

# 羈押事由之憲法界限

薛智仁

國立臺灣大學法律學院副教授



# 羈押事由之憲法界限\*

薛智仁

國立臺灣大學法律學院副教授

## 目次

### 壹、前言

- 一、大法官解釋對羈押制度之影響
- 二、重新檢視羈押事由之必要性

### 貳、重罪羈押

- 一、討論概況
- 二、違反武器平等原則？
- 三、違反無罪推定原則？
- 三、違反比例原則
- 四、修法方向

### 參、預防性羈押

- 一、討論概況
- 二、違反無罪推定原則？
- 三、違反比例原則
- 四、修法方向

### 肆、串證羈押

- 一、討論概況
- 二、違反無罪推定原則？
- 三、違反武器平等原則？

\* 研討會論文初稿，請勿引用。

Email: cjhsueh@ntu.edu.tw

#### 四、違反平等原則

(一) 提高申證危險

(二) 提高忍受義務

#### 五、違反比例原則

#### 六、修法方向

#### 伍、虞逃羈押

一、違反無罪推定原則

二、違反比例原則

(一) 保全被告聽審權

(二) 保全真實發現

三、修法方向

#### 陸、結論

# 壹、前言

## 一、大法官解釋對羈押制度之影響

刑事訴訟法通常被稱為「應用的憲法」或「憲法測震儀」，此一生動的形容詞表達了刑事訴訟法與憲法之間的密切關係。刑罰作為國家對人民所施加之最嚴厲手段，經常意味著為了公眾的安全利益，必須完全不顧犯罪行為人的自由。因此，集體與個人利益的衝突關係在刑事程序中也最為強烈，刑事訴訟法所作成的利益權衡，象徵了個人與國家之間的典型關係，任何政治結構的重要改變，都會導致刑事程序的轉型<sup>1</sup>。現代的刑事訴訟，正是深刻受到啟蒙時期的國家基本原則所影響：根據權力分立原則，承認法官之獨立性，使其能夠中立地權衡個人與集體利益，同時將刑事追訴的任務交給組織與人事均獨立於法院的檢察官；基於承認人民享有先於國家而存在的基本權利，承認被告之訴訟主體地位，在訴訟上享有人性尊嚴與完整的辯護權保障；基於法律保留原則，國家對被告自由之干預僅能依據法律的尺度，法律應盡可能地明確規定干預權限的要件、內容與界限，人民得以預見國家的干預權限<sup>2</sup>。

上述憲法對於刑事訴訟法的影響力，在臺灣並不是停留在紙上的外國理論或經驗，而是不斷透過大法官的釋憲實務所形成的臺灣在地經驗，甚至多次促成刑事訴訟的修法。儘管憲法並未明文規定刑事訴訟法的基本原則，大法官仍透過憲法第八條對人身自由之正當法律程序保障、憲法第十二條之秘密通訊自由、憲法第十六條之訴訟權等基本權條款，重大地影響刑事司法的形貌。其中，對於刑事程序中干預人身自由最深的羈押制度，大法官就羈押之事由、審查程序、在押被告之權利與刑事補償等問題，都作過影響深遠的解釋。

首先是確立羈押之目的及法定事由。大法官自釋字第三九二號解釋起，多次闡述其對於羈押制度的基本觀點：「羈押作為刑事保全程序時，旨在確保刑事訴訟程序順利進行，使國家刑罰權得以實現。惟羈押係拘束刑事

<sup>1</sup> Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 28. Aufl., 2014, § 2 Rn. 1; 劉秉鈞，刑事訴訟法之基本概念，載於：刑事訴訟之運作—黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集，1997年，頁273-277。

<sup>2</sup> Roxin/Schünemann, (Fn. 2), § 2 Rn. 4.

被告身體自由，並將之收押於一定處所，乃干預身體自由最大之強制處分，使刑事被告與家庭、社會及職業生活隔離，非特予其心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用等人格權之影響甚為重大，自僅能以之為保全程序之最後手段，允宜慎重從事。」（參照釋字第六五三號、第六六五號、第七三七號解釋）在此基礎上，釋字第六六五號解釋認為，刑事訴訟法第一〇一條第一項第三款之重罪羈押，不以存在逃亡或滅證串供導致顯難進行追訴、審判或執行之危險為必要，因為牴觸無罪推定原則、武器平等原則或過度限制刑事被告之充分防禦權，導致違反比例原則，故對本款為合憲性解釋，僅在有相當理由認為被告有逃亡、滅證或勾串之虞時，始符合該條款規定。

其次是改造羈押審查程序。釋字第三九二號解釋認為，憲法第八條第一項及第二項所規定之「法院」，係指有審判權之法官所構成之獨任或合議之法院<sup>3</sup>，故法院以外之逮捕拘禁機關，應至遲於二十四小時內，將因犯罪嫌疑被逮捕拘禁之人民移送該管法院審問。據此，檢察官對於被拘捕之被告並無羈押權限，偵查程序之羈押適用法官保留原則，促成一九九七年之羈押修法。然而，修法並未詳細規定法院之羈押審查程序，刑事訴訟法第一〇三條第三項僅規定，被告及其辯護人得被告知檢察官聲押事由所依據之事實，使被告難以行使防禦權。在此背景底下，釋字第七三七號解釋根據憲法第八條保障人身自由以及憲法第十六條保障訴訟權之意旨，認為對人身自由之剝奪應遵循正當法律程序原則，故除非有事實足認有滅證勾串等危害偵查目的或危害他人生命、身體之虞，應以適當方式及時使犯罪嫌疑人及其辯護人獲知檢察官聲請羈押之理由及有關之證據，其獲知之方式不以檢閱卷證並抄錄或攝影為必要。

接著是強化在押被告之權利。釋字第六五三號解釋認為，在押被告之人身自由和其他憲法權利，僅在達成羈押目的和維持押所秩序之必要範圍

---

<sup>3</sup> 相關文獻眾多，僅參考翁岳生，大法官關於人身自由保障的解釋，月旦法學雜誌，15期，1996年8月，頁94-96；林子儀，人身自由與檢察官之羈押權，憲政時代，21卷2期，1995年10月，頁22；林明鏘，人身自由與羈押權，憲政時代，21卷2期，1995年10月，頁；黃俊杰，人身自由與檢警權限之檢討，軍法專刊，41卷11期，1995年11月，頁34-37；張俊雄、林子儀、許宗力，賦予檢察官羈押決定權違反憲法保障人身自由之規定—立委張俊雄釋憲聲請案補充理由狀，律師通訊，196期，1996年1月，頁40-48；陳愛娥，正當法律程序與人權之保障—以我國法為中心，憲政時代，29卷3期，2004年1月，頁376。批評此一論證，參考陳志龍，釋字第三九二之轉機或危機？—檢察官失去偵查主體？，律師通訊，196號，1996年1月，頁33-38。

內，得依法限制之，若是羈押機關對其所為之不利決定不法侵害其憲法權利，基於憲法第十六條之訴訟權保障，應許其向法院提起訴訟請求救濟，故羈押法第六條僅許可被告經由申訴機制尋求救濟，係違反訴訟權之保障。不久後，釋字第七二〇號解釋並補充解釋，在修法之前，被告應準用刑事訴訟法第四一六條等準抗告規定，向裁定羈押之法院請求救濟。此外，釋字第六五四號解釋認為，刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告履行防禦權之重要內涵，應受憲法第十六條訴訟權之保障，故羈押法第二十三條第三項容許對於在押被告和辯護人之接見進行監視、監聽和錄音，不問是否為達成羈押目的或維持押所秩序所必要，同法第二十八條並容許上開監聽和錄音內容得為偵查或審判之證據，均對於在押被告與辯護人充分自由溝通權利造成不必要之限制，違反訴訟權之保障而失效<sup>4</sup>。

最後是擴大羈押被告之刑事補償。大法官分別在釋字第四七七號解釋和釋字第六二四號解釋認為，戒嚴時期人民受損權利回復條例第六條之適用對象限於「受無罪之判決確定前曾受羈押或刑之執行者」，以及冤獄賠償法不適用於軍事機關依軍事審判法令受理之案件，係違反憲法第七條之平等原則。嗣後在釋字第四八七號解釋及釋字第六七〇號解釋，分別對於冤獄賠償法第二條前段排除「行為違反公共秩序或善良風俗者」之請求權，以及同法修正後第二條第三款「因故意或重大過失行為致受羈押者」不得請求補償等規定，認定其有違比例原則。上開解釋，均是擴大羈押被告之刑事補償權限。尤其值得注意者，釋字第六七〇號解釋認為，特定人民身體自由因公共利益受公權力之合法限制，諸如羈押、收容或留置等，而有特別情形致超越人民一般情況下所應容忍之程度，構成其個人之特別犧牲，應有依法向國家請求合理補償之權利，以符合憲法第八條保障人身自由及憲法第三條平等權之意旨。這是大法官首次將羈押被告之人身自由剝奪視為特別犧牲。

整體而言，大法官將羈押視為保全刑事程序之必要手段，同時清楚認知其強烈干預被告的人身自由和防禦權的後果，據此限定羈押事由、擴充

---

<sup>4</sup> 相關檢討：李建良，押牢裡的自由與尊嚴—受羈押被告之憲法權利與司法救濟，台灣法學雜誌，120期，2009年1月，頁26-38。

被告在羈押審查和執行階段之權利保障、確保羈押被告之刑事補償請求權，其落實憲法對人身自由和訴訟權的保障，貢獻卓越。

## 二、重新檢視羈押事由之必要性

儘管如此，羈押依然是對被告威脅最大的強制處分，其被明白或暗中濫用的疑慮從未消失。一方面，相較於裁判確定後執行徒刑或死刑，羈押可以在被告犯罪後立刻給予教訓，平息社會大眾或被害人的憤怒，又因為依法得折抵刑期（刑法第三七條之二）<sup>5</sup>，可能誘使法官在裁定羈押或延押時從寬認定。換言之，羈押在實際上可能被誤用為預支的刑罰，牴觸無罪推定原則。另一方面，羈押使被告喪失人身自由，和家庭、社會與工作隔絕，被告可能為了避免被聲請羈押，不自願地和檢察官合作，檢察官也可能利用合法的羈押迫使被告合作，諸如被告作成自白、交出不利證據或供出其他共犯等。質言之，羈押含有不當干預被告陳述自由的高危險性，嚴重威脅不自證己罪原則的實現。

羈押對於被告的上述威脅，可能是因為實務運作自始違反法律規定或制度精神，可能是因為法律規定的缺漏，缺乏預防、監督或彌補實務操作違法羈押的傷害，成因多元複雜。歷年來大法官解釋憲法所驅動的修法，固然已經相當程度上減少羈押對被告人權的侵害，但是羈押制度尚有許多改善空間，亦是無可否認的事實。除了目前正在熱議中的羈押審查程序之被告閱卷權以外<sup>6</sup>，學說早已提出諸多檢討和建議。例如，有學說認為，刑事訴訟法第九三條之一之「法定障礙事由」過寬，忽略拘捕後二十四小時

---

<sup>5</sup> 理論基礎及適用建議，詳見：陳重言，刑罰折抵一借鏡德國法之體系重構，載於：甘添貴教授七秩華誕祝壽論文集（下冊），2012年，頁669-694。

<sup>6</sup> 近期文獻眾多：楊雲驊，閱卷權的突破—以歐洲人權法院近年來數個判決為例，台灣本土法學雜誌，70期，2005年5月，頁120-138；李佳玟，機密且一造進行之羈押審查程序，台灣本土法學雜誌，91期，2007年2月，頁216-238；李佳玟，羈押審查程序中的閱卷權，月旦法學雜誌，251期，2016年4月，頁218-225；林超駿，試論羈押審查程序合憲閱卷權之建構—美國法借鏡，月旦法學雜誌，253期，2016年6月，頁91-111；連孟琦，我國羈押閱卷制度之未來—德國法之啟示，檢察新論，20期，2016年7月，頁3-13；林鈺雄，偵查階段之羈押閱卷—從德國法的比較基礎談起，檢察新論，20期，2016年7月，頁14-25；蔡碧玉，釋字第七三七號解釋對我國羈押閱卷制度之影響，檢察新論，20期，2016年7月，頁26-30；吳巡龍，羈押審查程序卷證獲知權—兼評釋字第七三七號，檢察新論，20期，2016年7月，頁31-45；楊雲驊，羈押審查程序卷證獲知權—兼評釋字第七三七號，檢察新論，20期，2016年7月，頁46-53；林裕順，大法官出招，爭議延燒立院--「羈押審查程序閱卷獲知權」，檢察新論，20期，2016年7月，頁54-60。與此相關者，係將被告被羈押列為獨立之強制辯護事由，參考何賴傑，論德國羈押強制辯護之新制—以德國二〇〇九年七月二十九日羈押修正法為重點，全國律師，2010年7月，頁17。

移送法院審問之立法意旨，不是提供偵查或追訴，而是準備聲押的猶豫期間<sup>7</sup>。另外，在羈押適用法官保留原則後，檢察官仍保有具保與限制住居之權限，無法排除檢察官濫用此一權限侵害被告之財產權和居住自由的危險<sup>8</sup>。最後，即使刑事妥速審判法已經明訂審判中羈押時間不得逾八年，此一羈押時間仍屬過長且僵化，司法實務的延押裁定審查標準過寬，以及對在押被告欠缺訴訟督促機制等，亦為學者所詬病<sup>9</sup>。

上述學說建議，均是在承認羈押是保全刑事程序之必要手段的前提下，嘗試補強羈押制度相關的配套保護或監督措施，但是對於羈押之實體要件本身，亦即羈押事由及羈押手段受比例原則之限制，則是鮮少議論。整體來看，學說對於羈押事由的檢討，絕大多數集中在質疑刑事訴訟法第一〇一條第一項第三款「重罪羈押」和第一〇一條之一「預防性羈押」的正當性上，對於第一〇一條第一項第一、二款之「虞逃羈押」和「串證羈押」，多數僅提示法官應謹慎適用，少數則是質疑「串證羈押」的正當性<sup>10</sup>。同樣地，大法官亦反覆重申羈押之目的係保全刑事程序，並據此認為在保全刑事程序的範圍裡，重罪羈押尚不牴觸憲法之無罪推定、武器平等及被告防禦權之保障。我們似乎可以預期，若是大法官未來有機會審查其他羈押事由之合憲性，可能傾向肯認虞逃羈押與串證羈押之合憲性，傾向否定預防性羈押事由的合憲性。

不過，本文認為有重新檢視此一基本立場（或傾向）的必要性。從比例原則來看，即使是為了保全刑事程序而羈押被告，被告的人身自由和防禦權一樣會受到限制，我們必須對於保全刑事程序之公益和被告權利謹慎

---

<sup>7</sup> 陳運財，新修正羈押制度之檢討，載於：刑事訴訟與正當之法律程序，1998年，頁249-252；林鈺雄，刑事訴訟法（上），7版，2013年，頁359-360。

<sup>8</sup> 陳運財，註7文，頁280-284；陳運財，論羈押處分與人身自由之保障，載於：偵查與人權，2014年，頁199-203；黃朝義，刑事訴訟法，4版，2014年，頁226（針對限制出境）。

<sup>9</sup> 楊雲驊，二十年來台灣刑事訴訟程序羈押制度之檢討與建議（下），月旦法學雜誌，181期，2010年6月，頁191-197；施育傑，延長羈押的理由與羈押期間—以歐洲人權法院裁判為借鏡，法學新論，10期，2009年5月，頁122-124。另參考陳運財，註8文，頁226-230。

