

# 刑事訴訟法第101條之1預防性羈押之研究

## —由保釋改革法案與United States v. Salerno案談起

L51009 林記弘

“Honoring the presumption of innocence is often difficult; sometimes we must pay substantial social costs as a result of our commitment to the value we espouse. But at the end of the day the presumption of innocence protects the innocent; the shortcuts we take with those whom we believe to be guilty injures only those wrongfully accused and, ultimately, ourselves.”

--Justice Marshall

### 一、預防性羈押之政策爭辯

預防性羈押，是社會自我防衛的公共利益以及個人的人身自由處於一種極端緊張的制度，因而其爭議性極高。相較於羈押，一般羈押已然是為了確保司法程序的順利進行之目的而被允許可以限制人身自由<sup>1</sup>，而屬對人身自由最大之侵害，雖然同樣是在判決確定之前先行拘束個人之自由，但此時係藉由確保司法程序的進行或可能使案情有晦暗之虞的理由為支撐進而合理化並允許之，是以在一般羈押的要件設定上，刑事訴訟法101條第1項是以有逃亡之虞，以及有湮滅、偽造、變造證據或勾串犯人、證人之虞為羈押原因，藉以達到有效

率的司法程序以及真實發現。

然而預防性羈押之制度，其所欲達到之目的與一般羈押並不相同，是以社會防衛、壓抑未來犯罪之發生，或者作為一種打擊犯罪的手段為其設定目標，其合理性是否存在，與無罪推定之間的緊張關係，與羈押相較，都更充滿爭議。然而除此之外，預防性羈押應尚可跳脫純粹正反對立的思考，而能作較為深刻的探討。

預防性羈押制度的存在似乎都存有相類似的發展趨勢，在臺灣、美國與德國，關於預防性羈押的議題，其正當性都受到學者的質疑，然而立法機關卻持續預防性羈押的範圍擴大，司法實務對此條文的適用也越來越頻

<sup>1</sup> 林俊益，刑事訴訟法概論（上），2010年，十一版，頁239；林鈺雄，刑事訴訟法（上），2010年，六版，頁355。

繁<sup>2</sup>，也因為人民會開始逐漸依賴此一制度所帶來的利益——「將危險的人關起來」，這個利益的效果是立竿見影的，就如同上癮一般，對於一些可能被認為具有危險性、或是罪大惡極的人，相較於使用具保、責付或限制住居等羈押替代措施時，利用此一制度將其與社會隔離可能是更符合人民所期待（快又有效），甚至當法院不予羈押時，可能還會有所反彈<sup>3</sup>。也因為這帖特效藥確實地滿足了社會大眾的要求，背後所帶來的不利益與侵害似乎開始可以被容忍，容忍的習以為常，也因此無罪推定的界線開始模糊，甚至開始後退。然而此一社會上利益需求的存在，是否能夠足以支持預防性羈押去挑戰無罪推定原則的金科玉律，則成為問題所在。

### （一）應運而生的預防性羈押

首先，預防性羈押的目的與一般羈押不同，其制度被創設的目的相當程度上依附於刑事政策上的需要。在夜不閉戶、道不拾遺的時代，預防性羈押並無相當高的存在必要性，因為治安清明，偶而出現

幾個殺人越貨的角色，此時依據刑法處罰、依據刑事訴訟確定其刑罰權之範圍及有無、再以刑事執行去矯治行為人，在犯罪行為發生後被動地對行為人加以處罰，就已經足以對抗對社會具有威脅的惡意，也給予行為人應有的懲罰。然而隨著時代發展，學者有以美國為例，美國在1970年代初幾次嚴重的監獄暴動，導致大眾對監獄的矯治成效產生根本的質疑。加上「尊重市場力量，減少政府介入」新自由主義的發展取代了福利國家思想，個人應該為自己的行為負責，而不是等待政府提供或是怪罪他人的想法抬頭，也因而在資源與福利減少，但生活中所必須面對的風險卻不減反增時，自顧不暇的大眾對於犯罪行為人不再具有耐心與同情心，而認為無辜的被害人是比犯罪人更值得保護的<sup>4</sup>。

同時在政客與媒體的炒作下，美國民眾開始體認到犯罪

2 李佳玟，預防性羈押：刑事程序中的風險管理，月旦法學教室，第36期，頁57。

3 李佳玟，預防性羈押：刑事程序中的風險管理，月旦法學教室，第36期，頁63。

4 李佳玟，預防性羈押：刑事程序中的風險管理，月旦法學教室，第36期，頁63。

可能隨時會發生，只能透過適當的規劃管理方能避免危害發生，也因而美國的刑事政策重心從犯罪者的改造與復歸，逐漸轉移到犯罪預防與犯罪風險的管理。然而在風險預防的角度下，不同於以往的新制度開始出現，其所欲達成的目標是對於風險的監督與控管<sup>5</sup>。例如梅根法案（Megan's Law）是對於有性侵害前科的行為人所訂立的法律<sup>6</sup>，其措施包括需向當地執法機關登記，執法機關則須對社區、學校通報，限制住居，公開前科犯的姓名、照片、住址甚至汽車牌照等個人資料於網路等，民眾可以上網查詢是否有前科犯居住於附近，其查詢時間自釋放或登記後起算十年。該法並非被動的在犯罪發生後才開始反應，相反的是對於被認為是風險來源或是危險因子給予嚴厲

