

釋字第 392 號解釋之部分不同意見書

王和雄大法官 提出

本件通過之解釋文，認憲法第八條第一項所規定之「司法機關」，並非僅指同法第七十七條規定之司法機關而言，而係包括檢察機關在內之廣義司法機關，又提審法第一條規定，以「非法逮捕拘禁」為聲請提審之條件，與憲法第八條第二項規定有所違背。均符合憲法之本旨，故應同意；惟多數大法官認為憲法第八條第一項、第二項所規定之「審問」，係指法院審理之訊問，其無審判權者既不得為之，則此兩項所稱之「法院」，當指有審判權之法官所構成之獨任或合議之法院之謂，不包括檢察官在內，從而現行刑事訴訟法賦與檢察官羈押被告、核准押所長官束縛被告身體之命令、撤銷羈押、停止羈押、再執行羈押、繼續羈押暨其他有關羈押被告各項處分之權，均與憲法第八條第二項規定之意旨不符；且認憲法第八條第四項之「法院」，亦應與同條第二項及第三項性質相同，均僅指由法官構成之審判機關而言，不包括檢察官及對檢察官逮捕、拘禁之人，亦得聲請法院提審各節，或與憲法之本旨不符，或逾越憲法解釋之範疇，爰提部分不同意見書如次：

- 一、解釋憲法之目的，旨在探求憲法之本旨，用以判斷法律或命令等是否違背憲法之規定，藉以解決憲法之紛爭、維護憲政秩序之正常運作與確保人民之基本權利。憲法固應隨時代而成長，探求制憲者之原意，因之不能僅以制憲者當時之意思為已足，而應以當時之制憲者處於今日之社會情勢所應有之認知為必要，甚至應以體系解釋、目的解釋、比較解釋、價值判斷之方法為之，亦即應探求制憲意思之現代化與客觀化，始能因應因時代演進而隨之有所變遷之憲法適用問題。惟憲法既係國家之根本大法，其與該國之歷史、文化、政治、社會背景，淵源至深，各該國家憲法之制定，即不能完全背離該國重要之歷史、文化、政治與社會制度。此乃各國司法權

及行政權之內涵與範圍並不完全一致之故，此亦為何荷蘭及瑞士蘇黎士(Zurich)、巴賽耳(Basel)、阿爾稿(Aargau)、盧千(Luzern)、哥勞賓聯(Graubünden)各邦檢察官均擁有羈押權，甚至盧森堡之偵查法官聲請延長羈押時，反須向由檢察官組成之合議庭聲請；而英、美等國之檢察官卻須嚴守三權分立之行政權之界限，只能擔任公訴人之角色之緣由。因此，制憲當時之歷史、文化、政治及社會背景與憲政發展之沿革，乃解釋憲法所不能忽略之歷史因素；憲法條文之中，咸潛在若干本國歷史之因素，有時且將歷史之事實，以成文之形式表現之，歷史之因素，往往為解釋憲法之標準，且可補充成文憲法之不足，故憲法之歷史性，恆較普通法律為強(註一)。且釋憲之機能，應有其制度上及功能上之限制，如因社會變遷之需要而作成與制憲者之意思顯不一致之詮釋，亦即顯然超越制憲者所能認識之意圖或預測可能性之範圍，即係逾越受許可之憲法具體化及憲法解釋之範疇(註二)。

二、近代彈劾主義之檢察制度，源之於法國，惟於傳至歐、美各國後，即因各國政治制度、歷史背景、國情文化之不同，而衍生為大陸法系與英美法系截然不同卻又各具現代法治國家意義之司法制度。換言之，檢察制度之源流，一也，三權分立、相互制衡之理，同也，惟因各國之歷史、文化、政治、社會背景不一，其相互融和、醞釀發展之結果，卻成南轅北轍，各不相容之制度。英美法系之國家，始終將檢察權歸之於行政權之領域，因此，其所謂司法權者，係定位於民、刑訴訟之審判權及違憲審查權等所構成之狹義司法審判制度，行政權與司法權、立法權界限分明，旨在達成分權、制衡之目的，故其所謂法官者，係指在具體訴訟案件行使審判權之主體而言；而在大陸法系之國家，檢察官配置於法院，乃其文化之固有傳統，因此，在德國，檢察機關在法律上被視為係與法院同格之司法機關(註三)，在法國，更把檢察官稱之為配