<sup>10</sup> 許揚成，我國羈押原因與目的之探討，警大法學論集，19期，2010年10月，頁206-208；王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），2版，2013年，頁356否定保全「追訴」作為羈押之正當目的，防止押人再蒐證。

地進行權衡<sup>11</sup>。同樣地，預防再犯所追求的公益雖然不同於保全刑事程序，為了預防再犯而羈押被告仍然是國家盡其保護基本權義務的方法，未必是當然缺乏正當性的手段<sup>12</sup>。根本檢討羈押事由之正當性，並不因為羈押在個案中應遵守比例原則以及逐步擴充羈押之配套保護或監督措施，就顯得多餘。因為，假如羈押作為保全刑事程序之必要手段，正當性不如表面上充分，則羈押之適用範圍應該自始相應地縮小，而不是僅止於強化被告在羈押審查和執行階段之權利，或是消極地設定羈押期間的上限和嚴格審查延押裁定。若是持續高估羈押事由之正當性，反而可能導致任何已經完成或尚在擬議中的法律改革，都無法將羈押被濫用的風險減少至可容許的範圍內，架空人身自由、無罪推定原則及不自證己罪原則對被告的保障。因此，我們對於羈押制度的反省，有必要更進一步根本地檢討羈押事由的憲法界限。

本文檢討羈押事由之憲法界限，主軸放在個別羈押事由和無罪推定原則的緊張關係，以及其對人身自由（憲法第八條）之干預是否符合比例原則（憲法第二十三條），部分羈押事由則是會另外涉及平等原則（憲法第七條）和密切相關的武器平等原則。可以確定的是，由於人身自由通常是實現其他基本權的前提，從憲法第八條對於人身自由的規範密度亦可推知其重要性，對於羈押造成之人身自由干預是否符合比例原則，應採取嚴格或偏向嚴格的審查標準<sup>13</sup>。不過，實務及學說對於無罪推定原則及武器平等原則的內涵尚無定論，如何不流於空泛訴諸平等的口號及避免對無罪推定原則無限上綱的操作，則是從事此一合憲性審查的重大挑戰。本文在有限的時間及能力範圍內，無法窮盡上述原則的細節，僅能根據其至今已形成相對有共識的核心意義，嘗試釐清羈押事由是否與之牴觸。在如此的出

---

<sup>11</sup> 林子儀，部分協同、部分不同意見書，釋字六六五號解釋抄本，頁 68（註四）特別強調，第一〇一條第一項第二款之羈押事由是否符合比例原則而與憲法第八條是否有違，仍須另加詳予審查。

<sup>12</sup> 不排除預防性羈押之合憲性者：許澤天，羈押事由之研究，台灣法學雜誌，121 期，2009 年 2 月，頁 101-103；林書楷，我國羈押制度合憲性問題之再檢討，新社會，2 期，2009 年 2 月，頁 9；謝秉錡，羈押決定之憲法審查標準探詢——以羈押實體事由及踐行程序為主，真理財經法學，5 期，2010 年 9 月，頁 186-189。

<sup>13</sup> 依據系爭基本權利之重要性及侵害程度決定比例原則之審查標準，參考黃舒芃，比例原則及其階層化操作——一個著眼於司法院釋憲實務發展趨勢的反思，中研院法學期刊，19 期，2016 年 9 月，頁 34-41。

發點下，本文將依序對重罪羈押（貳）、預防性羈押（參）、串證羈押（肆）和虞逃羈押（伍）等事由，參考學說上從憲法及刑事訴訟法層次所提出的批評觀點，檢驗其是否逾越憲法界限，並且初步提出符合憲法框架的修法方向。

## 貳、重罪羈押

### 一、討論概況

刑事訴訟法第一〇一條第一項第三款：「所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑五年以上有期徒刑之罪者」，單純以被告之重罪嫌疑重大為羈押事由，一般稱為重罪羈押。從其法律文義及體系地位清楚可知，立法者係將重罪嫌疑視為獨立之羈押事由，不以個案中有逃亡、滅證、串供或再犯危險為必要。對此，學說早已質疑其不符羈押保全程序的性質或適用之重罪範圍過寬<sup>14</sup>而違反比例原則，僅以重大犯罪之嫌疑為羈押事由違反無罪推定原則<sup>15</sup>，並主張應對本款限縮解釋，僅在個案中有（或不排除）逃亡或滅證危險時，始有適用餘地<sup>16</sup>。

基於相同立場，大法官釋字第665號解釋對本款作出合憲性解釋。大法官認為，此一羈押事由「可能背離羈押作為保全程序的性質，對刑事被告武器平等與充分防禦權行使上之限制，即可能違背比例原則。再者，無罪推定原則不僅禁止對未經判決有罪確定之被告執行刑罰，亦禁止僅憑犯罪嫌疑就施予被告類似刑罰之措施，倘以重大犯罪之嫌疑作為羈押之唯一要件，作為刑罰之預先執行，亦可能違背無罪推定原則。」不過，大法官並未據此宣告重罪羈押違憲，而是對其進行合憲性解釋：「其可預期判決之刑度既重，該被告為規避刑罰之執行而妨礙追訴、審判程序進行之可能性增加，國家刑罰權有難以實現之危險，該規定旨在確保訴訟程序順利

<sup>14</sup> 王兆鵬，釋字第653號解釋之評釋—舊羈押法理之崩解，載於：刑事救濟程序之新思維，2010年，頁212。

<sup>15</sup> 許澤天，註12文，頁99；林書楷，註12文，頁9。

<sup>16</sup> 林鈺雄，註7書，頁371-372；黃惠婷、李錫棟，論羈押之限制，警大法學論集，7期，2001年12月，頁113。

進行，使國家刑罰權得以實現，以維持重大之社會秩序及增進重大之公共利益，其目的洵屬正當。又基於憲法保障人民身體自由之意旨，被告犯上開條款之罪嫌疑重大者，仍應有相當理由認為其有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人等之虞，法院斟酌命該被告具保、責付或限制住居等侵害較小之手段，均不足以確保追訴、審判或執行程序之順利進行，始符合該條款規定，非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行之要件，此際羈押乃為維持刑事司法權有效行使之最後必要手段，於此範圍內，尚未逾越憲法第二十三條規定之比例原則…與憲法第八條保障人民身體自由及第十六條保障人民訴訟權之意旨，尚無違背。」

然而，釋字第665號解釋遭受不少批評。除了少數立場認為重罪羈押完全合憲<sup>17</sup>或應有限度保留<sup>18</sup>之外，多數批評集中在大法官不宣告違憲，卻採取合憲性解釋所衍生的疑義上<sup>19</sup>。第一個批評是大法官逾越立法者權限。合憲性解釋在方法論上不得牴觸法律文義及立法意旨，可是大法官卻為重罪羈押附加法條文義所無的限制，而且從立法過程來看，立法者始終是將重罪嫌疑當成逃亡和滅證危險以外的獨立羈押事由。因此，大法官的合憲性解釋係違反權力分立原則<sup>20</sup>。第二個批評是「相當理由」之適用標準不妥適。大法官為了避免合憲性解釋使第三款成為贅文，故為重罪被告之逃亡和滅證危險創設「相當理由」的標準，以便和第一、二款之「有事實足認」有所區隔，其意義在於降低證明程度的要求<sup>21</sup>。然而，重罪被告

<sup>17</sup> 詳見邱忠義，重罪羈押與審判中羈押聲請及抗告釋憲案之評析，法學新論，10期，2009年5月，頁3-8。

<sup>18</sup> 黃朝義，註8書，頁202認為，在罪刑相對明確或明顯違背社會正義價值、危害社會秩序之案件（例如虐嬰案、殺人焚屍案、性侵案），應可考慮列為獨立之羈押事由。

<sup>19</sup> 認同此一合憲性解釋者：陳新民，評議法定法官原則的探源與重罪羈押合憲性的爭議，軍法專刊，56卷1期，2010年2月，頁20-24；林鈺雄，註7書，頁371-372。

<sup>20</sup> 詳見許宗力，部分協同、部分不同意見書，釋字第665號解釋抄本，頁44-46；林子儀，註11文，頁63-66；許玉秀，部分不同意見書，釋字第665號解釋抄本，頁85-87；李震山，部分不同意見書，釋字第665號解釋抄本，頁118-119；李建良，審判獨立與司法獨裁—解評司法院釋字第665號解釋，月旦法學雜誌，176期，2010年1月，頁59-61；蘇永欽，人權保障留給司法行政和程序的立法空間—簡評釋字第665號解釋，月旦法學雜誌，176期，2010年1月，頁17；石宜琳，從羈押審查論被告司法人權維護—兼評釋字第665號，法學新論，39期，2012年12月，頁109；林慈偉，重罪羈押中「相當理由」概念於我國司法實務之光與影—以釋字第665號解釋及其後之相關最高法院裁判為中心，軍法專刊，60卷3期，2014年6月，頁131。

<sup>21</sup> 黃茂榮，協同意見書，釋字第665號解釋抄本，頁22。

或許更有可能逃亡或滅證，但是因為判決承受更嚴重的刑罰，應享有更高或至少等同於輕罪被告之程序利益保障，故重罪不應成為降低適用標準的正當理由<sup>22</sup>。第三個批評是「相當理由」之適用標準不明。一方面，若是「相當理由」係指不以具體事實為認定逃亡和滅證危險的基礎，則其判斷將流於主觀臆測，與維持重罪嫌疑為羈押事由沒有差別；另一方面，若是「相當理由」仍然以具體事實為認定逃亡和滅證危險的基礎，其與「有事實足認」之區別將趨於模糊<sup>23</sup>。此一批評，亦從相當理由之實務適用現況獲得證實<sup>24</sup>。第四個批評則是，大法官透過保全程序之目的限縮重罪羈押事由，卻不當地將妨害刑事程序的事由限定於逃亡和滅證因素，實務上常見之被告自殺、迫令告訴人撤回告訴、威脅加害執法人員、製造紛亂使司法權無從行使、躲避報復不敢到庭、或被報復而遭綁架或受傷等不能到庭等因素，儘管同樣或甚至更嚴重地妨害程序進行，卻無法透過羈押加以排除<sup>25</sup>。

## 二、違反武器平等原則？

對於重罪羈押之合憲性審查，釋字六六五號解釋係以其干預人身自由是否符合比例原則為基準，在論述上又加入限制武器平等、充分防禦權和無罪推定原則等因素。從干預人身自由是否符合比例原則來審查重罪羈押無疑是正確的，然而武器平等、防禦權和無罪推定原則等法律原則和干預人身自由之比例原則審查有何關連性，此號解釋的說理顯得有些雜亂<sup>26</sup>。因此，為了明確起見，我們必須分別就這些法律原則進行初步檢討。

首先是重罪羈押和武器平等原則之關係。自從我國刑事訴訟法朝改良式當事人進行主義改革之後，武器平等原則就被用來表達作為訴訟當事人的被告和檢察官應享有平等的地位。釋字第七三七號解釋理由書提及：「至

---

<sup>22</sup> 許宗力，註 20 文，頁 46-49。類似質疑：陳運財，大法官釋字第六六五號解釋評析，月旦法學雜誌，176 期，2010 年 1 月，頁 36-37 認為根據重罪嫌疑而降低檢察官聲請羈押之證明負擔，仍然不符合無罪推定原則及比例原則。

<sup>23</sup> 李建良，註 20 文，頁 58-59。類似質疑：石宜琳，註 20 文，頁 110-111；謝秉錡，註 12 文，頁 185；黃朝義，註 8 書，頁 202。

<sup>24</sup> 實務概況整理和評釋：林慈偉，註 20 文，頁 136-150；黃翰義，評釋字第六六五號解釋後對實務上重罪羈押之影響—以檢驗最高法院之見解為中心，月旦裁判時報，29 期，2014 年 10 月，頁 129-145。

<sup>25</sup> 詳見陳松檀，以程序保全為目的之羈押原因—從釋字第 665 號關於重罪羈押解釋談起（下），司法周刊，1511 期，2010 年 9 月 1 日，第 2 版。類似質疑，蘇永欽，註 20 文，頁 17。防止押人再蒐證。

<sup>26</sup> 蘇永欽，註 20 文，頁 14。

於羈押審查程序應否採武器平等原則，應視其是否採行對審結構而定，現行刑事訴訟法既未採對審結構，即無武器平等原則之適用問題。」亦表達當事人進行之訴訟結構和武器平等原則的密切關連性。不過，武器平等原則在台灣有無憲法位階，其實質內涵又是什麼，在釋字第六六五號和釋字第七三七號解釋都未予闡述<sup>27</sup>，因此究竟重罪羈押如何地牴觸武器平等原則，至今仍是一個謎團。

初步而言，武器平等原則的主要意義應是，被告和檢察官應有相同的權利或機會影響訴訟過程和判決結果，確保被告獲得公平審判的權利<sup>28</sup>。武器平等固然是源自當事人進程序，與職權進程序的結構不完全符合<sup>29</sup>，但是不代表在後者就完全不重要<sup>30</sup>。因為，儘管法院應依職權調查有利被告之證據<sup>31</sup>，但是確實可能因為事先閱覽卷證而形成不利被告的預斷，以致於在證據調查上未充分注意和正確評價有利被告的證據，有必要強化被告影響法院判決的可能性。在實際作法上，可能直接賦予被告和檢察官

---

<sup>27</sup> 學說意見亦尚不一致。有認為武器平等原則在我國之憲法根據為憲法第七條之平等權、憲法第十六條之訴訟權、憲法第二十二條、憲法第二十三條、社會基本權及基本國策中有社會國思想之相關規定（如憲法第一五五條等），參考姜世明，論民事程序之武器平等原則，輔仁法學，23期，2002年6月，頁102-103。有認為源自憲法第十六條之訴訟權及憲法第七條之平等權，參考沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟一以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，臺大法學論叢，34卷5期，2005年9月，頁232。有認為係源自平等權、訴訟權及憲法第八條之正當法律程序，參考范清銘，略論刑事審判中的武器平等原則，檢察新論，4期，2008年7月，頁162-164。

<sup>28</sup> Vgl. Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 6. Aufl., 2013, § 11 Rn. 70; Eckstein, Ermittlungen zu Lasten Dritter, 2013, S. 319 f.

<sup>29</sup> Schroeder/Verrel, Strafprozessrecht, 5. Aufl., 2011, Rn. 54 認為在德國的訴訟結構下，武器平等原則僅能被理解為禁止不符合不同訴訟角色的差別待遇。

<sup>30</sup> Vgl. auch Roxin/Schünemann, (Fn. 2), § 11 Rn. 7; Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl., 2016, Rn. 148; Renzikowski, Fair trial als Waffengleichheit – adversatorische Elemente im Strafprozess?, in: Renzikowski (Hrsg.), Die EMRK im Privat- Straf- und Öffentlichen Recht: Grundlagen einer europäischen Rechtskultur, 2004, S. 121 f.; Renzikowski, „Fair trial“ im Strafprozeß, in: Dölling (Hrsg.), Jus humanus: Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag, 2003, S. 802 ff.

