

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



暫行安置處分之研究

——以德國法為中心

A Study of the Provisional placement  
in the Criminal Procedure Law: Focus on  
German Law

林奕歲

Yi-Wei Lin

指導教授：林鈺雄 博士

Advisor: Yu-Hsiung Lin, Dr. jur.

中華民國 112 年 6 月

June 2023

## 謝辭



終於來到寫謝辭的這天，寫論文過程中的每個階段，都在期待可以寫謝辭的日子。首先，非常感謝林鈺雄老師擔任我的指導老師，整個研究所的生涯裡，在老師身邊學習到許多寶貴的知識與經驗，很感謝老師花了非常多時間教導我們如何閱讀德文文獻，讓我受益良多，十分感恩老師的用心。另外，也非常感謝兩位口試委員，王士帆老師跟連孟琦老師，仔細閱讀我的論文、無私傾囊相授，並給予我許多非常重要的意見，讓我對於自己的論文有更深的理解。

接著，想謝謝我的家人，總是在我身邊支持我，在自己因為論文難產而害怕擔心的時候，不催促我、給我滿滿的信心與耐心，讓我安心地完成這份任務。此外，很謝謝熊門的大家，在論文的道路上給予我各式各樣不同的幫助，謝謝 Jango 從我小的時候陪我討論題目，謝謝家維跟我組隊闖關、幫遠在國外的我處理各種程序事項、幫忙我校稿，謝謝初陪我討論論文中的各種疑難雜症，謝謝昀霈、小辛遠端支援我的論發、當我的紀錄。也很開心可以跟泥沙一起在咖啡廳度過艱難的過程。

想感謝的人好多，都在心裡記下了。最後，謝謝自己努力撐過了這一切，謝謝在捷克交換也有認真完成論文的自己，也感謝在捷克給我加油打氣的人們。論文的最後一哩路，我開心也充實地度過了，感恩一切美好的安排。

林奕歲  
2023.7.21 高雄

## 摘要



近年來患有精神疾病之人犯下刑事重大違法行為之案件頻傳，因而逐漸受到社會大眾關注。在各案件的刑事訴訟審判程序中，亦突顯過去我國《刑事訴訟法》面對此類可能具備《刑法》第 19 條第 1 項或第 2 項原因之被告時，實際上欠缺一項適當的制度，於刑事追訴過程中暫時性的拘束其人身自由，以避免是類被告再度於社會上實行進一步的違法行為而危及公共安全。因此，我國在民國 111 年 1 月 27 日以「兼顧被告醫療、訴訟權益之保障及社會安全防護之需求，並與我國既有法制接軌」為由，修正通過刑事訴訟法「第十章之一 暫行安置」。

由於此次修法增訂的新制主要繼受自德國法上的「暫行安置（Einstweilige Unterbringung）」處分，故本文欲藉由探討德國法上的暫行安置制度，作為我國法之借鏡。脈絡上將先自德國法上暫行安置之要件著手，接著探討德國法上設置何種機制以避免拘束人身自由過久，並研究具體執行時的規範運作，最後奠基於對德國法的理解，檢視我國暫行安置之規範適當性。

**關鍵詞：暫行安置、鐵路殺警案、監護處分、司法精神醫學、強制治療、區隔原則**

## Abstract



In recent years, there have been frequent cases of individuals with mental illnesses committing serious criminal offenses, which has gradually garnered attention from the public. Within the criminal proceedings of these cases, it has become evident that our country's Code of Criminal Procedure has lacked an appropriate system when dealing with defendants who may have reasons under Article 19(1) or (2) of the Criminal Code of the Republic of China, thus temporarily restraining their personal freedom during the criminal prosecution process to prevent them from further engaging in unlawful activities and endangering public safety. Therefore, on January 27th, 2022, our country amended and passed the Criminal Procedure Law, adding "Chapter 10-1: Provisional placement," based on the rationale of "balancing the protection of the defendant's medical and litigation rights with the need for social security protection and alignment with our existing legal system."

Since the newly added provision in this amendment is primarily derived from "Provisional placement (Einstweilige Unterbringung)" measure of the German legal system, this article aims to explore the Provisional placement system of Germany as a reference for the new system in our country. Starting with the requirements for Provisional placement in German law, we will examine the mechanisms employed to prevent excessive restraint of personal freedom and study the specific regulations for its implementation. Finally, based on an understanding of German law, this article will evaluate the appropriateness of our country's regulations on Provisional placement.

**Keywords:** Provisional placement, case of killing a police officer on a railway, custodial disposition, forensic psychiatry, compulsory treatment, principle of segregation

# 簡目



第一章 緒論 .....	1
第一節 問題意識：鐵路殺警案的省思 .....	1
第二節 研究方法與研究範圍 .....	3
第三節 本文架構 .....	6
第二章 德國法暫行安置處分之沿革與要件 .....	8
第一節 暫行安置概述 .....	8
第二節 暫行安置要件 .....	25
第三節 暫行安置令狀 (Unterbringungsbefehl) .....	45
第四節 小結 .....	70
第三章 德國法暫行安置之存續與控制機制 .....	72
第一節 暫行安置之存續 .....	72
第二節 暫行安置之救濟方式 .....	84
第三節 繼續安置審查與審查要件爭議 .....	102
第四節 小結 .....	125
第四章 德國法暫行安置之執行 .....	127
第一節 暫行安置執行規範問題 .....	127
第二節 暫行安置執行規範發展 .....	135
第三節 附論：暫行安置執行問題——以漢堡邦地方法院判決為例 .....	152
第四節 小結 .....	157
第五章 我國法暫行安置制度探討 .....	159
第一節 修法前的困境 .....	159
第二節 暫行安置新制 .....	164
第三節 暫行安置新制評析與檢討 .....	185
第四節 小結 .....	201
第六章 結論 .....	203
參考文獻 .....	209

## 詳目

第一章 緒論.....	1
第一節 問題意識：鐵路殺警案的省思.....	1
第二節 研究方法與研究範圍.....	3
第一項 研究方法.....	3
第二項 研究範圍.....	4
第三節 本文架構.....	6
第二章 德國法暫行安置處分之沿革與要件.....	8
第一節 暫行安置概述.....	8
第一項 制度目的與性質.....	8
第二項 歷史發展.....	11
第一款 1532 年至 1871 年刑罰當道時期.....	11
第二款 1871 年至 1933 年保安處分的崛起.....	12
第三款 1933 年國家社會主義政權.....	13
第四款 1960 年代刑法大改革後至今.....	14
第三項 暫行安置須遵守之基本權保障.....	15
第二節 暫行安置要件.....	25
第一項 有重大理由認為被告實施違法行為.....	25
第一款 重大理由.....	26
第二款 違法行為.....	27
第二項 實施違法行為時欠缺或顯著降低責任能力.....	27
第一款 四類生理學因素.....	28
第二款 辨識或控制能力減損.....	31
第三款 《德國刑法》第 21 條「嚴重」的意義.....	32
第三項 預期安置.....	32
第四項 基於公共安全而有必要暫行安置.....	33
第一款 公共安全定性.....	33
第二款 危險性預測.....	35
第五項 比例原則.....	36

第六項 安置於精神病院.....	37
第一款 (原因) 違法行為 (Anlasstat) .....	38
第二款 欠缺責任能力或減輕責任能力狀態.....	38
第一目 狀態持續.....	39
第二目 調查可能性.....	39
第三款 因果關係.....	40
第四款 危險性.....	40
第三節 暫行安置令狀 (Unterbringungsbefehl) .....	45
第一項 先有令狀後逮捕.....	46
第一款 安置令之作成.....	46
第一目 程序開啟.....	46
第二目 令狀內容.....	48
第三目 令狀競合及轉換.....	50
第二款 令狀簽發後程序.....	53
第一目 逮捕與拘提至法院程序.....	53
第二目 拘提後之訊問程序.....	58
第三目 專家鑑定程序.....	61
第二項 先逮捕後補令狀.....	63
第一款 暫時逮捕 (Vorläufige Festnahme) .....	63
第二款 逮捕後程序.....	67
第四節 小結.....	70
第三章 德國法暫行安置之存續與控制機制.....	72
第一節 暫行安置之存續.....	72
第一項 停止執行安置令.....	72
第一款 停止執行要件.....	73
第二款 再次繼續執行要件.....	75
第一目 嚴重違反義務.....	75
第二目 準備逃亡、無正當理由不到場或其他顯示對被告的信任不正確.....	76

第三目 出現新情況有必要暫行安置.....	77
第三款 停止與接續進行暫行安置程序.....	78
第二項 撤銷安置令.....	80
第一款 撤銷安置令要件.....	80
第二款 撤銷安置令程序.....	82
第二節 暫行安置之救濟方式.....	84
第一項 暫行安置審查.....	85
第一款 暫行安置審查制度目的.....	85
第二款 暫行安置審查程序.....	86
第一目 程序開啟.....	86
第二目 法院審查.....	88
第三目 程序上相關權利.....	90
第二項 暫行安置抗告.....	95
第一款 抗告例外規定目的.....	95
第二款 抗告程序.....	96
第三項 救濟途徑之競合.....	98
第一款 暫行安置審查之優先性.....	98
第二款 訴訟程序中之選擇與規範適用.....	100
第三節 繼續安置審查與審查要件爭議.....	102
第一項 繼續安置審查 (Unterbringungsüberprüfung) 目的.....	102
第二項 繼續安置審查程序.....	104
第一款 程序開啟.....	104
第二款 法院審查.....	105
第一目 符合審查資格的令狀.....	106
第二目 期限計算.....	106
第三目 「同一犯罪 (違法行為)」意義.....	107
第三款 程序上權利保障.....	109
第一目 聽詢與言詞審理.....	109
第二目 救濟程序.....	110
第三項 繼續安置審查要件爭議.....	111

第一款  有限性準用羈押規定.....	112
第二款  繼續羈押審查制度.....	114
第一目 繼續羈押審查概述.....	114
第二目 繼續羈押審查適用範圍.....	118
第三款  有限性準用欠缺適當性.....	120
第一目 《德國刑事訴訟法》第 126a 條與第 112a 條比較....	121
第二目 有限性準用違反暫行安置基本權利保障.....	123
第四節 小結.....	125
<b>第四章 德國法暫行安置之執行.....</b>	<b>127</b>
第一節 暫行安置執行規範問題.....	127
第一項 被忽略的暫行安置執行規範.....	127
第二項 暫行安置執行規定的基本要求.....	129
第一款 法安定性與明確性原則.....	130
第二款 無罪推定原則.....	130
第三款 區隔原則.....	131
第二節 暫行安置執行規範發展.....	135
第一項 執行一般規定.....	136
第一款 與暫行安置理由有關的限制措施.....	136
第二款 各邦執行規定——以巴伐利亞邦為主.....	138
第二項 執行救濟規定.....	148
第一款 規範背景.....	148
第二款 救濟類型與聲請主體.....	149
第三款 管轄法院與職權調查原則.....	151
第三節 附論：暫行安置執行問題——以漢堡邦地方法院判決為例.....	152
第一項 案例事實.....	153
第二項 法院判決.....	154
第三項 暫行安置執行處所問題.....	155
第四節 小結.....	157
<b>第五章 我國法暫行安置制度探討.....</b>	<b>159</b>

第一節 修法前的困境.....	159
第一項 《刑事訴訟法》第 101 條「羈押」 .....	159
第二項 《刑事訴訟法》第 101 條之 1「預防性羈押」 .....	161
第三項 《保安處分執行法》第 4 條第 2 項、第 3 項「緊急監護」 ....	162
第二節 暫行安置新制.....	164
第一項 暫行安置目的與性質.....	164
第二項 暫行安置要件.....	165
第一款 實質要件.....	165
第二款 程序要件.....	173
第三項 撤銷暫行安置.....	176
第四項 停止執行暫行安置.....	177
第五項 延長暫行安置.....	178
第六項 救濟規定.....	179
第七項 執行程序.....	179
第三節 暫行安置新制評析與檢討.....	185
第一項 制度比較.....	185
第二項 新制評析.....	188
第一款 制度目的釐清.....	188
第二款 實質要件用語問題.....	189
第三款 程序要件相關問題.....	190
第四款 引進狹義停止執行規定.....	194
第五款 缺乏妥善的控制機制.....	195
第六款 執行準用條款過度概括.....	198
第四節 小結.....	201
第六章 結論.....	203
參考文獻 .....	209

# 第一章 緒論

## 第一節 問題意識：鐵路殺警案的省思



民國 108 年 7 月一樁鐵路殺警案，引起社會一陣譁然。該案一審法院判決患有思覺失調症之被告無罪附帶五年監護處分<sup>1</sup>，並依據當時《刑事訴訟法》第 316 條<sup>2</sup>裁定被告以 50 萬元具保，後經檢察官抗告又附加限制住居、定期前往醫院就診等要件。儘管如此，社會依舊人心惶惶，多數人對患有精神疾病之行為人，可能隨時出現在其日常生活中感到不安，害怕自己成為下一位犧牲者；而檢察官亦於抗告中表示，以當時情況被告於具保後「重新步入社會人群，將造成人民恐慌、危害社會治安，其裁定命被告具保，不無疏誤之處」<sup>3</sup>。最終，法院提高具保金額，被告因無力支付高額具保金，便持續接受羈押<sup>4</sup>。在本案來來回回的裁定過程中，事實上突顯了我國《刑事訴訟法》上存在的許多漏洞。其中，雖嘉義地方法院在視為撤銷羈押情形下依據當時《刑事訴訟法》第 316 條命「定期前往醫院就診」的替代處分，然而觀諸舊《刑事訴訟法》第 316 條規定，因條文中並未準用停止羈押時的替代措施而應不得為之。這首先呈現混淆適用「停止羈押」與「撤銷羈押」替代處分規定之問題<sup>5</sup>，儘管針對基於無罪判決而「視為羈押」的部分，民國 111 年初修法時已增加準用《刑事訴訟法》第 116 條之 2 的規定，在《刑事訴訟法》中其他「撤銷羈押」規定的情形下，若須準用，則仍存在問題。

<sup>1</sup> 參臺灣嘉義地方法院 108 年度重訴字第 6 號刑事判決。

<sup>2</sup> 參臺灣嘉義地方法院 108 年度重訴字第 6 號刑事裁定。

<sup>3</sup> 參臺灣高等法院臺南分院 109 年度抗字第 175 號刑事裁定。

<sup>4</sup> 參臺灣嘉義地方法院 108 年度重訴字第 6 號刑事裁定；臺灣高等法院臺南分院 109 年度上重訴字第 537 號刑事裁定。

<sup>5</sup> 此處實際上也是礙於當前刑事訴訟法在「撤銷羈押」尚未有如同「停止羈押」時的替代措施，及相關準用規定，惟本文著重於本案根本問題，即應適用暫行安置制度之問題探討，此部分不再詳述。相關問題，可參林鈺雄，〈撤銷羈押、停止羈押及其替代措施〉，《月旦法學教室》，第 216 期，頁 20–23。

此外，本案所反映出的刑事程序問題不只上述爭議，最根本的癥結點恐怕在於——系爭案件中得否對被告施以羈押處分？詳言之，該案依據《刑事訴訟法》第 101 條第 1 項第 3 款羈押被告<sup>6</sup>，惟羈押目的在於藉由拘束被告人身自由避免其逃亡、隱匿證據等行為以確保刑事訴訟順利運行，使確定終局之刑罰判決等處分之執行<sup>7</sup>，且在要件上行為人須存在重大犯罪嫌疑。本案中，被告因患有精神疾病，在訴訟程序中便知其極可能符合為《刑法》第 19 條第 1 項或第 2 項之情形，在前者的情形下，最終將被判處無罪，如同本案一審判決結果<sup>8</sup>。據此，被告應難以符合具有重大犯罪嫌疑之羈押要件，卻仍被命羈押。事實上，此問題亦呈現出過去我國《刑事訴訟法》上，在須拘束患有精神疾病之行為人之人身自由時，實際上欠缺一套適當機制的問題。蓋在此種情形下，被告經常欠缺「犯罪」嫌疑的要件，同時在羈押原因的認定上也有困難，往往無法適用《刑事訴訟法》第 101 條之規定，亦無法適用《刑事訴訟法》第 101 條之 1 的規定。蓋此時拘束被告人身自由的目的毋寧是為避免其回歸社會上再度實施重大違法行為，而侵害他人重大法益的危險；亦即，重點在於對重大違法行為的預防，對於訴訟程序的保障則為附帶效果。除此，亦不應適用《保安處分執行法》第 4 條第 2 項、第 3 項之「緊急監護」於終局確定判決前以裁定命監護之「緊急監護」制度，關於本條所存在的問題以及修法前的法律困境，本文將留待後文（第五章第一節）中詳述，以釐清暫行安置新制之必要性。。

承上述，近年來患有精神疾病之人犯下刑事重大違法行為之狀況頻頻受到社會大眾關注，我國亦在民國 111 年 1 月 27 日以「兼顧被告醫療、訴訟權益之保障及社會安全防護之需求，並與我國既有法制接軌」為由，修正通過《刑事訴訟法》「第十章之一 暫行安置」。此次修法增訂的新制主要繼受自德國法上的「暫行安置（die einstweilige Unterbringung）」處分，主要目的不在於保全程

<sup>6</sup> 參臺灣嘉義地方法院 108 年度重訴字第 6 號刑事裁定。

<sup>7</sup> 參林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，新學林，2022 年 9 月，11 版，頁 375。

<sup>8</sup> 參臺灣嘉義地方法院 108 年度重訴字第 6 號刑事判決。

序，而是保護公眾免於患有精神疾病之被告的進一步違法行為所形成的危險<sup>9</sup>。惟關於我國此次修法是否足以因應現行制度下所面臨的問題，或有進一步討論的必要。為檢視新制可能存在的問題，尚須追本溯源探討德國法上的暫行安置制度如何運作，以作為我國法上之借鏡。因此，本文以下欲先從德國法上的「暫行安置」制度進行介紹，藉此明白我國所繼受的制度原先如何規範及運作，再繼續檢視我國今年（民國 111 年）修法時如何規範，而後進行制度評析。

## 第二節 研究方法與研究範圍

### 第一項 研究方法

由於我國在民國 111 年修法增訂之「暫行安置」新制主要參考德國法上的「暫行安置」制度，因此在研究方法上本文將採取比較法研究的方式，著眼於《德國刑事訴訟法》（*Strafprozessordnung*）上暫行安置制度規範方式及運作模式的研究。蓋德國法上暫行安置制度相較於我國已行之有年，又為我國此次修法主要繼受對象，若欲對我國法此次新制進行評析，勢必須對參考對象之制度有完善的理解。據此，本文欲對德國法暫行安置制度進行探討，自發展背景開始，乃至於規範要件、運作程序及存在爭議等部分進行研究，並透過比較我國法上與德國法上的差異，檢視我國《刑事訴訟法》第 121 條之 1 至第 121 條之 6 暫行安置的規範，分析當前規定是否恰當，若有缺漏又應如何補足。

此外，對於德國法上存在爭議之部分，本文同時參考部分《歐洲人權公約》（European Court of Human Rights, ECHR）之規定，蓋德國為歐洲理事會（The Council of Europe）的成員國，並自 1950 年起成為《歐洲人權公約》的締約國。依據該公約第一條，德國負有義務確保其管轄範圍內所有人根據《歐洲人權公

<sup>9</sup> 參林鈺雄，〈德國刑訴逐條釋義(下)——羈押及暫時逮捕(§§ 112 ff. StPO)〉，《月旦刑事法評論》，第 9 期，2018 年 6 月，頁 104。

約》所享有的權利保障<sup>10</sup>，因而在法律規定上亦將公約內國法化，以實現《歐洲人權公約》之要求。據此對於德國法上相關爭議的處理，自應同時考量《歐洲人權公約》的意旨理解問題的意義並檢視是否違背公約之要求。

本文研究之《德國刑事訴訟法》版本自 2023 年 1 月 1 日生效，法條譯文主要參考連孟琦譯《德國刑事訴訟法——附德國法院組織法選譯》，該書所譯之《德國刑事訴訟法》自 2015 年 12 月 21 日生效，本文僅就部分經修正的條文進行調整。另外，由於德國法上暫行安置制度與《德國刑法》第 20 條及第 21 條行為人於欠缺或減輕責任能力狀態下實行違法行為之效果規定息息相關，同時也涉及終局處分，即《德國刑法》第 63 條安置於精神病院處分之相關概念。因此，本文亦將提及此部分之條文，而所參考之法條譯文是由何賴傑、林鈺雄審議，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆、王玉全、王效文等譯之《德國刑法典》，其所翻譯之法文為 2019 年 3 月 22 日修正公告之《德國刑法》。

## 第二項 研究範圍

本文研究範圍著重於《德國刑事訴訟法》第 126a 條之暫行安置制度，該制度是為確保依據《德國刑法》第 63 條、第 64 條命安置於精神病院（Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus）或戒治所（Unterbringung in einer Entziehungsanstalt）處分的判決最終能順利執行，同時欲在終局判決前，保護社會公眾免於遭受患有精神疾病的行為人後續可能的違法行為。因此本文將從暫行安置制度本身的發展背景開始，探究此制度形成的過程自此能確認該制度是否僅於德國法發展背景下適用。就暫行安置規範要件分析的部分，將包含實質要件與程序要件。

在實質要件的探討上，將涉及《德國刑法》第 63 條、第 64 條命安置於精神病院或戒治所之處分，又因本文重點在於參考德國法制以評析我國法上暫行

<sup>10</sup> ARTICLE 1 — Obligation to respect Human Rights

The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.

安置新制，探討精神疾病患者於刑事程序過程中之處遇問題，其對應之終局判決處分為監護處分，故實質要件探討上，將僅著重於《德國刑法》第 63 條安置於精神病院的終局處分，就其與暫行安置要件相關的部分進行介紹，而不包含《德國刑法》第 64 條安置於戒治所處分，亦不包含命《德國刑法》第 63 條安置於精神病院處分之相關程序。就程序要件而言，可能涉及準用羈押條款中的羈押程序，惟本文研究範圍僅限於羈押程序規定準用於暫行安置時之運作模式，羈押程序本身之規範適用及爭議問題，並非本文重點故不詳述。同時，因暫行安置程序可能於一般刑事訴訟程序中發生，亦可能於特殊程序如保安處分程序中，本文主要針對一般程序下所涉及的暫行安置程序進行探討。

另外，因暫行安置的適用對象不僅針對成年犯，也可能涉及青少年犯。在青少年犯的案件中，可能須進一步判斷是否有暫行安置之必要；亦即，若對青少年進行暫行安置，是否將與以教化為理念的《少年刑法》（*Jugendstrafrecht*）產生衝突，具體爭議還涉及《少年法院法》（*Jugendgerichtsgesetz, JGG*）與《德國刑事訴訟法》間之競合關係<sup>11</sup>。對此，本文僅著重於一般情形下暫行安置之適用情形，研究範圍將不及於青少年犯之特殊案件之部分。

最後，須予以區別的還包含各邦法下對精神病患的安置（*landesrechtlichen Unterbringung psychisch Kranker*）。詳言之，本文討論範圍限於患有精神疾病之人犯下刑事違法行為於刑事程序中之暫行安置程序，此與各邦法下對於精神病患的安置不同，其根本目的存在差異，後者之前提要件亦較前者嚴格，不在本文研究範圍內。此部分反映在我國法上則如同《精神衛生法》上安置與《刑事訴訟法》所增定之暫行安置之區別。前者目的在於「促進人民心理健康，預防及治療精神疾病，保障病人權益，支持並協助病人於社區平等生活」，與本文所要討論的刑事法上暫行安置，主要目的在於「保護社會公眾免於遭受患有精神疾病的行為人後續可能的違法行為」用意不同，應予區別。

---

<sup>11</sup> Vgl. Böhm, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozeßordnung (StPO), Bd. 1, 2. Aufl., 2023, § 126a Rn. 4 f.



### 第三節 本文架構

首先，本文將從德國法上暫行安置之制度目的與意義著手、研究其發展背景，並同時探討其與基本權間的關係，以釐清該制度規範之背後原因，此亦有助於探討該制度是否為我國法治環境所需。接續則是分析德國法上暫行安置之要件，自實質以及程序要件的研究中，理解命暫行安置之前提以及條文在解釋論上的發展。同時，程序要件多與被告權利保護息息相關，若能對德國法上發展至今的程序要求有較清楚的認知，方可奠基於此檢討我國法上程序保障是否充足，此為本文於第二章節之重點。

進入第三章，將探討德國法上暫行安置處分之存續，詳言之，暫行安置作為拘束人身自由處分之強制處分，其對基本權之干預嚴重程度不言而喻。若不能有效限制暫行安置之期限，恐將對被告權利造成過度侵害，違反比例原則。從而，勢必須存在相應的配套機制，確保受暫行安置之人擁有充分向法院請求救濟之機會。因此，此章節中，本文將討論德國法上為制衡暫行安置對被告的干預，存在哪些控制機制，對被告而言亦如同救濟手段，使其能在不服暫行安置裁定時向法院提起救濟。這對我國法上暫行安置而言為重要的參考依據，蓋我國新制於民國 111 年甫通過，就制度完整性而言仍有進步空間，特別是在被告權利保障的部分，尚有賴參考德國於此部分之運作方式，作為我國法持續完善之借鏡。

第四章進入德國法研究的最後一部分，著眼於暫行安置的執行，蓋即便訴訟程序過程中充分保障被告權利，在最終執行階段卻無相應的法規範作為執行機關的授權依據，將使被告無從預見執行機關對其所為之措施，毋寧是功虧一簣。畢竟，暫行安置之執行為刑事裁定之落實，將直接對被告產生事實上的影響，更有必要存在明確授權基礎，並予以被告相應的救濟手段。

最後，本文將以前述對德國法暫行安置的研究為基礎，回歸我國法暫行安置新制規定。首先對於我國法治環境是否需要此制度進行確認，進一步分析當

前制度下暫行安置之實質與程序要件，並於最後一部分評析此次修法之適當性，若尚有可再改進的部分，便對此提出建議。



## 第二章 德國法暫行安置處分之沿革與要件



### 第一節 暫行安置概述

本文以下對於《德國刑事訴訟法》上暫行安置（Einstweilige Unterbringung）制度之介紹，主要從制度目的與發展開始，欲先對於德國法上發展出暫行安置制度之目的性質、發展背景及其所涉及的基本權干預進行探討，以確認我國法上對此制度之需求。而後，針對該制度的要件及德國法上的適用進行研究，或可對於我國要件設計以及實際運用時可能遭遇問題的解套方式有所助益。

#### 第一項 制度目的與性質

暫行安置規定於《德國刑事訴訟法》「第 9 章 羈押及暫時逮捕（Verhaftung und vorläufige Festnahme）」中，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 1 項規定：「有重大理由可認為某人是在無責任能力或減輕責任能力之狀態下（《刑法》第 20 條、第 21 條）實施違法行為，且將被命安置於精神病醫院或戒癮處所時，若為公共安全有必要，法院得以安置令將其暫行安置於其中一機構<sup>12</sup>。」暫行安置之規範目的，在於確保實現將來依據《德國刑法》第 63 條、第 64 條命安置於精神病院（Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus）或戒治所（Unterbringung in einer Entziehungsanstalt）處分的判決，同時是為保護社會公眾，避免社會遭受患有精神疾病的行為人進一步違法行為，所帶來的危險。

本條現行版本是在 2007 年時引入《德國刑事訴訟法》<sup>13</sup>，彌補了該法第 112 條羈押要件與羈押理由及第 112a 條以重複違犯危險為羈押理由之不足。申言之，羈押相關規定，乃針對有完全責任能力之刑事犯罪嫌疑人，對其進行人

<sup>12</sup> 本文法條之翻譯用語如前述，主要參考，連孟琦譯，《德國刑事訴訟法》，元照，2016 年；僅就部分文字或修法條文進行調整。

<sup>13</sup> Vgl. BGBI I S.1327；此條文版本由 2007 年 7 月 20 日適用至 2009 月 12 月 31 日。

身自由干預的法律基礎；暫行安置，即第 126a 條，則成為拘束行為時欠缺責任能力或限制責任能力之被告人身自由的法律基礎<sup>14</sup>。暫行安置與羈押不同，性質上應屬於預防性質的維護公共安全規定，即便其或多或少存在保障程序的作用，亦僅是間接效力<sup>15</sup>。也因此德國法上有認為<sup>16</sup>，此規範實際上與刑事訴訟法中的程序規定不大相同，就性質而言與警察法上的預防規範相似。儘管如此，直至目前為止暫行安置仍被置於羈押章節，並大量準用羈押條文，毋寧是歷史脈絡發展下的產物。

詳言之，將暫行安置列入《德國刑事訴訟法》中，因其相較於同法中較具備追訴性質的程序，呈現出與警察法較相似的預防性功能，故對於此項以危險預防為中心的措施被置於《德國刑事訴訟法》中，就憲法觀點而言是否適宜亦引起討論<sup>17</sup>。首先就聯邦與各邦立法權限問題，將暫行安置歸在《德國刑事訴訟法》體系中時，表示這是源自舊《德國基本法》第 74 條第 1 款及第 4 款，該規定屬於司法訴訟程序之規定<sup>18</sup>。司法程序概念包含規範法院訴訟程序行為的規定，因而也包括偵查程序中的權力，須與訴訟程序相關連。有據此認為，暫行安置也是為了確保判決的執行，則與訴訟程序相關的預防功能可以確保被告於執行機構安置而不干擾訴訟進行，進而正當化其位於以追訴為主的刑事訴訟法中<sup>19</sup>。然而，基於暫行安置目的本即在於保護公眾免受危險行為人侵害，確保刑事訴訟至多為間接效果，似無法以轉變其目的證立。不過針對類似警察措施性質規定存在《德國刑事訴訟法》上的情形，《德國刑事訴訟法》第 112a 條（舊法第 112 條第 3 項和第 4 項）其實也是其中之一，而德國聯邦憲法法院曾

<sup>14</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 1; Hilger, in: Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar (= LR-StPO), Bd. 4, 26. Aufl., 2007, § 126a Rn. 1 ff.

<sup>15</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 2.

<sup>16</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 1 ff.

<sup>17</sup> Vgl. Gutschow, Die einstweilige Unterbringung im Strafprozess (126a StPO) und das Unterbringungsprüfungsverfahren gem. 121, 122 StPO, 2012, S. 55.

<sup>18</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 55.

<sup>19</sup> Vgl. Schmidt, JR 1970, 204, 205 f.

對該條表示，為保護人們免於進一步犯罪行為的危險是有必要的，而相較於警察這更適合交由刑事追訴機關負責<sup>20</sup>。

另一方面，將基於刑事犯罪嫌疑而發動之干預，即壓制（Repression）歸為司法部門之職責，一部分是基於嚴格分權，另一部分則是為能全面性消除對於法益侵害的危險。因此在後者的脈絡下，也須考量如何將危險程度將至最低，這也導致原先刑法上欲進行的保護範圍，漸漸轉移到程序法領域，不再能將壓制（Repression）和預防（Prävention）嚴格區分；當為促進有效保護法益之壓力，大於基本權利所保障的自由以及管轄分配權限時，便會形成問題。刑法與刑事訴訟法的目的因此產生變化，並且可從刑事訴訟中的措施發現朝向預防性目的發展的跡象<sup>21</sup>。不過作為刑事訴訟法上的預防性措施，與警察預防措施顯有區別，暫行安置亦是如此，其前提是存在命保安處分的可能性，這與刑法預防功能相關，且必須當事人至少違反了實體法上的刑事規定，使國家具有追訴利益，才能命暫行安置。這部分從單獨宣告保安處分程序亦可得證。對無罪責能力或就審能力的被告，因無法進行刑事訴訟程序，而於《德國刑法》第 71 條規定檢察官可依據《德國刑事訴訟法》第 413 條以下規定聲請單獨宣告保安處分程序。此程序中將確認違法行為的存在與命安置處分的要件，即便同樣適用無罪推定原則並參照適用一般刑事程序之規定，但保安處分程序實際上，毋寧較像是一場「不真正刑事訴訟（„unechter Strafprozess“）」，主要著重在將來的預防性考量，儘管如此，因其與違反刑事規定行為相關，《德國刑事訴訟法》還是對此預防性程序訂下規定<sup>22</sup>。

此外刑事訴訟起訴法定，只要符合暫行安置的要件下便須進行程序，不若警察措施具備裁量餘地，且若將違犯刑法上的行為之嫌疑人置於警察行政程序中，恐將忽視無罪推定等刑事程序中依據憲法規定所樹立的原則。因此，總結而言，即使暫行安置之規定用詞重點落在預防而有偏向警察法的傾象，但其並

<sup>20</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 1965 – 1 BvR 513/65.

<sup>21</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 61.

<sup>22</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 62 f.

非預防性警察措施，而是預防性刑事措施，應由刑事訴訟法規範，此點即便自憲法觀點觀之亦同<sup>23</sup>。

## 第二項 歷史發展



《德國刑事訴訟法》第 126a 條的暫行安置為一項暫時性處分（vorläufige Maßregel），若要觀察此項制度的沿革，則須探勘與其密切相關的實體法基礎，即矯治與保安處分相關法規在德國法律史上的演變<sup>24</sup>。下文主要從此類預防性處分的發展脈絡出發，探討德國法上暫行安置的歷史發展。

### 第一款 1532 年至 1871 年刑罰當道時期

#### 一、1532 年《卡洛林那法典（Constitutio Criminalis Carolina）》

《卡洛林那法典》（拉丁文名為《Constitutio Criminalis Carolina》，簡稱為 CCC）為神聖羅馬帝國議會於 1532 年所通過，目的在一統查理五世統治下的神聖羅馬帝國法律。此法典為《德國刑法》由習慣法過渡到當代刑法典之重要基礎<sup>25</sup>，當中的個人責任確立了罪責與刑罰間之關係。此外，在懲罰規範上已存在區分對所犯違法行為的懲罰，以及避免將來惡行的懲罰<sup>26</sup>。

然而由於當時神聖羅馬帝國的政治局勢，《卡洛林那法典》並沒有優先於地方法規，整體而言，在當時制定的刑法以及刑事訴訟法中，雖已意識到刑罰（Strafe）以及保安處分（Schutzmaßregel）的區分，但預防的概念仍舊不是刑法的主要目的之一。

#### 二、1871 年《帝國刑法典（Deutsches Reich）》以前

<sup>23</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 64.

<sup>24</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 39 f.

<sup>25</sup> 參陳惠馨，〈德國刑法史與當代刑法學關係〉，《軍法專刊》，第 60 卷第 3 期，2014 年 6 月，頁 4–5。

<sup>26</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 40.

在《卡洛林那法典》法典以及當時各個地區法之後，後續在 1794 年出現了《普魯士一般邦法》（《preußisches Allgemeines Landrecht》簡稱 ALR）。當時因受到 17 至 18 世紀啟蒙時代刑罰目的理論發展的影響，首次在學說上對於具有警察性質的危險預防以及刑罰進行比較，開始討論刑法中須採用多大程度的保安處分。同時在《普魯士一般邦法》中也存在關於除刑罰之外，他種形式的制裁（Sanktion），像是對於竊盜犯除刑期外帶至強制勞動場（Arbeitshaus），進行矯治直到其改善<sup>27</sup>。

然而，此後在 1851 年的《普魯士刑法典（Preußisches Strafgesetzbuch）》因受到康德（Kants）應報理論（Vergeltungstheorie）的影響，並沒有擴大刑法中有關保安處分的概念。1871 年的《帝國刑法典（Deutsches Reich）》主要也是一統先前存在各地區的法律，因而該法與後續 1879 年的刑事訴訟法中，亦無在刑罰之外另行訂定，關於患有精神疾病之人的矯治與保安處分規定<sup>28</sup>。

## 第二款 1871 年至 1933 年保安處分的崛起

此段期間中，在帝國及後續的威瑪共和政府時期，皆陸續出現在警察法（Polizeirecht）中規定將精神障礙患者強制安置的授權規範。此時也開始討論刑事執行與執行機構中的醫生，以及思考疾病的治療方式等，使得保安處分的概念逐漸展露頭角。也因此，就刑事法領域而言，直至《帝國刑法典（Deutsches Reich）》以前，一直以來刑法典幾乎都是出於應報的思想，在這段時期受到質疑，重新思考刑罰的基礎和目的<sup>29</sup>。

1882 年，Franz von Liszt 在 Marburger Programm 中指出刑法目的包含三個面向：矯治（Besserung）、威懾（Abschreckung）及隔絕危害（Unschädlichmachung）。據此，即便是欠缺責任能力或減輕責任能力且「無法矯治（„unverbesserlich“）」的行為人，仍應持續甚至終身被安置於照護及安

<sup>27</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 41.

<sup>28</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 42.

<sup>29</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 43 f.

養院所。然而，這樣具保安思想的刑法目的引發批評，認為此屬於純粹為公法目的，顯然超出了刑事追訴的範圍，而非刑法的任務<sup>30</sup>。此爭議反映出關於預防性處分應交由公法（öffentlich-rechtliche）抑或刑法（strafrechtliche）領域處理的問題。

此後 1909 提出的《德國刑法典》初版草案中，除了刑罰之外，還制定了對於精神病患者以及無責任能力人的刑事監禁（die strafrechtliche Verwahrung），以達成保安或治療的目的<sup>31</sup>。值得注意的是，1927 年的《德國一般刑法典（Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch）》的官方草案中，對於原先計劃的雙軌制刑罰體系進行重大變更，將刑罰與保安處分分別規定。不過僅僅命保安監禁的權限交由刑事法院的法官；其餘保安處分則由行政機關保有命令和執行的權限。另外，在《德國一般刑法及刑事執行法的施行法（Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch und zum Strafvollzugsgesetz）》的草案中，進一步發展出第 125 條第 1 款第 1 句。根據該條，儘管因行為時處於精神不健全的狀態而無法羈押被告，但若為了公共安全的利益而有必要，仍須將其安置。在草案中新增該規定，以便在欠缺責任能力的情況下，出於偵查目的有需要卻無法依據羈押法羈押時，藉由安置來彌補。然而，直到 1933 年，該草案尚未通過<sup>32</sup>。

### 第三款 1933 年國家社會主義政權

納粹政府時期通過《對抗危險習慣犯罪及關於保安與矯治處分法（das Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung）》，該法第 42b 條中規範了關於「安置在療養院或照護機構」的規定。儘管納粹時期制定法律程序存在爭議，系爭規範內容上與威馬政府時期草案相去不遠。當時已規定對於行為人於沒有責任能力或處於減輕責任能力

<sup>30</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 43 f.

<sup>31</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 44.

<sup>32</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 45 ff.

下的行為，如果基於公眾安全而有必要，法院應命令將其安置在療養院或照護機構<sup>33</sup>。

此時期，透過《對抗危險習慣犯罪及關於保安與矯治處分執行法 (das Ausführungsgesetzes zu dem Gesetz gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Besserung und Sicherung) 》將 126a 條納入《刑事訴訟法》中。同時，將要件規範與當時的第 42b 條相對應，突顯出暫行安置相對於最終安置處分的輔助性質，刑法保安功能藉著暫行安置的處分提前實現<sup>34</sup>。

#### 第四款 1960 年代刑法大改革後至今

國家社會主義政權結束後，陸續對於納粹體制下的法律進行改革，廢除過去以刑事政策為中心的處分，諸如閹割抑或是強制勞動場，而將重點置於制裁形式的處分，如對於違法行為人安置於精神病院或保安監禁等處分。之後 1960 年代歷經刑法大改革，在實體法上，有關《德國刑法》第 63 條安置於精神病院處分，最終在 1975 年生效並且適用至 2016 年的版本其實與 1962 年所提出草案內容對應上大致相同，並且維持了相當久的時間<sup>35</sup>。程序法上，2005 年聯邦政府為確保最終落實安置於精神病院和戒治所提案，於 2007 年 7 月 20 日生效並適用至 2009 年 12 月 31 日版本的《德國刑事訴訟法》中新增第 126a 條第 2 項的規定，使暫行安置大致上準用羈押的規定，並與羈押被歸在同一章節中<sup>36</sup>。

總結而言，暫行安置作為終局安置處分的程序上預備處分，其發展歷史與安置於精神病院的保安處分息息相關。綜觀德國歷史上的發展，可以發現德國起初對於精神障礙狀態下的犯罪，並非逕以刑法手段處理，在羅馬日耳曼法時

<sup>33</sup> Vgl. van Gemmeren, in: Joecks/Miebach/van Gemmeren (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl., 2020, § 63 Rn. 8; 參陳俊榕，〈德國精神病學處分之沿革與現制〉，《臺灣海洋法學報》，第 30 期，2021 年 6 月，頁 62；張麗卿，《司法精神醫學——刑事法學與精神醫學之整合》，元照，2011 年，頁 175、176。

<sup>34</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 47.

<sup>35</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 8a; 參陳俊榕，前揭註 33，頁 66；張麗卿，前揭註 33，頁 179。

<sup>36</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 50 f.

代甚至主要以監護（Vormund）等私法方式因應患有精神疾病之人的各種問題。直至 18 世紀末仍認為患有精神疾病之人犯下違法行為不應受刑罰制裁<sup>37</sup>，而應交由警察法處裡。其他拘束此類行為人之人身自由制度，通常經由行政命令進行規範<sup>38</sup>。然而，隨著 19、20 世紀對於刑法目的想法上的轉變，對於此議題的態度也因而變化，後逐漸確立雙軌制的刑事制裁體系，於刑法保安處分中納入《德國刑法》第 63 條；也在《德國刑事訴訟法》嵌入第 126a 條的程序法上配套規範，這亦是為落實刑事實體法的目的。

### 第三項 暫行安置須遵守之基本權保障

針對所涉基本權的部分，首先自德國法而言，涉及《德國基本法》第 2 條第 2 項第 2 句及第 104 條第 1 項所保障之人身自由基本權利。

#### 《德國基本法》第 2 條第 2 項第 2 句

二、人人享有生命權及身體不受侵犯之權利。人身自由不可侵犯。此等權利僅得基於法律干預之。

#### 《德國基本法》第 104 條第 1 項

一、個人自由非根據正式法律並依其所定程序，不得限制之。被拘禁之人，不應使之受精神上或身體上之虐待。

二、惟法官始得判決可否剝奪自由及剝奪之持續時間。此項剝奪如非根據法官之命令，須即時請求法官判決。警察依其本身權力拘留任何人，不得超過逮捕次日之終了。其細則由法律定之。

三、任何人因犯有應受處罰行為之嫌疑，暫時被拘禁者，至遲應於被捕之次日提交法官，法官應告以逮捕理由，加以訊問，並予以提出異議之機會。法官應即時填發逮捕狀，敘明逮捕理由，或命令釋放。

<sup>37</sup> Vgl. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., 1965, S. 36.

<sup>38</sup> 參張麗卿，前揭註 33，頁 175、176；Vgl. Streng, in: Joecks/Miebach/Ambos (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl., 2020, § 20 Rn. 6.

四、法官命令剝奪自由或延續剝奪期間時，應即時通知被拘禁人之親屬或其信任之人。

詳言之，《德國刑事訴訟法》第 126a 條暫行安置在符合要件之下，將剝奪受暫行安置之人的人身自由，因此其制度規範須符合《德國基本法》第 2 條第 2 項第 2 句結合第 104 條第 1 項的規定。詳言之，人身自由保障在基本權利保障中具特別重要性，須符合《歐洲人權公約》第 5 條及第 6 條的要求。該規定之先驅可追溯至傳統英國法上的「人身保護令（Habeas Corpus）」，目的在於限制以公權力進行逮捕及對人身自由的強制限制，並規定程序性要求<sup>39</sup>。在《德國基本法》第 2 條第 2 項第 2 句的保護下，只要生而為人（自然人）便享有人身自由權利，不因其缺乏辨識能力而不受保護，因此不論是患有精神疾病之人或沒有完全締約能力之人皆受到保護，蓋法律保護的前提不取決於法律行為能力，而是個人的自然意願<sup>40</sup>；反之，因保護範圍限於身體上行動自由，故不適用於法人<sup>41</sup>。此再次應證，患有精神疾病之行為人，被依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條進行暫行安置時，仍受到《德國基本法》第 2 條第 2 項第 2 句結合第 104 條第 1 項的規定之保障。

《德國基本法》第 104 條第 1 項與同法第 2 條第 2 項第 2 句之保護範圍相同，僅是後者著重於是否可合法限制自由以及在何種程度上可合法限制自由之問題；前者則是在此之上，又規定了限制自由的程序性要求<sup>42</sup>。就二者之關係而言，聯邦憲法法院表示，就人身自由的實質保障而言，此兩項規範缺一不可。

《德國基本法》第 2 條第 2 項第 2 句首先立定人身自由干預以正式法律保留為前提，第 104 條第 1 項藉由對於程序要求的明文規定，將人身自由干預的形式要件提升至憲法層次的要求程度，加強整體保障強度<sup>43</sup>。此外，《德國基本法》

<sup>39</sup> Vgl. Epping, Grundrechte, 9. Aufl., 2021, S. 390.

<sup>40</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 25.

<sup>41</sup> Vgl. Epping, a.a.O. (Fn. 39), S. 391.

<sup>42</sup> Vgl. Epping, a.a.O. (Fn. 39), S. 393.

<sup>43</sup> Vgl. Epping, a.a.O. (Fn. 39), S. 393.

第 104 條第 2 項至第 4 項的規定要求，諸如法官保留等規範，亦為剝奪人身自由時須遵守之原則。這些須遵守的原則在羈押的情形下，藉由《德國刑事訴訟法》第 112 條以下規定落實了法律明文授權及程序規定之要求，而暫行安置的部分則是透過《德國刑事訴訟法》第 126a 條中的準用羈押規定，「大致上」形成相當於羈押的保障程度<sup>44</sup>（後文詳述關於有限性準用之問題）。

另外，就國際法上的權利保障而言，可能涉及《歐洲人權公約》第 5 條與第 6 條所保障之人身自由與安全權利以及公平審判權利。申言之，在國際法基礎上因德國為歐洲理事會（The Council of Europe）的成員國，並自 1950 年起成為《歐洲人權公約》的締約國，而依據公約第一條，其有義務確保其管轄範圍內所有人根據《歐洲人權公約》所享有的權利保障<sup>45</sup>，因此在法律規定上亦會將公約轉化為內國法，以實行《歐洲人權公約》的要求<sup>46</sup>。下文將接續討論，暫行安置程序中可能涉及的公約要求，主要針對《歐洲人權公約》第 5 條及第 6 條的部分進行探討，第 5 條及第 6 條規定皆是關於訴訟程序中，人身自由受干預者之相關權利，從第 5 條的人身自由與安全權利保障到第 6 條的公平審判權利，呈現出一般情形下不得剝奪人身自由的原則、其干預前提，以及人身自由受干預時所得主張之程序上權利，同時亦課予國家遵守法定原則的義務，下文分述之。

## 一、《歐洲人權公約》第 5 條

### 第 5 條<sup>47</sup> 人身自由與安全權

<sup>44</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 26.

<sup>45</sup> ARTICLE 1 — Obligation to respect Human Rights

The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.

<sup>46</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 27.

<sup>47</sup> ARTICLE 5 — Right to liberty and security

1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law:

(a) the lawful detention of a person after conviction by a competent court;

(b) the lawful arrest or detention of a person for non-compliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfilment of any obligation prescribed by law;

(c) the lawful arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is

1. 人人享有自由和人身安全的權利。任何人不得被剝奪其自由，但在下列情況並依照法律規定的程序者除外：
- (a) 經有管轄權的法院的判罪對其人加以合法的拘留；
  - (b) 由於不遵守法院合法的命令或為了保證法律所規定的任何義務的履行而對其人加以合法的逮捕或拘留；
  - (c) 在有理由地懷疑某人犯罪或在合理地認為有必要防止其人犯罪或在犯罪後防其脫逃時，為將其送交有管轄權的司法當局而對其人加以合法的逮捕或拘留；
  - (d) 為了實行教育性監督的目的而依合法命令拘留一個未成年人或為了將其送交有管轄權的法律當局而予以合法的拘留；
  - (e) 為防止傳染病的蔓延對其人加以合法的拘留以及對精神失常者、酗酒者或吸毒者或流氓加以合法的拘留；
  - (f) 為防止其人未經許可進入國境或為押送出境或引渡對某人採取行動而加以合法的逮捕或拘留；
2. 被逮捕的任何人應以他所能了解的語文立即告以被捕理由及被控罪名。
3. 依照本條第一項 c 款的規定而被逮捕或拘留的任何人，應立即送交法官或其它經法律授權行使司法權的官員，並應有權在合理的時間內受審或在審判前釋放。釋放得以擔保出庭候審為條件。

- 
- reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;
- (d) the detention of a minor by lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;
- (e) the lawful detention of persons for the prevention of the spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;
- (f) the lawful arrest or detention of a person to prevent his effecting an unauthorised entry into the country or of a person against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.
2. Everyone who is arrested shall be informed promptly, in a language which he understands, of the reasons for his arrest and of any charge against him.
3. Everyone arrested or detained in accordance with the provisions of paragraph 1 (c) of this Article shall be brought promptly before a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power and shall be entitled to trial within a reasonable time or to release pending trial. Release may be conditioned by guarantees to appear for trial.
4. Everyone who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.
5. Everyone who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.

- 
4. 由於逮捕或拘留而被剝奪自由的任何人應有權運用司法程序，法院應依照司法程序立即對他的拘留的合法性作出決定，並且如果拘留不是合法的，則應命令將其釋放。
  5. 由於違反本條規定而受逮捕或拘留的任何人應具有可執行的賠償權利。

《歐洲人權公約》第 5 條是為保障每個人的行動自由，特別是在歷史脈絡下為防止國家剝奪個人自由的傳統人身自由保障，因此締約國有責任確保每個人的人身安全與自由，防止在其管轄範圍內有任何人無正當理由的情況下，消失於社會中<sup>48</sup>。因此，第 5 條規定關於國家機關剝奪個人自由時必要的形式要件，各締約國僅有在以符合公約意旨之法律事先規定，並於具體個案中經獨立審查機構進行審查後方得合法剝奪個人自由<sup>49</sup>。具體而言，該條針對人權保障主要區分為三個面向：1. 禁止不合比例性或任意剝奪自由。2. 建立一套要求嚴格的程序性權利保障，以確切釐清被拘留者或被捕者在法律上為程序主體，能對任何違法拘留行為進行救濟，這點在刑事和保安處分程序中尤為重要。3. 確保被違法拘留的人請求國家賠償<sup>50</sup>。

依據《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項第 1 句，任何被逮捕或拘留 (arrested or detained) 的人，應立即被提交於法官並在接受合理的審判期間後，予以釋放。根據本項規定可以確定的是至少就德國法上羈押制度而言，歐洲人權法院對法院關於受處分人之羈押決定 (Haftentscheidung) 具可審查性 (Überprüfbarkeit) ，也顯示了審查繼續羈押之要件包含繼續存在的羈押理由 (Haftgründe) 與其他訴訟程序特點結合比例原則的考量，整體而言具有正當性。另外，不言而喻的是，隨著羈押期間 (Haftdauer) 的增加，個人的人身自由權利，可能超越國家的追訴利益，因此相關機關應儘速結束訴訟程序。這裡所謂的期限自受處分人經逮

<sup>48</sup> Vgl. Gaede, in: Knauer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung: GVG, EGGVG, EMRK, EGStPO, EGStGB, ZSHG, StrEG, JGG, G10, AO, Bd. 3/2, 2018, § 5 Rn. 1 ff.; Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 27.

<sup>49</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 27.

<sup>50</sup> Vgl. Gaede, a.a.O. (Fn. 48), § 5 Rn. 4.

捕時起一直到判決結束，第 5 條第 3 項並未規定最長期限為何，這取決於合比例性審查的結果，此關乎各個程序中不同的情形，諸如調查範圍及難度等。

就暫行安置而言，是否也適用《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項第 1 句的保障，應視其是否符合《歐洲人權公約》第 5 條第 1 項意義上的剝奪自由情形。在第 1 項中，c 款的規定是有關國家有權在符合「嫌疑情形」下逮捕個人，並將嫌疑人帶到負責管轄法院審查是否可將其羈押。雖根據《歐洲人權公約》第 5 條第 1 項 c 款的用詞，「嫌疑情形」似乎是由三類個別獨立的情況組成，包含 1. 有理由地懷疑某人犯罪、2. 在合理地認為有必要防止其人犯罪、3. 在犯罪後防其脫逃時，但根據歐洲人權法院實務，除第 1 種類屬於羈押的情形外，其餘兩種也應被認為是羈押情形下的子類型；亦即，應認為第 5 條中的干預僅在刑事訴訟中基於刑事程序的犯行嫌疑才會發生。據此，就第二類中所謂合理情形下的預防犯罪而言，便須限縮範圍，而不能適用在與刑事訴訟無關的純粹預防性拘留（rein gefahrenabwehrrechtlicher Unterbindungsgewahrsam），除此，在此類型下，歐洲人權法院更認為，須建立在犯罪危險足夠具體和明確的情況下，方可認為此種具預防性質的剝奪人身自由行為是合法的<sup>51</sup>。而《刑事訴訟法》第 126a 條的危險概念是站在《德國刑法》第 63 條的觀點考量，若具有重大理由認為嫌疑人存在進一步犯下重大違法行為的危險，且行為人所具備的危險性須藉由即時的矯治，以維護法律制度的存續，則屬於《刑事訴訟法》第 126a 條在程序上所假定的危險。該規範的情形是在刑事程序中發生的，且限於具重大理由認為將違犯重大違法行為的危險，符合《歐洲人權公約》第 5 條第 1 項 c 款對於預防性剝奪人身自由的要求，因此《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項的法律保障規定，亦應適用於《刑事訴訟法》第 126a 條的暫行安置<sup>52</sup>。由此可知，受安置人亦有權主張其應在合理的時間內受審或釋放，及前階段逮捕程序的權利保障。

<sup>51</sup> Vgl. Gaede, a.a.O. (Fn. 48), § 5 Rn. 40 ff.; Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 29.

<sup>52</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 29 ff.

附帶一提，《歐洲人權公約》第 5 條第 1 項 e 款的剝奪自由情形所針對的對象包含，精神病患者、酗酒及吸菸者，其主要目的在於保障公眾健康與安全，而將所列對象安置於精神病院或戒治所；然而，《刑事訴訟法》第 126a 條的暫行安置並不屬於該款的情況，因該款著重在防止疾病傳播以及治療，與同項 c 款的刑事追訴目的不同<sup>53</sup>。

## 二、《歐洲人權公約》第 6 條

### 第 6 條<sup>54</sup> 公平審判權

1. 在決定某人的公民權利與義務或在決定對某人的任何刑事罪名時，任何人有權在合理的時間內受到依法設立的獨立與公正的法庭之公平與公開的審訊。判決應公開宣布，但為了民主社會中的道德、公共秩序或國家安全的利益，而該社會中為了少年的利益或保護當事各方的私生活有此要求，或法院認為在其種特殊的情況下公開將有損於公平的利益而堅持有此需要，可以拒絕記者與公眾旁聽全部或部分的審判。
2. 凡受刑事罪的控告者在未經依法證明有罪之前，應被推定為無罪。
3. 凡受刑事罪的控告者具有下列最低限度的權利：

<sup>53</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 31.

<sup>54</sup> Article 6 — Right to a fair trial

1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.
2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.
3. Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:
  - (a) to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
  - (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;
  - (c) to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
  - (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
  - (e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.”



- (a) 立即以他所能了解的語文並詳細地告以他被控的性質和原因；
- (b) 為準備辯護，應有適當的時間和便利；
- (c) 由他本人或由他自己選擇的法律協助為自己進行辯護，或如果他無力支付法律協助的費用，則為公平的利益所要求時，可予免費；
- (d) 訴問不利於他的證人，並在與不利於他的證人相同的條件下，使有利於他的證人出庭受訊。
- (e) 如果他不懂或不會講法院所使用的語文，可以請求免費的譯員協助

## 1. 《歐洲人權公約》第 6 條第 1 項第 1 句

《歐洲人權公約》第 6 條關於公平審判權的規定，為實踐《歐洲人權公約》之重要規定。該條第 1 項第 1 句強調國家須將依法設置符合《歐洲人權公約》意義下的法院，並在此前提下進一步建立能達成公平審判程序的司法體制。詳言之，該法院須具備公正性，此部份可藉由法官拒卻、法官實質上及身分上的獨立性等制度輔助；此外，在裁判及程序上須具備公開性，並保障聽審權適時予以必要的言詞審理程序<sup>55</sup>。

《歐洲人權公約》第 6 條第 1 項第 1 句要求國家建立組織化的法院，目的也在於盡可能縮短刑事訴訟期間的不確定性，以確保程序期間的適當性。而此所謂期間隨刑事偵查開始起算，直到終局確定判決時才結束<sup>56</sup>。這與上文所提及暫行安置亦應遵守的《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項第 1 句的速審請求權相似，不過第 5 條第 3 項第 1 句是特別針對被拘留之人，相較於第 6 條第 1 項第 1 句時間通常較短，且原則上在剝奪人身自由的情形下，訴訟程序必須優先並迅速進行。若在訴訟程序中被告被釋放，其雖仍享有合理訴訟期間的保障，但並非依據《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項第 1 句，而是第 6 條第 1 項第 1 句的情形，前者相較於後者，更具體保障被剝奪自由之人經歷適當的訴訟程序期間<sup>57</sup>。

<sup>55</sup> Vgl. Gaede, a.a.O. (Fn. 48), § 6 Rn. 103 ff.

<sup>56</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 31.

<sup>57</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 31.

## 2. 《歐洲人權公約》第 6 條第 2 項

無罪推定原則也是被告的權利之一，《歐洲人權公約》第 6 條第 2 項規定，在未經法定證據方法證明為有罪之前，應該推定被告為無罪<sup>58</sup>。據此，在無罪推定原則的要求下，須於各個方面確保受到刑事指控的人，不受預判為有罪或可歸責。其實際保障範圍擴及整個刑事訴訟程序，這包含在整個程序中向法院及其他國家機關所做出的陳述，同時也適用於與刑事訴訟有關的裁判，無罪推定原則同時延伸到法官的義務，使法官在刑事訴訟程序中，應盡量釐清事實真相，不得預先使其心證受到影響；另一方面，無罪推定使得多數情形下，舉證責任原則上落在檢方身上<sup>59</sup>。《德國基本法》雖未對於無罪推定原則明文規定，但自聯邦憲法法院觀點而言，該原則為法治國原則的具體化體現，且《歐洲人權公約》第 6 條第 2 項無罪推定原則被視為法治國的誠命。據此，藉由法治國原則結合《德國基本法》第 2 條第 1 項<sup>60</sup>的結果，將使得無罪推定具有基本權性質，故若被告受到相當於有罪判決的懲罰或不利益，應確保其所經歷的認定罪責與刑罰程序，符合法治國訴訟程序的標準，即受到相當於有罪判決的懲罰或不利益。<sup>61</sup>

不過進一步須思考的是，《歐洲人權公約》第 6 條第 2 項是否適用於《刑事訴訟法》第 126a 條？亦即，在《刑事訴訟法》第 126a 條的脈絡下，被告可能「不具罪責」，是否還適用無罪推定原則？具體而言，無罪推定原則之性質及其所涉範圍為何？

先就第一點進行討論，詳言之，若符合《德國刑事訴訟法》第 126a 條，其前提是具有重大理由認為被告是在《德國刑法》第 20 條或第 21 條之欠缺或減輕責任能力情況下，實行違法行為。據此，被告的罪責可能因欠缺責任能力而

<sup>58</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 32.

<sup>59</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 33.

<sup>60</sup> 《德國基本法》第 2 條第 1 項：「人人於不侵害他人之權利或不牴觸憲政秩序或道德規範（Sittengesetz）之範圍內，享有自由發展其人格之權利。」

<sup>61</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 29. 05. 1990 – 2 BvR 254/88 u. 2 BvR 1343/88; Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 33.

被排除，但無罪推定原則又是作為判斷罪責與刑罰程序時，須遵守的原則，則是否將因此時罪責極可能被排除，而使無罪推定原則適用於《德國刑事訴訟法》第 126a 條的範圍或程度有所不同<sup>62</sup>？實則，無罪推定為一項程序上原則，是為了使被告能在法治國原則下經歷公平審判程序為自己辯護，而不是為了要證明實體法的有責行為。因此，不論在實體法上的罪責為何，無罪推定原則適用於訴訟程序的所有階段，當然也包含命保安處分程序的部分<sup>63</sup>。因此，在命暫時性處分（暫行安置）或甚至是終局處分（命安置於精神病院處分）時，即便僅針對具犯罪構成要件與違法性的行為而不含罪責，亦不因此而沒有無罪推定的適用；亦即，就刑事訴訟而言，一直到最後作出具確定效力的判決前，原則上都必須受到所有程序性保障規範的拘束<sup>64</sup>。

再進一步言之，應認為無罪推定原則，不僅是保護被告於有罪判決前不受有罪（即應受刑罰）的推定，更包含避免被告在確定判決前，承受相當於有罪判決或受刑法判決的不利益（Nachteilen）。因此，在欠缺具體刑事訴訟程序及法定程序證明有罪確定前，禁止對被告採取任何相當於認為被告有罪的措施或與此程度相當的不利益。此外，若僅制式的將無罪推定侷限於立法者所規定的刑罰措施本身上，將忽視個人社會價值也是須列為考量的因素之一，同樣可能形成相當程度的不利益。而刑事程序上的暫時性限制自由措施，其所形成的影響與被判徒刑等剝奪自由的處分實際上是差不多嚴重的，此外，在有精神疾病調查的情形時，特別可能形成社會歧視與孤立，而更不能將其歸為無罪推定的化外之地；據此，為盡可能避免患有精神疾病之行為人依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條被命暫行安置時，其所受到額外的社會歧視與隔閡，因被推定曾實行違法行為嫌疑而加劇，進而削弱其社會價值與尊重，無罪推定亦須適用於第 126a 條<sup>65</sup>。故在刑事程序調查過程中僅得與違法行為「嫌疑」相連結，無論如

<sup>62</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 33.

