

論命令解剖之利益衡量

朱 富 美

目	次
壹、問題之提出	
貳、解剖之聲請與決定	
參、命令解剖	
肆、解剖之立法例—德國實務見解	
(一) 德國刑事訴訟法第八十七條之規定	
(二) 聯邦憲法法院之見解	
(三) 命令解剖程序在憲法上之要求	
伍、解剖之主體是法官、檢察官或醫師	
陸、結論	

壹、問題之提出

國內知名之武俠小說家古龍去世十八年後，於民國九十二年間發生其非婚生子主張對古龍之遺作小說亦有繼承權，並請求法官開棺採取古龍遺骸檢驗 DNA 比對，但法官認為茲事體大且對死者不敬，並未裁准^(註 1)。九十一年十一月間在我國發生之假酒中毒風波中^(註 2)，由於多位宜蘭原住民疑似因喝假米酒致死，宜蘭地檢署檢察官懷疑兩名大同鄉之婦人羅○雲、顏○雲之死因與假酒有關，有複驗必要，於九十一年十一月二十八日下令開棺驗屍查明，然因宜蘭地區之原住民，向來有遺體入土後，絕不可再予移動，否則會對在世之親人

帶來厄運之信仰，這是族人根深蒂固之傳統生活文化^(註 3)。當日媒體大幅報導死者家屬強力反對，認為如此傷害死者尊嚴，無異讓死者死二次，經檢警強制驅離始順利進行開挖工作。家屬於親人因不明原因死亡，多已哀痛逾恆，再遇檢察官要求解剖或開棺驗屍，多心生不忍，認為其等愧對死者，未維護死者尊嚴或善待死者亡魂。執行解剖在法律上之利益衡量標準為何，值得探討。

貳、解剖之聲請與決定

我國刑事訴訟法對解剖之規定極為簡要，依刑訴法之規定，法院或檢察官因調查證據及犯罪情形，得實施勘驗，勘驗得命令解剖。解剖決定權人應是法官、檢察官。依現行實務做法，縱然被害人家屬或死者生前反對解剖，法官、檢察官仍得下令強制解剖，惟法官、檢察官得違反被害人家屬意思或死者生前意願，損壞屍體之完整性，其法理依據固值深入探討；反之如係被害人家屬對死因有懷疑，提出解剖之聲請，法官、檢察官得否以無必要為理由拒絕之亦成問題。依最高法院三十八年臺上字第四十八號判例意旨，「調查證據、應否實施勘驗、勘驗應否解剖屍體，法院本有審酌情形自

註 1 參考九十二年五月三十日自由時報。

註 2 據九十一年十一月二十八日中時晚報報導。截至當日為止，全省在這波假酒事件，有二十三例疑似甲醇中毒，確定中毒死亡五人（宜蘭四人，南投一人），另有多名死者待複驗。



伍、刑事證據法專欄





由決定之權，其以當事人之聲請為不必要者，亦得以裁定駁回之，此觀於刑事訴訟法第一百五十四條、第一百五十五條第四款、第二百七十九條等規定甚明，原審以無再行解剖屍體之必要，不予實施，自非不合，對於上訴人之聲請，雖未以裁定駁回，但判決書內已說明無庸依其聲請解剖覆驗之理由，縱無以裁定駁回之形式，亦要與上開第二百七十九條之意義無違。」係有關再行解剖之情形。

按解剖與否依法固係由法官、檢察官決定，又多係由檢察官決定。惟死亡原因之判別涉及法醫學及病理學專業，已超出一般生活經驗法則，非法官或檢察官單獨可以認定，屬於特別生活經驗法則，故必須由法醫師為正確判斷。如死者家屬對法醫師無他殺嫌疑之解釋仍有懷疑，請求解剖，除非有堅強之理由認不需解剖，否則法官、檢察官原則上應尊重家屬意見進行解剖。因除了確定死者身分之目的外，解剖乃是為了可能存在導致死亡之犯罪行為，發現事實查明原因以追究責任而進行之具侵害性之調查程序，具刑事追訴之公共利益目的，家屬既對死因有疑義，非經解剖無法澄清之情形，法官、檢察官原則上仍應准其所請。至解剖後是否有再次解剖之必要則法官、檢察官應有決定之權。