<sup>31</sup> 依據最高法院101年度第2次刑事庭會議決議，刑事訴訟法第一六三條第二項但書之「公平正義之維護」事項，應目的性限縮解釋為以利益被告之事項為限。傾向認同此一決議者，如劉秉鈞，台灣刑事訴訟制度之回顧與前瞻—以法院職權調查義務之發展為中心，軍法專刊，59卷2期，2013年4月，頁56；對此一決議之批評，參考許澤天，為調查原則再申冤—值得再三檢討的最高法院決議，台灣法學雜誌，193期，2012年2月，頁1-5；何賴傑，失衡的天平—有利於被告始符合公平正義？—評最高法院101年度第2次刑事庭會議決議，台灣法學雜誌，197期，2012年4月，頁83-88；許澤天，法院調查證據之弊病檢討—再評最高法院101年度第二次刑事庭會議決議，台灣法學雜誌，197期，2012年4月，頁89-97；林輝煌，刑事法院職權調查證據之界限—評最高法院101年度第2次刑事庭會議針對刑事訴訟法第163條第2項但書之決議，法令月刊，63卷11期，2012年11月，頁1-22。

同等的權利（形式平等），若是無法賦予同等權利，則應該賦予被告補償的權限以平衡此一不平等的對待，例如選任辯護人、對質權、閱卷權等（實質平等）<sup>32</sup>。基此，武器平等不僅適用於審判程序，而且也應該適用在偵查程序<sup>33</sup>。一方面，偵查程序的調查結果對於判決結果有決定性的影響力，若是被告只在審判程序才享有武器平等的保障，影響法官判決的平等機會將大幅萎縮；另一方面，檢察官在偵查程序有發動和聲請強制處分的權力，通常造成重大干預被告基本權的後果，由於無法確保檢察官在行使此一權力時能夠平衡地顧及被告利益，必須補償性地賦予被告程序上的權利，平衡其相對於檢察官的弱勢地位。就此而言，釋字第737號解釋理由書基於羈押審查程序欠缺對審結構，立即否定武器平等原則的適用效力，似乎有商榷餘地<sup>34</sup>，但是其賦予被告獲知聲請羈押資訊的權利，甚至建議立法者思考將強制辯護擴大適用於羈押審查程序，使被告取得與檢察官平等影響法官裁定的機會，在結果上則是符合武器平等原則的精神。

依據上述對武器平等原則的初步理解，承認重罪羈押事由本身似乎和武器平等原則沒有關連性。依據武器平等原則，在羈押審查程序上應賦予被告受辯護人協助和獲知聲請資訊的權利，確保被告獲得和檢察官相同的機會影響法官羈押裁定的結果。即使檢察官聲請重罪羈押，不以存在保全程序之需求為前提，只要在羈押審查程序上賦予被告上述權利，有相同機會影響法院對於有無重罪之重大犯罪嫌疑的認定，即可實現武器平等原則；相對地，即使檢察官是聲請虞逃或串證羈押，如果不是在羈押審查程序上賦予被告上述權利，將沒有相同機會影響法院對於有無保全程序必要的認定，武器平等原則就未獲得實現。或有認為，重罪羈押事由使檢察官無庸舉證保全程序之需求存在即可聲請羈押，而且被告在羈押審查程序上特別難以影響法院對於重罪之重大嫌疑之認定結果，因此只有重罪羈押存在違

---

<sup>32</sup> Vgl. Safferling, *Audiatur et altera pars – die prozessuale Waffengleichheit als Prozessprinzip?*, NStZ 2004, S. 187. (不過結論上認為，武器平等原則完全可以被德國基本法第 103 條第 1 項之聽審權所涵蓋，僅得作為法政策上值得追求的目標)。同樣從形式和實質平等的角度加以說明者：姜世明，註 27 文，頁 103-104。

<sup>33</sup> Eckstein, (Fn. 28), S. 320.

<sup>34</sup> 結論相同：楊雲驊，註 4 文，頁 47-49（引用歐洲人權法院之裁判）。

反武器平等原則的疑慮。不過，重罪羈押另行要求檢察官舉證被告有重罪嫌疑，其舉證責任未必低於虞逃和串證羈押，實際上也沒有根據顯示，對於法院認定重罪之重大嫌疑和認定保全程序需求存在的決定，被告的影響能力和機會有顯著差別。因此，重罪羈押不以保全程序之需求存在為必要，和武器平等原則之實現與否是兩回事。釋字六六五號解釋在審查重罪羈押之合憲性時納入武器平等原則，應是多餘的作法。

### 三、違反無罪推定原則？

其次是重罪羈押和無罪推定原則的關係。釋字第六六五號解釋除了認為重罪羈押可能違反比例原則，也特別強調其違反無罪推定原則的可能性。這並不是大法官第一次提到無罪推定原則。對於在押被告之權利救濟，大法官就認為「刑事被告受羈押後，為達成羈押之目的及維持羈押處所秩序之必要，其人身自由及因人身自由受限制而影響之其他憲法所保障之權利，固然因而依法受有限制，惟於此範圍之外，基於無罪推定原則，受羈押被告之憲法權利之保障與一般人民所得享有者，原則上並無不同。」（釋字第六五三號解釋理由書、釋字第六五四號解釋理由書），將無罪推定原則當成破除特別權力關係的理據。不過，在押被告對於看守所之處遇得請求救濟，是因為在押被告作為憲法之基本權主體，享有憲法第十六條之訴訟權保障，特別權力關係自始是在法無明文下限制其憲法權利，牴觸憲法的基本權保障和法律保留原則，進而剝奪司法救濟的權利<sup>35</sup>，而不是牴觸無罪推定原則。引用無罪推定原則說明在押被告享有完全的憲法權利保障，其實是多此一舉，反而可能令人誤認，監獄受刑人這種已經判決確定之人不再適用無罪推定原則，故不享有完全的訴訟權保障。換言之，大法官在此可能是誤用了無罪推定原則<sup>36</sup>。

此種情形在釋字六六五號解釋有所改變，理由書將無罪推定原則闡釋為「不僅禁止對未經判決有罪確定之被告執行刑罰，亦禁止僅憑犯罪嫌疑

<sup>35</sup> 大法官釋憲的發展，僅參考何明修，法治國中「特別權利關係理論」之殘存價值？，中原財經法學，31期，2013年12月，頁212-227。

<sup>36</sup> 類似質疑，李茂生，釋字第六五四號羈押法檢討座談會主題演說，台灣法學雜誌，126期，2009年4月，頁63-65。

就施予被告類似刑罰之措施」，並據此認為重罪羈押是刑罰的預先執行，可能牴觸無罪推定原則。可惜的是，對於無罪推定原則的憲法定位，及其與干預人身自由之比例原則的關係為何，大法官缺乏闡釋。由於這號解釋深受德國聯邦憲法法院裁判 BVerfGE 19, 342 的影響，或許可從該裁判窺知一二。德國聯邦憲法法院認為「從羈押制度裡清楚可見，在基本法第二條第二項和第一〇四條保障之個人人身自由與有效刑事追訴的必要需求之間，存在緊張關係。若是刑事追訴機關絕對不能在有罪判決前逮捕可能的犯罪人，並拘禁至判決為止，在很多情況下將不可能迅速且公正地處罰重罪。另一方面，透過拘禁於監禁設施而完全剝奪人身自由，在法治國之中是只能對有罪確定之人所施加的惡害，僅在嚴格限定的例外情形，容許對於犯罪嫌疑人採取此種措施。依據無罪推定原則，不論犯罪嫌疑如何重大，亦不得對被告基於預支刑罰而施以效果等同於自由刑的措施。此一原則未明訂於基本法，但是符合一般的法治國確信，而且透過歐洲人權公約第六條第二項成為德國的實證法。<sup>37</sup>」因此「唯有對於符合刑事追訴目的且必要的人身自由剝奪，持續地以未被定罪之被告的自由請求權加以修正，才能夠可支持地解決這兩個對法治國同樣重要的原則衝突。這意味著：羈押的命令和執行必須受比例原則所支配，只有在一方面基於有事實根據之重大嫌疑，足以懷疑被告是否無罪，另一方面國家共同體完整調查犯罪與迅速處罰犯罪人的正當請求權，非暫時拘禁被告將無法實現時，對於人身自由之干預才能被接受。<sup>38</sup>」

這段論述肯定無罪推定原則係源自法治國原則，但是對於無罪推定原則和比例原則的關係，同樣是不甚明確：一方面高舉無罪推定原則，禁止對犯罪嫌疑人施加類似刑罰的措施，另一方面又強調基於刑事追訴之必要需求，在比例原則範圍內可以接受類似刑罰的羈押。如此一來，羈押對人身自由干預的合憲性，似乎只要完全根據比例原則判斷即可，因為即使羈押有類似刑罰的性質，在比例原則的界限內仍可對犯罪嫌疑人為之，無罪推定原則似乎已經沒有獨立於比例原則的意義<sup>39</sup>。在釋字六六五號解釋及

---

<sup>37</sup> BVerfGE 19, 342 (347).

<sup>38</sup> BVerfGE 19, 342 (347 f.).

<sup>39</sup> Vgl. Frister, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, 1988, S. 91.

其諸多協同、不同意見書亦可看到，不論是否同意對重罪羈押的合憲性解釋，大多是從干預人身自由是否符合比例原則出發，無罪推定原則並未被真正引用為合憲性的審查標準<sup>40</sup>。

如果無罪推定原則應是有別於比例原則的憲法原則，其內涵的確定將是一個困難的問題。初步而言，德國學界認為，無罪推定原則並非比例原則的結果，而是反過來限制比例原則的適用，防止透過比例原則擴大干預的範圍<sup>41</sup>，對於犯罪嫌疑人所施加的負擔，不得超出一個實際無罪之人所可期待承受的界限<sup>42</sup>。換言之，無罪推定原則為犯罪嫌疑人設定一個絕對的犧牲上限，是國家即使追求重大公益亦不得干預的核心領域。不過，對於無罪推定原則的內涵，學說上至今仍然眾說紛紜<sup>43</sup>。例如 Kristian Kühl 基於刑罰具有社會倫理非價判斷的特徵，將無罪推定原則理解為「禁止在社會名聲上作出類似刑罰的歧視<sup>44</sup>」。Helmut Frister 認為刑罰的特徵在於，我們以規範接受性危險的可歸責性作為刑罰干預的正當化事由，故將無罪推定原則理解為「禁止基於一般預防之理由正當化其所承受的干預<sup>45</sup>」。Hans-Ullrich Paeffgen 則認為無罪推定原則在判決確定前含有不可推翻的法推定，「掌有國家職務之人應假定被告為無罪<sup>46</sup>」。Carl Friedrich Stuckenberg 將無罪推定理解為「禁止透過國家行為取消程序」（Verbot der Desavouierung des Verfahrens），僅在擔保程序本身是一個保持結論開放的裁判過程<sup>47</sup>。姑

<sup>40</sup> 唯一例外：林子儀，註 11 文，頁 63 以「其羈押之理由與保全刑事訴訟程序之進行並無必然關聯，與無罪推定原則即生抵觸。」

<sup>41</sup> Paeffgen, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO, Band II, 4. Aufl., 2010, Vor § § 112 ff. Rn. 22.

<sup>42</sup> Roxin/Schünemann, (Fn. 2), § 11 Rn. 3; Frister, (Fn. 39), S. 103 ff.; Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 8. Aufl., 2013, § 8 Rn. 4; Gropp, Zum verfahrenslimitierenden Wirkungsgehalt der Unschuldsvermutung, JZ 1991, S. 807; Krauß, Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren, in: Müller-Dietz (Hrsg.), Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1971, S. 157.

<sup>43</sup> 在此暫不討論無罪推定原則在舉證責任、訴訟結構、證據評價等面向上的意涵，而是著眼於其對於刑事程序之基本權干預措施的限制效力。關於無罪推定原則在證據法上的效力，可參考 Kühne, Strafprozessrecht, 8. Aufl., 2010, Rn. 301 f.; 柯耀程，刑事訴訟目的與「無罪推定原則」，載於：刑事訴訟之運作—黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集，1998 年，頁 419-439（將無罪推定原則理解為罪疑唯輕原則，同時認為法官職權調查義務不符無罪推定原則）；黃朝義，無罪推定—論刑事訴訟程序之運作，2001 年，頁 3-32。此外，朱石炎，刑事訴訟法論，4 版，2014 年，頁 151 認為無罪推定原則自始著重在舉證責任分配，和羈押之強制處分無關。

<sup>44</sup> Kühl, Unschuldsvermutung, Einstellung und Freispruch, 1983, S. 14 ff.

<sup>45</sup> Vgl. Frister, (Fn. 39), S. 92.

<sup>46</sup> Paeffgen, (Fn. 41), Vor § § 112 ff. Rn. 26.

<sup>47</sup> Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 530 ff.

且不論學說歧異，無罪推定原則係禁止對被告施以預支之刑罰，並且因此造成取消程序的後果，應是各方可以接受的共通出發點。

根據上述的無罪推定原則內涵，羈押儘管在執行上造成和自由刑相同的人身自由干預，可是迄今並沒有人概括認定羈押制度違反無罪推定原則，而是只能就羈押事由、執行方式和期間等因素，具體判斷是否違反無罪推定原則。基此，不少德國學者明確地認定重罪羈押違反無罪推定原則。依照德國刑事訴訟法第一一二條第三項，對於特定重罪之被告有重大犯罪嫌疑者，即使沒有同條第二項所列之羈押事由，包括逃亡、隱匿、有逃亡危險或使事實晦暗不明危險，亦得予以羈押。依此規定，重罪羈押自始不在追求保全程序的目標，而是為了平息社會大眾因為重大犯罪所形成的不安，顯然是在追求一般預防的刑罰目的，此種追求刑罰目的的羈押事由使審判期日的意義被降低，因而違反無罪推定原則<sup>48</sup>。不過，上述德國法的評價，無法直接套用在台灣的規定上。因為有別於德國法，刑事訴訟法第一〇一條第一項明訂「非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行」，作為虞逃／串證／重罪羈押之共通目的，重罪羈押係追求保全程序，而不是在追求一般預防的刑罰目的。從法律規定本身來看，重罪嫌疑只被當成概括肯定其高度逃亡或串證危險的事實根據，而不是動搖社會大眾對規範效力的信賴的因素，羈押目的不在修復被動搖的規範效力。如此的規定，很容易被濫用為撫平社會大眾不安的工具，脫逸保全程序的性質，是無可否認的事實，不過這可能是法律適用不符法律規定的問題，無法據此論斷其違反無罪推定原則<sup>49</sup>。因此不論大法官將來是否承認無罪推定原則為獨立於比例原則之憲法原則，從結論來說，釋字六六五號解釋未根據無罪推定原則就宣告重罪羈押違憲，而是將審查重心放在人身自由干預是否合乎比例原則上，

---

<sup>48</sup> Frister, (Fn. 39), S. 93; Stuckenberg, (Fn. 47), S. 563; Paeffgen, (Fn. 41), § 112 Rn. 43; Hassemer, Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft, StV 1984, S. 40; Wolter, Allgemeiner Überblick über Ermittlungsmaßnahmen und Verfahrenssicherung, in: Eser/Kaiser/Weigend (Hrsg.), Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1991, S. 103.