且長期的監控，縱然在極端重視個人自由隱私的美國，該法案仍然是被美國社會所採納。

在臺灣，同樣的也出現類似的導火線，彭婉如案與白曉燕案的發生，帶來的除了是個案的重大影響外，直接衝擊的是社會大眾對於社會充滿危險的不安全感，反應在刑事政策上的便是社會大眾開始要求必須有些措施來預先的控制風險，在此情形之下，預防性羈押制度的出現並不意外，也因為有深厚的社會力量以及需求為後盾，縱然學說幾乎都持反對的意見<sup>7</sup>，預防性羈押仍然有其著力點存在。

## （二）預防性羈押的利益選擇

對預防性羈押最強烈的批評無非是在於，預先的監禁是與無罪推定原則相違背的，且同時無罪推定也正是用來限制政府權力的方式<sup>8</sup>。將一個人

5 李佳玟，預防性羈押：刑事程序中的風險管理，月旦法學教室，第36期，頁63。

6 1994年在紐澤西州七歲的女孩Megan Kanka被Jesse Timmendequas邀請到家裡看小狗為由，進屋後被Jesse Timmendequas施暴強姦，最後將其勒死。此一案件震驚美國，事件發生89天後，新澤西州州長簽署了全美第一個梅根法案(Megan's Law)。1996年，柯林頓總簽署了梅根法案，要求刑滿釋放的性罪犯向所住各州執法機關登記，並將其資料公諸於眾；且此等罪犯被釋放後必須予以備案存檔。

7 褚劍鴻，刑事訴訟法論上冊，2000年12月，四版，頁190-191；黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論，2001年，修訂四版，頁168；林山田，刑事程序法，2004年，增訂五版，頁309，註37；張麗卿，刑事訴訟法理論與運用，2006年，十版，頁261-262；黃朝義，刑事訴訟法，2007年8月，增補一版，頁196-197；林鈺雄，刑事訴訟法（上），2010年，頁366。

8 Joshua Dressler, Understanding Criminal Procedure, p.643.

拘禁起來如果僅是基於他未來可能作一些錯誤的行為，也違背了「使人能夠去追尋他自己的目標、依據他們的選擇自由的行動且承擔結果，提高個人的自由、尊嚴與尊重，而能作為一個明辨是非的人—儘管如此的代價是對於其他人的風險將會提高」<sup>9</sup>。另一方面，批評者亦認為將他人關進監獄不是因為他過去的所作所為，而是因為基於社會害怕他們「將會」犯罪，如此的方式是錯誤的，也因此預防性羈押的規定也違背了社會一直以來的信仰，即人類的自由意識<sup>10</sup>。且即使預防性羈押在理論上可以被正當化，批評者亦認為使用羈押的方式是不明智的，因為欠缺精確預測未來危險性高低的能力，也有資料指出心理健康的專家在預測未來暴力犯罪的能力在面對心理異常的女性時並沒有比較好，對男性也是如此<sup>11</sup>。其他的研究也肯認對

於犯罪行為將來是否發生的誤測可能是相當高的<sup>12</sup>。

專家對於可能性的預測上既然是如此的失敗，則當然就更沒有理由可以樂觀的認為法官在判斷危險性的高低上會做的更好。從較為功利觀點切入，基於這些上述資料而言，要將預先的監禁行為合理化實在太過困難，太多沒有未來危險的人將會被監禁，只是為了能確保將危險的個人先行監禁起來。

然而支持預防性羈押的一方表示，如果說在不論任何情況之下，政府都絕對沒有任何權力在審判前將個人先行羈押，這樣的說法是難以支持的。例如，一個非常富裕的被告，他可以負擔因為其所涉嫌犯下連續性侵殺人案件而對其課與的保釋金，而且告訴（治安）法官「如果你釋放我，我將在一天之內搭乘我的私人飛機到一個不會引渡我的國

9 Stephen J. Morse, *Blame and Danger: An Essay on Preventive Detention*, 76 B.U.L. Rev. 113, 117 (1996).

10 Joshua Dressler, *Understanding Criminal Procedure*, p.643. , (quoting Albert W. Alchuler, *Preventive Pretrial Detention and the Failure of Interest-Balancing Approaches to Due Process*, 85 Mich. L. Rev. 557 (1986)).

11 Joshua Dressler, *Understanding Criminal Procedure*, p.643-644. (quoting Charles W. Lodzi, et al., *The Accuracy of Prediction of Violence to Others*, 269 JAMA 1007, 1009-10 (1993)).

