

# 論警察危害防止與刑事追訴的分與合\*

陳 英 淙\*\*

## 要 目

- |   |   |
|---|---|
| 壹、問題提出  | (一)楔 子                                    |
| 貳、危害防止 (Gefahrenabwehr) 與<br>刑事追訴 (Strafverfolgung) 之<br>本質 | (二)合義務性裁量                                 |
| 一、警察作用之行政性質與司法性<br>質的分殊性                                    | 三、以身體採證處分為例                               |
| 二、警察作用之行政性質與司法性<br>質的必要性                                    | (一)前沿措施 (Vorfeldmassnahmen)<br>與刑事追訴措施的概念 |
| 三、行政警察與司法警察之屬性  | (二)應對之道                                   |
| 四、不必要說的檢討   | 四、檢 討                                     |
| 參、警察危害防止與刑事追訴措施之<br>區隔                                      | (一)警職法犯罪抗制條款的不當                           |
| 一、介於危害防止和刑事追訴之間<br>的警察措施                                    | (二)「競合」用語的不妥                              |
| 二、警察雙重功能措施的判準   | 肆、行政執行於刑事追訴中的適用                           |
|   | 一、強制處分之概念及種類                              |
|   | 二、犯罪調查與司法行政處分<br>(Justizverwaltungsakt)   |
|   | (一)概念釐清                                   |
|   | (二)警察強制與強制處分之強制力                          |

DOI : 10.3966/102398202017120151002

\* 作者誠摯地感謝兩位匿名審查委員中肯且深入的評語，因之得以再審視及校閱全文。

\*\* 長庚大學通識教育中心法學教授，德國雷根斯堡大學法學博士。

投稿日期：一〇五年八月二十二日；接受刊登日期：一〇六年六月一日

責任校對：蘇淑君

三、警察強制的法定要件	(一) 案例事實
(一) 延伸程序	(二) 爭點與簡評
(二) 縮短程序	二、最高法院102年度臺上字第810
四、即時強制之困惑的檢討	號民事判決
伍、裁判簡評	(一) 案例事實
一、高等法院91年度重上更(一)字	(二) 爭點與簡評
第35號刑事判決	陸、結 論

## 摘 要

行政權與司法權係兩個獨立且相互制衡的運轉機制，警察既隸屬於內政部，復又必須接受檢察官的指揮偵查，故警察任務與職權分屬行政與司法性質乃勢所必然，本文首先探討其危害防止和刑事追訴的本質。

再者，行政權與司法權的界限，在警察行使職權時，卻呈現出判斷上及分類上的困難，是為警察雙重功能措施，需予以辨明，此屬於分的層次；反之，刑事訴訟法卻出現「得使用強制力，不得逾越必要程度」的字眼，遭到有否符合法治國明確性原則的質疑，又強制力的種類、強制執行的其他要件，均有深究的必要，這屬於合的範疇。

本文於討論上述問題時，均分別指出我國法律制定上、及法律概念上值得商榷之處，並提出判準之道；最後，於文末簡評兩則案例加以印證。

**關鍵詞：**危害防止、刑事追訴、警察雙重功能措施、整頓措施、司法行政處分、縮短程序之即時強制、直接強制

## 壹、問題提出

國家因應公共任務的不同需求，設置各種部門及單位，警察職司治安維護和打擊犯罪，與其他行政機關清楚地區隔開來。依法治國原則，警察任務的劃分及職權的行使，均需以法律為準繩，只是在眾多規範警察行為的法律中，其屬性並不完全相同，有屬於危害防止的警察職權行使法（下稱警職法）、有屬於刑事追訴的刑事訴訟法（下稱刑訴法）、更有兼具兩者的集會遊行法（下稱集遊法）等，不一而足，然而，歸總起來，不外兩大類：其一，根據警察法第2條，警察任務為依法防止一切危害，如超速行駛的汽車，在尚未釀禍之前，警察依道路交通管理處罰條例（下稱道交條例）第40條違反速限，予以開單處罰，此涉及危害行為之防止，屬於行政權性質；其二，犯罪行為發生之後，如槍擊案，依照刑訴法第230條以下，司法警察（官）知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，必要時得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察，則屬於司法權性質，該兩大類的劃分，係權力分立體制下的必然結果。

警察身為執法人員，在履行國家所賦予的任務與職權時，需清楚地知悉所採取的措施，屬何種性質，問題在於學界及實務界對其歸屬，仍存在著許多意見不一致的地方，且法律條文的規定，亦有困惑之處。首先，警察行使職權的當下，對於危害尚未發生的危害預防、與犯罪已發生後的犯罪抗制，應該是涇渭分明，而無判斷上與適用上的困難，然而，兩者在界限上呈現出模糊狀態而有待釐清者，卻為數不少，舉例如下：當轄區內發生數起性侵害案，於案情陷入膠著之際，警察以監視錄影設備，對可能懷疑涉案的A進行觀察及動態掌握，係屬於警職法第11條之資料蒐集活動？抑或刑訴法第230條以下之犯罪調查（案例1）？又例如：警察在調查已遭逮捕之B的犯罪情節時，基於線索的研判，B亦可能涉及其他犯罪行

為，遂對其照相及採集指紋，此舉屬於警職法第14條的鑑識措施？抑或刑訴法第205條之2的身體採證（案例2）？警察於危害防止和刑事追訴之不同領域，因界限不明而遇到分類上的困難，自應予以辨明，此等問題屬於區隔的層次。

與上述情況相反，則是探討刑訴法援引危害防止相關規定的可能性。依照刑訴法，警察偵查犯罪所行使的措施，概均具有干預性質，因此，遭到犯罪嫌疑人消極或積極的抗拒，誠屬意料之中，前者例如：員警將正在馬路上蛇行的車輛攔停，一打開車門，就聞到一股因吸毒而產生的臭味，駕駛人C隨即棄車逃逸（案例3）；後者例如：荷槍實彈的霹靂小組前往槍擊要犯D藏匿的處所，執行逮捕勤務，遭到持槍拒捕（案例4）。面對此種情形，警察為完成任務，無庸置疑地可使用具有強制力的職權，惟其性質與要件必須予以釐清，依照刑訴法第90條之規定，被告抗拒拘提、逮捕或脫逃者，得使用強制力拘提或逮捕之；同法第132條，被告抗拒搜索者，得用強制力搜索之；又根據同法第205條之2，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反其意思，採取蒐集證據的必要處分，顯然刑訴法已有不少條文明文揭示強制力的使用，然而，強制力的種類為何？又除了不得逾越必要之程度外（刑訴法第90條、第132條但書），是否尚有其他要件，該法並未明定，則屬於行政法領域的警察強制能否適用於刑訴法的範疇，以符合明確性原則？類此探討危害防止之行政執行適用於刑訴法，係處理強制力概念於不同法律領域相通的可能性。

本文討論警察危害防止措施的界限，並提出判準之道，依序闡述警察任務與職權之橫跨行政與司法的本質，拈出其特殊性；再者，本文探究強制力的使用時，由於刑訴法對之規範密度不高，因而有必要釐清強制力的概念及確認其要件，惟並不涉及拘提、逮捕或搜索等強制處分的理解，亦完全不觸及刑事訴訟結構，如檢察官

與司法警察（官）在偵查階段的分工，即前者為偵查主體；後者為偵查輔助機關，以及如令狀記載之法官保留原則，蓋司法警察（官）係執行法官或檢察官作成的強制處分，執勤現場如何行使強制力，才是本文聚焦所在，經由論述之後，並於文末簡評兩則案例，加以印證之；最後，我國警職法之制定幾乎以德國法為範本<sup>1</sup>，故本文引用德國文獻，並著重於釋義學（Dogmatik）的爬梳、而非比較法的整理，希冀經由闡述之後，使得學理及法條脈絡更加清晰、理路更加順暢，合先敘明。

## 貳、危害防止（Gefahrenabwehr）與刑事追訴（Strafverfolgung）之本質

### 一、警察作用之行政性質與司法性質的分殊性

警察任務橫跨行政權與司法權，其依據分別載於警察法第2條防止一切危害、第9條第3款及第4款協助偵查犯罪、執行搜索、扣押、拘提及逮捕；以及刑訴法第230條第2項、第231條第2項，司法警察官和司法警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查，並將調查之情形報告該管檢察官，警察任務因而非屬單一範疇，進一步言之，警察作用之行政與司法性質需予以區分開來。

就警察作用的行政性質而言，其展現在警察法第2條防止危害的規定上，危害即是損害蓋然性的逼近，損害乃警察法所保護的個人和公共利益遭到波及，此乃社會安全和公共秩序的內涵，並具體落實於警職法中（警職法第1條參照），係警察任務之一，申言之，警察根據警職法行使職權時，即取得授權基礎，當警職法所保

---

<sup>1</sup> 立法院公報，92卷34期，院會紀錄，頁259-317。

護的法益遭受威脅時，表示危害存在，警察主管機關即有權限採取防止措施，也因為危害尚未發生，才需要予以防止，亦即，正是因為危害尚未發生，還沒有與犯罪產生交集，因而需要透過行政手段加以防範，具有向未來形成的性質，此乃行政的特徵<sup>2</sup>，故危害防止具有預防的功能，自屬確定無誤；另一方面，一旦有犯罪嫌疑或發生犯罪現象，依警察法第9條第3款及第4款開始展開調查，亦是警察的任務，此明定於刑訴法第230條第2項及第231條第2項，故調查犯罪具有事後追訴的功能<sup>3</sup>，亦屬明白無訛。警察作用基於立法授權基礎的差異，其勤務因而具有司法權或行政權之性質，法規範業已明文揭露，職是，警察依法執勤必須區別兩者的不同。

## 二、警察作用之行政性質與司法性質的必要性

學理上，對於警察行為是否存在著行政或司法性質的區別，卻仍有必要說與不必要說的對立，前者立足於歷史的、組織上的淵源、以及目的論的依據；後者著眼於現實面及機能面，主張以行政警察作用涵括司法警察作用、以及將偵查原理適用於行政警察作用<sup>4</sup>。

本文認為，警察職權的行使橫跨行政權與司法權，不但事實如此，更有其必要性，蓋根據司法院釋字第392號解釋，司法權之刑事訴訟，其審判乃以追訴而開始，追訴必須實施偵查，亦即偵查屬

---

<sup>2</sup> 參閱Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 1 Rn. 11; 吳庚，行政法之理論與實用，頁5，2013年8月，12版。

<sup>3</sup> 李震山，警察行政法論——自由與秩序之折衝，頁325-326，2016年10月，4版；林鈺雄，刑事訴訟法，下冊，頁7，2013年9月，7版。

<sup>4</sup> 梁添盛，行政警察活動與司法警察活動，警大法學論集，9期，頁15-19，2004年3月；陳運財，從警職法之制定探討行政警察與司法警察作用之區別，警察法學，5期，頁39-41，2006年10月。

刑事司法之過程，反過來說，不屬於偵查範圍者，即非刑事司法之過程，抑有進者，上述法規範的依據，除印證歷史上的脈絡、實現目的論的主張、完成組織上的編制並加以貫徹外，更可從指揮權限、勤務監督和權利救濟三個面向，再加以闡釋：

(一)依刑訴法第228條第1項及第2項之規定，偵查係檢察官的職權，且得限期命司法警察官或司法警察調查犯罪情形及蒐集證據，並提出報告，換言之，檢察官只要在該法的適用範圍內執行職務，就是在行使其指揮權限，係偵查主體，司法警察官或司法警察為輔助機關；然而，當檢察官犯罪偵查的範圍認知過寬，警職法適用的範圍就相對地被壓縮，警察主管的指揮權限因檢察官的認知過寬而不復存在，因此會提出此等變化的疑問，故區隔警察主管行政權和檢察官司法行政相關權限，並加以釐清，即有其必要性。

(二)緊接著指揮權限而來的問題，在於勤務的統籌及監督，警察不論面對危害防止、抑或犯罪調查，均具有機動性、技巧性、機密性、甚至長期性等特徵，需要主管的領導與研判，緝捕槍擊要犯和現場威力掃蕩，分別屬於刑事追訴和危害防止不同的範疇，即是最明顯的例子，若是依照刑訴法而投入勤務，則由檢察官和司法警察官統籌及監督；反之，則屬於警察主管的權限，於是重疊的區塊應如何劃分，實有辨明的必要。

(三)警察採取的措施是典型的干預行為，人民基本權之保障誠屬不可或缺，不過，因為警察任務之行政或司法性質的差異，所行使的措施不同，權利救濟管道便有不同，職是，權利救濟係根據刑訴法或行政訴訟法，亦有分屬的必要<sup>5</sup>。

---

<sup>5</sup> Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 18.



