

釋字第六六五號部分協同、部分不同意見書

大法官 許宗力

本件聲請案多數意見就臺灣臺北地方法院刑事庭分案要點（下稱系爭分案要點）第十點、第四十三點有關相牽連案件併案審理，及刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款重罪羈押之規定，均認合憲。本席同意多數意見認系爭分案要點不違反法定法官原則及法律保留原則。惟多數意見否認案件改分對當事人訴訟權之干預、不透明的改分決策程序對司法信賴之戕害，以及基於當事人主體性所應賦予之正當程序保障；復以逾越合憲解釋界限之方式，容任超出保全刑事訴訟程序進行所必要之重罪羈押事由，繼續存在於刑事訴訟法典中，侵害刑事被告之人身自由與訴訟防禦權。本席礙難同意並深感遺憾，爰提意見書如下：

一、關於系爭分案要點第十點及第四十三點規定之合憲性：

（一）系爭分案要點有關案件改分之規定不違法定法官原則及法律保留原則

憲法第十六條保障人民之訴訟權，包含人民得請求受公正而獨立之法院依正當之法律程序予以審判之權利，而公正獨立法院最基本的意義就是司法判決必須超越因人設事的桎梏，不受人為操縱個案裁判之結果。這在制度上有賴事先設立一般、抽象、中立之分案規則，隨機分派案件承審法官，以拒卻司法行政依主觀好惡恣意指派法官，藉操控分案流程影響案件判決結果，從而即使我國憲法未設明文，第十六條所保障之訴訟權的規範內容，解釋上亦應包括保障人民有請求受依事前訂定之一般、抽象、中立規則所分派之承審法官

（亦即學理上所稱之法定法官）裁判的權利。

不過本件聲請案主要並非涉及分案規則之妥適正當與否，而是更進一步涉及案件經初次分派後，得否及應如何改分的問題。分案後因故改分也是廣義的案件分派，為了在訴訟程序中持續一貫地確保人民受公正法院審判的訴訟權，改分事由與方式自亦應以事先訂定的一般、抽象、中立規則決之。而只要更替受理法官的要件、程序及方式係以事前訂定之一般、抽象、中立規則定之，案件改分即無違反憲法保障人民受法定法官審理之要求。

本件聲請案系爭分案要點第十及第四十三點規定，相牽連案件如分由不同法官審理而有合併審判必要時，得經協議後經院長核准交由同一法官審理，不能協議時由刑事庭庭長所組成之審核小組以多數決決之。系爭分案要點原則上符合以事前一般抽象規則規範其改分要件及決定程序，是本席以為系爭要點與法定法官原則並無違背。

上述有關法院分案及改分規則是否必須一律以法律為之？著眼於公正的案件初分及改分規則乃是公正獨立法院的基石，並對人民受憲法保障之訴訟權影響重大，分案及改分規則自應具備民主正當性之基礎，遵守較嚴格之法律保留原則。然另一方面，分案及改分規則也涉及司法審判權行使之核心，且實務上案件分配所涉環節甚為細瑣，各地法院亦常有因地制宜的需求，如果法律對事務分配原則的規範密度過高，恐生抵觸權力分立及司法獨立性之疑義，並有害法院運作的彈性，間接危害人民受妥當迅速審判的權利。兩相權衡，本席同意法院分案規則得放寬法律保留之密度，有關事務分配之細節得以法律授權各法院訂定之。

此外，依法院組織法第七十九條規定，現行各法院之事務分配係於每年年度終結，由法官會議預定次年度司法事務之分配及代理次序。此種由法官自治機制所形成之分案及改

分規則，對於維護司法獨立及專業性與司法人權之保障，有其正面意義，值得肯定，亦能補強法律保留原則所欲達成之人權保障功能。是系爭分案要點第十點及第四十三點有關相牽連案件合併審判之改分部分，既係臺灣臺北地方法院法官會議依上開法院組織法第七十九條規定，授權該院刑事庭庭務會議所訂之一般性案件改分規則，應符憲法第二十三條所定法律保留原則之要求。

(二) 系爭分案要點有關案件改分之規定未賦予當事人表示意見之機會，違反正當程序之保障

系爭分案要點第十點、第四十三點有關案件改分之規定，固不違背法定法官原則與法律保留原則，但仍不能免於違反人民受訴訟權保障之正當法律程序的指摘。

與案件初分相較，案件改分有其獨特的問題：新收案件的分案是在當事人有機會知悉承審法官並參與訴訟程序之前，由於司法訴訟程序預設所有法官的公正性，此時憲法保障人民受公正審判之權利者，僅及於設立並確保中立的分案規則，人民並無要求由特定法官承審的憲法上權利，只要是依一般抽象中立規則分派，無論分由哪一位法官承審，對當事人都不生基本權干預的問題。但更換承審法官卻不然，隨程序漸次推展進行，法官或經聽審、或為程序上必要之處分、當事人亦耗費心力參與訴訟攻防，此時更易法官必須進一步慮及當事人在訴訟程序中的主體性及其相關基本權利因此可能受到的干預與不利影響。

