

國立政治大學法律學研究所碩士論文

指導教授：楊雲驊博士、詹鎮榮博士

私人之現行犯逮捕

—其歷史溯源、法理基礎與比較法分析

研究生：簡士淳

中華民國一〇一年一月

謝辭

如果說論文的產出是思考歷程的中繼站，那麼謝辭將是這段旅程的回顧；此篇論文的寫作歷時兩年半，她不僅是這段日子的思考結晶，更見證了我許多價值觀的崩解與形成。對於這段時間所遇到的人，我都心存感激，希望將來當你們再聽見簡士淳這個名字，留在腦海裡的，都是美好的回憶；我把對你們的感謝化成這本論文，盼你們都能感受到我寫作時的悸動。

倘若這篇論文真有值得一讀的地方，那都必須歸功於楊雲驊教授與詹鎮榮教授，他們不僅是我的論文指導者，更是讓我繼續潛心於研究的支持者與鼓勵者。兩位教授在學術上的造詣，讓我的視野開闊許多，亦使得這篇論文交織著刑法學、憲法學、國家學甚至歷史觀點，且橫跨歐陸、英美與傳統中國等法域，由衷感謝他們對我的信任，給了我放手一搏的勇氣，放膽提出許多非主流論點。楊教授待人之氣度與豪爽，讓我原本羞澀的個性轉變不少；詹教授處事之細心與嚴謹，也讓我更加嚴格要求自己，能夠同時得到兩位教授的指導，備感幸運。特別感謝林鈺雄教授百忙之中抽空擔任口試委員，並在口試時提供許多精闢的觀察，林教授的洞察力與批判力，著實令我敬佩萬分。李榮耕教授除了擔任我的口試委員，在我思考陷入困境時，更熱心與我討論，提出許多深具批判性的意見，讓我的問題意識更加明瞭，並能在完稿階段避免謬誤，謹表達最深之謝意。

其次要感謝對我影響頗深的教授們；我的恩師陳起行教授，在我大學階段就不斷鼓勵我朝著學術殿堂邁進，更指導我完成國科會專題研究，成為我踏入學術研究的關鍵第一步；陳教授對我的賞識，對比於自己迄今的學術成就，實讓我備感愧疚，希望本論文的完成能稍加回報教授對我的恩情，知遇之恩，畢生難忘。許玉秀教授宏大的學術思維，使我得以一窺刑法學之美；冷靜且不矯飾的處事方式，更讓我成長許多，許教授總是能觀察出我的缺點，並及時加以導正，在擔任許教授課程助理的過程，我得以形塑眾多的人生態度，若非許教授的鞭策，這篇論文亦無法如期完工，在此致上無比的謝意。而顏厥安教授則帶給了我研究所生涯中最快樂的一段回憶，猶記得每個星期二下午顏教授的法理學，總是能讓我沉浸在他流暢的思維之中，我的法理學基礎，均必須歸功於顏教授的教導；之後更有幸參與顏教授所開設的「法理論研究方法專題研究」，甚至得以發表自己的文章，師生彼此間真誠的學術對話，讓我充分感受到知識的純粹。

此外，政治大學諸位教授的教導，更是完成這篇論文不可或缺的部分；多次

修習江玉林教授所開設之專題研究，不僅培養了基礎的研究能力，更讓我一進研究所就掌握許多訣竅，這些訓練最後竟對論文寫作產生極大之助益，更重要的是，我在江教授身上看見學者應有的骨氣與誠實。我的刑法啟蒙老師陳志輝教授，在我就讀研究所的日子中，提供許多關懷與協助，還記得當年進入政治大學的第一堂課，就是陳教授的刑法總則，從此結下緣份；多次擔任陳教授的課程助教，不僅讓我口語表達越顯流暢，不再羞於台前，亦見證了老師教學風格的轉變，他充滿熱誠的教學態度與創新的教學模式，均讓我深有體悟。刑法中心的李聖傑教授與何賴傑教授，兩位不僅治學有成，更是主動關心學生的好老師，我有幸與中心諸位老師同赴北京進行學術交流，對兩位教授幽默的談吐印象深刻。許恒達教授思考力敏銳，與他在研究室的對談，總讓我有大徹大悟般之領會，論文中許多關鍵思維，均得自於許教授的啟發，能夠在研究所的最後半年認識他，是我的榮幸。

亦要感謝中研院法律研究所的多位研究員，讓我的研究面向更加多元，且得以拓展理論之深度；在擔任許家馨研究員的助理時，他給了我許多不同於刑法學者的切入點，同樣是基督徒，我們有眾多思想上的共通點，多次愉快的交流令我回味無窮。王鵬翔研究員豪邁的個性與對晚輩的照顧，讓我樂於分享自己的研究心得，每每一有想法就急著與老師分享，多次叨擾，老師卻不覺厭煩。雖不敢互稱知音，但與鵬翔老師的對談，總是能夠讓我感受到彼此的默契；到現在我都記得，鵬翔老師將名片遞給我時，當下的我，是多麼的興奮！期待繼續看見老師的研究成果，他讓我相信學科間的對話是有可能的，附帶一提的是，那張皺掉的名片，一直貼在我的書桌前。吳宗謀研究員在中研院的個人學術研討會與課堂上的演講，充分展現了老師對文字的掌握能力，令我深感敬畏，吳老師亦對這本論文提供極富洞察力之觀察，於此表達感謝。

本論文資料之蒐集可謂遍布各地，特別要感激眾多教授熱情地協助；在美國的宋蕙瓏教授，幫我打通關鍵的任督二脈。黃惠婷教授大方地提供論文資料，甚至抽空與我討論，一年多前在麥當勞的談話，迄今記憶猶新；黃教授為人甚為親切，並對我鼓勵有加，對本論文格局之形成有莫大貢獻。北京清華大學張建偉教授，多次與我信件往來，本論文眾多珍貴史料，多為張教授所提供；除了在北京曾有一面之緣，之後更有幸在研討會上獲得張教授的指導，在此併誌謝忱。加拿大的 *Elizabeth Sheehy* 教授與美國的 *Daniel M. Farrell* 教授，與我素昧平生，竟都立刻回覆我的信件，協助我解決不少問題；*Farrell* 教授更遠從美國寄送文章給我，他對學術的責任感與後進研究者的關懷，表露無遺。

畏友許茹媛女士與蔣政寬先生多次協助論文資料蒐集，更在我埋頭寫作的過程中，與我談心，是不可多得的好朋友，謹祝福他們將來在法律實務界，能有一番作為。刑法組學長林永瀚先生與馮聖晏先生，對文獻之理解與整理提供甚多幫助，使我得以釐清眾多觀念；任君逸先生對拙文之詳讀與指教，給我持續寫作的動力。同窗周書甫先生在研究所生活中給予許多協助，讓我免去不少擔憂。基法組學長江存孝先生與同窗詹朝欽先生，是我學習上相互激勵的好夥伴，他們發表的文章總是令我獲益良多。大師兄陳軍志先生多次捎來信件給予勉勵，無論在學術或生活上都對我照顧有加。程捷老師、陳海鋒先生、魏平政先生、魏俊明法官與李立暉先生如同兄長般的情誼，我謹記於心；去年寒冬在德國城市慕尼黑短期進修時，李立暉先生給我有如家人般的關心，使我備感溫暖。摯友 *Luis Greco* 先生不僅在刑法學術上對我影響甚鉅，他對生命的熱情與展現出的活力，更將我帶向更充實的人生，在慕尼黑與台北的短暫相聚，讓我們共享著許多美好的回憶。刑法組學妹蔡沂彤女士熱心協助我處理許多事務，使我能夠專注於論文的寫作，除感謝之外，亦不忘期勉學妹充實研究所生活。同窗謝孟釗女士，在我論文提交之最後階段，主動伸出援手，雪中送炭般的情誼，實難以回報，於此表達最誠摯之感謝。最後，謹將本論文獻給我的爺爺簡瑞祥先生，以為八秩榮慶之祝壽；他是奶奶郭素姿女士忠貞的伴侶，亦是子女堅強的靠山，更是一位睿智的長輩。

於南投日月潭 家族旅行

2012.02.05

摘要

本論文處理在國家強制力獨占的前提下，私人是否以及在何等情況下得以發動現行犯逮捕。儘管我國刑事訴訟法第 88 條如同眾多外國立法例，明文容許私人逮捕現行犯，惟並未區分國家機關與私人所為之逮捕；究竟私人逮捕是否應有獨立之規範要件審查，實涉及到私人逮捕之正當性基礎。

在各章主題安排中，本論文先介紹德國法之私人暫時逮捕與美國法之公民逮捕法制，呈現各國學理與實務論述之爭議問題；德國學界在深厚的法釋義基礎下，開創一系列極為精緻的辯證；美國當代公民逮捕制度承襲普通法系統，經過悠久的歷史演進，逐漸發展出獨特的公民逮捕法則，本論文透過歷史溯源之觀察，呈現法律與社會面向之交錯互動，並建構各種犯罪類型的逮捕法則。其次將藉由私人逮捕在各時代的定位，分析私人逮捕之規範結構與法理基礎；在當代國家強制力獨占之規範要求下，私人逮捕實與國家強制力獨占處於緊張關係。透過緊急權與容許行為等概念的提出，本論文從國家保護義務與工具價值的角度出發，尋求私人逮捕的正當性根據。最後本論文提出【差異命題】，認為私人與國家機關所為之逮捕具有不同的權利本質與正當性基礎，並由此產生實踐上之區別。私人現行犯逮捕法則應透過【相當理由標準】與【犯罪違犯命題】加以操作；現行犯與準現行犯區別之關鍵判準在於「在場要求」，而非時間要素；本論文並主張現行法所規定的兩款準現行犯認定基準並非獨立之逮捕規則，而是立法者設計的額外防護機制。

關鍵字：現行犯、準現行犯、公民逮捕、暫時逮捕、追捕呼叫、代替國家機關之行為、強制力獨占、緊急權、容許行為、差異命題、犯罪違犯命題

目錄

縮語表.....	XVI
私人之現行犯逮捕—其歷史溯源、法理基礎與比較法分析.....	1
第一章 緒論.....	3
第一節 問題的提出.....	3
第二節 我國研究概況與研究必要性.....	4
第三節 研究方法與研究範圍之界定.....	6
第四節 用語的統一與引註格式.....	8
第五節 各章主題.....	9
第二章 德國法之私人暫時逮捕.....	11
第一節 暫時逮捕制度概述.....	11
第一項 私人之暫時逮捕.....	11
第一款 刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段的兩種規範類型.....	11
第二款 代替國家機關之行為（Handeln pro magistratu）.....	13
第二項 暫時逮捕之規範目的.....	14
第一款 暫時之刑事處罰.....	14
第二款 逮捕作為正當防衛或緊急避難的手段.....	14
第三款 確保被害人民法上損害賠償請求權的行使.....	15
第四款 逮捕權之證據取得及保全功能.....	15
第五款 確保將來刑罰權之執行.....	16
第六款 確保刑事訴訟程序之開始與遂行.....	16
第七款 小結—實質內容之目的與形式上之目的.....	17
第三項 法政策層面之考量.....	18
第二節 暫時逮捕的客觀前提要件之一—逮捕情狀.....	19
第一項 「犯罪」概念的理解.....	19
第一款 犯罪與犯罪嫌疑.....	20
第二款 相關學說爭議.....	21
第一目 問題緣起.....	21
第二目 程序法觀點.....	22
第三目 實體法觀點.....	24
1、嚴格實體法理論.....	24
2、限制實體法理論.....	26
第四目 混合觀點.....	27
第五目 折衷觀點.....	27

第三款 對「犯罪」要素之解釋.....	28
第一目 文義解釋方法.....	28
第二目 體系解釋方法之一—第 127 條第 1 項前段在刑事訴訟法的定位.....	30
第三目 體系解釋方法之二—與刑事訴訟法第 127 條第 2 項之體系關聯.....	31
第四目 刑事政策之考量.....	32
1、逮捕者面向之觀察.....	32
(1) 公民勇氣 (Zivilcourage) 的抹煞?	32
(2) 實體法觀點的回應—容許構成要件錯誤.....	33
(3) 選擇立場之必要性.....	35
2、被逮捕者面向之觀察.....	37
(1)「犯罪」概念的解釋與被逮捕人正當防衛權的互動關係.....	37
(2) 正當防衛權的限制.....	37
(3) 限制之界限.....	39
第五目 未決之爭議—爾愛其羊，我愛其禮的價值衝突.....	40
第二項 當場被發覺或被追蹤.....	41
第三節 暫時逮捕的客觀前提要件之二—逮捕事由.....	42
第一項 逃亡嫌疑.....	42
第二項 身分無法立即確認.....	43
第四節 暫時逮捕的客觀前提要件之三—逮捕行為.....	43
第一項 問題緣起.....	43
第二項 可容許之逮捕行為.....	44
第一款 文義解釋.....	44
第二款 透過當然解釋而承認的逮捕手段.....	45
第三款 致命性武器的容許性.....	45
第一目 蓄意造成生命危險之行為.....	46
第二目 並未造成生命危險之行為.....	47
第三目 對第三人或公眾法益之侵害.....	48
第三項 比例原則的個案審查.....	49
第四項 逮捕權的終了.....	49
第五項 告知義務.....	50
第五節 暫時逮捕的主觀前提要件.....	50
第六節 德國暫時逮捕制度的整體評估.....	50
第一項 「犯罪」要素的解釋.....	51
第一款 刑法學界的論證網球賽.....	51
第二款 困境之根源—單一模式的全面適用.....	52

第二項 比例原則的適用問題.....	52
第一款 逮捕權之取得.....	52
第二款 逮捕手段之審查.....	53
第一目 可得採取的手段.....	53
第二目 手段在個案中是否合乎比例.....	55
1、立場之分歧.....	55
2、私人之暫時逮捕是否適用獨立之法則.....	57
第三項 暫時逮捕制度的新視野.....	58
第三章 美國法下之公民逮捕.....	60
第一節 公民逮捕概述.....	60
第一項 美國法制下的公民逮捕.....	61
第一款 公民的概念.....	61
第二款 取得令狀的可能性.....	61
第三款 逮捕權屬於公民的「特權」.....	62
第二項 公民逮捕在實務上的重要性.....	62
第三項 公民逮捕作為實現社會政策的重要工具.....	64
第一款 旁觀者決策樹（Bystander intervention decision tree）....	64
第二款 實際案例—民間私人警戒行動.....	66
第四項 與憲法增修條文第4條之關聯性.....	68
第五項 立法者與司法者步調的不協調.....	68
第二節 公民逮捕歷史溯源.....	69
第一項 守望條例（Assize of the Watch）.....	69
第二項 1285年溫徹斯特法（Statute of Winchester）.....	70
第三項 17、18世紀普通法的發展.....	71
第一款 關鍵實務判決的出現：Samuel v. Payne 案.....	74
第二款 承先啟後的Ledwith v. Catchpole及Cooper v. Boot案...75	75
第三項 19世紀以降普通法的發展.....	76
第一款 私人的逮捕權限與逮捕義務.....	76
第二款 分水嶺的確立—具有獨特性的公民逮捕法則.....	76
第一目 茁壯期：控訴判準的提出.....	77
1、White v. Taylor案.....	77
2、Lawrence v. Hedge案及Hobbes v. Branscomb案.....	78
3、Isaacs v. Brand案.....	78
4、Hedges v. Chapman案的雙重標準.....	79
第二目 成熟期：分水嶺的最終底定.....	79
1、Cowles v. Dunbar案.....	79
2、Beckwith v. Philby案.....	80
第三目 綜合分析.....	81

1、重罪違犯命題的形成—從控訴判準到合理根據判準..81	81
2、重罪違犯判準的進一步發展.....82	82
第四項 追捕呼叫法則 (the law of hue and cry)	83
第三節 法律與社會面向的交錯互動.....84	84
第一項 現代警察制度誕生前的治安模式.....85	85
第一款 早期的自治模式.....85	85
第二款 治安官的出現.....87	87
第三款 治安法官的設立.....88	88
第二項 以公民參與為支柱之執法體制的崩解.....89	89
第一款 執法人員的腐化.....89	89
第二款 壓垮駱駝的最後一根稻草—工業化與都市化.....90	90
第三項 改革的嘗試—捕賊者及鮑街幹探.....90	90
第一款 政府賞金與罪犯的兩面手法.....90	90
第二款 鮑街幹探 (Bow Street Runners)	92
第三款 <i>William Pitt</i> 及 <i>Patrick Colquhoun</i> 的改革措施.....94	94
第四項 現代職業警察的誕生.....95	95
第一款 大都市警察法誕生的社會背景.....95	95
第二款 倫敦大都市警察的建立.....96	96
第五項 繼受且突破普通法之警察權.....97	97
第一款 繼受.....97	97
第二款 突破.....98	98
第六項 警察、公民逮捕與社會問題.....100	100
第一款 普通法的強烈歷史附著性.....100	100
第二款 公民逮捕之概念形成.....101	101
第七項 普通法作為建構公民逮捕法則的起點.....103	103
第四節 美國各州公民逮捕制定法分析.....103	103
第一項 執法人員與私人適用相同的逮捕法則.....104	104
第二項 被捕者事實上違犯重罪.....105	105
第三項 重罪在事實上出現且逮捕者有合理根據.....106	106
第四項 逮捕者不在犯罪現場但合理相信重罪遭到違犯.....107	107
第五項 綜合分析.....107	107
第一款 區別執法人員與私人適用的逮捕法則.....107	107
第二款 公民逮捕立法與刑事政策的整體互動.....109	109
第五節 公民逮捕法則 (the Law of Citizen's Arrest) 建構.....110	110
第一項 輕罪逮捕規則.....112	112
第二項 破壞和平罪逮捕規則.....113	113
第三項 重罪逮捕規則.....115	115
第一款 私人發動逮捕的前提要件.....115	115

第二款	進行逮捕時所容許的手段.....	117
第一目	使用致命武器作為自我防衛的手段.....	118
第二目	致命武器的使用作為遂行逮捕或是防免脫逃的手段	118
1、	必要性審查.....	119
(1)	多數實務見解的立場.....	119
(2)	少數實務見解的立場.....	121
2、	其他的要求.....	122
(1)	確實有重罪發生.....	122
(2)	被逮捕者確實違犯該重罪.....	122
(3)	立即的追捕.....	123
(4)	告知並且警告被逮捕者.....	123
(5)	僅限於特定的重罪.....	124
(6)	嫌疑犯對公眾造成死亡或是重大身體傷害的威脅.....	125
3、	模範刑法典的立場.....	126
第四項	逮捕後的處置.....	126
第一款	移送的義務.....	126
第二款	逮捕後之搜索.....	126
第四章	私人逮捕之規範結構與法理基礎.....	129
第一節	歷史觀點下的私人逮捕.....	129
第一項	羅馬法與日耳曼法中的現行犯殺害權.....	129
第一款	羅馬法中之竊盜現行犯.....	129
第一目	十二銅表法之規定.....	129
第二目	以正當防衛為基礎之殺害權？.....	130
第二款	日耳曼法中之現行犯.....	131
第一目	現行犯程序.....	131
第二目	以正當防衛為基礎之殺害權？.....	133
第三款	以殺害權為基礎之逮捕權.....	133
第一目	血讎報復與法外之民.....	133
第二目	具有自助權特徵之逮捕權.....	134
第二項	公刑罰權的建立與私人逮捕本質之轉化.....	134
第一款	無罪不懲與公刑罰權.....	134
第二款	從刑罰權之貫徹到身分之確認.....	136
第二節	私人逮捕在當代法律制度下之定位.....	137
第一項	私人逮捕的雙重作用.....	137
第一款	私人逮捕規範的定位.....	137
第二款	實體法與程序法之交會.....	137

第二項 逮捕行為之特性.....	138
第一款 被逮捕者是否適用抗拒國家權力之犯罪.....	138
第二款 縱放人犯罪之適用.....	140
第三款 相關補償規範之差異.....	140
第一目 刑事偵查措施賠償法.....	140
第二目 歐洲人權公約.....	140
第三目 國家賠償請求權.....	141
第三項 逮捕者之角色定位.....	142
第一款 行政委託下之受託人或行政助手之行為.....	142
第二款 國家訴追之助手.....	144
第三款 國家利益之無因管理人.....	144
第四款 私人作為刑事訴追機關之代理人.....	145
第五款 私人作為國家之緊急救助者.....	146
第四項 小結.....	147
第三節 逮捕行為與國家強制力獨占之緊張關係.....	147
第一項 逮捕行為之定性與三方法律關係.....	147
第一款 定性的必要性—憲法要求適用之前提.....	147
第二款 國家、逮捕者與被逮捕者之三角結構.....	148
第二項 私人逮捕作為國家強制力獨占之例外.....	150
第一款 強制力獨占之概念內涵.....	150
第一目 Weber 對國家的定義.....	150
第二目 權力與強制力之關係.....	150
第三目 強制力獨占的規範特徵.....	152
第二款 強制力獨占之確立與突破.....	152
第一目 強制力獨占之建立.....	152
第二目 強制力獨占之必備體制.....	153
1、軍隊與警察.....	153
2、國家權力機制的運作.....	154
第三目 強制力獨占之例外.....	155
第四節 私人逮捕作為緊急權之規範結構與法理基礎.....	157
第一項 緊急權之存在法理.....	157
第一款 由原則法理建構例外特徵.....	157
第二款 國家之保護義務與法律中對強制力獨占的限制.....	158
第一目 國家強制力獨占之正當性基礎.....	158
第二目 國家保護義務的確立.....	159
第三目 國家之工具價值與緊急權.....	160
第二項 緊急權之特徵.....	163
第一款 例外與補充特徵.....	163

第二款	立法裁量空間.....	163
第三項	緊急權類型爭議之一—正當防衛之定位.....	164
第一款	正當防衛之限制史.....	164
第二款	固有權或緊急權.....	166
第四項	緊急權類型爭議之二—私人逮捕之定位.....	169
第一款	固有權說.....	170
第二款	授與權說.....	172
第三款	容許行為說.....	175
第五章	我國法之私人現行犯逮捕.....	179
第一節	現行犯逮捕制度概述.....	179
第一項	現行犯逮捕之憲法定位.....	179
第一款	憲法條文中之現行犯.....	179
第二款	逮捕權之例外授與可行性.....	180
第二項	私人之現行犯逮捕.....	180
第一款	現行犯逮捕之規定.....	180
第二款	兩種適用主體.....	181
第三款	不區分逮捕者之一體適用規則.....	181
第三項	現行犯逮捕之規範目的.....	182
第二節	現行犯逮捕立法之沿革.....	183
第一項	唐律.....	183
第二項	大清刑事民事訴訟法草案.....	183
第三項	大清刑事訴訟律草案.....	184
第四項	刑事訴訟條例.....	186
第五項	舊刑事訴訟法.....	188
第六項	現行刑事訴訟法.....	188
第三節	現行犯逮捕法則之建構.....	189
第一項	犯罪的概念.....	189
第一款	學界立場.....	189
第二款	分析檢討.....	190
第一目	各種可能觀點.....	190
1、	程序法觀點.....	190
2、	實體法觀點.....	191
3、	混合觀點.....	191
第二目	犯罪概念的解釋.....	191
1、	文義解釋方法.....	191
2、	體系解釋方法.....	192
3、	刑事政策之考量.....	193
第三目	混合模式的建構.....	195

1、區隔執法人員與私人所適用之逮捕法則.....	196
2、事前觀點與事後觀點的混合運用.....	196
第二項 實施之意義.....	198
第一款 學界立場.....	198
第二款 分析檢討.....	198
第三項 即時之意義.....	199
第一款 學界立場.....	199
第二款 分析檢討.....	200
第四項 在場要求.....	202
第一款 發覺之意義.....	202
第二款 分析檢討.....	202
第五項 比例原則的適用.....	203
第一款 能否發動逮捕.....	204
第二款 逮捕手段之審查.....	205
第一目 可得採取的手段.....	205
第二目 手段在個案中是否合乎比例.....	206
第六項 其他之限制.....	207
第一款 輔助性原則.....	207
第二款 逮捕事由的限制.....	207
第四節 準現行犯逮捕規則之建構.....	208
第一項 被追呼為犯罪人者.....	208
第一款 追呼之意義.....	208
第二款 源自普通法系統之追呼條款.....	209
第三款 追捕呼叫作為獨立法則的疑義.....	209
第二項 因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者.....	211
第一款 要件分析.....	211
第二款 時間之限制.....	211
第一目 修法沿革.....	211
第二目 學說立場.....	212
第三目 分析檢討.....	213
第六章 結論.....	215
參考文獻.....	220
一、中文文獻.....	220
(一) 教科書.....	220
(二) 專書與專論.....	221
(三) 期刊論文.....	221

(四) 學位論文.....	222
二、德文文獻.....	222
三、英文文獻.....	226
附錄：美國各州公民逮捕立法選錄.....	231

圖表目錄

圖表 2.1：比例原則審查範圍與判斷流程	58
圖表 3.1：旁觀者決策樹	65
圖表 3.2：Blackstone 對於私人及執法人員逮捕權限的劃分	74
圖表 3.3：英國法院見解之轉變歷程	83
圖表 4.1：刑罰權與逮捕權之性質轉化	137
圖表 4.2：現行犯逮捕之三角結構	149
圖表 4.3：私人逮捕權之三階段轉化	178
圖表 5.1：現行犯逮捕法制度可能之搭配模式	195
圖表 5.2：私人發動現行犯逮捕之時間延展	201

縮語表

縮 寫	全 稱	意 義
§ / §§	Paragraph / Paragraphen	條（章） / 數條（數章）
a.a.O.	am angegebenen Ort	前揭（註、書、文）
Abs.	Absatz	指條文中的項
a. F.	alte Fassung	舊條文
AT	Allgemeiner Teil	總則
Aufl.	Auflage	版次
Bd.	Band	冊
BT	Besonderer Teil	分則
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen	德國聯邦最高法院刑事判決彙編
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts	德國聯邦憲法法院判決彙編
ders./dens./dies.	derselbe / denselben / dieselbe	同作者
ed.	Editor	編者
ed.	edition	版次
f.	Folgende	本數與下一頁（條）
ff.	Folgenden	本數與以下數頁（條）
Fn	Fußnote	註腳
FS	Festschrift	祝壽論文集
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht	期刊：Goldammer刑法文庫
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht	期刊：最高法院刑法實務
Hrsg.	Herausgeber	編者
JA	Juristische Arbeitsblätter	期刊：法學研習
JR	Juristische Rundschau	期刊：法學瞭望
Jura	Juristische Ausbildung	期刊：法學訓練
JuS	Juristische Schulung	期刊：法學教育

JZ	Juristische Zeitung	期刊：法學雜誌
KritV	Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft	期刊：立法和法學批判季刊
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht	期刊：德國法律月刊
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	期刊：新法學週刊
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht	期刊：新刑法雜誌
No.	Number	卷號
Nr.	Nummer	指條文中的款
p. / pp.	page / pages	頁 / 數頁
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen	德國帝國法院刑事判決彙編
Rn	Randnummer	邊碼、段碼
S.	Seite / Seiten	頁/數頁
StGB	deutsches Strafgesetzbuch	德國刑法典
u. a.	und andere	以及其他
Vol.	Volume	冊
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik	期刊：國際刑法釋義學雜誌
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium	期刊：法學學習雜誌
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht	期刊：瑞士刑法雜誌
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft	期刊：刑事法學雜誌

私人之現行犯逮捕

—其歷史溯源、法理基礎與比較法分析

【街坊夜聞搶 抄傢伙圍捕飛車賊】

鶯歌一名卓姓女子十四日晚間返家途中，遭二名歹徒飛車行搶，還將她拖行卅公尺。附近鄰居在聽到卓女大喊後，紛紛見義勇為，拿著「傢伙」攔截從死巷回頭的飛車賊，雖然搶匪最後還是衝破防線逃逸，但鄰居的見義勇為，讓卓女感到相當溫馨。案發當晚，卓姓女子獨自一人走在鶯桃路二〇六巷，突然遭二名歹徒從後方搶奪皮包卓女回憶起當時仍驚恐地說，當時她一時反應不過來，加上包包纏住手臂，根本放不掉，就這樣被拖行三、四十公尺。永吉里長林茂哲指出，當晚居民聽到卓女大喊搶劫，都紛紛出門查看，因為該巷為死路，他也趕緊用派人廣播請居民出來一起圍捕歹徒，民眾每個人手持棍棒、鐵椅，準備來個甕中捉鱉，但搶匪仍加速衝破防線，逃之夭夭。

資料來源：2011-09-17 中國時報

【里長廣播喊抓賊 小偷嚇到脫光光】

「全里注意！全里注意！現在有一個穿牛仔褲賊仔躲在庄內，請全體里民出門抓賊。」毒蟲林福來在台南七股頂山里行竊失風，和同夥打傷屋主兒子逃之夭夭，里長廣播要里民幫忙抓賊，躲在廢棄教室的林嫌，聽見廣播內容描述他的穿著，擔心被認出，全身脫到只剩內褲，最後還是束手就擒。家住台南的林福來、鐘仁弘前天上午先潛入七股頂山里一戶民宅偷得十多支手表與一萬餘元，得手後繼續在村內閒晃找尋目標，當天下午，再潛入郭姓屋主家翻箱倒櫃，屋主兒子返家撞見，大喊捉賊，三人扭打成一團。林、鐘兩嫌將郭某打得鼻青臉腫、渾身是血，隨即落跑，郭負傷報警。頂山里長陳俊德得知社區出現兩名賊仔，在庄頭又偷又搶還打傷里民，趕緊打開里辦公室廣播器大喊「全里注意，全里注意，現在有賊仔躲在庄內，一個穿牛仔褲配藍襯衫……」聽到廣播的里民紛紛放下手邊工作，有人從田裡提著鋤頭就往里辦公處跑，上氣不接下氣問陳俊德「賊仔底叨位？」趕來抓賊的里民愈聚愈多，一百多人分頭找尋賊蹤，里民分工合作封鎖全里聯外道路，再地毯式搜索每棟空屋；鐘嫌先在一處巷弄落網，里長陳俊德隨即以廣播器放送全村，要里民注意逃逸的林嫌特徵。林嫌躲在廢校的頂山國小教室，聽見

里長放送他穿深藍色條紋襯衫，怕被認出先脫掉襯衫，又聽到里長形容他穿著牛仔褲，又趕緊將褲子脫下；此時有人瞥見頂山國小有人影晃動，趕忙通知陳俊德吆喝里民趕往頂出國小捉賊。正當員警和里民一步步接近林嫌時，只見林某只穿內褲瑟縮教室角落，警民蜂擁而上，林某只能乖乖就擒。林某落網後，先向警方要求穿上衣褲，隨後又抱怨最近都買不到毒品，聽說很多藥頭上周都被警方捉了。警方將兩名賊仔依照準強盜罪嫌、竊盜罪嫌移送法辦。

資料來源：2011-09-03 中國時報

【連喊六次搶劫 路人圍捕偷包賊】

男子陳俊智前晚騎賊車到一家商店，偷走櫃台的手提包，被老闆娘的友人劉姓女子撞見，高喊「搶劫！」並緊抓他的機車龍頭，他惱羞成怒衝撞劉女兩次，劉女摔倒受傷，四名路人見義勇為合力將他制伏。

陳俊智（二十八歲，新北市人，有竊盜等前科）被壓制在地，臉和手腳有多處擦傷，被帶回警所時累得呼呼大睡，醒來後告訴警方，因劉女和他拉扯，他跌倒才撞到劉女，警方將他依竊盜、強盜、傷害罪嫌移送法辦。警方調查，陳俊智前天偷走一輛機車，將車牌的英文「L」用黑色膠片貼成「E」，躲避查緝，晚上八點多他到新竹市延平路一家商店買飲料，看到櫃台有包包，順手「摸」走。三十三歲保險業務員劉姓女子剛好來找老闆娘聊天，看到陳男腋下夾個包包，慌張離開，她納悶「怎麼包包跟老闆娘的很像？」追上去看到陳男已離店二十公尺，正騎上機車，她衝上前抓住對方的機車龍頭，連喊六次「搶劫」，引起路人注意。陳俊智眼看走不了，連續加速衝撞劉女兩次，劉女跌倒，附近四名路人聽到劉女叫喊，撲上前圍捕，把陳男壓得動彈不得，員警趕到將陳男逮捕，警方也對劉女和熱心路人聯合抓賊，非常稱讚。

資料來源：2011-10-09 聯合報

第一章 緒論

第一節 問題的提出

1862 年德國學者 *Geib* 主張，正當防衛之適法性基礎來自於一般人本性之感情，正當防衛本身不具備任何歷史（*keine Geschichte*），但這個說法顯然不符合歷史真相。在 13 世紀之前，正當防衛完全被教會所禁止，直到 13 世紀後，正當防衛的概念才逐漸形成，並成為當今刑法中正當防衛權之前身，事實上，當今所適用的正當防衛法則，不過是近百年發展之結果。

與正當防衛相比，一般人的現行犯逮捕權可謂更加淵遠流長。早在羅馬法與日耳曼法中已存在現行犯的殺害權；根據「十二銅表法」的規定，夜盜現行犯得以場追捕並誅殺之，日耳曼法中亦有所謂的「現行犯程序」，當犯罪者在犯罪當場或透過立即之追捕而被捕獲，逮捕者得以將現行犯誅殺。而在早期普通法系統中，更課予私人追捕現行犯的義務，若未能當場捕獲罪犯，尚必須進行複雜的「追捕呼叫」程序。由此可見，早在正當防衛的概念形成之前，人們就已經在進行現行犯的逮捕，此一現象更被統治者透過法律制度加以承認；從文首所舉數則新聞報導也充分顯示，儘管時空更迭，私人追捕現行犯的現象依舊經常出現。

在我國法制中，現行犯逮捕亦屬重要的制度，此概念甚至出現在憲法條文；而刑事訴訟法第 88 條第 1 項亦規定，現行犯不問何人得逕行逮捕之，私人因此得以依法逮捕現行犯，而毋庸面對相關的刑事責任。惟現行法對現行犯之規定十分簡略，僅在刑事訴訟法第 88 條第 2 項與第 3 項設有現行犯與準現行犯之定義性規定，因此該條文個別要件的解釋適用經常引發學界爭論，也造成逮捕者無法確切掌握各要件之意涵。

更重要的是，學者多未注意到我國現行犯逮捕制度實包含了兩種類型的逮捕者，分別是國家執法機關及一般私人；換言之，「私人現行犯逮捕」的獨特性並未受到重視。因而本論文的研究問題在於：究竟私人現行犯逮捕是否有必要獨立於國家機關所為之逮捕，而適用不同的法則？如果答案是肯定的，其內涵又有何不同之處？在國家強制力獨占原則的規範誡命下，容許私人涉入執法活動的正當性基礎又為何？且私人逮捕現行犯此種古老的制度要如何適應當代時空環境，相關法則的建構是否應該適度調整？而個別規範要素的解釋適用又要依循何種標準？此外，私人之現行犯逮捕雖然規定在刑事訴訟法第 88 條，惟學界均肯認本

條亦屬刑法上的阻卻違法事由，因而在解釋適用上就會產生刑法與刑事訴訟法的交疊互動，此已非傳統法釋義學所能勝任，而必須徹底釐清私人現行犯逮捕的規範結構與本質屬性。

第二節 我國研究概況與研究必要性

關於刑事訴訟法第 88 條現行犯逮捕制度，無論在刑事訴訟法或刑法之教科書多有所提及，惟大部分僅對條文之要件做抽象性的解釋，只是用另外一個抽象的術語來取代條文中的概念，此種「換句話說」的論述模式並沒有實際之功能；即便有部分書籍對相關要件進行實質解釋，也多未詳細說明理由，大多只是立場的主張，欠缺論證，更遑論從法理基礎及規範準則進行分析。

考察目前研究概況，自期刊文獻來看，早期有吳景芳教授從日本法之觀點檢討我國現行犯逮捕的立法體例及個別要件解釋¹，晚近則有許澤天教授對正當防衛與現行犯逮捕進行比較分析，從規範目的與行為許可條件之不同展開考察²。楊雲驊教授則從德國暫時逮捕制度的觀點出發，分析現行犯逮捕的意義與目的，並將比例原則引進現行犯逮捕要件之判斷，主張在逮捕權限的認定與逮捕之許可手段審查上，均應運用比例原則加以審查³。關於準現行犯的規定，林信旭法官則透過日本立法例檢討我國準現行犯立法欠缺時間限制之妥當性，並在解釋論層次提出自己之意見⁴。綜合上述，雖然在我國已有零星文獻探討現行犯逮捕制度之規範準則與要件解釋，但學者仍未區分執法人員與私人所為之逮捕，將兩種現行犯逮捕類型一體適用相同之標準，之所以呈現此種解釋傾向，實源自於我國刑事訴訟法之立法體例，自民國 10 年之刑事訴訟條例開始，便不再將執法人員與一般私人之逮捕分別規定，整合為單一條文的結果，也使得逮捕者不同的特性逐漸遭到忽略。

固然在現行犯逮捕制度中存在許多值得關注之議題，諸如何謂現行犯之「犯罪」？在判斷是否成立犯罪，應採實體法觀點亦即客觀上必須確實已構成犯罪；抑或以程序法觀點，要求外觀上有重大犯罪嫌疑即可？犯罪實施中之「實施」是否包括可罰的陰謀犯或預備犯？是否所有之犯罪類型均得加以逮捕，有無例外情

¹ 吳景芳，現行犯之研究，刑事法雜誌，第 27 卷第 2 期，1983 年，頁 48-64。

² 許澤天，阻卻違法事由—正當防衛與現行犯逮捕，法學講座，第 4 期，2002 年，頁 85-95。

³ 楊雲驊，現行犯逮捕，月旦法學教室，第 60 期，2007 年，頁 20-21；同作者，逮捕現行犯與比例原則，法學講座，第 26 期，2004 年，頁 75-86。

⁴ 林信旭，準現行犯逮捕後之附帶搜索（上），司法周刊，第 1480 期，2010 年，2 版。

形之存在？「即時」雖係要求逮捕與犯行間必須具備時間之緊密關聯，惟時間限制該如何清楚界定？「發覺」之意義又為何，是否乃強調必須基於第一手觀察方得發動逮捕？逮捕所施強制力手段之限度為何，比例原則是否屬於判斷之標準？在逮捕權限的認定上，是否亦適用比例原則？我國法有無逮捕事由之限制？現行犯與準現行犯該如何區分？準現行犯中的「追呼條款」是否為獨立之逮捕規則？準現行犯的認定是否要有時間限制？以上種種，均屬現行犯逮捕法制度急需解決之問題。

惟此等議題並非單純的法釋義學問題，許多問題的澄清必須從更基本的法理面出發，例如比例原則的適用便涉及私人現行犯逮捕之法律關係究竟是公法關係抑或是私法關係，唯有被歸類為公法關係者，才会有比例原則的適用。甚至於，若私人現行犯逮捕乃在行使國家公權力的話，那麼便應該運用各種管制行政作用之方式加以調控，特別是各種公法原則與憲法要求，並且當發生違法的權利侵害，亦須考慮適用各種救濟制度。相反的，如果私人逮捕並非行使國家公權力，那麼自始就不應適用嚴格意義之比例原則。對「犯罪」概念的理解，亦必須考察相關處理模式背後所表彰的刑事政策取向，在彼此衝突的價值間取得巧妙之平衡點。此外，其他要件的解釋適用亦非個別獨立之問題，例如私人是否以國家執法人員無法馳援為限方得發動逮捕，或是否應當透過「有逃亡嫌疑」或「無法立即確認其身分」之逮捕事由限制私人逮捕，甚至具體的「即時」與「發覺」要素的解釋，均取決於私人逮捕的規範本質及正當性基礎。學界雖然有對現行犯逮捕制度進行研究，惟多是片段性的論述，欠缺全面性的考察，對於解答上述問題並無直接幫助。

且上述問題在準現行犯的領域又更顯嚴重，蓋學界少有對準現行犯之概念及逮捕法則進行分析，多從條文表面文義進行解釋，討論圍繞在何謂條文中之「追呼」，究竟「被追」與「被呼」乃擇一要件或並存要件，或「持有」「兇器」「贓物」等概念的解釋；雖然司法院大法官解釋第 90 號對準現行犯有所論述，惟亦停留在對「贓物」概念之說明，此種「說文解字」式的論述方法，讓規範結構的問題徹底被忽略。準現行犯逮捕最棘手之議題乃是其正當性基礎，為何有必要在現行犯的概念之外，創造出準現行犯的概念，兩者間應當透過何等標準界分，準現行犯該如何認定，是否有任何減少誤捕可能的防堵機制等等，這些重要之議題均非單純的文義解釋所能回應。尤有進者，準現行犯的兩款認定事由「被追呼為犯罪人者」及「因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕

跡，顯可疑為犯罪人者」均有悠久的歷史淵源，在中世紀一般民眾亦得援引此等規則發動逮捕，在當時甚至形成一系列複雜的逮捕機制，此等規則輾轉進入我國後，如何使得此等古老法制適應當前社會環境，更是準現行犯逮捕制度必須面臨的問題。

為了讓國內學界與實務界能對私人現行犯逮捕制度有更深的瞭解，本論文將針對私人逮捕的歷史淵源與比較法發展進行詳盡介紹，再透過最根本的法理基礎分析，探究私人逮捕的本質、正當性基礎、規範結構及逮捕者角色定位，最後回到我國刑事訴訟法第 88 條現行犯逮捕制度，期能建構一套清楚的私人現行犯逮捕法則。

第三節 研究方法與研究範圍之界定

我國學術文獻對於外國法制中的私人逮捕並未有全面性的介紹，然而值得注意的是，德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段規定，凡是犯罪當場被發覺或被追捕者，於其有脫逃嫌疑或身分無法立即被確認的情形下，即便沒有得到法官的授權，任何人均得將之逮捕，此等暫時逮捕制度即容許私人在一定的條件下逮捕犯罪嫌疑人，使得私人得以涉入執法活動。惟原則上國家應該透過自己的機關來執行任務，私人介入國家機關的偵查事務乃屬例外而非原則，有鑒於此，德國學界特別重視私人發動暫時逮捕的要件審查，針對其規範目的、「犯罪」概念的理解、逮捕事由的確認、逮捕行為的容許性等議題，均發展出一系列精采的論辯。

此外，學界對美國法中的公民逮捕制度又更顯陌生，實則自 13 世紀以降，普通法下之逮捕規則業已發展出極為細緻的規範架構，不僅區分了一般人與治安官員所適用的逮捕規則，且內容亦隨者時代演進而有所調整，法院實務不斷透過判決回應與修正普通法原則，這中間的互動過程充分呈現出法律與社會的交互作用。雖然目前美國各州幾乎都對公民逮捕作出立法規範，惟該等規範多未全面性地涵括公民逮捕之範疇，故有許多細部問題仍是透過法院實務加以精確化，因此法院的見解對於理解公民逮捕法則自有其重要性。

相較於德國學界對暫時逮捕制度的詳盡討論與美國公民逮捕制度的高度細緻化，我國法制一方面僅透過刑事訴訟法第 88 條單一條文規範現行犯逮捕此種無令狀拘捕態樣，他方面學界亦未全面性地建構逮捕規則的內容，如此是否能掌握此種逮捕型態，殊值懷疑。是故，本論文最終目標就在建構一套屬於我國的私人現行犯逮捕法則；而在設計此等規範模型時，究竟應當採取何等規範結構、必

須考量何種細部要素、如何確保體制操作之穩當、相關調控機制如何配置等等，均屬本論文必須面對之問題，可謂涉及到複雜的「規範體制建築學」。

本文不擬直接提出自己的觀點，亦不打算過早切入抽象的法理分析，而是先完整地介紹並釐清外國法制所採取的規範模式，考察德國暫時逮捕制度與美國公民逮捕制度中各種規範措置，並評估該等模型是否即屬私人逮捕制度的最佳事例。

就方法論的確立，特別牽涉到比較法分析經常遭受的批評；雖然從各國法體制的分析能夠歸整出諸多特點，惟能否從這些規制技術立即推論出：「我國現行犯逮捕的立法應當依據外國法制作出修正」，或「至少於實務操作時仿效外國法制調整或補充」則仍有疑問。本文將這個陳述稱為「比較法繼受命題」(the comparative law adoption thesis)，這個命題有如下的內涵：

「我國刑事訴訟法第 88 條關於現行犯逮捕的規範應當作出修正，或至少應當於司法實務操作中仿效外國法制，調整或補充條文之規範內容。」

這個陳述是一個應然的規範陳述，然而光從外國法律制度中逮捕法則的高度細緻化並無法證成上述的比較法繼受命題，因為細緻化本身是一個中立的事實描述，只是說明法則的內容擁有較多的分類項目，但不代表就是正確的做法，有可能細緻化的結果卻造成體系混亂或是操作困難。且既然比較法繼受命題屬於應然的規範陳述，那麼在論證的過程中亦無法僅透過一個事實的陳述來說明，這就是應然以及實然間的邏輯鴻溝，學界稱之為「休姆律」(Hume's Law)：“You can't derive an 'ought' from an 'is'.”⁵。假如我們企圖從一組事實陳述推導出應然的價值判斷，那麼就犯了 *G. E. Moore* 所說的「自然主義的謬誤」(naturalistic fallacy)，也就是從實然推論到應然的謬誤⁶。

因此，除了詳細分析外國法制中的逮捕法則，為了徹底檢證比較法繼受命題的可行性，本文亦將尋找法則發展背後的實質價值因素，而這個價值的探尋是否成功，就會影響到我國現行犯逮捕法體制的設計。再次強調，即便我國現行犯逮捕的法律制度確實有調整的必要，那也絕不單是基於細緻度的問題，而會是因為我國法制無法體現逮捕法則背後的應然價值，而外國體制的結構設計及規範機制

⁵ Kwame Anthony Appiah, *Thinking It Through: An Introduction to Contemporary Philosophy*, Oxford University Press (2003), p. 182.

⁶ 黃慶明，實然應然問題探微，鵝湖出版社，1993 年，頁 77。

恰好能夠呼應這種價值，如此才有取法借鏡的可能及必要，此即為本論文的論證模式。

其次，本論文亦特別重視私人逮捕制度的歷史發展，希冀透過歷史溯源及演進過程，說明近代所適用的逮捕法則是如何經歷數百年的發展而後建立，在這個建立的過程中，又是如何充分體現法律與社會的交錯互動，並從各種彼此交會的因素，逐漸勾勒出私人逮捕法則背後彰顯之價值，進而藉此分析私人逮捕本質的轉化、權利基礎與逮捕者之地位。

而關於本論文的研究範圍，則是聚焦在私人之現行犯逮捕法制；囿於篇幅限制，本論文不擬處理國家機關所為之逮捕，文中介紹的各國制度，亦以私人逮捕為探討重點。美國法下的公民逮捕制度固必然如此，蓋此等制度已將適用範圍限定在一般私人，惟德國法下的暫時逮捕制度，由於條文之立法體例，使得國家機關與一般私人均得援用相同條文，因此在介紹分析德國法制時，本論文將以德國學界與實務之論述作為基礎，忠實呈現相關學理研究與實務概況，至於此種不區分逮捕主體的一體適用規則是否有所不當，本論文亦將透過私人逮捕之規範結構與法理基礎進行反思，檢討私人逮捕在當代法律制度下的定位，並在這個基礎上，進一步建構我國之私人現行犯逮捕法則。

第四節 用語的統一與引註格式

美國法下之「公民逮捕」(citizen's arrest) 制度主要乃規範私人在未獲得令狀授權的前提下，於何等情況得以逕行逮捕犯有重罪或輕罪的犯罪行為人。這裡的「公民」採取的是廣義的理解，等同於私人(private person) 的概念，指稱非國家執法人員者，亦即不具備官方身分之人，無論此等人是否具有公民身分或是否屬於當地的居民，均為本用語所包涵。雖然將其譯成「私人逮捕」應該更符合制度本質，惟本論文仍承襲既定之用語與翻譯，使用「公民逮捕」的譯法。

德文中的 Gewaltmonopol 其英譯乃 monopoly on violence，從英文的譯法來看，Staatliches Gewaltmonopol 應該翻譯為國家的「暴力獨占」，然而「暴力」通常指涉非法或無權運用實力影響他人之意志決定，如謀殺是一種暴力型態，但國家依法執行之刑罰則否；換言之，該詞本身已是規範性的概念，而非僅屬描述性的概念，在這樣的理解下，「暴力」便帶有負面的評價色彩⁷，因而本文認為不宜

⁷ Robert Paul Wolff, On Violence, The Journal of Philosophy, Vol. 66, No. 19 (1969), pp. 601-616.

採用。而如譯為「武力」一詞，又容易與軍事力量混淆。從 *Staatliches Gewaltmonopol* 的實質內容出發，該詞指的是國家在一特定領域中，為了維持秩序，而由其行政管理官僚成功地主張獨占合法之物理強制力使用，此等物理作用之行動應當稱之「強制力」，因而本文乃將將 *Gewaltmonopol* 翻譯為「強制力獨占」。

在文獻引註格式部分，請參照縮語表，無論專書或期刊論文，第一次引註皆會詳細列出作者、書名或篇名、期刊名及年份、頁數等資訊，德文文獻第二次引註以後則使用簡註，至於英文文獻，則一律採取詳註方式。若書籍僅有第一版，則不再標明版次。此外，關於法律之引用，在各段第一次出現時皆會詳細說明法規出處與條號，第二次引註則省略法規出處。條文若與前述條文出處相同者，亦不再註明出處。

第五節 各章主題

本論文第二章擬從德國法下之暫時逮捕制度出發，考察德國學界與實務界對刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段各爭議問題的分析。選擇以德國法作為出發點，主要原因在於立法體例的相似性；德國與我國皆在刑事訴訟法中以單一條文規範私人與國家機關之逮捕，則該國學界對此是否有所反思，此等制度具體運作上可能遭遇的問題為何，凡此均能提供為我國借鏡。而德國暫時逮捕制度討論，主要圍繞著兩大議題，分別是「犯罪」之概念內涵，以及可容許之逮捕行為，前者涉及程序法觀點與實體法觀點的爭執，兩方陣營分別採取了事前標準與事後標準，且展開一系列精采的「論證網球賽」；後者則涉及比例原則的適用問題，在逮捕權限的取得與逮捕手段的審查中，究竟比例原則是否為主要判準，其他諸如法定原則、法律保留原則等標準又是否應當加以考量。

第三章則對美國法下之公民逮捕進行觀察，釐清美國法制下公民逮捕的概念及實務重要性，特別是公民逮捕法則與公共政策間緊密的關聯性，以及公民逮捕濃厚的「工具特徵」。公民逮捕制度最早源自於普通法系統，爾後方為美國制定法所繼受，本文將進行歷史溯源以提供法制度定位上的指引，再從公民逮捕法則與社會整體環境的互動關係出發，說明逮捕法則內涵轉化所代表的實質意義。截至目前，美國絕大多數州皆已制定了公民逮捕的相關立法，即便沒有制定法承認，法院亦透過遵循普通法的方式容許私人發動逮捕，因此本章亦將彙整各州制定法的主要趨勢並透過法院實務的補充，建構美國法下的公民逮捕法則。

第四章進入私人逮捕之規範結構與法理基礎分析，在歷史的觀點下說明私人逮捕權利本質的轉化，及逮捕者角色之差異，並以各種既存制度嘗試勾勒出私人逮捕在當代法律制度下的定位。緊接著，本文將以國家、逮捕者與被逮捕者三角關係作為基礎，突顯私人逮捕與國家強制力獨占間的緊張關係，並從國家強制力獨占的正當性出發，說明緊急權之存在法理，最後對私人逮捕進行定位，點出私人逮捕的緊急權特徵。

第五章回歸我國法之私人現行犯逮捕法制，先簡要論述目前制度運作概況，並確立制度之規範目的，接著回顧我國法制詳細之立法沿革，蓋觀察個別要素的演進歷程，將有助於相關要件之解釋與規則之建構。最後，本章將私人現行犯逮捕之規範體制區分成現行犯與準現行犯逮捕法則兩個部分，分別論述。於現行犯部分，本文將針對「犯罪」概念該如何解釋適用、為何應當改採混合觀點、「實施」、「即時」、「在場」等要素應如何相互搭配以有效防止誤捕、逮捕者是否應基於第一手資訊方得逕行逮捕、比例原則的適用與限制、現行犯逮捕的輔助性特徵與逮捕事由之限制等問題詳細論述，以建構現行犯逮捕法則時。於準現行犯部分，本章則將指出準現行犯之兩款認定事由並非獨立的逮捕規則，而是立法者所設下的「額外防護機制」，由此彰顯兩種逮捕法則的緊密搭配。

第六章則簡要歸納出本論文的重要結論，提出本文所建構的私人現行犯逮捕規範模型。

第二章 德國法之私人暫時逮捕

第一節 暫時逮捕制度概述

德國刑事訴訟法⁸第 127 條第 1 項前段規定：

§127：

(1) Wird jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann, jedermann befugt, ihn auch ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen.⁹

凡是犯罪當場被發覺或被追蹤者，於其有脫逃嫌疑或身分無法立即被確認的情形下，即便沒有得到法官的授權，任何人均得將之逮捕。本條規定與民法第 228 條以及第 904 條有關緊急避難的規定同樣屬於刑法典外限制人身自由之阻卻違法事由。長久以來，第 127 條第 1 項前段暫時逮捕權的規定在德國學界始終具有高度爭議，而本條文的體系定位更加深化這些爭議的複雜度，蓋暫時逮捕之規定雖然在實體法上的性質屬於法定阻卻違法事由，惟條文本身卻規定於刑事訴訟法之中，因此在解釋論及適用論上就產生刑法與刑事訴訟法間之交疊互動，而非僅止於法釋義學或單純的刑法解釋問題。再者，容許所有人逕行發動暫時逮捕之正當性基礎為何，亦是一大爭議，特別當暫時逮捕乃一般私人所發動時，該等逮捕行為是否與國家機關所為之逮捕有所差別，由此更進一步涉及到私人逮捕之屬性定位，許多要件設計與解釋問題最終亦會連結到私人逮捕行為的定性。

第一項 私人之暫時逮捕

第一款 刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段的兩種規範類型

從條文結構出發，第 127 條第 1 項前段的構成要件可拆解成「現行犯的認定」及「發動逮捕之事由」。首先針對現行犯的認定，條文是透過以下幾個要素來確認：1 犯罪 2 當場 3 被發覺或被追蹤。而發動逮捕的事由條文則規定：1 脫逃嫌

⁸ 以下所涉及之條文，若未特別說明者皆係指德國法。

⁹ 犯罪當場被發覺或為人所追蹤，而有逃亡嫌疑，或無法立即確認其身分者，任何人雖然沒有法院之命令，亦得逕行逮捕之。

疑 2 身分無法立即被確認。易言之，依照條文規定，犯罪行為人必須當場或隨後立即被逮捕，這個要件的设计是為了盡可能排除錯誤認識之可能，避免發生誤捕的情形。所謂「當場」，可能是在犯罪的未遂階段被發覺，亦有可能在犯罪既遂後行為人仍在犯罪現場，或在離開時立即被發覺且遭到追蹤。有學者認為，若經過一個小時的追捕，仍舊無法逮捕犯罪行為人，那麼此時就不符合當場的要件，以免對被捕者之權利造成過度的侵害¹⁰。

此外，從條文所稱的「任何人」(jemand) 也可得知，條文並未針對發動逮捕的主體設有任何限制。立法者之所以允許任何人得無令狀逮捕現行犯，乃因犯罪發生之當下，代表國家之檢察官或警察等人員未必在現場，但有效的刑事訴追又經常必須在法官核發令狀前，即先行逮捕犯罪嫌疑人，因此本條規定私人於符合特定前提下，即使沒有法官之令狀授權亦得進行逮捕。事實上，第 127 條總共區分了三種類型的暫時逮捕¹¹：首先是任何人依據第 127 條第 1 項前段所為的暫時逮捕，其次則是檢察官與警察依據第 127 條第 2 項更進一步的暫時逮捕權，再者乃檢察官與警察依據第 127 條第 1 項後段之身分確認權。

關於第 127 條第 1 項前段的適用對象於學說上乃有所爭議，就體系觀察而言，檢察官與警察依據第 127 條第 2 項享有特殊的逮捕權限，然而此等人是否亦得援引同條第 1 項前段之規定？學者的顧慮在於，若第 1 項之規範要件較為寬鬆時，就有可能產生架空第 2 項的現象¹²。就此問題而言，若從第 127 條第 1 項前段的規范文義來看，既然是「任何人」均得發動逮捕，當然也包括檢察官與警察在內¹³。而從體系的觀察來看，未必一定要將第 2 項視為第 1 項的特別規定，亦可以將第 2 項視為立法者對於偵查機關之額外授權，從條文用語「亦得」“auch dann” 也可推知立法者未預設要透過第 2 項的規定排斥第 1 項之適用。這樣的觀點也可以透過規範之要件設計加以證立，無論是檢察官或警察，在法律上均享有刑事訴追的優先地位，相較於僅得於例外狀態介入的私人，本可擁有更大的權限。若詳細觀察這兩項的規定內容，亦能發現第 1 項的規範結構顯然較第 2 項複雜，私人依據第 1 項所享有的暫時逮捕權限，並不會大於檢察官及警察依照第 2 項所享有之權限，也因此不會產生所謂架空第 2 項的現象，因此學說上大都認為，即便是檢察官及警察亦得援用第 1 項的規定。依此見解檢察官及警察的逮捕權即包括第

¹⁰ Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., München 2006, § 17 Rn. 23.

¹¹ Schultheis, in: Hannich (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 6. Aufl., München 2008, § 127 Rn. 2.

¹² Kramer, „Jedermann“ nach § 127 Abs. 1 StPO: Staatsanwälte und Polizeibeamte?, *MDR* 1993, 111.

¹³ Beulke, *Strafprozessrecht*, 10. Aufl., Heidelberg 2008, Rn. 238.

1 項以確保在場為目的之現行犯逮捕（*anwesenheitssichernde amtliche Flagranzfestnahme*）與第 2 項以確保羈押為目的之逮捕（*haftsichernde amtliche Festnahme*）¹⁴。職是之故，第 127 條第 1 項前段其實包含了兩種類型的暫時逮捕，一為國家刑事訴追機關所發動之暫時逮捕，二為一般私人所發動之暫時逮捕。

第二款 代替國家機關之行為（*Handeln pro magistratu*）

刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段在刑事訴訟法中具有特殊地位，蓋原則上刑事訴訟法將刑事訴追之職權授予國家機關，偵查與其他干預措施乃由法官、檢察官或其他輔助機關執行，基本考量在於干預之授權通常建立在對於危險之預測決定（*Prognoseentscheidung*），往往會導致不確定之權利侵害，因此需要較高程度的法律知識與專業訓練，方能達到法安定性以及法之一致性，故原則上僅有國家機關方能夠實施以刑事訴追為目的之干預措施，此亦為國家強制力獨占（*staatliche Gewaltmonopol*）的展現¹⁵。然而在實踐上，於國家機關無法即刻抵達（*erreichbar*）或是不具備干預能力（*einsatzfähig*）的案件中，透過第 127 條第 1 項前段的授權，私人得以承擔原則上屬於國家機關負責的事項，代替國家機關採取干預措施。易言之，暫時逮捕之權限乃授權任何人逮捕現行犯以防止其脫逃，透過此種授權，讓公權力在無法立即介入且犯行由於當場被發覺而降低誤捕的情況下，使在場之公民得以提供及時支援，協助實現刑事訴追此憲法上重要任務¹⁶，並因而產生國家強制力獨占的例外。此處將進一步涉及論證負擔的問題，蓋每個國家強制力獨占的例外，都可能會危及法律安定與法律和平，因此主張例外之人必須積極負擔舉證責任，說明例外狀態產生的正當性依據，且對此等條文進行擴張解釋之難度亦增加¹⁷。這也說明了現行犯逮捕和正當防衛的區別，正當防衛並不屬於代替國家機關行為的範疇，因為其基本作用在於自我防衛，而非輔助國家

¹⁴ Borchert, Die vorläufige Festnahme nach § 127 StPO, JA 1982, 338; Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 22; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., München 2011, § 127 Rn. 7.

¹⁵ Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach §127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 46 f.

¹⁶ Bochert, JA 1982, 340; Bülte, § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO als Eingriffsbefugnis für den Bürger und als Rechtfertigungsgrund, ZStW 121 (2009), 379.

¹⁷ Satzger, Das Jedermann-Festnahmerecht nach § 127 I 1 StPO als Rechtfertigungsgrund, Jura 2009, 108, 113; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin 1991, 16. Abschn, Rn. 16; Kargl, Inhalt und Begründung der Festnahmebefugnis nach § 127 I StPO, NStZ 2000, 8; Wagner, Das allgemeine Festnahmerecht gem. §127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtfertigungsgrund, ZJS 6 (2011), 456.

機關履行任務¹⁸，從而兩者本質屬性不同，在規範模型的建構上也就有極大差異。

第二項 暫時逮捕之規範目的

關於本條文之立法目的，學說上的討論主要有以下幾種方向：

第一款 暫時之刑事處罰

此說認為，暫時逮捕規範目的在於賦予現行犯立即之惡害，由於犯罪者是在犯罪當場或隨後立即被發現，此種明顯的犯罪行為不同於行為人罪責仍有疑問的場合，為了確保國家刑罰權實施，不應讓現行犯離開，依此觀點，暫時逮捕便帶有暫時性的國家刑罰權特徵¹⁹。

這種觀點確實曾在日爾曼時代的現行犯程序（Handhaftverfahren）中出現，按照當時的規定，犯行當場被捕獲者，得以不經通常審判程序及其他證明，而直接由被害人加以殺害，這種殺害權其實就是刑罰權的實施²⁰。然而，這種觀點嚴重背離了當代法治國基本原則：在沒有進行正式的國家司法程序前，不得施加任何刑罰；且刑法第 46 條第 1 項亦規定，罪責乃是刑罰施加的前提，因此，將暫時逮捕認定為私人的暫時刑罰權，明顯有違上述的原則，且與無罪推定原則亦有牴觸。

第二款 逮捕作為正當防衛或緊急避難的手段

有認為暫時逮捕具有警察法上的功能，屬於正當防衛或緊急避難的手段，蓋逮捕現行犯能夠及時阻止犯罪行為，在犯行的未遂階段，逮捕行為如同正當防衛般阻止了犯罪的既遂；在犯罪行為既遂的後階段，則因為欠缺現在不法之侵害，僅得援引緊急避難之規定。

此說不足採之處在於混淆危險預防與犯罪訴追兩種不同的功能。蓋刑事訴訟法中的干預措施是建立在既存的犯罪嫌疑之上，主要目的在於嗣後的犯罪追訴，因此這些干預手段之授權範圍，並不包括一般性的犯罪預防。換言之，刑事訴訟法原則上並不具備犯罪預防功能，僅在少數的例外情況，容許刑事訴追機關採取

¹⁸ Roxin, AT I, 4. Aufl., 17/22.

¹⁹ Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach §127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 41.

²⁰ Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 20.

之手段亦同時包含預防性功能，例如依照刑事訴訟法第 112 條之 1 第 1 項第 2 款對於有再犯之虞的羈押命令、第 111 條之 1 暫時剝奪駕照之許可以及第 81 條之 2 違反被告之意思而予以照相、取得指紋、測量身體或其他類似行為²¹。

與上述例外不同，第 127 條第 1 項暫時逮捕的規定僅具有單純消極刑事訴追之功能，犯罪預防並非該規定所欲達成之任務²²，因為暫時逮捕強制處分權發動的前提，是已有犯罪之發生，而犯罪既已發生，利用暫時逮捕的規定來達到預防犯罪發生之目的自屬不可能，即便在個案中確實發生阻止犯罪遂行之效果，亦僅屬逮捕所獲致的附帶結果，而非規範原初設定之目標。

第三款 確保被害人民法上損害賠償請求權的行使

雖然被害人逮捕犯罪行為人，通常是為了要追回受侵奪之財物，或確認侵害者以便將來能對其主張損害賠償，然而本條規定並未將逮捕主體限制於權利受到侵害之人，即便是無利害關係的第三人也被賦予逮捕的權限。且若本條規定確實在保障民事求償權，則要求「犯罪已經發生」方能發動暫時逮捕，顯然是個立法錯誤，畢竟有時雖尚未至犯罪但民事求償權卻已經發生。因此現行犯逮捕縱使實際上確保了被害人的民事求償權，充其量也僅是附帶功能。

第四款 逮捕權之證據取得及保全功能

有學說從逮捕權之證據效用（Beweisfunktion des Festnahmerechtes）出發，認為暫時逮捕之規定乃以證據取得及保全為目的。採此觀點者經常援引刑事訴訟法第 127 條第 3 項作為論據²³，該指出該項規定，告訴乃論之罪即便未有告訴之提出，仍得發動暫時逮捕，可間接推論暫時逮捕規定之目的在於證據保全。

此說不足採的理由在於，現行法對於暫時逮捕之要件僅限制在有脫逃嫌疑及身分無法立即確認兩種情況，並未將「湮滅證據之虞」列為逮捕的事由，故在欠缺上述兩種法定逮捕事由的案件中，即便存在湮滅證據或勾串證人之可能，依法亦不得將其逮捕。因此，縱然當犯罪嫌疑本身屬於待證事項時，逮捕行為確實能夠達到保全證據的功能，亦僅屬條文之附帶作用。

²¹ Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach § 127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 43.

²² Satzger, Jura 2009, 108.

²³ Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach §127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 44.

第五款 確保將來刑罰權之執行

此說從逮捕的刑罰確證功能（Strafsichernde Funktion der Festnahme）出發，認為在犯罪行為實現之同時，國家的刑罰權亦相應而生，故暫時逮捕得以確保將來刑罰權的遂行²⁴。

此種觀點遭受「犯罪嫌疑處理模式」（Verdachtslösung）陣營的反對，此派學者主張，僅以犯罪嫌疑作為發動暫時逮捕的前提要件即可。蓋若認為暫時逮捕之規範目的在於確保將來刑罰權之執行，則在僅具備犯罪嫌疑的案件中，由於自始沒有國家刑罰權存在，因此亦欠缺發動暫時逮捕的正當性基礎，如此便與「犯罪嫌疑處理模式」產生內在矛盾。換言之，被捕者是否真的實施犯罪行為，往往必須由法院嗣後加以認定，若貫徹此種規範目的，等同於要求逮捕者於逮捕當下確認被捕者是否真的實施犯罪行為。

除此之外，若認為暫時逮捕之規範目的在於確保將來刑罰權之執行，則暫時逮捕的發動就必須以具備罪責之犯罪行為作為前提，未具備此要件者，由於國家刑罰權並未產生，自不得施以暫時逮捕。這種觀點亦與德國學界通說相違背，按照德國學界主流看法，發動暫時逮捕並不以犯罪行為具備罪責為前提，只要是構成要件合致且沒有阻卻違法事由之不法行為，即得加以逮捕²⁵。之所以不要求犯罪行為具備罪責，主要是因為刑法仍得對無罪責能力之人施以保安處分，故對此等人亦有開啟刑事訴追程序之必要，若以將來刑罰權之執行確保作為暫時逮捕之規範目的，將與主流見解相矛盾。因此，暫時逮捕的目的並非為了確保刑罰權之遂行，而是為了使犯罪嫌疑人得以進入刑事訴訟程序，確保刑事訴追之工作能有效進行。逮捕者於逮捕時，並無須判斷是否有對被逮捕者施以刑罰之必要，僅須確認是否存有貫徹刑事訴追之急迫利益，並依此判斷開啟刑事訴追程序。

第六款 確保刑事訴訟程序之開始與遂行

按照德國學說的多數看法，刑事訴訟法第 127 條之立法旨在強調，只要符合一定的要件，任何人皆得在沒有法院令狀授權的情形下發動逮捕，之所以如此規定，是因為犯罪發生當時代表國家的檢察官，警察人員未必在場，國家訴追機關面臨犯罪者隨時可能逃離，或無法確認其身分的急迫情形。一方面刑事訴追於尚未確認犯罪者身分前無法有效進行，他方面法院在沒有被告到場的情況下亦無法

²⁴ Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach §127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 45.

²⁵ Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 2.

進行審理與判決，因此國家為了順利訴追犯罪，自然必須容許任何人發動暫時逮捕。由此可知，確保刑事訴訟程序之遂行應為暫時逮捕制度之立法基準²⁶，且此種觀點亦與本條之體系定位相一致，暫時逮捕的規定既然定位在刑事訴訟法，而刑事訴訟法又以確保國家刑事訴追之遂行為目的，因此暫時逮捕之規範目的應以「確保刑事訴訟程序之開始與遂行」作為指標。

第七款 小結—實質內容之目的與形式上之目的

規範目的之確認能夠提供法律解釋重要的方向指引，欲對條文進行闡釋時，首要任務便是確認系爭規範的意義與目的，刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段之規範目的可以從兩方面來理解，分別是規範實質內容之目的與形式上之目的。首先在實質內容目的上，本條規定於法秩序之體系定位屬於刑事訴訟法，基本規範目的應在於追求刑事訴追之利益，因而容許任何人為達此目標而發動逮捕。然而暫時逮捕的意義並不僅在刑事訴訟法層次，該規定亦屬於刑法上之阻卻違法事由，是立法者在逮捕者所防衛之刑事訴追利益與被逮捕者人身自由法益間所進行的衡量。此種衡量的互動關係，也充分展現在被逮捕者之正當防衛權；假如逮捕者的行為能夠依據第 127 條第 1 項前段而阻卻違法，相對的被逮捕者便不得對此種干預進行防衛；反之，當逮捕者逮捕行為無法根據本條規定取得正當性，逮捕者的行為對於被逮捕者而言就屬不法之侵害，被逮捕者因而得以主當正當防衛²⁷。由此可知，暫時逮捕規定絕非僅具備單方面之刑事訴訟法作用，確保刑事訴追利益並非其唯一目的，防止對被逮捕者人身自由造成不必要之侵害亦屬重要之考量因素，此即本條規定實質上之雙重功能。

而就形式上而言，任何干預權限均必須有法律之授權基礎，此乃基於法律保留原則之要求，第 127 條第 1 項前段明文授權私人涉入國家刑事訴追之權限，體現了法律保留原則之誠命。此外，基於無罪推定原則，在證明為有罪之前任何被告都應當視為無罪，惟此原則亦非禁止一切國家之刑事偵查行為，反而僅在強調，國家對被告所為的一切措施，皆必須符合比例原則的要求，這是偵查措施最重要的防護機制，本條規定便是在具體落實比例原則²⁸。無論是法院或偵查機關，進行任何的干預手段均必須符合比例原則之誠命要求，例如有足夠之犯罪嫌疑、手段確實有助於目的之達成以及被告之權利與偵查利益處於相當之關係等。職是之

²⁶ Satzger, Jura 2009, 108.

²⁷ Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach §127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 46 f.; Satzger, Jura 2009, 108.

²⁸ Bülte, ZStW 121 (2009), 378.

故，本規定於形式上也體現了法律保留原則與比例原則。

綜上所述，暫時逮捕之立法目的可以分為以下兩類：

- A、實質內容之目的
 - a、確保刑事訴訟程序之遂行
 - b、衡平逮捕者與被逮捕者間之利益
- B、形式上之目的
 - a、符合法律保留原則
 - b、呼應比例原則

第三項 法政策層面之考量

「沒有任何法律社群能夠放棄利用發覺現行犯之機會」（*Keine Rechtsgemeinschaft kann darauf verzichten, den Glücksfall der Beobachtung auf frischer Tat zu nutzen*）²⁹，這句話精準道出了暫時逮捕制度之法政策目標，亦即積極鼓勵私人參與刑事訴追的任務，私人參與的積極度決定了背後法政策的實踐可能性。然而現代國家往往難以維持過往社會中的公民品德，因此立法者必須盡量減少法律上的障礙，以鼓勵民眾投入執法行動。於此同時，本條規定既然是容許所有人逕行發動暫時逮捕，就會顯現第三人武力自衛權（*Faustrecht*）與公民勇氣（*Zivilcourage*）之間的緊張關係³⁰，相關爭議問題背後往往牽涉到此兩種價值之調整。

若認為暫時逮捕必須針對「事實上出現的犯罪行為」，如此便要面對採納事後觀點（*ex post*）所立即帶來的後果，也就是任何遭到誤捕之人於逮捕人發動暫時逮捕時均享有正當防衛權，此種見解將可能造成暫時逮捕制度的空轉，且有違立法者設計此制度的原初構想³¹；然而，若一律禁止無辜的被逮捕者進行正當防衛，對被逮捕者自由之侵害又未免過苛，因此亦不應對暫時逮捕權做過於寬泛的解釋。如何在第三人正當防衛權與提倡公民勇氣之間尋求平衡點，乃暫時逮捕制度法政策層面的難題³²，立法者必須謹慎調控此制度之運作，在積極鼓勵公民捍衛法秩序之餘，亦須避免此制度之濫用。以下即分析德國暫時逮捕制度之細部結

²⁹ Fincke, *Das Risiko des privaten Festnehmers*, JuS 1973, 87.

³⁰ Bülte, *ZStW* 121 (2009), 377.

³¹ Arzt, *Zum privaten Festnahmerecht*, in: Karl Heinz Gössel/Hans Kaufmann (Hrsg.), *Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag* (FS Kleinknecht), München 1985, S. 6.

³² Kargl, *NStZ* 2000, 8.

構及相關爭議問題。

第二節 暫時逮捕的客觀前提要件之一——逮捕情狀

刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段規定有關暫時逮捕之規定，條文的用語乃「任何人」(jedermann)，也因此任何人均得發動現行犯逮捕，無論其年齡、與被害法益之間的關係，或是否具有公務員身分，均得透過本條規定承擔國家部分刑事追訴的任務。但原則上國家應該透過自己的機關來執行任務，私人不應取代國家機關履行之，私人介入國家機關的偵查事務乃屬例外而非原則。有鑒於此，私人涉入執法活動的前提要件就有詳加確定之必要。

第一項 「犯罪」概念的理解

若被逮捕者的行為滿足刑法典中規定的構成要件，且沒有阻卻違法及罪責事由，無論其行為既遂或僅處於可罰之未遂狀態，皆得認為符合刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段意義下的犯罪，此點並無爭議³³。同樣沒有爭議的，尚有同條第 3 項前段的規定：告訴乃論之罪，即便未為告訴之提出，仍得予以暫時逮捕³⁴。此乃基於暫時逮捕發動時，告訴權人通常尚無機會提起告訴³⁵，如果因此就不得進行暫時逮捕，恐怕有違告訴乃論罪設計之目的，然而若在個案中顯示告訴之提起乃全然不可能時，例如告訴權人表示不願意提起告訴或已逾告訴期間之限制，在此種確定欠缺訴訟要件的情形，亦應例外否定暫時逮捕的容許性³⁶。總結而言，德國暫時逮捕制度的主要爭議在於，暫時逮捕是否必須以「事實上從事犯罪」(tatsächlich begangene Straftat) 為前提要件，亦或有「重大犯罪嫌疑」(dringende

³³ Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 7; Hilger, in: Erb (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 26. Aufl., Berlin 2007, § 127 Rn. 8; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., §127 Rn. 3; Otto, Problem der vorläufigen Festnahme, § 127 StPO, Jura 2003, 685; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Stuttgart 2005, Rn. 763.

³⁴ §127:

(3) Ist eine Straftat nur auf Antrag verfolgbar, so ist die vorläufige Festnahme auch dann zulässig, wenn ein Antrag noch nicht gestellt ist.

³⁵ Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2007, Rn. 450; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 763.

³⁶ Satzger, Jura 2009, 109; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 53. Aufl., §127 Rn 3; Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 49. 值得思考的是，由於逮捕者在逮捕當下根本不可能確認告訴權人是否有放棄告訴權或是否已逾告訴期間，這種對於暫時逮捕的例外限制是否有實際意義，殊值懷疑。

Tatverdacht) 即為已足？對此，早期德國實務見解傾向於採取前者的觀點³⁷，爾後一度採取後者的觀點³⁸，而晚近實務見解則採取開放的態度³⁹。

第一款 犯罪與犯罪嫌疑

逮捕者判斷現行犯之「犯罪」行為是否存在，究竟應採嚴格之認定標準，即客觀上必須確實已有犯罪之存在，抑或只要求外觀上存在犯罪嫌疑即可，這在德國文獻中已經成為主要的爭論戰場。

進入此問題的討論前，首先必須釐清的是「犯罪」與「犯罪嫌疑」的概念及兩者間之關係。「犯罪」是實體法之概念，用於評價客觀上所存在之行為，依學者看法⁴⁰，犯罪係指有責任能力之人於無阻卻違法事由時，基於故意或過失所為的侵害法益、應受刑罰制裁的不法行為，也就是具備不法、罪責與應刑罰性等要素的刑事不法行為；易言之，一個行為如果具備上述三個要素，也就是不法、罪責與應刑罰性，並且經過刑事立法過程加以犯罪化，就屬於犯罪行為。如果具備構成要件合致性及違法性，但不具備有責性的行為，雖然並非刑罰的對象，但仍為刑法所禁止的行為，可對其宣告保安處分。也因此學者有謂犯罪又可區分廣義以及狹義，狹義的犯罪乃指具備構成要件合致性、違法性、罪責的行為，廣義的犯罪則尚包含不具備罪責的不法行為⁴¹。

與此相對的「犯罪嫌疑」則是程序法上之概念，用於評價行為是否符合程序發動的前提要件。例如我國刑事訴訟法第 228 條第 1 項規定：「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有『犯罪嫌疑』者，應即開始偵查。」第 230 條第 2 項規定：「司法警察官知有『犯罪嫌疑』者，應即開始調查...」第 231 第 2 項規定：「司法警察知有『犯罪嫌疑者』，應即開始調查...」。而「犯罪嫌疑」本身亦有程度上的區別⁴²，簡單的初始嫌疑(Anfangsverdacht)要求有充分的事實依據，亦即經由具體的事證，依照經驗有理由相信存有一個違法且需訴追的犯罪行為；

³⁷ OLG Hamm, NJW 1972, 1826; OLG Hamm, NJW 1977, 590; KG VRS 45 (1973), 37.

³⁸ BGH NJW 1981, 745; BayObLGSt 1986, 52.

³⁹ BGHSt 45, 378, 380; BGH GA 1974, 177.

⁴⁰ 林山田，刑法通論（上），第十版，自版，2008 年，頁 165；林東茂，刑法綜覽，第六版，一品文化出版社，2009 年，頁 1-5~1-7；陳子平，刑法總論，第二版，元照出版社，2008 年，頁 89-93；黃仲夫，刑法精義，第二十七版，元照出版社，2011 年，頁 45。黃榮堅，基礎刑法學（上），第三版，元照出版社，2006 年，頁 188；黃翰義，刑法總則新論，元照出版社，2010 年，頁 60；蔡墩銘，刑法總論，第九版，三民出版社，2011 年，頁 79-81。

⁴¹ 吳景芳，現行犯之研究，刑事法雜誌，第 27 卷第 2 期，1983 年，頁 51。

⁴² Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., München 2009, § 39 Rn. 15 f. 中文文獻請參見：蔡墩銘，犯罪嫌疑之研究，臺大法學論叢，第 21 卷第 3 期，1992 年，頁 66-70。

這通常是開啟刑事偵查程序的門檻，單純的臆測尚無法構成簡單的初始嫌疑。於提起公訴時，則要求達到充分之嫌疑（hinreichender Tatverdacht），也就是依據偵查所顯示的結果，被告於審判程序中可能被判有罪時，方可成立⁴³。而在限制基本權的強制措施中，則因種類眾多，包含了任意性（例如基於被告自願同意所為的強制處分）與強制性，因此可據以發動的犯罪嫌疑門檻也有所不同。就一般的身體檢查處分而言，通常僅要求簡單嫌疑（einfacher Verdacht）即可，然而身體檢查處分的種類繁多，容許的干預內容及程度仍必須隨著嫌疑程度改變⁴⁴，例如需要全身麻醉的開刀手術，屬於嚴重之干預，因此至少要有重大犯罪嫌疑（dringender Tatverdacht）⁴⁵，亦即依據當時的偵查情形，有極大的可能將來會被判決有罪者，始得為之。同樣要求達到重大犯罪嫌疑門檻者，還有普通拘提（我國刑事訴訟法第 76 條）、緊急拘提（我國刑事訴訟法第 88 條之 1 第 1 項第 1 款、第 3 款）或羈押（我國刑事訴訟法第 101 條）等重大干預人身自由的強制處分。

由此可知，無論是「犯罪」或「犯罪嫌疑」，兩者均有多種解釋的可能性，無法單從文字表面來理解其內涵。因此，當法律規範涉及到這兩個概念，無論是實務家或學者，都必須先對這兩個概念進行解釋，才能確定個別規範要件的內容為何，也才能判別個別規範是否適用於具體案件。

第二款 相關學說爭議

第一目 問題緣起

刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段所使用的「犯罪」概念，學說主要的爭執焦點在於，本條文作為基本權干預的授權基礎，是以逮捕真正的犯罪行為人為要件，抑或客觀上存在一個重大的犯罪嫌疑即為已足。具體而言，如何解釋第 127 條第 1 項前段中的“Tat”，於條文的實際適用將產生截然不同的結論，特別是當個案中被逮捕者欠缺刑法第 11 條第 1 項第 5 款⁴⁶意義下的違法行為時，是否會影響逮捕行為的合法性，此爭議甚至牽涉到被錯誤逮捕者是否有忍受義務（正當防衛權之存否），以及是否有容許構成要件錯誤（Erlaubnistatbestandsirrtum）之適用問

⁴³ 請參照我國刑事訴訟法第 251 條第 1 項。

⁴⁴ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., § 33 Rn. 10.

⁴⁵ 林鈺雄，對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分，台灣本土法學雜誌，第 55 期，2004 年，頁 73。

⁴⁶ § 11:

(1) Im Sinne dieses Gesetzes ist

5. rechtswidrige Tat: nur eine solche, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht.

題。對此，德國學界大體上發展出兩大觀點，以下分別介紹之。

第二目 程序法觀點

程序法觀點認為，當存有重大的犯罪嫌疑，且逮捕者已經善盡其注意義務而仍認為對方就是犯罪行為人，此時就應該賦予私人合法的暫時逮捕權。這個觀點主要是基於以下四點理由：

首先，刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段屬於訴訟法的規定，故對於該條文的解釋也應該要回歸訴訟法的脈絡⁴⁷。在訴訟程序中，唯有至程序的最後階段才能確定犯罪事實的存否，因此，幾乎所有的訴訟程序開啟門檻以及偵查程序的強制措施都以嫌疑構成要件（Verdachtstatbestände）為前提，這是邏輯上必然的結論。依照一般的程序基本原則，開啟刑事追訴程序僅以「嫌疑構成要件」為已足，因為在這個階段中，根本沒辦法獲得絕對之確信，與此相關的基本權干預措施，僅要求以當下可以認識的事實情狀為基礎，刑事追訴程序既然以釐清犯罪及犯罪者為目的，在暫時逮捕的情況中要求犯罪行為的絕對明確性是不可能的。因此，當國家為了達成訴追任務而干預逮捕者的基本權，除了要求公務員盡其客觀上一切必要的注意之外，就不應再有過多的苛求。

其次，逮捕的合法與否，實不應等到判決確定才能決定，否則將使法律關係長期處於懸而未決定的狀態。況且要求私人認識在當下幾乎無法確定的情狀，無異是對私人設下遠高於公務員之標準，光是指出私人不具備偵查經驗，並不足以作為支持的論據，蓋私人依照第 127 條第 1 項前段發動暫時逮捕，乃是為了刑事訴追之公眾利益而行動，其保障應該比照同條第 2 項執法人員之標準，方為妥適，也就是只要私人盡到合乎義務之裁量，便得以信賴逮捕當時存在之事態，其行為之合法性就不會因嗣後法院審判結果而有所動搖⁴⁸。

再者，假如採取實體法觀點，要求存在真正的犯罪行為，那麼將會導致暫時逮捕制度無法被利用，形成規範的空轉，明顯違背立法者創設本條文的目的。立法這在暫時逮捕制度中所考量的理由，無非就是在國家機關無法立刻回應或不具備掌控可能性者的情形例外情況，讓私人承擔原則上屬於國家機關負責的事項，在本條的脈絡下就是讓私人代替國家機關採取干預措施將現行犯予以暫時逮捕。職是之故，如果讓自願承擔國家刑事訴追任務的私人承擔誤捕之風險，既不合理，也有違立法者設計本條文之目的⁴⁹。

⁴⁷ Bochert, JA 1982, 340; Satzger, Jura 2009, 109; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 765.

⁴⁸ Bochert, JA 1982, 340; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 766.

⁴⁹ Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 764.