屬於檢察機關之法官（註四），更進而言之，大陸法系廣義司法權之概念，係包括法院及檢察機關在內之制度性結構，且檢察官之所以配置於法院，係旨在鞏固司法高權之完整性，蓋司法高權之主體為法院，而檢察官代表國家從事「偵查」、「訴追」、「執行」，其所行使之職權，亦在達成刑事司法之任務，為使刑事司法高權具備完整性，並使檢察官行使職權不受行政權及立法權之干擾，乃將檢察官配置於法院，在組織上構成法院之一環，成為刑事司法高權主體之一。

三、我國自有法院之設以還，不論法院組織法或刑事司法，所稱法院者，除有明文予以除外或性質上當然不容許者外，幾無一不包括檢察官在內，亦即係採廣義之解釋。且前清光緒三十三年頒布之「各級審判廳試辦章程」，原有預審制度之設，惟在清末修訂法律大臣沈家本撰修「大清刑事訴訟律草案」時，已有主張為避免「偵查處分一強分為二」之弊病，建請「舍外國成例，使預審處分屬檢察廳」之議（註五）。民國十七年三月，國民政府指定司法部長蔡元培召集中央政治委員李烈鈞、葉楚傖等人及最高法院、法制局研議制定刑事訴訟法，於同年七月二十八日公布，九月一日施行，即將預審制度予以廢除，而歸入檢察官之職權，該立法理由曰：「我國從前法制，有以預審屬諸推事者，亦有以預審屬諸檢察官者，其預審程序，均可視為偵查程序之延長。就法律之規定而論，凡在預審中可以實施之處分，偵查中皆得為之，實無需此重複程序之必要，故此法毅然予以廢止」（註六）。該項規定，於民國二十四年重頒刑事訴訟法暨民國三十四年修正刑事訴訟法乃至於今日，均未曾更易。再從法院組織法之沿革觀之，前清宣統元年十二月奏准、民國四年重刊之法院編制法，所謂法院，均包括檢察官在內。民國十六年，司法部通令各省，暫行沿用四級三審制，並採審檢一元體制（註七），撤銷審判廳與檢察廳兩廳對立之

制度，而將檢察官配置於法院之內，除最高法院檢察署外，高等法院及地方法院之檢察官均不設獨立機關，故檢察官雖因職權之分工，得對法院獨立行使職權，但檢察機關因不具行政法上國家機關所應具備之(一)獨立編制(二)獨立預算(三)依法設置之要件，乃更因之而當然成為法院之構成部分，因此，所謂刑事司法高權意義之法院，乃是以行使刑事審判權之法官與配置於審判，擔負偵查、起訴及裁判執行之檢察官，共同組成之刑事司法體系。此一制度，於民國二十一年制定法院組織法時，更成為立法之原則，是以，民國二十一年十月二十八日公布，並於二十四年七月一日施行之法院組織法，明定檢察官配置於法院。該法於制定憲法前之民國二十七年九月二十一日、三十四年四月十七日及三十五年一月十七日三度修正，均未曾將檢察官配置於法院亦即所謂法院者乃係包括檢察官在內之制度，予以更易。此所以行憲前十數年間（行憲後亦然），檢察官提起公訴，均稱：「某某地方法院檢察官起訴書」及「此致本院刑事庭」，而非稱：「某某地方法院檢察處檢察官起訴書」及「此致某某地方法院刑事庭」之故。凡此均係我國歷史、文化、政治、社會之背景，為制憲之淵源。民國三十五年國民大會制憲時，對此一歷史之背景與文化之淵源，未曾為任何更易而將之融入於憲法條文中。因此，從制憲史與立法史而言，我國憲法第八條第一、二、四項之法院，實係包含檢察官在內，且我國之檢察官，自始即具有預審法官之職權，凡此更足以探知，我國之法院實係淵源於大陸法系而非英美法系。