### 三、行政警察與司法警察之屬性

經由上述的說明可以確定，警察作用具有行政與司法不同性質，已是不爭的事實，就法律運作的方式來看，律定警察作用之行政權的法規範稱為警察行政法，實質上的概念包括警職法、集遊法、警械使用條例和道交條例等不一而足，警察行政法係依照任務（Aufgabe）與職權（Befugnisse）的層次性架構，以完成國家所賦予的使命，換句話說，行政警察係根據警察行政法的授權而行使職權之謂；至於規範警察作用之司法權，則以刑訴法為核心，該法所稱之司法警察官和司法警察（刑訴法第229條至第231條參照），包括自警政署長至所有警察人員，並非組織上的編制、而是法律上的概念，申言之，凡是依照刑訴法的規定，行使措施的警察人員，不論其在組織編制上屬何種單位，均是司法警察，於是，連結警察之行政權性質，所有警察機關所轄的警察人員，均有可能行使危害防止或刑事追訴之措施<sup>6</sup>。

進一步觀察，一名警察人員可能前一刻行使行政權以防止危害、下一刻卻行使司法權以調查犯罪，因而不論警政署、各縣市警察局、各分局、分駐所或派出所的警員、或刑事警察局、各縣市刑警大隊、各分局偵查隊的偵查員，均有可能在執行勤務時，依其所面臨的狀況，行使預防性質的危害防止、或追訴性質的偵查犯罪之措施，其判準以行使時之授權法律為依據，舉例如下：員警依警職法第8條第1項第3款，對汽車駕駛人執行酒精濃度測試之檢定時，當吐氣所含酒精濃度達每公升0.15毫克（道路交通安全規則第114條第2款參照），其已超過規定標準，而違反道交條例第35條第1項

<sup>6</sup> Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, § 18 Rn. 1f.; 陳俊宏，警察職權行使法與刑事訴訟法交錯地帶之探討，中央警察大學學報，42期，頁194-196，2005年7月。

第1款之規定；反之，當吐氣所含酒精濃度達每公升0.25毫克，則觸犯刑法第185條之3第1項第1款不能安全駕駛罪，前者屬於行政權之危害防止的範疇；後者顯然歸類在司法權之刑事追訴領域，職是，警職法第2條所稱之警察，總稱警察機關與警察人員，雖因其內容涉及行政權與國家人民間權利義務之關係，而歸屬於行政法<sup>7</sup>，然而，執行勤務時，亦可能涉及犯罪調查；另一方面，刑訴法第230條及第231條所稱司法警察官及司法警察，實亦包括各警察機關所屬的警察人員，在組織上並非與危害防止全然無涉。

#### 四、不必要說的檢討

行政與司法的分離係權力分立的指南針，亦是法治國家的試金石，不論法律適用、抑或司法審查，警察的措施具有行政與司法截然不同的性質，應是毫無爭議可言，然而，為何仍有上述的不必要說？本文認為，答案仍應從警察法下手。

警察法係警察機關的「憲法」，舉凡與警察機能相關的根本性及重要性事務，包括警察事項之立法執行、主管監督機關、警政署之設置及業務掌理、警察之指揮監督、警察局之設置及任務、警察之職權、官職及官等、警察之任用、警察教育機關之設置、預算之規劃、設備標準之訂定以及武器彈藥之調配等，均屬於該法規定之內容（警察法第3條至第18條參照），這當然包括最重要的警察任務，根據警察法第2條，警察任務在於依法維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利。

惟警察作用之性質，乃典型的公權力干預，依法促進人民福利

---

<sup>7</sup> 內政部警政署編印，警察職權行使法逐條釋義，頁7，2003年8月；蔡庭榕等，警察職權行使法逐條釋論，頁62-65，2005年2月；蔡震榮主編，警察法總論，頁5-11，2015年10月，3版。

與之格格不入<sup>8</sup>，警察法施行細則第2條第2款遂將之列為警察的輔助任務，其亦非本文探討之標的，容略而不論。職是，僅就依法維持公共秩序、保護社會安全與防止一切危害論之，乍看之下，三者似為三種任務，事實上，卻只有一種，因為危害係可預見的即將損害（*absehbare zukünftige Schäden*），亦即損害蓋然性（*Wahrscheinlichkeit eines Schadens*）的逼近<sup>9</sup>，損害乃指警察法所保護的個人和公共法益遭到波及，此即公共秩序和社會安全的內涵，申言之，所謂防止一切危害，即防止一切可預見將損害公共秩序和社會安全的危害、或防止一切損害公共秩序和社會安全之蓋然性的危害，於是，依照警察法所描述的警察主要任務，遂只有危害防止一種（警察法施行細則第2條第1款參照），從法律邏輯學的觀點加以考查其癥結，警察法第2條將防止一切危害的母項、與維持公共秩序和保護社會安全的子項，並列在一起<sup>10</sup>，如此規定恐導致層次不明，並造成主從關係的混淆不清。

其次，警察法係所有警察據以執行勤務的依歸，其位階分屬任務與職權不同的層次，該法將協助犯罪偵查、和執行搜索、扣押、拘提及逮捕，規定於第9條，而成為警察職權，職權乃任務的具體化，警察法這種立法模式，等於將協助犯罪偵查置放於危害防止的主要任務之下，故導出犯罪偵查係危害防止之內容，並不意外，亦不會產生邏輯上的錯誤，難怪會得出不必要說的見解！當然，就文義解釋來看，可以振振有辭地辯解，警察法第2條所列舉的維持公共秩序和保護社會安全，已涵蓋刑法所欲保護的國家、社會和個人

<sup>8</sup> 李震山，同註3，頁40-42。

<sup>9</sup> *Denninger*, Polizeiaufgaben, Rn. 39f.; *Götz*, aaO. (Fn. 6), § 6 Rn. 3; *Gusy*, aaO. (Fn. 5), Rn. 101; 參閱林明鏘，由防止危害到危險預防：由德國警察任務與權限之嬗變檢討我國之警察法制，載：警察法學研究，頁6，2011年7月。

<sup>10</sup> 吳家麟主編，林文雄校訂，法律邏輯學，頁38-42，1996年12月。

法益，而刑訴法即是刑法的程序法，故協助犯罪偵查亦屬於警察法第2條的任務之一，如此解釋的結果，不自覺地產生兩個矛盾之處：

(一)警察法第2條將危害防止與公共秩序、社會安全並列為警察任務，為何獨漏協助犯罪偵查？民國九十二年公布的警職法，條文中計出現13次危害之用語，其前身為民國六十一年公布的警察勤務條例（司法院釋字第535號解釋參照），該條例係依警察法第3條加以制定，而警察法第3條的警察勤務即是承接該法第2條的警察任務而來的，顯然警察法第2條將防止危害當作警察任務，並非一時心血來潮之舉，否則，民國四十二年公布警察法時，刑訴法已施行二十五年之久，為何未將協助犯罪偵查規定於警察任務的條文中，顯然無法自圓其說；

(二)如果認為公共秩序與社會安全屬於刑法的法規範內容，於是犯罪偵查亦屬於警察任務的內涵，則因為公共秩序和社會安全包括所有的成文法的法秩序、個人權利和法益、國家和公共設施之存在以及國家和其他高權主體之活動<sup>11</sup>，其結果將演變成所有的法規範，通通屬於警察任務的內涵，則反而回到警察國家時代的警察法，更令人感到驚訝與不安！亦顯示其對於下列敘述的內容，認知有所不足：公共安全只是一種指示性的概念（*Verweisungsbegriff*），本身並不會建構利益之保障，而是基於憲法基本原則和保護義務（*Schutzpflicht*），由立法機關加以形塑及委託<sup>12</sup>。

<sup>11</sup> *Pieroth/Schlink/Kniesel*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, § 8 Rn. 3; *Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, Rn. 53; 李震山，同註3，頁216-217。

<sup>12</sup> *Götz*, aaO. (Fn. 6), § 4 Rn. 5; *Gusy*, aaO. (Fn. 5), Rn. 76ff.; 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，載：憲法理論與實踐(一)，頁70-71，1999年7月；李建良，基本權利之保護義務，載：憲法理論與實踐(一)，頁124-126，

總的來說，警察法第2條警察任務的規定，有兩處值得商榷，其一，將公共秩序和社會安全列入警察任務，屬畫蛇添足之舉，因為危害防止已將之涵括在內；其二，未將協助偵查犯罪列入警察任務，實屬百密一疏之憾，不必要說因而有其立足點；反過來說，若是將協助偵查犯罪與防止一切危害並列、或以其他法律委託之任務的字眼，明白規定於警察法第2條警察任務中，則學術界與實務界一旦接觸警察法，必先探究該兩者在行政權與司法權中的意涵，透過權力分立的原則，解析警察任務的不同功能，於是應遵守的準則和拿捏的分際，將一一被建立起來，不至於六十多年來，該兩大任務在學界和實務界本應累積相當成果，卻遠遠不如預期，甚至連在刑事訴訟領域中，其上位概念究竟應使用犯行追緝、犯行追訴或事後追緝（Repression）之中文譯名，都尚未達成共識<sup>13</sup>，而這卻是警察最主要的初衷，遑論其他！

## 參、警察危害防止與刑事追訴措施之區隔

### 一、介於危害防止和刑事追訴之間的警察措施

如上所述，根據警職法行使的警察行為，具有危害預防的作用，而根據刑訴法行使者，則具有抵制犯罪的性質，前者依照警職法的要件，在於防止法益遭到破壞；後者則是針對已發生的犯罪行為，按照刑訴法展開調查，因而警察行為依其行政或司法性質，彼此分離且有其各自的獨立領域，雖然基於預防的理念，刑事法亦具

---

1999年7月。

<sup>13</sup> 李震山，同註3，頁325；蔡庭榕等，同註7，頁56；蔡震榮，警察職權行使法之評析，載：警察職權行使法概論，頁5，2016年5月；蔡震榮，警察職權行使法逐條釋義，載：警察職權行使法概論，頁143，2016年5月。

有一般預防和特別預防的作用，惟其首要目標卻不是防止遭到犯罪的威脅、而是抗制已發生的犯罪行為，與預防的成分相比，顯然刑事法追訴目的的成分較之威嚇的效果吃重許多<sup>14</sup>，只是處於危害防止和刑事追訴的臨界點時，因無法分離而不排除重疊的可能性，此即進入警察雙重功能措施（*Doppelfunktionale Massnahmen der Polizei*或*Doppelfunktionelle Massnahmen der Polizei*）的探討範疇，其所指涉的概念，係警察的職權看似既符合危害預防、又符合犯罪抗制，致無法驟下判斷，就外表觀之，警察措施無論歸類為危害防止或刑事追訴的範疇，均有其難度，因為按照職權規範的基礎和準則，警察法和刑訴法均不無可能成為執法的依據，亦即，危害預防和犯罪抗制雖然有體系上的差異以及法條上的區隔，惟亦不排除任務的交叉<sup>15</sup>。

在討論之前，先辨明兩種相似、卻不屬於雙重功能措施的類型：

(一)一名警察所作成的同一種措施，不可能同時既屬於危害防止、又屬於刑事追訴的範疇，面對警察措施可能橫跨行政權與司法權的情形，其面臨分界點的抉擇，由行政權的觀點切入、或從司法權的角度觀察，結果並不相同，純粹屬於危害防止措施，當然不可能具有刑事追訴的成分，例如：道路交通之車輛超速違規的舉發；反過來說，刑事追訴措施，卻有可能具危害防止的性質，例如：發生鬥毆事件，警察到達現場，將犯罪嫌疑人帶回警局，開始調查並報告該管檢察官及司法警察官，則已進入刑事追訴程序，此時，在警察處理過程中，亦含有防止鬥毆行為繼續發生或惡化的可能，因

<sup>14</sup> *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 11), § 2 Rn. 7.

<sup>15</sup> *Gärditz*, *Strafprozess und Prävention*, 2003, S. 91ff.; *Götz*, aaO. (Fn. 6), § 18 Rn. 15; *Schenke*, *NJW* 2011, S. 2838; 吳巡龍，任意偵查的方式，月旦法學教室，65期，頁17，2008年3月。

而亦具有危害防止的成分，這種透過犯罪抗制的預防，其本質上仍是犯罪抗制，故屬於刑事追訴的範疇<sup>16</sup>，此即前段所述的刑事法之一般預防和特別預防的作用，實與警察雙重功能措施的概念無涉。

(二)從內容的標的而言，當客觀上警察的個別行為是可分離的、或者就時間的序列而言，其過程是可拆開的，則屬於整捆措施（*Massnahmenbündel*）的概念，面對此種具有差異性的個別措施，過濾及歸類為危害防止或刑事追訴之性質，通常並不困難<sup>17</sup>，因此，雙重功能措施的情形完全不存在，故無庸判斷之，例如：發生重大凶殺案，司法警察（官）封鎖現場，開始調查並報告該管檢察官及上級主管（刑訴法第230條第2項），係刑事追訴的範疇；此時，記者欲跨越封鎖線拍照採訪，警察予以制止（警職法第27條），則劃入危害防止之領域，此屬於內容標的之性質，此其一；其二，具有時間性質的例子，如員警攔停交通工具（警職法第8條），屬於危害防止的範疇，一搖下車窗，瞥見車內有白色粉末，立即開始進行調查及蒐證（毒品危害防制條例第10條、刑訴法第231條第2項），則是刑事追訴的適用。

以上所舉整捆措施的兩則例子，警察的動作看似一個措施，事實上為兩個措施（禁止進入及攔停交通工具、開始調查），透過實質性的觀點進行歸類，並不成問題，因而亦與雙重功能無關，職是，對於看似雙重功能，實際上並非雙重功能的整捆措施而言，依其內容或過程，能夠拆解成吻合危害預防或犯罪抗制目的之行為者，即依據其事實，加以檢視授權基礎及合法性要件。需特別注意者，在於時間的判準依先後順序，困難度不高；至於內容上的判

<sup>16</sup> *Götz*, aaO. (Fn. 6), § 18 Rn. 15f.; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 11), § 2 Rn. 9f.

<sup>17</sup> *Kugelmann*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 1. Kap. Rn. 61-63; *Rachor*, *Rechtsschutz*, Rn. 32f.; *Schoch*, *JuS* 2013, S. 1118.

斷，則較為棘手，例如：綁架案發生時，人質遭到綁匪的挾持，營救人質與緝捕綁匪兩種情況同時出現，雖然警察的措施只能針對其中一種，但仍屬於二選一的抉擇，不論按勤務規劃布署、或依現場反應調整，營救人質與緝捕綁匪分屬危害防止和刑事追訴，並不會產生歸類上的混淆，就此而言，每一個措施均單獨評價，沒有一個措施會去分擔另一個措施的法律效果，其理至明<sup>18</sup>。

## 二、警察雙重功能措施的判準

### (一) 楔子

如上所述，根據權力分立之行政權和司法權的劃分，警察依照授權規範作成的措施，將之歸類為危害防止和刑事追訴，並不會發生問題，違規超速的舉發和集會遊行的蒐證等屬於前者，凶殺案的緝拿凶手和毒品案的追查毒梟之類則屬於後者，例子極多且不難抉擇；但是，警察雙重功能措施一旦出現，亦即，警察的一個措施同時涉及危害防止和刑事追訴兩種範疇，具有不確定性，惟只能選擇危害防止或刑事追訴其中的一種，因而必須予以釐清，職是，警察危害防止與刑事追訴兩者之間，究有區隔的必要<sup>19</sup>，之所以面臨危害防止和刑事追訴二選一的抉擇困境，關鍵在於依刑訴法第230條以下，司法警察（官）知有犯罪嫌疑，亦即何種情形屬於有犯罪嫌疑、抑或尚在觀察臆測階段（刑訴法第230條第2項、第231條第2項參照）？吾人必須予以正視。

對於警察雙重功能措施，學界和實務界存在著多種見解：就程序上而言，有主張判斷上遭遇困難時，法益的保護比遭受侵犯後的

<sup>18</sup> Schoch, aaO., S. 1119.

