

淺談我國刑事訴訟法之暫行安置制度

鄭健宏*

壹、前言

民國（下同）109年4月30日，臺灣嘉義地方法院（下稱：嘉義地院）就鄭姓被告108年7月3日晚間8時許，於台鐵嘉義站犯下之殺警案，作成108年度重訴字第6號刑事判決；惟判決書之結論，係認鄭姓被告行為時因精神障礙，致不能辨識其行為違法、欠缺依其辨識而行為之能力，進而依刑法第19條第1項規定為無罪諭知。此一結果顯然違逆國人內心最幽微神祕的浪漫主義自然法誡命——殺人償命——，因而舉國譁然¹；不僅如此，該院同時另依修正前刑事訴訟法第316條規定²，對鄭姓被告作成一50萬元具保停押之裁定³（下稱第一次裁定），一時之間輿論蜚語沸羹，彷彿人人皆命懸一線，臺灣嘉義地方檢察署（下稱：嘉義地檢署）檢察官旋即凜然而起，就前揭具保停押裁定提起抗告。翌日，臺灣高等法院臺南分院（下稱：臺南高分院）即以原裁定未引據刑事訴訟法第116條之2第1項規定酌定相關事項命被告遵守，以及未審酌精神衛生法第42條為被告辦理強制住院為由，而廢棄發回⁴；隨即，嘉義地院立刻於同日依廢棄發回意旨，另為一具保停押裁定，並增加限制住居，且應至精神科就診評估有無住院必要等條件，至於保證金仍維持50萬元⁵（下稱第二次裁定）；惟嘉義地檢署檢

察官仍舊不服，再次抗告。臺南高分院遂於109年5月3日以109年度抗字第180號刑事裁定，再次撤銷發回第二次裁定，而此次發回意旨除認原審裁定（包含第一次及第二次裁定）之具保金額過低以外，更混淆「撤銷羈押」與「停止羈押」各自之規範要件，於欠缺法律依據之情況下，誤將後者之法律效果套用於前者，進而委婉指出「…然此部分尚有賴立法建構完整之精神疾患於法院宣判後之醫療治療系統，俾兼顧治療需要及避免社會危害；然則依現行法制，本件被告係依刑事訴訟法第316條所規定視為撤銷羈押，該規定並無明文得命被告應遵守事項，…」之立法漏洞⁶。嗣嘉義地院乃於次日（109年5月4日），裁定命鄭姓被告於24小時內繳納100萬元具保金⁷，由於鄭姓被告家屬表明無力籌措具保金額，而得依法繼續羈押，嘉義地院遂火速檢卷送臺南高分院，由臺南高分院訊問後續押⁸，社會大眾終於鬆了一口氣。

當社會大眾因鄭姓被告繼續被關押於看守所，認為社會治安暫且安全無虞，轉頭繼續關注口罩實名制及國家元首連任就職典禮之際，立法諸公並沒有停止對於此一重大刑案之關注，紛紛提案修正刑事訴訟法，或係針對精神鑑定程序應強制由二組精神科專業醫師為之⁹、或認羈押中之被告倘因刑法第19條第1、2項獲判無罪而視為撤銷羈押時，

* 本文作者為展信法律事務所合署律師。

1. 「思覺失調症脫罪！案發前2天出現被害妄想」，TVBS新聞網，2020年4月30日，網址：<https://news.tvbs.com.tw/local/1317246>，最後瀏覽日：2023年6月30日。
2. 修正前刑事訴訟法第316條：「羈押之被告，經諭知無罪、免訴、免刑、緩刑、罰金或易以訓誡或第三百零三條第三款、第四款不受理之判決者，視為撤銷羈押。但上訴期間內或上訴中，得命具保、責付或限制住居；如不能具保、責付或限制住居，而有必要情形者，並得繼續羈押之。」
3. 參嘉義地院109年4月30日108年度重訴字第6號刑事裁定。
4. 參臺南高分院109年度抗字第175號刑事裁定。

5. 參嘉義地院109年5月1日108年度重訴字第6號刑事裁定。

6. 111年2月18日公布修正刑事訴訟法第316條時，已明文得準用同法第116條之2之規定。

7. 參嘉義地院109年5月4日108年度重訴字第6號刑事裁定。

8. 「鐵路警察遭刺死案移二審 裁定鄭嫌羈押」，風傳媒，2020年5月4日，網址：<https://www.storm.mg/article/2597559>，最後瀏覽日：2023年6月30日。

9. 立法院關係文書：立法院議案關係文書（2020），《院總第246號委員提案第24729號》，頁委221-222。

檢察官得聲請將被告強制就醫¹⁰、或提議因刑事訴訟法第 316 條視為撤銷羈押之被告，應新增準用同法第 116 條之 2 規定¹¹、或建議於必要時應使保安處分之宣告，得於刑事裁判確定前執行¹²，或提案設置「暫行安置處分」制度¹³；惜前述提案修法方向紛呈，且彼時因新冠疫情之故，媒體報導多聚焦於疫情相關議題上，立法進程遂牛步化，迄至 110 年 9 月 26 日屏東縣高樹鄉發生超商女店員遭挖眼案，案經媒體大肆報導，並強調楊姓犯嫌為精神病患、有傷人前科紀錄、甚至曾咬死犬隻等「不正常」行徑¹⁴，社會大眾之痛覺受器再度受到刺激，而立法者則在接受痛覺訊號後，重拾暫行安置制度之立法進程，終於 111 年 1 月 27 日同時完成黨團協商、二讀及三讀程序，增訂刑事訴訟法第十章之一「暫行安置」及其下第 121 條之 1 至 121 條之 6 等 6 個條文及 2 點附帶決議，嗣於同年 2 月 18 日公布施行。

囿於篇幅，本文將採概論式之行文取向，先行導讀新增之刑事訴訟法第十章之一暫行安置之立法目的、性質、要件、程序等，同時分析同法第 121 條之 1 至 121 條之 6 之內容，再針對此次暫行安置增訂之條文內容提出疑問，或與現行法規交錯適用之若干疑義，最後以本文對於此次修法之建議與想法代為結論。

貳、刑事訴訟法第十章之一「暫行安置」概覽

一、立法目的

10. 立法院關係文書：立法院議案關係文書（2020），《院總第 246 號委員提案第 24758 號》，頁委 147-148。
11. 立法院關係文書：立法院議案關係文書（2020），《院總第 246 號委員提案第 24898 號》，頁委 307-310。
12. 立法院關係文書：立法院議案關係文書（2020），《院總第 246 號委員提案第 25655 號》，頁委 169-172。
13. 立法院關係文書：立法院議案關係文書（2020），《院總第 246 號委員提案第 24762 號》，頁委 161-167、立法院關係文書：立法院議案關係文書（2020），《院總第 246 號委員提案第 24883 號》，頁委 199-208、立法院關係文書：立法院議案關係文書（2021），《院總第 246 號委員提案第 25993 號》，頁委 305-314、立法院關係文書：立法院議案關係文書（2021），《院總第 246 號政府提案第 17423 號》，

揆諸上開催生暫行安置之社會背景，可知此一制度係針對精神障礙或有其他心智缺陷情況之被告（主體），於偵查中至判決確定前（時間），應如何有效防免其因心智缺陷，而繼續對於社會大眾造成人身財產安全風險，同時兼顧被告醫療需求及確保刑事審判程序順利進行。

故暫行安置之立法目的，即在保障被告醫療及訴訟權益，同時兼顧社會安全防護。推而言之，相較於通常羈押處分僅單純限制被告人身自由於特定處所，以防勾串、逃亡，從而確保國家刑罰權之落實；暫行安置透過刑事訴訟法（下稱本法）明文立法，使暫時拘束被告人身自由於醫療場所之干預處分，符合憲法第 8 條第 1 項對於人身自由保障之要求，並賦予被告得對該干預處分提起救濟之權利，同時令被告即時接受醫療，避免病情持續惡化，兼收維護社會大眾安全、強化社會安全網之目的。

二、性質

於暫行安置制度增訂前，我國保安處分執行法第 4 條第 2、3 項已分別規定：「法院對於應付監護、禁戒、強制治療之人，認為有緊急必要時，得於判決前，先以裁定宣告保安處分。」、「檢察官對於應付監護、禁戒、強制治療之人，於偵查中認為有先付保安處分之必要，亦得聲請法院裁定之。」質言之，該法容許法院對於具有刑法第 19 條第 1、2 項及同法第 20 條情況之被告，於所涉刑事案件判決確定前，宣告保安處分並

頁政 1-12。此一階段對於「暫行安置」制度之名稱，各黨團及政府間之用語雖未統一——或有稱「暫時安置」、「緊急監護」等——，惟提案之立法核心目的相近，均係欲於刑事裁判確定前，限制精神障礙被告之人身自由，以強化社會安全網，而最終立法結果採取「暫行安置」為名。

14. 「影」屏東恐怖挖眼影片曝光 壯碩男壓住女店員狂戳猛挖，中時新聞網，2021 年 9 月 29 日，網址：<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20210929002124-260402?chdtv>，最後瀏覽日：2023 年 6 月 30 日；「恐怖！被提醒戴口罩不爽 竟強挖超商店員雙眼恐害失明」，自由時報，2021 年 9 月 29 日，網址：<https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/3687091>，最後瀏覽日：2023 年 6 月 30 日。

付執行。惟保安處分性質上雖非刑罰；然無論係刑罰或保安處分，均係刑事法院認定犯罪事實、適用法律後所生之判決結果，前述規定允許法院於判決結果確定前，先行執行判決結果，非但有邏輯上難以自圓其說之矛盾（既未有確定之判決結果，則應執行之內容為何？），且有牴觸無罪推定原則之虞。

究諸其實，司法院於修法過程中，即曾參酌前揭保安處分執行法之規定，提案增訂本法第 301 條之 1：「判決宣告監護或禁戒者，必要時得併命於確定前執行之。法院未判決併命執行，而檢察官認有宣告之必要者，得聲請原審法院於判決確定前或繫屬於上訴審法院前，裁定執行之。…」這般修正模式，雖能使被告經第一審判決後，直接嫁接既存之監護處分規定，使監護處分提前至判決確定前執行，俾補判決宣告後、確定前之社會安全防護漏洞；然而，此舉存在上述判決確定前執行判決結果之爭議，與司法院聯袂提案之行政院，即持不同意見，明白指摘司法院提案違反無罪推定原則，有違憲之虞¹⁵。

據此，立法院後續三讀通過之「暫行安置」制度，應定位為刑事訴訟「強制處分」之一環，此自章名之擇定¹⁶、體例之安排¹⁷、大量仿引羈押要件（詳如下述）等跡象可得推知。附帶一提，暫行安置雖應定性為刑事訴訟程序中，對人之強制處分；惟學界多數認為，我國暫行安置係脫胎自德國刑事訴訟法第 126 條 a 之「暫時安置（Einstweilige Unterbringung）」規定，實質上具有實體法保安處分與程序法對人強

制處分之雙重性質¹⁸。

三、要件

（一）合法拘捕前置

根據本法第 121 條之 1 第 2 項規定¹⁹，檢察官於「偵查中」聲請暫行安置時，準用本法第 93 條第 2 項前段（經檢察官訊問後，認有羈押必要者，應自拘捕時起 24 小時內向法院聲請羈押）、第 93 條之 1（刑訴 § 93 II 所定 24 小時之合法障礙事由）及第 228 條第 4 項（被告未經拘捕而到場，檢察官訊問後認有羈押必要者，得予逮捕）規定（刑訴 § 121-1 II → 刑訴 § § 93 II 前段、93-1、228 IV），可知「偵查中」之暫行安置，準用羈押之拘捕前置原則，亦即「偵查中」檢察官向法院聲請暫行安置被告者，應先合法拘捕被告。

應特別強調者為，拘捕前置要件，僅在「偵查中」由檢察官向法院聲請對被告暫行安置者，始有適用餘地；至於「審判中」之階段，苟欲暫行安置被告，則無論係檢察官聲請或法院依職權，均無此一要件之要求。蓋論者多認為，拘捕前置原則，乃在要求偵查機關於「偵查中」向法院聲請羈押被告前之拘提、逮捕行為，必須為合法之拘提、逮捕，旨在回應憲法第 8 條（尤其該條第 2 項）對於法院以外之國家機關限制人民人身自由行為，所為之憲法保留²⁰；而「審判中」案件已繫屬於法院，法院本得依職權裁定羈押被告，毋庸於裁定羈押被告前，再額外對被告行拘提、逮捕，故無此原則之適用。暫行安置與羈押，同為拘束人身自由之強制處

15. 參立法院關係文書：立法院議案關係文書（2021），《院總第 246 號政府提案第 17423 號》，頁政 8-10。

16. 行政院及司法院始提案之用語為「緊急監護」，參上註，頁政 4。後為與保安處分之「監護處分」用語區辨，避免混淆，終定名為「暫行安置」。

17. 刑事訴訟法第十章為「被告之羈押」、第十一章為「搜索及扣押」，均屬強制處分規範，前者為對人之強制處分、後者則為對物之強制處分，而「暫行安置」之法律效果同樣屬對人身自由之限制，與對被告之羈押高度相似，是立法者緊隨著「被告之羈押」之章，將之安排於第十章之一，應有其脈絡可循。

18. 林俊益，《刑事訴訟法概論（上）》，第 22 版，2022 年 9 月，第 337 頁；朱石炎，《刑事訴訟法論》，修訂十版，2022 年 10 月，第 154 頁。

19. 本法第 121 條之 1 第 2 項：「第三十一條之一、第三十三條之一、第九十三條第二項前段、第五項、第六項、第九十三條之一及第二百二十八條第四項之規定，於偵查中檢察官聲請暫行安置之情形準用之。」

20. 學者林鈺雄認為我國憲法第 8 條之規定，並無法推導出「拘捕前置原則」，論理邏輯清晰中肯，值得注意。參林鈺雄，《刑事訴訟法上冊》，第 11 版，2022 年 9 月，第 392-393 頁。

分，基於上開理由，此一要件之適用範圍自應比照羈押，限於「偵查中」要求之。

（二）檢察官訊問及聲請

「偵查中」案件，檢察官訊問被告後，認有暫行安置之必要者，得以書面向法院聲請暫行安置，蓋偵查階段，案件尚未繫屬於法院，本於司法權之被動性，自無使法院主動過問被告強制處分之理。檢察官聲請暫行安置時，除應符合上開合法拘捕前置要件外，尚應訊問被告，並以聲請書敘明犯罪事實並所犯法條及證據與暫行安置之理由，備具繕本並檢附卷宗及證物，聲請法院裁定之（刑訴 § 121-1 II → 刑訴 § 93 II 前段、刑訴 § 121-1 IV）。

值得一提的是，本法第 121 條之 1 第 1 項明文規定，檢察官於「審判中」亦有權向法院聲請暫行安置被告，此為暫行安置與羈押規定相異處之一。

（三）經法官訊問

自釋字第 392 號於 84 年 12 月 22 日公布以降，確立羈押屬絕對法官保留事項，故而本法中原本檢察官有權羈押被告之相關規定，旋於 86 年 12 月 19 日公布修正，此後，凡涉及羈押被告之強制處分，限於法院始有權以裁定為之；緣於暫行安置與羈押，主要差異僅在於：前者係針對實體上有責性評價存在疑慮之被告，後者則為一般被告，惟不影響兩者性質上均屬限制人身自由之強制處分，是故暫行安置仍有法官保留原則之適用，無論為「偵查中」抑或「審理中」之暫行安置，均以經法官訊問為必要條件。

法院為裁定暫行安置而訊問被告時，原則上屬強制辯護程序，應使辯護人於訊問時在場（刑訴 § 121-1 II → 刑訴 § § 31-1 I、II），且「偵查中」之暫行安置聲請，法院

原則上除有立即訊問被告之義務外，尚應將檢察官提交之暫行安置聲請書繕本，交付被告及其辯護人（刑訴 § 121-1 II → 刑訴 § 93 V），且辯護人得檢閱卷證，以獲知檢察官據以聲請之犯罪事實、佐證、暫行安置之原因及必要等（刑訴 § 121-1 II → 刑訴 § 33-1 I），並請求法官給予適量時間，以準備答辯（刑訴 § 121-2 III），俾落實被告受實質辯護之訴訟權保障。法院苟認被告確有暫行安置之原因及必要者，應將依據之事實、理由、證據告知被告暨其辯護人，並記載於筆錄之中（刑訴 § 121-2 II）。

再者，法官為暫行安置被告而為訊問時，檢察官得到場陳述意見；惟凡檢察官為暫行安置之聲請主體，則強制檢察官到場陳述聲請理由及提出必要證據（刑訴 § 121-2 I）。換言之，「偵查中」之（延長）暫行安置程序，強制檢察官於法官訊問程序到庭；至於「審判中」，則視（延長）暫行安置是否由檢察官聲請，決定檢察官是否有到場義務。

此外，法官於訊問時，得斟酌個案情形，就事實依職權為必要之調查，本法第 222 條第 2 項規定於暫行安置裁定程序，並未排除適用²¹。又第三審法院之性質，為職司審查下級審法院適用法令有無謬誤之法律審，原則上無事實認定及調查證據之權限，被告有無（延長）暫行安置之原因及必要，屬事實認定之問題，故而縱然案件上訴至第三審，（延長）暫行安置裁定亦由第二審法院為之，第二審法院於裁定前，得向第三審法院調取卷證以為參考（刑訴 § § 121-4 I、II）。

（四）暫行安置原因

1、犯罪嫌疑重大

21. 立法院，立法院公報第 111 卷第 32 期 5003 號一冊（2022），頁 390。

所謂犯罪嫌疑重大，係指聲請暫行安置當下（偵查中檢察官或審判中法院）所掌握之事證，經法官訊問後，依自由證明法則，被告有成立犯罪之高度蓋然率而言。

然而，暫行安置之對象，係有事實足認可能存在精神障礙或心智缺陷狀態之被告，有可能因不具責任能力而判決無罪，此時是否能稱犯罪嫌疑重大，不無疑問。質言之，依當今刑事實體法主流之犯罪三階論，符合暫行安置要件之被告，極可能欠缺有責性而不構成犯罪，故上稱「有成立犯罪之高度蓋然性」，應解釋為：被告之行為有該當特定構成要件，且別無阻卻違法事由之高度蓋然性即足，毋庸將有責性納入考量。

2、有事實足認被告可能存在刑法第 19 條第 1、2 項情況

須有事實足認被告因精神障礙或其他心智缺陷，致「『欠缺』辨識其行為違法或依其告辨識而行為之能力」，抑或「辨識其行為違法或依其告辨識而行為之能力『顯著降低』」之情況可能存在。

質言之，檢察官或法院尚不得僅憑第三人指控被告平時情況（例如左鄰右舍稱被告時常獨自喃喃自語、指天畫地），或被告曾有類似之前案紀錄，遽謂符合此項要件；尚須有直接或間接證據（例如被告就醫病歷、診斷證明書、甚至精神鑑定報告等），佐證被告可能具備刑法第 19 條第 1 項或第 2 項之狀態，始足稱要件合致²²。

3、危害公共安全之虞

條文所稱「有危害公共安全之虞」，除指若不予暫行安置，具有精神障礙或心智缺陷之被告，可能對不特定人之生命、身體、

自由、財產法益產生危害之風險以外，尚包含被告「『有再犯之虞而達危害公共安全之虞程度』之情形」²³。

上開暫行安置之原因，無論係被告須存在精神障礙或其他心智缺陷，抑或有危害公共安全之虞的解釋，均與刑法第 87 條第 1、2 項所規範之監護原因高度相似²⁴，益徵暫行安置確實帶有實體法上保安處分之特性。

（五）緊急必要

有別於羈押係為避免被告勾串、滅證或逃逸，致妨礙刑事訴訟程序進行，從而確保國家刑罰權落實；暫行安置則係為保障被告之醫療、訴訟權益，同時防護社會安全，故暫行安置之緊急必要之判斷，應著眼於被告病情嚴峻程度、行為嚴重情節、危害他人可能性及可能危害程度、有無其他同樣可避免危害之替代手段（例如：被告並未拒卻依精神衛生法進行社區治療）、裁定暫行安置所能保全之利益（被告醫療、訴訟權益及社會安全等），不應小於被告人身自由遭拘束之犧牲。究其實質，暫行安置所設之緊急必要要件，係立法者將具體個案交託予法院之比例原則操作。

四、期間

（一）原則上為 6 個月以下

據本法第 121 條之 1 第 1 項規定，經法官訊問後，被告之情況符合暫行安置之要件者，法官得裁定 6 個月以下之期間，令被告進入司法精神醫院、醫院、精神醫療機構或其他適當處所，以暫行安置²⁵。

（二）延長暫行安置者，每次延長不得逾 6 個月，累積不得逾 5 年

22. 同上註，頁 390-391。

23. 同上註。

24. 刑法第 87 條第 1、2 項規定：「因第十九條第一項之原因而不罰者，其情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞時，令入相當處所或以適當方式，施以監護。有第十九條第二項及第二十條之原因，其情狀足認

有再犯或有危害公共安全之虞時，於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所或以適當方式，施以監護。但必要時，得於刑之執行前為之。」
25. 當前審判實務認為，暫行安置之裁定主文，不以指定特定之安置地點為必要。參法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 62-2 點第 3 項：「論暫行安置之裁定，無須於主文指明特定處所。」

法院上開裁定之暫行安置期間即將屆滿時，倘被告仍有治療及隔離於社會大眾之必要者，「偵查中」由檢察官聲請、「審判中」則由法院依職權或檢察官聲請，經法官訊問後，仍以裁定延長暫行安置期間，每次裁定延長之期間不得超過6個月，延長暫行安置之裁定並應在前一（延長）暫行安置裁定期間屆滿前，送達被告，否則視為撤銷暫行安置（刑訴 § 121-1 III → 刑訴 § 108 II）。不寧惟是，應注意同一名被告累積暫行安置之期間總和，不得逾5年（刑訴 § 121-1 III）。

檢察官無論係在「偵查中」或「審判中」階段，聲請暫行安置或延長暫行安置，均應提出聲請書敘明理由及證據，並具繕本向法院聲請，且應於法官訊問時到場；於聲請延長暫行安置時，甚至應於前一（延長）暫行安置裁定期間屆滿5日前聲請（刑訴 § § 121-1 IV、121-2 I），始稱適法，否則法院應以聲請不合法為由而予駁回²⁶。

五、執行

（一）參本法第457條第1項前段規定，法院裁定對被告（延長）暫行安置後，案應交由法院對應之檢察署檢察官執行之（刑訴 § 121-2 IV），俾維持法院之中立性，並發揮功能最適之效。

（二）應留意者為，當判決宣告被告應付保安處分之監護後，一旦該開始執行監護——無論係在判決確定前或後²⁷——，即不得再繼續執行暫行安置，而須易為執行監護（刑訴 § 121-5 II）。

六、救濟

法院裁定（延長）暫行安置或駁回（延長）暫行安置之聲請，倘有不服，均得提起抗告（刑訴 § 121-1 V）；惟不服（延長）暫行安置裁定而提起之抗告，並無停止執行之效力，除非原裁定法院或抗告法院，另為停止執行之裁定（刑訴 § § 409 I、II）。

七、消滅

（一）暫行安置，於（延長）暫行安置裁定所定安置期間屆滿前，苟別無另一延長暫行安置裁定當庭宣示、或於期間屆滿前將裁定正本送達被告者，暫行安置期間屆滿時，即視為撤銷（刑訴 § 121-1 III → 刑訴 § 108 II）。

（二）暫行安置期間，倘暫行安置原因或必要性消滅或不存在時，應即撤銷暫行安置裁定（刑訴 § 121-3 I）。

1、上揭「原因」係指「犯罪嫌疑重大」、「刑法第19條第1、2項原因可能存在」及「有危害公共安全之虞」；而「必要性」則係指「緊急必要」²⁸。

2、權利主體方面，檢察官、被告、辯護人及得為被告輔佐人之人（被告之配偶、直系或三親等內旁系血親或家長、家屬或被告之法定代理人），得向法院聲請撤銷被告之暫行安置裁定（刑訴 § 121-3 II）。法院對於被告、辯護人及得為被告輔佐人之人之聲請，「得」聽取聲請人陳述意見，並「應」徵詢檢察官之意見；對於檢察官聲請撤銷暫行安置者，則無再徵詢之必要²⁹（刑訴 § 121-3 IV）。

26. 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第62-5點第1項：「檢察官為延長暫行安置之聲請，違反刑訴法第一二一條之一第四項所定『至遲於期間屆滿之五日前』之規定，致法院無從於期間屆滿前辦理訊問被告、調查延長暫行安置期間之原因、依法宣示延長暫行安置之裁定，製作裁定並送達裁定正本者，應以聲請不合法，予以駁回。」