案件更易承審法官何以構成對人民基本權的干預？以刑事訴訟之被告為例，如在進入羈押庭訊乃至發回重裁；或進入審前、準備程序乃至審判期日開始後，其案件始更換承審法官，被告一方面因法官更易須更新審判程序，被迫擔負增加時間勞費支出之實害，他方面則須承受程序遷延所生的風

險，包括證據可能滅失、羈押期間一再延長，尤其是因案件改分而提高司法公正性遭破壞之風險，亦即原承審法官在案件進行前的心證本為不明，相對上較無因人設事的疑慮，但隨程序進行，法官在訴訟指揮及處分中逐步揭露其心證與立場，此時更易法官相當程度地提高人為操縱審判結果之可能性¹。固然新法官是否有偏見，猶屬未知，在制度上亦應假定所有法官均為客觀公正的裁判者，且新法官依法亦應更新審判程序。但只要國家的積極作為置人民於受公正法院審判之訴訟基本權遭受侵害的風險中，因嚴重觸及司法公正性之信賴如此重要法益，憲法學即不能不對之有所回應，而以構成對訴訟基本權的干預視之²，且干預的強度隨訴訟程序進行日久遞增，是以在訴訟程序的愈後階段所為之法官更易，其改分事由之必要性、程序保障的嚴謹度與決策的透明度都必須相應提高，始能謂為正當。

由於法官更易對當事人的基本權干預，主要來自於因改分所導致的司法公正性危機，因此在案件愈是可能受操控、愈易動搖司法廉正誠實的信賴基礎及其可檢證性 (accountability) 的情勢中，例如改分之事由相當例外或涉及主觀評價的裁量，即應賦予當事人更高度的程序保障以維護其受公平審判的權利。具體的方式就是適時對訴訟當事人為必要之告知、賦予其事前陳述意見的機會，並使當事人事後能對法官更易的處置表示不服。當事人所陳述的意見固不必然為法院所採，但重點毋寧是法院必須實質地去考慮當事人的立場，揭露說明理由，並使中立的第三者有機會審視法官更易的要件、方式及程序是否公正而中立。

¹ 參王兆鵬，法院分案規則合憲性之探討，軍法專刊，55卷3期，頁140，2009。

² 基本權的「危害」或受侵害的「風險」，晉升為基本權的「侵害」、「干預」，已廣為德國學說與法院判決所承認，Vgl. statt vieler *Herbert Bethge*, Der Grundrechtseingriff, in: *VVDStRL* 1998, S.38,40f.; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/2, 1994, S.210f.; *BVerfGE* 51,324,346f.; 53, 30,51ff.; 66, 39,57ff.

以此檢驗系爭分案要點第十點及第四十三點規定，首先有關案件是否確係相牽連、有無併案審理之必要、應由何案應併何案審理，均涉解釋及裁量，無明確之決定標準，增加案件受人為操控改分的空間。其次實務上相牽連案件併案審理雖不乏其例，但究屬罕見而例外的法官更易事由，由當事人的立場觀之不免諸多猜測，此時應加強當事人的程序保障，賦予其就有無併案審理必要或併案方式等問題陳述意見的機會，法院且有義務透明化其併案審理的處置理由。惟現行要點規定卻對此未置一詞，已有違人民受憲法訴訟權保障所應享有之正當程序³。

多數意見反對相牽連案件合併審判所致之法官更易，有賦予當事人陳述意見機會等正當程序保障之必要，理由約有數端：其一，法官之更易只是法院內部家務事，不涉及人民憲法上權利之侵害；其二，系爭分案要點已甚明確；其三，有迴避制度可以取代陳述意見之功能；其四，沒有外國立法例有相類似的規定。但本席認為上開各點均有斟酌的餘地：

首先，多數意見認為訴訟進行中更換法官，只是法院內部家務事，不承認其可能對當事人構成基本權的干預，即使對當事人權利有所影響，充其量也是極其輕微。但這樣的看法不僅過於本位主義，欠缺人權意識，且昧於事實，並在論理上前後矛盾。誠然，訴訟程序務須假設所有法官的客觀中立與公正，因此理論上當事人無論受何位法官審訊裁判，均不影響其訴訟上權利，但這個意義下的法官公正，係指法官對所有個案均以公平一致的標準認事用法，本於最誠摯的良知，盡最大的努力，獲致其確信為正確的判決，不受外力之

³ 本院釋字第四八八號解釋就銀行法、合作社法及金融機構監管接管辦法中，有關行政機關對金融機構為監管、接管等相關措施前，未對如何情形須聽取股東、社員、經營者或利害關係人陳述，或徵詢地方自治團體相關機關（涉及各該地方自治團體經營之金融機構）之意見有所規定，而認系系爭規定因欠缺正當程序之保障，侵害人民受憲法保護之財產權，可資參照。