12 Joshua Dressler, *Understanding Criminal Procedure*, p.644.

家」，或是更糟糕的，假設他說「如果你釋放我，我將會走出這個門並且繼續強暴與殺害他人，直到我進入監牢為止」。在這種情況之下，是否仍「必須」給予被告一個可能被釋放的機會，即使治安法官有一個很好的理由相信這些威脅是真正存在的？<sup>13</sup>

案件包含高度確定性的將來恐懼或是刑事犯罪，都包含一定的假設性在內，但是，如果承認在上述的極端案例中，預防性羈押是可以被合理化的，則問題不再是政府是否有權力可以為預防性羈押，取而代之的問題是：「在何種情形之下，社會應該行使立法權（而為預防性羈押）？」簡言之，這個爭議在結論上，答案應該是——社會的自我防衛考慮為羈押的時候<sup>14</sup>。如同學者所表示的「明智的人們通常不會允許殺人犯與強盜在人群之中漫步」，也因此，羈押可能

會被正當化，只在社會具備「實質的優勢證據」可以證明意圖要羈押的人是殺人犯或是強盜犯方能為之<sup>15</sup>。

## 二、審前羈押—從1984年保釋改革法案（Bail Reform Act 1984）談起

在1980年代以前，美國多數州的州憲法均保障除了死刑以外犯罪的保釋權利。而在美國早期歷史上，此一死刑不得保釋之例外適用在相當大數量的被告身上，因為許多犯罪（從殺人到竊盜）都可以被處以死刑。死刑一度只在謀殺的情形之下方被使用，然而，州憲法對於有保釋的權利延伸到相當大的範疇，而適用於絕大多數的刑事被告。

而這些憲法規定並非表示所有的刑事被告在審前都會被釋放，當法官有必要確保被告在審判時到場、避免被告威脅證人或破壞司法程序的完整時，可以透過拒絕保釋或是設定禁止性的高額保釋金為之，而這也被認為是符合憲法規定的。藉由此種實務上的操作，減低了憲法規定與條文以廣泛的「有權保釋（right to bail）」用

13 Id.

14 Id.

15 Albert W. Alchuler, Preventive Pretrial Detention and the Failure of Interest-Balancing Approaches to Due Process, 85 Mich. L. Rev. 510 (1986).

語所造成的實務上衝擊。

然而，在1960年代保釋改革運動的成功，以及在1970年代降低以金錢保釋的使用、被告於審前被釋放的數量增加，對一個陳年問題給予了新的可見性與急迫性：審前釋放或是羈押被告的目的為何？當立法體系強化在審前應予釋放的立法假設時，則何種原因可以正當化審前羈押？在體系上是否應該只有當為了保護司法程序的完整的必要性時，方能拒絕被告保釋？或者法官能否為了其他不同目的完全拒絕被告保釋，例如保護公眾免於被告將來在審前所為的不法行為（protecting the public from further wrongdoing by the defendant before trial）？

在1970年，僅是在1966年的保釋改革法案後四年，哥倫比亞特區的國會通過了一個充滿爭議性的預防性羈押法律，該法律允許在被告於審前可能有額外犯罪行為威脅性之基礎下將其羈押，亦即將「被告若被釋放，是否對社區造成危險的可能性」納入考慮，而危險的判斷，則包括被告是

否涉及有危險性或是暴力犯罪，或是可能傷害證人或陪審員，因此妨礙司法運作<sup>16</sup>。在1984年國會宣布一個新的保釋改革法案<sup>17</sup>，該法案中，避免未來的不法行為（的目的），確實可以被作為在審前先將被告拘禁的適當基礎。此一法案給予了改革法案動力，而現今成為美國一半以上的州的州法律<sup>18</sup>。然而保釋改革法案允許預防性羈押的方式，是否合憲，始終沒有定論，直至下述的United States v. Salerno一案，美國聯邦最高法院首次對預防性羈押的合憲性表示意見，多數意見認為預防性羈押並不違憲。

### 三、United States v. Salerno案<sup>19</sup>

#### （一）多數意見

本案簡單事實為被告涉組織暴力犯罪，雖無逃亡之虞，但聯邦地方法院同意檢察官之聲請，認定該被告對社區造成危險，而准許將被告羈押<sup>20</sup>，被告不服提起上訴，上訴法院撤銷改判，認為被告既然尚未確定有罪，為預防犯罪而予羈

16 李佳玟，預防性羈押：刑事程序中的風險管理，月旦法學教室，第36期，頁63。

17 更詳細論述，王勁力，論美國刑事司法體系之預防性羈押制度，興國學報，第7期，頁119以下。

18 Miller Wright, CRIMINAL PROCEDURES—Prosecution and Adjudication, p.136.

19 United States v. Salerno, 481 U.S. 739 (1987).

20 United States v. Salerno, 631 F.Supp. 1364 (1986).

押違反了正當法律程序<sup>21</sup>，檢察官上訴至最高聯邦法院，聯邦最高法院以六票對三票推翻上訴法院決定。

聯邦最高法院認為，被告爭執保釋改革法案授權建構一個不被允許的刑事懲罰是違反正當程序原則的理由是不充分的，因為此一法案在立法過程中清楚的指出，國會制訂的羈押條款並非是對有危險之人所為的一種刑事懲罰，而是作為一種有潛力的解決社會問題的方式，以抑制犯罪人被釋放後又犯罪的社會問題，而避免社區安全的危險是一種行政目的。此外，在此一法案之下，如果羈押的行為沒有逾越該行政目的，而且也謹慎的限制此種羈押只能在最嚴重的犯罪情況之下方得為之，被羈押者也有權利要求一個立即的聽審程序，最長的羈押時間則是由速審法案（Speedy Trial Act）所限制，且必須與受有罪判決之人分開監禁，因此，此