27. 原則上，刑罰及保安處分均屬法院認定被告犯罪事實存在、適用法律後之法律效果，應於判決確定後始付執行，俾符無罪推定原則；惟現行刑事訴訟法第456條第1項本文及保安處分執行法第4條第2項及第3項規定，似允許部分保安處分於判決確定前、甚至於偵查階段執行。

28. 相較於羈押裁定，於欠缺羈押原因或羈押必要時，應分別聲請撤銷羈押或停止羈押；暫行安置則無論係欠缺暫行安置原因或必要，均僅有撤銷暫行安置之途，並無停止暫行安置。

29. 法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第62-7點：「法院為撤銷暫行安置之裁定前，除依檢察官聲請者外，應徵詢並斟酌檢察官之意見。法院為前項徵詢時，得限定檢察官陳報其意見之期限。此項徵詢，得命書記官以電話、傳真或其他迅捷之方式行之，並作成紀錄。逾期未為陳報者，得逕行裁定。」

3、檢察官聲請撤銷暫行安置裁定者，倘案件尚處於「偵查中」階段，則法院「應」撤銷暫行安置裁定（刑訴 § 121-3 III）；倘案件已進入「審判中」階段，則屬經法院裁量後決定是否「得」撤銷之範疇。

4、法院對於撤銷暫行安置之聲請為准駁後，對於准駁裁定有所不服者，得提起抗告（刑訴 § 121-3 V）。

（三）暫行安置期間，法院已就本案作成實體判決，而實體判決中並未宣告被告應付監護時，暫行安置裁定視為撤銷（刑訴 § 121-5 I）。蓋法院既就被告所犯案件為實質審理並作成判決，自然業已就被告之精神狀態詳為審酌，審酌結果既未宣告應付監護，顯示法院審理結果認為：被告責任能力無缺，抑或尚不具再犯或危害公共安全之虞³⁰，該審理結果同時意味著：被告不具暫行安置之原因或緊急必要，依本法第 121 條之 3 第 1 項規定意旨，自應視為撤銷暫行安置裁定。

八、其他

（一）其他法規之適用或準用：

暫行安置，於本法規定未盡之處，透過相關規範之觀察及體系解釋，適用或準用保安處分執行法或其他法律規定（刑訴 § 121-6 I）。立法理由所例示者，為暫行安置之要件、程序及救濟規定，應優先適用本章及第四編抗告規定；至於執行辦法，於本法未規定時，適用或準用保安處分執行法第一、三章等，或其他相關法律規定辦理³¹。

（二）暫行安置期間，限制被告接見、通信、

收授書籍物件、扣押或其他處分：

1、暫行安置期間，如有事實足認被告與外人接見、通信、受授書籍物品等活動，存在勾串、滅證之虞，檢察官或安置處所之戒護人員，於緊急且必要之情況下，有限制被告前述活動、扣押物品、或為防免勾串、滅證，而為其他必要應變處分之權限，但應即時將處分陳報法院。法院審酌後，如認前述處分不應准許，應於受理陳報後 3 日內撤銷之；如未撤銷，則前述限制、扣押或其他處分，自處分時起算，生效期間為 7 日（刑訴 § § 121-6 II、III）。前揭規定乍看之下，雖與本法第 105 條第 3 項羈押禁見規定相仿；惟其間之發動主體、要件、期間、限制程度等，均有所別，宜留意慎辨³²。應特別補充者，前述檢察官或安置處所之戒護人員處分權限之規定，並未當然拒斥本法中其他合法處分規範之適用，例如檢察官於偵查中，仍有權依本法第 133 條第 1 項規定扣押得為證據之物，不因上開暫行安置章之特別規定而受影響³³。

2、承上，被告對於檢察官或安置處所戒護人員之限制、扣押或其他處分不服時，得於處分之日起 10 日內，向法院聲請撤銷或變更處分，法院對於前項聲請之處置，則準用本法第 409 條至第 414 條規定，作成裁定結果；從而此項不服之聲請，是為準抗告（刑訴 § § 121-6 IV、V）。又前述檢察官或安置處所戒護人員之限制、扣押

30. 刑法第 87 條第 1、2 項：「因第十九條第一項之原因而不罰者，其情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞時，令入相當處所或以適當方式，施以監護。有第十九條第二項及第二十條之原因，其情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞時，於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所或以適當方式，施以監護。但必要時，得於刑之執行前為之。」

31. 參刑事訴訟法第 121-6 條立法理由二。

32. 彭幸鳴、施育傑，〈暫行安置的解釋與適用——逐條註釋與若干法律問題探討〉，《司法周刊文選別冊》，第 2100 期，2022 年 4 月，頁 13-15。

33. 參刑事訴訟法第 121-6 條立法理由四。

或其他處分效力期間雖僅有 7 日；惟被告不服處分聲請救濟之法定期間卻有 10 日，法院尚不得以處分已執行完畢（即距離處分時點已逾 7 日）為由而駁回聲請，可知此項規定蘊含確認處分合法性之功能³⁴。

- 3、法院倘對檢察官或安置處所戒護人員所陳報，關於限制、扣押或其他處分，作成撤銷裁定（刑訴 § 121-6 II 後段）；抑或係被告本身對於前述處分不服，自行向法院聲請撤銷時（刑訴 § 121-6 IV 前段），法院所為之准駁裁定，均不得抗告（刑訴 § 121-6 VI）。

參、暫行安置規定之若干疑義

一、本法第 121 條之 1 第 2 項準用同法第 31 條之 1 第 1 項但書及第 33 條之 1 第 3 項之結果，似乎得使法官於精神障礙被告沒有辯護人協助之情況下，進行訊問，其妥適性？

- （一）依本法第 121 條之 1 第 2 項準用同法第 31 條之 1 第 1 項本文規定，原則上被告於法官訊問時，應有辯護人陪同；惟同條項但書另規定「但等候指定辯護人逾四小時未到場，經被告主動請求訊問」，強制辯護之限制即可解除。然而，暫行安置之對象為存在「因精神障礙或其他心智缺陷，致『欠缺』辨識其行為違法或依其告辨識而行為之能力，抑或前述能力『顯著降低』」之人，其請求訊問之陳述，是否能評價為具法律效力之陳述，不無疑慮。同樣的難題，也出現在檢察官拘捕被告後之訊問程序，蓋依本法第

121 條之 1 第 2 項準用同法第 93 條第 2 項前段之規定，檢察官於聲請暫行安置前，應先行訊問被告，此時，依同法第 31 條第 5 項但書之規定「被告或犯罪嫌疑人主動請求立即訊問或詢問，或等候律師逾四小時未到場者」，即解除強制辯護之誡命。

- （二）準此，毋寧將具有刑法第 19 條第 1、2 項情況之被告，排除強制辯護例外規定之適用，俾免後續爭議。或有論者將謂：被告依本法第 35 條第 3 項規定，得有輔佐人在場陪同，應足敷保障被告；然而，依本法第 35 條第 1 項規定，輔佐人似乎限於「起訴後」始有訴訟上功能權限，於「偵查中」之暫行安置程序，是否有置喙餘地，不無疑問；其次，輔佐人亦不能違背被告本人明示之意思，此觀同法第 35 條第 2 項但書即明，況具精神障礙被告陳述之真意，根本難以判斷，輔佐人既無取代被告意思之功能，則其陳述亦不能解除強制辯護之誡命；再者，依同法第 35 條第 3 項但書規定，得為輔佐人者，倘經合法通知無正當理由不到場，仍不妨礙檢察官或法院之訊問。是輔佐人並無法達成保障被告辯護權之目的，更無法取代辯護人之角色功能。

- （三）至於被告於檢察官或法官訊問時，有不能陳述之情況，則應... 依本法第 121 條之 1 第 2 項準用同法第 93 條之 1 第 1 項第 4 款之規定，將被告戒護送醫，而經過期間則不得訊問³⁵。

二、對於法院（延長）暫行安置裁定不服時，有權提起抗告之主體範圍？

- （一）依本法第 403 條第 1 項規定³⁶，被告

34. 同註 32，頁 16。

35. 同註 32，頁 17-18。

及檢察官為法條所稱之「當事人」，自有權提起抗告；有疑問者係，被告之辯護人及輔佐人是否得為抗告主體？據憲法法庭 111 年憲判字第 3 號憲法判決之意旨——就刑事訴訟法第 403 條及第 419 條規定整體觀察，關於抗告權人之範圍，仍應準用同法第 3 編第 1 章關於上訴權人之規定。就被告之辯護人而言，為有效保障被告之訴訟權，被告之辯護人對於法院羈押或延長羈押之裁定，除與被告明示意思相反外，自得為被告之利益而抗告，始與憲法第 8 條保障人身自由及第 16 條保障訴訟權之意旨無違。——應認辯護人對於（延長）暫行安置裁定，得為被告之利益而提起抗告。

(二) 又具輔佐人資格者，不外被告之配偶、特定親等內親屬、法定代理人，依 111 年憲判字第 3 號憲法判決理由書第 20 段：「另被告之『法定代理人』或『配偶』之抗告權，得依系爭規定二準用第 3 編第 1 章第 345 條之規定，併此敘明。」之意旨，似僅能推認部分具被告輔佐人資格之人——法定代理人及配偶——，始得為被告之利益，對（延長）暫行安置裁定提起抗告，其餘資格之輔佐人則無此一權利。

三、本法第 121 條之 6 第 2 項所稱之「外人」，是否包含辯護人？

(一) 如有事實足認被告與「外人」接見、通信、收授書籍物件，有滅證或勾串之虞，且情況急迫時，檢察官或安置處所之戒護人員得為限制、扣押或其他必

要處分，本法第 121 條之 6 第 2 項定有明文，條文所稱「外人」是否涵蓋辯護人，關乎被告訴訟權之保障，自有廓清之必要。

(二) 首先，本法第 34 條之 1 第 1 項規定：「限制辯護人與羈押之被告接見或互通書信，應用限制書。」並未於此次增訂暫行安置之修法中同步修正，導致文義上看來，似乎限制辯護人與暫行安置被告接見通信，毋庸限制書。然而，司法院大法官釋字第 654 號解釋早已闡明：「憲法第十六條規定人民有訴訟權，旨在確保人民有受公平審判之權利，依正當法律程序之要求，刑事被告應享有充分之防禦權，包括選任信賴之辯護人，俾受公平審判之保障。而刑事被告受其辯護人協助之權利，須使其獲得確實有效之保護，始能發揮防禦權之功能。從而，刑事被告與辯護人能在不受干預下充分自由溝通，為辯護人協助被告行使防禦權之重要內涵，應受憲法之保障。上開自由溝通權利之行使雖非不得以法律加以限制，惟須合乎憲法第二十三條比例原則之規定，並應具體明確，方符憲法保障防禦權之本旨，而與憲法第十六條保障訴訟權之規定無違。」而本法第 34 條之 1 第 1 項規定，即係秉諸前揭司法院解釋意旨而增訂，並於立法理由明白揭櫫：「限制辯護人與羈押之被告接見或互通書信，應經法院許可，為求適用上之明確，爰增訂本條第一項至第四項。」顯然已將限制辯護人與刑事被告之接見通信處分，委諸法官保留；而暫行安置與羈押兩種強制處分，僅以被告責任能

36. 刑事訴訟法第 403 條第 1 項：「當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院。」

力有無缺損而分，實際上同為限制被告人身自由之強制處分，業屢如前述。是苟欲限制辯護人與暫行安置之被告接見通信，似仍應以限制書為之。

(三) 再者，依本法第 34 條之 1 第 5 項後段規定，遇有急迫情形時，檢察官固得先為必要之處分，但應於 24 小時內聲請法院補發限制書，法院則應於受理後 48 小時內核復；反觀同法第 121 條之 6 第 2 項，檢察官陳報及法院核復時限並無如斯明確且嚴格之規範，且得發動處分之主體甚至不限於檢察官，不啻意味：戒護人員得限制辯護人與被告接見通信，其妥適性即不無疑慮。另綜觀本法全文，僅本法第 105 條第 2 項規定使用「外人」乙詞，以之與同法第 34 條第 1 項辯護人與羈押被告之接見通信限制規定互見、勾稽，審判實務即認本法第 105 條第 2、3 項「外人」乙詞之解釋，不及於辯護人³⁷。

(四) 基上，本法第 121 條之 6 第 2 項所稱之「外人」應不含辯護人，檢察官及安置處所之戒護人員不得以前述規定，限制辯護人與暫行安置被告之接見通信；苟有限制之必要，於修法前仍應類推適用本法第 34 條第 1 項、第 34 條之 1 規定為之。

四、對於檢察官或安置處所之戒護人員限制被告接見、通信、受授書籍物件、扣押或其他必要之處分不服時，有權提起準抗告之主體範圍？

(一) 細譯本法第 121 條之 6 第 4 項前段，僅規定對於同條第 2 項之處分（即檢察官或安置處所之戒護人員，對被告所為接見、通信、收授書籍物件、扣押或其他必要之處分）有不服者，得於處分之日起十日內聲請撤銷或變更之，同樣未確明得聲請撤銷或變更處分之主體範圍，肇生辯護人與輔佐人是否有權對旨揭處分提起準抗告之疑義。

(二) 首先，被告本身為受處分之對象，倘有所不服，自得提起準抗告，應毋庸議；其次，由於檢察官或安置處所戒護人員，不得以本法第 121 條之 6 第 2 項限制辯護人與暫行安置被告之接見通信，業如上述，故辯護人即非「受處分人」，則辯護人得否因不服本法第 121 條之 6 第 2 項處分，為被告之利益而提起準抗告？又遭禁止與暫行安置被告接見、通信、受授物件之人（通常為被告之家屬、配偶或法定代理人），是否得獨立提起準抗告？均茲疑問。衡諸現行審判實務，法院對於「以辯護人為聲請人，聲請解除禁止羈押被告接見通信或授受物件」之案件，通常並未以辯護人為無權聲請人為由而予以駁回³⁸，臺灣高等法院 110 年度聲字第 3456 號刑事裁定更謂：「按聲請解除禁止接見、通信暨授受物件之資格，刑事訴訟法未有明文規定，然禁止接見、通信暨授受物件乃附隨於羈押之強制處分中，為確保被告訴訟權益，自得類推適用刑事

37. 「且辯護人接見在押被告並互通書信，係以刑事訴訟法第三十四條第一項前段為依據，如有該項後段情事，僅得予以限制，不得為禁止處分，是同法第一百零五條第三項所謂禁止被告與『外人』接見及通信，自係指辯護人以外之其他人而言。原裁定既係依刑事訴訟法第一百零五條第三項對抗告人為前揭羈押之附隨處分，即無禁止其與辯護人接見、通信之情形。」最高法院 101 年度台抗字第 962 號刑事裁定參照。

38. 臺灣彰化地方法院 112 年度聲字第 333 號刑事裁定、臺灣彰化地方法院 109 年度聲字第 1622 號刑事裁定、臺灣高等法院 108 年度聲字第 2552 號刑事裁定、臺灣臺北地方法院 108 年度聲字第 328 號刑事裁定、臺灣士林地方法院 108 年度聲字第 158 號刑事裁定、臺灣高等法院 108 年度聲字第 93 號刑事裁定、臺灣士林地方法院 107 年度聲字第 165 號刑事裁定、臺灣高雄地方法院 100 年度訴字第 654 號刑事裁定參照。

訴訟法第 110 條第 1 項關於具保停止羈押之規定，故本件由被告之選任辯護人毛順毅律師提出聲請，於法並無不合，先予說明。」援此意旨，本法第 121 條之 6 第 2 項處分，同樣係附隨於暫行安置之強制處分中，應使辯護人及得為被告輔佐人之人，得類推適用本法第 121 條之 3 第 2 項規定，為被告之利益提起準抗告。此外，遭暫行安置之被告，其精神狀態是否有意思能力以自己之名義，對於上開處分提起救濟，亦值商榷，故自保障被告訴訟權益之角度而言，使被告之辯護人與得為輔佐人之人，為被告之利益獨立提起準抗告，似較能確保被告權益之落實。

(三) 綜上，著眼於維護刑事被告權益之立場，於立法者修法填補此一立法疏漏前，應使辯護人與得為被告輔佐人之人，得類推適用本法第 121 條之 3 第 2 項規定，針對檢察官或安置處所戒護人員依本法第 121 條之 6 第 2 項所為之處分，為被告利益提起準抗告。

五、判決宣告被告應付監護處分確定後，(延長)暫行安置裁定是否自動撤銷或失效？

(一) 依據本法第 121 之 5 條第 2 項規定——判決宣告監護開始執行時，暫行安置或延長暫行安置之裁定尚未執行完畢者，免予繼續執行。——以觀，法文內容並未使(延長)暫行安置裁定於刑事判決確定後，當然失效或撤銷，而係稱：「…尚未執行完畢者，免予繼續執行。」意味著：判決確定後、檢察官指揮執行監護處分前，仍以(延長)暫行安置裁定，作為拘束被告人身自由之依據。

(二) 然而，上開結論是否合於法理，不無疑問。蓋即如羈押裁定，判決確定時即應失其效力³⁹，(延長)暫行安置裁定既仿羈押裁定而設，性質上同樣定性為刑事訴訟程序上對人之強制處分，則案件既已判決確定，(延長)暫行安置裁定應如羈押裁定般失其效力，始得貫徹刑事訴訟強制處分效力之法理。上揭規定之詮釋結果，結論上或能滿足羈束精神障礙被告之目的，惟於法理論上難稱一致，亦未見立法者開此例外之立論依據何在，恐難免疵議。

六、偵查中，檢察官是否得為釐清被告有無暫行安置原因及必要，而聲請鑑定留置？

(一) 依本法第 121 條之 1 第 2 項準用同法第 93 條第 2 項前段規定，偵查中檢察官於聲請暫行安置被告之際，須自拘捕時起 24 小時內，以聲請書敘明犯罪事實並所犯法條及證據與暫行安置之理由，備具繕本並檢附卷宗及證物，向法院聲請。實務上，要如何在 24 小時內，完整蒐羅被告精神障礙或心智缺陷之證據資料，並說服法院被告之精神障礙或心智缺陷嚴重程度，恐危害社會安全，對於不具精神醫療專業之法院及檢察官而言，無疑是沉重的負擔⁴⁰，尤其係面臨全無精神方面醫療紀錄或病歷之被告，更係棘手難題。本法第 121 條之 1 第 2 項固有準用同法第 93 條之 1 第 1 項規定，於列舉事由發生時，該事由發生期間得免計入 24 小時以內；惟為聲請暫行安置而鑑定被告精神狀態所經過之時間，並

39. 柯耀程，〈接押問題的辯證——檢視刑訴第 108 條第 3 項的正當性(下)〉，《司法周刊》，第 1754 期，2015 年 7 月，頁 2 註 12。

40. 林達，「緊急監護草案是『恐龍製造機』」，ETtoday 新聞網，2021 年 10 月 18 日，網址：<https://forum.ettoday.net/news/2103882>，最後瀏覽日：2023 年 6 月 30 日。

不屬於該條所列舉免予計入 24 小時之
事由，且通常對於個人精神狀態之鑑
定，亦非短時間內可竟功，如若將鑑
定被告精神狀態所經過之時間排除於
24 小時之計算，由於該期間可能長達
數日、乃至數月，恐亦令人難以接受。
故應另覓他法，使檢察官有合理之時
間掌握被告精神狀態之證據。

- (二) 綜觀本法現行規定，留置鑑定或許得
為偵查中檢察官，提供獲取被告有暫
行安置原因及必要相關證據之途徑。
蓋依本法 92 年 2 月 6 日修訂公布之第
203 條至第 203 條之 4 規定，最長得
將被告送入鑑定處所 2 個月又 7 日，
適足應對需耗費相當時間之精神鑑定
流程，進而緩和檢察官須於拘捕後 24
小時內蒐羅一切暫行安置原因及必要
性證據之窘迫困境，且理論上而言，
在檢警共用 24 小時移送時間、被告全
無精神就診相關紀錄可查之情況下，
釋明以聲請暫行安置為目的而聲請鑑
驗被告心身神狀態之鑑定留置聲請，
檢察官之舉證程度應毋庸比照暫行安
置般，達到「有事實足認」被告有精
神障礙或心智缺陷情形存在之程度，
如此一來，留置鑑定非但有助於釐清
被告有無暫行安置原因及必要性，同
時有暫時拘束被告人身自由降低社會
危險之反射功能。另一方面，鑑定留
置已遵循法官保留原則而採取令狀主
義，且鑑定留置票應送達辯護人、被
告本人及親友，俾利被告或其辯護人
得對鑑定留置提起（準）抗告（刑訴

§ § 203 Ⅲ、203-1 I、203-2 Ⅲ、
404 I ②、416 I ①），對於被告之人
身自由權利已提供相當程度之保障⁴¹。

- (三) 應特別注意者係，縱使允許偵查中檢
察官於聲請暫行安置前，為蒐集暫行
安置原因及必要性之證據而聲請鑑定
留置；惟應避免檢察官利用鑑定留
置之名，行非法拘束被告人身自由之
實。譬若：檢察官根本無法合理說明
被告犯罪嫌疑重大，卻仍聲請鑑定留
置被告，即應駁回鑑定留置聲請，蓋
此時被告根本不可能合於暫行安置
「犯罪嫌疑重大」之要件；又如檢察
官根本未曾向醫療機構詢調被告之就
醫資料，即謂對於被告精神狀態有無
缺陷或喪失之判斷有證據短缺之困
難，遽而聲請鑑定留置者亦同。

七、鑑定留置之日數，是否應計入暫行安置 之日數？暫行安置之日數，是否得折抵 監護日數？

- (一) 據本法第 203 條之 4 規定，鑑定留置
之日數，應計入羈押之日數計算，蓋
鑑定留置與羈押同屬干預被告人身自
由之強制處分，較諸入獄服刑而言，
理論上固有程序上強制處分與實體上
刑罰執行之別；惟對被告而言，兩者
均係人身自由遭禁錮於特定處所，無
甚差異，此為限制被告人身自由之強
制處分期間，得折抵刑期之主要理由
之一⁴²。
- (二) 暫行安置與羈押均屬對人身自由之強
制處分、徒刑執行與監護處分均屬法
院認事用法之結果，差別僅在於：實

41. 惟對於鑑定留置之（準）抗告，並無停止執行之效力，是俟（準）抗
告裁定宣示，鑑定留置恐已執行完畢，而有未能及時保障被告人身自
由之疑慮。參林鈺雄，〈論鑑定留置制度〉，《月旦法學》，第 113 期，
2004 年 10 月，頁 63、65。

42. 刑事訴訟法第 203 條之 4：「對被告執行第二百零三條第三項之鑑定者，

其鑑定留置期間之日數，視為羈押之日數。」立法理由：「鑑定留置
影響人身自由，與羈押同為對被告之一種強制處分，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。爰參考日本刑事訴訟法第一百六十七條第六項之立法
例增訂本條，以資適用。」

施對象是有否在「有責性」有所欠缺或減損之情況爾，業屢如前述；況且監護處分原則上亦設有 5 年執行期間之上限⁴³，益徵暫行安置期間之於監護處分執行期間，猶如羈押執行期間之於徒刑執行期間之意義一般無二，均關乎被告人身自由遭限制或剝奪之久暫。準此，本文認為旨揭疑問，均應採肯定見解，立法者就此部分存在立法疏漏⁴⁴。

(三) 或有論者認為：依現行刑法第 87 條第 3 項規定，監護處分之執行時間上限非僅 5 年，而得視被告病況及必要性，無限聲請延長監護期間，蓋以該條項之立法理由稱：「因監護處分為保安處分之一種，保安處分非以罪責為基礎，而係以行為人之社會危險性為預防目的，如受監護處分之人仍有再犯或有危害公共安全之虞，自仍有受監護處分之必要，因此，有關延長次數未予限制。又監護處分之執行已採多元處遇制度，且有分級分流等機制，已非完全拘束人身自由之保安處分，縱延長次數未予限制，亦無過度侵害人身自由之疑慮，應與憲法比例原則無違。」然而，本文認為立法者此處自冠合憲王冕之結論，並非全無商榷餘地。蓋依保安處分執行法第 46 條第 1 項所舉 6 款監護處分之執行方式⁴⁵，其中第 1 至 3 款顯為高度限制人身自由之方式，第 6 款亦有演繹出限制人身自由之執行方法之可能；

換言之，綜觀執行監護處分之期間與方法之規定，理論上，被告有受名為監護處分之人身自由限制終生之可能性。在此，本文認為：衡諸當今及可預期未來發展之精神科學之醫療知識及治療成效水準，是否仍有歷經 5 年治療，卻依舊存在高度社會危險性，且無法依靠定期回診、藥物控制或社區治療加以預防，而有繼續限制其人身自由、將之與社會隔絕之個案病例？苟立法者不能證成前述病例類型存在、甚至該類病例為極端少數而可特定之疾病時，現行監護處分不限病例類型、情況，均得無限延長監護期間之立法，即不能謂符合比例原則之「必要性」，苟欲達成合憲門檻，至少應對限制人身自由之處分方式（尤其保安處分執行法第 46 條第 1 項第 1 至 3 款），設有執行期間上限。

