裁定之附表），是以依檢察官所舉之資料是否已足得使法院相信（無須達確信之程度）被告等 10 人之所為仍有羈押之必要，或縱令准予具保停止羈押，然亦有因而產生具保總金額不及犯罪金額之百分之二，確有難對被告等 10 人產生心理上之約束力，而有棄保逃亡之虞之可能性之懷疑，原審未敘明何以檢察官所舉之上揭掏空集團金額資料不足憑採之理由，遽認「公訴人主張被告等 10 人之犯罪所得即主謀王又曾掏空力霸集團後非法洗錢金額，迄未主張及提出證據證明被告等 10 人各自分別犯罪所得」云云（見原裁定 15 頁），理由難謂已臻完備。綜上，原審未審酌上情，逕認裁定所命之各項處分已足以代替被告 10 人等所犯重罪之羈押必要性，亦有未洽。」。

⁹⁷⁹ 參考最高法院 97 年度台抗字第 198 號裁定。

⁹⁸⁰ 參考最高法院 97 年度台抗字第 19 號裁定；最高法院 96 年度台抗字第 229 號裁定。具體情形參考 96 年度台抗字第 544 號裁定，該裁定理由認為：「...另抗告人聲請解除限制出境之原因，尚有其與配偶均將就讀高雄醫學大學藥學研究所，且皆於國內有正當職業，並無隱匿、逃亡之虞等項，並據提出高雄醫學大學九十六學年度碩士班及碩士在職專班招生考試錄取通知單、勞工保險被保險人投保資料表等影本為證，究竟有無理由，原裁定未見說明，遽行駁回抗告人之聲請，殊有未洽。抗告意旨指摘原裁定不當，尚非全無理由。」。另參最高法院 90 年度台抗字第 584 號裁定。

必要性的審查，原則上最高法院並沒有太多介入⁹⁸¹⁹⁸²。

第二目、其他情形

最高法院對於羈押的情形論述較少，反而對於限制出境處分有比較詳細的說明，可資對照。最高法院對於是否解除限制出境處分曾指出，被告移民證縱使失效，「惟是否有國外居留權或移民證，非判斷應否限制出境之絕對標準...。」；且其他共犯被告有否遭受相同處分，「同案其他被告是否被限制出境，因被告間所涉犯罪情節與相關事證各異，應由法院依個案分別予以審酌其限制出境之必要性，不能任意攀比。故抗告人指稱同案其他被告未限制出境，有違平等原則云云，尚屬無據。」；「當事人縱然於偵審程序始終到場，但與其解除限制出境後是否滯留國外不歸，並無必然關係，尚難以此為由而認無繼續限制出境之必要。」⁹⁸³。

⁹⁸¹ 主要係因最高法院 46 年台抗字第 6 號、46 年台抗字第 21 號判例意旨，從而「按被告應否羈押乃事實審法院之職權，又對於被告究竟有無刑事訴訟法第一百零一條、第一百零一條之一所規定之情形，應否羈押，以及羈押後其原因是否仍然存在，有無繼續羈押之必要，均屬有待法院斟酌訴訟進行程度及其他一切情事而為認定之問題，受訴法院自有認定裁量之權」。另參考最高法院 95 年度台抗字第 267 號裁定、94 年度台抗字第 96 號裁定、92 年度台抗字第 145 號、146 號裁定、91 年度台抗字第 467 號裁定、456 號裁定。再如最高法院 91 年度台抗字第 264 號裁定：「抗告人抗告意旨謂其罹患子宮肌腺瘤，每逢生理期間，疼痛不已，經血量多，常會出現血崩、血流不止現象，有保外治療之必要等情。乃對原審法院依職權審酌之事項，徒憑己見任意指摘，難認有據。是本件抗告為無理由，應予駁回。」。另參最高法院 91 年度台抗字第 62 號裁定、48 號裁定、21 號裁定；90 年度台抗字第 571 號裁定、540 號裁定、488 號裁定、397 號裁定、382 號裁定、345 號裁定、297 號裁定、287 號裁定、181 號。比較離譜的例如 90 年度台抗字第 295 號裁定，最高法院指摘原審「原法院雖已向台灣高等法院台南分院檢察署調卷，但並未將相關卷證影印附卷，致事實仍未臻明瞭，原裁定是否適法，本院無從揣斷。」。

⁹⁸² 但如果對照前面高等法院的裁定分析，如果最高法一貫都持「必須說明理由」的立場，恐怕不少裁定要被宣告違法——當然，如果「重抄一遍下級審理由」可以被認定為合法，那麼就另當別論。例如 90 年度台抗 260 號裁定：「惟查，抗告人究竟有何逃亡或足認有逃亡之虞之事證，致有非予延長羈押，顯難進行審判或執行之必要？原裁定並未詳為說明、論斷，僅泛詞羈押原因依然存在為由裁定延押，自嫌率斷，併有理由不備之疏誤。」。最高法院時寬時嚴的標準，恐怕也會變成下級審法院投機或不服卻不敢吭聲的心態。

⁹⁸³ 最高法院 95 年度台抗字第 550 號裁定。另參最高法院 93 年度台抗字第 449 號裁定「... 至其或因本案之限制住居而造成工作上之部分不便，然其於任職前即被限制出境，理應忠實告知公司上情，並於受聘時有所斟酌，豈可以嗣後任職之公司工作需要為由，要求解除限制住居，其所持理由，難以採取，因認其聲請解除限制出境，非有理由，予以駁回，經核尚無不合。抗告意旨徒憑己見，指摘原裁定不當，為無理由，又抗告人係其公司指派，欲至美國參加總公司預定於九十三年八月十八日至二十二日舉行之年度重要會議，才聲請解除限制出境，然現該項期間已過，已無解除之實益，其抗告非有理由，應予駁回。」。並參最高法院 92 年台抗字第 185 號裁定。

除此之外，抗告人主張自己「...早為警方鎖定，嚴密監視，實無繼續犯案之可能，本件既未發現非予羈押顯難進行追訴、審判或執行之具體客觀事實，自無繼續羈押抗告人之必要」，最高法院駁斥認為「...乃個人推想之詞，並不足動搖原裁定認定抗告人羈押原因依然存在之事實。」⁹⁸⁴。

第三目、程序問題⁹⁸⁵

一、更裁法官迴避

最高法院曾經在「同一法官在更裁程序」的問題指出，並無第 17 條第 8 款的迴避事由。理由大致同於前述大法官解釋的「審級說」立場⁹⁸⁶，亦即，更裁程序重點在保障審級程序；至於同一法官參與程序是否有可能造成偏頗，並不是重點。

二、接押無庸令狀及訊問

另外，由於最高法院作為法律審的緣故，實務上的作法認為當上訴人於第三審審判期間，最高法院的「接續羈押」(接押)，無庸開庭訊問，亦無庸發出令狀；而由於無庸另發押票，從而自卷證收受後以例稿函知原審法院，副知監所及羈押中之被告即可⁹⁸⁷。

⁹⁸⁴ 參考最高法院 93 年度台抗字第 38 號裁定。

⁹⁸⁵ 拘捕前置主義則在前述憲法層次討論，此部分不再贅述。

⁹⁸⁶ 參考最高法院 92 年度台抗字第 424 號裁定：「...按刑事訴訟法第十七條第八款所謂法官參與前審之裁判應自行迴避者，係指法官於下級審曾參與該案審判，即不得再參與上級審之審判而言。本件經本院第二次發回原審法院更為裁定，原審法院於此種更為裁定之程序，再由參與前次裁定之合議庭法官劉景星、陳志祥、陳博志合議行之，其前後所參與者，均為第二審之裁判，與上開法條，並無違背，難指為違法。至本院九十一年度台抗字第四六七號發回原審法院更為裁定之裁定，雖附帶敘明原審法院參與更審裁定之合議庭法官，與本院撤銷發回前原審法院前裁定之合議庭法官均相同，於法雖無不合，但因而引致抗告人對公平法院之質疑，為免當事人之質疑，更審時如無事實上之困難，宜注意避免類似之情形等語，僅在促使原審注意，非指該情形為違法。原審法院更為裁定時，仍由前次裁定之合議庭法官，更為裁定，容或有其事實上之困難，尚難指為違法。」。

⁹⁸⁷ 此係依刑事訴訟法第 108 條第 3 項、第 121 條第 2 項、第 3 項之解釋而來；批評見解，如林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，第 377 頁，註 72，足供參照。

三、逾越救濟期間與折抵刑期

應值注意者，係從案件量來說，最高法院處理比較多的反而是逾越抗告期間（包括因有無合法送達而導致）⁹⁸⁸、折抵刑期的問題⁹⁸⁹。對此，可以看出刑事司法與當事人之間顯然有認知歧異的地方。

四、檢察官於「審判中」無權「聲請」羈押

實務意見認為，由於刑事訴訟法僅規定檢察官於偵查中有聲請權，從而反面推論審判中檢察官並無聲請權，若聲請則根本不合法；其餘羈押相關聲請權限，例如撤銷羈押、延長羈押、停止羈押，亦同⁹⁹⁰。

第四節、檢討

關於羈押法制，學說上指出了羈押法制上的幾個比較具體的問題：包括了羈押的程序拖延、即時抗告制的問題、無限延展的羈押期間（刑訴 108 條）、剝奪辯護的接見通信（刑訴 34、105 條、羈押法、監獄行刑法）、排除救濟的強制處

⁹⁸⁸ 參考最高法院 96 年度台抗字第 790 號裁定、766 號裁定、689 號裁定、537 號裁定、449 號裁定、460 號裁定、第 5 號裁定；95 年度台抗字第 222 號裁定、211 號裁定、128 號裁定；94 年度台抗字第 505 號裁定、188 號裁定、152 號裁定；93 年度台抗字第 543 號裁定、189 號裁定、92 年度台抗字第 77 號裁定；91 年度台抗字第 127 號裁定。而如果把因羈押而產生的上訴(在途)期間相關爭議裁定全部納入的話，數量更顯龐大！

⁹⁸⁹ 參考最高法院 96 年度台抗字第 741 號裁定、530 號裁定；95 年度台抗字第 494 號裁定、370 號裁定、310 號裁定、94 年度台抗字第 547 號裁定、270 號規定(最高法院認為羈押刑期僅能就感訓、刑期兩者擇一折抵；被告主張羈押抵感訓之後，折抵後感訓再抵刑期或羈押抵感訓再抵刑期，均遭最高駁回)；157 號裁定(大陸地區拘捕、羈押抵刑期)；93 年度台抗字第 586 號裁定(大陸拘捕、羈押抵刑期)、92 年度台抗字第 472 號裁定、348 號裁定、318 號裁定、95 號裁定；91 年度台抗字第 325 號裁定、103 號裁定

⁹⁹⁰ 對此分析參：林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，第 345-346、358 頁；林麗瑩，檢察官審判中有無羈押聲請權——簡評台灣高等法院九五年抗字第六七號裁定，台灣本土法學，第 83 期，2006 年 6 月，頁 206 以下；楊雲驊，簡介德國偵查中羈押制度——兼論我國檢察官聲押規定的改革，全國律師雜誌，第 9 卷第 7 期，2005 年 7 月，頁 47 以下。

分（刑訴 404、416 條）⁹⁹¹。但由於筆者能力及與本文篇幅因素，本文僅就羈押的整體構造，討論偵查中羈押與審判中羈押機關建構的問題；其次，本文討論實務上裁定的內容、羈押期間的相關問題及羈押的辯護權檢討，並做出初步的結論。

關於實定法，羈押可以說是累經幾次修改，在我國相關強制處分規定是比較詳盡的規定。但是，因為對於憲法第 8 條的錯誤認知，導致不少問題產生。首先，當然是所謂的「拘捕前置」問題，這一點於前面關於憲法討論已經論述，於此不再贅述。

第一項、偵查中的羈押程序

第一款、書面審理？

對於偵查中的羈押程序，有學者認為，對於偵查中的羈押審查程序，應該以書面、快速為之。主要理由是：羈押程序的法官很可能會因為審查羈押而導致心證的汙染，因此不能對案情太過深入。

第二款、本文意見

對此，本文認為，如果要說到法官心證的「汙染」，那麼第一個應該改的是審判中法官自為羈押的決定。試想：法官剛開庭，就要決定羈押與否，難道就不會造成心證汙染？此外，所謂避免未審先判的考量，侵蝕的利益反而是被告的聽審權；從本文一開始所舉的我國著名案例就可以知道，「羈押」對於當事人的利益侵害不見得比有罪判決來的輕，「書面審理」所能獲得的利益是快速、避免法官心證的汙染（但僅在偵查中羈押有實益——而且，難道書面審理就絕對不會汙染？）；所侵害的利益是被告根本喪失了憲法層次的聽審請求權，以及言詞陳述

⁹⁹¹ 林鈺雄發言，刑事訴訟之檢討與再造研討會會議記錄，法官協會雜誌，第 9 卷第 2 期，2007 年 12 月，頁 57-58。

的機會，利益顯然失衡⁹⁹²。

第三款、具體建議

對此，比較妥適的作法或許是，盡量在羈押程序中也維持控訴原則的三面關係；要達成這個目的，辯護人的角色不可或缺。至於偵查中的羈押法官，其實只要讓本案審判法官以外的法官來審查即可，這一點，在審判中的羈押同樣適用。就此，方法上可以設立「羈押專庭」或是以法官輪值的方式來審查即可⁹⁹³。

第二項、審判中的羈押構造

第一款、審判中法院自行決定羈押

關於審判中羈押的制度，我國法目前審判中羈押與否是由法院自行決定，檢察官連「撤銷羈押」的「聲請權」都沒有。固然，以釋字 392 號為例，針對羈押權是否回歸法院，如同人權法院提出了「中立性」與「獨立性」的看法，因此可以正當化法院拘束人身自由的立場。少數批評見解認為，從控訴原則來看，審判中法院自行決定羈押欠缺正當性；亦即，將聲請者與決定者分開，更能符合上開原則的實踐⁹⁹⁴。此外，如果檢察官在偵查中可能因為追訴的利益濫行羈押，那麼，法院有沒有可能也在審判中為了審判程序的順利進行，也濫行羈押⁹⁹⁵？雖然，或許法院在偵查中羈押或許的確是越來越嚴格把關，但是也無法推導出，因此法官會對自己審判的案件也會相同的把關；從本文前面的羈押裁定書分析來看，「簡式」的裁定顯然不在少數。

⁹⁹² 或謂：我國的簡易程序、協商判決不也如此？本文認為，簡易判決處刑部分至少還有「明案速斷」以及相關的明確犯罪證據，還有被告的妥協，但偵查中羈押這些原因都未必存在。

⁹⁹³ 至於辦案件數的「績效」如何計算？則是另一個問題，本文不擬再予深究。但這一部份，不妨考察比較法上相關制度，並且以本土在審查強制處分權的方式來侷定。

⁹⁹⁴ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 346。

⁹⁹⁵ 就如同過去批評實務上檢察官不蒞庭的觀點，是會讓法院糾問化，這樣的理由在羈押同樣也有所適用。

更甚者，實務見解甚至認為如果檢察官在審判中為羈押「聲請」，法院進而審理羈押，不論結果如何，均不合法。例如台灣高等法院 94 年度抗字第 386 號裁定中，檢察官於審判中當庭為羈押之「聲請」；原法院認為，檢察官這樣的聲請只是「建議」，而不是聲請，法院僅有參酌；被告抗告隨後抗告至高等法院⁹⁹⁶。高院審理後認為：「原審法院於 93 年 9 月 23 日審理時，審判長於檢察官陳述『建議就被告二人當庭收押，建議引用刑事訴訟法第 101 條、第 228 條第 4 項當庭逮捕，予以羈押』後，經選任辯護人表示意見，即當庭諭知評議結果：『被告二人涉犯的犯罪是...重罪，而被告二人均準時到庭，應無逃亡之虞，且距案發迄今，已有 1 年之時間，應無串證之虞的可能性存在，本院認為沒有羈押的必要，但認為被告二人犯罪嫌疑重大，均應繳納保證金...』（以上均見原審 93 年 9 月 23 日審判筆錄第 21 頁）。雖筆錄記載檢察官係提出羈押被告之「建議」，惟觀諸該次審判程序之進行順序及審判長所諭知之內容，應認原審法院乃依檢察官之聲請，始經評議作成上開被告二人應具保之決定，而有違上開應行注意事項之規定。抗告意旨指摘及此，為有理由，應由本院將原裁定撤銷，發回原審法院另為適法之裁定。」。

第二款、釋字 631 的對照

有趣的是，如果以強制處分的脈絡來看，釋字 631 號認為：「憲法第十二條規定...旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。國家採取限制手段時，除應有法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保護人民秘密通訊自由之意旨。...通訊保障及監察法第五條第二項規定：『前項通訊監察書，偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權核發』，未要求通

⁹⁹⁶ 抗告理由主要有兩點：原審判中羈押之裁定違反拘捕前置，以及檢察官不是「建議」是「聲請」，並不合法。對於前者，高院似乎與下級審法院見解相同，認為審判中羈押不適用之，因此沒有指摘，而以後者理由撤銷原裁定要求更裁。

訊監察書原則上應由客觀、獨立行使職權之法官核發，而使職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關，同時負責通訊監察書之聲請與核發，難謂為合理、正當之程序規範，而與憲法第十二條保障人民秘密通訊自由之意旨不符，應自本解釋公布之日起，至遲於九十六年七月十一日修正公布之通訊保障及監察法第五條施行之日失其效力。」。實證上，也的確因為監聽核發權歸於法院，而讓監聽核准率下降許多。

這一號解釋，認為強制處分權回歸法院核發的理由，主要是因為法院「客觀、獨立」，並且原來的法律規定「使職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關，同時負責通訊監察書之聲請與核發，難謂為合理、正當之程序規範」。第一個理由，其實並不陌生，也是通說的意見；然而後面的理由，就有頗值玩味之處：究竟重點是「職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關」，還是因為「同時負責通訊監察書之聲請與核發」？

第三款、本文意見：機關功能與權力制衡

從釋字 631 號來看，本文認為，主要應該從兩方面來看。首先，從機關功能來看，法院具備了「客觀、獨立」的特性——其實就是歐洲人權法院所說的「中立性與獨立性」；而偵查機關主要是在追訴犯罪，雖然有其客觀性義務，但是仍然不免「事實上」可能因為傾向追訴利益而有較多行使強制處分權的情形。其次，如果重點在於「職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關」，其實根本是重複了機關功能的說理；所以，毋寧是「同時負責通訊監察書之聲請與核發」才會是重點。亦即，強制處分權的問題，可以分成兩個層次來看：

第一，聲請者與決定者應該分開（=權力制衡／控訴構造），這是為了避免兩者合一而造成的權力濫用，前面本文提到的「令狀原則」和「控訴原則」都不約而同提到了這一點。

第二，決定者應該是誰？這一點必須有賴機關功能來決定（=機關功能）。換句話說，以前由「警察聲請檢察官核發」，固然是聲請者與決定者分開，但是「決定者」的功能本身也是在於「偵查犯罪」，所以根本不適合做為令狀的決定者。相反的，不管是警察聲請法院或是檢察官聲請法院核發令狀，法院身為客觀中立的機關，這時候從機關功能的角度來看，應該是最好的決定者。

準此，單獨從「權力制衡」或是「機關功能」來檢視強制處分權的發動，都會因此掛一漏萬。事實上，要法官自己決定要不要押人，恐怕也很難避免因為快速結案或可能的各種原因，導致傾向押人—或押人不說清楚理由—的決定。從而，本文認為，審判中羈押的問題，法官的角色固然符合了中立性與獨立性，但是仍然必須有機關制衡⁹⁹⁷。

就此，歐洲人權法院的相關見解，或許容易導出只要機關中立、獨立，就應該是足以實施強制處分權的法官；但是，本文認為，首先，人權法院只就「合公約」問題作審查，並不是要讓內國所有的司法制度都一概相同；再者，學說上也有將把人權法院的「獨立性」要求解釋為「與其他機關相離」，並且把「中立性」解為法院的內在功能⁹⁹⁸。就算從「中立」本身來說，就人權法院的判決來看，「事實上的偏見」也會造成法院違反中立性的主觀基準⁹⁹⁹；此外，而人權法院早就在人身保障程序中說得很明白，對於人身拘束的程序，仍然要必須具有司法性質，並且公約第 6 條也保障對審制度。此外，本文認為，從人權法院認為法院必須要維持「中立性、獨立性」的見解，無法推導出「只要」中立性和獨立性就足以支撐所有程序的看法。

⁹⁹⁷ 並參考張文遠，人身自由保障制度之研究—以歐洲人權公約第五條與我國法制之比較為中心—，中正大學碩士論文，1999，頁 230。

⁹⁹⁸ See e.g. Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp.49-50.