<sup>63</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 34.

<sup>64</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 34; Paeffgen/Hans-Ullrich, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986, S. 148.

<sup>65</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 35.

何皆不得預先判定行為人實施違法行為。也因此，暫行安置不能施以矯治目的（Besserungszwecke）的措施，因為矯治行為人的前提在於，其已經判決確定過去曾犯下違法行為。此外，也不能忽視關於行為人危險性的推定，在確定判決前所考量者皆僅能奠基於懷疑之上。



## 第二節 暫行安置要件

依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 1 項<sup>66</sup>規定：「有重大理由可認為某人是在無責任能力或減輕責任能力之狀態下（《刑法》第 20 條、第 21 條）實施違法行為，且將被命安置於精神病醫院或戒癮處所時，若為公共安全有必要，法院得以安置令將其暫行安置於其中一機構<sup>67</sup>。」從該條規定可知，暫行安置是基於有重大理由可認為，被告是在無責任能力或減輕責任能力狀態下實施違法行為，且在評估後認為其將來應會被命安置於精神病院（《德國刑法》第 63 條），此時基於公共安全的考量而有必要，法院可將被告暫行安置於一機構中。據此，其實質要件主要包含以下四點：一、存在違法行為的重大嫌疑。二、有重大理由認為被告犯罪時欠缺責任能力或責任能力顯著降低。三、預期將被命安置。四、為公共安全利益而有暫行安置的必要性<sup>68</sup>。下文分別就此四點探討暫行安置的實質要件，同時考量比例原則於暫行安置中的適用。另外，因暫行安置與安置於精神病院之終局處分的特殊關連，於附論中一併對於安置於精神病院處分之要件進行概述，有助於釐清暫行安置的適用前提。

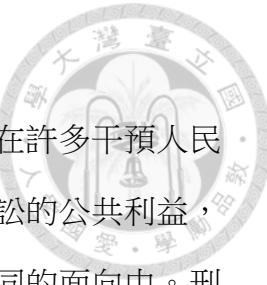
### 第一項 有重大理由認為被告實施違法行為

<sup>66</sup> 原文：„Sind dringende Gründe für die Annahme vorhanden, daß jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schulpflichtigkeit (§§ 20, 21 des Strafgesetzbuches) begangen hat und daß seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt angeordnet werden wird, so kann das Gericht durch Unterbringungsbefehl die einstweilige Unterbringung in einer dieser Anstalten anordnen, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert.“

<sup>67</sup> 本文法條之翻譯用語參前揭註 12，連孟琦譯，頁 165。

<sup>68</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 3.

## 第一款 重大理由



刑事訴訟法上為了進行犯罪偵查並達成刑事訴訟目的，存在許多干預人民基本權的強制處分。基於憲法保障人民基本權，若出於刑事訴訟的公共利益，欲對無辜之人進行干預，必須符合比例原則，此反應在各種不同的面向中。刑事訴訟法上亦對於符合不同懷疑程度門檻，所能夠採取的手段進行規範，例如《德國刑事訴訟法》第 160 條，調查案情義務僅需要「一般之犯罪嫌疑（einfacher Tatverdacht）」；《德國刑事訴訟法》第 112 條第 1 項，羈押被告需要「重大之犯罪嫌疑（dringender Tatverdacht）」；《德國刑事訴訟法》第 203 條，裁定開啟審判程序則需要「足夠之犯罪嫌疑（hinreichender Tatverdacht）」。「重大理由（dringende Gründe）」雖不同於一般懷疑程度的用詞，但仍可將其視作是一種對於懷疑程度的預測，只是此處最終要判斷的是：是否存在「於無責任能力或減輕責任能力的狀態下實施違法行為」的事實。與一般對於懷疑程度的判斷相同，皆須透過已知的事實憑藉經驗法則進行推理評估<sup>69</sup>。

在適用範圍上，此處的「有重大理由認為被告實施違法行為」，概念上同樣適用於「認定被告實施違法行為時欠缺責任能力或責任能力顯著降低」時，以及「具有安置蓋然性」等暫行安置要件的判斷。然而其程度為何，立法者並未進一步描述，惟誠如前述，關於刑事訴訟法上懷疑程度的想法，應可適用於「重大理由」的判斷，據此，其程度上應相當於《德國刑事訴訟法》第 112 條第 1 項，羈押要件中的「重大」嫌疑<sup>70</sup>。文獻上有以「大或高度蓋然性（große oder hohe Wahrscheinlichkeit）」的用詞來形容，即針對違法行為的存在而言，被告犯罪嫌疑已達到起訴門檻<sup>71</sup>。又依據聯邦憲法法院對於羈押「重大」嫌疑指出的判準，若依據事實「僅僅推測（bloße Vermutungen）」出被告可能符合

<sup>69</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 74 ff.

<sup>70</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 8.

<sup>71</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 8 ff.

所指控的罪名，而形成初步懷疑（Anfangsverdacht），這樣的程度是不足的。例如，僅僅取得被告與恐怖組織成員通信的加密信件，而無法解密其中內容，故不能肯定被告為恐怖組織成員，則尚不能認為已形成建立恐怖組織罪（《德國刑法》第 129a 條）的「重大」嫌疑，故不符合核發羈押令狀之要件<sup>72</sup>。此種判斷時適用的程度亦可適用於暫行安置中。

## 第二款 違法行為

「違法行為」應是指，根據《德國刑法》第 11 條第 1 項第 5 款，實現刑法構成要件的行為。舉凡未遂、過失違法行為、或是在麻醉狀態下的違法行為（《德國刑法》第 323a 條）等，在滿足故意或過失犯各自的主客觀構成要件下皆可以是這裡的違法行為。然而，若存在阻卻違法事由，或是違反行政法上的行為則不屬之。值得注意的是，在有自殺意圖而燒炭自殺的情況下，因為行為人透過放火來自殺的過程中，會產生強烈的火勢及有毒氣體，可能同時造成公共危險，危害法秩序和平。因而，事後討論行為人行為是否為違法行為時，不能逕而認為其行為全是自我傷害、而直接排出傷害他人故意，必須再進一步討論主觀上是否可能存在傷害他人的（間接）故意，而仍為違法行為<sup>73</sup>。

## 第二項 實施違法行為時欠缺或顯著降低責任能力

另一方面，同樣須存在重大理由認為被告實施違法行為時欠缺責任能力或責任能力顯著降低；亦即，須存在高度蓋然性，認為行為人是在符合《德國刑法》第 20 條<sup>74</sup>、第 21 條<sup>75</sup>意義的欠缺或減輕責任能力狀態下，實行該違法行為。

<sup>72</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 18. 10. 2007 – StB 34/07.

<sup>73</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 8a.

<sup>74</sup> 《德國刑法》第 20 條：「行為時因疾病引起之精神障礙、深度意識障礙、智能障礙或其他嚴重之精神疾病，致不能辨識其行為不法或依其辨識而行為者，無罪責。」原文：„Ohne Schuld handelt, wer bei Begehung der Tat wegen einer krankhaften seelischen Störung, wegen einer tiefgreifenden Bewußtseinstörung oder wegen einer Intelligenzminderung oder einer schweren anderen seelischen Störung unfähig ist, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln.“

此項要素也是突顯暫行安置與羈押差別的關鍵，蓋若認定被告欠缺責任能力，即無法根據《德國刑事訴訟法》第 112 條進行羈押，而有必要透過第 126a 條另行處理<sup>76</sup>。此部分由於在偵查階段剛開始往往無法確定，檢察官須即時委請專家協助進行鑑定<sup>77</sup>。然而，針對行為人是否僅存在第 21 條降低責任能力的情形，抑或已達到第 20 條欠缺責任能力的程度，可暫時存而不論<sup>78</sup>。

關於欠缺責任能力或減輕責任能力此一要件判定的問題，涉及《德國刑法》第 20 條及第 21 條的規定，主要包含：《德國刑法》上對於欠缺或嚴重減輕責任能力的四類法定生理學因素歸類，以及行為人是否在犯罪時，存在法定生理學因素，且受該因素影響而造成其辨識與控制能力受到限制？另外，在行為人屬於第 21 條之「嚴重減輕」責任能力的狀態時，對於其自我控制的要求程度究竟為何？調查「欠缺或嚴重減輕責任能力狀態」時若遭遇困難，又應如何做出結論<sup>79</sup>？本文於下文詳述之。

## 第一款 四類生理學因素

《德國刑法》第 20 條規定了四種導致責任能力受到障礙的生理學因素，行為人必須在經過鑑定後能被認定為四種類型的其中一種。此四類生理學因素包括：「病理性精神障礙」、「深度意識障礙」、「智能障礙」以及「其他嚴重之精神疾病」<sup>80</sup>。區分此四類的重要性在於，這對責任能力受到影響的程度以及後續的危險預測具有相當影響力。又因暫行安置要件同時包含「預期安置」，下文關於個別要素的介紹，亦將提及部分要素對於判斷是否安置的特殊影響。

<sup>75</sup> 《德國刑法》第 21 條：「行為時因第 20 條規定之原因，致辨識其行為不法或依其辨識而為行為之能力顯著降低者，得依第 49 條第 1 項規定減輕其刑。」原文：„Ist die Fähigkeit des Täters, das Unrecht der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, aus einem der in § 20 bezeichneten Gründe bei Begehung der Tat erheblich vermindert, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.“

<sup>76</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 77.

<sup>77</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 12.

<sup>78</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 7.

<sup>79</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 17 ff.

<sup>80</sup> Vgl. Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, 53. Edition, 2022, § 63 Rn. 6；關於《德國刑法》歷年對於精神醫學上用語的情況，可參考張麗卿，前揭註 33，頁 234。

另外，在診斷相關精神疾病時，若依據世界衛生組織的分類標準（ICD-10<sup>81</sup>）固然有一定幫助，但尚不夠充分，仍須再進一步歸類並分析其對於被告的責任能力的影響<sup>82</sup>。

首先，針對病理性精神障礙（Krankhafte seelische Störung）而言，必須可以證明或至少估計是基於身體上的原因而造成的精神障礙。常見被歸為此類的精神疾病包含酒精中毒精神病（Intoxikations-Psychosen）、思覺失調症（精神分裂症，Schizophrenie）等。須注意的是，誠如前述，即便被認為是精神分裂症，也不一定就與具體個案中責任能力的減輕或欠缺有關。對於實行原因行為時的狀態，是否以及受到精神疾病的影響程度，皆尚須再對犯罪之前、犯罪時以及犯罪後整體時間段的行為進行觀察，方可得知<sup>83</sup>。

接著是，深度意識障礙（Tiefgreifende Bewusstseinsstörung），這是以傳統精神醫學疾病概念，考量非病理性但卻嚴重影響人的感知，或使精神組織核心受到影響的情形，例如「高度的情緒衝動（hochgradige Affect）」<sup>84</sup>。然而在考量是否依據《德國刑法》第 63 條進行安置時，若「深度意識障礙」為唯一的障礙，較不具重要性。因為此類意識障礙大都屬於突發性的精神現象<sup>85</sup>，而安置基本上要求一段長時間的持續狀態<sup>86</sup>；若行為人僅是基於暫時性的原因而有此狀態，便將其拘束在精神病院，恐有違比例原則之虞。

根據實務見解，若是被告的人格障礙沒有直接引發犯罪，但卻是造成情緒衝動進而減輕責任能力的原因，在能預期未來有一定的可能性會再次引發此種情緒衝動，以及基於這種衝動的刑事犯罪，就可以作為安置的理由<sup>87</sup>。在此案中，深度意識障礙亦非考慮對行為人進行安置的唯一因素。

<sup>81</sup> ICD-10 為國際疾病傷害及死因分類標準第十版（The International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems 10th Revision，ICD-10）。

<sup>82</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 18.

<sup>83</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 20.

<sup>84</sup> Vgl. Streng, a.a.O. (Fn. 38), § 20 Rn. 36.

<sup>85</sup> 參張麗卿，前揭註 33，頁 235。

<sup>86</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 21.

<sup>87</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 22. 02. 2006 – 3 StR 479/05.

另外，就第三類情形，亦即心智薄弱（智能不足 Schwachsinn）的部分，由於受到生理原因影響的智力障礙會被歸入「病理性精神障礙」的類別，因此只有不存在明顯原因是由器官所引起的智力障礙，才會被列為此處的「心智薄弱」。在認定方式上，並不是只要智商低於一定程度就可以認為是心智薄弱，也必須視個案情況中，智力下降對於被告有哪些具體影響<sup>88</sup>。這必須透過專家鑑定，說明鑑定過程和標準，尤其須解釋與個案的教育程度及職業成就是否會形成衝突<sup>89</sup>。

最後是其他嚴重精神異常（Schwere andere seelische Abartigkeit），雖實務上曾存在對「其他嚴重精神異常」的誤解，認為非病理性狀態即無法考慮安置<sup>90</sup>。然而，此類生理學因素並不以病理性障礙為限，也含蓋了諸如精神官能症、人格障礙（包括反社會人格障礙、邊緣型人格障礙）、慾望型衝動異常等。其重點在於，須在對人格進行全面了解後，認為此精神異常能帶來「相當於病理性精神障礙」的嚴重程度和後果，並對人的生活造成嚴重負擔與限制。即便符合國際疾病傷害及死因分類標準第十版（ICD-10）中之疾病診斷項目，仍不能逕認為是第 20 條及第 21 條中的「其他嚴重精神異常」，而尚取決於個案嚴重程度。可觀察在行為人的日常生活中，精神障礙是否也持續對於其執業或是社會活動行為造成限制。<sup>91</sup>

另外，此處的「嚴重」與後文會提到第 21 條所謂的「顯著」減輕，皆為須由法院解釋的法律上概念，必須獨立於專家證人進行判斷。聯邦最高法院曾對於服用麻醉藥品之案例表示，對麻醉藥物成癮本身並不構成第 21 條所謂的「顯著」減輕責任能力，僅在例外情形，像是其重度藥物成癮已導致嚴重的人格變化，或是行為人對於戒斷症狀感到恐懼，且他已經歷了極度不適，而使意志力大幅下降<sup>92</sup>等。

<sup>88</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 23. 01. 2018 – 1 StR 523/17.

<sup>89</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 22.

<sup>90</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 19. 11. 1999 – 2 StR 521/99.

<sup>91</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 23 ff.

<sup>92</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 10. 04. 1990 – 4 StR 148/90.

須另外注意的是，若造成行為人陷於欠缺或減輕狀態的原因有數種，則原則上皆須確認行為時究竟受到哪些障礙影響，這對判斷原因犯行中所出現的典型特徵和危險性預判相當重要。又判斷該狀態的危險性時所依據的診斷症狀，不必與刑事法院命安置時的症狀，及在後續考量是否繼續安置（《德國刑法》第 67d 條、第 67e 條）時的症狀相同<sup>93</sup>，但必須是出於同一根源。申言之，因為精神症狀可能隨時間而有不同的發展，像是妄想症，往往可能隨時間的拉長而演變成精神分裂症，則前後所診斷出的症狀可能不同，但卻是出自同一根源<sup>94</sup>。

綜合上述可知，對於《德國刑法》第 20 條及第 21 條所規定的四類生理學因素，判斷上不論是行為人日常生活中曾受的診斷症狀，或所診斷出行為時存在的症狀皆不應直接依據症狀對應到四種類別中，認定行為人具有該生理學因素，尚須視個案情形，行為人於行為時具體受影響的情況。另外，在進行安置時所考量的症狀須具有持續性，因此也不是鑑定出行為人於行為時是受到四類之一的生理學因素影響，即符合此部分安置要件。

## 第二款 辨識或控制能力減損

在經過生理學因素的判斷後，由法院對於心理學因素，亦即前述生理學因素是否在個案中造成行為人「不能辨識其行為違法或不能依其辨識而行為」，確認其「辨識能力」及「控制能力」是否因而受影響，方可進一步預料將來是否可能再為重大犯罪行為。

若行為人出於存在其自身的障礙，在實際實行違法行為時，不能理解到其行為的外部環境或其行為應受懲罰的意義，也就是無法認識到行為的不法性，則欠缺「辨識能力」。辨識能力的降低只有在導致缺乏辨識能力時才有意義。儘管行為人辨識能力顯著降低，但若在具體案件中，對其行為的不法性有辨識能力，除非他的控制能力嚴重減損，否則是完全有責任能力的。因此，根據第

<sup>93</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 24. 06. 2004 – 4 StR 210/04; LG Kleve, Beschl. v. 08. 12. 2010 – 181 StVK 130/10.

<sup>94</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 55.

63 條的規定，不能僅以辨識能力顯著降低為依據<sup>95</sup>。又若儘管行為人有辨識能力，但即便其已採取一切可能手段，仍無法依照其對於不法行為的理解有效控制其行為，則欠缺「控制能力」。由此也可看出，只有在確認行為人之辨識能力的情況下，才須要進一步審查控制能力的問題。

在此階段的審查中，更須特別注意已經確定存在的障礙，對於責任能力所造成的具體影響。例如，若存在性違常的精神障礙，可能降低對於性犯罪的責任能力；但對於同一時期所發生的竊盜犯行則須負完全責任<sup>96</sup>。另外，若是犯罪行為時間較長，第 20 條也只是用於整個犯罪期間中被證明無責任能力的部分，此尚須在判決書中敘明具體受干擾的時間段<sup>97</sup>。

### 第三款 《德國刑法》第 21 條「嚴重」的意義

《德國刑法》第 21 條與第 20 條對於責任能力的要求不同，若行為人的責任能力「嚴重」降低可能考慮減輕其刑。在審查是否為第 21 條所稱之「嚴重」降低時，須另外考量對個別原因犯行而言，責任能力減少的重要程度。此必須由法院獨立判斷，只有在行為人責任能力的降低程度相較於一般人已經到達法律無法忽視的程度，才具重要性。不同犯罪對於行為人在減輕責任能力下仍須維持良好行為的要求程度不同，越嚴重的犯罪，對於行為人的要求越高<sup>98</sup>；據此，即便行為人的責任能力嚴重降低，而在此情形下犯下數罪，但因法律在重罪時對行為人的包容程度較輕罪低，因而可能導致不同的評估結果，故最終未必皆有第 21 條的適用。

## 第三項 預期安置

承前所述，因暫行安置是為後續安置處分的順利執行，故除了責任能力的判斷須存在重大理由外，對於將來可能命安置處分的預期，亦須具備高度蓋然

<sup>95</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 27 ff.

<sup>96</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 27 ff.

<sup>97</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 27 ff.

<sup>98</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 29 ff.

性（mit hoher Wahrscheinlichkeit）的程度；至於此預期安置的判斷時點，則須以裁判時點為基礎進行預測<sup>99</sup>。附帶一提，在前述介紹暫行安置之沿革時，亦曾提及於 1933 年將暫行安置納入當時刑事訴訟法第 126a 條時，即已在規範要件上與實體法上保安處分的要件相對應，目的在於突顯出暫行安置相對於最終安置處分的輔助性質。同時，刑法保安功能藉著暫行安置的處分提前實現<sup>100</sup>。

另外，預期安置要件判斷同樣必須委請專家進行鑑定，以便法院判斷將來是否可能命安置於精神病院處分（《德國刑法》第 63 條）或命安置於戒治所處分（《德國刑法》第 64 條）。由於本文重點在於將命安置於精神病院處分前所需之暫行安置程序，故亦將於下文（第二章第六項）詳論關於安置於精神病院處分之要件，以釐清何種情況，可能符合預期安置的情形。其中，較特別的要件為，使行為人於行為時陷於無責任能力或減輕責任能力狀態的原因，應具有「持續性」，蓋若只是符合《德國刑法》第 20 條或第 21 條的情形，僅是暫時性的狀態，則無安置的必要，自然也不符合暫行安置的要件。

此外，也只有在對法和平性造成嚴重干擾，至少到中等程度的犯罪型態時，才有理由根據《德國刑法》第 63 條進行安置，並先行暫行安置。這是基於安置屬於高度拘束人自由的強制處分，而形成對於行為人行為重大性的要求；若僅是平時存在可能形成欠缺或減輕責任能力狀態的原因，偶然犯下一個相當輕微的違法行為，則無法就此預期將命安置於精神病院處分，並據此將被告暫行安置<sup>101</sup>。

#### 第四項 基於公共安全而有必要暫行安置

##### 第一款 公共安全定性

<sup>99</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 13; Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 7.

<sup>100</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 47.

<sup>101</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn.13–15; BGH, Beschl. v. 14. 07. 2005 – 4 StR 135/05 (LG Arnsberg).

「公共安全（die öffentliche Sicherheit）」一詞事實上源自公法，其在公法上許多預防性措施中具重要意義，從公法意義而言，包含個人的生命、健康、自由、尊嚴、所有權（Eigentum）和財產權（Vermögen）等核心權利，以及法律制度和國家機構的完整性<sup>102</sup>；即對於客觀法律秩序、個人的主觀權利及個人法益的不可侵犯性（Unverletzlichkeit）<sup>103</sup>。然而，在《德國刑事訴訟法》第 126a 條的脈絡下，勢必須對於此處所謂的「公共安全（die öffentliche Sicherheit）」做出不同的解釋，蓋若依照公法意義下廣泛的公共安全概念，將使此帶有預防性概念的措施遠遠超出刑事訴訟法的目的。又因暫行安置與終局安置處分的對應關係，此處為避免矛盾，實應參照《德國刑法》第 63 條的概念作出相應的解釋<sup>104</sup>。

然而，當前《德國刑法》第 63 條<sup>105</sup>條文中，卻未見「公共安全」的規定，此乃因德國 1969 年《第二刑法改革法》（Zweites Gesetz zur Reform des Strafrechts）對《德國刑法》第 63 條進行的修正，當時或是基於統整保安處分規定，將舊《帝國刑法典》（Reichsstrafgesetzbuch，簡稱 RStGB）第 42b 條<sup>106</sup>中「公共安全（die öffentliche Sicherheit）」刪除，強調在比例原則的考量下，對於危險性概念的評估以及因此而生的保安處分規定要件，須與處分所產生的干預成比例，並要求法院對於存在的危險性進行預測<sup>107</sup>。不過當時並未同步修正《德國刑事訴訟法》第 126a 條的規定，如此衍伸的問題在於：就當前第 126a

<sup>102</sup> Vgl. Sadler, Die Polizei, 2007, S. 273–276; Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 85; Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 85.

<sup>103</sup> Vgl. Depenheuer, in: Herzog/Herdegen/Scholz u.a. (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar Werkstand, 96. Aufl., 2021, Art. 8. Rn. 164 ff.

<sup>104</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 85 ff.

<sup>105</sup> 《德國刑法》第 63 條第 1 項原文：“Hat jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20) oder der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21) begangen, so ordnet das Gericht die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus an, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, daß von ihm infolge seines Zustandes erhebliche rechtswidrige Taten, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird, zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist.,,

<sup>106</sup> 《帝國刑法典》第 42b 條第 1 項原文：“Hat jemand eine mit Strafe bedrohte Handlung im Zustand der Zurechnungsunfähigkeit...oder der verminderten Zurechnungsfähigkeit.,, begangen, so ordnet das Gericht seine Unterbringung in einer Heil- und Pflegeanstalt an, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert.,,

<sup>107</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 85.

條所存在的「公共安全」規定是立法者刻意留下而須另外進行判斷的要件，抑或僅是立法上的疏忽，原則上仍參考實體法要件進行解釋即可<sup>108</sup>？

關於此問題，基於暫行安置僅是作為終局安置處分在判決未確定前之程序上預備措施，解釋上宜將此處公共安全必要性規定，作為強調須遵守比例原則之用，而不存在其他依據《德國刑法》第 63 條所進行比例原則審查範圍以外的必要性審查<sup>109</sup>。詳言之，若不使程序法與實體法上要件相對應，而單純以公法上公共安全的概念思考將形成矛盾，蓋對於重大違法行為所形成危險性的要求，程度超過維持公共安全的要求，則即便基於公共安全考量而有必要，若不存在進一步的嚴重犯行危險，仍不應命安置<sup>110</sup>。因此，較適當的解決方式，應為將二項規範搭配解釋，判定時僅在因為存在重大理由，認為行為人（會犯下進一步的違法行為且因此）會對公眾形成危險，而預期會安置時，才會存在基於公共安全而有需要的情形<sup>111</sup>。

## 第二款 危險性預測

承前所述，基於公共安全的要求而有必要的要件，與《德國刑法》第 63 條相同，皆須對於行為人進行危險性預測，如果行為人未來有可能實施進一步的重大違法行為，而符合《德國刑法》第 63 條意義下的危險行為人，則同時會對公共安全造成威脅<sup>112</sup>。在此脈絡下，似乎可謂《德國刑事訴訟法》第 126a 條與《德國刑法》第 63 條在危險預測上的差異，主要只在於預測危險性的時點。在《德國刑事訴訟法》第 126a 條的情況下，仍須對違法行為人的行為、人格和疾病進行整體評估，並且預測時點是以法院命安置令時為基準點進行的暫時性判斷<sup>113</sup>。另外，基於比例原則的考量，只有在具備高度蓋然性會對法和平造成嚴

<sup>108</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 86.

<sup>109</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 90.

<sup>110</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 86.

<sup>111</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 10.

<sup>112</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 87.

<sup>113</sup> Vgl. Schultheis, in: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO mit GVG, EGGVG und EMRK, 8. Aufl., 2019, § 126a. Rn. 3.

重干擾，而須要藉由暫行安置來保護公眾時，才可命暫行安置，不能僅是出於一般可能性（einfache Möglichkeit）。

關於實務上對危險性預測的判斷，德國聯邦最高法院<sup>114</sup>曾指出，不能單純憑藉患有精神疾病的被告持有刀具以及其因恐懼而存在自我防衛的狀態，就認定被告很可能對他人實行違法暴力行為。又該案中，邦法院曾經提及被告對他人具備「潛在的」攻擊性，更被聯邦最高法院認為，僅僅是一個潛在的危險（eine latente Gefahr）並不足以達到高度蓋然性的程度。

## 第五項 比例原則

依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條命暫行安置時，同樣須遵守比例原則。這點可以從《德國刑法》第 63 條適用第 62 條得出；亦即，暫行安置是預期將來會命安置處分，則依據《德國刑法》第 63 條結合第 62 條，遵守比例原則為命安置的前提，於命暫行安置時自然也須考量比例原則。另一方面，從《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 1 項的「必要性（Erforderlichkeit）」抑或同條第 2 項<sup>115</sup>準用同法第 116 條第 3 項的停止羈押規定，也是比例原則精神的體現。除此，基於暫行安置具備干預處分的性質，比例原則也直接根據憲法適用。這意味著在個案中，暫行安置都必須是作為實現《刑事訴訟法》第 126a 條所欲達成的目的之適合、必要且相當的手段<sup>116</sup>。

適用比例原則展現在各個不同面向，包含在前述各個要件中須存在「重大理由（Dringende Gründe）」的要求。在要求須存在重大理由認為後續會安置的要件中，也包含了「禁止過度」的要素（ein Element des Übermaßverbotes）。

<sup>114</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 02. 03. 2011 – 2 StR 550/10 (LG Aachen).

<sup>115</sup> 《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項：「暫行安置，準用第 114 條至第 115a 條、第 116 條第 3 項及第 4 項、第 117 條至第 119a 條、第 123 條、第 125 條及第 126 條之規定。準用第 121 條及第 122 條之規定附但書：由邦高等法院審查，暫行安置之要件是否繼續成立。」原文：„Für die einstweilige Unterbringung gelten die §§ 114 bis 115a, 116 Abs. 3 und 4, §§ 117 bis 119a, 123, 125 und 126 entsprechend. Die §§ 121, 122 gelten entsprechend mit der Maßgabe, dass das OLG prüft, ob die Voraussetzungen der einstweiligen Unterbringung weiterhin vorliegen.“

<sup>116</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 91; Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 11.

這可能涵蓋兩個面向，一則，所預期的將來違法行為必須是「重大」違法行為而對法和平造成嚴重干擾的情形，原則上排除單純自傷（Selbstgefährdungen）及輕微的違法行為，僅在特殊例外情形下可為之；另外則是，若依據其他法律授權基礎，存在侵害較小而能同樣達成目的的措施，自然欠缺必要性<sup>117</sup>。若自實務<sup>118</sup>觀點而言，通常預期暴力以及攻擊性犯罪的違法行為（Gewalt- und Aggressionsdelikte）會被列為預期的重大違法行為，但針對死亡恐嚇，只有在會持久性或嚴重侵害受威脅者之安全感時，亦即自受威脅者的立場看來，有危險將實現的明顯感受時，方屬於此種情形。此外，若受害人為在安置機構中經專業訓練的人員時，其嚴重程度判斷應相對輕微，不同於對任何第三人或與行為人具密切關係之人，在行為人處於自由狀態下實施的行為。

## 第六項 安置於精神病院

承前所述，因暫行安置僅為終局安置處分之提前預備措施，暫行安置之實質要件中，亦包含對於後續將安置的預期，則命終局安置處分的要件勢必將影響是否命暫行安置的決定，故下文將對於安置處分要件進行探討。

依據《德國刑法》第 63 條等規定，安置在精神病院的要件包括，「存在一個違法行為」、「在欠缺責任能力或減輕責任能力的狀態下」實行該違法行為、「違法行為與欠缺或減輕責任能力狀態間具有關聯性」，並且須「因該狀態而具有危險性」。最後，此拘束人身自由之干預處分同樣必須符合「比例原則」的要求，此點也被明文規範在第 62 條<sup>119</sup>。下文對於各要件如何應用進行討論：

<sup>117</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 18; Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 11.

<sup>118</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 22. 02. 2011 – 4 StR 635/10 (LG Frankenthal/Pfalz).

<sup>119</sup> 《德國刑法》第 62 條規定：「保安處分與行為人已實行及預料其將實行之犯罪重要性，以及由其所引發之危險程度間不合比例者，不得宣告之。」對於干預處分需符合比例原則明文化。」原文：„Eine Maßregel der Besserung und Sicherung darf nicht angeordnet werden, wenn sie zur Bedeutung der v. Täter begangenen und zu erwartenden Taten sowie zu dem Grad der von ihm ausgehenden Gefahr außer Verhältnis steht.“

## 第一款 (原因)違法行為<sup>120</sup> (Anlasstat)

所謂違法行為根據《德國刑法》第 11 條第 1 項第 5 款，係指實現刑法構成要件的行為<sup>121</sup>。此處「違法行為」同於前述暫行安置違法行為概念，故不再贅述。

另外，對於此處的（原因）違法行為，是否亦須同於同條文中提到的預料行為人可能再實行的「重大違法行為」一樣，必須具有「重大性」？這在《德國刑法》2016 年新增訂的第 63 條第 2 項後，已經明白確認即便原因違法行為是輕罪，也可以命安置。但根據第 62 條，考量是否適用第 63 條時須考慮到「行為人已實行之罪的重要性」，所以當然不能將完全無關緊要的輕罪作為此處的原因行為。除此，即便要依據第 63 條第 2 句發出安置令，在原因違法行為並非輕罪的情況下，對於未來會再犯的危險性證明要求自然必須提升，只有在「特殊情況」可預期行為人將來會實行嚴重犯行的時候才符合。而所謂「特殊情況」是指觀察犯罪行為或行為人身上是否存在特殊跡象，可以協助判定行為人的危險程度。具體而言，像是過去曾有重大犯罪紀錄，且在當前的原因犯行之所以僅為輕罪，並不是因為行為人危險性已經降低，而只是偶然的實行輕罪；抑或是行為人罹患精神疾病所形成的危險，有明顯持續加劇的情況等<sup>122</sup>。

結論上，在所犯罪名為輕罪的時候，還是以不安置為原則，命安置為例外。事實上，這也只是德國 2016 年修法時，將實務上已形成的作法加以明文化，以強調在考量是否安置時，比例原則的重要性<sup>123</sup>。

## 第二款 欠缺責任能力或減輕責任能力狀態

此外原因行為必須是在「欠缺責任能力（《德國刑法》第 20 條）或嚴重減輕責任能力（《德國刑法》第 21 條）」的狀態下實行的。關於欠缺責任能力或

<sup>120</sup> 此處本文暫將 Anlasstat 翻作「（原因）違法行為」，是指作為開啟審查是否進行安置程序的違法行為，並與《德國刑法》第 63 條條文中提及所預料後續再為的重大「違法行為」區分。

<sup>121</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 12 ff.

<sup>122</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 15.

<sup>123</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 12 ff.

減輕責任能力狀態的認定問題，已於上文（第二節、第二項）中敘明，此處不再贅述。惟在安置於精神病院處分之情形，除對於前述二條規範的判定外，尚因為《德國刑法》第 63 條要求須存在命安置於精神病院的必要性，故在判斷上須另外要求狀態的持久性；此外，由於安置處分為暫行安置的終局處分，須明確做出最後判斷，但可能因對於行為人精神狀態調查存在困難，最終仍無法確認狀態的情形，此時又應如何應對？以下另就此二點進行補充。

## 第一目 狀態持續

誠如前述，在考慮是否依據第 63 條安置時，不能僅是暫時性的缺陷，必須存在持久性的精神或心理健康的傷害。因此即便符合第 20 條或第 21 條的情形，其狀態若只是暫時的，則不符合第 63 條為了治癒行為人持續性病症的目的，原則上不得將其安置於精神病院。舉例而言，如果責任能力降低是基於服用麻醉藥品（酒精或麻醉藥物等）而僅是短暫地喝醉酒，則可能缺乏持續性<sup>124</sup>。惟若其具有病態的酒精、毒品或藥物成癮，並因此一再造成精神與心裡障礙及服用麻醉品的相互作用，而使被告的犯罪能力至少受到的嚴重損害，則可以適用第 63 條<sup>125</sup>。然而，第 63 條不要求責任能力的欠缺或降低狀態是普遍且持續的，重點在於，引起該狀態的疾病或原因必須是持續存在的<sup>126</sup>。

## 第二目 調查可能性

若對於被告是否適用《德國刑法》第 63 條法院已盡力調查，仍無法確定，文獻上提及德國聯邦最高法院認為有判決<sup>127</sup>未進一步闡釋即認定「合理懷疑原則不適用於對第 63 條的審查」並不正確。蓋若至少可滿足第 21 條的要求，那麼在不得已的情況下，究竟是存在第 20 條或是第 21 條的情況，可存而不論<sup>128</sup>。

<sup>124</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 31.

<sup>125</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 31.

<sup>126</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 31.

<sup>127</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 06. 03. 2002 – 4 StR 29/02.

<sup>128</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 32 ff.

此外，安置於精神病院與判處刑罰的情形不同，不能根據「罪疑唯輕」（*in dubio pro reo*）的原則假定責任能力減輕，因為這樣的假設在認定是否將被告安置於精神病院的情況下，並不是對被告有利的假設。安置在精神病院與關在監獄相比，並非較溫和的手段，二者實際上是不同的事情，無法進行程度上的比較。因此，若第 20 條及第 21 條的要件僅是不能被排除，那麼根據懷疑原則（*Zweifelssatz*）在此部分的適用結果，就不能發布安置令<sup>129</sup>。

### 第三款 因果關係

依據《德國刑法》第 63 條進行安置的第三個要件是，原因犯行必須是前述欠缺或降低責任能力之狀態造成的後果，也就是前述狀態與原因犯行間必須存在因果或典型的關係。雖然這樣的因果關係已經是構成第 20 條及第 21 條的前提要件，但同樣的在考量是否可依據第 63 條進行安置時，此因果關係與考量刑罰之情形不同，不能依據疑利被告原則假定因果關係存在，而須得到積極的證實<sup>130</sup>。

### 第四款 危險性

依據《德國刑法》第 63 條僅有「在整體評價行為人與其行為後得出，根據其狀態可預料將再實行重大違法行為，而該行為將對被害人之心裡及身體造成重大損害或重大危險或引起嚴重經濟損失，且行為人因此對公眾有危險性者」，才可以加以安置。此所稱違法行為，與原因犯行之違法行為相同。至於此處的「重大」則須是基於行為人狀態，擔心可能發生對法和平性造成嚴重干擾的犯行，方屬於此處所謂的「重大」違法行為<sup>131</sup>。若依據《德國刑法》第 12 條<sup>132</sup>規

<sup>129</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 32 ff.

<sup>130</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 47.

<sup>131</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 50 ff.

<sup>132</sup> 《德國刑法》第 12 條：「稱重罪者，謂最輕本刑為一年或一年以上有期徒刑之罪。稱輕罪者，謂最輕本刑為未滿一年之有期徒刑或罰金之罪。依本法總則規定或因情節特別嚴重或輕微而加重或減輕其刑者，不影響重罪與輕罪之區分。」

定可區分為重罪與輕罪，此為立法者的價值判斷，就重罪而言依據立法價值判斷是重大的；輕罪的部分則不能僅根據法定刑來決定行為是否重大，尚須考量個案受害者受到威脅的法益價值，對於質性與量性一併考量。例如，若預期會有進一步的一系列犯罪，則會增加犯罪危險的重大性。此外，不可僅因為法律對於不作為犯有可減輕其刑的規定<sup>133</sup>，就認為不作為犯不具危險性。另一方面，由於「原因犯行」也是預期將來違法行為的一個重大指標。因此若原因犯行為重大犯罪，通常指向了較重大的未來犯行；反之，若原因犯行較輕微，則須於判決理由另行論述，此在原因犯行脈絡已提及。

從現行規範中也可以看到對於被害者須造成「重大的身體或精神損害或重大危險」，這也是一個基本的參考點，當時修法新增是為了加以澄清關於嚴重性的判斷。然而，其意義上有限，蓋即便在已實施的犯罪中，都很難衡量對於受害者的心理傷害，更遑論預測未來可能發生的犯罪，根本難以對被害人的心靈傷害程度得出可靠的預測。因此，此處毋寧應以一般的抽象危險性作為判斷依據，即損害是預期犯罪行為的典型結果時<sup>134</sup>。另外，即便在已實施原因犯行中未產生嚴重後果，亦不能自動適用於未來的犯行，否則將失去危險預測的目的。

除此，現行規範中還包括另一項對被害者的影響——「嚴重經濟損失」。增加此要件是為了提高命安置的門檻，因為根據《德國刑法》第 63 條安置可能無限期，這是一種非常嚴重的干預行為。為符合比例原則，在「純財產犯罪」的情況下，必須能證明這種處分是合理的，此處便以對未來的損害危險要求更高的金額，作為一種控制手段。立法理由提及以 5000 歐元作為一個「概略標準」，但仍須考慮具體案件情形，像是潛在受害者的經濟狀況、專門針對經濟

---

<sup>133</sup> 《德國刑法》第 13 條：「對於犯罪構成要件結果之發生，法律上負有防止義務，而不防止，且其不防止與積極行為實現構成要件相當者，罰之。前項情形，得依本法第 49 條第 1 項之規定，減輕其刑。」

<sup>134</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 50 ff.

上的弱者或強者等<sup>135</sup>。此外，若是一系列的財產犯罪，可能導致每個單獨犯罪的擾亂法秩序程度整體性提升。

另外，就危險性的因果關係而言，須考量的是，因為依據《德國刑法》第63條安置的前提是，行為人的危險性是基於造成其責任能力受到限制的系爭狀態所造成的。因此，不僅該症狀和原因犯行之間必須有因果關係，該症狀與未來危險性之間也必須有因果或典型關聯性，並且其根源症狀必須相同。

若未來的犯行可能會擾亂法和平性，就存在對公眾的危險。此所謂「公眾」不要求不確定數量的人受到危害。如果未來的犯行僅是針對特定個人實施重大違法行為，其對公眾也是危險的。這是因為社會上的每個人都是公眾的一員，並且有權要求國家在壟斷使用武力的同時，必須以刑事司法的運作來保護個人<sup>136</sup>。再者，如果原因犯行總是針對同一受害者，反倒更有理由詳細地審查危險性，但其實通常可以預見受害者範圍會漸漸擴大。

針對危險性判斷時點的部分，預測危險性的關鍵在於「審判時」被告是否有可能因其「狀態」而實施重大違法行為。因此，必須考慮從實行原因犯行後到審判期日之間的變化，行為人不能僅在犯罪時具有危險性。此外，為了公共安全，對危險性的預測必須考量較長的時間，即便在暫行安置期間因為接受治療，狀況趨於穩定而暫時不存在實行進一步違法行為的危險；但為了公共安全，必須考慮在可預見的將來狀況會再次惡化，並可能再次發生違法行為<sup>137</sup>。

而對於行為人因前述幾項情形而有後續實行違法行為的危險，必須就此危險性進行預測。至於確信的程度，文獻<sup>138</sup>上提及須達到「較高程度的可能性」。雖預測往往會帶有錯誤風險，但在法律上是不可避免的，畢竟若要進行危險預防，只能對於未來危險性進行預測。具體而言，可參考行為人過去、現在、未來生活中涉及的各類因素，包含其病史、前科紀錄、個性或生活狀況抑或是行

<sup>135</sup> Vgl. BT–Drs. 18/7244, S. 21.

<sup>136</sup> Vgl. Landau, Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, NStZ 2007, 121 (121).

<sup>137</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 30. 08. 1988 – 1 StR 358/88.

<sup>138</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 62 ff.

為人曾經歷的各種刑事程序，諸如曾經受不起訴處分的原因、或是在安置期間的行為表現等。實務上有認為在照護機構中的反抗行為和對有經驗的護理人員所為的行為，原則上不能等同於行為人處於自由狀態下的行為。須特別考慮到行為人承受的壓力及受到攻擊的人是否經歷過適當的訓練，或具備特殊的保護而實際上面臨較低的風險<sup>139</sup>。另外，雖然對於特定犯罪的再犯率統計數據可作為一參考依據，但不可通案適用。

最後是關於比例原則在危險性要件中的適用，由於安置於精神病院將嚴重干預人身自由，立法明文於《德國刑法》第 62 條規定：「保安處分與行為人已實行及預料其將實行之犯罪重要性，以及由其所引發之危險程度間不合比例者，不得宣告之。」此規定與同法第 63 條關於被害人受損害程度之規定，同為德國 2016 年修法時，立法者為強調比例原則而在安置處分中的適用。主要是將大部分實務早已存在的作法加以明文化，希望能藉以降低過去依據《德國刑法》第 63 條持續上升的安置人數。根據聯邦司法部於 2021 年評估結果確有達成其立法初衷<sup>140</sup>。

儘管《德國刑法》第 62 條同時提及原因犯行及預料再犯的危險性，但在最終進行比例原則審查時，重點毋寧在於所預測之未來犯行的危險程度，這是因為安置目的不在於懲罰，而是為避免再犯造成社會危險<sup>141</sup>。考量比例原則時，須在「受處分人所受人生自由干預」與「公眾須受到保護的利益」之間進行權衡。當受處分人自由被剝奪的時間越長，對於比例原則的要求就越嚴格。另外，即便無法預期精神疾病在將來能改善，原則上仍可進行安置，只是在比例原則得審查時必須考慮到，這將對受處分人形成更大的干預<sup>142</sup>。

<sup>139</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 09. 01. 2019 – 5 StR 466/18.

<sup>140</sup> Vgl. Bundesministerium der Justiz (2021), Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 des Strafgesetzbuches, in: [https://www.bmji.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Novellierung\\_Unterbringung\\_psychiatrischen\\_Krankenhaus\\_63\\_StGB.html](https://www.bmji.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Novellierung_Unterbringung_psychiatrischen_Krankenhaus_63_StGB.html) (最終瀏覽日：2023 年 7 月 3 日)。

<sup>141</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 67 ff.

<sup>142</sup> Vgl. van Gemmeren, a.a.O. (Fn. 33), § 63 Rn. 67 ff.

除此，比例原則的適用也發揮在其他手段的選擇，須優先採用（至少同樣）有效且較溫和的手段，以符合禁止過度及輔助性原則。在手段選擇上，若情況允許，可以採取較輕微的手段，像是《德國刑法》第 67b<sup>143</sup>條，在特別情況下可以期待以暫緩執行的方式也能達成原先安置的目的，則可暫緩執行並予以行為監督處分。值得注意的是，是否為一種較溫和的手段，主要取決於當事人的態度、效用和副作用。舉例來說，如果精神損害可以透過藥物治療來降低危險性，且行為人自願接受治療，就可能以暫緩執行的方式，透過較小干預且同等有效的手段來取代安置。且這種比例原則得審查，可由原先審查是否安置的法院進行，也可以依據《德國刑法》第 67e 條，在法院審查是否應暫緩處分的繼續執行時進行。另外，少數情形<sup>144</sup>下也可能以《德國刑法》第 68 條的行為監督取代安置。

不過若有更溫和的手段對付危險性，法院是否應避免命安置處分？或應命安置處分同時依據《德國刑法》第 67b 條暫緩執行？又或者是依據同法第 63 條命安置，且不在同一時間命暫緩執行？關於這點，實務上許多意見<sup>145</sup>根據 1962 年版的刑法第 42b 條草案說明，認為輔助性原則（Subsidiaritätsprinzip）只適用於執行問題，而不適用在命安置令的情況。較有利於行為人的手段，只影響是否根據《德國刑法》第 67b 條暫緩執行安置。然文獻上<sup>146</sup>有認為，如果干預較小的手段能提供足夠的保護，有效防範危險行為人，便不可下令採取第 63 條規定的措施。就此而言，若自德國在 2016 年修法時不斷強調比例原則的角度而言，後者或許較適合。況且在危險性審查時，也已經對行為人進行全面評估，若有其餘手段使行為人危險性不在，應不再透過安置之方式進行。

<sup>143</sup> 《德國刑法》第 67b 條：「受收容於精神病院或戒治所處分之宣告，具有特別之情況而得以期待，暫緩執行其處分亦能達成保安處分之目的者，法院應同時諭知暫緩為保安處分之執行已付考核。但行為人除受收容於精神病院或戒治所處分之宣告外，同時另受有期徒刑之宣告且受緩刑以付考核之宣告者時，不得為暫緩執行其處分之宣告。<sup>1</sup> 受暫緩執行第 1 項處分之宣告者，予以行為監督處分。」

<sup>144</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 23. 10. 2013 – 2 StR 343/13.

<sup>145</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 08. 01. 2015 – 3 StR 590/14; BGH, Urteil v. 12. 04. 2017 – 2 StR 454/16.

<sup>146</sup> Vgl. Kinzig, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 63. Rn. 22 f.

除前述考量外，比例原則在後續對於繼續安置的審查中（《德國刑法》第 67d 條）亦具相當程度的重要性。

### 第三節 暫行安置令狀（Unterbringungsbefehl）

依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用第 114 條<sup>147</sup>，關於安置令的形式要件應符合《德國刑事訴訟法》第 114 條羈押令之規定。根據該條第 1 項，安置令須由法官以書面形式命令之。此規定是基於暫行安置為拘束人身自由之處分，而依據《德國基本法（Grundgesetz）》第 2 條<sup>148</sup>結合第 104 條第 2 項第 1 句以及同條第 3 項第 2 句<sup>149</sup>之法律保障意旨，僅有法官能裁判剝奪人身自由之合法性及期限（die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung）並須簽發附理由的書面令狀（einen mit Gründen versehenen schriftlichen Haftbefehl），故在對被告施以暫行安置處分時，原則上亦須由法官先簽發安置令，方可為之。

事實上，就干預人身自由的面向而言，暫行安置與羈押處分相類，亦於《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項明文規範大量準用羈押程序上的條文。從而在令狀產生的程序上，與羈押相同可能出現先取得令狀後逮捕之原則情形，以及先逮捕後有例外之特殊情形，因這樣的順序上差異將導致令狀產生程序之差異，本文分別就此兩種情形下之程序論述之。又基於基本權之程序上保障，

<sup>147</sup> 《德國刑事訴訟法》第 114 條：「（第 1 項）羈押由法官以書面之羈押令命令之。（第 2 項）羈押令應記載：1.被告，2.涉嫌重大之犯罪、違犯之時間及地點、犯罪之法定要件及應適用之刑法法條，3.羈押理由，以及 4.構成犯罪嫌疑重大及羈押理由之事實，以不因此危及國家安全為限。（第 3 項）當第 112 條第 1 項第 2 句顯然可適用，或被告引用該規定時，應說明未適用之理由。」

<sup>148</sup> 《德國基本法》第 2 條第 2 項：「人人享有生命權及身體不受侵犯之權利。人身自由不可侵犯。此等權利僅得基於法律干預之。」中文翻譯參考司法院電子出版品檢索系統，網址：<https://reurl.cc/zNKnlk>（最終瀏覽日：2023 年 7 月 3 日）。

<sup>149</sup> 《德國基本法》第 104 條第 2 項、第 3 項：「（第 2 項）惟法官始得判決可否剝奪自由及剝奪之持續時間。此項剝奪如非根據法官之命令，須即時請求法官判決。警察依其本身權力拘留任何人，不得超過逮捕次日之終了。其細則由法律定之。（第 3 項）任何人因犯有應受處罰行為之嫌疑，暫時被拘禁者，至遲應於被捕之次日提交法官，法官應告以逮捕理由，加以訊問，並予以提出異議之機會。法官應即時填發逮捕狀，敘明逮捕理由，或命令釋放。」中文翻譯參考司法院電子出版品檢索系統，網址：<https://reurl.cc/zNKnlk>（最終瀏覽日：2023 年 7 月 3 日）。

未取得令狀而逕行逮捕之情形毋寧是例外，而以先取得令狀為原則，故下文先就介紹原則情況下的程序，就例外情形相類部分則不再贅述。



## 第一項 先有令狀後逮捕

### 第一款 安置令之作成

依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用第 114 條及以下條文，在一般情形下對被告施以暫行安置前，原則上須先取得安置令。依據立法意旨此一書面的要求，一方面期能有助於法官的自我控制，且便於上訴法院審查；另一方面也能藉以通知受處分人<sup>150</sup>，且亦僅有形式合於第 114 條規定的令狀，方可作為干預被告人身自由之依據。此形式要件規定在《德國刑事訴訟法》第 271 條以下的審判程序及第 168 條以下的法官調查行為中，雖可先透過載於紀錄的方式，符合書面要求但仍須遵循第 114 條之法定形式要求<sup>151</sup>。關於安置令作成之相關程序，包含程序開啟與管轄法院、須涵蓋的內容、所需之鑑定程序以及隨訴訟程序過程出現的令狀轉換需求，下文詳述之。

#### 第一目 程序開啟

依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用第 125 條的規定，將簽發安置令的管轄權規定區分為起訴前以及起訴後，蓋不同訴訟程序階段中令狀製成之開啟程序，因程序主導權之不同而有異，故以下亦將起訴前以及起訴後之情形分別討論：

##### 1. 提起公訴前——檢察官聲請為原則，法官職權簽發為例外

申言之，依據《德國刑事訴訟法》第 125 條第 1 項在提起公訴前以檢察官的聲請為必要，這是因為偵查程序是由檢察官負責的，且若檢察官在提起公訴

<sup>150</sup> Vgl. Pfeiffer, Strafprozeßordnung, 5. Aufl., 2005, § 114 Rn. 1.

<sup>151</sup> Vgl. Böhm/Werner, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozeßordnung (StPO), Bd. 1, 2014, § 114 Rn. 15.

前聲請撤銷安置令，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 3 項第 3 句準用同法第 120 條第 3 項，法院「應」撤銷之，且檢察官可於聲請的同時命釋放被告，可見其在此階段中扮演主導程序的角色<sup>152</sup>。就檢察官聲請內容而言，除聲請簽發安置令本身，尚可能包含對於其他後續違法行為指控的擴充。

例外在《德國刑事訴訟法》第 125 條第 1 項後段的情況下，即無法聯繫檢察官且遲延即有危險（*Gefahr im Verzug*）時，才由法院依職權簽發。在無法聯繫檢察官時，必須於案卷中載明，此時如果符合要件，法院有義務依職權簽發安置令。如果在逮捕期限到期前，來不及聽詢檢察官的意見，也無法通過電話或其他通訊方式，便屬於無法聯繫檢察官的狀況；另外，也包含在檢察官因信息不足，而無法對暫行安置問題發表意見時的情形<sup>153</sup>。所謂「遲延即有危險」是指若不即刻簽發令狀，就會有無法安置被告的危險<sup>154</sup>。

就管轄權而言，令狀管轄法院在事物管轄上，由區法院<sup>155</sup>（*Amtsgericht*）負責核發安置令以及拒絕檢察官的聲請，但在部份情形下，會由邦高等法院或聯邦憲法法院或是在少年事件中由少事法庭負責管轄；在土地管轄上，由依據管轄分配具有土地管轄權之法院負責，或是被告逮捕地之區法院法官。前者於個案情形下的具體管轄規定分配則視《德國刑事訴訟法》第 7 條至第 13a 條以及第 15 條之規定判斷；後者所謂「被告所在地」則指在發出安置令時，被告身處之處，即便他只是經過也同樣適用，同時也包含其因為別的案件而被羈押的處所<sup>156</sup>。附帶一提，暫行安置令狀須由具備管轄權之法院簽發，但在以檢察官聲請為前提之情形下，則不以由管轄法院所在之檢察官聲請為必要<sup>157</sup>。

<sup>152</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Bd. 6, 63. Aufl., 2020, § 125 Rn. 8.

<sup>153</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 125 Rn. 10.

<sup>154</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 125 Rn. 9.

<sup>155</sup> 依據《德國法院組織法》第 12 條：「法院之普通審判權由區法院（*Amtsgerichte*）、邦地方法院（*Landgerichte*）、邦高等法院（*Oberlandesgerichte*）以及聯邦最高法院（*Bundesgerichtshof*）（普通審判權領域中之聯邦之最高法院）行使。」

<sup>156</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 125 Rn. 5.

<sup>157</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 125 Rn. 8.

## 2. 提起公訴後——法院簽發為原則，審判長簽發為例外

依據《德國刑事訴訟法》第 125 條第 2 項第 1 句提起公訴後，原則上由受訴法院職權簽發安置令，但須依據同法第 33 條進行聽詢程序。此階段下因不以檢察官提出聲請為必要，則法院作出決定前須聽詢檢察官及參與人意見。在提起法律審上訴時，依據第 125 條第 2 項第 1 句將由被聲明不服之原審法院簽發。據此，在提起法律審上訴時，檢察官不會將案卷呈交給法律審上訴法院，而是交由最終的事實審法院審理。

例外是在第 125 條第 2 項第 2 句的急迫情況下，審判長亦得簽發令狀。所謂急迫情況是指若等待合議庭將會有無法及時逮捕之疑慮的情況，此時審判長須進行合義務性裁量。其決定不須經合議庭的確認，但檢察官和被告可抗告。反之，在駁回羈押令的聲請時，則僅能由合議庭宣布，因為這種情形下不會產生來不及逮捕被告的急迫情況<sup>158</sup>。

## 第二目 令狀內容

安置令之形式規範雖是對於法官簽發令狀時之要求，但實務上往往要求檢察官聲請時，即須符合各項要求。依據《德國刑事訴訟法》第 114 條第 2 項，在羈押令中須記載的內容包含：被告，涉嫌重大之犯罪、違犯之時間及地點、犯罪之法定要件及應適用之刑法法條，羈押理由，以及構成犯罪嫌疑重大及羈押理由之事實，以不因此危及國家安全為限。在準用該條文而簽發安置令時，應將原先須記載的「犯罪行為（die schuldhafte Tat）」轉為「違法行為（die rechtswidrige Tat）」；「重大犯罪嫌疑」應調整為「認定被告施行的違法行為的重大理由」；「羈押理由」則改為「基於公共安全而需要進行暫行安置的理由」；並將要件所涉之相關事實記載於安置令上<sup>159</sup>。

<sup>158</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 125 Rn. 7.

<sup>159</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 12.

針對個別記載項目而言，關於「被告」的部分，原則上須記載被告之姓名以及別名，另外尚須說明其出生日期、地點與已知之居住地址，須精確至對其身分沒有任何懷疑的程度；不過在安置令上尚不須如《德國刑事訴訟法》第 131 條第 4 項所規定，對被告進行進一步的描述或附上照片<sup>160</sup>。就行為人之「違法行為」方面，應盡可能以接近《德國刑事訴訟法》第 200 條第 1 項起訴書內容之詳細程度，對於系爭違法行為之違犯時間、地點、所涉刑法條文以及其構成要件進行精準描述，確認個案事實能該當個別構成要件，但凡其中一項未能符合，極可能欠缺「具有重大理由認為被告施行違法行為」之要件。安置令須盡可能詳細，使被告能夠清楚認識所記載內容之程度與範圍，進而為自己辯護。儘管在初步偵查階段未必能對於案情有相當具體的了解，然而令狀之記載須隨著時間的拉長，提高對於令狀的具體化要求；亦即須隨著案情發展做出最新的具體描述，不可查閱卷宗或判決理由，以記載安置令所需內容<sup>161</sup>。實務上，在羈捕令之情形便曾表示，僅僅在羈捕令上提及「根據過去警方調查」輔以鑑定人姓名，而未對於最新調查情形做出進一步陳述，無從認定被告於當時有重大犯嫌，因而不應簽發羈捕令<sup>162</sup>。

至於暫行安置理由的部分，因依據被告情狀，判斷將來是否可能基於公共安全考量而須要將其暫行安置，具相當困難性，通常免不了委託專家進行鑑定，而最遲應在命安置令後立即進行<sup>163</sup>。若理由在隨著程序進行的過程而有變動時須修正令狀，通常以新令取代舊令，並且同樣須告知當事人<sup>164</sup>。此外，值得注意的是，在簽發安置令時，必須在安置令中，具體說明機構的類型為精神病院抑或戒治所，而具體機構則根據各邦依其計劃來加以確定；惟若有列入考量的機構，法官必須進行選擇並確定<sup>165</sup>。就機構類型決定的部分，在依據《德國刑

<sup>160</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151151), § 114 Rn. 17.

<sup>161</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 114 Rn. 19 ff.

<sup>162</sup> Vgl. OLG Koblenz Beschl. v. 21. 01. 2009 – 1 Ws 9/09, BeckRS 2009, 4772.

<sup>163</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 13.

<sup>164</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 114 Rn. 28.

<sup>165</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 25.

事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句準用第 121 條所進行的繼續安置審查程序 (Unterbringungsüberprüfungsverfahren) 中，也可由邦高等法院決定執行機構<sup>166</sup>。

最後針對是否提及比例原則適用的問題，可能討論的是因《德國刑事訴訟法》第 114 條第 3 項<sup>167</sup>提及在第 112 條第 1 項第 2 句<sup>168</sup>顯然可適用時，或被告援引該規定，而最終決定不適用時，須特別說明未適用之理由，然而在同法第 126a 條第 2 項的準用規定中，並未提及第 112 條，則是否意味著在簽發安置令時，應排除準用第 112 條第 1 項第 2 句關於羈押時遵守比例原則的規定？就此問題，或有謂<sup>169</sup>既然第 126a 條第 2 項的準用條文中未提及第 112 條，則不準用之。然而，此意見不被贊同，蓋暫行安置同樣應有比例原則的適用，此概念亦在該法第 126a 條第 2 項中明文準用第 116 條第 3 項停止執行羈押的規定中體現。據此，命暫行安置如同命羈捕令之情形，應在顯然會運用到比例原則，亦或被告有援引比例原則時說明理由<sup>170</sup>。從而，若基於公共安全的利益，認為須命且命暫行安置，但卻存在更溫和的替代方式，諸如自願於診所接受治療或安置於親屬處輔以門診治療並搭配監督等，若藉此能滿足公共利益，則免除命令的執行<sup>171</sup>。準用第 116 條第 3 項的明文列舉，顯現出暫行安置中比例原則的適用，另一方面，僅準用該條第 3 項、第 4 項的規定，而不包含第 1 項、第 2 項也意味著在規範層面上，暫行安置的停止執行適用上較停止執行羈押嚴格，限於較少數的情況。<sup>172</sup>。

### 第三目 令狀競合及轉換

<sup>166</sup> Vgl. OLG Saarbrücken, Beschl. v. 17. 12. 2014 – 1 Ws 51/14 (H).

<sup>167</sup> 《德國刑事訴訟法》第 114 條第 3 項：「當第 112 條第 1 項第 2 句顯然可適用，或被告引用該規定時，應說明未適用之理由。」

<sup>168</sup> 《德國刑事訴訟法》第 112 條第 1 項第 2 句：「若羈押與案件之重要性及所預期之刑罰或保安處分不成比例時，不得命羈押。」

<sup>169</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 126a Rn. 7.