八、不得上訴第三審之案件，第二審所為暫行安置裁定，得否抗告？

(一) 本法第 405 條規定：「不得上訴於第三審法院之案件，其第二審法院所為裁定，不得抗告。」於暫行安置制度問世前，前揭條文即在羈押制度中飽受爭議，蓋審判實務主流見解認為：凡被告所犯為同法第 376 條第 1 項各款所列舉之案件，對於第二審法院之（延長）羈押裁定即不得抗告⁴⁶，縱令近期最高法院已對首揭規定，因應同法第 376 條第 1 項但書之修正，作成 110 年度台抗大字第 427、1493

43. 刑法第 87 條第 3 項前段規定：「前二項之期間為五年以下…。」

44. 類似看法可參王紀軒，〈鑑定留置與暫行安置——從被告人身自由保障的層面檢討〉，《月旦醫事法報告》，第 72 期，2022 年 10 月，頁 139。

45. 保安處分執行法第 46 條第 1 項：「因有刑法第十九條第一項、第二項或第二十條之情形，而受監護處分者，檢察官應按其情形，指定下列

一款或數款方式執行之：一、令入司法精神醫院、醫院或其他精神醫療機構接受治療。二、令入精神復健機構、精神護理機構接受精神照護或復健。三、令入身心障礙福利機構或其他適當處所接受照顧或輔導。四、交由法定代理人或最近親屬照顧。五、接受特定門診治療。六、其他適當之處遇措施。」

46. 臺灣高等法院 112 年度上易字第 107 號刑事裁定、110 年度聲字第 4724 號刑事裁定。

號刑事大法庭裁定：「刑事訴訟法第 376 條第 1 項但書案件，係同法第 405 條『不得上訴於第三審法院之案件』之例外情形，其第二審法院所為裁定，得抗告於第三審法院一次。」對於同法第 405 條之限制略為鬆綁；惟該裁定之適用條件甚為嚴苛，包含須第一審獲判無罪、第二審改判有罪後，始有該裁定適用之餘地。質言之，但凡所涉為本法第 376 條第 1 項各款所列舉之罪，縱令第一審獲判無罪，檢察官上訴二審後，第二審法院裁定羈押被告，被告仍無法抗告，蓋此時第二審法院並未改判被告有罪，與前述裁定所示情形有間，亦即於第二審法院判決以前，依同法第 405 條規定，被告對於第二審法院所為之羈押裁定，仍不得抗告。

(二) 承上，苟遭裁定應暫行安置之被告所涉犯之罪名，為本法第 376 條第 1 項所列舉之罪，則縱使第一審法院判決無罪，經檢察官上訴至第二審法院，第二審法院裁定被告應付（延長）暫行安置，將同樣面臨上述現行實務主流見解對於羈押裁定處置慣性之困境，法院仍會駁回被告對於第二審法院暫行安置裁定之抗告，迄至第二審法院撤銷原判決，改為諭知被告有罪判決，此時，被告始有機會援引上開刑事大法庭裁定，對（延長）暫行安置裁定提起抗告；惟彼時被告已遭暫行安置相當時間，救濟程序顯然緩不濟急，且通常已逾抗告之法定期間，復又衍生是否得依同法第 67 條第 1

項聲請回復原狀之爭議，徒增法律關係之複雜。

(三) 職是，釜底抽薪之計，應係由立法者通盤檢討本法第 405 條立法之妥適性，至少就涉及人身自由限制之強制處分（包含羈押及暫行安置），另行賦予被告即時請求救濟之權利。蓋以所涉案件「能否上訴至第三審」作為區別標準，區分被告有無權利對「第二審法院拘束人身自由強制處分裁定提起抗告」之差別待遇，無論係在比例原則或平等原則上，均有過度限制被告訴訟權之嫌疑。

肆、代結論：精神障礙被告，行政與立法放逐到司法曠野的替罪羊？

或許誠如論者所言，立法者終於此次暫行安置之修法，意識到一般被告與精神障礙被告之差異，並妥善考量精神障礙被告之醫療需求，確立了判決確定前，前者之拘束人身自由強制處分為羈押、後者為暫行安置；判決確定後，前者之法律效果為刑罰、後者為保安處分，兩者聯立、對應之處遇模式⁴⁷。固然，就立法的結果而言，精神障礙被告之醫療需求，於刑事訴訟程序進行中，擁有較諸修法前更妥適之照料；惟除法制層面，至少存在本文上揭疑義外，在實務層面，司法精神醫療系統尚未建置完成，立法者迄今亦未就被告之精神鑑定程序，有任何配套或進一步之規範修正，從而未能彌縫司法與精神醫療專業間之鴻溝，又刑事案件數量連年增長，檢察體系卻正上演出走潮⁴⁸，讓人不禁想問：面對難以溝通的精神障礙被告，光是人別訊問即有耗費 1 小時之可能，是否仍有足夠的專業人力，在案發後拘捕被告 24

47. 林鈺雄，《刑事訴訟法（上冊）》，第 11 版，2022 年 9 月，第 430-431 頁。
48. 「史上最大『檢察官出走潮』！才半年就 32 人離職 法務部回應了」，

ETtoday 新聞網，2023 年 6 月 9 日，網址：<https://www.ettoday.net/news/20230609/2516940.htm>，最後瀏覽日：2023 年 6 月 30 日。

小時內，即能集齊暫行安置原因及必要性之證據，向法院聲請暫行安置？

自功能最適理論之角度而言，司法權之專業對於精神障礙被告之病情全無助益，縱然在案件進行中以被告身分將其暫行安置，實際對於被告精神疾病進行治療者，亦為醫療院所之專業醫事及護理人員，案件判決確定後之監護保安處分亦同，司法權所能提供者，毋寧只是法官保留後的一紙令狀，使被告遭限制之人身自由權利，形式上合於法治國原則之誠命爾。於本文所談論之暫行安置制度上，檢察官與法官均不具有判斷被告是否存在精神障礙，以及是否因而對社會大眾人身安全造成危害風險之專業能力，修法卻未明文納入具備醫療專業之人員，於暫行安置程序中協助院、檢鑑定被告精神狀態、提供鑑定意見之配套程序，恐怕為德不卒。又在判決確定後之監護處分上，111年2月18日公布修正之刑法第87條第3項規定，立法者以「未能因應個案具體情節予以適用而缺乏彈性，且於行為人仍有再犯或危害公共安全之虞時將因期限屆至而無法施以監護，顯未能達保護社會安全之目的」為由，並高舉德、奧、瑞士等國之法制加以背書，除下5年之監護處分期間上限，順勢貼上一道法官保留之符咒；然而，立法者沒有明說的是，德國對於精神障礙被告之安置處所僅限於精神病院⁴⁹、精神病院之組織與配置有其特殊性⁵⁰、無限期安置要件嚴苛⁵¹，且採取無限期安置後精神病院人滿為患⁵²…等嚴格規範與現實困境，反觀我國，倡議十多年之久的司法精神病院，迄今僅見依附在一般綜合醫

院內約30床之司法精神病房⁵³，其組織與配置相關規定亦付之闕如，延長安置之要件寬鬆且不分罪名輕重…等節，在在揭露此次暫行安置與監護處分之修法，均欠缺事前準備而倉促上路。行政權手握精神醫療專業及資源，卻未見其角色及功能之發揮，立法權則僅汲汲於法律保留、法官保留等法治國原則基本要求，忽略行政權手握之資源應對精神障礙被告提供之國家保護義務，雙雙將限制精神障礙被告人身自由之權限與責任，推由司法權一肩承擔，而司法權在專業資源欠缺、轉銜配套紊亂及多元處遇卸責等情況下，能保全進化史上的地位，不被重新評價為更古老的恐龍，即屬僥倖，如何奢談維護精神障礙被告之權利？

《聖經·利未記》第16章第21節至22節：「兩手按在羊頭上，承認以色列人諸般的罪孽過犯，就是他們一切的罪愆，把這罪都歸在羊的頭上，藉著所派之人的手，送到曠野去。要把這羊放在曠野，這羊要擔當他們一切的罪孽，帶到無人之地。」行政權與立法權於首揭鐵路殺警案發生後，即承認渠等所稱之社會安全網，確有疏漏，並發動一連串計畫及修法，試圖弭平社會大眾之不安與憤怒，暫行安置之增訂與取消監護處分之期間上限，即屬渠等之贖罪計畫；然而，如斯立法，只是表面上送了司法權一頂保障人權的高帽，將無知等待救援的精神障礙被告，推向束手無策、甚至茫然無措的司法，從此消失於無垠的曠野，達成隔離於群眾的目的。

49. 陳俊榕，〈監護處分中之安置與矯治——以德國法制為借鏡〉，《高大法學論叢》，第18卷第2期，2023年3月，頁189。

50. 同上註，頁199-207。

51. 張麗卿，〈（題綱一）行政院籌建中之「司法精神病院」，是否符合聯合國身心障礙者權利公約？（題綱二）行政院擬修法取消監護處分五年上限，如何保障受處分人之基本人權？（題綱三）司法院擬修法新增刑事訴訟判決前的緊急監護處分，是否有違憲疑慮？〉簡報，「精神障礙觸法者處遇制度」座談會，監察院國家人權委員會，2021年7月，頁17-20，網址：<https://www-ws.cy.gov.tw/Download.ashx?u>

=LzAwMS9VcGxvYWQvNi9yZWxmaWx1LzkwMDEvMjA1MDgvNzI5NzV1ODAtOTc5ZS00Njg1LWE0ZjctZTFiMDIxm2ExYTM1LnBkZg%3D%3D&n=57K%2B56W6Zqc56SZ6Ke45r0V61CF6JmV6YGH5Yi25bqm5bqn6KuH5pyDLw8tem61%2BWNv%2BaVmea0i0ewoeWgsS5wZGY%3D&icon=.pdf，最後瀏覽日：2023年6月30日。

52. 同上註，頁10-11。

53. 「全台首間司法精神病房 落腳高雄凱旋醫院」，中央廣播電臺，2023年3月8日，網址：<https://www.rti.org.tw/news/view/id/2161361>，最後瀏覽日：2023年6月30日。

「判決所適用之法令牴觸憲法」作為上訴理由之商榷—簡析刑事妥速審判法第9條第1項第1款規定

梁志偉*

壹、問題思考

刑事妥速審判法（下稱速審法）於民國（下同）99年5月19日制定公布，旨在維護刑事審判之公正、合法、迅速，保障人權及公共利益¹，施行迄今已有10餘年。其中，速審法第9條於100年5月19日施行，依該條第1項規定，除第8條情形外，檢察官或自訴人對於第二審法院維持第一審所為無罪判決提起上訴之理由，必須以該判決所適用之法令牴觸憲法，或判決違背司法院解釋、判例者為限。立法意旨乃對於第一審判決無罪，第二審法院仍維持第一審所為無罪判決之案件，若允許檢察官或自訴人就無罪判決一再上訴，被告必須承受更多的焦慮及不安，有礙其接受公平、迅速審判的權利，因此限制檢察官及自訴人的上訴權，符合無罪推定原則，及嚴格法律審之法旨，並促使檢察官及自訴人更積極落實實質之舉證責任²。關於速審法第9條第1項所定「判決違背司法院解釋」（第2款）及「判決違背判例」（第3款）之上訴理由，最高法院已透過諸多裁判案例豐富闡釋在案³。然觀察速審法

第9條第1項所定「判決所適用之法令牴觸憲法」（第1款）之上訴理由，則較罕有相關司法裁判案例呈現。對此，本文擬從速審法第9條第1項本文及第1款的規範釋義出發，進而思考「判決所適用之法令牴觸憲法」作為上訴理由的評估商榷，以供學理研究及實務發展參考。

貳、速審法第9條第1項第1款「判決所適用之法令牴觸憲法」之釋義

觀諸速審法第9條第1項規定：「除前條情形外，第二審法院維持第一審所為無罪判決，提起上訴之理由，以下列事項為限：一、判決所適用之法令牴觸憲法。」，依本條項規定之文義解釋，可知本條項所定上訴權人為不服「第二審法院維持第一審所為無罪判決」的當事人。速審法雖為刑事訴訟法的特別法，但本法未規定者適用其他法律之規定⁴，則速審法未就當事人有特別規定，即回歸刑事訴訟法界定當事人之範圍，包含檢察官、自訴人及被告⁵。因檢察官及自訴人皆係以追訴刑事被告的犯罪為目的，有不服「第二審法院維持第一審所為無罪判決」

* 本文作者為陽銘法律事務所主持律師。

1. 參速審法第1條第1項規定。
2. 參最高法院109年度台上大字第3426號刑事裁定意旨。
3. 例如最高法院104年度台上字第525號刑事判決指出：「所稱『判決違背司法院解釋、判例』，係指判決之意旨違背現行有效之司法院歷來所作成『院字』、『院解字』及『釋字』等解釋，與最高法院歷來就具體案件中關於法令重要事項，為統一法律見解，所為補充法令不足，闡明法令真意，具有法拘束力之刑事判例等。」，以及108年7月4日大法庭制度施行後，最高法院作成之110年度台上大字第1797號刑事裁定主文第2項所表示：「第二審法院維持第一審所為無罪判決，違背本院徵詢庭或提案庭依法庭組織法所定大法庭相關程序徵詢一致或大法庭裁定之見解所為之判決，屬於刑事妥速審判法第9條第1項第3款所定之判決違背判例。」，均屬重要之裁判見解。
4. 參速審法第1條第2項規定。
5. 參刑事訴訟法第3條規定。
6. 關於速審法第8條規定之解釋適用，請參最高法院100年度台上字第3791號刑事判決：「刑事妥速審判法第八條針對檢察官、自訴人就無罪判決上訴之禁止，係以無罪推定原則為基礎，對於案經第二審發回三次以上久懸超過六年猶未能確定之案件，卷存證據資料既經事實審反覆多

次調查審認，猶無法將被告定罪，顯見檢察官、自訴代理人未能盡其實質舉證責任，即應使最後一次更審（含第三次更審在內）無罪判決於事實審定讞，不得再上訴於第三審法院，此乃刑事訴訟法第三百四十四條第一項之特別規定，其目的顯在保護被告避免訟累，俾落實被告有接受公正、合法、迅速審判之權，與同法第三百七十六條係基於訴訟經濟之考量，對輕微案件實在迅速審結所設之第三審上訴禁止，同其旨趣。本條禁止上訴之情形有二：（甲）案經第一審為被告無罪之判決後，迭經上訴，第二審更審結果仍然維持第一審所為無罪判決，（乙）案經第一審為被告有罪之判決後，屢經上訴，更審前曾經第二審二次以上改判無罪，第二審更審結果仍然改判無罪者，則此等最後一次更審無罪判決即告確定；學理上稱此為不對稱上訴，其中（甲）部分，與本法第九條第三審上訴限制競合，應優先適用本條。所謂六年失權期間，自案件繫屬第一審法院之日起，算至檢察官、自訴人提起第三審上訴之日止，不問有無可歸責之延滯事由；所稱無罪判決，或維持第一審所為無罪判決之更審判決，必係經實體上之審理，以確定本案刑罰權有無之實體判決，不及於就訴訟要件是否具備，與有無違背訴訟法之規定，所為之形式判決，且除單純一罪或數罪併罰案件得以判決主文所宣示者為據外，實質上或裁判上一罪案件，解釋上應併就判決理由內已敘明不另為無罪之判決部分，為總括整體性之觀察判斷，定其各罪是否符合本條之規定，始符立法本旨。」有詳盡之闡述。

的可能，故速審法第9條第1項所定之上訴權人係指檢察官或自訴人而言。至於本條項所定「除前條情形外」，係指非屬速審法第8條所規範之情形⁶。

速審法第9條第1項所謂第二審法院「維持第一審所為無罪判決」之界定，並不以在主文內諭知無罪者為限。實質上或裁判上一罪案件，於第一、二審判決理由內均說明不另為無罪諭知者，基於相同之理由，亦有適用，始合於該規定的立法本旨⁷。此外，速審法第9條第1項規定雖僅限前述諭知無罪之判決；於有第三人參與之沒收程序（下稱第三人沒收程序），若第一審諭知不予沒收，第二審維持第一審不予沒收之判決，檢察官不服此部分之第二審判決，提起第三審上訴時，是否亦受速審法第9條第1項的限制，法雖無明文。然速審法施行後，刑法總則關於「沒收」的規定已經修正，並自民國105年7月1日施行。由於第一、二審依第三人沒收程序之規定實質審理所得，與其就被告被訴事實之調查、認定結果，並無本質上之差異。則攸關被告犯罪成立或刑罰有無之認定，檢察官就第二審維持第一審所為無罪判決之上訴，既應受前述限制，舉重明輕並本於同一法理，與第三人財產是否應予剝奪之沒收事項，第二審若維持第一審不予沒收之判決，應同受限制⁸。

關於速審法第9條第1項第1款所定「判決所適用之法令牴觸憲法」之意義，最高法院即有闡明：所謂「判決所適用之法令牴觸憲法」，觀諸立法理由謂「最高法院認原判決所適用之法令確有牴觸憲法之疑義時，因法官並無法令之違憲審查權，僅得依司法院釋字第三七一號解釋之意旨，裁定停止訴

訟，聲請司法院解釋，以求解決」等語，當係指屬司法院大法官會議所掌抽象違憲審查之職權範圍，而得依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款聲請解釋憲法之「終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義」，即「規定違憲」之情形，有別於判決認定事實、適用法律不當而牴觸憲法之「適用違憲」，舉凡原判決所援引之法令條文或所依憑之法理、原則，與憲法之明文規定或條文所蘊涵之法理、原則互相違背者，均屬之⁹。另觀速審法第9條第1項規定的沿革發展，立法院在111年3月25日曾有修正草案將第1款的規範文義由「判決所適用之法令牴觸憲法」調整為「判決牴觸憲法或所適用之法令牴觸憲法¹⁰」，考其修正意旨應係因應憲法訴訟法於111年1月4日施行，於該法第59條第1項增設人民聲請裁判憲法審查之訴訟類型，所配合提出相應修正的規範內容。

參、速審法第9條第1項第1款「判決所適用之法令牴觸憲法」之商榷

從速審法第9條第1項第1款規定的基本闡釋似無明顯問題，然若從憲法審查的觀點剖析論證，即可觀察出本規定在法體系上存在不合時宜的疑義。首先，就本規定的設計原意，立法理由提及「為貫徹憲法保障人權之精神，原審判決所適用之法令如有牴觸憲法之情形時，由最高法院以裁定停止訴訟後，聲請司法院解釋，當事人毋庸等待該判決確定後，始依司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定聲請解釋，復據解釋

7. 同前註2。

8. 參最高法院110年度台上字第3333號刑事判決意旨。

9. 參最高法院100年度台上字第3889號刑事判決意旨，同院100年度台上字第6162號刑事判決及101年台上字第2192號刑事判決均同其旨。

10. 參院總第161號委員提案第28172號，立法院第10屆第5會期第5次會議議案關係文書，提案人為時代力量立法院黨團、立法委員邱顯智、陳椒華及王婉諭。

之結果聲請再審或提起非常上訴，以節省程序之勞費，並符合保障人民有受公正、合法、迅速審判之權¹¹。」，或係認為速審法第9條第1項第1款規定得以減少當事人於判決確定後依人民聲請釋憲程序（即修正前司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款規定或現行憲法訴訟法第59條第1項規定）聲請憲法解釋。

然而，法官依據法律獨立審判¹²，依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自得依法聲請解釋憲法以求解決，業經司法院解釋闡述明確¹³及憲法訴訟法明文規範¹⁴。至於行政命令是否違憲，各法官應自為審查表示其合法適當之見解，並不受其拘束得以拒絕適用¹⁵，因而排除在各法官得聲請解釋憲法的客體之列。是以，在憲法法庭與普通法院審判權專業分工的機制下，法律是否牴觸憲法之問題由法官依法聲請憲法解釋交由憲法法庭裁判，行政命令是否牴觸上位階法規範之問題則由法官行使規範審查權自行判斷，則速審法第9條第1項第1款以「判決所適用之法令牴觸憲法」作為提起上訴理由之要件，形成速審法的刑事上訴審查（法令是否牴觸憲法）與憲法訴訟法的法規範憲法審查（法律是否牴觸憲法）之間

相互重疊，致整體法規範體系缺乏一致性，並有混淆憲法審判權與刑事審判權功能之疑慮。

其次，從人民聲請釋憲制度的本質及功能觀察，無論係前述立法理由所指修正前司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款：「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：…二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者。」、抑或111年1月4日施行之原憲法訴訟法第59條第1項規定：「人民就其依法定程序用盡審級救濟之案件，對於受不利確定終局裁判所適用之法規範或該裁判，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」，甚至是112年7月7日施行之現行憲法訴訟法第59條第1項規定：「人民於其憲法上所保障之權利遭受不法侵害，經依法定程序用盡審級救濟程序，對於所受不利確定終局裁判，或該裁判及其所適用之法規範，認有牴觸憲法者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」，均表彰保障當事人之基本權利與闡明憲法真義之目的¹⁶。依此，無論是人民聲請法規範或裁判憲法審查，係為審查「確定終局裁判及該裁判所適用之法規範是否與憲法牴觸」的憲法問題，涉及法規範或裁判本是否侵害人民受憲法所保障基本權利的判斷¹⁷，就此對照速審法第9條第1項第1款所定「判決

11. 參速審法第9條第1項第1款規定立法理由說明三。

12. 參憲法第80條規定。

13. 參司法院釋字第371號、第572號及第590號等解釋意旨。

14. 參憲法訴訟法第55條規定：「各法院就其審理之案件，對裁判上所應適用之法律位階法規範，依其合理確信，認有牴觸憲法，且於該案件之裁判結果有直接影響者，得聲請憲法法庭為宣告違憲之判決。」

15. 參司法院釋字第137號、第216號等解釋意旨。

16. 參司法院釋字第445號解釋理由書揭示：「人民聲請解釋憲法之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲法秩序之目的。」，以及111年1月4日施行之原憲法訴訟法第59條規定之立法理由說明一、（一）：「按憲法是國家的根本大法，具有保障人民

基本權利功能的最高效力，所有國家權力的行使，皆不應違背憲法的規定，更應致力於保障人民在憲法上的基本權利。當國家權力的行使（例如法律、命令）有違反憲法的疑慮時，憲法審查相關制度就應該裁決這些國家權力行使是否合憲，守護人民的基本權利，免於國家權力的恣意侵害。」

17. 參112年7月7日施行之現行憲法訴訟法第59條規定之修正理由說明一、（二）：「本節就人民聲請法規範及裁判憲法審查之案件類型之規定，係憲法第七十七條司法院大法官解釋憲法權限之具體化態樣之一。既係憲法審查，人民聲請憲法法庭為憲法審查，當以其憲法上所保障之權利遭受公權力不法侵害為要件，始克該當，爰予明定，以杜爭議。」

所適用之法令牴觸憲法」之要件亦應為相同解釋，所謂法令牴觸憲法的意涵，實意指法令侵害人民受憲法所保障的基本權利因而違憲。

進而，速審法第9條第1項所定之上訴權人為具有當事人地位之檢察官或自訴人，其中檢察官係行使刑事追訴公權力之司法行政機關，其並非享有憲法基本權利保障的基本權主體¹⁸，在被告受「第二審法院維持第一審所為無罪判決」的有利條件下，檢察官如擬上訴理當係為被告之不利益而提起，此際難以設想有本條項第1款所定「判決所適用之法令牴觸憲法」且侵害人民受憲法所保障基本權利的情況，是本規定的設計已與檢察官的職權有所扞格。至於自訴人為犯罪被害人確為享有憲法基本權利保障的基本權主體，固有不服「第二審法院維持第一審所為無罪判決」的可能。然而，刑事訴訟制度設置之目的在確定國家刑罰權之有無及其範圍²⁰，不因檢察官提起之公訴或自訴人提起之自訴而有所差異。自訴人在刑事訴訟程序乃犯罪之訴追者，與民事訴訟程序中之原告主觀權利保護目的不同，當被告受「第二審法院維持第一審所為無罪判決」之際，自訴人與前述檢察官的客觀功能地位相仿，欲主張「判決所適用之法令牴觸憲法」且侵害其受憲法所保障基本權利即有其困難度。

末以，速審法第9條第1項規定之立法理由所提及「節省程序之勞費，並符合保障人民有受公正、合法、迅速審判之權」的目的，於「第二審法院維持第一審所為無罪判決」之情況下，就被告而言並無再判斷第二審「判決所適用之法令牴觸憲法」之需求及實益，如案件經檢察官或自訴人以「判決所

