

國立臺北大學法律學系
碩士論文

指導教授：鄭逸哲博士

警察違法盤查逮捕拘禁事實類型
之刑法審查流程及其適用
—以臺灣桃園地方法院 111 年度
矚訴字第 3 號刑事判決為例

研究生：彭立賢

中華民國 112 年 7 月

謝辭

回想起進入法律系的日子，彷彿昨日，一路上歷經了研究所考試、國家考試、寫作論文與口試，從來不是最輕鬆，但也不曾是最辛苦，即將邁入人生的下個篇章，曾經千頭萬緒，如今僅有感謝。

感謝我的指導老師鄭逸哲教授，老師不僅在學術研究上用盡心力的指導我，更教導我為人處事的種種道理，老師待我如子女般，總是毫無保留的關心，給予我擔任助教等各種機會，對老師的感恩之情溢於言表，僅能用今後行動加以表達。

同時感謝我的兩位口試委員曾淑瑜教授與劉秉鈞教授，兩位老師細心讀完我的每一頁論文，提出的建議與方向精闢且深入，讓我知悉如何在思考與論述上加以補充，使我的論文能夠更加扎實及完整。

最後感謝我的家人、女友、朋友。家人永遠在我受挫無助時給予我所有的溫暖與支持、慧瑄始終陪伴包容著我無論是陰晴圓缺、朋友們帶給我的幫助與鼓勵不曾間斷。感謝關心我的每一個人，並將這份成果獻給你們。

彭立賢

2023年7月18日

國立臺北大學碩士學位論文

考試委員會審定書

警察違法盤查逮捕拘禁事實類型之刑法審查流程及其適用
中文論文題目：一以臺灣桃園地方法院111年矚訴字第3號刑事判決為例

The Study of Applying the Criminal Code Concerning the Police Unlawful
Inspection, Arrest and Detention - A Case Study of Criminal Judgment of
英文論文題目：Taiwan Taoyuan District Court No. 3 in 111.

本論文係彭立賢於國立臺北大學法律學系完成之
碩士學位論文，於中華民國112年7月10日承下
列考試委員審查通過及口試合格，特此證明。

論文考試委員簽名：

委員（召集人） 劉秉鈞

委員（指導教授） 鄭述岳

委員 曾淑瑜

系主任簽名：郭大維

國立臺北大學 111 學年度第 2 學期碩士學位論文提要

論文題目：警察違法盤查逮捕拘禁事實類型之刑法審查流程及其適用—以臺灣桃園地方法院 111 年度矚訴字第 3 號刑事判決為例 論文頁數：111

所組別：法律學系碩士班刑事法學組（學號：710851312）

研究生：彭立賢 指導教授：鄭逸哲 博士

論文提要內容：

關於警察違法盤查，至今仍是我國層出不窮的問題，然直到臺灣桃園地方法院 111 年度矚訴字第 3 號刑事判決，始為我國第一個警察違法盤查遭認定有罪之判決，且由於此案之案例事實包含了一般警察違法盤查的多數情況，因此，本文將以此案作為警察違法盤查之典型案例事實，分析警察違法盤查之刑法審查流程及其適用，並在討論完後評析此判決，目的希冀使學者、法律實務工作者，甚至是一般人民皆意識此議題，深知警察不僅不得違法盤查，更應為其違法行為負擔應有之刑責，期許透過所有人的共同努力，遏止警察違法盤查再次發生。

而此案共可分為兩個案件，其一是警察將人民攔停之事實；其二則是因人民與警察產生口角後，遭警察以刑法第 140 條侮辱公務員罪現行犯逮捕拘禁之事實。其中，兩者之審查流程與適用重點大致可分為四個部分：

第一，構成要件該當性，當警察以身體阻擋人民要求配合查驗身分時，是否會該當刑法第 304 條第 1 項強制罪之強暴或脅迫；而若是警察以強暴方式逮捕人民因而造成其受傷時，是否會另外成立刑法第 277 條第 1 項傷害罪，學說實務上亦有不同之見解。第二，警察違法盤查中最重要不外乎阻卻違法事由之判斷，蓋警察若是合法盤查，即屬依法令行為而阻卻違法，自無刑法適用之必要。而此處之法令則是警察職權行使法第 6 條、第 7 條之盤查規定，尤其關於合理懷疑應如何判斷，更是能否阻卻違法之核心問題。

第三，之所以長期造成警察違法盤查卻無須負擔刑責之主因就是容許構成要件錯誤，蓋警察縱使違法盤查，其仍會主張是誤認有符合警察職權行使法之盤查情狀發生，此種對於阻卻違法事由之認知錯誤參酌司法實務見解及學說，並不具犯罪故意。然警察違法盤查是否真的符合容許構成要件錯誤的要件，即為本文所欲探討重點之一。第四，由於警察為我國刑法上之公務員，故當警察藉由違法盤查犯罪時，即有刑法第 134 條不純正瀆職罪之適用問題。

關鍵字：警察違法盤查、刑法適用、強制罪、合理懷疑、容許構成要件錯誤

ABSTRACT

The Study of Applying the Criminal Code Concerning the Police Unlawful Inspection,
Arrest and Detention— A Case Study of Criminal Judgment of Taiwan Taoyuan

District Court No.3 in 111

by

PENG, LI-XIAN

June 2023

ADVISOR(S) : Dr. CHENG, YAT-CHE

DEPARTMENT : DEPARTMENT OF LAW

MAJOR : CRIMINAL LAW

DEGREE : MASTER OF LAWS

The issue of unlawful inspections by the police remains a persistent problem in Taiwan. It wasn't until the Criminal Judgment of the Taiwan Taoyuan District Court No. 3 in 111 that the first verdict in Taiwan recognizing guilt in a case of unlawful inspection was issued. Since this case encompasses the majority of typical situations involving unlawful police inspections, this paper will use it as a representative case to analyze the criminal law review process and its application concerning such inspections. The goal is to raise awareness of this issue among scholars, legal practitioners, and the general public, emphasizing that police officers are not only prohibited from engaging in unlawful inspection practices but also should bear the appropriate criminal responsibility for such misconduct.

This case can be divided into two separate cases. The first incident involves the police stopping a citizen, and the second case arises from a dispute between the citizen and the police, leading to the arrest and detention of the citizen under Article 140 of the Criminal Code for insulting a civil servant. The key points of application for both cases can be grouped into four categories:

First, regarding the constituent elements, when a police officer requests a person to stop and cooperate with identity verification solely through verbal communication, it is crucial to clearly distinguish whether this action violates Article 304, Paragraph 1 of the Criminal Code and whether it qualifies as an act of outrage or coercion. Furthermore, there is controversy in legal doctrines and practice regarding whether an

offense of causing bodily harm is established when a police officer employs violent behavior to arrest a person, resulting in injuries to the individual.

Secondly, the most crucial aspect of applying criminal law in cases of unlawful inspections revolves around determining wrongfulness and the grounds for legal justification. The relevant regulations in this context are Articles 6 and 7 of the Police Power Exercise Act, which outline the prerequisites for police inspections. Particularly, the issue of how reasonable suspicion is to be assessed is central to cases of inspections.

Thirdly, drawing from relevant theories concerning the mistake of justification facts, even if an inspection is deemed unlawful, police officers may argue that their mistaken belief aligns with the requirements of the Police Power Exercise Act, potentially negating criminal intent. However, whether this situation genuinely meets the conditions for permitting a mistake of justification facts is precisely the focal point of investigation in this paper.

Finally, as police officers are considered civil servants under Taiwanese criminal law, when a police officer commits a crime through an unlawful inspection, Article 134 of the Criminal Code concerning the offense of impure performance of official duties is applicable.

Keywords: The Police Unlawful Inspection, Application of Criminal Law, Coercion, Reasonable Suspicion, Mistake of Justification Facts

目 錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究方法與範圍.....	3
第三節 論文架構.....	4
第二章 警察違法盤查案件之典型事實構造與審查流程	6
第一節 對於違法盤查案件進行刑法適用之意義.....	6
第二節 以中壢違法盤查案作為違法盤查案件之典型事實構造.....	7
第一項 違法盤查案例事實分析	7
第二項 中壢違法盤查案之案例事實	10
第三項 中壢違法盤查案之實務見解	11
第一款 不起訴處分	11
第二款 裁判要旨：臺灣桃園地方法院 111 年度矚訴字第 3 號刑事判決	12
第三節 以中壢違法盤查案檢視違法盤查案件之刑法審查流程.....	14
第一項 刑法審查流程概說	14
第二項 中壢違法盤查案之刑法審查流程	15
第三章 攔停事實部分的違法盤查案件刑法適用	20
第一節 概說.....	20
第二節 第一步：攔停該當狹義強制罪構成要件.....	21
第一項 強制罪構成要件	21
第二項 具體適用於警察違法盤查案例	26
第三節 第二步：未依法令實行攔停該當強制罪構成要件.....	28
第一項 依法令行為	29
第二項 合法盤查之要件	30
第一款 盤查依據	31
第二款 盤查發動門檻	33
第一目 實體要件	33

第二目 程序要件	38
第三款 盤查手段	39
第一目 實體要件	40
第二目 程序要件	44
第四節 第三步：警察抗辯發生容許構成要件錯誤.....	45
第一項 事實錯誤與法律錯誤	46
第二項 容許構成要件錯誤	48
第一款 客觀情狀的判定基準	50
第二款 主觀意識的判定基準	51
第三款 法律效果	52
第四款 具體適用於警察違法盤查案例	54
第五節 第四步：不純正瀆職罪.....	58
第六節 小節.....	59
第四章 逮捕拘禁事實部分的違法盤查案件刑法適用	62
第一節 概說.....	62
第二節 第一步：逮捕拘禁該當狹義剝奪他人行動自由構成要件	63
第一項 剝奪他人行動自由構成要件	63
第二項 若有傷害結果是否該當傷害構成要件	65
第一款 傷害罪構成要件	65
第二款 以強暴剝奪他人行動自由造成傷害結果之問題	66
第三節 第二步：未依法令逮捕該當剝奪他人行動自由構成要件.....	68
第一項 依法令行為	68
第二項 逮捕現行犯之法律規定	68
第四節 第三步：警察抗辯發生容許錯誤.....	70
第一項 容許錯誤	70
第一款 容許錯誤之要件	70
第二款 容許錯誤之處理方式	71
第二項 雙重錯誤	74
第三項 具體適用於警察違法盤查案例	75

第五節 第四步：不純正瀆職罪.....	77
第六節 小結.....	77
第五章 評析臺灣桃園地方法院 111 年度矚訴字第 3 號刑事判決	79
第一節 攔停事實部分.....	79
第一項 該當狹義強制罪構成要件	79
第二項 未依法令盤查該當強制罪構成要件	80
第三項 未發生容許構成要件錯誤	82
第四項 不純正瀆職罪	83
第二節 逮捕拘禁事實部分.....	84
第一項 該當狹義之剝奪他人行動自由罪	84
第二項 未依法令逮捕該當剝奪他人行動自由罪	85
第三項 未發生容許錯誤	86
第四項 不純正瀆職罪	87
第三節 數罪併罰部分.....	87
第一項 法院依照刑法第 50 條第 1 項但書未併合處罰	87
第二項 數罪併罰方式	88
第三項 執行易科罰金	89
第四項 具體適用於本案	91
第六章 結論	93
參考文獻	97
附錄一 臺灣桃園地方檢察署不起訴處分新聞稿	103
附錄二 臺灣桃園地方法院 111 年度矚訴字第 3 號刑事判決	105

第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

警察盤查的目的雖是出於預防犯罪以達治安良好的美意，然無可否認的是，警察盤查的過程中勢必會侵害人民的自由、隱私等基本權利，而當警察盤查的發動或手段根本違反法律規定時，更是完全喪失了干預人民基本權的正當性。縱然近年我國人民的法治意識已逐漸抬高，新聞上卻仍不斷出現警察違法盤查的案例，而多數人民在面對警察違法盤查時，仍會因不願惹事生非而選擇默默配合，甚至在有人對警察違法盤查提出質疑時，出現其是否做了虧心事，否則為何不願配合等風涼話。但吾人既身處於法治國家，人民應遵守的是「法」，而不是「公權力」，亦即當警察是違法盤查時，盲目配合其實並非守法的表現，反而應勇於提出異議，讓警察、司法乃至整個社會意識到此問題，唯有如此，方能使國家對於人權的保障更進一步。

因此，本文之所以欲對於警察違法盤查進行刑法適用，即希望藉此防止警察一再發生違法盤查之情事，蓋刑法的本質不僅是強調保障基本權利的罪刑法定原則與罪責原則，主要任務更是在對於行為人的行為進行合理歸責，這個歸責過程也就是「刑法適用」，此適用對象當然不限於一般的人民，更包含了執行國家公權力的警察，當對每一個警察違法盤查案例進行刑法適用，都將使吾人更進一步具體刻劃公權力得介入市民自由的極限範圍判斷；亦即其實質上均屬憲法上基本權核心不可侵犯範圍的具體界定，使警察能夠瞭解到如何執行盤查，始不違法侵害人民之基本權利，避免違法盤查發生。

其中，2021年發生的中壢違法盤查案¹，正好即適合作為警察違法盤查刑法適用之典型案例事實：「一位音樂女老師勇敢的質疑，警察為何在光天化日下，對衣著正常走在中壢後火車站、正準備去上課的她，在未說明任何具體理由下即對其發

¹ 新聞媒體上亦有稱為中壢大外割案，然此案之發生起因即為違法盤查，因此本文以下將此案稱為中壢違法盤查案。

動盤查，最終甚至因產生口角，對其施以大外割並逮捕拘禁長達 9 小時。」本案除了是標準的警察違法發動盤查案例事實外，又因此衍生了拘禁逮捕的事實，可說是包含了警察違法盤查事實中可能發生的所有情況，而更難能可貴的是，本案桃園地檢署最初雖對該警察行為作出不起訴處分，然經過告訴人再議成功後，最終桃園地方法院 111 年度矚訴字第 3 號刑事判決更是諭知該警察成立公務員假借職務上之機會強制罪與公務員假借職務上之機會剝奪他人行動自由罪，而此案亦可謂是我國歷史上第一則警員違法盤查遭法院認定有罪之判決。