干涉、未考量無關之因素、更不受私人利害關係的影響⁴。然而法官公正性的預設，卻不意謂由何位法官承審對個案均無差別。無論是偶然經歷訴訟程序的當事人，或是熟稔實務的律師與法曹，當均能體會法官之學養良窳、勤勉與否、言詞態度之懇切、訴訟指揮之風格、法律見解之傾向等，在在影響訴訟當事人的主觀感受與客觀權利，並終局地決定個案的結果⁵。

事實上，只有承認個別法官的認事用法及學養能力影響個案審理結果至鉅，才能理解制度設計上強調事先以一般抽象中立之分案規則隨機分派承審法官，對維持司法公正與獨立的深刻重要性。否則若法官都是公正的，因而是絕對等值且可任意取代，那麼在法官均廉正自持的前提下，容許人為主觀好惡恣意介入分配案件又有何妨？多數意見諒必不作此想。其既從保護人民訴訟權及司法獨立的立場，推導出分案必以一般、抽象規則為之，不得恣意指派；但在後續更換法官審理時，卻又不承認當事人之訴訟權因此受有影響，實難自圓其說，遑論若變更承審法官不涉及人民訴訟權之侵害，則又有何受理解釋系爭分案要點之必要。

其次，多數意見認為系爭分案要點有關相牽連案件合併審理之要件、程序及結果，意義均非難以理解，為當事人所能預見，已足排除人為恣意操控的風險，對法院公正性的外觀亦無不利的影響。惟對此本席不敢樂觀。系爭分案要點第十點相牽連案件合併審理的實體要件是「有合併審理之必

⁴ 參美國聯邦最高法院於 *Republican Party of Minnesota v. White*, 536 U.S. 765, 777 指出法官的公正性是指個別法官認事用法的公正、無偏私 (“...the judge who hears his case will apply the law to him in the same way he applies it to any other party.”)，而不是指法官對法律爭議事前如同一張白紙，沒有可否的傾向。

⁵ 類似的論點可參美國聯邦最高法院 Douglas 大法官在 *Chandler v. Judicial Council*, 398 U.S. 74, 137 中，指出法官不是可任意代換的 (“Judges are not fungible.”)，例如個別法官強調的重點不同，對證據的判斷也會不同，判決結果乃是天差地別。另參 *Cruz v. Abbate*, 812 F.2d 571, 573, 574 美國第九巡迴上訴法院亦指出，承審法官之選擇對被告而言至關重要，被告有權要求其承審法官係依無偏見、不因判決結果而異的方式所分配。

要」，表面上似不難想見所謂「必要」，係指如節省事證調查勞費、避免裁判歧異等考量，但上述考慮在所有相牽連案件中大致都存在，如認此即「合併審理之必要」，理論上應該大部分的案件都有必要合併審判。此外，參酌司法院訂定之民刑事編號計數分案報結實施要點第十七點規定，刑事相牽連案件已分別繫屬者，後案「應」併前案辦理，是司法行政當局亦認刑事相牽連案件係以合併審判為原則。惟鑑諸實務運作，卻與上述一般性的公益考量及前引司法院要點有所落差，至少本件聲請所涉之臺灣臺北地方法院，近五年來很少發生因系爭分案要點第十點規定而合併審判的情形⁶。

因此這些少數合併審理的案件必有其特殊性，使之除了裁判統一及效率等一般性考量外，還有其他更強烈的考量存在，而須例外地合併審判，這種特殊性才是系爭分案要點第十點之「必要」所真正指涉的內涵，它沒有一望即知其所以然的答案，實不能輕易認定其「意義非難以理解」。是以，社會大眾及刑事訴訟的當事人如因無從由系爭分案要點概括之要件規定和不透明的程序中，預期、理解法院之併案處置，而產生其中是否有人為操弄的揣測，即非無的放矢。就此，多數意見縱不支持強化當事人程序參與之立場，至少應對系爭要點的明確性有所警告，透過提升規範的可預見性以避免來日因不信任司法所致的紛擾。

再者，多數意見認為當事人若質疑法官之公正性，得聲請法官迴避，故毋庸令其有於事前陳述意見之機會。不過二者相較，聲請法官迴避屬於事後的救濟機制，令當事人表達意見則是事前的告知與程序參與。更重要的是，迴避制度重在防止法官因個人的利益或偏見所致之審判不公，聲請法官迴避之當事人，必須能釋明特定的迴避事由。反之，賦予當