適用之法令牴觸憲法」作為上訴第三審法院的理由，反而無法實現節省程序及迅速審判的功效，故本條項第1款規定之要件恐難達成立法目的之本旨。從而，速審法第9條第1項第1款所定「判決所適用之法令牴觸憲法」抑或前述修正草案調整為「判決牴觸憲法或所適用之法令牴觸憲法」的規範內容，於法理辯證或實際適用可能有望礙難行之處，誠有重新檢討商榷之必要。

肆、結語建議

速審法施行迄今10餘年，期間諸多刑事被告受惠於本法第9條第1項規定，案件經第一審法院為無罪諭知後再獲第二審法院維持，由檢察官或自訴人評估未提起上訴或提起上訴第三審法院即以本條項規定駁回上訴，得以早日終結案件脫離訴訟程序之紛擾，亦有節省司法資源及勞費的成效。惟就速審法第9條第1項第1款所定以「判決所適用之法令牴觸憲法」作為上訴理由之設計，不僅觀察實務上最高法院鮮有裁判案例，本文前述亦論證本條項規定存在規範體系不盡妥適的思考，本於憲法審判權與刑事審判權分工的立場，及在憲法訴訟法施行後憲法審查制度發展逐步完備的發展趨勢下，速審法第9條第1項第1款規定實無再予保留之必要，建議應予修正刪除，無礙速審法貫徹刑事審判之公正、合法及迅速與保障人權等要求。

18. 參憲法法庭111年憲裁字第217號裁定：「憲訴法第59條第1項規定所稱『人民』，係指享有憲法基本權利保障之基本權主體，且受有不利之確定終局裁判者，並不包括非立於人民地位之行使公權力之行政主體或行政機關。」

19. 參刑事訴訟法第319條第1項規定。

20. 參最高法院111年度台上大字第1924號刑事裁定意旨。

妨害性隱私犯罪的探討

曾淑瑜*

壹、刑法新增妨害性隱私罪前相關規定尚不足評價本犯罪型態

- 一、刑法部分
- 二、兒童及少年性剝削防制條例
- 三、個人資料保護法

貳、刑法第 28 章之 1 妨害性隱私及不實性影像罪的介紹

- 一、修法理由
- 二、本章的保護法益
- 三、增訂第 10 條第 8 項「性影像」的定義
- 四、增訂第 28 章之 1「妨害性隱私及不實性影像罪」
- 五、犯罪競合的處理

參、兒童及少年性剝削防制條例的增訂與修正

- 一、第 2 條性剝削的定義
- 二、第 8 條與第 47 條網路服務提供者的瀏覽與移除義務
- 三、第 36 條增訂與修正性隱私侵害的樣態
- 四、第 38 條增訂與加重處罰性隱私侵害的樣態
- 五、第 39 條區分無正當理由持有性影像的處罰
- 六、提高刑責

肆、犯罪被害人權益保障法與性侵害犯罪防治法的新增與修正

伍、結語

壹、刑法新增妨害性隱私罪前相關規定尚不足評價本犯罪型態

在 112 年 2 月 8 日刑法新增第 28 章之 1 妨害性隱私及不實性影像罪前，雖未出現性隱私的用語，但侵害性隱私的犯罪大

都論以下列罪名。倘若仔細分析各該下列罪名的犯罪構成要件，可以得知並無法涵蓋妨害性隱私的各種犯罪型態，基於罪刑法定主義，自無法充分評價罪責。

一、刑法部分

(一) 刑法第 235 條散布猥褻物品罪

如有涉及有關性的文字、圖畫、聲音、影像或其他物品時，一般想到適用的規定就是本罪。本罪的行為客體為猥褻的文字、圖畫、聲音、影像或其他物品；犯罪構成要件行為計有散布、播送、販賣、公然陳列、以他法供人觀覽、聽聞（第 1 項）、製造或持有（第 2 項）。除了既設限為「猥褻物」，自然須符合「舉凡一切於客觀上足以刺激或滿足性慾，並引起普遍一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙風化」¹的一切物品，相較之下，與新增第 10 條第 8 項「性影像」的範圍不一致，「猥褻物」無法突顯性隱私，此類具有性關聯意涵的影音圖像，在既有體系上的不同評價，衍生出將被害人的性隱私評價為「猥褻」是否妥當，以及本條能否充足保護被害人權益外，其犯罪構成要件行為集中處罰對社會善良風俗的影響，忽略了前階段「猥褻物」的產生或取得究否有違法的情形，更是無法充足保護被害人的權益。最重要的是，本罪係規定於第 16 章之 1 妨害風化罪，定位在社會法益的保護，維護性道德秩序，並不足以涵蓋對個人隱私及性自主的個人法益的完善保護。

* 本文作者係臺北大學法律學系教授。

1. 司法院釋字第 407 號解釋。

（二）刑法第 304 條強制罪與第 305 條恐嚇危害罪

將他人性隱私資訊散布成立恐嚇危害罪，則須行為人以此為惡害事實通知他人，且因為內容攸關他人自由與名譽事項，在支配可能下，使被害人心生畏懼而感到不安，並不以危害已生為限，符合本罪保護被害人內心安全的意思自由法益²。倘若行為人未以性隱私資訊進行恐嚇而是逕自散布，自無第 305 條恐嚇危害罪的適用；透過虛偽影音圖像的散布進行恐嚇，須加害內容為個人自由與名譽相關且有使被害人心生畏懼，即受惡害通知人會因為深度偽造內容的散布，具有個人名譽的社會評價受到損害的內心不安，始可能論以本罪。惟前開二罪立法本意本不包括性的自由在內，在未新增妨害性隱私及不實性影像罪章前，在適用上稍嫌薄弱，無法充分評價。

（三）刑法第 310 條（加重）誹謗罪

誹謗罪保護個人名譽，為外在的社會評價。社會評價的形成則有賴於具體事實存在，傳述或指謫個人不實生活或者是未曾被揭露的生活事實³，都會影響社會成員對個人的想像與評價。未經同意散布性私密影像的類型，無論性隱私資訊是合法或違法取得，未獲同意的散布，係將被害人真正且具體但未揭露於眾的生活事實公布，在被害人身分可為特定情況下，影響個人立足社會的形象，而為名譽法益的侵害，應構成第 310 條第 2 項加重誹謗罪；即便是非真正內容的深度偽造，因為虛擬影音的散布而使被害人遭受社會不當聯想，侵犯其人格評價，縱使

事後澄清，在社會的評價與想像已然生變，事後恢復名譽的作為並無可抹滅已形成的名譽侵害。因此，在未經同意散布性私密影像、虛擬影音性濫用，以及性隱私侵害的複合態樣中之性剝削或性勒索，以散布性私密影像為控制與要脅手段，或是行為人將被害人受勒索或剝削相關的性生活史公開於眾，皆可能該當第 310 條誹謗罪之適用。然而，性隱私的影音圖像若為當事人自願拍攝，甚至具有創作色彩，未得同意下逕自散布，仍評價為誹謗似顯矛盾⁴。

（四）刑法第 315 條之 1、之 2 妨害秘密罪

未經同意散布性影像的類型，先有前階段的性隱私取得，而後未獲當事人同意之利用。縱使性隱私乃當事人自願給予，使其處於部分公開或非保密狀態，皆只是個人主體對資訊控制的權利行使，不等同於行為人能夠逕自散布、播送或販賣，因而在未有同意下的利用行為，仍是對當事人隱私權與自主決定權的個人法益侵害。無故竊錄他人非公開活動或身體隱私部位，為刑法第 315 條之 1 的妨害秘密罪，無論是性行為、性相關身體展現或特定隱私部位的拍攝，都該當本罪的非公開活動或身體隱私部位，若有後續散布、播送或販賣行為時，可能構成第 315 條之 2 第 2 項或第 3 項加重妨害秘密罪。惟本罪係性隱私的「違法取得」，在行為人經有被害人自願拍攝而合法取得，但未得同意下散布，仍因性隱私資訊非「無故竊錄」而無本條適用。

（五）刑法第 358 條及第 359 條妨害電腦使用罪

2. 最高法院 107 年度台上字第 1864 號刑事判決。

3. 許恒達，散布私密照加重刑責之研議，月旦法學雜誌第 241 期，2015 年 6 月，頁 241。

4. 蕭郁澹，性隱私外流風波—從美國立法例論我國違反本人意願散布性隱私內容之入罪化，科技法律透視第 28 卷第 10 期，2016 年 10 月，頁 48、51。

若性隱私取得行為是透過輸入他人密碼而進入電腦，在未有正當理由下「取得」當事人性私密影音圖像，自要件而言係侵入他人電腦且無故取得相關設備之電磁紀錄，可能成立刑法第 358 條及第 359 條妨害電腦使用罪。然而，妨害電腦使用罪並無處罰散布行為，且法益保護傾向電腦使用安全⁵，行為人侵入他人電腦或具有運算功能之手機，將他人性私密影像取得並散布，乃著重於性隱私侵害之隱私與自主權法益，而非電腦使用上的安全問題。以妨害電腦使用罪評價性隱私的侵害行為，未能彰顯對於隱私權及性的自由的法益保護，由此可見，修法前法規範的不足。

二、兒童及少年性剝削防制條例

針對未成年人之「兒童及少年性剝削防制條例」（以下簡稱本條例），性剝削具體態樣在 112 年 2 月 15 日修法前，現行法第 2 條的四款行為，除了使兒童或少年為對價性交或猥褻行為，尚包含利用兒童或少年為性交或猥褻的行為以供人觀覽；拍攝、製造兒童或少年為性交或猥褻行為的圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品；與使兒童或少年坐檯陪酒或涉及色情的伴遊、伴唱、伴舞等行為。本條例第 36 條修法前，其第 1 項處罰「拍攝、製造兒童或少年為性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品」之行為，第 2 項處罰「招募、引誘、容留、媒介、協助或以他法，使兒童或少年被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品」之行為，第 3 項則處罰「以強暴、脅迫、藥劑、詐術、催眠術或其他違反本人意願之方法，使兒童或

少年被拍攝、製造性交或猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品者」，而意圖營利犯前三項之罪，更是加重其刑至二分之一（第 4 項）。本條例第 38 條修法前，其第 1、2 項處罰「散布、播送或販賣兒童或少年為性交、猥褻行為之圖畫、照片、影片、影帶、光碟、電子訊號或其他物品，或公然陳列，或以他法供人觀覽、聽聞者」、「意圖散布、播送、販賣或公然陳列而持有前項物品者」。如前所述，前開二條條文使用與刑法第 235 條相同之「性交」、「猥褻」用語，其概念顯與「性影像」不同，不區分對價有無且不論未成年人是否合意皆處罰，無關當事人之自主決定。縱使未成年人同意行為人將色情影像散布於網路，仍然有第 38 條適用，如同刑法第 235 條散布猥褻物品罪，非考量當事人個人利益而置放於對社會性秩序的保護，因而實務與學說多認條例第 38 條為刑法第 235 條的特別規定，同樣是純粹的性風俗犯罪⁶。實務見解亦有相同詮釋，針對第 36 條特別論述為社會法益⁷。在性隱私侵害態樣當中，以本條例評價如上所述應是建立在性風俗的保護之上，維持社會相當的道德秩序，這樣的觀點並不悖於條例第 1 條宣示的宗旨，即兒少身心健全的保護，因為發展中的兒童及青少年正是處於與社會接軌的相當年紀，社會化為必然過程，應使其接觸符合當前規範價值的社會秩序。然而，將本條例定位在社會法益保護，並不意味對於兒童及少年之性隱私侵害無關乎個人法益的損害，忽略了性隱私侵害涉及的隱私權、性自主決定權、名譽

5. 同註 3，頁 245。

6. 廖宜寧，從「妨害風化的猥褻物品」到「妨害性隱私的性影像」— 散布性關聯影音圖像之不法性質，月旦法學雜誌第 327 期，2022 年 8 月，頁 161。

7. 臺灣高等法院臺南分院 111 年度侵上訴字第 1059 號刑事判決。

權與一般自由權等個人法益。

三、個人資料保護法

實務上以個人資料保護法評價侵害性隱私行為的案例不多。例如臺灣桃園地方法院 110 年度訴字第 882 號刑事判決以及臺灣高等法院花蓮分院 110 年度上訴字第 48 號刑事判決，皆將性隱私散布作為個人資料保護法的適用範圍，以個人資料保護法第 2 條第 1 款明文之直接或間接識別性為個人資料認定，不須達到一般第三人直接識別之程度為必要，臉部外的其他身體部位若與其他資訊相結合，能夠個化而有識別性，則不失為個人資料保護法的保護標的。行為人將他人性隱私資訊的散布行為，屬於該法規範之非法利用行為，違反個人資料保護法第 20 條第 1 項與第 41 條。同時成立第 235 條第 1 項散布猥褻物品罪、第 310 條第 2 項加重誹謗罪，論以想像競合並依個人資料保護法第 41 條之罪處斷⁸。反對者認為因為資訊須有「直接識別性」以及「識別重要性」，而一般人無法單以觀覽照片而直接識別被害人。此外，個人資料保護法的保護法益尚未有定見，致使該法適用上仍有相當疑問且要件模糊，以其評價性隱私侵害行為仍有不足而似非妥適⁹。

貳、刑法第 28 章之 1 妨害性隱私及不實性影像罪的介紹

一、修法理由

鑑於數位科技發展迅速，網路及其他數位環境的性別暴力叢生，已然對於人民的隱私權與人身安全造成實害，依據行政院 110

年公布「數位／網路性別暴力之定義、類型及其內涵說明」，業明確將「惡意或未經同意散布與性／性別有關個人私密資料」、「非法侵入或竊取他人資料」的行為，定為數位／網路性別暴力的類型。於現今網路發達的時代，資訊傳播迅速，如影像或電磁紀錄內容與性相關，容易引人一窺究竟，倘經他人恣意攝錄，其性影像恐將快速外流、散布而難以遏止，造成被害人心理無法抹滅的傷害。近來未經同意散布性影像的案件頻傳，關於攝錄、散布性影像等犯罪對被害人的隱私、名譽及人格權所生的損害甚鉅，現行本法係以第 315 條之 1 窺視竊聽竊錄罪、第 235 條散布猥褻物品罪等論斷，使其性影像遭受「猥褻物品」的污名，加劇社會對於被害人的歧視及責難，且未能妥適對應各類行為惡性，及對被害人權利侵害的嚴重性予以合理評價。復邇來網路資訊科技及人工智慧技術的運用快速發展，以電腦合成或其他科技方法而製作他人不實的性影像案件於國內外亦有逐漸增加的趨勢，因該性影像內容真假難辨，對於被害人人格法益的侵害程度不亞於散布真實影像的犯罪，爰有予以明定處罰的必要。準此，為抑制是類新興犯罪事件，並使其罪刑相當，擬增訂第 28 章之 1「妨害性隱私及不實性影像罪」，區分各犯罪行為樣態及侵害法益程度，明定加重處罰規定。

二、本章的保護法益

依法務部送行政院審查草案的立法理由，包括性隱私權、人格權及名譽權。

(一) 按維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序的核心價值，隱私權雖非憲法明文列舉的權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性的

8. 臺灣高等法院花蓮分院 110 年度上訴字第 48 號刑事判決。

9. 許恒達，兒童及少年性剝削防制條例刑事責任之評析，月旦刑事法評論第 1 期，2016 年 6 月，頁 50。臺灣高等法院 104 年度上訴字第 1393 號刑事判決。

維護及人格發展的完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料的自主控制，隱私權乃為不可或缺的基本權利，而受憲法第 22 條所保障（司法院釋字第 585 號、第 603 號解釋參照）。

(二) 次按人格權乃維護個人主體性及人格自由發展所不可或缺，亦與維護人性尊嚴關係密切，是人格權應受憲法第 22 條保障（司法院釋字第 664 號解釋參照）。而名譽權旨在維護個人主體性及人格的完整，為實現人性尊嚴所必要，受憲法第 22 條所保障（司法院釋字第 399 號、第 486 號、第 587 號、第 603 號、第 656 號解釋參照）。

(三) 本次修正，增列隱私權最核心的侵害性隱私犯罪，以及為有效抑制製作、散布不實性影像相關行為，回應外界對於人格法益保障的期待，爰增訂第 28 章之 1，並定章名為妨害性隱私及不實性影像罪。

(四) 司法院認為刑法第 319 條之 3 之罪（未得同意散布性影像罪），保護之法益包括「名譽權」：

1、「名譽」，指對他人品性、德行、名聲、信用等的社會評價；「名譽權」指享有名譽的權利，為人格權的一種，屬憲法所保障的基本權。而未得同意散布性私密影像，使得被害人最私密之隱私部位或行為對外流傳，往往遭他人歧視、嘲笑、攻擊、騷擾等，除其隱私權遭侵害外，並使其在社會上所保有的人格和地位評價受到貶損，自傷害個人名譽。參以日本「個人性圖

像紀錄散布被害防制法」（即 2014 日本「情色報復受害防治法」）規範處罰未得他人同意散布性私密影像的行為，於第 1 條即明定其立法目的：「為保護個人名譽及防止私人生活之安寧遭受侵害」，可知該法保護法益為個人名譽與隱私。

2、刑法第 319 條之 4 之罪（未經同意散布他人不實性影像罪），保護的法益包括「名譽權」：

散布以深偽科技方法製作的不實性影像（如將商業 A 片主角置換為被害人之臉），傳述個人不實的生活事實（誤以為被害人拍過色情影音，或該不實性影像為本人真實的性影像），造成個人社會評價貶低、社會形象減損的結果，除人格法益受到侵害外，亦侵害個人名譽權。

三、增訂第 10 條第 8 項「性影像」的定義

於刑法第 10 條新增第 8 項「性影像」的定義，即稱性影像者，謂內容有下列各款之一的影像或電磁紀錄：

- (一) 刑法第 10 條第 5 項第 1 款或第 2 款之性交行為。
- (二) 性器或客觀上足以引起性慾或羞恥之身體隱私部位。
- (三) 以身體或器物接觸前款部位，而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。
- (四) 其他與性相關而客觀上足以引起性慾或羞恥之行為。

四、增訂第 28 章之 1「妨害性隱私及不實性影像罪」

本章之各犯罪類型及其構成要件如下：

- (一) 第 319-1 條
第 1 項未經同意無故攝錄性影像罪

第 2 項意圖營利便利他人未經同意攝錄性影像罪

第 3 項意圖營利散布播送等未經同意攝錄性影像罪

行為主體	一般人
行為客體	他人的性影像
主觀構成要件要素	1、故意（第1項） 2、故意、營利之意圖（第2項） 3、故意、營利、散布、播送、公然陳列或以他法供人觀覽之意圖（第3項）
客觀構成要件行為	1、以照相、錄影、電磁紀錄或其他科技方法攝錄（第1、3項） 2、供給場所、工具或設備，便利他人以照相、錄影、電磁紀錄或其他科技方法攝錄（第2項）
其他	1、未經他人同意，無故為之（第1項） 2、未遂犯（第4項）

（二）第 319-2 條

第 1 項違反本人意願攝錄性影像罪

第 2 項意圖營利便利他人違反本人意願攝錄性影像罪

第 3 項意圖營利散布播送等違反本人意願攝錄性影像罪

行為主體	一般人
行為客體	他人的性影像
主觀構成要件要素	1、故意（第1項） 2、故意、營利之意圖（第2項） 3、故意、營利、散布、播送、公然陳列或以他法供人觀覽之意圖（第3項）
客觀構成要件行為	1、以強暴、脅迫、恐嚇或其他違反本人意願的方法，以照相、錄影、電磁紀錄或其他科技方法攝錄，或使其本人攝錄（第1、3項） 2、便利他人以強暴、脅迫、恐嚇或其他違反本人意願的方法，以照相、錄影、電磁紀錄或其他科技方法攝錄，或使其本人攝錄（第2項）

其他	未遂犯（第4項）
----	----------

（三）第 319-3 條

第 1 項未經同意無故重製散布播送等他人性影像罪

第 2 項未經同意無故重製散布播送等攝錄性影像罪

第 3 項未經同意無故重製散布播送等違反本人意願攝錄性影像罪

第 4 項意圖營利或販賣未經同意無故重製散布播送等攝錄性影像罪

行為主體	一般人
行為客體	攝錄的他人性影像
主觀構成要件要素	1、故意（第1-3項） 2、故意、營利之意圖（第4項）
客觀構成要件行為	1、重製、散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽他人的性影像（第1項） 2、重製、散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽依第319條之1第1項至第3項攝錄之他人的性影像（第2項） 3、重製、散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽依第319條之2第1項至第3項攝錄之他人的性影像（第3項） 4、犯前三項之行為或販賣前三項的性影像（第4項）
其他	1、未經他人同意，無故為之（第1-4項） 2、未遂犯（第5項）

（四）第 319-4 條

第 1 項意圖散布播送等製作不實性影像罪

第 2 項散布播送等不實性影像罪

第 3 項意圖營利製作、散布播送或販賣不實性影像罪

行為主體	一般人
行為客體	他人不實的性影像
主觀構成要件要素	1、故意及散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽之意圖（第1項） 2、故意（第2項） 3、故意、營利之意圖（第3項）

客觀構成要件行為	1、以電腦合成或其他科技方法製作關於他人不實的性影像（第1項） 2、散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽以電腦合成或其他科技方法製作關於他人不實的性影像（第2項） 3、犯前二項的行為或販賣前二項性影像（第3項）
其他	足以生損害於他人（第1、2項）

（五）第 319-5 條

配合第 319 條之 1 至之 4 增訂性影像相關規定，將其附著物及物品納入義務沒收範圍，以避免被害人受到二次傷害。

（六）第 319-6 條

第 319 條之 1 第 1 項及其未遂犯、第 319 條之 3 第 1 項及其未遂犯之罪，為尊重被害人進行訴訟程序的意願，須告訴乃論。

五、犯罪競合的處理

前揭第 319 條之 1 至之 4 的第 3 或 4 項為第 1 項的加重類型或後行為，行為人如有前後行為，因屬法規競合，優先適用第 3 或 4 項。相同地，於攝錄性影像後，進而重製、散布等行為，第 319 條之 3 後行為吸收第 319 條之 1 前行為。

參、兒童及少年性剝削防制條例的增訂與修正

因應數位科技與性隱私侵害的關係，本條例於 2023 年 2 月公布的修法重點包括加重刑責以及增加網路業者自律與平台移除責任，搭配刑法修正，建構對數位性暴力的完善防治。

一、第 2 條性剝削的定義

從原先第 2 條第 3 款之拍攝與製造行為，擴張至散布、播送、交付、公然陳列與販賣

的行為，皆屬於性剝削的態樣。此外，配合刑法第 10 條第 8 項對性影像定義，條例第 2 條將原先拍攝與製造的行為客體，從所列之圖片、影片與電子訊號等，修正統稱為性影像。須特別說明的是，法案說明中表示刑法第 10 條第 8 項性影像，所指「影像或電磁紀錄」並未包括性交或猥褻的「圖像」，因而保留原有規範圖像的規範；並且，考量實務仍有以「語音」作為性剝削客體，因而將持有或利用兒童及少年性交或猥褻的語音列為性剝削¹⁰。

二、第 8 條與第 47 條網路服務提供者的瀏覽與移除義務

第 8 條第 1 項在規範對象上，從原有的網際網路平臺提供者與應用服務提供者，增加網際網路「接取服務提供者」。規範內容從原先發現犯罪嫌疑時的「通知義務」，增加至要求業者與服務提供者先行「限制瀏覽或移除」相關資料，並通知警察機關。第 2 項則是規範個人相關資料的保留時限，延展至 180 日，以利偵查機關調查所需。增訂第 3 項要求性影像的移除或下架，避免對被害人的二次傷害與侵害加劇。此外，第 47 條則是針對違反第 8 條義務的網際網路服務提供者，在無正當理由下未限制瀏覽或移除性隱私資訊、未通知警察機關，或者是違反資料保留的規定，由主管機關處以罰鍰且得按次罰之。

三、第 36 條增訂與修正性隱私侵害的樣態

第 36 條第 1 項將拍攝、製造兒童及少年性交或猥褻行為的圖畫、影片、光碟或其他物品，修正統稱為「性影像」，並且如同第 2 條性剝削定義，保留性交或猥褻行為的

10. 立法院第 10 屆第 5 會期第 4 次會議議案關係文書，2022 年 3 月，頁 4。

「圖畫」以及增訂「語音」的樣態。第 2 項及第 3 項則將促使兒童及少年「自行拍攝」行為納入處罰，並統一稱呼為性影像。增列「自行拍攝」的理由，在於實務對第 36 條第 2 項及第 3 項已有的製造行為，擴大文義解釋，認為自行拍攝屬於創造行為，包含於製造當中¹¹，如此解釋將產生體系不當，原因在於「使兒童及少年被拍攝」與製作行為係獨立之兩個概念，卻將「自行拍攝」認為是製作行為之一，惟自行拍攝與被拍攝僅是相對概念，前者既可擴張解釋而包含於製作當中，後者應無不同卻為獨立規範，因此將「自行拍攝」明文獨立規定¹²。第 6 項與第 7 項則針對性影像的物品及附著物，以及拍攝或製造的工具或設備，不問是否屬於犯罪行為人，均予以沒收。