<sup>170</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 114 Rn. 17.

<sup>171</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 12.

<sup>172</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 93.

暫行安置與羈押之目的及功能均不相同。暫行安置是為保護社會公眾，避免社會遭受患有精神疾病的行為人進一步的違法行為所帶來的危險。作為《德國刑法》第 63 條、第 64 條命安置於精神病院或戒治所處分的預備措施，暫行安置的性質毋寧與警察法上的預防性規定較相似；反之，羈押的目的是為使國家刑事訴訟程序順利進行，確保被告於審判程序中到庭、避免其妨礙證據調查或掩蓋真相，以及實現確定終局判決能之執行<sup>173</sup>。據此，在刑事程序中要命暫行安置令抑或羈捕令，視個案情形所欲達成的目的以及符合的要件而異，可能單獨命暫行安置或羈捕令，但亦可能產生同時符合二者甚至是德國法上為免再犯風險而羈押的情形。

一般而言，若行為人處於《德國刑法》第 21 條減輕責任能力狀態時，即可能同時符合《德國刑事訴訟法》第 112 條、第 112a 條羈押及預防性羈押之要件，此時便會面臨「令狀競合」的問題，須考量應以何者為優先。相較於暫時處分，在終局處分上，依據《德國刑法》第 67 條規定保安處分應優先於徒刑，這是因為其已可達成刑罰欲回應社會的功能；然而，這種想法無法直接適用在暫時處分上，蓋無論是無罪推定抑或安置皆須因無罪推定原則，而不可有與刑罰相類之效果<sup>174</sup>。不過自《德國刑法》第 67 條具有達成再社會化的目的之觀點而言，保安處分可以使受處分人身心受到即時的處置，使其更能有效復歸社會，或可作為處理暫行安置與羈押之競合關係的參考；亦即，因藉由暫行安置的程序，被告可以享有合法的必要醫療處置，透過醫療照護功能毋寧更有利於被告身為訴訟主體的整體狀態，故宜先適用暫行安置<sup>175</sup>。再者，因暫行安置通常也間接達成防止被告在刑事訴訟程序中逃亡或再犯的作用，因此，除安置外，大多不會另外以逃亡（Flucht）或再犯之虞（Wiederholungsgefahr）為由羈押被告，此兩種類型的暫時處分也不可能同時執行<sup>176</sup>。即使擔心暫行安置無法有效防範

<sup>173</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 112 Rn. 2.

<sup>174</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 97.

<sup>175</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 4; KG, Entscheidung v. 09. 03. 1989 – 4 Ws 47/89; Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 97.

<sup>176</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 4.

掩蓋真相（Verdunkelung）的危險，蓋在暫行安置中對於受安置者的通訊上監控，多僅是基於醫病關係上的考量，防止被告所生的危險性，亦可以透過《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用第 119 條的規定，自執行方法上著手解決<sup>177</sup>。雖亦有可能以在命暫行安置的同時也命羈押，再輔以「羈押競合（Überhaft）」的概念，然而有些安置機構恐無法落實此種特別類型的暫行安置<sup>178</sup>。

若能確定個案中行為人的狀態則較無問題，然而，命暫行安置之前提乃有重大理由認為，行為人在《德國刑法》第 20 條或第 21 條之欠缺責任能力或減輕責任能力狀態下實行違法行為；惟最初調查案件時，卻未必皆能立即判斷出行為人確實符合前揭《德國刑法》第 20 條或第 21 條的情形。蓋行為人實行違法行為時的心理及精神狀態判定，多非審判法官之專業，因而案件中有此疑慮時，不論是在偵查階段（《德國刑事訴訟法》第 80a 條）、中間程序法院調查階段（《德國刑事訴訟法》第 202 條）、或後續裁判命安置前（《德國刑事訴訟法》第 246a 條）抑或是在保安處分程序中（《德國刑事訴訟法》第 414 條）皆須仰賴司法精神醫學專家，對於行為人的狀態進行鑑定。鑑定的過程需要時間，同時行為人的狀態也可能有所改變，若隨著案件的調查過程，發現與最初判定之狀態不同，則可能涉及「令狀轉換」問題。

當對行為人的責任能力狀態認定改變，即可能不再符合暫行安置或是羈押的要件，此時若要件該當則可相互轉換：可能由暫行安置令轉換為羈捕令，抑或由羈捕令轉為暫行安置令<sup>179</sup>。此外，為順利銜接判決確定後的處分，應於刑事訴訟程序中先進行令狀的轉換。柏林邦高等法院（Kammergericht）便曾指出<sup>180</sup>，當審判法院欲判原先受羈押之被告，僅安置處分或於徒刑外附加先執行的安置處分時，為避免判決確定後無法使受羈押被告直接開始受安置處分，而仍

<sup>177</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 5.

<sup>178</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 5.

<sup>179</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 19.

<sup>180</sup> Vgl. KG Beschl. v. 16. 07. 2001 – 1 AR 453/01.

須在羈押處所留置數日甚至數週，違背法院裁判意旨，原則上應在其判決前即先將羈捕令轉為安置令，以使刑事訴訟程序與終局處分順利接軌。

進行轉換時，基於《德國基本法》第 103 條第 1 項聽審權保障，須先聽取被告以及檢察官的意見<sup>181</sup>。抗告法院亦可裁定令狀轉換，即便個案中審判法院未命安置於精神病院或戒治所之處分，而依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 3 項，暫行安置令將被撤銷，亦無礙抗告法院基於不同考量與判斷而將原先的羈押令，轉換為暫行安置令<sup>182</sup>。另外，在邦高等法院依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句準用同法第 121 條及第 122 條進行繼續安置之審查時，若同時存在對於安置令或羈捕令的抗告，邦高等法院亦可視情形進行轉換<sup>183</sup>。須注意的是，令狀轉換不影響《德國刑事訴訟法》第 121 條及第 122 條的時間計算，不論在安置令轉為羈捕令或相反情形，皆須將前後二者時間相加計算<sup>184</sup>。

## 第二款 令狀簽發後程序

簽發安置令後，尚須準用《德國刑事訴訟法》第 114a 條以下條文，將令狀交予被告、對被告進行告知（《德國刑事訴訟法》第 114b 條），並通知家屬（《德國刑事訴訟法》第 114c 條）或主管被告之押所（《德國刑事訴訟法》第 114d 條）；於被告被逮捕後更應儘速拘提到管轄法院（《德國刑事訴訟法》第 115 條）或於不得已時拘提到最近之區法院（《德國刑事訴訟法》第 115a 條）。

### 第一目 逮捕與拘提<sup>185</sup>至法院程序

以安置令逮捕被告時準用《德國刑事訴訟法》第 114a 條，應將安置令副本當面交給被告，若其無法理解德語，則應額外給予其能理解語言之譯文；在無法交付時，亦須儘速以其能理解之語言，告知安置理由以及受指控之違法行為。

<sup>181</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 57; BVerfG, Beschl. v. 30. 05. 2013 – 2 BvR 885/13.

<sup>182</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 58.

<sup>183</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 59.

<sup>184</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 12.

<sup>185</sup> 本文於探討德國法脈絡下所提及之「拘提」乃指《德國刑事訴訟法》的「vorführen」，意旨將被告帶至法院，與我國法脈絡下的「拘提」意義不同，於此敘明。

此所謂逮捕，即為執行安置令而抓獲被告<sup>186</sup>。本條規定與同法第 35 條<sup>187</sup>關係密切，亦即一般而言對受干預人之告知，若其在場之裁判須以宣示方式向其告知，並依要求提供副本；若未在場則以送達方式告知。但在安置或羈押的情形下可能具特殊性，不適合讓被告事先知道令狀的存在，以免危及令狀的執行，故《德國刑事訴訟法》第 114a 條作為第 35 條的補充規定，至少在逮捕時，須給予令狀副本，並進行告知使其明白。為使被告清楚理解，在書面告知顯然不足時，《德國刑事訴訟法》第 114b 條第 1 項第 2 句規定須進行額外的言詞告知<sup>188</sup>。藉由交予安置令搭配《德國刑事訴訟法》第 115 條及第 115a 條儘速拘提至管轄法院之規定，使被告能獲得一事後的聽審權保障，儘早向負責的法官口頭陳述其意見或對令狀所述理由進行反駁，以落實《德國基本法》第 2 條第 2 項第 2 句對於人身自由保障及同法第 103 條第 1 項公平審判之權利<sup>189</sup>。

就告知內容而言，規範在《德國刑事訴訟法》第 114b 條第 2 項，此為強制性規定，包含告知被告其何時能受法官審問，何時能於法官面前陳述、被告享有緘默權、在《德國刑事訴訟法》第 140 條第 1 項及第 2 項之情況下得要求指定辯護人、以及若在維持安置時被告所能聲請之救濟規定等事項。除對於被告的告知外，依據《德國刑事訴訟法》第 114c 條尚有通知親屬的規定，這包含在被告被逮捕時，若不危及調查目的，便應給予被告通知親屬或其信賴之人的機會（第 114c 條第 1 項），以及拘提到法院後被羈押時，法院的通知義務（第 114c 條第 2 項）。在逮捕階段，以給予被告儘速通知的機會為原則，且依據《德國刑事訴訟法》第 114b 條第 2 項此亦為須向被告告知的事項，以使被告知悉其可通知親屬或信賴之人；若在特殊情形下，有正當理由認為將危及調查目

<sup>186</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 2.

<sup>187</sup> 《德國刑事訴訟法》第 35 條：「（第 1 項）於受干預人在場情況下做出之裁判，以宣示方式向其告知。依要求應向其提供副本。（第 2 項）其他裁判已送達方式告知。若無任何期間隨裁判之告知起算，則採用不要式告知即可。（第 3 項）對行動自由受剝奪之人，依要求應向其宣讀送達之文書。」

<sup>188</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 114a Rn. 3 ff.

<sup>189</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 114a Rn. 3.

的而應排除被告通知，須於案卷中記明<sup>190</sup>。另外，所謂「親屬（Angehörige）」不限於同法第 52 條關於被告親屬拒絕證言權中之狹義範圍，也包含遠房親戚等；「信賴之人（Vertrauensperson）」包含被告的朋友、商業夥伴、同事，及被告選任之辯護人等，但若為公設辯護人則僅在被告指定之情形下，方屬之<sup>191</sup>。

此外，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用第 114d 條第 1 項<sup>192</sup>法院應將安置令副本連同安置請求<sup>193</sup>通知負責安置之機構。針對安置請求中之內容，法雖無明文但至少應包含被告之詳細資料，至於安置理由以及所涉違法行為則不必贅述，可藉由安置令副本得知此部分資訊<sup>194</sup>。本條所規定法院之通知義務有其必要性，蓋執行機構在受通知後，方可繼續達成同法第 114e 條之義務，依職權視情形向法院及檢察機關通知其在執行時所得知的相關情形。在第 114d 條第 1 項各款中進一步規範須通知執行機構之事項，包含進行程序之檢察官以及依據同法第 126 條具有管轄權之法院，與執行機構達成其任務相關之被告個人資訊，諸如過往曾出現的危險行為或精神異常等，以及審判期日庭期，以便於執行機構先行計畫將被告帶至法庭接受審判<sup>195</sup>。第 114d 條第 2 項則規定檢察機關協助法院完成第 1 項之任務。

<sup>190</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 114c Rn. 1a.

<sup>191</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 114c Rn. 2.

<sup>192</sup> 《德國刑事訴訟法》第 114d 條：「（第 1 項）法院應向主管被告之押所遞交羈捕令副本暨收押請求（Aufnahmeeersuchen）。此外，法院應通知押所 1. 進行程序之檢察官及依第 126 條規定有管轄權之法院，2. 依第 114c 條已受通知之人，3. 第 119 條第 1 項及第 2 項之裁判及其他處分，4. 其他在刑事程序中所作出之裁判，只要此對實現押所任務有必要，5. 審判期日庭期及由其中所得對實現押所任務有必要之認知情狀，6. 判決發生確定力之時點，以及 7. 其他對實現押所任務有必要之被告個人資訊，尤其是關於其人格及其他相關刑事程序之資訊。3 已通知之事實有變更時，準用第 1 句及第 2 句之規定。4 若押所已經由其他方式知悉事實，則無庸通知。（第 2 項）檢察官協助法院完成第 1 項之任務，並依職權向押所通知尤其是第 1 項第 2 句第 7 款之資訊，以及其所作成之決定及第 119 條第 1 項及第 2 項之其他處分。此外，檢察官向押所遞交起訴書副本，並將起訴通知依第 126 條第 1 項有管轄權之法院。」

<sup>193</sup> 依據《德國刑事訴訟法》第 114d 條，原本是由法院向押所發出的收押請求（Aufnahmeeersuchen），其中內容雖法無明文，但至少應須包含關於被告個人的詳細資料，至於被告之罪行及羈押理由則由羈捕令副本呈現（參林鈺雄，〈德國刑訴條文釋義（上）－羈押及暫時逮捕（§§ 112 ff. StPO）〉，《月旦刑事法評論》，第 8 期，2018 年 3 月，頁 22；Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 114d Rn. 2.）；在暫行安置準用的情形下，本文暫以「安置請求」與原先羈押條文中的「收押請求」區別。

<sup>194</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 114d Rn. 2.

<sup>195</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 114d Rn. 2 ff.

根據法院簽發之安置令逮捕（ergreifen）被告後，在《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用第 115 條<sup>196</sup>之規定下，應儘速將被告拘提（vorführen）至管轄法院進行訊問程序。此規定源自《德國基本法》第 103 條第 1 項公平審判權、第 104 條第 2 項第 1 句對於剝奪個人自由的法官保留，以及《歐洲人權公約》第 5 條第 2 項規定使用被逮捕之人能理解之語言告知理由及罪名、第 3 項被逮捕人有權請求立即送交法官並在合理期間內受審、釋放，是為確保被逮捕之人基本權保障之具體化程序規定<sup>197</sup>。只要在確定終局判決前，基於暫行安置令狀而逮捕被告，不論是因為延長或轉換、在被撤銷後重新簽發或依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用第 116 條第 4 項再命執行安置令，皆須進行第 115 條之程序，這同時也包含後文將提及的暫時逮捕並於事後補簽發安置令的情形；反之，若終局判決確定，則不再屬於調查階段，而不適用第 115 條，而須依據執行部分的規定<sup>198</sup>。

所謂拘提至法院（vorführen）是指將被逮捕之人帶到法官權力支配範圍內，並非純字面上，將被告直接「帶到法官面前」的意思，蓋實際上法官的時間不可能隨時被受拘提之人佔據，此在規模較大的法院中更是如此<sup>199</sup>。因此通常將被告帶到法院建築（Gerichtsgebäude）或是法院牢房（Gerichtsgefängnis）即屬拘提至法院，此應伴隨著受拘提人相關資訊的傳遞，且在時間許可的情形下應將案卷交由所屬檢查機關，透過檢察官通知法官被拘提者之相關資訊，以節省依據《德國刑事訴訟法》第 33 條第 2 項聽詢檢察官陳述的時間，若有同法第 120 條第 3 項<sup>200</sup>的情形，便可由檢察官逕行撤銷安置令，以簡化程序<sup>201</sup>。就拘

<sup>196</sup> 《德國刑事訴訟法》第 115 條：「（第 1 項）若被告根據羈捕令被逮捕，應儘速將其拘提至管轄法院。（第 2 項）拘提後，法院應儘速，至遲於次日，就被指控之事訊問被告。（第 3 項）訊問時，應向被告曉示對其不利之情況，及曉示有權對指控進行陳述 或對案件保持緘默。亦應給予被告消除 嫌疑及羈押理由並提出對其有利事實之機會。（第 4 項）維持羈押時，應告知被告抗告權及其他救濟方式（第 117 條第 1 項、第 2 項、第 118 條第 1 項、第 2 項、第 119 條第 5 項、第 119a 條第 1 項）。第 304 條第 4 項及第 5 項之規定，不受影響。」

<sup>197</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 2.

<sup>198</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 2 f.

<sup>199</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 5; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 115 Rn. 3.

<sup>200</sup> 《德國刑事訴訟法》第 120 條第 3 項：「若檢察官在提起公訴前聲請撤銷羈捕令，亦應撤銷之。提出聲請同時，檢察官得命釋放被告。」

提之目的地而言，原則上應拘提至《德國刑事訴訟法》第 115 條之管轄法院，但若逮捕後之次日無法將被告拘提至管轄法院，依《德國刑事訴訟法》第 115a 條<sup>202</sup>第 1 項應將被逮捕之人拘提至最近之區法院法官，拘提之目的地具優先順位並非自由選擇，這從《德國刑事訴訟法》第 115a 條第 3 項規定亦可得知<sup>203</sup>。

逮捕被告後應儘速完成拘提，原則上應立即為之，最遲應須在逮捕後第二天進行，這裡的天數計算也包含非工作日的假日。申言之，即便是在假日逮捕被告，仍須遵守法定拘提期限的規定，此有賴法院建立組織系統，透過值班的方式完成<sup>204</sup>。所謂「儘速」（unverzüglich）意指無任何與個案情形不相當的拖延，或者說負責機關應視情形進行必要的加速，不能有任何可避免的延遲，亦不可以為調查案情為由對被告進行相關的詢問，而拖延拘提至法院的時間；例外情形，只有在不可抗力的情形下，例如戰爭、傳染病抑或是罷工等類似情形下，才可允許遲延<sup>205</sup>。就此規定而言，被告無法有效主張要放棄於期限內受拘提，或是儘速受拘提之權利，這是基於本規定的基本權利保障性質，以及被告公認的權利保障<sup>206</sup>。儘管如此，在超過時間的情況下，主流見解卻認為不應直接導致釋放被逮捕者的後果，認為若一超過時間便釋放被告，則《德國刑事訴訟法》第 115 條將淪為純粹的執法機關操作規則，對被告權利之保護沒有真正的作用，因在個案情形下可能不適合釋放，甚至可能因為釋放而產生危險；不過這僅是就第 115 條而言，在其他情形下於不符合要件時釋放被逮捕者，仍是

---

<sup>201</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 7; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 115 Rn. 3.

<sup>202</sup> 《德國刑事訴訟法》第 115a 條：「（第 1 項）若至遲於逮捕後之次日不能將被告拘提至管轄法院，則應儘速，至遲於逮捕後之次日拘提至最近之區法院。（第 2 項）拘提後，法院應儘速，至遲於 次日，訊問被告。訊問時，只要可能，應適用第 115 條第 3 項之規定。訊問時若發現羈捕令已被撤銷且係由檢察官聲請撤銷（第 120 條第 3 項），或被逮捕人並非羈捕令所記載之人時，應釋放被逮捕人。此外，若被逮捕人對羈捕令或其執行提出並非顯無理由之異議，或法院對維持羈押有疑慮時，法院應儘速且採用依情況所示最快之途徑通知管轄法院及該管檢察官；由管轄法院儘速審查，是否應撤銷羈捕令或應停止執行。（第 3 項）被告未被釋放時，依其要求，應將其依第 115 條拘提到管轄法院受訊問。應向被告曉示此項權利，並依第 115 條第 4 項向其告知。」

<sup>203</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 8.

<sup>204</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 9; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 115 Rn. 5.

<sup>205</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 9.

<sup>206</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 10.

保護被告權利的重要機制，例如依據《德國刑事訴訟法》第 120 條第 3 項，檢察官偵查中撤銷聲請羈捕令時，得同時釋放被逮捕者<sup>207</sup>。

## 第二目 拘提後之訊問程序



當被告被拘提到管轄法院後，法院須確保在《德國刑事訴訟法》第 115 條第 2 項的期限內儘速訊問被告，最遲於拘提後之次日就被指控之事訊問被告，並應盡可能避免拖延至隔日。不過一旦被告基於特殊原因（例如被告必須接受手術，或是被告試圖自殺等因素）無法接受訊問（Vernehmungsunfähigkeit），則訊問的義務暫停<sup>208</sup>。特別是在暫行安置的情況下，被告因其精神狀態而欠缺接受訊問能力，對於是否能接受訊問的判定須經專業醫療人員確認，並且在被告無法受訊問的期間，必須持續由專業醫療人員對於被告之應訊能力進行檢查，一旦狀態允許則須立即補行訊問<sup>209</sup>。此外，若認為被告無法接受訊問的狀態較長，則基於《德國基本法》第 2 條第 2 項及第 104 條之意旨，應依據《德國刑事訴訟法》第 140 條第 2 項為尚未有辯護人之被告指定義務辯護人（Pflichtverteidiger），並告知該辯護人《德國刑事訴訟法》第 115 條第 3 項之事項，使其可針對被告受之安置理由或被指控之違法行為提出意見<sup>210</sup>。

事實上，針對指定義務辯護人的問題，在德國 2019 年進行新強制辯護修正法案（das Gesetz zur Neuregelung der notwendigen Verteidigung）前，因為過去《德國刑事訴訟法》第 140 條第 1 項第 4 款規範內容包含，在「對被告執行第 112 條、第 112a 條之羈押或者第 126a 條……之暫行安置」時應有辯護人參與，針對其中的「執行」時點為何曾有爭議，進而影響判斷自何時開始須適用強制辯護之問題。申言之，所謂的「執行」，就先有令狀後逮捕之情形而言，究竟是指法院簽發羈捕令（或安置令）時，抑或法院訊問被告後而裁定維持羈捕令

<sup>207</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 9.

<sup>208</sup> Vgl. OLG Hamm 22.12.2004 – 16 W 155/04, InfAuslR 2005, 111; Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 13; Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 115 Rn. 27.

<sup>209</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 13; Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 115 Rn. 27.

<sup>210</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 13.

（或安置令）時<sup>211</sup>？不過此問題在德國 2019 年進行強制辯護制度修法後，已無爭議，該次修法是為配合《訴訟費用援助指令（PKH-Richtlinie）》的執行，目的在於隨著強制辯護制度的完善，至少在使被告能有效辯護的方面，確保法德國於刑事訴訟上的正當程序利益<sup>212</sup>。據此，依據修法後的《德國刑事訴訟法》第 140 條第 1 項第 4 款<sup>213</sup>，當被告依據該法第 115 條及第 115a 條，被拘提至法院，以決定是否進行暫行安置時，即屬於適用強制辯護（Notwendige Verteidigung）的情形；換言之，毋庸爭論修法前關於「執行」是針對簽發令狀後「執行羈押令」抑或經拘提至法院訊問後，裁定維持羈押令而「執行羈押」，修法後已明確規定在拘提至法院進行訊問時，即屬於須強制辯護的情況。因此若在法院要對受拘提之被告進行訊問，以決定是否進行暫行安置時，被告尚處於無辯護人之狀態，依據《德國刑事訴訟法》第 141 條第 2 項第 1 句第 1 款<sup>214</sup>，無論被告是否提出聲請，法院皆須為其指定義務辯護人。同時也在《德國刑事訴訟法》第 141a 條以下條文規定關於指定義務辯護人的相關程序，包含指定時訊問被告、任命程序、任命期限、更換辯護律師等<sup>215</sup>。

訊問被告時，管轄法官或最近之區法院法官原則上應依據《德國刑事訴訟法》第 168 條第 2 句<sup>216</sup>延請一名書記官進行訊問記錄。關於訊問的義務原則上適用於訴訟程序的每個階段中，即使是被告過去已經被法官訊問過的情形亦同。這在令狀經修正或延長時更是如此，因為在這種情況下可能還沒充分討論過最

<sup>211</sup> 有關修法前此部分之爭議，參楊雅筑，〈羈押審查與救濟程序之研究——以德國法為中心〉，《國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文》，2018 年 6 月，頁 50–52。

<sup>212</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 140 Rn. 1.

<sup>213</sup> 《德國刑事訴訟法》第 140 條第 1 項：「以下情形須強制辯護，當……（第 4 款）被告依據第 115 條、第 115a 條、第 128 條第 1 項或第 129 條，被拘提至法院以決定是否羈押或暫行安置；……」；《德國刑事訴訟法》第 141 條第 2 項第 1 句：「在強制辯護情形下，一旦有以下情形，不論被告是否提出聲請，皆須為尚無辯護人的被告，指定義務辯護人，當（第 1 款）被告被拘提至法院以決定是否羈押或暫行安置；……」關於強制辯護此部分修法之譯文，為本文參考連孟琦譯，《德國刑事訴訟法》，元照，2016 年之舊法譯文，針對新修正部分進行調整而得出。

<sup>214</sup> 參前揭註 213。

<sup>215</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 140 Rn. 9.

<sup>216</sup> 《德國刑事訴訟法》第 168 條第 2 句：「為製作筆錄應延請書記處書記官到場；法官認為不必延請筆錄員時，得不延請之。」

新的安置理由，尚未對於更新的狀況聽詢被告的意見。訊問程序中檢察官及辯護人依據《德國刑事訴訟法》第 168c 條第 1 項<sup>217</sup>得參加訊問，且依據同條第 5 項有在場權之人應受通知，但其無權要求延後程序。針對檢察官之通知的部分較無疑慮，但法官未必會知道被告是否有辯護人，故基於訴訟照料義務 (Fürsorgepflicht) 考量，在被告被逮捕之後，應儘速澄清其是否有律師或是否希望選任律師，若違反通知辯護律師之義務（《德國刑事訴訟法》第 168c 條第 5 項）可能導致被告的陳述在審判程序上不能使用<sup>218</sup>。此外，在初次訊問的情況下，依據《德國刑事訴訟法》第 136 條須曉示被告，其得在任何時候詢問其所選任之辯護人。

就訊問內容而言，應針對被告受指控之違法行為及安置理由進行訊問，讓被告能對於所有相關情形提出對其有理之事實，因此須向被告提供所有認為具有重大理由認為須將其暫行安置之證據基礎，供被告有機會進行反駁，且法官須明確曉示被告其可進行陳述或緘默之權利（依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用同法第 115 條第 3 項第 2 句）。若為最近之區法院法官進行訊問，須盡可能依據第 115 條第 3 項對被告進行訊問，但其權利有限，僅能在被逮捕之人非令狀所在之人或檢察官聲請撤銷安置令時，釋放被逮捕人，且在對於維持安置令有疑慮時，應儘速通知管轄法院法官及檢察官，審查是否應撤銷安置令或停止執行（依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用第 115a 條第 2 項第 3 句、第 4 句）<sup>219</sup>。此外，準用第 115a 條第 3 項規定，若被告未被釋放，依其要求應將其依據第 115 條拘提至管轄法院接受訊問，同時應曉示被告其具有此權利。

若最終決定維持安置令而對被告進行暫行安置，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用第 115 條第 4 項之規定，須告知被告抗告權以及其他救濟方式。然而因該項原條文用語為「維持羈押 (die Haft aufrechterhalten)」相較

<sup>217</sup> 《德國刑事訴訟法》第 168c 條第 1 項：「法官訊問被告時，檢察官及辯護人得在場。」

<sup>218</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 115 Rn. 16.

<sup>219</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 114d Rn. 5.

第 115a 條第 3 項「若被告未被釋放（Wird der Beschuldigte nicht freigelassen）」，用語不同，則本項所謂「維持羈押（或暫行安置時之維持安置）」究竟是泛指「維持令狀」之情形抑或僅指「維持令狀且未被停止執行」之情形？就此而言，可從所指示之救濟中察覺，蓋第 4 項所提及救濟方式包含《德國刑事訴訟法》第 117 條第 1 項及第 2 項，關於羈押（安置）審查之聲請，僅在未被停止執行之情況下方可聲請。由此可知，《德國刑事訴訟法》第 115 條第 4 項之「維持羈押（die Haft aufrechterhalten）」與同法第 115a 條第 4 項「若被告未被釋放（Wird der Beschuldigte nicht freigelassen）」之意義相同，皆是針對令狀維持，且未被停止執行的情況。故在法院訊問被告後決定維持令狀，且未停止執行時，經準用《德國刑事訴訟法》第 115 條第 4 項的結果，須告知被告抗告權以及其他救濟方式。

最後，依據《德國刑事訴訟法》第 114c 條第 2 項第 1 句，被逮捕之被告在拘提至法院後被羈押時，法院應命儘速通知一名親屬或其信賴之人，本項用語之意涵同上文在被告被逮捕時之通知權，故不贅述。就目的而言，主要是為保護國家人民免於在無關案情第三人不知情的情況下，消失於社會中，這也是《德國基本法》第 104 條第 4 項<sup>220</sup>規定之具體實現<sup>221</sup>。據此，不論被告意願如何，法院皆有通知義務，例外情形僅發生在通知可能會過度干擾被告基本權，或對被告親屬、第三人或國家安全造成嚴重危險時<sup>222</sup>。通知方式則不拘形式，不論是信件或口頭通知皆為合法通知，只是時間上須儘速為之<sup>223</sup>。除此，《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 4 項亦規定，若受暫行安置之人有法定代理人或第 1831 條 5 項及第 1820 條第 5 項規定的委任代理人，在法院作出暫行安置相關裁判後，也應向其通知所做出的裁判。

### 第三目 專家鑑定程序

<sup>220</sup> 《德國基本法》第 104 條第 4 項：「法官命令剝奪自由或延續剝奪期間時，應即時通知被拘禁人之親屬或其信任之人。」

<sup>221</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 114c Rn. 3.

<sup>222</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 114c Rn. 6.

<sup>223</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 114c Rn. 5.

在考量是否進行暫行安置時，往往須透過專家鑑定方可對於被告之狀態有較精確的掌握，進而判斷是否符合《德國刑法》第 20 條及第 21 條之情況。然而，在憑令狀逮捕被告的狀態下，於法院簽發令狀前大概無法對被告之精神狀態進行鑑定，惟仍應使鑑定程序最遲在簽發安置令後立即進行<sup>224</sup>。依據《德國刑事訴訟法》第 80a 條<sup>225</sup>，若在偵查程序中，已預料到將來可能會命安置於精神病院等處分，應儘速進行早期且全面性的調查，尋找對於被告最適合的安置形式<sup>226</sup>。透過早期的專家鑑定介入，較能對被告的精神狀態盡可能進行完整的調查，並在釐清被告狀態後，達成保護社會公眾之重要個人法益，免於受到危險行為人之後續行為的侵害<sup>227</sup>。《德國刑事訴訟法》第 80a 條乃於偵查程序中讓鑑定人儘早介入之規定，若於審判期日中則適用同法第 246a 條之規定，法院應於裁判安置處分前訊問鑑定人，關於被告之狀況及治療願景<sup>228</sup>。

另外，文獻上有強調，儘管《德國刑事訴訟法》第 80a 條的用詞，可能使人誤以為法院對於此處是否委請專家進行鑑定具有裁量空間，惟實際上此處應委請鑑定人的規定與同法第 246a 條概念相同，應無自由裁量的餘地；最多在被告的精神狀態及其危險性顯而易見時，可能不進行暫時專家鑑定，例如不久前才剛在其他程序中，委請專家鑑定被告的精神狀態，故認為不須再次為之，然而這樣的情形毋寧是少數<sup>229</sup>。除此，在偵查程序中仍須對被告的狀態變化進行即時的釐清<sup>230</sup>。至於所委請的專家類型，應視個案所需的專業知識而定。又因在考量是否有暫行安置需求時，須對於被告精神狀態及危險性進行評估，事實上較難想像委託沒受過精神醫學訓練的專家類型，能做出對被告的適當人格診

<sup>224</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 13.

<sup>225</sup> 《德國刑事訴訟法》第 80a 條：「若預計被告將被命令安置精神病醫院、戒治機構或被命保安監禁時，在偵查程序中即**應當**（**soll**）給予鑑定人機會，為在審判期日中應製作之鑑定意見預做準備。」

<sup>226</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 80a Rn. 1; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 80a Rn. 1.

<sup>227</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 80a Rn. 1.

<sup>228</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 80a Rn. 2.

<sup>229</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 80a Rn. 4.

<sup>230</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 80a Rn. 4.

斷。因此，相較於在其他情形下可能會委請的犯罪學專家，此時主要考慮對象應為精神醫學的醫生<sup>231</sup>。

另外，進行這樣的專家鑑定不會因為被告拒絕而不進行，必要時，可透過《德國刑事訴訟法》第 80 條配合第 133 條第 2 項之方式，使被告在專家在場的情形下到庭接受訊問，以助於被告狀態的釐清<sup>232</sup>。最後，因第 80a 條為訓示規定，被告不可對於委託專家的決定本身進行抗告<sup>233</sup>。

## 第二項 先逮捕後補令狀

### 第一款 暫時逮捕 (Vorläufige Festnahme)

依據《德國刑事訴訟法》第 127 條第 1 項第 1 句<sup>234</sup>，若於犯行中被發現或被追捕，在有逃亡之嫌或不能立即確認其身分者，即使沒有法官的命令 (ohne richterliche Anordnung)，任何人均有權將其暫時逮捕；此外，在同法第 2 項中更規定，當安置令要件成立時，若同時有遲疑即有危險 (Gefahr im Verzug) 的情形，則檢察官及警察亦有權暫時逮捕。據此，不同於上文（第二章第三節第一項）在進行拘束人身自由干預時，以先取得令狀為原則之情形，本條規定在上述兩種例外情形下，即便欠缺法官命令也可以先進行暫時逮捕，以確保刑事訴訟目的之達成<sup>235</sup>。第 127 條所規定對於在犯行中被發現或被追捕之人的逮捕權限，為一「急迫權限 (Eilkompetenz)」，並非課以逮捕義務 (Pflicht)，不

<sup>231</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 80a Rn. 5; BGH, Beschl. v. 07. 04. 1993 – 1 StE 1/75/StB 7/93 (OLG Düsseldorf).

<sup>232</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 80a Rn. 1.

<sup>233</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 80a Rn. 7; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 80a Rn. 4.

<sup>234</sup> 《德國刑事訴訟法》第 127 條：「(第 1 項) 當某人於犯行中被發現或被追捕，若其有逃亡之嫌或不能立即確認其身分時，即使無法官之命令，任何人均有權將其暫時逮捕。由檢察官或警察官員所為之身分確認，依第 163b 條第 1 項之規定為之。(第 2 項) 當羈捕令或安置令之要件成立時，檢察官及警察官員在遲延即有危險時，亦有權進行暫時逮捕。(第 3 項) 若犯罪屬於告訴乃論之罪，即使告訴尚未提出，亦得暫時逮捕。此規定準用於授權乃論之罪或請求乃論之罪。(第 4 項) 由檢察官及警察官員所為之暫時逮捕，準用第 114a 條至第 114c 條之規定。」

<sup>235</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 1.

過檢察官以及警察基於其本身職責及法治國原則，可能會根據其他規定而產生逮捕義務<sup>236</sup>。下文針對本條所規定兩種暫時逮捕之情形分別說明：

### 1. 犯行中的暫時逮捕

依據《德國刑事訴訟法》第 127 條第 1 項所規定犯行中的暫時逮捕，目的在於確保順利逮捕應被逮捕之人；亦即，只要是可根據《德國刑事訴訟法》進行追訴的行為，便可暫時逮捕於犯行中被發現或被追捕且有逃亡之嫌或無法立即確認其身分之人。該規定也在補充同法第 114 條結合第 112 條第 2 項的羈捕令規定<sup>237</sup>，以及第 114 條結合第 126a 條安置令規定，對欠缺令狀卻有逮捕必要的例外情形，賦予一「急迫權限（Eilkompetenz）」，可對行為人進行暫時逮捕。因而，此處所為「犯行（Tat）」同時包含違法且有責之行為，也包含第 126a 條欠缺罪責能力或減輕罪責能力狀態下的違法行為<sup>238</sup>。此外，犯行未必須完成，即便是未遂的情形亦符合此處的犯行；不過在自訴案件中，至少在檢察官尚未擔當訴訟前，不能因為行為人有逃亡之嫌而進行逮捕，但仍可於符合比例原則下為進行身分確認而逮捕<sup>239</sup>。

至於何種情況下可認為行為人具有足夠嫌疑而可暫時逮捕的問題，有認為雖《德國刑事訴訟法》第 127 條第 1 項條文中未使用重大懷疑的概念，但對照第 2 項關於存在「羈捕令要件」之規定，同時考量到無辜的被捕者之法益保護，個案中在依據犯罪行為外在表現，而不考慮其他間接證據的情況下，若認為有重大嫌疑時，應可進行合法逮捕<sup>240</sup>。對此，文獻上有呼籲，仍須注意第 127 條第 1 項與第 2 項間之本質差異，即第 2 項執法機構之逮捕為有義務進行逮捕，第 1 項則為公民非義務性逮捕，因此相對而言應盡可能降低誤依第 2 項情形被逮捕之風險。此外，第 1 項犯行中的逮捕為國家基於公共利益，向人民移轉其

<sup>236</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 1.

<sup>237</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 7.

<sup>238</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 8.

<sup>239</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 8.

<sup>240</sup> Vgl. OLG Zweibrücken NJW 1981 2016; Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 9 f.

維護法秩序之功能，人民於實行逮捕以完成公共任務時，須在短時間內做出艱難的判斷，不應對於逮捕人課以過高的要求，以免其負擔過重，使該規定反倒被架空而無法發揮實際效用<sup>241</sup>。

在逮捕時機的判斷上，此條文並未明文規定時間限制，仍須待個案中認定，大致上，「犯行中」是指行為人實行中或甫完成的行為對於觀察者而言，可辨別其屬違法行為或為應受到刑罰處罰的未遂行為，且若所觀察的行為在沒有其他間接證據下便可被識別為違法行為，逮捕者不須觀察到犯行的全部。若所實行犯行與發現（Betreffen）或開始追捕（Verfolgen）間不再具有密切的時間和地緣關係，則不符合「犯行中」的情形<sup>242</sup>。發現犯行時行為人未必須在場，若可從現場的痕跡中發現明確指向某行為人的跡象，則亦可從這些跡象中認定行為人（諸如顯眼衣服的部分或二手汽車）<sup>243</sup>。發現與追捕在個案中可能有區別的困難，一般而言，若行為人在犯罪現場或附近被注意到，就屬於在犯行中被發現；但若行為人在行為發生後不久才被找到然後逮捕，發現或追捕的界線就較難區別。追捕則包含一切逮捕行為人的手段，追捕的過程中可以使用工具，暫時的休息亦無礙追捕的性質，也可經發現者告知，使他人發現而進行追捕<sup>244</sup>。

在第 127 條第 1 項中，尚須行為人有逃亡之嫌或不能立即確認身分時，方可暫時逮捕。就逃亡之嫌而言，考量到逮捕當下須於短時間內做出判斷，不應課以逮捕人過大的負擔，因而主要考慮者應非客觀上潛逃風險，毋寧是逮捕人之評估，若認為不立即逮捕行為人便可能藉由逃亡以規避刑事訴訟，即已存在逃跑之嫌疑。所謂不能立即確認身分乃指，若不立即進行詢問或調查，便無法排除對行為人身分之重大懷疑，諸如行為人拒絕提供與其相關之資訊，且在無核實可能性的情況下，行為人僅提供其姓名亦可能是不足的<sup>245</sup>。

<sup>241</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 11.

<sup>242</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 13.

<sup>243</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 15.

<sup>244</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 15.

<sup>245</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 23.

最後，逮捕本身亦無一定的形式，關鍵在於是否具備逮捕理由，以及須讓行為人明白所進行的行為乃逮捕，因此通常須將被逮捕人帶至最近的警察局<sup>246</sup>。此外，逮捕權限的前提在於沒有警察機關在場，因而逮捕權限隨警方的出現而結束，逮捕之目的亦僅能是基於將行為人送交刑事訴訟程序<sup>247</sup>。

## 2. 遲延即有危險的暫時逮捕

除犯行中暫時逮捕，在《德國刑事訴訟法》第 127 條第 2 項中另外規定，在羈捕令或安置令要件成立時，若先取得法官令狀所造成的延誤，將會危及逮捕的目的，即屬「遲延即有危險」的情形，可由檢察機關或警察進行暫時逮捕。此項規定，除涉及對基本權利的嚴重侵犯，還包含令狀法官保留的例外，因而須從嚴進行。申言之，因執法機關自行導致的拖延情況，不符合本項所訂情形，例如警察在未獲得令狀的情況下對被告進行詢問，進而將潛藏的逃亡風險具體化成急迫危險，則根據較晚期聯邦憲法法院判例，因執法機關對此情形負有責任，不可再依據《德國刑事訴訟法》第 127 條第 2 項進行暫時逮捕<sup>248</sup>。另外，本項須以羈捕令或安置令要件成立為前提，關於本文所談論之命暫行安置所需之安置令要件已於上文（第二章第三節）中提及，故不再贅述。在逮捕手段上亦無特別明文規定，大致上同於前項之情形，不過在夜間逮捕之情況下，本項所謂「遲延即有危險」未必同於《德國刑事訴訟法》第 104 條第 1 項夜間搜索時之「遲延即有危險」，在暫時逮捕的情況下，若確定欲逮捕之人就在公寓中且已經確保能守住公寓之出口，則可能須待天亮方可逮捕<sup>249</sup>。

此外，無論基於第 1 項或第 2 項原因，若由警察或檢察官進行暫時逮捕，依據《德國刑事訴訟法》第 127 條第 4 項，須準用第 114a 條至第 114c 條的規定，交予被告安置令之副本、向其告知所列事項並視情形讓被告通知親屬或信賴之人（關於逮捕後之程序，詳見上文第二章第三節第二款）。不過在暫時逮

<sup>246</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 33.

<sup>247</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 127 Rn. 7 f.

<sup>248</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 36.

<sup>249</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 43.

捕的情形下，恐無法以紙本交予令狀，因此負責逮捕之人必須立即告知被逮捕人其被逮捕的原因<sup>250</sup>。

## 第二款 逮捕後程序

### 1. 釋放或儘速拘提

依據《德國刑事訴訟法》第 120 條第 1 項，一旦羈押之要件不再成立，應撤銷羈押令，不得再繼續拘束被告人身自由；相似的概念同樣應適用在暫時逮捕的情形中，亦即，經逮捕後若暫時逮捕之要件不再存在，應立即終止，此點雖未明文規定，但應為自明之理，不論是私人或是由公家機關進行的逮捕皆適用<sup>251</sup>。逮捕後之程序須視情況適用《德國刑事訴訟法》第 128 條、第 129 條的規定。在被逮捕未被釋放的情況下，若尚未提起公訴，須依照《德國刑事訴訟法》第 128 條之規定，儘速拘提到逮捕地之區法院法官；反之，若被告被拘提到某法院，惟此時已提起公訴，則由同法第 129 條規定補充，由該法院命將被告拘提到管轄法院，上述兩條規定皆是在尚未簽發安置令的情況下，若已經簽發安置令，則依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用第 115 條的規定。誠然，可能發生警方於逮捕時，不知道已簽發安置令的情形，此時亦無法依據安置令進行逮捕，因此在尚未提起公訴時，仍適用第 128 條第 2 項的規定<sup>252</sup>。

申言之，不須將被逮捕人逕帶到法官面前，而可將其送至最近的警察局，或最近的刑事部門（Kriminaldienststelle）<sup>253</sup>。若警方或刑事部門審查後不釋放被捕者，則須儘速拘提到法官面前。若法官所在之法院有檢察機關，在時間允許的情況下，應先將其帶至檢察機關，蓋檢察官掌握偵查程序中的指揮權，於偵查程序中亦須檢察官聲請，方可簽發令狀，故可藉由此方式節省依據《德國

<sup>250</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 114a Rn. 8.

<sup>251</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 128 Rn. 1.

<sup>252</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 128 Rn. 3 f.

<sup>253</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 128 Rn. 7.

刑事訴訟法》第 33 條第 2 項規定之聽詢時間；且若檢察官判斷認為應釋放被逮捕人，在依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 3 項第 3 句準用第 120 條的結果，可由檢察官先聲請撤銷同時釋放被逮捕人<sup>254</sup>。

就拘提期限而言，須遵循《德國基本法》第 104 條第 2 項、第 3 項<sup>255</sup>至遲於逮捕次日拘提至法官之意旨，因此任何未經法官命令的逮捕，期限皆不能超過《德國刑事訴訟法》第 128 條的期限，以確保自由權於程序上的保障，從而此期限在第 129 條的情形下亦當然適用<sup>256</sup>。不過針對暫時逮捕的拘提期限，聯邦最高法院認為此時檢察機關可以用盡第 128 條第 1 項第 1 句的時限，對被捕之人為進一步的調查，這與根據已簽發令狀進行逮捕的情形相當不同（第 115 條），蓋在根據羈捕令簽發的情形下，負責逮捕的人員沒有決策權，僅是根據法官的令狀行事；而於暫時逮捕時，則須讓被告有機會可以澄清其受懷疑的理由，並事先審查是否需要拘提至法官或是可逕行釋放，同時盡可能為法官之決定提供更全面的根據，此為調查機關在暫時逮捕與拘提階段的調查權力及義務<sup>257</sup>。雖依據《德國基本法》第 104 條第 2 項、第 3 項之意旨，應盡可能立即給予被告接受法官訊問的機會，但此見解在考量刑事追訴司法實務的實際需求下，有限度的放寬，尚符合基本法的要求<sup>258</sup>。不過無論如何在此時限內進行進一步調查的前提是，逮捕要件持續存在，否則應立即釋放被告，亦不可能利用此期間爭取逮捕理由<sup>259</sup>。

## 2. 逮捕後訊問

<sup>254</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 128 Rn. 7 f.

<sup>255</sup> 《德國基本法》第 104 條第 2 項、第 3 項：「二、惟法官始得判決可否剝奪自由及剝奪之持續時間。此項剝奪如非根據法官之命令，須即時請求法官判決。警察依其本身權力拘留任何人，不得超過逮捕次日之終了。其細則由法律定之。三、任何人因犯有應受處罰行為之嫌疑，暫時被拘禁者，至遲應於被捕之次日提交法官，法官應告以逮捕理由，加以訊問，並予以提出異議之機會。法官應即時填發逮捕狀，敘明逮捕理由，或命令釋放。」

<sup>256</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 128 Rn. 9.

<sup>257</sup> Vgl. BGH NJW 1990 1188; Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 128 Rn. 9.

<sup>258</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 128 Rn. 10.

<sup>259</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 128 Rn. 10.

拘提至法官後，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用第 115 條第 3 項，應對被告進行訊問，若法官認為依據逮捕之卷證，可立即釋放被告，或檢察官依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 3 句準用第 120 條第 3 項第 1 句聲請釋放被告，則可不進行訊問。雖《德國刑事訴訟法》第 128 條第 1 項未提及第 115 條第 2 項儘速訊問被告的規定，此應屬法律漏洞，法官仍應在被告受拘提儘速聽詢其意見。同時根據第 129 條後半句的規定，最遲於逮捕後次日，決定釋放、羈押或暫行安置被逮捕人，以符合《德國基本法》第 2 項第 3 句的精神<sup>260</sup>。訊問程序上同上文（第二章第一項第二款），依據《德國刑事訴訟法》第 140 條第 1 項第 4 款，《德國刑事訴訟法》第 128 條或第 129 條所規定被拘提之人，在法院進行訊問以決定是否將其暫行安置時，若被告尚處於無辯護人之狀態，根據《德國刑事訴訟法》第 141 條第 2 項第 1 句第 1 款，無論被告是否提出聲請，法院皆須為其指定義務辯護人。訊問時，檢察官與辯護律師依據《德國刑事訴訟法》第 168c 條得在場，因此若無危及調查目的，應為通知。

經訊問後，法院所做決定依是否已存在安置令而不同，通常情況下應尚未存在令狀，此時逮捕地區之區法院法官實際上不須審查逮捕是否具正當性，而是針對是否符合簽發令狀之要件進行審查，《德國刑事訴訟法》第 128 條第 2 項規定「若法官認為逮捕無正當理由 (hält der Richter die Festnahme nicht für gerechtfertigt)」的用詞較不適當。據此，訊問後法官可能做出釋放被告抑或簽發羈捕令或安置令之決定，但在此之前仍須遵守《德國刑事訴訟法》第 33 條聽詢檢察官意見之規定。特殊情形下，其他地區法院可能已經命暫行安置，此時若審判程序已經開始，逮捕地的區法院法官須將安置令及訴訟程序移交由管轄權之法院處理；若尚處偵查程序可由檢察官經《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 3 項第 3 句準用第 120 條第 3 項，聲請撤銷安置令。

---

<sup>260</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 128 Rn. 12.

附帶一提，關於命暫行安置程序，在《德國刑事訴訟法》第 268b 條尚規定法院在做成判決時，應同時依職權裁定繼續暫行安置，且此裁定應與判決一併宣示。此規範事實上是實務運作所需，同時也是基於法院在審判期日的過程，須持續遵守第 126a 條第 3 項一旦不符合要件即撤銷暫行安置的精神<sup>261</sup>。因此，在法院在最終判決時，須考量審判期日所獲得的所有調查結果，在為判決時一併做出是否繼續安置之裁定或僅符合停止暫行安置要件，此不論是否為終局判決以及判決結果為何<sup>262</sup>。此外，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 4 項之規定，除了第 114c 條規定的通知義務外，還必須向受暫行安置之被告的法定代理人或依據《德國民法》規定下委任代理人通知暫行安置的相關裁判，以確保被告權利不僅於偵查程序中受到保障<sup>263</sup>。

## 第四節 小結

德國法上暫行安置制度作為一項程序上的暫時處分，在歷經實體法上矯治與保安處分長久以來的歷史發展後，最終也被規定於《德國刑事訴訟法》「第 9 章 羈押及暫時逮捕（Verhaftung und vorläufige Festnahme）」中，並大量準用同為暫時處分之羈押條文。儘管如此，暫行安置性質上與羈押大不相同，屬於純粹預防性質的維護公共安全規定，即便其或多或少存在保障程序的作用，亦僅是間接效力，因而在以追訴為主要目的之刑事訴訟法中難免顯得格格不入，而帶有警察法上的預防性規範的色彩，惟此不影響其作為預防性刑事措施的性質。本章自德國實體法上矯治與保安處分的嚴格要求，進而釐清暫行安置制度的發展脈絡，及其所涉及的基本權干預，從而確立其於制度上存在之必要性以

<sup>261</sup> Vgl. Moldenhauer, a.a.O. (Fn. 151), § 268b Rn. 2.

<sup>262</sup> Vgl. Moldenhauer, a.a.O. (Fn. 151), § 268b Rn. 3 ff.

<sup>263</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 67; BT-Drs.. 16/1110, 13.

及其於體系上之定位，期能在探討我國法上「暫行安置」新制存在必要時，作為一參考指標。

確立制度目的與發展沿革與所涉及的基本權干預後，進一步針對暫行安置之要件進行探討，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 1 項，暫行安置實質要件主要包含：一、存在違法行為的重大嫌疑。二、有重大理由認為被告犯罪時欠缺責任能力或責任能力顯著降低。三、預期會安置。四、為公共安全利益而有暫行安置的必要性。其中欠缺或減輕責任能力之部分涉及《德國刑法》第 20 條及第 21 條規定要件之認定，涉及精神醫學專業領域之判斷，須儘早由專家介入協助法院判斷。除以上要件外，比例原則之適用雖未在本條規定中明文，但透過所須具備之實體法上要件以及準用《德國刑事訴訟法》第 116 條第 3 項之規定，皆可得出須遵守比例原則之結論。最後於附論探討安置於精神病院之要件，以便釐清暫行安置預期將來可能命安置之要件。

暫行安置處分除須符合實質要件，更須經合法令狀簽發及後續程序，因而在本章第三節中，接續對於暫行安置令狀製作程序進行介紹，此部分因《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項明文規範大量準用羈押程序上的條文，從而在令狀產生之程序上，亦有先取得令狀後逮捕之原則情形，以及例外情形下先逮捕後捕令狀之特殊情形，本文就此二種情形分別探討簽發安置令之程序要件，無論是事先簽發或事後補發，終究須遵守《德國基本法》第 104 條第 2 項、第 3 項之規定，唯法官始得判決可否剝奪自由及剝奪之持續時間，且在進行拘束人身自由之處分時，應由法官應即時簽發令狀，敘明理由，或命令釋放。結束令狀簽發之探討後，下文將繼續討論對於令狀不服時，被告之救濟方式，進一步完善對暫行安置制度之概念。

# 第三章 德國法暫行安置之存續與控制機制



簽發安置令後，可能繼續進入執行階段，亦可能停止執行暫行安置或因要件不再符合而撤銷安置令。申言之，由於暫行安置為拘束人身自由之嚴重干預處分，即便在要件符合而命暫行安置後，仍須謹慎留意是否已不適合持續執行暫行安置或暫行安置要件已不符合，而應為停止執行或撤銷處分。因此，本章將自暫行安置之存續著手，探討德國法上停止執行安置程序以及撤銷程序之運作規範，而後介紹德國法上暫行安置的控制機制，探討其如何有效審查是否應繼續執行暫行安置及暫行安置要件之存續。

## 第一節 暫行安置之存續

本節先著重於暫行安置要件存在但停止執行，以及撤銷暫行安置相關程序規定，分析安置令簽發後可能產生的變化。

### 第一項 停止執行安置令

依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用第 116 條第 3 項及第 4 項<sup>264</sup>，暫行安置之停止執行要件部分準用停止執行羈押。藉由此項規定授與法院裁量空間，在符合要件的前提下，可考慮以其他措施代替執行暫行安置<sup>265</sup>。據此，被命暫行安置之被告，在有充分理由可期待其遵守特定指示，並達成暫行安置之目的時，法官得命停止執行；相對的，若出現該條第 4 項規範之法定情形時，法官「應」命繼續執行原先受停止之暫行安置。下文分別就停止執行與再次執行進行介紹。

<sup>264</sup> 《德國刑事訴訟法》第 116 條：「（第 3 項）依第 112a 條簽發之羈捕令，若有充分理由可期待被告遵守特定指示，且可由此達到羈押目的時，法官得命令停止執行。（第 4 項）在第 1 項至第 3 項之情形中。有下列情況時，法官應命令執行羈捕令：1.被告嚴重違反其所負義務或限制，2.被告準備逃亡、經合法傳喚無正當理由不到場或有其他方式顯示對被告之信賴是不正確的，或 3.出現新情況致使羈押有必要時。」

<sup>265</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 93.

## 第一款 停止執行要件



承前所述，在準用第 116 條第 3 項之下，若有充分理由可期待被告遵守特定指示，而可實現暫行安置之目的時，法官得命令停止執行。然而，不得在沒有任何配套措施的情況下停止執行安置令，且是否停止執行的判斷須視現實情況而定，不可取決於未來事件，或設定停止執行的期限<sup>266</sup>。另外，停止執行須以符合令狀簽發之條件為前提，若已欠缺重大理由認為被告可能為重大違法行為而對公眾安全造成危害，則理應撤銷暫行安置令狀，而非停止執行暫行安置。只有在具備暫行安置的條件下，才會審查是否應停止安置令，以合乎暫行安置之目的，在繼續暫行安置審查抑或對於安置令提出抗告時亦是如此；因此，停止執行暫行安置的同時，也意味著暫行安置處分的存在<sup>267</sup>。也因此，即便檢察官是針對停止暫行安置裁判提起抗告，法院亦須就暫行安置要件是否存在進行審查，法院決定停止執行時，原則上要闡明暫行安置要件繼續存在<sup>268</sup>。

之所以未準用《德國刑事訴訟法》第 116 條前兩項關於被告存在逃亡之虞（Fluchtgefahr），以及出於掩蓋真相危險（Verdunkelungsgefahr）之羈押被告停止執行要件，在於前兩項主要考量羈押之訴訟程序保障目的<sup>269</sup>；而暫行安置目的著重於保護公眾安全，二者間存在差異。因此參照羈押規定時，立法上僅準用第 116 條第 3 項出於再犯風險而羈押之停止執行，不包含前兩項的情形。另外，雖第 116 條第 3 項提及依據《德國刑事訴訟法》第 112a 條簽發之羈捕令，乍看之下可能產生的問題是：是否在判斷能否停止執行暫行安置時，尚須特別審查有無符合第 112a 條所定之要件，且僅在符合該條前提下才能停止執行暫行安置？就此而言，暫行安置的準用規定重點在於第 116 條第 3 項所規定的停止執行要件，且暫行安置與第 112a 條重複違犯危險之羈押適用要件本即不同，各

<sup>266</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 116 Rn. 9.

<sup>267</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 116 Rn. 10.

<sup>268</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 116 Rn. 16.

<sup>269</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 126a Rn. 10; Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 36.

自在不同情形下適用，故此處不須以《德國刑事訴訟法》第 112a 條所規範基於再犯危險而羈押之要件為停止執行暫行安置的前提<sup>270</sup>。

承前所述，須存在充分理由可期待被告遵守特定指示，從而可實現暫行安置之目的時，方可命停止執行安置令。由此可知，是否能停止執行暫行安置之關鍵尚包含可期待被告遵守之「特定指示」。此涉及停止執行的「替代措施」，或參考第 116 條前兩項之用語「其他（能達到暫行安置目的，但）影響較輕的處分」。替代暫行安置的措施內容，不能與簽發安置令的理由不符；也就是說，替代措施也必須從決定對被告施以暫行安置的理由為出發點，考量較溫和而同樣可達成暫行安置目的的方式<sup>271</sup>。究其性質，若先以羈押的情形為例，替代羈押的措施不得有贖罪性質<sup>272</sup>；對應至暫行安置而言，或可想像這類替代措施至少不應有直接肯定被告具備精神疾病應接受治療，而逼迫被告接受治療的性質，或逼迫被告陳述對自己「不利益之言語」，所謂「不利益之言語」相較於羈押，在暫行安置的脈絡下，應為將使其被命處安置處分之言論。據此，可能得替代手段包含，被告自願性的接受藥物或心理治療或戒斷治療，並視情形搭配不吸食任何非基於醫療性質的成癮物質。

另外，雖《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項規範之準用事項不包含同法第 116 條第 1 項，然該項所列停止執行令狀之替代措施，於停止執行暫行安置時亦可供參考，諸如定期向法官或指定機關報到（《德國刑事訴訟法》第 116 條第 1 項第 1 款）、須於特定人員監督下方得離開住宅（《德國刑事訴訟法》第 116 條第 1 項第 3 款）等<sup>273</sup>。基於比例原則的考量，法官須留意是否存在同樣能達成效果的其他較小侵害手段。例如在訴訟過程中，被告可能願意接受治療而在暫行安置狀態下逐漸適應藥物治療，並且達成在機構外也能定期服用藥物的穩定性。此時法官對於是否停止執行暫行安置甚至終局安置，可能產生不

<sup>270</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 37; Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 13a; Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 124 f.

<sup>271</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 116 Rn. 16.

<sup>272</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 116 Rn. 16.

<sup>273</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 37.

同於偵查程序初期的判斷結果，轉而命接受固定門診治療搭配服用藥物，並停止執行安置<sup>274</sup>。除此，已經依據邦法律進行的強制安置，同樣須在比例原則的審查時，列入考量因素<sup>275</sup>。另外，在比例原則的脈絡下，亦可能考量到訴訟程序所耗費的時間與被告人身自由受干預間之關係。因暫行安置與羈押同為拘束人身自由之干預處分，故隨著訴訟程序時間拉長，欲繼續安置所需符合的要求也越來越高。聯邦憲法法院便曾指出，隨著訴訟時間的延長，在國家追訴利益與受干預者人身自由保障間之權衡中，後者重要性隨之加重<sup>276</sup>。特別是當訴訟延遲乃出於不可歸責於被告之因素時，僅僅過度的延長，便可能成為考量停止執行安置處分的原因<sup>277</sup>。

## 第二款 再次繼續執行要件

依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用第 116 條第 4 項，若暫行安置經停止執行，則僅有在出現該項第 1 款至第 3 款之例示情形時，才能再接續執行先前受停止執行的暫行安置。對於廢止（Widerruf）停止執行裁定之嚴格限制，是刑事訴訟法上重要的程序保障，此亦為《德國基本法》第 104 條第 1 項第 1 句精神之落實<sup>278</sup>。這類情形，須發生於法院宣告停止執行裁定後，若於命停止暫行安置時即已考量，則不得以此為由依據該項規定廢止停止裁定。

《德國刑事訴訟法》第 116 條第 4 項造成接續執行的理由，主要包含被告嚴重違反義務、準備逃亡或無正當理由不到場，以及出現新情況認為有接續執行之必要時。下文將就該項三款之情形分別探討，又因暫行安置乃準用羈押之情形，於目前各款之適用方式，本文以下主要先以實務上針對是否廢止停止羈押之典型情形，作為暫行安置適用時之參考，：

### 第一目 嚴重違反義務

<sup>274</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 38.

<sup>275</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 37.

<sup>276</sup> BVerfG (2. Kammer des 2. Senats), Beschl. v. 22. 02. 2005 – 2 BvR 109/05.

<sup>277</sup> Vgl. Graf, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO mit GVG, EGGVG und EMRK, 8. Aufl., 2019, § 116 Rn. 14.

<sup>278</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. 08. 2007 – 2 BvR 1485/07.