綜上所述，既然吾人深知，法律的改革與進步，並非是從天而降的，唯有前人為此付出犧牲始可能改變，本文即希望藉由分析此難得的案例，以中壢後站違法盤查案作為違法盤查之典型事實，對之進行刑法適用，其中包含犯罪論、罪名論、競合論等完整探討，最後評析本案之桃園地院判決並作出結論，希望以此提供法律學者、實務工作者，甚至是法律外行的人民，警察違法盤查之刑法適用範例，以便知悉違法盤查刑法適用之全貌。最終更是期許能使警察在執行盤查時，了解法治國家下有權必有限之國家公權力，避免不斷發生因違法盤查而侵害人民基本權利之憾事。

第二節 研究方法與範圍

研究方法上，本文主要將採取**文獻分析法**，透過蒐集各法領域研究者所著專書、期刊、文章、論文等文本資料，輔以各級法院判決、行政機關研析報告等資料加以歸納、分析，得出違法盤查案例事實之具體審查流程與完整適用。而在盤查合法性要件之部分，則會以**歷史研究法**，從時代背景、立法過程、立法理由等，了解爭議背後之歷史脈絡，以之分析我國實務、學說見解形成的原因。

本文之研究範圍是以 109 年發生的中壢違法盤查案，作為警察違法盤查之典型事實構造，並透過實務見解、學術論著等資料之整理與分析，對該案進行刑法適用審查流程與具體適用方法之檢討，其中主要內容包含警察盤查手段所該當之構成要件、合法盤查之要件、容許構成要件錯誤等，且除了犯罪論外，亦包含競合論、刑罰論等完整適用。並在最後評析本案之臺灣桃園地方法院 111 年度矚訴字第 3 號刑事判決，且由於本案被告並未上訴，故此判決亦為本案之終審判決。

第三節 論文架構

本文自緒論以下共分五章。第二章為「警察違法盤查逮捕拘禁事件之典型事實構造與審查流程」，首先將在第一節闡述對於違法盤查案進行刑法適用之意義，接著則說明違法盤查案例常見之事實，得出為何以中壢違法盤查案（下稱本案）作為警察違法盤查之典型事實構造，並交代本案之案例事實與實務見解。最後於第四節分析本案之審查流程。

第三章「攔停事實部分的違法盤查案件刑法適用」即開始就本案警察之攔停行為進行刑法適用，在第一節進行概說後，於第二節開始分析攔停可能該當之強制罪構成要件，其中重點在於如何認定強制罪之行為要素「強暴與脅迫」。接著在第三節進入到違法盤查刑法適用之關鍵，亦即違法性之認定，而由於此處之阻卻違法事由為依法令行為，故重點當然就是盤查要件之說明。待討論完違法性後，將會對於實務上警察違法盤查之所以不易成立犯罪之主因，容許構成要件錯誤進行探討。最後則是因警察為我國刑法上之公務員，因此當警察是藉由職務機會犯罪時，必須檢討有無刑法第 134 條不純正瀆職罪之適用。

第四章「逮捕拘禁事實部分的違法盤查案件刑法適用」，於第二節除了分析逮捕拘禁主要涉及之剝奪他人行動自由構成要件外，必須說明的是，當逮捕拘禁過程造成被害人受有傷害時，是否會另外成立傷害罪之問題。第三節違法性之討論，因剝奪他人行動自由罪為繼續犯構成要件，故其阻卻違法之認定必須區分為基本行為與繼續行為，僅有在兩階段皆具有阻卻違法時始可阻卻違法，而因逮捕拘禁之阻卻違法事由為依法令行為，因此亦會探討刑事訴訟法逮捕現行犯之規定。第四節則是對於警察在此可能提出的容許錯誤抗辯進行檢討分析，並補充若是同時發生容許錯誤與容許構成要件錯誤之情形時應如何處理。

第五章「評析臺灣桃園地方法院刑事判決 111 年度矚訴字第 3 號刑事判決」，除了對本案判決之犯罪論進行評析外，由於競合論與刑罰論亦是刑法適用中不可

或缺之一環，而本案被告分別犯公務員假借職務上之機會強制罪，處有期徒刑肆月；公務員假借職務上之機會剝奪他人行動自由罪，處有期徒刑陸月，惟剝奪他人行動自由罪，因加重之結果，與易科罰金之法定最重本刑 5 年以下有期徒刑之罪不合，因此本案判決依照刑法第 51 條 1 項但書不併合處罰，然若檢察官否准被告易科罰金之聲請時，是否可能使被告反而面臨更長之刑期，此將是本文在此章所欲補充討論之問題。

第六章「結論」，就各章勾勒所得結果進行整理，並分四點作為本文之結論與研究成果。

第二章 警察違法盤查案件之典型事實構造與審查流程

第一節 對於違法盤查案件進行刑法適用之意義

盤查與偵查同屬警察之重要職責，不同於偵查是針對特定人、特定案件進行事務、證據的蒐集保全，盤查雖然也有發現犯罪之功用，但主要目的是在於預防犯罪，以提升見警率²之方式，用以壓制意圖違法亂紀宵小使其有所忌憚，或展現公權力提升人民安心、安全感受³。而為能使盤查達到此目的，自必須賦予警察盤查時，得將人民攔停、要求出示身分證明文件之手段措施，故盤查本質上即屬於一種國家公權力干預人民自由、隱私等基本權利的行為。亦因為如此，當盤查未依照法令時，自形同於國家濫用公權力而侵害人民基本權利。

從刑法的角度來看，刑法的本質不僅是強調保障基本權利的罪刑法定原則與罪責原則，主要任務更是在對行為人的行為進行合理歸責，以維護基本的社會和平⁴。而所謂的行為人當然不是僅限一般人民，國家執行公權力之行為，如警察執行盤查，自然亦在刑法適用的範圍內。申言之，對於警察違法盤查進行刑法適用，除了是對於警察行為進行歸責，更是藉由刑法有效嚇阻警察任意違法，防止警察濫用國家公權力，否則若僅有刑事訴訟上之證據排除等方式，勢必不足以保障人民之基本權利受到國家公權力侵害。

而警察違法盤查在刑法適用上的核心問題，便是在於「阻卻違法事由」的判斷，因為法律並不是完全禁止公權力干預人民基本權，而是禁止公權力「違法」干預人民基本權。蓋警察盤查時，無論是將人民攔停要求出示身分證明文件或因人民不願配合而將人民帶回勤務所，皆可能該當刑法第 304 條強制罪構成要件或刑法第 302

² 見警率指人民看見警察的程度與頻率，一般而言，過去普遍認為提高見警率，將有預防犯罪的效果，同時也能增加民眾的安全感，但實證研究上如此真的有助於預防犯罪，由於此非本文所欲探討之問題，故並不會討論。可參考「見警率」對治安影響的觀察評析，國政論壇，2012 年 10 月 12 日，<https://www.npf.org.tw/1/11467>。（最後瀏覽日：2023 年 6 月 20 日。）

³ 林裕順，警察臨檢廣結善緣，月旦法學教室，2017 年 12 月，頁 33。

⁴ 許澤天，警察執法時的犯罪—不能說破的國王新衣，台灣法學雜誌，122 期，2009 年 2 月 15 日，頁 27。

條剝奪他人行動自由之構成要件，但當警察盤查是依照警察職權行使法等法律規定為之時，即得依照刑法第 21 條依法令行為排除所涉犯行的違法性，此時雖仍有干預人民自由、隱私等基本權利，然警察既然是依照法律規定行事，自然未產生法秩序的衝突，而無須動用刑法歸責。

反之，當警察的盤查是違法時，行為就不再具有依法令行為之阻卻違法事由，此時警察違法行為自如同一般人民之違法行為，刑法必須對於警察的違法行為進行歸責。由此可知，違法盤查案中，警察盤查行為的「阻卻違法事由」勢必會「經常判斷」，而不是例外判斷，蓋有疑似違法盤查之事實時，即需進行違法盤查案例之刑法適用，此時盤查是否「依法令」，自然就是違法盤查案例之關鍵。

最後，從刑法第 134 條規定：「公務員假借職務上之權力、機會或方法，以故意犯本章以外各罪者，加重其刑至二分之一」亦可得知，立法者之所以要對於公務員假借職務上之權力或機會去犯罪時加重其刑，就是為了強調公務員因握有公權力，當其濫用職務上的權力或機會去犯罪時，將更容易或是造成人民基本權利更嚴重之侵害，因此規定公務員成立本條時，必須加重其刑至二分之一，以達嚇阻公務員濫用職務權利、機會犯罪。

綜上所述，對於「警察違法盤查」進行刑法適用，除了是對於警察犯罪行為進行歸責，其背後更是帶有著防止警察濫用公權力侵害人民的基本權之問題，而每一個就為法盤查個案的刑法判斷，都將更進一步具體刻劃公權力得介入市民自由的極限範圍判斷，最終才能真正達到「刑法」保護法益並維護社會和平之目的。

第二節 以中壢違法盤查案作為違法盤查案件之典型事實構造

第一項 違法盤查案例事實分析

警察違法盤查在學理上的討論向來是集中在刑事訴訟法上，例如正當程序的要件、取得證據有無證據能力、違法時應如何救濟等。然而，如同打人、偷東西的行為在刑法上可能該當傷害罪、竊盜罪等構成要件，警察違法盤查同樣具有相似的

事實類型，涉及相同的構成要件與阻卻違法事由，如強制罪、剝奪他人行動自由罪與依法令行為等，故自得將此整理成為一種刑法上的典型案例，以利吾人清楚警察違法盤查在刑法上的適用流程，並對於適用上爭議進行更深入的討論與研究。

而警察發生「違法盤查」可分類成兩種類型，第一種是在不具有法律規定得發動盤查之情狀下發動盤查，亦即「違法發動盤查」，例如警察毫無理由的，在路上任意盤查路人，或是雖有提出理由，但該理由並非法律所規定之發動盤查事由。此種類型亦是實務上警察違法盤查的多數情形；第二種則是，警察雖然合法發動盤查，但在盤查過程中卻使用了違法的手段，又或是手段違反比例原則，例如警察職權行使法第 7 條第 1 項第四款規定，僅有在受盤查人民有明顯事實足認其有攜帶足以自殺、自傷或傷害他人生命或身體之物者，始得檢查其身體及所攜帶之物，但警察卻在受盤查人民並無明顯事實攜帶危險物品情況下，直接對其進行拍搜檢查，此時即構成了手段違法之違法盤查。

以上兩種情形皆是導致警察「違法盤查」的原因，然違法盤查的案例事實並不僅於此，蓋有些時候，受盤查人民在認為其遭遇到警察違法盤查時，會因感到莫名其妙或氣憤難平，因此與警察產生口角甚至是肢體碰撞，最終遭警察以侮辱公務員或妨害公務等理由，依現行犯逮捕，又或是雖未遭逮捕，但人民因始終不願配合警察，遭警察依照警察職權行使法第 7 條第 2 項規定帶往勤務所查證。

是以，所謂警察違法盤查案例一般可分為兩個部分，第一部分警察違法盤查人民之部分，第二部分則是因受盤查人民不願配合，所衍生出逮捕或帶回勤務所之部分。故在分析完警察違法盤查通常之案例事實後，接著就以我國近年實際發生之警察違法盤查案例，分析為何本文選擇中壢違法盤查案作為警察違法盤查典型案例事實。

第一則是警察「違法發動」盤查之案例：「2017 年發生的客委會主委李永得，因腳著拖鞋，前往台北轉運站一樓大廳的便利商店購買飲料，途中突然遭到五、六位警察攔下並要出示身分證件以供檢驗，李永得當下反問警方根據哪一條法律、或

他做錯什麼事而須配合，警方卻僅以在公共場所我們就有權盤查為由而盤查，李永得表示因家住附近、沒帶身分證出門，警察要求報上身分證字號，他也立即拒絕配合於法無據的盤查⁵。」由於當時的客觀情形並不符合警察職權行使法第 6 條第 1 項任一款的發動盤查事由，且警察甚至連具體理由都未告知，故本案可說是標準之警察違法發動盤查案，所幸當時因有路人見義勇為，李永得因此成功脫身，故並未衍生後續遭剝奪行動自由之部分。

第二則案例則是警察雖為合法發動盤查，但「盤查手段違法」之違法盤查，並衍生違法逮捕之案例：「2022 年新北市三重分局兩名便衣員警原本要埋伏一名李姓通緝犯，卻將無辜的黃姓男子誤認成李男，警方要求黃男出示身分證件、配合盤查，黃男不從，雙方便發生推擠拉扯，隨後黃男被上銬帶回警局，身上多處也受傷。⁶」本案例中，警察要抓有毒品、竊盜、槍砲前科的 41 歲李姓男子，就在此時，54 歲的黃姓男子靠近李男機車，由於時值晚間，天色昏暗，加上兩人長得相似，員警遂上前盤查，確認是否為李男，故此情形確實符合警察職權行使法第 6 條第 1 項第 1 款：「合理懷疑有犯罪嫌疑」，屬「合法發動盤查」。惟在黃男拒絕配合提供身分證明時，警察職權行使法第 7 條第 2 項雖有規定警察得將人民帶往勤務所查驗身分，但原則上不得直接使用強制力，惟本案警察卻逕以強制力將黃男帶回，最終演變成雙方互相拉扯，甚至將黃男逮捕上銬，明顯違反了盤查手段，構成手段違反之違法盤查。

以上兩個例子都是近年發生之矚目違法盤查案例，且各自代表著「違法發動之違法盤查」與「手段違法之違法盤查」，然前者並無後續逮捕之部分，後者則無實務上最常發生之違法發動盤查部分。然而，2021 年發生在中壢後火車站的警察違

⁵ 路上被查證件 客委會主委李永得：北市成警察國家？，中時新聞網，<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20170319002905-260407?chdtv>，最後瀏覽日 2023 年 6 月 1 日。

⁶ 長得像通緝犯被誤抓！無辜男遭毆傷被上銬怒告員警 2 罪狀，鏡新聞，<https://www.mnews.tw/story/20220921nm020>，最後瀏覽日 2023 年 6 月 1 日。