四、第 38 條增訂與加重處罰性隱私侵害的樣態

第 1 項行為樣態配合第 2 條性剝削的定義，將性交或猥褻行為的「語音」包括在內。修正草案特別說明，縱使未至散布、播送或公然陳列程度，「交付」仍有使性影像流傳的可能，將其與散布、播送或公然陳列的侵害等同視之併予處罰，且上開行為皆有未遂犯處罰；第 2 項提高行為人意圖散布、播送、交付或公然陳列，並持有性影像行為的刑度；增加第 3 項的加重處罰，以行為人意圖營利而違犯第 1 項及第 2 項的利用性影像、性交或猥褻行為的圖畫或語音，或是販賣前 2 項物，作為刑法加重條件並且處罰未遂犯。此外，第 38 條第 1 項至第 3 項的附著物及物品皆予沒收。

11. 同前註，頁 12。

12. 同前註。

五、第 39 條區分無正當理由持有性影像的處罰

修正後之本條例第 39 條，將無正當理由「持有」兒童及少年性剝削的物品區分處罰，第 1 項以刑罰處罰「性影像」之「持有」行為，第 2 項與第 3 項則針對「性交或猥褻行為之圖畫、語音或其他物品」，區分成第一次持有課以罰鍰，第二次持有則以罰金處罰。須特別說明的是，以持有作為本條規範的行為，係保護不特定的兒童或少年的個人利益不受侵害的危險，理由在於實務上經常發生行為人以持有的性影像、圖畫或語音，進行誘拐、交換持有或維持當事人性剝削關係的存續，皆是對被害人的加劇侵害，因而處罰無正當理由的單純持有。

六、提高刑責

第 35 條促使兒童及少年為性交或猥褻行為，以供人觀覽，修正理由說明該等行為不亞於刑法第 227 條對未滿 14 歲男女為性交的行為，因此刑度調高至 3 年以上 10 年以下有期徒刑。第 2 項違反意願使兒童及少年為性交或猥褻，則提高罰金額度。第 44 條將支付對價觀覽性交或猥褻行為的處罰，從罰鍰修正為刑罰，因為數位科技多元，經常發生使用直播或視訊方式收取費用，為避免使兒童及少年遭遇任何形式的性剝削，課與行為人刑事責任以適當評價行為惡性與防制行為。第 45 條調高罰鍰與修正處罰，參酌韓國法律，調高促使兒童及少年陪酒或色情伴遊、伴唱、伴舞或相類似行為的罰鍰；行為人若施以詐術並促使第 1 項行為的發生，原先規定於第 2 項後段，依據修正說明，因為第 3 項亦有規範詐術犯的行為，故刪除之。

肆、犯罪被害人權益保障法與性侵害 犯罪防治法的新增與修正

犯罪被害人權益保障法¹³最重要莫過於新增第三章犯罪被害人保護命令。依據其第35條第2項¹⁴以觸犯刑法第28章之1或以性影像犯強制罪、恐嚇人身安全罪與恐嚇取財罪為適用範圍，係考量上開行為對被害人隱私、名譽及人格權的損害甚鉅，配合刑法罪章增訂，以及回應社會期待，將性隱私侵害的情形納入保護令的適用範疇，並以檢察官聲請或法院職權為保護令的核發，得以要求被告禁止重製、散布、播送或交付等利用行為、移除或向網路相關業者申請刪除被害人的性影像，或者是禁止行為人對被害人的危害行為¹⁵。

而性侵害犯罪防治法¹⁶搭配刑法新增罪章而進行修正。首先，條文第7條第3項¹⁷增訂對刑法妨害性隱私罪，以性影像犯刑法強制罪、恐嚇人身安全罪以及恐嚇取財罪時，皆有本法預防及通報與被害人保護的相關適用，提供對被害人救援機制。增訂第13條網路平臺提供者、應用服務提供者及接取服務提供者的限制瀏覽與移除犯罪相關資料，以及保留犯罪嫌疑人個人資料與網路使用紀錄資料的義務，係為因應數位時代下，

性侵害案件同時發生性影像的拍攝，而有移除與下架需求，提供對網路業者的限制瀏覽、移除以及保留資料義務，提供被害人保護並且避免檢調單位蒐證與調查。¹⁸並且，根據第46條至第48條，針對違反限制瀏覽與移除犯罪相關資料以及保留犯罪嫌疑人個人資料與網路使用紀錄資料的義務、業務或職務知悉的保密義務，以及廣播或電視業者的不得報導及記載義務，課以罰鍰。

犯罪被害人權益保障法以及性侵害犯罪防治法同樣是建構性暴力防制的重要規範，事前的預防與事後通報及救援機制不可或缺，共同提供對性隱私犯罪的防制以及提供被害人更完善的保護，限制瀏覽或移除影像避免被害人受更劇烈的侵害。

伍、結語

綜上所述，即使新增刑法第28章之1各項罪名及本條例的各相關罪名，仍有刑法第235、304、305、310條等的適用，因本章的保護法益包括性隱私、性的自由及名譽在內，與前開罪名，除第235條的保護法益是社會善良風俗秩序，應以想像競合論處外，其餘罪名因保護法益相同，依法規競合，應優先適用本章、本條例各罪名。

11. 同前註，頁12。

12. 同前註。

13. 中華民國112年2月8日總統修正公布名稱及全文103條，原名稱：犯罪被害人保護法；新名稱：犯罪被害人權益保障法，中華民國112年6月16日行政院院臺法字第1121025348號令發布第二章、第三章、第五章條文，定自112年7月1日施行。

14. 法院就刑法第28章之1，或以性影像犯刑法第304條、第305條、第346條之罪案件之被告許可停止羈押時，經審酌人權保障及公共利益之均衡維護，認有必要者，得依職權或檢察官之聲請，定二年以內之相當期間，命被告遵守下列事項：

一、前項第1款至第3款之事項。

二、禁止重製、散布、播送、交付、公然陳列，或以他法供人觀覽被

害人之性影像。

三、提出或交付被害人之性影像。

四、移除或向網際網路平台提供者、網際網路應用服務提供者或網際網路接取服務提供者申請刪除已上傳之被害人之性影像。

五、禁止其他危害被害人之事項。

15. 行政院第3793次會議，討論事項（二），2022年3月，頁140。

16. 中華民國112年2月15日總統修正公布全文56條；除第13條條文自公布後六個月施行外，其餘自公布日施行。

17. 以刑法第319條之1至第319條之3之性影像，犯刑法第304條、第305條、第346條之罪者，準用第8條、第9條、第12條、第15條、第16條、第18條至第28條規定。

18. 行政院第3793次會議，討論事項（三），2022年3月，頁44-45。

警察偵查權重整

黃朝義*

目次

- 一、導言(概說)
- 二、警察偵查權的建構
 - (一) 檢警關係問題
 - (二) 檢察司法影響檢警關係
 - (三) 檢警關係本質問題
- 三、日本法制立法例(檢警同時擁有偵查權)
 - (一) 日本檢警關係概述
 - (二) 日本檢警機關同屬偵查機關
- 四、合理檢警關係建構與修法建議
- 五、警察偵查權與警察微罪處分權
 - (一) 警察微罪處分權的必要
 - (二) 微罪處分的具體規範
- 六、結論

一、導言(概說)

2023年7月12日於立法院，「民團籲『檢警分工』輕罪由警偵查；曹興誠籲請立法院『搶救司法癱瘓』」之記者會，指出「地檢署未結案件逐年攀升，去年實際處理案件數突破74萬多件，每名檢察官一年要處理案件高達930件。台灣公民人權聯盟今日召開「救治司法癱瘓的二支箭」記者會，呼籲採取「檢警專業分工」及落實「刑事妥速審判法」，讓司法案件不再塞車；前聯電董事長曹興誠出席記者會強調，司法改革進度緩慢，請立法院緊急救治司法癱瘓。…2022年全部地檢署實際負責偵查案件的檢察官人力不到800人，負責刑事偵查警察則有7128人，每位偵查檢察官年度處理案件數高達930件。2022年地檢署起訴罪名為最重本刑5年以下者至少超過16萬件，占全年起訴人數65%，大多屬於一般類型化犯罪。此部分

應採取「檢警專業分工」，由警察負責偵查，檢察官負責起訴，可減輕檢察官負擔。…」¹此在在指出，目前檢察官與警察關係在偵查權方面有問題外，為解決民怨，亦有賦予警察微罪處分權之重要。

依現在制度，檢察官確實有偵查權利(警察沒有偵查權)，自己可以選擇案件展開偵查，且檢察官亦可將案件偵查義務移轉給警察，同時檢察官也享有審查警察案件之偵查(刑訴228條以下)。此些情形皆與歐陸法系國家之法制觀點相當不同。換言之，檢察官對警察一方面具有法律監督權，另一方面同時居於偵查主導者地位之思考，顯然矛盾，此可謂為舉世所無之怪現象。在我國，唯一偵查主體檢察官的神話終將崩潰，亦即擁有唯一偵查權的檢察官怎可將案件退案給非偵查主體的警察。

二、警察偵查權的建構

(一) 檢警關係問題

偵查階段在找尋、蒐集、保全各類證據(證據蒐集)及評價各類證據之後決定是否提起訴訟(證據篩選)。基於教育訓練的差異、資源與人力配置等因素，絕大多數的刑事偵查工作，實際上係由司法警察獨立從事證據蒐集，以及犯罪嫌疑人之逮捕與偵訊等工作，隨之再由檢察官就司法警察機關所提供的資訊，判斷本案是否應提起公诉或為不起訴、緩起訴等等之處分。警察的工作在偵查實務上有其需要受到重視與尊重之必要。

檢察司法(即所謂的檢察法西斯)的形

* 本文作者係中央警察大學教授、日本慶應義塾大學法學博士。
1. <https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/4361436>

成可謂完全抹滅了警察的存在，尊嚴也受到重大傷害。在檢察官極度誇大與強調其為偵查主體之情形下（現也將法務部所屬調查局與廉政署皆列為偵查機關，受檢察官指揮命令，權限擴大到無以倫比），警察機關只有受檢察官極盡霸凌式的欺壓與支配，別無他途。

（二）檢察司法影響檢警關係

檢察司法的形成，以及一切的改變與一切的不合理，皆與刑事訴訟法及調度司法警察條例有關。亦即，1928年公布實施的刑事訴訟法，警察機關雖擁有與檢察官相同的獨立偵查權，然卻在1935年為當時的司法院司法行政部（今法務部）單一機關主導修法內容，將警察擁有的偵查權全數剝奪，自此警察機關淪為檢察官指揮命令的對象，變成事事受檢察官掌控。1945年調度司法警察條例強制立法，使得警察機關在刑事案件受到來自檢察官與法官的指揮命令，警察等同是檢察官與法官的下屬單位。從刑事訴訟法立法迄今，經歷約近一個世紀，警察受院檢雙方差遣的日子，越來越嚴重，尤其是檢察司法現象持續的存在與誇大，警察的尊嚴真的很難維護。

（三）檢警關係本質問題

面對如此的困境，警察在未來應如何應對，恐將是一重大挑戰。未來除先要廢除不合時宜而有濃厚國民政府訓政時期色彩的調度司法警察條例外，法院組織法要重新修定（刪除調度警察相關規定），刑事訴訟法也要恢復1928年當年警察與檢察官共同擁有偵查權的立法內容（1928年刑事訴訟法規定，縣長、公安局長、憲兵隊長與檢察官同時擁有偵查權），才能找回警察之尊嚴，也才能避免檢察司法的橫行。

因而為配合現實偵查運作之情況，應由

司法警察機關負擔「第一階段的偵查工作」，而受法律專業訓練的檢察官則擔任「第二階段的偵查工作」，以建立一個權責分明的偵查程序。藉由此種分工模式，必能促使司法資源為更有效率之運作。檢警間的合理關係應為：

- 1、檢察官及司法警察（官）知有犯罪嫌疑時，均應有犯罪偵查權；
- 2、檢察官對於司法警察（官）開始偵查之案件，從犯罪之類型、情節、所需之偵查手段等綜合判斷，認為以檢察官偵查為宜時，得請求司法警察官將全案移送，由檢察官偵辦；
- 3、至於檢察官開始偵查之案件，經綜合判斷後，以由司法警察（官）偵查為宜時，亦得將案件移交由司法警察（官）偵查。

三、日本法制立法例（檢警同時擁有偵查權）

（一）日本檢警關係概述

1、警察為偵查機關

依據日本舊刑事訴訟法（日大正時期）第246條規定，「檢事（檢察官）認為有犯罪存在時，應偵查犯人與證據」；並規定檢察官屬於犯罪偵查的核心（中心）機關，廳府縣的警察官在於輔助檢察官並接受其指揮以偵查犯罪（同法第248條）；巡查（警察）屬於司法警察官吏，接受檢察官或司法警察官之命令而為偵查之輔助²（同法第249條）。

依此日本舊刑事訴訟法規定，檢察官為犯罪偵查的核心（中心）機關，而賦予檢察官對司法警察官吏（司法警察人員）偵查上之指揮命令權。日本舊刑事訴訟法所規定的

2. 有認為其目的在於「有必要統一偵查事務的實施，且明確有關偵查事務之責任所在，為此，為統一架構各種偵查機關，必須制定其核心機關，而檢察官充當此一核心機關之重任被認為是適當的。」宮下明義，「新刑事訴訟法逐條解說 II」（司法警察研究會公安發行所 1959年），20頁。

檢警關係與我國 1928 年刑訴法所規定的檢警關係不同。當時的日本是檢為主警為輔，我國檢警關係是檢警同具有偵查權。

依現行日本刑事訴訟法第 189 條規定，「警察官依據個別法律、其他法律或國家公安委員會或都道府縣公安委員會之規定，執行司法警察職員之職務（第 1 項）；司法警察職員於認為有犯罪存在時，應偵查犯人與證據（第 2 項）」³。日本新刑事訴訟法改採檢警互擁有偵查權，回到如同我國 1928 年刑事訴訟法之規定要旨，警察與檢察官同時擁有偵查權。

從第 189 條開始至同法第 195 條為止，係分別規定偵查機關與其權限，以及偵查機關相互間關係。

第 189 條第 1 項規定，警察法上的警察官屬於刑事訴訟法上一種偵查機關之司法警察職員；其第 2 項係規定，司法警察職員的一般偵查權。

司法警察職員分為一般司法警察職員（警察官）與特別司法警察職員，其中特別司法警察職員係規定於刑事訴訟法第 190 條。

換言之，依日本現行刑事訴訟法規定（二次大戰後），過去舊刑事訴訟法時代之檢警關係已經大幅度予以變更。亦即偵查機關的檢察官與偵查機關的司法警察職員，分別獨立擁有偵查權限，兩者間之關係並非為上下關係而是處於並列關係，彼此間互不隸屬，分別屬於獨立的偵查機關。此與我國 1928 年刑事訴訟法規定為相同旨趣。

2、警察為第一次偵查主體

依日本刑事訴訟法第 189 條第 2 項與第 191 條第 1 項分別規定之要旨得知，司法警察職員的偵查權屬於第一次的、本來的（第一線的）偵查；檢察官的偵查屬於第二次的、

補充的、補正的偵查。換言之，司法警察職員擁有第一次的（第一線的）偵查責任，檢察官負有第二次的、補充的（第二線的）偵查責任³。基此，檢察官與司法警察職員兩者間原則上係基於協力協助關係（日刑訴法第 192 條）。例外時，在不對個案或對個別司法警察人員指揮之前提下，日刑訴法亦規定，檢察官對司法警察職員有一般指示權與指揮權（日刑訴法第 193 條）。

（二）日本檢警機關同屬偵查機關

日本歷經刑事訴訟法新舊法時期，亦即經歷二次大戰前後，日本的檢警關係亦由戰前時期的檢察官優位，且以指揮司法警察機關辦案為主軸的舊刑事訴訟法結構，隨著戰後的修法而使檢警雙方關係轉變成各自獨立的偵查機關，彼此間相互協助以偵查犯罪。另外，亦為兼顧檢察官為終結案件之決定者地位，於案件為起訴與不起訴之進行，不論於案件終結前後或為維持檢察官的獨自案件偵查權，在法的設計上亦賦予檢察官得對警察機關為案件的一般指示權（如微罪處分範圍、移送書格式的指定）；於獨自為犯罪之偵查與具體案件之偵查，請求警察機關協助時得為一般指揮權與具體指揮權。自此檢警雙方在互有偵查權（雙偵查）的架構下，對於案件之偵查維持著相互協力協助關係，完全破除了檢察為主、警察為輔的不合理結構。

四、合理檢警關係建構與修法建議

經由檢警關係本質問題之探討，以及參考日本檢警關係法制的演變，得以發現，檢察官為唯一偵查主體之論述，有其混淆視聽

3. 宮下明義，『新刑事訴訟法逐條解說 II』（司法警察研究會公安發行所 1959 年），23 頁 31 頁；藤重光，『解刑事訴訟法』（上），1950 年，弘文堂 348 頁；團藤重光編，『法律實務講座刑事編 3 卷』，有斐閣，425 頁；法解刑訴（中）（高田）9 頁、18 頁；青柳文雄 = 伊藤榮樹 = 柏木千秋 = 佐木史朗 = 西原春夫編，『註刑事訴訟法 2』，立花書房，19 頁、48 頁；小野清一郎 = 川敏雄 = 井大三 = 栗本一夫編，『刑事訴訟法（新版）註全書（上）』，1986 年，有斐閣，418 頁。

之現象。因此，合理的檢警關係有必要重新檢討與重建。再次得以發現，偵查工作之成敗往往左右著審判之結果，司法警察機關擁有較多之人力及物力，且辦案經驗豐富，相對地，檢察官經過專業法律之訓練，對於偵查行為之合法性常可提供專業之意見。為達刑事訴訟發現真實及保障人權之目的，檢察官、司法警察機關對於偵查案件本應互相協助。在此互相擁有偵查權限（檢警皆有偵查權）之建制下，司法警察（官）於偵查完畢後，除警察所為微罪處分案件（須立法，修改刑訴法第 92 條）外，應將偵查之結果移送至該管檢察署檢察官，由該管檢察官依法終結該案件（檢察官擁有決定起訴不起訴之權限）。惟若檢察官認為警察偵查未完備者，得將卷證發回，並得請求司法警察機關於一定期間內補足相關證據。因此，合理檢警關係之修法建議條文為：

1、刑事訴訟法第二百二十八條（檢警機關同屬偵查機關）

司法警察官或司法警察認為有犯罪嫌疑存在時，應即開始偵查犯人與證據。依法令關於特定事項，得行司法警察官或司法警察者亦同（第 1 項）。

檢察官或檢察事務官知有犯罪嫌疑時，或前項案件檢察官認為有自行偵查之必要者，得自行偵查，檢察官並得請求司法警察官或司法警察將相關卷證一併送交，亦得將案件移交由司法警察機關偵查（第 2 項）。

司法警察官或司法警察實施第一項偵查認有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即

時之勘察（第 3 項）。

司法警察官或司法警察應將偵查之結果，移送該管檢察官。檢察官對於司法警察官或司法警察移送之案件，認為偵查未完備者，得將卷證發回，請求其於一定期間內補足後再行移送（第 4 項）。

2、刑事訴訟法第二百二十八條之一（或改列為第二百二十九條）

檢察官與司法警察機關關於偵查應相互協助（第 1 項）。

檢察官依據管轄區域，對於司法警察官或司法警察，為求偵查適法以及實現公訴，得就必要事項制定一般準則（如微罪處分書；移送書類格式以及其他書類格式等）（第 2 項）。

檢察官依據管轄區域，對於司法警察官或司法警察，得請求偵查協助（第 3 項）。

檢察官自行偵查犯罪認有必要時，得向司法警察官或司法警察請求偵查之輔助（第 4 項）。

第三項與第四項的請求，檢察官不得針對個別司法警察官或司法警察為之（第 5 項）。

3、刪除原刑事訴訟法第 229 條、第 230 條、第 231 條以及第 231 之 1 條等規定⁴。

五、警察偵查權與警察微罪處分權

（一）警察微罪處分權的必要

我國未來警察恢復擁有偵查權後，基於以下數點理由，亦可考慮將微罪處分權⁵納入我國刑事訴訟程序，以降緩院檢的負擔。在具體法制之建構上，宜加強監督與讓犯罪

4. 至於相關令狀規定與令狀聲請，除羈押聲請專屬檢察官權限外，有關拘提、搜索扣押、鑑定許可書、勘驗、通訊監察、調取票等，司法警察官可直接向法院聲請（勿須經檢察官許可），其他相關強制處分部分理應亦須回歸法院作司法審查（諸如檢察官的傳喚、拘提、鑑定、勘驗、具保、責付、限制住居、限制出境出海等，等同強制處分決定權），方符合民主法治國家之法制。

5. 以日本為例，百分之二十五之案件在警察階段以微罪處分處理，微罪處

分係依據日本刑事訴訟法第 246 條但書規定（即檢察官指定之案件不用移送檢察署），此規定被認為是檢察官將某些案件之處分權移交由司法警察機關處理之條款。換言之，檢察官依據日本刑事訴訟法第 248 條規定：「依犯人之性格、年齡與境遇、犯罪之輕重及情狀、以及犯罪後之情況，認為無追訴之必要時，得不提起公訴」。將不起訴處分權之一部分，透過同法第 246 條但書之規定移交由警察機關執行，就其實質，微罪處分亦屬於廣義起訴裁量的一部分。

被害人參與，亦即參考外國法之具體實例，並參考台灣國情，有必要提出合理合法的警察微罪處分規範。

1、改良式當事人主義之轉變

就我國刑事訴訟改革方向而言，我國刑事訴訟採改良式當事人進行主義的訴訟模式，法庭活動成為檢察官工作之重心，檢察官負擔勢必大幅增加，整個訴訟資源的分配應該重新思考。某些極輕微的案件不應全部送交檢察官終結，可由司法警察機關於偵查階段予以剔除，減輕檢察官的負擔，讓檢察官的人力、時間、精力投入於其他重大犯罪之偵查及法庭活動⁶。況且檢察機關可以透過嚴格之事後監督防止司法警察機關濫權，對整個刑事訴訟之司法資源分配將有莫大之助益。

2、刑事政策之觀點

從刑事政策之觀點而言，警察機關之微罪處分具有如下三種機能。即：

- (1) 將所有犯罪者皆加以刑事追訴、處罰，實際上不僅不可能，況且由實現刑事司法目的之觀點得知，亦是沒有必要的，所有的案件不分輕重皆一律給予相同強度的追訴，反而會招致違反正義的結果。
- (2) 微罪處分將犯下輕微犯罪（或經過修法亦可考慮三年以下有期徒刑或五年以下有期徒刑可適用）之人排除於刑事司法程序中，不將其科以犯罪者之標籤（stigmatization），使其深覺自己是無用之人，無法形成自我觀念，此點對

被告而言是有利的。

- (3) 受微罪處分之案件大部分係侵害法益極其輕微，微罪處分之作成實具有防止再犯之效果⁷。

3、從犯罪嫌疑人之觀點

對於犯罪嫌疑人而言，警察機關之微罪處分權能使其早日脫離刑事追訴程序，毋庸再經檢察官之偵訊，可減少犯罪嫌疑人忍受繁複偵查、訴訟程序之時間，此點對於犯罪嫌疑人而言亦是相當有利。況且對於輕微案件之被害人，微罪處分之作成若能得其同意，除加強微罪處分權之監督，不使警察機關濫權外，亦讓犯罪被害人有參與之機會。

或許會有認為警察微罪處分權有缺點，諸如(1)警察素質不佳且易於受外力介入而受干擾；(2)微罪標準不一易造成不公平現象；(3)犯罪嫌疑人可能遭剝奪受法院無罪判決之機會；(4)剝奪檢察官偵查終結之角色。

第(1)點部分，警察是否果真素質不佳易受外力干擾，實屬見仁見智之問題，甚可能僅為純粹之刻板印象。此亦可依105年2月22日公布之「104年度全國民眾犯罪被害暨政府維護治安施政滿意度」調查指出，民眾對警察之滿意度創新高，達到72.9%，對治安滿意度也連續4年穩定上升，來到43.9%得以窺知。