<sup>19</sup> Schmidbauer/Steiner, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Bayerisches Polizeiorganisationsgesetz, POG Art. 12 Rn. 9ff.



懲罰更重要，以及對於正遭到威脅中的危害之防止較犯罪發生後的刑事追訴優先處理，因而，似應優先適用危害防止<sup>20</sup>、有主張此時反而應優先適用刑事追訴<sup>21</sup>、更有主張應引用行政程序之記明理由及通知的規定（行政程序法第96條、第100條參照）<sup>22</sup>；至於實質上的層面，有認為雙重功能措施並不存在，因為只要將一個個發生的過程拆開成不同的行為，經由涵攝的過程，能夠將這些行為清楚地歸類到危害防止或刑事追訴，雙重功能即沒有存在的必要，毋寧是一種例外<sup>23</sup>，與此相類似者，認為可從告知事由之依據區分，當以行政作用為出發點，執行期間遇有犯罪嫌疑，則藉由告知涉嫌罪名，建立轉換機制，因此，並無歸類上的問題<sup>24</sup>；反之，有認為雙重功能有存在的必要，並提出重點理論（Schwerpunkttheorie），以解決歸類上的疑惑<sup>25</sup>，更有認為不但存在著歸類上的必要，且可區分為純正（echt）和不純正（unecht）雙重功能措施<sup>26</sup>，可謂眾說紛紜，莫衷一是。

本文認為，警察雙重功能措施當然存在，例如：（案例1）裝置監視錄影設備看起來似乎即兼具危害預防及犯罪抗制的功能。面對只能選擇危害防止或刑事追訴其中一種措施時，所稱引用行政程序之記明理由及通知，實不足採，因為記明理由等規定乃適用行政程序法之結果，今由行政權或司法權的角度切入，都尚未決定，何來記明理由之程序規定，更何況記明理由及通知僅是程序要件，其

20 BVerfGE 39, 1 (44); *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 11), § 2 Rn. 12f.

21 *Gusy*, aaO. (Fn. 5), Rn. 22.

22 *Schenke*, aaO. (Fn. 11), Rn. 420.

23 *Götz*, aaO. (Fn. 6), § 18 Rn. 15ff.

24 陳俊宏，同註6，頁198。

25 BVerfGE 47, 255 (265); *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 11), § 2 Rn. 15.

26 *Kugelman*, aaO. (Fn. 17), 1. Kap. Rn. 64-66.

與解決實質上的問題並不相干；解決之道宜賦予警察裁量的權限，因而亦無必要區分為純正和不純正雙重功能措施，至於告知事由說，亦未直探問題核心，因為事由的告知必是決定之後的結果，下決定即是裁量的進行，職是，問題在於應如何進行裁量，換言之，危害防止與刑事追訴何者優先？

### (二)合義務性裁量

警察雙重功能措施所涉及的法律問題有適用優先性及權利救濟兩個層面。首先，就程序上而言，本文贊同上述程序上的第一種見解，即警察行使措施時，於評斷為危害預防或犯罪抗制的當下，一時之間卻無法適切拿捏究竟屬於何者，面對這種情況，檢察官宜擁有指揮權、警察則被賦予執行權，雙方相互合作，於個案進行危害防止或刑事追訴的權衡，何者具有優先性，有疑問時，則由警察行使合義務性裁量<sup>27</sup>，因為警察最貼近現場，也最瞭解實際狀況，加上警力較檢察官充沛，且配備武器，必要時可立即採取應變措施，抑有進者，如上所述，法益尚未遭受損害的保護與法益損害之後的制裁，兩相比較，前者顯然來得重要；正遭受威脅的危害防止較之犯罪後的刑事追訴，來得有意義。

至於實質上的層面，其準則係根據警察措施當時的目的加以論之，亦即，執勤員警自己依照現場發動措施時的理由和意圖，作成係危害防止或刑事追訴的行為，若缺乏線索或依據，則依照客觀的目的歸類之，是為目的（Zweck）說，而非僅是依重點理論，將重點置於危害防止或刑事追訴上，目的說的概念，係已作成措施之整體印痕所獲得的觀點<sup>28</sup>，其核心價值必須與合法性要件緊密扣合，

<sup>27</sup> Pieroth/Schlink/Kniesel, aaO. (Fn. 11), § 2 Rn. 12; Schenke, aaO. (Fn. 15), S. 2841ff.; Schoch, JURA 2001, S. 631f.; Schoch, aaO. (Fn. 17), S. 1118.

<sup>28</sup> BVerfGE 113, 348 (370f.); Götz, aaO. (Fn. 6), § 18 Rn. 19; Hantschel, JURA 2001,

惟其如此，方不會流於主觀的想像或臆測。

舉例說明如下：桃園國際機場發生重大群眾事件，為了避免機場發生暴動，警方在機場附近的交流道設管制站，管制的目的在於達成無攜帶武器或爆裂物之犯罪抗制的層次，惟更重要者在於危害預防的面向，亦即，確保聚眾活動能夠和平地、無暴力地進行，此較之事件發生後的責任追究更有意義，職是，警察優先根據警職法的規定行使職權，依第6條第1項第6款，對於欲前往機場者，進行身分確認；其次，對於進入機場航廈持布條抗議者，則依該法第19條第1項第4款，認為有危害公共安全之虞，非管束不能預防危害，將之帶回警局偵訊，警察在現場所為之身分確認以及管束，均屬於危害防止層面<sup>29</sup>。

除此之外，論者有謂，就合法性要件論之，警察採取之措施僅能根據危害防止或刑事追訴其中的一種，以作為合法性的前提<sup>30</sup>，然而，通說的主張卻較為正確，其認為兩者均可能成為合法性要件，只是刑事訴訟的追訴目的不能經由警察法取得正當性，因此，原本作成措施時的目的有所改變時，需有法律上的依據<sup>31</sup>，再舉例說明如下：

（案例1）裝置監視錄影設備看起來似乎兼具危害預防及犯罪抗制的功能，就前者言，透過監視錄影可能獲得蛛絲馬跡，且使得

---

S. 476f.; 參閱鄭善印，日本法制上警察之行政質問權與司法偵查權之糾葛，載：法與義——Heinrich Scholler教授七十大壽祝賀論文集，頁485，2000年5月。

<sup>29</sup> 參閱蔡震榮，警察職權行使與執法之標準，台灣本土法學雜誌，72期，頁147-152，2005年7月。

<sup>30</sup> Schmidbauer/Steiner, aaO. (Fn. 19), POG Art. 12 Rn. 10.

<sup>31</sup> Wolter, JURA 1992, S. 526; 參閱Merten, NJW 1992, S. 355; 鄭善印，同註28，頁485。

A露出真面目，並防止再度犯案；就後者言，監視錄影用來證明犯罪之用，以便取得證據之後，進入刑事訴訟程序，然而，設若本案尚無證據足以證明A涉案，而是僅處於危害疑慮（*Gefahrverdacht*）之階段<sup>32</sup>，則在刑事訴訟程序上，針對A裝置監視錄影設備，所擷取的資料能否使用，尚有爭論，有一部分的意見持肯定態度，認為警察在危害防止階段之合法行為所取得者，於刑事訴訟程序上使用並無任何疑點<sup>33</sup>，惟根據證據禁止使用（*Beweisverwertungsverbot*）之概念，通說認為其忽略了行政機關個人資料取得的目的拘束性，因而是不可採取的措施，其所取得的證據不能使用，申言之，因目的改變而允許使用者，只能基於法律授權，未有法律授權而逕自使用因危害防止目的所蒐集的資料，乃是法所不許<sup>34</sup>。

再舉近來發生的第一銀行被東歐駭客集團盜領案為例，該駭客集團已在各國猖獗多年，得逞的金額超過新臺幣300億元，這次來臺犯案，ATM隔空吐鈔計7,000多萬元，令人瞠目結舌，所幸有位民眾繼嫌疑犯之後於臺北市南門分行提款時，發現行蹤可疑，機警地記下車號，警方遂運用廣泛裝設的錄影設備（即所謂的電子牆）予以層層掌握，雖然該駭客集團倚賴高超科技，加上角色不斷分工轉換、變裝交換，手法細膩縝密，惟在嚴密的電子城牆下，13名歹徒的動向仍然一一曝光而無所遁逃，再加上休假之警官，於用餐時巧遇該集團成員，機警地運用當地警力予以逮捕，全案遂告偵破。本案基於危害防止的考量，在交通衢道及公共場所和地點，如ATM提款機，裝置監視錄影設備，對於一般民眾的基本權干預甚

<sup>32</sup> *Götz*, aaO. (Fn. 6), § 6 Rn. 28; *Gusy*, aaO. (Fn. 5), Rn. 197; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 11), § 4 Rn. 50ff.; 不同意見：李震山，同註3，頁224-225，氏將*Gefahrverdacht*譯成「危害嫌疑」。

<sup>33</sup> BGH, NJW 1991, S. 2652.

<sup>34</sup> BVerfGE 65, 1 (46); *Schoch*, JURA 2008, S. 358; *Wolter*, aaO. (Fn. 31), S. 531.

微，因而並非法所禁止<sup>35</sup>，然而，當目的改變時，亦即盜領案已發生，該集團成員均已觸犯刑法，而成為犯罪嫌疑人時，依刑訴法第228條第1項之法律授權，展開蒐集資料之犯罪偵查，並公布照片，乃符合法律規定，當無疑惑。

### 三、以身體採證處分為例

#### (一) 前沿措施 (Vorfeldmassnahmen) 與刑事追訴措施的概念

較為特殊者，首推刑訴法第205條之2，係刑事追訴中探討警察雙重措施的代表性條文，根據其規定，司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相，測量身高或類似之行為；有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之，統稱身體採證處分。民國九十二年增訂司法警察身體採證的理由，在於事關偵查程序順利進行與否，及能否有效取得認定事實之依據，以作為執法的規範<sup>36</sup>。採集的目的分為兩種：一者，為了確認身分而採取的辨識措施；二者，為了鑑定而為的採樣措施<sup>37</sup>，確認身分乃是為了刑事訴訟的進行之用，因而毫無疑問地屬於刑事追訴之範疇；至於為了鑑定需要的採樣措施，乃是有助於犯罪調查、以及有利於案情釐清，其性質屬於危害防止、抑或刑事追訴，需進一步探究。此外，有學者批評上述兩種措施因干預種類、程度

<sup>35</sup> 此稱之為情境式的危害查探職權 (Lageabhängige Aufklärungsbefugnisse)，與個案式的危害查探職權 (Einzelfallabhängige Aufklärungsbefugnisse) 有所區隔，以顯示對基本權干預輕重的不同，而搭配相對應的法定要件；前者在符合公開取得、儲備蒐集 (Datenerhebung auf Vorrat) 之禁止等前提下，並非不許可的行為，本案屬之，參閱 Gusy, aaO. (Fn. 5), Rn. 201ff.

<sup>36</sup> 立法院公報，92卷8期，院會紀錄，頁2206。

<sup>37</sup> 黃惠婷，司法警察之身體採證權，警察法學，12期，頁169，2013年6月。

與目的不同，應分別立法，同時，亦質疑司法警察（官）為了鑑定目的的採樣，在沒有急迫的情形下，得容許為之<sup>38</sup>，本文先說明該兩種措施的意涵，次回應學者的批評。

除了刑訴法第205條之2身體採證的規定外，警職法第14條亦明定，有事實足認為防止具體危害，而有對其執行非侵入性鑑識措施之必要者，得通知其到場，執行鑑識措施。為了解決警察職權橫跨行政與司法領域，而於本章節所提出的分類概念，除了適用身體採證處分的判斷外，當然亦適用於相關的警察措施，如（案例1）之情形，合先說明。根據刑訴法第230條以下，犯罪調查開始於犯罪嫌疑之知情，以該起始點劃分，從犯罪的預防和追訴加以觀察，計有三種類型，首先，犯罪嫌疑係針對已發生的犯罪行為而建構，不會滋生疑義之外，其他兩種概念闡述如下：

—— 犯罪行為預防（*Straftatenverhütung*）：亦稱之為「預防性犯罪防制」（*Die vorbeugende Bekämpfung von Straftaten*）<sup>39</sup>，其用途係預防即將犯罪（*Verhütung künftiger Straftaten*），而有助於未來犯罪追訴之預備（*Vorbereitung auf künftige Strafverfolgung*），係一種前沿措施或預防措施的概念，以未雨綢繆的思維，預防犯罪的抽象危害，今日之預備正有待於明日之具體的犯罪抗制<sup>40</sup>，其概念涵蓋即將犯罪的查探和布建，

<sup>38</sup> 吳俊毅，刑事訴訟法上身體檢查措施被告忍受義務之界線，刑事法雜誌，53卷2期，頁100-101，2009年4月；林鈺雄，對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分，台灣法學雜誌，55期，頁70，2004年2月；林鈺雄，從基本權體系論身體檢查處分，國立臺灣大學法學論叢，33卷3期，頁193，2004年5月。

<sup>39</sup> *Schoch*, aaO. (Fn. 17), S. 1120.

<sup>40</sup> *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 11), § 5 Rn. 4; 不同意見：蔡震榮，警察職權行使法之評析，同註13，頁5-6；蔡震榮，警察職權行使法逐條釋義，同註13，頁143-145。

乃是防患於未然的作法，對於尚無線索存在的犯罪行為，警察依靠潛在當事人的資料，以完成任務，因而必須找尋蛛絲馬跡，例如：面對犯罪組織之黑道幫派進入校園吸收成員，警察局少年組的員警即應進行情蒐，鎖定對象，甚至拜訪其師長父母，並與之懇談<sup>41</sup>；

——刑事追訴防備（*Strafverfolgungsvorsorge*）：亦稱之為「犯罪之將追訴的警察防備」（*Die polizeiliche Vorsorge für die künftige Verfolgung von Straftaten*），其意謂著，探查可以想見的、以及可以預期的將要犯罪，使得對嫌疑犯的調查變得可能及容易，包括鑑識措施的使用及保存、DNA分析的實施、在經常或可能發生犯罪案件之公共場所或公眾得出入之場所裝設監視器，例如：根據去氧核醣核酸採樣條例，特定犯罪之被告或犯罪嫌疑人，應接受去氧核醣核酸之強制採樣，取得之被告及經司法警察機關移送之犯罪嫌疑人的去氧核醣核酸樣本，應妥為儲存並建立紀錄及資料庫。目的在於將來的刑事程序中可作為證據使用，其針對「將來」的犯罪與危害排除性質相同，但對象與目的和刑事追訴一樣，都是針對已違犯的犯罪而進行的刑事審判，具有事先防範抗制（*antizipierte Repression*）的本質，因而屬於刑事追訴範疇<sup>42</sup>。

此外，所謂危害防備（*Gefahrenvorsorge*）的概念，其內容係在危害的情境中，對於資助和行動採取必要的準備，危害防備與犯罪行為的關聯性，在於危害防止首要之務為阻絕犯罪行為，一旦危害證明存在時，查探和防止措施即允許行之。時間上的界線往前挪

<sup>41</sup> *Gusy*, aaO. (Fn. 5), Rn. 188.

