

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

鑑定留置制度之研究

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC92-2414-H-002-031-

執行期間：92年08月01日至93年07月31日

執行單位：國立臺灣大學法律學系暨研究所

計畫主持人：林鈺雄

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 93 年 11 月 3 日

# 壹、中英文摘要及關鍵字

## 一、中文摘要

民國九十二年九月一日起實施的我國刑事訴訟法證據章草案，增訂被告留置鑑定之相關規定（修正條文第二百零三條、第二百零三條之一、第二百零三條之二、第二百零三條之三、第二百零三條之四）。立法理由說明提到，為發見真實或正確適用法律，實務上時有將被告送鑑定之必要，惟如將被告送入醫院或其他適當處所鑑定，影響人身自由，自應依令狀執行，以保障其人權，爰明定鑑定留置應用鑑定留置票，並規定留置期間之限制、縮短及延長，鑑定留置之執行、處所變更及留置期間視為羈押日數等相關配套規定。

鑑定留置制度亦見於其他立法例。以德國法為例，其刑事訴訟法早有明文要件及程序規定（§81 StPO）：為了鑑定被告心神狀態之必要，法院得於聽取鑑定人及辯護人之意見後，命被告入公立精神醫院受鑑定觀察。此外，該法亦明文規定，法院僅得對重大犯罪嫌疑之被告為上開之鑑定留置處分，並且，如果該處分相較於案件之重要性及預期之科刑或保安處分不具相當性關係者，便不得為之。對於上開鑑定留置之裁定，被告得即時提出抗告，該抗告並且具有延緩執行之效力。

我國刑事訴訟法上開草案雖然參考外國立法例而定，以法官為簽發鑑定留置票之機關，但諸多可能產生的實務問題，並未見諸立法明文，亟待解決。例如，鑑定留置仍屬干預基本權之行為，但發動門檻為何？被告犯罪嫌疑應至何等程度，始得為之？此外，關於鑑定留置之裁定，被告雖得抗告（刑事訴訟法第四〇四條第二款），但因鑑定留置依照草案規劃僅為七日以下期間，而抗告依照現行法又無停止執行之效力（刑事訴訟法第四〇四條第二款），因此，幾乎可以斷言抗告來不及阻斷執行，對被告並無實益可言。立法或司法實務有無調整之必要？諸如此類實務問題，有待一一發掘及解決。

基於「儘早研究爭議問題並且提早規劃解決方案」之認識，本研究計畫以本次鑑定留置修法後衍生問題及其解決對策為主要研究範圍，輔以德國鑑定留置為比較對象，徹底檢討本次立法的利弊得失，並擬提出具體的操作基準及相關措施，以供未來學說闡釋及實務運作的參考。（請參閱貳、五、報告內容之結論與建議及伍、附錄：報告論文）。

## 二、英文摘要

A group of amendments is among the revised articles in the Code of Criminal Procedure (CCP hereafter) which is pending in the Legislative Yuan before being

passed to become new laws. (Revised Articles CCP 203, 203-1, 203-2, 203-3, 203-4). According to the background interpretation to the amendment draft, to serve the end of sound fact-findings and decent law-application, it exists the need of forcing the accused to a hospital or other institutes to take a mental evaluation check-up. Since such measure will inevitably limit the physical freedom of the accused so ordered, a core article of amendments provides that a warrant has to be issued by the court to permit such tentative detention. The amended provisions also cover the issues such as duration of the detention, the method of execution, and the place of detention for such purpose.

Similar regulations can be found in foreign laws. German Code of Criminal Procedure (StPO) is an example, which can be taken as a comparison basis. In need of evaluation the mental state of the accused, a German Court can exercise its authority to order the accused enter a public hospital for a mental examination, with a prior consent of the accused or his/her legal counsel. In Germany, such forced measure can only be executed against the accused with grave suspicion. Like in other similar contexts, a principle of proportion applies when the court is to consider adopting the measures. The accused imposed of the disadvantage is entitled to immediate appealing. An appeal like this will hinder or postpone the execution of the court order of tentative detention.

While taking an foreign example, Taiwanese amendment proposals nevertheless created several confusing issues for the courts and lawyers. For instance, what is the starting point for launching this sort of forced measures, or, amounting to what extent of suspicion with the accused will the measure of this kind is warranted? Another example, although the accused suffering from such decision has a right to appeal, the appeal action itself can exert no effect to halt the execution of the detention decision. The accused will not thus benefit from the appeal action. Hence, some kinds of adjustment with legislation process or judicial administration is evidently necessary.

Based on an “early diagnosis, early cure” principle, this research project is focusing on the tentative detention amendments, including the various issues originating from the amendments. While comparing with the provisions covering this issue in German CCP, the author is trying to present a solution proposal in terms of theoretical interpretation as well as in practical operation.

### 三、關鍵字

鑑定留置、羈押、Tentative Detention for Mental Evaluation, Detention

# 貳、報告內容

## 一、前言

鑑定留置，指為鑑定被告心神或身體狀態而將被告送入醫院或其他適當處所之處分，關此，我國刑事訴訟法（下稱刑事訴訟法）原有簡略的規範：「因鑑定被告心神或身體之必要，得預定期間，將被告送入醫院或其他適當之處所。」（舊法第二三條第三項），但關於進一步的實體要件及程序踐行，完全付之闕如，倒是在抗告及準抗告程序，向來皆有關於「因鑑定將被告送入醫院或其他處所之裁定或處分」的特別救濟規定（舊法第四四條但書第二款、第四一六條第一項第一款）。

民國九十二年刑事訴訟法證據章及鑑定節大幅翻修時，認為「為發見真實或正確適用法律，實務上時有將被告送鑑定之必要，惟如將被告送入醫院或其他適當處所鑑定，影響人身自由，自應依令狀執行，以保障其人權，爰明定鑑定留置應用鑑定留置票，並規定留置期間之限制、縮短及延長，鑑定留置之執行、處所變更及留置期間視為羈押日數等相關配套規定」（立法總說明理由）。

新法主要的變革包括捨舊法之二分模式改採法官保留原則，以鑑定留置票之書面要式及留置期間之限制作為形式要件、明定執行程序及折抵規定等。儘管良法美意，但整體而言，立法規範密度卻仍嚴重不足，本研究計畫即以此為研究範圍，並未雨綢繆提出實務可能問題及解決之道。

## 二、研究目的

民國九十二年九月實施的鑑定留置新法，對於我國未來刑事訴訟法制及實務的影響深遠。新制與舊法比較，主要的變革如下：

- 1、明定鑑定留置期間。為避免鑑定留置期間漫無限制，草案參考精神衛生法第二十一條第三項之規定，修正第二百零三條第三項，規定鑑定留置期間以七日為限，以保人權（第二百零三條第三項）。
- 2、改採法官保留原則。亦即，承認鑑定留置之干預基本權性格，故明文規定應用鑑定留置票，且核發機關為法官。檢察官若因偵查必要而認為有鑑定留置之必要者，應聲請法官核發鑑定留置票（第二百零三條之一）。
- 3、明定鑑定留置之執行方式。由於鑑定留置與羈押同為長期拘束人身自由之處分，因此，草案參考刑事訴訟法第一百零三條第一項之立法例，明定鑑定留置之執行機關、執行方式、抗拒執行之強制力運用等執行程序問題。此外，為使被告親友瞭解被告之下落及受如何之處置，故比照刑事訴訟法第一百零三條第二項之羈押規定，增訂相同規定（第二百零

三條之二)。

- 4、明定鑑定留置之縮短與延長。鑑定留置期間，乃為達鑑定目的而必要之時間，因鑑定事項之內容、檢查之方法、種類及難易程度等而有所不同，審判長、受命法官及檢察官初始所預定之時間，與實際所需之時間未必全然一致，為求彈性處理，因此，審判中由法院依職權；偵查中由檢察官向法院聲請而裁定縮短或延長之，但最長不得逾兩個月（第二百零三條之三）。
- 5、明定鑑定留置視為羈押日數，折抵刑期。鑑定留置與羈押同為對被告拘束人身自由之基本權干預，因而對被告執行鑑定留置者，其留置期間之日數自應視為羈押之日數，俾被告於執行時得折抵刑期（第二百零三條之四）。