參、命令解剖

執行解剖是經由具侵害性之調查程序，由追訴機關澄清有無犯罪行為；由於其具侵害特性，故採取刑訴上之強制手段須符合比例原則

(Verhältnismäßigkeitsgrundsätze)。學者有反對此處援用比例原則者，認為比例原則只可適用於活人利益被侵害之情形，死者屍體被損害並無適用餘地^(註4)。但此種說法有待商榷，解剖之目的保護的僅是人們對死者虔敬感情；抑或是保護親屬之感情；或是保護死者之利益，即對死者人格權，確值探討。但無論保護的是何種利益，在決定是否許可解剖，與是否遺有親屬並無區別，主要是要確定有無人應對死因負責，與死者是否單身，有無遺留親屬均無關係。因為解剖涉及刑事追訴利益 (Strafverfolgungsinteresse) 與遺屬對死者虔敬之感情 (Pietätsempfinden der Hinterbliebenen) 即活人享有之利益，二者之衡量。縱然死者並無親屬，亦不表示解剖只與死者之身體有關，因為對死者之崇敬毋寧是包括禁止打擾死者安寧 (Totenruhe) 在內之法律共同關係 (Rechtsgemeinschaft) 中超越個人之利益^(註5)。但有無侵害死者人格權則是另一個問題，另一種保護利益，其實吾人或可由另一角度思考，當決定解剖時，將大眾對死者之崇敬緬懷之感情列入是否解剖之考慮，就是將死者當成活人一樣敬重之表示。

另就有無解剖必要性之衡量，應斟酌比例原則。首先對解剖而言，解剖時間是非常重要的，否則證據滅失之可能性很大，如不即時進行解剖，證據將會滅失。尤以屍體經過搬動、翻覆、冰凍、解凍^(註6)，微物證據或分泌物可能逸失。故檢察事務官或司法警察官執行相驗時，為確認死因或死因有疑義，認宜複驗、

註3 九十一年十一月三十日中國時報。

註4 Meyer, in: Löwe-Rosenberg, I, 23 Aufl. (1976) Rdnr. 7.

註5 Professor Dr. Manfred Maiwald, Göttingen, "Zur Ermittlungspflicht des Staatsanwalts in Todesfällen" NJW, 1978, 565.

註6 檢查屍體，必須檢驗全身，包括背部，故須翻覆屍體，屍體上之跡證，如兇手之毛髮、踏在死者身上之鞋印，或死者下體之分泌物，傷口等亦可能因移動、或冰凍不良而無法採集或判斷。

解剖時，應即將有繼續勘驗及調查必要之情形，當場以電話報告檢察官，以利迅速發動必要之偵查作為（如定期複驗或解剖屍體），不宜遽發相驗屍體證明書（註7）（屍傷注意事項規定§7II）。

肆、解剖之立法例—德國實務見解

對於如何在親屬照護死者（Totenfürsorge）之利益與為發覺可能之犯罪行為之公共利益間斟酌，以決定是否依德國刑事訴訟法第八十七條執行解剖（註8），德國聯邦憲法法院在一九九三年認為解剖並未違反德國基本法第一條第一款（註9）傷害死者（該案為一名兒童）的尊嚴，亦未違反基本法第二條第一項（註10）訴願人照顧死者之行為自由權（Handlungsfreiheit）。

（一）德國刑事訴訟法第八十七條之規定

德國刑事訴訟法第八十七條規定驗屍與解剖屍體，其中第三項、第四項規定「為驗屍或開啓已被埋葬屍體應為發掘墳墓（第三項）。解剖屍體或對於已被埋葬屍體之發掘墳墓，由法官命令之；倘遲延危及調查結果時，檢察官有權命令。一旦為發掘墳墓之命令，應通知死者之親屬，但以死者之親屬之所在不難發現且對於其通知不危害於調查目的者為限（第四項）。」（註11）