法盤事件卻是同時包含了違法發動盤查與盤查手段違法二種情形，並且衍生違法逮捕之事實：「一名音樂老師，在桃園市中壢後火車站商圈手拿早餐，準備趕赴教室上課，中壢警分局警員攔查她，要求出示身分證，卻未說明原由，詹慧玲不願配合盤查，一度與警方僵持，她拿出手機錄影遭奪，忍不住說：『這樣真的很蠢！』最後被認定妨害公務上銬送辦。⁷」從以上事實可概略得知，本案的警察根本未對音樂老師說明具體盤查事由，而當然構成「違法發動盤查」，且在音樂老師不願配合欲離開時，逕直接以大外割將其壓制，最終甚至上銬逮捕，更同時具備「盤查手段違法」及「違法逮捕拘禁」之事實。

綜上所述，中壢違法盤查案可說是同時包含違法盤查案例可能發生的事實，故本文希望以此案作為「違法盤查案件之典型事實構造」，對此案進行完整刑法適用，藉此整理與分析出違法盤查案中之刑法適用流程，以及適用上產生之各種爭議問題。

第二項 中壢違法盤查案之案例事實⁸

葉警員為桃園市政府警察局中壢分局興國派出所（下稱興國派出所）警員，於2021年4月22日上午7時至9時執行巡邏轄區內治安要點路段勤務，當日上午8時47分許，騎乘巡邏機車行經桃園市中壢區新興路○號前，見詹女士獨自行走在路邊，葉警員主觀上認為詹女士形跡可疑遂上前攔檢盤查，佯稱：「怕妳有沒有被報失蹤」，要求其提供姓名、身分證字號資料。

然詹女士認為依法無據，拒絕提供。嗣二人幾經溝通、爭執無效後，詹女士對葉警員口出「你真的很蠢」、「你做的事情違反你的工作」等語，葉警員認其已構成侮辱公務員罪之現行犯，遂加以逮捕，因詹女士抗拒，故對其施以強制力，並以柔道「大外割」方式壓制，造成詹女士受有右側前臂手肘、左側腕部、右側膝部等

⁷ 李永得事件翻版？音樂女老師路上拒警盤查 被上銬送辦，自由時報，<https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/3509111>，最後瀏覽日2023年6月1日。

⁸ 以下整理自臺灣桃園地方檢察署新聞稿，發稿日期：110年10月26日。發稿單位：臺灣桃園地方檢察署，可參照本文附錄二。

處擦傷之傷害，最終詹女士被上銬帶回興國派出所接受調查，並上腳鐐，迄同日上午 11 時 50 分許製作警詢筆錄結束，解送至桃園市政府警察局中壢分局及臺灣桃園地方檢察署應訊，整個時間長達 9 小時。

詹女士因而對葉警員提出涉犯刑法第 134 條、第 304 條第 1 項、第 277 條第 1 項及第 302 條第 1 項之公務員假借職務上之機會故意犯強制、傷害、妨害自由等罪嫌之告訴。

第三項 中壢違法盤查案之實務見解

第一款 不起訴處分

桃園地檢署檢察官起初之所以為不起訴處分之原因在於，檢察官雖認定葉警員是違法發動盤查，但認為葉警員誤認了當時有符合警察職權行使法的盤查情狀發生，因此發生「容許構成要件錯誤」而不具犯罪故意。

一、不成立強制罪

檢察官認為葉警員的盤查確實於法無據，而屬違法盤查。但葉警員是依據詹女士出現在治安熱點區域，又攜帶 2 件行李，面容清瘦等客觀情狀，依其個人執法經驗，主觀上產生詹女士有犯罪嫌疑或為失蹤人口的疑慮，從而上前發動盤查，是誤認有符合警察職權行使法的攔停盤查情狀發生，對於此種對於阻卻違法事由之認知錯誤，參酌司法實務見解及學說，由於不具犯罪故意，故不成立刑法第 304 條第 1 項之強制罪，且該罪亦無處罰過失犯之規定。

二、不成立剝奪他人行動自由罪與傷害罪

至於葉警員於詹女士口出「你真的很蠢」一語後，認為其構成侮辱公務員罪嫌之現行犯，而對其使用強制力及柔道技法逮捕及拘禁在派出所之過程中，雖造成詹女士人身自由受到限制，並使其受有上揭傷害，但因葉警員有上開阻卻違法事由之認知錯誤，故不具犯刑法第 302 條第 1 項妨害自由及刑法第 277 條第 1 項傷害等罪之故意，不構成上開 2 罪。

第二款 裁判要旨：臺灣桃園地方法院 111 年度矚訴字第 3 號刑事判決

本案經由詹女士再議成功後，最終桃園地院認定葉警員成立公務員假借職務上之機會強制罪與公務員假借職務上之機會剝奪他人行動自由罪，且由於葉警員並未上訴，故此判決亦為本案之終審裁判。法院清楚分析了葉警員屬違法發動盤查之原因，尤其是在合理懷疑之判斷上。然美中不足的部分是，由於葉警員與其辯護人在審判中並未抗辯容許構成要件錯誤，因此無法看到法院如何論證本案關於容許構成要件錯誤之問題，但能確定的是法院並不認為葉警員符合容許構成要件錯誤。

一、違法發動盤查

法院首先說明了為何葉警員不符合警察職權行使法第 6 條第 1 項任一款之盤查發動要件。所謂「合理懷疑」，需有客觀之事實作為判斷基礎，而非警察主觀上單純之臆測或第六感，必須是根據當時之事實，警察依據其執法經驗所作合理推論或推理方可構成。而依據葉警員值勤時配戴之密錄器錄影檔案內容，詹女士當時獨自走在公共道路外側，外表整潔、神色正常，並無濫用毒品後精神異常、泥醉或其他生命、身體將發生具體危害之跡象，亦沒有公然攜帶違禁物、武器、易燃物、爆裂物或顯為贓物之物品或有其他參與犯罪或即將犯罪之徵兆，更無與有上述行為、徵兆之第三人有互動關係，詹女士亦非由犯罪現場步行而出，且葉警員攔檢詹女士時，詹女士除質疑葉警員盤查之法律依據外，亦無攻擊、衝撞警察或加速逃逸之行為，故難認葉警員符合警察職權行使法第 6 條第 1 項任一款之發動查證要件。

且法院進一步補充，若葉警員僅憑其擔任轄區員警之經驗，認為案發地點附近有許多旅館、遊藝場所等，為治安重點區域即屬合法發動盤查，將完全架空警察職權行使法第 6 條第 1 項第 6 款：「行經指定公共場所、路段及管制站者」、第 2 項：「前項第六款之指定，以防止犯罪，或處理重大公共安全或社會秩序事件而有必要者為限。其指定應由警察機關主管長官為之。」之發動盤查規定。蓋詹女士於白日

在公共道路上行走，顯與上開有治安疑慮之場所無直接關係，葉警員僅因詹女士經過上開場所外部，即率然對其發動身分查證，自顯無理由。換言之，倘若一般人僅因行經值勤員警認為常有治安疑慮之旅館、遊藝場所外部，即可構成「合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者」之盤查要件，則一般人都將難逃警方任意盤查。基於以上論證，法院認定葉警員屬違法發動盤查。

二、攔停事實部分

葉警員既屬違法盤查，無攔阻詹女士之合理依據，故其以身體阻擋詹女士離去，並要求其等待支援警力到場並到派出所查驗身分，自己構成以強暴方式妨害詹女士行動自由權利。又葉警員身為警察，屬我國刑法上之公務員，於值勤時假借職務上之機會而違法攔阻詹女士，因此成立公務員假借職務上之機會強制罪。

三、逮捕拘禁事實部分

葉警員是以詹女士對其評論：「你真的很蠢」、「你做的事情違反你的工作」等語，認定構成刑法第 140 條侮辱公務員罪之現行犯而將其逮捕拘禁，然此罪是以公務員「依法執行公務」作為要件，故葉警員既屬違法發動盤查，自非依法執行職務。又「侮辱」是以使人難堪為目的，用言語、文字、圖畫或動作，表示不屑、輕蔑或攻擊之意思，而足以對於個人在社會上所保持之人格及地位，達貶損其評價之程度。

而在葉警員違法攔檢已觸犯刑法強制罪之下，詹女士對其違法行為之評論，自屬於捍衛自己權利並合理評論公務員違法行為之言論，並非意在貶損葉警員個人在社會上所保持之人格及地位，故詹女士之上開言論並無構成刑法第 140 條之妨害公務罪之虞，葉警員自無從依據刑事訴訟法第 88 條第 1 項之規定，以現行犯逮捕詹女士。是葉警員身為警察，值勤時執行職務之機會將詹女士壓制在地進而將其逮捕上烤帶返派出所，成立公務員假借職務上之機會剝奪他人行動自由罪。

至於葉警員於壓制逮捕時造成詹女士受有傷害之部分，法院採取之見解是以強暴之方法剝奪人之行動自由時，若無傷害之故意，則於實施強暴行為之過程中致

被害人受有傷害，乃實施強暴之當然結果，不另論傷害罪。而法院認為，詹女士雖於遭逮捕過程中受傷，惟葉警員是以詹女士為涉犯侮辱公務員罪嫌現行犯為由而逮捕，堪認其係基於妨害自由之犯意，而非另有傷害之故意，故不另論以傷害犯行。

第三節 以中壢違法盤查案檢視違法盤查案件之刑法審查流程

第一項 刑法審查流程概說

吾人學習刑法時皆能得知，刑法適用最重要部分不外乎構成要件該當性、違法性等討論，惟若要對於一個案例進行完整之檢討，則必須清楚從頭到尾之審查流程，始能不遺漏任何一個可能具有爭議之所在。因此本文希望在此簡要說明擬定審查流程的方式，並在本節第二項以中壢違法盤查案為例，分析並得出警察違法盤查案例之刑法審查流程。

任何人在進行刑法適用時，即如同法官撰寫一份判決書，必須就「全部事實」，依「整部刑法」進行適用，在具有憲法位階的不告不理與告即應理之刑事訴訟法原則要求下，有義務就全部事實，且僅得於此範圍內，依法就整部刑法在遵守罪刑法定及罪責原則下，進行刑法適用而為判決，不得漏未判決，亦不得訴外裁判⁹。申言之，所謂「全部事實」並非純事實，在刑法適用中毋寧是指已起訴且經法定程序證明的事實。而「整部刑法」則是由刑法總則與刑法分則的眾多要素與條項體系建構起來的，因此除了把刑法規定一字一字看清楚外，尚須俯瞰整部刑法的體系構造，清楚各要素及條項間的位置，否則在刑法適用過程將可能輕易踐踏罪刑法定原則及罪責原則¹⁰。

在進入個案的刑法適用時，首先要做的便是找出刑法上有意義之行為¹¹，否則

⁹ 鄭逸哲，刑法案例的「案件模組解題法」——「合憲」的刑法適用導論，台灣法學雜誌，第 407 期，2021 年 1 月 14 日，頁 77。

¹⁰ 鄭逸哲，罪刑法定主義暨罪責原則下的刑法適用方法講義，瑞興圖書，2023 年 2 月初版，頁 1。

¹¹ 可參考臺灣高等法院 106 年度交上易字第 78 號刑事判決：「按刑法上有意義之行為，乃指出於行為人內在之意思決定與意思活動，而引發外界可見之身體行動與靜止，且此等行動與靜止須引發外界產生具有刑法重要性之後果。」

即根本欠缺構成要件適用的適格對象，更可能違背刑法之最後手段性。接著則依刑法上有意義之行為確認案例事實中具有幾個「案件」，蓋刑法適用是以一個案件為單位進行討論，亦即「一個案件，一個刑罰權，一個判決」。又一個案件是指一個被告一個犯罪事實，其中一個被告並無疑問，然一個犯罪事實應如何認定，實務上認為包括單純一罪、實質上一罪及裁判上一罪等情形¹²。以中壢違法盤查案來說，警察在逮捕受盤查人民時，先以大外割將其壓制並造成傷害，接著將其逮捕，此時警察有兩個刑法上有意義的行為，大外割行為與逮捕行為，然因兩者在學說實務上認為是實質上一罪或裁判上一罪，故此二行為仍屬同一個案件。

待確認完案件數後，即進行法律人最為熟悉之「犯罪論」適用，亦即構成要件、違法性與罪責之審查，而其中，個別案件適用上可能會出現爭點，繼而要決定採取甲說或乙說等不同見解，然此界定僅為抽象適用範圍所進行的「刑法認識」，無論最終採取何說，皆必須將抽象判斷標準適用於具體個案事實進行判斷，否則即未進行「刑法適用」。

最後尚須注意的是，一個完整的刑法適用並不僅於犯罪論，尚包含罪名論與刑罰論之適用，蓋對於被告而言，此將決定其最終將面臨何種刑罰、刑期長短等，此等問題影響重大，重要性絕對不亞於犯罪論，故罪名論與刑罰論自然亦為完整刑法適用中重要且不可或缺之一環。綜上，一個刑法案例的審查流程必須以檢察官起訴之事實作為基礎，再找出刑法上有意義之行為後，以此劃分案件，接著再對於案件依照「犯罪論—罪名論—刑罰論」進行完整適用。

第二項 中壢違法盤查案之刑法審查流程

中壢違法盤查案（下稱本案）被告葉警員被起訴之事實為「以身體阻擋詹女士離去，要求其等待支援警力到場並到派出所查驗身分，並在雙方發生口角後，將其壓制在地進而逮捕，上銬帶返派出所數小時。」

¹² 最高法院 102 年度台上字第 2040 號刑事判決。

而行為乃犯罪判斷的最上位概念，僅在具有侵害法益相當程度之行為始為構成要件該當性判斷的對象，亦即「刑法上有意義之行為」。本案事實中，葉警員一共具有三個刑法上意義之行為，第一是將詹女士攔停、要求配合查驗身分侵害詹女士之自由法益，第二是將詹女士壓制在地侵害其身體法益，第三則是上銬逮捕帶回警局亦侵害詹女士之自由法益。

