

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

鑑定留置與鑑定證據

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC93-2414-H-029-005-

執行期間：93年08月01日至94年07月31日

執行單位：東海大學法律學系

計畫主持人：張麗卿

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 94 年 10 月 18 日

壹、中文摘要

關鍵詞：

鑑定留置、鑑定證據、強制處分、無合理懷疑、舉證責任。

中文摘要：

精神鑑定之目的在於判斷行為人有無罪責及是否必須加以監護，鑑定程序往往需要一段較長的時間，這使得必須留置行為人於一定的處所，鑑定其精神狀態。這種精神鑑定的相關程序規定在刑事訴訟制度，稱為「鑑定留置」，由於鑑定留置為重大干預人身自由的強制處分，性質上類似於羈押，故應受法律保留原則拘束。本來舊刑事訴訟法雖然已經有所規定（舊第二百零三條第三項），且存在有「救濟程序」（第四百零四條第二款與第四百十六條第一項第一款）但關於干預限制要件卻十分簡略。

因此，本研究針對修法後與新刑事訴訟制度相結合，將此本應受法律保留原則拘束下的干預人身自由強制處分，使其有更明確之適用，以達到保護人權之目的。另外就鑑定證據的判斷上，相同的案件，卻因不同的法官而有不同的判斷標準，造成判決結果不一致的情形經常發生。本研究藉由研究鑑定證據程度之要求與舉證責任之運用，可以達到避免法官輕率或武斷評價鑑定證據的現象，達成減少錯誤判斷，避免讓行為人承擔這種裁判上不利益風險，使判決與鑑定結果可以更趨一致。

貳、英文摘要

Key word:

Detention for Authentication、Expert Evidence、Compulsory Injunction、Beyond the Reasonable Doubt、Burden of proof。

Summary:

The purpose of mental authentication lies in judging whether the accused suspect is responsibility or not. For the longer time usually taken in the authentication procedure, it has become necessary to detail such suspect in a certain place to authenticate his/her mental status. The related procedure of such authentication is called "detention for authentication" Because such detention is a compulsory

injunction, which interferes the freedom from unreasonable searches and arrestment, and is essentially similar to the injunction of custody, such detention shall also be ruled by law.

The research will aim at the combination with the newly amended criminal procedure problem to make such injunction which shall be ruled by law being applied more definitely to reach the purpose of human right protection. Besides, the expert evidence produced from authentication are often evaluated by different standards between Judges so that the verdicts of the similar cases are not consistent.

參、研究背景

精神疾病的範圍相當廣泛，在醫學上的分類亦不停地在更動，一個國家的總人口中，到底潛藏著有多少人罹患或者是有可能發作精神病之人，很難有正確的估計。一般認為精神病患具有相當程度的危險性，精神疾病與刑事法上存有相當程度之關連，尤其在刑事案件，行為人行為時是否具有責任能力，精神是否有障礙，是一個重要因素。例如，北一女中校門口前，向女學生潑撒硫酸案件，關於精神鑑定之鑑定證據所為的法律上評價，可以使被告從獲判無罪改判成有期徒刑六年¹，故不可謂不重要。

精神病患無罪責及是否對於精神病犯加以監護，須就鑑定證據加以判斷，故專家的鑑定意見，是最重要的參考依據。值得注意的是，醫學研究有其不確定性，專家的鑑定也可能發生錯誤，這使得專家的鑑定與陳述，並非全然沒有缺點。另外法官對鑑定人的依賴，也可能形成錯誤的裁判，並對當事人產生不利的結果，及造成錯誤之裁判。

基於上述原因，本研究嘗試以「鑑定留置與鑑定證據」作為研究主題，尤其，新刑事訴訟制度實施後，如何遵守嚴謹證據法則及精確掌握鑑定證據的運用，是不可忽略的課題。

肆、研究目的

本研究期望透過對鑑定留置的相關規定與鑑定證據之證據程度要求及舉證

¹ 本案判決經過大致如下：第一審判決被告無罪（台北地方法院八十七年度三九八號），案經檢察官提起上訴，高等法院指摘判決不當，將原判決撤銷改判有期徒刑七年（高等法院八十七年上字第三六〇五號）。經被告不服提起上訴，最高法院於88年6月10日撤銷高等法院判決，發回更審，高等法院認同第一審判決，判決被告無罪，令入相當處所監護處分三年（八十八年度上更一字第三四九號）。更一審判決無罪後，高檢署檢察官不服，提出上訴，最高法院以「被告於行為時，並非全然缺乏知覺理會及判斷作用…」為理由，再將案件第二次發回更審。92年7月31日更二審判決又從「無罪改判成有罪」，認定被告僅精神耗弱，處有期徒刑六年，並於刑的執行完畢或赦免後，另入相當的處所監護三年（九十一年度上更二字第七七八號）