第(2)點部分，微罪處分標準不一，確會使司法警察及民眾產生無所適從之感。惟若以立法（例如刑事訴訟法）定明授權依據，再委由各地檢署檢察長以召開「檢警聯繫會

6. 司法警察機關的微罪處分權係指將輕微的犯罪沒有科以刑罰必要者，在司法警察機關偵查的階段即予以處理，而不經移送檢察官即作成偵查終結之處分。

7. 成為微罪處分對象之案件約略可分為三種（以日本為例）：

1. 被害金額很少，且犯罪行為情節輕微，犯罪嫌疑人也進行贖物之返還及其他回復損害工作，被害人亦表示不希望處罰被告，且所犯者亦非屬素行不良者之偶發性犯行，並無再犯之虞的竊盜、詐欺或侵占案件及相當於此類案由之贖物案件。

2. 犯罪情節輕微、賭資極其微薄，共犯者的全部並沒有再犯之虞之初犯者的賭博案件。

3. 其他檢察長特別指定之特種犯罪類型之案件。其中，因非素行不良者的偶發性之行為，被害輕微的粗暴犯（如暴行、傷害等）當然亦應包括在內。又依據日本道路交通法之規定，繳納違規金之違反事件亦包含在微罪處分範圍內。惟若屬被告被捕之案件，有告訴、告發、自首之案件，依法應進行公訴程序之案件，或檢察長特別指定必須移送之案件時，警察機關便不可採取微罪處分。

議」之方式，審酌各地民情、犯罪情況、頻率等，量身打造微罪處分基準，甚至為統一全國微罪處分基準，可避免各地差異過大。

第(3)點部分，犯罪嫌疑人遭微罪處分，雖可能使其喪失遭無罪判決之機會，惟在制度設計上，若可引入犯罪嫌疑人對微罪處分之同意權似可加以解決。亦即當司法警察告知該案將以微罪處分終結時，犯罪嫌疑人可以當場表示異議，要求司法警察立即將案件移送檢察官。實務上，除非被害情節嚴重，損害金額甚鉅，被告擔心事後遭被害人民事求償外，迅速使被告得以脫離輕微案件之糾纏，應該是其等衷心期盼之事，當無拒絕司法警察微罪處分之充分誘因。

第(4)點部分，論者雖認司法警察之微罪處分可能會剝奪檢察官作為偵查終結者之角色，亦即擔憂檢察官之偵查主體權可能遭削弱。若僅賦予微罪處分暫定效力，需經檢察官核備始生終局、確定之法律效果，並強調微罪處分權力是源自檢察官不起訴裁量權(刑訴法 253 條)，其實無庸過度擔憂。此也如同檢察官不起訴處分，具有非刑罰化之效果。

(二) 微罪處分的具體規範

如前述，警察機關在恢復偵查權後，為達便民與訴訟經濟的考量，警察的微罪處分權的導入有其必要。刑事訴訟法第 92 條第 2 項雖規定，司法警察官、司法警察逮捕或接受現行犯者，應即解送檢察官，但對於所犯最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪、告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者，卻亦規定為應經檢察官之許可，方可不為解送。惟對於此些輕微案件，其實得直接交由警察機關判斷，而無須經檢察官許可或要求立即解送檢察官，以免對人民造成更大之不便。因此，對應之策在於，遇

此輕微案件，應預先授權警察機關得先行釋放被逮捕者，免遭拘禁之痛苦。

在前述前提下，倘若要擴大警察的微罪處分權，應須為以下之考量與規範，修法建議條文(條次編排變更)為：

第二百五十四條之一

下列案件，其情節輕微者，司法警察機關主管長官得對犯罪嫌疑人加以訓誡後為微罪處分。但案件有被害人者，應得被害人及告訴人同意(第 1 項)：

- 一 告訴乃論之罪，或所犯最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪(第 1 款)。
- 二 刑法第六十一條所列各罪(或五年以下有期徒刑案件)，經最高檢察署檢察總長指定者(第 2 款)。

犯罪之被害人或告訴人不為前項之同意者，司法警察機關應將該案件移送該管檢察官(第 2 項)。

告訴人對於第一項之微罪處分，不得聲請再議(第 3 項)。

犯罪嫌疑人犯第一項所定之罪，經司法警察機關主管長官許可後得不解送檢察官(第 4 項)。

刑事訴訟法第九十二條第二項規定，微罪現行犯雖得不隨案解送，但須由司法警察機關將不予解送報告書傳真至地檢署，經值日檢察官許可後，始不予解送，形成人力、物力之耗費；倘遇檢察官夜間不收人犯，又未予傳真回覆，則微罪現行犯必須一夜留置於拘禁處所，嚴重侵害犯罪嫌疑人人身自由，況犯罪嫌疑人犯第一項所定之罪，司法警察機關既得以微罪處分終結該案件，舉重以明輕，當然得決定不予移送檢察官(併修法後，刑訴法第 92 條第 2 項但書刪除)。

第二百五十四條之二

司法警察機關主管長官為微罪處分者，應製作微罪處分書。

前項處分書應送達被害人、告訴人、告發人、犯罪嫌疑人及辯護人。

司法警察機關主管長官，應將微罪處分書每月彙整，送交該管檢察官備查。

司法警察機關主管長官為微罪處分者，屬一終結案件之處分，杜爭議並便利事後監督審查，應製作書面，並送達被害人、告訴人、告發人、犯罪嫌疑人及被害人。微罪處分屬廣義起訴裁量之一部，為加強事後之監督，故微罪處分書除送達第二項所定之人之外，應送交檢察官。惟倘各案分別送交，實際操作上甚為不便，且亦非屬必要，故僅須每月彙整，將當月所作之微罪處分一併送交，使人力、物力資源不致有不必要之浪費。

第二百五十四條之三

檢察官收受微罪處分書，認為不合法者，應於七日內撤銷之，並製作書面送達被害人、告訴人、告發人、犯罪嫌疑人及辯護人。

微罪處分經撤銷者，檢察官應自行偵查該案件。

微罪處分未經依法撤銷者，與不起訴處分具有同一效力。

檢察官收受微罪處分書，應儘速審查其合法性及適當性，倘有不當，不宜延宕過久，使案件懸而未決，故應於七日內決定是否撤銷不當之微罪處分。倘有不當，經檢察官撤銷者，使當事人及利害關係人等知悉案件之情況，應以書面送達之。微罪處分倘經檢察官撤銷者，表示檢察官與警察對於案件之認知不一致，此時無由再將案件發回給司法警察機關偵查，而應由檢察官偵查後，自為

終結案件之處分。微罪處分倘未經檢察官認為不當加以撤銷者，應屬檢察官對於終結案件、廣義裁量不起訴處分之肯認，故與檢察官所作之不起訴處分有同一效力。

六、結論

檢察官擁有強大的起訴與不起訴權限，甚且還能在無任何監督機制存在之下可以自我簽結案件（據聞調查局也依此泡製自我簽結案件），此可謂為一種檢察司法的自我表現。相對地，警察機關對於案件雖無偵查終結權，但就連無犯罪嫌疑的案件卻也無法將無涉案嫌疑的人加以釋放（全部要移送地檢署），此也是世界法制史上之一大奇蹟。倘警察人員直接對無犯罪嫌疑人加以釋放時，警察人員將會被檢察官以私縱人犯加以處理（有時另外加以恐嚇），不是予以緩起訴（不起訴），便是被起訴，真是無法理解警察竟會淪為（或成為）毫無作為（決定）的軀殼。

另倘依法務部統計資料發現，檢察官不起訴案件統計數字中，經查有類似不成罪的資料，此部分經常被部分有心人放話警察亂移送（罵稱水準差或沒水準），殊不知其實警察並無任何權限可以不移送，還怪罪警察，真不知天道何在。倘若警察機關對於不成案或民眾提出者是民事案件非刑案或無犯罪嫌疑案件等有決定權，賦予不必移送而直接加以簽結權，不但會便民，也能減輕案件的負擔。尤其是夜間約九時起地檢署幾乎不營業，面對那些案件，民眾或許只能跟警察於分局或派出所過夜，等待翌日地檢署重新營業的時間內，方得以處理（相當不便民）。本文所提警察偵查權的取得與警察微罪處分權的導入，皆是對目前偵查的困境，或多或少有緩和之效果，也對人權保障之提升有所幫助。

跟蹤騷擾防制法解析

王皇玉*

壹、跟蹤騷擾法之立法目的與防制模式

一、立法目的

跟蹤與騷擾之防制，一直是重大婦幼安全議題，然而相關立法過程走得並不順遂，2018年行政院即已提出「糾纏行為防制法」草案，其間立法院各黨團委員又提出各種不同的修正版本，¹均未能成功立法。最後則因幾起重大跟蹤殺人事件，如2020年底，長榮大學的馬來西亞女學生遭男子跟蹤強擄殺害，相隔不到半年，屏東通訊行一名女員工遭人追求不成，以製造假車禍真擄人而遭殺害，兇手為長期跟蹤她的男子等事件，始加速立法進度。最後終在民國110年11月立法院三讀通過，111年6月1日正式施行。

跟蹤騷擾防制法之立法目的，規定於第1條，「為保護個人身心安全、行動自由、生活私密領域及資訊隱私，免於受到跟蹤騷擾行為侵擾，維護個人人格尊嚴，特制定本法。」

本條規定在立法開宗明義的總說明中，進行如下表示：

跟蹤騷擾（stalking，又譯糾纏、纏擾）業經聯合國將其與性侵害、家庭暴力同列為全球婦女人身安全三大威脅，該行為係針對特定人反覆或持續之侵擾，使被害人心生畏怖、長期處於感受敵意或冒犯之情境，除不當影響其正常生活之進行，更可能衍生為重大犯罪案件；跟蹤騷擾行為可能源自迷戀、追求（占有）未遂、權力與控制、性別歧視、性報復或性勒索等因素，被害人係女性及行

為人係男性之比例均約占八成，性別分布差異明顯，具有發生率高、危險性高、恐懼性高及傷害性高等特徵。

我國近年來發生數起因惡質跟蹤騷擾，衍生成全國皆知之殘暴殺人案件，社會大眾普遍期待政府儘速立法規範。為有效防範及處罰跟蹤騷擾行為，以防止其危害他人身心安全、行動自由、生活私密領域或資訊隱私，並使公權力適時介入以完整保護被害人，強化防制性別暴力，爰參考各先進國家立法模式，將跟蹤騷擾行為犯罪化，制定「跟蹤騷擾防制法」。

二、防制模式

我國跟蹤騷擾防制法係以「專法」方式制訂。在立法過程中，對於如何防制跟蹤騷擾行為，有諸多不同之意見與看法。主要有以下三種模式：

（一）「警察介入」模式

亦即將防制跟蹤糾纏行為之權責機關列在警察職權之下，被害人向警察報案後，由警察機關對行為人核發「禁止命令」。此一「警察介入」模式乃仿效日本跟蹤騷擾防制法的立法模式，²優點是保護速度快且直接，此外日本文化中，只要警察介入調查跟蹤騷擾事件之後，加害人通常會停止騷擾。然而，「警察介入」模式亦有其缺點，亦即警察誤判可能性高，往往還來不及仔細查證，即因

* 本文作者係國立臺灣大學特聘教授。

1. 第8屆立法院至第10屆以來，均可看見諸多委員提出之跟蹤騷擾相關草案，且單是第10屆第一、二、三會期，就出現14個版本之草案。

2. 日本法制之介紹，可參考林琬珊（2017），日本騷擾行為規制法之背景及其立法，月旦刑事法評論，第5期，頁81以下。

為媒體、輿論之未審先判，或民意代表之壓力而產生冤、錯、假案。

（二）「司法介入」模式

所謂「司法介入」模式，就是將保護跟蹤騷擾被害人之措施，依附在法院核發的「民事保護令」之下，源自於英美法的制度，而德國「暴力防範法」（Gewaltschutzgesetz）的立法模式，也是採取這樣的立法模式，由被害人向民事法院聲請核發民事保護令。倘若行為人違反保護令而再度做出跟蹤騷擾行為，則以違反保護令罪加以處罰。³此一模式與我國現行家庭暴力防治法一樣，其優點是程序較為慎重，且司法程序所應具備之調查證據、舉證與聽審活動，均必須踐行；缺點則是，耗費時間較久，且倘若被害人不願向法院提出聲請，司法就無法加以介入。⁴

（三）「犯罪化」模式

所謂「犯罪化」模式，基本上就是在刑法或跟蹤騷擾防制法上，直接制訂「跟蹤騷擾罪」。此一模式乃歐盟各國普遍的立法模式。2013年歐盟理事會通過「預防與對抗對婦女與家庭暴力公約」（Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence），該公約第34條規定「成員國必須採取必要的立法或其他措施，以確保對他人之蓄意的、重複的威脅行為，且引發他或她擔憂安全之行為犯罪化」（Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the intentional conduct of repeatedly engaging in threatening conduct directed at another person, causing her or him to fear for

her or his safety, is criminalized.）。鑑於此一公約條文之要求，自2013年之後，歐盟各國紛紛在刑法上制定處罰跟蹤騷擾行為之條文⁵。

現行之「跟蹤騷擾防制法」在幾經協商與折衝之後，就防制手段上最終採取先以「警察介入」，後採「司法介入」之混合模式。換言之，對於跟蹤騷擾行為，警察機關於受理民眾報案後，先行展開調查、製作書面記錄後，依職權或被害人之請求，核發「書面告誡」予行為人。此一「書面告誡」具有警告行為人未來不要再行跟蹤騷擾之作用。倘若行為人於書面告誡後二年內，再為跟蹤騷擾行為者，則被害人得向法院聲請「民事保護令」，後者即所謂的「司法介入」模式。

關於警察機關核發之「書面告誡」，倘若被害人或行為人不服時，其相關救濟程序，根據第4條第3項規定，「得於收受書面告誡或不核發書面告誡之通知後十日內，經原警察機關向其上級警察機關表示異議。」依立法理由，此等「書面告誡」之性質屬刑事調查程序中之任意處分，而非行政處分，因而其救濟方式與一般不利於人民行政處分之救濟方式不同，而是採取向上級警察機關表示異議之方式為之。

跟蹤騷擾行為通常為輕微犯罪行為，當初立法模式採取「警察介入」模式，理由乃參考日本實務研究，部分跟蹤騷擾行為人對其已實際影響他人之作為欠缺自覺，故警察以「警告」要求行為人不得再為之，縱使違反警告並無罰則規定，仍有八成以上行為人

3. 王皇玉（2018），跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，台大法學論叢第47卷第4期，頁2364—2366。

4. 王皇玉，同前註，頁2384。

5. Van der Aa, New Trends in Criminalization of Stalking in the EU, Eur J Crim Policy Res (2018) 24, pp. 327-332。

經受警告後即停止再為跟蹤騷擾。⁶ 然而跟蹤騷擾行為同時於本法第 18 條訂有刑罰規定，其本質上畢竟屬於涉及刑事不法之犯罪行為，倘若警察核發「書面告誡」的過程，因疏於查證、查證困難，或因媒體、輿論之未審先判，或民意代表之壓力，即容易產生冤、錯、假案。而行為人被書面告誡後之聲明異議期間僅 10 日，實過於短暫，往往行為人意識到此一不利益而想要聘請律師或自行聲明異議時，已罹於救濟期間，故本文建議應該修法延長此一聲明異議期間，較為妥適。

除了前開「警察介入」與「司法介入」之保護與防免跟蹤騷擾措施外，本法制訂時，亦採取「犯罪化」模式，此乃跟隨世界各國之跟蹤騷擾犯罪化趨勢，於跟蹤騷擾法制法第 18 條制訂了跟蹤騷擾罪。以下則針對跟蹤騷擾罪之犯罪構成要件進一步探討。

貳、跟蹤騷擾罪之概覽

跟蹤騷擾防制法第 18 條制定所謂的「跟蹤騷擾罪」，其中第 1 項為「普通跟蹤騷擾罪」，第 2 項為「加重跟蹤騷擾罪」。相關規定如下：

第 18 條

實行跟蹤騷擾行為者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣十萬元以下罰金。

攜帶凶器或其他危險物品犯前項之罪者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金。

第一項之罪，須告訴乃論。

對特定人之反覆跟蹤騷擾，過去一直

被認為非常輕微而無須動用刑法加以處罰的行為。然而，近十幾年來，人們慢慢意識到跟蹤騷擾行為本身所具有的不法內涵。其不法內涵固然不若其他強制罪、私行拘禁罪、傷害罪或暴力犯罪等對人身自由、身體健康等具有直接性的侵害。相較之下，跟蹤騷擾行為比較像是恐嚇罪，藉由「無聲」的惡害告知，使一個人陷於恐懼之中，進而影響一個人行使與開展其自由的權利。因此，德國刑法將「跟蹤騷擾罪」制定在刑法妨害自由罪章，對於跟蹤騷擾罪的保護法益，德國學說雖有各種不同說法，但主要乃認為，本罪就如同恐嚇罪一般，屬保護個人免於恐懼的自由（Freisei von Furcht）。⁷ 認同此等免於恐懼自由的想法者另有進一步表示，本罪是一種對被害人精神上安心感的保護，此等對感覺的保護（Gefühlsschutz），也就是保護被害人內在的安寧（Ruhe）與平靜（Frieden）。⁸

我國跟蹤騷擾防制法第 1 條所稱「保護個人身心安全、行動自由、生活私密領域及資訊隱私」，參酌前開德國法制重新詮釋與理解，此處之「個人身心安全」，應該如同德國法制之想法，乃個人精神上安心感，以及與此連動的心理與生理健康之整合；此處之「行動自由」，實與刑法第 302 條非法剝奪行動自由罪無關，而是個人因為跟蹤騷擾而「潛在地」、「間接地」影響一個人行使自由的權利，並可能因此進一步地影響個人外在生活之塑造與形成，亦即德國跟蹤騷擾罪相關條文所稱的「生活形成自由」。至於立法目的所稱之「生活私密領域及資訊

6. 跟蹤騷擾防制法第 4 條立法理由。我國在立法採取「警察介入」模式之後，運作情形也與日本類似，根據實務家之經驗，多數案件根據被害人陳述，一經警方核發書面告誡，行為人便停止跟蹤騷擾行為，鄭子薇，談跟蹤騷擾防制法「與性或性別有關」之構成要件——從性別的四個面

向出發，月旦律評第 14 期，2023 年 5 月，頁 51。

7. Kinzig, Stalking - ein Fall für das Strafrecht? ZRP 2006, S.257.

8. 王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，台大法學論叢第 47 卷第 4 期，2018.12，頁 2378。

隱私」，此處較屬於網路騷擾可能侵害的個人隱私權之保護。由於現代型的跟蹤騷擾行為，拜新興科技與網路高速發展之賜，大量案件是藉由網路傳播方式進行騷擾，這些網路騷擾具有散布速度快與難以下架之特性，尤其伴隨著與個人私密生活、隱私部位有關的照片或影片，往往造成被害人至深且鉅及長久的傷害。由於本法第 3 條的跟蹤騷擾行為定義中，跟蹤騷擾之手段包含以「電子通訊」、「網際網路」，且第 4 款之行為態樣為「以電話、傳真、電子通訊、網際網路或其他設備，對特定人進行干擾」，這些規定均意味著本法之制定目的，亦在防制與性或性別有關的「網路騷擾」，而網路騷擾往往是以侵害個人「資訊隱私」為主，故本法第 1 條之立法目的，亦保護個人「生活私密領域及資訊隱私」。

本法第 18 條雖制定了跟蹤騷擾罪，但對於「跟蹤騷擾行為」之定義，則規定於第 3 條。第 3 條之定義，不僅於警察核發「書面告誡」時有適用之餘地，也是檢察官或法官於起訴、判決時所應涵攝之犯罪構成要件。相關規定如下：

第 3 條規定

本法所稱跟蹤騷擾行為，指以人員、車輛、工具、設備、電子通訊、網際網路或其他方法，對特定人反覆或持續為違反其意願且與性或性別有關之下列行為之一，使之心生畏怖，足以影響其日常生活或社會活動：

- 一、監視、觀察、跟蹤或知悉特定人行蹤。
- 二、以盯梢、守候、尾隨或其他類似方式接近特定人之住所、居所、學校、工作場所、經常出入或活動之場所。
- 三、對特定人為警告、威脅、嘲弄、辱罵、歧視、仇恨、貶抑或其他相類之言語或

動作。

- 四、以電話、傳真、電子通訊、網際網路或其他設備，對特定人進行干擾。
- 五、對特定人要求約會、聯絡或為其他追求行為。
- 六、對特定人寄送、留置、展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品。
- 七、向特定人告知或出示有害其名譽之訊息或物品。
- 八、濫用特定人資料或未經其同意，訂購貨品或服務。

對特定人之配偶、直系血親、同居親屬或與特定人社會生活關係密切之人，以前項之方法反覆或持續為違反其意願而與性或性別無關之各款行為之一，使之心生畏怖，足以影響其日常生活或社會活動，亦為本法所稱跟蹤騷擾行為。

仔細分析第 3 條所列之 8 款跟蹤騷擾行為，可以再進一步發現，第 1 款「監視、觀察、跟蹤或知悉特定人行蹤」，以及第 2 款「以盯梢、守候、尾隨或其他類似方式接近特定人之住所、居所、學校、工作場所、經常出入或活動之場所」，此 2 款較似「家庭暴力防治法」中所謂的「跟蹤」，而且此等跟蹤行為比較常見以「實體跟蹤」方式進行，例如跟蹤、觀察、盯梢、守候、尾隨。但並不排除以「科技跟蹤」方式為之，例如在他人手機、汽車、物品或特定場所，植入或裝置追蹤或監控的軟體、設備或儀器，以達到監視、觀察、跟蹤之目的。

就第 3 至 8 款，其型態較似「家庭暴力防治法」中所謂的「騷擾」，而且其方式除了實體手段外，常見的則是網路騷擾。⁹

9. 此 8 款事由之解釋，亦可參考廖宜寧，由行為不法角度建構跟蹤騷擾罪之刑罰正當性，與大法學，第 32 期，2022.11，頁 116—119。

然而必須注意的是，跟蹤騷擾防制法中的 8 款行為，不管僅是其中一款出現，或數款情形同時或先後出現，均不能誤以為「立即」構成跟蹤騷擾行為，因為跟蹤騷擾罪之構成要件，尚有「對特定人」、「反覆或持續」、「為違反其意願」、「與性或性別有關」、「使心生畏怖」、「足以影響其日常生活或社會活動」等要件必須滿足。以下將進一步分別探討之。

參、跟蹤騷擾罪之犯罪構成要件

一、對特定人

本法所保護之法益，乃個人法益，故跟蹤騷擾行為必須是針對「特定人」。本法並不在於保護不特定多數人之公共利益，因此倘若所進行之騷擾行為，乃對公眾為之，例如直播主在直播時宣傳有關性別歧視的言論；抑或性交易工作者在 line 群組發送性交易的相關色情圖片或言論招攬性交易，均非本處所稱之「特定人」。此外，根據立法理由說明，若非針對特定個人或對象，而係針對某特定或不特定之族群為仇恨、歧視言論者（例如仇女言論），自無本法之適用。

二、反覆或持續

依第 3 條之規定，跟蹤騷擾行為指「對特定人反覆或持續為違反其意願行為」，亦即行為須具「反覆性」或「持續性」。之所以要求反覆性、持續性，乃係因為此類跟蹤騷擾行為，將使受害者感到自己的身體或行蹤已暴露在某種威脅中，而感到擔憂及恐慌，並且改變自己的行為模式，以迴避該跟蹤騷擾行為。¹⁰ 根據德國法與奧地利法，跟

蹤騷擾亦必須具有「反覆」或「持續」此一要件，其目的就是為了用以判斷，該跟蹤騷擾行為是否「足以」影響被害人的日常生活或社會活動。¹¹ 反面而言，「偶一為之」的跟蹤騷擾，通常很難進一步地認定已達「足以影響其日常生活或社會活動」之程度。

所謂「反覆」，解釋上固然指多次為之，且參考外國法制之學說與實務見解，對於本條所列之 8 款情形，僅須多次從事第 1 項各款行為之一項或數項行為，即有本條之適用。其性質則屬「集合犯」，亦即行為人主觀上是基於同一犯罪決意，或是利用同一機會反覆實行相同或類似之數個行為，且具有法益侵害一次性，在論罪上，行為人雖反覆實行數個同種行為，僅包括地成立一罪。¹²

至於「持續」，較有爭議的問題是，較長時間的「偶然一次」是否該當？本人過去曾經撰寫文章，介紹德國與奧地利刑法上，關於跟蹤騷擾要件之解釋，其中提及：德國刑法第 238 條跟蹤騷擾罪之成立，行為人必須要有持續反覆（beharrlich）的跟蹤騷擾行為，且持續反覆在解釋上，必須是「多次」為之，僅是偶然一次，並不屬之。¹³ 然而，德國於 2021 年修正刑法第 238 條，將持續反覆（beharrlich）此一用語，修正為「重複」（wiederholt）為之，修法草案表示，以「重複」此一用語取代「持續反覆」之用語，是為了避免本罪之要件太過嚴苛，因而降低構成要件門檻。修正後之「重複」的行為數究竟必須幾次？德國修法理由認為，必須由法官在個案中判斷，但如果個案中有相對嚴重的一行為下，亦可能符合本處所稱之「重複」