德國刑訴法對執行解剖醫師之規定較我國嚴格，其第八十七條第一項規定：「驗屍由檢察官或受檢察官聲請之法官在醫師參與之情形下為之。如闡明事實顯然不需要醫師者，不令其參與」。第二項規定「解剖屍體時應由醫師二人為之。其中一人須為法醫或公立法醫學或精神病理機構之負責人或由其所委託具有法醫專門知識之服務於該機構之醫師。曾為死者診療直接死因之疾病之醫師，不得參與為屍體之解剖。但得允許其在場，以便於說明死者之病歷。檢察官得參與解剖屍體，並得聲請法官參與解剖屍體。」

依德國刑訴法上開規定解剖須由二位醫師為之（八十七條第二項），二位醫師應始終在場。其中一位須為法醫或公立法醫學或精神病理機構之負責人或由其所委託具有法醫學專門知識之服務於該機構之醫師。曾為死者負責診療直接死因疾病之醫師，不得參與屍體之解剖，但可當鑑定證人，違反此規定（第八十七條第二項第三句）僅是違反訓示規定（Sollvorschrift），法官對此種醫師之參與共同解剖應評斷其證明力（註12）。

德國檢察官（StA）是依法處理驗屍及解剖之主要之人員。法官僅在特別由檢察官聲請之情形下始共同為之（註13）。

（二）聯邦憲法法院之見解

本案憲法訴請人之女於一九九三年七月二

註7 德刑訴及罰金程序第三十六條第一點亦規定：相驗及解剖應儘速進行。

註8 BverfG (2 Kammer des Zweiten Senats), Beschl. V. 27.7.1993-2 BvR 1553/93 NJW1994, 783.

註9 基本法第一條第一款規定「人之尊嚴不可侵犯，尊重及保護此項尊嚴為所有國家機關之義務」。

註10 基本法第二條第一款規定「人人有自由發展其人格之權利，但以不侵害他人之權利或不違反憲法秩序或道德規範者為限」。

註11 譯文參考蔡墩銘譯，德日刑事訴訟法，五南公司，八十二年七月初版。

註12 Prof. Dr. Gerd Pfeiffer, Karsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, S. 387, 1999.

註13 驗屍及解剖之權限是規定於刑事訴訟法第一五九條（非病死與屍體之發現）及一六〇條（偵查程序），其中一五九條規定「（一）如有理由可認為有人非病死或發現無名屍體時，警察與社區機構有即時向檢察官或區法院告發之義務（第一項）。（二）屍體之埋葬須得檢察官之書面同意（第二項）。」但並無強制解剖之規定；對於死因無疑慮則不需要解剖。解剖時應注意「比例原則」，但只有少數之情況會被認為違反。



十一日死亡，Memmingen 區法院於翌日（即同月二十二日）命令解剖，訴請人不服，抗告後又不服邦法院之確定裁定乃提本件憲法訴請（Verfassungsbeschwerde）。由於訴請人對聯邦憲法法院提起本件憲法訴請時，其女屍體已經解剖，訴請人主張解剖違法，並申請暫時命令（einstwiliger Anordnung）。其內容略以：

（1）在法院判決前，應密封解剖報告，包括檢察署在內都不能閱讀。

（2）解剖報告應銷毀，不能對檢察署或任何人透露。

（3）至判決以前，解剖之臟器不能繼續提供審判程序做為調查之用，並應立即（送到訴請人住處）安葬，不可毀壞亦不可丟棄。

聯邦憲法法院認定原判決並未違法，憲法訴請無理由。法院認為，第一，解剖並未違反基本法第一條一款（註14）傷害本案訴請人亡女之尊嚴。依刑事訴訟法第八十七條所為的解剖是當考慮到一個人的死亡可能是由可罰的犯罪行為所造成，為查明死亡原因及死亡時間始實施之。對死者為此種調查是為了表示對死者之尊重，符合對人性尊嚴的要求，亦是一種對人死後的保護，既非輕視死者亦非貶抑死者。第二，法院認為解剖亦未違反基本法第二條第一項（註15）訴請人照顧死者之行為自由權（Handlungsfreiheit）。為維持憲法秩序而執行刑

事訴訟法規定之解剖得限制親屬照顧死者之權利。這是為了對可能存在之導致死亡之犯罪行為，發現事實（Aufdeckung）、查明原因（Feststellung）、追究責任（Verfolgung）等公共利益。刑事訴訟法為捍衛此種公共利益而侵犯照顧死者權利之規定，不違憲法上之比例原則（verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）（註16）。

