

第

9

章

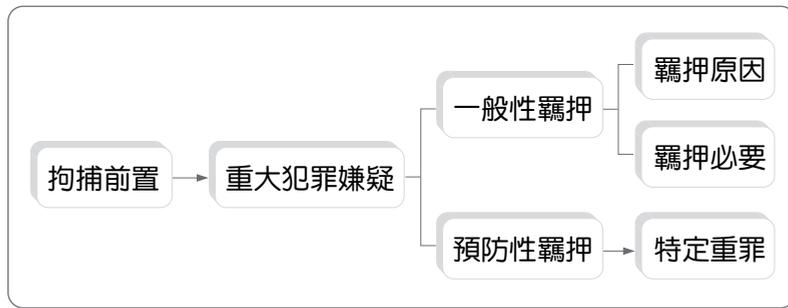
強制處分

考情分析

本章著重在對於幾種強制處分種類的理解，考試重點應該擺在搜索與羈押。而幾種無令狀搜索，這是基本上絕對要知道的，再來就是羈押，前兩年增修的繼續羈押，四等考試還沒考過，尤其這種法條題，在未附法條之四等考試，更容易出題，宜予注意，另外釋字 665 號對於重罪羈押運用合憲解釋方法，基本上也要有個概括的理解。刑事妥速審判法的制訂，有優先於本法的效力，但是較為重要的法條第 5 條第 2~4 項自 101 年 5 月 19 日施行，第 9 條自 100 年 5 月 19 日施行，可是為了保險起見，還是稍微有個印象比較好。

一 基本概念

強制處分者，傳統學說上把他當成一種訴訟行為，也就是程序性的處分，但是後來因為保障人權思想興起，學說乃認為強制處分實際上是侵害人民基本權的一種干預行為，把他等級提升了，是故踐行強制處分，依據憲法第 8 條與第 23 條，必須符合形式要件（法律保留原則）及實質要件（比例原則），而甚至有些侵害基本權較為嚴重者，更要符合法官保留原則¹，或稱令狀原則²。



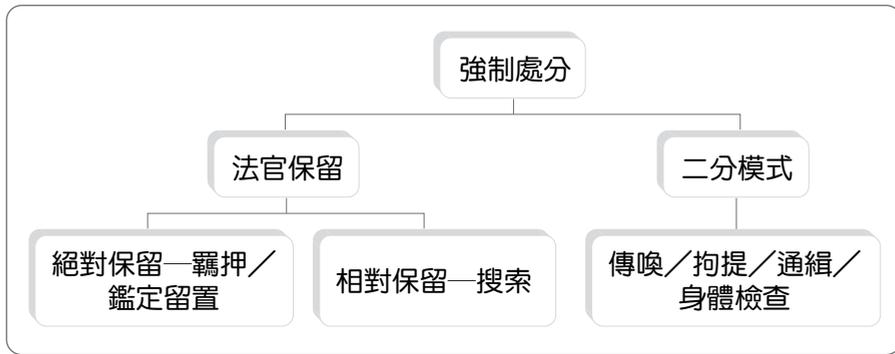
二 決定機關

由於羈押與鑑定留置係侵害人民之身體自由而將之拘束於一定處所者，為基本權干預之態樣最為嚴重者，故採絕對法官保留原則，僅有法官才有決定權，而搜索係對於人民隱私權之侵害，原則上決定權亦只有法官才有，但為兼顧發現真實的需要，承認在緊急情況下得為無令狀搜索，採相對法官保留。至於其他則採用二分模式，審判中由法院決定，而偵查中由檢察官決定。不過學者多對二分模式有意見，有認為係糾問式的偵查觀³，蓋拘捕被告的目的若是因為要訊問，則變成追訴者檢察官又身兼強制處分之決定者，自難期公平，故認為決定權仍須回歸法院。