儘管此次新法與舊制比較，立法密度可謂提高許多。但是，仍有掛一漏萬之諸多問題亟待解決。例如，刑事訴訟法所定各種基本權干預處分，本來皆有發動門檻的規定，但鑑定留置與羈押，性質上同屬長期干預人身自由的處分，卻未如羈押般設定發動門檻（刑事訴訟法第一百條、第一百條之一參照），有待商榷。其次，關於鑑定留置，此次草案雖然比照羈押規定而較為詳細列舉其執行機關、執行方式、延長縮短及折抵刑期的明文，但是，到底其他的羈押規定，於鑑定留置有無適用或準用餘地？仍有探討必要。例如，鑑定留置期間，是否比照關於羈押被告之處遇與管束（刑事訴訟法第一百零五條）？而關於鑑定留置期間與辯護人之權利義務關係應如何處理？草案條文付之闕如。另外，雖然被告對於鑑定留置處分，得提起抗告救濟（刑事訴訟法第四〇四條第二款），但因鑑定留置依照草案規劃僅為七日以下期間，而抗告依照現行法又無停止執行之效力（刑事訴訟法第四〇四條第二款），因此，幾乎可以斷言抗告根本來不及阻斷執行，因此，縱使抗告救濟，對被告恐怕亦無實益可言。關此，立法或司法實務有無調整之必要？諸如此類實務問題，有待一一發掘及解決。

基於「儘早研究爭議問題並且提早規劃解決方案」之認識，本計畫之研究目的在於通盤檢討新制的適用問題，輔以德國實施百年的鑑定留置制度為比較對象，並檢討我國新制實施之後應有的配套措施，預計擬定具體之審查基準與實施步驟，以供學說闡釋、實務審查及未來立法參考之用。

### 三、文獻探討

本計畫處理的文獻包含中文文獻與德文文獻（請參閱參、參考文獻）。由於在民國九十二年一月我國新法鑑定留置制通過之際，國內相關的中文文獻極少，因此，計畫初期所探討的主要是德文文獻，即關於百年來德國實務及學說對於其鑑定留置制的目的、運用及立法論的總檢討。在計畫中後期，陸續有少數相關中文文獻出爐，因此，本計畫也逐步納入中文文獻所提各種意見之批評與檢討。在計

畫中後期，計畫主持人並就初步得出的結論，寫成「論鑑定留置」一文，並已發表於《月旦法學雜誌》第 113 期（詳見附錄）。

## 四、研究方法與研究步驟

由於我國鑑定留置甫重新立法，且相關中文文獻極其有限，因此本計畫係先以比較法之研究方法，藉助採納鑑定留置已有悠久歷史的德國法制來分析我國法可能面臨的問題，計畫後期研究才偏重在我國現行新法的解釋與運用。在研究步驟方面，本研究計畫分成三大階段：第一階段初步收集、閱讀、整理並分析此次修法之相關資料；第二階段主要是整理問題爭點與配套措施，確定研究之範圍及方向，並且進一步收集、閱讀、整理、分析相關資料，並提出心得報告、初步研究成果及整合意見；第三階段為期主要是撰寫研究成果報告、最後討論、定稿修飾並印刷報告。最終報告發表於《月旦法學雜誌》，2004 年 10 月之「刑訴新法施行週年剖析」專題，第 113 期，頁 51 以下（詳見附錄）。

## 五、結論與建議

本計畫之結論與建議如下：我國新法規密度不足，依照本計畫所提出、歸納的新法實施後可能發生的實務問題與解決方向，如下：

1、就運用範圍言：除一般刑事程序（含偵查中、審判中）外，在保安程序，即檢察官聲請法院對因心神喪失而受不起訴者宣告保安處分之程序（刑事訴訟法第四八一條第二項），仍有適用鑑定留置之餘地。再審有無理由之審查階段（刑事訴訟法第四三四條第一項），亦同。

2、就目的限制與證據主題言：鑑定被告心神或身體皆屬鑑定留置之合法目的，前者涵蓋的證據主題兼及責任能力、公眾危險性、就審能力；而「性犯罪者有無強制治療之必要」（刑法第九十一條之一）「因心神疾病所致的反覆犯罪之虞」（刑事訴訟法第一一條之一）的預防性羈押事由，亦屬鑑定留置之證據主題。

3、就其他實質要件言：重大犯罪嫌疑門檻及比例原則之要求，解釋上仍應遵守。

4、就形式要件言：鑑定留置雖不禁止重複或延長實施，但無論如何不可超過兩個月又七天的總天數的限制（刑事訴訟法第二三條第三項、第二三條之三第一項）。此外，鑑定留置得依職權或依聲請而發動，審判中訴訟關係人之聲請依據、參與權利及審查基準，應以一般調查原則為斷，並據此連結上訴救濟（刑事訴訟法第一六三條第一項、第一六三條之二、第三七九條第十款）。再者，法院應善用指定辯護（刑事訴訟法第三十一條第一項），以充實被告之聽審及防禦權。

5、就執行措施言：基於鑑定留置之授權範圍，若有進一步施以身體檢查處分之必要者，應先得被告之同意，或依照特別的授權規定（刑事訴訟法第二四條第一項、第二五條之一參照），且被告基於不自證己罪原則並無主動配合之義務，亦毋庸於此階段接受治療措施。

6、就救濟途徑言：鑑定留置雖得（準）抗告救濟，但立法漏未規範停止執行問題，

實務宜善用裁定停止之條款以資調節（刑事訴訟法第四 九條第一項但書、第二項）。

7、就前提問題言：有鑑定必要始有鑑定留置之必要，然最高法院對心神鑑定之裁判搖擺不定，似應先統一見解。

## 參、參考文獻

林山田，《刑事程序法》，增訂 3 版，2000 年。

林鈺雄，對被告 / 犯罪嫌疑人之身體檢查處分，《台灣本土法學》，第 55 期，2004 年 2 月，頁 56 以下。

林鈺雄，從基本權體系論身體檢查處分，《台大法學論叢》，第 33 卷第 3 期，2004 年 5 月，頁 149 以下。

張麗卿，《刑事訴訟法理論與運用》，8 版，2003 年。

張麗卿，鑑定制度之改革，《月旦法學》，第 97 期，2003 年 6 月，頁 126 以下，頁 130 以下。

黃東熊，《刑事訴訟法論》，增訂初版，1999 年。

Benfer, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, Voraussetzungen und Grenzen, 2. Aufl., 2001.

Beulke, Strafprozeßrecht, 5. Aufl., 2001.

Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 45. Aufl., 2001.

Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 4. Aufl., 1999.

Kühne, Strafprozeßlehre, 4. Aufl., 1993.

Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 24. Aufl., 1987 ff.

Malek/Wohlers, Zwangsmassnahmen und Grundrechts-eingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl., 2001.

Ranft, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., 1995.

Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998.

Stuckenberg, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998.

## 肆、計畫成果自評

本計畫主要處理的是我國新法鑑定留置制之立法規定的利弊得失之分析。實務可能面臨問題及可能解決方向之提出與分析，在此範圍之內，計畫成果與原先預期出入不遠，而撰寫之報告也順利發表於法學期刊。然而，由於鑑定留置制才施行一年，相關實務的實證資料（例如各級法院或檢察署命為鑑定留置之統計數字、命為或不為鑑定留置個案之詳細分析）還極其有限，此外，由於我國司法統計資料不夠詳細，而各級司法機關與研究單位合作有限，因此，不是沒有統計，就是有個別統計但不供研究用途。這些原因使本計畫難以作出結合實證研究的總體分析，但這卻是未來進行相關研究時所應處理的重點所在。

## 伍、附錄：本計畫已發表之論文

林鈺雄，論鑑定留置制度，《月旦法學》，第 113 期，2004 年 10 月，頁 51 以下（請參閱以下附錄，不再另行影印）。

# 論鑑定留置制度

台灣大學法律學院助理教授

林鈺雄

壹、前言	7
貳、德國法之分析	7
一、授權規定與運用範圍	7
二、實體之要件	8
(一) 為鑑定心神狀態之目的限制	9
(二) 重大之犯罪嫌疑	9
(三) 手段與目的之相當性(比例原則)	10
三、形式之要件	10
(一) 權限主體：法官保留原則	10
(二) 發動方式：依聲請或依職權	10
(三) 聽審要式	10
四、留置之程序	12
(一) 法院之裁定	12
(二) 裁定之執行	12
五、救濟之途徑	13
(一) 駁回之決定	13
(二) 准許之決定	13
(三) 執行之措施	14
(四) 法律審上訴?	14
參、我國法之檢討	14
一、授權規定及適用範圍	14
(一) 新法規定	14
(二) 分析研究	14
二、實體之要件	15
(一) 新法規定	15
(二) 分析研究	15
1、鑑定被告身體之證據主題	15
2、鑑定被告心神之證據主題	15
3、嫌疑門檻與比例原則	16
三、形式之要件	16
(一) 新法規定	16
(二) 分析研究	17
四、留置之程序	17
(一) 新法規定	17
(二) 分析研究	18
五、救濟之途徑	18
(一) 新法規定	18
(二) 分析研究	19
六、綜合評釋	19
肆、結語	20