最後，程序法觀點也批評實體法觀點乃純屬教科書式的空想；所謂確切的「犯罪事實」通常只會出現在大學案例研習，這種假定不屬於刑事訴訟的範疇，畢竟在刑事訴訟中只有所謂「假定的犯罪事實」，即便法院判決有罪確定的案件，在逮捕行為發動的當下，也未必如此確定。

進一步言，程序法觀點可以分成兩種處理模式，狹義犯罪嫌疑處理模式（enge Verdachtslösung）認為合法的暫時性逮捕必須從事前的觀點，認定存在無可疑之犯罪嫌疑（unzweifelhafter Tatverdacht），而到達有罪判決的成熟度；至於廣義犯罪嫌疑處理模式（weite Verdachtslösung）則主張存在重大犯罪嫌疑（dringender Tatverdacht）為已足。

對此，德國實務界有判決採納狹義犯罪嫌疑處理模式。在一個涉及偷竊的案件中，被告對於上前逮捕自己的女售貨員進行防衛行為，因此造成售貨員受傷。地方法院判決結果，雖然在竊盜罪的部分認定被告無罪，然而造成女售貨員受傷的部分，則依據刑法第 223 條判處有罪。本案上訴至邦高等法院後，法院進一步指出⁵⁰，地方法院於本案例中疏未處理有關第 127 條暫時逮捕權的問題，由於盜罪的部分被告被判無罪，因此將會涉及到實務以及學說上對於「犯罪實施中」這個要素的解釋。邦高等法院最後認為，合法的逮捕係指「依據犯罪發生當下一切可以認識的外在整體情況，在其得以觀察知覺的部分，依據生活經驗在沒有合理的懷疑直接推論出違法行為的存在」。畢竟若將「犯罪實施中」解釋得過於嚴格，會過分著重於犯罪嫌疑者的利益，而忽略了第 127 條追求刑事訴追遂行這個重要目的，故本案例中當女售貨員從自己的觀點沒有合理懷疑而認定被告著手於竊盜，她的逮捕行為並非不合法，而相對應的，被告就不可主張正當防衛來拒卻女售貨員的逮捕。

部分實務⁵¹及刑事訴訟法學界主流的看法⁵²則採取廣義犯罪嫌疑處理模式，認為只要存在第 112 條第 1 項意義下的「重大犯罪嫌疑」，就符合第 127 條第 1 項前段中所謂的犯罪，毋庸達到有罪判決成熟度所要求之「無可疑之犯罪嫌疑」，依照這個觀點，當被告之犯行在未來具備獲致有罪判決的高度可能性

⁵⁰ OLG Hamm, NStZ 1998, 370.

⁵¹ BGH NJW 1981, 745 f.; OLG Zweibrücken NJW 1981, 2016; AG Grevenbroich NJW 2002, 1060 (1061).

⁵² Arzt, Zum privaten Festnahmerecht, in: FS Kleinknecht, S. 6 f.; Bochert, JA 1982, 341 f.; Fezer, Strafprozessrecht, 2. Aufl., München 1995, Haft-Fall 5, Rn. 28 f.; Fincke, JuS 1973, 87 ff.; Hilger, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 9 f.; Krauß, in: Graf (Hrsg.), Strafprozessordnung, München 2010, § 127 Rn. 3; Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., Rn. 450; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., § 31 Rn. 4; Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 9.

(Verurteilungswahrscheinlichkeit)時，便肯認有第 127 條第 1 項前段的逮捕權限，相較於前述邦高等法院的見解，可謂將要件放得更寬。

第三目 實體法觀點⁵³

相較於上述的程序法觀點，廣泛被刑法學界所接受的說法卻認為，國家機關的認識錯誤特權並不適用於那些沒有實務經驗以及逮捕義務的私人，無辜的被逮捕者應該享有正當防衛的權利⁵⁴。唯有針對真正的犯罪行為人而發動的逮捕才能根據刑事訴訟法第 127 條第 1 項第 1 句合法化，而所謂的犯罪行為人，係指被逮捕者的行為至少具有構成要件合致性以及違法性，僅僅存在犯罪嫌疑並不足以證成私人之暫時逮捕行為。此種觀點可以稱為實體法理論，而在實體法理論中又可分為嚴格實體法理論 (Strenge materiell-rechtliche Theorie) 及限制實體法理論 (Eingeschränkte materiell-rechtliche Theorie)。

1、嚴格實體法理論

嚴格實體法理論主張私人暫時逮捕權必須以逮捕時實際存在犯罪行為為前提，而所謂的犯罪行為係指構成要件合致性且具備違法性及罪責的行為，這個說法主要基於以下幾點理由：

首先，從刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段的文義來看，將“Tat”理解為犯罪嫌疑恐怕已經溢脫文義之最大可能外延⁵⁵，且從本條與第 127 條第 2 項的體系關聯性，也無法推導出程序法觀點的結論。蓋第 127 條第 2 項規定⁵⁶：「如具備發布羈押命令或強制收容命令之條件者，檢察官與警察官員於情事急迫時，亦得為暫時之逮捕。」雖然條文沒有明示「重大犯罪嫌疑」這個要件，然而依據第 112 條之規定，發布羈押命令必須存有重大的犯罪嫌疑，也因此成為依據第 127 條第 2 項規定所為暫時逮捕的不成文要件。假若將第 127 條第 1 項前段的“Tat”同樣理解為重大犯罪嫌疑，將會讓同條第 2 項成為贅文。

其次，程序法觀點亦無法解釋為何第 127 條第 2 項要將暫時逮捕的主體限制

⁵³ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., Rn. 235; Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996, § 35 IV 2; Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Baden 2008, § 20 Rn. 5; Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 2. Aufl., Stuttgart 2004, Rn. 600 f.; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., §127 Rn. 4; Lenckner, in: Schönke/Schröder, 27. Aufl., Vorbem §§ 32 ff. Rn. 81, 82; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 762 ff.

⁵⁴ Bülte, ZStW 121 (2009), 387.

⁵⁵ Bochert, JA 1982, 340; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 767.

⁵⁶ § 127:

(2) Die Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeidienstes sind bei Gefahr im Verzug auch dann zur vorläufigen Festnahme befugt, wenn die Voraussetzungen eines Haftbefehls oder eines Unterbringungsbefehls vorliegen.

在檢察官與警察，特別是當第 2 項與第 1 項第 1 句沒有實質的差異時，這種對主體的限制更加難以理解⁵⁷。

此外，即便根據逮捕當下之事實顯示有重大犯罪嫌疑，亦無法導出私人取得暫時逮捕權限的結論，法秩序不應讓私人在這種情況下取得暫時逮捕權限，任由無辜的第三者忍受他人對其自由權的侵犯，蓋若採取程序法觀點，當逮捕者基於重大犯罪嫌疑而發動逮捕，其行為符合第 127 條第 1 項前段，屬於合法行為，故對被逮捕者而言，不存在現在不法之侵害，而無法援引刑法第 32 條主張正當防衛，此點對於無辜者而言甚為不利⁵⁸。

整體而言，採納實體法觀點的學者認為，只要事實態樣還有一絲不明時，私人均不應採取行動。就此一觀點，有一段經典的論述如下：

“Wer sich nicht sicher ist, daß der andere wirklich eine Straftat verübt hat, soll des anderen Freiheit nicht antasten, sondern alles Erforderliche den staatlichen Behörden überlassen.”⁵⁹

此段話指出，任何人若無法確定他人確實違犯犯罪，就不應驟然發動逮捕侵害他人自由，而應將所有必要的行動留待國家機關執行，也就是由檢察官與警察根據第 127 條第 2 項進行逮捕。此觀點正好呼應了私人與國家機關逮捕權限的差異：私人發動暫時逮捕並非義務，而僅為法律所授予之特權；反之對執法人員而言，逮捕有犯罪嫌疑者乃其法定職務，於此相應法律提供執法人員更高的保障，此即認識錯誤的特權（*Irrtumsprivileg*）⁶⁰。且對一般民眾而言，要求其服從執法人員所為之逮捕並非難以期待，然而私人所發動的暫時逮捕至少在外觀上並沒有公權力的表徵，若要求無辜者接受並服從私人之逮捕，實際運作上恐非易事，蓋一般民眾在面對他人的逮捕時，直覺上會認定自己受到不法的攻擊，因此亦應容許其進行防衛⁶¹。

最後，由本質論而言，原則上僅國家機關能夠實施以貫徹刑事訴追為目的之強制手段，此即為國家武力獨占原則，暫時逮捕制度屬於規範上的例外，而任何國家武力獨占原則的例外總是可能危及法和平性以及法安定性，本於例外從嚴解

⁵⁷ Krey, AT I, 2. Aufl., Rn. 600 f.

⁵⁸ Kargl, NStZ 2000, 11; Satzger, Jura 2009, 109 f.

⁵⁹ Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., §127 Rn. 4.

⁶⁰ Bochert, JA 1982, 340; Satzger, Jura 2009, 110; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 767.

⁶¹ Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 768.

釋原則，即便存在多種解釋可能，亦應當緊縮私人暫時逮捕之權限範圍。

2、限制實體法理論

限制實體法理論則主張，暫時逮捕僅以逮捕時客觀上存在構成要件合致且具備違法性之行為即可，至於罪責的要求則非屬必要。此理論之所以對嚴格實體法理論提出修正，主要是基於以下幾點理由：

首先，在逮捕當下根本無法確認被捕者是否欠缺罪責能力，尤其是涉及年齡認定的時候，更加無法期待逮捕者在逮捕當下即刻確認之⁶²。

其次，既然暫時逮捕制度的規範目的在於確保刑事訴訟程序之遂行，而非考慮到刑罰權之實施，因而在對相關要件進行闡釋時亦應緊扣此點；蓋即便係無罪責能力者，國家仍有可能對其追訴並施以保安處分（參照刑法第 63 條以下及刑事訴訟法第 413 條以下之規定）。簡言之，暫時逮捕之規定所著重者乃國家對行為人訴追之必要，行為人是否具備罪責能力或有無施以刑罰之必要均非考量重點⁶³。由此可知，從目的性解釋的觀點出發，罪責的要求顯屬多餘。

然而限制實體法理論尚衍伸出另一個爭議，當未滿 14 歲之無罪責能力人（刑法第 19 條）進行犯罪時，是否仍得根據本條發動暫時逮捕？此問題在德國之所以引起廣大爭論，是因為德國刑法中保安處分的種類有六大類型⁶⁴，分別為收容於精神病院、收容於戒癮癖之機構、保安監督、行為監督、吊銷駕駛執照以及執業禁止，但並沒有類似我國刑法第 86 條之感化教育，故對於未滿 14 歲之無罪責能力人，除非另外符合相關保安處分之要件，否則並無法對其施以保安處分。

對此問題，肯定見解認為，雖然對於未滿 14 歲之人無法施以保安處分，然而發動暫時逮捕仍有實益，一方面得以藉此調查行為人背後是否存有間接正犯、教唆犯或幫助犯⁶⁵，另一方面亦得釐清未成年人之法定代理人或監護人身分，並調查法定代理人是否有違反監督義務⁶⁶，或監護人是否善盡教養義務⁶⁷。

與此相對，主流看法則採取否定見解⁶⁸，認為不得對未滿 14 歲之無罪責能

⁶² Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., Rn. 449.

⁶³ Satzger, Jura 2009, 108; Otto, Jura 2003, 685.

⁶⁴ 請參照刑法第 61 條。

⁶⁵ Krause, in: Schlüchter (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht, Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, Lübeck 1995, S. 495 ff., Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2008, § 20 Rn. 66 f.

⁶⁶ KG JR 1971, 30.

⁶⁷ Verrel, Kinderdelinquenz-ein strafprozessuales Tabu?, NStZ 2001, 284.

⁶⁸ Hilger, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 8; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., § 127 Rn. 3; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 772; Roxin, AT I, 4. Aufl., 17/26; Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 8.

力人發動暫時逮捕，因為對未滿 14 歲行為人的處遇，總是透過刑法以外的法律加以規範，既然無法對未滿 14 歲之人開啟刑事訴追程序，發動暫時逮捕就完全無助於遂行刑事訴追程序的規範目的。再者，少數見解提出的理由亦值得非議，為了釐清第三人的責任而進行逮捕，恐怕已經溢脫暫時逮捕制度的規範目的，且亦對未成人之基本權利造成不合比例之侵害⁶⁹。總結而言，採取此種觀點的限制實體法理論將會區分行為人無罪責之成因，而有不同的判斷結論，對非基於年齡因素所造成之無罪責能力者仍得發動暫時逮捕；但對 14 歲以下無罪責能力人，則不可為暫時逮捕。

第四目 混合觀點

實體、程序混合觀點認為，刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段僅有客觀構成要件必須在實體上合致，其他要素如主觀構成要件、阻卻違法事由或罪責是否存在，則只須達到重大嫌疑即可⁷⁰。採取混合觀點的主要理由在於，將逮捕之對象限制在真正的犯罪行為人乃必要且正確的，然而對於「犯罪」要素的概念定性仍必須顧及逮捕當下典型的情況。某人是否在客觀上實現了犯罪構成要件，通常可以透過外在可見之情狀而觀察得知，因而對於此等要素的存在與否，應當嚴格要求；然而對於其他要素，諸如主觀構成要件、行為之違法性或罪責等實無法由逮捕當下之情狀明確獲悉，因而只要求客觀上存在重大犯罪嫌疑即可。

第五目 折衷觀點

亦有學者認為，要求遭到誤捕者短暫忍受基本權之侵害，並剝奪其行使正當防衛權直到證明無罪，尚屬合理⁷¹，因為從現實的角度來看，若這個被錯誤逮捕之人進行抵抗，反而只會加深逮捕者對其犯罪嫌疑的確信。*Roxin* 指出⁷²，暫時逮捕制度並非為了私人個別利益而設，而是為了促成刑事訴追效率之公共利益，既然私人此時成就了一項公共任務，若要求其擔負過多之風險，實屬不公。故只要逮捕者善盡其注意義務，如此逮捕行為將欠缺行為非價，並因此不具備違法性⁷³，被逮捕者即便事實上遭到誤捕，由於欠缺現在不法之侵害，也不得行使正當

⁶⁹ Satzger, Jura 2009, 109.

⁷⁰ Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 2001, § 6 Rn. 184 f.; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., § 127 Rn. 4.

⁷¹ Roxin, AT I, 4. Aufl., 17/25.

⁷² Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., § 31 Rn. 4.

⁷³ 當逮捕者發動逮捕時，通常均會實現刑法第 229 條過失傷害罪、第 239 條剝奪他人行動自由罪或第 240 條之強制罪，並因而具備行為非價，但透過刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段的適用將會修正上述初步之結論，使得合乎刑法構成要件之行為例外排除行為非價。

防衛權，至多僅能適用德國刑法第 34 條有關緊急避難的規定，惟此時要通過利益衡平的檢驗。

Roxin 本人雖然沒有清楚表示自己所採納的觀點，然而藉由第 127 條第 1 項前段之適用例外排除行為人之行為非價有一個重要的前提要素，亦即該行為必須符合暫時逮捕之規範要件，由此可以推知 *Roxin* 的解釋似乎傾向於犯罪嫌疑處理模式⁷⁴。

然而 *Roxin* 尚進一步主張，縱使肯認被逮捕者有正當防衛權，亦應對於防衛手段有所限制，而不應該容許被逮捕者進行抵抗⁷⁵，這個說法其實是藉由社會倫理性的要求而限縮正當防衛權行使之空間，在面對暫時性的人身自由剝奪時，被逮捕者必須優先選擇向逮捕者澄清自己非犯罪行為人的事實。如果無澄清的可能性，原則上防衛者必須容許對自己的逮捕。惟藉由社會倫理性的要求限縮正當防衛權仍有一個重要的前提，必須是遭到誤捕者僅受到輕微的損害，例如暫時性地拘束人身自由，直到確認其身分或釐清真正犯罪者為止⁷⁶。透過此種解釋模式，某程度減緩了實體法觀點與程序法觀點的對立性。

第三款 對「犯罪」要素之解釋

總結而言，德國學說上對於「犯罪」要素的解釋有三種見解，首先是所謂的實體法觀點，又稱為犯罪處理模式（*Tatlösung*），由此模式發展出的理論要求至少具備刑法第 11 條第 1 項第 5 款意義下的不法行為。程序法觀點則可分成狹義犯罪嫌疑處理模式與廣義犯罪嫌疑處理模式。以下本文將運用法律解釋方法，藉此釐清條文用語“*Tat*”的意義，並對相關處理模式進行評估⁷⁷。

第一目 文義解釋方法

犯罪嫌疑處理模式將「犯罪」解釋為犯罪嫌疑，即便個案中沒有出現符合犯罪構成要件的行為，只要依據逮捕者合於義務的審查而認定存在重大犯罪嫌疑，也就是犯罪事實有高度存在可能性，就可以取得暫時逮捕權⁷⁸。相對應的，若從實體法對於犯罪的理解出發，其實會得出許多不一致的答案，例如亦可以將犯罪的概念解釋成即便在事實上沒有犯罪行為出現，只要總體印象表明了犯罪行為之

⁷⁴ 採此看法者請參照：Bülte, ZStW 121 (2009), 396; Satzger, Jura 2009, 110.

⁷⁵ Roxin, AT I, 4. Aufl., 17/25.

⁷⁶ Bochert, JA 1982, 340 f.

⁷⁷ 以下稱實體法觀點為「犯罪處理模式」；程序法觀點為「犯罪嫌疑處理模式」。

⁷⁸ Satzger, Jura 2009, 109.

進行即可⁷⁹。能否從條文文義得出特定立場，便值得探討。

德國實務見解曾指出刑事訴訟上對基本權有所侵害之措施均應遵守嚴格之法律保留，至少應當嚴守類推適用之禁止⁸⁰。當然，在刑事訴訟中是否要完全禁止類推適用仍屬爭議問題，惟縱使否定禁止類推適用原則在刑事訴訟領域中的適用，在解釋相關基本權干預之授權基礎時，仍應謹守規範之文義界線，不得對之做出超越文義的解釋。文義的界線將成為法官解釋之最大容許外延（*äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation*），而此界線的劃定應從客觀第三人視野的角度出發來，也就是以人民的日常語言習慣為基準。

本文認為，即便採取犯罪嫌疑處理模式，將刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段中的「犯罪」理解成一個可能的犯罪行為，也不會違反前述的法律保留原則，因為此種解釋模式並未逾越文義之最大可能外延。首先，將條文使用的「犯罪」概念與另一要素「當場」（*frisch*）的概念整體觀察，就可以發現此處所涉及的，其實係在逮捕當下從客觀觀察者的觀點得到的評價判斷。且條文的用語為“*Tat*”，這個詞彙依據德語一般的語言使用情況來看，並不僅指涉與刑事法有關的犯罪不法行為，也可以解釋為“*Handeln*”或“*Verhalten*”的同義詞，亦即乃中性的行為概念，故無論是刑法或是刑事訴訟法觀點下對於「犯罪」概念的理解，其實都可以透過語意解釋得出，均未溢脫文義之界線。

此外，刑事訴訟法對於「犯罪」這個詞彙並沒有單獨的定義，且在其他地方亦使用了相同的概念，例如刑事訴訟法第 114 條第 2 項第 2 款羈押命令之應記載事項⁸¹、第 260 條判決主文應記載之內容⁸²、第 264 條判決之客體⁸³以及第 409 條第 1 項第 3 款處刑命令之記載事項⁸⁴。其中第 260 條、第 264 條及第 409 條第 1 項第 3 款使用的「犯罪」概念，指涉的是某個具體的事件或特定的歷史進展過程（*geschichtliche Vorgang*），在這個進展過程中某人在某個時間點已經或假定違

⁷⁹ vgl. Bülte, ZStW 121 (2009), 389.

⁸⁰ NStZ-RR 2007, 379.

⁸¹ § 114:

(2) 押票應記載下列事項：

2. 犯罪之嫌疑事實，犯罪日期與地點，犯罪行為之法定要件與其所適用之法條。

⁸² § 260:

(4) 判決主文應對被告被諭知有責之行為為法律上之表示。

⁸³ § 264:

(1) 判決之事實發見以起訴書內所指之犯罪事實，並經審判結果所得者為限。

(2) 法院不受審判開始之裁定所審酌犯罪事實之拘束。

⁸⁴ § 409:

(1) 處刑命令記載下列事項：

3. 被告犯罪行為之表明、犯罪之時地與犯罪法定要件之表明。

犯了犯罪，藉此種描述而與其他的歷史進展過程相互區隔⁸⁵，在羈押命令中所記載的犯罪事實也屬於相類似的概念。以上這些規定都有一個共同的特性，均是作為具體化羈押命令、判決或處刑命令之必要性前提，以說明哪一個歷史事件才是這些程序措施的對象。在解釋這些要素時，應該以法安定性（*Rechtssicherheit*）的確保為重心，也就是程序對象的範圍以及內涵至少要清楚明確，藉此形成訴追機關的各種程序行為。

不同於前述條文，第 127 條第 1 項前段具有某程度的實體法特質，當中「犯罪」這個要素乃作為干預人民基本權之前提，而非程序行為在形式上的作用界限，故第 127 條第 1 項前段既然與前述條文有不同的目的取向，因而過於強調一致性的解釋是沒有說服力的。再者，即便在同一部法典中使用同一個詞彙，基於不同的保護範疇或目的取向進而有不同的解釋，此類情形並非罕見，例如德國刑法第 242 條竊盜罪規定中的持有概念，就與刑法第 289 條取回質物規定中的持有概念不同。職是之故，即便採納犯罪處理模式，亦不必然與其他刑事訴訟法中所使用之犯罪概念相矛盾。事實上，此一見解真正必須面臨的問題在於，在訴訟法的規範脈絡中為何能使用實體刑法的概念作為解釋基準？對此，犯罪處理模式恐怕必須提供更多有效的論證依據。接著本文將透過體系性解釋進一步分析此問題。

第二目 體系解釋方法之一

— 第 127 條第 1 項前段在刑事訴訟法的定位

犯罪嫌疑處理模式之論證基調乃主張，暫時逮捕制度在刑事訴訟法上的定位是以刑事犯罪之澄清為目的，所以不應該要求以犯罪行為作為這類干預措施的前提要件，故在判斷干預權的存否時，只需要有訴訟上的「明顯性」（*Evidenz*）即為已足，也就是所謂的犯罪嫌疑要求。此外，從實體法及訴訟法雙重性質（*Doppelnatur*）亦可推導出刑事訴訟法上的容許性與實體法上的違法性之間，不必然要求一致性的評價。

惟刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段藉由限制其適用範圍而部分地放棄這種「明顯性特徵」，蓋本條乃設有兩款法定逮捕事由，唯有符合這兩種情形才能發動暫時性逮捕。其一是對被逮捕者身分的確認，其二是防止其逃亡。值得注意的是，這兩種情況都不是為了調查「是否」有犯罪的進行，而是在查明「誰」是犯罪者。當國家機關著手於調查行為時，通常並無法確定是否真的有實體法上的違法行為存在，然而，透過暫時逮捕制度之規範目的可以得知，需要透過暫時逮捕

⁸⁵ Bülte, ZStW 121 (2009), 390.

釐清的是犯罪行為人的身分，而非個別的犯罪情狀，故暫時逮捕乃在釐清「犯罪者嫌疑」(Täterverdacht)，而非「犯罪嫌疑」(Tatverdacht)⁸⁶。既然立法者已將暫時逮捕此種調查行為限制在犯罪行為人之身分確認，進一步亦應否定單純以犯罪嫌疑作為干預前提要件的推論。職是之故，從第 127 條第 1 項前段在刑事訴訟法中的定位並無法確切推論出對犯罪要素的解釋究竟應採取實體法之犯罪概念或是訴訟法上之犯罪嫌疑概念。

第三目 體系解釋方法之二

—與刑事訴訟法第 127 條第 2 項之體系關聯

德國文獻⁸⁷中有透過刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段與第 2 項的相互比較而反對將第 1 項前段中的「犯罪」理解成犯罪嫌疑，這個見解其實就是對第 127 條第 2 項進行反面推論。首先，檢察官與警察除依照第 127 條第 1 項前段進行暫時逮捕外，同條第 2 項尚規定，當具備發布羈押命令或強制收容命令的前提要件且情事急迫時，亦得為暫時之逮捕。所謂發布羈押命令的前提，是依據刑事訴訟法第 112 條之規定，一方面必須存有重大的犯罪嫌疑，他方面要有同條第 2 項及第 3 項的羈押理由，故第 127 條第 2 項其實就是授予偵查機關有別於第 1 項的特別逮捕權限。然而難以解釋的是，當偵查機關在個中發現犯罪嫌疑時，依照第 127 條第 2 項的規定，必須額外存在羈押理由方取得暫時逮捕的權限，然而沒有受過專業訓練的人民所執行的逮捕，依照同條第 1 項的規定，卻不要求存在羈押理由，而只需被逮捕人具備重大犯罪嫌疑。對此，要不就是執意將這個額外的限制侷限在國家偵查機關，或是實質上架空這項限制。後者見解乃認為若個案中欠缺羈押理由時，偵查機關將會轉換為私人的地位 (Privatstatus wechseln)，此時依然可以如同人民般進行暫時性逮捕，然而此種解釋將使得同條第 2 項羈押理由的限制明顯多餘。

上述爭議問題的根本成因，在於將第 127 條第 1 項前段所謂的「犯罪」“Tat”理解成犯罪嫌疑，亦即第 127 條第 1 項前段的「犯罪」相當於第 112 條中的重大犯罪嫌疑 (dringender Tatverdacht)。但值得關注的是，已有實務見解提出精闢的反對意見，認為不應將兩者等同視之⁸⁸，法院指出所謂重大犯罪嫌疑之審查標準是要求偵查機關「依據迄今為止的整體調查成果，存在一個高度的可能性」足以

⁸⁶ Bülte, ZStW 121 (2009), 392.

⁸⁷ Krey, AT I, 2. Aufl., Rn. 602 f.; ders, Deutsches Strafverfahrensrecht, Band I, Stuttgart 2006, Rn. 533; Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2008, § 9 Rn. 85.

⁸⁸ BayObLG JZ 1987, 344 f.; OLG Hamm NSStZ 1998, 370.

認定被告著手於犯罪行為；但是暫時逮捕之授權規範所要求的，應該比上述標準更加嚴格，並非僅存在犯行的「高度可能性」即為已足，更要從客觀第三人的角度出發，觀察具體的事件，對於存在一個違法的犯罪行為沒有合理的懷疑（vernünftigen Zweifel），是以「刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段所謂的犯罪概念，既非要求存在真正的犯罪者，亦非僅要求重大的犯罪嫌疑」。也因此，前述學者對於第 127 條第 2 項的批評顯然不成立，因為第 127 條第 1 項前段與第 2 項所要求的嫌疑程度（Verdachtsgrad）並不相同，第 2 項的「重大犯罪嫌疑」對比於第 1 項的「沒有合理懷疑」，顯然更容易實現。職是之故，第 127 條第 2 項仍然是對於檢察官以及警察所為的進一步干預授權，使其享有較人民更廣泛的暫時逮捕權限，而只有對第 127 條第 1 項前段採取廣義犯罪嫌疑處理模式（weite Verdachtslösung）才需要面臨上述體系性解釋的指摘。於此尚可以進一步說明，上述法院見解與犯罪處理模式（Tatlösung）這種實體法觀點最大的差異，在於兩者的時間觀點（zeitliche Perspektive）並不相同，犯罪處理模式的實體法觀點是從事後（ex-post）的角度分析事實，相對的，採取狹義犯罪嫌疑處理模式的法院見解則是從事前（ex-ante）的角度分析之。

以上的討論顯示，此種體系性衝突似得以作為反駁廣義犯罪嫌疑處理模式之理據⁸⁹，然而無論是採取犯罪處理模式或狹義犯罪嫌疑處理模式皆能避免此種體系衝突，因此仍無法藉此得出「犯罪」概念的確切內容。

第四目 刑事政策之考量

【腳踏車出借案】

某甲向乙借用腳踏車，然而乙卻遺失了腳踏車的鑰匙，於是同意甲使用破壞工具打開腳踏車的 U 形鎖，此時路人丙撞見正在破壞腳踏車鎖的甲，認為甲在進行偷竊行為，於是丙將甲逮捕，並通知警方。

1、逮捕者面向之觀察

（1）公民勇氣（Zivilcourage）的抹煞？

逮捕者面向的刑事政策考量在於，立法者藉由暫時逮捕規定授權所有人逮捕現行犯之權限，無非是要積極鼓勵公民勇於介入緊急事件，若過度限制此種權限的容許範圍，讓自發性的逮捕者承擔過高的法律風險，甚或面對被逮捕者突如其

⁸⁹ 然而本文並不認為體系性衝突能真正反駁廣義犯罪嫌疑處理模式，此處涉及到批評者的「違規」，詳細論述請參見本章第六節第一項。

來的正當防衛，是否有違立法者之本意，且造成規範的空轉⁹⁰？既然暫時逮捕制度是為了促成刑事訴追效率之公共利益而設，則公民參與逮捕將成就一項公共任務，自不應要求其擔負過多之風險。就此以觀，法政策層面的第一個難題在於，公民在決定是否發動現行犯逮捕時，必然會考量相關的風險，特別是自已可能面臨的法律責任或被逮捕者可能進行正當性的反擊，假若採取犯罪處理模式的事後觀點，等於是抹煞了公民的參與意願，此種對公民勇氣的處罰，絕非當初立法者的本意。

（2）實體法觀點的回應—容許構成要件錯誤

犯罪嫌疑處理模式直接認為第 127 條第 1 項第 1 句所謂的「犯罪」指涉的是犯罪嫌疑，也因此當存在犯罪嫌疑時，即便嗣後證明犯罪不存在，也是合法的逮捕，得以阻卻違法。而犯罪處理模式則認為「犯罪」在這個理論脈絡中指涉的是至少具有構成要件合致性及違法性的行為，若僅有犯罪嫌疑並不足夠，接著再透過容許構成要件錯誤（Erlaubnistatbestandsirrtum）理論來處理；採此觀點的學者多認為，可以透過相關的錯誤規則（Irrtumsregeln）來保護積極參與逮捕現行犯的私人，以避免對私人逮捕現行犯的意願產生消極作用⁹¹。

深入觀之，若逮捕者主觀上認為存在犯罪行為而有逮捕的意思存在，惟客觀上並沒有現實的犯罪行為，此時便無逮捕情狀，逮捕者係對阻卻違法事由之前提事實發生認知上的錯誤，誤認有阻卻違法的事實情狀，如此便無法依據第 127 條第 1 項第 1 句主張阻卻其行為的違法性，學說上將此種現象稱為容許構成要件錯誤。關於容許構成要件的法律效果，在刑法學界屬於爭議性極高的議題，歸總而言，可以分為以下五種觀點：故意理論、負面構成要件要素理論、嚴格責任論、限制責任論、限縮法律效果之限制責任論，以下分別說明之：

【故意理論】

故意理論是古典犯罪階層體系的產物，認為故意屬於罪責要素，且故意要素除了針對構成犯罪事實具有知與欲外，尚包含行為時的不法意識。無論行為人是誤認客觀事實，還是誤認阻卻違法事實的存在，均屬欠缺故意。

【負面構成要件要素理論】

此理論主張阻卻違法事由的前提事實情狀，屬於整體不法構成要件的內涵，阻卻

⁹⁰ Bochert, JA 1982, 342; Bülte, ZStW 121 (2009), 399; Kargl, NStZ 2000, 8.

⁹¹ Borchert, JA 1982, 340; Kühl, AT, 6. Aufl., §9 Rn. 86; Otto, Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., Berlin 2004, § 8 Rn. 155; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 767; Satzger, Jura 2009, 110; Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 38. Aufl., Heidelberg 2008, Rn. 354.

違法事由屬於消極的構成要件要素，而行為人必須對於所有的積極構成要件要素有認識，同時也認識欠缺消極構成要件要素，方為出於故意而行為。依此，若行為人對阻卻違法事由的前提事實發生誤認，則屬於構成要件錯誤，排除構成要件故意。

【嚴格責任論】

嚴格責任論認為行為人若對於阻卻違法事由的前提事實有所誤認，與行為人認為自己的行為非法律所禁止的一樣，影響行為人的不法意識，且不法意識屬於獨立的罪責要素。也就是容許構成要件錯誤和禁止錯誤相同，行為人對於構成要件事實沒有誤認，不阻卻構成要件故意，但由於行為人誤認阻卻違法事由的前提事實，欠缺不法意識；就法律效果而言，依該錯誤是否可避免，決定是否阻卻或減輕責任。若錯誤具有正當理由，而屬於不可避免時，行為人不具備罪責。相反的，若屬於可避免的禁止錯誤，則僅得按情節減輕其刑，惟行為人仍具備罪責。

【限制責任論】

限制責任論認為當行為人誤認阻卻違法事由的前提事實，這種情形屬於容許構成要件錯誤，與行為人誤認阻卻違法事由的存在或範圍的容許錯誤並不相同，前者屬於對事實情狀的誤認，後者則是行為人對於阻卻違法事由的法律界線有錯誤認識，或認為法律上存在特定阻卻違法事由，然而事實上純屬行為人的誤認。由此可知，容許構成要件錯誤並非不法意識欠缺的問題，而是對於阻卻違法事由的前提事實發生錯誤認識，屬於事實錯誤而非法律錯誤，不同於禁止錯誤。此外，容許構成要件錯誤亦非構成要件錯誤，因為行為人對於構成要件合致之認識並未有誤，僅是對於阻卻違法的前提事實有所誤認。兩者的不同在於，發生構成要件錯誤的行為人並沒有認識到屬於法定構成要件之情狀，無法依照故意之犯行處罰，蓋其並不知道自己侵犯了他人的法益；但發生容許構成要件錯誤之行為人僅誤認阻卻違法的前提事實，行為人其實知道自己以原則上受到禁止的方式侵害了他人的法益。惟限制責任論者認為，容許構成要件錯誤雖非構成要件錯誤，但是兩者結構類似，應該類推適用構成要件錯誤，阻卻構成要件故意。

【限縮法律效果之限制責任論】

此理論認為容許構成要件錯誤並非欠缺故意，亦非禁止錯誤，而是一種獨立類型的錯誤，行為人既然已經認識到行為將導致法益的侵害，便具備構成要件故意，理論上不應反推回去阻卻構成要件故意。而故意在構成要件以及罪責層次有所謂的雙重定位，行為人對於阻卻違法前提事實有所誤認，並不會排除行為非價與影

響構成要件故意，僅於罪責層次上，阻卻故意罪責，結論上就是欠缺故意罪責非難（Vorsatzschuldvorwurf），不成立故意既遂罪。

（3）選擇立場之必要性

採取犯罪處理模式的學者所面臨最大批評在於，若將「犯罪」概念解釋成具備構成要件合致以及違法的行為，對於逮捕者而言風險過大，而支持者則認為透過錯誤規則中的容許構成要件錯誤，就可以做出合理的風險分配，不至於影響民眾參與逮捕的意願。上述五種學說，採取嚴格責任論者認為，只有在誤認阻卻違法前提事實屬於有正當理由而不可避免時，方認為行為人不具備罪責；其他四種學說雖然基於不同的理由，惟均認為於容許構成要件錯誤時，行為人不成立故意既遂罪，僅考慮是否成立過失犯。就此而言，於學理的討論上似乎沒有必要說明何種理論較值得採取，換言之，如果不同學說對於個案的處理均導致相同的結論，這個爭議就只有單純的學理價值，而我們並無表態的必要。

以上述【腳踏車出借案】為例，路人丙的逮捕行為涉及到刑法第 239 條妨害行動自由罪以及第 240 條強制罪，於此可以考慮的阻卻違法事由乃刑事訴訟法第 127 條第 1 項第 1 句的暫時逮捕。按照犯罪嫌疑處理模式的事前（ex-ante）判斷標準，具備充分之犯罪嫌疑，因而得以援引暫時逮捕之規定阻卻違法。惟本案並未有現實的犯罪行為，按照犯罪處理模式的事後（ex-post）觀點並未存在逮捕情狀，因此不得依照本條阻卻違法。然而路人丙也不會因而受到刑事處罰，因為丙的行為屬於容許構成要件錯誤，儘管上述學說見解分歧，但結論上均會認為丙不成立刑法第 239 條及第 240 條之罪。

其次，雖然在個案中仍需考慮行為人是否成立過失犯（刑法第 16 條第 1 項第 2 句），然而學者認為就此而言意義並不大，因為過失妨害行動自由或過失強制，刑法典自始便不加以處罰。唯一剩下的微量風險，就是當逮捕者違反注意義務而進行逮捕，並且在逮捕的過程中造成被逮捕者身體的輕傷，才有可能依照刑法第 229 條過失傷害罪加以處罰⁹²，相反的，若逮捕者已善盡注意義務而仍舊誤認被逮捕者屬於犯罪行為人，逮捕者便無須負擔過失責任。更有學者指出，此種做法與犯罪嫌疑處理模式所採取的客觀事前判斷標準將不會有實質上的差異，蓋根據事前判斷存有犯罪嫌疑時，必然會同時排除過失歸責；反之若認定逮捕者具備過失時，亦不會符合犯罪嫌疑處理模式所要求之標準⁹³。故針對逮捕者可罰性

⁹² Satzger, Jura 2009, 110.

⁹³ Borchert, JA 1982, 340.

的問題，兩種模式所導出的處理結果根本不會有所差異。果真如此，我們不僅沒有必要在上述五種學說中做出選擇，甚至連犯罪處理模式與犯罪嫌疑處理模式之爭也是無用的論辯。

對此，本文將指出，犯罪處理模式的支持者所援用的錯誤規則並無法完全免除逮捕者所面臨的風險；有關「犯罪」概念的解釋與被逮捕者正當防衛權的互動關係中，兩種爭議仍舊具備實踐上的價值，學者 *Bülte* 精準地觀察到此問題點，認為實體法觀點所援引的錯誤規則並無法保障逮捕者免於遭受誤捕者透過正當防衛正當化之反擊行為，可惜並未進一步說明背後的理由⁹⁴。本文認為，上述五種學說的不同觀點還是會影響遭到誤捕者之正當防衛權；依照【故意理論】，逮捕者誤認逮捕事實情狀，欠缺不法意識，不具備故意，阻卻故意責任，然而逮捕者仍舊具備不法，所以非犯罪行為人之被逮捕人得以主張正當防衛。【負面構成要件要素理論】則認為當行為人誤認逮捕情狀，由於行為人主觀上仍具備逮捕意思，不合致主觀不法要件，直接排除不法故意，此時遭到誤捕者便不得對其主張正當防衛。【嚴格責任論】則認為逮捕者欠缺不法意識，視其錯誤可否避免決定是否阻卻或減輕責任，換言之，逮捕者的行為仍舊具備不法，遭到誤捕者得以主張正當防衛。【限制責任論】在法律效果上類推同屬於事實錯誤的構成要件錯誤，阻卻構成要件故意，依此遭到誤捕者便不得主張正當防衛⁹⁵。最後【限縮法律效果之限制責任論】則認為逮捕者欠缺故意罪責，惟逮捕者仍舊具備構成要件故意，且因為客觀上沒有逮捕情狀，不能阻卻違法，不法已經完全合致，只是在罪責層次上阻卻故意責任非難，依此，遭到誤捕者仍得以主張正當防衛。綜上所述，採取【故意理論】、【負面構成要件要素理論】以及【限制責任論】這三種立場者，會否定遭到誤捕者行使正當防衛，然而若採取【嚴格責任論】以及【限縮法律效果之限制責任論】便會認為被逮捕者得以主張正當防衛權，*Bülte* 正是在這樣的基礎上得出錯誤規則無法保障逮捕者免於正當反擊行為之結論。由此可見，想要依照錯誤規則中的容許構成要件錯誤處理「犯罪」要素爭議的實體法觀點，就會面臨理論上的衍生難題。事實上，目前刑法學界對於容許構成要件錯誤法律效果爭議的兩大陣營，分別採取的是【限制責任論】以及【限縮法律效果之限制責任論】，而這兩種理論對於被逮捕者是否擁有正當防衛權的問題，又正好有截然不同的回應，採取實體法觀點的學者就必須對此爭議有所回應。

不可忽略的是，在逮捕者所面臨的刑事責任問題上，實體法觀點算是成功回

⁹⁴ *Bülte*, ZStW 121 (2009), 399.

⁹⁵ *Bochert*, JA 1982, 340.

應了程序法觀點所提出的攻擊，然而程序法觀點卻馬上展開新一波的攻擊，這次雙方的戰場轉移到無辜者之正當防衛權問題。

2、被逮捕者面向之觀察

(1)「犯罪」概念的解釋與被逮捕人正當防衛權的互動關係

與遭到誤捕者之正當防衛權相關的爭議在於，當個案中逮捕者僅基於重大犯罪嫌疑而發動逮捕，根據實體法觀點⁹⁶，遭到誤捕者就擁有正當防衛權；反之若採取程序法觀點的立場，既然逮捕是合法的，被逮捕者縱然遭到誤捕，亦有忍受的義務而無法主張正當防衛⁹⁷。再以【腳踏車出借案】為例，本案例中路人丙的逮捕行為是否仍是依據第 127 條第 1 項第 1 句所為，關鍵在於實際上甲的行為根本不成立任何犯罪，蓋腳踏車所有人乙對於甲破壞腳踏車的行為已經在事前予以同意，屬於阻卻違法的承諾（*rechtfertigende Einwilligung*），而對於甲利用腳踏車的行為，乙的允諾則屬於阻卻構成要件的同意（*tatbestandsausschließendes Einverständnis*）。惟丙主觀上卻認為甲正在從事破壞他人財產，以及未經他人同意而取走腳踏車的不法行為，依照犯罪嫌疑處理模式甲有忍受丙逮捕的義務，儘管甲根本沒有著手於可罰的犯罪行為，丙仍然可以依據第 127 條第 1 項第 1 句干預甲的身體移動自由，而甲不得主張正當防衛，蓋犯罪嫌疑處理模式直接認為「犯罪」指涉的是犯罪嫌疑，若依照事前判斷標準存有犯罪嫌疑時，即便嗣後證明犯罪不存在，逮捕亦為合法，被逮捕者沒有正當防衛權。

相對的，犯罪處理模式所遭遇的批評在於，為了刑事訴追之公共利益而發動逮捕之私人，出於事實情狀的誤認而對無辜者發動逮捕時，若認為遭到誤捕者得以主張正當防衛，對於已經善盡事前注意義務的逮捕者而言，毋寧必須面臨極大的風險，蓋正當防衛容許的防衛手段極為廣泛，甚至包括在必要情形下擊殺不法之攻擊者，此種後果絕對會讓公民加入逮捕行動的意願驟減。

(2) 正當防衛權的限制

但支持犯罪處理模式的學者反擊上述說法，指出私人所適用的暫時逮捕法則在設計上越為寬鬆，無辜之人就必須忍受更多的侵害，且因逮捕者的行為具備阻卻違法事由，無辜的被捕者甚至無法主張正當防衛；考量到逮捕行為可能對被逮捕者利益產生的影響，在沒有國家刑事訴追機關介入之單純私人逮捕場合，一律

⁹⁶ 前提是對容許構成要件錯誤採取【限縮法律效果之限制責任論】的立場。

⁹⁷ Bochert, JA 1982, 340.

排除遭到誤捕者之正當防衛權乃是不可接受的⁹⁸。對此，可以進一步從私人與國家機關之差異出發，藉此證立差別對待的正當性，兩者的差異主要分成「經驗上的論據」與「規範上的論據」。首先是經驗上的論據，這項差異乃是基於經驗上的觀察，私人並未受到專業的執法訓練，因此無論在理解法律、認定事實或執行上都更可能產生誤判，易招致濫用之危險；而規範上的論據則是涉及到逮捕義務，從刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段此種授權基礎，無論如何導不出私人的逮捕義務，相對而言國家機關之執法人員則有發動逮捕的義務⁹⁹。

針對上述犯罪處理模式陣營所提出的反擊，犯罪嫌疑處理模式的支持者則指出，所謂「經驗上的論據」與「規範上的論據」根本不足以成為支撐的犯罪處理模式的理據。針對經驗上的論據，儘管執法人員受過專業執法訓練，其知覺判斷能力理當較一般私人敏銳，但在逮捕當下亦不免如同私人般有誤認事實情狀甚或為達績效而濫權之可能，在此種情況下便無法解釋何以無辜的被逮捕者不得對執法人員主張正當防衛，而對其他人卻得以行使正當防衛¹⁰⁰。而所謂規範上的論據亦有問題，蓋欠缺逮捕義務並無法立即推導出犯罪處理模式的解決方式，畢竟從私人與國家執法人員是否具備逮捕義務的差異，至多能證成差別對待的合理性，然而差別對待的方法卻未必僅能採納犯罪處理模式的觀點，只要認為第 127 條第 1 項前段發動暫時逮捕的嫌疑門檻，必須高於同條第 2 項國家機關逮捕，即能符合差別對待的要求¹⁰¹。

退一步言，即便認為無辜者得以主張正當防衛，亦不代表防衛權完全不受限制，蓋發動逮捕之私人按照錯誤規則中容許構成要件錯誤的處理模式，發動逮捕之私人至少不具備罪責，按照德國通說，正當防衛之社會倫理的限制（*sozialethische Einschränkung*）並不侷限在兒童或重度精神障礙之攻擊者¹⁰²，尚且包括誤認阻卻違法事由前提事實的攻擊者¹⁰³，透過社會倫理限制的操作，將使得無辜者所得主張之防衛行為縮減至一定程度，最後亦與犯罪嫌疑處理模式並無不同；遭到誤捕者必須先澄清自己的犯罪嫌疑，特別是當自己造成此種嫌疑情狀時，更有義務加以澄清，此乃優先迴避攻擊之要求，而非立即採取反擊。其次，

⁹⁸ Kargl, NStZ 2000, 11; Kühl, AT, 6. Aufl., § 9 Rn. 85.

⁹⁹ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., Rn. 235; Bülte, ZStW 121 (2009), 379; Krey, Strafverfahrensrecht I, Rn. 543; Kühl, AT, 6. Aufl., § 9 Rn. 86; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 768; Wiedenbrüg, Nochmals: Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, 418 ff.

¹⁰⁰ Kargl, NStZ 2000, 12.

¹⁰¹ Bülte, ZStW 121 (2009), 398.

¹⁰² Kühl, AT, 6. Aufl., § 8 Rn. 192 ff.; Lenckner, in: Schönke/Schröder, 27. Aufl., § 32 Rn. 52.

¹⁰³ Krey, AT I, 2. Aufl., Rn. 491; Roxin, AT I, 4. Aufl., 15/57.

當無法澄清自己的犯罪嫌疑時，亦應先進行保護性防衛（*Schutzwehr*），攻擊性防衛（*Trutzwehr*）僅能在最後不得已之情況下得為之¹⁰⁴。畢竟，當私人發動暫時逮捕時，遭到誤捕者僅受到短暫的人身自由拘束，若認為無辜者得以進行全面性的反擊，毋寧將顯失比例，故在通常的情況下被捕者必須忍受對其人身自由的暫時性拘束，直到確認身分或釐清真正犯罪行為人。

（3）限制之界限

關於「犯罪」概念的解釋與被逮捕者正當防衛權的互動關係，犯罪處理模式嘗試提出私人逮捕與國家執法人員逮捕性質上的差異，藉此說明私人逮捕者並不具備認識錯誤的特權（*Irrtumsprivileg*）¹⁰⁵。而犯罪嫌疑處理模式則指出，犯罪處理模式所捍衛的正當防衛權在透過社會倫理的限制後，遭到誤捕者得以行使的防衛行為幾乎縮減至零，實質上並未產生差別。惟本文認為，犯罪嫌疑處理模式提出的指摘並不具有說服力，蓋縱使承認正當防衛之社會倫理限制的正當性，且認為針對無罪責者之防衛屬於該等限制之具體類型¹⁰⁶，該等限制亦有一定的前提要求；首先，不法之攻擊者必須在外觀上明顯可判斷為陷於錯誤或無責任能力，若外觀上並未如此明顯，在此等不確定的狀態下，受攻擊者自毋庸承擔如此高之風險進行消極性的防衛¹⁰⁷。但在私人發動逮捕的情況中，遭到誤捕者通常無法察知逮捕者陷於錯誤，反而會認為自己遭到他人的襲擊。其次，禁止防衛者進行攻擊性防衛亦以存在躲避可能或保護性防衛具有效果為前提，當無辜者無法對逮捕者澄清犯罪嫌疑，且保護性防衛不具備實際效果時，即必須容許轉換成攻擊性防衛，此時被捕者將取得完整的正當防衛權¹⁰⁸，而社會倫理要求對於攻擊性防衛的限制可以說是微乎其微，在極端情況下，使用致命性的防衛手段甚至亦在容許之範圍。採納犯罪嫌疑處理模式的學者認為透過正當防衛的社會倫理限制將可完全排除防衛可能性，此一觀點便值得商榷；蓋如前所述，社會倫理的限制並未徹底否定防衛者進行攻擊性防衛的可能性，由此可知犯罪與犯罪嫌疑處理模式對於無辜者的正當防衛權，確實會產生不同的判斷結論，並引發不同的刑事政策取向，職是之故，對於刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段所使用的「犯罪」概念，仍有必要選擇特定之立場。

¹⁰⁴ Bochert, JA 1982, 340.

¹⁰⁵ Bochert, JA 1982, 340; Satzger, Jura 2009, 110; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 767.

¹⁰⁶ 根本上的質疑請參見：Koch, Prinzipientheorie der Notwehrenschränkungen, ZStW 104 (1992), 785 ff.

¹⁰⁷ Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 38. Aufl., Heidelberg 2008, Rn. 344.

¹⁰⁸ Krey, AT I, 2. Aufl., Rn. 487; Kühl, AT, 6. Aufl., § 7 Rn. 196.

第五目 未決之爭議—爾愛其羊，我愛其禮的價值衝突

對於「犯罪」要素的解釋，學界從實體法及程序法兩種不同的觀點出發，提出了多種的處理模式，本文從法律解釋的古典方法進行分析，雖然透過刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段與第 2 項之體系性分析，確實給了廣義犯罪嫌疑處理模式之批評者很強的著力點，但無論是文義解釋方法或體系解釋方法，均無法得出確切的解釋結論。而本文所進行的刑事政策考量，實質上是一種後果考察（*Folgenberücksichtigung*）解釋法¹⁰⁹；後果考察通常被看作一種廣義的目的性解釋，此種解釋法乃在反思法律所預設的目的，檢視該等目的是否將導致無法接受的附隨後果，蓋目的解釋的正當性並非來自立法者的權威，而是來自於結果的有益性，不僅是作為目的論解釋基礎的目的本身必須被證明為有益且公平，尚且必須要避免解釋的結果抵銷該目的所帶來的正面效果；假若法律的適用者一味追求單一之目的，而忽視該解釋結果所招致的其他後果，恐怕是極度危險的。

準此，對於「犯罪」要素解釋的後果考察主要由兩個面向出發，分別是逮捕者的可罰性以及被逮捕者的正當防衛權：程序法觀點首先以逮捕者之可罰性作為著力點，主張實體法觀點對於「犯罪」要素的解釋將抹煞公民勇氣，讓自願協助國家訴追任務的私人承擔過大的刑事責任；實體法觀點則藉由容許構成要件錯誤加以回應，認為就逮捕者可罰性的問題而言，兩種模式的解釋後果並沒有實質差異。在回應了逮捕者可罰性的問題後，實體法觀點也立刻藉由逮捕者之正當防衛權存否問題展開反擊，主張無辜者在面對私人的錯誤逮捕時，應當保有正當防衛權，若採取程序法觀點對於「犯罪」要素的理解，對於遭到誤捕者而言將是不可接受的。

對此，程序法觀點除了反駁實體法觀點所立基之兩點論據外，尚對被逮捕者正當防衛權存否問題進行後果考察，認為即便採納實體法觀點，兩種解釋模式的結論並沒有實質差異，也就是遭到誤捕者均不得進行反抗。然而從本文前述之分析可知，正當防衛之社會倫理限制仍有一定的界限，一旦超越這個界限，被逮捕者仍享有完整的正當防衛權，因此對「犯罪」要素解釋進行後果考察仍具備實益，蓋兩種觀點將會推導出不同的解釋後果。接下來困難的問題在於，應當接受何種解釋後果？程序法觀點所追求的價值乃根源於暫時逮捕之立法政策，亦即鼓勵民眾自願協助國家之刑事訴追任務，在這種觀點下，自然不應讓逮捕者承擔過高之風險；相反的，實體法觀點所捍衛之價值乃無辜者的權利，畢竟私人不像執法人

¹⁰⁹ Puppe, *Kleine Schule des Juristischen Denkens*, Göttingen 2008, S. 85 f.

員受過專業訓練，且沒有相應的內部行政懲處，若過度放寬私人暫時逮捕的要件，等於讓每個人以警察自居，社會秩序將陷入混亂。由此而言，如何解釋刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段所使用的「犯罪」要概念，實已涉及相關解釋模式背後深層的價值衡量，而非傳統的法律解釋方法得以勝任，在「羊」與「禮」之間，法律制度該如何選擇其價值，恐怕才是德國暫時逮捕制度中最棘手的問題。

第二項 當場被發覺或被追蹤

除了上述有關「犯罪」要素的討論外，合法的逮捕亦須以被逮捕者在犯罪「當場」(frisch)被發覺或被追蹤為前提。「當場」係指逮捕者在犯罪著手之時即刻發覺，也就是在犯罪既遂之前察知犯罪的行為，惟「當場」這個要素並不以在犯罪進行當下立刻察覺並且逮捕為必要¹¹⁰，至少亦可以包括在犯行與察覺之間有時間以及空間上的直接密接性¹¹¹，例如透過追蹤而察覺，蓋此要素之目的在於限縮得發動暫時逮捕之時間範圍。

而所謂的「發覺」則係指逮捕者觀察到有確切的表徵顯示犯罪行為人剛開始或正進行犯罪行為，且仍處在犯罪現場或鄰近於現場的地方，也就是說，必須依據客觀的生活經驗觀察沒有疑問地確認犯罪之實行，否則便不屬於發覺犯罪情狀¹¹²，然而「發覺」並不以目擊整個犯罪過程為必要，只要根據所發覺之部分，按照一般生活經驗能夠推論出違法之犯罪行為即可。

犯罪當場被「追蹤」¹¹³則係指犯罪行為人雖已離開了犯罪現場一段距離，然而有確切的根據(sicherer Anhaltspunkt)顯示其犯行，因而由發覺者在犯罪實施後所採取的行動¹¹⁴。對此，學者認為並不要求一個絕對的時間限制，若追蹤者立即著手於較長時間的追蹤，亦應認為符合條文所說的犯罪「當場被追蹤」¹¹⁵。又追蹤者與發覺犯罪行為之人不必是同一人，亦可以是透過發覺者告知之第三人，

¹¹⁰ Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 14; Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 11.

¹¹¹ Satzger, Jura 2009, 110.

¹¹² Bülte, ZStW 121 (2009), 402.

¹¹³ 德文中的 *verfolgen* 對應至中文可以有追蹤或追捕的涵義，兩種譯法國內文獻中均有人採用，然「追捕」乃指追查搜捕，而「追蹤」乃係按蹤跡或線索追尋，本文認為從德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項第 1 句的前後文來看，*verfolgen* 是在犯罪發生後依照線索尋找犯罪者，而非針對某特定對象而加以搜捕，故將其譯為追蹤應較為妥當。

¹¹⁴ Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 12; Satzger, Jura 2009, 111.

¹¹⁵ Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 14; Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 17; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., § 127 Rn. 6; Satzger, Jura 2009, 111.

且發覺者得請求旁人之協助，甚至條文並不要求逮捕者就是一開始之追蹤者，因此即便是透過第一追蹤者之請求而接續之追蹤者，亦得發動逮捕¹¹⁶。

犯罪「當場」這個要素的設計，主要之目的在於確保犯罪以及犯罪者的明確性，亦即透過時間以及空間要素強化犯罪的明確性，一旦從時間以及空間的觀察角度出發，對於認定犯罪者這件事情存有疑惑時，依法便不得逮捕。因此，「當場被發覺或被追蹤」這個要素涉及的是在相關事件中被捕者在時間及空間要素的定位；前述的「犯罪」要素則是對特定生活事實做出事實上以及法律上的定位，確認被捕者涉及刑事犯罪。

第三節 暫時逮捕的客觀前提要件之二——逮捕事由

刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段除了將「犯罪當場被發覺或為人所追蹤」當作逮捕的前提要件外，另外更將逮捕的事由限制在兩種情況，也就是「有逃亡嫌疑」及「無法立即確認其身分」。特別需要注意的是，傳統上屬於羈押事由之事項，例如使案情晦暗之危險或再犯之虞，並非得據以發動暫時逮捕之事由。

第一項 逃亡嫌疑

所謂「有逃亡嫌疑」係指在個案情況下觀察嫌疑人表現在外的行為舉止，依照合理的判斷，有理由相信嫌疑人將藉由逃亡而有躲避刑事追訴¹¹⁷。學者認為在重大或是具有隱密性質之犯罪（例如縱火罪），均可認定有逃亡嫌疑¹¹⁸，但光是有妨礙民事上損害賠償請求的情形者，並不該當本要素，此由第 127 條第 1 項前段的規範目的即可得知。而認定「逃亡嫌疑」（Fluchtverdacht）之標準並不同於第 112 條第 2 項第 2 款羈押事由中之「逃亡之虞」（Fluchtgefahr），蓋一般法律的門外漢在發動暫時逮捕時，乃必須在當下做出迅速之決定，要求客觀上存在逃亡之虞未免過苛，因此僅以「逮捕者對於當下可見事態之評估」作為基準即可¹¹⁹，在此，法律用語之區別提供了解釋論上區分的充分基礎，因而並非立法用語之誤

¹¹⁶ Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 13; Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 16; Satzger, Jura 2009, 111.

¹¹⁷ Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 16; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., § 127 Rn. 10.

¹¹⁸ Roxin, AT I, 4. Aufl., 17/27.

¹¹⁹ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., Rn. 236; Bochert, JA 1982, 344; Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 21.

用¹²⁰。

第二項 身分無法立即確認

而「無法立即確認其身分」則係指嫌疑犯拒絕提供個人資料或其他可資辨識身分的證件，例如護照、身分證、駕照；當然也有可能是該嫌疑犯無法提供可信的證明文件，導致無法在當下辨識其身分，而必須透過進一步的訊問或調查方能確認身分¹²¹。必須注意的是，縱使嫌疑犯告知其姓名與住處，惟無法提供進一步的直接證明時，仍符合發動逮捕之事由，又或嫌疑犯雖提供相關證件，然而該等證件的證明力顯有問題時，仍屬於「無法立即確認其身分」的情形，諸如該證件有造假的跡象，或已經過期，甚至根本沒有記載住居所等情形均屬之¹²²。但若已知悉該犯罪嫌疑人的姓名便不符合本逮捕事由；曾有實務見解認為，在大都市，即便僅知悉犯罪嫌疑人之住址，亦屬身分已獲確認¹²³。

綜上所述，暫時逮捕必須至少具備這兩款事由中之一款，方屬合法之逮捕，若已知悉嫌疑犯的姓名且沒有逃亡嫌疑時，自然也就不得逮捕之。

第四節 暫時逮捕的客觀前提要件之三—逮捕行為

第一項 問題緣起

「犯罪情狀」以及「逮捕事由」兩個要素界定了「何時」可以享有逮捕權限，接下來的問題就是，能夠以「何種方式」逮捕現行犯？德國實務界以及學術界對於如何界定容許的逮捕行為一直有很大的爭執，問題根源於刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段的文義，該條文對暫時逮捕的發動只有一般性地描述，也就是容許所有人「逮捕」(festzunehmen) 現行犯，然而對於容許手段並未詳加規定。相較於刑事訴訟法第 119 條第 5 項關於羈押之執行的規定，立法者明文規定為了遂行羈押，得將被羈押人予以拘束，例如戴上手銬，然而立法者在制定刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段時，並未明確界定何者為容許的逮捕手段，因此引發學界的廣

¹²⁰ Roxin, AT I, 4. Aufl., 17/27.

¹²¹ Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 17; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., §127 Rn. 11.

¹²² Otto, Jura 2003, 686.

¹²³ Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 18.

泛討論。

從憲法層面觀察，第 127 條第 1 項前段容許國家基於刑事追訴的目的，可發動侵害人民自由權的逮捕行為，即便是在私人逮捕的情況，也是以貫徹國家刑事追訴為目的，職此之故，無論是國家機關或是私人所為的逮捕，均是在追求公眾利益。由此可以區別暫時逮捕權與正當防衛權的不同；正當防衛乃在追求法秩序之維護以及個人法益之保護，而非僅以國家利益為核心，私人利益也是正當防衛制度的考量點¹²⁴，正因為如此，德國刑法第 32 條有關正當防衛的規定並未透過比例原則加以限制，幾乎一切必要的行為都可能通過正當防衛的檢驗¹²⁵。第 127 條第 1 項前段卻因表面上具備準公權力之干預授權，而與比例原則存在緊密之關聯性。

在此應先確認何種逮捕行為屬於條文所許可，這同時也是法律保留原則（Prinzip des Gesetzesvorbehalts）的要求；其次，應審查所容許之逮捕行為在個案中是否有違反過度禁止（Übermaßverbot）的情形¹²⁶。

第二項 可容許之逮捕行為

第一款 文義解釋

按照德文詞彙「逮捕」（Festnahme）所表現的涵義，係指對被逮捕者為超越單純質問之外在影響力，透過此種影響力干預被逮捕者的自由權，且毋庸考慮被捕者之意願¹²⁷。在具體行為態樣上，比較沒有爭議的是基於遂行逮捕而剝奪他人行動自由，雖然可能該當刑法第 239 條之構成要件，但是利用強制力限制現行犯的移動自由，應該屬於條文所許可的逮捕行為¹²⁸。其次，對於被逮捕者加以拘束、將被逮捕者短期監禁於私人處所，或強制性地押解至最近的警局亦應受條文中「逮捕」概念所涵蓋，屬於合法的逮捕行為。再者，儘管只是施加輕微的強制力，仍有可能造成他人身體的損傷，例如抓太緊、太用力、或是網綁而造成瘀傷，因而若在逮捕的過程中造成被逮捕者輕微的身體傷害，也仍屬合法的逮捕行為¹²⁹。故一般而言，限制身體的移動及自由尚屬適當之逮捕手段，造成現行犯健

¹²⁴ Krey, AT I, 2. Aufl., Rn. 425 ff.; Kühn, AT, 6. Aufl., § 7 Rn. 7 ff.; Satzger, Jura 2009, 112.

¹²⁵ Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 29.

¹²⁶ Kargl, NSTz 2000, 14.

¹²⁷ Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 28.

¹²⁸ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., Rn. 237.

¹²⁹ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., Rn. 237; Krey, AT I, 2. Aufl., Rn. 606.

康損害之行為亦非絕對禁止，但唯有該行為不會造成「重大的健康損害」。

第二款 透過當然解釋而承認的逮捕手段

受到許可之逮捕行為尚包括某些從條文的文義無法涵蓋的干預方式，這些干預方式相較於強制、剝奪行動自由及身體傷害，屬於對被逮捕者更加輕微的侵害，例如為了確定其身分而強制取走身分證件，或為了阻止被逮捕者逃亡而取走汽車鑰匙，甚至使用武器威脅、警告性射擊也被認為是容許的逮捕行為¹³⁰。在此之外的其他行為，只要是造成被逮捕者更加嚴重的侵害，便無法透過暫時性逮捕的規範合法化，例如對被逮捕者進行搜索或扣押，便不在條文容許範圍之內¹³¹。因此私人為了逮捕之目的而闖進他人住宅，由於涉及到住宅搜索，依法唯有取得檢察官或其輔助機關的命令方得為之，如果要容許私人也能夠侵害基本法第 13 條所保護之基本權，就必須另外以法律授權之¹³²。較具爭議的問題在於，當犯罪行為人攜有正式之身分證件時，能否以取走其身分證件代替逮捕，有認為就比例原則之衡量而言，取走身分證件的行為顯較逮捕輕微，應當屬於容許之手段¹³³；反對見解則指出，取走身分證件屬於刑事訴訟法上所禁止之私人扣押行為，即便該身分證件在確定人別身分後歸還亦同¹³⁴。

第三款 致命性武器的容許性

德國學界對逮捕者能否使用重大侵害手段的討論，基本上分為兩大類型，第一類乃被逮捕者對合法之逮捕行為進行反擊，逮捕者為了防衛對其法益之侵害能否使用致命性武器，涉及的是正當防衛的問題，應當依照刑法第 32 條進行判斷，此點較無爭議；第二類型乃被逮捕者並未對合法之逮捕行為進行反擊，故並非第 32 條所適用之範疇，此時逮捕者為了有效遂行逮捕，能否使用致命性武器，此為學說爭論的主戰場。部分學界看法認為，即使是面對最為嚴重的犯罪，私人亦完全不准使用致命性武器，從根本上排除比例原則的適用可能¹³⁵，但亦有認為，

¹³⁰ Borchert, JA 1982, 344; Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 28; Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 29; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., § 127 Rn. 15; Satzger, Jura 2009, 113.

¹³¹ Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 34; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., § 127 Rn. 12.

¹³² Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., § 31 Rn. 10.

¹³³ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., § 31 Rn. 3. f.

¹³⁴ Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 786.

¹³⁵ Bochert, JA 1982, 344; Krey, AT I, 2. Aufl., Rn. 607; Kühl, AT, 6. Aufl., § 9 Rn. 91; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., § 127 Rn. 15; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., § 31 Rn. 10; Schröder, Das Festnahmerecht Privater und die Teilrechtfertigung unerlaubter Festnahmeaktionen (§ 127 Abs. 1 S. 1 StPO), Jura 1999, 13.

若僅是警告性射擊則尚在容許之範圍¹³⁶。

危及被逮捕者重大法益的逮捕行為是否亦在允許之列，德國聯邦最高法院曾經對此表示過看法¹³⁷：法院以比例原則作為出發點，認為對於特別嚴重犯罪之訴追，可以考慮例外允許槍枝的使用。往後聯邦最高法院繼續透過判決來闡明這項觀點，亦即透過重大身體傷害或對生命造成直接危險的行為來防止現行犯脫逃，雖然在通常的情況是不被允許的，但若是為了重罪的訴追，致命性武器的使用仍然是可以想像的，亦即並不排除個案中有例外允許的可能¹³⁸。但法院也明確指出¹³⁹，並非所有為了遂行逮捕或防免脫逃所必要之手段皆屬合法，逮捕手段與逮捕目的間仍必須處於合乎比例之關係，特別是逮捕行為將對被逮捕者造成重大且無法恢復之法益侵害時，更應當嚴加審查。由此可知，德國實務見解並未自始排除致命性武器的使用機會，至於在何等情況下得以使用，則必須對相互衝突的利益進行衡量（*Abwägung*）：雖然被逮捕者的法益應當受到保障，但執行國家刑罰權亦同屬於法治國重要之任務，公眾對於訴追犯罪的利益將隨著犯行的嚴重度而增加，於此同時，發動逮捕所容許的手段亦隨之而調整。以下本文將透過兩種類型進一步分析。

第一目 蓄意造成生命危險之行為

若逮捕者使用致命性武器時，已知悉該行為將必然或極有可能造成被逮捕者死亡，應非可容許之逮捕行為，蓋憲法賦予生命權最高度的法益位階，基本法第102條已明確表達廢除死刑的立場，且此等價值決定並未設有例外，而偵查行為所造成的侵害無論如何不得重於將來預期的刑罰¹⁴⁰，故為了達到訴追犯罪之目的所為之逮捕行為，更加不得侵害生命權，禁止蓄意造成生命危險之逮捕行為可以說是邏輯上必然的結論。是故，基於無罪推定原則、生命的無可替代性、適當性原則及基本法的價值決定，當顯見有發生死亡結果之危險時，縱使為了刑事訴追之目的亦不得准許槍枝或其他致命性武器的使用¹⁴¹。聯邦憲法法院亦曾表達類似的觀點¹⁴²：法院指出，基本法第2條第2項前段規定不問何人皆享有生命與身體

¹³⁶ Beulke, *Strafprozessrecht*, 10. Aufl., Rn. 237; Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 29.

¹³⁷ BGH MDR 1979, 985, 986; BGH NJW 1981, 745, 746.

¹³⁸ BGHSt 45, 378 (381); BGH NStZ-RR 1998, 50; NStZ-RR 2007, 303 f.

¹³⁹ BGHSt 45, 378 (381).

¹⁴⁰ BVerfGE 16, 194 (202).

¹⁴¹ Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., München 2009, Kap. 13 Rn. 20; Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 29; Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Aufl., § 31 Rn. 14.

¹⁴² BVerfGE 51, 324 (347).

不受侵犯的權利¹⁴³，故國家機關不得對刑事訴訟程序中之被告造成密接或具體的生命危險，此乃法治國之自明之理。此外，從暫時逮捕之規範目的亦能得出禁止之結論，蓋暫時逮捕之目的應在於保全被告，確保其將來之到場，使用致命性武器蓄意造成被逮捕者生命危險的行為，不僅極有可能導致被逮捕人重傷或死亡的結果，亦可能使得證據因此喪失或實體裁判無從進行，反而嚴重妨礙刑事訴訟程序的正常運作。

第二目 並未造成生命危險之行為

仍有爭議的是，能否為了訴追特別嚴重犯罪之行為人，而對拒捕或脫逃者使用致命性武器進行攻擊，使之受傷或喪失逃亡能力？德國實務見解透過比例原則加以解決，在重罪之刑事訴追利益與被逮捕者受基本法第 2 條第 2 項所保障之權利間進行衡量。可資比較的是，德國《聯邦執行刑罰之公務員於實施公權力時之直接強制措施法》（UZwG）明文允許對妨害逮捕或身分確認之重大犯罪嫌疑人進行射擊，只要能夠讓該等人喪失逃亡能力，然而此等致命性武器的使用授權規範是否亦得適用於一般私人則，存有爭議。

學說有認為，從比例原則的觀點出發，非以致死為目的而使用致命性武器確實有可能予以正當化，雖然聯邦最高法院迄今在具體案件中均未容許使用槍枝作為逮捕手段，然而原因在於這些個案僅涉及輕微犯罪¹⁴⁴。因而有學者指出不宜將法院見解擴張至重罪之逮捕，亦即只要為了逮捕特別嚴重之重罪犯，且逮捕者亦善盡注意義務避免致死之危險發生，使用槍枝射擊防免犯罪行為人逃亡乃允許的¹⁴⁵。

反對見解則認為，使用致命性武器攻擊被逮捕者將造成重大身體傷害，無論如何不屬於適法之逮捕行為¹⁴⁶。從《聯邦執行刑罰之公務員於實施公權力時之直接強制措施法》的授權意旨來看，立法者乃有意排除私人使用致命性武器的可能性，而國家機關亦唯有在通過極嚴格的要件審查後方得進行射擊。此外，聯邦最高法院直接運用比例原則審查槍枝或其他致命性武器在個案中的使用可能，恐怕

¹⁴³ Artikel 2:

(2) Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit.

¹⁴⁴ BGH MDR 1979, 986; BGH NStZ-RR 1998, 50.

¹⁴⁵ Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 29; Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 28; Otto, Grundkurs Strafrecht, 7. Aufl., Berlin 2004, § 8 Rn. 157; ders., Jura 2003, 687.

¹⁴⁶ Arzt, Zum privaten Festnahmerecht, in: FS Kleinknecht, S. 12; Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., Rn. 237; Bochert, JA 1982, 344; Kühl, AT, 6. Aufl., § 9 Rn. 91; Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., Rn. 455; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., § 127 Rn. 15; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 784; Rüping, Das Strafverfahren, 3. Aufl., München 1997, Rn. 246.

亦混淆了法解釋論上之先後次序¹⁴⁷，蓋第一層次的審查，應該是先確認何等逮捕行為具有原則上的容許性，唯有通過第一階段的審查，該行為才會進入第二層次的檢驗，亦即審查個案中使用該手段的容許性；若行為手段根本不具備原則上的容許性，自始就不可能在個案中使用，毋庸進一步進行必要性審查。是故，究竟使用致命性武器是否為遂行逮捕所容許的手段，涉及的根本就不是比例原則的問題，而是另一個法治國根本原則：法律保留原則。根據德國學說配合聯邦憲法法院判決所發展出的重要性理論（*Wesentlichkeitstheorie*），凡涉及公眾及個人基本及重要之決定，都應由立法者負責，且對人民基本權干預的手段越強烈，相關的授權基礎就應當越詳細且明確地規定。由於使用槍枝射擊或其他致命性武器進行攻擊，縱使目的僅在防止被捕者進行逃亡，而非蓄意造成生命危險，仍舊可能對基本權造成重大侵害，相應的授權基礎應當更加明確，但刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段僅空泛地容許所有人得以發動暫時逮捕，如此簡要的立法根本不符合重要性理論的要求。假若立法者確實有意透過本條文規定，授權一般私人使用致命性武器遂行逮捕，此種看法恐怕更是嚴重牴觸了重要性理論的誠命要求。職是之故，私人之所以不得使用致命性武器攻擊被逮捕者，不單僅是基於比例原則的考量，而是根本上第 127 條第 1 項前段並不適合作為對被逮捕者進行重大身體傷害的授權基礎。

第三目 對第三人或公眾法益之侵害

如果逮捕手段擴及對第三人或公眾法益之侵害，是否仍為合法之逮捕手段，學界亦有所討論，蓋此爭議涉及強制力所作用之對象是否僅限於犯罪行為人，部分學者認為，逮捕現行犯所得使用之手段不限於對被逮捕者進行干預，即便是干預無關之第三人或公眾法益，亦在逮捕手段之允許範圍，前者例如使用他人交通工具，後者例如超越道路速限追捕現行犯。只是在比例原則之審查上必須特別嚴格，唯有經由暫時逮捕所保全之刑事訴追利益明顯大於受干預之第三人法益時，逮捕方屬適法¹⁴⁸，此時為了法秩序以及公眾利益之維護，第三人有忍受之義務。

但德國卻有實務見解認為，逮捕行為若涉及第三人或公眾之法益，則無法援引第 127 條第 1 項前段作為授權根據¹⁴⁹；且私人在發動暫時逮捕時，亦不得違反交通規則，例如前述之道路速限，蓋法律若欲允許對於上述法益之侵害作為逮捕手段，應當另外授權為之，第 127 條第 1 項前段並不適合作為授權基礎。例如德

¹⁴⁷ Bülte, ZStW 121 (2009), 409.

¹⁴⁸ Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 32.

¹⁴⁹ BayObLG NStZ 1988, 518.

國道路交通條例（StVO）第 35 條即規定，特定之人在兼顧交通之安全與秩序下得以違反交通條例之規定，條文限制「特定人」即是認為，假如任何人在發動暫時逮捕時得以違反相關之交通條例，毋寧是會對交通安全造成難以估量之後果。

第三項 比例原則的個案審查

前述原則上所容許的逮捕行為，在個案中仍需通過比例原則的檢驗，無論是為了避免被逮捕者脫逃或確認其身分，逮捕行為必須有助於該目的之達成。逮捕者為了排除逮捕事由，可以行使必要之行為，且事實情狀若存有一絲不明，進一步的逮捕行為仍是容許的，例如逮捕者雖然記下汽車車牌號碼，然而由這個汽車車牌號碼並無法得出有關這名駕駛員身分的可靠結論，因此逮捕者仍得為其他必要之行為¹⁵⁰。一旦達到身分確認的或排除逃亡之目的，便不得再進一步侵害被逮捕者之利益，若該等行為非僅止於身分確認或避免脫逃，則不在暫時逮捕所容許之範疇，因此出於教訓甚或制裁被逮捕者目的所為的行為，便不得根據第 127 條第 1 項前段予以正當化。除此之外，逮捕行為亦必須與被逮捕者之犯行處於合乎比例之關係¹⁵¹，有爭議的是，此判準的審查密度究竟應該採取何種標準，是否僅在明顯不成比例的情況方排除逮捕行為之合法性¹⁵²，亦或一旦有違嚴格意義的比例原則即立即排除合法性¹⁵³，兩種看法皆有學者採納，德國實務見解則偏向採納第一種審查密度¹⁵⁴。

第四項 逮捕權的終了

在執法人員或其他具有管轄權之公務員抵達後，私人的逮捕權即告終了，私人亦不得違背在場執法人員的意願而發動逮捕，特別是當執法人員考量到比例原則而未採取逮捕行動時更是如此，此乃根源於私人逮捕權的備位性質¹⁵⁵。

¹⁵⁰ Roxin, AT I, 4. Aufl., 17/27; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., § 127 Rn. 11.

¹⁵¹ Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 19; Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 19.

¹⁵² Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 19.

¹⁵³ Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 19; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., § 127 Rn. 16.

¹⁵⁴ BayObLG JR 1987, 344 (345).

¹⁵⁵ Jakobs, AT, 2. Aufl., 16/20; Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 21; Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 27; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., § 127 Rn. 7.

第五項 告知義務

對於暫時逮捕的執行，並無任何形式之規定¹⁵⁶，但無論透過何等方式，逮捕者一定要明確告知被逮捕者是基於何等事實及理由而遭到逮捕¹⁵⁷。惟逮捕者即便告知錯誤的逮捕事由，只要嗣後證實確實有犯罪發生，亦不影響逮捕之合法性¹⁵⁸。

第五節 暫時逮捕的主觀前提要件

逮捕者主觀上必須基於訴追犯罪行為人之目的而發動逮捕，若是為了防止犯罪行為人進一步違犯其他犯罪，或僅為了確保民法上損害賠償請求權的行使或教訓犯罪者之目的而發動逮捕，則不在暫時逮捕的授權範圍內，蓋暫時逮捕制度的目的是為了確保刑事訴訟程序之開始與遂行，一旦逮捕者欠缺逮捕的主觀前提要件，該行為即不得阻卻違法¹⁵⁹。

第六節 德國暫時逮捕制度的整體評估

綜上所述，德國暫時逮捕制度存在著兩大爭議問題，分別是對於「犯罪」要素的解釋以及比例原則之適用問題，由此發展出極為精采的學說論辯，並進而牽引出許多釋義學、方法論以及刑事政策層面之議題，本文將在此進行德國制度的整體評估，並指出可能之發展方向。

¹⁵⁶ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., § 31 Rn. 9; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., § 127 Rn. 12.

¹⁵⁷ OLG Düsseldorf NJW 1991, 580; Joachimski/Haumer, Strafverfahrensrecht: Kurzlehrbuch zur Vorbereitung auf die zweite juristische Staatsprüfung, 5. Aufl., Stuttgart 2006, S. 59.

¹⁵⁸ Bülte, ZStW 121 (2009), 413.

¹⁵⁹ 茲有附言者，當逮捕者不知道被逮捕人違犯犯罪，而出於其他事由發動逮捕，逮捕者的行為在刑法上的評價問題，此即一般所稱之偶然防衛。學說上有未遂處理模式(Versuchslösung)及既遂處理模式(Vollendungslösung)，採取未遂處理模式的學者認為該等行為在客觀上依舊存在阻卻違法事由，因而欠缺結果不法，應按照未遂犯加以處罰；多數說則採既遂處理模式，認為即使欠缺結果不法仍應以既遂犯之刑罰處罰。當偶然防衛行為人該當的構成要件並未規定未遂犯之處罰，或預先規定絕對之法定刑，兩種學說將導出不同之結論。此問題在實務上雖具備重要性，惟偶然防衛的問題可能發生在所有刑法上的阻卻違法事由，並非暫時逮捕制度所獨有，故本論文不擬深入討論。

第一項 「犯罪」要素的解釋

第一款 刑法學界的論證網球賽

德國暫時逮捕制度所面臨的第一個爭議在於「犯罪」要素的解釋，透過犯罪與犯罪嫌疑處理模式兩種立場的交鋒，發展出極為豐沛的學理討論，充分展現出德國學者的思維能力，猶如刑法學者 *Puppe* 所言，法學論述就是在自己的腦袋中進行問題討論，並且用書面的方式表達出來，如同辦一場論證網球賽，球賽在正面論據與反面論據的相互對答中展開¹⁶⁰。本文嘗試根據犯罪與犯罪嫌疑處理模式的內容，提出一個清楚的編排，並運用傳統的法律解釋方法作為對各種論據分類編排的輔助工具，建構起問題討論的基礎結構。這場對「犯罪」要素解釋的賽局便在雙方你來我往的語句中展開，而文義解釋方法、體系解釋方法以及後果考察解釋法其實就是比賽的不同回合，本文扮演的角色就如同球賽的裁判，決定哪一邊獲勝，或雙方打成平手。

在此可以做個賽局的整體回顧：在文義解釋的回合中，兩種觀點都頗具解釋力道，以致於本局以平手收場；而在體系解釋的第一回合中，雙方雖經過激烈交鋒，但依舊以平手收場，無人得分；進入體系解釋的第二回合，在本回合中，實體法觀點打出了漂亮的一球，透過刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段與第 2 項的相互比較，可謂給了廣義犯罪嫌疑處理模式重重的一擊，身為裁判似乎應該判定實體法觀點得分，但基於以下的理由，實體法觀點並無法就此得分。蓋實體法觀點所提出的體系性質疑建立在一個重要的前提之上：就是第 127 條第 1 項前段與第 2 項相互間的具備可比較性，然而仔細觀察，將會發現兩者的規範結構根本不同，第 127 條第 1 項前段乃以確保在場為目的之現行犯逮捕（*anwesenheitssichernde amtliche Flagranzfestnahme*），要件設計上首重現行犯的認定與逮捕事由的確認，而第 2 項則是以確保羈押為目的之逮捕（*haftsichernde amtliche Festnahme*），要件設計上乃以羈押命令發布之前提與情事急迫為重心¹⁶¹，既然兩者授權逮捕之目的以及規範結構存在根本上的差異，便沒有可資比較的基準，更遑論會有架空的危險，故實體法觀點所提出的指摘恐怕並不可採。簡單來說就是實體法觀點犯規在先，該球不算分！

因此，雙方勝負之關鍵實取決於整場賽局的最終局：後果考察的回合。在本回合中，評斷的標準乃何種解釋模式能帶來較大的「有益結果」，然而在刑事訴

¹⁶⁰ Puppe, *Kleine Schule des Juristischen Denkens*, S. 159.

¹⁶¹ vgl. Satzger, *Jura* 2009, 111.

追利益與被捕者權利保障兩種價值衝突之下，究竟何謂有益的結果，本身就很有爭議。遭到誤捕者行使正當防衛權這件事，應該被視為正面效果亦或負面效果，關鍵就在於我們是從何種價值觀點出發。雖然就第 127 條第 1 項前段的規範目的而言，確保刑事訴訟程序之開啟與遂行應當成為解釋論上重要的評價指標，但是不計代價及不擇手段的刑事訴追早已為現代法治國所摒棄，訴追犯罪已非至高無上之價值，在進行刑事訴追時仍應考量被逮捕者之權利及社會公共秩序。而真正困難的地方在於，這些彼此相互衝突的價值並不具備絕對的先後順位，因此當衝突發生時，便難以透過固定的衝突法則進行判斷。也因此就這場針對「犯罪」要素解釋所進行的賽局，持平而論，雙方仍是以平手收場。

第二款 困境之根源—單一模式的全面適用

關於刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段「犯罪」概念的解釋，在德國刑法學界恐怕再也沒有困難度如此高的釋義學爭議，蓋透過上述各種解釋方案竟然都無法得出確切的結論，形成解釋論上的僵局。而德國學說的立場更加激化此等僵局，因為無論是犯罪處理模式或犯罪嫌疑處理模式，都嘗試透過單一模式進行全面適用，此種「非此即彼」的立場乃是無法突破困境的主要原因。兩種模式背後其實代表了不同的價值觀點，真正形成相互衝突的也就是這些價值觀點，若採取單一模式全面適用的方法，將完全忽視與之對立的價值。然而如前所述，這些價值在位階上並沒有絕對的優先順位，全面接納某觀點將等同於賦予特定價值有絕對的優先地位，假若學者依舊堅持全面適用某特定觀點，此種立場在方法論上恐怕自始有問題。

第二項 比例原則的適用問題

第一款 逮捕權之取得

對於比例原則的適用，主要可以從兩個問題面向加以檢討，第一個問題乃比例原則對取得逮捕權的限制；若認為比例原則在「是否得發動逮捕」之問題上發生作用，那麼就應當審查犯罪行為人所犯之罪與發動逮捕間的比例關係，當兩者顯失比例時，便不得發動逮捕¹⁶²。惟亦有學者主張，考量到一般私人在發動逮捕當下進行衡量之困難度，不應讓私人過度涉入逮捕行動，因而私人唯有針對特別

¹⁶² Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 19.