1 即該強制處分之決定權僅保留給法官，只有中立之司法機關始得決定是否發動處分（偏向德國法的論述方式）。

2 以事先及第三人之審查程序以避免事後判斷的偏頗，而該審查程序須有書面記錄，且交給性質中立、超然的司法人員（偏向美國法的論述方式）。

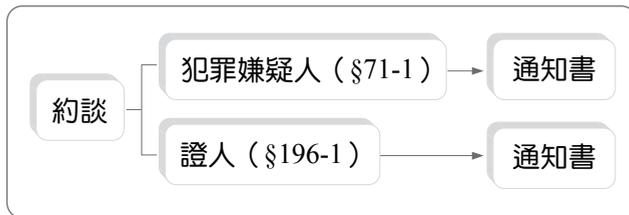
3 參照黃朝義，刑事訴訟法，2006。



三 約談與傳喚

(一) 約談

約談和傳喚的性質不同，傳喚隱含有間接強制的色彩，因為傳喚不到就可以拘提，但是約談的話，就算不到也不能逕行拘提，因為在令狀主義之下，警察並沒有這種權限，所以約談通常是適用於警察或是調查局人員，以約談之方式請受約談人配合調查，但縱不配合，亦不能謂受約談人違法，蓋約談實際上亦非本法之法定偵查手段，人民沒有忍受之義務。



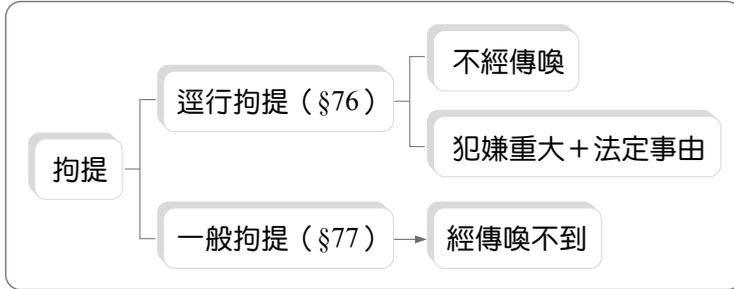
(二) 傳喚

在本法的體系上，只有檢察官和法官能用傳喚的方式，這也是令狀主義之下，保障被告權益的一種方式。



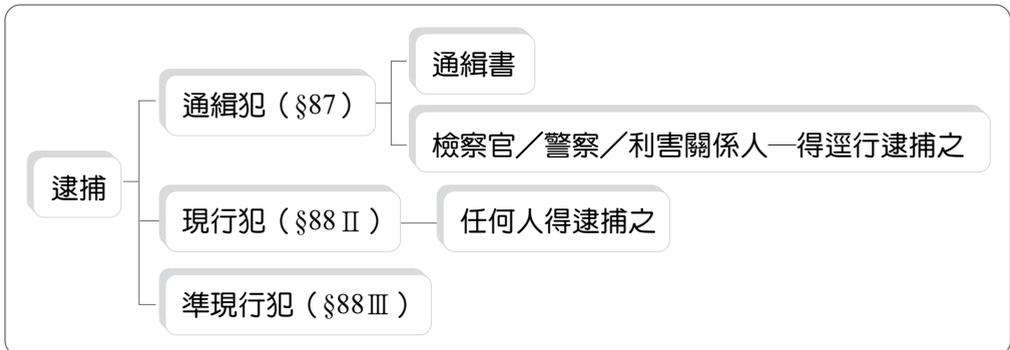
四 拘提

基於令狀主義，涉及人身自由侵犯的拘提，執行時一定要用拘票，不管是一般拘提或逕行拘提都一樣，兩者的唯一差別，只在前者須有先行傳喚，而後者則是因法定情況，而得不經傳喚逕行拘提。