⁶ 根據臺北地方法院所提供的資料，過去五年依系爭規定而併案審理者僅有三案。

事人表示意見之機會等程序保障，則是著重在確保併案審理的要件及方式合法、中立、透明，至於法官個人的因素較不是主要關心的焦點，當事人亦毋須釋明聲請法官迴避之理由。是以二者之制度功能明顯不同，當事人陳述機會之賦予，實不能以迴避制度取而瓜代之。

最後，多數意見倚重外國立法例，認為沒有其他世界主要法治先進國家有類似的規定，足證給與當事人陳述意見的制度應不可採。其實嚴格說來，賦予當事人就法官更易陳述意見的機會，並非全無立法例可參，資料顯示至少美國部分聯邦法院的地方規則有類似規定⁷，但多數意見卻認為這只是地方性、非主流的特別規定，不值參採。在我國釋憲實務中，外國立法例的引進已流於各取所需、結果取向的局面，欠缺憲法解釋方法上有系統的理論依據，以及比較基礎之闡釋。因此在這裡爭執某種制度是法治先進的中心抑或法治落後的邊陲、或去統計有多少國家採或不採，雖然不是全無意義，卻不能代替釋憲者回答那無可迴避的核心問題：立基於我們共同的歷史經驗、民主實踐與司法先例，此時此刻我國憲法的誠命究竟為何，將要領我們往哪裡去？

司法權的行使不得因人設事，刻意操控裁判結果的理念，是法治國家共通的基本立場，但在具體作法上必然受到各國歷史經驗與實務演進的影響，有些更重視法院的效率、彈性及專業，有些則較強調絕對法定規則的設定。固然在比較法上有許多國家容許司法行政在無一般、抽象規範存在的前提下指派法官，如英國、威爾斯或丹麥之立法例⁸，而許多

⁷ 例如 N.D. Cali. Local Crim. Rules, Rule 8-1(d)規定當事人在「刑事案件是否相牽連」的認定程序上，有表達意見的權利(“No later than 5days after service of a Notice of Related Case in a Criminal Action, any party may serve and file a statement to support or oppose the notice.”)。有關美國法上相牽連案件認定及處理情形的介紹，參黃國昌，案件分配、司法中立與正當法律程序——以美國聯邦地方法院之規範為中心，發表於法定法官原則研討會，中華民國法官協會主辦，臺北，2009。

⁸ 有關歐洲分案制度的比較研究，參 Marco Fabri and Philip M. Langbroek, *A Comparison of Case Assignment Systems in Six European Judiciaries: Description and Comparative Grid*, in THE RIGHT JUDGE FOR EACH CASE: A STUDY OF CASE ASSIGNMENT AND IMPARTIALITY IN SIX EUROPEAN

國家在法官更易時，亦不一定給與當事人陳述之機會，但這取決於在各該國家的歷史經驗中司法公信力是否構成問題。較特殊的例子如英國，甚至由貴族組成的上議院充當最高法院，也未嘗遭受質疑。

不幸我國的情況相差遠矣：威權時代政治力直接、間接干預司法的指控，時有所聞，尤其政治敏感性案件，民眾不信任司法，可謂不爭之事實。即便解嚴後，司法已大幅向前邁步走的今日，司法仍每每在藍綠對抗、政治撕裂社會的困局中左右為難—勝訴一方未必誠服，敗訴一方則總是指摘政治黑手從中操控。這些指責對絕大多數秉持良心兢兢業業的法官並不公平，但值得深思的毋寧是，社會上是否有為數不少的民眾，傾向相信這些多屬無稽而廉價的政治指控？在這種歷史脈絡中，我國實無援引英國、威爾斯或丹麥立法例的本錢。是以在我國受事先、一般、中立、抽象規則所分派的法官裁判，必須是人民受憲法保障的基本權利，而不只是立法政策任意的抉擇；在特殊的案件改分情形，更要一併考慮到基於訴訟權及正當程序之保障，當事人所應得之程序中參與權利，以及法院因此所應負擔之提高程序透明度的義務。

綜上，本席願在此特別強調：刑事訴訟之被告是刑事訴訟程序的主體，而不是客體。相牽連案件因合併審判而更換法官前，至少應讓被告表示意見，這是對訴訟權保障最起碼、最謙卑的要求。將心比心，既然實務對相牽連案件鮮少併案審理，則任何刑事訴訟被告遇法院以有「合併審理之必要」為理由，而例外地更易法官，卻全無參與置喙餘地，如何能不深感其程序地位的邊緣化與客體化？如何能不動搖對司法公正的信心？

實則，賦予當事人表示意見的機會，甚至使之得表示不

服，尚寓有維護司法公信力之客觀功能，多數意見實無必要對之太過防衛性地排斥。誠然，更易法官的處置不透明，不代表它就是不公正，但單是程序的不透明便足以侵蝕司法公信力的基礎，因為司法是否具有值得信賴的制度外觀，與它實質上的廉正程度同等重要，前者微妙地牽動著人民對司法的敬重與信賴，而此種敬重與信賴感，乃是我們在民主化的驚濤駭浪中不時過度激化分裂的社會，所賴以修補共融的最後憑藉。