解剖之執行須為使追訴機關執行其法定義務，於有必要且適當，僅實施相驗（Leichenschau）在實際情形並不足夠時，以較少損害之方式為之。在德國刑訴法第八十七條與我國刑訴法均未明文規定解剖「必要性」之要求，故依追訴機關之任務及權限：如依合法性原則（Legalitätsprinzips），即除法律別有規定外，檢察官對於一切依法得訴追之犯罪，如有充分之事實依據，負有採取行動之責任（註17）。追訴機關如得知有犯罪嫌疑，得決定調查事實，以作為是否提起公訴之依據（註18）。此外，檢察官應致力證據調查、證據之蒐集與保全以免滅失（註19）。因此，縱犯罪嫌疑之程度不高，只要依刑事經驗，可能存在可追訴之犯罪行為，仍足以發動調查。就是否有足夠的解剖理由，依一般的見解不須要求得太嚴格，此在憲法上並無疑慮。為使醫師能儘快確定死亡原因及死亡時間，並使其判斷具可信性，解剖必須

註14 基本法第一條第一款規定「人之尊嚴不可侵犯，尊重及保護此項尊嚴為所有國家機關之義務」。

註15 基本法第二條第一款規定「人人有自由發展其人格之權利，但以免侵害他人之權利或不違反憲法秩序或道德規範者為限」。

註16 比例原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）源於德國之警察法，旨在強調國家在進行干預行政時，「不得為達目的而不擇手段」比例原則在強調目的與手段間之均衡。在德國，比例原則有廣狹二義。廣義之比例原則，包括適當性原則（Grundsatz der Geeignetheit）、必要性原則（Grundsatz der Erforderlichkeit）與過度禁止原則（Grundsatz der Übermassenverbots，即狹義比例原則）。比例原則由司法院大法官引用，與平等原則同屬大法官最常違憲審查之基準之一。參考李惠宗，行政法要義，第一三九頁，五南公司，九十年八月初版三刷。

註17 德國刑訴法第一五二條第二項。

註18 德國刑訴法第一百六十條第一項。

註19 德國刑訴法第一百六十條第二項。

儘早進行，避免拖延。

德國聯邦憲法法院認為判斷致死之原因時，如一開始就無法排除可能涉有犯罪行為，則在早期的偵查階段便進行解剖確有必要，當死亡原因不明，或是因醫療過失、照顧或保護義務之違反等所致時，均有必要解剖。此外，要決定是否可依刑事訴訟法之標準解剖，首應由管轄法院認定，非由聯邦憲法法院審查。只在當該法院對於刑訴之解釋違反特定之憲法權利或有明顯的解釋錯誤而依基本法之意涵是不正確的見解時，聯邦憲法法院才可審查，但當牽涉的是法院於衡量二個衝突法益或正當性（Richtigkeit）時，可能就某一利益重視的太多或太少予以判斷，並不存在違反基本法之情形。

次年即一九九四年，德國聯邦憲法法院就一件醫療糾紛引發應否解剖之疑義，認定當無法將醫生是否未依病人家屬請求，提供可能之醫療行為排除於間接死因之外時，則為澄清死因即有解剖之必要，並無違反憲法之處^(註20)。本件解剖命令是因訴請人將母親送到醫院時，催促醫院盡一切醫療方法救治其母，但醫生顧慮其母年邁，且已病入膏肓乃予拒絕。區法院認為如解剖是為了解死亡原因所必須，因為要瞭解醫院之未對病人提供必要的醫療救治是否為間接造成死亡之原因之疑慮尚未被排除，故判決該解剖命令在憲法上無可指摘。但本件另一個爭點在於對區法院在程序處理之疑慮，即解剖命令之公布是否應給死者親屬聽審之機會。死者之家屬對於死者有照護權