嚴重之犯罪方得逕行發動暫時逮捕¹⁶³。

部分實務以及學者則認為，刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段的暫時逮捕乃以「現行犯」作為發動逮捕之要件，並非以犯行的嚴重度作為標準¹⁶⁴。對此，可以先從暫時逮捕的規範本質出發，既然暫時逮捕之規範目的在於協助偵查程序有效發動，而在偵查程序中基本上並不適用過度禁止（Übermaßverbot）原則，因為偵查程序主要是受到法定原則（Legalitätsprinzip）的拘束，亦即「強制」國家釐清與訴追犯罪行為，又可稱為訴追強制或刑事訴追強制¹⁶⁵。此要求初步展現在檢察官與警察對於犯罪嫌疑的訴追義務上，例如刑事訴訟法第 152 條第 2 項¹⁶⁶即規定：「除法律另有規定外，檢察官對於一切依法得訴追之犯罪，如有充分之事實依據，負有起訴之責任」。既然私人透過暫時逮捕實質上亦達到服務於國家刑事訴追之任務，因而在該等法律關係中亦應以法定原則作為審查基準，過度禁止原則在此階段反而不是重點¹⁶⁷。其次，從條文的文字描述來看，犯行的嚴重度並非立法者考量的重點¹⁶⁸，假如在解釋論的層次上透過比例原則加以限制，恐怕會有擴張對逮捕者處罰範圍之危險，因而在逮捕權限的認定上應毋庸適用比例原則，當然若逮捕者的行為已經達到濫用的程度，仍應當否定逮捕權的取得¹⁶⁹。

第二款 逮捕手段之審查

第一目 可得採取的手段

比例原則適用的第二個問題，乃該原則對於逮捕手段的限制，此問題基本上可以分為兩個討論層次，分別是逮捕手段原則上的容許性，以及被容許的逮捕手段於個案運用時之審查。就第一個層次的問題而言，若認為比例原則在此階段乃判斷可容許逮捕行為之界線，結果將會使得手段認定上具備彈性，在個別案件中，面對越為嚴重之犯罪，所能使用之逮捕手段亦越為放寬¹⁷⁰。以比例原則作為容許

¹⁶³ Hilger, in: Erb (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 19.

¹⁶⁴ BGHSt 45, 378, 380; Arzt, Zum privaten Festnahmerecht, in: FS Kleinknecht, S. 8 f.; Borchert JA 1982, 344; Kargl NStZ 2000, 8, 14; Schröder Jura 1999, 10 f.

¹⁶⁵ Kerner 著，許澤天譯，德國普通刑事程序的新發展（上）——從法定原則走向便宜原則，月旦法學雜誌，第 141 期，2007 年，頁 246。

¹⁶⁶ § 152:

(2) Sie ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen.

¹⁶⁷ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., Rn. 17.

¹⁶⁸ Arzt, Zum privaten Festnahmerecht, in: FS Kleinknecht, S. 8; Schröder, Jura 1999, 11; Kargl, NStZ 2000, 14.

¹⁶⁹ Satzger, Jura 2009, 112; Schröder, Jura 1999, 12.

¹⁷⁰ Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 170; Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 27; Hilger, in: Erb (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., §

手段之判斷基準，學說區分身體強制力所影響之法益，針對身體完整性的輕微侵害是容許的，但對於健康之侵害則一律禁止¹⁷¹，蓋透過暫時逮捕所確保之國家刑罰權並未高於犯罪者健康之價值¹⁷²；惟亦有認為，當逮捕行為並未造成重大健康傷害時，針對健康之侵害仍非一律禁止¹⁷³；甚至有從比例原則的觀點出發而認可對重大身體完整性之侵害，只要逮捕與懲罰犯罪者之利益優越於被捕者之重大身體完整法益即可¹⁷⁴。然而本文認為，此階段真正重要的並非比例原則之適用，關鍵其實在於法律保留原則之審查，根據刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段的文義，僅一般性地授權所有人「逮捕」(festzunehmen) 現行犯，惟究竟何種具體手段在該等授權之範圍，則需要透過解釋加以確定。在解釋方法論上，必須考量到私人暫時逮捕權的例外特性；發動逮捕以遂行刑事訴追之任務，原本屬於國家自己行為之範疇，但基於個案情勢之急迫性，例外容許私人為之，此種授權乃國家強制力獨占獨占 (staatliche Gewaltmonopol) 之破棄¹⁷⁵，基於此種例外特性，在進行相關解釋工作時，即當採取緊縮之解釋態度。使用強制力將犯罪行為人拘束綑綁、短期監禁於私人處所、押解至最近警察局甚至造成輕微身體傷害，固然在條文授權範圍，但使用致命性武器攻擊被捕者將對身體之完整性產生重大傷害，顯然無法包含在第 127 條第 1 項前段之授權範圍，否則將嚴重牴觸法律保留原則。即便跳脫法律保留原則的問題，國家刑罰權之確保與被捕者之重大身體法益相較，是否真的具備較高之地位亦值得質疑。至於警察使用槍枝射擊之權限，亦非來源於第 127 條第 1 項前段，而是源自於警察法規定，例如前述聯邦執行刑罰之公務員於實施公權力時之直接強制措施法 (UZwG) 第 10 條第 1 項第 2 款。

其次，對第三人或公眾法益之侵害是否屬於適格之逮捕手段，關鍵亦非比例原則之審查，而是第 127 條第 1 項前段究竟能否成為該等侵害手段之授權基礎，贊成逮捕手段的允許範圍不限於對被逮捕者進行干預之學者，無法僅以所謂較嚴格之比例原則審查而迴避上述關於法律授權質疑。由此可知，比例原則在遂行逮捕可採取之手段認定上並非審查之重點，法律保留原則毋寧才是此階段關鍵之審

127 Rn. 29.

¹⁷¹ Bochert, JA 1982, 343; Otto, Jura 2003, 687; Roxin, AT I, 4. Aufl., 17/27.

¹⁷² BGH, NJW 2000, 1348 (1349).

¹⁷³ Haller/Conzen, Das Strafverfahren: Eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen, 4. Aufl., Heidelberg 2006, Rn. 938.

¹⁷⁴ BGH MDR 1979, 985; BGH NStZ-RR 1998, 50; BayObLG NStZ 1988, 518.

¹⁷⁵ Blüte, ZStW 121 (2009), 378 ff.; Jakobs, AT, 2. Aufl., 16/16; Kargl, NStZ 2000, 8; Satzger, Jura 2009, 108, 113; Marxen, Zum Begriff der frischen Tat in § 127 Abs. 1 StPO, in: Küper/Welp (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 705; Wagner, ZJS 6 (2011), 456.

查基準。

值得關注的是，曾有見解亦反對以比例原則作為逮捕權限與逮捕手段之判斷準據，然而該觀點是從比例原則的非確定性出發，認為一旦適用比例原則認定逮捕手段之容許性，將會產生嚴重之問題，蓋一致且明確之區分界線將變得模糊，在逮捕權限的認定上，比例原則等於是委由個案衡量；在手段選擇之容許性上，亦幾乎不會有任何限制，凡此均讓上述問題更加複雜化¹⁷⁶。該見解進一步主張，為了讓逮捕者在發動逮捕當下進行立即之判斷，明確之標準是必要的，既然比例原則無法提供此等判準，即應當放棄該原則之適用，在解決相關的釋義學問題時，一旦突破比例原則之適用枷鎖，便能獲得清楚的解決方案。這種觀點以比例原則的適用彈性作為論據的著力點，儘管如此，本文仍認為，基於兩點理由，不應屈服於此等論證模式之吸引力，這兩點理由分別涉及實踐性以及釋義學層面。就實踐性層面而言，假如僅基於比例原則的適用彈性就拒絕該原則之適用，那麼將會產生嚴重的滑坡效應，往後若要否定比例原則之適用將變得輕而易舉。就釋義學層面而言，比例原則之所以不適用於上述問題，並非源自於比例原則此種判斷標準的模糊性，而是問題本質根本就不涉及比例原則，無論是逮捕權限的認定或逮捕手段的選擇，關鍵並非個案的衡量，而是法定原則與法律保留原則的要求¹⁷⁷。

第二目 手段在個案中是否合乎比例

1、立場之分歧

第二層次之問題，乃逮捕手段在個案中之必要性審查，此乃極富學理爭議之議題，在此階段的審查密度究竟應該採取何種標準，學說與實務見解分歧頗大，有採取「明顯性審查」亦有採取嚴格之「比例原則審查」。學者之所以不以比例原則作為審查基準，主要基於兩點理由：首先，根據刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段得以容許之逮捕行為已限縮至極小範圍；其次，私人乃為了公眾訴追利益而自願發動逮捕，考量私人未受過專業執法訓練，不應讓其承擔誤判事實情狀之

¹⁷⁶ Arzt, Zum privaten Festnahmerecht, in: FS Kleinknecht, S. 10; Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach §127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 21 f.

¹⁷⁷ 值得注意的是，Tilkorn 雖然在結論上不支持比例原則在逮捕權限與逮捕手段認定上的作用，但所持理由並不相同，Tilkorn 是從私人逮捕者之角色定位出發，在將私人逮捕者與被逮捕者間定性為純私人關係後，進一步否定比例原則此等公法原則的適用。然而本文認為這個推論是有瑕疵的，蓋即便認為私人逮捕者與被逮捕者間為公法關係，基於前述理由，比例原則依然不適用於逮捕權限與逮捕手段之判斷，「不適用比例原則」的結論顯然並非來自「私人關係」這個前提。對此請參見：Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach §127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 77 f.

風險¹⁷⁸。

相反的，若從法治國原則出發，比例原則是所有強制措施的一般性限制，該原則對於所有公權力行為皆應有所適用，當私人為了遂行將來刑事訴追之公眾利益而發動逮捕，亦應當例外受到比例原則之拘束¹⁷⁹，蓋逮捕行為毋寧屬於國家權力之行使，私人猶如國家執行刑事訴追權之代理人，所有憲法要求，特別是基本法第 104 條以及比例原則皆應產生作用¹⁸⁰。亦有學者從兩個與刑事訴訟法第 127 條第 2 項關係密切之條文所蘊含之法理，推論出比例原則之適用要求，分別是第 112 條第 1 項後段¹⁸¹及第 120 條第 1 項前段¹⁸²。雖然第 127 條第 1 項與第 2 項各自有不同之適用前提，但比例原則之適用應當是相同的¹⁸³，否則暫時逮捕的前提要件設計將會瓦解，既然國家機關根據第 127 條第 2 項所發動的逮捕受到比例原則之限制，私人便不應擁有更大的權限，否則甚為不合理¹⁸⁴。所謂的不合理其實是考量到私人所發動之逮捕，相較於受過專業執法訓練的檢察官或警察，恐怕更容易導致過當甚至到達濫用的程度，且在實務上，若不透過比例原則限制根據第 127 條第 1 項所發動之逮捕，檢察官或警察一旦發現其依同條第 2 項所為之逮捕違背比例原則，就會立刻援引第 127 條第 1 項，造成規避第 127 條第 2 項之現象¹⁸⁵。另一種支持適用比例原則之論證模式則認為，當執法人員根據第 127 條第 1 項發動暫時逮捕時，無疑是受到比例原則之拘束，假如認為私人根據同樣條文所發動之暫時逮捕，反而無須受到比例原則之拘束，如此將會產生兩者逮捕手段強弱之不一致，但是根據主流觀點，私人逮捕權在執法人員或其他有管轄權之公務員抵達後即告終了，可見執法人員之逮捕權應當強於一般私人¹⁸⁶，若謂私人所發動之暫時逮捕反而無須受到比例原則之拘束顯然與此矛盾。

¹⁷⁸ BayObLG, JR 1987, 344 (345).

¹⁷⁹ Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 163.

¹⁸⁰ Bülte, ZStW 121 (2009), 412; Jakobs, AT, 2. Aufl., 16/20.

¹⁸¹ § 112:

(1) 如羈押與案件之應予科處之刑或保安處分不成比例者，不得為羈押之命令。

¹⁸² § 127:

(1) 羈押條件不存在或繼續羈押對於案件之重要性與應予科處之刑或保安處分失去比例時，應撤銷羈押命令。

¹⁸³ Naucke, Das Strafprozeßänderungsgesetz und die vorläufige Verhaftung nach § 127 StPO, NJW 1968, 1225.

¹⁸⁴ Holzlöhner, Die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit als Prinzipien des Strafverfahrens, Kiel 1968, S. 65.

¹⁸⁵ Holzlöhner, Die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit als Prinzipien des Strafverfahrens, Kiel 1968, S. 65.

¹⁸⁶ Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 81; Bülte, ZStW 121 (2009), 383; Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 21; Hilger, in: Löwe/Rosenberg, 26. Aufl., § 127 Rn. 27; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., § 127 Rn. 7.

2、私人之暫時逮捕是否適用獨立之法則

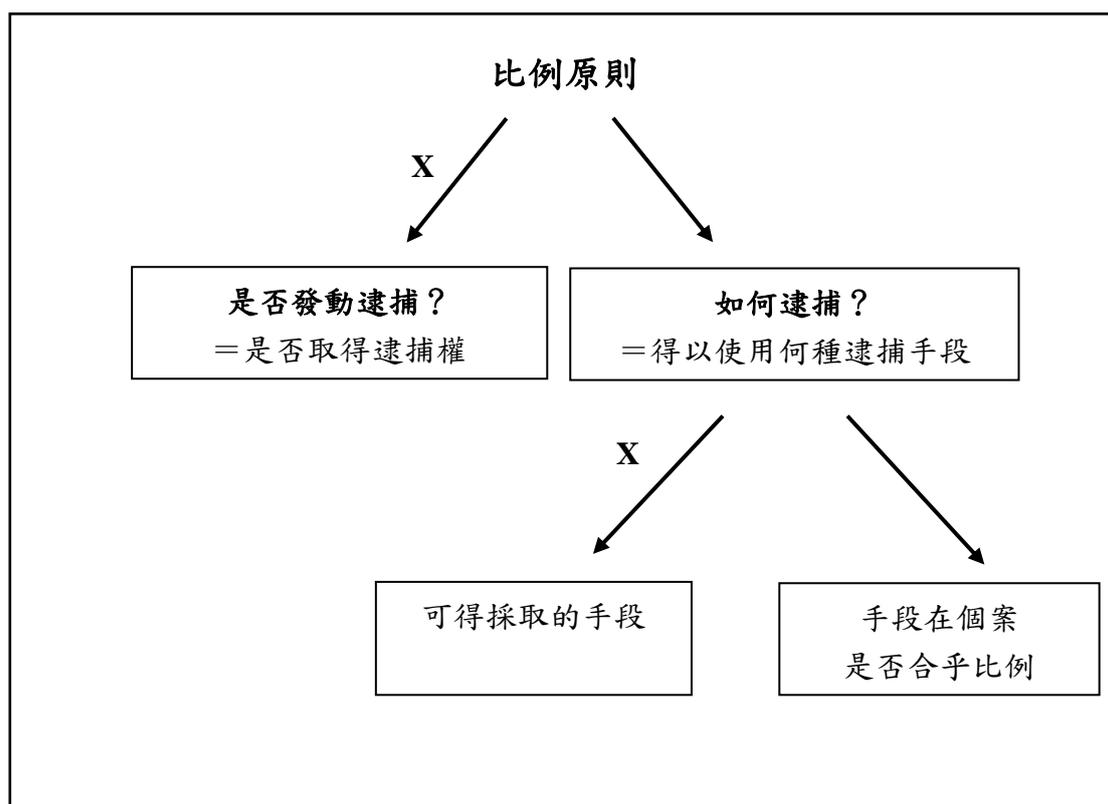
仔細分析正反立場的論據，便會發現許多推論並不充分，首先就反對比例原則適用之陣營所提出之理據：「私人未受過專業執法訓練，判斷能力不如執法人員」，從這個命題推論出：「避免讓私人承擔過高之風險，故不應適用比例原則。」根本就是個論證跳躍，因為相同的理據亦可以推導出完全相反的結論：「為了避免過度侵害被逮捕者之法益，審查上應當從嚴為之。」¹⁸⁷。反對比例原則適用的學者真正主張的應該是另外一個命題：「私人協助逮捕犯罪者將有助於國家刑事訴追，應該積極鼓勵私人發揮公民勇氣。」既然私人的判斷能力較差，要求之標準過高恐怕會使得自願者躊躇不前，故應當適度減緩逮捕者所承擔之風險。但這個價值判斷馬上會與另一個命題相衝突：「私人不像執法人員受過專業訓練，且沒有相應的內部行政懲處，若過度放寬私人暫時逮捕之要件，等於讓每個人以警察自居，社會秩序將陷入混亂。」由此可知，對於私人未受過專業執法訓練，判斷能力不如警察這點並沒有爭議，只是從這個事實陳述要推論出何種適用準則取決於兩種相衝突之價值衡量，恐怕不是簡單一句私人未受專業訓練可以回答。

此外，支持以比例原則作為刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段限制基準的學者主要提出兩點論據，分別為「體系和諧論據」以及「公權力論據」。「體系和諧論據」主張若第 127 條第 1 項前段不受比例原則之限制，將會架空同條第 2 項，概檢察官或警察若為了規避比例原則之要求，就可以主張逮捕乃根據第 1 項前段所為，因而不受比例原則之限制，如此將造成條文體系衝突。如前所述，學說大都認為檢察官及警察亦得援用第 127 條第 1 項前段之規定，故依該規定所發動之暫時逮捕可以分為兩種規範類型，一為國家刑事訴追機關所發動之暫時逮捕，二為一般私人所發動之暫時逮捕，體系和諧論據有一個根本的前提假設，亦即第 127 條第 1 項前段「任何人」所發動之暫時逮捕僅能適用一套標準，而不區分執法人員與私人所發動之逮捕，簡單來說就是當私人不受到比例原則的拘束，同樣的執法人員也不受到拘束。然而這種前提預設的根據為何，何以執法人員必須適用與私人同樣之標準，根本未見說理。執法人員行使國家公權力，受到比例原則拘束自無疑問，並不因所適用之條文為第 127 條第 1 項前段或第 2 項而有所不同；不是因為私人逮捕不受比例原則的限制，所以執法人員亦得免除比例原則之限制，

¹⁸⁷ 論證跳躍屬於一種內部論證瑕疵，所謂的內部論證著重前提及結論間是否具備有效的邏輯可推演性，當推論者省略推論結構中必要之前提時，論證跳躍便會發生。請參見林正弘，邏輯，三民出版社，1986 年，頁 4；顏厥安，法、理性與論證—Robert Alexy 的法論證理論，法與實踐理性，允晨文化出版社，1998 年，頁 146。

而是當執法人員所發動之逮捕受到比例原則限制時，私人之逮捕是否亦有同樣的要求？由此可見，學說討論連最基本的問題都問錯了，關鍵不是比例原則是否適用於第 127 條第 1 項前段，而是私人所發動之暫時逮捕是否可能適用獨立之法則。此外，從私人逮捕權之備位特質推論執法人員必然擁有較強之權限，恐怕也過於輕率，蓋私人逮捕權之備位性與逮捕權之內容分屬不同層次之問題，無法由備位性直接推論出執法人員必然擁有較大之權限，以此作為比例原則適用之論據亦有速斷之嫌。

支持適用比例原則的另一個理由乃「公權力論據」，該論據主張比例原則對於所有的公權力行為皆有適用，私人逮捕既然屬於公權力之行使，自然應當受到比例原則的限制。這個推論可以上溯至法治國原則之要求，論證力道頗強，且涉及私人逮捕本質論之問題，特別是逮捕者與被逮捕者間關係之定性，本文將於第四章詳細分析。謹以下圖綜合表達比例原則之適用問題：



圖表 2.1：比例原則審查範圍與判斷流程

第三項 暫時逮捕制度的新視野

從德國暫時逮捕制度的整體評估可以發現，該國法制度帶有一個強烈傾向，

無論是對於犯罪要素的解釋或比例原則之適用問題，均嘗試提出一套完整適用於所有暫時逮捕型態之規則，由此發展出精采的釋義學辯論。然而從本文以上的分析應該不難發覺，這些討論雖然富有學理價值，然而最終依舊讓法律適用陷入困境，甚至遭遇方法論上的質疑。無論實體法觀點或程序法觀點均嘗試完全取代對方，主張採納單一模式全面適用至「犯罪」要素之解釋，但是這場釋義學的論證賽局證實，雙方均無法透過規範解釋全面勝出，使得「犯罪」要素之釐清陷入僵局。對於比例原則之適用情況則更加嚴重，既往的討論往往忽略了其他標準的檢驗，而直接跳進比例原則之思考範疇，事實上許多爭議並不涉及比例原則。此外，對於逮捕手段在個案中之審查基準是否適用比例原則，學說亦從比例原則對於刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段之整體適用作為前提，而未劃分出執法人員與一般私人兩種不同類型之逮捕，在這樣的思考框架下，德國暫時逮捕法制呈現出單一的適用模型，亦即不區分發動逮捕之主體，且全面適用特定之觀點，此種單一模式遭遇許多解釋論上之困難，並導致暫時逮捕法制無法活化。德國學者花費甚多筆墨於解釋論之探索而未能跳脫釋義學之格局，察覺私人暫時逮捕之特殊性並進行相關公共政策考量。突破之道在於徹底解析私人逮捕之規範結構及法理基礎，釐清私人逮捕與執法人員逮捕之差異以及制度設計之可能變因。在進入此等分析前，本論文將於下一章介紹美國法制中之公民逮捕，公民逮捕源自於普通法系統，具有悠久之歷史淵源，在當代美國法制中更具備豐富且多樣之變化，本文將透過公民逮捕的歷史溯源及法則分析，呈現法律與社會穩定且持續之互動過程，呈現法律與社會穩定且持續之互動關係，並彰顯公民逮捕制度強烈之工具性特徵，以及該制度在複合模式靈活度上的充分發揮。

第三章 美國法下之公民逮捕

一則發人深省的小故事：*Kitty Genovese* 謀殺案

1964年3月13日的紐約市皇后區，*Kitty* 在凌晨3點20分，將她的車停在長島火車站的停車場，雖然她住在平靜的中產階級社區，然而她似乎察覺到事情有點不太對勁，於是她捨棄了回家的近路，開始在明亮的 *Lefferts* 大街上奔跑，但是她沒跑多遠就被人攻擊了。*Milton Hatch* 在聽到第一聲尖叫後醒來，從公寓的窗戶凝視著對街，他看見一個女人跪倒在人行道上，有一個男人站在他的前方，那個女人大叫：「救我！救我！天啊！他刺傷我了！」*Hatch* 靠著窗戶大叫：「放開那個女人。」跟著其他的窗戶也打開了，光線也接著亮了起來，歹徒就駕著他的車逃逸，但是沒有人打電話報警。既然有那麼多人看著她，*Kitty* 沿著人行道慢慢的走回家，但是速度實在不夠快，十分鐘後她的鄰居看見那麼歹徒再次出現，正在尋找著 *Kitty*，然後他再度刺傷了 *Kitty*，她尖叫著：「我快死了！我快死了！」但是依然沒有人伸出援手，也沒有人打電話報警。*Emil Power* 回憶到，當時他本來打算報警的，但是他的老婆認為別人一定會打，所以阻止了 *Emil*。第三次的攻擊，也是致命的攻擊，發生在離 *Kitty* 家幾戶旁的一棟大樓前廳，旁觀者看著歹徒打開大樓的門，僅還能聽到微弱的哭喊。最後，在凌晨3點55分，也就是 *Kitty* 第一聲尖叫後的35分鐘，住在案發現場頂樓樓梯旁的 *Harold Klein* 終於報警了，第一部警車在兩分鐘後趕到，但一切為時已晚¹⁸⁸。

第一節 公民逮捕概述

本章旨在探討美國法下之公民逮捕（*citizen's arrest*），該制度主要乃規範私人在未獲得令狀授權的前提下，於何等情況得以逕行逮捕犯有重罪或輕罪的犯罪行為人。一般而言可以分為兩種情形，其一是針對公民在場時所發生的犯罪；另一種情形則是發動逮捕的公民雖未於犯罪行為著手時在場，惟逮捕者有合理理由相信被逮捕者犯有重罪。然而若發生誤捕，實施逮捕的公民要承擔損害賠償責任

¹⁸⁸ Elliot Aronson, *Social Psychology*, Pearson Prentice-Hall (2007), 6th ed., p. 359.

或刑事責任。公民逮捕制度最早源自於普通法系統，爾後為美國制定法所繼受，於 1976 年共有 31 州針對公民逮捕設有立法規範。截至目前為止，美國絕大多數的州都已經制定了公民逮捕的相關立法，各州對逮捕基本要件的規範大致相同，然而針對輕罪（misdemeanor）、破壞和平罪（breach of the peace）以及逮捕者於重罪違犯時並未在場見聞（felonies not witnessed by the arresting party）這三種情形的容許範圍則呈現較為分歧的現象。

在本章中，本文將透過歷史溯源及演進過程說明當代美國法所適用的公民逮捕法則是如何在經歷數百年的發展後而建立，而這個建立的過程又是如何充分體現法律與社會的交錯互動，從這些彼此交匯的因素便可逐漸勾勒出公民逮捕法則背後彰顯之價值。在進入法則的具體內容分析前，在此先簡述美國法制下公民逮捕的概念及實務重要性，特別是公民逮捕法則與公共政策間緊密的關聯性。

第一項 美國法制下的公民逮捕

第一款 公民的概念

私人所為的無令狀逮捕，在英美法的體系下稱為公民逮捕（citizen's arrest）。惟這裡的「公民」採取的是廣義的理解，等同於私人（private person）的概念，指稱非治安官之人，也就是不具備官方身分之人，無論他是否具有公民身分或是否屬於當地的居民¹⁸⁹。其次，假若私人是基於國家機關的請求或是協助警方逮捕，則這個人在為逮捕的行為時，就如同具有官方身分的人員，因而也不會落入公民逮捕的範疇。

第二款 取得令狀的可能性

無論在逮捕時是否在現實上有取得逮捕狀的可能，只要符合無令狀逮捕規則均不影響其合法性。聯邦最高法院指出，逮捕的合法與否不在於是否能夠及時取得令狀，而是在於逮捕的當時，是否具備相當理由。當然，在現實上如果有取得令狀的可能，對於無令狀逮捕的合理性而言，依然是個具有重要性的指標。本章旨在討論在普通法的脈絡中，私人在何種要件的限制下可以無令狀逮捕刑事犯罪者。必須注意的是，某些州會透過立法改變普通法的逮捕規則。

¹⁸⁹ RES 2d TORTS §119.

第三款 逮捕權屬於公民的「特權」

在同一個法律關係中，並不排除權利與義務同時並存，例如民法上父母對子女的權利義務關係，也就是通稱的「親權」。親權，是父母基於為人父母的地位，對其子女的一種「權利」，本質上，涵括父母對未成年子女的職分與義務，內容包括供給生活條件的養育、子女的家庭教育、身心的正常成長、倫理道德的培養等，使子女有安定、安全的生長環境。重要的是，我們的法律體制認為親權不只是權利，更具有強烈義務成分。所以，親權行使的前提，應以未成年子女的福祉為重心，而行使的範圍更應以子女利益為優先。

公民逮捕經常被稱為公民的「權利」(right)，然而這就會衍生出一個問題：是否逮捕現行犯不僅只是公民的權利，同時也是義務？至少在理論上不排除有這個可能性。然而在美國法制¹⁹⁰中公民逮捕從來都不是公民的義務，也因此將公民逮捕視為「權利」可能讓人產生誤會。比起「權利」(right)，透過「特權」(privilege)加以描述反而更恰當。而這種授予人民逮捕「特權」背後的政策考量，其實就是鼓勵人民自願參與逮捕犯罪者的行動。

第二項 公民逮捕在實務上的重要性

截至 70 年代，美國執法機關每年均花費超過 80 億美元作為犯罪防治與執行法律之預算，然而從 50 年代開始，對於犯罪的逮捕率反而逐年下降，且此一情況隨著各種犯罪的增加而趨於嚴重¹⁹¹。這個現象導致人民對於自身安全的恐慌，逐漸促成了私執法人員 (private law enforcer) 的出現，藉由這些人員輔助公家機關。儘管基於多種原因，無法得知確切的私執法人員人數（例如銀行雇用多少保全就是機密事項），然而非官方的統計顯示，在 1976 年至少就有 80 萬以上的人從事私人執法工作，相關支出更高達 66 億美元¹⁹²。面對私執法組織如此快速的擴展，相關的法制卻沒有隨之建構起來。針對私執法人員的資格及其行為規範，各州並沒有全面性的立法管控，只有零星關於武器配置的管制，當私執法人員進行犯罪者的逮捕時，相關人員的權限就仰賴公民逮捕的運用。

¹⁹⁰ 這裡指是當前美國的法律制度，在早期普通法的脈絡中，確實曾認為公民負有逮捕重罪犯的義務，請參見本章第二節公民逮捕的歷史溯源。

¹⁹¹ M. Cherif Bassiouni, *Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police*, Charles C Thomas (1977), p. 3.

¹⁹² M. Cherif Bassiouni, *Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police*, Charles C Thomas (1977), p. 3.

從私人從事保全以及警衛工作的人口逐年增加，並且呈顯穩定的成長此一現象觀之¹⁹³，可以合理推斷，當犯罪率不斷升高而國家的犯罪預防以及刑事偵查卻沒有隨之呼應時，訴諸於私人警戒的方式只會更加常見。

除了私執法人員，所有擁有逮捕權限的聯邦探員，例如美國聯邦調查局（Federal Bureau of Investigation）、藥品監管局（Drug Enforcement Administration, DEA）、特勤局（Secret Service）、郵政監察局（Postal Inspection）、海關檢查人員（Customs Inspector）等等，這些原本聯邦法律授予逮捕權限的人員，若在這些授權基礎法律的範圍之外進行逮捕，其合法性就必須透過公民逮捕法則加以審查（例如聯邦探員或州執法人員超出管轄權界線而發動逮捕）。這些受到公民逮捕法則拘束的聯邦或州執法人員，光是 1976 年就超過 1 億人。透過上述的說明可以看出，儘管與國家機關所為的逮捕相較，尚無法得知公民逮捕的影響程度，但是從公民逮捕的適用範圍卻可以顯示其重要性。

然而實證資料卻顯示¹⁹⁴，公民逮捕法則最常適用的對象並非其源初所設定的人員：一般私人。反而是超出管轄範圍的國家執法人員以及私執法人員最常使用公民逮捕法則作為逮捕依據。原因之一在於普遍大眾對於緊急狀況缺乏投入的動機，而社會學家以及行為心理學家認為，這個反應其實受到立法以及司法政策的影響；人民在決定是否投入緊急狀況時，會考量許多因素，從誘因理論（Incentive Theory）的角度來看，行為決定於個體對於各種行動可能結果的分析，也就是以行為後果的有利與不利作為判斷基礎來決定採取何種行動；當負性誘因越多，個人就越不願意投身於緊急情狀，而當正性誘因和負性誘因相當時，人們傾向受到負性誘因的影響。由此可以看出，人民投入緊急情狀的意願，取決於立法以及司法政策能夠提供多少正性誘因。

另一方面，普遍大眾對於公民履行社會責任的冷漠，也是造成公民逮捕制度不彰的原因。這些社會責任包括對於犯罪被害者的協助、緊急情況下的干預、支援執法機關以及刑事訴追程序的參與。但特別是在犯罪率高的社群中，公眾多將這些社會責任推卸給國家執法機關。再者，公民逮捕制度在現實社會中還存在一個問題，就是社會心理學中所謂的「責任分散」現象（diffusion of responsibility）。在緊急事件中個人之所以未採取行動，是因為他認為也許有其他人會介入處理，

¹⁹³ Charles Nemeth, *Private Security and the Law*, Butterworth-Heinemann, 3rd ed. (2004), pp. 113-116.

¹⁹⁴ M. Cherif Bassiouni, *Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police*, Charles C Thomas (1977), pp. 4-5.

採取行動的責任並不完全肩負在個人身上，因此最後往往無人出手協助。特別是在街頭暴力的案件中，常常有許多路人親眼目睹，但是很多因素影響旁觀者的介入（bystander intervention），包括認為有其他人會介入處理、害怕危害自己生命安全、能力不足以幫助受害者、介入後會干擾自己生活（例如必須到法庭作證甚至可能遭到報復等）。以上因素常使得路人對犯罪事件袖手旁觀，冷漠以對，讓歹徒公然犯案無所畏懼。然而在美國卻有一個社區守望的歷史傳統，社區居民經常組成社區巡守隊，透過聯結社區眾人的力量，建構起防衛網絡，當有事件發生時，便會彼此通知。因此整體而言雖然社會冷漠的現象依舊，但是自願性組成巡守網絡來保障自己與他人的情形卻越來越多，而公民逮捕法則也會適用於巡守隊員所發動的逮捕，故可想見公民逮捕的運用範圍也將越來越廣。

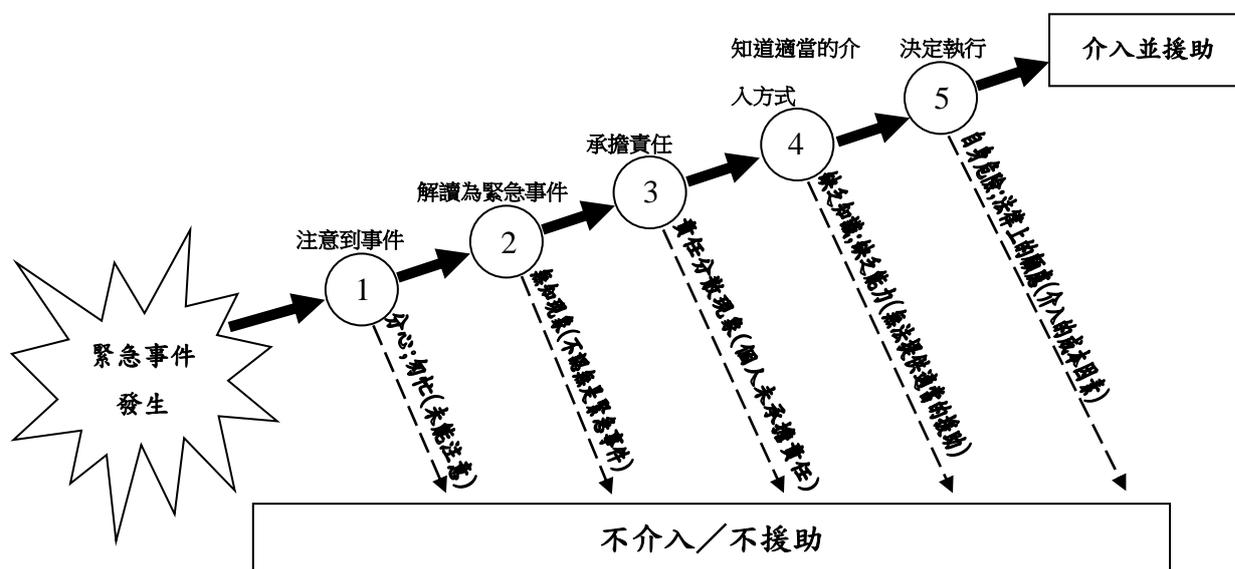
第三項 公民逮捕作為實現社會政策的重要工具

第一款 旁觀者決策樹（Bystander intervention decision tree）

見警率對於犯罪預防具有重大的影響，然而願意參與刑事訴追行動的公民多寡，也是另一個影響犯罪預防成效的因素，蓋當犯罪發生時，在場的多半都是一般的公民而非執法人員。職是之故，公民逮捕便成為一個重要的社會政策工具。事實上，若公民逮捕在刑事以及民事上的容許範圍被限縮，那麼便會形成私人在考量是否進行公民逮捕時的反誘因；相反的，若擴大公民逮捕在刑事及民事上的影響，就等同於強化私人參與刑事訴追程序的動機。鼓勵私人介入緊急事件的社會政策能提高執法效率，然而，私人對於國家執法權限的干涉，也會造成負面的影響，最常見的就是在事態不明的情況下，私人是否得基於懷疑就逕行發動逮捕，此時就要與對無辜第三者權利所造成的不利影響相互衡量。相關政策除了隨了歷史發展而有所不同，各州政府也會因應當地社會現實狀況，採取不同的刑事政策，當犯罪率提升而社會參與度將低時，政府便希望透過公民逮捕法則，鼓勵民眾參與刑事罪犯的逮捕行動；相反的，當公民所為的逮捕造成社會秩序的動亂時，相關政策便會趨向保守，限制公民逮捕法則的適用範圍。

還記得本章一開始的小故事嗎？*Kitty Genovese* 的悲劇故事很快成為當時新聞的焦點，並傳遍了紐約以及全美國。根據警方的調查，總共有 38 人目擊這次慘案，人們不禁要問，為什麼沒有人伸出援手或是趕快報警？此事件引發社會廣泛的討論，甚至在法律學界中掀起一波討論公民逮捕法則的浪潮。且影響所及不

僅止法律圈，*Kitty* 謀殺案也引起了社會心理學者 *Bibb Latané* 和 *John Darley* 的關注；命案發生時，*Latané* 和 *Darley* 任教於紐約大學，他們認為 *Kitty* 的鄰居之所以沒有伸出援手，不單只是都市生活的冷漠或生活壓力所致，更可能是基於一個矛盾的事實：就是一個緊急事件的旁觀者越多，其中某一人伸出援手的可能性就會越小。經過數十次在實驗室進行的實驗，*Latané* 和 *Darley* 證實了他們的假設：緊急事件的目擊者越多，任何一人出面幫助遇難者的可能性就會越小，後來這個現象被稱為旁觀者效應（bystander effect）。*Latané* 和 *Darley* 最後繪製出一個模型，用來說明人們如何決定是否涉入一件緊急事件，這個模型名為旁觀者決策樹（Bystander intervention decision tree）¹⁹⁵。



圖表 3.1：旁觀者決策樹

Latané 和 *Darley* 指出，旁觀者在決定是否涉入緊急事件時，會經歷五項步驟，分別是：注意到事件、將事件詮釋為緊急事件、承擔責任、知道如何救助、決定進行援助。如果旁觀者在上述的五個步驟中失敗了一項，那麼他在意外事件中就不會伸出援手，而這五個步驟各有不同阻撓因素存在。例如前面提到的「責任分散」現象就是第三個步驟的阻撓因素，一旦緊急事件目擊者的人數增加，每個旁觀者的助人責任感就會隨之減少，*Kitty* 的鄰居無法知道是否已經有人通知警察，此時很可能大家都假設自己不必打電話，因為一定有人已經打了，悲哀的

¹⁹⁵ Elliot Aronson, *Social Psychology*, Pearson Prentice-Hall, 6th ed. (2007), pp. 361-364; Robert A. Baron, Donn Byrne, Nyla R. Branscombe, *Mastering Social Psychology*, Pearson Allyn & Bacon (2007), pp. 274-281.

是，由於每個人都認定採取行動是別人的責任，結果卻造成 *Kitty* 獨自與歹徒對抗。*Kitty* 謀殺案最諷刺的是，如果聽到她求救的人數少一些，她或許就不會死了。

「助人行為是否會出現」最後一個關鍵性考量，就是我們必需要「決定進行援助」(deciding to help)。影響我們做出最後決定的，可能是基於能力因素；包括認為自己或許不夠資格給予正確的幫助。也可能是一些社會性因素，例如我們怕別人以為自己愛管閒事，或是擔心在助人的過程中出糗，害怕做錯而讓情況更糟。除了上述因素之外，避免招致對自己不利的結果也是影響助人行為的決定性因素¹⁹⁶，例如考量自己是否會因為助人而陷入險境，或需要面臨嗣後的法律責任。就此點而言，公民逮捕法則的建構就會影響旁觀者介入的可能性，逮捕規則中每一個要素的改變，都會對於旁觀者產生影響。*Kitty* 謀殺案所引起的討論在於，既往的公民逮捕刑事政策是否已有調整之必要？究其根本，此乃源自於美國在 20 世紀以後所採取的刑事政策，並不鼓勵一般私人參與執法活動，避免私人動輒以執法人員自居，甚至對執法人員的行動造成阻礙¹⁹⁷。然而隨著現代化的過程，這種刑事政策的走向是否有調整的必要？從 *Latané* 和 *Darley* 的旁觀者決策樹模型可以得知，公民逮捕法則的設計會成為旁觀者做出救援決定的變因，若逮捕者發生事實上或是法律上的錯誤認知進而需負擔後續的法律責任，那麼在人們行動之前，就會在腦海中進行某種的風險盤算。在 *Kitty* 謀殺案發生後，公民逮捕法則該如何建構再度成為實務以及學術上的重要議題，而這個問題背後涉及的，其實是更深層的社會政策難題¹⁹⁸。

第二款 實際案例—民間私人警戒行動

「警戒行動者」(vigilante)原意是指在一個自發性團體中負責維持秩序之人，廣義來看亦可說是自發性的執法者，這些人通常會使用武力來捍衛自己的價值，且其行動經常涉及到個人的財產或其他利益。美國獨立建國後，民間私人警戒行動蓬勃發展，近年來，這種行動更有了新的面貌；晚近美國面臨大量的非法移民勞工進入邊境的現象，而政府卻沒有相應的移民政策，一般公民於是在邊境展開

¹⁹⁶ Michael A. Hogg/Joel Cooper, *The Sage Handbook of Social Psychology*, Sage (2003), pp. 280-281.

¹⁹⁷ 舉例而言，1962 年在紐約曾經出現一個案例，被告在路上見到兩名男子攻擊一位年輕人，於是上前救援，最後才發現原來是兩名便衣警察在執行逮捕任務，法院最終認定被告有罪。請參見：*People v. Young*, 11 N.Y.2d 274, 183 N.E.2d 319, 229 N.Y.S.2d 1 (1962).

¹⁹⁸ Columbia Law Review Association, *The Law of Citizen's Arrest*, *Columbia Law Review*, Vol. 65, No. 3 (1965), p. 503.

了捍衛家園的行動。警戒行動者指出，他們的目標在於幫助美國政府解決那些無法或不願處理的移民問題¹⁹⁹。如地處美國邊境的德克薩斯州以及亞利桑那州，面臨嚴重的墨西哥非法移民問題，自然也導致這兩州的私人警戒行動廣泛活動，目前在美國較為人所知的警戒行動組織有馬場救援（**Ranch Rescue**）以及民兵計畫（**Minuteman Project**）。馬場救援組織對外宣稱，該組織的理念在於當政府無法或拒絕採取行動，公民就有義務起身捍衛自己的權利²⁰⁰，該組織活躍於德州、亞利桑那州、加州以及新墨西哥州²⁰¹。同樣惡名昭彰的組織民兵計畫則是由 *Jim Gilchrist* 於 2004 年 1 月所創立，有感於美國政府多年來忽視相關移民法制的執行，他決定建立一個全新的組織；組織的執行長 *Al Garza* 強調，民兵計畫成員絕對不是種族主義者，也不認同白人優越主義，唯一訴求僅在於相關的移民法必須有效執行，以對抗入侵者²⁰²。

在這兩大組織對抗墨西哥非法移民的同時，相關法律問題於焉產生：究竟民間私人警戒行動者的行為是否合法？這些人能夠援引什麼正當化事由？且私人警戒行動具有高度危險性，可能對非法移民造成嚴重侵害，甚至會激起種族仇恨²⁰³，美國政府是否樂見此種現象，相關政策的因應又會考量何等因素？

2005 年美國國會議員 *John Abney Culberson* 提出了邊境保護隊法案（**The Broder Protection Corps Act**），授權各州政府組織甚至徵召公民以協助防範非法移民，此法案雖可以提高政府對於私人警戒行動的監督，但同時亦會提升警戒者的法律地位，然而 *Culberson* 的法案卻從未交付國會表決。既然美國政府尚未決定將私人的警戒行動全面制度化，在層出不窮的私人警戒行動中，勢必會連結到既有的公民逮捕制度。當公民逮捕的相關立法或法院意見擴大公民逮捕法則的適用時，將會立即對私人警戒行動產生鼓勵的作用，這些行動者一旦面臨嗣後的訴訟，便可援引公民逮捕法則作為行為正當化的依據；反之，若採取緊縮的公民逮捕法則，就會降低民眾加入私人警戒行動的意願，可以說公民逮捕法制度的每一個微

¹⁹⁹ Karen S. Kopitsky, How the Scope of States' Citizen's Arrest Statutes Affects the Activity Level of Vigilante Groups on the U.S.-Mexico Border, *Journal of Gender, Race & Justice*, Vol. 11, No. 2 (2008), p. 308.

²⁰⁰ "...when government fails or refuses to act, individual citizens are obligated to act on their own."

²⁰¹ Karen S. Kopitsky, How the Scope of States' Citizen's Arrest Statutes Affects the Activity Level of Vigilante Groups on the U.S.-Mexico Border, *Journal of Gender, Race & Justice*, Vol. 11, No. 2 (2008), p. 317.

²⁰² Karen S. Kopitsky, How the Scope of States' Citizen's Arrest Statutes Affects the Activity Level of Vigilante Groups on the U.S.-Mexico Border, *Journal of Gender, Race & Justice*, Vol. 11, No. 2 (2008), p. 319.

²⁰³ 關於非法移民對於私人警戒行動者所提起的民事訴訟，可以參見：*Leiva v. Ranch Rescue*, No. CC-03-77 (S. Tex. 2003).

調都會影響到私人警戒行動者涉入邊境非法移民問題的意願，而美國政府對於私人警戒行動者所採取的管理策略，亦會反過來影響公民逮捕法制的建構，兩者處於一種微妙的互動關係中。

第四項 與憲法增修條文第 4 條之關聯性

依照學者看法²⁰⁴，公民逮捕權之範圍完全取決於州政府，而不受憲法對於執法機關及其他國家機關的相關限制，理由在於美國憲法增修條文第 14 條的適用範圍僅及於州政府及其機關而無法及於私人行為，因此相關的正當程序規制便不及於公民逮捕的立法。而增修條文第 4 條關於政府搜索扣押與隱私權的規定，也非全面禁止所有政府人員為搜索扣押行為，該等規定最主要是要禁止聯邦政府公務人員（government）從事不論是直接（directly）或間接（indirectly）的不合理（unreasonable）搜索及扣押。簡言之，增修條文第 4 條主要是限制政府公權力之行使，因此對單純私人的非合理（purely private unreasonable）搜索與扣押則不在禁止之列。增修條文第 4 條因增修條文第 14 條之規定亦得以適用於州級政府公務員，然而無論如何不及於單純私人的逮捕行為，職是之故，此種不受憲法管控的特性，提供了政策制定者擴大其運用範圍的誘因。

第五項 立法者與司法者步調的不協調

在美國法中，並未建構一個普遍的法律義務要求人民在危難事件中提供彼此必要的協助。然而美國早期的歷史卻出現一個特殊的現象，私人以幾近脫序的行為取代了國家大部分的執法任務，因此政府迫切需要抑制這種現象。從 19 世紀後期開始，大多數的州政府採取的社會政策便是盡可能限制私人此類行為。造成的結果就是私人所發動的逮捕，假如嗣後證明是基於判斷錯誤，逮捕者便應承擔相關的刑事及民事責任，換言之，逮捕者是甘冒自身的風險（at his own peril）。這種自 19 世紀後期開始的政策走向，在私人決定是否於緊急事件中採取行動的時候，提供了負性的誘因。因此當公民逮捕法則的相關立法背後考量的政策，即便無法稱為鼓勵，至少也是容許私人進行逮捕，然而司法實踐中卻透過相關規範的解釋以及適用，採取了不同的政策決定，也就是希望箝制私人對於國家事務的

²⁰⁴ M. Cherif Bassiouni, *Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police*, Charles C Thomas (1977), p. 8.

干涉。

第二節 公民逮捕歷史溯源

Three civil brawls, bred of an airy word,
By thee, old Capulet, and Montague,
Have thrice disturbed the quiet of our streets,
And made Verona's ancient citizens
Cast by their grave beseeming ornaments,
To wield old partisans, in hands as old,
Cankered with peace, to part your cankered hate.
If ever you disturb our streets again,
Your lives shall pay the forfeit of the peace.²⁰⁵

第一項 守望條例 (Assize of the Watch)

在 1233 年、1242 年和 1253 年所頒布的守望條例 (Assize of the Watch) 規定，每一個鎮和城市在夏季夜間必須至少設立 4 名守夜人 (watchman)，由於在夏季道路乾燥，流浪者容易入侵市鎮，故守夜人應負責逮捕陌生人，如果他們逃跑，則要進行追捕²⁰⁶。守夜人是早期治安官制度的輔助，與治安官一同承擔維護地方治安的責任²⁰⁷。為了維護聚落的安全，1233 年的條例規定任何人均不得提供陌生人多於一個晚上的協助，除非主人能夠為客人的品行作出誓言；1253 年的條例再次重申這項規定，陌生人只可以在白天停留於聚落中，且必須在在大庭廣眾面前離開，除非是在農作物的收成時節才有例外的可能²⁰⁸。

²⁰⁵ W. Shakespeare, *Romeo and Juliet*, Act I, Scene 1.

中譯如下：凱普萊特，蒙太古，你們已經三次為了一句口頭上的空言，引起了市民的械鬥，擾亂了我們街道上的安寧，害得維洛那的年老公民，也不能不脫下他們尊嚴的裝束，在他們習於安樂的蒼老衰弱手裡拿起古舊的長槍，分解你們潰爛的紛爭。要是你們以後再在市街上鬧事，就要把你們的生命作為擾亂治安的代價。

²⁰⁶ Horace L. Wilgus, *Arrest without a Warrant*, *Michigan Law Review*, Vol. 22, No. 6 (1924), p. 547.

²⁰⁷ H. R. T. Summerson, *The Structure of Law Enforcement in Thirteenth Century England*, *The American Journal of Legal History*, Vol. 23, No. 4 (1979), p. 316.

²⁰⁸ H. R. T. Summerson, *The Structure of Law Enforcement in Thirteenth Century England*, *The American Journal of Legal History*, Vol. 23, No. 4 (1979), p. 317.

第二項 1285 年溫徹斯特法 (Statute of Winchester)

溫徹斯特法乃 1285 年由愛德華一世在位 13 年後所頒布，其名稱源自於該王朝古時的首府。該法是有關王國警察和治安方面的法律，一直到喬治四世時該法才被廢止，溫徹斯特法形成了英國早期的刑事訴追制度以及逮捕的法則 (rules of apprehension)，這些法律維持了好幾世紀的效力，有些甚至影響到近代普通法的逮捕法則，迄今仍舊影響著法院判決。溫徹斯特法標誌著早期法律執行的里程碑，於該法的序言當中指出，根除犯罪者的力量乃是本法的最高宗旨。這部法律保留了早期體制的特色並加以實證化，並重申治安維護的地方責任原則 (the principle of local responsibility)，也就是維持治安的任務主要乃委由個別地區人民。

在溫徹斯特法的規範架構下，私人在刑事司法體制中佔有極為重要的地位，該法引進了在撒克遜時代就存在的追捕呼叫法則 (the law of hue and cry)²⁰⁹，依此法則，逮捕犯罪者不僅是每個人的權利，更是義務，一旦發現罪犯，人民就有義務主動發出呼叫；而當聽見呼叫時，人民也必須丟下手邊的工作加入追捕行列²¹⁰，根據當時的法律注釋者所言²¹¹，只要私人於犯罪違犯時在場，便負有義務逮捕該重罪犯。呼叫的方式有許多種，可以透過口頭吶喊、農夫經常攜帶的號角、甚至是教堂的鐘聲。

任何人若是沒有回應追捕呼叫，將被視為犯罪的同夥，同時成為追捕呼叫的對象。為了要落實追捕呼叫的規定，溫徹斯特法甚至規定了關於武器的法定標準 (assize of arms)，每位 15 至 60 歲的男性都必須在其住處存放甲冑以維持和平 (harness to keep the peace)²¹²。上層階級的人都必須持有鎧甲、頭盔、劍、刀以及馬匹，若是較為貧困的人則必須持有弓及箭。在每個百戶 (hunderd) 中，均有兩名受百戶法院任命的高級治安官負責執行每半年一次的武器檢查。總結而言，溫徹斯特法所確立的原則主要包括：1) 每個人都有維護和平的義務，每個市民都可以逮捕犯罪人；2) 無給職的治安官負有重大的責任來維護地方秩序，並透過引進守夜人 (town watchmen) 協助其履行職務，依照城鎮的大小，每隊守夜人最多由 16 位成年人所組成，在日落後日出前負責守衛城鎮的門戶，且享有在夜間逮捕陌生人的權限，被逮捕者將於天亮後送交給治安官；3) 如果犯罪

²⁰⁹ “hue and cry shall be levied on them, and such as keep the watch shall follow with hue and cry, with all the towns near.”

²¹⁰ Jerome Hall, Legal and Social Aspects of Arrest without a Warrant, Harvard Law Review, Vol. 49, No. 4 (1936), p. 579.

²¹¹ M. Cherif Bassiouni, Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police, Charles C Thomas (1977), p. 9.

²¹² Horace L. Wilgus, Arrest without a Warrant, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 6 (1924), p. 545.

者未能當場被捕獲，則必須發動追捕呼叫，這意味著脫逃者將被整個城鎮的民眾所追捕；4) 每個人平時都要準備好武器，以加入追捕呼叫的行動；5) 治安官有義務將犯罪者帶至領主治安法院²¹³。

往後幾百年的時間，法律上對於逮捕權的討論依舊以私人為重心，甚至國王任命的官員是否能夠進行無令狀逮捕，還必須以私人於同樣的情況下亦得以逮捕為限。溫徹斯特法在歷史上的重要性在於，這是從諾曼第人征服英國（Norman Conquest）後，到 1892 年首都警察法案（Metropolitan Police Act）制定通過期間，唯一一部全面性地規範英國治安維持秩序的法律，當中建立的原則幾乎適用了近 600 年的時間，稱得上英國第一部有關警察系統的立法。該法承繼了過往撒克遜人所建立的原則，將對社群的奉獻視為每個人的義務，並在普通法的支配下，委由私人執行逮捕的權限。

第三項 17、18 世紀普通法的發展

在 17 世紀的普通法中，對於刑事犯罪嫌疑人的逮捕可以分成四種方式，分別為：1) 依據令狀而為逮捕；2) 執法人員所為的無令狀逮捕；3) 私人所為的無令狀逮捕；4) 根據追捕呼叫(hue and cry)而為的逮捕²¹⁴。英國法學家 *Sir Mathew Hale*（1609—1676）曾經說到，相較於一般的私人，執法人員更值得信賴，因為一旦執法人員有違反義務的地方，便有相關的法律作為懲戒的依據，也因此應當鼓勵且保障執法人員依法執行逮捕任務²¹⁵，換言之，早在 17 世紀 *Hale* 就已經主張執法人員的逮捕權限應當是大於一般私人的。然而依據 17 世紀的普通法，當重罪在事實上沒有發生時，無論是執法人員或是私人均不得發動逮捕，就此點而言，並未區隔私人以及執法人員。對私人來說，假如沒有重罪遭到違犯，那麼私人就不會有懷疑的根據（ground of suspicion）；對執法人員而言，*Hale* 強調重罪仍應事實上遭到違犯，兩者權限的差別在於對被逮捕者犯罪嫌疑的認知程度²¹⁶。假如是私人進行的逮捕，被逮捕者的犯罪嫌疑必須源自於逮捕者自身的認知，而

²¹³ Thomas Alan Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), pp. 6-7; H. R. T. Summerson, *The Structure of Law Enforcement in Thirteenth Century England*, *The American Journal of Legal History*, Vol. 23, No. 4 (1979), p. 325; Theodore Frank Thomas Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Brown and Company, 5th ed. (1956), pp. 430-431.

²¹⁴ Horace L. Wilgus, *Arrest without a Warrant*, *Michigan Law Review*, Vol. 22, No. 6 (1924), pp. 544-545.

²¹⁵ Matthew Hale, *The History of the Pleas of the Crown*, Vol. 2, 1 ed., et al., *Historia Placitorum Coronae*, [lxxxvii] (1847), *72, *82-83, *85, *88-98.

²¹⁶ Jerome Hall, *Legal and Social Aspects of Arrest without a Warrant*, *Harvard Law Review*, Vol. 49, No. 4 (1936), pp. 566-569.

官員所為的逮捕則未必要基於自身的認知，即便來自於他人對於犯罪嫌疑的告知亦可，然而 *Hale* 提出的這個差異在實務上卻從來不具有重大的意義，至少法院並未嚴格執行這項判準²¹⁷。

之後，*Blackstone* 在其著作《英國法釋義》（*Commentaries on the laws of England*）中則如此闡述治安官員的逮捕權限：

“.....great original and inherent authority with regard to arrests. He may, without warrant, arrest anyone for a breach of the peace, committed in his view, and carry him before a justice of the peace. And, in case of felony actually committed, or a dangerous wounding whereby felony is likely to ensue, he may upon probable suspicion arrest the felon; and for that purpose is authorized (as upon a justice's warrant) to break open doors. .”²¹⁸

Blackstone 認為，治安官在其職權範圍中享有極大的逮捕權限，得以在沒有令狀的前提下，逮捕任何當場見聞其違犯破壞和平罪之人，並將此人帶到治安法官面前。而在重罪事實上遭到違犯，或依具體情形判斷認為重罪有可能即刻出現的情況下，治安官員亦得基於此等嫌疑而逮捕犯罪者。為了達到上述目的，治安官員被授予得以強行進入住宅的權限²¹⁹。*Blackstone* 的論述關鍵之處在於，他明確地認為治安官員依其固有的逮捕權限，享有大於一般私人所為的公民逮捕。在英國法釋義第 4 卷的第 21 章〈論逮捕〉（*Of Arrests*）中，*Blackstone* 花了許多篇幅介紹官員的特別逮捕權限，諸如治安法官、郡長、郡驗屍官、治安官以及巡警。這些官員的特別逮捕權限也是前述犯罪嫌疑人的逮捕方式中，執法人員所為的無令狀逮捕以及私人所為的無令狀逮捕之區別所在。依照 *Blackstone* 的觀察，兩者的區別在於治安官員為了遂行逮捕重罪犯之目的，得強行進入他人住宅，但是私人一般而言並不允許如此為之，除非是在緊密跟追的情況²²⁰。而對於較輕微的破

²¹⁷ M. Cherif Bassiouni, *Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police*, Charles C Thomas (1977), p. 10.

²¹⁸ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 4, University of Chicago Press (1979), p. 289.

²¹⁹ Jerome Hall, *Legal and Social Aspects of Arrest without a Warrant*, *Harvard Law Review*, Vol. 49, No. 4 (1936), p. 570.

²²⁰ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 4, University of Chicago Press (1979), p. 290.

壞和平罪，私人僅得介入將鬧事者強行分開，但是治安官員卻享有更為廣泛的權限，只要其於犯罪者違犯破壞和平罪時在場，便得以將鬧事者逮捕並拘捕，即便紛爭已經終了亦然²²¹。Blackstone 強調，法律一般而言僅容許私人逮捕重罪犯，對於違犯破壞和平罪之人則不得為之²²²。Blackstone 進一步提到執法人員與一般私人在搜索及逮捕權限上的差異：

“The remaining offences against the public peace are merely misdemeanors, and no felonies: as,....Affrays....Affrays may be suppressed by any private person present, who is justifiable in endeavouring to part the combatants, whatever consequence may ensue. But more especially the constable, or other similar officer, however denominated, is bound to keep the peace, and to that purpose may break open doors to suppress an affray, or apprehend the affrayers, and may either carry them before a justice, or imprison them by his own authority for a convenient space till the heat is over.”²²³

並非所有針對公眾所為的犯罪均屬於重罪，有些犯罪類型僅為輕罪（misdemeanor）的性質，例如鬥毆罪（Affray），私人為鎮壓鬥毆罪的犯罪行為人，得以不擇手段地將鬥毆的雙方強行分離，但是更特別的是治安官或是其他執法人員所享有的特別權限，他們在職務範圍內具有維護和平的義務，為了達成其任務得強行進入住宅鎮壓鬥毆者，或將其逮捕並帶至法官面前，也可以本於自己的權限將鬥毆者拘禁於鄰近處所直到動亂結束²²⁴。綜合以上的論述，Blackstone 認為私人具有逮捕重罪犯的權限，於重罪發生時在場之一般私人依法甚至具有逮捕的義務，然而私人的權限也僅僅侷限在對於重罪的逮捕。值得注意的是，在執法人員所為的重罪逮捕中，Blackstone 特別標注重罪必須事實上遭到違犯（actually committed），就此點而言在執法人員及私人之間並未有所的不同，故

²²¹ William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Vol. 4, University of Chicago Press (1979), p. 289.

²²² Blackstone 清楚點出許多破壞和平的行為並非重罪，請參見：William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Vol. 4, University of Chicago Press (1979), pp. 142, 146-153.

²²³ William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Vol. 4, University of Chicago Press (1979), pp. 144-146.

²²⁴ William Hawkins, A treatise of the pleas of the Crown, Vol. 2, Eighteenth Century Collections Online: Range 5261, p. 142.

截至 1765 年，在普通法的系統中，當重罪事實上沒有發生時，法律並未明確區別一般私人以及執法人員的權限，這個現代美國逮捕法則中的重要標準其實是透過往後法院實務加以實現的。

	重罪	破壞和平罪	輕罪
私人	O (條件：重罪事實上出現)	X (私人不得為之)	X (私人不得為之)
執法人員	O (條件：重罪事實上出現)	O (條件：逮捕者於犯罪違犯時在場見聞)	X (非涉及破壞和平的單純輕罪，執法人員亦不得為之)

圖表 3.2：Blackstone 對於私人及執法人員逮捕權限的劃分

第一款 關鍵實務判決的出現：Samuel v. Payne 案

1780 年的 Samuel v. Payne²²⁵ 案是普通法系統中正式擴大官方權限的里程碑，稱其為標竿判決並不為過。透過這個判決，英國法院正式回應 Hale 及 Blackstone 的主張，也就是應當區別官員以及公民的逮捕權限²²⁶。在該案中，Samuel 遭控竊取項鍊，治安官隨後獲得搜索 Samuel 家的令狀，然而實際搜索 Samuel 家之後卻一無所獲，儘管如此，治安官員 Payne 及其助手還是將 Samuel 逮捕。Samuel 於是控告 Payne 非法侵入以及錯誤拘禁，儘管結果證實根本沒有重罪遭到違犯，然而法院依舊認為原告 Samuel 對治安官員的控訴並不成立，蓋基於重罪的合理控訴，治安官得正當化其逮捕行為，儘管嗣後顯示重罪並未遭到違犯亦然。相對地，一般私人則不得享有此種逮捕權限²²⁷。事實上，只要根據當時一切的事證，確實有重罪違犯的高度可能性 (highly probable)，對於治安官員及其助手而言，便存在充分的逮捕事由，在本案中，法院甚至認為，光是存在他人對於重罪的控訴就足以證成執法人員所發動的逮捕²²⁸，法院強調執法人員依職權 (ex officio)

²²⁵ I. Doug. 359, 99 Eng. Rep. 230 (K.B. 1780).

²²⁶ Akhil Reed Amar, The Fourth Amendment, Boston, and the Writs of Assistance, Suffolk University Law Review, Vol. 53 (1996), pp. 55-58.

²²⁷ I. Doug. 360, 99 Eng. Rep. 231.

“A peace officer may justify an arrest on a reasonable charge of felony, without a warrant, although it should afterwards appear that no felony had been committed; but a private individual cannot.”

²²⁸ I. Doug. 359, 99 Eng. Rep. 230.

享有許多不同於一般私人的特別逮捕權限。

Samuel 案的另一項特色在於，主導本案判決的法官 *Lord Mansfield* 幾乎完全放棄了合理懷疑判準，他認為要求執法人員在發動逮捕前必須審查他人對於重罪的控訴是否合理是極度有害的，同時也容易讓執法人員陷於違法。從 *Lord Mansfield* 的看法可以得知，法院給予獲悉他人控訴的執法人員極度廣泛的自由裁量權（*carte blanche*）。

第二款 承先啟後的 *Ledwith v. Catchpole* 及 *Cooper v. Boot* 案

1783 年，也就是 *Samuel v. Payne* 案作成後三年，英國法院再度於 *Ledwith v. Catchpole*²²⁹ 案中闡示相同的論點，主張官員得基於其所見聞之資訊而發動逮捕。在該案中，*Smith* 的貨物遭竊，他聲稱曾兩次在本案起訴人 *Ledwith* 大衣口袋中發現該失竊的貨物，於是 *Smith* 連同治安官員一同將 *Ledwith* 逮捕，且是在沒有令狀授權的情況下為之。隔天市政官釋放了 *Ledwith*，隨後 *Ledwith* 便提出本訴訟，控告逮捕者非法闖入及拘禁。承審法官 *J. Buller* 堅持認為逮捕行為必須存有合理根據的犯罪嫌疑，且此等嫌疑根據的產生必須基於親自見聞，而非僅源於他人提供的資訊。然而承審法官 *Lord Mansfield* 卻認為，本案中的被告，也就是治安官，得以根據其所獲得的資訊得出犯罪嫌疑，包括他人的控訴，這項論點對於英國的警察而言至關重大²³⁰。對此承審法官 *J. Willes* 表示同意，並認為 *Buller* 應該是沒有注意到警官基於各種資訊而發動逮捕的實務常態，早在一個世紀以前就被法院所接受。

然而，執法人員所獲得的資訊究竟要證明犯罪嫌疑到何種程度，法院見解依然不明確，*Lord Mansfield* 採用了可信任的證明（*bona fides*）以及相當理由（*probable cause*）作為標準，*J. Willes* 則並未一般化其所採用之標準，只是強調要存在證明嫌疑的有力客觀情狀（*strong circumstances of suspicion*）。

在 *Samuel v. Payne* 案做出後五年，英國法院再度於 *Cooper v. Boot*²³¹ 案中闡示相同的理念，法院認為當重罪遭到違犯，任何人均有權基於合理懷疑而逮捕重罪犯。即便嗣後證明並沒有重罪遭到違犯，執法人員仍得根據指控而發動逮捕²³²。

“The charge was a sufficient justification to the constable and his assistants.”

²²⁹ Cald. 291 (K.B. 1783).

²³⁰ Cald. 293-295.

²³¹ 4 Dougl. 338, 99 Eng. Rep. 911 (K.B. 1785).

²³² 4 Dougl. 343, 99 Eng. Rep. 913.

“when a felony has been committed, any person may arrest on reasonable suspicion. When no felony has been committed, an officer may arrest on a charge.”

Samuel v. Payne 案、Ledwith v. Catchpole 案以及 Cooper v. Boot 案這三則判決共同建構了執法人員權限擴張的基礎，整個無令狀逮捕規則的雛型到了 1783 年正式完成。

第三項 19 世紀以降普通法的發展

第一款 私人的逮捕權限與逮捕義務

19 世紀普通法形成了更加具體的逮捕法則，分別適用於巡警以及私人，此時期的普通法原則深深影響著英國法，隨著美國受到普通法的影響，這些法則也為美國許多州所接受。依照當時的普通法，若治安法官於犯罪違犯時在場，無論該等犯罪屬於重罪或破壞和平罪，均賦予執法人員逮捕犯罪者的權限，甚至於可以命令任何治安官或私人逮捕犯罪者，且此項命令並不拘泥於形式，無論是口頭或是書面均屬有效。在相同的情形下治安官也有權逮捕犯罪者，或是命令在其轄區內的其他私人逮捕。而一般平民在下列的情形也可以基於自己的權限發動逮捕：

- 1、行為人違犯破壞和平罪且逮捕者在犯罪現場。
- 2、逮捕者有合理根據（reasonable ground）相信重罪遭到違犯，且被逮捕者就是犯罪行為人，即便在犯罪發生時逮捕者並不在場。

當時普通法的原則是私人沒有逮捕犯罪者的義務，除非重罪遭到違犯，且該私人於犯罪時在場。而當私人在沒有其他政府人員命令之下所為的自願性逮捕，其責任亦概括由私人承擔，換言之，在私人逮捕的案件中，法院區別兩種狀況，一種是出於治安法官或治安官的命令而為的逮捕，此時接受到命令的私人有義務將犯罪者逮捕；另一種情形則是純粹出於私人的意願而發動逮捕，除非私人於重罪遭到違犯時在場，否則原則是沒有逮捕義務的。此種區別私人自願性的逮捕以及被動地受到執法人員指示而為的逮捕一直維持到今天美國法下的公民逮捕法則。

第二款 分水嶺的確立—具有獨特性的公民逮捕法則

19 世紀以後，普通法已經明確發展出一項特徵，亦即區分執法人員以及私

人所適用的無令狀逮捕法則，此項區分首先是在逮捕者相信有重罪遭到違犯而發動之逮捕，在此類案件類型中有法院認為按普通法私人必須於重罪違犯時在場，無論是親自見聞全部或是部份事件；反之，執法人員則不受此要求的限制。但是這種看法並未為多數法院所接受，法院多認為依據普通法，在重罪逮捕中，無論私人或執法人員皆得基於合理根據相信被逮捕者乃犯罪行為人而發動逮捕，無論逮捕者於重罪違犯時是否在場²³³。至於私人對於輕微犯罪（misdemeanor）的逮捕，唯有當此等犯罪涉及到破壞和平且犯罪違犯時逮捕者在場方得為之；反之若是治安官對於輕微犯罪的逮捕，則僅受到第一個條件的限制：涉及破壞和平，但第二項限制則不適用，因此無論治安官於犯罪違犯時是否在場，只要基於合理根據相信此等犯罪遭到違犯即可發動無令狀逮捕。如此的區別尚可見於當前美國某些州的立法。

至於當代普通法另一項重要的公民逮捕規則，本文稱之為「重罪違犯命題」（the felony committed thesis）：

「一般私人所發動的無令狀逮捕必須以該重罪於事實上發生為前提，無論逮捕者是否基於合理懷疑相信重罪遭到違犯且被逮捕者即為犯罪行為人；反之，執法人員於有相當理由相信重罪遭到違犯且有相當理由相信被逮捕者即為犯罪行為人的情形，便得發動無令狀逮捕，即便嗣後證實事實上並無重罪發生。」

換言之，重罪於事實上遭到違犯這項要求的適用對象僅為一般的私人，對於執法人員則不適用此等要求。雖然重罪違犯命題已經廣為美國法院所接受²³⁴，然而其形成的過程並未如此順遂，即便到了 19 世紀初，法院仍然不斷地擺蕩其見解，一直要到 1827 年，重罪違犯命題才大抵確定，本文以下即介紹這個發展的歷程。

第一目 茁壯期：控訴判準的提出

1、White v. Taylor 案

19 世紀初期的幾則判決更加深化先前 Samuel v. Payne 案法院所提出的見解，

²³³ M. Cherif Bassiouni, *Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police*, Charles C Thomas (1977), p. 12.

²³⁴ 3 Wend. 350, 20 Am.Dec. 702; Ante, 253, post 384, *Phillips v. Trull*, 11 J. R. 486; *Carter v. U. S.*, 244 A.2d 483 (D.C. 1968); *Monteiro v. Howard*, 334 F. Supp. 411 (D.R.I. 1971); *Tomlin v. State*, 1994 OK CR 14, 869 P.2d 334 (Okla. Crim. App. 1994).

在 *White v. Taylor*²³⁵案中，*Simcoe* 向治安官 *Taylor* 控訴原告竊取其財物，於是治安官 *Taylor* 將本案原告 *White* 逮捕，但是法院隨即撤銷了針對 *White* 的控訴。於是 *White* 決定對 *Taylor* 提出非法逮捕拘禁的控告，承審法官認為，應當適用 *Samuel v. Payne* 案的相關意見，駁斥了原告對於治安官所提出的惡意 (*mala fides*) 控訴，且認為治安官若基於他人對重罪之控訴而發動逮捕，即具備相當理由 (*probable cause*)。

2、*Lawrence v. Hedge* 案及 *Hobbes v. Branscomb* 案

到了 1810 年的 *Lawrence v. Hedger*²³⁶案，原告在深夜十點帶著一捆包裹走在倫敦街頭，遭到巡警 (*watchman*) 的逮捕並送交法院。隔天法院於確認身分後隨即將其釋放並撤銷控訴。在原告 *Lawrence* 針對逮捕者所提的訴訟中，法院認為任何巡警均得發動逮捕並將被捕者送解送至治安官前，且依舊認為 *Samuel v. Payne* 案是個有效的判決先例。而在 1813 年的 *Hobbes v. Branscomb*²³⁷案中，一名代理人在收受應當交付予本人之金錢後，拒絕交還給本人，並主張基於代理費用而生之留置權。於是本人便偕同警官將代理人逮捕，隨後代理人對警官提出損害賠償之訴訟。法院最終的裁定結果有利於該名警官，認為於該案中警官乃是基於他人的控訴而發動逮捕，並無不妥。

3、*Isaacs v. Brand* 案

1817 年的 *Isaacs v. Brand*²³⁸案中，三名男童被當成竊賊而逮捕，其中一名男童承認犯罪，並指稱已將偷得的絲綢轉交給其他同夥。本案的被告是一名倫敦的執法官，他在得知該認罪男童之陳述後便隨同男童前往本案原告的住處。雖然原告否認參與犯行，然而執法官依舊在沒有令狀的授權下將其逮捕。惟法院在隔日撤銷對於原告的控訴，理由是沒有證據顯示原告參與犯罪，於是原告 *Isaacs* 就對逮捕他的執法官提起訴訟。針對本案訴訟，被告提出兩點辯護理由，第一個理由是重罪於事實上已經發生，第二個理由乃執法官的逮捕是基於他人指控而發動。但是本案的承審法官 *Ellenborough* 卻認為，這兩點辯護事由並無法正當化被告的逮捕行為，畢竟本案中執法官僅僅基於一名男童的陳述，在沒有其他的證據下就發動逮捕，而控訴的內容也只是原告曾經收受贓物。雖然本案的逮捕行為已經滿足 *Ledwith v. Catchpole* 案法院所提出的標準，然而在本案中法院卻認為僅存在他

²³⁵ 4 Esp. 80 (K.B. 1801).

²³⁶ 3 Taunt. 13 (C.P.).

²³⁷ 3 Camp. 420 (K.B. 1813).

²³⁸ 2 Stark. 167 (K.B. 1817).

人對於犯罪的控訴並不足夠，該控訴尚須具備合理性。職是之故，英國法院在 *Isaacs v. Brand* 案補充了以往的實務見解，即便是執法人員的逮捕，依舊必須符合相當理由的要求。

4、Hedges v. Chapman 案的雙重標準

然而英國法院的見解並未就此確定，到了 1825 年的 *Hedges v. Chapman*²³⁹案，也就是 *Isaacs v. Brand* 案作成後八年，法院提出了雙重標準，主張一般私人惟有基於合理根據的懷疑（reasonable ground of suspicion）方得發動逮捕，反之執法人員則得僅基於他人之控訴而發動逮捕。但是這個雙重標準將使得執法人員的逮捕有恣意的危險，顯然未對被逮捕者提供充分保障。從這個判決的出現可以得知，英國法院依舊對於適用於執法人員的逮捕法則有所猶豫，並未建立起一個完整且普遍適用的規則。

第二目 成熟期：分水嶺的最終底定

1、Cowles v. Dunbar 案

Hedges v. Chapman 案作成後兩年，在 *Cowles v. Dunbar*²⁴⁰案中，法院便明白駁斥 *Hedges v. Chapman* 案中所採納的雙重標準，於本案中 *Dunbar* 的住家遭人闖入，而他看見原告手提一個盒狀的抽屜，因此將原告解送到治安官前，由治安官加以逮捕拘禁，經過調查後，原告遭到釋放且未進一步解送於治安法官。隨後於本案訴訟中，承審法官認為治安官所為的無令狀逮捕乃屬合法，並且說明：

“The cases of the two defendants are very distinguishable from each other. Callow is a constable, and if a reasonable charge of felony is given, he is bound to take the party into custody.”²⁴¹

也就是說本案涉及到的兩位被告，分別是治安官 *Callow* 以及沒有官方身分的 *Dunbar*，法院認為這兩人所適用的逮捕規則並不相同，對於治安官來說，只要有人提出針對重罪的合理控訴，治安官就有義務將被控訴者逮捕。這段敘述具有關鍵的意義，因為這是繼 *Isaacs v. Brand* 案後，法院第一次清楚地指出即便是治安官基於他人的控訴而發動逮捕，亦非可恣意為之，尚須符合合理性要求。

²³⁹ 2 Bing. 523 (C.P. 1825).

²⁴⁰ 2 C. & P. 565 (K.B. 1827).

²⁴¹ 2 C. & P. 568.

2、Beckwith v. Philby 案

在 *Beckwith v. Philby*²⁴² 案中，英國法院終於確立了執法人員與一般私人逮捕規則的分水嶺。本案中的原告是一名鐵匠，他剛在市集出售其所有的馬匹，於回程中帶著先前馬匹所配置的馬鞍與韁繩。路人 *Gould* 見 *Beckwith* 行跡可疑，便通報治安官 *Philby*。*Philby* 在盤問了 *Beckwith* 後，根據其於晚上六點半隨身攜帶馬鞍與馬龍頭坐在一座橋頭這個事實，就認定 *Beckwith* 竊取了他人的馬匹，隨即連同另外兩名治安官將 *Beckwith* 逮捕，並將他帶到鄰近的旅店過夜。隔天治安法官發動調查，並撤銷對於 *Beckwith* 的控訴。

在 *Beckwith* 對治安官 *Philby* 提出的訴訟中，法院作出有利於 *Philby* 的判斷，承審法官 *Tenterden* 認為雖然沒有重罪發生，也沒有人指控 *Beckwith* 犯罪，但是 *Beckwith* 的行為足以使治安官有合理理由懷疑 *Beckwith* 可能實施重罪或將要實施重罪，因此治安官的逮捕行為是正當的，就算 *Beckwith* 嗣後證明無罪亦然：

“There is this distinction between a private individual and a constable: in order to justify the former in causing the imprisonment of a person, he must not only make out a reasonable ground of suspicion, but he must prove that a felony has actually been committed; whereas a constable having reasonable ground to suspect that a felony has been committed, is authorized to detain the party suspected until inquiry can be made by the proper authorities.”²⁴³

亦即法院認為，一般私人與治安官逮捕權限的差別在於，一般私人所發動的有效逮捕不僅應基於合理根據的懷疑，且逮捕者尚須提出該重罪於事實上遭到違犯的證明。對比之下治安官所為的逮捕只要是基於合理根據的懷疑而認定重罪遭到違犯，就具備逮捕該犯罪嫌疑人的權限，並可拘束此人的自由直到適當的機關做出調查。

不同於以往的先例，本案呈現兩點特色，首先是案件事實顯示重罪並未在事實上遭到違犯，其次則是並未有第三人對於重罪的控訴（因為路人 *Gould* 只是向治安官通報 *Beckwith* 可疑的行跡，並未針對任何具體的重罪做舉發）。整體來看，本案承審法官 *Tenterden* 的見解等於是綜合了英國法院在 19 世紀以後所表達的看

²⁴² 6 B. & C. 635 (K.B. 1827).

²⁴³ 6 B. & C. 638-39.

法，並更加明確地釐清執法人員無令狀逮捕的要件，此要件並非他人對於重罪的控訴，而是執法人員必須具備針對犯罪嫌疑的合理根據方得發動逮捕。換言之，他人對於重罪的控訴既非執法人員無令狀逮捕的充分條件，亦非必要條件，重點在於合理根據。

第三目 綜合分析

1、重罪違犯命題的形成—從控訴判準到合理根據判準

英國法院在本文所稱的茁壯期中尚未釐清執法人員逮捕的真正標準，反而誤將他人對於重罪的控訴當成執法人員無令狀逮捕的要件，所以才出現所謂的「控訴判準」，而未明確點出合理根據的要求。所謂的「控訴判準」(the charge criteria)內容如下：

「執法人員若是獲悉他人對於重罪違犯的控訴，縱在沒有令狀授權的前提下，亦得將被控訴者逮捕。」

一直到成熟期，英國法院才正式引進了「合理根據判準」，並在 *Cowles v. Dunbar* 案中，透過此判準的引進，修正了先前法院所提出的「控訴判準」，主張即便是有他人對於重罪的控訴，亦須符合合理根據。到了 *Beckwith v. Philby* 案，合理根據判準更是徹底顯現，幾乎可以說揚棄了先前所提的控訴判準，而改以合理根據判準為核心。執法人員特殊且更加擴張的逮捕權限在 1827 年之後便成為法院一貫的看法。「合理根據判準」(the reasonable ground criteria)的內容如下：

「執法人員所發動的無令狀逮捕，必須基於合理根據而懷疑重罪遭到違犯，且有合理根據相信被逮捕者即為犯罪行為人。」

值得注意的是，合理根據判準並不必然蘊含重罪違犯命題：「一般私人所發動的無令狀逮捕必須以該重罪於事實上發生為前提，無論逮捕者是否基於合理懷疑相信重罪遭到違犯且被逮捕者即為犯罪行為人；反之，執法人員於有相當理由相信重罪遭到違犯且有相當理由相信被逮捕者即為犯罪行為人的情形，便得發動無令狀逮捕，即便嗣後證實事實上並無重罪發生。」因為合理根據判準只主張執法人員的逮捕必須符合合理根據，然而合理根據是否是唯一的判斷標準，亦或要

輔以其他的判準，例如嗣後證明重罪確實遭到違犯，則未有定論。換言之，從法院採納合理根據判準尚無法立即推論出法院就會接受重罪違犯命題，若要得出重罪違犯命題，還必須加入所謂的「重罪違犯判準」(the felony committed criteria)：

「非執法人員之一般私人所發動的逮捕，必須以重罪在事實上遭到違犯為前提。」

無論是茁壯期提出控訴判準的法院判決，或是成熟期的 *Cowles v. Dunbar* 案，這些前導案例都沒有正式提出重罪違犯判準，反而在 *Beckwith v. Philby* 案中，基於其獨特的事實情狀，讓法院得以藉此形成重罪違犯判準。先前曾經提過，在 *Beckwith v. Philby* 案中，重罪並未遭到違犯，這點關鍵因素在先前的案例中不曾出現，因此法院也無從回應重罪違犯判準。但是在 *Beckwith v. Philby* 案中法院從合理根據判準直接導出執法人員逮捕行為的合法性，由此可知法院已經承認了重罪違犯判準，將重罪在事實上遭到違犯的要求侷限在公民逮捕的案件，「重罪違犯命題」幾乎已經呼之欲出。就此而言，將 *Beckwith v. Philby* 案視為自 1780 年以後實務發展的里程碑並不為過，從「合理根據判準」到「重罪違犯命題」，這當中的臨門一腳是透過本案而完成的。自此以後，執法人員所發動的逮捕，僅需符合合理根據判準，而不適用重罪違犯判準或控訴判準，因此即便嗣後發現重罪並未遭到違犯，或欠缺他人對於重罪的控訴，均不影響逮捕的合法性。

2、重罪違犯判準的進一步發展

重罪違犯判準的具體內容並未因 *Beckwith v. Philby* 案的作成而底定，從「非執法人員之一般私人所發動的逮捕必須以重罪在事實上遭到違犯為前提。」這個語句可以得知在公民逮捕的案件中，必須證明重罪遭到違犯，但是仍無法確定事實上出現的重罪和私人所據以發動逮捕的重罪是否須具備同一性。這個問題一直到 *Walters v. Smith & Sons*²⁴⁴案才加以解決；在該案中，被逮捕者確實違犯了重罪，然而法官依舊判處逮捕者賠償被捕者所受到的損害，儘管被告是基於合理懷疑而發動逮捕。原告 *Walters* 曾經在被告 *Smith* 所開設的書店當過九年的經理，在多次的盤點時，店方發現金錢以及貨物都有短少的現象，顯示出有重罪遭到違犯。原告 *Walters* 及其妻也在別處自行開設書報攤，隨後在該書報攤中發現了一本內有註記的書“Traffic”，而這本書屬於 *Smith* 所開設的書店，原告 *Walters* 於是遭到逮捕。在法院做出無罪判決後，*Walters* 提起了本訴訟。

²⁴⁴ [1914] 1 KB 595.

法院認為，被告雖有合理理由懷疑原告曾經竊取其金錢及書籍，然而在該逮捕事件中，原告竊取“Traffic”一案法院已經宣判其無罪，而被告據以發動逮捕的事由正是原告竊取其所有的書籍“Traffic”，逮捕所針對的重罪既然嗣後證明沒有發生，則被告的逮捕乃屬違法²⁴⁵。「重罪違犯判準」因而得到進一步的補充：

「非執法人員之一般私人所發動的逮捕必須以重罪在事實上遭到違犯為前提，且遭到違犯的重罪必須和私人據以發動逮捕的重罪具有同一性²⁴⁶。」

以下整理英國法院自 17 世紀以來見解轉變的歷程：

	是否擴張執法人員的逮捕權限	重罪違犯命題的形成與否	執法人員無令狀逮捕的判準	代表性判決
十七、十八世紀	○ (主要區別是執法人員對於非重罪的逮捕權限)	尚未確定	尚不明確：控訴判準、相當理由判準皆有法院採納	Samuel v. Payne; Ledwith v. Catchpole; Cooper v. Boot.
十九世紀初： 茁壯期 (1801-1825)	○ (重罪逮捕的權限差異開始出現)	尚未確定	控訴判準 (但仍有少數法院採納合理控訴判準)	White v. Taylor; Lawrence v. Hedge; Hobbes v. Branscomb; Isaacs v. Brand.
十九世紀初： 成熟期 (1827-)	○ (制定法大量出現，擴張警察逮捕權限)	確定採納重罪違犯命題	合理根據判準+重罪違犯判準	Cowles v. Dunbar; Beckwith v. Philby; Walters v. Smith.