10. 張麗卿，性騷擾跟追入罪化，月旦法學雜誌第 290 期，2019，頁 90。
11. 王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，台大法學論叢第 47 卷第 4 期，2018.12，頁 2376。

12. 王皇玉，刑法總則，8 版，頁 567。
13. 王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，台大法學論叢第 47 卷第 4 期，2018.12，頁 2376。

之要件。¹⁴ 然而，亦有認為所列舉之 8 款跟蹤騷擾事由中必須至少 2 次，不需要同款事由，不同款事由也可以。¹⁵

相較之下，奧地利刑法解釋上，則區分「網路」與「非網路」之跟蹤騷擾，若為實體的跟蹤騷擾行為，例如跟蹤、尾隨、盯梢等，必須是持續一段時間多次為之；倘若僅是偶然發生一次的行為，並不屬之，但仍必須整體地從次數與頻繁度，綜合判斷，因而有學說主張一個月內必須至少有三次較為嚴重的跟蹤或干擾行為，或是數個月內至少有 10 次輕微的跟蹤騷擾行為；但如果是以網際網路方式所進行的網路騷擾，即便貼文只是一次性的行為，經被害人要求刪除而不刪，或持續地違反被害人意願而長期放任不刪除貼文，亦可認為後續係以「不作為」方式「持續」的騷擾。¹⁶

另一個爭議問題是，倘若行為人個別對不同之人進行騷擾行為，是否成立本法之跟蹤騷擾罪？例如遊民甲見到每一個從龍山寺捷運站走出來的女性 A、B、C、…，都會尾隨一段路才離開。甲之行為看似「數次」、「反覆」為之，然而，甲乃分別針對三個不同被害人尾隨行為，從被害人 A、B、C 個別角度來看，均是偶然一次的騷擾，即便覺得害怕、反感或恐懼，但尚不「足以」影響被害人的日常生活或社會活動，亦不符合此處所稱之「反覆」與「持續」。

三、違反其意願

所謂違反意願，基本上是指稱「追求遭到拒絕」之概念。追求，本是社會上常見的

人際互動行為，然而追求遭拒絕而仍然繼續追求，極有可能變成「不受歡迎的追求」，甚至進一步演變成「騷擾」。本法所定的八款跟蹤騷擾行為中，有幾款即與「追求」有關，例如第 5 款「對特定人要求約會、聯絡或為其他追求行為」、第 6 款「對特定人寄送、留置、展示或播送文字、圖畫、聲音、影像或其他物品」、第 8 款「濫用特定人資料或未經其同意，訂購貨品或服務」。然而所謂的「跟蹤騷擾」，並非進行了這幾款行為就成立，而是必須進一步地判斷是否「違反意願」。

本法就跟蹤騷擾之行為，設定了「違反其意願」之要件，解釋上不以「明示意願」表達拒絕為限，亦包含可得推定之意願。因為從一般社會通念來看，對於陌生人之跟蹤、站崗、盯梢，被害人通常不可能前去加害人面前表達反對意思，因此，此處所稱「可得推定之拒絕」，原則上應以「平均被害人」標準加以檢視。例如在百貨公司上班之櫃姊遭愛慕者在上班地點盯梢、等候而長達一年之久，即可認定屬可得推定之「違反意願」。

四、與性或性別有關

本法在立法過程中，究竟是否要將跟蹤騷擾行為的定義，限縮在與「性或性別」有關，其實有極大爭議。美國或歐盟各國之立法，均未設下此一限制，¹⁷ 然而日本法則有類似之要件。日本跟蹤騷擾防制法關於「纏擾行為」之定義，規定在第 2 條第 1 項：¹⁸「本法所稱之糾纏行為，係指以滿足對特定人之戀愛感情、其他好感或該等感情無法滿足時

14. 林宜謙，德國與我國跟蹤騷擾法制之比較分析，軍法專刊第 68 卷第 4 期，2022.08，頁 122。

15. Frischer, StGB, 69. Aufl., 2022, § 238, Rn.28a

16. Hochmair, Das sukzessive Delikt—ein neuer Deliktstypus, 2010, ZStW 122(2010), S. 760; 王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制

為中心，台大法學論叢第 47 卷第 4 期，2018.12，頁 2376

17. 各國立法情形可參考王皇玉，跟蹤糾纏行為犯罪化之趨勢，刑事政策與犯罪研究論文集（22），2019.12，頁 293 以下。

18. 詳細條文內容與翻譯參考黃士軒（2017），概觀日本糾纏騷擾行為罪的處罰現況，月旦刑事法評論第 5 期，頁 94。

之怨恨為目的，對該特定人、其配偶、直系或同居之親屬、或其他與該特定人在社會生活上有密切關係之人，為以下各款行為之一者：…」，日本法中之跟蹤騷擾行為，必須基於對特定人的愛戀、喜好、怨恨。

本法在立法過程中，立法委員對於我國之跟蹤騷擾行為是否必須出於「愛戀、喜好、怨恨」等特定意圖，有非常熱烈的討論，然而，一方面社會注目之跟蹤騷擾事件均與此等愛戀或怨恨意圖有關；另一方面則是不想牽連過廣，將討債、消費糾紛、新聞記者跟追等情形納入，因此，最後則將跟蹤騷擾限縮在「與性或性別」有關之行為。

本法對於跟蹤騷擾之定義，限縮在與「性或性別」有關，所謂與「性」有關，只要以性或猥褻為目的之跟蹤騷擾行為，或散布特定人與性交、隱私部位有關之言論、照片、影片，均屬之。此外，亦應擴大及於立法理由所舉之案例類型，對於各種出於追求、愛戀、喜好而來的行為，亦包含追求不成或分手之後的各種怨恨或報復行為，甚至所謂「復仇性色情」之行為，例如分手後在網路上散布被害人性交、性虐影片或照片，或上傳至成人色情網站，均屬此處所謂的「與性有關」之概念。

與性或性別「無關」之跟蹤騷擾，例如新聞記者跟追行為，討債公司各種為討債所為之跟蹤、尾隨行為，徵信社為追查當事人外遇行為之跟蹤，因消費糾紛瘋狂撥打客服電話行為，不滿申訴專線電話回應而打爆電話線癱瘓他人辦公行為等，均不屬本法之跟蹤騷擾行為。惟此等行為並非無法可管，仍然有可能視其情節該當刑法強制罪、恐嚇罪等犯罪構成要件。

五、使之心生畏怖，足以影響其日常生活或社會活動

本條規定跟蹤騷擾行為必須「使特定人心生畏怖，足以影響其日常生活或社會活動」。此一要件，乃跟蹤騷擾罪是否成立之「核心要件」。本法在立法過程，曾經討論過刑法之漏洞，亦即對於跟蹤、站崗、等候、打「無聲電話」、不斷發簡訊等行為，常無法成立恐嚇罪，因為此等行為常難以認定屬「惡害告知」，但卻仍然會使人心生畏怖。為避免無法以刑法恐嚇罪來嚇阻跟蹤騷擾行為，故始制定本罪。

本要件在適用上，通常而言，即便外觀看似符合第3條所定之8款行為，倘若僅是使人不愉快，但不足以使人心生畏怖。或不足以影響其日常生活或社會活動者，均不成立跟蹤騷擾罪。例如網紅甲在直播時，辱罵網紅乙「胸大無腦」，此等辱罵就不能認為使人心生畏怖或影響日常生活、社會活動；此外，偶而一次的實體跟蹤或騷擾行為，例如僅僅尾隨一次，亦往往不足以使心生畏怖，或不足以影響日常生活或社會活動。

本條文中使用「心生畏怖」，其判斷標準，原則上必須類似恐嚇罪一般，該跟蹤騷擾行為已經使被害人內心感到恐懼或害怕，始足當之。此外，此處之「心生畏怖」，必須採取「平均被害人」（合理被害人）之客觀標準¹⁹，亦即，大多數人在此等情況下，均會因為這樣的行為而感到心生畏懼，始足當之，而非採取被害人個別化標準。此外，所謂心生畏怖，必須內心有所恐懼或不安感，而非僅是覺得不舒服、不愉快。

「足以影響其日常生活或社會活動」，

19. 立法理由使用之用語為「合理被害人」。

此乃指因為心生畏怖，進而使人想要或已經改變其生活模式，或已經影響或干擾其日常生活或社會活動，例如提前一站或二站下車、提前或延後離開上班處所、改變行動路線、要求朋友陪伴、因跟蹤騷擾而罹患身心症、變更社群網站之使用行為等。至於「足以」之用語，則是採取學說上所稱之「適性犯」立法方式，只要行為「適合於」形成對保護法益的特定危險性，即屬該當，並不要求導致具體危險或結果之發生。學說上有認為此等適性犯之認定，只要具有抽象危險犯的一般危險性即可，無須發生結果或實害²⁰。但由於跟蹤騷擾行為的行為光譜，極為廣泛，有極度輕微，亦有極度嚴重，故是否達到此一程度，必須從跟蹤騷擾行為之行為態樣的輕重、次數、頻率等，綜合判斷。

肆、結語

跟蹤騷擾防制法制定後，將防制跟蹤騷擾行為的中央主管機關劃歸為內政部，目前主要是由警政署或各縣市政府警察局擔任第一線的防制人員。其目的是讓民眾可以向警察機關報案後，由警察機關及時介入調查，並決定是否核發書面告誡。本法所要保護的法益，乃個人法益，此已如前面關於立法目的之分析所述。然而，前面所沒有探討的另一個重點是，在本法立法過程中，催生最力的幾個重大新聞事件，例如「台大宅男案」、「長榮大學學生遭尾隨殺害案」，犯下重大暴力犯罪之加害人，在犯案前，均曾跟蹤、尾隨被害人一段時間，因而立法者亦希望藉由本法達到嚇阻重大犯罪之效果，因此，在立法總說明中提及，「我國近年來

發生數起因惡質跟蹤騷擾，衍生成全國皆知之殘暴殺人案件，社會大眾普遍期待政府儘速立法規範。為有效防範及處罰跟蹤騷擾行為，以防止其危害他人身心安全、行動自由、生活私密領域或資訊隱私，並使公權力適時介入以完整保護被害人，強化防制性別暴力，爰參考各先進國家立法模式，將跟蹤騷擾行為犯罪化」。

基本上這樣的立法說明，本身即存在著思考與論述上的跳躍。大多數的重大犯罪，尤其是殺人、擄人勒贖、強盜、強制性交，往往加害人都會先以跟蹤、尾隨、盯梢的方式進行，而非隨機地犯罪。然而這些犯罪除了強制性交罪之外，不必然均與「性或性別」有關，從立法說明來看，似乎各界對本法的期待有些過高，甚至希望擴大或放寬跟蹤騷擾之定義。然而，本文卻有以下不同之想法。

從一般犯罪預防的觀點來看，重大犯罪之加害人於犯罪前的預備行為，往往就是跟蹤、盯梢、尾隨，且這些行為並不能簡單化約成本法所稱之跟蹤騷擾，因而本法之存在，是否真能達到嚇阻加害人不再進一步行動，實有待商榷，畢竟殺人罪、強盜罪、擄人勒贖罪之行為人的犯罪動機，往往有別於單純進行跟蹤騷擾之人。不過，立法者顯然對本法寄予非常多的期待，甚至第 18 條第 2 項制定了攜帶凶器或其他危險物品之加重跟蹤騷擾罪，並於第 21 條制定針對加重跟蹤騷擾罪與違反保護令訂有預防性羈押之規定。

本文認為，跟蹤騷擾行為本身是一種類似於恐嚇之惡害告知的輕微犯罪，因而第 18 條第 1 項制定的法定刑為「一年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十萬元以下

20. 王皇玉，跟蹤糾纏行為之處罰：以德國法制為中心，台大法學論叢第 47 卷第 4 期，2018.12，頁 2371。

罰金」，並且採取「告訴乃論」之罪，立法上是恰當的。倘若行為人於行為時，有攜帶凶器或危險物品，則可認為該跟蹤騷擾行為已進階到對被害人之生命、身體法益形成抽象危險之程度，故法定刑較為嚴厲，亦具有正當性。然而必須說明的是，跟蹤騷擾之防制，或有可能如同立法者所預想的，達到嚇阻接下來之殺人、強盜、強制性交等重大犯罪之進行，但此部分僅能算是本法可能達到的「反射利益」，不應給予過高期待，或誤以為跟蹤騷擾必然會引發後續重大犯罪。

此外，本法第3條所訂的8款跟蹤騷擾行為態樣，往往會與其他犯罪競合，例如配偶離婚或情人分手後，以報復或恐嚇威脅為目的於網路散布他人性影像，亦即所謂的「復仇性色情」或「數位暴力」，此等行為本身可能既成立本法第3條第4款「以電話、

傳真、電子通訊、網際網路或其他設備，對特定人進行干擾」之騷擾行為，但同時也會成立刑法第319條之3未經他人同意無故重製、散布、交付、公然陳列、以他法供人觀覽其性影像罪。後者之犯罪無須「反覆」或「數次」為之，且法定刑更高於跟蹤騷擾罪（5年以下有期徒刑、得併科50萬元以下罰金）；又例如甲從捷運站出來，遭到乙尾隨跟蹤一段路之後，乙乘機從後碰觸甲臀部或身體隱私部位，此等僅是一次性的跟蹤尾隨，並不成立跟蹤騷擾罪，但卻會成立刑度更嚴重的性騷擾防治法第25條趁機觸摸罪。換言之，跟蹤騷擾防制法跟這些本來就存在的刑法條文，並沒有「替代」或「互斥」關係，反而成為層層疊床架屋的競合關係。未來本法在適用上，勢必會有各種競合問題，未來將有繼續研究之必要。

精神狀態異常之行為人所受司法精神處遇之比較研究

楊智守*

目次

- 一、前言
- 二、以發動時期區別司法處遇之性質與目的
 - (一) 起訴前
 - (二) 審判中
 - (三) 刑事執行
- 三、以司法處遇作為鑑定前處置之限制
 - (一) 鑑定留置
 - (二) 鑑定前置之人身拘束期間
 - (三) 保安處分轉換為鑑定前置之人身拘束期間
- 四、結論

一、前言

精神狀態異常係指基於思考、情緒、知覺與認知所表現出來的外在行為，經一般人察覺其主觀狀態與常人異之情形，在因精神狀態異常所致其認知、辨識功能發生障礙，甚至行為違序而觸犯刑事法律或危害社會秩序時，為兼顧聯合國 2006 年身心障礙者權利公約（The Convention on the

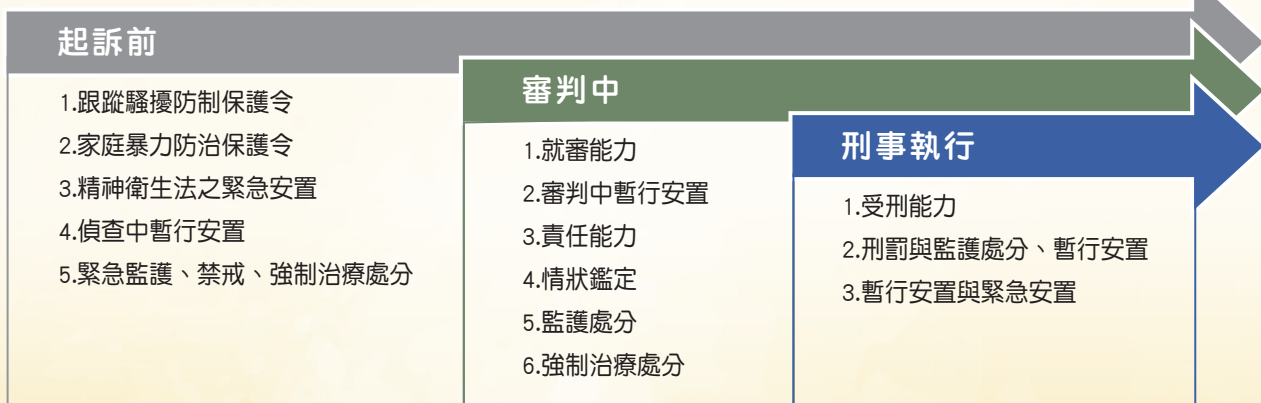
Rights of Persons with Disabilities，簡稱 CPRD）及身心障礙者權利公約施行法所賦予之平等原則與權利保障，同時維護社會秩序，近年來率續修訂相關法律機制，例如：跟蹤騷擾防制法、精神衛生法、暫行安置、緊急安置、強制鑑定、留置鑑定、緊急監護處分、強制治療處分等，其定性與適用應有整理歸納之實益。

二、以發動時期區別司法處遇之性質與目的

雖然精神狀態異常多出於精神疾病，但反社會人格違常者，並不在精神衛生法所定義之精神疾病範圍，本文乃沿襲刑事實務以認知、辨識能力有無障礙作為司法處遇之發動條件，合先敘明。

由於精神狀態異常大多出於精神疾病，其成因有生理、心理與環境壓力因素，其病理變化是持續性過程，在因違序行為而有受司法處遇之必要時，可概分為起訴前、審判中與刑事執行三個時期。

精神狀態異常之行為人所受司法處遇



* 本文作者係臺灣高等法院高雄分院法官。

1. 本文係作者撰寫法院年度研究計畫報告就其中有關精神鑑定之環節擷取再為說明，故使用相通圖表、註解及體系論述，合先敘明。

（一）起訴前

此階段的司法處遇，主要目的在預防犯罪而施以下列即時約制或強制手段：

1. 跟蹤騷擾防制保護令：依跟蹤騷擾防制法第 3 條之定義，該法所稱跟蹤騷擾行為，指以人員、車輛、工具、設備、電子通訊、網際網路或其他方法，對特定人反覆或持續為違反其意願且與性或性別有關之列舉行為，使之心生畏怖，足以影響其日常生活或社會活動者。

立法者基於危險犯概念，將適用範圍限縮在容易發生危險之行為，並參酌外國法制經驗，以防制性別暴力為意旨，定明以「與性或性別相關」為行為構成要件。

其中，「性（sex）」係指男性與女性的生理差異，「性別（gender）」指的是社會意義上的身分、歸屬和婦女與男性的作用，以及社會對生理差異所賦予的社會和文化含義。

舉凡針對他人之性別及性取向而施加暴力或不成比例之騷亂影響，包括身體、心理或性的傷害、痛苦；施加威脅、壓制和剝奪其他行動自由等，均屬性別暴力行為。

倘非偶然一次為之，而有反覆或持續行為，已使被害人明顯感受不安或恐懼，並逾越社會通念所能容忍之界限²者，即立法擇定應予防制之跟蹤騷擾行為。

由於跟蹤騷擾之行為人主觀上無視對方意願的施加大量關注甚至意圖控制，表現出將被害人當成自己的附屬品之外在行為，雖非典型精神疾患，然仍屬本文所指之精神狀態異常。

被害人或檢察官或警察機關得聲請法院依跟蹤騷擾防制法第 12 條之規定核發保護令，命以禁制或遠離或完成治療性處

遇計畫。所謂治療性處遇計畫，依跟蹤騷擾案件相對人治療性處遇規範第 2 條規定其項目包含：精神治療、戒癮治療及其他治療。亦可見精神狀態異常之人可能為跟蹤騷擾行為。

2. 家庭暴力防治保護令：家庭暴力起因多樣，行為人亦未必因精神狀態異常所致，然不免有加害人係毒癮、酒癮及精神疾病患者之刻板印象，為避免因致其再犯之危險升高，立法者遂於 2007 年修正調整家庭暴力防治法第 2 條第 6 款之加害人處遇計畫內容，將「精神治療」及「戒癮治療」之順序調整於「心理治療」之後；另列入「認知教育輔導」³。

由此可見，精神狀態異常之家庭暴力行為人，法院依家庭暴力防治法第 14 條規定核發通常保護令，得命以禁制或遠離或完成包含心理輔導、精神治療等精神狀態復常之加害人處遇計畫。

3. 精神衛生法之緊急安置：精神衛生法之立法宗旨即係預防及治療精神疾病，促進國民心理健康，保障病人權益，故精神狀態異常之行為人於此階段即主要接受精神衛生法之規定處置。

依精神衛生法第 20 條⁴（現行第 35 條）之規定，應依病人之病情輕重、有無傷害危險、病人需求或其他情事，採取下列方式為之：一、門診。二、急診。三、全日住院。四、日間照護。五、社區精神復健。六、居家治療。七、社區支持服務。八、個案管理服務。九、其他照護及支持服務方式。

然而，使病人接受上開預防或治療方式之途徑有下列情形：

2. 跟蹤騷擾防制法第 3 條立法理由。
3. 家庭暴力防治法第 2 條於 2007 年 3 月 28 日修正理由說明。
4. 2024 年 12 月 14 日起生效施行。

- ①由保護人或家屬或地方主管機關自行或委託機構、法人或團體應即時予以緊急處置（精 § 36，現精 § 20）。
- ②由矯正機關、保安處分處所及其他以拘禁、感化為目的之機構或場所提供醫療，或護送協助就醫，必要時得強制為之（精 § 46，現精 § 30）。
- ③警察機關或消防機關或與地方主管機關派員至現場共同協助護送就醫（精 § 48，現精 § 32）。
- ④檢察機關（辦理殺人或傷害案件）於必要時協助被告或犯罪嫌疑人的就醫（精 § 50，現無規定）。
- ⑤保護人、社區心理衛生中心人員或專科醫師共同協助病人接受社區治療，經拒絕但經專科醫師診斷仍有社區治療之必要時，向審查會申請許可強制社區治療，期間不得逾 6 個月（精 § 54，現精 § 45）。
- ⑥指定精神醫療機構對嚴重病人啟動緊急安置，並評估是否聲請強制住院（精 § 57，現無規定）。
- ⑦保護人協助嚴重病人前往精神醫療機構辦理住院，經拒絕接受全日住院治療，得予以緊急安置（7 日）並實施強制鑑定（3 日內完成⁵），仍有全日住院治療必要時，嚴重病人拒絕接受或無法表達意見時，指定精神醫療機構向法院聲請裁定強制住院（精 § 59，現精 § 41 規定向審查會申請許可強制住院）。
- ⑧經法院裁定強制住院（每次不得逾 60 日，

得聲請裁定延長強制住院 1 次，期間不得逾 60 日。精 § 60，現精 § 42）⁶。

- ⑨經法院裁定強制社區治療（精 § 71，現精 § 41）⁷。

以上可見，精神狀態異常之行為人多以受協助就醫為途徑，僅在特定狀況得違反其意願而施以強制治療、緊急安置、強制鑑定、強制住院、強制社區治療等處置。

4. 刑事訴訟法之偵查中暫行安置：為兼顧被告醫療、訴訟權益之保障及社會安全防護之需求，檢察官對於偵查案件之被告認為有刑事訴訟法第 121 條之 1 第 1 項所定「犯罪嫌疑重大」、「刑法第 19 條第 1 項、第 2 項之原因可能存在」、「有危害公共安全之虞」；及「有緊急必要」⁸時，得聲請法院裁定令入司法精神醫院、醫院、精神醫療機構或其他適當處所，施以暫行安置。

不同於前開精神衛生法規定僅於辦理殺人或傷害案件時，發現被告或犯罪嫌疑人疑似處於精神疾病發作狀態，於必要時得協助其就醫之情形。

此外，暫行安置可分為拘束人身自由與非拘束人身自由之處置，雖與「羈押」相類⁹，然究非羈押，亦非羈押替代程序¹⁰，倘符合羈押要件，自得由檢察官另聲請或促請法院羈押¹¹。

實務上可見有檢察官對偵查案件之被告向法院聲請羈押並同時表明「若法院認不予羈押，或有刑法第 19 條第 1 項或第

5. 修正通過但生效日期未定（另由行政院會同司法院決定，下同）之精神衛生法第 60 條雖規定：緊急安置為期 7 日，強制鑑定則自緊急安置之次日起 3 日內交由主管機關指定之專科醫師實施完成。但應注意現行精神衛生法第 42 條第 1 項則規定：緊急安置期間不得逾 5 日，強制鑑定自緊急安置之日起 2 日內完成。

6. 修正通過但生效日期未定之精神衛生法第 63 條與現行精神衛生法第 42 條第 2 項之規定，就每次強制住院不得逾 60 日，得聲請裁定延長強制住院，期間不得逾 60 日等均相同，不同在於，修正前之延長住院，以經二位以上直轄市、縣（市）主管機關指定之專科醫師鑑定有延長之必要，並報經審查會許可，得延長之次數並未限制，修正後規定僅得延長 1 次，且係由法院裁定。