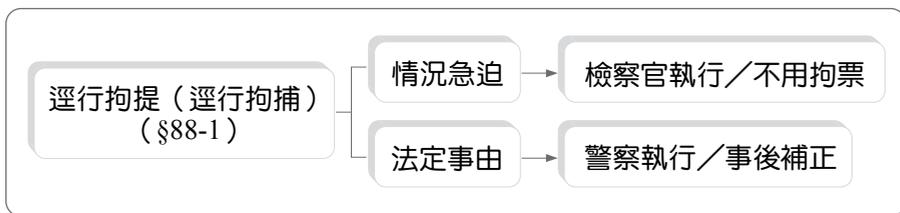


五 逮捕

逮捕對人身自由侵害的程度相當高，幾乎是直接且立即的造成侵害，因為逮捕沒有所謂的逮捕票，一有法定情況發生，「任何人」都可以逮捕，所以得予逮捕的情況一定要特別的限縮，本法只限於三種情況，一個就是通緝犯，因為這已經很明顯有紀錄在案了，再來就是現行犯，在犯罪之後立刻被發覺的。最後是準現行犯，但是學說上向來認為本法對於準現行犯的認定太寬，一種是符合跡證原則的準現行犯，一種是被追呼為犯人者，這兩種共通點是都沒有限定時間，舉個誇張點的例子，案發之後一個月，才發現衣服上有血跡，這是不是那個案子的跡證呢，還能叫準現行犯嗎？或是走在路上莫名其妙有人叫你犯人向你追過來，就能馬上把你逮捕嗎？是故準現行犯有點過於擴張可以逮捕的範圍，立法論上應該要限縮為時空具有密接性的情況或許會好一點。



除了第 76 條之外，本法尚有另一種逕行拘提的型態，就是第 88-1 條的逕行拘提，學說上為與第 76 條做區別，有稱為「急迫拘提」者，有稱「緊急拘提」者、有稱「緊急拘捕」者，名稱都沒有統一，實際上這種型態的拘提，畢竟還是一種拘提，所以仍然要用拘票，只是他的適用範圍比第 76 條還要寬，檢察官親自執行可以不用拘票，警察執行時限於情況急迫，也容許不用拘票，而可以事後再報請檢察官補發，是一種更能被靈活運用的拘提型態。



六 搜索與扣押

(一) 搜索

本法的搜索採絕對法官保留原則，搜索票一定要由法官簽發，檢察官並無核發搜索票的權限。而對於向被告搜索或是對第三人搜索的發動門檻也不一樣，通說認為被告的犯罪嫌疑較高，所以發動門檻較低，於必要時，即可予以搜索，但是第三人並非刑事程序的當事人，要對之搜索必須要有較高的門檻，及須有相當理由。但少數說認為搜索為對隱私權的重大侵害行為，不論是對被告或是第三人，皆必須要有相當理由才能搜索。

考試上比較容易會考的，是無令狀搜索的情況，因為令狀搜索是基本的大家都應該會的了，所以通常會考本法於哪些情況能無令狀搜索，例如考出一種情況再問這個搜索合不合法，首先就要先看有沒有拿搜索票，沒有的話就要檢驗是不是有符合法定無令狀搜索的情況，基本上只有三種情況，考生應該全部都要熟記才是。

1. 附帶搜索

這是為了搜索人員的安全所為的一種即時性的搜索，怕對方暗藏什麼危險性武器之類的，所以學說認為搜索範圍也只限制在犯罪嫌疑人隨手可及之處，因為超過這個範圍事實上對方也不可能馬上拿到武器，對於搜索人員的安全也無妨礙，但是現行法第 130 條的範圍顯然更廣，連所使用的交通工具都可以搜索，例如警察攔檢一輛汽車，可否同時附帶搜索這台車的後

車廂，依學說見解會認為後車廂並非受搜索人可立即觸及之處所，當然不能搜索，但按法條文義顯在搜索範圍內。

2. 緊急搜索

緊急搜索又分對人搜索（§131 I）和對物搜索（§131 II），前者需符合三種法定事由，後者則限於檢察官始能為之，但相同點在於均採事後陳報制，由法院對該無令狀搜索來作外部的監督，若法院認為不應准許者，得撤銷此種違法搜索。

但應注意者，撤銷搜索不等於搜索所得之證據就禁止使用，還是要等待審判法院依權衡法則判定之。

3. 同意搜索

如果沒有上述兩種情況，那合法搜索還有一種可能，就是得到同意，實務上通常都會請受搜索人簽署一張自願受搜索同意書。但是學說上認為受搜索人往往基於各種情況，譬如當時情況，本身智能或是學經歷等影響其判斷，而不知道其有拒絕的權利，就呆呆的讓警察搜索，所以學者主張這個同意，一定要是真摯的同意，而不能是受迫之下的同意，警察必須事先告知其沒有配合搜索的義務⁴。