近年來立法者逐漸意識到提升當事人主體性及司法可信賴性的重要性，這從刑事訴訟法第二百七十三之一條第一項、民事訴訟法第三十一條之二第五項、行政訴訟法第十二條之二第六項規定，在裁定進行簡式審判程序或變更審判籍的情形，新增訂賦予當事人表示意見機會，可以窺知一二。多數意見在類推適用刑事訴訟法第六及第七條規定正當化系爭分案要點規定之餘，卻不類推以上開刑事訴訟法規定須以裁定為之的法律效果⁹，又不願參採首開各訴訟法規定提升司法人權與公信力的趨勢，給予當事人事前表示意見的機會。本件解釋錯失興革司法實務的契機，本席不禁深引為憾。

二、關於刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款之合憲性：

（一）以重罪作為獨立之羈押事由有違比例原則

刑事訴訟法第一百零一條第一項所規定之羈押制度，涉及憲法第八條之人身自由及憲法第十六條所保障之刑事被告防禦權，以其對人民權利限制之嚴厲程度，羈押之實質要件當受憲法最嚴格之審查，亦即限於追求特別急迫、重要之

⁹ 學者主張相牽連案件之合併審理亦應類推適用刑事訴訟法第六條規定以裁定為之者，可參如陳運財，恣意裁判之禁止與法定法官原則，頁 10，發表於法定法官原則研討會，中華民國法官協會主辦，臺北，2009。

正當公益，而以適合、最小侵害且合比例性之手段為之，始為憲法所許。

刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款規定之重罪羈押，目的在保全刑事訴訟程序，確定被告始終在場，以落實國家刑罰權之行使，此為急迫、重要之公共利益，尚無爭議。但被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑五年以上有期徒刑之罪，並不同於被告必有妨害司法程序之行為或可能性，專以受重罪起訴作為羈押要件，對於雖遭重罪起訴而無逃亡、滅證、妨害司法程序之可能，或機率甚低的被告，其立法手段即與欲達之立法目的未能緊密接合，違反適合性及最小侵害性之要求，有悖憲法第八條、憲法第二十三條保障人民人身自由之規定。

固然，根據刑事訴訟法第一百零一條第一項之規定，羈押必須滿足被告「非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行」之要件（即一般所謂羈押必要性），換言之，只有在具保、責付或限制住居等侵害較小之手段，均不足以排除被告逃亡滅證之虞時，始得予以羈押。是不容否認，如果我國實務上對羈押必要性嚴格認定，對於保全程序的手段，優先考慮在被告的誓言擔保下，予以不附條件釋放；其次考慮附條件釋放被告，予以具保、責付、限制住居，最後只有在無論如何重保或與其他保全措施相搭配，都不足以將被告逃亡滅證的風險降低到合理程度以下時，方予以羈押，則重罪羈押抵觸比例原則的違憲疑義或許得以緩和。

不過細究之下，羈押必要性此一要件，在重罪羈押的脈絡下其實已被架空，聊備一格而已，根本無助於重罪羈押脫免違憲之指摘。因為在決定被告應該付出如何之擔保始得予以釋放時，乃是具體考量被告逃亡滅證的風險，以相應的擔保金額拘束被告不為逃亡滅證等妨害司法程序的行為。換言之，被告是以提供相應保金的方式，來「反證」國家機關對

其可能妨害刑事司法的質疑，逃亡滅證的風險越高，所要求的「反證」越強。但如被告是因系爭規定第三款之重罪而受羈押，則被告已遭受重罪起訴乃是確定的現況，根本無從提出任何相應的金額來「反證」他（她）沒有遭到重罪起訴。也就是說，如果容許國家以重罪為由逕認被告逃亡滅證風險存在，則被告自始即無從以提出一定擔保金的方式，擔保、反證該風險不存在。如此一來，重罪羈押的規定幾乎是推定重罪被告無論如何重保都不能擔保其審判及執行，法院也無從具體地考慮個案中的重罪被告應當負擔何種條件予以釋放，有何侵害較小之可能手段可採，羈押必要性要求因此成為具文。

多數意見顯然也看到此一規定破綻，卻為了無論如何不能讓重罪羈押淪入違憲命運，乃於解釋理由書進一步指出：重罪被告嫌疑重大者，「仍應有『相當理由』認為其有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等之虞」（以下簡稱逃亡滅證之虞），方得羈押，於此範圍內重罪羈押不違反憲法第二十三條規定。這段文字的實質意義有二：一方面多數意見係以合憲解釋方法限縮刑事訴訟法一百零一條第一項第三款的適用範圍，自此重罪不再能單獨作為羈押事由，必須參酌同項第一款或第二款事由存否，藉以符合比例原則之適當性及最小侵害性之要求。另一方面，由於多數意見的限縮解釋必然引發第三款若非獨立羈押事由，無論如何都要回到第一、二款事由之判斷，則其豈非贅文的質疑，為了不使第三款事由完全失去獨立存在的意義，解釋理由乃含蓄地指出，第三款的功能是在重罪羈押情形降低國家機關的舉證責任。申言之，在被告身涉重罪情形，國家不必如依同條第一款、第二款之事由般，須提出「具體事實」證明被告有逃亡或滅證的可能性，始得予以羈押，而是只要「有相當理由」認為被告可能逃亡或滅證，即得予以羈押。