# 壹、前言

鑑定留置<sup>1</sup>，指為鑑定被告心神或身體狀態而將被告送入醫院或其他適當處所之處分，關此，我國刑事訴訟法（下稱本法）原有簡略的規範：「因鑑定被告心神或身體之必要，得預定期間，將被告送入醫院或其他適當之處所。」（舊法第二三條第三項），但關於進一步的實體要件及程序踐行，完全付之闕如，倒是在抗告及準抗告程序，向來皆有關於「因鑑定將被告送入醫院或其他處所之裁定或處分」的特別救濟規定（舊法第四四條但書第二款、第四一六條第一項第一款）。

二 三年本法證據章及鑑定節大幅翻修時，認為「為發見真實或正確適用法律，實務上時有將被告送鑑定之必要，惟如將被告送入醫院或其他適當處所鑑定，影響人身自由，自應依令狀執行，以保障其人權，爰明定鑑定留置應用鑑定留置票，並規定留置期間之限制、縮短及延長，鑑定留置之執行、處所變更及留置期間視為羈押日數等相關配套規定」（立法總說明理由）。

新法主要的變革包括捨舊法之二分模式改採法官保留原則，以鑑定留置票之書面要式及留置期間之限制作為形式要件、明定執行程序及折抵規定等。儘管良法美意，但整體而言，立法規範密度卻仍嚴重不足，至少有數十個實務問題未見於條文的規範。本文以此為研究範圍，首先以已有上百年運作歷史的德國鑑定留置制度為借鏡，分別從授權規定與運用範圍、實體與程序要件、留置程序及救濟途徑加以分析其立法規範、實務問題與學說見解（下文貳）。進而，本文亦以上開架構檢討我國新法，但不以立法論為重點，而以我國可能產生的實務問題，及解釋論上的解決之道為中心，並指出鑑定留置制度與鑑定必要性之關連（下文參）。最後歸納本文提出之問題與研究，作成結語（下文肆）。

## 貳、德國法之分析

### 一、授權規定與運用範圍

將被告送入醫院的鑑定留置（Unterbringung zur Beobachtung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Anstaltsbeobachtung），在德國刑事訴訟法（簡稱 StPO）之授權依據為第八十一條<sup>2</sup>。該條允許為了鑑定觀察之檢查而對被告為六星期以下之身體自由限制拘束（Art. 2II S.2, 104 GG），但關於干預身體完整性之處分（Art. 2II S.1 GG），諸如穿刺性的抽血

<sup>1</sup> 本文為國科會編號 NSC92-2414-H-002-031 專題計畫研究報告之一。

<sup>2</sup> Vgl. Dahs, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar (LR-StPO), 24. Aufl., 1987ff., §81a Rn. 1ff.; Fezer, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., 1995, Fall 6 Rn. 1ff.; Kleinknecht/Meyer-Goßner, Strafprozeßordnung, Kommentar(StPO), 45. Aufl., 2001, §81 Rn. 1ff.; Malek/Wohlens, Zwangsmassnahmen und Grundrechts-eingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl., 2001, Rn. 326ff.; Paulus, in: Losblattkommentar zur Strafprozeßordnung (KMR), Stand 1998, §81 Rn. 1ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, §33 Rn. 2ff.; Schlüchter, Das Strafverfahren, 2. Aufl., 1983, Rn. 273ff.; Senge, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz (KK-StPO), 4. Aufl., 1999, §81 Rn 1ff.

處分等，則非該條的適用範圍<sup>3</sup>。

鑑定留置的適用對象包含一般刑事程序及刑事保安程序<sup>4</sup>之被告；但基於比例原則的理由，罰鍰程序（Bußgeldverfahren）及自訴程序（Privatklageverfahren）<sup>5</sup>，並不適用鑑定留置。就程序階段言，從偵查階段一直到判決確定為止，皆有進行鑑定留置之可能；判決確定之後的執行階段則無進行鑑定留置之可能<sup>6</sup>。但就再審程序言，通過再審合法性審查（Zulässigkeitsprüfung）的聲請再審案件，進入再審有無理由之審查階段（§369 StPO：Begründetheitsprüfung），亦有適用鑑定留置之餘地，只要此際被告心神問題正是爭議所在的話<sup>7</sup>。

反之，如果準備精神鑑定報告僅經由一般精神科的短期門診檢查，就無適用鑑定留置之必要。另外，議員基於其免於受拘禁逮捕的免訴權（Immunität），除非得到國會的許可，不得對其進行鑑定留置。

比較特別的是對於身體自由已經受公權力拘束之被告的鑑定留置問題。關此，德國法採區分見解，通常，一但被告已經在看守所或（已因他案）在監所執行者，由於德國許多拘禁所附設有執行醫院（Vollzugskrankenhaus），因此，無論是在同一拘禁所將被告送入該拘禁所內之醫院進行觀察，或是為鑑定目的將其移監至附設執行醫院之拘禁所進行觀察，就毋庸另為鑑定留置之處分，也不受鑑定留置六星期的期限限制。至於留置觀察到底是在拘禁所內進行即可，抑或必須到拘禁所以外的精神病院來觀察，這點通常取決於受委託之精神鑑定人的專業意見。若其認為必須在拘禁所外的醫院進行留置以鑑定者，則應適用第八十一條的規定<sup>8</sup>。

此外，根據德國刑事訴訟暫時性保安處分的規定，若有足夠理由認為，被告於欠缺或限制責任能力狀態下為違法行為，且可預期其將（於精神病院或教養處所之）受監護處分者，為維護公眾安全之必要，法院得先為暫時性之留置處分（Einstweilige Unterbringung），令被告入上開處所（§126a StPO）<sup>9</sup>。法院若已為暫時性留置處分者，對於留置在精神病院的被告進行心神狀態之觀察即屬合法，法院毋庸再依第八十一條為鑑定留置處分，且觀察期間亦不受第八十一條的限制<sup>10</sup>。

## 二、實體之要件

<sup>3</sup> 對被告進行干預其身體完整性之處分，授權依據為§81a StPO，請參閱林鈺雄，對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分，《台灣本土法學》，第55期，2004年2月，頁56以下，頁58以下。

<sup>4</sup> Vgl. §§413ff. StPO. 所謂的刑事保安程序（Sicherungsverfahren），是指基於被告無責任能力或就審能力（Schuldunfähigkeit oder Verhandlungs-unfähigkeit）之原因，致使檢察官無法進行偵查程序或以一般刑事程序起訴被告時，在預期仍得依法為保安處分之情形，德國法遂以保安程序來解決。關此，我國法請參閱下文參、一、（二）。

<sup>5</sup> 德國之自訴程序與我國截然不同，原則上僅限於特定告訴乃論之輕罪（如侵入住宅、侮辱、毀損等），其被害人始得提起自訴；其餘案件皆應經公訴程序。Vgl. §§ 374ff. StPO.

<sup>6</sup> Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81 Rn. 1; Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 2, 4.

<sup>7</sup> Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81 Rn. 1 u. §369 Rn. 1; Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 2.

<sup>8</sup> Vgl. Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 3; Senge, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, §81 Rn. 3.

<sup>9</sup> Vgl. Benfer, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, Voraussetzungen und Grenzen, 2. Aufl., 2001, Rn. 873ff.

<sup>10</sup> Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81 Rn. 2; Senge, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, §81 Rn. 3; vgl. auch Schlüchter, Das Strafverfahren, 2. Aufl., 1983, Rn. 287.

