

專案研究報告

大陸地區刑事被告 權益之研究

研究主持人：楊雲驊教授

行政院大陸委員會委託研究
中華民國一百年十一月

專案研究報告

大陸地區刑事被告

權益之研究

研究主持人：楊雲驊教授

協同主持人：張明偉副教授

研究員：謝憲杰講師

行政院大陸委員會委託研究
中華民國一百年十一月
本報告純為學術研究，不代表委託單位立場

目 錄

| | |
|--|-----|
| 摘 要..... | 1 |
| 導 讀..... | 3 |
| 第一章 中國大陸刑事訴訟制度與聯合國「公民權利和政治權利國際公約」第九條「人身自由之保障」與第十四條「公平法院」的主要差距..... | 5 |
| 第二章 大陸刑事訴訟法關於被告人身自由的限制..... | 11 |
| 第一節 拘傳..... | 14 |
| 第二節 取保候審..... | 19 |
| 第三節 監視居住..... | 27 |
| 第四節 拘留..... | 31 |
| 第五節 逮捕..... | 38 |
| 第六節 強制措施與國際人權公約..... | 46 |
| 第七節 2012 年新修正刑事訴訟法之評析..... | 56 |
| 第三章 大陸刑事訴訟法之被告辯護權..... | 69 |
| 第一節 辯護制度之起源與國際公約有關辯護權之保障及標準..... | 69 |
| 第二節 大陸地區律師辯護權之規範..... | 77 |
| 第三節 大陸刑事訴訟法制疑義及其與我國法制之區別..... | 86 |
| 第四節 兩岸辯護法制之比較分析及評議..... | 94 |
| 第五節 楊佳襲警案的反思..... | 101 |
| 第六節 我方被告依國際公約與兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議之權利保障 | 112 |
| 第四章 大陸刑事訴訟「審判監督程序」與一事不再理原則..... | 115 |
| 第一節 前言..... | 115 |
| 第二節 國際刑事司法原則對一事不再理原則的規定及原因..... | 116 |
| 第三節 中國大陸刑事審判監督程序與操作..... | 119 |
| 第二節 著名案例整理及分析..... | 124 |
| 第五節 大陸刑事審判監督程序與我國非常救濟（再審、非常上訴）程序之區別 | 130 |
| 第六節 大陸現行再審制程序與國際刑事司法「一事不再理」原則的衝突 | 135 |
| 第七節 應引入一事不再理原則並對再審程序進行改革..... | 137 |
| 第五章 建議與結論..... | 143 |
| 附件一——最高人民法院《關於執行〈中華人民共和國刑事訴訟法〉若干問題的解釋》..... | 147 |
| 附件二——大陸刑事訴訟程序著名案例..... | 149 |

摘要

一、研究範圍與重點

本研究範圍主要針對兩岸法律體制之差異，從司法實踐相關層面對於國人在陸受刑事審判之權益保障等事宜深入研析，蒐整並研析國際及兩岸相關法令、司法互助發展趨勢、重要案例與司法實務。惟刑事被告權益之範圍甚廣，實難期待於一為期僅八個月且研究人力有限之研究報告內，對之為鉅細靡遺的研究與分析，因此本計畫主要針對「強制處分對人身自由之限制」、「辯護制度」以及「一事不再理」等被告最感關切的議題為重心，分析在大陸地區相關法律以及實務對此之保障或不足之處，提供完整、確實資訊以及參考依據。另大陸在 2012 年大幅修正其刑事訴訟法，其中就本報告之研究範圍亦有不小的修正，本報告亦將此次修正後之相關內容列入研究範圍。

二、研究緣起

政府自 1987 年 11 月 2 日開放民眾赴大陸探親起，開啟了兩岸人民的往來管道。隨著大陸地區經濟成長以及日趨開放，越來越多國人前往對岸投資、經商、探親、求學等，僅以去年為例，全年台灣對大陸（含香港）的貿易總額為 1,523.3 億美元，較前年成長 39.4%，其中對大陸出口為 1,147.5 億美元，成長 37.1%。去年全年兩岸人民往返海峽兩岸估計接近 700 萬人次，可見兩岸人民往來、互動之密切。相對於此，台灣人民在大陸因涉及犯罪遭逮捕、拘禁、起訴以及審判等的案例，也屢見不鮮，加上 2009 年兩岸簽署「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」後，兩岸就打擊犯罪以及刑事司法互助等，將進行更全面與制度化的合作，瞭解大陸刑事司法制度，特別是被告於面臨刑事訴訟的各項權利與保障等，顯的更為迫切與必要。2011 年初，有 14 名台籍嫌疑犯因涉及電信詐欺案件，遭菲律賓政府引渡至中國大陸受審，引發重大爭議。除了此一引渡的合法性及合理性外，如果不能回台受審，該些台籍嫌疑犯在中國遭遇的刑事訴追程序是否公平、遵守正當法律程序等，也引發各界的關注。

刑罰權為公權力制裁犯罪，處罰人民最嚴厲的手段。如何確保刑事被告擁有程序主體的地位，受到國際人權標準最低限度的保障，是二次世界大戰後舉世關注的焦點之一，此由著名的國際性公約，例如聯合國「公民與政治權利國際公約」、「反酷刑公約」以及「歐洲人權公約」等，均在公約內明文保障「禁止酷刑」、「人身自由」、「公平審判程序」以及「被告最低限度權利」等可知。中國大陸刑事訴訟法於 1979 年制定後公佈實施，1996 年再經過一次大規模修法，此次修改後的刑事訴訟法第 82 條第 2 款把犯罪嫌疑人、被告人規定為刑事訴訟的當事人，具有訴訟主體地位，並享有以辯護權為核心的各項訴訟權利，例如：有權知悉被指控的罪名；在被偵查機關第一次訊問後或者被採取強制措施之日起、有權聘請律師提供法律諮詢、代理申訴和控告、申請取保候審；有權進行無罪辯護等；有權申請有關人員迴避；對訊問人員提出與本案無關的問題有權拒絕回答；公訴案件自移送審查起訴之日起，有權委託辯護人，自訴案件有權隨時委託辯護人，有權獲得刑事法律援助等；有權參加法庭調查和辯論；有權申請新的證人到庭、調取新的物證、申請重新鑒定和勘驗；有權在法庭辯論結束後作最後陳述；有權對未生效的判決、裁定提起上訴等一連串的權利，被認為是一大進步。但對台籍刑事被告而言，有關大陸地區刑事被告權益及相關強制處分之法令依據、保障內容

或救濟方式是否完備？受律師辯護的程序保障是否落實？何以國人或其家屬屢次反映未受陸方保障之原因為何？大陸方的相關規定是否與前述國際人權標準一致，或是有哪些不足之處等，均值得深入且詳細的分析理解。

三、研究經過

（一）蒐集資料

楊雲驊負責國際人權公約及被告權利，例如公民權利和政治權利國際公約、美洲人權公約、歐洲人權公約等，進行資料蒐集、研讀、分析等。

謝憲杰就大陸刑事訴訟法中各類強制措施做一蒐集及整理，張明偉則就被告訴訟辯護權等相關資料研讀、彙整，並做案例分析。

（二）工作會議

內部會議按工作進度分別在四月至六月召開，由各成員提出工作報告及討論，並檢討進度。七、八月份因主持人經常在國外，故主要以 E-Mail 聯絡。十月至十一月定期開會，交換研究心得，就期中報告審查內容修改，調整章次，並撰寫期末報告。

（三）蒐集資料：

依據計畫內容，廣泛蒐集相關研究範圍之立法、學說以及實務運作資料。2011年9月已赴前往北京進行訪談以及蒐集文獻，訪談對象為北京師範大學刑事科學院。另本團隊成員亦拜訪來臺研究之北京清華大學法學院張建偉教授，交換意見。

（四）增補資料

本計畫研究期間，中國大陸最受矚目之 2012 年刑事訴訟法修正尚未通過，只有 2011 年九月之一審稿，惟 2012 年 3 月中國第十一屆全國人大五次會議閉幕，通過刑事訴訟法修正案，故本計畫係以此最新通過的刑事訴訟法為核心，敘述及分析各個章節內容。

導 讀

本研究報告主要研究範圍在於涉及大陸刑事程序被告權益保障的幾個重點，例如限制人身自由之強制處分、刑事辯護權以及一事不再理等，分別介紹如現行相關法令、實務運作狀況、與我國以及國際人權標準的差異以及 2012 年刑事訴訟法之有關內容，並提醒國人面臨大陸刑事程序訴追時應注意事項以及兩岸於 98 年 4 月 26 日簽訂「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」後，依據此協議可以主張之內容、途徑等，供政府機關及一般民眾參考。文末附有大陸最高人民法院《關於執行〈中華人民共和國刑事訴訟法〉若干問題的解釋》、2012 年 3 月公布之《中華人民共和國刑事訴訟法》最新修正以及前後對照表以及大陸刑事訴訟程序著名案例等。以下是各主要章的基本導讀以及內容介紹：

一、大陸地區之刑事訴訟制度與臺灣地區在基本制度上迥不相同，大陸地區重在管控國家及社會秩序安全，而臺灣地區重在人權保障，第一章內就大陸地區刑事強制措施內主要涉及人身自由部分，分析整理其相關法律、決定機關、決定程序以及有無救濟等法治面以及實務運作面等諸多問題，以及與我國法制與國際人權公約之差異，兼及 2012 年刑事訴訟法最新修正相關部分，並主要提醒必須注意下列事項：

(一)強制措施之決定機關不同

在大陸地區刑事訴訟制度上，公安機關就刑事偵查享有相當大之權限，除了逮捕之強制措施係由公安機關報由檢察院批准外，其餘如拘傳、取保候審、限制居住、拘留等強制措施，公安機關均有決定權，且檢察院若不批准逮捕時，公安機關就檢察院之決定尚可要求復議；而在臺灣地區，在偵查中，偵查主體為檢察官，所有偵查中之強制處分，均由檢察官為發動主體外，干預人身自由最強的羈押處分，更須經由檢察官向法院聲請，由法院決定之法定程序，二者嚴謹程度，難以比擬，因此，國人若在大陸地區面臨到刑事訴訟程序時，尤應注意公安機關之權限與臺灣地區之不同。

(二)通知義務之課與

在臺灣地區一旦遭檢察官傳喚或司法警察官通知到場，均會有書面，且若涉及到拘提、逮捕甚至羈押之強制處分時，均會有書面通知相關人等之規定。然而在大陸地區，通知義務形同虛設，修正草案中，將除無法通知或者涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪等嚴重犯罪，通知可能有礙偵查的情形以外之情形，作為不通知家屬的要件，然上開不通知要件之審查，乃係由偵查機關決定，偵查機關決定後，又欠缺救濟機制，引發巨大爭議，且實務中偵查機關是否會擴張解釋該條款，恐造成「秘密拘捕」盛行。因此，一旦國人在大陸地區面臨刑事訴訟時，首要注意是否可要求大陸地區之偵查及審判官員履行通知義務。

二、相較於國家龐大的蒐證能力以及嫻熟的法律專業運作，弱勢的刑事被告（特別是無辜的人）往往刑事訴訟程序中遭受國家機關的侵害，如何使其得以與國家機關在刑事訴訟程序中相互抗衡，避免冤抑；亦即如何透過專業律師辯護權的保護，使控辯雙方儘量能在實質上處於對等之地位，自為當代法治國家所應重視的重要任務。

第二章內主要處理大陸刑事程序刑事辯護權的規定與實況。事實上，現行大

陸地區刑事訴訟法之辯護制度存在三難與五難之批評，其對於被告辯護權造成如何之妨礙？大陸刑事被告所享有之辯護權與我國有如何之不同與差距？無論是無資力之被告，或是在偵查階段或是審判階段中之被告，其享有之辯護權利有哪些？辯護人實質上能為其委任人發揮辯護功能的內容有哪些？發生如余祥林、楊佳以及聶樹斌等重大冤、假、錯案引起社會普遍關注之際，如何透過提升辯護權保障以避免重大冤案或錯案的再次發生，已成為廣大人民所關注的課題。為了更加完善辯護制度之功能，大陸乃於 2012 年修正刑事訴訟法內再對被告接受律師辯護等增加許多規定，期能構建更為完善的刑事訴訟法制，其重點在哪裡？儘管有所改善，我方人民在大陸地區犯罪接受刑事訴訟程序，必會感到保障不足、甚至發生權利遭不公平對待之誤解。如何使我方人民在大陸地區因犯罪而接受刑事訴訟時，能獲得接近我方法制之程序保障，乃為相當重要之問題。雖辯護權不在兩岸簽訂之司法互助或打擊犯罪範圍內，但在此協議下，如何落實我方人民於大陸地區接受刑事訴訟之辯護權保障，至少能符合國際人權公約的基本要求，值得關注。

三、隨著時代的進步和人權保障觀念的發展，一事不再理原則被賦予保護人權的內涵，並在一些國際人權公約內確立，成為國際刑事司法普世價值之一。但確定判決未必絕對的正確、真實，若一律絕對禁止再啟救濟，部分個案難免將背離刑事訴訟程序「發現真實、追求正義」的基本目的，刑事司法也將失去人民的信賴。因此，實體正義與法安定性的平衡點該如何拿捏，向來為各國刑事立法與司法所關注。聯合國「公民權利和政治權利國際公約」第 14 條第 7 項規定：「任何人已依一國的法律及刑事程序被最後定罪或宣告無罪者，不得就同一罪名再予審判或懲罰。」但此一原則並非絕對，在國際刑事司法原則中，「一事不再理原則例外」的法律定位是定位為特殊救濟程序，它所發揮的功能應只對那些已經發生法律效力，但又確實存在錯誤並屬於法定應予以更正案件的救濟。我國刑事訴訟法內規定之再審以及非常上訴程序，即屬於「一事不再理原則」之例外。第三章內主要研究大陸刑事訴訟法第五章第 203 條以下規定之「審判監督程序」制度。依其定義，所謂審判監督程序，是指人民法院、人民檢察院對於已經發生法律效力的判決和裁定，發現在認定事實上或在適用法律上確有錯誤，依職權提起並由人民法院對案件進行重新審判的一種訴訟程序。此種「審判監督程序」之啟動與法律效果，是否與一事不再理原則相同？還是在大陸刑事訴訟法下有其特殊之目的與解釋？在其實務上，此一制度的真實樣貌為何？國人對此一制度該有如何之理解以及此制度與 2009 年兩岸簽訂之海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議內哪些規定有關，是本章討論之重點。

第一章 中國大陸刑事訴訟制度與聯合國「公民權利和政治權利國際公約」第九條「人身自由之保障」與第十四條「公平法院」的主要差距

聯合國「公民權利和政治權利國際公約」與「經濟社會文化權利國際公約」為近代國際人權公約的指標性代表，我國駐聯合國代表早於1967年10月5日即已簽署，另於98年4月22日公布之「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」第2條明定，兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力；第8條亦明文政府機關應檢討主管之法令，有不符兩公約規定者，應於施行後2年內，完成修正。刑事訴訟程序為國家實施刑罰權的重要程序，與人民之自由權利息息相關，尤其被告人權是否得以確保，是聯合國人權公約的關注重點。1998年10月日中國大陸政府正式簽署公民權利和政治權利國際公約，儘管迄今還未被全國人民代表大會常務委員會批准，但是一般認為，批准公民權利和政治權利國際公約只是時間問題。當全國人大常委會一旦批准公民權利和政治權利國際公約，根據條約必須遵守的國際法原則，中國大陸就必須執行公民權利和政治權利國際公約的規定，而批准實施公民權利和政治權利國際公約一定會對中國的刑事審判產生很大的影響。近代中國的刑事訴訟法在1979年制定，後來分別於1996年以及2012年都有兩次大幅修正，經過兩次修正以及許多相關的補充解釋等，刑事訴訟法程序的法治要求以及公正性等，已經得到了相當的加強，但是不可否認，中國大陸的公正審判，無論從刑事訴訟的立法，還是從刑事司法實踐來看，都與公民權利和政治權利國際公約所確定的各種人權保障標準以及公正審判權要求等，仍存在一定的差距。

公民權利和政治權利國際公約內，與刑事被告權益最直接相關者乃第九條「人身自由之保障」與第十四條「公平法院」的規定：

第九條

- 一 人人有權享有身體自由及人身安全。任何人不得無理予以逮捕或拘禁。非依法定理由及程序，不得剝奪任何人之自由。
- 二 執行逮捕時，應當場向被捕人宣告逮捕原因，並應隨即告知被控案由。
- 三 因刑事罪名而被逮捕或拘禁之人，應迅即解送法官或依法執行司法權力之其他官員，並應於合理期間內審訊或釋放。候訊人通常不得加以羈押，但釋放得令具報，於審訊時，於司法程序之任何其他階段、並於一旦執行判決時，候傳到場。
- 四 任何人因逮捕或拘禁而被奪自由時，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。
- 五 任何人受非法逮捕或拘禁者，有權要求執行損害賠償。

第十四條

- 一 人人在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。法院得因民主社會之風化、公共秩序或國家安全關係，或於保護當事人私生活有此必要時，或因情形特殊公開審判勢必影響司法而在其認為絕對必要之限度內，禁止新聞界及公眾旁聽審判程序之全部或一部；但除保護少年有此必要，或事關婚姻爭執或子女監護問題外，刑事民事之判決應一律公開宣示。

- 二 受刑事控告之人，未經依法確定有罪以前，應假定其無罪。
- 三 審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：
 - (一) 迅即以其通曉之語言，詳細告知被控罪名及案由；
 - (二) 給予充分之時間及便利，準備答辯並與其選任之辯護人聯絡；
 - (三) 立即受審，不得無故稽延；
 - (四) 到庭受審，及親自答辯或由其選任辯護人答辯；未經選任辯護人者，應告以有此權利；法院認為審判有此必要時，應為其指定公設辯護人，如被告無資力酬償，得免付之；
 - (五) 得親自或間接詰問他造證人，並得聲請法院傳喚其證人在與他造證人同等條件下出庭作證；
 - (六) 如不通曉或不能使用法院所用之語言，應免費為備通譯協助之；
 - (七) 不得強迫被告自供或認罪。
- 四 少年之審判，應顧念被告年齡及宜使其重適社會生活，而酌定程序。
- 五 經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。
- 六 經終局判決判定犯罪，如後因提出新證據或因發見新證據，確實證明原判錯誤而經撤銷原判或免刑者，除經證明有關證據之未能及時披露，應由其本人全部或局部負責者外，因此判決而服刑之人應依法受損害賠償。
- 七 任何人依一國法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑。

以下資就大陸刑事訴訟制度與公約差距較為明顯之部分，進行一大概的分析：

一、人身自由保護不足：對於強制處分缺少法院授權與救濟制度

在偵查階段，不僅刑事拘留、逮捕、羈押的決定權不在法院手中，在涉及剝奪公民人身自由的事項上不存在司法授權和司法聽審機制，而且就連搜查、扣押、竊聽等涉及侵犯公民隱私的強制性偵查行為，也沒有司法裁判機構的任何參與，與公約第九條內保障的法院審查機制：「因刑事罪名而被逮捕或拘禁之人，應迅即解送法官或依法執行司法權力之其他官員，並應於合理期間內審訊或釋放」相差甚遠。這種司法授權和審查機制的缺乏，導致審判前階段缺乏中立司法機構的參與，使得司法權對警察權、檢察權的控制機制難以存在。無論是遭受不當羈押的嫌疑人，還是受到不公正搜查、扣押的公民，都無權直接向中立司法機構提出訴訟請求，法院也幾乎從來不會受理這種請求，並就此舉行任何形式的司法裁判。在此情況下，嫌疑人無法在法律範圍內「為權利而鬥爭」，其受到非法侵犯的權利無法獲得及時的司法救濟，警察權、檢察權的濫用也得不到有效的遏製。

非法羈押、超期羈押現象卻普遍存在，這已成為困擾大陸刑事司法實務的巨大難題。實務上，由於種種原因，絕大多數被羈押的犯罪嫌疑人都被延長羈押期限，而不管刑事訴訟法對延長羈押條件的規定。非法羈押、超期羈押的現象較普遍，致使有些犯罪嫌疑人被羈押長達數年。在刑事審判前程式中，除逮捕以外的其他所有強製措施和強製性偵查手段，都是由公安機關自行決定、自行執行甚至自行延長和變更的。對於大量涉及個人基本權益和自由的事項，公安機關在刑事偵查領域都擁有威權的和最終的決定權。

二、實質平等權不足

雖然中國大陸「憲法」第33條第2款規定中華人民共和國公民在法律面前一律平等，刑事訴訟法第6條規定人民法院、人民檢察院和公安機關進行刑事訴訟，必須依靠群眾，必須以事實為依據，以法律為準繩。對於一切公民，在適用法律上一律平等，在法律面前，不允許有任何特權。但這些條文僅僅是規定了在適用法律上的平等權，一般認為，刑事控辯雙方仍沒有實現真正的平等。

(一)作為公訴的檢察機關知曉並會運用法律，而且有很多法律條文也是其參與制定。但被告方可能完全不懂法律，或瞭解程度遠不如檢察機關，這種差異造成了控辯雙方的不平等。

(二)雖然刑事訴訟法確立「控辯式」的庭審模式，但是刑事訴訟法中仍存在控方與辯方不對等的規定。如刑事訴訟法第155條規定，公訴人在法庭上宣讀起訴書後，被告人、被害人可以就指控的犯罪進行陳述，公訴人可以訊問被告人。此一「公訴人可以訊問被告人」明顯顯現了控辯雙方的不平等。

(三)作為公訴機關的檢察機關同時又是法律監督機關。如刑事訴訟法第8條規定「人民檢察院依法對刑事訴訟實行法律監督」，但相應的，人民對於已生法律效力的法院決定卻沒有提起再審的權利。第169條規定「人民檢察院發現人民法院審理案件違反法律規定的訴訟程式，有權向人民法院提出糾正意見。這種法律監督的地位也使控辯雙方的平等難以實現。

三、法庭不具獨立性與中立性

法庭的獨立性在立法上與實踐中都與公民權利和政治權利國際公約的要求有許多不同。司法獨立的國際標準包括法院的獨立和法官的獨立兩個面向，尤其是法官個人的獨立（包括事務獨立與身分獨立等）被認為是確保獨立審判不可或缺的要素。法官的責任是於審判案件時，根據其對法律的誠摯的理解而解釋法律。但憲法第126條、刑事訴訟法第5條和人民法院組織法第4條規定的內容都是人民法院依照法律規定獨立行使審判權，不受行政機關、社會團體和個人的干涉。從這些規定可知，中國的司法獨立僅僅是法院作為一個整體獨立於行政機關、社會團體和個人，而不包括法院對其他機關的獨立，更不包括法官個人的獨立（事務獨立與身分獨立）。中國的司法獨立不僅在立法上存在重大問題，在實務中也存在以下問題：

(一)地方黨委對審判權的干預。中國法律規定法院獨立於行政機關、社會團體和個人，但不能獨立於各級黨委、立法機關和檢察機關。法院應當服從黨的領導，法院應向人民代表大會負責、彙報工作並接受監督，法院的審判活動要受檢察院的監督，這且都會妨礙法官審判的獨立行使。

(二)法院內部不獨立。此問題主要表現在審判委員會制度，雖說審判委員會可提高了法院審理案件的品質和水準，但是審判委員會決定重大、疑難案件卻會直接影響法官的獨立審判。另一是案件審批制度，這種制度割裂了案件審理與判決之間的連結，會造成「審者不判，判者不審」奇特現象。

(三)社會對司法獨立的影響。由於某些法官的素質不高、職業操守及倫理意識薄弱，很難抵制來自當事人、律師的壓力、腐蝕，而且法官的裁判常會受到媒體的輿論、社會輿論、民意等多方的影響。

法庭的中立性亦與公民權利和政治權利國際公約要求有不相符之處。例如憲法和刑事訴訟法規定，人民法院與公安機關、人民檢察院之間實行分工負責、相互配合、相互制約。三機關的分工負責、配合與制約的確可以減少及防止錯案的

發生，但是當公、檢、法為了實現懲罰犯罪的共同任務而必須相互配合時，必然對法官的中立性產生重大影響。

四、沒有確保無罪推定原則

無罪推定原則與國際社會公認的無罪推定要求仍有相當的差距，例如：

(一)無罪推定是刑事訴訟中被告人的一項權利，按此，被告方不承擔證明自己有罪或者無罪的責任。但刑事訴訟法第93條規定，犯罪嫌疑人對偵查人員的提問。應當如實問答。這一規定實際上是讓犯罪嫌疑人證明自己有罪或在無罪的責任，而沒有無罪推定原則以及緘默權之保障。按照無罪推定原則，犯罪嫌疑人或者被告人享有自由意志，可以決定同答或不回答司法人員提出的任何問題。新修正第43條中加入了「不得強迫任何人證實自己有罪」的條款，此條款的增加表示不強迫自證己罪原則受到了立法者的認可，可說是一種進步。但是，由於缺少配套規定，新修法中僅僅加入「不得強迫任何人證實自己有罪」並未能真正確立不強迫自證己罪原則，緘默權和證人拒證權都未得以建立。

(二)刑事訴訟法第162條第3項的判決規定，證據不足，不能認定被告人有罪的，應當作出證據不足、指控的犯罪不能成立的無罪判決。其「無罪判決」之含義並不是真正的認為被告人無罪，而只是認為因證據不足所指控的犯罪不能成立而已。有認為，刑事訴訟法第162條第3項的無罪判決實際上是一種「存疑」的無罪判決，而不是徹底的無罪判決。

(三)在司法實務中罪疑為輕原則並沒有得到充分的實現。由於公安機關、檢察機關與法院之間的關係錯綜複雜，檢察機關又是法院審判活動的監督機關，所以即使案件存在疑問，法院也往往不敢或者不願意判決被告人無罪，導致在司法實踐中，中國的無罪判決率極低。有學者在司法實務部門的調查發現，中國許多地方的刑事審判的定罪率達到95%以上，不少地區連續數年的定罪率是100%。

(四)公共當門局對不可預斷審判結果的認識不足。輿論審判影響法院審判，且機關團體與個人的意見干擾法院審判的現象依然普遍存在。新聞媒體，特別是電視、報紙、雜誌及網路對一些重大或有影響的案件在法院判決之前大量進行具有影響性的報道，對公訴人員和審判人員處理案件產生了很大的壓力和影響。

五、辯護制度與人權要求的落差

中國辯護制度與公民權利和政治權利國際公約的要求之間的差距主要在於：

(一)辯護人參與訴訟的時間

法律規定辯護人只有到了審查起訴階段才可以行使辯護權，律師在偵查階段只能為犯罪嫌疑人提供法律幫助，而不能付使其辯護權。由於律師介入偵查時不享有調查取證、閱卷、訊問等權利，律師即使介入偵查也很難為犯罪嫌疑人提供有效的法律幫助。但公民權利和政治權利國際公約規定在所有階段被告人都必須獲得有效的律師幫助。2012年新修正刑事訴訟法辯護制度修改雖確認了律師在偵查階段辯護人的地位，但令人遺憾的是，律師通過修法僅僅獲得的是辯護人的虛名而已，其訴訟權利並沒有得到實質性的提升。修正後第36條規定「辯護律師在偵查期間可以為犯罪嫌疑人提供法律說明，代理申訴、控告，可以向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況。第37條規定：辯護律師可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人會見和通信……辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人、被告人，可以瞭解有關案件情況，提供法律諮詢等；然而在偵查階段，辯護律師的權利沒有得到實質性的提升，相較舊法，只增加了一個通信權以及會見時不受監聽的權

利，有關律師調查取證權的規定仍然沒有改變，律師取證時仍然需要征得證人或有關單位和個人的同意，律師向被害人或其近親屬、被害人提供的證人取證時仍然需要獲得檢察院或法院的許可，沒有改變現行法在律師調查取證權問題上與律師法衝突的現狀，控辯雙方的調查取證權仍然處於不平等的狀態。

(二) 指定辯護的適用

幫被告沒有委託辯護人，指定辯護適用於下列四種情況：第一，被告人是盲、聾、啞人或在限制行為能力的人；第二，被告人是在開庭審理時不滿十八周歲的未成年人；第三，被告人可能被判處死刑；第四，在公訴人出庭公訴的案件中，被告人有經濟困難或其他原因沒有委託辯護人的。而公民權利和政治權利國際公約規定的指定辯護的條件是「司法利益有此需要」，由此可見中國大陸的指定辯護範圍過於狹窄。

六、被告缺少質問證人權利—證人出庭比例甚低

按照公民權利和政治權利國際公約關於公正審判權的要求，法庭審判應當遵循直接言詞證據原則。但中國的刑事司法實務上，證人不出庭作證已經成為了非常普遍的現象。有學在統計，深圳市證人的出庭率一直在2% - 5%左右；煙臺市中級人民法院審理的刑事案件中，證人出庭率通常不到1%；上海市黃浦區人民法院統計，近年由該法院審理的刑事案件中，證人的出庭率只有5%。在證人不出庭作證的情況下，辯方很難對控方證據提出強有力的辯護或防禦，法官的判決心證通常也不是建立在控辯雙方出示的證據和辯論意見的基礎上，多數判決其實是法官庭外閱卷的成果。在這種情況下，法庭審判往往流於形式上的書面審理。證人不出庭的原因很多，主要是「不願意出庭」以及「不敢出庭」，2012年修正刑事訴訟法對此新增證人保護措施、補償措施以及部份強制出庭原則等規定，希望提出證人出庭參加訴訟的比例¹。

七、刑事上訴制度的不完善

公民權利和政治權利國際公約所規定的上訴權是絕對的上訴權。這種絕對的上訴權包括三種含義在內。第一、所有類型的犯罪都可有上訴權利；第二、如果判決是由上訴法院所為，被定罪人民享有進一步上訴的權利；第三，終審法院不享有初審的管轄權。大陸的刑事訴訟實行兩審終審，但是具有相對性的兩審終審，與公民權利和政治權利國際公約所規定的上訴權的主要有以下差距：

(一)在司法實務中，被告人的上訴意見往往遭受漠視。由於疑案報請制度、案件請示制度以及錯案追究制度等盛行，司法系統上下級法院之間已經形成了一種行

¹ 在第 49 條後增加一條，規定在危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪、黑社會性質組織犯罪、毒品犯罪等案件中，證人、被害人或其近親屬因作證而面臨危險的，人民法院、人民檢察院和公安機關應當採取保護措施。保護措施主要包括：不公開證人姓名、住址和工作單位等個人資訊、變形變聲作證、人身接觸禁令、對人身和住宅的專門保護等。這一規定涵蓋了主要的事前保護中的庭前和庭上保護措施，一定程度上彌補了現行刑事訴訟法的不足。第二，規定了證人作證補償措施。證人作證補償是現行刑事訴訟法的一個空白，本次修改將證人作證的交通、住宿、就餐、誤工損失等必要支出列入司法機關業務經費中，並規定證人的工作單位不得剋扣或變相剋扣其工資、獎金及其他福利待遇。第三，在證人出庭作證的問題上，確立了有限證人出庭的原則並規定經人民法院依法傳喚，證人無正當理由不出庭的，人民法院可以強制其到庭。所謂有限證人出庭原則是指證人證言不以證人出庭為其證據能力之必要條件，僅僅是審查證人證言真實性的手段之一。另新增第 186 條規定：「證人證言對案件定罪量刑有重大影響，並且公訴人、當事人或者辯護人、訴訟代理人有異議的，或者人民法院認為證人有必要出庭作證的，證人應當出庭作證。」

政化的關係，下級法院在判決時會事先請示上級法院的意見，因此在上級法院審理被告上訴的案件時通常不會再認真考慮被告的上訴意見，往往作出維持原審判決的裁定。

(二)刑事訴訟法規定，最高人民法院享有刑事案件的初審管轄權，而且最高人民法院審理第一審刑事案件所作的判決、裁定，就是終審的判決決定，被告人無權再對之上訴。

(三)如果第二審人民法院推翻了第一審的無罪判決，判決被告人有罪，則第二審的判決也是終審判決，被告人無權提起上訴。

八、缺乏同一案件「一事不再理」的保護

中國大陸與公民權利與政治權利國際公約規定的一事不再理的權利，有相當的差距：

(一)「實事求是、有錯必糾」是中國共產黨「長期革命、建設和改革」中形成的思想路線，也是普通公民和司法工作人員堅持的基本原則。長期以來，中國大陸再審程式的指導思想就是「實事求是、有錯必糾」，對於法院決定無論是事實認識錯誤，還是適用法律錯誤，都必須加以糾正，按照全錯全改、部分錯部分改的原則予以糾正。至於刑事訴訟程序的再啟動會對人民造成干擾、不便，以及啟動的結果會影響原先判決對同一案件的確定力，甚至是發生更不利於被告的結果，在所不問。

(二)根據刑事訴訟法第205條的規定，只要發現已經發生法律效力的判決或裁定，在認定實事上或適用法律上確有錯誤，經過一定的程序就可以啟動再審，再審程式的啟動比較容易，不僅最高人民檢察院、上級人民檢察院可以啟動再審程式，當事人也可以申請法院或在檢察院啟動再審程式，而且最高人民法院、地方各級人民法院自己也可以啟動再審程式，並且再審程式沒有次數、時間與理由的限制。這與公約「任何人依一國法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑」之要求，以及多數國家對於確定判決後尊重其確定力，儘量少開再審程式存在極大落差。

(三)根據「最高人民法院若干問題的解釋」第117條第3項的規定，當人民法院作出證據不足、指控的犯罪實事不能成立的無罪判決後，人民檢察院依據新的事實、證據材料，重新起訴的，人民法院應當受理。

第二章 大陸刑事訴訟法關於被告人身自由的限制

在我國所謂之強制處分，乃國家機關追訴犯罪時，為保全被告或蒐集、保全證據之必要，而對受處分人所施行的強制措施²。大陸地區之刑事強制措施，是指公安機關、人民檢察院及人民法院為了確保刑事訴訟程序順利進行，依法對犯罪嫌疑人、被告人採取的暫時限制或者剝奪其人身自由的各種法定強制方法的總稱。刑事強制措施制度與刑事訴訟活動相伴而生、聯繫十分緊密。在漫長的人類社會的訴訟活動中，刑事強制措施發揮了重要的功能，而且其本身的一些功能也在不斷地完善和加強。在強調維護穩定、重視法制，尊重人權的今天，重新審視刑事強制措施的功能具有重大的現實意義和理論意義。

「公民與政治權利國際公約」(International Covenant on Civil and Political Rights)及「經濟社會文化權利國際公約」(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)(以下合稱兩公約)，係聯合國為落實1948年之「世界人權宣言」(Universal Declaration of Human Rights)，在1966年12月16日經由大會第2200號決議通過。此兩公約與「世界人權宣言」共同被稱為「國際人權憲章」(International Bill of Human Rights)，乃國際社會最重要之人權法典，亦為國際人權保障體系最根本之法源。其內容在闡明人類之基本人權，並敦促各國積極落實其保障，務使全球人民在公民、政治、經濟、社會及文化各方面之人權，皆享有相同之保障。

「公民與政治權利國際公約」已於1976年3月23日生效，迄今共有164個締約國；「經濟社會文化權利國際公約」則在1976年1月3日生效，迄今共有160個締約國。以兩公約締約國數字而論，皆已超過全球國家數(195)及聯合國會員國數(192)之百分之八十以上，可謂已成為普世遵循之人權規範。

我國在1967年10月5日即已由常駐聯合國代表劉鏞在兩公約上簽字，但因聯合國大會在1971年10月25日通過2758號決議，使我國失去代表權，無法再參加聯合國之活動，以致42年來皆未批准兩公約。為提升我國之人權標準，促進人權發展，重新融入國際人權體系及拓展國際人權互助合作，進而提升我國國際人權地位，自應順應世界人權發展之潮流，澈底實踐此兩公約。行政院爰將上開兩公約送請立法院審議，並經立法院於98年3月31日通過制定「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」，共計九條，其要點如下：

- 一、揭櫫本法立法目的及明定兩公約揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。(第1條及第2條)
- 二、適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。(第3條)
- 三、各級政府機關行使職權，應符合兩公約有關人權保障之規定，並應籌劃、推動及執行兩公約規定事項；政府應與國際間共同合作，以保護與促進兩公約所保障各項人權之實現。(第4條及第5條)
- 四、政府應依照兩公約之報告機制，建立人權報告制度。(第6條)
- 五、執行兩公約所需經費，應依財政狀況，優先編列。(第7條)
- 六、法令與行政措施有不符兩公約規定者，各級政府機關應於本法施行後二年內完成法令之制(訂)定、修正或廢止，以及行政措施之改進。(第8條)
- 七、明定本法施行日期，由行政院定之。(第9條)

² 林鈺雄著，刑事訴訟法上冊總論編第285頁，2007年9月5板。

另有鑒於兩岸間交流頻繁，然因司法權乃係主權之爭執，又因兩岸政治因素較為特殊，為了妥善處理在兩岸間所產生之司法問題，兩岸於98年4月26日簽訂「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」（下稱共同打擊犯罪協議），目的乃係保障海峽兩岸人民權益，維護兩岸交流秩序而訂定。以我國人民若在大陸地區涉嫌刑事犯罪時，透過共同打擊犯罪協議即可由官方作為對口單位，瞭解狀況並協助家屬或被告加以處理後續問題。

一、共同打擊犯罪協議之範圍

依共同打擊犯罪協議第一章合作事項中，即約定合作事項為兩岸同意在民事、刑事領域相互提供以下協助：（一）共同打擊犯罪；（二）送達文書；（三）調查取證；（四）認可及執行民事裁判與仲裁判斷（仲裁裁決）；（五）接返（移管）受刑事裁判確定人（被判刑人）；（六）雙方同意之其他合作事項。從上開規定，就刑事領域中，可以知悉兩岸對於刑事犯罪已有高度之默契，在文字上係共同針對打擊犯罪、調查取證及接返受刑事裁判確定人。

另共同打擊犯罪協議第二章第四點所定之合作範圍，兩岸同意採取措施共同打擊雙方均認為涉嫌犯罪的行為。雙方同意著重打擊下列犯罪：（一）涉及殺人、搶劫、綁架、走私、槍械、毒品、人口販運、組織偷渡及跨境有組織犯罪等重大犯罪；（二）侵佔、背信、詐騙、洗錢、偽造或變造貨幣及有價證券等經濟犯罪；（三）貪汙、賄賂、瀆職等犯罪；（四）劫持航空器、船舶及涉恐怖活動等犯罪；（五）其他刑事犯罪。一方認為涉嫌犯罪，另一方認為未涉嫌犯罪但有重大社會危害，得經雙方同意個案協助。

從上開合作範圍可看出，兩岸對於重罪及大部分之財產犯罪均納入兩岸共同打擊犯罪之合作範圍。

二、偵查協助及遣返犯罪嫌疑人

由於刑事偵查乃係牽涉到國家主權之爭議，兩岸間共同打擊犯罪協議擱置此爭議，在共同打擊犯罪協議第五條內規定，雙方同意交換涉及犯罪有關情資，協助緝捕、遣返刑事犯與刑事嫌疑犯，並於必要時合作協查、偵辦。透過本條之規定，使得兩岸之間的犯罪偵查，不再受限於因政治因素所引發立場問題，回歸到犯罪偵查，遏止犯罪跨岸的產生。

再者，既然為兩岸間之犯罪，則被告或犯罪嫌疑人均有在對岸之可能性，因此，在共同打擊犯罪協議第六條規定，雙方同意依循人道、安全、迅速、便利原則，在原有基礎上，增加海運或空運直航方式，遣返刑事犯、刑事嫌疑犯，並於交接時移交有關卷證（證據）、簽署交接書。受請求方已對遣返對象進行司法程序者，得於程序終結後遣返。受請求方認為有重大關切利益等特殊情形者，得視情決定遣返。非經受請求方同意，請求方不得對遣返對象追訴遣返請求以外的行為。

三、人道探視

由於大陸地區刑事訴訟下，有關監視居住、拘留及逮捕之強制措施，常演變成長期拘束人身自由之強制措施，且相關程序不若我國完備，如前所述，甚至會發生不知道人被拘禁在何處，為解決上開困擾，共同打擊犯罪協議第三章第十一點罪犯接返（移管）規定，雙方同意基於人道、互惠原則，在請求方、受請求方及受刑事裁判確定人（被判刑人）均同意移交之情形下，接返（移管）受刑事裁判確定人（被判刑人）。明定可接返受刑事裁判確定之人。且在第十二條規定，雙方同意及時通報對方人員被限制人身自由、非病死或可疑為非病死等重要訊息，並依己方規定為家屬探視提供便利。

而在大陸地區實務上因強制措施所引發之著名案例：

(一)艾未未案例³

2011年4月3日，艾未未原本計劃經由香港轉飛台北，籌備10月在台灣舉辦的一個展覽，但在北京上機前被邊檢人員帶走，公安並搜查了艾未未工作室，把八名工作人員帶至朝陽區南泉派出所問話。同時新浪微博上以「艾未未」為關鍵字搜索系統顯示「根據相關法律法規和政策，搜索結果未予顯示」，同時新浪屏蔽了有關艾未未被拘留的微博內容。

(二)高智晟案例⁴

大陸地區律師高智晟，曾因替弱勢群體維權打官司，獲選為中國十大優秀律師。北京第一中級法院2007年2月22日以「煽動顛覆國家政權罪」判處高智晟律師有期徒刑三年，緩刑五年。曾處理多宗民眾維權案件，多次控告地方政府，並多次上書中國政府高層，要求改變對法輪功等群體的非法處理手段。

根據海外法輪功媒體報導，他曾多次被中國官方機構或組織以黑社會手段騷擾、迫害。2009年2月4日起，高智晟與外界失去聯繫，2010年4月重新回到北京，並接受美聯社採訪。後再度與外界失去聯繫。

(三)劉曉波案例⁵

2008年，劉曉波發起與參與起草了《零八憲章》，並與300多名中國各界人士一同簽署。該憲章於同年12月10日世界人權日，聯合國《世界人權宣言》60周年時發表。《零八憲章》以捷克斯洛伐克《七七憲章》的風格寫成，主要是呼籲言論自由、人權和自由選舉。劉曉波在2008年12月8日被以「涉嫌煽動顛覆國家政權罪」刑事拘留，12月9日被監視居住。12月11日中國人權活動人士對劉曉波可能面臨長期監禁表示擔心。12月14日，香港支聯會三團體在中聯辦外示威要求釋放劉曉波。2009年6月23日，劉曉波因涉嫌煽動顛覆國家政權罪，經中國檢察機關批准逮捕。12月25日，北京市第一中級人民法院以煽動顛覆國家政權罪判處有期徒刑11年，剝奪政治權利兩年。一審判決書指控劉曉波在「觀察」、「BBC中文網」等境外網站上發表《中共的獨裁愛國主義》、《難道中國人只配接受「黨主民主」》、《通過改變社會來改變政權》、《多面的中共獨裁》、《獨裁崛起對世界民主化的負面效應》、《對黑窯童奴案的繼續追問》等「煽動性」文章，造謠和誹謗中國政府。劉還在《零八憲章》中提出「取消一黨壟斷執政特權」、「在民主憲政的架構下建立中華聯邦共和國」等多項主張，試圖煽動顛覆政府，判決後劉曉波表示將提出上訴。2010年2月11日北京高級人民法院駁回劉曉波的上訴維持原判。劉曉波於2010年5月26日開始，在遼寧省錦州監獄服刑。同年10月8日，在服刑期間獲得2010年諾貝爾和平獎⁶。

³ 詳見維基百科：

http://zh.wikipedia.org/wiki/%E8%89%BE%E6%9C%AA%E6%9C%AA#cite_note-56。

最後瀏覽日：2012年4月2日。

⁴ 詳見維基百科：

<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E9%AB%98%E6%99%BA%E6%99%9F>。

最後瀏覽日：2012年4月2日。

⁵ 詳見維基百科：

http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%8A%89%E6%9B%89%E6%B3%A2#cite_ref-nobel-announcement_0-0

最後瀏覽日：2012年4月2日。

⁶ 本案所衍生出監視居住的相關法律問題：

全文報導如下，請見：

<http://news.sina.com/ch/dworld/102-000-101-105/2009-03-20/04163726082.html>。

在 1997 年 1 月 1 日所施行之中華人民共和國刑事訴訟法(下稱刑事訴訟法)所定之強制措施總計有 27 條條文，分別為拘傳、取保候審、監視居住、拘留與逮捕等。而中華人民共和國刑事訴訟法亦經第 11 屆全國人大常委會第 22 次會議初次審議了中華人民共和國刑事訴訟法修正案(下稱修正草案)。

茲就相關規定先以表格方式作為與臺灣地區刑事訴訟法所規範強制處分不同之處，再就細節部分予以說明。

| 大陸地區 | 臺灣地區 |
|------|-----------------|
| 拘傳 | 拘提 |
| 取保候審 | 具保 |
| 監視居住 | 限制住居 |
| 拘留 | 拘提、逕行拘提、緊急拘捕、逮捕 |
| 逮捕 | 羈押 |

第一節 拘傳

拘傳是指公安機關、人民檢察院或人民法院，對於未被逮捕之犯罪嫌疑人、被告人，強制到案接受訊問之強制方式。依刑事訴訟法第 50 條規定：「人民法院、人民檢察院和公安機關根據案件情況，對犯罪嫌疑人、被告人可以拘傳、取保候審或者監視居住」，從強制到案的概念，類似我國刑事訴訟法所定之拘提程序。

一、拘傳之目的

拘傳之目的就在強制犯罪嫌疑人、被告人到案接受訊問、調查，或等候進一步之程序，故拘傳並無羈押之效力，在相關機關進行訊問後，如無其他強制措施欲進行時，應將被拘傳人釋放。

二、拘傳之程序及要件

在刑事訴訟法就拘傳之強制措施，未詳細規定要件，然在實務上，公安機關、人民檢察院及人民法院，就強制措施部分，均另有規定，分別是公安機關辦理刑事案件程序規定、人民檢察院刑事訴訟規則、最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋等。有關公安機關辦理刑事案件程序第 60 條規

2008 年 12 月 8 日被北京警方從家中帶走的劉曉波到今天為止已失去自由長達 100 天。今年年初，警方口頭告知劉曉波的妻子劉霞，對劉曉波採取的是「監視居住」。今天上午，劉霞自劉曉波被警方帶走之後第二次見到了丈夫。德國之聲記者採訪報導如下。據劉曉波的代理律師莫少平介紹說，「劉曉波的妻子劉霞今天上午獲准同劉曉波見面。這也是繼今年 1 月 1 日劉霞第一次見到受到監視居住的劉曉波之後，第二次獲准同丈夫見面」。莫少平律師說，劉霞告訴他，「軟禁」中的劉曉波精神狀態還好，基本上每半個月或者一個月才會有人向他訊問涉及有關案子的情況。莫少平說：「現在的情況從生活上來說，還是照顧得比較好。身體狀況還可以。在監視居住的房間配置了電視。也允許他看書了，但是據劉霞介紹，只允許他看一些小說類的書。並沒有給他看他想要的政治哲學類的書」。按照中國法律規定，監視居住最多可長達 6 個月。莫少平律師表示，如果公安機關把劉曉波帶走之後除了監視居住之外沒有其它任何強制措施，那麼對劉曉波的監視居住期就應該從 2008 年 12 月 8 日劉曉波被警方帶走的這一天起開始計算。莫少平還表示，從辯護律師的角度來看，中國官方對劉曉波的監視居住不符合中國相關法律規定，「第一，把劉曉波帶走的時候，警方出示的法律文件上的涉嫌罪名一欄是空白的。這是明顯違法的。因為你限制公民的自由，必須有他涉嫌違法的罪名。第二，按照中國相關的法律法規，如果被監視居住人有合法住所，應該首先考慮在其合法住所進行監視居住。中國警方把劉曉波帶到另外一個地點進行監視居住，這實際上就是變相羈押。這是中國法律明確禁止的。第三，同樣按照法律規定，親屬和律師可以隨時會見被監視居住的劉曉波，不經過批准。警方沒有回覆。「作為劉曉波的代理律師，莫少平直到現在都仍未被允許同劉曉波見面。他表示，劉曉波的案子今後會怎樣發展，目前還不好推定，」因為，具體劉曉波到底涉嫌的罪名是什麼現在都不是很清楚。現在準備指控他哪些犯罪事實也不清楚」。

定：「公安機關根據案件情況對需要拘傳的犯罪嫌疑人，或者經過傳喚沒有正當理由不到案的犯罪嫌疑人，可以拘傳到其所在市、縣內的指定地點進行訊問。需要拘傳的，應當填寫《呈請拘傳報告書》，並附有關材料，報縣級以上公安機關負責人批准」；又人民檢察院刑事訴訟規則第 32 條規定：「人民檢察院根據案件情況，對犯罪嫌疑人可以拘傳。拘傳應當經檢察長批准，簽發拘傳證」；另最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋第 64 條規定：「對經過依法傳喚，無正當理由拒不到庭，或者根據案件情況有必要拘傳的被告人，可以拘傳。拘傳由司法員警執行，執行人員不得少於二人。拘傳被告人時，應當出示拘傳票。對抗拘傳的，可以使用戒具」。茲將上開規定要件，分敘如下：

(一)由有權者簽發拘傳證或拘傳票

刑事訴訟法第 50 條之規定，有權拘傳之機關為公安機關、人民檢察院、人民法院，而依據上開實務上之相關執行規定，可以區分如下：

公安機關實施拘傳時，依公安機關辦理刑事案件程序第 60 條規定，應當填寫《呈請拘傳報告書》，並附有關材料，報縣級以上公安機關負責人批准。

人民檢察院實施拘傳時，依人民檢察院刑事訴訟規則第 32 條規定，則需由檢察長批准，簽發拘傳證。

人民法院實施拘傳時，依最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋第 64 條規定，則需由人民法院院長簽發拘傳票。

(二)拘傳之對象限於未被羈押之犯罪嫌疑人、被告人

刑事訴訟法乃係以在偵查中涉嫌犯罪之人稱為犯罪嫌疑人，經人民檢察院提起公訴後，即稱為被告人。而對於業經拘留、逮捕之犯罪嫌疑人，可以直接進行訊問，無須透過拘傳程序。再依刑事訴訟法之規定，拘傳僅限於犯罪嫌疑人與被告人，證人不適用拘傳之程序。

(三)執行拘傳時，應當出示拘傳證或拘傳票

(四)在拘傳證上填寫或註明到案訊問之起迄時間

依公安機關辦理刑事案件程序第 60 條第 2 項規定：犯罪嫌疑人到案後，應當責令其在《拘傳證》上填寫到案時間。訊問結束後，應當由其在《拘傳證》上填寫訊問結束時間。犯罪嫌疑人拒絕填寫的，偵查人員應當在《拘傳證》上註明。

(五)拘傳期限內應決定是否變更強制措施，若無，即應結束拘傳

依公安機關辦理刑事案件程序第 62 條、人民檢察院刑事訴訟規則第 36 條之規定，若需要對被拘傳人變更為其他強制措施的，應當在拘傳期間內作出批准或者不批准的決定；對於不批准的，應當立即結束拘傳。

(五)拘傳時間之限制

刑事訴訟法第 92 條第 2 項規定：拘傳持續的時間最長不得超過 12 小時，不得以連續拘傳的形式變相拘禁犯罪嫌疑人，避免無止境的訊問。

(六)變相拘禁之禁止

公安機關辦理刑事案件程序規定第 62 條、人民檢察院刑事訴訟規則第 34 條及最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋第 65 條規定，均認為拘傳犯罪嫌疑人或被告人到場後，應立即訊問，拘傳之時間最長不得逾 12 小時，亦不可以連續拘傳方式為之，均係為避免變相拘禁犯罪嫌疑人或被告人⁷。

⁷ 李忠誠著，刑事強制措施功能研究，載於法制與社會發展（雙月刊）2002 年第 5 期第 118 頁。

三、實務上對於拘傳之問題

由前開敘述可知，刑事訴訟法對於拘傳之規定較為簡略，拘傳之具體規定均由相關之規則加以補充，不論如何，均需以令狀為之，尚無法以無證拘傳之方式為之，雖對於人權保障較高，但因不簡便，在實務缺乏操作之誘因，茲將實務上就拘傳之強制措施所衍生之相關問題，分敘如下：

(一)拘傳之對象過於狹隘

如前所述，拘傳之對象僅限於犯罪嫌疑人及被告人，不包括證人，實與多數國家之立法制度不同，在刑事訴訟程序中，證人就案件之偵辦、審理往往有重大關係，若證人無正當理由拒絕作證或出庭，對於刑事訴訟案件之偵查、審判，將致案件陷於停擺或無法進行之窘境，但大陸地區對於刑事案件之證人拒不出庭之情形，在制度上、安全上均缺乏相對應之規定，且在歷史文化上，多數人往往秉持事不關己之態度，而拒絕出庭，不僅對於偵查機關追訴犯罪有所遲誤，對於被告人之人權保障亦有不足，若無法以拘傳之強制措施強制證人到案作證，將使人民作證義務形容虛設，基於上述理由實有將證人納入拘傳之對象。

(二)拘傳次數及連續拘傳之間隔立法定義不明

刑事訴訟法第92條第2項規定：傳喚、拘傳持續的時間最長不得超過12小時，不得以連續傳喚、拘傳的形式變相拘禁犯罪嫌疑人，立法上除避免無止境的訊問外，乃係避免變相拘禁犯罪嫌疑人或被告人。但由於並未進一步規範兩次拘傳間之時間，且就連續之定義缺乏明文，因此實務上恐難杜絕以拘傳之方式變相拘禁之弊端。

(三)欠缺救濟程序

遍觀刑事訴訟法，就強制措施並未賦予犯罪嫌疑人、被告人在被採取強制措施時的抗告權，法律未對犯罪嫌疑人、被告人的救濟程序和救濟途徑作出規定，強制措施缺乏有效的救濟措施，難以防止強制措施被濫用之危險發生。對於強制措施予以救濟，能夠制約強制措施的濫用，並能給予受到不同形式強制措施之公民有效的權利救濟機會和途徑。為保護犯罪嫌疑人、被告人的合法權利，應賦予其通過正當管道進行抗告的權利，並保證權利能夠行使⁸。

錯誤的拘傳不僅對人民的聲譽造成損害，而且會使其蒙受一定的經濟損失。這種給人民帶來的損失由誰來承擔，現行法律法規缺乏相應規定。但這種公權力對公民基本權利的侵害，若予以忽視，不利於人權的保障，自應予以賠償。國家賠償法應當把錯誤拘傳列入賠償的範圍。但是，現行的中華人民共和國國家賠償法沒有將錯誤拘傳列入賠償範圍，當事人的損失要得到賠償就沒有法律依據，自有修法之必要。

(四)實務上以變相方式替代拘傳，規避法律審查

1、拘傳強制措施之缺失

公安機關為何以其他變相方式取代拘傳，乃因拘傳程序有相當之問題，分敘如下：

(1)拘傳程序複雜、耗時

傳喚與拘傳之審批程序，如前所述，均由承辦之偵查人員填寫「呈請傳喚(拘傳)報告書」，再由長官予以批准，始可核發傳喚通知書或拘傳證，其程序不僅要書面而且要事前申請，相較非刑事訴訟法所定之留置、口頭傳喚或抓補(詳後述)之方式，更顯得繁瑣，且就留置之程序上，乃屬於事後審查，公安人員可於犯罪

⁸ 梅勝著，刑事強制措施救濟的理論基礎與價值，載於重慶電子工程職業學院學報2010年3月，第19卷第2期第26頁。

嫌疑人到場後視情況決定後續應採取何處置，例如申請延長留置或拘留等，故偵查人員就便利性而言，當會捨程序複雜之拘傳而不用。

(2) 無法應付緊急狀況下之辦案需求

由於在偵查程序中，犯罪事實是浮動的，且時常會出現緊急狀況，然而拘傳之強制措施乃係採取令狀原則，即有證拘傳之制度，並無無證拘傳之狀況，倘於緊急狀況下，根本無法要求偵查人員申請拘傳證，然而公安機關可依據中華人民共和國人民警察法內有關留置之規定，雖然留置非屬刑事訴訟法所定之強制措施，然在操作上有即時、強制之功能，且可控制人民之人身自由，在程度上具有無證逮捕之功能，當為偵查人員所願意使用。

(3) 拘傳之法定時間較短

拘傳之期間不得超過 12 小時，然對於某些案情特別複雜之案件，或有共犯在逃或不明時，偵查機關恐認拘傳之時間不符合偵查之需求，然依前述留置盤查之情況，不僅是事後才需要申請審查，且留置盤查時間最長可達到 48 小時⁹，當符合偵查人員之要求。實務上曾發生以瞭解狀況為由，先找犯罪嫌疑人約談，等待時機成熟時，在出示拘傳證；或偵查人員與黨部之紀律委員聯合辦案，借用紀律委員之「雙規¹⁰」；或偵查人員與監察機關聯合辦案，借用監察機關的「兩指¹¹」時間，充分利用最長 48 小時的留置時間，再輔以拘傳之手段等，達到犯罪偵查之目的。

(4) 拘傳強制措施之彈性不足

偵查機關可依照案件類型之不同，選擇到案措施，例如可先以傳喚之方式為之，對於突發狀況更可直接採用抓捕的方式，然後配合留置，使偵查機關可以多樣化選擇辦案方式。因此單純的拘傳方式，實無法滿足偵查機關強制犯罪嫌疑人到案之需求。

2、替代拘傳之方式

(1) 以盤問、檢查取代拘傳

依中華人民共和國人民警察法第 9 條之規定：「為維護社會治安秩序，公安機關的人民警察對有違法犯罪嫌疑的人員，經出示相應證件，可以當場盤問、檢查；經盤問、檢查，有下列情形之一的，可以將其帶至公安機關，經該公安機關批准，

⁹ 留置盤查與拘傳之法源不同，留置盤查乃係依據中華人民共和國人民警察法第 9 條第 2 項之規定。詳細內容為：「為維護社會治安秩序，公安機關的人民警察對有違法犯罪嫌疑的人員，經出示相應證件，可以當場盤問、檢查；經盤問、檢查，有下列情形之一的，可以將其帶至公安機關，經該公安機關批准，對其繼續盤問：

- (一) 被指控有犯罪行為的；
- (二) 有現場作案嫌疑的；
- (三) 有作案嫌疑身份不明的；
- (四) 攜帶的物品有可能是贓物的。

對被盤問人的留置時間自帶至公安機關之時起不超過二十四小時，在特殊情況下，經縣級以上公安機關批准，可以延長至四十八小時，並應當留有盤問記錄。對於批准繼續盤問的，應當立即通知其家屬或者其所在單位。對於不批准繼續盤問的，應當立即釋放被盤問人」；另請參閱柴春雨著試論我國刑事拘傳措施的現狀與對策，刊載於雲南警官學院學報，2008 年第 5 期，第 108 頁。

¹⁰ 中國共產黨紀律檢查機關案件檢查工作條例第 28 條第 3 款所規定：要求有關人員在規定的時間、地點就案件所涉及的問題作出說明，簡稱雙規。通常是指高級黨政人員在接受檢查機關調查前，所經歷的黨內調查和人身自由限制。

¹¹ 依行政監察法第 20 條規定：監察機關在調查違反正紀律行為時，可以根據實際狀況，責令有違反行政紀律的人員在「指定的時間、地點」，就所涉及的問題解釋及說明，但不得對該人實行拘禁或變相拘禁，俗稱兩指。

對其繼續盤問：

- (一) 被指控有犯罪行為的；
- (二) 有現場作案嫌疑的；
- (三) 有作案嫌疑身份不明的；
- (四) 攜帶的物品有可能是贓物的。

對被盤問人的留置時間自帶至公安機關之時起不超過二十四小時，在特殊情況下，經縣級以上公安機關批准，可以延長至四十八小時，並應當留有盤問記錄。對於批准繼續盤問的，應當立即通知其家屬或者其所在單位。對於不批准繼續盤問的，應當立即釋放被盤問人。

經繼續盤問，公安機關認為對被盤問人需要依法採取拘留或者其他強制措施的，應當在前款規定的期間作出決定；在前款規定的期間不能作出上述決定的，應當立即釋放被盤問人」，可知在符合一定之條件下，公安機關可將被盤問人帶至公安機關，時間則從 24 小至 48 小時，行為初始無須任何令狀，僅需出示相關證件即可，且上開第 9 條第 1 項各款之規定，業已涵蓋有關刑事犯罪之情況，即在上開情況下，給予公安機關相當大之誘因，大可以盤問、檢察之方式進行刑事偵查，用以規避拘傳之強制措施。

且關於盤問之規定，上有公安機關適用繼續盤問規定，其中規定公安派出所負責人可以決定繼續盤問 12 小時，必要時可報請審批，延長至 24 小時至 48 小時。

(2) 以口頭傳喚或抓捕取代拘傳

口頭傳喚與抓捕乃法無明文規定之行為，係實務上所自行發展出之偵查模式，抓補係突然發現犯罪嫌疑人或犯罪嫌疑人突然逃走毀損證據時所使用，但因口頭傳喚、抓補法無明文，偵查人員通常在犯罪嫌疑人到案後，視案情複雜程度補辦傳喚或者留置審批程序，以取得合法性。

四、2011 年關於拘傳之修正草案

2012 年新修正刑事訴訟法第 47 條內容，乃係將刑事訴訟法第 92 條改為第 116 條，第 2 款修改為：「傳喚、拘傳持續的時間不得超過 12 小時；案情重大、複雜，需要採取拘留、逮捕措施的，傳喚、拘傳持續的時間不得超過 24 小時」、「不得以連續傳喚、拘傳的形式變相拘禁犯罪嫌疑人。傳喚、拘傳犯罪嫌疑人，應當保證犯罪嫌疑人必要的飲食、休息時間」，明確將拘傳之時間、方式及拘傳後之飲食保障明定於修正草案內，對於人權保障，確實有大幅度的進展。但對於持續時間的延長，卻是反其道而行，此詳後述。

五、兩岸有關於拘傳強制措施之比較

在我國刑事訴訟法係以檢察官為偵查主體，司法員警機關則為偵查輔助機關，因此，司法員警機關擁有對人之強制處分權力較少，以類似大陸地區拘傳之強制處分而言，在我國法律概念上，應與拘提之強制處分較為相近。拘提乃係於一定時期以內拘束被告自由之強制處分，在偵查中，拘提之強制處分，均係由檢察官決定。司法警察機關並無拘提之決定權，但司法警察機關為調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據之必要，得使用通知書。於審判時，拘提權限係由法院決定，當事人並無聲請權。而大陸地區有權拘傳之機關為公安機關、檢察機關及法院已如前述。

有關救濟管道而言，因傳喚乃係「間接之強制處分」，即單就傳喚本身而言，國家並未使用直接強制力，係被告經合法傳喚後有到場之義務，否則得命拘提

之。而拘提之強制處分，係對於人身自由之干預，然我國因執行拘提後，會伴隨其他強制處分，因此，對於拘提之強制處分，並無救濟之規定。

第二節 取保候審

刑事訴訟法於 1996 年修正時，作出突破性改革，原有保證人制度外另行增定以保證金代替保證人的取保候審制度。究其原因乃自 1979 年採取改革開放之政策，社會經濟人力大幅提升，倘若拘泥保證人制度，不僅易使保證人制度流於形式，更難以應付社會上之需求，故於 1996 年全面修正，以因應需求。

一、意義

依刑事訴訟法第 50 條至 56 條、第 58 條之規定，所謂取保候審，係指在刑事訴訟程序中，由犯罪嫌疑人、被告人或法定其他人員提出申請，經人民法院、人民檢察院或公安機關同意後，責令犯罪嫌疑人、被告人提出保證人或繳納保證金，保證犯罪嫌疑人、被告人不逃避或妨礙偵查、起訴及審判，並隨傳隨到之強制方法。

二、性質

取保候審制度雖為羈押之替代措施，但性質上仍屬強制措施，係由偵查機關或法院基於法定職權，所限制人民權利之強制處分。學者¹²以取保候審制度與英國保釋制度相論，認為取保候審乃係權力制度，而保釋制度乃係權利性質，有本質上之差異。且中國設立取保候審制度之目的並非為了保障犯罪嫌疑人、被告人在一定條件下獲得人身自由的權利，而是為了保障公、檢、法機關有效行使刑事司法權力，保證刑事訴訟的順利進行。與英國保釋制度相比，中國的取保候審制度性質是一種權力制度，取保候審是公、檢、法機關的權力，而英國的保釋制度性質是權利制度，獲得保釋是被逮捕人或被羈押人的法定訴訟權利。立法思想、理念不同，自然程序設計之重心也不同，在訴訟中的權利保障也不同。

三、功能

（一）預設功能

偵查程序中取保候審的預設功能包含自由保障與偵查保障功能。自由保障功能係在確保犯罪嫌疑人於取保後審制度下，不逃避追訴之同時，相較於羈押之強制措施，享有較大程度之人身自由。依刑事訴訟法第 51 條及 60 條之規定，取保候審之強制措施，通常是用於犯罪情節或社會危害輕微之犯罪，有患病、懷孕或者哺乳之犯罪嫌疑人，從立法上之規定，乃較為偏向保障犯罪嫌疑人之人身自由。

而偵查保障功能，指透過一定期限內，對犯罪嫌疑人之人身自由加以控制，保證其隨時接受訊問和調查。依刑事訴訟法第 65、69、74 條之規定，取保候審也適用於需逮捕但是證據不足、不批准逮捕、羈押期限屆滿但需要繼續偵查的犯罪嫌疑人，上開情形之取保候審乃與偵查作為息息相關，偏向偵查之保障。

從上開立法之順序，先以刑事訴訟法列舉情節輕微或社會危害不大等適用規定，又以補充規定增列證據不足、不批准逮捕、羈押期限屆滿不能終結等理由，而認取保候審之主要功能為自由保障，次要功能則為偵查保障¹³。

（二）犯罪控制功能

中國在刑事訴訟立法及司法實務中，乃係以犯罪控制為中心，從社會安全與國家利益出發來設計與運作刑事司法程序，強調追訴犯罪之刑事訴訟手段與方法之採用。當控制犯罪與權利保障發生衝突時，司法實務上往往係以刑事司法最根

¹² 徐靜村、潘金貴著，論英國保釋制度及其借鑑意義，載於陳衛東主編保釋制度與取保候審，2003 年版第 149 頁。

¹³ 左衛民等著，中國刑事訴訟運行機制實證研究，法律研究社，2007 年 7 月版，第 131 頁。

本的利益在於控制犯罪、維護社會秩序與社會安全，自由權利保障若與上開情狀衝突時，自應退縮。此理念反應在取保候審制度上，犯罪控制價值觀認為取保候審制度不僅應確保犯罪嫌疑人、被告人出庭，使刑事訴訟程序順利進行，更應被用於保護社會免遭淺在的危險。也是因為上開理念，取保候審被定位為強制措施，是一種權力，而非犯罪嫌疑人之權利。

對取保候審的決定者而言，是否採取取保候審，乃是以此強制措施是否足以保證刑事訴訟程序得以順利進行加以考量，而非著眼於保障犯罪嫌疑人、被告人之人身自由。就犯罪控制目的之重視，實務上公安機關、人民檢察院、人民法院只要認為採取取保候審有風險時（即‘不到案之風險’），即會採取更強烈的強制措施，因此，在刑事訴訟程序中之犯罪嫌疑人、被告人，所面臨之強制措施，羈押乃屬常態，釋放乃屬例外狀況。

取保候審預期功能未獲實現，癥結點在於權力中心主義的思想結構，取保候審決定程序在犯罪控制之理念下，被設計為高度行政化的單方決定，偵查機關擁有幾乎不受限制之權力，且在此過程中也欠缺外部權力的限制，因此犯罪嫌疑人的權益也難以獲得確保。

四、程序及要件

（一）取保候審之程序

1、申請人：依刑事訴訟法第 52 條規定，應由被羈押之犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近親屬提出申請。

2、決定機關：依刑事訴訟法第 51 條規定，係由人民法院、人民檢察院和公安機關決定。

3、執行機關：統由公安機關執行。

4、交納保證金或提出保證人依刑事訴訟法第 53 條規定，當准許取保候審後，應當責令犯罪嫌疑人、被告人提出保證人或者交納保證金。

5、保證金種類及數額：

（1）種類：依公安機關辦理刑事案件程序規定第 75 條第 2 項規定，保證金應當以人民幣或者可以在中國金融機構兌換的貨幣的形式交納。

（2）數額：依公安機關辦理刑事案件程序規定第 75 條第 1 項規定：保證金的數額應當根據當地的經濟發展水準、犯罪嫌疑人的經濟狀況、案件的性質、情節、社會危害性以及可能判處刑罰的輕重等情況，綜合考慮確定；另依人民檢察院刑事訴訟規則第 44 條規定：採取擔保金擔保方式的，人民檢察院可以根據犯罪的性質和情節，犯罪嫌疑人的人身危險性、經濟狀況和涉嫌犯罪數額，責令犯罪嫌疑人交納一千元以上的保證金。

（二）取保候審之要件

准許取保候審，須符合下列要件：

1、可判處管制、拘役或者獨立適用附加刑的（第 51 條第 1 項第 1 款）。

2、可判處有期徒刑以上刑罰，採取取保候審、監視居住不致發生社會危險性的（第 51 條第 1 項第 2 款）。

3、對應當逮捕的犯罪嫌疑人、被告人，如果患有嚴重疾病，或者是正在懷孕、哺乳自己嬰兒的婦女，可以採取取保候審（第 60 條第 2 項）。

4、犯罪嫌疑人、被告人被羈押的案件，不能在本法規定的偵查羈押、審查起訴、一審、二審期限內辦結，需要繼續查證、審理的者（第 74 條）。

（三）種類

取保候審制度的類型，可分成保證人保證及保證金保證。就保證人保證之制度，

係以保證人信用為保證，可藉由保證人與犯罪嫌疑人、被告人之關係，對犯罪嫌疑人、被告人有精神上及心理上之制約，使犯罪嫌疑人、被告人不治逃亡、或妨礙偵查、起訴和審判；另再透過保證人監督犯罪嫌疑人、被告人，履行訴訟義務。

保證金制度在以經濟上利益方式制約犯罪嫌疑人、被告人，使交納保證金之人可有效監督犯罪嫌疑人、被告人，確保履行刑事訴訟之義務。

（四）保證人之條件

依刑事訴訟法第 54 條之規定，保證人必須符合下列條件：

- 1、與本案無牽連；
- 2、有能力履行保證義務；
- 3、享有政治權利，人身自由未受到限制；
- 4、有固定的住處和收入。

（五）保證人義務及責任

1、義務

依刑事訴訟法第 55 條第 1 項規定，保證人應履行之義務為：

- （1）監督被保證人遵守本法第 56 條的規定；
- （2）發現被保證人可能發生或者已經發生違反本法第 56 條規定的行為的，應當及時向執行機關報告。

2、責任

依刑事訴訟法第 55 條第 2 項之規定，被保證人有違反本法第 56 條規定的行為，保證人未及時報告的，對保證人處以罰款，構成犯罪的，依法追究刑事責任。

罰款數額法律並未明定，在罰款時，當應考量具體個案、違反義務之情節輕重等因素為之。

又依公安機關辦理刑事案件程序規定第 73 條之規定，對犯罪嫌疑人採取保證人保證的，如果保證人在取保候審期間情況發生變化，不願繼續擔保或者喪失擔保條件，應當責令犯罪嫌疑人重新提出保證人或者交納保證金；另依人民檢察院刑事訴訟規則第 48 條採取保證人保證方式的，如果保證人在取保候審期間不願繼續擔保或者喪失擔保條件的，應當責令犯罪嫌疑人重新提出保證人或者變更為保證金擔保方式，並將變更情況通知公安機關。

（六）犯罪嫌疑人、被告人應遵守的規定

依刑事訴訟法第 56 條規定，被取保候審的犯罪嫌疑人、被告人應當遵守以下事項：

- 1、未經執行機關批准不得離開所居住的市、縣；
- 2、在傳訊的時候及時到案；
- 3、不得以任何形式干擾證人作證；
- 4、不得毀滅、偽造證據或者串供。

若違反上開規定時，依同條第 2 項之規定，被取保候審的犯罪嫌疑人、被告人違反前款規定，已交納保證金的，沒收保證金，並且區別情形，責令犯罪嫌疑人、被告人具結悔過，重新交納保證金、提出保證人或者監視居住、予以逮捕。犯罪嫌疑人、被告人在取保候審期間未違反前款規定的，取保候審結束的時候，應當退還保證金。

（七）履行保證義務之認定機關

履行保證義務與否關係到沒收保證金及處罰款之規定，然是否履行保證義務，刑事訴訟法並無明文規定，其相關實務上依循之規定，散見在各條文，分敘

如下：

- 1、最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、國家安全部、司法部、全國人大常委會法制工作委員會關於刑事訴訟法實施中若干問題的規定第 22 條規定，對犯罪嫌疑人採取保證金保證的，由決定機關根據案件具體情況確定保證金的數額。取保候審保證金由公安機關統一收取和保管。對取保候審保證人是否履行了保證義務，由公安機關認定，對保證人的罰款決定，也由公安機關作出。具體辦法由公安部會同最高人民法院、最高人民檢察院、國家安全部制定。由此可知，乃係由公安機關認定保證人是否履行保證義務。
- 2、依公安機關辦理刑事案件程序規定第 71 條規定，保證人應當填寫《保證書》，並在《保證書》上簽名或者蓋章。被保證人違反應當遵守的規定，保證人未及時報告的，公安機關查證屬實後，經縣級以上公安機關負責人批准，簽發《對保證人罰款決定書》，對保證人處以罰款；構成犯罪的，依法追究刑事責任；第 72 條規定對保證人的罰款決定，公安機關應當向保證人宣佈，並告知其如果對罰款決定不服，可以在收到《對保證人罰款決定書》之日起的 5 日以內向上一級公安機關申請復核一次。上一級公安機關應當在收到復核申請書之日起的 7 日內作出決定。對上級公安機關撤銷或者變更罰款決定的，下級公安機關應當執行。
- 3、人民檢察院刑事訴訟規則第 52 條第 1 項規定，人民檢察院對違反刑事訴訟法第五十六條規定的犯罪嫌疑人，已交納保證金的，應當通知收取保證金的公安機關予以沒收，並且根據案件的具體情況，責令犯罪嫌疑人具結悔過，重新交納保證金、提出保證人或者監視居住、予以逮捕。
- 4、依公安機關辦理刑事案件程序規定，有針對犯罪嫌疑人違反取保候審規定時，公安機關應處理之程序，茲將相關規定羅列如下：

第 78 條規定，犯罪嫌疑人在取保候審期間違反有關規定的，公安機關應當根據其違法行為的情節，決定沒收部分或者全部保證金，並且區別情形，責令其具結悔過、重新交納保證金、提出保證人，或者變更為監視居住，或者提請人民檢察院批准予以逮捕。

第 79 條規定需要沒收保證金的，應當經過嚴格審核後，報縣級以上公安機關負責人批准，簽發《沒收保證金決定書》。決定沒收較高數額保證金的，應當經地（市）級以上公安機關負責人批准。

第 80 條規定沒收保證金的決定，公安機關應當在 7 日以內向犯罪嫌疑人宣讀，並責令其在《沒收保證金決定書》上簽名（蓋章）、捺指印；犯罪嫌疑人在逃的，應當向犯罪嫌疑人的家屬、法定代理人或者單位宣佈，並要求其家屬、法定代理人或者單位的負責人在《沒收保證金決定書》上簽名或者蓋章。犯罪嫌疑人或者其家屬、法定代理人、單位負責人拒絕簽名或者蓋章的，公安機關應當在《沒收保證金決定書》上註明。

第 81 條規定公安機關向犯罪嫌疑人宣讀《沒收保證金決定書》的同時，應當告知其對沒收保證金的決定不服的，可以在 5 日以內向上一級公安機關申請復核一次。上一級公安機關應當在收到復核申請書之日起的 7 日以內作出決定。對上級公安機關撤銷或者變更沒收保證金決定的，下級公安機關應當執行。

（八）取保候審程序之終結

刑事訴訟法第 58 條規定，人民法院、人民檢察院和公安機關對犯罪嫌疑人、被告人取保候審最長不得超過 12 個月，監視居住最長不得超過 6 個月。在取保候審、監視居住期間，不得中斷對案件的偵查、起訴和審理。對於發現不應當追

究刑事責任或者取保候審、監視居住期限屆滿的，應當及時解除取保候審、監視居住。解除取保候審、監視居住，應當及時通知被取保候審、監視居住人和有關單位。

五、取保候審於實務上之問題

取保候審制度從司法實際情況來看，適用率不高，其中有些規定並非完善，且執行取保候審制度過程中亦有相關問題。下列就取保候審制度存在的缺陷，加以敘述，並指出刑事司法改革向科學化、民主化發展的基本目標是保障人權。

(一) 執法觀念存在偏差，有罪推定的觀念仍根深蒂固

儘管中國法治化進程的推進，無罪推定原則已逐漸被人們所接受，但是在判決被告人有罪之前應繼續保持其自由狀態的法理卻不被人重視。中國刑事訴訟程序中，所採取之體制是職權主義模式，操作上，仍可以看到長期存留的有罪推定的思維。

(二) 取保候審適用範圍和條件彈性過大，不僅不易操作而且為腐敗提供了空間

學者認為從社會學角度來看，把愈來愈多、模糊的、極為彈性的、過於寬泛的和不准確的規定引入法律制度之中，又無異於對法律的否棄和對某種形式的專制統治的肯定。這種狀況必定會增加人們的危險感和不安全感¹⁴。主要表現為：一、對不致發生社會危險性，法律沒有明確規定，而作出判斷又比較困難的，司法實踐中採取取保候審往往為個別辦案人辦人情案、關係案提供了機會，因而導致訴訟延誤的現象屢有發生。二、對嚴重疾病的界定問題沒有嚴格規定，鑑定的方法和部門。辦案過程中習慣性的依據是醫院證明，而需要什麼級別的醫院也沒有明確限制，這就給執法者留下了極大的自由裁量的餘地，為隨意擴大取保候審範圍提供了條件。

(三) 取保候審決定權與執行權分離

取保候審在適用上較為混亂，主要表現在：一、刑訴法第51條明確規定取保候審的執行機關是公安機關。這雖有利於貫徹決定權與執行權相分離原則，但檢察機關對於直接受理偵查案件適用取保候審，卻要交公安機關執行，容易造成工作中的脫節，既加大公安機關的工作量，又不利於檢察機關對被取保候審人的監督。另外，在由公安機關自行決定取保候審時，就會出現決定權與執行權不分的情況。

(四) 取保候審的期限模糊

刑事訴訟法對取保候審的期限作了規定，即人民法院、人民檢察院、公安機關對犯罪嫌疑人、被告人取保候審最長不超過12個月。但由於三機關都可適用該措施，導致實踐中，三機關往往把該期限視為各自適用時的期限，而不是總期限，結果犯罪嫌疑人、被告人最長可被取保候審達36個月。

(五) 保證形式過於單純

刑事訴訟法只規定了人保和財產保兩種取保候審形式，立法沒有規定其他保證方式。財產保僅限於人民幣，這就使得擁有足額的財產，但缺乏足額的貨幣的人難以獲得取保候審，且保證金只有下限的規定而沒有上限的規定。使得實踐中保證金的收取數額的隨意性太大。

(六) 取保候審程序上的行政化

刑事訴訟法已經明確規定犯罪嫌疑人、被告人可以申請取保候審，但審判前階段的取保候審的決定權仍然掌握在負責辦案的公安機關、檢察機關手中。而這

¹⁴ 博登海默著，法理學-法律哲學與法律方法，鄧正來翻譯，中國政法大學出版社，1999年第103頁。

兩機關對取保候審的審查也是由長官決定，完全是行政方式。法院所做的審查在程序上也是採取的典型的行政方式，而不是司法方式。因此，欠缺當事人參與，缺乏中立的裁量，缺乏有效的救濟，是一個純粹行政化的強力程序。

(七)取保候審之監督及救濟制度不完善

刑事訴訟法未規定取保候審的監督措施，取保候審的執行機關統一為公安機關，試圖解決由決定者執行的不利於管理和監督的弊端，但沒有達到理想的效果。常是收取保證金之後再無監管，只要被取保人達到及時到庭、不違法犯紀即可，而不論取保期間是否應該嚴格履行法定義務，導致被取保人逃跑亡情況也比較多，這也是取保候審在實踐中採用較少的重要原因。

六、改善取保候審制度

(一)思想觀念的轉變

觀念轉變應當屬於取保候審制度改革的前提條件。因此要進行改革必須在思想觀念上首先轉變。立法和刑事司法工作人員要轉變執法理念，增強保障人權的意識。因此，取保候審制度應建立在無罪推原則之基礎上。