又對於搜索的範圍，學說上認為應以客觀合理性為其界限，例如原本是想搜索涉案的槍械，那對於受搜索人的信件就不能予以搜索，因為依照合理性的判斷，槍械顯然不會放在一個扁扁的信封裡，要是牛皮紙袋還有可能。

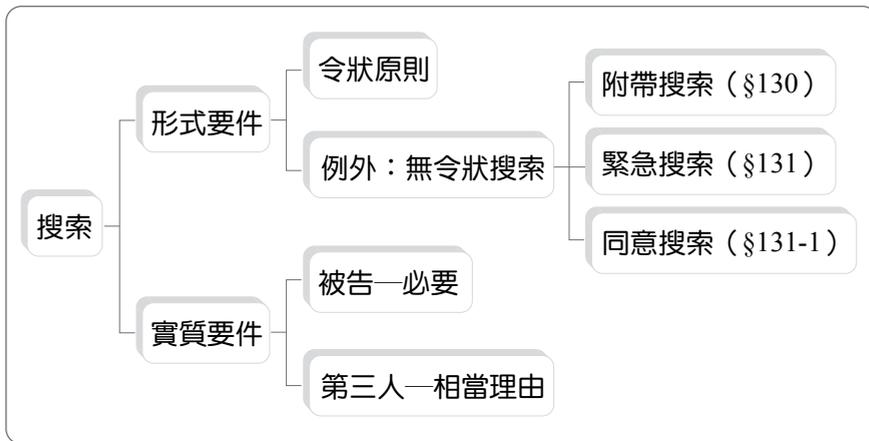
另外本條雖然也是一種無令狀搜索的態樣，但是卻沒有像緊急搜索一樣採事後陳報制，學者認為並不妥當。

• 94 年台上字第 1361 號判決（節錄） •

實 務 見 解

所謂「自願性」同意，係指同意必須出於同意人之自願，非出自於明示、暗示之強暴、脅迫。法院對於證據取得係出於同意搜索時，自應審查同意之人是否具同意權限，有無將同意意旨記載於筆錄由受搜索人簽名或出具書面表明同意之旨，並應綜合一切情狀包括徵求同意之地點、徵求同意之方式是否自然而非具威脅性、同意者主觀意識之強弱、教育程度、智商、自主之意志是否已為執行搜索之人所屈服等加以審酌。

⁴ 但是筆者很懷疑，如果真的要這樣，還會有幾個人願意讓警察進去自己家裡搜索，事實上等於架空了同意搜索的規定。



(二) 扣押

扣押主要的目的就在於保全證據，而扣押又分一般扣押 (§133) 與特別扣押，前者是指扣押之前並沒有搜索前置者，而後者則係附隨於搜索行為而來之扣押，而又分為附帶扣押、另案扣押。

如果搜索票是記載因為槍擊案要搜索涉案槍枝，但是進去後發現不止票上所載的那把槍還有其他的槍是票上未記載的，這就叫做「附帶扣押」，還是可以扣押，否則難道要等另外請票之後再搜一次，使隱私再被侵害一次，何況被告也不會那麼奉公守法還自己保全證據等你下次再來搜索。此外例如雖然說搜索票裡面只載明要搜索槍械，但是進去搜索的時候又看到一堆毒品，要怎麼辦呢？這又涉及到另案扣押的問題，因為在執行本案搜索的時候，發現非本案的證據，還是可以扣押。但實務上對於扣押的範圍往往任意的擴張，一進去就大搜特搜，反正附帶或另案都可以扣押，尤其是另案扣押，更有藉這種扣押的方式行對於其他案件搜索之實的情況，也因此學說向來認為另案扣押之規定不當，過於擴張偵查人員的權限。

學者因此援引美國法上的作法，提出所謂「一目瞭然」法則，而認為以合法的拘提、逮捕、或搜索為前提之下，偵查人員對於其目視範圍之內得扣押之物皆得予以扣押，藉以控制附帶或另案扣押之濫用情況。這種方法應該是較符合人情的，因為當你進入房屋為搜查時，雖然說目的是搜槍，但是如果看到還有一堆毒品，要你只能扣押槍枝，不能扣押毒品，否則就是違法扣押，這似乎難以符合人民的法感情也不太合理，所以以目視的範圍作為扣押的界限，應該算是一種合理的期待，白話點說，如果一進去房間內，就看到毒品就放在地上那就是合法的另