圖表 3.3：英國法院見解之轉變歷程

第四項 追捕呼叫法則 (the law of hue and cry)

根據追捕呼叫而發動的逮捕，在 17 世紀的普通法系統中亦屬於發動逮捕的依據之一，且這種逮捕方式並不僅侷限於治安官，私人亦得援引此種法則而進行逮捕。追捕呼叫法則源自於古英格蘭的法律，拉丁文乃“hutesium et clamor”，英文則是“hue and cry”，最早出現在 1275 年由愛德華一世所頒布的威思敏斯特法

²⁴⁵ 相同看法請參見：Allen v. Wright, 8 C. & P. 522 (C. P. 1838); King v. Metropolitan Dist. Ry., 99 L. T. R. (N. S.) 278, 280 (K. B. 1908).

²⁴⁶ W. Page Keeton, Prosser and Keeton on the Law of Torts, West, 5th ed. (1984), p. 154.

(Statute of Westminster), 以及 1276 年所頒布的驗屍官法(De Officio Coronatoris)²⁴⁷, 然而一般所稱的追捕呼叫法(Statute of Hue and Cry) 則係指 1285 年的溫徹斯特法(Statute of Winchester)。依據該法, 當搶劫或是其他重罪發生時, 犯罪發生地的百戶邑居民有義務大聲呼喚(with horn and with voice) 眾人追捕罪犯, 而民眾聽聞追捕呼叫後應該立即發動追捕, 直至盜賊被擒並且交予郡長, 若未能在 40 天的期限內將其捕獲, 則應連帶賠償受害者的損失或被處以罰金, 有時候追捕呼叫的義務也包括重傷他人的情形²⁴⁸。而治安官員或其他執法人員, 若拒絕或是疏於發出追捕呼叫者, 將會被科以罰金。且重罪發生地的村鎮或地區並不會因此而減輕責任, 一旦重罪犯逃亡, 民眾仍有發出追捕呼叫的義務, 否則亦會處以罰金。

追捕呼叫可以由治安法官、治安官或任何知悉重罪發生的私人發出, 發動追捕呼叫的人應當告知當地村鎮的治安官員其所知悉有關該重罪的一切事項, 受告知的治安官員必須依此資訊搜索其管轄的村鎮, 並通知鄰近的村鎮²⁴⁹。當有人對治安官員提出追捕呼叫的控告, 此時治安官員及其屬員的權限就如同獲得治安法官的令狀授權般。即便嗣後證明被追捕者無罪, 甚至根本沒有犯罪遭到違犯, 亦不能對於追捕者提出指控, 除非追捕者出於惡意而發出追捕呼叫, 方得基於破壞公共和平而對其處以罰金或監禁, 並令其賠償受害者的損失。因此可以說根據追捕呼叫所發動的逮捕, 逮捕者實質上就如同獲得了令狀授權。在發生誤捕的情況中, 雖然回應追捕呼叫而發動逮捕之人得以免責, 然而發動追捕呼叫者將會被嚴重懲罰²⁵⁰。追捕呼叫法則在 1827 年遭到廢除²⁵¹, 而在 1887 又重新制定了類似的規範, 允許追捕者大聲呼喚, 同時聽見呼喊者有義務加入追捕。

第三節 法律與社會面向的交錯互動

“There have been citizen arrests for as long as there have been public

²⁴⁷ 該法主要規定驗屍官的職責及任務, 特別是主持調查時的職責。

²⁴⁸ Horace L. Wilgus, Arrest without a Warrant, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 6 (1924), p. 548; William Blackstone, Commentaries on the Laws of England, Vol. 4, University of Chicago Press (1979), pp. 290-292.

²⁴⁹ Theodore Frank Thomas Plucknett, A Concise History of the Common Law, Brown and Company, 5th ed. (1956), pp. 430-431.

²⁵⁰ Horace L. Wilgus, Arrest without a Warrant, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 6 (1924), p. 546.

²⁵¹ Horace L. Wilgus, Arrest without a Warrant, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 6 (1924), p. 545.

police — indeed much longer.”²⁵²

截至目前為止，本文已詳細介紹了公民逮捕法則的歷史發展；公民逮捕在英美法系統中源遠流長，公民所發動的逮捕早已存在於幾個世紀以前的社會，然而從過往到今日，其逮捕行為的正當性基礎卻各不相同。

在過去，公民逮捕乃是法制度中所不可或缺，甚至可以說是法律所要求的義務，蓋當時並未存在強而有力的統治機關，故法律總是透過一般民眾加以執行，學者常戲稱法律的執行靠的就是自己動手做（do-it-yourself）。舉例而言，在美國西部拓荒時代，法律的執行者經常都是牛仔及其助手、流浪者、甚至可能是理髮師或牙醫；當時最常聽見的一句抱怨就是「當你需要警察的時候，總是不見他們蹤影」“There’s never a cop around when you need one”²⁵³。時至現代，雖然人們得以透過撥打專線在任何地方迅速地呼叫政府執法人員，公民逮捕的現象依舊存在。更重要的是，目前美國多數州亦透過立法肯認公民逮捕的合法性，分析其背後理由，主要是由於犯罪違犯時並未在場的執法人員，依法不得逮捕輕罪與單純違反地方法令或規章的行為人；因此在這種情況中，唯有透過一般公民方得以對輕罪違犯者發動逮捕²⁵⁴。

分析影響公民逮捕背後的實質理由，將有助於我們理解公民逮捕發展過程中所體現的價值。在本節中，本文嘗試分析造成逮捕法則變化的要素，換言之就是希望釐清逮捕規則內涵轉化所代表的意義。以下，本文將進一步探討公民逮捕法則與社會整體環境的互動關係，特別是其與現代職業警察制度建立的關聯性；透過公民逮捕法則以及警察制度兩者發展的交叉比對，呈現彼此間交互作用後的結果，並分析其意義。

第一項 現代警察制度誕生前的治安模式

第一款 早期的自治模式

大約在 9 世紀的英國，社區的治安維護是以社會連帶義務和集體防衛體制為

²⁵² *People v. Taylor* 222 Cal. App. 3d 612, 622 (1990).

²⁵³ Craig D. Uchida, *The Development of the American Police: An Historical Overview*, in Roger G. Dunham and Geoffrey P. Alpert (ed.), *Critical Issues in Policing: Contemporary Readings*, Waveland Press (2004), pp. 3-6.

²⁵⁴ Lael Harrison, *Citizen’s Arrest or Police Arrest? Defining the Scope of Alaska’s Delegated Citizen’s Arrest Doctrine*, *Washington Law Review*, Vol. 82, No. 2 (2007), pp. 431-436.

核心²⁵⁵。其中的十戶連保制度（frankpledge）尤具特色，這個制度係指十戶區內的全體 14 歲以上的自由民應相互保證品行良好，並互相擔保在觸犯法律時不逃避審判。在城鎮的行政區域中，每十戶設置一個連保區，在十戶連保長的領導下從事治安維護的工作。在連保區中，人們要相互監督，確保所有的人都不違法，一旦發現有人犯罪，便可採用追捕呼叫法（hue and cry），抓補犯罪者，如果違法者拒捕，甚至得以將其殺死²⁵⁶；相反的，若沒能抓捕犯罪者，則連保長會被處以罰金，或向受害者賠償²⁵⁷。

承上，每十個連保區再組成百戶，由百戶長負責，百戶長不僅具備維護地方治安的行政職能，亦同時主持百戶法院，行使一定程度的司法權。百戶之上的行政單位則是郡（shire），由郡長統一維護治安²⁵⁸。在 1066 年以後，諾曼人接續採用十戶連保模式²⁵⁹，並加強監督機制，郡長必須每年主持百戶區法院兩次，在這個所謂的郡長治安巡視法院（sheriff's tourn）中，審查並確保所有符合資格、行為良好的人被招募。此外，依據 1166 年的克拉倫登條令（Assize of Clarendon）的規定²⁶⁰，十戶連保長必須向郡長治安巡視法院報告所有可疑的人事物，大至重罪違犯的資訊，小到白天睡覺、晚上活動之人的行蹤，或沒有財產但日常生活優渥之類的可疑行為²⁶¹。

但是這種中央控制的模式並未持續，隨著封建制度的發展，地方領主實際掌握了管領的各項權力，到了薩克森時期，主要的治安維護方式乃透過地方自治的方法為之²⁶²。

²⁵⁵ John Hudson, *The Formation of the English Common Law: Law and Society in England From the Norman Conquest to Magna Carta*, Longman (1996), pp. 62-63.

²⁵⁶ John Hudson, *The Formation of the English Common Law: Law and Society in England From the Norman Conquest to Magna Carta*, Longman (1996), pp. 64, 67-68.

²⁵⁷ Jerome Hall, *Legal and Social Aspect of Arrest without a Warrant*, *Harvard Law Review*, Vol. 49, No. 4 (1936), p. 578; John Hudson, *The Formation of the English Common Law: Law and Society in England From the Norman Conquest to Magna Carta*, Longman (1996), p. 65; H. R. T. Summerson, *The Structure of Law Enforcement in Thirteenth Century England*, *The American Journal of Legal History*, Vol. 23, No. 4 (1979), p. 318.

²⁵⁸ John Hudson, *The Formation of the English Common Law: Law and Society in England From the Norman Conquest to Magna Carta*, Longman (1996), p. 65.

²⁵⁹ John Hudson, *The Formation of the English Common Law: Law and Society in England From the Norman Conquest to Magna Carta*, Longman (1996), p. 63; T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), p. 1.

²⁶⁰ John Hudson, *The Formation of the English Common Law: Law and Society in England From the Norman Conquest to Magna Carta*, Longman (1996), p. 166; T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), p. 4.

²⁶¹ Jerome Hall, *Legal and Social Aspect of Arrest without a Warrant*, *Harvard Law Review*, Vol. 49, No. 4 (1936), p. 579.

²⁶² John Hudson, *The Formation of the English Common Law: Law and Society in England From the Norman Conquest to Magna Carta*, Longman (1996), p. 158.

第二款 治安官的出現

從 12 世紀到 19 世紀中期，英國主要是透過治安官（constable）與治安法官（Justice of the Peace）的領導來維護地方治安。治安官的出現具有劃時代的意義，現代英國警察就是治安官的發展與延續；此一職位起初是軍隊組織中的頭銜，該稱呼源自於“comes stabuli”，意思就是管領馬匹之人（Master of the Horse）²⁶³。隨著封建制度的發展，封建領主乃將原本的百戶區法院變成受其所控制的領主治安法院，由其所任命的官員輔助掌領地方事務²⁶⁴。治安官在這之中的地位非常特殊；作為領主的主要代表，治安官必須定期向領主治安法院彙報當地情況，或是統整各地發生的刑事案件²⁶⁵。與早期薩克森時期的十戶連保制度相似的是，被任命為治安官的人大都是原本就負有維持地方秩序的社區代表，諸如十戶連保長或百戶長²⁶⁶。事實上，治安官的出現象徵著王權介入地方治安管理的結果；最初是先透過王權賦予十戶連保長特定的軍事職責，至約翰王（John Lackland, 1167-1216）在位期間，百戶長除了要維持社會治安外，還負責徵召地方性的武裝人員，當時百戶長的另一個名稱就是治安官。到了亨利三世（Henry III, 1216-1272）時期，村民必須選舉一至兩名官員，負責集合民兵，檢查其所配備的裝備，當時的官員就稱為治安官。1330 年的威斯敏斯特法（Statute of Westminster）進一步以立法方式確認治安官維護地方治安的職責，明定治安官職司追捕盜賊，並應將罪犯送交郡長或監獄，之後法律又進一步擴大治安官權限，授權治安官追捕和移送出現在地方的可疑人物。

然而，雖然治安官的出現代表著地方治安逐漸為法律所規範，且無論是村長或是十戶連保長其身分也發生的轉化，由單純的社區代表變成正式的政府官員，但整體地方秩序自治的模式並未有太大轉變。

治安官同時具有地方與中央兩種屬性，既是地方領袖，又是王權認可的政府官員。在治安自治模式之下，每位居民都負有維護治安的責任，治安官則是主要負責人；犯罪一旦發生，治安官就要發出追捕呼叫的通知，其他居民則有義務回應此通知而協助治安官，此為治安官依據普通法所擁有的權限，而中央政府亦透過法案不斷授予治安官新的職責，例如執行法律或行政管理。

²⁶³ H. B. Simpson, *The Office of Constable*, *The English Historical Review*, Vol. 10, No. 40 (1895), pp. 625-627.

²⁶⁴ Charles Nemeth, *Private Security and the Law*, Butterworth-Heinemann, 3rd ed. (2004), pp. 2-3.

²⁶⁵ Clive Emsley, *Crime, Police, and Penal Policy: European Experiences 1750-1940*, Oxford University Press (2007), pp. 8-9.

²⁶⁶ Joan Kent, *The English Village Constable, 1580-1642: The Nature and Dilemmas of the Office*, *Journal of British Studies*, Vol. 20, No. 2 (1981), p. 30.

身為地方治安的主要維護者，治安官必須防範犯罪的發生，並負責追捕犯罪者，因此要設置守夜者和其他守衛，於罪犯逃跑時還要發出追捕呼叫。治安官並有權搜索犯罪者或是贓物，為了達成上述目的，必要時甚至得強行進入住宅。此外，治安官尚應依治安法官的命令執行刑罰²⁶⁷。治安官在履行上述職責時，有權要求當地居民的協助，拒絕者將處以罰款或被判入獄，此乃治安集體守望模式的特色²⁶⁸。

第三款 治安法官的設立

治安法官源自於 1195 年理查德一世 (*Richard I*, 1189-1199) 在 16 歲以上公民中所選任的騎士，職責主要就是維護和平。1316 年的治安法官法設立了治安法官一職；爾後被授權處理輕罪之權限，其地位在 1327 年的法律中再度獲得承認，該法規定，每個郡都要任命一名品行良好且守法之人維護安寧秩序²⁶⁹。1361 年以後，治安法官成為郡裡頭集警務、司法與行政於一身的特殊職位。

能夠獲選為治安法官的人都屬於地方精英，其權力源自於王權，主要的任務也在於維護國王安寧。與治安官一樣，治安法官的出現體現了王權對於地方事務的管控，這是 11 世紀以後王權擴張的自然結果。被任命為治安法官的人通常就是封建領主，主持治安法院，每個郡的治安法庭每季會開一次庭，稱為季審法院 (*Quarter Session*)，負責審理叛亂罪之外的其他罪名²⁷⁰。無論在領主治安法院或是季審法院，治安官都是百戶的代表，必須向法庭報告當地治安狀況，並職司起訴犯罪嫌疑人的工作，也因此治安官在地位上略低於治安法官²⁷¹。

總結來看，英國至 14 世紀逐漸形成了以地區自治為基礎、中央王權為監督的治安管領模式；在整個治安維持體制中，治安官、守夜人和其他協助郡長的官員一同在治安法官的監督下維護地方治安，並可以要求其他居民提供必要協助，蓋在當時每個城鎮居民都有維護和平的義務，這種模式一直維持到 19 世紀現代職業警察的誕生，方才慢慢消失。

²⁶⁷ J. H Baker, *Criminal Courts and Procedure at Common Law 1550-1800*, in: J. S. Cockburn (ed.), *Crime in England 1550-1800*, Princeton University Press (1977), pp. 32-33.

²⁶⁸ T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), pp. 11-14; Joan Kent, *The English Village Constable, 1580-1642: The Nature and Dilemmas of the Office*, *Journal of British Studies*, Vol. 20, No. 2 (1981), p. 31.

²⁶⁹ Charles Nemeth, *Private Security and the Law*, Butterworth-Heinemann, 3rd ed. (2004), p. 4.

²⁷⁰ Joan Kent, *The English Village Constable, 1580-1642: The Nature and Dilemmas of the Office*, *Journal of British Studies*, Vol. 20, No. 2 (1981), pp. 33-34.

²⁷¹ Clive Emsley, *The English Police: A Political and Social History*, Longman, 2nd ed. (1996), pp. 8-15.

第二項 以公民參與為支柱之執法體制的崩解

第一款 執法人員的腐化

12 世紀以來發展的治安模式最大的問題在於治安官、守夜人與治安法官這些承擔治安維護的人，其所承擔的職責繁重，但是卻都是無給職的兼職人員，治安官的職責極為廣泛，除了追捕犯罪者，維護治安，還肩負其他大量的行政工作，甚至學者形容被選任為治安官根本就是無法忍受的苦難，這份工作將佔據一個人如此多的時間，以至於經常導致本業的荒廢，最後甚至必須宣告破產²⁷²。也因此，被選任為治安官已經不再是一種榮耀，不願意擔任這項工作的居民就只好付錢讓別人代替，或繳納罰金以免除擔任治安官的義務。這個現象最終形成了一批職業治安官階級，他們往往一服務就是數十年。當然，居民自然會選任那些較為便宜的代替者，所以這批職業治安官幾乎都是愚蠢、缺乏效率、品行頑劣之人；守夜人的狀況就更加嚴重，在倫敦，守夜人的報酬為每夜 1 先令或更低，如此低的報酬幾乎確定了擔任這項職務者只會是那些最沒能力的人²⁷³。

治安法官即便在地位上優於治安官和守夜人，但是其處境卻未有所不同，治安法官同樣承擔繁雜的工作，且時間長、待遇差，甚至由於長期接觸從監獄裡出來的犯人，很容易因此感染上監獄裡流行的惡性傷寒。執法人員工作量大卻沒有相對應的報酬，自然導致了腐敗，治安官開始收取額外的費用，甚至從其所執行的罰款中抽成，舉例而言，開設賭場的罰金為 200 英鎊，治安官在處理此等案件時可以獲得三分之一的抽成，表面上看來這會激發治安官追訴犯罪的動機，但是實際的情形卻是雙方都發現在法庭外私下解決反而更加方便且有利²⁷⁴。此外，治安法官也會巧立名目藉此收取費用，甚至會有保護費的徵收，當時的人們常戲稱治安法官是一群在正義市場交易正義的人²⁷⁵。治安官、治安法官以及守夜人的腐敗無能導致了群眾對於執法人員的不信賴，然而真正導致舊治安維持體制瓦解的根本原因在於，固有的執法機制無法因應由重大社會變遷所引發的社會動亂與犯罪問題。

²⁷² T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), p. 18.

²⁷³ T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), pp. 10-17.

²⁷⁴ T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), pp. 18-22.

²⁷⁵ Jerome Hall, *Legal and Social Aspect of Arrest without a Warrant*, *Harvard Law Review*, Vol. 49, No. 4 (1936), pp. 580-581.

第二款 壓垮駱駝的最後一根稻草—工業化與都市化

16 世紀以後，隨著資本主義以及工業革命的發展，英國社會遭受重大的經濟、政治變革以及內外戰爭，社會不同群體間產生了階層分化，彼此間出現緊張關係。在工業化與都市化到達一定程度之後，各種社會矛盾最終導致了各種犯罪與動亂，且這些犯罪事件不再僅是地區性的，固有的治安維護模式以及執法體制難以因應，特別是當時已都市化的倫敦為其中之最。18 世紀夜晚的倫敦有如地獄，幾乎沒有路燈，沒有警察，侵入住居竊盜和暴力犯罪非常普遍。郊區的公路上充斥搶劫者，有些犯罪者在白天也肆無忌憚，幾乎到處都是竊賊，有些罪犯甚至不到 12 歲。1780 年的戈登暴亂（the Gordon Riots）讓倫敦成為暴徒的天堂、人間的煉獄，可以說是 18 世紀最嚴重的動亂²⁷⁶，雪上加霜的是，18 世紀 60 年代，因為農業歉收而引起舉國糧荒，糧食短缺、經濟蕭條，加上同時期的法國大革命、反法戰爭等因素綜合起來，英國社會動盪不安。1810 年，英國政府開始逐年公佈英格蘭和威爾士每年被控的犯罪數。由 19 世紀每年的數據來看，犯罪數字明顯呈現上升的趨勢：1811 年至 1813 年間倫敦的犯罪人數為 1617 人，遭到有罪判處的人有 961 人，到了 1825 年至 1827 年間的數據則為 3247 人及 2139 人，成長率分別高達 101% 以及 123%；在其他地區的犯罪成長幅度甚至更有高達至 172% 和 216%²⁷⁷。從犯罪數據統計徹底證實當時的治安管領機制已經喪失其功能，蓋早期普通法將整套執法系統建立在公民的主動參與，然而這種體制已無法因應人口集中以及都市化後所產生的新問題，英國社會急需全新且更有效率的治安體制。

第三項 改革的嘗試—捕賊者及鮑街幹探

第一款 政府賞金與罪犯的兩面手法

17 世紀的英國，充斥著追捕強盜或小偷的民眾，這些民眾有的是為求得高額獎賞，也有的是希望藉由追捕罪犯而讓自己的犯罪得到赦免，時人將這些人通稱為捕賊者（thief-catchers），甚至有些人將抓賊當成職業。

²⁷⁶ Clive Emsley, *The English Police: A Political and Social History*, Longman, 2nd ed. (1996), p. 16; Jerome Hall, *Legal and Social Aspect of Arrest without a Warrant*, *Harvard Law Review*, Vol. 49, No. 4 (1936), p. 585.

²⁷⁷ Clive Emsley, *Crime, Police, and Penal Policy: European Experiences 1750-1940*, Oxford University Press (2007), pp. 70-72; Charles Nemeth, *Private Security and the Law*, Butterworth-Heinemann, 3rd ed. (2004), p. 4; Leon Radzinowicz, *A History of England Criminal Law and its Administration from 1750*, Vol. 1, Stevens & Sons (1948), p. 70.

這些現象之所以產生，源自於英國政府面對日益嚴重的犯罪活動，希冀透過獎勵措施，積極鼓勵私人追捕犯罪者²⁷⁸。1693 年的制定法規定，凡追捕盜賊者，政府將提供 40 英鎊作為獎賞²⁷⁹；若有特殊需求，捕賊者亦得獲得赦免，同時盜賊的私人財產諸如馬匹、武器等財物均歸捕賊者所有。爾後此種獎勵措施擴及竊道以外的他種犯罪類型，獎金亦逐漸提高。1719 年，英國政府對協助認定走私犯罪者提供高達 500 英鎊的獎勵，至於協助追捕搶劫犯罪者則提供 100 英鎊的獎勵。除了官方規定外，有時受害者也會提供獎賞鼓勵民眾追捕盜賊²⁸⁰。

然而這批捕賊者對於改善執法效率並未有所助益，畢竟大部分捕賊者自身就是重罪犯，導致政府原初的良善立法往往成為犯罪者牟利的工具；因為政府發放獎金必須在犯罪嫌疑人被判處有罪以後，因此捕賊者不僅要追捕罪犯，尚須提供犯罪有關證據，這讓一般公民幾乎無法順利取得獎金。而在現實上更有可能發生的情況是，法院由於罪證不足而無法判處犯罪嫌疑人有罪，此時捕賊者不但沒有取得獎金，反而為自己增加了一個仇人。在當時的英國，有些職業捕賊者甚至想出奇招，先誘騙年幼無知的年輕人實施犯罪，再暗地裡向政府告發，藉此獲取高額獎金²⁸¹。

18 世紀最有名的捕賊者要屬 *Jonathan Wild*，他以幫助失竊者找回遺失物而聞名英國，但實際上，他是透過買受贓物或親自實施犯罪而取得贓物，然後再出價讓受害者買回。然而當時英國並沒有專業且有效率的職業警察，故一般民眾也只好用較低的價錢買回遭竊的物品。*Wild* 行徑之囂張，甚至還設立了自己的辦公室（lost property office）²⁸²，受害人到辦公室還得先支付 5 先令的諮詢費，登記其失竊的物品；透過這種登記制度，*Wild* 得以和手邊的贓物進行比對。*Wild* 還充分利用了政府提供的賞金制度，讓自己成為最有名的捕賊者；他追捕的罪犯通常都是敵對犯罪集團的成員，或受其犯罪集團引誘而犯罪之人，同時他也利用這個身分，自己旗下的犯罪集團提供庇護，這種技倆讓 *Wild* 在幕後掌控了倫敦最

²⁷⁸ M. Cherif Bassiouni, *Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police*, Charles C Thomas (1977), p. 10.

²⁷⁹ J. M. Beattie, Sir John Fielding and Public Justice: The Bow Street Magistrates' Court, 1754-1780, *Law and History Review*, Vol. 25, No. 1 (2007), p. 64.

²⁸⁰ J. M. Beattie, Sir John Fielding and Public Justice: The Bow Street Magistrates' Court, 1754-1780, *Law and History Review*, Vol. 25, No. 1 (2007), p. 65.

²⁸¹ Jerome Hall, Legal and Social Aspect of Arrest without a Warrant, *Harvard Law Review*, Vol. 49, No. 4 (1936), pp. 566-569.

²⁸² Gerald Howson, *Thief-Taker General: Jonathan Wild and the Emergence of Crime and Corruption as a Way of Life in Eighteenth-Century England*, Transaction Books (1985), pp. 74-80; *The History of the Lives and Actions of Jonathan Wild*, Eighteenth Century Collections Online (1725), pp. 46-52.

大的犯罪組織²⁸³。1725年，*Wild* 因犯罪事蹟敗露而被判處絞刑²⁸⁴，爾後英國法院也陸續認定許多犯罪集團誘陷年幼者從事犯罪而獲取獎金的行徑²⁸⁵。

此類事件的頻繁曝光，引發了公眾對於捕賊者賞金制度的不滿。事實證明，英國政府設計的賞金制度不僅未能抑制犯罪率攀升，讓犯罪者得以從中獲利，反而提供了罪犯的犯罪動機，社會治安因此更加混亂，可見單純透過私人自願性的介入以及獎金的激勵，顯然不足以達到維持社會秩序以及法律執行的效果²⁸⁶。1745年，英國政府先終止了這項獎金制度，然而當18世紀中葉犯罪率達到高峰時，又政府再次制定了類似的獎金制度。然而事實終證明，此項政策完全無法有效降低犯罪率，且經常發生誤捕及誤判的情況，嚴重者甚至發生處決無辜者的事件；於是英國政府從1753年開始改變政策，轉而向 *Henry Fielding* 求助²⁸⁷。

第二款 鮑街幹探 (Bow Street Runners)

1748年，亨利·費爾汀 (Henry Fielding, 1707-1754) 被任命為倫敦威斯敏斯特治安法官，並在鮑街執行職務。他於1750年組織了一支帶有半官方色彩的小型偵探隊伍，成員均可支薪；該隊伍先被稱為「費爾汀先生的人」，帶有一定程度的半官方色彩²⁸⁸。1753年後則以「鮑街幹探」(Bow Street Runners, or Officers) 稱著，是現代英國刑事調查部 (C.I.D) 和警察特別分隊的先驅，人數大致上維持6到8人²⁸⁹。鮑街幹探經常被選派執行機密任務，負責守衛銀行、保衛皇宮，在執行任務的過程中還可以遠赴國外，並積極打擊犯罪。他們認為，有效的犯罪偵查必須仰賴全職治安法官領導的機構，讓一切犯罪相關資訊都可以集中於此，並傳遞給追捕罪犯的專業人員知悉。*Henry* 採取的策略主要有兩種：首先他懂得充分利用媒體，除了在報章雜誌上公佈犯罪的訊息，他還藉此教育民眾重視犯罪

²⁸³ The History of the Lives and Actions of Jonathan Wild, Eighteenth Century Collections Online (1725), pp. 60-78.

²⁸⁴ Gerald Howson, *Thief-Taker General: Jonathan Wild and the Emergence of Crime and Corruption as a Way of Life in Eighteenth-Century England*, Transaction Books (1985), pp. 268-278; Jerome Hall, Legal and Social Aspect of Arrest without a Warrant, *Harvard Law Review*, Vol. 49, No. 4 (1936), p. 585.

²⁸⁵ Clive Emsley, *The English Police: A Political and Social History*, Longman, 2nd ed. (1996), p. 18.

²⁸⁶ J. M. Beattie, *Sir John Fielding and Public Justice: The Bow Street Magistrates' Court, 1754-1780*, *Law and History Review*, Vol. 25, No. 1 (2007), p. 69.

²⁸⁷ J. M. Beattie, *Policing and Punishment in London 1660-1750: Urban Crime and the Limits of Terror*, Oxford University Press (2001), pp. 378-380, 383, 401-409.

²⁸⁸ Clive Emsley, *The English Police: A Political and Social History*, Longman, 2nd ed. (1996), pp. 18-19; Elaine A. Reynolds, *Before the Bobbies: The Night Watch and Police Reform in Metropolitan London, 1720-1830*, Stanford University Press (1998), pp. 46-47.

²⁸⁹ Jerome Hall, Legal and Social Aspect of Arrest without a Warrant, *Harvard Law Review*, Vol. 49, No. 4 (1936), p. 580; J. M. Beattie, *Sir John Fielding and Public Justice: The Bow Street Magistrates' Court, 1754-1780*, *Law and History Review*, Vol. 25, No. 1 (2007), p. 69.

問題；其次，他也善於利用既有的捕賊者制度，建立了小規模的職業維安人員組織²⁹⁰。

甫上任不到一個月，*Henry* 就在報紙上貼出告示，宣布凡是有遭遇搶劫或竊盜者，期能迅速向費爾汀辦公室報告，並詳細說明罪犯的特徵、犯罪地點等事實情狀。1752 年，*Henry* 還創辦了自己的雜誌《*The Covent Garden Journal*》，每兩週出版一次，雜誌一方面刊登犯罪嫌疑人的資訊，鼓勵民眾勇於提供線索，另一方面 *Henry* 也親自撰文說明犯罪的動機、防治犯罪的方法，並大力贊成政府的捕賊者法案(即便他自己也清楚這項法案已經遭到濫用)。一開始民眾雖反應冷淡，然而隨著「費爾汀先生的人」陸續將罪犯繩之以法，這個組織在民眾間的信賴度逐步提升，民眾也更樂於提供犯罪訊息。

於 *Henry* 所處的 18 世紀中葉，倫敦正好面對一波犯罪高峰，政府在束手無策之時察覺到 *Henry* 及其組織所能發揮的功效，於是在 1753 年開始對 *Henry* 提供資助，讓 *Henry* 成為第一位獲得官方支薪的治安法官²⁹¹。

綜合來看 *Henry* 的改革措施，可認為 *Henry* 清楚知道職業化的執法人員是必要的，然而面對幾百年來英國固有的治安維護體制，他選擇了讓步而未向政府提出相關建言，因此 *Henry* 的嘗試僅能說是局部性的變革，而未觸及到制度的核心層面，只能在衰老的治安維護體制下聘用一些人來為自己服務。*Henry* 所雇用的人並沒有正式政府職位，支薪也不固定²⁹²，只能透過英國政府的捕賊者法案賺取獎金維生。另外，*Henry* 身為律師，也可充分運用自己的法律知識替鮑街幹探提供援助，避免其陷入法律紛爭。

1754 年，*Henry* 同父異母的弟弟 *John Fielding* 在其死後接任治安法官一職。在 *John* 任職的 25 年間，他進一步落實了 *Henry* 的政策，費爾汀辦公室成為英國犯罪訊息的集中及交換地，同時也開始發展專業執法人員。*John* 經常在報紙上刊登罪犯的資訊，公佈本季或本週追捕到的犯罪人名單，並將犯罪嫌疑人個人資料張貼在教堂、旅店、酒館或其他公共場所。此外，*John* 更和英國其他區域較為活躍的治安法官聯手，以獲得更多有關罪犯的情報，同時向監獄管理者索取犯人的個人資訊²⁹³。

²⁹⁰ T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), pp. 32-35.

²⁹¹ J. M. Beattie, *Sir John Fielding and Public Justice: The Bow Street Magistrates' Court, 1754-1780*, *Law and History Review*, Vol. 25, No. 1 (2007), p. 63.

²⁹² J. M. Beattie, *Sir John Fielding and Public Justice: The Bow Street Magistrates' Court, 1754-1780*, *Law and History Review*, Vol. 25, No. 1 (2007), p. 63.

²⁹³ Elaine A. Reynolds, *Before the Bobbies: The Night Watch and Police Reform in Metropolitan London, 1720-1830*, Stanford University Press (1998), pp. 47-49; J. M. Beattie, *Sir John Fielding and*

與其兄 *Henry* 一樣，*John* 必須利用捕賊者法案作為經濟上的支援，但是在 *John* 上任後不久，發生了 *Stephen McDaniel* 事件，法院認定 *McDaniel* 從事教唆年輕人犯罪並藉此獲取獎金的行為，導致當時公眾對於捕賊者反感到達巔峰，*John* 只好不斷強調除了 *McDaniel* 此種罪犯外，尚有許多廉潔勇敢的捕賊者，同時也避免將自己的手下稱為捕賊者，取而代之以平民官（*Peace Officer*）或幹探（*Runner*）稱之。更重要的是，*John* 後獲得英國政府每年 200 英鎊的資助，鼓勵其維持治安及打擊犯罪；到了 1760 年代，補助甚至達到每年 600 英鎊。雖然這筆金錢不算龐大，但是已足以讓 *John* 擴大辦公室的規模以及雇員數，讓組織更加制度化。1763 年，*John* 甚至創設了一支夜間騎兵巡邏隊伍，負責維護通往倫敦道路上的治安。英國政府對於 *Fielding* 兄弟的資助，標誌著自 1690 年代開始，政府逐漸對刑事司法體系注入資金的重要里程碑。一直到 1839 年，新倫敦警察局成立 10 年後，鮑街幹探才不再被視為一個警察機構²⁹⁴。

雖然鮑街幹探在執行相關的保全以及警戒工作獲得了極大的聲望，一定程度上控制了倫敦的犯罪率，然而該組織的影響力仍然過於微弱，不足以成為執行法律的支柱。但是 *Fielding* 兄弟的例子再度印證了英國傳統治安模式的過時以及無用，建構全國性的職業執法人員系統已經是時勢所需，勢在必行了。

第三款 *William Pitt* 及 *Patrick Colquhoun* 的改革措施

受到 *Fielding* 兄弟的影響，*William Pitt* 政府在 1785 年向英國議會提交了更加激進的改革法案，法案內容主要是在倫敦建立健全的警察組織，任命 3 位職業治安法官組成警察局委員會，職司警察系統，並將倫敦劃為 9 個區域，每個警務區均由警察負責巡邏，授權警察進行搜索和逮捕的權限，且不得收取額外費用或領取政府賞金²⁹⁵。*Pitt* 的改革措施似乎符合時代的需求，然而守舊勢力依舊佔上風，該法案遭到強烈反對，倫敦市民認為此法案侵害了其自治權，治安法官則認為這種改革極度危險，且容易侵害人民權利與安全，最終 *Pitt* 的改革法案終究胎死腹中。1792 年，*Pitt* 政府改提出較為保守的米德爾塞克斯治安法官法案（*The Middlesex Justices Act*），提案成立治安法官辦公室，由 3 名治安法官與 6 名治安

Public Justice: The Bow Street Magistrates' Court, 1754-1780, *Law and History Review*, Vol. 25, No. 1 (2007), p. 69.

²⁹⁴ Clive Emsley, *The English Police: A Political and Social History*, Longman, 2 nd ed. (1996), pp. 19-20.

²⁹⁵ Clive Emsley, *The English Police: A Political and Social History*, Longman, 2 nd ed. (1996), pp. 21-23; Leon Radzinowicz, *A History of England Criminal Law and its Administration from 1750*, Vol. 1, Stevens & Sons (1948), pp. 342-344.

官組成，年薪分別為 400 英鎊與 12 先令²⁹⁶。相較於 1785 年法案，新的治安法官法案顯得保守許多，其重要性僅在於確立了職業治安法官以及治安官，使其不再僅是兼職。

在米德爾塞克斯治安法官法案通過後，*Patrick Colquhoun* 成為第一任非兼職治安法官。*Colquhoun* 致力於英國治安體制的改革，他除了撰文討論都市警察制度外，還進一步在 1798 年建立由 60 名警察所組成的倫敦泰晤士水上警察，保護商船來往安全。到了 1800 年，這個組織從原初的私人機構轉變成國家正式警察編置，由治安法官職司該組織中的人事任免²⁹⁷。

Colquhoun 對英國職業警察的建置功不可沒，他提出創立國家警察組織的意見，認為警察應當在治安維護體制中佔有核心地位，並由中央統一管轄。*Colquhoun* 建立的倫敦泰晤士水上警察，是英國史上第一支由中央直接控制的警備隊伍，也是英國從過往地區治安自治模式轉變成全面現代職業警察整合模式的過渡性橋樑。

第四項 現代職業警察的誕生

第一款 大都市警察法誕生的社會背景

18 世紀末，英國人民均普遍認為，相關的防護警戒網已經不足以應付隨著都市化而節節高生的犯罪率。人民對於執法人員普遍有強烈的不信任感，當時年輕人甚至將調戲巡警當作是娛樂活動²⁹⁸。早期普通法將法律執行系統建構在公民參與之上，然而這種體制無法因應人口集中以及都市化後所產生的新問題，專業的法律執行機構成為迫切需要的建置。在當時，一般民眾對於執行法律任務的參與度已經大不如前，至少沒有人想要恢復自己在普通法中的角色（*common law roles*）：每位英國人都是追捕竊賊的巡警（*a sergeant to take the thief*）²⁹⁹。

18 世紀末至 19 世紀初，英國除了必須面對逐年攀升的犯罪率，社會抗爭運動亦此起彼落，例如除上文提到 1780 年的戈登暴亂，1811 年也發生盧德派

²⁹⁶ Leon Radzinowicz, *A History of England Criminal Law and its Administration from 1750*, Vol. 1, Stevens & Sons (1948), pp. 447, 509; T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), pp. 37-38.

²⁹⁷ Clive Emsley, *The English Police: A Political and Social History*, Longman, 2nd ed. (1996), p. 21.

²⁹⁸ Matthew Hale, *The History of the Pleas of the Crown*, Vol. 2, et al., *Historia Placitorum Coronae*, [lxxxvii] (1847), *92.

²⁹⁹ M. Cherif Bassiouni, *Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police*, Charles C Thomas (1977), p. 11.

(Luddites) 抗爭運動，抗爭者認為機器大量使用會減少就業機會，此一持續數年的抗爭運動搗毀許多節省勞動力的紡織機。在 1816 到 1819 年間，還有許多大規模的集會活動，訴請政治革新，最後時常演變成血腥鎮壓³⁰⁰。這些融合了經濟與社會革新的運動，使得針對這些抗議活動的處置變得極為複雜；當時的治安模式依舊以兼職性的治安官及治安法官為支柱，當他們無法處理動亂時，便會請求軍隊協助，然而運用軍隊此舉卻往往引起民眾更大的不滿。在這種雙邊為難的情勢下，分散式的地方治安維持力量明顯不足以因應抗爭以及暴動，統合全國治安防護體制逐漸成為改革者的訴求。

第二款 倫敦大都市警察的建立

1829 年 4 月，英國內政部長 *Robert Peel* 向下議院提出了大都市警察法案(*The Metropolitan Police Act*)。在提案說明中，*Peel* 主要提出了三點理由³⁰¹：1) 統計數據證實犯罪率逐年上升；2) 地區性的治安維護體制無法因應非固定性的犯罪活動；3) 欠缺區域間的治安整合，縱然某些區域治安維護機制尚稱足夠，然而實際上僅是將犯罪者轉移到鄰近地區。法案並未在議會中引起強烈反對，在 1829 年 7 月 19 日，警察法案順利通過，內容包括在大都市建立由內政部長指揮的警察組織；警察局局長的任免權由中央行使；警察行使警察權，不受地區劃分的限制；警察局長負責制定管理規則，並有解雇不履行職責或濫用權力的警察等等，惟當時法案所指的大都市，並不包括倫敦市。

警察法案通過後，*Peel* 開始大力整頓並建構新警察制度，任命拿破崙戰爭期間的老兵 *Charles Rowan* 和律師 *Richard Mayne* 為警察局長，期望新的警察具備軍隊的特質且熟悉法律相關規範。大都市警察局分為 17 個分局，由警司管理 4 名督察和 16 名警長，警長之下又有 9 名警員，每個分局約有 160 人，整個大都市警察局總人數約莫 3000 人。從 7 月警察法案通過到同年 8 月，警察人員的招募已大抵完成，同年 9 月 26 日，新警察開始執行勤務³⁰²，英國正式從傳統自治守望的治安維持模式走向中央控制之現代職業警察系統。往後英國政府又陸續通

³⁰⁰ Jerome Hall, *Legal and Social Aspect of Arrest without a Warrant*, *Harvard Law Review*, Vol. 49, No. 4 (1936), pp. 585-588.

³⁰¹ Clive Emsley, *The English Police: A Political and Social History*, Longman, 2nd ed. (1996), pp. 24-31; Elaine A. Reynolds, *Before the Bobbies: The Night Watch and Police Reform in Metropolitan London, 1720-1830*, Stanford University Press (1998), pp. 1, 125-147; T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), pp. 47-50; Leon Radzinowicz, *A History of England Criminal Law and its Administration from 1750* (1968), pp. 570, 588.

³⁰² Elaine A. Reynolds, *Before the Bobbies: The Night Watch and Police Reform in Metropolitan London, 1720-1830*, Stanford University Press (1998), p. 149; T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), pp. 47-50.

過幾個重要的法案，即便反對的意見未曾停歇，政府依舊堅持建立新的警察制度，例如 1833 年的照明守望法（Lighting and Watching Act）、1835 年的市自治團體法（The Municipal Corporations Act）³⁰³等。

儘管如此，但事實上即便到了 1850 年代，新警察制度仍未遍及全國，仍有許多市尚未建立警察組織；而在郡的層級，因法律並未強制要求建立警察組織，56 個郡當中僅有一半的郡依法建立了警察組織，剩下的郡仍舊仰賴治安官維護治安³⁰⁴。一直到 1856 年的郡市警察法（The County and Borough Police Bill）通過，建立全國統一警察體系的工作才告一段落。該法規定，政府任命的檢查員將對各地警察制度進行評估，針對執行較佳的郡和市，中央政府將承擔四分之一的警察工資以及制服費，但人口少於 5 千人的地區則無法獲得此補助。郡市警察法減少了中央政府直接控制，轉而透過經濟補助鼓勵地方政府主動建立警察系統，且讓規模較小的郡或市主動合併以爭取補助，最終成功地讓新警察制度遍及全國³⁰⁵。

第五項 繼受且突破普通法之警察權

第一款 繼受

大都市警察制度建立前後，社會各界對於警察制度普遍持反對態度，可以說英國的警察制度是在極為艱困的環境下產生的³⁰⁶。因此對於新警察制度的創立者而言，首要任務在於取得大眾的信賴與支持，並減少民眾反對情緒。準此，警察試圖弱化其威權色彩，大打「警察即為民眾」的口號，如 1829 年的大都市警察法案只有一個條文規定了警察的權限，現代警察制度的草創者強調警察乃治安官的承繼者等，透過此類論調讓公眾更容易接受警察，相信警察並非新的事物，而只是治安官的革新，警察和治安官兩者僅有名稱上的不同。如此一來，不僅間接補足了警察的權限範圍，同時亦讓警察順理成章地獲得治安官依據普通法所享有的權限。

³⁰³ T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), pp. 62-64.

³⁰⁴ T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), pp. 105-106.

³⁰⁵ T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), pp. 111-118.

³⁰⁶ Elaine A. Reynolds, *Before the Bobbies: The Night Watch and Police Reform in Metropolitan London, 1720-1830*, Stanford University Press (1998), pp.154-158; Jerome Hall, *Legal and Social Aspect of Arrest without a Warrant*, *Harvard Law Review*, Vol. 49, No. 4 (1936), pp. 589-590.

建立新式警察制度的構想先從 *Fielding* 兄弟開始，之後陸續又有 *Pitt*、*Colquhoun* 等承繼者。但是英國強大的地方自治體制與公民自由的傳統讓警察制度的建立困難重重，直到 1829 年第一部警察法案才正式通過。歷史傳統與社會現實的交錯互動，構築了英國警察的權力結構。事實上，英國警察透過延續治安官的身分，獲得了維護治安與執行法律之廣泛權限，並未徹底顛覆固有傳統，反而是站在普通法中治安官的既有權限之上，再進一步有所突破。

第二款 突破

在傳統治安自治模式之下，社會中的每個人都負有維護秩序的義務，逮捕犯罪者乃每個人的權利與義務，尤其是兼有治安官身分之人。而新式警察既然是治安官的繼受者，自然有享有此項逮捕權限，故追本溯源便可發現，英國警察的逮捕權實源自於普通法中一般公民的逮捕權。雖然在治安官時期，治安官的逮捕權限就大於普通公民的逮捕權限，然而兩者並沒有本質上的差異，蓋當時治安官屬於兼任職且沒有固定支薪，因此治安官實質上僅是享有較大逮捕權限的公民。但是在新式警察出現後，無論是普通法或制定法均不斷擴大警察的逮捕權限，使得警察在執行逮捕方面的權限遠大於一般公民。依照傳統普通法，公民只能對於重罪的行為人實施逮捕，且必須重罪在現實上確實發生³⁰⁷；換言之普通法對於公民的逮捕權主要透過兩個要件限制之，一是被逮捕者之行為類型乃重罪；二是僅能針對事實上發生的犯罪加以逮捕。一直到 18 世紀中葉這種限制也同樣適用於治安官的逮捕行為。然而自 1780 年 *Samuel v. Payne* 案判決作成後，法院透過判決不斷形塑與擴張治安官的逮捕權限；到了 1827 年的 *Beckwith v. Philby* 案，英國法院終於確立執法人員與一般私人逮捕規則的分水嶺，治安官員所適用的逮捕法則與一般私人適用的逮捕法則正式分道揚鑣，而在英國現代警察制度建立後，治安官此種超出一般私人的逮捕權限自然也為警察所繼承。

隨後，英國也透過制定法擴張警察的逮捕權限。1829 年大都市警察法規定警察有逮捕流浪漢等無業遊民的權力，1835 年的市自治團體法亦規定警察有權逮捕擾亂公共秩序或有犯罪可能性之人。1839 年的大都市警察法 (*Metropolitan Police Act*)³⁰⁸ 更進一步擴大警察執行逮捕的權限，針對輕度危害公共秩序的行為亦得加以逮捕³⁰⁹；該法第 57 條列舉了 17 種在道路上妨害他人的行為³¹⁰，對於

³⁰⁷ 請參照本章第二節第三項。

³⁰⁸ 該法案全文可以透過此網頁找到：<http://www.legislation.gov.uk/>。（最後瀏覽日期：2011/12/23）

³⁰⁹ T. A. Critchley, *A History of Police in England and Wales: 900-1966*, Constable (1967), p. 57.

³¹⁰ Prohibition of nuisances by persons in the thoroughfares:

Every person shall be liable to a penalty not more than level 2 on the standard scale, who, within the limits of the metropolitan police district, shall in any thoroughfare or public place, commit any of the following offences;

1. Every person who shall, to the annoyance of the inhabitants or passengers expose for show or sale (except in a market lawfully appointed for that purpose) or feed or fodder any horse or other animal, or show any caravan containing any animal or any other show or public entertainment, or shoe, bleed, or farry any horse or animal (except in cases of accident), or clean, dress, exercise, train, or break any horse or animal, or clean, make, or repair any part of any cart or carriage, except in cases of accident where repair on the spot is necessary;

2. Every person who shall turn loose any horse or cattle, or suffer to be at large any unmuzzled ferocious dog, or set on or urge any dog or other animal to attack, worry, or put in fear any person, horse, or other animal;

3. Every person who by negligence or ill-usage in driving cattle shall cause any mischief to be done by such cattle, or who shall in anywise misbehave himself in the driving, care, or management of such cattle, and also every person not being hired or employed to drive such cattle who shall wantonly and unlawfully pelt, drive, or hunt any such cattle;

4. Every person having the care of any cart or carriage who shall ride on any part thereof, on the shafts, or on any horse or other animal drawing the same, without having and holding the reins, or who shall be at such a distance from such cart or carriage as not to have the complete control over every horse or other animal drawing the same;

5. Every person who shall ride or drive furiously, or so as to endanger the life or limb of any person, or to the common danger of the passengers in any thoroughfare;

6. Every person who shall cause any cart, public carriage, sledge, truck, or barrow, with or without horses, to stand longer than may be necessary for loading or unloading or for taking up or setting down passengers, except hackney carriages standing for hire in any place not forbidden by law, or who, by means of any cart, carriage, sledge, truck, or barrow, or any horse or other animal, shall wilfully interrupt any public crossing, or wilfully cause any obstruction in any thoroughfare;

7. Every person who shall lead or ride any horse or other animal, or draw or drive any cart or carriage, sledge, truck, or barrow, upon any footway or curbstone, or fasten any horse or other animal so that it can stand across or upon any footway;

8. Every person who shall roll or carry any cask, tub, hoop, or wheel, or any ladder, plank, pole, showboard, or placard, upon any footway, except for the purpose of loading or unloading any cart or carriage, or of crossing the footway;

9. Every person who, after being made acquainted with the regulations or directions which the commissioners of police shall have made for regulating the route of horses, carts, carriages, and persons for preventing obstructions during public processions and on other occasions herein-before specified, shall wilfully disregard or not conform himself thereunto;

10. Every person who, without the consent of the owner or occupier, shall affix any posting bill or other paper against or upon any building, wall, fence, or pale, or write upon, soil, deface, or mark any such building, wall, fence, or pale with chalk or paint;

11. S. 54(11) repealed by Street Offences Act 1959 (c. 57), Sch.

12. Every person who shall sell or distribute or offer for sale or distribution, or exhibit to public view, any profane, book, paper, print, drawing, painting or representation, or sing any profane, indecent, or obscene song or ballad or use any profane, indecent or obscene language to the annoyance of the inhabitants or passengers;

13. Every person who shall use any threatening, abusive, or insulting words or behaviour with intent to provoke a breach of the peace, or whereby a breach of the peace may be occasioned;

14. Every person, who shall blow any horn or use any other noisy instrument, for the purpose of calling persons together, or of announcing any show or entertainment, or for the purpose of hawking, selling, distributing, or collecting any article whatsoever, or of obtaining money or alms;

15. Every person who shall wantonly discharge any fire-arm or throw or discharge any stone or other missile, to the damage or danger of any person, or make any bonfire, or throw or set fire to any firework;

16. Every person who shall wilfully and wantonly disturb any inhabitant by pulling or ringing any door-bell or knocking at any door without lawful excuse, or who shall wilfully and unlawfully extinguish the light of any lamp;

17. Every person who shall fly any kite or play at any game to the annoyance of the inhabitants or passengers, or who shall make or use any slide upon ice or snow in any street or other thoroughfare, to the common danger of the passengers. And it shall be lawful for any constable belonging to the

違反上述規定的行為人，警察均有權將其逮捕。依據該法第 64 條³¹¹以及第 65 條³¹²，警察亦有權逮捕下列之人：認定有妨害公共秩序之遊民；有合理理由相信已經實施或即將實施重罪、輕罪或破壞和平罪之人；在太陽下山後至第二天早上 8 點前躺在公路、廣場或其他公共場所之人；於公共場所遊蕩而無法提供合理理由之人；被他人指控實施嚴重傷害行為之人；其行為舉止顯示將實施上述違法行為，且其姓名與地址不明之人。總體而言，英國透過制定法賦予警察相較於普通法更加廣泛的逮捕權限，雖然依據普通法傳統規則，執法人員的逮捕權應當和公民逮捕權相同，且傳統觀點認為執法人員應盡可能不擁有超出於私人的權力，但是從歷史的發展可知，制定法有時候非常輕易且廣泛地授權警察逮捕的權限。

第六項 警察、公民逮捕與社會問題

“The common law, with its tenacious attachment to tradition, has held on to a rule that emerged in a very different world.”

James Q. Whitman

第一款 普通法的強烈歷史附著性

「普通法」(common law) 這個名稱可有廣義以及狹義的理解方式。廣義而言，這個名稱指涉的是一個依循先例之法系中所有的法院判決；狹義而言，這個名稱指的是從 11 世紀的英國開始，藉由法院判決而發展與表達的法律。

普通法乃獨立於制定法之外的特殊法源，透過不同時期的判例基礎而發展，

metropolitan police force to take into custody, without warrant, any person who shall commit any such offence within view of any such constable.

³¹¹ Constable may apprehend without warrant in certain cases:

It shall be lawful for any constable belonging to the metropolitan police to take into custody, without a warrant, all loose, idle, and disorderly persons whom he shall find disturbing the public peace, or whom he shall have good cause to suspect of having committed or being about to commit any felony, misdemeanor, or breach of the peace, and all persons whom he shall find between sunset and the hour of eight in the morning lying or loitering in any highway, yard, or other place, and not giving a satisfactory account of themselves.

³¹² Persons charged with recent assaults may be apprehended without warrant:

It shall be lawful for any constable belonging to the metropolitan police force to take into custody, without warrant, any person who within the limits of the metropolitan police district shall be charged by any other person with committing any aggravated assault, in every case in which such constable shall have good reason to believe that such assault has been committed, although not within view of such constable, and that by reason of the recent commission of the offence a warrant could not have been obtained for the apprehension of the offender.

其最大特色在於「遵循先例」，透過法院在個案裁判時對於先例的遵循，形成法律的穩定度以及可預測性。而這種遵循先例的模式帶有以下兩種特徵：第一，公佈判決理由並裝訂成冊，以利判決成為作為權威來源而可被檢索；第二，判決中的陳述均是在公開表述的推理過程中推導出來³¹³。故構成普通法的傳統核心在於對個別案件之判決，且每條透過判決先例所形成的規則都會經由後續的案件重新評估，以決定該規則是否公平；簡言之，普通法的特性就在於其藉由經驗逐步累積向前，並反覆檢討自身所憑藉的根基，法律規則就是從社會、經濟與政治等實際事件中逐漸形塑而成，而彼此相抗衡的權利或價值觀，都可在個案的基礎中被挑戰、評估及裁決。*Holmes* 曾說，普通法的重大成長都是逐漸累積而來³¹⁴。

更重要的是，普通法體系是由個別問題的解決方案聚集而成，可以說判決的靈感與力量，乃是源自於有待解決的案件事實，蓋判例法的正當性基礎更來自於判決理由，法院判決效力之存續與否，完全視其判決理由而定，而判決理由的構成取決於待解決的爭議問題，每個爭議問題背後又往往隱藏著當時代所處的特殊社會脈絡，因此法院在審判時，往往會考量判決對於社會所造成的影響，每一個判決其實都是法官對於當時社會現象的回應。*James Q. Whitman* 在其著作《合理懷疑的起源》（*The Origins of Reasonable Doubt*）一書中³¹⁵就精闢地指出，普通法具有對歷史及傳統的強力附著性，當中每條規則的形成均是在回應當時社會所遇到的問題，人們應當體認每條普通法規則的形成背景都是截然不同的世界。對此可以說，普通法在性質上即帶有強烈的歷史依附性，每條普通法規則都是時代的產物。

第二款 公民逮捕之概念形成

公民逮捕的演進歷程基本上就是一部私人與執法人員逮捕法則的分化史，在「重罪違犯命題」形成後，兩者的區分大體底定。惟法則的歷史溯源本身並未提供任何規範基準，甚至亦無法呈現普通法如此強烈的歷史依附性，因此本文一方面強調公民逮捕法則的歷史溯源，他方面更藉由當時的社會背景襯托出逮捕法則背後所回應的社會問題，此種分析方法有兩層意義：一方面呼應普通法的歷史附著性，呈現不同階段逮捕法則變化的實質意義，以釐清「公民逮捕」概念出現的

³¹³ R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators, and Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press (1987), pp. 2, 17-20, 39-53.

³¹⁴ Ruggero J. Aldisert, *Logic for Lawyers: A Guide to Clear Legal Thinking*, Contemporary Medical Education (2001), p. 9.

³¹⁵ James Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press (2008), p. 203.

背景以及演進；他方面亦得以從公民逮捕法則對社會問題的不斷回應，體現出公民逮捕的工具性特徵；根據當時所處的時代背景，制度設計者得以對法則的細部內容進行微調，藉此貫徹相關的政策考量。

公民逮捕的發展無可避免將牽涉到許多政治、哲學以及社會議題，欲理解逮捕法則演變背後的實質意義，必須從更寬廣的視角切入。事實上每種政治及法律發展都在回應當代的社會問題，而法官或政治領袖在面對社會問題時，都嘗試用自己的方式提出可能之解決方案。無論是新警察組織的建立或逮捕規則的演變，都指向相同的改革目標，亦即控制自 16 世紀開始不斷升高的犯罪率，並重建潰敗的執法體制，也就是在這樣的歷史背景下，才發展出公民逮捕的概念。嚴格而言，19 世紀之前並不存在所謂的公民逮捕，因為當時的普通法根本沒有明確區分執法人員的逮捕與私人的逮捕；早期普通法所建構的治安集體守望模式主要是以公民的參與為支柱，治安官雖然是得到王權認可的政府官員，但卻是無給職的兼職工作，其政府官員的色彩極為薄弱，至多僅能說治安官是負有更多責任的私人。例如 1285 年的溫徹斯特法並未明確賦予治安官更大的逮捕權限，也因此當時的逮捕法則也沒必要特別獨立出所謂的公民逮捕。蓋公民逮捕概念的形成需要兩個基本條件，第一個條件稱為「制度性條件」，必須存在中央式的國家執法機構；第二個條件稱為「規範性條件」，也就是法律必須明確區隔國家執法人員及一般私人所適用的逮捕法則，而這兩個條件在英國一直要到 19 世紀才真正出現。

然而，上述發展的歷史脈絡經常遭到忽略；論者經常指出「按照普通法，一般私人所發動的無令狀逮捕必須以該重罪於事實上發生為前提；反之，執法人員則不受此等限制。」這個陳述忽略了普通法的歷史附著性，關鍵的提問並非：「**普通法規則究竟是什麼？**」而應該是：「**普通法為了回應何等問題而發展出了何等規則？**」重罪違犯命題在今日確實廣為法院所接受，然而泛論重罪違犯命題屬於普通法規則，將會忽略該命題所產生的時代背景。從 18 世紀中到 19 世紀初，重罪違犯命題可謂歷經從誕生、搖擺直到確立的艱辛發展歷程，可以說，重罪違犯命題進入普通法系統不過是在 18 世紀中葉以後！與英國現代職業警察從 1753 年至 1829 年的誕生過程對照，將會發現兩者存在緊密的依存關係，最明顯的例子就是，鮑街幹探在 1748 年建立，距離關鍵實務判決 *Samuel v. Payne* 案不過短短 32 年，且法院在 1780 到 1827 年間的一系列判決，更明顯回應了不斷擴張的官方執法能量，直到 20 世紀的 *Walters v. Smith* 案，重罪違犯命題的發展才正式

劃下句點。由重罪逮捕命題和現代警察制度二者平行的發展過程可知，執法人員逮捕權限的擴大始終伴隨著對私人逮捕容許範圍的限制，而擴大官方逮捕權限又與國家執法機制的健全度密切相關。對於公民逮捕而言，影響法則發展的條件究竟是什麼？從公民逮捕法則與現代職業警察制度兩者發展的交叉比對以及彼此間的交互作用，應不難看出，法院考量的重點就在於有效的犯罪管理與執法效率。當國家執法人員建置完備，私人協助執法就成了備位選項，甚至會產生避免私人過度涉入執法行動的政策取向，重罪違犯命題就是這段發展歷程最佳的見證與註腳。因此，現代警察制度建立之後，才終於滿足了形成公民逮捕概念所需的「制度性條件」以及「規範性條件」，自此以後，公民逮捕遂成為美國逮捕法制中的重要制度。

第七項 普通法作為建構公民逮捕法則的起點

普通法所建構出的公民逮捕法則也形成了今日美國法下公民逮捕法則的雛型。無論是國家機關或視為國家行為的逮捕，與公民逮捕相較，兩種模式均會產生相同效果，也就是對被逮捕者的自由造成干預。相較於國家機關的逮捕，公民逮捕法則即便在美國也並未受到應有的重視，這種忽視讓執法人員所為的逮捕以及私人逮捕無論在規範密度或實務運作上的落差越顯擴大。由於兩者在社會脈絡以及法體系定位有極大的不同，公民所為的逮捕並無法直接援用國家機關的逮捕規則，因此徹底檢討公民逮捕法則確實有其必要。為了充分釐清當代美國適用的公民逮捕法則，以下本文將先從各州制定法的基本規範架構開始分析，之後再以這些制定法的架構作為基礎，探討法院對於這些規定的具體操作。

第四節 美國各州公民逮捕制定法分析

1980 年以前針對美國法院判決實務的實證研究顯示，只有少數公民逮捕的案件進入各州的上級法院³¹⁶，多數公民逮捕案件可歸類為三種類型：零售商店經理逮捕有偷竊嫌疑的顧客、執法人員在管轄區域外或於其權限範圍外進行逮捕、執法人員為了規避憲法上對於國家機關違法逮捕的制裁而訴諸公民逮捕法則，例如證據排除法則（*exclusionary rule*）的適用。而私人出於自願而發動的逮捕，此

³¹⁶ M. Cherif Bassiouni, *Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police*, Charles C Thomas (1977), p. 14.

種核心意義的公民逮捕僅佔了極少數的比率。

目前美國絕大多數的州都已經制定了公民逮捕的相關立法，即便沒有制定法承認，亦透過遵循普通法規則的方式賦予私人發動無令狀逮捕的權限。較為特殊的是佛羅里達州的公民逮捕法則，該州雖未特別明定公民逮捕之規範，但是所有公民逮捕的相關問題皆透過警察之轄區外逮捕法則加以操作，實質上亦承認了公民逮捕的合法性。

各州對於公民逮捕基本要素的規範大致相同，多數的立法承認針對重罪所為的逮捕，而對於其他犯罪行為的逮捕，則要求逮捕者必須在犯罪的現場。某些州，例如伊利諾州³¹⁷，區別了輕罪（misdemeanors）以及違法行為（offenses），所謂的違法行為多半涉及到城市條例（city ordinances）或準不法行為（quasi-delict）³¹⁸；即便私人於犯罪發生時在場，在該州的立法亦不容許私人對於這些違法情形進行逮捕。此種立法模式其實是針對晚近大量違法行為入罪化（criminalization）之反動，為了防止私人逮捕權限隨之擴大，透過緊縮性的立法規定，限縮公民逮捕權限的範圍。也因此才會嚴格區分所謂的犯罪（crime）、違法行為（offenses）、犯罪行為（public offense）、重罪（felony）、輕罪（misdemeanors）等不同態樣。雖然各州的立法展現了高度的相似性，然而透過以下的分析，還是可以看出各州立法的模式並不全然相同，尤其各州針對重罪逮捕規則分歧最大。此外，雖然有些州的條文並未規範輕罪的逮捕，但這些沒有立法規範輕罪逮捕的州多半採取了普通法的要求，亦即逮捕者必須於犯罪違犯時在場，且此等輕罪涉及到破壞和平方可為之，故從結論來看，與立法明文規定輕罪逮捕的州並未存在重大差異，因此以下分析將著重在對於重罪逮捕之立法規定。

第一項 執法人員與私人適用相同的逮捕法則

採取這種立法模式的州並不區分執法人員所適用的逮捕法則與私人所適用的公民逮捕法則，在這些州中只要有合理根據或相當理由（reasonable ground, probable cause）相信犯罪已經發生，逮捕即為合法。肯塔基州法院採取了如此的

³¹⁷ 請參照附錄 1.13。

³¹⁸ 所謂的準不法行為（quasi-delict）乃指無惡意的行為，但是由於錯誤、疏失、或法律上不可容任的粗心大意而造成他人的損害。準不法行為可以發生在公法或私法的領域，當疏於履行照管社團事務的職責，可能構成犯罪；然而在相同的情況下，疏於照管私人事務，則有可能構成民事訴訟的基礎。請參見：Horace L. Wilgus, Arrest without a Warrant, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 6 (1924), p. 551.

看法，在 1963 年以前肯塔基州的立法規定³¹⁹，私人在有理由相信被逮捕者違犯重罪時即可發動逮捕，在此種立法授權下，即使重罪並未事實上發生，只要私人的逮捕合乎合理根據，仍得以免於刑事或民事責任。在 *Alder v. Commonwealth*³²⁰ 案中，法院認為公民若具備相當理由相信重罪遭到違犯而發動逮捕，此種逮捕乃合法的逮捕。1963 年以後，肯塔基州的立法³²¹改變立場，認為合法的公民逮捕必須重罪「事實上」遭到違犯，且逮捕者亦有相當理由相信被逮捕者違犯該重罪。此外，詳細分析肯塔基州的立法也可以發現，該法雖然並未規範到輕罪的逮捕，然而在實際操作上，肯塔基州就如同其他沒有透過立法規範輕罪逮捕的州一樣，採取了普通法的進路，亦即逮捕者必須在犯罪違犯時在場，且此等輕罪涉及到破壞和平。

綜上所述，肯塔基州在 1963 年以前雖然沒有區分執法人員以及私人的逮捕，然而 1963 年以後的立法卻顯示，公民逮捕已經不同於國家政府人員所為的逮捕，目前仍維持此種不區分立法模式者，僅剩下德克薩斯州³²²。

第二項 被捕者事實上違犯重罪

紐約州³²³以及密西根州³²⁴的立法規定，被逮捕者必須嗣後被證明確實犯下重罪，同時若能證明被逮捕者有罪，便免除逮捕者證明在逮捕當下有合理根據相信此事為真；相反的，若無法證明被逮捕者有罪，無論逮捕者於逮捕當時是否有合理的根據，逮捕者均可能負擔民事甚至刑事責任。紐約州最高法院即認為，只要重罪確實遭到違犯，每位公民均有透過實定法授予的逮捕權限，在沒有令狀的前提下將違犯犯罪之人逮捕並送交治安官，縱使逮捕者在犯罪違犯時並不在場³²⁵。在密西根州有關公民逮捕的標竿判決則認為，私人得基於違犯重罪的嫌疑而將他人予以逮捕，但是這名逮捕者必須準備在將來可能的訴訟中證明兩件事情：1) 被逮捕者確實違犯此重罪；2) 任何有理性之人在相同的情況下均會合理相信被逮捕者就是犯罪行為人³²⁶。

³¹⁹ 121 Ky. 863, 867, 90 S.W. 597 (1906).

³²⁰ 277 Ky. 136, 125 S.W. 2d 991 (1939).

³²¹ 請參照附錄 1.4。

³²² 請參照附錄 1.17。

³²³ 請參照附錄 1.3。

³²⁴ 請參照附錄 1.18。

³²⁵ *People v. Glennon*, 37 Misc. 1, 5, 74 N.Y.S. 794 (1902).

³²⁶ *Maliniemi v. Garland*, 92 Mich. 222, 52 N.W. 627 (1892).

然而採取這種立法模式的州，在細部的內容上還是有所差別，並非所有州均強調逮捕者主觀上的合理確信，亦有僅要求事實上重罪遭到違犯即可。也因此產生一個爭議問題：當一個逮捕並非基於主觀上合理的根據，然而嗣後又證實被逮捕者確實違反該重罪，如此是否會影響逮捕的合法性？從紐約州的立法來看，主觀的合理根據並非逮捕的前提要件；然而依據密西根州的立法，私人主觀上必須基於合理理由（reasonable cause）相信重罪遭到違犯。由此可知，當州的立法或法院沒有要求具備合理根據要件時，其實就意味著私人逮捕者即便是基於無法支持或錯誤的認知而進行逮捕，只要嗣後證實被逮捕者確實犯罪，逮捕仍屬合法，反之，警察所為的逮捕則會受到憲法增修條文第 4 條的限制，也就是逮捕必須基於相當理由（probable cause），依照當時所了解的事實和情況，足以使一個謹慎的人相信存在犯罪。總結而言，由於憲法增修條文第 4 條的要求不會適用到公民逮捕的情況，由於憲法增修條文第 4 條的要求不適用於公民逮捕，各州的立法空間相對較大，才產生所謂以結果證成行為（the result justifies the conduct）的現象。

第三項 重罪在事實上出現且逮捕者有合理根據

美國某些州的立法授權私人無令狀逮捕，只要重罪確實發生且逮捕者有合理根據相信被逮捕者乃違犯者即可，代表性的乃亞利桑那州³²⁷、阿肯色州³²⁸、內布拉斯加州³²⁹、北卡羅來納州等五個州³³⁰。

採此模式之立法還可以進一步衍伸出「在場要求」，也就是重罪除了要事實上發生之外，逮捕者尚須在犯罪違犯時在場³³¹，北卡羅來納州的立法³³²便屬於此種類型，私人的逮捕唯有逮捕者在場，且具備相當理由相信被逮捕者曾經違犯重罪方屬合法。這項立法規定與北卡羅來納州法院先前表達的看法並不一致，在 *State v. Stancill* 案³³³中，法院認為私人有權逮捕重罪犯，無論逮捕者是否在場，惟若逮捕者不在犯罪現場時，逮捕者便有義務證明重罪在事實上遭到違犯。然而

³²⁷ 請參照附錄 1.7。亞利桑那州的法院判決亦明確表達此觀點：*State v. Sorreil*, 95 Ariz. 220, 388 P. 2d 429 (1964).

³²⁸ 請參照附錄 1.10。

³²⁹ 請參照附錄 1.15。

³³⁰ 請參照附錄，北卡羅萊納州立法的特殊性在於條文本身並非公民「逮捕」，嚴格而言應該是公民「拘留」，拘留與逮捕最大的不同在於，當沒有得到被拘留者同意時，不得將被拘留者移送其他處所。

³³¹ 關於「在場要求」的內涵，請參照本章第五節第二項。

³³² 請參照附錄 1.19。

³³³ 128 N.C. 447, 38 S.E. 926 (1901).

晚近北卡羅來納州法院的看法卻有所轉變，採取了與 1973 年立法相同的標準³³⁴，總計來看，立法模式採取「在場要求」除了北卡羅來納州，尚有科羅拉多州、夏威夷州、密西根州³³⁵、奧勒岡州、德州。而阿肯色州法院的判例³³⁶亦認為，只要私人在重罪違犯時在場，且有防免重罪犯脫逃之必要時，便可為無令狀逮捕³³⁷。

第四項 逮捕者不在犯罪現場但合理相信重罪遭到違犯

採取此種立法模式的主要有喬治亞州³³⁸、伊利諾州³³⁹、密西西比州³⁴⁰、俄亥俄州³⁴¹、南卡羅來納州³⁴²。在這些州的立法中多半使用了「犯罪」(offense) 這個概念，在定義上可以指涉對州法的違反，然而並不包括違反城市條例 (city ordinances) 這種本質上屬於準不法行為 (quasi-delict) 的類型，例如伊利諾州的立法就明文排除城市條例的違反，但在該州中治安官並不受此等限制。其他州則是透過解釋方法將「犯罪」(offense) 理解為刑事犯罪而不包括準不法行為。這些州的立法規定私人得基於合理及相當根據逮捕重罪犯，也就是嫌疑 (suspicion) 本身就足以證立逮捕行為，這樣的立場其實是延續了該喬治亞州法院³⁴³在 1890 年以來的見解，而此種公民逮捕的立法模式可謂要件最為寬鬆。

第五項 綜合分析

第一款 區別執法人員與私人適用的逮捕法則

在南北戰爭過後，美國各州所採取的統治政策乃盡量避免私人干預其他人的自由，法院依循著傳統的普通法立場，要求私人發動逮捕時重罪必須在事實上發生，藉此區別執法人員與私人適用的逮捕法則，背後考量的理由在於私人並沒有

³³⁴ 15 N.C.L. REV. 101, 104 (1936).

³³⁵ 密西根州的立法方式較為特殊，條文的第 1 項雖然要求逮捕者在重罪違犯時在場，然而第 2 項卻規定即便逮捕者不在場，只要嗣後證明被逮捕者確實違犯重罪，逮捕仍舊合法，故在場要求並非絕對。

³³⁶ 97 Ark. 212, 133 S.W. 598 (1911).

³³⁷ 相同見解亦請參照：Rayburn v. State, 200 Ark. 914, 141 S.W. 2d 532 (1940).

³³⁸ 請參照附錄 1.11。

³³⁹ 請參照附錄 1.13。

³⁴⁰ 請參照附錄 1.2。

³⁴¹ 請參照附錄 1.20。

³⁴² 請參照附錄 1.21。

³⁴³ Groom v. State, 85 Ga. 718, 11 S.E.1035 (1890).

法律上發動逮捕的義務。雖然在普通法傳統中，此類法律上之逮捕義務並非不曾出現，英國早期普通法便要求私人於重罪違犯時在場，該在場之人便有義務發動逮捕³⁴⁴，然而今日之普通法已經不再如此要求，而認為私人發動的逮捕乃僅是權利的行使。至於執法人員所發動之逮捕則在履行義務，只要有違法的情事發生，執法人員就負有義務加以逮捕，且執法人員將受到憲法的規制。

美國實務見解便認為，雖然事前的司法審查有助於極大化人權的保障，但是這樣卻會造成刑事司法任務在遂行上的阻礙，且美國憲法增修條文第 4 條（*The Fourth Amendment*）並沒有禁止一切的無令狀逮捕；逮捕一個正在為犯罪的人，縱使未使用令狀，也不應被認為違反正當程序原則³⁴⁵。然而，美國聯邦最高法院亦指出，憲法增修條文第 4 條作為無令狀逮捕的界線，因此必需要符合特定的要件相關人員的無令狀逮捕才是合法的，這個限制法院認為在於逮捕當時是否具備「相當理由」（*probable cause*）³⁴⁶。

綜此以言，依據憲法增修條文第 4 條，無令狀逮捕若未以相當理由支持就是非法的，僅僅善意（*good faith*）仍不能作為無令狀逮捕的依據³⁴⁷，再者，最高法院也指出，對於國家機關所為的無令狀逮捕，不會因為最後審判的結果而受到影響，判決的認定結果與無令狀逮捕的合法與否不相關連³⁴⁸。

相反的，私人不負有逮捕義務，其逮捕行為亦不受這些憲法要求所拘束，除非私人此時已經被納入國家機關的一環³⁴⁹，職是之故，公民逮捕主要的調控機制並不在憲法，而是相應的民事以及刑事責任以防止不合理的逮捕。此種相應的民刑事責任，乃用以平衡私人逮捕之特權及其他公民免於遭受恣意逮捕之權利。公民逮捕另一項不同於執法人員逮捕的特色在於，公民逮捕的權限範圍隨著各州政府採取的刑事政策而呈現分歧的狀況；對比之下執法人員的權限以及義務幾乎所有州都相同，此乃因憲法增修條文第 4 條以及第 14 條對於所有的執法人員具有相同的規制效力，提供了一體適用於所有執法人員的管制基礎，而此種共通要求並未出現在公民逮捕，各州政府於是享有較為廣泛的決斷空間，這也讓公民逮捕法則難以有一致的面貌。

³⁴⁴ M. Cherif Bassiouni, *Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police*, Charles C Thomas (1977), p. 19.

³⁴⁵ 5 Am. Jur. 2d Arrest § 30.

³⁴⁶ 423 U.S. 411,419-423 (1976).

³⁴⁷ *Terry v. Ohio*, 392 U.S. 1, 88 S. Ct. 1868, 20 L. Ed. 2d 889 (1968).

³⁴⁸ *Pierson v. Ray*, 386 U.S. 574, 87 S. Ct.1213, 18L. Ed. 2d 288 (1967).

³⁴⁹ Wayne R. LaFave, *Criminal Law, Hornbook Series*, 4th ed. (2003), pp. 558-559; 5 Am. Jur. 2d Arrest § 47, 48.

第二款 公民逮捕立法與刑事政策的整體互動

公民逮捕法則的建構總是受到相關刑事政策的影響，而刑事政策的走向又取決於當時的社會條件。在美國西部拓荒時代結束後，相關政策趨向保守，傾向於限制且不鼓勵公民進行逮捕，避免私人動輒以執法人員自居。影響的結果就是各州政府在立法時，原則上雖然仍在普通法的框架下，但是私人逮捕者將要承擔逮捕的風險，例如在誤認事實或法律情狀時，有可能要負起民事或刑事責任。透過各州的立法以及司法實務對於這些條文的闡示，並輔以完備且專業化的國家執法人員，私人透過逮捕犯罪者而參與執法過程的現象越來越少見。然而隨著都市化及現代化，城市內的暴力犯罪也急速飆高，到了 1930 年代中期，相關的社會條件再次讓公民參與逮捕的需求出現，特別是在第二次世界大戰期間，青壯年人大多投入戰爭的行列，美國國內警備嚴重缺乏，而工廠、銀行及重要民生物資集散地仍舊需要有人看守，當時美國面臨著嚴重的治安問題，於是出現了眾多私人自願性的執法團體，截至二戰結束，共有多達 20 萬的一般公民受雇於政府執行保安與執法工作³⁵⁰。然而從整體的趨勢分析，在大都市的執法機關多半不鼓勵私人涉入執法工作，蓋執法機關擔憂這些組織化的團體將會妨礙他們的工作，甚至與產生與之抗衡的實力，因而透過許多法令限制來壓制組織化的私人警戒團體。到了 1950 年代後，相關刑事政策之所以箝制私人參與執法過程，則主要是考量到此種私人執法很有可能引爆種族衝突，甚至製造更多的社會問題。雖然政府了解到執法人員並無法隨時因應緊急事件，對執法機關而言，公民角色亦越來越為重要，惟立法上主要還是將私人之任務侷限在資訊的提供以及被動的協助上，私人對於執法活動的介入依然受到壓抑。

然而隨著犯罪率在 1960 年代的急速攀升，執法機關以及立法者開始認為應該適度鼓勵公民合理介入執法活動，此時產生了許多立法變革。整體趨勢顯示，私人對於重罪之逮捕乃依據合理根據判準與重罪違犯判準加以操作，只要有合理根據相信重罪遭到違犯，即便私人於犯罪違犯時並未在場，亦得發動逮捕；而對於其他輕罪的逮捕，則是透過合理根據判準以及在場要求加以操作。這裡所謂的「合理根據判準」(reasonable ground) 或「合理理由判準」(reasonable cause) 即相當於執法人員所適用的「相當理由判準」(probable cause)，具體的操作方式乃就逮捕者所認知之事實及情況，有合理之訊息，足以使一理性謹慎之人相信犯罪已經發生，且被逮捕者乃犯罪行為人。惟亦有州透過立法突破傳統普通法的限制，

³⁵⁰ Charles Nemeth, *Private Security and the Law*, Butterworth-Heinemann, 3rd ed. (2004), p. 12.

例如南卡羅萊納州立法便規定若有相當之資訊相信重罪遭到違犯時即可發動公民逮捕³⁵¹，在此種立法授權下，私人於獲悉相關資訊後，若任何理性之人均會信賴此資訊而認定重罪遭到違犯，逮捕即為合法，縱使嗣後發現該等資訊乃屬錯誤，亦不影響行為的合法性。

相對的，執法人員並不適用此種法則，當執法人員獲悉線民對於重罪之控訴資訊時，必須根據 1964 年 *Aguilar v. Texas* 案所發展出來的「雙叉法則」加以判斷。依此法則，線民所提供之資訊，必須通過兩層檢驗方符合相當理由之標準，首先乃訊息本身的可信性（corroboration of the information furnished by the informant），其次乃線民本身的可靠性（previous reliability or credibility of the informant）³⁵²。惟此等限制並不適用於一般私人，因此執法人員根據第三者所提供之資訊而發動逮捕必須適用更加嚴格的標準，在此情況下，私人所發動的自願性逮捕便享有更加寬泛的行動空間。

美國公民逮捕之立法總是隨著社會背景的不同而有所調整，由此更加塑造出公民逮捕的獨特性與彈性，若與執法人員的逮捕權限相比，公民逮捕之制定法亦非完全呈現限縮之取向。就限制的面向來看，許多州的制定法明文採納「重罪違犯判準」，此時公民的權限較為狹隘；就擴張的面向來看，基於私人不受憲法條款拘束的理由，立法者因而享有較大的決策空間，而不會受制於「相當理由判準」，且當州立法採取的是「合理根據判準」或「合理理由判準」，法院亦得透過解釋某程度將此等判準與「相當理由判準」脫鉤，而未必一定要採取相同的審查密度³⁵³，由此看出美國的公民逮捕法制可以說採取了寬嚴並進的規範取向。

第五節 公民逮捕法則（the Law of Citizen's Arrest）建構

無論是基於何等的確信，私人總是冒著自身的風險(at his own peril)而進行逮捕，也因此當發生錯誤時，無論是事實上或是法律上的錯誤，均有可能讓逮捕者陷於刑事或是民事責任³⁵⁴。儘管立法承認了公民逮捕的合法性，然而這項容許之

³⁵¹ 請參照附錄 1.21。

³⁵² M. Cherif Bassiouni, *Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police*, Charles C Thomas (1977), p. 24. 中文請參見：王兆鵬，*美國刑事訴訟法*，第二版，元照出版社，2007 年，頁 83-87。

³⁵³ M. Cherif Bassiouni, *Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police*, Charles C Thomas (1977), p. 26.

³⁵⁴ *Garnier v. Squires*, 1900, 62 Kan. 321, 62 P. 1005; *Enright v. Gibson*, 1906, 219 Ill. 550, 76 N.E. 689.

程度亦應考量被逮捕者可能受到的侵害，透過各種對公民逮捕所設下的限制，公民逮捕與被逮捕者的權利保障二者取得巧妙的平衡。這種均衡狀態背後可能有多重的政策考量，美國法院的司法實務對於公民逮捕法則設下了多種制定法所沒有的限制，隨後也在美國法體系中產生了雙頭馬車式的政策走向。

綜觀美國逮捕法制，可發現區別執法人員與私人的逮捕法則乃其一大特色，而逮捕權限亦按照犯行的嚴重度而有所不同，在重罪、破壞和平罪以及輕罪之間有著高度細緻化的分類，各種逮捕要件往往取決於州的制定法規定，但由於立法並未全面性地規定公民逮捕的所有面向，且有些條文的用語過於空泛，所以公民逮捕法則的建構就有賴於進一步的司法實踐加以補充，因此經常有學者戲稱，不幸的執法人員或私人除了必須詳細鑽研這些複雜且分歧的規則外，在發生誤捕的情況時，尚且必須承擔後續的法律責任。

整體來看，無論是執法人員或私人，即便沒有法官令狀授權均得當場將違犯或預備違犯重罪或破壞和平罪之人逮捕。然而一旦犯罪行為終了，對於沒有執法權限的私人就產生許多額外限制³⁵⁵。代表國家的執法人員若有相當理由相信重罪遭到違犯且被逮捕者即為犯罪行為人，此時依然得以發動無令狀逮捕，惟單純的懷疑尚無法證成逮捕行為³⁵⁶。只要符合這種「雙重相當性判準」，執法人員逮捕的合法性便不會受到嗣後法院確認根本沒有重罪發生或被逮捕者非犯罪行為人的影響。另一方面私人對於已發生之重罪僅享有較狹隘的逮捕權限，這個差別其實就是「重罪違犯命題」的內容³⁵⁷：

「一般私人所發動的無令狀逮捕必須以該重罪於事實上發生為前提，無論逮捕者是否基於合理懷疑相信重罪遭到違犯且被逮捕者即為犯罪行為人；反之，執法人員於有相當理由相信重罪遭到違犯且有相當理由相信被逮捕者即為犯罪行為人的情形，便得發動無令狀逮捕，即便嗣後證實事實上並無重罪發生。」

只要私人的逮捕符合「重罪違犯判準」以及「合理根據判準」，逮捕的特權亦不受到嗣後法院認定結果之影響，然而私人也必須承擔根本沒有重罪發生的風

³⁵⁵ Victor E. Schwartz/Kathryn Kelly/David F. Partlett, *Torts*, Foundation Press, 11th ed. (2005), p. 126.

³⁵⁶ *Laster v. Chaney* 1937, 180 Miss. 110, 177 So. 524; *Kalkanis v. Willestoft*, 1942, 13 Wn.2d 127, 124 P.2d 219.

³⁵⁷ Horace L. Wilgus, *Arrest without a Warrant*, *Michigan Law Review*, Vol. 22, No. 8 (1924), pp. 819-820.