四、人身自由雖係憲法所保障之基本權利，惟就各國現況而論，甚少在憲法中明文規定由法官行使羈押權者，類多於憲法中宣示保障人身自由之原則，而將羈押權行使之分配，讓諸刑事訴訟法等有關法律，且在民主法治國家中，其得行使羈押權之主體，並不以有審判權之法官（Judge）（例如德國、日本）為限，其他不具審判

權之官員，例如檢察官（Bezirksanwälte; officer van justice）（如瑞士、荷蘭）、治安官（magistrate）（如英國、美國）、偵查法官（juge d'instruction）（如法國、比利時、盧森堡）與羈押法官（Haftrichter）（如瑞士蘇黎士邦）等，亦均得行使羈押權；而於一九五三年九月三日生效之「歐洲保障人權及基本自由公約」第五條第三項、一九七六年三月二十三日生效之「聯合國公民及政治權利國際盟約第九條第三項、一九七八年六月生效之美洲人權公約第七條第五項均明文規定，因犯罪嫌疑而遭逮捕、拘禁之人，應迅速解送至「法官或其他依法執行司法權之官員」，以決定是否羈押，該公約合計已有一百三十三個締約國，包括所有民主法治先進國家，例如英國、美國、法國、瑞士、荷蘭等國家在內，故犯罪嫌疑人應否羈押，得由「其他依法執行司法權之官員」決定，並非僅限於「法官」始得為之，已成現今世界各國之通例。推原其故，蓋認審判前之羈押處分，係屬保全之程序，並非具體刑罰權之究明，惟為保障犯罪嫌疑者人身自由之憲法基本權利，必須使之迅速脫離警察等行政機關之拘束，使由具有能獨立行使職權並具中立性質之「法官」或「其他依法執行司法權之官員」決定其應否羈押；其由具有審判權之「法官」為羈押與否之決定，固符合憲法保障人身自由之規定，但「其他依法執行司法權之官員」，其行使羈押權時，如具有：（一）獨立性保障（a guarantee of independence）：即該官員須獨立於行政（the executive）及獨立於當事人（the parties）之外；（二）程序保障（a procedural guarantee）；即該官員須親自聽審；（三）實體保障（a substantive guarantee）：即該官員須依據法律之標準，審酌對犯罪嫌疑人有利、不利之狀況，判斷是否應予羈押或釋放，即應具中立性質（註八）者，應已符合脫離行政權進入司法權之程序，且由該等人員於依上開標準為羈押與否之決定時，亦已具備行使司法權所應具備之獨立性、中立性與程序

性保障之要件，應無違背憲法保障人身自由之意旨而應准許。設若被羈押者認其羈押未具合法性，依據上開公約（歐洲保障人權及基本自由公約第五條第四項、聯合國公民及政治權利國際盟約第九條第四項、美洲人權公約第七條第六項）：「任何人因逮捕或拘禁而被剝奪自由時，有權聲請法院提審，以迅速決定其拘禁是否合法，如屬非法，應即令釋放」之規定，仍得聲請法院提審，由「法官」審查逮捕、拘禁是否合法及應否釋放之雙重保障。上開公約現既已成為世界上大多數國家共同遵守之規定，則在解釋犯罪嫌疑人羈押權誰屬時，應具有高度之參考價值。

五、本件多數大法官認為憲法第八條第一項、第二項所規定之「審問」，係指法院審理之訊問，非有審判權者既不得為之，則其所稱「法院」，當然指有審判權之法官所構成之獨任或合議之法院之謂，亦即刑事訴訟法上之狹義法院而言，不包括檢察官在內，蓋法院原非必須為配置檢察官署之規定不可，且檢察官署既係配置於法院，則其本非實質法院之所屬，否則，何庸「配置」之舉，更遑論兩者職權之歧異，自不能僅因配置之乙端，即謂制憲者當時係將檢察機關（檢察官）包括於憲法第八條第二項前段所規定之法院內，且就該條文字具體所顯示之整體意涵為客觀之解釋，實應僅指職司審判而具有審問、處罰之法官所構成之法院始足當之。再者，憲法第八條第四項所稱向「法院」聲請追究，「法院」不得拒絕，既係承續第三項而來之規定，且又明定為「追究」，非「追訴」，自不限於刑事程序，從而該項所規定之「法院」，亦僅限於法官所構成之審判機關而言，不包括檢察官等語。惟按憲法文義本具簡潔性、多義性與概括性，文義解釋在一般法律解釋學上雖具優先性，在憲法解釋上亦然，然文義解釋最具缺陷性，蓋憲法文義常有多種意義，若僅就文字所含蘊之文義為解釋，不是偏執一義，難期周延，即是相互矛盾，莫衷一是，故即使是在憲法同一條文