問題是，多數意見以此種「合憲解釋」方式替重罪羈押規定從上述違憲疑慮解套，在方法論上是否可行？又以重罪為由降低國家對羈押事由的證明義務是否合理？都不無可疑。

（二） 本件系爭規定無合憲解釋之空間

首先要指出，多數意見以合憲解釋勉強維持刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款規定的一線生機，乃明顯逾越合憲解釋的界限。本席已一再強調釋憲者不得僅為獲致合憲結論，而逾越文字可能合理理解的範圍、偏離立法明顯可辨的基本價值決定或規範核心、強賦予法律明顯非立法者所欲之內容，否則無異於司法者僭越立法權。在立法者原意顯然牴觸憲法的情形，司法者並無選擇合憲解釋的空間，僅能直接宣告其違憲，讓立法者有機會重新論辯思索，擇定合憲的解決方案。

從有限的立法資料觀之，現行刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款重罪羈押的要件最早出現在民國十七年公布之中華民國刑事訴訟法，其中第一百零一條規定：「被告經訊問後，認為有第七十六條所定之情形者，於必要時得羈押之。」至於同法第七十六條則規定：「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、無一定之住居所者。二、逃亡或有逃亡之虞者。三、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。」五十六年本法全文修正，並更名為刑事訴訟法，該次修正僅將上開第七十六條第二、三款規定改為「二、逃亡或『有事實足認』有逃亡之虞者。三、『有事實足認』有湮滅偽造變造證據或勾串共犯或證人之虞者。」修法意旨強調有無逃亡滅證之虞必須依具體事實決之，以免司法官濫權，但有關專以重罪為由拘提及羈

押之規定並無變更¹⁰。

迄八十六年刑事訴訟法為因應本院釋字第三九二號之衝擊，大幅更新羈押法制，第一百零一條第一項有關羈押要件之規定，修正為今日之風貌。是次修正草案主要有司法院、行政院提案（官方版）及立法委員張俊雄等提案（民間版），其中官方版草案所定要件如同現行法，民間版草案在重罪羈押部分則帶有預防性羈押之設計，規定為：「三、所犯為死刑、無期徒刑之罪者。四、所犯為最輕本刑五年以上有期徒刑之罪，且有事實足認其於受確定判決前有繼續或反覆實施之虞者¹¹。」嗣於朝野協商中整合各版本，第一百零一條第一項第三款維持官方版草案有關重罪羈押之規定，而民間版草案同條項第四款有關預防性羈押之規定刪除，另擴充增訂為同法第一百零一條之一¹²。最值得注意者，乃立法院在研商第一百零一條之一所列舉得為預防性羈押之各款罪名時，有二名委員發言提到最低本刑為五年以上有期徒刑之罪名已於同法第一百零一條第一項訂為得羈押之要件，因此不用再於預防性羈押再行列舉¹³。

綜觀上開立法資料，從十七年至八十六年，刑事訴訟法有關涉嫌違犯重罪即得加以拘捕、羈押之規定，一直都是獨立的羈押事由，從未與逃亡滅證之虞的要件限制相連結。而在近期的修法中，立法者更認為重罪羈押寓有預防性羈押的功能。立法者若根本認為重罪羈押帶有預防性羈押的功能及色彩，則其規範重點即為被告有無繼續犯罪之可能，以避免其對社會治安構成進一步的危害，豈可能認為被告必須同時有相當理由足認其有逃亡滅證之虞，始得為治安之故予以預防性羈押？從而，多數意見以被告有逃亡滅證之虞限縮重罪

¹⁰ 立法院公報 38 會期 13 期，頁 73，86，392。

¹¹ 立法院公報 86 卷 45 期，頁 173-74。

¹² 立法院公報 86 卷 46 期，頁 277-285。

¹³ 參黃國鐘委員及張俊雄委員發言，立法院公報 86 卷 46 期，頁 282，283。

羈押事由，顯然違背立法者的原意。

總之，本案只是本院在合憲解釋運用上不甚謹慎的又一事例，並再次突顯我國釋憲實務輕於對本國歷史脈絡的查考。我國刑事訴訟法迄今八十餘年的漫長歷史，無論立法者或司法實務幾可謂未曾認真考慮過重罪羈押不能作為單獨羈押事由的可能性，於此背景下，多數意見竟猶認系爭規定存在以第一、二款事由予以限縮之合憲解釋空間，其之逾越司法權，而抵觸權力分立，豈不憾哉？