一法案所建構的是一個可被允許的行政規制（permissible regulation），而非不被允許的刑事懲罰（impermissible punishment）。

再者，政府對社區安全的保護的行政利益（Government's regulatory interest），在適當的情況之下會比個人的自由利益（individual's liberty interest）更為重要，此法案只限縮在被羈押人所製造者的特定嚴重問題時，政府利益會是遠大於（overwhelming）個人利益<sup>22</sup>。除此之外，在操作上，保釋改革法案只對那些曾經因為嚴重犯罪而被逮捕的人有所適用，且需要仔細描述當時的情狀，預防性羈押才會被允許。同時，本法案也為了未來危險可能性的決定準確性上，特別設計了額外的程序保障，被羈押人在羈押聽審的時候可以受律師協助、可以作證、提出證據或資料或者交互詰問在聽審

21 United States v. Salerno, 794 F.2d 64 (1986).

22 但最高法院採取此種利益衡量(balancing interests)方式因為模糊空間甚大，故並非沒有受到質疑。王勁力，論美國刑事司法體系之預防性羈押制度，興國學報，第7期，頁131。Albert W. Alchuler, Preventive Pretrial Detention and the Failure of Interest-Balancing Approaches to Due Process, 85 Mich. L. Rev. 510 (1986).

審理中出席的證人<sup>23</sup>。而在決定是否適合為預防性羈押時，則必須依循法定的許多因素而為考量，包括所犯案件的本質及環境、證據的份量、犯罪嫌疑人的前科及人格因素，以及對社區的危險性<sup>24</sup>。國家則必須證明在案件中有清楚且具有說服力的證據<sup>25</sup>，而司法人員則必須依據事實做出結論並且說明作出羈押決定的理由<sup>26</sup>。法案中同時有審查條款的存在，提供對羈押決定的即刻上訴審查<sup>27</sup>。

雖然上訴法院認為「正當法律條款禁止基於對社區的危險而為預防性羈押並將其作為一種行政上的方式，不論羈押的時間長短<sup>28</sup>」，而被告則試圖將正當法律程序形塑為一道不能穿越的高牆，且「沒有任何政府利益——即使合理、重要、令人信服的或其他——可以超越」。但最高法院認為，

正當法律條款並沒有設下如此至高無上的重要規則，最高法院在本案也一再表示，社區安全的行政利益在適當的情狀之下，可能高於個人的自由利益。例如在戰爭或叛亂的情況下，社會的利益會是在最高位的，政府可以監禁任何政府相信有危險性的人；而即使不是在戰爭時期，同樣可以建立充分的、令人信服的政府利益，以正當化羈押那些有危險性的人並沒有一個絕對的憲法上障礙，因而，在羈押即將被驅逐出境的具危險性外國居民；我們也認為政府可以羈押心理狀態不穩定而對社會大眾呈現危險的個人。

而在如何考量社會或政府利益與個人利益之間，政府首先必須呈現所有的可能原因，證明足以相信所控犯罪是被羈押人之前曾經犯過的，但光是如此還不足以羈押之。需要在

---

23 18 U.S.C. § 3142(f).

24 18 U.S.C. § 3142(g).

25 18 U.S.C. § 3142(f).

26 18 U.S.C. § 3142(i).

27 18 U.S.C. § 3145(c).

28 *United States v. Salerno*, 794 F.2d 64 (1986).



一個完整的聽審程序中，政府必須能夠藉由清楚且具有說服力的證據，說服中立的決定者，告訴他如果釋放被告將沒有任何情況能確保社區或是任何人的安全<sup>29</sup>。而當政府為了避免犯罪的利益是具有說服力的，在政府蒐集到證據顯示被告曾經為了嚴重犯罪而受懲罰時，此一利益將更被強化，因為此時顯而易見的對社區有所危險。也只有在此種相當受到限縮的客觀情境下，社區避免犯罪發生的利益才會顯得更為重要。

而在衡量個人利益時，當然會考量到重要的個人自由利益，最高法院也並非去縮小（minimize）自由利益的重要性以及其作為權利的基礎本質，但是如同此案的情況，政府利益是重要的，而個人的利益只能次居於社會的強烈需求。而也相信國會在立法的同时已經審慎地去描繪出，在何種情形之下羈押是可以被允許

而符合標準。因此當政府提出明顯可信的證據來證明被告呈現出對個人或是社區可辨識及可表達的威脅同時，法院將被告予以羈押以避免其去執行具有威脅的行為，最高法院認為是符合正當法律程序的。

另外最高法院於本案也提到，預防性羈押並不違反第八修正案<sup>30</sup>，因為該條文只是禁止法院設下過高的保釋金，但並未限制羈押的理由，因此國會並非不許以保護社區的目的，制定預防性羈押之規定。最高法院也拒絕接受第八修正案是明確的禁止政府透過行政上的方法來追求其他被承認的重要利益，且在第八修正案中並沒有任何的文字顯示政府的考量僅能限於被告逃逸的問題，因此國會已經在避免逃逸外的其他利益的基礎上做出授權，而允許進行羈押。

## （二）不同意見

然而雖然多數意見為預防性羈押的制度辯護，並且認為

29 18 U.S.C. § 3142(f).