⁹⁹⁹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, 2005, pp. 63-66.

第四款、具體建議

總結來看，現行法上在偵查中羈押的模式，應該也適用在審判中的模式¹⁰⁰⁰。亦即，應該由檢察官向法院聲請繼續性的羈押。此外，本文亦建議，目前不妨設置羈押專庭，由專職法官或輪值進行。修法建議上，應依此明定檢察官審判中聲請羈押相關決定之權限，並明定「強制處分權法官」的組織¹⁰⁰¹。

第三項、羈押期間與實務運作

第一款、羈押期間

實務的司法行政統計數據上，向來比較注意涉嫌犯罪原因以及偵查中羈押核准比率，但似乎完全沒有注意到羈押的期間問題；同樣是「期間」問題，實務以及學說目前已經開始針對訴訟合理期間開始討論與統計。但是，目前的羈押期間，雖然在刑事訴訟法第 108 條等條文有所控制，但是關於「重罪」與更審重新計算的方式卻沒有改變，而實務上因為所謂的「疏忽」導致 2007 年修訂「繼續羈押」的條款，目前看不太出來實務上對此的看法，但學界已經不乏批評的聲音。

羈押期間的問題，由於司法行政的根本疏忽，也導致沒有人注意這件事情——當然，這是個雞生蛋、蛋生雞的問題，如果連問題意識都沒有，自然也不可能認為有相關統計數據的必要。姑且不論重罪無限期羈押的情形，從更審的重新計算，就有可能導致羈押的無限延長。雖然，法務部對於這一點指出了德國的實定法上有在一審判決後也是無限期，並且在一審判決前就可以羈押 6 個月，但是必須注意的是，德國的羈押期間正當性基礎也建立在羈押理由與訴訟期間的合理控

¹⁰⁰⁰ 並參考林鈺雄，論偵查法官—兼論法官保留原則與直接審理原則—，刑事法理論與實踐，頁 31 以下；該文並於 39 頁以下自法官保留原則的權力制衡、工作方式、制度保障三方面分析偵查程序中強制處分權的問題，應該也同樣適用於審判中羈押，並且，也大致是權力分立與機關功能的具體化。

¹⁰⁰¹ 就此，奧地利因為屢屢在歐洲人權法院敗訴，而於 2005 年開始的刑訴大修法，將強制處分權獨立由專門的法官行使，是值得參考的對象。

制。以前面說到的 *Chraidi* 案來看，德國竟然要到平均 1 個禮拜 2 次庭期才被人權法院宣告合乎「特別勤勉義務」，對照我國的實務情形，可以說是雲泥之別¹⁰⁰²。

就此，本文認為，對於羈押期間，目前實務上可以採行的做法是，首先在刑事司法行政建立相關的數據，這些數據一方面不但可以表現出羈押期間在我國的本土情形，另一方面也可以就犯罪原因、犯罪罪名、刑度與羈押原因的關聯性提出分析。其次，就羈押期間而言，對照人權法院宣告違反公約的比例，本文主張，延長羈押應該「原則上」僅能在 1 年，逾此期間，除非證明有特別的必要，否則不能夠繼續羈押；超過 3 年，除非審理頻率「超過」*Cevizovic* 案的平均 1 個月 4 次庭期，否則不得羈押。其次，對於在押被告的訴訟程序，則必須盡其可能達到「特別勤勉義務」；當然，司法資源是有限的，因此適當的轉向制度與羈押的替代措施，必須更積極的建立。

第二款、羈押裁定

就羈押裁定內容來看，其實第一線地方法院的法官反而是比較妥善處理的。上級審法院，可能因為案件壓力，可能因為距離事實比較遙遠，對於羈押的裁定內容往往是照寫一次法條，就認為有羈押必要。其次，關於延長羈押的部分，實務上也幾乎沒有意識到，時間的經過後，可能導致的串證、滅證等風險，都會相對下降——當然，有些證據不當然因為時間的經過，就會出現，被告仍然可能在釋放之後作出使案情晦暗的行為。然而，偵查機關如果在長達數月、甚至數年都沒有辦法發現證據，而必須要靠羈押被告來賭賭看證據會不會出現，顯然是把自己的偵查義務寄託在被告人身自由的侵害與運氣上面。準此，本文主張，對於羈押之延長，國家必須舉證繼續羈押的「關聯性」以及「充足性」。簡之，對於繼

¹⁰⁰² 即便從我國法的內容來看，前述提及的釋字 300 號，對於破產法沒有附加期限宣告違憲，雖然該號解釋比較刑事訴訟法的羈押期間限制，似乎認為羈押期間的規定合憲，但是，如果從現行實務運作上來看，這樣的期限根本「形同具文」；釋字 300 號的理由，也同樣適用於羈押期間。

續羈押的事由，必須提出更多的事證；或是提出更強烈的證據強度，來證明被告可能逃亡、使案情晦暗的風險仍然存在。至於重罪羈押與預防性羈押，本身的制度合憲性就很有疑慮，因此以此為羈押原因時，仍然必須證立被告有逃亡、使案情晦暗的風險。

第三款、具體建議

綜上所述，本文具體建議如下：

- 1、羈押期間不宜與德國實定法相同：由於我國目前對於「合理訴訟期間」的問題仍然還在起步，因此，羈押期間仍然不宜參考德國法上對於一審判決後羈押不定期限的立法。
- 2、關聯性與充足性：目前實務上，對於羈押的延長，應該有更多的事證或證據強度。否則即應釋放被告；尤其是上級審法院，更應該重視這個關鍵。
- 3、特別勤勉義務：對於在押被告，訴訟程序應加速進行。對此可能的安排，是對於庭期盡量集中完成訴訟，這也符合集中審理、直接審理的要求。
- 4、羈押期間以 1 年及 3 年作為原則依據：固然，羈押必須要在「每一個時點」都有依據及必要性，但就實務意義來說，建立一個原則的期間可能是比較容易操作的手法。準此，參考人權法院的案例，羈押期間超過 3 年，必須證明有特別必要，否則不能夠繼續羈押；超過 3 年，除法院審理頻率超過平均 1 月 4 次庭期，否則也不能繼續羈押¹⁰⁰³。
- 5、替代性處分的多樣化：由於羈押期間的要求，可能導致實務上的疑點是：時間一到就要放人，會不會導致治安或公共安全的疑慮？對此，本文認為，就可以採行的做法是，當檢察官聲請延長羈押時，不妨以類似「預備聲明」的

¹⁰⁰³ 必須再次說明的是：如同林鈺雄，法官與檢察官的實然與應然，研討會發言，台灣本土法學，第 107 期，2008 年 6 月，頁 134 指出，「羈押期間」的困難就在於長期拖延的案件，要從法官懲戒的角度來看，「根本無法歸責某個特定的對象，因為就個別法官而言，他的案件只審判了兩、三年，但全部...加起來，期間就過長了」；除此之外，本文認為，單獨從「偵查中羈押期間」或「審判中羈押期間」來看，也無法避免過長的羈押期間，從而「總量管制」應該比較可行的做法。

作法，一併聲請監聽票¹⁰⁰⁴；並且，對於羈押釋放的被告，目前的具保、限制住居手段仍嫌不足。立法上應考量包括被告財產的假扣押、假處分，以被告的財產處分權的限制來避免其逃亡；另外，可以考慮將定期向警察機關報到、定期通訊回報作為避免被告逃亡、滅證、串證手段；最後，電子鐐銬、衛星定位的方式，在目前高科技的時代下，也是可以採行的作法。當替代性處分足夠確保被告不會輕舉妄動時，刑事司法機關自然也不至於把人都塞到已經爆滿的看守所。這一部份，是立法的當務之急。

第四項、羈押中的辯護權

第一款、問題

目前，就看守所的制度來看，被告與律師會面並沒有真正可以「暢所欲言」的環境。首先，律師接見的「時間限制」就是一個值得批評的地方：如果被告有辯護權、受法律協助權，那麼，為什麼這辯護權是「有時間限制的辯護權」？其次，律師接見時，看守所也會有人員站在一旁，甚至有錄音設備，被告與律師討論案情就根本是假的¹⁰⁰⁵；當然，偵查實務的考量是避免被告與律師通謀作出危害偵查進度的可能。然而，如果真的有意要擺弄偵查人員，難道不會因此討論誤導偵查方向的「案情」？其次，律師的角色本來就只是作為被告的辯護者，功能從來不會是為被告的利益而危害偵查進度，如果真的有「銜被告之命」做出串證、滅證的行為，或是可能的其他行為，那麼，正本清源之道應該是加強律師的規範與審查制度，而不是犧牲被告的權利來保護律師和偵查機關的利益¹⁰⁰⁶。

¹⁰⁰⁴ 當然，如果認為沒有類似「預備聲明」的書類製作方式，偵查機關不妨考慮即時向其他法官聲請監聽票。

¹⁰⁰⁵ 實務運作亦參照呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007年，第158頁。

¹⁰⁰⁶ 相同意見，呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007年，第160-161頁。本文仍必須再強調：這兩個面向應該是「雙務」；亦即，觀照上應互為條件。

其次，就在押被告辯護權本身的「有無」而言，目前強制辯護並沒有考慮羈押被告的權利，而僅基於重罪等因素有強制辯護權。就此，由於羈押被告在羈押所喪失的權利往往不亞於判決，而且在武器平等和公平審判的要求下，被告／辯護人、檢察官、法院所形成的控訴結構與法律意見的辯論，都相當重要¹⁰⁰⁷。但是，因為司法資源的有限性，要求全面性對於被告的羈押審查都有強制辯護權，可能只是淪為口號；並且，考量對於延押部分必須證立關聯性、充足性與特別勤勉義務的要求，這一部份應該要有辯護人的在場辯護才能夠為實質的對抗，因此對於強制辯護，本文的立法建議是：至少在延長羈押之審查，應有強制辯護權的適用；當然，如果有足夠的資源，不妨為全面性的羈押審查強制辯護。

第二款、具體建議

準此，本文具體建議如下：

- 1、 增加強制辯護權：刑事訴訟法第 31 條增訂第 2 項：「第 108 條第 1 項之情形，準用前項。」，其餘條文則向後順延¹⁰⁰⁸。
- 2、 充分保障在押被告的受法律協助權：目前羈押被告與律師接見的情形，不應有第三人在場，亦不得錄音，或以其他方式監察接見之對話。但為了律師、被告的人身安全或交付違禁物品，應得以有人員在外或以閉路電視監視，但必須再強調的是，這樣的「監視」只是為了保護被告或律師的人身安全，因此不能有聲音的監察。
- 3、 加強律師倫理規範與懲戒：目前實務的考量大多是因為律師可能與被告之間有不法的「交流」，而即便律師有所違反，也可能到最後因為刑事部分難以證

¹⁰⁰⁷ 公約第 6 條的「武器平等」要求(“equality of arms”)經由歐洲人權法院引用到第 5 條，尤其在第(4)項，參考：Małgorzata Wąsek-Wiaderek, The Principle of “equality of arms” in criminal procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European countries, A comparative view, 2000, p.26; Stefan Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings, 2005, pp. 249-250.

¹⁰⁰⁸ 例如台灣人權促進會，人身自由總評，林佳範主編，2006 年-2007 年台灣人權報告，2008，頁 132 指出「陳榮吉錯誤羈押案」，該案因台南國道襲警案中，被告陳榮吉因警方錯誤指認、檢方聲請羈押、法院亦核准，顯示出被告在偵查階段的辯護權應予重視。

明有罪（例如並未著手）而沒有受到懲戒。就此，律師倫理規範——不論是考試、教育、或是實定法，都應該審慎並嚴格規範律師與被告之間如果有串證、滅證等等的作為時的行政懲戒。

第五節、附論：羈押未來應如何修正的相關意見

第一項、民間司改會對整體羈押制度的意見

司法改革基金會對於羈押應如何修正著墨甚深。對於羈押相關規範的問題，在2006年8月3日提出相關見解¹⁰⁰⁹。按照說帖的順序，分述如下：

（一）、無辯護人之被告於審判中亦應有請求付與卷證影本之權

主要理由係「使無辯護人之被告亦能行使其訴訟上必要權利，不因其欠缺資力或其他原因以致無法聘請辯護人而有不同...避免遭受司法差別待遇」；並且「建議刪除院版本項但書，並且將閱卷權內容由『卷宗筆錄』擴大涵括『證物』之影本，以賦予被告完整之閱卷權利」。

（二）、檢察官對人民具保等強制處分應有期限之限制

主要理由係「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，倘對案件不聞不問，即屬不當限制人民自由」；「被告雖得請求法院撤銷，但舉證責任在被告，且常因擔心會惹惱檢察官不敢向法院聲請。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」。並且「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

¹⁰⁰⁹

參 考 自：
http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_search_result_detail.asp?txt=%E7%BE%88%E6%8A%BC&id=585（2008年5月5日瀏覽），順序並由筆者調整，與羈押無關部分不列在文本範圍。

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。」。

（三）、羈押規定更接近憲法標準，並加強辯護人對被告之保護

理由認為：「（一）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，爰修訂第一百零一條第三項後段，以資規範之明確。」；「（二）刑事訴訟法第三十一條規定...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，如檢察官在偵查中聲請羈押，對（新修的法律 31 條已保護智能障礙）無資力者即無相應之保障。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，限制在無資力者，並增訂第一百零一條第四項之規定。」¹⁰¹⁰；「（三）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...復應擇其損害最小者替代之。目前對於...替代性措施，計有『具保、責付或限制住居』等，但此三項措施僅是例示規定，在個案決定上，法官宜多元化採用其他同樣能達到目的、但相較之下侵害更為輕微的手段。例如：雖被告有逃亡之虞，若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，始得離開其住居所；或攜帶電子定位通訊器材等方式，同樣可以掌握被告行蹤，並確保審判與執行之可能性時，則可以採行上列方式而不予羈押。又被告若有勾串證人或共犯之虞，或有湮滅、偽造、變造證據之虞，如以其他較輕而有效之處分，可以避免湮滅證據之危險時，即應改採取

¹⁰¹⁰ 惟，呂雅婷，刑事被告受律師協助權—以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007年，第 174 頁指出，民間司改會建議之羈押中被告強制辯護權有低收入戶及智能障礙兩者，與本文所見並不相同。惟，本文認為，這部分的差異並不重要，仍須視司改會未來之草案意見。

該等方式，以避免羈押被告。爰仿德國刑事訴訟法第一百一十六條之規定，增訂修正條文第一百零一條之二第二項，以資適用。」。

（四）、衡平憲法人身自由之權利，羈押期間不宜過長

理由認為：「...為偵查之目的而允許羈押，期間不宜過長，否則即有侵害憲法人身自由之權利。現行法容許為偵查之目的而羈押被告長達兩個月，已有違憲之嫌，爰參考日本刑事訴訟法第 208 條規定，修改為十日。因偵查中之羈押期間縮短為十日，如有延長之必要，其聲請之期限，應改為至遲於期間屆滿之三日前往為之。偵查程序如有繼續延長羈押之必要，如同第一項規定，延長羈押被告之期間亦以十日為限。」；「審判中延長羈押之期限規定，僅適用於所犯最重本刑為十年以下有期徒刑以下之刑者，此一規定容許無限期羈押重罪之被告，已明顯違憲，宜刪除之以保障憲法人身自由之基本人權，是一併修正條文第一百零八條第五項。」。

第二項、延長羈押與羈押期間：法務部意見

對於羈押期間的問題，文獻上雖然指出我國的羈押延長顯然很有問題，但是對這個意見，司法實務界卻是保持沉默。在 2008 年，由於媒體報導法務部研擬判決後有罪羈押無上限期間的修法¹⁰¹¹，法務部在 2008 年 2 月 4 日發出新聞稿¹⁰¹²，針對媒體報導「法部力推防堵潛逃，羈押無上限」以及「寧可錯關心態，

¹⁰¹¹ 中國時報，2008 年 2 月 4 日，頭版及 A4 版。

¹⁰¹² 法務部 2008 年 2 月 4 日說明：

「針對中國時報 97 年 2 月 4 日頭版及 A4 版『法部力推防堵潛逃，羈押無上限』、『寧可錯關心態，侵人權反潮流』等報導，法務部說明如下：

一、法務部在政府人權立國的理念下，長期以展現司法公義與關懷之內涵為施政方向，並針對改善社會治安及提振公權力等重要政策，戮力以赴，期能創造公義且安全的社會。法務部鑑於近幾年來，發生許多重大刑案被告於法院裁定交保後，伺機潛逃至國外，拒絕返台接受司法審判或服刑，嚴重打擊司法威信，並造成社會動盪不安。且社會輿論亦多有保障人權應以絕大多數人權益為主之呼聲，即認以重大暴力或經濟犯罪等案件影響社會至鉅，制度設計上應避免因保障人權反使被告有機可乘，或逃亡、或再犯，終至司法及社會雙重受害。法務部為平衡維護人權保障及實現社會公義之理想，陸續著手研議各項修法及配套措施，包括先行充實既有之「防範刑事案件被告逃匿聯繫作業要點」，研議推動「有罪羈押」、「駁回羈押聲請之即時抗告」、「電子監控」等制