險³⁵⁸。對於已經遭到違犯的破壞和平罪，原則上無論是執法人員或私人均不得發動無令狀逮捕，除非逮捕者於犯罪違犯時在場且發動立即追緝(fresh pursuit)³⁵⁹。而針對不涉及破壞和平的單純輕罪之逮捕，按照傳統的普通法規則，無論是執法人員或私人均不得發動無令狀逮捕，但是某些州卻突破普通法規則，容許於犯罪違犯時在場的執法人員發動無令狀逮捕。執法人員得隨時要求私人協助其逮捕行動，此時私人將獲得逮捕的特權，而無論該執法人員之逮捕是否合法或在權限範圍，換言之，只要執法人員表明身分要求協助，協助者是不用承擔錯誤逮捕之風險³⁶⁰。反之，若私人協助其他私人發動逮捕，此時協助者將承擔錯誤逮捕之風險³⁶¹。以下便詳細分析各種犯罪類型的公民逮捕法則。

第一項 輕罪逮捕規則

規則 1.1：無論治安官或是私人，對於非破壞和平罪之輕罪，除非有立法授權，否則不得發動無令狀逮捕。

按照普通法規則，輕罪的無令狀逮捕必須符合三個要件³⁶²：1) 該犯罪屬於破壞和平罪；2) 逮捕者在犯罪違犯時在場；3) 逮捕必須在犯罪實行當下或是犯罪終了後立即展開。然而從 19 世紀末開始，該普通法規則遭到嚴重的侵蝕，美國許多州都擴張了警察對於輕微犯罪無令狀逮捕的權限³⁶³，例如許多州³⁶⁴已經取消了第一個要件，不再要求該等犯罪屬於破壞和平罪³⁶⁵，進一步允許警察對於所

³⁵⁸ Burns v. Erben, 1869, 40 N.Y. 463; Carr v. State, 1884, 43 Ark. 99; Davis v. United States, 1900, 16 U.S.App.D.C. 442; Martin v. Houck, 1906, 141 N.C. 317, 54 S.E. 291; American Railway Express Co. v. Summers, 1922, 208 Ala. 531, 94 So. 737.

³⁵⁹ Columbia Law Review Association, The Law of Citizen's Arrest, Columbia Law Review, Vol. 65, No. 3 (1965), pp. 504-505.

³⁶⁰ Horace L. Wilgus, Arrest without a Warrant, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 8 (1924), pp. 798-800; Peterson v. Robison, 1954, 43 Cal.2d 19; Cincinnati, New Orleans & Texas Pacific Railway Co. v. Cundiff, 1915, 166 Ky. 594, 179 S.W. 615; Wayne R. LaFare, Criminal Law, Hornbook Series, 4th Ed. (2003), pp. 559-560.

³⁶¹ Salisbury v. Commonwealth, 1908, 79 Ky. 425.

³⁶² Horace L. Wilgus, Arrest without a Warrant, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 8 (1924), p. 814; People v. McLean, 1888, 68 Mich. 480, 36 N.W. 231; McCrary v. State, 1936, 131 Tex.Cr.R. 233, 97 S.W.2d 236; State v. Mobley, 1954, 240 N.C. 476, 83 S.E.2d 100; David v. State, 1955, 208 Md. 377, 118 A.2d 636. Fox v. Gaunt, 1832, 3 B & Ad. 798, 110 Eng. Rep. 293; Union Depot & Railroad Co. v. Smith, 1891, 16 Colo. 361, 27 P.329; Palmer v. Maine Central Railroad Co., 1899, 92 Me. 399, 42 A. 800; Cf. Jennings v. Riddle, 1935, 20 Tenn.App. 89, 95 S.W.2d 926.

³⁶³ Victor E. Schwartz/Kathryn Kelly/David F. Partlett, Torts, Foundation Press, 11th ed. (2005), p. 126.

³⁶⁴ State ex rel. Verdis v. Fidelity & Casualty Co., 1938, 120 W.Va. 593, 199 S.E. 884; Coverstone v. Davies, 1952, 38 Cal.2d 315, 239 P.2d 876; St. Clair v. Smith, Okl. 1956, 283 P.2d 597.

³⁶⁵ William A. Schroeder, Warrantless Misdemeanor Arrests and the Fourth Amendment, Missouri Law

有的輕罪進行無令狀逮捕，只要警察於犯罪實行時在場且在犯行當下或行為終了後立即逮捕。

至於要件 2 的「在場要求」，某些州立法強調所有對於輕罪的無令狀逮捕都必須符合「在場」的要件。但亦有州的立法表示「在場」要件只是原則上需要具備³⁶⁶，若有特殊情況³⁶⁷或屬於特別之犯罪類型³⁶⁸，那麼逮捕者就無須在犯罪實行時在場。尤有進者，某些州甚至完全排除「在場」要件的適用，這些州允許無令狀逮捕重罪以及輕罪，只要逮捕者有相當理由（probable cause）相信被逮捕者已經違犯該犯罪³⁶⁹。總結來看，在美國只有少數地區仍然維持普通法對於輕微犯罪的逮捕規範，也就是唯有輕微犯罪屬於破壞和平罪且逮捕者在犯罪實行時在場這兩個要件。然而大多數地區都還是堅持要件 3，也就是逮捕必須在犯罪實行時或是犯罪終了後立即展開。近年來美國各州擴張普通法輕罪逮捕規則的情況有加速的趨勢，許多州為了鼓勵對家暴者的逮捕，對於涉及輕罪的家庭暴力案件，允許警察在有相當理由相信被逮捕者違犯輕罪時逮捕家暴者，同樣的情形也適用在違反保護令之案件³⁷⁰。

第二項 破壞和平罪逮捕規則

規則 2.1：為了防止行為人違犯破壞和平罪，私人得將之逮捕，但只限於在場之人。

規則 2.2：對於正在違犯破壞和平罪的行為人，私人得將之逮捕，但只限於在場之人。

規則 2.3：對於行為已經終了之破壞和平罪，唯有於該等犯罪違犯時在場，並且發動立即且持續之追捕者方得將犯罪行為人逮捕。

Review, Vol. 58, No. 4 (1993), p. 777.

³⁶⁶ Columbia Law Review Association, The Law of Citizen's Arrest, Columbia Law Review, Vol. 65, No. 3 (Mar., 1965), pp. 505-506.

³⁶⁷ 採取此種立法模式的州主要有：Conn. Gen. Stat. § 54-1f; Ga. Code Ann. § 17-4-20; Iowa Code § 804.7; S.C. Code Ann. § 17-13-30; Utah Code Ann. § 77-7-2; Wyo. Stat. § 7-2-102.

³⁶⁸ 採取此種立法模式的州主要有：Ala. Code § 15-10-3; Alaska Stat. § 12.25.030; Ark. Code Ann § 16-81-106; Fla. Stat. Ann. § 901.15; Idaho Code § 19-603; Iowa Code § 804.7; Okla. Stat. Ann. tit. 22 §196; Tenn. Code Ann § 40-7-103; Va. Code Ann. § 19.2-81; Tenn. Code Ann. § 40-7-103; Tex. Crim. Proc. Code Ann. art. 14.03; Ark. Code Ann. § 16-81-113; Minn. Stat. Ann. § 629.341; Wyo. Stat. § 7-20-102.

³⁶⁹ William A. Schroeder, Warrantless Misdemeanor Arrests and the Fourth Amendment, Missouri Law Review, Vol. 58, No. 4 (1993), p. 748.

³⁷⁰ William A. Schroeder, Warrantless Misdemeanor Arrests and the Fourth Amendment, Missouri Law Review, Vol. 58, No. 4 (1993), pp. 785-786.

規則 2.4：以上的逮捕都必須符合共通之前提私人方得基於合理根據將嫌疑人逮捕，亦即確實有特定之破壞和平罪遭到違犯。

規則 2.5：他人有意地造成逮捕者相信逮捕的前提事實存在。

針對非屬於重罪但涉及暴力或擾亂公共秩序及社會治安之破壞和平罪 (breach of peace)，例如互毆 (affray)、暴動 (riot) 以及毆擊罪 (assault and battery) 等，私人發動逮捕之容許性乃按照犯罪行為的發展時序而有所不同，大體上可以區分成犯罪終了前與犯罪終了後兩種類型，針對犯罪終了前的逮捕，無論是在犯罪行為著手前的預防性逮捕或是犯罪違犯時的阻斷性逮捕，均透過「在場要求」加以規制³⁷¹。

「在場」係指逮捕者依照其個人知覺，獲悉他人違犯或預備違犯破壞和平罪之事實，這個要件要求逮捕者實際見聞犯罪的實體要素發生，也就是逮捕者必須親自觀察犯罪違犯的全部或是部份經過³⁷²，但也有學者認為，解釋上尚可擴張到逮捕者見聞到犯罪違犯的結果³⁷³。惟光是緊鄰犯罪地點亦不符合在場要求，逮捕者必須更進一步知覺犯罪事實³⁷⁴，相對而言，此標準並不要求逮捕者必須緊鄰犯罪發生處所，假如逮捕者透過其五官知覺察知有犯罪發生，之後透過進一步的調查發現犯罪者，此時仍得加以逮捕³⁷⁵。茲舉以下案例說明：

【家庭暴力案】

甲乙為夫妻，某日路人丙經過甲乙住處，聽見乙女大喊救命，丙於是闖入該宅，看見乙女衣衫不整滿臉是血，於是將毆打乙女的甲男逮捕。

本案中逮捕者丙雖然並未在犯罪現場，然而丙透過個人知覺聽聞乙女求救，由此得以合理推知犯罪的發生，因而符合在場要求，丙進一步追查後發現甲男毆打乙女之事實，基於阻止犯罪的理由發動無令狀逮捕，乃屬合法。

其次針對犯罪終了後的逮捕，除必須通過「在場要求」的檢驗外，尚須符合

³⁷¹ Victor E. Schwartz/Kathryn Kelly/David F. Partlett, *Torts*, Foundation Press, 11th ed. (2005), p. 126.

³⁷² Horace L. Wilgus, *Arrest without a Warrant*, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 7 (1924), pp. 679-682.

³⁷³ M. Cherif Bassiouni, *Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police*, Charles C Thomas (1977), p. 21.

³⁷⁴ Columbia Law Review Association, *The Law of Citizen's Arrest*, Columbia Law Review, Vol. 65, No. 3 (1965), pp. 505-507.

³⁷⁵ RES 2d TORTS § 119.

「立即追緝」之要求³⁷⁶。最後規則 2.4 乃作為所有破壞和平罪逮捕的共通要求，逮捕者必須具備合理根據且破壞和平罪亦在事實上出現，光是具備合理根據相信他人違犯破壞和平罪仍不足夠，除非例外符合規則 2.5 的情況，否則逮捕者的逮捕行為仍舊不合法。茲舉以下案例說明：

【街頭扭打案】

甲深夜行經台北東區，看見乙男與丙男在街頭扭打，甲合理相信兩人乃酒後互毆，於是上前將兩人逮捕，嗣後發現先動手打人者乃酒後亂性的丙，乙僅為無端受到波及的路人，純粹是基於正當防衛才和丙扭打。

本案例中即便逮捕者甲具有合理根據相信破壞和平罪遭到違犯且乙丙就是犯罪行為人，然而事實證明乙並未違犯任何犯罪，甲逮捕乙的行為並不合法。值得特別注意的是，若本案例中逮捕者甲乃警察，此時逮捕法則賦予執法人員更大的權限，得以將互毆的雙方逮捕，而不受到規則 2.4 的拘束³⁷⁷。

第三項 重罪逮捕規則

規則 3.1：為了防止行為人違犯重罪，私人得基於合理根據將之逮捕，但只限於在場之人。

規則 3.2：對於正在違犯重罪的行為人，私人得基於合理根據將之逮捕。

規則 3.3：對於行為已經終了之重罪，私人仍得基於合理根據將犯罪行為人逮捕。

規則 3.4：非執法人員之一般私人所發動的逮捕皆必須以重罪在事實上遭到違犯作為前提。

規則 3.5：他人有意地造成逮捕者相信逮捕的前提事實存在。

第一款 私人發動逮捕的前提要件

在重罪的逮捕中，基於公眾對於訴追重罪的重大利益，為了有效發動接下來的犯罪偵查，美國法賦予私人較大的逮捕權限，當某重罪遭到違犯且逮捕者具有

³⁷⁶ Curry v. Commonwealth, 1923, 199 Ky. 90, 250 S.W. 793; Wiegand v. Meade, 1932, 108 N.J.L. 471, 158 A. 825; Horace L. Wilgus, Arrest without a Warrant, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 7 (1924), pp. 683-684; Victor E. Schwartz/Kathryn Kelly/David F. Partlett, Torts, Foundation Press, 11th ed. (2005), p. 126.

³⁷⁷ RES 2d TORTS § 121.

合理根據相信對方乃犯罪者，私人便享有逮捕對方之權限³⁷⁸。所謂合理根據並不要求逮捕者毫無懷疑確信被逮捕人就是該重罪的行為人，只要按照當時情況逮捕者能合理相信此人違犯重罪即可符合此標準，茲舉以下案例說明：

【疑雲密佈案】

甲看見乙和丙蹲在丁的屍體旁，而乙和丙相互指證對方就是殺人者，甲並無法確定誰是真正的殺人犯，但是甲合理懷疑一定是其中一個人殺的。

本案例中幾乎可以確定兩個人之中必有一人乃犯罪行為人，且事實證明當下若不將兩人一併逮捕，該犯罪者必然會逃亡，原則上法律並不賦予私人有將兩人一併逮捕的權限，除非有令狀的授權。但是這個原則也會有例外，考慮該犯罪的性質、逃亡的可能性高低、嫌犯逃亡是否會對於公眾造成重大危害以及逮捕可能對嫌犯造成的傷害，仍有可能在個案中認定逮捕者仍是基於合理根據而發動逮捕。本案例中，即便甲無法確定乙或丙何人為殺人犯，甲仍得逮捕其中一人或將兩人一併逮捕，此時仍符合合理根據標準。此外在 *McCrackin v. State* 案³⁷⁹中兩名私人在夜晚射殺一名被他們誤認為重罪犯的路人，法院指出，私人逮捕重罪犯的前提在於，逮捕者在重罪發生時或犯罪發生後立即察覺，且重罪犯企圖逃亡或是已經展開逃亡，私人方得基於合理根據將其逮捕。然而在本案例中，私人並不清楚對方身分，甚至完全沒有嘗試釐清對方身分，也沒有表明自己身分及逮捕之意圖，就要求對方不得移動，甚至在對方拒絕後使用致命性武器，如此難謂達到合理根據的標準。

重罪逮捕法則中另一項重要標準乃規則 3.4 所描述的重罪違犯判準，依此判準假如重罪並未於事實上出現，非執法人員之一般私人即便基於合理根據相信重罪遭到違犯且被逮捕者乃犯罪行為人，亦不得發動逮捕。相對而言執法人員則享有額外的逮捕權限，即便重罪並未於事實上出現，逮捕者基於相當理由相信重罪遭到違犯且被逮捕者即為犯罪行為人，此時亦得發動逮捕³⁸⁰。茲舉以下兩則案例說明重罪違犯判準的具體操作：

³⁷⁸ RES 2d TORTS § 119.

³⁷⁹ 32 A.L.R.3d 1078.

³⁸⁰ RES 2d TORTS § 121; Horace L. Wilgus, Arrest without a Warrant, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 7 (1924), pp. 673, 687-688, 693-694; Victor E. Schwartz/Kathryn Kelly/David F. Partlett, Torts, Foundation Press, 11th ed. (2005), p. 126.

【通緝要犯案】

某通緝書中載明甲男涉嫌謀殺乙女，並且在通緝書中詳加記載甲男的特徵，丙合理相信丁男與通緝書中所描述的就是同一個人，於是將其逮捕。

【高級水貨案】

甲在商店街中看見某精品店將名牌鑽錶擺放在店門口出售，於是心生歹念竊取該錶，路人乙見狀上前逮捕，乙當時認為該只手錶價值美金 100 元，實則該只手錶乃價值美金 1 塊錢的水貨。

在通緝要犯案中，無論丙為私人或執法人員，只要事實上乙女確實遭到謀殺，即便丁與甲根本不是同一個人，亦得將丁合法逮捕。反之，若嗣後證實乙女乃自殺而非他殺，則唯有警察才能合法將丁逮捕。而在高級水貨案中，由於竊取價值 1 美元的財物只算是輕罪，路人乙基於對事實的誤認而認定甲違犯重罪，無論乙的誤認是否可得避免，逮捕行為仍然不合法。除了對於事實的錯誤認識，對於法律的錯誤認識亦會影響逮捕的合法性，例如在高級水貨案中路人乙並沒有誤認手錶的價值，而是認為法律也將竊取 1 美元的手錶當成重罪。

職是之故，私人唯有符合以下兩個要件才能發動重罪逮捕：1 確實有重罪遭到違犯 2 逮捕者有合理根據相信重罪遭到違犯且被逮捕者就是犯罪行為人。對於私人發動的逮捕而言，無論其逮捕行為是基於多麼合理的根據，只要最後證明根本沒有重罪遭到違犯，其逮捕依然不合法。反之，假如確有重罪發生，而私人又是基於合理根據將犯罪嫌疑人逮捕，之後雖證明被逮捕者無罪，此時私人的逮捕仍是合法的³⁸¹。

規則 3.1 則是針對企圖違犯重罪之行為人所發動的逮捕，此時除了合理根據要求之外，尚應符合在場要求，此乃基於企圖違犯重罪在普通法下僅屬輕微犯罪，而若涉及暴力就會變成破壞和平罪，因而其逮捕規則亦當回歸相關犯罪類型的的要求，因而才衍伸出所謂的在場要求³⁸²。

第二款 進行逮捕時所容許的手段

實務上所面臨最棘手的問題在於，私人於逮捕時能否使用致命性的武器作為

³⁸¹ Horace L. Wilgus, Arrest without a Warrant, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 8 (1924), p. 819. 對於這個標準的反思請參見：Columbia Law Review Association, The Law of Citizen's Arrest, Columbia Law Review, Vol. 65, No. 3 (1965), pp. 511-512.

³⁸² Horace L. Wilgus, Arrest without a Warrant, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 7 (1924), p. 676.

逮捕手段。對此問題可以先區分為兩大範疇：第一種類型為私人之非自主性逮捕，私人之所以發動逮捕是基於執法人員的要求，此時私人乃執法人員的協助者，所擁有的權限等同於執法人員，因此當執法人員得以使用致命性武器時，私人亦得以使用；第二種類型乃私人之自主性逮捕，此方為公民逮捕法則的適用範疇，為了逮捕重罪犯而使用致命性武器可能發生在兩種情形，首先是對於尚未遭到逮捕之人，為了遂行逮捕之目的，而以致命性武器作為逮捕手段。其次是當被逮捕者處於逮捕者的實力支配後企圖逃亡，而逮捕者為了防免犯罪行為人脫逃，於是使用致命性武器。針對上述兩種情況，還可以透過「被逮捕者是否對被逮捕者有所攻擊」為標準，再做進一步的區分而得出兩種類型：一種是被逮捕者完全沒有對於逮捕者產生威脅；另一種則是被逮捕者意圖攻擊逮捕者或實際上著手於攻擊行為，當然亦不排除在個案中兩種情形有同時出現的可能，例如犯罪行為人驚覺失風於是單純展開逃亡，附近民眾加入追捕，隨後嫌疑犯開始反擊，此種情況便同時涉及上述兩種類型³⁸³。第一種情形並不會引發正當防衛的問題，而第二種情形則牽引出正當防衛的問題，為聚焦問題爭點，本文討論對象主要集中在犯罪行為人並未對逮捕者有所攻擊之類型。

第一目 使用致命武器作為自我防衛的手段

即便法院否定逮捕者使用致命性武器作為遂行逮捕或是防免脫逃的手段，亦不意味著同時否認在必要的情形下使用致命武器進行自我防禦之可能性，許多法院見解指出，無論私人在進行重罪逮捕時是否容許使用致命武器作為遂行逮捕或是防免脫逃的手段，只要使用武器是作為自我防禦的手段，射擊或是殺害被逮捕者仍有可能是合法的。由此可以歸納出一個理論上的判斷基準：在自我防禦的情形下，法院承認逮捕者合理相信自己遭遇重大侵害時可以使用致命性武器，即便嗣後證明逮捕者是基於錯誤的認識亦不會影響其合法性³⁸⁴；相反的，在單純遂行逮捕或防免脫逃的情形，假若嗣後法院證實根本沒有重罪遭到違犯或被逮捕者根本是無辜的，此兩種情形都會影響到使用致命性武器的合法性。

第二目 致命武器的使用作為遂行逮捕或是防免脫逃的手段

多數法院見解表示，基於合乎比例之考量，在進行逮捕時逮捕者為了防止犯罪行為人脫逃，除非確實有必要，否則不得使用致命性武器。甚至有見解指出當

³⁸³ Columbia Law Review Association, *The Law of Citizen's Arrest*, Columbia Law Review, Vol. 65, No. 3 (1965), pp. 508-510.

³⁸⁴ *Suell v. Derricott* (1909) 161 Ala 259, 49 So 895; *People v. Dawson* (1948) 88 Cal App 2d 85, 198 P2d 338.

使用致命性武器對遂行逮捕或防免脫逃確實有必要時，甚至可以殺害脫逃者。但也有少數法院採取反對的意見，認為光是為了遂行逮捕或是防免脫逃並不構成使用致命性武器的前提。在採取肯定見解的法院中尚有部分提出進一步的要求，亦即在使用致命性武器前，除了必要性原則的審查外，尚有其他的標準必須審查³⁸⁵，諸如：1) 確實出現重罪犯罪。換句話說，私人基於懷疑而認為有重罪遭到違犯，然而嗣後證明是誤認，如此便無法正當化逮捕當時使用致命性武器；2) 被逮捕者必須正是該違犯重罪之人，這就是逮捕者必須承擔的風險，也就是這個被逮捕人很有可能經過法院的審判程序確認是無辜的，這樣也無法合乎致命武器的使用前提；3) 逮捕者必須盡到告知義務，向被逮捕者說明自己逮捕的意圖，這個要求尤其是用在個案情況中，逮捕者的逮捕企圖在客觀上沒有充分顯現的情形；4) 只限於某些特別嚴重的重罪才容許逮捕時使用致命武器，例如造成侵害生命或是造成身體嚴重損害的犯罪類型。故私人在執行無令狀逮捕時，為了有效進行逮捕或防免被逮捕者脫逃，究竟能否使用致命的武器，必須在個案情形中分別審查上述要件。

1、必要性審查

(1) 多數實務見解的立場

在被逮捕者未對逮捕者有所攻擊的情形，私人逮捕者得否使用致命性武器，美國實務見解對於容許使用之前提多有不同的看法，但是無論如何，必要性的審查被認為是最基本及最低限度的要求。

在 *Suell v. Derricott* 案³⁸⁶，州最高法院指出，授予私人無令狀逮捕重罪犯權限之前提，只要犯罪行為人正在違犯重罪而私人有合理根據相信其乃犯罪者，無論逮捕者是否在場，或犯罪已否既遂，均得加以逮捕。雖然在本案中法院強調無論是私人或是治安官，在不具備必要性的前提下，均不得使用致命性武器，然而卻也提出使用致命武器的一般性規則，也就是為了遂行逮捕或是防免脫逃，對於拒絕逮捕或是企圖脫逃的犯罪嫌疑人，在通過必要性的審查後，確實可以使用致命性武器，甚至將其擊殺。在 *Viliborghi v. State* 案中³⁸⁷，一名商店雇員擊殺一名於商店中竊盜者，法院認為即便竊盜已經既遂，且竊盜者已經逃離逮捕者的視線，假如犯罪行為人企圖抗拒逮捕，在必要的情形下仍舊可以使用致命性武器。在

³⁸⁵ 32 A.L.R.3d 1078.

³⁸⁶ 161 Ala 259, 49 So 895 (1909).

³⁸⁷ 45 Ariz 275, 43 P2d 210 (1935).

Burns v. State 案中³⁸⁸法院甚至認為，即便是一個普通公民，為了阻止銀行搶匪犯行既遂或逮捕企圖逃亡的搶匪，也能夠使用一切必要的武力，這不僅是公民的權利，也是其「義務」。在 *State v. Metcalfe* 案中³⁸⁹，法院認為下級審對於陪審團的指示乃是錯誤的，蓋其誤以為私人無論在任何情況下均不得使用致命性武器，就算是以非致命的方式使用之。法院再次強調，逮捕者不僅能夠合理使用致命武器來防禦對於其財產的侵奪，即便在遂行逮捕的情況中也能使用，而私人的權限在此時等同於治安官。至於在個案當中是否合於必要性的檢驗，法院指出這是屬於陪審團的職權範圍，應該委由陪審團審查個案中致命性武器的使用是否符合必要性原則。

在 *Crawford v. Commonwealth*³⁹⁰案中，被告作為逮捕者，在逮捕意圖強暴自己女兒的犯罪行為人後，被逮捕者企圖脫逃，為了防止被逮捕者脫逃成功，被告使用槍枝射擊並造成被逮捕者死亡。在此案件中，被告主張被逮捕者在脫逃時曾開槍攻擊自己，所以利用致命武器反擊只是為了自我防衛，然而最後相關證據顯示，被逮捕者根本沒有持有槍枝，更沒有利用槍枝攻擊逮捕者，在被逮捕者屍體旁發現的手槍根本是被告栽贓給被逮捕人。下級法院指出，當私人進行逮捕時，基於自我防衛的理由，確實可以使用致命性武器擊殺被逮捕者，然而卻錯誤地認為，正當防衛是作為使用致命性武器的唯一理由。法院再次強調，基於法律授權，私人進行重罪逮捕或是防免被逮捕者脫逃地位就如同治安官，能夠行使等同於治安官的權限遂行逮捕。而法律又授權治安官在進行逮捕時，能夠使用一切逮捕該重罪犯所必要的手段，其中當然包括使用致命武器擊殺被逮捕者的權限，無論是在雙方對峙、拒捕或是脫逃的情形。總結來說，法院認為法律授權私人逮捕的權限等同於治安官，在遂行逮捕或是防免脫逃的情形中，得以在必要的情形下使用一切可能的手段，包含開槍射擊、傷害、甚至擊殺拒捕者或脫逃者³⁹¹。也因此聯邦最高法院認為，下級審法院未能認識到逮捕者在犯罪行為人拒捕或脫逃時依據法律所擁有的權限，判決有誤，故將此案發回重審。

在 *Scarborough v. State*³⁹²案中，最高法院認為治安官甚至是私人，在必要的情況下皆得擊殺重罪犯（例如這名重罪犯進行抵抗或是逃跑）。然而法院強調，

³⁸⁸ 192 Ind 427, 136 NE 857 (1922).

³⁸⁹ 203 Iowa 155, 212 NW 382 (1927).

³⁹⁰ 241 Ky 391, 44 SW2d 286 (1931).

³⁹¹ 其他相同的看法：*State v. Morgan* (1900) 22 Utah 162, 61 P 527; *State v. Shockley* (1905) 29 Utah 25, 80 P 86; *Commonwealth v. Micuso* (1922) 273 Pa 474; *State v. Cooney* (1995, SC) 463 SE2d 597.

³⁹² 168 Tenn 106, 76 SW2d 106 (1934).

必要性的審查必須嚴格認定，而非任由逮捕者恣意判斷，且使用致命武器攻擊被逮捕者應該是最後的手段，法院認為這是任何「文明的國家」都應該採納的標準，唯有在逮捕當時不存在其他損害較小的手段，才能訴諸於致命性武器。

(2) 少數實務見解的立場

對於能否使用致命性武器的爭議，仍有少數法院持否定的立場³⁹³，認為私人在逮捕重罪犯時不得使用致命性武器。也就是說當重罪犯並未攻擊逮捕者而僅單純地逃逸，逮捕者就不得運用致命性武器，就算這是遂行逮捕或防免脫逃不得已的手段。

在 *State v Clarke* 案中³⁹⁴，最高法院主張私人雖能夠合法地使用致命性武器，然而這項權限並不包含故意殺害重罪犯以防止其脫逃。本案涉及到的被告是一名酒館經營者，在其經營的酒館中，有顧客以小刀攻擊其他顧客，於是酒館主人喝令該名重罪犯不得離開，並等警察到場處理。然而該名酒客不予理會，奪門而出企圖逃逸。酒館主人大聲警告他，若繼續逃跑將開槍射擊，惟酒客依舊繼續逃跑，最後酒館主人開槍擊斃該名酒客。法院認為將逃亡中的重罪犯擊斃的權限僅有治安官或受到治安官指示的人方得享有，相反的私人進行的逮捕，在同樣的情況下依法並不得有意地將反抗或是逃亡的重罪犯擊斃。這是因為根據授權的法律，私人何時得以使用致命性武器仍存有解釋的空間，雖然在制定法中立法者沒有明確地否定致命性武器的使用，但所謂「合法的手段」究竟為何，立法者對此並未做出決定。也因此法院認為，這個爭議問題不得僅依據制定法就做出判斷，必須參酌普通法的規定。法院指出依據普通法上的原則，私人於執行逮捕時所擁有的權限就如同治安官一樣，能夠依據當時的情況使用一切必要的手段。這個考量的著眼點在於，假如否定私人能夠使用致命性武器作為逮捕手段，那麼無異於鼓勵重罪犯進行反抗，這樣對於社會將造成重大危害，甚至是成為犯罪者的獎賞。然而法院也指出，這個權限範圍必須有所限制，私人使用致命性武器時，不得有意地造成被逮捕者死亡。故如在個案中為了遂行逮捕或防免脫逃，而致命性武器的使用又是迫不得已，且逮捕者又非有意地造成逮捕對象死亡，那麼就算將逮捕對象擊殺，也是合法的³⁹⁵。

由此可知少數法院的見解又可以分成兩種類型，其中一種是完全否定致命性

³⁹³ 例如 *State v. Ghiloni* (1978) 35 Conn Supp 570, 398 A2d 1204; *Tolliver v. Commonwealth* (1914) 161 Ky 81, 170 SW 515.

³⁹⁴ 61 Wash 2d 138, 377 P2d 449 (1962).

³⁹⁵ 相同的看法請參見：*Commonwealth v. Long* (1901) 17 Pa Super 641.

武器的使用，另一種是在必要的情況下仍然可以使用致命性武器，但是不可以故意殺害被逮捕者。

2、其他的要求

於私人進行逮捕重罪犯的場合，部分法院明確表示，除了必要性的最低要求之外，還提出了其他的審查要件，以下分述之。

(1) 確實有重罪發生

在某些案例中，法院認為要正當化私人使用致命性武器射擊甚至殺害企圖逃逸的重罪犯，必須是欲逮捕之重罪確實出現，即便嗣後證明該重罪不是被逮捕者所犯，至少也必須是某第三人所為。相反的，當私人僅僅懷疑有重罪遭到違犯，而嗣後證實根本是子虛烏有，那麼私人就不允許使用致命性武器³⁹⁶。法院解釋這項要求是出於重罪逮捕規則中，對於私人以及國家機關執行逮捕的劃分，私人的逮捕唯有重罪確實遭到違犯以及逮捕者有合理根據而懷疑其逮捕的對象就是犯罪行為人。執法人員的逮捕和私人逮捕唯一的區別在於，當被逮捕者經過法院證明無罪，除非能證明依然有重罪遭到違犯，否則私人無法免除其錯誤逮捕的責任。相反的，即便證明根本沒有重罪遭到違犯，執法人員依舊能夠免除其責任。

其實仔細觀察法院的意見，可以發現這個要件的提出並沒有實質的意義，因為我們在檢驗私人發動逮捕的前提要件時，就已經要求：1) 確實有重罪遭到違犯；2) 逮捕者有合理懷疑被逮捕者就是犯罪行為人。也因此討論逮捕者能夠運用何種手段時，前提應該是私人逮捕者取得了逮捕的權限，既然如此再次重申這兩個要件反而沒有實益。問題的爭議點反而是，這個私人逮捕者在符合上述的要求後，是否就能夠使用致命性武器，甚至擊殺一名無辜者？若依照上述法院的觀點來推論，似乎會採取肯定的見解³⁹⁷。

(2) 被逮捕者確實違犯該重罪

部分案例中法院認為，私人使用致命性武器甚至擊殺拒捕者的正當前提必須是，被逮捕者事實上就是違犯該重罪的犯罪行為人³⁹⁸。法院明確表示，私人執行

³⁹⁶ 採取這個觀點的案例：Suell v. Derricott (1909) 161 Ala 259, 49 So 895; Carr v. State (1884) 43 Ark 99; Robbs v. Missouri P. F. Co. (1922) 210 Mo App 429, 242 SW 155; State v. Rutherford (1821) 8 NC (1 Hawks) 457; State v. Morgan (1900) 22 Utah 162, 61 P 527.

³⁹⁷ 晚近相同的看法請參見：State v. Barr (1977, App) 115 Ariz 346, 565 P2d 526; State v. Kerr, 14 Wash App 584, 544 P2d 38.

³⁹⁸ Baker v. Commonwealth (1925) 212 Ky 50, 278 SW 163; People v. Whitty (1980) 96 Mich App 403, 292 NW2d 214; People v. Hampton (1992) 194 Mich App 593, 487 NW2d 843, State v. Rutherford (1821) 8 NC (1 Hawks) 457.

重罪犯的逮捕時，若使用致命性武器乃是防免其脫逃的必要手段，且逮捕者又能證明被逮捕者就是重罪犯的行為人，那麼將其殺害以防止脫逃是可以正當化的³⁹⁹。

在 *Brooks v. Commonwealth* 案⁴⁰⁰中，法院附帶說明，當重罪遭到違犯時，任何私人人都可以將重罪犯逮捕，且在必要的情形下將重罪犯殺害。私人可以基於合理的懷疑將重罪犯逮捕，然而光是合理的懷疑並無法正當化殺害行為。然而在 *Baker v. Commonwealth* 案⁴⁰¹，法院並未處理私人逮捕是否基於合理根據或使用致命性武器的必要性問題，而是認為檢驗這兩者的前提必須是重罪確實是被逮捕者所為。既然在該案中無法證明被逮捕者確實違犯該重罪，那麼被逮捕者就僅是重罪嫌疑人，逮捕者為了防免脫逃而將其擊殺就是不合法的，無須進一步檢驗其他的要件。換言之若私人僅基於懷疑而發動逮捕，並且使用致命性武器擊殺逃逸的嫌疑者，法院認為私人必須承擔極大的風險，除非嗣後證明這個懷疑是正確的。也就是不只是重罪遭到違犯，且逮捕的對象必須正好就是犯罪行為人，才能將使用致命性武器的逮捕合法化。

(3) 立即的追捕

在 *Commonwealth v. Chermansky* 案⁴⁰²中，被告於深夜時聽見屋外傳來聲響，下床查看後發現家中的側門被推開，接著又看見一名陌生人在對街房屋的窗口試圖撬開窗戶。被告於是令其兒子從後門出去報警，並拿出自己的獵槍，希望拖住竊賊等待警方到來。於是被告大喊「別動，否則我就要開槍了！」，但是竊賊察覺有人發現後馬上開始逃跑，最後被告開槍射擊，將竊賊擊斃⁴⁰³。在本案中法院認為，使用致命性武器必須符合一個額外的前提，也就是私人必須處於立即追捕（fresh pursuit）重罪犯的情狀⁴⁰⁴。

(4) 告知並且警告被逮捕者

某些案件中法院主張私人使用致命性武器前，必須善盡告知的義務，讓重罪犯明白該名私人正要執行合法的逮捕。也就是說私人必須清楚表明自己逮捕的意

³⁹⁹ *People v. Lillard* (1912) 18 Cal App 343, 123 P 221; *State v. Metcalfe* (1927) 203 Iowa 155, 212 NW 382; *Hart v. Commonwealth* (1901) 22 Ky LR 1183, 60 SW 298.

⁴⁰⁰ 61 Pa 352 (1869).

⁴⁰¹ 212 Ky 50, 278 SW 163 (1925).

⁴⁰² 430 Pa 170, 242 A2d 237, 32 ALR3d 1072 (1968).

⁴⁰³ 本判決值得注意的地方在於，法院不僅附加了立即追捕的要求，還一併提出了告知並且警告被逮捕者要求、致命性武器的使用侷限於特定重罪等限制。

⁴⁰⁴ 相同看法請參見：*State v. Bryant* (1871) 65 NC 327.

圖，尤其在逮捕當下重罪犯無法明白逮捕者的行為目的時⁴⁰⁵。相對的，假如重罪犯依照當時的情形，足以知悉逮捕者的意圖且了解自己已經遭到逮捕，此時告知並且警告的要求就失去其必要性⁴⁰⁶。

在 *State v. Stancill* 案⁴⁰⁷中，法院強調對於私人對於重罪犯的逮捕，無論是進行第一次逮捕或是追捕脫逃的重罪犯，都必須讓被逮捕者知悉逮捕者的意圖以及逮捕的理由。而本案中法院認為逮捕者基於私人的地位進行逮捕，卻沒有讓重罪犯知悉其身分以及逮捕理由，不僅使用致命性武器的行為是違法的，被逮捕者甚至有反抗的權利。

而在 *Commonwealth v. Long* 案⁴⁰⁸中，一名農夫欲逮捕闖進其房屋的竊賊，於是使用槍枝擊殺該名竊賊。在本案中爭議點在於，該名農夫並未告知且警告被逮捕者若繼續逃逸將會開槍射擊，如此是否影響私人逮捕的合法性？法院認為，告知並且警告的要求在某些案件中屬於強制性要件，然而在其他情況下卻未必如此，例如為了保障追捕者的安全，或在本文中由於相關證據顯示，重罪犯並非不明白自己將要遭到逮捕，換言之他知道自己正被追捕且逃亡的目的就是為了脫免逮捕。職此之故，知並且警告的要求在此類案件中就非必要的要求。

(5) 僅限於特定的重罪

在許多案件中法院認為私人為了遂行逮捕，使用槍械甚至是殺害逃亡的重罪犯的前提必須是這個重罪有造成生命或重大身體傷害的可能性。這是因為對於可判處死刑的重罪（*capital felonies*）例如謀殺以及強姦，逮捕的必要性要高出次級重罪（*inferior felonies*）例如竊盜罪。若將致命性武器這種極端手段使用在次級重罪中，法院認為將極為不妥。職是之故，法院認為應該對遂行逮捕的手段做出調整，透過將重罪分類，私人不得基於逮捕的目的而將次級重罪的犯罪者擊殺，除非該次級重罪的犯罪行為人並非單純逃亡而是對逮捕者進行反擊⁴⁰⁹。

在 *Commonwealth v. Chermansky* 案⁴¹⁰中，法院進一步說明此項限制的實質理由。允許在必要的情況下殺害脫逃的重罪犯此項普通法原則，乃是建立在早期對於重罪（*felony*）以及輕罪（*misdemeanor*）嚴格區分的背景，這種區分法令不

⁴⁰⁵ *State v. Stancill* (1901) 128 NC 606, 38 SE 926; *People v. Dawson* (1948) 88 Cal App 2d 85, 198 P2d 338; *State v. Nodine* (1953) 198 Or 679, 259 P2d 1056; *Commonwealth v. Chermansky* (1968) 430 Pa 170, 242 A2d 237, 32 ALR3d 1072.

⁴⁰⁶ *Commonwealth v. Long* (1901) 17 Pa Super 641.

⁴⁰⁷ 128 NC 606, 38 SE 926 (1901).

⁴⁰⁸ 17 Pa Super 641 (1901).

⁴⁰⁹ *State v. Bryant* (1871) 65 NC 327; *State v. Stancill* (1901) 128 NC 606, 38 SE 926.

⁴¹⁰ 430 Pa 170, 242 A2d 237, 32 ALR3d 1072 (1968).

斷擴張重罪的範圍之後已經變得模糊。也因此早期普通法原則已經無法適用於現代社會，應該對於普通法原則進行修正，當私人基於防止重罪犯脫逃的目的而使用致命性武器時，唯有欲逮捕的重罪屬於叛國罪（treason）、謀殺罪（murder）、非預謀故意殺人（voluntary manslaughter）、重傷罪（mayhem）、縱火罪（arson）、搶劫（robbery）、普通法強姦罪（common-law rape）⁴¹¹、普通法夜盜罪（common-law burglary）⁴¹²、綁架罪（kidnapping）、意圖謀殺、意圖強姦、意圖搶劫，以及其他通常會導致死亡或重大身體傷害的重罪⁴¹³方得使用致命性武器。反之若僅是單純的偷盜汽車罪（larceny of auto），私人便不得使用致命性武器⁴¹⁴。

（6）嫌疑犯對公眾造成死亡或是重大身體傷害的威脅

在 *People v. Coons* 案⁴¹⁵中，法院認為除非符合以下兩個要件，否則致命性武器不得用來作為逮捕重罪犯的手段：1 致命性武器的使用乃防免脫逃所必要 2 若放任嫌疑犯脫逃將對公眾造成重大的威脅。在該案中，由於逮捕者認識該名重罪犯且知道其住居所，法院因而認為上述的第二個要件並不存在，故私人使用致命性武器並不合法。

若分析上述判決內容，可以發現此種對於私人使用致命性武器時機的限制，其實是來自於憲法增修條文第四條。聯邦最高法院在 *Tennessee v. Garner*⁴¹⁶這則有關警察逮捕權限的案例中指出，憲法增修條文第 4 條禁止使用致命性武器防免重罪嫌疑犯脫逃，除非使用致命性武器乃防免嫌疑犯脫逃所必要，且警察有合理根據相信嫌疑犯對於執法人員及公眾造成死亡或重大身體傷害之威脅。法院於 *People v Coons* 案也援引了這項觀點，指出私人的逮捕權限無論如何不應該大於警察的權限，也因此，當警察在相同的情況下不得使用致命性武器時，私人也要受到同樣的限制，既然逮捕者認識重罪犯且知道其住居所，嗣後將其逮捕並非不可能，故難謂符合憲法增修條文第 4 條對使用致命性武器所設下之限制。

⁴¹¹ 普通法強姦罪係指男子違背非其妻之女子的意願，強行與之實行性交的犯罪。構成這種犯罪的前提必須是男子的陰莖至少輕微插入陰道，並且丈夫不能被指控成為強姦其妻的行為主體。

⁴¹² 普通法夜盜罪係指以重罪犯的意圖在夜間打開並且進入他人住宅的行為。與制定法中的夜盜罪相比，可以有三個區別：1 現代制定法已經將住宅(dwelling)這個概念擴大到工廠、車庫、商店、辦公處所以及一切建築物 2 多數制定法取消了「夜裡」這個時間要素 3 有些制定法將「意圖犯重罪」這個要件擴大為「意圖犯重偷盜罪或輕偷盜罪或任何重罪」。

⁴¹³ *Commonwealth v. Klein* (1977) 372 Mass 823, 363 NE2d 1313.

⁴¹⁴ *Commonwealth v. Allen*, 443 Pa 15, 276 A2d 539.

⁴¹⁵ 158 Mich App 735, 405 NW2d 153 (1987).

⁴¹⁶ 471 U.S. 1, 11-12, 105 S.Ct. 1694, 1701-02, 85 L.Ed.2d 1 (1985).

3、模範刑法典的立場

模範刑法典（The Model Penal Code）採取的立場甚為保守，根本上否定私人自主性逮捕使用致命性武器的可能性，即便私人正確地認定被逮捕者屬於重罪犯之行為人⁴¹⁷。模範刑法典之起草者主要是基於不鼓勵私人運用致命性武器（例如開槍射擊）之政策考量，因為私人通常並未受過使用槍枝的專業訓練，在無法恰當使用的情況下，極有可能誤傷無辜的路人。模範刑法典禁止私人使用致命性武器的態度，可謂既全面且沒有例外⁴¹⁸，然而多數法院並不採納模範刑法典的觀點。

第四項 逮捕後的處置

第一款 移送的義務

根據普通法，無令狀而發動逮捕者有義務將被捕者送至治安官處，以利治安官決定此一逮捕是否有合理根據，故普通公民在逮捕犯罪行為人後要及時將被捕者送交警察或直接帶至治安法官處，所謂的及時（forthwith）並非指馬上（immediately）或立刻（forthwith），而是在合理可能（reasonably possible）的時間內⁴¹⁹。

第二款 逮捕後之搜索

私人無法取得搜索之令狀，因此搜索之合法性就取決於先前公民逮捕的合法與否，若先前的公民逮捕為合法，且隨後的搜索具備合理性，該等搜索即為合法。在美國文獻的討論中，有關私人所發動之附帶搜索，特別是當搜索完全沒有聯邦或州政府行為的介入時，最大爭議在於該搜索行為是否仍有憲法增修條文第 4 條的適用？對此各州法院所表達的見解非常分歧。在 *People v. Randozzo*⁴²⁰ 案中，法院並未根據憲法增修條文第 4 條審查逮捕後搜索的合理性，蓋法院認為本案並未涉及國家行為（state action），而國家行為的介入乃是憲法增修條文第 4 條的

⁴¹⁷ §3.07. Use of Force in Law Enforcement.

(2) Limitations on the Use of Force.

(b) The use of deadly force is not justifiable under this Section unless:

(ii) the person effecting the arrest is authorized to act as a peace officer or is assisting a person whom he believes to be authorized to act as a peace officer.

⁴¹⁸ Columbia Law Review Association, *The Law of Citizen's Arrest*, Columbia Law Review, Vol. 65, No. 3 (1965), p. 509.

⁴¹⁹ Horace L. Wilgus, *Arrest without a Warrant*, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 6 (1924), p. 559.

⁴²⁰ 220 Cal. App. 2d 768, 34 Cal. Rptr. 65 (1963).

適用前提。但在 *Thacker v. Commonwealth*⁴²¹案中法院卻指出，在公民逮捕的案件中，當國家授權一般私人逮捕權限，私人根據法律所發動的逮捕將不僅是為了國家，更代表國家，私人的行為就如同國家的行為。

雖然 *Thacker* 案的見解並未被多數法院所接受，然而從上述的討論可以得知在美國法的脈絡中，逮捕後之搜索行為是否有憲法條款的適用，取決於是否有國家行為的涉入。*Thacker* 案採取的論證模式較為直接，認定私人之逮捕及搜索行為屬於國家行為。此外亦有學者嘗試從較為迂迴的模式出發，借用最高法院在 *Shelly v. Kraemer*⁴²²案所提出的觀點，證立國家行為的存在。

Shelly 案涉及白人為了阻止黑人遷移到本地區，於是在白人之間簽訂契約，約定不得把土地出租給白人以外之人（包括黑人及其他有色人種）。但契約訂定後，一名白人仍把土地出租給黑人 *Shelly*，於是其他白人遂提起訴訟要求確認收回其土地所有權的請求，第一審法院駁回了請求，但州最高法院又改判原告勝訴，於是 *Shelly* 以憲法增修條文第 14 條作為依據，向聯邦最高法院提起上訴。最高法院認為，該事件中白人之間簽訂的契約並不侵犯 14 條保障的平等權利，蓋該契約乃以雙方合意為基礎所簽訂，不存在違憲問題；然而法院同時指出，由州法院強制執行該契約的「司法執行」（*Judicial enforcement*）行為屬於國家行為，故該行為侵害了憲法增修條文第 14 條所規定之權利，於是法院撤銷原判。

學者借用 *Shelly* 案的論理根據，在公民所發動的搜索中，國家行為可以透過對被告的控訴以及法院的審判而介入，此種方式毋寧是為了解決社會生活中實際存在的私人侵犯人權現象，而將私人行為擬制為國家行為，以利憲法條款的適用，關鍵法理在於，假如政府在搜索或扣押行動中扮演重要角色，那麼憲法增修條文第 4 條就必須被適用。有學者即認為，政府透過執照的發放、稅收、監督、法律授與私人組織特定行為之特權以及私人組織的報告義務等關係，實質上已經涉入了私人保全組織之執法行為⁴²³。

其他較為保守的看法則認為，憲法條款的限制僅適用於制度化的私人組織，蓋絕大多數根據法律發動公民逮捕及隨後搜索行為者，並非一般私人，而是職業化的私人保全，此種私人保全已經具備準公眾警力（*quasi-public police forces*）的特徵，將憲法條款例外適用到此種類型，將有助於達到控管之效果，避免人權

⁴²¹ 310 Ky. 702, 221 S.W. 2d 682 (1949).

⁴²² 334 U.S. 1 (1953).

⁴²³ Charles Nemeth, *Private Security and the Law*, Butterworth-Heinemann, 3rd ed. (2004), pp. 89-95.

保障大開後門⁴²⁴。如同最高法院在 *Elkins v. United States*⁴²⁵案中推翻銀盤規則（silver platter doctrine）的理由；依據該規則，只要聯邦官員並未參與侵犯被告個人權利的行為，則州警察非法取得的證據在聯邦法院得以被採用，此規則將造成聯邦官員鼓勵州警察違反憲法條款以取得證據。準此，若認為私人之逮捕及搜索不受憲法拘束，等於鼓勵政府官員直接或技巧性地操弄公民逮捕制度。

整體而言，在欠缺被逮捕者同意的前提下，私人逮捕者是否以及在何等範圍得以發動搜索，相關法制並不明確。而晚近大量興起的私人保全公司更加激化此等法制問題，傳統觀點認為私人所發動的公民逮捕以及隨後之搜索並不適用憲法條款，但面對如此強大的私人執法組織，被逮捕者的憲法權利處於岌岌可危的情勢，憲法增修條文第 4 條是否能發揮功效，再度成為學者關注的焦點。

⁴²⁴ Harvey L. Ziff, *Seizures by Private Parties: Exclusion in Criminal Cases*, *Stanford Law Review*, Vol. 19, No. 3 (1967), pp. 608-618.

⁴²⁵ 364 U.S. 206 (1960).

第四章 私人逮捕之規範結構與法理基礎

第一節 歷史觀點下的私人逮捕

“Die Geschichte des Notwehrrechts in unserem Jahrhundert ist im Wesentlich die Geschichte seiner Einschränkung.”⁴²⁶

早在 30 年前，德國學者 *Krey* 就已經精準地觀察到，過去一個世紀以來，正當防衛的發展史就猶如一部正當防衛的限制史。值得關注的是，在國家強制力獨占漫長發展過程中，除了正當防衛之外，究竟其他刑法中的阻卻違法事由，特別是本文所研究之私人逮捕，是否因為國家豎立起之強制力獨占而逐漸受到限制，而逮捕權之本質是否又因此而有所改變？更根本之問題在於，私人逮捕的正當性基礎何在？是否不同時期乃呈現多樣之容貌？本章將透過歷史觀照之角度，徹底解析此等問題。

第一項 羅馬法與日耳曼法中的現行犯殺害權

第一款 羅馬法中之竊盜現行犯

第一目 十二銅表法之規定

在羅馬法時代，基本上將行為人的竊盜行為區分為「公然」或是「秘密」地進行，亦即以行為人在竊取他人財物時，是否有遭到被害人或第三人發覺作為行為類型化的標準。按照「十二銅表法」(Zwölftafelgesetz) 中第 8 表之第 12 條及第 13 條之規定，竊盜罪之類型區分主要是根據竊盜行為被發覺時，屬於現行犯或非現行犯，以及竊盜行為在白天或夜晚進行作為標準，而各有不同之法律效果⁴²⁷。按照竊盜的行為時點區分，若於白天著手於竊盜行為，除非盜賊使用武器抗拒逮捕且追捕者發出追捕呼叫公告週知，否則不得殺害之；惟在夜晚行竊者，該夜盜者 (furtum manifestum, nächtliche Dieb) 若當場被發覺而遭殺死，殺人行為乃合法的⁴²⁸，惟亦必須先發出追捕呼叫⁴²⁹。其次，盜賊若於夜晚行竊，且所竊者

⁴²⁶ Krey, Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, JZ 1979, 702.

⁴²⁷ Waldstein/Rainer, Römische Rechtsgeschichte, 10. Aufl., München 2005, § 12 Rn. 7.

⁴²⁸ Waldstein/Rainer, Römische Rechtsgeschichte, 10. Aufl., München 2005, § 12 Rn. 5 f.

乃他人耕地中之莊稼或牲畜時，假如竊賊已達適婚年齡⁴³⁰，則處以死刑；反之則處以鞭刑，並且賠償損害額兩倍之罰金⁴³¹。

以竊盜者屬於現行犯或非現行犯作為區分基準時，行為人若在實施竊盜行為之際被追捕，即為現行犯。當不符合上述殺害權之要件或被害人未運用殺害權時，若現行犯是自由人，則可以對其實行鞭打，並交由被竊者自由處置。如果竊盜現行犯是奴隸，則在鞭打之後，再以投崖的方式處以死刑。如果竊盜行為人尚未達到適婚年齡，則由法官決定是否施以鞭刑，並責令賠償損失⁴³²。反之，對於非竊盜現行犯（*furtum nec manifestum*），則不區分竊盜行為人是否為奴隸，一律賠償被害人被竊物價值兩倍之罰金⁴³³。

而為了搜尋被竊之物，十二銅表法尚規定一種特殊的搜查程序，讓嫌疑人光著身體，只遮掩住重要部位，且以雙手端著一個盤子，透過此種搜查程序，如果找到了被竊之物，則論以竊盜現行犯（*fur manifestus*），這種類型也被稱為隱瞞竊盜（*furtum conceptum*）；如果竊賊讓人在他人處找到贓物，則稱為坦白竊盜（*furtum oblatum*）；若妨礙搜查程序進行，亦將被當作拒認竊盜（*furtum prohibitum*），以上這三種形式的竊盜均被視為竊盜現行犯⁴³⁴。

第二目 以正當防衛為基礎之殺害權？

學者 *Mommsen* 認為從十二銅表法中的規定，已經可以發現正當防衛之思想，蓋被害人之所以得對侵害者進行致命性之攻擊，乃基於在夜盜或以武器反抗之日間竊盜行為發生時，法律所推定之生命危險⁴³⁵。惟 *Haas* 則有不同觀點，殺害權（*Tötungsrecht*）並非源自於正當防衛之理論基礎，而是繼受自傳統之法律原則：「對於當場被捕獲之現行犯，相關人員均有殺害之權」⁴³⁶。

⁴²⁹ Krey, JZ 1979, 703. 之所以要求追捕者發出追捕呼叫，乃源自於被害人行使血讎報復時，不免對犯罪者發洩其痛苦與憤怒，為了使得被害人有所節制，追捕犯罪者有時需要有鄰居在場。類似觀點亦請參見：John Hudson, *The Formation of the English Common Law: Law and Society in England From the Norman Conquest to Magna Carta*, Longman (1996), p. 68.

⁴³⁰ 按照羅馬法規定，男子適婚年齡為 14 歲，女子則為 12 歲。請參見：張天一，財產犯罪在歐陸法制史上之發展軌跡—從羅馬法時代至現代德國法，*玄奘法律學報*，第 8 期，2007 年，頁 180。

⁴³¹ Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press (1996), pp. 938-939.

⁴³² Alan Watson, *Society and Legal Change*, Temple University Press, 2nd ed. (2001), p. 34; Albrecht, *Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO*, Kiel 1970, S. 17; Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press (1996), p. 937.

⁴³³ Alan Watson, *Society and Legal Change*, Temple University Press, 2nd ed. (2001), p. 35.

⁴³⁴ Albrecht, *Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO*, Kiel 1970, S. 18; Alan Watson, *Society and Legal Change*, Temple University Press, 2nd ed. (2001), p. 36.

⁴³⁵ Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, S. 620. 轉引自 Krey, JZ 1979, 703.

⁴³⁶ Haas, *Notwehr und Nothilfe-Zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe-Geschichtliche*

對此，可以從取得殺害權的兩種類型加以分析，首先針對日間竊盜案件，如遇竊賊使用武器反抗，則被害人得將竊賊殺害，此類型除了被害者復仇權之外，實蘊含了自我防衛原則（*Prinzip der Selbstverteidigung*）的思想，蓋攜帶武器進行竊盜，甚至在追捕的過程中以武器加以反抗，將會對追捕者之生命、身體產生危險。其次，在夜盜的案件中，由於並不要求竊盜者有反抗之行為，縱使竊盜者僅是單純地逃亡，法律亦賦予追捕者殺害權，故背後所表徵之主要法理應為被害者之復仇權，附帶亦有防衛被竊財產之性質。因而才有學者認為，羅馬法中對竊盜現行犯之殺害權，應為正當防衛原則及復仇權共同作用之結果⁴³⁷。

然而仔細觀察將會發現，以正當防衛之思想理解殺害權恐怕並不恰當，蓋即便在日間竊盜的類型中，縱使竊盜者有所反抗，法律亦未要求存在具體之生命或身體危險，再者，也毋庸審查殺害行為與所保護之生命、身體或財產利益間之必要性，甚至亦不在乎竊盜行為所造成之損害高低⁴³⁸。職是之故，以正當防衛思想作為殺害權之正當性基礎，恐怕大有疑問，至多僅能說在殺害權的背後隱含著正當防衛之理念雛型。

無論如何，十二銅表法基本上對於竊盜現行犯的處罰是極為嚴苛的，甚至賦予被害者直接殺害現行犯之權，而當時的刑法亦帶有強烈的私人報復色彩，任憑被害人方對犯罪行為人施行報復或佔據其財產。

第二款 日耳曼法中之現行犯

第一目 現行犯程序

根據中世紀法律，對於人贓俱獲的竊賊可以不經過起訴而直接傳訊和審判，“found/taken with the mainour”意指「人贓俱獲」，後來衍伸成為「實施非法行為時被當場發現」的概念。日耳曼法中即規定了特殊的現行犯程序（*Handhaftverfahren*），當犯罪者在犯罪當場或透過立即之追捕而被捕獲，則犯罪行為者將成為現行犯（*handhafte Tat*）。現行犯乃嚴重之破壞和平行為，並且會使得犯罪者成為法外之民（*Acht*），最初法律甚至容許逮捕者將現行犯殺害⁴³⁹，惟殺害後，必須立即將被殺害的罪犯帶至法庭前，並由殺害該罪犯的控訴者提起控訴死者之訴（*Klage gegen den toten Mann*）。至於其他與該現行犯逮捕有關的人民，

Entwicklung und heutige Problematik, Frankfurt 1978, S. 29 f. 轉引自 Krey, JZ 1979, 703.

⁴³⁷ Krey, JZ 1979, 703.

⁴³⁸ Krey, JZ 1979, 703.

⁴³⁹ Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 20.

例如向原告迅速密告犯罪行為進而使得原告得以抓到現行犯的人，在逮捕的程序中，這位法之子民已升格為舉發者（**Gerüft**），屬於見狀呼叫的檢舉人（**Schreimannen**）之列，這些人之後會成為在法官面前替原告加以保證的宣誓輔助人（**Eidshelfer**）⁴⁴⁰，作證證明原告於犯罪現場的殺害行為乃屬合法。

當然，犯罪被害人也可能選擇不在犯罪當場殺死現行犯，在此古日耳曼法提供了另一種可能性，就是賦予犯罪被害者逮捕現行犯的權力。此時被害人可以在檢舉人的協助下，將犯罪者逮捕並且送交法院。假若犯罪行為人從犯罪現場逃脫，則原告及檢舉人得以搜索住家進行贓物的搜尋，透過此種贓物追蹤（**Spurfolge**）的方式，證明其有罪並加以逮捕，此時被捕者將被視為現行犯。然而此種追蹤程序以及隨之而來的逮捕權受到嚴格的時間性限制，若距離犯罪時點已逾一夜，原告即不享有此種特別逮捕權⁴⁴¹。

將現行犯帶至法院後，有效的現行犯逮捕程序必須以原告獲得檢舉人的支持作為前提；而當控訴提出之後，被告很有可能不願意承認控訴的內容，此時被告方將進行所謂的「雪冤宣誓」（**Reinigungseid**）程序。該程序一般都是在法庭中進行，被告手執法院權杖，一字一句針對原告的指控宣示其清白，有時被告亦會有宣誓輔助人擔保宣誓的可信度。而在被告透過雪冤宣誓，澄清自己與原告控訴的犯罪事實無關後，原告得再以「證罪宣誓」（**Überführungseid**）的方式宣誓被告有罪，藉此否定被告所為的一切辯護⁴⁴²。對於法官以及陪審員而言，逮捕現行犯的法律狀態很簡單，針對現行犯，將不會向層級較高且具有生殺大權的法庭上訴，若原告沒有要求寬宥，竊盜現行犯多半立刻被判處絞刑。在執行絞刑時，甚至連正式的絞架都不需要，利用樹木便足夠了，然而法院轄區中的裁判民團體（**Gerichtsgemeinde**）仍必須在場，由他們來進行死刑判決⁴⁴³。

即便到了中世紀晚期，私人之逮捕權依舊為法體制所承認。被告若在開庭日後連續三天仍未親赴法庭澄清自己的犯罪嫌疑，此等人將會被判定為法外之民，任何人均有權將其逮捕並送交於法官。假若被追捕者進行抵抗，則容許逮捕者使用強制力，甚至將其殺害，在故殺（**Totschlag**）的案件中，被害人的氏族亦得殺

⁴⁴⁰ 在中世紀人煙稀少的地區，基本上來自訴訟雙方親戚或是近鄰的宣誓輔助人僅能針對當事人宣誓的可信度協助見證，而不一定對於犯罪本身有所了解，換言之宣誓輔助人的作用並非擔保事實，而是擔保當事人社會人格的可信賴性，至於宣誓輔助人的人數則依控訴犯行的嚴重度而定。請參見：Arno Borst 著，瞿德瑜譯，歐洲中古生活型態（上），凡識書屋，2011年，頁56。

⁴⁴¹ Albrecht, *Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO*, Kiel 1970, S. 21.

⁴⁴² 許恒達，「實體真實發現主義」之知識形構與概念考古—以中世紀至現代初期之德國刑事程序發展史為中心，政大法學評論，第101期，2008年，頁156。

⁴⁴³ Arno Borst 著，瞿德瑜譯，歐洲中古生活型態（上），凡識書屋，2011年，頁51-55。

害脫逃中的犯罪行為人，根據當時的法庭紀錄，血讎報復乃是合法的⁴⁴⁴。儘管現行犯程序有其特殊性，但是在日耳曼法的框架下仍然屬於法庭程序的一環，通常是透過所謂的緊急法庭（Notgericht）來處理，就此點而言，已有別於羅馬法透過行政機關的決定來解決。

值得注意的是，相類似的概念亦出現在法國法蘭克時代的法律程序，中世紀法國封建法院（feudal courts）訴訟程序繼受此種特殊體制，凡於犯罪當場被捕獲（Capture in the Act），便無須有控訴者出面指控，同時亦免除決鬥斷訟（wager of battle）的實施，法官此時會命令其助手將現行犯押至眾人面前進行審判，有罪判決的依據就是逮捕現行犯之人所做出的證詞⁴⁴⁵。

第二目 以正當防衛為基礎之殺害權？

有論者認為，在現行犯程序中已經含有正當防衛權之概念⁴⁴⁶，惟與羅馬法竊盜現行犯殺害權遭遇的問題相同，日耳曼法中現行犯之殺害權究竟是否源自於正當防衛？

觀察日耳曼的法制度，最具特色者乃其血讎報復與私力救濟制度，且承認了現行犯之殺害權⁴⁴⁷。在日耳曼社會中，現行犯殺害權屬於最直接之報復行為，當時官方制裁機關尚未建立，私人報復行為仍被法秩序所容許，甚至屬於被害部落回復名譽所必要之行動，殺害現行犯就是報復行為的一種態樣。在這些制度的運作下，並無發展正當防衛權之必要⁴⁴⁸，可以說日耳曼法時代，尚未將正當防衛當作獨立於復仇權或現行犯殺害權之概念⁴⁴⁹，因而也不適宜使用正當防衛之概念解釋現行犯殺害權之法理基礎。

第三款 以殺害權為基礎之逮捕權

第一目 血讎報復與法外之民

無論是羅馬或日耳曼的法律制度，均規定了對現行犯之殺害權，惟此等現行犯殺害權並非源自於正當防衛之概念。於此尚衍伸出一個問題：在羅馬法中，殺

⁴⁴⁴ Frauenstädt, Blutrache Und Todtschlagsühne Im Deutschen Mittelalter: Studien Zur Deutschen Kultur- Und Rechtsgeschichte, Leipzig 1881, S. 100 f.

⁴⁴⁵ Adhémar Esmein, A History of Continental Criminal Procedure: With Special Reference to France, Cornell University Library (2009), p.61.

⁴⁴⁶ 余振華，刑法違法性理論，第二版，自版，2010年，頁95-96。

⁴⁴⁷ E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965, §§ 3 f., 24.

⁴⁴⁸ E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., § 24.

⁴⁴⁹ Bülte, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht aus verfassungsrechtlicher und europäischer Perspektive, GA 2011, 149.

害權基本上是專屬於被害者，蓋殺害權乃源自於被害者之血讎報復權（*Rachbefugnis*）⁴⁵⁰。但日耳曼法中之現行犯殺害權是否亦專屬於被害者，又或著即便是無關之第三人亦得行使之，在文獻上亦有所討論。與羅馬法不同，日耳曼法中之現行犯殺害權不僅根源於被害者之血讎報復權，同時也源自於現行犯被法律放逐的狀態⁴⁵¹；雖然血讎報復權乃專於被侵害之人，惟以法外之民作為殺害現行犯之根據，則任何人均得享有此等殺害權，故在日耳曼法下任何人均有權殺死此類法外之民而不會受到懲罰。

第二目 具有自助權特徵之逮捕權

從羅馬法與日耳曼法之現行犯殺害權也可以進一步觀察出私人逮捕之本質，早期日耳曼法規定了對現行犯之逮捕權與殺害權，現行犯得以不經法院正式審理程序，由犯罪被害者當場殺死，爾後才要求現行犯必須被帶至法庭，由被害者對其提出控訴⁴⁵²。在當時逮捕權及訴追權具有濃厚的私權色彩，蓋在現行犯之刑事訴追程序中，被害人乃被賦予血讎報復之權，根據日耳曼法，考量到人之神聖價值，即便是對待特別嚴重之犯罪，亦是透過物品或金錢進行賠償，而非直接賦予被害者殺害權，但現行犯之被害人卻得以例外開啟血讎報復之司法程序⁴⁵³。而從對現行犯之殺害權尚可以進一步推導出對現行犯之逮捕權，現行犯逮捕權一方面減輕了被害者賠償請求權實現之困難⁴⁵⁴，他方面也是以被害者血讎報復權作為後盾，在私人控訴之司法系統中，逮捕權實具有自助權（*Selbsthilferecht*）的特徵。

第二項 公刑罰權的建立與私人逮捕本質之轉化

第一款 無罪不懲與公刑罰權

12 世紀以降，刑事司法有了長足之發展，以各領地領主為中心之公刑罰（*öffentliche Strafen*）機制逐步建立⁴⁵⁵，領主有義務維護其所管領之城市秩序，建立所謂的領地和平（*Landfrieden*）⁴⁵⁶，並對抗領域秩序之破壞行為者

⁴⁵⁰ Waldstein/Rainer, *Römische Rechtsgeschichte*, 10. Aufl., München 2005, § 12 Rn. 6l.

⁴⁵¹ Bülte, GA 2011, 149.

⁴⁵² Albrecht, *Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO*, Kiel 1970, S. 20 f.

⁴⁵³ E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., §§ 66 f.

⁴⁵⁴ E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., § 67.

⁴⁵⁵ Bülte, ZStW 121 (2009), 380 f.

⁴⁵⁶ 最早是在 990 年左右，由各地教會人士所倡導上帝和平（*Gottesfrieden*）運動，藉此保護宗教人士和一般百姓，而後更加上所謂的上帝休戰（*Treuga Dei*）條款，此用語首先出現在加泰隆尼亞地區，限制了貴族私鬥的時間，並由地方人士立誓遵守約定，但是對於違反者的懲處方式僅限於罰款或逐出教會，並無法達到實際的成效。爾後各地諸侯群起仿效，推動領地和平運動，且制

(landschädlichen Leute)，原則上禁止私力救濟(Fehde)及騎士之復仇行為，除非可證明係為了保護自己生命而殺傷他人之情形，殺傷行為方具容許性。雖然此時個人所能防衛之利益僅限於生命利益，但已明確將復仇行為與防衛行為加以區分⁴⁵⁷，藉此建立起統治者對於強制力之獨占。而早期歸屬於直接被害人或其親屬之刑事審判權，現在轉移到領主手中，私人被禁止進行血讎報復或武力自衛⁴⁵⁸。有別於以往私力救濟之私刑罰制度，公刑罰權之建立改變了犯罪所侵害之對象，私人不再是第一順位之犯罪被害人，反而擁有刑罰權之領主才是第一順位之被害人⁴⁵⁹。在日耳曼法發展初期，紛爭解決模式仍舊以當事人間之關係為主，爭議的解決並非仰賴官方，而是以當事人自發性的方式進行，但在引入公官署色彩之控訴者後，公機關乃本其職權發動刑事訴追，不區分民刑不分的私人控訴程序(Privatklageverfahren)逐漸轉向以職權訴追程序為核心⁴⁶⁰，訴追犯罪不再假手於私人，而應當由公官署本於職權進行。

德國學者Gustav Radbruch在卡洛琳那法典的導論中提到，中世紀德國的刑法具有強烈的私法性質，也就是將犯罪當作對於被害者的侵害，整個刑罰制度是從被害者的觀點出發，而不是統治者的觀點。這種私法性質的刑罰制度在訴訟程序上有許多問題，最嚴重的就是被害人如果不願或沒有勇氣提起訴訟，那麼犯罪者就不會受到懲罰⁴⁶¹。「無罪不懲」(Ne crimina remaneant impunita, crimes not go unpunished)，這組流傳於中世紀的概念要求每個犯罪者都受到應得的懲罰，這是基於正義的要求⁴⁶²，私法性質的刑罰之所以被淘汰，取而代之成為公刑罰，就是因為私刑罰無法保證犯罪者得到應得的懲罰。其次，私刑罰特質的刑法也會面臨懲罰過當之危險，這個觀點Locke在其著作《政府論》中亦有所描述；Locke雖然主張在自然狀態下每個人都有執行刑罰的權力⁴⁶³，但他仍認為這種權力應該交由國家來行使，因為私人在執行刑罰時無可避免的會有偏袒或是報復的心態，這

裁手段已改變為肉刑之類的重罰。請參見：Arno Borst 著，瞿德瑜譯，歐洲中古生活型態(上)，凡識書屋，2011年，頁56。

⁴⁵⁷ Hummler, Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr, Tübingen 1998, S. 4 f.; Krey, JZ 1979, 703.

⁴⁵⁸ E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., § 67; Hummler, Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr, Tübingen 1998, S. 2.

⁴⁵⁹ 許恆達，「實體真實發現主義」之知識形構與概念考古—以中世紀至現代初期之德國刑事程序發展史為中心，政大法學評論，第101期，2008年，頁162。

⁴⁶⁰ E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., § 68.

⁴⁶¹ 陳惠馨，德國法制史：從日耳曼到近代，國立政治大學法學叢書56，元照出版社，2007年，頁180。

⁴⁶² James Q. Whitman, The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial, Yale University Press (2008), pp. 93, 101.

⁴⁶³ John Locke, Two Treatises of Government, Ian Shapiro (ed.), Yale University Press (2003), section 8.

終將導致混亂以及失序，所以「上帝指派了政府來抑制私人的偏袒以及殘暴」（God hath certainly appointed government to restrain the partiality and violence of men）⁴⁶⁴。而歐陸法系的糾問制度以及一系列的配套措施⁴⁶⁵（例如強制證人作證）都見證了公法性質之刑法的誕生，考察背後的理由，除了「無罪不懲」的信念外，更重要的是公刑罰制度更能有效執行刑罰⁴⁶⁶。

第二款 從刑罰權之貫徹到身分之確認

隨著公刑罰的建立，現行犯程序（Handhaftverfahren）如何與領主之強制力獨占相互調和即成為棘手之問題，此時現行犯程序之性質出現了重大變化，訴訟程序不再以犯罪行為人乃現行犯（handhafter Tat）或隔夜犯（übernächtinger Tat）作為區別標準⁴⁶⁷，而是將私人逮捕制度化約為通常刑事訴追程序之一環，並透過此種方式，將武力使用權及自由之限制權收歸為統治者所有⁴⁶⁸。統治者對刑罰權的逐步獨占充分體現了逮捕權本質之轉化歷程，逮捕權最早屬於現行犯程序中私人之固有特別權，不僅減輕了被害人賠償請求權實現之困難，亦有血讎報復權作為後盾⁴⁶⁹，但在公機關職權訴追程序建立之後，逮捕權的本質有了轉化，從原初輔助被害人血讎報復權之主張，轉變成協助統治者遂行刑事訴追之手段。

透過逮捕權與公刑罰權之互動關係可以得知，逮捕權原始之態樣具有私權特質，但隨著統治者逐步建立武力獨占，私刑罰權不再被法秩序所承認，取而代之的是統治者獨占之刑罰權，於此同時，私權性質的逮捕權也隨之消失，唯有在統治者無法立即馳援的特殊情況中，私人才得發動逮捕⁴⁷⁰。此時逮捕犯罪者已非私人之固有權，而轉化成協助國家達成刑事訴追任務之緊急權。中世紀現行犯逮捕的主要任務在於輔助私人所享有的血讎報復權，因此逮捕的對象通常為身分已經獲得確認之現行犯；惟當代所承認的現行犯逮捕，首要任務在於調查犯罪行為人之身分，以利將來刑事訴訟程序之開啟⁴⁷¹，謹以下圖呈現刑罰權與逮捕權彼此之

⁴⁶⁴ John Locke, *Two Treatises of Government*, Ian Shapiro (ed.), Yale University Press (2003), section 13.

⁴⁶⁵ James Q. Whitman, *The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press (2008), pp. 92-124.

⁴⁶⁶ 關於國家獨占刑罰權之正當性基礎，請參見：簡士淳，論國家對刑罰權的獨占—建構刑罰理論的內部論證，*刑事法雜誌*，第 55 卷第 3 期，頁 33-60。

⁴⁶⁷ E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., § 67.

⁴⁶⁸ Albrecht, *Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO*, Kiel 1970, S. 28.

⁴⁶⁹ E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3. Aufl., § 67.

⁴⁷⁰ Schimpfhauser, *Das Gewaltmonopol des Staates als Grenze der Privatisierung von Staatsaufgaben*, in: Bethge (Hrsg.), *Studien und Materialien zum Öffentlichen Recht*, Band 33, Frankfurt 2009, S. 112.

⁴⁷¹ Müller, *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin 2007, S. 167.

關係：

	刑罰權機制	私人逮捕權之性質
中世紀	公刑罰權與 私人之血讎報復權並存	輔助私刑罰權實現 之自助權
現代	國家刑罰權獨占	協助國家遂行 刑事訴追之緊急權

圖表 4.1：刑罰權與逮捕權之性質轉化

第二節 私人逮捕在當代法律制度下之定位

第一項 私人逮捕的雙重作用

第一款 私人逮捕規範的定位

近代，關於私人逮捕曾經出現過的爭議在於，究竟應該將其規定於刑事訴訟法中，作為強制手段的一種；還是應規定在刑法典中，作為阻卻違法事由之一？19 世紀時德國各邦多將私人逮捕規定於程序法中⁴⁷²，惟 1845 年巴登刑法典第 95 條以及 1851 年普魯士刑法典第 211 條，卻將私人逮捕規定於實體法中。但為了更明確突顯私人逮捕之目的，1877 年帝國刑事訴訟法(Reichsstrafprozessordnung)的立法者便將私人逮捕規定於其中，採納先前多數邦之立法體例⁴⁷³，藉此顯示私人逮捕協助確保國家遂行刑事訴追之核心功能。

第二款 實體法與程序法之交會

值得注意的是，學者認為私人逮捕行為除了作為程序行為，同時亦兼有刑法上阻卻違法事由之作用，並稱此為逮捕之雙重作用(Doppelfunktion)⁴⁷⁴。按程序法與實體法基本上乃兩種不同之作用範疇；程序法規範的是訴訟程序的流程以及為了達到程序終結所得容許之行為；實體法則是在確立何種行為在評價上已經

⁴⁷² Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 57; Bülte, ZStW 121 (2009), 381.

⁴⁷³ Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 63 f.

⁴⁷⁴ Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 75; Bülte, ZStW 121 (2009), 385; Fincke, Darf sich eine Privatperson bei der Festnahme nach § 127 StPO irren?, GA 1971, 41 f.

超出人類生活之合法界限⁴⁷⁵。簡言之，程序法面向主要是處理行為之可容許性（Zulässigkeit），而實體法面向則是在處理行為之合法性（Rechtmäßigkeit）。儘管實體法與程序法呈現出如此不同之特性，但依舊有某些行為同時對兩種法領域產生作用，德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段與我國刑事訴訟法第 88 條之規範，不僅是訴訟法上之干預授權基礎，同時也是實體法上之阻卻違法事由。私人逮捕在訴訟法上之作用乃確保對被告之刑事訴追，在實體法上之作用乃干預相關者之行動自由、健康、身體完整性或財產法益之容許規範。無論是德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段或我國刑事訴訟法第 88 條，該等規範都透過程序法中可容許之干預行為，同時將逮捕行為典型伴隨之法益侵害結果合法化，成為刑法上之阻卻違法事由，而從 19 世紀普魯士邦及巴登邦將私人逮捕規定於實體刑法典中亦可顯示此等作用。依此，程序法上行為之容許性將與實體法上行為之合法性，將呈現一致之評價標準。

由形式上進行初步觀察，德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段以及我國刑事訴訟法第 88 條的公法性質，可以從該等規範定位於刑事訴訟法中而突顯。刑事訴訟法性質上既然屬於公法，授權國家執行各種刑事訴追以及審判措施，原則上乃規範國家與其人民間之關係，由此而言，私人所發動的逮捕似乎應當認定屬於國家行為之一環。然而若從實質內容進行分析檢討，則私人逮捕究竟是否涉及公權力便有所爭執，此亦為學者論述上著力之重點，以下本論文將分別從逮捕行為之特性及逮捕者之角色定位出發，全面檢討私人逮捕在當代法律制度下之定位。

第二項 逮捕行為之特性

第一款 被逮捕者是否適用抗拒國家權力之犯罪

國家之任務及權力，需要透過國家之公務員加以執行始能實現，公權力之貫徹攸關人民利益與社會公益，不容遭到恣意的妨害阻撓，因而無論在德國或我國刑法，皆有處罰相關妨害公務員執行公務的行為。然而德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段中的任何人（Jedermann），並非行政法意義下的公務員，亦非德國刑法第 11 條第 1 項第 2 款之公務員，因此若現行犯於被逮捕時進行抗拒，並不適用德國刑法第 113 條關於抵抗公務員執行職務之規定⁴⁷⁶。儘管如此，若一般私

⁴⁷⁵ Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 75.

⁴⁷⁶ Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 80.

人處於與公務員相同的地位，即便該等人並非德國刑法第 11 條意義下之公務員，依據德國刑法第 114 條之規定⁴⁷⁷，相對人亦有配合之義務。惟學者認為，德國刑法第 114 條並不包括現行犯逮捕中之私人，因此私人所為之暫時逮捕並非公務員或視同於公務員的行為⁴⁷⁸。

而在我國，刑法妨害公務罪章中「妨害行為」的標的乃公務員所執行之公務，而根據刑事訴訟法第 88 條發動現行犯逮捕之一般私人，並非刑法第 10 條第 2 項之公務員，因而現行犯縱於逮捕過程中進行反抗，亦不適用刑法第 135 條之妨害公務罪。另外，我國刑法第 161 條尚設有脫逃罪之規定，該條所保障之法益乃國家司法權之行使，脫逃罪乃妨害國家依法行使逮捕權與拘禁權之司法罪，該條文設定的行為主體限於依法被逮捕或拘禁之人，故行為人必須受到合法的逮捕或拘禁，身體業已置於公力拘束或監督下，方有可能成為本罪的主體；若其身體尚未遭受公力拘束⁴⁷⁹，或雖曾受到公力之拘束，但拘束力已經解除，皆非本罪適格之行為主體，此等人縱使乘間逃逸，亦不構成本罪。至於私人逮捕之現行犯是否有本罪之適用，學者多認為，現行犯遭到私人逮捕後，考量到執行逮捕者乃不具備公務員身分之普通人，且為了逃避相關刑罰之制裁，每易有脫逃之行為，此屬於人之常情，且該等現行犯亦尚未置於公力拘束或監督之下，職是之故，尚未送交檢察官或司法警察的私人逮捕現行犯，並非本罪的行為主體。我國實務亦對此議題有所討論，檢察署法律座談會 63 年函字第 543 號⁴⁸⁰涉及無偵查犯罪權限之人逮捕現行犯後，在送交檢察官、司法警察官途中，該人犯脫逃者，是否構成脫逃罪之法律問題，該研討結論認為，刑法第 161 條第 1 項之脫逃罪，必須以行為人受到公力拘束為前提，依據刑事訴訟法第 88 條第 1 項被逮捕之人在未送交有權逮捕拘禁之機關以前，即尚未處於公力拘束下，縱有脫逃之行為，亦難構成脫

⁴⁷⁷ 該條文規定：「雖非公務員，但具備警察機關之權利與義務或為檢察官之助理，其執行行為視同第 113 條意義下之公務員職務行為。（第 1 項）第 113 條之規定亦應適用於協助執行公務之人員。（第 2 項）」

⁴⁷⁸ Eser, in: Schönke/Schröder, 27. Aufl., § 114 Rn. 7, 16.

⁴⁷⁹ 甘添貴，刑法各論（下），三民出版社，2010 年，頁 481；林山田，刑法各罪論（下），第五版，自版，2006 年，頁 211。

⁴⁸⁰ 63、6、11 臺(63)刑(二)函字第五四三號

法律問題：

利害關係人得逕行逮捕通緝之被告，又現行犯不問何人得逕行逮捕之。刑事訴訟法第八十七條第二項上段，第八十八條第一項分別著有明文，無偵查犯罪權限之人逮捕上述人犯後，於送交檢察官、司法警察官途中，該人犯乘隙逃亡，應否構成脫逃罪？

研討結論：

刑法第一百六十一條第一項之脫逃罪，既以行為人現受公力拘束為前提要件，則依刑事訴訟法第八十七條第二項前段暨同法第八十八條第一項等規定逮捕之人，在未送交有權逮捕拘禁之機關以前，即尚未置諸公力拘束之下，縱有脫逃之行為，尚難構成脫逃罪責。

逃罪⁴⁸¹。據上所述，學者及實務均明確表達私人逮捕現行犯並非執行公權力之行為，因而被逮捕者並不受相關抗拒國家權力之犯罪所約束。

第二款 縱放人犯罪之適用

無論是德國之暫時逮捕或我國之現行犯逮捕，均規定不論任何人皆得逕行發動逮捕，惟條文既曰「得」，逮捕應非人民之義務，故一般私人縱明知某人為現行犯，而不予逮捕，亦不負任何責任。然而既經逮捕後，復無故予以縱放，是否構成刑法第 162 條第 1 項縱放依法逮捕拘禁之人罪，則有所爭議。若認為私人之逮捕乃法律上所賦予之權力，逮捕後自即發生法律效果，如果逮捕者仍故意縱放之，自有法律上的責任。惟若認為縱放人犯罪必須將人犯置於公力量支配之下，方能成立，一般人逮捕現行犯，尚未將其置於公力支配之下，自尚難以該罪相繩。對此爭議我國實務見解採取否定看法，亦即一般私人逮捕現行犯後，即便予以縱放，亦不負任何法律上責任。

第三款 相關補償規範之差異

第一目 刑事偵查措施賠償法

關於私人逮捕行為之特性，尚可根據相關之補償規範與權利救濟途徑，突顯私人逮捕與國家機關逮捕之差異。從補償措施之差異而言，德國刑事偵查措施賠償法（StrEG）第 2 條第 2 項⁴⁸²明確規定賠償請求權之範圍，僅限於根據刑事訴訟法第 127 條第 2 項所發動之逮捕，亦即檢察官或警察所為之逮捕。若為私人根據第 127 條第 1 項前段所為之逮捕，被逮捕者即不享有刑事偵查措施賠償法下之賠償請求權⁴⁸³。

第二目 歐洲人權公約

另外按照歐洲保護人權及基本自由公約（Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten，下稱歐洲人權公約）第 5 條第 5 項規定⁴⁸⁴，任何因違反本條規定而受逮捕或拘禁之人，應有請求損害賠償之權利。

⁴⁸¹ 其他實務見解亦請參見：20 非 31 號、28 上 1093 號、33 非 17 號(2)。

⁴⁸² § 2:

Entschädigung für andere Strafverfolgungsmaßnahmen

(2) Andere Strafverfolgungsmaßnahmen sind

2. die vorläufige Festnahme nach § 127 Abs. 2 der Strafprozeßordnung,

⁴⁸³ Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach § 127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 52.