鑑定留置的實體要件，受到留置目的（下述（一））、嫌疑門檻（下述（二））及比例原則（下述（三））之三重限制，說明如下：

#### （一）為鑑定心神狀態之目的限制

首先，鑑定留置必須是為了準備關於被告心神狀態之鑑定的目的（§81I StPO: Zur Vorbereitung eines Gutachtens über den psychischen Zustand des Beschuldigten），至於為了判斷被告陳述之可信度（Glaubwürdigkeit）則不得為鑑定留置。此外，鑑定留置僅容許是為了「觀察」（Beobachtung）之留置，故對被告身體完整性或隱私的干預處分，亦不在授權之列。根據這項目的限制，鑑定留置的證據主題（Beweisthemen）如下<sup>11</sup>：

1、責任能力與就審能力。亦即，被告是否因基於心神原因而無責任能力者<sup>12</sup>或而欠缺就審能力者<sup>13</sup>成為證據主題時，得為鑑定留置，前者將導致無罪判決，後者因存在訴訟障礙事由而無法為實體判決，法院應以程序終結本案（§260III StPO）。若合乎上開情形，縱使被告目前心神健全，亦得為了鑑定被告「行為時」的責任能力，或者先前的就審能力問題（例如被告在先前主審程序為自白時是否欠缺就審能力），而為鑑定留置。反之，如果僅是為了確認因酒類、麻醉藥品或藥物而導致的暫時性無責任能力，則不得以鑑定留置來測試、重構被告對酒類或藥物的承受能力。

2、公眾危險性（Allgemeingefährlichkeit；社會危險性），亦即鑑定被告的心神狀態對於社會公眾安全的危險性，這點，主要是為了確認是否宣告相關的保安處分<sup>14</sup>。簡言之，在刑法制裁的雙軌制底下，亦有可能對無責任能力人施以保安處分，因此，責任能力是刑罰宣告的前提，但因心神喪失而無責任能力者未必就具有公眾危險性，因此，兩種證據主題不同，在確認被告因心神喪失無責任能力後，亦得為確認其公眾危險性的目的而施以鑑定留置處分。

#### （二）重大之犯罪嫌疑

由於鑑定留置是對人身自由的較為長期的限制，因此，嫌疑門檻比照羈押要件（§112I S.1 StPO）<sup>15</sup>而高於一般的干預處分，僅在具有重大犯罪嫌疑（dringender Verdacht），亦即，被告所為具有高度可能性合乎構成要件該當之違法行為的判斷時，始得為之（§81 II S.1 StPO）。這項嫌疑門檻要求，主要是以卷證為斷，為了判斷固然得調查其他證據，但不應據此導致主審程序之前置<sup>16</sup>。

<sup>11</sup> Vgl. BGH JR 1955, 472; BGH MDR 1966, 383; OLG Celle StV 1987, 518; Dahs, in: LR-StPO, 24. Aufl., 1987ff., §81 Rn. 7ff.; Fezer, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., 1995, Fall 6 Rn. 3; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81 Rn. 5; Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 9ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, §33 Rn. 3f.; Senge, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, §81 Rn. 2; Volk, Strafprozeßrecht, 1999, §10 Rn. 21.

<sup>12</sup> 請參閱§§20, 21 StGB（德國刑法簡稱，下同），相當於我國刑法第19條。

<sup>13</sup> Zur Verhandlungsfähigkeit vgl. Rieß, Der Bundesgerichtshof und die Prozeßvoraussetzungen, in: FS-50 Jahre BGH, Bd. 4, 2000, S. 809, 826ff.

<sup>14</sup> 請參閱§§63, 66 I 3 StGB。以前條為例，對於患有精神妄想症的縱火犯，經整體評價後認為其可能繼續於同樣心神狀態下進行重大的違法行為，故有可能施以令入精神醫院治療的保安處分，具有治療與隔離的雙重作用（相當於我國刑法第87條第1項之監護處分）。此際，得為鑑定留置以確認被告有無公眾危險性的證據主題。

<sup>15</sup> Vgl. dazu Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts. Ermittlung und Verfahren, 3. Aufl., 1997, Rn. 67.

<sup>16</sup> Vgl. nur Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81 Rn. 6.

### （三）手段與目的之相當性（比例原則）

猶如其他刑事訴訟上之基本權干預處分，鑑定留置亦需合乎廣義的比例原則（Verhältnismäßigkeitsprinzip i.w.S.）始得為之（§81 II S.2 StPO）。前述罰鍰程序及自訴程序即因不符比例原則而不得進行鑑定留置。其他不符比例原則者，例如<sup>17</sup>：

1、從一開始就可預期，在六星期鑑定留置的觀察期間內，亦無法期待能對被告心神狀態作出明確的結論者。此際，鑑定留置措施將因無法達到目的而不具適合性（ungeeignet）。

2、在使用程度更輕微的干預亦能達到同樣目的時，鑑定留置即不具必要性（nicht notwendig）例如，如果門診檢查即可達到鑑定目的者，鑑定留置即欠缺必要性；再如，被告自願前往私人醫院接受檢查，且法院亦認為該處之醫師具有鑑定人之適格者。

3、縱使適合且必要，但若與被告所涉之罪的輕微性或所預期之刑罰或保安處分相較，鑑定留置欠缺相當性者，仍不得為之。

## 三、形式之要件

### （一）權限主體：法官保留原則

鑑定留置性質上同羈押，乃對被告人身自由的剝奪，因此，基於憲法誡命（Art. 104 GG）<sup>18</sup>而採行絕對的法官保留原則（§81I, III StPO）。就法院的管轄區分及事物分配而言，德國法關於偵查中之干預處分（如搜索、扣押、監聽等），原則上由該管偵查法官（Ermittlungsrichter）為之<sup>19</sup>，但鑑定留置情形，則由案件提起公訴時將具有土地及事物管轄的法院為之（§81 III StPO）；至於審判中，則由負責審判該案件的法院（das erkennende Gericht）為之<sup>20</sup>。

### （二）發動方式：依聲請或依職權

發動鑑定留置的方式有二，一是由法院本於職權（von Amts wegen），二是依照訴訟關係人之聲請，而發動鑑定留置。前者不成問題，至於後者之聲請，到底僅屬無拘束力的倡議（Anregung），或者是一種具有權利性質的證據聲請權（Beweisantragsrecht），則仍有爭論<sup>21</sup>。

### （三）聽審要式

聽審（Anhörung）之特別要式，乃德國鑑定留置制度的重要特色。法院裁定鑑定留

<sup>17</sup> Vgl. Malek/Wohlers, Zwangsmassnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl., 2001, Rn. 326, 332; Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 9ff.; vgl. auch BVerfGE 17, 108, 117; OLG Düsseldorf StV 1993, 571; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81 Rn. 7f.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, §33 Rn. 5; Senge, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, §81 Rn. 6.

<sup>18</sup> 德國基本法第 104 條規定，約略相當於我國憲法第 8 條，主要是對人身自由的限制或剝奪之法官保留規定。

<sup>19</sup> 關於德國之偵查法官制度，請參閱林鈺雄，論偵查法官—兼論法官保留原則與直接審理原則，收錄於：《刑事法理論與實踐》，2001 年，頁 31 以下。

<sup>20</sup> Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81 Rn. 22ff.; Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 18; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, §33 Rn. 4.

<sup>21</sup> Vgl. BGH JR 1955, 472; Dahs, in: LR-StPO, 24. Aufl., 1987ff., §81 Rn. 6; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81 Rn. 3; Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 19.

置的前提是，事前先聽取一位鑑定人及辯護人的意見（§81I StPO），此外亦應先聽取檢察官之意見（§33II StPO）：

1、事先聽取鑑定人之意見<sup>22</sup>。鑑定人必須是精神病或神經專科醫師（Psychiater oder Neurologe），為了避免和後來鑑定留置時之鑑定人兩者混淆，在此暫將其稱為「中間鑑定人」；兩者很可能是同一人，但前後的地位有別。中間鑑定人必須在獲致對被告的「個人印象」之後才有資格說出其專業意見；單單閱覽卷宗，原則上並不足以充實這個要素。萬一被告不願意自動與中間鑑定人碰面，法院得將被告拘提到庭，而中間鑑定人亦得對被告提出問題。中間鑑定人的意見主要是關於前述對被告施以鑑定留置的適合性、必要性及預期的留置期間。由於鑑定留置之前尚應聽取檢察官及辯護人之意見，故中間鑑定人不能僅以電話向法官表示其專業意見，至少應出示書面的鑑定意見書，或向所有在場的訴訟關係人以言詞陳述其意見。此外，法院雖不受其鑑定意見之拘束，但若法院欲為相異之決定者，原則上應再請其他鑑定人表示意見（即另送鑑定）。