案扣押，但如果毒品是藏在天花板上，警察雖然知道有這種可能，但是也不能硬是要把天花板翻開來看看有沒有。



七 羈押

(一) 基本概念

刑事訴訟法採無罪推定原則，在判決未確定前，不能認為被告是待罪之身，而羈押制度卻是在判決未確定前，即先限制被告之人身自由，此毋寧是對於無罪推定原則的一大挑戰，所以可以認為羈押制度與無罪推定原則，形成一個緊張的關係，是故羈押制度在適用上務必要小心，稍不留神即很有可能毀壞法治國原則之核心思想無罪推定原則，而成為濫權追訴犯罪最有力的武器，也就是俗稱的押人取供。學說上認為，尤其是重罪羈押與預防性羈押，更是嚴重威脅到無罪推定原則，蓋前者，只是有犯重罪的嫌疑而已，但是實際上判決未確定前，該罪名會不會成立都是問題了，先予羈押不就等於說先認定被告很有可能被判有罪，而變成適用有罪推定了嗎？不過邇近大法官已做成釋字 665 號解釋可供參考。而預防性羈押更是在還沒犯罪之前，就先推定被告很有可能會犯罪，對於無罪推定原則的挑戰更大，不過德國法上亦有採預防性羈押制度，可能是立法者權衡人權保障與治安維持之間所做的決定吧。

• 釋字 665 號 •

實 務 見 解

一、解釋文

- (一)臺灣臺北地方法院刑事庭分案要點第 10 點及第 43 點規定，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，尚無違背。
- (二)刑事訴訟法第 101 條第 1 項第 3 款規定，於被告犯該款規定之罪，犯罪嫌疑重大，且有相當理由認為有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞，非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行者，得羈押之。於此範圍內，該條款規定符合憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 8 條保障人民身

體自由及第 16 條保障人民訴訟權之意旨，尚無牴觸。

(三)刑事訴訟法第 403 條第 1 項關於檢察官對於審判中法院所為停止羈押之裁定得提起抗告之規定部分，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，並無不符。

(四)本件關於聲請命臺灣臺北地方法院停止審理 97 年度金矚重訴字第 1 號刑事案件，改依該法院中華民國 97 年 12 月 12 日之分案結果進行審理之暫時處分部分，已無審酌必要；關於聲請命該法院立即停止羈押聲請人之暫時處分部分，核與本院釋字 585 號及 599 號解釋意旨不符，均應予駁回。

二、重點分析

(一)法定法官原則：為維護法官公平獨立審判，增進審判權有效率運作，法院案件的分配，如依事先訂定的一般抽象規範，將案件客觀公平合理的分配於法官，足以摒除恣意或其他不當干涉案件分配作業，而參酌德國法上之法定法官原則，並不排除以命令或依法組成的法官會議，訂定規範作為案件分配的規定，我國法基於訴訟權之保障，亦應為相同之解釋。

本案中涉及到依據台北地院的分案要點而將系爭案件改換承審法官是否合法的問題，照這個邏輯來推論，就是換法官是依照這個分案要點（此即所謂事先訂定之一般抽象規範）來換的，而並非由於人為因素的介入，所以並不違法⁵。

(二)重罪羈押之要件：大法官就此採合憲性解釋方法，認為本法第 101 條第 1 項第 3 款（重罪羈押）並不違憲，但是該條款的適用，仍必須符合下列要件⁶：

1. 有相當理由認為有逃亡、湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞。
2. 非予羈押，顯難進行追訴、審判或執行（羈押必要）。
3. 無刑事訴訟法第 114 條不得羈押被告情形。

(三)檢察官之羈押抗告權：大法官認為本法第 403 條第 1 項：「當事人對於法院之裁定有不服者，除有特別規定外，得抗告於直接上級法院」。檢察官得依本條規定對於審判中法院所為停止羈押裁定提起抗告，與公平審判保