(二)明確規定取保候審要件，適當擴大適用範圍

如果取保候審是犯罪嫌疑人、被告人的一項基本權利，那就應當將其原則性地適用於一般刑事案件。因此任何犯罪嫌疑人、被告人在任何訴訟階段都有權聲請取保候審。偵察和審判機關在沒有取得合法逮捕和羈押的許可前，或法律規定的特殊情形下，對任何犯罪嫌疑人、被告人都應當准予取保候審，以最大限度地發揮取保候審制度保障人權的作用。而對於不得取保候審的情形，刑事訴訟法應當採取列舉的方式，如危害國家安全的犯罪、暴力型的嚴重犯罪、有反覆實施特定犯罪之虞、有違反取保候審規定的記錄、為組織犯罪的首犯主要成員；是否流竄犯罪過多次多地犯罪等。這些要素都可能導致被取保者棄保或繼續犯罪、毀滅證據、報復甚至殺害證人，因此屬於不可取保的情形之列。

(三)重新分配取保候審的決定權和執行權，加強監督制約

從權力分立的性質，要防止濫用權力就必須以權力制約權力。應加強對取保候審決定程序的監督。保護犯罪嫌疑人及被告人的權利，是處理懲罰犯罪與保障人權關係的基本價值取向。由於人民檢察院的準司法性質，可按照下列措施重新劃分取保候審的決定權：第一，在公安機關負責偵查的刑事案件中，檢察院處於獨立於公安機關和犯罪嫌疑人的中立地位，對公安機關申請取保候審的審理進行審查判斷，決定是否批准取保候審。第二，法院只是在人民檢察院自偵案件和審查起訴的過程中申請取保候審時，才介入審前程序，對檢察院取保候審作出決定。第三，檢察院和法院不得在沒有他方申請的前提下，主動決定對犯罪嫌疑人、被告人適用取保候審。即使在審判階段也必須是以公訴人或自訴人的申請為先行條件，法院才能決定取保候審。

(四)明確取保候審的期限

鑒於取保候審對人身自由之限制，應制定一個合理的期限，此期限須兼顧偵查之進行及維護人權，應把握取保候審的12個月的期間，包括公安機關的偵查、檢察機關的審查起訴以及人民法院的審查期限總共不能超過12個月，以防止三機關在取保候審的期限問題上各自決定、獨自適用，以致權力濫用和失控現象的發生。

(五)完善保證形式

第一，實行雙保制。單純的人保和財產保在某些情況下並不足以達到保證的作用。而採用雙保方式，即同時以人保和財保之方式為取保候審，則符合不同層

次的需要。第二，增設保證人保證金制度。保證人在通過自己的信用為被追訴者作保證的同時，再拿出一筆保證金為自己履行保證義務作擔保。在被追訴者能夠遵守法律、法規的情況下，可以在訴訟活動終結後將保證金予以退還。這一制度將保證人的保證責任與被保證人的行為同視，保證人就會提高自己的主觀積極性。同時，執法機關在保障人不履行保證義務，決定對其進行罰款處罰時，也可用保證金來抵扣罰金，便於執行。第三，增加財物保。刑事訴訟法只規定了金錢擔保，而未規定其他財產擔保。從這客觀上增加了當事人申請取保候審的難度，應該增定以其他財產保險，作為取保候審制度的保證機制。

(六)完善對取保候審制度的救濟機制

首先，增加規定取保候審的申請人對駁回申請的決定，對保證金的數額有異議的可以要求復議。針對申請取保候審的問題，復議程序應當給予申請人增加一次申辯的機會，以有利於公安司法機關慎重對待取保候審的申請，而更好地保護犯罪嫌疑人、被告人的權利。其二，增加規定對於不予取保候審，沒收保證金和撤銷取保候審的決定，被取保候審人有權根據具體的決定機關分別向另一機關提出申訴。第三，增加規定保證人對罰款或沒收保證金不服，也可以根據決定機關的不同分別向另一機關提出救濟方式。因為對保證人的處罰是一種嚴重影響保證人的信用和經濟權利的處罰，應當有相對中立的機關的事後審查。

綜上所述，刑事司法理念的轉變是取保候審制度改革成功的另一關鍵因素。尊重和保障人的尊嚴是現代社會的一項基本價值，也是人類文明的一種境界，應使刑事訴訟制度更加地民主化和科學化。

七、2012年新修正刑事訴訟法之規定

修正草案第25條內容，乃係將第51條改為第64條，修改為：「人民法院、人民檢察院和公安機關對於有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以取保候審：

- 「（一）可能判處管制、拘役或者獨立適用附加刑的；
 - 「（二）可能判處有期徒刑以上刑罰，採取取保候審不致發生社會危險性的；
 - 「（三）羈押期限屆滿，案件尚未辦結，需要採取取保候審措施的。
- 「取保候審由公安機關執行。」

修正草案第27條內容，係將第55條改為第68條，修改為：「保證人應當履行以下義務：

- 「（一）監督被保證人遵守本法第六十九條的規定；
- 「（二）發現被保證人可能發生或者已經發生違反本法第六十九條規定的行為的，應當及時向執行機關報告。

「被保證人有違反本法第六十九條規定的行為，保證人未履行保證義務的，對保證人處以罰款，構成犯罪的，依法追究刑事責任。」

修正草案第28條內容，將第56條改為三條，作為第六十九條、第七十條、第七十一條，修改為：

- 「第六十九條被取保候審的犯罪嫌疑人、被告人應當遵守以下規定：
- 「（一）未經執行機關批准不得離開所居住的市、縣；
- 「（二）住址、工作單位元和聯繫方式發生變動的，在二十四小時以前向執行機關報告；
- 「（三）在傳訊的時候及時到案；
- 「（四）不得以任何形式干擾證人作證；
- 「（五）不得毀滅、偽造證據或者串供。

「人民法院、人民檢察院和公安機關可以根據案件情況，責令被取保候審的犯罪嫌疑人、被告人遵守以下一項或者多項規定：

- 「（一）不得進入特定的場所；
- 「（二）不得與特定的人員會見或者通信；
- 「（三）不得從事特定的活動；
- 「（四）將旅行證件、駕駛證件交執行機關保存。

「被取保候審的犯罪嫌疑人、被告人違反前兩款規定，已交納保證金的，沒收部分或者全部保證金，並且區別情形，責令犯罪嫌疑人、被告人具結悔過，重新交納保證金、提出保證人，或者予以逮捕。

「對於違反取保候審規定，需要予以逮捕的，可以對犯罪嫌疑人、被告人先行拘留。

「第七十條取保候審的決定機關應當綜合考慮保證訴訟活動正常進行的需要，被取保候審人的社會危險性，案件的情節、性質，可能判處刑罰的輕重，被取保候審人的經濟狀況等情況，確定保證金的數額。

「取保候審保證金的數額確定後，提供保證金的人應當將保證金存入執行機關指定銀行的專門帳戶。

「第七十一條犯罪嫌疑人、被告人在取保候審期間未違反本法第六十九條規定的，取保候審結束的時候，憑解除取保候審的通知到銀行領取退還的保證金。」修正草案第34條內容規定，增加一條，作為第77條：「公安機關對於監視居住、取保候審的決定，應當立即執行。執法人員對監視居住、取保候審決定，不嚴格執行，貽誤案件辦理的，依法追究責任。」

修正草案第42條規定，將第75條改為第97條，修改為：「人民法院、人民檢察院或者公安機關對於被採取強制措施法定期限屆滿的犯罪嫌疑人、被告人應當予以釋放、解除取保候審、監視居住或者依法變更強制措施。犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近親屬或者辯護人對於人民法院、人民檢察院或者公安機關採取強制措施法定期限屆滿的，有權要求解除強制措施。」

修正草案第45條規定，增加1條，作為第114條：「當事人和辯護人、訴訟代理人、利害關係人認為司法機關及其工作人員有下列行為之一，侵犯其合法權益的，有權向該司法機關申訴或者控告：

- 「（一）採取強制措施法定期限屆滿，不依法予以釋放、解除或者變更強制措施的；
- 「（二）應當退還取保候審保證金不依法退還的；
- 「（三）違法採取搜查、查封、扣押、凍結等偵查措施的；
- 「（四）應當解除查封、扣押、凍結不依法解除的；
- 「（五）阻礙辯護人、訴訟代理人依法履行職責的。

「受理申訴或者控告的機關應當及時處理。對處理不服的，可以向同級或者上一級人民檢察院申訴。人民檢察院對申訴應當及時進行審查，必要時可以對有關情況進行調查核實；對於情況屬實的，依法予以糾正。」

取保候審制度乃係對於人身自由干預較小的強制措施，且修法前取保候審制度有前述之缺失，修正草案中某程度的改善取保候審制度之缺失，最有意義的乃係取保候審保證金之救濟，但對於取保候審的時間，在修正草案內則維持舊法的內容，代表由公安機關、檢察院、法院各自有12個月的期間，從修正的軌跡來看，修正草案對於犯罪偵查及審判的重視程度顯然高於人權之保證，且取保候審後之監管，仍然未有增訂，恐怕無法防範取保候審人逃亡之情況。

八、兩岸對於取保候審強制措施之比較

在我國偵查中，對於具保(即取保候審)而言，對於具保之決定，可由檢察官為之，即檢察官認為有刑事訴訟法第101條第1項各款或第101條之1第1項各款所定之羈押原因，但基於比例原則之考量，若以具保、責付或限制住居亦能達到相同效果時，即以具保、責付、限制住居即可。此時對被告而言之救濟管道，乃可以刑事訴訟法第416條第1項第1款之規定，聲請所屬法院撤銷或變更之(又稱為準抗告)。

倘檢察官認有羈押之必要向法院聲請羈押時，法院倘認有羈押之原因而無羈押之必要時，亦可以具保、責付或限制住居作為替代羈押之強制處分。此時被告得依第404條第2款之規定，提出抗告救濟之。

第三節 監視居住

一、意義

監視居住的涵義及相關法律規定監視居住，是指人民法院、人民檢察院、公安機關在刑事訴訟過程中，對犯罪嫌疑人、被告人所採用，命令其不得擅自離開住所或者居所並對其活動予以監視和控制的一種強制方法。該制度設立目的，是防止犯罪嫌疑人、被告人逃避或妨礙刑事訴訟，以保證刑事訴訟的順利進行。其手段是將犯罪嫌疑人、被告人的活動區域適當限制。它是一種介於取保候審和刑事拘留之間的強制措施。

二、監視居住之相關規定

(一) 監視居住之程序

1、決定機關

依刑事訴訟法第50條之規定，人民法院、人民檢察院和公安機關根據案件情況，對犯罪嫌疑人、被告人可以拘傳、取保候審或者監視居住。實際流程，乃係由承辦人員提出「監視居住意見書」，報請負責人審核，經批准後，製作「監視居住決定書」及「監視居住通知書」。

2、執行機關

依刑事訴訟法第51條第2項之規定，監視居住由公安機關執行。人民檢察院、人民法院決定監視居住時，應將決定書及通知書送達公安機關，由公安機關執行監視居住，並應向被監視居住人宣讀監視居住決定書之內容。

(二) 監視居住之要件

依刑事訴訟法第51條之規定，有一、可能判處管制、拘役或者獨立適用附加刑的；或可能判處有期徒刑以上刑罰，採取取保候審、監視居住不致發生社會危險性的。即可採行監視居住。但在實務上，多在犯罪嫌疑人、被告人無法以取保候審方式時，才會以監視居住之強制措施行之。

依最高人民法院關於執行《中華人民共和國刑事訴訟法》若干問題的解釋第75條規定，人民法院不得對同一被告人重複採取取保候審、監視居住措施，可知在審理中，對於同一被告人不得重複採取取保候審及監視居住之強制措施。在偵查中，實務上仍做同一之解釋，認不得重複採取取保候審及監視居住之強制措施。

(三) 監視居住之地點

刑事訴訟法修法前，監視居住為實務上是用頻率相當高的強制措施，此是因為監視居住地點通常被設置在公安機關的羈押場所，而將監視居住變相演變成羈押。在此種機制下，偵查機關常對證據不足之案件，以監視居住之方式變相羈押犯罪嫌疑人。可看出偵查機關之權力毫無節制，漠視監視居住之目的，將監視居

住轉為變相之羈押。

依現行刑事訴訟法第57條規定，被監視居住的犯罪嫌疑人、被告人應當遵守以下規定：（一）未經執行機關批准不得離開住處，無固定住處的，未經批准不得離開指定的居所；（二）未經執行機關批准不得會見他人；（三）在傳訊的時候及時到案；（四）不得以任何形式干擾證人作證；（五）不得毀滅、偽造證據或者串供。被監視居住的犯罪嫌疑人、被告人違反前款規定，情節嚴重的，予以逮捕。

從條文中明定監視居住之地點限於「住所」或「指定之居所」，再按照公安機關辦理刑事案件程序第98條規定，固定住處，是指犯罪嫌疑人在辦案機關所在的市、縣內生活的合法住處；指定的居所，是指公安機關根據案件情況，在辦案機關所在的市、縣內為犯罪嫌疑人指定的生活居所。公安機關不得建立專門的監視居住場所，對犯罪嫌疑人變相羈押。不得在看守所、行政拘留所、留置室或者公安機關其他工作場所執行監視居住。

（四）監視居住之期間

依刑事訴訟法第58條第1項規定，人民法院、人民檢察院和公安機關對犯罪嫌疑人、被告人監視居住最長不得超過6個月。然上開6個月之期間，所指的是整各刑事訴訟程序中，監視居住之期間不得超過6個月，或者公安機關、人民檢察院、人民法院可分別對犯罪嫌疑人、被告人採取監視居住之期間，每次不得超過6個月？按人民檢察院刑事訴訟規則第70條規定，公安機關決定對犯罪嫌疑人監視居住，案件移送人民檢察院審查起訴後，對於需要繼續監視居住的，人民檢察院應當依法對犯罪嫌疑人辦理監視居住手續。監視居住的期限應當重新計算並告知犯罪嫌疑人。再按最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋第75條規定，人民檢察院、公安機關已對犯罪嫌疑人取保候審、監視居住，案件起訴到人民法院後，人民法院對於符合取保候審、監視居住條件的，應當依法對被告人重新辦理取保候審、監視居住手續。取保候審、監視居住的期限重新計算。人民法院不得對同一被告人重複採取取保候審、監視居住措施。已明示刑事訴訟法所定監視居住最常6個月之期間，乃是重新計算。

三、監視居住制度在實務上之問題

（一）監視居住的執行場所不符合法律規定

《刑事訴訟法》及公安部制定的《辦理刑事案件程序規定》明確規定，監視居住只能在犯罪嫌疑人、被告人住處或者指定的居所（無固定住處的）執行，不得建立專門的監視居住場所對犯罪嫌疑人、被告人變相羈押，不得在看守所、行政拘留所、留置室或者公安機關的其他工作場所執行監視居住。學者調查¹⁵實務上之運作制度，發現公安機關的監視居住地點絕大多數為拘留所和局（所）留置室。某區公安分局監視居住的603人中，在治安拘留所執行的就達588人，放在居住地執行的僅15人。放在拘留所執行的，享受與批捕在押犯罪嫌疑人一樣的「待遇」，名為監視居住，實為變相羈押。還有些辦案單位和承辦人認為監視居住在看守所，既不需花看守費、生活費，又安全省事，還可以為拘留所創收，所以刑拘到期變更為監視居住後，就乾脆將監視居住者留在看守所執行。上開作法既違反法律規定，又侵犯人身自由，成為《刑事訴訟法》已取消收容審查措施的「翻版」。

（二）監視居住的執行錯位

刑事訴訟法第51條規定：取保候審、監視居住由公安機關執行。公安部《辦

¹⁵ 陳建新著，對監視住居措施實施現狀的調查與思考，載於人大研究2003年第1期第40頁。

理刑事案件程序規定》與最高人民檢察院制定的《刑事訴訟規則》均清楚地明定公安、檢察機關，具體辦理和移送監視居住之程序。但經學者調查中發現，檢察機關大多沒有按照法律的規定將監視居住物件交給公安機關執行，而直接由自己越位行使了這一職權¹⁶。在監視居住地點上，辦案單位不論犯罪嫌疑人、被告人在本地有無住所，少數放在拘留所或看守所執行，而大多數放在招待所、賓館等地點執行，並將招待所、賓館這些地點解釋為檢察機關的「辦案點」。「辦案點」與《刑事訴訟法》規定的「指定的居所」是否相符合，似乎很難作出結論，況且有人陪吃陪睡，犯罪嫌疑人與被告人的人身自由亦受到了較大程度的限制。由於檢察機關越位行使了公安機關的這一職權，又未按法律的規定嚴格在犯罪嫌疑人、被告人的住所執行，因此，其在上述地點獲取的證據，在證據來源的合法性上往往成為律師在法庭上質疑的焦點。

(三) 監視居住措施被濫用

由於監視居住措施在實際運用中，已經成為限制人身自由的變相羈押行為，因而成為公安、檢察機關逼收犯罪嫌疑人罰款、費用的手段。比如，有些公安機關對不構成犯罪的賣淫嫖娼人員，也採取監視居住措施，交錢即放人；有些交警部門在處理交通案件中也將肇事司機進行監視居住，以此催逼事故預付款；在辦理經濟案件，尤其是涉稅案件中，採用監視居住措施終，也有為了逼使當事人補交稅款或退回違法所得，一旦目的達到，就撤案改作行政處理，導致一些犯罪嫌疑人逃避了刑罰打擊。檢察機關反貪部門辦理的一些案件，比如行賄、受賄案件，往往對犯罪嫌疑人採取監視居住措施後，只要其退回了違法所得或贓款，便解除監視居住措施，撤案了事。

(四) 監視居住超期現象比較嚴重

刑事訴訟法規定，監視居住期限最長不能超過6個月。但實務上發現各地均較為普遍地存在監視居住超期的現象。某縣公安局超期未解除監視居住措施的就占了全部監視居住物件的近8%。由於實際上監視居住已經被異化為一種限制人身自由的強制措施，因此這種形式的「監視居住」對犯罪嫌疑人、被告人合法權益的損害，無異於人們常說的「超期羈押」¹⁷。

四、2012年新修正刑事訴訟法之規定

(一) 修正草案之內容

修正草案第29條規定，增加一條，作為第72條：「人民法院、人民檢察院和公安機關對於符合逮捕條件，有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以監視居住：

「（一）患有嚴重疾病、生活不能自理的；

「（二）懷孕或者正在哺乳自己嬰兒的婦女；

「（三）因為案件的特殊情況或者辦理案件的需要，採取監視居住措施更為適宜的；

「（四）羈押期限屆滿，案件尚未辦結，需要採取監視居住措施的。」

「對於符合取保候审條件，但犯罪嫌疑人、被告人不能提出保證人，也不交納保證金的，也可以監視居住。」

「監視居住由公安機關執行。」

修正草案第30條規定，增加一條，作為第73條：「監視居住應當在犯罪嫌疑人、被告人的住處執行；無固定住處的，可以在指定的居所執行。對於涉嫌危害

¹⁶ 同前注。

¹⁷ 同前注第41頁。

國家安全犯罪、恐怖活動犯罪、重大賄賂犯罪，在住處執行可能有礙偵查的，經上一級人民檢察院或者公安機關批准，也可以在指定的居所執行。但是，不得指定在羈押場所、專門的辦案場所執行。

「指定居所監視居住的，除無法通知或者涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪，通知可能有礙偵查的情形以外，應當把監視居住的原因和執行的處所，在執行監視居住後二十四小時以內，通知被監視居住人的家屬。

本條之修正引發大陸地區學者及人民的強烈反彈，認為修正草案的規定乃係將人口失蹤合法化，就此，詳如後述。

「指定居所監視居住的，被監視居住的犯罪嫌疑人、被告人委託辯護人，適用本法第三十三條的規定。

「人民檢察院對指定居所監視居住的決定和執行是否合法實行監督。」

修正草案第 31 條規定，增加一條，作為第 74 條：「指定居所監視居住的期限應當折抵刑期。犯罪分子被判處管制的，監視居住一日折抵刑期一日；被判處拘役、有期徒刑的，監視居住二日折抵刑期一日。」

修正草案第 32 條規定，將第 57 條改為第 75 條，修改為：「被監視居住的犯罪嫌疑人、被告人應當遵守以下規定：

「（一）未經執行機關批准不得離開執行監視居住的處所；

「（二）未經執行機關批准不得會見他人或者通信；

「（三）在傳訊的時候及時到案；

「（四）不得以任何形式干擾證人作證；

「（五）不得毀滅、偽造證據或者串供；

「（六）將身份證件、旅行證件、駕駛證件交執行機關保存。

「被監視居住的犯罪嫌疑人、被告人違反前款規定，情節嚴重的，可以予以逮捕；需要予以逮捕的，可以對犯罪嫌疑人、被告人先行拘留。」

修正草案第 33 條規定，增加 1 條，作為第 76 條：「執行機關對被監視居住的犯罪嫌疑人、被告人，可以採取電子監控、不定期檢查等監視方法對其遵守監視居住規定的情況進行監督；在偵查期間，可以對被監視居住的犯罪嫌疑人的通信進行監控。」

修正草案第 34 條規定，增加一條，作為第 77 條：「公安機關對於監視居住、取保候審的決定，應當立即執行。執法人員對監視居住、取保候審決定，不嚴格執行，貽誤案件辦理的，依法追究責任。」

修正草案第 42 條規定，將第 75 條改為第 97 條，修改為：「人民法院、人民檢察院或者公安機關對於被採取強制措施法定期限屆滿的犯罪嫌疑人、被告人應當予以釋放、解除取保候審、監視居住或者依法變更強制措施。犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近親屬或者辯護人對於人民法院、人民檢察院或者公安機關採取強制措施法定期限屆滿的，有權要求解除強制措施。」

修正草案第 45 條規定，增加 1 條，作為第 114 條：「當事人和辯護人、訴訟代理人、利害關係人認為司法機關及其工作人員有下列行為之一，侵犯其合法權益的，有權向該司法機關申訴或者控告：

「（一）採取強制措施法定期限屆滿，不依法予以釋放、解除或者變更強制措施的；

「（二）應當退還取保候審保證金不依法退還的；

「（三）違法採取搜查、查封、扣押、凍結等偵查措施的；

「（四）應當解除查封、扣押、凍結不依法解除的；

「(五)阻礙辯護人、訴訟代理人依法履行職責的。

「受理申訴或者控告的機關應當及時處理。對處理不服的，可以向同級或者上一級人民檢察院申訴。人民檢察院對申訴應當及時進行審查，必要時可以對有關情況進行調查核實；對於情況屬實的，依法予以糾正。」

(二)修正草案之批評

監視居住和取保候審都是對犯罪嫌疑人、被告人限制其人身自由的強制措施，但限制自由的程度不同。刑事訴訟法對這兩種強制措施規定了相同的適用條件。考慮到監視居住的實際執行情況，將監視居住定位於減少羈押的替代措施，並規定與取保候審不同的適用條件比較妥當。建議對監視居住規定單獨的適用條件，適用於符合逮捕條件，但患有嚴重疾病、生活不能自理的，懷孕或者正在哺乳自己嬰兒的，因為案件的特殊情況或者辦理案件的需要，採取監視居住措施更為適宜的，以及羈押期限屆滿，案件尚未辦結，需要採取監視居住措施的情形。對於符合取保候審條件，但犯罪嫌疑人、被告人不能提出保證人，也不交納保證金的，也可以監視居住。對於涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪、重大賄賂犯罪的犯罪嫌疑人、被告人，監視居住在住處執行可能有礙偵查的，經上一級司法機關批准，可以在指定的居所執行。同時，規定人民檢察院對監視居住執行的監督，規定監視居住不得在羈押場所、專門的辦案場所執行，並規定通知家屬、律師會見等救濟措施。明確規定指定居所監視居住的期限應當折抵刑期。(修正草案第二十九條至第三十一條)。由於修正草案關於監視居住、拘留及逮捕之強制措施，均有不通知犯罪嫌疑人之相同規定，就此部分，爰於後述。

五、兩岸有關監視居住強制措施之比較

在我國偵查中，對於限制住居(即監視居住)而言，對於限制住居之決定，可由檢察官為之，即檢察官認為有刑事訴訟法第101條第1項各款或第101條之1第1項各款所定之羈押原因，但基於比例原則之考量，若以具保、責付或限制住居亦能達到相同效果時，即以具保、責付、限制住居即可。此時對被告而言之救濟管道，乃可以刑事訴訟法第416條第1項第1款之規定，聲請所屬法院撤銷或變更之(又稱為準抗告)。

倘檢察官認有羈押之必要向法院聲請羈押時，法院倘認有羈押之原因而無羈押之必要時，亦可以具保、責付或限制住居作為替代羈押之強制處分。此時被告得依第404條第2款之規定，提出抗告救濟之。

在我國限制住居乃係替代羈押之強制處分，且在實務上限制住居乃係命被告居住在一定之住居所，並未限制或禁止被告離境，因此，若要限制被告出境時，反須更明確告知被告須限制出境出海，並立即傳真之內政部入出國及移民署與海岸巡防署，換言之，實務上僅單純之限制住居，反而干預人身自由之程度較限制出境為低。

有關限制出境，我國與大陸地區之做法大相逕庭，大陸地區監視居住如前所述，竟可做為代替羈押之強制處分，實難以想像，但在我國，此種狀況實不可能出現。

第四節 拘留

一、意義

拘留制度，係法律賦予執法人員在緊急狀況下，得對現行犯或犯罪嫌疑人為暫時性的剝奪行動自由之強制措施。拘留之強制措施，犯罪嫌疑人被拘留後至提請人民檢察院批准逮捕之間，最多可長達37日，已非暫時性的剝奪行動自由，實際等同於羈押。

二、拘留之規定

(一) 要件

依照刑事訴訟法第61條及第132條之規定，刑事拘留須具備兩個要件，第一、拘留之對象是現行犯或重大嫌疑分子；第二、具備法定緊急狀況。分敘如下：

1、對象

現行犯係指正在進行犯罪的人；重大嫌疑分子係指有證據證明具有重大犯罪嫌疑的人。

2、緊急狀況

由於公安機關與人民檢察院，均有權力對犯罪嫌疑人進行拘留，且規定均有不同，分述如下：

(1) 公安機關之拘留：

刑事訴訟法第61條規定，公安機關對於現行犯或者重大嫌疑分子，如果有下列情形之一的，可以先行拘留：

- (一) 正在預備犯罪、實行犯罪或者在犯罪後即時被發覺的；
- (二) 被害人或者在場親眼看見的指認他犯罪的；
- (三) 在身邊或者住處發現有犯罪證據的；
- (四) 犯罪後企圖自殺、逃跑或者在逃的；
- (五) 有毀滅、偽造證據或者串供可能的；
- (六) 不講真實姓名、住址，身份不明的；
- (七) 有流竄作案、多次作案、結夥作案重大嫌疑的。

針對第7款之規定，在公安機關辦理刑事案件程序規定第110條定義，流竄作案，是指跨市、縣管轄範圍連續作案，或者在居住地作案後逃跑到外市、縣繼續作案。多次作案，是指三次以上作案。結夥作案，是指二人以上共同作案。

(2) 人民檢察院之拘留：

依刑事訴訟法第132條規定，人民檢察院直接受理的案件中符合本法第60條、第61條第4項、第5項規定情形，需要逮捕、拘留犯罪嫌疑人的，由人民檢察院作出決定，由公安機關執行。

(二) 程序

由於公安機關、人民檢察院均有權為拘留之強制措施，在程序即有若干不同，分述如下

1、由公安機關決定時

依公安機關辦理刑事案件程序規定第106條規定，拘留犯罪嫌疑人，應當填寫《呈請拘留報告書》，經縣級以上公安機關負責人批准，簽發《拘留證》。執行拘留時，必須出示《拘留證》，並責令被拘留人在《拘留證》上簽名（蓋章）、捺指印，其拒絕簽名（蓋章）、捺指印的，偵查人員應當注明。

2、由人民檢察院決定時

依公安機關辦理刑事案件程序規定第114條規定，人民檢察院決定拘留犯罪嫌疑人的，由縣級以上公安機關憑人民檢察院送達的決定拘留的法律文書簽發《拘留證》並立即執行。必要時，可以請人民檢察院協助。拘留後，應當及時通知人民檢察院進行訊問，並由人民檢察院通知被拘留人的家屬或者他的所在單位。

然拘留就是在緊急狀況下所為之暫時性強制措施，故在緊急狀況下，要求偵查人員採行有證拘留，實有困難，尤其針對第61條第1款所規定正在實行犯罪之現行犯實行拘留，要出示拘留證，更屬難以想像之事，遂於公安機關辦理刑事案

件程序規定第106條第2項即規定，對符合本規定第105條所列情形之一，因情況緊急來不及辦理拘留手續的，應當在將犯罪嫌疑人帶至公安機關後立即辦理法律手續。即採取先執行拘留後，再補令狀之作法。

(三) 拘留之執行

不論由公安機關或人民檢察院決定拘留後，一概由公安機關負責執行，並應遵守下列程序規定：

1、拘留證之出示

依刑事訴訟法第64條第1項規定，公安機關拘留人的時候，必須出示拘留證。

2、通知義務

依刑事訴訟法第64條第2項規定，拘留後，除有礙偵查或者無法通知的情形以外，應當把拘留的原因和羈押的處所，在24小時以內，通知被拘留人的家屬或者他的所在單位。

由於在條文內明定有礙偵查為除外要件，在某些敏感之案件，公安機關即依本項規定，不予通知，等於架空立法意旨。例如六四學運領袖王丹，自1995年5月21日被公安人員帶走後，至1996年6月間止，下落不明¹⁸。

3、24小時內訊問

(1) 公安機關

依刑事訴訟法第65條規定，公安機關對於被拘留的人，應當在拘留後的24小時以內進行訊問。

訊問完畢後，依同條規定，在發現不應當拘留的時候，必須立即釋放，發給釋放證明。對需要逮捕而證據還不充足的，可以取保候審或者監視居住。認為需要逮捕時，依第69條規定，請人民檢察院批准逮捕。

(2) 人民檢察院

依刑事訴訟法第133條規定，人民檢察院對直接受理的案件中被拘留的人，應當在拘留後的24小時以內進行訊問。在發現不應當拘留的時候，必須立即釋放，發給釋放證明。對需要逮捕而證據還不充足的，可以取保候審或者監視居住。

(四) 拘留之期間

1、由公安機關決定之拘留

按刑事訴訟法第69條規定公安機關對被拘留的人，認為需要逮捕的，應當在拘留後的三日以內，提請人民檢察院審查批准。在特殊情況下，提請審查批准的時間可以延長一日至四日。對於流竄作案、多次作案、結夥作案的重大嫌疑分子，提請審查批准的時間可以延長至三十日。人民檢察院應當自接到公安機關提請批准逮捕書後的七日以內，作出批准逮捕或者不批准逮捕的決定。人民檢察院不批准逮捕的，公安機關應當在接到通知後立即釋放，並且將執行情況及時通知人民檢察院。對於需要繼續偵查，並且符合取保候審、監視居住條件的，依法取保候審或者監視居住。

從上開規定，拘留期間可區分如下

(1) 一般情形為10日：公安機關於拘留後3日內，提請人民檢察院批准逮捕，人民檢察院有7日之審查期間，總計10日。

(2) 特殊情狀為14至17日：公安機關在特殊情況下，提請審查批准的時間可以將3日內延長一日至四日，人民檢察院有7日之審查期間，總計14至17日。

¹⁸ 葉雪鵬著，大陸新刑事訴訟法總則的研究，中國大陸法制研究第7輯，第386頁。

(3)重大案件：對於流竄作案、多次作案、結夥作案的重大嫌疑分子，提請審查批准的時可以延長至30日，人民檢察院有7日之審查期間，總計37日。

(4)不為身分陳述者，無期限限制：依第112條規定，犯罪嫌疑人不講真實姓名、住址、身份不明，在30日內不能查清提請批准逮捕的，經縣級以上公安機關負責人批准，拘留期限自查清其身份之日起計算，但不得停止對其犯罪行為的偵查。對有證據證明有犯罪事實的案件，也可以按其自報的姓名提請批准逮捕。

2、由人民檢察院決定之拘留

刑事訴訟法第134條規定，人民檢察院對直接受理的案件中被拘留的人，認為需要逮捕的，應當在10日以內作出決定。在特殊情況下，決定逮捕的時可以延長1日至4日。對不需要逮捕的，應當立即釋放；對於需要繼續偵查，並且符合取保候審、監視居住條件的，依法取保候審或者監視居住。

三、拘留制度在實務上所存在之問題

刑事拘留只是一種為了應付緊急情形臨時性的強制措施，其期限的延長必須具有法定的理由，且應當受到嚴格的控制。但從調查來看，實務上的刑事拘留制度背離了刑事訴訟法立法目的，存在以下問題：

(一) 刑事拘留強制措施的常規工具化¹⁹

拘留的要件必須是現行犯或者是重大嫌疑分子，且具有法定的七種緊急情形。但刑事拘留在實務上卻異變為常規強制手段，普遍隨意採用。其表現在兩方面，一方面形成廣行拘、窄報捕，即刑事案件中，大量犯罪嫌疑人在毫無根據時被刑事拘留，但其中只有小部分嫌疑人報捕，兩者數額差距非常大。2004年報捕的犯罪嫌疑人947人，而被刑拘犯罪嫌疑人總數3440人，前者是後者27.53%。到2005年，8月份報捕的犯罪嫌疑人592人，而被刑拘犯罪嫌疑人總數2851人，前者是後者的比例是20.76%。

另一方面，在公安機關報捕的案件中，犯罪嫌疑人被先行拘留的比例高達85%以上。袁州區所有報捕的案件中，犯罪嫌疑人被拘留的占98.29%；高安市也高達87.6%。袁州區僅有四個人是直接逮捕，而沒有先行刑事拘留，這是由於犯罪嫌疑人是網上追逃而抓獲的，此前早下達了通緝令。其他各地的情況也大致如此。

造成上開問題，乃是法律文化上的偏差，辦案人員在觀念上重實體、輕程序，重打擊犯罪、輕被告人權利保護。拘留是應付緊急需要的後備刑事強制手段，但偵查人員卻誤解為法律賦予偵查機關的常規手段，並率意將刑事拘留報捕期限錯誤理解為只要在三十天以內報捕就可以。同時，偵查機關錯誤認為：如果犯罪嫌疑人是有罪的，反正刑事拘留時間可以折抵判決所確定的刑期，多關幾天、少關幾天都是沒有關係的；若犯罪嫌疑人是無罪的，只要未被起訴、審判、定罪，多拘留幾天也是無關緊要的。正是這種思想導致偵查機關在刑拘後，沒有迅速將案件報捕的緊迫感，而任意延長刑事拘留期限。公安局長的內部審批程序不能發揮其應有的制約作用。但刑事司法實務上還是較偏重追求實體正義。偵查機關的目的，首要還在於破案，查明案件的事實真相。這個目標為刑事拘留期限延長提供了動因。因為通過延長刑事拘留時間，可以造成犯罪嫌疑人巨大心理壓力，從而迫使其作出有罪供述。刑事拘留作為一種特殊情況下備用的預防性強制措施被常規工具化。

(二) 刑事拘留期限延長普遍化

¹⁹ 請參閱謝小劍、皮德艷著，刑事拘留運作，理論於實踐的悖反，中國人民公安大學學報2007年第4期，第95頁以下。

刑事訴訟法第69條規定，公安機關對被拘留的人，認為需要逮捕的，應當在拘留後的三日以內，提請人民檢察院審查批准。在特殊情況下，提請審查批准的時間可以延長一日至四日。對於流竄作案、多次作案、結夥作案的重大嫌疑分子，提請審查批准的時間可以延長至三十日。由上開規定可知，刑事拘留期限延長一般在出現特殊情況時而使用。實務上，刑事訴訟法所規定特殊、例外情形下延長刑拘期限，也變成了一種普遍現象。一方面，在司法實務上，公安機關往往不論案情繁簡，絕大部分案件都延長了刑事拘留時間。三日內報捕的案件占總數的比例不超過6%。學者²⁰在調查中發現，公安機關在辦理拘留手續的同時，就普遍辦好了延長一日至四日的審批手續，而不是根據案件的需要。當案件出人意料的簡單，三日內就可以報捕時，又將延長的手續撤回。另一方面，2003年延長至三十日內提請報捕的案件占報捕案件的總數的84.57%；2004年的比例達76.56%；2005年8月份的比例達77.86%。也就是說75%以上的案件都適用延長至三十日的法律規定。

造成上開情況，乃係在法律本文之漏洞，首先，法律規定在特殊情況下，提請審查批捕的時間可以延長一至四日。但什麼是特殊情況，顯然過於模糊，留下了非常大的自由裁量空間，也為權力濫用留下隱患。其次，刑事訴訟法規定第69條第2項所定，是因該三類案件可能案情複雜、取證困難。但並非所有三類案件都案情複雜、取證困難。該條規定三類案件可以延長至30日，卻沒有增加案情複雜、取證困難之類的要件限制，導致偵查機關不區分案件的難易程度而普遍將三類案件延長至30日。

再者，三類案件的認定標準也具有模糊性，且缺乏外部審查，導致可以很容易的變更報捕期限。根據公安機關辦理案件的程序規定第110條：流竄作案，是指跨市、縣管轄範圍連續作案，或者在居住地作案後逃跑到外市、縣繼續作案；多次作案，是指三次以上作案；結夥作案，是指二人以上共同作案。但實務上，公安機關對上開要件之認定，卻相當之寬鬆。凡是犯罪嫌疑人戶籍所在地不是辦案機關管轄範圍內，均視為流竄作案。由於採取內部審批，缺乏外部制約，公安機關在偵查終結時可以調整作案的次數，存在為了延長刑拘期限而虛構犯罪事實，以符合多次作案或結夥作案情形的現象²¹。

（三）刑事拘留期限延長的審批手續虛置化

刑事拘留的延長採取公安機關的內部控制模式，即由公安局長審查批准。但在實務上，此項內部控制的立法意目的完全失控。一方面，刑事拘留時間延長至七日根本沒有進行控制。如前所述，公安機關在拘留的同時就辦好了延長七日的手續，即可說明上開疑慮。且凡是要求延長至30日的請求絕大多數能得到批准。一般認為，只有案情複雜，取證困難才應當延長期限。但實務上中，公安機關普遍將案件的報捕時間理解為30天。導致並非流竄作案、多次作案、結夥作案的重大嫌疑分子之大量案件，公安機關仍然以各種理由、甚至不說明任何理由而將刑拘期限延長至30天，反應了審批手續的虛化。

任意延長刑事拘留時間的做法嚴重地損害了犯罪嫌疑人人身自由，其性質是一種隱性的超期羈押。羈押只有在必要的情況下才可為之，但上述現狀顯然違背

²⁰ 同前著，第96頁。

²¹ <http://unn.people.com.cn/GB/channel23/176/842/200011/08/6165.html>，最後瀏覽日：2011年12月1日。以杜培武案件為例，杜培武於1998年7月2日遭拘留後，公安機關於同年7月26日向檢察院提請批准逮捕，檢察院則於同年7月31日批准逮捕，檢察院批准逮捕之時間亦逾越法定期間最長4日。

此原則。犯罪嫌疑人審前普遍受到了偵查機關長時間的、任意的拘留。犯罪嫌疑人被拘留在看守所，對工作和生活造成十分巨大的負面影響。犯罪嫌疑人及其家庭都將受到社會的歧視。由於刑拘時間過長，犯罪嫌疑人往往會因此而喪失自己的工作，引發家庭危機。為了早日釋放，不惜請託熟人、找關係、行賄，從而導致瀆職違法、犯罪的發生。且由於犯罪嫌疑人被長期關押於看守所，心理壓力非常大，甚至會導致犯罪嫌疑人違背客觀事實，作出符合偵查機關願望的供述，其供述的自願性就可能受到懷疑。

會導致上開問題乃在於偵查人員仍以犯罪嫌疑人之供述，作為證據中心的辦案模式。在刑事訴訟中實行相互印證的證明模式。這種證明模式相當依賴犯罪嫌疑人之供述。在案件的偵查階段，偵查機關將大量的精力用於獲得犯罪嫌疑人供述。一般情況下，偵查機關僅獲得一些簡單的週邊情況證據後，即開始強化訊問犯罪嫌疑人，以期獲得犯罪嫌疑人供述，再根據犯罪嫌疑人之供述去尋找其他證據來印證犯罪嫌疑人之供述。上開模式，透過拘留方式限制犯罪嫌疑人人身自由，製造訊問壓力以獲取供述，獲得供述後，還要尋找證據來加以印證，在獲得印證證據之後才將犯罪嫌疑人報捕。但是，隨著刑事訴訟中人權保障制度的進一步完善，供述越來越難於獲得。正是因為獲取犯罪嫌疑人供述和印證證據，需要大量時間，往往不能在3天完成，導致不得不延長刑拘時間。

（四）拘留標準過低，逮捕標準過高，

刑事訴訟法立法上缺乏明確的刑事拘留的證據標準。由於拘留是由公安機關內部控制，實務上拘留的證據標準掌握的非常低，往往某人一有犯罪嫌疑，或者有某一間接證據即可將犯罪嫌疑人拘留。公安機關可以以犯罪嫌疑人可能逃跑或者毀滅、偽造證據或者串供之虞，先將犯罪嫌疑人拘留。採取拘留措施時所掌握的情況證據，實際上只能預示一種犯罪嫌疑，要證明犯罪事實遠遠不夠。而逮捕是由檢察機關審查的，檢察機關在決定是否逮捕時，根據刑事訴訟法的要求是有證據證明有犯罪事實。但實務上，檢察機關為了防止出現國家賠償，影響工作業績，往往將案件逮捕的證明標準，認定為事實清楚、證據確實，充分或略低於此證明標準。這幾乎等同於有罪認定之標準，即使不等同也大大高於刑事訴訟法文本中逮捕的證明標準。同時，由於某些公安機關偵查人員在辦案中存在誤解，認為提請批准逮捕的證據越多越好，越完善越好，往往是提請批准逮捕時就將幾乎所有的證據全部收集。所以，在拘留後有大量的事實需要查明，證據需要收集。而在各地警力資源、辦案經費短缺的條件下，必然需要延長刑事拘留時間取證。

（五）獲取灰色經濟利益。

公安機關希望通過刑事拘留收取取保候審金、罰款，以彌補經費不足。偵查人員對犯罪嫌疑人實施拘留有二點的原因：一是為了獲取犯罪嫌疑人之供述，二是為了自身經濟利益。所謂獲得經濟利益主要是對一些故意傷害案件以及經濟犯罪如詐騙類型案件，犯罪嫌疑人如進入刑事訴訟程序則需要附帶民事訴訟的賠償請求履行義務。若犯罪嫌疑人有賠償能力，公安機關則對其予以羈押，於是能夠很快賠償受害人，而公安機關也可以作為治安案件處理，對犯罪嫌疑人進行罰款。在收取一筆罰款、取保候審金之後，將犯罪嫌疑人釋放，不再進行刑事追訴。同時，刑事拘留也被一些偵查部門用做地方保護、部門保護，非法插手私人間之糾紛，迫使對方就範的手段。

偵查機關希望通過延長拘留給犯罪嫌疑人壓力，促使賠償被害人損失，從而解決糾紛。在故意傷害和交通肇事的案件中，為了使被害人得到賠償，公安機關往往會通過拘留犯罪嫌疑人，製造壓力，從而使犯罪嫌疑人對被害人進行賠償，

一旦賠償後，往往將案件消化，不再移送審查起訴。由於一些輕罪案件，可以選擇公訴或自訴，此類行為提供了操作的空間。而公安機關也強調辦案社會效果，為了不使糾紛升高，公安機關願意以拘留方式督促賠償。而且，這也涉及公安機關與被害人、被告人之間交易的現象。再者，案件一旦報捕、起訴則需要進行大量的偵查工作，而偵查經費又緊缺，所以寧願以這種方式消化案件。

四、2012年新修正刑事訴訟法之規定

修正意見第36點，將第64條改為第84條，第2款修改為：「拘留後，應當立即將被拘留人送看守所羈押，至遲不得超過24小時。除無法通知或者涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪等嚴重犯罪，通知可能有礙偵查的情形以外，應當把拘留的原因和羈押的處所，在拘留後24小時以內，通知被拘留人的家屬」。

修正意見第37點，將第65條改為第85條，修改為：「公安機關對於被拘留的人，應當在拘留後的24小時以內進行訊問。在發現不應當拘留的時候，必須立即釋放，發給釋放證明」。

修正意見第42點，將第75條改為第97條，修改為：「人民法院、人民檢察院或者公安機關對於被採取強制措施法定期限屆滿的犯罪嫌疑人、被告人應當予以釋放、解除取保候審、監視居住或者依法變更強制措施。犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近親屬或者辯護人對於人民法院、人民檢察院或者公安機關採取強制措施法定期限屆滿的，有權要求解除強制措施」。

修正意見第59點，將第133條改為第163條，修改為：「人民檢察院對直接受理的案件中被拘留的人，應當在拘留後的二十四小時以內進行訊問。在發現不應當拘留的時候，必須立即釋放，發給釋放證明」。

修正意見第60點，將第134條改為第164條，修改為：「人民檢察院對直接受理的案件中被拘留的人，認為需要逮捕的，應當在14日以內作出決定。在特殊情況下，決定逮捕的時間可以延長1日至3日。對不需要逮捕的，應當立即釋放；對於需要繼續偵查，並且符合取保候審、監視居住條件的，依法取保候審或者監視居住」。

救濟規定修正意見第45點，增加1條，作為第114條：「當事人和辯護人、訴訟代理人、利害關係人認為司法機關及其工作人員有下列行為之一，侵犯其合法權益的，有權向該司法機關申訴或者控告：

- (一)採取強制措施法定期限屆滿，不依法予以釋放、解除或者變更強制措施的；
- (二)應當退還取保候審保證金不依法退還的；
- (三)違法採取搜查、查封、扣押、凍結等偵查措施的；
- (四)應當解除查封、扣押、凍結不依法解除的；
- (五)阻礙辯護人、訴訟代理人依法履行職責的。

受理申訴或者控告的機關應當及時處理。對處理不服的，可以向同級或者上一級人民檢察院申訴。人民檢察院對申訴應當及時進行審查，必要時可以對有關情況進行調查核實；對於情況屬實的，依法予以糾正」。

五、兩岸有關拘留強制措施之比較

大陸地區拘留制度，係法律賦予執法人員在緊急狀況下，得對現行犯或犯罪嫌疑人为暫時性的剝奪行動自由之強制措施。拘留之強制措施，犯罪嫌疑人被拘留後至提請人民檢察院批准逮捕之間，最多可長達37日，已非暫時性的剝奪行動自由，實際上等同於羈押。

而我國類似拘留之強制處分，乃係拘提及逮捕。拘提與逮捕在我國合稱為拘捕，同為於一定時期以內拘束被告自由之強制處分。拘提可分為一般拘提及逕行

拘提，在偵查中，僅有檢察官有決定拘提之權限，在審判中，僅有法院有決定拘提之權限，而拘提係必須具備令狀(即拘票)。

逮捕，在我國則可分為通緝犯之逮捕、現行犯之逮捕、檢察官聲請羈押前之逮捕，至於第88條之1所稱之緊急拘捕，乃係於檢察官親自執行或司法員警(官)因急迫而執行時，無須事先取得拘票，事後再向檢察官報請補發拘票之情形。此種情形僅在偵查中存在，在審判時並無緊急拘捕之情狀。

中華民國憲法第8條第2項明定：「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24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24小時內向逮捕之機關提審」，因此，在拘提或逮捕時，刑事訴訟法分別規定符合憲法所定之書面告知程序，且依憲法第8條第2項所定，為拘提逮捕之時起，若有羈押之原因及必要時，24小時內需向法院聲請，因此，在實務上，拘提、逮捕本身雖對被告造成若干程度人身自由之干預，然最主要乃係24小時內需有具保、責付、限制住居甚至是羈押之強制處分，因此，在現行實務上並無單就拘提或逮捕之救濟管道。

然就拘提或逮捕後24小時內所為之具保、責付、限制住居甚至是羈押之強制處分，被告均可依刑事訴訟法第404條第2款提出抗告或依第416條之規定向所屬法院聲請撤銷或變更之(準抗告)，等同於變相的提供了法院審查檢察官所為具保、責付、限制住居與法官所為羈押之強制處分之合法性及程序性，因此，對於人權保障實大於大陸地區。

第五節 逮捕

一、意義

逮捕是指公安機關、人民檢察院和人民法院，為防止犯罪嫌疑人、被告人逃避偵查、起訴和審判，進行妨礙刑事訴訟之行為，或發生社會危險性，而剝奪人身自由，加以羈押之強制措施，乃屬對人身自由干預最強之強制措施。

二、逮捕之程序及要件

(一) 逮捕之程序

刑事訴訟法第59條規定，逮捕犯罪嫌疑人、被告人，必須經過人民檢察院批准或者人民法院決定，由公安機關執行。由上開規定可知，逮捕之程序須由人民檢察院批准或人民法院決定，分敘如下：

1、決定機關

(1) 人民檢察院批准

在偵查中，公安機關與人民檢察院分別有偵查權限，人民檢察院就公安機關偵案之案件需要逮捕犯罪嫌疑人時，須由公安機關提請人民檢察院審查批准。

人民檢察院決定逮捕，是指人民檢察院直接受理之案件，符合第60條逮捕要件時，可由人民檢察院自行做出逮捕規定。

(2) 人民法院決定

人民法院為逮捕之決定機關。依刑事訴訟法之規定，人民法院除受理人民檢察院提起之公訴案件外，尚有自訴案件。

A、公訴案件

人民法院決定之逮捕，乃在被告人在審理過程中發現有逮捕必要時，人民法院即可加以逮捕。

B、自訴案件

人民法院審理自訴案件之過程中，對於可判處有期徒刑以上之被告人，有確實企圖自殺、逃跑或毀滅、偽造證據、或繼續犯罪之虞者，即可予以逮捕。

2、執行逮捕之機關

刑事訴訟法第59條規定，逮捕由公安機關執行。依公安機關辦理刑事案件程序規定第126條規定，人民法院、人民檢察院決定逮捕犯罪嫌疑人、被告人的，由縣級以上公安機關憑人民法院、人民檢察院決定逮捕的法律文書，簽發《逮捕證》並立即執行，將執行回執及時送達原決定的機關。如果未能執行，也應當將回執送達原決定的機關，並說明未能執行的原因。必要時，可以請人民法院、人民檢察院協助執行。可知，逮捕之執行機關乃係公安機關。

(二) 逮捕之要件

1、有證據證明有犯罪事實

刑事訴訟法第60條規定，有證據證明有犯罪事實，此乃逮捕之要件。所謂證據證明有犯罪事實，係指有相當理由懷疑犯罪事實已經發生且係犯罪嫌疑人所為。就此，「最高人民法院、最高人民檢察院、公安部、國家安全部、司法部、全國人大常委會法制工作委員會關於刑事訴訟法實施中若干問題的規定」第26條²²、「最高人民法院關於執行《中華人民共和國刑事訴訟法》若干問題的解釋」第77條²³、「人民檢察院刑事訴訟規則」第86條²⁴、及公安機關辦理刑事案件程序規定第115條²⁵、第116條²⁶，補充解釋刑事訴訟法第60條規定有證據證明有犯罪事實，係指（一）有證據證明發生了犯罪事實；（二）有證據證明犯罪事實是犯罪嫌疑人實施的；（三）證明犯罪嫌疑人實施犯罪行為的證據已有查證屬實的。犯罪事實可以是犯罪嫌疑人實施的數個犯罪行為中的一個。

2、刑度為有期徒刑以上刑罰或非患有嚴重疾病、懷孕、哺乳自己嬰兒的婦女

由於逮捕乃係對人身自由干預最嚴重的強制措施，因此必須將逮捕所產生的影響減至最低，避免對人身自由的不當侵害。刑事訴訟法第60條規定，可能判處徒刑以上刑罰或非患有嚴重疾病、懷孕、哺乳自己嬰兒的婦女的犯罪嫌疑人，才有逮捕之適用。在該條文所定可能判處徒刑以上刑罰係指，宣告刑為有期徒刑以上刑罰者，若只可能判處管制、拘役、獨立適用附加刑，而無法判處徒刑以上之刑罰者，則不能採用逮捕。實務上，對於可能判處緩刑的犯罪嫌疑人或被告人，

²² 第26條規定：修改後的刑事訴訟法將原刑事訴訟法關於逮捕條件中“主要犯罪事實已經查清”的規定修改為“有證據證明有犯罪事實”。其中“有證據證明有犯罪事實”，是指同時具備下列情形：（一）有證據證明發生了犯罪事實；（二）有證據證明犯罪事實是犯罪嫌疑人實施的；（三）證明犯罪嫌疑人實施犯罪行為的證據已有查證屬實的。犯罪事實可以是犯罪嫌疑人實施的數個犯罪行為中的一個。

²³ 第77條規定：人民法院對有證據證明有犯罪事實存在，可能判處有期徒刑以上刑罰的被告人，認為採取取保候審、監視居住等措施，尚不足以防止發生社會危險而有逮捕必要的，應即決定依法逮捕。

²⁴ 第86條規定：人民檢察院對有證據證明有犯罪事實，可能判處徒刑以上刑罰的犯罪嫌疑人，採取取保候審、監視居住等方法，尚不足以防止發生社會危險性，而有逮捕必要的，應當批准或者決定逮捕。“有證據證明有犯罪事實”是指同時具備下列情形：（一）有證據證明發生了犯罪事實；（二）有證據證明該犯罪事實是犯罪嫌疑人實施的；（三）證明犯罪嫌疑人實施犯罪行為的證據已有查證屬實的。犯罪事實既可以是單一犯罪行為的事實，也可以是數個犯罪行為中任何一個犯罪行為的事實。

²⁵ 第115條規定：對有證據證明有犯罪事實，可能判處徒刑以上刑罰的犯罪嫌疑人，採取取保候審、監視居住等方法，尚不足以防止發生社會危險性，而有逮捕必要的，應即提請批准逮捕。對應當逮捕的犯罪嫌疑人，如果患有嚴重疾病，或者是正在懷孕、哺乳自己嬰兒的婦女，可以採用取保候審或者監視居住的辦法。

²⁶ 第116條規定：有證據證明有犯罪事實，是指同時具備下列情形：（一）有證據證明發生了犯罪事實；（二）有證據證明犯罪事實是犯罪嫌疑人實施的；（三）證明犯罪嫌疑人實施犯罪行為的證據已經查證屬實。犯罪事實可以是犯罪嫌疑人實施的數個犯罪行為中的一個。

一般也不採用逮捕。

3、社會危險性

依刑事訴訟法第60條所定，對有證據證明有犯罪事實，可能判處徒刑以上刑罰的犯罪嫌疑人、被告人，採取取保候審、監視居住等方法，尚不足以防止發生社會危險性，而有逮捕必要的，應即依法逮捕。換言之，逮捕在刑事訴訟法乃係最後手段性之強制措施，對應受逮捕人採取取保候審、監視居住等方法，已足以防止發生社會危險性時，即無逮捕之必要。

實務上，對於犯罪嫌疑人、被告人的社會危險性，需考量下列各款因素：

- (1) 案件之性質（即案情是否嚴重）：案情越嚴重，犯罪行為人的主觀惡性越強大，社會危害性也越大。
- (2) 犯罪嫌疑人、被告人之狀況：主要指多次犯罪或偶然犯罪，有無固定職業，犯罪時之年齡、故意或過失犯罪、犯罪後有無悔悟實據等。
- (3) 其他相關情狀：同案被告是否已查獲、重要證據是否已調查、犯罪嫌疑人或被告人是否知道檢舉人、證人之姓名或住所等等。

雖有上開各款分析因素，但在實務上仍因構成要件不明確而難以適用。

分析逮捕要件後，可發現會有三種情狀人民檢察院會不予逮捕，第一、無罪不捕原則：刑事訴訟法第15條規定：不追究刑事責任情形之一的不捕，人民檢察院應當做出不批准逮捕決定。根據這一規定，檢察機關應當並且必須做出不批准逮捕決定。在此，檢察機關沒有自由裁量的餘地，只能做出不批准逮捕決定。第二、酌情不捕，刑事訴訟法第60條第2項規定：「對應當逮捕的犯罪嫌疑人、被告人，如果患有嚴重疾病，或者是正在懷孕、哺乳自己嬰兒的婦女，可以採用取保候審或者監視居住的辦法」。法條中沒有使用「應當」，而是使用了「可以」，說明在逮捕審查中，對有此種情形的，可以適用「取保候審或者監視居住的辦法」，代表人民檢察院有自由裁量之權力。第三，證據不足不捕：《刑事訴訟法》第65條規定：「對需要逮捕而證據還不充足的，可以取保候審或者監視居住」；第51條規定又規定了「採取取保候審、監視居住不致發生社會危險性」等附注條件。證據不足不捕原則，是檢察機關對不批准逮捕的最直接體現。

(三) 逮捕之執行

1、公安機關之提請：

依刑事訴訟法第66條規定，公安機關要求逮捕犯罪嫌疑人的時候，應當寫出提請批准逮捕書，連同案卷材料、證據，一併移送同級人民檢察院審查批准。必要的時候，人民檢察院可以派人參加公安機關對於重大案件的討論。

2、人民檢察院之審查：

(1) 審查時間

依刑事訴訟法第69條第3項規定，人民檢察院應當自接到公安機關提請批准逮捕書後的7日以內，作出批准逮捕或者不批准逮捕的決定。

(2) 審查決定人員

依刑事訴訟法第67條規定，人民檢察院審查批准逮捕犯罪嫌疑人由檢察長決定。重大案件應當提交檢察委員會討論決定。

(3) 決定後之執行方式：

依刑事訴訟法第68條之規定，人民檢察院對於公安機關提請批准逮捕的案件進行審查後，應當根據情況分別作出批准逮捕或者不批准逮捕的決定。對於批准逮捕的決定，公安機關應當立即執行，並且將執行情況及時通知人民檢察院。對於不批准逮捕的，人民檢察院應當說明理由，需要補充偵查的，應當同時通知

公安機關。

另為防止犯罪嫌疑人有躲避偵查之情況，在人民檢察院不批准逮捕時，公安機關依刑事訴訟法第69條第3項後段規定，可依法採取取保候審、監視居住。

3、公安機關對人民檢察院批准與否之處理

(1) 人民檢察院批准逮捕

人民檢察院批准公安機關之提請時，公安機關依刑事訴訟法第68條之規定，公安機關應當立即執行，並且將執行情況及時通知人民檢察院。

另依刑事訴訟法第71條之規定，公安機關逮捕人的時候，必須出示逮捕證。逮捕後，除有礙偵查或者無法通知的情形以外，應當把逮捕的原因和羈押的處所，在24小時以內通知被逮捕人的家屬或者他的所在單位；第72條人民法院、人民檢察院對於各自決定逮捕的人，公安機關對於經人民檢察院批准逮捕的人，都必須在逮捕後的24小時以內進行訊問。在發現不應當逮捕的時候，必須立即釋放，發給釋放證明。均係公安機關執行逮捕時之程序性規定。

(2) 人民檢察院不批准逮捕時

A、釋放犯罪嫌疑人並通知人民檢察院

依刑事訴訟法第69條第3項規定，人民檢察院不批准逮捕的，公安機關應當在接到通知後立即釋放，並且將執行情況及時通知人民檢察院。對於需要繼續偵查，並且符合取保候審、監視居住條件的，依法取保候審或者監視居住。

B、公安機關可要求復議及復核

依刑事訴訟法第70條之規定，公安機關對人民檢察院不批准逮捕的決定，認為有錯誤的時候，可以要求復議，但是必須將被拘留的人立即釋放。如果意見不被接受，可以向上一級人民檢察院提請復核。上級人民檢察院應當立即復核，作出是否變更的決定，通知下級人民檢察院和公安機關執行。

4、通知義務之踐行

依刑事訴訟法第71條規定，公安機關逮捕人的時候，必須出示逮捕證。逮捕後，除有礙偵查或者無法通知的情形以外，應當把逮捕的原因和羈押的處所，24小時以內通知被逮捕人的家屬或者他的所在單位。明定公安機關有踐行通知義務，保障人權。

(四) 逮捕後所伴隨羈押之處分

依刑事訴訟法第124條規定，對犯罪嫌疑人逮捕後的偵查羈押期限不得超過二個月。案情複雜、期限屆滿不能終結的案件，可以經上一級人民檢察院批准延長一個月。

第126條規定，下列案件在本法第124條規定的期限屆滿不能偵查終結的，經省、自治區、直轄市人民檢察院批准或者決定，可以延長2個月：(一)交通十分不便的邊遠地區的重大複雜案件；(二)重大的犯罪集團案件；(三)流竄作案的重大複雜案件；(四)犯罪涉及面廣，取證困難的重大複雜案件。

第127條對犯罪嫌疑人可能判處十年有期徒刑以上刑罰，依照本法第126條規定延長期限屆滿，仍不能偵查終結的，經省、自治區、直轄市人民檢察院批准或者決定，可以再延長二個月。

再依同法第128條規定，在偵查期間，發現犯罪嫌疑人另有重要罪行的，自發現之日起依照本法第124條的規定重新計算偵查羈押期限。犯罪嫌疑人不講真實姓名、住址，身份不明的，偵查羈押期限自查清其身份之日起計算，但是不得停止對其犯罪行為的偵查取證。對於犯罪事實清楚，證據確實、充分的，也可以按其自報的姓名移送人民檢察院審查起訴。

從上開規定可知，逮捕後所伴隨的強制處分即為羈押，且原則上一經逮捕後，羈押期限不得超過2個月，原則上僅可延長1個月，其所規定之羈押期間非長，人權保障似較先進，然在大陸地區因多種原因造成超期羈押之情況，相當嚴重，反倒是漠視了立法美意。

以上是偵查階段羈押期間延長的幾種主要情形。但在實務上，公安機關還有權將其行使的行政處罰措施作為刑事強制措施使用，以彌補偵查期間的不足。例如，公安機關可以對一些嫌疑人採取勞動教養、收容教育等手段，使其不計算在正式刑事羈押期間之內。在中國的刑事司法實踐中，犯罪嫌疑人只要被批准逮捕，公安機關幾乎普遍有著：對嫌疑人的羈押與偵查永遠相伴，羈押期間實際與辦案期間完全合而為一，方能達到控制犯罪嫌疑人、獲取供述、偵查破案的目的之心態。對於檢察機關自行偵查的案件，羈押期間的計算與公安機關偵查的案件有明顯的不同。檢察機關一旦對某一犯罪嫌疑人採取了刑事拘留措施，就可以將其持續羈押14日，然後決定逮捕或者其他強制措施。逮捕後羈押期間原則上為2個月，但此後的羈押期間的延長卻完全由檢察機關根據偵查的需要自行決定。如果說在公安機關偵查的案件中，一些延長羈押的決定還由檢察機關作出的話，那麼檢察機關自行偵查的案件則完全由其自行決定羈押的延長問題。這就帶來了一個危險：檢察機關很可能出於偵查破案的需要，任意地延長羈押期間，因為對羈押期間的延長無需取得任何其他機關的審查。實務上檢察機關與公安機關的超期羈押情況「平分秋色」、「不分伯仲」的現實，表明超期羈押絕不僅僅是公安機關偵查活動特有的現象，而成為所有偵查活動中普遍存在的問題。

對於檢察機關的審查起訴活動，刑事訴訟法除了規定審查起訴期間最長不超過1個半月以外，並沒有對嫌疑人的羈押期間作出任何明確的規定。與偵查階段一樣，犯罪嫌疑人的近親屬、聘請的律師如果請求變更強制措施，解除嫌疑人所受的羈押措施，只能向偵查機關、審查起訴機關提出申請。決定是否繼續羈押的權力始終掌握在負責審查起訴的檢察機關手裏。一般情況下，對犯罪嫌疑人的羈押一直會持續到審查起訴結束之時。

審查起訴階段的羈押期間顯然與審查起訴本身的持續時間基本上合而為一。不僅如此，刑事訴訟法還規定了中國特有的補充偵查制度。這種補充偵查通常發生在公安機關偵查的案件事實不清、證據不足或者有嚴重漏罪等方面的情況之下。遇此情況，檢察機關可以自行補充偵查，也可以退回公安機關補充偵查。補充偵查以兩次為限，每次持續的時間不得超過1個月。根據實務上之慣例，補充偵查期間犯罪嫌疑人的羈押期間相應地得到延長。這樣，如果補充偵查的次數被用盡的話，嫌疑人又要多受到2個月的羈押。

與審查起訴階段一樣，第一審、第二審、死刑復核以及再審等各種審判程序，在刑事訴訟法中都只有訴訟期間的規定，而沒有被告人羈押期間的明確限制。例如，第一審程序一般為1個半月，最長不得超過2個半月；第二審法院審理上訴、抗訴案件，一般為1個半月，最長不得超過2個半月；法院按照審判監督程序重新審判的案件，應當在決定再審之日起3個月內審結，最長不得超過6個月，等等。這些期間所限制的只是法院審結案件的最長期限，而對被告人的羈押問題並不直接產生法律效力。但根據中國的刑事司法實踐，被告人所受的羈押期間與法院審判案件的期間基本上又是合而為一的。換言之，在法院審理案件期間，被告人自動地受到持續的羈押，而無需專門的審批程序。甚至在法院因為案情複雜或者訴訟拖延而長時間休庭的情況下，被告人也要一直被關押在看守所裏，而難以獲得變更強制措施的機會。原因很簡單，審判階段，被告人有關變更強制措施

的申請也只能向負責審判的法院提出，而負責審判的法院作為「公檢法三機關」辦案流水線上的第三道工序的負責者，當然願意將被告人繼續控制起來，以便取得打擊犯罪這一「戰役」的最後勝利。

三、逮捕在實務上存在之問題

(一) 不批准逮捕的規定過於抽象，難以操作

刑事訴訟法第 60 條規定，對有證據證明有犯罪事實，可能判處徒刑以上刑罰的犯罪嫌疑人、被告人採取取保候審、監視居住等方法，尚不足以防止發生社會危險性，而有逮捕必要的，應即依法逮捕。其中「尚不足以防止發生社會危險性」之規定應如何掌握和理解，則不夠具體。另外刑事訴訟法第 51 條規定了取保候審、監視居住兩種強制措施的前置條件為：「不致發生社會危險性」。但上開要件亦非明確模糊。以至於難以適用。

(二) 忽視逮捕的刑罰要件和必要性要件

羈押制度沒有貫徹「比例原則」或者「罪刑相當原則」之適用。在刑事實體法中，罪刑相當原則是一項極為重要的基本原則，該體現著刑法的正義性。既然犯有多大的罪行，就應判處與該罪行的嚴重性相當、符合比例原則。在訴訟程序中所採取的強制措施當然須與所涉犯之犯罪相當且符合比例原則。

實務上，在審查批准逮捕之過程中，大多數從事偵查監督業務的檢察官，只考慮構成犯罪即予以逮捕。而對「是否有逮捕必要」的審查在審查意見書中通常僅限於考慮「是否有重大疾病」和「正在懷孕、哺乳自己嬰兒的婦女」這兩個要件，對「可以採用取保候審或者監視居住的」和認罪態度等具彈性考量的情況則很少做出說明，甚至未作說明。

(三) 無救濟之權利

在中國的審前羈押制度中，不存在由中立司法機構主持進行的司法審查機制，致使羈押的授權、審查和救濟幾乎完全變成一種行政行為，而喪失了司法訴訟行為的基本品質。在公安機關負責偵查的案件中，除了逮捕以及逮捕後羈押期間的部分延長需要報請檢察機關加以審查批准以外，刑事拘留後的羈押期間以及對那些被發現犯有新罪或者身分不明的嫌疑人的羈押期間的確定和延長等，則幾乎完全由公安機關自行決定、自行執行，不受任何司法機構的有效審查。如果說公安機關因嫌疑人涉嫌犯有一罪而報請檢察機關批准逮捕，這還意味著有司法機構加以審查的話，那麼嫌疑人因涉嫌犯有新罪或者漏罪而被公安機關自行決定「重新計算羈押期間」，這實際就意味著公安機關對新罪或漏罪擁有逮捕的決定權。而在檢察機關自行偵查的案件中，司法機構的審查已經完全名存實亡，因為檢察機關本身既是偵查機關，又是審查批捕部門，對羈押期間的確定和延長不可避免地服務於偵查破案的需要，而不可能遵從所謂「法律監督」的內在要求。另一方面，如果說在刑事拘留、逮捕、逮捕後羈押期間的延長問題上，並不存在中立司法機構的授權和審查的話，那麼認為自己遭受非法或無理羈押的嫌疑人、被告人，恐怕難以獲得中立司法機構的救濟！因為，無論是犯罪嫌疑人還是被告人，要獲得變更強制措施、解除羈押的結局，只能求助於負責偵查、審查起訴的檢警機構，而不能向法院或專門的法官那裏尋求司法救濟。這使人身自由的救濟基本上局限於行政途徑，而難以納入司法領域之中。由於在聲請救濟時無法得到中立第三方的聽審，犯罪嫌疑人、被告人在遭受長時間的無理羈押面前，基本上無處「伸冤」，而只能被迫進行更為艱難的「上訪」，使得法律問題不可避免地演變為社會問題甚至政治問題。顯然，在進行司法改革的過程中，如何確保那些遭受超期羈押或者非法羈押的嫌疑人、被告人，獲得有效的訴諸司法救濟——也就是

獲得行使訴權的機會，這將是一個極為緊迫的制度設計課題。

(四) 超期羈押之產生

刑事訴訟法未將羈押期間與訴訟期間進行嚴格的分離，致使羈押期間嚴重地依附於訴訟期間或者辦案期間，使得羈押期間的延長取決於偵查破案、審查起訴甚至審判的需要。事實上，作為一部以保障嫌疑人、被告人甚至被害人基本權益和自由為基本使命的刑事訴訟法，所應明確限制的主要是羈押期間，而不是訴訟期間，尤其不能是偵查期間。只有在人的權益面臨威脅、限制和剝奪的場合，訴訟程序的建立才具有正當性，程序正義的強調也才具有合理性。諸如偵查、審查起訴、審判等訴訟活動的進行，固然理應有期間的限制，但也不應過於機械和僵化。這是因為，犯罪有輕重之分，刑事案件也有繁簡之別，要求所有刑事案件都按照同一偵查期間得到偵破、審查起訴結束甚至審判完成，這是不切實際的。為了維護程序正義並盡可能地不枉不縱，法律應當容許一些特別重大複雜的案件在較長時間裏進行偵查甚至審判活動，而無需明確訴訟期間。但是，無論案件的偵破、審判需要多長的時間，對犯罪嫌疑人、被告人的羈押期間卻不可能無限期地延長，不能使嫌疑人、被告人因訴訟期間的延長而過多的犧牲。如果說，訴訟期間的延長所導致的訴訟拖延，已經使嫌疑人、被告人遭受了較長時間的訟累，其前途和命運一直處於不確定甚至待判定的狀態，這已經使其受到不公正的對待，那麼，羈押期間的相應延長則會使嫌疑人、被告人承受更大程度上的不正義。

四、2012年新修正刑事訴訟法之規定

修正草案第26條規定，將第52條改為第65條，修改為：「被羈押的犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近親屬、辯護人有權申請變更強制措施。人民法院、人民檢察院和公安機關收到申請後，應當在三日以內作出決定；不同意變更強制措施的，應當告知申請人，並說明不同意的理由」。

修正草案第35條規定，將第60條改為第80條，修改為：「對有證據證明有犯罪事實，可能判處徒刑以上刑罰的犯罪嫌疑人、被告人，採取取保候審、監視居住等方法，尚不足以防止發生下列社會危險性的，應當予以逮捕：

- (一) 可能實施新的犯罪的；
- (二) 有危害國家安全、公共安全或者社會秩序的現實危險的；
- (三) 可能毀滅、偽造、隱匿證據，干擾證人作證或者串供的；
- (四) 可能對被害人、舉報人、控告人實施打擊報復的；
- (五) 可能自殺或者逃跑的。

對有證據證明有犯罪事實，可能判處10年有期徒刑以上刑罰的，或者可能判處徒刑以上刑罰，曾經故意犯罪或者身份不明的犯罪嫌疑人、被告人、應當予以逮捕」。

「被取保候審、監視居住的犯罪嫌疑人、被告人違反取保候審、監視居住規定，情節嚴重的，可以予以逮捕」。

修正意見第38點，增加1條，作為第87條：「人民檢察院審查批准逮捕，可以訊問犯罪嫌疑人；有下列情形之一的，應當訊問犯罪嫌疑人：

- (一) 對是否符合逮捕條件有疑問的；
- (二) 犯罪嫌疑人要求向檢察人員當面陳述的；
- (三) 偵查活動可能有重大違法行為的。

人民檢察院審查批准逮捕，可以詢問證人等訴訟參與人，聽取辯護律師的意

見；辯護律師提出要求的，應當聽取辯護律師的意見」。

修正意見第 39 點，係將第 71 條改為第 92 條，第 2 款修改為：「逮捕後，應當立即將被逮捕人送看守所羈押。除無法通知或者涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪等嚴重犯罪，通知可能有礙偵查的情形以外，應當把逮捕的原因和羈押的處所，在逮捕後二十四小時以內，通知被逮捕人的家屬」。

修正意見第 40 點，增加 1 條，作為第 94 條：「犯罪嫌疑人、被告人被逮捕後，人民檢察院仍應當對羈押的必要性進行審查。對於不需要繼續羈押的，應當建議予以釋放或者變更強制措施。」

修正意見第 41 點，將第 74 條改為第 96 條，修改為：「犯罪嫌疑人、被告人被羈押的案件，不能在本法規定的偵查羈押、審查起訴、一審、二審期限內辦結的，對犯罪嫌疑人、被告人應當予以釋放；需要繼續查證、審理的，對犯罪嫌疑人、被告人可以取保候審或者監視居住。」

修正意見第 42 點，將第 75 條改為第 97 條，修改為：「人民法院、人民檢察院或者公安機關對於被採取強制措施法定期限屆滿的犯罪嫌疑人、被告人應當予以釋放、解除取保候審、監視居住或者依法變更強制措施。犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近親屬或者辯護人對於人民法院、人民檢察院或者公安機關採取強制措施法定期限屆滿的，有權要求解除強制措施。」

修正意見第 43 點，將第 79 條改為第 101 條，增加 1 款，作為第 4 款：「期間的最後一日為節假日的，以節假日後的第一日為期滿日期。但犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯在押期間，應當至期滿之日為止，不得因節假日而延長。」

修正意見第 45 點，增加一條，作為第 114 條：「當事人和辯護人、訴訟代理人、利害關係人認為司法機關及其工作人員有下列行為之一，侵犯其合法權益的，有權向該司法機關申訴或者控告：

「（一）採取強制措施法定期限屆滿，不依法予以釋放、解除或者變更強制措施的；

「（二）應當退還取保候審保證金不依法退還的；

「（三）違法採取搜查、查封、扣押、凍結等偵查措施的；

「（四）應當解除查封、扣押、凍結不依法解除的；

「（五）阻礙辯護人、訴訟代理人依法履行職責的。」

「受理申訴或者控告的機關應當及時處理。對處理不服的，可以向同級或者上一級人民檢察院申訴。人民檢察院對申訴應當及時進行審查，必要時可以對有關情況進行調查核實；對於情況屬實的，依法予以糾正。」

修正意見第 46 點，將第 91 條改為第 115 條，增加一款，作為第二款：「犯罪嫌疑人被送交看守所羈押以後，偵查人員對其進行訊問，應當在看守所內進行。」

修正意見第 57 點，將第 128 條改為第 157 條，第 1 款修改為：「在偵查期間，發現犯罪嫌疑人另有重要罪行的，經上一級偵查機關批准，依照本法第一百五十三條的規定重新計算偵查羈押期限。」

修正意見第 45 條點，增加一條，作為第 114 條：「當事人和辯護人、訴訟代理人、利害關係人認為司法機關及其工作人員有下列行為之一，侵犯其合法權益的，有權向該司法機關申訴或者控告：

「（一）採取強制措施法定期限屆滿，不依法予以釋放、解除或者變更強制措施的；

「（二）應當退還取保候審保證金不依法退還的；

「(三) 違法採取搜查、查封、扣押、凍結等偵查措施的；

「(四) 應當解除查封、扣押、凍結不依法解除的；

「(五) 阻礙辯護人、訴訟代理人依法履行職責的。

「受理申訴或者控告的機關應當及時處理。對處理不服的，可以向同級或者上一級人民檢察院申訴。人民檢察院對申訴應當及時進行審查，必要時可以對有關情況進行調查核實；對於情況屬實的，依法予以糾正」。

五、兩岸有關羈押強制措施之比較

在大陸地區所稱逮捕之強制處分，我國乃係以羈押稱之。羈押之強制處分可分為偵查中與審判中之區別，在偵查中，檢察官獨占聲請權，經檢察官認為有羈押之原因及必要後，向法院聲請羈押被告，由法官依法審酌；於審判中，則由法官依職權自行認定被告是否有羈押之原因與必要。一旦被告被法院裁定羈押後，被告即可依刑事訴訟法第404條第2款之規定提出抗告，由上級審法院審酌原審羈押裁定是否合法。再者，有關偵查中羈押之期間，不得逾2月，若有繼續羈押之必要時，得向法院聲請延長羈押，期間不得逾2月，次數已1次為限，則偵查中羈押期間最長為4月；在審判中，羈押期間為3月，若有延長羈押之必要者，每次不得逾2月，若係最重本刑為10年以下有期徒刑之罪，延長羈押第一審、第二審以3次為限，倘若是上述以外之罪者，延長羈押則無次數之限制。

而在大陸地區有關羈押（即逮捕）之強制處分，在偵查中由檢察長7日內決定，若決定不批准逮捕時，公安機關還有復議之權利。且在大陸地區，超期羈押之狀況屢見不鮮，已如前述，且大陸地區羈押之強制措施，亦欠缺救濟之途徑，人民人身自由之保障，自難與我國相提並論。

第六節 強制措施與國際人權公約

一、國際人權公約與強制措施之比較

（一）國際人權公約

我國於2009年3月31日通過制定「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」，有關上開兩公約，乃係於55年12月16日簽訂，於65年3月23日生效，然因政治問題，使我國失去代表權，無法再參加聯合國之活動，以致42年來皆未批准兩公約，然上開人權公約既經立法院通過施行法且又經多數國家簽訂，對於人權保障自有一定之拘束力，爰分述如下。

公民與政治權利國際公約第9條規定：「

- 一 人人有權享有身體自由及人身安全。任何人不得無理予以逮捕或拘禁。非依法定理由及程序，不得剝奪任何人之自由。
- 二 執行逮捕時，應當場向被捕人宣告逮捕原因，並應隨即告知被控案由。
- 三 因刑事罪名而被逮捕或拘禁之人，應迅即解送法官或依法執行司法權力之其他官員，並應於合理期間內審訊或釋放。候訊人通常不得加以羈押，但釋放得令具報，於審訊時，於司法程序之任何其他階段、並於一旦執行判決時，候傳到場。
- 四 任何人因逮捕或拘禁而被奪自由時，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。
- 五 任何人受非法逮捕或拘禁者，有權要求執行損害賠償」。

同公約第10條規定：「

- 一 自由被剝奪之人，應受合於人道及尊重其天賦人格尊嚴之處遇。

二

(一) 除特殊情形外，被告應與判決有罪之人分別羈押，且應另予與其未經判決有罪之身分相稱之處遇；

(二) 少年被告應與成年被告分別羈押，並應儘速即予判決。

三 監獄制度所定監犯之處遇，應以使其懺悔自新，重適社會生活為基本目的。少年犯人應與成年犯人分別拘禁，且其處遇應與其年齡及法律身分相稱」。

從上開規定可以看出，就拘束人身自由時，須依法律及法定程序，再者，拘束人身自由時，尚須告知逮捕原因並有權聲請法院提審。雖依公約第9條第3項所定，有權力為逮捕或拘禁之人似不限於法官，但從第9條第4項規定，可看出法院有最終審核拘提、逮捕權力之單位。

有關聯合國人權事務委員會的一般性意見，在1982年第16屆會議中，第8號一般性意見：針對第9條認為：

1、各締約國報告對論及人身自由和安全的第9條，經常有範圍較窄的解釋，因此。委員會指出，第1段適用於剝奪自由的一切情況，不論涉及刑事案件或涉及諸如精神病、遊蕩、吸毒成癮、為教育目的、管制移民等其他情況。誠然，第9條的某些規定(第2款的一部分和第3款全部)僅適用於對之提出刑事控訴的人。然而，其他的規定，特別是第4款闡明的重要保證，即有權由法庭決定拘禁是否合法，適用於因逮捕或拘禁而被剝奪自由的任何人。

此外，依照第2條第(3)款的規定，締約國也必須保證，在個人聲稱被剝奪了自由，因而違反《公約》規定的其他情況下，向他提供有效的補救辦法。

2、第9條第3款規定，因刑事案件被逮捕或拘禁的人，應被「迅速」帶見審判官或其他經法律授權行使司法權力的官員。在大多數締約國，法律會規定出更明確的時限。委員會認為，延遲的期限不得超過幾天。許多締約國對這方面的實際做法並沒有提供充分的資料。

3、候審拘留的期限是另一個問題。對有些國家內某幾種刑事案件來說，這項問題引起了委員會的一些關注。委員會成員對它們的慣例是否符合第3款規定的「在合理的時間內審判或釋放」，表示懷疑。候審拘留應當是例外情況，期限應當盡可能縮短。委員會歡迎各國提供關於旨在縮短這種拘禁期的現有制度和所採取措施的資料。

4、此外，如果出於公共安全的理由，採用所謂防範性拘留措施，它也必須受到這幾條規定的約束，即不應當隨意行之，必須根據法律規定的根據和程序(第1款)，必須告知理由(第2款)和必須由法庭管制拘禁措施(第4款)以及在違反規定時加以賠償(第5款)。此外，如果這種案件涉及刑事控訴，則也必須給予第9條第(2)和(3)款以及第14條的充分保護。

(二) 國際人權公約與強制措施之比較

從上開國際人權公約第3條、第4條可以得知，國際人權公約對於因涉犯刑事犯罪之人，相當重視人身自由保障，並由中立之法院作為最終之審核機關，審核人身自由之干預是否合法，若係屬於非法之侵害，法院有權令機關釋放，此乃權力分立下正當法律程序之概念，在我國刑事訴訟法之規定，偵查中以檢察官為偵查主體，原則上，有關拘束人身自由之強制處分均由檢察官決定，例外如羈押之強制處分，依法官保留原則由法官決定，但上開劃分亦是從1995年釋字第392號解釋後才加以突破，距今亦不過14年之光景，但對人權保障卻是無可比擬之進步。然大陸地區之刑事訴訟制度，在偵查中，公安機關與檢察機關共同享有偵查權，且實務上，公安機關享有之權力顯然大於檢察機關，且因大陸地區政治權

力架構並不採行權力分立原則，乃係以集權方式作為鞏固權力中心之方式，導致人權保障在立法時之取捨並非重點，重點在於如何鞏固國家權力中心的思維，因此，大陸地區有關羈押（即逮捕）之強制處分，顯然不符合國際人權公約之規定。

二、歐洲人權公約對人身自由之規範

（一）羈押刑事被告之「正當程序」要求與國際人權標準

將被告羈押在看守所中，可說是國家對被告生活及許多受憲法保障基本人權的嚴重侵害，相較於受有罪判決而必須入監服刑之被告，受羈押之被告常是在毫無準備的情況下，突襲性的即遭到長期限自由，除此之外，羈押同時也對被告之私人生活及其社會關係的「撕裂」，被羈押之被告往往與犯罪者劃上等號，此一烙印效應往往長期影響被告或其家庭。除此之外，相較於國家訴追機關的積極蒐證、調查可能，在偵查或審判程序中遭到羈押的被告，幾乎等於是處於「與世隔絕」，「一面挨打」的窘境，嚴重的破壞武器平等原則²⁷。而對於未遭判刑確定之被告即加以羈押，更是對訴訟基本原則「無罪推定」的直接破壞。但另一方面，羈押卻是保全被告或證據，以有效實現法治國下國家刑罰權的有效手段，不可或缺，甚至可以用「必要之惡」來形容此一制度。在民主法治國家，莫不對此一制度的立、修法與實務運作予以高度之關切，期待的就是在「保障人權」與「有效實現刑罰權」間找到衡平，尤其是避免後者凌駕前者。司法院釋字第三九二號解釋理由書：「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。」即已清楚描述此一衝突以及衝突解決時的衡平之道。

憲法第八條對人民身體自由之保障，特詳加規定，其第一項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」毫無疑問的，人民因犯罪嫌疑遭國家機關逮捕羈押，屬於「限制人民身體自由之處置」，而羈押更是長期的限制拘束人身自由，故除同條第二項「告知」以及「二十四小時內移送至法院」之義務外，司法院大法官在多號釋字內²⁸，清楚揭示：「凡限制人民身體自由之處置，不問其

²⁷ 訴訟上之武器對等要求乃基於正當法律程序要求而來，並與歐洲人權公約第十四條「歧視禁止」連結。它要求訴訟當事人必須同等的被對待，例如享有同樣範圍的資訊，在相同的要件下擁有提出聲請、事實上或法律上意見，以及採取程序上行為之可能。訴訟上武器對等原則不只是要求形式上前述地位的平等，同時也進一步要求實質法律地位的等價。

²⁸ 主要如釋字第 384 號：「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。」、釋字第 523 號：「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，迭經本院解釋在案。」、釋字 588：人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，憲法第八條第一項規定所稱「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，除須有法律之依據外，尚須分別踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始得為之。」、釋字第 636 號：「人民身體自由享有充分保障，乃行使憲法所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第八條對人民身體自由之保障，特詳加規定，其第一項規定「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」考其意旨，係指國家行使公權力限制人民身體自由，必須遵循法定程序，在一定限度內為憲法保留之範圍。所謂法定程序，依本

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。」按此，除了羈押之規定屬於「法律保留」範圍外（甚至可能是更高位階之憲法保留），其內容設計必須符合「實質正當」，且遵守憲法第二十三條之規定（尤其是比例原則）²⁹。

將涉案人民羈押在看守所內，哪些程序保障是「實質正當」的基本內容？「比例原則」的判斷標準在哪？憲法本身沒有進一步之清楚規定。歷來司法院釋字中，例如釋字第三八四號解釋理由書中，雖有提到：「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。」或如釋字第三九六號解釋文提及對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如：「採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等。」惟這些內容均屬對於刑事訴訟，或是刑事訴訟程序以外之處罰程序等之一般性規定，並沒有針對羈押被告而特別規定。

在此情況下，借鏡國際人權公約的規定以及具體個案操作以瞭解羈押被告正當法律程序之內容，便顯的極有必要。此種途徑在司法實務上並不陌生。例如在肯定刑事被告對於不利證人有對質詰問權的釋字五八二號內，即曾援引歐洲人權公約以及聯合國之公民及政治權利國際公約等，認為凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。另司法院釋字第六二三號內，亦清楚說明：「保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權（聯合國於西元一九八九年十一月二十日通過、一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約第十九條及第三十四條參照）。」今年，立法院亦於三月底三讀通過「公民與政治權利國際公約(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR)及經濟社會文化權利國際公約(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, ICESCR)施行法」。可見國際人權要求已不是單純之口號或德政，而是對於政府機關有實質法拘束力的義務規定。

二次大戰結束後至今，國際人權法的誕生、形成，以及對於人權基本價值普世化的影響，可說是國際法領域內最具意義的發展。而在各種區域性的人權保障機制內，當以歐洲地區最具代表性。西元一九五〇年十一月四日簽署、一九五三年九月三日生效歐洲人權及基本自由保障公約（以下簡稱歐洲人權公約）是最早

院歷來之解釋，凡拘束人民身體自由於特定處所，而與剝奪人民身體自由之刑罰無異者，不問其限制人民身體自由出於何種名義，除須有法律之依據外，尚須分別踐行正當法律程序，且所踐行之程序，應與限制刑事被告人身自由所踐行之正當法律程序相類。」

²⁹ 正當法律程序原則雖然在多號大法官會議解釋中出現，並且作為審查的標準，但值得注意的是，在不少大法官解釋裡，對特定程序要求的憲法基礎卻不是正當法律程序原則，而是如「比例原則」，例如釋字 462 號的「主管機關所訂定之實施程序，尚須保證能對升等申請人專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量，始符合憲法第二十三條之比例原則」；或是「明確性原則」加上「比例原則」作為審查基礎，例如釋字第 523 號：「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」。

提供人權司法救濟的國際條約外，負責審理案件的歐洲人權法院更是功不可沒，凡各締約國之人民，享有向人權法院提出各締約國違反公約保障之指控，因此人權法院的最主要功能即在於透過個案裁判的效力，監督各締約國有無確實遵守公約，使公約之人權保障不只是道德宣示或是口號，而是具有實效性之保障³⁰。隨著歐洲整合及歐盟東擴，歐洲人權公約已有四十六個締約國，隨著政治經濟版圖的擴張與影響加大，歐洲人權法院判決對於歐洲人權基本價值與維護，具有權威與指導性的地位。因此，以歐洲人權公約以及歐洲人權法院對於人身自由保障，對羈押之規定以及審查標準為借鏡，探究大陸地區及台灣地區強制處分是否符合國際人權標準下之「正當法律程序」，並提出修正建議。

(二) 歐洲人權公約以及歐洲人權法院對於羈押之規定以及審查標準

1、歐洲人權公約第五條對逮捕、羈押刑事被告之保障

人民的自由與安全，屬於所有人權保障中至為重要之部分，歐洲人權公約第五條「有權要求自由與安全」內，即對此加以明文保障，以避免國家恣意的剝奪人民自由。此之自由指的是「身體之自由」，約略與我國憲法第八條所保障之「人身自由」相當，至於本條所指之安全，則沒有獨立之意義。值得注意的是，「身體自由之剝奪」與單純的「移動自由的限制」必須加以區分，後者不屬於第五條之保護範圍，而是受歐洲人權公約「四號檔第二條 (Art. 2 des 4. Protokolls)」的保護³¹。「身體自由之剝奪」與「移動自由的限制」二者之區別在於層級的不同，而其判斷必須視具體情況而定，例如對自由妨礙之類型、種類與方式以及長短與效力等³²。逮捕或羈押人民自然屬於身體自由之剝奪，作為刑事執行措施或對於犯罪嫌疑人之偵查程序而將人民監禁於住宅亦屬之。在歐洲許多國家實務上，將難民申請者限制於機場過境室多日屬於身體自由之剝奪或僅屬限制，產生很大之爭議。1996年「安默控告法國 (Amuur v. Frankreich)」一案中，外國人安默遭留置於法國機場過境室，此停留期間遭受警察嚴密的監控，法國並沒有讓其受律師協助，也沒有對於其難民申請提供任何援助，對此之留置也沒有經過法院之審核，而此一執行基礎除了一政府的檔之外，並沒有其他法律之授權。法國政府認為，此一對該難民之限制措施只是禁止他入境法國而已，至於該難民要返回其母國，或是要前往第三國等，法國政府並沒有給予任何限制，而是聽任其自由，因此非屬身體自由之剝奪。歐洲人權法院則持相反意見，認為即使該難民有前往第三國之可能性，亦不能排除此一限制已屬人身自由之剝奪而受公約第五條之保護，因為事實上前往第三國純粹只是理論上可行而已，在現實狀況下根本不可能。最後，歐洲人權法院認為此一措施屬於第五條之剝奪人身自由³³。

第五條「有權要求自由與安全」之規定共計五項，大致可用二大區塊加以理解(1)對人身自由之一般性保障，並據此明定可限制的事由與形式(第一項)。

³⁰ 見林鈺雄，歐洲人權保障機制之發展與挑戰（包括註1內列舉的文獻），載於台灣本土法學第六十九期，2005.04，頁90以下。

³¹ 該規定如下：一、任何人合法的停留於某國家之領土內者，有權於其內自由行動以及自由選擇其住所。任何人可自由決定離開包括其祖國在內之任何國家。二、以上權利只有在對一民主社會為了國家或公共安全、維持公共秩序、預防犯罪、保護健康或道德或保護其他人民之權利或自由等確屬必要，並且在法律明定的情形下，始得限制。三、當法律有所規定以及在一民主社會經由公共利益可以正當化時，第一項之權利亦可於特定之範圍內加以限制。

³² 僅屬於「移動自由的限制」者，例如因為國民義務（服兵役義務）與就學義務等而受之限制，對於外國人限制其僅能停留於某一城市、宵禁、對附條件釋放的人，要求必須經常性的向公家機關報到等。Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 92.