<sup>42</sup> 黃惠婷，德國刑事訴訟法第81條g去氧核醣核酸分析，警察法學，7期，頁179-181，2008年11月。

至危害防止區塊，亦屬於前沿措施的一種，從最外部開始進行情蒐，包括易生危害之場所進行查證，對於潛在當事人可行使資料蒐集、儲存、及保管<sup>43</sup>。

### (二)應對之道

對於犯罪行為預防和刑事追訴防備，有學者認為預防性犯罪防制應偏向於刑事追訴、而非危害防止<sup>44</sup>，亦有學者認為犯罪之將追訴的防備亦同<sup>45</sup>，甚至認為犯罪行為預防和刑事追訴防備兩者只是刑事追訴的附屬物而已<sup>46</sup>。

本文認為，預防性犯罪防制在於防止犯罪的抽象危害，犯罪行為的威脅尚未具體形成前，由經驗法則得知，其已有危害社會的足夠可能性，而即將成為犯罪現象，想要避免犯罪溫床的滋生，有賴警察的情資蒐集與掌握，預防性犯罪防制的重點因而在於預防，預防的功夫做得紮實，犯罪的可能性即可消弭於無形，所謂不戰而屈人之兵，正是預防的要訣，自然也就沒有犯罪行為之後的刑事追訴；反之，刑事訴訟相關法律的啟動，係以犯罪行為為前提，也就是說，在犯罪行為之後，因此，只要犯罪嫌疑尚未出現，便不能著手刑事追訴、而只能進行預防。

由此檢視刑訴法第205條之2的身體採證，需斟酌之處有二：其一，與鑑識措施（警職法第14條第1項第2款）不同者，後者乃是知有犯罪嫌疑之前的預防性犯罪防制，其性質屬於危害防止的一環，係對於尚未發生之犯罪行為的預防，歸類為行政法範疇；其二，相對於訴訟程序之進行的身分辨識，犯罪調查的身體採證亦與之有所

<sup>43</sup> Gusy, aaO. (Fn. 5), Rn. 189.

<sup>44</sup> Rachor, Polizeihandeln, Rn. 150ff.

<sup>45</sup> Petri, Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafverfahrensrecht, Rn. 174.

<sup>46</sup> Kugelmann, aaO. (Fn. 17), 5. Kap. Rn. 181ff.; Schenke, aaO. (Fn. 11), Rn. 30.



差別，雖然司法警察（官）的身體採證亦是司法程序的一環，只是卻不在具體個案的刑事訴訟之內，而是一旦對犯罪嫌疑知情，即可能在較為後面或緊接著而來的犯罪行為關聯性下，將目光集中於將要到來的刑事追訴之進行，是為犯罪之將追訴的警察防備，屬於犯罪抗制的範疇<sup>47</sup>，此有待進一步闡釋。

刑訴法第205條之2屬於犯罪調查的身體採證，在時間序列上，乃對於即將到來的犯罪行為之追訴的防備，雖然是預防性質的，但內容上所涉及的卻是針對犯罪抗制而發，在警察預防性作為（*präventivpolizeiliche Tätigkeit*）的概念下，法律授權偏向刑事追訴防備措施，就職權的合宜性言之，應歸類為刑事司法程序，職是，該措施只能使用在經拘提或逮捕的犯罪嫌疑人身上，乃是根據刑訴法第230條以下，開始進入調查程序，重要的是時間點的掌握，以有別於根據危害防止發動的措施<sup>48</sup>。

不論危害防止或刑事追訴，警察措施不但是必要，且均必須合乎合法性要求，基於偵查程序，為符合合法性要件，就身體採證的目的而言，需符合下列兩項先決條件：1. 作為被懷疑的當事人（*Betroffene*）能夠納入潛在行為人（*potentieller Beteiligter*）的名單中者，該名單與釐清有罪行為的案件有關；2. 身體採證的資料有助於之後啟動的偵查程序。（案例2）適用刑訴法第205條之2的身體採證措施，就合法性要件言之，B是犯罪嫌疑人，因為B已涉及某犯罪案件而被逮捕接受調查，此其一；其二，身體採證措施雖然緣起於偵查程序中的B，其目的反倒是與未來的刑事追訴程序有所關聯，而有助於釐清相關案情<sup>49</sup>。

<sup>47</sup> *Lepsius*, JURA 2006, S. 931f.; *Möstl*, DVBl 2010, S. 814f.

<sup>48</sup> *Schoch*, aaO. (Fn. 17), S. 1120; 參閱*Krach*, JURA 2001, S. 741.

<sup>49</sup> 參閱林鈺雄，刑事訴訟法，上冊，頁464-465，2013年9月，7版。

綜上所述，刑訴法第205條之2的身分確認因有助於訴訟程序之進行，而屬於刑事追訴的範疇，已無疑義，即使是該條第2項犯罪證據之採取措施，經由上述的論述可以得知，其亦是刑事追訴的一環，兩者目的雖然不同，同屬於刑事追訴的功能卻沒有差別，不管是第1項與第2項的採證措施均限於非穿刺性，故也無所謂程度上的明顯差異，因此，刑訴法第205條之2統稱為身體採證處分，該條項所列舉的措施即無須分別立法，職是，學者所稱因干預種類、程度與目的不同，應分別立法，實有待商榷；此外，既然可以經由犯罪嫌疑之知情與否，作為危害防止和刑事追訴之界線的劃分，刑訴法第205條之2的身體採證處分就不可能出現警察雙重功能措施，亦即，此時司法警察（官）的身體採證絲毫與警察雙重功能措施無關；至於質疑為了鑑定目的的採樣，在沒有急迫情形下，得容許司法警察為之，也因為列舉措施不會侵犯身體健康，而是涉及資訊隱私權，在干預措施的強度與刑事追訴利益的權衡下，該條項不違反法官保留原則。

茲將上述說明，列表整理「警察危害防止與刑事追訴之區隔」如下：

理念	任務	性質	措施
行政權之行為預防	危害防止	危害防備	警職法相關條文
		犯罪行為預防 (預防性犯罪防制)	例：第14條第2項非侵入性鑑識措施 —警察雙重功能措施—
司法權之犯罪抗制	刑事追訴	刑事追訴防備 (犯罪之將追訴的警察防備)	刑訴法相關條文
		犯罪嫌疑	例：第205條之2身體採證處分

資料來源：作者自繪。

#### 四、檢 討

##### (一)警職法犯罪抗制條款的不當

檢視整部警職法，赫然發現與犯罪有關的條文不在少數，將之臚列為「警職法與犯罪相關條文一覽表」於下：

警職法	條文內容
第6條第1項第1款	合理懷疑有犯罪之嫌疑或……者，得查證其身分
第6條第1項第2款	有事實足認對已發生之犯罪或……者，得查證其身分
第6條第1項第4款	滯留於有事實足認有陰謀、預備、著手實施重大犯罪或有人犯藏匿之處所者，得查證其身分
第9條第2項	公共活動資料之蒐集，於結束後，應即銷毀之，但為調查犯罪或其他違法行為，而有保存之必要者，不在此限
第10條第2項	蒐集之資料，除因調查犯罪嫌疑，有保存之必要者外，應銷毀之
第11條第3項	蒐集之資料，除為調查犯罪行為，而有保存之必要者外，應即銷毀之

資料來源：作者自繪。

警職法相關條文之犯罪用語的規定，引發的問題有二：其與刑訴法重複者，應如何看待？以及若刑訴法未有身分查證等相關職權之規定者，應如何處理？反過來說，警職法除了極少數的情形，如第7條第1項第4款身體及所攜之物的檢查、第8條第2項交通工具之檢查外，均未被授予如刑訴法之搜索等職權，警察依法執行勤務時，成為只能目視、而不能動手的公權力機關，則如何完成危害防止任務？此兩者實屬於一體兩面之問題。本文認為，警察危害防止與刑事追訴分屬行政權與司法權，彼此性質不同，不可混淆，解決之道試說明如下：

所謂危害係可預見的即將損害、或損害蓋然性的逼近<sup>50</sup>，表示損害可能發生、然尚未發生，損害乃指法秩序的違反，以此切割成損害未發生和損害已發生兩個區塊，前者損害雖未發生，然具有損害蓋然性，因而需要防止之，例如：警察深夜巡邏時，發現停在巷弄的機車牌照以毛巾覆蓋著，經埋伏後看到甲出現，左顧右盼地準備發動機車，於是趨前予以攔停。

當已發生法秩序的違反時，損害即是侵擾（*Störung*）<sup>51</sup>，侵擾意謂警察所保護個人和公共法益已受到波及，在此當下，警察的行為不是防止、而是排除，因為所波及的法益不但已經發生，而且持續中，其內容違反法規範，導致法益的減損，侵擾的排除亦是一種危害防止，可以說，其乃危害防止的一種緊急方式，因若不排除，危害將繼續存在<sup>52</sup>，此即司法院釋字第535號解釋所稱，警察人員執行場所之臨檢勤務，應限於已發生危害之處所、交通工具或公共場所為之，例如：一對情侶於高速公路開車途中，發生激烈爭吵，造成車行極度不穩，忽快忽慢，隨意變換車道，該車已違反道交條例第32條第1項第2款、第4款，未保持安全距離、未依規定變換車道之規定，如不予以制止，不但可能自撞，亦對其他車輛造成威脅，危害仍在持續中。

不論損害未發生或已發生，均屬於危害的範疇，與犯罪的概念無關，惟必須清楚地區隔，至於在犯罪的概念中，緊臨著危害者乃犯罪嫌疑（*Tatverdacht*），依刑訴法第230條以下之規定，一旦知有犯罪嫌疑者，應即開始調查的規定，上文所述警察雙重功能措施

---

<sup>50</sup> 參閱上文貳、四。

<sup>51</sup> *Gärditz*, aaO. (Fn. 15), S. 30; 一譯「滋擾」，參閱李震山，同註3，頁220之註56。

<sup>52</sup> *Schoch*, JURA 2003, S. 472f.; *Vosskuhle*, JuS 2007, S. 908.

即植基於此，調查之起始點，在於知有犯罪嫌疑，其所指涉的是單純的初始懷疑（*einfache Anfangsverdacht*）<sup>53</sup>，換言之，只要有事實依據，依一般刑事案件的經驗法則，經由具體的事證，相信有違法且需經刑事追訴的犯罪行為存在，致成為調查的理由即可<sup>54</sup>，其必有管道來源，包括告訴、告發、自首或其他情事，可知管道來源及初始懷疑是犯罪調查的兩塊敲門磚。最高法院曾在某強盜案的判決中指出，警方以跟監的任意性偵查，蒐集犯罪嫌疑人所丟棄之菸蒂，作為蒐集去氧核糖核酸樣本之手段，惟警職法第11條僅限於以防止犯罪所必要，所進行的觀察動態掌握資料等蒐集活動，與本案警方因已發生強盜之犯罪行為，以蒐證為目的，始對嫌疑人進行跟監，並伺機蒐集所丟棄之菸蒂，供DNA比對，實有所差異，無法比附援引<sup>55</sup>。

明顯地，前段所述最高法院的判決屬於刑事追訴、而非危害防止的範疇，當然，警察若以「合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者」（警職法第6條第1項第1款），查證犯罪嫌疑人的身分，似乎亦無不可，問題在於既已達到初始懷疑的程度，而開始展開犯罪偵查，卻再回頭查證身分，實不合乎邏輯，亦不合法理，因為刑事追訴採法官保留原則，發動的門檻較警職法嚴格，所以刑訴法第205條之2指紋、掌紋、腳印與照相的目的，在於查證犯罪嫌疑人的身分，既已展開調查，中途不宜再度遁入警職法，否則，如此反覆來回的行為，實混淆了行政與司法的性質。

進一步言之，既已因犯罪嫌疑而開始調查，即已進入刑事追訴

<sup>53</sup> 一譯「簡單的開始嫌疑」，參閱林鈺雄，同註3，頁10。

<sup>54</sup> *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, § 39 Rn. 15; 吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，頁407-408，1998年11月；林鈺雄，同註3，頁10-11。

<sup>55</sup> 最高法院101年度臺上字第5635號判決。

範疇，應該適用刑訴法規定，俟排除犯罪嫌疑後，警職法方有適用餘地，以此檢視警職法與犯罪有關的用語，包括：有犯罪之嫌疑（第6條第1項第1款）、已發生之犯罪（第6條第1項第2款）、陰謀、預備、著手實施重大犯罪或有人犯藏匿之處所（第6條第1項第4款）、為調查犯罪（第9條第2項）、調查犯罪嫌疑（第10條第2項）、調查犯罪行為（第11條第3項），均已跨越單純的初始懷疑，而進入犯罪抗制領域，此種立法模式，實有極大的缺失，不但逾越危害預防的本質，更是破壞權力分立的分際、以及侵犯行政和司法的界線，宜儘速修法導正，並賦予警察相對應的職權，以回歸預防（Prävention）的本質，還原危害防止的面貌。

## （二）「競合」用語的不妥

在結束討論之前，有必要釐清學理上的用語，蓋專業名詞係概念表達之結晶，乃思考之後的認知。有學者將警察的雙重功能措施稱為「競合」，進而相互混用，並將之理解為：警察必須於同一時間面對兩項任務，例如：縱火逃逸案之擒火首與滅火、車禍肇事逃逸案之緝拿與急救<sup>56</sup>。本文認為，同一時間面對兩種任務，諸如面對擄人勒贖案件，應先營救人質（危害防止）、或先緝捕綁匪（刑事追訴）等案件，反而應歸屬衝突（Kollision）、而非競合（Konkurrenz）論中<sup>57</sup>，係整捆措施的概念，與雙重功能無關，因為涉及的是二行為、而非一行為；其實，就競合論而言，其在刑事法上，乃研究行為人的行為構成多數犯罪時，究應如何宣告所犯之罪名，並且決定其法律效果的理論<sup>58</sup>，例如：一行為觸犯數罪名；

<sup>56</sup> 李震山，同註3，頁337-338。

<sup>57</sup> 參閱Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, Rn. 327ff.

