

Q 羈押之替代措施？

甲涉殺人罪，經檢察官以甲有逃亡以及滅證之虞，向法院聲押獲准，隨後檢察官以殺人罪提起公訴，甲仍在押。第一審審判時，雖檢察官表示反對，但法院仍採納精神科醫師鑑定意見，認定甲於行為時已因嚴重精神疾病而欠缺對自己行為不法之辨識能力及駕馭能力，判決甲無罪，但應入相當處所施以監護處分（刑 § § 19 I、87 I）。檢察官不服，主張被告應受有罪判決提起第二審上訴救濟。此外，為保全甲於上訴程序到庭，第一審法院除了：A. 命 50 萬元具保外（甲已繳納）。另施以下列替代措施（期間皆為 1 年）：B1. 定期向指定之轄區派出所報到；B2. 未經法院許可，不得離開住居所以外之區域；B3. 交出護照保管；B4. 定期服藥控制病情並定期至專科醫療院所就診。試問法院以上替代措施，程序上是否合法¹²？

壹、問題所在

本案因無罪判決而視為撤銷羈押，A 類之替代措施有刑事訴訟法（下稱本法）第 316 條作為依據，但 B 類之替代措施，其依據規定於本法第 116 條之 2，且該條是針對狹義的停止羈押，於 111 年修法前，在撤銷羈押並未被準用，則本案施以 B 類之替代措施是否合法？

貳、解析

一、本案為撤銷羈押；A 類替代措施於法有據

(一) 被告經羈押之後，回復其人身自由之途徑，除依循一般救濟外（亦即抗告、準抗告），另有撤銷羈押與停止羈押兩種特別救濟途徑。撤銷羈押，係指因法定原因之發生，而使羈押自撤銷時點向後發生消滅之效力者，依照撤銷原因又可分為當然撤銷與視為撤銷兩種，其撤銷程序不同：

1. 當然撤銷

指羈押於其原因消滅時，應即撤銷羈押，將被告釋放（刑訴 § § 107 I、109）。

2. 視為撤銷羈押

包括本法第 108 條第 2 項、第 108 條第 7 項、第 259 條第 1 項、第 270 條準用第 259 條、第 316 條；刑事妥速審判法第 5 條第

12 林鈺雄，撤銷羈押、停止羈押及其替代措施，月旦法學教室第 216 期，2020 年 10 月，頁 20。

4 項。

- (二) 111 年修正前之本法第 316 條規定：「羈押之被告，經諭知無罪、免訴、免刑、緩刑、罰金或易以訓誡或第三百零三條第三款、第四款不受理之判決者，視為撤銷羈押。但上訴期間內或上訴中，得命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要情形者，並得繼續羈押之。」
- (三) 本案經第一審為無罪判決，屬於上述視為撤銷羈押之情形，A 類之具保替代措施，於法有據。

二、撤銷羈押與停止羈押不同

- (一) 所稱停止羈押，是指羈押原因仍在，但無羈押之必要，而以其他干預程度較羈押輕微的替代措施，暫時停止羈押之執行而使被告免受拘禁自由者。廣義之停止羈押，包含自始不聲請或不裁定羈押而逕施以替代措施之免予羈押（刑訴 § § 93 III、101-2、228 IV）。
- (二) 而狹義停止羈押，其羈押之「原因」仍在，原羈押之裁定及其效力亦仍在，只是並無繼續執行羈押之「必要」，而暫時停止執行。故仍得因特定事由（如違背應遵守事項）而再執行羈押（刑訴 § 117）。反之，撤銷撤押，原羈押裁定及其效力已不復存在。由於兩者性質有別，因此除非有明文準用的特別規定，否則，兩者規定，包含替代措施，無法混用。

三、本案之 B 類替代措施並無依據

- (一) 依照我國現行法，羈押替代措施形式上分為以下五種：1. 具保；2. 責付；3. 限制住居；4. 限制出境、出海；5. 其他應遵守事項。然而，雖然立法名目有別，但概念上仍難分難捨，適用上彼此交錯，立法亦設有諸多交叉準用規定，如停止羈押之應遵守事項，用於免予羈押（刑訴 § 117-1 I）；再如限制出境、出海，因準用規定而得同時作羈押替代處分（刑訴 § 93-6：依本章以外規定得命具保責付或限制住居者，亦得命限制出境出海，並準用本章相關規定）。
- (二) 本法第 116 條之 2 第 1 項規定：「法院許可停止羈押時，經審酌人權保障及公共利益之均衡維護，認有必要者，得定相當期間，命被告應遵守下列事項：一、定期向法院、檢察官或指定之機關報到。二、不得對被害人、證人、鑑定人、辦理本案偵查、審判之公務員或其配偶、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、恐嚇、騷擾、接觸、跟蹤之行爲。」