內之法律名詞，亦不應僅以同一法條內之同一文字應為同一解釋之原則處理之，而應就規範對象、規範目的、法律體系、歷史淵源，乃至於比較法及利益衡量與價值判斷之方法綜合判斷之，始能若合符節，盡得其要。如前所述，就我國歷史傳統言，我國所稱法院者，係包括法官與檢察官在內之制度性結構，檢察官當然為法院之組成部分，且我國自民國十七年制定舊刑事訴訟法以來，檢察官即具有預審法官之職權，再者，憲法第八條第二項前段與後段所規範之對象、內容並不相同，前者如前所述，應屬迅速移由具有司法高權之法院為羈押與否之訊問，後者及第八條第三項則純然是提審之規定，二者相續，構成迅速脫離行政拘束，移由司法裁決應否羈押及必要時聲請提審之雙重保障。此種羈押與否之審問，並非審判權之核心事項，亦即並非判斷犯罪是否成立之審判行為，而係起訴前之保全程序。制憲者基於此種歷史傳統與文化淵源，於制定憲法第八條時，除提審者外，將其餘第一項、第二項前段及第四項所稱「法院」，均認為係包含「檢察官」在內，應係可理解之事，且必須如此解釋，方能符合該條規定之目的與體系架構，蓋人身自由之保障既係憲法所規定之基本權利，則其處理原則與程序，勢不能不在憲法中規定之，而按制憲當時之歷史傳統、文化淵源與既有成規，檢察官是法院之構成部分，又具預審法官之性質，當然有權為羈押與否之決定，且當時僅法院始為獨立之國家機關，檢察署（處）不與焉，制憲者不將之區分為「法官」與「檢察官」，而概稱之「法院」，實寓有按事務本質而由法院內部分工之意，且制憲當時，逮捕、拘禁之機關，多為警察機關，為使人身自由之保障得以落實，即應迅速脫離行政，進入司法，因此，乃規定逮捕、拘禁之警察機關應儘速於二十四小時內，移送該管「法院」審問。若非如此解釋，不是否定檢察機關之為犯罪偵查機關，即是將犯罪案件處理程序改為如現行少年

事件處理法者然，先由警察機關將案件移送法院調查後，如認有犯罪嫌疑者，始移由檢察官偵查，檢察官偵查結果，如認有犯罪嫌疑再行起訴之二度移送或逆送之現象，並使「法官」於偵查程序中即行介入司法程序，殊非妥適；其或不然，仍認檢察官為犯罪偵查機關，但並非憲法第八條第二項所稱之「法院」，則更將逼使警察機關與檢察機關共用二十四小時之不變期間，以制憲當時幅員之大與各種犯罪偵查條件之薄弱，殊難想像制憲者會作出遠較世界各國為「先進」，但在我國卻屬不可行且不合理之移送規定，故憲法第八條第一項、第二項之「法院」，宜解為係包括檢察官在內，始符合制憲之本旨。復次，憲法第八條第四項所稱：「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機關『追究』，依法處理」，其所謂「法院」，亦應包括檢察官在內，始符憲法規定之本旨。蓋本項雖亦屬憲法關於人身自由保障之規定，憲法明示得向「法院」聲請對非法逮捕拘禁者之「追究」，正所以表示對人身自由保障之完整性，惟本項所謂「追究」者，應指程序之全部而言，其向檢察官告訴、告發、或向法院自訴者皆屬之，否則，若解為狹義之「法院」，將因審判機關無權追訴犯罪而難符制憲者之原意。再者，如前所言，憲法第八條第一項、第二項前段所稱「法院」，既係指包含檢察官在內者而言，則「檢察官」諭知收押者，即係「法院」為羈押之決定，多數意見認聲請提審亦得對檢察官為羈押之決定者為之，殊違憲法之本意。