<sup>49</sup> 邱忠義，註17文，頁3認為「偵查中當法院依檢察官舉出之證據，已經足以認定被告有重大犯罪嫌疑，即表示已有足夠證據『推翻』該無罪之推定，實難解為違反無罪推定。」儘管此說認為重罪羈押不違反無罪推定原則，不過其論證顯然是出於誤會。因為，即使是僅從舉證責任分配的角度理解無罪推定原則，依據刑事訴訟法第一五四條第一項，無罪推定係於「審判證明有罪確定前」一律適用，如果法院認定「犯罪嫌疑重大」即可否定無罪推定原則之適用，等於是徹底架空此一原則的保護效力。

應是值得贊同之舉。

### 三、違反比例原則

重罪羈押對憲法第八條人身自由之干預是否違反憲法第二十三條的比例原則，應就其目的正當性、適當性、必要性和衡平性加以審查。如前所述，重罪羈押之目的係在保全程序之進行，由於刑事程序以發現真實為目標，其審判和執行亦通常以被告在場為前提，若是不能保全被告在場或防止其滅證串供，刑事程序將無法有效運作，國家刑罰權將無法實現。刑事司法之有效運作既然是實現法治國原則的前提，羈押之保全程序係追求正當之目的，應無疑問<sup>50</sup>。

重罪羈押能夠達成（至少不是顯然無法達成）保全程序的目的，然而是否為必要的保全手段，則是取決於保全程序的需求大小。立法者似乎認為，凡是犯罪嫌疑重大之重罪被告，其妨害偵查、審判或執行的可能性一概高於輕罪被告。此種妨害程序的危險，可能源自釋字第六六五號合憲性解釋所考量之逃亡、滅證或串供傾向，也可能來自許多實務人士提及之被告自殺、遭他人殺害或綁架、威脅加害執法人員等因素。現在的問題是，重罪被告一定會妨害程序或妨害程序的可能性一定較高嗎？答案應是否定的。一方面，被告之重罪嫌疑或許會在個案中形成前述妨害程序的危險因素，但是並不保證妨害程序的危險因素存在，就連二者之間是否存在最低限度可證實的正相關，都有可疑之處。以未經證實的日常知識作為調降證明門檻的根據，至少就提升人身自由的干預風險而言，應是過於輕率的推論。另一方面，在重罪嫌疑之外，還存在無數其他變因決定危險因素是否存在，例如被告逃亡與否，另外取決於有無家庭、穩定工作、足夠的逃亡資金；被告是否自殺或遭人殺害綁架，主要取決於其身心狀態、性格、人

---

<sup>50</sup> 然而，李震山，註 20 文，頁 112 認為「系爭法律之立法，顯然是要以能達到防止犯重罪之被告自殺、他殺、保護證人之安危，或對社會交代等合乎國民法感、安撫被害人之刑事政策，甚至是空泛的維護社會治安等目的而制定。」，故該等目的欠缺正當性。許揚成，註 10 文，頁 210 亦持相同觀點。本文認為，直接否定重罪羈押係追求正當目的，不無商榷餘地。一方面，其所列舉之防止被告自殺、他殺和保護證人安危等，廣義而言也都在追求保全程序，有助於實現國家刑罰權；另一方面，即使脫離法律明訂之保全目的，只為了安撫被害人、平息社會大眾的不安而羈押，這些也都和維護社會秩序有關，屬於依法得干預基本權的正當目的。因此，重罪羈押是否符合比例原則，關鍵應該在於後續的手段目的關連性的審查結果。

際關係等。相對於重罪嫌疑，其他這些變因對於被告是否主動或被動妨害程序，可能是更具壓倒性的影響力。由此可知，重罪嫌疑的單一因素，並無法可靠地推論妨害程序的風險特高，重罪羈押使完全沒有妨害程序風險的被告，以及妨害程序風險的程度可以透過其他手段排除的被告，一律都被羈押，因而違反必要性原則。

重罪羈押違反必要性原則的疑義，無法基於法條明訂「非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行」之必要性條款而被排除，因為立法者透過重罪嫌疑而不可反證地推定妨害程序之危險存在，而且程度達到有羈押的必要性，完全排除個案審查的可能性，使此一必要性條款成為具文<sup>51</sup>。那麼，在釋字第665號附加「有相當理由認為有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞」後，能夠完全排除違反必要性的疑義嗎？理論上來說，此一合憲性解釋所增加的要件，使得立法者所推定之妨害程序危險存在個案推翻的空間，至少使完全沒有妨害程序風險的被告不被羈押。不過，由於「相當理由」降低了證明門檻，逃亡滅證危險之認定不必有積極事實根據，或事實根據足以證明低度的逃亡滅證危險，即可滿足羈押必要性的要件，仍然無法擔保重罪羈押係保全程序所必要之手段。如果觀察實務對於「相當理由」的解釋，便可以發現內涵極其模糊，其限縮適用的效果有多大，難以令人樂觀。值得比較的是，亦有德國文獻指出，即使德國聯邦憲法法院對重罪羈押進行合憲性解釋，法官從重罪嫌疑自動推論存在逃亡滅證危險，完全未觸及此一危險可否被反證推翻，在實務上也經常發生<sup>52</sup>。因此，合憲性解釋可能也無法排除重罪羈押違反必要性原則的疑義。

#### 四、修法方向

綜上所述，刑事訴訟法第一〇一條第一項第三款之重罪羈押，雖未違反武器平等原則及無罪推定原則，但是其對人身自由之干預違反比例原則，其違憲性無法透過釋字第665號解釋完全排除，應予毫無保留的刪除<sup>53</sup>。若是刪除，重罪被告之逃亡（包括具有規避程序效果的自殺和隱匿）、

<sup>51</sup> 許宗力，註20文，頁42-43。

<sup>52</sup> Schlothauer/Weider, *Untersuchungshaft*, 4. Aufl., 2010, Rn. 642; Herrmann, *Tatverdacht und Unschuldsvermutung – der Grundkonflikt im Strafprozess*, *StraFo* 2016, S. 93.

<sup>53</sup> 相同建議：陳志龍，人權保障與羈押法修正方向，*台灣法學雜誌*，124期，2009年3月，頁83。

串證危險及再犯危險，則應回歸適用其他的羈押事由，其憲法界限何在，則是下文即將處理的問題。至於許多實務人士所提到，重罪被告有遭他人報復殺害、威脅證人或執法人員、製造紛亂妨害法院審判等情形，亦不能再以羈押作為解決方法。文獻上認為上述妨害程序的情狀，亦應修法採納為羈押事由<sup>54</sup>，不過此一建議有待商榷：一方面，上述事由有些不是被告的行為，對於防範他人的報復行動，應該優先採取非拘束人身自由的保護措施，其中包括得被告同意之安置，而不是為了保護被告反而剝奪其人身自由，使受害的被告為他人的報復行動而付出代價<sup>55</sup>。另一方面，即使有些事由是可歸責於被告的行為，其中大多數都已構成犯罪，刑罰已經會發生一般預防的效果，同時可透過證人保護措施、加強法院保全等方法予以預防，羈押被告可能並非迫切必要。換言之，基於比例原則的考量，羈押作為干預刑事被告人身自由的手段，不應該被賦予網羅所有妨害司法危險的角色，反而必須接受其保全程序功能的漏洞，甚至不應期待法律窮盡防堵任何妨害司法的危險。因此，增訂其他保全性羈押事由取代被刪除之重罪羈押，仍可能違反比例原則，或者至少在立法政策上有待商榷。

## 參、預防性羈押

### 一、討論概況

刑事訴訟法第一〇一條之一第一項：「被告經法官訊問後，認為犯下列各款之罪，其嫌疑重大，有事實足認為有反覆實施同一犯罪之虞…」，係以被告之再犯危險為羈押事由，一般稱為預防性羈押。此一羈押事由之功能不在保全刑事程序，而是預防犯罪嫌疑人未來犯罪，故其性質係警察防禦危險措施。由於一般認為刑事程序之功能係追訴已經發生之犯罪，而不是預防將來之犯罪<sup>56</sup>，故預防性羈押之正當性備受質疑。

預防性羈押主要面臨三項質疑。第一項質疑是，羈押係以保全刑事程序為目的，而不是預防犯罪的手段，預防性羈押逾越刑事訴訟法之規範目

<sup>54</sup> 陳松檀，註 25 文，第二版。

<sup>55</sup> 強調因為公憤而危害被告的情形，絕對不構成羈押被告的事由：Weigend, Der Zweck der Untersuchungshaft, in: Jung/Luxenburger/Wahle (Hrsg.), Festschrift für Egon Müller, 2008, S. 751 (Fn. 47).

<sup>56</sup> Vgl. nur Schroeder/Verrel, (Fn. 29), Rn. 12.

的<sup>57</sup>。第二項質疑是，預防性羈押違反無罪推定原則。一方面，作為預測再犯危險基礎之事實係尚未被證實之犯罪，另一方面被預測之犯罪，亦係從犯罪嫌疑推定被告未來將犯罪，正如同以被告前科推定其未來犯罪一樣，是有罪推定<sup>58</sup>。更何況，再犯危險的預測，因為被告已經被羈押而無從被證實，此種預測本身就是一種自我實現的預言，若是真的以此種再犯預測作為羈押事由，形同將刑事司法管制犯罪風險的時點「前置再前置」<sup>59</sup>。第三個質疑是，預防性羈押本質上是弊多於利之短期自由刑，違反再社會化之特別預防目的<sup>60</sup>。

相對於此，亦有文獻不排斥刑事程序的預防性羈押。首先，預防性羈押儘管不是保全程序的強制處分，但是立法技術上較適宜規定在刑事訴訟法<sup>61</sup>，而且刑事程序之程序保障亦較為周到<sup>62</sup>。其次，預防性羈押本質是警察防禦措施，自始與無罪推定原則相關，其重點在於為了保護社會大眾不受被告再犯之侵害，剝奪被告人身自由是否符合比例原則<sup>63</sup>。最後，羈押自始不是為了達成再社會化的目標，即使會有類似短期自由刑的拘禁現象，因而不利行為人的再社會化，這也是所有羈押事由共通的特徵，故無法以不利再社會化質疑預防性羈押<sup>64</sup>。據此，預防性羈押不必廢除，但是宜將其限縮適用在重大危險的犯罪類型上<sup>65</sup>。

## 二、違反無罪推定原則？

如前所述，無罪推定原則並不禁止國家基於犯罪嫌疑而羈押被告，而是禁止將羈押當成預支之刑罰並因此造成取消程序本身的結果。預防性羈

---

<sup>57</sup> 林鈺雄，註7書，頁373；陳運財，註7文，頁277；黃朝義，註8書，頁201；許揚成，註10文，頁211-212。類似觀點，許玉秀，釋字第六五三號解釋協同意見書，頁24。

<sup>58</sup> 林鈺雄，註7書，頁374；陳運財，註7文，頁277；黃朝義，註8書，頁236；李佳玟，預防性羈押：刑事程序中的風險管理，載於：在地的刑罰、全球的秩序，2009年，頁168；蕭宏宜，預防性羈押的實然與應然，東吳法律學報，26卷4期，2015年4月，頁109。

<sup>59</sup> 參考蕭宏宜，註58文，頁105-106。同樣質疑再犯預測之不可靠性：許揚成，註10文，頁212。

<sup>60</sup> 林鈺雄，註7書，頁374。

<sup>61</sup> 許澤天，註12文，頁101。

<sup>62</sup> 謝秉錡，註12文，頁187-189。

<sup>63</sup> 李佳玟，註58文，頁166；許澤天，註12文，頁101-102；謝秉錡，註12文，頁187。類似觀點，林書楷，註12文，頁9肯定防範再犯危險之必要性，但是同時認為其與無罪推定原則的精神相扞格。

<sup>64</sup> 許澤天，註12文，頁101。

<sup>65</sup> 林書楷，註12文，頁9；謝秉錡，註12文，頁188；許澤天，註12文，頁102。

押之目的在預防再犯，保護被害人或大眾免於被告的危害，故僅在預測被告有再犯危險時，才有透過羈押加以預防的需求。就此而言，被告有特定犯罪之「嫌疑重大」是再犯預測的基礎事實之一，「有事實足認為有反覆實施同一犯罪之虞」是再犯預測的結果，二者的共通任務在確定預防需求存在。因此，問題關鍵在於，預防性羈押會因為基於被告之犯罪嫌疑而預測其有再犯危險，就違反無罪推定原則嗎？

首先，立法者將「嫌疑重大」當成預測再犯的基礎事實，並不是在將社會大眾對規範效力信賴的動搖歸責給被告，也不是在預斷被告就是實際有罪才有再犯危險，使本案程序的裁判結果不再保持開放。姑且不論再犯預測的根本困難，再犯預測所考量的危險因素，涵蓋了行為人個人（人格因素：智力較低、較為衝動等；行為因素：輟學、無固定工作等）和社會（例如父母離異、失親、低社經地位等）層面的各種事實在內<sup>66</sup>。在這些因素之中，行為人曾經犯罪是在再犯預測中具有一定可信度的事實：不論在個案中可能影響被告行為的生理、心理與社會背景，被告曾經犯罪的事實，標示了過去至少已經一度開啟了導致逾越規範的過程，因而成為被告危險性的強度和範圍的指標<sup>67</sup>。然而，在再犯預測上也不能太過高估曾經犯罪的事實。儘管實證研究指出，反社會行為相對穩定，犯罪生涯的發展有高度持續性，但是光從過去的犯罪無法明確地推論出，在個案中可能實施其他犯罪，因為犯罪生涯也可能因為行為人的發展產生變化而終止，在統計上甚至發現，犯罪生涯中斷的蓋然性隨著有罪判決的次數增加而提高<sup>68</sup>。由再犯預測的考量因素可知，並非只有已經判決確定的犯罪才能夠成為再犯預測的基礎，構成認定犯罪嫌疑之具體事實根據<sup>69</sup>若是足供推論被告的再犯危險，當然也是預測再犯的事實之一，即使根據犯罪嫌疑預測被告可能再犯，國家不是將犯罪嫌疑本身當成羈押的原因，更沒有明示或暗示地宣稱被告未來將被判有罪。換言之，從無罪推定原則不能推論出，國家

---

<sup>66</sup> Vgl. Meier, Kriminologie, 2. Aufl., 2005, § 6 Rn. 66.

<sup>67</sup> Vgl. Meier, (Fn. 66), § 7 Rn. 19 f.

<sup>68</sup> Vgl. Meier, (Fn. 66), § 7 Rn. 22.

<sup>69</sup> 犯罪嫌疑係以存在具體的事實根據（konkrete tatsächliche Anhaltspunkte），依據刑事偵查經驗可能存在可追訴之犯罪為前提，參考 Beulke, (Fn. 30), Rn. 111。

僅能根據已經判決確定的犯罪事實進行再犯預測<sup>70</sup>。

其次，立法者容許法院對被告作出未來可能再犯的預測結果本身，直觀上似乎是「推定被告有罪」，但是和無罪推定原則的禁止內涵尚有差距。一方面，對於尚在偵查或審理中的本案行為而言，法院認定被告有再犯可能性，僅是表達被告未來可能造成他人或公眾危害，並非在裁判確定前預告其有罪，更是沒有拘束本案法院諭知有罪的效力。另一方面，對於被預測可能實施的行為而言，再犯可能性的預測也只是表達被告未來可能實施犯罪行為，不僅保留所預測的犯罪行為根本不會發生的可能性，而且在所預測的犯罪行為真的發生時，也保留對該行為依法裁判始確定有罪的可能性。換言之，再犯預測並不預斷被告將來再犯已是有罪。由此可知，無罪推定原則並不禁止法院對於尚未判決確定之被告作出再犯預測。附帶一提的是，有無可能基於憲法承認之人性尊嚴，禁止對被告作出「未來不會守法」的人格負面評價<sup>71</sup>？固然從人性尊嚴可以得出，人類具有自我決定和自我負責的能力，可以遵守法律的要求而從事合法行為。不過，當法院對於尚未判決有罪確定之人預測其可能再犯時，並不是在否定被告有自我決定和自我負責的能力，反而正是從被告的自我決定和自我負責能力出發，保留了被告選擇從事不法行為的可能性。因此，尊重人性尊嚴的憲法誠命，亦無法絕對禁止對被告作成再犯預測<sup>72</sup>。

最後，預防性羈押可能牴觸無罪推定原則的有力理由，應該是基於再犯預測的結果而施以羈押，以達成防止再犯之目的：羈押將因為追求防止被告再犯的特別預防目的，成為追求刑罰目的之類似刑罰手段，實質上是預先執行所預期的刑罰，即時發揮保護公眾安全的效果<sup>73</sup>。由於此一問題涉及無罪推定原則之根本內涵，在此僅能做初步分析。通說認為，刑罰作為針對過去的犯罪行為所施加之惡害，其任務在達成應報、一般預防和特

---

<sup>70</sup> Ebenso Stuckenberg, (Fn. 47), S. 563; Frister, (Fn. 39), S. 101 f.