³³ Peters, a.a.O., S. 93.

(2) 第二項以下則為相關的程序保障，包括告知義務（第二項）、不容遲延的解至法院以及儘速進行訴訟程序（第三項）、法院須盡快的審核限制自由措施的合法性或釋放被告（第四項）及違法逮捕或限制自由之損害賠償（第五項）等，可稱相當完整。其中與本文討論範圍直接有關的條文計有第五條第一項 c)、第二項、第三項、第四項等：

第五條第一項

任何人均有權要求自由與安全。只有在下列情形以及基於法律所規定的方式下，能剝奪其自由：

a)

b)

c) 當相對人對於過去之犯罪行為存有足夠之犯罪嫌疑，或確有理由足認，必須防止被告為犯罪行為或犯罪後逃逸時，可依據法律將之逮捕或剝奪其自由後交給管轄法院。

第二項

任何遭逮捕之人，必須在一盡可能的短期之內，以其所能瞭解之語言告知其逮捕之理由，以及其所涉及之罪名。

第三項

任何人依據第一項 C 款遭逮捕或剝奪自由時，必須「不容遲延的 (unverzüglich)」將之送至法官或其他法律規定授權執行法官任務者之面前。該人民有權要求法院在一「適當期間內 (innerhalb angemessener Frist)」³⁴對之判決，或在程序進行時將之釋放。該釋放可於提供其日後會到場之擔保後為之。

第四項

任何人遭逮捕或限制自由時，有權要求法院要「於短期內 (innerhalb kurzer Frist)」內審判該剝奪自由的合法性，如果剝奪自由屬不合法者，法院應下令釋放。

2、歐洲人權法院之審查重點

職司監督各簽約國有無確實遵守公約的歐洲人權法院，在過去數十年間對於公約第五條累積了豐富的實務見解，對於公約內容之具體化與現代化有極大之貢獻。以下僅就人權法院對於第五條第三及第四項的審查重點以及特定的要求等作一概略的介紹。

(1) 請求「不容遲延的」送交法官以及「合於司法」的審查程序

將受逮捕人「立刻送交法官」規定之歷史淵源可溯及自英國 1679 年之 Habeas Corpus，人民只有在法官下令的條件下，始遭受逮捕，並且要在三日之內，將犯罪嫌疑人移送至法院。此一權利保障人民不受國家恣意或是違法的侵害人民自由，而由法院進行審查的建制屬於法治國原則的具體表現。當遭受逮捕之人民無法立刻獲得釋放者，該人民即有權要求送至法官面前。送交法官以及由法官對之審查等並非基於人民之要求方始進行，而是國家機關必須依職權進行之。關於「不容遲延的」的判斷，並沒有一個固定的期間，而是根據個案的情況決定，但比第

³⁴ 學者何賴傑將之翻譯為「合理期間」，見氏著：論刑事審判之「合理期間」，載於台灣本土法學第 69 期，2005.04，頁 127 註 12。

三項「適當期間」及第四項「於短期內」等規定較為嚴格。在歷年來的判決中，歐洲人權法院曾認為（一）四日六個小時才移送至法院已經過遲，（二）二日之內尚符合此一要求，（三）超過四日只有在例外情況方被接受，（四）如果長達八日才移送至法院，無論如何均屬太遲，即使在對恐怖分子的偵查程序亦然³⁵。至於解送之對象，除了法官之外，尚包括其他法律授權執行法官任務者亦屬之。對於其他執行法官任務者的資格，除了其獨立性受到保障之外，歐洲人權法院尚要求其必須有權就所有有利或不利於羈押的情況均能審查，以及按照法律之標準對之決定羈押或是釋放等始可。送交至檢察官、有權調查之公務員或是軍人等，均不符合公約之要求。

在遭逮捕或羈押後進行司法審核的內容與程序上，人權法院認為，雖然不必如審判程序般享有公約第六條所有的程序保障，但公平審判程序之基本保障不容或缺³⁶。首先，該程序必須由法律所明定，不可僅依據向來的實務慣例。而於內容上，人權法院清楚的宣示，將被告逮捕或進一步羈押必須是在「由具體的理由證實確實有公益需求」顯然超過「被告的權利保障（例如無罪推定、人身自由）」時，方受允許，而國家機關亦必須對此說明理由才可。在審查逮捕或羈押被告是否妥適時，人權法院要審查要求其理由是否確有所據，證據是否充足，不僅公益大於私益即足，而是只有在公益要求「明顯的」超過個人私益保障時，該逮捕或羈押才屬合法。其次，法院審理「剝奪人民自由」的程序設計，必須是合於司法形式（法官須具備獨立性與中立性），並且須提供足夠的程序保障，對此取決於該剝奪自由的種類而定。但在基於第一項 C 之情形，亦即人民因犯罪，或因為有再犯或逃亡之虞而須將之逮捕或羈押時，由於侵害人民之人身自由極為嚴重，故在程序設計上，除了法官要對該被告進行聽審外，程序也必須符合公平正當的要求，例如保障對審制度（kontradiktorisches Verfahren）以及武器平等（檢察官與被告間），縱使在偵查中發生的特別情況，也要盡可能的實現³⁷，此外，聽審原則及資訊權也須注意，亦即要給予被告足夠的表達意見機會，也要讓被告充分的瞭解，刑事機關對他的指控有哪些，並讓其有充分的反駁機會。

在武器平等的實現上，歐洲人權法院認為，為了能夠有效的爭辯羈押的合法性，被告的辯護人享有閱覽卷宗的權利誠屬必要，如果辯護人無法閱覽卷宗，則武器平等的要求將被破壞。此一要求是由「對審」的程序所導出，也就是由公約第六條規定所產生。其意義在於，在一刑事訴訟程序裡的雙方，也就是檢察官及被告等雙方，必須具有同等的機會去瞭解偵查的情形，以及可對於居於對立地位之他方所提出之證據資料表示意見及異議。根據人權法院之向來見解，此一要求對於偵查程序亦有適用。在考慮到剝奪人身自由措施的強烈侵害程度下，人權法院雖然亦確認有效的偵查及資料隱蔽的重要性，但此一合法之目的並不能使被告辯護權利遭受本質上的損害，因此，一個符合正當及「對審」要求的程序必須儘可能的確保，縱使是對於才剛開始的偵查程序亦同。在 2001 年德國連續三個遭受人權法院宣告敗訴的判決內，人權法院明確的認為，無論在羈押命令中所記載之資訊（Lietzow、Garcia Alva 二案），或是由羈押法官以言詞告知的資訊（Schöps 案）等，都只是法官根據由檢察官所呈遞的偵查卷宗內，所據以推論犯罪事實及羈押理由的「概要說明」而已，僅根據這些概要說明及推論等，被告及其辯護人

³⁵ Meyer-Ladewig, Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2002, S. 80 Rn. 30.

³⁶ Peters, a.a.O., S. 100.

³⁷ Nicolova gegen Bulgarien, EGMR, Urt.v.25.3.1999, NJW 2000, S. 2885; Meyer-Ladewig, a.a.O., S. 84 Rn. 41.

實無法就其「正確性」以及「從哪些證據得到如此結論」等重要事項，有能力加以審查、質疑。人權法院對此認為，當卷證之內容是在法院進行羈押審查所必要時，被告一方應享有完整的、不受限制的閱卷權利。最主要的閱卷內容包括決定羈押所根據的證據資料，甚至包括到其適當之評價。從這些案例可以很清楚的看到，縱使在偵查還未終結之前，只要是涉及決定在押被告羈押合法與否的卷宗資料，歐洲人權公約保障被告一方對於檢察官遞交給法官的卷宗資料擁有「不受限制」的閱卷權³⁸。

到 2007 年 M. gegen DEUTSCHLAND 一案中，歐洲人權法院再次強調「羈押審查程序之武器平等保障」以及「辯護人必須之閱卷權保障」³⁹。法院清楚認為：「由於剝奪自由帶來對於人民基本權利的嚴重後果，以及涉及對公約第 5 條第 4 項之程序，故公約第六條保障「公平程序」之基本要求，在進行中的偵查程序亦應在盡可能的範圍內滿足。於管轄法院進行之羈押審查訴訟，必須是在「當事人對立」以及確保檢察官與自由遭剝奪的被告之間「武器平等」的程序中進行。儘管各內國法律能以不同方式滿足這些要求，但所選擇的各項方式必須保證，可以知悉程序他方所遞交之檔以及對之有表示意見之真正機會。」「當辯護人欲接觸偵查卷宗內的文件遭到拒絕，而這些檔對於得以有效的撤銷「剝奪自由之合法性」具有重要地位者，「武器平等」未獲確保。法院固然承認，刑事偵查必須有效的進行，而這也意味著，在偵查範圍內部分搜尋到的資訊必須保持祕密，以防止犯罪嫌疑人對證據資料施加不當影響以及削弱刑事司法的進行。但這些合法的目的的實現並不能以重大限制辯護權為代價。判斷「剝奪自由之合法性」的重要資訊，必須讓被告之辯護人得以適當之方式接觸。」

(3) 犯罪嫌疑重大作為羈押原因的審查

犯罪嫌疑重大係指存在足夠的事實或資料，於考慮所有狀況後客觀上可認為被告可能犯下該犯行。涉嫌重大固然是逮捕原因之一，但歐洲人權法院認為，即使被告之重大犯罪嫌疑依然存在，但這只是逮捕合法化的條件之一，且在經過相當期間之後，僅憑此一理由已不能滿足繼續剝奪人身自由的合法性要求，換言之，如果要羈押或繼續羈押被告，司法機關必須提出其他「重要」且「充分」的理由（例如妨礙公共秩序、有逃亡之虞、湮滅證據之虞或是反覆實施之危險等），以及說明羈押或繼續羈押確有必要方受允許。按照此一看法，以被告涉嫌重大為由予以羈押的正當性，將隨著羈押經過期間愈長而逐漸減低，甚至不能以此為唯一之理由⁴⁰。此點其實不難理解，因為被告遭羈押後，被告是處於一與外界幾乎完全隔絕的封閉環境，被告在外可能的阻礙調查、蒐證等危險已大半消失，國家機關享有充裕且不受干擾的調查、蒐證機會，因此，隨著時間的經過，被告的犯罪事實理應愈能被充分證明。既然如此，以犯罪嫌疑重大為由而羈押被告的目的已日漸達成，故除非此時另有其他重要的羈押原因存在，否則僅以犯罪嫌疑重大作為羈押理由的合法性已日趨薄弱，甚至是「獨木難支大廈」，不能再單獨的使繼續羈押合法化。或許會有人提出疑問，認為如果案情複雜，或是仍有證明重罪的重要證據尚未掌握，把被告放出來不是容易雪上加霜，增加蒐證或保全證據的困難？事實上，如果長久羈押被告後，仍然無法釐清複雜的案情或掌握某重要證據的

³⁸ 以上詳細說明請見楊雲驊著，閱卷權的突破—以歐洲人權法院近年來幾個判決為例，台灣本土法學第七十期，2005.05，頁 120 以下。

³⁹ http://www.coe.int/t/d/menschenrechtsgerichtshof/dokumente_auf_deutsch/volltext/urteile/20071213-M.asp#TopOfPage 91、92.

⁴⁰ Meyer-Ladewig, a.a.O., S. 82 Rn. 36.

話，等於表示即使繼續羈押被告也不能有效降低目前的困難，此時更應慎重考慮，甚至認為沒有繼續羈押的必要⁴¹。

在 2001 年 Erdem 控告德國的案例內 (Erdem v. Germany)⁴²，歐洲人權法院以過長的羈押期間為由，認為德國政府違反歐洲人權公約第五條第三項之規定而判決其敗訴。在此案例內，Erdem 因加入犯罪組織等罪嫌總計遭到長達五年十一個月的羈押，在歷經共達七次的羈押審查決定內，被告均因為對遭指控之犯罪涉嫌重大、將來可能面臨嚴厲的刑罰、以及被告在德國無一定之人際關係以及住所，因而有逃亡之虞等原因，被審查法院認為具有合法的原因將之繼續羈押，而被告最後因為加入犯罪組織之罪名被判有期徒刑六年。承續向來之見解，歐洲人權法院在判決內清楚認為，羈押的繼續必須是在「由具體的理由證實確實有公益需求」顯然超過「被告的權利保障（例如無罪推定、人身自由）」時，才具有正當性，而國家機關亦必須對此說明理由才可。人權法院進一步具體認為，即使被告之重大犯罪嫌疑依然存在，但這只是羈押合法化的條件之一，且在經過相當期間之後，單獨此一理由已不能滿足羈押的合法性要求，司法機關必須提出其他「重要」且「充分」的理由，以及說明繼續羈押確有必要方可。在判斷被告有無逃亡之虞時，不可僅以「犯罪情節嚴重」以及「將受重刑判決」等即為判斷之標準⁴³。此外，被告之行為固然應該在羈押決定時考慮在內，但被告並無義務去協助證明自己有罪⁴⁴。在本案全部的羈押期間內，雖然「犯罪嫌疑」及「逃亡之虞」等要件繼續存在，但人權法院認為，這些事由已不足以合法化長達五年十一個月的羈押，而此一期間幾乎已等同於最後所受之有期徒刑判決期限。

(4) 羈押期間內，司法機關的積極作為態度

即使繼續羈押被告的充分理由依然存在，不代表延長羈押的合法要件均已構成。歐洲人權法院指出，應該還要進一步審查國家機關在羈押被告期間內，是否對被告所涉案件繼續進行必要的蒐證、調查以及審判行為等，還是未盡其責，甚至是無任何作為的恣意怠惰，這些也構成繼續羈押個案權衡的重要因素之一⁴⁵。如前所述，羈押被告直接造成公益與私益的嚴重衝突，只有在當公益要求「明顯的」超過個人私益保障時，才能使羈押合法化。在 2005 年 Dzelili v. Germany 一案中，歐洲人權法院發現，1996 年 11 月 4 日被告在德國遭起訴後，歐登堡 (Oldenburg) 邦高等法院在 1997 年 3 月 14 日才開始主審程序，總共進行 55 個審理期日，平均每次 90 分鐘。在一位參審員及一位補充參審員生病後，主審程序在 1998 年 6 月 2 日更新審判。所有證人必須重新進行審訊。歷經一次程序中斷後，主審程序直到 2001 年 3 月 20 日判決為止，每個月以平均少於 4 個審判期日及每次平均少於 2 個半小時進行審判。對於參審員及補充參審員生病後，部分主審程序有更新必要因而產生程序遲延一事，歐洲人權法院承認兩位參審員之生病是法院無法預見的。雖然如此，該遲延之不利益不應由申訴人承擔，該遲延責任應由該高等法院負責，以該遲延而言，如果高等法院在主審程序一開始時，即任命一名第二位補充參審員或許即可避免該遲延。

援引在 Cevizovic 案件法院判決意見，歐洲人權法院認定法院在程序中斷後

⁴¹ 見楊雲驊著，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—，台灣本土法學第八十一期，2006.04，頁 150 以下。

⁴² 扼要說明見 Ambos, *Europarechtliche Vorgabe für das deutsche Strafverfahren – Teil II*, *NSfZ* 2003, S. 15.

⁴³ Meyer-Ladewig, a.a.O., S. 82 Rn. 36.

⁴⁴ Meyer-Ladewig, a.a.O., S. 83 Rn. 36.

⁴⁵ Peters, a.a.O., S. 99; Meyer-Ladewig, a.a.O., S. 82 Rn. 36.

所進行之程序不夠迅速，因為主審程序每個月平均少於 4 個期日，而且法院沒有努力於更有效率的傳喚證人到庭。考慮到本案程序在 1998 年 6 月繼續進行時，申訴人已經羈押快兩年，法院應該要確立較為緊密的審理計畫以加速案件之審理。雖然歐洲人權法院考慮到遲延部分原因是德國法院必須等待在國外所為之調查程序及結果，然而申訴人在 1999 年 2 月在羈押已超過兩年半後始提出不在場證明，該等調查才開始。但即使考慮這些可歸責於申訴人之觀點後，歐洲人權法院還是確認，德國管轄法院沒有符合特別謹慎的要求以進行申訴人的審訊。因此如同 Cevizovic 案件，歐洲人權法院最後仍認為德國法院對申訴人之長期羈押期間，不符合「合理」之要求。

(5) 訴訟迅速原則的遵守

除了提供訴訟途徑供人民使用之外，法院必須在適當時間內 (in angemessener Zeit) 提供保障之義務，亦為實效性權利保障之內涵之一。「遲來的正義等於正義的拒絕」，權利救濟的結果過遲地產生，可能就不再是一個有效果的救濟，因此不能稱為具備實效性的救濟⁴⁶。歐洲人權公約有鑑於刑事訴訟進行往往會造成人身自由的強烈、長期侵害，遂在公約第五條第三、四項及第六條第一項分別規定了各簽約國法院對於受羈押之被告須於「於短期內」或是「於適當期間內」為裁判的義務，也就是「迅速原則」的要求，以保障人權⁴⁷，並且藉此，期使法和平性可以迅速的達成，而司法制度的可信度以及效率才受到保證。其中。對於已受人身自由限制的被告，法院須於「於適當期間內」受判決的義務，甚至遠較一般刑事訴訟進行之期限限制更加嚴格⁴⁸，確保各簽約國必須特別重視人權保障的時效性。德國是公約簽約國之一，除了要遵守此公約之規定外，德國聯邦憲法法院亦直接從基本法第二條第二項第二句連結第二十條第三項之法治國原則等，導出此一要求，因此在刑事訴訟程序，被告必須在一適當之期間內就其罪責與否得到一明確的判定。特別是對於羈押中之被告，此一要求特別受到重視⁴⁹。

第五條第三項第二句之「適當期間」該如何判斷，繫諸於個案之情況而決定。而第六條第一項之一般「適當期間」要求，在個案判斷時，到底多久的訴訟時間才算是適當，事實上並沒有一明確的界限。從歐洲人權法院的裁判中，可以歸納出幾個標準⁵⁰。

第一、根據事物之重要性判斷

若是訴訟程序的終結對於當事人極為重要時 (von besonderer Bedeutung)，往往一個比較短的訴訟時程間隔即會導至權利侵害。例如在刑事訴訟程序中涉及被告之羈押，勞工案件中的解雇，或者在民事訴訟中涉及家事案件或者影響生活家計費用之程序，對於當事人而言即屬極為重要。

第二、根據案件之複雜性判斷

若是訴訟程序所涉及之事實或法律問題經證明特別複雜時，例如須藉助外國

⁴⁶ 有效的權利救濟保障屬於我國憲法第十六條訴訟權之保護範圍，見劉宗德，憲法解釋與訴訟權之保障—以行政訴訟為中心，司法院大法官九十三年度學術研討會論文集及紀錄，頁 235。

⁴⁷ 相關討論見何賴傑，違反訴訟迅速原則之法律效果—減輕其刑？載於蔡墩銘教授六秩晉五祝壽論文集，1997，頁 825 以下。

⁴⁸ 由於此一「適當期間」是針對受羈押之被告，故其解釋上亦較公約第六條第一項第一句之「適當期間」為嚴格。Meyer-Ladewig, a.a.O., S. 82 Rn. 34; Gollwitzer, in LR, 24. Aufl., Art. 5 MRK Rn. 114.

⁴⁹ Beulke, Strafprozessrecht, 7 Aufl., 2004, S. 22 Rdnr. 26.

⁵⁰ Meyer-Ladewig, a.a.O., S. 120 Rn. 77 ff.

的司法協助案件、需要多項專家鑑定，調查複雜的經濟刑罰案件等，即允許一個比較長的訴訟期間。

第三、根據當事人之行為判斷

若是因為當事人行為之故造成訴訟程序的拖延，例如遲誤期間，未及時或完整的提供相關資料等，這些在判斷訴訟期間是否適當時，均必須納入考量。

第四、根據國家機關之行為判斷。

重要的判斷因素乃在於國家之官署或法院是否通暢運作，或者可以證明其長期間地毫無動靜。但無論如何，對於法官審核羈押是否合法，以及對於已遭羈押之被告所進行之本案訴訟程序等，必須受到更嚴格的「訴訟迅速」要求，則無疑義⁵¹。

第七節 2012年新修正刑事訴訟法之評析

一、有關拘傳之評析

2012年新修正刑事訴訟法第47點，乃係將刑事訴訟法第92條改為第116條，第2款修改為：「傳喚、拘傳持續的時間不得超過12小時；案情重大、複雜，需要採取拘留、逮捕措施的，傳喚、拘傳持續的時間不得超過24小時」、「不得以連續傳喚、拘傳的形式變相拘禁犯罪嫌疑人。傳喚、拘傳犯罪嫌疑人，應當保證犯罪嫌疑人必要的飲食、休息時間」，2012年新修正刑事訴訟法將拘傳之時間從12小時延長至24小時，引起部分專家學者質疑，認為拘傳時間之延長，是員警權力擴張的表現。中國社會科學院法學研究所研究員王敏遠表示，拘傳時間拖長，無疑等於變相的刑訊逼供⁵²。

從偵查角度觀之，延長拘傳時限，是現實的需要。很多案件由於情況複雜，時間有限，導致辦案困難。在案件的偵查階段，犯罪嫌疑人拘傳到案後，偵查人員要開展訊問犯罪嫌疑人、詢問證人、勘驗檢查、搜查等工作。在訊問階段，犯罪嫌疑人絕大多數首先會選擇抗拒而不是配合調查。而修法後，拘傳時限延長至24小時既有利於打擊犯罪，也有利於減少和杜絕刑訊逼供。在個別地方，由於基層司法人員程序意識不強，有時會通過篡改拘傳時間、放了再拘、換個理由再拘，規避12小時拘傳期限，導致因非法拘傳被起訴，從而影響司法機關的形象與公信力。

司法實踐中，檢察機關也普遍反映，在12小時內突破職務犯罪案件較為困難，偵查人員以12小時獲取口供為突破口，但嫌疑人大都抱著扛過了12小時，檢察院就得放人的僥倖心理，以對抗偵查。偵查人員在12小時內突破不成，便只能換個理由再拘。

懲罰犯罪與保護人權必須並重，刑事訴訟法的修改體現了這個原則。全國人

⁵¹ 另見 Peters, a.a.O., S. 99.

⁵² <http://www.chinareviewnews.com/crn-webapp/search/allDetail.jsp?id=101873880&sw=%E5%BB%B6%E9%95%BF%E6%8B%98%E4%BC%A0>。最後瀏覽日 2012 年 4 月 2 日。

大代表、湖南省高級人民法院院長康為民認為，本次刑事訴訟法修改的一個重要原則是把握好懲罰犯罪與保障人權的關係。如果只是片面地強調保障人權，對犯罪不及時打擊懲罰，那麼就是對被害人人權的侵害。如果過於強調以懲罰犯罪為目的，甚至在偵查過程中進行刑訊逼供，那麼不僅是對犯罪嫌疑人權益的侵害，也是對法治的破壞。

12小時與24個小時的具體區別在何處？不管是實務界，還是學術界，都希望立法機關進一步明確細化“案情重大、複雜”。2012年新修正刑事訴訟法增加規定“案情重大、複雜，需要採取拘留、逮捕措施的，拘傳時間不得超過24小時。”“案情重大、複雜”的標準是什麼，該如何認定，2012年新修正刑事訴訟法並沒有作出明確說明，還是一個模稜兩可的界限。這不僅讓司法人員在辦案過程中沒有具體的把握標準，也容易造成司法機關濫用新的規定，任何案件均以重大、複雜為由，無條件延長拘傳時間至24小時，限制犯罪嫌疑人的人身自由。12小時的延長給了偵查部門更多的時間調查重大、複雜案件，但辦案人員不能因為時間的延長而掉以輕心，更應杜絕刑訊逼供、變相拘禁的違法行為。偵查機關既要規範執法行為，打破12小時突破案件的傳統模式，將12小時僅僅視為與犯罪嫌疑人第一次交鋒，瞭解犯罪嫌疑人的底細，為下一步的偵查奠定基礎。與此同時，對於重大、複雜的案件在延長的12小時裡要合理分配，充分利用有限的時間有所突破。警方在案件調查、取證的過程中，需要辦理一批法律文書，還要上傳網絡，因此，精簡程序也是有限時間內提高辦案效率的重要一環。

此外，偵查人員應不斷加強自身素質，提高辦案效率。拘傳時間的適度延長，對公、檢、法部門都是一個挑戰。雖然在時間壓力上小了些，但作為執法人員還要不斷苦練‘內功’，提高自身業務能力，弄清每個案件的具體特性，尤其是選准案件的突破口，確保犯罪嫌疑人到案後，執法人員能迅速有效的開展工作，否則即使延長48小時、72小時也不夠用。

本條修正將拘傳之最長時限由12小時延長為24小時，同時增加規定「傳喚、拘傳犯罪嫌疑人，應當保證犯罪嫌疑人必要的飲食、休息時間」。司法實務操作中，難點在於對所謂「必要的飲食、休息時間」究竟應當如何解釋和把握？例如，傳喚、拘傳期間的訊問應當多長時間讓犯罪嫌疑人休息一次，一次休息多長時間，等等。

再則，從違反本條款的法律後果來看，傳喚、拘傳持續時間達到24小時而又沒有保障犯罪嫌疑人必要的飲食、休息時間的，是否應當認定為“疲勞審訊”，並視為刑訊逼供，對其所獲口供應予排除？疲勞審訊當然構成刑訊逼供，但問題是什麼是疲勞審訊？何種強度的超時審訊才能構成疲勞審訊？從實踐情況來看，訊問時間較長，是認定疲勞審訊的一般標準，但僅此卻並不足以認定構成疲勞審訊。除時間長短因素外，實踐中還必須考慮在訊問期間犯罪嫌疑人是否得到休息機會，嫌疑人要求休息時偵查人員是否加以制止等因素。例如，在一起案件中，偵查機關拘傳犯罪嫌疑人到案後，對其實施了長達30小時的訊問，但是，訊問期間嫌疑人曾經多次要求休息，偵查人員都同意了，有時甚至是邊休息邊訊問。這種情形下，雖然訊問因超時而違法，但卻並不構成疲勞審訊，當然也就不構成刑訊逼供⁵³。

⁵³ 2012年新修正刑事訴訟法為刑事訴訟法第117條第2項、第3項：傳喚、拘傳持續的時間不得超過十二小時；案情特別重大、複雜，需要採取拘留、逮捕措施的，傳喚、拘傳持續的時間不得超過二十四小時。不得以連續傳喚、拘傳的形式變相拘禁犯罪嫌疑人。傳喚、拘傳犯罪嫌疑人，應當保證犯罪嫌疑人的飲食和必要的休息時間。的飲食和必要的休息時間。

二、有關取保候審之評析

修正草案第 25 點之內容，乃係將第 51 條改為第 64 條，修改為：「人民法院、人民檢察院和公安機關對於有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以取保候審：

- (一) 可能判處管制、拘役或者獨立適用附加刑的；
- (二) 可能判處有期徒刑以上刑罰，採取取保候審不致發生社會危險性的；
- (三) 羈押期限屆滿，案件尚未辦結，需要採取取保候審措施的。

取保候審由公安機關執行。」

本條修正之處主要在於增加了「羈押期限屆滿，案件尚未辦結，需要採取取保候審措施的」可以取保候審的規定，本意在於防止超期羈押以及不必要的羈押，但實務上普遍存在著檢察機關、偵查機關「打擦邊球」，利用退回補充偵查、改變管轄“借時間”的情況，換言之，羈押期間屆滿，案件尚未辦結，檢察機關可能以退回補充偵查或改變管轄為由，繼續對犯罪嫌疑人進行羈押，因而本條有效性可能在實務上被架空⁵⁴。

2012 年新修正刑事訴訟法第 27 點，係將第 55 條改為第 68 條⁵⁵，修改為：

「保證人應當履行以下義務：

- (一) 監督被保證人遵守本法第 69 條的規定；
- (二) 發現被保證人可能發生或者已經發生違反本法第六十九條規定的行為的，應當及時向執行機關報告。

被保證人有違反本法第 69 條規定的行為，保證人未履行保證義務的，對保證人處以罰款，構成犯罪的，依法追究刑事責任」。

修正草案第 28 點，將第 56 條改為 3 條，作為第 69 條、第 70 條、第 71 條，修改為如下：

修正草案第 69 條規定：

「被取保候審的犯罪嫌疑人、被告人應當遵守以下規定：

- (一) 未經執行機關批准不得離開所居住的市、縣；
- (二) 住址、工作單位元和聯繫方式發生變動的，在二十四小時以前向執行機關報告；
- (三) 在傳訊的時候及時到案；
- (四) 不得以任何形式干擾證人作證；
- (五) 不得毀滅、偽造證據或者串供。

人民法院、人民檢察院和公安機關可以根據案件情況，責令被取保候審的犯罪嫌疑人、被告人遵守以下一項或者多項規定：

- (一) 不得進入特定的場所；

⁵⁴ 2012 年新修正刑事訴訟法規範於第 65 條：「人民法院、人民檢察院和公安機關對有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以取保候審：

- (一) 可能判處管制、拘役或者獨立適用附加刑的；
- (二) 可能判處有期徒刑以上刑罰，採取取保候審不致發生社會危險性的；
- (三) 患有嚴重疾病、生活不能自理，懷孕或者正在哺乳自己嬰兒的婦女，採取取保候審不致發生社會危險性的；
- (四) 羈押期限屆滿，案件尚未辦結，需要採取取保候審的。

取保候審由公安機關執行。」正式通過之條文，增定第 3 款之規定。

⁵⁵ 2012 年新修正刑事訴訟法同草案內容。

- (二) 不得與特定的人員會見或者通信；
- (三) 不得從事特定的活動；
- (四) 將旅行證件、駕駛證件交執行機關保存。

被取保候審的犯罪嫌疑人、被告人違反前兩款規定，已交納保證金的，沒收部分或者全部保證金，並且區別情形，責令犯罪嫌疑人、被告人具結悔過，重新交納保證金、提出保證人，或者予以逮捕。

對於違反取保候審規定，需要予以逮捕的，可以對犯罪嫌疑人、被告人先行拘留⁵⁶。」

修正草案第 70 條規定：

「取保候審的決定機關應當綜合考慮保證訴訟活動正常進行的需要，被取保候審人的社會危險性，案件的情節、性質，可能判處刑罰的輕重，被取保候審人的經濟狀況等情況，確定保證金的數額。

取保候審保證金的數額確定後，提供保證金的人應當將保證金存入執行機關指定銀行的專門帳戶⁵⁷」。

修正草案第 71 條規定：

「犯罪嫌疑人、被告人在取保候審期間未違反本法第 69 條規定的，取保候審結束的時候，憑解除取保候審的通知到銀行領取退還的保證金⁵⁸」。

上述修正的主要內容在於：一是增加了第 69 條第 2 項關於取保候審的附隨義務；二是增加了關於確定保證金數額的原則以及退還保證金的具體手續，增強了可操作性，有助於解決實踐中隨意確定保證金數額以及“退保難”等問題。

但是，第 69 條第 3 項規定：「被取保候審的犯罪嫌疑人、被告人違反前兩款規定，已交納保證金的，沒收部分或者全部保證金，並且區別情形，責令犯罪嫌疑人、被告人具結悔過，重新交納保證金、提出保證人，或者予以逮捕」，未明確規範何種情況下可以重新取保、何種情況下應予以逮捕，實務上可能產生恣意性。從立法目的解讀，原則上被取保人違反第 69 條第 1 項規定的，應當予以逮捕，而不宜再重新取保；而被取保人違反第 2 項即附隨義務的，則可以重新取保，當然情節嚴重的，也可以直接予以逮捕，例如，被取保人拒不交出旅行證件、駕駛證件，偵查機關懷疑其可能逃匿的，則可以直接逮捕⁵⁹。

此外，第 69 條第 4 項規定對於違反取保候審規定，需要予以逮捕的，可以對犯罪嫌疑人、被告人先行拘留，似屬多餘。因為，拘留與逮捕本屬不同的強制措施，本就可疊加採用，立法上不作此規定，法解釋上仍應按此操作。

⁵⁶ 2012 年新修正刑事訴訟法第 69 條與修正草案有異之處，乃在於第 69 條第 2 項第 4 款增定：(四) 將護照等出入境證件交執行機關保存；另於第 3 項增列除逮捕外，尚可以監視居住之強制措施代替逮捕。

⁵⁷ 2012 年新修正刑事訴訟法將第 70 條第 1 項同修正草案，但第 2 項文字修改為：「提供保證金的人應當將保證金存入執行機關指定銀行的專門帳戶。」

⁵⁸ 2012 年新修正刑事訴訟法第 71 條文字修改為：「犯罪嫌疑人、被告人在取保候審期間未違反本法第 69 條規定的，取保候審結束的時候，憑解除取保候審的通知或者有關法律文書到銀行領取退還的保證金」。

⁵⁹ 2012 年新修正刑事訴訟法如註 55，業已增列可將護照等出入境證件交執行機關保存外，另可以監視居住之強制措施代替逮捕。

三、有關監視居住之評析

修正草案第 29 點規定，增加 1 條，作為第 72 條：「人民法院、人民檢察院和公安機關對於符合逮捕條件，有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以監視居住：

- (一) 患有嚴重疾病、生活不能自理的；
- (二) 懷孕或者正在哺乳自己嬰兒的婦女；
- (三) 因為案件的特殊情況或者辦理案件的需要，採取監視居住措施更為適宜的；
- (四) 羈押期限屆滿，案件尚未辦結，需要採取監視居住措施的。

對於符合取保候審條件，但犯罪嫌疑人、被告人不能提出保證人，也不交納保證金的，也可以監視居住。

監視居住由公安機關執行。」

增訂本條之主要目的在於單獨規定監視居住的適用條件和範圍，從而將監視居住與取保候審脫鉤，以解決之前監視居住定位不清的問題。羈押，作為長時間限制犯罪嫌疑人、被告人人身自由之強制措施，對犯罪嫌疑人、被告人人身自由侵害極大，基於此，各國均對羈押適用的具體方式作了一定的變通處理，其中比較典型的就德國的「延期執行逮捕」制度和義大利的「住所逮捕」制度，大陸地區之監視居住制度在功能上與此類似。

修正草案第 72 條之所以要求被監視居住的對象必須「符合逮捕條件」即罪該逮捕，因監視居住本身就是逮捕(羈押)之替代性強制措施，即罪該逮捕，但因為特殊原因(疾病、生產等)而變通逮捕的執行方式。立法例上與此類似的如德國的「延期執行逮捕」制度和義大利的「住所逮捕」制度。所謂「延期執行逮捕」制度，根據德國刑事訴訟法的規定，係指若採取其他措施，亦足以達到待審羈押之目的，法官應當命令延期執行僅根據逃亡之虞簽發的逮捕令。被延期執行逮捕之人承擔以下義務：(1) 責令定期在法官、刑事追訴機關或者由他們所指定的部門地點報到；(2) 責令未經法官、刑事追訴機關許可，不得離開住所或者居所或者一定區域；(3) 責令只能在特定人員監督下可離開住宅；(4) 責令被指控人或者其他人員提供適當的擔保；(5) 不得與共犯、證人或者鑑定人聯繫。否則，法官應當決定執行逮捕令。義大利的「住所逮捕」制度與此類似。根據義大利刑事訴訟法的規定，在實行住地逮捕之決定時，法官規定被告不得離開自己的住宅、其他私人居住地、公共治療場所或扶助場所。在必要時，法官限制或者禁止被告人與其他非共同居住人或非扶助人員進行聯繫。若被告無法以其他方式滿足基本的生活需要或者陷於特別困難的境地，法官可以批准在白天離開逮捕地，在嚴格的時間限度內設法滿足上述需求或者進行有關工作。

關於本次草案規定的指定居所監視居住，學界一直持有非議，主要是擔心實踐中指定居所監視居住演變成變相羈押。但實際上監視居住本身就是羈押的一種變通執行方式，強制力度上接近羈押本就無可厚非。監視居住限制的是當事人的行動自由、通訊自由等，但底限是要確保當事人的基本生活自由，只要能確保這一底限，監視居住的合法性即無可爭議⁶⁰。

修正草案第 30 點規定，增加 1 條，作為第 73 條：

⁶⁰ 正式通過條文第 72 條增列第 1 項第 3 款係生活不能自理的人的唯一扶養人可為監視居住之強制措施，餘均與修正草案內容相同。

「監視居住應當在犯罪嫌疑人、被告人的住處執行；無固定住處的，可以在指定的居所執行。對於涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪、重大賄賂犯罪，在住處執行可能有礙偵查的，經上一級人民檢察院或者公安機關批准，也可以在指定的居所執行。但是，不得指定在羈押場所、專門的辦案場所執行。

指定居所監視居住的，除無法通知或者涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪，通知可能有礙偵查的情形以外，應當把監視居住的原因和執行的處所，在執行監視居住後 24 小時以內，通知被監視居住人的家屬。

指定居所監視居住的，被監視居住的犯罪嫌疑人、被告人委託辯護人，適用本法第 33 條的規定。

人民檢察院對指定居所監視居住的決定和執行是否合法實行監督。」

本條修訂主要目的在於解決監視居住的執行問題，尤其是指定居所監視居住的執行問題，並著眼於將監視居住與變相羈押相區別，「不得指定在羈押場所、專門的辦案場所執行」，但指定居所監視居住的案件範圍似乎不應局限於涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪、重大賄賂犯罪，一些特殊類型的犯罪似也有另行指定居所監視居住的必要，例如，涉嫌性犯罪、家庭暴力犯罪的，等等。

在上開修正草案條文中，「除無法通知或者涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪，通知可能有礙偵查的情形以外」之規定，存在上述情況之一時，可以作為對當事人實施監視居住、刑事拘留、逮捕等強制措施後，不在 24 小時內通知家屬的理由，這將成為偵查機關濫權，對人民實施「秘密關押和拘捕」之「法律依據」，等於是用法律方式將非法行為合法化。可想而知，立法者在上開修正時，乃係重犯罪偵查而輕人權之立場。

中華人民共和國憲法第 5 條指出：「中華人民共和國實行依法治國……國家維護社會主義法制的統一和尊嚴……一切法律、行政法規和地方性法規都不得同憲法相抵觸……任何組織或者個人都不得有超越憲法和法律的特權」。第 33 條規定：「國家尊重和保障人權」。第 37 條規定：「中華人民共和國公民的人身自由不受侵犯」。

上開憲法明文規定，「中華人民共和國公民的人身自由不受侵犯」；「任何公民，非經人民檢察院批准或者決定或者人民法院決定，並由公安機關執行，不受逮捕」；「國家尊重和保障人權」，但刑事訴訟法修正草案，對無法通知、涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪、通知可能有礙偵查的三種情形作為例外規定，為相關部門違憲侵犯公民人身自由和人權之規定，打開了方便之門。

新的刑事訴訟法關於嫌疑人被採取逮捕和監視居住等強制措施後，通知家人的規定，採取了偏向公權力、偵查當局的立法，這也引來了不少關注人權的律師和學者的批評，擔心此項立法將使「強制失蹤」合法化。

此前的艾未未、高智晟、劉曉波等知名異議者案件中，他們都長期被羈押於不明場所，而在劉曉波的案件中，被羈押的時間甚至未被法庭折抵刑期。

按立法原意，一般而言，監視居住都是在本人居所進行，因此，並無通知家屬的問題，但根據上述規定，監視居住可在指定居所執行，因此，是否通知家屬就成了關係嫌疑人權利的重大立法選擇。但該修正案草案則規定，「指定居所監視居住的，除無法通知或者涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪，通知可能有礙偵查的情形以外，應當把監視居住的原因和執行的處所，在執行監視居住後二十四小時以內，通知被監視居住人的家屬」，所適用之後果恐怕無法想像。這四種情況太寬泛，如果通過，意味公安機關可任意抓人而不必通知家屬，尤其第四點（即通知可能有礙偵查的情形），幾乎任何案件都可以說如果通知家屬「有

礙偵察」，每個人都無保障。因此，上開修正草案針對人權保障乃係大幅度的退步⁶¹。

修正草案第 31 點規定，增加 1 條，作為第 74 條：「指定居所監視居住的期限應當折抵刑期。犯罪分子被判處管制的，監視居住一日折抵刑期一日；被判處拘役、有期徒刑的，監視居住二日折抵刑期一日」。

根據本條修法，只有指定居所監視居住方可折抵刑期，似有不妥。在義大利之制度，監視居住又稱為「住所逮捕」，只是逮捕的一種變通執行方式，監視居住期間都可以折抵刑期。況且，無論是指定居所監視居住，還是在住處監視居住，被監視居住人都被限制基本人身自由，因此，原則上監視居住都應當可以折抵刑期。此外，被暫予監外執行之人，對基本人身自由的限制程度，較之監視居住要小得多，暫予監外執行之期間，都可以計入刑期，舉輕以明重，監視居住期間當然可折抵刑期⁶²。

修正草案第 32 點規定，將第 57 條改為第 75 條，修改為：「被監視居住的犯罪嫌疑人、被告人應當遵守以下規定：

- (一) 未經執行機關批准不得離開執行監視居住的處所；
- (二) 未經執行機關批准不得會見他人或者通信；
- (三) 在傳訊的時候及時到案；
- (四) 不得以任何形式干擾證人作證；
- (五) 不得毀滅、偽造證據或者串供；
- (六) 將身份證件、旅行證件、駕駛證件交執行機關保存。

被監視居住的犯罪嫌疑人、被告人違反前款規定，情節嚴重的，可以予以逮捕；需要予以逮捕的，可以對犯罪嫌疑人、被告人先行拘留⁶³。」

修正草案第 33 點，增加 1 條，作為第 76 條：「執行機關對被監視居住的犯罪嫌疑人、被告人，可以採取電子監控、不定期檢查等監視方法對其遵守監視居住規定的情況進行監督；在偵查期間，可以對被監視居住的犯罪嫌疑人的通信進行監控⁶⁴」。

上述兩條修法之目的在解決被監視居住人的監督、監控問題。至於監督方式，所謂「不定期檢查」等監視方法，除了執行機關人員親臨訪視外，還包括採用電話查訪等。但要注意的是，監視居住在實踐中仍應注意比例原則之適用，例如，對於「未經執行機關批准不得離開執行監視居住的處所」的運用，必須區分犯罪嫌疑人涉嫌罪行的性質、輕重等而區別對待，不能對所有犯罪嫌疑人全天 24 小時一概不批准離開住處，有些情況特殊的犯罪嫌疑人，如學生應當保證其到校上學的時間。在監督方式選擇上，應盡量採取對當事人及其家屬權益影響較

⁶¹ 依據於 2012 年 3 月 15 日最新修正通過刑事訴訟法對採取強制措施後不通知家屬的情形作了嚴格限定，規定：指定居所監視居住的，除無法通知的以外，應當在執行監視居住後二十四小時以內，通知被監視居住人的家屬。逮捕後，應當立即將被逮捕人送看守所羈押。除無法通知的以外，應當在逮捕後二十四小時以內，通知被逮捕人的家屬。詳見：

<http://www.chinareviewnews.com/crn-webapp/search/allDetail.jsp?id=102041316&sw=%E5%88%91%E4%BA%8B%E8%AF%89%E8%AE%BC%E6%B3%95>。最後瀏覽日：2012 年 4 月 2 日。

⁶² 2012 年新修正刑事訴訟法第 74 條為：「指定居所監視居住的期限應當折抵刑期。被判處管制的，監視居住一日折抵刑期一日；被判處拘役、有期徒刑的，監視居住二日折抵刑期一日。」

⁶³ 2012 年新修正刑事訴訟法將第 75 條第 1 項第 6 款規定為：「將護照等出入境證件、身份證件、駕駛證件交執行機關保存。」

⁶⁴ 2012 年新修正刑事訴訟法內容同修正草案。

小的監督方式，例如，頻繁的親臨到訪，可能影響其家人的寧靜生活，就不如採取電話查訪的方式。

修正草案第 34 點，增加 1 條，作為第 77 條：「公安機關對於監視居住、取保候審的決定，應當立即執行。執法人員對監視居住、取保候審決定，不嚴格執行，貽誤案件辦理的，依法追究責任」。

本條規定仍然停留在“重實體、輕程序”的層面，違反程序法的責任並未在立法中得到明確體現。這也是學界所謂“程序性制裁理論”的重大盲點與無力，對於公安司法機關在程序上的消極不作為行為，程序法上除了加強法律監督，很難有更為妥當的辦法來督促其積極履行職責。為此，本條應當增加人民檢察院對公安機關執行監視居住、取保候審決定的法律監督；公安機關的執法人員對監視居住、取保候審決定，不嚴格執行，貽誤案件辦理的，人民檢察院有權發出糾正違法通知書或者檢察建議，公安機關接獲後應立即執行⁶⁵。

修正草案第 42 點，將第 75 條改為第 97 條，修改為：「人民法院、人民檢察院或者公安機關對於被採取強制措施法定期限屆滿的犯罪嫌疑人、被告人應當予以釋放、解除取保候審、監視居住或者依法變更強制措施。犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近親屬或者辯護人對於人民法院、人民檢察院或者公安機關採取強制措施法定期限屆滿的，有權要求解除強制措施⁶⁶」。

原則上，取保候審或者監視居住期滿後，所有強制措施手段均告終結，此時對犯罪嫌疑人、被告應當予以釋放。

修正草案第 45 點，增加 1 條，作為第 114 條：「當事人和辯護人、訴訟代理人、利害關係人認為司法機關及其工作人員有下列行為之一，侵犯其合法權益的，有權向該司法機關申訴或者控告：

- (一) 採取強制措施法定期限屆滿，不依法予以釋放、解除或者變更強制措施的；
- (二) 應當退還取保候審保證金不依法退還的；
- (三) 違法採取搜查、查封、扣押、凍結等偵查措施的；
- (四) 應當解除查封、扣押、凍結不依法解除的；
- (五) 阻礙辯護人、訴訟代理人依法履行職責的。

受理申訴或者控告的機關應當及時處理。對處理不服的，可以向同級或者上一級人民檢察院申訴。人民檢察院對申訴應當及時進行審查，必要時可以對有關情況進行調查核實；對於情況屬實的，依法予以糾正。」

本條修法之立法本意為保證當事人和辯護人、訴訟代理人、利害關係人在刑事訴訟中的人身權、財產權等合法權益。但對司法人員的一切程序違法行為，當事人等都有權申訴或控告，似不應局限於本條列舉之五種違法行為⁶⁷。

⁶⁵ 2012 年新修正刑事訴訟法中，並未將本條修正草案作為增定內容。

⁶⁶ 2012 年新修正刑事訴訟法同修正草案。

⁶⁷ 2012 年新修正刑事訴訟法將本條修正草案改列條號為第 115 條：「當事人和辯護人、訴訟代理人、利害關係人對於司法機關及其工作人員有下列行為之一的，有權向該機關申訴或者控告：

- (一) 採取強制措施法定期限屆滿，不予以釋放、解除或者變更的；
- (二) 應當退還取保候審保證金不退還的；
- (三) 對與案件無關的財物採取查封、扣押、凍結措施的；
- (四) 應當解除查封、扣押、凍結不解除的；
- (五) 貪污、挪用、私分、調換、違反規定使用查封、扣押、凍結的財物的。

受理申訴或者控告的機關應當及時處理。對處理不服的，可以向同級人民檢察院申訴；人民檢察院直接受理的案件，可以向上一級人民檢察院申訴。人民檢察院對申訴應當及時進行審查，情況屬實的，通知有關機關予以糾正」，修正第 3 款、第 5 款之規定。

四、有關拘留之評析

修正草案第 36 點，將第 64 條改為第 84 條，第 2 款修改為：「拘留後，應當立即將被拘留人送看守所羈押，至遲不得超過 24 小時。除無法通知或者涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪等嚴重犯罪，通知可能有礙偵查的情形以外，應當把拘留的原因和羈押的處所，在拘留後 24 小時以內，通知被拘留人的家屬」。

實務上本條操作重點在於對其違法後果的界定，即若偵查機關在拘留後 24 小時內未將嫌疑人送往看守所羈押，在實體上即構成非法羈押，在程序上構成非法取證。換言之，拘留 24 小時後未在看守所進行的訊問即為非法訊問，其間獲取的證據即為非法證據，應予以排除，如此方能保障本條規定在實務上獲得實踐。

此外，本條款所謂「涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪等嚴重犯罪，通知可能有礙偵查的情形以外」，在修正草案發布後，引發極大爭議，紛紛質疑該條款的合理性，擔心實務中偵查機關擴張解釋該條款，恐造成秘密拘捕盛行。實際上，除了危害國家安全犯罪和恐怖活動犯罪之外，其他犯罪的刑事訴訟程序均應消滅秘密拘捕，這也是法治國家的普適性經驗。因此，建議刪除「等嚴重犯罪」的字樣。尤其要注意的是，即使是危害國家安全犯罪和恐怖活動犯罪，也不一定全部都採用秘密拘捕的方式⁶⁸。

修正草案第 37 點、將第 65 條改為第 85 條，修改為：「公安機關對於被拘留的人，應當在拘留後的 24 小時以內進行訊問。在發現不應當拘留的時候，必須立即釋放，發給釋放證明」。

本條修正刪掉了原第 65 條的後半段內容，原因在於取保候審和監視居住本為獨立的強制措施，有其法定的適用條件，區別於逮捕。對於需要逮捕而證據不足的即不符合逮捕條件的，不能做“降格化”處理，轉處監視居住或取保候審⁶⁹。

修正草案第 42 點規定，將第 75 條改為第 97 條，修改為：「人民法院、人民檢察院或者公安機關對於被採取強制措施法定期限屆滿的犯罪嫌疑人、被告人應當予以釋放、解除取保候審、監視居住或者依法變更強制措施。犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近親屬或者辯護人對於人民法院、人民檢察院或者公安機關採取強制措施法定期限屆滿的，有權要求解除強制措施」。

原則上，取保候審或者監視居住期滿後，所有強制措施手段均告終結，此時對犯罪嫌疑人、被告人應當予以釋放⁷⁰。

修正草案第 59 點規定，將第 133 條改為第 163 條，修改為：「人民檢察院對直接受理的案件中被拘留的人，應當在拘留後的二十四小時以內進行訊問。在發現不應當拘留的時候，必須立即釋放，發給釋放證明」。

⁶⁸ 正式條文規定第 83 條：「公安機關拘留人的時候，必須出示拘留證。拘留後，應當立即將被拘留人送看守所羈押，至遲不得超過二十四小時。除無法通知或者涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪通知可能有礙偵查的情形以外，應當在拘留後二十四小時以內，通知被拘留人的家屬。有礙偵查的情形消失以後，應當立即通知被拘留人的家屬」。

修正要點除了將修正草案中遭受強烈批判的「等嚴重犯罪」作為不通知之要件刪除外，另於有礙偵查的情形消失以後，應當立即通知被拘留人的家屬，雖仍保有不通知之情況，但仍比修正草案有相當程度的進展。

⁶⁹ 正式通過條文同修正草案，然條號改列為第 84 條。

⁷⁰ 正式通過條文同修正草案。

本條修正刪掉了原第 133 條的後半段內容，原因在於取保候審和監視居住本為獨立的強制措施，有其法定的適用條件，區別於逮捕。對於需要逮捕而證據不足的即不符合逮捕條件的，不能做“降格化”處理，轉處監視居住或取保候審⁷¹。

修正草案第 60 點，將第 134 條改為第 164 條，修改為：「人民檢察院對直接受理的案件中被拘留的人，認為需要逮捕的，應當在 14 日以內作出決定。在特殊情況下，決定逮捕的時間可以延長 1 日至 3 日。對不需要逮捕的，應當立即釋放；對於需要繼續偵查，並且符合取保候審、監視居住條件的，依法取保候審或者監視居住⁷²」。

將自偵案件審查決定逮捕的期限由 10 日延長至 14 日。同時，將在特殊情況下，決定逮捕的時間可以延長「1 日至 4 日」修改為「1 日至 3 日」。

五、有關逮捕之評析

修正草案第 26 點，將第 52 條改為第 65 條，修改為：「被羈押的犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近親屬、辯護人有權申請變更強制措施。人民法院、人民檢察院和公安機關收到申請後，應當在三日以內作出決定；不同意變更強制措施的，應當告知申請人，並說明不同意的理由」。

本條修改一是擴大了有權申請變更強制措施的主體範圍，增列辯護人為申請權主體之一；二是增加了關於人民法院、人民檢察院和公安機關審查、決定變更強制措施的期限、程序等規定，使得該程序具有了程序上的可操作性。但是，本條僅規定「不同意變更強制措施的，應當告知申請人，並說明不同意的理由」，而未明確是否應當採取書面形式告知。為慎重起見，也為了便於權利人在申請未獲批准時進行權利救濟，應當以書面形式告知為宜，為此，建議將本條修改為「不同意變更強制措施的，應當書面告知申請人，並載明不同意的理由⁷³」。

修正草案第 35 點，將第 60 條改為第 80 條，修改為：「對有證據證明有犯罪事實，可能判處徒刑以上刑罰的犯罪嫌疑人、被告人，採取取保候審、監視居住等方法，尚不足以防止發生下列社會危險性的，應當予以逮捕：

- (一) 可能實施新的犯罪的；
- (二) 有危害國家安全、公共安全或者社會秩序的現實危險的；
- (三) 可能毀滅、偽造、隱匿證據，干擾證人作證或者串供的；
- (四) 可能對被害人、舉報人、控告人實施打擊報復的；
- (五) 可能自殺或者逃跑的。

對有證據證明有犯罪事實，可能判處 10 年有期徒刑以上刑罰的，或者可能判處徒刑以上刑罰，曾經故意犯罪或者身份不明的犯罪嫌疑人、被告人、應當予以逮捕。

被取保候審、監視居住的犯罪嫌疑人、被告人違反取保候審、監視居住規定，情節嚴重的，可以予以逮捕」。

本條立法之目的在於解決實踐中逮捕法定標準不夠明確的難題。但是，列舉式立法永遠無法窮盡所有選項，況且，本條第二項仍然是一個比較籠統的判斷標準，實踐中在具體案情的判斷方面仍然可能產生不確定性。

⁷¹ 2012 年新修正刑事訴訟法同修正草案。

⁷² 2012 年新修正刑事訴訟法內容同修正草案，但將條號改為第 165 條。

⁷³ 2012 年新修正刑事訴訟法內容同修正草案，但將條號改為第 95 條。

此外，本條第二款後半段規定過於嚴苛，因為所謂的「曾經故意犯罪」，範圍過廣，應當限於故意犯一定刑度以上之重罪。否則犯罪嫌疑人曾因故意輕傷害被判處緩刑而又再犯罪，按此條規定仍然需執行逮捕，顯然過苛⁷⁴。

修正草案第 38 點，增加 1 條，作為第 87 條：「人民檢察院審查批准逮捕，可以訊問犯罪嫌疑人；有下列情形之一的，應當訊問犯罪嫌疑人：

- (一) 對是否符合逮捕條件有疑問的；
- (二) 犯罪嫌疑人要求向檢察人員當面陳述的；
- (三) 偵查活動可能有重大違法行為的。

人民檢察院審查批准逮捕，可以詢問證人等訴訟參與人，聽取辯護律師的意見；辯護律師提出要求的，應當聽取辯護律師的意見」。

實務上主要難點在於審查批捕時間本屬有限，如何保障在應當訊問犯罪嫌疑人的情形下得到及時訊問。在實務上有必要增加遠程傳輸設備以提審之用。此外，從根本上論及審查批捕關係到犯罪嫌疑人的人身自由，人身自由之限制，本即須由法院獨占審查，由檢察官加以審查，恐不符合國際人權規約之規定⁷⁵。

修正草案第 39 點規定，係將第 71 條改為第 92 條，第 2 款修改為：「逮捕後，應當立即將被逮捕人送看守所羈押。除無法通知或者涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪等嚴重犯罪，通知可能有礙偵查的情形以外，應當把逮捕的原因和羈押的處所，在逮捕後 24 小時以內，通知被逮捕人的家屬」。

本條款所謂「涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪等嚴重犯罪，通知可能有礙偵查的情形以外」，在修正草案布後，引起巨大爭議，紛紛質疑該條款的合理性，擔心實務中偵查機關擴張解釋該條款，恐造成「秘密拘捕」盛行。實際上，除了危害國家安全犯罪和恐怖活動犯罪之外，其他犯罪的刑事訴訟程序均應消滅「秘密拘捕」，這也是域外法治國家的普適性經驗。因此，建議刪除「等嚴重犯罪」的字樣。尤其要注意的是，即使是危害國家安全犯罪和恐怖活動犯罪，也不一定全部都採用「秘密拘捕」的方式⁷⁶。

修正草案第 40 點，增加 1 條，作為第 94 條：「犯罪嫌疑人、被告人被逮捕後，人民檢察院仍應當對羈押的必要性進行審查。對於不需要繼續羈押的，應當建議予以釋放或者變更強制措施」。

增訂此條款之立法動機雖好，但在司法實務操作上，應注意如何啟動該程序。檢察機關對羈押的復查可採取兩種方式：一是依申請而啟動，即犯罪嫌疑人、

⁷⁴ 正式通過條文為第 79 條：「對有證據證明有犯罪事實，可能判處徒刑以上刑罰的犯罪嫌疑人、被告人，採取取保候審尚不足以防止發生下列社會危險性的，應當予以逮捕：

- (一) 可能實施新的犯罪的；
- (二) 有危害國家安全、公共安全或者社會秩序的現實危險的；
- (三) 可能毀滅、偽造證據，干擾證人作證或者串供的；
- (四) 可能對被害人、舉報人、控告人實施打擊報復的；
- (五) 企圖自殺或者逃跑的。

對有證據證明有犯罪事實，可能判處十年有期徒刑以上刑罰的，或者有證據證明有犯罪事實，可能判處徒刑以上刑罰，曾經故意犯罪或者身份不明的，應當予以逮捕。

被取保候審、監視居住的犯罪嫌疑人、被告人違反取保候審、監視居住規定，情節嚴重的，可以予以逮捕。」

⁷⁵ 2012 年新修正刑事訴訟法內容同修正草案，但條號改為第 86 條。

⁷⁶ 2012 年新修正刑事訴訟法為第 91 條：「公安機關逮捕人的時候，必須出示逮捕證。逮捕後，應當立即將被逮捕人送看守所羈押。除無法通知的以外，應當在逮捕後二十四小時以內，通知被逮捕人的家屬。」，僅限於無法通知之情況外，均須通知被逮捕人之家屬，保障人權之方向值得肯定。

辯護人對羈押有異議的，檢察機關應即復查；二是檢察機關依職權啟動。為防止檢察官消極怠職，似應明確規定復查啟動的期限，如可規定羈押後一個月內檢察官應依職權對羈押復查一次。

此外，所謂「羈押的必要性」應從兩方面來判斷：一是實體上逮捕還有無必要，若犯罪嫌疑人和被告人不再具有第 80 條規定的社會危害性，即不再具有羈押必要性；二是從程序上判斷證據有無重大變化，若證據有重大變化，對犯罪嫌疑人、被告人是否羈押也需要重新判定⁷⁷。

修正草案第 41 點，將第 74 條改為第 96 條，修改為：「犯罪嫌疑人、被告人被羈押的案件，不能在本法規定的偵查羈押、審查起訴、一審、二審期限內辦結的，對犯罪嫌疑人、被告人應當予以釋放；需要繼續查證、審理的，對犯罪嫌疑人、被告人可以取保候審或者監視居住」。

修正草案第 42 點，將第 75 條改為第 97 條，修改為：「人民法院、人民檢察院或者公安機關對於被採取強制措施法定期限屆滿的犯罪嫌疑人、被告人應當予以釋放、解除取保候審、監視居住或者依法變更強制措施。犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近親屬或者辯護人對於人民法院、人民檢察院或者公安機關採取強制措施法定期限屆滿的，有權要求解除強制措施。」

同第 41 點、第 42 點修正條文，雖明確「需要繼續查證、審理的，對犯罪嫌疑人、被告人可以取保候審或者監視居住」，問題在於，若取保候審或監視居住的期限又到期，而案件仍未辦結的，則程序上如何處理？原則上，取保候審或者監視居住期滿後，所有強制措施手段用盡時，此時對犯罪嫌疑人、被告人應當予以釋放。此外，所謂期間、期限，指的是公安司法機關和訴訟參與人完成某項刑事訴訟行為必須遵守的法定期限。審判期限，本意應為人民法院完成審判行為必須遵守的法定期限，期間屆滿則不得再舉行審判。就如同上訴期限，上訴期限屆滿，則再提起上訴之訴訟行為無效。然而，本條既然規定一審、二審期限屆滿，需要繼續查證、審理的，對犯罪嫌疑人、被告可以取保候審或監視居住，代表審判期限屆滿後，人民法院仍可舉行審判行為。如此，則所謂審判期限制度除了充當審判階段被告人的羈押期限外，對於人民法院的審判行為又有何實際約束意義呢⁷⁸？

修正草案第 43 點，將第 79 條改為第 101 條，增加 1 款，作為第四款：「期間的最後一日為節假日的，以節假日後的第一日為期滿日期。但犯罪嫌疑人、被告人或者罪犯在押期間，應當至期滿之日為止，不得因節假日而延長」。

在押期間的計算上做有利於犯罪嫌疑人、被告人或罪犯的規定。

修正草案第 45 點，增加 1 條，作為第 114 條：「當事人和辯護人、訴訟代理人、利害關係人認為司法機關及其工作人員有下列行為之一，侵犯其合法權益的，有權向該司法機關申訴或者控告：

「（一）採取強制措施法定期限屆滿，不依法予以釋放、解除或者變更強制措施的；

（二）應當退還取保候審保證金不依法退還的；

（三）違法採取搜查、查封、扣押、凍結等偵查措施的；

（四）應當解除查封、扣押、凍結不依法解除的；

⁷⁷ 2012 年新修正刑事訴訟法為第 93 條，內容為：「犯罪嫌疑人、被告人被逮捕後，人民檢察院仍應當對羈押的必要性進行審查。對不需要繼續羈押的，應當建議予以釋放或者變更強制措施。有關機關應當在十日以內將處理情況通知人民檢察院」。

⁷⁸ 2012 年新修正刑事訴訟法內容及條號均如修正草案所定。

(五) 阻礙辯護人、訴訟代理人依法履行職責的。

受理申訴或者控告的機關應當及時處理。對處理不服的，可以向同級或者上一級人民檢察院申訴。人民檢察院對申訴應當及時進行審查，必要時可以對有關情況進行調查核實；對於情況屬實的，依法予以糾正。」

本條修法之立法本意為保證當事人和辯護人、訴訟代理人、利害關係人在刑事訴訟中的人身權、財產權等合法權益。但對司法人員的一切程序違法行為，當事人等都有權申訴或控告，似不應局限於本條列舉之五種違法行為⁷⁹。

修正草案第 46 點，將第 91 條改為第 115 條，增加 1 款，作為第 2 款：「犯罪嫌疑人被送交看守所羈押以後，偵查人員對其進行訊問，應當在看守所內進行。」

從程序法理上講，犯罪嫌疑人被送交看守所後，為確保訊問過程均合法進行，原則上應在看守所訊問，但實務上普遍存在著偵查人員將犯罪嫌疑人「借出」看守所、指認犯罪現場的情況。為防止偵查機關以指認犯罪現場為名行審訊之實，操作上應當明確，倘將來審判時，被告對借提至看守所外之供述有爭執，此時應由檢察機關負舉證之責⁸⁰。

修正草案第 57 點，將第 128 條改為第 157 條，第 1 款修改為：「在偵查期間，發現犯罪嫌疑人另有重要罪行的，經上一級偵查機關批准，依照本法第 153 條之規定重新計算偵查羈押期限。」

本條修改之處在於將重新計算偵查羈押期限的審批權交由上一級偵查機關行使。然而，重新計算偵查羈押期限在法律後果上，尤其對於犯罪嫌疑人而言，就是羈押期限的延長。在大陸地區延長羈押期限須經人民檢察院批准，重新計算偵查羈押期限似也應由人民檢察院批准更為妥當⁸¹。

⁷⁹2012 年新修正刑事訴訟法將本條修正草案改列條號為第 115 條：「當事人和辯護人、訴訟代理人、利害關係人對於司法機關及其工作人員有下列行為之一的，有權向該機關申訴或者控告：

- (一) 採取強制措施法定期限屆滿，不予以釋放、解除或者變更的；
- (二) 應當退還取保候審保證金不退還的；
- (三) 對與案件無關的財物採取查封、扣押、凍結措施的；
- (四) 應當解除查封、扣押、凍結不解除的；
- (五) 貪污、挪用、私分、調換、違反規定使用查封、扣押、凍結的財物的。

受理申訴或者控告的機關應當及時處理。對處理不服的，可以向同級人民檢察院申訴；人民檢察院直接受理的案件，可以向上一級人民檢察院申訴。人民檢察院對申訴應當及時進行審查，情況屬實的，通知有關機關予以糾正」，修正第 3 款、第 5 款之規定。

⁸⁰ 2012 年新修正刑事訴訟法內容同修正草案，然條號改為第 116 條第 2 項。

⁸¹ 2012 年新修正刑事訴訟法為第 158 條第 1 項：「在偵查期間，發現犯罪嫌疑人另有重要罪行的，自發現之日起依照本法第一百五十四條的規定重新計算偵查羈押期限。」

第三章 大陸刑事訴訟法之被告辯護權

第一節 辯護制度之起源與國際公約有關辯護權之保障及標準

除了真實發現之任務外，現代刑事訴訟程序重視被告權利保障，舉凡緘默權、對質詰問權、在場權、隱私權等，均為人權保障之重要課題。由於刑事被告往往面臨國家機關挾強大的公部門資源所進行的權力侵害，因此如何使被告得以與國家機關在刑事訴訟程序中相互抗衡，避免冤抑，向為西方國家所重視⁸²。而在武器平等原則的思維下，受法律專業人士協助的辯護權（又有稱為律師權），即為被告在刑事訴訟程序中所能獲得最有意義的協助。本章乃先就英美法制的發展，探討辯護權之起源及其功能目的，並於介紹與說明相關國際人權公約中有關辯護權保障規定及其內涵後，分析、探討台灣地區與大陸地區有關辯護權法制所存在的差異，以及不同法制所衍生的問題。最後，期能自相關國際公約與兩岸共打協議之規範中，尋得我方人民於大陸地區接受刑事訴訟審判時，應獲得的辯護權保障之規範基礎。

一、兩造對抗程序與受律師協助防禦的起源

佐登凡凱索教授（Professor Gordon Van Kessel）曾針對歐美法律體系間之差異，提出以下的看法：「強調律師間競賽、強調保護人民對抗刑事追訴程序之規則與強調廣泛地使用由平民組成陪審團的美式兩造對抗結構，係根源於對社會與政治制度具有強烈影響、且屬於美式性格中自然成分的個人主義、人民主義與多元種族主義。根本上由於美國人民普遍反對威權，並對政府權力存有恐懼與不信任的看法，個人主義的發展阻礙了朝向非兩造對抗結構方向的改革。這些基本態度引領美國人民建立起以強勢律師參與以及平民陪審制為內涵、並以保護人民對抗政府部門權威為核心的制度⁸³。」從以上這樣的描述中，不難發現兩造對抗程序（adversarial process）與律師辯護制度在美國刑事訴訟制度的重要性。一般而言，美國的刑事訴訟制度兼具兩造模式（adversarial）與控訴模式（accusatorial）的特徵在內。控訴模式要求與被告對立之政府部門負擔舉證責任⁸⁴，兩造模式要求控訴者與被告形成互相對立的當事人兩造，二者雖不相同，彼此間卻具有互補

⁸² 辯護權是憲法及法律賦予犯罪嫌疑人、被告人專屬之訴訟權利，在犯罪嫌疑人、被告人各項訴訟權利中居於核心地位。為了保障犯罪嫌疑人、被告人之辯護權得以充分實現，國家法律規定關於辯護權、辯護種類、辯護方式、辯護人之範圍、辯護人之責任、辯護人之權利與義務等相關規則之法律制度即為辯護制度。辯護制度是刑事訴訟制度的重要組成部分，亦是司法制度中的一項重要內容，在現代訴訟中，辯護制度擔負著重要的任務，具有重大意義。犯罪嫌疑人、被告人係被指控的對象，由於其法律知識之缺乏、人身自由之受限，其駁斥指控及辯解的能力及行為受到相當程度之限制，犯罪嫌疑人、被告人之訴訟權利及辯護權得以真正實現有賴於完善之辯護制度。參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁8，2010年6月。

⁸³ See Gordon Van Kessel, *Adversarial Excesses in the American Criminal Trial*, 67 *Notre Dame L. Rev.* 403, 505 (1992) (“The American style adversarial system---with its emphasis on the contest between the lawyers for the individual and for the state, rules designed to shield the accused from the process, and extensive use of the lay jury---has its roots in the individualism, populism, and pluralism that are natural ingredients of our character and that strongly influence our view of the proper structure and role of social and political institutions. A fundamental aspect of our individualism that stands in the way of reforms embracing nonadversary approaches is our antipathy toward authority: in particular, our fear and distrust of governmental power. These attitudes lead us to establish mechanisms--such as strong lawyers and the lay jury--that shield the individual from the authority of state institutions.”).