（三） 重罪不應作為法定之國家舉證責任減輕事由

退萬步言，縱認刑事訴訟法第一百零一條第三款事由得限縮解釋為須在同時具備第一、二款事由時始得羈押，此時第三款也只能是單純提請注意的規定，寧願使其成為不具實質功能的贅文，也不應如多數意見般以之為降低國家機關舉證所須達成之證明度的事由。

羈押與否繫諸被告妨害刑事訴訟程序危險性的預測，羈押事由嚴謹與否，除了看法條規定的要件是否與保全目的密切相關與外，更重要的毋寧是具體個案中，用以預測被告是否逃亡滅證之事證，認定是否嚴謹，以及個案中所應達成之證明度高低。如果對事證認定及證明度要求輕忽草率，則被告有長腳也可以作為認其有逃亡之虞的具體事實了，不可不慎¹⁴。

較諸系爭規定第一款、第二款法條文字係「有事實足認」被告有逃亡滅證之虞，解釋理由書認第三款是以「有相當理由」認為重罪被告有逃亡滅證之虞時，得予羈押，此一區別意義何在？嚴格說來，與其說是所要求證明度高低的差異，不如說是理由形成上前者要求指出具體事實而後者未必，勉

¹⁴ 類似見解參許澤天，羈押事由之研究，臺灣法學雜誌，121期，頁94-，2009。

強說是不同的證據資料的差異，而與證明度無關。多數意見文字因此模糊了有關羈押要件證明度的爭議。不過核其真意或許係指，於系爭規定第一、二項羈押事由情形，國家機關所提出被告有逃亡滅證之虞的具體事實，在綜合評估個案有利及不利被告的一切事證後，能達到明白有力(clear and convincing)的證明度，但在第三款情形相關事證不用證明至明白有力的證明度，而只要綜合個案具體情況，可堪認定被告逃亡滅證的可能性高於不逃亡滅證的可能性即可，或稱為優勢的證明。如果以數字來表示，大約是第一、二款事由對被告逃亡滅證之虞要求須達 70%之證明度，而第三款只須達 50%之證明度。

姑不論「有事實足認」及「相當理由」所標示的證明度差異，對於常須在急迫情勢判斷羈押與否的法官是否可以操作，多數意見降低第三款證明度的實質正當性在於，絕大多數被告在面對重罪的追訴時，慮及後果嚴峻將極盡可能逃避審判，從而國家對於受重罪追訴之被告，只要大約指出其有逃亡、滅證的蓋然性即得予以羈押。但本席不能認同降低羈押要件證明度的立場：因為依經驗法則，重罪被告較諸輕罪被告，固然有較高逃亡滅證的可能性，但在此同時，不要忘記重罪被告也因刑罰的嚴峻性而有更高，或至少相同的程序利益值得保護——國家更應確保其訴訟上之防禦權得正當有效地行使，以求在絕對公正的刑事程序中確認其是否有罪。在押中被告的防禦權實質上將受到嚴重的削弱，準此以觀，對於受重罪追訴的被告予以羈押，難道不應更為審慎才是？

或有認為在押中的被告雖不能自由接觸有利的證人或證物，但仍有辯護人代其行使訴訟權，因此羈押不會影響被告防禦權，頂多只是增加被告的不便。對此，本席不禁感慨，只有自忖永遠不會面臨國家不當刑事追訴威脅的人們，才可能不慚地說：被告在羈押中防禦國家合法的暴力，不過是略

為不便而已，而非干涉其防禦權。先不論並非所有的被告（尤其在偵查中）都有辯護人為其辯護的事實，辯護人的確擁有能幫助被告防禦的法律專業，但其對案件結果絕不如被告般切身利益，其所願意付出的時間精力跟被告願意付出未必相當，不能完全取代被告為爭取有利判決結果的努力：只有被告憑記憶所能取得的證物，可能只有被告能夠尋獲；難以尋訪的證人，可能只有被告願意窮盡一切地查訪、接觸、懇求，而當在國家機關傾其全力欲證明被告有罪時，被告卻不能傾其全力、地毯式地親身查訪證人、搜尋有利證據¹⁵，豈可認為羈押對被告的防禦權沒有影響？

綜言之，確保被告受審的公益與確保被告防禦權無礙之行使，既均隨被告受控罪名的嚴重性而一併升高，二利益間有相當的緊張關係，權衡之間頗感為難，但無論如何對二者應不偏廢地、等量齊觀地予以審慎公平考量。在審酌被告是否有羈押必要時，鑑於羈押對重罪被告之防禦權利乃重大之限制，有關該被告之行為有否妨礙司法追訴進行之虞，國家機關之舉證所應達之證明程度，之於輕罪被告因同條項第一款或第二款事由羈押者，縱使不致更高，至少應與之其相當。