三、因第一百四條第三款之情形停止羈押者，除維持日常生活及職業所必需者外，未經法院或檢察官許可，不得從事與治療目的顯然無關之活動。四、接受適當之科技設備監控。五、未經法院或檢察官許可，不得離開住、居所或一定區域。六、交付護照、旅行文件；法院亦得通知主管機關不予核發護照、旅行文件。七、未經法院或檢察官許可，不得就特定財產為一定之處分。八、其他經法院認為適當之事項。」

(三) 本案 B1 至 B4 均屬本法第 116 條之 2 的替代措施，但該規定僅能適用於狹義的停止羈押，撤銷羈押並無準用本法第 116 條之 2 之規定，因此，B1 至 B4 之替代措施並無任何法律授權，本案之程序違法。

四、111 年之修法

(一) 在學者提出上述立法漏洞後，111 年 2 月 18 日增訂公布第十章之一「暫行安置」，於本法第 121 條之 1 第 1 項規定：「被告經法官訊問後，認為犯罪嫌疑重大，且有事實足認為刑法第十九條第一項、第二項之原因可能存在，而有危害公共安全之虞，並有緊急必要者，得於偵查中依檢察官聲請，或於審判中依檢察官聲請或依職權，先裁定諭知六月以下期間，令入司法精神醫院、醫院、精神醫療機構或其他適當處所，施以暫行安置。」

(二) 同時亦修正本法第 316 條：「羈押之被告，經諭知無罪、免訴、免刑、緩刑、罰金或易以訓誡或第三百零三條第三款、第四款不受理之判決者，視為撤銷羈押。但上訴期間內或上訴中，得命具保、責付或限制住居，並準用第一百十六條之二之規定；如不能具保、責付或限制住居，而有必要情形者，並得繼續羈押之。」

15

具有原住民身分之甲、乙二人，基於共同犯罪意思之聯絡，意圖為自己不法利益，未經主管機關之核准或同意，基於非法占用公有山坡地及國有保安林地之犯意，甲操作自己所有之 A 挖土機，乙操作向第三人丙租賃之 B 挖土機，共同擅自搭建鐵皮屋舍，而占用國有土地，致生水土流失或毀損水土保持之處理與維護設施之結果。不久為警方查獲，當場依法將甲逮捕，移送檢察官偵查；乙則潛逃至國外，後因案被該國警方逮捕帶回警察機關依法詢問，乙陳述其與甲非法占用公有山坡地及國有保安林地之事，並作成筆錄。

嗣後甲經檢察官以違反水土保持法等罪嫌，向管轄法院提起公訴。甲選任丁律師為其辯護。第一審法院審理中，法院另裁定丙參與沒收程序。第一審法院審理後，諭知甲有罪，並沒收 A、B 二台挖土機。請就學說、實務、己見詳附理由回答下列問題：

(一)辯護人丁抗辯，乙於國外警察機關陳述有關違反水土保持法事項所作成之筆錄，無證據能力。試問其抗辯有無理由？(35分)

【110 司律（節錄）】

析 Analysis.

本題應本於憲法優位性原則，以具有憲法位階的質問權（釋 582），由上而下地解釋僅具法律層次的傳聞規定，包括什麼情況下才能以未經詰問之陳述作為被告有罪證據之例外、最高法院 107 年度第 1 次刑事庭會議決議以及學者批評涉及基本權時可否類推適用之爭議。即使嚴格檢驗刑事訴訟法第 159 條之 3 絕對可信性之要件，但針對域外警詢作成時之環境，又應如何檢驗？



本題字數 1432
Answer.