侵人權反潮流」的看法提出反駁。

法務部的說明主要有幾點。第一，近年來重大刑案被告棄保潛逃事件頻傳，造成社會動盪不安，基於人權保障以及實現社會公義的理想，法務部陸續著手研議包括「防範刑事案件被告逃匿聯繫作業要點」，研議推動「有罪羈押」、「駁回羈押聲請之即時抗告」、「電子監控」等制度之可行性及具體作法。第二，法務部認為媒體未與會而誤解，因為各機關代表雖然大多贊同採取外國立法例的看法，但並沒有具體決行。此外，次長說明德國立法例時，係指有罪判決前以 6 個月為上限，有罪判決後羈押即無固定限制，唯仍必須在受宣告罪刑之徒刑刑度為上限。第三，部分意見認為有罪羈押將違反無罪推定並不正確，並且認為學者見解主張「現行刑事訴訟法上之羈押制度便是其中最重要的法律上限制」，並且「羈押制度之改進及修正，並非必然違背人權保障或世界潮流... 目前討論中之上述各項有關制度，均非法務部所獨創，而係於日、美、德各先進法治國家有立法例明文可參，法務部將持續努力研議，深稽博考，酌採外國立法例之優點，配合我國人民法律感情及社會實際需要，擬定最佳之方案推動防止偵查中被告或受有罪

度之可行性及具體作法，其間廣納各界意見，深入研究外國立法，法務部謹慎從事，務求明德慎罰，絕無報導所言寧可錯關等罔顧人權之心態。

二、法務部持續研議上述各項有關制度，於 97 年 1 月 17 日尚召開「如何防範刑事案件被告逃匿機制會議」，邀集司法院、內政部警政署、內政部入出國及移民署、行政院海岸巡防署、各級法院檢察署等機關代表共同討論「防範刑事案件被告逃匿聯繫作業要點」、「即時抗告」、「有罪羈押」、「電子監控」等多項議題，會中亦曾論及是否仿效美國宣判時應到庭及德國羈押制度等立法例以為我國修法之參考，雖各機關代表大多表達贊同參採外國立法之意見，惟主席並未做成任何政策決議，而係請法務部幕僚對各與會人員所提問題再作整理研究，更請司法院代表將相關問題帶回參考研議。且主席即法務部次長朱楠於說明德國立法例時，係指該國於宣判前羈押有 6 個月之上限期限，且於有罪宣判後，羈押即無固定期間如二月或三月之限制，惟仍以受宣告罪刑之徒刑刑度內為上限。中國時報報導所指法務部以力推羈押無上限為修法方向，並稱次長朱楠指出「德國制度，宣判前的羈押不受六個月的限制，有罪判決後的羈押亦無時間限制」等內容，顯係未實際與會討論所造成之誤解，其報導錯誤部分，應予澄清。

三、部分意見認為有罪羈押將違反「無罪推定原則」之報導，亦並非全然正確。因「無罪推定」並非絕對無限上綱之原則，在法律上及事實上均受諸多限制，現行刑事訴訟法上之羈押制度便是其中最重要的法律上限制(參照林鈺雄著「刑事訴訟法上冊」，第 151 頁)，故羈押制度之改進及修正，並非必然違背人權保障或世界潮流。況目前討論中之上述各項有關制度，均非法務部所獨創，而係於日、美、德各先進法治國家有立法例明文可參，法務部將持續努力研議，深稽博考，酌採外國立法例之優點，配合我國人民法律感情及社會實際需要，擬定最佳之方案推動防止偵查中被告或受有罪判決之要犯潛逃之修法，早日完備相關法制。」。

判決之要犯潛逃之修法。」。

第三項、本文觀點

第一款、關於民間司改會草案

民間司改會的意見，大體上是針對現行羈押法制作了比較通盤的檢討。就方向來說，包括羈押程序被告受法律協助權、閱卷權、羈押替代措施的明文以及建議刪除無限期羈押的觀點，方向是值得贊同的。但是，對於關於「舉證責任」、「偵查中羈押改為 10 日」以及，本文一分別就說理與結論有一不同意見。

第一目、撤銷具保的舉證責任

首先，司改會認為「被告雖得請求法院撤銷（檢察官具保），但舉證責任在被告，且常因擔心會惹惱檢察官不敢向法院聲請。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」的意見，承襲了向來「檢察官有主觀舉證責任」的看法，撇開「舉證責任」在我國學說以及「地下刑事訴訟法」可能的確由被告舉證的爭執不談，在對案的說明理由上為什麼在法律上「舉證責任在被告」？就顯得極為可疑。如同本文之前引用人權法院「有疑唯利自由」以及公法學上「有疑唯利基本權」的見解，具保雖然不是拘束人身自由，但是也是對於被告的權利限制，舉證責任「當然」不能由被告負擔；此外，行政罰法都已經規定行政機關對於處分必須舉證時，舉輕以明重，刑事訴訟處分沒有由被告舉證的理由。對此，司改會似乎應該說明這種「應然面」和「實然面」顯然不符，才會有比較強的說服力¹⁰¹³。

第二目、偵查中羈押期間的問題

¹⁰¹³ 當然，必須提出一定的案例來佐證。

其次，關於偵查中羈押期間，如果認為「現行法 2 月已經有違憲之虞」，那麼恐怕世界各國違憲的的刑事訴訟制度比比皆是；套句最高法院在 93 年第 9 次刑庭決議的用語，其他國家的制度比起這個意見來看，「尤為遜色」。如果 10 日是正確的，那麼為什麼不縮減到 8 日、5 日，甚至是 3 日？單純的以「幾天」就會變成「違憲」的講法，不論是從法釋義學，或是從欠缺本土的相關統計驗證來看，這個意見到最後可能都會淪為繼受法國家的「宗主國」之爭或是「喊價」式的羈押期間規定。此外，從條文上來看，「不逾 2 月」不是「一律都押 2 個月」，而是「上限是 2 個月」；與其淪為喊價式的幾日、幾月規定，或許先行統計本土素材的實務羈押期間是否已經過長，並且具體指出究竟偵查中羈押多久可以有效保全刑事程序，會比較妥適的做法。再者，如果「偵查中羈押不逾 2 月」是顯然過長而違憲，那麼，「審判中羈押不逾 3 月」是不是也要等比例的縮減成 15 天？

本文認為，日本刑事司法—尤其是羈押—的制度，並不單純建立在「羈押天數越少越好」；比較上，日本不論是國情、民族性、犯罪率、偵查制度，都和我國相差甚遠¹⁰¹⁴，因此，就司改會的草案，本文持保留態度。正本清源—而且是目前制度下就可以改善—的作法，可能是就目前羈押的相關實證統計先行確認，在羈押天數越長，所應考量的審查密度與原因嚴重性也應該越高，並且要求法院對於「為什麼要繼續押人」作具體的說明。此外，羈押既然主要是為了避免案情晦暗或被告逃亡風險，那麼更應該去具體的檢視目前的羈押有否真能達成這些目的¹⁰¹⁵。

¹⁰¹⁴ 類似立場，參考蔡碧玉發言，刑事訴訟之檢討與再造研討會會議記錄，法官協會雜誌，第 9 卷第 2 期，2007 年 12 月，頁 67，具體指出日本筆錄審判嚴重、90%的被告自白率、偵查中訊問時律師沒有在場權、超高有罪率(99.98%)、彼邦律師團體批評為「令人絕望的刑事司法」等。

¹⁰¹⁵ 人權保障和公共利益的權衡，永遠是個難題。但是目前主流意見來說，以有名無實的「人權保障」口號—卻反而是倒過來侵害人權—來取得壓倒性的勝利，而沒有經過精細的數據或論理檢驗，恐怕不見得是好事。

而有趣的是，司改會的意見似乎是站在「法院萬能」、「法院中立」、「檢察官侵害人權」的角度來看羈押這件事情，以致於「法院於審判中自行決定羈押」完全沒有看到修改的意見¹⁰¹⁶；而就在這一片寂悄中，2007年通過了「繼續羈押」的修法¹⁰¹⁷。

第二款、關於法務部的意見

第一目、整體評論

對於法務部的意見，從程序上主張開會還沒決定要採那一國法制是一個不太能夠令人接受的說法；先不提「各機關代表大多表達贊同參採外國立法之意見」的事實，按照我國的立法程序，如果法務部決定草案或者立法院委員會通過，要挽回可能就需要很大的力氣。其次，在被告經法院裁定交保時，即時預防潛逃的方法應該是盡早建立即時抗告制度，而不是以「有疑唯害基本權」的立場考量無限期的羈押。

至於引用學說見解認為羈押是無罪推定的限制，因此羈押的修正不必然違反

¹⁰¹⁶ 例如羅秉成，即辯即判，即判即押，2004/9/10，司改會網站，認為實務上出現「判的到，押不到」的情形，是因為集中審理沒有確實進行，並且「被告在經第一審法院判決有罪時，縱因上訴而未確定，但畢竟與偵查、起訴階段而未判決時不同，被告已屬「有罪在身」，通常其棄保逃亡、拒絕執行之可能性大增。為保全日後執行成果，衡量無罪推定之適用範圍，制度上應規範在一定條件下；如第一審法官判決被告有罪時，原則上應即時羈押被告或限制其出境。比如重大刑案或社會矚目案件，被告經第一審判決有罪而不得易科罰金或緩刑者，非有其他法定條件或事由，法院應同時裁定將被告收押或限制出境。」；再例如，劉豐州，刑事訴訟法一讀修正草案，有關羈押規定的看法，1997/12/1，司改會網站認為：「偵查中羈押的決定，之所以要交由法官裁決，主要是因為法官在這件事情的立場上，可能會比與嫌疑人對立的檢察官來的公正、無私、超然。而為了確保法官的公正、無私、超然、沒有偏見，程序上當然要確保他立於『聽訟』的地位，而不是『審問』嫌疑人的角色。所以司改會在羈押審理的程序這一點上，相當強烈的要求，應該由檢察官與被告、辯護人在法官面前，就檢察官所提出來的主張與證據相互辯論，讓法官能一本公正、超然、客觀的立場裁決是不是可以羈押嫌疑人。但是，相當遺憾的，一讀修文並沒有考慮到這一點，只是規定檢察官得「到場陳述聲請羈押的理由與提出必要的證據，而且似乎這連問辯護人的意見也不用。這實在令人不能不憂慮，在沒有檢察官的法庭中，要法官既要『審問』被告，又要公正無私，不失諸偏頗，是否根本是緣木求魚？而整個羈押制度的變革，會不會到頭來也只是流於形式，把穿紅袍的檢察官改為穿藍袍的檢察官罷了！」，本文認為相當程度的可以把這個意見套用到審判中法院自行決定羈押的模式。

¹⁰¹⁷ 少數例如宋明潭，他的疏忽！你來負責？，2007/5/14，司改會網站，對此修法採取反對意見。

人權或世界潮流的說法；姑且不論「人權考量」或「世界潮流」是不是將歐洲人權公約排除在外，單純就學說的觀點，可能也誤解了整體的概念：羈押既然是無罪推定的法律上重要限制，那麼更必須考量限制的正當性與必要性，因為「羈押與無罪推定之間，具有高度的緊張關係，立法層次或者司法實務如果濫用羈押手段，等於是顛覆無罪推定原則。」¹⁰¹⁸。

第二目、羈押期間

羈押期間的觀察上，法務部對於德國立法例的看法，可能忽略了德國做為歐洲人權公約簽約國之一，必須遵守公約第 5 條的種種限制¹⁰¹⁹以及第 6 條的合理訴訟期間¹⁰²⁰。面對我國動輒數年的訴訟¹⁰²¹，以及過長的訴訟期間救濟，實務上卻僅限於下級審法院的少數案件以量刑方案解決時¹⁰²²，研究也已經指出：「適時審判請求權...沒有辦法從中得到完整的保障或救濟」¹⁰²³，那麼我國是否要只看德國法上「好用」的制度，而不通盤考量，就很有疑慮¹⁰²⁴。

¹⁰¹⁸ 林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007，頁 342。

¹⁰¹⁹ 雖然人權法院認為判決前的羈押才是第 5 條第(3)項的保護範圍，但是這起碼還有兩個問題。第一，如同本文指出，文獻上對此觀點的猛烈批評，未來人權法院如何認定，可能還需要觀察；第二，公約第 5 條第(4)項以及第 6 條保障判決後羈押的被告，因此定期受審查的權限以及合理的訴訟期間，必須一同考量。

¹⁰²⁰ 例如 ECHR, *Bak v. Poland*, Judgment of 16 April, Appl. 7870/04 一案，人權法院雖然認為該案中波蘭政府的羈押期間並沒有違反公約第 5 條第(3)項，但是波蘭政府的作為仍然違反了公約第 6 條第(1)項所保障的合理訴訟期間。

¹⁰²¹ 例如劉建志，刑事被告請求適時審判的權利—以歐洲人權法院判例法為中心，台灣大學法律研究所碩士論文，1996，頁 3，具體的從「官方數字」與現實的差異，推估目前的刑事案件平均應該要花 4 年左右的時間才能確定。

¹⁰²² 劉建志，刑事被告請求適時審判的權利—以歐洲人權法院判例法為中心，台灣大學法律研究所碩士論文，1996，頁 137 以下。

¹⁰²³ 劉建志，刑事被告請求適時審判的權利—以歐洲人權法院判例法為中心，台灣大學法律研究所碩士論文，1996，頁 154。

¹⁰²⁴ 對照法務部澄清的「...將持續努力研議，深稽博考，酌採外國立法例之優點」說法，看來格外有些諷刺；或許，法務部所稱「優點」是指實務上的方便也未可知。

第八章、我國法現況——其他法律層次

編號	歐洲人權公約		法律層次	
	條文	內容：比較基準	現行法情形	問題
1	5-1	1、拘束人身自由的實質原因 2、一般性人身保護條款	個別認定是否拘束人身自由	欠缺一般保護條款
2	5-2	告知義務	無	欠缺一般告知義務條款
3	5-3	無比較基礎（羈押的特別程序保障）	無比較基礎	無比較基礎
4	5-4	1、請求司法審查之權利／事後的法官保留 2、司法程序的要求：閱卷、受法律協助等。	1、立法上有事前法官保留，但非全部 2、事後法官審查僅少數規定有之。 3、均欠缺司法程序明文。	1、欠缺一般保護條款 2、特別族群完全無權聲請司法審查。 3、幾無法律協助權、閱卷權或受言詞審理權利。
			獨有問題	1、實務對於請求司法審查（提審）之權利條款誤解。 2、我國憲法訴願制度對此似無救濟管道。

第一節、提審法

第一項、制度概況

我國實定法上，以憲法第 8 條為法源，有提審法的規定。該法第 1 條規定「人民被法院以外之任何機關逮捕拘禁時，其本人或他人得向逮捕拘禁地之地方法院聲請提審。」，該法第 4 條第 1 項、第 5 條並規定，如果提審無理由，「應於 24 小時之內裁定駁回；如提審有理由，應於 24 小時內向逮捕拘禁機關發提審票，執行拘禁、逮捕之機關，收到提審票之後，應於 24 小時內將被逮捕拘禁人解交」。並且法院訊問被逮捕拘禁人後，認為不應逮捕拘禁者，應即釋放；認為有犯罪嫌疑者，應移付檢察官偵查。此外，並得對裁定抗告以資救濟。

有疑問的是，提審法以「提審有理由」作為解交要件，其正當性如何，並不清楚。從條文體系上來看，以「有無理由」作為是否提審的要件，恐怕也違反了相關規定。

第二項、實務概況

第一款、提審在實務上的稀少

吳庚教授指出：「行憲以來，法院受理提審之案件，非常稀少，法院裡甚至連提審票都沒有。」¹⁰²⁵。實務上，最高法院對於提審相關案件如鳳毛麟角；主要理由可能是因為關於提審之裁定，最高法院認為不能提出再抗告的緣故。實務見解認為，一般由地方法院一審的裁定，提審法第 4 條第 2 項規定，得以向高院提出救濟；至於高院的裁定，則無救濟途徑；準此，「足見提審案件，不得再抗

¹⁰²⁵ 參考，吳庚，憲法的解釋與適用，2004，頁 198；吳庚教授也指出，這是因為戒嚴的長期宣告以及提審法的錯誤規定(頁 198-199)；但是，顯然在解嚴以及釋字 392 宣告提審法的錯誤之後，這樣的情形並沒有消失。參本項以下的說明。

告」¹⁰²⁶。

準此，如果觀察提審法在高等法院處理的案件，大多數的案件集中在大陸地區人民受到「逮捕」、「收容」時，以提審法要求法院審查「逮捕」、「收容」合法性的問題¹⁰²⁷，以及法院移送被告強制勒戒的裁定抗告¹⁰²⁸。關於毒品危害防制條例的相關程序，包括觀察勒戒處分執行條例、毒品危害防制條例等，都有法官保留的規定，因此實務上被告之提審聲請均遭駁回。

第二款、大陸地區人民

第一目、一般觀察

關於大陸地區人民聲請提審的案件，大多係以「受提審人」因各種事由遭到逮捕後¹⁰²⁹，向法院聲請提審，但實務上認為，進入臺灣地區之大陸地區人民，從事與許可目的不符之活動或工作，或有事實足認為有犯罪行為者，治安機關得逕行強制出境，但其所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意。前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容，並得令其從事勞務，係兩岸人民關係條例第 18 條第 1 項第 3、第 4 款以及同條第 2 項所明定。因此，只要是因為這些條款的違反而遭到逮捕，都是符合憲法第 8 條第 1 項，亦即，只要是警察機關依法定程序逮捕、拘禁，那麼就沒有違反憲法第 8 條第 1 項——包含「依法逮

¹⁰²⁶ 最高法院 96 年度台抗字第 422 號裁定。

¹⁰²⁷ 另有少數以「遭傳喚」即聲請提審遭駁回、送達與期間問題、撤銷假釋相關問題(多集中於 90 年之裁定)，於此不贅。

¹⁰²⁸ 以「提審法」作為關鍵字，最高法院僅在 96 年度台抗字第 422 號裁定和提審直接相關；高等法院近 3 年僅有 97 年度抗字第 49 號(認無提審管轄權)；95 年度抗字第 839 號裁定(兩岸人民關係條例)、95 年度抗字第 366 號裁定(法院移送勒戒無違憲法第 8 條)等。其餘部分，例如 94 年度抗字第 496 號裁定、94 年度抗字第 467 號裁定、94 年度抗字第 448 號裁定、94 年度抗字第 371 號裁定、94 年度抗字第 231 號裁定等。

¹⁰²⁹ 例如台灣高等法院 95 年度抗字 839 號裁定(未攜帶身分證件、非法雇傭)、94 年度抗字第 924 號裁定(假結婚)、94 年度抗字第 231 號(假結婚真陪酒)、93 年度抗字第 719 號(非法偷渡)、93 年度抗字第 712 號(偷渡，跳船游上大膽島)、92 年度抗字第 345 號裁定(逾期停留)。