⁸⁴ See *Murphy v. Waterfront Commission*, 378 U.S. 52, 55 (1964).

之功能⁸⁵。

現今兼具兩造模式與控訴模式特徵之美國刑事訴訟制度，實則源自中世紀英國採行之訴訟程序⁸⁶。從歷史發展的角度而言，兩造模式的審判構造是一直到陪審團從證人的角色轉變為中立裁判者後才開始逐漸成型的⁸⁷，蓋因此時控辯當事人雙方始須受到以確保審判程序公正進行為目的之法庭規則拘束。而在審判中遵守法定訴訟程序便是兩造模式的主要標誌，也是兩造模式與糾問模式間的重要差別⁸⁸。徵諸實際，一開始並沒有人試圖計劃去建立一套兼具兩造模式與控訴模式特徵的刑事訴訟制度。即便是十八世紀的英國法律工作者，也未曾自覺他們正在創造一套歷史上所未曾出現過的審判機制⁸⁹。從中世紀開始，英國的法官與陪審員均有權主動發問⁹⁰，而這樣糾問式的訴訟模式也一直持續到十八世紀中葉兩造對立的訴訟模式開始出現為止。某種程度來說，兩造對立的訴訟模式可視為對十八世紀初期廣遭濫用的專業捕竊制度（professional thief catchers）的一種反省。

在西元一六九二年的時候，英國國會制定了該國的第一部刑事法。在該法規範下，凡逮捕特定類型重罪（如公路搶劫）的犯罪人，逮捕者便可於被逮者定罪後得到約四十英鎊（在當時是一筆很大的數目）的獎賞。這個法律最後也促成了專業捕竊制度的建立⁹¹。由於專業捕竊者主要是為了獲得經濟上的利益而逮捕並訴追被告⁹²，為能依法從政府部門獲得實質的回饋，他們便開始扮演著類似今日檢察官般的角色，以證明其所指控的人是竊盜犯為主要職責。在此基礎上，這些專業的捕竊者也開始初步地發展出兩造對抗程序的訴訟技巧，以積極地參與指控程序⁹³。而為了得到更多的回饋，有些不肖的專業捕竊者便開始誣指無辜者為竊盜犯，久而久之，此種攀誣手段遂蔚為風氣。為防止專業捕竊者濫用其指控權力誣陷無辜，改革的聲浪遂逐漸出現。所提出的改革主要係針對如何控制並預防專業捕竊者僅為獲經濟上利益而對無辜者提出捏造的虛偽指控⁹⁴。

前述以利益為導向的專業捕竊實務在某種程度上導致當時的法官與陪審員

⁸⁵ See William Burnham, Introduction to the Law and Legal System of the United States, 259 (West Group, 1999) .

⁸⁶ 此處之英國法制不包含源自大陸法系之蘇格蘭法（the Scottish legal system），而主要係指英格蘭法與威爾斯之法律傳統（the legal traditions and developments of England and Wales）。關於蘇格蘭法的沿革發展，參閱：<http://www.scotcourt.gov.uk>（last visited, Jul. 21st, 2011）。

⁸⁷ 關於陪審團司法功能之發展，請參閱易延友，陪審團審判與對抗式訴訟，頁 59-64，三民書局，2004 年 11 月初版 1 刷。

⁸⁸ In a sense “an inquisitorial style is less likely to serve as a check on government powers, the role American Courts play in our system of checks and balances.” See TEACHERS’ RESOURCE GUIDE for LAW & JUSTICE, available at: <http://www.19thcircuitcourt.state.il.us/bkshelf/resource/origin.htm>（last visited, Jul. 21st, 2011）。

⁸⁹ See Stephan Landsman, The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England, 75 Cornell L. Rev. 497, 502 (1990) .

⁹⁰ See G. W. Keeton, Lord Chancellor Jeffreys and the Stuart Cause, 21, 22 (1965) .

⁹¹ 在該法制定後約半世紀內，專業捕竊制度的適用範圍，乃擴張至夜間竊賊（burglars）、竊馬賊（horse-thieves）與偽幣製造者（coiners）等犯罪。See Stephan Landsman, The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England, 75 Cornell L. Rev. 497, 573 (1990) .

⁹² See Gerald Howson, It takes a Thief: The Life and Times of Johnathan Wild, 3-7 (London The Cresset Library, 1987) .

⁹³ See Stephan Landsman, The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England, 75 Cornell L. Rev. 497, 573 (1990) . (“What the OBSP demonstrates about them is that they were wise not only in the ways of the street, but of the courtroom as well.”) .

⁹⁴ See John H. Langbein, Shaping the Eighteenth-Century Criminal Trial: A View from the Ryder Sources, 50 U. Chi. L. Rev. 1, 113 (1983) .

開始意識到專業捕竊者為獲不當利益而誣告的現象。為防止如查爾斯派翠克（Charles Patrick）與威廉密得斯（William Meeds）等違反當時司法正義的案件再次發生，在十七世紀末期，為防止專業捕竊者為獲不當利益而誣告，法庭活動也有相應的調整。雖然公正無偏的司法程序是改革專業捕竊制度的主軸，被指控者卻仍被要求與專業捕竊者爭執系爭案件指控之動機是否正當；在無辜被控者越來越多且專業捕竊者訴訟技巧越來越高的情形下，法官甚至開始鼓勵被指控者採用更有力的抗辯，以反駁專業捕竊者的指控，而這也就形成了兩造對抗制度的雛形⁹⁵。在專業捕竊者易於為獲取高額回饋而濫行誣攀無辜者的實務概況下，改革者乃逐漸提出一連串保護被指控者權利的程序規定。這些程序規定旨在規避所有對專業捕竊制度及其相關法制的批評。透過允許被告挑戰指控者動機的兩造對抗模式所構築成的事實認定程序，始足以對被指控者提供必要的程序保護。而這樣的程序也促進了兩造間相互詰問的法庭活動。換言之，專業捕竊制度除了導致兩造對抗模式的成形外，更因該改革需要擅長法庭活動的專業人士協助受指控者滌清罪嫌而加強了在兩造對抗模式的審判程序中使用律師的必要，並促成了律師制度的發展⁹⁶。

雖然普遍認為律師制度開始發展前的糾問模式在犯罪訴追上較有效率⁹⁷，不過受律師協助的權利，在今日早已普遍被接受為被告所得主張之基本人權之一。若自沿革來說，一直到西元一六九五年，英國才開始承認被告有權在叛國（treason）案件中僱用律師為其辯護⁹⁸；而到了西元一七三〇年左右，律師制度才真正開始在非政治案件中有了普遍性的發展⁹⁹。律師制度之成形乃奠基於專業捕竊者專業訴訟技巧的累積¹⁰⁰。惟因十八世紀的法律學者鹹認辯護律師的存在有礙於真實發現，況且法官對相關問題的職權詢問已有助於犯罪要件之釐清，並能維持公平的審判程序，從而辯護律師的參與仍因不太需要而相當有限¹⁰¹。儘管如此，所有關於在重罪案件被告（felon）聘用（選任）律師的限制，最終仍在西元一八三六年被取消¹⁰²。雖然十八世紀末期的法院傾向允許被告聘請律師，不過當時受律師協助乙事，尚未被承認具有權力的位階，而且律師在實際上也被禁止參與特定類型的案件¹⁰³。如美國聯邦檢察總長所表示：「在當事人進行主義的對抗制度下，兩造皆必須充分爭執，全力挑戰對方，律師成為制度成功的關鍵。如被告無資力聘請律師，當事人進行主義制度的功能即不能發揮，此一制度亦將瓦解。要求被告去挑戰、對抗檢察官，但卻因為被告貧窮而否定其挑戰與對抗的工

⁹⁵ 查爾斯派翠克（Charles Patrick）與威廉密得斯（William Meeds）等被控公路搶劫，然而主要的證據卻只有匿名共犯的指控。由於專業捕竊者可在被指控者被定罪後獲巨額賞金，因此匿名證人往往會被懷疑是捏造出來的。See Stephan Landsman, *supra* note 10, 578. 此與我國舊檢肅流氓條例時代所常見的由員警扮演秘密證人出庭指控或作證之實務怪像，頗有異曲同工之妙。關於舊檢肅流氓條例所衍生的不公不義，可參閱大法官釋字第 384 號解釋之案例事實。

⁹⁶ See Stephan Landsman, *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, 75 *Cornell L. Rev.* 497, 602-603 (1990).

⁹⁷ See G. W. Keeton, *Lord Chancellor Jeffreys and the Stuart Cause*, 21, 22 (1965).

⁹⁸ 參閱王兆鵬，*美國刑事訴訟法*，頁 424，元照出版公司，2007 年 9 月二版。

⁹⁹ See John H. Langbein, *The Criminal Trial Before the Lawyers*, 45 *U. Chi. L. Rev.* 263, 314 (1978).

¹⁰⁰ See Stephan Landsman, *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, 75 *Cornell L. Rev.* 497, 578 (1990).

¹⁰¹ See Ellen Hochstedler Steury and Nancy Frank, *Criminal Court Process*, 81 (West, 1996).

¹⁰² See Stephan Landsman, *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, 75 *Cornell L. Rev.* 497, 579 (1990).

¹⁰³ See Ellen Hochstedler Steury and Nancy Frank, *Criminal Court Process*, 81 (West, 1996).

具（即律師），侵犯公平性及平等性¹⁰⁴。」可知當事人進行主義的訴訟模式實為律師制度發展的重要基石。

二、受律師協助權利在美國的發展

由於早在西元一七九一年美國憲法第六修正案即已規定了刑事被告享有受律師協助的權利（the right to counsel）¹⁰⁵，此項權利在聯邦層次很早便受到立法保障¹⁰⁶。而因兩造對抗模式的訴訟結構要求控辯雙方均具有高度的訴訟技巧，受律師協助的權利在州的層次在早期也已受到重視；例如在西元一八五四年的韋伯訴霸德（Webb v. Baird）乙案中，印第安納州最高法院便已提到：「在一個文明社會中，不應有任何被告因貧窮未能僱用律師並受律師協助而使得其生命或自由受到危害，任何法院均不應審理此類案件。法院有責任保護貧窮刑事被告受律師協助的基本權利¹⁰⁷。」。而許多州也在其州憲法、州法律以及判例法中，陸續發展出「刑事被告不應因貧窮而被剝奪受律師協助權利」之法則¹⁰⁸。因此，貧窮被告有權免費獲得律師協助之法則，似已在州的層次開始獲得肯認，雖在二十世紀中葉前，該法則尚未被各州普遍接受，不過當時大多數州已仰賴律師自發性地為貧窮的重罪被告提供公益性質的免費法律服務以保障被告受律師協助的權利¹⁰⁹。這或許是為何聯邦最高法院在二十世紀中葉前未能進一步；強制所有的州均落實「對貧窮被告提供免費律師協助」此項憲法權利保障的主要原因。

到了西元一九三二年，聯邦最高法院基於正當程序的要求，開始要求在所有死刑案件的審判程序中，只要被告主張受律師協助的權利，州政府均需提供免費的律師協助以符合正當法律程序的要求¹¹⁰。雖然十年後聯邦最高法院拒絕全面地將免費受律師協助之權力擴張到所有的州重罪（felony）案件中¹¹¹，然而到了西元一九六三年該見解卻在著名的基甸訴文萊特（Gideon v. Wainwright）乙案中被推翻。基甸案除了肯認貧窮被告在重罪審判程序中有權免費地受到律師的協助，

¹⁰⁴ 參閱王兆鵬，美國刑事訴訟法，頁 431，元照出版公司，2007 年 9 月二版。

¹⁰⁵ The Sixth Amendment to the United States Constitution states: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right . . . to have the Assistance of Counsel for his defence."

¹⁰⁶ The Sixth Amendment to the United States Constitution states: "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right . . . to have the Assistance of Counsel for his defense." The right to counsel in federal proceedings was well-established by statute early in the country's history, and was reaffirmed by the U.S. Supreme Court in 1938 in Johnson v. Zerbst. Available at: <http://www.cae-fpd.org/History.htm> (last visited, Feb. 21st, 2008). The Supreme Court held that the Sixth Amendment required a lawyer to be appointed in all federal criminal cases. See Johnson v. Zerbst, 304 U.S. 458 (1938).

¹⁰⁷ In 1854, the Supreme Court of Indiana in Webb v. Baird held: "It is not to be thought of, in a civilized community, for a moment, that any citizen put in jeopardy of life or liberty should be debarred of counsel because he was too poor to employ such aid. No Court could be respected, or respect itself, to sit and hear such a trial. The defence of the poor in such cases is a duty resting somewhere, which will be at once conceded as essential to the accused, to the Court, and to the public." See 6 Ind. 13, 18.

¹⁰⁸ See Betts v. Brady, 316 U.S. 455, 477 (1942). (And most of the other States have shown their agreement by constitutional provisions, statutes, or established practice judicially approved, which assure that no man shall be deprived of counsel merely because of his poverty.)

¹⁰⁹ Well into the 20th century, most states relied on the volunteer pro bono efforts of lawyers to provide defense for poor people accused of even the most serious crimes. While some private programs, such as the New York Legal Aid Society, were active as early as 1896 in providing counsel to needy immigrants, and the first public defender office began operations in Los Angeles in 1914, such services were non-existent outside of the largest cities. Available at: <http://www.cae-fpd.org/History.htm> (last visited, Jul. 21st, 2011).

¹¹⁰ See Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

¹¹¹ See Betts v. Brady, 316 U.S. 455 (1942).

更進一步確認了在所有的刑事案件中，受律師協助的權利對於公平審判與正當法律程序而言是一個基本的前提；因此，被告一但被起訴，不論貧富、階級或教育，均不應在沒有受律師協助的環境中，被迫在法庭上面對其指控者¹¹²。其後聯邦最高法院除將免費受律師協助的權利擴張適用到少年事件程序外¹¹³，更將該權利擴及於所有人身自由受到影響的輕罪（misdemeanor）案件¹¹⁴。反面言之，貧窮被告如無律師協助，即不得被科處拘役刑以上之刑及緩刑¹¹⁵。

貧窮被告除了在審判程序中有免費受律師協助之權力外，聯邦最高法院更將此權利擴張適用到其他重要的刑事訴訟程序中，例如：起訴後出庭聲明程序¹¹⁶、逮捕後警訊程序¹¹⁷、指認程序¹¹⁸、協商程序¹¹⁹、預審程序¹²⁰、量刑程序¹²¹、上訴程序¹²²以及假釋程序¹²³。而在所有的訴訟程序中，不論是自行僱用或是政府指定，律師所提供的協助必須是合理有效的（reasonably effective）才符合憲法第六修正案的規定，若律師的行為存在極可能導致審判出現不同結果的瑕疵時，即有違憲法第六修正案中受律師協助權利之意旨¹²⁴。若政府違反律師權的規定，其所取得的自白或陳述將完全不具證據能力¹²⁵。

雖然美國憲法第六修正案保障被告受律師協助的權利，然而被告在審判程序中卻無「義務」接受律師協助，從而在其自由意志下，被告在審判程序中得選擇由自己為自己辯護（*pro se*）¹²⁶，此時法院不應強迫被告接受法院所指定之辯護

¹¹² See 372 U.S. 335 (1963) .

¹¹³ See In re Gault, 387 U.S. 1 (1967) .

¹¹⁴ See Argersinger v. Hamlin, 407 U.S. 25 (1972) .

¹¹⁵ See Scott v. Illinois, 440 U.S. 367 (1979) and Alabama v. Shelton, 535 U.S. 654 (2002) . 然而有些州卻對被告設有更周密的保護，參閱王兆鵬，美國刑事訴訟法，頁432，元照出版公司，2007年9月二版。

¹¹⁶ See Hamilton v. Alabama, 368 U.S. 52 (1961) .

¹¹⁷ See Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) .

¹¹⁸ See United States v. Wade, 388 U.S. 218 (1967) ; see also Moore v. Illinois, 434 U.S. 220 (1977) .

¹¹⁹ See McMann v. Richardson, 397 U.S. 759 (1970) .

¹²⁰ See Coleman v. Alabama, 399 U.S. 1 (1970) .

¹²¹ See United States v. Tucker, 404 U.S. 443 (1972) .

¹²² See Douglas v. California, 372 U.S. 353 (1963) .

¹²³ See Mempa v. Rhay, 389 U.S. 128 (1967) .

¹²⁴ “An error by counsel, even if professionally unreasonable, does not warrant setting aside the judgment of a criminal proceeding if the error had no effect on the judgment. Cf. United States v. Morrison, 449 U.S. 361, 364-365 (1981). The purpose of the Sixth Amendment guarantee of counsel is to ensure that a defendant has the assistance necessary to justify reliance on the outcome of the proceeding. Accordingly, any deficiencies in counsel's performance must be prejudicial to the defense in order to constitute ineffective assistance under the Constitution.” See Strickland v. Washington, 466 U.S. 668, 691-2 (1984) . Standards are frequently not implemented, contracts are often awarded to the lowest bidder without regard to the scope or quality of services, organizational structures are weak, workloads are high, and funding has not kept pace with other components of the criminal justice system. The effects can be severe, including legal representation of such low quality to amount to no representation at all, delays, overturned convictions, and convictions of the innocent. Ultimately, as Attorney General Janet Reno states, the lack of competent, vigorous legal representation for indigent defendants calls into question the legitimacy of criminal convictions and the integrity of the criminal justice system as a whole. Available at: http://www.nlada.org/About/About_HistoryDefender (last visited, Jul. 21st, 2011) .

¹²⁵ See Massiah v. United States, 377 U.S. 201 (1964) .

¹²⁶ See Adams v. United States ex rel. McCann, 317 U.S. 269, 275 (1942) (The short of the matter is that an accused, in the exercise of a free and intelligent choice, and with the considered approval of the court, may waive trial by jury, and so likewise may he competently and intelligently waive his

人為其辯護¹²⁷。不過法院在保護被告辯護權的考量下，仍得在審判程序中指定律師待命候補 (stand-by counsel)，並適時提供自我辯護之被告必要的法律諮詢¹²⁸。縱使該名備位律師在審判程序中主動地打斷了被告的辯護陳述、甚至提出被告所不許的辯護方法，只要未實質地有害辯方利益，都未侵害憲法保障被告自我辯護的權利¹²⁹。但因指定辯護的落實有賴國家財政實質補助，因此普遍為貧窮被告指定律師為其辯護恐將因案件過多而造成政府財政上的過度負擔，在有限的預算規模下，該如何避免指定辯護流於形式而無實質功效，是目前美國刑事司法體系所面臨的一大難題¹³⁰。

為了避免審判由財富決定，縱然美國憲法第六修正案僅明文刑事被告在審判程序中有受律師協助之權利，美國聯邦最高法院透過擴充解釋的法學方法，在刑事被告無資力聘請律師為自己辯護的場合中，承認國家有義務提供被告免費的辯護律師¹³¹，以落實憲法上律師權的保障。惟不論係選任辯護或是義務辯護¹³²，只要刑事被告在兩造模式的司法程序中 (adversary proceedings) 有效並實際地受到律師協助 (亦即個別律師不適任並未實際影響審判之結果)，即未違反美國憲法第六修正案所保障的律師權¹³³。

雖然辯護權之本質為一具有憲法位階之權利，然關於其基礎理論與規範目的

Constitutional right to assistance of counsel. There is nothing in the Constitution to prevent an accused from choosing to have his fate tried before a judge without a jury even though, in deciding what is best for himself, he follows the guidance of his own wisdom, and not that of a lawyer.) .

¹²⁷ See Faretta v. California, 422 U.S. 806 (1975) .

¹²⁸ Id., at 834, n 46. (Of course, a State may - even over objection by the accused - appoint a "standby counsel" to aid the accused if and when the accused requests help, and to be available to represent the accused in the event that termination of the defendant's self-representation is necessary.)

¹²⁹ See McKaskle v. Wiggins, 465 U.S. 168, 186-7 (1984) (By contrast, counsel's interruptions of Wiggins or witnesses being questioned by Wiggins in the presence of the jury were few and perfunctory. Most of counsel's uninvited comments were directed at the prosecutor. Such interruptions present little threat to a defendant's Faretta rights, at least when the defendant's view regarding those objections has not been clearly articulated. On the rare occasions that disagreements between counsel and Wiggins were aired in the presence of the jury, the trial judge consistently ruled in Wiggins' favor. This was a pattern more likely to reinforce than to detract from the appearance that Wiggins was controlling his own defense. The intrusions by counsel at Wiggins' trial were simply not substantial or frequent enough to have seriously undermined Wiggins' appearance before the jury in the status of one representing himself.)

¹³⁰ See Right to Counsel & Legal Services for the Poor, available at:

<http://www.abanet.org/publiced/lawday/talking/rtcounsel.html> (last visited, Jul. 21st, 2011) .

¹³¹ 基本上從犯罪嫌疑人或被告遭警方逮捕開始，在每個重要的程序階段 (例如：警訊、首次出庭、認罪協商、審判與量刑)，犯罪嫌疑人或被告在刑事程序中均享有受律師協助之權利。

¹³² Courts have interpreted the Sixth Amendment right to counsel as guaranteeing the "effective assistance of counsel" to criminal defendants. It doesn't matter whether the attorney is hired by the defendant or appointed by the government. However, questionable strategic choices made by an attorney (and even serious lawyer errors, in some instances) do not usually cause a conviction to be thrown out, unless it is clear that the attorney's incompetence affected the outcome of the case. See FindLaw, Right to Counsel, available at:

http://criminal.findlaw.com/crimes/criminal_rights/criminal_rights_courtroom/right_to_counsel.html (last visited, Jul. 21st, 2011) .

¹³³ See Brewer v. Williams, 430 U.S. 387, 401 (1977) . (Rather, the clear rule of Massiah is that once adversary proceedings have commenced against an individual, he has a right to legal representation when the government interrogates him.) Some states extend the right to counsel to all matters where a defendant's liberty interest is threatened. The New Jersey Supreme Court unanimously held that, regardless of whether the proceeding is labeled as civil, criminal, or administrative, if a defendant faces a loss of liberty, she or he is entitled to appointed counsel if indigent. See Anne Pasqua, et al v. Hon. Gerald J. Council, et al, 186 N.J. 127 (2006).

向來卻存在多元的觀點¹³⁴，不過就某種程度來說，或可認刑事訴訟發展的歷史就是辯護制度發展的歷史，蓋其核心在於保證被指控人平等、及時、有效地行使辯護權¹³⁵。因此，其多元面向之特徵並無害於其保障刑事被告權利之功能。在武器平等與公平法院之思考下，刑事辯護的主要內涵包括：辯護人在場陪同被告並提供相關諮詢；辯護人提醒與維護被告得主張之合法權利；辯護人在各個程序階段向被告解釋與說明其程序意義以及該程序之利益與不利益；辯護人防止並排除刑事執法人員侵害被告基本人權；辯護人監督整個訴訟程序合法進行；辯護人為被告之利益進行協商程序；辯護人調查有利於被告之事實與證據；辯護人於審判程序中對相關證人進行交互詰問；辯護人對違背法令或不當之詰問聲明異議；辯護人提出辯護以及提起上訴等等。

三、國際公約中之辯護權保障

世界人權宣言第十一條（一）明定：「凡受刑事控告者，在未經獲得辯護上所需的一切保證的公開審判而依法證實有罪以前，有權被視為無罪。（Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.）」因此，早於二戰結束之際，辯護權已為普世所肯認之基本人權¹³⁶。依聯合國於西元一九六七年第二十一屆大會第 2200 號決議通過之「公民權利及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）」第十四條第三項第二款規定¹³⁷，任何人於受有罪指控時，均應給予適當之時間及協助以

¹³⁴ 關於刑事辯護制度訴訟價值的理論學說計有：（一）真實發現理論（Truth-finding theory）；（二）公平裁判理論（Fair-decision theory）；（三）真實發現與公平裁判相結合的理論（Truth-finding and fair-decision theories joined）；（四）權利理論（the rights theory）；（五）交易刺激理論（The bargaining incentive theory）以及（六）標準理論（The norm theory）。參閱熊秋紅，刑事訴訟制度之訴訟價值分析，available at: <http://www.jcrb.com/zyw/n25/ca137877.htm> (last visited, Jul. 21st, 2011) .

¹³⁵ 參閱有關專家談刑事訴訟法再修改，熊秋紅發言部分，available at: http://big5.xinhuanet.com/gate/big5/news.xinhuanet.com/legal/2007-04/06/content_5942280.htm (last visited, Jul. 21st, 2011) .

¹³⁶ 世界人權宣言僅是聯合國大會通過的規章，並非一個強制性的國際公約；但是，之後所簽訂的強制性聯合國人權公約：公民權利和政治權利國際公約和經濟、社會及文化權利國際公約，卻是以其為基礎。

¹³⁷ 事實上，該項規定本身與辯護權保障有密切相關，其規定如下：「在判定對他提出的任何刑事指控時，人人完全平等地有資格享受以下的最低限度的保證：

（甲）迅速以一種他懂得的語言詳細地告知對他提出的指控的性質和原因；

（乙）有相當時間和便利準備他的辯護並與他自己選擇的律師聯絡；

（丙）受審時間不被無故拖延；

（丁）出席受審並親自替自己辯護或經由他自己所選擇的法律援助進行辯護；如果他沒有法律援助，要通知他享有這種權利；在司法利益有此需要的案件中，為他指定法律援助，而在他沒有足夠能力償付法律援助的案件中，不要他自己付費；

（戊）訊問或業已訊問對他不利的證人，並使對他有利的證人在與對他不利的證人相同的條件下出庭和受訊問；

（己）如他不懂或不會說法庭上所用的語言，能免費獲得譯員的援助；

（庚）不被強迫作不利於他自己的證言或強迫承認犯罪。」（In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: (a) To be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him; (b) To have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing; (c) To be tried without undue delay; (d) To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him,

準備防禦，並得與其指定之辯護人從事諮商。由於我國當時仍為聯合國之會員國，原有遵守該公約內容之義務。為實施聯合國一九六六年公民與政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）及經濟社會文化權利國際公約（International Covenant on Economic Social and Cultural Rights）（以下合稱兩公約），健全我國人權保障體系，行政院於2009年10月29日以院臺外字第0980067638號令，發布定自2009年12月10日起，施行公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法。該法第二條：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」與第三條：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」除明定兩公約於我國之效力外，並承認其有權解釋機關所為解釋之效力。又依該法第八條：「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後二年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」規定，我國法規應符合兩公約規定，如有抵觸，應自2011年12月10日起失其效力。

關於我國法制是否有違兩公約之規定，國際特赦組織曾表示，台灣的赦免制度、最終審未設強制辯護，都恐抵觸聯合國2人權公約之疑慮。不過，法務部卻表示，依照人權公約內容與國內赦免、審判程序規定，均無抵觸2公約之虞。國際特赦組織台灣總會理事林詩梅指出，根據聯合國2人權公約，死刑被告應有請求赦免或減刑的權利，但現行台灣的赦免法只像是總統的「恩惠措施」，相關程序規定不全，要求政府在赦免法修法完成前，應暫停執行死刑。廢除死刑推動聯盟執行長林欣怡也表示，現行刑事訴訟法388條中，第三審沒有律師辯護，已侵害被告的防禦權，並抵觸2公約明定的「接受公正裁判之權利」，廢死聯盟昨天也據此為死刑確定被告聲請釋憲。對於前述質疑，前法務部政務次長黃世銘表示，依照現行法定程序，赦免可由被告本身主動提起，憲法40條規定，總統具有大赦、特赦、減刑等最終裁量權，現行司法實務上，每一名被告確實皆有聲請赦免的權利。至於最終審辯護，黃世銘認為，細究2公約條文，事實上僅聲明被告有選任辯護人的「權利」，並未硬性規定第三審須強制辯護，現行刑事訴訟法對被告選任辯護人，均有規範，看不出有抵觸2公約之處¹³⁸。

雖然中共在2001年已經批准經濟社會文化權利國際公約，其最近發布的「國家人權行動計畫」也表示批准《公民與政治權利國際公約》是2009—2010年的目標之一，但中國領導人只提到正努力為該公約之批准「創造條件」，並未提及何時能落實該等條件。相較於中共落實該公約的遙遙無期，台灣在兩公約施行法生效後，就公民與政治權利國際公約之履行，仍要處理許多細節問題。最直接、困難的問題與刑事司法有關，特別是犯罪嫌疑人或被告在判決定讞前，從羈押中被釋放的權利，以及自由諮詢辯護律師的相關權利。因此，有意義地履行公約，不僅需要詳細修改大量的法律法規，而且需要培訓官員，教育公眾，提出可供評估進度的時程表和基準，以及一個公正、有效的監督機構。政府應建立獨立的人權委員會，並促使更多的公眾參與改革進程¹³⁹。

in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it; (e) To examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him; (f) To have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court; (g) Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.)

¹³⁸ 參閱法務部：刑訴與赦免 未違人權公約，<http://www.epochtimes.com/b5/10/3/30/n2861597.htm>（最後造訪日：2011年11月3日）。

¹³⁹ 據研究指出，對前總統陳水扁進行中的追訴，使這兩項基本權利成為公眾矚目的焦點。被關

第二節 大陸地區律師辯護權之規範

一、律師制度之沿革與發展

在當代法治國家之法制架構中，「律師制度是國家整個司法制度中之重要組成部分，是依照掌握國家政權階級的意志所建立起來，並為該階級的經濟和政治服務，並認為在西方國家隨著資本主義經濟的迅速發展，律師制度也就迅速發展起來，並成為資產階級司法制度的一個重要組成部分」¹⁴⁰。由於中國大陸之律師制度是指「一國法律規定有關於律師的性質、任務、資格、業務範圍、權利和義務、組織和活動原則，以及律師如何向社會提供法律服務的法律規範之總稱」¹⁴¹。因此，「有無律師制度以及律師制度是否完備，將是判斷一個國家民主是否健全，法制是否完備的一個標誌」¹⁴²。換言之，律師制度是實施裁判公正、司法正義的有效工具，而「律師與法官一樣都擔負著保證法律的正確實施，保護公民和法人之合法權益讀的重要職責」¹⁴³，律師制度與法院審判行為的宗旨與目的都是一樣的，「律師制度不僅可以與民權結合而外化出民主的精神，而且可以與法治結合而產生法治化之社會秩序」¹⁴⁴。

雖然辯護權之發展在刑事訴訟法上扮演相當重要的角色，但是，西方辯護權的內涵與中國大陸辯護權所關注的對象並不全然一致，西方世界國家的辯護權，指的是被告有權獲得辯護，這是現代各國公認的法律原則，它超越了社會制度、意識形態、傳統法律文化的界限和阻礙，在各國刑事訴訟中得到普遍確立。辯護制度作為刑事訴訟制度的重要組成部分，在一國的司法制度中佔有重要地位，其完善與否，是衡量一國刑事訴訟制度乃至整個司法制度科學、民主程度的重要標誌。依照大陸現行刑事訴訟法第 33 條：「公訴案件自案件移送審查起訴之日起，犯罪嫌疑人有權委託辯護人」與第 96 條「犯罪嫌疑人在被偵查機關第一次訊問或採取強制措施之日起，可以聘請律師為其提供法律諮詢、代理申訴、控告」等規定，在中國大陸刑事訴訟中，犯罪嫌疑人在檢察院審查起訴階段才可以委託辯護人，但在偵查階段，犯罪嫌疑人又可以聘請律師提前介入。這樣就在法學界和實務界引發了律師在偵查階段處於何種訴訟地位的爭論。而在司法實踐中，律師的這種提前介入的權利往往有名無實，既無法操作也沒有相應的措施予以保障¹⁴⁵。

押數月的陳水扁，在審前和審判中一再要求釋放未果，實際上凸顯了法律專家早就意識到的問題——刑事訴訟法中關於羈押所用的模糊、不完整和特殊的語言，亟待更新和修訂。決定羈押的適用標準，必須合理；決定羈押的庭訊程序，必須改革，使被告能清楚瞭解檢方的指控並據以回應。此外，法律應當明確授權法院以積極、創造性的方式處理羈押的釋放，這些方式應利用新的科技設備，以限制、監測被釋放人的活動，同時允許這些人享有比在牢房裡更大的自由。《公民與政治權利國際公約》的有關規定看似簡單。審前或審判中的羈押，必須是例外，而非常規。每名被告必須有充分時間準備辯護、諮詢律師和見證人。參閱孔傑榮 (Jerome A. Cohen)，<http://blog.yam.com/earthk2009/article/21282032> (最後造訪日：2011 年 11 月 3 日)。

¹⁴⁰ See Rhode, Deborah L., *Ethics in practice : lawyers' roles, responsibilities, and regulation*, 15, (New York : Oxford University Press, 2000) .

¹⁴¹ 參閱陳業宏、唐鳴著，中外司法制度比較，頁 301，北京商務印書館，2000 年 6 月。

¹⁴² 參閱趙秉志編，律師資格考試專家指南，頁 491，北京中國方正出版社，1998 年 5 月 1 版。

¹⁴³ 參閱王利明著，司法改革研究，頁 513，北京法律出版社，2000 年 1 月 1 版。

¹⁴⁴ 參閱彭雲業，中國律師業的可持續發展及其實現，法律科學雙月刊，頁 128，西安西北政法學院，2002 年 1 月。

¹⁴⁵ 根據聯合國《並於律師作用的基本原則》第 1 條規定，所有的人都有權請求由其選擇的一名律師協助保證和確立其權利，並在刑事訴訟的各個階段為其辯護。而根據聯合國《保護所有遭受

1949年中共建國後，廢除了舊國民黨時期的律師制度，並建立新的律師制度。依1949年12月20日中央人民政府委員會批准的「中央人民政府司法部試行組織條例」第2條規定，司法部制定15項司法行政工作任務，其中的第9項，便是『關於律師之登記、甄拔、分配、組織與指導事項』。1950年7、8月間，中共召開的第一屆全國司法會議上，司法部長史良所作的《關於目前司法行政工作報告》中明確提出建立新律師制度，並要求各地有條件的可酌於試辦，同時在1950年12月，中共中央司法部發出《關於取締黑律師及訟棍事件通報》，通令取締舊律師的活動，1952年中共中央展開全國司法改革運動，又進一步取締在社會上的黑律師，為建立新律師制度掃除障礙，與此同時，大陸各地開始著手組織建立中國的律師制度，為訴訟當事人提供法律服務，因此建立新律師制度就是從重視被告的辯護權開始起步，此時期的司法都強調被告的辯護權。1954年7月31日，中共中央人民政府司法部發出了《關於試驗法院組織條例中幾個問題的通知》，指定在北京、上海、天津、重慶、武漢、瀋陽等大城市，試行開展律師工作。同年9月，中共頒布第一部憲法和人民組織法，都規定了被告人有權獲得辯護、被告人除自己行使辯護權外，可以委託律師為他辯護，可以由人民團體介紹的或者經人民法院許可之公民為他辯護，可以由被告人的近親屬、監護人為他辯護，人民法院認為必要的時候，可以指定辯護人為他辯護，這就是從法律上明確肯定律師制度，把保障刑事被告之辯護權提高到憲法位階上¹⁴⁶。事實上，中華人民共和國憲法第125條：「人民法院審理案件，除法律規定的特別情況外，一律公開進行。被告人有權獲得辯護。」已將辯護權定位為憲法上之權利，中華人民共和國刑事訴訟法第11條：「人民法院審判案件，除本法另有規定的以外，一律公開進行。被告人有權獲得辯護，人民法院有義務保證被告人獲得辯護。」亦已明文其保障為法院之義務。因此，辯護權是憲法及法律賦予犯罪嫌疑人、被告人專屬之訴訟權利，在犯罪嫌疑人、被告人各項訴訟權利中居於核心地位¹⁴⁷。

正當律師制度蓬勃發展之際，1957年下半年發動的反右鬥爭卻毀了律師制度，從這時開始到1976年，政治運動一個接著一個，而律師制度也就被破壞殆盡了。四人幫事件後，在中共十一屆三中全會後，隨著刑法與刑事訴訟法的頒佈

任何形式的拘留或監禁人的原則》第11條第1款亦有類似的規定「被拘留人應有權為自己辯護或依法由律師協助辯護」。對此，不論是英美法系還是大陸法系國家，均已在法律中肯定了律師在偵查階段中辯護人的地位。既然律師處於辯護人的地位，那麼就應該保障律師的刑事豁免權，關於律師刑事辯護豁免權，也就是指律師在法庭上的辯護言論不受法律追究的權利。參閱劉性仁，從中國大陸律師之辯護保障權探討對司法制度之影響，建國科大學報，第25卷第3期，頁3-4，2006年3月。

¹⁴⁶ 直到1956年初，全大陸已經有北京、上海等33個市建立了律師組織，1956年中共正式建立律師制度，1956年1月，司法部向國務院提出了《關於建立律師工作的請示報告》，該報告對中共律師的性質、任務、資格條件、組織、收費等問題作了明確的闡述，要求國家通過立法確立中國的律師制度，國務院不久後就同意了司法部的報告，授權司法部起草《律師暫行條例》等法規。1956年3月，司法部召開「第一次全國律師工作經驗座談會」，1956年7月20日，《律師收費暫行辦法》出爐，1957年上半，《律師暫行條例》草案出爐，該草案共4章22條，規定了律師的性質、任務、資格條件、律師協會和法律顧問處組織原則等問題，在司法部草擬律師法規的同時，中共的律師人數有較大的發展，據估計，當時全大陸共有19個省、市、自治區開始建立律師協會。1957年全國建立了19個省、市律師協會，法律顧問處817個，律師2878人；但當時民主法制意識淡薄，很多人對律師制度不理解，指責非難很多，故1950年代為中國大陸律師制度之草創建立時期。參閱劉性仁，從中國大陸律師之辯護保障權探討對司法制度之影響，建國科大學報，第25卷第3期，頁6-7，2006年3月。

¹⁴⁷ 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁1，2010年6月。

施行，重建律師制度又提到議事日程中。1979年4月全國人民代表大會常務委員會法制委員會成立了起草律師條例的專門小組，負責起草工作，但是由於左的遺毒作怪，再加上人們對於律師的作用缺乏正確的認識，因此重建律師制度的阻力不小。1980年鄧小平明確指出，『律師隊伍要擴大，不搞這個法制不行』，從而推動律師制度的恢復與發展，1980年8月26日第五屆人大常委會第十五次會議通過了《中華人民共和國律師暫行條例》，自此使其律師制度的建立和發展以及律師參加訴訟活動有了法律的保證。1982年10月司法部專門召開了全國律師工會座談會，進一步明確律師制度之許多重要問題。1983年3月司法部召開六市一縣律師工作體制改革座談會，探索實行律師的體制改革，進行試點。1984年8月第二次全國司法行政工作會議肯定了律師改革工作；胡耀邦批示：對律師工作『要認真重視，否則談不上厲行法制』，自此各地都努力探索改革，律師的恢復、重建、發展和改革進展甚為快速。1986年7月第一次全國律師代表大會在北京召開，成立了「中華全國律師協會」，標示著中共律師制度的建設發展到新的階段¹⁴⁸。1993年6月司法部提出了深化律師改革的總體思路，同年12月國務院批准轉發司法部《關於進一步深化律師工作改革的方案》，推動律師工作改革和發展，也取得顯著成效，其主要表現在：對律師性質的認識有了突破，不再使用行政機關的模式界定律師機構的性質。律師事務所成為社會主義經濟條件下，具有仲介性質的法律服務機構，律師不再是國家的行政幹部，而是社會提供法律服務的執業人員。律師事務所的組織形式有了新的突破，形成了國資所、合作所、合夥所等多種形式並存的格局，這就改變長期以來單純由國家核撥制的辦法來組建律師事務所而制約其律師事業發展局面。律師管理制度有了突破，改變以往單一的行政管理模式，初步形成司法行政機關行政管理和律師協會行業管理相結合的律師管理體制。律師隊伍有較大的發展，素質不斷提高。律師的社會影響力越來越大。律師工作的對外交流與合作日益擴大¹⁴⁹。

2000年5月國務院下達《轉發國務院清理整頓經濟暨證類社會仲介機構領導小組關於經濟暨證類社會仲介機構與政府部門實行脫勾改制意見的通知》及司法部《律師事務所社會法律諮詢服務機構脫勾改制實行方案》，對於不符合市場化、專業化運作要求的律師事務所之改制作出明確的規定。目前絕大部分律師事務所已轉為合夥制。鑒於律師工作的改革和發展，故以律師法取代過時的律師暫行條例。1996年5月15日經八屆全國人大常委會第19次會議通過並公佈，於1997年1月1日施行中華人民共和國律師法，從此中共的律師制度邁入新的發展階段。律師法有以下三點意義：（一）標誌著社會主義民主和法治建設的新發

¹⁴⁸ 回顧大陸現行的律師制度的發展過程，大致經歷了三個階段：第一階段是50年代中期的「初創階段」，大陸現行的律師制度是在1949年，為適應形勢需要，而逐步建立和發展起來的。1954年在北京、天津、上海、瀋陽等地首先試辦律師業務，建立新型的律師制度。依憲法規定：「人民法院審判案件，除法律規定的特別情況外，一律公開進行，被告人有權獲得辯護。」人民法院組織法進一步規定：「被告人除自己行使辯護權外，可以委託律師為他辯護，可以由人民團體介紹的或者經過人民法院許可的公民為他辯護，可以由被告人的近親屬、監護人為他辯護。為律師制度的建立提供了法律依據。」1957年全國建立了19個省、市律師協會，法律顧問處817個，律師2878人；但當時民主法制意識淡薄，很多人對律師制度不理解，指責非難很多。第二階段是1979年底開始的「重建和恢復階段」，1979年中共第十一屆三中全會決定國家工作重點經濟建設，大陸開始加強民主和法制建設，從而使律師制度得到新的認識和確立。第三階段是1986年「新發展階段」：1986年全國第一次律師代表大會的召開，律師工作進入了為商品經濟服務的新發展階段；中華全國律師協會於1986年7月正式成立。參閱高添富，大陸地區的律師制度，

<http://www.drkao.com/paper/paper-22.htm>（最後造訪日：2012年3月18日）。

¹⁴⁹ 參閱熊先覺著，中國司法制度新論，頁181，北京中國法制出版社，1999年1月1版。

展、(二)適應建立社會主義市場經濟的需要與(三)標誌著中共律師制度的基本形成¹⁵⁰。換言之，1997年1月1日施行之中華人民共和國律師法將律師的職務界定為擔任法律顧問、代理訴訟與非訟事務、刑事辯護、參加調解仲裁及提供法律諮詢、代撰法律文書等與法律訴訟相關的服務。而2007年10月28日中國大陸第十屆全國人民代表大會常務委員會第三十次會議通過修正律師法，並於2008年6月1日實施。新修正之中國大陸律師法進一步完善相關制度，但真正用於規範刑事訴訟程序的中國大陸刑事訴訟法尚未有相應的修改，實務上是否確實能依據中國大陸律師法之規定運作，產生許多疑義¹⁵¹，具體操作成效實有待觀察¹⁵²。

由於律師職業的存在和對於律師權利的賦予，是為了使律師擁有一定的權利履行其職責和完成其使命，從而保障法律的正確實施，充分維護當事人的合法權利以及國家的法制¹⁵³。一般認為律師之權利計有：一、人身保障權：律師在執業活動中的人身權利不受侵犯，這包括有律師在執業時，人身自由不受非法限制和剝奪、人格尊嚴不受侵犯以及名譽不受損害等。二、辯護保障權：律師擔任訴訟代理人或者辯護人，其辯護或者辯護的權利應依法保障等，也就是律師出庭辯論和其辯護言論應當依法受到保護。三、調查取證權：律師承辦法律事務，經有關單位或者個人同意，可以向他們調查情況。四、會見在押被告人等權利：律師參加訴訟活動，可以收集、調查、查閱與辦案有關的材料，與被限制人身自由的人會和通信、出席法庭、參加訴訟以及享有訴訟法規定的其他權利。五、拒絕辯護或者代理權：律師對於委託人的委託事項違法，委託人利用律師提供的服務從事違法活動，或者委託人隱瞞事實的，有權拒絕辯護或者代理。此外，律師之義務主要計有：一、保守秘密和隱私：律師應當保守在執業活動中知悉的國家秘密和當事人的商業秘密，不得洩露當事人的隱私。二、依法繳納稅款：律師和律師事務所必須依法納稅。三、不得代理雙方當事人：律師在同一案件中，不得替雙方當事人擔任代理人。四、遵守律師紀律：律師在執業活動中，不得〈1〉私自接受委託，私自向委託人收取費用，收取委託人的財物〈2〉利用提供法律服務的便利，謀取當事人爭議的權益〈3〉接受對方當事人的財物，違反規定會見法官、檢察官、仲裁員〈4〉向法官、檢察官、仲裁員以及其他有關人員請客送禮或者行賄〈5〉指使、誘導當事人行賄〈6〉提供虛假證明，隱瞞事實或威脅，利誘他人提供虛假證據、隱瞞事實以及妨礙對方當事人合法取得證據〈7〉擾亂法庭、仲裁庭秩序，干擾訴訟、仲裁活動的正常進行¹⁵⁴。

2012年3月間，中國全國人大常委會副委員長王兆國表示，1979年制定的刑事訴訟法在面對經濟社會快速發展情況下需要修改，2012新修刑事訴訟法已

¹⁵⁰ 參閱熊先覺著，中國司法制度新論，頁195-203，北京中國法制出版社，1999年1月1版。

¹⁵¹ 關於新修正之中國大陸律師法與現行中國大陸刑事訴訟法規定不相一致之部分，有認為此涉及律師法修改的正當性問題，主要包括以下幾個方面：一是「衝突論」，即因新律師法規定的刑事辯護律師之部分權利與現行刑事訴訟法規定有所不同，出現下位法與上位法之衝突；二是「違憲論」，此說認為刑事訴訟法是由全國人民代表大會通過，而律師法是由全國人民代表大會常務委員會通過，兩者憲政基礎不同，後者與前者衝突時則存在違憲問題。新修正之中國大陸律師法所賦予律師在辯護活動中之諸項權利是否真能實現，此係目前中國大陸實務界與學術界最為關注與擔憂之問題。相關討論詳請見田文昌，新〈律師法〉與〈刑事訴訟法〉的衝突、互動與銜接，法學第7期，頁33以下，2008年。

¹⁵² 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁2，2010年6月。

¹⁵³ 參閱陳業宏、唐鳴著，中外司法制度比較，頁330，北京商務印書館，2000年6月1版。

¹⁵⁴ 參閱劉性仁，從中國大陸律師之辯護保障權探討對司法制度之影響，建國科大學報，第25卷第3期，頁11，2006年3月。

納入「尊重和保障人權」文字。尊重和保障人權是中國憲法確立的一項重要原則，體現了社會主義制度的本質要求，刑事訴訟法在程序設置和具體規定中都貫徹了這一憲法原則。刑事訴訟法與賦予和規制刑事訴訟中的職權機關權力、追訴犯罪、保障公民權利密切相關，有「小憲法」之稱。修正案中有關逮捕與監視居住的條款，引發關注人權的律師與社會公眾的關注，他們視這一條款為當局立法將類似艾未未事件的「強制失蹤」合法化。王兆國稱，修正案完善了非法證據排除制度，強化證人出庭和保護制度，嚴禁刑訊逼供，不得強迫任何人證實自己有罪。為從制度上防止刑訊逼供，修正案增加規定了拘留、逮捕後及時送看守所羈押，在看守所內進行訊問和訊問過程的錄音錄影制度。中國現行刑事訴訟法規定：拘留、逮捕後，除有礙偵查或者無法通知情形以外，應當把拘留、逮捕原因和羈押的處所，在 24 小時以內通知被拘留人、被逮捕人的家屬。但其中「有礙偵查」情形的界限比較模糊。同時，把拘留後因有礙偵查不通知家屬的情形，僅限於涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪，並規定有礙偵查情形消失以後，應當立即通知被拘留人的家屬¹⁵⁵。

二、大陸地區辯護制度之社會主義因素

刑事訴訟程序的作用是從程序上保證實體刑法的實現。刑法規定了犯罪和刑罰的問題，而當犯罪事實發生時，就必須有司法機關依照法定程式查明犯罪人及其罪責並加以懲罰，否則，刑法就不能發生實際作用。刑法和刑事訴訟法的關係，是內容和形式的關係，後者必須與前者相適應，並體現同樣的精神。正如馬克思說的：「實體法……具有本身特有的必要的訴訟形式」，「二者之間的聯繫如此密切，就像植物的外形和植物的聯繫，動物的外形和血肉的聯繫一樣」，刑事訴訟法的性質是由國家的性質決定的¹⁵⁶。一切剝削階級國家的刑事訴訟法，都是建立在生產資料私有制的基礎上，為維護剝削制度、維護少數剝削者的利益服務的，是對廣大勞動人民實行專政的工具。因此，社會主義國家的刑事訴訟法，是工人階級領導的廣大人民群眾的意志的體現，是為保障社會主義革命和社會主義建設事業的順利進行服務的，本質上是實行無產階級專政的工具。在第一次國內革命戰爭時期，在中國共產黨領導的工人運動和農民運動中，就建立了一些司法組織和訴訟制度。如罷工委員會中設立會審處、軍事處等，審判危害罷工的案件；在農民運動中，建立革命法庭，審判有嚴重罪行的土豪劣紳。到了第二次國內革命戰爭時期，隨著各革命根據地工農民主政權的建立，特別是中華蘇維埃共和國成立以後，於 1931 年到 1934 年期間，先後頒布了《處理反革命案件和建立司法機關的暫行程序的訓令》（第六號）、《裁判部暫行組織及裁判條例》和《中華蘇維埃共和國司法程序》等檔，依照這些法律、法令的規定，建立了各級司法組織和實行新的刑事訴訟程序和制度，其主要內容包括：（一）國家保衛機關行使偵查權，對一切反革命案件有偵查、逮捕和預審之權；（二）在審判機關內設專職檢查（察）員，在軍事裁判所所在地設立軍事檢察所，行使檢察權，檢查員有權預先逮捕犯罪人，對案件進行預審，不同意判決時，有抗議權；（三）裁判部行使審判權，實行四級兩審終審制；（四）實行審判合議制、陪審制、迴避制、公

¹⁵⁵ 參閱刑事訴訟法修改 國家安全派系崛起，阿波羅新聞網（2012-03-10），<http://tw.aboluowang.com/news/2012/0310/-146721.html>（最後造訪日：2012 年 3 月 18 日）。

¹⁵⁶ 參閱中共中央馬克思恩格斯列寧史達林著作編譯局，馬克思恩格斯全集，第一卷，頁 178，人民出版社，2008 年。

開審判和巡迴審判、辯護和上訴制度、死刑審批制度等等¹⁵⁷。因此，早於對日抗戰全面爆發之前，中共即已開始發展刑事辯護制度。

抗日戰爭時期，為了實現國共合作，建立抗日民族統一戰線的需要，各根據地的工農民主政權改為抗日民主政權，與此相適應，對司法機關的體制和名稱也作了相應的改變，但實際上與國民黨政府的司法機關並無隸屬關係。這一時期的刑事訴訟制度仍是蘇區司法制度的繼續，但結合各邊區的實際情況，在某些程序和制度上有所發展。以陝甘寧邊區為例，(1)在司法組織方面，各級司法機關的設置，基本上仍按照偵查、起訴、審判的不同職責予以設置；(2)在刑事訴訟原則和制度方面，除了明確規定實行公開審判、陪審、辯護、上訴、復核和再審等制度外，主要強調兩點：一是審判權和逮捕人犯權依法由司法機關和公安機關統一行使；二是反對刑訊逼供，採取重證據、不輕信口供的原則；(3)在審判方式上，創造了就地審判、巡迴審判、公審制等方便群眾的審判方式。在解放戰爭時期，先後建立了各種形式的司法組織，如土地改革中的人民法庭、軍管會下的軍事法庭，在此基礎上，各行政區、省、專區、縣逐步建立起各級人民司法機關。在刑事訴訟制度上，基本上仍沿用抗日戰爭時期已經行之有效的各項制度和程序，同時，又根據當時的實際情況，做出了一些新的規定。以華北地區為例，主要有：(1)實行公安、司法機關分工負責、互相制約的原則；(2)實行案件復核和死刑核准制度，加強上級法院對下級法院的審判監督；(3)平反、改判錯案¹⁵⁸。中華人民共和國成立後，根據司法工作需要，先後頒佈了一些有關刑事訴訟的法律，如1954年頒佈了《中華人民共和國逮捕拘留條例》，1979年又經修改重頒。為加強，1979年頒佈了《中華人民共和國刑事訴訟法》。它是社會主義類型的刑事訴訟法，與一切剝削階級的刑事訴訟法有本質的不同。

我國大陸地區相關研究認為刑事辯護權是一種消極的防禦權，是針對國家追訴機關追訴行為而產生的維護自身權益的一種權利。有些學者甚至認為，辯護權是人類反抗壓迫權的重要內容之一。根據近代西方的自然法思想和社會契約理論，人人享有某些不可剝奪的天賦人權，如自由、財產、安全和反抗壓迫等，這些最基本的人權在人類社會的各個領域中都應當得到尊重和體現，辯護權正是反抗壓迫權在刑事訴訟領域的延伸和彰顯。從更為根本的意義上講，反抗壓迫權包括辯護權存在的合法性都植根於人性中的趨利避害本能，因為當一個人受到壓迫和侵害時，基於本能，他會採用一切可能的手段予以抵抗。由於現代意義上的律師辯護權是資產階級民主革命後的產物，是民主政治發展的結果，盡管公元前古羅馬社會上就出現了專門為參與訴訟的當事人提供法律幫助的保護人：為被保護人進行訴訟代理活動，在法庭上為被告人發言，反駁控訴，並於後來逐步發展為辯護士。這種辯護士權利是基於保證訴訟當事人辯護權行使的權利，它只相當於現代意義上的民事代理權。由於對封建專制下的司法專橫的恐懼和司法運作過程秘密性的擔憂，資產階級革命勝利後要求改革司法運作模式。司法公正、司法公開、司法民主是司法改革的政治目標，現代律師制度在這一背景下產生，它是公民參與政治原則的理念下實現對國家權力運作的參與和監督，它是一項政治性權利。當事人的辯護權是人類社會的基本權利派生的重要權利，是辯護制度最重要的部分，為社會共同體存續和發展所必需，無論刑事訴訟任何階段都應給予充分

¹⁵⁷ 參閱熊秋紅，大陸刑事訴訟法—過去、現在與未來，2004兩岸四地法律發展下冊，頁248，中研院，2007年7月。

¹⁵⁸ 參閱熊秋紅，大陸刑事訴訟法—過去、現在與未來，2004兩岸四地法律發展下冊，頁249，中研院，2007年7月。

的保護和尊重，剝奪和限制當事人的辯護權從人性角度來看是反人道的¹⁵⁹。因此，縱然於法制沿革過程中，大陸地區的辯護制度帶有社會主義色彩，不過，這樣的觀點已不適於改革開放後的社會現狀，當代辯護權的內涵，既著重於人權保障之目的，其功能應不再受社會主義色彩之影響。

三、大陸地區辯護權之規範

依中華人民共和國憲法第 125 條：「人民法院審理案件，除法律規定的特別情況外，一律公開進行。被告人有權獲得辯護。」與中華人民共和國刑事訴訟法第 11 條規定：「人民法院審判案件，除本法另有規定的以外，一律公開進行。被告人有權獲得辯護，人民法院有義務保證被告人獲得辯護。」不論犯罪嫌疑人、被告人等，在刑事訴訟不同階段，均享有辯護權之保障，辯護權可謂是憲法及法律賦予犯罪嫌疑人、被告人專屬之訴訟權利¹⁶⁰，在犯罪嫌疑人、被告人各項訴訟權利中居於核心地位。故為了保障犯罪嫌疑人、被告人之辯護權得以充分實現，國家法律規定關於辯護權、辯護種類、辯護方式、辯護人之範圍、辯護人之責任、辯護人之權利與義務等相關規則之法律制度即為辯護制度¹⁶¹。

一般而言，「辯護權的發展可以分成三個階段：橫向擴充、縱向擴充與實質強化等三個階段」¹⁶²，鑑於世界各國均已朝辯護權的擴充與強化的方向前進，因此大陸地區刑事辯護法制是否符合聯合國《關於律師作用的基本原則》第 2 條：「律師對於其書面或口頭辯護時發表的有關言論或作為職責任務出現於某一法院、法庭或者其他法律或行政當局之前發表的有關言論，應當享有民事和刑事豁免權」¹⁶³之規定，即與其辯護法制是否落實武器平等原則與有效辯護原則息息相關。大陸地區刑事訴訟法第三十二條至第三十九條，為有關辯護權之規定。簡單來說，第三十二條明文辯護人之範圍與限制、第三十三條為委託（選任）與通知辯護人之規定、第三十四條為義務辯護提供了基礎、第三十五條定義了辯護人之

¹⁵⁹ 參閱管宇，刑事訴訟視角下辯護權界說，政法論壇，(京)2007 年 6 期，http://cdn851.todayisp.net:7751/article.chinalawinfo.com/Article_Detail.asp?ArticleID=62074（最後造訪日：2012 年 3 月 18 日）。

¹⁶⁰ 參閱周偉，憲法依據的缺失：偵查階段辯護權缺位的思考，政治與法律第 6 期，頁 90，2003 年 6 月。

¹⁶¹ 參閱陳光中、徐靜村主編，刑事訴訟法學，頁 141，中國政法大學出版社，2001 年 7 月二版。

¹⁶² 在橫向擴充階段即某種程度之犯罪方得選任辯護人為其辯護，在縱向擴充階段即得於審判階段方得選任辯護人為其辯護；而實質強化階段便是辯護權的強化，亦就是對於律師辯護權之刑事豁免與權利保障。這是西方世界中辯護權發展之軌跡與階段。參閱史奎謙，刑事辯護權之研究，中興大學法律學研究所碩士論文，頁 2-5，1996 年 6 月。

¹⁶³ 目前世界上不少國家都通過立法均不同程度地賦予以律師這一權利。例如《盧森堡刑法典》第 452 條第 1 款規定：「律師在法庭上的發言或向法庭提交的訴訟文書，只要與訴訟或訴訟當事人有關，就不能對它提起任何刑事訴訟」。此外，英格蘭和威爾士出庭律師行為準則規定：「在通常情況下，律師對他在法庭辯護中的言論享有豁免權」。日本刑事訴訟制度中亦規定律師在法庭上辯護，不受法律追究，即使律師在證據不足的情況下為一位元有罪的被告人作無罪辯護，也不能追究律師的任何法律責任。此外，美國、法國、德國、荷蘭等國有關法律均對此作了類似的具體的規定。賦予律師刑事辯護豁免權是由辯護律師所擔負的職責所決定的，辯護律師作為司法公正天平上另一端的砝碼，其主要職責是針對控方獲取的有罪證據，運用自己的法律知識和所掌握的證據材料，幫助犯罪嫌疑人、被告人更有效地行使自我辯護權。雖然從理論上講，辯護律師與公、檢、法機關在刑事訴訟中所追求的最終目標是一致的，即都是為了維護法律的正確實施，但在具體的職責上卻是矛盾的、對立的，且正是通過這種職責上的矛盾對立，來達到維護法律正確實施的目的。參閱劉性仁，從中國大陸律師之辯護保障權探討對司法制度之影響，建國科大學報，第 25 卷第 3 期，頁 12，2006 年 3 月。

職責、第三十六條肯認辯護人與在押被告通信接見之權利、第三十七條規範律師調查證據的權利、第三十八條禁止律師妨礙司法公正、第三十九條則明文被告拒絕辯護與另行委託律師之權源¹⁶⁴。

四、辯護之類型

依據中國大陸刑事訴訟法第三十二條、第三十四條規定，刑事訴訟之辯護種類有三種：自行辯護、委託辯護與指定辯護。自行辯護係指犯罪嫌疑人、被告人自己針對指控進行反駁、申辯和解釋之行為。自行辯護是犯罪嫌疑人、被告人行使辯護權之重要方式，其貫穿於刑事訴訟程序之始終，無論是在偵查、起訴、審

¹⁶⁴ 相關規定如下：

第三十二條

犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辯護權以外，還可以委託一至二人作為辯護人。下列的人可以被委託為辯護人：

- (一) 律師；
- (二) 人民團體或者犯罪嫌疑人、被告人所在單位推薦的人；
- (三) 犯罪嫌疑人、被告人的監護人、親友。

正在被執行刑罰或者依法被剝奪、限制人身自由的人，不得擔任辯護人。

第三十三條

公訴案件自案件移送審查起訴之日起，犯罪嫌疑人有權委託辯護人。自訴案件的被告人有權隨時委託辯護人。

人民檢察院自收到移送審查起訴的案件材料之日起三日以內，應當告知犯罪嫌疑人有權委託辯護人。人民法院自受理自訴案件之日起三日以內，應當告知被告人有權委託辯護人。

第三十四條

公訴人出庭公訴的案件，被告人因經濟困難或者其他原因沒有委託辯護人的，人民法院可以指定承擔法律援助義務的律師為其提供辯護。

被告人是盲、聾、啞或者未成年人而沒有委託辯護人的，人民法院應當指定承擔法律援助義務的律師為其提供辯護。

被告人可能被判處死刑而沒有委託辯護人的，人民法院應當指定承擔法律援助義務的律師為其提供辯護。

第三十五條

辯護人的責任是根據事實和法律，提出證明犯罪嫌疑人、被告人無罪、罪輕或者減輕、免除其刑事責任的材料和意見，維護犯罪嫌疑人、被告人的合法權益。

第三十六條

辯護律師自人民檢察院對案件審查起訴之日起，可以查閱、摘抄、複製本案的訴訟文書、技術性鑑定材料，可以同在押的犯罪嫌疑人會見和通信。其他辯護人經人民檢察院許可，也可以查閱、摘抄、複製上述材料，同在押的犯罪嫌疑人會見和通信。

辯護律師自人民法院受理案件之日起，可以查閱、摘抄、複製本案所指控的犯罪事實的材料，可以同在押的被告人會見和通信。其他辯護人經人民法院許可，也可以查閱、摘抄、複製上述材料，同在押的被告人會見和通信。

第三十七條

辯護律師經證人或者其他有關單位和個人同意，可以向他們收集與本案有關的材料，也可以申請人民檢察院、人民法院收集、調取證據，或者申請人民法院通知證人出庭作證。

辯護律師經人民檢察院或者人民法院許可，並且經被害人或者其近親屬、被害人提供的證人同意，可以向他們收集與本案有關的材料。

第三十八條

辯護律師和其他辯護人，不得幫助犯罪嫌疑人、被告人隱匿、毀滅、偽造證據或者串供，不得威脅、引誘證人改變證言或者作偽證以及進行其他干擾司法機關訴訟活動的行為。

違反前款規定的，應當依法追究法律責任。

第三十九條

在審判過程中，被告人可以拒絕辯護人繼續為他辯護，也可以另行委託辯護人辯護。

判階段，犯罪嫌疑人、被告人均有權自行辯護¹⁶⁵。依據中國大陸刑事訴訟法第三十二條規定，犯罪嫌疑人在偵查預審階段只能自行辯護，犯罪嫌疑人、被告人在起訴、審判階段亦有權自行辯護。委託辯護係指犯罪嫌疑人、被告人依法委託律師或其他公民擔任辯護人，協助其進行辯護。依據中國大陸刑事訴訟法第三十三條、第一百五十一條第一項第二款規定，犯罪嫌疑人、被告人委託辯護人的時間分為三種情形：1.公訴案件自移送審查起訴之日起，犯罪嫌疑人有權委託辯護人。人民檢察院自收到移送審查起訴的案件資料之日起3日內，應告知犯罪嫌疑人有權委託辯護人；2.自訴案件的被告人有權隨時委託辯護人，即自訴人向法院提交自訴狀起，被告人即可以委託辯護人。人民法院自受理自訴案件之日起3日內，應告知被告人有權委託辯護人；3.人民法院決定開庭審判後，對於被告人未委託辯護人者，應告知被告人可以委託辯護人。指定辯護係指對於沒有委託辯護人的被告人，人民法院在法律規定的某些特殊情況下，為被告人指定承擔法律援助義務的律師擔任其辯護人，協助被告人進行辯護。依據中國大陸刑事訴訟法第三十四條規定，指定辯護必須符合以下幾個條件：1.必須以被告人沒有委託辯護人為前提，如果被告人已經委託辯護人，則在任何情況下，均不存在指定辯護的問題；2.被告人必須存在法定的特殊情形；3.指定辯護的時間只能在審判階段，且由人民法院指定。在偵查和審查起訴階段不存在指定辯護的問題；4.指定辯護的辯護人只能是承擔法律援助義務的律師，其他人不得被人民法院指定擔任辯護人¹⁶⁶。

五、辯護人權利

一般來說，辯護人在訴訟上之權利可分為固有權與傳來權二種：固有權與傳來權。所謂固有權係指辯護人基於辯護之關係，當然取得或享有之訴訟權利，此種權利之行使並不受犯罪嫌疑人、被告人意思的拘束，行使與否完全取決於辯護的需要與否¹⁶⁷；而所謂傳來權係指原本屬於犯罪嫌疑人、被告本身之訴訟權利，如在性質上得代理行使者，辯護人代理犯罪嫌疑人、被告人行使權利者，稱為傳來權。若辯護人所行使者為傳來權，則須符合犯罪嫌疑人、被告人之意思，不得為違反其意思之訴訟行為¹⁶⁸。依大陸地區刑事訴訟法規定，前者包含獨立辯護權¹⁶⁹、閱卷權¹⁷⁰、接見通信權¹⁷¹、調查取證權¹⁷²、表達意見權¹⁷³、出庭辯護權¹⁷⁴、

¹⁶⁵ 司法實務上對自行辯護有以下補充：最高人民法院關於執行《中華人民共和國刑事訴訟法》若干問題的解釋（1998年9月2日）第三十八條：「被告人堅持自己行使辯護權，拒絕人民法院指定的辯護人為其辯護的，人民法院應當准許，並記錄在案；被告人具有本解釋第三十六條規定情形之一，拒絕人民法院指定的辯護人為其辯護，有正當理由的，人民法院應當准許，但被告人需另行委託辯護人，或者人民法院應當為其另行指定辯護人。」中華全國律師協會律師辦理刑事案件規範（1999年4月25日修訂）第五條：「律師擔任辯護人或為犯罪嫌疑人提供法律幫助，依法獨立進行訴訟活動，不受委託人的意志限制。」第十六條：「律師接受委託後，無正當理由，不得拒絕辯護或者代理。但委託事項違法，委託人利用律師提供的服務從事違法活動或者委託人隱瞞事實的，或者委託人提出其他不合理要求，致使律師無法正常履行職務的，律師有權拒絕辯護或者代理。律師由於以上事由解除委託關係，應經律師事務所主任或主任授權的負責人同意，並記錄在卷。」

¹⁶⁶ 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁19-21，2010年6月。

¹⁶⁷ 參閱黃朝義，刑事訴訟法，頁80，一品，2006年9月。

¹⁶⁸ 參閱張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，頁139-140，五南，2003年9月。

¹⁶⁹ 辯護人依法履行辯護職責，其人身權利及訴訟權利不受侵犯。辯護人依據事實及法律，獨立為犯罪嫌疑人、被告人辯護，不受犯罪嫌疑人、被告人及公安司法機關的意志所約束，亦不受其

拒絕辯護權¹⁷⁵以及控告權¹⁷⁶；而後者則包括解除強制處分請求權¹⁷⁷與上訴權¹⁷⁸。

第三節 大陸刑事訴訟法制疑義及其與我國法制之區別

一、大陸法制疑義

總體而言，即使大陸刑事訴訟法就辯護制度已為前述規定，中國大陸現行刑事辯護制度仍存在許多疑義，最常見的問題就是所謂的三難與五難。所謂「三難」係指會見難、閱卷難、調查取證難；而「五難」係指會見難、閱卷難、調查取證難、法庭質證難、辯護意見採納難¹⁷⁹。參照北京市億嘉律師事務所致北京鐵路運輸中級人民法院之函件所為之指控，並不難察覺在司法實務上，辯護權之行使仍受到許多實際的限制¹⁸⁰。

他單位或個人非法干涉參閱。參閱黃永盛、陳立主編，刑事訴訟法學，頁 181，廈門大學出版社，2003 年 3 月。

¹⁷⁰ 閱卷權係指辯護人查閱、抄錄、複製刑事案件訴訟資料之權利。參閱黃永盛、陳立主編，刑事訴訟法學，頁 182，廈門大學出版社，2003 年 3 月。

¹⁷¹ 依據《六部委關於刑事訴訟法實施中若干問題的規定》第 11 條規定：「刑事訴訟法第九十六條規定，涉及國家秘密的案件，律師會見在押的犯罪嫌疑人，應當經偵查機關批准。對於不涉及國家秘密的案件，律師會見犯罪嫌疑人不需要經過批准。不能以偵查過程需要保密作為涉及國家秘密的案件不予批准。律師提出會見犯罪嫌疑人的，應當在四十八小時內安排會見，對於組織、領導、參加黑社會性質組織罪、組織、領導、參加恐怖活動組織罪或者走私犯罪、毒品犯罪、貪污賄賂犯罪等重大複雜的兩人以上的共同犯罪案件，律師提出會見犯罪嫌疑人的，應當在五日以內安排會見。」參閱張國軒主編，刑事訴訟法學，頁 116-117，中國財政經濟出版社，2005 年 2 月。

¹⁷² 調查取證權係指辯護律師在刑事訴訟過程中，可以向有關單位或個人調查收集證據之權利。參閱黃永盛、陳立主編，刑事訴訟法學，頁 182，廈門大學出版社，2003 年 3 月。

¹⁷³ 提出意見權係指辯護人在審查起訴階段，可向檢察機關提出犯罪嫌疑人無罪、罪輕或具備減輕、免除處罰之情形的意見。參閱黃永盛、陳立主編，刑事訴訟法學，頁 182，廈門大學出版社，2003 年 3 月。

¹⁷⁴ 在法庭調查階段，辯護人在公訴人訊問被告人後，經審判長許可，可向被告人發問；經審判長許可，可對證人、鑑定人發問；法庭審理中，辯護人有權聲請通知新的證人到庭，調取新的物證，重新鑑定或勘驗；在法庭辯論階段，辯護人可對證據及案件情形發表意見並和控訴方展開辯論。參閱陳光中主編，刑事訴訟法，頁 122，北京大學出版社，2003 年 6 月。

¹⁷⁵ 辯護人拒絕辯護權是辯護人不再為犯罪嫌疑人、被告人辯護的權利，體現辯護人的獨立性，以具備法定事由為前提；而犯罪嫌疑人、被告人拒絕辯護人繼續辯護，是犯罪嫌疑人、被告人有選擇辯護人的自由，是其所享有的辯護權之體現，並不需要任何法定事由。參閱黃永盛、陳立主編，刑事訴訟法學，頁 182，廈門大學出版社，2003 年 3 月。

¹⁷⁶ 控告權利係指辯護人對於侵犯自己人身權利及訴訟權利之行為，有權向相關部門提出控告，請求其消除侵犯，恢復權利。參閱黃永盛、陳立主編，刑事訴訟法學，頁 183-184，廈門大學出版社，2003 年 3 月。

¹⁷⁷ 依據大陸刑事訴訟法第 75 條規定：「犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近親屬或者犯罪嫌疑人、被告人委託的律師及其他辯護人對於人民法院、人民檢察院或者公安機關採取強制措施超過法定期限的，有權要求解除強制措施。人民法院、人民檢察院或者公安機關對於被採取強制措施超過法定期限的犯罪嫌疑人、被告人應當予以釋放、解除取保候審、監視居住或者依法變更強制措施。」同法第 96 條第 1 項規定：「犯罪嫌疑人被逮捕的，聘請的律師可以為其申請取保候審。」上述規定即辯護人享有要求解除、變更強制措施權之法律依據。

¹⁷⁸ 依據大陸刑事訴訟法第 180 條規定，辯護人經被告人同意，可為被告人提出上訴。

¹⁷⁹ 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 40，2010 年 6 月。

¹⁸⁰ 該函內容如下：受被告王宇委託，經北京市億嘉律師事務所指派，張凱律師作為王宇涉嫌故意傷害案件的辯護人，該案在貴法院承辦。但是，我們認為：貴院在辦理過程中，明顯違反法律規定，嚴重侵犯律師權利，變相剝奪當事人的辯護權。具體理由如下：

一、未依法給辯護律師下達開庭通知書

雖然在人權保障之基礎上，1996年刑事訴訟法參酌當事人主義而做了部分修改，或由於對人權保護認識不完整，1996年的修正只是在審判階段引進了當事人主義的辯論模式，而在偵查、起訴階段，仍然實行職權主義之審判模式¹⁸¹。由於此次修正在偵查、起訴階段及審判階段對辯護人之定位前後矛盾，賦予辯護人之辯護權限不一，使刑事辯護制度在實務上難以發揮保障犯罪嫌疑人、被告人之功能，故，雖然修正後的大陸刑事訴訟法使律師介入訴訟的時點提前至偵查程序，但實際上律師在偵查階段的功能發揮有限。由於大陸刑事訴訟法第三十三條第一項：「公訴案件自案件移送審查起訴之日起，犯罪嫌疑人有權委託辯護人。自訴案件的被告人有權隨時委託辯護人。」與同法第96條第1項前段：「犯罪嫌疑人在被偵查機關第一次訊問後或者採取強制措施之日起，可以聘請律師為其提供法律諮詢、代理申訴、控告。犯罪嫌疑人被逮捕的，聘請的律師可以為其申請取保候審。」以及第2項前段：「受委託的律師有權向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名，可以會見在押的犯罪嫌疑人，向犯罪嫌疑人瞭解有關案件情況。」等規定使用「辯護人」與「律師」等不同名稱，實務上遂產生兩者角色是否不一致、偵查中辯護人如何定位等爭議¹⁸²。

根據《刑事訴訟法》第一百五十一條人民法院決定開庭審判後，應當進行下列工作：傳喚當事人，通知辯護人、訴訟代理人、證人、鑑定人和翻譯人員，傳票和通知書至遲在開庭三日以前送達；根據《關於執行〈中華人民共和國刑事訴訟法〉若干問題的解釋（試行）》的通知（六）將傳喚當事人和通知辯護人、法定代理人、證人、鑑定人和勘驗、檢查筆錄製作人，翻譯人員的傳票和通知書，至遲在開庭三日以前送達；

張凱與王宇是在6月21日上午建立的委託關係，當天下午工作時間至貴院提交委託手續，但貴院刑庭無人接待，6月22日晨趕至天津，遞交了委託手續，所以按照法律規定，貴院至少應該在三天後開庭審理，並應該下發開庭通知書，但是貴院在沒有給律師下發開庭通知書的情況下就開庭審理，客觀上剝奪了被告律師的辯護權。

二、強制律師進行非法安檢、搜包等行為，變相剝奪律師辯護權。

張凱律師得知貴院開庭，準備進入法庭，卻要求強制安檢、搜包等，如果不配合就不許進入法庭，律師無法配合這樣的違法行為。後被天津鐵路運輸法院院長告知強制安檢是貴院的行為。

根據《關於保障律師執業權利維護司法公正的意見（試行）》的通知中規定：第十一條 律師持本人有效律師執業證依法參加訴訟，進入法院時，律師本人及攜帶的訴訟材料、物證、筆記本電腦和公務用包等免予安全檢查。

根據《人民法院司法員警安全檢查規則》第六條：（一）對公訴人、律師等依法出庭履行職務的人員，應進行有效證件查驗和登記；（二）對參加庭審活動的訴訟參與人、第三人和參加旁聽的人員，在進行證件查驗和登記的同時，還應進行人身安全檢查、隨身攜帶物品的安全檢查。張凱律師事後至北京鐵路中級法院要求其解釋為何要求強制安檢，該廳長說根據最新最高院的規定，律師也要安檢。然而，張凱律師多方核實也為查詢到最高院有此規定。

三、拒絕為律師複印案卷

張凱律師在二審開庭後第二天即到鐵路運輸中級法院要求複印案卷，被以未參加庭審為由拒絕。事後多次至鐵路法院提出該要求，均被拒絕。未參加庭審絕不是拒絕複印案卷的法定理由，恰恰因為沒能參加庭審，才要通過複印案卷來知曉案件情況，以此發表辯護意見，法院拒絕為律師複印案卷，實質上剝奪了律師的辯護權。刑事訴訟法第三十六條非常清晰的規定：「辯護律師自人民檢察院對案件審查起訴之日起，可以查閱、摘抄、複製本案的訴訟文書、技術性鑑定材料」鐵路法院完全無視刑事訴訟法規定，客觀上剝奪王宇的辯護權。

貴院違反法律明確規定，為律師開庭辯護設置違法條件，客觀上剝奪了律師的辯護權。特發此文請求貴院立即對此解釋，並依法重新開庭審理此案以消除影響。

此為張凱律師所為之指控，<http://www.hrichina.org/hk/content/3365>（最後造訪日：2011年10月30日）。

¹⁸¹ 參閱冀祥德，中國刑事辯護的困境與出路，政法論壇，第22卷第2期，頁149，2004年3月。

¹⁸² 學理上有主張偵查中辯護人係犯罪嫌疑人之法律顧問、輔佐人、廣義辯護人或非辯護人之爭

又依大陸刑事訴訟法第 96 條規定，律師在偵查階段僅得：向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名、會見在押犯罪嫌疑人、向犯罪嫌疑人瞭解有關案件情況。從而，偵查階段的律師並不具備實質意義的辯護人地位，無法進行實質的辯護活動，僅能幫助犯罪嫌疑人依法行使程序意義上之訴訟權利，加上受到許多限制，難以落實對犯罪嫌疑人、被告人之權益保護。由於犯罪嫌疑人在被偵查機關第一次訊問後或者採取強制措施之日起，始得委任律師，因此在壹大陸刑事訴訟法第 83 條規定：「公安機關或者人民檢察院發現犯罪事實或者犯罪嫌疑人，應當按照管轄範圍，立案偵查。」規定立案後，至第一次訊問後或者採取強制措施之日期間，被告並不受辯護權保障，鑒於在公安機關或者人民檢察院發現犯罪事實或者犯罪嫌疑人之時點至偵查機關第一次訊問犯罪嫌疑人或者對其採取強制措施之日，仍有相關之偵查作為發動的可能，在此期間限制犯罪嫌疑人委任辯護人為其進行相關訴訟行為以維護其權益，顯然對犯罪嫌疑人之訴訟權利保障不周。尤有甚者，依大陸刑事訴訟法第 96 條第 1 項後段規定：「涉及國家秘密的案件，犯罪嫌疑人聘請律師，應當經偵查機關批准。」鑒於「涉及國家秘密的案件」其本身即有高度不確定法律概念之特徵，易遭致偵查機關濫用；縱有限制辯護權之必要，立法上何以不由法院，而僅授權偵查機關限制辯護權？如此設計是否符合正當法律程序之要求？恐有疑義。

另就律師閱卷權而言，雖然刑事訴訟法第三十六條之立法已有明文，然而，依該規定，偵查中之辯護人並無閱卷權。由於在 1996 年修正大陸刑事訴訟法後出現「閱卷難」之現象，有人遂稱此為刑事辯護制度上的一大倒退¹⁸³。蓋於 1979 年的大陸刑事訴訟法，在起訴狀移送上實行全案移送制度，同時規定辯護律師可以到法院查閱全部案卷材料。在起訴狀一本之理念下，為防止法官預斷和法庭審理的形式化，修正後之 1996 年大陸刑事訴訟法把重心轉移至審判階段，要求公訴機關起訴時僅須提交起訴書並移送證據目錄、證人名單和主要證據影本及照片。由於此次修正未同時規範辯護人對案卷的其他查閱途徑及相關配套措施，加上實務對法律規定採狹義解釋，遂導致辯護人的閱卷權於實務上受到嚴重限制¹⁸⁴。

關於律師通信接見權，依大陸刑事訴訟法第 96 條規定，辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人，偵查機關依據案件情況和需要可以派員在場。涉及國家秘密的案件，辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人，應當經偵查機關批准¹⁸⁵。然而，由於辯護

議，但均未有定論。參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 44-45，2010 年 6 月。