30 Eight Amendment : "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted."

預防性羈押在被設定的情況之下，仍然是符合美國憲法要求的，但是多數意見仍然受到少數意見的強烈批評。

反對意見認為類似的規定完全是符合專制的用途以及過去警察國家的慘痛經驗，而這些是長期以來被認為與憲法所保障的人權是不能相容的，多數意見的見解忽視幾百年來正義的基本原則，同時使其喪失對抗政府干涉的功能。首先多數意見做出了保釋改革法案是一個行政規制而非處罰的方式的結論，反對意見認為此一結論是毫無價值的，同時也毫無貢獻。多數意見主要的前提是，除非國會明確地意圖將其作為懲罰性的限制，否則所謂懲罰性或行政性的區分，將變成不論是哪一個目的都可以有合理的關聯性存在，而能將「國會並非以預防性羈押規定來懲罰有危險性的個人」，但卻以追求所謂「避免社區危險」的「合法的行政目的」來取代，而得出預防性羈押並非

是為了避免社區危險的過度極端手段，故預防性羈押的條文並未違反正當法律程序而無效的結論。從上述令人難以理解的多數意見來看實質的正當法律程序，多數意見好像只認為被正當法律程序條款所保障的權利是限於被告在判決前是不可以受到任何刑罰的，但多數意見侵害權利的技術非常簡單：只要將所有刑罰的方法重新定義為行政規制，然後就會神奇地不再成為憲法所禁止的懲罰，然而正當法律程序所保障的應該是所有立法權所侵害的權利，多數意見僅僅只是在模糊焦點的動作<sup>31</sup>。

同時，針對第八修正案，不同意見也認為多數意見的說法難以讓人滿意。因為設定過高的保釋金（excessive bail）與直接拒絕被告假釋，亦即設定高達一百萬美金的保釋金與拒絕被告假釋在結果上都是相同的，如果將第八修正案解為只保障前者的情形而不包含後者，則是一種矛盾的詭辯。如

---

31 481 U.S., at 759, 760.

此的話，其實國會根本不需要通過任何形式的預防性羈押規定，儘管沒有任何證據顯示被告有逃亡可能或對社區的危險，法官大可直接拒絕保釋即可，因為依據多數意見認為第八修正案對於是否應該假釋並未有任何表示，則拒絕被告假釋應該是完全合憲的<sup>32</sup>，是以多數意見的說理顯然不夠堅強與充分。而在保釋金的設定上，多數意見也承認如果政府的目的是在避免被告逃亡，則保釋金的設定也應該可以確保此一目的能夠被順利達成，然而多數意見卻又認為除了避免被告逃亡以外的利益外，國會基於其他利益而授權可為羈押時，第八修正案卻又變得不要求以保釋為必要。這裡明顯的做出了兩種不同的區分以及對待，但多數意見並沒有去探究分析，在第八修正案與正當法律程序二者之中是否有任何實質上的限制，進而使預防性羈

押的制度有違憲的可能<sup>33</sup>。

此外，多數意見並沒有提到，雖然有「不能將本段中的內容解釋為對無罪推定原則的修正與限制」規定<sup>34</sup>，但是預防性羈押的條文在本質及目的上就是對於無罪推定原則的限制。多數意見的說法，使得保障無罪推定原則的正當法律程序條款以及保釋條款都只是聊備一格，而沒有能確實保障無罪推定的實質意義存在<sup>35</sup>。少數意見並引用Newman法官在United States v. Melendez-Carrion<sup>36</sup>中的意見，認為預防性羈押固然為了避免未來可能對社會造成危險的行為人逍遙法外，然而從任何角度來看，這都是無法被正當化的<sup>37</sup>。

主張無罪推定原則，並不是一件容易的事情，有時候必須付出相當的社會成本，因為一些犯罪會衝擊到我們所信仰的社會價值，但最終無罪推定原則將能確實保護到無辜之

32 481 U.S., at 761.

33 481 U.S., at 762.

34 18 U.S.C. § 3142(j).

35 481 U.S., at 763.

36 790 F.2d 984, 1002. (1986).

37 481 U.S., at 765.