依據《德國刑事訴訟法》第 116 條第 4 項第 1 款，若欲以「被告嚴重違反其所負義務或限制」作為接續執行的理由，首先必須該義務或限制本身是合法的，且與基於公共安全而須進行暫行安置之理由相關，此有賴法官依職權審查。並非所有違法行為，皆會造成再度回歸執行，僅在當初暫行安置之理由，因被告之違反義務行為而情況加劇的情況下才能構成<sup>279</sup>。

具體而言，因本條乃準用羈押條文，故亦先以羈押之情形為例，實務<sup>280</sup>上曾有被告因具重大犯嫌違犯《德國刑法》第 238 條，跟蹤騷擾罪（Nachstellung）等罪名被依《德國刑事訴訟法》第 112a 條第 1 項第 1 款命羈押，後以「被告禁止透過任何方式與被害人聯繫」為條件，停止執行對於被告的羈押；然而嗣後被告因不時透過電話騷擾被害人等原因，違反被要求之義務，最終法院依據《德國刑事訴訟法》第 116 條第 4 項第 1 款再度使被告回歸原先的羈押執行狀態。自此案可見，原先停止羈押所命之前提為，禁止與被害人聯繫，此與被告受羈押之理由（實施《德國刑法》第 238 條之犯罪）相關，後續亦是因為被告所為之違法行為，與其應遵循之義務相悖且加劇原先羈押理由所欲防止之目的，故最終不能再停止羈押執行。

## 第二目 準備逃亡、無正當理由不到場或其他顯示對被告的信任不正確

《德國刑事訴訟法》第 116 條第 4 項第 2 款包含準備逃亡，經合法傳喚而無正當理由不到場，以及一項概括規定，即其他方式顯示對於被告的信任是不正確的。其中第二點指被告有到庭義務但經合法傳喚卻無正當理由未到場的情形，包含《德國刑事訴訟法》第 133 條（傳喚而未到）、第 163a 條第 3 項（檢察官傳喚訊問被告時）、第 230 條第 2 項（無正當理由缺席審判期日）或第 236 條（法院命被告到場）等情形；反之若僅有經警察傳喚而未到之情形，則不屬之。若被告客觀上有充分理由不到庭，則不能謂其無正當理由。就此點而言，如果被告之行為在法律保障範圍中，則不能以此做出對被告不利益之處分，

<sup>279</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 116 Rn. 52.

<sup>280</sup> Vgl. OLG Karlsruhe Beschl. v. 14. 05. 2008 – 2 Ws 142/08.

例如被告已行使緘默權，但檢察官仍傳喚被告訊問，此時是檢察機關製造了被告不到場的情況，不能就此認為被告違反應出席檢察官每一次傳喚之義務，回復執行狀態<sup>281</sup>。即便被告因疾病無法出庭，並且自願接受特定指示進行某項治療手術，然而在得知該手術風險後，卻反悔拒絕治療，亦不可回復羈押執行。這是基於《德國基本法》第 2 條第 2 項第 2 句之保障，根據該條文意旨不得在違反被告意願下進行醫療行為，也不能強迫被告接受，當然也就不能以此為由認為被告是無正當理由故意不到庭，於程序上對其施以不利益<sup>282</sup>。從而若懷疑被告有意規避訴訟，至少須證明該行為乃「濫用（濫用）」其受保障之權利<sup>283</sup>，諸如裝病甚至裝死<sup>284</sup>。至於概括條款的部分，指原以為被告將遵守其義務，然而此信任基礎受到動搖；例如，被告表面上遵循指示，卻以其他未明確禁止之方式，違背指示的要求<sup>285</sup>。

### 第三目 出現新情況有必要暫行安置

《德國刑事訴訟法》第 116 條第 4 項第 3 款相較於前兩款屬於概括條款，概念上包含前二者。重點在於「新」情況之判定。新情況必須是法官在命停止執行安置令後才得知的情況，並且是對信賴基礎產生本質上的影響。實務上常出現的情況是偵查中發現被告再度犯案，此時須判斷新的違法行為是否與安置理由相關，即是否造成公共安全危險而有必要回復執行安置。但新出現的情況，不能是在簽發令狀時便已考量過而包含在內的理由，故即便新情形加重了重大理由存在的確信，亦不生影響<sup>286</sup>。

另外，判決的宣告亦可能成為新情況之一，這或許較常發生在羈押的情況；申言之，當審判法院的判刑與羈押法官於停止執行羈押時，對判刑的預期顯有落差，此時被告有可能基於對羈押法官的信賴，感受到落差而不再願意配合刑

<sup>281</sup> Vgl. OLG Frankfurt a. M., Entscheidung v. 18. 08. 1992 – 1 Ws 144/92.

<sup>282</sup> Vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 28. 11. 2000 – 2 Ws 729/00.

<sup>283</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 116 Rn. 55.

<sup>284</sup> Vgl. OLG Köln 15.11.2005 – 2 Ws 525–527/05.

<sup>285</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 116 Rn. 56.

<sup>286</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 116 Rn. 60.

事程序，進而產生逃亡風險。據此，在暫行安置的情形，若姑且不論患有精神疾病之行為人因不願接受保安處分而逃亡的情形是否常見，在停止執行暫行安置後，若法院宣告保安處分判決，似乎亦可能作為廢止停止執行暫行安置的理由；然而此須以檢察官及審判法官對於監護處分期限之預期，與停止暫行安置之法官所預期者，顯有落差而對被告較不利者為限。若原先就所判處的安置處分本就在預期範圍內，自無第 4 款之適用。

整體而言，在停止執行後要重新回復執行狀態，僅在依據上述《德國刑事訴訟法》第 116 條第 4 項所規定之三款特殊情形下方可為之，這是為落實《德國基本法》第 104 條第 1 項第 1 句精神，作為對個人自由進行限制時之法律授權依據及程序上保障。

### 第三款 停止與接續進行暫行安置程序

停止暫行安置之決定由依據《德國刑事訴訟法》第 126 條所定之管轄法院，以裁定形式作成，大部分是在聲請繼續暫行安置言詞審理（《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用第 117 條、第 118 條）或在抗告程序（《德國刑事訴訟法》第 304 條）的情形下發生，當然也可能在簽發安置令狀時討論。停止執行暫行安置的裁定中須詳附理由（《德國刑事訴訟法》第 34 條），且詳細記載命被告從事的特定指示為何，以使被告能明白須實行的替代措施並達成暫行安置的目的；否則，該指示不合法，不以被告違反該條件為據，依第 116 條第 4 項接續執行原令狀<sup>287</sup>。同時，若非以言詞審理方式進行，須將裁定送達被告，以便其行使抗告權（《德國刑事訴訟法》第 35 條第 1 項）。檢察官可對停止執行裁定提出抗告；被告雖不能對停止裁定本身提起抗告，但可針對其不服的替代措施進行救濟<sup>288</sup>。

<sup>287</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 116 Rn. 42.

<sup>288</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 116 Rn. 44.

儘管是否停止執行暫行安置，須由法院在整個訴訟過程中依職權審查<sup>289</sup>，惟若實際上無具體情狀顯現，法院亦無理由自行尋找更輕微的干預措施。故不論是隨著訴訟過程中被告狀態的改變，抑或於法院簽發安置令之初，尚有賴法院儘速指定辯護律師或被告本身之辯護律師，詳加關注被告狀態變化，以適時提出適合被告狀態的合比例性措施<sup>290</sup>。在是否予以停止執行之裁判上，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用第 116 條第 3 項，在有充分理由可期待被告遵守特定指示，從而可實現暫行安置之目的時，法官「得」命令停止執行。此處法官不因檢察官停止執行之聲請，而有停止執行安置令之義務，此與《德國刑事訴訟法》第 120 條第 3 項，檢察官於提起公訴前聲請撤銷羈捕令時，法院之撤銷義務有異。雖針對此問題或可能質疑，檢察官提出撤銷令狀之聲請較提出停止執行之聲請更為嚴重，則既然聲請撤銷時，得產生對於法院的拘束力，在聲請停止執行時基於舉重明輕之理亦應如此。惟此處法已明文，解釋論上無從解決恐僅能自立法層面考量；然而，此處《德國刑事訴訟法》第 116 條相較於第 120 條是否存在明顯法律漏洞，仍有討論空間，蓋即便《德國刑事訴訟法》第 120 條第 3 項，使法院負有在要件不存在時依檢察官聲請撤銷令狀的義務，但仍不影響法院本身依職權撤銷令狀之權力和義務<sup>291</sup>。換句話說，《德國刑事訴訟法》第 116 條未課與法院，於提起公訴前依檢察官聲請而停止執行之義務，法院本即具有權力及義務，持續審查是否須停止執行，因此被告權利不因《德國刑事訴訟法》第 116 條不存在第 120 條第 3 項相類的規定，而無法被保障，因而似難謂此為明顯的法律漏洞而必須由立法層面解決。另外，在停止執行的部分，與《德國刑事訴訟法》第 116 條第 3 項規定法院具裁量權限不同，第 116 條第 4 項規定於條文例示之情形下，法官「應」命令再執行原先受停止執行之安置令。

<sup>289</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 116 Rn. 4.

<sup>290</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 39.

<sup>291</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 120 Rn. 40.

實務上可能存在的問題在於，若法院未正確適用第 116 條第 4 項，而違法廢止停止執行裁定，對後續程序將造成何種影響？以羈押<sup>292</sup>為例，當原法院據以廢止停止執行羈押之根據被認定不夠充分，而為違法廢止時，此後被告在系爭案件訴訟程序中的羈押抗告或繼續羈押審查裁定，將因該廢止裁定被判定為違法，而受封鎖效（Sperrwirkung）影響<sup>293</sup>。在暫行安置之情形下亦然，在法院依據《德國刑事訴訟法》第 116 條第 4 項第 1 款至第 3 款接續執行暫行安置，被裁定為不合法時，於往後的相關程序中（例如準用第 121 條的繼續安置審查）應產生封鎖效；亦即，若先前適用法律的結果實際上不應廢止停止執行，則後續程序中，即便再度命安置令，至少也須命停止執行，而僅在出現第 4 項第 1 款至第 3 款的情況時，才可接續執行安置。

## 第二項 撤銷安置令

### 第一款 撤銷安置令要件

若暫行安置要件不再成立，或法院在判決中未命安置於精神病院或戒癮處所之處分時，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 3 項<sup>294</sup>第 1 句，應撤銷安置令，此為一強制規定<sup>295</sup>。一旦要件不符合，即須撤銷安置令，此與《德國刑事訴訟法》第 120 條<sup>296</sup>第 1 項所定羈捕令於要件不存在時應撤銷之情形，同為自明之理<sup>297</sup>。蓋不論安置令或是羈捕令，皆為根據法定要件所命之令狀，當法定要件不再存在時，令狀便失去存在的依據，而應被撤銷。又因在判決前命暫行

<sup>292</sup> Vgl. KG Beschl. v. 05. 01. 2007 – 4 Ws 228/06, BeckRS 2007, 32518.

<sup>293</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 116 Rn. 50.

<sup>294</sup> 《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 3 項：「當暫行安置之要件不再成立，或法院在判決中未命安置於精神病醫院或戒癮處所時，應撤銷安置令。不得因訴諸救濟而阻撓釋放被安置人。第 120 條第 3 項之規定準用之。」

<sup>295</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 152), § 120 Rn. 12.

<sup>296</sup> 《德國刑事訴訟法》第 120 條：「（第 1 項）一旦羈押之要件不再成立，或情況顯示，繼續羈押可能與案件之重大程度及預期之刑罰或保安處分不成比例時，應撤銷羈捕令。尤其當被告被宣告無罪、法院拒絕開啟審判程序或程序非僅暫時停止時，應撤銷羈捕令。（第 2 項）不得因訴諸救濟而阻撓釋放被告。（第 3 項）若檢察官在提起公訴前聲請撤銷羈捕令，亦應撤銷之。提出聲請同時，檢察官得命釋放被告。」

<sup>297</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 120 Rn. 1.

安置之目的即在於確保將來安置處分之執行，從而若法院最終未於判決中命安置處分，暫行安置之目的自然不再存在，亦不符合暫行安置要件中預期將命安置處分之要件，故應撤銷安置令。除此，在安置令最終因未命安置處分被撤銷時，實務上有認為，在類似適用《德國刑法》第 51 條第 1 項第 1 句的情況下，於刑事訴訟程序中進行的暫行安置期間，也必須計入當前刑事訴訟的刑期中，蓋這類處分存在潛在總體懲罰性質（*eine potentielle Gesamtstrafenfähigkeit*）<sup>298</sup>。

另外，雖《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 3 項第 1 句並未像第 120 條一樣特別強調，在暫行安置不符比例原則時亦應撤銷，但比例原則承前（第二章第二節第五項）所述，本即為安置令之前提要件，同時可根據《德國基本法》意旨直接適用於拘束人身自由之措施中，並於暫行安置之各方面體現<sup>299</sup>。尤其須注意，當暫行安置時間經過越長，就須經過越嚴格的比例原則審查。在這裡特別須考慮到速審原則的要求（*Beschleunigungsgesetz*），隨著訴訟時間的延長，可能已經違背了速審原則的要求，即便是在考慮到公眾安全的因素後亦得出這樣的結果，而使得暫行安置不再符合比例原則，而應撤銷安置令<sup>300</sup>。

針對應撤銷安置令的情形，對比撤銷羈捕令而言，還缺少《德國刑事訴訟法》第 120 條第 1 項第 2 句規定的情況，即在法院拒絕開啟程序時且非暫時停止時，亦應撤銷令狀的規定。然而，若法院拒絕開啟程序，使訴訟程序無法進行，進而失去做成安置於精神病院處分或戒治所處分之可能性，則事實上並無不撤銷的道理，從而有認為第 120 條第 1 項第 2 句同樣應於撤銷暫行安置之情形時準用<sup>301</sup>。當然，前述情形在僅因為無罪責能力而不開啟程序，但預期開啟保安處分程序時可能有不同結果<sup>302</sup>。

總而言之，在撤銷安置令情形的部分，第 126a 條第 3 項第 1 句採取與第 120 條第 1 項相類的規範方式，但對於暫行安置的個別部分進行調整。就兩項

<sup>298</sup> Vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 11. 10. 2012 – 2 Ws 198/12; Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 52.

<sup>299</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 91.

<sup>300</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 55.

<sup>301</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 126.

<sup>302</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 18.

條文之間的關係而言，除上述關於第 120 條第 1 項第 2 句時理論上亦應規定準用的部分，有對於第 126a 條第 3 項第 1 句撤銷安置令前提未準用第 120 條第 1 項第 1 句特別強調不符合比例原則時應撤銷羈捕令的部分指出，這是因為相對於羈押處分中對於羈押期限的重視，比例原則在暫行安置處分中事實上往往無法發揮同樣的效用。蓋即使在《德國刑法》第 67d 條第 1 項中存在期限的限制規定，但對於終局之安置處分的期限往往是不定期的<sup>303</sup>。

另外，若隨著偵查程序進展，對於責任能力的判定有所改變，使得暫行安置之要件不再存在，但依據《德國刑事訴訟法》第 112 條、第 112a 條羈押的要件卻存在時，可進行令狀的轉換，反之亦然<sup>304</sup>。此種令狀的轉變也可由抗告法院為之，但在轉換之前因同屬對其中一令狀之撤銷以及另一令狀之簽發，故皆須經過聽詢程序<sup>305</sup>。

## 第二款 撤銷安置令程序

撤銷安置令之程序，本文將其大致區分為三類，包含法院依職權審查之撤銷、法院依訴訟程序當事人之聲請而審查並撤銷之情形，以及檢察官依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 3 項第 3 句準用同法第 120 條第 3 項聲請而法院須義務撤銷之情形，下文分述之。

自上文撤銷暫行安置之要件中可知，當暫行安置要件不存在即須撤銷安置令，這也意味著關於是否撤銷的問題，在任何訴訟階段都有賴法院依職權（von Amts）進行審查，一旦條件不符便應撤銷，此點在撤銷羈押時也是同樣的道理<sup>306</sup>。此種法院依職權審查是否撤銷的型態，從撤銷令狀要件的規定中已可得知，並透過《德國刑事訴訟法》第 121 條加以補充，與羈押審查程序無關，不論當事人是否提出聲請，法院皆有在訴訟程序的每個階段進行審查的義務，此為法

<sup>303</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 18.

<sup>304</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 19.

<sup>305</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 19; Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 57.

<sup>306</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 120 Rn. 1.

律在基本權利受干預時的賦予的程序保障<sup>307</sup>。然而，就暫行安置而言，此種隨時的審查相較於羈押的情形較不具意義，在暫行安置的個案中往往經歷較少變化<sup>308</sup>。此外，在繼續安置審查中，雖準用《德國刑事訴訟法》第 121 條繼續羈押審查之規定，但其準用規定附但書，審查時僅由邦高等法院對安置審查要件進行審查，此部分將於下文（第三節）詳述之。

除了法院依職權審查外，在簽發安置令後訴訟程序中的當事人若有不服，可視情形透過各種救濟方式聲請法院進行審查，並於要件不符時撤銷安置令。針對何種情形下可提出哪類救濟手段，本文將於下文（第三章第二節）中詳述之，類型上包含依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用第 117 條的安置審查程序、《德國刑事訴訟法》第 304 條、第 305 條及第 310 條對安置令提起抗告及再抗告。

此外，在尚未提起公訴前，檢察官依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 3 項第 3 句準用同法第 120 條第 3 項第 1 句聲請撤銷安置令時，法院「應」撤銷之。第 120 條第 3 項是基於檢察官為偵查程序之主導者，相較於法官較能掌握案情狀況與後續發展，因而在起訴前若經檢察官聲請撤銷令狀，法院便有義務根據其聲請撤銷之<sup>309</sup>。誠然，偵查程序中的主導權並不會使檢察官有權自行簽發令狀，但至少對於是否聲請令狀、令狀涵蓋的範圍皆取決於檢察官的聲請，法院審查的範圍也限於檢察官提起的理由<sup>310</sup>。檢察官聲請撤銷對法院產生的這種拘束力，隨著提起公訴而結束。因此，若撤銷安置令的聲請連同起訴書一併向受訴法院提出，則解釋上應認為既已提起公訴，該撤銷令狀的聲請便不再拘束法院；反之，若向《德國刑事訴訟法》第 125 條第 1 項簽發安置令之管轄法院提出，則檢察官撤銷安置令之聲請仍會對法院產生拘束力。之所以得出此結果，是基於對法律進行合理的解釋，故認為不可能使檢察官在短時間內連續發

<sup>307</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 120 Rn. 17.

<sup>308</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 126a Rn. 17.

<sup>309</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 127; Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 120 Rn. 39.

<sup>310</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 127; Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 120 Rn. 40.

出兩種截然不同的公文<sup>311</sup>。檢察官提出的聲請後，仍須由法院作成裁定，因檢察官不可能獲得對於令狀的處分權，但法院對此所作的裁定亦僅為一種形式上的行為，而無實質性的審查<sup>312</sup>。除此之外，在未出現的事實前，於相同狀況下該聲請繼續對於法院產生拘束力，因此在提起公訴前，即便法官對於同樣的事實情況與檢察官有不同的判斷，且在無法聯繫到檢察官的情形下，也不能職權簽發新的安置令，在提起公訴前，僅有在發現新事實時，方有職權簽發之可能

<sup>313</sup> 。

在準用同法第 120 條第 3 項第 1 句聲請撤銷安置令後，檢察官並得同時命釋放被告。這也是基於檢察官於偵查程序中的主導地位，而使其有權力盡快釋放被告，因為其聲請對法院裁定產生拘束力，在結論上法院裁定不會與檢察官聲請撤銷相違背。也因此，該句稱檢察官「得（kann）」同時釋放被告，僅是澄清其有權力干預法院所命的暫行安置，非謂其可等待法院的決定後才釋放被告。由此可知，此處釋放被告實為檢察官之職責，因此即便在被告因為預期其暫行安置期間可能折抵《德國刑法》第 51 條第 1 項第 1 句之期限，而不自己聲請釋放時，檢察官不可因而不釋放被告<sup>314</sup>。

最後，若未被撤銷，暫行安置最終之結束時點，在判決確定時隨即結束，而轉為保安處分，與後續真正開始執行之時點無關<sup>315</sup>。

## 第二節 暫行安置之救濟方式

德國法上的暫行安置救濟體系，因《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項大量準用羈押規定的緣故，大致上與羈押救濟體系相同，主要分成三類，包含以

<sup>311</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 120 Rn. 42.

<sup>312</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 120 Rn. 44.

<sup>313</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 120 Rn. 45.

<sup>314</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 114 Rn. 24.

<sup>315</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 53.

異議（Gegenvorstellung）的方式隨時向法院書面聲請撤銷或停止執行<sup>316</sup>、聲請暫行安置審查（第 126a 條第 2 項準用第 117 條至第 118 條規定），以及提起暫行安置抗告（第 304 條）及再抗告（第 305 條）的方式，下文依序對於暫行安置審查制度及暫行安置抗告程序此二種暫行安置期限控制的重要機制進行介紹。

## 第一項 暫行安置審查

### 第一款 暫行安置審查制度目的

《德國刑事訴訟法》第 117 條<sup>317</sup>至第 118b 條規範羈押審查程序之相關規定，經第 126a 條第 2 項第 1 句準用羈押審查程序，受暫行安置之被告亦得於安置中隨時聲請法院審查，是否應撤銷安置令或依據《德國刑事訴訟法》第 116 條停止執行。事實上，不論在羈押或是暫行安置的程序中，依據《德國刑事訴訟法》第 126 條具有管轄權的法院及檢察官本就須依職權隨時審查要件是否繼續存在。就暫行安置而言，隨著訴訟程序的進展，行為人之狀態可能有所改變而未必符合暫行安置之要件，此時便須撤銷安置令，或在符合停止執行暫行安置之要件時予以停止。且依據《刑事程序及罰鍰程序準則（Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren, RiStBV）》第 54 條第 1 項規定檢察官應在訴訟過程的每個階段確保令狀要件持續存在，儘管關於羈押或暫行安置決定主導權在於法院，但檢察官仍具備持續檢查要件是否存在的特殊義務，以確認狀態是否已隨訴訟程序或偵查情況之發展而有所轉變，並視情形即時提出撤銷令狀或停止執行令狀的聲請<sup>318</sup>。除此，《德國刑事訴訟法》第 120 條規定

<sup>316</sup> 參楊雅筑，〈羈押審查與救濟程序之研究——以德國法為中心〉，《國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文》，2018 年 6 月，頁 109–110。

<sup>317</sup> 《德國刑事訴訟法》第 117 條：「（第 1 項）被告在羈押中得隨時聲請法院審查，是否應撤銷羈捕令或依第 116 條停止執行（羈押審查）。（第 2 項）聲請羈押審查之外，令提起之抗告不合法。不服對基於聲請所為裁判之抗告權，不因此而受影響。（第 3 項）法官得命令對將來裁判是否維持羈押有重要性之個別偵查，並在偵查實施後進行新的審查。」

<sup>318</sup> Vgl. Larcher, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra (= BeckOK-StPO), 29. Ed., 2018, § 54 Rn. 1.

「一旦（sobald）」羈押之要件不再成立即應撤銷羈捕令，同樣具備期間控制之功能，在《德國刑事訴訟法》中作為羈押審查及羈押抗告雙軌體系的補充規定<sup>319</sup>；相對於此，暫行安置之撤銷，規定在《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 3 項第 1 句，雖用詞有異，但性質應無不同。

不過，相較於上述法官與檢察官依職權進行的隨時審查，被告依據準用《德國刑事訴訟法》第 117 條後提出的暫行安置審查，使法院須依法對暫行安置進行正式的審查程序，並在審查後作出對外明確的正式裁定，目的在於使被告能擁有隨時向法院提出審查其暫行安置合法性的機會。據此，在被告聲請後，法院須審查是否撤銷令狀或停止執行，並在必要時進行個別調查<sup>320</sup>。另外，只要是在安置中的被告，隨時皆可聲請安置審查，此與準用《德國刑事訴訟法》第 121 條之繼續安置審查情形不同。

## 第二款 暫行安置審查程序

### 第一目 程序開啟

就安置審查的開啟而言，儘管法院有義務隨時審查暫行安置要件存續性，但誠如上文所述，法院依職權（von Amts wegen）進行的審查不須做出正式的裁定紀錄；相對地，參照《德國刑事訴訟法》第 117 條的規定，原則上僅有在被告的聲請下，才能進行安置審查，這是被告的權利，在被告提出暫行安置審查聲請後，才由法院作出裁定。反之，針對本條規定的安置審查程序，法院不能依職權開啟言詞安置審理程序，蓋法院開啟程序時，被告可能尚未就其辯護做足準備，且可能影響被告的辯護策略。這在被告同時也提起安置抗告的情況下，尤其如此，蓋參照《德國刑事訴訟法》第 117 條第 2 項的規定，聲請暫行安置審查外的安置抗告不合法，且即便是先提起抗告的情形，因安置審查的聲請具優先性，抗告也將因審查的聲請而不合法<sup>321</sup>。據此，若法院可依職權逕行

<sup>319</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 1.

<sup>320</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 1.

<sup>321</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 46.

發起暫行安置審查，在被告已經先提出抗告時，將使抗告變為不合法，同時也尚未對於安置審查之抗辯進行充分準備，導致被告無法有效行使其權利為自己抗辯。也因此，檢察官與共同原告皆無權提出暫行安置審查聲請<sup>322</sup>。此外，依據《德國刑事訴訟法》第 118 條第 3 項之規定，被告提出言詞審理之權利受到一定期間之限制。若非由被告自行聲請言詞審理而有預期可能進行言詞審理，反倒是由法院主動依職權開啟程序，並依第 118 條第 1 項規定職權進行言詞審理，將影響被告再次提起言詞審理之權利，同時因審查程序本身非由被告自行決定聲請，其未必已處於適合言詞審理之狀態。

另外，為使被告能確實行使聲請審查之權利，法院於簽發安置令時，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句準用第 115 條第 3 項，應告知被告其有權依據第 117 條聲請暫行安置之審查及其他救濟手段。此外在提出安置審查聲請之前，基於武器平等原則，應由辯護律師全面閱卷，以使被告能掌握暫行安置之相關案卷，並準備對此提出相應的抗辯<sup>323</sup>。不過被告聲請暫行安置審查，以暫行安置確實執行為前提，若在安置令已經簽發，但卻停止執行的情況下，被告亦不可提起安置審查<sup>324</sup>。另外，其他有權提出聲請之人包含兩種類型：在不違背被告的意願之下，得由辯護人在不違反被告明示之意思下，為其聲請安置審查（準用《德國刑事訴訟法》第 118b 條再準用第 297 條）；或由被告之法定代理人，在安置期間內，為被告提起安置審查（準用《德國刑事訴訟法》第 118b 條再準用第 298 條）<sup>325</sup>。

關於被告聲請的方式，原則上沒有特定形式的要求，也可以口頭方式提出，像是在其他案件的審判程序中，向法院口頭提出，或以任何書面的方式向管轄法院提出。行動自由受到剝奪的被告也可以提出救濟的聲明，再由受剝奪處所之區法院書記處製成筆錄（參《德國刑事訴訟法》第 299 條第 1 項）。在聲請

<sup>322</sup> Vgl. OLG Koblenz 28.11.1983 – 2 Ws 752/83.

<sup>323</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 7.

<sup>324</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, Das Recht der Untersuchungshaft, 3., Aufl., 2009, Rn. 384.

<sup>325</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 117 Rn. 10.

時間上也沒有特別的限制，即便在審判時聲請羈押審查也無妨<sup>326</sup>，僅是若被告在審判程序時提出，審判長未必須立即受理並做出裁定，蓋被告之聲請權利，不影響審判長適當進行審判程序之權力<sup>327</sup>。另外，根據第 118 條第 4 項，若在審判期日進行中進行羈押審查，被告無權聲請言詞審理（後詳述）。聲請時若誤稱安置審查，不因而失去效力，只要合法提出聲請，稱呼上的錯誤並無礙《德國刑事訴訟法》第 118 條第準用第 300 條）。因此，若在調查被告真意後，確認其欲提起安置審查，則即便誤稱審查為提起安置抗告，亦應重新依其真意進行解釋<sup>328</sup>。若誤向錯誤的管轄法院聲請，原則上法院應立即轉予根據《德國刑事訴訟法》第 126 條具有管轄權的管轄法院，且法院必須視為已經收到被告的聲請；除非被告明確表達其認為原管轄法院存在偏見，因而不願向該法院聲請，則應由收到被告聲請之法院以不合法駁回<sup>329</sup>。

## 第二日 法院審查

經被告提出合法安置聲請後，原則上以書面的方式進行審查。依據《德國刑事訴訟法》第 33 條第 2 項須先聽詢檢察官的意見，也因此，為使訴訟程序能迅速進行，可由辯護人在聲請時，先將聲請書副本交予檢察官。除書面形式外，若被告向法院聲請進行言詞審理，則除法定排除情形外（《德國刑事訴訟法》第 118 條第 3 項、第 4 項），依據同條第 5 項，法院應儘速進行言詞審理，非經被告同意延長期限，須在兩週內安排。在程序不會有重大延誤的情況下，法院亦可以自行進行調查，但須確保被告對調查結果發表意見之機會，以保障被告聽審權（《德國刑事訴訟法》第 33 條第 3 項），這亦是為了使被告能知悉所有對其不利的案卷資料，以視情形調整其抗辯方向。此與提出安置審查前讓辯護人全面閱卷，同樣為基於《德國基本法》第 103 條第 1 項<sup>330</sup>和《歐洲人權公

<sup>326</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 10; Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 117 Rn. 13.

<sup>327</sup> Vgl. BGH, Beschl. v. 24. 01. 2006 – 3 StR 460/05 (LG Kleve).

<sup>328</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 12.

<sup>329</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 117 Rn. 14.

<sup>330</sup> 《德國基本法》第 103 條第 1 項：「一、在法院被控告之人，有請求公平審判之權。」

約》第 6 條使被告獲得公平審判的權利。相對地，若不允許被告獲得部分偵查資料，則在進行安置審查決定時，亦不得以此作為最終決定剝奪被告自由之重要基礎。蓋在被告未能獲知此資訊下，無法充分實現其於公平審判原則下應擁有的陳述權，進而可能違反武器平等原則。另外，即便個案中可藉由口頭方式告知被告與決定安置有關之事實及證據，亦不可在未給予以閱卷之情況下使用證據，蓋單純的信息無法取代對於案卷的充分研究<sup>331</sup>。

就審查範圍而言，並不限於令狀所列之範圍，此點與由邦高等法院進行的繼續安置審查（《德國刑事訴訟法》第 126a 條準用第 121 條）相當不同，準用《德國刑事訴訟法》第 117 條進行的安置審查中，法院可因應調查情況中的進展在進行每一次的審查中，考量是否仍存在重大理由認為具備安置要件、基於公共安全考量而須進行暫行安置、是否符合比例原則，以及是否已違反速審原則的要求，將最新的調查結果納入暫行安置審查中<sup>332</sup>。也因此，若即將進行繼續安置審查，在此之前準用第 117 條進行的安置審查程序就更具重要性，因為在特別（繼續）安置審查中，邦高等法院只能在安置令狀所列違法行為範圍內審查，故須盡可能藉由最近一次的安置審查，將隨偵查進展更新之狀況納入暫行安置令狀中，以使邦高等法院在繼續安置審查時能有更完善的評估<sup>333</sup>。

在安置審查的最後，由法院做出具裁定形式的決定，其中須附具理由（《德國刑事訴訟法》第 34 條），並且關於理由的論證程度，法院應基於當事人之自由權與刑事訴訟追訴利益間之衡平，將上述各項因素綜合考量，對於是否維持被告的暫行安置做出足夠程度的論證，以符合聯邦憲法法院的要求<sup>334</sup>。若審查結果法院認為須修改安置令之內容，諸如新增其餘違法行為，或更改安置理由及評估等實質性變化，則因實際上無異於產生一新的暫行安置令狀，因此須與簽發令狀時進行相同的程序<sup>335</sup>。申言之，須依據《德國刑事訴訟法》第

<sup>331</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 8.

<sup>332</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 17.

<sup>333</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 18.

<sup>334</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 17. 01. 2013 – 2 BvR 2098/12.

<sup>335</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 19.

126a 條第 2 項準用第 114a 條及第 115 條第 2 項、第 3 項，通知被告並告知其後續權利（詳見上文第二章第三節第二款）。這是源於《德國基本法》第 104 條第 1 項第 1 句之精神，而在《德國刑事訴訟法》第 115 條具體規範對被告的重要程序保障。即便法官決定撤銷或停止羈捕令，也須說明理由（《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用第 116 條第 1 項）。然而，須留意的是，在尚未提起公訴之偵查程序中，同樣須經檢察官聲請，方可將其他違法行為納入安置令中（參《德國刑事訴訟法》第 125 條第 1 項）<sup>336</sup>。

另外，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用第 117 條第 3 項，法官可以在安置審查中命令對將來裁判是否維持安置有重要性之個別偵查（*einzelne Ermittlungen*），此不限於具有重大理由認為須進行暫行安置之調查，只要對於是否維持暫行安置具重要意義即可，並在調查後進行新的審查。該規定賦予法官在必要情況下，逕自命個別偵查的權限，使其能不待從屬機關偵查即時作出決定。雖實務多以已作出的調查作為基礎而為裁定，故較少使用到此規定，不過若從速審原則的觀點而言，判斷不會造成程序上的延遲便會下令調查。這通常是用於被告對審查外的安置要件提出異議，而有在短期內獲得決定以繼續提出抗告的情形。抗告法院同樣有此權利，而在抗告法院下命調查後對於新審查的裁定，又由安置審查法院進行。因而，《德國刑事訴訟法》第 117 條第 3 項在此處，排除一般性的權限，將可命個別偵查的權限限於特定範圍<sup>337</sup>。

### 第三目 程序上相關權利

#### 一、言詞審理

事實上關於羈捕令的言詞審理制度，早已存在德國羈押法制中，這是為確保被逮捕之權利，使其能在管轄法院接受言詞審理，也被視作是對受羈押被告程序上權利保護的核心規定。藉著言詞審理的方式，為關於撤銷或不執行羈捕

<sup>336</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 18.

<sup>337</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 57; OLG Hamburg, Beschl. v. 25. 01. 2002 – 2 Ws 22/02.

令具有重要意義的所有事實和法律觀點提供一個良好的機會，且法院可藉由言詞審理的過程，對被告的人格特質留下印象。在羈押開始前進行完整有效的審理，同時也能成為有效提升訴訟效率及縮短羈押的手段<sup>338</sup>。也正是透過與言詞審理的結合加上指定辯護律師的協助，《德國刑事訴訟法》第 117 條的羈押審查才具實質意義<sup>339</sup>，因而言詞審理也成為實務上在羈押（安置）審查中經常使用的形式<sup>340</sup>。這在暫行安置經第 126a 條第 2 項第 2 句準用第 117 條以下規定後，同樣適用於暫行安置審查中，故受暫行安置之被告聲請安置審查後同樣可參《德國刑事訴訟法》第 117 條第 1 項，向法院聲請言詞審理，或是由法院依職權進行言詞審理。就審查之聲請而言，除被告之外，檢察官雖亦可聲請，但不具有與被告聲請時相同之強制效力。

進行言詞審理程序，應通知檢察官、被告及辯護人言詞審理的時間與地點（準用《德國刑事訴訟法》第 118a 條第 1 項），須通知的人中不包含不能參與暫行安置審查的原告。程序進行時原則上被告應被拘提到審理地，但若被告放棄在場或因路程遙遠等無法排除的障礙導致無法拘提到審理地時，可由法院命讓被告在法庭以外的地點，以影音轉播的方式同步參與審理。在影音轉播的情形下，辯護律師有權選擇在法院的法庭，抑或是在法庭外與被告一同行使其權利<sup>341</sup>。若未採取線上同步參與的方式，則應有辯護人在言詞審理中維護被告權利（準用《德國刑事訴訟法》第 118a 條第 2 項），且若此時被告沒有辯護人，則依據《德國刑事訴訟法》第 140 條第 1 項第 4 款及第 141 條第 2 項第 1 款，因決定是否維持暫行安置屬於強制辯護案件，故應為尚無辯護人的被告指定辯護律師。

程序進行不對外公開，且必須由羈押（安置）法官（Haftrichter）親自進行，此處不能向區法院請求職務上的協助。至於檢察官是否參與，一般認為因言詞

<sup>338</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 117 Rn. 1; Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 384.

<sup>339</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 2.

<sup>340</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 384.

<sup>341</sup> Vgl. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung: StPO, Bd. 6, 65. Aufl., 2022, § 118a Rn. 2.

審理程序在於聽詢被告的陳述，因此檢察官可自行視案卷情形決定是否出席<sup>342</sup>；然而，文獻上亦有強調，即便對比《德國刑事訴訟法》第 226 條<sup>343</sup>規定，第 118a 條並未規定檢察官須始終到庭，已顯示出立法者在此的選擇。不過，不可忽視的是，若是在偵查中的第一次審理（die erste Verhandlung），仍不宜在沒有檢察官的情況下進行，蓋偵查程序中，檢察官才是最能掌握整體案情進展之人，甚至在《德國刑事訴訟法》第 120 條也規定了法院對檢察官聲請撤銷令狀的義務撤銷，故此階段，檢察官實應將參與審理程序視為其責任<sup>344</sup>。不過不論檢察官藉由何種方式表示意見，最終仍須符合《德國刑事訴訟法》第 33 條，聽詢檢察官意見之要求。除此之外，因《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用第 118a 條第 3 項，故關於審理筆錄之製作的部分，準用同法第 271 條至第 273 條的規定，法官不能依據第 168 條自行斟酌是否延請筆錄員，而應比照審判期日，製作筆錄並由審判長及於言詞審理時在場之書記處書記官簽名<sup>345</sup>。就證據調查的部分，因安置審查程序採取自由證明（Freibeweis）的形式，因此由法院決定證據方法以及範圍，當事人的聲請僅具「促請」法院行為之效力。被告亦可傳喚證人，惟由法院決定對證人之訊問<sup>346</sup>。

此外，言詞審理應儘速進行，特別是在被告聲請審理時非經被告同意下，不得將庭期指定在聲請受理 2 週之後。但因聲請言詞審理為被告之權利，被告亦可依其意思同意延遲審理期限，其他有權提出聲請之人亦同，由辯護律師聲明時不須額外附上被告同意<sup>347</sup>。在要延遲時，須讓被告簽同意書，其中須明確註記延長的日期。不過若程序最終在未經被告同意下延遲，如果非基於嚴重的程序或組織錯誤，並未規定強制釋放被告，因本規定性質上屬於訓示規定

<sup>342</sup> Vgl. Schmitt, a.a.O. (Fn. 341341), § 118a Rn. 3.

<sup>343</sup> 《德國刑事訴訟法》第 226 條第 1 項：「審判期日應由參與判決之人、檢察官及書記處書記官始終出庭。」

<sup>344</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 118a Rn. 23.

<sup>345</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 118a Rn. 23.

<sup>346</sup> Vgl. Schmitt, a.a.O. (Fn. 341), § 118a Rn. 4.

<sup>347</sup> Vgl. Schmitt, a.a.O. (Fn. 341), § 118a Rn. 4.

(Ordnungsvorschrift) <sup>348</sup>，但被告可於審查結束後，對法官未經同意延遲言詞審理之安置審查裁判提起抗告。

儘管在暫行安置審查中，賦予被告聲請言詞審理的權利，但也同時在準用《德國刑事訴訟法》第 118 條第 3 項中，對聲請效力上規定雙重期間限制 (Sperrfrist)。詳言之，根據第 3 項的規定，在被告已經歷經一次合法的言詞審理程序後，經裁定維持暫行安置，則被告只有在安置時長已經持續 3 個月，且距離最後一次言詞審理時至少已經過 2 個月，才有權聲請再次言詞審理。據此，被告基於同條第 1 項的聲請，只在不存在第 3 項情形時才具強制效力，但即便在符合第 3 項的情形下，雖被告的言詞審理聲請不具強制效力，也不影響法院自行依職權決定是否進行言詞審理的權力<sup>349</sup>。此所謂言詞審理後若繼續「維持安置」，非指僅有「安置令被維持」時，而是須「維持暫行安置執行的狀態」沒有被停止執行時；因此，若在言詞審理後暫行安置被停止執行，則沒有適用第 3 項的餘地。另外，關於規定中「三個月」與「兩個月」的計算，不包含在準用第 120 條撤銷時釋放前的時間，以及準用第 116 條停止執行暫行安置後釋放前的時間。該條的限制規定是為避免出現不斷提起言詞審理的情形，這可能造成程序上的困擾，蓋若距離前一次言詞審理並未出現新事證，或可質疑安置理由的其他事項，將使法院被迫重複前次言詞審理，而使該程序徒具形式無實際意義<sup>350</sup>。

使被告言詞審理之聲請失去強制效力的尚有依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用第 118 條第 4 項規定之情形，即若於審判期日進行中，或經判決處自由刑、剝奪行動自由之保安處分後，無權聲請言詞審理。據此，就暫行安置審查而言，若被告被命《德國刑法》第 63 條安置於精神病院處分或是第 64 條安置於戒治所的保安處分時，便失去聲請言詞審理的權利。不過若判決出現《德國刑法》第 51 條折抵 (Anrechnung) 的情形，因後續剝奪自由處分

<sup>348</sup> Vgl. BerlVerfGH, Beschl. v. 18. 02. 2015 – 177/14, 177 A/14, 196/14, 196 A/14.

<sup>349</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 118 Rn. 5.

<sup>350</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 118 Rn. 5.

已經折抵，與本項規定的排除言詞審理則較無關聯，但一般而言於此情況下會撤銷令狀<sup>351</sup>。在剝奪自由判決被作出後，聲請言詞審理之權利便隨之結束，即使上訴法院撤銷，該權利也不因而恢復，這是因為即便判決被撤銷，也不影響曾經宣布剝奪自由處分的事實，蓋經過對案情的完整討論而判決剝奪自由處分曾經存在的事實，方為排除聲請言詞審理的關鍵。事實上，立法者訂下本項限制有其道理，因在審判程序上，已經對於犯罪的重大嫌疑（或具重大理由認為逾法定狀態下實行違法行為）進行全面性的討論。據此，即便經法律審上訴法院（Revisionsgericht）撤銷有罪或安置處分判決，後續又進行言詞審理也通常也不會發生其他變化而缺乏新的內容，故無進行言詞審理的必要，此時毋寧時應撤銷令狀（參《德國刑事訴訟法》第 120 條及第 126 條第 3 項）<sup>352</sup>。

原則上關於安置審查的裁判應於言詞審理終結時宣示之，且因被告可對於安置審查裁判提起救濟，暫行安置審查法院依據《德國刑事訴訟法》第 34 條應於裁判中附具理由，以供抗告法院審查。若無法在言詞審理結束時宣示，最遲要在一週內做出裁判（《德國刑事訴訟法》第 118 條第 4 項）。在令狀經修改或重新簽發時，應比照《德國刑事訴訟法》第 114 條以下簽發令狀之程序。

## 二、救濟程序

對於安置審查法院的裁定，在法院非作為救濟審法院的情況下也可提起抗告（《德國刑事訴訟法》第 304 條第 1 項及第 4 項第 1 款），有關暫行安置裁定抗告之程序，另於下文（第三章第二節第二項）詳述之。在安置審查裁定與被告之聲請不同時，可對法院裁定提出抗告，但若被告於審查程序中就僅聲請停止執行而非撤銷令狀，法院裁判亦同被告聲請意旨，則被告無權因未提出異議而抗告。辯護人亦可在不違反被告明確意願下為其提起抗告；檢察官亦有權提出抗告，不論是否利於被告<sup>353</sup>。

<sup>351</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 118 Rn. 13.

<sup>352</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 118 Rn. 15.

<sup>353</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 117 Rn. 32.

於違反《德國刑事訴訟法》第 118a 條第 2 項情形，被告在沒有辯護人的情形下經歷了言詞審理時，抗告法院應發回原法院而不自行決定，除非該案經上訴法院在言詞審理程序後（第 118 條第 2 項）已做出判決。另外，對於拒絕取證的抗告是不合法的，蓋安置審查程序為自由證明程序，法院有權決定是否採取某項證據調查，此部分已如前述<sup>354</sup>。

## 第二項 暫行安置抗告

### 第一款 抗告例外規定目的

依據《德國刑事訴訟法》第 304 條第 1 項及第 305 條第 2 句，被告於不服暫行安置裁定時，可對裁定提出抗告。事實上，依據《德國刑事訴訟法》第 305 條第 1 句原則上排除了對準備性裁判以及與所做出之判決（Urteil）有密切相關之裁判（Entscheidung）進行獨立抗告的機會，其目的在於避免一個必須統一評估的裁判程序受到割裂，同時防止審判法院（das erkennende Gericht）被剝奪其程序上之權力，以利法院能統一進行迅速的審查。因此，針對審判法院在判決前所為之裁判，不論是在時間上或在內容上，都必須與判決一起被審查，但也不排除審判法院在判決前，自行對判決前的裁判進行修正<sup>355</sup>。本條所謂裁判（Entscheidung）包含第 304 條第 1 項中的裁定（Beschlüsse）和審判長（Vorsitzender）、受命法官（beauftragter Richter）或受託法官（ersuchter Richter）的處分（Verfügungen）。

然而，立法者在《德國刑事訴訟法》第 305 條第 2 句中明文列舉數種情形，認為在這些情況下，雖亦屬對判決具有準備性作用的裁判，但因會導致對於基本權利較嚴重的侵害，若待到判決時一併處理恐為時已晚，將造成無法補償的後果，使被告未獲得法律保護或僅獲得遲來的法律救濟，而實際上違背《德國

<sup>354</sup> Vgl. Schmitt, a.a.O. (Fn. 341), § 118a Rn. 7.

<sup>355</sup> Vgl. Neuheuser, in: Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozeßordnung: StPO, Bd. 2, 2016, § 305 Rn. 1 ff.

基本法》第 19 條第 4 項<sup>356</sup>保障人民獲得有效法律保護的要求<sup>357</sup>。故立法者特別於《德國刑事訴訟法》第 305 條第 2 句，規定作為排除抗告之例外的數項情形。《德國刑事訴訟法》第 126a 條的暫行安置即為其中之一，蓋暫行安置為暫時性拘束人身自由處分，若不予以即時審查，待審判結束後方做出無須進行暫行安置之裁定，將對訴訟程序進行中之被告造成嚴重無法彌補的侵害。故與暫行安置相關的裁判，亦屬於第 305 條第 2 句得於審判前提起獨立抗告的裁判類型。所謂與暫行安置相關的裁判，包含所有實際上伴隨著對於被告依據第 126a 條進行暫行安置而生的裁判，包括暫行安置的存續、維持、停止執行或撤銷等。不過，此不包括僅是對於被告進行精神鑑定的裁定，因為這不會導致對於身體完整性侵害；相對地，如果是為準備鑑定意見而安置被告時（《德國刑事訴訟法》第 81 條），就不屬於前述純粹的精神鑑定，其涉及對被告人身自由等基本權干預<sup>358</sup>。

## 第二款 抗告程序

提起暫行安置的抗告，沒有時間限制，並應向為裁定之法院，或裁定之審判長所屬法院，以書記處製成筆錄或書面形式提起（《德國刑事訴訟法》第 306 條第 1 項）。另外，雖說明抗告理由不具強制性，但辯護人最好能將被告之抗告目的清楚合理的呈現，並於必要時對於其在無正當理由下未被給予充分閱卷權提出異議，以便向法院陳明就被告觀點而言，在事實上或法律上為何應撤銷暫行安置或其他要求，使法院能就此仔細審查，同時亦可於抗告理由中便考量到將來提起憲法訴訟的可能性，而主張可能受到干預的基本權<sup>359</sup>。若辯護人於提出抗告時表示將隨後補上理由，則法院須予以一合理期限，或待合理期

<sup>356</sup> 《德國基本法》第 19 條第 4 項：「任何人之權利受官署侵害時，得提起訴訟。如別無其他管轄機關時，得向普通法院起訴，但第十條第二項後段之規定不因此而受影響。」

<sup>357</sup> Vgl. Neuheuser, a.a.O. (Fn. 355), § 305 Rn. 13 ff.

<sup>358</sup> Vgl. Neuheuser, a.a.O. (Fn. 355), § 305 Rn. 20 f.

<sup>359</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 25 f.; Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 404.

間後再做出裁定，以符合《德國基本法》第 103 條第 1 項保障被告接受公平合理審判之權<sup>360</sup>。

對暫行安置的抗告向原裁定法院提起後，若法院或審判長認為抗告有理由，應進行更正程序（Abhilfeverfahren），更正原裁判，且法院須於裁判中敘明理由、通知被告，並於有考慮新事證時，聽詢檢察官之意見（《德國刑事訴訟法》第 33 條以下）；否則，應立即或至遲在 3 日內，將抗告呈交抗告法院（《德國刑事訴訟法》第 306 條第 2 項），此部分僅須呈現結果而不須附註理由，這在偵查程序中之法官裁判及受命或受託法官的裁判中同樣適用（同條第 3 項）。另外，此處的 3 日期限從法院收到抗告時便開始起算，而非法院已確定不進行更正時起，亦不因為法院認為有必要進一步調查而暫停<sup>361</sup>。不過就此期限而言，實務上常常有逾時的情況，這可能導致違反速審原則<sup>362</sup>及侵害被告人身自由基本權利。

由於暫行安置處分實際上剝奪人身自由，屬於嚴重干預基本權之暫時性處分，因此依據《德國刑事訴訟法》第 310 條第 1 項第 2 款，例外規定可透過再抗告對於安置抗告裁定聲明不服。再抗告之規定實際上反映了立法者對於主張正義的權利、加快訴訟的進行以及訴訟經濟的權衡，因而在第 310 條第 1 項中僅列舉數項立法者認為不可缺乏而選擇保障其獲得有效司法救濟的情形，此無疑屬於例外規定，須從嚴解釋<sup>363</sup>。據此，對於第 310 條第 1 項第 2 款所謂的暫行安置，應特別區別的是，其條文並未如第 304 條包含《德國刑事訴訟法》第 80 條所定為鑑定而暫行安置之情形，故解釋上為鑑定而暫時對被告安置的情況，不可依據第 310 條第 1 項第 2 款提起再抗告<sup>364</sup>。

再抗告並無時間或頻率上的限制，可針對抗告裁定維持暫行安置聲明不服，亦可對於安置令的存在表示不服，但若僅是針對停止執行安置裁定中的條件限

<sup>360</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 404.

<sup>361</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 408.

<sup>362</sup> Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 13. 03. 2002 – 2 Ws 60/02.

<sup>363</sup> Vgl. Neuheuser, a.a.O. (Fn. 355), § 310 Rn. 7.

<sup>364</sup> Vgl. Neuheuser, a.a.O. (Fn. 355), § 310 Rn. 12.

制（準用《德國刑事訴訟法》第 116 條第 3 項），則無法藉由提起再抗告進行救濟<sup>365</sup>；不過對於邦高等法院所為抗告裁定原則上也不能提起再抗告。因在經過法定的最後一審法院裁定後，案卷回到原下級法院之管轄範圍，對於所爭執事項進行修正，即便要在對於裁定程序表示異議（*Gegenvorstellung*），亦僅有在嚴重程序錯誤時才可提出，諸如侵害人民依據《德國基本法》第 103 條第 1 項所享有的聽審權。蓋此種情況下，為避免又另外提起憲法訴訟（*Verfassungsbeschwerde*），故先讓最後一審法院有修正嚴重程序上錯誤的補救機會<sup>366</sup>。

僅有用盡一切救濟手段後，方可向聯邦憲法法院（*Bundesverfassungsgericht*）提起憲法訴訟，此為特殊的補救手段，並非要成為除刑事訴訟法外，額外的救濟手段，只是作為防止並補救基本權利受侵害的最後一道防線<sup>367</sup>。基於憲法訴訟（*Verfassungsbeschwerde*）的特殊性在此適用的結果，除非有具體違反某基本權規定，否則法院不會對事實認定的部分進行審查，憲法法院審查事項包含抗告法院是否根本為審查事實、裁定是否違反某項基本權利、具爭議的裁定是否違反了剝奪自由的比例原則或忽視任意性禁止<sup>368</sup>。若欲提起憲法訴訟，須於所欲抗告之裁定送達後一個月內提起。內容上，應比照法律審上訴之形式，盡可能對案件事實做出詳細陳述，全面地解釋被告何等基本權利可能受到侵害，以便聯邦憲法法院能夠根據理由陳述，在不進一步查閱其他資料的情況下，評估是否已侵害受安置人的某項基本權利<sup>369</sup>。

### 第三項 救濟途徑之競合

#### 第一款 暫行安置審查之優先性

<sup>365</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 410 f.

<sup>366</sup> Vgl. OLG Stuttgart Die Justiz 1996, 147.

<sup>367</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 412.

<sup>368</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 414.

<sup>369</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 412 ff.

承前所述，若被告被命停止執行暫行安置，則可提起暫行安置之抗告，而不可參照《德國刑事訴訟法》第 117 條第 1 項聲請暫行安置審查；然而，若為實際上受到暫行安置執行之被告，則可以選擇第 117 條第 1 項之暫行安置審查抑或第 304 條第 4 項第 1 款之暫行安置抗告。兩項規範間如何適用，被告又應如何選擇，便出現問題。對此，《德國刑事訴訟法》第 117 條第 2 項第 1 句規定，羈押（或安置）審查具有優先權（Vorrang der Haftprüfung），因而在聲請羈押（或安置）審查之外另外提起的抗告不合法；並於第 2 句承認對於聲請審查之裁判所提起抗告之合法性，故對於聲請審查後裁定不服，仍可提起抗告救濟。之所以如此規定是希望能夠由更接近案件審理之法院，或已經接觸案件事實的法院，優先做出決定，因此讓「合法聲請」的暫行安置審查原則上優先於暫行安置的抗告程序。為呈現其優先地位，《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用第 117 條第 2 項第 1 句，否定被告於進行暫行安置審查期間提出暫行安置抗告之合法性；同時，在被告先提出抗告後，又決定向管轄法院請求安置審查時，也要求駁回原先合法提出的暫行安置抗告，且不因撤回原先的羈押審查聲請，就消除後續羈押抗告的不法性而使其變合法<sup>370</sup>。也因此，在不違背被告明確意願下，辯護人也可為被告提出抗告或安置審查。而若二人分別提起抗告與審查，其中一人撤回審查，也不會導致原抗告合法，仍須重新提出<sup>371</sup>。

不過《德國刑事訴訟法》第 117 條第 2 項第 1 句的封鎖效力（Sperrwirkung）也並非毫無限制的適用於各種情形，至少在已歷經抗告不成功，才提起安置審查程序的這種情形，不應自始被視為不合法。蓋回歸法規範制定目的，重點在於——避免須判斷狀況相近的抗告與審查同時存在，而無意阻擋個人自行運用程序上策略。另外可能有疑問的是，對於追求不同目的的安置抗告是否是合法的，例如只是針對某項安置理由有異議，而目的不在於撤銷安置令，不過此種

<sup>370</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 46 f.; OLG Hamm Beschl. v. 14. 09. 1979 – 6 Ws 173/79, OLG Stuttgart Beschl. v. 23. 02. 2005 – 1 Ws 51/05.

<sup>371</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 48.

情形毋寧是極少數<sup>372</sup>，似乎較難想像在同一時點被告於安置審查中的抗辯不在抗告程序中運用。惟若是抗告法院裁判時，不知道有安置審查的聲請，則缺乏無效理由，裁判仍有效，但可藉由後續審級法院撤銷之<sup>373</sup>。此外，從第 117 條第 2 項還可得出一項原則，即被告僅能對最近一次的暫行安置裁定進行抗告，事實上也沒理由讓被告對已經過時的（非最近一次的）安置相關的裁定進行抗告，因為可能早已爭執過其中爭點，而有違合理的訴訟程序進行秩序，且被告若對前次爭執仍有疑慮，便應於隔次抗告提出<sup>374</sup>。

## 第二款 訴訟程序中之選擇與規範適用

在被告符合條件之下，可以選擇安置審查的聲請或提起暫行安置抗告，此種程序上的多元選項，主要目的在於為基本權利受嚴重侵害之受暫行安置者提供相應的程序上權利保障，但文獻上<sup>375</sup>亦有認為此種二元模式實際上並未明顯提升救濟效率，有時反倒造成適用上的選擇困擾。在實際規範適用適用上，於不同訴訟程序階段，對兩種程序應如何抉擇以及是否聲請言詞審理，為一辯護策略問題，影響著被告最終的辯護成效<sup>376</sup>。

此種策略問題或許在提起公訴後更為明顯，例如若起訴書以暫行安置令狀上的相關事實為基礎時，即應盡量避免以安置抗告或是言詞審理的方式提出，以免形成可能的偏見<sup>377</sup>。一般在提起公訴後，所有後續的安置裁定皆會被移轉到審判法院處理（準用《德國刑事訴訟法》第 125 條），若在此之前已經提出抗告，但起訴後仍未作出裁判，則不由抗告法院做出裁定，而是將抗告重新解釋為暫行安置審查（準用《德國刑事訴訟法》第 117 條第 1 項），而由審判法院進行安置審查<sup>378</sup>。

<sup>372</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 49.

<sup>373</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 49.

<sup>374</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 51.

<sup>375</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 117 Rn. 3.

<sup>376</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 405.

<sup>377</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 420.

<sup>378</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 419.

在審判期日期間（*Hauptverhandlung*），仍可隨時聲請安置審查，僅是無法聲請言詞審理（《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用第 118 條第 4 項）。若法院依職權認為有言詞審理之必要，亦可於審判期日以不公開審理的方式，對安置理由及違法行為進行證據調查<sup>379</sup>。若審判法院未撤銷安置令或為命停止執行暫行安置，可依據《德國刑事訴訟法》第 305 條第 2 句進行抗告，對於審判法院於判決前之暫行安置裁定進行抗告。若審判法院無意行更正程序，則最遲於 3 日內將案卷呈交抗告法院（《德國刑事訴訟法》第 306 條第 2 項）。不過在審判期日進行中，抗告法院僅能進行有限的審查，因審判期日中有關暫行安置的決定，皆受到審判中證據調查結果影響，抗告法院對於審判法院所做裁定進行審查時亦同<sup>380</sup>。且由於抗告法院本身無法直接親自觀察證據調查過程，審判法院在審判期日間做出的暫行安置審查，須列出具有重大理由認為於法定狀態下實行違法行為，及其他暫行安置問題之所有重要證據調查結果<sup>381</sup>。由此亦可知，在審判期日中提出安置審查，除非證據調查中得出消除具重大理由之認定才可能對被告較有利，否則在此階段或許須思考審判法院是否將受到對案件印象的影響<sup>382</sup>。

最後，事實審上訴（*Berufungsverfahren*）時，案卷依據《德國刑事訴訟法》第 321 條呈交給上訴法院，此時若尚有未做出裁定的暫行安置抗告，須交由事實審上訴法院負責，且重新解為暫行安置審查程序，原抗告法院不另外做出裁定。在事實審上訴法院負責後，未進入審判程序前，其將以案卷為基礎進行審查。於此情形下，若碰巧由先前的抗告法院負責事實審上訴，似乎亦僅在出現新事證的情況下，方有提起暫行安置抗告或言詞審理之必要。在事實審上訴法院做出決定後亦可對其關於暫行安置之裁定提出抗告。而在法律審上訴時，一般仍由最終審事實法院進行審查（《德國刑事訴訟法》第 126 條第 3 項），除

<sup>379</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 422.

<sup>380</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 426; Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 59.

<sup>381</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 425.

<sup>382</sup> Vgl. Münchhalffken/Gatzweiler, a.a.O. (Fn. 324), Rn. 424 f.

非其在未進一步調查的情況下便準用《德國刑事訴訟法》第 120 條第 1 項，撤銷了安置令及上訴判決。

### 第三節 繼續安置審查與審查要件爭議



承上述，經《德國刑事訴訟法》第 126a 條準用第 117 條之安置審查聲請，為被告於暫行安置中皆可向法院請求審查之聲請權利。然而，在暫行安置近六個月，而管轄法院認為有必要繼續羈押或檢察官對此提出聲請時，管轄法院應透過檢察官將案卷呈交邦高等法院。此時，管轄法院參照《德國刑事訴訟法》第 120 條及第 116 條，對於暫行安置的持續性職權審查權限也將終止<sup>383</sup>。

#### 第一項 繼續安置審查（Unterbringungsüberprüfung）目的

《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句附條件準用第 121 條及第 122 條，在暫行安置滿六個月後，欲繼續暫行安置須由邦高等法院負責審查「暫行安置之要件是否繼續成立」，決定是否繼續進行。有限制準用的結果，使暫行安置之繼續審查與繼續羈押審查之內容有所差異，因此在進入繼續安置審查前，本文欲先回歸繼續羈押審查制度，探討其意義與目的，再進一步分析繼續暫行安置審查不同之處。事實上，《德國刑事訴訟法》第 121 條繼續羈押審查是為限制羈押的期限，雖德國法上沒有絕對的最高期限，但 1964 年引進該條目的在於敦促刑事追訴機關有效加快調查，同時保障考量被告的基本權利。該規定是源於《歐洲人權公約（Europäische Menschenrechtskonvention）》第 5 條第 3 項第 2 句，按該條意旨被逮補之被告有權在合理期間內受審或在審判期間中獲釋。大致上，繼續審查的規範屬於一種較特別的比例原則體現方式，著重在對期限的限制，不受到可能的終局判決結果影響<sup>384</sup>。

<sup>383</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 117 Rn. 13.