¹⁸³ 參閱陳光中主編，〈公民權利和政治權利國際公約〉與我國刑事訴訟，頁 185，北京商務印書館，2005 年 12 月。

¹⁸⁴ 參閱嚴軍興、侯坤主編，我國辯護律師制度的問題與完善-以〈刑事訴訟法〉再修改為背景的研究，頁 349，中國方正出版社，2008 年 1 月。實際上，關於閱卷權主要問題有：一、閱卷之範圍過狹且不明確；二、閱卷之程序缺乏完善規範。參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 52-54，2010 年 6 月。

¹⁸⁵ 又六部委關於刑事訴訟法實施中若干問題的規定第 9 條：「刑事訴訟法第九十六條規定的涉及國家秘密的案件，是指案情或者案件性質涉及國家秘密的案件，不能因刑事案件偵查過程中的有關材料和處理意見需保守秘密而作為涉及國家秘密的案件。」與第 11 條：「刑事訴訟法第九十六條規定，涉及國家秘密的案件，律師會見在押的犯罪嫌疑人，應當經偵查機關批准。對於不涉及國家秘密的案件，律師會見犯罪嫌疑人不需要經過批准。不能以偵查過程需要保密作為涉及國家秘密的案件不予批准。律師提出會見犯罪嫌疑人的，應當在四十八小時內安排會見，對於組織、領導、參加黑社會性質組織罪、組織、領導、參加恐怖活動組織罪或者走私犯罪、毒品犯罪、貪污賄賂犯罪等重大複雜的兩人以上的共同犯罪案件，律師提出會見犯罪嫌疑人的，應當在五日以內

人會見犯罪嫌疑人、被告人，仍需要經過批准或變相批准的手續，特別在偵查階段，通常需要經過該案的承辦人批准及負責該案的長官審批才可以會見，因此，實際上承辦人往往以工作繁忙為由，常常難以找到，長官也經常不在，辯護人為常常需要反覆數次才能取得審批的許可；有的看守所明文規定，辯護人會見犯罪嫌疑人、被告人必須具備由檢察機關批准會見的證明；有的形式上不需要批准，但實際上不批准就不得會見，辯護人實際上不可能直接前往看守所會見犯罪嫌疑人、被告人；有的根本不同意會見，或者同意會見後不及時安排；有的辯護人找不到承辦人，無法及時辦理相關手續，因而不能會見等等。雖依六部委關於刑事訴訟法實施中若干問題的規定第 11 條規定：「律師提出會見犯罪嫌疑人的，應當在四十八小時內安排會見，對於組織、領導、參加黑社會性質組織罪、組織、領導、參加恐怖活動組織罪或者走私犯罪、毒品犯罪、貪污賄賂犯罪等重大複雜的兩人以上的共同犯罪案件，律師提出會見犯罪嫌疑人的，應當在五日以內安排會見。」不過實際上，偵查機關往往無法在這段期限內安排律師會見犯罪嫌疑人，許多地方的偵查機關考慮自己工作的便利，或本來就不願意安排會見，但是因為有規定必須安排，於是雖然同意安排會見，但卻故意拖延；有的機關少則一兩週，多則一個月甚至幾個月才會安排¹⁸⁶。

除了接見申請受到干擾之外，會見過程也經常受到限制。依大陸刑事訴訟法第 96 條規定，辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人，偵查機關依據案件情況和需要可以派員在場。依據此規定，辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人時，偵查機關只要認為案件有需要即可派員在現場監督。偵查機關派員在場，對辯護律師與犯罪嫌疑人進行充分的交流產生許多不利的影響，使辯護律師會見達不到應有的效果，不利於辯護律師積極為犯罪嫌疑人提供各種法律服務及保障當事人的合法權益。而實務上在辯護律師會見犯罪嫌疑人的過程中，由於偵查機關所派出的在場人員會經常隨意干涉辯護律師與犯罪嫌疑人的談話，並限制其談話內容，嚴禁其不許涉及案情之討論，如果辯護律師提出異議便會結束會見¹⁸⁷。而在會見的時間和次數方面，法律及司法解釋並沒有規定辯護人會見犯罪嫌疑人、被告人的時間和次數，實務上部分看守所限定辯護人會見犯罪嫌疑人、被告人的時間和次數，有的限定只能會見兩次，有的看守所甚至規定只有一次；有的限定每次會見的時間不得超過一小時或半小時，有的甚至規定每次會見不得超過十五分鐘¹⁸⁸。有的看守所並無法律明文規定的依據，卻要求會見犯罪嫌疑人、被告人必須由兩名律師同時進行，使犯罪嫌疑人、被告人負擔更高的訴訟成本，同時也對辯護人會見犯罪嫌疑人、被告人造成更多的不便¹⁸⁹；有的看守所禁止辯護人記錄會見時的

安排會見。」與第 12 條：「刑事訴訟法第九十六條規定，在偵查階段，律師會見在押的犯罪嫌疑人，偵查機關根據案件情況和需要可以派員在場。審查起訴階段和審判階段，案件已經偵查終結，辯護律師和其他辯護人會見在押的犯罪嫌疑人、被告人時，人民檢察院、人民法院不派員在場。」亦對此有所增補。而依大陸律師法第 33 條規定，犯罪嫌疑人被偵查機關第一次訊問或者採取強制措施之日起，受委託的律師憑律師執業證書、律師事務所證明和委託書或者法律援助公函，有權會見犯罪嫌疑人、被告人並瞭解有關案件情況。律師會見犯罪嫌疑人、被告人，不被監聽。

¹⁸⁶ 參閱王衛星，影響律師在審前程序中發揮作用的三大難題；收錄於石少俠、徐鶴喃主編，律師辯護制度研究---以審前程序中的律師作用為視角，頁 259-260，中國檢察出版社，2007 年 4 月。

¹⁸⁷ 參閱楊會新、劉濤，看守所全程錄音錄像制度與律師會見權之保障，收錄於石少俠、徐鶴喃主編，律師辯護制度研究---以審前程序中的律師作用為視角，頁 133，中國檢察出版社，2007 年 4 月。

¹⁸⁸ 參閱王衛星，影響律師在審前程序中發揮作用的三大難題；收錄於石少俠、徐鶴喃主編，律師辯護制度研究---以審前程序中的律師作用為視角，頁 260，中國檢察出版社，2007 年 4 月。

¹⁸⁹ 參閱楊會新、劉濤，看守所全程錄音錄像制度與律師會見權之保障，收錄於石少俠、徐鶴喃

談話內容，或允許記錄但是不允許犯罪嫌疑人、被告人在記錄上簽名，隨意干擾辯護人瞭解案件情況；有的看守所對辯護人會見進行錄音、錄影等監控，監聽辯護人會見犯罪嫌疑人、被告人的談話內容；有的看守所要求辯護人會見時簽訂責任書；更有甚者，有的看守所要求辯護人自備手銬，讓犯罪嫌疑人、被告人戴上，以防止其脫¹⁹⁰。鑒於在偵查階段，辯護律師透過與犯罪嫌疑人之會見進行直接雙向溝通，取得彼此信賴基礎，徹底瞭解案情，以形成辯護律師辯護策略，若會見時禁止談論案情，則辯護律師會見失去實際意義，犯罪嫌疑人亦難以獲得及時、有效的律師幫助，其權利將無法得到及時救濟¹⁹¹。

辯護律師在刑事訴訟中進行調查，以獲取能夠證明犯罪嫌疑人、被告人無罪、罪輕或者從輕、減輕刑罰的證據之權利，一般稱為調查取證權¹⁹²。由於大陸刑事訴訟法規定，只有具備律師資格之辯護人始享有調查取證權，因而調查取證權之行使限於審查起訴階段及審判階段；就此而言，律師在偵查階段未享有調查取證權以及調查取證權行使受到不當限制等，皆為目前實務上關於調查取證權之完善，所面臨的重要課題。蓋因辯護律師的調查取證權不具有強制性，須事先先得調查對象之同意或人民檢察院、人民法院之許可，如果被調查對象不同意或未經許可，辯護律師即不能進行調查。不過，雖然辯護律師行使調查取證權以被調查對象的「同意」和人民檢察院、人民法院的「許可」為先決條件，因法律並未具體規定何種情況應同意及許可，何種情況應拒絕，尤其在向被害人或者其近親屬、被害人提供的證人取證存在雙重限制。辯護律師向被害人、被害人的近親屬、被害人提供的證人收集證據，必須經人民檢察院或人民法院的許可，並經本人同意，實務上，這種雙重限制使得辯護律師向被害人、被害人的近親屬、被害人提

主編，律師辯護制度研究-以審前程序中的律師作用為視角，頁 133-134，中國檢察出版社，2007 年 4 月。

¹⁹⁰ 參閱程滔，辯護律師的訴訟權利研究，頁 162，中國人民公安大學出版社，2006 年 10 月。

¹⁹¹ 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 57-59，2010 年 6 月。

¹⁹² 依據大陸刑事訴訟法第 37 條規定：「辯護律師經證人或者其他有關單位和個人同意，可以向他們收集與本案有關的材料，也可以申請人民檢察院、人民法院收集、調取證據，或者申請人民法院通知證人出庭作證。（第 1 項）辯護律師經人民檢察院或者人民法院許可，並且經被害人或者其近親屬、被害人提供的證人同意，可以向他們收集與本案有關的材料。（第 2 項）」又最高人民法院關於執行中華人民共和國刑事訴訟法若干問題的解釋第 43 條：「辯護律師申請向被害人及其近親屬、被害人提供的證人收集與本案有關的材料，人民法院認為確有必要的，應當准許，並簽發准許調查書。」、第 44 條：「辯護律師向證人或者其他有關單位和個人收集、調取與本案有關的材料，因證人、有關單位和個人不同意，申請人民法院收集、調取，人民法院認為有必要的，應當同意。」、第 45 條：「辯護律師直接申請人民法院收集、調取證據，人民法院認為辯護律師不宜或者不能向證人或者其他有關單位和個人收集、調取，並確有必要的，應當同意。人民法院根據辯護律師的申請收集、調取證據時，申請人可以在場。人民法院根據辯護律師的申請收集、調取的證據，應當及時複製移送申請人。」、第 46 條：「辯護律師根據本解釋第四十三條、第四十四條、第四十五條第一款規定提出的申請，應當以書面形式提出，並說明申請的理由，列出需要調查問題的提綱。」、六部委關於刑事訴訟法實施中若干問題的規定第 15 條：「刑事訴訟法第三十七條規定：『辯護律師經證人或者其他有關單位和個人同意，可以向他們收集與本案有關的材料，也可以申請人民檢察院、人民法院收集、調取證據，或者申請人民法院通知證人出庭作證。』對於辯護律師申請人民檢察院、人民法院收集、調取證據，人民檢察院、人民法院認為需要調查取證的，應當由人民檢察院、人民法院收集、調取證據，不應當向律師簽發准許調查決定書，讓律師收集、調取證據。」與大陸律師法第 35 條：「受委託的律師根據案情的需要，可以申請人民檢察院、人民法院收集、調取證據或者申請人民法院通知證人出庭作證。（第 1 項）律師自行調查取證的，憑律師執業證書和律師事務所證明，可以向有關單位或者個人調查與承辦法律事務有關的情況。（第 2 項）」

供的證人收集證據往往變得有名無實。一方面，被害人是刑事案件的受害人，通常對犯罪嫌疑人、被告人存有仇恨情緒，要取得本人同意非常困難；另一方面法律並未對人民檢察院、人民法院應當許可的條件作出規定，亦未規定人民檢察院、人民法院應當許可而沒有許可的法律後果。雖然相關司法解釋對此作了進一步規定，但其內容多屬重複性規定，或規定為「人民法院認為確有必要的，應當准許」，而何謂「必要」概念模糊，缺乏可操作性¹⁹³。

又因辯護人之在場權具有監督程序合法、平衡控辯實力以及緩和當事人情緒等功能¹⁹⁴，故而，國家刑事訴追機關為了達到刑事訴追目的的行為時，辯護人依據刑事訴訟法可以參與之權利，實際上是辯護權的實質內容之一¹⁹⁵。然而，1996年大陸修正刑事訴訟法時，卻未賦予辯護人在場權，不僅在偵查階段偵查機關訊問犯罪嫌疑人、被告人時辯護人無權要求在場，在審查起訴階段亦未規定檢察人員訊問犯罪嫌疑人、被告人時允許辯護人在場。鑒於大陸之偵查法制程序中，整個訊問過程均處於完全封閉的狀態下進行，親屬、辯護人等均不能參與，訊問完全成為偵查人員以獲取、核實有罪供述為目的而進行的單一偵查行為；且依據大陸刑事訴訟法第93條規定，犯罪嫌疑人對偵查人員的提問，應當如實回答，亦即犯罪嫌疑人對偵查人員之訊問負有如實回答的義務，欠缺緘默權保障；而大陸刑事訴訟法並未規定訊問犯罪嫌疑人時必須同時進行錄音或錄影，以備當事人提出訊問程序違法或否定陳述內容時，客觀的再現訊問過程及犯罪嫌疑人之陳述內容，以確定訊問筆錄的證據能力及證明偵查行為的合法性，因此，賦予辯護人在場權，對維護犯罪嫌疑人、被告人的合法權益，防止偵查權的濫用，實有必要¹⁹⁶。

最後，由於辯護人言論豁免權係為解除辯護人於刑事辯護過程中之疑慮，減輕其執業風險，使其能夠暢所欲言、據理力爭，有效維護犯罪嫌疑人、被告人之合法權益¹⁹⁷，此為聯合國關於律師作用的基本原則中明確規定辯護律師的基本權利¹⁹⁸。辯護律師依據事實及法律，本於豐富的專業知識、辯護經驗，為犯罪嫌疑人、被告人進行實質辯護，在辯護過程中，辯護人對犯罪事實的說明、犯罪證據的收集、法律意見的論證、與控訴方之攻擊防禦等等，在許多時刻所發表的言論是否為辯護所必要之行為，亦或是訴訟技巧的運用，難以斷定。但為了使辯護人順利進行辯護工作，應賦予其履行辯護職責時之言論豁免權，使辯護人擺脫心理壓力，消除不必要之顧慮，全心全力以法律專業及辯護策略為犯罪嫌疑人、被告人進行辯護，竭盡所能在最大限度內維護犯罪嫌疑人、被告人之合法權益。近年來，中國大陸刑事辯護律師在進行辯護工作過程中，因為「偽證罪」、「包庇罪」等罪名而身陷囹圄者不在少數¹⁹⁹，辯護律師之人身自由及生命安全受到嚴重威

¹⁹³ 參閱管宇，刑事審前程序律師辯護，頁235，法律出版社，2008年11月。

¹⁹⁴ 參閱吳俊毅，辯護人在場權之探討，收錄於氏著辯護人論，頁93，正典出版文化有限公司，2009年1月。

¹⁹⁵ 參閱羅秉成，律師在場權與實質辯護-以偵查中律師陪訊制度改革為中心，全國律師12月號，頁47，2008年12月。

¹⁹⁶ 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁68，2010年6月。

¹⁹⁷ 參閱嚴軍興、侯坤主編，我國辯護律師制度的問題與完善---以〈刑事訴訟法〉再修改為背景的研究，頁352，中國方正出版社，2008年1月。

¹⁹⁸ 該基本原則第20條規定：「律師對於其書面或口頭辯護時所發表的有關言論或作為職責任務出現於某一法院、法庭或其他法律或行政當局之前所發表的有關言論，應享有民事和刑事豁免權。」

¹⁹⁹ 下列案例可為參考：浙江省某律師事務所張律師在代理一件盜竊案時，其就被告人之盜竊數額向該案一位關鍵證人進行調查，並將製作的調查筆錄提交給法庭，由於該調查筆錄所記載之內

脅，導致刑事辯護率急遽下降，部分律師甚至拒絕受託刑事辯護案件，造成刑事辯護制度不正常之發展。實則，大陸刑法相當不利於辯護人履行辯護職責，按依大陸刑法第306條第1項：「在刑事訴訟中，辯護人、訴訟代理人毀滅、偽造證據，幫助當事人毀滅、偽造證據，威脅、引誘證人違背事實改變證言或者作偽證的，處三年以下有期徒刑或者拘役；情節嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑。」與大陸刑事訴訟法第38條：「辯護律師和其他辯護人，不得幫助犯罪嫌疑人、被告人隱匿、毀滅、偽造證據或者串供，不得威脅、引誘證人改變證言或者作偽證以及進行其他干擾司法機關訴訟活動的行為（第1項）。違反前款規定的，應當依法追究法律責任（第2項）。」等規定，辯護律師主要須面對兩大風險：一是辯護律師會見犯罪嫌疑人、被告人後，犯罪嫌疑人、被告人改變供述，辯護律師被懷疑為幫助犯罪嫌疑人、被告人隱匿、毀滅、偽造證據或者串供；二是辯護律師調查取證過程中，如果辯護律師收集的證據與偵查機關、檢察機關收集的證據不一致，辯護律師就有可能被懷疑為威脅、引誘證人改變證言或作偽證。其次，在刑事責任追究程序上，經常出現在法院開庭審判後，檢察機關以「妨礙作證」、「涉嫌偽證」、「包庇犯罪」為由，直接對辯護律師採取強制措施的現象²⁰⁰。在實務中辯護人因涉嫌上述犯罪被公安司法機關拘留、逮捕、判刑的案件偶有發生，嚴重影響辯護人履行辯護工作的積極性及中國大陸刑事辯護的環境，使辯護人行使刑事辯護工作如履薄冰，無法有效發揮辯護功能²⁰¹。

二、我方辯護法制之發展

我方刑事訴訟法於制定之初，並未對偵查中之辯護權有所規範，導致刑求之控，時有耳聞。按於以往，案件只有在起訴後，被告或犯罪嫌疑人方能聘任律師，因此於起訴前，被告只能單兵奮鬥，無法有效避免冤抑。在制定王迎先條款（刑事訴訟法的27條第一項：「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法員警官或司法員警調查者，亦同。」）之後²⁰²，任何人被檢警調等司法機關偵訊時，可以

容與業已查明之案件事實不符，被檢察機關以「妨害作證案」向法院起訴。一審判決張律師有罪，其不服，提起上訴，2007年7月10日，浙江省衢州市中級人民法院對張律師一案作出終審判決，二審法院認為張律師的行為雖有不當，但因無法證明故意，判決無罪。參閱李寶嶽、張紅梅，論律師刑事豁免權，收錄於李寶嶽主編，律師參與辯護、代理存在問題及對策，頁71，中國政法大學出版社，2006年3月。

²⁰⁰ 參閱許康定，我國刑事辯護制度面臨的挑戰及法律對策，法商研究總第83期，頁120，2001年6月。

²⁰¹ 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁75，2010年6月。

²⁰² 1980年1月，男子李師科，在臺北市金華街199巷，持土造手槍，射殺在教廷大使館服勤的臺北市保安大隊警員李勝源。然後再搶走死者身上的點三八左輪手槍。1982年4月14日，李師科持著先前殺警所搶來的警槍，戴假髮、鴨舌帽、口罩，闖入台灣土地銀行古亭分行洗劫，最後搶走新台幣531萬餘元後逃逸。23天後，一名酷似李師科的計程車司機王迎先被檢舉，並遭到調查小組刑求，被迫承認犯案。5月7日王迎先於帶領警方尋找犯案工具及贓款之過程中，趁機跳橋墜入新店溪中自殺（一說為警方加工自殺）明志。不久後真搶匪李師科被逮捕。李師科於1982年5月21日被判處死刑，5月26日清晨執行槍決。計程車司機李師科強盜銀行後，也是計程車司機的王迎先遭檢舉被刑事局逮捕，警方在破案壓力下，無所不用其極，王迎先不能聘請律師，疑被刑求，不堪受辱而跳下秀朗橋溺斃，當時，警方企圖以「畏罪跳河自殺」汙蔑王迎先，要不是李師科被捕到案，這件銀行搶案恐怕還算在王迎先帳上。如果可以聘請律師，王迎先不會如此冤死，刑事訴訟法第27條因而修正，俗稱王迎先條款，這對台灣刑事人權是一大進展，只不過，代價是王迎先無可挽回的寶貴性命。因王迎先事件發生之故，立法院通過刑事訴訟法第27條修正案，規定被告得隨時選任辯護人，以期避免刑求逼供再度發生。

找律師為其辯護，避免司法員警刑求逼供，而律師熟悉法律與訴訟程序，可以有效協助民眾主張自己的權利。然於制定王迎先條款後，實際上被告、犯罪嫌疑人的人權並未百分之百獲得保障，刑求逼供、抓錯人鬧烏龍時有所聞，部分不肖員警、調查員心態仍未改變，毫無科學辦案與程序正義觀念，誤以為刑求是破案法寶²⁰³。不過在近年來多次修正刑事訴訟法後，情況已有改善²⁰⁴。依現行法制，於

²⁰³ 參閱 <http://www.ettoday.com/2002/04/14/708-1290646.htm> (最後造訪日:2011年11月03日)。

²⁰⁴ 依現行刑事訴訟法制，辯護權之規範如下：

第二十七條

被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法員警官或司法員警調查者，亦同。

被告或犯罪嫌疑人之法定代理人、配偶、直系或三親等內旁系血親或家長、家屬，得獨立為被告或犯罪嫌疑人選任辯護人。

被告或犯罪嫌疑人因智慧障礙無法為完全之陳述者，應通知前項之人得為被告或犯罪嫌疑人選任辯護人。但不能通知者，不在此限。

第二十八條

每一被告選任辯護人，不得逾三人。

第二十九條

辯護人應選任律師充之。但審判中經審判長許可者，亦得選任非律師為辯護人。

第三十條

選任辯護人，應提出委任書狀。

前項委任書狀，於起訴前應提出於檢察官或司法員警官；起訴後應於每審級提出於法院。

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慧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。

被告因智慧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。

第三十二條

被告有數辯護人者，送達文書應分別為之。

第三十三條

辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。

無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但筆錄之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。

第三十四條

辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之。

辯護人與偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人接見或互通書信，不得限制之。但接見時間不得逾一小時，且以一次為限。接見經過之時間，同為第九十三條之一第一項所定不予計入二十四小時計算之事由。

前項接見，檢察官遇有急迫情形且具正當理由時，得暫緩之，並指定即時得為接見之時間及場所。該指定不得妨害被告或犯罪嫌疑人之正當防禦及辯護人依第二百四十五條第二項前段規定之權利。

第三十四條之一

限制辯護人與羈押之被告接見或互通書信，應用限制書。

限制書，應記載下列事項：

- 一、被告之姓名、性別、年齡、住所或居所，及辯護人之姓名。
- 二、案由。
- 三、限制之具體理由及其所依據之事實。
- 四、具體之限制方法。

偵訊時，應全程錄音，必要時，全程錄音錄影，放寬閱卷之限制，嚴格限制限制辯護人與羈押之被告接見或互通書信，刑事被告人權之保障，在辯護權方面，乃向前再進一步。

第四節 兩岸辯護法制之比較分析及評議

一、辯護人資格

關於辯護人之資格，世界各國基於司法體制之不同，亦不盡相同，在大多數法制發達之國家，辯護人的範圍往往以律師為主，但以中國大陸目前之法制環境，律師之數量及素質尚未成熟，且平均國民所得較低，一般人難以負荷長期聘請律師所衍生之經濟壓力，若強制規定辯護人之範圍以律師為限，對犯罪嫌疑人、被告人之權益保障未必絕對有益。因此中國大陸刑事訴訟法第 32 條規定：「犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辯護權以外，還可以委託一至二人作為辯護人。下列的人可以被委託為辯護人：（一）律師；（二）人民團體或者犯罪嫌疑人、被告人所在單位推薦的人；（三）犯罪嫌疑人、被告人的監護人、親友。（第 1 項）正在被執行刑罰或者依法被剝奪、限制人身自由的人，不得擔任辯護人。（第 2 項）」依據上述規定，犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辯護權以外，其有權委託律師及未具備律師資格之人擔任其辯護人²⁰⁵。

依我國刑事訴訟法第 29 條：「辯護人應選任律師充之。但審判中經審判長許可者，亦得選任非律師為辯護人。」、第 31 條第 1 項：「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，或審判長認有必要者，亦同。」與第 5 項：「被告因智慧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。」等規定，原則上應由律師或公設辯護人擔任辯護人，僅於審判中經審判長許可時，可以選任非律師為辯護人。不過，學說上對於刑事訴訟法第 31 條第 5 項之規定對於審判中應行強制辯護之案件，於偵查中未列為應行強制辯護之案件提出質疑²⁰⁶。

就辯護人之資格而言，鑒於有效辯護乃辯護制度之核心，而律師資格不過乃判斷能否提供有效辯護之要件之一²⁰⁷，因此，過度強調律師資格，並不是保障有效辯護之必要條件，適度放寬辯護人之資格，甚至列舉辯護人之條件，或更有助於辯護制度之目的達成。如中共刑事訴訟法第 32 條第 2 款所規定之人，確能達成有效辯護之制度目的，該規定即較我國刑事訴訟法第 29 條，更為符合辯護制

五、如不服限制處分之救濟方法。

第七十一條第三項規定，於限制書準用之。

限制書，由法官簽名後，分別送交檢察官、看守所、辯護人及被告。

偵查中檢察官認羈押中被告有限制之必要者，應以書面記載第二項第一款至第四款之事項，並檢附相關檔，聲請該管法院限制。但遇有急迫情形時，得先為必要之處分，並應於二十四小時內聲請該管法院補發限制書；法院應於受理後四十八小時內核復。檢察官未於二十四小時內聲請，或其聲請經駁回者，應即停止限制。

前項聲請，經法院駁回者，不得聲明不服。

²⁰⁵ 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 111，2010 年 6 月。

²⁰⁶ 另其對於偵查中強制辯護之適用時點提出疑問，而認為應透過解釋或個案累積之方式以為解決，參閱黃朝義，刑事訴訟法，頁 78，一品文化出版社，2006 年 9 月。

²⁰⁷ 事實上，由於專業商務律師長期未處理刑事案件，其能否提供有效的刑事辯護，是一件有疑義的是。

度之精神。

二、偵查中辯護

大陸在 1996 年修正刑事訴訟法時，將律師介入刑事訴訟程序之時點提前至偵查程序，使辯護人在偵查階段即可為犯罪嫌疑人、被告人提供法律協助。然而，雖修正後的大陸刑事訴訟法將律師介入刑事訴訟程序之時點提前至偵查階段，但此時之律師，依多數之見解以及實務上之作法，認為其並不具備辯護人之法律地位，在身分和訴訟地位上並不是辯護人或辯護律師，非屬獨立的訴訟主體，無法進行實質的辯護活動，僅能幫助犯罪嫌疑人依法行使程序意義上之訴訟權利²⁰⁸。此外，未具備律師身分之辯護人，其無權參與偵查階段，對無資力聘請律師辯護又不符合法律援助條件之犯罪嫌疑人之保護更加不周²⁰⁹。

依據我國刑事訴訟法第 27 條第 1 項：「被告得隨時選任辯護人。犯罪嫌疑人受司法員警官或司法員警調查者，亦同。」、第 29 條：「辯護人應選任律師充之。但審判中經審判長許可者，亦得選任非律師為辯護人。」與第 31 條第 5 項：「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。」等規定，被告得隨時選任辯護人，不限審判中或偵查中之任何階段；雖於審判中經審判長許可者，得選任非律師為辯護人，但偵查中選任辯護人，則應以律師為限。又依刑事訴訟法第 245 條規定第 2 項：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法員警官或司法員警訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之。」規定，我國律師在偵查階段，得於檢察官、檢察事務官、司法員警官或司法員警訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。

依前述說明，大陸地區之犯罪嫌疑人在被偵查機關第一次訊問後或者採取強制措施之日起，始可以聘請律師；而在我國，犯罪嫌疑人或被告人得於起訴前或起訴後之任何時點委任辯護人，我國法制對於律師權之保障較為周延。而大陸律師在偵查階段僅能提供法律幫助，而非實質辯護，故其在身分及訴訟地位上並不是辯護人或辯護律師，無在場權及陳述意見權利，僅能幫助犯罪嫌疑人依法行使程序意義上之訴訟權利；就此而言，而我國偵查中犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法員警官或司法員警訊問該犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見，則於偵查中之辯護權行使，我國法制提供較為完善之規範。

三、閱卷權

依據大陸刑事訴訟法第 36 條規定，辯護人閱卷權之行使時期為「審查起訴階段」及「審判階段」，故於偵查中之辯護人並無閱卷權。雖然大陸刑事訴訟法明文閱卷權規定，但因為實際規範的缺漏及實務上對法律條文採用狹義解釋及不當限制，「閱卷難」竟成為目前大陸刑事辯護制度中辯護人所遇到的重大難題之一。辯護人行使閱卷權時面臨主要的問題為「閱卷之範圍過狹且不明確」及「閱卷之程序缺乏完善規範」。就前者而言，辯護人閱卷範圍之文書資料大多屬於程序上文書，關於證人證言、物證、書證、犯罪嫌疑人、被告人供述及辯解等，對定罪量刑具關鍵性證據資料均不在閱卷範圍內，閱卷之範圍過狹使辯護人無法獲

²⁰⁸ 參閱王秀芳，平衡控辯關係，完善辯護制度，政治與法律第 2 期，頁 59，1999 年。

²⁰⁹ 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 113，2010 年 6 月。

悉有關犯罪嫌疑人、被告人有罪、無罪或罪輕、罪重的全部實質性證據資料，以全面瞭解及掌握案情，進而提出正確有效之辯護意見。法條規定內容不明確也使實務對其認知錯誤，而採用狹義解釋，不當限制辯護人之閱卷權；而後者，大陸刑事訴訟法對辯護人閱卷的地點、時間等程序未具體規定，雖然有法規加以補充規範，但當檢察院未能依照規定保障辯護律師閱卷權時，缺乏相應的救濟機制，實務上辯護人閱卷權常常受到種種限制²¹⁰。

依我國刑事訴訟法第 33 條規定：「辯護人於審判中得檢閱卷宗及證物並得抄錄或攝影。(第 1 項)無辯護人之被告於審判中得預納費用請求付與卷內筆錄之影本。但筆錄之內容與被告被訴事實無關或足以妨害另案之偵查，或涉及當事人或第三人之隱私或業務秘密者，法院得限制之。(第 2 項)」原則上閱卷權的行使期間僅限於「審判中」，在偵查中不得行使。

就閱卷時期而言，大陸刑事訴訟法規定為「審查起訴階段」與「審判階段」，而在偵查中辯護人並無閱卷權；我國刑事訴訟法規定原則上閱卷時期為「審判中」，例外在交付審判之案件，律師得於審判前檢閱偵查卷宗及證物並得抄錄或攝影²¹¹。另在閱卷範圍方面，大陸刑事訴訟法規定在審查起訴階段為「本案之訴訟文書、技術性鑑定資料」，審判階段為「本案所指控之犯罪事實材料」，而我國刑事訴訟法規定閱卷範圍為「卷宗及證物」，故我國法制閱卷權範圍較廣。

四、會見通信權

雖依大陸刑事訴訟法第 36 條規定，辯護律師自人民檢察院對案件審查起訴之日起，可以與在押的犯罪嫌疑人會見和通信；其他辯護人經人民檢察院許可，亦可與在押的犯罪嫌疑人會見和通信；辯護律師自人民法院受理案件之日起，可以與在押的被告人會見和通信；其他辯護人經人民法院許可，可以同在押的被告人會見和通信；但實務上，辯護人的會見通信權往往受到各種限制。又依大陸刑事訴訟法第 96 條規定，辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人，偵查機關依據案件情況和需要可以派員在場。涉及國家秘密的案件，辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人，應當經偵查機關批准。依據上述規定，辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人時，偵查機關只要認為案件有需要，即可派員在現場監督；若偵查機關認為案件涉及國家秘密，其有權決定是否批准辯護律師的會見聲請。而所謂「有需要」、「涉及國家秘密」，其認定並無具體明確之標準，因而常常成為偵查機關濫用批准辯護律師會見通信權的事由。因此，雖然法律賦予辯護人會見通信權，但實際上辯護人要求會見在押犯罪嫌疑人、被告人時困難重重，難以得到許可，即使得到許可，也往往對會見次數、時間、談話內容等等進行不合理的限制²¹²。

我國刑事訴訟法第 34 條規定：「辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之。(第 1 項)辯護人與偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人接見或互通書信，不得限制之。但接見時間不得逾一小時，且以一次為限。接見經過之時間，同為第九十三條之一第一項所定不予計入二十四小時計算之事由。(第 2 項)前項接見，檢察官遇有急迫情形且具正當理由時，得暫緩之，並指定即時得為接見之時間及

²¹⁰ 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 114-115，2010 年 6 月。

²¹¹ 參閱黃朝義，重新建構偵查中辯護權問題，律師雜誌第 337 期，頁 62，2007 年 10 月。

²¹² 參閱姚莉、齊文遠，再論刑事訴訟法實施過程中出現的若干問題，法商研究第 5 期，頁 45，2000 年。

場所。該指定不得妨害被告或犯罪嫌疑人之正當防禦及辯護人依第二百四十五條第二項前段規定之權利。(第3項)」然而，令人質疑的是，本條將會見通信權之對象區分為「羈押之被告」及「偵查中受拘提或逮捕之被告或犯罪嫌疑人」，其區分之實益及目的何在？又該條第2項規定不得限制接見或互通書信，但卻又規定「接見時間不得逾一小時，且以一次為限」，以法律明文限制會見通信權，且不分原因，就會見時間及次數一律以「一小時」及「一次」為限，其理由為何？按辯護人為犯罪嫌疑人、被告人提供法律幫助和進行辯護時，必須對案情有一定程度的瞭解，經充分溝通、交流後獲得必要之法律諮詢是犯罪嫌疑人、被告人受辯護人協助此項基本權利之核心內涵，加上刑事案件的情況複雜，若將辯護人會見犯罪嫌疑人、被告人的時間及次數不當限制，將影響辯護人掌握案情，有效進行實質辯護²¹³。

就在押被告而言，與辯護人通信或接見，本為其能否受有效辯護協助之根本事項，故如被告遭羈押，本應令其有機會與辯護人進行無障礙的通信與接見，以保障其溝通無障礙，有利於辯護目的之達成。因此，如欲限制在押被告與辯護人之通信接見，必須要在有重大公益維護之必要下，始得為之；換言之，政府除因防止明顯的湮滅、偽造、變造證據及勾串共犯或證人之正當理由外，不能剝奪或干擾辯護律師與其委託人間的「協商保密權」。此項權利乃是被告行使正當防禦權及受到充分辯護的基本訴訟權利，不能指為侵害人權的立法²¹⁴。因此，現行大陸法制與實務對辯護人之通信接見權存在之許多不必要限制，已有違辯護制度設制之目的。

五、調查取證權

依大陸刑事訴訟法第37條規定，辯護律師經證人或其他有關單位和個人同意，可以向其收集與本案有關的資料，亦可以申請人民檢察院或人民法院收集、調取證據，或申請人民法院通知證人出庭作證；辯護律師經人民檢察院或人民法院允許，並經被害人或其親屬、被害人提供之證人的同意，可以向他們收集與本案有關的資料。然而，前述調查取證權之行使限於審查起訴階段及審判階段，且未具備律師資格之辯護人無此項權利²¹⁵。

雖然我國刑事訴訟法並未明文規定賦予辯護人可以直接向有關單位或個人調查收集證據之權利²¹⁶，但也未明文禁止辯護人在刑事訴訟中的自行調查取證行

²¹³ 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁120，2010年6月。

²¹⁴ 依據「公民權利與政治權利國際公約」第十四條第三項b款規定：「委託人得要求辯護律師與被告聯繫協商，並完全尊重他們之間的協商均屬保密。律師必須能夠與其他委託人協商，且不受任何來自當局的限制、影響、壓力或不當的介入，提供其既定的專業標準和判斷。」此外，聯合國大會就預防犯罪和罪犯待遇所通過的「司法行政的原則」關於「律師作用的基本原則」第二十二條亦要求政府「確認和尊重律師及其委託人之間在其有專業關係內的所有聯繫和磋商均屬保密。」可見犯罪嫌疑人或被告與辯護律師間的協商保密性為國際人權公約所公認的原則，政府除因防止明顯的湮滅、偽造、變造證據及勾串共犯或證人之正當理由外，不能剝奪或干擾辯護律師與其委託人間的「協商保密權」。此項權利乃是被告行使正當防禦權及受到充分辯護的基本訴訟權利，不能指為侵害人權的立法。參閱蘇友辰，「司法浩劫」言重了，http://www.cahr.org.tw/lawtalk_detail.php?nid=231（最後造訪日：2011年11月3日）。

²¹⁵ 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁117-118，2010年6月。

²¹⁶ 參閱邱忠義，辯護權及其界限-兼論釋字第6五四號解釋之因應，全國律師3月號，頁44-45，2009年3月。

為。實質上，辯護人基於行使辯護職責所需，可自行調查相關事證，只不過其調查取證行為不具強制力。又依我國刑事訴訟法第 163 條第 1 項：「當事人、代理人、辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。」、第 274 條：「法院於審判期日前，得調取或命提出證物。」、第 275 條：「當事人或辯護人，得於審判期日前，提出證據及聲請法院為前條之處分。」、第 288 條之 2：「法院應予當事人、代理人、辯護人或輔佐人，以辯論證據證明力之適當機會。」與第 289 條第 1 項：「調查證據完畢後，應命辯護人就事實及法律分別辯論之。」等規定，辯護人有聲請調查證據權與證據提出權。

大陸刑事訴訟法雖然明文賦予辯護人可以直接向有關單位或個人收集調查證據之權利，惟其行使時期限於審查起訴階段及審判階段，且僅限於具備律師資格之辯護人始享有調查取證權。而辯護律師的調查取證權不具有強制性，須事先徵得調查對象之同意或人民檢察院、人民法院之許可，如果被調查對象不同意或未經許可，辯護律師即不能進行調查。而同意、許可之條件法律並未規定，辯護律師行使調查取證權被拒絕後，亦無救濟途徑，在辯護律師申請相關機關收集調查證據之部分，亦無申請被拒絕之救濟管道。鑒於大陸刑事訴訟法對調查取證權相關規定缺乏救濟途徑，與其說是賦予辯護律師調查取證權，不如說是明文限制辯護律師自行調查取證之行為。當辯護律師自行調查取證時，其必須完全依據中國刑事訴訟法規定之方式為之，若其調查取證行為或程序不符合法律規定，即不可以進行調查取證²¹⁷。相對於此，雖我國法未明文禁止辯護人在刑事訴訟中的自行調查權，然而在法未明文要求法定要式之採證模式下，只要不違反刑事法規，辯護人自行調查相關事證，較具彈性，蓋其不需另經偵查機關、法院許可。此外，我國辯護人有聲請調查證據權與證據提出權²¹⁸，以協助辯護人自行調查取證之不足部分，完善辯護人調查取證之權利。

六、在場權

雖然大陸刑事訴訟法於 1996 年修正時，已將辯護人介入刑事訴訟的時點提前至偵查階段，但此次修法仍未賦予辯護人在場權，不僅在偵查階段偵查機關訊問犯罪嫌疑人、被告人時辯護人無權要求在場，在審查起訴階段亦未規定檢察人員訊問犯罪嫌疑人、被告人時允許辯護人在場。因此，在偵查階段，因辯護人無法在場，犯罪嫌疑人處於完全封閉狀態，此種情形將嚴重影響其發揮辯護功能，無法落實對犯罪嫌疑人、被告人訴訟權利之保障。

我國刑事訴訟法已明文賦予辯護人在場權及意見陳述權。在偵查階段，依刑事訴訟法第 245 條第 2 項：「被告或犯罪嫌疑人之辯護人，得於檢察官、檢察事務官、司法員警官或司法員警訊問該被告或犯罪嫌疑人時在場，並得陳述意見。但有事實足認其在場有妨害國家機密或有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人或妨害他人名譽之虞，或其行為不當足以影響偵查秩序者，得限制或禁止之。」與第 4 項：「偵查中訊問被告或犯罪嫌疑人時，應將訊問之日、時及處所通知辯護人。但情形急迫者，不在此限。」等規定，辯護人得主張在場權及意見陳述權。又在準備程序中，依該法第 273 條 1 項：「法院得於第一次審判期日前，傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人到庭，行準備程序。」與第 271

²¹⁷ 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 122，2010 年 6 月。

²¹⁸ 參閱黃朝義，刑事訴訟法，頁 82，一品文化出版社，2006 年 9 月。

條第 1 項：「審判期日，應傳喚被告或其代理人，並通知檢察官、辯護人、輔佐人。」等規定，辯護人於審判期日必須在場。又依該法第 150 條第 1 項及第 219 條等規定，審判中辯護人得於搜索、扣押或勘驗時在場。雖由上開我國刑事訴訟法相關規定反面推知，因偵查不公開，偵查中之辯護人不得於搜索、扣押或勘驗時在場，惟參照「日本刑事訴訟法第 113 條並未區分偵查與審判不同階段，而均賦予辯護人在場權²¹⁹」之規定，有關在場權之規定，或有修正必要。

鑒於大陸刑事訴訟法制缺乏辯護人在場權之規定，我國刑事訴訟法就此之規定，遠較大陸法制有助於辯護權之保障。

七、言論豁免權

雖依聯合國關於律師作用的基本原則第 20 條：「律師對於其書面或口頭辯護時所發表的有關言論或作為職責任務出現於某一法院、法庭或其他法律或行政當局之前所發表的有關言論，應享有民事和刑事豁免權。」但是大陸關於辯護人言論豁免權之刑事立法，不但處於空白狀態，甚至存在對辯護人履行辯護職責極為不利的處罰規定。依據大陸刑事訴訟法第 38 條：「辯護律師和其他辯護人，不得幫助犯罪嫌疑人、被告人隱匿、毀滅、偽造證據或者串供，不得威脅、引誘證人改變證言或者作偽證以及進行其他干擾司法機關訴訟活動的行為（第 1 項）。違反前款規定的，應當依法追究法律責任（第 2 項）。」與刑法第 306 條第 1 項：「在刑事訴訟中，辯護人、訴訟代理人毀滅、偽造證據，幫助當事人毀滅、偽造證據，威脅、引誘證人違背事實改變證言或者作偽證的，處三年以下有期徒刑或者拘役；情節嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑。」等規定，現行中國大陸刑事訴訟法及刑法實施以來，辯護人因證據類犯罪，包括包庇罪、偽證罪、妨害作證罪等，已有上百人被捕乃至提起公訴，令辯護人之訴訟權利及人身保障受到嚴重限制與威脅²²⁰。

我國法制就辯護人之言論豁免權並無明文，雖刑法第 157 條：「意圖漁利，挑唆或包攬他人訴訟者，處一年以下有期徒刑、拘役或五萬元以下罰金。」針對特定行為有所處罰，惟其本質並非針對辯護人行使辯護職責而設。關於辯護人之不法或不當行為，僅律師法第 28 條：「律師對於委託人、法院、檢察機關或司法員警機關，不得有矇蔽或欺誘之行為。」與第 32 條第 2 項：「律師對於受委託、指定或囑託之事件，不得有不正當之行為或違反其業務上應盡之義務。」有應付懲戒之規定。

鑑於辯護人乃是刑事被告面對強大國家機器追訴時僅能仰賴之唯一武器，辯護制度的有效、健全運作，乃是公平審判的前提。因此聯合國第八屆預防犯罪和罪犯待遇大會通過之「關於律師作用的基本原則（Basic Principles on the Role of Lawyers）」第 16 條規定，各國政府應確保律師能夠履行其所有職責而不受到恫嚇、妨礙或不適當之干涉，不會由於其按照公認之專業職責、準則和道德規範所採取的任何行動而受到或者被威脅會受到起訴、經濟或其他制裁。上述原則第 20 條規定，律師就其於書面或口頭辯護時所發表之有關言論，或因履行職務而於法院、法庭或其他行政當局面前所發表之有關言論，應享有民事和刑事豁免權。以上規定已明確宣示，唯有辯護律師不因其辯護活動觸怒當權者而遭到法律

²¹⁹ 參閱見褚劍鴻，論刑事訴訟法偵查中得選任辯護人及司法員警約談與緊急拘提權之修訂，收錄於陳樸生主編，刑事訴訟法論文選輯，頁 74，五南圖書出版公司，1984 年 7 月。

²²⁰ 參閱林彥光，中國大陸刑事辯護制度之研究，東吳大學法律學研究所碩士論文，頁 124-125，2010 年 6 月。

或非法律形式之報復，辯護律師始能免於恐懼，進而正常履行職責²²¹。就刑事責任而言，由於律師於法庭中所為言論係業務上正當行為，屬於法定阻卻違法事由之一，其行為應不受處罰。然而大陸的辯護法制在此部分仍有缺陷，其相關處罰規定實與剝奪律師刑事辯護豁免權無異，甚至有違聯合國關於律師作用的基本原則第2條：「律師對於其書面或口頭辯護時發表的有關言論或作為職責任務出現於某一法院、法庭或者其他法律或行政當局之前發表的有關言論，應當享有民事和刑事豁免權。」之規定。事實上，德國、英國、日本等均在其法律法規中規定了類似的權利。此次大陸2012新修正刑事訴訟法還是和原來一樣，沒有規定律師刑事豁免權，同時，也沒有取消律師偽証罪的相關規定，公檢法還是有權力隨時拘留和逮捕律師。因而，律師在辦案時畏首畏尾，深怕得罪公檢法部門，最終的結果是：控辯繼續失衡，當事人的合法權益繼續得不到保護²²²。

²²¹ 參閱尤伯祥，公平審判從確實保障律師的辯護空間開始，

http://www.jrf.org.tw/newjrf/RTE/myform_detail.asp?id=2314（最後造訪日：2011年11月3日）該文作者更對律師言論管制提出以下建議：第一：就辯護律師在法庭外對媒體所為之公開言論，現行律師法及律師倫理規範並沒有明確規範。參考美國律師協會的職業行為示範規則（ABA Model Rules of Professional Conduct）第3.6條之規定，若此等言論內容涉及案情而有嚴重損及日後審判公正性之重大可能，固然不應發表，但即使存有此種疑慮，若他人的最近公開言論或報導可能嚴重損害當事人公平受審等權利，則辯護律師為保護當事人之權利所需，仍可反制性地公開發表此等言論。準此，辯護律師在法庭外對媒體所為涉及案情之公開言論，理論上固非毫無限制，但為了確保被告公平受審之權利，限制中仍有例外。第二：從上述美國律師協會的規定可知，辯護律師法庭外言論的尺度，本質上乃是應交由律師倫理規範的事項，其違反與否，也應由律師自治組織即律師公會作首次判斷。其所以如此，乃因辯護制度先天上與國家權力處於對抗，自不宜由國家決定辯護律師言論尺度之故。因此，法務部若確實有意藉陳前總統之案件釐清此一規範狀態不明之問題，宜在尊重律師自治之大前提下，公開徵詢律師公會之意見，若有任何具體結論，也應交由律師公會訂入律師倫理規範。第三：法務部應謹記刮別人的鬍子之前，應先將自己的鬍子刮乾淨。因此，在其要求辯護律師的同時，應建立落實檢、警、調偵查不公開的有效機制。目前下至個案承辦檢察官及機關發言人，上至部長，人人對媒體幾乎口無遮攔的現象應盡快改正。法務部應參考美國法制，訂定一套發言準則，明確規定所屬人員對媒體發言時可得披露及絕對不可披露之事項（例如，被告及證人的陳述內容），並嚴格禁止記者出入檢察官辦公室。在這方面，美國律師協會的職業行為示範規則第3.8(f)規定，公訴人不得進行具有使公眾強化對被告的譴責之重大可能的程序外評論，且應合理注意防止在案件中幫助公訴人或與公訴人合作之人員發表此等言論，可資參考。

²²² 按控辯平衡是現代刑事訴訟的基本原則，是法制民主化、現代化的體現，是刑事程序正義理念的基本要求，是現代社會要求保障人權的需要。在過去很長一段時間內，我國刑事法律無論是立法還是司法實踐，都偏重於追究懲罰犯罪，堅持權力本位主義，對保障人權重視不夠，不注重發揮律師在刑事案件中的作用，甚至出現公檢法部門故意為難律師的情況，導致我國在刑事訴訟的各個環節都出現控辯失衡，導致當事人的合法權益得不到保障，導致佘祥林、趙作海等冤案不斷出現。可以說，控辯失衡成了我國建設社會主義法治國家的重大障礙。控辯雙方權利的不對等，大大制約了律師的作用，直接導致控辯不平衡，最終也損害了犯罪嫌疑人的合法權益。律師的辯護權是公民權利的延伸，律師的權利受到侵害即犯罪嫌疑人的利益受到侵害。而在這個複雜多變的社會，任何人都有可能被冤枉而成為犯罪嫌疑人，因此律師的權利受到侵害，相當於所有公民的合法利益受到侵害。要實現控辯平衡，最重要的是要提高律師的地位，充分發揮律師的作用。律師的工作貫穿了整個刑事案件的始終，從偵查到起訴再到審判的各個階段，律師要面對強大的公檢法公權部門，如果沒有應有的權利和地位，律師將無法完成其使命。2012年新修正刑事訴訟法在實現控辯平衡方面邁出了一小步，但是還遠遠不夠，還要進一步修改完善，要進一步增加一些條款保護辯護律師的合法權益，以便實現真正的控辯平衡，讓辯護律師有足夠的能力和地位保護公民的合法權益。建議刑訴法修正案增加提高律師地位的條款，同時賦予律師刑事辯護豁免權。隻有這樣，才能達到修改法律的真正目的。參閱陳世幸：刑訴法大修草案 值得商榷之處，<http://theory.people.com.cn/BIG5/15795231.html>（最後造訪日：2011年11月3日）。

第五節 楊佳襲警案的反思

一、事實經過²²³

在檢討大陸地區辯護法制的同時，2008年7月1日在上海市公安局閘北分局發生的楊佳襲警事件，即有值得分析探討的意義。由於在楊佳案的審理過程中，關於律師委任、犯罪嫌疑人精神病鑑定等程序爭議頻出；在經人民法院審理後，楊佳「故意殺人罪」罪名成立並被判處死刑，於2008年11月26日在上海執行。此事件是上海有史以來性質最嚴重的一次襲警事件，同時也是中華人民共和國近年最嚴重的襲警血案。關於是否缺乏對公安員警的安全保護，員警執法、與民眾應對是否合理，程序正義，司法公正和社會公正等問題，引起社會各界的廣泛關注。

緣於2007年10月5日晚上8點半至9點間，楊佳騎著一輛租來的無牌照自行車，行駛至閘北區普善路口，巡邏民警薛耀將其攔下盤查。警方在後來的新聞發佈會上稱，楊佳拒絕出示身份證件和提供所騎自行車來源證明，造成市民圍觀、影響交通，因此被帶至派出所作進一步調查。他在警局接受6個小時的訊問後，警方判定楊佳的車系「租用」後對其放行。楊佳在盤查詢問過程中一直不予配合，且多次辱罵民警，阻礙正常執法。事後楊多次通過信訪件、電子郵件等形式，向市公安局和閘北公安分局督察部門投訴，並提出開除相關民警公職、賠償其精神損失費的要求。而閘北分局督察支隊認為民警執法依法有據，無不當之處。督察支隊兩次赴京對楊佳進行法制宣傳和疏導勸解工作，楊佳則不予置理。楊佳母親王靜梅在採訪中則稱，楊佳在現場出示了自行車的租賃合同，而薛耀堅持扣車、拒絕出示執法證件，並用下流話罵楊佳，兩人因此發生爭執，楊佳隨後打電話給公安局的督察處，督察處隨後派人來到現場，楊佳跟民警前往芷江路派出所，民警高鐵軍行為粗魯，楊佳被員警拉到小黑屋毆打。後王靜梅打電話給督察處吳鈺驊，要求處理意見回執，未果；楊佳後來又將此事投訴到閘北公安局，要求收到處理意見的回執。後來上海的周姓員警在北京和楊佳接觸，意圖以300元私了；到了3月份，上海的顧姓員警再次與楊佳溝通，賠償金額變成了1500元，而楊佳和母親堅持要求執法紀錄和處理回執，雙方都沒有談妥²²⁴。

約在2008年7月1日上午9時40分，楊佳攜帶20多釐米長的單刃（剔骨刀）、鉅子、噴霧劑、防塵面具等作案工具，來到位於閘北區天目中路600號（或578號，大統路口）閘北政法大樓的上海市公安局閘北分局門口，拋投8個燃燒瓶縱火，並用匕首刺傷大門保安顧建明，成功引開警衛。隨後闖入辦公樓，從底樓大廳進入負責接待的閘北公安分局治安支隊值班室，用匕首刺向4名正在辦公的員警：治安支隊教導員張義階、治安支隊警督方福新、後勤保障處機關服務中心主任倪景榮、北站派出所民警張建平，在7秒內4人全部身亡。隨後，楊佳沿消防樓梯到10樓，楊佳接連刺中交巡警支隊的2名員警，其中徐維亞斃命，王

²²³ 本案之介紹，參閱 <http://zh.wikipedia.org/zh-tw/%E6%9D%A8%E4%BD%B3>（最後造訪日：2011年11月23日）。

²²⁴ 根據上海市第二中級人民法院刑事判決書（2008）滬二中刑初字第99號所錄證人薛耀（芷江西路派出所民警）2008年7月21日的證言，事件經過如下：「……將其攔下檢查。……我讓他出示租車憑證，他拒絕提供……他撥打了督察隊電話……後來我呼叫當班的警長陳銀橋增援……經解釋後才坐上警車到了芷江西路派出所……看見民警高鐵軍在對該男子做解釋工作，該男子說高鐵軍向其吐唾沫，並衝到派出所門口，高鐵軍就去攔他，他抓住高鐵軍的手。後來我和陳銀橋、高鐵軍將該男子架進裡面的工作區域，讓他坐在椅子上，並由陳銀橋、高鐵軍繼續做解釋工作。……（半小時後）看見分局督察隊吳鈺驊仍在對該男子做解釋工作。……吳鈺驊也向我詢問了有關情況。我除了將該男子架進派出所的工作區域之外，沒有接觸過該男子。」

凌雲右肩右胸部被刺傷。楊佳再經樓梯跑上 11 樓科技科（計算機中心機房），刺中 2 名員警，其中李珂斃命。最後，楊佳再次通過消防樓梯到 21 樓，在政治處刺中 3 名員警，受傷的 2 位吳鈺驊和李偉均屬於督察支隊，而孔中衛則是分局紀委監察室主任。最終七名民警在 21 樓將楊佳當場合力制服。

閘北公安分局襲警案發生後，不少網民對於一名作案者僅憑一把西瓜刀作為兇器，在大白天以一擋十，造成公安局內十人死傷，質疑上海員警的戰鬥力。對此，公安部黨委委員、政治部主任蔡安季表示，「上海公安隊伍是有堅強戰鬥力的，通過你們的浴血搏鬥，將歹徒制伏，表現了人民警察的英雄氣概。」。而上海公安局內部人士回應對警員能力質疑，稱負責技術保障等方面的內勤人員反應不及。這些死傷的內勤都屬於文職員警，不予佩槍。在此事件後，公安局給保安也都配發了警棍等警用器械安保設備。據司法部鑒定科學技術研究所鑒定，楊佳具有完全刑事責任能力。據報導，二審法庭上楊佳當庭否認自己有精神病，並指有病的是那些員警。然而有律師指出，「司法鑒定科學技術研究所」不具有進行精神病司法鑒定的法律資質，這一鑒定手續違法，不能作為可信證據。7 月 17 日，上海市檢察院第二分院對楊佳提起公訴，認為應當以故意殺人罪追究楊佳的刑事責任。案件原定在 7 月 29 日中午在上海市二中院開庭審理，但開庭當天被宣佈推遲審理。

8 月 26 日，上海市第二中級人民法院不公開開庭審理本案，只有員警關係者被獲准旁聽。9 月 1 日上午，上海市第二中級人民法院作出一審判決，以「故意殺人罪」判處楊佳死刑，剝奪政治權利終身。10 月 13 日，「楊佳襲警案」二審在上海市高級人民法院第五法庭公開開庭，包括楊佳父親及姨媽等 130 餘人到庭旁聽。BBC 和法新社報導「約十餘名群眾」在法院外聲援楊佳，當中有人穿上印有楊佳照片和「你不給我一個說法，我就給你一個說法」語句的上衣，但遭到員警帶走。美國之音報導，有一些上海訪民由於穿過「給一個說法」T 恤衫或呼喊口號而遭到抄家、搜身和拘留審訊。不過，中國的宣傳機構由始至終對群眾聲援都未予報導。楊佳在最後陳述中說：「被這樣的員警管理著的國家，一個遵紀守法二十幾年的公民最後都會被判刑坐牢。」10 月 20 日上午，上海市高級人民法院對「上海襲警案」做出終審裁定：駁回楊佳的上訴請求，維持一審原判，以故意殺人罪判處楊佳死刑、剝奪政治權利終身，並依法報請最高人民法院核准。法院認定楊佳持刀蓄意殺人，具有明顯的報復性故意殺人動機。11 月 21 日，最高人民法院核准了上海市高院維持楊佳死刑的二審判決，而他被加控傷害他人身體；26 日，以毒針注射的方式執行。

二、楊佳案引發有關辯護權之爭議

楊佳被捕當天，上海名江律師事務所律師謝有明介入此案，向楊佳提供法律幫助。該律師事務所謝有明、謝晉兩位律師擔任楊佳案法院審判階段的辯護人。不久後，謝有明同時擔任上海閘北區政府法律顧問的身份被媒體披露，從而引發他是否有資格擔任楊佳辯護律師的爭議。7 月 23 日，最高人民檢察院下屬報紙《檢察日報》發表吳杭民署名文章《謝有明擔任楊佳辯護人，讓人不放心》，認為謝有明具有閘北區政府法律顧問的身份，不應接受這樣一有利益衝突的案件，而應該根據律師執業行為規範（試行）的要求進行迴避。謝有明可能未向楊佳說明自己的身份。吳杭民還批評謝有明對媒體發表的明顯不利於楊佳的資訊：「像楊佳犯罪情節這麼嚴重的，一般來說，在量刑上幾乎沒什麼疑問，不出意外的話，

估計是死刑。」明顯不符合自己辯護律師的身份²²⁵。此後，來自北京八家律師事務所的16位律師，聯名致信司法部、上海市司法局、中華全國律師協會和上海市律師協會，請求對上海謝有明律師代理楊佳案件中的違法違紀行為進行緊急調查處理。上述律師還致信上海市人民檢察院、上海市檢察院第二分院，要求緊急查處上海市檢察院第二分院董、陳、許姓三位檢察官。因為後者強行阻止楊佳父親楊福生聘請的兩位北京律師會見犯罪嫌疑人，存在嚴重違法行為²²⁶。

由於謝有明律師是受偵查機關的直接指定承擔法律援助義務，而在刑事訴訟的偵查階段，大陸刑事訴訟法沒有要求偵查機關必須為犯罪嫌疑人指定法律援助義務律師，惟在楊佳案中，偵查機關卻為其指定了律師，這在司法實踐中相當罕見。偵查機關為什麼作這樣的指定？從表面現象來看，這或許體現了司法進步。如根據當時案件偵查進展情況作進一步分析，或能揭示其實質意義。在案發之後，面對偵查機關的訊問，楊佳拒絕回答，要求有律師到場提供法律諮詢。一方要獲得口供證據，但又不能對其刑訊逼供；另一方堅持要有律師的法律幫助。這樣，雙方勢必形成一種僵持的局面。在這種狀態之下，偵查機關要迅速破案（主

²²⁵ 楊佳被制服後，警方對其訊問時，在第一時間指定閘北區政府的法律顧問謝律師會見楊佳，於是，人們對謝律師作辯護人是否合適的問題又提出了質疑。儘管謝律師是一個有二十年實戰經驗的律師，儘管謝律師給人的感覺是一個政治上可靠的律師（其是政府的法律顧問），但公眾還是對謝律師的介入提出了質疑，認為其應該從楊佳案中回避，因為律師執業行為規範（試行）第五節利益衝突和回避中明確規定：「利益衝突是指同一律師事務所代理的委託事項與該所其他委託事項的委託人之間有利益上的衝突，繼續代理會直接影響到相關委託人的利益的情形。...在接受委託之前，律師及其所屬律師事務所應當進行利益衝突查證。只有在委託人之間沒有利益衝突的情況下才可以建立委託代理關係。」謝律師作為閘北公安分局上級部門的法律顧問，現在又為閘北公安分局的作對方楊佳提供法律服務，嚴重損害了其職業形象。謝律師第一次會見楊佳之後，接受了記者的採訪，據2008年07月06日《中國新聞網》報導：「作為律師，謝有明認為，警方應楊佳要求，根據法律規定及時安排律師到場，表明警方既遵守法律，又維護犯罪嫌疑人公民權，對以往而言可謂一大進步。」只要做過刑事案件的法律師都知道，會見難尤其是在偵查階段的會見難是一大頑疾，偵查機關對律師提出會見的要求經常置之不理，找各種理由推延，或在會見時設置各種障礙（如限制時間、不允許談案情等），我想作為一個老刑事律師對會見難是深有體會的，上海警方在楊佳案中，及時讓律師介入，確實說明瞭警方有遵守法律的一面，但很難說這樣的會見就能維護犯罪嫌疑人的公民權，也很難就個案來說明法治的進步。因為誰都知道，這樣的會見簡直就是作秀。要讓楊佳開口講述那6個小時的遭遇，要讓楊佳充分行使辯護權，同時將該案移送上海以外的法院公開開庭審理，允許公眾、媒體旁聽，只有這樣，也許能給人留下公正審理楊佳的印象。參閱中國法律透視，楊佳襲警案與司法公正，

http://lexiscnweb.com/clr/view_article.php?clr_id=21&clr_article_id=132（最後造訪日：2011年11月23日）。

²²⁶ 2008年7月1日，楊佳在上海市閘北區公安分局辦公大樓內襲警中被當場制服。隨後，偵查機關對其進行了初次訊問。楊佳拒絕回答偵查人員的提問，要求有律師到場並提供法律幫助。閘北區人民檢察院（提前介入）經與偵查機關商定，指定上海市名江律師事務所的律師謝某承擔法律援助義務。謝律師接到電話邀請後當即表示接受，並在案發後不久緊急趕到閘北公安分局會見楊佳。雙方進行了約2個小時的會談。事畢，謝律師接受媒體採訪，描述了楊佳會見中的表現狀況。其內容包括，“此人（楊佳）除了性格有些內向，精神狀態正常。.....整個會面過程中，楊佳十分冷靜，頭腦清醒，邏輯清晰。.....楊佳具有較強的法律意識和自我保護意識，對法律問題有一定把握。”與此同時，謝律師擔任上海市閘北區政府法律顧問的身份也被媒體披露。這立即引起社會輿論對謝律師訴訟資格的強烈質疑。歸納起來，其理由有二，一是謝律師受偵查機關指定承擔法律援助義務，同時他又兼任上海市閘北區政府的法律顧問，存在執業上的利益衝突；二是謝律師通過媒體發表不利於楊佳的言論，違背了忠誠對待當事人的職業道德。參閱章禮明，楊佳襲警案的程序公正問題透視，

<http://www.fdprocedurallaw.com/listall.asp?id=390&item=%C5%D0%C0%FD%B7%D6%CE%F6>（最後造訪日：2011年11月23日）。

要是查清身份及兇殺動機)，打破這種僵局，只能滿足其指定律師的要求。但問題出在偵查機關指定律師的程序上。依照大陸法律援助條例第 11 條：「刑事訴訟中有下列情形之一的，公民可以向法律援助機構申請法律援助：（一）犯罪嫌疑人在被偵查機關第一次訊問後或者採取強制措施之日起，因經濟困難沒有聘請律師的……」²²⁷、與第 15 條：「本條例第 11 條所列人員申請法律援助的，應當向審理案件的人民法院所在地的法律援助機構提出申請。」等規定，偵查機關指定承擔法律援助義務律師應當通過當地的法律援助機構，以保障指定的律師能夠切實維護犯罪嫌疑人的利益。而實際上，本案偵查機關直接聯繫了謝律師。這是明顯的程序上違法。偵查機關為什麼繞過法律援助機構而直接指定？難免讓人產生以下臆測：偵查機關直接聯繫律師是想物色有利於己的律師，選擇的律師應當能夠幫助其偵查破案，至少不能對抗偵查機關的偵查。之所以選擇謝律師當然是基於檢察機關或偵查機關對其以往執業經歷的瞭解以及對其本人的信賴。訴訟的進展顯示，謝律師在會見楊佳後，偵查人員很快趕到楊佳案發前居住過的旅館展開偵查。而在當日的下午，遠在北京的楊佳母親王靜梅也受到北京警方的協作調查。據此可以推斷，謝律師至少在客觀上協助了偵查機關的偵查，從而背離其作為犯罪嫌疑人法律協助者的訴訟角色²²⁷。

由於楊福生在 2008 年 7 月 10 日上海市公安局偵查終結後將案件移送至上海市人民檢察院第二分院後，即聘請北京市雄志律師事務所熊烈鎖、孔建律師為楊佳審查起訴階段的辯護人。於 7 月 15 日，當二律師前往承辦案件的檢察院，以辯護人身份提出會見楊佳並閱卷的要求時，檢方認為律師成為辯護人必須事先取得楊佳本人的同意，並於 7 月 16 日，檢方向二律師出示 7 月 15 日提訊楊佳一份證言筆錄的部分內容：「我只同意母親給我聘請的律師，其他人聘請的律師，我都不認可，包括我父親。」據此，檢方拒絕承認二律師的辯護人資格，也未允許其會見。但二律師認為，按照實踐中的慣常做法，應當由律師通過會見犯罪嫌疑人後，當面征得楊佳本人是否同意，檢方提供的書面筆錄不足為憑。在與檢方交涉的前後，二律師曾數次前往上海市看守所，試圖與羈押中的楊佳會見，但看守所執法人員以需要經過檢察院同意為由予以拒絕。由此引出社會評議的律師會見權中二個相互關聯的問題。一是律師會見犯罪嫌疑人是否需要經過檢察機關批准；二是律師在取得委託權前能否會見在押的犯罪嫌疑人。

依大陸刑事訴訟法第 36 條：「辯護律師自人民檢察院對案件審查起訴之日起，……可以同在押的犯罪嫌疑人會見和通信。其他辯護人經人民檢察院許可，也可以……同在押的犯罪嫌疑人會見和通信。」規定，只有非律師身份的辯護人在會見犯罪嫌疑人之前需經檢察院批准，而具有律師身份的辯護人則不需要經過批准。依照 2007 年修改後的大陸律師法第 33 條規定：「犯罪嫌疑人被偵查機關第一次訊問或者採取強制措施之日起，受委託的律師憑律師執業證書、律師事務所證明和委託書或者法律援助公函，有權會見犯罪嫌疑人、被告人並瞭解有關案件情況。」亦徵明確。由於本案此時已經處於審查起訴階段，按此規定，只要律師提交了規定中的三種材料，無需檢察機關的批准。但是，依據這兩個法律條款作這種解釋仍然存在不完全周延之處。蓋依大陸刑事訴訟法第 36 條規定，對於犯罪嫌疑人親屬聘請的律師，在沒有經過犯罪嫌疑人本人授權的前提下，尚不具有辯護律師的身份。因此，大陸律師法第 33 條中的受委託的律師的含義也存在

²²⁷ 參閱章禮明，楊佳襲警案的程序公正問題透視，
<http://www.fdprocedurallaw.com/listall.asp?id=390&item=%C5%D0%C0%FD%B7%D6%CE%F6> (最後造訪日：2011 年 11 月 23 日)。

模糊。這裡當然可以指犯罪嫌疑人直接委託的律師，但是否包括犯罪嫌疑人的親屬委託的律師並不明確。

辯護權是犯罪嫌疑人的權利，辯護律師的委託授權來自於犯罪嫌疑人，即使是親屬代為聘請，也應當征得犯罪嫌疑人本人的同意。然而，由於犯罪嫌疑人處於羈押狀態，律師只有通過必須與犯罪嫌疑人取得聯繫，方才確定是否獲得正式的委託授權。而在程序上，由親屬聘請的律師通過何種途徑取得與犯罪嫌疑人的聯繫？才可以得到犯罪嫌疑人之同意？大陸刑事訴訟法對此並沒有明確的規定。按照司法實踐中的慣例，這通常有二種處理方式。一種是犯罪嫌疑人的親屬獲悉犯罪嫌疑人被羈押後，由其代為聘請律師，並在律師第一次會見時征得其本人的同意；另一種是檢察院向犯罪嫌疑人履行告知聘請律師的法定義務，在犯罪嫌疑人指定親屬之後，由檢察院轉告其指定的親屬代為辦理委託手續。在本案中，檢方選擇第二種方式以抵制律師提出的第一種方式。在一般情況下，採用兩種方式中的任何一種，對維護犯罪嫌疑人的辯護權並無實質性損害。但本案採用第二種方式不具有合理性。一是檢方出示的筆錄證據不能排除律師會見的必要性。檢方提供的筆錄內容顯示，楊佳排斥其父親為其聘請的律師。考慮到楊佳父母離異多年，楊佳伴隨單身母親生活，且父子之間多年沒有來往，這種可能性是存在的，但這在當時也僅僅是一種可能性。鑒於刑事訴訟中控、辯雙方具有訴訟利益上的對立性，由檢察院單方提出的筆錄證據有可能不可靠。從維護程序公正出發，如果二律師認可檢方筆錄內容，律師當然沒有會見的必要，而如果律師對筆錄內容提出懷疑，應當允許律師與楊佳當面核實，而當面核實仍須會見。二是檢方未及時履行法定的告知義務，可能影響犯罪嫌疑人辯護權的充分行使。依大陸刑事訴訟法第33條第2款：「人民檢察院自收到移送審查起訴的案件材料之日起3日以內，應當告知犯罪嫌疑人有權委託辯護人。」本案於7月10日已進入審查起訴階段，檢方應當在7月13日之前告知楊佳有委託律師權。而在檢方出示的筆錄證據中顯示，告知時間為7月15日。由此可見，檢方未及時履行自己的告知義務。在檢方未及時履行告知義務的情況下，楊佳將可能喪失審查起訴階段的辯護權。7月17日，檢察院將案件迅速移送法院，從而形成審查起訴階段辯護人事實上的缺位。因此，採用實踐慣例中的第一種方式有其合理的根據。為了充分保障法律賦予犯罪嫌疑人所享有的辯護權，應當認為，律師有權直接會見楊佳，以確認是否獲得其正式委託授權²²⁸。

雖然對於楊佳案判決，人們大概不會感到意外，畢竟六條人命，案情太重；而實際上楊佳在一審程序中被剝奪了辯護的權利，只能聽任當局的擺佈。不過關於審判中律師是否盡力為被告爭取權利，維護被告利益，在楊佳父親楊福生告二審律師翟建的案件中，亦成為焦點。按楊福生起訴翟建，請求法院依法判令翟建停止對自己的誹謗和侵害名譽權的行為，其主要原由為，翟建在二審結束後曾表示，楊福生對他的辯護表示滿意。不過，楊福生卻認為，翟建在接受媒體採訪時謊稱「庭審後楊佳的爸爸、阿姨對我說：作為律師能做到這份上，我們已是非常滿意了」。由於楊福生及楊佳的姨媽對他庭審時沒有盡職盡力地進行辯護工作非常不滿意，楊佳父親認為，律師說這種話，是對自己的一種傷害²²⁹。事實上，由

²²⁸ 參閱章禮明，楊佳襲警案的程序公正問題透視，<http://www.fdprocedurallaw.com/listall.asp?id=390&item=%C5%D0%C0%FD%B7%D6%CE%F6>（最後造訪日：2011年11月23日）。

²²⁹ 起訴書中又列舉了楊福生對翟建不滿意的事由是：楊福生稱，在二審開庭前，自己曾要求翟建律師將幾個要求向法庭提出，除了申請對楊佳重做精神病鑒定以外，還要求再向法庭申請傳幾名

於大陸律師普遍不願意為了被告法律上的權利而據理力爭，唯恐因此得罪當道，甚至自己也身陷牢獄，因此，楊福生的主張也反映出辯護制度的形式化內涵，此對被告而言，極為不利。

三、聶樹斌案反映出司法實務對辯護權之限制

在1994年9月23日下午，石家莊市電化廠宿舍區，聶樹斌²³⁰因被石家莊市公安局郊區分局民警懷疑為犯罪嫌疑人而被抓。到了1994年10月1日，聶樹斌被刑事拘留；10月9日，因涉嫌故意殺人、強姦婦女被逮捕。1995年3月3日，石家莊市人民檢察院以聶樹斌犯故意殺人罪、強姦婦女罪，向石家莊市中級人民法院提起公訴²³¹。石家莊市中級人民法院不公開開庭審理了此案，並於1995年3月15日作出（1995）石刑初字第53號刑事附帶民事判決。石家莊市中級人民法院認定：「聶樹斌於1994年8月5日17時許，騎自行車尾隨下班的石家莊市液壓件廠女工康菊花，至石郊孔寨村的石粉路中段，聶故意用自行車將騎車前行的康菊花別倒，拖至路東玉米地內，用拳猛擊康的頭、面部，致康昏迷後，將康強姦。爾後用隨身攜帶的花上衣猛勒康的頸部，致康窒息死亡。」判決聶樹斌犯故意殺人罪，判處死刑，剝奪政治權利終身；犯強姦婦女罪，判處死刑，剝奪政治權利終身。決定執行死刑，剝奪政治權利終身。聶樹斌不服，向河北省高級人民法院提出上訴。河北省高級人民法院1995年4月25日作出（1995）冀刑一終字第129號刑事附帶民事判決。河北省高級人民法院認為「上訴人聶樹斌攔截強姦婦女、殺人滅口，情節和後果均特別嚴重。原判決認定事實正確，對被告人聶樹斌犯故意殺人罪的量刑及民事賠償數額適當；對強姦婦女罪量刑重」並維持石家莊市中級人民法院（1995）石刑初字第53號刑事附帶民事判決以故意殺人罪判處聶樹斌死刑，剝奪政治權利終身及原判決第（二）項賠償附帶民事訴訟原告人喪葬費及其它費用貳千元整；撤銷石家莊市中級人民法院（1995）石刑初字第53號刑事附帶民事判決對被告人聶樹斌犯強姦婦女罪的量刑部分；上訴人聶樹斌犯強姦婦女罪，判處有期徒刑十五年。與故意殺人罪並罰，決定執行死刑，剝奪政治權利終身。本判決並為核准以故意殺人罪判處被告人聶樹斌死刑，剝奪政治權利終身；以強姦婦女罪判處被告人聶樹斌有期徒刑十五年，決定執行死刑，剝奪政治權利終身的判決²³²。

員警以及楊佳母親王靜梅出庭作證。楊福生表示，自己還讓翟律師向法庭提出，他至今不同意上海法院指定辯護律師擔任楊佳的二審辯護。楊福生在訴狀中稱，翟建律師開庭時卻僅向法庭提了對楊佳重做精神病鑑定這一項申請。參閱白明輝，楊佳父親在北京起訴“襲警案”二審辯護律師，轉載自：http://news.ifeng.com/mainland/200810/1025_17_846234.shtml（最後造訪日：2011年11月23日）。

²³⁰ 聶樹斌，男，1974年11月6日出生，漢族，河北省鹿泉市下聶莊村人，原鹿泉市綜合職業技校校辦工廠（鹿泉市冶金機械廠）工人。

²³¹ 參閱河北殺人「真兇」供認六年 法界審冤，轉載自：

http://news.wenweipo.com/2011/09/14/IN1109140018_p2.htm（最後造訪日：2011年11月23日）。

²³² 1995年，21歲的聶樹斌被河北省高級人民法院以強姦罪和故意殺人罪數罪並罰、核准執行死刑。一起強姦殺人案，最重要的證據便是嫌疑人遺留下的指紋、腳印、精液等其他痕跡，但在此案中，偵查機關並沒有提供相應的可以認定聶樹斌實施犯罪的直接物證。同樣，本案也缺乏相應的人證，在法庭審判過程中，沒有人出庭指證聶樹斌實施強姦的事實，也無人指證是聶樹斌殺害了康某；並且，法院也沒有證據證明在犯罪現場發現的用來勒死被害人的上衣屬於聶樹斌。律師認為，聶被定罪僅僅是依據他本人的口供，沒有任何直接證據。依據刑訴法第35條規定：“只有被告人供述，沒有其他證據的，不能夠認定被告人有罪和處以刑罰。”另外有規定，“間接證據只有在形成完整的證據鏈條，且排除了其他一切可能性的情況下，才能對被告人定罪”。16年前的

2005年3月，河南商報、中國青年報、法制早報、南方週末、北京青年報、新京報、京華時報等全國數十家媒體披露：2005年1月18日，河南省滎陽市公安局索河路派出所幹警抓獲河北省公安廳網上通緝逃犯王書金。王書金供述其曾經多次強姦、殺人，其中一起是1994年8月，在其打工的石家莊市液壓件廠旁邊的一塊玉米地裏，奸殺了一個30多歲的婦女。到了2005年1月19日，河南省滎陽市警方將王書金移交給河北省廣平縣警方。2005年1月22日，河北省廣平縣警方押著王書金，來到石家莊市液壓有限責任公司（即原石家莊市液壓件廠）旁邊鹿泉市孔寨村村民馬振才承包的玉米地，指認他當時的作案現場。2005年4月聶樹斌案被曝一案兩凶後，河北省政法委成立了工作組，負責對聶案重新調查。當時，面對全國媒體的緊密關注，河北方面宣稱，將儘快公佈調查結果。然而，四年過去，這個承諾至今沒有兌現。聶樹斌的母親張煥枝多次前往河北高院尋求調查結果，四年間得到的答復如出一轍：正在復查，很快出結果。直至今年3月，河北高院負責審查聶案的一位法官告訴聶母，調查結果已經出來，報到院長那裏去了。但到底是什麼結果，這位法官說不能向聶母透露。從2005年3月王書金被捕交待全部罪行直至與律師會面，他並不知道十年前的玉米地案另有兇手，也根本不知道一個叫聶樹斌的人在十年前作為罪犯已被槍決。在一審法庭庭審中，王書金意欲主動供認玉米地奸殺案，但被法官以與指控無關打斷，被公訴方以查無實據駁回²³³。

法治環境相當落後，多年的“嚴打”讓司法機關養成“重打擊、輕保護”的習慣，普遍“重口供，輕證據”，再加之刑訊逼供比較普遍，“從重從快”的司法政策深入人心。證據如此不清不楚，死刑復核敷衍了事，聶樹斌之死讓人看不懂。

²³³ 2007年4月，一審宣判後，王書金以未起訴他在石家莊西郊玉米地的奸殺案為理由之一，向河北省高院提出上訴。他在上訴狀中說：“我在2005年1月18日向河南省滎陽市索河路派出所供述自己在河北省犯罪過程中，包括石家莊西郊玉米地裏強姦殺人的經過……對於這些河北廣平縣公安機關的員警進行了確認……員警還帶領我對作案現場進行了指認，現場是憑著我對當時的記憶找到的。”王書金的上訴心理中，有一點是微弱地期望通過主動坦白這個案子，獲得可能的寬大處理。他說：“我是一個罪孽深重的人，不在乎是否多一起案子或者少一起案子，而是不願意看到因為我的原因而使他人替我承擔嚴酷的刑罰……我希望上級法院對（我坦白）這個案子能夠按照重大立功認定，更希望給我一次重新做人的機會。”2007年7月31日，河北省高院二審不公開開庭審理了王書金案，據參加庭審的人透露，王書金在庭上繼續對未被納入公訴的石家莊玉米地案供認不諱。庭審後，法律人士推測，二審維持死刑判決的可能性非常大。但時隔兩年之久，二審判決至今未出。10月20日，王書金的律師致電主審法官詢問何時判決，這位劉姓法官稱，因為案情特殊，在沒有領導指示的情況下，他說了不算。南方週末記者還瞭解到，在對外宣稱的復查期間，聶案中的被害人家屬和好友也沒有接受過任何形式的調查，他們是當年隨警方第一時間看到案發現場的人。律師李樹亭說，他們是案發現場最重要的目擊證人，復查也不應該繞過他們。2007年11月1日，南方週末記者披露了聶樹斌家屬因獲得原審判決書而得以進行申訴，以及王書金上訴要求為聶樹斌洗清汙名，這兩個重大的意外事件曾讓輿論對聶樹斌案真相大白抱有最樂觀的期望。法律界人士紛紛建言，希望最高法直接提審此案。2007年11月5日，最高人民法院答復張煥枝，申訴材料已轉至河北高院，聶案的申訴由河北高院負責。著名法學教授賀衛方為此憤慨其荒謬：偏偏承擔糾錯職能的機構正是當年製造冤案的機構。一直關注此案的法學家賀衛方在博客中將聶樹斌案的評論文章置頂。他分析，河北高院很難辦，如果承認錯誤，就要自認倒楣，這就好像自己揪住自己頭髮離開地球一樣。不糾正呢，良心上過不去，當事人倒楣，而且輿論壓力又這麼大，最後可能要承擔更大的責任。無休止地拖延，就是因為這兩種心態交織在一起的結果。賀衛方認為，處理聶樹斌案可以有三種思路，一是由比河北省更高的機構來進行調查和審理，即最高法院、最高檢察院，因為它們不大可能受到地方利益的鉗制和約束；二是由最高法院指定另外一個省的司法機構來對案件進行全方位審理，這也可以保持中立。第三是根據憲法第71條，全國人大或全國人大常委會可以視情況必要成立特別委員會對特定事項進行調查並做出決議。現在這個案件對整個體制是一個考驗，讓國民對這個國家有信心，不再是草菅人命的