捕」¹⁰³⁰以及「收容」¹⁰³¹。

第二目、非刑事法院審判權

對此，亦有部分見解認為此部分並非刑事法院審理，而認為「...警察局執行收容，並非因乙○○有犯罪嫌疑而為拘禁，實係乙○○違反臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 條第 3 項之規定，符合同條例第 18 條第 1 項第 3 款之案件，而有『致違反社會秩序維護法而未涉有其他犯罪情事者』之行為為警逕行強制出境之前置作業，從而，本件非屬憲法第 8 條規範所得聲請提審之範圍。至於前項『收容』係屬行政處分，適當與否，非由刑事法院審理，抗告人應由行政法院審理¹⁰³²。」。對此，實務見解似乎是認為，如果是因為「刑事犯罪」原因而有違反兩岸人民關係條例者，由刑事法院審理提審；如果是因為「行政犯」部分，則由行政法院審理¹⁰³³。

但有趣的是，被告如果偷渡而觸犯國家安全法並進而一併違反兩岸人民關係條例，惟受緩起訴處分時，法院卻也有認為「...檢察官於緩起訴處分後，將受處分人甲○○移送大陸地區人民宜蘭處理中心執行『收容』，已非屬『犯罪嫌疑』之逮捕拘禁，而係逕行強制出境之前置作業，故依諸前開說明，即非憲法第八條所定得聲請提審之範圍。至於前項『收容』係屬行政處分，適當與否，刑事法院本無置喙之權，受處分人如不服主管機關之處分，可依訴願法所定訴願程序尋求行政救濟。原審以抗告人聲請提審無理由，而裁定予以駁回，於法並無不合。」¹⁰³⁴。亦即，違反的「原因」在此並非重點。實務上亦有出現受提審人因涉嫌犯

¹⁰³⁰ 台灣高等法院 95 年度抗字 839 號裁定。

¹⁰³¹ 台灣高等法院 94 年度抗字第 924 號裁定：「...原審以本件警察機關之收容，於法尚無不合，聲請人聲請提審為無理由，而駁回聲請人之聲請，其結論並無不當。」。

高等法院 90 年度抗字第 338 號裁定、85 年抗字第 2 號裁定

¹⁰³² 高等法院 94 年度抗字第 231 號裁定。

¹⁰³³ 惟經筆者以「提審法」為關鍵字查詢裁判書搜尋系統，遍查最高行政法院，以及台北、台中、高雄高等行政法院，均無相關案件。

¹⁰³⁴ 台灣高等法院 94 年度抗字第 719 號裁定。相同意旨，參台灣高等法院 94 年度抗字第 712 號

罪遭「限制出境」，但卻又因「逾期居留」遭到逮捕及收容，案件除了受提審人之前涉嫌犯罪之外，對於本案的逮捕、收容並沒有刑事犯罪的問題，但普通法院亦審查提審¹⁰³⁵。

因此，對於違反兩岸人民關係條例的提審，其審判權分界似乎並不十分清楚¹⁰³⁶，但高等法院處理的結論大致可分為 3 種不同的面向：第一，管轄權屬行政法院而程序裁定駁回；第二，警察機關的「逮捕」符合憲法第 8 條第 1 項；第三，「收容」符合憲法要求。

第二節、其他刑事法上的人身拘束

第一項、刑法的保安處分¹⁰³⁷

刑法的保安處分，規定於該法第 86 條以下，分別有感化教育、監護處分、禁戒處分、強制工作、強制治療、保護管束、驅逐出境等。這些保安處分，（沒有異議的部分）剝奪人身自由的有感化教育、禁戒處分、強制治療處分、強制工作處分¹⁰³⁸。區分的實益有無刑法罪刑法定主義以及刑法第 2 條的適用。對於保安處分，林鈺雄教授指出：「此等修法以拘束人身自由與否做為基準，而此基準又相當程度取決實務上保安處分的執行方式，因此，未來必須結合規範與實務以做為具體個案的判斷準則。」；但余麗貞教授指出，對於是否剝奪人身自由，應該要看是在「機構內」或「機構外」來執行；準此，醫療院所或其他非以監禁為目的處所所執行的保安處分，並不是拘束人身自由¹⁰³⁹。就此，如果和前面歐洲人權

裁定

¹⁰³⁵ 台灣高等法院 92 年度抗字第 345 號裁定。

¹⁰³⁶ 對於兩岸人民關係條例第 18 條各款有更細緻的規定，於台灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則第 15-17 條，但如果競合應如何處理，並不清楚。例如行使偽造文書辦理結婚，同時構成該細則第 15、16 條，應該會同時違反兩岸條例第 18 條第 1 款、第 4 款。

¹⁰³⁷ 特別法的保安處分種類繁多，於此不贅，參考林鈺雄，新刑法總則，2006，頁 657。

¹⁰³⁸ 以及檢肅流氓條例第 18 條的感訓處分。參林鈺雄，新刑法總則，2006，頁 64。

¹⁰³⁹ 余麗貞，二〇〇五年刑法保安處分章修正之說明及對實務運作之影響，刑法總則修正重點之

公約的條文和人權法院裁判來看，有相當多類型也並不是出於單純的監禁目的；如果說是出自於醫療目的，而在醫療場所執行的處分都不算拘束人身自由，那麼不論是從歐洲人權法或者我國法的角度，都有很大一部分會欠缺程序保障，並不妥當¹⁰⁴⁰。本文認為，對於醫療的處分，參照事實上的保安處分執行方式做為判斷是否拘束人身自由，出發點並沒有問題；但如果單純以「執行的目的」或「執行的處所」作為判斷準則，則有疑義。

第二項、刑事訴訟法與少年事件處理法

刑事訴訟法目前對於人身拘束的相關規定，除了拘捕、羈押之外，還有所謂的鑑定留置等規定¹⁰⁴¹。此外，針對少年事件特設的少年事件處理法，也有規定經法院裁定進入少年觀護所的「收容」制度¹⁰⁴²，該法第 42 條並規定得對於少年令入感化處所感化教育，或令入相當處所禁戒菸毒、酗酒、以及「身體或精神狀態顯有缺陷」之強制治療。



第三項、檢肅流氓條例

我國其他有關於刑事法上的人身拘束，最有名的就是檢肅流氓條例（以下稱檢流條例）。該條例從 1985 年制定以來，歷經 4 次修正，大法官針對該條例，分別有 384 號、523 號、636 號等解釋。384 號認為檢肅流氓條例中關於警察得以逕行強制人民到案、秘密證人的規範、感訓處分部分違反憲法，且欠缺認定流

理論與實務，頁 413 以下，轉引自：林鈺雄，新刑法總則，2006，頁 66，註 53。

¹⁰⁴⁰ 更危險的，恐怕以各種疾病及醫療為名的集中營，在這個想法下，不無復甦的可能。此外，一般引用德國學說的「自由剝奪」，和歐洲人權公約第 5 條的「自由剝奪」相比，德國法上處理的是比較激烈、同時也必須符合基本法程序要求；後者則是要以公約的角度來觀照。因此，有可能在具體案例的判斷(如教育監督目的留置學生)上，從德國法的判斷上未必是「自由剝奪」，但從公約角度則可能是；反之，即便從歐洲人權法的角度判斷是「自由剝奪」，也未必就能證立一繼受於德國的一各種程序保障，對此，仍然需要依個案做更進一步細緻的討論，惟此非本文所能全部檢討；但僅以機構內／外來區分保安處分是否剝奪人身自由，則可能失之偏頗。

¹⁰⁴¹ 林鈺雄，干預處分與刑事證據，2008 年 1 月，頁 160 以下。

¹⁰⁴² 少年事件處理法第 26 條以下。

氓後的救濟程序¹⁰⁴³；523 號解釋認為當時規定法院得裁定留置規定欠缺明確性¹⁰⁴⁴；釋字 636 號（2008 年）則認為，關於檢肅流氓條例中，有關流氓相關行為認定規範欠缺明確性，且「關於流氓之認定，依據正當法律程序原則，於審查程序中，被提報人應享有到場陳述意見之權利；經認定為流氓，於主管之警察機關合法通知而自行到案者，如無意願隨案移送於法院，不得將其強制移送。」，並過度限制被移送人的對質詰問權、閱卷權，因而該條例違反之部分違反憲法。

檢肅流氓條例的現行法則係於 95 年後修訂，該條例於人身自由的拘束上，警察機關經認定流氓，得於符合法定要件後通知其說明，不到場者，得向法院聲請拘票；於有逃亡之虞時，得逕行拘提，但事後須補聲請令狀¹⁰⁴⁵；如年滿 18 歲以上，實施流氓犯行被發現，得逕強制其到案。該條例並規定，於「到案後」，警察機關「應於二十四小時內，檢具事證移送管轄法院審理」，於審理程序中，並有辯護權¹⁰⁴⁶。法官訊問後，認為符合法定事由者，得簽發留置票，以 1 個月為限，並得延長一次，每審級並分別計算¹⁰⁴⁷。對於審理後經交保等替代手段者，如有經傳不到、受住居限制而違背之、新發生留置事由者，得以再行留置¹⁰⁴⁸。其後審理其流氓行為，得以裁定付感訓處分，期間為 1 年到 3 年¹⁰⁴⁹。此外，對於執行完畢之人，還可以實施 1 年的「輔導」，這 1 年間，警察機關必須「隨時

¹⁰⁴³ 釋字 384 號：「檢肅流氓條例第六條及第七條授權警察機關得逕行強制人民到案。無須踐行必要之司法程序；第十二條關於秘密證人制度，剝奪被移送載定人與證人對質詰問之權利，並妨礙法院發見真實；第二十一條規定使受刑之宣告及執行者，無論有無特別預防之必要，有再受感訓處分而喪失身體自由之虞，均逾越必要程度，欠缺實質正當，與首開憲法意旨不符。又同條例第五條關於警察機關認定為流氓並予告誡之處分，人民除向內政部警政署聲明異議外，不得提起訴願及行政訴訟，亦與憲法第十六條規定意旨相違。」。

¹⁰⁴⁴ 釋字 523 號：「檢肅流氓條例... 其中除第六條、第七條所定之事由足認其有逕行拘提之原因而得推論具備留置之正當理由外，不論被移送裁定之人是否有繼續嚴重破壞社會秩序之虞，或有逃亡、湮滅事證或對檢舉人、被害人或證人造成威脅等足以妨礙後續審理之虞，均委由法院自行裁量，逕予裁定留置被移送裁定之人，上開條例第十一條第一項之規定，就此而言已逾越必要程度，與憲法第八條、第二十三條及前揭本院解釋意旨不符，應於本解釋公布之日起一年內失其效力。」。

¹⁰⁴⁵ 檢肅流氓條例第 7 條、第 8 條。

¹⁰⁴⁶ 檢肅流氓條例第 9 條。

¹⁰⁴⁷ 檢肅流氓條例第 11 條。

¹⁰⁴⁸ 檢肅流氓條例第 11 條之 2。

¹⁰⁴⁹ 檢肅流氓條例第 13、16、19 條。

注意其生活狀況，相機規過勸善」，並且「得通知定期到場敘述生活狀況，經通知無正當理由而不到場者，得聲請法院裁定處七日以下拘留。」¹⁰⁵⁰。

第四項、毒品危害防制條例及組織犯罪條例

毒品危害防制條例規定，施用第 1、2 級毒品，由法院裁定「令入勒戒場所觀察、勒戒」，期間以 2 月為限；觀察勒戒後如仍有成癮習性，裁定入戒治場所強制戒治，期間為 6 個月到 1 年¹⁰⁵¹。而該條例第 23 條之 1 亦規定「被告因拘提或逮捕到場者，檢察官依第二十條第一項規定聲請法院裁定觀察、勒戒，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內為之，並將被告移送該管法院訊問；被告因傳喚、自首或自行到場，經檢察官予以逮捕者，亦同。刑事訴訟法第九十三條之一之規定，於前項情形準用之。」，顯然也仿效刑事訴訟法採取了拘捕前置主義¹⁰⁵²；同法第 25 條並規定了付保護管束者的強制驗尿。此外，組織犯罪條例第 3 條第 2 項並規定累犯「應強制工作」，依其罪刑，期間為 3 年或 5 年。

第三節、民事法上的人身拘束

第一項、民事實體法

民事實體法對於人身拘束有所規定的條文不多，僅在民法第 149 條的正當防衛、150 條的緊急避難以及第 151 條規定：「為保護自己權利，對於他人之自由或財產施以拘束、押收或毀損者，不負損害賠償之責。但以不及受法院或其他有關機關援助，並非於其時為之，則請求權不得實行或其實行顯有困難者為限。」，第 152 條並規定：「依前條之規定，拘束他人自由或押收他人財產者，應即時向

¹⁰⁵⁰ 相關規定並參警察職權行使法第 15 條。

¹⁰⁵¹ 毒品危害防制條例第 20 條。

¹⁰⁵² 所以同樣的問題會一樣產生，例如：被告自首而自行於警察機關到場者，要以什麼名義「拘提、逮捕」？恐怕還是僅能使用「要求同行」的手段。

法院聲請處理。」¹⁰⁵³。

第二項、強制執行法

強制執行法規定，在債務人有故不履行、逃匿之虞、隱匿或處分財產、拒絕陳述或虛偽陳述者，法院可以加以拘提，並在法定情形下管收之¹⁰⁵⁴。對於管收程序，法官必須以令狀為之，並準用刑事訴訟法關於拘提、羈押之規定¹⁰⁵⁵。管收期間，上限為 3 個月，並得於有新發生管收事由者再予管收，但以 1 次為限¹⁰⁵⁶。於前述民法第 151 條之情形，執行法院亦得於法定情形下管收之¹⁰⁵⁷。其管收相關程序規定，並規定於管收條例；該條例第 11 條規定，法院應隨時提詢被管收人，每月至少不得在二次以下¹⁰⁵⁸。破產法施行法第 2 條並規定，1993 年之前依破產法所為之羈押，與修正後之管收，應合併計算期間，總計不得逾 1 年。

第三項、其他

除了民法、強制執行法以外，破產法規定，於破產人有藏匿、逃亡、毀棄財產之虞者，法院得管收之，上限亦為 3 個月，有新管收事由發生時，得再管收，整體總計不得逾 6 月¹⁰⁵⁹，和強制執行法的規定大致相同。而同法第 72 條規定，有破產聲請時，雖在破產宣告前，法院得因債權人之聲請或依職權拘提或管收債務人，或命為必要之保全處分。其餘管收之程序，準用強制執行法之規定¹⁰⁶⁰。另外，於消費者債務清理條例中，債務人有法定情形者，於有必要性時，法院得

¹⁰⁵³ 當然，事實上可能發生的合法拘束他人自由情形頗多，例如民法第 960 條規定，於占有物遭侵奪者，得排除加害人取回，或就地、追蹤取回之；第 1085 條規定父母有懲戒權，這些情形都有可能暫時性的剝奪他人的自由。惟，限於筆者能力，本文僅就實定法規範層次探討，並不就所有可能發生的情形都加以探討。

¹⁰⁵⁴ 強制執行法第 22 條，並參照第 128 條、第 129 條債務人行為不行為之管收事由。

¹⁰⁵⁵ 強制執行法第 22 條之 5。

¹⁰⁵⁶ 強制執行法第 24 條。

¹⁰⁵⁷ 強制執行法第 132 條之 2。

¹⁰⁵⁸ 管收條例第 10 條並授權訂定管收規則。

¹⁰⁵⁹ 破產法第 71 條。

¹⁰⁶⁰ 破產法第 73 條之 1。

裁定管收之¹⁰⁶¹，以 3 個月為限，但無延長規定；同法第 93 條並規定管收程序準用強制執行法相關規範。

第四節、行政法上的人身拘束

第一項、行政法總論

第一款、行政程序法

行政法總論中，行政程序法並沒有特別對於人身拘束有特別規定；然而，就該法而言，行政機關得以依職權調查證據、鑑定、勘驗¹⁰⁶²；與刑事訴訟法相比較之下，可能因為鑑定、勘驗目的所為的強制處分，並沒有明白規定。其次，行政程序法雖然對於行政處分的要件、程序、救濟等有所規定，但並沒有限制其可能干預權利的範圍¹⁰⁶³；行政契約亦同¹⁰⁶⁴。

第二款、行政罰法

行政罰法第 1 條及第 2 條以下，僅對於罰鍰、沒入或其他行為、不行為等裁罰性不利處分規定。對於人身拘束的規範，於第 34 條以下規定，對於違反行政義務人得以為保全證據或確認身分之目的，為即時性的處置，但並沒有明示拘束的時限，僅規定不得逾越必要程度而已¹⁰⁶⁵。

¹⁰⁶¹ 消費者債務清理條例第 90 條、第 91 條。

¹⁰⁶² 行政程序法第 36 條以下、第 41、42 條。

¹⁰⁶³ 行政程序法第 92 條以下、第 110 條以下。例如吳庚教授僅於行政法之理論與實用，2005，第 595 頁指出，對於做成限制或剝奪人民自由權利之處分應說明理由，但沒有劃出所謂自由權利是否包含人身自由。

¹⁰⁶⁴ 行政程序法第 135 條以下。

¹⁰⁶⁵ 並參吳庚，行政法之理論與實用，2005，第 512 頁。

第三款、行政執行法

至於行政執行法，對於人身自由的拘束主要是第 17 條以下的拘提、管收事由。在義務人顯有逃匿之虞、或經合法通知不到場者，行政執行處得以聲請法院拘提；如有履行義務可能故不履行等事由，行政執行處得以聲請法院管收。和刑事訴訟法相當類似的規定是行政執行官經訊問後的暫時留置；該法第 17 條第 6 項規定：「義務人經通知或自行到場，經行政執行官訊問後，認有第五項各款情形之一，而有聲請管收必要者，行政執行處得將義務人暫予留置；其訊問及暫予留置時間合計不得逾二十四小時。」，法院並須經訊問後方得管收，其相關程序準用強制執行法、管收條例及刑事訴訟法有關訊問、拘提、羈押之規定¹⁰⁶⁶。關於拘提後何時應訊問並對於管收做出裁定？本法並無規定，僅要求法院即予訊問、裁定而已¹⁰⁶⁷。

此外，第 27 條以下的行為、不行為義務，並不包含人身自由的限制；然而行政執行法第 32 條授權行政機關在間接強制不能達成其目的、或不及時執行，顯難達成執行目的時，得以直接強制的的方法為之，於事實上，有可能會發生人身拘束的情形¹⁰⁶⁸；此外，第 36 條以下並授權即時強制，而得對於人身為管束，第 37 條並規定對於人身自由的管束，不得逾 24 小時。學說上大多將此類以物理上強制力為手段之執行行為定性為「事實行為」¹⁰⁶⁹。

第四款、行政訴訟法

¹⁰⁶⁶ 並參釋字 588 號。

¹⁰⁶⁷ 吳庚，行政法之理論與實用，2005，第 537 頁。

¹⁰⁶⁸ 例如拆除建築物時將相關人等架走、命令解散時將示威群眾帶往其他處所。

¹⁰⁶⁹ 吳庚，行政法之理論與實用，2005，第 455 頁，第 457 頁，第 544 頁；吳庚教授並列舉包括集會遊行法、交通法規、電影法、廣電法、海關緝私條例、國家安全法、社會秩序維護法等所為之「強制措施」。