<sup>71</sup> 蕭宏宜，註 58 文，頁 109 基於此一負面評價而認為已牴觸無罪推定原則。

<sup>72</sup> Vgl. Frister, (Fn. 39), S. 72 ff.

<sup>73</sup> Hassemmer, (Fn. 48), S. 40; Paeffgen, (Fn. 41), § 112 a Rn. 5 a; Wolter, (Fn. 48), S. 102 (Fn. 59); Weigend, (Fn. 55), S. 740.

別預防之目的。如果干預措施之「刑罰類似性」是依據其追求之目的來判斷，那麼將追求特別預防之預防性羈押理解為違反無罪推定原則，似乎是正確的。不過，這個問題可能比表面上更為複雜。當刑罰是在追求應報和一般預防時，刑罰理由存在於過去實施的犯罪行為本身，刑罰程度則是根據犯罪行為本身之罪責程度和其動搖規範效力的程度而定。但是，當刑罰是在追求特別預防時，刑罰理由不在於過去實施的犯罪行為本身，而是行為人透過該行為所表現出來的再犯危險性，該犯罪行為只是發動刑罰的緣由（Anlass）。換言之，在特別預防的觀點下，過去實施的犯罪行為本身只構成進行再犯預測時應予考量的危險因素之一，其地位和行為人的刑事不法行為、交通違規、逃漏稅捐、有酒癮或失業等危險因素相同。其結果是，單純為了預防再犯而施加之刑罰，其功能和刑法的保安處分、警察法的危險防禦措施、行政罰法上之停止營業或吊銷證照等裁罰，除了造成之基本權干預種類和程度和發動程序不同以外，彼此可說是難以區分。在此觀點底下，如果基於無罪推定原則而禁止預防性羈押，表示只能對於已經判決有罪確定之人施加追求預防犯罪的干預措施，這將會導致上述警察法或行政罰法等具有危險防禦性質之措施，亦因為是為了防止未來實施犯罪而對於尚未被判決有罪之人實施，應該一概被禁止<sup>74</sup>。如果我們不願意接受這個荒謬的結論，似乎就不應該將無罪推定原則理解為一併禁止預防再犯之干預措施<sup>75</sup>。

綜上所述，預防性羈押根據犯罪嫌疑推論被告有再犯危險，因而干預被告之人身自由，並不違反無罪推定原則。國內部分學說將預防性羈押定性為刑事訴訟法內的警察防禦措施，認為其和無罪推定原則無涉，是值得贊同的結論。

---

<sup>74</sup> Vgl. Stuckenberg, (Fn. 47), S. 563; Frister, (Fn. 39), S. 102.

<sup>75</sup> Vgl. Kühne, (Fn. 43), Rn. 302.

### 三、違反比例原則

接著的問題是，預防性羈押對於人身自由之干預符合比例原則嗎？可以確定的是，預防性羈押係為了避免被告在裁判確定前再犯，因此危及其他個人或公眾的法益。不論再犯係危及公共安全、性自主、自由或財產利益，保護上述法益符合憲法之意旨，屬於正當的目的。儘管許多學說質疑，羈押作為刑事訴訟法的基本權干預，僅能用來追求保全程序，以預防性羈押預防被告再犯，和刑事程序之任務不符，故應予禁止。不過，即使認為危險防禦不得作為刑事程序的任務，這也只涉及個別法領域的任務設定，而不是說憲法自始禁止刑事訴訟法兼具危險防禦的功能，故預防性羈押手段追求預防再犯之目的，仍是正當之目的<sup>76</sup>。

羈押使被告和外界隔離，使被告無法在物理上親自再次實施其他犯罪，儘管無法排除被告透過與他人合作犯罪的可能性，仍是有助達成預防再犯目的之有效手段<sup>77</sup>。在通常情形下，預防再犯可以透過非干預人身自由的方式達成，除了具保和責付之外，電子監禁、自願接受毒癮戒治、員警全天候監視等亦是可能的替代手段，不過這些替代手段防止再犯的效果可能低於羈押，同時可能衍生比監禁更多的財政負擔。因此，個案中的羈押或許可以透過具保責付取代，但是在具保責付無法達成相同預防再犯效果時，通常情形下亦欠缺其他相同有效的侵害較小手段，預防性羈押具有必要性。

預防性羈押是否符合衡平性的要求，取決於整體權衡羈押造成的人身自由干預和預防再犯之公益，二者是否不成比例。預防性羈押造成人身自由干預、被告和家庭、工作與社會隔離，連帶地限制被告防禦的可能性，從偵查至審判程序總計最長可達八年四個月（參照刑事訴訟法第一〇八條第五項、刑事妥速審判法第五條第三項）。由於享有人身自由通常是實現其他基本權利的前提，其於憲法上的重要性不亞於生命和身體法益，加上

---

<sup>76</sup> 正確強調二者的差別：謝秉錡，註 12 文，頁 187-188；Hegmanns, *Strafverfahren. Strafrcht für alle Semester*, 2014, Rn. 292. 依照德國聯邦憲法法院的看法，預防性羈押之目的「保障有特別保護需求的大眾群體，不受有高度蓋然性發生的嚴重犯罪侵害」，並符合比例原則，參考 BVerfGE 19, 342 (349 f.); BVerfGE 35, 185, (191 f.).

<sup>77</sup> Vgl. nur Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl., 2011, Art. 20 Rn. 84.

被告尚未被判決有罪確定，其人身自由之保護需要性並不因為犯罪嫌疑而降低，監禁時間可能長達數年，故僅在預防再犯之公益重大時，才可期待被告承擔此一人身自由的干預。預防再犯之公益程度則是至少取決於所侵害法益之重要性，以及再犯的蓋然性和次數等因素。

在現行法下，適用預防性羈押之犯罪包括放火罪（第一款）、性犯罪（第二款）、妨害自由罪（第三款、第四款）及特定之財產犯罪（第五款至第八款）。放火罪係保護涉及不特定多數人之生命身體安全，性犯罪係保護性自主決定權，妨害自由罪係保護意思決定與實行自由、行動自由和心理安全，財產犯罪則是保護財產利益。從保護法益的重要性來看，防止再犯財產犯罪的公共利益通常不足以正當化對人身自由的長期干預。因為，財產法益的憲法位階低於人身自由，其法定刑上限遠低於羈押期間上限；在實務上多數的財產犯罪僅被宣告罰金、得易科罰金或緩刑的有期徒刑，均顯示財產犯罪通常情節並不重大，對於法秩序的危害程度不高，預防再犯的公共利益並不重大迫切<sup>78</sup>。如果財產犯罪的有罪判決確定之人，通常不會被長期監禁，尚未被判決確定的被告，卻必須為其可能再犯財產犯罪而被長期監禁，此一人身自由之干預程度顯然超出被告可期待的程度。換言之，單純從保護法益之重要性來看，防止再犯財產犯罪的公共利益不足以正當化預防性羈押。

相對於此，放火罪、性犯罪和妨害自由罪之保護法益重要性，至少和人身自由的重要性相當，尤其放火罪和性犯罪都可能對被害人帶來無法修復的損害，防止上述犯罪再犯的公共利益，並非顯然和人身自由之干預不成比例。為了確定其所實現之公共利益能否平衡羈押造成之人身自由干預，除了抽象考量保護法益的重要性之外，必須進一步考量所欲預防之犯罪的再犯蓋然性和次數。理論上，預防再犯之公共利益隨著再犯蓋然性和次數升高而增加，應有的再犯蓋然性和次數則是隨著保護法益之重要性而成反比。因此，如果有充分的事實基礎，足以正確預測個別犯罪類型或個別被

---

<sup>78</sup> 就此，亦可參考德國聯邦憲法法院的觀點，其認為預防性羈押的犯罪，必須是依其法定構成要件不法內涵重大，而且可感受地干擾法和平的犯罪，不包括輕微犯罪在內。除此之外，被告嫌疑重大的犯罪，在具體型態上重大危害法秩序，在個案中可能獲判重刑（BVerfGE 35, 185, (191 f.)）。

告之再犯可能性，就可以使公共利益的判斷不流於恣意。然而，這正是關鍵的困難所在。在台灣缺乏完整的再犯研究成果下，立法者選定放火罪、性犯罪和妨害自由罪為預防再犯的犯罪類型，顯然不是因為這些犯罪已經被證實有顯著高於其他犯罪的再犯率，而是可能出於直覺或參考外國立法例。以性犯罪為例，儘管社會上偶聞性侵再犯的矚目案件，可是統計上的性犯罪再犯率並不顯著<sup>79</sup>，令人懷疑立法者將其納入預防性羈押，只是以日常理論的推測和一些聳動案件為基礎，真正目的是表現出積極的行動（監禁被告）以安撫社會大眾的不安。因此，光憑被告有立法者所列舉之犯罪類型的犯罪嫌疑，並無法擔保其再犯蓋然性較高，因此存在預防再犯的重大公益。

儘管立法者選定之犯罪類型未經證實有較高的再犯率，但是立法者規定「有事實足認為有反覆實施同一犯罪之虞」為羈押要件，似乎可以透過確認被告有高再犯危險的方式，擔保個案存在預防再犯之重大公益。不過，有鑒於羈押審查程序的結構，此一機制的彌補效果令人難以樂觀。法官作為未經再犯預測專業訓練的判斷者，通常採取「直覺預測法」（*Intuitive Prognose*），以他和罪犯打交道的經驗為基礎，根據對人類行為的「日常理論」進行評估。其所評估的危險因素儘管和專業的再犯預測雷同，例如被告的前科、社會歷練、職業、社會連結、毒癮酒癮問題等，但是最大問題在於欠缺獲得擔保的方法基礎。刑事實務人士和罪犯打交道的經驗，通常會受到主觀經驗所扭曲，而且受到判斷者自己的價值排序所決定，這些經驗並非以體系性的客觀觀察為基礎，而是在接觸再犯之犯罪人後自己所作的確認。由於他們通常不會知道那些有前科但是成功脫離犯罪生涯的犯罪人，所以會傾向高估前科或其他不利因素的重要性<sup>80</sup>。除此之外，法官在諭知保安處分或緩刑時，通常是根據完整的證據調查和言詞辯論作出再犯預測，然而在羈押審查程序中，偵查法官必須在很短的時間內作成決定，通常不容許其依職權選任鑑定人調查被告之再犯可能性，而是僅能就檢察

---

<sup>79</sup> 盧映潔，性犯罪之再犯狀況及再犯率研究—以德國及台灣為說明（下），載於：刑事政策與犯罪研究論文集（8），2005年11月，頁242-245。德國學界亦質疑將性犯罪列為預防性羈押之適用罪名自始缺乏實證根據，參考 Paeffgen, (Fn. 41), § 112 a Rn. 9 a.

<sup>80</sup> Meier, (Fn. 66), § 7 Rn. 39. Vgl. auch Weigend, (Fn. 55), S. 741.

官提供（片面不利被告）的卷證資料，依據檢察官或法官的非專業判斷，決定被告有無再犯之虞。質言之，偵查法官係在資料更缺乏、時間更倉促的情況下作出直覺式再犯預測，其準確度令人懷疑。如果我們再考量到，一旦偵查法官作出有再犯危險的預測，被告就被羈押而未再犯罪，事後也根本無從檢驗，究竟是被告原本就不會再犯，抑或是執行羈押而阻止了被告的再犯危險，就必須對於再犯預測的結果更提高警覺。

既然立法者選定之犯罪類型無法擔保存在高再犯率，偵查法官通常也有高估再犯危險的傾向，在防止被告再犯放火罪、性犯罪和妨害自由罪的情形，其所達成之公共利益可能不如預期中的重大，至於真相與預期的落差多大，和法官高估再犯危險性的偏差程度有關，目前缺乏資料作出具體評估。儘管如此，現行法不足以正當化預防性羈押的人身自由干預，應是可支持的結論。一方面，預防性羈押並不是僅限於短期的人身自由干預，而是期間可能長達數年之久，確實對被告人身自由和其他權利造成巨大的侵害，故僅在所達成之公益重大迫切時，始能被正當化；另一方面，立法者並未選定經證實為高再犯率的犯罪類型，對於偵查法官高估再犯危險的傾向，亦未附加其他實體要件<sup>81</sup>或程序要求，以適當控制監督法官的再犯預測，使其預測錯誤的風險降低至可接受的程度。因此，在考量再犯蓋然性和次數的因素之後，防止放火罪等犯罪之公共利益亦不足以正當化預防性羈押。

#### 四、修法方向

基於上述，刑事訴訟法第一〇一條之一的預防性羈押，雖不違反無罪推定原則，但是防止再犯危險之公益無法平衡羈押的長期人身自由剝奪，故違反比例原則而違憲。若是如此，立法政策上如何因應，亦考驗立法者的智慧。

---

<sup>81</sup> 例如，盧映潔，註79文，頁248-249建議對於性犯罪之再犯危險附加「已有與本次犯罪嫌疑之二次（或三次）以上同一罪名之前科紀錄」的要件。

最大幅度的修改方式是毫無保留地刪除此一條款，完全不事先管制被告在程序中再犯的危險，而是僅在被告真正再次犯罪時事後進行刑事追訴。此一方案可以避免變相的刑罰前置化的批評，但是降低防禦被告再犯危險的密度，可能使社會大眾暴露在遭受被告侵害的狀態下，因而違反國家的基本權保護義務，或者無法撫平社會大眾的不安，使繫屬中的刑事程序無法達成回復法和平的作用<sup>82</sup>。不過，這兩個質疑並非強而有力。一方面，立法者對於如何盡其保護義務享有廣泛的裁量空間，也已經根據法益重要性幅度不一地將再犯行為入罪化，除非是放任已有具體根據的生命危險發生，否則恐怕很難被指責為保護不足。另一方面，繫屬中的刑事程序是否達成回復法和平的作用，取決於其是否在確認違反規範的事實後，採取必要的制裁加以回應，和國家是否阻止被告實現其他犯罪無關；如果社會大眾擔心被告再犯而產生不安，卻透過羈押被告來穩定大眾對規範效力的信賴，反而是使尚未被定罪的被告成為達成一般預防目的的工具，恰好和無罪推定原則相牴觸。據此，並無反對完全刪除此一條款的堅強理由。

如果立法者認為，應該透過防範被告再犯危險更加完善地履行保護義務，此時應該朝提升預防再犯之公益程度和降低人身自由干預程度的方向，保留規定但是排除違反比例原則的缺陷。具體的修改方法可能是：限縮適用於被證實有較高再犯率的犯罪類型上，提高法官認定被告再犯危險的實體或程序門檻，例如被告已有相同罪名之前科或應選任鑑定人作成再犯預測等，以及大幅限制預防性羈押的期間上限。比較有爭議的是，如此的再犯預防措施，是否應該繼續依存在刑事訴訟法裡，抑或是移置於警察法或其他行政法裡。有不少文獻認為，刑事訴訟法的任務在追訴犯罪而不是在防禦危險，因此預防性羈押可說是刑事訴訟法的異物（*Fremdkörper*），應該移出刑事訴訟法<sup>83</sup>。然而，刑事訴訟法不得具有危險防禦的功能，並非絕對不容推翻的預設。一方面，在現行的刑事制裁體系中，保安處分的本質原本就是危險防禦措施，和對於所犯行為之處罰無關，刑罰的任務也早已經從單純應報轉向犯罪預防，加上整個刑法在風險社會下已經成為對抗

---

<sup>82</sup> Schloth, Die Haftgründe der Wiederholungsgefahr und der Schwere der Tat, 1999, S. 137 f.