責任的運用，能達成以下目的：

一、落實憲法保障人權之理念

由於鑑定留置為重大干預人身自由的強制處分，性質上類似於羈押，故應受法律保留原則之拘束。本來舊法雖已有所規定（舊第二百零三條第三項），且存在有「救濟程序」第四百零四條第二款與第四百一十六條第一項第一款）亦即，因鑑定將被告送入醫院之裁定或處分，可以分別提起抗告或準抗告，但舊刑事訴訟法關於干預限制要件卻十分簡略。故本研究將針對修法後與新刑事訴訟制度問題結合，將此本應受法律保留原則拘束下的干預人身自由強制處分，使其有更明確之適用，以達到保護人權之目的。

二、減少錯誤裁判之機率

由於違法行為的施行者，精神狀態是否異常，是決定罪責或減輕罪責的重要條件，法官於做成裁判時，專家的鑑定意見，是最重要的參考依據。但由於醫學研究本有其不確定性，專家的鑑定亦有可能會發生錯誤，這使得專家的鑑定與陳述，並非全然沒有缺點。故本研究為了減少錯誤的裁判，以及避免讓當事人承擔這種不利益之風險，嘗試提出解決可能錯誤裁判之方法。

三、避免法官輕率評價鑑定證據

藉由研究鑑定證據之證據程度要求，應可達到避免法官輕率或武斷評價鑑定證據的現象。因為法官於裁判時，除了參酌鑑定證據之外，還應該依循嚴格的證據規則。在認定上，證據程度必須有一定的量，達到沒有「合理懷疑」的程度，才足以形成的確信之心證，法官就不能匆忙地評價證據。

四、正確掌握舉證責任之運用

刑事訴訟法並沒有關於精神病犯有無罪責及是否宣告監護的特別規定，故在認定上述問題時，是以法官個人之自由心證為之。常有發生相同之案件，因不同法官審理而有不同的認定標準，造成不同的裁判結果。因此，本研究提出以運用舉證責任之法則，來認定精神病患者有無罪責及是否應加以監護之審理標準，這樣可避免不同法官間，對相同案件，卻出現南轅北轍的判斷現象。

伍、鑑定留置與鑑定證據

二〇〇三年二月公布增修的刑事訴訟法第二百零三條至第二百零三條之四的「鑑定留置」，是關於鑑定心神狀態的新規定。而對於經由留置鑑定後所得的「鑑定證據」在刑事程序上如何精確運用，也是不可忽略的課題。

一、鑑定留置

鑑定留置是指因鑑定被告心神或身體之必要，得預定七日以下之期間，將被告送入醫院或其他適當之處所的鑑定程序（第二百零三條第三項）。鑑定的內容雖包括對心神與身體的鑑定，不過，本條鑑定的對象應限於狹義的心神鑑定。

（一）鑑定留置之要件

（1）留置是為鑑定做準備

準備鑑定是指，為了確認被告是否符合刑法第十九條之心神喪失或精神耗弱所做之留置準備，主要在判斷被告刑責能力的有無或訴訟能力的是否具備。

（2）有重大犯罪嫌疑

有重大犯罪嫌疑是指被告有足夠的犯罪嫌疑。重大嫌疑的判斷主要是依據文件資料，這時雖能從事證據調查以查證有無犯罪嫌疑，但由於並非實施主要之審判程序，如果已有明顯之外部犯罪嫌疑，即不必對被告內心事實加以詢問。

（3）有必要性

由於鑑定留置是對於被告的個人自由之基本權之重大干預，故如果有其他方式可以鑑定被告的心神狀態，即不能為鑑定留置。因此，只能在無可避免的情況下，方得為之。

（4）符合比例原則

鑑定留置必須遵守比例原則，換言之，如果留置的嚴厲性超過可能預期的刑罰或保安處分時，即不得為之。有關於此，德國實務認為，對於自訴案件與輕微案件的被告都不能加以留置，另外，如果只是可以科處罰鍰的行政訴訟程序，也不能鑑定留置。