2、其次，法院為鑑定留置前應先聽取辯護人之意見，這也是必要的形式要件（§81I StPO），此程序踐行時點乃在中間鑑定人檢查過被告心神狀態之後，但所稱聽取辯護人意見並非指須得到辯護人之同意。若被告已選任辯護人，或法院已因其他原因（如本為強制辯護之重罪案件）而為被告指定義務辯護人者，固然無疑。但若被告既無選任亦無指定辯護人者，此時，鑑定留置程序成為獨立一種強制辯護事由（§140I Nr.6 StPO），法院必須先為其指定辯護始能進行鑑定留置程序。此外，為了達到有效辯護的目的，於判斷鑑定留置要件（包含重大犯罪嫌疑）必要之範圍內，應將偵查結果向辯護人揭示，亦即，縱使在偵查中辯護人亦得閱覽相關卷證<sup>23</sup>。此項辯護一直持續至關於鑑定留置之決定產生確定力為止，即便最後的決定是不送鑑定留置，亦同。不過，如果被告主動向法院聲請鑑定留置的目的，純粹是為了讓法院指定義務辯護人者，這種「項莊武筭、意在沛公」的情形便例外排除上開強制辯護事由<sup>24</sup>。

3、雖然德國鑑定留置規定並未特別規定法院應先聽取檢察官之意見，但法院為決定前本應如此，此乃一般性之規定（§§33I, II StPO），故毋庸重複規定。

4、法院為鑑定留置之前，是否應先聽取被告本人的意見？尚有爭論。由於被告本身即是心神鑑定的對象，且鑑定留置本來亦已強制辯護，因此，否定說者並未將被告聽審列入鑑定留置的形式要件<sup>25</sup>。但亦有學者認為<sup>26</sup>，依照一般的聽審規定，法院本亦應先聽取被告本人之意見，除非踐行此項要式會危及鑑定留置的目的，始得省略，況且，辯護人之聽審並不能免除對被告之聽審，萬一因其心神狀態而無法對被告聽審時，則應

<sup>22</sup> Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81 Rn. 10ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, §33 Rn. 4; Schlüchter, Das Strafverfahren, 2. Aufl., 1983, Rn. 278.1f.

<sup>23</sup> 德國法本來即容許偵查中之閱卷權（vgl. §147I StPO），此點，與我國法有別（本法第33條參照）。

<sup>24</sup> Vgl. KG JR 1964, 231; OLG Karlsruhe MDR 1984, 72; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81 Rn. 14 u. §140 Rn. 18; Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 24; Senge, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, §81 Rn. 8.

<sup>25</sup> Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, Rn. 14; Senge, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, Rn. 8.

<sup>26</sup> Vgl. Dahs, in: LR-StPO, 24. Aufl., 1987ff., §81 Rn. 21; Fezer, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., 1995, Fall 6 Rn. 7; Malek/Wohlers, Zwangsmassnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl., 2001, Rn. 341; Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 25; Schlüchter, Das Strafverfahren, 2. Aufl., 1983, Rn. 279 Fn. 370.

類推適用拒絕證言的相關規定處理<sup>27</sup>。

#### 四、留置之程序

##### (一) 法院之裁定

1、裁定之內容。留置期間是最重要的內容，鑑定留置期間不得逾六個星期（§81V StPO）。如果法院預期低於六星期的鑑定留置可能不足，法院在裁定主文中宜為「得留置至六星期」的諭知；其他情形則應盡量明確限縮在短期的留置，但皆應標示不得超過的最長期間。此外，縱使得被告的同意也不得為超過六星期的鑑定留置裁定<sup>28</sup>。應予注意，鑑定留置雖然可以基於法院決定而重複為之，但無論如何總留置期間不得超過六星期<sup>29</sup>。

2、留置機構之選擇<sup>30</sup>。法院得指定特定公立醫院（不包含私人診所）作為鑑定留置之機構，而不得將其交由檢察官或辯護人決定。留置的具體方式以及實際為觀察鑑定之人毋庸在裁定中就先特定。在並未另行指定的情形，機構負責人即為法院所指定的鑑定人。

3、裁定之理由。鑑定留置之裁定須附理由（§34 StPO），理由主要應說明何以合乎上開法定要件，尤其是到底對被告心神狀態有何疑問，且非得經由鑑定留置之方式不可<sup>31</sup>。此外，在德國刑事程序指導方針<sup>32</sup>第六十二條並提到，法院應（於理由中）向鑑定人指示，留置期間不可超過觀察被告所必要之時間、一旦觀察目的達到時應即釋放被告及無論任何狀況皆不得超過法定的六星期留置期間等事項，且應促使鑑定人注意被告先前的病史，為此目的並應提供鑑定人相關卷宗（如先前的刑事及偵查、以往在監或在精神病院及其關於其監護、婚姻等相關卷宗）。

4、裁定之變更。若據以裁定的事實或法律要件嗣後發生變更者，已經具有確定力之裁定亦不容變更，但可再為新的裁定，對此裁定亦得抗告救濟，縱使對先前鑑定留置裁定並未提起抗告者，亦同<sup>33</sup>。

##### (二) 裁定之執行

鑑定留置，同一般執行規定，由檢察官執行之（§36II StPO），必要時雖得拘提<sup>34</sup>，

<sup>27</sup> 請參閱§§52II, 81cIII S. 2 StPO。據此類推適用結果，若被告表明願意陳述者，在得其法定代理人同意之情形下，得訊問被告，但應事先對其法定代理人踐行告知義務。

<sup>28</sup> Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, Rn. 17; Malek/Wohlers, Zwangsmassnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungs-verfahren, 2. Aufl., 2001, Rn. 343; Senge, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, Rn. 7.

<sup>29</sup> Vgl. Dahs, in: LR-StPO, 24. Aufl., 1987ff., §81 Rn. 26; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, Rn. 18.

<sup>30</sup> Vgl. OLG Frankfurt NJW 1967, 689; OLG Stuttgart NJW 1961, 2077; Dahs, in: LR-StPO, 24. Aufl., 1987ff., §81 Rn. 27; Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 29.

<sup>31</sup> Vgl. OLG Frankfurt StV 1986, 51; Dahs, in: LR-StPO, 24. Aufl., 1987ff., §81 Rn. 34; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, Rn. 24; Malek/Wohlers, Zwangsmassnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungs-verfahren, 2. Aufl., 2001, Rn. 346.

<sup>32</sup> Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren ( RiStBV ), 類似我國院、檢的辦理刑事訴訟應行注意事項。

<sup>33</sup> Vgl. OLG Düsseldorf JMBINW 1961, 45; Dahs, in: LR-StPO, 24. Aufl., 1987ff., §81 Rn. 35; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, Rn. 25; Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 33.

<sup>34</sup> Vgl. RiStBV 61 II.; Malek/Wohlers, Zwangsmassnahmen und Grundrechts-ingriffe im

但執行時尤應注意過度禁止（Übermaßverbot）具體而言<sup>35</sup>：

1、在觀察及自由拘束之外，若欲對被告進行身體檢查者，必須事先得到被告及其辯護人之同意，或者得到法律之特別授權（§81a StPO），此時鑑定留置與身體檢查處分產生競合。此點，不僅適用於干預性之身體檢查處分（Körperliche Eingriffe；如抽血檢測），亦適用於一般性之身體檢查處分（Einfache Untersuchungen）<sup>36</sup>以及治療性措施（Heilmaßnahmen）。若有通信限制之必要，應僅限於原受拘束之被告（羈押中被告），且應由法官而非由鑑定醫師為之<sup>37</sup>。此外，被告雖有忍受義務，但無主動積極配合檢查或測試之義務<sup>38</sup>。

2、留置期間得折抵自由刑之刑期或罰金刑之折算<sup>39</sup>。

## 五、救濟之途徑

### （一）駁回之決定

如果法院拒絕鑑定留置者，由於並無特別的救濟規定，故依照德國文獻與實務之通說見解，具有不可撤銷性，縱使鑑定留置係由檢察官或辯護人所聲請者，亦然<sup>40</sup>。

### （二）准許之決定

反之，准予鑑定留置之裁定，得提起即時抗告（Sofortige Beschwerde）以資救濟，說明如下<sup>41</sup>：關於審判中法院所為之訴訟裁定，本來不得抗告，但鑑定留置則有准予抗告之特別規定（§§81IV S.1, 305 StPO）。不過，不得僅針對鑑定人或留置機構之選擇部分提起抗告。抗告權人乃檢察官、被告及辯護人，惟應注意，辯護人本來不得違反被告之意思而提起救濟（§297 StPO），但在鑑定留置情形因被告可能因心神狀態欠缺認知利害關係的能力，故上開限制不適用之；甚至於，辯護人抗告期間之起算亦不取決於被告收受送達之時間，而是取決於辯護人自己收受送達的時間。此外，被告未在其辯護人協助之下所為的捨棄抗告，並不發生效力。

此外，與一般抗告（§307I StPO）不同之處在於，鑑定留置之即時抗告具有停止執行之效力（Aufschiebende Wirkung），縱使是針對審判中法院所為的鑑定留置裁定，亦無不同（§81IV S.2 StPO）。換言之，在鑑定留置產生確定力之前，不得執行。

---

Ermittlungsverfahren, 2. Aufl., 2001, Rn. 347.