人，我們對那些我們認為是有罪的人，企圖採取一些簡便的方式（預防性羈押），只會對那些被錯誤起訴的人造成傷害，而最後，那些人將是我們自己<sup>38</sup>。現今世界各國都有男性、女性、小孩被拘留，不知何時才能接受審判而一直等待著，因為政府相信他們是「危險的」，而從兩百年前開始建立的美國憲法，能夠永遠的保護人民不受到惡意且未受審查的權力侵害，而經過兩百餘年，成果一點一滴的累積，它能夠更長久的適用，保護範圍更加寬廣，也更加的正當，但如果人民欠缺勇氣、自我限制，憲法將無法保障人民<sup>39</sup>。

#### 四、預防性羈押的原罪

##### （一）預防勝於治療

預防性羈押的設計，如上面反對意見所強力抨擊的，它並不是針對一個已經現實存在的行為做出處罰，而是針對

一些因素考量之後，預先地認定特定人有實施犯罪的風險而予以羈押。也因此，反對說之所以反對的理由，正是預防性羈押的目的所在，預防性羈押在一定程度上，已經在挑戰無罪推定的極限，用控制未來風險或未來危險的目的性要求，去壓縮無罪推定的空間，因為社會的需要已經不再僅僅是希望國家對於已經發生的犯罪施以處罰，所期待的也並不是刑罰的預防功能，而是透過統計的方式將誰是高危險的犯罪者<sup>40</sup>、被害者的類型為何、哪些工具容易為犯罪者所利用，更加前置化的運用刑事政策方式予以監控並預防犯罪，以保護社會安全<sup>41</sup>。

也因此這種先行預防犯罪發生或是風險管理思考，主宰了新的刑事政策的思維與制度誕生，同時這也相當契合社會民眾的想法，無辜的人沒有必

38 481 U.S., at 767. Marshall大法官於不同意見中最後的結語。

39 Id.

40 考量因素包括刑事被告的心理狀態、性格、身體狀況、年齡、與社會關係、過往犯罪紀錄等，並認為若以統計科學上的方法所建立的預測危險刑事的被告未來再犯行為之模式，如果能正確地預測未來犯罪行為發生機率，也就是能達到相當高的準確度，再以嚴厲的刑事行為來限制人身自由應該會較為妥適，王勁力，論美國刑事司法體系之預防性羈押制度，興國學報，第7期，頁133-134。

41 李佳玟，預防性羈押：刑事程序中的風險管理，月旦法學教室，第36期，頁63。

要平白遭受損害，社會制度也應該對所謂高風險的人做出反應，所以對於因案受到逮捕的刑事被告，在受到有罪判決之前，固然應該受到無罪推定的保護<sup>42</sup>，但是如果有相當的證據證明被告有繼續或是重複犯罪的風險的情形，則允許為預防性羈押。雖然在為預防性羈押的同時，似乎仍然承認其受到無罪推定的保護，然而，在二者內部仍然有著內部矛盾，亦即預防性羈押利用過去的犯罪紀錄以預測行為人未來會犯罪而課與人身自由的限制，本質上就是在是否違反無罪推定的灰色地帶遊走，也因此於Salerno案中，多數意見的論述是將預防性羈押定位為一種行政管制，而迴避了論述無罪推定的議題以及美國憲法所要求的正當程序<sup>43</sup>。我國刑事訴訟法第101條之1的條文規範，同樣是以「以事實足認為有反覆

實施同一犯罪之虞」的設計，著重於以過去事實預測特定行為人是否有高度再犯或繼續犯罪的風險，背後的立法緣由同樣是以社會安全應受保護為修法的目的<sup>44</sup>，亦與Salerno案中考量社區安全（community safety）雷同，除了對於犯罪的嚴刑峻罰作為事後國家宣示對犯罪行為的不允許，更事前提早對風險存在的可能介入，以羈押或是拘禁的方式而為預防，就此而言司法不再是到犯罪發生才被動發動，而在一定情形下，在犯罪發生前就已經可以提早介入而有一定的積極功能。

## （二）理想與目的的拉鋸

承上所述，預防性羈押一直有著違反無罪推定原則的疑慮存在，即使是贊成預防性羈押的一方對此也難以提出有力的辯護，而僅能選擇較為迂迴的方式來另闢戰場，亦即透過

42 481 U.S., at 764.

43 李佳玟，預防性羈押：刑事程序中的風險管理，月旦法學教室，第36期，頁67。

44 參閱張俊雄委員之發言：「…在當前治安敗壞之際，被告有繼續或反覆實施同一個犯罪傾向，如犯家庭暴力、縱火、恐嚇取財、詐欺等罪行，將犯人放出去，其可能會再次實施，如此將對社會造成安全上的威脅。…，此為預防性的犯罪，是針對當前治安敗壞所增加的條文。」立法院公報，86卷46期，1997年11月，279頁；而對於預防性羈押可能造成的人權侵害，立法委員所採取的方式則是以列舉罪名方式來處理，行為若不在列舉罪名的範圍內則不得為預防性羈押，立法院公報，86卷46期，1997年11月，283-284頁。

現實目的以及社會的需要，以建立預防性羈押的合理性，然而無從迴避的是是否僅以社會需要就足以建立其合理性的質疑。

在一定情況下，國家是被允許為了特定的行政目的而限制他人人身自由<sup>45</sup>，例如被告有心理狀態不穩定而對大眾有危險的情形<sup>46</sup>，或者是為了檢疫、避免傳染病擴散的目的<sup>47</sup>，而暫時拘束個人，亦即，在有正當目的的情況下，國家是可以在一定期間之內限制個人人身自由，同樣的道理，避免刑事被告逃亡的理由（刑事訴訟法第101條第1項第1款），也具備了國家在宣判被告有罪之前，預先限制其行動的正當依據，然而只要理由正當，羈押的原因不應限於以保全訴訟順利進行為唯一的目的，在原因上可以是多種形態的，也就是如果在社會公益上有特別要求的情況，預防性羈