（5）具備鑑定留置票

鑑定留置應用鑑定留置票，記載第二百零三條之一第二項各款所列事項。由於鑑定留置與羈押處分同屬對於人身自由的限制，因此，鑑定留置票應由法官簽名，檢察官認有鑑定留置必要時，應向法院聲請簽發之。換言之，法院為鑑定留置的決定機關。因鑑定留置的前提須與羈押有相同的犯罪嫌疑，且鑑定留置期間之日數，視為羈押之日數（第二百零三條之四）故「鑑定留置」與「羈押處分」同為對被告之一種強制處分，由於羈押處分的決定於1997年修法時只能由法官

決定，因而對被告的鑑定留置，也只能由法官決定。

（二）鑑定留置之期間

鑑定留置期間，乃為達鑑定目的而所需必要之時間，為了避免留置期間漫無限制，立法者特別參考精神衛生法第二十一條第三項之規定，將留置之期間規定為以七日為限，以確保人權（參照第二百零三條第三項立法理由）。

不過，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，因此留置之「預定期間」根據第二百零三條之三規定：「法院得於審判中依職權或偵查中依檢察官之聲請裁定縮短或延長之。但延長之期間不得逾二個月。」

（三）鑑定留置之執行

執行鑑定留置，由司法警察將被告送入留置處所，又留置之日數視為羈押之日數，被告於執行時得折抵日數，因此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（第二百零三條之二第一項）。執行鑑定留置時，為防止被告逃逸或有其他安全上之顧慮，法院或檢察官得依職權或依留置處所管理人員之聲請，命司法警察看守被告（第二百零三條之二第四項）。再者，司法警察執行留置時，應注意被告之身體及名譽，避免受不必要之損害，若被告抗拒鑑定留置之執行，為落實鑑定之目的，司法警察得使用強制力，但以必要之程度為限（第二百零三條之二準用第八九、九〇條）。

（四）鑑定留置之救濟

刑事訴訟法就鑑定留置之規定，並未特別就救濟程序途徑加以規定，故應回歸強制處分一般救濟途徑加以處理，此即為第四百零四條但書第二款與第四百一十六條第一項第一款規定，分別以法院所為之裁定，或是審判長、受命法官、受託法官或檢察官所為的鑑定留置處分，而提起抗告或準抗告之規定。但依本法對鑑定留置所提起的抗告或準抗告，並無停止執行之效力（第四百零九條第一項但書與第四百一十六條第四項），雖然可以提起救濟，但是有可能在救濟程序進行中，鑑定留置早已經執行完畢，縱使後來救濟法院認為抗告或準抗告有理由，但對被告自由權益之侵害已經造成。無法於事後加以回復，這是我國立法上的缺失。

二、鑑定證據

由於，精神醫師的判斷可能會出問題，因此，如何避免仰賴精神醫師的判斷

所可能出現的弊端，就成為鑑定證據如何精確掌握的焦點。雖然有人主張完全廢除鑑定證據或允許被告自己選任鑑定人來解決這種難題，但是，本文認為這些意見不可行也不是解決問題的妥當方法。

比較可行的方法應該是，除了參酌鑑定證據之外，還要依循嚴格的證據規則。這是指，證據程度必須有一定的量，達到沒有「合理懷疑」的程度，足以形成法官的確信。此外，舉證責任的應用與「罪疑惟輕原則」之間的關係，也是認定精神病犯罪責有無，及是否宣告監護處分時應注意的法則。

（一）證據程度的要求

證據程度，指有罪證明之程度，亦即，被告之犯罪，必須證明至無合理懷疑（beyond the reasonable doubt）之程度，始符合證據程度之要求。

（1）證據程度與法官確信

證據程度是指「必要證據的量」，這種必要證據的量，法律並無明文規定，但是，實務上仍有「證據程度之要求」。所謂「必要證據的量」是指，對於被告犯罪的證明，必須達到無任何合理懷疑的程度。法院對於認定的證據如仍有懷疑時，不得對被告做不利的解釋。法官的確信，一般以為，沒有辦法依其強度做不同區分。換言之，法官的確信是不能量化的，法官確信的形成過程相當複雜。

強調客觀確信的人認為，法官的裁判，必須注意「高度或然率」的確信。然而，比較新的司法實務見解，已經拒絕使用「高度或然率」的用語，而代之以「對實際生活所需之真實程度」，因為，依真實程度才能將合理的懷疑排除。