在許多案件審理過程中，律師常被視為可有可無的角色，律師的要求被一再地無視，上述案件正可作為例證²³⁴。對此，中國政法大學教授何兵就曾在接受採訪時表達了對這種狀況的擔憂，他說，一段時間以來不光在案件審判過程中，全社會都存在著對律師的誤解，認為律師是一個搗亂的角色，甚至在雲南玉溪，還出現過法官將律師銬在籃球架上暴曬的醜聞。何兵認為，律師制度的初衷就是和檢方抗衡，只有律師和檢察院的抗衡才能使得司法天平保持平衡。倘若 1995 年的法庭上，聶樹斌的代理律師可以出庭辯論，質疑控方辦案過程中的種種疑點，並出具能夠為聶樹斌脫罪的有力證據，結局恐怕會大不相同。何兵認為，從法律技術上來說，本案沒有任何難點。因為那個真兇已經自認是我殺的，而且確實還有很多證據證明，就是他殺的。聶樹斌案一定是存在著誤判的可能性，這是沒有任何異議的²³⁵。

四、大陸刑事訴訟法有關辯護之修正

為進一步完善辯護制度，保障律師執業權利，強化法律援助，2012 年新修正刑事訴訟法乃規定在偵查階段可以委託律師作為辯護人，蓋現行刑事訴訟法第三十三條、第九十六條規定，犯罪嫌疑人、被告人在審查起訴、審判階段可以委託辯護人，在偵查階段只能聘請律師提供法律幫助。考慮到犯罪嫌疑人、被告人在整個訴訟過程中均享有辯護權，乃增加規定犯罪嫌疑人在偵查階段可以委託律師作為辯護人為其提供法律幫助，將第三十三條修改為：「犯罪嫌疑人在被偵查機關第一次訊問後或者採取強制措施之日起，有權委託辯護人。在偵查期間，只能委託律師作為辯護人。偵查機關在第一次訊問犯罪嫌疑人或者對犯罪嫌疑人採取強制措施時，應當告知犯罪嫌疑人有權委託辯護人。人民檢察院自收到移送審查起訴的案件材料之日起三日以內，應當告知犯罪嫌疑人有權委託辯護人。被告人有權隨時委託辯護人。人民法院自受理自訴案件之日起三日以內，應當告知被告人有權委託辯護人。辯護人接受犯罪嫌疑人、被告人委託後，應當及時告知辦理案件的司法機關。」本條之修改，明確律師在偵查階段介入刑事訴訟的身份為辯護人，解決一九九六年刑事訴訟法修正時偵查階段律師身份不明的遺留問題。據此，委託辯護的時間也由審查起訴階段（「自案件移送審查起訴之日起」）提前到偵查階段（「犯罪嫌疑人在被偵查機關第一次訊問後或者採取強制措施之日起」）；另因本條增加了關於「偵查機關在第一次訊問犯罪嫌疑人或者對犯罪嫌疑人採取強制措施時，應當告知犯罪嫌疑人有權委

做法，不再恐懼蒙受冤屈而得不到很好的解決。

²³⁴ 我國的刑事辯護權一直沒有得到應有的重視，律師的盡職工作，往往被認為是吹毛求疵，阻礙打擊犯罪，為罪犯開脫，沒有大局觀念。其實，一些經過刑訊逼供造成的表面很完美的重大冤假錯案，就是從一些細節中才發現驚天真相的。打壓律師，否定辯護律師作用，輕視辯護意見的現象必須儘快改變。某種程度上說，落實兩個刑事規定的啟動機制，需要靠律師的努力。只有律師法庭上提出來了，才有檢方的抗辯，才能引起法官的注意。只有律師的幫助，被告才有可能提出刑訊的控告。如果律師的幫助權被理解為一種教唆，那麼不但兩個規定落實不了，律師的執業風險會進一步加大，律師會成為搞逼供的人重點要報復的對象。如果律師仍然是沒有地位，沒有被重視，大量違反兩個規定的現象就根本發現不了，更不用說違法證據排除了。餐約陳有西，落實刑事證據規則是一場司法攻堅戰，http://big5.qstheory.cn/zz/fzjs/201006/t20100617_33347.htm（最後造訪日：2011 年 11 月 23 日）。

²³⁵ 聶樹斌案同樣提醒我們，某些制度的缺失也導致了有法不依，比如審判監督制度，在中國就不完善。在現行的審判制度內，一審二審仍然存在很多漏洞，審判監督制度是糾正錯案的最後一個管道，更是糾正法院有法不依的保障。

託辯護人」的規定，從而偵查機關遂依法負有訴訟關照義務²³⁶。

又因大陸刑事訴訟法第九十六條規定，在偵查階段，對於涉及國家秘密的案件，犯罪嫌疑人聘請律師和律師會見在押的犯罪嫌疑人，均需經偵查機關批准。修訂後的律師法作了不同的規定，規定律師憑律師執業證書、律師事務所證明和委託書或者法律援助公函，有權會見犯罪嫌疑人、被告人。律師會見犯罪嫌疑人、被告人，不被監聽。各方面一致認為，應當在刑事訴訟法中吸收律師法的相關規定，但對於少數涉及國家安全和重大利益的案件，律師會見犯罪嫌疑人，事先經偵查機關同意也是必要的。據此，草案乃吸收律師法的有關內容，並規定危害國家安全犯罪案件、恐怖活動犯罪案件、重大賄賂犯罪的共同犯罪案件，在偵查期間辯護律師會見犯罪嫌疑人，應當經偵查機關許可。

又為完善法律扶助制度，草案將第三十四條修改為：「犯罪嫌疑人、被告人因經濟困難等原因沒有委託辯護人的，本人及其近親屬可以向法律援助機構提出申請。對於符合法律援助條件的，法律援助機構應當指派律師為其提供辯護。犯罪嫌疑人、被告人是盲、聾、啞人而沒有委託辯護人的，人民法院、人民檢察院和公安機關應當通知法律援助機構指派律師為其提供辯護。犯罪嫌疑人、被告人可能被判處無期徒刑、死刑而沒有委託辯護人的，人民法院、人民檢察院和公安機關應當通知法律援助機構指派律師為其提供辯護。」依此規定，法律援助的起始時段由審判階段提前到偵查階段，而指定辯護的適用對象由可能被判處死刑之人擴大到可能被判處無期徒刑之人；此外，指定辯護的方式由人民法院直接指定承擔法律援助義務的律師為其提供辯護改為由人民法院、人民檢察院和公安機關通知法律援助機構指派律師為其提供辯護，換言之，人民法院不再直接指定辯護律師，而是聽由法律援助機構指派律師提供法律援助。

就辯護人之權責來說，草案將第三十五條修改為：「辯護人的責任是根據事實和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人無罪、罪輕或者減輕、免除其刑事責任的材料和意見，維護犯罪嫌疑人、被告人的訴訟權利和其他合法權益。」本條修正將原條文「犯罪嫌疑人、被告人的合法權益」一語修改為「犯罪嫌疑人、被告人的訴訟權利和其他合法權益」，明確並區分了辯護人的雙重責任：一是實體性辯護，即辯護人應根據事實和法律，提出犯罪嫌疑人、被告人無罪、罪輕或者減輕、免除其刑事責任的材料和意見，因此，辯護人的實體性辯護責任，係圍繞犯罪嫌疑人、被告人定罪量刑等實體問題而展開；二是程序性辯護，即辯護人應維護犯罪嫌疑人、被告人的訴訟權利和其他合法權益，包括為犯罪嫌疑人申請取保候審、申請變更解除強制措施、申請排除非法證據以及代為提起上訴等等。草案第三十六條：「辯護律師在偵查期間可以為犯罪嫌疑人提供法律幫助，代理申訴、控告，可以向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況。」明確界定辯護律師在偵查階段從事辯護活動的內容與範圍。與原法第九十六條相比，辯護律師在偵查期間的辯護活動空間實際並沒有擴大，仍限於為犯罪嫌疑人提供法律幫助、代理申訴、控告、向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況，偵查

²³⁶ 需要注意的是，本條第三款所謂“司法機關”，實為“公安、司法機關”。域外法治國家尤其是大陸法系國家，偶也有立法和理論將其偵查機關、公訴機關、審判機關合稱“刑事司法機關”者，但這主要是因為在大陸法系國家，偵查權本由檢察機關行使，員警並非偵查權主體而僅僅只是檢察機關的輔助機構，由於其偵查機關本為檢察機關，稱偵查機關為“司法機關”，並無不妥。但在我國刑事訴訟體制下，偵查權乃由公安機關行使，公安機關（刑事員警）雖因行使刑事偵查權而與檢察機關、法院在職能有上啣接，但其本質上仍為典型的行政機關，將“公安機關”與檢察機關、法院並稱“司法機關”，實乃觀念上之重大誤解，屬立法用語不嚴謹之舉，故建議改稱“公安、司法機關”，或者按照我國主流刑事訴訟法教科書所使用的術語統稱為“（國家）專門機關”。

階段既無權閱卷，也不得調查取證（包括向犯罪嫌疑人核實有關證據）。然而，草案既然規定辯護律師可以向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況，意味著這是辯護律師的一項權利，即資訊知悉權（瞭解指控資訊的權利），相應地，偵查機關就有應辯護律師的要求而告知案件基本資訊的義務。當然，基於偵查保密原則的要求，辯護律師在偵查階段有權知悉的指控資訊，應限於案件的基本資訊，包括涉嫌罪名、採取強制措施的情況（種類、時間、地點）等²³⁷。

關於辯護律師之通訊接見權，草案第三十七條規定：「辯護律師可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人會見和通信。其他辯護人經人民法院、人民檢察院許可，也可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人會見和通信。辯護律師持律師執業證書、律師事務所證明和委託書或者法律援助公函要求會見在押的犯罪嫌疑人、被告人的，看守所應當及時安排會見，至遲不得超過四十八小時。辯護律師會見在押的犯罪嫌疑人、被告人，可以瞭解有關案件情況，提供法律諮詢等；自案件移送審查起訴之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核實有關證據。辯護律師會見犯罪嫌疑人、被告人時不被監聽。危害國家安全犯罪案件、恐怖活動犯罪案件、重大賄賂犯罪的共同犯罪案件，在偵查期間辯護律師會見犯罪嫌疑人，應當經偵查機關許可。對於上述案件，偵查機關應當事先通知看守所。辯護律師同被監視居住的犯罪嫌疑人、被告人會見、通信，適用本條第一款、第三款、第四款的規定。」而第三十八條則規定：「辯護律師自人民檢察院對案件審查起訴之日起，可以查閱、摘抄、復制本案所指控的犯罪事實的材料。其他辯護人經人民法院、人民檢察院許可，也可以查閱、摘抄、復制上述材料。」事實上，此二法條的修訂主要是為了與律師法接軌，解決司法實踐中律師會見難及閱卷難的問題。蓋因近年來，關於律師閱卷後能否向犯罪嫌疑人、被告人出示復制的案卷材料的問題，屢屢成為學界的焦點話題，司法實踐中也因為法無明文規定而屢屢引發爭議。本次修法增訂第三十七條第三款規定：「（辯護律師）自案件移送審查起訴之日起，可以向犯罪嫌疑人、被告人核實有關證據。」立法上既然明確規定辯護律師有權向犯罪嫌疑人、被告人核實證據，自然就有權向犯罪嫌疑人、被告人出示復制的案卷材料（證據），否則，不向犯罪嫌疑人、被告人出示上述證據又如何核實證據？因此，修訂後的第三十七條第三款實際上解決了實踐中辯護律師閱卷後能否向犯罪嫌疑人、被告人出示復制的案卷材料的問題。

同時，修訂後的第三十七條第三款後半段規定：「辯護律師會見犯罪嫌疑人、被告人時不被監聽。」關於監聽究竟係指何意？並非無議。是指狹義上禁止偵查機關在會見室安裝監聽設備監聽律師與當事人之間的會談內容呢？還是泛指廣義上的會見交流保密，即偵查機關應在看得見但聽不見的地方監視，不僅不得進行狹義上的監聽，而且不得派人在場？這一問題早在 2007 年律師法修訂時即已產生，此次刑事訴訟法修正案（草案）在與律師法接軌的同時又把這一問題帶入了刑事訴訟法。在 2007 年律師法正式實施之前，在理論界和實務界所召開的一些研討會上，關於該條款的認識分歧和爭議已經凸現出來。來自實務部門的同志往往趨向於從狹義上理解不被監聽，即認為立法僅指不得利用技術手段、設備等進行監聽，其言外之意是應當允許偵查人員在場；而理論界則趨向於從廣義上理解不被監聽，即主張不被監聽，是指律師與當事人談話保密，因為，不被監聽其

²³⁷ 惟本法條既然本質上是對辯護律師的授權性規定，從立法技術上講，與其含糊地稱辯護律師可以，不如直接表述為辯護律師有權，這樣更能凸顯辯護律師的權利主體地位，也有利於實踐中辯護律師順利行使該權利。因此，本條宜再修改為“辯護律師在偵查期間有權為犯罪嫌疑人提供法律幫助，代理申訴、控告，有權向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況。”

精神在於維護律師與其當事人之間談話的私密性，從這個精神出發，不被監聽就不能解釋為不被設備監聽而可以派員在場，此種觀點也與有關國際公約規定相一致²³⁸。

值得注意的是，本次修法草案第三十七條第四款規定：「危害國家安全犯罪案件、恐怖活動犯罪案件、重大賄賂犯罪的共同犯罪案件，在偵查期間辯護律師會見犯罪嫌疑人，應當經偵查機關許可。」該條款僅規定危害國家安全犯罪等三類案件，在偵查期間律師會見犯罪嫌疑人，應當經偵查機關許可，而沒有規定許可與否的具體標準（如是否涉及國家秘密、是否有礙偵查等），實踐操作中可能演變為偵查機關一律不許可會見。此外，對於本款所謂重大賄賂犯罪的共同犯罪案件，應當僅指刑法上的共同犯罪案件，而非程序法上的共同犯罪案件，例如，受賄罪與行賄罪被告人，雖然在程序上可以合並起訴、合並審理，構成程序法上的共同犯罪，但卻並非刑法上的共同犯罪，因此，不應適用本款之規定。

草案第三十九條：「辯護人認為在偵查、審查起訴期間公安機關、人民檢察院收集的證明犯罪嫌疑人、被告人無罪或者罪輕的證據材料未提交的，可以申請人民檢察院、人民法院調取有關證據。」為新增，增訂之目的在於防範公安機關、人民檢察院因疏忽而未提交或因追求勝訴而刻意隱匿了對辯方有利的證據，因而賦予辯護人申請調取上述證據的權利。根據本條規定，辯護人有權申請調取的證據僅限於「在偵查、審查起訴期間公安機關、人民檢察院收集的證明犯罪嫌疑人、被告人無罪或者罪輕的證據材料未提交的」，即公安機關、人民檢察院在偵查、審查起訴期間已經收集到，卻並未提交、對辯方有利的證據，除此之外的其他證據，辯護人只能依據原法第三十七條現第四十一條申請人民檢察院、人民法院調取，例如，辯護人認為一目擊證人的證言有利於辯方，欲向其調查取證，但該證人拒絕向辯護人提供證言的，此時，辯護人只能依據原法第三十七條現第四十一條之規定，在偵查、審查期間申請人民檢察院收集該證言，或者在審判期間申請人民法院通知該證人出庭作證。

草案第四十條：「辯護人收集的有關犯罪嫌疑人不在犯罪現場、未達到刑事責任年齡、屬於不負刑事責任的精神病人的證據，應當及時告知公安機關、人民檢察院。」亦為新增，本條賦予了辯護人在審前（偵查、審查起訴）程序中的特定證據開示義務，其主要目的在於及時澄清案情、避免刑事訴訟在不必要的情況下繼續進行，既避免犯罪嫌疑人無謂陷入訟累，又避免國家司法資源的浪費。應注意的是，辯護人應當開示的證據僅限於「犯罪嫌疑人不在犯罪現場、未達到刑事責任年齡、屬於不負刑事責任的精神病人」等三類證據。由於該三類證據屬於關係到犯罪嫌疑人有罪與否以及刑事訴訟有無必要繼續進行的關鍵證據，且辯護方更容易知悉及獲得該三類證據，因此，立法要求辯護人一旦收集到該三類證據，應當立即向公安機關、人民檢察院開示（「告知」），以便於公安機關、人民

²³⁸ 從法理上講，對不被監聽一語從廣義上解釋才是符合立法原意的，全國人大常委會法工委民法室副主任楊明俞先生在就新《律師法》接受媒體採訪時也曾明確表示：“律師在會見犯罪嫌疑人、被告人的時候，邊上能不能有人監視你？通常應該是員警能看得見，但是聽不見。雖然不能聽到他們在講什麼，但是只要看得見，就可以防止被告逃跑等違法行動。因此，保障律師的會見權要做到在會見中不被監聽。”可見，立法者的意圖是非常明確的，就是辯護律師與當事人會見交流應當保密，偵查機關不僅不得利用技術手段、設備等進行監聽，而且不得派員在場。這一要求，從本次《刑事訴訟法修正案（草案）》廢除原法第九十六條即可看出，因為，原法第九十六條規定：“律師會見在押的犯罪嫌疑人，偵查機關根據案件情況和需要可以派員在場”，《刑事訴訟法修正案（草案）》在廢除原法第九十六條的同時又沒有在其他法條中再設偵查機關派員在場的規定，這意味著辯護律師與當事人會見交流應當保密，偵查機關不應再派員在場。

檢察院在核實證據後作出是否終止刑事訴訟的決定。辯護人的證據開示義務既然是一項法定義務，那麼，違反該義務理應遭受法律制裁，如此方能保證該條款在實踐中得到有效遵循。但問題在於，本法條並未明確規定違反該義務的法律後果，那麼，實踐中辯護人一旦違背上述義務，未將上述三類證據及時告知公安機關、人民檢察院，則是否以及如何加以制裁？例如，對於應當開示而未開示之證據，是否即喪失證據資格而不得在後續程序中提出（證據失權）？鑒於辯護人違反特定證據開示義務，僅導致訴訟無法及時終結，違法後果並不嚴重，因此，不宜以證據失權作為其程序違法的後果。實踐中遇到類似問題，對於非律師的辯護人，可以責令其改正、命令其立即開示；對於辯護律師，則可將其視為違背律師執業義務和職業倫理的行為，由公安機關、人民檢察院建議司法行政機關視其情節責令其改正或予以警告、罰款、停止執業等處罰。

草案將舊法第三十八條改為第四十二條，第一款修改為：「辯護人或者其他任何人，不得幫助犯罪嫌疑人、被告人隱匿、毀滅、偽造證據或者串供，不得威脅、引誘證人作偽證以及進行其他干擾司法機關訴訟活動的行為。」本條修法的本意是改變辯護律師從業時如履薄冰、如臨深淵的懼怕心態。為此，一方面將適用主體範圍由原法第三十八條規定的辯護律師和其他辯護人修改為辯護人或者其他任何人，使得該條款不再成為專門針對辯護人的歧視性條款，所謂其他任何人，當然地包括公、檢、法機關工作人員在內；另一方面刪除了原法第三十八條證人改變證言等內容，因為實踐中證人改變證言即所謂翻證的情況比較複雜，如果證人之前作偽證，現在翻證還原事實真相，那麼這是法律允許並鼓勵的行為；而如果證人違背事實翻證，那麼這本身就是一種偽證行為，後文已有禁止性規定，此處不用重復贅述。

草案第四十六條：「律師對在執業活動中知悉的委託人的有關情況和資訊，有權予以保密。但是，律師在執業活動中知悉委託人或者其他入，準備或者正在實施危害國家安全、公共安全以及嚴重危害他人人身安全的犯罪的，應當及時向司法機關通報。」亦為新增，本條修正增設了律師守秘特權。所謂在執業活動中知悉的委託人的有關情況和資訊，應作有利於犯罪嫌疑人、被告人的解釋，不僅是指委託人的個人隱私、商業秘密，還應解釋為包括案件情況本身。但是，立法在此並未明確所謂「保密」的對象，即，究竟是向社會保密，不得向社會公開、不得向他人洩露？還是向公安司法機關保密，即使公安司法機關要求其作證，律師也有權免予作證或拒絕作證？從域外立法例來看，所謂律師守秘特權，在程序法上必定派生出律師拒絕作證權，即律師對在執業活動中知悉的案件情況，不僅應向社會保密，不得公開、不得洩露，還有權向司法機關保密，即使司法機關要求其作證，也有權免予作證或拒絕作證。因此，在法解釋上，本條所謂律師對在執業活動中知悉的委託人的有關情況和資訊，有權予以保密，不僅應解釋為是向社會保密，還應當解釋為向公安司法機關保密，即使公安司法機關要求其作證，律師也有權免予作證或拒絕作證。當然，根據本條規定，律師在執業活動中知悉委託人或者其他入，準備或者正在實施危害國家安全、公共安全以及嚴重危害他人人身安全的犯罪的除外，即在上述情形中，律師不享有守秘特權而有義務向公安司法機關通報。其實，這裏的所謂通報，實質上即檢舉、舉報，由於通報一詞並非法律術語，毋寧修改為舉報或檢舉。

第六節 我方被告依國際公約與兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議之權利保障

為保障海峽兩岸人民權益，維護兩岸交流秩序，財團法人海峽交流基金會與海峽兩岸關係協會就兩岸共同打擊犯罪及司法互助與聯繫事宜，經平等協商，於2009年四月簽訂海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議²³⁹。由於依該協議第四點：「雙方同意採取措施共同打擊雙方均認為涉嫌犯罪的行為。雙方同意著重打擊下列犯罪：（一）涉及殺人、搶劫、綁架、走私、槍械、毒品、人口販運、組織偷渡及跨境有組織犯罪等重大犯罪；（二）侵佔、背信、詐騙、洗錢、偽造或變造貨幣及有價證券等經濟犯罪；（三）貪汙、賄賂、瀆職等犯罪；（四）劫持航空器、船舶及涉恐怖活動等犯罪；（五）其他刑事犯罪²⁴⁰。一方認為涉嫌犯罪，另一方認為未涉嫌犯罪但有重大社會危害，得經雙方同意個案協助。」、第五點：「雙方同意交換涉及犯罪有關情資，協助緝捕、遣返刑事犯與刑事嫌疑犯，並於必要時合作協查、偵辦。」與第八點：「雙方同意依己方規定相互協助調查取證，包括取得證言及陳述；提供書證、物證及視聽資料；確定關係人所在或確認其身

²³⁹ 依據法務部檢察司2009年12月25日新聞稿，政府委託財團法人海峽交流基金會與大陸地區海峽兩岸關係協會於本(98)年4月26日在南京簽訂《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》(下稱本協議)，已於同年6月25日生效，有鑒於兩岸人民往來及經貿交流日漸密切，衍生之跨境犯罪日趨猖獗，復因兩岸地處鄰近，無語言障礙，導致刑事犯及刑事嫌疑犯遊走兩岸，逃避法律追訴者日益增多，爰於第二章「共同打擊犯罪」第六條就人員遣返事宜部分有所律定，期能透過制度化之合作打擊犯罪模式及司法互助架構，以緝捕遣返外逃人員。過去兩岸依據「金門協議」，在個案合作基礎上，進行刑事犯及刑事嫌疑犯之遣返作業，因未能制度化，致成效有限，如海峽兩岸雙方均能依據本協議第六條落實執行，應有助於加強打擊犯罪力度。在第三次江陳會談過程中，雙方充分理解是在雙方法令的容許範圍內共同打擊犯罪及提供司法互助，本協議第四條第二項規定一方認為涉嫌犯罪，另一方認為未涉嫌犯罪但有重大社會危害，得經雙方同意個案協助，係在創造兩岸間諸如違反選舉罷免、緝私等法令不同時彈性合作之可能，而揆諸協議生效迄今之執行情形，陸方亦未提出爭議性之遣返要求。本部肯認刑事犯及刑事嫌疑犯之緝捕、遣返，為兩岸共同打擊犯罪重點之一，惟本協議之簽訂，係兩岸立基於特殊關係下，對共同打擊犯罪及司法互助力求突破之舉，考量兩岸長久分離，在法律及實務之執行認知上均有所別，各項業務之落實執行，有賴於雙方逐步互動、磨合，以建立互信之穩定基礎，本部將以國家利益、人民福祉為依歸，持續全力協調、推動人犯遣返事宜。

²⁴⁰ 此部分內容常遭批評，例如：「當中共政府提出要台灣當局移交中共政府認為的首要國家敵人法輪功修煉者時，請問台灣政府如何「個案協助」？又請問台灣政府如何看待中共政府的把自由作家和記者送入監獄的諸多惡法，如：顛覆國家安全法和洩露國家機密法？還有那個小兒科似的搞笑的「分裂法」？中共極權政府認定的某些刑事罪，在民主國家並不構成犯罪，也不存在此協議中所謂的「另一方認為未涉嫌犯罪但有重大社會危害」之「罪」，這類可以無限打擊百姓的莫須有的定罪棒子，我們在文化大革命中見得太多了。台灣當局與大陸極權政府一起玩這種文字遊戲，豈不是在給民主制度抹黑？！聯合國有明文規定，主權國之間的引渡條約，不包括政治犯，這也是國際慣例。可是，台灣非聯合國會員國，中共政府又不承認台灣的主權。屆時，中共政府要求台灣遣送他們所要的政治犯，恐怕是，台灣當局不僅不會受到聯合國規定的正當制約，反倒會受到中共極權政府的邪惡約束，這才是此協議的問題之所在。這也是為什麼已有人把此協議稱為「陷阱協議」的箇中原因。」參閱三妹，質疑《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》，<http://hk.epochtimes.com/9/5/8/99610.htm>（最後造訪日：2011年11月3日）。又如：「在本協議第四點，在列舉之餘，又以其他刑事犯罪為概括，而更有問題的是，此點更明文，在另一方認為未涉嫌犯罪但有重大社會危害，亦得經雙方同意個案協助。如此的協議內容，不僅已經違反的兩罰原則，更可能使得對岸針對某些異議或流亡人士，對台灣為遣返請求，如依據中國刑法第300條第1項，組織和利用會道門、邪教組織迷信破壞國家法律者，必須處以三到七年的有期徒刑，則若對岸請求遣返法輪功人士，我方基於信仰自由的保障，在不可能有所謂正、邪教的區分，而我國刑法亦無明文，且基於人道與有利被告原則下，我方勢必得拒絕如此的請求，但如此拒絕的結果，勢必會反應在我方請求對方遣返的情況，而可能因此形成一種交易，原本希冀的制度化遣返程序，恐又得回到談判桌上為協商，這絕非簽此協議所欲達成的結果。」參閱吳景欽，兩岸共同打擊犯罪協議的盲點，<http://www.nownews.com/2009/12/23/142-2549741.htm#ixzz1cdQvkZ9k>（最後造訪日：2011年11月3日）。

分；勘驗、鑑定、檢查、訪視、調查；搜索及扣押等。受請求方在不違反己方規定前提下，應儘量依請求方要求之形式提供協助。受請求方協助取得相關證據資料，應及時移交請求方。但受請求方已進行偵查、起訴或審判程序者，不在此限。」等規定進行合作互助時，不免將對相關犯罪嫌疑人進行訊問，以確定人別及相關案情，因此，雙方究竟應於何種基礎上，對受訊問人提供何種程度之辯護權保障，恐怕將成為一大問題，蓋基於前述說明，我方有關辯護權之保障，遠優於大陸法制，則如雙方各依其刑事訴訟法制對受訊問人提供辯護之援助，似較不利於我方人民；而如我方僅須提供大陸人民類似其刑事訴訟法所規範之辯護協助，縱或稍可平衡我方情緒之不平，其法源依據為何？恐有疑慮。從而，雖辯護權不在司法互助或打擊犯罪範圍內，如何落實我方人民於大陸地區接受刑事訴訟之辯護權保障，實為兩岸相關協議先前所遺漏，正本清源之道，應增加辯護權保障之協議²⁴¹，以免我方人民於大陸地區接受刑事偵訊時，造受到意料之外的對待。

在兩岸針對辯護權保障達成進一步協議之前，鑒於中國大陸亦為「公民權利及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）」之締約國，則我方應可依該公約第十四條第三項第二款：「任何人於受有罪指控時，均應給予適當之時間及協助以準備防禦，並得與其指定之辯護人從事諮商。」規定，要求大陸司法單位對於我方人民在大陸地區接受刑事偵審程序時，提供符合該公約之辯護權保障。而如我方刑事訴訟法所規定之辯護制度，相較於大陸的刑事訴訟法之辯護制度（包含現行制度與修正後之制度），對刑事被告或犯罪嫌疑人提供較佳的辯護保障，則於該公約之辯護權保障內涵不明確時，我方亦應基於海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議序言中所揭示的平等原則，主張因大陸地區人民在台接受刑事偵審程序時，我方已提供較優的辯護權保障，則大陸地區亦應在刑事偵審程序中，提供我方人民同等的辯護權保障。換言之，我方刑事訴訟法制所建構之程序保障，於我方人民在大陸地區接受刑事偵審程序時，亦應適用之。

²⁴¹ 依該協議第二十三點，本協議如有未盡事宜，雙方得以適當方式另行商定。

第四章 大陸刑事訴訟「審判監督程序」與一事不再理原則

第一節 前言

法諺有云：「既判力視同真實」，判決確定後，基於法安定性之考慮，原則上應該不許再進行爭執。但確定判決未必絕對的正確、真實，若一律絕對禁止再啟救濟，部分個案難免將背離刑事訴訟程序「發現真實、追求正義」的基本目的，刑事司法也將失去人民的信賴。因此，實體正義與法安定性的平衡點該如何拿捏，向來為各國刑事立法與司法所關注。對於已經經過通常審級判決的刑事案件，大陸刑事訴訟法第五章第 203 條以下明確規定了「審判監督程序」。依其定義，所謂審判監督程序，是指人民法院、人民檢察院對於已經發生法律效力的判決和裁定，發現在認定事實上或在適用法律上確有錯誤，依職權提起並由人民法院對案件進行重新審判的一種訴訟程序²⁴²。

在大陸實務上，習慣將「審判監督程序」稱為「再審程序」，其實並不十分正確。大陸刑事訴訟法內對於再審一詞有特定意義，係指最高人民法院或上級人民法院對於下級人民法院之發生法律效力的判決或裁定，發現確有錯誤，有權指令下級人民法院進行重新審理。此一重新審判稱為「再審」²⁴³。大陸「審判監督程序」與外國法例之再審亦不相同，如德國、法國、日本等，主要糾正原法院確定裁判中事實錯誤的程序稱為「再審程序」，例如德國對再審程序的定義為：「再審程序係指在狹隘的範圍內對於已發生確定力之法院裁判予以破壞，亦即確定裁判具有無法容忍之事實上、正義或法律維持等錯誤決定，透過再審程序去除。」²⁴⁴

近代法制上所稱之一事不再理原則，係起源於羅馬法，其最初目的在於維護法院判決之權威性。但隨著時代的進步和人權保障觀念的發展，此原則被賦予保護人權的內涵，並在一些國際人權公約內確立，成為國際刑事司法普世價值之一。大陸現行刑事法律不但沒有對一事不再理原則作出規定，反而還與之存在較大的差距，就刑事再審程序而言在這方面表現得尤為突出。有鑒於此，本章將對國際刑事司法準則中的一事不再理原則進行分析，指出大陸刑事再審程序與該原則存在的衝突之處以及與我國相關制度之重大差異，並在主張大陸刑事訴訟引入一事不再理原則的基礎上，從借鏡國際刑事司法準則中有關該原則的規定和精神出發，對大陸刑事再審程序的改革提出一些建議。

²⁴² 第 205 規定：「各級人民法院院長對本院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現在認定事實上或者在適用法律上確有錯誤，必須提交審判委員會處理。最高人民法院對各級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，上級人民法院對下級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現確有錯誤，有權提審或者指令下級人民法院再審。最高人民檢察院對各級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，上級人民檢察院對下級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現確有錯誤，有權按照審判監督程序向同級人民法院提出抗訴。人民檢察院抗訴的案件，接受抗訴的人民法院應當組成合議庭重新審理，對於原判決事實不清楚或者證據不足的，可以指令下級人民法院再審。」

²⁴³ 刑事訴訟法，張建偉主編，高等教育出版社，2011，第 504 頁。

²⁴⁴ Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2006, 1Aufl., S. 374.

第二節 國際刑事司法原則對一事不再理原則的規定及原因

一、國際刑事司法準則對一事不再理原則的有關規定

1966 年聯合國「公民權利和政治權利國際公約」首次以國際公約的形式，明確規定了一事不再理原則。該公約第 14 條第 7 項規定：「任何人已依一國的法律及刑事程序被最後定罪或宣告無罪者，不得就同一罪名再予審判或懲罰。」聯合國人權事務委員會針對此規定進行解釋，指出「第 14 條第 7 項規定，任何人已依一國的法律及刑事程序被最後定罪或宣告無罪，不得就同一罪名再予審判或懲罰。這反映了一罪不二審的原則。該條禁止將已被定罪或宣告無罪的人再次帶上同一法庭，或為同一犯罪帶上另一法庭」²⁴⁵、「大部分成員國能將在特殊情況下的恢復審理與公約第 14 條第 7 項禁止的就同一罪名再予審判或懲罰作區分，對該原則的理解鼓勵成員國重新考慮它們對 14 條第 7 項的保留。」、「如果較高一級法庭推翻一項定罪並下令重審，也不會違反第 14 條第 7 項規定的禁止。」另外，這項規定不禁止特殊情況允許的重新進行刑事審判；例如，發現了判處無罪時無法提供或不瞭解的證據。」²⁴⁶

西元 1950 年 11 月 4 日簽署、1953 年 9 月 3 日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）內，並無明文規定一事不再理原則之保障。歐洲理事會於 1984 年在「歐洲人權公約第 7 號議定書」第 4 條作了如下規定「(1)在同一國家的管轄之下，任何已依該國的法律及刑事程序被最後宣告無罪或有罪者，不得就同一犯罪再予審判或處罰。(2)如果有表明新的或新發現的事實的證據，或者如果在原訴訟程序中有根本性瑕疵，有可能影響案件的結果，前項規定不應妨礙根據有關國家的法律和刑事程序對同一案件的重新開啟審理。(3)不得根據公約第 15 條的規定，對本條規定予以限制。」

對於跨國犯罪或管轄權競合之案例，1990 年聯合國「刑事司法協助公約」第 4 條第 1 項第 4 款進一步強調這一原則，即當協助請求涉及某項在被請求國進行調查或起訴的罪行，或在請求國對該罪行進行起訴將違反被請求國「一事不再理」的保障時，被請求國可以拒絕協助。近代最重要的國際刑事法典，亦即於 1998 年羅馬外交大會通過，並於 2002 年 7 月 1 日生效的「國際刑事法院羅馬規約」內第 20 條對此原則作出了更加詳細的規定：「(1)除本規約規定的情況外，本法院不得就本法院已經據以判定有罪或無罪的人，不得因該犯罪再由另一法院審判。(2)對於第六條、第七條或第八條所列的行為，已經由另一法院審判的人，不得因同一行為再受法院審判，除非該另一法院的訴訟程序有下列情形之一：1、是為了包庇有關的人，使其免負本法院管轄權內的刑事責任。2、或沒有依照國際法承認的正當程序原則，以獨立或公正的方式進行，而且根據實際情況，採用的方式不符合將有關的人繩之以法的目的。」²⁴⁷

一事不再理原則是程序法的概念，與歐陸法傳統上的 *ne bis in idem* 原則以及英美法的 *Double Jeopardy* 原則（禁止雙重危險原則）相當，指就人民同一違法行為，禁止國家為重複之刑事追訴與審判，其主旨在維護法安定性，保障任何經判決有罪或無罪開釋確定者，無庸就同一行為再受一次刑事訴究，而遭受更不

²⁴⁵ 見第 32 號一般性意見 54。

²⁴⁶ 見第 32 號一般性意見 56。

²⁴⁷ 張毅((刑事訴訟中的禁止雙重危險規則論))，北京，中國人民公安大學出版社，2004，181 頁。

利之後果。其次的目的則在於保護經實體判決確定之被告，免於再接受一次訴訟程序的騷擾、折磨、消耗與負擔。法制上之所以發展出一事不再理原則，乃是因為刑事訴訟程序迫使人民暴露於一個公開審查程序，以決定是否對其個人作非價之非難，進而施以處罰，是為確保這種使人難堪，使人之生命與身體可能遭受剝奪之風險的程序，僅能侷限於必要之範圍，並儘可能縝密、澈底地實施，自有必要將針對同一行為所實施之刑事追訴程序加以限制，至多僅允許其作一次之嘗試（auf einen Versuch）。在我國，一事不再理原則固未見諸我國憲法明文，但早已蔚為普世原則，並為聯合國「公民與政治權利國際公約」第 14 條第 7 項所明白保障，自無為崇尚自由民主法治之我國憲法排斥之理，解釋上，第 8 條之正當程序或第 22 條之概括條項都有可能是一事不再理原則在我國憲法的依據。

此外，2009 年 4 月通過之「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」第 2 條明定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」，按此，公約第 14 條第 7 項所保障之「一事不再理」權利自然具有國內法律效力。

二、一事不再理原則內容的解讀

上述國際公約或規約的規定，直接實現了刑事訴訟中一事不再理原則的精神，因此該原則已被納入國際刑事司法原則中。從這些國際公約和規約的規定或對其的意見中進一步分析，可知國際刑事司法原則中的一事不再理原則有以下值得注意之處：

（一）國際刑事司法原則中設立一事不再理原則的主旨在於保障人權

國際刑事司法原則規定了現代刑事訴訟的一些基本原則和規則，確立了現代法治國家的刑事訴訟程序應具備的基本權利保障標準，而國際刑事司法原則的顯著特點就是高度重視對人權的保障²⁴⁸。以聯合國「公民權利和政治權利國際公約」為例，是按照聯合國憲章和「世界人權宣言」內所確立的原則，即：「各國根據聯合國憲章負有義務促進對人的權利和自由的普遍尊重和遵行」而制定。該公約對各項公民權利和政治權利作出規定，尤其是對刑事司法中涉及的人的權利和自由問題，規定得更為明確、完整和具體²⁴⁹。而國際刑事司法原則中對一事不再理原則的規定，顯然貫徹了高度重視對人權的保障這一主要精神，因為上述國際公約或規約中「不得就同一罪名再予審判或懲罰」、「不得就同一罪名再受審判或懲罰」、「不得因該犯罪再由另一法院審判」等，其意義就在於禁止對被告的同一行為發動多次追訴，抑制國家的刑事追訴權力，使被告免受因同一行為受到多次審判或懲罰的不利待遇。

²⁴⁸ 1950 年制訂的歐洲人權公約是第一部詳細規定公正審判權的國際人權公約。在歐洲人權公約內，公正審判權規定在第 6 條和第 7 條中，主要包括：由適格、獨立及中立的法庭審判的權利、審判公開的權利、被推定為無罪的權利、被告得知指控的權利、準備辯護的權利以及與辯護人聯絡的權利、受審時間不被無故拖延的權利、不受行為後制定法律追究的權利等。歐洲人權公約第 7 號議定書增加了公正審判權的其他規定，這些權利也得到了其他人權公約的承認，例如上訴權、因誤判而獲得賠償的權利、不受行為後制定的法律追究的權利等。

²⁴⁹ 公約第 14 條和第 15 條共規定了 16 項權利，分別為：法庭前的平等權、由合格、獨立及中立的法庭審判的權利、審判公開的權利、被推定為無罪的權利、被告知曉指控的權利、準備辯護的權利以及與辯護人聯絡的權利、受審時間不被無故拖延的權利、出庭受審、辯護和獲得指定辯護的權利、傳喚和詢問證人的權利、免費獲得通譯人員幫助的權利，不強迫自證己罪的權利、對未成年被告的特殊保障、上訴權、因誤判而獲得賠償的權利、不受重複訴究的權利以及不受行為後制定的法律訴究的權利。

(二)國際公約或規約對於一事不再理原則的規定，有狹義及廣義意義

對此，學說上有狹義和廣義等觀點。較側重於從狹義層面表述者，強調生效判決效力的確定性和司法的權威性。因此，對於一事不再理原則的基本含義，狹義說以法院判決生效產生既判力為一事不再理的界限，認為「不論是有罪判決還是無罪判決，產生法律效力的判決後均不允許對同一行為再啟動新的程序」。廣義說則認為，「一事不再理涵括了判決的既判力以及訴訟繫屬效力等兩個層面，因此，不僅判決確定後不得就同一案件再次起訴，而且訴訟一經提起後，就不得對同一案件再次起訴。在以上列舉的人權公約或規約中，除聯合國「刑事司法協助公約」外，其他三者所使用之「被最後定罪或宣告無罪者」、「法院已經據以判定某人犯罪或無罪」等文字，均表明國際刑事司法原則中的一事不再理原則主要是以狹義的角度界定，重視判決確定生效後的終局性和確定力。只有「刑事司法協助公約」是採取廣義意義，即當請求事項涉及正在被請求國進行偵查或起訴的罪行時，被請求國可以以此為由拒絕協助。這種廣義意義的規定與英美法系禁止雙重危險原則的精神較為接近，對於保障人權應更為有利。

(三)一事不再理原則並非絕對之權利或保障，在嚴格限制條件下，容許存在例外情形

參照聯合國人權事務委員會對於「公民權利和政治權利國際公約」第14條第7項的解釋、「歐洲人權公約第7號議定書」第4條和「國際刑事法院羅馬規約」第20條，都包含了一事不再理原則容許存在例外，特別是後兩者對重新審判的情形作出了具體規定。「當事後才被發現的新事實對該判決而言出現了在公平性上確實具無可忍受的顯然錯誤時，法律確定效力必須讓步」²⁵⁰。由此可見，一事不再理的允許例外情形是在維護法院生效判決的效力和權威性，至於與追求訴訟公正與真實之間進行權衡的結果，是對該原則的必要補充。換言之，在國際刑事司法原則中，「一事不再理原則例外」的法律定位是定位為特殊救濟程序，它所發揮的功能應只對那些已經發生法律效力，但又確實存在錯誤並屬於法定應予以更正案件的救濟。世界上先進法治國家在刑事訴訟程序中都規定了再審程序，作為對一事不再理原則例外情況的規定和補充，也是對已經發生法律效力，但又確實存在錯誤的案件的一種特別救濟。

(四)各簽約國應盡最大義務實現

以上公約或規約的用語相對比較簡潔，無法完全顯示一事不再理原則的整體結構，以及在司法實務操作上須遵守的全部內容。因此，盡可能地呈現該原則的總體意義，以及在此基礎上使公約所反映的原則更充分地本土化、從而適應各公約成員國的司法運作實務，是一國立法者所面臨的重大課題。

三、一事不再理原則被納入國際刑事司法原則之原因

現代刑事訴訟的功能或目的趨向多元化，其所追求的不可能是單一的價值目標模式，而是一個多元目的相容、實現以及妥協的價值目標系統，例如實體的真實發現、法治程序以及法安定性的確保等²⁵¹。因此，國際人權公約或規約對「一事不再理原則」必須作出規定，使該原則在國際上得到大多數國家的認同並成為國際刑事司法原則之一，原因在於該原則契合了近現代刑事訴訟對多元價值目標

²⁵⁰ Beulke, Strafprozessrecht, 8 Aufl., 2005, S. 339; Roxin, Strafverfahrensrecht, 23. Aufl., 1993, S. 402 ff.

²⁵¹ Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2006, 1 Aufl., S. 32 ff.

的追求。

(一) 制裁犯罪和保障人權間的平衡

在刑事訴訟中，為了維護社會秩序的需要，運用國家強制力對被追訴人的有關權利進行限制或剝奪，誠屬必要。但是國家力量不能借維護社會秩序或保護法益的需要，恣意地剝奪被追訴者的權利，刑事訴訟在程序設計和運作上必須重視刑事司法手段的謙抑性，以實現國家公權力的自我限制和公民個人權利的保障，不能不擇手段、不問是非以及不惜代價，為查明事實真相、發現實體真實而置公民個人權利於不顧。由於被追訴人在刑事訴訟中相較於國家訴追機關恆處於先天弱勢、武器不對等之地位，保障其合法權利不受侵犯便成為近代社會人們關注的中心問題。對被追訴人的同一犯罪行為，國家公權力如果可以反覆追究，甚至多次處罰，就可能使其生活在持續的焦慮不安的狀態中遭受長期折磨，這無疑對保障人權非常不利。而一事不再理原則就是要求在刑事訴訟過程中，國家權力盡可能一次性終結，防止國家追訴權濫用和司法專橫，從而貫徹人權保障精神。

(二) 程序公正和效率的平衡

在刑事訴訟中，平衡公正和效率這兩者之間的關係至為重要。毫無疑問，在刑事訴訟的價值體系中，「公平、公正」居於核心的地位²⁵²，它包括了實體公正和程序公正兩個方面。然而「遲來的正義非正義」，從某種意義而言，效率也是公正的組成部分。刑事訴訟是一項耗費時間和費用的活動，國家投入到刑事訴訟領域的司法資源有其侷限，而整個社會對懲罰犯罪的需求則是無限。為緩解這兩者之間的衝突，必須重視程序的經濟性，提高訴訟效益，而不應允許國家為其指控的一項犯罪以其所有的資源和權限作重複的嘗試。一事不再理原則正是通過避免程序的重複運作，從而縮短訴訟期間，節省司法資源，提高訴訟效益，在平衡刑事訴訟的公正和效率之間發揮著重要的作用。

(三) 注重司法的終局性和維護司法威信

司法常被稱作是社會正義的最後一道防線。對追求法治國目標的國家而言，司法威信的強弱程度是法治化的一個重要指標。而在影響司法權威強弱的眾多因素中，司法是否具有終局性效力是重要因素之一。司法的終局性是司法的基本職能性要求之一，為樹立司法威信的必要條件。如果容許對於同一行為反覆地啟動訴訟程序，導致司法裁判結果朝令夕改，事實上案件總是處於未終局解決的狀態，利益紛爭長期得不到最終解決，司法的威信也將蕩然無存，國家建立司法裁判制度的意義也將喪失殆盡。這是對司法的基本要求，對於刑事訴訟中的司法裁判也是如此。一事不再理原則要求在一般情況下，禁止對法院的確定終局裁判再隨意提起訴訟，從而對實現刑事司法的終局性，以及建立法院裁判的威信等都有重要的意義。

第三節 中國大陸刑事審判監督程序與操作

大陸刑事訴訟法第五章第 203 條以下明確規定了「審判監督程序」。依其定義，所謂審判監督程序，是指人民法院、人民檢察院對於已經發生法律效力的判決和裁定，發現在認定事實上或在適用法律上確有錯誤，依職權提起並由人民法

²⁵² 參照釋字第 654 號解釋理由書：「憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。」釋字第 591 號解釋文：「憲法第十六條所保障之訴訟權，旨在確保人民於其權利受侵害時，有依法定程序提起訴訟，並受法院公平審判之權利。」

院對案件進行重新審判的一種訴訟程序。按照第 205 條之規定，審判監督程序之開啟計有：「1 各級人民法院院長對本院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現在認定事實上或者在適用法律上確有錯誤，必須提交審判委員會處理。2 最高人民法院對各級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，上級人民法院對下級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現確有錯誤，有權提審或者指令下級人民法院再審。3 最高人民檢察院對各級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，上級人民檢察院對下級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現確有錯誤，有權按照審判監督程序向同級人民法院提出抗訴。」等途徑，當最高人民檢察院對各級人民法院，或是上級人民檢察院對下級人民法院做出以確定判決發現確有錯誤而提出抗訴時，依據第 205 條第 4 項規定，接受抗訴的人民法院應當組成合議庭重新審理，對於原判決事實不清楚或者證據不足時，可以指令下級人民法院再審。

一、審判監督程序背景—「有錯必糾、不枉不縱」

大陸刑事審判監督程序對於審判監督程序的開啟、提起理由、審理程序以及審理期限等均作規定。按照大陸的主流訴訟理論，建立「審判監督程序」的最大目的，就是貫徹「實事求是」以及「有錯必糾、不枉不縱」的原則，盡可能的實現刑事訴訟法的任務。為了糾正原審確定裁判在事實認定和法律適用方面的錯誤，追求實體裁判結論上的正確，法院和檢察機關都應當隨時、主動提起再審程序，此一論點實際構成大陸審判監督程序賴以存在的主要理論基礎。依據通說，審判監督程序糾正錯判案件，對於切實保護人民群眾的合法權益，維護司法公正，有著不可替代的重要作用。

要對「有錯必糾、不枉不縱」此一觀點，進行較深入的基礎、背景討論，首先，法的領域是執政黨執政的重要領域，儘管執政黨在這個領域執政的方式是通過保障依法獨立行使審判權和檢察權來實現，但司法領域絕不能脫離執政黨的領導。所以，執政黨的世界觀、方法論及其思想路線必然會運用到司法領域來。因此，在審判監督領域，仍然要把實事求是作為世界觀、方法論及其思想路線²⁵³。按此，對於審判監督制度的理解上，應注意的是其政治體制。審判監督程序的設立是由大陸的政治體制所決定的，大陸的政治體制是共產黨領導下的多黨合作制，大陸的根本政治制度是人民代表大會制，審判監督程序正是為適應這樣的政治體制和政治制度，按照法定程序糾正確實存在的錯案而設立。這一程序的設立，既暢通了監督管道，體現了共產黨領導下人民當家作主的政治特點，又避免了因缺少監督而可能導致的司法專斷。由此可見，這一有中國特色的審判監督制度是有中國特色的社會主義國家制度和政治體制的重要一環。

其次，審判監督程序的設立也符合大陸當前法院和審判工作的現狀。近些年來，隨著新聞報導和網路的逐漸普及，一些著名案件的審判發生重大問題²⁵⁴，甚至出現明顯的錯案、冤案（如著名之佘祥林、趙作海等案）等，引起社會各界普遍關注，這是社會各界和人民對法院工作反應最為激烈的問題。對此，大陸前最高人民法院院長肖揚過去曾說²⁵⁵：「扭轉目前法院工作的被動局面，解決裁判不公問題，一定程度上寄希望於審監庭」。這正是嚴格依照審判監督程序，加強審判監督工作的重要指標。按此說法，審判監督程序是糾正錯誤或違法確定判決的必要制度。

²⁵³ 張述元，論刑事審判監督二重性及制度創新，西南政法大學博士論文，2004，頁 58

²⁵⁴ 張述元，論刑事審判監督二重性及制度創新，西南政法大學博士論文，2004，頁 62

²⁵⁵ 肖揚，審判監督指導與研究，2001 年 4 卷，人民法院出版社，頁 12。

最後，在深化審判方式改革的要求下，有意見因此認為，審判監督工作只能加強，不能減弱。審判方式改革是法院改革的一項系統工程，隨著法院審監分立機制的完善，院長通過審判監督庭所實施的監督，理應發揮最重要的作用。1、這是一種最嚴格、最規範的法律監督。2、這是一種最權威、最有效的法律監督和司法救濟。3、這是連接外部監督和內部監督，並使外部監督落到實處的唯一管道。由此可見，強化審判監督是使審判方式改革健全發展的重要保證。審判方式改革越是深入，審判工作越要加強。

二、審判監督程序的特色

此一審判監督程序有如下之特色：

(一)審判監督程序並非法定的必經程序，而是屬於非常救濟程序

大陸刑事訴訟法第 10 條規定：人民法院審判案件，實行兩審終審制。因此，經過兩審終審的案件，審理程序即告終結，案件進入執行階段，執行終結，案件也就不復存在。但是，如果在執行過程中或執行終結後，發現已經生效的判決、裁定確有錯誤，審判機關依照法律規定進行再審或提審，就因此開啟了審判監督程序。這種審判監督程序只能發生在生效之判決、裁定確有錯誤的前提下，所以，並不是每一起案件都有這種程序，事實上絕大多數案件不會進行這種程序。值得注意的是，開啟審判監督程序與否不取決於當事人申請，如果當事人申訴也未必開啟。因此，審判監督程序被認為是一種特殊的訴訟程序，不是法定的必經程序。

(二)審判監督程序審理的對象是已經發生法律效力的判決和裁定

根據大陸刑事訴訟法第 208 條的規定，已生效的判決、裁定，包括已經超過法定上訴、抗訴期限的地方第一審人民法院的判決和裁定、經最高人民法院核准的死刑判決、高級人民法院核准的死刑緩期二年執行的判決等²⁵⁶。按此，確定審理對象主要是從案件的外在形式上觀察，並非依案件的內在實質內容而定。審判監督程序的審理對象是已經發生法律效力的判決和裁定，但並不表示任何發生法律效力的判決、裁定都可成為審判監督程序的審理對象，只有對於既發生法律效力，而又有錯誤的判決、裁定，才可以成為審判監督程序的審理對象、

(三)提起審判監督程序的主體是法定的機關和人員

有權依照審判監督程序提出再審者，是最高人民法院、上級人民法院、最高人民檢察院、上級人民檢察院和各級人民法院的院長等司法機關人員。至於被告及其法定代理人、一定親屬等，對已發生法律確定力的判決、裁定等，只可以向人民法院或人民檢察院提出申訴，但這只是引起再審的一個來源而已，其本身不是聲請再審的主體，不能直接引起審判監督程序，也不能阻止判決裁定的繼續執行。

(四)依照審判監督程序提起再審，並無時間限制。

大陸刑事訴訟法對依照審判監督程序提起再審沒有規定時間上的限制，無論生效的判決、裁定是處在執行的過程中，還是已經執行完畢，只要在認定事實或適用法律上確有錯誤者，任何時候都可以提起再審。大陸刑事訴訟法僅對於人民

²⁵⁶ 第二百零八條：判決和裁定在發生法律效力後執行。下列判決和裁定是發生法律效力的判決和裁定：

(一) 已過法定期限沒有上訴、抗訴的判決和裁定；

(二) 終審的判決和裁定；

(三) 最高人民法院核准的死刑的判決和高級人民法院核准的死刑緩期二年執行的判決。

法院按照審判監督程序重新審判，或是接受抗訴之人民法院按照審判監督程序審判抗訴的案件，規定應在作出提審、再審決定之日起三個月以內審結，需要延長期限的，不得超過六個月²⁵⁷。

(五)刑事審判監督程序沒有區分再審程序和監督程序

大陸刑事訴訟法沒有再審程序與監督程序之區別，也就是區分事實錯誤和法律錯誤等不同之救濟途徑，只有一種審判監督程序。在學說上，認為此一制度有利於司法機關正確掌握，便於訴訟當事人參加訴訟，也有利於人民法院在事實與法律的全面審查中發現原裁判的錯誤，從而盡可能徹底糾正錯誤。其普遍之理由在於，因為事實上的錯誤與適用法律上的錯誤有時是交織在一起，清楚區分顯有困難。

(六)再審改判可以判處重於原判決的刑罰

此與一般上訴救濟所稱之「上訴不加刑」的立法方式並不相同²⁵⁸。再審後的案件，認為原判事實屬實，適用法律正確者，應當裁定維持原判，駁回申訴和抗訴；但認為原判認定的犯罪事實不正確，或者事實屬實，但不構成犯罪的，應當撤銷原判，改判無罪；如果原判量刑過重，被告人仍在服刑的，可以撤銷原判，酌情改判減輕刑罰，而原判確屬量刑過輕，也可以改判而加重刑罰²⁵⁹。

三、審判監督制度的困難以及弊病

根據八屆人大四次會議《關於修改〈中華人民共和國刑事訴訟法〉的決定》，1996年大陸修正制定了現行的刑事訴訟法，在審判監督體制上作了更為詳細的規定。與1979年的刑訴法相比較，大陸現行刑事訴訟法在以下作了修改和補充：「（1）申訴的適格成員改為「當事人及其法定代理人、近親屬」（2）補充了人民法院對申訴重審的具體條件：一、有新的證據可證明原判決、裁定認定事實確有錯誤的；二、據以定罪量刑的證據不確實、不充分或者證明案件事實的主要證據之間存在矛盾的；三、原判決、裁定適用法律確有錯誤的；四、審判人員在審理該案件的時候，有貪污受賄、徇私舞弊、枉法裁判行為等。（3）對於人民檢察院抗訴的案件，補充了「接受抗訴的人民法院應當組成合議庭重新審理，對於原判決事實不清或證據不足的，可以指令下級人民法院再審」的規定。（4）增加了人民法院對案件重新審理的時限規定，即再審案件應當在作出提審、再審決定之日起三個月內審結，需延期的不得超過六個月。關於執行過程中的一些具體問題，最高人民法院《關於執行〈中華人民共和國刑事訴訟法〉若干問題的解釋》²⁶⁰作了相應的規定，進一步完善了刑事訴訟的審判監督程序。

²⁵⁷ 第207條：人民法院按照審判監督程序重新審判的案件，應當在作出提審、再審決定之日起三個月以內審結，需要延長期限的，不得超過六個月。

接受抗訴的人民法院按照審判監督程序審判抗訴的案件，審理期限適用前項規定；對需要指令下級人民法院再審的，應當自接受抗訴之日起一個月以內作出決定，下級人民法院審理案件的期限適用前項規定。

²⁵⁸ 第190條：第二審人民法院審判被告人或者他的法定代理人、辯護人、近親屬上訴的案件，不得加重被告人的刑罰。

²⁵⁹ 也有規避「上訴不加刑」原則，至審判監督程序始改判重罪或重刑。見張建偉，刑事司法體制原理，中國人民公安大學出版社，2002，頁378以下。

²⁶⁰ 參見文末附錄一。

從當前的審判實務看，大陸現行審判監督程序係主要參照前蘇聯的模式規定，國家職權、直接介入的色彩濃厚，強調應由法院代表國家發現案件之「真相」與「正確」。因此，再審程序的啟動是法院依職權啟動的，而不是依據當事人之申請。事實上，這種訴訟制度也帶來諸多弊端，在實務中產生許多問題，歸納起來主要在「四個無限」²⁶¹，即主體無限、理由（條件）無限、時間無限、審級無限。扼要說明如下：

(一)主體無限

申訴、申請再審以及啟動再審程序的主體大幅擴張化，是傳統審判監督程序在主體方面的典型特徵。

(二)理由無限

以原判確有錯誤作為啟動再審程序的要件，導致再審程序擴大化的重要原因，也是鼓勵當事人無限申訴的主要原因。因為現行法律對「錯誤」或「違法」等，沒有明確定義或限制，而判斷「錯誤」或「違法」的主體又不特定，因此，可能發生法院認為沒有錯，而當事人認為有錯，或者法院認為沒有錯，而檢察院認為有錯，或者當事人與檢察院都認為沒有錯，而法院認為有錯時，都可能導致申訴、申請再審或再審活動的多元發生原因。其次，基於有錯必糾之理念，所產生的另一個問題在於，是否只要法院的判決發生錯誤，不管是何種錯誤、不管是哪一級法院（含最高人民法院本身）的錯誤都得糾正？以確有錯誤作為啟動再審的條件，會使法院處於兩難困境，同時，會導致法院發生先入為主的偏見。如果法院再審判決認為沒有錯誤，會使法院的裁定和判決可能自相矛盾，反而促使當事人申訴之提出。此外，在所謂「新證據」方面，對於該新證據的產生時點以及是否到達足以動搖原判決認定事實的程度等，法律也沒有作具體、清楚的規定。

(三)時間無限

由於提起申訴沒有時間限制，使法律關係理論上往往處於不穩定的狀態。甚至有的案件申訴時間可長達幾十年以上。

(四)審級無限

審級（次數）方面，實務上許多疑問在於，為什麼最高人民法院的裁判也可以提起再審？為什麼檢察機關對最高法院的判決也可以抗訴？為什麼不服基層法院判決的當事人可以一直申訴到最高法院？為什麼再審適用一審程序時，當事人還可以上訴？

這種傳統的審判監督模式在實務中產生一些不利的影響，根據分析，常見者例如：

- 1、造成訴訟秩序混亂，導致當事人永無寧日的不服，形成大量上訪，社會各界通過各種管道都進行監督，最後形成終審不終，確定判決不能事實確定的情況，嚴重妨害司法威信。
- 2、出現無限申訴、無限再審。只要一線希望，當事人就要申訴，最後集中到法院討一個交代。最高院、高院不給說法就不甘休，答覆不滿意就找人大、找政協、找檢察院等。
- 3、造成訴訟和司法資源的浪費。同一案件可能反覆審理，形成訴累。
- 4、既然司法終局判決因審判監督制度恆處於不確定狀態，終審判決涉及的法律關係的安定性自然時時受到挑戰。

²⁶¹ 沈德詠主編，最新再審司法解釋適用與再審改革研究，人民法院出版社，2003，頁115。

5、對終審裁判既判力的影響巨大。判決如果改變，往往牽一髮而動全身，影響到其他法律關係或事實。

6、對司法公正性有巨大影響。老百姓到法院討公正、討說法是對的，但什麼是公正、什麼是司法公正？往往沒有客觀標準。另外，再審提起的前提是判決確有錯誤，因為法院會做出搞錯誤裁判，因此要錯案追究、違法責任追究。但「錯案」不應當經常使用，一個國家法院的錯案比比皆是，並不利於國家形象，也不應該是這種狀態。

7、影響司法機關形象。法院本來應該是公平、公正進行裁判，法官根據當事人提供的證據進行判斷，當事人負舉證責任。但在審判監督下，法官成了被告，變成了原被告的共同被告。

分析產生以上不當後果的原因，約略主要有以下幾個方面：

1、法院本身的組織體系和審判程序存在問題是導致濫訴的重要原因，而兩審終審制是申訴氾濫的根本原因。首先，由於地方保護、司法不獨立等諸多因素或現況，一般人民在當地很難得到公正的司法審判。於是當事人只好到外地、到更高一級的司法機關尋求司法救濟。其次，二審終審的虛無化也是導致「四無限」的重要原因。有的法院沒有好好進行二審審判，而是隨便作出一個確定判決，人民不服，當然會申訴。再者，各審級不區分事實審和法律審也是產生無限申訴的重要原因。

2、部分法官的素質問題、司法品質低也是產生「四無限」的重要原因。

3、錯案追究制也是當前審判監督工作存在問題的重要原因。錯案追究使法官與案件的結局直接發生牽連。法官成了當事人，因此，即便有錯案也是設法阻撓糾正，從而激化人民無限申訴。審判監督程序和國家賠償程序中存在的問題是中國司法問題的總匯集而已。

4、社會過度期望，也是產生問題的原因。當前司法活動受到各方面不切實際的渲染，因此，公眾對司法的期望與司法現實情況產生矛盾。另一方面，由於司法活動本身受到很多因素的影響，特別是司法中確實存在一定問題，人民對司法產生不信任感。此外，人民對司法的認識與法院審判規則見解不一，也導致無限申訴。法院審判是按法律事實，以證據為依據進行的。而實事求是追求的事實真實，二者出現矛盾後，很容易使當事人產生受到不公正待遇的感覺，因而提出申訴。

以上種種原因最終導致刑事再審制度「終審不終」，這將有違程序的安定性與裁判的既判力。刑事審判監督程序作為保障司法救濟的特殊程序，必須通過改進和完善制度價值，彌補實務中的不足，使之真正成為「公正與效率」相一致的救濟制度。

第二節 著名案例整理及分析

大陸刑事訴訟實務上，被告遭判無罪之比例甚低，遭起訴之被告，經兩級法院二審審理終結後發生無罪判決法律效力的案例不多，因此，經開啟「審判監督」程序，最後被告由「無罪」改判「有罪」，或是「輕罪」改判「重罪」的情形並不常見，比起那些特大「冤、假、錯」案，也較少引起媒體的關注。經過搜尋後，有以下兩則案例可供參考，並可藉此得知部分審判監督之實況。

一、「無罪」改判「有罪」，或是「輕罪」改判「重罪」

(一)3 被告人無罪改判有罪案²⁶²

據報導，桃源縣人民檢察院最近收到省高級人民法院寄來的一份判決書，認定該院指控的該縣教育局原副局長向國忠等 3 人貪汙罪成立，分別判處向國忠等 3 人有期徒刑不等。

2003 年，桃源縣檢察院根據群眾舉報，對該縣教育局副局長向國忠、教育局辦公室主任鄭樹清、教育局人事股副股長陳詠貪汙一案立案偵查，查明 3 人利用分別擔任桃源縣教育局分管公司的副局長，教育局下屬的桃源縣校辦企業公司經理、副經理的職務之便，共同貪汙公款 15.5 萬元私分的事實。該院依法提起公訴後，桃源縣人民法院於 2003 年 11 月作出一審判決，以貪汙罪判處鄭樹清有期徒刑 3 年，緩刑 4 年；判處向國忠有期徒刑 3 年，緩刑 4 年；判處陳詠有期徒刑 1 年，緩刑 1 年。

3 名被告人均不服提出上訴，常德市中級人民法院審理查明的事實與一審一致，但認為上述校辦企業公司雖由桃源縣教育局成立，但該局並未投資，而是由 3 人借錢啟動並進行經營的。根據公司組織章程規定，鄭樹清、向國忠、陳詠有權以福利、獎金的形式支配部分利潤，故 3 人分發公司利潤 15.5 萬元不屬非法佔有國有財產，原判以貪汙罪定罪處罰不當。據此，撤銷桃源縣一審判決，宣告鄭樹清、向國忠、陳詠無罪。

省檢察院認為常德市中級法院判決不當，於 2004 年 10 月向省高級人民法院提出抗訴。抗訴理由是：鄭樹清等 3 人擔任校辦公司負責人的職務是該縣教育局任命的，3 人在校辦公司履行職責屬於公務；3 人既在校辦公司任職又是教育局幹部，工資、資金均由教育局發放，屬於國家機關委派到非國有公司從事公務的人員；3 人非法占有的是校辦企業公司的公共財產，非法佔有公共財產的行為符合貪汙罪的主、客觀要件。

省高級人民法院經審理認定，鄭樹清、向國忠、陳詠系受國家機關委派到非國有公司從事公務的人員，侵吞公款構成貪汙罪，因此，依法撤銷二審判決，維持一審判決。

分析：

中國大陸刑事訴訟法第十條規定：「人民法院審判案件，實行兩審終審制。」按此，除最高人民法院受理之第一審刑事案件實行單級審理制度外，中國大陸實行的是兩審終審之複級審理制度²⁶³。本件之一審法院，亦即桃源縣人民法院，於 2003 年 11 月作出一審判決，以貪汙罪判處鄭樹清有期徒刑 3 年，緩刑 4 年；判處向國忠有期徒刑 3 年，緩刑 4 年；判處陳詠有期徒刑 1 年，緩刑 1 年。後 3 名被告均不服提出上訴，常德市中級人民法院認為 3 人不屬非法佔有國有財產²⁶⁴，

²⁶² <http://www.sina.com.cn> 2005 年 10 月 28 日 07:16

²⁶³ 宋英輝主編，刑事訴訟法，2007.02，頁 351。

²⁶⁴ 中華人民共和國刑法第 93 條：「本法所稱國家工作人員，是指國家機關中從事公務的人員。國有公司、企業、事業單位、人民團體中從事公務的人員和國家機關、國有公司、企業、事業單位委派到非國有公司、企業、事業單位、社會團體從事公務的人員，以及其他依照法律從事公務

原判以貪汙罪定罪處罰不當。據此，撤銷桃源縣一審判決，宣告鄭樹清、向國忠、陳詠等無罪。由於常德市中級人民法院之判決已是二審判決，故該判決已經發生法律效力。省檢察院認為常德市中級法院判決不當，於2004年10月向省高級人民法院提出抗訴，此所謂抗訴，應該只的就是「審判監督」意義下，由檢察院以原判決適用之法律有錯誤為由，向法院提起再審。最後，省高級人民法院經審理認定，鄭樹清、向國忠、陳詠侵吞公款構成貪汙罪，因此，依法撤銷二審判決，維持一審認定有罪之判決。

(二)潢川：抗訴成功一故意傷害案被告人由無罪改判為有罪²⁶⁵

據報導，日前由潢川縣檢察院依法提起抗訴的被告人劉某某故意傷害一案，被信陽市中級人民法院發回重審後依法改判，被告人劉某某由無罪改判為有罪，判處免予刑事處罰。

2010年4月的一天下午，被告人劉某某因瑣事與同組村民彭某某發生爭執，後引發撕打。被告人劉某某對彭某某左肩部擊打，致彭某某左肩部鎖骨骨折。經潢川縣公安局刑事科學技術室鑒定：彭某某損傷程度屬輕傷。

2010年7月10日，潢川縣檢察院以故意傷害罪對劉某某提起公訴。2010年11月9日，潢川縣人民法院以（2010）潢刑初字第147號刑事判決書，判決被告人劉某某無罪。該院經審查後認為：該判決確有錯誤，該案事實清楚、證據確實充分、足以定罪量刑，原審法院在證據采信上存在明顯錯誤，導致認定事實錯誤、適用法律錯誤，進而導致被告人劉某某被判無罪。

遂後該院於2010年11月18日依法向信陽市中級人民法院提起抗訴。信陽市中級人民法院裁定發回重審，潢川縣人民法院經審理後支持了該院的抗訴理由，並作出上述判決。

分析：

本案例係由檢察院發現原審判決被告無罪之案件確有「該案事實清楚、證據確實充分、足以定罪量刑，原審法院在證據采信上存在明顯錯誤，導致認定事實錯誤、適用法律錯誤」之違誤，遂依據審判監督程序，向上一級法院提起抗訴要求再審，上一級法院裁定將該案件發回原審理法院重審，後將被告由原先之無罪改判有罪。本例中可以清楚看出，中國大陸刑事訴訟程序下的審判監督制度缺少「一事不再理」的訴訟保障內涵，不區分原判決係對被告「有利」還是「不利」，也不明定「法定提起事由」，只要認為原判決有「認定事實錯誤、適用法律錯誤」之情況，即可以使用法律監督制度要求重審，對於已遭先前判決無罪或輕罪之被告，原有利判決可說沒有任何「確定力」可言。

的人員，以國家工作人員論。」

²⁶⁵ http://www.xinyanghc.jcy.gov.cn/fljd/201202/t20120208_800792.shtml

二、「有罪」改判「無罪」案例整理

茲將近年來在大陸發生的重要再審案件的再審程序經過，扼要整理如下：

(一)趙作海案

2002年12月5日商丘中院作出一審判決，以故意殺人罪判處被告人趙作海死刑，緩期二年執行，剝奪政治權利終身。省法院經復核，於2003年2月13日作出裁定，核准商丘中院上述判決。2010年4月，被害人趙振晌卻回到趙樓村。商丘中院在得知趙振晌在本村出現後，立即會同檢察人員趕赴趙樓村，經與村幹部座談、詢問趙振晌本人及趙振晌的姐姐、外甥女等，確認趙振晌即是本案的被害人。同時並從趙振晌本人處瞭解到：1997年10月30日夜裏，其對趙作海到杜某某家比較生氣，就攜自家菜刀在杜某某家中照趙作海頭上砍了一下，怕趙作海報復，也怕把趙作海被砍死，就收拾東西於10月31日凌晨騎自行車，帶400元錢和被子、身份證等外出，以撿廢品為生。因去年得偏癱無錢醫治，才回到村裏。

5月5日下午，省法院聽取了商丘中院關於趙作海案件情況彙報後，決定啟動再審程序。5月7日下午，商丘中院遞交了對趙振晌身份確認的證據材料。5月8日下午，省法院張立勇院長親自主持召開審委會，河南省人民檢察院副檢察長賀恒揚列席審判委員會，對案件進行了認真研究，認為趙作海故意殺人一案是一起明顯的錯案。審判委員會決定：一、撤銷省法院（2003）豫法刑一複字第13號刑事裁定和商丘市中級人民法院（2002）商刑初字第84號刑事判決，宣告趙作海無罪。二、省法院連夜製作法律文書，派員立即送達判決書，並和監獄管理機關聯繫放人。三、安排好趙作海出獄後的生活，並啟動國家賠償程序。

余祥林案

余祥林，因涉嫌殺死妻子而被刑事拘留，曾兩次被宣告死刑，後因證據不足被京山縣人民法院以故意殺人罪判處有期徒刑15年，剝奪政治權利5年。2005年3月29日，被害人張在玉「復活」的第二天，荊門市中級人民法院緊急下發再審決定書，認定該院此前的裁定在認定事實和適用法律上確有錯誤，依照刑事訴訟法決定本案由本院另行組成合議庭進行再審。3月30日，荊門市中級人民法院又作出刑事裁定書，稱原審裁定認定余祥林犯故意殺人罪的事實不清，證據不足，適用法律錯誤，裁定撤銷本院（1998）荊刑終字第82號刑事裁定和京山縣人民法院（1998）京刑初字第046號刑事判決，發回京山縣人民法院重新審判。2005年4月13日，湖北省京山縣人民法院，對被告余祥林進行新的審判。被告余祥林，1998年6月，他被該院指控犯有故意殺人罪，判處有期徒刑15年。庭審持續了100分鐘之後，法官宣佈原審對余祥林犯有故意殺人罪的事實不能成立，當庭判其無罪。

孫萬剛案

1998年11月12日，雲南省高級法院因姦淫、殺人罪判處孫萬剛死刑，緩期二年執行。2003年初，時任最高人民檢察院監所檢察廳廳長陳振東收到了孫萬剛的一份申訴材料，信中提到李茂富是真凶。這引起了陳振東的注意，他立即指示雲南省檢察院監所檢察處進行調查。因為不久高檢院將服刑人員申訴工作移交給刑事申訴部門管轄，並於當年5月開展了清理服刑人員刑事申訴的活動，陳振東就將申訴材料轉到了高檢院刑事申訴廳。當年6月，高檢院刑事申訴廳將此案列為重點督辦案件。6月20日，雲南省檢察院決定立案復查。檢察官全面審

閱了本案所有案卷，發現血型鑒定的結論並不是唯一的，不具有完全的排他性；申訴人孫萬剛的有罪供述和無罪辯解相互矛盾，前後不一，且現場勘查筆錄、現場複勘筆錄、屍體檢驗報告、活體檢驗筆錄、刑事科學技術鑒定書等證據不相吻合，形式上和程序上都存在瑕疵。據此，2003年9月18日雲南省檢察院向雲南省高級法院發出檢察建議，建議啟動再審程序。雲南省檢察院長達22頁的復查終結報告認為認定孫萬剛殺人的證據有瑕疵，原判決有錯判的可能，應予以糾正。2003年9月18日，雲南省檢察院向雲南省高級法院發出檢察建議，建議再審。兩天後，雲南省公安廳也收到了檢察建議，要求公安廳協助復查。接到檢察建議書後，雲南省公安廳立即派工作組赴巧家縣復查，查後認為此案事實不清，證據不足。2004年1月15日，雲南省高級法院對孫萬剛作了無罪判決。

杜培武案

1999年11月12日雲南省高級人民法院將杜培武因殺害搶劫兩名員警判處死刑，緩期二年執行，判決後，杜培武入監改造。2000年6月14日，昆明警方破獲了楊天勇劫車殺人團夥案，在他們所交待的一件件驚天大案中，也包括了在海埂殺害搶劫兩名員警的案件。這就意味著原來辦的杜培武殺人案是一樁錯案！昆明市公安局立即向市委政法委報告，市委政法委研究決定，組織政法有關部門，立即對杜培武案進行復核審查。政法機關主動糾錯，還杜培武予清白。從發現杜培武錯案線索伊始，省委政法委就數次召開專題會議，領導指揮糾正杜培武錯案工作。7月7日上午，中共雲南省委常委、省委政法委書記秦光榮主持召開會議，聽取了昆明市委政法委、昆明市公安局關於偵破楊天勇特大殺人劫車團夥案和從中發現及糾正杜培武案的工作彙報，傳達了省委書記令狐安、省長李嘉廷、省委副書記孫淦等領導的重要批示精神。會議提出6條意見，要求對杜培武案要儘快糾正，以體現法律的嚴肅性和公正性。8月22日下午，省委政法委召開了又一次專題會議，研究落實錯案追究責任制、追究杜培武錯案有關責任人的工作。昆明市委政法委在得知杜培武錯案情況後，高度重視，市委副書記賀興洲，市委常委、政法委書記王君正立即指示昆明市公、檢、法有關部門對杜培武一案認真進行復查，明確要求在復查中要堅持實事求是、有錯必糾、以事實為依據、以法律為準繩的原則，切實查清真相，依法公正處理此案。案件復查工作從6月22日至29日，公、檢、法各部門在政法委協調下，通力協作，僅用9天時間就依法基本查清和收集了杜培武一案是一起錯案的事實和證據。市委政法委先後多次召開會議，認真貫徹省市領導指示精神，就杜培武一案的復查、糾正、善後工作、應吸取的教訓和進行錯案追究等方面進行了專題研究和部署。為7月11日省高級人民法院及時、準確依法改判杜培武無罪提供了確鑿的證據和有利的組織保障。昆明市檢察院發現杜培武錯案以後，先後四次召開會議，專題聽取彙報，堅持實事求是、有錯必究的原則，從嚴格執法、加強監督、保障無罪之人不受追究的職責來對照，針對辦案中存在的問題認真進行了總結、自查、自省，並提出了具體的整改措施。雲南省高級人民法院也採取了相應的積極措施，提出整改意見，並迅即在掌握確鑿證據的基礎上改判杜培武無罪。

(二)聶樹斌案

1995年，河北省高級人民法院認為「上訴人聶樹斌攔截強姦婦女、殺人滅口，情節和後果均特別嚴重，判決核准以故意殺人罪判處被告人聶樹斌死刑，剝奪政治權利終身；以強姦婦女罪判處被告人聶樹斌有期徒刑十五年，決定執行死刑，剝奪政治權利終身的判決。2005年1月19日，河南省滎陽市警方將嫌犯王

書金移交給河北省廣平縣警方。2005年1月22日，河北省廣平縣警方押著王書金，來到石家莊市液壓有限責任公司（即原石家莊市液壓件廠）旁邊鹿泉市孔寨村村民馬振才承包的玉米地，指認他當時的作案現場。2005年3月17日，河北省公安廳新聞發言人向媒體公佈：河北省公安廳領導注意到了媒體關於該案的報導，並且給予了關注。公安部、河北省政法委領導對此事也極為關注。河北省公安廳組織專門力量進行調查復核。但時至今日，其父母奔波于河北省高級人民法院、河北省人民檢察院、河北省公安廳之間已經兩年多時間，沒有任何結果。2005年4月聶樹斌案被曝「一案兩凶」後，河北省政法委成立了工作組，負責對聶案重新調查。當時，面對全國媒體的緊密關注，河北方面宣稱，將儘快公佈調查結果。然而，四年過去，這個承諾至今沒有兌現。

三、法律監督的運作實況：「政治決定一切、先定調後審理」

趙作海案之再審係由商丘中級人民法院先行調查，省法院聽取報告後決定啟動再審，後由省法院院長親自主持召開審判委員會，河南省人民檢察院副檢察長列席該會，後決定撤銷判趙作海有罪之判決，宣告趙作海無罪。余祥林案是原決定之荊門市中級人民法院緊急下發再審決定書，認定該院此前的裁定在認定事實和適用法律上確有錯誤，依照刑事訴訟法決定本案由本院另行組成合議庭進行再審。3月30日，荊門市中級人民法院又作出刑事裁定書，稱原審裁定認定余祥林犯故意殺人罪的事實不清，證據不足，適用法律錯誤，裁定撤銷原刑事裁定和京山縣人民法院之刑事判決，發回京山縣人民法院重新審判，後京山縣人民法院法官宣佈原審對余祥林犯有故意殺人罪的事實不能成立，當庭判其無罪。孫萬剛案則是雲南省檢察院向雲南省高級法院發出檢察建議，建議再審。雲南省公安廳也收到了檢察建議，要求公安廳協助復查。接到檢察建議書後，雲南省公安廳立即派工作組赴巧家縣復查，查後認為此案事實不清，證據不足。2004年1月15日，雲南省高級法院對孫萬剛作了無罪判決。至於杜培武案，從發現杜培武錯案線索開始，雲南省委政法委即積極介入調查，其後幾乎所有雲南之公檢法單位均一再開會、追究真相，最後雲南省高級人民法院也採取了相應的積極措施，提出整改意見，並迅即在掌握確鑿證據的基礎上改判杜培武無罪。