⁴⁸⁴ Artikel 5:

惟主流觀點認為歐洲人權公約第 5 條僅處理國家行為，私人非負有義務之人⁴⁸⁵，而公約第 5 條第 5 項之請求權又必須以違反同條第 1 項到第 4 項之規定為前提，故然該條規範並不涉及純粹私人之行為。且按照公約第 1 條⁴⁸⁶之規定，各簽約國應確保在其主權範圍內之每個人享有本公約第 1 節所規定之權利及自由，依此規定，締約國僅為承擔高權者之行為負責，蓋此等人無論在規範上或事實上均處於國家作用範圍之內，惟根據第 127 條第 1 項前段發動逮捕之私人，既非公務員亦非行政委託之受託人或行政助手，因而並非國家權力之作用範圍⁴⁸⁷，國家無須為其行為負責。

第三目 國家賠償請求權

德國法上國家賠償請求權之構成要件，為德國民法第 839 條第 1 項⁴⁸⁸連結基本法第 34 條。德國民法第 839 條第 1 項規定，公務員因故意或過失違背其對於第三人應盡之職務義務時，對於該第三人因此所受損害負賠償責任。在私人行為的案件類型中，國家之責任發生前提，必須是私人屬於國家賠償法意義下之公務員，或該等人之行為得歸責於國家。然而承上所述，在私人逮捕的情況中，一般人既非公務員，亦非行政委託之受託人或行政助手，該行為自難以歸責於國家，被逮捕者亦無法根據民法第 839 條第 1 項請求賠償⁴⁸⁹。被逮捕者所遭到之損害至多僅能根據民法第 823 條以下主張損害賠償請求權，但這僅為單純私法性質之權利。

此等補償規範之差異在我國亦有類似情況，無論是民法第 186 條公務員之侵權責任或國家賠償法第 2 條國家賠償責任之構成要件，均以公務員為行為主體，私人進行現行犯逮捕時縱有侵害他人權利，亦僅能依照民法第 184 條一般侵權行

(5) Jede Person, die unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, hat Anspruch auf Schadensersatz.

⁴⁸⁵ Frister, Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, GA 1985, 553 f.; Krüger, Die Bedeutung der Menschenrechtskonvention für das deutsche Notwehrrecht, NJW 1970, 1483 ff.

⁴⁸⁶ Artikel 1:

Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.

⁴⁸⁷ Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach § 127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 54.

⁴⁸⁸ § 839:

(1) Verletzt ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.

⁴⁸⁹ Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach § 127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 54.

為請求賠償，與執法人員所為之逮捕顯有不同。

第三項 逮捕者之角色定位

由前述兩種逮捕行為之特性無法顯現私人逮捕之公權力特徵，惟仍應進一步由逮捕者之角色定位出發，檢驗逮捕是否為透過公權力而造成自由之干預，以下透過各種法律制度對私人逮捕者之地位進行分析，茲分析如下：

第一款 行政委託下之受託人或行政助手之行為

所謂的行政委託，係指行政機關將公權力授與私人，使其以自己的名義執行有關之行政事務⁴⁹⁰，我國行政程序法第 16 條第 1 項，「行政機關得依法規將其權限之一部分，委由民間團體或個人辦理」之規定，即為「公權力授與」制度之明文化。而所謂的受託人（Beliehenen）係指受公行政託付行使公權力，從而完成特定行政任務之私人，通常具備專門知識或是較佳之應變能力⁴⁹¹。在功能上，公權力受託人可以從事特定之國家高權行為，代理行政任務並且取得行為權限，被納入間接的國家行政中，並藉此減輕行政負擔。受託人雖得以自己之名義行事，但在其高權所及範圍，擁有行政主體的外觀，可以作成行政處分及採取其他高權措施⁴⁹²。

學者於是將私人之現行犯逮捕歸類在公權力受託人的概念之下，透過行政委託的法律關係加以思考⁴⁹³，認為私人就如同國家任務的代理人，此觀點源自於授權私人逮捕現行犯之規範目的，蓋允許私人發動逮捕主要原因在於確保國家刑事訴追權之遂行，屬於私人承擔國家任務之型態。批評者則認為，此一見解濫用行政委託之概念，並造成混亂且界限不明的狀態，蓋這裡的行政機關，也就是檢察官及警察，其犯罪偵查之職責並沒有因而減輕，反而仍應積極確保證據之保全及程序之遂行，難謂私人逮捕者取得行為權限。此外，通常而言行政委託對象應當

⁴⁹⁰ Burgi, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., Berlin 2005, § 9 Rn. 24.

⁴⁹¹ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., München 2006, § 23 Rn. 56; Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2002 Heidelberg, S. 55 f. 中文文獻請參見：陳敏，行政法總論，第七版，新學林出版社，2011 年，頁 985-995。

⁴⁹² Burgi, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., § 9 Rn. 25; Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, Baden 2005, § 6 Rn. 22; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., § 23 Rn. 56 ff.; Schweickhardt/Vondung, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., Stuttgart 2010, Rn. 24.

⁴⁹³ Udo Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, Hamburg 1975, S. 17. 轉引自楊雲驊，行政委託制度之研究，台大法研所碩士論文，1993 年，頁 4。

是符合法定條件的私法人或個人，並且具備執行行政事務的所需之專業知識及技能，然而發動逮捕之私人卻欠缺專業的法律知識，所以這仍有賴於國家機關採取必要的措施⁴⁹⁴。

其次，利用行政委託的概念解釋私人逮捕行為，也面臨到實行逮捕之私人與國家間並不存在現實上委託關係之問題，是否存在依據法律規定便直接授與公權力給私人之可能，亦值探究。惟基本上公權力授予的方式本來就不侷限於依據法律行為為之，直接由法律規定授與的情形亦非罕見，例如我國船員法第 59 條：船長在航行中，為維持船上治安及保障國家法益，得為緊急處分。以及民用航空法第 45 條：航空器在飛航中，機長為負責人，並得為一切緊急處置。因此尚無法依此為由，推翻利用行政委託之概念說明私人逮捕之觀點。

然而國家強制力獨占（Gewaltmonopol）乃主權國家的表徵，於此更連結到國家立法獨斷權以及刑罰專有權，雖然憲法本文沒有明定禁止委託公權力行使，但委託行使公權力應止於極為有限的例外，原則上警察活動或是其他涉及高權實力之行為應由國家來行使，甚至有認為，伴隨著物理強制力之司法、強制執行、警察、軍隊之活動不得私化⁴⁹⁵。且應當透過公務員法制、行政組織法、作用法等規制，擔保私人得以順利遂行公權力，並遵守公益性原則之重要機制。若認為私人逮捕者乃行政委託下之受託人，此種立場就會面臨許多問題，蓋本於憲法的結構，原則上禁止私人行使公權力，例外滿足一定要件才會允許，這些要件諸如：私人裁量權的限制、受託者專業能力、中立性、公正性要求並透過法制度確保與對行政之監督措施採取相同的標準；然而這些要求在私人逮捕的情況中完全不具備，若認為私人乃是受託行使公權力之人，毋寧是徹底架空相關保障機制，因此逮捕現行犯之行政任務，主要仍應由國家機關加以履行，私人雖透過逮捕現行犯介入行政事務，但不具有公權力，並無公權力之授與，亦無所謂的行為權限，私人並非公權力之受託人。

除此之外，發動現行犯逮捕之私人亦非行政助手（Verwaltungshelfer），行政助手係在行政機關執行特定行政任務時，受行政機關委託予以協助，且按其指示完成工作之人，行政助手的行為亦歸屬於行政機關，但行政助手本身並無公權力，無法自行作成決定，亦不直接與第三人發生法律關係⁴⁹⁶。私人逮捕現行犯並非此

⁴⁹⁴ Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach §127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 51.

⁴⁹⁵ 米丸恆治著，劉宗德譯，公私協力與私人行使權力，月旦法學雜誌，第 173 期，2009 年，頁 249。

⁴⁹⁶ Erbguth, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 6 Rn. 23; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16.

意義下之行為，蓋被歸入行政助手之法律關係者，便有義務去履行委託者所託付的特定事務，但逮捕現行犯並非私人之義務，且國家機關通常未於事前對於私人有具體的指示，而私人逮捕現行犯亦不以有國家機關具體指示為必要，私人發動之現行犯逮捕僅受限於法律之規範。

綜上所述，私人依據法律所發動之逮捕並未實際上承擔國家高權，私人所為之逮捕並非公權力行為。

第二款 國家訴追之助手

將私人逮捕者理解為國家訴追之助手並不精準，蓋「助手」顯示出依循指示之必要關係，例如行政助手即為適例。一旦採取此種私人之角色定位，在發動逮捕時，私人對國家機關行動之協助便屬於非獨立、受限制且可撤銷之行為權限，私人並未有自己之裁決空間⁴⁹⁷，然而這並不符合私人逮捕之法理，蓋私人乃是自願發動現行犯逮捕，並無任何法律上之義務，且毋庸國家機關之指示作為逮捕之前提，因此難以解為國家訴追之助手。

第三款 國家利益之無因管理人

尚有學者主張，私人發動現行犯逮捕時，地位便如同國家利益之無因管理人⁴⁹⁸。按照主流學者之見解，公法上無因管理（öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag, GoA）之限制主要乃針對本人（Geschäftsherr）而非管理人（Geschäftsführer）⁴⁹⁹，依此觀點，將發動現行犯逮捕之私人理解為公法上之無因管理人確實有可能。惟以無因管理之概念理解私人現行犯逮捕，仍必須符合一定之前提。首先，無因管理此一制度具有兩大規範目的，一方面能使管理行為合法化，他方面且衡平管理人與本人間之利益⁵⁰⁰；在成立要件上，須無管理之義務，蓋無因管理之管理人乃未受委任，並無義務，而為他人管理事務，若依法律規定本有管理公法事務之義務，或因公法上授權而有處理之義務者，即無由成立公法上之無因管理。其次，公務員有義務積極採取必要之措施，透過自己之行為履行公行政任務，因而人民為公行政管理事務時，必須是在緊急之例外情況（Notfall），

Aufl., § 26 Rn. 13; Schweickhardt/Vondung, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., Rn. 25 f.

⁴⁹⁷ Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach §127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 58.

⁴⁹⁸ Arzt, Zum privaten Festnahmerecht, in: FS Kleinknecht, S. 6; Kleinknecht, in: Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 37. Aufl., München 1983, § 127 Rn. 16.

⁴⁹⁹ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., § 29 Rn. 11; Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 241 f.

⁵⁰⁰ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., § 29 Rn. 11.

涉及重大法益或是產生遲延危險，且不容許對第三人進行基本權侵害⁵⁰¹。此外，原無公權力之人民亦不得經由無因管理而行使公權力執行行政任務，原則上僅以不具備強制性質之單純行政行為，始有成立公法無因管理之可能⁵⁰²。最後，無因管理之管理人，不但必須事實上所管理者乃他人之事務，且須為他人利益而管理之，也就是基於將管理所生事實上之利益歸屬於本人之意思而為。

私人逮捕者透過逮捕行為協助刑事程序之開啟與遂行，亦即國家訴追刑事犯罪此等公共利益，國家毋寧是從私人之逮捕行為而受到利益，然而是否可因此認為私人之地位便屬於公法上之無因管理人，尚應回歸制度之內容加以分析。首先，必須存在未受請求而為他人管理之事務，惟在容許私人逮捕的情況下，國家仍舊對私人所協助之刑事訴追任務保有全面管控之意願以及權限，私人並未具備為他人而管理之事務權限。其次，在私人逮捕的情況中，亦不存在逮捕者與國家間之補償債務關係（Ausgleichsschuldverhältnis）⁵⁰³，且亦毋庸透過類推適用無因管理制度來處理此等問題，蓋此處並不存在所謂的規範漏洞，追捕者於逮捕時所受的損害，依據德國社會法§ 2 Nr. 13c SGB VII⁵⁰⁴將得到一筆金錢給付，並無須再類推適用公法上之無因管理制度。最後，國家機關亦難認為是無因管理制度下之「本人」，蓋在私人發動暫時逮捕的情況中，權利侵害是處於逮捕者與被逮捕者之間，國家此時根本沒有權利遭到侵害，毋庸藉由無因管理制度使得行為合法化，此與無因管理制度下，管理人對本人利益有所干預顯有不同，在此亦充分突顯私人逮捕規範主要目的乃衡平逮捕者與被逮捕者間利益之衝突，而非私人與國家的關係⁵⁰⁵。職是之故，私人逮捕者並非為國家利益之無因管理人。

第四款 私人作為刑事訴追機關之代理人

也有學者將私人的地位當作刑事訴追機關之代理人⁵⁰⁶，理由在於德國學界普遍認為，刑事訴訟法第 127 條第 2 項前段有關檢察官及警察特別之暫時逮捕權乃是基本案型，第 127 條第 1 項前段則是無令狀逮捕之特別案型，僅僅基於條文編輯上之考量才會將兩者之順序對調。若將第 127 條第 1 項前段的逮捕權視為例外

⁵⁰¹ Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 241.

⁵⁰² Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., § 29 Rn. 11.

⁵⁰³ Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach §127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 59.

⁵⁰⁴ Personen, die

c) sich bei der Verfolgung oder Festnahme einer Person, die einer Straftat verdächtig ist oder zum Schutz eines widerrechtlich Angegriffenen persönlich einsetzen,

⁵⁰⁵ Arzt, Zum privaten Festnahmerecht, in: FS Kleinknecht, S. 7.

⁵⁰⁶ Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl., Heidelberg 1992, § 29 Rn. 2, 12 f.

狀態，代表著唯有在國家機關無法及時介入的情況中，才容許將干預權限移轉給私人，而私人在對被逮捕者進行基本權干預時，地位便如同刑事訴追機關之代理人，基於此等理由，私人亦如同公務員般受到比例原則之約束⁵⁰⁷。

惟按照民法的觀點，代理行為將直接對於本人發生效力⁵⁰⁸，然而私人既非行政委託下之受託人亦非行政助手，要將私人之行為歸屬於國家恐有疑問。此外，有效之代理亦必須以本人之名義為法律行為，此乃顯名原則之要求⁵⁰⁹，惟私人發動現行犯逮捕時根本毋庸以國家之名義為之，蓋按照部分實務以及學說的想法，逮捕者僅需負擔之犯罪嫌疑之告知義務即可⁵¹⁰。由此可知，私人之地位亦非刑事訴追機關之代理人。

第五款 私人作為國家之緊急救助者

私人依據刑事訴訟法之規定而發動的逮捕，有學者認為性質乃在有關當局之援助無法即刻支援之情況下，替國家所為之緊急救助（Nothilfe），逮捕行為就好比防衛之手段，私人逮捕因而具有正當防衛之特性，與正當防衛行為將具備時間上之重疊⁵¹¹。

惟將私人逮捕視為正當防衛中的緊急救助亦會遭遇以下三點質疑：首先，正當防衛與私人逮捕之間僅具有微少之相似性，雖然兩者均可以在沒有國家支援的情況下干預第三人之法益，且均含有為他人利益而行動之特性⁵¹²，即便如此兩者依舊具有本質之差異，不同於現行犯逮捕，正當防衛被定位為自我利益之防衛，亦即權利防衛乃正當防衛之特質⁵¹³，透過預防性之手段防止個人利益遭到侵害。相對的，現行犯逮捕必須在訴訟法的層次加以理解，逮捕之目的並非針對犯罪行為之預防，亦非進行直接之法益保護，而是消極地以確保刑事訴追之遂行作為目的⁵¹⁴。延續此種觀點，學說上便認為儘管在具體個案中兩者會有競合之空間⁵¹⁵，

⁵⁰⁷ Bülte, ZStW 121 (2009), 383.

⁵⁰⁸ 請參照德國民法第 164 條第 1 項以及我國民法第 103 條。

⁵⁰⁹ 王澤鑑，債法原理（一），元照出版社，2009 年，頁 306-307；陳自強，契約之成立與生效，新學林出版社，2005 年，頁 294-295。

⁵¹⁰ OLG Düsseldorf NJW 1991, 580; Joachimski/Haumer, Strafverfahrensrecht, 4. Aufl., München 2000, S. 59.

⁵¹¹ Karamuntzos, Die vorläufige Festnahme bei Flagrantdelikten, Bonn 1954, S.45 ff.

⁵¹² Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 86; Kargl, NStZ 2000, 12.

⁵¹³ Kargl, NStZ 2000, 12.

⁵¹⁴ Kargl, NStZ 2000, 12.

⁵¹⁵ 例如對於法益之不法侵害仍具備現在性的情況，此時被攻擊者首先能透過預防性之手段進行防衛，同時相關之人亦得基於刑事訴追而採取消擊性之逮捕手段。

惟現行犯逮捕乃具備攻擊性之特質，正當防衛則具備防禦性之特質⁵¹⁶，私人逮捕乃具有其特殊性，並非特殊之正當防衛行為⁵¹⁷。

其次，正當防衛與現行犯逮捕尚且具備另一不同點：對正當防衛而言，手段之適法性必須通過必要性審查，允許之範圍從一般之身體傷害到致命性反擊皆有合法之可能；相對的，逮捕之手段適法性通常侷限在短暫身體移動自由之拘束，範圍明顯較正當防衛手段狹隘。

最後，主流見解均認為緊急救助原則上不得為了國家之利益而為，除非是在極端例外的情況，例如國家高度重要之法益受到威脅且國家機關無法及時支援，若不允許私人進行緊急救助將會對國家造成重大損害，否則在一般情況下通常可以期待國家透過自己的統治措施與機關維護國家之利益⁵¹⁸，因此要將逮捕者理解為國家之緊急救助者恐有疑問。

第四項 小結

以上的分析基本上是從私人逮捕行為與執法人員逮捕行為之比較觀察出發，由法體系結構來看，刑法上關於維護公權力遂行之各種犯罪構成要件與縱放人犯罪並不適用於私人逮捕，且各種補償規範亦顯示私人逮捕行為不同於國家執法人員的特質。其次，私人逮捕者之角色定性亦顯示出私人難以被歸類為行政受託人、行政助手、無因管理人、刑事訴追機關之代理人或國家利益之緊急救助者。由此可見，尚無法透過既有之法律制度建構私人逮捕之法律關係，因此私人逮捕行為之定性及正當性基礎必須從更根本之法理層面進行考察，尋找私人逮捕作為阻卻違法事由之實質根據。

第三節 逮捕行為與國家強制力獨占之緊張關係

第一項 逮捕行為之定性與三方法律關係

第一款 定性的必要性—憲法要求適用之前提

無論是德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段容許所有人之進行暫時逮捕，或

⁵¹⁶ Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 86.

⁵¹⁷ Karamuntzos, Die vorläufige Festnahme bei Flagrantdelikten, Bonn 1954, S. 45 ff.

⁵¹⁸ Lenckner, in: Schönke/Schröder, 27. Aufl., § 32 Rn. 7.

是美國源自於普通法系統，爾後為制定法所繼受之公民逮捕，均承認在未獲得法院令狀授權下，一般私人於特定情況中得以逕行逮捕犯罪行為人，以利將來刑事訴訟程序之遂行。德國學界長久以來存在著一個爭議問題，即私人之逮捕是否為公權力行為？此問題之所以重要，是因為暫時逮捕若屬於公權力行為，那麼就會牽引出比例原則之適用要求；另一方面，若暫時逮捕僅為純粹之私人行為，那麼便不會衍伸出比例原則此種公法原則之適用誡命⁵¹⁹，因此比例原則的適用前提，將取決於暫時逮捕之本質。德國學界主流觀點認為比例原則對於私人逮捕關係亦有所適用⁵²⁰，僅極少之學者否定比例原則對於私人逮捕之適用⁵²¹。

值得關注的是，美國法下之公民逮捕亦遭遇相類似之問題，依照學者看法，公民逮捕的容許範圍完全取決於州政府⁵²²，不受憲法對於執法機關及其他國家機關的限制，蓋美國憲法增修條文第 14 條的適用範圍僅及於州政府及其機關，而不及於私人行為。增修條文第 4 條主要亦是限制政府公權力之行使，對單純私人的非合理（purely private unreasonable）搜索與扣押則未有禁止。雖然增修條文第 4 條因增修條文第 14 條之規定也得以適用於州級政府公務員，但無論如何不及於單純私人的逮捕行為，職是之故，美國法下之公民逮捕實具有不受憲法要求拘束之特性。然而面對日漸擴大的私人執法組織，私人對被逮捕者權利之侵害將不亞於執法人員，憲法相關條文能否發揮功效，再度引發廣泛討論。在 *Thacker v. Commonwealth*⁵²³ 案中，法院認為私人根據法律所發動之逮捕不僅是為了國家，更代表國家，私人的行為就如同國家的行為，雖然這並非多數法院所持之見解，然而由此可知爭議焦點依舊集中在私人逮捕行為之定性。

第二款 國家、逮捕者與被逮捕者之三角結構

以上說明顯示，之所以討論私人逮捕是否屬於國家行為，主要原因就在於憲法要求對於私人逮捕之適用可能性。無論是德國暫時逮捕脈絡中的比例原則或美國公民逮捕脈絡中的憲法條款，均根源於此等問題。可見要處理私人逮捕中之法

⁵¹⁹ Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach §127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 39.

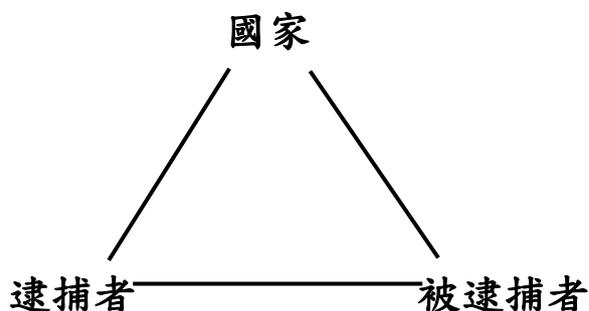
⁵²⁰ Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 163; Fezer, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Rn. 32; Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl., § 6 Rn. 271; Jakobs, AT, 2. Aufl., 16/20; Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 27; Kindhäuser, Strafprozessrecht, § 8 Rn. 30; Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., Rn. 456; Hilger, in: Löwe/Rosenberg, § 127 Rn. 29; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 784; Rüping, Strafverfahren, 3. Aufl., Rn. 246.

⁵²¹ Arzt, Zum privaten Festnahmerecht, in: FS Kleinknecht, S. 10 ff.

⁵²² M. Cherif Bassiouni, Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police, Charles C Thomas (1977), p. 8.

⁵²³ 310 Ky. 702, 221 S.W. 2d 682 (1949).

律關係，勢必得先釐清私人逮捕行為之定性，而要正確定性私人逮捕行為，則必須從更徹底之規範結構分析著手，謹以下圖呈現私人逮捕之三角結構：



圖表 4.2：現行犯逮捕之三角結構

本文認為，為了正確定性私人逮捕者與被逮捕者間之法律關係，應當對私人逮捕採取更寬廣的視角，前述三角結構顯示了國家、逮捕者及被逮捕者間之關係。雖然德國刑法學界主流觀點認為比例原則對於私人逮捕關係亦有所適用⁵²⁴，惟有關私人暫時逮捕的討論，卻甚少關注逮捕行為之定性，而直接將比例原則運用到私人逮捕的法律關係中，忽略公法原則適用的前提必須是逮捕者與被逮捕者間存在公權力關係。即便有對逮捕行為進行定性，亦未詳細說明逮捕者與國家之關係，惟此等關係卻會決定逮捕者逮捕行為性質之定性。

探討私人逮捕者與國家之關係，必然會緊密連接到國家強制力獨占及逮捕行為之正當性基礎。私人逮捕除了具有協助國家刑事訴追任務遂行之功能，由於在發動逮捕的過程中不免採行物理上之強制力⁵²⁵，干預被逮捕者身體移動之自由，甚或造成身體或健康之傷害，因而往往該當刑法上強制罪、妨害行動自由罪以及傷害罪等犯罪構成要件，顯示出逮捕行為與國家之強制力獨占處於緊張關係。惟即便逮捕行為的發動伴隨著各種犯罪構成要件的合致，逮捕者卻得援引德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段或我國刑事訴訟法第 88 條主張行為不具備違法性，國家因而不得對逮捕者施以刑事處罰，可以說私人依法所發動之逮捕與國家之強制力獨占處於緊張關係。

⁵²⁴ Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 163; Fezer, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Rn. 32; Hellmann, Strafprozessrecht, 2. Aufl., § 6 Rn. 271; Jakobs, AT, 2. Aufl., 16/20; Schultheis, in: Karlsruher Kommentar, 6. Aufl., § 127 Rn. 27; Kindhäuser, Strafprozessrecht, § 8 Rn. 30; Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., Rn. 456; Hilger, in: Löwe/Rosenberg, § 127 Rn. 29; Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Rn. 784; Rüping, Strafverfahren, 3. Aufl., Rn. 246.

⁵²⁵ Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., Rn. 237; Krey, AT I, 2. Aufl., Rn. 606; Schimpfhauser, Das Gewaltmonopol des Staates als Grenze der Privatisierung von Staatsaufgaben, in: Bethge (Hrsg.), Studien und Materialien zum Öffentlichen Recht, Band 33, Frankfurt 2009, S. 158.

第二項 私人逮捕作為國家強制力獨占之例外

第一款 強制力獨占之概念內涵

第一目 Weber 對國家的定義

國家之強制力獨占（Gewaltmonopol）這個命題最早可以溯源於 17 世紀 Thomas Hobbes 的著作《利維坦》（Liviathan），晚近也透過 Max Weber 進一步闡示這個命題。在《經濟與社會》（Wirtschaft und Gesellschaft）一書中，Weber 提到：

“Staat soll ein politischer Anstaltsbetrieb heißen, wenn und insoweit sein Verwaltungstab erfolgreich das Monopol legitimen physischen Zwangs für die Durchführung der Ordnung in Anspruch nimmt.”⁵²⁶

根據 Weber 的理解，國家乃是在一個特定領域中，為了維持秩序，由其行政管理官僚成功地主張獨占合法之物理強制力使用的政治性機構經營體。這個定義最關鍵的要素乃國家對於強制力的獨占化（monopolize）⁵²⁷，而 Weber 對於國家的定義也巧妙地連結至 Hobbes 的觀察基點，依照社會契約論的觀點，人民放棄了使用暴力的權利，轉而向國家尋求保護，契約締結的最終目的在於消除人民經常性的暴力使用⁵²⁸，藉此創造和平以及穩定的共同生活空間⁵²⁹。而為了禁止私人使用暴力，國家勢必得建構對於合法暴力的獨占⁵³⁰。Weber 對於國家的定義看似非常清楚，但卻也經常引發許多誤解，關鍵就出在 Weber 國家定義中強制力獨占（Gewaltmonopol）要素的解釋。

第二目 權力與強制力之關係

所謂的「強制力獨占」指的是對身體強制力使用的壟斷，可以分成兩個要素加以理解，分別是「強制」與「獨占」。「獨占」源自於希臘詞彙“monos”，意

⁵²⁶ Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie*, 5. Aufl., Tübingen 1980, S. 29.

⁵²⁷ Bryan S. Turner (ed.), *From Max Weber: Essays in sociology*, Routledge (1991), pp. 77-78.

⁵²⁸ Wolfgang Sofsky 著，邱慈貞譯，暴力十二章，玉山社，2006 年，頁 13-17。

⁵²⁹ Müller, *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin 2007, S. 108.

⁵³⁰ John S. Dryzek/Bonnie Honig (ed.), *The Oxford Handbook of Political Theory*, Oxford University Press (2006), p. 386; Hofmann, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie*, Darmstadt 2000, S. 139 ff.; Kunz/Mona, *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie: Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft*, Bern 2006, § 6 Rn. 76.

指單一、唯獨或獨自，而與“stereo”相對立。所謂的權力（Macht），在法律語言使用中並不常見，可茲舉例者乃德國刑法第 93 條有關國家機密之定義，即用到“fremde Macht”的概念。通常而言，權力一詞的使用較常出現在非法學領域，或涉及到國家彼此間之關係⁵³¹。Weber 對於權力有如下的描述：

“Macht bedeutet jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht. Herrschaft soll heißen die Chance, für einen Befehl bestimmten Inhalts bei angebbaren Personen Gehorsam zu finden.”⁵³²

按照 Weber 的理解，權力係指行動者在社會關係之中，可以排除抗拒而貫徹其意志的可能性；而支配（Herrschaft）則係指一群人會服從具有特定內容之命令的可能性，基本上 Weber 將權力與支配區分開來，但是對於權力與強制力（Gewalt）則並未劃出明確之界限。在 Kant 的著作中，我們可以進一步看見權力與強制力的關係：

“An object of my will, however, is something which I have the physical capacity to make any use of as I wish, if the use is within my power (potentia.). This capacity must be distinguisher from having the same object under my authority (in potestatem meam redactum). The latter presupposes, not merely a capacity, but also an act of will.”⁵³³

Kant 認為意志的對象係指主體具有身體上的潛在能力做任何想要之使用，只要該對象仍處於主體權力掌握範圍內。相對的，此種潛在能力不同於主體實際上將該對象置於其實力（強制力）之下，一旦對象處於主體實力（強制力）下，就不再是潛在之能力，而是意志的具體行動。可以說強制力乃權力的一種行動模式，透過強制力而達到對他人之影響、改變，甚至是侵害⁵³⁴。從強制力與權力的

⁵³¹ Fisahn, Legitimation des Gewaltmonopols, KritV 2011, 4.

⁵³² Weber, Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie, 5. Aufl., Tübingen 1980, S. 28.

⁵³³ Immanuel Kant, Metaphysical Elements of Justice, Hackett, 2 nd ed. (1999), p. 48.

⁵³⁴ Müller, Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung

比較可知，權力明顯具有較廣之概念範圍；權力分布在社會各種關係之中，例如雇主對於員工的管領權，或父母對於子女之保護教養權，但必須強調的是，權力並不一定必然涉及身體強制力的使用，此乃權力與強制力最大之不同。而 *Weber* 國家定義中的強制力（*Gewalt*）所涉及的其實就是物理作用之行動⁵³⁵，而此種物理作用的對象不僅包括他人，連對於物之強制力施行亦在國家強制力獨占的範圍內⁵³⁶。

第三目 強制力獨占的規範特徵

既然社會中依然有如此多暴力的活動，國家如何能夠成功主張強制力獨占？「獨占」一詞最初乃商業用語，指涉事業在特定市場處於無競爭狀態，或具有壓倒性地位，可排除競爭能力者⁵³⁷。對比之下，國家甚至連獨占武器的機會都沒有，更遑論那些可以作為攻擊用途的日常器物，例如刀子、工具。也因此，學者認為所謂國家的強制力獨占指涉的並非「沒有暴力的社會」⁵³⁸，蓋此種構想乃絕無實踐可能，國家無法成功壓制社會中各種形式的暴力，僅能主張對於合法強制力的獨占。職是之故，強制力獨占作為一種規範誡命（*normatives Postulat*），所強調的並非國家在事實上取得強制力的獨占，而應當是國家對於「合法」強制力的獨占，除了國家之外，其他一切強制力的使用原則上應當被評價為非法⁵³⁹。*Weber* 的國家定義所面臨之最大問題在於，在德文原文中 *Weber* 並未使用「合法」之強制力，而僅在經驗層面提及國家對強制力的獨占，惟在英譯本中卻被譯者加入了“legitimate”一詞，究竟何者為 *Weber* 的本意，恐怕已難以追尋。無論如何，國家強制力獨占乃一規範要求，原則上唯有國家取得施行強制力之合法性，而不應將強制力之施行權限分散到國家以外社會的各個層面，例如私人或其他機構。

第二款 強制力獨占之確立與突破

第一目 強制力獨占之建立

國家的強制力獨占雖然是現代國家之必要特徵⁵⁴⁰，然而對比於人類社會的形

und aktuelle Rechtsfragen, Berlin 2007, S. 108.

⁵³⁵ Fisahn, KritV 2011, 4.

⁵³⁶ Hummler, Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr, Tübingen 1998, S. 1 f.

⁵³⁷ Müller, Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen, Berlin 2007, S. 109.

⁵³⁸ Anter, Max Webers Theorie des modernen Staates: Herkunft, Struktur und Bedeutung, Berlin 1995 S. 44.

⁵³⁹ Fisahn, KritV 2011, 5.

⁵⁴⁰ Merten, Rechtsstaatsdämmerung, in: Schreiber (Hrsg.), Polizeilicher Eingriff und Grundrechte: Festschrift für Rudolf Samper, Stuttgart 1982, S. 40.

成，此等規範要求的建立尚屬新興概念，可以說是經過一連串發展的歷程最終才建立起國家之強制力獨占⁵⁴¹。中世紀的生活充斥著暴力，上層階級的成年男性一方面擔心受到他人攻擊，他方面也積極組織騎士團培養實力，因此騎士大部分的時間都花在訓練或實戰上⁵⁴²，更重要的是，當時並沒有任何政治權力有能力約制私人間的武力衝突，只要騎士認為有必要捍衛自己的榮譽或獲取更高之榮譽，就會毫不猶豫地進行武力決鬥。在中世紀私力救濟與血讎報復均被承認為合法，對於貴族甚或一般平民而言，仰賴暴力是非常常見的⁵⁴³，劍絕對不是為了裝飾，而是要發揮實際之作用！即便到了 15 世紀，封建領主依舊無法確實建立起強制力獨占，當時仍存在多數的統治單位，而各統治者亦依舊欠缺貫徹強制力獨占所必備之權力，甚至於到了 16 世紀，私力救濟依舊是政治生活的一部分⁵⁴⁴，英國最後一場正式的決鬥（trial by battle）出現在 1571 年，可以想見當時的對決必定是極為血腥與殘暴⁵⁴⁵。最後，在專制王權中才體現了強制力獨占此種規範誠命，徹底禁止私人進行私力救濟或血讎報復，至此國家之強制力獨占才正式建立⁵⁴⁶。

第二目 強制力獨占之必備體制

1、軍隊與警察

既然國家無法事實上達到強制力之獨占，而社會中依然普遍存在暴力活動，那麼如何判斷國家是否成功主張強制力獨占之規範命題？對此取決於國家對抗暴力行為之效能，唯有國家能認真對待社會中存在之暴力現象並加以回應，國家才算真正成功地主張強制力獨占⁵⁴⁷。惟這有賴於相關體制的建置，首先是統一之專業軍隊與警察的出現；由逐步擴張之官僚系統管領且以穩定稅收支撐的軍隊，毋寧是近代國家的重要特徵，可以確定的是，建立中央管領式的軍力乃國家成功達到強制力獨占的關鍵一步，社會和平狀態的建立其實就是一個去軍隊化

⁵⁴¹ Müller, *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin 2007, S. 110.

⁵⁴² Richard W. Kaeuper, *Chivalry and the 'Civilizing Process'*, in: Richard W. Kaeuper (ed.), *Violence in Medieval Society*, Boydell Press (2000), pp. 21-38.

⁵⁴³ Malcolm Vale, *Aristocratic Violence: Trial by Battle in the Later Middle Ages*, in: Richard W. Kaeuper (ed.), *Violence in Medieval Society*, Boydell Press (2000), pp. 159-182.

⁵⁴⁴ Hummler, *Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr*, Tübingen 1998, S. 2.

⁵⁴⁵ Juliet Vale, *Violence and the Tournament*, in: Richard W. Kaeuper (ed.), *Violence in Medieval Society*, Boydell Press (2000), pp. 143-158.

⁵⁴⁶ Fisahn, *KritV* 2011, 4; Hummler, *Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr*, Tübingen 1998, S. 5; Merten, *Rechtsstaatsdämmerung*, in: Schreiber (Hrsg.), *Polizeilicher Eingriff und Grundrechte: Festschrift für Rudolf Samper*, S. 40; Müller, *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin 2007, S. 109.

⁵⁴⁷ Zippelius, *Allgemeine Staatslehre: Politikwissenschaft*, 16. Aufl., München 2010, § 9 I.

(demilitarization) 的過程⁵⁴⁸。到了 17 世紀，私人軍隊幾乎被全面禁止，決鬥也開始受到刑法所處罰，甚至在大多數的國家中公開攜帶武器也是違法的，制度化的軍隊成為唯一合法之武器持有者。其次，警察制度的建立也是現代國家結構最重要的發展進程，惟在現代警察的發展歷程中，除了法國之外的歐洲國家一直要到 19 世紀初才建立起現代警察體制⁵⁴⁹。現代化的警察是國家強制力獨占的核心制度⁵⁵⁰，透過職業化的專業執法人員，一方面達到治安之維持，他方面亦增進執法之效率。對現代國家而言，軍隊與警察在功能上具有不同的意義，高度專業化的軍隊必須隨時準備好守衛國家領土與人民，以防止外來者的入侵；相對的，警察則必須實現國家之強制力獨占⁵⁵¹。

2、國家權力機制的運作

國家強制力獨占的建立，對許多領域產生了界分的作用：首先就是公私領域的區分，更精確來說就是國家行為與非國家行為的分界，目的在於區分合法的國家強制力與不容許的私人強制力（*unerlaubter Privatgewalt*）⁵⁵²；其次乃國家領土的明確劃定，區分出發生在國家領域內與領域外之事件；最後，且最為重要的乃是從法治國原則衍伸而出的法定原則，國家必須透過法律明確劃分出合法與非法強制力使用的界限⁵⁵³。面對社會中既存的各種「暴力」行為，國家首先要透過法律明確指出何種何種行為乃被禁止，亦即將受到國家強制力獨占所制約，此乃立法機關之首要任務，簡言之，除了法律所承認之例外，原則上唯有國家取得強制力之運用權⁵⁵⁴；而司法機關則應當禁止所有不被法律所容許之強制力，最直接的方法就是透過刑事審判，藉由刑法而對犯罪者做出回應，或間接地透過正式的司法程序，以法院裁判解決人民彼此間之紛爭⁵⁵⁵。最後行政機關對國家強制力獨占

⁵⁴⁸ Charles Tilly, *Coercion, Capital, and European States, AD 990-1990*, Basil Blackwell (1989), pp. 67-70.

⁵⁴⁹ Clive Emsley, *Gendarmes and the State in Nineteenth Century Europe*, Oxford University Press (1999), pp. 1-9.

⁵⁵⁰ Knobl, *Polizei und Herrschaft im Modernisierungsprozess: Staatsbildung und innere Sicherheit in Preussen, England und Amerika 1700-1914*, Campus 1998, S. 11 f.

⁵⁵¹ Müller, *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin 2007, S. 111.

⁵⁵² Merten, *Rechtsstaatsdämmerung*, in: Schreiber (Hrsg.), *Polizeilicher Eingriff und Grundrechte: Festschrift für Rudolf Samper*, 1982, S. 40.

⁵⁵³ Müller, *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin 2007, S. 119.

⁵⁵⁴ Müller, *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin 2007, S. 116, 146.

⁵⁵⁵ Müller, *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin 2007, S. 111.

的回應，亦具體表現在履行法定任務時所採行之必要強制措施⁵⁵⁶以及刑罰之執行上⁵⁵⁷。總結而言，在法治國原則下，國家強制力獨占之具體運作模式乃先透過立法權劃定合法強制力的範圍，但維持國家強制力獨占絕對不只是立法者之任務，行政權在依法行政之原則下必須執行國家之強制力，最後再以司法權作為國家強制力獨占的防護機制，因此國家之強制力獨占實有賴於相關權力機制的順利運作。

在各種權力機制的運作中，立法權具有關鍵之地位，對此可以分成兩個面向加以理解：一方面立法者透過相關法律的制定(例如刑法或民法規範)，確立人民所享有之權利、劃定行為禁止之領域，並規定踰越該等規範時所可能導致之後果⁵⁵⁸，在這些法律中均含有全面的強制力禁止；他方面，為了衡平私人間原則上受到禁止的強制力使用，國家也必須確保必要之權利保護及法益侵害防止機制，立法者所制定的程序法、法院組織法或強制執行法，均是為此目的而設。

第三目 強制力獨占之例外

立法者透過各種法律的制定，建立一個原則上禁止私人彼此間使用強制力之體制，當中又以刑法發揮著核心之功能，透過構成要件所描述的行為規範（*Verhaltensnorm*），禁止各種侵害他人之行為，以達成法益之保障。然而在法律體系中，立法者卻也設計了許多強制力獨占之例外，亦即在某些情況下，私人行使強制力侵害他人之法益乃是合法的，此即為一般所稱的阻卻違法事由。在一個法律分工細緻的社會，要求各種法律領域完全獨立運作，全然不顧其他法律領域之規範態度是絕對不可能的，按照法的一致性（*Einheit der Rechtsordnung*）觀點⁵⁵⁹，刑法所保障之法益，各別規定在不同之法領域中，刑法的違法性同時是由其他法律所決定，當其他法律明示行為乃合法者，刑法不得認定為不法，反之，其他法律認定為不法的，刑法則未必要認定為不法，此種法的一致性又可以稱為消極的一致性，即當其他法律認為是合法時，刑法不得採取相反的觀點。依此，作為刑法阻卻違法事由之規定即不限於刑法條文，即便存在於刑法以外的其他法律中，亦得作為阻卻違法事由。作為強制力獨占例外之事由甚至可見於德國基本法

⁵⁵⁶ Müller, *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin 2007, S. 109.

⁵⁵⁷ Müller, *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin 2007, S. 116.

⁵⁵⁸ Müller, *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin 2007, S. 122.

⁵⁵⁹ Müller, *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin 2007, S. 148.

之規定，該法第 20 條第 4 項⁵⁶⁰規定了人民政治上的抵抗權：為了維護既存之秩序，在其他對抗措施不存在時，私人被容許使用強制力進行抵抗。

總而言之，無論是刑法中的阻卻違法事由或公法中的抵抗權，均屬於法律上對於國家強制力獨占的例外規定⁵⁶¹，除了本文所探討的私人逮捕⁵⁶²，這些構成國家強制力獨占例外之規定種類繁多，從形式方面可以劃分如下⁵⁶³：

一、刑法中之阻卻違法事由

- 1、正當防衛 (§23)
- 2、緊急避難 (§24)
- 3、依法令之行為 (§21I)
- 4、業務上之正當行為 (§22)
- 5、證明真實條款 (§310III，有爭議)
- 6、善意發表言論 (§311，有爭議)

二、民法中之阻卻違法事由

- 1、正當防衛 (§149)
- 2、緊急避難 (§150)
- 3、自助行為 (§§151、152)
- 4、不動產出租人之留置權 (§445)
- 5、旅店主人之留置權 (§612)
- 6、土地所有人之留置權 (§791III)
- 7、土地所有人越界枝根刈取權 (§797II、III)
- 8、占有人之自力防禦 (§960I)
- 9、贓物追回權 (§960II)
- 10、父母之懲戒權 (§1085)

三、其他法律中之阻卻違法事由

⁵⁶⁰ Artikel 20:

(4) Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.

⁵⁶¹ Schimpfhauser, Das Gewaltmonopol des Staates als Grenze der Privatisierung von Staatsaufgaben, in: Bethge (Hrsg.), Studien und Materialien zum Öffentlichen Recht, Band 33, Frankfurt 2009, S. 111 f., 155 f.

⁵⁶² Blüte, ZStW 121 (2009), 378 ff.; Jakobs, AT, 2. Aufl., 16/16; Kargl, NStZ 2000, 8; Satzger, Jura 2009, 108, 113; Marxen, Zum Begriff der frischen Tat in § 127 Abs. 1 StPO, in: Küper/Welp (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 705; Wagner, ZJS 6 (2011), 456.

⁵⁶³ 以下所指條文均為我國法。

- 1、現行犯逮捕（刑事訴訟法§88）
- 2、人工流產行為（優生保健法§9）
- 3、著作財產權之限制（著作權法§44-65，有爭議）
- 4、依法令之行為（行政罰法§11I）
- 5、正當防衛（行政罰法§12）
- 6、緊急避難（行政罰法§13）
- 7、維護國防或軍事上之重大利益（陸海空軍刑法§12）
- 8、依法令之行為（社會秩序維護法§11）
- 9、正當防衛（社會秩序維護法§12）
- 10、緊急避難（社會秩序維護法§13）

第四節 私人逮捕作為緊急權之規範結構與法理基礎

第一項 緊急權之存在法理

第一款 由原則法理建構例外特徵

由於現代國家在歷史上的出現，人民越來越不能以自力的方式主張「司法」。現代國家以公共刑罰取代私人刑罰，私人的血讎報復幾擊及私鬥，皆被禁止，因此私力救濟權也大量遭到限縮，而只剩下少數的「殘餘」留給人民，並表現為緊急權的型態。按照學者觀察，典型的緊急權（Notrecht）包括刑法中之正當防衛、緊急救助、緊急避難、暫時逮捕以及民法中的自助行為⁵⁶⁴，這些緊急權均屬於刑法中的阻卻違法事由。惟對於刑法學術文獻進行整體觀察，可以發現學者多半未意識到刑法中阻卻違法事由與國家強制力獨占之關聯性⁵⁶⁵。對此，可以由兩個面向展開初步考察，首先是阻卻違法事由與國家強制力獨占形成之互動關係，觀察彼此是否以及如何展開一系列的拉鋸。此外，既然私人逮捕乃國家強制力獨占原則之例外，基於論證負擔（the burden of argumentation）的要求，顯然必須明確建構出私人逮捕之規範結構及法理基礎，這也是釐清私人逮捕規範要件的必要前提。而作為國家強制力獨占之例外，刑法中阻卻違法事由濫用之危險亦屬評估之

⁵⁶⁴ Frister, AT, 4. Aufl., 13/11; Hummler, Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr, Tübingen 1998, S. 6; Merten, Rechtsstaatsdämmerung, in: Schreiber (Hrsg.), Polizeilicher Eingriff und Grundrechte: Festschrift für Rudolf Samper, S. 41.

⁵⁶⁵ Hummler, Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr, Tübingen 1998, S. 3.

重點，對此特別重要的是個別阻卻違法事由之要件設計及限制準則。簡言之，作為國家強制力獨占之例外，私人逮捕本身的法理基礎、規範結構或限制準則，皆必須回歸原則之正當性基礎，一旦確立了原則所涵蓋之範疇，其例外狀態之範疇自然能被釐清。

第二款 國家之保護義務與法律中對強制力獨占的限制

第一目 國家強制力獨占之正當性基礎

根據 *Weber* 國家定義的關鍵要素：強制力之獨占，將會發現在這個定義中民主國家並無特殊性，蓋無論是否採取民主體制，各種類型的「國家」均運用警察制度貫徹強制力的施加，其他各種權力，諸如租稅、行政、司法程序或經濟措施，亦有賴於強制力作為後盾⁵⁶⁶。因而值得關注的是，民主國家在施加強制力同時如何展現其獨特性？進步言之，究竟專制或獨裁政權能否稱得上是國家？不承認權利保障機制而依靠槍桿子的政權，是否缺乏主張強制力獨占的正當性基礎？學者有主張納粹政權根本不是國家，蓋納粹政權雖有大量形式上的法律，但卻沒有建立足以稱為國家的法律體制⁵⁶⁷，納粹時期的體制充其量僅是運用恐懼之技倆？破棄人性尊嚴與個人權利保障之規定無法稱為法律，這種全面欠缺法律的狀態（*Zustand vollkommener Gesetzlosigkeit*），導致納粹政權無法被稱為國家。

惟仔細觀察 *Weber* 的國家定義，將會發現 *Weber* 並沒有將納粹此種統治者納入國家之範圍，蓋國家並非僅事實上獨占強制力，而是在規範上足以宣稱獨占合法之強制力使用，「合法」乃強制力獨占的核心要素⁵⁶⁸。這個關鍵的解讀可以將許多「組織」排除在國家之範疇外，否則就連納粹或黑手黨也可以成功取得事實上之強制力獨占。合法與否的判斷，是以強制力使用之合法性（*Gesetzmäßigkeit der Gewaltausübung*）作為標準⁵⁶⁹；首先，相關的法律規範必須對外公佈並具有一般性而非個案性，且必須是人民基於理性之政治決策過程而生⁵⁷⁰；其次，在執行國家強制力時，相關的司法或行政組織均必須秉持公正且排除恣意之決斷；再者，雖然國家取得合法之強制力獨占，惟強制力的使用在現代國家中並非唯一，

⁵⁶⁶ John S. Dryzek/Bonnie Honig (ed.), *The Oxford Handbook of Political Theory*, Oxford University Press (2006), p. 386.

⁵⁶⁷ Franz Neumann, *Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism 1933-1944*, Octagon Books, 2nd ed. (1963), pp. 459-470.

⁵⁶⁸ Kühl/Reichold/Ronellenfitsch, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, München 2011, § 15 Rn. 14.

⁵⁶⁹ Merten, *Rechtsstaatsdämmerung*, in: Schreiber (Hrsg.), *Polizeilicher Eingriff und Grundrechte: Festschrift für Rudolf Samper*, S. 40.

⁵⁷⁰ John S. Dryzek/Bonnie Honig (ed.), *The Oxford Handbook of Political Theory*, Oxford University Press (2006), p. 387.

甚至也不是常態的秩序維持手段，使用強制力必須符合最後手段原則，亦即僅有在其他方法均無法達成目的時，國家方得使用強制力⁵⁷¹；更重要的是，強制力獨占的合法性必須建構在憲法秩序之下，因而國家不得透過強制力的獨占侵害人民之權利與自由，強制力獨占概念內化了權利與自由，這也是為何學者有認為強制力獨占與法治國乃一致的概念⁵⁷²。

第二目 國家保護義務的確立

在現代自由法治國中，強制力依舊是國家所獨占，然而與專制國家相比，背後所代表的意義已有所轉變。在專制國家中，強制力獨占是為了貫徹統治者的意志，但在現代法治國中，強制力獨占卻是為了貫徹法治之價值，使人民得以在和平秩序下展開生活⁵⁷³。在憲法層次上，國家強制力獨占同時伴隨著國家之保護義務（*Schutzpflicht*）⁵⁷⁴，亦即國家不僅應當節制強制力之使用，尚且應當透過強制力而創造安全之秩序，使得非暴力之互動關係以及社會體制得以建構，原則上禁止人民運用強制力進行私力救濟或報復行為，要求人民將衝突的解決訴諸於國家之協助。蓋強制力乃至高無上（*paramount*）之權力展現，無論在功能或影響層面均勝過其他權力，唯有將強制力收歸、管控及制度化，私人才能順利行使其其他所擁有之權力，展開社會生活⁵⁷⁵，是以國家必須設法消弭社會中各種衝突，提供合法管道進行紛爭解決。為了建構和平與安全之秩序，並抵禦各種可能之暴力行為，在私人間衝突產生時，國家必須運用預防性（*präventiv*）或壓制性（*repressiv*）之干預措施，甚或對違反國家強制力獨占之人進行刑事與民事制裁⁵⁷⁶。職是之故，強制力獨占背後所彰顯的價值不僅是國家擁有行使合法強制力之權限，強制力獨占甚至成為國家之義務⁵⁷⁷。德國學者亦從基本法第 1 條第 1 項、第 2 條第 1 項及第 2 項、第 5 條第 2 項及第 14 條第 1 項等規定推導出國家保護義務之要求，而德國聯邦憲法法院亦曾就多種基本權利，確立國家負有之保護義務，特別是防止個人不受第三人侵害之義務，諸如生命、身體自由、人格權、財產權、婚姻及家

⁵⁷¹ Müller, *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin 2007, S. 146; Zippelius, *Allgemeine Staatslehre: Politikwissenschaft*, 16. Aufl., München 2010, § 9 I.

⁵⁷² Fisahn, *KritV* 2011, 3.

⁵⁷³ Hummler, *Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr*, Tübingen 1998, S. 5.

⁵⁷⁴ Müller, *Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen*, Berlin 2007, S. 147.

⁵⁷⁵ John S. Dryzek/Bonnie Honig (ed.), *The Oxford Handbook of Political Theory*, Oxford University Press (2006), p. 387.

⁵⁷⁶ Hillgruber, *Der Staat des Grundgesetzes-nur „bedingt“ abwehrbereit ?*, *JZ* 2007, 211.

⁵⁷⁷ Schimpfhauser, *Das Gewaltmonopol des Staates als Grenze der Privatisierung von Staatsaufgaben*, in: Bethge (Hrsg.), *Studien und Materialien zum Öffentlichen Recht*, Band 33, Frankfurt 2009, S. 73.

庭、職業自由等⁵⁷⁸。

在我國憲法雖然未明文表達國家之保護義務，惟釋憲實務多有提及基本權保護義務之觀念。例如司法院大法官解釋第 472 號表明國家為謀社會福利，應實施社會保險制度，且對於無力繳納者，國家亦應給予適當之救助；第 422 號解釋則指出，國家負有保障農民生存及提升其生活水準之義務；第 445 號解釋亦表明，國家為保障人民之集會自由，應提供適當之集會場所，並保護集會遊行之安全，換言之，國家不僅不得侵害人民集會結社自由，更需要積極防止第三人侵害集會遊行者的權利。由此可知，大法官已經肯認國家保護義務之存在。

由國家之保護義務進一步可衍伸出刑事法上之保護義務、警察法上之保護義務、外交保護義務、保護基本權免於受到團體侵害之義務等⁵⁷⁹。其中有關刑事法上的保護義務，可茲舉例者乃聯邦憲法法院在「第二次墮胎案」判決⁵⁸⁰中表示，國家除了不得直接侵害正在成長的生命之外，更負有進一步之義務去保護生命免於來自他人之違法侵害，因此，國家必須採取必要之保護措施⁵⁸¹，例如制定刑法之墮胎罪以避免胎兒受到他人的侵害⁵⁸²。

第三目 國家之工具價值與緊急權

立法者所制定的刑法規範是為了禁止私人間的強制力使用，一方面乃履行國家之保護義務，他方面亦貫徹國家之合法強制力獨占，惟禁止私人進行報復或自力救濟的前提在於國家司法管轄權之有效介入，若考慮到國家機關不可能在任何情況都及時馳援，無論是警察或法官均不可能立即出現在紛爭現場，因此根據個案情況必然地會容許私人採取立即之決斷或行動，並因而產生國家強制力獨占之例外。蓋在必須透過當下迅速之應變措施方得保全法益的特殊緊急或危難情況，要求人民等待國家機關是不合理的⁵⁸³，在這些情況中，民法及刑法所規定的阻卻違法事由即容許人民例外地使用強制力。既然國家無法履行保護人民免於侵害之義務，其主張刑罰權之基礎並不存在⁵⁸⁴，自然必須忍受人民透過私力達到法益保

⁵⁷⁸ Christian Starck 著，李建良等譯，法學、憲法法院審判權與基本權利，元照出版社，2006 年，頁 411-451。

⁵⁷⁹ 李惠宗，憲法要義，第五版，元照出版社，2009 年，頁 101-102。

⁵⁸⁰ BVerfGE 39, 1 (41 ff.).

⁵⁸¹ Müller, Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen, Berlin 2007, S. 114.

⁵⁸² 李惠宗，憲法要義，第五版，元照出版社，2009 年，頁 101。

⁵⁸³ Müller, Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen, Berlin 2007, S. 147.

⁵⁸⁴ Christian Starck 著，李建良等譯，法學、憲法法院審判權與基本權利，元照出版社，2006 年，頁 420。

護，此乃緊急權（Notrecht）之法理基礎⁵⁸⁵。

緊急權之存在法理與國家之功能（function）密切相關，根據傳統自由主義之觀點，國家之存立並無任何固有之價值，國家之合法性及權力全然源自於人民，是以國家應當代表全體人民之利益⁵⁸⁶。「功能」一詞隱含著國家的工具價值（instrumental value），故要證立國家此種政治社群的存續，必須從倫理層面之可欲性及現實層面之合理性出發，證明國家體制乃優於自然狀態（Naturzustand, the state of nature）⁵⁸⁷。就現實生活層面而言，國家能提供的眾多資源，多是個人在自然狀態中難以獲得的，例如交通運輸網路、經濟體制、郵政系統、公立學校及醫院等，更重要的是使得各種法律制度成為可能。但這些物質層面的優越性乃建立在一個關鍵之基礎上：免於暴力侵害的安全狀態，每個人在自然狀態中均容易遭受他人的攻擊，特別是當我們睡眠、生病或積極投入工作之時，而國家透過軍隊、警察及法律系統的建置，一方面預防暴力行為，他方面當預防無效時，對犯罪者進行制裁，以提供人民穩定的安全狀態⁵⁸⁸，雖然安全狀態的程度高低，往往取決於個別國家甚或是地域的不同，然而國家確保相當程度的安全乃是必要的。簡言之，國家透過刑罰之威嚇，達到事前之暴力預防；並透過刑罰之施加，在暴力發生後進行抑制。可以想見的是，在沒有國家體制的自然狀態，光是倚靠個人有限的的能力，根本無法達成上述功能。

關於國家在倫理層面之可欲性，則有多種不同的論述模式，以下本文將舉 *Locke*、效益主義以及 *Kant* 的論證方法。首先，*Locke* 認為在自然狀態中，每個人均得透過武力維護自身權利，甚至於執行懲罰，蓋為了約束其他人不侵害他人之權利、不相互傷害，根據自然法每人都有權懲罰違反自然法的人⁵⁸⁹，惟私人對於彼此的權利範圍可能並無一致之看法，且經常缺乏貫徹權利所必要之力量，導致權利的主張流於空談，也無法有效對抗攻擊者⁵⁹⁰。但是在國家體制中，透過中立公正之法官確立個人權利範圍，並以充足之實力作為執行之後盾，更能有效保

⁵⁸⁵ Frister, AT, 4. Aufl., 13/11; Schimpfhauser, Das Gewaltmonopol des Staates als Grenze der Privatisierung von Staatsaufgaben, in: Bethge (Hrsg.), Studien und Materialien zum Öffentlichen Recht, Band 33, Frankfurt 2009, S. 112.

⁵⁸⁶ John S. Dryzek/Bonnie Honig (ed.), The Oxford Handbook of Political Theory, Oxford University Press (2006), p. 388.

⁵⁸⁷ Kwame Anthony Appiah, Thinking It Through: An Introduction to Contemporary Philosophy, Oxford University Press (2003), pp. 224-229.

⁵⁸⁸ A. John Simmons, Political Philosophy, Oxford University Press (2008), pp. 18-20.

⁵⁸⁹ John Locke, Two Treatises of Government, Ian Shapiro (ed.), Yale University Press, (2003), section 6-8.

⁵⁹⁰ John Locke, Two Treatises of Government, Ian Shapiro (ed.), Yale University Press, (2003), section 124-126.

障人民所享有之自然權利，縱使無法在事前保障個人之權利，亦可透過民刑事判決進行補償與譴責。*Locke* 從以上觀察認定國家確實具備倫理上之優越性，儘管 *Locke* 認為在未取得本人同意前，任何人均不得被置於自然狀態之外，使其受制於另一個人的政治權力⁵⁹¹。其次，效益主義者（Utilitarian）雖然不承認自然權利的存在⁵⁹²，惟亦透過不同的模式證立國家之倫理優越性。效益主義者指出，相較於沒有國家的狀態，國家體制更能提供充裕的效益，諸如快樂、福利或滿足感，既然我們有倫理上之義務極大化可期待之效益，建立國家便屬於個人之義務，此種論證顯然強過 *Locke* 的說法，蓋對於 *Locke* 而言，國家體制僅是優越於自然狀態，但對於效益主義者而言，創造國家體制更是個人倫理上的義務。有趣的是，同樣的結論也受到 *Kant* 支持，*Kant* 認為自由乃是一切權利之基礎，惟真正的自由在沒有法律規範之自然狀態下並無法實現，根據 *Kant* 的說法，每個人都享有終止自然狀態並建立社會生活之權利，因為只有在此等社會生活中，真正的自由與權利方屬可能，而這個社會生活模式就是國家⁵⁹³。晚進學者進一步詮釋 *Kant* 的觀點，視國家為實現分配正義之角色，國家存續之目的不單是防止個人免於暴力侵擾，更是實現正義所不可或缺的體制⁵⁹⁴，個人乃有義務創造及維持此種政治社群，使正義成為可能。

仔細觀察前述關於國家在倫理層面之可欲性，可以得知三種論證模式均依附在國家現實層面之功能，無論是基於國家在事實上能夠提供更良善的安全環境、資源、甚至是利益，而使得國家取得倫理上的優越性，亦或如 *Kant* 所言，唯有國家能夠讓真正的自由、權利、正義成為可能，均以工具觀點看待國家，是以國家及其獨占強制力之正當性基礎，乃源自於國家所能達成之功能：維護安全及國內和平。一旦國家無法履行此種功能取向的要求，國家的強制力獨占便會出現例外狀態，而緊急權所表彰的理念正在於此。特別是顧慮到緊急情狀可能是在任何時間、地點發生，但國家機關不可能無所不在，在這種現實考量下，國家自始不可能建立全面而無例外的強制力獨占。

⁵⁹¹ John Locke, *Two Treatises of Government*, Ian Shapiro (ed.), Yale University Press, (2003), section 85.

⁵⁹² Paul Smith, *Moral and Political Philosophy: Key Issues, Concepts and Theories*, Palgrave Macmillan (2008), pp. 143-166.

⁵⁹³ Immanuel Kant, *Metaphysical Elements of Justice*, 2nd ed., Hackett (1999), pp. 53-55.

⁵⁹⁴ A. John Simmons, *Political Philosophy*, Oxford University Press (2008), p. 22.

第二項 緊急權之特徵

第一款 例外與補充特徵

就緊急權之規範特徵而言，可分為例外特徵與補充特徵兩者。首先，緊急權乃是國家強制力獨占原則的例外，在特殊情況中容許私人得以行使強制力，此乃其例外特徵⁵⁹⁵；其次，緊急權唯有在國家無法及時進行法益保護之急難狀況，方允許私人加以主張，此乃源自於緊急權之補充特徵，當國家保護機制無法順利運作，私人行使強制力的合法空間就會擴張，反之便會減縮。例外特徵導引出立法論及解釋論上對於緊急權範圍之嚴格限縮⁵⁹⁶；而補充特徵則導引出緊急權相對於國家機關之保護措施，僅具有備位性質，一旦國家機關接手處理，私人之緊急權即告終了⁵⁹⁷。

第二款 立法裁量空間

傳統上所討論的國家保護義務乃針對來自第三人之侵害，而要求國家必須採取一定之作為，緊急權雖然亦源自於國家之保護義務，惟並非要求國家積極採取某種措施，反是用以對抗國家之強制力獨占；當私人行使緊急權時牴觸刑法規範，即是要求國家不得對人民所為之強制力行為施以刑罰。惟緊急權與國家保護義務仍然是密切相關，兩者的互動關係就如以下模型所示：

模型 4.1：



當國家履行其保護義務，私人之緊急權就會退縮，故國家保護義務與緊急權之範圍將呈現消長關係，當國家決定「親自」履行保護之義務時，私人介入相關事務之空間就會緊縮，也因此有關國家保護義務之審查標準將會反射至緊急權之

⁵⁹⁵ Kargl, NStZ 2000, 8; Satzger, Jura 2009, 108; Schimpfhauser, Das Gewaltmonopol des Staates als Grenze der Privatisierung von Staatsaufgaben, in: Bethge (Hrsg.), Studien und Materialien zum Öffentlichen Recht, Band 33, Frankfurt 2009, S. 112; Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach §127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 46.

⁵⁹⁶ Merten, Rechtsstaatsdämmerung, in: Schreiber (Hrsg.), Polizeilicher Eingriff und Grundrechte: Festschrift für Rudolf Samper, S. 41; Satzger, Jura 2009, 113.

⁵⁹⁷ Schimpfhauser, Das Gewaltmonopol des Staates als Grenze der Privatisierung von Staatsaufgaben, in: Bethge (Hrsg.), Studien und Materialien zum Öffentlichen Recht, Band 33, Frankfurt 2009, S. 112.

適用準據。在涉及國家保護義務之裁判中，德國聯邦憲法法院曾認為，關於如何保護的問題，立法者有政治形成自由⁵⁹⁸，換言之，評價國家行為是否合憲的標準只在於國家「是否」盡其保護義務，而非國家「如何」盡其保護義務，立法機關對於國家保護義務的履行方式，享有廣泛的形成權。此外，立法者亦無提供最適保護(optimaler Schutz)之義務，否則將會使得保護要求不斷提高，造成如何保護之問題全然受到法院之審查。再者，若為了履行保護義務而對三人有所干預者，須有法律上之授權基礎始得為之，此乃基於法治國原則之要求。

既然立法者對於具體制度如何發揮保護功能乃有廣泛之政治上裁量權，則緊急權之範圍亦應給予立法者一定之形塑空間，否則將會變相侵蝕立法者所擁有之保護措施裁量權，因此緊急權必須透過立法確立其具體內容，且立法者亦保有對緊急權內容之調整彈性，得以透過相關制度擴張或縮減權利範圍。換言之，刑法規範將透過「國家強制力獨占原則」及「形式原則」⁵⁹⁹的加持，某程度上提高了私人透過緊急權而行使強制力的難度，若沒有堅強的反面證據，則應該推定立法者所制定之法律代表了正確之結果。更重要的是，對於形式原則的強度，立法者保有決定空間，得以裁量決定「是否」及「如何」容許私人透過強制力介入國家事務。當然，這不代表立法者得以恣意剝奪人民行使緊急權，尤其當存在特別之急難狀況，國家機關採取措施乃「事實上不可能」時，便不應期待人民嚴守強制力獨占原則，立法者之形成空間甚至會有「裁量縮減至零」的現象。惟仍必須強調，法院只能確認緊急權之存在，但不得自行訂定緊急權之具體內容及規範準則。

第三項 緊急權類型爭議之一——正當防衛之定位

第一款 正當防衛之限制史

既然緊急權具有上述特徵，個別阻卻違法事由是否屬於緊急權即屬重要之議題，學說上常提及之緊急權包括正當防衛、自助行為、緊急避難、緊急救助以及私人之暫時逮捕⁶⁰⁰，其中爭議最大的要屬正當防衛之歸類，究竟正當防衛屬於緊

⁵⁹⁸ BVerfGE 49, 89, 141 f.

⁵⁹⁹ 所謂的形式原則，係指是否要對一條規則創造新的例外時，除了要衡量相關的實質理由，還必須考量到像是「立法者之決定應當被遵守」以及「法安定性應該盡量予以維持」此類從形式層面來支持規則的理由。關於形式原則的說明請參見：王鵬翔，規則是法律推理的排他理由嗎？，載：王鵬翔主編，2008 法律思想與社會變遷，中央研究院法律學研究所籌備處專書(7)，2008 年，頁 358, 380-383；同作者，規則、原則與法律說理，月旦法學教室，第 53 期，2007 年，頁 82-83。

⁶⁰⁰ Frister, AT, 4. Aufl., 13/11; Hummler, Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr, Tübingen 1998, S.

急權之一環，亦或其乃獨立於緊急權之特別權，學說上多有爭論。1862 年德國刑法學者 *Geib* 主張，正當防衛之適法性基礎來自於一般人本性之感情，正當防衛本不具備任何歷史，亦有不能具備歷史之理由⁶⁰¹。這種說法意味著正當防衛乃超越社會發展以及國家體制而存在之制度，任何人均得捍衛自己之權利，無須忍受他人之攻擊，正當防衛實乃自然權之一種，具有超越歷史之特徵。然而觀察正當防衛在法制史中的發展，可以說與 *Geib* 的主張全然背道而行，反而是 *Krey* 在上個世紀的觀察一針見血地道破正當防衛的現實狀況：正當防衛權的發展史就猶如正當防衛權的限制史！

在 13 世紀之前，正當防衛完全被教會所禁止，蓋基督徒寧可自己被殺，也不願讓暴徒流血，直到 13 世紀之後，正當防衛原則才逐漸形成，並成為當今刑法中正當防衛權之前身⁶⁰²，而當今所適用的正當防衛法則，也不過是近百年發展之結果，最早的正當防衛僅限於生命遭到威脅的情況，在 1532 年的卡洛琳那法典中，第 140 條所規定之正當防衛權，亦僅適用於生命、身體遭受攻擊的情況，且唯有在沒有迴避可能的情況下方得使用⁶⁰³。1794 年的普魯士一般邦法（*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten*）第 522 條將容許防衛之利益擴及財產法益，惟第 521 條規定，若防衛者之防衛行為將對攻擊者造成生命危險時，必須是其他方法無法保護被攻擊者方容許為之；此外，根據第 517 條以及第 523 條之規定，僅有在無法獲得官方協助的情況下，正當防衛才是被允許的，且被攻擊者應盡可能迴避他人之攻擊⁶⁰⁴，此外也不允許殺死攻擊者⁶⁰⁵。1813 年巴伐利亞刑法典（*Bayrisches StGB*）第 125 條至 133 條總共 9 個條文規定了正當防衛之體系架構，其中第 125 條保留了正當防衛之輔助性（*Subsidiarität*），亦即必須是無法及時請求公權力救助或現時公權力救助不充分時方可進行正當防衛⁶⁰⁶。1851 年的普魯士刑法典則僅以第 41 條規定正當防衛之容許性，且在立法理由書中仍課予防衛者迴避之義務以及尋求當局協助之義務⁶⁰⁷。二次大戰後，德國實務界與學術界主要則從正當防衛之社會倫理要求對正當防衛權進行限制⁶⁰⁸。

6; Merten, *Rechtsstaatsdämmerung*, in: Schreiber (Hrsg.), *Polizeilicher Eingriff und Grundrechte: Festschrift für Rudolf Samper*, S. 41.

⁶⁰¹ 余振華，*刑法違法性理論*，第二版，自版，2010 年，頁 91。

⁶⁰² Albert R. Jonsen/Stephen Toulmin, *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, University of California Press (1988), pp. 216-222; Krey, JZ 1979, 704 ff.

⁶⁰³ Krey, JZ 1979, 705; Roxin, AT I, 4. Aufl., 15/4.

⁶⁰⁴ Bülte, GA 2011, 151.

⁶⁰⁵ Krey, JZ 1979, 706.

⁶⁰⁶ Krey, JZ 1979, 707.

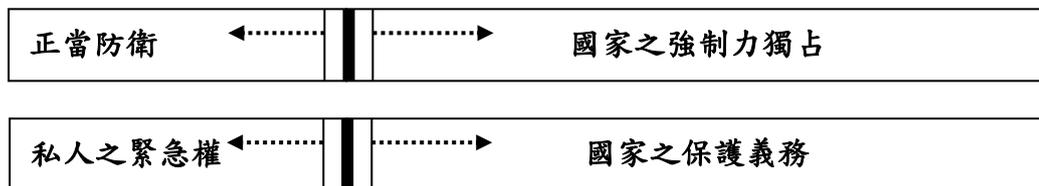
⁶⁰⁷ Roxin, AT I, 4. Aufl., 15/5.

⁶⁰⁸ Koch, ZStW 104 (1992), 785 ff.; Krey, JZ 1979, 702.

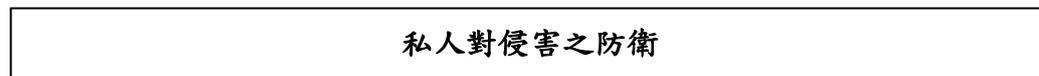
第二款 固有權或緊急權

按照目前學界主流看法，私人之正當防衛相較於國家之危險防衛僅具有輔助之地位，假若於緊急情況中存在充足的警察支援，在防衛行為之必要性審查層次，將會否定私人之正當防衛權⁶⁰⁹。此種對正當防衛之限制突顯了國家強制力獨占與正當防衛間之關係；雖然從德國刑法第 32 條以及我國刑法第 23 條均無法直接看出此等對正當防衛權之限制，但學者指出，在特定的情況下，國家之強制力獨占並非必然要被突破⁶¹⁰。此處關鍵的問題在於，正當防衛與國家強制力獨占彼此間之關係為何，對此可能有兩種模型，分別以模型 4.2 及模型模型 4.3 呈現：

模型 4.2：



模型 4.3：



模型 4.2 及模型 4.3 分別代表著兩種不同的正當防衛權本質主張，模型 4.2 基本上將正當防衛理解為國家強制力獨占之例外，且與國家之強制力獨占彼此間產生拉鋸⁶¹¹。而模型 4.3 則將正當防衛理解為國家所承認之基本人權，此種權利的特色在於國家不得透過任何法律加以更動，且其權利範圍不會隨著國家強制力獨占之擴張而遭到限縮⁶¹²，亦不問國家是否制定了強制力授權根據⁶¹³。根本性的問題在於，正當防衛是否屬於私人之緊急權？若答案為肯定，那麼將會隨著國家

⁶⁰⁹ Roxin, AT I, 4. Aufl., 15/50; Lenckner, in: Schönke/Schröder, 27. Aufl., § 32 Rn. 41.

⁶¹⁰ Kühl, ZStW 95 (1983), 973 ff.

⁶¹¹ Schroeder, Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe 1972, S. 127.

⁶¹² Klose, Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot-Zum rechtlichen Funktionszusammenhang zwischen Notwehr und Gefahrenabwehr, ZStW 89 (1977), 61; Schmidhäuser, Die Begründung der Notwehr, GA 1991, 124.

⁶¹³ Hummler, Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr, Tübingen 1998, S. 5.

保護義務之強弱而有所調整，兩者的互動關係就猶如模型 4.2，國家所能達成的保護措施強度越高，私人之緊急權行使範圍就越為緊縮，且正當防衛將會帶有緊急權之例外與補充特徵，不僅需要有法律之授權依據，在個案中當國家機關接手處理，私人之緊急權即告終了，唯有在國家權力不及發動時，為避免個人受到侵害，私人方得進行正當防衛。

正當防衛究竟是否屬於緊急權？此問題直接聯結到私人正當防衛之正當性理據。私人在進行正當防衛時，必然伴隨著強制力的使用，對此就會與國家強制力獨占產生衝突，然而這種衝突的表現形式究竟是模型 4.2 還是模型模型 4.3 則有待進一步釐清。在此可以從一個簡單的提問進一步分析以上兩種觀點之差異：正當防衛之合法範圍是否會隨著國家所能提供之保護而改變？

首先，模型 4.3 的觀點有其政治學上的基礎，學者主張正當防衛的正當性基礎源自任何人有權保護自己免於他人侵害，此種權利屬於自然權(natural right)，無待國家之創設。更重要的是，該權利之屬性並非對抗攻擊者而是針對國家，也就是國家不得處罰根據正當防衛所為之行為⁶¹⁴。進一步的問題在於，國家何以必須承認人民行使正當防衛之權利？原因就在於國家之合法性理論，人民在自然狀態(state of nature)中所享有的正當防衛權，並不會因為國家之建立而有所改變⁶¹⁵，特別是在社會契約論的觀點下，正當防衛權實乃人民所保留之權利，無人願意或能夠放棄此種權利⁶¹⁶！傳統的社會契約論者，無論是 *Hobbes* 或 *Locke*，均認為正當防衛乃與社會契約緊密連結，即便到了現代，亦經常有人運用社會契約建構正當防衛之內涵⁶¹⁷。然而必須強調的是，並不是社會契約「創造」了正當防衛權，而是社會契約「承認」了正當防衛權。按照 *Hobbes* 的觀點，正當防衛是前政治(pre-political)之權利，在自然狀態中，個人早已享有正當防衛權，此種權利不過是透過社會契約而保留下來，任何排除人民自我防衛權之契約將必然無效，蓋無人可以移轉或放棄為自己⁶¹⁸抵禦死亡、傷害或拘禁等威脅之權利⁶¹⁹，換言之，此種自然權利是不可讓渡的。將正當防衛視為自然權，所產生的後續效應

⁶¹⁴ Sanford H. Kadish, *Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law*, *California Law Review*, Vol. 64, No. 4 (1976), pp. 871-901.

⁶¹⁵ Sanford H. Kadish, *Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law*, *California Law Review*, Vol. 64, No. 4 (1976), pp. 884-888.

⁶¹⁶ Kimberly Kessler Ferzan, *Self-Defense and the State*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 5, No. 2 (2008), pp. 456-457.

⁶¹⁷ Kimberly Kessler Ferzan, *Self-Defense and the State*, *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 5, No. 2 (2008), pp. 459-465.

⁶¹⁸ 也因此 *Hobbes* 並未將為他人之正當防衛包括在內。

⁶¹⁹ *Hobbes*, *Der Leviathan*, Köln 2009, 14. Abschn., S. 146 f.

在於，一方面此種權利不會因為國家的建立而受到侵蝕，他方面國家亦不得基於任何理由加以否定⁶²⁰，英國法學家 *Blackstone* 便認為正當防衛乃首要之自然法，無法亦不得被任何法律制度所剝奪⁶²¹，以上的觀點基本上就是主張一種極強之正當防衛權。

反之，模型 4.2 的觀點則是從正當防衛作為緊急權的角度出發，認為人民之所以臣服於國家，乃基於國家所能提供之權利保護，國家所提供之保障必須優於人民處於自然狀態下所能獲得之保護，因而衍生出國家之保護義務。但基於實踐上之理由，既然國家無法在所有情況中均履行這個責任，國家就不得主張全面且毫無例外的強制力獨占，而必須承認在其無法及時保護人民的情況中，個人享有保護自己免於他人攻擊的權利⁶²²，亦即正當防衛之容許範圍將會取決於國家保護義務履行之強度⁶²³。甚至於在這種緊急權觀點下，正當防衛的正當性基礎將全然源自於國家之認許，因而國家亦得決定是否對私人之正當防衛進行限制，正當防衛權將不再是於任何情況下均不可動搖之自然權⁶²⁴。

以上兩種觀點，在這裡可以進行初步的評估分析；若認為正當防衛乃人民之固有權，甚至具有超越法律之特性，而國家僅消極承認此種權利，恐怕會危及長久以來所建立的和平秩序，甚至於難以解釋長久以來對於正當防衛之各種限制。蓋在此觀點下，正當防衛本質上就具備不受國家控制的特性，此種權利之內容將完全取決於權利本身之規範要求及概念界限，模型 4.3 呈現的就是一種不受國家控管的正當防衛權。但這種不受國家控制的特性所帶來之後果在於，正當防衛的內涵必然會欠缺規範上之確定性，進而嚴重威脅法的安定性，這也是學者反對將正當防衛視為固有權的原因⁶²⁵。就實證的角度觀察，可以說在大多數法制中，正當防衛已經失去作為固有權之性質，從學界廣泛承認的正當防衛輔助性要求以及社會倫理性限制，實質上已經突破了正當防衛之固有權特徵，採取固有權之觀點將難以解釋此等對正當防衛之限制⁶²⁶。

⁶²⁰ Boaz Sangero, *Self-Defence in Criminal Law*, Hart Publishing (2006), p. 79.

⁶²¹ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. 3, University of Chicago Press (1979), p. 4.

⁶²² Kühn, *JuS* 1993, 177, 179.

⁶²³ George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press (2000), pp. 866-867.

⁶²⁴ Boaz Sangero, *Self-Defence in Criminal Law*, Hart Publishing (2006), pp. 80-81.

⁶²⁵ Hummler, *Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr*, Tübingen 1998, S. 5.

⁶²⁶ 當然，從邏輯推論順序而言，理當先確認正當防衛之性質，始能決定相關制度設計及規範走向，以現行法推論正當防衛之性質，恐有倒果為因之嫌。然而從後果考察的觀點出發，固有權說的支持者必須接受該理論所推論出之後果，假如一方面支持固有權觀點，他方面卻不願意接受該理論所導引出之結論，如此便會產生論證矛盾，事實上大多數支持固有權觀點的學者並不否認正當防衛權必須受到「限制」，只是認為正當防衛乃不容國家「剝奪」之權利；值得關注的是，即

究竟正當防衛是否屬於緊急權？這個爭議背後所代表的意義在於，承認私人得以進行正當防衛是否是源自於其固有價值，亦即人民在國家建立之初即保留了此等權利，國家強制力獨占自始就必須對正當防衛做出退讓；亦或承認私人得以進行正當防衛僅是基於其「實踐價值」，也就是在例外之緊急狀況中，國家既然無法保護人民，就不應當援引強制力獨占原則限制私人採取防衛措施，而必須容許私人訴諸強制力。實踐觀點下的正當防衛行為，將必然與國家之強制力獨占緊密連結；國家之所以容忍私人行使強制力，純粹是因為國家在緊急情況中無法提供人民免於侵犯之保障，一旦國家接手，私人就不得採取強制力行為。職是之故，正當防衛諸多要件設計與規範內容之爭論，實源自於正當防衛是否屬於緊急權及其與國家強制力獨占之關係⁶²⁷。

第四項 緊急權類型爭議之二—私人逮捕之定位

無論是德國暫時逮捕制度⁶²⁸、美國公民逮捕制度⁶²⁹、法國現行重罪或輕罪之逮捕制度⁶³⁰、日本現行犯逮捕制度⁶³¹、中國大陸公民扭送制度⁶³²或我國之現行犯逮捕，均承認一定範圍內私人逮捕之合法性，然而對於逮捕法則之具體內容則仍有爭執，爭議的來源一方面是對於條文規範要素之解釋，他方面則是對於私人逮捕行為之定性。究竟私人逮捕與國家執法人員所為之逮捕是否有本質上之不同，個別制度所受制之規範準則是否有所不同，甚至於，執法人員與私人所適用的逮捕法則能否採取不同之規範設計，均取決於私人逮捕行為之定性，。對此可以分成三種不同之論點：私人逮捕作為固有權、私人逮捕作為授與權及私人逮捕作為容許行為，以下進行個別評估分析。

便採取緊急權觀點，是否必然會導出國家得以「剝奪」人民進行正當防衛之結論？假如在緊急權觀點下的正當防衛亦不容許國家恣意剝奪，那麼以固有權理解正當防衛將毫無意義。對此請參見本章第四節第一項緊急權存在法理之說明。

⁶²⁷ 關於正當防衛權之思想發展與分析，請參見：余振華，刑法違法性理論，第二版，自版，2010年，頁91-94；張天一，對正當防衛受社會道德限制之再檢討，刑事法雜誌，第45卷第4期，2001年，頁88-95。

⁶²⁸ 請參見本文第2章。

⁶²⁹ 請參見本文第3章。

⁶³⁰ 請參照法國刑事訴訟法第53條、第73條。

⁶³¹ 請參照日本刑事訴訟法第212條、第213條。

⁶³² 中華人民共和國刑事訴訟法第63條：

「對於有下列情形的人，任何公民都可以立即扭送公安機關、人民檢察院或者人民法院處理：(一)正在實行犯罪或者在犯罪後即時被發覺的；(二)通緝在案的；(三)越獄逃跑的；(四)正在被追捕的。」

第一款 固有權說

首先，第一種主張乃私人逮捕作為人民之固有權，學說上曾經出現的論點在於，既然私人所為之正當防衛與逮捕同樣維護了公眾利益，何以唯獨私人逮捕受到公法原則之約束，而正當防衛則無，如此顯然有論述不一貫之處；當主流觀點認為私人之正當防衛並非公權力行為，且不受嚴格意義之比例原則所約束，私人逮捕亦應適用相同之標準⁶³³。此種論點基本上是將私人逮捕與正當防衛掛勾，認為兩者所呈現之規範模型應當相同，假如正當防衛被視為固有之自然權，私人在特殊情況下所發動之逮捕亦應屬固有權，國家自不得任意加以限制或剝奪，且私人逮捕之規範要件及限制準則將全然取決於權利本身之規範及概念界限，最終呈現出來的模型將不會與國家強制力獨占處於同一平面，無論國家強制力獨占原則建立與否或強度高低，私人逮捕權都不受影響，猶如模型 4.4 所示：

模型 4.4：

私人逮捕權

惟固有權說的論點存在著以下四點疑義：首先，此觀點顯然忽略了私人逮捕與正當防衛之差異，雖然兩者皆得干預第三人之法益，且個人透過正當防衛將同時維護法秩序（*Rechtsordnung*），因而含有保障公眾利益之成分⁶³⁴，儘管如此，正當防衛性質上仍與私人逮捕不同，蓋對法秩序之維護僅屬防衛權的其中一個面向⁶³⁵，而協助刑事訴追任務根本不是正當防衛之目的。簡言之，正當防衛之法理基礎乃基於法益保護（*Rechtsgüterschutz*）與法和平之恢復，附帶也保障了法秩序⁶³⁶，但卻不以刑事追訴之遂行作為防衛時之考量。反之，私人逮捕純粹是為了公眾利益而存在，必須在訴訟法之層面加以理解，逮捕之目的既非對犯罪行為之預防，亦非進行法益之保護，而只是消極地協助國家刑事訴追任務之遂行⁶³⁷，就此而言，

⁶³³ Meincke, *Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat*, Hamburg 1963, S. 25.

⁶³⁴ Kühl, AT, 6. Aufl., § 7 Rn. 10; Roxin, AT I, 4. Aufl., 15/1.

⁶³⁵ 甚至有認為法秩序之維護僅屬正當防衛之附帶作用，對此請參見：Albrecht, *Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO*, Kiel 1970, S. 80.

⁶³⁶ Kargl, *NSStZ* 2000, 12; Krey, AT I, 2. Aufl., Rn. 425 ff.; Kühl, AT, 6. Aufl., § 7 Rn. 6 ff.; Satzger, *Jura* 2009, 112.

⁶³⁷ Bülte, *ZStW* 121 (2009), 384; Kargl, *NSStZ* 2000, 12.