（2）監護程序中的法官確信

精神病犯有無罪責及是否宣告監護，自始即以可能性的判斷為基礎，所以在認定程序上，也涉及證據程度的規則。由於刑事訴訟法，並沒有關於精神病犯有無罪責及是否宣告監護的特別規定，所以認定監護與否程序中的證據程度規則，只有求之於實體法上的危險可能性，及程序法上的法官確信。實體法上所要求的客觀可能性的判斷，必須經由法官主觀的確信，做某種程度的補充。

（3）證據程度要求上的困難

如前所述，只是單純或大致上的可能，並不是足夠的證據程度，因此，認定程序上，必須要有法官的主觀確信來補充。這使得認定過程因而有嚴格的標準。只是這種值得稱許的規定，依一些學者的意見，仍然有其缺失。根據這些意見，在監護程序上的必要可能性程度（即將來可能出現危險性的程度），可能有不同的強度。依照此種看法，可能性的範圍與強度，與對法秩序干擾的嚴重程度間的關係，必需加以認定；意即，如有值得擔憂的法秩序重大干擾，則對可能性的要求就越小。在這種觀點下，有些學者即區分「有生命危險的行為」和「對別人財產有侵害的行為」。所以，如認定對別人財產有侵害為基準時，就必需要有特別高的危險可能性為前提。

(二) 舉證責任之運用

(1) 舉證責任之意義與分配

故「舉證責任」是指當事人須就其主張待證之事實，有舉證證明之負擔，若當事人未盡其舉證責任時，而使事實真偽不明，將受不利益之判斷。「舉證責任之分配」指，刑事訴訟兩造當事人，就其不同之主張各有證明之負擔。此種分配於兩造之間的負擔，即所謂「舉證責任之分配」故舉證責任之分配，即為「證明負擔之分配」。因舉證證明，有時並非易事，一經分配後，該造即負擔不能依其主張為裁判之危險。舉證責任之分配，影響訴訟之結果的勝負。

關於舉證責任分配之標準，因所採法制不同，其規定亦異，英美法系於陪審制度下，對證據之蒐集與調查，採徹底之當事人進行主義，為「證據提出責任」與「說服責任」認為訴訟當事人，對於所主張之事實，應負舉證責任，說服法官或陪審員相信其所主張之事實確實存在。

大陸法系採職權主義，認為證據之蒐集與調查，係法院之職權，並不認為當事人有舉證責任。不過，2002年後，我國刑事訴訟制度係採改良式當事人進行主義，將使檢察官之舉證責任更加落實。刑事訴訟法第一百六十一條第一項、第一百六十一條之一、第一百六十三條第二項均有明訂。

基於上述，被告之犯罪事實舉證責任分配係由檢察官負擔，被告仍不負擔舉證責任。例外基於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院才應依職權加以調查證據。話雖如此，從上述規定看出，其實職權法院的歐陸法系性格，在新修正的刑事訴訟中仍然根深蒂固。法官仍被賦予積極探詢事實真相之權責，在審判進行之前仍然事先掌握所有卷證。檢察官的舉證，似乎只是充作法院證據調查的輔佐或補充，故就刑事訴訟制度中之舉證責任與英美法的訴訟結構仍有差異，此不可不辨。

(2) 舉證責任與無罪推定

無罪推定是指，當證據調查結束，檢察官無法證明被告犯罪法院應為被告無罪判決，被告無庸證明己身無罪，被告亦不因舉證拙劣，而受到有罪判決之不利益判斷。

但是，此被告無罪之推定並不會發生舉證責任移轉之問題。檢察官對構成要件事實舉證證明之後，無須再就違法性及有責性提出證明。相反的，被告如果要打破違法性及有責性推定則必須舉證加以推翻。

(3) 舉證責任與無罪推定在監護程序中的運用

由於法官要把構成要件歸攝到法律語句，因此，客觀意義的舉證責任，在訴訟程序中，到處可見。換言之，客觀的舉證責任，也發生在精神病犯有無罪責及是否監護的認定程序中。因為，當法院決定精神病犯沒有罪責且需監護時，必需負舉證責任的假設是成立的話，那就意謂罪疑惟輕原則的運用是可行的。

(4) 舉證責任應用上的爭執

精神病犯有無罪責及是否監護，對於舉證責任的分配問題，有很顯然的意見上爭執，這個問題與罪疑惟輕原則一起討論。當罪疑惟輕原則涉及責任證據，有關刑罰成立或刑罰加重的構成要件要素，如有不能確切被證實有責任的話，則罪疑惟輕原則的適用，是沒有爭論的。但是，罪疑惟輕原則是否也可以延伸到其他刑法制裁上的重要事實問題（如刑罰排除事由或刑罰減輕事由）就有很大爭論。