押以預防犯罪及保護社會安全為目的，並不是全然地毫無依據。

預防犯罪與保護社會安全固為正當目的無疑，只是此一目的明顯與刑事訴訟上羈押的目的並不具有同質性，刑事訴訟上的羈押，其主要目的在於確保被告能於審判時出現於審判庭接受審判，而以保全刑事追訴、審判或執行之目的為限，是以具有保全之性質<sup>48</sup>。反觀預防性羈押，其目的從來不在於保全，它所期待達到的結果並不是刑事訴訟上的目的，而是一個傾向保護社會大眾無辜善良天真老百姓的國家政策，在定性上應是屬於行政上的目的（regulatory goal），美國聯邦最高法院就此也是相同的處理方式，也因此之後在認定預防性羈押的性質上，認定是一種行政上的規制，說理上也是一貫的。更進一步的問題在於，將此一行政上目的置

45 481 U.S., at 749.

46 Stephen J. Morse, *Blame and Danger: An Essay on Preventive Detention*, 76 B.U.L.Rev.113, 124 (1996).

47 李佳玟，預防性羈押：刑事程序中的風險管理，月旦法學教室，第36期，頁66。

48 司法院釋字第665號解釋。

入刑事政策，而用刑事方式來實現，是不是一個恰當的方法<sup>49</sup>？如果國家也能以除了保全被告以使訴訟順利進行以外的原因來拘束人民的人身自由，而保障社會安全也是一個正當的理由，但為了保障社會安全、而以某人有可能繼續或是反覆實施犯罪的高度可能性來限制人身自由，卻是充滿爭議，也回到上述無罪推定原則的理想與社會對遭受再犯風險容忍度的現實拉扯之間。

### （三）無罪推定原則與有罪推定原則

無罪推定原則對於預防性羈押而言，就如同天敵一般，預防性羈押幾乎是喪失所有可能存在的著力點<sup>50</sup>，純粹基於被告的「前科」、而「預測」有繼續或反覆實施同一犯罪「之虞」，如果將無罪推定原則視為憲法法治國原則中不可侵犯的金科玉律，則只是憑藉著預測、被告之前犯行、之後有犯行的可能作為預防性羈押

的原因，則始終難以跳脫有罪推定的質疑，尤其當被告因為過去犯行累累而聲名狼籍，要提出如何的證據去推翻法官對其前科的印象、以及說服法官該預測是不準確的？遑論當被告需要提出證據證明自己不會犯罪的同時，等同於法院已經推定被告將來會犯罪，而需要被告自行舉證推翻，當然是一種有罪推定。也因此，如果不去質疑無罪推定原則是否有限縮或是被挑戰的空間，只要預防性羈押的手段是透過預測或是考量被告先前犯行或前科來達成，即使有再多的程序保障以及嚴格限縮其適用，依舊無法擺脫有罪推定的陰影，在此情形之下，預防性羈押既然違反無罪推定原則，則亦難認為是一合憲之制度。

然而，如果坦率承認社會為了風險控管、或者尋求一種社會生活免於恐懼的安全感的現實需要，願意承受可能預測

49 王勁力，論美國刑事司法體系之預防性羈押制度，興國學報，第7期，頁132。

50 關於對預防性羈押違反無罪推定的質疑，褚劍鴻，刑事訴訟法論上冊，1999年8月3版2刷，頁189；黃惠婷、李錫棟，論羈押之限制，警大法學論集，第7期，頁106-107；李錫棟，我國預防性羈押之探討，警學叢刊，32卷2期，頁223-224；陳運財，刑事訴訟與正當法律程序，頁277；王國棟，論偵查中羈押審查之程序及其證據法則，軍法專刊，第15卷第8期，頁4。

錯誤的後果，而默認憲法所保障的權利是可以被限制時<sup>51</sup>，預防性羈押當然也會應運而生。但也因為預防性羈押制度本身所具有的特性，衍生出相當多有待解決的問題。例如：哪些犯罪可以被置入預防性羈押所要處理的範疇？國家要如何預測被告有再犯的高度可能？應該給被告如何的程序保障等等。

## 五、結論：預防性羈押的限縮與配套

每一種犯罪都有可能重覆反覆施行的可能，過去刑法所規定的常業犯就是一種典型範例，但是除此之外，刑法每一條的規定無一不能反覆實施，但並非每一種犯罪都需要給予強烈的事前預防。預防性羈押既然會對人身自由有相當大的限制，則在適用上應該儘量限縮其範圍，而僅適用在最嚴重的犯罪，或對人的生命、身體會造成重大侵害的情形方有適用空間，尤其是危險性或是暴力犯罪。在被告所犯之罪本質上並不會對社會或個人造成嚴重損害時（例如財產犯罪），即使被告確實呈現有反覆實施