<sup>35</sup> Vgl. Dahs, in: LR-StPO, 24. Aufl., 1987ff., §81 Rn. 29; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, Rn. 20, 27; Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 34ff.

<sup>36</sup> 關於兩者之區別，請參閱林鈺雄，對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分，《台灣本土法學》，第55期，2004年2月，頁58以下。

<sup>37</sup> Vgl. BGH NJW 1961, 2069; Dahs, LR-StPO, 24. Aufl., 1987ff., §81 Rn. 30; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, Rn. 20; Malek/Wohlers, Zwangsmassnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl., 2001, Rn. 350; Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 35; Senge, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, Rn. 9.

<sup>38</sup> Vgl. nur Volk, Strafprozeßrecht, 1999, §10 Rn. 21.

<sup>39</sup> §51I S.1 StGB; vgl. auch BGHSt 4, 325; 24, 29.

<sup>40</sup> Vgl. Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 38; Senge, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, §81 Rn. 13.

<sup>41</sup> Vgl. KG Karlsruhe Justiz 1997, 141; Dahs, LR-StPO, 24. Aufl., 1987ff., §81 Rn. 33ff.; Fezer, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., 1995, Fall 6 Rn. 9; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81 Rn. 28; Malek/Wohlers, Zwangsmassnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl., 2001, Rn. 351ff.; Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 39; Senge, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, §81 Rn. 12.

再者，抗告法院的審查範圍，不僅限於鑑定留置之合法性（Zulässigkeit），亦兼及合目的性（Zweckmäßigkeit）。對於抗告法院之裁定，不得再抗告（§310 StPO）。

### （三）執行之措施

對於檢察官因鑑定留置執行而為之干預處分，得依照一般干預的救濟途徑而撤銷之（§23 EGGVE）；例如，被告未於指定時間到指定場所報到者，檢察官得為執行鑑定留置之目的而拘提其到案，對此拘提即可依照循一般干預處分的救濟途徑<sup>42</sup>。

### （四）法律審上訴？

提起法律審上訴（Revision），必須具有特許事由。對鑑定留置的決定本身，本來是中間裁判，原則上即不得上訴法律審救濟（§336 StPO）。法院若裁定鑑定留置者，後來的法院終局判決不可能上訴法律審救濟，因為法院已經調查了系爭的心神喪失相關證據，並無不調查的情形。反之，如果法院駁回鑑定留置之聲請者，則視個案情形而有可能依照法院違反澄清義務的理由（§§244II, III, IV StPO）而提起法律審上訴<sup>43</sup>，例如，中間鑑定人認為有鑑定留置之必要，但法院卻未為鑑定留置之裁定<sup>44</sup>。

## 參、我國法之檢討

### 一、授權規定及適用範圍

#### （一）新法規定

我國二〇〇三年新法的鑑定留置<sup>45</sup>，規定於證據章鑑定節之第二三條第三項至第二三條之四。就鑑定留置的適用範圍言，新法並未特別提及，但從體系及相關文義，如「檢察官認有鑑定留置必要時」（本法第二三條之一第三項）及「偵查中依檢察官之聲請」（本法第二三條之三第一項）可知，偵查中、審判中皆有為鑑定留置之可能。

#### （二）分析研究

關於鑑定留置之適用範圍，除典型的刑事訴訟外，我國法亦有前述類似於德國保安程序之規定，但極其簡略：「檢察官因被告未滿十四歲或心神喪失而為不起訴之處分者，如認有宣告保安處分之必要，得聲請法院裁定之。」（本法第四八一條第二項）；所稱保安處分，指「因心神喪失而不罰者，得令入相當處所，施以監護。」（刑法第八十七條

<sup>42</sup> 此乃德國關於刑事訴訟上所為之干預性處分的一般救濟途徑，詳見 Feiter, Die Bedeutung des Rechtsschutzes nach §§23 ff. EGGVG für den Bereich der Strafrechtspflege, 1992, S. 5ff.

<sup>43</sup> Vgl. BGHSt 8, 76, 77.

<sup>44</sup> Vgl. BGH MDR 1974, 725; Dahs, in: LR-StPO, 24. Aufl., 1987ff., §81 Rn. 43; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §81 Rn. 32; Malek/Wohlers, Zwangsmassnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungs-verfahren, 2. Aufl., 2001, Rn. 357ff.; Paulus, in: KMR, 1998, §81 Rn. 44; Senge, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, Rn. 14.

<sup>45</sup> 簡介請參閱張麗卿，鑑定制度之改革，《月旦法學》，第97期，2003年6月，頁126以下，頁130以下。

第一項)。但我國刑事訴訟的保安程序如何踐行？法院准否的標準又何在？此際，有時必要先對被告進行鑑定留置，始能判斷心神喪失程度及其應施加的保安處分。故解釋上，偵查中檢察官若因鑑定被告心神狀態而有必要留置者，應先聲請法院准予鑑定留置（本法第二三條之一第四項）；若已因心神喪失無責任能力的理由而為不起訴處分者（本法第二五二條第八款參照），法院受理檢察官聲請監護處分之後為裁定之前，解釋上應有適用鑑定留置之餘地。

此外，我國法的自訴程序，亦包含如殺人罪等各種重大犯罪之直接被害人（本法第三一九條第一項），故縱使基於比例原則的考量也有適用鑑定留置之餘地，此與德國法不同；反之，當心神狀態成為聲請再審的事由時，於再審有無理由之審查階段（本法第四三四條第一項、第四三五條第一項參照），狀況則與德國法相同，亦應認有鑑定留置之可能（上文貳、一參照）。

## 二、實體之要件

### （一）新法規定

關於實體要件，新法實質上並未為任何變動，亦從舊法規定為「因鑑定被告心神或身體之必要」（本法第二三條第三項），據此，唯一明文化要件僅止於鑑定被告心神或身體之目的限制而已。

### （二）分析研究

我國鑑定留置新法的實體要件，幾乎完全承襲舊法的缺失，乃立法的敗筆所在，必須藉由解釋途徑盡量彌補。

#### 1、鑑定被告身體之證據主題

首先，就目的限制言，我國新法明白將「因鑑定被告身體之必要」也列入鑑定留置的合法目的，此與德國法有別（上文貳、二、（一）），因此適用彈性大於德國法，未來較為複雜、難以在門診檢查時完成的身體檢查處分（本法第二四條以下參照），亦可透過鑑定留置來完成<sup>46</sup>。此項身體鑑定之證據主題，除了一般犯罪待證事實之外，最具實益者可能是「性犯罪者有無強制治療之必要」，亦即，犯特定妨害性自主罪或妨害風化罪者（刑法第二二一條至第二二七條、第二二八條、第二二九、第二三條、第二三四條），「於裁判前應經鑑定有無施以治療之必要。有施以治療之必要者，得令入相當處所，施以治療。」（刑法第九十一條之一），此項涉及醫學專業知識的判斷，若無法在審判或門診的匆促時間確認者，就有鑑定留置的必要。

#### 2、鑑定被告心神之證據主題

此外，心神鑑定到底牽涉的證據主題為何？責任能力固然無疑（刑法第十九條參照），但我國法既然也本於刑法雙軌制裁而承認對不罰之心神喪失者的保安處分（刑法

<sup>46</sup> 較為複雜的身體檢查處分，有時涉及住院、麻醉，往往必須較長的時間準備及進行，如開刀取出子彈，或如德國之【抽取體液案】（BVerfGE 16, 194ff.；涉及頸椎或腰椎穿刺術），仍有鑑定留置之實益。案例請參閱林鈺雄，從基本權體系論身體檢查處分，《台大法學論叢》，第33卷第3期，2004年5月，頁149以下。

第八十七條第一項之監護處分)，而此項監護同時具有治療與隔離之作用，治療不一定要隔離，而隔離主要是為了避免心神喪失者對公眾的危險性（如患有精神妄想症的縱火犯），簡言之，心神喪失者的公眾危險性也應該成為鑑定留置的證據主題。此外，在預防性羈押情形，被告有無「反覆實施同一犯罪之虞」的預測性判斷乃羈押的前提（本法第一一一條之一），而此項前提有時可能涉及醫學判斷，例如前述精神妄想症的縱火犯，或其他亦肇因於精神官能疾病的犯罪，此時，「因心神疾病所致的反覆犯罪之虞」亦得成為鑑定留置的證據主題。