（Totensorgerecht）（BverfG, NJW 1994, 783, 784），故除預先聽審將危及解剖命令之目的，應給予聽審之機會，若家屬拒絕解剖，法官可依刑訴第九十四條^(註21)扣押屍體。聯邦憲法法院在判決中亦指出，未予訴請人聽證之權是否違反基本法第一〇三條第一款（在法院被控告之人，有請求公平審判之權）之問題，鮮有人討論，但訴請人如拒絕解剖，應表明對其母係自然死亡並無疑慮，且對醫生上開未依其要求，盡一切可能方法救助其母等情亦未懷疑涉有相關刑責。但訴請人並非如此，而是指控醫生以其母親年事已高即未依其所求盡一切可能之救助方法，此項陳述，既係指責醫生未提供救助行為，正是需要解剖之原因^(註22)。

就此一問題，以美國為例，俄亥俄州法規規定反對解剖之死者親屬或朋友得於四十八小時內向法院提出禁止解剖之訴訟^(註23)，請求給予家屬聽審之程序，但應將此訴訟通知驗屍官。驗屍官亦得向法院請求免除四十八小時之等待期間。若法院認為死者之親屬或朋友並未反對，或所有反對意見均已充分表達，或遲延將損及解剖之正確性，或警方正朝死者係遭兇殺偵辦並懷疑反對解剖者涉案，法院得准許驗屍官之請求免除四十八小時之等待期間。若無死者之親屬或朋友於四十八小時內提出上述訴訟，驗屍官得逕行解剖（§ 13 之 1 第 C 項（1）款）。

（三）命令解剖程序在憲法上之要求

除了遺屬照護權之外，死者宗教信仰如反

註 20 BverfG (2 Kammer des Zweiten Senats), Beschl. V. 18. 1. 1994-2 BvR 1912/93 NJW1994, 783-784.

註 21 德刑訴第九十四條規定「對於調查證據方法所必要之客體，應予以留置或以其他方法保全之（第一項）。此項客體在他人持有中而不任意交出時，應予以扣押。（第二項）」

註 22 對於對死者有照顧義務之親屬所下之解剖命令可依刑訴法第三〇四條抗告須依刑訴法第三十四條（「得聲請法律救濟與駁回聲請之，均須敘明理由」）敘明理由。NJW 1994, 784。

註 23 法院應於收受禁止解剖之上訴狀後四十八小時內開庭，除本（2）款有特別規定外，準用民事訴訟程序。法院對此類訴訟之聽證不受證據法之拘束（該法第 13 條之 1 第 C 項（2）款前段）。





對解剖，驗屍官如何為利益衡量？前述之美國俄亥俄州法堪稱立法例上規定得極為詳細者，認此情形原則上與家屬反對解剖之情形相同，但該州對重大刑案，如重大兇殘之謀殺案、疑似重大兇殘之謀殺案、謀殺案、疑似謀殺案、過失致死案、疑似過失致死案仍排除上開規定之適用，亦即驗屍官或法醫師（俄州採驗屍官與法醫師混合制）仍可逕為決定解剖。在我國此種情形，為澄清死亡原因，排除犯罪，應仍由法官、檢察官決定是否解剖。

伍、解剖之主體是法官、檢察官或醫師

刑訴法就解剖之相關規定僅有刑訴法第二一二條「法院或檢察官因調查證據及犯罪情形，得實施勘驗」、第二一三條「勘驗得為下列處分：一、…四、解剖屍體。…」、第二一六條「解剖屍體應命醫師行之」。對於執行解剖之主體為何人、解剖之範圍、被害人家屬有無聲請解剖之權，法官或檢察官是否受其拘束，法官、檢察官於命令解剖時是否必須始終在場等均乏規定，僅在為行政規則性質之檢察機關與司法警察機關勘驗屍傷應行注意事項第十一點、第十二點規定檢察官應於解剖時始終在場；檢察官得下令強制解剖，不問死者配偶或其親屬是否到場與同意。

上開屍體注意事項第十一點規定「法醫師或檢驗員檢驗屍體時對於致死原因，如自殺、他殺等，均應細心辨別，如係毒殺，須立即搜索有無殘餘毒物留存，如係姦殺，應採取被害人或涉嫌人體液或分泌物以供檢驗。解剖屍體，檢察官應命法醫師或醫師為之，並應親自、始終在場監督。對於屍體剖驗結果，認有複驗之必要者，應即另行指定法醫師或醫學專門人員複驗。」第十二點規定「因調查證據，非檢驗、解剖屍體及開棺發掘墳墓，難以斷定死因