<sup>384</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 121 Rn. 1.

依據《德國刑事訴訟法》第 121 條進行的繼續羈押審查必須進行羈押本身要件與特殊要件審查通過，且認為繼續羈押具有正當性後，才能基於同一犯罪在已經羈押六個月後繼續羈押被告；亦即法院除了須審查羈押要件仍持續存在外，尚須考量個案情形是否因為「偵查之特殊困難或特殊範圍」或其他重要原因，方導致判決仍無法作成，此為繼續羈押之特殊要件。蓋羈押為基於刑事司法程序有效運作考量，而進行的嚴重干預人身自由處分，延長羈押毋寧是例外情形，自應嚴格限制之。據此，在繼續羈押審查的判斷上，若犯行相當嚴重，輕微的程序性延誤可能成為繼續羈押的理由，但若為可歸咎於國家的重大且可避免之程序延誤，即使為嚴重犯罪並預期會有重刑，亦不能成為維持長時間羈押之理由<sup>385</sup>。相對地，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句明文規定附條件準用第 121 條、第 122 條，於繼續暫行安置審查時，邦高等法院僅考量「暫行安置的要件」本身是否繼續成立。此意味著儘管訴訟程序出現嚴重且可歸責於國家的拖延情形，若權衡延遲程度和嚴重性與被告對公眾構成的危險，特別是在高價值法益將受到危害的情形下，認為有必要時，仍可維持安置令<sup>386</sup>。

然而，即便規範適用上存在差異，由人身自由之基本權（《德國基本法》第 2 條第 2 項第 2 句）結合法治國原則而產生的速審請求權（Anspruch auf Beschleunigung），也應適用於受暫行安置之被告<sup>387</sup>。據此，於羈押案件中，為避免在欠缺終局判決情況下過度剝奪自由而應儘速處理的原則，同樣應適用在暫行安置的情形下<sup>388</sup>。《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句的附條件準用規定，僅是立法者基於暫行安置主要在於保護公眾，與羈押著重於確保訴訟程序之目的有異，因而將二者之繼續審查標準予以不同規範。故進行繼續安置審查時僅考量安置要件是否繼續存在，評估受處分人的危險性或案件的重要性等情況，以保障公共安全，不以有第 121 條第 1 項之特殊情形為要件；而是在

<sup>385</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 121 Rn. 1.

<sup>386</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 50.

<sup>387</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 51; OLG Koblenz, Beschl. v. 08. 05. 2006 – 1 Ws 247/06.

<sup>388</sup> Vgl. OLG Koblenz, Beschl. v. 08. 05. 2006 – 1 Ws 247/06.

於比例原則審查時，權衡程序性延誤的狀況，以使追訴機關儘速有效處理案件<sup>389</sup>。因而實務案例上，在被告並非高危險之違法行為人，且調查難度、廣度皆無特別困難之案件中，法院對於一個僅需於一日左右審判時間的案件，拖延將近兩個月未推進訴訟程序，即認為不應繼續安置<sup>390</sup>。另外，對於剝奪人身自由處分之期限方面，雖《歐洲人權公約》並未設定期限，但歐洲人權法院曾指出，根據經驗法則「一年」可能為一約略的標準<sup>391</sup>，亦可為繼續暫行安置審查時提供參考基準。

## 第二項 繼續安置審查程序

關於繼續安置審查之程序規範，主要依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句準用第 122 條之規定，本文以下依序就程序開啟、程序中對於被告之權利保障，以及裁定繼續暫行安置後被告之程序上保障進行探討。

### 第一款 程序開啟

準用《德國刑事訴訟法》第 122 條第 1 項規定之下，若管轄法院認為有繼續暫行安置之必要，或者經檢察官聲請，便須由管轄法院透過邦高等法院之檢察官，將案卷呈交給邦高等法院。案卷經呈交後，6 個月之期限參《德國刑事訴訟法》第 121 條第 3 項第 1 句規定停止計算。儘管邦高等法院不能主動依職權做出《德國刑事訴訟法》第 121 條的繼續審查，但也不排除在例外情況下，例如辯護人向邦高等法院請求時，由邦高等法院要求呈交案卷<sup>392</sup>。

若在暫行安置的抗告程序下，繼續安置的審查權限將優先於抗告程序。故若管轄法院顧及 6 個月期限將屆滿，仍應先將案卷呈交邦高等法院，以及時進行繼續安置審查；在後者之程序中，亦能同時對是否存在拖延程序之疑慮進行

<sup>389</sup> Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 21. 08. 2007 – 3 OBL 86/07 (42) (3 Ws 486/07); BT-Dr 16/1110, S. 18.

<sup>390</sup> Vgl. KG, Beschl. v. 25. 09. 2015 – (5) 141 HEs 73/15 (4/15).

<sup>391</sup> Vgl. EGMR (Vierte Sektion), Urteil v. 08. 02. 2005 – 45100/98, Rn. 117.

<sup>392</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 122 Rn. 4.

周全評估，以保障被告之權利<sup>393</sup>。另外，在因管轄法院認為有必要繼續安置的情形下，須於呈交案卷前，先審查是否存在須撤銷安置令或停止執行之情事。至於其審查範圍，在羈押的情形下或有疑問，亦即除對於羈押一般要件的審查外，是否亦及於第 121 條第 1 項之特殊要件（特殊困難、特殊範圍、合比例性）？針對此問題，若認為此屬於立法機關賦予邦高等法院之專屬權限故應不及於特殊要件，將忽略管轄法院進行判斷時，原則上本即須基於比例原則，留意是否有程序性延誤的問題，並在嚴重拖延時撤銷令狀，故應無須特意排除<sup>394</sup>。此在暫行安置的情況下，雖因有限準用的明文規定而在規範上未及於特殊要件的部分，但法院對暫行安置要件進行初步審查時，其考量範圍亦無須特意排除。相對地，在檢察官聲請時，法官並無進行初步審查之權利，即便其與檢察官意見不同仍須呈交案卷<sup>395</sup>。

根據第 122 條第 1 項之規定，管轄法院應通過邦高等法院檢察機關向邦高等法院呈交案卷，而檢察機關須先確認其是否有必要撤銷安置令，或是否認為有必要將案卷呈交給邦高等法院<sup>396</sup>。在緊急情況下，管轄法院亦可直接將案卷呈交邦高等法院，再由邦高等法院事後聽詢檢察官意見。<sup>397</sup>若在案卷呈交時檢察機關或管轄法院有收到更多資料，亦須隨後呈交。

## 第二款 法院審查

承上所述，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句準用第 121 條第 1 項立法意旨於繼續安置審查時，由邦高等法院就暫行安置是否繼續存在之要件進行審查，若要件繼續存在，方得基於同一違法行為繼續執行暫行安置逾六個月。惟審查首先須確認該規範適用之範圍，包含實際上符合受審查資格的

<sup>393</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 122 Rn. 6 f.

<sup>394</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 122 Rn. 8.

<sup>395</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 122 Rn. 9.

<sup>396</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 122 Rn. 10.

<sup>397</sup> Vgl. Schultheis, in: Hannich/Appel/Bader, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 2019, § 122 Rn. 5.

安置令以及審查所涵蓋的時間範圍，以及該條所謂「同一犯罪（違法行為）」之意義為何，以下分述之。

## 第一目 符合審查資格的令狀



僅有合法簽發的令狀才能成為繼續審查的對象，若安置令本身不合法，則不在規範審查範圍內。例如，在延長令狀期限的情形，應屬於一新的令狀而仍須適用《德國刑事訴訟法》第 115 條之程序保障，由法院訊問被告並對其曉示不利情形等。若個案中未遵守第 115 條的要求，則邦高等法院僅能審查最初之令狀，後續延長之令狀不可作為繼續審查之對象<sup>398</sup>。另外，若是令狀中未清楚載明被告施行違法行為的情形，以至於根本無法認定基於公共安全而需暫行安置的理由，則因繼續安置審查程序不同於抗告程序，邦高等法院無法對於簽發令狀之理由進行調整，而僅能將案卷發回原法院或撤銷令狀<sup>399</sup>。在令狀之狀態未隨訴訟過程更新時，若所涉及之罪名仍存在，仍可由邦高等法院先根據所呈交之案卷進行審查，惟僅能就令狀所列之罪名進行考量；反之，若經偵查結果有關罪名已改變，則因邦高等法院不能在此程序中簽發新的令狀，故僅能將案卷退回管轄法院。

## 第二目 期限計算

依據《德國刑事訴訟法》第 121 條進行審查，尚須考量令狀執行期間是否計算的問題。對於是否逾 6 個月的期限計算，涉及起算日與期間屆滿日之計算方式、過程中有無中斷、以及須列入計算之期間包含何者等事項。

對於 6 個月的期間起算日，一般認為自簽發令狀始開始計算，而非從逮捕行為人時開始。不過關於簽發令狀當天是否也要計入 6 個月的期間內，抑或依照《德國刑事訴訟法》第 43 條第 2 項期日計算方式，將與最後月分之相同期日作為期間屆滿日，存在不同意見。實務上多採前者，將起始日亦計入 6 個月期

<sup>398</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 121 Rn. 11; BVerfG, Beschl. v. 20. 09. 2001 – 2 BvR 1144/01.

<sup>399</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 121 Rn. 12; OLG Koblenz, Beschl. v. 21. 12. 2005 – BL 51/05; OLG Stuttgart, Beschl. v. 24. 01. 2002 – 5 HEs 20/02.

間內<sup>400</sup>。有關期間暫停的部分，若未停止執行或邦高等法院未命繼續安置，則安置令應在 6 個月屆滿後被撤銷（《德國刑事訴訟法》第 121 條第 2 項）。若在期間屆滿前已經開始審判期日，期間停止計算直至判決宣佈。因此，如果審判法官在 6 個月的期限內確定了審判期日，並宣佈判決結束訴訟程序，便不會進行繼續安置審查，亦無須向邦高等法院呈交案卷；即便一審判決在事實審上訴或法律審上訴程序被撤銷亦同<sup>401</sup>。另外，儘管法院判決因審判程序已做出判決而不進行繼續安置審查，若對於速審原則的遵守有疑義，仍可透過抗告程序加以審查。<sup>402</sup>

在審判程序並未做出判決而是因故被停止的情形下，期間從因審判程序暫停時接續計算。惟在審判程序中斷後，應儘速將案卷呈交邦高等法院，並在邦高等法院作出裁判前，期間亦停止計算（《德國刑事訴訟法》第 121 條第 3 項第 3 句）。若案卷已在 6 個月屆滿前呈交邦高等法院，而審判期日安排在原先將屆滿之日不久後，此時，雖依據《德國刑事訴訟法》第 121 條第 3 項第 2 句於審判期日開始時之期間亦停止計算，是指原期間屆滿前，但亦可由此看出邦高等法院之繼續羈押（或安置）審查權，隨審判期日開始而結束。蓋此時被告將可透過審判程序獲得應有之程序保障及救濟方法，審判法官須在審判期間內審查有無第 121 條第 1 項之情事<sup>403</sup>。

最後，除單一令狀執行期間的計算，在因案情變化而須轉換令狀時，不同令狀間之執行期間亦須累計。

### 第三目 「同一犯罪（違法行為）」意義

法律上並未定義《德國刑事訴訟法》第 121 條第 1 項的「同一犯罪（或在暫行安置時應指違法行為）」，惟此處應不同於《德國刑事訴訟法》第 264 條

<sup>400</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 121 Rn. 17.

<sup>401</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 121 Rn. 18; OLG Zweibrücken Beschl. v. 06. 04. 2010 – 1 HEs 2/10, BeckRS 2010, 11064.

<sup>402</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 121 Rn. 18.

<sup>403</sup> Vgl. OLG Hamm Beschl. v. 10. 07. 2012 – III-1 Ws 336/12; KG, Beschl. v. 08. 11. 2006 – (4) 1 HEs 59/05 (43–47), 49/06.

中所謂的判決對象（Gegenstand des Urteils），而須為廣義解釋以防止令狀上對於罪名的保留<sup>404</sup>。申言之，若將「同一犯罪」等同「判決對象」，將造成繼續羈押（或安置）審查所列範圍較限定，非屬此意義下的「同一犯罪」便非審查對象，應發回原法院考慮重新簽發新的羈捕（安置）令。惟若依此方式，將使繼續羈押審查較難進行，轉而透過簽發新的羈捕令，並且計算新的「六個月」期限，如此一來，可能使偵查機關藉此於最初偵查發現新罪名時暫時保留罪名，不列在聲請之令狀中，待期限將至再以該新罪名聲請新的羈捕令，迴避繼續羈押（或安置）之嚴格審查標準<sup>405</sup>。故同一追訴機關所發出的不同羈捕令，不意味著其可相繼進行，若在簽發原令狀時，即已知悉另一罪名，並不另外開啟 6 個月的期限<sup>406</sup>。

問題在於，如果在 6 個月的期限屆滿後，才出現具重大嫌疑之新罪名抑或具重大理由認為於無責任能力狀態下實行之違法行為，羈捕令或安置令的期限應該從何時開始計算。以羈捕令為例，有認為新的羈捕令或僅為涵蓋更多罪名而被延長的羈捕令，該令狀期限應重新起算，並自可以簽發新的羈捕令或可以延長原來的第一個羈捕令時（即「準備簽發令狀（Haftbefehlsreife）」時），開始重新計算，以避免因原先羈捕令不夠充分，造成無法繼續羈押審查的問題<sup>407</sup>。但須排除相續性行為總體（Serienstrafaten），於此情形下不另外起算新的六個月期限<sup>408</sup>。另有認為，即使在發出羈捕令後，對被告另一罪行產生重大嫌疑，也不會開啟新的 6 個月期限，蓋即使在羈捕令擴大包含後續罪行，原來的罪名仍然是第 121 條第 1 項所謂「同一犯罪」的一部分，被告仍是基於此而被羈押<sup>409</sup>。實務上多採取前者，此意味著新的六個月期限起算點，從簽發新羈捕令之要件存在時，或延長羈捕令之要件存在時起算，然而實際上難以確定究竟是在

<sup>404</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 121 Rn. 26.

<sup>405</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 121 Rn. 26.

<sup>406</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 121 Rn. 27.

<sup>407</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 121 Rn. 29; OLG Koblenz, Beschl. v. 03. 01. 2001 – (1) 4420 BL – III – 71/00.

<sup>408</sup> Vgl. KG, Beschl. v. 12. 09. 2005 – (3) 1 HEs 147/05 (52/05).

<sup>409</sup> Vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14. 02. 2003 – 1 HEs 41/03.

哪一時點出現了對於罪名的重大懷疑，這將導致呈交案卷時點無法確定，從而違反繼續羈押審查的意義與目的，當以後者較可採<sup>410</sup>。惟若是在羈押執行結束後，無論是基於原羈捕令被撤銷抑或停止執行，被告才犯下新的罪行或此後才被偵查機關發現，則因這些罪名不可能是先前羈捕令的對象，因此並非第 121 條第 1 項所謂的「同一犯罪」<sup>411</sup>。

### 第三款 程序上權利保障

繼續安置審查決定涉及是否對於被告人身自由之干預，在程序上須給予被告充分的權利保障，包含程序中的聽審權保障、被告受辯護的權利，以及法官須遵守闡明決定理由、告知被告等程序。相關的權利保障依據參照《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句準用第 122 條之規定。

#### 第一目 聽詢與言詞審理

首先，為保障聽審權，《德國刑事訴訟法》第 122 條第 2 項第 1 句規定邦高等法院在作出決定前必須聽詢被告及其辯護人之意見，這是針對邦高等法院裁定前給予被告的聽審權保障；對比同條第 1 項中關於管轄法院的呈交案卷程序中，則未有須聽詢被告及其辯護人之規定。儘管如此，多數情形下，邦高等法院會將繼續安置裁定連同管轄法院呈交令一併送達辯護人，並給予一週的陳述期限（若時間不足再由被告或辯護人向邦高等法院聲請延期）<sup>412</sup>。此作法可使被告充分得知邦高等法院與管轄法院之認定依據，進而陳述意見，畢竟呈交案卷之法院與邦高等法院所考量之觀點未必均相同<sup>413</sup>。同時，由邦高等法院一併傳達給辯護律師，亦有助於加快訴訟程序<sup>414</sup>。

另外，被告及其辯護人依據第 122 條第 2 項第 1 句的聽審權保障，不僅針對法院的繼續羈押裁定，同時也包含提出聲請的管轄法院檢察官，以及呈交案

<sup>410</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 121 Rn. 30.

<sup>411</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 121 Rn. 31; OLG Celle, Beschl. v. 22. 05. 2001 – 32 HEs 4/01.

<sup>412</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 122 Rn. 13.

<sup>413</sup> Vgl. Hilger, a.a.O. (Fn. 14), § 122 Rn. 22.

<sup>414</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 122 Rn. 13.

卷的邦高等法院檢察官。這是基於訴訟程序中的各方，不論其陳述是否可能對於裁判結果產生影響，皆擁有對他方之陳述表達意見之機會；蓋聽審權之保障不僅在於盡可能確保裁判的正確性，更是為了確保被告的訴訟主體的地位<sup>415</sup>。也因此，雖《德國刑事訴訟法》第 122 條第 2 項第 1 句明文提及須聽詢被告及辯護人之意見，且原則上可假定辯護人之意見即為被告之意見，卻不可免除法院對於被告的通知，從而給予其獨立陳述的機會<sup>416</sup>。此外，在繼續安置審查程序中，尚須注意《德國刑事訴訟法》第 140 條第 1 項第 4 款的強制辯護要求，因而若在做出呈交決定時，發現被告沒有辯護人，法院須為其指定辯護人。

依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句準用第 122 條第 2 項第 2 句，法院對於是否採取言詞審理有裁量權，並無義務在檢察官或被告要求下進行言詞審理。惟若決定進行言詞審理，便須遵循《德國刑事訴訟法》第 118a 條之規範，包含通知檢察官、被告及辯護人，聽詢參與人意見並製作筆錄等。又依據《德國刑事訴訟法》第 122 條第 3 項第 1 句準用第 114 條第 2 項第 4 款，若邦高等法院最終決定繼續安置，法院須闡明基於公共安全而須要進行暫行安置的理由；且原則上，每次裁定都必須包含對於暫行安置要件繼續存在、對被告基本自由權與刑事訴訟中之公眾利益的權衡，以及是否合於比例原則的問題作出最新的解釋<sup>417</sup>。這一方面是為使邦高等法院的裁判能受到聯邦憲法法院的審查，另一方面也是使被告受公平審判的一種表現<sup>418</sup>。相對地，如果僅僅複製法文即認定須繼續暫行安置，而完全沒有根據法定要件進行論證，原則上會違反《德國基本法》第 2 條第 2 項第 2 句<sup>419</sup>。

## 第二目 救濟程序

<sup>415</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 122 Rn. 14.

<sup>416</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 122 Rn. 15.

<sup>417</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 122 Rn. 23.

<sup>418</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 122 Rn. 23.

<sup>419</sup> Vgl. BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 07. 08. 1998 – 2 BvR 962/98.

在邦高等法院決定繼續羈押審查後，依據《德國刑事訴訟法》第 122 條第 3 項第 2 句，直到作出將該人判處自由刑或剝奪行動自由之保安處分判決作出前，由邦高等法院管轄同法第 117 條第 1 項之安置審查。惟邦高等法院通常可能依據《德國刑事訴訟法》第 122 條第 3 項第 3 句，將管轄權移轉給管轄法院，最長期限為三個月。此外，在後續的期間中，邦高等法院仍須進行繼續安置之審查，且最遲每三個月須進行一次審查（第 122 條第 4 項第 1 句）。若個案情形不再符合繼續安置之要求，即便三個月期限尚未屆滿，邦高等法院亦有權以違反速審原則為由撤銷羈捕令，或視情形為停止安置之決定。此階段的繼續安置審查權限，同樣隨審判程序之開啟而結束。

對於邦高等法院的裁定，依《德國刑事訴訟法》第 304 條第 4 項不得抗告。若被告於安置期間被釋放，也將因程序上超越，而無法主張《德國刑事訴訟法》第 33a 條為保障聽審權之回復原狀<sup>420</sup>。此時被告僅能透過憲法訴訟（Verfassungsbeschwerde）之方式提起救濟，並須依據《憲法法院法》（BVerfGG）第 93 條至第 93c 條規定之理由。據此，被告必須於裁定送達或通知後一個月內，以書面形式附具理由，陳述其自由權如何受到直接侵犯，以及其於訴訟中便曾提出卻未成功。理由中之陳述必須詳細描述案件事實，以使聯邦憲法法院能夠僅憑其理由，評估是否有《憲法法院法》第 90 條第 1 項所述侵犯被告憲法上權利之情況<sup>421</sup>。另外，即便安置令狀被撤銷，被告仍可對於違法繼續安置進行提起憲法訴訟，其仍有確認處分違法之利益；惟此須以暫行安置已經結束，而被告不再能夠獲得對剝奪其自由處分之審查時，方可為之<sup>422</sup>。

### 第三項 繼續安置審查要件爭議

承前所述，在 2007 年以後的《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句，準用第 121 條及第 122 條繼續羈押審查之規定，但附加「由邦高等法院審查」，

<sup>420</sup> Vgl. OLG Bamberg, Beschl. v. 03. 06. 2014 – 1 Ws 101/14.

<sup>421</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 122 Rn. 35.

<sup>422</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 151), § 122 Rn. 36.

暫行安置要件是否繼續成立」之但書，此導致暫行安置的在逾六個月後要繼續維持的審查標準嚴格程度似乎與羈押不相同，遂產生是否須有限制準用繼續羈押審查，抑或應完全準用同法第 121 條及第 122 條規定之問題。針對此問題，下文先就該有限制準用規定之來源進行探討，進而透過前文（第二章第一節第三項）所提及的暫行安置制度可能涉及之《德國基本法》以及《歐洲人權公約》相關原則，釐清暫行安置與羈押之性質差異，以便思考在此性質差異下，有限制的準用的結果，是否可能導致違背前述基本權保障的相關原則，而實際上宜完全準用繼續羈押審查的規定。

## 第一款 有限性準用羈押規定

依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句，繼續暫行安置審查準用同法第 121 條及第 122 條之規定，並附上但書規定。不過這樣的狀態並非自始即然，事實上在 2007 年以前，《德國刑事訴訟法》第 126a 條暫行安置的規定中並未準用第 121 條及第 122 條關於繼續羈押審查的規定，這或許是因為在 2000 年第 126a 條生效時，關於制裁法上對矯治（Verbesserung）的想法已偏向保安政策的考量，最初重視的個人基本權利和執行上合比例性，反倒退居其次，這點尤其反映在當時部分邦所提出的草案中<sup>423</sup>。然而，此後聯邦憲法法院曾陸續對當時《德國刑法》第 67 條保安處分執行上的部分規定，因未設有時間限制等因素而宣告違憲<sup>424</sup>。

受到聯邦憲法法院裁判的影響，當時也提出刑事法上保安與矯治處分的相關修正法案，就刑事訴訟法而言，聯邦參議院（Bundesrat）2002 年提出的草案曾訂定《德國刑事訴訟法》第 121 條之羈押審查程序準用於第 126a 條的暫行安置，以使期限控制上合於比例原則（Verhältnismäßigkeitsprinzip），同時速審原則（Beschleunigungsgrundsatz）也將透過第 121 條、第 122 條在第 126a 條的準

<sup>423</sup> Vgl. BRDrs. 775/01; Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 20.

<sup>424</sup> Vgl. BVerfGE 91, 1.

用中獲得實現，保護公眾安危的部分同樣不受影響，而交由各邦行政領域的安置法（die Unterbringungsgesetze der Länder）負責規範<sup>425</sup>。對此，聯邦政府（Bundesregierung）表示反對，認為確保人民安危仍須作為首位考量。往後聯邦政府另提出草案<sup>426</sup>，仍重視公眾保安的概念，並且為了能公正判斷被告的特殊危險性，僅能由邦高等法院（OLG）對令狀進行審查。此案雖被聯邦議院否決，但嗣後聯邦議院所提新草案就《德國刑事訴訟法》第 126a 條的部分與該案並無不同<sup>427</sup>，最終聯邦政府另一提案<sup>428</sup>於 2007 年 4 月 27 日由聯邦議院通過<sup>429</sup>。

根據該草案<sup>430</sup>的意見，規定附條件準用《德國刑事訴訟法》第 121 條及第 122 條的原因在於，暫行安置的目的與羈押目的不同，不是為了確保訴訟程序的進行，而是為了保護公眾（der Schutz der Allgemeinheit），因此在審查要件上予以不同的規定。在有限制準用的結果下，超過六個月便須進行審查的機制為比例原則的體現，受安置人的危險性僅能作為影響因素之一，而不可為繼續維持暫行安置的決定性標準。藉此在督促檢察官加速處理案件的同時，也兼顧精神醫學鑑定程序耗時較長的實務上困難。在該法案通過後，實務上亦存在不少支持的見解，贊同《德國刑事訴訟法》第 121 條的有限制準用規定，因其認為該制度重點在於國家保護公眾之義務。從此角度而言，釋放受安置者可能會對社會公眾形成高度身體法益的侵害，而釋放一般受羈押之人雖可能形成可避免的程序延誤，進而危及羈押為確保刑事訴訟程序進行之目的，但相對於前者將形成的的高度身體法益侵害而言，後者對無法確保程序進行的結果毋寧較可被接受，因為國家有義務保護公眾免於受安置者對社會形成的危險<sup>431</sup>。此外，採此觀點者更認為，過去在 2007 年通過繼續安置審查前認為可避免的程序性延誤應使暫行安置被撤銷之意見，在新法規定下已被否決；不過並非指完全不適

<sup>425</sup> Vgl. BRDrs. 14/8200, Begründung S.12.

<sup>426</sup> Vgl. BRDrs. 400/05.

<sup>427</sup> Vgl. BRDrs. 16/1344 S.10.

<sup>428</sup> Vgl. BRDrs. 16/1110.

<sup>429</sup> Vgl. BRDrs. 318/07 (GesetzesBeschluss).

<sup>430</sup> Vgl. BRDrs. 16/1110.

<sup>431</sup> Vgl. OLG Hamm, 3 OBL 86/07.

用《德國基本法》第 2 條第 2 項及《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項關於人身自由保障及合理審判程序期間的戒命，僅是這些因素將在考量是否繼續維持暫行安置時，被置於比例原則的脈絡下探討<sup>432</sup>。惟對於上述觀點，文獻上<sup>433</sup>有提出不同看法，並自暫行安置所涉及之基本權保障以及其與羈押間之差異進行論述，下文亦將藉此脈絡繼續分析此問題。

## 第二款 繼續羈押審查制度

### 第一目 繼續羈押審查概述

《德國刑事訴訟法》第 121 條的羈押審查制度，是在 1964 年經《刑事訴訟法及法院組織法修正法案（Das Strafprozessänderungsgesetz）》引入，目的在於遵守《歐洲人權公約》上對於刑事程序權利保障的相關要求，藉由內國法加以具體化<sup>434</sup>。由於法院命羈捕令時，執行羈押的過程將嚴重侵害受羈押人的基本權利，因此民主法秩序下，為保護個人人身自由，特別是在無罪推定原則的考量下，必須持續對剝奪自由要件存在以及維持進行審查，《德國刑事訴訟法》第 121 條的特別羈押審查便是在此一概念下之產物<sup>435</sup>。就繼續羈押審查之標準而言，依據《德國刑事訴訟法》第 121 條第 1 項在羈押執行已滿 6 個月的情形下，僅在有「偵查之特殊困難或特殊範圍」或者「其他重要原因」，導致判決無法作成，且繼續羈押仍具正當性時，才得基於同一犯罪繼續羈押被告。事實上，在羈押審查制度的發展過程中，也出現過不同的審查標準，過去曾將重點偏重於提起公訴的期限，雖重罪輕罪有異，但最遲皆須於四星期後提起公訴。不過這樣的設定造成案件在不夠確定的基礎上，被起訴或開始對嫌疑人進行強制處分，最後反倒造成訴訟程序的延長，與最初加快訴訟程序及改善被告權利之意旨相悖，並將問題轉移到審判程序中<sup>436</sup>。直到 1926 年改革時，因國會議員

<sup>432</sup> Vgl. OLG Hamm, 3 OBL 86/07.

<sup>433</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 23.

<sup>434</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 109.

<sup>435</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 105.

<sup>436</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 109.

於羈押中病亡的事件，使審前羈押制度受到重視，首次考量到審前羈押的總時間，而不僅僅限於起訴前。姑且不論中間納粹政府時期之法律，1964 年對於羈押期間程序保障，除規定《德國刑事訴訟法》第 117 條的一般羈押審查程序外，並加入第 121 條的特別羈押審查程序，即與現行版本差異不大，強調須存在一般要件，加上調查困難或具備刑事司法程序重大利益等原因導致判決尚無法做成，方可在六個月後維持羈押<sup>437</sup>。

《德國刑事訴訟法》第 121 條羈押審查制度本身，其實面臨著受處分人自由保障與國家刑事追訴利益間之衝突<sup>438</sup>。就受羈押人的權利保障而言，藉由羈押審查制度的落實，也是為使羈押制度能符合《歐洲人權公約》及《德國基本法》上的要求。這首先涉及《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項第 2 句，關於被羈押者在合理時間內被判刑或在訴訟期間被釋放的權利，並且隨著羈押期間的拉長，更加重法院闡明理由的義務。這同時也是出於無罪推定原則的考量，蓋在未依法確定為有罪之前，被告皆被推定為無罪，則勢必須對其人身自由的拘束闡明正當理由。不過《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項第 2 句沒有對於羈押最長期限的要求，《德國刑事訴訟法》第 121 條也僅規定了一個原則上的最長期限。針對羈押期間的適當性問題，參歐洲人權法院裁判情形，這決定取決於個別案件<sup>439</sup>。因此，即使是很短的羈押期間，在個案情況下也可能是不合乎比例原則的。另外，《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項第 2 句的期間計算是指從逮捕到釋放，或初次審判時對被告人進行判決的時期。

誠如上文所述，關於暫行安置之公約要求，與《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項第 2 句相似的是《歐洲人權公約》第 6 條第 1 項第 1 句，本條包含要求締約

<sup>437</sup> Vgl. BT Drs. IV, 178, S. 5: Abs. 1: Solange kein Urteil ergangen ist, das auf Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehende Maßregel der Sicherung oder Besserung erkennt, darf der Vollzug der Untersuchungshaft wegen derselben Tat über sechs Monate hinaus nur aufrechterhalten bleiben, wenn 1. deren allgemeinen Voraussetzungen fortbestehen, 2. die Schwierigkeiten der Untersuchung oder wichtige Belange der Strafrechtflege die Fortdauer der Haft erfordern. [...]; Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 113 ff.

<sup>438</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 105.

<sup>439</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 117; EGMR Urt. v. 08. 04. 2004 (Belchev/Bulgarien) 39270/98 Nr. 82: vier Monate, 14 Tage; EGMR Urt. v. 09. 02. 2006 (Freimanis u.a./Lettland) 73443/01 Nr. 92: bei drei Jahren und drei Monaten schon für sich genommen problematisch.

國須在合理時間內判決的規定，其目的是為了確保被告向法院提出救濟的權利以及公平審判<sup>440</sup>。在起算時間上，則與前述條文相異，取決於受處分人受正式傳喚或以其他方式告知其涉嫌刑事犯罪而被調查之時點，而結束日須待終局判決確定。在判斷國家維持羈押的決定是否導致訴訟程序逾越合理的時間，而違反《歐洲人權公約》第 6 條第 1 項第 1 句時，重點並非罪行的嚴重程度或羈押原因，毋寧是考量特殊重大原因存在與否。只有可歸咎於國家的拖延才會導致違反《歐洲人權公約》第 6 條第 1 項第 1 句<sup>441</sup>，被告之行為不予以考慮，蓋被告本就無義務協助對於自己刑事案件之追訴（*das nemo tenetur Grundsatz*）。總而言之，國家有義務建立一套能合乎《歐洲人權公約》第 6 條第 1 項第 1 句之司法制度，以保障被告權利<sup>442</sup>。除此之外，各個締約國須監督對《歐洲人權公約》所規定權利的保障情況，並提供法律救濟手段以確保公民能實現這些權利，依據《歐洲人權公約》第 13 條<sup>443</sup>開放個人提出上訴的權利。

就內國法觀點而言，繼續羈押審查制度涉及《德國基本法》第 2 條第 2 項關於人身自由之保障及限制之前提。從而對於《德國基本法》上所保障權利之干預，亦須遵守比例原則之限制；同時須遵守速審原則的要求（*Beschleunigungsgebot*），這雖無法從《德國基本法》之特定條文中得出，但不論是從公平審判原則及無罪推定原則之觀點，或從《德國基本法》第 2 條第 2 項第 2 句結合第 104 條，皆可得出其憲法地位；甚至是《德國基本法》第 1 條第 1 項的人性尊嚴保障，蓋若無視羈押期間的限制，而僅將被告作為刑事訴訟程序上純粹的客體，將構成對被告人性尊嚴的侵犯。透過《德國刑事訴訟法》第 121 條的羈押審查制度，監督國家對於速審原則的遵守，實質上不僅能使剝奪自由時間縮短而有利於被告，對受害者及國家司法有效運作亦皆具效益<sup>444</sup>。

<sup>440</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 119.

<sup>441</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 117 ff.

<sup>442</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 120.

<sup>443</sup> 《歐洲人權公約》第 13 條：「在依照本公約規定所享有的權利和自由受到侵犯時，任何人有權向有關國家機構請求有效的救濟，即使上述侵權行為是由擔任公職的人所實施的。」

<sup>444</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 121 ff.

相對於受處分人的人身自由保障，繼續羈押審查須同時考量國家刑事追訴的利益，蓋羈押制度能確保刑事訴訟程序在作出判決所需的時間內，不受干擾地進行<sup>445</sup>，因此《德國刑事訴訟法》第 121 條設定在符合特定條件下，可對於被告繼續羈押逾六個月，藉此平衡天秤兩端，以繼續羈押審查程序讓羈押受到比例原則的限制。循此脈絡，《德國刑事訴訟法》第 121 條羈押審查程序的審查重點，與其說是審查羈押的要件或限制，毋寧在於羈押的期限。文獻上遂有提出在羈押審查階段，應先假定羈押要件繼續存在，僅將重點置於《德國刑事訴訟法》第 121 條所列繼續執行羈押之特殊理由，故只要具備狹義比例性，在羈押審查階段便可先維持羈押，至於羈押要件是否欠缺則透過抗告的形式，聲請審查羈押要件<sup>446</sup>。但此看法並不可採，蓋這將導致邦高等法院即便在知道不符合羈押前提的情況下，仍繼續命羈押，將與羈押審查制度的本身意旨相違背<sup>447</sup>。故即便本條著重在考量偵查機關是否適當進行偵查工作，以及偵查之特殊困難或特殊範圍或其他重要原因，但羈押要件及比例性仍為繼續羈押的基本前提。

《德國刑事訴訟法》第 121 條第 1 項所提及的特殊要件包含「偵查之特殊困難或特殊範圍」或者「其他重要原因」，透過前兩項例示規定可達到限制「其他重要原因」之一般條款的考量範圍。此外，該條文強調必須是上述因素導致尚無法做出判決，且能使繼續羈押獲得正當性，方可繼續拘束被告。這一「正當化」要求也突顯了繼續羈押審查的重要性，藉由審查制度檢視為了繼續進行偵查而羈押被告，是否確實適當，同時賦予國家闡明義務，此義務將隨時間增加而加重<sup>448</sup>。所謂「偵查之特殊困難或特殊範圍」包括個案中須澄清的罪行的數量和特點、調查的範圍、所需的專家意見、文件的翻譯或在涉及外國人犯罪的情況下安排口譯員，以及被告和證人之數量等；又因法條明文限於與

<sup>445</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 106.

<sup>446</sup> Vgl. Schmidt, NJW 1968, S. 2209 (2216).

<sup>447</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 107.

<sup>448</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 134.

「偵查」相關的困難，若為訴訟程序上的其他困難，例如被告抗告之間題，則不屬於此處的特殊困難或範圍<sup>449</sup>。此外，此所指障礙不限於短暫的、突發性的，如果調查的難度或範圍一直存在無可避免的障礙，同樣可能屬於此所謂之「障礙」<sup>450</sup>。就該條「其他重要原因」的部分，則須作狹義解釋，限定在與「偵查的特定範圍或其困難」具有同等重要性的情形，且為不可歸責於國家的延遲。

## 第二目 繼續羈押審查適用範圍

若要釐清繼續羈押審查制度是否須完全準用於暫行安置之情形，便須分析繼續羈押審查制度於哪些情形下適用，進而探討暫行安置是否落在這些範圍內。首先，羈押審查程序應適用於每一個依據《德國刑事訴訟法》第 114 條所簽發的羈捕令，不論其依據理由為何。不過基於「審前」羈押（Untersuchungshaft）文義解釋上的限制，《德國刑事訴訟法》第 121 條並不適用於同法第 453c 條第 2 項撤銷緩刑前之暫時羈押及引渡前之暫時羈押，因此在這些條文的準用規定中也未列出第 121 條繼續羈押審查的準用；此外，也不適用於同法第 230 條、第 236 條等被告缺席時或命被告親自到場時，所簽發之羈捕令，因為這些類型的羈捕令都是為了在審判期間進行的羈押，且審前羈押之期間計算在審判期日開始後，只要未中斷則依據《德國刑事訴訟法》第 121 條第 3 項第 2 句之規定期間停止計算<sup>451</sup>。

相對地，須適用《德國刑事訴訟法》第 121 條繼續羈押審查者，不僅包含同法第 112 條第 1 項、第 2 項在被告具有犯罪之重大嫌疑及存在逃亡、隱匿案情之危險等羈押理由，第 112 條第 3 項基於具有重大嫌疑違犯危害他人身體或生命之嚴重犯罪而羈押的情形，第 112a 條以重複違犯特定犯罪之危險為由而羈押被告的情況，亦屬之。之所以如此區別是因為，《德國刑事訴訟法》第 112 條第 1 項、第 2 項為最原始的羈押類型，目的在於為確保整體刑事程序的運行，

<sup>449</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 138.

<sup>450</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 138.

<sup>451</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 108.

及達成後續剝奪自由處分判決的執行，同時也避免加重調查事實真相困難之危險（第 112 條第 2 項第 3 款）<sup>452</sup>。多數情形下也是以第 112 條第 1 項與第 2 項的規定進行羈押，另外兩項審前羈押類型，在實務上僅具從屬地位<sup>453</sup>。首先，就《德國刑事訴訟法》第 112 條第 3 項而言，該規定與典型羈押型態略有不同，規定嚴重犯罪之羈押理由（Haftgrund der Schwerkriminalität），即對於有重大嫌疑犯下危害他人身體或生命之嚴重犯罪的被告進行羈押，條文中未要求其他羈押理由便可進行羈押，其主要目的在於澄清案情，因所列舉的犯罪都屬於嚴重犯行，其重大性本身就應成為確保偵查之理由<sup>454</sup>。但該條文經聯邦憲法法院限縮解釋，指出僅依照《德國刑事訴訟法》第 112 條第 3 項（當時第 4 項）的文意解釋將不符合《德國基本法》的意旨，不能僅將罪名嚴重性作為羈押被告之唯一理由；再者，基於比例原則的要求，法院無論如何不能忽視羈押的目的，因此，除第 112 條第 3 項的嚴重犯罪外，勢必須存在其他特殊情況，可能危及對犯罪行為的立即調查及懲罰時，方可在此情形下羈押被告<sup>455</sup>。

另一方面，《德國刑事訴訟法》第 112a 條規定以重複違反危險作為羈押理由的羈押情形，與典型羈押型態相去較遠。該條規定當被告有實施所列舉犯罪之重大嫌疑，且在判決確定前有可能實施同類型之重大犯罪或繼續實施犯罪時，為避免該危險而有羈押被告之必要的情形下，亦為羈押理由之一。《德國刑事訴訟法》第 112a 條的羈押規定與同法第 112 條著重於保障刑事訴訟程序的羈押類型不同，其主要目的在於避免再犯重罪風險對公眾所形成的危險，在目的與性質上與第 126a 條的暫行安置皆屬刑事訴訟法上較特別的規定<sup>456</sup>。蓋以重複違犯危險為羈押理由之規定，雖也能間接達成確保訴訟程序的效果，因被告在訴訟期間即可被羈押，而不能逃避國家所發動的追訴；然而，確保訴訟程序的進

<sup>452</sup>Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13. 10. 1971 – 2 BvR 233/71; Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 112 Rn. 2; Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 52.

<sup>453</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 52, 155.

<sup>454</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 52, 154.

<sup>455</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 1965 – 1 BvR 513/65; Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 112 Rn. 90; Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 52 ff.

<sup>456</sup> Vgl. Böhm/Werner, a.a.O. (Fn. 151), § 112 Rn. 2.

行並非其首要目的，本質上仍是以保護社會公眾為主的預防性措施。儘管如此，依據聯邦憲法法院的解釋，雖其目的不同，但因該條是為保護較脆弱之族群免於重大刑事犯罪之高度威脅，因此第 112a 條（當時的第 112 條第 3 項）的羈押仍具有憲法上的正當性，且在這種涉及刑事犯罪的情況下，由已經投入偵查的刑事追訴機關負責保護人民，也較能達成原先目的<sup>457</sup>。

綜上所述，只要是符合《德國刑事訴訟法》第 112 條、第 112a 條要件而依據第 114 條簽發的羈捕令，皆適用第 121 條的羈押審查程序。據此，探討繼續暫行安置之審查是否有全部準用必要時，應可從暫行安置與前述羈押類型之目的與性質等差異分析其部分準用之適當性，以及在僅部分準用繼續審查規定的情況下，是否會違反暫行安置應遵守的國際法上及內國法上基本權保障誠命，下文便接續討論暫行安置所涉之基本權保障原則。

### 第三款 有限性準用欠缺適當性

在立法理由和專家意見中，《德國刑事訴訟法》第 121 條對暫行安置有限性準用的理由是基於被告對公眾構成的危險，安置的目的不是為了保障訴訟程序，而是為了保障廣大公眾，所以不能完全依照繼續羈押審查的規定。相對地，透過不全面準用的方式，不僅能有效確保公眾安全，避免公眾安全因被告危險性而受到危害，同時能合乎速審原則的要求，因為至少安置的要件須在 6 個月後進行審查<sup>458</sup>；但另一方面，文獻上質疑此種規定無法真正確實保障依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條受安置之人於法律上應享有的權利，並且可能違反數項基本權利保障規定<sup>459</sup>。針對暫行安置準用繼續羈押審查規定是否基於其本質差異而適用不同標準，或許可從性質上與暫行安置相對接近的《德國刑事訴訟法》第 112a 條著手，蓋第 112a 條以再犯理由進行羈押，與第 126a 條同為刑事訴訟法上較偏向警察法性質的預防性措施。不過依據第 112a 條羈押時，若滿六

<sup>457</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. 12. 1965 – 1 BvR 513/65.

<sup>458</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 197.

<sup>459</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 198.

個月是完全適用第 121 條所設定的繼續羈押審查條件，除此之外更有第 122a 條最長僅能羈押一年的期限。二者既然均是依據《德國刑事訴訟法》第 114 條程序簽發，相較於典型羈押，性質上較相近，則又是基於何差異導出繼續審查上的相異標準？所存在差異是否對於審查標準確有區別必要？

承上述，下文將先探討《德國刑事訴訟法》第 126a 條與第 112a 條之差異，分析其繼續審查標準相異之必要性，若欠缺必要性則進一步探討第 126a 條僅有限性準用是否可能違反《歐洲人權公約》之規定。

## 第一目 《德國刑事訴訟法》第 126a 條與第 112a 條比較

誠如上文所述，《德國刑事訴訟法》第 112a 條相較於第 112 條為確保訴訟程序順利進行的典型羈押，性質上毋寧更接近暫時的預防性處分，但與《德國刑事訴訟法》第 126a 條的暫行安置處分相比，仍缺乏與後續保安處分的連結<sup>460</sup>。亦即，雖二者皆與過去發生的違反刑事法上的行為有關，且皆是透過以對受處分人進行干預的方式，保護公眾免於危險；不過暫行安置是特別針對在無罪責能力或減輕責任能力下，犯下違法行為的精神疾病患者，且這些人可能在之後的判決中被命某種保安處分<sup>461</sup>。

從而，雖兩種處分目的剝奪自由的前提都涉及風險的預測，但在第 112a 條的情況下以有罪責能力為前提，其所預測的是行為人的再犯風險，並且特定於某些重大犯罪類型；相對地，第 126a 條可能包含減輕責任能力及欠缺責任能力的情況，而在風險預測上則是針對被告所患精神疾病狀態可能對公眾形成的危險，所涉的違法行為須具備嚴重性，但具體犯行視個案情形而異<sup>462</sup>。另外，二者在執行上，也有很大的不同，第 112a 條的羈押是在羈押執行機構中執行；暫行安置則已經在預期將命保安處分執行的處所中執行，像是《德國刑法》第 63 條的精神病院或第 64 條的戒治所中。

<sup>460</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 193.

<sup>461</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 193.

<sup>462</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 193.



	112a	126a
適用對象	以責任能力為前提	減輕或欠缺罪責能力狀態
風險預測客體	再犯風險	所患疾病可能對公眾形成的危險
要件	對違犯刑事法規的重大嫌疑	
未來犯行類型	犯罪類型限定為某些罪行	視個案情形而異
執行機構	羈押執行機構	保安處分執行機構

綜上所述，雖第 112a 條的羈押與第 126a 條的暫行安置皆為刑事訴訟法上的暫時性預防措施，二者間仍存在諸多差異。儘管如此，針對這些差異是否成為暫行安置準用繼續審查時容許不同標準的關鍵，仍須回歸進行第 121 條繼續羈押審查的用意為何，其審查標準在第 126a 條的脈絡下，是否因暫行安置的特殊性質而允許存在差異？就此而言，《德國刑事訴訟法》第 121 條意在使羈押制度能符合《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項第 2 句的規定，使人身自由受剝奪之被告能享有合理審判期間。儘管第 5 條第 3 項第 2 句並未針對確定期限做出規定，藉由《德國刑事訴訟法》第 121 條的六個月審查機制，及該規定中所設定的繼續羈押特定事由，結合形成在羈押期限上的限制，此外在第 112a 條羈押情況下，更有一年的上限。

由此可知，德國法上藉著第 121 條的限制，實際上課予刑事追訴機關儘速澄清刑事犯罪嫌疑，並儘速結束剝奪自由處分<sup>463</sup>。在此脈絡下，既然《德國刑事訴訟法》第 121 條主要目的在於督促偵查機關儘速完成偵查工作，以符合速審原則（Beschleunigungsprinzip），則第 112a 條的羈押與第 126a 條的暫行安置在適用對象、預測風險、未來可能犯行甚或執行機構上的差異，皆與追訴機關是否盡其偵查義務儘速調查無關聯，故其審查標準應無差別對待之必要<sup>464</sup>。故結論上，《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句準用第 121 條時，不應另外設下由邦高等法院審查暫行安置要件之規定，而應完全準用第 121 條之標準，

<sup>463</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 194.

<sup>464</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 194.

只有非可歸責於偵查機關的推遲，即《德國刑事訴訟法》第 121 條中所提到的原因，才能正當化超過 6 個月時間的延期以及在該時點尚未判決，並在滿六個月後繼續對受處分人暫行安置<sup>465</sup>。



## 第二目 有限性準用違反暫行安置基本權利保障

### 一、《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項第 2 句

如同上文在暫行安置所適用之基本權保障規定中所提及，條文適用範圍包含暫行安置《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項第 2 句適用於《歐洲人權公約》第 5 條第 1 項第 c 款所謂的剝奪自由行為，無論受剝奪自由處分之理由為何，受處分人享有在合理時間內接受審判及被釋放的權利。這是為了確保被告自由權不受國家任意或違法干預，而在法治國原則下，由法院對於剝奪自由的情形進行審查，若隨著剝奪自由的時間增加而不再適合繼續，便應強制釋放被告。

有限性準用的結果使得繼續暫行安置審查時，僅僅第 126a 條原先規定的安置要件，而不以存在特殊理由為繼續僅行暫行安置的前提，不須另外附具繼續安置的特殊具體理由。但隨著暫行安置時間越來越長，也會要求更強而有力的理由作為繼續暫行安置的基礎，故僅僅符合暫行安置的要件應無法再作為繼續暫行安置的充分理由<sup>466</sup>。即便認為暫行安置的情況下，可能因為被告患有精神疾病而具有特殊危險性，但誠如前述，此問題與第 121 條所設定之限制無關，且亦無證據能證明《德國刑事訴訟法》第 112a 條的再犯風險相較受暫行安置者所形成的危險而言，對於整體社會較無影響<sup>467</sup>。

此外，針對危險性的部分，在 2007 年《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句修正準用同法第 116 條第 3 項、第 4 項規定後，原先基於被告特質（包含危險性）差異考量而未準用之問題，亦得到確認似乎可認為被安置者的

<sup>465</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 194.

<sup>466</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 199.

<sup>467</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 200.

特殊危險性無礙其遵守特定指示<sup>468</sup>。文獻上進一步認為，在準用規定上，繼續暫行安置的審查更應循此趨勢，完全準用羈押審查之規定，不應使受安置者承受無限期的不確定性，及不必要且漫長的刑事訴訟程序，不完全準用的規定未對於繼續安置提出額外的要求，不符合《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項第 2 句的規定<sup>469</sup>。

## 二、《歐洲人權公約》第 6 條第 2 項

承前所述，《歐洲人權公約》第 6 條第 2 項無罪推定原則，也適用在依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條被暫行安置之人。蓋無罪推定之目的不僅在於確保被告不會在未經過確定終局判決前，即遭受相當於有罪判決或懲罰之不利益處分，這也包含在社會價值上會受到的影響，且剝奪人身自由處分往往形成強烈干預而易存在觸犯無罪推定原則的情形。因此，在確定終局判決前所進行的這類處分毋寧須在嚴格條件下進行，並須持續與刑事追訴的利益進行權衡<sup>470</sup>。

此外，即便認為無罪推定原則是針對罪責問題，也應將該原則的適用擴及對於危險性的認定。在命終局保安處分前，須藉由確定判決來證明危險性的存在，因此就這部分而言，無罪推定原則具有非危險性推定的意義<sup>471</sup>。據此，在經過一段時間後的暫行安置恐有疑慮，蓋在尚未確定危險性前，若形成與無限期安置同樣的效果，實質上如同對於危險性的推定，而有違反無罪推定的疑慮。

因此，即便暫行安置在間接保障訴訟程序外，兼具國家保護義務的實現，亦不能被無限度的擴張，以至於違背無罪推定原則，須表明其暫時性處分的特質，而督促偵查機關儘速澄清案情，故其審查標準至少應同於《德國刑事訴訟法》第 112a 條或是設置最長約 1 年的上限，方不違反《歐洲人權公約》第 6 條第 2 項<sup>472</sup>。

<sup>468</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 201.

<sup>469</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 202.

<sup>470</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 203.

<sup>471</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 204.

<sup>472</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 206.

## 第四節 小結



暫行安置作為剝奪人身自由之暫時性處分，對於受處分人實際上形成重大的干預，因此在安置過程中，要件是否持續存在即為不容忽視的問題；但凡偵查期間產生新事件而導致事實情況不再符合暫行安置要件，或是隨著時間流逝繼續暫行安置已經不合乎比例原則，皆應釋放受安置人。因此本章首先探討德國法上暫行安置之存續，包含安置令狀存在，但應停止執行暫行安置的情形。就此而言，須考量是否存在其他同樣有效的較小侵害手段，並且在出現《德國刑事訴訟法》第 116 條第 4 項之例示情形下，再次繼續執行暫行安置。另外，在不符合安置要件時，則須撤銷安置令，且若是在偵查程序中，基於檢察官於此階段的主導地位以及受處分人人身自由保障考量，如經檢察官聲請撤銷暫行安置，應在聲請撤銷時同時釋放被告。

儘管對於暫行安置要件是否持續存在，於整體訴訟過程中，須由法院持續依職權審查，然而為有效保障被告權利，德國法上藉由準用《德國刑事訴訟法》第 117 條的暫行安置審查規定，賦予被告主動聲請法院審查的權利，藉由此項機制使法院必須對審查的結果做出正式的裁定並附具理由。此外，被告可聲請法院進行言詞審理，透過言詞審理以及強制辯護的配套措施，使人身自由受剝奪的被告可為己進行有效辯護，這也是暫行安置（羈押）審查制度的精華所在。若對於暫行安置審查結果有異議可再行抗告，亦可在尚未進行審查聲請時，即選擇透過抗告的方式進行救濟，僅是就兩項制度的關係上，安置審查制度具有優先性，若提出抗告後再提出審查聲請，則原來的抗告不合法，亦不因後續再撤銷審查聲請而復活，這是出於希望由最接近案情的承審法院負責審查的考量。

除一般審查外，《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句附條件準用同法第 121 條、第 122 條的繼續羈押審查制度，使邦高等法院在暫行安置滿六個月後，須依職權對暫行安置的要件進行審查。然而，因該條明文限制準用範圍，使暫行安置的審查標準與同為暫時性預防措施的《德國刑事訴訟法》第 112a 條

以再犯風險為由的羈押，適用不同的繼續審查標準，使得超過 6 個月的暫行安置，未必需要存在同樣的特殊例外情形方可繼續安置，事實上又不具備適用相異標準的理由，進而違反《歐洲人權公約》上的規定。因此，文獻上有呼籲應隨同 2007 年的修法趨勢，將此部分一併修正完全準用第 121 條之條件規定。

就此，本文以為，立法當時之所以採取此種看法是因為受暫行安置的被告可能對公眾構成的危險性，認為安置的目的不是為保障訴訟程序，而是為了保障社會大眾，方不完全準用羈押規定；然而，純粹就危險性而言，確實並無實質證據能證明受暫行安置者之對社會構成的危險相較具有再犯風險之受羈押被告對社會的影響更具嚴重性。除此，亦不能忽視受暫行安置之被告在暫行安置程序中的權利保障，且完全準用第 121 條的標準，目的是嚴格審查偵查機關是否儘速調查案情，同時達成督促的效果，進而確保被告於《歐洲人權公約》上的權利。依此，只要偵查機關確無怠慢，而是客觀因素導致尚無法做出判決，亦僅能在權衡下繼續暫行安置，結論上並不會與暫行安置保護公眾安全的目的相違背，則在準用規定上，似無特意限制之必要，以周全被告之權利保障。另外，即便文獻上或有認為，歐洲人權法院曾指出刑事訴訟中剝奪人身自由處分之期限，雖《歐洲人權公約》第 5 條第 3 項第 2 句並未具體規定，但依經驗法則約為「一年」<sup>473</sup>，此可作為邦高等法院審查安置期限時之考量標準，並已達到與羈押審查類似之標準<sup>474</sup>。然而，實務上暫行安置期間往往介在 6 至 9 個月，甚至時常遠遠超過一年<sup>475</sup>，則似仍有必要在規範上以完全準用之方式，盡可能督促訴訟程序之加速運行。

最後，本章所提及的各種暫行安置控制機制，在德國法上已有較久遠的發展歷史，與我國頗為不同，惟同為對於人身自由的剝奪，或可作為檢討我國新制中暫行安置之配套控制措施是否足夠之參考。

<sup>473</sup> Vgl. EGMR (Vierte Sektion), Urteil v. 08. 02. 2005 – 45100/98, Rn. 117.

<sup>474</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 51.

<sup>475</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 196.

# 第四章 德國法暫行安置之執行



在法院簽發安置令並經過拘提、訊問程序後，若法院最終也命進行暫行安置之裁定，依據《德國刑事訴訟法》第 36 條第 2 項，應送交檢察官為暫行安置執行之必要安排。不過具體應如何執行，尚仰賴後續被安排的機構依據關於暫行安置執行的相關規定進行，此外，也可能在法院命暫行安置時，便依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用同法第 119 條第 1 項第 2 句命相關限制措施，以確保暫行安置順利進行。不過，相較於羈押執行自從 2009 年 9 月聯邦改革制度（Föderalismusreform）生效後<sup>476</sup>，各邦陸續完成關於羈押執行的邦法，而得以在羈押執行上有明確的法律依據，暫行安置的執行規範，似未受到同等關注，在執行法規上欠缺專屬於暫行安置之規範，於準用羈押執行或保安處分執行上，亦存在諸多問題或過於概括的情形。因此本文以下將先對於暫行安置執行規定於德國法上進展進行介紹，釐清暫行安置執行規定須符合的基本要求，並分析目前規範狀態，最後則是關於執行上的救濟手段，下文詳述之。

## 第一節 暫行安置執行規範問題

### 第一項 被忽略的暫行安置執行規範

暫行安置執行規範問題，與德國在 2009 年聯邦改革制度生效時，對羈押執行規範之立法權限變更，有重大關聯。詳言之，在改革之前，依據舊《德國基本法》第 74 條第 1 項第 1 款不論是羈押或是暫行安置的執行，皆在該款所稱之「訴訟程序」範圍內，屬於共同立法權限。當時關於暫行安置執行之規定可依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用同法第 119 條（舊版），其中規定了命羈押執行的相關措施，例如受羈押者之住處、必要時的束縛措施等，視情形適用於暫行安置的執行中。不過在 2009 年 9 月 1 日改革制度生效後，針

<sup>476</sup> 參王士帆，〈德國受羈押被告干預措施之訴訟救濟〉，《月旦法學雜誌》，第 305 期，2020 年 10 月，頁 35。

對羈押執行的部分轉為各邦的專屬立法權限<sup>477</sup>。此後，依據現行《德國基本法》第 74 條第 1 項第 1 款<sup>478</sup>關於羈押的聯邦立法權限於「司法訴訟程序（das „gerichtliche Verfahren“）」的部分，而不包含「羈押執行法」（ohne das Recht des Untersuchungshaftvollzugs）。盡管在改革的過程中，關於《德國刑事訴訟法》第 126a 條暫行安置的執行並未像羈押執行一樣，被明確排除在聯邦立法權限之外，不過根據《德國刑事訴訟法》第 119 條修法時的過程<sup>479</sup>，可知當時即存在共識認為暫行安置執行規範化應為各邦職責，不屬於聯邦立法權限範圍<sup>480</sup>。

這對暫行安置執行規範的影響，首先須從羈押執行規定的部分進行探討，即對於《德國基本法》第 74 條第 1 項第 1 款中羈押執行的概念認定問題<sup>481</sup>，這會進一步影響法院管轄權。對於羈押執行的概念，有採取廣義解釋方式，認為應由各邦決定一切羈押執行方式，僅排除羈押合法性和繼續性的問題，若將執行法權限侷限在維持押所安全秩序，恐不符基本法意旨<sup>482</sup>；不過較具代表性的見解是聯邦立法權限包含基於「羈押目的本身」所要求的規定，諸如《德國刑事訴訟法》第 112 條所涵蓋的羈押理由：逃亡、隱晦案情等。由聯邦政府對羈押理由以及與羈押目的相關的執行措施進行規定，以達成確保刑事訴訟程序正常進行的目的。這同樣會反映在暫行安置的執行上，蓋暫行安置執行原來是經由《德國刑事訴訟法》中的準用規定參照羈押執行，且在後續對於《德國刑事訴訟法》第 119 條及第 119a 條的修法說明中，也提及修訂後羈押規定仍繼續相應適用於安置令之簽發與執行上<sup>483</sup>，則在主流見解的解釋脈絡下，關於暫行安置執行的聯邦立法權力，應是針對暫行安置理由以及與其目的有關的執行措施

<sup>477</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 119 Rn. 3.

<sup>478</sup> 《德國基本法》第 74 條第 1 項第 1 款：「一、下列事項屬於共同立法範圍：（一）民法、刑法、法院組織、訴訟程序（但不含羈押執行法）、律師、公證及法律諮詢。」

<sup>479</sup> Vgl. BT-Drs. 16/11644, 33.

<sup>480</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 35; Pollähne, Die einstweilige Unterbringung (§ 126a StPO) im Vollzugsrecht, R&P 2011, S.141.

<sup>481</sup> Vgl. OLG Celle, Beschl. v. 09. 02. 2010 – 1 Ws 37/10.

<sup>482</sup> Vgl. König, Zur Neuregelung der hafrichterlichen Zuständigkeiten in § 119 StPO, NStZ 2010, S. 185.

<sup>483</sup> Vgl. BT-Drs. 16/11644, 33.