⁵但也有學者認為，換法官是侵害到了被告的訴訟權，應該要依據與法律同等位階的規範才能換，而分案要點只是行政規則而已，自與法律保留原則有違。

⁶按原本實務見解認為重罪羈押，只要符合重罪之要件即可為之，大法官為如此之解釋等於又把重罪羈押加上須有羈押必要的要件，蓋此種與無罪推定原則形成緊張關係的羈押型態適用上更需謹慎。

考 題 演 練

• 9-1 •

依刑事訴訟法規定，偵查機關於一定事由存在時，得無搜索票而逕行搜索。試問因實施搜索主體不同，搜索後應踐行何種程序，其所為之搜索方屬合法？

(90 書記官)

按無令狀搜索者係本於案件之急迫性與必要性，或為保偵查人員之安全或為防犯罪證據之湮滅，故得於無令狀之情況下為搜索，但卻並非均可解免事後陳報之義務，以下分述之：

(一) 附帶搜索

刑事訴訟法（以下同）第 130 條定，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押時，雖無搜索票，得逕行搜索其身體、隨身攜帶之物件、所使用之交通工具及其立即可觸及之處所。

但本條並未就明訂搜索後應為事後陳報，故實務上認為事後無須陳報或報告。

(二) 急迫搜索

1. 逕行搜索

本法第 131 條第 1 項規定，檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，因逮捕被告、犯罪嫌疑人或執行拘提、羈押、或因追躡現行犯或逮捕脫逃人、或有事實足信為有人在內犯罪而情形急迫者，雖無搜索票，亦得逕行搜索住宅或其他處所。

2. 緊急搜索

第 131 條第 2 項規定，檢察官於偵查中有相當理由認為情況急迫，非迅速搜索，證據有偽造、變造、湮滅或隱匿之虞者，雖無搜索票，亦得逕行搜索，或指揮檢察事務官、司法警察官或司法警察執行搜索。

3. 事後陳報程序之不同

依第 131 條第 3 項，搜索後應因搜索主體不同，分別踐行不同之陳報程序：

- (1) 搜索係由檢察官為之者，應於實施後三日內陳報該管法院。法院認為不應准許者，得於三日內撤銷之。
- (2) 搜索係由檢察事務官、司法警察官或司法警察為之者，應於執行後三日內報告該管檢察署檢察官及法院。法院認為不應准許者，得於三日內撤銷之。

(三) 同意搜索

本法第 131-1 條規定，搜索經受搜索出於自願性同意者，得不使用搜索票。但執行人員應出示證件，並將其同意之意旨記載於筆錄。而本法並未就此明訂事後陳報程序，故實務認為事後無須陳報。

• 9-2 •

羈押之撤銷與羈押之停止，其原因各為何？兩種有何不同？

(95 書記官)

(一) 羈押之撤銷

係指因法定原因發生使羈押歸於消滅，撤銷羈押分為法定撤銷與擬制撤銷，分述如下：

1. 法定撤銷羈押

(1) 依刑事訴訟法（以下同）第 107 條規定，羈押於羈押原因消滅，應撤銷羈押。

(2) 依本法第 109 條，羈押期間已逾原審判決之刑期者，應即撤銷羈押。

2. 擬制撤銷羈押

(1) 第 108 條第 2 項：羈押期間屆滿，延長羈押裁定未經合法送達，視為撤銷羈押。

(2) 第 108 條第 7 項：羈押期間屆滿未經起訴或裁判者。

(3) 第 259 條第 1 項：被告受不起訴或緩起訴之處分。

(4) 第 316 條：被告受判決無罪、免訴、緩刑、罰金、易以訓誡或第 303 條第 3、4 款不受理判決者。

(二) 羈押之停止

係指有羈押原因，但無羈押必要，而得以具保、責付或限制住居為代替手段，暫時停止羈押之執行者而言。其又分為：

1. 一般停止羈押

(1) 任意具保：依第 110 條第 1 項規定，被告、辯護人得隨時具保向法院聲請停止羈押。

(2) 命令具保：依第 110 條第 2 項，檢察官於偵查中亦得向法院聲請具保停止羈押，而學者認此時法院應與核准，蓋檢察官聲請羈押時係認為有羈押必要，如今聲請停止羈押，自可認已無羈押必要。

2. 必要停止羈押：依第 114 條規定，有下列情況之一者，經被告具保停止羈押，不得駁回