行政訴訟法，授權法院得拘提證人，並準用刑事訴訟法關於拘提之規定¹⁰⁷⁰；但關於鑑定、勘驗有可能拘束人身自由的情形，因為民事訴訟法也同樣欠缺拘束人身自由的相關規定¹⁰⁷¹，從而不論就行政訴訟法本身的規定，或者準用規定，也都沒有提到相關可能的拘束自由處分應該如何授權¹⁰⁷²。

第二項、行政法各論

第一款、社會秩序維護法

社會秩序維護法第 42 條規定：「對於現行違反本法之行為人，警察人員得即時制止其行為，並得逕行通知到場；其不服通知者，得強制其到場。」，亦即得以為即時強制及強制到案。該法第 80 條規定，對於賣淫、意圖買淫等行為，如果 1 年內曾違反 3 次以上經裁處確定者，處以拘留，得併宣告於處罰執行完畢後，送交教養機構予以收容、習藝，期間為 6 個月以上 1 年以下；依同法第 43 條及 45 條，均應以法院裁定為之。

第二款、其他的警察法

警察法相關法令上，行為法的規定大多在於警察職權行使法¹⁰⁷³。該法對於可能拘束人身自由的規定例如第 7 條的查證身分同行規定，時間不得逾 3 小時。另外，第 19 條、第 20 條規定了即時強制；第 19 條並規定，在有必要為管束時，期間不得逾 24 小時。早在警察職權行使法修正之前，釋字 535 號針對該法前身即警察勤務條例認為：「臨檢應於現場實施，非經受臨檢人同意或無從確定其身分或現場為之對該受臨檢人將有不利影響或妨礙交通、安寧者，不得要求其同行

¹⁰⁷⁰ 行政訴訟法第 143 條。

¹⁰⁷¹ 民事訴訟法第 324 條以下、364 條以下。

¹⁰⁷² 行政訴訟法第 156 條以下、第 176 條。

¹⁰⁷³ 至於警察法、警察法施行細則、警察勤務條例、等，大多係警察相關組織、以及相關巡邏、依法執行職務之規定。

至警察局、所進行盤查。其因發現違法事實，應依法定程序處理者外，身分一經查明，即應任其離去，不得稽延。」。因此，就警察法而言，除了查明身分的同行之外，其餘部分集中在即時強制的部分。

第三項、特殊族群收容

第一款、兒童與少年

就此而言，兒童與少年性交易防制條例第 13 條規定，對於相關的兒童及少年之收容，各級政府應設置緊急收容中心及短期收容中心，於訊問、指認後緊急安置從事性交易或有從事之虞之兒童或少年¹⁰⁷⁴。其後，並得由法院依審理之結果，認為該兒童或少年有從事性交易者，除有法定情形外，法院應裁定將其安置於中途學校，施予二年之特殊教育¹⁰⁷⁵。

此外，社會秩序維護法第 8 條規定，於未滿 14 歲或心神喪失之人，如無人管教、監護者，得分別送交兒童或少年福利機構及療養處所收容及監護、治療。依同法第 43 條及 45 條，均應以法院裁定為之。

第二款、外國人

對於外國人的收容，主要係由入出國及移民法所規定¹⁰⁷⁶，以該法第 38 條為例，對於外國人的收容，僅需入出國及移民署決定，並且「得以令其從事勞務」；期限可以到達 60 天，而且「必要時，入出國及移民署得延長至遣送出國為止」，救濟程序僅有對於該機關的異議，但收容之外國人涉嫌犯罪經判決確定，可以將收容日數折抵自由刑。此外，最詳細的規定都規定在「外國人收容管理規則」，

¹⁰⁷⁴ 兒童及少年性交易防制條例第 15 條，並參同法第 16 條、第 20 條。

¹⁰⁷⁵ 兒童及少年性交易防制條例第 18 條。

¹⁰⁷⁶ 入出國及移民法第 15 條、第 38 條、第 39 條、第 72 條，

該規則第 1 條開宗明義規定：「本規則依入出國及移民法（以下簡稱本法）第三十七條規定訂定之。」；但入出國及移民法第 39 條恐怕才是授權規定¹⁰⁷⁷。此外，該法對於「無戶籍國民」亦有在強制出國前，授權強制收容的規定，同樣以主管機關爲之即可¹⁰⁷⁸。另外，對於外國人違反就業服務法，警察機關也可以在強制出國前收容之¹⁰⁷⁹。

第三款、大陸、港澳人民

臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 條規定，對於進入臺灣地區之大陸地區人民，有該條各種情形者，治安機關得逕行強制出境，並且於強制出境前，得暫予收容，並得令其從事勞務¹⁰⁸⁰。但收容之大陸地區人民涉嫌犯罪經判決確定，可以將收容日數折抵自由刑；香港澳門關係條例第 14 條之規定亦同此旨¹⁰⁸¹。由哪一個機關決定，從條文來看似乎不太明朗；但既然沒有規定由法院裁定爲

¹⁰⁷⁷ 入出國及移民法第 37 條：「入出國及移民署對臺灣地區無戶籍國民涉有第十五條第一項或外國人涉有前條第一項各款情形之一者，爲調查之需，得請求有關機關、團體協助或提供必要之資料。被請求之機關、團體非有正當理由，不得拒絕。監獄、技能訓練所、戒治所、少年輔育院及矯正學校，對於臺灣地區無戶籍國民或外國人，於執行完畢或其他理由釋放者，應通知入出國及移民署。」；第 39 條規定：「入出國及移民署對外國人之收容管理，應設置或指定適當處所爲之；其收容程序、管理方式及其他應遵行事項之規則，由主管機關定之。」。

¹⁰⁷⁸ 參考入出國及移民法第 15 條及臺灣地區無戶籍國民強制出國處理辦法。該辦法第 1 條規定係以入出國及移民法第 15 條第 4 項爲授權來源，但該法授權規定應該是第 15 條第 5 項。

¹⁰⁷⁹ 就業服務法第 68 條。

¹⁰⁸⁰ 臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 條：

「進入臺灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。但其所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意：

- 一、未經許可入境者。
- 二、經許可入境，已逾停留、居留期限者。
- 三、從事與許可目的不符之活動或工作者。
- 四、有事實足認爲有犯罪行爲者。
- 五、有事實足認爲有危害國家安全或社會安定之虞者。

前項大陸地區人民，於強制出境前，得暫予收容，並得令其從事勞務。

第一項大陸地區人民有第一項第三款從事與許可目的不符之活動或工作之情事，致違反社會秩序維護法而未涉有其他犯罪情事者，於調查後得免移送簡易庭裁定，由治安機關逕行強制出境。進入臺灣地區之大陸地區人民，涉及刑事案件，經法官或檢察官責付而收容於第二項之收容處所，並經法院判決有罪確定者，其收容之日數，以一日抵有期徒刑或拘役一日或刑法第四十二條第四項裁判所定之罰金額數。

前四項規定，於本條例施行前進入臺灣地區之大陸地區人民，適用之。

第一項之強制出境處理辦法及第二項收容處所之設置及管理辦法，由內政部擬訂，報請行政院核定之。

¹⁰⁸¹ 並參考大陸地區人民及香港澳門居民收容處所設置及管理辦法。

之，從條文體系和入出國及移民法如出一轍，以及實務情形看來，係由主管機關爲之。至於拘束的上限期間，並無規定。

第四款、疾病管制

第一目、傳染病

傳染病防治法授權對於傳染病病人¹⁰⁸²，得以指定隔離治療機構施行隔離治療，程序上，由主管機關於強制隔離治療之次日起 3 日內作成隔離治療通知書，送達本人或其家屬，並副知隔離治療機構¹⁰⁸³。第 48 條並規定主管機關對於曾與傳染病病人接觸或疑似被傳染者，得予以留驗；必要時，並得令遷入指定之處所檢查、施行預防接種、投藥、指定特定區域實施管制或隔離等必要之處置。第 58 條第 1 項第 4 款規定對自感染區入境、接觸或疑似接觸之人員、傳染病或疑似傳染病病人，採行居家檢疫、集中檢疫、隔離治療或其他必要措施。關於拘束期間，則以有無繼續隔離治療等要件爲考量，並無期間上限。

第二目、精神疾病

精神衛生法規定，對於精神病人，依其嚴重程度，分別有緊急安置¹⁰⁸⁴、協助就醫治療¹⁰⁸⁵、強制鑑定¹⁰⁸⁶、強制社區治療¹⁰⁸⁷。對於精神病人的強制治療及相關處分，精神衛生法要求由監護人、法定代理人、配偶、父母、家屬等「互推」一人爲保護人，對於這些緊急或強制安置，大多課與該保護人有義務爲之；於強制鑑定或其他特殊情形，則由主管機關爲之。而同法第 42 條第 3 項規定：「經緊

¹⁰⁸² 傳染病防治法第 13 條並規定，感染傳染病病原體之人及疑似傳染病之病人，均視同傳染病病人，適用本法之規定。

¹⁰⁸³ 傳染病防治法第 44 條。

¹⁰⁸⁴ 精神衛生法第 20 條。

¹⁰⁸⁵ 精神衛生法第 32 條、第 37 條、第 41 條。

¹⁰⁸⁶ 精神衛生法第 41 條。

¹⁰⁸⁷ 精神衛生法第 45 條。

急安置或強制住院之嚴重病人或其保護人，得向法院聲請裁定停止緊急安置或強制住院。嚴重病人或保護人對於法院裁定有不服者，得於裁定送達後十日內提起抗告，對於抗告法院之裁定不得再抗告。聲請及抗告期間，對嚴重病人得繼續緊急安置或強制住院。」；第4項規定：「前項之聲請及抗告期間，法院認有保障嚴重病人利益之必要時，得依聲請以裁定先為一定之緊急處置。對於緊急處置之裁定不得聲明不服。」；第5項規定：「經中央主管機關認可之病人權益促進相關公益團體，得就強制治療、緊急安置進行個案監督及查核；其發現不妥情事時，應即通知各該主管機關採取改善措施，並得基於嚴重病人最佳利益之考量，準用第三項規定，向法院聲請裁定停止緊急安置或強制住院。」；第6項並規定「第三項聲請及前條第三項之申請，得以電訊傳真或其他科技設備為之。」。關於拘束期間，第42條第1項規定，緊急安置不得逾5日；強制住院不得逾60日，也是以有否繼續強制住院之必要來決定要否繼續住院，並沒有規定期間上限。

第五款、其他

社會救助法第11條規定，社會救助例外得以收容為之，以金錢給付為原則，就此，解釋上似乎並不是強制收容的規範¹⁰⁸⁸。同法第17條規定，警察機關發現無家可歸之遊民，除其他法律另有規定外，應通知社政機關（單位）共同處理，並查明其身分及協助護送前往社會救助機構收容；其身分經查明者，立即通知其家屬。條文看起來雖然是「義務處理及收容」，但是就目前實務執行狀況來說，似乎是「裁量處理及收容」。

¹⁰⁸⁸ 法律層面，有收容相關規定，但並非授權強制收容者，例如：老人福利法、身心障礙者權益保障法、國民年金法、民防法、災害防救法、原住民敬老福利生活津貼暫行條例、國軍退除役官兵輔導條例、強迫入學條例、監獄行刑法、行刑累進處遇條例、羈押法、更生保護法、核子事故緊急應變法。

第五節、檢討：最低標準的確立

第一項、整體觀察

從上面可以觀察的出來，目前法官保留、法定程序兩個層面都比較齊備的反而是包括了強制執行法在內的民事程序法；除了拘提、管收要法官保留之外，也明白訂定了拘提、管收必須要審查的事項以及程序。至於刑事法上，包括檢肅流氓條例在內的法律，雖然都有法官保留以及相關程序，但在嚴格審查的控制之下，大法官顯然對於檢肅流氓條例不甚滿意；毒品危害防制條例的部分，大法官比較多針對實體的可罰性、強制隔離的實體正當性問題作出解釋¹⁰⁸⁹，至於其他部分，則大多沒有到達憲法訴訟的層次。簡之，對於審查要件以及程序的問題，大多並沒有著墨。

其次，行政法方面，在大陸地區、港澳地區人民以及傳染病部分，採取了根本沒有法官保留的立法。其他有立法者，大多集中在即時強制的條文；其餘長期的人身拘束，均有法官保留，但審查要件以及審查程序並不清楚¹⁰⁹⁰。

整體而言，法官保留的立法算是「相對」較多，至於審查的要件、審查的程序、當事人的權利，並沒有詳細規定。簡之，大體上是以「時間」作為畫分界線，把「較長期」的拘束交給法院裁定；「短期」的拘束，除了拘提以外，均由法院以外機關決定，只要拘束超過 24 小時，就「轉變」為長期的人身拘束，必須由法院做下一步的決定。和刑事訴訟法規定不同的是，「拘提」在強制執行法、行

¹⁰⁸⁹ 釋字 476 號(毒品危害防制條例重刑合憲)、釋字 512 號(限制上訴三審合憲)、釋字 544 號(未區分有無成癮一律處罰合憲)、釋字 551 號(誣告反坐同刑違憲)。

¹⁰⁹⁰ 相同意見，張慕貞，即時強制法規範之研究－以人身自由干預措施為中心，國立中正大學碩士論文，2007 年，頁 146：「對於非刑事被告而剝奪其人身自由之措施規範為數甚多，其明顯共同存在之問題，即為程序保障不足...法官介入審查機制的部分，幾乎均無相關之安排設計...」；並參照該文頁 12、頁 84 以下的說明。

政執行法，都採行了法官保留。

就此，值得檢討的有兩個部分。首先，沒有法官保留的人身拘束，顯然違憲；其次，對於法定程序以及法院應審查的要件，顯然也有所欠缺。最後，本文以憲法第 8 條為中心，認為「長期人身拘束」都應該要法官保留，並且應該建立最低的程序保障——簡單地說，貫徹 Habeas Corpus。

第二項、欠缺法官保留

第一款、顯然違憲

陳慈陽教授於討論基本權主體時，指出，「由於所有基本權均溯及到人身不可侵犯之保障，也就是人身自由，所以在外國人不能享有之基本權中如涉及人身不可侵犯之自由時，亦須以有利於此基本權之方式來為之。...外國人在我國違法集會...主張其參政權，此時原則上雖不受許可，但仍須保障到外國人人身不可侵犯之權利。」¹⁰⁹¹。對照我國的實定法，這樣的見解顯然是另外一個世界的話語；不用說外國人，就連本國人都不一定能受到人身自由權的保護。

主要的問題，大致出在傳染病防治法、兩岸人民關係條例、港澳人民關係條例、就業服務法的外國人部分。針對大陸人民的收容問題，廖元豪教授指出，「...更可怕的是：這些措施的決定程序，全不符合法治國家最起碼的正當程序。無論是拒絕入境、遣返、收容、拒絕定居申請...所有的行政決定，事前沒有司法裁決或行政聽證，甚至無須『附理由』。政府修訂任何新的辦法，只要關門黑箱作業，連事前『公告草案』的徵詢程序都不須遵守。『靖廬』的強制收容，更是公然違反憲法所要求的『法官裁決方得拘束人身自由』原則，僅憑行政決定就可以關人數月乃至數年！比吸毒勒戒者的地位還不如。要說這個領域『無法無天』，大概

¹⁰⁹¹ 陳慈陽，憲法學，2007，頁 369；相同立場，吳庚，憲法的解釋與適用，2004，頁 143。

不算冤枉。」¹⁰⁹²。

姑且不論行政程序法的排除適用問題，廖元豪教授對於這個問題可以說是一語中的。憲法第 8 條第 1 項規定警察機關可以「逮捕、拘禁」，法院可以「審問、處罰」，釋字 392 號也明明白白的說「憲法...第二項後段與第三項關於「提審」之規定，係仿自英美之「人身保護令狀」(Writ of Habeas Corpus)」；「故就剝奪人身之自由言，拘提與逮捕無殊，羈押與拘禁無異；且拘提與羈押亦僅目的、方法、時間之久暫有所不同而已，其他所謂『拘留』『收容』『留置』『管收』等亦無礙於其為『拘禁』之一種，當應就其實際剝奪人身（行動）自由之如何予以觀察，未可以辭害意。」，但實務上卻完完全全忽視掉這些人的權利。姑且不論因為傳染病受到拘束的人可能有「事實上」的困難，以致無法在司法實務上成案；但是大宗的大陸地區人民的「收容」，完全沒有經過法官保留，法院竟然都說是合憲的！與其說「無法無天」，不如以 Radbruch 說的「對法律人來說，法律就是法律」¹⁰⁹³這句話來形容，更形諷刺——如果連「最基本的人身拘束」要求法官保留都做不到，那麼如何談我們是「人權治國」呢？

第二款、實務見解應改變

面對這種明顯違憲的條文，法院應以法律違反憲法為由，按釋字 371、釋字 572 號裁定停止程序，要求大法官解釋；對於這類案件，大法官也必須盡量要有「特別勤勉義務」的「程序加速」考量。此外，本文主張，個案中，法院雖然沒有「法律廢棄權」，但是目前憲法第 8 條第 1 項以及第 2 項既然已經明訂法官保留以及提審程序，也迭經大法官解釋具體化；就此，應以憲法第 8 條作為一般性的人身保護條款，在個案中要求（廣義）司法、警察機關 24 小時之內移送。警

¹⁰⁹² 廖元豪，大陸配偶仍在冰山，2008 年 4 月 21 日，中國時報。

¹⁰⁹³ Gustav Radbruch, Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945), in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), Gustav Radbruch, Gesamtausgabe, Bd. 3, Rechtsphilosophie III, 1990, S. 78.