<sup>83</sup> Weigend, (Fn. 55), S. 743.

風險的主要法律工具<sup>84</sup>，刑事程序作為實現刑法的手段，因此間接地將危險防禦當成其任務之一，預防性羈押僅是欠缺對應的刑法規定而已<sup>85</sup>。不論是否樂見這樣的發展，都必須承認所謂刑事訴訟法的任務僅在追訴犯罪，其實已經和法律發展的現況不符。另一方面，除非憲法明訂追訴犯罪和危險防禦的立法權限歸屬有所不同<sup>86</sup>，否則立法者是否在刑事訴訟法明訂警察防禦性質的預防性羈押，只是一個合目的性的決定而已，重點僅在於如何設計羈押要件和程序，以避免羈押之運作造成違反比例原則的人身自由干預。據此，既然刑事追訴機關和法官已經在調查預防性羈押的緣由犯罪，擁有相對充分的卷證，適用程序保障充分的羈押審查程序，那麼不將此一警察防禦措施另外交給警察或行政機關，應該仍是任務分工上的合理決定<sup>87</sup>。在這個觀點下，警察法和刑事訴訟法固然原則上分別在防禦危險和追訴犯罪，但是不必排除某程度上的交錯，在刑事訴訟法裡維持預防性羈押並無不可。如果真的認為刑事訴訟法不得承擔危險防禦的任務，則應該對於刑事制裁體系進行通盤的檢討，而不是只將預防性羈押移置於其他法領域。

## 肆、串證羈押

### 一、討論概況

刑事訴訟法第一〇一條第一項第二款：「有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者」，係為防止被告使事實晦暗不明之危險，在此稱之為串證羈押。由於刑事程序以發現真相為目的，被告滅證或勾串證人將會使法院無法獲得未經污染、扭曲的完整證據方法，故為了保全發現真相的機會而羈押被告。不同於重罪羈押和預防性羈押，串證羈押自始是保全程序的措施，故其正當性普遍獲得肯認。但是，串證羈押對被

---

<sup>84</sup> 此一發展的詳細分析，參考古承宗，風險社會與現代刑法的象徵性，科技法學評論，10卷1期，2013年6月，頁115-177。

<sup>85</sup> Vgl. auch Rieß, Über die Aufgaben des Strafverfahrens, JR 2006, S. 274 f.; Zabel, Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr – ein Fremdkörper der Strafprozessordnung?, in: Gaede/Goerlich/Kahlo/Zabel (Hrsg.), Im Zweifel für die Freiheit. Gedächtnisschrift für Manfred Seebode, 2015, S. 217 ff.; Kühne, (Fn. 43), Rn. 421.

<sup>86</sup> 以德國為例，犯罪追訴屬於聯邦事務，警察預防屬於各邦事務，故在刑事訴訟法制訂預防性羈押，可能因為聯邦僭越邦的權限而違憲。參考Paeffgen, (Fn. 41), § 112 a Rn. 4.

<sup>87</sup> Vgl. BVerfGE 19, 342, (349 f.).

告之合法防禦造成重大威脅，解釋上應將合法的辯護行為排除在串證之外<sup>88</sup>，並有學說建議，為了防止基於偵查效率和秘密性的考量而擴大認定串證危險，應將偵查程序之羈押審查重心放在有無逃亡之虞的認定<sup>89</sup>。

值得注意的是，我國文獻上出現零星質疑串證羈押正當性的聲音。許玉秀大法官認為「以被告有滅證之虞，作為羈押理由，顯然違反武器平等原則。湮滅罪證可以作為羈押理由，應該只有一種情形，就是滅證行為涉及犯罪，例如滅人證的殺人滅口，銷燬公文書的犯罪、變造或偽造文書證據的偽造文書罪。<sup>90</sup>」李念祖認為「審前」串證羈押嚴重違反無罪推定原則，因為檢察官將被告描繪為企圖脫罪的罪犯，加深法院假設有罪的心理；而且被告辯護人無閱卷權，處於武器不平等的不利局面；串證羈押會進一步影響被告與辯護人行使辯護權利，使為被告蒐集證據的辯護人因此籠罩在串證的陰影之中，可能實質妨害辯護工作，因此串證羈押係違憲的「審前」羈押事由<sup>91</sup>。許澤天則是指出，被告以外之人亦可能造成事實晦暗不明的危險，串證羈押僅適用於被告卻不適用於第三人，係無正當理由的差別待遇，建議立法上將串證羈押擴大適用於被告以外之第三人<sup>92</sup>。歸納而言，串證羈押被認為有違反無罪推定原則、武器平等原則和平等原則，應將其適用範圍限縮在構成犯罪的串證行為或是審判程序，或是反其道而行地擴大至串證之第三人。

## 二、違反無罪推定原則？

我們可以發現，學說批評串證羈押違反無罪推定原則者，對象僅限於偵查程序之串證羈押，不包括審判程序之串證羈押。此一觀點似乎預設，偵查程序的犯罪嫌疑尚不充分，故無罪推定原則的保障效力較強，審判程序的犯罪嫌疑已經較為明確，相關證據已經更加接近被告有罪，故無罪推

---

<sup>88</sup> 許澤天，註 12 文，頁 96-97。

<sup>89</sup> 陳運財，註 7 文，頁 273-274；許揚成，註 10 文，頁 207-208。

<sup>90</sup> 許玉秀，註 20 文，頁 84-85。贊同此見解者：許揚成，註 10 文，頁 207。

<sup>91</sup> 李念祖，審前羈押的奧步—無罪推定原則系列之十，風傳媒，2014 年 11 月 27 日，<http://www.storm.mg/article/23993>（瀏覽日期：2016 年 10 月 26 日）。

<sup>92</sup> 許澤天，註 12 文，頁 98-99。

定原則的保障效力下降。不過，隨著檢察官和法院主觀認定之犯罪嫌疑增加，逐漸降低被告的保障程度，可能不符合無罪推定的保護意旨。無罪推定原則的精神在於，國家刑罰權僅在被告判決有罪確定時才發生，在此之前，被告的犯罪嫌疑都有被推翻的可能性，不得使被告承受和有罪判決確定之人相同的對待。因此，在國家刑罰權尚未確定發生之前，「無罪推定」是適用於整個刑事程序的規範性要求，不論犯罪嫌疑再怎麼高，都和與有罪判決確定至少仍有一步之遙，被告地位應該是維持一致不變<sup>93</sup>。我們甚至可以說，正是在檢察官和法官心理上認定被告犯罪嫌疑越高時，越容易不小心忽略被告最終被證明為無辜的可能性，為了避免使實際上無辜之被告承受不可期待的對待，更應該強調無罪推定原則的保障效力。如果被告地位隨著犯罪嫌疑增加而降低，必須承擔越接近於刑罰的對待，等於是回歸承認嫌疑刑罰，使無罪推定原則徹底被架空。因此，串證羈押是否違反無罪推定原則，應該就偵查和審判程序一體判斷。

問題就在於，加深法院假設有罪的心理是否構成審前串證羈押違反無罪推定原則的充分理由。對此，答案應為否定。串證羈押之目的在保全證據，而不是出於一般預防之刑罰目的，其以被告有重大犯罪嫌疑為前提，固然表示偵查法官認為被告嗣後獲判有罪的蓋然性很高，但是這還不足以認定是在「預告」被告將會獲判有罪。因為，即使偵查法官認定被告有重大犯罪嫌疑，此一認定僅是以聲請羈押時之偵查結果為預測基礎，並不排除隨著偵查時間延長，蒐集更多有利被告的證據，以致於被告之有罪蓋然性降低，最終使本案法院確定被告無罪，或適用罪疑唯輕原則而判決無罪。換句話說，被告有重大犯罪嫌疑而被羈押，並未預告被告將獲有罪判決，使程序的結論欠缺開放性，故不至於牴觸無罪推定原則。若是認為審前之串證羈押違反無罪推定原則，可能是過度擴張無罪推定原則的保護射程，甚至如果邏輯一貫的話，其結果應是全盤否定羈押制度的合憲性，而不是僅限於審前串證羈押而已。

---

<sup>93</sup> Krauß, (Fn. 42), S. 157 f.; Gropp, (Fn. 42), S. 805 f.

### 三、違反武器平等原則？

串證羈押是否牴觸武器平等原則，也需要進一步論證。如前所述，武器平等原則的核心意義，係指被告和檢察官應有平等的機會影響程序的進行和裁判結果，即使只有檢察官才能聲押被告，不可能賦予被告聲押檢察官的權限，但是只要給予被告充分的補償措施達成實質平等，即可滿足武器平等的要求。據此，武器平等原則的意義在於，被告在羈押審查程序上應受到充分的程序保障，特別是獲得辯護人的協助及獲知聲押資訊，只要落實此一程序保障，不論檢察官是聲請串證羈押或虞逃羈押，都沒有牴觸武器平等原則的問題。

串證羈押不利於被告影響程序和裁判結果的平等機會，唯一可能的理由是檢察官濫用聲請串證羈押的權限，令被告或辯護人在蒐集有利證據和採取辯護策略上產生寒蟬效應（chilling effect），間接地壓縮其行使辯護權的合法空間。但是能否據此認定導致武器不平等而違憲，仍有商榷餘地。一方面，檢察官及法院基於發現真實的任務，除了應該致力於在訴訟上自行或藉助第三人蒐集證據，亦應該某程度上防止訴訟外妨礙取證的行為。串證羈押作為國家履行發現真實義務的手段，對於被告串證固然有嚇阻作用，但是此一嚇阻作用僅在超出保全真實發現所必要的範圍時，才有不當妨礙被告蒐證與辯護的效果。另一方面，在法官保留原則底下，並非檢察官片面認定被告自己或透過第三人不當滅證或影響證人，被告就會被羈押，而是應由中立的偵查法官予以認定。因此，只要在羈押審查程序賦予被告充分的程序保障，濫行認定串證危險的可能性將大幅降低。據此，串證羈押對於被告產生寒蟬效應，是否已可被認定不當影響被告平等影響程序和裁判結果的機會，需要更為具體的事實基礎進行價值權衡，無法抽象地斷定其係武器不平等。

### 四、違反平等原則

接著的問題是，串證羈押僅適用於被告而不適用於第三人，是否違反平等原則。有別於重罪羈押、預防性羈押和虞逃羈押，其羈押理由均存在於被告自身的特質上，串證羈押事由預設，檢察官和法院之發現真實任務包括防止訴訟外的滅證串供行為在內，為了使發現真實的周邊條件最佳化，

羈押之適用標準理應取決於有無準備串證的行為，至於此人是被告或第三人並不重要<sup>94</sup>。然而，串證羈押僅適用於被告卻不適用於第三人，似乎僅係基於被告有重大犯罪嫌疑，就認定只有被告之串證危險才必須藉由羈押防止，第三人之串證危險則是透過偽證罪（刑法第一六八條）和湮滅證據罪（刑法第一六五條）予以防止即可。問題在於，從平等原則（憲法第七條）來看，基於被告地位而來的差別待遇有無正當理由？在審查基準上，被告地位並不像性別般無法捨棄、持續存在的個人身分，也不完全像是基於個人行為而來的特徵，但是可以確定，基於被告身分而來的差別待遇會重大影響人身自由權利的行使，故僅在理由充分重大時始得被正當化<sup>95</sup>。

### （一）提高串證危險

第一個差別待遇的理由可能是被告比起第三人有更高的串證危險，因此有較高的保全證據需求。因為，被告作為可能的犯罪人，通常對於可能的證據方法有最完整的認識，比起其親屬或朋友等通常不知道偵查程序狀況的人，排除證據的可能性更高<sup>96</sup>。依照串證危險的高低決定是否採取羈押的預防措施，符合串證羈押之立法意旨，不過關鍵在於：被告果真有較高的串證危險？此一假設係基於被告有犯罪嫌疑，推論其比起無犯罪嫌疑的第三人更有串證誘因和能力。然而，被告會基於犯罪嫌疑而成為刑事追訴的對象，未必是因為他實際上和犯罪事實有什麼樣的關連性，反而可能是意外地「路人變被告」，其對於證據方法的認識程度可能和無犯罪嫌疑的第三人完全相同，難以被認定有較高的串證誘因和能力。退一步來說，即使假定被告的串證誘因和能力較高，據此反面推論第三人的串證危險一概低於被告恐怕也是過於武斷。一方面，第三人經常配合被告採取滅證或串供的行為，例如被告之公司負責人要求員工偽造帳冊或銷燬重要的會議紀錄，或者和即將出庭作證的員工串通證詞。在這種情況下，被告的串證誘因所引發的串證危險，係同時存在於被告和第三人身上。另一方面，第三人也可能出於其他誘因而產生串證危險，其強度未必低於被告之犯罪嫌

<sup>94</sup> Frister, (Fn. 39), S. 118 f.

<sup>95</sup> Vgl. nur Jarass, (Fn. 77), Art. 3 Rn. 21; Stuckenberg, Justizpflicht und Verdacht, in: Stuckenberg/Gärditz (Hrsg.), Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, 2015, S. 494 f.

<sup>96</sup> Stuckenberg, (Fn. 47), S. 111.

疑，例如父母擔心孩子坐牢而為其丟棄兇刀，修車廠老闆為了賺錢而幫肇事的顧客修復車子的板金等。因此，即使肯定在犯罪嫌疑和串證行為之間有正相關，我們恐怕無法斷然肯定被告比起第三人更容易採取串證行為。認定串證危險的相對可靠標準，應該是有無準備串證的具體事證存在。

## （二）提高忍受義務

如果在被告和第三人之間不當然存在串證危險的高低之分，從串證羈押的立法目的來看，保全證據的需求高低應該取決於有無準備串證行為存在，不必考量該行為是由誰採取。在被告和第三人的串證危險相同時，表示串證羈押之保全證據需求同樣存在於被告和第三人，串證羈押僅適用於被告的理由，可能就在於為確保刑事程序的進行，被告有比起第三人更高的忍受義務。

被告比起第三人有更高的強制處分忍受義務的理由何在，在我國文獻上未曾被探討過，在德國文獻上則是受到零星的檢討。Detlef Krauß 認為，作為建構被告地位前提的犯罪嫌疑，不僅是檢警的心理認知，而是一個社會事件，足以使人擔心可能存在一個國家尚未予以回應的犯罪行為，構成對於法秩序和社會秩序的妨害（Störung）。正如同在警察法上，為了排除此種妨害，不僅可以對於實際造成危險的妨害人（Störer）採取危害防止措施，對於實際上未造成危險，但是引起危險外觀（Anschein der Gefahr）之人，屬於表象妨害人（Anscheinstörer），亦得視之為妨害人而採取危害防止措施。因此，刑事程序上的犯罪嫌疑就如同警察法上的妨害人，對於為了釐清犯罪嫌疑（排除對法秩序的妨害）所採取的高權措施負有忍受義務；相對地，為了釐清犯罪嫌疑而對於無犯罪嫌疑之第三人採取高權措施，就顯得有疑義<sup>97</sup>。Ulrich Stein 則認為，為了取得和保全證據而授權國家採取干預措施時，對於被告和被告以外之人的差別待遇符合平等原則。理由之一是，犯罪嫌疑在許多情形下是一個適合類型化的區別標準，另一個理由是，犯罪人必須承擔刑罰惡害的施加，儘管在偵查程序中尚未確定其犯罪人的身分，但是存在是犯罪人的可能性，只要其犯罪嫌疑的程度足以使

<sup>97</sup> Krauß, (Fn. 42), S. 168 ff.