正當防衛與私人逮捕便有顯著之不同。

其次，將正當防衛視為固有權亦有其政治學上的基礎，特別是從傳統社會契約論的觀點出發，認為人民防衛自己免於第三人之攻擊乃自然狀態下即存在之權利，這種權利不會因為國家之建立而受影響。然而從私人逮捕本質轉化的歷程觀察，要將私人逮捕同樣理解為固有權恐怕甚有問題，蓋中世紀的私人享有對犯罪者之血讎報復權，為了遂行私人之報復權，勢必得先將犯罪者緝捕，因而逮捕權之目的實乃輔助私人復仇權實現的自助權；然而在公刑罰權建立之後，國家取得對刑罰權之獨占，且相較於強制力獨占尚有例外，刑罰權獨占甚至是毫無例外，故私人逮捕權無法再附麗於血讎報復權，因此也喪失了作為自助權之特性。國家公刑罰權獨占後之私人逮捕，其目的已轉換成確保將來刑事訴追程序之開始與遂行。而在國家訴追原則下，國家不但對犯罪享有實體刑罰權，實現實體刑罰權亦屬國家之任務，且唯有國家方得開啟與遂行訴追程序⁶³⁸，此等權力乃國家所獨占，不得委由私人行使⁶³⁹，職是之故，不僅實體刑罰權乃國家所獨占，就連犯罪之訴追權亦為國家所有。私人透過逮捕行為所實現的既然是國家之刑事訴追權，而刑事訴追權又專屬於國家，在這種觀點下，私人逮捕已難調為私人之「自助」權，更遑論透過固有權加以解釋。

再者，從前述對於正當防衛之分析可知，即便是正當防衛，是否確實為人民之固有自然權亦有所爭議；從後果考察的角度出發，將某種權利視為自然權必然會導致許多棘手之問題，其中最困難者乃權利內容之確定，既然自然權不會受到國家強制力獨占原則的拘束，便無法藉由分析國家強制力獨占之範圍而描繪出權利之圖像，而必須訴諸於權利本身之固有界線或規範內涵，此種做法是否有實踐之可能，亦值懷疑。即便能確立權利本身固有之界線，也可能是一種完全不受控制的權利。

最後，從正當防衛之歷史考察也可以清楚發現，從來沒有一個法秩序嚴格地將正當防衛視為自然權，執意賦予「固有權」或「自然權」的名稱並沒有實質的意義。12世紀以降的歷史發展亦顯示，私人逮捕在法制度中從不曾被當作是自然權，亦未有人如此主張，特別是在公刑罰機制建立後，私人逮捕就一直與國家之強制力獨占處於微妙之互動關係⁶⁴⁰；在現代職業警察制度建立之後，私人逮捕

⁶³⁸ Beulke, *Strafprozessrecht*, 10. Aufl., Rn. 4; Fezer, *Strafprozessrecht*, 2. Aufl., 1/1 f.; Roxin/Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Aufl., § 12 Rn. 6.

⁶³⁹ 訴追權與刑罰權間不可分之關係涉及到實踐哲學的問題，請參見：簡士淳，論國家對刑罰權的獨占—建構刑罰理論的內部論證，*刑事法雜誌*，第55卷第3期，2011年，頁52-53。

⁶⁴⁰ 請參見本論文第三章第二節有關公民逮捕之歷史溯源。

法制更呈現出高度的政策相關性與彈性化的要件設計，固有權說不僅欠缺解釋之力道，亦欠缺理論之基礎。

第二款 授與權說

關於私人逮捕在刑法阻卻違法事由中的定位，德國教科書多以「代替國家機關之行為」(Handeln pro magistratu)稱之⁶⁴¹，這個用語背後隱含著授與權的觀點。授與權觀點主張，私人逮捕權之存在並非先於國家而形成，而是在國家組織形成後始由國家所授與之權限，蓋國家擁有統治之權力，享有合法之強制力獨占，對於刑事司法權更是如此，私人乃被禁止進行私力救濟或血讎報復，惟國家同時負有訴追犯罪與處罰之義務。當國家權力不及發動時，為了避免刑事訴追利益受到侵害，國家乃將逮捕權授與個人，使得私人得以立於執法人員之地位而行使逮捕權。本質上逮捕權依舊是國家才具備的權利，只不過基於現實上的考量，在特殊情況中，為了釐清犯罪者之身分或避免其逃亡，以確保被告將來於法院審判時之在場，因此乃將逮捕權授與個人，使個人在緊急情形下得行使該權限逮捕犯罪者⁶⁴²。

就理論上之可行性而言，授與一般私人以確保國家訴追權實現為目的之逮捕權，並不會與國家刑罰權及訴追權獨占相衝突，蓋發動逮捕並非刑罰的施加亦非訴追行為，逮捕行為本身僅為確保將來國家刑事訴追權實現之輔助手段，因而不會牴觸國家訴追原則。從我國憲法第 8 條之規範脈絡來看，限制人身自由之程序屬於憲法保留，只要對於人民身體自由產生拘束效果之措施，皆受到正當程序的保護，此一憲法保障之人身自由之目的，乃在防止國家行政機關濫用其職權主動特性而侵害人權。條文明確表明，原則上唯有司法或警察機關享有逮捕、拘禁之權力，其他任何機關均無逮捕、拘禁之權，故如立法院所制定之法律，將逮捕、拘禁人民之權賦與司法或警察機關以外之其他機關，將有違憲之嫌。惟基於「犯罪可能在任何時間、地點發生，但國家機關並非無所不在」之現實考量⁶⁴³，若不允許私人得以在國家機關無法立即支援之緊急情況採取行動，將會對犯罪之訴追及蒐證產生重大不利益，因而憲法第 8 條第 1 項前段即規定現行犯逮捕之特別情狀，明文以授權法律之方式，讓立法者得以就此特殊情狀加以設計。職是之故，

⁶⁴¹ Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003, § 17 Rn. 144; Gropp, AT, 2. Aufl., Rn. 180; Jakobs, AT, 2. Aufl., 16/16; Roxin, AT I, 4. Aufl., 17/22; Kleszczewski, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Examensrelevantes Kernwissen im Grundriss, Bonn 2008, Rn. 364.

⁶⁴² Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 76 f.; Bülte, ZStW 121 (2009), 379 f.

⁶⁴³ 楊雲驊，逮捕現行犯與比例原則，法學講座，第 26 期，2004 年，頁 79。

在我國憲法規範下，原則上逮捕權僅司法或警察機關享有，但在現行犯逮捕的特殊情況下，立法者仍得以將現行犯逮捕權委由一般私人行使。

惟從上述我國憲法規範的分析僅能導出，授與私人現行犯逮捕權確實有理論上之可能，但不代表立法者「必須」甚至「已經」透過立法將現行犯逮捕權授與私人。國家基於國民主權原理而受國民信託行使權力，雖然憲法沒有明文禁止委託公權力之行使，但在國家強制力獨占原則下，原則上警察活動或其他涉及高權實力的行為應當由國家行使，然而法律也承認越來越多之例外，因此重要的已經不是國家強制力獨占原則，反而應當思考，在什麼樣的前提要件下，私人行使公權力是被容許的⁶⁴⁴。

將逮捕權委由私人行使，無非是基於效率之考量，然而在追求效率的同時，仍應確保相關法律制度能夠與對國家之監督採取相同的標準，特別是各項公法上之法律規定或原理原則之拘束，否則將導致私人逮捕制度遭到嚴重濫用之危險，蓋國家為了達到對基本權之干預，只要授權私人為之即可免除相關規範之要求，為了有效防止國家規避公法原則之約束，當國家授權私人進行干預措施時，確保私人受到相同之制約乃絕對必要的⁶⁴⁵。

然而對相關法律體制進行考察，可以發現必要之防護機制並不存在。如於行政委託的情況，受託人通常具備特殊之專業能力，且經過國家之篩選，確保其能力及公正性，惟無論是德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段或我國刑事訴訟法第 88 條第 1 項，均空泛地允許「任何人」發動逮捕，對於逮捕者的身分資格完全不加限制，即便是行政助手尚且透過國家機關之具體指示確保行為之妥適性，但私人發動逮捕完全不需要國家機關具體指示，只要符合法定要件即可進行逮捕，公權力豈能如此隨意任由私人行使。此外，現行法制之基本態度亦不承認私人逮捕與國家執法人員之逮捕具有相同的本質，蓋從刑法上妨害公務及脫逃罪並不適用於私人逮捕的觀點，加上私人逮捕過程中所造成之損害亦無法透過國家賠償途徑加以請求，不難發現立法者的立場明顯認為私人逮捕並非公權力行為。再者，若認為私人逮捕具備授與權的特徵，根據拉丁法諺「任何人不能將大於自己的權利讓與他人」(nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet)，私人即不得擁有較國家機關更大的權限，國家機關發動逮捕所受到的規範要求，諸如憲法要求、比例原則、逮捕時之實質要件、逮捕後之告知義務等，將「全面」且「無

⁶⁴⁴ 簡士淳，論國家對刑罰權的獨占—建構刑罰理論的內部論證，刑事法雜誌，第 55 卷第 3 期，2011 年，頁 42-43。

⁶⁴⁵ Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970, S. 81.

例外」地移轉到私人逮捕者身上。在授與權觀點下，私人所享有的逮捕權限勢必會「等於」甚或「小於」國家機關所擁有之權限；然而私人逮捕並不同於國家機關所發動的逮捕，警察所為之逮捕，除了有公權力作為後盾，警察非法逮捕的情形亦較為常見，蓋警察會有破案壓力及績效之誘因，且逮捕乃警察職務範圍內之義務，具備普遍性。但私人逮捕的情形則不同，一方面私人沒有國家公權力作為後盾，與被逮捕者間的實力落差不若國家機關大，且對於被逮捕者所造成之影響不若警察強烈；他方面私人發動逮捕之動機亦與執法人員不同，且法律並未課予私人發動逮捕之義務，故現實上亦較無普遍性。一律將適用於執法人員之準則套用到私人身上，恐怕忽略了兩者的差異，也造成私人逮捕法則適用上的僵化。

此外，支持私人逮捕乃源自國家授權之理由，無非是基於私人所發動的逮捕乃以國家刑事訴追任務之遂行為目的⁶⁴⁶，有趣的是，這樣的觀點也出現在美國公民逮捕法治的討論⁶⁴⁷；論者從私人逮捕之公益功能出發，認為當私人發動逮捕時，功能就如同警察機關，而國家行為（state action）的判斷重點並非「誰」去做，而是「何種事務」被完成，既然私人逮捕達成了公共的功能，憲法規範便應當有所適用。但這種看法並不被主流觀點所接受，蓋由功能論出發，將過度強調私人逮捕之公益作用；按照功能論的說法，就連達成公益的道路收費員或維修工人，以至於各類政府職員、社福機構員工或社工均會受制於憲法要求，毋寧是開啟了潘朵拉之盒（Pandora's Box），導致規範體制間彼此混淆與衝突。從美國法院判決見解、立法規範、甚至普通法原則出發⁶⁴⁸，明顯可看出憲法保障並不適用於私人逮捕的取向，而這個觀點也為多數學者採納，雖然確實有少數學者主張憲法要求應當同等適用在私人逮捕的場合，但均不為多數司法實務及立法者所接受⁶⁴⁹，蓋私人逮捕者僅是取得了國家執法人員的表象，從實質層面而言，逮捕者仍舊保有私人的地位，即便私人逮捕者在對抗犯罪這件事情上，與國家執法人員處於合作關係，但憲法條款的適用對象仍僅限於國家執法人員。

再者，觀察私人逮捕的歷史演進與國家強制力獨占的建立過程，將會發現私人逮捕本質的轉化，從 12 世紀到 19 世紀，普通法系統基本上是將每個私人都當作是「追捕竊賊的巡警」（a sergeant to take the thiefe）⁶⁵⁰，在現代職業警察出現

⁶⁴⁶ Bülte, ZStW 121 (2009), 380 f.; Jakobs, AT, 2. Aufl., 16/20.

⁶⁴⁷ Charles Nemeth, *Private Security and the Law*, Butterworth-Heinemann, 3rd ed. (2004), pp. 95-100.

⁶⁴⁸ 詳細說明請參見本論文第三章第三節、第四節。

⁶⁴⁹ Charles Nemeth, *Private Security and the Law*, Butterworth-Heinemann, 3rd ed. (2004), p. 104.

⁶⁵⁰ 詳細說明請參見本論文第三章第五節。

之前，公私領域尚無法精準界定，所謂的國家行為與非國家行為沒有清楚界限，在地方秩序自治模式下，每位居民皆有維護治安的責任，治安官乃主要負責之人，一般居民則有協助治安官之義務。但是即便當時治安官的逮捕權限大於普通公民之逮捕權，然而兩者卻沒有本質上的差異，畢竟當時的治安官屬於兼任職且沒有固定支薪，可以說治安官只是享有較大逮捕權限之公民，整套執法系統實質上是以私人為支柱，「代替國家機關之行為」(Handeln pro magistratu)正好就是當時私人逮捕的最佳註腳。而現代職業警察的出現，不僅確立了國家之強制力獨占，更改變了既有的逮捕法則，國家執法人員所適用的逮捕法則正式與一般私人所適用的逮捕法則分道揚鑣，「公民逮捕」的概念於焉形成，這個轉換的里程碑，影響所及不單是制度面更是法理面，私人逮捕的規範準則從原初「在欠缺中央式執法機制的環境下，如何讓一般私人成為統治者之執法人員並行使逮捕權」轉變為「在現代警察制度出現後，私人逮捕如何在國家強制力獨占之要求下取得容許性」，授與權說確實在法制史上有其說服力，但這種觀點顯然忽略了 19 世紀以後國家強制力獨占的建立與私人逮捕之本質轉化。

最後，學者一方面主張私人逮捕乃國家強制力獨占的例外，他方面卻又認為自願承擔國家訴追任務之私人逮捕者已經被納入國家的一部分，取得國家所授與之逮捕權限⁶⁵¹；此觀點恐有內在矛盾，蓋私人逮捕者若屬於國家之一環，其逮捕行為，自始就是國家強制力獨占的貫徹，並無「例外」狀態的出現。

第三款 容許行為說

德國刑事訴訟法僅透過第 127 條第 1 項前段單一條文規範兩種逮捕主體，此種立法體例，導致德國學界在討論暫時逮捕之發動要件時，往往不區分私人及執法人員所為之暫時逮捕，甚至對比例原則在暫時逮捕制度中之運用，也是不加反思地肯定，造成許多解釋論上的困擾。此問題在美國法上則稍顯緩和，蓋依循普通法中公民逮捕之概念，無論在學界或實務操作，均已能區分私人逮捕者與國家執法人員的差異，並在這個差異上進一步發展細緻的規則。

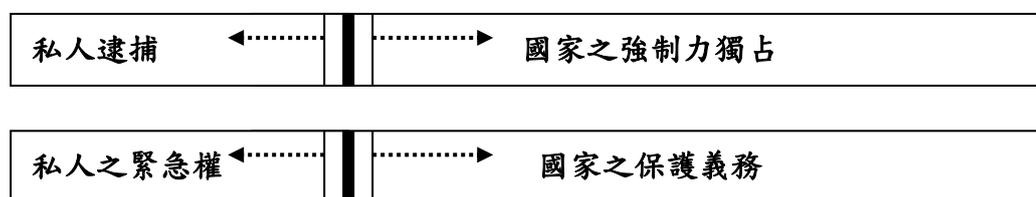
承前所述，在當代法律秩序下，私人逮捕的問題已經轉換成：在現代警察制度出現後，私人逮捕如何在國家強制力獨占之要求下取得容許性。由於私人在發動逮捕的過程中不免會採行物理上之強制力，因而會該當刑法上強制罪、妨害行動自由罪以及傷害罪等犯罪構成要件，惟逮捕者一旦援引德國刑事訴訟法第 127

⁶⁵¹ Blüte, ZStW 121 (2009), 378 ff.; Jakobs, AT, 2. Aufl., 16/16; Satzger, Jura 2009, 108, 113; Wagner, ZJS 6 (2011), 456, 474.

條第 1 項前段或我國刑事訴訟法第 88 條，便得主張行為不具備違法性，國家不得加以處罰，顯示出私人逮捕乃國家強制力獨占的例外。

本文認為，這個例外的法理基礎並無法從固有權或授與權的角度加以理解，若要解析私人逮捕之規範結構與法理基礎，則必須回到私人逮捕作為緊急權的基本面向。按國家強制力獨占的合法基礎乃透過國家之工具價值加以建構，國家之功能在於提供人民免於暴力侵害的安全狀態，因此國家必須積極地透過軍隊、警察及法律系統的建置，一方面在事前預防暴力行為，他方面在事前預防無效時，對犯罪者進行制裁。在國家訴追原則及法定原則（*Legalitätsprinzip*）下，國家擁有對犯罪之實體刑罰權，且實現實體刑罰權亦屬國家獨占之任務，國家有義務開啟與遂行刑事訴追程序，可以說是一種追訴強制或刑事追訴強制，當刑事被告有逃亡或隱匿的可能時，國家亦有義務採取積極的措施保全被告。換言之，從自力救濟禁止與限制私人採取有效反制犯罪之可能性，可以導出國家的法律維持義務（*Rechtsgewährleistungspflicht des Staates*）：國家永遠要代替已經成為被害人的人民，依職權發動偵查，並負責訴追與處罰的工作⁶⁵²。但犯罪有可能在任何時間、任何地點發生，而國家機關不可能在任何情況都及時馳援，特別是必須透過當下迅速之應變措施方得以保全被告的緊急情況，更應當容許私人採取立即之決斷或行動，「沒有任何法律社群能夠放棄利用發覺現行犯之機會」（*Keine Rechtsgemeinschaft kann darauf verzichten, den Glücksfall der Beobachtung auf frischer Tat zu nutzen*）⁶⁵³背後的道理正在於此，下圖即為私人逮捕之規範結構：

模型 4.5：



在國家強制力獨占之規範要求下，私人逮捕乃是透過緊急權之法理取得正當

⁶⁵² Kerner 著，許澤天譯，德國普通刑事程序的新發展（上）——從法定原則走向便宜原則，月旦法學雜誌，第 141 期，2007 年，頁 246-247。

⁶⁵³ Fincke, JuS 1973, 87.

性，私人逮捕乃是作為國家強制力獨占原則之例外，而例外的結果就是，在私人逮捕的過程中即便逮捕行為該當刑法構成要件，國家亦不得加以處罰，而非導出私人擁有「逮捕權」的結論。有鑒於私人一方面並無發動逮捕之義務，而是依其意願決定是否採取措施，他方面私人透過逮捕行為不僅保障自己之利益亦同時保障了國家之刑事訴追利益，此時私人的地位可謂是自願之國家利益執行者⁶⁵⁴。此種利益執行者並不同於法定或意定代理，蓋這裡並不涉及意思表示是否對本人發生效力之問題，焦點反而是私人對於國家利益之主動捍衛；此種作用在刑事訴訟中並不陌生，例如我國刑事訴訟法第 232 條以下所規定之告訴或告發，即為私人自願維護刑事訴追之國家利益，這種觀點下的私人逮捕者也並非國家高權之承擔者，其身分仍與一般之私人無異⁶⁵⁵。換言之，私人逮捕並不涉及公權力之執行，逮捕者與被逮捕者之間僅為純粹之私人關係，而非存在於國家與人民之間的緊張關係，私人逮捕之立法規範僅為對逮捕者所為的干預許可。依此，私人所發動之逮捕便不涉及公法關係，相關的公法原則及其他憲法要求，特別是比例原則，即無由適用於私人逮捕之案型，在私人逮捕制度中真正發揮規範準則作用的，反而是立法者對於各種相衝突價值所做的政治裁量。最後，謹以下圖彙整私人逮捕之型態轉換與法理特徵。

⁶⁵⁴ Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach §127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001, S. 63.

⁶⁵⁵ 這也是為何有學者稱刑事告訴與自訴乃人民「殘餘」之自力救濟權，請參見：Kerner 著，許澤天譯，德國普通刑事程序的新發展（上）—從法定原則走向便宜原則，月旦法學雜誌，第 141 期，2007 年，頁 246。

型態	自助權特徵 的逮捕權	授與權特徵 的逮捕權	緊急權特徵 的逮捕權
出現時期	羅馬法時代	中世紀中期 (12 至 13 世紀)	19 世紀至今
權利本質	自助權	授與權	容許行為
權利基礎	血讎報復權	統治者授與之逮捕權	私人之緊急權
逮捕者地位	刑罰之執行者	統治者之執法人員	一般私人
搭配制度	夜盜罪與竊盜現行 犯之概念、現行犯程 序、控訴死者之訴、 贓物追蹤程序、私刑 罰權之承認	公刑罰機制與職權訴 追原則的建立、禁止血 讎報復與私刑罰、正當 防衛權之承認	中央式執法機制、警 察制度、強制力獨占 原則的建立、公民逮 捕法則

圖表 4.3：私人逮捕權之三階段轉化

第五章 我國法之私人現行犯逮捕

第一節 現行犯逮捕制度概述

第一項 現行犯逮捕之憲法定位

第一款 憲法條文中之現行犯

對於現行犯，即便沒有令狀授權，不問何人皆得加以逮捕，此一現行犯之逮捕規定乃基於兩大基本原則，一乃犯罪事實及犯罪者皆達明白之程度，即便對之加以逮捕，亦不至於產生錯誤；二乃逮捕之時間與犯罪行為發生當時具有密接性，不至於引起濫行逮捕之疑慮，某程度亦緩和了逮捕行為與國家強制力獨占原則之衝突。因而許多國家的憲法中，均明文規定現行犯逮捕之觀念，我國憲法也有相同之規定。

我國憲法總共有四個條文提及「現行犯」，分別乃第 8 條第 1 項前段：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。」第 33 條：「國民大會代表，除現行犯外，在會期中，非經國民大會許可，不得逮捕或拘禁。」第 74 條：「立法委員，除現行犯外，非經立法院許可，不得逮捕或拘禁。」第 102 條：「監察委員，除現行犯外，非經監察院許可，不得逮捕或拘禁。」，惟刑事訴訟法第 88 條第 3 項另又規定：「有左列情形之一者，以現行犯論：一被追呼為犯罪人者。二因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。」此項「以現行犯論」之準現行犯，有別於固有現行犯之概念，故憲法各條文所稱之「現行犯」概念是否包含此等準現行犯，曾經引發爭議

對此，司法院大法官解釋第 90 號認為，憲法第 8 條所稱之現行犯，係包括刑事訴訟法第 88 條第 3 項以現行犯論者在內。且基於憲法條文規範概念之一致性，在憲法中要不容有兩種不同意義之現行犯並存，故憲法其他各條所稱之現行犯其涵義亦同，而不應將以現行犯論者排除在外⁶⁵⁶。職是之故，我國憲法實已將固有現行犯與準現行犯納入規範範疇。

⁶⁵⁶ 請參照釋字第 90 號解釋理由書。

第二款 逮捕權之例外授與可行性

從我國憲法第 8 條之規範結構來看，限制人身自由之程序屬於憲法保留，只要對於人民身體自由產生拘束效果之措施，皆受到正當程序之保護。條文明確表明，唯有司法或警察機關享有逮捕、拘禁之權力，其他任何機關均無逮捕、拘禁之權，故如立法院所制定之法律，將逮捕、拘禁人民之權賦與司法或警察機關以外之其他機關，將有違憲之嫌。惟考量現行犯逮捕之特殊性，憲法第 8 條第 1 項前段又規定現行犯逮捕之特別情狀，明文以授權法律之方式，讓立法者得以就此特殊情狀加以設計。因此在我國憲法框架下，原則上逮捕權僅司法或警察機關享有，但在現行犯逮捕的案型中，立法者仍得將現行犯逮捕權委由一般私人行使。

然而憲法規定僅提供立法者授與私人逮捕權之「可行性」，從憲法規範中看不出立法者有任何義務授與私人逮捕權，更不能從憲法條文推導出私人已經取得現行犯之逮捕權，私人是否取得逮捕權限，仍應回歸相關立法授權規定及法理基礎加以檢視。

第二項 私人之現行犯逮捕

第一款 現行犯逮捕之規定

刑事訴訟法第 88 條第 1 項規定，現行犯不問何人得逕行逮捕之，此乃防止犯人之逃亡不得不採取之急速處分。所謂的「逮捕」，係指以直接強制力拘束現行犯之身體，解送一定處所，性質上乃無令狀之拘捕⁶⁵⁷，條文既使用「得」逕行逮捕，表明逮捕現行犯並非一般人之義務，即便如此，實施刑事訴訟程序之公務員，基於其法定職責，自有逮捕之義務，且逮捕後亦無自行釋放之權利⁶⁵⁸。既得逕行逮捕現行犯，則毋庸報告實施刑事訴訟程序之公務員，亦不必持有法官、檢察官所簽發之拘票，即可予以逮捕。

我國法之現行犯逮捕規定係仿效法國及日本立法例，將現行犯概念分為兩大類，一為固有之現行犯，亦即第 88 條第 2 項所謂之「犯罪在實施中或實施後即時發覺者」；二為準現行犯，亦即第 88 條第 3 項所謂之「被追呼為犯罪人者，以及因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑

⁶⁵⁷ 請參見 100 台上 1151。

⁶⁵⁸ 請參見 94 重上更(四)213。

為犯罪人者。」。

第二款 兩種適用主體

在國家訴追原則下，以刑事訴追程序之遂行為目的之強制處分亦應由國家機關為之，此乃基於此類措施可能嚴重干預人民基本權利，且措施之決定與執行，往往涉及對危險之預測決定或不確定法律概念之解釋，相較於一般私人，國家執法人員具備較為專業之法律知識與經驗，較能有效達成任務。但為了及時追捕犯罪者並避免其逃亡，在國家力量無法立即介入之緊急情狀中，乃例外容許私人採取急速處分，將犯罪行為人加以逮捕。

刑事訴訟法第 88 條第 1 項並未對適用主體加以限制，此種立法模式近似於德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段。但值得思考的是，從體系觀察來看，檢察官、司法警察官或司法警察依據第 88 條之 1 享有特殊之緊急拘捕權限，然而此等人是否亦得援引第 88 條第 1 項現行犯逮捕之規定？此處顧慮在於，若第 88 條第 1 項之規範要件較為寬鬆時，就有可能產生架空第 88 條之 1 的現象。本文以下試分析之。

首先就規範文義而言，第 88 條第 1 項既然規定「不問何人」得逕行逮捕現行犯，自然包括檢察官、司法警察官或司法警察等人。再者，從規範內容來看，除了第 88 條之 1 第 1 項第 2 款所謂之「在執行或在押中之脫逃者」將會與現行犯逮捕重疊外，第 88 條之 1 第 1 項其他各款事由基本上乃立法者在通緝犯及現行犯以外之情形，擴張執法人員之無令狀拘捕權限，因此檢察官、司法警察官或司法警察即便得以援引第 88 條第 1 項，亦不會產生架空第 88 條之 1 的現象。職是之故，第 88 條第 1 項之現行犯逮捕，可謂包含了一般私人及國家執法人員兩類的適用主體；自刑法之評價觀點而言，無論是具備偵查權限之國家機關或無偵查權限之一般私人，均得援引第 88 條第 1 項作為阻卻違法事由。

第三款 不區分逮捕者之一體適用規則

雖然刑事訴訟法第 88 條第 1 項包含了兩種類型之現行犯逮捕，惟與德國暫時逮捕制度所呈現之樣貌近似，無論是對於個別條文要素的解釋或比例原則之適用，學界均嘗試透過單一模式全面解決所有逮捕型態之爭議，而未區分執法人員與私人所為之逮捕，將兩種現行犯逮捕類型一體適用相同之標準⁶⁵⁹。學界之所以

⁶⁵⁹ 朱石炎，刑事訴訟法論，第二版，三民出版社，2009 年，頁 89-90；林山田，刑法通論（上），第十版，自版，2008 年，頁 344-345；林永謀，刑事訴訟法釋論，三民出版社，2010 年，頁 427-429；

呈現此種解釋傾向，實源自於刑事訴訟法之立法體例，自民國 10 年之刑事訴訟條例開始⁶⁶⁰，便不再將執法人員與一般私人之逮捕分別規定，整合為單一條文的結果，使得發動逮捕者不同的特性逐漸遭到忽略。⁶⁶¹

第三項 現行犯逮捕之規範目的

關於現行犯逮捕之規範目的，國內學者多有不同之觀點，有認為現行犯逮捕在於及時阻止犯罪而達到犯罪防制之效果⁶⁶²；亦有主張逮捕現行犯乃是出於保全國家刑事訴追之公共利益，為了避免犯罪者逃逸，而授權所有人逮捕之權利⁶⁶³；甚至有認為現行犯逮捕具備多重目的，諸如被害人在國家機關無法立即伸出援手時之自力救濟、嚇止犯罪之社會控制功能、促使國家司法機關順利完成刑事訴追程序、縮小犯罪被害範圍等⁶⁶⁴。從德國暫時逮捕制度進行比較法觀察，學界大體提出「暫時之刑事處罰」、「逮捕作為正當防衛或緊急避難的手段」、「確保被害人民法上損害賠償請求權的行使」、「逮捕權之證據取得及保全功能」、「確保將來刑罰權之執行」、「確保刑事訴訟程序之開始與遂行」等觀點，而主流觀點認為，暫時逮捕的規定既然定位在刑事訴訟法，而刑事訴訟法又以確保國家刑事訴追之遂行為目的，則暫時逮捕之規範目的亦應以此為解釋指標，故「確保刑事訴訟程序之遂行」應為暫時逮捕制度之立法基準⁶⁶⁵。

林東茂，刑法綜覽，第六版，一品出版社，2009年，頁1-133~1-134；林俊益，刑事訴訟法概論（上），第十二版，新學林出版社，2011年，頁234-235；林鈺雄，新刑法總則，第三版，元照出版社，2011年，頁275-276；同作者，刑事訴訟法（上），第六版，元照出版社，2010年，頁343-345；吳景芳，現行犯之研究，刑事法雜誌，第27卷第2期，1983年，頁51-61；黃東熊／吳景芳，刑事訴訟法論（上），第七版，三民出版社，2010年，頁139-142；黃朝義，刑事訴訟法，第二版，新學林出版社，2009年，頁171-173；張麗卿，刑法總則理論與運用，第三版，五南出版社，2007年，頁215；楊雲驊，現行犯逮捕，月旦法學教室，第60期，2007年，頁20-21；同作者，逮捕現行犯與比例原則，法學講座，第26期，2004年，頁78-86；褚劍鴻，刑事訴訟法論，第五版，臺灣商務印書館，2001年，頁164-167；蔡墩銘，刑事訴訟法概要，第五版，三民出版社，2010年，頁98-99。

⁶⁶⁰ 詳細說明請參見本章第二節。

⁶⁶¹ 值得注意的是，中國大陸刑事訴訟法明確區分了國家機關對現行犯所為之「拘留」與公民所為之「扭送」，兩者分別規定在刑事訴訟法第61條與第63條。主流觀點認為，公民扭送雖有一定強制性質，但並非訴訟法上的強制措施；惟亦有認為，公民扭送本質上就是公民在面對現行犯時所採用的人身強制，性質上與公安機關所為的拘留並無不同。相關討論請參見：張建偉主編，刑事訴訟法，高等教育出版社，2011年，頁269-270；萬毅，中國大陸刑事訴訟法—理論與實務，元照出版社，2009年，頁129-132。

⁶⁶² 林鈺雄，刑事訴訟法（上），第六版，元照出版社，2010年，頁344

⁶⁶³ 許澤天，阻卻違法事由—正當防衛與現行犯逮捕，法學講座，第4期，2002年，頁94。

⁶⁶⁴ 黃朝義，刑事訴訟法，第二版，新學林出版社，2009年，頁171；同作者，拘提與逮捕，月旦法學教室，第6期，2003年，頁124。

⁶⁶⁵ 詳細說明請參見本文第二章第一節。

之所以探討現行犯逮捕之規範目的，最主要原因在於規範目的之確認能夠提供法律解釋重要的方向指引，在對條文進行解釋前，首要任務便是確認系爭規範的意義與目的。由於現行犯逮捕具備雙重作用（Doppelfunktion），故私人現行犯逮捕除作為程序行為，同時亦兼具刑法上阻卻違法之作用。從私人現行犯逮捕作為程序行為的面向觀察，其基本規範目的應當在追求國家刑事訴追之利益，並容許任何人為達此目標而發動逮捕；而從私人現行犯逮捕作為刑法上阻卻違法事由的面向觀察，該規範亦在逮捕者所防衛之刑事訴追利益與被逮捕者之法益間進行衡量，特別展現在公民勇氣的鼓勵及被逮捕者（特別是無辜之人）權利的保障兩種相衝突價值之抉擇；如何一方面透過制度之設計積極鼓勵民眾協助執法，他方面又不至於過度侵害被逮捕者權利，實屬私人現行犯逮捕制度中最棘手的問題。職是之故，現行犯逮捕之規範目的並非一味追求國家刑事訴追利益，除了確保刑事訴訟程序之遂行，亦在衡平對被逮捕者所造成之利益侵害。各種私人現行犯逮捕要件解釋之爭論，多少也反映了此種複雜之利益衡量。

第二節 現行犯逮捕立法之沿革

第一項 唐律

中國早於唐律便有類似現行犯逮捕的概念，捕亡律第 3 條第 1 項規定：「諸被人毆擊、折傷以上，若盜及強姦，雖傍人皆得捕繫以送官司。」⁶⁶⁶然而此種傍人捕繫的規定僅侷限於特定的犯罪類型，且未限制在所謂的「現行」犯，因條文並不要求捕繫時間與犯罪行為時點之關聯性，故與目前有關現行犯逮捕之立法規定稍有不同，且從我國刑事訴訟法的立法淵源來看，現行犯逮捕的規定並非源自於傳統中國法，反而是個舶來品。

第二項 大清刑事民事訴訟法草案

當代現行犯逮捕制度最早得以上溯至清朝。清季本無獨立的刑事訴訟法典，直到光緒 28 年（西元 1902 年），法律大臣沈家本主持修訂法律館，從事翻譯外國法律以及學術文獻，才開始著手於編纂訴訟法典。光緒 32 年 3 月，由伍廷芳

⁶⁶⁶ 吳景芳，現行犯之研究，刑事法雜誌，第 27 卷第 2 期，1983 年，頁 49。

主筆的訴訟法典起草完成，民事訴訟與刑事訴訟合於一部法典當中，分為 5 章，共 260 條，附頒行例 3 條，由沈家本等人以「刑事民事訴訟法」為名，上奏清廷⁶⁶⁷。

該法第 2 章第 1 節「捕逮」中有關「無票捕送」的規定共計有 4 條，臚列如下：

【第 21 條】

凡有犯謀殺、故殺、強劫、盜竊或他項重大之罪，准由巡捕或被損害之人或知情目擊之人不持拘票捕送公堂審訊。

【第 22 條】

凡在道路犯罪者，准由值班巡捕不持拘票將該犯捕送公堂審訊。

【第 23 條】

無論何人，如在道路見有人犯重大之罪，准其不持拘票捕送公堂審訊。

【第 24 條】

如有殷實之人指控道路之人犯罪，巡捕不持拘票即將被指之人捕送公堂審訊。

沈家本奏呈的刑事民事訴訟法有關無票捕送的規定可以從主體以及事由兩個方面來分析。就主體而言，該法區分了巡捕以及一般人發動的捕送，巡捕享有較一般人更大的逮捕權限；就事由而言，該法分別規定了重罪及輕微犯罪之捕送，而輕微犯罪唯有符合「在道路犯罪」的要素，方得由巡捕捕送公堂。總體而言，刑事民事訴訟法尚未有現行犯之用語，且一般人所得發動的無票捕送亦僅限於重大之罪，若是重罪以外之輕罪，私人則沒有捕送的權限。

第三項 大清刑事訴訟律草案

清朝末年對於刑事程序法的立法，並非只有大清刑事民事訴訟法草案。宣統 2 年，沈家本等人在岡山朝太郎的協助下，完成了清季最完整的刑事訴訟法草案

⁶⁶⁷ 黃源盛，民初大理院與裁判，元照出版社，2011 年，頁 286。

「大清刑事訴訟律草案」，分為 6 編，共 515 條，且於每條後都有相關的「理由」或「按語」。該草案參酌了日本明治 23 年（西元 1890 年）的刑事訴訟法，並酌採當時各法制國先進立法通例，以補傳統中國舊制的不足。於奏呈朝廷後，清廷發交憲政編查館覆核，然未及正式頒行，清室已遭推翻。今查該草案第 1 編第 3 章第 6 節急速處分中，有關現行犯的規定如下：

【第 195 條】

檢察官、司法員警官、司法員警吏，當執行職務發現仍在犯所之現行犯，應行左列處分，但得以命令拘攝之被告人為限：

第一 檢察官不給拘票，命司法員警官拘攝被告人；

司法員警官遇有必要情形，親自拘攝之。

第二 司法員警官不給拘票，即行拘攝被告人或命司法員警吏拘攝之；

第三 司法員警吏不待拘票及拘攝之命令，即行拘攝被告人。

【第 196 條】

現行犯仍在犯所者，雖非該管官吏，亦許逮捕。

逮捕被告人者，應速交付地方以下檢察官、司法員警官或司法員警吏。

【第 202 條】

現行犯，指在實施犯罪行為中或實施後即時經發覺者而言。

遇有下列情形，可疑為犯人者，準現行犯論：

第一 持有兇器、贓物或異常之物者；

第二 詢問姓名、住址等項將逃走者；

第三 被追呼為犯人者；

第四 於身體衣服等處顯露犯罪痕跡者。

【第 203 條】

現行犯系拘役罰金者，非有左列各款情形，不得實施急速拘攝：

第一 被告人姓名，住址不明者；

第二 被告人恐致逃亡者。

可以發現，大清刑事訴訟律草案是傳統中國法上，首度出現現行犯的用語。針對現行犯的急速處分，依發動主體區分為該管官吏所為之拘攝，及私人所為之逮捕；刑事訴訟律草案第 195 條規定了由司法員警官或司法員警吏所發動的無票拘攝，該條理由謂：「現行犯尚在犯所者，若稍緩須臾，即行漏網。故本條規定逕行句攝，不必概用句票。所謂係得命令句攝為限者，指一切徒刑以上之被告人，及犯拘役、罰金，有 203 條情形者而言。如應科罰金之被告人，其姓名、住址，皆極明晰，且無逃走之虞者，雖係現行犯，亦不得句攝之，以免侵害自由。」而刑事訴訟草案第 196 條則規定了由一般私人所為的逮捕，該條理由謂：「非當該官吏者，指無逮捕職務之官吏，乃普通人民而言。此項人等雖無逮捕義務，然據本條則有任意逮捕之權，藉以排除外來之危害。惟既經逮捕後應從速交付第二項所列各官吏，以免擅奪自由。」草案又於 202 條第 1 項規定了現行犯之定義，所謂的現行犯，乃指在犯罪實施中或實施後及時發覺者，且在同條第 2 項復規定以準現行犯論的四種情形。

刑事訴訟律草案雖將針對現行犯的急速處分形式上區分為該管官吏所為之拘攝以及私人所為之逮捕，然而就發動逮捕的實體要件而言兩者並未有所不同，均必須符合兩個要件：1) 實施犯罪行為中或實施後即時經發覺；2) 現行犯仍在犯所。此外，草案亦區分現行犯所犯罪行的種類而有所不同，若屬於拘役罰金之罪者，除須符合前述兩大要件外，依據草案第 203 條，尚要求被告人姓名住址不明或被告人恐致逃亡者，以緩和對現行犯的自由侵害。

民國初年法制不備，相關刑事訴訟制度尚未建立，審判制度大抵上仍援用清末沈家本所主編的法規，其中包括大清刑事訴訟律草案，因此民初法院多採用大清刑事訴訟律草案有關現行犯逮捕之規定⁶⁶⁸。

第四項 刑事訴訟條例

民國 10 年，北京政府總統徐世昌轄下的修訂法律館編成刑事訴訟法草案，隨後司法部將其改稱為刑事訴訟條例，呈經政府，於民國 10 年 11 月由大總統公佈之。原僅適用於東三省特別區域，後於民國 11 年 7 月通行全國，分為 8 編 514 條。刑事訴訟條例的起草主要乃參酌大清刑事訴訟律草案並有所增補，且取法日

⁶⁶⁸ 請參見 3 年上字 378 號判決：

「現行犯仍在犯所者，雖非該管官吏亦可逮捕，但以應處徒刑以上之刑者為限，拘役罰金之現行犯，非被告人姓名住址不明且有逃亡之虞者，該管官吏不得逕行句攝。」

本大正 9 年（西元 1920 年）刑事訴訟法草案以及德國刑事訴訟法之內容。刑事訴訟條例中有關現行犯逮捕的規定大體仿效大清刑事訴訟律草案，惟對刑事訴訟律草案第 202 條第 2 項有關準現行犯的規定依舊有所調整，而成為刑事訴訟條例第 57 條。

【第 57 條】

現行犯仍在犯所者不問何人得不用拘票逕行逮捕之。

犯罪在實施中或實施後即時發覺者為現行犯。

有左列情形之一者以現行犯論：

- 一 被追呼為犯人者
- 二 於犯罪發覺後十四日內持有兇器贓物或其他物件可疑為該罪之犯人或於身體衣服等處顯露犯該罪之痕迹者。

該條之立法理由謂⁶⁶⁹：「現行犯非即時逮捕則有逃亡及證據散佚之虞，故許無逮捕權之人逕行逮捕，蓋例外規定也然，必以犯人仍在犯所為限，蓋犯人未離犯所則逮捕必無錯誤也，故涉第一項以明其旨。第二項係現行犯之定義，使其範圍明顯發覺云者，不必辨識犯罪之本人，僅辨識犯罪事實者亦以既經發覺論。第三項規定準現行犯之範圍，蓋有第一款或第二款情形，雖不在犯所亦得逕行逮捕也。原案⁶⁷⁰第一百九十五條及一百九十六條第一項，分別官吏與非官吏，官吏之中又一一區別，頗涉複雜，故本條第一項改為概括規定。原案第二百零二條第二項第一、第四兩款，意義空泛，恐致濫用。故本案依法國派加以時期之限制，並以於該罪有關係者為限。至第二款尤易累及無辜，故刪。原案第二百零三條用意與該案第八十一條略同，惟既為現行犯，似不必更加區別。且是否為拘役、罰金之罪，雖該管官吏有時亦不能遽行斷定，而尤非常人所易辨別，故本案刪去。」

刑事訴訟條例維持了大清刑事訴訟律草案對於現行犯與準現行犯之區分，且亦以現行犯仍在犯所者方得發動逮捕，但此時已不再透過現行犯所犯罪行的種類而有不同之適用準則，此乃與大清刑事訴訟律草案第 203 條有所不同。且不再區分該管官吏所為之「拘攝」及私人所為之「逮捕」，直接將現行犯逮捕整合規定於單一條文，此種做法亦為往後之立法體例所承襲。此外，刑事訴訟條例對於準

⁶⁶⁹ 鄭爰譏編輯，刑事訴訟條例匯覽，世界書局，1925 年，頁 46-47；郭衛、周定枚編輯，中華民國六法理由、判解匯編，第五冊刑訴，上海法學會編譯社會文堂新記書局，1933 年，頁 27。

⁶⁷⁰ 此處指大清刑事訴訟律草案。

現行犯之認定亦作出重大之變革，除了將大清刑事訴訟律草案第 202 條第 2 款「詢問姓名、住址等項將逃走」之準現行犯認定方法刪除，並將第 2 項第 1 款與第 4 款之規定合併為一，再仿效法國立法例，設有時期之限制。惟不同於法國法，刑事訴訟條例不採用抽象之「最近期間」標準，而是具體的「十四日」。

第五項 舊刑事訴訟法

現行刑事訴訟法第 88 條現行犯與準現行犯的立法為民國 24 年 1 月 1 日修正施行之版本，該條文前身乃民國 17 年 7 月頒布，9 月 1 日施行的舊刑事訴訟法第 49 條。舊刑事訴訟法第 49 條第 1 項規定，現行犯不問何人，得不用拘票逕行逮捕；於第 2 項前段規定現行犯乃犯罪在實施中或實施後即時發覺者。同項後段復規定，有下列情形之一者，以現行犯論：一、被追呼為犯人者。二、於犯罪發覺後，最近期間內持有兇器、贓物或其他物件，可疑為該罪之犯人，或於身體、衣服等處顯露犯該罪之痕跡者。

根據民國 17 年舊刑事訴訟法第 49 條的立法理由，可知本條文的制定乃參考了大清刑事訴訟律草案第 195 條、第 196 條、第 202 條以及刑事訴訟條例第 57 條。不同於大清刑事訴訟律草案及民國 10 年之刑事訴訟條例，該法不再要求現行犯必須仍在犯所，只要符合現行犯之要素，即得發動逮捕。而關於準現行犯的認定，大體維持了刑事訴訟條例之規定，惟放棄「十四日」判準，轉而採納抽象之「最近期間」標準。

第六項 現行刑事訴訟法

按我國現行刑事訴訟法第 88 條第 1 項規定，現行犯不問何人得逕行逮捕之；其第 2 項復定義現行犯，謂犯罪在實施中或實施後即時發覺者為現行犯；第 3 項並規定有下列情形之一者，以現行犯論：一為被追呼為犯罪人者，二為因持有兇器贓物或其他物件或於身體衣服等處露有犯罪痕跡顯可疑為犯罪人者。條文中所謂的「以現行犯論」，學者及實務均稱此為準現行犯。

為方便比較分析，茲將新舊刑事訴訟法條文對照表製作如下：

<p>【民國十七年刑事訴訟法】</p> <p>第四十九條</p> <p>現行犯不問何人，得不用拘票逕行逮捕。</p> <p>犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。</p> <p>有左列情形之一者，以現行犯論。</p> <p>一 被追呼為犯人者。</p> <p>二 於犯罪發覺後，最近期間內持有兇器、贓物或其他物件，可疑為該罪之犯人，或於身體、衣服等處顯露犯該罪之痕跡者。</p>	<p>【民國二十四年刑事訴訟法】</p> <p>第八十八條</p> <p>現行犯，不問何人得逕行逮捕之。</p> <p>犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。</p> <p>有左列情形之一者，以現行犯論：</p> <p>一 被追呼為犯罪人者。</p> <p>二 因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。</p>
---	--

第三節 現行犯逮捕法則之建構

我國刑事訴訟法第 88 條第 2 項規定：「犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。」依此，所謂固有現行犯乃包括「犯罪」、「實施」、「即時」等要素。這些要素在解釋適用上是否發生疑義，私人現行犯逮捕之法則內容又係為何，茲分析如下：

第一項 犯罪的概念

第一款 學界立場

首先，刑事訴訟法第 88 條第 2 項所指之「犯罪」，應為涉及刑法規範之違犯，單純違反行政法規者不包括在內⁶⁷¹。惟此處之犯罪概念，指涉的究竟是在實體刑法上具備構成要件該當性與違法性⁶⁷²，亦或只要根據逮捕當下的判斷，足認

⁶⁷¹ 請參見 44 台上 150。

⁶⁷² 是否要求罪責要素亦有所爭執。

為被逮捕者乃犯罪行為人即可，而與法院最終之認定結果無關？對此問題，國內學說分歧頗大。

有認為，私人與公務員不同，私人不會有行政法上懲戒責任之問題，故法律自不應廣泛容許私人進行逮捕；且刑事訴訟法既為實現刑法內容之規定，有關犯罪概念的解釋，亦應與刑法相同，因此第 88 條第 2 項所指之犯罪，至少必須具備構成要件該當性與違法性，如果個案中發生誤認他人為現行犯而加以逮捕，則屬於容許構成要件錯誤之問題⁶⁷³。但亦有認為現行犯逮捕作為阻卻違法事由與被逮捕人是否確實為犯罪之人的實體問題無關，判斷是否為現行犯，只要從外觀上經過審慎之判斷而認為具備犯罪嫌疑，即為已足，不以客觀事實上確實有犯罪為必要，只要行為人根據此法定程序而逮捕現行犯，即屬依法令行為之阻卻違法事由，不生容許構成要件錯誤之問題⁶⁷⁴。

第二款 分析檢討

第一目 各種可能觀點

國內學界對於犯罪概念提出的不同看法，正好呼應了德國學界的兩大陣營：程序法觀點與實體法觀點。惟因學者多未進一步說明相關理由，這種不附理由的論述模式，導致私人現行犯逮捕制度的規範基準無法清楚呈現。在進行各種觀點的評估之前，首先必須釐清對於犯罪概念之解釋，究竟有那些可能之觀點。參考德國學界之論述，主要之觀點有⁶⁷⁵：

1、程序法觀點

【廣義犯罪嫌疑處理模式】

以事前的觀點，根據逮捕者得以觀察知覺的部分，認定存在重大之犯罪嫌疑，而有獲致有罪判決之高度可能。

【狹義犯罪嫌疑處理模式】

以事前的觀點，從犯罪當下一切可得認識的外在整體情況，依生活經驗而認定存在無可疑之犯罪嫌疑，並達到有罪判決的成熟度。

⁶⁷³ 採此觀點的有：林東茂，刑法綜覽，第六版，一品出版社，2009年，頁1-134；吳景芳，現行犯之研究，刑事法雜誌，第27卷第2期，1983年，頁52；許澤天，阻卻違法事由—正當防衛與現行犯逮捕，法學講座，第4期，2002年，頁94-95；張麗卿，刑法總則理論與運用，第三版，五南出版社，2007年，頁215。

⁶⁷⁴ 採此觀點的有：林山田，刑法通論（上），第十版，自版，2008年，頁344-345；林鈺雄，新刑法總則，第三版，元照出版社，2011年，頁275-276。

⁶⁷⁵ 在此僅簡要說明之，詳細論述請參見本文第二章第二節。

2、實體法觀點

【嚴格實體法理論】

所謂的犯罪，乃指被逮捕者的行為具備構成要件該當性、違法性及罪責，即國內學者所稱的狹義之犯罪。

【限制實體法理論】

所謂的犯罪，乃指被逮捕者的行為具備構成要件該當性及違法性即可，至於罪責的要求則非屬必要。

3、混合觀點

混合觀點認為所謂的犯罪，僅以實體上存在客觀構成要件該當性，至於主觀構成要件、行為之違法性或罪責等要素只要求存在重大犯罪嫌疑即可。

第二目 犯罪概念的解釋

接著本文將透過古典法律解釋方法，評估以上各種觀點在我國現行法體制下的可行性：

1、文義解釋方法

立法者在刑事訴訟法第 88 條第 2 項使用了「犯罪」而非「犯罪嫌疑」的概念，是否代表立法者認為私人所逮捕之犯罪，至少必須是可罰之未遂行為？

與德國刑事訴訟法相同，我國刑事訴訟法並未對「犯罪」進行定義，且在其他地方亦使用到相同的概念，因此可與其他使用「犯罪」一詞之條文進行相互比較，藉此釐清「犯罪」之概念內涵。

刑事訴訟法提及「犯罪」的條文中，第 85 條第 2 項通緝書之應記載事項⁶⁷⁶、第 264 條第 2 項起訴書應記載事項⁶⁷⁷、第 267 條公訴不可分⁶⁷⁸、第 268 條不告不

⁶⁷⁶ 第 85 條第 2 項：

通緝書，應記載左列事項：

一、被告之姓名、性別、年齡、籍貫、住、居所，及其他足資辨別之特徵。但年齡、籍貫、住、居所不明者，得免記載。

二、被訴之事實。

三、通緝之理由。

四、犯罪之日、時、處所。但日、時、處所不明者，得免記載。

五、應解送之處所。

⁶⁷⁷ 第 264 條第 2 項：

起訴書，應記載左列事項：

一、被告之姓名、性別、年齡、籍貫、職業、住所或居所或其他足資辨別之特徵。

二、犯罪事實及證據並所犯法條。

⁶⁷⁸ 第 267 條：

檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。

理原則⁶⁷⁹、第 300 條變更起訴法條⁶⁸⁰、第 319 條第 3 項自訴不可分⁶⁸¹、第 320 條第 2 項及第 3 項自訴狀應記載事項⁶⁸²，當中「犯罪」所指涉的應是某個具體的事件或特定的歷史進展過程，在這個進展過程中某人在特定時間點已經或假定違犯了犯罪，透過這種描述得以與其他歷史進展過程相互區隔，使得程序措施對象之範圍及內涵得以清楚明確，藉此形成各種程序行為。亦即，上述條文中的「犯罪」概念，重點在於法安定性的確保，用以具體化特定的程序行為，而不以事實上存在實體法上之犯罪行為為必要，由此可知，刑事訴訟法中所使用的犯罪概念，未必全然等同於實體法上的犯罪概念。

雖有論者主張刑事訴訟法既然是在實現刑法之內容，有關「犯罪」要素的解釋亦應當與刑法同⁶⁸³，但此種看法忽略了刑事訴訟法中個別條文之規範目的及特殊性，並不足採。反之，雖然上述條文所指涉的「犯罪」並不以存在實體法上之犯罪行為為必要，然而若執此而主張第 88 條第 2 項亦不以實體法上至少存在違法行為為必要，此等推論亦稍嫌速斷，蓋現行犯逮捕之規定作為刑法上阻卻違法事由，具有某程度實體法的特質，其中「犯罪」要素乃作為干預人民基本權的前提，而非程序行為在形式上的作用界限，過於強調一致性的解釋是沒有說服力的。換言之，即便採納實體法觀點的處理模式，亦不必然會與其他刑事訴訟法中的「犯罪」概念相矛盾。整體而言，透過「犯罪」要素的文義解釋，實無法提供確切之解釋結論。

2、體系解釋方法

刑事訴訟法第 88 條之 1 的緊急拘捕，與第 88 條同屬無令狀逮捕之規定，惟其執行主體並不包括一般私人，而僅限於檢察官及司法警察(官)，且其適用的前提要件乃「犯罪嫌疑重大」。是否可以從體系之比較得知，立法者並不希望私人

⁶⁷⁹ 第 268 條：

法院不得就未經起訴之犯罪審判。

⁶⁸⁰ 第 300 條：

前條之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條。

⁶⁸¹ 第 319 條第 3 項：

犯罪事實之一部提起自訴者，他部雖不得自訴亦以得提起自訴論。但不得提起自訴部分係較重之罪，或其第一審屬於高等法院管轄，或第三百二十一條之情形者，不在此限。

⁶⁸² 第 320 條第 2 項：

自訴狀應記載下列事項：

一、被告之姓名、性別、年齡、住所或居所，或其他足資辨別之特徵。

二、犯罪事實及證據並所犯法條。

第 320 條第 3 項：

前項犯罪事實，應記載構成犯罪之具體事實及其犯罪之日、時、處所、方法。

⁶⁸³ 吳景芳，現行犯之研究，刑事法雜誌，第 27 卷第 2 期，1983 年，頁 52。

在不確定犯罪行為是否發生的情況下，冒然進行逮捕？換言之，對於現行犯逮捕，立法者所設定的前提是否乃客觀上必須已經發生犯罪行為，而非僅存在犯罪嫌疑即可？再者，若個案中僅存在犯罪嫌疑即得發動逮捕，是否會因為現行犯之要件較為寬鬆，造成第 88 條之 1 毫無適用之餘地，形成架空的現象⁶⁸⁴？

然而這種體系性質疑建立在一個重要前提之上，就是第 88 條之現行犯逮捕與第 88 條之 1 緊急拘捕相互間具備可比較性。然而仔細觀察將會發現兩者的規範結構根本不同；第 88 條乃以確保被告將來在場為目的之現行犯逮捕，要件設計上特重現行犯的認定；而第 88 條之 1 則是因偵查犯罪，具備法定之急迫情形無法事先簽發拘票，故賦予偵查機關暫時拘捕被告之權，使得偵查機關無令狀拘捕的權限擴及到通緝犯與現行犯以外的情形。考察條文所列舉的法定急迫事由，僅有第 88 條之 1 第 1 項第 2 款「在執行或在押中之脫逃者」有可能因為脫逃者同時觸犯刑法第 161 條脫逃罪，而與現行犯逮捕之規定相競合，其他的法定急迫事由則全然無涉現行犯逮捕。既然授權逮捕之目的及規範結構存在根本之差異，便沒有可資比較的基準，更遑論會有架空的危險；易言之，認為將現行犯之「犯罪」概念解釋成犯罪嫌疑，會因為現行犯逮捕之要件較為寬鬆，造成緊急拘捕之規定無法適用的看法，顯然是沒有注意到條文結構與內容的不同。職是之故，縱然將第 88 條第 2 項的「犯罪」解釋成犯罪嫌疑，亦不會與第 88 條之 1 的規定相互矛盾。

3、刑事政策之考量

刑事訴訟法第 88 條第 2 項「犯罪」概念的解釋，尚會涉及複雜的刑事政策考量，對私人現行犯逮捕個別要素的解釋，都應當考量相關解釋所帶來之後果。

從逮捕者面向進行觀察，若對「犯罪」要素設定越高之標準，私人逮捕者所承擔之風險將會越大，私人參與逮捕現行犯的意願亦會降低，甚至可能造成私人現行犯逮捕制度的空轉，如此將明顯有違立法者制定本規範之用意。具體而言，逮捕者所面臨的風險會有兩個層面：首先是逮捕行為可罰性的問題，在個案中若僅存在犯罪嫌疑而未有事實上之犯罪行為者，程序法觀點透過現行犯逮捕之前提要件設計，直接認定符合法定之阻卻違法事由，阻卻逮捕者行為之違法性；實體法觀點則藉由容許構成要件錯誤處理，按照目前學界主要的兩大陣營，【限制責

⁶⁸⁴ 類似的問題亦出現在德國暫時逮捕之討論，德國刑事訴訟法第 127 條第 2 項規定了檢察官與警察官員的特別逮捕權限，其前提要件亦僅要求重大犯罪嫌疑即可，學說有藉此說明第 127 條第 1 項前段不應以犯罪嫌疑作為要件，否則會架空第 127 條第 2 項的規定。詳細說明請參見本文第二章第二節第一項。

任論】與【限縮法律效果之限制責任論】⁶⁸⁵，逮捕者縱然誤認阻卻違法事由之前提事實，行為人亦不會成立故意既遂罪，僅考慮是否成立過失犯，然而就實際的操作而言意義並不大，因為過失妨害行動自由或過失強制，無論在德國或我國刑法中，均不加以處罰⁶⁸⁶，唯一剩下的微量風險就是逮捕者違反注意義務，而在逮捕過程中造成被逮捕者身體的輕傷，便有可能依據刑法第 284 條過失傷害罪加以處罰。德國學者甚至進一步指出，即便根據程序法觀點的事前判斷標準，最終的結論依舊完全相同，蓋根據事前判斷存在犯罪嫌疑時，必然會同時排除過失歸責；反之，一旦認定逮捕者具有過失之注意義務違反，亦不可能符合犯罪嫌疑處理模式之標準⁶⁸⁷。職是之故，針對逮捕者可罰性的問題，無論是程序法觀點或實體法觀點，處理結果並不會有所差異，這個觀察甚至讓學者大膽主張，實體法觀點與程序法觀點乃無用之爭執，對於逮捕者行為之可罰性問題而言，真正重要的反而是個案事實情狀的認定⁶⁸⁸。

逮捕者所面臨的另一個風險在於被逮捕者的正當防衛權行使。當個案中僅存在犯罪嫌疑而未有實際上的犯罪行為，根據實體法觀點被逮捕者就享有正當防衛權⁶⁸⁹；反之，若採取程序法觀點的立場，既然逮捕屬於依法令之行為而阻卻違法，被逮捕者就有忍受義務而不得進行正當防衛。這個差異學者嘗試透過正當防衛的社會倫理性限制加以解決，蓋在運用正當防衛社會倫理的限制後，實體法觀點所欲捍衛的無辜者正當防衛權幾乎縮減至零，實質上不會與程序法觀點有所差異，對此德國學者 *Roxin* 亦提出過所謂的折衷觀點，基本立場就是主張實體法與程序法兩種觀點對被逮捕者正當防衛之問題所導致的結果完全相同，因而沒有實際區分之必要⁶⁹⁰。惟正當防衛的社會倫理限制亦非毫無界限⁶⁹¹，被逮捕者仍有可能在採行一切必要之前提措施（例如澄清犯罪嫌疑或採行保護性防衛）而仍無效時，恢復完整之正當防衛權，由此可見，實體法觀點與程序法觀點對於遭到誤捕者的正當防衛權確實會有不同的判斷結果。

⁶⁸⁵ 各種學說之詳細內容請參見本文第二章第二節第一項。

⁶⁸⁶ 國內學者論述請參見：林東茂，刑法綜覽，第六版，一品出版社，2009 年，頁 1-134。

⁶⁸⁷ Borchert, JA 1982, 340.

⁶⁸⁸ Borchert, JA 1982, 341.

⁶⁸⁹ 嚴格而言，這裡會取決於對容許構成要件錯誤所採取的解決模式，學界的主要兩大陣營【限制責任論】與【限縮法律效果之限制責任論】，雖然兩者對逮捕者可罰性之問題判斷結果相同，惟兩種理論對被逮捕者正當防衛權之存否卻顯示出對立的立場。採取限制責任論者，在法律效果上類推同屬於事實錯誤的構成要件錯誤，阻卻構成要件故意，遭到誤捕者不得主張正當防衛；反之，採取限縮法律效果之限制責任論者，便會認為逮捕者欠缺故意罪責，但行為仍具備違法性，僅在罪責層次上阻卻故意責任，依此，遭到誤捕者依舊得以主張正當防衛。

⁶⁹⁰ Roxin, AT I, 4. Aufl., 17/25.

⁶⁹¹ 詳細說明請參見本文第二章第二節第一項。

刑事政策考量乃是一種後果解釋法，透過觀察實體觀點與程序法觀點對於「犯罪」概念解釋所引致的後果，進一步評估兩者的合理性。德國學界雖然有學者嘗試透過此種解釋方法，主張無論是在逮捕者的可罰性問題或被逮捕者正當防衛問題上，實體法與程序法觀點均會導致相同的結論，至多僅是說理過程不同，因此兩種觀點的爭議只剩下學理價值，而沒有實務上的重要性。然而從上述的分析可以得之，兩種觀點的解釋結論仍有差異，特別是就被逮捕者正當防衛權的認定，更顯示出選擇立場的必要性。如何在公民勇氣（Zivilcourage）的鼓勵與被逮捕者權利的保障間取得平衡點，實為私人現行犯逮捕制度最大之難題。

第三目 混合模式的建構

以上各種法律解釋方法最終呈現出開放的結論，也因此形了解釋論上的僵局。事實上，對刑事訴訟法第 88 條第 2 項「犯罪」所為的解釋，背後涉及的其實是複雜之價值衡量問題，程序法觀點主張透過制度設計積極鼓勵民眾自願協助國家達成刑事訴追任務，而實體法觀點則認為無辜者的權利應當受到重視，特別是私人不若執法人員受過專業訓練，且沒有相應的懲戒責任，實不應過度放任私人以警察自居。

運用單一觀點解釋「犯罪」概念的結果，將造成特定價值的獨大，而全然忽視與之相對立的價值，仔細觀察學者的推論過程，就會清楚發現個別學者在進行立場的說理時，往往刻意迴避對立之價值，然後直接推導出自己想要的結論，這種做法看似解決了問題，其實只是將問題隱藏起來。既然兩種對立價值沒有絕對的優先順序，那麼在解釋論上也就不應該全面接納某一特定觀點，對「犯罪」的解釋應當跳脫單一模式的框架，進一步建構複合模式之規範模型。

複合模式意指透過主體（執法人員、私人）及觀點（實體法觀點、程序法觀點）四種要素的區分，牽引出多種搭配模型，謹以下圖展示可能之搭配模式：

	實體法觀點	程序法觀點	混合觀點
執法人員	1	2	3
私人	A	B	C

圖表 5.1：現行犯逮捕法制度可能之搭配模式

綜合這四種要素，現行犯逮捕法則會有 9 種可能之模型，法律解釋上的困境，正好突顯出單一模式適用之缺點，也開啟了複合模式對制度進行微調之可能性。

以往學說的處理模式未能積極考察法制度背後之政策取捨，若能突破此種思考框架，現行犯逮捕制度將可呈現繽紛多樣之搭配結果，不同模式得以呼應相應之刑事政策。以下說明操作上的主要規範準則：

1、區隔執法人員與私人所適用之逮捕法則

無論德國暫時逮捕或我國現行犯逮捕，學界基本立場就是不區分逮捕主體。之所以呈現此種論述模式，一方面源自於條文的規範結構，將執法人員與一般私人所發動的逮捕整合為單一條文的結果，使得發動逮捕者不同的特性逐漸遭到忽略；他方面亦是因為學者未能釐清執法人員與私人逮捕乃具有全然不同的法理依據，特別是在 19 世紀警察制度與國家強制力獨占確立後，私人逮捕的規範基礎有了本質轉化，私人不再是追捕竊賊的巡警，而僅是自願之國家利益執行者，並透過緊急權作為逮捕的根據，而呈現與執法人員截然不同的特徵。

對執法人員所發動的現行犯逮捕而言，重要的是各種憲法要求及公法原則的檢驗，蓋國家雖然取得合法之強制力獨占，惟發動強制力仍必須以法治國原則作為框架；反之，對私人所發動之現行犯逮捕而言，重要的反而不是憲法要求或公法原則的限制，而是探求在現代警察制度出現後，私人逮捕在國家強制力獨占之要求下的容許性。

於此相對，美國無論在立法體例或法院實務操作中，均已能區別執法人員與私人適用的逮捕法則，此乃正確的做法。圖表 5.1 中，類型 1 至 3 便是執法人員所可能適用的法則，而類型 A 至 C 則是私人所可能適用的法則，兩者在具體設計上將呈現不同之態樣。

2、事前觀點與事後觀點的混合運用

私人所適用的逮捕法則中，大體上可以呈現三種不同類型，分別是圖表 5.1 中的類型 A、類型 B 與類型 C，其中類型 A 與類型 B 採取的是單一模式，亦即對「犯罪」概念全面地採取實體法或程序法觀點，承前所述，此種模式導致制度運作的僵化且忽略兩種對立價值的衡量。而採取混合觀點的類型 C 則是針對不同的情況，衡量兩種衝突價值的優先順位，並設計相應之逮捕法則，此一彈性特徵特別表現在事前觀點與事後觀點的混合運用。

按私人現行犯逮捕制度中，存在著國家刑事訴追利益之確保與被逮捕者權利之保障兩種對立價值，具體呈現出來的就是事前觀點（ex-ante）與事後觀點（ex-post）的規範設計，若以事前觀點建構私人現行犯逮捕規則，那麼逮捕者只

要有相當理由相信被逮捕者為現行犯，即屬合法逮捕；換言之，當逮捕者根據逮捕當下之事實及情況，客觀上形成相當之確信，認為被逮捕人為犯罪行為人，即有相當理由，縱然嗣後證實被逮捕者實乃無辜之路人，逮捕亦為合法，這個標準相當於德國學界所提出的犯罪嫌疑處理模式。採取事前觀點的「相當理由標準」，其操作主要可以區分成「判斷的對象」以及「判斷的標準」，就判斷對象而言，係就逮捕者所知之事實及情況，有合理訊息足使一謹慎之人相信犯罪已經發生且嫌疑犯為犯罪行為人，在私人逮捕的情況中，即係就私人所認知之事實及情況加以認定；而從判斷的標準來看，依照美國聯邦最高法院的見解，相當理由應以客觀標準來判斷，而非逮捕者的主觀標準，因此無論逮捕者主觀上多麼真誠相信某嫌疑人乃犯罪行為人亦不足以構成相當理由。不可否認的是，相當理由標準之所以得以確保逮捕的合理性，背後依賴的其實是執法人員因其所受的專業訓練，相較於一般私人，實擁有較高的判斷經驗及能力；若私人發動的逮捕亦完全採用相當理由標準，將會讓原有的保護機制落空，蓋私人不若執法人員受過專業訓練而有較高的認識能力，採用相當理由標準在判斷的對象上自始有所侷限，如此將會對被逮捕者保障不足，因而美國司法實務才會在 18 世紀中以後陸續在相當理由標準之外發展出「重罪違犯命題」⁶⁹²。重罪違犯命題的關鍵意義在於，即便逮捕者有相當理由，只要嗣後證明沒有重罪遭到違犯，其逮捕依然不合法；惟若確實有重罪發生，私人亦是基於相當理由將嫌疑人逮捕，雖嗣後證明被逮捕者無罪，逮捕仍為合法⁶⁹³。以「相當理由標準」作為主要判斷基準，並輔以「重罪違犯命題」，如此呈現出的就是事前觀點與事後觀點的交錯運用，乃混合觀點的操作模式之一⁶⁹⁴。

此種混合觀點的操作具有以下幾個優點。首先，就個案的適用而言，以事前觀點的「相當理由標準」輔以事後觀點的「犯罪違犯命題」⁶⁹⁵，此模式相較於其他模式的混合觀點，例如區分犯罪的嚴重度或犯罪之類型分別適用不同的法則，明顯具備操作上的明確性與穩定性；其次，就理論面而言，也呼應了私人現行犯逮捕的規範目的，蓋現行犯逮捕所重者並非調查「是否」有犯罪發生，而是在查明「誰」是犯罪者，亦即私人現行犯逮捕所要釐清的是犯罪行為人的身分，而非

⁶⁹² 關於重罪違犯命題的內涵與發展，請參見本文第三章第二節第三項。

⁶⁹³ W. Page Keeton, Prosser and Keeton on the Law of Torts, West, 5th ed. (1984), pp. 154-155; Wayne R. LaFare, Criminal Law, Hornbook Series, 4th ed. (2003), pp. 558-561.

⁶⁹⁴ 事實上美國之公民逮捕法則不僅在重罪逮捕運用混合觀點，即便是在破壞和平罪的逮捕類型，也採取了事前觀點與事後觀點的交錯適用，請參見本文第三章第五節第二項。

⁶⁹⁵ 本文所主張的「犯罪違犯命題」並不同於美國法中的「重罪違犯命題」，蓋本文並未將此等命題的適用對象侷限在重罪類型。

個別的犯罪情狀，因此德國學說才有區分「犯罪者嫌疑」（Täterverdacht）與「犯罪嫌疑」（Tatverdacht）⁶⁹⁶的不同，並認為私人逮捕制度之規範目的在於釐清犯罪者嫌疑，而非犯罪嫌疑，因此要求客觀上確實存在犯罪應為合理之標準。再者，混合模式適度地調和了國家刑事訴追利益之確保與被逮捕者權利之保障兩種對立價值，以「犯罪違犯命題」補強「相當理由標準」的操作，緩和了私人現行犯逮捕對於無辜者所可能造成的侵害。職是之故，本文所採之混合模式乃以程序法觀點判斷被逮捕者的犯罪嫌疑，並以實體法觀點判斷犯罪的存否。

第二項 實施之意義

第一款 學界立場

關於刑事訴訟法第 88 條第 2 項「實施」的概念，國內學界曾出現的爭議在於，刑法上有所謂「實施」與「實行」概念上的區別；按照司法院 31 年院字 2404 號解釋：「刑法第 28 條所謂實施，係指犯罪事實之結果直接由其所發生，別乎教唆犯惑幫助犯，即未著手實行前陰謀預備等罪，如有共同實施情形，亦應適用該條處斷。至實行在現行刑法上乃專就犯罪行為之階段立言，用以別乎陰謀預備著手各階段之術語。」該解釋主要乃針對共同正犯的成立要件，認為實施乃有別於實行，所謂的實施，可以包括達成犯罪目的之各階段行為，不僅以實行為限，也就是實施的範圍較實行為廣。有關第 88 條第 2 項實施的概念是否等同於上述解釋看法，學者曾有不同見解⁶⁹⁷，有採取與實務相同之看法，認為只要是屬於可罰之行為，無論是陰謀或預備階段，均可成立現行犯；亦有認為所謂的實施乃指已著手於犯罪行為之實行，故陰謀與預備階段，皆無由構成現行犯⁶⁹⁸。

第二款 分析檢討

此等爭議表面上源自於條文用語「實施」的解釋，然而如更清楚呈現問題的本質，就會發現此處涉及的問題，其實是私人可得逮捕之現行犯，是否應有犯罪類型上的限制？通常而言，犯罪行為在陰謀或預備階段多難以從外觀觀察獲悉，如果將此等犯罪類型納入私人得以逮捕的範疇，恐怕會有濫行逮捕之虞，不如直

⁶⁹⁶ Bülte, ZStW 121 (2009), 392.

⁶⁹⁷ 早期學說請參見：吳景芳，現行犯之研究，刑事法雜誌，第 27 卷第 2 期，1983 年，頁 52-53。

⁶⁹⁸ 林永謀，刑事訴訟法釋論，三民出版社，2010 年，頁 428；褚劍鴻，刑事訴訟法論，第五版，臺灣商務印書館，2001 年，頁 164。

接排除在可得逮捕之範圍。此種觀點亦曾出現在德國學說中，有認為應當對得逮捕之犯罪進行類型區分，例如過失犯及不作為犯就應當排除，蓋一般人甚難從外觀上觀察行為人是否違犯該等犯罪，尤其保證人地位幾乎難以從外觀上認定⁶⁹⁹。而在故意作為犯中，必須是構成要件不涉及價值判斷或不確定法律概念，當有犯罪結果產生時，尚必須該結果能立即被察覺且足聯結到行為人之特定行為⁷⁰⁰。

然而透過犯罪類型先行排除某些行為成立現行犯的可能，恐怕會有過於僵化的問題，雖然上述類型的犯罪大多在個案中確實難以認定，但也不能完全排除個案中有清楚明瞭之可能，此時若仍不得以現行犯為由加以逮捕，恐怕對國家刑事訴訟利益危害甚大。是故，與其通案式地否定某些犯罪類型成立現行犯的可能，倒不如回歸個案的認定，因而本文認為，刑事訴訟法第 88 條第 2 項「實施」的概念，應當可以採取廣義的理解，除了著手後的實行行為外，亦包括可罰之陰謀或預備行為。

第三項 即時之意義

第一款 學界立場

刑事訴訟法第 88 條第 2 項「即時」的概念，根據司法院 36 年院第 3395 號解釋：「刑事訴訟法第 88 條第 2 項所稱之即時，係指犯罪實施中或犯罪實施後之當時而言。」此解釋乃以「當時」說明條文中的「即時」，然而究竟何謂「當時」，解釋並未詳加論述，故實質意義並不大。學者則認為，所謂的「即時」係指時間的緊密性，必須綜合具體個案全盤情節而為認定，只要犯罪情況尚屬存在，與實行當時無異，雖時間稍有經過，亦非不可⁷⁰¹，重點在於必須是犯罪實施後的瞬間，或與此相當接近的時間。

從保障人身自由的立場出發，學者多嚴格限縮時間的範圍，例如當警方接獲報案立即趕赴，而犯罪者仍在犯罪現場，從犯罪現場加以分析，可以明確認定犯罪行為剛實施結束者，對犯罪行為人仍得以現行犯逮捕；但若偵查人員僅基於被害者的陳述而認定嫌疑犯實施本案犯罪事實，或僅經巡邏臨檢（盤查），發現犯

⁶⁹⁹ Marxen, Zum Begriff der frischen Tat in § 127 Abs. 1 StPO, in: Küper/Welp (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 710.

⁷⁰⁰ Marxen, Zum Begriff der frischen Tat in § 127 Abs. 1 StPO, in: Küper/Welp (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, S. 715 ff.

⁷⁰¹ 朱石炎，刑事訴訟法論，第二版，三民出版社，2009 年，頁 89；林鈺雄，刑事訴訟法（上），第六版，元照出版社，2010 年，頁 344；林永謀，刑事訴訟法釋論，三民出版社，2010 年，頁 428。

罪之嫌疑犯，此時均不得以現行犯逮捕，蓋犯行與逮捕時間已不具備密接性⁷⁰²。

第二款 分析檢討

從上述分析可知，刑事訴訟法第 88 條第 2 項「即時」概念所涉及的，應為現行犯逮捕的時間要素，對此可以分為兩個部分說明，首先是犯罪實施中即時發覺，其次則是犯罪實施後即時發覺。前者因犯罪尚在實施中，犯行與逮捕時間自然具有密接性，時間要素的認定較無疑問，惟後者涉及到犯罪實施後的發覺，時間點的認定較有爭議，參考日本法院判決對於「現在犯罪實施終了」的看法，有認為在犯罪實施後 30 至 40 分鐘以內，仍可以構成現行犯⁷⁰³。

逮捕的時間限制亦出現在美國公民逮捕法制中。在普通法的脈絡下，重罪被認為有嚴重且持續的反社會性質，因而重罪犯得以被任何人在任何時間逮捕，而未有時間的限制；反之，其他犯罪僅是暫時地危害社會，因此私人逮捕就必須接近犯罪行為時。儘管大多數州的立法沒有提及私人逮捕的時間限制，然而法院多已接受普通法的觀點，對私人逮捕設下時間要求。針對已經結束的破壞和平罪，雖然多數法院肯認透過立即追緝（fresh pursuit）的發動，仍能合乎時間的要求，然而此等時間的延宕不得基於不相關之因素，實際案例乃一名婦女在家中遭到攻擊，於是她逃往鄰居家中撥打電話報警，儘管逮捕的時間與婦女遭到攻擊間隔了 20 分鐘，法院依舊認為逮捕為合法⁷⁰⁴。

普通法傳統雖然對於重罪逮捕並未設下時間限制，惟已有學者提出反省，蓋考察普通法形成的背景，當時社會並沒有健全的國家執法體制，現代警察制度亦尚未建立，私人乃被賦予強大的執法權限，惟在現代社會中，逮捕犯罪者的任務主要是託付給專業執法人員，私人涉入執法活動僅具有備位性質，若謂私人逮捕重罪犯未有任何時間限制應非妥適之看法。再者，區分重罪與否而適用不同法則的觀點，建立在早期普通法對重罪與輕罪的明確分界之上，然而晚近大量新型犯罪態樣的出現，早已讓兩者的界限日趨模糊，繼續以重罪或輕罪之差異作為逮捕法則建構的基礎，恐怕已不合時宜⁷⁰⁵。

現行犯逮捕時間要素的堅持，主要的考量在於犯行與逮捕的時間間隔越久，犯罪行為的明確性就越是降低，既然私人現行犯逮捕的立法精神在於罪證明確不

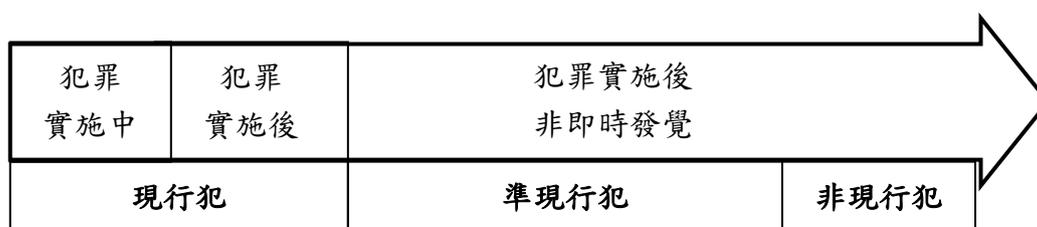
⁷⁰² 黃朝義，刑事訴訟法，第二版，新學林出版社，2009 年，頁 172。

⁷⁰³ 案例說明請參見：安富潔，刑事訴訟法，初版三刷，三省堂，2010 年，頁 92-93。

⁷⁰⁴ *Ogulin v. Jeffries*, 121 Cal. App. 2d 211, 263 P.2d 75 (Dist. Ct. App. 1953).

⁷⁰⁵ 相關批評請參見：Columbia Law Review Association, *The Law of Citizen's Arrest*, Columbia Law Review, Vol. 65, No. 3 (1965), pp. 502-505.

致誤認，一旦時間經過罪證散逸，即不應再容許私人進行逮捕。值得注意的是，逮捕的時間限制除了確保犯行的明確性，尚有另一個更根本的理由，亦即賦予國家執法人員維持治安、執行法律之優先順位，當犯行與逮捕的時間間隔越長，要求人民訴諸國家警力之期待可能性就越高，私人逮捕作為緊急權的正當性基礎也就越薄弱，謹以下圖呈現私人現行犯逮捕的時間延展：



圖表 5.2：私人發動現行犯逮捕之時間延展

我國私人現行犯逮捕制度大體上可以分成三大類型，分別是犯罪實施中即時發覺而為之逮捕、犯罪實施後即時發覺而為之逮捕以及準現行犯之逮捕，三種類型的差異在於逮捕與犯罪行為的時間緊密程度。私人逮捕作為緊急權，主要的正當性基礎在於逮捕當下的緊急性，當國家機關無法及時馳援，且為了保全特定利益又不得不採取迅速之應變措施，例外容許私人涉入執法行動。但時間的經過將會導致急迫性的降低，此時與國家強制力獨占的緊張關係就會越大，容許私人進行逮捕的正當性理據就必須越為堅實，表現在具體的規範要件設計，相關的防護機制就必須越充足⁷⁰⁶。雖然私人現行犯逮捕制度分成三大類型，惟我國立法體例僅以現行犯及準現行犯逮捕兩種類型作為基礎架構，立法之要件設計並未區別犯罪實施中與實施後即時發覺所為之逮捕，因此有必要透過「即時」要素減少兩者的差異，否則若時間經過甚久亦得援引相同的逮捕規則，將會形成體系衝突。至於如何具體認定「即時」的時間要求，主流觀點乃認為應以個案之情形加以判斷，沒有既定之標準。雖然個案認定不免會流於空泛，然而逮捕時間之限制某程度將透過「在場要求」的提出而緩和，以下說明之。

⁷⁰⁶ 此類防護機制充分表現在準現行犯的逮捕要件設計，請參見本章第四節。

第四項 在場要求

第一款 發覺之意義

刑事訴訟法第 88 條第 2 項尚使用了「發覺」之概念，按照國內學者觀點，所謂的「發覺」係指犯人以外之人，知覺該犯罪事實之意⁷⁰⁷。惟何謂知覺犯罪事實，學者多未進一步論述。

條文中的「發覺」要素所涉及者，其實是現行犯認定之問題，首先，若逮捕者並未親自見聞犯罪事實，能否僅透過他人(特別是犯罪被害人)之轉述而認定犯罪事實，並發動逮捕？其次，於傷害、殺人、強制、妨害行動自由等暴力犯罪，逮捕者通常能從外觀直接觀察得知犯行之存否；但在詐欺、侵占、行賄等較具有隱密性質的犯罪中，逮捕者具據以認定犯罪行為者，是否必須以犯行的直接表徵為限，或能否綜合事前收集的情報資料或輔以個人知識經驗加以判斷⁷⁰⁸？

第二款 分析檢討

此爭議在美國法乃透過「在場要求」加以處理。對於輕罪或破壞和平罪的逮捕，法院及多數州的立法均要求逮捕者必須在場親自見聞犯罪的發生，亦即逮捕者必須依照個人觀察，獲悉他人違犯犯罪的事實，僅有單純身體上接近犯罪現場是不夠的。且此標準亦不要求逮捕者一定要緊鄰犯罪發生處所，假如逮捕者依照其五官知覺察知有犯罪發生，之後再透過進一步的調查發現犯罪行為人者，則逮捕者雖然不在犯罪現場，逮捕亦屬合法。關鍵在於，若未能親自察覺犯罪，亦無法透過他人的告知而補足，此即要求逮捕者必須是基於第一手觀察（*firsthand observation*）方得發動逮捕。當某特定行為在一般人看來根本為合法，惟逮捕者基於自己特殊之知識經驗斷定乃犯罪行為時，法院認為第一手觀察要件仍舊能被滿足，例如某人持有一包塑膠袋，而逮捕者基於自己的過往經驗判斷塑膠袋內裝有海洛因，此時即得逮捕該名毒犯。甚至在運用工具而察知的情形，亦能夠通過第一手觀察標準之檢驗，例如在住宅內裝設監聽器，監聽者透過監聽器而得知在屋內有犯罪發生，此時監聽者將被視為於犯罪發生時在場，而得以發動有效之逮

⁷⁰⁷ 林永謀，刑事訴訟法釋論，三民出版社，2010年，頁428；褚劍鴻，刑事訴訟法論，第五版，臺灣商務印書館，2001年，頁164。

⁷⁰⁸ 日本法院判決曾經認為警方事前所收集之客觀資料，如果交與一般人，而該人亦得據以得知賽馬中之違法私吞行為時，警方使用此等事前收集的客觀資料逮捕犯罪行為人，仍屬於合法之現行犯逮捕。案例說明請參見：安富潔，刑事訴訟法，初版三刷，三省堂，2010年，頁92。

捕⁷⁰⁹。

有批評者認為，以「在場要求」限制私人逮捕並不妥適，蓋要求逮捕者必須基於第一手觀察方得發動逮捕，主要目的在於避免逮捕者信賴未經證實或二手之資訊而造成誤捕，然而藉由嚴格的逮捕時間限制，確保逮捕行為與犯行的時間緊密性，再透過相當理由標準的操作，便足以降低誤捕的可能性，故「在場要求」實屬多餘⁷¹⁰。

回歸我國之立法結構，承前所述，立法者基本上並不區分犯罪實施中與犯罪實施後所為之逮捕，兩者皆屬於現行犯逮捕之範疇。就「犯罪實施中所為之逮捕」而言，此時由於犯罪行為尚處於實施的狀態，故逮捕者多能符合「在場要求」，因此「在場要求」適用上最有爭議的反而是第二種類型「犯罪實施後即時發覺所為之逮捕」，此時私人所發動之逮捕與犯行之間已有一定之時間間隔，逮捕者即有可能僅基於他人提供之二手消息遂發動逮捕，而未能自己親身觀察。

對此爭議，本文主張在「犯罪實施後即時發覺所為之逮捕」類型，「在場要求」應當作為合法與否的判斷標準。蓋依照目前現行犯與準現行犯之區分標準，學者多以「即時」要素進行判別，若欠缺「即時」之要件，最多僅能論以準現行犯，而在固有現行犯的範疇中，亦透過時間之緊密程度區隔出犯罪實施中的逮捕與犯罪實施後的逮捕。換言之，我國法上對私人現行犯逮捕三種類型的分界，幾乎全然仰賴時間緊密程度的區別。然而現行犯與準現行犯逮捕，各自有不同之規範準則，因此在類型區分上應當有更加明確的標準，僅以時間間隔作為唯一標準將會過於模糊，也導致法院在個案認定上的困難，因此本文認為，「在場要求」的適用能夠讓類型的區分趨於穩定。質言之，「犯罪實施中即時發覺所為之逮捕」固然適用現行犯逮捕法則，然而犯罪實施後才發動的逮捕，則必須透過「在場」「即時」兩個要件區分出「犯罪實施後即時發覺所為之逮捕」與「準現行犯逮捕」，前者仍舊適用現行犯逮捕法則，而後者則適用準現行犯逮捕法則，如此便緩和了時間要素的操作困難，也讓現行犯的認定更加明確。

第五項 比例原則的適用

關於比例原則對私人現行犯逮捕之適用，學者有參考德國學說之論述，將比

⁷⁰⁹ 相關案例的分析檢討請參見：Columbia Law Review Association, The Law of Citizen's Arrest, Columbia Law Review, Vol. 65, No. 3 (1965), p. 506.