上<sup>484</sup>，又因新法第 126a 條第 2 項第 1 句準用暫行安置執行措施的規定，故仍包含參照《德國刑事訴訟法》第 119 條的部分。

事實上，《德國刑事訴訟法》第 119 條的配套修正，也是因為在 2008 年薩克森邦頒布羈押執行之邦法規定後，各邦在隨後幾年間亦陸續跟進頒布各自的羈押執行法，才於 2009 年 7 月 29 日經由「羈押法修正案（das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts）」對於舊版《德國刑事訴訟法》第 119 條進行修正，並於 2010 年 1 月 1 日正式生效<sup>485</sup>。此後，雖就聯邦立法權限範圍內之暫行安置執行規定言，因準用《德國刑事訴訟法》上羈押的規定而較無問題。然而，實際執行上應如何運作，在聯邦羈押法改革時，曾表示因各邦已經存在保安處分執行法，同時亦將負責羈押執行規定的制定，則將暫行安置執行明文化的工作宜留待各邦進行規範<sup>486</sup>。可惜的是，在各邦推動羈押執行法改革的過程中，似未留意在執行面上，暫行安置也有訂定全面性法律規定的必要，儘管未必須單獨自成一法，但單就準用規定而言，亦未見足夠明確的執行規定<sup>487</sup>，且這樣的情況直至今日，尚未能完全解決。

## 第二項 暫行安置執行規定的基本要求

由上述可知，關於各邦中暫行安置執行的規定，因在 2009 年立法權限分配調整生效時未如同各邦的羈押執行法般，陸續被制定，導致在立法權限變革的數年後，各邦雖已有較完整的羈押執行規定，在暫行安置的執行上卻仍存在諸多缺漏。儘管不難想像羈押在刑事案件中使用的比例毋寧相對暫行安置來得多，但暫行安置的個案，亦絕非僅零星案例，仍有以完整法規予以規範的必要。蓋暫行安置與羈押同為拘束人身自由之暫時性處分，其對於基本權的侵害不亞於羈押，自當須有足夠的法律基礎，以保障受處分人權益。而制定暫行安置執行

<sup>484</sup> Vgl. OLG Celle (3. Strafsenat), Beschl. v. 11. 05. 2020 – 3 Ws 94/20 (UVollz), 3 Ws 110/20 (UVollz), 3 Ws 112/20 (UVollz).

<sup>485</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 119 Rn. 6.

<sup>486</sup> Vgl. BT–Drs. 16/11644, 33.

<sup>487</sup> Vgl. Pollähne, a.a.O. (Fn. 480), S.140.

規定時，亦須留意數項必須遵守的基本原則，方足以作為對受處分人進行暫行安置執行措施的法律授權基礎。相關的基本原則，至少須考量到以下幾點，下文詳述之。

## 第一款 法安定性與明確性原則

法安定性原則包含與法秩序信賴相關的法治國原則要素。詳言之，在法治國原則的要求下，國家公權力行為應具備明確性及一致性，使人民得以理解並信賴，避免國家高權行為流於任意。而若欠缺明確規範，將使國家高權行為對人民而言不具可預測性、無法被人民理解，則此種權力的行使對人民而言僅是出於任意，欠缺正當性。<sup>488</sup>另一方面，雖基於法安定性的要求，所制定的法規範至少須具備明確性，但這不代表立法者須親自制定所有規範要件，亦可透過援引其他法律的準用技術訂定，只是在準用規定中必須清楚說明參考哪些法律規定，使受規範之人能清楚明瞭。<sup>489</sup>這同樣適用在具有干預性質的法律規定中，只是應避免多層準用的規範混亂情形，導致適用法律時的高度錯誤風險，特別是針對嚴重侵害基本權的授權規定。<sup>490</sup>

據上所述，暫行安置執行措施，至少建立在對於受處分人之人身自由拘束上，自屬於嚴重的基本權干預。因此，即便可透過準用技術制定規範，但須注意準用的規定是否明確說明是參照其他法律中的哪些部分，以使受暫行安置執行之人得以預期。另外，尚須盡可能避免所準用的他法本身即已存在準用他法規定而過度混亂的情形，否則實際執行暫行安置時恐因規範複雜性導致適用上的諸多疑義，甚至適用錯誤，最終使受干預人權利受到更嚴重的侵害。

## 第二款 無罪推定原則

---

<sup>488</sup> Vgl. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 2022, Art. 20 Rn. 50.

<sup>489</sup> Vgl. BVerfG, NJW 1978, 1475.

<sup>490</sup> Vgl. Grzeszick, a.a.O. (Fn. 488), Rn. 54.

依據《歐洲人權公約》第 6 條第 2 項規定，在未經法定證據方法證明為有罪之前，應該推定被告為無罪，此為被告得主張之無罪推定原則，而誠如上文（第三章第三節第三項）所述，即便受暫行安置的被告可能欠缺罪責而本就無論處有罪的可能，但無罪推定為一項程序上的原則，是為使被告能在法治國原則下經歷公平審判程序為自己辯護，非為證明實體法的有責的行為。因此，不論在實體法上的罪責為何，無罪推定原則適用於訴訟程序的所有階段，同時也包含命保安處分程序的部分<sup>491</sup>；亦即，就刑事訴訟而言，一直到最後作出具確定效力的判決前，原則上都必須受到所有程序性保障。故命暫行安置的前提與執行暫行安置的規定，皆須遵守無罪推定原則的要求。此外，在命保安處分的脈絡下，尚須留意無罪推定原則的解釋範圍，應及於對被告採取任何相當於認為被告有罪的措施或是與此程度相當的不利益。

據此，暫行安置既是指「有重大理由」認為被告是在《德國刑法》第 20 條、第 21 條的狀態下實行違法行為，從而預期被告可能被依據《德國刑法》第 63 條或第 64 條施以安置，則在判決成為最終判決之前，一切要件都還存在被推翻的可能性。因而，執行法規必須考量到一切不確定因素，須避免在暫行安置執行措施中，允許對被告做出須經保安處分判決確定後方能執行的處分。具體而言，除了命暫行安置時須確認存在後續危險外，在執行措施上也須以避免危險為界線，而不可實際上暫時性的執行保安處分措施<sup>492</sup>。

### 第三款 區隔原則

針對暫行安置的執行，另須留意的關鍵是區隔原則（Trennungsgrundsätzen）於此處的適用，其範圍包含在年齡、性別、執行所依據之法律等面向。<sup>493</sup>在立法權限變更前的舊版《德國刑事訴訟法》第 119 條第 1 項便有對於受羈押者與受刑人之間應區隔的規定；即不得將受羈押之人與受刑人置於同一室，並且在

<sup>491</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 34.

<sup>492</sup> Vgl. Pollähne, a.a.O. (Fn. 480), S.146.

<sup>493</sup> Vgl. Pollähne, a.a.O. (Fn. 480), S.146.

其他方面也須盡可能區分二者。此規定也經《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句的準用，適用在暫行安置的情形。據此，除與受羈押者及受刑人間存在差異外，被暫行安置之被告，雖亦在保安處分執行機構中執行，但其應有權要求與受保安處分之人分開安置，並且在其餘措施中盡可能與受保安處分判決之人有明確區隔。此點在立法權限變更後，雖《德國刑事訴訟法》第 119 條第 1 項經重新修訂，而不在規定於該條中，然而隨著各邦羈押執行法逐漸規範完善，有關受羈押者與受刑人間須予以區隔的原則，可在各邦的羈押執行法中發現。惟關於修法後，暫行安置執行時的區隔要求應如何落實，則為訂定暫行安置執行規範時須重視的關鍵。

在區隔原則的脈絡下，暫行安置執行亦將面臨另一個特別重要的議題——強制治療（die zwangsweisen Durchsetzung von Behandlungsmaßnahme）。申言之，暫行安置階段原則上不可對受安置者進行強制治療。蓋即便是在保安處分執行時，強制治療的合法性尚且存在爭議，遑論尚未經判決確定的暫行安置處分。<sup>494</sup>退步言之，對於可能在保安與矯治處分中對受處分人施行的治療，原則上也無法直接套用於受暫行安置的被告中，這可以從實際面及法律面上得知。

就實質層面而言，治療形式的矯治措施，以對於受處分人產生持久性的影響為前提，而為了達成這樣的效果，可能須預設一定的時間段。這在《德國刑法》第 63 條的安置於精神病院處分下較無問題，蓋依據該條規定的處分中在時間上的限制，僅須參考同法第 67d 條限制規定，且在有必要的情況下便可持續。相對地，暫行安置僅為暫時處分，須有重大理由存在特定情形下方可進行，因此可能基於程序的進度、需澄清事實的範圍大小以及嫌疑人心理鑑定所需時長等因素，影響受安置人留在受安置機構中的期間，實際上無法將在保安處分中的治療計畫置於暫行安置中。<sup>495</sup>

<sup>494</sup> Vgl. Pollähne, a.a.O. (Fn. 480), S. 147.

<sup>495</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 65.

另一方面，就法律層面而言，安置於精神病院處分，是在法院確定終局判決及刑法雙軌制的法律效果下，國家有權在一定條件下以保安與矯治之目的，為受安置者進行治療。這除了是基於國家本身保護公眾安全的義務外，同時也考量到國家對於國民的照顧義務。反之，在暫行安置的情況下，命暫行安置的依據僅在於有重大理由認為被告實行違法行為，若以此尚未確定的調查結果對被告施以矯治措施，將違反無罪推定原則。<sup>496</sup>不過儘管如此，亦不得忽視被安置者本身接受治療的權利，不能因暫行安置而「暫時」忽視其對治療的需求。至少在受暫行安置之被告要求或是同意的情況下，不得阻礙其接受治療。<sup>497</sup>

針對暫行安置中是否能予以強制治療以及對於強制治療規定的基本要求，聯邦憲法法院曾於裁定<sup>498</sup>中表示，因身體健康完整性基本權同時保護對於這方面的自決權，故在違背意願的情況下進行強制治療，也會干預對於身體健康完整的自決權，而仍侵害身體健康完整性；亦即，即便是基於治療目的進行強制治療，仍不影響其作為對受安置者身體健康完整權利侵害的定性，蓋對身體完整性的侵害不以存在有害目的為限。具有嚴重不可逆性影響的治療手段尤是如此，像是注射精神安定劑（Neuroleptika）等藥物，在違背個人自然意願下改變其精神狀態，某程度上將觸犯人格核心領域（der Kern der Persönlichkeit）<sup>499</sup>。

因此，僅有在具備干預正當性的情況下，才能以合乎符合相關要件的方式進行。針對是否存在干預正當性的部分，聯邦憲法法院指出，僅僅保護公眾免於受安置者的進一步危險行為不能做為強制治療的正當理由，這是因為即便不施以治療，單純安置處分本身就已能達到此效果；反面言之，受安置者拒絕治療，不會妨礙社會公眾的安全，至多是影響其自身被撤銷安置的可能性，因而不能以此作為正當化強制治療的理由。

<sup>496</sup> Vgl. Gutschow, a.a.O. (Fn. 17), S. 65 f.

<sup>497</sup> Vgl. Pollähne, a.a.O. (Fn. 480), S.147.

<sup>498</sup> Vgl. BVerfG (Zweiter Senat), Beschl. v. 08. 06. 2021 – 2 BvR 1866/17, 2 BvR 1314/18.

<sup>499</sup> Vgl. BVerfG NJW 2011, 2113.

另一方面，若是考量到同樣被置於安置處所中的其他受安置者以及工作人員的安全，則可能具備干預正當性。蓋國家對於這些人的生命以及身體完整性之基本權利負有保護義務，《德國基本法》第 2 條第 2 項第 1 句<sup>500</sup>對於人民生命及身體完整性的保障，不僅賦予人民主觀公權利防禦國家侵害，同時是客觀法秩序的彰顯，規定國家對人民的保護義務。只是若立法者規定對於可能對他人造成危險的人施以強制治療，須受到嚴格比例原則的限制，確保其自由權不受到不必要的侵害。此外，同樣基於《德國基本法》第 2 條第 2 項第 1 句的意旨，受暫行安置者本身的權利也須受到國家的保護。因此，若這些人因健康受到嚴重侵害而無法認識到接受治療的必要性，或是無法依其認識採取行動時，國家可在必要情況下，暫且不顧其意願，先為其進行醫療檢查及相關治療。<sup>501</sup>

當然，在進行強制治療前須符合一定的前提要件，包含前述當事人無法認識的情況、最後手段性原則的遵守，以及在施以強制治療前曾在未施以壓力的情況下，認真付出必要時間嘗試取得其同意。同時，治療所著重的目標必須有成功的希望，其附加利益必須明顯超越不治療可能形成的傷害以及暫行安置帶來的干預。在程序面上，為保障相對人的權利，至少在計畫性治療時，須預先通知使受處分之人具有及時提出救濟的機會，強制治療的過程更須命令由醫療人員進行並受其監督。整體流程包含違背受安置者意願所採取的措施，其執行方法、相關理由、強制性及效果皆須予以記錄。另外，《德國基本法》第 2 條第 2 項第 3 句<sup>502</sup>也要求須以立法者作為獨立第三方事先審查而訂下的法律規定，作為強制治療的基礎，以避免在非緊急情況下也僅憑暫行安置機構的決定，就對受安置者進行嚴重干預基本權的強制治療。

不過即便符合前述情形，若當事人曾於正常狀態下，根據其自主意志有效地表明不願接受某種治療，則國家也不再能基於保護人民的理由為其進行強制治療，這是國家保護義務的嚴格界線，蓋此種個人自主權受到《德國基本法》

<sup>500</sup> 《德國基本法》第 2 條第 2 項第 1 句：「人人享有生命權及身體不受侵犯之權利。」

<sup>501</sup> Vgl. BVerfG NJW 2017, 53.

<sup>502</sup> 《德國基本法》第 2 條第 2 項第 3 句：「此等權利僅得基於法律干預之。」

第 1 條第 1 項人性尊嚴及第 2 條第 1 項的保障。然而，因當事人拒絕接受治療將產生嚴重後果，因此所謂「有效」表明也須符合一定程度的要求，包含當事人做決定時須具自由意志並能清楚意識其決定範圍，理解其所做決定的內容及重要性。所做決定的內容雖不能過分要求明確性，蓋當事人未必具備醫療專業知識，但也須足夠具體——須能確定在哪種治療情形下，接受或不接受何種治療<sup>503</sup>。據上述可知，個人基於自主意願的聲明，能排除國家基於保護該受安置者與進行的強制治療，然個人自主決定權的影響範圍僅及於其自身權利受影響的部分。亦即，在不予以強制治療將侵害同樣被安置於該機構之其他受處分人的情況下，即使當事人曾經在正常狀態下有效表明不願接受治療，也不影響國家對安置機構中其他人的保護義務。此保護義務在評估位階上，又更甚於個人自主意願下發表的聲明。

綜上所述，應可認為在暫行安置階段的治療，須謹慎考量到其作為暫時性處分的特質，原則上以受安置者的自主意願為前提，以兼顧國家對於該受安置者的保護義務與其身體完整基本權。蓋不論是出於何種目的的治療行為，皆屬於對身體完整性的干預，同時不能忽視受安置者的治療需求。在例外的情形下，為保護同樣被安置在機構中的其他人及工作人員，即便受安置者曾有效排除接受治療，亦可為之。不過這須要立法者事先訂定相關法律規範，規範要求上包含可進行強制治療的情形、進行強制治療時須符合的程序要件，如強制治療本身及過程監督皆須由醫療人員為之，事先通知以使當事人獲得及時救濟機會等。

## 第二節 暫行安置執行規範發展

承上（本章第一節第一項）所述，在 2009 年聯邦改革制度生效後，舊版《德國刑事訴訟法》第 119 條也經修訂，其原先有關羈押執行的規定不再適用，轉而由各邦各自立法。然而，當時將重心置於羈押執行法的制定上，忽略原先準用舊版《德國刑事訴訟法》第 119 條的暫行安置執行也需要詳細的規定，導

<sup>503</sup> Vgl. BGH NJW 2017, 1737.

致暫行安置執行規範密度嚴重不足，甚至出現規範真空的狀態。下文執行規定區分為一般執行規定以及執行救濟規定，自立法權限變更從而《德國刑事訴訟法》第 119 條修正後，暫行安置執行規範狀態於各邦之情形著手，再接續觀察近幾年之規範情形，藉此釐清德國法上暫行安置執行規定，以作為我國法規範參考。

## 第一項 執行一般規定

### 第一款 與暫行安置理由有關的限制措施

同前述，因立法權限的變更，《德國刑事訴訟法》第 119 條也經配套修正，刪除權限變更改革前羈押執行（Vollzug der Untersuchungshaft）規定、增訂羈押中與羈押理由有關之限制（Haftgrundbezogene Beschränkungen während der Untersuchungshaft），並在後續修法時修正條文名稱。此規定在修法後也同樣被《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用，而適用於暫行安置的執行中。在暫行安置的情況下，主要是為確保暫行安置目的而設下的相關限制措施，僅在為避免被告對公眾的危險行為時，才可命令施以該條限制措施。文獻上亦有認為，在為防止逃亡、掩蓋真相或重複違犯危險的情況下（即《德國刑事訴訟法》第 112 條、第 112a 條之羈押理由），也可發布程序上的命令，這屬於發布暫行安置限制的一種附帶權限。<sup>504</sup>

另外，為區分聯邦與各邦之立法權限，於羈押的情形時「程序保全（Verfahrenssicherung）」與「押所秩序（Anstaltsordnung）」原為一重要的劃分方式。惟具體判斷仍可能產生問題，蓋儘管針對「程序保障」的部分，尚可以《德國刑事訴訟法》第 112 條、第 112a 條之羈押理由予以具體化，「押所秩序」此一概括名詞所指為何，則較難解釋。其可能涵蓋押所內日常事務的管理，如進入押所的程序、日常生活作息、休閒活動，也可能包含所有受羈押者須受

---

<sup>504</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 37.

到平等待遇等，有賴押所本身的人力及物力予以維持。<sup>505</sup>而在判斷上二者間往往存在不可避免的重疊，這在暫行安置之執行時，亦存在同樣的問題，僅是區分時原先「程序保障」之羈押目的改由安置目的取代，「押所秩序」調整為安置機構之秩序與安全。舉例而言，在個別邦法中或有存在束縛措施的規定，以避免受暫行安置者離開安置機構，這與安置機構本身的執行工作相關；但另一方面法院可能基於暫行安置的理由認為有必要，而依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用第 119 條，對受安置者施以束縛措施。於此情況下，聯邦與各邦中便皆可能存在執行時限制措施的法律依據。不過至少各邦不能制定法律賦予安置機構有權基於安置理由而施以限制，否則將因《德國基本法》第 72 條（聯邦與各邦立法權限劃分規定）的封鎖作用（die Sperrwirkung）而無效。另外，在有爭議的情況下，只要命令是關於暫行安置目的，便應優先考慮聯邦規定，以法院命令為先，使命令盡可能先經過司法審查，此亦為《德國刑事訴訟法》第 119 條修訂時之立法意旨。<sup>506</sup>

《德國刑事訴訟法》第 119 條第 1 項第 2 句中例示數項可能採取的限制手段，包含對於訪客、電信通訊、包裹往來的監察（Überwachung）、物品傳遞許可及隔離措施等。實務上於（羈押）執行中常見的限制措施也包含束縛（Fesselung）<sup>507</sup>、禁止使用特定物品，如電視及收音機、施以更嚴格的監禁手段，如單獨監禁（Einzelhaft）<sup>508</sup>等，部分限制手段事實上可能與維持押所安全與秩序較相關，須取決於執行機構的決定。在經《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用第 119 條第 1 項第 2 句進行限制時，應採取何種方式須視個案中存在何等類型的暫行安置理由而定，其限制程度視危險程度而異，同時限制措施本身也皆須符合比例原則。

就第 119 條第 1 項第 2 句第 1 款，須經許可方能電信通訊以及接見訪客而言，限制的限度特別反應在家屬訪問的情形下，此時往往須要陳述更詳細的理

<sup>505</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 119 Rn. 13.

<sup>506</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 119 Rn. 12.

<sup>507</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 03. 08. 2011 – 2 BvR 1739/10, BeckRS 2011, 54015

<sup>508</sup> Vgl. BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 17. 10. 2012 – 2 BvR 736/11; 在進行單獨監禁時，更須特別注意個邦羈押執行法中關於單獨監禁的要件，須合乎比例原則。否則極可能違反《德國基本法》第 2 條第 1 項之保障。

由<sup>509</sup>，實務上便曾在羈押限制的案例中指出，基於《德國基本法》第 6 條第 1 項<sup>510</sup>對於婚姻與家庭的特別保護，不能僅以對隱晦案情危險的顧慮，完全限制被告妻子的探訪，認為其亦為因進行刑事訴訟程序而受到不利益的人<sup>511</sup>。在符合比例原則下可以對訪談進行干預，像是限制談話的主題、規定談話時使用的語言和附加中止條款等限制方式，以平衡暫時措施與被告權利間的衝突<sup>512</sup>。另外，即便一般來說允許人身自由受剝奪之被告撥打電話需有較多限制，但近年來因疫情之緣故，曾發生難以許可被告接見家人的情形，因而在個案中亦有允許被告與家人通話<sup>513</sup>，以符合《德國基本法》第 6 條第 1 項之精神。除此，在被告與辯護人有語言不通的情形下，甚至有義務予以翻譯。在暫行安置的情況下，若為患有精神疾病之欠缺責任能力之人，也許較不會有隱匿案情上的顧慮；不過針對患有精神疾病之減輕責任能力之人，或有加以防範之必要。相對地，亦僅有在認為受暫行安置之人，可能做出違反暫行安置目的之行為時，方有據此予以限制之必要。

其他關於監察的限制還包括《德國刑事訴訟法》第 119 條第 1 項第 2 句第 2 款，有關受訪、電信通訊以及書信包裹往來的監察。就監察訪問方式而言，可分為影像上以及聲音上的監控，其中後者對於被告法律主體地位之侵害較嚴重，因此僅有在不使用此方式，被告便有與外界勾結計畫逃亡的危險等有悖於剝奪其自由措施之目的時，方可認為有必要而進行此類監控。最後，《德國刑事訴訟法》第 119 條第 1 項第 2 句第 3 至 5 款尚有關於傳遞物品的許可規定與隔離措施。在暫行安置的情況下，傳遞物品與隔離措施的限制或許是出於避免機構中的其他受安置者遭受危險，而若是基於此等機構中秩序的考量，須由安置機構以各邦所定之法規為依據命之。

## 第二款 各邦執行規定——以巴伐利亞邦為主

<sup>509</sup> Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 22. 02. 1996 – 3 Ws 68/96

<sup>510</sup> 《德國基本法》第 6 條第 1 項：「婚姻與家庭應受國家之特別保護。」

<sup>511</sup> Vgl. OLG Bremen, Beschl. v. 01. 07. 1997 – Ws 88/97.

<sup>512</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 119 Rn. 37.

<sup>513</sup> Vgl. AG Kempten, Beschl. v. 28. 10. 2020 – 1 Gs 3356/20.

《德國刑事訴訟法》第 119 條以外的執行事項，則為各邦立法機構須另外補足的部分。蓋儘管在舊法時期基於《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項的準用規定，過去《羈押執行法》（Untersuchungshaftvollzugsordnung 簡稱 UVollzO）或多或少自動適用於暫行安置執行中，但在立法權限變更後，即便《羈押執行法》持續有效而由各邦法取代，但因《德國刑事訴訟法》第 119 條的修正，暫行安置的執行除該條所指範圍外，已不在同法第 126a 條第 2 項的準用範圍中，舊法的運作方式自無法繼續適用<sup>514</sup>。

因此，暫行安置執行規定尚須仰賴各邦立法者制定相關規範。在立法技術上，誠如上文所述，立法者未必須親自制定所有規範要件，而可透過準用其他法律的立法技術，只是在準用規定中必須清楚說明參考哪些法律規定，使受規範之人能清楚明瞭。因此除制定暫行安置執行專法外，可能聯想到的方式包含準用各邦制定的羈押執行法規定、準用各邦保安處分執行法、甚至是刑事執行法。在 2009 年權限變更生效後及至 2011 年間，多數邦已完成羈押執行法的制定<sup>515</sup>，不過在暫行安置執行的部分則仍存在諸多缺漏，部分邦甚至呈現法規範真空狀態，下文概述當時各邦規定狀態：

### 一、準用保安處分執行法

在梅克倫堡—西波美拉尼亞邦（Mecklenburg-Vorpommern）2011 年前羈押執行法中規定：暫行安置的執行在與程序保障相關命令不牴觸的範圍內，準用《德國刑法》第 63 條及第 64 條之安置的執行規定<sup>516</sup>。其他各邦中類似此規範方式者尚有：萊茵蘭—普法茲邦（Rheinland-Pfalz）、布萊梅邦（Bremen）、薩爾蘭邦（Saarland）、漢堡（Hamburg）<sup>517</sup>。黑森（Hessen）邦在 2011 年時

<sup>514</sup> Vgl. Pollähne, a.a.O. (Fn. 480), S.141.

<sup>515</sup> Vgl. Gericke, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO mit GVG, EGGVG und EMRK, 9. Aufl., 2023, § 119 Rn. 5.

<sup>516</sup> 原文：“Für den Vollzug der einstweiligen Unterbringung nach § 126a der Strafprozessordnung gelten, soweit eine verfahrenssichernde Anordnung (§ 3 Absatz 2) nicht entgegensteht, die Vorschriften über den Vollzug der Unterbringung gemäß den §§ 63 und 64 des Strafgesetzbuchs entsprechend.”

<sup>517</sup> Vgl. Pollähne, a.a.O. (Fn. 480), S. 141.

尚未於保安處分執行法中規定準用條款，羈押執行法中亦無暫行安置執行之準用規定，但 2012 年修法時，已在其保安處分執行法第 1 條適用範圍中增訂與上述相似的暫行安置執行準用規定。



## 二、適用保安處分執行法

石勒蘇益格—荷爾斯泰因邦 (Schleswig-Holstein) 則是在其《保安處分執行法》 (Maßregelvollzugsgesetz, MVollzG) 第 1 條關於適用範圍的規定中，明文有關《德國刑事訴訟法》第 126a 條暫行安置、同法第 81 條為鑑定而進行的安置等《德國刑事訴訟法》上的安置處分，在與《保安處分執行法》本身或聯邦法規範不相牴觸的範圍內，則有該邦《保安處分執行法》的適用<sup>518</sup>。此外，相較於當時各邦大多僅存在一條概括性準用條文，石勒蘇益格—荷爾斯泰因邦對暫行安置的執行規定儘管較難理解，卻是當時規定最詳盡的邦。<sup>519</sup>除有限適用保安處分執行法之規定本身外，關於暫行安置中醫療干預處分的規定，表明只有在為了避免對被暫行安置者的健康或生命造成重大損害時，且無法以任何其他方式避免的情況下才可不經同意進行醫療行為。

另外，同樣是適用保安處分執行法的尚有薩克森—安哈特邦 (Sachsen-Anhalt) 在當時的《羈押執行法》中規定，其《保安處分執行法》應適用於《德國刑事訴訟法》第 126a 條的暫行安置執行，不過限縮範圍在《保安處分執行法》中有助於刑事程序有效運作的部分；即與刑事程序進行不牴觸的範圍<sup>520</sup>。

## 三、部分準用羈押執行法；部分準用保安處分執行法或邦精神病患安置法

<sup>518</sup> 原文：“Für den Vollzug der einstweiligen Unterbringung nach § 126a der Strafprozessordnung (StPO) sowie der Unterbringung zur Vorbereitung eines Gutachtens nach § 81 StPO und der Sicherungshaft nach § 463 in Verbindung mit § 453c StPO gilt dieses Gesetz nur, soweit sich aus diesem Gesetz oder Bundesrecht nichts Abweichendes ergibt.”

<sup>519</sup> Vgl. Pollähne, a.a.O. (Fn. 480), S. 141.

<sup>520</sup> 原文：“Für den Vollzug der einstweiligen Unterbringung nach § 126a der Strafprozessordnung gelten die Bestimmungen des Maßregelvollzugsgesetzes Sachsen-Anhalt. Hiervon abweichend finden die Bestimmungen dieses Gesetzes Anwendung, soweit sie der Durchführung eines geordneten Strafverfahrens dienen. § 3 Abs. 2 gilt entsprechend.”

北萊茵—威斯伐倫邦 (Nordrhein-Westfalen) 的《羈押執行法》中並未提及《德國刑事訴訟法》第 126a 條暫行安置之執行，而其 2010 年前的《保安處分執行法》 (Maßregelvollzugsgesetz) 中僅規定，暫行安置應在適當機構執行，並準用部分《保安處分執行法》中的規定<sup>521</sup>，不過 2010 年後已在第 35 條中另增訂第 2 項，規定《北萊茵—威斯伐倫邦羈押執行法》 (die Vorschriften des Untersuchungshaftvollzugsgesetzes Nordrhein-Westfalen) 於與安置於精神病院處分或戒治所處分相符合的情況下，準用於暫行安置之執行<sup>522</sup>。整體而言，主要是以該邦《羈押執行法》為準用對象，同時準用若干《保安處分執行法》條文。

另外，巴登—符騰堡邦 (Baden-Württemberg) 於其當時邦監獄執行法第 81 條<sup>523</sup>中規定，暫行安置應安置於邦安置法規定的精神病學中心 (die Zentren für Psychiatrie)，基於不得已情形無法立即移轉至精神病學中心而在監獄中安置的期間至多只能 24 小時。其餘規定準用該法中羈押執行以及邦安置法上的部分規定。

#### 四、安置執行法規真空狀態

在部分邦像是圖林根邦 (Thüringen) 、下薩克森邦 (Niedersachsen) 、柏林 (Berlin) 等邦中，雖有邦羈押執行法，但卻未顧及暫行安置執行的規定，同時也無法在其他相關法規範中找到規定，因此在暫行安置之執行上陷於法規真

<sup>521</sup> 原文：“Unterbringung nach § 81, § 126a und § 453c in Verbindung mit § 463 Abs. 1 der Strafprozeßordnung sowie nach §§ 7, 73 des Jugendgerichtsgesetzes erfolgen in geeigneten Einrichtungen. 2 §§ 15, 29 und 30 gelten entsprechend.”

<sup>522</sup> 原文：“Für den Vollzug der in Absatz 1 genannten Unterbringungen nach § 126a und § 453c in Verbindung mit § 463 der Strafprozeßordnung gelten die Vorschriften des Untersuchungshaftvollzugsgesetzes Nordrhein-Westfalen entsprechend, soweit diese mit einer einstweiligen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in einer Entziehungsanstalt vereinbar sind.”

<sup>523</sup> 原文：“(1) Die einstweilige Unterbringung wird in den Zentren für Psychiatrie nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 des Unterbringungsgesetzes (UBG) vollzogen. (2) Die Unterbringung in einer Justizvollzugsanstalt ist für höchstens 24 Stunden und nur dann zulässig, wenn eine sofortige Überführung in das zuständige Zentrum für Psychiatrie nicht möglich ist. (3) Für den Vollzug der einstweiligen Unterbringung gelten die §§ 1, 2 Abs. 1, §§ 4 bis 7 dieses Buchs sowie die §§ 7 bis 10 und 12 UBG entsprechend.”

空的狀態。另一方面，巴伐利亞邦（Bayern）則因為尚未制定羈押執行法，而仍適用舊羈押執行法規定。

整體而言，在立法權限劃分後，各邦羈押執行法陸續出現的時期，暫行安置執行的規範密度嚴重不足。蓋在訂有準用條款的邦中，大多僅是概括準用，儘管往往會加上「不牴觸訴訟程序性質」等條件有限制的準用，但這樣的規定似仍無法使暫行安置執行規定達到足夠具體的程度，這是因為暫行安置執行不同於羈押執行，更非純粹保安處分執行，在執行的適用上，不可能僅以概括「相應適用條款（eine gilt entsprechend Klausel）」就涵蓋所有暫行安置執行時所需要的規範，再者「適用保安處分執行法」的條文是否違反區隔原則，亦是問題所在；更有甚者，部分邦仍處於規範真空的狀態。這樣的規範狀態反映了各邦立法者並未於制定羈押執行法時，同時意識到暫行安置執行同樣需要具體規範。

然而，在數年後的今日，許多邦關於暫行安置執行的規定狀態並未有顯著的進步，較具參考性的或許為巴伐利亞邦（Bayern）自 2015 年後於《巴伐利亞邦執行法——關於矯治與保安處分執行暨暫行安置執行之法律》（Gesetz über den Vollzug der Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie der einstweiligen Unterbringung, Bayerisches Maßregelvollzugsgesetz，下簡稱 BayMRVG）中訂定的暫行安置執行相關規定。該邦將暫行安置執行置於該法「第三章 暫行安置之執行」（Teil 3 Vollzug der einstweiligen Unterbringung），在此章節中規定了暫行安置執行的目標以及基本原則、區隔執行、暫行安置到終局處分的過渡階段等，並且在該章的最後規定了準用條款，詳細羅列所準用的數項規定，並於部分規定中基於暫行安置執行的特殊性，設定準用的條件限制。整體而言，其在執行上的規範密度應已相當於《德國刑事訴訟法》中暫行安置準用羈押之規定，相較他邦更是齊全許多，或可作為我國於執行規範訂定上的參考對象。下文對於其規範體系進行概要介紹：

## 一、目的與基本原則（Ziel und Grundsätze）

BayMRVG 第 37 條第 1 項指出暫行安置的作用是保護公眾免於被告進一步的違法行為。而在執行暫行安置時，須特別留意受暫行安置者的權益，因暫行安置僅是基於刑事法院為兼顧訴訟程序的有效進行而為的暫時性裁定，應考慮此乃基於刑事法院的暫時裁判，而避免剝奪自由的損害性後果。另外，同條第 2 項中準用同法第 2 條第 2 項第 1 句及第 3 項，要求應盡可能使受安置者的生活不具懲罰性，使其能過著相當於一般大眾生活品質的生活，這與第 1 項所提及的暫時性裁定息息相關，蓋受暫行安置之人僅為刑事程序中的被告，尚未經確定判決，須特別注意無罪推定原則的遵守。

除此，BayMRVG 第 38 條規定區隔執行（Trennung des Vollzugs）；亦即，只有在得到受暫行安置之人同意的情況下，或是有其他重大理由（aus wichtigem Grund）時，才可將其與其他受安置者置於同一室。

## 二、暫行安置執行相關程序

關於執行機構與法院間的相關程序規定在 BayMRVG 第 39 條，主要包含執行（Ausführung）暫行安置、拘提（Vorführung）以及交付（Ausantwortung）其他機構。執行與拘提事項準用同法第 21 條保安處分的執行與拘提，應儘速執行暫行安置，在執行上執行機構須作出必要的預防措施；若基於法院的要求，便應將受暫行安置之人帶至法院；負責機構須將所定的暫行安置安排事項通知法院。若為執行調查措施可將受暫行安置之人移交警察、稅務機關或財政機關，只是在執行或交付前，須給予法官或檢察機關陳述的機會。若有緊急狀況，雖可先省去法官與檢察官陳述階段，但應立即進行通知。

針對確定終局裁判決定後的程序規定在 BayMRVG 第 40 條，主要區分為判處徒刑（Freiheitsstrafe）、拘役（Strafarrest）、保安監禁（Sicherungsverwahrung）的情形，以及命安置（Unterbringung）處分的情況。前者應按照巴伐利亞邦的刑事執行法規定對待受暫行安置之人；反之，若確定

終局判決命安置處分且並未停止執行，則依據該法第 2 章以及第 4 章的關於保安處分執行的規定執行，保安處分機構應儘速將其移送至機構中。

### 三、暫行安置機構內執行細項



當被告被暫行安置於相關機構後，其於機構中的生活，從被安置的房間、工作、訪客、與外部的聯繫、受到的識別措施、強制措施、搜查及個人資料保護等，皆透過 BayMRVG 第 41 條準用保安處分的執行規定。同時，第 41 條對於部分的準用條款設下限制，於不同款中羅列，下文概述之。

首先，關於被告進入暫行安置機構時須完成的程序與房間配置，須參 BayMRVG 第 41 條第 1 款準用同法第 4 條、第 8 條、第 9 條的規定。據此，受暫行安置之人應立即被告知其於暫行安置期間的權利與義務，並應盡快以書面的方式通知，若其有代理人也應予以參與告知的機會，同時其他被安置者不允許在場。受暫行安置之人並應儘速接受醫生檢查。在安置機構中，受暫行安置的被告可能被分配到單人房或是雙人房，一間房最多不可超過四人，且男女應分開安置。在暫行安置的房間內，只要不違背暫行安置的目的，被告可以取得、保有或使用其個人物品，被禁止的物品將由被告自行承擔負責保管的費用或交予其指定之人；若物品種類是圖片、聲音或是資料的載體，則在被告同意接受檢查的情況下方可保有；受暫行安置者也可透過安置機構在合理範圍內獲得新聞媒體資料。

至於暫行安置機構中的生活事項，則是經由 BayMRVG 第 41 條準用同法第 10 條第 2 項及第 4 項至第 14 條的規定，其中包含工作、教育、自由活動時間、宗教信仰、訪客探視及與外部的聯繫等。就被暫行安置者於機構內的工作而言，適合的受安置人可參與學校教育及職業培訓，機構並應鼓勵其參與。除此，在第 41 條的第 4 款中也有限制的準用了第 10 條第 1 項關於機構應考量被告情況分配其工作的規定並鼓勵其工作，但前提是受暫行安置之人必須被提供工作機會。另外，應讓被暫行安置者能對於其休閒活動時間做出有意義的安排，且使

其能獲得這方面的建議，並允許其每天至少能有在戶外活動一小時的時間。對休閒活動原則上不得限制，只有在可能因此造成安置目的、安全及保安處分機構秩序會受到損害，抑或是要維持安全的成本過高時，才能合法對休閒活動進行限制。在宗教信仰的方面，確保信仰宗教的自由，亦可擁有宗教著作或物品，並且不得被宗教團體拒絕予以宗教關懷；然而在可能危及暫行安置目的、機構秩序、或嚴重不當行為時，仍可剝奪其宗教著作或物品。針對訪客探視的部分，受暫行安置之人得定期見訪客，每週至少可以有一小時的時間；不過若是為了確保安置、出於安全目的或為維持保安處分機構內秩序，可透過禁止、或是訪客同意下的搜查或受到監控等方式，予以限制。若即便經警告，訪客仍違反相關命令或規定則可終止探訪時間，緊急情況下可不予以警告立即終止。

前述關於受暫行安置者的各種生活規範規定，與維持機構秩序息息相關，須由保安處分機構（Maßregelvollzugseinrichtungen）與各邦行政區（Bezirk）協商訂定機構中秩序的詳細規則。這亦是暫行安置執行規定中重要的一部分，涉及執行機構可以在何種層面及何種程度上，對於在其管轄場所內受暫行安置的被告進行干預。內容上至少應包含上述各種被告在機構內日常生活的細項規定，諸如每日作息、探訪時間與頻率、使用電子設備及允許吸煙等，並應以適當的方式讓被暫行安置之人瞭解機構中的住宿規則（Hausordnung）。另外，為有效維持機構秩序，BayMRVG 第 41 條準用同法第 24 條規定了對機構內被告的搜索與檢查。據此，為確保暫行安置的有序執行，主要區分為對於起居處所及人身的搜索與對於人身的檢查。在搜索的部分除非有緊急情況，否則應由同性別之人進行搜索。對人身的搜索不可僅由一個機構工作人員單獨進行，搜索時不允許其他受安置者在場；若涉及脫衣檢查，僅有在緊急情況或是經上級命令，方可在一個封閉的房間內進行。另一方面，若有理由懷疑受暫行安置之人體內藏有會危及暫行安置目的或機構秩序之物體時，可由醫務人員進行檢查。檢查時須遵守的事項，比照適用對人身進行搜索時之規定。

除上述規定外，其他管理上的手段尚包含特別保安措施（Besondere Sicherungsmaßnahmen）、透過直接強制（Unmittelbarer Zwang）的方式、識別措施（Erkennungsdienstliche Maßnahmen）等。如果基於被暫行安置之人的行為或其健康狀況，認為其存在對人或財產為暴力行為的危險，或存在自殺或自殘的風險，又或是其有逃跑的風險，則可命採特別安全措施。特別保安措施的項目包含持續性監視（die ständige Beobachtung），也包含運用科技方法所進行的持續性監視、剝奪四肢活動自由的束縛措施（Fixierung）、用機械裝置限制行動自由，抑或是關在一個沒有危險物品且特別安全的房間。對於束縛的監視須由具備專業醫學背景的機構工作人員進行，束縛時間不可超過 24 小時。限制措施結束後並應告知受限制者，其可聲請法院對其所受到的限制措施進行事後審查。若是剝奪行動自由持續時間較長或定期為之，則應事先得到法院許可，除非不立即進行便會造成嚴重危險，並應立即補聲請法院許可。在無法以任何其他方式達到所追求之目的時，可以直接強制的方式來執行依據本法所為的命令。執行直接強制之前須先進行告誡，僅在情況緊急而不容許任何拖延時，才可省略告誡的程序。最後，不可缺少的管理手段便是識別措施，須確定受暫行安置之人的身分，予以拍照、確定其外部特徵、測量並記錄其可供識別的外部生物特徵。

#### 四、執行上的治療措施

關於對受暫行安置之人於暫行安置期間進行的治療，誠如上文所述於此階段，須謹慎考量到其作為暫時性處分的特質，因此原則上須以受安置者的自主意願為前提，以兼顧國家對於受暫行安置者的保護義務與其身體完整基本權。而依據 BayMRVG 第 41 條第 3 款有限性準用同法第 6 條有關醫療行為的規定，規範了該邦暫行安置階段醫療行為的執行方式。首先，在限制性準用之下，不適用該法第 6 條第 3 項第 1 款的規定。亦即，鑑於保安處分與暫行安置性質上的差異，雖在保安處分執行上可能出於使被告達到能出院的程度，而在一定條

件下進行強制治療；暫行安置執行則不然，蓋暫行安置僅為暫時性處分，判決尚未終局確定不得逕為保安處分目的之行為。

據此，暫行安置中的醫療行為必須依據公認的醫療技術規則（die anerkannten Regeln der ärztlichen Kunst），並且受安置者有權獲得健康檢查（die Gesundheitsuntersuchungen）或其他醫療輔助，以治療其精神疾病以外的其他疾病。依據該法第 6 條第 2 項規定，干預身體完整性的醫療行為須得到受安置者的同意，此同意必須是出於受干預人清楚得知醫療行為資訊後的自主意志，同時須盡可能以書面為之。在不能獲得即時同意的情況下，若符合其推測意願（der mutmaßliche Wille），則可在未經同意下實施治療行為。同條第 3 項以下則規定可違反意願治療的情況，包含第 2 款出於避免對受安置者本身的生命或身體健康造成嚴重的危險的目的，以及第 3 款出於避免對機構內其他人的生命或健康造成具體危險的目的，此二種情形。

不過即便是出於此兩種目的，BayMRVG 第 6 條第 4 項第 1 句規定仍須符合一定條件，方可在違反被告意願的情形下予以治療。此外，依據同條第 5 項，根據第 3 項所進行的醫療行為，只有在事先取得法院同意的情況下方可進行。所要求的條件包含，醫生已經詳細針對預計將進行的治療行為性質、期間、成功概率與風險為詳細的解釋，並且已經事先在沒有壓力的情況下，認真地試圖獲得受干預對象的同意。另外，所為的醫療行為必須適於達成治療目的，且並無其餘侵害較小而同樣有效的手段，所預期的利益明顯大於損害，醫療行為的種類與時間皆須在必要的範圍內。除此，針對為了避免對受暫行安置者本身的生命或身體健康造成嚴重危險的情況，特別要求必須是因為受暫行安置者因其疾病而無法認識到其疾病的嚴重性及治療的需要，或無法按照其認識行事。具體醫療行為執行須由醫生命執行並記錄清楚，藉以進行定期監測，並判斷該治療措施的適當性、必要性及衡量性。所為的措施最長持續 12 週，可重複執行。

然而，在有急迫危險的情況下（bei Gefahr in Verzug），難以要求完全符合前述原則。因此，在 BayMRVG 第 6 條第 6 項中規定，若有急迫危險的情況，

可以不符合根據第 4 項第 1 句第 1 款和第 2 款以及第 5 項第 1 句和第 3 句的要求；即不以醫生已針對欲實施的醫療行為性質期間等事項作出解釋為前提，也無須在事前已經認真嘗試取得受干預者的同意，甚至不以法院的事先同意為必要。另外，若是為了控制和監測醫療行為，而由醫療人員命進行不涉及身體干預的體檢或相關措施，或採取頭髮樣本、獲得尿液樣本等，即便違反當事人意願亦得為之。

以上是關於巴伐利亞邦有關暫行安置執行的規定，本文主要區分目的與基本原則、暫行安置執行相關程序、暫行安置機構內執行細項，以及執行上的治療措施進行介紹。整體而言，該邦將暫行安置執行規定定於 BayMRVG 中，有大量的部分準用保安處分執行的規定，而非準用羈押執行法的規定。就執行層面而言，或許不失為一適當的處理方式，蓋暫行安置執行與羈押執行之對象存在根本上的差異，在執行設施及醫療措施上須予以截然不同的待遇。儘管暫行安置與保安處分執行亦須嚴格區分，但在執行面向上，不論是安置機構、醫療行為或是往後可能的銜接需求，暫行安置執行皆與保安處分執行有許多相似之處，故許多部分參考了保安處分執行法的規定。僅是在諸多細節上，須留意暫行安置暫時性處分的性質，因此該邦也對此作出附條件準用的規定，大致上規範詳細或可做為我國參考對象。

## 第二項 執行救濟規定

### 第一款 規範背景

承上文所述，在 2009 年關於羈押規定之立法權限改革新制生效後，針對羈押執行的部分轉為各邦專屬立法權限，暫行安置之執行亦然。因此在具體執行時（姑且不論暫行安置執行規定密度問題），係由各邦執行機構依據其執行法規做出決定或處分，此面向廣泛可能對於受處分人的基本權形成或大或小的干

預，勢必須予以受干預人充分救濟管道，以保障其權利。在執行救濟規範的部分，首先須討論其立法權限歸屬問題。由於聯邦立法權改革時，並未賦予地方司法程序（das gerichtliche Verfahren）上的立法權限，故此部分的立法權仍為聯邦所有，而其規範適用是透過《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用同法第 119a 條，使不服暫行安置執行中之機關決定或處分（eine behördliche Entscheidung oder Maßnahme）的受干預人，得聲請法院裁判。除此，若其於執行中所聲請之機關決定未於 3 週內作出時，亦得因執行機關之不作為聲請法院裁判<sup>524</sup>。

《德國刑事訴訟法》第 119a 條使執行機構中的受處分人，得依據此規定聲請法院裁判，此不僅使受干預人獲得直接的救濟管道，在法院管轄權上也存在其必要性。蓋誠如立法理由<sup>525</sup>所言，若缺乏本條規範，執行機構的決定將被邦高等法院依據《法院組織法施行法》（Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz）第 23 條第 1 項第 2 句及第 25 條第 1 項當作「司法行政行為（Justizverwaltungsakte）」，並進行合法性審查，這與所欲解決問題之嚴重性顯然不成比例<sup>526</sup>。又依據第 119a 條所提起的救濟，其客體為各執行機構按各邦執行規定所做出的決定與措施，其管轄權根據《德國刑事訴訟法》第 126 條第 1 項第 1 句，由簽發令狀的法院負責。在這樣的規範運作下，雖可能使管轄法院須審查其他邦的執行規定而增加負擔，但立法當時認為若另外以執行機構所在地的法院為管轄法院，更不合適。畢竟簽發令狀法院對於案情已有較為詳細的了解，此外，也考量到各邦的執行法規範並無過大差異，因而最終仍決定由簽發令狀之法院為暫行安置執行救濟的管轄法院<sup>527</sup>。

## 第二款 救濟類型與聲請主體

<sup>524</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 119a Rn. 2.

<sup>525</sup> Vgl. BR-Drs. 829/08, 45.

<sup>526</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 119a Rn. 4; Schmitt, a.a.O. (Fn. 341), § 119a Rn. 1.

<sup>527</sup> Vgl. BR-Drs. 829/08, 45.

承上述，在準用《德國刑事訴訟法》第 119a 條第 1 項第 1 句的規定下，受干預人可對於執行機構所為的決定或處分聲請法院裁判。所謂「決定或處分」概念很廣泛，不僅包括命令（Anordnungen）、指示（Festsetzungen），也包含為確保執行而專門針對特定人所為的事實行為（Realakte），諸如紀律措施（Disziplinarmaßnahmen）、束縛（Fesselung）、限制接觸報紙、廣播和電視或藥物供給等。即便執行上具有直接外部效力的抽象、一般性規定（abstrakt-generelle Regelungen mit unmittelbarer Außenwirkung），且已超出受干預人的個人利益，也不能排除依據第 119 條提起救濟，這是因為在第 119a 條的適用下不再能依據《法院組織法施行法》（GVG-Einführungsgesetz）第 23 條以下的附屬救濟方式進行救濟<sup>528</sup>。據此，在聲請資格上，符合聲請資格的人包含任何受到機構措施（包括執行時的事實行為），或其他措施不利影響的人，都有權向法院聲請裁判，而聲請人的權利必須至少在實質上或是形式上受到負面影響。另外，儘管這通常是涉及受暫行安置之人權利的干預，但若第三人本身的權利也因而受到不利益，其亦有權利提出聲請<sup>529</sup>。

此外，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用同法第 119a 條第 1 項第 1 句，若於暫行安置執行中聲請機構決定，而機構未於 3 週內作出時，亦得聲請法院裁判。此項規定實有其必要性，蓋若欠缺機構的決定，受暫行安置之人將無從針對特定標的提出救濟。除此，本句將機構須作出決定的期間限縮於 3 週，這在無罪推定原則的脈絡下特別有其重要性，蓋若依照一般存在各邦中的不作為訴訟（Untätigkeitsverfahren），予以機關做出決定的期間往往長許多，例如《德國刑事執行法》（Strafvollzugsgesetz）第 113 條第 1 項<sup>530</sup>受暫行安置執行之人申請機構採取某措施時，其不得於申請後的三個月內聲請

<sup>528</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 119a Rn. 10; Schwarz/Radom, Zur Rechtswidrigkeit des Vollzugs von Unterbringungsbefehlen gemäß § 126a StPO in Untersuchungshaftanstalten, NStZ 2022, 270 (272).

<sup>529</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 119a Rn. 12; Schmitt, a.a.O. (Fn. 341), § 119a Rn. 4.

<sup>530</sup> 原文：“Wendet sich der Antragsteller gegen das Unterlassen einer Maßnahme, kann der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nicht vor Ablauf von **drei Monaten** seit dem Antrag auf Vornahme der Maßnahme gestellt werden, es sei denn, daß eine frühere Anrufung des Gerichts wegen besonderer Umstände des Falles geboten ist.”

法院裁判。蓋對於暫時處分的受處分人而言，若不將期限予以限縮，救濟方式恐緩不濟急，且受暫行安置之人尚未經終局確定判決，在執行上更應謹慎留意是否違背無罪推定原則的要求。不過，如果執行機構已針對同一事項作出決定，且情況並未發生足夠重大的改變，則受暫行安置者針對機構的不作為，向法院提出的聲請，可能因為缺乏權利保護之必要（aufgrund des fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses）被認為是不合法的。同時，若受處分人遲遲不對該事項提出異議，也會喪失其權利保護必要<sup>531</sup>。

### 第三款 管轄法院與職權調查原則

針對管轄法院的問題誠如上文所述，立法者最終決定將執行救濟的管轄權交給簽發令狀的法院或是負責審理該案的法院，而不另外以機構所在地的法院作為管轄法院。具體規定參照《德國刑事訴訟法》第 126 條第 1 項第 1 句<sup>532</sup>，在提起公訴前對於《德國刑事訴訟法》第 119a 條的聲請由簽發令狀的法院負責；提起公訴後，則參照同法第 126 條第 2 項第 1 句<sup>533</sup>，由受訴法院負責審理<sup>534</sup>。不過須特別留意的是，依據《德國刑事訴訟法》第 126 條第 2 項第 3 句，提起公訴後的個別處分，尤其指第 119 條的處分，由審判長命令之。此規定將採取特定措施的權力明確移轉與審判長（die Vorsitzende），但僅提及第 119 條而不包含第 119a 條，因此無法適用在受暫行安置之人依據第 119a 條聲請法院裁判的情形，應予以區隔<sup>535</sup>。

另外，管轄法院依據職權調查原則（der Amtsermittlungsgrundsatz），須全面調查案件事實與法律情況，不受執行機關調查結果的拘束，且即便調查過程

<sup>531</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 119a Rn. 13.

<sup>532</sup> 原文：“Vor Erhebung der öffentlichen Klage ist für die weiteren gerichtlichen Entscheidungen und Maßnahmen, die sich auf die Untersuchungshaft, die Aussetzung ihres Vollzugs (§ 116), ihre Vollstreckung (§ 116b) sowie auf Anträge nach § 119a beziehen, das Gericht zuständig, das den Haftbefehl erlassen hat.”

<sup>533</sup> 原文：“Nach Erhebung der öffentlichen Klage ist das Gericht zuständig, das mit der Sache befaßt ist.”

<sup>534</sup> Vgl. VG Augsburg, Beschl. v. 28. 05. 2013 – Au 4 E 13.512.

<sup>535</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 119a Rn. 12.

中訴訟程序已從暫時性的處分轉為確定終局判決，但所聲請的問題尚存在時，管轄法院仍須作出判決<sup>536</sup>，藉由此方式亦能更加確保受暫行安置之人的權利。除此，就聲請理由的部分，也無特別要求，只要能使法院明確理解其請求事項即可<sup>537</sup>。聲請人的主觀動機亦不影響其提出聲請的合法性，實務對此便曾表示聲請人的主觀動機和意圖不會使其法律保護請求變得不合法，因此聲請人的惡意本身不能作為拒絕予以法律保護的充分理由，因為法律保護的聲請本身是合法的，不受其主觀動機影響。其關鍵要素毋寧在於，所聲請的法律保護「客觀上」是否只有傷害對造或徒增訟擾的目的，而對此問題的評估須審查聲請理由及個案情形方能判斷<sup>538</sup>。

最後，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用同法第 119a 條第 2 項第 1 句，聲請不具暫緩執行的效力（kein Suspensiveffekt），不過根據第 2 句規定，法院可以視情形為暫時命令（vorläufige Anordnung），諸如命採較溫和的措施等。若不服管轄法院決定，根據《德國刑事訴訟法》第 304 條以下規定，只要不涉及邦高等法院或聯邦最高法院偵查法官的決定，便可對於管轄法院的決定提出抗告。僅是在第 119a 條第 3 項中特別強調了執行機構的抗告權，執行機構因此也有權提出抗告。

### 第三節 附論：暫行安置執行問題——以漢堡邦地方法院判決為例

依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 1 項，在符合暫行安置的前提下，法院得以安置令將被告暫行安置於其中一機構。又在法院依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用同法第 114 條的規定簽發暫行安置令狀時，須另外闡明其安置機構類型為精神病院抑或是戒治所，而具體機構為何者則交由各邦

<sup>536</sup> Vgl. KG (4. Strafsenat), Beschl. v. 04. 06. 2020 – 4 Ws 20/20 – 121 AR 47/20.

<sup>537</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 119a Rn. 17.

<sup>538</sup> Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 08. 04. 2013 – 2 Ws 181/13.

的安排計劃決定<sup>539</sup>。若考量到數個機構，則法院須明確選擇並確定要將被告安置於哪一機構。然而，實務上存在的問題是，許多邦的安置機構可能因為量能不足，而透過行政協助請求的方式，將受暫行安置之人交予羈押被告的監所，執行被告的暫行安置處分。然而，暫行安置的被告有其特殊情形與需求，這也是《德國刑事訴訟法》第 126a 條暫行安置須獨立於同法第 112 條以下之羈押規定之原因，若在執行時卻因機構量能不足，而將二者併於同一機構執行，即便執行措施上有不同待遇，恐也不足以因應受暫行安置之人所受到的照顧，毋寧是前功盡棄。然而，德國許多邦在執行暫行安置時，皆存在此一問題，下文以漢堡地方法院判決<sup>540</sup>為例，探討個案中受暫行安置被告執行處所問題，分析其與暫行安置執行目的間的差距與問題。

## 第一項 案例事實

在系爭案件中，被告於 2021 年 2 月 1 日被法院命暫行安置並發動暫行安置之收容請求，被告暫時被置於監所等待安置。然而，負責執行暫行安置的社會機構（Sozialbehörde），於 2021 年 2 月 2 日向執行羈押監所請求行政協助，此後被告的暫行安置處分，便持續在監所執行。於監所中負責予以被告精神照護的醫生為在社會機構工作的精神科醫師，由兩位醫師接連負責被告的精神照護，同時這兩位醫師也負責照顧在監所中受《德國刑事訴訟法》第 126a 條暫行安置的其餘 22 名受安置人。監所中另外設有兩名在精神疾病領域受過專業培訓的護理人員，但僅設置在一般門診部門。值班醫師的值班期間為週一到週五的早上七點到下午五點，其他時間則有專精不同領域的醫生，但皆未受過精神醫學上的培訓。在每日的查房過程中，會與受暫行安置之人進行至多十五分鐘的談話。

被告於監所受暫行安置執行時，最初被安置於一間普通的羈押房間（Haftraum），隨後因恐慌症（Panikattacke）發作而被轉移到觀察站的羈押房

<sup>539</sup> Vgl. Böhm, a.a.O. (Fn. 11), § 126a Rn. 25.

<sup>540</sup> Vgl. LG Hamburg Beschl. v. 27. 04. 2021 – 615 KLs 3/21.

間中。被轉移後，被告 24 小時皆被拘禁於大小僅約 12 平方公尺的房間中，就連衛浴設施皆無法自由取得。被告於此期間所受的待遇，毋寧使其病情更加惡化。最終，被告聲請法院對其被置於羈押監所中執行暫行安置之合法性作出裁判，同時聲請在漢堡的一家精神病院執行其安置令。然而，社會局（ein psychiatrische Krankenhaus）拒絕將被告轉入精神病院，並提及已無足夠的空間。

## 第二項 法院判決

系爭案件中，法院首先指出《德國刑事訴訟法》第 126a 條暫行安置的執行處所本即為執行時須決定之事項，並肯認依據行政協助請求將被告移至羈押監所中執行暫行安置的命令，屬於第 119a 條所謂「其他措施」的射程範圍。此點不因為行政請求本身性質上具有抽象一般性規定的特性，而排除被告提出救濟的可能性，因而被告可據此合法提出救濟。另外，被告在審理過程中仍持續被置於監所中執行暫行安置，該爭議措施尚未結束，且即便措施已經結束，被告也具有確認該措施不法性的合法利益，蓋此涉及其基本權利的侵犯。

接著法院闡明，暫行安置的目的不僅在於保護公眾免於危險行為人的侵害，同時是考量到被告將來極有可能被命《德國刑法》第 63 條的安置於精神病院處分，故須確保被告被安置在能對其進行必要醫療觀察與治療的機構中，蓋此即可能為其基於疾病之故而有需求的部分<sup>541</sup>。若將被告長期安置在羈押監所，恐使被告依據《德國基本法》第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項的一般人格權受到侵害，同時也將干預其依據《德國基本法》第 2 條第 2 項所享有的身體健康基本權，因在羈押的情況下即便被告同意，亦無法獲得必要的治療。縱使是在特殊情況下，例如當時情況無法立即將被告轉往精神病院或是為了審判期日需要，可將被告暫行安置於監所，但這最多只能持續 24 小時。

---

<sup>541</sup> Vgl. OLG Hamm, NStZ-RR 2006, 125.

本案雖依據《漢堡邦羈押執行法》（HmbUVollzG）第 1 條第 3 項及第 3 條第 2 項，《漢堡邦保安處分執行法——關於在精神病院或戒治所中的矯治與保安處分執行》（Gesetz über den Vollzug von Maßregeln der Besserung und Sicherung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt, Hamburgisches Maßregelvollzugsgesetz - HmbMVollzG），下簡稱《漢堡邦保安處分執行法》，在不違背基於保全訴訟程序所發出之命令的情況下，同樣適用於《德國刑事訴訟法》第 126a 條暫行安置的執行。據此，依據《漢堡邦保安處分執行法》第 4 條第 1 項第 1 句<sup>542</sup>，暫行安置是在某院所（der Asklepios Klinik Nord/Ochsenzoll）指定的精神病房進行的，並且依據同法第 4 條第 1 項第 3 句，暫行安置也可以在其他合適的設施中進行。然而，羈押監所（die Untersuchungshaftanstalt）中不可能存在與精神病院相同完善的設備，即便是設有精神神經科（eine psychiatrisch-neurologische Abteilung）的監所，其設備及醫療資源通常也不可能等同於精神病院（ein psychiatrische Krankenhaus）。本案情形便是如此，羈押監所中醫生查房每日通常只進行一次，平均不超過 15 分鐘，房間設備亦無法滿足《德國刑事訴訟法》第 126a 條暫行安置所要求的配備，更遑論未受過此領域相關訓練的醫務人員。此外，將被告 24 小時安置在觀察站的羈押房間中，無法外出獲得戶外休閒活動甚至也無法滿足基本的衛浴需求，更於訴訟過程中經專家指出此種措施導致被告妄想情形更加嚴重，精神狀態因而惡化。因此，最終法院撤銷執行的社會局將被告至於羈押監所執行暫行安置的命令，並課與該機關義務，要求其於一定期間內，參照判決見解對被告所提出之在精神病院中執行暫行安置的申請作出決定。

### 第三項 暫行安置執行處所問題

---

<sup>542</sup> 原文：“Die Maßregeln werden in hierfür bestimmten psychiatrischen Abteilungen der Asklepios Klinik Nord/Ochsenzoll vollzogen.”