<sup>58</sup> 林山田，刑法通論，下冊，頁261，2003年11月，8版；不同意見：陳運財，同註4，頁47。

在民事法上，則是債權人對於同一行為得構成侵權行為及債務不履行時，兩者均以損害賠償為給付內容，係責任關係的理論<sup>59</sup>；至於公法之基本權競合，係探討人民的一行為涉及兩種（含）以上基本權，其保障範圍同時被干預，何種基本權應優先適用的理論<sup>60</sup>，其與警察雙重功能措施之一行為僅觸及一種範疇，只是何種範疇尚需評斷的情形，究有不同，職是，警察雙重功能措施與競合不宜混為一談。

## 肆、行政執行於刑事追訴中的適用

### 一、強制處分之概念及種類

強制處分係國家公權力追訴犯罪時，為保全被告或蒐集、保全證據之必要，對受處分人施加的強制措施<sup>61</sup>，例如：拘提、逮捕、羈押、搜索、扣押身體採證等。司法警察（官）雖非偵查主體，而僅是偵查輔助機關，係執行法官或檢察官作成的強制處分，惟面對強制處分時，受處分人的現場反應不一而足，包括從消極的忍受到積極的反抗，警察因此不排除使用搏擊術、甚至警槍的可能性，刑法遂於第90條及第132條規定，明定被告抗拒拘提、逮捕、脫逃、或抗拒搜索者，得使用強制力拘提、逮捕或搜索之，第138條第1項強制扣押亦有相同的規定；此外，同法第205條之2的身體採證措施，則對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反其

<sup>59</sup> 王澤鑑，*侵權行為法*（一），頁88-89，1999年6月，修正版。

<sup>60</sup> *Epping, Grundrechte, Rn. 259ff.*; *Jarass, Vorbemerkungen vor Art. 1: Allgemeine Grundrechtslehren, Rn. 16ff.*; 行政法部分，參閱陳敏，*行政法總論*，頁718-732，2016年9月，9版。

<sup>61</sup> 王兆鵬等，*刑事訴訟法*（上），頁105，2015年9月，3版；林鈺雄，同註49，頁301。

意思，採取蒐集的必要處分。

由刑訴法相關條文可以得知，行使強制處分時，警察得使用強制力、或得違反處分人之意思，然而，問題仍然尚未解決，強制力的使用係指何種強制力？除了不得逾越必要之程度外（刑訴法第90條、第132條但書），還有哪些要件？又何謂違反其意思？是否含有強制力的使用？刑訴法並沒有進一步的規定，當然，吾人可以理解，犯罪追緝的現場變化萬端，具有突發性與機動性，如果沒有彈性空間，不僅有害追緝目的，亦容易陷警察於不義，惟依法治國法律保留原則及明確性原則加以檢視，刑訴法規定強制力者，種類及要件並不清楚，至於違反處分人意思者亦同，需運用法律解釋以解決問題。

進一步言之，刑訴法除了第90條等規定，明白標示得使用強制力之外，與之相關的強制處分，亦可能產生同樣的結果，此即同法第75條結合第90條，被告經合法傳喚，無正當理由不到場，得拘提之，如若抗拒拘提者，亦得使用強制力拘提，同樣的情形尚有逕行拘提（刑訴法第76條、第88條之1），國內學界及實務界對此少有著墨<sup>62</sup>，於是留下三個待處理的問題：是否應該進行法律解釋、又應該如何進行、以及為何一直未進行？在討論之前，需釐清及確認者在於，司法警察執行強制處分，當然必須接受檢察官的指揮，惟強制力是否行使及如何行使，係臨場的舉動，一旦行使之，發生財產、身體、甚至生命等損害或傷亡事件，致產生民事、刑事、或國家賠償等法律訴訟時，司法警察（官）基於自我負責，其法律效果

---

<sup>62</sup> 方文宗，強制抽血取證正當性之研究，律師雜誌，268期，頁138-140，2003年7月；林鈺雄，同註49，頁311-320、347-362；曹昌棋，論尿液採集與證據之排除，警專學報，2卷6期，頁33-35，1999年6月；謝秉錡，論我國身體檢查之缺失，軍法專刊，47卷12期，頁37-39，2001年12月。



實與檢察官無涉。

## 二、犯罪調查與司法行政處分（Justizverwaltungsakt）

### （一）概念釐清

刑訴法強制力和違反意思之法律解釋，可考慮者係行政執行法直接強制和即時強制的相關規定，因為該兩者與警察措施息息相關，通常由警察行使時，稱為警察強制<sup>63</sup>。司法警察（官）負有危害防止與刑事追訴的任務與法定職權，意謂著刑訴法未有規定時，為了調查犯罪得援引危害防止的規定，也唯有使用強制力的可能性時，才會觸及刑訴法援引危害防止的措施，對於警察強制的援引，雖然有部分學者持懷疑觀點，認為由法條的用語中無從得知，刑訴法的措施規範是否為警察強制執行的前提，故無法確定之，甚至亦有持反對論者，認為警察法與刑事訴訟領域屬性不同，警察強制只適用於行政法範疇，刑訴法的措施規範與行政執行的基礎並不相干，亦不需要行政執行法的補充<sup>64</sup>；更有認為應放棄強制處分的傳統用語，改以「刑事訴訟上之基本權干預」（*strafprozessuale Grundrechtseingriffe*）取代<sup>65</sup>，既然無強制處分，自無加以援引之必要。

然而，通說和審判實務對於警察強制適用於調查犯罪，卻不曾懷疑<sup>66</sup>，儘管強制執行在刑訴法的相關條文中，只有片段地被提

<sup>63</sup> *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 11), § 24 Rn. 1; 參閱林明鏘，警察職權行使法基本問題之研究，載：警察法學研究，頁173，2011年7月。

<sup>64</sup> *Paeffgen*, § 127 Vorläufiger Festnahme StPO, Rn. 29ff.

<sup>65</sup> 林鈺雄，同註49，頁302。

<sup>66</sup> BGHSt 26, 99 (101); *Bialon/Springer*, Eingriffsrecht, Rn. 809; *Frister*, Polizeihandeln im Strafverfahren, Rn. 144; *Roxin/Schünemann*, aaO. (Fn. 54), § 31 Rn. 11f.

及，如「得違反犯罪嫌疑人或被告之意思」（刑訴法第205條之2），惟法條表達如此地清楚，整體關聯性已躍然於紙上矣！職是，可以清楚地得出，身體檢查、扣押和搜索等措施，必須以法官的指令當作要件，急迫時，檢察官或司法警察亦可為之，而緊接著指令之後，乃是執行的動作，從指令及執行的連結可以得知，執行是一種貫徹性的動作，包括警察本身的身體強制力，在調查階段，警察的功能通常即是扮演司法行政機關的角色，其所行使者，即稱為司法行政處分<sup>67</sup>，為了完成逮捕的指令，警察得使用強制的手段，包括警槍及手銬，於是乎，司法行政處分類似行政處分，只是在行政法或刑事司法領域不同而已，強制處分屬於刑事司法的一環，由司法行政機關對於個別事件，採取具規制效果的指令、處分或措施，當無疑惑<sup>68</sup>；至於以刑事訴訟之基本權干預取代強制處分的說法，其認為諸如通訊監察等項目，均秘密進行，受處分人根本不知不覺，欠缺強制的特性，故不宜稱為強制處分<sup>69</sup>。此種見解似有欠妥，理由有二：其一，強制概念的本質一定是干預基本權，除了違反行為人的意願，尚包括行為人不知、不在或不能之情形，亦即，係在確實違反行為人意思或潛在違反其意願下進行，乃是不管當事人同意與否，國家機關皆可為之的一種處分，重點在於實現公權力措施所想要達成的結果，因而不宜窄化強制的概念<sup>70</sup>；其二，「基本權干預」只是一種過程，是否合憲才是重點，依國會保留原則，刑訴法的強制處分有其合憲性基礎，實無疑問<sup>71</sup>，因而提出以

<sup>67</sup> Benfer, NJW 2002, S. 2689; Götz, aaO. (Fn. 6), § 18 Rn. 11ff.

<sup>68</sup> Benfer/Bialon, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, Rn. 1570ff.; Gerhold/Rakoschek, JURA 2008, S. 900.

<sup>69</sup> 林鈺雄，同註49，頁302。

<sup>70</sup> Rachor, aaO. (Fn. 44), Rn. 791.

<sup>71</sup> Epping, aaO. (Fn. 60), Rn. 110, 730ff.; Pieroth/Schlink, aaO. (Fn. 57), Rn. 239ff.,

刑事訴訟上的基本權干預取代強制處分的說法，既無法撼動強制處分之強制力存在的事實，亦無助於共識的形成。

### (二)警察強制與強制處分之強制力

警察強制有警察本身肢體的動作、警槍或手銬等各種不同的手段，為了完成刑訴法的諸多職權，必須進一步說明警察強制的程序與方法。根據行政法的制度設計，行政執行係行政職權之延續，倘若人民不知或不願履行行政處分所設定的義務，行政機關依照行政執行法，透過強弱不等的手段，強制義務人完成與行政職權之行使相同的狀態，因而行政法是一種職權與執行二階段的體系架構，依行政法二階段的劃分，實施行政執行如同民事強制執行，必須先取得執行名義方可進行第二階段的各種執行方法，行政執行因而是順著職權延伸而來的強制程序，也就是說，是一種階段性的程序，計有行政處分的作成、告戒（*Androhung*）、確認（*Festsetzung*）及強制方法的使用（*Anwendung*）四個步驟，稱為延伸（或階段）程序（*Gestrecktes Zwangsverfahren*）<sup>72</sup>。

反之，當面對緊急狀況，時機是首要考量，重點是即刻執行，因而發動條件與延伸程序不同，行政處分無法事先作成，告戒和確認亦無法事先履行，反而必須立刻使用強制方法，即時強制於是應運而生，其將程序縮減成一個執行步驟，是一種縮短的強制程序（*Gekürztes, Abgekürztes oder Verkürztes Zwangsverfahren*）<sup>73</sup>，申

---

445ff.; 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，同註12，頁83-95。

<sup>72</sup> *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 22 Rn. 210; *Gusy*, aaO. (Fn. 5), Rn. 438; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 11), § 24 Rn. 21; 參閱陳敏，同註60，頁891-894。

<sup>73</sup> *Götz*, aaO. (Fn. 6), § 13 Rn. 2; *Maurer*, aaO. (Fn. 2), § 20 Rn. 27; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 11), § 24, Rn. 36; 有稱之為「簡化之執行程序」，參閱吳志光，行政法，頁389，2016年2月，7版；李建良，論行政強制

言之，係在緊急事件中，需馬上作出回應，延伸程序的四個步驟於是被壓縮成一個步驟，僅僅剩下強制方法的使用<sup>74</sup>，相對於延伸程序，即時強制係另一選項之執行程序、而非執行方法，確切而言，此種將延伸程序簡化 是一種程序的免除（*verfahrensfrei*）<sup>75</sup>。

經由上述的說明可以得知，警察根據刑訴法的授權，所行使的逮捕、拘提、搜索、扣押或身體採證等林林總總的職權，其所遭到抗拒而使用強制力的情況，依其本質，有屬於延伸程序者，如傳喚使用的傳票應記載「無正當理由不到場者，得命拘提」，或如身體採證無須立即採取強制力；亦有屬於縮短程序者，如逮捕；也有可能由延伸程序變換至縮短程序，如欲進行身體採證之脫逃，而所採取的逮捕動作。

至於警察強制的執行方法，如同行政執行一樣，包括怠金、代履行和直接強制三種，其中直接強制係執行人員運用身體上的強制力、輔助工具或武器等實力，針對不可替代的行為或不行為義務，以壓迫義務人之意志，施加於人或物之上，迫使達成與義務履行同一之狀態，其最大的特色在於，運用身體強制力、輔助工具或武器等實力的直接效果，因而具有以下特徵：不可替代性和直接迫使性<sup>76</sup>。刑訴法的強制處分，不論逮捕、搜索、拘提或身體採證，均由警察在現場親自為之，不似公路監理機關辦理汽車檢驗，得假手民營汽車修理業或加油站之委託行使公權力（公路法第63條第3項參照），即使檢察官指揮辦案，警察亦是第一線面對被告或犯罪嫌

---

之執行方法，政大法學評論，63期，頁191，2000年6月；陳敏，同註60，頁897；實務見解參閱高雄高等行政法院98年度訴字第444號判決。

<sup>74</sup> Pietzner, *VerwArch* 82 (1991), S. 306.

<sup>75</sup> Gusy, aaO. (Fn. 5), Rn. 454.

<sup>76</sup> Gusy, aaO. (Fn. 5), Rn. 446; Pieroth/Schlink/Kniesel, aaO. (Fn. 11), § 24 Rn. 14f.; 參閱李建良，同註73，頁180、183。

疑人的執行者，因而具有不可替代性；又強制處分乃是典型的干預行為，均由執行公權力的警察人員直接為之，遇有抗拒或攻擊等不願意履行義務的犯罪嫌疑人或被告，警察必須使用搏擊術或警槍等壓迫性的動作，強迫其屈服，以完成任務，因而亦具有直接迫性，職是，面對刑訴法的強制處分，適當的執行方法僅直接強制，怠金和代履行兩種執行方法與其本質有異，不在考慮之列<sup>77</sup>。

### 三、警察強制的法定要件

#### (一) 延伸程序

如上所述，警察強制面對實際狀況的不同，有延伸程序和縮短程序的差別。延伸程序的步驟有行政處分的作成、告戒、確認和執行方法四道步驟，就刑訴法的強制處分而言，強制處分原則上由法官與檢察官核發、警察機關執行，而成為執行名義，乃合法性的前提，否則警察強制無由發動，通稱為基礎處分（Grundverfügung）<sup>78</sup>；告戒係明示如未於限定時間內履行，將採行之強制方法，此即通稱的警告或下最後通牒之謂，可以和基礎處分連結起來一併行使<sup>79</sup>，如上述傳票所記載「無正當理由未到，即得命拘提」；確認（一稱為核定）<sup>80</sup>係具有拘束力的意思表示，即告戒無效之後，行使強制方法的許可，乃是為了慎重嚴謹起見的一道程序，不過，倘若義務人已明確無誤地表達不接受基礎處分，則確認之步驟並非必要<sup>81</sup>，如被告一看到警察前來拘提，拔腿就跑；至於行使，即是直接強制

<sup>77</sup> Benfer, aaO. (Fn. 67), S. 2688ff.; 參閱Götz, aaO. (Fn. 6), § 24 Rn. 11.