又從構成要件適用可以得知，攔停之行為涉及的是刑法第 304 條第 1 項強制罪，而以大外割壓制與上銬逮捕行為分別涉及刑法第 277 條第 1 項傷害罪與第 302 條第 1 項剝奪他人行動自由罪。惟若是在以強暴方時剝奪他人行動自由時造成傷害結果，有認為傷害結果當然被剝奪他人行動自由罪所吸收包含，因此不須檢討傷害罪；亦有認為傷害罪與剝奪他人行動自由罪皆會成立，而二者因依照想像競合處理¹³，惟無論是依照何種見解，皆為實質上一罪或裁判上一罪，屬同一事實行為，故應認定大外割壓制行為與逮捕上銬行為屬於同一案件。因此，本案事實應分為第一案「攔停事實部分」與第二案「逮捕拘禁事實部分」兩個案件。

在第一案「攔停事實部分」中，首先涉及到的問題會是警察攔停是否該當強制罪構成要件，其中刑法適用應嚴謹，因此攔停行為究竟是屬於強制罪構成要件行為要素之「強暴」還是「脅迫」，自應清楚區別，不得僅因結論相同即任意忽略。例如當警察僅以口頭要求受盤查人民停下腳步，而未直接以身體力攔阻人民時，此時是否該當強暴或脅迫即有討論之必要。

再者，因強制罪中之妨害他人行使「權利」或使他人行無「義務」之事涉及價值的判斷，因此盤查是否合法即至關重要，蓋盤查合法則警察即具有依法令行為之阻卻違法事由，而不該當妨害他人行使權利或使人行無義務之事。因此，檢討盤查是否符合警察職權行使法中的「盤查合法要件」自然是違法盤查案的核心問題。

又確認警察攔停的行為具有強制罪構成要件該當性與違法性後，警察在實務

¹³ 此處實務與學說存有不同之見解，本文將在第四章進一步說明。

上通常會以當時是主觀上誤以為客觀上具有合法盤查之情狀，才會違法盤查，亦即發生容許構成要件錯誤而阻卻犯罪故意¹⁴，例如中壢違法盤查案中，起初桃園地檢署檢察官之所以為不起訴處分即是因為認定葉警員發生容許構成要件錯誤。然而實際上是否真的如此，是否任何誤認客觀情狀皆能夠主張容許構成要件錯誤，容許構成要件錯誤的要件為何、應如何判斷，此等若是不符合要件則不得適用的問題，自然亦是最終能否對於個案正確進行刑法適用的關鍵。

最後，由於警察屬於刑法第 10 條第 2 項第 1 款前段之身分公務員，故當警察藉由職務權力、機會而犯強制罪時，即有刑法第 134 條不純正瀆職罪之適用，而本罪依照我國實務見解認為，不僅是單純的加重刑罰事由，亦是具有構成要件性質的獨立罪名，但須注意，在審查流程上，本罪仍必須在確認行為人該當其他犯罪後才能檢驗，否則若是根本無成立其他犯罪，則根本無適用之必要性。

而在第二案「逮捕拘禁事實部分」中，第一步自然是檢討剝奪他人行動自由罪的構成要件，而除了判斷警察將受盤查人民逮捕的行為是否構成強暴方式剝奪他人行動自由外，值得注意的是在上開切割案件時已有提及的，當警察是以強暴方式剝奪人民行動自由時，造成人民受有傷害結果，是否會另外成立傷害罪，究竟是成立傷害罪而與剝奪他人行動自由罪依想像競合處理，還是因為傷害結果當然被強暴行為吸收，而根本不該當傷害構成要件，此問題自有探討之必要。再者，檢討剝奪他人行動自由罪之阻卻違法事由時，由於剝奪他人行動自由罪屬繼續犯構成要件，因此在阻卻違法事由判斷上，必須區分為基本行為與繼續行為，唯有兩階段均具有阻卻違法事由方能完全阻卻違法，至於此處涉及的法令則是刑事訴訟法第 88 條與第 91 條的規定。

在確認後警察逮捕拘禁行為具有剝奪他人行動自由罪的構成要件該當性與違

¹⁴ 容許構成要件錯誤之法律效果理論學說上存有爭議，但依照我國實務見解即阻卻犯罪故意，可參照最高法院 29 年上字第 509 號刑事判例。（本則判例，依據 108 年 7 月 4 日施行之法院組織法第 57 條之 1 第 2 項，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同）

法性後，警察在此可能會提出容許構成要件錯誤或容許錯誤抗辯，例如其是誤以為受盤查人民是現行犯，或是不知妨害公務罪是以公務員依法執行公務為前提等，此等問題將影響最終警察是否需負擔刑責，故除了個案中須仔細釐清事實外，對於不同錯誤類型的要件當然也必須清楚掌握。最後第四步則同樣是因警察為刑法上之公務員，故當警察是藉由職務權力、機會而犯剝奪他人行動自由罪時，亦有刑法第 134 條不純正瀆職罪之適用。

然須注意者，當行為人成立兩個犯罪時，即必須處理競合論之問題，且因此涉及之刑罰論亦是刑法適用不可或缺之一環，無論欠缺何者即非完整之刑法適用。本案桃園地院最終判決葉警員第一案成立公務員利用職務強制罪，第二案成立公務員利用職務機會剝奪他人行動自由罪，二罪本應合併定執行刑，惟剝奪他人行動自由罪因刑法第 134 條加重之結果，其最重本刑為 7 年 6 月之有期徒刑，與刑法第 41 條第 1 項規定得易科罰金之法定最重本刑 5 年以下有期徒刑之罪不合，故未必免二者合併執行而喪失其中一罪得易科罰金之利益，依照刑法第 51 條 1 項但書規定，一罪得易科罰金、一罪不得易科罰金時「不定執行刑」。

而法院雖屬依法裁判，但在適用上卻產生一問題，因最終准否易科罰金的決定權是在於檢察官，故檢察官若不准公務員利用職務強制罪易科罰金時，葉警員是否可能面臨依序依照二罪有期徒刑服刑，反而喪失了原先數罪併罰定執行刑之利益。此即屬「刑罰論」之問題，亦是完整刑法適用必須探討之部分，然因此部分屬於本案判決結果出現的問題，故本文將在第五章判決評析時，始討論與分析此問題。

綜上所述，本項所述可參下頁之中壢違法盤查案審查流程圖：

刑法適用事實對象
中壢違法盤查案
 葉警員（下稱甲）對詹女士（下稱乙）強行攔阻進行盤查；繼而將其壓制逮捕至警局關了數小時

依「刑法上有意義之行為」進行案件切割

I	II
甲以對乙強行攔阻進行盤查之行為攻擊乙之自由法益	甲以大外割壓制乙並將其上銬逮捕至警局之行為攻擊乙之身體與自由法益

第一個案件	第二個案件
--------------	--------------

一個案件一個刑法適用流程

實現狹義的強制構成要件

構成要件要素化違法要素「非法」實現
 非依法進行盤查
 不具有阻卻違法事由「依法律之行為」

被告辯稱的容許構成要件錯誤並未發生

成立強制罪

公務員假借職務上之權力、機會和方法犯之，加重其刑至二分之一

實現狹義的剝奪他人行動自由構成要件

構成要件要素化違法要素「非法」實現
 非依法進行逮捕拘禁，無論基本行為和繼續狀態階段均不具有阻卻違法事由
 「依法律之行為」

被告辯稱的容許錯誤並未發生

成立剝奪他人行動自由罪

公務員假借職務上之權力、機會和方法犯之，加重其刑至二分之一

同一受判決數宣告跨案件實質競合適用疑義
 得易科罰金之罪與不得易科罰金不併合處罰有無可能造成受刑人更為不利？

第三章 攔停事實部分的違法盤查案件刑法適用

第一節 概說

依照前述對於中壢違法盤查案的案件切割，本章要處理的即本案的第一個案件，警察「攔停事實部分」。攔停是警察職權行使法第 7 條所規定之盤查手段，也是任何盤查的開端，蓋警察要實施盤查的前提當然是必須先將人民攔下，而警察既然是依法令服務於國家的公務員，當警察以盤查之名將人民攔下時，無論盤查是否合法，皆等同於是以國家公權力要求人民停下腳步，而這當然可能妨害人民了行使行動自由的權利，而涉及強制罪構成要件。

而判斷是否該當強制構成要件，首要處理的問題即是，警察攔停時，並不會一定會阻擋或肢體上接觸，時常僅會以口頭要求人民停下腳步配合查驗身分，此種未使用強制力的情況下將人民攔停，是否該當強制罪中構成要件行為要素的「強暴或脅迫」，即產生了討論的必要。再者，強制罪構成要件結果須「妨害他人行使權利或使人行無義務之事」，而因權利與義務皆涉及價值判斷，故此結果必須為「非法」，亦即必須審視盤查究是否具有阻卻違法事由，否則警察盤查若是依照法規發動，則屬依法令行為而「合法」，並不妨害他人行使權利或使人行無義務，自不該當強制罪構成要件¹⁵。

當警察違法攔停行為具有強制罪構成要件該當性與違法性後，警察在實務上最常做的抗辯就是，其主觀上認為當時情形具有警察職權行時法發動盤查的情事，然實際上客觀上並無合法發動盤查之情狀，亦即對於阻卻違法事由的事實發生錯誤，而主張容許構成要件錯誤阻卻犯罪的故意¹⁶。然而，當警察違法盤查皆得輕易主張容許構成要件錯誤將導致警察幾乎不用為其違法行為負責，故容許構成要件

¹⁵ 依照實務見解應是該當強制罪構成要件，而因依法令行為而阻卻違法。但本文認為要該當妨害他人行使權利或使人行無義務之事就必須先判斷是否具有阻卻違法事由，故若是依法令行為自屬構成要件不該當，詳細可參本章第二節的說明。

¹⁶ 如高雄地方法院 106 年訴字第 832 號刑事判決；臺北地方法院 107 年易字第 1066 號刑事判決。

錯誤的要件究竟為何，在盤查時又應如何認定，此將為警察違法攔停最終是否成立犯罪的關鍵，更屬對於違法盤查案進行刑法適用中重要之一環。

最後，有關公務員不純正瀆職罪部分，雖本罪亦屬構成要件¹⁷必須在構成要件層次檢討，但在審查流程順序上仍必須在確認成立強制罪後始可檢討，蓋此罪是公務員利用職務機會犯其他罪為前提要件，故若無成立強制罪，自無檢討不純正瀆職罪之必要。

綜上所述，攔停事實部分的違法盤查案件刑法適用審查流程一共可分為四個步驟，第一步檢討攔停行為是否該當強制罪的行為要素強暴或脅迫，第二步是檢討攔停是否依照法令，第三步是檢討有無發生容許構成要件錯誤之情形，第四步是不純正瀆職罪之適用。

第二節 第一步：攔停該當狹義強制罪構成要件

第一項 強制罪構成要件

刑法第 304 條規定，「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害他人行使權利者，處三年以下有期徒刑、拘役或 300 元以下罰金。」

強制罪規定於妨害自由罪章，故強制罪所保護之法益自然為「自由」法益，而此處自由法益依照學說上多數見解¹⁸，應包含個人「意思決定自由」與「意思實現自由」，前者是指形式意思的自由，亦即得不受拘束地自由形成個人意志及想法，著重在於其內在形塑意志內容的過程不受到他人干擾，例如決定要到達的目的地；後者則是實現意思決定的自由，即保障個人形成特定內容意志後，得不受他人限制地透過外在活動去實現其意志內容，也就是決定目的地後，不受干擾的前往目的地。然須注意，此並非意味著本罪保障的是個人絕對的自由，因事實上任何人皆無法

¹⁷ 實務上認為本罪屬「借罪借刑」之獨立罪名，亦即具有獨立之構成要件，可參考本章第五節。

¹⁸ 陳子平，刑法各論（上），元照，2015 年 9 月二版，頁 164；王皇玉，強制罪之比較研究，軍法專刊，59 卷 5 期，2013 年 10 月，頁 2；許澤天，刑法分則下冊，新學林，2021 年 7 月三版，頁 188；實務見解如臺灣屏東地方法院 104 年易字第 204 號刑事判決。

真正完全地自由，且完全如所願的作為或不作為更可能影響每個人之自由，因此本罪所保障的意思決定自由與意思實現自由，僅指個人不受他人以強暴、脅迫等不法手段，被迫去為或不為特定行為，而非真的可以為所欲為¹⁹。

本罪的構成要件「行為要素」乃「強暴」、「脅迫」。換言之，若行為人並未實施強暴或脅迫手段者，縱使有使被害人行無義務之事或妨害行使權利之情形，仍不成立本罪。因此，強暴與脅迫如何解釋自然會是該當強制罪構成要件與否的重點之一。

強暴的概念出現在我國多條刑法之中，如刑法第 135 條對妨害公務罪、第 149 條聚眾不散罪、第 161 條脫逃罪、第 221 條強制性交罪、第 328 條強盜罪等皆有強暴之規定。然強暴為抽象概念，且各罪行為及刑度皆有不同，不同條文中對於強暴概念之解釋應有所不同，必須針對各罪保障之法益與行為態樣對強暴作出解釋²⁰。我國實務判決中有採納學說見解²¹而將強暴概念分為四種：(1)最廣義之強暴，乃指一切有形力之不法行使，其對不問係人或物均屬之。(2)廣義之強暴，乃指對人為有形力之不法行使，不以直接對人之身體實施為必要，即對物施以有形力，致對人之身體在物理上產生強烈影響者，亦屬之。(3)狹義之強暴，乃指對人之身體為有形力之不法行使。(4)最狹義之強暴，則指對人且足以抑制其抵抗能力之程度為有形力之不法行使²²。

而多數學說見解²³皆認為，強制罪之強暴應屬於「廣義之強暴」概念，亦即強暴是指使用有形力或物理力的暴力而言，惟暴力在理解上亦不能僅從表面上中文「暴」字來思考，而必須參酌法益保護的角度界定其範圍，即便只是些微身體力，