最後，「被告心神喪失者，應於其回復以前停止審判。」（本法第二九四條第一項），這是基於就審能力的考量，且應優先審查<sup>47</sup>，既然影響訴訟能否繼續進行，應該也得成為鑑定留置之證據主題，並且亦有可能與第一個證據主題（責任能力）產生競合（本法第二九四條第三項參照）。

### 3、嫌疑門檻與比例原則

其次，就犯罪嫌疑門檻而言，本法漏未規定，但既然立法理由也提到鑑定留置與羈押的相類之處，解釋上應可類推適用羈押的重大嫌疑門檻（本法第一一一條第一項、第一一一條之一第一項），以免過於氾濫。再者，鑑定留置與羈押同為限制人身自由甚鉅的干預處分，故所稱「因鑑定被告心神或身體之必要」（本法第二一三條第三項），基於憲法之優位性，解釋上可能且應該植入比例原則的要求，這並不成問題（上文貳、二、（三））。

## 三、形式之要件

### （一）新法規定

形式要件乃此次鑑定留置新法著墨最多的部分，此點從立法理由及法條數量皆可看出。就權限主體言，新法比照一九九七年十二月之羈押修法，故改採法官保留原則，偵查中檢察官必須向法院聲請並由法官於鑑定留置票上簽名（本法第二一三條之一第四項）。此外，新法採行書面要式，故鑑定留置原則上應用鑑定留置票，並記載「一、被告之姓名、性別、年齡、出生地及住所或居所。二、案由。三、應鑑定事項。四、應留置之處所及預定之期間。五、如不服鑑定留置之救濟方法。」（本法第二一三條之一第一、二項）。惟書面要式有例外：「但經拘提、逮捕到場，其期間未逾二十四小時者，不在此限。」（本法第二一三條之一第一項但書），其立法理由為「依本法第九十一條至第九十三條之規定，檢察官仍有留置被告予以偵訊之權利，故在上開期間內，檢察官認有鑑定被告心神或身體之必要時，應無庸聲請簽發鑑定留置票」，但尤其是心神狀態，如此短期（二十四小時內？）可否有效鑑定？恐值懷疑。

新法另一重大變革，在於限定鑑定留置之期間，原則上為七日以下（第二一三條第三項），且應記載於鑑定留置票。此項預定期間，「法院得於審判中依職權或偵查中依檢

<sup>47</sup> 請參閱最高法院 92 年台上字第 4882 號判決：「所謂停止審判，則係指停止應於審理期日進行之審理及判決程序而言。而上開法條（按：§294），係為保護被告在訴訟上得為自己辯護，以保護自身利益而設，乃強制規定，亦即法院於被告心神喪失時，即應在其回復以前停止審判，並無自由酌裁之權。又上述規定既係法院對心神喪失者，應如何進行審判之特別規定，自應優先於其他一般審判程序之規定而適用。」

察官之聲請裁定縮短或延長之。但延長之期間不得逾二月。」(第二 三條之三第一項)

再者，就鑑定留置之發動言，新法應該包含了依職權及依聲請兩種方式。審判中法院得依職權、偵查中法院得依檢察官之聲請，並無疑問(本法第二 三條之一第四項)。

## (二) 分析研究

就人身自由之拘束言，鑑定留置與羈押處分並無不同，而依憲法第八條的「憲法保留」，這種對人民身體自由非暫時性的拘束，乃最高階的憲法之法官保留原則，本不應有例外<sup>48</sup>，新法修正舊法規定，殊值贊同。必要事項之記載，立法堪稱周全。至於七日鑑定期間，比較德國法之六星期，相當地短，是否足以完成較為複雜之心神鑑定？仍待觀察。惟我國法就此卻一次就「慷慨延長」兩個月，最後的總天數仍多過德國法三星期之久。此外，關於鑑定留置可否重複的問題，本法並無明文，但解釋上雖似不應禁止，惟無論如何應有總天數的限制，亦即，縱使有重複必要，也絕對不可超過兩個月又七天。

儘管新法偏重在形式要件，但卻忽略了一個關鍵：聽審權與參與權。簡言之，應否送請鑑定留置的專業判斷，既無法院應事先徵詢醫師鑑定人意見的規定，亦無讓訴訟關係人參與並表達意見的特別要求，這讓新法運用起來很可能成為法官的「裁量」條款。然而，我國法的鑑定留置最長可能讓被告在裁判確定前受近十星期的留置拘束，就解釋論言，法官應本於比例原則的考量而有所節制，先聽取檢察官與辯護人之意見，至少就聽審原則的保障而言，即便認為被告本人因心神狀態而難以充分領略，實務上似應善用「指定辯護」條款(本法第三十一條之「審判長認有必要者」)，來彌補被告防禦權之不足。

最後，關於鑑定留置之發動方式，審判中似無排除依聲請而發動之必要，此時，應以「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。」(本法第一六三條第一項)的規定為基礎，法院並應以調查三基準(指本法第一六三條之二的證據關連性、調查必要性與調查可能性)為準駁裁定之基準，如此一來，亦可兼顧前述聽審與參與的要求。

## 四、留置之程序

### (一) 新法規定

新法就鑑定留置固然採行法官保留原則，要求鑑定留置票應由法官簽名(本法第二 三條之一第三項)，但如同羈押、搜索的修法一般，未再進一步言明決定的形式，亦即，到底應以法院裁定或法官處分行之，這也連帶影響到救濟途徑的選擇(下文五)。

除此之外，新法關於鑑定留置，立法密度集中在執程序。要之如下：

1、關於鑑定留置之執行機關及方式，「由司法警察將被告送入留置處所，該處所管理人員查驗人別無誤後，應於鑑定留置票附記送入之年、月、日、時並簽名。」(本法第二 三條之二第一項)；執行時，基於執行之比例原則，應注意被告之身體及名譽，免受不必要之損害；被告若抗拒執行，為落實鑑定之目的，司法警察自得在必要程度之內使用強制力(本法第二 三條之二第二項準用第八十九條、第九十條之規定)此外，

<sup>48</sup> 請參閱大法官釋字第 392 號及第 443 號解釋理由書；吳庚，《憲法的解釋與適用》，2003 年，頁 58 以下。

為防止被告於鑑定留置時逃逸或有其他安全上之顧慮，規定於必要時，法院或檢察官得依職權或依聲請，命令司法警察看守鑑定留置中之被告，以符實際需要（本法第二 三條之二第四項）。

2、鑑定留置之處所，若因安全或其他正當事由而有必要變更時，法院得於審判中依職權或偵查中依檢察官之聲請裁定變更之（本法第二 三條之三第二項）。

3、執行鑑定留置時負有通知義務，應將鑑定留置票送交檢察官、鑑定人、辯護人、被告或其指定之親友，使其等明瞭被告之下落及受如何之處置（本法第二 三條之二第三項）；基於同樣之理由，若法院裁定變更留置期間或處所者，亦應通知上列之人（第二 三條之三第三項）。

4、最後，留置期間視為羈押日數，得用以折抵刑期（本法第二 三條之四、刑法第四十六條參照）。

## （二）分析研究

上開執行的明文規定，無論是與憲法要求有關的通知義務（憲法第八條第二項參照）與執行之比例原則，或視為羈押日數的折抵刑期規定等，皆值贊同。有問題者反而是立法者緘默的部分，例示問題如下：

1、對被告之身體檢查處分是否當然包含於鑑定留置之干預授權範圍？此點，應採否定見解。鑑定被告身體固然是鑑定留置的合法目的，但是，這僅是鑑定留置的目的限制，而非身體檢查處分的授權依據，後者，仍應求諸於身體檢查處分的特別授權規定（本法第二 四條第一項、第二 五條之一參照）。如果因複雜的身體檢查而有鑑定留置之必要者，法院應同時為兩種處分，分別使檢查處分與為此目的之自由拘束，皆有合法泉源。

2、被告留置期間，對於心神鑑定措施有無主動配合義務？此點，基於任何人皆無義務以積極作為來協助對己的刑事追訴之不自證己罪原則（*nemo-tenetur-Grundsatz*）<sup>49</sup>，亦應採否定見解。留置期間主要是對被告進行觀察（*Beobachtung*），進一步需要被告主動配合才能完成的鑑定行為，諸如詢答等，皆需得到被告之同意。甚至於，施以治療措施也不是鑑定留置的目的與容許範圍，縱使欲對被告施以強制治療，也是在經鑑定留置且依照鑑定結果，認為有必要時才另以裁判施加的保安處分（刑法第九十一條之一；上文參、二、（二）1）。

## 五、救濟之途徑

### （一）新法規定

准予鑑定留置若以法院裁定行之，本來屬判決前關於訴訟程序之裁定，不得抗告，但因此項裁定干預人身自由權利甚鉅，且與本案亦無隨同救濟的必然關係，故我國新舊法皆將其明列為得提起抗告之裁定（本法第四 四條但書第二款之「因鑑定將被告送入醫院或其他處所之裁定」），惟不得再抗告（本法第四一五條）。准予鑑定留置若由審判

<sup>49</sup> Zum Begriff vgl. Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht – Ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatz “nemo tenetur seipsum accusare”, 1998, S. 17ff.; Verrel, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren – Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrens-grundsatzes, 2001, S. 1ff.