<sup>78</sup> 陳敏，同註60，頁879。

<sup>79</sup> Pieroth/Schlink/Kniesel, aaO. (Fn. 11), § 24 Rn. 25; 參閱Gerhold/Rakoschek, aaO. (Fn. 68), S. 900.

<sup>80</sup> 陳敏，同註60，頁892。

<sup>81</sup> Pieroth/Schlink/Kniesel, aaO. (Fn. 11), § 24 Rn. 26.

的使用，其性質並非行政處分、而是事實行為<sup>82</sup>。

對於延伸程序，尚有一個問題需要處理。行政行為依其內涵可區分為指令（Anordnung）和實行（Ausführung）兩種方式，依前者作成者為行政處分；後者則係事實行為，行政執行以取得執行名義為前提，所稱的執行名義單指行政處分而言，義務人如果拒絕和不願意履行行政處分，則實體的職權規範功能便轉而由行政執行之程序，施加各種手段，行政機關之任務因而透過該二階段加以完成，問題在於：與行政處分相對的事實行為如何完成行政執行？法律規範直接授權行政機關透過事實上的動作履行職權，授權機關在事實行為的意義上，並不需要像行政處分般地必須下達某種決定，而是直接實行即可，履行事實上的動作，亦無法得出如同行政處分之可得出的忍受義務，因為事實行為的重點在於，義務人要做什麼動作、非忍受什麼指令，可以這麼說，事實行為的忍受義務在法條自身，因而可稱為沉默的行政處分（Ein stillschweigender Verwaltungsakt）<sup>83</sup>，此種沉默的行政處分從行政執行的觀點來看，實行本身似乎已包含執行措施，因而沒有必要多此一舉將兩者分離，不過，實際上並沒有包含全部的強制程序和所有的執行措施，以拘提而言，當警察提示拘票，犯罪嫌疑人表示願意一起到指定處所，此時，實行行為本身透過法律授權取得正當性，視同行政執行，但是，倘若犯罪嫌疑人不願意、甚至反抗，則警察仍必須使用直接強制，運用肢體動作之腕力等方法使其屈服<sup>84</sup>，此為拘提的強制力使然，職是，事實行為與行政處分一樣，均可作為行政執行的執行名義。

---

<sup>82</sup> 陳敏，同註60，頁894。

<sup>83</sup> Gusy, aaO. (Fn. 5), Rn. 182.

<sup>84</sup> Gusy, aaO. (Fn. 5), Rn. 180ff.; Pieroth/Schlink/Kniesel, aaO. (Fn. 11), § 12 Rn. 13.

## (二)縮短程序

至於警察強制的縮短程序，就是學理上的即時強制或逕予執行（*unmittelbare Ausführung*，一譯直接實行）<sup>85</sup>，乃因需立刻採取干預手段的動作，於此當下，警察本來應該依照職權作成行政處分，然而，為了立即防止危害，不僅行政處分的作成、而且連強制方法的告戒、確認都必須放棄，其特別之處，在於縮短了強制程序，也可以說，修正了延伸程序，除了放棄基礎處分之作成、以及告戒和確認程序之外，僅保留直接強制的執行方法，此乃迫於必須立即執行的必要性所使然，由於即時強制的程序要件僅剩下直接強制之執行方法，檢視其合法性的重心遂轉移至實體要件，重點包括法定職權、當前危害和比例原則三項。

三項實體要件中，比例原則較為耳熟能詳，刑訴法第90條、第132條等，亦一再提示「不得逾必要之程度」，即尚無其他干涉較輕微的方法，可資達成相同的目的，且達成之後所獲得的利益高於所付出的代價，換言之，兩害相權取其輕、而非殺雞取卵之謂也。其餘兩項均需進一步申論，就法定職權而言，警察機關作成行政處分之所有權限必須具備，且行政執行的法定要件完全存在，包括可執行的行政處分，因而其程序上及實體上的合法性需要一一被檢視，職是，所謂即時強制無待事先作成行政處分，真正的意義在於：事先的行政處分可以取消，然應立即執行的行為或不行為義務不可取消，申言之，警察機關因事態緊急，雖不能等待行政處分之作成，但依該事務之本質，仍然具有職權，只是因為時間急迫而未能作成，與義務人是否存在，純屬不相干的兩回事，稱之為擬制的基礎處分（*fiktive Grundverfügung*，直譯為假定的基礎處分），亦

---

<sup>85</sup> 陳敏，同註60，頁898。

可稱為假設的基礎處分（*hypothetische Grundverfügung*）<sup>86</sup>，擬制的基礎處分如同已行使的基礎處分，其合法性亦相同，此乃具有法定職權的意義所在<sup>87</sup>。

當前危害（*gegenwärtige Gefahr*）意謂，重大法益遭受威脅且危害即將發生、或損害已發生，非採取特殊措施，不足以排除之，其乃最強烈的危害等級，結合損害發生的逼近性和重大法益的脅迫性而成，亦即，以期待可能性之最高機率和時間上的直接來臨為要素，單單一般性的具體危害並不足夠，其與刑訴法第88條之1情況急迫，所謂迫切危害（*Gefahr im Verzug*），側重機關權限之間的轉移<sup>88</sup>，亦有所差異，判斷基準在於：危害的確定和可預期的損害發生之間，時間被壓縮到不可能、或有本質上的難度，致無法採取延伸程序中的強制方法<sup>89</sup>，例如：當警察依照刑訴法第90條，執行逮捕，遭到通緝犯持槍攻擊時，使用警槍射擊其腿部，因為，遭到突如其來的攻擊，在間不容髮的情況下，不可能有任何程序上的動作。

值得一提的是，一旦符合所描述的要件，已經開始進行的延伸程序亦可轉換成為縮短程序，程序轉換的前提在於原本選擇的執行

---

<sup>86</sup> *Achterberg*, aaO. (Fn. 72), § 22 Rn. 224; *Götz*, aaO. (Fn. 6), § 13 Rn. 4; *Kugelman*, aaO. (Fn. 17), 11. Kap. Rn. 45; *Pietzner*, aaO. (Fn. 74), S. 303f.; *Schenke*, aaO. (Fn. 11), Rn. 566.

<sup>87</sup> *Gusy*, aaO. (Fn. 5), Rn. 441; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 11), § 24 Rn. 38; 參閱陳敏，同註60，頁899-900。

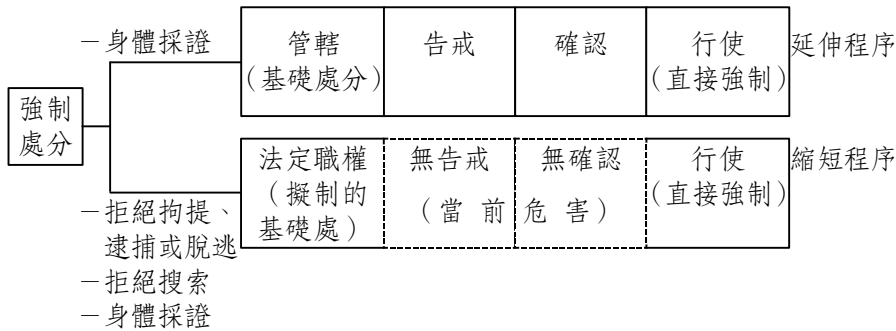
<sup>88</sup> *Denninger*, aaO. (Fn. 9), Rn. 64; *Schoch*, aaO. (Fn. 52), S. 472-476; *Vosskuhle*, aaO. (Fn. 52), S. 908; 陳英淙，探討警察法之危害概念，政大法學評論，140期，頁195，2015年3月。

<sup>89</sup> *Gusy*, aaO. (Fn. 5), Rn. 441; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 11), § 24 Rn. 40; 陳敏，同註60，頁900-901；謝秉錡，同註62，頁40；參閱方文宗，同註62，頁146-147。



方式不適當，同時，符合欲替換之執行方法的構成要件，例如：警察依照刑訴法第205條之2，採取犯罪嫌疑人或被告指紋和掌紋時，其不願意配合，經由告戒、確認程序，欲進行身體採證時，甲趁著空隙，拔腿就跑，並與追逐而來的員警扭打，被制伏後，其作成可執行的強制處分遭到抗拒，得使用腕力將其壓住、或使用皮帶將其扣住，依照縮短程序，逕自行使直接強制方法採取之，因為犯罪嫌疑人以暴力攻擊警察，符合當前危害及比例原則之要件，無須進行告戒和確認等程序。

為收一目瞭然之效，茲將「強制處分之程序要件一覽表」圖示如下：



資料來源：作者自繪。

#### 四、即時強制之困惑的檢討

我國學界或實務界處理刑訴法之強制處分時，不論逮捕、拘提、搜索或身體採證等，均如同法條規定一般，僅說明得使用強制力，並以比例原則拘束之，至多闡述法律保留及法官保留原則，對於強制處分的執行及方法，少有著墨。事實上，基於偵查不公開、或基於保密、或基於時效考量等緣由，犯罪嫌疑人或被告直到警察

上門，才知道東窗事發，因而刑訴法之絕大多數強制處分的執行均適用行政法之即時強制，誠屬合情合理，只是行政法與刑事法學界為何長久以來一直亦未曾展開對話？依本文觀察，其最主要的原因，係陷入即時強制的泥沼中，也就是說，即時強制與法義務之間的關聯性，尚待釐清。

我國通說主張，即時強制之法律制度係為應付緊急狀況，事前並無義務人存在，因而即時強制並非以人民義務違反為強制的出發點，行政機關得採取之強制措施，無須事先作成行政處分，且無預先為告戒等程序，毋寧是基於情況急迫及公益，直接對人民之身體或財產實施強制之權力，以達成行政上必要之狀態，屬於國家公權力之緊急介入，故被執行人非為強制義務之履行，無須法律之特別授權，乃直接對人民之身體或財產加諸實力，以實現行政上必要狀態之作用，因而是一種事實行為<sup>90</sup>，亦有主張係依法令之行為<sup>91</sup>，而且，事前並無一具體處分賦課義務之原因，包括事實上不能、性質上不宜及時間上急迫，並已成為立法理由<sup>92</sup>。由於刑訴法之搜索、扣押、拘提、逮捕等強制處分，若非個別處分本身含有法義務性質、就是法條自身已具有忍受義務的成分，難怪與非以義務不履行為前提之即時強制，彼此之間無法產生交集。

本文認為，通說對於緊急狀況的肯定、以及執行程序的簡化，

<sup>90</sup> 吳庚，同註2，頁535；林明鏘，行政法講義，頁394-395，2014年10月；林素鳳，行政即時強制之研究，警大法學論集，5期，頁222，2000年3月；廖義男，行政執行法簡介，台灣本土法學雜誌，8期，頁12，2000年3月；梁添盛，論警察權限之強制手段與任意手段，中央警察大學學報，48期，頁234，2011年6月；劉嘉發，警察即時強制之研究，中央警察大學警政論叢，4期，頁226，2004年12月。

<sup>91</sup> 蔡震榮，警察之即時強制，警學叢刊，31卷4期，頁71，2001年1月。

<sup>92</sup> 立法院公報，87卷42期，院會紀錄，頁226；蔡茂寅，警察職權行使法上之即時強制，日新半年刊，6期，頁25，2006年1月。

固屬正確無誤，然而，對於公法義務的否定、以及法律性質的判斷，則有待商榷。行政法以行政處分為核心概念，行政處分以義務履行為重點，然依通說的意見，即時強制卻與之切割，和行為或不行為義務完全分離，獨立成為一種制度，我國行政執行法將即時強制（第四章）與行為或不行為義務（第三章）脫鉤，顯然採取通說的主張，而且已成為立法理由，順著此種思維而產生的法律性質、執行方法及權利救濟等制度設計，便完全不同於行為或不行為義務之違反的行政執行，果真依照通說的思維，我國將創造嶄新的即時強制制度<sup>93</sup>！

問題卻在於，通說的主張有待商榷，試問：居民違反畜犬管理辦法而飼養之犬類，得予強制預防注射或捕捉，飼養者果真沒有違反家畜疾病防治之行為義務<sup>94</sup>？對酗酒泥醉者執行管束，泥醉者真的是事實上不能，而不存在避免傷害自己或他人之生命或身體的不行為義務？對於逃漏稅之突襲檢查，逃漏稅者僅僅是性質上不宜，而不是基於應遵守報稅的行為義務？救火時之破壞建築物以隔出防火巷，消防員難道只是因為時間上急迫，而無基於救護生命、身體及財產之行為義務<sup>95</sup>？同理，屬於即時強制之雙併排違規車輛的拖吊，違停者果真沒有違反禁止停車的不行為義務？對犯罪嫌疑人之逮捕，嫌疑人難道無出於應遵守法律的行為義務？例子不勝枚舉，總而言之，即使情況急迫，仍需以行為或不行為義務為前提，雖無待作成行政處分，但擬制的基礎處分仍然存在；至於警察在執勤過

<sup>93</sup> 有學者認為我國行政法學界對於即時強制制度的偏差理解，實已到了積重難返的地步，參閱李建良，論行政強制執行之權利救濟體系與保障內涵——以行為、不行為或容忍義務之執行為探討重心，中研院法學期刊，14期，頁18之註29，2014年3月。

<sup>94</sup> 例子引自吳庚，同註2，頁520。

<sup>95</sup> 例子引自蔡茂寅，同註92，頁25。

程中，因合於目的性的任務需求，執行與義務人無關之勤務，例如：清除高速公路上不明來源的輪胎皮，則與基礎處分無關，實不屬於行政執行的範疇<sup>96</sup>。

經由上述的討論可以得知，行政機關之所以動用行政執行，係因為義務人不履行行為或不行為義務，故行使強制方法以使其屈服，此在延伸程序誠屬當然之理，事實上，於縮短程序亦不例外，透過擬制基礎處分的穿針引線，即一舉解決行為或不行為義務、以及行政處分被通說排除的尷尬，例如：警察行使拘提、逮捕等職權時，遭遇犯罪嫌疑人的抗拒，一般而言，都是突如其來的動作，依行政執行法之規定，此乃歸屬於行為或不行為義務的概念。

最後，需說明者在於，即時強制如同其他具干預性質的警察措施，是一種法律授權行為，就行政執行的角度來看，無論是縮短程序、程序的免除、抑或是延伸程序的例外<sup>97</sup>，均不影響其性質，因此，將即時強制視為依法令之行為實屬多餘，因為所有行政機關執行經國會立法通過關於任務與職權之法令，均屬依法令行為，無須特為拈出，其需特別強調依法令行為者，率皆基於阻卻違法之考量，由立法者予以鋪陳，今警察機關履行即時強制，乃延續合法之基礎處分而來，只是予以省略而已，法理層次分明，遵守法構成要件，並無違法之虞，此亦符合刑訴法強制力使用的授權性質；至於將之判為事實行為亦有迷思，因為即時強制是一種程序，如同行政程序一樣，既然如此，探討其法律性質為行政處分或事實行為即不具意義，反而不如審究其執行方法來得重要。

以此觀察上述消極抗拒的情形，汽車駕駛人C負有停車受檢的義務，警察尚未能作成行政處分，C即已棄車逃逸（案例3）；至

<sup>96</sup> 參閱Gusy, aaO. (Fn. 5), Rn. 436.