的高度可能，亦應儘量避免先行羈押。此外，基於相同理由，預防性羈押應該是具有最後手段性質，在沒有其他手段可以達到與預防性羈押有相同效果的情況，預防性羈押的使用才不至於過度擴張而過分侵害人權，同時也才符合比例原則的要求。

執是之故，刑事訴訟法第101條之1第1項所設多款得為預防性羈押之罪名，固然是以列舉規定限制可為預防性羈押之情形，然其中第5至第8款，分別以竊盜、搶奪、詐欺以及恐嚇取財作為預防性羈押之原因，則或有斟酌之處。如上所述，羈押為強制處分中侵害人身自由至極者，預防性羈押更是於行為人尚未確定為犯罪行為之前，即以其對於社會有所危險，或是有事實足認有反覆實施同一犯罪之虞，以社會預防的目的，用羈押的手段來避免社會認為「可能」的危險發生，而更前置性的侵害個人之人身自由，倘若此時所保護之僅為財產法益，而犧牲特定人之人身自由，在比例原則上不無過當之嫌。尤其在竊盜與詐欺二罪，鮮少對被害人有所施以暴力攻擊而對生命身體造成重大危害之案例，故僅以行為人可能對較

<sup>51</sup> 李佳玟，預防性羈押：刑事程序中的風險管理，月旦法學教室，第36期，頁68。



為輕微之財產法益可能重複破壞，而施以強烈之人身自由限制，在立法上並不妥恰，而恐嚇取財縱然是以更為激進的手段，亦即以言語威脅將施以惡害的方式，迫使他人交付財物，但是否也嚴重到必須動用羈押的手段來處理，而不會逾越比例原則，在立法上的適當與否，亦殊值考量。至於搶奪的情形，本文認為則有相當的個案裁量空間存在，蓋搶奪同樣有財產法益之損害，為搶奪之手段甚多，且往往與被害人之身體法益有所關聯，若行為人以往所使用的搶奪方式是較為大膽、暴力的，則或有相當的依據認為行為人之後所為的搶奪方式也會是依循相同的模式，而以對被害人具有高度身體法益風險的手段實現侵害財產法益的目的，如果基於預防性羈押是避免特定危險性與暴力犯罪的想法，則並非完全沒有不能先予羈押之空間；反之，若行為人的手段較為輕微，所為的搶奪行為可能只是推倒騎腳踏車的被害人再趁機奪取皮包等方式，固然對被害人的身體法益也同樣有破壞之風險，但其手段所造成的身體損害非大，相對才用預防性羈押的必要則應予以限縮，甚至應認為不應

為預防性羈押，以避免對人權過度侵害。

而在預測被告再犯可能性高低，雖然刑事訴訟法第101條之1第1項設下了「嫌疑重大」與「有事實足認」的要件，但對何種情形下是「足認」可為預防性羈押，似乎仍舊無法提供任何標準或予以具體化，最終還是交由法官來作裁量。更何況預測再犯可能，本身就具有其侷限性且勢必有所誤差，因此在依據各種資料做出預測判斷時，應儘量多方面就各種因素而為考量，法官裁量應該審酌被告被控犯罪的嚴重性、證明被告有再犯可能的證據強度、被告的背景及人格、被告如果被釋放的危險程度等<sup>52</sup>，避免僅以被告前科直接作為判斷被告是否有反覆實施同一犯罪之虞的唯一依據，例如就被告人格是否具有攻擊性，即應由專家來作出鑑定意見以為參考。

然而不論考慮的因素有多細膩、考慮因素的範圍設定的多廣泛，預測也很難達到百分之百的正確，但如果認為預測必須是絕對正確而沒有任何容差的空間存在，那也等於放棄預防性羈押的制度可能，也失去討論預防

<sup>52</sup> 481 U.S., at 743.

性羈押的空間。因而在思考上，或許可以不要將焦點始終著重於預測可能一點，雖然預測失誤是種不可避免的存在，但可以轉向至程序的角度來作出補強，在事前與事後保障上均應給予預防性羈押更嚴密之程序保障，而將預測失準的情形降至最低。除如上述於羈押前應予以更為細緻地評估被告的危險性，儘量避免有預估錯誤的情況外，在聽審或訊問程序中，應讓被告有機會提出有利於其自身應可免於羈押之證據，檢察官亦應負有證明被告確實以羈押為適當之舉證責任，而將上開要素（犯罪嚴重性及情節、證據強度、被告之前犯行等）綜合後提出於法院，以證明為何認為有事實足認被告羈押為適當之理由；而法官若為羈押裁定時，亦應敘明依據何等證據而得出被告應予羈押之裁定及其理由，同時應有立即可以抗告或是立即審查此一羈押裁定之救濟途徑，而使被告之救濟不至延宕，以免對人身自由做出錯誤之判斷，而有糾正之可能<sup>53</sup>。類此嚴密的程序保障，以防止在風險控制的名義下，以預防性羈押為手段，為侵害人身自由大開方便之門，反將失去預防性羈押當初為社會

利益為依歸之美意。

---

53 481 U.S., at 751, 752.