由此判決事實上可以看出暫行安置執行時存在的困難，在執行上往往面臨精神科相關醫療院所不足的問題。因此，在《漢堡邦保安處分執行法》第 4 條第 1 項第 3 句中規定暫行安置的執行處所除在精神病院執行外，也可能於其他適當處所執行，另外也在該法第 4 條第 5 項中提及可將暫行安置之執行交予私人機構並予以權力，惟所選定之機構中必須隨時具備執行暫行安置所必須的相關人力、物力、場所以及組織架構。然而，即便在場所的選擇上已較彈性的規範方式賦予較多的可能性，將被告置於羈押監所中執行暫行安置的情況仍十分頻繁，且此現象不僅僅發生在漢堡，在德國的其他各邦中也有類似的問題<sup>543</sup>。

之所以如此，主要是因為精神病院能提供暫行安置執行的空間及資源有限，只有在可以釋放其他被告的情況下，才可能容納新的被告。相反的，若受到暫行安置的被告持續增加，而已經被暫行安置之人卻仍被置於原精神病院中，勢必通過其他管道執行暫行安置，在漢堡便是透過行政協助請求的方式，在精神病院量能飽和的情況下，將受暫行安置處分之人移至羈押監所中執行。根據統計在漢堡有越來越多須依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條執行的安置令，是在羈押監所中執行，而不是在精神病院中執行。在 2020 年時，就已有 6 名受暫行安置處分的被告被安置在監所中，直至 2021 年 5 月，更已多達 20 名以上的被告，被安置在監所中<sup>544</sup>。

然而，誠如上文所述，暫行安置的目的雖是為保護公眾免於行為人的進一步危險行為，但該制度同時也考量到被告將來極有可能被命《德國刑法》第 63 條的安置於精神病院處分，而為之後可能的安置處分預先做準備。因此，暫行安置的執行處所須考量到，此類被告與一般於行為時具有責任能力而被羈押的被告不同，必須在訴訟程序進行的過程中，確保受被告所在的機構能對其進行必要的醫療觀察及治療，這是基於被告的精神疾病而存在的必要要求<sup>545</sup>。精神病院等相類機構欠缺及資源不足，不能作為將被告置於羈押監所之理由，否則

<sup>543</sup> Vgl. Schwarz/Radom, a.a.O. (Fn. 528528), 270 (271).

<sup>544</sup> Vgl. Antwort des Senats auf die Schriftliche Kleine Anfrage v. 16. 06. 2020 (Bürgerschafts–Drs. 22/557, 4).

<sup>545</sup> Vgl. Schwarz/Radom, a.a.O. (Fn. 528), 270 (271).

將侵害其受《德國基本法》第 2 條第 1 項結合第 1 條第 1 項所保障之一般人格權，以及《德國基本法》第 2 條第 2 項所享有之身體健康基本權。

綜上所述，在羈押監所中執行《德國刑事訴訟法》第 126a 條的暫行安置是不合法的，根本問題在於可執行暫行安置之精神病院量能不足，須設法擴增精神病院機構的設置；否則受暫行安置之被告可對於其被安置於羈押監所依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用同法第 119a 條尋求法律救濟，若經法院裁判而主管機關實際上仍無法將被告安置於適當處所，則管轄法院恐須依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條及《德國刑法》第 62 條，於比例原則審查的脈絡下考量是否有釋放被告的必要，避免繼續於監所執行不合法的暫行安置。

#### 第四節 小結

本章主要探討暫行安置執行層面的規範及適用情形，因德國在 2009 年聯邦改革制度生效時，變更羈押執行規範之立法權限，改由各邦負責訂定法規。雖在改革後的數年，各邦陸續對於羈押執行訂定規範，然而，在暫行安置執行的部分卻未受到重視，遲遲未對此領域之規定進行深入探討與規範制定。即便在數個邦的羈押執行法中存在暫行安置執行的準用規定，或準用羈押執行或準用保安處分執行，但皆僅是概括的準用，此規範密度遠遠無法對應執行上的各類措施與處分。此外，雖暫行安置的令狀及程序規定在《德國刑事訴訟法》中大量準用羈押規定，但其與羈押的本質區別在執行階段顯而易見。暫行安置是針對將來可能被處以安置處分之患有精神疾病被告，其可能欠缺責任能力或減輕責任能力，在實際層面上毋寧與保安處分執行有較多相似處；羈押則是針對有責任能力的被告，為確保訴訟程序順利進行及將來刑罰的執行，因此在執行階段的準用規定，應與刑事訴訟法中的規定有所區別，較適合準用保安處分執行法的規定。

另外，執行上的準用規定也須另外注意作為暫行安置執行規定，因其涉及的措施與處分可能嚴重侵害受干預人的基本權，因此至少須符合數項基本原則，

諸如法安定性與明確性原則、無罪推定原則及區隔原則等，方足以作為對受處分人進行暫行安置執行措施的法律基礎。而盤點德國各邦在立法權限變更後的數年，暫行安置執行規定仍存在諸多缺漏，甚至是規範真空的狀態，時至今日，依舊有許多邦並未對此進行更進一步的詳細規範。其中較具有參考價值者或為 BayMRVG 中關於暫行安置執行的準用規定，該法對於何種情況下可適用、何種情形下則是有條件適用保安處分執行法的規定皆明文規範，以區別暫行安置作為暫時性處分與保安處分之終局處分性質差異。

除一般執行規定外，執行救濟管道更為不可忽視的部分，在聯邦改革制度後司法程序上的立法權限仍為聯邦所有，因此依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用同法第 119a 條中規定，不服暫行安置執行中之機關決定或處分的被告得聲請法院裁判，賦予其得對於其所受干預向法院請求救濟的機會。最後，本文附論中提及關於執行處所資源問題，精神病院設置的不足將導致暫行安置體制功虧一簣，將患有精神疾病之被告置於羈押監所中執行暫行安置，更將嚴重侵害被告受《德國基本法》所保障的基本權，因此實有必要持續完善暫行安置執行之軟硬體設備，而這也是我國在暫行安置新制通過後無疑會面臨的問題，應以此為借鏡思考解決之道。

# 第五章 我國法暫行安置制度探討



## 第一節 修法前的困境

關於精神疾病患者犯下刑事違法行為時，在整體刑事程序上會面臨的問題，除須考量實體法上論罪科刑以及是否附加保安處分（監護處分）等效果之外；程序法上，自偵查、起訴至判決確定前，對於是類被告是否應另外規定相應的程序規範，亦為不容小覷的議題<sup>546</sup>。然而，於暫行安置制度在民國 111 年 1 月 27 日修正前，我國法上並未存在對於此種情形的特殊處理方式，則在修法前，面對患有精神疾病之被告，在刑事程序中能如何應對？

事實上，從本文第一章第一節對於鐵路殺警案的回顧，便可發現我國於新制出現前，因欠缺一項暫時性拘束可能受監護處分之被告人身自由的措施，而一併以羈押應對所有案件。然而，此本就非羈押程序所欲處理的部分，雪上加霜的是，我國羈押制度長久以來本就存在許多根本性問題，將其一並套用於此類案件，實際上使被告無法受到其應有的權利保障。因此，下文欲先針對修法前，面對此類型的被告可能考量的選項進行分析，探討舊法下刑事法規中各種選項存在的缺漏，確認暫行安置新制的必要性。

### 第一項 《刑事訴訟法》第 101 條「羈押」

《刑事訴訟法》上對於一般被告之暫時限制人身自由處分，主要是羈押或存在爭議的預防性羈押。就《刑事訴訟法》第 101 條之羈押而言，或有質疑，何以此類被告不能逕行適用本條之規定？其與一般刑事被告差異何在？首先，就目的而言，羈押目的在於完成訴訟，達成保全刑事審判及執行之實現<sup>547</sup>。在

<sup>546</sup> 參江惠民、林鈺雄、呂煜仁、林達，〈精神病患於刑事程序之暫時性保全處置——羈押、暫行安置或緊急監護處分〉，《裁判時報》，第 121 期，2022 年 7 月，頁 2-3。

<sup>547</sup> 參林鈺雄，前揭註 7，頁 375。

被告患有精神疾病的情況下，若符合第 19 條第 1 項為無罪，並無刑罰執行之間題；即便屬於同條第 2 項的情形而仍成罪，但在判決確定前拘束患有精神疾病被告之目的，主要仍是為了避免其因疾病之故再度於社會上活動造成危險，甚或於適當情形下予以治療。由此可知，此類拘束人身自由之暫時干預措施，與羈押之目的顯不相同，實不宜一率將患有精神疾病之被告逕行羈押。再者，就本條之要件而言，被告須具備羈押之原因且有羈押之必要時，方得對其施以羈押，而或許正因此類型被告之病況，實際上往往難以證實其有事實足認有逃亡之虞或湮滅證據之虞，故多無法符合羈押要件。

據此，對於患有精神疾病之被告多數情形下不應予以羈押。然而。在新制增訂前，我國實務上依據《刑事訴訟法》第 101 條對患有精神疾病之人施以羈押的判決不在少數，且通常《刑事訴訟法》第 101 條第 1 項第 3 款之重罪羈押為依據，惟對於認定被告有相當理由可能逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之論述往往含糊不清，而被告患有精神疾病可能對公眾造成危害的考量，反倒被當作不可採取其他羈押替代手段的理由。上文所提及的鐵路殺警案即為其中一例，該案中法院以「被告乘車時，經列車長及被害人即員警甲〇〇要求下車，仍表示不願意下車，而逃至其他車廂，考量人性趨吉避凶之習性，是有相當理由足認被告有逃亡之虞」，加上「衡酌被告確有精神疾病……已多時未再服用藥物，衡酌被告供陳係因懷疑恐遭人危害，致精神不穩，無法控制情緒，為防遭他人危害……是若未羈押，而以交保、限制住居等代替方式，將對社會秩序影響之程度匪淺，故有羈押之必要，依刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 款規定，於 108 年 8 月 29 日裁定應予執行羈押。」然而，被告於案發前乘車不聽列車長指令之事實，如何能作為案發後有逃亡之虞之判斷依據，「人性趨吉避凶之習性」更欠缺理論基礎，以概括的人性作為個案中羈押被告的理由，實有待商榷。

類似本案情形者尚有臺北地方法院 109 年度訴字第 514 號刑事裁定，該案被告亦患有思覺失調症，本已經遭羈押而羈押期間將至時，法院認為「依卷內

相關證據資料所示，堪認被告犯罪嫌疑重大，且其所犯係最輕本刑為五年以上之罪，所涉罪嫌之法定刑非輕，客觀上對遭受較嚴厲之刑罰制裁已有預期，以逃匿規避審判程序進行及刑罰執行之犯險誘因亦隨之提升，有相當理由認為被告有逃亡之虞」命繼續羈押被告。而辯護人以被告罹患思覺失調症為由聲請的精神鑑定結果反被法院作為不可具保、責付或限制住居等替代手段的理由。從前述法院以牽強理由設法羈押此類型被告的情況，便可得知舊法時期以《刑事訴訟法》第 101 條之羈押作為暫時拘束此類被告之手段，事實上並不妥當。同時，這背後也意味著，我國對於精神障礙或其他心智缺陷者，因欠缺責任能力而無法符合羈押要件時，仍欠缺一暫時性拘束人身自由之處分，以確保被告出庭、避免其再度危害公眾，並兼顧其所需之醫療需求<sup>548</sup>。

## 第二項 《刑事訴訟法》第 101 條之 1「預防性羈押」

在《刑事訴訟法》上另一可能暫時拘束人生自由的作法，為《刑事訴訟法》第 101 之 1 條的預防性羈押，依該條規範，被告經法官訊問後，若認為有重大嫌疑會犯下所列舉之罪，且有事實足認為有反覆實行同一犯罪之虞，而有羈押之必要者，得將被告羈押。針對本條要件本身事實上已存在許多爭議，文獻上即指出，我國的預防性羈押類型欠缺情況急迫或情節重大的限制，實際運用上因預防性羈押提前介入干預被告人身自由，加以實務運作對證據要求降低，導致實際上形同透過程序法改變了原本不罰預備犯的實體法決定<sup>549</sup>。有鑑於此，毋寧應盡可能避免擴張預防性羈押之運用。

再者，關鍵在於，即便單純就現行要件考量精神病患者適用本條之可能性，實際上往往難以舉證存在事實足認在有反覆實行同一犯罪之虞。又依據《身心障礙者權利公約》第 14 條第 1 項，締約國應確保身心障礙者與其他人站在平等

<sup>548</sup> 參林映姿、李超偉、周芳怡，〈監護處分與暫行安置制度之修法意旨與歷程系列二〉，《法務通訊》，第 3095 期，2022 年 2 月，頁 3。

<sup>549</sup> 參蕭宏宜，〈預防性羈押的實然與應然〉，《東吳法律學報》，第 26 卷第 4 期，2015 年 4 月，頁 113。

基礎之上，不被非法或任意剝奪自由，任何對自由之剝奪均須符合法律規定，且於任何情況下均不得以身心障礙作為剝奪自由之理由。我國雖非締約國，但依據民國 103 年通過的《身心障礙者權利公約施行法》第 1 條及第 2 條，為實施聯合國《身心障礙者權利公約》意旨，亦即維護身心障礙者權益，保障其平等參與社會、政治、經濟、文化等之機會，促進其自立及發展，藉由施行法使公約所定內容具備內國法效力。據此，應不得違反公約意旨，而在無法證實被告具有反覆實行同一犯罪之虞的情況下，便羈押患有精神疾病之被告，此種「以關代醫」的方式，恐已違反《身心障礙者權利公約》<sup>550</sup>，故亦非解決之道。

### 第三項 《保安處分執行法》第 4 條第 2 項、第 3 項「緊急監護」

依據《保安處分執行法》第 4 條第 2 項，「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」。過去實務<sup>551</sup>判決亦指出，「依據我國《刑法》第 87 條第 2 項規定：『有第 19 條第 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時，於刑之執行完畢或赦免後，令入相當處所，施以監護。但必要時，得於刑之執行前為之。』」考其立法意旨，係以『監護並具治療之意義，行為人如有第 19 條第 2 項之原因，而認有必要時，在刑之執行前，即有先予治療之必要，故保安處分執行法第 4 條第 2 項、第 3 項分別規定，法院認有緊急必要時，得於判決前將被告先以 裁定宣告保安處分；檢察官於偵查中認被告有先付監護之必要者亦得聲請法院裁定之……』」由此可見，舊法時期我國實務上在監護處分判決確定前，面對將予以監護處分之精神病患被告，亦依據《保安處分執行法》第 4 條

<sup>550</sup> 參楊雲驛，〈妥適處理精神疾病被告的修法方向〉，《月旦醫事法報告》，第 63 期，2022 年 1 月，頁 138–141。

<sup>551</sup> 參最高法院 107 年度台上字第 3357 號判決、嘉義地方法院 110 年度重訴字第 2 號等判決。

第 2 項及第 3 項規定，由法院在有緊急必要情況時，於判決前，先以裁定宣告保安處分。

然而，何以在裁判確定前可先透過裁定執行判決？該規定是否恰當？若回歸《刑事訴訟法》上第八編關於執行的規定，在第 456 條第 1 項規定：「裁判除關於保安處分者外，於確定後執行之。但有特別規定者，不在此限。」該條規定看似對保安處分判決在確定後執行的規定上開了例外，不過細想若可於刑事判決確定前即先予執行，豈非違背無罪推定原則<sup>552</sup>且與整體刑事程序規範，考量刑事判決效果嚴厲，而致力於謹慎獲得最終確定判決之精神相悖？文獻<sup>553</sup>上更指出，事實上《刑事訴訟法》第 456 條第 1 項，並非認為保安處分可以在判決未確定前先執行，僅是因為部分保安處分可能在刑法執行後方執行，故以《刑事訴訟法》第 456 條第 1 項明定之；據此，保安處分不須於確定後（立即）執行之，惟仍不可能於確定前執行。除此，文獻上亦點出《保安處分執行法》性質上僅為執行法，所謂執行應係針對「已經確定」的保安處分判決而言，該法則是規定執行時應於何處為之或如何為之等執行方法的事項，此觀諸該法各章節便可得知<sup>554</sup>。

此外誠如前述，根據《身心障礙者權利公約施行法》該公約於我國亦有適用，則依據該公約第 14 條第 1 項及第 2 項規定，締約國應確保身心障礙者權利保障與他人平等，在任何情形下不得以身心障礙作為剝奪自由之理由，須確保其享有符合公約之合理公平待遇。據此，針對可以長期剝奪人身自由之監護處分而言，《保安處分執行法》第 4 條第 2 項、第 3 項僅以「緊急必要」作為可以裁定宣告保安處分之要件，過於模糊且欠缺相關的程序規定，此與《身心障礙者權利公約》意旨背道而馳<sup>555</sup>。

<sup>552</sup> 參連孟琦，〈從德國法角度評析我國二〇二二年刑事訴訟暫行安置新法〉，《政大法學評論》，第 173 期，2023 年 6 月，頁 277-278。

<sup>553</sup> 參楊雲驛，前揭註 550，頁 141；連孟琦，前揭註 552，頁 264。

<sup>554</sup> 參楊雲驛，前揭註 550，頁 139。

<sup>555</sup> 參楊雲驛，前揭註 550，頁 140。

又參照釋字第 588 號解釋「人身自由乃人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺之前提，憲法第八條第一項規定所稱『法定程序』，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，除須有法律之依據外，尚須分別踐行必要之司法程序或其他正當法律程序，始得為之。」反觀《保安處分執行法》就以裁定宣告保安處分之規定，並未針對受干預人之正當程序保障做出進一步的規定，例如對於該裁定的辯護、言詞辯論、撤銷或廢止事由等程序規定，其保障程度顯然未達釋字之要求<sup>556</sup>。由此看來，在判決前先以保安處分執行法之規定執行監護處分，實際上存在諸多根本性問題，舊法下雖不少實務判決援引該條文，作為緊急情況下暫時拘束患有精神疾病被告的法源依據，然此規定本身與公約及釋憲意旨不符<sup>557</sup>，絕非解決問題的根本之道。

綜上所述，舊法之下尚無可暫時拘束患有精神疾病被告之人身自由的適當授權依據，若不另外制定程序法上規範，僅能釋放此類被告於社會上活動，以免不當干預其基本權利。然此方式將造成社會上人心惶惶，絕非民心所願，因而實有必要引進一新制度彌補舊法下的缺漏。

## 第二節 暫行安置新制

### 第一項 暫行安置目的與性質

我國於民國 111 年 1 月 27 日三讀通過增訂《刑事訴訟法》第 10 章之 1「暫行安置」，並於同年 2 月 18 日公布施行，以彌補既有制度的不足<sup>558</sup>。在新法通過後，對於有事實足認具備《刑法》第 19 條第 1 項或第 2 項情形之被告，可由法院命暫行安置，將其暫行安置於精神病院等適當處所。本項新制的立法目的，

<sup>556</sup> 參楊雲驛，前揭註 550，頁 140。

<sup>557</sup> 參楊雲驛，前揭註 550，頁 139。

<sup>558</sup> 參林映姿、李超偉、周芳怡，前揭註 548，頁 3。

參立法理由可知是為「兼顧被告醫療、訴訟權益之保障及社會安全防護之需求」，故增訂《刑事訴訟法》第 121 條之 1 至第 121 條之 6，以明確規範偵查中及審判中暫行安置之要件及期間，以及聲請、審查、延長、救濟等相關程序。

就其性質而言，應可將其與同為暫時性拘束人身自由的羈押制度進行對比，以突顯其在刑事訴訟程序中的角色。亦即，羈押制度存在目的在於完成訴訟，以實踐保全刑事審判及執行<sup>559</sup>，而與羈押相應的終局處分是刑法上的自由刑，為了能實現確定終局判決等原因，於程序進行中，先施以暫時性的拘束人身自由處分——羈押；相對地，基於特別預防的考量刑法制度上終局處分也包含了監護處分，旨在對行為人進行矯治，期能使行為人早日復歸社會，同時保護社會大眾的安全。據此，在判決確定前，社會同樣存在這樣的需求，須保護社會大眾免於此類行為人的後續危險犯行。

另外，暫行安置的暫時性處分性質，也是最終通過版本未使用司法院最初使用之「緊急監護」作為制度名稱的原因。蓋暫行安置目的在於與保安處分執行法及監護法制接軌，而「緊急監護」定性上仍屬於「監護」，須經過審判過程以嚴格證明法則進行各項證據調查後，始得宣告並執行，以符合法治國原則與無罪推定原則之要求<sup>560</sup>。因此，最終以「暫行安置」作為《刑事訴訟法》第 10 章之 1 新制名稱，以彰顯程序中暫時性的處分，目的在於保護公眾免於患有精神疾病之被告的進一步危險犯行，並且適時提供被告即時、必要的醫療，也能藉此盡可能確保被告參與訴訟程序的過程。

## 第二項 暫行安置要件

### 第一款 實質要件

依據《刑事訴訟法》第 121 之 1 條第 1 項：「被告經法官訊問後，認為**犯罪嫌疑重大，且有事實足認為刑法第十九條第一項、第二項之原因可能存在**，而

<sup>559</sup> 參林鈺雄，前揭註 7，頁 375。

<sup>560</sup> 參林映姿、李超偉、周芳怡，前揭註 548，頁 4。

有危害公共安全之虞，並有緊急必要者，得於偵查中依檢察官聲請，或於審判中依檢察官聲請或依職權，先裁定諭知六月以下期間，令人司法精神醫院、醫院、精神醫療機構或其他適當處所，施以暫行安置。」據此，暫行安置之實質要件主要應包含：一、犯罪嫌疑重大。二、有事實足認《刑法》第 19 條第 1 項、第 2 項之原因可能存在。三、有危害公共安全之虞。四、緊急必要。同時，也應包含隱藏於這些要件下的原則，即在進行基本權干預時，本就須遵守的比例原則。若符合要件，在偵查階段可由檢察官聲請；審判中則可由檢察官聲請或由法官依職權裁定六個月以下的期間，進入司法精神醫院、醫院、精神醫療機構或其他適當處所，予以暫行安置。

### 一、犯罪嫌疑重大

首先，針對「犯罪嫌疑重大」之要件。此處「重大」乃針對所存在之犯罪「嫌疑」而言，非謂罪名須為重大犯罪類型，因此就條文本身而言，即便法定刑度不高的犯罪亦可能包含。然而，在考量是否安置時，基於安置所形成的拘束人身自由效果會形成嚴重基本權干預，應特別注意比例原則在此部分的適用，即衡量犯罪類型輕重以判斷是否發動暫行安置<sup>561</sup>。這就如同德國法上對於「違法行為（eine rechtswidrige Tat）」是否須限於觸犯罪名為重大之案件的探討，雖法無明文設限，但實際上仍須以犯下重大違法行為為原則，若僅涉及輕罪，則須判斷是否存在特殊情形，例如被告已經多次實施該輕罪，而實際上造成不輕微的影響等情形。

另外，本條規定「犯罪」嫌疑重大，但解釋上應與《刑事訴訟法》第 101 條及第 101 之 1 條所稱「犯罪」區別，將其理解為具備構成要件該當及違法性之違法行為。蓋暫行安置所針對者為至少符合《刑法》第 19 條第 1 項、第 2 項情形下的被告，則雖對屬於《刑法》第 19 條第 2 項規範之被告而言，確實可能

<sup>561</sup> 參彭幸鳴、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》，第 2100 期（司法文選別冊），2022 年 4 月，頁 2-3。

因仍具備減輕責任能力，而為「犯罪」行為；但在《刑法》第 19 條第 1 項所定情況下的被告，既然欠缺責任能力，自不可能成立犯罪。這實際上也是暫行安置與羈押被告重要差異所在，因此本文以為在未為條文用詞修正前，宜自解釋論上將其理解為犯下「違法行為」之嫌疑重大。

## 二、有事實足認《刑法》第 19 條第 1 項、第 2 項之原因可能存在

第二，必須有事實足認《刑法》第 19 條第 1 項、第 2 項之原因可能存在。針對可能性程度判斷，依據過往實務見解「有事實足認」以量化角度而言，至少須達百分之八十以上，程度不應過低<sup>562</sup>。判斷上，依據立法理由，檢察官於「偵查中或審判中聲請暫行安置時，皆應於聲請書敘明相關鑑定報告或其他關於第一項所定要件之證據，例如相關鑑定報告、實務上之鑑別診斷或病歷等資料等，俾供法院審認」。實務上亦有採納立法理由之要求標準，認為檢察官聲請暫行安置時所附具關於被告精神狀態之資料不足，指出「倘若僅係因被告素行有問題，或被告曾有屢犯相同案件之前案紀錄，參照暫行安置之法律效果，基於比例原則，不宜率爾認定符合此部分之要件。」因此駁回檢察官之暫行安置聲請<sup>563</sup>。除程度判斷之問題外，此項關於行為人狀態之要件應存在於行為人

<sup>562</sup> 參最高法院 98 年度台抗字第 703 號裁定：「上揭所稱『相當理由』，與同條項第一款、第二款法文內之『有事實足認有……之虞』（學理上解釋為『充分理由』）尚屬有間，其條件當較寬鬆。良以重罪常伴有逃亡、滅證之高度可能，係趨吉避凶、脫免刑責、不甘受罰之基本人性，倘一般正常之人，依其合理判斷，可認為該犯重罪嫌疑重大之人具有逃亡或滅證之相當或然率存在，即已該當『相當理由』之認定標準，不以達到充分可信或確定程度為必要。以量化為喻，若依客觀、正常之社會通念，認為其人已有超過百分之五十之逃亡、滅證可能性者，當可認具有相當理由認為其有逃亡、滅證之虞。此與前二款至少須有百分之八十以上，始足認有該情之虞者，自有程度之差別。」

<sup>563</sup> 參高雄地方法院 111 年度聲字第 1522 號刑事裁定：「參考立法理由指出：『檢察官聲請暫行安置時，應於聲請書敘明相關鑑定報告或其他關於第一項所定要件之證據，例如相關鑑定報告、實務上之鑑別診斷或病歷等資料等，俾供法院審認』，故倘若僅係因被告素行有問題，或被告曾有屢犯相同案件之前案紀錄，參照暫行安置之法律效果，基於比例原則，不宜率爾認定符合此部分之要件。經查，檢察官就此部分提出之事證僅有被告之中華民國身心障礙證明及被告經鑑定為精神耗弱之本院 91 年度訴字第 2698 號判決，然被告前開身心障礙證明之鑑定期限係 100 年 6 月 22 日，精神鑑定報告則係於 91 年間作成，迄今分別間隔 11 年及 20 年許，時間已相隔甚久，期間被告固有若干前科，有其臺灣高等法院被告前案紀錄表在卷可佐，惟依據被告距離本案最近之前科紀錄即本院 104 年度簡字第 2186 號判決，其中並未提及被告有精神狀況異常或因此遭送鑑定之情事，卷內亦無任何鑑定報告或病歷資料足認被告於「行為

行為時，且必須與行為人當下之違法行為具有因果關係，這點從行為人必須具備《刑法》第 19 條第 1 項、第 2 項之原因的規定中，應可得出。

在新法通過後至今，最終決定暫行安置之裁定主要以醫療院所出具的精神鑑定報告作為判斷是否存在《刑法》第 19 條第 1 項、第 2 項之原因，例如臺灣橋頭地方法院 111 年度易字第 71 號刑事裁定便提及：「被告透露有明顯被害性等妄想信念，對他人目視會認為是對自己有敵意的表現，對照被告過往病史曾出現幻聽和被害/關係性思考等精神症狀……換言之，被告具有辨識行為為違法之能力，但案發時受妄想等精神症狀及人格特質影響，即因妄想而扭解及誤解旁人言行，及因反社會人格特質而易怒、攻擊，明顯弱化抗拒犯罪衝動的意志能力，故依其辨識而行為之能力有顯著下降等情有凱旋醫院 111 年 7 月 7 日高市凱醫成字第 11171080700 號函及鑑定報告可參……足認被告於本案行為時，雖能辨識其行為違法，但可能受思覺失調症等精神症狀之影響，致其依辨識而行為之能力顯著減低，而可能有刑法第 19 條第 2 項之原因存在。」

該案為新制於民國 111 年 2 月 18 日生效後首次命暫行安置，由裁定中可見鑑定報告詳細陳述被告狀態，此為面對可能患有精神疾病之被告時不可或缺的判斷基準，蓋對於被告之精神狀態及案發時是否受到該狀態影響，皆須仰賴精神醫學專家的鑑定方可得知。不過儘管如此，從此裁定中在援引鑑定報告外，未見法院對於被告可能存在《刑法》第 19 條第 2 項原因之理由為進一步的論述，主要僅針對鑑定報告做出結論。就此部分而言，雖鑑定報告為主要參考依據，但應仍有以法律觀點另外對於鑑定報告內容進行論理之必要。

另外，在臺灣苗栗地方法院 110 年度訴字第 567 號刑事裁定中亦提及：「被告經為恭醫療財團法人為恭紀念醫院進行精神鑑定之結果，認：被告患有思覺失調症多年，除在監服刑時疑似曾接受治療，出獄後就未再接受治療，平時就有明顯的怪異妄想及被害妄想，導致此案發行為，因此被告在案發時之精

---

時」因精神或心智問題而有辨識能力、控制能力欠缺或顯著降低之情形，是此部分應認檢察官釋明不足。」。

神狀況為不能辨識其行為違法及欠缺依其辨識而行為之能力……本院審酌被告經精神鑑定患有思覺失調症、對自我行止的控制能力差，迄今於本院訊問時仍缺乏現實感、主觀認知已脫離現實，顯然其精神疾病發作之情形未獲控制，足認刑法第 19 條第 1 項或第 2 項之原因可能存在」其他諸如臺灣高等法院臺南分院 111 年度聲字第 1064 號刑事裁定<sup>564</sup>等裁定中，皆可得知醫療院所提供的專家鑑定於本要件判斷上的重要性。

### 三、有危害公共安全之虞

另外，從條文規定「有事實足認為刑法第十九條第一項、第二項之原因可能存在，而有危害公共安全之虞」的文義解釋中，可知前述因果關係前提也適用於「有危害公共安全之虞」的要件中；亦即，被告的狀態與其危險性之間亦須具備因果關係，必須是因為行為人系爭狀態導致有危害公共安全的風險。事實上，關於被告狀態與危險性的要件，在德國法上因為命《德國刑法》第 63 條的安置處分前提是，行為人的危險性來自於造成其責任能力受到限制的系爭狀態。因此，不僅症狀和原因犯行之間必須有因果關係，該症狀與未來危險性之間也必須有因果關係或典型關聯性。《德國刑事訴訟法》第 126a 條的暫行安置又明文須以「預期進行安置」為前提，故在評估「基於公共安全而有必要暫行安置」時，將程序法與實體法上要件相對應，僅在行為人（會犯下進一步的違法行為且因此）會對公眾形成危險，而預期會安置時，方屬於公共安全而須進行暫行安置的情形，這也建立了被告之精神狀態與危險性的連結。

我國《刑事訴訟法》第 121 條之 1 雖未如德國將「預期進行安置」明文定為暫行安置的要件，但誠如上述已可從條文中推知因果關係的要件。此外，不論從暫行安置目的抑或《刑事訴訟法》第 121 條之 5：「暫行安置後，法院判

<sup>564</sup> 臺灣高等法院臺南分院 111 年度聲字第 1064 號刑事裁定：「經原審囑託衛生福利部嘉南療養院（下稱嘉南療養院）鑑定結果，結論為『傳員（即被告）長期癲癇未加以妥善控制，可能導致腦部功能性的損害，即「另一身體病況引起的其他特定精神疾病」，其行為時，因此診斷導致的退化之間接影響下，傳員依其辨識而行為之能力達顯著減低之程度…而傳員家庭支持系統極端不佳……』。」

決未宣告監護者，視為撤銷暫行安置裁定。」皆可知我國法上暫行安置與監護處分相連結之概念。這也涉及第三項要件「有危害公共安全之虞」。針對本項要件，立法理由指出所謂危害公共安全之虞「亦包括『有再犯之虞而達有危害公共安全之虞程度』之情形」，文獻上也補充，須能具體判斷被告存在將來再犯而危害公共安全的可能性，非僅是概括、抽象認定<sup>565</sup>。按立法理由之意旨似乎認為在其他「非基於再犯之虞」而構成公共安全之情形，也可能命暫行安置。惟本文以為，我國法上暫行安置承自德國法，與羈押平行作為監護處分判決確定前的程序上措施，亦是為將來可能的監護處分做準備，在要件的解釋上自然不可能與監護處分割裂。又我國《刑法》第 87 條的監護處分，在刑法法律效果保安處分的脈絡下，體現刑法預防性功能，這也意味著其所針對的對象必須是與刑事法預防相關的行為，若僅是一般性的公共安全不應直接落到刑法的預防範圍中，以免過度擴張。從而，作為監護處分於程序法上對應措施的暫行安置，其預防性質不論以程度或適用範圍而言，皆須以被告有「有再犯之虞而達有危害公共安全之虞」為限，應不包含與刑法規範無關的公共安全危險。

實務上認定具有危害公共安全之虞的情形包含：該案被告曾持西瓜刀朝向不特定路人恐嚇，即便其存在部分病識感故仍規律服藥，然因病情尚未完全受控制，而仍有怪異妄想之風險，故認定被告尚有再犯而危害社會大眾之可能性<sup>566</sup>；被告過去曾殺害其同居男友，遭限制住居並經員警查訪，卻因擔心員警是「壞人」，而持刀與警對峙，據此法院指出被告有暴力的傾向，且未依照醫囑服藥、控制能力不佳，又於短期間內連續有暴力舉動，認為其有危害公共安全之虞<sup>567</sup>；抑或是被告曾對素不相識之他人為殺人未遂犯行、並經執行刑罰完畢後，仍未能改善其精神狀態或尋求專業醫療協助之作為，後又對路上偶然相遇

<sup>565</sup> 參彭幸鳴、施育傑，前揭註 561，頁 3。

<sup>566</sup> 參臺灣橋頭地方法院 111 年度聲字第 363 號刑事裁定。

<sup>567</sup> 參臺灣彰化地方法院 111 年度訴字第 610 號刑事裁定。

之人潑灑浴廁清潔劑，法院因而認定被告顯有一再無端對他人生命、身體造成重大危害之可能，而有危害公共安全之虞<sup>568</sup>。

反之，在前述高雄地方法院 111 年度聲字第 1522 號刑事裁定中，法院指出雖檢察官自被告身上查扣 5 把香蕉刀，但未再釋明被告如何有再犯或其他危害公共安全之虞，且即便被告自陳已 6、7 年未服藥，但於此期間並未做出危害他人之犯行，因此難認被告有必須暫行安置之危害性存在。綜上述，自實務情形觀之，主要考量被告過往與近期的行為是否出現隨機暴力傾向，以及被告目前治療狀態，是否已有定期穩定地的療程，而被認定為具有危害公共安全之虞之被告，其行為多為刑事法規範所禁止。

#### 四、緊急必要

最後，是針對「緊急必要」的部分，此項要件展現出比例原則在暫行安置的重要性，同時因為暫行安置拘束人身自由而對基本權形成強烈干預，透過「緊急必要」的要件也呈現期最後手段性<sup>569</sup>。至於「緊急」之用詞規定於此之疑義，本文於後文（第五章第三節第二項）中詳述之，此處僅於解釋論上，強調其意在落實比例原則之「必要性」意義<sup>570</sup>。

事實上，針對「緊急必要」之要件判斷，目前實務上似乎時常與是否存在「危害公共安全之虞」共同判斷；亦即綜合被告本身病情、治療情況、近期行為結合過往行為史，觀察其是否存在暴力行為等。在大多數的個案中，若認定被告本身受到病情影響，有對於他人的隨機暴力行為，又無定期性的穩定治療療程，通常便具有緊急必要。例如前述臺灣高等法院臺中分院 111 年度聲字第 1895 號刑事裁定便提及：「……完全未有任何病識感、或尋求專業醫療協助之作為，再於本案恣意對路上偶然相遇之告訴人潑灑浴廁清潔劑、造成他人受有

<sup>568</sup> 參臺灣高等法院臺中分院 111 年度聲字第 1895 號刑事裁定。

<sup>569</sup> 參彭幸鳴、施育傑，前揭註 561，頁 3。

<sup>570</sup> 參連孟琦，前揭註 552，頁 278。

傷害，顯然有一再無端對他人生命、身體造成重大危害之可能，而有危害公共安全之虞，並有緊急必要。」

相類者諸如臺灣彰化地方法院 111 年度訴字第 610 號刑事裁定：「……被告確實罹患精神疾病，且有暴力的傾向，被告並未依照醫囑服藥、控制能力不佳，又於時間緊接的 3 日內，連續有暴力舉動，足認刑法第 19 條第 1 項或第 2 項之原因可能存在，而有危害公共安全之虞，且有緊急必要……本案自有裁定暫行安置之必要」。相對地，若欠缺「危害公共安全之虞」，通常也不該當「緊急必要」之要件，高雄地方法院 111 年度聲字第 1522 號刑事裁定變為一例：「……被告未服藥之期間並未做出危害他人之犯行，是難認被告有必須暫行安置之危害性存在，自難認被告有施以暫行安置之緊急必要」。

另外，從部分實務判決中，似乎亦可發現實務對於「緊急必要」存在與否的判斷同時也考量被告對醫療的需求性；亦即，姑且不論強制治療之問題，在部分個案中可看見法院也同時考量被告是否有受治療的即時需求或是必要性。

舉例而言，在臺灣橋頭地方法院 111 年度易字第 71 號刑事裁定中，法院基於「被告目前之病情未獲完全控制，且為避免被告服藥規則性不定之情形，凱旋醫院有相關醫療計畫穩定其病情，認被告於該院持續治療仍有緊急必要」，同時也無從以其他方式確保被告短期內無再危害公共安全之虞，因此決定不撤銷暫行安置處分。相類者尚有臺灣高等法院臺南分院 111 年度聲字第 1064 號刑事裁定：「基於保障被告可受到專業醫療協助，及避免被告在未就醫治療之情形下，對他人生命、身體、財產安全造成危害，因認被告有暫行安置之緊急必要，又為兼顧使被告在相當期間內可持續接受治療，以達治療目的，本院認為以 6 個月期間對被告施以暫行安置為宜」。

最後，此要件同時蘊涵著比例原則的概念，在比例原則的脈絡下不僅僅是將暫行安置作為最後的手段，也可能是相較於其餘措施，暫行安置屬於較小侵害手段而更適於達成目的的處分，具體而言，便是與「羈押」間的權衡。因舊法時代並沒有暫行安置制度，因此大多數原應適用暫行安置的情形，大多被以

羈押的方式處理。這也導致新法通過後，許多個案中繼續適用羈押可能不再符合比例原則，甚至是本就不符合羈押之要件。而在修法後，實務上也有從羈押轉為暫行安置的判決，苗栗地方法院 110 年度訴字第 567 號刑事裁定即為一例，不過該案羈押與暫行安置處分皆是發生於新法生效後，起初因尚無精神鑑定報告而命羈押，不過即便在鑑定報告出爐法院認為被告存在《刑法》第 19 條之情形後卻仍延長羈押，直至第二次羈押期限將至而法院即將做出實體判決時，方轉為暫行安置。

該裁定認為：「……基於保障被告醫療、訴訟權益及社會安全防護之目的，本院認為以 6 個月為期間對其施以暫行安置有其緊急及必要性，對其人身拘束應合乎比例原則；又本案既已裁定暫行安置，自無羈押之必要性，爰併予撤銷羈押。」相較於此，彰化地方法院 111 年度訴字第 610 號刑事裁定似乎較正確指出選擇暫行安置而非羈押之原因，該裁定表明「本院並未予以裁定羈押的理由，主要在於，被告已經坦承全部犯行，且被告罹患精神疾病，有反覆實施同一犯罪的可能，羈押與暫行安置，都可以達到預防再犯的目的，但對於被告的處遇而言，有效的治療，遠比單純的拘禁更為有利，因此，基於比例原則的考量，本院認為本案以侵害較小的手段，可以達到預防再犯的目的，故並未予以裁定羈押。」此案尚未確定屬於《刑法》第 19 條第 1 項或是第 2 項的情形，故可能同時符合羈押要件，不過予以暫行安置毋寧是在比例原則脈絡下，應選擇的方式。

## 第二款 程序要件

暫行安置屬於拘束人身自由之強制處分，依據《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 1 項規定採取令狀原則，須由公正獨立之法院裁定命暫行安置<sup>571</sup>。針對程

<sup>571</sup> 參張麗卿，〈2022 年精神障礙觸法者新制之法規範與實務〉，《月旦法學雜誌》，第 328 期，2022 年 9 月，頁 94；陳運財，〈強制處分法定原則與令狀主義（上）〉，《人權會訊》，第 92 期，2009 年 4 月，頁 29, 30。

序上的要件，本文主要依據流程順序，對於新法中與暫行安置特別相關的程序進行介紹。又因我國暫行安置新制在《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 2 項中訂有準用同法第 228 條第 4 項關於羈押程序的「拘捕前置原則」規定，因此在程序上將與羈押程序相似，並且不存在德國法上「先令狀後逮捕」的原則情形，至多與德國法上「暫時逮捕後令狀」的例外程序較為相似。

命暫行安置的過程中將歷經的程序，包含在「拘捕前置原則」下，一開始的拘提逮捕與解送，接著可能由檢察官聲請或法院職權裁定命暫行安置。法院裁定前，須經過訊問的過程，而訊問過程中應遵守的特定程序於新法中也特別準用羈押程序的規定。最後則是關於將裁定告知被告，使其理解裁定內容的相關規定，下文便依此脈絡介紹《刑事訴訟法》第 121 條之 1 以下關於暫行安置的程序要件。

首先，誠如前述依據《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 2 項準用同法第 228 條第 4 項之規定，使暫行安置在程序上與當前羈押之運作情形相同，皆須遵守拘捕前置原則<sup>572</sup>。據此，在聲請暫行安置前必須先合法拘提逮捕被告，而法院為暫行安置之決定前，須先審查此前的拘捕程序是否合法，透過此方式一併檢視在暫行安置之前的拘提逮捕程序是否存在違反刑事訴訟規定的情形<sup>573</sup>。此與德國法原則上須先經過法院簽發安置令方可逮捕被告之情形相去甚遠，且關於拘捕前置原則之適用，以及其在實務運作上造成的矛盾，文獻上多有議論<sup>574</sup>，暫行安置條文準用後恐亦須面臨相同困境，詳後述。

姑且不論拘捕前置原則適用於暫行安置的適當性，因《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 2 項準用同法第 93 條第 2 項前段、第 5 項、第 6 項及第 93 之 1 條羈押程序之特別規定，故在暫行安置程序下，除適用一般性的程序規定，應對

<sup>572</sup> 參張麗卿，前揭註 571，頁 95。

<sup>573</sup> 參李榮耕，〈具保及羈押〉，《月旦法學教室》，第 146 期，2014 年 12 月，頁 60、61；劉芳伶，〈拘捕前置原則之意義、機能與效力〉，《台灣法學雜誌》，第 330 期，2017 年 10 月，頁 138。

<sup>574</sup> 參李榮耕，前揭註 573，頁 154；楊雅筑，〈羈押審查與救濟程序之研究——以德國法為中心〉，《台國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文》，2018 年 6 月，頁 162–169。

因拘提或逮捕到場之被告即時訊問外，更須另外遵守與羈押相同的限制；即偵查中經檢察官訊問後，若認為被告有暫行安置之必要，便應自拘提或逮捕之時起 24 小時內，敘明被告違法行為事實並附具證據與相關理由，聲請管轄法官命暫行安置。除此，法院於受理暫行安置之聲請後，須交予被告及其辯護人聲請書之繕本，並即時訊問。若須持續至深夜，被告、辯護人及得為被告輔佐之人得請求法院於隔日白天訊問，法院須具備正當理由方可拒絕。若在深夜受理，則應於隔日日間進行訊問。另外，此處 24 小時之計算亦須考量到第 93 之 1 條時間中斷事由的因素。

在符合拘捕前置原則的前提下，接續暫行安置之程序開啟，依據《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 1 項，若存在該項暫行安置之要件，於偵查中可由檢察官聲請，審判中則可依檢察官聲請或由法院依職權裁定命暫行安置。此點與我國羈押實務運作情形不同；亦即，針對羈押聲請的部分，實務上認為檢察官乃偵查程序之主導者，故於偵查中若認為被告有羈押之必要，自可由檢察官向管轄法院聲請羈押；然在案件經起訴後，因程序之主導者移轉至法院，加上反面解釋《刑事訴訟法》第 93 條第 2 項、第 107 條第 2 項、第 108 條第 1 項、第 110 條第 2 項之規定，認為上開條文僅規定檢察官於偵查中的聲請權，則進入審判程序後檢察官便不可再聲請羈押，惟實務此種解釋方式向來存在爭議。

所幸，此次暫行安置的修法明確規定檢察官於審判中亦具有聲請權，便不存在此爭議。又檢察官聲請暫行安置時，按《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 4 項必須以聲請書敘明理由及證據並備具繕本為之，立法理由更指出檢察官須出具「相關鑑定報告、實務上之鑑別診斷或病歷等資料等」，以供法院審認。

另外，決定是否命暫行安置的程序中，一項與被告相關的重要權利保障規定為強制辯護。這是依據《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 2 項準用第 31 條之 1 關於偵查程序中羈押強制辯護的規定。按此，關於偵查中之暫行安置審查程序，若被告未選任辯護人，則審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護。此次立法理由雖未言明，然而參《刑事訴訟法》第 31 條之 1 之立法理由亦可知，因暫

行安置與羈押同為拘束人身自由之嚴重強制處分，自應予以最高程度之程序保障。

除此，受暫行安置之被告在許多情形下可能符合《刑事訴訟法》第 31 條第 1 項第 3 款「因精神障礙或其他心智缺陷」而無法為完全陳述之情形，而依據同條第 5 項之規定本即有保障是類被告於偵查中受到強制辯護之權利。新修訂《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 2 項之準用規定使受暫行安置之被告權利保障更為完整，惟其僅限於「偵查中」而未及於審判中，故在現行法下關於審判中之暫行安置恐仍須視被告是否符合《刑事訴訟法》第 31 條第 1 項第 3 款之情形，以決定是否屬於強制辯護之案件。

此外，依據《刑事訴訟法》第 121 條之 2 第 1 項，暫行安置的審查程序若是由檢察官聲請而開啟，則檢察官應於法院訊問時到場陳述理由並提出必要證據；反之，若為法官職權發動，則檢察官得到場陳述意見。同時，為落實聽審權之保障，檢察官、被告、辯護人皆可在法官為此訊問前，請求予以適當時間為陳述意見或答辯之準備（《刑事訴訟法》第 121 條之 2 第 3 項）。

而為能使被告受到有效辯護，《刑事訴訟法》第 33 條本就有辯護人於審判中得閱卷的一般性規定，在暫行安置階段更另外透過《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 2 項準用同法第 33 條之 1，羈押程序於偵查中之閱卷權的規定。蓋是否命暫行安置，與是否命羈押同為涉及剝奪被告人身自由之重要問題，基於憲法正當法律程序原則，除法律另規定外，自應允許被告之辯護人得檢閱相關證物，以使被告防禦權獲得充分保障。據此，暫行安置被告之辯護人於偵查中得檢閱卷證，無辯護人之被告法院亦可以適當方式保障閱卷權。

最後，在法院結束訊問後，若決定暫行安置或延長暫行安置，須將所依據之事實、各項理由之具體內容及有關證據，告知被告及其辯護人，並記載於筆錄（《刑事訴訟法》第 121 條之 2 第 2 項）。

### 第三項 撤銷暫行安置

依據《刑事訴訟法》第 121 條之 3 第 1 項，暫行安置之原因或必要性消滅或不存在者，應即撤銷暫行安置裁定。本條規定當原因或必要性不在時「應」即撤銷，應可知此處法院有持續審查暫行安置要件是否仍存續之義務，以確保比例原則之落實。除此，檢察官、被告、辯護人及得為被告輔佐人之人均得依據同條第 2 項聲請法院撤銷暫行安置裁定；法院對於該聲請，得聽取被告、辯護人及得為被告輔佐人之人陳述意見。此外，《刑事訴訟法》第 121 條之 3 第 3 項亦規定，若在偵查中，檢察官聲請撤銷暫行安置裁定，則法院「應」撤銷之，且檢察官得於聲請時先行釋放被告。

之所以賦予檢察官聲請對法院的強制拘束效力，是考量到檢察官為主宰偵查程序之人，往往較法院清楚被告之情況。在此情況下，既由較了解偵查情勢之檢察官聲請撤銷，自不應再拘束被告人身自由，而應儘速將其釋放，以保障被告權利。相對地，依據同條第 4 項若法院欲撤銷暫行安置裁定，則除依檢察官聲請者外，應徵詢檢察官之意見。此外，誠如前述，暫行安置實際上是相對於最終監護處分之程序法上暫時措施，則若法院未宣告監護者，依據《刑事訴訟法》第 121 條之 5 第 1 項，視為撤銷暫行安置裁定。

#### 第四項 停止執行暫行安置

值得注意的是，我國於《刑事訴訟法》第 121 條之 3 第 1 項未如同德國法區分為暫行安置原因仍存在，而有其他較小侵害之替代手段時的停止執行暫行安置，以及要件不存在時的撤銷暫行安置。目前《刑事訴訟法》並亦不存在類似於《刑事訴訟法》第 116 條之 2 第 1 項關於停止羈押替代手段的規定。因而，依據目前《刑事訴訟法》明文規定，對於受暫行安置的被告，並無其他較小侵害的替代手段，無法基於暫行安置原因仍存在，但因可使用較小侵害的替代手段，而命停止執行暫行安置。

除此之外，雖《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 2 項規定準用第 228 條第 4 項之規定，而《刑事訴訟法》第 228 條第 4 項前段為「廣義停止羈押」之規定，即由經檢察官訊問後認為無聲請羈押必要，得命具保、責付或限制住居。惟姑且不論「廣義停止羈押」本身存在的爭議，本項準用規定在適用上，參立法理由<sup>575</sup>之意旨，屬於「與聲請暫行安置性質顯不相容者」而不應準用，故亦不存在廣義停止執行暫行安置之規定。

## 第五項 延長暫行安置

依據《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 3 項，在暫行安置期間屆滿前，若法官訊問被告後，認有延長之必要者，得於偵查中依檢察官聲請，或於審判中依檢察官聲請或依職權，以裁定延長之，每次延長不得逾六月，總計不得逾五年。同時準用第 108 條第 2 項之規定，因此法院對暫行安置之裁定除當庭宣示者外，須在期間未滿前以正本送達被告，以發生延長暫行安置之效力；反之，若暫行安置期滿，延長暫行安置的裁定卻未經合法送達，則視為撤銷暫行安置。

有關延長安置必要性的具體判斷方式，參考實務運作情形，個案<sup>576</sup>上曾有對於經暫行安置三個月後的被告，進行是否須延長暫行安置之審查，而該案被告於第一次暫行安置期限將至時，仍會因他人注視而憤怒並大聲辱罵以及其他因個別情境而生的衝突行為。該案中法院雖考量暫行安置對於被告人身自由之限制，但同時顧及被告健康及受醫療之權利、社會治安維護、訴訟權利等，認為若未予延長暫行安置，不僅被告本身仍存在危害公共安全之虞，且醫療計畫尚未結束的情況下逕予中斷暫行安置，亦可能對被告本身病情控制產生不利影

<sup>575</sup> 參《刑事訴訟法》第 121 條之 1 立法理由第三點：「……『準用』乃限於性質不相牴觸之範圍內始得為之，故諸如第九十三條之一第一項第七款及第二百二十八條第四項前段命具保、責付或限制住居部分等，與聲請暫行安置性質顯不相容者，即不在第二項準用之列，併予敘明。」

<sup>576</sup> 參臺灣橋頭地方法院 111 年度易字第 71 號刑事裁定。

響，進而認為有事實足認為被告暫行安置原因仍然存在，而有危害公共安全之虞及緊急必要性，有延長暫行安置之必要。



## 第六項 救濟規定

法院關於暫行安置處分的救濟方式，依據我國《刑事訴訟法》第 403 條的抗告規定，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。不過，對判決前關於訴訟程序之裁定，依據同法第 404 條原則上不得抗告，僅在但書所列情形下方得抗告。雖該條但書第 2 款所列舉的強制處分中並未特別規定暫行安置，但是依據但書第 1 款若有得抗告之明文規定者，亦可於判決前抗告。據此，暫行安置既然於《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 5 項，明文規定對暫行安置、延長暫行安置或駁回聲請之裁定有不服者，得提起抗告，自屬於第 404 條但書中所規定之例外得於判決前抗告的情形。

同理，依據《刑事訴訟法》第 121 條之 3 第 5 項，對於撤銷暫行安置裁定或駁回聲請之裁定有不服者，得提起抗告。則依據《刑事訴訟法》第 404 條但書第 1 款，可於判決前抗告。另外，在抗告程序上，依據《刑事訴訟法》第 121 條之 4 第 1 項若案件在第三審上訴中，而卷宗及證物已送交該法院，由第二審裁定有關暫行安置的事項。若第二審法院進行裁定時需要，得向第三審法院調取卷宗及證物（《刑事訴訟法》第 121 條之 4 第 2 項）。須注意的是，因《刑事訴訟法》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，惟暫行安置嚴重干擾被告基本權，文獻上遂有謂儘管此非暫行安置獨有之問題，但至少在暫行安置之情形下應肯認之<sup>577</sup>。

## 第七項 執行程序

---

<sup>577</sup> 參彭幸鳴、施育傑，前揭註 561，頁 3。

經法院裁定暫行安置後，依據《刑事訴訟法》第 121 條之 2 第 4 項，由檢察官負責執行。惟關於具體執行上的規定，依據《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 1 項「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」，同時修法理由也明確指出「於暫行安置裁定之執行方法，本法未規範者，自應適用或準用保安處分執行法第一章、第三章等，或其他相關法律規定辦理，俾期周妥」。據此，針對執行規定的部分，應可區分為《刑事訴訟法》本身之規範以及準用《保安處分執行法》（特別是第一章總則規定與第三章關於監護的規定）或他法之規範。惟因《刑事訴訟法》上僅訂定概括性的準用規定，並未具體明文應在多大程度及範圍內準用《保安處分執行法》或可以準用的其他法律為何，故實際適用上存在較大彈性同時也伴隨著不確定性。

對此問題，本文以下將參考第四章介紹 BayMRVG 時對於其暫行安置執行所定的規範架構，分析在我國新制下暫行安置執行可能涉及的條文。在準用規定的選擇上，除《刑事訴訟法》中已明確指出的《保安處分執行法》外，基於該法本身規範密度相對不足，加上暫行安置與羈押同為終局判決前的暫時性處分，本文以為受到現行法的侷限之下，或可參考我國於民國 108 年進行全文修正的《羈押法》部分規定，以彌補《保安處分執行法》的不足。另外，面對兩法中可能對於相同事物存在相異規定，大致上或可以「事物性質」判斷應準用何者。詳言之，若與「暫時性」處分性質較相關之事項則準用《羈押法》之規範，例如「接見與通信」在判決前須特別考量被告與辯護律師之自由交通權；反之，若與精神疾病、監護相關之措施則準用《保安處分執行法》之規定，例如執行處所的決定，因受暫行安置者之特殊需求不宜與羈押被告置於同處。又若兩法規範相似，則基於《刑事訴訟法》已點明對於《保安處分執行法》的準用，便優先準用《保安處分執行法》之規定。

## 一、入所程序

首先，執行開始時須由檢察官先決定應將受暫行安置之人置於何處執行，而依據《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 1 項準用《保安處分執行法》第 46 條及第 46 條之 1 第 1 項，檢察官得參酌「評估小組」之意見決定應在司法精神病院、精神復健機構，抑或是身心障礙福利機構等其他適當處所，執行暫行安置。接著是關於被告的入所程序，依據《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 1 項準用《保安處分執行法》第 5 條，應由檢察官將受暫行安置之人連同暫行安置令狀以及其他應備文件，命司法警察（官）解送至執行處所，並由執行機構檢查上述文件是否有所缺漏，若有缺漏得通知檢察官補送（準用《保安處分執行法》第 8 條）。另外，在被告進入暫行安置機構時，應就其個人狀態、實行違法行為之原因動機等進行調查、命捺指紋與照相等身分識別之工作，同時也須檢查其所攜帶之物品。（準用《保安處分執行法》第 9 條、第 10 條）。

須注意的是，若被告經檢查發現罹患急性傳染病或重大疾病，抑或懷胎五個月以上及分娩未滿二月，檢察官不得命解送，並應先送醫院予以適當處置；同樣地，執行處分處所若遇到此類被告，得拒絕進行暫行安置，但須將其送往醫療院所或責付適當之人並通知檢察官。（準用《保安處分執行法》第 6 條、第 7 條）。此外，有關被告入執行機構後通知家屬的部分於《保安處分執行法》中似乎未有相關規定，此部分或須依據《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 1 項準用《羈押法》第 13 條，賦予執行機構通知指定親屬、友人及辯護人之義務，通知事項包含被告受暫行安置之處所、原因以及得選任辯護人之規定。

## 二、機構內執行相關事項

關於機構中執行暫行安置事項，從被告的生活起居、醫療照護、限制措施到與外界的聯繫等，都須存在相關規定使執行機構能合法在必要情形下採取適當措施。就被告的日常生活而言，應維持其基本衣食需求與維持身體健康的必要設備（準用《保安處分執行法》第 17 條）。針對醫療照護方面，除前述維持身體健康必要設備外，準用《保安處分執行法》第 18 條規定，受暫行安置之人

患有疾病應儘速予以醫治提供必要之保護，若認為機構本身無法提供必要醫治時，須呈請監督機關許可其至他處醫治。惟針對此部分《保安處分執行法》之規定似乎較不完善，或有準用《羈押法》第七章「衛生及醫療」之規定的必要，在《羈押法》第 44 條以下較詳細的規定了執行暫時處分的機構中須具備的基本衛生設施，包含空間、光線、通風等設備，並應定期對於被告進行健康狀況評估。面對拒絕接受治療之被告，參照該法第 54 條、第 57 條等規定，主要以可能危及被告生命安全作為強制進行醫療措施的前提。

就限制措施的部分，依據《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 2 項、第 3 項，若有事實足認被告與外人接見、通信、受授書籍及其他物件，有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，且情形急迫，可由檢察官或執行處所的戒護人員，先進行限制或扣押等必要的處分，且應即時陳報管轄法院。若法院認為不應准許者，應在受理之日起三日內撤銷處分；若經陳報而未被法院撤銷，則處分效力期間亦僅七日，立法理由並表示，在七日期間中所取得相關證據，並不因七日期限屆滿而被排除。

若受安置之人對於檢察官或執行處所人員所為干預不服，可依據《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 4 項在處分之日起十日內，聲請撤銷或變更之。法院應以裁定回應其聲請，不得以已執行終結而無實益為由駁回。不過針對法院是否撤銷之決定以及對受處分人之撤銷或變更聲請，立法者基於其有「有迅速確定之必要」規定均不得抗告（《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 6 項）。且對於不服處分者所為之撤銷或變更聲請，因依據《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 5 項準用抗告之規定，即便提出聲請亦不停止執行。

前述《刑事訴訟法》中的限制措施規定，是立法者考量雖命暫行安置不以被告有無湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，即便檢察官認為被告同時符合羈押要件亦不得於暫行安置期間逕為長期禁止或限制接見、通信等處分。然而，若發現被告與外人接見、通信時，有事實足認有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，仍應授權檢察官或執行處所之戒護人員，在情形

急迫時得以限制、扣押或其他應變處分，以防止前述情形發生。同時也為保障被告權益，訂定須即時陳報法院並由法院審查之合法性確認機制。

最後是關於與外界接觸的部分，就此部分雖《保安處分執行法》亦有存在相關規定，然而就終局判決前被告與外界接觸之事項而言，暫行安置與羈押的情形應較為相似，特別是在與辯護人之交通權的部分，且就規範密度而言，《羈押法》亦為較適合的選擇。故本文以為解釋上此處宜準用《羈押法》第八章「接見及通信」之規定。據此，按《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 1 項準用《羈押法》第 59 條以下規定，對於被告之接見或通信對象，暫行安置機構原則上不得限制或禁止，並且須依被告請求協助其與所屬國或地區之外交等人員接見通信。接見時間與頻率，每日一次若無必要不得超過三十分鐘。接見以不妨礙暫行安置機構秩序與安全為前提。接見時的監控機制，準用《羈押法》第 62 條規定應監看並以錄影、錄音等方式記錄，有必要時得終止其接見並載明事由。