¹⁹ 王皇玉，強制罪之比較研究，軍法專刊，59 卷 5 期，2013 年 10 月，頁 2。許澤天，刑法分則下冊，新學林，2021 年 7 月三版，頁 188。

²⁰ 鄭婷文，靜坐與強制罪，國立臺北大學法律學系碩士論文，107 年，頁 50。

²¹ 甘添貴，刑法各論(上)，三民，2009 年 9 月三版，第 131 頁；林山田，刑法各論(上)，元照，2005 年 11 月五版，第 165 頁。

²² 臺灣高等法院 105 年上訴字第 768 號刑事判決。

²³ 王皇玉，強制罪之比較研究，軍法專刊，59 卷 5 期，2013 年 10 月，頁 3；許澤天，刑法分則下冊，新學林，2021 年 7 月三版，頁 191。

只要針對妨害他人意思決定與意思實現自由，仍可構成強暴²⁴。且這種物理上的強制作用，不以藉由身體力直接實施於被害人身上為必要，即便施於被害人以外之第三人或物體之上，只要這樣的物理力得以間接對他人發強制作用者（間接暴力），亦屬之²⁵。

至於實務上因強制罪屬於法定刑最重本刑三年以下之輕罪，依刑事訴訟法第 376 條為不得上訴第三審之案件，以致最高法院判決目前仍未統一各級法院對於強暴之解釋。關於此問題，早期最重要的實務見解為最高法院 28 年上字第 3650 號判決，該判決認為：「只要行為人之行為足以造成他人意志決定自由或意志活動自由受到干擾，縱使未有具體物理力量之實施，仍構成強暴行為²⁶」。由此可知，過去實務見解對此問題亦採取了「廣義之強暴」²⁷，只要行為人所施實施之行為足以造成他人意思自由受到影響，該行為即該當強暴，不以對他人身體或物施用物理力或身體力為限。而直到近期之最高法院基本上仍維持著相同見解，如最高法院 112 年台上字第 28 號判決²⁸。

然本文以為，採取廣義之強暴等同於將強暴解釋為「是否對被害人生有強制作用」，亦即將造成被害人自由意志受到影響結果之行為，均屬於強制罪之強暴。惟此種標準將造成「強暴」失去意義，蓋只要行為影響被害人自由意志，總使行為人無施用物理力量，甚至與被害人無任何接觸，皆屬於強制罪之強暴。因此，至少應

²⁴ 許澤天，刑法分則下冊，新學林，2021 年 7 月三版，頁 191。

²⁵ 王皇玉，強制罪之比較研究，軍法專刊，59 卷 5 期，2013 年 10 月，頁 3。

²⁶ 最高法院 28 年上字第 3650 號判例：「刑法第三百零四條之強暴、脅迫，祇以所用之強脅手段足以妨害他人行使權利，或足使他人行無義務之事為已足，並非以被害人之自由完全受其壓制為必要。如果上訴人雇工挑取積沙，所使用之工具確為被告強行取走，縱令雙方並無爭吵，而其攜走工具，既足以妨害他人工作之進行，要亦不得謂非該條之強暴、脅迫行為。」

²⁷ 臺灣高等法院高雄分院 89 年度上易字第 100 號刑事判決：「又刑法第三百零四條第一項之強暴手段，乃廣義之強暴，指對人施用有形物理力之行為，但不以直接對身體實施為必要，本見被告知強搬被害人存於屋內財物之行為，既為被害人所反對，復不聽勸阻，而載運至他處棄置，難認非廣義之強暴手斷，被告稱其所為非強暴手段，亦無足採。」

²⁸ 最高法院 112 年台上字第 28 號刑事判決：「刑法第 304 條之強暴、脅迫，祇以所用之強脅手段足以妨害他人行使權利，或足使他人行無義務之事為已足，並非以被害人之自由完全受其壓制為必要。而所稱強暴，乃以實力不法加諸他人之謂，惟不以直接施諸於他人為必要，即間接施之於物體而影響於他人者亦屬之。」

將強暴概念定義為「直接對被害人的身體攻擊行為」，排除欠缺身體力執行與攻擊行動之情形，尤其是非直接對被害人或者對物之暴行，如此解釋方能始強暴具有意義，否則亦難與脅迫做區分。

而強制罪之另一行為要素「脅迫」，是指以使對方心理產生畏怖為目的，將加害之事實通知對方的行為，並在告知中顯露行為人可能將惡害實現，以使被害人屈從²⁹，且加害知事實亦不限於非法，蓋即便是合法手段，仍可能妨害被害人意思自由，如以舉發被害人違法行為，要求對方下跪道歉。另本罪之屈從，僅須達到使被害人產生畏懼心而為特定作為、不作為，不須使被害人達到不能抗拒或難以抗拒之程度³⁰。至於實務上對於脅迫之解釋，與學說見解上亦大致相同，認為「係指非直接以強暴為手段，以言詞或舉動，顯示加害他人之意思或以加害他人之意思通知他人，使其產生畏懼，而得以威脅或逼迫³¹」。因此，脅迫的基本語句結構理解為「如果你不一那麼我就」的條件句，前段「如不」指涉行為人所欲達成的強制目的，後段實現與否取決於前段³²。

然而，當結合前述「廣義之強暴」見解可知，若不將強暴限於「直接對被害人身體的攻擊行為」，則脅迫的適用範圍將非常狹窄，蓋幾乎所有案例皆可被強暴包含，而根本無需適用脅迫。例如甲持槍威脅乙脫掉上衣，這明顯符合將加害之事實通知對方，且不配合可能將惡害實現之脅迫行為，惟如強暴之解釋包含一切干擾他人自由意志之行為，則此案例即已構成強暴，而無需適用脅迫。是以，應將強暴限於直接對被害人身體的攻擊行為，以上述案例來說，只要在行為人尚未開槍前，皆屬於現在或將來惡害告知之「脅迫」，而非強暴行為，此種解釋才能使強暴與脅迫皆有足夠且明確之適用範圍。

²⁹ 許澤天，刑法分則下冊，新學林，2021年7月三版，頁196。

³⁰ 陳子平，刑法各論（上），元照，2015年9月二版，頁165。

³¹ 臺灣高等法院臺中分院 104 年上易字第 1193 號刑事判決、臺灣苗栗地方法院 103 年度易字第 467 號刑事判決。

³² 林鈺雄，強制罪之整體不法判斷——從彰化台電施工抗爭案的判決談起，月旦法學雜誌，第 232 期，2014 年 9 月，頁 40。

本罪的「結果」要件，包含「使他人行無義務之事」或「妨害他人行使權利」。惟須注意，所謂「權利」與「義務」的解釋不應過於空泛，否則本罪將成為所有行法罪名的概括構成要件³³，例如竊盜罪除了侵害被害人財產權，亦是妨害被害人行使財產權利，若將本罪如此解釋顯非立法者設立本罪的原始期待。故學說上有提出本罪的結果要件皆應扣緊本罪的保護法益，亦即應限於「干擾個人意志決定與意志活動的自由」為前提，例如「妨害他人行使權利」則須被害人「已有」特定決意而試圖實現其內容時，而行為人透過強制行為致令被害人無從實現其特定決意³⁴。；而「使人行無義務之事」必須被害人因受行為人的強制行為所迫而作出特定決意，並實施無法律意義的舉止³⁵。

申言之，「權利」和「義務」皆屬法律的價值觀念，而非事實，亦即強制罪的結果要素是「被害人違反其意願行特定之事或被行特定之事」，至於「妨害行使權利」與「行無義務之事」其實是違法性的問題，也就是有無阻卻違法事由的判斷³⁶。例如竊盜現行犯遭警察壓制並上銬逮捕，警察雖是以強暴之方式使現行犯被迫行特定之事，然警察逮捕行為得依照刑法第 21 條依法令行為而阻卻違法，故警察自然沒有妨害現行犯行使權利或使現行犯行無義務之事；就好比排隊買東西，先到場的就取得優先購買權，後到的自然必須接受先到的優先享有實現自由，但我們也不可能說先到的人是妨害後到的行使其權利。由此可知，無義務和妨害權利形式上雖規定為構成要件要素，惟實質上其是以「欠缺阻卻違法事由」作為判斷標準的「違法要素」³⁷，故有學說稱其為「構成要件化違法要素」³⁸。因此，有無該當強制罪

³³ 許恒達，強摘假髮與空車上鎖—強制罪的解釋疑義，台灣法學雜誌，第 265 期，2015 年 2 月 1 日，頁 86。

³⁴ 許恒達，強摘假髮與空車上鎖—強制罪的解釋疑義，台灣法學雜誌，第 265 期，2015 年 2 月 1 日，頁 88。

³⁵ 許恒達，強摘假髮與空車上鎖—強制罪的解釋疑義，台灣法學雜誌，第 265 期，2015 年 2 月 1 日，頁 88。

³⁶ 鄭逸哲，構成要件的認識和罪刑法定主義下的刑法適用，瑞興圖書，2022 年 10 月，頁 21。

³⁷ 類似見解可參考林鈺雄，強制罪之整體不法判斷——從彰化台電施工抗爭案的判決談起，月旦法學雜誌，第 232 期，2014 年 9 月，頁 43。

³⁸ 鄭逸哲，構成要件的認識和罪刑法定主義下的刑法適用，瑞興圖書，2022 年 10 月，頁 21。

之構成要件違法化要素，必須待檢驗阻卻違法事由後始可認定，而在確認構成要件違法化要素是否該當前，則僅該當「狹義之強制罪構成要件」。

至於學說上另有提出將我國強制罪比照德國刑法第 240 條，理解為開放性構成要件，認為強制罪構成要件無法推定行為之違法性，必須針對強制行為的手段、目的進行評價才能充分確定。然本文以為，學說之所以有此種看法，原因來自於實務對於強制罪構成要件解釋過於寬鬆，尤其是強制罪之行為要素，若能正確限定強暴、脅迫之概念，自然就能直接有效地判定不法內涵，而不需要取道於違法性階層³⁹。簡言之，只要正確適用強暴與脅迫之行為，當然就能推定行為之違法性，因此自無須將本罪解釋為開放性構成要件。

本罪的主觀要件並無特別意圖的規定，不論是直接故意或是間接故意均足以該當本罪主觀構成要件。然須注意，本罪的故意完整來說不只是「強制故意」，應是「強制行事故意」，亦即強制使被害人行特定之事或不行特定之事⁴⁰。又本罪設有未遂處罰的規定，而既遂與未遂的區分標準，主要在於他人是否已行無義務之事或行使權利是否已受到妨害，例如被害人雖受強暴或脅迫，但尚未行無義務之事或其權利行使尚未受到妨害，即屬本罪之未遂犯。

第二項 具體適用於警察違法盤查案例

依照警察職權行使法第 7 條規定，警察盤查之手段主要為攔停、詢問姓名、令出示身分證明文件，而所謂「攔停」實際運作時具有兩種情形，第一種是以口頭方式要求受盤查人民停下腳步，並不會以身體力直接施加於人民之上；第二種則是直接以身體力將人民攔住，如抓住人民的手、肩膀或以身體擋住等。關於第二種情形，自毫無疑問屬於強制罪之強暴行為，且無論是採取一切妨害他人意志之廣義強暴或本文所採之直接對被害人身體的攻擊行為皆屬之。

然而，關於第一種以口頭而未實施身體力的情形，是否該當強暴或脅迫即必須

³⁹ 許恒達，強制罪的強暴、脅迫行為，月旦法學雜誌，第 327 期，2022 年 8 月，頁 181。

⁴⁰ 鄭逸哲，構成要件的認識和罪刑法定主義下的刑法適用，瑞興圖書，2022 年 10 月，頁 21。

進一步分析。首先是否該當「強暴」，依照傳統實務見解，只要行為人之行為足以造成他人意志決定自由或意志活動自由受到干擾，縱使未有具體物理力量之實施，仍構成強暴行為。而警察執行盤查背後代表著國家之公權力，當人民不願意配合盤查時，警察職權行使法第 7 條第 2 項即規定，得將無法查證身分之人民強制帶回勤務所，且縱使不知道法律規定，當一般人民遭遇警察攔停時，心中勢必會緊張害怕，擔心不配合警察會產生不利後果，故即便未具有物體力量之實施，依照傳統實務見解，基本上亦可認定為足以干擾人民的意思活動，而屬於強暴行為。

然依照本文見解，強暴應限於「直接對被害人身體之攻擊行為」，則警察僅以口頭要求人民停下腳步時，自然未對身體進行任何攻擊行為，而不可能構成強暴，故應討論有無構成脅迫。而脅迫依照實務見解，是指非直接以強暴為手段，以言詞或舉動，顯示加害他人之意思或以加害他人之意思通知他人，使其產生畏懼，得以威脅或逼迫。當警察口頭要求人民停下腳步時，其雖未必直接告知人民不配合會有什麼後果，惟人民勢必可得而知若不配合，將可能產生不利之後果，亦即因此產生畏懼，而構成脅迫。

申言之，假設有人命我下跪道歉，而他的腰間配有槍械，此時即便他並沒有將槍上膛指著我，我仍會因為擔心，若不配合可能會產生危險，因此乖乖配合。而警察雖然是人民的保母，亦暫不論其腰間是否掛有槍械，然當警察在路上突然盤查人民時，光是其背後所代表著的公權力，就足以使問心無愧的清白人民，在面對到警察攔停時屈從，故以口頭要求人民停下腳步配合盤查，自該當本罪之脅迫行為。

在本罪「結果」要件部分，單從形式上觀察，攔停人民將使其必須停下腳步，毫無疑問的干預了人民的一般行為自由，亦即依照憲法第 22 條規定及司法院釋字第 689 號解釋文所保障之人民享有依其意志作為或不作為，得隨時任意前往他方或停留一定處所，然享有一般行為自由不代表警察即當然構成「妨害他人行使權利」，如前所述，權利並非事實概念，而是價值，亦即究竟有無妨害行使權利，尚須視行為人有無阻卻違法事由，若行為人具有阻卻違法事由時，當然就無妨害他人

行使權利可言。舉例而言，當消防隊欲前往一棟失火公寓的三樓救人時，依當時情況必須從二樓房客家中進入，此時二樓房客當然仍享有禁止任何人進入之居住自由，但消防隊是為救人而具有緊急避難事由，此時消防隊要求二樓房客使其通行，房客之權利即受到限制，故消防隊當然就不會構成本罪之妨害他人行使權利或行無義務之事⁴¹。