干預措施所造成的負擔和利益符合比例，被告亦應忍受為了確認其犯罪人身分的刑事程序<sup>98</sup>。這些理論是否足以正當化對被告與第三人之差別待遇，仍有商榷餘地。

首先，即使將犯罪嫌疑稱為對法秩序的妨害，刑事程序之犯罪嫌疑及被告地位，恐怕也無法直接比照警察法之妨害及妨害人，對於危害防止措施負有比非妨害人更高的忍受義務。在警察法上，妨害人係透過行為或所支配之狀態導致危險的人，原本就負有自行排除危險的義務，若是不自行排除危險，對其採取危害防止措施通常是必要的有效手段；相對地，對第三人採取危害防止措施，通常僅在無法期待妨害人排除時始得為之，同時由於危險不可歸責於第三人，第三人僅在相對嚴格的條件底下始有忍受義務<sup>99</sup>。質言之，妨害人之較高忍受義務，係基於其導致該危險，並且通常有能力迅速排除危險。這兩個妨害人的特徵，無法直接適用於刑事程序的被告身上。理由在於，被告之所以被刑事追訴機關認定有犯罪嫌疑，固然有時是出於自己的行為，但是有時是出於和自己不相關的事件，我們無法一概地認定，犯罪嫌疑所引起的法秩序妨害，係可歸責於被告。如果一概假定法秩序妨害係可歸責於被告，等於是預設被告係犯罪行為人，因而和無罪推定原則有所抵觸<sup>100</sup>。再者，即使法秩序的妨害係可歸責於被告，那麼直到有罪判決確定時，被告自然必須透過接受刑罰的方式排除其對法秩序的妨害，在此之前僅可能基於有助於釐清犯罪嫌疑，對於必要之干預措施負有忍受義務。不過，不同於第三人，基於不自證己罪原則，被告沒有主動配合國家追訴犯罪的義務，故國家不得優先期待被告自行排除此一妨害，反而是在被告無配合義務的前提下，優先期待透過其他途徑取得釐清犯罪嫌疑的證據<sup>101</sup>。因此，犯罪嫌疑之發生未必可歸責於被告，無自證己罪義務之被告亦不被期待自行排除犯罪嫌疑，其法律地位和警察法上的妨

---

<sup>98</sup> Stein, Die Ungleichbelastung von Beschuldigten und Nichtbeschuldigten durch strafprozessuale Eingriffsermächtigungen, in: Samson/Dencker/Frisch/Frister/Reiß (Hrsg.), Festschrift für Gerald Grünwald zum siebzigsten Geburtstag, 1999, S. 690 ff.

<sup>99</sup> 詳見謝碩駿，論警察危害防止措施之行使對象，國立中正大學法學集刊，33期，2011年4月，頁190-193、271-288；李建良，論行政法上「責任」概念及責任人的選擇問題，載於：黃舒芃主編，2007行政管制與行政爭訟，2008年11月，頁47-64。

<sup>100</sup> Frister, (Fn. 39), S. 99 ff.; Stuckenberg, (Fn. 95), S. 497; Köhler, Prozessrechtsverhältnis und Ermittlungseingriffe, ZStW 107 (1995), S. 21.

<sup>101</sup> Stuckenberg, (Fn. 95), S. 496; Eckstein, (Fn. 28), S. 324.

害人不能相提並論，也就不會因此對於刑事程序的干預措施有較高的忍受義務。

其次，基於犯罪人應承擔刑罰惡害，亦無法當然推論出被告在刑事程序中負有較高的忍受義務。固然在被告經判決有罪確定時，不僅承擔刑罰惡害，而且對於所承受之刑事程序干預措施，不得請求損失補償。然而，在被告之犯罪人身分尚未確定之前，仍適用無罪推定原則；若是基於其未來會承擔刑罰，根據犯罪嫌疑程度而承擔相對應的不利益，等於是預設判決結果有罪，或者令被告為大眾不信任規範效力負責，將牴觸無罪推定原則。除此之外，若是以犯罪人承擔刑罰惡害作為被告忍受干預措施之根據，在被告嗣後獲判無罪確定時，將會回溯地否定根據犯罪嫌疑所實施之干預措施正當性。從干預措施之正當性基礎是釐清犯罪嫌疑，而不是被告有刑事責任來說，即使被告嗣後經判決無罪確定，亦不應否定干預措施之正當性，而是僅能認定為被告係為公益承受特別犧牲，有權請求損失補償。

綜上所述，在被告和第三人有相同串證危險時，僅對被告而不對第三人適用串證羈押的差別待遇，無法以被告係可歸責地妨害法秩序或未來將承擔刑罰而被正當化<sup>102</sup>。因此，串證羈押係牴觸平等原則。在立法政策上，如果不是一併刪除對被告之串證羈押，就是在一定條件下納入對第三人之串證羈押，始能符合平等原則。究竟應該採取何者，取決於以下的問題：對被告之串證羈押，對於人身自由之干預合乎比例原則嗎？

## 五、違反比例原則

串證羈押是為了避免被告積極地妨礙真實發現而長期干預其人身自由，故應通過比例原則的審查。發現真實是實現國家刑罰權的前提，屬於符合憲法之正當目的，並無疑問。同時，羈押限制被告接觸外界事物和他人的可能性，使其無法親自銷燬文件、證物或是不當影響證人陳述，不過如果有第三人協助，在押被告仍然可以透過第三人銷燬證物或恐嚇證人，辯護人亦可代替在押被告向證人傳達其對案件的看法，使證人知道如何配合被告的意思作證。因此，羈押僅在一定情形裡有減少妨害真相調查危險的效果。

---

<sup>102</sup> Frister, (Fn. 39), S. 118 f.; Kühne, (Fn. 43), Rn. 419.2; Weigend, (Fn. 55), S. 746 f.

有疑義的是，在那些羈押有效保護真實發現的情形裡，羈押有無必要性？此一問題取決於，司法有無其他更輕微的相同有效手段可資運用。首先，司法在現行法底下已得搶先被告一步扣押證物（刑事訴訟法第一三三條）、訊問證人（刑事訴訟法第一七五條以下），在特定案件得依證人保護法採取證人保護措施。其次，若是有具體事實足以懷疑被告可能採取串證行為，立法者亦可授權法院課予被告負擔，禁止其接觸證人或毀損特定的個人物品等，僅在被告違反此一負擔時始採取強制措施（但不一定是剝奪人身自由），以防止其妨害真實發現<sup>103</sup>。現行法已經在被告停止羈押時，授權法院和檢察官命具保、責付或限制住居時，同時禁止被告對證人等人之身體或財產實施危害或恐嚇行為，或其他適當之事項（刑事訴訟法第一一六條之二第二款及第四款、第一一七條之一第一項），即屬於可替代羈押的負擔措施。最後，立法者亦可考量擴大妨害司法之犯罪構成要件，對被告之串證行為發揮嚇阻效果。在現行法底下，立法者固然正確地考量到被告有規避刑責的天性，基於無期待可能性之法理，對於被告之湮滅證據和說謊行為不予入罪，僅處罰第三人之湮滅證據（刑法第一六五條）和偽證行為（刑法第一六八條），以致於在解釋上，若是被告在自己的案件中教唆或幫助他人湮滅證據或偽證，亦無法處罰<sup>104</sup>。不過，若是被告利用第三人滅證串供的風險過高，立法者亦可考量將被告教唆他人湮滅證據或偽證的行為予以入罪化。此一作法的優點在於，被告僅在實際著手利用他人滅證串供時始承擔刑事責任，有別於串證羈押使被告在「有事實足認為」有滅證串供「之虞」時，即使其面臨人身自由被長期剝奪的風險，因此屬於相對輕微的手段<sup>105</sup>。若是窮盡上述相對輕微的手段，大概主要只剩下被告親自湮滅證據的行為，屬於只能透過羈押防範的危險，使羈押在少數的案件裡成為最後手段。

---

<sup>103</sup> Weigend, (Fn. 55), S. 748.

<sup>104</sup> 此一問題尚有爭議。對於教唆他人湮滅證據及隱匿自己，通說及實務均認為不構成犯罪，參考 24 年上字第 4974 號判例；黃榮堅，基礎刑法學（下），4 版，2012 年，頁 828；林山田，刑法通論（下），10 版，2008 年，頁 106；王皇玉，刑法總則，2 版，2016 年，頁 452-453；盧映潔，刑法分則新論，11 版，2016 年，頁 162、167；陳子平，刑法各論（下），增修版，2016 年，頁 807、817；許玉秀，教唆隱匿是否成立犯罪，載於：刑法的問題與對策，1999 年，頁 158。但是，對於教唆他人偽證，實務及學說則傾向仍應成立犯罪，參考 97 年度台上字第 2162 號判決；103 年度台上字第 1625 號判決；王皇玉，註 104 書，頁 453；陳子平，註 104 書，頁 840。

<sup>105</sup> Weigend, (Fn. 55), S. 748.

在僅存的少數案件裡，作為最後手段的羈押是否符合衡平性呢？此一問題取決於，在羈押保全之證據對於程序的重要性與其剝奪之人身自由之間，是否尚能維持衡平。羈押對於人身自由的實在和潛在威脅，已經無庸贅言，比較大的問題在於如何評估串證羈押對於發現真實的潛在貢獻。理論上，串證羈押係以被告的串證行為有造成事實晦暗不明的危險為前提<sup>106</sup>，也就是導致剩餘可得使用之證據可能不足以認定真相。如果個別的證據被湮滅，程序尚可進行，但是法院發現真實的機會多少受到影響，其影響程度取決於系爭證據之證據價值、法院是否尚有其他證據可得使用、可得使用之證據的證據價值高低等因素。不過，法院所能夠取得的證據，經常早已在開啟刑事程序之前（甚至早在犯罪之前），就已經基於人為防範蒐證（例如破壞監視錄影）、犯罪環境（例如選擇無人的犯案地點）和時間流逝等原因而不足，因此被告之串證行為即使減少法院認定真相的機會，也很難被評價為係重大干擾真實發現。不僅如此，串證羈押甚至會產生不利於真實發現的附隨危險。此一附隨危險來自於，被告及其辯護人可能擔心被以串證為由聲請羈押，不敢為了辯護而自行蒐集證據或接觸證人，甚至在被聲請或延長羈押的壓力下自白<sup>107</sup>。由於在實務上仍然存在以羈押獲取自白的濫用傾向，此一附隨危險並非空穴來風。由此可知，串證羈押的潛在保全證據利益不明確，卻有不利發現真實的副作用，其所達成之公共利益可能不足以平衡對於被告人身自由的長期干預，因而違反比例原則。

## 六、修法方向

基於上述，串證羈押因為僅適用於被告而違反平等原則，同時因為通常是欠缺必要性和衡平性的保全證據手段而違反比例原則。在立法政策上，立法者應該致力於增設其他防範被告串證的措施作為替代羈押的優先手段，同時增訂被告教唆他人偽證和湮滅證據之構成要件。在此一前提下，則可考量完全刪除串證羈押事由，如此就沒有將之擴大適用於第三人的問題。若是不願意完全刪除，則應該將串證羈押限縮於防範具體可預見之滅證串供行為上<sup>108</sup>，或者嚴格限制羈押期限<sup>109</sup>，以排除現行法違反比例原則

<sup>106</sup> Kühne, (Fn. 43), Rn. 419.

<sup>107</sup> Weigend, (Fn. 55), S. 749.

<sup>108</sup> Weigend, (Fn. 55), S. 749.

<sup>109</sup> Frister, (Fn. 39), S. 120; 許澤天，註 12 文，頁 99。

的疑義，並將此羈押事由一體適用於第三人，以符合平等原則的要求。

## 伍、虞逃羈押

刑事訴訟法第一〇一條第一項第一款：「逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者」，被稱為虞逃羈押，目的係為保全被告於審判期日在場（刑事訴訟法第二八一條第一項），以及在判決確定後得執行刑罰。如果被告逃亡，審判期日必須停止，並且將無從執行死刑或徒刑之有罪判決，被告逃亡比起申證對於刑事程序的影響程度更大，故虞逃羈押的正當性鮮少受到挑戰。在德國文獻上，則有少數的質疑聲音。有文獻認為，依據無罪推定原則，刑事程序之強制處分僅得以保全調查嫌疑和裁判作為目的，禁止以保全刑罰執行為目的，防止被告逃亡以保全刑罰執行的需求，僅得在有罪判決後予以滿足<sup>110</sup>。另有文獻有鑒於「逃亡之虞」之羈押事由在實際上被濫用，故建議刪除之。主要理由是此一羈押事由文義模糊，實務運作上法官缺乏充分時間和資料調查個案情節，抗告法院亦難以實質審查其認定結果<sup>111</sup>。依據該國的實證研究，因為逃亡危險而被羈押的人當中，實際著手逃亡或成功逃亡的人數很少，最終被判決應予執行徒刑的比例也不高，顯示被判定有逃亡危險的案件有相當高比例的誤判<sup>112</sup>。

### 一、違反無罪推定原則

可以確定的是，在保全審判程序之虞逃羈押，係出於被告在場為進行審判程序之必要條件所致，認定被告可能逃亡而規避審判程序，並未預設被告將獲判有罪的結果，亦未將社會大眾對規範效力信賴的動搖歸責給被告，故未違反無罪推定原則。

然而，保全刑罰執行的虞逃羈押是否違反無罪推定原則，可能必須依情形而論。如果在法院未經法定程序形成被告有罪確信之前，即認定有防止被告逃亡以保全刑罰執行之必要而裁定羈押，即已預設被告將被執行死

---

<sup>110</sup> Krauß, (Fn. 42), S. 162.

<sup>111</sup> Nobis, Plädoyer zur Abschaffung des Haftgrundes der Fluchtgefahr, StraFo 2013, S. 321 f.

<sup>112</sup> Nobis, (Fn. 111), S. 323 f.; Hassemer, (Fn. 48), S. 41.