不過，若是被告與其辯護人接見時，參《羈押法》第 65 條規定，執行機構人員僅得監看而不與聞，不予錄音錄影，且除事實上有困難外，不限制接見次數與時間。針對往來書信的部分，則僅得檢查有無夾藏違禁物品。這是民國 108 年修法時參司法院釋字第 654 號意旨，考量聯合國矯正規章對收容人所應享有的法律援助保障，使其與辯護人間之往來得以保密，故規定被告與其律師接見時應遵守「監看而不與聞」之精神，並以「開拆而不閱覽」的方式檢查往來文書。誠然，對於被告而言，保障其與辯護人間的自由交通權，方能達成實質有效的辯護<sup>578</sup>，而此點不論是對於羈押或是對受暫行安置之被告皆是如此，故實應準用《羈押法》上之規定，使暫行安置之被告同樣受到與羈押被告相當的保障。

### 三、執行救濟規定

<sup>578</sup> 參林鈺雄，〈在押被告與律師接見通信之權利－歐洲法與我國法發展之比較與評析〉，《台灣本土法學雜誌》，第 102 期，2008 年 1 月，第 18 頁。

由上述可知，暫行安置的執行措施往往會對被告造成基本權的干預，則基於有權利有救濟原則，勢必須予以被告得向法院請求救濟的機會，以符合《憲法》第 16 條保障人民訴訟權之意旨。觀諸目前暫行安置執行救濟的規定，除了前述依據《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 4 項得對於同條第 2 項、第 3 項在被告有湮滅、偽造等急迫情形時所為之限制處分，聲請法院撤銷或變更外，並無特別針對受暫行安置之人提供救濟之規定，特別是針對執行機構對於被告所為的處置。因此，若被告對執行機構所為措施有所不服，依據現行法的規定下或可依據《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 1 項準用《保安處分執行法》第 14 條之規定，經由保安處分處所主管長官，申訴於監督機關，若對監督機關之決定仍不服，應可依據《行政訴訟法》第 2 條以下之規定，向行政法院提起救濟。

另外一個可能的選項是準用《羈押法》第 102 條的規定，依據該條規定主要包含三種不同情形下的救濟方式：1. 向刑事法院救濟（第 102 條第 1 項）2. 向機構聲明異議搭配向檢察官（偵查中）或刑事法院（審判中）救濟（第 102 條第 2 項、第 3 項）3. 向機構申訴，不服再向請求行政法院救濟（第 102 條第 4 項）。準用《羈押法》第 102 條雖存在三種救濟方式，不過分別針對不同情形，第一種類型是針對羈押（暫行安置）法院或檢察官依本法所為裁定或處分以及機構依據上揭裁定處分對被告所為的處遇（參立法理由<sup>579</sup>）；第二種類型則是針對執行機構執行禁止或扣押處置所生爭議；第三種類型則為除上述二者外，被告因羈押（暫行安置）所生之公法上爭議。

準用二法皆可使被告獲得救濟管道，惟在適用上兩法間如何競合則為問題所在。此同為現行《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 1 項概括準用條款下的弊端，是否可容許被告任意主張其中一法之救濟規定？抑或僅能依照其中之一，惟若是如此，又應如何抉擇。就此，本文以為，姑且不論《羈押法》第 102 條多重

<sup>579</sup> 參《羈押法》第 102 條立法理由：「……看守所對於受羈押被告之管理處遇，如係基於裁定羈押法院所為之裁定，即本法第十一條第五項、第六項關於法院裁定護送醫療機構檢查、護送醫療機構醫治、第十八條第二項、第四項關於法院裁定核准施用戒具、施以固定保護或收容於保護室、第五十五條第三項關於法院裁定護送醫療機構自費延醫診治，及第五十六條第二項關於法院裁定護送醫療機構醫治，其救濟應循刑事訴訟程序……」

救濟方式可能形成的混亂局面，以及向檢察官聲請撤銷的疑義，就目前的規定而言《羈押法》所提供的救濟手段確實較為多元，因應不同情形下的救濟方式，相較於《保安處分執行法》中單純的申訴規定後行政訴訟的規定，或許對被告較有利。就解釋論而言，若要避免二法間適用困難，準用《羈押法》第 102 條似乎亦為目前制度下，較適合的選項。

### 第三節 暫行安置新制評析與檢討

#### 第一項 制度比較

關於我國目前規定下，暫行安置之運作方式已如前一章節所述，我國暫行安置雖是承自德國法暫行安置之規定，然相較於德國法上的制度仍有諸多相異之處，下文將簡述我國新制與德國暫行安置制度之差異，並透過表格方式予以呈現，再進一步參考德國法制分析我國此次修法是否尚有須改進之處，並對於現行條文提出本文淺見。

首先，就實質要件的部分，大致上並無太大差異，僅是在用語上有別於德國法所使用的「有重大理由認為被告實施違法行為」，我國《刑事訴訟法》第 121 之 1 條第 1 項使用「犯罪嫌疑重大」之措辭。主要差異大概是在程序方面的規定，蓋針對暫行安置的部分我國雖與德國同樣準用了許多羈押程序的規定；但也是基於此點，羈押程序上與德國法截然不同的規定同樣被適用於暫行安置中，最明顯的差異主要呈現在德國法上的「停止執行暫行安置」以及「暫行安置審查」的兩大制度上，此二者在我國法上幾乎無法找到對應的機制。

最後在執行暫行安置的部分，也存在較大差距，蓋德國法區分聯邦與各邦的立法權限，並在 2009 年制度改革生效後，由各邦各自對於暫行安置執行機構的執行進行規定。我國則不存在此項背景，目前主要以準用《保安處分執行法》

及其他法規的方式，處理《刑事訴訟法》中未規定到的暫行安置執行問題。下表為關於我國與德國制度的比較。



		德國法上暫行安置	我國法上暫行安置
制度目的		1. 確保實現將來依據《德國刑法》第 63 條、第 64 條命安置於精神病院或戒治所處分的判決 2. 保護社會公眾，免於遭受患有精神疾病的行為人進一步違法行為	1. 保障被告醫療、訴訟權益 2. 社會安全防護監督照護與治療
實質要件		§ 126a I 1. 有重大理由認為被告實施違法行為 2. 有重大理由認為被告實施違法行為時欠缺責任能力或責任能力顯著降低 3. 預期安置 4. 基於公共安全而有必要暫行安置 5. 比例原則	§ 121-1 I 1. 犯罪嫌疑重大 2. 有事實足認《刑法》第 19 條第 1 項、第 2 項之原因可能存在 3. 有危害公共安全之虞 4. 緊急必要
形式要件	安置令	§ 126a II 準用羈押規定 (§§ 114-115a, 119a, 123, 125, 126) 1. 原則：先令狀後逮捕；例外：先逮捕後令狀 2. 程序開啟 (§ 125; § 127, § 128) • 原則程序 簽發令狀—逮捕拘提—訊問 起訴前：檢察官聲請為原則，法院職權簽發為例外 起訴後：檢察官聲請、法院職權簽發併行 (法院簽發為原則，審判長簽發為例外) • 例外程序	§§ 121-1 I, 121-1 II 準用羈押規定 (§§ 31-1, 33-1, 93 II 前, 93 V, 93 VI, 93-1, 228 IV) 1. 拘捕前置原則：先逮捕後聲請令狀 (§ 121-1 II, § 228 IV) 2. 程序開啟 (§ 121-1 I) 偵查中：檢察官聲請 (§ 121-1 IV) 審判中：檢察官聲請、法院職權簽發併行 3. 暫行安置相關程序規定 • 「偵查中」暫行安置程序強制辯護 (§§ 121-1 II, 31-1) • 安置令之告知 (§ 121-2 II)

	<p>暫時逮捕—釋放或拘提—訊問—簽發令狀</p> <p>3.暫行安置相關程序規定</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>•暫行安置程序強制辯護 (§ 140 I ④)</li> <li>•安置令之交付、告知與通知 (§§ 114a, 114b, 114c, 114d, 114e)</li> <li>•拘提：一般、最近法院 (§§ 115, 115a)；暫時逮捕 (§128)</li> <li>•即時訊問 (§§ 115 III; 128 I, 115 III)</li> <li>•一般裁定前應聽詢 § 33</li> <li>•偵查中鑑定準備 § 80a</li> </ul>	<p>•暫行安置裁定聽詢規定 (§ 121-2)</p> <p>檢察官聲請：檢察官應到場陳述</p> <p>法官職權簽發：檢察官得到場陳述、請求訊問準備時間</p> <p>•解送：即時解送指定之處所 (§ 91)</p> <p>•即時訊問 (§§ 121-1 II, 93 II, 93 V, 93 VI)</p> <p>•一般鑑定規定</p>
裁定	判決時一並裁定並宣示繼續羈押或暫行安置做成判決時 (§ 268b)	
停止執行	<p>§§ 126a II ①, 116 III, IV</p> <p>符合要件停止執行 + 消極要件成立再次執行 (狹義停止執行)</p>	
撤銷安置令	<p>§ 126a III</p> <p>要件不再成立則撤銷</p> <p>§§ 126a III, 120 III</p> <p>檢察官公訴前聲請撤銷，法院應撤銷；檢察官聲請得釋放被告</p>	<p>§ 121-3 一般撤銷</p> <p>原因或必要性消滅或不存在則撤銷</p> <p>撤銷.對被告方裁量聽詢；對非檢方聲請時之聽詢義務</p> <p>檢察官偵查中聲請撤銷，法願應撤銷；檢察官聲請得釋放被告</p> <p>得抗告之明文。</p> <p>§ 121-5 視為撤銷；免予執行</p>
暫行安置審查	<p>§§ 126a II S.1, 117-118b</p> <p>隨時聲請法院審查 + 言詞審理</p>	
抗告	<p>§§ 304 I, 305 S.2</p> <p>得於判決前獨立提起抗告</p>	<p>§§ 121-1 V, 403, 121-4</p> <p>得於判決前獨立提起抗告</p>
繼續暫時	<p>§ 126a II S.2</p> <p>逾六個月的暫行安置——附條件準用</p>	<p>§ 121-1 III</p> <p>有必要裁定延長，每次延長不得逾六</p>



	( 行 ) 安置審查	繼續羈押審查：由邦高等法院審查，暫行安置之要件是否繼續成立	月，累計不得逾五年
執行	§ 36 II 檢察官為執行之必要安排 執行規範： 1.與暫行安置目的有關的限制措施 §§ 126a II S.1, 119 2.與安置機構有關的執行措施：各邦法規 3.執行救濟規定 §§ 126a II S.1, 119a： 可聲請法院裁判；不服原則上可抗告	§ 121-2 檢察官執行。 執行規範： 1. §§ 121-6 II, III, IV 妨礙暫行安置執行，檢察官或執行處所之戒護人員得為必要處分 + 即時陳報法院 + 法院三日內撤銷權；撤銷效期七日 2. § 121-6 I 本法未規定者，適用或準用保安處分執行法或其他法律 3. 執行救濟 § 121-6 IV：處分之日起十日內聲請撤銷或變更；裁定不得抗告	

## 第二項 新制評析

### 第一款 制度目的釐清

就制度目的而言，暫行安置作為監護處分之前奏，目的在於保護公眾免於行為人進一步之危險行為，其性質事實上較似刑事訴訟法上的預防措施。而本次修法立法理由亦同時強調兼顧被告「醫療權益之保障」的目的，就此而言，雖對於被暫行安置者予以必要的照護與醫療，這在德國法上亦為暫行安置執行的附帶目的，此乃基於被告所患疾病所必須，因而至少在被告要求予以治療之情況下，應無理由阻礙被告治療<sup>580</sup>；然而，應須強調暫行安置之主要目的仍為「社會安全防護」<sup>581</sup>。立法理由將被告醫療權益同時並列為暫行安置之目的實

<sup>580</sup>Vgl. Schwarz/Radom, a.a.O. (Fn. 528), 270 (272); BGH Beschl. v. 21. 04. 2021 – 1 StR 447/20; OLG Hamm Beschl. v. 15. 03. 2005 – 4 Ws 41/05.

<sup>581</sup> 參連孟琦，前揭註 552，頁 270。

有待商榷。另外，關於被告的醫療問題，必須思考的是，在什麼情況下可以予以治療，以及可對被告施以多大程度的治療。

詳言之，以刑事程序的名義對被告所為的干預，似不宜包括在沒有確定判決的情況下，進行干預程度強烈的治療。惟此僅是站在刑事程序的角色定位而言，非謂在整體社會制度上，國家不須對患有精神疾病之人有其他社會制度上更詳盡的配套措施，以避免其病情持續惡化；另一方面，至少在刑事程序暫時處分中，對於被告的進一步治療，似應更強調以被告同意為前提，或是考慮在情況緊急而被告基於精神狀態，不具備同意接受治療之能力<sup>582</sup>的情形下才為之。蓋在暫行安置的階段，至少於法律上，被告之狀態尚未經判決確定，不宜以刑事程序名義，逕自對被告行確定判決監護處分時，方能進行的進一步治療行為。

## 第二款 實質要件用語問題

首先，就實質要件而言，誠如上文所述，本條規定「犯罪」嫌疑重大，惟暫行安置對象包含符合《刑法》第 19 條第 1 項、第 2 項情形下的被告，則雖在後者情形下，確實可能因仍具備減輕責任能力，而為「犯罪」行為；但在前者的情形，既然欠缺責任能力，自不可能成立犯罪。這實際上也是暫行安置與羈押被告重要差異所在，因此本文以為或可參考德國法，將用語調整為「違法嫌疑重大」，意義上僅包含構成要件該當且具備違法性之行為，而不須具備罪責要件。

除此，關於「緊急必要」的要件而言，雖本文於解釋論上，暫且取其「必要性」意義，然而增加「緊急」要件之適當性實有待商榷。對此，文獻上<sup>583</sup>便

<sup>582</sup> Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 07. 09. 2012 – 2 Ws 644/12. 在本案中邦地方法院（Landgericht）對被安置者的「強制藥物治療」裁定被認定是不合法的，邦高等法院認為即便經過專家鑑定，被告狀況必須獲得即刻進行藥物治療，以避免對被告的精神健康造成不可逆轉的嚴重損害。但因該邦缺乏符合聯邦憲法法院所要求關於強制用藥的具體法律授權基礎，因而該裁定不合法，不得對被告強制用藥。若參考此標準，即便在緊急情況下，仍須於執行相關法律中，明確規定在暫行安置時對被告用藥時的具體程序。

<sup>583</sup> 參連孟琦，前揭註 552，頁 277-278。

有指出，綜觀《刑事訴訟法》中所使用之「緊急」概念，如《刑事訴訟法》第 133 條之 2 第 3 項、第 4 項之緊急扣押、《刑事訴訟法》第 88 條之 1 第 1 項、第 2 項之緊急拘提等，皆意在授與緊急權限，而暫時由非立法者預設之機關為之，其持續時常短暫並須搭配事後陳報等機制；反之，暫行安置採取絕對法官保留原則，不可能由其他機構暫時為之，且本身即為持續一段時間之處分，並不存在「緊急」與「不緊急」之相對應概念，性質上與前述《刑事訴訟法》上所存在的「緊急」概念大不相同，則實不宜增加「緊急」之用詞。

### 第三款 程序要件相關問題

另外，就程序要件的部分，依據《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 1 項，暫行安置程序之開啟，偵查中由檢察官聲請，審判中則由檢察官聲請或法院依職權為之。對此，相較於我國實務運作上對羈押聲請將檢察官聲請權限於偵查中的情形不同，認可檢察官於偵查及審判程序中之聲請權。就此而言，擺脫羈押制度上的弊端固然良好，不過相較於德國法在聲請程序上，不僅賦予檢察官於二階段皆有聲請權，對於法院依職權裁定的權限，亦在偵查中開了例外規定，讓法院在偵查中無法聯繫檢察官時，亦能於遲延即有危險的情況下，依職權簽發令狀（《德國刑事訴訟法》第 125 條第 1 項）。對此，本文以為雖此種情形在實務上較少見，但若能使聲請程序制度更為完備，亦可使制度運作上更加順暢。

此外，在程序要件的部分，尚有因部分準用羈押程序使羈押既有問題擴散之缺漏，以及因未準用部分羈押程序規定使暫行安置程序不周全之問題，下文分別述之。首先，針對準用導致羈押既有問題擴散的部分，《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 2 項或許基於羈押與暫行安置皆為暫時拘束人身自由之處分，因而除偵查程序或訴訟程序的通用規定外，針對羈押之特殊程序規定，也一併透過本條準用於暫行安置，包含《刑事訴訟法》第 31 條之 1、第 33 條之 1、第 93

條第 2 項前段等規定。關於暫行安置大量準用羈押規定的部分德國法上亦然，不過在我國法的準用下，卻因為羈押程序相關規定本身存在的諸多爭議，使準用後的結果不甚理想，毋寧是將羈押的病根繼續移植至暫行安置中。

舉例而言，我國《刑事訴訟法》第 31 條之 1 第 1 項規定「偵查中」之羈押審查程序未經選任辯護人者，審判長應指定公設辯護人或律師為被告辯護。此本是基於羈押對被告的嚴重干擾，而補充《刑事訴訟法》第 31 條僅適用於審判中的強制辯護規定。惟就此而言，首先針對偵查中辯護保障的部分，因第 31 條之 1 第 1 項之立法理由僅將本條偵查主體適用於檢察官<sup>584</sup>，則對於警訊部分之保障仍落空<sup>585</sup>。此在暫行安置準用後，亦將形成同樣的問題。此外，誠如前文（第五章第二節第二項）所述，針對「審判中」強制辯護保障規定的部分，尚須另外判斷可能受暫行安置的被告，是否確實符合《刑事訴訟法》第 31 條第 1 項第 3 款「因精神障礙或其他心智缺陷」而無法為完全陳述之要件，若不符合此項要件，即便其具備《刑法》第 19 條第 1 項或第 2 項情形，也無法於審判中受到強制辯護的保障。

詳言之，因《刑事訴訟法》第 31 條之 1 關於羈押被告之強制辯護規定僅限於「偵查中」，而未及於「審判中」羈押被告之強制辯護。惟不論在前者或後者之程序中，被告皆可能承受拘束人身自由之強烈干擾，對於辯護人之需求自是不相上下，惟立法當時可能基於釋字第 737 號解釋並未提及而忽略審判中羈押被告之程序保障<sup>586</sup>。就此問題不僅應儘速完善規定，更不應在建立新制時，讓受暫行安置之被告繼續受此不利益。即便依據《刑事訴訟法》第 31 條第 1 項第 3 款可能適用於暫行安置之被告，卻非所有情形下皆適用，惟但凡受到暫行安置之被告都是受到嚴重基本權利干擾者，皆須受到程序上的保障。據此，本

<sup>584</sup> 參《刑事訴訟法》第 31 條之 1 第 1 項立法理由二：「偵查中檢察官向法院聲請羈押被告，係起訴前拘束人身自由最嚴重之強制處分，是自應予以最高程度之程序保障。爰參酌司法院釋字第七三七號解釋意旨，增訂第一項規定，將強制辯護制度擴及於偵查中檢察官聲請羈押、延長羈押、再執行羈押被告之法院審查及其救濟程序，原則上採強制辯護制度。」

<sup>585</sup> 參林鈺雄，前揭註 7，頁 224-225。

<sup>586</sup> 參蘇凱平，〈2018 年刑事程序法回顧：刑事被告憲法上防禦權的新篇章〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 48 卷第 3 期特刊，2019 年 11 月，頁 1722-1723。

文以為應使其能一般性受到強制辯護規定之保障，或可參考德國法 2019 年修法後的《德國刑事訴訟法》第 140 條第 1 項第 4 款<sup>587</sup>，當被告依據《德國刑事訴訟法》第 115 條及第 115a 條，被拘提到法院，以決定是否進行暫行安置時，即屬於適用強制辯護（Notwendige Verteidigung）的情形，且並無偵查或審判程序之區分。

除強制辯護問題之外，針對準用《刑事訴訟法》第 228 條第 4 項的部分，使拘捕前置原則繼續在暫行安置程序中適用，過去文獻上便已指出拘捕前置原則在我國實務上呈現的荒謬現象<sup>588</sup>，此次修法還特別將其準用於暫行安置程序中，實為有害而無益。詳言之，1997 年修法時，關於羈押之聲請採取拘捕前置原則，並表示這是源自《憲法》第 8 條之規定，因而在判斷是否羈押前，嫌疑人須先經拘捕程序，並審查拘捕是否合法<sup>589</sup>。

然而，觀諸《憲法》第 8 條所規定者為嫌疑人被逮捕後應遵守之法定程序，非謂羈押被告前一定要將其逮捕，這在被告自首、自行到場或傳喚到場時更是如此，此情形下再為逮捕實為多此一舉<sup>590</sup>。再者，若以被告自行到場未經逮捕，故不得命羈押，實際上以與羈押要件無關之「被告到案方式」阻礙羈押並無道理<sup>591</sup>。

前述種種反應在暫行安置的情況下亦是如此，且在拘捕前置原則的流程下，使我國相較於德國法欠缺「先有令狀，後為逮捕」之暫行安置程序類型，而先

<sup>587</sup> 《德國刑事訴訟法》第 140 條第 1 項：「以下情形須強制辯護，當……（第四款）被告依據第 115 條、第 115a 條、第 128 條第 1 項或第 129 條，被拘提到法院以決定是否羈押或暫行安置；……」；《德國刑事訴訟法》第 141 條第 2 項第 1 句：「在強制辯護情形下，一旦有以下情形，不論被告是否提出聲請，皆須為尚無辯護人的被告，指定義務辯護人，當（第一款）被告被拘提到法院以決定是否羈押或暫行安置；……」關於強制辯護此部分修法之譯文，為本文參考連孟琦譯，《德國刑事訴訟法》，元照，2016 年之舊法譯文，針對新修正部分進行調整而得出。

<sup>588</sup> 參楊雅筑，羈押審查與救濟程序之研究——以德國法為中心，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，2018 年 6 月，頁 162–169。

<sup>589</sup> 參林鈺雄，前揭註 7，頁 387–388。

<sup>590</sup> 參楊雅筑，羈押審查與救濟程序之研究——以德國法為中心，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，2018 年 6 月，頁 163–165。

<sup>591</sup> 參陳運財，〈刑事訴訟法羈押制度相關條文修正草案之評議（上）〉，《月旦法學雜誌》，第 31 期，1997 年 12 月，頁 88–91。

取得後續暫時拘束人身自由處分及逮捕被告之令狀，後再逮捕被告的流程，才正是剝奪被告人身自由時原則上應給予的程序保障方式。反之，依目前運作方式，在逮捕被告後須在短期內聲請並經法院訊問，時間往往不夠，這在暫行安置的程序上可能因為被告精神狀態須經鑑定而更難達成，自不應再延續適用過往之程序規定。

因此，本文以為，既然根本問題存在羈押程序保障的規定，最能兩全其美之方式無非是透過對於羈押規定的修正，不過礙於羈押制度長年以來不曾改變之現實狀況，恐難以期待藉由此方式進行修正。因此，本文認為或可暫且先著眼於暫行安置之規定，增訂對於暫行安置程序保障上的獨立條文。下一個問題則是這些規定應一併置於第十之一章，亦或同羈押規定分散於各章節中。若一併置於暫行安置章節，或許較便於適用暫行安置之規定；而若能分散在各章節羈押規定之下，常此以往或可產生促使羈押條文連帶修正之效用。

另一方面，針對因未準用相關羈押規定導致暫行安置程序不夠周全之部分，包含漏未規定暫行安置令狀之應記載事項及通知親友之規定，以及未準用《刑事訴訟法》第 105 條對受羈押被告之對外通訊限制規定<sup>592</sup>，下文詳述之。

首先，關於暫行安置令狀應記載事項之部分，依據《刑事訴訟法》第 121 條之 1 第 1 項僅規定法院得以裁定命暫行安置，並未再對於命暫行安置時之應記載事項為進一步的規定。然而，明文規定應記載事項，實有其必要性，藉此方能使受暫行安置的被告，清楚明白其被指控之違法行為、所受處分及其原因等，以便提起救濟<sup>593</sup>。而就應記載事項之規定，《刑事訴訟法》第 102 條第 2 項亦已經存在羈押應記載事項之規定，對於此類程序上性質相似之部分，實宜準用羈押之既有規定，以周全暫行安置之程序。這在德國法上亦是透過《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用第 114 條之規定，以完善暫行安置之令狀形式要件。

<sup>592</sup> 參連孟琦，前揭註 552，頁 288-289。

<sup>593</sup> 參連孟琦，前揭註 552，頁 280。

此外，在令狀的相關程序中，《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句尚準用第 114a 條至第 114d 之規定，即交予被告羈捕令、告知被告令狀內容以及通知親屬、監所之規定，使被告能明白所受之處分，同時透過通知親屬等對象，亦確保被告免於在無關案情第三人不知情的情況下，消失於社會中。同樣作為拘束人身自由之暫時性處分，此概念亦應適用於我國法的暫行安置上。因此，諸如交予被告令狀使被告理解等上述相關規定應再補足。文獻上亦提及針對暫行安置應通知對象的部分，宜準用《刑事訴訟法》第 103 條第 2 項，將暫行安置之令狀分別送交檢察官、看守所、辯護人、被告及其指定之親友<sup>594</sup>。

最後，《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 2 項至第 6 項規定有關被告與外人接見、通信之限制，此規範相當於《刑事訴訟法》第 105 條規定之限制受羈押被告與外人之通信接見。然而，相較於羈押程序的規範，暫行安置的部分（第 121 條之 6 第 2 項至第 4 項）缺乏執行機構得進行監視、檢閱的明文，在限制條件上，亦缺乏有事實足認被告「逃脫」的部分；文獻上便指出關於暫行安置通信接見的限制，其實準用《刑事訴訟法》第 105 條之規定即可，此次修法僅規定限制之急迫權限，而缺乏一般權限，在急迫權限的情形上又有缺漏，總體而言反倒是掛一漏萬，有再修正的必要<sup>595</sup>。

#### 第四款 引進狹義停止執行規定

若有羈押原因而無進行羈押之必要時，可以具保、責付或限制住居為替代手段，暫時停止原來拘束人身自由處分之執行，使被告免受拘禁。而停止羈押又包含「狹義之停止羈押」以及「廣義之停止羈押」。前者是在法院裁定羈押後，又認為無羈押之必要時予以羈押替代處分；後者則是在法院裁定羈押前，就逕命羈押替代處分，這還包括檢察官不聲請羈押而逕命羈押替代處分之情形

<sup>594</sup> 參連孟琦，前揭註 552，頁 282。

<sup>595</sup> 參連孟琦，前揭註 552，頁 288-289。

<sup>596</sup>。停止羈押規定也涉及暫時處分是否持續符合比例原則的問題，蓋若在命暫時處分後，因情事變化而實際上已可用其他侵害較小而同樣有效之手段達成目的，自不應在繼續執行，而應命停止。此點不應因所命處分為羈押抑或暫行安置而有異，蓋二者皆為拘束人身自由之強制處分，在原因存在但實際上可以其他較小侵害手段替代時，應予以停止執行以遵守比例原則。

這部分亦可參考德國法上的規定，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用第 116 條第 3 項及第 4 項，被命暫行安置之被告，在有充分理由可期待其遵守特定指示，並達成暫行安置之目的時，法官得命停止執行。詳言之，參德國法上關於停止執行的相關規定，不僅意味著法院本身有義務在訴訟程序個階段審查是否有停止執行之必要，此外在暫行安置過程中，被告有權隨時提出聲請，要求法院進行可否停止執行的審查等。

據此，本文以為在停止執行暫行安置的部分，規定上或可準用《刑事訴訟法》第 110 條以下羈押之規定，包含第 101 條之 2 法官於訊問後認為有羈押原因而無羈押必要的「廣義替代羈押」規定、第 110 條以下向法院聲請停止羈押之規定與相關程序以及第 116 條之 2 所定之多元替代手段，抑或參考停止執行羈押相關規定，在暫行安置專章中獨立將停止執行暫行安置相關程序，及其替代手段進行完善的規範。

## 第五款 缺乏妥善的控制機制

暫行安置之要件存續性審查，及執行手段必要性審查，對被告基本權利保障相當重要，蓋其人身自由被剝奪而受到強烈干預，須嚴格遵守比例原則的要求。我國在這部分的相應規定包含《刑事訴訟法》第 121 之 1 條第 3 項之延長規定、第 121 之 1 條第 5 項得抗告之明文以及第 121 之 3 撤銷聲請規定，相較於德國法上的程序保障仍十分不足。詳言之，德國法上不僅有被告得隨時聲請

---

<sup>596</sup> 參林鈺雄，前揭註 7，頁 416。

的暫行安置審查機制，且搭配有限制性言詞審理聲請，能更有效確保被告聽審權及法院對於被告狀態的釐清；另外是抗告的規定，基於暫行安置為高強度之基本權干預，《德國刑事訴訟法》特別在第 304 條第 1 項、第 305 條第 2 句以及第 310 條第 1 項第 2 款定下例外規定，保障受暫行安置之被告於不服暫行安置裁定時，可對於裁定獨立提出抗告，且若對抗告不服，尚可提起再抗告；最後，在繼續安置審查上，即便要件似乎未如繼續羈押審查般嚴格，但規定須由邦高等法院進行審查，並且搭配速審原則的要求下，尚不至於過分延遲。

反觀我國法，並無專門的暫行安置審查體系（甚至缺乏停止執行規定），更遑論聲請言詞審理具拘束性的配套措施；此外，在抗告程序上，雖依據《刑事訴訟法》第 121 條之 3 第 5 項，對於撤銷暫行安置裁定或駁回聲請之裁定有不服者，得提起抗告。故可按《刑事訴訟法》第 404 條但書第 1 款，於判決前提起抗告。惟尚存在《刑事訴訟法》第 405 條關於不得上訴三審案件，在二審所為裁定不得抗告的限制，且亦無法提起再抗告（《刑事訴訟法》第 415 條）。

儘管《刑事訴訟法》第 405 條依據最高法院刑事大法庭 110 年度台抗大字第 427、1493 號裁定，表明：「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。」此後，為第 405 條規範適用上開了例外。然而在暫行安置的案件中，尚可能面臨的問題是，若被告在第一審案件中即因符合《刑法》第 19 條第 1 項情形而被判無罪，將不符合《刑事訴訟法》第 376 條第 1 項但書所列情形。則此時若被告在第二審程序中被命暫行安置，且屬於不得上訴三審之案件，被告得否對於暫行安置處分提起抗告便成問題。

事實上，《刑事訴訟法》第 405 條的規範適用本身存在諸多爭議，例如該條與其他「得抗告」規定之競合關係以及若是判決結果在後而裁定在先的情況，應如何適用等<sup>597</sup>。而《刑事訴訟法》第 405 條與《刑事訴訟法》第 121 條之 3 第 5 項得抗告之規定間適用關係為何亦屬此類問題之一，惟此部分恐為立法權

<sup>597</sup> 參林鈺雄，《刑事訴訟法（下）》，新學林，2022 年 9 月，11 版，頁 499。

衡事項之範圍，解釋論上似難導出何者應優先適用<sup>598</sup>。然而，就立法論而言，本文以為即便立法者對於救濟制度應如何規範具裁量權，然而仍應以不侵害被告受《憲法》第 16 條所保障之訴訟權為底線，此亦符合司法院釋字第 752 號解釋之精神。

據此，暫行安置處分既為拘束人身自由之嚴重干預處分，若在救濟規定上存在漏洞使被告對於此種嚴重干預處分無以提出救濟，實質上應難謂其訴訟權已受到最基本的保障。故本文以為，至少在暫行安置此種干預基本權極為嚴重之處分，不論其實體法上所涉罪名為何，宜規範較完善之權利救濟規定，使被告至少能獲得一次針對暫行安置裁定向法院提起救濟之機會，以確保其受《憲法》第 16 條所保障的權利。

另外，就延長暫行安置制度設計的部分，雖於《刑事訴訟法》第 121 之 1 條第 3 項中設定每次不逾六個月，總計不逾五年的限制，但在逾越六個月的期限時，其審查標準至少在形式上似乎並沒有較嚴格的審查規定，則實際上是否能符合比例原則之要求，似仍有待商榷。

綜上所述，我國暫行安置控制機制之規定，仍有進一步完善之必要。特別是關於暫行安置的一般性審查，透過規定受暫行安置者得在暫行安置中隨時聲請法院審查，是否應撤銷安置令或停止執行暫行安置，不僅能確保法院本即應盡之審查義務，同時透過被告主動爭取的方式獲得確保；另一方面，受暫行安置之人在漫長的審判過程中，其狀態可能與先前命暫行安置時有所不同，而最能清楚掌握此狀態變化者，毋寧是被告自身或是其辯護人。

此外，若能搭配附條件的言詞審理，法院可藉由言詞審理的過程中較清楚掌握被告的狀態，對於法院判斷是否撤銷或停止執行暫行安置具有重要意義，並能進行完整有效的審理藉以提升訴訟效率。言詞審理的機制也正是德國法上暫行安置審查的重要精髓。總體而言，藉由暫行安置審查及有條件的聲請言詞審理機制，可兼顧被告權益，同時不造成司法過度的負擔，能督促刑事追訴機

---

<sup>598</sup> 參林鈺雄，前揭註 597，頁 450。

關加快調查，較有效達成對暫行安置期間控制，以遵守比例原則的要求。據此，本文以為，或可於《刑事訴訟法》第十章之一中另外增訂暫行安置之審查機制與搭配言詞審理的配套規定。最後，針對抗告規定的部分，雖救濟制度的設計涉及立法者的裁量權限，但仍須確保被告受《憲法》第 16 條所保障之訴訟權得以有效實現。

## 第六款 執行準用條款過度概括

有關暫行安置之執行規定須符合的基本要求，誠如上文（第四章第一節第二項）所述，至少應符合明確性原則、無罪推定原則以及區隔原則的要求。而觀諸我國目前暫行安置執行的規定，除依據《刑事訴訟法》第 121 條之 2 規定由檢察官執行，以及《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 2 項至第 4 項規定的限制措施外，便透過同條第 1 項的準用規定參照其他法律的規範。對此本文以為，儘管透過準用的立法技術，可彌補暫行安置作為一新制度在許多層面上可能未考慮的部分；然而，《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 1 項規定「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」，此準用規定僅概括準用，並未清楚指明應準用《保安處分執行法》中的哪些規定，再者，所謂「其他法律」又可包含哪些法律規定？

儘管立法者是為避免規範疏漏問題，而以此方式賦予規範適用上充分的彈性空間，然而，這也伴隨著適用時相當大的不確定性。即便本文於上一節中關於執行程序規定的介紹上，暫且以《刑事訴訟法》中本就提及的《保安處分執行法》以及與暫行安置較相關的《羈押法》搭配適用，並以事物性質作為二者之區隔，仍然因為準用規定過度抽象而存在許多模糊地帶。再者，若實際運用時各方對於個別情況下應適用之法律有不同意見，在準用規定如此概括的情況下，定然會存在諸多爭議，這將造成受暫行安置執行之人，無從自當前規範中預見自身可能受到的干預，顯然不符合明確原則的要求。

因此，就立法論而言，本文以為為避免規範上的疏漏同時使規範適用更加明確，或可參考 BayMRVG 中對於暫行安置執行所為的規定，明文規定我國暫行安置執行之目的與須遵守之基本原則，並在準用條款中明確列舉欲準用之規定，以及多大程度準用，是否予以限制等。若現行法下欠缺適合準用之規定，亦可於《刑事訴訟法》暫行安置章節中另行訂定。

具體而言，首先針對基本原則的部分，包含無罪推定原則的遵守以及區隔原則的適用等，因屬於暫行安置執行須強調的基本原則，故可在《刑事訴訟法》暫行安置章節中特別增訂。接著是關於進入執行機構前的相關程序，包含執行機構的選擇、將被告移轉至適當處所等，此部分因暫行安置被告之醫療特殊需求，性質上與監護處分較相似，故宜準用《保安處分執行法》第三章「監護」之規定。後續還包括暫行安置機構內秩序相關的細項規定，此部分雖上文於解釋論時基於目前立法理由中提及準用《保安處分執行法》第一章及第三章之規定而部分準用《保安處分執行法》，部分準用《羈押法》之規定。然而，就規範密度而言目前《羈押法》中對於衛生醫療、接見通信之規定毋寧較《保安處分執行法》詳細許多，因此本文以為就此二部分的規定或可準用《羈押法》條文。

另外，可能仍存在問題的是關於暫行安置執行時，對被告進行醫療行為之問題，蓋針對醫療行為的規定，目前《羈押法》中此部分的規定主要似乎是針對生理上受傷或是疾病而言，並以「有生命危險之虞」作為施以強制治療之標準。惟姑且不論《羈押法》中的規範是否適當，暫行安置之被告所面臨的情形同時也包含心理及精神層面上的疾病，與受羈押之被告有異，若一概以有生命危險之急迫程度作為治療前提，恐使被告病情持續惡化，未能充分保障被告權利。又關於醫療行為的問題，不僅存在於暫行安置中，在監護處分時也將面臨類似的問題，僅是於暫行安置的階段須更注意無罪推定原則與區隔原則之適用，原則上不得對被告進行強制治療。

因此，本文以為，針對醫療行為的部分或可於《保安處分執行法》第三章「監護」的脈絡下增訂更詳盡的規定，並藉由《刑事訴訟法》第 121 條之 6 以「附條件」的方式準用之，抑或就此部分為強調暫行安置與保安處分執行的區別，另行在《刑事訴訟法》的暫行安置章節中增訂相關規範。具體而言，參考 BayMRVG 之規定，至少應明定醫療行為所應符合的準則、原則上須得到被告於清楚意志下之同意、以及在何種目的及條件下可未經被告同意對被告進行醫療行為，例如基於以下目的：為了避免對受監護者（本身）的生命造成具體危險，或對其健康造成具體嚴重危險、為避免對機構內其他人的生命或健康造成具體危險。而於暫行安置準用時則因其尚非終局確定判決，不得以矯治保安之目的在未經其同意下使其接受治療，故宜僅準用後兩項目的。針對條件的部分，可能包含：醫生已經解釋了預定措施的性質、期間、成功概率和風險、先前已認真嘗試於無壓力的情況下獲得受干預者的同意、醫療行為合乎比例原則等。

此外，在執行救濟的部分，現行制度下可能的救濟管道包含依據《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 4 項聲請法院對於特定處分撤銷或變更、依據《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 1 項準用《保安處分執行法》抑或是準用《羈押法》的規定已如前述。承上述（本章第二節第六項關於執行程序救濟之介紹），暫行安置執行作為一項嚴重干擾基本權之處分，基於有權利有救濟原則，須予以向法院聲請救濟之適當救濟管道。

然而，觀諸我國目前的規定，雖依據《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 4 項得向法院聲請撤銷檢察官或執行處所之戒護人員所為之限制或其他必要處分，惟此是針對《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 2 項有事實足認被告有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，且情形急迫之情形，其範圍有限而未能包含執行機構非基於前述原因所為的措施，諸如在一般日常生活上的紀律措施等。此與《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用第 119a 條，使不服暫行安置執行中之機關決定或處分（包括命令、指示乃至於事實行為），得聲請法院裁判之規定，不僅在範圍上有所落差，根據該條聲請法院裁判若有不服，尚

可依據《德國刑事訴訟法》第 304 條以下規定，只要不涉及邦高等法院或聯邦最高法院偵查法官的決定，便可對於管轄法院的決定提出抗告。反觀我國《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 6 項卻基於「有迅速確定之必要」明定不得抗告，其間差距不言而喻。

再者，即便欲透過《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 1 項準用他法救濟手段，究應使用《保安處分執行法》抑或《羈押法》上的救濟規定，現行法中亦未言明，將導致適用上的困難。若準用《保安處分執行法》第 14 條，則受處分人不服保安處分處所之處置時，得經由保安處分處所主管長官，申訴於監督機關。若對於監督機關決定仍有不服，應可依《行政訴訟法》第 2 條以下之規定進行救濟。惟暫行安置之執行乃依據刑事法院之令狀，對於個案情形發展刑事法院相對行政法院有較深入之瞭解，由此看來似乎較適合由刑事法院作為尋求暫行安置執行救濟之對象。

相對地，若準用《羈押法》上的規定，雖有較多選項，惟這同時會因為欠缺明確的區分方式，易形成救濟時的阻礙，且就執行機構對暫行安置被告所為的一般措施，大多數可能被歸為《羈押法》第 102 條第 4 項被告因暫行安置所生之公法上爭議而適用行政救濟手段，而非由刑事法院審查。綜上述，本文以為當前的救濟規定實際上並不足以有效保障受干預人之權利，因此，針對執行救濟規定的部分不妨參考德國法上的規定，至少於《刑事訴訟法》中明文賦予被告對執行中之機關決定或處分聲請法院裁判之權利，以確保被告受《憲法》第 16 條所保障的訴訟權得以實現。

## 第四節 小結

本章參考前幾章對於德國法上暫行安置的介紹，欲針對我國暫行安置新制的規定進行評析。首先藉由修法前所面臨的困境，探討新制存在的必要性。在欠缺暫行安置的制度下，過去實務面對患有精神疾病的被告，仍以《刑事訴訟

法》第 101 條予以羈押，然而仔細審視羈押的要件與目的，便可知其往往無法適用於暫行安置之被告，惟許多判決卻仍為避免此類被告再度對於他人造成危害，影響社會秩序認為其有羈押之必要。此種做法不僅存在法律適用錯誤，將患有精神疾病之被告與一般被告同樣羈押與押所中，欠缺適當的醫療環境拖延被告應接受療程的時間，最終使其病情惡化，毋寧是對被告權利的嚴重侵害。其他可能於訴訟過程中，暫時拘束此類被告人身自由的方式還包含《刑事訴訟法》第 101 條之 1 的「預防性羈押」以及《保安處分執行法》第 4 條第 2 項、第 3 項「緊急監護」，同樣皆非適當的處理方式，從而確認新制存在的必要性。

承上述，我國於是在民國 111 年 1 月 27 日三讀通過增訂《刑事訴訟法》第 10 章之 1「暫行安置」，對於有事實足認具備《刑法》第 19 條第 1 項或第 2 項情形之被告，可由法院命暫行安置於精神病院等適當處所。其立法目的在於「兼顧被告醫療、訴訟權益之保障及社會安全防護之需求」，故增訂《刑事訴訟法》第 121 條之 1 至第 121 條之 6，以明確規範偵查中及審判中暫行安置之要件及期間，以及聲請、審查、延長、救濟等相關程序。另外，為盡可能完善執行規定，《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 1 項作為一概括準用條款，明定「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」，從而暫行安置執行規範主要將參考《保安處分執行法》的既有規定，同時基於暫時性處分的性質，本文以為亦可參考部分《羈押法》的規定，以完善執行部分的規範。

最後，雖新制通過後，我國法上終於存在一套機制，處理訴訟程序進行中可能具備《刑法》第 19 條第 1 項或第 2 項情形之被告，誠為我國法上一大進展。然而，對比德國法上暫行安置與我國法上暫行安置的規範架構，可知我國法新制尚有許多缺漏，除實質要件用語須調整外，較嚴重的問題或許為程序要件上準用羈押程序的規定，導致將羈押程序的既有問題擴散至暫行安置程序中。另外，欠缺「狹義停止執行」與「暫行安置審查」等機制，恐無法有效控制暫行安置的期間。據此，為使暫行安置能符合比例原則的要求，本文以為，應於後續修法過程中持續補足前揭期間控制之相關機制，以有效保障被告權利。

## 第六章 結論



近年來隨機殺人案件頻傳，其中當患有精神疾病之行為人實行違法行為當下符合《刑法》第 19 條第 1 項之欠缺責任能力狀態，而經法院為無罪判決時，更是時常引發社會一陣譁然。此外，更重要的是，在終局判決確定前，由於此類被告大多不符合羈押之要件，實際上不應將行為人羈押於看守所，儘管如此，新法修正前多半僅能將此類被告「照常」羈押，抑或於不存在法律依據時釋放行為人。惟此舉往往引起人民的恐慌不安，擔憂自己成為下一位犧牲者。此種惡性循環的現象，實際上也突顯了我國刑事訴訟程序上缺乏一在終局判決確定前，暫時拘束患有精神疾病行為人之人身自由的措施。本文遂於第一章中首先以發生於民國 108 年 7 月的鐵路殺警案作為探討我國刑事程序問題的起點。

該案中，一審法院判被告無罪並裁定被告以 50 萬元具保（依據當時《刑事訴訟法》第 316 條），後續經檢察官抗告而又附加限制住居、定期前往醫院就診等要件。最終甚至以持續提高具保金額之方式，使被告因無力支付僅得持續接受羈押。由本案的裁定過程，事實上突顯了許多我國刑事訴訟法上存在的漏洞，包含在《刑事訴訟法》第 316 條未修法前於視為撤銷羈押情形下命「前往就診」的替代處分，混淆適用「停止羈押」與「撤銷羈押」替代處分規定。另外，最根本的問題在於系爭案件中自始即不應命羈押處分。詳言之，該案依據《刑事訴訟法》第 101 條第 1 項第 3 款羈押被告<sup>599</sup>，惟本案被告因患有精神疾病，在訴訟程序中便知其極可能符合為《刑法》第 19 條第 1 項或第 2 項之情形，在前項情形下，最終將被判處無罪，如同本案一審判決結果<sup>600</sup>，而應難以符合具有重大犯罪嫌疑之要件卻仍被命羈押，充分顯現我刑事程序體系上的缺漏。因此，我國在民國 111 年 1 月 27 日，參考德國法上的暫行安置處分修正通過《刑事訴訟法》「第十章之一 暫行安置」。惟關於我國此次修法或仍有進一步

<sup>599</sup> 參臺灣嘉義地方法院 108 年度重訴字第 6 號刑事裁定。

<sup>600</sup> 參臺灣嘉義地方法院 108 年度重訴字第 6 號刑事判決。

完善的空間，因此本文參考從德國法上的「暫行安置」制度，進而回頭檢視我國此次修法成果。

就德國法研究脈絡而言，本文分別於第二章、第三章、第四章中依序討論德國法暫行安置之制度目的、發展背景、實體與程序要件、相對應的控制機制，以及暫行安置之執行規範。暫行安置處分目的在於確保實現將來依據《德國刑法》第 63 條、第 64 條命安置於精神病院或戒治所處分的判決，同時是為保護社會公眾免於遭受患有精神疾病的行為人後續可能的違法行為。因此在《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 1 項中規定，若有重大理由可認為某人是《德國刑法》第 20 條、第 21 條所謂無責任能力或減輕責任能力之狀態下實行違法行為，且將被命安置於精神病院或戒癮處所時，若基於公共安全考量而有必要，法院得以安置令將其暫行安置於其中一機構。

究其制度淵源由於暫行安置為安置於精神病院之終局處分，在程序上預備處分，其發展歷史與保安處分息息相關。自德國法制度發展可以發現，實體法上先存在安置於精神病院處分後，基於程序上的需求，隨後亦在訴訟法上增訂了暫行安置之規定。且儘管暫行安置用語及功能上有偏向警察法的傾象而於性質上存在爭議，但其並非預防性警察措施，而是預防性刑事措施，應由刑事訴訟法規範，此即便從憲法觀點出發亦無不同。

具體適用上，暫行安置必須符合數項實質要件及程序要件。實質要件包含有重大理由認為被告實施違法行為、存在重大理由認為被告實施違法行為時欠缺責任能力或責任能力顯著降低、預期安置、基於公共安全而有必要暫行安置以及比例原則。其中關於《德國刑法》第 20 條及第 21 條規定要件之認定涉及被告精神狀態之判定，有賴精神醫學專業領域之判斷，須儘早由專家介入協助法院判斷，也因此在《德國刑事訴訟法》第 80a 條中訂有在偵查程序中即應給予鑑定人機會，為審判期日中應製作之鑑定意見做準備之規定。

此外，雖比例原則未被明定在條文中，不過從相關規定以及作為基本權干預處分之性質，皆可知暫行安置亦須符合比例原則的規定。就程序要件而言，

因暫行安置與羈押同為拘束人生自由之暫時性處分，故《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項明文規定大量準用羈押程序上的條文，故命暫行安置之程序與羈押相同，皆存在先取得令狀後逮捕之原則情形，以及先逮捕後捕令狀之例外情形，不過不論屬於原則或例外，終須遵守《德國基本法》第 104 條第 2 項、第 3 項之規定，僅得由法官決定可否剝奪自由及剝奪自由持續時長並須敘明理由。

即便在符合暫行安置實體及程序要件後簽發安置令，然因暫行安置要件可能隨時間進展而有所變化，且作為剝奪人身自由之暫時性處分，對於受處分人實際上形成重大的干預，則要件是否持續存在便成為不容小覷的問題。若要件不再存在，則應依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 3 項第 1 句撤銷安置令；若符合要件惟尚存在其他同樣有效且較小侵害手段，則應依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用第 116 條第 3 項及第 4 項停止執行暫行安置，並於發生特定情形而有必要時再次續行。

為能確保暫行安置之存續要件持續受到檢驗，不僅法院於整體訴訟程序過程中須依職權審查，為有效保障被告權利，德國法上藉由《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項準用同法第 117 條的暫行安置審查規定，賦予被告主動聲請法院審查的權利。藉由此項機制使法院必須對於審查的結果做出正式的裁定並附具理由，同時被告賦予被告聲請法院進行言詞審理之機會，透過言詞審理以及強制辯護的配套措施增進審查效率，總體而言避免暫行安置期間過長而失控。若對於暫行安置審查結果有異議提起抗告，亦可在尚未進行審查聲請時，即依據《德國刑事訴訟法》第 304 條第 1 項及第 305 條第 2 句對於裁定提出抗告。而此二種救濟機制的競合關係為——安置審查制度具有優先性。因此，若提出抗告後再聲請暫行安置審查，則原來的抗告不合法，亦不因後續再撤銷審查聲請而復活，這是出於希望由最接近案情的承審法院負責審查的考量。

除上揭救濟方式外，《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 2 句附條件準用同法第 121 條、第 122 條的繼續羈押審查制度，使邦高等法院在暫行安置滿六個月後，須依職權對於暫行安置的要件進行審查。不過因該條明文限制準用

範圍，使暫行安置與羈押適用不同的繼續審查標準，暫行安置未必須要存在同樣的特殊例外情形方可繼續安置，惟同樣作為暫時性拘束人身自由處分，其事實上似不具備適用相異標準的理由，當前規定恐已違反《歐洲人權公約》意旨。

就此，本文以為立法當時或許基於受暫行安置者對公眾可能形成的危險性，認為安置的目的主要在於保障社會大眾，可不完全準用羈押規定；然而，純粹就危險性而言，確實並無實質證據能證明受暫行安置者與受羈押之人對社會的危險性差異。此外，受暫行安置之被告在暫行安置程序中的權利保障不容忽視，若能完全準用第 121 條的標準，可審查偵查機關是否儘速調查案情以達成督促的效果，確保被告受《歐洲人權公約》所保障的權利。

依此，只要偵查機關確無怠慢，而是客觀因素導致尚無法做出判決，亦僅能在權衡下繼續暫行安置，結論上並不會與暫行安置保護公眾安全的目的相違背，則在準用規定上，似無特意限制之必要。另外，實務上暫行安置期間往往介在 6 至 9 個月，甚至時常遠遠超過依據《歐洲人權公約》規定運作之經驗法則所得出之一年，因而仍有必要在規範上，以完全準用之方式盡可能督促訴訟程序之加速運行。

第四章中本文探討德國法上暫行安置執行規定，因德國在 2009 年聯邦改革制度生效時，對羈押執行規範之立法權限變更，改革的數年後各邦陸續對於羈押執行訂定規範，惟暫行安置執行的部分卻未受到重視。然而，暫行安置涉及的措施與處分可能嚴重侵害受干預人的基本權，不僅須存在法律授權依據，相關的執行規定更須符合數項基本原則，諸如法安定性與明確性原則、無罪推定原則及區隔原則等。而在歷經數年發展本文以為德國暫行安置執行規範中較具有參考價值者或為 BayMRVG 中對暫行安置執行的準用規定。該法對於何種情況下可適用、或有條件適用保安處分執行法的規定皆明文規範。

另外，依據《德國刑事訴訟法》第 126a 條第 2 項第 1 句準用同法第 119a 條，確保被告於不服暫行安置執行中之機關決定或處分時，得聲請法院裁判，賦予其向法院救濟的機會。最後就具體執行設備資源而言，因精神病院設置的

不足而置於羈押監所中執行暫行安置，將導致暫行安置體制功虧一簣，嚴重侵害被告受《德國基本法》所保障的基本權，有必要持續完善暫行安置執行之軟硬體設備。這也將成為我國在暫行安置新制通過後將面臨的問題，應以此為借鏡提前思考解決之道。

最後，本文於第五章節參考前幾章對於德國法上暫行安置之研究，回頭檢視當前我國法暫行安置之規定。首先藉由修法前下所面臨的困境，確認新制存在之必要性，進一步探討現制下命暫行安置之要件。我國於民國 111 年 1 月 27 日基於「兼顧被告醫療、訴訟權益之保障及社會安全防護之需求」之目的，三讀通過增訂《刑事訴訟法》第 10 章之 1「暫行安置」內涵《刑事訴訟法》第 121 條之 1 至第 121 條之 6 共六條規定。

依此，對於有事實足認具備《刑法》第 19 條第 1 項或第 2 項情形之被告，可由法院命暫行安置於精神病院等適當處所。該章節中亦明確規範偵查中及審判中暫行安置之要件及期間，以及聲請、審查、延長、救濟等相關程序。且為盡可能減少執行程序規定上的缺漏，《刑事訴訟法》第 121 條之 6 第 1 項以概括準用的方式，規定於《刑事訴訟法》未規定的範圍，可準用《保安處分執行法》以及他法的規定。

暫行安置制度的訂定使我國法上終於存在一套機制，處理訴訟程序進行中可能具備《刑法》第 19 條第 1 項或第 2 項情形之被告。然而，對比德國法上暫行安置與我國法上暫行安置的規範架構，可知我國法新制尚有許多缺漏，除實質要件用語須調整外，較嚴重的問題或許為程序要件上準用羈押程序的規定，導致將羈押程序的既有問題擴散至暫行安置程序中。另外，欠缺「狹義停止執行」與「暫行安置審查」等機制，恐無法有效控制暫行安置的期間。據此，為使暫行安置能符合比例原則的要求，本文以為，應於後續修法過程中持續補足前揭期間控制之相關機制，以有效保障被告權利，具體而言包含以下幾點：

- 一、將「犯罪嫌疑重大」之用語改為「違法嫌疑重大」
- 二、刪除「緊急必要」中的「緊急」部分

- 三、增加法院於偵查中依據職權裁定暫行安置之權限
- 四、準用羈押規定中性質相類的規定，完善暫行安置程序
- 五、刪除原先準用有爭議之羈押程序規定，獨立對暫行安置情形進行規範
- 六、引進狹義暫行安置停止執行之制度
- 七、增訂暫行安置一般審查及附條件聲請言詞審理之審查機制
- 八、使暫行安置之被告得不受《刑事訴訟法》第 405 條拘束，向法院救濟
- 九、對於繼續暫行安置之審查增訂較嚴格之審查要件
- 十、為執行程序規範增訂明確的準用條款及救濟規定



## 參考文獻



### 一、中文部分

#### (一) 專書

何賴傑、林鈺雄（審譯），李聖傑、潘怡宏（編譯），王士帆（等譯），《德國刑法典》，元照，2019年7月，二版。

林鈺雄，《刑事訴訟法（上）》，新學林，2022年9月，十一版。

林鈺雄，《刑事訴訟法（下）》，新學林，2022年9月，十一版。

張麗卿，《司法精神醫學——刑事法學與精神醫學之整合》，元照，2011年，三版。

連孟琦（譯），《德國刑事訴訟法——附德國法院組織法選譯》，元照，2016年9月，初版。

#### (二) 學位論文

楊雅筑，《羈押審查與救濟程序之研究——以德國法為中心》，國立臺灣大學法律學院法律學系碩士論文，2018年6月。

#### (三) 期刊文獻

王士帆，〈德國受羈押被告干預措施之訴訟救濟〉，《月旦法學雜誌》，第305期，2020年10月，頁33-48。

江惠民、林鈺雄、呂煜仁、林達，〈精神病患於刑事程序之暫時性保全處置——羈押、暫行安置或緊急監護處分〉，《月旦裁判時報》，第121期，2022年7月，頁94-107。

李榮耕，〈具保及羈押〉，《月旦法學教室》，第146期，2014年12月，頁57-73。

林映姿、李超偉、周芳怡，〈監護處分與暫行安置制度之修法意旨與歷程系列二〉，《法務通訊》，第 3095 期，2022 年 2 月，頁 3-6。

林鈺雄，〈德國刑訴逐條釋義(下)——羈押及暫時逮捕(§§ 112 ff. StPO)〉，《月旦刑事法評論》，第 9 期，2018 年 6 月，頁 89-110。

張麗卿，〈2022 年精神障礙觸法者新制之法規範與實務〉，《月旦法學雜誌》，第 328 期，2022 年 9 月，頁 87-101。

連孟琦，〈從德國法角度評析我國二〇二二年刑事訴訟暫行安置新法〉，《政大法學評論》，第 173 期，2023 年 6 月，頁 227-304。

陳俊榕，〈德國精神病學處分之沿革與現制〉，《臺灣海洋法學報》，第 30 期，2021 年 6 月，頁 59-91。

陳惠馨，〈德國刑法史與當代刑法學關係〉，《軍法專刊》，第 60 卷第 3 期，2014 年 6 月，頁 1-16。

陳運財，〈刑事訴訟法羈押制度相關條文修正草案之評議（上）〉，《月旦法學雜誌》，第 31 期，1997 年 12 月，頁 84-92。

陳運財，〈強制處分法定原則與令狀主義（上）〉，《人權會訊》，第 92 期，2009 年 4 月，頁 23-31。

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》，第 2100 期（司法文選別冊），2022 年 4 月，頁 1-25。

楊雲驛，〈妥適處理精神疾病被告的修法方向〉，《月旦醫事法報告》，第 63 期，2022 年 1 月，頁 128-143。

劉芳伶，〈拘捕前置原則之意義、機能與效力〉，《台灣法學雜誌》，第 330 期，2017 年 10 月，頁 137-145。

蕭宏宜，〈預防性羈押的實然與應然〉，《東吳法律學報》，第 26 卷第 4 期，2015 年 4 月，頁 83-122。

蘇凱平，〈2018 年刑事程序法回顧：刑事被告憲法上防禦權的新篇章〉，《國立臺灣大學法學論叢》，第 48 卷第 3 期特刊，2019 年 11 月，頁 1703-1732。



## 二、德文部分

### (一) 專書

Gatzweiler/Münchhalffken, Das Recht der Untersuchungshaft, 3. Aufl., 2009.

Gutschow, Die einstweilige Unterbringung im Strafprozess (126a StPO) und das Unterbringungsprüfungsverfahren gem. 121, 122 StPO, 2012.

Paeffgen/Hans-Ullrich, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts, 1986.

Pfeiffer, Strafprozeßordnung, 5. Aufl., 2005.

Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 1, 3. Aufl., 1965.

von Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, Bd. 2, 4. Aufl., 2020.

### (二) 註釋書

Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO mit GVG, EGGVG und EMRK, 9. Aufl., 2023.

Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 99. Aufl., 2022.

Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StPO mit RiStBV und MiStra (= BeckOK-StPO), 29. Aufl., 2018.

Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, 8. Aufl., 2019.

Knauer (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozeßordnung: GVG, EGGVG, EMRK, EGStPO, EGStGB, ZSHG, StrEG, JGG, G10, AO, Bd. 3/2, 2018.



Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozeßordnung (StPO), Bd. 1, 2014.

Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozeßordnung (StPO), Bd. 1, 2. Aufl., 2023.

Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar (= LR-StPO), Bd. 4, 26. Aufl., 2007.

Herzog/Herdegen/Scholz/Klein (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 96. Aufl., 2021.

Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozeßordnung: StPO, Bd. 6, 63. Aufl., 2020.

Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozeßordnung: StPO, Bd. 6, 65. Aufl., 2022.

Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozeßordnung (StPO), Bd. 2, 2016.

Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019.

von Heintschel-Heinegg, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl., 2020.

### （三）期刊文献

Landau, Die Pflicht des Staates zum Erhalt einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, NStZ 2007, 121 ff.

Pollähne, Die einstweilige Unterbringung (§ 126 a StPO) im Vollzugsrecht, Recht & Psychiatrie 2011, 140 ff.

Stefan König, Zur Neuregelung der haftrichterlichen Zuständigkeiten in § 119 StPO, NStZ 2010, 185 ff.

Schwarz/Radom, Zur Rechtswidrigkeit des Vollzugs von Unterbringungsbefehlen gemäß § 126 a StPO in Untersuchungshaftanstalten, NStZ 2022, 270 ff.



### （三）網路文獻

Bundesministerium der Justiz, Gesetz zur Novellierung des Rechts der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 des Strafgesetzbuches, 2021, in:

[https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP18/U/Unterbringung\\_63\\_stgb.html](https://www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP18/U/Unterbringung_63_stgb.html).

（最終瀏覽日：2023年7月3日）