<sup>97</sup> 參閱上文肆、二、(二)。

於積極抗拒的狀況，不論任何人，當然包括槍擊要犯D（案例4），均負有不傷害生命、身體及財產的不作為義務，然警察根本無法作成行政處分，D即已對警察駁火，職是，無論消極或積極抗拒，C與D均負有行為或不行為義務，警察為阻止犯罪、危害之發生或避免急迫之危險，具有職權而有即時處置之必要，刑訴法之強制處分得援引之。在結束討論之前，需強調的是，經由法律解釋僅釐清刑事訴訟之強制力的行使，其法律依據並不會因此從刑訴法轉為行政執行法或警職法，當事人主張之法律救濟，仍必須按其性質，依刑訴法或相關法律進行，這如同處理國家賠償事件，依國家賠償法第5條，得適用民法之規定，惟其法律之判準仍是依照國家賠償法，進行國家賠償訴訟一樣，不可不辨。

## 伍、裁判簡評

### 一、高等法院91年度重上更(一)字第35號刑事判決

#### (一) 案例事實

E曾因賭博案件，經法院判處有期徒刑六個月確定，已易科罰金完畢；F（第一審判決論處其賭博罪刑，未經上訴而確定）於公眾得出入之某場所，擺設電動賭博機具28臺，先後僱用員工為賭客開分、兌換代幣、積分卡、彩金等工作，且以之為常業，和參與賭博之人賭博財物，嗣某日十七時五十分許，有賭客4人在場玩電動賭博機具時，為警當場查獲，扣得上開等物，十八時四十分許，獲悉上情的E帶著酒意自外進入上開場所，適值F為警查獲上揭賭博情事而遭警查扣電動賭博機具，E竟聽從F之教唆，手持F所有當場交付之木棍一支，擊打上揭已依法查扣屬公務員職務上掌管之電動賭博機具，致其中3臺之鏡面破損，喪失其鏡面效果，木棍並因而

斷裂。

## (二) 爭點與簡評

本案爭點不少，與本文較無關聯性者，例如：E擊打電動賭博機具，致造成其鏡面破損，是否成立損壞公務員職務上掌管之物品罪？容略而不論，以下僅就與本文相關之爭點探討之。警察進入F擺設電動賭博機具之場所，係行使危害防止或刑事追訴之職權？該爭點亦是最高法院發回更審的理由之一，因此饒富意義，茲根據上述參之二、警察雙重功能措施的判準，闡述如下：

本案警方係行使危害防止或刑事追訴之職權，影響至深且鉅。茲舉相關的最高法院99年度臺上字第4117號刑事判決予以比較：警察接獲匿名檢舉，X在某網咖第44至46櫃檯販毒，隨即前往查探，與X接觸後，並認出其有毒品前科，在未持搜索票的情形下，對X進行臨檢，當場查獲愷他命11包（2大包、9小包，淨重106.94公克）、電子磅秤1臺、分裝袋54個及帳冊1本，X涉毒品危害防制條例第4條第3項之販賣第三級毒品罪。該案警方主張以危害防止之臨檢名義進入，惟法院認為檢舉情資具體且明確，再加上警察一眼即認出有前科的X，已達初始懷疑的程度，亦即，司法警察已依刑訴法第231條第2項，知有犯罪嫌疑者之規定，開始進行調查，其結果是未持搜索票，因而所搜索之毒品等並無證據能力，換言之，對於危害防止或刑事追訴，警察已無裁量權限。

就本案而言，根據判決書所載，警察係進行例行性臨檢，先進行身分查證，進而獲知賭博情事，始依刑訴法執行扣押程序，重點不在於扣押程序，因為知有犯罪嫌疑後始執行之，並未違法，職是，對於選任辯護人為被告辯稱：扣押並非適法，判決書即予以駁斥；本案困難的地方，在於截至扣押之前的職權行使，係危害防止抑或犯罪調查，因為臨檢雖明文載於警察勤務條例第11條第3款，

然其概念籠統而粗糙，不但包括攔停、身分查證等數個獨立的職權，更麻煩的是，在危害預防和犯罪抗制領域均可使用，進行危害防止時，固然需任何人均可自由進出之場所，惟抗制犯罪時，如上述最高法院的判決，警察亦以臨檢名義進入公共場所，由此可見，公共場所之進入的客觀事實，並非判斷危害防止的關鍵因素。

本案警察進入擺設電動賭博機具的場所，客觀上無任何證據足以得知，F是否涉有犯罪嫌疑，不過，主觀上存有疑慮，因而具有不確定性，但只能選擇危害防止或刑事追訴其中的一種，其與整捆措施因案件內容標的可分離、或時間序列可拆開之兩種動作，有所差異，亦即，警察所面臨者，在於危害疑慮或初始懷疑之中的一種抉擇，是為警察雙重功能措施，此時，執勤員警看到電動機具臺及員工、客人數名，因無賭金，致不敢貿然判斷，於是先對於有危害疑慮者進行身分查證，危害疑慮不是客觀的具體危害，因為並無實際上的根據可以證明就是危害本身，但對於進一步調查線索卻有其必要，因而是主觀危害的一種<sup>98</sup>，本案警方依照現場發動措施時的理由和意圖，因尚不存在犯罪行為之違法狀態，經由裁量之後，認為與發動偵查的要件並不吻合，故以危害防止的角度切入。

至於賭客於查證時供認有賭博情事，而開始查扣機具，進入刑事訴訟適用程序，已與警察雙重功能措施無關，此猶如警察基於危害防止進行攔停酒測，俟駕駛人吐氣所含酒精濃度達每公升0.25毫克，即觸犯刑法第185條之3第1項第1款不能安全駕駛罪，而依刑訴法相關程序辦理一樣，本案查扣機具的適法性，係在臨檢後發現犯罪證據，根據刑訴法第133條第1項，可為證據或得沒收之物，無須搜索票得直接扣押之，判決書論述甚詳，茲不贅言。

---

<sup>98</sup> 陳英淙，同註88，頁185。

## 二、最高法院102年度臺上字第810號民事判決

### (一) 案例事實

警方接獲G所駕駛車輛肇事逃逸之報案，員警甲獲悉後，將警用機車超前停放於該車輛正前方，該車輛往左方閃避拒絕攔檢，並衝撞甲致其受傷，員警乙見狀追至下一個路口攔查時，又遭衝撞；再遇有接獲通報，應查扣上開人車命令之員警丙，丙見到G因會車暫停，即下車持槍快跑至該車右方，拍打車輛並喝令下車，G反而突然將車輛朝丙站立之位置衝撞，因現場騎樓地面不平，且高出水平約15公分，丙往後跳開閃避而開槍，過程中因重心無法平衡，致擊中乘坐於副駕駛座之H，其身體因而受有槍傷性第一胸椎骨折併脊髓損傷。

### (二) 爭點與簡評

本案警察被質疑用槍不當，導致民眾的身體權受損，而申請國家賠償。警察之所以開槍，係因為犯罪嫌疑人抗拒逮捕，職是，本案爭點在於：警察使用強制力逮捕犯罪嫌疑人，如何評價其合法性？茲根據上述肆之二、犯罪調查與司法行政處分、以及三、警察強制的法定要件，申論如下：

本案員警使用佩槍朝G所駕駛的車輛開槍之前，G已犯下肇事逃逸及兩起傷害與妨害公務執行罪之案件，該兩起員警受傷的案件，均是G抗拒逮捕而衝撞警察所造成，且均是在現場連續犯案，警察丙接獲查扣人車的指令，而前往現場，G採取對付甲、乙相同的方式，欲如法炮製，幸好丙機警地跳開，G已對丙製造法律所不容許的傷害風險，而達未遂的程度，此時，警察丙朝G所駕駛的車子開槍，實含有防止繼續惡化的可能（刑訴法第231條第2項參照），職是，亦具有危害防止的成分，這即是「透過犯罪抗制的預



防」，申言之，為了讓G完成停車受檢的義務，必須使用強制力，刑訴法第90條所稱，被告抗拒逮捕者，得使用強制力逮捕的規定，此之謂也；然該條文除了強制力及必要性原則外，尚無其他構成要件，茲援引警察強制的概念，俾符合刑事法嚴格法定主義之精神。

行政執行在刑訴法領域行使者，稱為司法行政處分，依行政執行法第36條第1項之規定，行政機關為阻止犯罪、危害之發生或避免急迫危險，而有即時處置之必要時，得為即時強制。本案G已犯案，為（準）現行犯，警察丙為阻止其犯罪，有即時處置之必要，正是因為必須立刻處置，所以，除了執行方法之外，基礎處分、告戒和確認均省略之，故即時強制的法定要件之重點，不在程序上、而是在實體上，其要件有三：

#### 1. 法定職權

本案警察因遭G開車衝撞，事態緊急，須立即採取制止的動作，雖不能等待行政處分之作成，因而事先的行政處分可以取消，然應立即執行的停車受檢義務不可取消，換言之，警察依其法定職權，對於停車受檢義務之處分的作成，仍然具有職權，僅在於無須依一般程序，先作成行政處分，並經告戒、確認而後再使用強制方法，警察並不因之而獲得原先所未有的權限。

#### 2. 當前危害

本案G開車衝撞警察，丙若不在一瞬之間跳開，傷亡的機率極高，G不但藐視法秩序，且嚴重威脅執法人員的生命、身體安全，時間的逼近和重大法益的脅迫性同時存在，屬於最強烈等級的當前危害，非採取開槍的動作，不足以排除之，換言之，面對G所造成的生命、身體危害之逼近，時間已被壓縮到不可能、或有本質上的難度去採取延伸程序中的強制方法，欲制止之，只能使用即時強制；亦符合警械使用條例第4條第3款、第5款，依法應逮捕之人拒捕、脫逃，警察人員之生命、身體遭受強暴或脅迫，得使用槍械之

規定。

### 3. 比例原則

本案警察面對G的衝撞，為達到排除當前之危害，使用警槍射擊，其手段不但是適當的、而且是唯一的，因為尚無其他的方法可以達成相同的目的，此即警械使用條例第6條，警察人員應基於急迫需要，合理使用槍械，本案警察丙雖傷及副駕駛座之第三人H，惟車窗處黏有隔熱紙、車內未開燈，無法辨識是否有人乘坐，再加上槍擊現場之騎樓地面高出水平約15公分，致使閃避及同時開槍的過程中，因地面不平，重心難以平衡，致無法在穩定狀態中使用槍械，兩相權衡之下，亦無逾越必要程度及違反狹義比例原則。

## 陸、結 論

總結警察危害防止與刑事追訴的分與合。

首先，危害防止與刑事追訴之本質包括：

一、警察任務具有行政與司法不同的性質，分別載於警察法第2條防止一切危害、第9條第3款及第4款協助偵查犯罪、執行搜索、扣押、拘提及逮捕，並具體化於警職法和刑訴法的相關條文中，成為警察行使職權的授權基礎，此為警察作用的分殊性，行政警察因而不同於司法警察，前者係根據警察行政法的授權而行使職權；後者則非組織上的編制、而是法律上的概念。從歷史上的脈絡、目的論的實現、組織上的編制、指揮上的權限、勤務上的監督、以及權利上的救濟等不同觀點切入，警察任務橫跨行政與司法，實有其必要。

二、雖然有主張以行政警察涵括司法警察、以及將偵查原理適用於行政警察作用之不必要說，本文認為癥結在於警察法的立法缺失，包括：該法第2條將防止一切危害的母項、與維持公共秩序和

保護社會安全的子項並列，導致主從混淆和層次不明、以及該法第9條將協助偵查犯罪列為警察職權，等於置放於危害防止的主要任務之下，進而導出犯罪偵查係危害防止的內容的謬誤，解決之道則在於將協助偵查犯罪與防止一切危害並列於警察法第2條之警察任務，並刪除非屬同一層級的內涵。

其次，警察職權之區隔與警察雙重功能措施的結論為：

一、危害防止和刑事追訴不排除無法分離而重疊的可能性，即所謂警察雙重功能措施，致形成任務的交叉，而無法驟下判斷，惟需先辨明兩種與之不相干的類型，包括：透過犯罪抗制的預防、以及整捆措施的概念，前者本質上仍是犯罪抗制，適用於刑事追訴；後者依內容標的或時間先後，能夠加以拆解成為不同的措施。