政署、移民署、內政部、法務部，應盡速訂定各該機關人員以合乎憲法之方式為之。當然，一勞永逸之道，應該是盡速將傳染病防治法、兩岸人民關係條例、港澳人民關係條例這些「貼在額頭上，一望即知」的違憲條文修改為法官保留，並就所有相關可能涉及人身拘束的法律作通盤檢討。

第三項、建立最低程序標準

第一款、受法律協助權及閱卷權

從前面的條文可以看得出來，對於各該法律允許長期人身拘束的面向，即便採取了法官保留，但也大多沒有規定程序應該如何進行。例如，書面審查或言詞審理？秘密審理或公開審理？是否有受法律協助權？除了少數有所規定¹⁰⁹⁴，其餘均付之闕如。

準此，法院如何開庭？要求審理人有何權利？都不清楚，本文認為，這一部份有必要明定「最低標準」。以歐洲人權法院裁判作為對照，原則上，受拘束人的權利最起碼應該要有受法律協助權、閱卷權。就受法律協助權來說，本文認為，參考刑事訴訟法第 31 條的規定，必須要考慮司法資源以及受拘束人的利益平衡，因此，於受拘束人為低受入戶、智能不足、所犯最重拘束期間不逾 3 個月以外之法條、或是延長拘束逾 3 個月時，應有受法律協助之權利。由於能夠拘束人身自由的法定期間不一，從前面看來，有上限 3 個月、6 個月到 1 年、2 年，不一而足。和本文所主張羈押在「延押時應有強制辯護權」，分別是 2 個月以及 3 個月相比，3 個月應該是可以做為原則基準的期限；也因此，延長拘束超過 3 個月之後，受拘束人也應該有受法律協助的權利。同時，從公約第 5 條第(4)項來看，受拘束人也應該有受「定期審查」的權限，這一部份，可以搭配進行。

¹⁰⁹⁴ 例如少年事件處理法第 31 條的少年輔佐人、31-2 條特別規定除了保障少年程序權利，也必須協助促成少年健全發展、第 32 條以下並規範相關審理程序、第 34 條規定除特定人之旁聽，審理不公開。以審判是否公開為例，則尚有消費者債務清理條例第 9 條第 2 項。

具體來看，檢肅流氓條例的感訓審理、毒品危害防制條例的強制戒治、組織犯罪條例的強制工作、社會秩序維護法的收容應該要有法律協助權。其他部分，則在拘束超過 3 個月之後，也應該有法律協助；例如大陸地區人民、精神衛生法、傳染病等收容或強制住院，拘束超過 3 個月之後，都應該有法律協助權。這一方面，可以有兩種方法：第一，法院每 3 個月主動定期審理是否有受拘束必要，並在開庭前 5 日指定「法律協助人」¹⁰⁹⁵ (X-1)；第二，法院於拘束逾 3 個月之後，指定專業「法律協助人」(X-2)，並由法律協助人與受拘束人自行決定是否要提起定期審查。這兩個方法，都同時保障了受拘束人的受法律協助人以及定期審查權限，應該是可以採行的作法。當然，同時也應該給予受拘束人及法律協助人有閱卷權。

第二款、審理原則

至於言詞／書面審理，或是公開／秘密審理，必須要考量到事物本身；例如精神衛生、傳染疾病，要求公開、言詞審理，事實上恐怕難以進行；那麼，指定法律協助人來提出法律意見即可。因此，可能的模式有下列兩種：第一，參考刑事訴訟的簡易審判模式，以書面為原則，並得以傳喚、拘提各該受拘束人到庭，聽取意見並進行言詞、公開辯論 (Y-1)；或是第二，「原則」應以言詞、公開審理為之；但基於事實不能、或因事物考量而有特別規定時得以書面審理 (Y-2)。

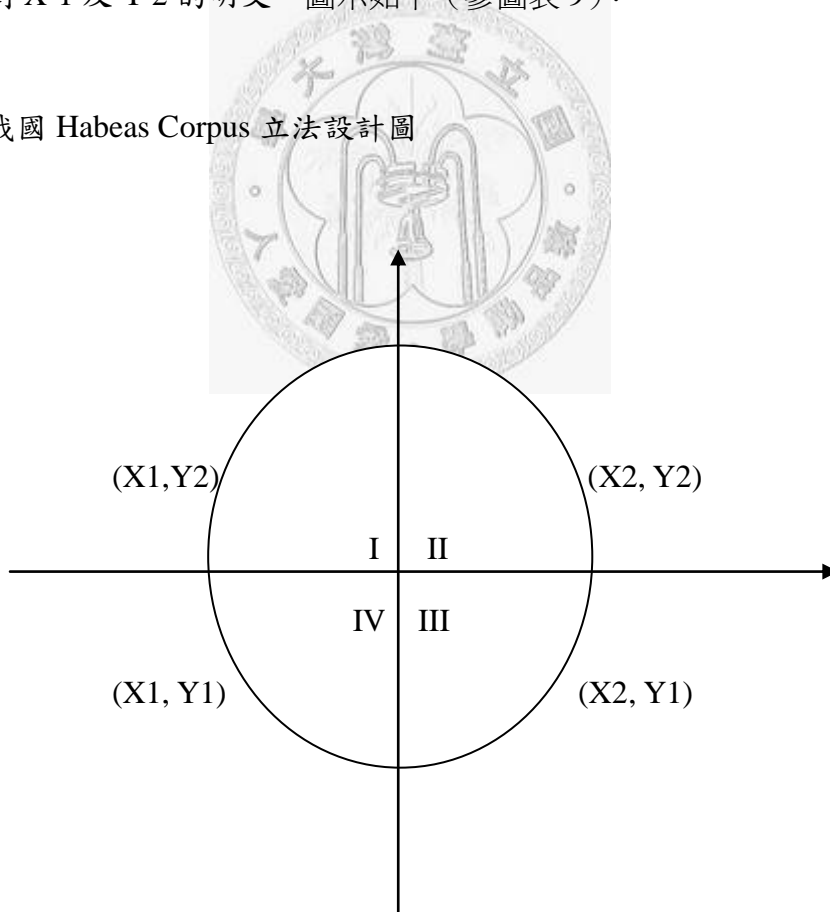
然而，簡易程序的書面審理毋寧是正常審理程序的「例外」；而且也是基於不法內涵極其輕微、法律效果得以易科罰金以及緩刑的輕微性、以及事證的明確；甚至心證必須到達極其高度的可能，甚至必須藉由被告的參與來正當化「有

¹⁰⁹⁵ 這一部份，本文認為，未必要以律師資格為限，但仍應經專業考核。

罪判決高速列車」的問題¹⁰⁹⁶；羈押的審理上，並沒有辦法一般性地達到這些標準，因此不宜以原則書面審理作為立法基準。

必須再次說明的是：本文所主張的是「最低標準」的考量，並不是「齊一標準」；因此，如果各該法令有規定更高的標準，就應該適用各該法令的規定。此外，就目前我國的司法負擔來看，X-2 和 Y-2 都是相對會比較耗費資源的作法；不妨先以 X-1 及 Y-1 做起，而這個模式，也可以透過憲法和法律的解釋達成；其實，如果就現實考量，後者的模式，不難發現其實是讓受拘束人有受專業諮詢的權利，而該專業人士的負擔也大多是在「法律意見」的呈現，法院也可以考量需要來決定是否開庭審理，應該是「目前」可行的模式¹⁰⁹⁷。但就未來的立法上，起碼要做到 X-1 及 Y-2 的明文。圖示如下（參圖表 9）：

圖表 9：我國 Habeas Corpus 立法設計圖



¹⁰⁹⁶ 均參考林鈺雄，刑事訴訟法(下)，2007，頁 251-254。

¹⁰⁹⁷ 簡之，就是 Habeas Corpus 加上受法律協助權、閱卷權。

X 座標=以審查主被動模式分類

=由受拘束人要求審查／法院主動定期審查（X-1／X-2）

Y 座標=審理原則分類=原則書面審理／原則言詞審理（Y-1／Y-2）

I=受拘束人要求審查+原則言詞審理（X-1+Y-2）

II=法院主動定期審查+原則言詞審理（X-2+Y-2）

III=法院主動定期審查+原則書面審理（X-2+Y-1）

IV=由受拘束人要求審查+原則書面審理（X-1+Y-1）

第四項、具體建議

綜上，本文主張簡單總結如下：

- 1、關於提審的實務見解應改變。
- 2、對於所有長期拘束：均應修法為法官保留。
- 3、程序保障：應負予特定受拘束人有受法律協助權、閱卷權；至於書面／言詞審理、公開／秘密審理，應視情形而定¹⁰⁹⁸。
- 4、辯護權：在受拘束人為低受入戶、智能不足、所犯最重拘束期間不逾3個月以外之法條、或是延長拘束逾3個月時，法院應指定法律協助人。
- 5、目前的解釋，憲法第8條以及大法官解釋，已經提供足夠的解釋依據；因此，應負與拘束人有受法律協助權，並且在欠缺相關程序規範以及司法資源有限的現實下，不妨先以書面審理，但本文亦建議法院應盡可能公開、言詞辯論為之。
- 6、未來立法設計：應以言詞、公開審理為原則，並賦予受拘束人法律協助權。

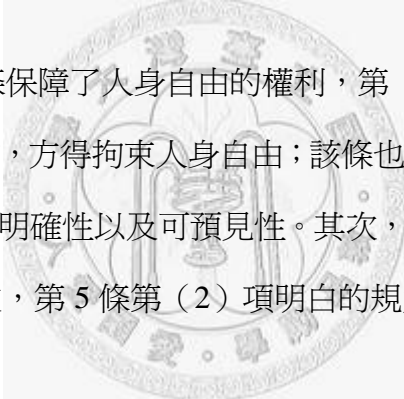
¹⁰⁹⁸ 本文目的在於建立一般性的標準，個別法律的分析與建議，參張慕貞，即時強制法規範之研究—以人身自由干預措施為中心，國立中正大學碩士論文，2007年，頁142、頁146以下的說明。

第九章、結論

第一節、泛歐最低基準的借鏡

第一項、最低基準

歐洲人權公約的標準和歐洲人權法院的努力，不管在各方面的人權保障，都已經開始逐漸開花結果，也讓人權的種子逐漸向東擴散。人身自由的保障，不論是以前或現在，都是重要的問題。就此，大法官解釋也逐漸開始使用人權公約的基準作為「普世價值」，注入我國的憲法和法律解釋，姑且不論釋義學上的難題，但是也讓我國和世界逐漸開始接軌——不只是經濟，還有人權。



歐洲人權公約第 5 條保障了人身自由的權利，第（1）項要求內國必須要依法在列舉實質原因範圍內，方得拘束人身自由；該條也要求這些限制人身自由的法律，都必須要有一定的明確性以及可預見性。其次，該條保障了列舉事由外不受自由剝奪的權利。其次，第 5 條第（2）項明白的規定了告知義務。

公約第 5 條第（3）項針對刑事追訴的「羈押」有特別的程序規定。其中，包含了盡速司法審查的權利，以及法院在羈押時，必須要盡的義務；其中，最值得我國參考的意義是：羈押延長的期間和法院審查義務的要求。人權法院要求繼續性羈押時，法院必須要有「關聯性」以及「充足性」的理由，才能繼續羈押；此外，人權法院雖然一直不肯接受具體的羈押期間限定建議，但是從本文的統計和各該相關判決來看，其實是有意識的對於羈押期間把關。德國聯邦憲法法院 2005 年作出的判決，也和人權法院建立標準如出一轍。

公約第（4）項規定了拘束人身自由的一般性程序保障，英國 13 世紀的 Habeas Corpus 在歐洲人權公約的誠命，要求受到人身拘束的任何人都有權利要求司法

審查剝奪人身自由的合法性。其中，人權法院也和公約第 6 條的公平審判條款連結，要求最起碼的對審程序、武器平等；具體的條件，包括了閱卷權、言詞審理以及受法律協助的權利。這些保障，對於整體人身拘束都有適用，因此會和公約對於羈押的特別條款競合。並且，違反公約第 5 條所保障的條款，都有同條第(5)項的賠償請求權利。

這些權利，都不是「最高標準」的要求，而都只是「最低限度」的保障。

第二項、我國法的借鏡

從我國法的分析來看，雖然，不論學說、實務都以憲法第 8 條為基礎來發展，但卻有很多問題。憲法第 8 條發展出的脈絡，具體適用上反而變成不是用來保障人身自由，卻是侵害人身自由的藉口；釋義上，某些「原則」的適用，到最後反而成為恣意的理由。

憲法層次上，我國憲法第 8 條雖然規定了這麼多文字，但是，不論從條文本身的憲法解釋或是適用上，都顯得困難重重。這些困難包括了：對於憲法解釋的適用變成「空殼子」可以得出任何結論¹⁰⁹⁹；一般性的提審條款反而正當化了非刑事領域中，由行政機關決定的收容；刑事領域獨特的「拘捕前置原則」——同樣是憲法第 8 條所規範的其他法領域，卻完全沒有這個問題；同時，憲法也沒有任何的司法程序條款。這些層面，和歐洲人權公約第 5 條第(4)項所要求的 Habeas Corpus，關照的面向卻完全不同。

針對刑事訴訟法的羈押，尤其是羈押期間的問題，雖然我國法院應該有不少優異裁判，但本文僅針對近期的台北、士林地院、台灣高等法院以及最高法院相

¹⁰⁹⁹ 王士帆，不自證己罪原則—*nemo tenetur*，2007，頁 62：「...『正當法律程序』六字本來就是空殼...」，並參頁 59-62。

關實務見解加以討論。結論上，尤其上級法院，對於延押，可能要有更充分的理由。從整體的實務見解來看，如果與人權法院在公約第 5 條第（3）項中具體要求的「關聯性」與「充足性」義務對照，可能必須更加謹慎。實務上，也少人關注羈押期間，毋寧只是媒體附帶一提的隻字片語；一般的訴訟期間和羈押期間，顯然也是如此；和人權法院動輒以內國違反「特別勤勉義務」的理由，而宣告違反公約。我國的刑事司法實務－包括審、檢、辯－的操作，必須要好好關注這一點。此外，受法律協助權，不論是選任辯護或強制辯護，也都應該貫徹。最後，整體的羈押制度，應該要好好徹底思考翻修。

另外，非刑事領域的部分，包括傳染病以及大陸、港澳地區的人民，連最基礎的「法官保留」都沒有做到，更遑論整體性的欠缺人身拘束程序所應該具有的權利保障。對此，受法律協助權、閱卷權以及原則的言詞、公開審理，都是歐洲人權法院特別指出在第 5 條的「司法程序」所應該受保障的權利。

第二節、短期策略

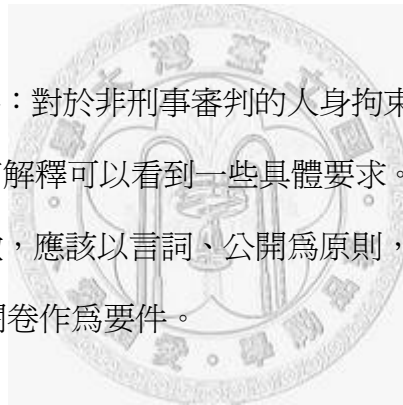
本文提出的短期策略，是指透過解釋或不需要修改法律就可以達到的目標。分述如下：

第一、憲法解釋：正當程序的援用，必須要更審慎進行。並且，對於法官中立性與獨立性解釋，應該在未來更仔細考量。對此，判例制度與司法規則制定權的解釋，應該改變。其次，對於法官迴避的問題，不應該以人力不足作為考量重點，這些風險，不應該由人民承擔。比較可行的做法是，配置更多的人力，並且善用科技資源。

第二、提審規定的解釋：應該指明現行相關法律違反法官保留的問題，並且按照憲法第 8 條所規定的程序審查應否收容。其次，也因為提審本來就保障人民有隨時要求司法救濟的權利，對於羈押前的非法拘捕救濟，應該以此為正途，而不需援用定位不明的拘捕前置主義。

第三、羈押審查：對於羈押的審查，尤其是延押，必須要建立更充足而相關聯的羈押事證，並且警示羈押期間的問題。另外，從刑事訴訟法得以隨時選任辯護人的規範來看¹¹⁰⁰，羈押審查必須都有辯護人在場參與。另外，審判中羈押，不需要解釋成檢察官「並無聲請權」，把檢察官的「建議」解釋為「聲請」而認為違法，更沒有必要。對此，反而應該由檢察官主動提出聲請（或所謂的建議）。

第四、整體司法審查程序：對於非刑事審判的人身拘束，雖然實定法上大多缺乏具體規定，但是從大法官解釋可以看到一些具體要求。這些要求，包含了要求對審、辯護權。對審的貫徹，應該以言詞、公開為原則，實質辯護權——或稱，受法律協助權，也應該以閱卷作為要件。



第三節、長期目標

長期目標，指本文對於未來修法的建議，分述如下。

第一項、增訂最低保護基準

增訂最低保護基準：本文建議「人身自由保護基準法」的制定，這個法律，至少應包含保留、人身自由拘束的審查程序、權利保護。如果不願意新增訂新法，不妨在在提審法中增訂人身自由拘束的審查程序與權利保護¹¹⁰¹。試擬如下：

¹¹⁰⁰ 刑事訴訟法第 27 條。

¹¹⁰¹ 本文並建議將其名稱修改為「人身自由保障與提審法」。

提審法原條文	新增或修訂條文	立法理由
<p>第一條 人民被法院以外之任何機關逮捕拘禁時，其本人或他人得向逮捕拘禁地之地方法院聲請提審。</p>	<p>第一條 <u>為規定人身自由最低標準，避免遭恣意剝奪，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定，但不得低於本法所定之最低標準。</u> 人民被法院以外之任何機關逮捕拘禁時，其本人或他人得<u>隨時</u>向逮捕拘禁地之地方法院聲請提審。</p>	<p>一、提審本為憲法第八條明文之權利，並且為人民所要求之最低限度權利標準，特增訂第一項。 二、提審權利為憲法第八條所保障，人民受法院以外之機關逮捕拘禁，本即得隨時要求法院審查拘束之正當性，增訂「隨時」以明其義。</p>
<p>第二條 人民被逮捕拘禁時，其執行機關應即將逮捕拘禁之原因，以書面告知本人及其本人指定之親友，至遲不得逾二十四小時。本人或其親友亦得請求為前項之告知。</p>	<p>人民被逮捕拘禁時，其執行機關應即將逮捕拘禁之原因，<u>以言詞、書面或科技設備告知本人及其本人指定之親友，至遲不得逾三小時。以言詞或科技設備告知者，應自拘捕起三日內補發書面。</u> 本人或其親友亦得請求為前項之告知。 <u>前項記載告知之事項，應記載下列事項：</u> <u>一、所違反之法條</u> <u>二、拘禁逮捕之原因事實。</u></p>	<p>一、按告知義務，係提審人要求提審之前提，本法原規定告知應以書面告知本人或親友，並不得逾二十四小時。惟告知本人，固無二十四小時問題；於現代科技，以電話、傳真、電子公文等方式告知親友，亦非難事。準此，增訂以言詞、科技設備方式告知，並刪除二十四小時之規定，以三小時為準。 二、惟此種非書面之告知，應留存電磁紀錄等方式，以供未來爭執時之查證。並應日後作成書面，以供審查，爰修正第一項。 二、書面告知之事項，並未明文規定，參考歐洲人權公約第五條第二項，應告知事項至少應包含所違反之法條以及遭拘禁逮捕之原因事實，以使受</p>