由以上重大案例之整理可知，大陸刑事訴訟程序之審判監督制度可以用「政治決定一切、先決定後審理」來形容。遇有重大事實錯誤（例如被害人沒死、真兇另有其人）時，被告本人之申訴往往徒勞無功，例如孫萬剛一案，已在監獄服刑的孫萬剛5年來，記不清自己寫過多少申訴資料，反正與法律沾邊的單位都寄去要求啟動再審，但令人失望的是，多數信件都是石沉大海，毫無效果。但重大事實錯誤如經媒體披露，引發關注後，也不是循一般法治國家般啟動再審機制，再由法院重新審理，認定事實，而是往往由各地黨的系統，例如政法委員會召集公檢法等機關，或是公檢法機關事先會商、調查，先行決定本案是否確有重大錯誤事實，決定確有錯誤須提起再審之後，再由法院撤銷原先定罪判決，改判被告無罪。在此種實務作法下，所謂重新認定事實的法院再審程序其實只是接受結果的宣佈單位而已，所以法院宣佈撤銷改判的時間很短，沒有看到法院就爭議事實詳盡依法調查，當然，對於已被「上級單位」定調的結果，法院更不可能為不同之認定，再審審理程序只是形式上按表抄課，宣佈已經決定的「結果」！因此，雖然號稱再審途徑多元，但在既有系統下，也很難發現各個法律監督機關可以「獨立」的啟動再審，或啟動後法院可以獨立的審判案件。確認是否原案有事實或法律錯誤，而給予人民救濟。

相反的，如果出於各項考慮，上級單位對於提起法律監督不積極的話，也可以讓該程序進行遙遙無期，例如極可能是冤案遭錯殺的聶樹斌，根據報載，疑似真凶的王書金自從 2005 年 3 月被捕交待全部罪行直至與律師會面，他並不知道十年前的玉米地案另有兇手，也根本不知道一個叫聶樹斌的人在十年前作為罪犯已被槍決。後王書金因另案遭起訴，在一審法庭庭審中，王書金意欲主動供認玉米地姦殺案，但被法官以「與指控無關」打斷，被公訴方以「查無實據」駁回。2007 年 4 月，一審宣判後，王書金以未起訴他在石家莊西郊玉米地的姦殺案為理由之一，向河北省高院提出上訴。他在上訴狀中說：「我在 2005 年 1 月 18 日向河南省滎陽市索河路派出所供述自己在河北省犯罪過程中，包括石家莊西郊玉米地裏強姦殺人的經過……對於這些河北廣平縣公安機關的員警進行了確認……員警還帶領我對作案現場進行了指認，現場是憑著我對當時的記憶找到的。」但聶樹斌的母親張煥枝多次前往河北高院尋求調查結果，四年間得到的答復如出一轍，「正在復查，很快出結果」。河北高院負責審查聶案的一位法官甚至告訴聶母：調查結果已經出來，報到院長那裏去了，但到底是什麼結果，這位法官說不能向聶母透露。這個秘而不宣的調查到底是怎樣進行的，甚至到底有沒有進行，外界無從獲知。然而，「南方週末」的記者從河北廣平方面獲知，過去幾年，一直羈押於廣平縣看守所的王書金沒有接受過河北公檢法機關的任何提審，這個訊息讓關注聶案復查的人士對所謂調查產生了巨大懷疑²⁶⁶。可見，即使是已經相當明確足以啟動再審的證據出現，但原案錯認之被告已遭槍決，與前述之余祥林、趙作海、杜培武及孫萬剛等案被告「錯判但未錯殺」，尚在監獄服刑的情形不同，一旦推翻原先認定聶樹斌是真兇的事實，馬上就是「既錯判又錯殺」的嚴重後果，因此在政治決定一切的考慮下，擱置並無限期拖延啟動聶樹斌案的再審，也就變的理所當然。

第五節 大陸刑事審判監督程序與我國非常救濟（再審、非常上訴）程序之區別

一、程序的基本概念

（一）大陸地區審判監督程序的概念

根據中華人民共和國刑事訴訟法之規定，刑事再審程序又稱審判監督程序，是指人民法院、人民檢察院對於已經發生法律效力的判決和裁定，發現在認定事實上或適用法律上確有錯誤，依職權提起並由人民法院對案件進行重新審判的一種訴訟程序。

（二）我國非常救濟（再審、非常上訴）程序的概念

受傳統大陸法系的影響，我國刑事再審程序分為「再審」和「非常上訴」程序。所謂再審，是指對於確定判決，以認定事實不當為理由而向原審法院請求救濟之方法。而非常上訴則是指對於確定判決，以違背法令為理由而由最高檢察署檢察總長向最高法院請求救濟之方法。

以上可知，中國大陸刑事裁判，無論是認定事實上還是適用法律上有錯誤，

²⁶⁶ 2007 年 7 月 31 日，河北省高院二審不公開開庭審理了王書金案，據參加庭審的人透露，王書金在庭上繼續對未被納入公訴的石家莊玉米地案供認不諱。庭審後，法律人士推測，二審維持死刑判決的可能性非常大，但時隔兩年之久，二審判決至今未出。

均適用同一審判監督程序予以重新審理。而我國地區再審程序則根據原審判決錯誤的不同，分為再審和非常上訴兩種不同程序。

二、程序的對象

(一) 大陸刑事審判監督程序的對象

根據大陸刑訴法第203條的規定，當事人及其法定代理人、近親屬，對已經發生法律效力的判決、裁定，可以向人民法院或者人民檢察院提出申訴，但是不能停止判決、裁定的執行。由此，大陸再審程序的對象既包括實體判決，也包括解決部分實體與訴訟程序的裁定。例如已過法定期限沒有上訴、抗訴的判決和裁定、終審的判決和裁定以及最高人民法院核准的死刑的判決和高級人民法院核准的死刑緩期二年執行的判決。

(二) 我國非常救濟（再審、非常上訴）程序的對象

我國刑事訴訟法第420條規定有罪之判決確定後，有下列情形之一者，為受判決人之利益，得聲請再審。第441條規定判決確定後，發見該案件之審判系違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴。由此，我國再審程序只是以確定的判決為其對象。而不包括裁定。非常上訴程序則既包括實體判決，也包括一定範圍的有關實體事項的裁定，如更正刑罰之裁定、易科罰金之裁定、單獨宣告沒收之裁定等。由此可知，大陸再審程序對於所有之判決及裁定，只要存在錯誤，均可以成為再審程序的對象，其範圍大於我國刑訴法的規定。

三、程序的提起

(一) 大陸刑事審判監督程序提起的主體及理由

大陸刑訴法審判監督程序的主體分為申訴人和提起主體兩部分，兩者並不相同。

1、申訴人及申訴理由

大陸刑訴法第203條規定，當事人及其法定代理人、近親屬，對已經發生法律效力的判決、裁定，可以向人民法院或者人民檢察院提出申訴，但是不能停止判決、裁定的執行。大陸申訴人包括當事人及其法定代理人、近親屬。另據律師法第25條第4項的規定，上述人員亦可委託律師提起申訴。因此，當事人及其法定代理人、近親屬和他們委託的律師，具有提出刑事申訴的權利，但其申訴不必然起動或決定再審程序的開始，而是必須經過人民法院或人民檢察院的審查後，由人民法院或人民檢察院決定再審。根據大陸刑訴法第204條的規定，申訴權人提出申訴，只有符合以下條件時，人民法院或人民檢察院才會提起審判監督程序：

- (1) 有新的證據證明原判決、裁定認定的事實確有錯誤的；
- (2) 據以定罪量刑的證據不確實、不充分或者證明案件事實的主要證據之間存在矛盾的；
- (3) 原判決、裁定適用法律確有錯誤的；
- (4) 審判人員在審理該案件的時候，有貪汙受賄，徇私舞弊，枉法裁判行為的。

2、提起審判監督程序的主體及提起理由

大陸刑訴法第205條規定，各級人民法院院長對本院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現在認定事實上或者在適用法律上確有錯誤，必須提交審判委員會處理。最高人民法院對各級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，上級

人民法院對下級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現確有錯誤，有權提審或者指令下級人民法院再審。最高人民檢察院對各級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，上級人民檢察院對下級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現確有錯誤，有權按照審判監督程序向同級人民法院提出抗訴。因此，大陸刑訴法規定能夠提起審判監督程序的主體既包括法律監督機關，亦即最高人民檢察院、上級人民檢察院，也包括行使審判權的最高人民法院、上級人民法院和各級人民法院院長及審委會。而人民法院和人民檢察院提起審判監督程序的理由都是原審裁判「在認定事實上或者在適用法律上確有錯誤」。

（二）我國聲請再審權人及理由

在我國刑訴法中，聲請再審的主體及理由視再審程序是否為受判決人之利益而有所不同。

1、為受判決人之利益的聲請再審權人及理由

根據我國刑訴法第427條之規定，為受判決人之利益的申請再審權人包括：一 管轄法院之檢察官。二 受判決人。三 受判決人之法定代理人或配偶。四 受判決人已死亡者，其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長、家屬。另根據我國刑訴法第420條之規定，為受判決人之利益聲請再審的理由為：

- 一 原判決所憑之證物已證明其為偽造或變造者。
- 二 原判決所憑之證言、鑑定或通譯已證明其為虛偽者。
- 三 受有罪判決之人，已證明其係被誣告者。
- 四 原判決所憑之通常法院或特別法院之判決已經確定裁判變更者。
- 五 參與原判決或前審判決或判決前所行調查之法官，或參與偵查或起訴之檢察官，因該案件犯職務上之罪已經證明者，或因該案件違法失職已受懲戒處分，足以影響原判決者。
- 六 因發現確實之新證據，足認受有罪判決之人應受無罪、免訴、免刑或輕於原判決所認罪名之判決者。

2、為受判決人之不利益的聲請再審權人及理由

依據我國刑訴法第428條之規定，為受判決人之不利益的聲請再審權人包括管轄法院之檢察官及自訴人。至於法定理由部份，依據我國刑訴法第422條之規定，為受判決人之不利益的申請再審的理由包括：

- 一 有第420條第1款、第2款、第4款或第5款之情形者。
- 二 受無罪或輕於相當之刑之判決，而於訴訟上或訴訟外自白，或發現確實之新證據，足認其有應受有罪或重刑判決之犯罪事實者。
- 三 受免訴或不受理之判決，而於訴訟上或訴訟外自述，或發見確實之新證據，足認其並無免訴或不受理之原因者。

（三）我國非常上訴提起權人及理由

我國刑訴法第441條規定，判決確定後，發見該案件之審判系違背法令者，最高法院檢察署檢察總長得向最高法院提起非常上訴。因此，提起非常上訴是最高法院檢察署檢察總長的專有權限。提起的理由是審判違背法令，包括訴訟程序違背法令和判決違背法令。

以上比較可知，大陸刑訴法規定的申訴人只享有申訴權，其申訴不能必然引

起審判監督程序，必須經過人民法院或人民檢察院的審查。審判監督程序只能由人民法院或人民檢察院提起。而我國刑事訴訟聲請再審的主體視再審的提起是否為受判決人之利益之不同分為兩種情況，為受判決人之利益提起再審的主體既可以是檢察官，或是受判決人或其一定範圍內的親屬。而為受判決人之不利益提起再審的主體僅限於檢察官和自訴人。提起非常上訴的主體僅限於最高法院檢察署檢察總長。其次，大陸審判監督程序中無論是申訴還是提起審判監督程序，其理由可以歸為以下三類：認定事實錯誤、適用法律錯誤和違反訴訟程序。而我國再審程序的提起理由可歸納為新事實證據出現和認定事實明顯錯誤兩種，非常上訴的理由是原判決違背法令。

四、程序的提起方式

(一) 大陸刑事審判監督程序的提起方式

根據大陸刑訴法的規定，再審程序的提起方式有以下幾種：

1、各級人民法院院長對本院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現在認定事實上或者在適用法律上確有錯誤，必須提交審判委員會進行討論，然後啟動再審程序。

2、最高人民法院對各級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，上級人民法院對下級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現確有錯誤，可以指令下級人民法院再審，如果認為原審法院不宜再審的，有權提審。

3、最高人民檢察院對各級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，上級人民檢察院對下級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現確有錯誤，可以抗訴的形式提出。

(二) 我國再審程序的提起方式

根據我國刑訴法第429條之規定，聲請再審，應以再審書狀敘述理由，附具原判決之繕本及證據，提出於管轄法院為之。比較之下，大陸再審程序提起的方式係依據提起主體的不同而有所區別，而我國再審程序提起的方式較為單純。

(三) 我國非常上訴程序的提起方式

根據我國刑訴法第442條之規定，檢察官發見確定判決有審判違背法令情形者，應具意見書將該案卷宗及證物送交最高法院檢察署檢察總長，聲請提起非常上訴。第443條規定，提起非常上訴，應以非常上訴書敘述理由，提出於最高法院為之。

五、程序的提起期限

(一) 大陸刑事審判監督程序的提起期限

大陸刑訴法對再審程序的提起期限未作明確限制規定，只有在改無罪為有罪時要受到刑法規定的追訴時效的限制。

(二) 我國再審程序的提起期限

我國刑訴法對申請再審的期限做出了明確規定，聲請再審於刑罰執行完畢後，或已不受執行時，亦得為之。依第421條規定，因重要證據漏未審酌而聲請再審者，應於送達判決後二十日內為之。為受判決人之不利益聲請再審，於判決確定後，經過刑法第80條第一項期間二分之一者，不得為之。撤回再審聲請之人，不得更以同一原因聲請再審。以上可知，我國刑訴法為了確保生效裁判的安定性，在提起再審程序的期限上有明確的限制。而大陸刑訴法對再審程序的提起期

限未作明確限制規定，容易妨礙了生效裁判的確定，也可能侵害法律的尊嚴。

六、管轄的法院

(一) 大陸刑事審判監督程序的法院

根據大陸刑訴法第206條的規定，按照審判監督程序重新審理的案件，審判的法院既可以是原一審、二審法院，也可能是上級法院，也可能是最高人民法院。

(二) 我國再審程序及非常上訴程序的管轄法院

我國再審管轄的法院根據具體程序的不同而有所區別，再審程序是由原判法院管轄，包括原一審、二審法院，部分案件為原第三審法院。非常上訴程序是由最高法院管轄。

七、審理程序

(一) 大陸刑事審判監督程序對再審申請的處理

根據最高人民法院「關於執行〈中華人民共和國刑事訴訟法〉若干問題的解釋」之規定，人民法院對於再審申請，應當根據情況分別處理。

1、人民法院經審查，對不符合刑事訴訟法第203條規定的申訴，按來信、來訪處理。

2、受理、審查申訴一般由作出發生法律效力的判決、裁定的人民法院進行。直接向上級人民法院申訴的，如果沒有經作出發生法律效力的判決、裁定的人民法院審查處理，上級人民法院可以交該人民法院審查，並告知申訴人；如果屬於案情疑難、複雜、重大的，或者已經由作出發生法律效力的判決、裁定的人民法院審查處理後仍堅持申訴的，上級人民法院可以直接受理、審查，下級人民法院也可以請求移送上一級人民法院審查處理。

3、第二審人民法院對不服本院維持第一審人民法院裁判的申訴，可以交由第一審人民法院審查。第一審人民法院審查後，應當寫出審查報告，提出處理意見，報第二審人民法院審定。

4、對最高人民法院核准死刑的案件或者授權高級人民法院核准死刑案件的申訴，可以由原核准的人民法院直接處理，也可以交由原審人民法院審查。原審人民法院應當寫出審查報告，提出處理意見，逐級上報原核准的人民法院審定。

5、人民法院受理申訴後，應當在三個月內作出決定，至遲不得超過六個月。經審查，認為有刑事訴訟法第204條規定的情形之一的，由院長提請審判委員會決定重新審判；對不符合刑事訴訟法第204條規定的申訴，應當說服申訴人撤回申訴；對仍然堅持申訴的，應當書面通知駁回。申訴人對駁回申訴不服的，可以向上一級人民法院申訴。上一級人民法院經審查認為申訴不符合刑事訴訟法第204條規定的，應當予以駁回。經兩級人民法院處理後又提出申訴的，如果沒有新的充分理由，人民法院可以不再受理。

6、各級人民法院院長對本院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現在認定事實或者適用法律上確有錯誤，定撤銷原判，發回原審人民法院重新審判。原判決、裁定認定事實不清，證據不足，經再審仍無法查清，證據不足，不能認定原審被告人有罪的，應當參照本解釋第176條第(四)項規定，判決宣告被告人無罪。

(二) 我國再審程序及非常上訴程序審理

我國關於再審的判決，區分兩種情況：

1、為受判決人之利益聲請再審之判決

我國刑訴法第439條、第440條規定了為受判決人之利益聲請再審之判決的情形。為受判決人之利益聲請再審之案件，諭知有罪之判決者，不得重於原判決所諭知之刑。為受判決人之利益聲請再審之案件，諭知無罪之判決者，應將該判決書刊登公報或其他報紙。

2、為受判決人之不利益聲請再審之判決

為受判決人之不利益聲請再審之案件，可以是有罪、無罪、免訴或不受理之判決。

3、關於非常上訴之判決

我國刑訴法第446條、第447條分別規定了非常上訴的判決。第446條規定，認為非常上訴無理由者，應以判決駁回之。第447條規定，認為上訴有理由者，應分別為下列之判決：一 原判決違背法令者，將其違背之部分撤銷。但原判決不利於被告者，應就該案件另行判決。二是訴訟程序違背法令者，撤銷其程序。前項第1款情形，如係誤認為無審判權而不受理，或其他有維持被告審級利益之必要者，得將原判決撤銷，由原審法院依判決前之程序更為審判。但不得諭知較重於原確定判決之刑。

第六節 大陸現行再審制程序與國際刑事司法「一事不再理」原則的衝突

經過前述對於國際人權公約之一事不再理內涵理解，以及對於大陸地區審判監督制度相關法律與實務的認識後，可知大陸現行刑事法律是沒有對一事不再理原則作出規定，此一原則之內涵，特別是人權保障部分，未受到應有的重視，法律規定和司法實務的操作與該原則還存有相當大的差距。首先是理念上的衝突，即大陸再審程序設計的理念並非從保障人權的角度出發，而是基於「實事求是、有錯必糾」思想指導，注重實體真實，忽視人權保障的再審理念。如前所述，各人權公約與規約建立的國際刑事司法原則雖然體系龐雜，未盡相同，但人權保障原則是國際刑事司法原則中最高位階的原則，其他原則確立的目的都是為了實現人權保障的主旨。國際刑事司法原則中設立一事不再理原則的主旨就在於保障人權。與之相比，大陸刑事再審程序的設計理念不是從保障人權的角度出發的，而是在「實事求是、有錯必糾」思想指導下的一種過於重實體真實的發現而輕人權保障的理念。在大陸，再審又稱為「審判監督程序」，按照權威的觀點，「即使判決、裁定已經發生法律效力，但一經發現有錯誤，不論是在認定事實上，還是在適用法律上，也不論是對原被告有利的，還是不利的，都要通過審判監督程序重新審理，加以糾正，從而使無辜受罰者得到平反昭雪，輕縱的罪犯受到應得的懲罰。」²⁶⁷ 換言之，為了追求實體裁判結論的正確，法院和檢察院只要發現生效裁判在事實認定和法律適用方面存在錯誤，都應隨時提起再審程序。但實際上，發現真實與正確適用法律固然重要，但在現代法治國家中，不應將之視為唯一的或者至高無上的目標。如德國最高法院早已指出，刑事訴訟程序並非不惜任何代價發現真實²⁶⁸。在人權理念下，刑事訴訟絕非一種單純的認知活動與處罰效果，而應該是包含著一系列訴訟價值的實現和選擇過程。至少在追求「實事求是、不枉不縱」目標的過程中，還要兼顧訴訟程序的公正和人權，尤其要在國家

²⁶⁷ 陳光中，刑事訴訟法，中國政法大學出版社，1996，頁420。

²⁶⁸ BGHSt 14, 358, 365.

訴追利益與被告人權保護利益之間進行適當的平衡。²⁶⁹ 大陸在主要，甚至是過度追求實體真實的理念的指引下，再審程序可以被重複提起，即使經過法院終審判決，被告因同一行為而可能一再遭受檢察院的追訴和法院的審判，長期處於法律效果不確定和可能改變的狀態，這對保障被告的利益可說極其不利。

大陸刑事訴訟程序的審判監督制度，與國際刑事司法原則中一事不再理原則尊重法院確定裁判效力的精神相背離。刑事再審程序針對的是已經發生法律效力的裁判，而關於提起再審的時效和再審次數方面，大陸刑事訴訟法卻並未規定或限制。因此，法院、檢察院根據法律相關規定，只要發現原判決、裁定「確有錯誤」，就可以隨時提起再審，也可以多次提起再審，當事人也可以隨時申訴、重複申訴。雖然申訴只是啟動再審的原因之一，與法院主動提起再審和檢察院之再審抗訴不可同日而語，亦即並不發生必然啟動再審的效果，但亦不能否認其也有引發對確定裁判所認定事實再次予以審理的可能性。如學者指出：「我們的再審制度在力圖做到使當事人服判息訴時，卻同時在孕育著當事人糾訟求勝的欲望，一個案件經過一審、二審、再審，有的案件甚至歷時十年以上，當事人生命不息，申訴不止。」²⁷⁰ 這些原因都使得發生法律效力的裁判往往面臨諸多挑戰，其穩定性大受影響，導致裁判既判力喪失，因而司法權威性也無法確保。

再者，依據大陸刑事再審程序在司法實務中的操作狀況分析，也很難認為這是一種特殊的救濟程序，因而大陸刑事再審程序無法構成國際刑事司法原則中一事不再理原則所稱的「例外情況」。刑事再審程序是對已確定的刑事判決和刑事裁定，因發現確有錯誤而重新進行審理的程序。是在裁判既判力與程序公正之間須協調、妥協的產物，屬於一事不再理原則的例外情形，國際刑事司法原則中對其的定位是刑事訴訟程序中一種特別的救濟程序。因此，既然再審只是一事不再理原則的例外，其啟動的條件應該非常嚴格，不容任意提起。例如「國際刑事法院羅馬規約」第20條規定，只有在兩種情形之下，才能對已經據以判定有罪或無罪之人重新進行審判。在我國，以第420條第1項第6款之「新證據」解釋為例，實務通說認為²⁷¹「須自形式上加以觀察，可認為確實具有足以動搖原確定判決，而具備對受判決人為更有利判決之「確實性（顯著性）」，且該證據係在事實審法院於判決前已存在，因未經發見，不及調查斟酌，或審判時未經注意，至其後始行發見而具備「新規性（嶄新性）」之特質。」採取相當限縮的立場。至於非常

²⁶⁹ 陳瑞華，刑事再審程序研究，政法論壇，2000。

²⁷⁰ 陳衛東，模範刑事訴訟法典，中國人民大學出版社，2005，頁33。

²⁷¹ 參見最高法院九十五年度台抗字第三六九號：「刑事訴訟法第四百二十條第一項第六款所謂之「新證據」，須自形式上加以觀察，可認為確實具有足以動搖原確定判決，而具備對受判決人為更有利判決之「確實性（顯著性）」，且該證據係在事實審法院於判決前已存在，因未經發見，不及調查斟酌，或審判時未經注意，至其後始行發見而具備「新規性（嶄新性）」之特質。至若人證，係以證人之證言為證據資料，故以證人為證據方法，以其陳述為證明之作用者，除非其於另一訴訟中已為證言之陳述，否則，不能以事後所製作記載見聞事實之文書，謂其係根據人證成立於事實審判決之前，而認該文書為新證據（最高法院七十五年臺上字第七一五一號判例參照）。證人丙雖於第一審法院判決當時已存在，僅未經傳喚出庭供證，係於判決確定後，在共犯乙上開上訴案件始到庭供述，依前開判例意旨所示，係以證人之證言為證據資料，故以證人為證據方法者，係以其陳述為證明之作用，必其陳述於前案原審法院判決當時已經存在於另案，亦即在另案已為供述，或於前案原審法院判決當時已為供述，而為前案原審法院所未經注意，且未經斟酌者，方得認為係於判決當時已經存在，而發見在後或審判時未經注意之「新證據」，未得僅以該證人係於前案原審判決當時已經存在（生存），遽認該證人及其陳述為新證據，即尚難謂具備「新規性（嶄新性）」之特質。」

上訴部分，最高法院近年甚至強調²⁷²，刑事訴訟法第四百四十一條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應」提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。故此制度係以「以統一法令之適用為主要目的」，「與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，其目的係針對個案為救濟者不同」。

反觀大陸目前刑事再審程序的運行狀況，顯然不符合如此嚴格限制的要求。大陸學者指出，「現行申訴、再審制度主要特點是無限申訴、無限再審。歸納起來主要是「五無限」，即主體無限、時間無限、次數無限、審級無限、理由或條件無限。這種無限申訴和再審制度，在世界上是絕無僅有的。」²⁷³由此可以看出，大陸的刑事再審程序並沒有嚴格的限制，而是很容易發動的程序，甚至已達到可任意提起的程度。這種現象可說與國際刑事司法原則中一事不再理原則所蘊涵的精神嚴重相背離。

第七節 應引入一事不再理原則並對再審程序進行改革

一、與世界人權標準接軌——一事不再理原則引進的必要

隨著法治的現代化和國際人權運動的蓬勃發展，人權意識深入人心，人權已成為全世界的普世價值。在大陸刑事訴訟中引入一事不再理原則，可促進大陸人權發展、加強人權保障的現實功能。與國際人權接軌部分，1997年10月和1998年10月大陸先後簽署了聯合國「經濟、社會和文化權利國際公約」和「公民權利和政治權利國際公約」等兩大公約，其中前者已於2001年2月獲得批准。對這兩個聯合國最重要的綜合性人權公約的加入和簽署，可以說是大陸人權事業發展史上一個重要的里程碑，雖然「公民權利和政治權利國際公約」迄今尚未得到人大常委會批准。但是，在這樣的時代潮流下，大陸刑事訴訟法中貫徹一事不再理原則確有必要。

此外，大陸也正進行一連串的司法改革。而在大陸刑事訴訟中引入一事不再理原則，符合當前為建立公正、高效、權威的社會主義司法制度而正在進行的司法改革。在其黨的十七大報告內，明確提出要建立公正、高效、權威的社會主義司法制度，目前的司法改革正向此目標努力。「建立公正、高效、權威的社會主義司法制度，無論從制度設計和程序性規則制定等，均應該借鑒和引進現代法治國家的成熟經驗和理論成果，尊重人權，以期充分實現和發揮司法應有的功能。而一事不再理原則作為國際刑事司法中的一項基本原則，已證明其並非僅適用某特定國家或區域，此原則所蘊涵的正義、效率、司法權威以及保障人權等價值是現代法治國家的刑事訴訟程序所共同追求的目標，也應該符合中國大陸當下進行

²⁷² 參見最高法院九十七年度第四次刑事庭會議：「一、非常上訴，乃對於審判違背法令之確定判決所設之非常救濟程序，以統一法令之適用為主要目的。必原判決不利於被告，經另行判決；或撤銷後由原審法院更為審判者，其效力始及於被告。此與通常上訴程序旨在糾正錯誤之違法判決，使臻合法妥適，其目的係針對個案為救濟者不同。兩者之間，應有明確之區隔。刑事訴訟法第四百四十一條對於非常上訴係採便宜主義，規定「得」提起，非「應」提起。故是否提起，自應依據非常上訴制度之本旨，衡酌人權之保障、判決違法之情形及訴訟制度之功能等因素，而為正當合理之考量。除與統一適用法令有關；或該判決不利於被告，非予救濟，不足以保障人權者外，倘原判決尚非不利於被告，且不涉及統一適用法令；或縱屬不利於被告，但另有其他救濟之道，並無礙於被告之利益者，即無提起非常上訴之必要性。亦即，縱有在通常程序得上訴於第三審之判決違背法令情形，並非均得提起非常上訴。」

²⁷³ 沈德詠，最高人民法院沈德詠副院長談審判監督工作和審判監督改革，載「審判監督指導與研究」，人民法院出版社，2001，4頁。

的司法改革的訴求。因此，在大陸的刑事訴訟程序中引入一事不再理原則，也符合大陸深入司法改革的形勢。

再者，在大陸刑事訴訟中引入一事不再理原則，是促進大陸與其他有關國家進行刑事司法協助的需要。一事不再理原則作為與刑事程序密切相關、與人權保護緊密聯繫的原則，已經成為一項進行國際刑事司法協助時所普遍接受的原則，1990年聯合國「刑事司法協助公約」明確對該原則作出了規定，這顯然對國際刑事司法協助將產生重大影響²⁷⁴。學說上亦認為，根據相互承認原則，目前許多國家，尤其是屬於區域或國際刑事司法互助條約簽約國者，不得相互承認各自的司法判決，因此，刑事司法體系將突破國界的限制，一事不再理原則將更為廣泛的發揮作用²⁷⁵。

大陸在參與國際刑事司法協助時，也接納了此原則，在與其他國家簽訂刑事司法協助條約特別是引渡條約時，也規定了該原則的內容。這表示，一事不再理原則亦是大陸參與國際刑事司法協助，與其他國家進行引渡合作時應該遵守的一項原則。但是，大陸目前的刑事法律尚沒有對其予以明確規定。且大陸「刑法」第10條「凡在中華人民共和國領域外犯罪，依照本法應當負刑事責任的，雖然經過外國審判，仍然可以依照本法追究，但是在外國已經受過刑罰處罰的，可以免除或減輕處罰」的規定與一事不再理原則相矛盾。這種衝突和矛盾的出現與存在會影響到大陸有關的國際刑事司法協助活動，引發其他國家對大陸的不信任，進而影響國際刑事司法協助的正常進行。因此，從有利於保障大陸正常開展國際間刑事司法協助的角度出發，需要對大陸的刑事法律進行完善，不僅要對「刑法」第10條作相當的修改，同時也應該在刑事訴訟法中對一事不再理原則作出明確規定。

二、引入國際人權法「一事不再理原則」對再審程序進行改革建議與考慮

如前文所述，如何有效實現國際刑事司法原則中一事不再理原則，並且在公約成員國的司法運作中起其作用，是一國立法者所面臨的課題。雖然一事不再理原則得到了國際社會的認同，成為了國際刑事司法原則之一，但由於不同的法文化背景和司法傳統，它在不同的國家或同一國家不同時期，均會產生不同的認識和規範型態，因此，世界各國對一事不再理原則在本國法律的具體化內容，也未盡相同。儘管如此，對於該原則包含的價值和精神卻是得到世界各國普遍之認可。因此，中國大陸也應以國際刑事司法原則中的一事不再理原則所蘊涵的價值和精神為基準，未來對大陸刑事再審程序作大幅修正。

首先，應以國際刑事司法原則中一事不再理原則所蘊涵的價值和精神為借鑒，重新思考大陸刑事再審程序的固有理念和價值取向，並對之予以正確的功能定位。

(一)人權保護作為基本價值

²⁷⁴ 歐盟首先以國際條約創設國與國之間的國際性禁止雙重處罰，最為人熟知的例子就是《申根施行公約》(SDÜ)第54條至第58條規定。《申根施行公約》第54條規定，「經本公約簽約國有罪判決確定之人，如果有罪裁判之制裁已執行完畢、正在執行中或依裁判國之法律不得再予執行者，則其他簽約國不得就該人之同一行為再予追訴」，這項規定造成「一行為不二罰跨境效力」在歐洲迅速發展。不過該條文保障並非絕對不容限制，在公約第55條允許簽約國聲明例外，而第56條則是針對第55條所作的實際補償機制，亦即上述的制裁折抵原則，針對同一行為由不同簽約國相繼處罰者，裁判時應適用折抵原則。Gless, Europa - eine Herausforderung für die Strafverteidigung, StV 2010, 403. Zöller, Die transnationale Geltung des Grundsatzes ne bis in idem nach dem Vertrag von Lissabon, FS für Volker Krey, 2010, S. 513 f.

²⁷⁵ 楊宇冠，國際人權法對我國刑事司法改革的影響，中國法制出版社，2008年1版，頁326。

理念是一項制度、一種程序的核心所在，揭示其價值取向。所以，在探索如何對再審程序進行具體改造之前，必須對目前審判監督司法觀念和價值理念進行徹底的改造和重塑。以國際刑事司法原則中的一事不再理原則予以檢視，從其保障人權、尊重法院生效裁判的既判力等出發，改革大陸的刑事再審程序首先必須改變「實事求是、有錯必糾」的指導原則，而以人權觀點，亦即防止被告受到多次追訴以保障其權益，並且尊重法院裁判的既判力以維護司法權威、實現司法終結性以利於提高訴訟效率等基本理念出發。2012年新修正刑事訴訟法第2條內，對刑事訴訟法的任務新增「尊重和保障人權」²⁷⁶，可見大陸方面亦逐漸注意，刑事訴訟之任務不只是如舊法所稱：「保證準確、及時地查明犯罪事實，正確應用法律，懲罰犯罪分子，保障無罪的人不受刑事追究……」等，偏重於「發現真實、懲罰犯罪」而已，人權的保障也是基本任務之一不容忽視。

尤其要在觀念上要瞭解，「一事不再理原則」的原則性，只有在少數且具體的情況發生時，允許例外的破壞此一原則。因此，其例外是在維護法的安定性和追求正義、真實之間進行權衡的結果。而追求正義、真實亦包括維護被告的利益，所以除非法律有特別規定，否則禁止在一事不再理的例外中惡化、不利被告的地位。因此，重構作為一事不再理原則例外之刑事再審程序，其理念顯然應從「實事求是、有錯必糾」轉變為注重保護被告權益。

(二)正確劃分程序的功能定位

近代學者普遍認為，現代型社會有別於傳統型社會的重要不同處，就在於社會的結構分化和功能專門化程度有異。有學者認為，社會分化程度可以作為衡量社會系統發展程度的重要標誌。社會分化發生在社會生活的各個領域，在現代社會發展中，社會分化以日益加快的速度進行。社會分工不只是經濟領域所固有，在社會的各領域中都可以看到日益增長的影響，政治、管理、司法的職能均日益專門化。因此，刑事訴訟程序的設計同樣應遵循功能分化原理，不同程序應承載不同的功能，不足或過度的承載，將使原先的制度設計遭到破壞。依據現代對刑事再審程序的普遍認知，無論是國際刑事司法原則或是各國的刑事法律，都將其定位為一種刑事訴訟的特殊救濟程序，在一事不再理原則的基本要求下，再審的提起受到嚴格的限制。否則可無限提起的話，無異於創設一「超級審級」，原先的一審程序和二審程序的重要性與權威性勢必大幅減損，大陸刑事再審程序的改革應以此為借鏡。而期待再審程序的有錯必糾，恐怕也將延滯一審程序和二審程序的改革。在充分改善一審程序和二審程序的基礎上，將再審程序定位為刑事訴訟的特殊救濟程序，明確啟動再審的嚴格限制條件，從而改變目前再審程序啟動的任意狀態。其次，既然大陸現行刑事再審程序存在許多如前述之「無限」狀況，即主體無限、時間無限、次數無限、審級無限、理由或條件無限的狀況，要有效的解決，就應以廢止或限縮這些「無限」，作為刑事再審程序的修正基礎，以使改革更具有方向性和實效性。

(三)以一事不再理原則改革刑事再審制度的前提—訴訟程序法治現代化

²⁷⁶ 第2條：「中華人民共和國刑事訴訟法的任務，是保證準確、及時地查明犯罪事實，正確應用法律，懲罰犯罪分子，保障無罪的人不受刑事追究，教育公民自覺遵守法律，積極同犯罪行為作鬥爭，維護社會主義法制，尊重和保障人權，保護公民的人身權利、財產權利、民主權利和其他權利，保障社會主義建設事業的順利進行。」

一事不再理原則下，對於已經過法院訴訟程序審理、決定之案件，不輕易再開訴訟，影響原先裁判之效力。但此一原則的前提在於，「實體上越是合乎真實正義、程序上越是合乎法制規定」的裁判，越能令人心悅誠服，也就越能達到法和平性之目的²⁷⁷。因此，大陸地區提倡以一事不再理原則改革刑事再審制度之同時，亦要注意原先刑事訴訟程序之設計與實務運作是否能「發現真實正義、符合程序法制規定」，否則，原先之訴訟程序如不能符合這樣之基本要求，立即基於一事不再理原則而封鎖所有可能的救濟管道，只是讓過去存有事實錯誤，或是法律適用錯誤，甚至是違反近代「公平法院、保障人權」的法院判決繼續存在，難以變更而已。

2012年新修正刑事訴訟法將原先在第204條規定法定四種重新審判事由，移至第242條，並於原來四種事由外，另新增「（四）違反法律規定的訴訟程序，可能影響公正審判的；」之法定重新審判事由²⁷⁸，足見陸方亦深刻認知於部分個案上，原先進行之審判程序確有不少「違法以致影響公正審判」的重大違失之處，故須於再審程序列入法定重新審判事由。因此，提倡以一事不再理原則改革刑事再審制度，在中國大陸目前可能只能列為未來計畫，亦即必須對先前普通訴訟程序

以重新建構的刑事再審程序理念和正確的功能定位為指導，以現行刑事再審程序的許多「無限」為出發點，進行如下具體改革。

一、關於提起再審程序的理由、時間和次數應予適度限制

國際刑事司法原則中對一事不再理原則例外之下的再審，並沒有區分是否對被告有利或不利的類型。但是事實上，在許多國家再審程序原則上為維護人權而設立，因此這些國家禁止提起不利於被告的再審，如法國、日本等。即使有的國家偏向對實體真實的追求，其法律也對惡化被告地位的不利於被告再審，設置了嚴格的限制，如德國²⁷⁹。因此，基於目前的司法現狀和法律傳統等考慮，中國大陸要完全禁止不利於被告的再審可能不切實際，並難為社會接受。而要實現保障人權和再審作為特殊救濟程序的功能，現實的改革途徑是參考德國的做法，將再審區分為有利於被告的再審和不利於被告的再審。然後在此基礎上，再對這兩

²⁷⁷ 參見林鈺雄，刑事訴訟法上冊，2010，頁11。

²⁷⁸ 第二百四十二條：「當事人及其法定代理人、近親屬的申訴符合下列情形之一的，人民法院應當重新審判：（一）有新的證據證明原判決、裁定認定的事實確有錯誤，可能影響定罪量刑的；（二）據以定罪量刑的證據不確實、不充分、依法應當予以排除，或者證明案件事實的主要證據之間存在矛盾的；（三）原判決、裁定適用法律確有錯誤的；（四）違反法律規定的訴訟程序，可能影響公正審判的；（五）審判人員在審理該案件的時候，有貪污受賄，徇私舞弊，枉法裁判行為的。」

²⁷⁹ 第362條 [對被告不利的再審]

下述情形，允許不利被告對透過具有確定效力判決而終結之程序進行再審，

- 1、法庭審理中對被告有利之作為真實證書出示的證書，屬偽造或者變造；
- 2、證人、鑑定人所為有利於被告之證詞或鑑定時，故意或過失違反宣誓義務，或故意作出虛假之非宣誓陳述；
- 3、參與判決的法官、參審員，在有關案件犯下應受刑罰，違反其職務義務之行為或
- 4、被告告無罪者在法庭上或法庭外就犯罪行為為可信的自白。

種再審程序分別規定提起再審程序的理由、時間和次數，使不利於被告的再審受到更多、更大的限制。而對於有利於被告的再審，則可以根據更多的理由提起。關於再審理由，參考多數國家立法例，往往集中於以下幾種情形：發現有司法欺詐行為，如證據被偽造或者變造，或發現新證據而有重大影響原先事實認定之虞，或存在司法不法行為，如原審審判人員有行賄受賄或枉法裁判行為等。因此，有必要將大陸刑事訴訟中提起有利於被告的再審的理由限定為：原審證據屬偽造或者變造；原審審判人員存在行賄受賄、枉法裁判行為以及發現新事實或新證據等。對於不利於被告的再審，其理由應只限於上述理由中的前兩者，檢察機關事後發現新事實或新證據這一情況不可成為開啟再審的理由，否則將不利於保障被判決無罪者的利益。而在提起再審的時間方面，對於有利於被告的再審不作具體限制，在原審判決生效的任何時間均允許提起，這將更有利於保護原審被告的利益。對於不利於被告的再審，似應規定提起的期限，否則原審被告可能會一直處於擔心將來被加重處罰的憂慮中。而這個期限的具體設置可以考慮刑法規定的犯罪追訴時效，即不利於被告的再審應在犯罪追訴時效屆滿前開啟。

至於提起再審的次數，為貫徹人權保障精神，提起有利於被告的再審可以不受次數的限制。不利於被告的再審則應有開啟次數限制，為避免原審被告遭受多次不利情況的危險並同時維護確定裁判的既判力，此種再審的提起僅以一次為限。換言之，不利於被告的再審一經提起，不論法院再審後作出怎樣的裁判，檢察機關均不可再就同一案件重新提出再審。

二、提起再審的主體限制

為改善目前提起再審主體無限的狀況，以有效實現保障人權和尊重法院確定判決之既判力，應對提起再審主體進行限定，對此可以從以下三方面討論。首先，根據控訴原則、不告不理的訴訟基本原則，無論是不利於受判決人還是有利於受判決人的再審，法院都不應該有主動提起的權限，只能被動地接受並審查來自訴訟當事人提出的再審申請。人民法院如仍得認為原生效裁判發生錯誤而得主動或自行啟動再審程序，無異等於自行宣告刑事裁判永無確定之一日。

並且，檢察機關在提出再審申請部分，與原審被告應維持適當之武器平等，亦即擁有原則上平等的權利和機會，立法者應廢止檢察機關於再審抗訴的特殊地位，使檢察機關之抗訴與受判決人等之申訴，具有平等的效果，否則，檢察機關可以對其不服之判決，不斷提起再審抗訴，相對的，原審被告之申訴卻是薄弱無力。此外，針對當事人申訴無權直接啟動再審程序，同時又存在無限上訪、無限申訴的社會狀況，可將「申訴」修改為具有直接啟動法院審查再審要件是否具備之效力，由法院依法進行審查後，對是否符合再審要件等做出決定。

三、關於再審法院的審級

既然再審程序應屬一種特殊的救濟程序，那麼在受理再審案件的法院的級別上，也應考慮其特殊性。大陸目前從基層法院到最高法院都有受理再審案件的權限。由於基層法院的法官素質和審判品質較低，將降低再審的權威，而且實務經驗也證實，由法院本身糾正自己作出的錯誤判決也很困難。為實現和發揮再審程序作為特殊救濟程序的功能，除最高人民法院作出的終審裁判外，應取消原作出確定裁判法院的再審管轄權，統一由作出原確定裁判的上級人民法院進行。這種由較高級別法院受理刑事再審案件的審級考慮，也和世界上多數國家的規定相同。

2012年新修正刑事訴訟法對於上級人民法院指令下級人民法院再審案件管轄，於第244條新增「原則其他法院、例外原審法院」的規定：「上級人民法院指令下級人民法院再審的，應當指令原審人民法院以外的下級人民法院審理；由原審人民法院審理更為適宜的，也可以指令原審人民法院審理。」並於第245條新增人民檢察院應派員出席再審案件審理的規定：「……。人民法院開庭審理的再審案件，同級人民檢察院應當派員出席法庭。」²⁸⁰

²⁸⁰ 第 245 條：「人民法院按照審判監督程序重新審判的案件，由原審人民法院審理的，應當另行組成合議庭進行。如果原來是第一審案件，應當依照第一審程序進行審判，所作的判決、裁定，可以上訴、抗訴；如果原來是第二審案件，或者是上級人民法院提審的案件，應當依照第二審程序進行審判，所作的判決、裁定，是終審的判決、裁定。人民法院開庭審理的再審案件，同級人民檢察院應當派員出席法庭。」

第五章 建議與結論

一、限制人身自由之強制處分

強制措施乃係刑事犯罪偵查不可或缺之必要手段，在刑事訴訟制度上，係在人權保障及發現真實求其平衡點，強制措施應也是在此架構上作為立法選擇。相較於我國、世界先進法治國家以及國際人權公約之要求，大陸刑事訴訟法規定以及實務等，仍有相當之差距。在偵查階段，不僅刑事拘留、逮捕、羈押的決定權不在法院手中，在涉及剝奪公民人身自由的事項上不存在司法授權和司法聽審機制，而且就連搜查、扣押、竊聽等涉及侵犯公民隱私的強制性偵查行為，也沒有司法裁判機構的任何參與。這種司法授權和審查機制的缺乏，導致審判前階段缺乏中立司法機構的參與，使得司法權對員警權、檢察權的控制機制難以存在。無論是遭受不當羈押的嫌疑人，還是受到不公正搜查、扣押的公民，都無權直接向中立司法機構提出訴訟請求，法院也幾乎從來不會受理這種請求，並就此舉行任何形式的司法裁判。大陸地區新修正之刑事訴訟法，在程度上係偏向國家安全之管控，更授予職司犯罪偵查機關即公安機關龐大之權利，恐已違法治國立法原則。

至於干預人身自由程度最甚之強制措施在大陸乃為逮捕(即羈押)，在我國乃屬絕對法官保留原則，即使立法者亦無法改變，法院以外之任何機構，均不得作為羈押之決定機關²⁸¹，然大陸地區刑事訴訟法之逮捕，係由公安機關提請檢察院批准，偵查中之逮捕係由檢察院決定，已有違正當法律程序。

此外，聯合國公民與政治權利國際公約第9條第2項明定：「執行逮捕時，應當場向被捕人宣告逮捕原因，並應隨即告知被控案由。」但大陸地區強制措施之通知義務往往並未落實，2012年新修正刑事訴訟法將第64條改為第84條，第二項修正為：「拘留後，應當立即將被拘留人送看守所羈押，至遲不得超過二十四小時。除無法通知或者涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪等嚴重犯罪，通知可能有礙偵查的情形以外，應當把拘留的原因和羈押的處所，在拘留後二十四小時以內，通知被拘留人的家屬。」甚至將無法通知、涉嫌危害國家安全犯罪、恐怖活動犯罪等嚴重犯罪，通知可能有礙偵查的情形以外之情形，作為不通知家屬的要件，然上開不通知要件之審查，乃係由偵查機關決定，偵查機關決定後，又欠缺救濟機制，勢將引發巨大爭議。且實務中偵查機關是否會擴張解釋該條款，恐造成「秘密拘捕」盛行，值得注意。2012年新修正刑事訴訟法第47點，乃係將刑事訴訟法第92條改為第116條，第2款修改為：「傳喚、拘傳持續的時間不得超過12小時；案情重大、複雜，需要採取拘留、逮捕措施的，傳喚、拘傳持續的時間不得超過24小時」、「不得以連續傳喚、拘傳的形式變相拘禁犯罪嫌疑人。傳喚、拘傳犯罪嫌疑人，應當保證犯罪嫌疑人必要的飲食、休息時間」，修正草案將拘傳之時間從12小時延長至24小時，引起部分專家學者質疑，認為拘傳時間之延長，是公安機關權力擴張的表現。

二、被告辯護權

刑事被告(特別是無辜的人)往往刑事訴訟程序中遭受國家機關的侵害，如何使其得以與國家機關在刑事訴訟程序中相互抗衡，避免冤抑；亦即如何透過辯護權的保護，使控辯雙方儘量能在實質上處於對等之地位，自為當代法治國家所

²⁸¹ 過去刑事訴訟法規定偵查階段檢察官擁有對被告之羈押權限等，已遭司法院釋字第392號宣告違憲。

應重視的重要課題。

隨著依法治理之理念在大陸地區普遍受到重視，在法治建設的路程上，強化刑事被告之辯護權保障，也隨之受到重視，特別是在余祥林、楊佳以及聶樹斌等重大案件引起社會普遍關注之際，如何透過提升辯護權保障以避免重大冤案或錯案的再次發生，已成為一般人民茶餘飯後所討論的課題。事實上，現行大陸地區刑事訴訟法之辯護制度存在三難與五難之批評，所謂三難係指會見難、閱卷難、調查取證難；而五難係指會見難、閱卷難、調查取證難、法庭質證難、辯護意見採納難，為了完善辯護制度之功能，中共中央乃決定修正刑事訴訟法之規定，期能構建更為完善的刑事訴訟法制。此次修正草案規定，在偵查階段可以委託律師作為辯護人；律師只要憑律師執業證書、律師事務所證明和委託書或者法律援助公函，即有權會見犯罪嫌疑人、被告人；律師會見犯罪嫌疑人、被告人時，不應被監聽；法律援助的起始時段由審判階段提前到偵查階段，而指定辯護的適用對象由可能被判處死刑之人擴大到可能被判處無期徒刑之人；指定辯護的方式由人民法院直接指定承擔法律援助義務的律師為其提供辯護改為由人民法院、人民檢察院和公安機關通知法律援助機構指派律師為其提供辯護；辯護律師可以向偵查機關瞭解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有關情況；辯護律師有權向犯罪嫌疑人、被告人出示復制的案卷材料（證據）；辯護人在審前（偵查、審查起訴）程序中對特定證據有開示義務；律師對在執業活動中知悉的委託人的有關情況和資訊，有權予以保密等等。

上述有關辯護權之修正草案規定，如經通過，卻將有助於辯護權之保障，並間接防止再次發生冤案或錯案。然而，相較於我國之刑事訴訟法規定，大陸地區之刑事訴訟法制（包含草案），仍屬於對人權保障較為薄弱之規範。因此，如果我方人民在大陸地區犯罪接受刑事訴訟程序，必會感到保障不足、甚至發生權利遭不公平對待之誤解。如何使我方人民在大陸地區因犯罪而接受刑事訴訟時，能獲得接近我方法制之程序保障，乃為相當重要之課題。雖辯護權不在司法互助或打擊犯罪範圍內，如何落實我方人民於大陸地區接受刑事訴訟之辯護權保障，實為兩岸相關協議先前所遺漏，正本清源之道，應增加辯護權保障之協議，以免我方人民於大陸地區接受刑事偵訊時，受到意料之外的對待。此外，我方亦得基於海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議序言中所揭示的平等原則，主張因大陸地區人民在台接受刑事偵審程序時，我方已提供較優的辯護權保障，則大陸地區亦應在刑事偵審程序中，提供我方人民同等的辯護權保障。果如此，尚可解免我方人民於大陸地區接受刑事訴訟程序時所可能遭受之不必要權利限制。

三、審判監督下之再審制度

大陸刑事訴訟程序對於「已生效」之刑事判決設計之審判監督制度，基本上可以用「政治決定一切、先決定後審理」來形容。被告本人之申訴往往徒勞無功，但有重大事實錯誤（例如被害人沒死、真兇另有其人）時，如經傳播媒體或網路披露，引發關注後，方容易引起司法機關之注意。而其依據審判監督規定進行之再審程序，也不是循一般法治國家般啟動再審機制後，再由法院重新審理以及認定事實，而是往往由各地黨的系統，例如政法委員會召集公檢法等機關，或是公檢法機關事先會商、調查，先行決定本案是否確有重大錯誤事實，決定確有錯誤須提起再審之後，再由法院撤銷原先定罪判決，改判被告無罪。在此種實務作法下，所謂重新認定事實的法院再審程序，其實只是接受結果的宣佈單位而已，所以法院宣佈撤銷改判的時間很短，並沒有看到法院就爭議事實詳盡依法調查，當

然，對於已被「上級單位」定調的結果，法院更不可能為不同之認定，再審審理程序只是形式上按表抄課，宣佈已經決定的「既定結果」！因此，雖然號稱再審途徑多元，甚至有「五無限」之形容，但在既有系統下，也很難發現各個法律監督機關可以「獨立」的啟動再審，或啟動後法院可以獨立的審判案件。確認是否原案有事實或法律錯誤，而給予人民救濟。相對的，如果出於各項考慮，上級單位對於提起法律監督不積極的話，也可以讓該程序進行遙遙無期²⁸²。

大陸刑事訴訟法內之審判監督制度是基於「有錯必糾」的理念設計，與當今世界普遍主要以人權保障為重心的刑事再審制度存有相當大的差異，理論上，被告即使遭受無罪判決，也面臨著隨時可能遭到再審開啟，以及改判有罪之結果。1997年10月和1998年10月大陸先後簽署了聯合國「經濟、社會和文化權利國際公約」和「公民權利和政治權利國際公約」等兩大公約，其中前者已2001年2月獲得批准。後者雖然還未批准，但一般咸信，此公約所規定之近代公民人權保障之內容，勢將影響大陸相關的修法與實務，特別是與國際人權公約存在相當差異或不足的部分，將面臨重大修正的壓力。大陸刑事訴訟法內規定之審判監督程序並不符合公民權利和政治權利國際公約內「一事不再理」原則的各項要求，並且在其實務上，也發生許多弊病，確有參考「一事不再理」原則予以修正之必要。惟要注意的是，許多實務問題盤根錯節、相互影響，單單修改為符合人權要求的再審制度，並不能全面性的解決問題。先前程序與一、二的審判程序是否已經達到正當法律程序的要求（例如採取直接審理、言詞辯論、對審、有效辯護制度以及人身自由保障等）？相關的司法建制是否符合現代法治國家水準等（例如公平法院、法官獨立等）？問題，都需一併考慮在內，基於一事不再理原則設計之再審制度才有其真正意義。

如前所述，大陸刑事訴訟法內之審判監督制度係基於「有錯必糾」的理念設計，理論上，只要案件存有法律上或事實上之錯誤，該案件即應啟動審判監督程序以糾正錯誤，故一般法治國家要求之判決實體確定力以及一事不再理原則之貫徹，並無實益。值得注意的是，2009年兩岸簽訂之海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議內，分別在第一章總則一、合作事項（五）以及十一、罪犯接返（移管）內「接返（移管）受刑事裁判確定人（被判刑人）」、「雙方同意基於人道、互惠原則，在請求方、受請求方及受刑事裁判確定人（被判刑人）均同意移交之情形下，接返（移管）受刑事裁判確定人（被判刑人）。」之規定，似乎在大陸地區也確立了「受刑事裁判確定人（被判刑人）」之存在。按此，即便迄今接返（移管）的要件以及承認判決等問題尚無國內法源依據，但至少大陸方面不可以其現有「審判監督制度」為由，認為所有判決都沒有確定的可能，並以此阻礙我方日

²⁸² 如聶樹斌案，根據報載，疑似真凶的王書金自從2005年3月被捕交待全部罪行直至與律師會面，他並不知道十年前的玉米地案另有兇手，也根本不知道一個叫聶樹斌的人在十年前作為罪犯已被槍決。後王書金因另案遭起訴，在一審法庭庭審中，王書金意欲主動供認玉米地姦殺案，但被法官以「與指控無關」打斷，被公訴方以「查無實據」駁回。2007年4月，一審宣判後，王書金以未起訴他在石家莊西郊玉米地的姦殺案為理由之一，向河北省高院提出上訴。他在上訴狀中說：「我在2005年1月18日向河南省滎陽市索河路派出所供述自己在河北省犯罪過程中，包括石家莊西郊玉米地裏強姦殺人的經過……對於這些河北廣平縣公安機關的員警進行了確認……員警還帶領我對作案現場進行了指認，現場是憑著我對當時的記憶找到的。」但聶樹斌的母親張煥枝多次前往河北高院尋求調查結果，四年間得到的答復如出一轍，「正在復查，很快出結果」。河北高院負責審查聶案的一位法官甚至告訴聶母：調查結果已經出來，報到院長那裏去了，但到底是什麼結果，這位法官說不能向聶母透露。這個秘而不宣的調查到底是怎樣進行的，甚至到底有沒有進行，外界無從獲知。

後根據海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議要求接返（移管）受刑事裁判確定人（被判刑人）回臺之提出。

附件一—最高人民法院《關於執行〈中華人民共和國刑事訴訟法〉若干問題的解釋》

十七、審判監督程序

第二百九十六條 各級人民法院對當事人及其法定代理人、近親屬對已經發生法律效力的判決、裁定提出的申訴，應當進行登記並認真審查處理。

第二百九十七條 人民法院經審查，對不符合刑事訴訟法第二百零三條規定的申訴，按來信、來訪處理。

第二百九十八條 受理、審查申訴一般由作出發生法律效力的判決、裁定的人民法院進行。直接向上級人民法院申訴的，如果沒有經作出發生法律效力的判決、裁定的人民法院審查處理，上級人民法院可以交該人民法院審查，並告知申訴人；如果屬於案情疑難、複雜、重大的，或者已經由作出發生法律效力的判決、裁定的人民法院審查處理後仍堅持申訴的，上級人民法院可以直接受理、審查，下級人民法院也可以請求移送上一級人民法院審查處理。

第二百九十九條 原審人民法院審查處理的申訴、上級人民法院直接處理的申訴和轉交下級人民法院審查處理的申訴，應當立申訴卷。

第三百條 第二審人民法院對不服本院維持第一審人民法院裁判的申訴，可以交由第一審人民法院審查。第一審人民法院審查後，應當寫出審查報告，提出處理意見，報第二審人民法院審定。

第三百零一條 對最高人民法院核准死刑的案件或者授權高級人民法院核准死刑案件的申訴，可以由原核准的人民法院直接處理，也可以交由原審人民法院審查。原審人民法院應當寫出審查報告，提出處理意見，逐級上報原核准的人民法院審定。

第三百零二條 人民法院受理申訴後，應當在三個月內作出決定，至遲不得超過六個月。經審查，認為有刑事訴訟法第二百零四條規定的情形之一的，由院長提請審判委員會決定重新審判；對不符合刑事訴訟法第二百零四條規定的申訴，應當說服申訴人撤回申訴；對仍然堅持申訴的，應當書面通知駁回。

第三百零三條 申訴人對駁回申訴不服的，可以向上一級人民法院申訴。上一級人民法院經審查認為申訴不符合刑事訴訟法第二百零四條規定的，應當予以駁回。經兩級人民法院處理後又提出申訴的，如果沒有新的充分理由，人民法院可以不再受理。

第三百零四條 各級人民法院院長對本院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現在認定事實或者適用法律上確有錯誤，經提交審判委員會討論決定再審的案件，應當另行組成合議庭進行再審。

第三百零五條 最高人民法院對各級人民法院已經發生法律效力的判決、裁定，上級人民法院對下級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現確有錯誤，可以指令下級人民法院再審；對於原判決、裁定認定事實正確，但是在適用法律上有錯誤，或者案情疑難、複雜、重大的，或者有其他不宜由原審人民法院審理的情況的案件，也可以提審。

第三百零六條 最高人民檢察院對各級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，上級人民檢察院對下級人民法院已經發生法律效力的判決和裁定，如果發現確有錯誤，按照審判監督程序向同級人民法院提出抗訴的案件，接受抗訴的人民法院應當組成合議庭重新審理；對於原判決事實不清或者證據不足的，可以指令下級人民法院再審，並將指令再審的決定書抄送抗訴的人民檢察院。

第三百零七條 人民法院決定按照審判監督程序重新審判的案件，除人民檢察院

提起抗訴的外，應當製作再審決定書。再審期間不停止原判決、裁定的執行。

第三百零八條 人民法院按照審判監督程序重新審判的案件，應當對原判決、裁定認定的事實、證據和適用法律進行全面審查。

第三百零九條 人民法院按照審判監督程序重新審判的案件，如果原來是第一審案件，應當依照第一審程序進行審判，所作的判決、裁定，可以上訴、抗訴；如果原來是第二審案件，或者是上級人民法院提審的案件，應當依照第二審程序進行審判，所作的判決、裁定，是終審的判決、裁定。

第三百一十條 按照審判監督程序進行再審的刑事自訴案件，應當依法作出判決、裁定；附帶民事部分可以調解結案。

第三百一十一條 再審案件的審理期限，依照刑事訴訟法第二百零七條的規定執行。

第三百一十二條 再審案件經過重新審理後，應當按照下列情形分別處理：

(一)原判決、裁定認定事實和適用法律正確、量刑適當的，應當裁定駁回申訴或者抗訴；

(二)原判決、裁定認定事實沒有錯誤，但適用法律有錯誤，或者量刑不當的，應當改判。按照第二審程序審理的案件，認為必須判處被告人死刑立即執行的，直接改判後，應當報請最高人民法院核准；

(三)應當對被告人實行數罪並罰的案件，原判決、裁定沒有分別定罪量刑的，應當撤銷原判決、裁定，重新定罪量刑，並決定執行的刑罰；

(四)按照第二審程序審理的案件，原判決、裁定認定事實不清或者證據不足的，可以在查清事實後改判，也可以裁定撤銷原判，發回原審人民法院重新審判。原判決、裁定認定事實不清，證據不足，經再審仍無法查清，證據不足，不能認定原審被告人有罪的，應當參照本解釋第一百七十六條第(四)項規定，判決宣告被告人無罪。

附件二—大陸刑事訴訟程序著名案例

引用網址:<http://unn.people.com.cn/GB/channel23/176/842/200011/08/6165.html>

杜培武錯案的前前後後

令人震驚的楊天勇劫車殺人團夥案的告破,使一起罕見的錯案——杜培武案終於水落石出。2000年7月11日,蒙冤受屈26個月的杜培武被無罪釋放。他的親人、他的律師、他原來所在單位的領導、昆明市公安局的有關領導,一起到監獄接他回家。死者分別是杜培武的妻子和同學,不是杜培武殺死還有誰呢?——錯案就在這樣的推理下「合理」地發生了

1998年4月22日,昆明警方從停放在圓西路人行道上的一輛昌河麵包車內,發現一男一女被槍殺在車內,身上錢物被洗劫一空。經查,男的叫王俊波,是石林彝族自治縣(原路南縣)公安局副局長;女的叫王曉湘,是昆明市公安局通訊處民警。兩名公安幹警被槍殺,案情重大。很快,昆明市公安局成立了由市公安局刑偵支隊、通訊處、戒毒所、五華公安分局、原路南縣公安局有關人員組成的專案組,定名為「4.22」專案組。

經專案組進一步調查發現,「二王」是被人用王俊波當時所持的「七·七」式手槍槍殺,案發後該槍下落不明。專案組通過一系列的工作,死者王曉湘的丈夫、昆明市公安局戒毒所民警杜培武最先進入專案組的視線。專案組傳訊了杜培武,但杜堅決否認。之後,專案組又擴大視線,圍繞殺人拋屍現場走訪了數百名群眾,查證了上萬條資訊線索,在確定了一個又一個的嫌疑人後,經查證後又一個一個地排除了。與此同時,專案組又對現場進行勘察分析,研究案情,並對杜培武進行了一系列的鑒定、測試、檢測,均不否認杜培武作案的可能。自此,杜培武被確定為「4.22」專案的重大嫌疑人。但杜培武對此一直拒不承認。

1998年7月2日,專案組邀請昆明市檢察院有關人員一起研究對杜培武採取強制措施。當晚8時,專案組對杜培武宣佈刑事拘留。

兩天後,杜培武開始「交待問題」,每次均向專案組陳述基本一致的「作案經過」,但對殺害「二王」所用的「七·七」式手槍及「二王」身上的物品去向「交待」不明,案情進展緩慢。

7月19日,專案組又一次邀請了市檢察院有關人員,帶杜培武「指認」現場。

7月26日,昆明市公安局直屬分局以杜培武涉嫌故意殺人罪向市檢察院提請批准逮捕,市檢察院在依法審訊杜培武時,杜推翻了原來的供述,訴說以前的供述是偵查部門刑訊逼供的結果,並指著手上的疤痕稱是被偵查部門用煙頭燙傷的。針對這一情況,批捕處即找專案組瞭解是否有過刑訊逼供,辦案人員稱杜手上的疤痕是戴手銬形成的,對杜沒有刑訊逼供,並提供了審訊杜培武的錄相帶和杜親筆書寫的供述材料給檢察院審查。

7月31日,市檢察院以杜培武涉嫌故意殺人罪正式批准逮捕。10月20日,市檢察院決定將該案起訴到昆明市中級人民法院。

昆明市中級人民法院受理後，於 1998 年 12 月 17 日和 1999 年 1 月 15 日兩次開庭審理了本案，並於 1999 年 2 月 5 日以杜培武犯故意殺人罪，判處死刑，剝奪政治權利終身。宣判後，杜培武不服，以「沒有殺人，公安刑訊逼供，事實不清，證據不足」為由向雲南省高級人民法院提出上訴。

省高級人民法院在審理該案後，提出了對公訴機關在一審庭審中指控並經一審確認的鑒定證據和杜本人的親筆供述等證據中的取證問題、鑒定時間問題、刑訊逼供問題、以及作案時間、作案動機等方面的問題和疑點。認為該案的主要證據是真實的，但存在的疑點不能排除，於 1999 年 11 月 12 日留有餘地地將杜降格判處死刑，緩期二年執行，判決後，將杜培武投入監獄改造。楊天勇劫車殺人團夥案的告破，公安機關最先作出反映：杜培武抓錯了！

轉眼，半年多時間過去了。2000 年 6 月 14 日，昆明警方在開展偵破會戰中，一舉破獲了楊天勇劫車殺人團夥案，59 小時抓獲這個團夥的 7 名犯罪嫌疑人。在他們所交待的一件件驚天大案中，也包括了在海埂殺害搶劫兩名員警的案件。據案犯交待，1998 年 4 月的一天晚上 8 時左右，楊天勇、楊明才、滕典東攜帶一支「五·四」式手槍及兩副手銬，由滕典東駕駛一輛白色長安微型車到海埂路民族村旁，準備以抓賣淫嫖娼敲詐錢財。他們從一條岔路進去，看見一塊大空場中央有一輛昌河微型車停在那裏，3 人即將車停在路邊步行過去，走近車後，楊天勇敲敲車門後，車內的人打開了玻璃窗，楊天勇掏出「五·四」式手槍說：「我們是緝毒隊的，請你們出示證件接受檢查。」車門打開後，3 人用手電筒照，見車內有一男一女。男的拿出證件給楊天勇看，楊叫滕典東把男的左手銬在車門上方扶手上，楊明才將女的手銬在一起，楊天勇問男的是否帶有武器，男的答帶著。楊叫其交出，男的從後腰上取出一支「七·七」式手槍交給楊天勇，楊接過後上了膛，並把自己帶著的「五·四」式手槍拿給楊明才。女的提出要看楊天勇的證件，楊拿出證件給她看，女的看後問：「你是派出所的？你叫楊天勇？」楊天勇二話不說，蹲在駕駛座位上用剛搶劫的「七·七」式手槍先後朝二人的心臟部位各開了一槍，二人當即中彈身亡。接著楊天勇叫楊明才搜身，搜到手機兩部，中文傳呼機兩台，以及工作證、駕駛證、市公安局出入證等物品。從證件上他們得知，男的叫王俊波，是原路南縣公安局副局長；女的叫王曉湘，市公安局通訊處民警。搜完物品後，楊天勇怕二人不死，又叫楊明才用扳手對二人的面部、口進行猛擊，確信二人已死後，楊天勇用昌河車拉著二人的屍體，楊明才坐副駕駛位，滕典東駕長安車尾隨，沿滇池路經環城西路、一二一大街到圓西路將昌河車開上人行道，之後用抹布將車內玻璃、物品擦拭後，坐長安車回 8 公里住處。

根據 3 名犯罪嫌疑人的交待，公安機關在楊天勇的住處搜出「七·七」式手槍一支，彈匣 2 個。經鑒定，該槍就是王俊波所配的被用槍殺「二王」的槍支。此外，還查獲王俊波微型答錄機一台。經查證王俊波原購物發票上記載的答錄機與查獲的答錄機機身號完全一致。至此，殺害王俊波、王曉湘的兇手基本認定就是楊天勇、楊明才、滕典東 3 人。這就意味著原來辦的杜培武殺人案是一樁錯案！昆明市公安局立即向市委政法委報告，市委政法委研究決定，組織政法有關部門，立即對杜培武案進行復核審查。政法機關主動糾錯，還杜培武予清白。

從發現杜培武錯案線索伊始，省委政法委就數次召開專題會議，領導指揮糾正杜培武錯案工作。7 月 7 日上午，中共雲南省委常委、省委政法委書記秦光榮主持召

開會議，聽取了昆明市委政法委、昆明市公安局關於偵破楊天勇特大殺人劫車團夥案和從中發現及糾正杜培武案的工作彙報，傳達了省委書記令狐安、省長李嘉廷、省委副書記孫淦等領導的重要批示精神。會議提出 6 條意見，要求對杜培武案要儘快糾正，以體現法律的嚴肅性和公正性。8 月 22 日下午，省委政法委召開了又一次專題會議，研究落實錯案追究責任制、追究杜培武錯案有關責任人的工作。會議提出，杜案的教訓是深刻的，雖然公安機關發現問題後主動提出糾正意見，但錯案終究是錯案。同時，省、市公檢法都要對錯辦、錯訴、錯判等問題進行總結，提出具體整改措施，讓廣大幹警引以為鑒，吸取教訓。

8 月 31 日下午，秦光榮再次主持召開專題會議，聽取省、市檢察院法紀部門對杜案調查情況的彙報，並提出了 6 條意見。

昆明市委政法委在得知杜培武錯案情況後，高度重視，市委副書記賀興洲，市委常委、政法委書記王君正立即指示昆明市公、檢、法有關部門對杜培武一案認真進行復查，明確要求在復查中要堅持實事求是、有錯必糾、以事實為依據、以法律為準繩的原則，切實查清真相，依法公正處理此案。案件復查工作從 6 月 22 日至 29 日，公、檢、法各部門在政法委協調下，通力協作，僅用 8 天時間就依法基本查清和收集了杜培武一案是一起錯案的事實和證據。市委政法委先後多次召開會議，認真貫徹省市領導指示精神，就杜培武一案的復查、糾正、善後工作、應吸取的教訓和進行錯案追究等方面進行了專題研究和部署。為 7 月 11 日省高級人民法院及時、準確依法改判杜培武無罪提供了確鑿的證據和有利的組織保障。按照市委政法委的安排部署，市級公、檢、法三機關紀檢監察部門分別組織了工作組對此案的原辦案人員，就杜培武反映的有關問題進行了調查核實。

今年 6 月，省檢察院獲悉杜培武錯案情況後，李春林檢察長立即指示省院有關部門關注案件的進展情況，並派員瞭解情況，向昆明市檢察院調取卷宗進行審查。7 月 4 日、5 日和 7 日，省院會同市院參加了昆明市公安局對楊天勇等人殺害王俊波和王曉湘的作案現場指認。李春林還於 8 月 22 日、9 月 4 日和 9 月 14 日先後三次主持召開了擴大會議和黨組會，對昆明市檢察院錯捕、錯訴杜案進行了認真的剖析，實事求是地總結教訓，研究了進一步加強和改進檢察工作的措施。同時，由法紀部門對杜培武控告昆明市公安局有關辦案人員對其進行刑訊逼供的問題展開調查。8 月 30 日，調查組在深入調查的基礎上，提出了《關於對杜培武控告情況的調查報告》。

昆明市檢察院發現杜培武錯案以後，先後四次召開會議，專題聽取彙報，堅持實事求是、有錯必究的原則，從嚴格執法、加強監督、保障無罪之人不受追究的職責來對照，針對辦案中存在的問題認真進行了總結、自查、自省，並提出了具體的整改措施：進一步端正執法思想，轉變執法觀念；以公平、公開為手段，努力實現公正執法；切實重視對犯罪嫌疑人合法權益的保護；切實履行檢察職能，強化法律監督；強化內部監督制約機制；進一步提高幹警的業務素質。

雲南省高級人民法院也採取了相應的積極措施，提出整改意見，並迅即在掌握確鑿證據的基礎上改判杜培武無罪。昆明市中級人民法院於 7 月 24 日上報了「關於對‘杜培武故意殺人’一案原審情況的總結報告」，總結了一審存在的主要問題，提出了整改措施。

杜培武於今年7月11日出獄後,省市公安機關主動把有關善後工作擺上了議事日程。昆明市公安局組成的工作組於7月中旬帶杜培武進行了身體檢查。其間,工作組多次看望了杜培武及其家人,並商量有關善後工作,包括住房、治療、療養等問題。7月12日,市公安局發文恢復杜培武工資及福利待遇。7月14日,市局機關黨委按組織程序批准杜培武為中共正式黨員。

7月19日,根據錯案的事實,市公安局黨委決定,對1998年4月辦理錯案的專案組責任人停止執行員警職務,並由市局紀委立案調查。並將錯案作為此次全市公安機關「三項教育」的學習材料。

目前,追究錯案責任的工作以及落實杜培武善後工作仍在進行之中。

杜培武錯案是罕見的。杜培武錯案得以及時糾正,充分體現了在黨的正確領導下,政法部門忠實於法律、勇於改正錯誤、堅持真理的高度政治責任感。人們相信,政法部門有勇氣糾正這一錯案,也有決心吸取教訓,改進工作,堅決防止和杜絕此類案件的再次發生。

引用網址:<http://apps.hi.baidu.com/share/detail/21161224>

余祥林案件始末

1994年1月19日,精神失常的張在玉,突然失蹤了。從這一天起,時年32歲的余祥林的命運便發生了翻天覆地的改變:他被不明不白地投進監獄長達11年。余祥林,湖北省京山縣雁門口鎮何場村九組人。在當地人眼中,那時的余祥林,有一份體面的工作,在京山縣馬店鎮派出所當治安巡邏員。妻子的突然離去,讓一大家人一時不知所措。余、張兩家發動親友四處尋找,但是一點結果都沒有。余祥林後來在獄中寫給外界的申訴書中寫道,他的結髮妻子于1993年12月的一天,突然精神失常,次年1月19日妻子突然失蹤,他滿以為憑自己之力就能找到妻子,所以沒有報警。

驚現女屍

1994年4月11日晚,時任京山縣公安局刑警大隊隊長的盧定成,找到余祥林,對余祥林說,張在玉找到了,但張在玉被人殺害,屍體是在該鎮呂沖村九組窯凹堤堰塘裏發現的,屬於他殺。警方自此對有作案嫌疑的余祥林展開審訊。當年最先發現這具屍體的是該村一對父女。4月11日清晨,這名父親送女兒去上學,路過此處時,發現一處水面浮起一具背朝上的屍體。接警後,雁門口鎮派出所民警趕到現場,將這具已高度腐爛的屍體打撈上岸。後經法醫鑒定,確認屍體為女性,由於屍體高度腐爛,加上當時技偵手段相對落後,死者的具體身份一時無法查明。

逼供疑雲

案發時間距張在玉失蹤近3個月,警方通知張在玉娘家人前來辨認屍體。由於該具女屍的身材、髮型、年齡以及個頭大小與失蹤的張在玉幾乎一樣,甚至連女屍乳房旁一顆黑痣和生育時留下的切口也無差異,因此警方基本認定該具女屍便是失蹤3個月的張在玉。余祥林有重大作案嫌疑,警方立即對其展開調查。1994年4月12日,余祥林被京山縣公安局監視居住,同月22日被刑拘。同月28日被京山檢察院批准逮捕,次日由京山警方執行。余祥林後來在獄中寫給外界的申訴書

上稱,當時他多次要求辦案民警帶他去看妻子最後一眼,去認屍,但警方不僅不讓他去認屍,還一口認定是他殺害妻子,並對他進行了10天的刑訊逼供。佘祥林申訴說,警方為達到他們的辦案目的,讓他畫了「作案路線圖」,在他神志恍惚不清的情況下,於1994年4月21日晚的那個雨夜,用汽車將他帶到關橋水庫內山凹裏的一個地方,給他照相,後來,縣公安局說根據佘祥林畫的「作案路線圖」,帶他們去了「作案現場」,這可以作為佘祥林有罪的證據。佘祥林寫道,雖然他身心受到百般摧殘,但是「我還是抱著堅定的信念,相信黨,相信人民政府,相信司法機關能儘早洗脫冤情」。

多次審理

1994年10月25日,原荊州地區中級人民法院以「故意殺人罪」一審判處他死刑。他為此上訴到省高院,後省高院以事實不清,證據不足駁回。1998年6月15日,京山縣人民法院刑事判決書:被告人佘祥林無視國家法律,為達到另娶之目的,殺害妻子,其行為已構成故意殺人罪。法院依法判處佘祥林有期徒刑15年,附加剝奪政治權利5年。被告人佘祥林不服,提起上訴,1998年9月22日,荊門中院下發刑事裁定書裁定:駁回上訴,維持原判。

「株連」家人

1994年12月,天門市石河鎮姚嶺村的眾多居民曾書面證明,他們曾在當地遇見過一個自稱名叫張愛青(音)年齡及各方面特徵與張在玉極為相似的女子。佘祥林哥哥佘鎖林在接受楚天金報記者採訪時說,1994年12月,他持天門石河鎮姚嶺村居民開具的兩份證明上訪回來後,即被警方抓走了,三天後,一同去上訪的母親也被警方抓走,在看守所,他被關了41天,其母被關了10個月。母親進去時,健健康康的,從看守所出來時,雙目失明,雙腿幾近癱瘓,進食困難。4個月後母親去世。而石河鎮的這幾名作證居民也受到了「牽連」。

「死人」開口

「先是驚奇,後是憤恨!」今年3月28日,親眼見到張在玉出現在雁門口鎮街上的當地居民們對記者說。張在玉回來了的消息,在十鄉八裏風傳。誰也不敢相信這眼前的事實。記者在當地採訪了張在玉,張在玉稱,因腦子出了「問題」,什麼時候離家的,怎麼走的,走到哪里了,「現在都記不得了」。後來,她在山東棗莊被人收留,後在該地再婚,兒子現在已10歲。張在玉稱,她曾經多次給親戚朋友寫信,包括自己的父母。但家人因懷疑是佘祥林串通牢友搞的陰謀而未予理會。

佘祥林「殺妻」冤案的教訓必須記取

佘祥林「殺妻」案13日重新審理,在獄中度過了11個春秋的佘祥林,被當庭宣告無罪。這起案件本身已沒有什麼懸念,之所以仍能受到廣泛關注,原因在於這起因「死者復活」而被發現的錯案,喚起我們對刑事司法制度中的弊端進行深刻反省,也警醒那些手執生殺予奪大權的辦案人員糾正辦案理念的偏差,避免類似悲劇再度發生。我國刑事訴訟法明文規定,公、檢、法機關進行刑事訴訟必須「以事實為根據,以法律為準繩」;人民法院依照法律規定獨立行使審判權,人民檢察院依照法律規定獨立行使檢察權,不受行政機關、社會團體和個人的干涉。但佘祥林「殺妻」冤案中的一系列現象表明,刑事訴訟的基本原則在實踐中並未得到認真貫徹,刑事訴訟活動中的一些錯誤理念如疑罪從有、息事寧人和重打擊犯罪、輕保護無辜等等,不僅在一些地方成為習慣,而且成了導致冤假錯案的根源。一樁刑事案件發生了,辦案單位和人員生怕放縱了「壞人」,擔心原告一方上訪鬧事影響社會穩定,便在證據不充分甚至漏洞百出時設法結案,有的地方甚至生拉硬拽地辦「鐵案」,人為地排除翻案的可能性。新聞記者對此案所作的調查採訪顯示,有罪

推定、未審先定導致的冤案、錯案，給當事人權益帶來巨大的傷害，也說明依法治國仍然任重道遠。佘祥林「殺妻」冤案已經引起我國社會各界的高度關注，湖北省京山縣檢察機關已對該案訴訟進行全程調查，並將進行責任追究。法院也準備按照國家賠償法的規定對佘祥林予以賠償。這不僅體現了依法治國方略、以人為本執政理念的現實價值，而且顯示在我國努力建設社會主義政治文明、大力推進社會主義民主和法制建設的進程中，任何違背法律原則和法制精神的司法、執法行為，都要承擔責任追究的風險。佘祥林的冤情在這樣一個陽光明媚的春天得以昭雪，帶給我們的既有對過去的沉重思考，也有對未來的美好嚮往。我國已將「國家尊重和保護人權」寫入憲法，刑事司法領域中的人權保護原則正在得到落實。總結經驗，記取教訓，徹底轉變觀念，嚴把辦案品質關，把每一個人命關天的案件辦成經得起歷史檢驗的「鐵案」，這應當是佘祥林案件留給公檢法機關的最大教益。（新華社記者張建高）