7. 依修正通過但生效日期未定之精神衛生法第 71 條規定，係以法院對於強制住院或延長強制住院之聲請，認為未達應受強制住院之程度，而有

強制社區治療之原因者，得依聲請或依職權裁定強制社區治療，與現行精神衛生法第 41 條第 1 項係以嚴重病人為對象，命其保護人應協助嚴重病人前往精神醫療機構辦理住院；若嚴重病人拒絕接受全日住院治療，則循緊急安置、強制鑑定、強制住院機制處理。

8. 刑法第 121 條之 3 立法理由。

9. 因安置原因有犯罪嫌疑重大為要件之一，且須有必要性外，就執行面而言，刑法第 121 條之 6 第 2 項規定所賦予檢察官或執行處所之戒護人員得先緊急限制扣押再陳報法院審核之模式，與羈押法第 18 條第 4 項規定看守所於急迫時先行施用戒具後再陳報羈押法院相類。

10. 司法院 112 年 7 月 28 日院台廳刑一字第 1120201363 號函附司法院舉辦「法院辦理暫行安置業務經驗交流會議」相關意見彙整二、（一）6. 司法院刑事廳意見。

11. 刑法第 121 條之 6 立法理由說明三、。

2項之原因可能存在時，則聲請暫行安置」等便宜作法，此時應注意：

- (1) 法官為羈押訊問時，檢察官係「得」到場陳述聲請羈押之理由及提出必要之證據，僅在請求法院限制或禁止被告及其辯護人之卷證獲知時，應到場敘明理由並指明限制或禁止之範圍（刑訴 § 101 II）。
- (2) 但在因檢察官聲請而為暫行安置訊問時，檢察官係「應」到場陳述聲請理由及提出必要之證據（刑訴 § 121-2 I 但），且於偵查中，法院並無職權得逕裁定暫行安置（刑訴 § 121-1 I），故無從轉換為檢察官「得」到場陳述意見之情形（刑訴 § 121-2 I）。

由此可知，檢察官於偵查中為上開同時聲請羈押或暫行安置之便宜措施時，負有到場義務，且法院在被告未經選任辯護人時，有指定公設辯護人或律師為被告辯護之義務（刑訴 § 121-1 II 準用同法 § 31-1 I）。

5. 保安處分執行法之偵查中緊急監護、禁戒、強制治療處分：檢察官於偵查中認為應付監護、禁戒、強制治療之人，有先付保安處分之必要，得依保安處分執行法第3項規定，聲請法院裁定宣告保安處分。

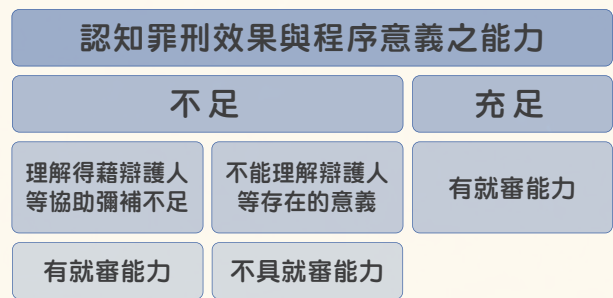
法院此際應審酌被告是否符合保安處分宣告要件且有緊急先付保安處分之必要性，如：監護處分之宣告須「其情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞時」。不同於前揭暫行安置之原因與必要性，亦不同於前開精神衛生法之協助就醫情形。

（二）審判中

此階段的司法處遇，主要在於藉由精神鑑定以為被告程序保障及確定犯罪行為責任及其法律效果，可分述如下：

1. 就審能力

刑事訴訟法第294條第1項規定：「被告心神喪失者，應於其回復以前停止審判。」實務上參酌憲法第16條保障人民訴訟權及身心障礙者權利公約施行法之規範意旨，就其中「心神喪失」之程度，認為並不以達到毫無自由決定意思能力之程度為限，而應從其精神狀態、與社會互動情形觀察，有無足夠之理性和能力瞭解其罪名、刑事程序之內容、可能受到何種程度之刑罰等訴訟效果，進而能自我防護、辯護，或得藉選擇辯護人、輔佐人且辯護人、輔佐人係提供其訴訟防禦之協助，以確保其於訴訟程序能充分行使防禦權¹²（如下圖）。



又所稱「認知罪刑效果與程序意義之能力」，係以一般人之平均程度為基準，輔以能否藉由辯護人、輔佐人參與程序予以補足被告法律上辯護及事實上陳述能力，以決定應否停止審判。例如：以就審能力鑑定結果：被告目前在疾病影響下雖然未符合對於外界事務全然缺乏知覺理會與判斷作用之程度；但對於合理地諮詢辯護律師及本於理性及事實去瞭解訴訟程序的能力均已經達到有顯著減低之情形等詞，實務上亦有以裁定停止審判¹³。

2. 審判中暫行安置

不同於前揭偵查中暫行安置，法院於

12. 綜合最高法院110年度台上字第3445號刑事判決、臺灣高等法院108年度廳上重訴字第26號刑事判決、110年度上易字第921號刑事裁定所為闡述。

13. 臺灣高等法院110年度上易字第921號刑事裁定。

審判中不僅得依檢察官聲請，亦得依職權訊問被告後，為暫行安置裁定，且職權訊問時，檢察官「得」到場陳述意見。換言之，縱係檢察官聲請暫行安置，但於訊問被告程序時並未到場，法院即得轉換為職權裁定而無庸應經檢察官到庭陳述意見。

暫行安置之要件是否具備及安置期間之長短，屬於事實審法院斟酌訴訟進行程度與被告醫療、訴訟權益及社會安全防護之目的等其他一切情形而為裁量之職權¹⁴。

3. 責任能力

目前實務上對於行為人於行為時是否具備責任能力，依刑法第 19 條之規定，將辨識能力（辨識行為違法之能力）與控制能力（依其辨識而行為之能力）區分為生理原因與心理結果二階段判斷：

(1) 生理原因須由專業鑑定

刑法第 19 條第 1 項前段「精神障礙或其他心智缺陷」之生理原因要件，法院應選任具專門精神疾病醫學門知識經驗者或囑託專業醫療機構加以鑑定是否具備，然因此類鑑定不能完全排除融有實施者之主觀因素，法院自應綜合卷內其他證據資料，詳予審酌，不能率予採認¹⁵。

(2) 心理結果關係應由法院職權判斷

上開生理原因與辨識能力或控制能力不能、欠缺或顯著減低之心理結果間無因果關係存在，得否阻卻或減輕刑事責任，則應由法院本於職權判斷評價¹⁶。

從而，法院就精神專科醫師對於病患面談或主述如何具有精神病診斷上重要意義之判斷，允宣傳喚到庭說明其所憑之精神醫學診斷準則，及判斷本件符合或不符合

合診斷準則之過程，兼及於其對不同意見或資訊解讀之看法，相互合作以確保彼此有效並適切之運作關係，而共同完成發見真實之任務¹⁷。

此外，若數個鑑定人或機關仍各持己見，法院亦無法形成心證，無妨尋求第三鑑定意見以協助法院正確認定事實（刑訴 § 207），若正、反或折衷意見，均無法說服法院形成有無責任能力之確信時，則依罪疑唯輕原則，而為有利於行為人之認定¹⁸。

4. 情狀鑑定

依司法院發布之「刑事案件量刑及定執行刑參考要點」第 5 點規定：「法院於必要時，得囑託鑑定人、醫院、學校或其他相當之機關、團體為精神、心理鑑定或量刑前社會調查報告。」此即情狀（量刑）鑑定之依據。

另併參酌司法院「量刑前調查鑑定參考手冊」可知，無論「情狀鑑定」或「量刑前調查」均涉及被告心理、精神等層面，縱其行為時之心理結果，並無辨識能力、控制能力顯著減低之情形而無刑法第 19 條第 1、2 項減輕其刑規定之適用者，法官於刑罰裁量時，仍非不得以其生（病）理上之原因，做為量刑或酌減其刑之依據，以符罪刑相當原則¹⁹。

5. 監護處分

「監護」屬於對責任能力欠缺之人施以治療與保護處分²⁰，其要件依刑法第 87 條第 1、2 項規定，有同法第 19 條第 1 項、第 2 項及第 20 條之原因，其情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞。

14. 最高法院 111 年度台抗字第 1405 號刑事裁定。
15. 最高法院 109 年度台上字第 1379 號刑事判決。
16. 最高法院 112 年度台上字第 1552 號刑事判決，堪稱為最高法院長期一貫見解。

17. 最高法院 110 年度台上字第 2048 號刑事判決。
18. 最高法院 109 年度台上字第 2925 號刑事判決。
19. 最高法院 103 年度台上字第 4287 號刑事判決。
20. 最高法院 109 年度台上字第 1537 號刑事判決。

法院一旦認定被告具有刑法第 19 條之事由，即應調查、審酌、判斷並說明被告是否有再犯或危害公共安全之虞之理由，否則，有調查未盡及理由欠備之違誤。

就上開要件之判斷衡酌，屬法院自由裁量職權之行使²¹，惟若認定被告「其情狀足認有再犯或有危害公共安全之虞時」，法院即應義務宣告監護處分，並無裁量權²²。

法院就此應審酌行為人需治療性之具體情狀，並考量其所受宣告之主刑種類、期間長短，以決定究係令其於「刑之執行前」或「刑之執行完畢或赦免後」，進入相當處所施以監護，始稱適法²³。

此外，法院認為有緊急必要時，亦得依保安處分執行法第 4 條第 2 項規定，於判決前，先以裁定宣告監護處分。

上開監護處分之本質乃干預人民自由之保安處分，應受法律保留原則及比例原則之拘束，法律授權由事實審法院斟酌行為人治療之需求，並視行為人行為之嚴重性、所表現之危險性及對未來行為之期待性，於預防矯治之必要範圍內論知其期間²⁴，不以法院應針對被告有無施以監護處分必要送請醫院鑑定為限，法院自得參酌精神鑑定報告、前案記錄、案發後行為等情形宣告施以監護處分²⁵。

6. 強制治療處分

因犯刑法第 91 條之 1 第 1 項所列各罪，有再犯之危險²⁶者，得令入相當處所，施以強制治療。法院認為有緊急必要時，亦得依保安處分執行法第 4 條第 2 項規定，於判決前，先以裁定宣告強制治療處分。

此係為矯正行為人異常人格及行為，使其習得自我控制以達到再犯預防為目的，與尋常之疾病治療有異²⁷，然不具有治癒之概念，祇能轉換成「控制」²⁸，應每年鑑定、評估有無繼續治療之必要。

(三) 刑事執行

此階段的司法處遇，主要在於觀察執行成效以決定延續或停止。

1. 受刑能力

基於刑罰之科處，除係對於犯罪人之責任應報外，既兼以犯罪預防為目的，即包括遏抑犯罪人本身再犯之特別預防，以及消極威懾其他潛在犯罪人勿敢觸法，並積極維繫社會大眾對法規範之認同與對司法審判之信賴等一般預防面向，從而達到整體預防犯罪之功效²⁹觀點而言，受刑人如有客觀事實足認其身心狀況欠缺辨識能力，致不能處理自己事務，對之實施刑罰並無實質意義，並有不符人道處遇之虞³⁰。

是在受刑人心神喪失者，依刑事訴訟法第 465 條、第 467 條之規定，由司法行政最高機關命令停止執行死刑，或依檢察官之指揮，於其痊癒或該事故消滅前，停止執行徒刑或拘役。另依監獄行刑法第 13 條第 1 項第 1 款規定，有客觀事實足認受刑人身心狀況欠缺辨識能力，致不能處理自己事務者，應拒絕收監。可見受刑人具有辨識能力為刑之執行之前提，即所謂受刑能力。

2. 刑罰與監護處分、暫行安置

刑罰具前述一般預防與特別預防之功效目的，且以具辨識能力為執行適格，但行為人受監護處分、暫行安置之要件之一

21. 最高法院 108 年度台上字第 1061 號、106 年度台上字第 848 號刑事判決。

22. 最高法院 112 年度台上字第 2185 號刑事判決。

23. 最高法院 107 年度台上字第 3357 號刑事判決。

24. 最高法院 112 年度台上字第 1311 號刑事判決。

25. 最高法院 109 年度台上字第 414 號刑事判決。

26. 最高法院 110 年度台上字第 3484 號刑事判決。

27. 2005 年 2 月修正刑法第 91 條之 1 之立法理由。

28. 最高法院 100 年度台抗字第 460 號刑事裁定。

29. 最高法院 111 年度台上字第 3599 號刑事判決。

30. 監獄行刑法第 13 條第 1 項第 1 款之立法理由。

為具刑法第 19 條第 1、2 項規定之情形，即係行為時之辨識能力、控制能力有所欠缺，除非受刑人於判決確定後回復能力，否則以精神疾病之持續性病理變化過程，往往在判決確定後仍有辨識能力欠缺而不具受刑能力之情形，則與監護處分、暫行安置之執行有下列特殊性。

(1) 監護處分

監護處分之執行，依保安處分執行法第 46 條第 1 項之規定，由檢察官按其情形，指定令入司法精神醫院、醫院或其他精神醫療機構接受治療，或令入精神復健機構、精神護理機構接受精神照護或復健，或令入身心障礙福利機構或其他適當處所接受照顧或輔導，或交由法定代理人或最近親屬照顧，或接受特定門診治療，或其他適當之處遇措施之一或數款方式執行。

執行期間屆至前，得由檢察官聲請法院許可延長，或認無繼續執行之必要，經法院免其處分之執行，此為刑法第 87 條第 2 項所明定，可徵監護處分期間相較刑罰徒刑期間具有彈性與相對不確定性。

(2) 暫行安置

依刑事訴訟法第 121 條之 6 第 1 項明定「暫行安置，本法未規定者，適用或準用保安處分執行法或其他法律之規定。」又暫行安置後，法院判決未宣告監護者，視為撤銷暫行安置裁定。判決宣告監護開始執行時，（延長）暫行安置之裁定尚未執行完畢者，免予繼續執行，亦為刑事訴訟法第 121 條之 5 所明定。

以上可見，暫行安置之宣告時期雖與前開保安處分執行法第 4 條所定

之緊急監護、禁戒、強制治療處分相同，均屬法院判決前所為之裁定，然後者所具終局處分之性質卻為暫行安置所未有，亦即暫行安置相當於監護處分宣告前之暫時狀態保安處分，不具有終局性，但仍因其程序定性為兼顧被告醫療之保障及社會安全防護之需求之保安處分性質，不同於羈押之於裁判之強制處分性質，縱使寓含訴訟權益之保障作用，亦與羈押構成個人之特別犧牲³¹不同。

此外，暫行安置仍具有個別性，此即刑法第 98 條第 3 項規定：依刑事訴訟法第 121 條之 1 第 1 項或第 3 項前段宣告之暫行安置執行後，認為無執行刑之必要者，法院得免其刑之全部或一部執行。亦即暫行安置無待轉換為監護處分即可生與終局保安處分之依刑法第 98 條第 1、2 項規定之免除刑罰執行效果。

(3) 歸納

我國採保安處分與刑罰雙軌制，二者各有其目的及功能，可併行不悖，是仍維持行為責任之刑罰原則，僅藉拘束人身自由之保安處分處置受處分人將來之危險性，以達教化、治療之目的，然保安處分之憲法上依據及限制終究與刑罰有本質性差異³²。

是在同屬保安處分性質之暫行安置與判決前後宣告之監護處分間，並無如同羈押日數得折抵刑罰之規定。暫行安置或監護處分等保安處分縱有拘束人身自由之期間，該期間亦不得視為羈押或折抵刑罰。

31. 司法院大法官釋字第 670 號解釋理由書。

32. 最高法院 111 年度台上字第 2337 號刑事判決。

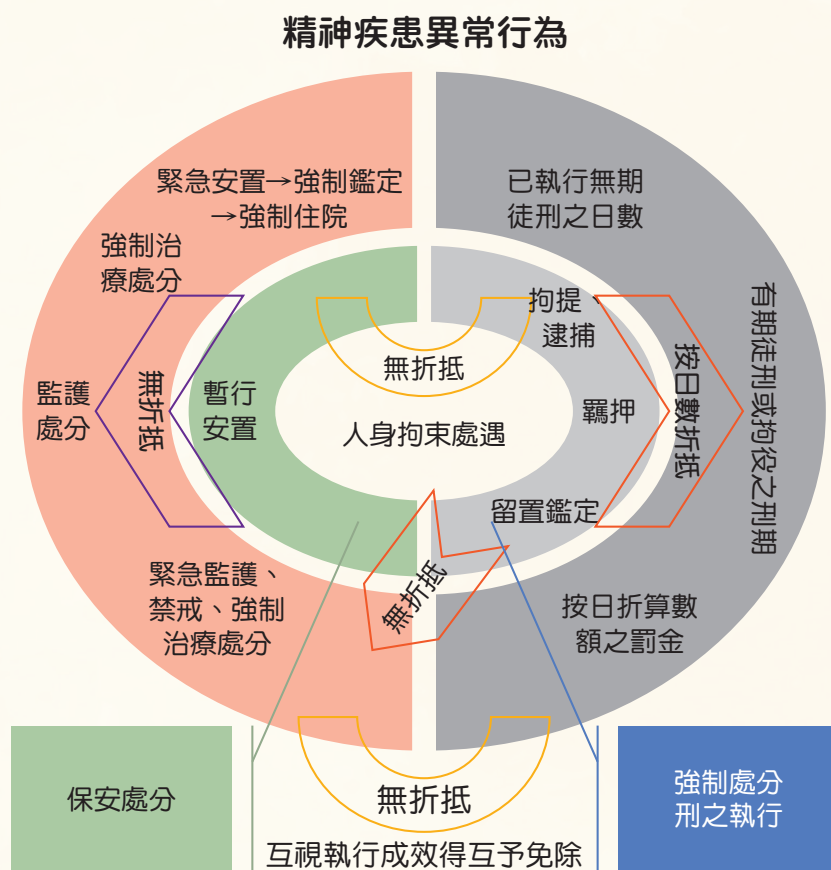
但值得注意的是，立法就此為不對稱設計，亦即依刑法第 37 條之 2 第 1 項後段之規定，羈押日數，在無刑罰可抵時，得以一日抵拘束人身自由之保安處分一日³³。

然而在保安處分與刑罰之二區塊間，僅適用前揭刑法第 98 條第 1 項、第 3 項之規定，互視執行成效予以免除（排除暫行安置無從先執行徒刑），而非以互相折抵方式為之，此屬立法形成範疇，自與立法疏漏情形有間，亦無再類推適用其他折抵規定餘地，

難謂與憲法平等權保障原則有違³⁴。

3. 暫行安置與緊急安置

暫行安置與緊急安置雖然均具有醫療措施性質，但以安置期間而言，暫行安置係每次 6 月以下期間，得延長，但累計不得逾 5 年；緊急安置，依現行之精神衛生法規定不得逾 5 日，安置 2 日內應完成強制鑑定，強制住院每次不得逾 60 日³⁵。可見緊急安置著重於強制使病人立即接受醫療，非有如暫行安置之保障訴訟權益考量，且無相抵期間之規定及必要。



三、以司法處遇作為鑑定前處置之限制

行為人接受司法精神處遇者，有其生理原因，如前所述，在審判階段此須由專業鑑定；在刑事執行階段，亦須藉專業鑑定有無受刑能力或延長或停止執行保安處分之必要，是在有鑑定必要之前置作業

時，得否以既存之司法處遇為鑑定前處置，有探明之必要。

(一) 鑑定留置

所謂鑑定留置，係指因鑑定被告心神或身體之必要，已逾拘提或逮捕時起 24 小時，審判長、受命法官（或檢察官聲請

法院)簽發留置票,預定7日以下之期間,交由司法警察執行將被告送入醫院或其他適當之處所。法院得於審判中依職權裁定縮短或延長鑑定留置之預定期間,僅延期之期間不得逾2月,其鑑定留置期間之日數,視為羈押之日數,此分別為刑事訴訟法第203條第3項、第203條之1第4項、第203條之2第1項、第203條之3第1項及第203條之4所明定。

實務上應注意者,司法警察須進入被告住所始得執行鑑定留置時,因上揭規定並無可準用執行拘提之程序規定,自僅於法院同時開立拘票與司法警察時,始得依刑事訴訟法第131條第1項第1款之規定,進入被告住所執行拘提及鑑定留置³⁶。

以上可見,鑑定留置係為鑑定被告心神或身體而使其特別犧牲受人身自由拘束之處置,其性質不同於暫行安置之保安處分性質,而屬於強制處分,法院自不得逕以被告立切結書表示拒絕鑑定而不施以鑑定³⁷。

(二) 鑑定前置之人身拘束期間

以目前得作為鑑定前處置之人身拘束期間,即強制處分,其期間限制可分述如下:

1. 羈押

依刑事妥速審判法第5條第2項規定:「審判中之延長羈押,如所犯最重本刑為死刑、無期徒刑或逾有期徒刑10年者,第一審、第二審以6次為限,第三審以1次為限。」所增設延長羈押次數之限制,係刑事訴訟法第108條第5項之特別規定,僅關於各審級延長羈押次數之規定,仍採與刑事訴訟法第108條第5項規定相同之解釋³⁸。從而,在第一、二審最長羈押期間即1年3月。

2. 留置鑑定期間不算入羈押期間

依前揭說明,鑑定留置預定期間為7日以下,得延長之期間不得逾2月,因鑑定留置影響人身自由,與羈押同為對被告之一種強制處分,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³⁹,可見留置鑑定係如同刑事訴訟法第108條第4項但書所定本案羈押前之逮捕、拘提期間抵算羈押期間之性質,留置期間之日數應不計入該審級羈押期間。

(三) 保安處分轉換為鑑定前置之人身拘束期間

上述以強制處分作為鑑定前留置之時間有限,在有需要較長時間之鑑定必要時,被告又經保安處分執行中,得否便宜代之,說明如下:

1. 緊急安置、強制鑑定、強制住院:

此系列保安處分係精神衛生法所定,其目的應在於使精神疾病病人強制接受醫療。其中,強制鑑定之方向在於個案當時有無強制接受治療之急迫性。縱行為同時觸犯刑事法律而應受罪刑責罰,亦不在於提供個案行為責任之特別知識經驗之判斷意見,其內容縱可引為判斷參考,亦僅供法院形成有無命為鑑定必要之意見。至於強制住院,即命病人強制接受治療,並不含有強制命其接受司法鑑定之規範目的,是法院就強制住院期間之被告認為有命鑑定之必要,亦應徵得其同意接受鑑定,若經拒絕或未予同意,自應循前揭留置鑑定之方式為當。

2. 監護處分、禁戒處分、強制治療處分:

依保安處分執行法第4條之1第1項第9款、第46條第1項、第49、50條、第79、79條等規定,可知上開保安處分均係以治療並注意其身體健康為目的,且

可同時為之，亦未見有得強制命其接受司法鑑定之規範目的，在被告拒絕或未予同意接受鑑定時，仍應以留置鑑定方式為之。

3. 暫行安置：

既屬監護處分前之暫時性保安處分性質，雖可分為拘束人身自由與不拘束人身自由之執行方式，依司法院刑事廳建議意見：在檢察官執行暫行安置在特定處所或執行方法有拘束被告人身自由時，先徵詢檢察官是否同意由被告自行到庭，若檢察官不同意時，是否同意協助被告到庭（包括檢察署自行指派人員或調度司法警察或委請執行處所人員辦理），若亦不同意協助時，則由法院指派法警或函請司法警察促使被告到庭，若徵得執行處所同意，亦得委請執行處所協助被告到庭等詞，至若被告人身自由未受拘束而得自行到庭時，則法院以傳喚被告方式即可⁴⁰。益徵被告並未因受暫行安置處分而有配合法院實施鑑定之義務，法院自不得在未經被告同意到場前，以其人身自由受拘束而逕指派法警或委請執行處所派員「協助」被告到鑑定處所。

準此，法院應先詢問被告是否同意到場接受鑑定，若被告同意到場，則可參考前揭到庭建議作法協助被告到鑑定處所，若未獲被告同意，則仍應循鑑定留置程序為宜，自無以保安處分較前揭強制處分之間長，而便宜利用保安處分行鑑定程序。

四、結論

綜合立法建構之精神狀態異常行為社會防護網，針對精神疾病之治療，可以干預人身自由之程度區分，外圍以跟蹤騷擾防制法、家庭暴力防治法之保護令事件並命相對人接受治療性處遇；中層以精神衛生法為預防及治療精神疾病之主力，必要時透過緊急安置、強制鑑定、強制住院使病人強制接受治療，並賦予法律扶助；內層則進入刑事訴訟流程，包含刑罰（含羈押、鑑定留置等強制處分）與保安處分〔含暫行安置、（含緊急）監護、禁戒、強制治療處分〕，視個案具體情況決定有無強制辯護之適用。

40. 司法院 112 年 7 月 28 日院台廳刑一字第 1120201363 號函附司法院舉辦「法院辦理暫行安置業務經驗交流會議」相關意見彙整二、（一）
6. 司法院刑事廳意見。