刑或徒刑，因此必須確保被告在場始能執行。此種未決之虞逃羈押，不僅是在審判程序終結之前就已經預定被告有罪的結論，等於國家自行取消刑事程序本身，同時也是在尚未確定被告有罪之前，就將犯罪導致大眾對規範效力之動搖歸責給被告，因而牴觸無罪推定原則。有疑義的是，如果法院已依法定程序形成被告有罪的確信，可否在宣告徒刑或死刑之有罪判決之際，同時認定有防止被告逃亡以保全刑罰執行之必要而裁定羈押？在最近關於判決之虞逃羈押（所謂有罪羈押）的討論裡，關於有罪判決尚未確定時是否適用無罪推定原則，迭有爭議。固然依照刑事訴訟法第一五四條第一項「被告未經審判證明有罪確定前，推定其為無罪。」，無罪推定原則之時間效力及於判決確定之前，卻也有不少文獻認為，其時間效力應僅止於法院依法判決有罪為止，否則將導致法院在判決確定前不得作成有罪判決的荒謬結論<sup>113</sup>。因此，在判決之虞逃羈押是否違反無罪推定原則，並無定論。

上述立場之間的差異可能並不如表面上看起來的大。主張無罪推定原則延伸適用至有罪判決確定者，恐怕不至於主張，法院即使已經形成有罪確信仍然不得對被告論罪科刑，因為這將完全癱瘓刑事程序的功能；主張無罪推定原則僅適用至有罪判決者，也恐怕不會認為，即使被告對有罪判決提起上訴，在上訴審亦不適用無罪推定原則，甚至可以預先執行刑罰<sup>114</sup>。由此可知，如果不是更精確地界定無罪推定原則的保護內涵，光是糾

---

<sup>113</sup> 李濠松，羈押防逃機制與無罪推定原則，檢察新論，20期，2016年7月，頁144-145；林鈺雄發言，羈押與防逃，月旦法學雜誌，256期，2016年9月，頁150-151。關於無罪推定之適用時點，另可參考林鈺雄，無罪推定於撤銷緩刑及假釋之適用—歐洲法、德國法與我國法之比較研究，政大法學評論，117期，2010年1月，頁246-248似亦認為，無罪推定原則未必要延伸適用至判決確定，不過在結論上也不排除此一可能性（頁260-262）。此一爭論並非我國所獨有。在德國法上，無罪推定原則係適用至判決確定為止（BVerfGE 35, 202, (232); Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, 61. Aufl., 2016, MRK Art. 6 Rn. 15; Schädler/Jakobs, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 7. Aufl., 2013, MRK Art. 6 Rn. 55），歐洲人權公約第六條第二項之無罪推定原則的時間效力，似乎尚無定論，部分文獻認為僅及於有罪判決（Meyer, in: Karpenstein/Meyer, EMRK Kommentar, 2012, Art. 6 Rn. 160），部分文獻則是認為及於判決確定（Meyer-Ladewig, EMRK Handkommentar, 3. Aufl., 2011, Art. 6 Rn. 212），部分文獻則是採區分說：在系爭程序內部，無罪推定原則並不排除法院在依法定程序審理至形成有罪確信後作成有罪判決，若是第一審判決經提起上訴，無罪推定原則繼續適用於上訴審；但是在程序外部，無罪推定之擬制效力維持至法院有罪判決確定，亦即以無法對有罪判決提起救濟為準（Esser, in: Löwe/Rosenberg, StPO, Band 11, 26. Aufl., 2012, EMRK Art. 6 Rn. 481）。

<sup>114</sup> Vgl. auch Stuckenberg, (Fn. 47), S. 558 f.

結於其時間效力範圍的意義並不大。對於判決之虞逃羈押而言，道理也是如此：即使主張有罪判決確定前應適用無罪推定原則，亦無法立即推論出禁止判決之虞逃羈押，否則我們不能理解，為何同樣是在有罪判決確定之前的羈押，未決之各種羈押不當然違反無罪推定原則，判決之虞逃羈押卻當然違反無罪推定原則。相對於此，即使認為有罪判決後就不適用無罪推定原則，亦必須考量判決之虞逃羈押可能適用於受有罪判決之無辜者，應避免造成超越可期待於無辜者的不利益，此時依然必須將無罪推定原則的保護精神納入考量。因此，不論採取哪種立場，關鍵都在於：判決之虞逃羈押是否必然違反無罪推定原則之保護精神？

對此，本文持否定的立場。第一個理由是，無罪推定原則要求程序應保持結論的開放性，係為確保審判程序是真正構成法院形成有罪確信的基礎，而不是單純的行禮如儀。因此，當法院已經踐行法定程序而形成有罪確信時，就已經沒有保持結論的必要性，反而應該基於刑事程序回復法和平的任務，依其確信對被告論罪科刑，終結此一審級的審理。如果本案經提起上訴，上訴審自得在審查權限範圍內獨立審判，不受下級審之裁判結果拘束，仍然在依法定程序審理完畢前保持結論的開放性。據此，法院基於有罪確信而對被告論罪科刑，一方面並非架空該審級之審判程序，另一方面也沒有預設上級審之裁判結果，並不被無罪推定原則所禁止。基於相同道理，以法院已形成確信之有罪判決為基礎的虞逃羈押，不是在預斷有罪之判決結果，功能僅在保全可能執行之刑罰，而不是在達成一般預防之目的，亦不違反無罪推定原則。第二個理由是，儘管有罪判決可能嗣後被撤銷改判無罪，判決之虞逃羈押可能令無辜之人承擔人身自由之干預，但是尚在可期待的範圍內。因為，法院已經依法定程序認定被告有罪，國家刑罰權存在的蓋然性很高，羈押防逃所能達成的公益重大；相對地，判決之虞逃羈押對於被告的人身自由干預時間較短：若是無人對有罪判決提起上訴，該判決將在上訴期間屆滿時確定，此時即可進入刑罰執行階段；若是有人對有罪判決提起上訴，本案將繫屬於上訴審法院，重新回復到審判程序，保全執行之需求即已消滅，法院應另行根據保全審判程序之需求決定是否羈押。因此，判決之虞逃羈押即使適用於受有罪判決之無辜者，保全刑罰執行之公益足以正當化短期的人身自由干預。

綜上所述，保全審判程序之虞逃羈押符合無罪推定原則，在保全刑事執行之虞逃羈押之中，未決之虞逃羈押違反無罪推定原則，但是判決之虞逃羈押仍符合無罪推定原則。

## 二、違反比例原則

那麼，保全審判程序之虞逃羈押是否符合比例原則？對此，我們必須先釐清被告於審判期日在場的目的何在。通說認為，於審判期日全程在場同時是被告的權利和義務<sup>115</sup>。一方面，被告享有聽審權之憲法保障，包括對調查證據之表達意見權（刑事訴訟法第二八七條、第二八八條之一、第二八八條之二）、聲請調查證據權（刑事訴訟法第一六三條之二）或最後陳述權（刑事訴訟法第二九〇條）等在內，這些權利之行使通常以被告在場為前提，若是被告無權在場，上述權利將被架空。另一方面，被告同時是廣義的證據方法之一，法院必須親自觀察被告本人之舉止言談，對其獲得直接的印象，必要時應勘驗其身體，命其與共同被告對質或供證人指認等，故為了發現真實之目的，被告負有在場之義務。據此，虞逃羈押之作用在於保全被告聽審權及保全真實發現。

### （一）保全被告聽審權

為了保全被告聽審權而羈押被告，是否符合比例原則？首先，羈押可能自始不是有效手段。因為，被告聽審權既然是一種權利，其行使與否應該聽憑被告的意思，除了在強制辯護案件被告無法捨棄辯護人的協助之外，如果被告決定不表達意見或聲請調查證據，當然也可以決定不出席審判期日，即使強制其到場，最終仍然是捨棄上述權利之行使，羈押自始就是一個無效的手段。羈押有效保全被告聽審權的可能理由至多在於：若是不強制被告到場，其可能是在不瞭解訴訟實況的情形下輕率地捨棄聽審權，有鑒於被告可能承擔重大的訴訟後果，仍應強制被告到場，確保其係在充分認知訴訟實況下捨棄權利之行使<sup>116</sup>。換言之，羈押可以使被告處於得自主決定是否行使聽審權的狀態。

---

<sup>115</sup> 林鈺雄，註7書，頁169、171。

<sup>116</sup> 相關論點之檢討：薛智仁，反思刑事被告之審判期日在場義務，台北大學法學論叢，85期，2013年3月，頁239-242。

然而，即使羈押可以充實被告自主行使聽審權的能力，也不是必要手段。姑且不論，在尊重個人自主意思的前提下，國家並不需要全面地排除個人疏於理性行使權利的風險，即使認為刑事訴訟的後果影響被告重大，國家亦得課予法院訴訟照料義務，盡可能在事前告知被告出席審判期日的必要性，或者對於缺席審判期日之被告擴大闡明義務，同樣可以使被告取得貼近訴訟實況的資訊，重新考慮是否出席審判期日行使權利。因此，相對於擴大之闡明或告知義務，羈押亦非必要手段<sup>117</sup>。即使認為，法院踐行告知或闡明義務所提供之資訊，其品質不如被告親自在場所獲知者，因而羈押屬於必要手段，其亦很難通過衡平性的審查。畢竟，羈押固然可能提升了被告自主行使聽審權的能力，卻是長期剝奪其人身自由，甚至某程度上使被告成為國家監護的對象，而不再是完全的訴訟主體，損益之間係處於顯然失衡的關係。因此，為了保全被告聽審權之虞逃羈押，係違反比例原則。

## （二）保全真實發現

剩下的問題是，為了保全真實發現而羈押被告，是否符合比例原則？被告在場的證據價值，在於其可能作出自白、成為勘驗對象、與共同被告對質等，使法官得以親身見聞，成為認定事實的根據。在此意義下，羈押是否為有效手段，主要取決於個案中被告在場有無證據價值。在某些案件裡，被告之供述或身體特徵自始就無助於釐清犯罪事實，強迫被告在場是無效手段；在其他案件裡，即使被告的供述有助於釐清犯罪事實，被告在場可能誘使其作成真實的自白，不過由於被告有緘默權，他仍然可能保持緘默或甚至是作出虛偽陳述而形成誤導。在那些不排除羈押強制被告在場有助於真實發現的案件，以羈押的方式保全被告在審判期日全程到場，也不是必要手段。因為，只要在確保被告陳述、證人指認、共同被告對質、身體勘驗等證據調查的必要範圍內，採取拘捕或其他短暫拘束人身自由的措施即可達成相同目的<sup>118</sup>。最後，羈押即使是保全發現真實的必要手段，正如同在申證羈押所提及的，由於法院通常原本就缺乏認定事實所必要的

<sup>117</sup> 薛智仁，註 116 文，頁 242-245。

<sup>118</sup> 以上論點已見：薛智仁，註 116 文，頁 246-247。

證據，強制被告在場最終提升發現真實的機會不容被高估，特別是不應誤認被告在審判中之自白必定可信性較高，否則虞逃羈押也容易對被告形成強迫自白的危險。如果再參照德國的實證研究，不能排除高估被告逃亡危險的情形也出現在台灣，那麼羈押真正提升發現真實的機會可能更低。在此基礎上，促成發現真實的公益似乎並未如此重大，足以平衡通常伴隨審判程序全程的虞逃羈押所造成的長期人身自由干預。

或有認為，虞逃羈押違反比例原則的疑義，可以透過法官在裁定羈押或延長羈押時，就個案情節審查有無必要以羈押防範逃亡危險加以排除。姑且不論，羈押審查程序本身的結構並不容許法官作出實質審查，裁定延長羈押通常也是流於形式，即使依照學說的建議，在裁定延長羈押時應該落實「羈押時間越長，羈押審查標準更嚴格」的要求，仍然不會改變虞逃羈押違反比例原則的命運。因為虞逃羈押的功能在確保被告履行「審判期日全程在場義務」，有無確保被告在場的必要性，僅取決於形式上被告是否負有此一全程在場義務，僅在法律規定得由代理人出席或法院得作成缺席判決的情形（刑事訴訟法第二九四條第三項、第三〇五條、第三〇六條、第三七一條），也就是被告缺席亦得繼續審理時，才不得裁定虞逃羈押<sup>119</sup>。然而，虞逃羈押違反比例原則的根本理由，正是從保全被告聽審權和促成發現真實的觀點，審判期日之全程在場義務對於被告一般行為自由的限制已經違反比例原則，如果不是根本降低被告之審判期日在場義務，虞逃羈押將難逃違反比例原則的命運。

### 三、修法方向

根據上述，保全審判程序之虞逃羈押違反比例原則，保全刑罰執行之未決虞逃羈押違反無罪推定原則，僅保全刑罰執行之判決虞逃羈押尚在憲法界限內。在立法政策上，未來應該廢除被告於審判期日之全程在場義務，改為由事實審法院依據證據調查必要性，個案裁量課予被告在場義務，同時擴大被告缺席判決的可能性<sup>120</sup>。此一修正對於保全審判程序之虞逃羈押的影響是，僅在預期被告之在場係調查證據所必要，拘提逮捕不足以排除

---

<sup>119</sup> Vgl. auch Kühne, (Fn. 43), Rn. 417.

<sup>120</sup> 相關立法建議，詳見薛智仁，註 116 文，頁 253-261。

逃亡危險時，虞逃羈押始有正當性。即使在偵查或審判初期通常無法概括排除被告之證據價值，或者拘提逮捕尚不足以完全排除逃亡危險，但是至少在已可預期被告在場並非調查證據所必要時，不必再拘泥於形式上的全程在場義務延長虞逃羈押。

至於在保全刑罰執行之虞逃羈押，未來應完全排除未決之虞逃羈押，僅保留並充實判決虞逃羈押的可能性。為了避免被告在得知有罪判決後逃亡，宜參考學說建議，課予被告於判決宣示時之在場義務，在法院宣判不得緩刑或易科罰金之徒刑或死刑時，根據被告有無逃亡危險及保全刑罰之必要性，決定是否裁定虞逃羈押<sup>121</sup>。若是裁定虞逃羈押，當該科刑判決在上訴期間屆滿而確定時，即應依法執行所宣告之刑罰，虞逃羈押之效力當然消滅；若是該科刑判決經合法上訴而繫屬於上級審法院時，本案重新回復審判程序，保全刑罰執行之需求暫時消滅，僅在被告（出於預期再判重刑之動機而生之）逃亡危險，可能危害上訴審在審判程序之事實認定時，重新裁定保全審判程序之虞逃羈押。

## 陸、結論

在此總結本文的研究結果。在現行法的框架之下，羈押事由均已確定或非常可能逾越憲法的界限。重罪羈押（刑事訴訟法第一〇一條第一項第三款）即使依照釋字第六六五號解釋之合憲性解釋，亦因為重罪嫌疑無法擔保妨害程序之危險存在而牴觸比例原則（貳、三）。預防性羈押（刑事訴訟法第一〇一條之一）則因為適用之犯罪類型缺乏高度再犯危險，使其預防再犯之公益程度不足以平衡長期的人身自由干預，牴觸比例原則（參、三）。串證羈押（刑事訴訟法第一〇一條第一項第二款）因為僅適用於被告而不適用於第三人，係欠缺正當理由之差別待遇而違反平等原則，而且因為不是保全證據之必要或衡平手段，同時牴觸比例原則（肆、四及五）。至於虞逃羈押（刑事訴訟法第一〇一條第一項第一款），其中之保全審判程序之虞逃羈押，係以被告於審判期日之全程在場義務為前提，此一全程

---

<sup>121</sup> 李濠松，註 113 文，頁 151-153。

在場義務並非保全聽審權和促進真實發現所必要，因此違反比例原則；而保全刑罰執行之未決羈押，係對僅有犯罪嫌疑之被告預設有罪，故違反無罪推定原則（伍、一及二）。

在立法政策上，上述檢討結果並不是宣告羈押在憲法框架下已經完全無立錐之地，而是指出現行羈押制度的具體規定和立法結構有更進一步改善的必要，否則不但有濫行干預被告人身自由的風險，甚至可能被濫用成為預支刑罰或迫使自白的工具。事實上，我們無法（也無意）否認羈押制度對於維持刑事司法有效運作的必要性，但是我們也不能不提高警覺，防範刑事追訴機關以維持刑事司法有效運作的名義，將羈押變成方便辦案的工具。上述檢討至少可以開啟另一個改革羈押法制的視角，除了應該完全廢除重罪羈押之外（貳、四），立法者宜根據不同羈押事由的功能及侷限，個別設計其替代羈押手段和羈押期間上限，排除違反比例原則或無罪推定原則的疑義。希望本文的探討，可以拋磚引玉，提供未來釋憲機關和立法修正的參考。