(請從本頁第 1 行依序開始書寫)

(-) 丁之抗辯有理由	批註欄
1. 乙陳述之筆錄，對被告甲而言，為傳聞證據	
<p>本案經起訴之被告僅有甲，乙於國外經外國司法警察所作成之筆錄，屬於刑事訴訟法（下稱本法）第 159 條第 1 項所定「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述」，為傳聞證據，原則上並無證據能力。</p>	
2. 該陳述是否符合傳聞例外，而有證據能力？	
<p>(1) 本題中，既未明言乙事後經引渡等辦法返回我國接受我國法院之審判，似無本法第 159 條之 2 適用空間。至於是否有本法第 159 條之 3 規定之適用？應從憲法概念來解釋本條。依釋字第 582 號解釋之意旨，刑事被告對證人之詰問權利，乃憲法第 16 條保障人民之訴訟權利之一，且屬憲法第 8 條第 1 項規定之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之反對詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。</p>	
<p>(2) 例外的情形，僅在被告未行使詰問權之不利益經由法院採取衡平之措施，其防禦權業經程序上獲得充分保障時，始容許援用未經被告詰問之證詞，採為認定被告犯罪事實之證據。而被告之防禦權是否已獲程序保障，亦即有無「詰問權之容許例外」情形，應審查是否符合義務法則、歸責法則、防禦法則、佐證法則等情形³。</p>	
<p>(3) 因此，目前實務上認為⁴，本法第 159 條之 3 規定，係為補救採納傳聞法則在實務上所可能發生蒐證困難之問題，於</p>	

3 最高法院 105 年度台上字第 757 號判決。

4 最高法院 107 年度第 1 次刑事庭會議決議。

<p>本條所列各款被告以外之人於審判中不能到庭陳述之情形，例外承認該等審判外警詢陳述有證據能力。既以犧牲被告之反對詰問權為代價，除應嚴格審查該審判外之陳述是否具有「絕對可信性」及「必要性」二要件外，關於不能到庭陳述之原因，自應以非可歸責於國家機關之事由所造成者，始有其適用，以確保被告之反對詰問權。</p>
<p>(4) 並且，實務上進而認為⁵，我國若與該國有司法互助協議，除非被告捨棄對證人行使詰問權，否則，法院應設法透過司法互助管道，依本法第 177 條第 2 項、第 3 項規定，以遠距視訊方式，使證人在適當處所具結陳述，並接受被告詰問，以保障被告之訴訟防禦權。依此，本案中如未盡到上述義務法則，依實務見解，無異剝奪被告對證人之對質詰問權，即不得類推適用本法第 159 條之 3 規定，而認該審判外之陳述例外具有證據能力；反之，在符合義務法則下，若具備「絕對可信性」及「必要性」，則得類推適用本法第 159 條之 3 規定，而有證據能力。</p>
<p>(5) 但學說上有認為⁶，刑事程序中的法律漏洞不必然都允許以類推適用的方式解決，若涉及基本權的干預，憲法要求國家的干預行為必須有法律的授權依據，否則行為即為違法，此即法律保留原則。在審判中使用傳聞證據取代證人到庭接受交互詰問，不僅讓法官無法直接觀察證人，更會限制被告對證人直接進行交互詰問的機會，讓證言可能的瑕疵沒有受到檢驗。因此，法院若以類推適用的方式引入該傳聞證據，顯然侵害該案被告的基本權利，不僅違背刑事訴訟法，更違反憲法規定。此外，所謂「絕對可信性」應依陳述時之外在環境及情況具有特別可信之情形而為判斷⁷。</p>

5 最高法院 108 年度台上字第 2034 號判決。

6 蘇凱平，重新探索自由心證：以憲法與刑事訴訟法的價值衝突與解決為核心，台大法學論叢第 49 卷第 1 期，2020 年 3 月，頁 339-401。

7 最高法院 106 年度台上字第 1213 號判決；法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 91 點。

我國法院如何能在欠缺對於該法域刑事司法系統整體瞭解的情況下，依照上述標準判斷而認為該域外警詢陳述作成	
的情況乃「絕對可信」？	
(6) 結論：	
本文認為，從刑事被告訴訟權、防禦權、對質詰問權的保障觀點來看，應回歸到以「被告對質詰問權是否受保障」	
作為傳聞證據有無證據能力的標準。上開實務見解不僅有	
逾越立法者權限的憲法上疑慮；實際運作類推適用時，域	
外警詢陳述也幾乎不可能通過立法者在本法第 159 條之 2、	
第 159 條之 3 設立的可信性要件檢驗，故學說見解較為可	
採。因此，乙之陳述既無傳聞例外之適用，即無證據能力，	
甲之辯護人丁之抗辯應屬有理。	

題 Extension.