首先，關於罪疑惟輕原則能否適用，有些學者持否定見解認為，罪疑惟輕的原則必須放棄。例如，Kleinknecht 認為，無論是收容的保安處分程序，或其他的裁判，都需要把預測當成前提；因預測的決定，是以可能性的認定為基礎，所以，罪疑惟輕原則不適用於可能性的認定。同時，罪疑惟輕原則也不適用於社會預測，亦即，有關暫時性干預的社會預測、緩刑的社會預測、保安處分宣告的社會預測，都不能適用。另外，Montenbruck 也有相同看法。他認為，如果危險預測的認定，從一定有利當事人的觀點出發，無疑就是默認法官的裁判必須要不利於社會大眾，故此種規範的理論，就是要社會大眾承擔特定的風險。由於他不同意，要做對當事人有利的裁判，因此他建議，德國刑法第六十三條，應該重新規定為：「凡於無完全責任能力（原條文為：無責任能力或限制責任能力）狀況下而為違法行為，法院就行為人及其行為作整體衡量，足以顯示行為人依其狀況仍將有嚴重違法行為，且因而危及公安者，應命收容於精神病院。」

但是，其他學者則反對把罪疑惟輕原則，不加以區分地拒絕適用，因為這樣會導致罪疑惟輕原則在實務上變成沒有意義。所以，他們比較傾向於嘗試，在各別有問題產生的法律規範中，去加以明確化或變更規定。例如，Frisch 即區分收容預測上所必要的兩個要素，並且要求這兩個要素，應各依不同的證據程度來加以評價。這兩個要素是：在刑法上保安處分的宣告，有關人格結構上所必要的問題（將來危險可能性的預測），應該要有比較高的證據程度；在涉及有關情況上的條件認定時，則可以有比較低的證據程度。這種不同評價上的問題，即可透過罪疑惟輕原則來加以解決。

其次，關於舉證責任的轉換，有些學者認為，舉證責任轉換於當事人是正當的，因為，如果精神病患的病情具有危險性曾經一度被證實，則其他的法律上判斷，即應特別嚴格的審查。換言之，在第一次依精神病狀況及當事人的危險性被認定後，就被假設監護的要件是繼續存在，除非當事人可提出變更的證據。

但與上述見解相反的學者以為，舉證責任移轉到當事人是不公平的，因為前述證據推測的見解，等於就是反對當事人的情況可以變更。當事人的情況，必須將其認為一直在改善。況且，實際上當事人沒有且不再有能力，去證明他的精神健康或他的無危險性；因此，在認定精神病犯有無罪責及是否監護的審查上，亦應有罪疑惟輕原則的適用。

綜上所述，有關罪疑惟輕原則適用上的爭論，主要是集中在認定精神病患無罪責及是否監護的審查上。然而儘管有這些不同的意見，對於事實確認原則的適用，仍一致被肯定。

陸、結論

本次關於鑑定留置制度之新修正，基本上是值得肯定的，但也有不盡理想之處。例如，本次修正對於各種不同鑑定處分之種類及要件均加以明確區分。又例如，鑑定留置與經許可之鑑定處分類型或對第三人之檢查身體等鑑定處分均由不同的專條加以規範。鑑定留置必須遵守令狀原則，需要「鑑定留置票」。

不過，新增第二百零三條規定，為了鑑定嫌犯的精神狀況，得將其留置於適當處所加以鑑定。故留置是一種手段，目的是鑑定。法條用語稱為「鑑定留置」，反而形成鑑定是一種手段，留置是目的，這是不通的。故概念上此一處分應稱為「留置鑑定」而非鑑定留置。因此，第二百零三條的用語應當改為「留置鑑定」，較為恰當。

留置之後所取得的鑑定證據為應否宣告監護處分的重要依據。那就是，精神病犯據以宣告處分的違法行為的情節重大，及將來危險性的預測。由於違法行為情節重大與否，法官可以依照自己的專業經驗去判斷；但是，將來危險性的判斷，則必須仰賴精神醫師的專業判斷。

由於專業的鑑定證據仍有缺點，因此，法官在使用鑑定證據時，除了參酌鑑定證據之外，還要依循嚴格的證據規則。嚴謹證據法則的遵守是指，證據程度必須有一定的量，達到沒有「合理懷疑」的程度，足以形成法官的確信。此外，舉證責任的應用與「罪疑惟輕原則」之間的關係，也是認定精神病犯罪責或宣告監護時應注意的法則。