六、憲法第八條第一項及第二項前段所規定之「法院」，如前所述，係包括檢察官在內，則刑事訴訟法賦予檢察官羈押權，是否違憲一節，如從現代民主法治國家羈押權行使之多元性及前述三大國際公約規定「其他依法執行司法權之官員」亦得行使羈押權而論，並非僅有審判權之法官始得為之，其他如檢察官、羈押法官、治

安官、偵查法官亦均得為羈押與否之決定之比較法觀察，我國之「法院」既包括檢察官在內，且具預審法官之職權，則使其擁有羈押權，可謂與世界潮流及民主法治先進國家之法制，並不相悖。惟此一問題，仍應從院檢制衡及是否符合公平、合理等正當法律程序之原則討論之，始能得其要旨。按近代西方政治制度之根本原理，係源之於三權分立、相互制衡之理論，我國雖採五權憲法制，但其本源，仍是三權分立之理論。惟三權分立制度之精髓，並非完全在「明確界定權限，以達平衡分配」，而寧係在「防止權力之不當集中」(註九)，就此而論我國羈押權之行使，「法院」既包括「法官」及「檢察官」，二者同係行使司法高權之主體，則現行刑事訴訟法雖規定檢察官擁有羈押權，卻於第四百十六條賦予被告等得聲請所屬法院撤銷或變更檢察官所為羈押之處分之權利，使檢察官之羈押處分，仍應受法院之監督與制衡，亦即使法院成為行使羈押權之最後決定者，不致使羈押權之行使，有不當集中之現象，就院檢制衡原則而論，可謂符合三權分立之本旨。再者，正當法律程序(Due Process of Law)常被用為判斷人身自由保障之標準，而其核心理念，要屬公平與合理原則之闡釋，而欲論究檢察官羈押權之行使，是否公平、合理，似可以前述 *Schiesser Case* 所揭櫫之(一)獨立性保障(二)程序保障(三)實體保障即中立性保障，作為判斷之標準。按我國檢察官不僅對法院獨立行使職權，且如本件解釋所示，檢察機關係屬司法機關，其職權之行使，自係獨立於行政機關之外，不受干涉；又檢察官之起訴，不以經由其長官之同意為必要，且係獨立以檢察官之名義行使之，在審判中得逕行追加起訴、撤回起訴；法務部長不得對偵查之個案為命令指揮；檢察總長、檢察長除依法收回自辦或移轉偵辦外，亦不得對偵查中之個案命令起訴或不起訴，實已具備獨立性之要件。再者，檢察官命為羈押時，必須於被告經訊問

後，認為有刑事訴訟法第七十六條所定情形者，於必要時始得為之（刑事訴訟法第一百零一條），亦符合程序性保障之要件。復次，檢察官之不起訴處分有如判決之確定力（刑事訴訟法第二百六十條），為職權不起訴處分時，並得命被告向被害人支付相當數額之慰撫金，該慰撫金亦如民事判決有執行力（刑事訴訟法第二百五十三條），且得獨立為被告之利益上訴、聲請再審及非常上訴（刑事訴訟法第三百四十四條第三項、第四百二十七條第一款、第四百四十二條），更應對被告有利及不利之情形，一律注意（刑事訴訟法第二條第一項），凡此均屬於偵查中法官之角色，應屬符合中立性保障之要件。討論檢察官執行職務是否具獨立性與中立性，應就法律規定之內涵及實際運作之狀況判斷之，不能僅以組織隸屬之性質，做為判斷之依據。從而，我國檢察官之行使羈押權，既不違背院檢制衡及公平、合理之正當法律程序之原則，並參諸我國歷史背景及文化淵源，在刑事訴訟法賦予檢察官羈押權，實難謂為違憲。或謂另案包威爾斯案（G.Pauwels Case），歐洲人權法院判決明示：若法律將犯罪偵查及提起公訴之權限授予同一官吏，縱其係獨立行使職權，其職務之中立性仍屬應受質疑，有違歐洲保障人權及基本自由公約第五條第三項所指之「其他依法執行司法權之官員」之規定，從而不得賦予羈押人民之權等語。惟引用該判決應了解，歐洲人權法院並未如我國摘錄判決要旨成為判例，故其判決之拘束力有如英美法系者然，僅同一法律事實之後案始有拘束力。該案係對軍事檢察官行使羈押權所為之判決，對於前案例（Schieser Case, 1979）有關普通法院檢察官關於羈押權之行使所為判決之效力，因基本事實不同，故未發生後案推翻前案之效果，且在該案中，亦未針對普通法院檢察官行使羈押權是否具有獨立性與中立性表示法律上之見解，縱或有之，亦係與基本法律爭議無關之案外陳述，依案例法之原則，並無拘束力，換言之，