長、受命法官、受託法官以處分行之，受處分人得依準抗告規定聲請所屬法院撤銷或變更之（本法第四一六條第一項第一款之「因鑑定將被告送入醫院或其他處所之處分」）；至於檢察官例外自行決定鑑定留置之情形（本法第二三條之一第一項但書），救濟途徑亦同。

反之，在法院駁回聲請的情形，因屬判決前關於訴訟程序之裁定，且又無得提起抗告的特別規定，故無法單獨提起救濟（本法第四四條參照）。

## （二）分析研究

新法關於鑑定留置的救濟途徑，本無任何特別規定，故本文上開見解乃本於現行法相關條文而來。我國法關於刑事訴訟上之基本權干預處分的事後救濟，除有特別規定的羈押外，其餘皆以上述抗告、準抗告的兩個條文為基礎（本法第四四條但書第二款、第四一六條第一項第一款），規範密度本來即有不足，但此非鑑定留置特有之問題，在此不予贅述<sup>50</sup>。特有問題例示如下：

1、鑑定留置有無停止執行之效力？關此，德國法有明文規定，已如前述（上文貳、五、（二）），但我國法回歸一般抗告規定的結果是，「抗告無停止執行裁判之效力」（本法第四九條第一項、第四一六條第四項準用）。但是，如此一來，雖說對鑑定留置得提抗告，但縱使遭抗告法院撤銷，往往已無抗告實益可言，因為措施可能已經執行完畢。然而，鑑定留置畢竟是與羈押相同的非暫時性人身自由的拘束，且並無羈押暫時停止執行的疑慮（被告若有逃亡或串證之虞者，抗告停止執行將會發生漏洞），故立法宜作不同處理才是。就解釋論言，原審法院或抗告法院應妥善運用「得以裁定停止裁判之執行」的規定（本法第四九條第一項但書、第二項），避免上開窘境。

2、法院未為鑑定留置處分者，得否作為上訴第三審事由？前文所言皆以鑑定留置本身為救濟對象，但鑑定留置與終局判決的關係為何？得否以鑑定留置與否不合法為由，而對終局判決提起上訴救濟？關此，主要可能涉及的上訴事由，乃「依本法應於審判期日調查之證據而未予調查者」（本法第三七九條第十款），亦即，直接連結點並非鑑定留置的違法性，而是因為未予調查被告心神喪失的待證事實。當然，這取決於對心神狀態之鑑定必要性如何認定（下文六）。

## 六、綜合評釋

整體而言，我國的鑑定留置新法，仍有立法規範密度嚴重不足的問題。已經有所規範的部分，諸如採行法官保留原則、書面要式、限制期間及執行規範等，固然值得稱道。但立法留白的部分更多，已如前述，必須大量藉由解釋途徑來彌補。

撇開這些問題不談，未來鑑定留置新法在實務上有無用武之地，可能有兩個關鍵因素，一是我國心神鑑定的實務作法，二是我國法院對心神狀態之鑑定必要性的態度。前者的問題是，假使台灣醫師都能在門診掛號時就論斷被告的心神狀態，鑑定留置何有必要？德國心神鑑定往往耗時甚久，六星期的極限也是由此而來；反觀我國，原則上以七日為限，且運用並不廣泛，這到底是醫術特別高明還是草率？事涉醫學專業知識與個案認定，在此就不予評論。

<sup>50</sup> 請參閱林鈺雄，急迫性搜索之事後救濟—兼評刑事訴訟法第一三一條之修法，《月旦法學》，第89期，2002年10月，頁126以下。

後一問題也是關鍵，因為有鑑定必要性才會有鑑定留置之必要。是以，實務關於心神狀態鑑定必要性之態度，也會直接影響鑑定留置制度之運用。遺憾的是，我國最高法院對此向來搖擺不定，有些裁判強調「刑法上之精神耗弱或心神喪失，故屬行為有責性判斷之範圍，惟是否精神耗弱或心神喪失，乃精神醫學上之專門知識，有賴精神醫學專家之鑑定，以資判斷。」<sup>51</sup>反之，有些裁判則認為「我國刑事訴訟法採職權調查主義，鑑定僅為證據之一種，證據之證明力如何，由法院依自由心證審酌斷定之。原審為將上訴人送請有關機關鑑定其精神狀態，並不違法，執以指摘，殊非適法之第三審上訴理由。」<sup>52</sup>

最高法院自相矛盾的裁判，不但令人無所適從，進而也影響鑑定留置之運用。如果擔心被告亂槍打鳥作出心神喪失或精神耗弱的抗辯，浪費司法經費與鑑定資源，也應先確立鑑定必要性的判斷基準，諸如被告聲請精神鑑定者應先達「釋明」的心證門檻（讓人大致相信有根有據而非空穴來風），或者從訴訟費用的負擔來做為調節機制（法院指定鑑定但被告自費負擔），或者從寬調查私請精神鑑定人等，但無論如何不應該繼續「一院兩制」。

## 肆、結語

本文以鑑定留置的新法為研究主題，並參考行之有年的德國鑑定留置制度，結論認為我國新法規密度不足，並進而提出新法實施後可能發生的實務問題與解決方向，例如：

1、就運用範圍言：除一般刑事程序（含偵查中、審判中）外，在保安程序，即檢察官聲請法院對因心神喪失而受不起訴者宣告保安處分之程序（本法第四八一條第二項），仍有適用鑑定留置之餘地。再審有無理由之審查階段（本法第四三四條第一項），亦同。

2、就目的限制與證據主題言：鑑定被告心神或身體皆屬鑑定留置之合法目的，前者涵蓋的證據主題兼及責任能力、公眾危險性、就審能力；而「性犯罪者有無強制治療之必要」（刑法第九十一條之一）「因心神疾病所致的反覆犯罪之虞」（本法第一一條之一）的預防性羈押事由，亦屬鑑定留置的證據主題。

3、就其他實質要件言：重大犯罪嫌疑門檻及比例原則之要求，解釋上仍應遵守。

4、就形式要件言：鑑定留置雖不禁止重複或延長實施，但無論如何不可超過兩個月又七天的總天數的限制（本法第二三條第三項、第二三條之三第一項）。此外，鑑定留置得依職權或依聲請而發動，審判中訴訟關係人之聲請依據、參與權利及審查基準，應以一般調查原則為斷，並據此連結上訴救濟（本法第一六三條第一項、第一六三條之二、第三七九條第十款）。再者，法院應善用指定辯護（本法第三十一條第一項），以充實被告之聽審及防禦權。

5、就執行措施言：基於鑑定留置之授權範圍，若有進一步施以身體檢查處分之必要者，應先得被告之同意，或依照特別的授權規定（本法第二四條第一項、第二五條之一參照），且被告基於不自證己罪原則並無主動配合之義務，亦毋庸於此階段接受

<sup>51</sup> 如最高法院 90 年台上字第 6093 號判決、92 年台上字第 5267 號判決。

<sup>52</sup> 最高法院 89 年台上字第 2291 號判決，其他如 88 年台上字第 930 號判決同旨。

治療措施。

6、就救濟途徑言：鑑定留置雖得（準）抗告救濟，但立法漏未規範停止執行問題，實務宜善用裁定停止之條款以資調節（本法第四九條第一項但書、第二項）。

7、就前提問題言：有鑑定必要始有鑑定留置之必要，然最高法院對心神鑑定之裁判搖擺不定，似應先統一見解。