或犯罪事實之真象者，不問死者配偶或其親屬是否到場與同意，均應進行。但以調查證據所必要者為限，不得輕率為之（第一項）。依前項規定為檢驗、解剖屍體及開棺發掘墳墓時，應事先通知死者配偶或其他同居之親屬到場（第二項）。」在實務上，檢察官於解剖時必須始終在場，惟其縱非始終在場，對解剖之結果不生影響，檢察官於解剖時就解剖之範圍，及有關屍傷之問題即時向法醫師提出要求、質疑、建議及請教對偵查事實之掌握確有必要，故仍以始終在場為宜。

依德國刑訴法規定，「解剖屍體應由醫師二人為之。…檢察官得參與解剖屍體。檢察官得聲請法官參與解剖屍體。」（八十七條第二項第一、五、六句）是執行解剖之主體乃係醫師而非法官、檢察官，法官、檢察官是「參與」解剖，與我國第二一六條「解剖屍體應命醫師行之」，規定不同，依我國法規定，解剖雖由醫師執行，但決定主體仍是法官、檢察官。

陸、結論

死因鑑定之重要在於屍體表彰證據之不易保存，尤其在埋葬或火化後更永遠無法再取得，故法官、檢察官於認有必要時應即時解剖，以儘速判斷死因及辨認死者身分，然即使解剖，如解剖範圍不全，日後因案情變化及犯罪嫌疑人之答辯，恐造成死因判斷懸宕難決之情形。如最高法院九十年臺上字第五八八四號判決，受刑人朱○仁在監所死亡案，雖經解剖但漏未解剖頭顱致嗣後死因難以判斷即是一例，本案雖有事證證明死者腹部曾遭多名監獄管理員以拳腳重擊踢打頂撞，惟初驗法醫解剖時因剖開死者頭皮未發現有皮下出血亦無骨折，故未進一步把頭顱鋸開，即判斷死因係因外力重擊性挫傷，肝臟破裂出血過多休克死因。該判斷在解剖時雖似妥當，惟因被告等在審理中辯

稱被害人曾以頭撞牆壁或障礙物方是致死原因，乃致朱○仁死因究係肝臟破裂，合併大量出血，抑或除上開死因，尚「不敢排除『死者或有可能有顱內出血（外傷性）引起死亡』」，歷經臺灣高等法院檢察署法醫中心，法務部法醫研究所、國立臺灣大學醫學院附設醫院鑑定，法院仍難判斷決定。

德國因醫學發達，法醫制度較完備，解剖復係由二位醫師為之，故其刑事訴訟法之規定授權檢察官裁量決定是否參與，較具彈性。反之，我國解剖只由一位法醫師執行即可，原則上亦多僅由一位法醫執行，刑訴法復未規定解剖之範圍，致實務上常見僅解剖局部之情形，

我們應可參考德國刑訴法第八十九條（解剖之範圍）規定：「祇要屍體情況所許，解剖應由頭、胸與腹部依次延伸之。」以免實務上屢見雖曾進行解剖，但因解剖不完全，未解剖頭部或其他部位，以致於嗣後尚需要第二次解剖，卻因屍體已埋葬或早已火化而無能再為解剖，致案件事實未明，多年懸未能決之情形。♣

（本文作者為國立臺灣大學法律學研究所法學博士）

【勘誤】：日新警察半年刊第四期（2005年1月），朱富美著「論證人之聲音指認及聲紋認定」第53頁右欄第5行「哩」為「碼」之誤。



人類累積的智慧應由人類共享，不應由私人所獨佔。—居禮夫人

居禮夫人是第一位兩度獲得諾貝爾科學獎的人，1903年她與貝可勒爾共獲諾貝爾物理學獎；1911年又獲得諾貝爾化學獎。

她一生獲得無數榮譽，本可躺在一個榮譽上盡情享受。但是她淡泊名利，將獎金贈予科研事業和戰爭中的法國，獎章則送給六歲的小女兒當玩具。