是以，回到盤查攔停的案例中，要確認警察是否該當妨害他人行使權利，自然必須先確認其是否為依法盤查，若是依法令，則屬依法令行為，而人民本應配合警察盤查，此時即便人民一般行為自由即遭到限制，亦無剝奪權利之問題；反之，若未依照法令，因人民一般行為自由並未遭到限制，則人民自無須配合警察盤查，故警察違法攔停，自屬妨害人民行使權利。

第三節 第二步：未依法令實行攔停該當強制罪構成要件

違法盤查顧名思義自然必須是「違法」，而所謂違法在刑法上必須具備形式違法性與實質違法性，而行為具有構成要件該當性時即具備形式違法性，且因在經驗上，構成要件該當性之行為例外才會具有阻卻違法事由，因此一旦具有構成要件該當性即推定具有實質違法性。故一般所稱的「違法性」，更精確是指「實質違法性」的判斷，也就是檢討有無阻卻違法事由之存在⁴²。

然而，在違法盤查的案例中，阻卻違法事由卻須「經常」判斷，蓋違法盤查本身即代表著警察盤查具備違法性，若不先判斷有無阻卻違法事由，自無法認定是違法盤查。故第一案「攔停」的案例事實，涉及的阻卻違法事由當然就是刑法第 21 條第 1 項規定之「依法令行為」，而因盤查之合法要件規定在警察職權行使法第 6 條與第 7 條，故最終要判斷警察攔停是否為依法令行為，重點自然就會放在警察職權行使法之合法盤查要件進行分析與說明。

⁴¹ 又如以身體腕力阻止他人施工，如果合乎正當防衛要件，行為人就是在行使正當防衛的「權利」，相對人就有被強制的「義務」。林鈺雄，強制罪之整體不法判斷——從彰化台電施工抗爭案的判決談起，月旦法學雜誌，第 232 期，2014 年 9 月，頁 44。

⁴² 鄭逸哲，2022 年微刑法（上），瑞興圖書，2022 年 10 月，初版，頁 52。

另須注意的是，承接第一步所述，因是否該當強制罪構成要件之「妨害他人行使權利」，必須視強制罪之強制行為是否為「非法」，而非法雖是構成要件要素，但其實是屬於犯罪理論中違法性層次的問題，故必須為有無阻卻違法事由的價值判斷，亦即在構成要件的解釋中，「非法」並非純事實，而是必須經過有無阻卻違法事由的價值判斷後，才能判斷是否為「無義務之事」或「妨害人行使權利」，故本罪「非法」為「構成要件化的違法要素」，也就是實質內容仍是判斷「有無阻卻違法事由」，但結論則是強制罪構成要件是否該當。

是以，本節之討論不僅是在作違法性階層中的阻卻違法事由的討論，更是直接影響警察是否會該當強制罪構成要件，唯有判斷警察盤查是否為依照法規進行盤查，始能認定警察有無該當強制罪之構成要件之非法要素，當警察是依照法規發動盤查時，則因依法令行為而阻卻違法，自不該當非法要素；反之，則因欠缺阻卻違法事由而該當非法要素，並該當強制罪構成要件。

第一項 依法令行為

刑法第 21 條第 1 項規定，「依法令之行為，不罰」。本條之所以得做為阻卻違法事由的理由在於「法律秩序規範價值的一致性原則」，因為法律秩序當然不可能一方面對某一行為許可，另一方面卻對此行為予以處罰，因此當行為人是基於法令行為而該當刑法上之構成要件時，自然得主張「依法令行為」而阻卻違法。

而所謂依「法令」，不以刑法為限，行政法規以及民法均包括之⁴³；不問中央或地方法令，亦不問其規定的內容為實體事項或程序事項，凡對於一定行為的實施，予以命令或容許者均屬之。

然須注意，若行為人逾越或未遵守法令的「執行程序」，亦即行為人未以適當的手段，行使其權力或履行其義務，則仍不得主張本條阻卻違法。例如刑事訴訟法的逮捕現行犯，雖逮捕得以武力排除抵抗，但其程度仍須足以達成逮捕目的為止，

⁴³ 鄭逸哲，2022 年微刑法（上），瑞興圖書，2022 年 10 月初版，頁 105。

倘若超越其程度，自不得主張依法令行為而阻卻違法。

本條在主觀上，公務員必須出於依據法令的規定而執行職務的意思所為的職務行為，始屬依法令的行為。亦即公務員必須認識法律、行政命令或行政規章的授權內容，以及存有依法令應執行職務的客觀情狀，本其法定職務而執行職務者，始屬出於依法令執行職務的意思。

綜上所述，本條之要件可分為三，第一，行為人必須具有公務員身分，始有職務行為可言；第二，公務員必須遵守法律規定，包括執行依據或執行程序的種種法律規定；第三，公務員必須出於依法執行職務的意思，亦即公務員必須認識法律的內容，並存有依法令應執行職務的客觀情狀⁴⁴。

具體適用於警察盤查時，警察屬於刑法第 10 條第 1 項一款前段依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之地方公務員，自符合第一個要件。然而，第二個要件，警察是否遵守盤查規定則會是依法令行為適用上之重點，尤其是盤查不僅須符合盤查發動門檻、手段措施，包括執行程序亦皆須符合，否則仍無法成立依法律行為。最後則是警察當然必須出於執行公務之意思。

第二項 合法盤查之要件

所謂刑法適用代表著必須依照「刑法」思考，並非憑感覺，而盤查要件之認定固然是判斷警察是否違法盤查之根本，但若無任何行為該當刑法上構成要件，在刑法上又何須探討盤查是否違法。故本文在此討論合法盤查要件，不僅是為了分析如何認定違法盤查，更是在行為人該當了刑法上犯罪構成要件後，判斷行為人是否得主張依法令行為阻卻違法，而直接影響到刑法適用之過程與結論。

而盤查之合法要件可分為盤查之「發動門檻」與盤查之「手段措施」兩個部分⁴⁵，任何一者不合法律規定時，皆屬於違法之盤查。前者顧名思義是指警察究竟在何時得對人民展開盤查行動；而後者則是在符合發動盤查之情狀下，警察尚必須採

⁴⁴ 林山田，刑法通論（上冊），元照，2008年1月十版，頁361。

⁴⁵ 亦即警察職權行使法第6條及第7條規定。

取法律規定所允許之手段措施，且不得違反比例原則。舉例來說，當警察在客觀上根本不具有任何盤查事由下發動盤查，即無疑問屬於違法發動盤查；然縱算警察是依照法律規定發動盤查，卻直接以大外割方式對人民進行攔停，此時仍是違反了盤查得使用之手段，屬手段措施違法之盤查。

因此，以下將先介紹盤查之法律依據，接著再依照盤查依據之法律規定，分別以盤查發動門檻與盤查手段措施進行分析。另須注意，因為盤查規定中含有許多不確定法律概念，如「合理懷疑」、「有事實足認」等，因此導致在實際判斷上勢必會產生模糊的空間，故本文將盡可能以實務見解、學者文獻之整理，將其具體化。

第一款 盤查依據

盤查的前提勢必須先將人民攔下，因此從盤查的開始就是干預人民的行動自由，而接下來的盤問或檢查亦可能侵犯人民的隱私權與財產權，因此基於盤查干預人民憲法上的基本權利，自然應受到法治國原則下法律保留原則的要求。惟在民國 92 年 6 月 5 日以前，我國警察盤查之依據僅有警察勤務條例第 11 條第 3 款：「警察勤務方式如下：三、臨檢：於公共場所或指定處所、路段，由服勤人員擔任臨場檢查或路檢，執行取締、盤查及有關法令賦予之勤務。」，由該內容可清楚發現，該條例僅有說明**臨檢**是警察勤務的方式，其中雖有包含**取締、檢查、盤查**，但完全無法得知任何的發動門檻規定，更沒有任何具體得實施的手段規定，基本上可說是「有菜單無食譜」、「有名詞無定義」⁴⁶，故僅憑警察勤務條例第 11 條第 3 款自然不可能符合法律保留原則的要求。

因此，民國 90 年 12 月司法院即作出**釋字第 535 號解釋**指出：「盤查涉及人民之行動自由、財產權、以及隱私權等憲法保障之基本權，應受法律保留原則之保障，實施盤查之要件、程序及對違法盤查行為之救濟，均應有法律之明確規範，方符憲法保障人民自由權利之意旨。且上開條例有關盤查之規定，並無授權警察人員得不

⁴⁶ 蔡庭裕，論警察攔停與檢查之職權行使，中央警察大學法學論集，第 10 期，2005 年 3 月，頁 69。。

顧時間、地點及對象任意盤查、取締或隨機檢查、盤查之立法本意。並要求立法機關應在 2 年內通盤檢討。⁴⁷」該號解釋清楚說明了兩件事情，**第一，盤查涉及到人民的行動自由、財產權、隱私權等人民基本權利；第二，現行法制並無對於盤查的要件、程序、救濟具有明確規範，不符合法律明確性。**

於是在歷經相當多的實務專家與學者，從比較與考量美國法、歐洲人權法院、警察實務運作、憲法基本權等等不同角度與面向觀察與討論後⁴⁸，目前規定落於警察職權行使法第 6 條、第 7 條和第 8 條規定，這三個條文規定出了警察於何種情形下得對於人民查證身分，以及為查證人民身分得採取之必要措施。

如本項開頭所述，合法的盤查要件必須具備「合法的盤查發動門檻」與「合法的盤查手段措施」，而警察職權行使法第 6 條和第 8 條規定的即為**盤查的發動門檻**，此不外乎為合法盤查最重要的環節，俗話說：「一步錯，步步錯」，發動盤查就是盤查的第一步，若本不應盤查的情形卻發動，自然即屬違法之盤查，且因此引發受盤查人民的不滿，通常也就是後續產生逮捕拘禁的主因。簡言之，盤查的發動門檻規定愈清楚，違法盤查的發生機率必定愈小。另須說明，由於警察職權行使法第 8 條是特別針對已發生危害或依客觀合理判斷易生危害之**交通工具**，而此種情形通常都是客觀上明顯，因此不易產生是否應發動盤查之爭議，例如明顯蛇行的車輛、不符合法規的改裝車等，故本文以下並不會對於警察職權行使法第 8 條進行分析，而將重點放置於警察職權行使法第 6 條之規定。至於警察職權行使法第 7 條即規定合法盤查所得採取之手段措施，此部分之違法是造成違法盤查的第二種原因，故以下亦會分析與檢討此條之規定，以得出盤查手段措施之合法要件。

最後欲補充說明的一點是，我國關於「臨檢」與「盤查」之用語區分並不精確，歸根究柢其實是因為立法用語上並不清楚，導致有關攔停檢查人民的情形，無論說

⁴⁷ 司法院釋字第 535 號解釋，<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310716>，最後瀏覽日 2023 年 5 月 25 日。

⁴⁸ 可參考李震山、蔡庭榕、王兆鵬、侯欽宗、陳瑞仁、林鈺雄、林明鏘，警察臨檢行為法制化，月旦法學雜誌，第 81 期，2002 年 2 月。

是臨檢或是盤查其實都沒有錯誤。而比較警察勤務條例第 11 條第 3 款與警察職權行使法第 6、7、8 條規定可知，臨檢因屬於較上位之概念，亦即臨檢除了盤查外，尚包含了取締違法，而這兩者都可能適用警察職權行使法中之攔停、詢問姓名、檢查等手段。然相較取締違法，「盤查」應解釋成警察對人民的主動盤問查驗行為，亦即盤查是在非取締違法的情形下對人民發動攔停與詢問身分等措施，而因此種情形通常就是實務上較容易發生爭議違法盤查爭議之類型，因此本文始統一以「盤查」稱之。

第二款 盤查發動門檻

依照警察職權行使法第 6 條規定：「警察於公共場所或合法進入之場所，得對於下列各款之人查證其身分：一、合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者。二、有事實足認其對已發生之犯罪或即將發生之犯罪知情者。三、有事實足認為防止其本人或他人生命、身體之具體危害，有查證其身分之必要者。四、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。五、滯留於應有停(居)留許可之處所，而無停(居)留許可者。六、行經指定公共場所、路段及管制站者。前項第六款之指定，以防止犯罪，或處理重大公共安全或社會秩序事件而有必要者為限。其指定應由警察機關主管長官為之。警察進入公眾得出入之場所，應於營業時間為之，並不得任意妨礙其營業。」

分析本條規定要件可以得知，警察得「查證人民身分」共有六種情況，亦即發動盤查的六種實體要件，除非是符合其中任一個要件，否則皆屬違法發動盤查。另須注意，除了實體要件外，有關程序上的注意事項亦是盤查合法與否應當注意的，雖然程序事項並非直接影響盤查發動的門檻，但如查證身分時的時間過長、地點位置根本不屬於警察得進入等，無疑亦屬違法盤查之情形，故以下將分別對本條之實體要件與程序要件分析說明。

第一目 實體要件

一、合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者

本款無疑是警察發動盤查中最常見之情形，而此款要件可分為「合理懷疑」與「有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者」。所謂合理懷疑可源自美國法上之合理性標準，因美國法對於搜索與逮捕皆要求必須具有相當理由，惟盤查的攔阻與拍觸，對於人民的侵犯有程度上較輕微，所需之實質理由門檻自無須與相當理由同高，因此在盤查判斷上，逐漸演變成法官依合理性標準判斷警察行為之合法性，亦即依當時一切情狀，判斷警察行為是否合理，並尊重現場執法警察的專業觀察與個人反應，此種方式最終即形成合理懷疑的標準⁴⁹。而此見解在司法院釋字第 535 號解號宣告當時盤查法規不符合法律明確性後，再經過眾多專家學者討論後⁵⁰，由立法機關增訂在現行警察職權行使法第 6 條中。

因合理懷疑屬不確定法律概念，在解釋上具有不明確性，故內政部警政署即頒行警察職權行使法逐條釋義釋明：「合理懷疑是指必須有客觀之事實作為判斷基礎，根據當時的事實，依據專業經驗，所做成的合理推論或推理，而非單純的臆測。⁵¹」而此釋義中最为關鍵的說明就是合理懷疑必續依照「客觀事實」作為判斷基礎，蓋每位警察當然都會有自身的執法經驗，而有不同的推論，但無論是何種推論都必須建立在當時客觀的事實，否則合理懷疑就不可能有任何客觀性。以中壢違法盤查案來說，本案葉警員認為詹女士行走在旅館、遊樂場附近，即認為有其有犯罪嫌疑，此種推論就是完全依照警察的個人執法經驗，並未以當時的客觀事實作為判斷基礎，如詹女士有無神情緊張或攜帶違禁物品等，故當然就不符合合理懷疑的要件而構成違法盤查。