準此，刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款事由，只能說是有關被告逃亡、滅證蓋然率預測的參考而已，它不能成為獨立的羈押事由，也不能用以降低國家所應負證明程度之標準。雖然法官在為具體羈押決定時，得將所訴罪名納入考量，但最終仍要回歸到同條項第一款及第二款的要件去認定，綜合個案一切具體情狀，整體評估被告逃亡滅證之虞的正面與負面事由，當其可能逃亡滅證的事由遠較不逃亡滅證的事由，有更明確、有力的說服力時，始稱為具備羈押要件。

¹⁵ 王兆鵬，釋字第六五三號之評釋—舊羈押法理之崩解，月旦法學雜誌，172期，頁174，2009。

（四） 重罪沒有作為獨立羈押事由的價值與功能

有實務經驗的論者曾一再指出重罪仍有作為獨立之羈押事由而存在的價值，例如防止有政治影響力之被告聚眾滋擾製造輿論，影響法庭審判秩序、防止被告自殺、防止被告被殺害、防止被告殺害被害人等。不過上述論點在輕罪也都可能發生，何以獨獨成為重罪羈押獨立存在的理由？被告製造輿論，只要不違刑法，均屬言論自由範疇，何能以羈押恫嚇之？若涉影響法庭秩序，則應當就各別行為追究責任、維持秩序，不容與重罪羈押混為一談；被告仍是國民，國民可能自殺或被殺，國家本就有防免、保護義務，豈能為了省事，而以保護之名率爾羈押之？又被害人乃證人之一，被告若極可能殺害被害人，則不啻滅證行為之一種，毋待重罪羈押之規定。「羈押是最後手段」言猶在耳，如果釋憲者竟仍容許上開不是理由的理由，也能用來羈押被告，那麼羈押就只是國家省時省力的便宜措施。

論者亦有舉出具體事例，試圖具體佐證重罪羈押仍是不可取代，例如：有因細故而殺害鄰人子女者，對其犯罪坦承不諱，亦無逃亡意圖，但揚言若有機會必繼續殺害其他被害人家屬，該被告因無逃亡串證之虞因此僅能以重罪之由羈押。以此事例，不難看出某些人之堅持，乃係認被告可能繼續對他人之身體、自由及安全造成危害，而有儘速加以隔離之必要，又隱而不宣者，乃受重罪起訴者之惡性重大、罪證確鑿；起訴後司法機關如猶容其自由行動，社會觀感必然不佳，且大眾人心惶惶。

上述種種乍看符合常識，但卻未必經得起檢驗。首先，上開實例主要是預防性羈押所欲防範的問題，而不應與系爭保全性的重罪羈押所涉爭點混為一談。預防性羈押是否合憲，本席不擬在此預表，重點是上開事例強調重罪羈押之所以有獨立存在的必要，係因其寓有預防性羈押的功能。但單

純為保護他人所為之預防性羈押，在被告完全沒有逃亡、滅證之虞時，因無採取保全訴訟程序的必要，即不符合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」羈押必要性之要求，遑論多數意見業已限縮重罪羈押須被告行為有使案情晦暗之危險，始得為之。因此無保全訴訟之必要時，為保護社會治安仍得為重罪羈押的論點，乃與本件解釋的結論背道而馳，基此進一步論證重罪羈押有獨立存在的價值是毫無說服力的。

至於認定被告惡性重大、慮及社會觀感等，則是已經明白預斷被告的罪狀，無形之中容許羈押變形為刑罰之預支、或安撫社會情緒的工具。這些瞻顧，顯示有些裁判者心態上並未如實遵守無罪推定原則所課予法官的義務：在證明被告有罪之前，始終視其為一個無辜的人。

檢察官、法官面對真實犯罪事件中層出不窮的殘忍情節，長久以往逐漸無法維持對眼前被告身而為人的尊敬，這是難以苛責的。本席若坐在那個位子上，也不敢保證內心從來不會對某些被告升起憤怒、譴責並預斷其有罪的聲音—無罪推定是高貴的憲法原則，卻始終是違反人類心理傾向的預設。但正因如此，在制度上必須一再努力抗拒滑向有罪預斷的誘惑，盡可能杜絕不當行使羈押權之空間。多數意見在本件聲請審議中給予本席重罪羈押寧可備而不用，也要留下一線生機的印象，重罪羈押是否將流於不當羈押的技術犯規空間，如實質地妨礙被告防禦權、或用以預先懲罰被告之惡性、滿足社會忌惡的期待等等¹⁶，有待未來觀察與檢驗，本席誠願以上均係杞人憂天者的過慮之談。

¹⁶ 類似的現象早已屢受國內學者批評，如參林鈺雄，刑事訴訟法（上冊），5版，頁343，2007。