		拘束人理解其地位，並得以尋求救濟，爰增訂第三項。
<p>第三條 聲請提審以書狀或言詞為之，應記載或陳明左列事項：</p> <p>一、聲請人之姓名、性別、年齡及住所或居所，他人為聲請時，並應記載被逮捕拘禁人之姓名、性別。</p> <p>二、逮捕拘禁之事實。</p> <p>三、執行逮捕拘禁之機關及其所在地或公務人員之姓名。</p> <p>四、受聲請之法院。</p> <p>五、聲請之年、月、日。</p> <p>前項情形，以言詞為之者，應就前項各款所列事項，分別陳明，由書記官製作筆錄。</p>	<p>第三條 聲請提審以書狀或言詞為之，應記載或陳明左列事項：</p> <p>一、聲請人之姓名、性別、年齡及住所或居所，他人為聲請時，並應記載被逮捕拘禁人之姓名、性別。</p> <p>二、逮捕拘禁之事實。</p> <p>三、執行逮捕拘禁之機關及其所在地或公務人員之姓名。</p> <p>四、受聲請之法院。</p> <p>五、聲請之年、月、日。</p> <p>前項情形，以言詞為之者，應就前項各款所列事項，分別陳明，由書記官製作筆錄。</p>	本條未更動。
<p>第四條 法院接受聲請書狀，依法律之規定，認為無理由者，應於二十四小時內以裁定駁回之。</p> <p>不服前項裁定者，得於裁定送達後五日內抗告於直接上級法院。但對於高等法院所為之裁定不得抗告。</p>	<p>第四條 <u>法院接受聲請書狀，依法律之規定，認為不合法者，應於二十四小時內以裁定駁回之。得補正者，應定期間先命補正。</u></p> <p><u>前項之情形不補正或逾期不補正者，如法院能理解其意，應認合法。</u></p> <p><u>法院認為無理由者，準用第一項之規定。</u></p> <p><u>不服法院依本條所為之裁定者，得於裁定送達後五日內抗告於直接上級法院。</u></p> <p><u>對於高等法院所為之裁</u></p>	<p>一、提審法第四條僅規定無理由者以裁定駁回之，未規定提審之聲請不合法者法院如何為之，特明文規定第一項。</p> <p>二、此外，僅為程式之不合法，如能聲請提審而法院自其書狀得解其意者，應許其提出提審之救濟，避免受拘束人因法律知識之不足導致無法聲請提審，爰規定第二項。</p> <p>三、原條文第一項移至第三項。</p> <p>四、原條文第二項救濟之規定因應本條之修正，修</p>

	<p><u>定，得再抗告。再抗告之要件，準用刑事訴訟法。</u></p>	<p>改文字，移至第四項。 五、原條文但書規定不得再抗告，惟人身自由拘束屬最嚴重之強制處分，應允其再抗告，爰增訂第五項。</p>
<p>第五條 法院對於提審之聲請，認為有理由者，應於二十四小時內向逮捕拘禁機關發提審票，並即通知逮捕拘禁機關之直接上級機關。</p>	<p>第五條 法院對於提審之聲請，認為有理由者，應於二十四小時內向逮捕拘禁機關發提審票，並即通知逮捕拘禁機關之直接上級機關。</p>	<p>原條文不更動。</p>
<p>第六條 提審票應記載左列事項： 一、執行逮捕拘禁之機關及其所在地。 二、被逮捕拘禁人之姓名、性別。 三、發提審票之法院。 四、應解交之法院。 五、發提審票之年、月、日。 提審票應以正本送達聲請人，其發提審票之法院與應解交之法院非同一者，並應以正本送達應解交之法院。 提審票於必要時，得以電傳文件、傳真或其他電子文件代之。</p>	<p>第六條 提審票應記載左列事項： 一、執行逮捕拘禁之機關及其所在地。 二、被逮捕拘禁人之姓名、性別。 三、發提審票之法院。 四、應解交之法院。 五、發提審票之年、月、日。 提審票應以正本送達聲請人，其發提審票之法院與應解交之法院非同一者，並應以正本送達應解交之法院。 提審票於必要時，得以電傳文件、傳真或其他電子文件代之。</p>	<p>原條文不更動。</p>

<p>第七條</p> <p>執行逮捕拘禁之機關，接到提審票後，應於二十四小時內將被逮捕拘禁人解交；如在接到提審票前已將被逮捕拘禁人移送他機關者，除即聲復外，應即將該提審票轉送受移送之機關，由該機關於二十四小時內逕行解交，如法院自行移提，應立即交出。</p> <p>執行逮捕拘禁之機關，在接到提審票前，已將被逮捕拘禁人釋放者，應將釋放事由及時日，速即聲復。</p>	<p>第七條</p> <p>執行逮捕拘禁之機關，接到提審票後，應即將被逮捕拘禁人解交；如在接到提審票前已將被逮捕拘禁人移送他機關者，除即聲復外，應即將該提審票轉送受移送之機關，由該機關於即逕行解交，如法院自行移提，應立即交出。</p> <p>前條之解交，自提審票送達後不得逾三小時，因交通障礙或其他不可抗力事由所生不得已之遲滯及在途解送時間，不予計入。</p>	<p>一、實務上於非法院之機關於逮捕、拘禁，常以各種名義留置受拘束人致二十四小時期滿，而既然法院已經審查提審合法且有理由，則無繼續拘束之理。況法院之審查期間已容許二十四小時，再予解交時間若再容許有二十四小時，恐有違反憲法第八條之嫌。故修改為應隨即解交。</p> <p>二、法不為強人所難之事，從而如遇各種不可抗力或在途解送，應不計入。前條雖規定為應即為解交，但仍應有具體時間之規範，惟既已扣除在途或不可抗力之期間，書類或其他細節事項之進行，應以三小時為限。</p> <p>三、其餘條文不更動。</p>
<p>第八條</p> <p>法院訊問被逮捕拘禁人後，認為不應逮捕拘禁者，應即釋放；認為有犯罪嫌疑者，應移付檢察官偵查。</p>	<p>第八條</p> <p>法院訊問被逮捕拘禁人後，認為不應繼續逮捕拘禁者，應即釋放；認為有犯罪嫌疑者，應移付檢察官偵查。</p> <p><u>法院認逮捕、拘禁有違法失職者，即應依法移送。</u></p>	<p>一、法院之審查，固為審查拘捕、拘禁之合法性，惟因誤解逾二十四小時之拘束應經法官保留之意義，以及原條文之文字可能導致法院審查對象成為「法院外機關」之逮捕、拘禁，並進而認為其逮捕、拘禁合法導致提審根本形同具文，因此將原條文第一項增訂「繼續」二字。</p> <p>二、法院外之機關如有違法逮捕、拘禁者，法院應依法職權移送，特增訂第二項規定。</p>

	<p><u>第八條之一</u> <u>被逮捕拘禁人，於本法之程序有隨時選任法律協助人之權利。</u> <u>於逮捕、拘禁人為低受入戶、智能不足、或延長拘束逾3個月時，法院應於提審時指定協助人。</u> <u>被逮捕拘禁人所犯最重拘束期間不逾3個月以外之法條，準用前項。但其他法律有特別規定者，不在此限。</u> <u>法律協助人之資格，由司法院訂之。</u></p>	<p>一、受法律協助權係受逮捕、拘束人於爭執法律意見之重要權利，參考歐洲人權公約第五條第（四）項，特增訂本條。 二、於受拘束人在因資力不足、智能問題、以及延長拘束時，應有法律上協助權，爰增訂第二項。 三、為避免例如一般刑事案件均以本條而聲請協助，致造成司法資源嚴重負擔，特增訂第三項。 四、法律協助人之資格，由司法院考量訂定其資格，增訂第四項。</p>
	<p><u>第八條之二</u> <u>被逮捕拘禁人與法律協助人，得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。但法律另有規定者，得限制之。</u></p>	<p>一、閱卷權係受逮捕、拘束人於爭執法律意見之重要權利，參考歐洲人權公約第五條第（四）項，特增訂本條。 二、閱卷權係受逮捕、拘禁人之重要權利，以貫徹實質受協助權，惟為避免因其他案件特殊性或第三人隱私等情形，增訂但書得以其他法律限制之。</p>

	<p><u>第八條之三</u> <u>第八條之程序，應公開、言詞為之。但法律另有規定或因不可抗力之事由者，不在此限。</u></p>	<p>一、言詞、公開審理原則係受逮捕、拘束人於爭執法律意見之重要權利，參考歐洲人權公約第五條第(四)項，特增訂本條。 二、惟，言詞、公開審理未必均能貫徹至所有程序。例如受逮捕拘禁人因病不能到庭等原因，或其他法律有考量具體利益如受逮捕拘禁人之隱私、第三人之秘密之情形，特增訂但書。</p>
<p>第九條 執行逮捕拘禁之公務人員，違反第二條第一項之規定者，科新台幣十萬元以下罰金。 執行逮捕拘禁之公務人員，違反第七條第一項之規定者，處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十萬元以下罰金。</p>	<p>執行逮捕拘禁之公務人員，違反第二條之規定者，科新台幣十萬元以下罰金。 執行逮捕拘禁之公務人員，違反第七條第一項之規定者，科新台幣二十萬元以下罰金。</p>	<p>一、第二條已修改，故將原條文第一項之文字刪除。 二、第七條已修改，故將原條文第一項之文字刪除。 三、短期自由刑之流弊甚多，殊無必要科與違法之公務人員以短期自由刑，應以罰金為已足，爰修正第二項罰則之規定。</p>
<p>第九條之一</p>	<p>公務員違反保護他人人身自由之法律，致生損害於受拘束人者，國家應負賠償責任。 前項之國家損害賠償，準用國家賠償法及相關法律。但國家賠償法第二條第三項，於故意之情形，賠償義務機關應對其求償。</p>	<p>一、公務員違反保護人身自由之法律而造成被拘束人遭受損害者，現行國家賠償法因須證明公務員之故意、過失，於人身拘禁之狀態時不免難以保全或事後取得證據，因此僅證明違反保護人身自由之法律，國家即應負損害賠償之責。另外，第一項所稱拘束，指對於人身自由之限制，不限於本法所指之逮捕、拘禁。</p>

		<p>二、次按國家賠償法第13條於審判、追訴之公務員違反前開之法律，須於有罪判決確定時，方能適用國家賠償法，對於人身自由遭受拘束之人不免過苛。即便公務員無過失，則風險不應由受拘束人承擔，國家亦應賠償。其餘侵害權利部分，仍應按國家賠償法具體適用。</p> <p>三、於本條之適用，應於違反保護人身自由之法律進而導致該受拘束人人身自由遭受侵害，方有適用；如於拘捕期間損壞他人財物等情形，即無本條之適用，併此指明。</p> <p>三、國家賠償法第二條第三項之求償權及其他相關條文，均在準用之列，避免公務員因畏懼賠償而不戮力從公。但於公務員故意侵害他人人身自由權利之情形，賠償義務機關有「求償權」，實務上賠償義務機關未必為之。於此情形，國家除追究其行政上之違法失職外，應有向其求償之義務，以避免公務員恃其不受追償而恣意侵害他人權利，爰規定第二項及但書。</p>
<p>第十條 本法自公布日施行。</p>	<p>第十條 本法自公布日施行。</p>	<p>原條文未更動</p>

第二項、羈押相關條文的建議

目前羈押法制的變動：根據原有羈押之相關條文，試擬如下：

刑事訴訟法原條文	修正條文	立法理由
<p>第三十一條 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，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護；其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定，或審判長認為有必要者，亦同。 前項案件選任辯護人於審判期日無正當理由而不到庭者，審判長得指定公設辯護人。 被告有數人者，得指定一人辯護。但各被告之利害相反者，不在此限。 指定辯護人後，經選任律師為辯護人者，得將指定之辯護人撤銷。 被告因智能障礙無法為完全之陳述，於偵查中未經選任辯護人者，檢察官應指定律師為其辯護。 第二項至第四項之規定於前項之指定，準用之。</p>	<p>第三十一條 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，於審判中未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為其辯護；其他審判案件，低收入戶被告未選任辯護人而聲請指定，或審判長認為有必要者，亦同。 <u>第一〇八條第一項及第八項之情形，準用前項之規定。</u> <u>第一項</u>案件選任辯護人於審判期日無正當理由而不到庭者，審判長得指定公設辯護人。 被告有數人者，得指定一人辯護。但各被告之利害相反者，不在此限。 指定辯護人後，經選任律師為辯護人者，得將指定之辯護人撤銷。 被告因智能障礙無法為完全之陳述，於偵查中未經選任辯護人者，檢察官應指定律師為其辯護。 <u>第三項至第五項</u>之規定於前項之指定，準用之。</p>	<p>一、羈押所侵害之人身自由及被告利益，往往不亞於法院判決處刑；而於羈押之延長，於被告權利更有保護必要，爰增訂第二項。 二、本條第三項以下配合條文次序之變動修訂之。第三項將「前項」修改為「第一項」；原條文第六項順延至第七項，修改原條文為「第三項至第五項」。</p>

	<p>第一〇八條之一 <u>前條之羈押期間，總計不得逾三年。但證明法院已勤勉進行訴訟程序者，不在此限。</u></p>	<p>一、我國實務上往往羈押被告甚久，侵害被告人身自由權利嚴重，參考歐洲人權公約第五條第（三）項及 ECHR, Chraidi v. Germany 一案，僅在法院已對訴訟程序勤勉為之者，方得以正當對於被告之長期羈押。</p> <p>二、勤勉義務，例如平均達一星期一次至二次庭期。</p>
<p>第一〇三條之一 偵查中檢察官、被告或其辯護人認有維護看守所及在押被告安全或其他正當事由者，得聲請法院變更在押被告之羈押處所。</p> <p>法院依前項聲請變更被告之羈押處所時，應即通知檢察官、看守所、辯護人、被告及其指定之親友。</p>	<p>第一〇三條之一 <u>檢察官、被告或其辯護人認有維護看守所及在押被告安全或其他正當事由者，得聲請法院變更在押被告之羈押處所。</u> 法院依前項聲請變更被告之羈押處所時，應即通知檢察官、看守所、辯護人、被告及其指定之親友。</p>	<p>一、刪除原條文第一項之「偵查中」規定。</p> <p>二、羈押之相關處分，基於權力分立與制衡及機關功能之考量，聲請者與決定者應行分離，並應由中立、客觀之法院為最後之決定。因此，法院不宜於審判中自行決定相關之處分。爰修正第一項。</p> <p>二、辯護人及被告固得聲請為羈押之相關處分，但檢察官按刑事訴訟法第二條既負有對被告有利不利均應注意之客觀性義務，於羈押相關處分之聲請時，尤應考慮，特此指明。</p> <p>三、僅涉及具體處分之執行，或者因緊急之情形，或者釋放被告者，既不涉及相關人身權利之侵害或處分變更，亦因緊急情事之必要，不宜再以聲請之方式為之，以避免因程序繁複致被告人身自由</p>

		<p>權利遭受不必要之干預及因情況緊急致利益失衡。從而相關之偵查中由檢察官、審判中由法院所為之行為，例如本法一〇三條、一〇五條、一二一條、一二八條，均未更動。</p> <p>四、至於一〇八條第八項第一次出現之「偵查中」，由於該條第八項至第十項於本次修法已一併刪除，從而並無更動文字與否之問題，併此說明。</p>
<p>第一〇七條</p> <p>羈押於其原因消滅時，應即撤銷羈押，將被告釋放。</p> <p>被告、辯護人及得為被告輔佐人之人得聲請法院撤銷羈押。檢察官於偵查中亦得為撤銷羈押之聲請。</p> <p>法院對於前項之聲請得聽取被告、辯護人或得為被告輔佐人之人陳述意見。</p> <p>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。</p> <p>偵查中之撤銷羈押，除依檢察官聲請者外，應徵詢檢察官之意見。</p>	<p>羈押於其原因消滅時，應即撤銷羈押，將被告釋放。</p> <p>被告、辯護人及得為被告輔佐人之人得聲請法院撤銷羈押。<u>檢察官亦得為撤銷羈押之聲請。</u></p> <p>法院對於前項之聲請得聽取<u>檢察官</u>、被告、辯護人或為被告輔佐人之人及陳述意見。</p> <p>。<u>經檢察官聲請撤銷羈押者</u>，法院應撤銷羈押，檢察官得於聲請時先行釋放被告。</p>	<p>一、參照一〇三條之一立法理由。</p> <p>二、刪除第二項「於偵查中」。</p> <p>三、法院進行羈押撤銷之審查，於聽取當事人意見時，兩造之意見不應有別，爰將第五項聽取檢察官意見之規定移至第三項，增訂「檢察官」三字。</p> <p>四、第四項刪除「偵查中」。</p> <p>五、第五項刪除。</p>
<p>第一〇八條</p> <p>羈押被告，偵查中不得逾</p>	<p>第一〇八條</p> <p>羈押被告，偵查中不得逾</p>	<p>一、第二項至第七項未更動。</p>

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。在偵查中延長羈押期間，應由檢察官附具體理由，至遲於期間屆滿之五日前聲請法院裁定。前項裁定，除當庭宣示者外，於期間未滿前以正本送達被告者，發生延長羈押之效力。羈押期滿，延長羈押之裁定未經合法送達者，視為撤銷羈押。

審判中之羈押期間，自卷宗及證物送交法院之日起算。起訴或裁判後送交前之羈押期間算入偵查中或原審法院之羈押期間。

羈押期間自簽發押票之日起算。但羈押前之逮捕、拘提期間，以一日折算裁判確定前之羈押日數一日。

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。

案件經發回者，其延長羈押期間之次數，應更新計

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。延長羈押期間，應由檢察官附具體理由，至遲於期間屆滿之五日前聲請法院裁定。

前項裁定，除當庭宣示者外，於期間未滿前以正本送達被告者，發生延長羈押之效力。羈押期滿，延長羈押之裁定未經合法送達者，視為撤銷羈押。

審判中之羈押期間，自卷宗及證物送交法院之日起算。起訴或裁判後送交前之羈押期間算入偵查中或原審法院之羈押期間。

羈押期間自簽發押票之日起算。但羈押前之逮捕、拘提期間，以一日折算裁判確定前之羈押日數一日。

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。

案件經發回者，其延長羈押期間之次數，應更新計

二、延長羈押之裁定，係拘束被告之人身自由權利，按第一〇三條之一之立法理由，刪除第一項延長羈押聲請之「在偵查中」四字。

三、繼續羈押之條文，係將國家之疏失風險由被告之人身自由權益承擔，不宜繼續採行，爰刪除第八項至第十項。

算。

羈押期間已滿未經起訴或裁判者，視為撤銷羈押，檢察官或法院應將被告釋放；由檢察官釋放被告者，並應即時通知法院。

依第二項及前項視為撤銷羈押者，於釋放前，偵查中，檢察官得聲請法院命被告具保、責付或限制住居。如認為不能具保、責付或限制住居，而有必要者，並得附具體理由一併聲請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繼續羈押之。審判中，法院得命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要者，並得依第一百零一條或第一百零一條之一之規定訊問被告後繼續羈押之。但所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為七年以上有期徒刑之罪者，法院就偵查中案件，得依檢察官之聲請；就審判中案件，得依職權，逕依第一百零一條之規定訊問被告後繼續羈押之。前項繼續羈押之期間自視為撤銷羈押之日起算，以二月為限，不得延長。繼續羈押期間屆滿者，應即釋放被告。

第一百十一條、第一百十

算。

羈押期間已滿未經起訴或裁判者，視為撤銷羈押，檢察官或法院應將被告釋放；由檢察官釋放被告者，並應即時通知法院。



<p>三條、第一百五條、第一百十六條、第一百十六條之二、第一百十七條、第一百十八條第一項、第一百十九條之規定， 於第八項之具保、責付或限制住居準用之。</p>		
---	--	--