再者，縱算依照「專業經驗」合理推論，似乎仍無法得知應達到何種程度的心

⁴⁹ 王兆鵬，路檢、盤查與人權，元照，2003 年 3 月初版，頁 107。

⁵⁰ 可參考李震山、蔡庭榕、王兆鵬、侯欽宗、陳瑞仁、林鈺雄、林明鏘，警察臨檢行為法制化，月旦法學雜誌，第 81 期，2002 年 2 月，頁 37。

⁵¹ 李震山、蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶，警察職權法逐條釋義，五南，2020 年 9 月三版，頁 152。

證方屬合理懷疑，此時或許可以透過比較的方式得出一個範圍，例如透過與合理懷疑一樣常出現在國家干預人民基本權行為發動門檻的「相當理由」來做比較，至少就能使吾人更進一步掌握合理懷疑的心證門檻。

一般而言，光從文義上的解讀，我們便會認為相當理由所要求的確信程度是高於合理懷疑的，因為相當理由代表的是已經能提出一個高程度的可預測性說理說服他人，並且不論是警察或法官等實務工作者通常對於這個說理都能有一致的看法，因此文獻上便認為相當理由是指「具有事實資訊使一個和現場執法的警察有相同訓練及經歷之合法謹慎的人相信被逮捕之人有罪⁵²」。而我國刑事訴訟法第 122 條第 2 項、第 131 條第 2 項有關搜索的規定，就是採取相當理由之發動門檻。此外，借鏡美國對於相當理由的一項實證研究，對 166 位聯邦法官進行訪問，要求他們量化相當理由的確信程度，最終得到的平均值為百分之四十五點七八⁵³。因此，基於相當理由要求的確信程度高過合理懷疑，故合理懷疑的確信程度應是低於百分之百分之四十五點七八，而合理懷疑既然有「合理」的要求，自然也不能是單純的任意揣測，故文獻上多數認為合理懷疑的量化程度大略放在百分之二十至百分之三十⁵⁴。

而「犯罪之嫌疑」是指已有犯罪發生，某人被警察合理懷疑是其所為，而成為犯罪嫌疑人，為預防犯罪，而得以查證其身分。「有犯罪之虞者」則是指犯罪雖未發生，然基於警察合理懷疑即將有犯罪之可能時，得以防止犯罪之理由，對之進行查證身分。至於具體上，應如何判斷「有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞」必須就當時的所有客觀事實整體觀察，無法一概而論，在警政署釋義中亦有提出警察應審酌的事實基礎，並舉例說明：「合理懷疑之事實基礎有：一、**情報判斷之合理懷疑**：例如

⁵² 蔡庭榕，論警察攔停與檢查之職權行使，中央警察大學法學論集，第 10 期，2005 年 3 月，頁 78。

⁵³ 王兆鵬，路檢、盤查與人權，元照，2003 年 3 月，頁 102。

⁵⁴ 李震山、蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶，警察職權法逐條釋義，五南，2020 年 9 月三版，頁 186。

警察由曾經提供情報的線民口中得知，某人於假釋期間仍隨身攜帶武器且車上藏匿毒品，因而對其實施攔車盤查。二、**由現場觀察之合理懷疑**：例如警察深夜於曾經發生縱火地區巡邏，發現某人手持打火機並提著一桶汽油，在騎樓下逗留徘徊，而懷疑其可能從事縱火犯罪。三、**由環境與其他狀況綜合研判之合理懷疑**：例如警察於濱海公路執行夜間巡邏，發現某車內滿座有大陸口音之乘客，其駕駛人見警巡邏企圖逃避或不正常之駕駛行為，且該車輛顯現超載或車內有人企圖藏匿；又當時濱海地區的海象狀況正適合船隻接觸靠岸，而已懷疑該車內可能載有大陸偷渡人民。四、**由可疑行為判斷之合理懷疑**：例如警察於深夜時段，在一個高犯罪區域的街道上，發現某人所離開之公寓，是曾多次藏匿武器或毒品罪犯之犯罪處所且該某看到警察時，立刻將小紙袋藏入衣內，神色慌張，迅速走避，而懷疑該某有藏匿毒品的嫌疑。⁵⁵」

另外，亦有學者以與警察實際訪談之方式研究關於警察盤查之發動、盤查合理懷疑之事實基礎等議題，例如穿著打扮不符在地風格、出入飲酒地點附近或不敢直視警察等⁵⁶。惟須注意，無論如何最後發動盤查皆需有**足夠的客觀事實**作為判斷基礎，否則若僅憑穿著清涼、行經酒店，即推論人民具有犯罪嫌疑或犯罪之虞，即為僅憑主觀經驗發動之違法盤查⁵⁷。

綜上所述，所謂合理懷疑有犯罪之嫌疑或犯罪之虞應是指：「警察就當時的所有客觀的事實進行整體考量後，合理推論至少有百分之二十至百分之三十之心證程度認為有不法情事發生，且非主觀上單純的臆測」，如此始得合法的發動盤查。

二、有事實足認其對已發生之犯罪或即將發生之犯罪知情者

相對於第一款是針對「犯罪嫌疑人」，本款是針對有事實足認已發生或即將發生犯罪「知情者」發動盤查，其目的從積極性而言，在於以法律明定課予人民對於

⁵⁵ 吳宗順主編，警察職權行使法逐條釋義，內政部警政署長常訓教材，2003年8月，頁23。

⁵⁶ 可參考陳淑雲，警察執行盤查合理懷疑之實務探討，警專學報，第7；8期，2022年12月。

⁵⁷ 至於一些具有討論警察盤查合法與否之實務判決，可參考臺北地方法院109年交字第55號判決；臺北高等行政法院108年交上字第315號判決。

治安工作有協力或負擔之義務，提供治安情報之身分確證，並進一步研判其與案件之關聯性；從消極性則是避免對提供情報者身分不明，而導致情報錯誤時卻無法查證⁵⁸。

而本款的「有事實足認」與合理懷疑同屬不確定法律概念，而由於合理懷疑及有事實足認均處於同一條文相同項次中，其心證程度自然與合理懷疑相近不遠，且均無須高於刑事訴訟法上相當理由之程度。

三、有事實足認為防止其本人或他人生命、身體之具體危害，有查證其身分之必要者。

本款之目的相當明確，即在於使警察能夠防止人民受到生命或身體之危害，然為防止警察濫用職權或過度擴張，故將危害限於「具體危害」，而具體危害指的是「在具體事件中之行為或狀況，依一般生活經驗客觀判斷，預料短時間內極可能形成傷害的一般情況。⁵⁹」因此，依照本款發動盤查時案件必須具體，且危害發生必須有不可遲延性、可能性及傷害性，亦即必須立即處理，否則可能就會造成傷害，警察盤查權之發動方屬合法。

四、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。

相較於前三款規定，本款之目的不僅在於防止具體危害，更提前至防止「潛在危害」，是立法者考量警察尚須致力於預防犯罪工作所特別授權。而為防止警察濫用或過度擴張，故將規定限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。故若是僅涉及財產、名譽等犯罪，自不得依本款於陰謀、預備階段即發動盤查。

而本款亦可作為「集體盤查」依據之一，例如警察有事實足認某地可能發生炸彈案，即得對某地之人行使盤查。

五、滯留於應有停（居）留許可者

⁵⁸李震山、蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶，警察職權法逐條釋義，五南，2020年9月三版，頁155。

⁵⁹李震山，從釋字第五三五號解釋談警察臨檢的法制與實務，台灣本土法學雜誌，第33期，2002年4月，頁74。

本款與上一款之目的相同，皆是為了使警察能防止「潛在危害」，因此為了避免範圍過大，故限定於對應有「停留或居留許可」的處所，始得發動盤查。例如機場之管制區、國營事業之油庫、電廠、海岸或山地管制區等，若任意滯留於該處所⁶⁰，即得對之發動盤查。

此外，本款亦具有補充前幾款之作用，例如有人計畫在機場管制區偷竊，然第一至三款皆無法進行集體盤查，而第四款必須限於重大犯罪，若僅是一般財產犯罪自稱不上重大犯罪，故此時第五款即能發揮作用，只要是未經許可停留或居留在應有許可的處所，警察即可依本款發動盤查。

六、行經指定公共場所、路段及管制站者

本款是「全面攔檢」之法律依據，亦即凡行經指定處所的人民，警察皆可發動盤查，而如此大的權利，自然須受到嚴格的限制，因此本條第 2 項即規定：「前項第六款之指定，以防止犯罪，或處理重大公共安全或社會秩序事件而有必要者為限。其指定應由警察機關主管長官為之。」故本款並非授權警察不問時間、地點或對象任意設置管制站做全面盤查，而是必須為「防止犯罪或處理重大公共安全或社會秩序事件」，且須經「警察機關主管長官」指定，始得為之。

本款之案例就是我們熟知的路邊臨檢酒測，但須注意，本款是規定得對人民進行身分查證，因此警察若要進一步對駕駛人做酒精濃度測試，則必須符合警察職權行使法第 8 條第 1 項，已發生危害或依客觀合理判斷易生危害之交通工具始得為之，故不得以本款即作為全面攔停酒測之依據。

第二目 程序要件

一、查證身分之時間

依照警察職權行使法規定，警察只要符合發動盤查事由似乎即可於任何時間發動盤查，這點由於警察執行勤務本來就是二十四小時而並非無理，然而，進行查

⁶⁰ 李震山、蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶，警察職權法逐條釋義，五南，2020 年 9 月三版，頁 158。

證身分的時間卻沒有任何的規定，這點是必須注意的，即便是合法的發動盤查，若查證身分的時間非合理性的拖延導致時間過長，則將嚴重侵害人民行動自由。因此，文獻上有認為，查證身分應以 20 分鐘為原則，若逾越 20 分鐘，則應推定為違法之盤查，並由執法人員負舉證責任；若在 20 分鐘內，則推定為合法之盤查，受盤查人民如認有侵害其人身自由權利，則由人民負舉證責任⁶¹。

二、查證身分之地點

警察職權行使法第 6 條規定，警察發動盤查限於「公共場所或合法進入之場所」，諸如私人居住之住宅、空間不得盤查自屬解釋上當然⁶²。然而，「營業場所」是否皆得發動盤查即值得加以討論，蓋營業場所在營業時間內基本上都屬於得合法進入之場所，然警察在僅有合理懷疑的心證門檻下進入營業場所可能會營業場所之營業自由、財產權產生不良影響，且此種對影響自然大於一般的公共場所，故由更明確的法律規定得進入之場所，或許更為妥適⁶³。例如參考日本警察官職務執行法第 6 條第 2 項規定：「娛樂場所、旅館、酒店、車站或其他多數客人聚集場所之管理人或類似之人，在公開時間內，對於警察官因預防犯罪或預防對於人之生命、身體或財產之危害，而要求侵入時，若無正當理由不得拒絕。」第 3 項規定：「警察官依前二項規定侵入時，不得任意妨害關係人之正當業務。」明文授權哪些場所可進入盤查，不但在法律上符合法律保留原則，亦能使人民得以事前預見。

而在我國法規尚未明確授權警察得進入營業場所之前，至少就必須遵守警察職權行使法第 6 條第 3 項規定：「警察進入公眾得入之場所，應以營業時間為之，並不得任意妨礙其營業」。

第三款 盤查手段

依照警察職權行使法第 7 條規定：「警察依前條規定，為查證人民身分，得採

⁶¹ 王兆鵬，路檢、盤查與人權，翰蘆圖書出版有限公司，2001 年 6 月，頁 139。

⁶² 司法院釋字第 535 號解釋：「處所為私人居住之空間者，並應受住宅相同之保障」。

⁶³ 洪文玲，論警察對於營業場所之檢察權，警大法學論集，中央警察大學法律學系出版，第 6 期，2001 年 8 月，頁 107 - 140。

取下列之必要措施：一、攔停人、車、船及其他交通工具。二、詢問姓名、出生年月日、出生地、國籍、住居所及身分證統一編號等。三、令出示身分證明文件。四、若有明顯事實足認其有攜帶足以自殺、自傷或傷害他人生命或身體之物者，得檢查其身體及所攜帶之物。依前項第二款、第三款之方法顯然無法查證身分時，警察得將該人民帶往勤務處所查證；帶往時非遇抗拒不得使用強制力，且其時間自攔停起，不得逾三小時，並應即向該管警察勤務指揮中心報告及通知其指定之親友或律師。」

一旦合乎盤查之發動門檻後，為能使警察查證身分，勢必須賦予警察一些必要的權限，其中包含「攔停」、「盤詰」及「檢查」，攔停即命相對人停止前進，此為盤查的根本前提動作，僅從文義解釋，盤詰即盤問相對人身分及相關事項，檢查即檢視相對人之身體、持有物或座車。然而，手段會構成違法盤查的問題除了使用了根本不得實施的手段外，主要問題在於，盤查手段等同於刑事訴訟法的強制處分時，例如「攔停」不能等於「逮捕」；「盤詰」不能等於「偵訊」；「檢查」不能等於「搜索」，當盤查手段運用不當的結果，除可能導致「違法盤查」，更成為變相的「非法逮捕、偵訊」⁶⁴。因此，以下即依照警察職權法第 7 條規定，詳細論述本條之實體要件與程序要件。

第一目 實體要件

一、攔停人、車、船及其他交通工具

攔停是指「將行進中之人、車、船及其他交通工具，加以攔阻，使其停止行進；或使非行進中之人，停止其動作而言。⁶⁵」攔停為盤查的前提，亦是盤查的首要步驟，否則警察根本無法對人民進行查證身分。而攔停雖干預人民基本權極為輕微，警察在心證上無須達到相當理由之程度，惟仍是侵害人民的一般行為自由⁶⁶，自必