甲與乙、丙、丁組成詐騙集團，赴大陸地區出資購置相關電信設備，聘僱大陸籍女子，發送欠債等語音訊息，共同實施詐欺行為，兩岸間有多人受害，嗣經查獲均被遣返臺灣，由大陸地區公安機關所製作之證人筆錄在國內刑事訴訟上有無證據能力？試說明之。

【101 調查局—法律實務組（三等）】

我國與泰國雖然沒有簽署刑事司法互助協定，但是我國刑事警察局與泰國警方通力合作，在曼谷破獲以臺灣人為主的詐騙機房，主要是假冒電信局及公安詐騙臺灣與大陸民眾，全案經泰國的司法單位已經偵查完畢，將臺籍犯嫌交由我國警方押解回臺繼續偵審。試問：

(一)何謂傳聞法則？

(二)被告以外之人在泰國警察機關詢問時所為陳述，能否依我國刑事訴訟法傳聞法則例外相關規定，判斷有無證據能力？

【108 司特—觀護人（三等）】

Q 準備程序得否調查證據能力之有無？若受命法官認定無證據能力，但合議庭認定有證據能力，應如何處理？

一、實務

(一) 台灣高等法院暨所屬法院 92 年法律座談會刑事類提案第 27 號

「法律問題：

合議審判案件，合議庭指定庭員甲法官為受命法官行準備程序。警察違法搜索而得之 A 證物，經當事人及辯護人表示意見後，受命法官認定無證據能力。於審判期日，合議庭依刑事訴訟法第一百五十八條之四審酌人權保障及公共利益之均衡維護，認該證物仍有證據能力，得否對該證物為實質調查並採為裁判之基礎？

討論意見：

甲說：

合議庭之受命法官處理證據能力之認定既與法院有同一權限，其認定即等同合議庭之認定，合議庭不得於審判期日就同一證據有無證據能力再為審酌而為不同之認定。如此始能充分發揮準備程序之功能，使審判期日調查證據得以順利進行而無窒礙。為避免合議庭與受命法官關於證據能力認定之歧異，受命法官對證據能力之認定如有疑義，宜於準備程序由合議庭認定之。

乙說：

關於某項證據有無證據能力之問題，於上訴審仍得重行審酌。故第一審法院受命法官於準備程序認定該項證據無證據能力後，合議庭於審判期日認為該證據應有證據能力之情形，若不許合議庭重行審酌，則可能成為當事人上訴之理由，似與訴訟經濟及使第一審成為訴訟重心之原則不相符合。又關於證據能力之認定係屬訴訟程序之裁定，依同法第四百零四條之規定，固不得抗告，然此乃為避免因抗告曠時廢日有礙於訴訟之進行而設之規定，並非禁止原審法院對此等裁定重為審酌。且參諸同法第四百零八條第二項規定原審法院認為抗告有理由者，應更正其裁定之意旨，原審法院對其所為訴訟程序之裁定認有違法或不當之情事，亦應認得更正其裁定。綜此而論，本題如合議庭認 A 證物有證據能力，應可更正原受命法官之裁定而重為認定並採為證據。

研討結果：採乙說。」

(二) 96, 台上, 3481 決

「刑事訴訟法第二百七十九條、第二百七十三條第一項規定之準備程序，其功能在於過濾案件及篩選無證據能力之證據，避免無證據能力之證據進入『審判庭』，影響法院對事實認定之正確性。是以傳聞證據有無證據能力，應於準備程序經控、辯雙方、輔佐人陳述證據能力之意見後，由受命官依同法第一百七十一條之規定先行調查各該要件之存否或有爭議之意見（刑事訴訟法第一百五十九條之二要件之調查除外），並留供由合議庭為評議判定（受命法官僅有調查權，並無判斷權）。」

二、學說（黃朝義師）

認為應由受命法官判斷。準備程序之重要功能在於防堵無證據能力之證據進入法院，故自應由受命法官先就證據能力作形式上之判斷。若不作此解釋，將造成審判期日之訴訟延宕，而失去準備程序之效能，再者，若如實務見解所言，將證據能力交由合議庭判斷，將可能污染合議庭之心證。