刑事訴訟法原條文	修正條文	修正理由
<p>第一一七條 停止羈押後有下列情形之一者，得命再執行羈押： 一、經合法傳喚無正當之理由不到場者。 二、受住居之限制而違背者。 三、本案新發生第一百零一條第一項、第一百零一條之一第一項各款所定情形之一者。 四、違背法院依前條所定應遵守之事項者。 五、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，被告因第一百十四條第三款之情形停止羈押後，其停止羈押之原因已消滅，而仍有羈押之必要者。 偵查中有前項情形之一者，由檢察官聲請法院行之。 再執行羈押之期間，應與停止羈押前已經過之期間合併計算。 法院依第一項之規定命</p>	<p>第一一七條 停止羈押後有下列情形之一者，得命再執行羈押： 一、經合法傳喚無正當之理由不到場者。 二、受住居之限制而違背者。 三、本案新發生第一百零一條第一項、第一百零一條之一第一項各款所定情形之一者。 四、違背法院依前條所定應遵守之事項者。 五、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，被告因第一百十四條第三款之情形停止羈押後，其停止羈押之原因已消滅，而仍有羈押之必要者。 <u>有前項情形之一者，由檢察官聲請法院行之。</u> 再執行羈押之期間，應與停止羈押前已經過之期間合併計算。 法院依第一項之規定命再執行羈押時，準用第一</p>	<p>參照一〇三條之一之立法理由，刪除本條第二項之「偵查中」。</p>

再執行羈押時，準用第一
百零三條第一項之規定。

百零三條第一項之規定。



參考文獻

一、中文資料（按筆劃排列）

（一）、教科書

- 1、吳庚，行政法之理論與實用，三民，2005年，9版。
- 2、吳庚，憲法的解釋與適用，三民，2004年，3版。
- 3、林永謀，刑事訴訟法釋論（上），自版，2006年，初版。
- 4、林鈺雄，刑事訴訟法（上）、（下），自版，2007年，5版。
- 5、林鈺雄，新刑法總則，元照，2006年，初版。
- 6、黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，三民，2002年，5版；
- 7、陳慈陽，憲法學，自版，2004年，初版。
- 8、黃朝義，刑事訴訟法，一品，2007年，增補1版。

（二）、翻譯論著

- 1、Georg Simmel, *Philosophie des Geldes*, 陈戎女等譯，貨幣哲學，華夏，2002年，初版。
- 2、Harvey G. Cox, *CHRISTIANITY*, 孫尚陽譯，基督宗教，麥田，2002年，初版。
- 3、Joel Best, 張淑貞、何玉芳譯，統計數字——是事實還是謊言？，商周，2008年，初版。
- 4、Rene Girard, *Le Bouc emissaire*, 馮壽農譯，替罪羊，臉譜出版社，2004年。
- 5、田口守一著，刘迪、张凌、穆津譯，卞建林审校，刑事訴訟法，法律出版社，2000年，1版。
- 6、松尾浩也著，丁香顺譯，金光旭校，日本刑事訴訟法（上），中國人民大學出版社，2005年，1版。

(三)、專書

- 1、王士帆，不自證己罪原則—*nemo tenetur*，春風煦日基金，2007年。
- 2、何賴傑、林鈺雄、陳運財、黃朝義，刑事訴訟法實例研習，學林，2000年6月，1版。
- 3、林立，法學方法論與德沃金，學林文化，2000年。
- 4、林佳範主編，2006年-2007年台灣人權報告，新學林，2008年。
- 5、林鈺雄，干預處分與刑事證據，元照，2008年1月，初版。
- 6、林鈺雄，刑事法理論與實踐，學林，2001年，1版。
- 7、林鈺雄，刑事程序與國際人權，元照，2007年12月，初版。
- 8、林鈺雄，檢察官論，學林文化，2008年，1版。
- 9、林鈺雄主編，2006台灣刑事法年鑑，最高法院呂潮澤、紀俊乾庭長榮退祝賀論文集，新學林，2008年。
- 10、郎胜，歐盟國家审前羈押与保释制度，法律出版社，2006年。
- 11、隋光伟，羈押法论，吉林人民出版社，2006年，1版。
- 12、蔡清祥、蘇南桓、宋耀明、蔡碧玉、程又強、謝瑤偉編，羈押權釋憲案相關資料輯要，法務部，1996年，初版。
- 13、劉文彬，西洋人權史——從英國大憲章到聯合國科索沃決議案，五南，2005年，初版。
- 14、顏厥安、林鈺雄主編，人權之跨國性司法實踐，歐洲人權裁判研究（一），國立臺灣大學人文社會高等研究院，2007年7月，初版。

(四)、期刊與專文

- 1、王兆鵬，自白與毒樹果實原則，收錄於新刑訴•新思維，自版，2004年。
- 2、王兆鵬，建構我國速審法之芻議—以美國法為參考，新刑訴•新思維，自版，2004。
- 3、王兆鵬，憲法解釋與訴訟權之保障—以刑事訴訟為中心，收錄於司法院九十

- 三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，司法院，2005。
- 4、何賴傑，正當法律程序原則—刑事訴訟法上一個新的法律原則？，憲政時代第 25 卷第 4 期，2000 年 4 月。
 - 5、何賴傑，論刑事審判之合理期間，台灣本土法學，第 69 期，2005 年 4 月。
 - 6、李建良，從正當法律程序觀點透析 SARS 防疫相關措施，台灣本土法學，第 49 期，2003 年 8 月。
 - 7、李建良，試探大法官憲法解釋標的之實然與應然—以司法院釋字五六七號解釋為中心—，台灣本土法學雜誌，第 59 期，2004 年 3 月。
 - 8、李震山，論行政管束與人身自由之保障，收錄於人性尊嚴與人權保障，元照，2000 年，初版。
 - 9、李仁淼，由司法權本質，思考我國大法官解釋釋憲制度的「聲請外解釋」問題，台灣本土法學雜誌，第 59 期，2004 年 3 月。
 - 10、李超駿，略論司法院大法官聲請外解釋之作爲，台灣本土法學雜誌，第 59 期，2004 年 3 月。
 - 11、吳志光，適當期間接受裁判權之實踐—以歐洲人權法院 *Kudla v. Poland* 案暨相關裁判爲核心，台灣本土法學，第 70 期，2005 年 5 月，並收錄於林鈺雄、顏厥安主編，人權之跨國性司法實踐——歐洲人權裁判研究（一），國立臺灣大學人文社會高等研究院，2007 年 7 月，初版。
 - 12、沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟—以大法官關於「訴訟權」之解釋爲中心，司法院大法官九十三年度學術研討會—憲法解釋與訴訟權之保障，司法院，2005。
 - 13、林文雄，凱爾生的純粹法學，收錄於法實證主義，自版，1982 年，增訂 3 版。
 - 14、林鈺雄，區域性國際認權法院與內國法之互動—以歐洲人權法院裁判對奧地利刑事法之影響與改造爲例，月旦法學雜誌，第 148 期，2007 年 9 月
 - 15、林麗瑩，檢察官審判中有無羈押聲請權——簡評台灣高等法院九五年抗字第

- 六七號裁定，台灣本土法學，第 83 期，2006 年 6 月。
- 16、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，第 47 期。
- 17、郭介恆，正當法律程序——美國法制之比較研究，收錄於憲政體制與法治行政—城仲模教授六秩華誕論文集（二），三民，1998 年 7 月，初版。
- 18、翁岳生，大法官關係於人身自由保障的解釋，月旦法學雜誌，第 15 期，1996 年 8 月。
- 19、翁岳生，大法官關於人身自由之保障的解釋，警大法學論集創刊號，1996 年 3 月。
- 20、陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限—由功能法的觀點出發，月旦法學雜誌，第 42 期，1998 年 11 月。
- 21、陳愛娥，正當法律程序與人權之保障—以我國法為中心，憲政時代，第 29 卷第 3 期，2004 年 1 月。
- 22、陳愛娥，司法院大法官憲法解釋之標的—以聲請外解釋的認定困難為中心—，台灣本土法學雜誌，第 59 期，2004 年 3 月。
- 23、陳愛娥，繼受法國家中的法比較——以憲法解釋作為觀察對象，月旦民商法雜誌，第 4 期，2004 年 6 月。
- 24、陳愛娥，疾病控制的憲法問題——以我國政府在 SARS 事件中的應變措施作為反省基礎，月旦法學雜誌，第 105 期，2004 年 2 月。
- 25、陳英鈴，抗煞(SARS)！要人權就不要命？—隔離與人身自由的保障，月旦法學雜誌，第 98 期，2003 年 7 月。
- 26、陳運財，刑事訴訟之回顧與展望，月旦法學雜誌，第 45 期，1999 年 2 月。
- 27、陳運財，釋字 392 號解釋與刑事訴訟制度的變革，收錄於：刑事訴訟與正當法律程序，月旦，1998 年，1 版。
- 28、張麗卿，憲法解釋與訴訟權之保障——以釋字五六九號為中心，司法院大法官九十三年學術研討會——憲法解釋與訴訟權之保障，司法院，2005 年。

- 29、湯德宗，論憲法上的正當程序保障，憲政時代，第 25 卷第 4 期，2000 年 4 月。
- 30、許士宦，憲法解釋與訴訟權之保障——以民事訴訟上訴訟權之報帳為中心，司法院大法官九十三年學術研討會——憲法解釋與訴訟權之保障，司法院，2005 年。
- 31、許宗力，論法律保留原則，法與國家權力，月旦，1993，增訂 2 版。
- 32、曾有田，刑事訴訟之憲法觀，月旦法學雜誌，第 45 期，1999 年 2 月。
- 33、楊雲驊，簡介德國偵查中羈押制度——兼論我國檢察官聲押規定的改革，全國律師雜誌，第 9 卷第 7 期，2005 年 7 月。
- 34、楊雲驊，延長羈押被告與人權保障——從歐洲人權法院實務論我國延長羈押的若干問題——，台灣本土法學，第 81 期，2006 年 4 月。
- 35、廖元豪，多少罪惡假「國家安全」之名而行？——簡介美國反恐措施對人權之侵蝕，月旦法學雜誌，第 131 期，2006 年 4 月。
- 36、蔡秋明，被告之羈押期間與在押被告之律師通訊權——歐洲人權法院 Erdem v. Germany 案判決評介，收錄於顏厥安、林鈺雄主編，人權之跨國性司法實踐，歐洲人權裁判研究(一)，國立臺灣大學人文社會高等研究院，2007 年 7 月，初版。
- 37、顏厥安，法、理性與論證——Robert Alexy 的法論證理論，收錄於法與實踐理性，允晨，1998 年，初版。
- 38、顏厥安，再訪法實證主義，收錄於法與實踐理性，允晨，1998 年，初版。
- 39、蘇俊雄，違憲審查制度與憲法解釋效力之界限，月旦法學雜誌，第 42 期，1998 年 11 月。

(五)、研討會記錄

- 1、SARS 相關法律問題座談會發言，台灣本土法學，第 49 期，2003 年 8 月。
- 2、刑事訴訟之檢討與再造研討會會議記錄，法官協會雜誌，第 9 卷第 2 期，2007

年 12 月。

- 3、延長羈押被告與人權保障－從歐洲人權法院實務論我國延長羈押的若干問題－研討會議紀錄，台灣本土法學，第 81 期，2006 年 4 月。
- 4、法官與檢察官的實然與應然，台灣本土法學，第 107 期，2008 年 6 月。

(六)、學位論文

- 1、呂雅婷，刑事被告受律師協助權——以歐洲人權法院裁判為借鏡，台灣大學碩士論文，2007。
- 2、李壽星，傳染病防治法對人身自由限制之探討，東吳大學碩士論文，2006。
- 3、張文遠，人身自由保障制度之研究－以歐洲人權公約第五條與我國法制為比較中心－，國立中正大學碩士論文，1999。
- 4、張慕貞，即時強制法規範之研究－以人身自由干預措施為中心，國立中正大學碩士論文，2007。
- 5、劉建志，刑事被告請求適時審判的權利－以歐洲人權法院判例法為中心，台灣大學法律研究所碩士論文，1996。

二、外文資料（按字母順序排列）

(一)、英文資料

- 1、*Ann Lyon*, *Constitutional History of the United Kingdom*, Cavendish Pub., 2003.
- 2、*A.V. Dicey*, *Introduction to the study of the law of the constitution*, 1885.
- 3、*Ben Emmerson Q.C., Andrew Ashworth Q.C., & Alison Macdonald*, *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet & Maxwell, 2nd ed., 2007.
- 4、*Barbara Mensah*, *European Human Rights Case Locator 1960-2000*, Cavendish Pub., 2000.
- 5、*Barbara Mensah*, *European Human Rights Case Summaries*, Cavendish Pub., 2002.

- 6 · *Clare Ovey and Robin White, Jacobs & White The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 3rd ed., 2002.
- 7 · *Donna Gomien (ed.), Short guide to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Pub., 3rd ed., 2005.
- 8 · *Gilles Dutertre, Key case-law extracts, European Court of Human Rights*, Council of Europe Pub., 2003.
- 9 · *Jerome Nadelhaft, The Somerset Case and Slavery: Myth, Reality, and Repercussions*, Journal of Negro History, Vol. 51, No. 3, July, 1966.
- 10 · *Jessica Simor, Ben Emmerson Q.C., Human Rights Practice*, Sweet & Maxwell, 2007.
- 11 · *Jörg- Marting Jehle, Marianne(eds.), Coping with Overloaded Criminal Justice Systems*, Springer, 2006.
- 12 · *Karen Reid, a Practitioner's Guide to The European Convention on Human Rights*, Sweet & Maxwell, 3rd ed., 2008.
- 13 · *Mark Janis, Richard Kay and Anthony Bradley, European Human Rights Law Text and Materials*, Oxford University Press, 2nd ed., 2000.
- 14 · *Małgorzata Wąsek-Wiaderek, The Principle of "equality of arms" in criminal procedure under Article 6 of the European Convention on Human Rights and its functions in criminal justice of selected European countries, A comparative view*, Leuven University Press, 2000.
- 15 · *Micheline R. Ishay, The History of Human Rights—From Ancient Times to the Globalization Era*, University of California Press, 2004.
- 16 · *Philip Leach, Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2nd ed., 2005.
- 17 · *Richard Gordon QC & Tim Ward, Judicial Review and The Human Rights Act*, Cavendish Pub., 2000.

- 18、*R. J. Sharpe*, *The law of Habeas Corpus*, Clarendon Press, 1976.
- 19、*Sarah J. Summers*, *Fair Trials the European Criminal Procedural Tradition and European Court of Human Rights*, Hart Pub., 2007.
- 20、*Stefan Trechsel*, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, 1st ed., 2005.

(二)、德文資料

- 1、*Anne Peters*, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, C. H. Beck, 2003.
- 2、*Bodo Pieroth/Bernhard Schlink*, *Grundrechte-Staatsrecht II*, Müller, 22. Aufl., 2006.
- 3、*Christian Konert*, *Das Bundesverfassungsgericht und die Untersuchungshaft*, GRIN Verlag, 1. Aufl., 2007.
- 4、*Christoph Grabenwater*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Beck/Manz, 2 Aufl., 2005.
- 5、*Claus Roxin*, *Strafvahrensrecht*, C. H. Beck, 25. Aufl., 1998.
- 6、*Claus Roxin/Hans Achenbach*, *Straprozessrecht*, C. H. Beck, 16. Aulf., 2006.
- 7、*David Hermann*, *Untersuchungshaft*, ZAP, 2008.
- 8、*Eva Unfried*, *Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK*, Duncker & Humblot, 2006.
- 9、*Friauf*, *Polizei-und Ordnungsrecht*, in: Schmidt-Aßmann(Hesg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 10 Aufl., 1995.
- 10、*Georg Simmel*, *Exkurs über den Fremden*, in: Otthein Rammstedt(Hrsg.), *Soziologie: Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Suhrkamp, 1 Aufl.,1992.
- 11、*Georg Simmel*, *Philosophie des Geldes*, Duncker & Humblot, 1900.

- 12、*Gustav Radbruch*, Fünf Minuten Rechtsphilosophie (1945), in: Arthur Kaufmann (Hrsg.), *Gustav Radbruch*, Gesamtausgabe, Bd. 3, Rechtsphilosophie III, 1990.
- 13、*Hans-Heiner Kühne*, Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, C.F. Müller, 7. Aufl., 2007.
- 14、*Janique Brüning*, Die Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, Nomos, 2005.
- 15、*Jens Mayer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, Handkommentar, Nomos, 2. Aufl., 2006.
- 16、*Klaus Kröger*, Grundrechtsentwicklung in Deutschland – von ihren Anfängen bis zur Gegenwart, Mohr Siebeck, 1998.
- 17、*Mark E. Villiger*, Handbuch der Menschenrechtskonvention (EMRK), Schulthess, 2. Aufl., 1999.
- 18、*Regina Weiß*, Das Gesetz im Sinne der Europäischen Menschenrechtskonvention, Duncker & Humblot, 1996.
- 19、*Werner Beulke*, Strafprozessrecht, C.F. Müller, 8. Aufl., 2005.
- 20、*Yu Hsiung Lin*, Richtervorbehalt und Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, Klaus Volk(Hrsg.), *Criminalla* Bd. 19, Peter Lang, 1998

(三)、日文資料（按五十音順序排列）

- 1、白取祐司，刑事訴訟法，日本評論社，2004，3版。
- 2、田口守一編，争点ノート刑事訴訟法，法学書院，2000，2版。
- 3、福井厚，刑事訴訟法講義，法律文化社，2007，3版。
- 4、山本正樹，逮捕前置主義の意義，刑事訴訟法の争点，松尾浩也・井上正仁編，有斐閣，2002，3版。

三、網路資料

(一)、國內網站

- 1、司法院網站：<http://www.judicial.gov.tw/>
- 2、法務部網站：<http://mojlaw.moj.gov.tw/>
- 3、監察院網站：<http://www.cy.gov.tw/>
- 4、全國法規資料庫：<http://law.moj.gov.tw/>
- 5、疾病管制局網站：<http://www.cdc.gov.tw>
- 6、民間司法改革基金會：<http://www.jrf.org.tw>
- 7、台灣人權促進會網站：<http://www.tahr.org.tw/>
- 8、輔仁大學和平中心網站：<http://peace.ls.fju.edu.tw/>

(二)、國外網站

- 1、Constitution Society：<http://www.constitution.org/>
- 2、Journal Storage：<http://www.jstor.org/>
- 3、大英百科全書線上版：<http://www.britannica.com/>
- 4、英國成文法搜尋網站：<http://www.statutelaw.gov.uk/>
- 5、歐洲人權法院網站：<http://www.echr.coe.int/echr/>
- 6、德國聯邦憲法法院：<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>
- 7、世界衛生組織網站：<http://www.who.int>