冤案昭雪後的三大焦點

能得到多少國家賠償昨日庭審中，佘祥林明確表示，將要求得到國家賠償。據荊門市中院的一位負責人稱，到今年4月1日佘祥林被取保候審，佘祥林被羈押了3995天，按照《國家賠償法》的有關規定，有人初步估算佘的賠償金將在22萬元左右。但這只是佘祥林本人的賠償。佘祥林的大哥佘鎖林說：「這起冤案中，共有5人受到了不同程度的傷害，母親因為上訴被關押10個月，交了3000元錢後不久離開人世，我本人也因上訴被公安機關拘留41天，還有兩名證人也受到傷害，這些都應該得到國家賠償。」有關人士表示，除去因失去人身自由得到的賠償，如果人身傷害鑑定認為佘祥林受到刑訊逼供，他還將會得到有關責任單位的賠償。該案審判長胡多盛稱：「賠償工作在本案判決生效後將會很快進行。」但至於佘祥林的家人以及證人是否賠償，賠償多少，並無明文規定，需要另案起訴申請。無名女屍究竟是誰？3月28日，被認定遭佘祥林「殺害」的張在玉11年之後又完好無損地回到哥哥家中，而那具無名女屍究竟是誰？據悉，京山縣公安局已向社會公開徵集線索，並公佈了舉報電話。對於提取女屍DNA樣本，由於沒有對比物，目前對破案有多少價值不好說。多少人會受到責任追究？佘祥林冤案發生後，省委領導高度關注，迅速作出指示，與此案有關的責任人將難逃法律的追究。「我遭到了殘酷的毒打、體罰和刑訊逼供。」據佘祥林稱，他曾經被連續審訊長達10天。佘鎖林說，4月12日，就是再審開庭的前一天，他陪弟弟佘祥林到武漢做了體檢，佘祥林目前視力嚴重低下，兩眼視力只有0.1，有時還有重影；另外，佘祥林的胸部正常，但腰椎和骶椎明顯呈現病狀。對於佘祥林是否受到刑訊逼供，當地有關部門都很含糊，沒有明確答復。京山縣公安局有關人員在接受媒體採訪時表示，不相信會有刑訊逼供的事件發生。據瞭解，遵照省委領導有序進行的指示，下一步工作是國家賠償，緊接著是責任追究。（記者梅華峰）

佘祥林，湖北省京山縣雁門口鎮何場村人，系京山縣公安局馬店派出所原治安巡邏隊員，因涉嫌殺死妻子而被刑事拘留。曾兩次被宣告「死刑」，後因證據不足逃過鬼門關。後被京山縣人民法院以故意殺人罪判處有期徒刑15年，剝奪政治權利5年。但在2005年3月28日，被佘祥林「殺害」達11年之久的妻子張在玉突然現身……

已「死」了11年的張在玉突然復活了。前日她對記者說，對丈夫的遭遇表示十分愧疚。文/圖 荊門晚報

女子「被殺」11年突然回鄉

2005年3月28日中午，余祥林的哥哥余鎖林接到好幾個電話，都說張在玉回來了。為了核實消息，他撥通了張在玉哥哥的電話，當真真切切地得到證實時，余鎖林立刻想到了還在獄中的弟弟，於是，他馬上報了警。

當余鎖林夫婦出現在張在玉面前時，張在玉馬上喊了江銀喜一聲「大嫂子」。江銀喜百感交集。這個時候的余祥林，從關押到判刑，已經在獄中度過了11年。

丈夫因「殺妻」被判15年

據余鎖林介紹，1994年初，弟媳張在玉突然失蹤。雙方家人四處尋找，但始終沒有找到。張家開始懷疑是被余祥林殺了，因為張在玉患有精神病。當時，有關余祥林與某女青年有曖昧關係的傳言正鬧得沸沸揚揚。

數月後，一村民在離村不遠的窯凹堰邊發現一具身體已腐爛得面目全非的女屍。經過辨認屍體後，張家人一口咬定死者就是張在玉。

這樣，余祥林就成了第一殺人疑犯，不久即被京山縣公安機關抓捕。

這一年，余祥林28歲，張在玉31歲，他們的女兒才6歲。

余家人始終沒有看到死者的真容，他們問派出所憑什麼認定時，員警的回答是：這個不由你說了算，政府肯定沒有錯。當年，余祥林被判處死刑，行刑期定在10月1日。後來，因為證據不足，終於逃過鬼門關。1995年，余祥林先被判死刑，後來又因證據不足免死。

1998年6月15日，被京山縣人民法院以故意殺人罪判處有期徒刑15年，剝奪政治權利5年。

母親、哥哥申冤也被抓

今年64歲的余父余樹生告訴記者，自從1994年4月兒子蒙冤入獄後，大兒子余鎖林因為弟弟冤案上訪，於1995年5月4日被拘留41天。

母親楊五香因四處張貼尋人啟事和上訪，於1995年5月6日被抓入獄，在京山縣公安局看守所關了9個半月，後來交了3000元才把人領出來，但已經氣若遊絲。三個多月後，楊五香含恨而去，時年54歲。據鄉親們介紹，楊五香在入獄前身體健康，長年在田間勞作。

據瞭解，為了給余祥林申冤，餘家欠了一屁股債，僅欠村裏的提留款就達兩萬多元。余樹生一人耕種2畝責任田，在貧寒中苦苦煎熬。

妻子告白

原以為他已過上好日子

下麵是張在玉前天接受記者採訪時的表白：「我本來以為經過了十多年的磨難，在我的想像中，余祥林應該有個家了，現在應該過上好日子了，沒想到今天卻是這番情景。十多年的牢獄之災，婆婆去世了，我們的女兒過早輟學，受的折磨太多了，太大了。

知道這些情況後，我覺得真是陰差陽錯，讓他(余祥林)浪費了寶貴的青春，耽誤了寶貴的年華，我心裏忐忑不安。我很想見到女兒和他。

在此，我只能對他及其家人表示深深的愧疚，同時，對關心我們的人們表示深深的謝意。」在採訪中，她三哥張在生插話道：「當我們看到她時，一下子驚呆了，發現真是冤枉了余祥林，我們立刻想到要給公安局報案……」

余祥林案的社會影響

余祥林案在余祥被宣告無罪後告一段落，但此案的社會影響還在延續，此案反映出的我國司法體制的缺陷也並沒有得到徹底改觀。中國新聞週刊記者王剛透過塵封的案卷，為我們回顧了造成此冤案的始末，希望能喚起我們對中國司法體制的再次審視。

陝西董偉,河北聶樹斌,湖北佘祥林——一連串的名字的背後,是一個個公民的生命,他們有的死了,有的還僥倖活著。而無論是在世抑或逝者,都一次次地顯露著現行司法制度中的種種缺憾。

幸運的是,我們的司法改革已經再次上路。此次司法改革的目標是「保障在全社會實現公平和正義」。

這無疑是一個神聖的目標,為了實現之,我們已經付出了生命和自由的代價。在以人為本的今日社會,我們必須守住法律這條公平正義的最後防線。

決定佘祥林命運的執法者

當我們重新翻開塵封 11 年的總共 9 個案卷,可以大致還原出佘祥林被構罪的全部過程。正是在這一漫長的司法過程中,在一套複雜的司法體系中,以及一群「鐵面」的執法者的合力中,一位清白的公民變成了一個「罪犯」

2005 年 4 月 13 日,早上八九點鐘的太陽灑在一片開闊的油菜地上。陽光下一群孩子正在鄉間小道上追趕著一隻母雞。

油菜地的盡頭是一堵高牆,裏面是湖北省京山縣人民法院,此刻正在進行著一場新的審判。

被告佘祥林,1998 年 6 月,他被該院指控犯有故意殺人罪,判處有期徒刑 15 年。

這一回,佘祥林沒有戴手銬,沒有穿囚服。但他依舊坐在審判席上,一塊並不醒目的「被告人」的牌子此時與他刻意地保持著一段距離。

庭審持續了 100 分鐘。

之後,法官宣佈原審對佘祥林犯有故意殺人罪的事實不能成立,當庭判其無罪。

佘祥林終於獲得了清白。至此,湖北佘祥林一案暫時劃上了一個句號。

庭審中,佘祥林表情木訥,聲音低沉,夾克衫的領子高高豎起。主審法官與他的一段對話,引起了一片聒噪。

法官:佘祥林,你是什麼時候被准許取保候審的。

佘:1994 年 4 月。

法官:你仔細想想,到底是什麼時候被准許取保候審的。

佘:是 1994 年 4 月,我是清白的……

佘祥林被獲准取保候審的確切時間是:2005 年 4 月 1 日。但他只記得一句話

「1994年4月,我是清白的……」

1994年4月,法官認定余祥林故意殺人罪成立,余被判死刑。

之後,這個男人的生活一片陰霾。11年裏,相信他有罪的人越來越多,先是警官,後是檢察官,再後來是法官、大法官,甚至義憤填膺的群眾……

而相信他無罪的人越來越少,最後只剩下他的母親。

長達11年罪與無罪的辯駁,讓他徹底模糊了其中的過程,逐漸喪失了為自己辯護的能力,他只記得「我是清白的」。

當人們重翻塵封11年的總共9個案卷,可以從已知的事實中大致還原出對余案審理的全部過程。正是在這一漫長的司法過程中,在一套複雜的司法體系中,以及一群「鐵面」的執法者的合力中,一位清白的公民變成了一個「罪犯」。

京山縣檢察院副檢察長何正平在接受記者採訪時認為,回首余案的整個審理程序,幾乎每個環節都是合法的、公正的。但是,「合法、公正」的程序,何以釀成了一件冤案。

涉罪

翻開余案卷宗,一份來自京山縣雁門口鄉派出所的《報案材料》成為漫長故事的開頭。

「1994年4月11日中午11時,雁門口鄉呂沖村九組窯凹堰水面上發現一具女屍……」

這份報案材料的後面署有一個人的名字:韓有華。

韓有華,余祥林案專案組組長。時任京山縣公安局副局長,主管刑偵工作。在整個起訴余祥林的過程中,韓角色關鍵。

無名女屍的出現打破了鄉間原有的平靜。十裏八鄉的村民蜂擁而至,迅速圍攏到這裏。根據之後形成的《屍檢報告》描述,當時現場已經遭到了嚴重破壞,對屍體辨認造成了困難。

下午2時30分,韓友華帶領縣公安局技偵人員趕到現場。

法醫初步認定,無名女屍系顱腦挫傷至昏迷後溺水死亡,應屬他殺。

韓有華的正式調查尚未展開,一位名叫張年生的男子就找到了他,要求辨認屍體。

張系雁門口鄉台嶺村八組村民,自稱其妹張在玉於1994年元月20日晚上離家出走,至今下落不明。

張年生同時向專案組反映,張在玉與丈夫關係緊張,時有鬥嘴、吵架之事發生,其夫余祥林有外遇。

這是證明余有罪的第一份「證據」。

張年生的背後是張在玉的娘家。這家人打從一開始就不相信余、張二人會幸福,他們認為,張文化程度高,而余連小學都沒畢業。加之,余常年無業,不顧家。他們的這種認定,最終被傳遞到檢方的起訴書中。

張年生隨後辨認了屍體,當即一口咬定無名女屍就是張在玉。

總結法醫鑒定結果,專案組發現死屍與張在玉的特徵有 11 處相同。案情有了重大突破。

下午 5 時,在無名女屍發現 6 個小時後,京山縣公安局法醫李甫澤、張少鷹會同縣檢察院法醫李少輝形成了一份《法醫鑒定書》,確認無名女屍就是張在玉。同樣的結論被當天下午 7 時形成的《張在玉被殺現場勘查筆錄》所證實。

這份報告裏保留著余案從始至終惟一一段關於無名女屍的具體描述。結論是:張在玉系被他人用鈍器打擊頭部至昏迷後又拋入水中溺水死亡。

審訊

順理成章,張在玉的丈夫余祥林作為重點嫌疑人被鎖定于韓友華的視野。

當時,28 歲的余祥林是京山縣公安局原馬店派出所治安巡邏員。

據他回憶,4 月 12 日下午,外面的油菜花開得正旺。來了幾個員警,其中就有韓友華。他們說要跟余下棋,下到晚上也不讓回家。天黑後,余就被警車帶走了。

他從員警口裏得知了張在玉死亡的消息,當時他要求去辨認屍體,遭到了拒絕。

隨後,警方對他進行了試探性的問話。

余祥林首先對張在玉的失蹤談了自己先前的看法:一是到河南去學香功了;二是死亡;三是和別人私奔了。

「現在她死了,我也有預感。失蹤後,張在玉的娘家人都認為是我把張謀害了……」當時他說。

對余的初步傳訊看來沒有絲毫突破,但專案組確信這個人存在重大嫌疑,其理由是:余祥林有作案時間;有作案的思想基礎;且張在玉失蹤後,余有反常表現。

在當晚召開的縣公安局黨委會上,專案組提出對余祥林進行隔離審查。

4月13日,對於余祥林的正面審訊持續不下。而另一面,警方也在不斷搜集著試圖證明余祥林有罪的其他證據。

這一天,一個叫徐瑜的人,為警方提供了人證。這個證據,被警方之後認為在證明余祥林有罪的問題上作用關鍵。

徐瑜稱,一次和余在一起閒談,談到他老婆失蹤的事情時。余說,他老婆一般不會走,要走了死都不死在附近……

韓友華認為這是一個至關重要的線索,據專案組調查,發現無名女屍的地點據余家路途遙遠,張在玉失蹤當晚,余還和家人一起尋找,不太可能存有作案時間。他特別將材料中「死都不死在附近」幾個字用紅線標出,這表明,余很有可能是異地作案拋屍。

警方將證人的證言帶到了對余的審訊中。本刊至今掌握的事實尚無法證實警方在審訊中採取了刑訊逼供,但經過連日的輪番審訊,余祥林的身體狀況變得糟糕。

4月14日,警方將重傷的余祥林帶到330療養院治療,審訊依舊進行。

在這裏,余祥林供述有所鬆動,他交待了指使好友魏太平將妻子拐走的經過:張在玉生病後,常在家砸東西。有一天我對魏太平說,你把我老婆帶出去。帶出去藏幾天,我借錢再給她治病。魏同意了……

4月15日,無名女屍被發現四天之後,警方對余祥林的審訊有了重大突破。余祥林承認:「張在玉是我弄死的。」

隨後,余祥林交待了第一種作案過程:1994年元月20日晚11點多鐘,余帶著張在玉來到雁門口紅旗碎石廠一個山坡,用木杠將張打死埋在山溝裏。

這個說法隨即遭到了警方的否定。他們認為,發現張在玉的屍體地點不對,這個作案過程純屬偽口供。

而另一面,在沉屍現場,警方又找到了新的物證。4月17日,在抽幹沉屍水塘裏的水後,一個用於沉屍的蛇皮袋子擺在了韓有華的案頭。當時,發現蛇皮袋子裏還有4塊石頭,這被認為是余祥林沉屍的主要罪證。

當晚,對於余的審訊就圍繞著蛇皮袋子開始了。

問:你提到的蛇皮袋子是誰的?

答:不曉得。

問:殺張在玉的石頭是從哪里來的?

答:是下山的時候撿的,不是從殺人的地方撿的,石頭是長方形的,殺完後就扔了。

問:打人後又怎樣?

答:打完後,我和魏太平兩人將張在玉推到水塘裏,不知道是直接綁在繩子上縛了石頭,還是用蛇皮袋子裝石頭拴上沉屍的。80%是蛇皮袋子裝石頭後拴上沉屍的。

問:你仔細想一下是用什麼東西沉屍的?

答:我想起來了,使用蛇皮袋子裝石頭沉底的。

接近天亮的時候,韓有華得到了一份余祥林親筆書寫的交待材料。

這份看似牢靠的書面材料,隨後被不攻自破。結合之前的調查,警方始終認為余祥林當晚殺人過程複雜且沉屍路途遙遠,不可能系一人所為。余的口供中也逐步印證了這種猜測。在之前的兩天裏,余祥林分別還交待了另外兩種與魏太平夥同作案的經過。

但是,最新的調查卻表明,余作案前後,魏太平曾患有嚴重的胃病,不可能參與作案。

專案組的調查陷入困境,4月20日,在惠廳水庫,專案組組長韓友華親自展開了對余的審訊。

這一回,審訊取得了重大突破。

余詳細交待了獨自殺人沉屍的經過。至此,余先後交待了四種作案經過,警方最終采信了這份口供,並被用在之後檢方的起訴書中。

接下來的幾天,余的口供逐漸在向警方調查得到的事實靠近,直至最終定案。

4月22日,在一個下著小雨的晚上,余帶著韓有華來到拋屍現場,指認了單獨作案的殺人路線以及沉屍手法。當日,京山縣公安局對余祥林採取拘留。

4月25日,京山縣公安局認定余的行為已構成故意殺人罪,並提請檢察院對其批准逮捕。

他們的依據是:余祥林的交待與現場情況及調查訪問的情況一致。余祥林能順利將辦案人員帶到作案現場。

4月28日,京山縣檢察院對余祥林實施了逮捕。

定罪 1994年5月,京山縣人民檢察院將余祥林故意殺人一案移送至湖北省人民檢察院荊州分院起訴。這個案子率先在檢察院內部引起了爭議。當時檢察官們分成兩派,一方認為該案事實不清,證據不足,全憑口供認定,不足以采信。而另一方則認為,案情重大,性質惡劣,不嚴懲不足以平民憤。

但是,內部爭議並沒有讓余祥林得到澄清的機會。檢方只希望警方補充一些證

據:1.殺人現場和殺人工具的有關資料。2.應查清被告人余祥林所撿蛇皮袋及衣物的來源。3.被告人余祥林作案時所穿衣服裏能否檢出死者的血跡。4.被告人藏衣服的瓜棚和燒毀衣服的材料。

案子重又回到京山縣公安局補充偵查,韓有華感覺到了來自上下的壓力。在外面,這起命案已經成為全縣關注的焦點,張在玉的家人三天兩頭鬧,嚴懲兇手的呼聲越發強烈。有人甚至說,公檢法接受了余家的賄賂。而在公安局內部,對於余有罪的認定始終沒有動搖過。專案組的幹警們都認為無名女屍案已經破了,對於先前認定的事實,不必推翻。當下需要做的,只是補充一部分證明余有罪的證據。

1994年8月2日,奮戰百日之後,京山縣公安局出具了補充材料:

- 1.作案時間距發案時有3月之久,殺人兇器無法尋找。
- 2.余祥林撿的蛇皮袋和衣物無法查清。
- 3.我們對余祥林作案時所穿衣服檢驗未見血跡。
- 4.我們對余祥林燒毀衣服的灰土進行了查找,灰土已清除過,無法取證。

1994年9月22日,案子又被遞到荊州市檢察院。雖然公安在補偵中並沒有回答檢方的疑問,也沒有提出新的證據,但這一回,檢察官之間的爭議卻明顯少了,他們站在了公安及民意的一邊。荊州市檢察院將余祥林以故意殺人罪起訴至荊州市中級法院。

在起訴書中檢方指控:被告人余祥林因與女青年陳某關係曖昧而與妻子張在玉不和,以致引起其妻精神失常。後見其妻患精神病,余遂起殺妻另娶之心,於1994年元月21日凌晨2時許,將其妻帶到雁門口鄉呂沖村九組窯凹堤堰邊,用石頭將張砸昏後沉入水中溺死。

鑒於形勢,京山縣律師事務所律師何大林當時為余作了罪輕辯護。

何大林當庭辯稱:第一,被告人與另一女青年關係曖昧與「殺妻另娶」之間無因果關係;第二,沒有直接證據,證據不足。

當事人向本刊記者回憶,當日的庭審轟動了荊州,民意沸騰。張在玉的家屬要求速判、速決。

在法庭上,面對指認自己有罪的各種證據,被告人余祥林只辯解道:我沒有殺張在玉。是她自己失足摔下山坡的……

1994年10月13日,荊州法院對余祥林殺妻一案作出一審判決:被告人余祥林犯故意殺人罪成立,判處死刑,剝奪政治權利終身。

母親魂斷救子路

在一系列「堅硬」的「證據」面前，佘祥林逐漸喪失了自救的勇氣。他只是一次次地在被告席上重複著一句話：我沒有殺她。

那時，已很少有人相信佘的話。大約有 200 人來到了京山市委門前，希望政府儘快嚴懲兇手。

這時候，一位母親走上了上訴的路。她相信自己的兒子沒有殺人，她甚至懷疑那個死掉的人不是兒媳婦張在玉。後來，周圍的人認為她瘋了。

這個「瘋」了的母親不斷地走過周圍的村子，一邊尋訪兒媳婦活著的消息，一邊為這些村裏人作著法事。

1995 年元旦前後，母親在離家幾十公里遠的天門市石河鎮姚嶺村有了驚人的發現。村支部副書記倪樂平向她證實，前段時間見過一個長得像張在玉的人，當時吃住都在他家裏。

倪樂平隨後為她開具了一份證明，這份隨後被稱為「良心證明」的發現，成為最後保住佘祥林性命的關鍵證據。

1995 年初，母親帶著申訴狀和「良心證明」來到了湖北省高級人民法院。

與此同時，新的證據引起了受理佘祥林上訴的湖北高院的注意。高院認為，該案事實不清，證據不足，決定發回重審。

1995 年 1 月 6 日，湖北高院下發《(1995)鄂刑一函字第 2 號退查函》。其中明確指出該案存在的 5 大疑點：

1. 本案的直接證據僅有被告人佘祥林前後矛盾的、時供時翻的口供，間接證據也不多，且無法構成證據鏈條。僅依據被告人有作案時間、作案動機以及法醫鑒定，不足以定案。

2. 被告人佘祥林的有罪供述多達四五種，內容各不相同，在沒有充分證據和理由的前提下，僅擇其一種認定不妥。從案卷材料看，認定嫌疑人魏太平沒有作案時間缺乏證據，魏太平家裏地上和牆上血跡無法解釋。

3. 本案的兇器沒有找到，僅依被告人佘祥林的口供認定兇器是石頭，依據不足；蛇皮袋的主人未查清，無法印證被告人的口供；被告人佘祥林供述將張在玉換下的衣物放在家中燒毀，既無殘片，又無證人證言佐證，衣物去向不明。

4. 張在玉患精神病沒有醫生診斷證明，即使有人證實張患病無出走習慣，這也不能否定張自行出走或跟隨別人的可能性。

5. 本案量刑的重要依據是根據被告人佘祥林的交代在沉屍處提取蛇皮袋一個，內裝四塊石頭。但從卷內材料看，是先有蛇皮袋後有口供，並非提取筆錄記載，根據被告人佘祥林的交待提取蛇皮袋及袋內四塊石頭。這一證據的證明力值得研究。

同年5月15日,該案再一次被退回到京山縣公安局補充偵查。案子連續兩次被退回重查,專案組臉上無光。

為此,公安局特別組織專門班子對有關案情重新進行了調查取證。不久之後,專案組又出具了一份《關於余祥林故意殺人一案的補充偵查報告》。

報告依舊圍繞著余祥林的口供展開,並沒有出具更新的證據。

報告認為:

1.余祥林1994年4月20日的供述與調查取證的情況一致。又能順利將辦案人員帶到現場。結合余祥林有作案時間、作案動機以及法醫鑒定是足以立案的。

2.被告人余祥林曾在公安機關工作過,具有一定的反偵查、反審訊能力,是不可能一次性徹底交代清楚的。故有多種供述。

3.作案時間與發案時間有三月之久,兇器無法尋找。

4.張在患病期間只聽余祥林的話,只有余才可以將她帶走。

5.余祥林的母親於1994年12月30日上訪,反映張在玉還活著,並出示了證據。經查,這兩份證據純屬虛假。

由於缺乏足夠的事實依據,在之後的一年多內,對於余案有罪與無罪的爭論,轉移到了荊州市檢察院與法院之間,並久持不下。

「當時,雙方幾乎站在了對立面。」一位知情者向本刊回憶,檢察院和法院都感覺到案情蹊蹺,但是誰都不能說服對方。檢方始終拿不出更新、更有力的證據,迫于高院壓力荊州中院只有多次拒絕接受檢方起訴。

這期間,堅持上訴的母親,被京山縣公安局認為在為余祥林開脫罪責,已構成包庇罪,提請檢察院起訴。

在遭受了長達9個月的羈押後,這位母親變得又聾又瞎,不會走路,3個月後鬱鬱而終。

政法委協調降格處理

1996年12月29日,由於行政區劃的變更,原荊州市人民檢察院將該案卷宗材料郵寄到中共京山縣委政法委員會。

「燙手的山芋傳到政法委這個不具備辦案能力的機關,後果不堪設想。」京山縣政法委一位元工作人員向記者如此形容。

案子進了政法委之後,一系列程序步入了快車道。

1997年5月14日,中共京山縣政法委將此案報請中共荊門市政法委協調。同年10月8日,荊門市政法委在京山縣人民檢察院召開了此案的協調會。會議決定:被告人余祥林故意殺人一案由京山縣人民檢察院向京山縣人民法院提起公訴,因省高院《退查函》中提到的8個問題中有3個無法查清,決定對該案降格處理,對余祥林判處有期徒刑。

1998年3月31日,按照政法委協調會的指示,京山縣人民檢察院對余祥林提起公訴,指控其構成故意殺人罪。

1998年6月15日,京山縣人民法院判決被告人余祥林故意殺人罪成立,判處有期徒刑15年,附加剝奪政治權利5年。

此時發生了另一個變化,公安局專案組組長韓友華已被調至京山縣法院擔任副院長。

余祥林當庭的辯解依舊是:我沒有殺害張在玉。

余繼續不服上訴。同年9月22日,湖北省荊門市中級人民法院駁回上訴,維持原判。

改變命運的拐點

「被害人」張在玉的出現,成為這個故事一大轉折。

2005年,關於余祥林殺妻案罪與無罪的爭論,早已停歇。余祥林在獄中掐算著刑滿釋放的日子。所有人也都已相信3995天的囚禁已經換得了這個男人罪責的救贖。

3月28日,一個自稱叫張在玉的女人來到了呂沖村裏,她說自己是余祥林之前的妻子——那個之前一致被認為「死了的人」。

原來被相信並被認定的一切事實都被顛覆了。

2005年3月29日,張在玉「復活」的第二天,荊門市中級人民法院緊急下發《再審決定書》,認定該院此前的裁定在認定事實和適用法律上確有錯誤,依照《刑事訴訟法》決定:本案由本院另行組成合議庭進行再審。

3月30日,荊門市中級人民法院又作出《刑事裁定書》,稱原審裁定認定余祥林犯故意殺人罪的事實不清,證據不足,適用法律錯誤,裁定撤銷本院(1998)荊刑終字第82號刑事裁定和京山縣人民法院(1998)京刑初字第046號刑事判決,發回京山縣人民法院重新審判。

2005年4月1日,荊州市中級人民法院通報《關於發現余祥林故意殺人一案判決錯誤以及依法糾錯的有關情況》。

之後,這個顯而易見的「殺妻」冤案,以最快的速度被糾正。

4月13日上午,檢方在法庭上向法官出具了四份證明:張在玉的證言、張在玉女兒及母親的戶籍證明,還有一份張在玉與女兒的DNA鑑定書。

在法官宣判其無罪的那一刻,余祥林的思緒似乎還停留在11年前那相似一刻。

「是1994年4月,我是清白的……」

4月15日,雁門鄉重又恢復了平靜。陽光打在余家的院子裏,陰影下父親與女兒對坐著,聊得正歡。一隊人進來了,他們是來給余祥林介紹工作的,同時還將免費為余提供學習手藝的機會。余為這些人的突然到訪而感到惶恐、局促,縣上的一位領導打圓場說,一晃11年,你得學會一門手藝養家。

余祥林手中的煙掉在了地上

引用網址:<http://news.163.com/07/0109/08/34CPQD47000120GU.html>

邱興華案 槍聲響過之後

2006年12月28日上午9時,邱興華案二審宣判,維持一審死刑判決。10時左右,判決被立即執行。

然而,持續多日的鑒定論爭並未因此平息,邱興華案引發的問題也遠未得到解決。

二審律師張樺

2006年12月28日,對精神病司法鑒定滿懷信心的張樺赴一位從事鑒定工作的老朋友處,對方說,高院到現在還沒通知宣判,看來鑒定的事有戲了。張樺也說,過了今天估計就差不多了。結果5分鐘後手機即響起,張樺一看號碼,知道前功盡棄。

張樺的失望不難理解,只要再拖三天,進入2007年,即使維持一審判決,此案也將到最高人民法院復核。那時邱興華生死如何將未可知。他甚至已經提前讓看守幫忙,與邱興華簽好了代理協定。然而,12月28日上午10時左右的一聲槍聲,使他的一切希望都成空了——對他而言,這個希望或許原本就不該來。

在代理邱興華案的過程中,張樺最初曾堅信邱興華無精神問題。他以邱興華對妻子不忠的懷疑有合理性為由進行辯護,顯然他也知道這根本救不了邱興華。不過,在二審開庭時,他還是為邱興華提起了司法精神病鑒定。

張樺由最初反對到後來堅持為邱興華申請精神病鑒定,在精神病學專家劉錫偉看來,這位律師跟許多線民一樣,實現了一個普通人對精神病人的認知跨越。在普通人眼裏,只有披頭散髮、胡言亂語的人才算精神病人,但在精神科醫生眼裏,幻覺、妄想才是精神病人的顯著特徵。

邱妻何再鳳

27日下午5時,一北京記者告知何冉鳳次日宣判一事。然而此時她已來不及趕往安康,等她第二天隻身趕到時,邱興華已被執行完死刑。她向法院提出,生前在看守所未能見邱興華一面,如今邱興華已伏法,能否看一下他的屍身。結果被法官拒絕,何冉鳳號啕大哭——她不僅永遠失去了丈夫,也可能失去了為自己洗清汗名的機會。

在精神科專家劉錫偉看來,邱興華獄中所寫的兩本書,即《7月16號轟動全國的特大殺人犯邱興華的寫真》和《金筆定江山》,具有巨大的研究價值。看守所曾允諾將這兩本書交給何冉鳳,不過,12月28日清早,安康市中院從看守所提走邱興華時,特意將這兩本書也收走了,法院人員為此曾與看守人員發生爭吵。12月29日,邱興華執行死刑之後,何冉鳳專程去安康中院索取,結果被以涉及案情為由拒絕。

在劉錫偉的提示之下,何冉鳳,這個歷經磨難的女人,決意為死去的邱興華向最高人民法院提起申訴。將免費為她代理申訴的,是精神科醫生出身的北京律師陳志華。

精神科專家劉錫偉

較早認為邱興華是精神病人的劉錫偉,也是提前一天得知邱興華案將宣判的消息。儘管他料到了結果,卻仍抱有最後的希望。「宣判後是不是立即執行呢?」他問。

雖已立即執行,但劉錫偉仍沒放棄,實際上,相比較馬加爵案和陳丹蕾案,這次邱興華案是他離成功最近的一次。劉錫偉認為,像邱興華這樣具有返祖獸性化症狀群的精神病例在全世界都很罕見,極其珍貴。

精神病專家劉協和

作為比劉錫偉資歷更深的業內專家,司法精神鑒定專家劉協和對邱興華的最終命運並不意外。在這場網路論爭當中,劉協和是除劉錫偉之外挨罵最多的專家,不過他跟劉錫偉一樣,對此並不為意。

這位自1985年即主持起草精神衛生法的78歲老人認為,邱興華雖然被槍決,但並不意味著司法精神病鑒定也無法進行。他認為應對邱興華進行「缺席鑒定」——即在當事人不在場的情況下,精神病學專家根據其行為鑒定其作案時的精神狀態。具體到邱興華,劉協和認為,他在作案過程中留下的精神病患者的痕跡,並不因為他肉體的消失而消失,精神病學專家仍可以根據這些痕跡進行鑒定。在劉協和的鑒定生涯中,曾有一次因為交通不便對犯罪嫌疑人做過「缺席鑒定」。但是,對於已被槍決的人做精神病司法鑒定,劉協和承認國內尚無先例。不過,他希望能從邱興華案開始,「這是一個最好的標本」。

在另一位司法精神鑒定專家、西安市精神衛生中心教授紀術茂看來,做鑒定未必意味著邱興華不被判死刑,因為我國刑法規定,精神病人只有在不能控制或辨認

自己行為的時候作案,才可以減免刑事責任。他認為,對疑似精神病人進行司法精神鑒定,有助於更加科學地認識精神病人群體,也有助於更好地預防這一群體可能出現的犯罪行為。

犯罪心理學專家李玫瑾

邱興華被執行死刑之後,李玫瑾教授在博客上發表了「三點想法」,認為陝西省高院的判決「無可指責」,並寫道:「今後若是每起案件都有人出來說:‘被告有精神病!’那麼,法庭應該怎麼辦?——所以,我說:要麼就修改刑訴法,凡殺人案都做個‘司法精神病鑒定’!要麼,就把權力交給法庭,我們都閉嘴。」在網上,這句話被簡化為「李玫瑾讓別人閉嘴」,遂又引起一輪軒然大波。

熊萬成妻子尹行巧

尹行巧是在事後幾天才知道邱興華被槍決的事。不過跟其他被害人家屬一樣,她更為關心的是以後的日子。

與外界的猜測不同,鐵瓦殿住持熊萬成的家境並不比邱興華強多少。這位能看簽會算命的農民三年前接管鐵瓦殿,當時定下的報酬是每人月工資 30 元到 40 元。雖然當時鐵瓦殿一年能收入現金 1 萬元左右,但大部分錢都投到道觀的修建上,以至於出事之前,住持熊萬成甚至沒有一身正式的道袍。

熊萬成給尹行巧留下三間土房和一個 10 歲的兒子。在法院免去邱興華民事賠償責任後,尹行巧決定向當地政府討回公道。不過迄今為止,她僅討回 500 元錢,這遠遠不夠給丈夫「遷墳」的費用——直到現在,在鐵瓦殿被邱興華殺死的十個人尚葬在海拔 2000 余米的鐵瓦殿,按農村的習俗,他們得遷回祖墳,落地歸根。

尹行巧代理人陶孟毅

鐵瓦殿十名被害人中,只有三人提起了民事訴訟,不過由於邱興華無力賠償,他們的請求未受法院支持。作為當地有名的民間維權人士,陶孟毅義務擔任了尹行巧的代理人。

出乎所有人的預料,陶孟毅亦認為邱興華是一個精神病人。他從得知案發後就這樣認為,在法庭上看到邱興華之後,就更這樣認為。這是因為,陶孟毅的兒子就是一個精神病人。這個 32 歲的兒子,在不發病時看起來跟正常人沒有兩樣,但是發起病來六親不認,對父親大打出手。陶孟毅晚上睡覺時,門口都放一把斧頭,以備兒子半夜突然闖入時,他好用其自衛。

陶孟毅否認被害人家屬向法院施壓,以促使法官對邱興華處以極刑。他認為,家屬更為在乎的,其實還是賠償問題。

3 個香客家庭

鐵瓦殿被殺十人當中,除了六名殿上工作人員,還有四個香客,他們分別是吳大地、韓楊富和羅朝新、羅士生父子。他們被認為是此案中最大的無辜者,事實上,

他們跟邱興華不僅沒有冤仇，甚至從未謀面。

三個家庭的老家均在漢陰縣漩渦鎮石廟村。由於在當地生存艱難，他們陸續搬到漢中謀生。此次在鐵瓦殿上見面純屬巧合。吳大地五年前在老家時，每逢廟會都上鐵瓦殿幫忙做飯。此次上山，是因為回老家省親，恰逢廟會，便再度上鐵瓦殿。上山之前，他曾給妻子陳洪巧打電話，稱次日即回。然而他最終沒挨過這一天。

羅朝新上鐵瓦殿，是為了給兒子羅士生還願。大概兩三歲時，羅士生曾生一種怪病，本以為不治，卻不料在鐵瓦殿被看好，並約好到兒子12歲時去殿上還願。萬沒料到父子雙雙罹難。

被害香客吳大地的妻子陳洪巧當時不知邱興華四天前已被處決。跟尹行巧一樣，她更在乎的是政府能否給予經濟上的補助，以使這個失去頂樑柱的家庭支持下去。

漢陰縣分安局局長邱祖滿

鐵瓦殿殺人案案發之時，漢陰縣公安局局長邱祖滿剛剛上任。邱興華讓他經受了一次前所未有的考驗，至今談起來，仍不免唏噓。有目擊者稱，即使是其上司安康市公安局局長秦康健，亦曾在壓力最大的時候哽咽落淚。至12月28日邱興華被從漢陰看守所交由安康中院之時，邱祖滿算是圓滿完成了任務。

邱祖滿多次見過邱興華，並被邱興華視為「本家」。他堅定地認為，邱興華沒有任何精神病。不過，對於邱興華為何因為道士熊萬成摸了何冉鳳一下（未證實）即生殺心，以及邱興華為何殺人劫財後還打借條，他也心存疑惑，不過並不認為這些與精神病關聯。他和許多線民一樣，對有關專家呼籲對邱興華進行司法精神病鑒定深覺反感，甚至認為更應該鑒定的是這些專家。

法學專家賀衛方

作為發公開信呼籲為邱興華做鑒定的五位法學專家之一，賀衛方並不認為自己和同仁的呼籲沒有價值，「至少起到了一點平衡作用」，「有助於社會觀念的變革」。他認為，由精神病專家鑒定精神病人本來是常識，如同生病去看醫生、吃飯去飯店一樣。然而在邱興華這個極端案例面前，在媒體製造的情緒化大眾氛圍中，人們卻忽略了這個常識。

當地百姓

有目擊者看到邱興華被槍決的過程，但當時他們並不知道那就是邱興華——法院貼出的公告並沒有被多少人及時看到。直到當天和次日電視播報之後，這一消息才漸漸傳開。與作案和被抓時的滿城轟動相比，「殺人狂魔」之死已經明顯落寂。當地人得知這一消息，大都是微微地「哦」一聲，然後繼續忙自己的生計。在他們看來，這一天本來就應來到——或許現在太遲了。

邱興華小學老師鄧國鳳

鄧國鳳對於學生邱興華的死刑亦不感意外。「我能有什麼感想?我難道能將他保下來?」鄧國鳳對邱興華在湖北隨州的作案尤為不解,「你說他殺人就殺人吧,為何還搶人家的錢?」據《南方週末》報導^N

引用網

址:http://www.jcrb.com/zhuanti/fzzt/nwya/rwwz/200809/t20080902_68758.html

「死刑犯」孫萬剛被宣告無罪

孫萬剛本是一個風華正茂的大學生,被認定殺害女友而被判處死刑。二審判決生效後,他申訴到了雲南省檢察院和最高人民檢察院。最高人民檢察院將此案列為重點督辦案件。雲南省檢察院立案審查後,發現此案證據不足,有錯判的可能,建議法院再審。雲南省高級法院再審後宣告他無罪。

2004年2月11日下午,孫萬剛回到闊別8年的家。一踏進院子,他發現牆角那棵廣東樹已經躡到他兩個人高了。而8年前那個冬天的夜晚他被員警帶走的時候,廣東樹只有他齊頭高。記憶中,那時父母青絲猶在,如今已經滿頭霜雪了。

「8年過去了,縣城的變化實在太大!我只能憑大致的方位判斷這裏曾經是什麼地方。」2004年3月29日下午,坐在自家院子裏,孫萬剛對記者說。一旁,孫萬剛59歲的父親孫伯新感慨地說:「感謝檢察機關,他們為我兒子的事情做了很多工作,不然不會這麼快改判。」

29歲的孫萬剛是雲南省巧家縣人。如果沒有出現意外的話,他的人生之路大致是這樣:從雲南省財貿學院電腦系畢業——在昆明找個工作——與女友結婚。可是,他的人生軌跡卻在1996年寒假的第四天拐了個大彎。

A 女友被殺死

2004年3月28日,巧家縣公安局刑警大隊大隊長陳斌在接受記者採訪時回憶:1996年1月3日下午6點左右,公安局接到一名中學生的電話報警,稱在巧家縣絲廠附近發現一具女屍。經查,認定死者是就讀于雲南財貿學院的22歲的陳興會。

「我們經過調查,發現陳興會的男友孫萬剛有重大嫌疑。主要依據有:一是血型鑒定。孫萬剛本人是B型血,而從孫萬剛的衣褲、睡過的床單、被子、線毯上檢驗出與陳興會一樣的AB型血;二是孫萬剛具備作案的時間和空間條件。根據屍檢確定陳興會死亡的時間是1996年1月2日晚上9點左右,而調查證明當晚8點20分左右,孫萬剛和陳興會從孫萬剛姐姐家離開後到過現場,10點20分左右時,他僅一個人到同學曹先亮家;三是孫萬剛的四次有罪供述中對作案的過程和細節描述得與屍檢結果基本吻合。」陳斌說。

1996年1月3日晚上11點多,已經睡下的孫萬剛被員警帶走了,從此開始了與家人長達8年的分別。同年4月24日,孫萬剛被刑事拘留;6天后,被巧家縣檢察院批准逮捕。

B 被判處死刑

1996年9月20日,雲南省昭通地區(現昭通市)中級法院以故意殺人罪判處孫萬剛死刑。

法院認定,孫萬剛在昆明讀書期間,向同鄉借了350元錢給女友陳興會作為報考費。1996年1月2日中午,同鄉打電話催款。孫萬剛向多名朋友借款未果,遂於當晚8點30分左右將陳興會騙至紅衛山一塊草地上將其姦淫,為了滅口,孫萬剛用陳的挎包將其勒昏,用隨身攜帶的尖刀切割其頸部致死。

孫萬剛後來回憶,當時他聽到自己被判死刑後,「無法用言語來形容當時的心情,就覺得非常難過。這個判決對我太不公平了!我沒有殺人,卻被判了死刑」。

按孫萬剛的辯解,當時情況是這樣:晚上8點30分左右,他和女友陳興會從姐姐家出來到了紅衛山。正當他們躺在草坪上聊天時,他的頭部突然被人用鈍器擊傷,暈了過去。醒來時發現陳興會不見了。但不遠處的水池邊傳來說話聲,他循聲過去,發現陳興會和一個黑衣人在說話。黑衣人見了孫萬剛,就說自己是查賣淫的,問孫萬剛是否和陳興會發生性關係。「我答沒有。黑衣人就掏出一把刀讓我走,說再不走就用刀在我臉上留下記號。我當時很害怕,加上被砸得昏沉沉的,就下山了。我和幾個同學上山找陳興會,沒找著。第二天還是沒找著。晚上11點多,我被公安帶走了,這才知道陳興會已經死了。」

一審判決後,孫萬剛向雲南省高級法院提起上訴。1997年9月19日,雲南省高級法院發回昭通地區中級法院重審。昭通地區中級法院維持原判。孫萬剛繼續上訴,1998年11月12日,雲南省高級法院判處孫萬剛死刑,緩期二年執行。隨後,孫萬剛在雲南省第四監獄開始了牢獄生涯。

C 5年申訴路

此後的5年,申訴成了孫萬剛生活中最重要的內容。

孫萬剛告訴記者,5年來,他記不清自己寫過多少申訴材料,反正與法律沾邊的單位都寄了材料。讓孫萬剛失望的是,多數信件石沉大海。

2002年9月,事情有了一線轉機。孫萬剛的父親在信中告訴兒子,巧家縣近年來發生的一系列強姦、搶劫、殺人案的兇手李茂富抓到了,陳興會很有可能是他殺的。

2003年初,時任最高人民檢察院監所檢察廳廳長的陳振東收到了孫萬剛的一份申訴材料,信中提到李茂富是真凶。這引起了陳振東的注意,他立即指示雲南省檢察院監所檢察處進行調查。因為不久高檢院將服刑人員申訴工作移交給刑事申訴部門管轄,並於當年5月開展了清理服刑人員刑事申訴的活動,陳振東就將申訴材料轉到了高檢院刑事申訴廳。當年6月,高檢院刑事申訴廳將此案列為重點督辦案件。6月20日,雲南省檢察院決定立案復查。

獄中服刑的孫萬剛還不知道,高牆外的檢察官們正為他的案件到處奔走,而他的命運由此開始有了轉機。

D 檢察機關建議再審

檢察官全面審閱了本案所有案卷,發現血型鑒定的結論並不是唯一的,不具有完全的排他性;申訴人孫萬剛的有罪供述和無罪辯解相互矛盾,前後不一,且現場勘查筆錄、現場複勘筆錄、屍體檢驗報告、活體檢驗筆錄、刑事科學技術鑒定書等證據不相吻合,形式上和程序上都存在瑕疵。據此,2003年9月18日,雲南省檢察院向雲南省高級法院發出檢察建議,建議啟動再審程序。辦理孫萬剛案的重任落到了雲南省檢察院刑事申訴檢察處主訴檢察官高潔峰身上。這位32歲的法學碩士毫不猶豫地接下了這塊硬骨頭。他調閱了有關案卷,找出了疑點,寫出了長達11頁的復查提綱。雲南省檢察院刑事申訴處舉全處之力配合,力求查清此案。

疑點一:李茂富是否為真凶

2003年7月14日下午3點18分,是孫萬剛一生中難忘的日子。「一進提訊室,我就看見兩個面容親切的女檢察官坐在那裏,她們告訴我她們是雲南省檢察院的,要對我的案子進行復查。我一下子覺得自己的案子有希望了,心情特別激動。」孫萬剛回憶。

那天去提訊孫萬剛的是雲南省檢察院刑事申訴處處長倪紹霞和副處長王向紅。在提訊中,孫萬剛多次提到李茂富是真凶的事。

2003年8月3日,倪紹霞、王向紅和高潔峰在山路上顛簸了7個小時後,到了巧家縣。調查的結果是,沒有找到李茂富作案的證據。李茂富被排除了。檢察官們果斷地將案件從查找真凶為突破口轉向審查證據是否充分上。

疑點二:沾染死者血型就是兇手嗎?

據巧家縣公安局刑警大隊長陳斌介紹,當時認定孫萬剛有殺人重大嫌疑的依據之一是血型鑑定——孫萬剛本人是B型血,而從孫萬剛的衣褲、睡過的床單、被子、線毯上檢出與陳興會一樣的AB型血。

高潔峰說,他審查案件後,對血型鑑定有幾個疑問:第一,孫萬剛頭部被砸傷,直到脫衣服時還在流血,但白色T恤衫上為什麼沒有檢出他本人的B型血?第二,孫萬剛當晚穿的衣服用洗衣粉泡在盆裏,衣服檢出了AB型血,為什麼浸泡過衣服的血水只檢出B型血?第三,孫萬剛當晚住在同學賀傑家,賀傑的床單、被面和毛毯上都檢出AB型血,但賀傑本人的血型就是AB型,這不能排除床上用品原來就染有賀傑的血。

2003年9月7日,高潔峰和雲南省檢察院起訴處副處長李紅學再赴巧家縣,找到了1996年2月9日給孫萬剛作血型複檢的李章麒。李章麒介紹,物證送來時是混合裝的,即孫萬剛的送檢物和陳興會的放在一起,無法區分混合血。

疑點三:矛盾的有罪供述

雲南省檢察院分管刑事申訴工作的院領導說,孫萬剛所作的四次有罪供述前後不一、相互矛盾,且與現場勘查筆錄、現場複勘筆錄、屍體檢驗報告、活體檢驗筆錄等證據不吻合,沒有其他證據予以印證,不能采信。

如作案工具。孫萬剛供述刀是在他姐姐家拿的,作案後把刀插在離現場不遠的墳上。但公安機關仍從孫萬剛姐姐家提取了兩把刀,並作為物證移送了。然而經檢驗,兩把刀均無人血反應。

如被害人的身體分離物。孫萬剛有兩種說法:一是用陳興會的胸罩包起丟在現場,但屍檢結果是胸罩仍在死者的身上;二是用死者的挎包包起扔在現場,但現場並未找到。

如殺人動機。孫萬剛有一種供述:他強姦了陳興會,陳說要去告他,為了滅口他殺了陳。但法醫並沒有從陳的身體裏和衣服上檢出精斑。

雲南省檢察院長達22頁的復查終結報告出來了。認為認定孫萬剛殺人的證據有瑕疵,原判決有錯判的可能,應予以糾正。2003年9月18日,雲南省檢察院向雲南省高級法院發出檢察建議,建議再審。兩天後,雲南省公安廳也收到了檢察建議,要求公安廳協助復查。

接到檢察建議書後,雲南省公安廳立即派工作組赴巧家縣復查,查後認為此案事實不清,證據不足。

2004年1月15日,雲南省高級法院對孫萬剛作了無罪判決。2月20日,孫萬剛父子給雲南省檢察院、雲南省高級法院和雲南省公安廳送來了寫著「實踐三個代表,糾正冤假錯案」的牌匾和錦旗。

引用網址:<http://news.cn.yahoo.com/10-06-/346/2kdee.html>

楊佳襲警案始末

襲警細節

2008年7月1日上午,楊佳沖入上海市公安局閘北分局,殺死六名員警,另有三名員警和一名保安員受傷。該暴力襲警事件經媒體披露後,立即震驚全國。

楊佳28歲,北京人氏,中專文化,沒有工作,沒有女朋友,熱衷於參與戶外論壇組織的野外徒步活動,網名為「非常旅程」。在同行「驢友」(指參加野外旅遊、自助游的朋友——編者注)的眼中,楊佳靦腆內向,會做很好吃的雞蛋煎餅。在楊佳的Myspace個人博客上,好友列表裏鏈結了上百名女性。

上海市公安局在案發後的通報,以及此後楊佳案的審判,對這起舉國震驚的行兇案做了詳盡的還原。

2008年6月下旬,楊佳來到上海,購買了一把「鷹達」牌單刃刀(刀全長29釐米,其中刀刃長17釐米)、催淚噴射器、防毒面具、汽油、鐵錘、手套等。7月1日上午9時40分,楊佳攜帶上述物品,來到位於上海閘北區天目中路578號的上海市公安局閘北分局。

根據楊佳案一審判決書,楊佳首先在閘北公安分局門口投擲裝有汽油的啤酒瓶引起燃燒,並趁保安員滅火之際,頭戴防毒面具闖入閘北公安分局辦公大樓。

在閘北公安分局辦公大樓底層大廳等處,楊佳先用刀砍擊保安員顧建明頭部,繼而持刀分別猛刺正在工作且赤手空拳、毫無防備的民警方福新、倪景榮、張義階、張建平的頭、頸、胸腹等要害部位,致四名民警當場受傷倒地。

之後,楊佳沿消防樓梯至9樓和至11樓途中,又持刀先後猛刺、猛砍赤手空拳且猝不及防的民警徐維亞、王凌雲、李珂的頭、胸腹等要害部位,致徐維亞、李珂當場受傷倒地,並致王凌雲受傷。

楊佳繼續沖上21樓後,又持刀刺傷正在等候電梯的民警吳鈺驊,並闖入2113室行兇,致民警李偉受傷,終被在場民警林瑋以及聞訊趕來支援的幾位民警當場捕獲。

最終,方福新、倪景榮、張義階、張建平、徐維亞、李珂六位民警搶救無效,因失血性休克於案發當日死亡;民警王凌雲、李偉輕傷;民警吳鈺驊、保安員顧建明輕微傷。

楊佳案二審時,法庭播放了顧建明遇刺倒下,1樓治安支隊值班室民警方福新、倪景榮、張義階、張建平被刺殺的監控錄影,以及楊佳行兇路線的動畫模擬圖。上海市檢察院的檢察官在錄影播放時稱:「楊佳僅用了七秒鐘就殺死了四位民警。」言畢,旁聽席上一片譁然。

二審開庭中,當法庭回顧楊佳行兇過程時,楊佳面露沉思之色。但被問及有關行兇細節時,他均回答:「不記得了。」

被毆疑雲

如此殘忍的行兇,讓人們難以理解:到底是怎樣一種仇恨在推動楊佳走向不歸路?

從楊佳案發當日起,關於其動機為報復被員警毆打的傳聞就在坊間流傳。上海市公安局隨即召開新聞發佈會予以澄清,否認上海警方曾經毆打過楊佳。

在楊佳案二審的公開開庭中,此事的來龍去脈得以展現。

根據楊佳和有關民警的證詞及錄音可知,2007年10月5日晚,楊佳騎一輛無牌照自行車,受到上海市公安局閘北分局芷江西路派出所巡邏民警薛耀盤查。楊佳表示不理解:「為什麼這麼多(騎自行車的)人只有我被查?」並要求民警「拿出法律依據」。雙方發生言語糾紛後,楊佳撥打了110、公安熱線、上海公安局督察隊等電話投訴。最終,楊佳被民警帶到芷江西路派出所。

據楊佳在法庭上稱,他到派出所大廳後,一位民警說話靠他太近,並在說話時把唾液吐到他身上。他躲避之間無意走向門口時,被幾位民警「腳不沾地」地抬進了派出所裏間的工作間。而有關民警解釋稱,當時因為懷疑楊佳想逃跑,故有此舉動。這一段情節,雙方的敘述雖有一定分歧,但基本與派出所提供的監控錄影顯示的場景相一致。

楊佳與民警的證詞完全背離之處,是在進入工作間後發生的事情。楊佳稱,他被拖入工作間後,被至少六七位民警圍毆兩分鐘左右,導致自己「衣服髒了,褲子破了,手臂和後背出現淤青」。但所有民警的證詞均稱沒有毆打楊佳,楊佳也沒有受傷。關於這一段情節,派出所沒有提供錄影作為證據。

之後發生的事情是:在驗證了自行車的來歷後,派出所放楊佳走人;楊佳因「被毆打」之事「糾纏」了幾個小時後,在次日天將亮時才離開派出所。

此後數月,不服的楊佳多次投訴,上海市公安局閘北分局也兩次派人至北京與其協商。楊佳要求公安局方面就其投訴出具一份書面的「調解書」,未獲同意。楊佳說:「你們不出書面憑證就是要私了的意思,私了給1萬元。」這句話在一審中,被法院認定為楊佳的「無理要求」。對此,楊佳在二審法庭上強調,這句話自己只說過一次,不是真的想要錢。

後來,數次交涉無果,楊佳最終於2008年7月1日踏上了殺戮之路。

楊佳在法庭上做最後陳述時,堅稱自己「無辜」,並認為是民警對自己的毆打,以及自己在一級級投訴過程中多次被侮辱,才導致了他暴力襲警。

由於沒有直接證據,楊佳是否被毆打成為一段懸案。法院在二審法庭上宣讀了一份從楊佳筆記本電腦獲得的發至上海市公安局的投訴電子郵件,該郵件大致還原了事件的過程,但無其被毆打的敘述。而楊佳表示,這份郵件被刪改過,他不承認。不過,楊佳本人在離開派出所後也沒有去醫院驗過傷,所以,他在法庭上並不能舉出任何依據證明自己曾經被毆打。

法院終審判決書認定:芷江西路派出所的監控錄影中未反映出民警對楊佳實施毆打;楊佳本人筆記本電腦記載及給上海市公安機關的投訴信中,均未提及被數名民警按倒在地毆打;相關民警陳述,在芷江西路派出所內對楊佳進行盤查時,沒有毆打過楊佳。因此,楊佳上訴稱其在芷江西路派出所被數名民警按倒在地毆打,沒有證據證實。

兩次審判

8月26日下午,楊佳襲警案在上海市第二中級人民法院一審開庭,楊被控故意殺人罪。上海名江律師事務所主任謝有明及同所律師謝晉擔任楊佳辯護律師。律師從故意傷害罪(有別於故意殺人罪-記者注)的角度為楊佳進行辯護。

楊佳則要求幾位毆打過自己的民警到庭對證,未獲法庭同意。

由於一審未對媒體和公眾開放,而法庭給楊佳指定的辯護律師謝有明,身兼上海市閘北區政府法律顧問一職,楊佳案一審引發了國內法律界對該案「程序公正」問題的質疑。

9月1日,上海二中院判決楊佳犯故意殺人罪,判處死刑,剝奪政治權利終身。

隨後,楊佳提出上訴,表示自己並無殺人之意,造成多人死亡實為「意外」,並再次要求毆打自己的幾位民警到庭對證。此外,一審判決書中稱楊佳向公安局提出索賠萬元的「無理要求」,楊佳對此表示不認可。

10月13日上午,楊佳案在上海市高級人民法院二審開庭。辯護律師換為上海知名的刑辯律師翟建,以及北京市大成律師事務所上海分所律師吉劍青。同時,二

審也相對開放和透明,包括《財經》在內的多家媒體和部分公民獲准進入法庭旁或直播室聽開庭。

法庭上,楊佳神情淡漠。庭審期間,他語速很快,言談流利。楊佳的辯護律師與公訴人就楊佳是否在派出所被毆打、楊佳是否應該重新進行精神鑒定,以及楊佳要求毆打他的派出所民警出庭作證等焦點話題進行了辯論。律師提出給楊佳重新做精神鑒定,該請求被法官當場駁回。

楊佳自己則在法庭上稱:「我覺得自己沒有精神病,那些毆打我的員警才是精神病。」

10月20日,楊佳案二審宣判。上海高院再次表現出開放的態度,甚至連美國、日本記者也被安排進入法院旁聽。審判長徐偉當庭宣佈,維持一審法院判決。楊佳行為構成故意殺人罪,犯罪手段極其殘忍,罪行極其嚴重,社會危害極大,且無法定從輕情節,應依法懲處。

上訴席上,楊佳面無表情地聽完判決後,未做任何發言就被法警帶離。旁聽席上,沒有出現他的任何家屬。

後續懸疑

楊佳本人的命運已有定論,但其母親的下落仍為外界關注,目前官方對此並無任何說法。楊佳案幾度開庭時,其母均未出現在旁聽席上。

據《財經》記者瞭解,楊佳案發後,其母王靜梅於7月2日便與家人失去聯繫。7月17日下午,楊佳的姨媽前往北京大屯派出所,報告王靜梅走失。隨後,北京警方啟動了對楊佳母親的尋找程序。

此後,在北京警方未有楊母任何消息之時,上海律協發佈資訊稱:「謝有明律師赴北京找到楊佳母親,與她辦理了授權委託。」

基於此,北京憶通律師事務所律師李勁松曾在7月23日在該律所網站發表文章稱,他已向北京、上海兩地有關部門寄出實名舉報函,稱楊佳的母親極有可能被綁架,謝有明可能是綁架王靜梅的犯罪嫌疑人之一。

楊佳案二審時,出庭作證的司法鑒定科學技術研究所司法鑒定中心鑒定人管唯,在法庭上談及對楊佳進行精神鑒定的細節時透露,在接受了上海市公安局的委託後,他曾就楊佳從小的性格等情況,向楊佳的母親進行過瞭解。

此外,因在網路上發佈帖子虛構楊佳被毆情節的蘇州青年邾嘯寅涉嫌誹謗罪一案,至今仍無進展。

楊佳案發後,其作案動機為外界所關注。7月初,邾嘯寅發佈的一則《上海襲警事件內幕》的帖子廣泛流傳。帖子稱,「因楊佳在被開北分局留置盤查中遭毆打,致使其生殖器受損,無法生育,故而報復殺人」;隨後,邾嘯寅被上海警方帶走。

7月14日,上海市檢察院第二分院「對編造、散佈謠言的邾嘯寅以涉嫌誹謗罪批准逮捕」;誹謗罪名是否適用於邾嘯寅的行為,亦在法律界引起爭議。

楊佳案二審開庭時,檢察官曾就下身是否受傷問題詢問楊佳,楊佳明確否認。

據《財經》記者瞭解,目前邾嘯寅案由上海市寶山區檢察院辦理,邾嘯寅和楊佳均被羈押在上海市看守所。

據悉,羈押於看守所內的楊佳度日安然。在二審法庭上,楊佳稱,看守所「伙食很好」,幾個月內他養胖了幾分。楊佳對囹圄生涯的評價是:「仿佛回到了小學的時光。」

引用網址:<http://baike.baidu.com/view/2649956.htm>

人物簡介

聶樹斌,男,1974年11月6日出生,漢族,河北省鹿泉市下聶莊村人,原鹿泉市綜合職業技校校辦工廠(鹿泉市冶金機械廠)工人。

編輯本段生平經歷

1994年9月23日下午,在石家莊市電化廠宿舍區,聶樹斌因被石家莊市公安局郊區分局民警懷疑為犯罪嫌疑人而被抓。1994年10月1日,聶樹斌被刑事拘留;10月9日,因涉嫌故意殺人、強姦婦女被逮捕。

1995年3月3日,石家莊市人民檢察院以聶樹斌犯故意殺人罪、強姦婦女罪,向石家莊市中級人民法院提起公訴。石家莊市中級人民法院不公開開庭審理了此案,並於1995年3月15日作出(1995)石刑初字第53號刑事附帶民事判決。石家莊市中級人民法院認定:「聶樹斌於1994年8月5日17時許,騎自行車尾隨下班的石家莊市液壓件廠女工康菊花,至石郊孔寨村的石粉路中段,聶故意用自行車將騎車前行的康菊花別倒,拖至路東玉米地內,用拳猛擊康的頭、面部,致康昏迷後,將康強姦。爾後用隨身攜帶的花上衣猛勒康的頸部,致康窒息死亡。」判決聶樹斌「犯故意殺人罪,判處死刑,剝奪政治權利終身;犯強姦婦女罪,判處死刑,剝奪政治權利終身。決定執行死刑,剝奪政治權利終身。」

聶樹斌不服,向河北省高級人民法院提出上訴。河北省高級人民法院1995年4月25日作出(1995)冀刑一終字第129號刑事附帶民事判決。河北省高級人民法院認為「上訴人聶樹斌攔截強姦婦女、殺人滅口,情節和後果均特別嚴重。原判決認定事實正確,對被告人聶樹斌犯故意殺人罪的量刑及民事賠償數額適當;對強姦婦女罪量刑重」,判決「維持石家莊市中級人民法院(1995)石刑初字第53號刑事附帶民事判決以故意殺人罪判處聶樹斌死刑,剝奪政治權利終身及原判決第(二)項賠償附帶民事訴訟原告人喪葬費及其它費用貳千元整;撤銷石家莊市中級人民法院(1995)石刑初字第53號刑事附帶民事判決對被告人聶樹斌犯強姦婦女罪的量刑部分;上訴人聶樹斌犯強姦婦女罪,判處有期徒刑十五年。與故意殺人罪並罰,決定執行死刑,剝奪政治權利終身。」

「本判決並為核准以故意殺人罪判處被告人聶樹斌死刑,剝奪政治權利終身;以強姦婦女罪判處被告人聶樹斌有期徒刑十五年,決定執行死刑,剝奪政治權利終身的判決。」

2005年3月,河南商報、中國青年報、法制早報、南方週末、北京青年報、新京報、京華時報等全國數十家媒體披露:2005年1月18日,河南省滎陽市公安局索河路派出所幹警抓獲河北省公安廳網上通緝逃犯王書金。王書金供述其曾經多次強姦、殺人,其中一起是1994年8月,在其打工的石家莊市液壓件廠旁邊的一塊玉米地裏,奸殺了一個30多歲的婦女。

2005年1月19日,河南省滎陽市警方將王書金移交給河北省廣平縣警方。2005年1月22日,河北省廣平縣警方押著王書金,來到石家莊市液壓有限責任公司(即原石家莊市液壓件廠)旁邊鹿泉市孔寨村村民馬振才承包的玉米地,指認他當時的作案現場。

2005年3月17日,河北省公安廳新聞發言人向媒體公佈:河北省公安廳領導注意到了媒體關於該案的報導,並且給予了關注。公安部、河北省政法委領導對此事也極為關注。河北省公安廳組織專門力量進行調查復核。

時至今日,其父母奔波于河北省高級人民法院、河北省人民檢察院、河北省公安廳之間已經兩年多時間,沒有任何結果。

自 2007 年 4 月一審被判死刑的「真凶」王書金上訴之後，兩年時間，聶樹斌案再次從峰迴路轉走向絕對沉寂。種種跡象暗示，聶樹斌案或將永無再審與翻案的機會。

2005 年 4 月聶樹斌案被曝「一案兩凶」後，河北省政法委成立了工作組，負責對聶案重新調查。當時，面對全國媒體的緊密關注，河北方面宣稱，將儘快公佈調查結果。然而，四年過去，這個承諾至今沒有兌現。

聶樹斌的母親張煥枝多次前往河北高院尋求調查結果，四年間得到的答復如出一轍，「正在復查，很快出結果」。直至今今年 3 月，河北高院負責審查聶案的一位法官告訴聶母，調查結果已經出來，報到院長那裏去了。但到底是什麼結果，這位法官說不能向聶母透露。

這個秘而不宣的調查到底是怎樣進行的，甚至到底有沒有進行，外界無從獲知。然而，南方週末記者從河北廣平方面獲知，過去幾年，一直羈押于廣平縣看守所的王書金沒有接受過河北公檢法機關的任何提審。這個資訊讓關注聶案復查的人士對所謂調查產生了巨大懷疑。聶樹斌的律師李樹亭與王書金的律師朱愛民紛紛質疑，王書金作為聶樹斌案中最重要活證據，如果復查一定會提訊，怎麼可能繞開？

從 2005 年 3 月王書金被捕交待全部罪行直至與律師會面，他並不知道十年前的玉米地案另有「兇手」，也根本不知道一個叫聶樹斌的人在十年前作為罪犯已被槍決。在一審法庭審判中，王書金意欲主動供認玉米地奸殺案，但被法官以「與指控無關」打斷，被公訴方以「查無實據」駁回。

2007 年 4 月，一審宣判後，王書金以未起訴他在石家莊西郊玉米地的奸殺案為理由之一，向河北省高院提出上訴。他在上訴狀中說：「我在 2005 年 1 月 18 日向河南省滎陽市索河路派出所供述自己在河北省犯罪過程中，包括石家莊西郊玉米地裏強姦殺人的經過……對於這些河北廣平縣公安機關的員警進行了確認……員警還帶領我對作案現場進行了指認，現場是憑著我對當時的記憶找到的。」

王書金的上訴心理中，有一點是微弱地期望通過主動坦白這個案子，獲得可能的寬大處理。他說：「我是一個罪孽深重的人，不在乎是否多一起案子或者少一起案子，而是不願意看到因為我的原因而使他人替我承擔嚴酷的刑罰……我希望上級法院對（我坦白）這個案子能夠按照重大立功認定，更希望給我一次重新做人的機會。」

2007 年 7 月 31 日，河北省高院二審不公開開庭審理了王書金案，據參加庭審的人透露，王書金在庭上繼續對未被納入公訴的石家莊玉米地案供認不諱。庭審後，法律人士推測，二審維持死刑判決的可能性非常大。但時隔兩年之久，二審判決至今未出。10 月 20 日，王書金的律師致電主審法官詢問何時判決，這位劉姓法官稱，因為案情特殊，在沒有領導指示的情況下，他說了不算。南方週末記者還瞭解到，在對外宣稱的復查期間，聶案中的被害人家屬和好友也沒有接受過任何形式的調查，他們是當年隨警方第一時間看到案發現場的人。律師李樹亭說，他們是案發現場最重要的目擊證人，復查也不應該繞過他們。

真相可能永遠死去

2007 年 11 月 1 日，南方週末記者披露了聶樹斌家屬因獲得原審判決書而得以進行申訴，以及王書金上訴要求為聶樹斌洗清汙名，這兩個重大的意外事件曾讓輿論對聶樹斌案真相大白抱有最樂觀的期望。法律界人士紛紛建言，希望最高法直接提審此案。

2007 年 11 月 5 日，最高人民法院答復張煥枝，申訴材料已轉至河北高院，聶案的申訴由河北高院負責。著名法學教授賀衛方為此憤慨其荒謬：「偏偏承擔糾錯職

能的機構正是當年製造冤案的機構。仿佛當年方成先生一幅漫畫裏虛構的場景：蒙受屈辱的秦香蓮向包拯告狀，包拯在狀子上大筆一揮——「請陳世美同志查處」！最高法院像當年提審瀋陽劉湧案一樣處理「聶樹斌案」的希望似乎完全落空了。兩年來來自最高法院的消息說，聶案被列為「重案之重」，已調派專人進行全案再審審查。這個讓社會高度期待的行動，最終沒有釋放出任何資訊。一直關注此案的法學家賀衛方在博客中將聶樹斌案的評論文章置頂。他分析，河北高院很難辦，如果承認錯誤，就要自認倒楣，這就好像自己揪住自己頭髮離開地球一樣。不糾正呢，良心上過不去，當事人倒楣，而且輿論壓力又這麼大，最後可能要承擔更大的責任。無休止地拖延，就是因為這兩種心態交織在一起的結果。

賀衛方認為，處理聶樹斌案可以有三種思路，一是由比河北省更高的機構來進行調查和審理，即最高法院、最高檢察院，因為它們不大可能受到地方利益的鉗制和約束；二是由最高法院指定另外一個省的司法機構來對案件進行全方位審理，這也可以保持中立。第三是根據憲法第 71 條，全國人大或全國人大常委會可以視情況必要成立特別委員會對特定事項進行調查並做出決議。「現在這個案件對整個體制是一個考驗，讓國民對這個國家有信心，不再是草菅人命的做法，不再恐懼蒙受冤屈而得不到很好的解決，我相信這是一個特別好的機會，希望有關部門能抓住這個機遇。」賀衛方急切呼籲。

以「聶樹斌案」四年波折來看，沒有人願意抓住這個機遇，也沒有人認為這是個機遇。「聶樹斌案」的真相，極有可能將隨著聶樹斌，永遠死去。

引用網址：http://zhongch.fabao365.com/article/view_93762_6434.html

從無期到無罪--許霆案件之評論

疑問：取自己合法帳戶裏的錢，許霆到底該不該被判刑？

案由：2006 年 4 月 21 日晚 10 時，公民許霆來到廣州天河區黃埔大道某商業銀行的 ATM 取款機取款。結果在取出 1000 元人民幣後，銀行卡帳戶裏只被扣 1 元，許霆先後取款 171 筆，合計 17.5 萬元。廣州市中院近日審理後認為，被告許霆以非法侵佔為目的，夥同同案人採用秘密手段，盜竊金融機構，數額特別巨大，行為已構成盜竊罪，遂判處無期徒刑，剝奪政治權利終身，並處沒收個人全部財產。

一直以來，司法界、媒體和廣大公民的討論熱點是：不管把許霆歸於盜竊罪或者歸於不當得利，總之，許霆有罪；焦點則在於，17.5 萬元是否屬於數額巨大，許霆的犯罪情節是否嚴重甚至惡劣，法院判其無期徒刑是否屬於量刑過重。

鬼鬼則認為，在這個案例中，許霆既不屬於盜竊罪，也不屬於不當得利，當然更加談不上情節嚴重了。而法院判其無期徒刑，則將是我國司法史上的一個天大的笑話---如果法院拒不改判其無罪的話，則將是我國司法史上的一大冤案。

理由如下：

第一，許霆是根據商業銀行自己為儲戶設定的 ATM 取款程序在商業銀行設立的 ATM 機上公開取款，而不是撬開 ATM 機或者用其他的非法手段入侵銀行系統非法獲得錢款，所以，這裏根本就談不上法院所說的秘密手段。

第二，許霆是使用自己合法的銀行卡在 ATM 機上憑自己在銀行系統預設的密

碼支取自己合法帳戶裏的款項,既不是用盜取、搶劫或者拾獲的別人的銀行卡去故意佔有別人帳戶裏的錢款,也不是通過高科技手段偽造的假銀行卡去支取別人或者銀行公共帳戶上的錢款,所以不是法院所說的"盜竊金融機構"。

至於誰往許霆的帳戶裏打入了 17.5 萬元鉅款,是自己的銀行戶頭意外中了巨獎,還是別人的匿名故意贈與,還是銀行自己的系統出了故障,許霆自然不願去追究,在法律上以及他與銀行簽署的帳戶協議上,也未規定他有義務去追究帳戶錢款的來源。---哪一天如果鬼鬼郎君的帳戶上忽然多了 17.5 萬元,鬼鬼郎君自然也是如數笑納,照用不誤,根本不會去考慮是否需要"潛逃一年"的。

第三,許霆之所以能夠取得 17.5 萬元的意外款項,過錯明顯是銀行方面的 ATM 機造成的,更何況製造 ATM 機的廠家已經賠付了銀行的損失。而對許霆來說,只是個中獎般的意外之喜罷了。

所以,鑒於此,本人認為,在許霆這個事件中,不僅不屬於違法或者犯罪,就連道德上的非議都不應該存在---畢竟它與拾遺不還還是有著本質上的區別的。在這個社會,我們或者可以做到不去非禮別人,但是恐怕難以對主動投懷送抱的美女做到坐懷不亂吧。

社會主義法律是講道理和明辨是非的,司法的判決應該是法官在事實、證據、以及個人的邏輯和道德觀念等要素下結合法律條文來考量案件對社會公正的推進程度,這是社會主義法律的根本。司法的應用要避免傳統的思維模式,才不至於闖入先入為主的概念性誤區。

我們期望國家相關部門積極重視"許霆事件",組織法學教授認真研究"許霆事件",還無辜受冤的許霆公民以清白。許霆並可要求原告銀行賠償其名譽損失。

不算多餘的話:公民許霆當初面對突如其來的意外驚喜,倒真的應了那句老話:卻之不恭,受之有愧。而銀行既然已經找到了真正的罪魁禍首 ATM 機,並且及時從它的製造商哪里獲得了足額的賠償,卻轉身又把無辜的小許推上了法庭,實在是既不理智又不厚道。打個比方吧,一個女人不能自己鑽錯了爺們兒的被窩卻反咬一口說爺們兒不規矩,對不對?出現了後果肯定要自己去勇敢承擔!同樣的道理,許霆拿自己的銀行卡用合法的取款程序支取自己合法帳戶裏的錢款,難道不是合情合理又合法嗎?

這裏還有一個重要的問題:法律上是憑什麼就認為那許霆帳戶裏的 17.5 萬就是銀行的?是僅僅憑那個"發現取一次款帳戶裏只扣除一元錢"的說法嗎?

話再說回來,人家許霆如果覺得過意不去,願意退回一些給你銀行,你銀行應該感到幸運;人家許霆如果不願意退回那錢,你也只能到一邊去自己多加檢討。所以,不難看出,在許霆事件中,真正需要進行認真反思的恰恰是那家告錯了對象的銀行和廣東那家糊裏糊塗的法院。

作為處在許霆事件中風口浪尖的銀行來說,他最應該起訴的是給他供應 ATM 機的製造商,原因如下:

- 1,給銀行造成了事實損失而且以後還有可能會繼續造成損失。
- 2,由於銀行使用了他們提供的品質有問題的 ATM 機才造成了此次事件,並且因此使得公眾對這家銀行充滿了不信任。
- 3,由於此次事件使得銀行失去了判斷是非的能力,以至於在獲得了 ATM 機廠家的賠償之後還異想天開地起了和許霆一樣的貪心,妄想獲得再一次的賠償,並且為此變成公眾茶餘飯後的談資和笑料。

而審判這個案子的法院則要在以後的日子裏更加小心謹慎一點,不要一門心思地向著銀行,不要以為有錢人說的話總是對的----要明白,這一次不大不小的錯誤,卻是個大大的司法笑話。

觀點:許霆案件適用《中華人民共和國物權法》

其實,許霆案的司法程序真正適用的是自 2007 年 10 月 1 日起施行的《中華人民共和國物權法》,因為本案爭議的焦點是:許霆是否合法擁有他自己銀行帳戶裏的資金。如果是,那麼不管他是一個人取錢還是兩個人取錢,也不管他連續取款多少次,更加不用考慮銀行是不是扣除他已經取出的款額----他的一切合法的帳戶操作行為,都是受法律保護的。

《物權法》第一編第一章第二條規定:

因物的歸屬和利用而產生的民事關係,適用本法。

本法所稱物,包括不動產和動產。法律規定權利作為物權客體的,依照其規定。

本法所稱物權,是指權利人依法對特定的物享有直接支配和排他的權利,包括所有權、用益物權和擔保物權。

毫無疑問,許霆對自己合法的銀行卡帳戶的所有權受中華人民共和國的法律保護;許霆有合法持有和使用自己銀行卡的權利;許霆銀行卡內的資金屬於許霆合法擁有,享有無可爭議的支配權。

許霆案件中,許霆是使用自己合法的銀行卡,在 ATM 機上憑自己在銀行系統預設的密碼支取自己合法帳戶裏的款項,既不是用盜取、搶劫或者拾獲的別人的銀行卡去故意佔有別人帳戶裏的錢款,也不是通過高科技手段偽造的假銀行卡去支取別人或者銀行公共帳戶上的錢款,所以不是法院所說的"盜竊金融機構"----要點之一,銀行卡是許霆自己的,也就是說,他的帳戶是合法的;密碼是銀行系統確認後預留的,就是說手段完全合法;取的錢是自己帳戶上的,而不是銀行的。而且,許霆是根據商業銀行自己為儲戶設定的 ATM 取款程序在商業銀行設立的 ATM 機上公開取款,而不是撬開 ATM 機或者用其他的非法手段入侵銀行系統非法獲得錢款,所以,這裏根本就談不上法院所說的秘密手段。----要點之二,許霆是按照商業銀行的公開指導程序取款,而不是駭客程序或者撬開 ATM 機直接取鈔票。

在此,提醒許霆案件的二審法官注意以下三點問題

第一,銀行系統在未和許霆商談的情況下,單方面給許霆的普通銀行帳戶授予了可以無限透支的權利,並且沒有約定許霆應該歸還無限透支的款項。這一點就可以視為有效贈與。如果追究責任,責任明顯在銀行自身。

第二,而許霆和銀行之前簽訂的銀行帳戶協定中更加沒有規定許霆有查詢自己合法帳戶中款項來源的義務。所以,這個簡單的事實請二審法官看清楚。

第三,另外,根據《物權法》,只要法律認可許霆的帳戶是合法的,許霆取款的程序是合法的,哪怕他喊滿大街的人來取他帳戶裏的錢,也與任何人沒有任何關係,不要說違法,遑論犯罪了。

引用網址:<http://www.chinacourt.org/html/article/201005/09/407997.shtml>

河南省高級法院宣告趙作海無罪釋放

備受社會關注的趙作海故意殺人案今天上午宣判。河南省高級人民法院於 5 月 8 日作出再審判決:撤銷省法院復核裁定和商丘中院判決,宣告趙作海無罪。立即派人趕赴監獄,釋放趙作海,並安排好其出獄後的生活。省法院紀檢組、監察室同時啟動責任追究機制。

1998年2月15日,商丘市柘城縣老王集鄉趙樓村趙振响的侄子趙作亮到公安機關報案,其叔父趙振响於1997年10月30日離家後已失蹤4個多月,懷疑被同村的趙作海殺害,公安機關當年進行了相關調查。1999年5月8日,趙樓村在挖井時發現一具高度腐爛的無頭、膝關節以下缺失的無名屍體,公安機關遂把趙作海作為重大嫌疑人於5月9日刑拘。5月10日至6月18日,趙作海做了9次有罪供述。2002年10月22日,商丘市人民檢察院以被告人趙作海犯故意殺人罪向商丘市中級人民法院提起公訴。2002年12月5日商丘中院作出一審判決,以故意殺人罪判處被告人趙作海死刑,緩期二年執行,剝奪政治權利終身。省法院經復核,於2003年2月13日作出裁定,核准商丘中院上述判決。

今年4月30日,趙振响回到趙樓村。商丘中院在得知趙振响在本村出現後,立即會同檢察人員趕赴趙樓村,經與村幹部座談、詢問趙振响本人及趙振响的姐姐、外甥女等,確認趙振响即是本案的被害人。同時並從趙振响本人處瞭解到:1997年10月30日(農曆9月29日)夜裏,其對趙作海到杜某某家比較生氣,就攜自家菜刀在杜某某家中照趙作海頭上砍了一下,怕趙作海報復,也怕把趙作海被砍死,就收拾東西於10月31日凌晨騎自行車,帶400元錢和被子、身份證等外出,以撿廢品為生。因去年得偏癱無錢醫治,才回到村裏。

5月5日下午,省法院聽取了商丘中院關於趙作海案件情況彙報後,決定啟動再審程序。5月7日下午,商丘中院遞交了對趙振响身份確認的證據材料。5月8日下午,省法院張立勇院長親自主持召開審委會,河南省人民檢察院副檢察長賀恒揚列席審判委員會,對案件進行了認真研究,認為趙作海故意殺人一案是一起明顯的錯案。審判委員會決定:一、撤銷省法院(2003)豫法刑一複字第13號刑事裁定和商丘市中級人民法院(2002)商刑初字第84號刑事判決,宣告趙作海無罪。二、省法院連夜製作法律文書,派員立即送達判決書,並和監獄管理機關聯繫放人。三、安排好趙作海出獄後的生活,並啟動國家賠償程序。

張立勇院長要求,省法院要及時向新聞單位通報案情;省法院紀檢、監察部門立案調查,對不負責任的審判人員追究責任;全省法院和廣大法官要認真汲取教訓,引以為戒。要對法律負責,對人民負責,對人民的生命負責。