二、警察雙重功能措施的判準，關鍵在於刑訴法第230條以下之條文，調查開始於犯罪嫌疑之知情，其所指涉的是單純的初始懷疑，一旦有事實依據而成為調查的理由，即進入犯罪抗制的範疇，並依情況區分為受檢察官指揮偵查之司法警察官（刑訴法第230條第2項），及司法警察知有犯罪嫌疑（刑訴法第231條第2項），若缺乏線索，則行使合義務性裁量，依照客觀的目的歸類之，分別與危害防止或刑事追訴的合法性要件扣合，且原本作成措施的目的有所改變時，亦需有法律上的依據，不可流於主觀的想像或憶測。

三、從犯罪預防和抗制的角度加以檢視，與犯罪抗制相關的概念計有犯罪調查、刑事追訴防備、及犯罪行為預防三種，危害防備不與焉。刑訴法第205條之2身體採證，係警察雙重功能措施的代表性條文，其目的包括身分確認與鑑定採樣，為了刑事訴訟的進行，刑事追訴適用於身分確認並無疑問；至於犯罪行為預防，其性質屬於危害防止的一環，與鑑定採樣不同，反倒是刑事追訴防備，應歸類為刑事司法程序，因而符合鑑定採樣目的，其先決條件包括：釐清有罪行為的當事人名單、和採集的資料有助於偵查程序的啟動，

職是，身分確認與鑑定採樣措施同屬於犯罪抗制的範疇，與調查犯罪有關，屬於司法警察的職權，又該兩種措施與警察雙重功能措施無涉，因而無須分別立法。

四、犯罪調查的起始點，在於知有犯罪嫌疑，其所指涉的是單純的初始懷疑，重點在於：一旦開始調查，中途不宜再遁入警職法而彼此交替，否則，即混淆了行政與司法的性質。檢視警職法條文，計有六處使用與犯罪有關的用語，不可謂不嚴重，宜儘速修法改正之。至於警察雙重功能措施，係一行為僅觸及一種範疇，與競合的概念不同，不宜混為一談。

最後，行政執行在刑事追訴中的適用，結論如下：

一、強制處分屬於刑事司法的一環，將行政執行之警察強制適用於調查犯罪之強制處分，稱為司法行政處分，其概念包括身體採證之延伸（階段）程序、及逮捕等縮短程序，亦有可能由延伸程序變換至縮短程序，例如：欲進行身體採證之脫逃，直接強制則是唯一的執行方法；至於以刑事訴訟之基本權干預取代強制處分的說法，有窄化強制的概念、面臨沒有答案的窘境，而無助於共識的形成。

二、強制處分之延伸程序的法定要件，包括基礎處分的作成、告戒、確認和直接強制，其中基礎處分包括行政處分和事實行為；至於縮短程序，乃是學理上的即時強制或逕予執行，強制處分之程序要件簡化成直接強制之執行方法，其合法性之要求包括法定職權、當前危害和比例原則，法定職權的意義在於擬制的基礎處分，而當前危害則以期待可能性之最高機率和時間上的直接來臨為要素，係需特別留意之處。

三、刑事訴訟之絕大多數的強制處分均適用行政法之即時強制，一直未被引用的原因，在於即時強制對於公法義務的否定，本

文透過擬制基礎處分的穿針引線，一舉解決行為或不行為義務、以及行政處分被通說排除的尷尬，末了，需強調的是，即時強制的法律性質並非依法令行為、而是法律授權行為。

## 參考文獻

### 一、中 文

1. 內政部警政署編印，警察職權行使法逐條釋義，2003年8月。
2. 方文宗，強制抽血取證正當性之研究，律師雜誌，268期，頁136-149，2003年7月。
3. 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（上），3版，2015年9月。
4. 王澤鑑，侵權行為法(一)，修正版，1999年6月。
5. 李建良，基本權利之保護義務，載：憲法理論與實踐(一)，頁103-149，1999年7月。
6. 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，載：憲法理論與實踐(一)，頁55-101，1999年7月。
7. 李建良，論行政強制之執行方法，政大法學評論，63期，頁163-201，2000年6月。
8. 李建良，論行政強制執行之權利救濟體系與保障內涵——以行為、不行為或容忍義務之執行為探討重心，中研院法學期刊，14期，頁1-101，2014年3月。
9. 李震山，警察行政法論——自由與秩序之折衝，4版，2016年10月。
10. 吳志光，行政法，7版，2016年2月。
11. 吳巡龍，任意偵查的方式，月旦法學教室，65期，頁16-17，2008年3月。
12. 吳庚，行政法之理論與實用，12版，2013年8月。
13. 吳俊毅，刑事訴訟法上身體檢查措施被告忍受義務之界線，刑事法雜誌，53卷2期，頁89-102，2009年4月。
14. 吳家麟主編，林文雄校訂，法律邏輯學，1996年12月。
15. 吳麗琪譯，德國刑事訴訟法，1998年11月。
16. 林山田，刑法通論，下冊，8版，2003年11月。
17. 林明鏘，由防止危害到危險預防：由德國警察任務與權限之嬗變檢討我國之警察法制，載：警察法學研究，頁1-51，2011年7月。
18. 林明鏘，警察職權行使法基本問題之研究，載：警察法學研究，頁125-

- 191，2011年7月。
19. 林明鏘，行政法講義，2014年10月。
  20. 林素鳳，行政即時強制之研究，警大法學論集，5期，頁211-238，2000年3月。
  21. 林鈺雄，對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分，台灣法學雜誌，55期，56-78，2004年2月。
  22. 林鈺雄，從基本權體系論身體檢查處分，國立臺灣大學法學論叢，33卷3期，頁149-194，2004年5月。
  23. 林鈺雄，刑事訴訟法，上冊，7版，2013年9月。
  24. 林鈺雄，刑事訴訟法，下冊，7版，2013年9月。
  25. 梁添盛，行政警察活動與司法警察活動，警大法學論集，9期，頁1-44，2004年3月。
  26. 梁添盛，論警察權限之強制手段與任意手段，中央警察大學學報，48期，頁223-260，2011年6月。
  27. 曹昌棋，論尿液採集與證據之排除，警專學報，2卷6期，頁21-39，1999年6月。
  28. 陳俊宏，警察職權行使法與刑事訴訟法交錯地帶之檢討，中央警察大學學報，42期，頁191-217，2005年7月。
  29. 陳英淙，探討警察法之危害概念，政大法學評論，140期，頁163-222，2015年3月。
  30. 陳敏，行政法總論，9版，2016年9月。
  31. 陳運財，從警職法之制定探討行政警察與司法警察作用之區別，警察法學，5期，頁35-65，2006年10月。
  32. 黃惠婷，德國刑事訴訟法第81條g去氧核糖核酸分析，警察法學，7期，頁163-181，2008年11月。
  33. 黃惠婷，司法警察之身體採證權，警察法學，12期，頁157-191，2013年6月。
  34. 廖義男，行政執行法簡介，台灣本土法學雜誌，8期，頁1-14，2000年3月。
  35. 蔡茂寅，警察職權行使法上之即時強制，日新半年刊，6期，頁25-54，2006年1月。

36. 蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶，警察職權行使法逐條釋論，2005年2月。
37. 蔡震榮，警察之即時強制，警學叢刊，31卷4期，頁57-80，2001年1月。
38. 蔡震榮，警察職權行使與執法之標準，台灣本土法學雜誌，72期，頁147-152，2005年7月。
39. 蔡震榮主編，警察法總論，3版，2015年10月。
40. 蔡震榮，警察職權行使法之評析，載：警察職權行使法概論，頁3-24，2016年5月。
41. 蔡震榮，警察職權行使法逐條釋義，載：警察職權行使法概論，頁89-271，2016年5月。
42. 劉嘉發，警察即時強制之研究，中央警察大學警政論叢，4期，頁223-249，2004年12月。
43. 鄭善印，日本法制上警察之行政質問權與司法偵查權之糾葛，載：法與義——Heinrich Scholler教授七十大壽祝賀論文集，頁457-490，2000年5月。
44. 謝秉錡，論我國身體檢查之缺失，軍法專刊，47卷12期，頁32-42，2001年12月。

## 二、外 文

1. *Achterberg, Norbert, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986.*
2. *Benfer, Jost, Anwendung unmittelbaren Zwangs zur Durchsetzung strafprozessualer Rechtseingriffe 2002, NJW 2002, S. 2688ff.*
3. *Benfer, Jost/Bialon, Jörg, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwalt, 4. Aufl., 2010.*
4. *Bialon, Jörg/Springer, Uwe, Eingriffsrecht, 3. Aufl., 2016.*
5. *Denninger, Erhard, Polizeiaufgaben, in: Denninger, Erhard/Rachor, Frederik (Hg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012, S. 184ff.*
6. *Epping, Volker, Grundrechte, 5. Aufl., 2012.*
7. *Frister, Helmut, Polizeihandeln im Strafverfahren, in: Denninger, Erhard/Rachor, Frederik (Hg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012, S. 602ff.*



8. *Gärditz, Klaus*, Strafprozess und Prävention, 2003.
9. *Gerhold, Sönke/Rakoschek, Wiebke*, Erkennungsdienstliche Massnahmen zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten gemäss § 81 b 2. Alt. StPO in der Verwaltungsrechtsklausur 2008, JURA 2008, S. 895ff.
10. *Götz, Volkmar*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013.
11. *Gusy, Christoph*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9. Aufl., 2014.
12. *Hantschel, Michael*, Klausur Strafprozessrecht: Das Feuerzeug 2001, JURA 2001, S. 472ff.
13. *Jarass, Hans D.*, Vorbemerkungen vor Art. 1: Allgemeine Grundrechtslehren, in: *Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo* (Hg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 14. Aufl., 2016, S. 13ff.
14. *Krach, Torsten*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Zwangsmassnahmen 2001, JURA 2001, S. 737ff.
15. *Kugelmann, Dieter*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2012.
16. *Lepsius, Oliver*, Die Grenzen der präventivpolizeilichen Telefonüberwachung 2006, JURA 2006, S. 929ff.
17. *Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., 2011.
18. *Merten, Karlheinz*, Zulässigkeit der langfristigen Videoüberwachung 1992, NJW 1992, S. 354ff.
19. *Möstl, Markus*, Das Bundesverfassungsgericht und das Polizeirecht. Eine Zwischenbilanz aus Anlass des Urteils zur Vorratsdatenspeicherung 2010, DVBl 2010, S. 808ff.
20. *Paeffgen, Hans-Ullrich*, § 127 Vorläufiger Festnahme StPO, in: *Rudolphi, Hans-Joachim* (Hg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (Losebl), 2004, S. 206ff.
21. *Petri, Thomas*, Informationsverarbeitung im Polizei- und Strafverfahrensrecht, in: *Denninger, Erhard/Rachor, Frederik* (Hg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012, S. 710ff.
22. *Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*, Grundrechte Staatsrecht II, 28. Aufl., 2012.
23. *Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael*, Polizei- und Ordnungsrecht, 9.

Aufl., 2016.

24. *Pietzner, Rainer*, Unmittelbare Ausführung als fiktiver Verwaltungsakt. Zu den historischen Entwicklungslinien der Dogmatik des sofortigen Polizeizwangs in der Rechtsprechung des Preussischen OVG 1991, *VerwArch* 82 (1991), S. 291ff.
25. *Rachor, Frederik*, Polizeihandeln, in: *Denninger, Erhard/Rachor, Frederik* (Hg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 5. Aufl., 2012, S. 284ff.
26. *Rachor, Frederik*, Rechtsschutz, in: *Denninger, Erhard/Rachor, Frederik* (Hg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 5. Aufl., 2012, S. 1242ff.
27. *Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, *Strafverfahrensrecht*, 28. Aufl., 2014.
28. *Schenke, Wolf Rüdiger*, Rechtsschutz gegen doppelfunktionale Massnahmen der Polizei 2011, *NJW* 2011, S. 2838ff.
29. *Schenke, Wolf Rüdiger*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 9. Aufl., 2016.
30. *Schmidbauer, Wilhelm/Steiner, Udo*, *Bayerische Polizeiaufgabengesetz und Bayerische Polizeiorganisationsgesetz*, 3. Aufl., 2011.
31. *Schoch, Friedrich*, Rechtsschutz gegen polizeiliche Massnahmen 2001, *JURA* 2001, S. 628ff.
32. *Schoch, Friedrich*, Die Gefahr im Polizei- und Ordnungsrecht 2003, *JURA* 2003, S. 472ff.
33. *Schoch, Friedrich*, Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung 2008, *JURA* 2008, S. 352ff.
34. *Schoch, Friedrich*, Doppelfunktionale Massnahmen der Polizei 2013, *JuS* 2013, S. 1115ff.
35. *Vosskuhle, Andreas*, Der Gefahrenbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht 2007, *JuS* 2007, S. 908ff.
36. *Wolter, Jürgen*, Beweisverbot und Informationsübermittlung der Polizei bei präventiver Videoüberwachung eines Tatverdächtigen–BGH *NJW* 1991, 2651-1992, *JURA* 1992, S. 520ff.

# Discussion on Police Deterrence of Danger and Litigation of Criminal

Ying-Chung Chen \*

## Abstract

Executive power and judicial power are two independent mechanisms that check and balance each other under the concept of the separation of powers. While the police is subordinate to the Ministry of Interior, according to the Code of Criminal Procedure, it is subject to the investigations of prosecutors. In this research, the nature of deterrence of danger on executive power and litigation of criminal on judicial power are first discussed.

Due to the diverse nature of both executive power and judicial power, difficulties on judgment and classification often occur when the police exercise their power. Hence, the dual functions of police should be clarified to resolve the conflicts. However, the Code of Criminal Procedure states that "... may be arrested by force ..., but such force may not be excessive." The statement has attracted criticism due to its relatively ambiguous definition which violates the principle of clarity of a Legal state. In addition, it is necessary to clarify the different types of force as well as other essential conditions regarding the forced exercise of law.

---

\* Professor of Law, Center for General Education, Chang Gung University; Ph.D. in Law, at University of Regensburg in Germany.

Received: August 22, 2016; accepted: June 1, 2017

This research aims to discuss the nature of task and duty of police on administration and judicature, the discrimination and combination on deterrence of danger, and the litigation of criminal. Several guidelines on the legislation of law as well as legal concept in Taiwan are also addressed in this research. Two cases studies are further provided to validate the argument stated in this research.

**Keywords:** Deterrence of Danger, Litigation of Criminal, Dual Functions of Police, Massnahmenbuendel, Administrative Act on Judicial, Immediate Coercion, Direct Compulsory