對軍事檢察官所為之判決，不能作為性質並不相同之一般司法案件解釋之依據，殊不宜以該判決所表示之法律見解，作為否定檢察官亦係該公約及上述其他公約所謂「其他依法執行司法權之官員」之依據。

七、憲法應隨時代而成長，人權保障更應配合社會之進步而益趨完善，此乃實施憲政之目的，亦為人民對憲法之期待。惟解釋規範與制定規範仍應有其界限，憲法之解釋，如前所述，不能逾越制憲者所能認識之意圖或預測可能性之範圍，否則即係逾越受許可之憲法具體化及憲法解釋之範疇。基於歷史之傳統與文化之淵源，制憲者將檢察官認為是法院之一部分，並得行使司法高權，且我國憲法亦如美國及大多數憲法者然，並未在憲法中明定羈押權之歸屬而讓諸刑事訴訟法等有關法律，參以檢察官係屬「其他得行使司法權之官員」而得為羈押權之行使，又為民主法治先進國家及前述三大國際公約所是認，矧我國檢察官又具預審法官之職權，而刑事訴訟法關於檢察官行使羈押權之規定，並未違反院檢制衡及獨立性、程序性與中立性保障暨比例原則、必要性原則等實質正當之法律程序，遽以檢察官並非行使審判權之主體即所謂狹義之法院或法官之身分，而認其行使羈押權係屬違憲，難免逾越憲法具體化及憲法解釋之範疇。蓋檢察官與法官在理論上及立法例上既均得行使羈押權，而憲法並未明文限定法官始得行使之，且刑事訴訟法關於檢察官行使羈押權之規定，又未違反實質正當之法律程序，若必欲使法官始得行使羈押權，始能符合人身自由保障之高度要求，應循修憲或修法之方式處理，而非逕以釋憲之方式為之。

八、現行刑事訴訟法關於容許檢察官為羈押之條件與羈押之期間，站在高度保障人權之社會要求及比較法之觀察，確有應行修正之處，

尤其在院檢制衡與司法監督上，應更為加強，始能確保犯罪嫌疑人之人身自由，惟羈押權之歸屬涉及多種法益之考量，將來不論以修憲之方式或修法之方式處理，均應隨社會之發展及民主法治先進國家之立法例，審慎斟酌人權保障之意旨、法益之平衡與院檢制衡之原則處理之。

註一：林紀東、比較憲法，五南圖書出版公司，民國七十八年五月再版，一二頁。

註二：Dr.Theodor Maunz,Dr.Reinhold Zippelius 合者，陳敏、蔡志方翻譯，德國憲法學，國民大會憲政研討委員會，民國七十四年六月初版，四一頁。

註三：林山田，刑事訴訟法，自刊，民國七十五年六月增訂再版，七二頁。

註四：The Public Prosecution in France, Ministry of Justice, France, pp.1,4.

註五：島田正郎，清末における近代の法典 編纂—東洋法史論集第三，創文社，昭和五十五年十月十日第一刷，八九頁。

註六：謝振民，中華民國立法史，正中書局，民國三十七年一月滬一版，一二五二至一二五七頁。

註七：羅志淵，中國憲法與政府，正中書局，民國六十八年十版，三九三頁。

註八：Schiesser Case, Judgement of 4 December 1979,Council of Europe Yearbook of The European Convention of Human Rights, vol 22,432-437(1979).

註九：水野豐志，委任立法研究，有斐閣，昭和六十二年四月二〇日一刷，二六〇頁。