⁷¹⁰ Columbia Law Review Association, The Law of Citizen's Arrest, Columbia Law Review, Vol. 65, No. 3 (1965), p. 507.

例原則運用在逮捕權取得與逮捕手段之適法性判斷⁷¹¹。以下便從比例原則對「能否發動逮捕」與「如何逮捕」兩大問題進行分析⁷¹²。

第一款 能否發動逮捕

從刑事訴訟法第 88 條規定來看，法律乃容許對任何符合「現行犯」或「準現行犯」之犯罪行為人進行逮捕，換言之對能否發動逮捕之問題並未考量該犯罪所侵害之法益種類、情節輕重、犯罪所生之危害及未來可能之處罰。學者因而主張一律承認對「現行犯」或「準現行犯」之逮捕，乃屬過當，應考量犯罪事實之意義、未來可能的刑罰或保安處分之強度以及偵查的困難度等因素，當犯罪行為人所犯之罪與逮捕之間顯然不成比例時，否定私人逮捕之合法性⁷¹³。亦有學者考量到逮捕時可能對被逮捕者造成身體侵害，且私人並無維持秩序與執行法律之義務，因而區分執法人員與一般私人之逮捕，主張一般輕罪案件的現行犯，諸如過失傷害或賭博罪，私人應不得為逮捕⁷¹⁴。

對此問題，本文認為應該區分執法人員與私人之逮捕，蓋兩者各有不同的規範準則，對執法人員而言，在偵查階段主要是受到法定原則（*Legalitätsprinzip*）的拘束，過度禁止（*Übermaßverbot*）反而不是規制的重點⁷¹⁵；對一般私人而言，雖然未有訴追犯罪之義務，亦不會受到法定原則的拘束，惟立法者之判斷仍屬重要之標準，此乃源自於私人逮捕作為緊急權的本質，立法者乃享有廣泛之裁量權限，能夠決定在何等範圍內容許私人進行逮捕。

但從刑事訴訟法第 88 條的文字描述來看，犯行的嚴重度明顯並非立法者考量的重點，因此在解釋論的層次，是否應當運用比例原則，對私人逮捕的容許性進行限縮，此方屬學界爭執之焦點。德國學說有從處罰風險擴張的角度出發，認為既然立法者既然選擇了以「現行犯」作為發動逮捕的要件，犯行的嚴重度應非考量之重點，故不應再透過比例原則加以限制，否則毋寧將風險轉置於逮捕者身上⁷¹⁶。除此之外，本文尚認為，在解釋論層次上適用比例原則並沒有太大的意義，蓋一般私人往往欠缺能力區分犯罪屬於重罪或輕罪，尤其要求私人在發動逮捕的

⁷¹¹ 楊雲驊，現行犯逮捕，月旦法學教室，第 60 期，2007 年，頁 20-21；同作者，逮捕現行犯與比例原則，法學講座，第 26 期，2004 年，頁 78-86。

⁷¹² 德國暫時逮捕制度面臨之類似問題請參見本文第二章第六節第二項。

⁷¹³ 楊雲驊，現行犯逮捕，月旦法學教室，第 60 期，2007 年，頁 20；同作者，逮捕現行犯與比例原則，法學講座，第 26 期，2004 年，頁 81-83。

⁷¹⁴ 王兆鵬，刑事訴訟講義，第五版，元照出版社，2010 年，頁 257。

⁷¹⁵ 詳細說明請參見本文第二章第六節第二項。

⁷¹⁶ 請參見本文第二章第六節第二項。

當下即刻做出判斷，更加難以期待；況且，透過可容許逮捕手段之限縮，已能適度衡平被逮捕者所受的身體干預，並無必要運用比例原則加以審查。

第二款 逮捕手段之審查

有關現行犯逮捕手段之審查，刑事訴訟法第 90 條規定：「被告抗拒拘提、逮捕或脫逃者，得用強制力拘提或逮捕之。但不得逾必要之程度。」即要求逮捕手段與逮捕之目的必須合乎比例，學者稱此為比例原則在刑事訴訟程序之明文要求⁷¹⁷，惟此等規定如何適用於私人之現行犯逮捕，則仍有分析之必要。

第一目 可得採取的手段

在進行個案之具體判斷前，對於允許之逮捕手段應先有具體化的標準，審查何種造成法益損害之方法得以被認為是現行犯逮捕時之容許手段，或可對哪些人施以強制力，得否針對現行犯以外之第三人進行法益侵害等問題，皆應當先行處理。對此，學者乃進行類型分類，區分成「限制身體的移動及自由」、「干預身體的完整性及健康」、「妨害或限制被逮捕人之財產法益」、「對第三人或公眾法益的損害」等類型，運用比例原則作為審查標準的結果就是，對於可容許逮捕行為之界限，在認定上將具備彈性，只要在個案中面對越為嚴重之犯罪，所能使用之逮捕手段亦越為放寬，考量犯罪所侵害法益之種類、輕重、犯罪所生的危害以及未來可能的處罰等因素，即便是使用致命性武器，例如以槍枝射擊犯罪行為人使之喪失逃亡能力，亦有可能成為容許的逮捕手段⁷¹⁸。

然而本文認為，在可得採取之逮捕手段判斷上，真正重要的並非比例原則的適用，關鍵反而是法律保留原則的審查，而在解釋方法論上，應當緊扣私人現行犯逮捕的例外特性，蓋發動逮捕以遂行刑事訴追任務本屬國家之任務，惟基於個案情勢之急迫，才例外容許私人涉入執法活動，因此本於私人逮捕乃緊急權之例外特徵，在進行相關規範解釋時，即應當採取緊縮之解釋立場。

綜合觀察刑事訴訟法第 88 條與第 90 條之文義，如藉由強制力限制現行犯的身體移動自由，達到遂行逮捕或防免脫逃之目的，應屬有效的逮捕方法，逮捕者若使用強制力將犯罪行為人拘束綑綁、短期監禁於私人處所、送交至最近的警察局，甚至在此等過程中導致被逮捕者輕微身體傷害，皆能認為在條文授權範圍內。但使用致命性武器攻擊被逮捕者的行為，則無法包含在條文之授權範圍，否則將

⁷¹⁷ 楊雲驊，現行犯逮捕，月旦法學教室，第 60 期，2007 年，頁 21。

⁷¹⁸ 楊雲驊，逮捕現行犯與比例原則，法學講座，第 26 期，2004 年，頁 85。

嚴重牴觸法律保留原則⁷¹⁹。其次，對於第三人或公眾法益之侵害是否屬於適格之逮捕手段，重點亦非比例原則的審查，而是第 88 條究竟能否作為該等侵害手段之授權基礎。本文認為，無法被規範文義所涵蓋之干預方式，除非該等干預相較於強制、剝奪行動自由及身體傷害，屬於更加輕微的侵害，否則原則上均不應准許。因此為了阻止被逮捕者逃亡而取走車鑰匙，得以透過當然解釋而承認為合法之逮捕手段，至於其他對被逮捕者更加嚴重的侵害，甚至對第三人或公眾法益之干預，均應當透過法律另外授權為之。

第二目 手段在個案中是否合乎比例

即便屬於法律所容許之逮捕手段，該等手段在個案中，還要就有無構成比例失衡的情形一併考慮，惟在私人逮捕的情況究竟應當適用嚴格意義的比例原則加以審查，亦或以明顯性審查即為已足，爭議頗大，在德國學界中亦存有不同的見解⁷²⁰。支持比例原則適用者主要之依據在於「公權力論據」，該論據主張比例原則對於所有的公權力行為皆有適用，而私人逮捕既然屬於公權力行使，自然就應該受到比例原則的限制。然而「公權力論據」並無法通過學理檢驗，蓋私人逮捕行為究竟是否涉及公權力行為，必須從更根本之規範結構與法理基礎進行分析，而非僅指出「私人之逮捕乃以協助國家刑事訴追之遂行為目的」⁷²¹。「公權力論據」的正當性源自於授與權說，亦即國家為了避免刑事訴追利益受到侵害，乃將逮捕權授與個人，使得私人得以立於執法人員的地位而行使逮捕權。然而授與權說已不足以解釋當代法律秩序下的私人逮捕，毋寧是透過容許行為的概念方得以理解私人逮捕的正當性，此時私人並非國家高權之承擔者，其身分與一般之私人無異，逮捕者與被逮捕者之間並不涉及公法關係，相關的公法原則及其他憲法要求，特別是比例原則，均無由適用在私人逮捕之案型。

跳脫比例原則適用的框架後，私人現行犯逮捕制度究竟應當採取何等審查標準，立法者應享有廣泛的裁量空間形塑審查標準之密度，而在解釋論及適用論的層次，亦能獲得某程度之彈性，毋庸僵硬地以嚴格意義之比例原則加以審查⁷²²。

⁷¹⁹ 若執行現行犯逮捕之主體為警察人員時，依據警械使用條例第 4 條第 1 項第 3 款之規定：「警察人員執行職務時，遇有下列各款情形之一者，得使用警刀或槍械：三、依法應逮捕、拘禁之人拒捕、脫逃，或他人助其拒捕、脫逃時。」得使用槍械，且在第 6 條至第 9 條設有使用上的限制，例如槍械之使用必須基於急迫需要，並不得逾必要程度，更應注意勿傷及其人致命之部位。由此可見警察人員使用槍械作為逮捕現行犯之手段，其授權根據並非來源於刑事訴訟法第 88 條或 90 條，而是透過警械使用條例加以正當化。

⁷²⁰ 德國學說討論請參見本文第二章第六節第二項。

⁷²¹ 相關批評請參見本文第四章第四節第四項。

⁷²² 事實上主流觀點對於其他阻卻違法事由之操作，特別是緊急避難，所運用的也不是比例原則，

至於要採取更寬鬆或更嚴格的標準，則必須透過相關的刑事政策分析加以決定。

第六項 其他之限制

第一款 輔助性原則

私人逮捕的本質既為緊急權，故唯有在國家無法及時進行法益保護之急難狀況，方允許私人進行逮捕，此乃源自於緊急權之補充特徵，若私人能立即獲得警察人員的協助，便應當求助於國家執法人員，而非逕自發動逮捕。其次，若執法人員或其他具有管轄權之公務員接手處理，私人之逮捕權亦告終了⁷²³。

第二款 逮捕事由的限制

關於逮捕事由的限制，德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段除了將「犯罪當場被發覺或為人所追蹤」當作逮捕的前提要件外，另外更將逮捕的事由限制在兩種情況，亦即「有逃亡嫌疑」及「無法立即確認其身分」。日本刑事訴訟法第 217 條亦規定，犯 30 萬元以下罰金、拘留或罰款罪之現行犯，以犯罪人住所或姓名不明或犯罪人有逃亡可能為限，始適用現行犯逮捕之規定。此等逮捕事由限制，在我國法制中亦曾出現；大清刑事訴訟律草案第 203 條⁷²⁴規定，現行犯所犯罪行若屬於拘役罰金之罪者，必須以被告人姓名住址不明或被告人恐致逃亡為限，始得發動急速拘攝，以緩和對現行犯的自由侵害。學者亦有認為，對僅得科罰金或拘役之輕微犯罪，考慮到對法益侵害之均衡，應限於犯人之身分不明（住居所或姓名不明），或犯人有逃亡之虞時，方得發動現行犯逮捕⁷²⁵。

現行刑事訴訟法第 88 條雖未設有任何逮捕事由之限制，惟從私人現行犯逮捕之制度目的進行觀察，仍能得出限制之根據。按現行犯逮捕之目的無非在於確保將來被告到場，惟因犯罪在實施中或實施後即時發覺者，將使得犯罪之明白性獲得確保，因而重點並非釐清「是否」有犯罪發生，而是在查明「誰」是犯罪者。換言之，私人現行犯逮捕之主要目的應在確認犯罪行為人之身分並防止其逃亡，

最多僅能算是一種「類比例原則」之審查，背後根本原因亦在於私人行為毋庸受到嚴格意義的比例原則審查。

⁷²³ 此種限制在德國與美國學界均有人主張，請參見：Columbia Law Review Association, *The Law of Citizen's Arrest*, Columbia Law Review, Vol. 65, No. 3 (1965), p. 505; Jakobs, AT, 2. Aufl., 16/20; Schultheis, in: *Karlsruher Kommentar*, 6. Aufl., § 127 Rn. 21; Hilger, in: *Löwe/Rosenberg*, 26. Aufl., § 127 Rn. 27.

⁷²⁴ 請參見本論文本章第二節第三項。

⁷²⁵ 黃東熊／吳景芳，*刑事訴訟法論（上）*，第七版，三民出版社，2010 年，頁 139-142。

而不是個別犯罪情狀的調查，因此現行犯若無逃亡之虞且逮捕者已明確知悉行為人的身分（例如立法委員於立法院毆傷人、或兩人為舊識等情形），即無逮捕之必要。我國法雖未如同德國法般明確將「逃亡嫌疑」或「身分無法立即被確認」列為逮捕事由，但從逮捕行為的必要性審查，亦應能得出相同的結論。此外，從私人逮捕作為緊急權的角度，也能夠證立上述逮捕事由的限制，蓋犯罪行為人的身分若已獲得確認且無逃亡之虞，國家機關嗣後透過傳喚、拘提等方式就能達到確保被告在場之目的，此時根本沒有「緊急」之事態，則國家強制力獨占的誡命即應當遵守。

第四節 準現行犯逮捕規則之建構

刑事訴訟法第 88 條第 3 項規定：「有左列情形之一者，以現行犯論：一、被追呼為犯罪人者。二、因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。」此乃學理上之準現行犯。按照目前學說看法，現行犯與準現行犯最大之差別在於時間密接性，現行犯乃正在實施或實施甫終了之犯罪行為人，而準現行犯則對時間之密接要求略為放寬，可能距離犯罪終了已有一段時間。準現行犯立法之特色在於，為了確保犯人與犯罪之明白性，乃設有上述兩款法定列舉事由，國內學說對於個別事由之要件認定則存有若干爭議，茲分析如下：

第一項 被追呼為犯罪人者

第一款 追呼之意義

條文中所謂之「追呼」，究竟是以既追且呼方可，抑或屬於擇一要件，學者看法略有不同。有認為追而未呼或呼而未追，或追呼並非出自同一人，亦應包括在內⁷²⁶；但亦有認為若僅有追者而無呼者，究竟出於何等原因追攝逃者，他人乃無由知悉，故應不得認為其為準現行犯而逕予逮捕⁷²⁷。折衷看法則認為，應以當時客觀情形判斷是否足以令人相信逃逸者為犯罪行為人，追呼僅為輔助之判斷標準⁷²⁸。

⁷²⁶ 林永謀，刑事訴訟法釋論，三民出版社，2010 年，頁 428-429。

⁷²⁷ 褚劍鴻，刑事訴訟法論，第五版，臺灣商務印書館，2001 年，頁 165。

⁷²⁸ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），第六版，元照出版社，2010 年，頁 344。

究竟此要件該如何解釋適用，實涉及到「追呼條款」的歷史溯源及當代定位，特別是與普通法中追捕呼叫法則的關聯性。

第二款 源自普通法系統之追呼條款

追捕呼叫法則源自於古英格蘭的法律，其成文法化乃透過 1275 年愛德華一世頒布的威思敏斯特法(Statute of Westminster)及 1276 年的驗屍官法(De Officio Coronatoris)。一般通稱的追捕呼叫法(Statute of Hue and Cry)則係指 1285 年的溫徹斯特法(Statute of Winchester)，該法引進撒克遜時代就存在的追捕呼叫法則(the law of hue and cry)，逮捕犯罪者不僅是每個人的權利，更是義務，當聽見呼喊時，人民必須丟下手邊的工作加入追捕的行列；另一方面，只要發現罪犯亦有義務發出追捕呼叫，否則將被視為犯罪的同夥，成為被追捕的對象⁷²⁹。

在中世紀，普通法之追捕呼叫法則之影響範圍並不僅止於英格蘭，歐陸封建時期的訴訟程序亦延續早期法蘭克時代的傳統，將現行犯所適用的訴訟程序及法律效果擴張至犯罪行為結束一段時間後方為人所發覺的類型，其中最為重要者就是追捕呼叫法則(hue and cry; the pursuit by“haro”“harou”or“hareu”)的承認⁷³⁰，犯罪者雖未在犯罪當場被捕獲，然而若是透過民眾追捕呼叫而將犯罪者逮捕，此時仍將被視為現行犯。

追捕呼叫法則後來也為法國刑事訴訟法所承襲。法國自 1810 年開始施行之舊刑事訴訟法中已有準現行犯之規定，1959 年開始施行之新刑事訴訟法，有關現行犯逮捕之規定大體沿用舊制，將現行犯分成兩大類，亦即固有現行犯與準現行犯，而準現行犯之態樣之一就是「被公眾追捕呼叫為犯罪嫌疑人」。我國現行刑事訴訟法第 88 條第 3 項第 1 款乃沿襲民國 17 年刑事訴訟法第 49 條第 2 項第 1 款，當時主要乃參酌民國 10 年北洋政府頒布之刑事訴訟條例第 57 條，而刑訴條例又以大清刑事訴訟律草案第 202 條第 2 項為藍本修改而成，當時清政府參酌了日本⁷³¹、法國法例，首度引進「追呼條款」，普通法系統之追捕呼叫，自此進入我國法制中，並沿用至今。

第三款 追捕呼叫作為獨立法則的疑義

從條文文字來看，本款在適用上似乎只有「追呼」此一要件，只要被逮捕者

⁷²⁹ 詳細說明請參見本文第三章第二節第四項。

⁷³⁰ Adhémar Esmein, *A History of Continental Criminal Procedure: With Special Reference to France*, Cornell University Library (2009), p. 61.

⁷³¹ 事實上日本現行犯逮捕制度亦源自法國刑事訴訟法。

被他人追呼為犯罪人，逮捕即屬合法。是以學者多認為只要符合被追呼為犯罪人之事實，即可認其為準現行犯，與其是否為真正的犯罪人無關，此乃將「追呼條款」當作獨立的逮捕規則。惟從上述追呼條款的歷史溯源可知，追呼條款其實是源自於早期普通法系統的追捕呼叫法則，而當時之所以建立起追捕呼叫法則，實乃因英國直到1829年才有正式的警察機構，在中央式執法制度建立完備前，普通法乃將整套執法系統建立在公民的主動參與，故賦予民眾參與追捕的權限乃屬必要，透過追捕呼叫法則，一方面強制民眾參與追捕犯罪嫌疑人，他方面亦提供逮捕者廣泛的保障，只要是根據追捕呼叫而發動的逮捕即為合法⁷³²。然而在當代社會中這個法則已失去存在意義，蓋國家執法機制已經建立完備，私人涉入執法活動乃屬例外，無須亦不應容許私人如此輕易地發動逮捕，也因此，追捕呼叫法則在當代美國已不被接受為有效的逮捕規則，換言之，追捕呼叫法則不再是獨立的逮捕規則，私人發動逮捕的合法與否，均必須回歸各種犯罪類型之逮捕法則⁷³³。

本文認為，我國準現行犯中的追呼條款亦應解釋成立法者對私人逮捕所設下的「額外防護機制」，而不應將其視為獨立的逮捕規則，亦即對非現行犯的逮捕，除了有追呼事實外，尚應符合現行犯逮捕規則之要求，諸如「相當理由標準」以及「犯罪違犯命題」。此種操作模式亦能回應本文透過「在場」與「即時」兩個要件認定現行犯之目的，蓋於準現行犯之逮捕類型中，逮捕者未有親自對犯罪行為之見聞，為了衡平私人逮捕可能對第三人所造成之侵害，並減少誤捕的可能性，乃透過列舉條款限制準現行犯逮捕之容許範圍；反之，對於親自在場見聞犯罪之人，由於逮捕者乃基於第一手之觀察而認定犯行，發生誤認的可能性較小，因此毋庸透過列舉條款加以限制。換言之，本文的主張在於，現行犯與準現行犯的區分標準除了時間要素外，還要透過在場要素加以區隔，當逮捕者透過親自的觀察發覺犯罪行為，此時犯行的明白性已獲得確保，運用「相當理由標準」及「犯罪違犯命題」便能夠降低誤捕的可能；反之，當逮捕者並未透過第一手觀察獲悉犯行，或雖親自察覺犯行惟時間已經過甚久，此時難免會有誤認之情事發生，因此必須藉由法定列舉事由作為防護機制，逮捕者除了要通過「相當理由標準」及「犯罪違犯命題」的檢驗，更要具備法定之準現行犯逮捕事由，如「被追呼為犯罪人者」或「因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者」等要件，藉此彌補「在場」與「即時」要素的欠缺，如此亦適

⁷³² 即便在 17 世紀，根據追捕呼叫而為的逮捕依舊被認為是獨立的逮捕規則，請參見本文第三章第二節。

⁷³³ REST 2d TORTS §119.

度緩和了主流觀點單純以時間要素區隔現行犯與準現行犯之困難。

第二項 因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者

第一款 要件分析

所謂的「持有」，係指事實上為其實力所支配之物，並非謂必須持於手中，即便是藏在一定的處所，亦不失為持有，因而在家中發現兇器贓物，亦得認為屬於持有。其次，「兇器」、「贓物」僅是例示之規定，雖非兇器贓物，但露有犯罪之痕跡者，例如車輛留有血跡者，均可納入「其他物件」之範疇。而「贓物」乃指稱犯罪所得之物，亦不侷限於財產犯罪所得，即便是犯瀆職罪而收受之賄賂應也被認為係此處之贓物⁷³⁴，按照司法院大法官解釋第 90 號之見解，賄賂如為通貨，依照一般觀察可認為因犯罪所得者，亦屬贓物⁷³⁵。至於「身體」、「衣服」亦屬例示之規定，即便在他處露有犯罪痕跡，亦足以當之。由此可見，本要件之認定可謂極其寬鬆，能否有效防止誤捕的可能，學者多有存疑，因此有主張應該透過時間要素作為防堵機制。

第二款 時間之限制

根據刑事訴訟法第 88 條第 3 項第 2 款逕行逮捕準現行犯應否與犯罪時間相密接者為必要，若已過相當時間，能否再依該規定逮捕犯罪嫌疑人？此乃本款最大之爭議。

第一目 修法沿革

準現行犯之規定首見於大清刑事訴訟律草案第 202 條第 2 項⁷³⁶，該條規定並

⁷³⁴ 林永謀，刑事訴訟法釋論，三民出版社，2010 年，頁 429；褚劍鴻，刑事訴訟法論，第五版，臺灣商務印書館，2001 年，頁 166。

⁷³⁵ 「犯瀆職罪收受之賄賂，應認為刑事訴訟法第八十八條第三項第二款所稱之贓物。賄賂如為通貨，依一般觀察可認為因犯罪所得，而其持有並顯可疑為犯罪人者，亦有上述條款之適用。」

⁷³⁶ 「遇有下列情形，可疑為犯人者，準現行犯論：

第一 持有兇器、贓物或異常之物者；

第二 詢問姓名、住址等項將逃走者；

第三 被追呼為犯人者；

第四 於身體衣服等處顯露犯罪痕跡者。」

未對準現行犯設下時間限制，惟民國 10 年刑事訴訟條例第 57 條第 3 項⁷³⁷除將「詢問姓名、住址等項將逃走者」此款刪除外，對於「持有兇器贓物或其他物件可疑為該罪之犯人，或於身體衣服等處顯露犯該罪之痕迹者」此款尚設下 14 日內的限制。民國 17 年施行之舊刑事訴訟法第 42 條第 2 項第 2 款則將 14 日修正為「最近期間」⁷³⁸。迨民國 24 年修正全文後，除調整該條次外，文字內容亦同時修正，將準現行犯規定於第 88 條第 3 項⁷³⁹。值得注意的是，該項第 2 款放棄了時間之限制，將「最近期間」予以刪除。

第二目 學說立場

當立法者將第 88 條第 3 項第 2 款之時間限制刪除，於解釋論及適用論的層次是否能夠設下時間限制，學說爭議頗大。有認為現行犯的本質在於犯行之新鮮度，以準現行犯為由逮捕者，在時間上自應不得間隔過久，且考察法國⁷⁴⁰與日本⁷⁴¹立法例，均有時期之限制，僅準現行犯的時間密接程度較現行犯為寬鬆而已，並非完全放棄時間要素⁷⁴²。我國現行法關於準現行犯的立法過於寬鬆，只要符合條文中之規定，就算與犯行相隔甚久，依然得以加以逮捕，如此一來，對於被逮捕者權利保障嚴重不足。職是之故，就第 88 條第 3 項第 2 款的準現行犯，應在解釋論上增加時間限制，必須於犯行發生後不久(不超過數小時)始得認定為準現行犯而逕行逮捕⁷⁴³。惟亦有認為，第 88 條第 3 項第 2 款並無時間限制，縱間隔犯罪時間已久，苟發現此等情事，仍得認為乃準現行，並不以與犯罪時間密接為

⁷³⁷ 「有左列情形之一者以現行犯論：

- 一 被追呼為犯人者
- 二 於犯罪發覺後十四日內持有兇器贓物或其他物件可疑為該罪之犯人或於身體衣服等處顯露犯該罪之痕跡者。」

⁷³⁸ 「有左列情形之一者，以現行犯論。

- 一 被追呼為犯人者。
- 二 於犯罪發覺後，最近期間內持有兇器、贓物或其他物件，可疑為該罪之犯人，或於身體、衣服等處顯露犯該罪之痕跡者。」

⁷³⁹ 「有左列情形之一者，以現行犯論：

- 一 被追呼為犯罪人者。
- 二 因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。」

⁷⁴⁰ 法國刑事訴訟法第 53 條採取的標準是「犯罪實施後緊接的時間」。

⁷⁴¹ 日本刑事訴訟法第 212 條第 2 項採取的標準是「實行犯罪終了後不久」。

⁷⁴² 吳景芳，現行犯之研究，刑事法雜誌，第 27 卷第 2 期，1983 年，頁 50-51。

⁷⁴³ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），第六版，元照出版社，2010 年，頁 344-345；黃東熊／吳景芳，刑事訴訟法論（上），第七版，三民出版社，2010 年，頁 139-142。

必要⁷⁴⁴。

第三目 分析檢討

與「追呼條款」相同，本款作為準現行犯之認定事由亦有悠久的歷史淵源。在中世紀，對於人贓俱獲的竊賊可以不經過起訴而直接傳訊和審判，日耳曼法亦規定，當犯罪行為人從犯罪現場逃脫，則原告及檢舉人得以搜索住家進行贓物的搜尋，透過此種贓物追蹤（*Spurfolge*）的方式證明其有罪並加以逮捕，此時被捕者將被視為現行犯。惟此種追蹤程序以及隨之而來的逮捕受到嚴格的時間限制，若距離犯罪時點已逾一夜，原告即不享有此種特別逮捕權⁷⁴⁵，可見以此等規則認定準現行犯亦非毫無限制。

回歸我國現行法制，容許私人逮捕現行犯的原因在於犯行與犯人的明白性，惟隨著時間的經過，客觀明確性就會隨之遞減，為了降低誤捕的危險，犯罪終了與逮捕時間，似應有相當時間密接性。惟本文基於以下幾點理由，認為時間之限制並非必要。

首先，就歷史的文義解釋而言，立法者既然在民國 24 年的刑事訴訟法第 88 條第 3 項第 2 款明白將舊刑事訴訟法第 42 條第 2 項第 2 款中的「最近期間」刪除，可謂已放棄時間要素的限制。

此外，從體系解釋而言，刑事訴訟法第 92 條第 2 項規定：「司法警察官、司法警察逮捕或接受現行犯者，應即解送檢察官。但所犯最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪、告訴或請求乃論之罪，其告訴或請求已經撤回或已逾告訴期間者，得經檢察官之許可，不予解送。」換言之，即便已逾告訴期間，仍得逕行逮捕，而參照同法第 237 條第 1 項規定，告訴期間為 6 個月，兩相比較後，應可得知準現行犯逮捕之規定，難謂有時間限制⁷⁴⁶。

再者，就防止誤捕之危險而言，論者之所以強調時間的限制，多是擔心在如此寬泛的準現行犯認定標準下，幾乎無法確保犯罪及犯人的明白性，故轉而以時間要素加以調控。惟時間限制極其空泛，個案認定也難有固定標準，根本難以作為有效的防堵機制。事實上第 88 條第 3 項第 2 款亦並非指凡「持有兇器、贓物或其他物件，或於身體衣服等處露有犯罪痕跡」之人，即均可認為準現行犯，仍

⁷⁴⁴ 褚劍鴻，刑事訴訟法論，第五版，臺灣商務印書館，2001 年，頁 166。

⁷⁴⁵ Albrecht, *Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO*, Kiel 1970, S. 20 f.

⁷⁴⁶ 王兆鵬，刑事訴訟講義，第五版，元照出版社，2010 年，頁 258；林信旭，準現行犯逮捕後之附帶搜索（上），司法周刊，第 1480 期，2010 年，2-3 版。

須滿足「顯可疑為犯罪人」之要件⁷⁴⁷，可見，持有贓物等要素並非此款準現行犯逮捕之充分條件，透過「顯可疑為犯罪人」之要件，應足以確保犯行及犯人的明確性，也緩和了時間要素的欠缺。

最後，按照本文主張，現行犯與準現行犯之區別應在於「在場」與「即時」兩個要件差異，準現行犯認定之主要標準反而不是時間要素，而是逮捕者是否對犯行有第一手觀察，時間僅為輔助之判斷標準。既然逮捕者沒有親自在場見聞犯罪，便只能依靠二手資訊獲悉犯罪事實，惟二手資訊來源廣泛，可信度難以確保，因此準現行犯中的兩款規定「被追呼為犯罪人者」與「因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者」，可以說是一種法定「列舉式的二手資訊」；對於沒有在場見聞犯罪的人，除非是透過這兩種立法者列舉的二手資訊獲悉犯罪事實，否則不得逕行發動逮捕。且如同「追呼條款」的操作，立法者規定的兩款準現行犯認定基準僅是額外防護機制，並非獨立逮捕規則，對於未能在場見聞犯罪的逮捕者而言，除了要符合準現行犯逮捕之額外標準，仍須通過「相當理由標準」及「犯罪違犯命題」的檢驗。整體而言，按照本文所建構的準現行犯逮捕規則，立法者在刑事訴訟法第 88 條第 3 項準現行犯逮捕所採取的立法體例，根本不會有認定上過於寬鬆之問題，真正的問題反而是解釋者誤將兩款準現行犯之認定事由當作是獨立的逮捕規則，在錯誤解讀之下，又希冀時間要素能夠達到防堵的效果。事實上，無論是現行犯與準現行犯的分界，或準現行犯與非現行犯的分界，時間要素都不是判斷重點。

⁷⁴⁷ 日本刑事訴訟法第 212 條第 2 項並無此等規定。

第六章 結論

以下將本論文的重要結論與採納之命題摘錄如下：

一、

私人逮捕之法律關係涉及國家、逮捕者與被逮捕者間之三角結構，如要徹底解析私人逮捕制度，勢必要重視國家的角色。當代私人逮捕法制的重要議題在於，在國家強制力獨占之下，私人逮捕行為究竟應如何取得合法性？本文分析後發現，逮捕者之角色難以被歸類為行政受託人、行政助手、無因管理人、刑事訴追機關之代理人或國家利益之緊急救助者等現行法律制度下的既有規範，因此要了解私人逮捕行為之定性及正當性基礎，就必須從更根本的法理層面進行探討。

二、

強制力獨占作為規範誠命，強調的並非國家在事實上取得全面性的強制力獨占，而是國家對於「合法」強制力的獨占；除了國家之外，其他一切強制力的使用原則上應當被評價為非法。當私人逕行發動逮捕，通常會伴隨著物理上強制力的行使，干預被逮捕者身體移動自由，甚至可能造成被捕者身體或健康之傷害，在在顯示出私人逮捕與國家強制力獨占原則的緊張關係。因此，釐清私人逮捕行為與國家強制力獨占兩者之關係，將有助於確立私人逮捕之規範要件及限制準則，也是進一步建構私人逮捕法則的關鍵；國家為何不得處罰私人逮捕者，實涉及到私人逮捕的權利本質與權利基礎。

三、

固有權說主張逮捕權乃屬於人民之自然權，不可由國家加以限制甚至剝奪。惟本文認為，在國家刑罰權獨占與國家訴追原則下，國家不僅擁有對犯罪之實體刑罰權，且實現實體刑罰權亦屬國家獨占之任務，以刑事訴追之遂行為目的的強制處分，原則上亦應由國家機關為之。因此，私人逮捕已難認為屬於私人之「自助」權，更遑論透過固有權加以解釋。

四、

授與權說主張私人之所以得以逕行發動逮捕，乃基於國家授與之逮捕權限，使得人民在緊急的情況下，能夠立於執法人員的地位而行使逮捕權；在我國憲法第 8 條第 1 項的規範結構下，此觀點確實有可行性，惟立法者是否實際上將逮捕權限授與人民，尚必須從相關法律體制進行推論。本文認為，如從私人逮捕在當代法律制度下的定位觀察，可發現既有法律體制並不認為私人與國家機關所為之逮捕立於同地位。且就規範論層面而言，公權力之授與必然要伴隨著監督與防護機制，以確保公權力不會因為授權私人而遭到濫用；惟私人逕行發動之逮捕往往是在犯罪發生之當下或隨後所採取的急速措施，且逮捕者可能是「任何人」，因而在本質上就欠缺國家監督控管之可能性。再者，執意將相關憲法要求或公法原則適用到一般私人身上，不僅將造成規範體系的衝突，也忽略私人與執法人員的差異，使得私人逮捕法則在適用上產生僵化。採取功能論觀點的學者，過度強調私人逮捕所能達成的刑事訴追利益，將私人逮捕行為認定為公權力行使，推論上顯有速斷；且又在授與權的觀點下，進一步認為私人逮捕乃屬國家強制力獨占的「例外」，論證亦有矛盾，蓋在授與權觀點下，私人將被納入國家體制之中，成為「追捕竊賊的巡警」，私人所發動的逮捕實質上就是「代替國家機關之行為」，反而是貫徹了國家強制力獨占。

五、

在歷史觀照之下，本文認為私人逮捕乃呈現出三階段的轉換歷程。羅馬法時代的逮捕權，其權利基礎源自於私人的血讎報復權；私人在特定情況下成為刑罰之執行者，而逮捕權則是貫徹私刑罰權的「自助權」。12 世紀以降，以各領地領主為中心之公刑罰機制逐步建立，私人的血讎報復受到禁止，逮捕權從輔助被害人血讎報復之主張，逐漸轉化為協助統治者遂行刑事訴追的手段。此時期逮捕法制最大的特徵，在於統治者廣泛地將逮捕權授與一般私人，且透過法律明文課予私人逮捕犯罪者的義務；整套執法系統實際上是以私人為支柱，「代替國家機關之行為」(Handeln pro magistratu) 精確地描述了當時具有授與權特徵的逮捕權。惟現代職業警察制度於 19 世紀陸續建立後，確立了中央式的執法機制，國家強制力獨占之規範誠命因而得到貫徹，故私人逮捕在國家強制力獨占之下，已非授與權觀點所能解釋，而必須以緊急權作為權利基礎；易言之，在必須透過當下迅速之應變措施方得保全法益的特殊緊急或危難情況，既然國家無法履行保護人民免於

侵害的義務，自然也就不得主張合法的強制力獨占。因此，私人逮捕的權利本質最終轉化成國家不得加以處罰的「容許行為」，私人逮捕的立法規範僅為對逮捕行為的干預許可，並非逮捕權限的授與。在容許行為的權利本質下，私人逮捕並不涉及公權力之執行，逮捕者與被逮捕者之間僅為純粹之私人關係；相關的憲法要求及公法原則（諸如比例原則），即無由適用於私人逮捕之案型。在私人逮捕制度中真正發揮規範準則作用的，反而是立法者對於各種相衝突價值所為的政治裁量。

六、

我國刑事訴訟法第 88 條所規範的現行犯逮捕，並未對適用主體加以限制，因此，無論是具備偵查權限之國家機關或一般私人，均得援引第 88 條第 1 項作為阻卻違法事由。而本文所主張的第一個命題乃【**差異命題**】（the distinction thesis）：

「私人與國家機關所為的逮捕具有不同的權利本質與正當性基礎，並由此產生實踐上之區別。」

差異命題主要是強調，在建構現行犯逮捕法則時，應當緊扣私人作為逮捕主體，其特殊的權利本質與權利基礎。立法技術上雖然可將執法人員與一般私人之現行犯逮捕整合為單一條文，惟在建構法則的具體內容時，應當避免採取不區分逮捕者之一體適用規則。

七、

現行犯與準現行犯最大的差異，並非犯行與逮捕的時間緊密程度。本文主張時間要素僅為輔助之基準，不應將時間差異當作主要判斷準則，蓋時間要求並不是一個明確的判斷標準，全然仰賴時間緊密程度的區別標準將流於空泛。既然現行犯與準現行犯逮捕，各自有不同之規範準則，因此在類型區分上應當有更加明確的標準。本文主張，關鍵基準應該是「在場要求」，也就是認定準現行犯的主要標準在於逮捕者是否親自在場見聞犯罪，或僅僅依靠二手資訊獲悉犯罪事實；唯有逮捕者基於第一手觀察（*firsthand observation*）親自發覺犯罪，方屬現行犯逮捕之範疇。因此，在「犯罪實施後即時發覺所為的逮捕」之類型，既然立法者將其劃歸為現行犯逮捕之範疇，自然應當滿足在場要求。如此便緩和了時間要素的

操作困難，也使得現行犯的認定更加明確。

八、

現行犯逮捕法則應當從混合模式的觀點出發，一方面區隔執法人員與私人所適用的逮捕規則，他方面亦採取事前觀點與事後觀點之交錯運用。本文主張以事前觀點判斷被逮捕者的犯罪嫌疑，以事後觀點判斷犯罪的存否；以此呼應私人逮捕制度之規範目的：釐清犯罪者嫌疑，而非犯罪嫌疑。換言之，現行犯逮捕法則乃透過「相當理由標準」與「犯罪違犯命題」加以操作，具體內容如下：

【相當理由標準】

「逮捕者根據逮捕當下之事實及情況，客觀上形成相當之確信，認為被逮捕者為犯罪行為人。」

【犯罪違犯命題】

「一般私人所發動的現行犯逮捕必須以該犯罪在事實上發生為前提。」

九、

關於比例原則的適用，本文認為，無論在「能否發動逮捕」或「逮捕手段之審查」兩個層次，比例原則均無適用之餘地，不僅是因私人逮捕行為並非公權力行使，更是源自於問題的本質屬性；在能否發動逮捕的問題上，關鍵應是立法者之判斷，蓋立法者既然在此享有廣泛之裁量權限，自能決定在何等範圍內容許私人逮捕。從條文描述來看，可以得知立法者已經選擇了以「現行犯」作為發動逮捕之要件，則犯行的嚴重度應非考量重點。而在可得採取的手段認定上，真正重要的並非比例原則的適用，關鍵反而是法律保留原則的審查；本文認為，無法被規範文義所涵蓋之干預方式，除非該等干預相較於強制、剝奪行動自由及身體傷害，屬於更加輕微的侵害，否則皆不應准許。至於手段在個案中是否合乎比例的審查，本文則認為「公權力論據」並不足採，蓋公權力論據的正當性源自於授與權說，惟授與權說已不足以解釋當代法律秩序下的私人逮捕，毋寧必須透過容許行為的概念方得以理解私人逮捕的正當性。因此，發動逮捕之私人既非國家高權之承擔者，自然不應透過比例原則加以審查。至於在跳脫比例原則的框架後，要採取更寬鬆或更嚴格的標準，本文認為應當考察相關的刑事政策加以決定，並無固定之基

準。

十、

準現行犯逮捕法則的建構，涉及刑事訴訟法第 88 條第 3 項兩款準現行犯認定標準的適用。本文主張，立法者所設計的兩款準現行犯認定基準並非獨立的逮捕規則，而是逮捕法則額外的防護機制。現行犯與準現行犯的主要區別既然為「在場要求」；對於未能親自在場見聞犯罪的逮捕者，除非是透過這兩款立法者列舉的第二手資訊獲悉犯罪事實，否則不得逕行發動逮捕。因此，準現行犯的逮捕法則乃透過「相當理由標準」、「犯罪違犯命題」與法定「列舉式第二手資訊」三標準加以操作，至於時間要素的限制，本文則認為並非必要。

參考文獻

一、中文文獻

(一) 教科書

1. 王兆鵬，刑事訴訟講義，第五版，元照出版社，2010年。
2. 王兆鵬，美國刑事訴訟法，第二版，元照出版社，2007年。
3. 王澤鑑，債法原理（一），元照出版社，2009年。
4. 甘添貴，刑法各論（下），三民出版社，2010年。
5. 朱石炎，刑事訴訟法論，第二版，三民出版社，2009年。
6. 李惠宗，憲法要義，第五版，元照出版社，2009年。
7. 林山田，刑法通論（上），第十版，自版，2008年。
8. 林山田，刑法各罪論（下），第五版，自版，2006年。
9. 林永謀，刑事訴訟法釋論，三民出版社，2010年。
10. 林東茂，刑法綜覽，第六版，一品文化出版社，2009年。
11. 林俊益，刑事訴訟法概論（上），第十二版，新學林出版社，2011年。
12. 林鈺雄，新刑法總則，第三版，元照出版社，2011年。
13. 林鈺雄，刑事訴訟法（上），第六版，元照出版社，2010年。
14. 陳子平，刑法總論，第二版，元照出版社，2008年。
15. 陳敏，行政法總論，第七版，新學林出版社，2011年。
16. 黃仲夫，刑法精義，第二十七版，元照出版社，2011年。
17. 黃東熊／吳景芳，刑事訴訟法論（上），第七版，三民出版社，2010年。
18. 黃翰義，刑法總則新論，元照出版社，2010年。
19. 黃朝義，刑事訴訟法，第二版，新學林出版社，2009年。
20. 黃榮堅，基礎刑法學（上），第三版，元照出版社，2006年。
21. 張建偉主編，刑事訴訟法，高等教育出版社，2011年。
22. 張麗卿，刑法總則理論與運用，第三版，五南出版社，2007年。
23. 褚劍鴻，刑事訴訟法論，第五版，臺灣商務印書館，2001年。
24. 蔡墩銘，刑法總論，第九版，三民出版社，2011年。
25. 蔡墩銘，刑事訴訟法概要，第五版，三民出版社，2010年。

(二) 專書與專論

1. Arno Borst 著，瞿德瑜譯，歐洲中古生活型態（上），凡識書屋，2011 年。
2. Christian Starck 著，李建良等譯，法學、憲法法院審判權與基本權利，元照出版社，2006 年。
3. Wolfgang Sofsky 著，邱慈貞譯，暴力十二章，玉山社，2006 年。
4. 余振華，刑法違法性理論，第二版，自版，2010 年。
5. 林正弘，邏輯，三民出版社，1986 年。
6. 陳自強，契約之成立與生效，新學林出版社，2005 年。
7. 陳惠馨，德國法制史：從日耳曼到近代，國立政治大學法學叢書 56，元照出版社，2007 年。
8. 黃源盛，民初大理院與裁判，元照出版社，2011 年。
9. 黃慶明，實然應然問題探微，鵝湖出版社，1993 年。
10. 郭衛、周定枚編輯，中華民國六法理由、判解匯編，第五冊刑訴，上海法學會編譯社會文堂新記書局，1933 年。
11. 萬毅，中國大陸刑事訴訟法—理論與實務，元照出版社，2009 年。
12. 鄭愛諷編輯，刑事訴訟條例匯覽，世界書局，1925 年。
13. 顏厥安，法、理性與論證—Robert Alexy 的法論證理論，法與實踐理性，允晨文化出版社，1998 年。

(三) 期刊論文

1. Kerner 著，許澤天譯，德國普通刑事程序的新發展（上）—從法定原則走向便宜原則，月旦法學雜誌，第 141 期，2007 年，頁 244-252。
2. 王鵬翔，規則、原則與法律說理，月旦法學教室，第 53 期，2007 年，頁 74-83。
3. 王鵬翔，規則是法律推理的排他理由嗎？，載：王鵬翔主編，2008 法律思想與社會變遷，中央研究院法律學研究所籌備處專書(7)，2008 年，頁 345-386。
4. 米丸恆治著，劉宗德譯，公私協力與私人行使權力，月旦法學雜誌，第 173 期，2009 年，頁 241-252。
5. 吳景芳，現行犯之研究，刑事法雜誌，第 27 卷第 2 期，1983 年，頁 48-64。
6. 林鈺雄，對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分，台灣本土法學雜誌，第 55 期，2004 年，頁 56-78。
7. 林信旭，準現行犯逮捕後之附帶搜索（上），司法周刊，第 1480 期，2010

年，2-3 版。

8. 許恒達，「實體真實發現主義」之知識形構與概念考古—以中世紀至現代初期之德國刑事程序發展史為中心，政大法學評論，第 101 期，2008 年，頁 137-192。
9. 許澤天，阻卻違法事由—正當防衛與現行犯逮捕，法學講座，第 4 期，2002 年，頁 85-95。
10. 張天一，財產犯罪在歐陸法制史上之發展軌跡—從羅馬法時代至現代德國法，玄奘法律學報，第 8 期，2007 年，頁 180。
11. 張天一，對正當防衛受社會道德限制之再檢討，刑事法雜誌，第 45 卷第 4 期，2001 年，頁 71-123。
12. 楊雲驊，現行犯逮捕，月旦法學教室，第 60 期，2007 年，頁 20-21。
13. 楊雲驊，逮捕現行犯與比例原則，法學講座，第 26 期，2004 年，頁 75-86。
14. 蔡墩銘，犯罪嫌疑之研究，臺大法學論叢，第 21 卷第 2 期，1992 年，頁 65-96。
15. 簡士淳，論國家對刑罰權的獨占—建構刑罰理論的內部論證，刑事法雜誌，第 55 卷第 3 期，頁 33-60。

(四) 學位論文

楊雲驊，行政委託制度之研究，台大法研所碩士論文，1993 年。

二、德文文獻

<i>Albrecht, Jobst</i>	
1.	Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, Kiel 1970.
<i>Anter, Andreas</i>	
2.	Max Webers Theorie des modernen Staates: Herkunft, Struktur und Bedeutung, Berlin 1995.
<i>Arzt, Gunther</i>	
3.	Zum privaten Festnahmerecht, in: Karl Heinz Gössel/Hans Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag, München 1985 (zit.: FS Kleinknecht)
<i>Battis, Ulrich</i>	
4.	Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2002.
<i>Baumann, Jürgen/Weber Ulrich/Mitsch Wolfgang</i>	
5.	Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Bielefeld 2003 (zit.: AT).
<i>Beulke, Werner</i>	
6.	Strafprozessrecht, 10. Aufl., Heidelberg 2008.
<i>Borchert, Osnabrück</i>	
7.	Die vorläufige Festnahme nach § 127 StPO, JA 1982, 338 ff.
<i>Bülte, Jens</i>	
8.	§ 127 Abs. 1 Satz 1 StPO als Eingriffsbefugnis für den Bürger und als

	Rechtfertigungsgrund, ZStW 121 (2009), 377 ff.
9.	Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im deutschen Notwehrrecht aus verfassungsrechtlicher und europäischer Perspektive, GA 2011, 145 ff.
<i>Burgi, Martin</i>	
10.	Ericksen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., Berlin 2005.
<i>Erbguth, Wilfried</i>	
11.	Allgemeines Verwaltungsrecht, Baden 2005.
<i>Eser, Albin</i>	
12.	Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., München 2006 (zit.: Schönke/Schröder).
<i>Fezer, Gerhard</i>	
13.	Strafprozessrecht, 2. Aufl., München 1995.
<i>Fincke, Martin</i>	
14.	Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, 87 ff.
15.	Darf sich eine Privatperson bei der Festnahme nach § 127 StPO irren?, GA 1971, 41 ff.
<i>Fisahn, Andreas</i>	
16.	Legitimation des Gewaltmonopols, KritV 2011, 4 ff.
<i>Frauenstädt, Paul</i>	
17.	Blutrache Und Todtschlagsühne Im Deutschen Mittelalter: Studien Zur Deutschen Kultur- Und Rechtsgeschichte, Leipzig 1881.
<i>Frister, Helmut</i>	
18.	Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., München 2009.
19.	Zur Einschränkung des Notwehrrechts durch Art. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention, GA 1985, 553 ff.
<i>Gropp, Walter</i>	
20.	Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 2001 (zit.: AT).
<i>Haller, Klaus/Conzen, Klaus</i>	
21.	Das Strafverfahren: Eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen, 4. Aufl., Heidelberg 2006 (zit.: Strafverfahren).
<i>Hellmann, Uwe</i>	
22.	Strafprozessrecht, 2. Aufl., Berlin 2006.
<i>Hilger, Hans</i>	
23.	Erb (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 26. Aufl., Berlin 2007 (zit.: Löwe/Rosenberg).
<i>Hillgruber, Christian</i>	
24.	Der Staat des Grundgesetzes-nur „bedingt“ abwehrbereit ?, JZ 2007, 209 ff.
<i>Hobbes, Thomas</i>	
25.	Der Leviathan, Köln 2009.
<i>Hofmann, Hasso</i>	
26.	Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, Darmstadt 2000.
<i>Holzlöhner, Helmut</i>	
27.	Die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit als Prinzipien des Strafverfahrens, Kiel 1968.
<i>Hummler, Alexander-Josef</i>	
28.	Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr, Tübingen 1998.
<i>Jakobs, Günther</i>	
29.	Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2.

	Aufl., Berlin 1991 (zit.: AT).
	<i>Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas</i>
30.	Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin 1996 (zit.: AT).
	<i>Joachimski, Jupp/Haumer, Christine</i>
31.	Strafverfahrensrecht: Kurzlehrbuch zur Vorbereitung auf die zweite juristische Staatsprüfung, 5. Aufl., Stuttgart 2006 (zit.: Strafverfahrensrecht).
	<i>Karamuntzos, Anastasius</i>
32.	Die vorläufige Festnahme bei Flagrantdelikten, Bonn 1954.
	<i>Kargl, Walter</i>
33.	Inhalt und Begründung der Festnahmebefugnis nach § 127 I StPO, NStZ 2000, 8 ff.
	<i>Kindhäuser, Urs</i>
34.	Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Baden 2008 (zit.: AT).
35.	Strafprozessrecht, Baden 2006.
	<i>Kluszczewski, Diethelm</i>
36.	Strafrecht, Allgemeiner Teil: Examensrelevantes Kernwissen im Grundriss, Bonn 2008.
	<i>Klose, Peter</i>
37.	Notrecht des Staates aus staatlicher Rechtsnot-Zum rechtlichen Funktionszusammenhang zwischen Notwehr und Gefahrenabwehr, ZStW 89 (1977), 61 ff.
	<i>Knobl, Wolfgang</i>
38.	Polizei und Herrschaft im Modernisierungsprozess: Staatsbildung und innere Sicherheit in Preussen, England und Amerika 1700-1914, Campus 1998.
	<i>Koch, Burkhard</i>
39.	Prinzipientheorie der Notwehrein-schränkungen, ZStW 104 (1992), 785 ff.
	<i>Kramer, Bernhard</i>
40.	„Jedermann“ nach § 127 Abs. 1 StPO: Staatsanwälte und Polizeibeamte?, MDR 1993, 111 ff.
	<i>Krauß, Hoffmann-Holland</i>
41.	Graf (Hrsg.), Strafprozessordnung, München 2010.
	<i>Krause, Dietmar</i>
42.	Schlüchter (Hrsg.), Kriminalistik und Strafrecht, Festschrift für Friedrich Geerds zum 70. Geburtstag, Lübeck 1995, S. 489 ff.
	<i>Krey, Volker</i>
43.	Deutsches Strafverfahrensrecht, Band I, Stuttgart 2006.
44.	Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 2.Aufl., Stuttgart 2004 (zit.: AT I).
45.	Zur Einschränkung des Notwehrrechts bei der Verteidigung von Sachgütern, JZ 1979, 702 ff.
	<i>Krüger, Ralf</i>
46.	Die Bedeutung der Menschenrechtskonvention für das deutsche Notwehrrecht, NJW 1970, 1483 ff.
	<i>Kühl, Kristian</i>
47.	Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2008 (zit.: AT).
	<i>Kühl/Reichold/Ronellenfitsch</i>
48.	Einführung in die Rechtswissenschaft, München 2011.
	<i>Kühne, Hans-Heiner</i>
49.	Strafprozessrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2007.

<i>Kunz, Karl-Ludwig/Mona, Martino</i>	
50.	Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie: Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern 2006.
<i>Lenckner, Theodor</i>	
51.	Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., München 2006 (zit.: Schönke/Schröder).
<i>Marxen, Klaus</i>	
52.	Zum Begriff der frischen Tat in § 127 Abs. 1 StPO, in: Küper/Welp (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993.
<i>Maurach, Reinhart /Zipf, Heinz</i>	
53.	Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl., Heidelberg 1992.
<i>Maurer, Hartmut</i>	
54.	Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., München 2006.
<i>Merten, Detlef</i>	
55.	Rechtsstaatsdämmerung, in: Schreiber (Hrsg.), Polizeilicher Eingriff und Grundrechte: Festschrift für Rudolf Samper, Stuttgart 1982.
<i>Meyer-Goßner</i>	
56.	Strafprozessordnung, 54. Aufl., München 2011.
<i>Müller, Christian</i>	
57.	Das staatliche Gewaltmonopol-Historische Entwicklung, verfassungsrechtliche Bedeutung und aktuelle Rechtsfragen, Berlin 2007.
<i>Naucke, Wolfgang</i>	
58.	Das Strafprozeßänderungsgesetz und die vorläufige Verhaftung nach § 127 StPO, NJW 1968, 1225 ff.
<i>Otto, Harro</i>	
59.	Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., Berlin 2004 (zit.: Grundkurs Strafrecht).
60.	Problem der vorläufigen Festnahme, § 127 StPO, Jura 2003, 685 ff.
<i>Puppe, Ingeborg</i>	
61.	Kleine Schule des Juristischen Denkens, Göttingen 2008.
<i>Ranft, Otfried</i>	
62.	Strafprozeßrecht, 3. Aufl., Stuttgart 2005.
<i>Roxin, Claus</i>	
63.	Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., München 2006 (zit.: AT I).
<i>Roxin, Claus/Schünemann, Bernd</i>	
64.	Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., München 2009.
<i>Rüping, Hinrich</i>	
65.	Das Strafverfahren, 3. Aufl., 1997 München.
<i>Satzger, Helmut</i>	
66.	Das Jedermann-Festnahmerecht nach § 127 I 1 StPO als Rechtfertigungsgrund, Jura 2009, 107 ff.
<i>Schimpfhauser</i>	
67.	Das Gewaltmonopol des Staates als Grenze der Privatisierung von Staatsaufgaben, in: Bethge (Hrsg.), Studien und Materialien zum Öffentlichen Recht, Band 33, Frankfurt 2009.
<i>Schmidt, Eberhard</i>	
68.	Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl., Göttingen 1965.

<i>Schröder, Christian</i>	
69.	Das Festnahmerecht Privater und die Teilrechtfertigung unerlaubter Festnahmehandlungen (§ 127 Abs. 1 S. 1 StPO), Jura 1999, 13.
<i>Schroeder, Friedrich-Christian</i>	
70.	Die Notwehr als Indikator politischer Grundanschauungen, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach, Karlsruhe 1972.
<i>Schultheis, Ullrich</i>	
71.	Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl., München 2008 (zit.: Karlsruher Kommentar).
<i>Trockels, Martin</i>	
72.	Schweickhardt/Vondung (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., Stuttgart 2010.
<i>Tilkorn, Meike</i>	
73.	Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach §127 Absatz 1 Satz 1 StPO, Münster 2001.
<i>Verrel, Torsten</i>	
74.	Kinderdelinquenz-ein strafprozessuales Tabu?, NStZ 2001, 284 ff.
<i>Wagner, Markus</i>	
75.	Das allgemeine Festnahmerecht gem. §127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtfertigungsgrund, ZJS 6 (2011), 456.
<i>Waldstein, Wolfgang/Rainer, Michael</i>	
76.	Römische Rechtsgeschichte, 10. Aufl., München 2005.
<i>Weber, Max</i>	
77.	Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehenden Soziologie, 5. Aufl., Tübingen 1980.
<i>Wessels, Johannes/Beulke, Werner</i>	
78.	Strafrecht Allgemeiner Teil, 38. Aufl., Heidelberg 2008 (zit.: AT).
<i>Wiedenbrüg, Gernot</i>	
79.	Nochmals: Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, 418 ff.
<i>Zippelius, Reinhold</i>	
80.	Allgemeine Staatslehre: Politikwissenschaft, 16. Aufl., München 2010.

三、英文文獻

<i>Adhémar Esmein</i>	
1.	A History of Continental Criminal Procedure: With Special Reference to France, Cornell University Library (2009).
<i>A. John Simmons</i>	
2.	Political Philosophy, Oxford University Press (2008).
<i>Akhil Reed Amar</i>	
3.	The Fourth Amendment, Boston, and the Writs of Assistance, Suffolk University Law Review, Vol. 53 (1996), pp. 53-80.
<i>Alan Watson</i>	
4.	Society and Legal Change, Temple University Press, 2nd ed. (2001).
<i>Albert R. Jonsen/Stephen Toulmin</i>	
5.	The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning, University of California Press (1988).
<i>Boaz Sango</i>	
6.	Self-Defence in Criminal Law, Hart Publishing (2006).

<i>Charles Nemeth</i>	
7.	Private Security and the Law, Butterworth-Heinemann, 3rd ed. (2004).
<i>Charles Tilly</i>	
8.	Coercion, Capital, and European States, AD 990-1990, Basil Blackwell (1989).
<i>Clive Emsley</i>	
9.	Crime, Police, and Penal Policy: European Experiences 1750-1940, Oxford University Press (2007).
10.	Gendarmes and the State in Nineteenth: Century Europe, Oxford University Press (1999).
11.	The English Police: A Political and Social History, Longman, 2 nd ed. (1996).
<i>Columbia Law Review Association</i>	
12.	The Law of Citizen's Arrest, Columbia Law Review, Vol. 65, No. 3 (1965), pp. 502-513.
<i>Craig D. Uchida</i>	
13.	The Development of the American Police: An Historical Overview, in: Roger G. Dunham and Geoffrey P. Alpert (ed.), Critical Issues in Policing: Contemporary Readings, Waveland Press (2004), pp. 1-33.
<i>Elaine A. Reynolds</i>	
14.	Before the Bobbies: The Night Watch and Police Reform in Metropolitan London, 1720-1830, Stanford University Press (1998).
<i>Elliot Aronson</i>	
15.	Social Psychology, Pearson Prentice-Hall, 6th ed. (2007).
<i>Franz Neumann</i>	
16.	Behemoth: The Structure and Practice of National Socialism 1933-1944, Octagon Books, 2 nd ed. (1963).
<i>George P. Fletcher</i>	
17.	Rethinking Criminal Law, Oxford University Press (2000).
<i>Gerald Howson</i>	
18.	Thief-Taker General: Jonathan Wild and the Emergence of Crime and Corruption as a Way of Life in Eighteenth-Century England, Transaction Books (1985).
<i>Harvey L. Ziff</i>	
19.	Seizures by Private Parties: Exclusion in Criminal Cases, Stanford Law Review, Vol. 19, No. 3 (1967), pp. 608-618.
<i>H. B. Simpson</i>	
20.	The Office of Constable, The English Historical Review, Vol. 10, No. 40 (1895), pp. 625-641.
<i>Horace L. Wilgus</i>	
21.	Arrest without a Warrant, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 8 (1924), pp. 798-822.
22.	Arrest without a Warrant, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 7 (1924), pp. 673-709.
23.	Arrest without a Warrant, Michigan Law Review, Vol. 22, No. 6 (1924), pp. 541-577.
<i>H. R. T. Summerson</i>	
24.	The Structure of Law Enforcement in Thirteenth Century England, The American Journal of Legal History, Vol. 23, No. 4 (1979), pp. 313-328.
<i>Immanuel Kant</i>	
25.	Metaphysical Elements of Justice, Hackett, 2 nd ed. (1999).

<i>James Q. Whitman</i>	
26.	The Origins of Reasonable Doubt: Theological Roots of the Criminal Trial, Yale University Press (2008).
<i>Jerome Hall</i>	
27.	Legal and Social Aspects of Arrest without a Warrant, Harvard Law Review, Vol. 49, No. 4 (1936), pp. 566-592.
<i>J. H Baker</i>	
28.	Criminal Courts and Procedure at Common Law 1550-1800, in: J. S. Cockburn (ed.), Crime in England 1550-1800, Princeton University Press (1977), pp. 15-48.
<i>J. M. Beattie</i>	
29.	Sir John Fielding and Public Justice: The Bow Street Magistrates' Court, 1754-1780, Law and History Review, Vol. 25, No. 1 (2007).
30.	Policing and Punishment in London 1660-1750: Urban Crime and the Limits of Terror, Oxford University Press (2001).
<i>Joan Kent</i>	
31.	The English Village Constable, 1580-1642: The Nature and Dilemmas of the Office, Journal of British Studies, Vol. 20, No. 2 (1981), pp. 26-49.
<i>John Hudson</i>	
32.	The Formation of the English Common Law: Law and Society in England From the Norman Conquest to Magna Carta, Longman (1996).
<i>John Locke</i>	
33.	Two Treatises of Government, Ian Shapiro (ed.), Yale University Press (2003).
<i>John S. Dryzek/Bonnie Honig</i>	
34.	The Oxford Handbook of Political Theory, Oxford University Press (2006).
<i>Juliet Vale</i>	
35.	Violence and the Tournament, in: Richard W. Kaeuper (ed.), Violence in Medieval Society, Boydell Press (2000), pp. 143-158.
<i>Karen S. Kopitsky</i>	
36.	How the Scope of States' Citizen's Arrest Statutes Affects the Activity Level of Vigilante Groups on the U.S.-Mexico Border, Journal of Gender, Race & Justice, Vol. 11, No. 2 (2008), pp. 307-336.
<i>Kimberly Kessler Ferzan</i>	
37.	Self-Defense and the State, Ohio State Journal of Criminal Law, Vol. 5, No. 2 (2008).
<i>Kwame Anthiny Appiah</i>	
38.	Thinking It Through: An Introduction to Contemporary Philosophy, Oxford University Press (2003).
<i>Lael Harrison</i>	
39.	Citizen's Arrest or Police Arrest? Defining the Scope of Alaska's Delegated Citizen's Arrest Doctrine, Washington Law Review, Vol. 82, No. 2 (2007), pp. 431-453.
<i>Leon Radzinowicz</i>	
40.	A History of England Criminal Law and its Administration from 1750, Vol. 1, Stevens & Sons (1948).
<i>Malcolm Vale</i>	
41.	Aristocratic Violence: Trial by Battle in the Later Middle Ages, in: Richard W. Kaeuper (ed.), Violence in Medieval Society, Boydell Press (2000), pp. 159-181.

<i>Matthew Hale</i>	
42.	The History of the Pleas of the Crown, Vol. 2, 1 ed., et al., Historia Placitorum Coronae, [lxxxvii] (1847).
<i>M. Cherif Bassiouni</i>	
43.	Citizen's Arrest: The Law of Arrest, Search, and Seizure for Private Citizens and Private Police, Charles C Thomas (1977).
<i>Michael A. Hogg/Joel Cooper</i>	
44.	The Sage Handbook of Social Psychology, Sage (2003).
<i>Max Weber</i>	
45.	Bryan S. Turner (ed.), From Max Weber: Essays in sociology, Routledge (1991).
<i>Paul Smith</i>	
46.	Moral and Political Philosophy: Key Issues, Concepts and Theories, Palgrave Macmillan (2008).
<i>R.C. van Caenegem</i>	
47.	Judges, Legislators, and Professors: Chapters in European Legal History, Cambridge University Press (1987).
<i>Reinhard Zimmermann</i>	
48.	The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press (1996).
<i>Richard W. Kaeuper</i>	
49.	Chivalry and the 'Civilizing Process', in: Richard W. Kaeuper (ed.), Violence in Medieval Society, Boydell Press (2000), pp. 21-35.
<i>Robert A. Baron, Donn Byrne, Nyla R. Branscombe</i>	
50.	Mastering Social Psychology, Pearson Allyn & Bacon (2007).
<i>Robert Paul Wolff</i>	
51.	On Violence, The Journal of Philosophy, Vol. 66, No. 19 (1969), pp. 601-616.
<i>Ruggero J. Aldisert</i>	
52.	Logic for Lawyers: A Guide to Clear Legal Thinking, Contemporary Medical Education (2001).
<i>Sanford H. Kadish</i>	
53.	Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law, California Law Review, Vol. 64, No. 4 (1976).
<i>T. A. Critchley</i>	
54.	A History of Police in England and Wales: 900-1966, Constable (1967).
<i>Theodore Frank Thomas Plucknett</i>	
55.	A Concise History of the Common Law, Brown and Company, 5th ed. (1956).
<i>Victor E. Schwartz/Kathryn Kelly/David F. Partlett</i>	
56.	Torts, Foundation Press, 11th ed. (2005).
<i>Wayne R. LaFave</i>	
57.	Criminal Law, Hornbook Series, 4th ed. (2003).
<i>William A. Schroeder</i>	
58.	Warrantless Misdemeanor Arrests and the Fourth Amendment, Missouri Law Review, Vol. 58, No. 4 (1993), pp. 771-854.
<i>William Blackstone</i>	
59.	Commentaries on the Laws of England, Vol. 4, University of Chicago Press (1979).
60.	Commentaries on the Laws of England, Vol. 3, University of Chicago Press (1979).

<i>William Hawkins</i>	
61.	A treatise of the pleas of the Crown, Vol. 2, Eighteenth Century Collections Online: Range 5261.
<i>W. Page Keeton</i>	
62.	Prosser and Keeton on the Law of Torts, West, 5th ed. (1984).

附錄：美國各州公民逮捕立法選錄

1、內華達州 (TITLE 14 PROCEDURE IN CRIMINAL CASES Chapter 171 Proceedings to Commitment NRS 171.126 Arrest by private person.)

NRS 171.126. Arrest by private person. A private person may arrest another:

1. For a public offense committed or attempted in the person's presence.
2. When the person arrested has committed a felony, although not in the person's presence.
3. When a felony has been in fact committed, and the private person has reasonable cause for believing the person arrested to have committed it.

2、密西西比州 (Mississippi Code TITLE 99 - CRIMINAL PROCEDURE Chapter 3 - Arrests. 99-3-7- When arrests may be made without warrant.)

§ 99-3-7. When arrests may be made without warrant.

(1) An officer or private person may arrest any person without warrant, for an indictable offense committed, or a breach of the peace threatened or attempted in his presence; or when a person has committed a felony, though not in his presence; or when a felony has been committed, and he has reasonable ground to suspect and believe the person proposed to be arrested to have committed it; or on a charge, made upon reasonable cause, of the commission of a felony by the party proposed to be arrested. And in all cases of arrests without warrant, the person making such arrest must inform the accused of the object and cause of the arrest, except when he is in the actual commission of the offense, or is arrested on pursuit.

3、紐約州 (N.Y. CPL. LAW §140.30: NY Code- Section 140.30: Arrest without a warrant; by any person; when and where authorized.)

§ 140.30. Arrest without a warrant; by any person; when and where authorized.

1. Subject to the provisions of subdivision two, any person may arrest another person (a) for a felony when the latter has in fact committed such felony, and (b) for any offense when the latter has in fact committed such offense in his presence.
2. Such an arrest, if for a felony, may be made anywhere in the state. If the arrest is for an offense other than a felony, it may be made only in the county in which such offense was committed.

4、肯塔基州 (431.005 Arrest by peace officers- By private persons.)

- (6) A private person may make an arrest when a felony has been committed in fact and he has probable cause to believe that the person being arrested has committed it.

5、愛達荷州 (TITLE 19 CRIMINAL PROCEDURE CHAPTER 6 ARREST.)

19-604. WHEN PRIVATE PERSON MAY ARREST. A private person may arrest another:

1. For a public offense committed or attempted in his presence.
2. When the person arrested has committed a felony, although not in his presence.
3. When a felony has been in fact committed, and he has reasonable cause for believing the person arrested to have committed it.

19-614. Duty of private person making arrest. A private person who has arrested another for the commission of a public offense must, without unnecessary delay, take the person arrested before a magistrate, or deliver him to a peace officer.

6、田納西州 (Title 40 - Criminal Procedure Chapter 7 - Arrest Part 1 - General Provisions 40-7-109 - Arrest by private person Grounds.)

40-7-109. Arrest by private person Grounds.

- (a) A private person may arrest another:
 - (1) For a public offense committed in the arresting person's presence;
 - (2) When the person arrested has committed a felony, although not in the

arresting person's presence; or

(3) When a felony has been committed, and the arresting person has reasonable cause to believe that the person arrested committed the felony.

(b) A private person who makes an arrest of another pursuant to the provisions of §§ 40-7-109 40-7-115 shall receive no arrest fee or compensation for the arrest.

7、亞利桑那州(Revised Statutes §13-3884 Arrest by private person.)

§13-3884 A private person may make an arrest:

1. When the person to be arrested has in his presence committed a misdemeanor amounting to a breach of the peace, or a felony.
2. When a felony has been in fact committed and he has reasonable ground to believe that the person to be arrested has committed it.

8、加利福尼亞州 (California Penal Code Sections 833-851.90 CHAPTER 5. ARREST, BY WHOM AND HOW MADE)

837. A private person may arrest another:

1. For a public offense committed or attempted in his presence.
2. When the person arrested has committed a felony, although not in his presence.
3. When a felony has been in fact committed, and he has reasonable cause for believing the person arrested to have committed it.

9、路易斯安那州 (Louisiana Code of Criminal Procedure: CCRP 214 - Arrest by private person; when lawful)

Art. 214. Arrest by private person; when lawful

A private person may make an arrest when the person arrested has committed a felony, whether in or out of his presence.

10、阿肯色州 (Arkansas Code Title 16 - Practice, Procedure, And

Courts Subtitle 6 – Criminal Procedure Generally Chapter 81 – Arrest Subchapter 1 - General Provisions § 16-81-106 - Authority to arrest.)

16-81-106. Authority to arrest.

(b) A certified law enforcement officer may make an arrest:

(1) In obedience to a warrant of arrest delivered to him or her; and

(2) (A) Without a warrant, where a public offense is committed in his or her presence or where he or she has reasonable grounds for believing that the person arrested has committed a felony.

(B) In addition to any other warrantless arrest authority granted by law or court rule, a certified law enforcement officer may arrest a person for a misdemeanor without a warrant if the officer has probable cause to believe that the person has committed battery upon another person, the officer finds evidence of bodily harm, and the officer reasonably believes that there is danger of violence unless the person alleged to have committed the battery is arrested without delay.

(c) (1) A certified law enforcement officer who is outside his or her jurisdiction may arrest without warrant a person who commits an offense within the officer's presence or view if the offense is a felony or a misdemeanor.

(2) (A) A certified law enforcement officer making an arrest under subdivision (c)(1) of this section shall notify the law enforcement agency having jurisdiction where the arrest was made as soon as practicable after making the arrest.

(B) The law enforcement agency shall then take custody of the person committing the offense and take the person before a judge or magistrate.

(3) Statewide arrest powers for certified law enforcement officers will be in effect only when the officer is working outside his or her jurisdiction at the request of or with the permission of the municipal or county law enforcement agency having jurisdiction in the locale where the officer is assisting or working by request.

(4) Any law enforcement agency exercising statewide arrest powers under this section must have a written policy on file regulating the actions of its employees relevant to law enforcement activities outside its jurisdiction.

(d) A private person may make an arrest where he or she has reasonable grounds for

believing that the person arrested has committed a felony.

**11、喬治亞州 (Georgia Code TITLE 17 - CRIMINAL PROCEDURE
CHAPTER 4 - ARREST OF PERSONS ARTICLE 4 - ARREST BY
PRIVATE PERSONS § 17-4-60 - Grounds for arrest)**

17-4-60. Grounds for arrest

A private person may arrest an offender if the offense is committed in his presence or within his immediate knowledge. If the offense is a felony and the offender is escaping or attempting to escape, a private person may arrest him upon reasonable and probable grounds of suspicion.

**12、懷俄明州 (Wyoming Code Title 7- Criminal Procedure Chapter 8-
Arrest And Preliminary Hearing.)**

7-8-101. Arrest by private person

(a) A person who is not a peace officer may arrest another for:

(i) A felony committed in his presence;

(ii) A felony which has been committed, even though not in his presence, if he has probable cause to believe the person to be arrested committed it; or

(iii) The following misdemeanors committed in his presence:

(A) A misdemeanor larceny offense defined by W.S. 6-3-402(a) or (e); or

(B) A misdemeanor property destruction offense defined by W.S. 6-3-201.

**13、伊利諾州 (Illinois 725 ILCS 5/ Code of Criminal Procedure of
1963. Article 107 – Arrest.)**

Sec. 107-3. Arrest by private person.

Any person may arrest another when he has reasonable grounds to believe that an offense other than an ordinance violation is being committed.

14、緬因州 (Maine Code TITLE 17-A: MAINE CRIMINAL CODE

Chapter 1: PRELIMINARY 17-A §16. Warrantless arrests by a private person.)

§16. Warrantless arrests by a private person

Except as otherwise specifically provided, a private person has the authority to arrest without a warrant:

1. Any person who the private person has probable cause to believe has committed or is committing:

A. Murder; or

B. Any Class A, Class B or Class C crime.

2. Any person who, in fact, is committing in the private person's presence and in a public place any of the Class D or Class E crimes described in section 207; 209; 211; 254; 255-A; 501-A, subsection 1, paragraph B; 503; 751; 806; or 1002.

3. For the purposes of subsection 2, in the presence has the same meaning given in section 15, subsection 2.

15、內布拉斯加州 (Nebraska Code- §29- 402 —Arrest by person not an officer.)

Section 29-402

Arrest by person not an officer:

Any person not an officer may, without warrant, arrest any person, if a petit larceny or a felony has been committed, and there is reasonable ground to believe the person arrested guilty of such offense, and may detain him until a legal warrant can be obtained.

16、康乃迪克州 (Connecticut Code Title 54 Criminal Procedure Chapter 964 Uniform Criminal Extradition Act Sec. 54-170. Arrest without warrant.)

Sec. 54-170. Arrest without warrant. The arrest of a person may be lawfully made also by any peace officer or a private person, without a warrant, upon reasonable information that the accused stands charged in the courts of a state with a crime

punishable by death or imprisonment for a term exceeding one year, but when so arrested the accused shall be taken before such a judge with all practicable speed and complaint shall be made against him under oath setting forth the ground for the arrest as in section 54-169; and thereafter his answer shall be heard as if he had been arrested on a warrant.

17、德克薩斯州 (Texas Code of Criminal Procedure CHAPTER 14. ARREST WITHOUT WARRANT)

Art. 14.01. OFFENSE WITHIN VIEW. (a) A peace officer or any other person, may, without a warrant, arrest an offender when the offense is committed in his presence or within his view, if the offense is one classed as a felony or as an offense against the public peace.

18、密西根州 (Michigan Code Chapters 760- 777- CODE OF CRIMINAL PROCEDURE Act 175 of 1927- THE CODE OF CRIMINAL PROCEDURE, 175- 1927- IV - CHAPTER IV ARREST . Section 764.16 - Arrest by private person; situations.)

Sec. 16. A private person may make an arrest in the following situations:

- (a) For a felony committed in the private person's presence.
- (b) If the person to be arrested has committed a felony although not in the private person's presence.
- (c) If the private person is summoned by a peace officer to assist the officer in making an arrest.
- (d) If the private person is a merchant, an agent of a merchant, an employee of a merchant, or an independent contractor providing security for a merchant of a store and has reasonable cause to believe that the person to be arrested has violated section 356c or 356d of the Michigan penal code, Act No. 328 of the Public Acts of 1931, being sections 750.356c and 750.356d of the Michigan Compiled Laws, in that store, regardless of whether the violation was committed in the presence of the private person.

(Arrest by persons other than peace officers, Sec 120)

Section 120.1. A private person may arrest a person under any of the following circumstances:

- (a) He has been summoned by peace officer to assist said officer in making an arrest.
- (b) He has reasonable cause to believe that the person to be arrested committed a felony, contemporaneous with the arrest, and the person did commit such a felony.
- (c) He is authorized by statute to make the arrest.

Section 120.2. In making an arrest, a private person shall comply with the notification requirements of section 117 and 118.

Section 120.3. A private person making an arrest shall forthwith deliver the arrested person to a peace officer.

19、北卡羅萊納州 (General Statutes of North Carolina, §15A-404, 1973.)

§15A-404. No private person may arrest another except when requested to assist law enforcement officers in effecting arrest.

A private person may detain another person when he has probable cause to believe that the person detained has committed in his presence:

- (1) a felony;
- (2) a breach of the peace
- (3) a crime involving physical injury to another person, or
- (4) a crime involving theft or destruction of property.

20、俄亥俄州 (Title [29] XXIX CRIMES– PROCEDURE Chapter 2935: ARREST, CITATION, AND DISPOSITION ALTERNATIVES 2935.04 When any person may arrest.)

2935.04 When any person may arrest.

When a felony has been committed, or there is reasonable ground to believe that a felony has been committed, any person without a warrant may arrest another whom he has reasonable cause to believe is guilty of the offense, and detain him until a warrant

can be obtained.

21、南卡羅萊納州 (South Carolina Code Title 17- Criminal Procedures CHAPTER 13- ARREST, PROCESS, SEARCHES AND SEIZURES.)

SECTION 17-13-10. Circumstances where any person may arrest a felon or thief.

Upon (a) view of a felony committed, (b) certain information that a felony has been committed or (c) view of a larceny committed, any person may arrest the felon or thief and take him to a judge or magistrate, to be dealt with according to law.

SECTION 17-13-20. Additional circumstances where citizens may arrest; means to be used.

A citizen may arrest a person in the nighttime by efficient means as the darkness and the probability of escape render necessary, even if the life of the person should be taken, when the person:

- (a) has committed a felony;
- (b) has entered a dwelling house without express or implied permission;
- (c) has broken or is breaking into an outhouse with a view to plunder;
- (d) has in his possession stolen property; or
- (d) being under circumstances which raise just suspicion of his design to steal or to commit some felony, flees when he is hailed.

22、猶他州 (Title 77 Utah Code of Criminal Procedure Chapter 7 Arrest, by Whom, and How Made Section 3 By private persons.)

77-7-3. By private persons.

A private person may arrest another:

- (1) For a public offense committed or attempted in his presence; or
- (2) When a felony has been committed and he has reasonable cause to believe the person arrested has committed it.

23、阿拉巴馬州 (Title 15 — CRIMINAL PROCEDURE. Chapter

10 — ARRESTS. Section 15-10-7 Arrests by private persons.)

Section 15-10-7

Arrests by private persons.

(a) A private person may arrest another for any public offense:

(1) Committed in his presence;

(2) Where a felony has been committed, though not in his presence, by the person arrested; or

(3) Where a felony has been committed and he has reasonable cause to believe that the person arrested committed it.

(b) An arrest for felony may be made by a private person on any day and at any time.

(c) A private person must, at the time of the arrest, inform the person to be arrested of the cause thereof, except when such person is in the actual commission of an offense, or arrested on pursuit.

(d) If he is refused admittance, after notice of his intention, and the person to be arrested has committed a felony, he may break open an outer or inner door or window of a dwelling house.

(e) It is the duty of any private person, having arrested another for the commission of any public offense, to take him without unnecessary delay before a judge or magistrate, or to deliver him to some one of the officers specified in Section 15-10-1, who must forthwith take him before a judge or magistrate.

**24、阿拉斯加州 (Title 12 CODE OF CRIMINAL PROCEDURE
Chapter 12.25. ARRESTS AND CITATIONS Article 01 ARRESTS
Sec. 12.25.030. Grounds for arrest by private person or peace officer
without warrant.)**

(a) A private person or a peace officer without a warrant may arrest a person

(1) for a crime committed or attempted in the presence of the person making the arrest;

(2) when the person has committed a felony, although not in the presence of the person making the arrest;

(3) when a felony has in fact been committed, and the person making the arrest has reasonable cause for believing the person to have committed it.

(b) In addition to the authority granted by (a) of this section, a peace officer

(1) shall make an arrest under the circumstances described in AS 18.65.530;

(2) without a warrant may arrest a person if the officer has probable cause to believe the person has, either in or outside the presence of the officer,

(A) committed a crime involving domestic violence, whether the crime is a felony or a misdemeanor; in this subparagraph, "crime involving domestic violence" has the meaning given in AS 18.66.990 ;

(B) committed the crime of violating a protective order in violation of AS 11.56.740 ;

or

(C) violated a condition of release imposed under AS 12.30.025 or 12.30.027;

(3) without a warrant may arrest a person when the peace officer has reasonable cause for believing that the person has

(A) committed a crime under or violated conditions imposed as part of the person's release before trial on misdemeanor charges brought under AS 11.41.270 ;

(B) violated AS 04.16.050 or an ordinance with similar elements; however, unless there is a lawful reason for further detention, a person who is under the age of 18 and who has been arrested for violating AS 04.16.050 or an ordinance with similar elements shall be cited for the offense and released to the person's parent, guardian, or legal custodian; or

(C) violated conditions imposed as part of the person's release before trial on felony charges brought under AS 11.41.410 - 11.41.458.

(c) [Repealed, Sec. 16 ch 61 SLA 1982].

(d) [Repealed, Sec. 72 ch 64 SLA 1996].

25、奧克拉荷馬州 (Oklahoma Code Title 22. Criminal Procedure)

22-202. Arrest by Private Person.

A private person may arrest another:

1. For a public offense committed or attempted in his presence.

2. When the person arrested has committed a felony although not in his presence.
3. When a felony has been in fact committed, and he has reasonable cause for believing the person arrested to have committed it.

26、明尼蘇達州 (Chapters 625 - 634 Criminal Procedure Chapter 629 Extradition, Detainers, Arrest, Bail Section 629.34 When Arrest May Be Made Without Warrant)

Subd. 2. United States Customs and Border Protection, United States Citizenship and Immigration Services officer.

An officer in the United States Customs and Border Protection or the United States Citizenship and Immigration Services may arrest a person without a warrant under the circumstances specified in clauses (1) and (2):

(1) when the officer is on duty within the scope of assignment and one or more of the following situations exist:

(i) the person commits an assault in the fifth degree, as defined in section 609.224, against the officer;

(ii) the person commits an assault in the fifth degree, as defined in section 609.224, on any other person in the presence of the officer, or commits any felony;

(iii) the officer has reasonable cause to believe that a felony has been committed and reasonable cause to believe that the person committed it; or

(iv) the officer has received positive information by written, teletypic, telephonic, radio, or other authoritative source that a peace officer holds a warrant for the person's arrest; or

(2) when the assistance of the officer has been requested by another Minnesota law enforcement agency.

27、康乃迪克州 (Title 54 Criminal Procedure Chapter 964 Uniform Criminal Extradition Act Sec. 54-170. Arrest without warrant.)

Sec. 54-170. Arrest without warrant. The arrest of a person may be lawfully made also by any peace officer or a private person, without a warrant, upon reasonable

information that the accused stands charged in the courts of a state with a crime punishable by death or imprisonment for a term exceeding one year, but when so arrested the accused shall be taken before such a judge with all practicable speed and complaint shall be made against him under oath setting forth the ground for the arrest as in section 54-169; and thereafter his answer shall be heard as if he had been arrested on a warrant.