⁶⁴ 林鈺雄，刑事訴訟法（上），新學林，2017年9月，8版，頁451。

⁶⁵ 警察職權行使法案，立法院內政委員會編122，法律案專輯，第335輯，2004年7月，初版，頁384。

⁶⁶ 司法院釋字第689號解釋：「基於人性尊嚴之理念，個人主體性及人格之自由發展，應受憲法保

須符合前述之盤查發動門檻始得為之。

而攔停會產生的最大爭議在於，當警察對人民進行攔停，而人民拒絕停下腳步時，警察是否得對人民行使「強制力」，而此問題屬於程序事項，亦是盤查手段最主要之問題，故本文將在第二目程序要件專門討論。

二、詢問姓名、出生年月日、出生地、國籍、住居所及身分證統一編號等

本款得詢問人民之姓名、出生地等，在解釋上自無疑義。而值得注意的在於，詢問範圍是否僅限於本款所明定，尤其是能否進行一些具體詢問，如深夜持球棒在路上行走，除了詢問姓名外，更重要的應該是詢問為何在深夜手持球棒。因此，學說與實務上皆認為，本款有容許授權給警察詢問有助於警察職權行使法第 6 條各款釋疑之相關問題，視警察所需防止危害之性質及實況，決定詢問之內容⁶⁷。然而，為避免警察濫用職權，詢問之內容自應與查證身分有正當合理之連結，若是與盤查目的無關或不合之詢問，自為法所不許，否則將予刑事訴訟法上之訊問或行政調查產生混淆。是以，在上述的深夜持球棒案例中，警察得以本款規定，詢問為何深夜持球棒在外逗留，或是欲前往何處。

再者，當警察依照本款詢問人民時，人民若拒絕不為答覆或為不實答覆，警察可依據社會秩序維護法第 67 條第 1 項第 2 款規定處罰之⁶⁸。由此可以，人民在受盤查並不享有緘默權，警察自然亦無須進行刑事訴訟法第 95 條之告知義務。

最後，本文關於實務運作有些許建議希望在這裡進行補充，雖然依照警察職權行使法規定即可得知，發動盤查的目的就是查證身分，如針對非法移民、通緝犯等，詢問身分自然是發動盤查之目的，惟既然本款規定包含得詢問有助於警察職權行

障。為維護個人主體性及人格自由發展，除憲法已保障之各項自由外，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，人民依其意志作為或不作為之一般行為自由，亦受憲法第 22 條所保障。人民隨時任意前往他方或停留一定處所之行動自由，自在一般行為自由保障規範。」

⁶⁷ 李震山，論行政管束與人身自由之保障，收錄於「人性尊嚴與人權保障」學術論文集，元照出版公司，2001 年 11 月，修訂再版，頁 267。

⁶⁸ 社會秩序維護法第 67 條第 1 項第 2 款：「有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新臺幣一萬二千元以下罰鍰：二、於警察人員依法調查或查察時，就其姓名、住所或居所為不實之陳述或拒絕陳述者。」

使法第 6 條各款釋疑之相關問題，則是否任何的犯罪嫌疑皆須要透過查證身分得到解惑卻不無疑問。舉例而言，警察發現一名男子白色襯衫上有大片紅漬，因此懷疑為血跡、可能有犯罪之嫌疑，故依照警察職權行使法第 6 條第 1 款合理懷疑其有犯罪之嫌疑發動盤查，但在警察將該男子攔停後，如果直接詢問襯衫上為何有大片紅漬，而男子回答其是一名老師，剛剛上課的時候紅色白板筆溢水而噴濺衣服，而警察確認該紅漬確實是紅色白板筆墨水後，自然無再詢問身分的必要。

而為何要特別強調盤查不一定非要進行查證身分，理由在於過去的實務案例中可發現，人民通常不會僅因為遭受警察攔停而感到不悅，而是當警察在未說明充分攔停理由下⁶⁹，劈頭就問人民姓名、出生年月日、出生地、國籍、住居所及身分證統一編號等一系列個資，因此感覺到隱私權遭受國家侵害而不舒服，故若是警察在第一時間能直接詢問為其所懷疑之處，或許能增加盤查的成效，更能減少人民遭受盤查的不適、提升對國家公權力的好感度，最重要的是減少因盤查所生的雙方衝突事件。

三、令出示身分證明文件

所謂身分證明文件除了身分證外，舉凡健保卡、汽機車駕照等亦屬之，且因本款目的僅在於確認人民身分，故縱使人民皆未攜帶，仍得以其他方法替代之，例如以電話向親友查證等。而若是出入於需許可證之處所，本款自可作為供特殊身分證明義務之依據，如核電廠員工，在其廠區管制範圍內，即有出示服務證或通行證之義務⁷⁰。

此外，現行實務運作上，我國內政部警政署已有「M-Police」行動警察建置，警察可立即以警用行動電腦於連線狀態下查詢「查捕逃犯、失蹤人口、應受尿液採驗人、遺失身分證、逃逸外勞、中輟學生、治安顧慮人口、大陸人士行方不明、失

⁶⁹ 依法來說，警察查證身分前當然必須告知人民其發動盤查之理由與依據，惟實際上，警察時常根本未說明具體理由，或是僅用一句話說明，如中壢違法盤查案中，警察僅以一句：「懷疑你是失蹤人口」。

⁷⁰ 李震山，警察職務執行法草案之研究，內政部警政署委託研究，1999 年 6 月，頁 55。

竊汽機車、戶籍、車、駕籍、統號變更、典當紀錄、前科、國人相片、治安顧慮人口相片、大陸行方不明相片、逃逸外勞相片、脫離兒少、緊急求救、治安資訊頻道、刑案紀錄、失蹤人口影像⁷¹」，透過此些影片與照片比對而達身分查證之功效。

四、若有明顯事實足認其有攜帶足以自殺、自傷或傷害他人生命或身體之物者，得檢查其身體及所攜帶之物

本款「檢查」非常容易與刑事訴訟法上之「搜索」產生模糊空間，故必須從目的加以嚴格區分。而在警政署的逐條釋義中即釋明，檢查之界線：「一、檢查是基於行政權之作用，有別於行政搜索（海關緝私條例）與司法搜索（刑事訴訟法），故檢查時不得有侵入性行為，例如未得當事人同意逕行取出其所攜帶之物品。二、應以目視檢查及當事人任意提示為原則，亦即由當事人身體外部及所攜帶之物品的外部觀察，輔以要求當事人任意提示進行盤問。三、在符合本款規定時，始可在未得當事人同意，即以手觸摸其身體衣服或所攜帶物品外部一相當於美國警察實務上所稱的**拍搜檢查**」。

由此可知，「檢查」為能與行政及刑事搜索劃清界線，檢查時應緊扣其目的在於防止受盤查人民自殺、自傷或傷害他人生命或身體，將檢查的方式限於「拍搜」，因檢查物品通常屬於刀械、槍枝等物品，僅須以雙手做衣服外部由上而下的拍搜當事人立即可觸及範圍內之物即可達成目的。舉例而言，在懷疑當事人大衣口袋有槍枝的情形下，以雙手在口袋外進行拍搜，即可確認是否為槍枝之形狀，若確認非槍枝或其他危險物品後，自然不得逕將該物從當事人口袋取出。

四、無法查證身分時，警察得將該人民帶往勤務處所

警執法第 7 條第 2 項項在實務上一般稱之為「同行」，此款已構成人身自由之剝奪，因此必須嚴格遵守本項之法定程序，如警察非遇抗拒不得使用強制力，且其

⁷¹ 什麼是 M-Police ? 警察可利用 M-Police 查詢哪些資料 ? , https://www.police.taichung.gov.tw/qingshui/home.jsp?id=61&parentpath=0,5&mcustomize=faq_view.jsp&dataserno=201712050094&t=FAQ&mserno=201712050010 , 最後瀏覽日, 2023 年 4 月 30 日。

時間自攔停起，不得逾三小時，並應向警察勤務指揮之新報告及通知其指定之親友或律師。然而，因本款對於人身自由的侵害實屬過大，許多程序上的細節若稍不注意，皆可能變相成為「逮捕」，因此待第三項第二節程序要件，本文將進一步討論同行應注意的程序要件。

第二目 程序要件

警察活動得區分為任意手段與強制手段。前者是以相對人的同意、協力為前提，後者則得違反相對人之意思而強制實施，是屬對立的概念⁷²。而盤查必須與刑事訴訟上之強制處分嚴格區分，在實際的盤查過程中，無論是攔停、檢查或同行，若是使用過當的強制力，實質上將與搜索、逮捕情況相同，如此自然非屬合法之盤查。然若將盤查解為毫無強制力之任意手段，固然保障人權，但勢必影響警察任務之順利達成，故盤查應具有何種程度強制力是盤查手段上的重要問題，亦直接影響盤查合法與否。

因此，文獻上有認為盤查應非單純的任意手段，亦不等於逮捕、搜索之強制手段，而是介於強制手段與任意手段之中間領域⁷³，具體言之，盤查應採取一種「階段性」的強制力，如在分析「檢查」時所說，原則上應採取目視及要求當事人任意提出，僅有在當事人疑似攜帶足以傷害自己或他人生命、身體之物時，方得檢查其身體或所攜帶之物，且檢查的方式應以「拍搜」而非侵入性的搜索。本文相當支持此種看法，理由在於「比例原則」的展現，蓋盤查若具有過高強制力則形同強制處分，但若是遭到當事人抗拒時，卻無任何強制力，豈非任由當事人離開，故以「階段性」強制力無疑是一種兼顧盤查任務與人權保障的方式。而何謂階段性強制力可藉由警執法第 7 條之各項盤查手段直接說明之。

首先，「攔停」原則上應優先採取要求或說服等任意手段，若當事人配合自然即無須使用強制力，然當事人不配合而欲離開時，則應以階段性方式加強實力，如

⁷² 陳景發，論盤查之實力行使，中央警察大學法學論集，第 9 期，2004 年 3 月，頁 79。

⁷³ 陳景發，論盤查之實力行使，中央警察大學法學論集，第 9 期，2004 年 3 月，頁 86。

要求停止而配合行進速度所為之「追蹤行為」、用手「搭住」手腕而使停止等⁷⁴。是以，若是未依照階段性，逕行動用強制力，自然亦屬違法盤查。

而「詢問或命令出示證件」亦同，僅得要求當事人自動回答，且出示證件不得使用任何強制力，蓋證件並非得發動檢查之危險物品，倘若以實力強取證件則形同搜索，自屬違法。

至於「檢查」即如上所述，以階段限的目視檢查、要求當事人開示，僅有在疑似攜帶可能危及警察或當事人之危險物品使得以拍搜檢查，且仍禁止以侵入性的方式搜索。

最後，「同行」依照警執法第 20 條第 1 項第 1 款規定，警察於必要時得使用警銬或其他經核定之戒具，然如此的強制力形同逮捕，故仍應以階段式為原則，以說服為優先、若無法說服方使用輕微的強制力，僅有在當事人堅決抗拒時方得使用警銬等戒具，否則當屬違法盤查。

第四節 第三步：警察抗辯發生容許構成要件錯誤

當警察盤查的攔停行為具有強制罪構成要件該當性與違法性時，警察在實務上最常做的抗辯就是容許構成要件錯誤⁷⁵，亦即客觀上雖無合法發動盤查之情狀，惟其主觀上認為當時情形具有合法發動盤查之情事，因此主張阻卻犯罪之故意。惟容許構成要件錯誤之要件為何，是否任何誤認事實皆能主張必須有進一步檢討之必要。

申言之，盤查作為阻卻違法事由不同於正當防衛，盤查之合法性要件具有特殊性，盤查本來就容許在合法的情形下誤認客觀事實，惟若是違法情形下仍能主張容許構成要件錯誤，將使警察無須為其違法行為負責。

此外，如果警察一開始即誤解了法律規定合法盤查之要件，因而違法盤查，此種錯誤並不是對於客觀事實有所誤認，而是根本誤解合法盤查的「法律」規定，發

⁷⁴ 陳景發，論盤查之實力行使，中央警察大學法學論集，第 9 期，2004 年 3 月，頁 89。

⁷⁵ 如臺北地方法院 107 年易字第 1066 號刑事判決。

生所謂容許錯誤。故清楚分辨「事實」與「法律」兩種錯誤類型，是要進入容許構成要件錯誤討論之前提要件。

綜上所述，為能完整分析警察抗辯容許構成要件錯誤是否屬實，本節以下將先在第一項清楚分析事實錯誤與法律錯誤之不同，接著再於本節第二項說明容許構成要件錯誤的要件，最後在第三項舉兩例進行具體適用說明。

第一項 事實錯誤與法律錯誤

容許構成要件錯誤是對於「事實」發生之錯誤。因此，能正確分辨是事實錯誤與法律錯誤，是進入容許構成要件錯誤討論的前提，故以下先就事實錯誤與法律錯誤各舉一例後，再藉由一則判決指出未能正確區分事實與法律產生的錯誤情形。

案例一：「從小沒有雙腳，裝上刀形義肢後，在世界殘障奧運會的短跑項目中大放異彩，被人稱作「刀鋒戰士」的南非勇士皮斯托瑞斯，2013 年的 2 月 14 日西洋情人節那晚，在莊園的豪宅中與南非超人氣的名模女友麗娃共度良宵，半夜醒來聽到浴室有聲音，以為有竊賊闖入，不問青紅皂白，拿起床頭的防身自動手槍朝著浴室的門連開四槍，後來覺察麗娃不在床上，穿上義肢想踢開浴室的門未果，最後用球棒將門擊破，發現麗娃中槍倒在血泊中⁷⁶。」

本案刀鋒戰士是誤以為有竊賊闖入而連開四槍，但卻發現了被擊中的是自己的女友，而女友是否為竊賊為一個客觀上之事實，只有是或不是的可能，而其之所以開槍是因為認為自己遭遇竊賊，主張正當防衛，故其發生的是誤認「事實」的容許構成要件錯誤。

案例二：「一名德國遊客來台灣遊玩時，與一名 15 歲台灣女孩發生合意性關係，女孩的父親得知後向法院提告刑法第 227 條第 3 項：『與未滿對於十四歲以上未滿十六歲之男女為性交者，處七年以下有期徒刑。』」

本案德國遊客若辯稱，德國刑法規定得與滿 14 歲以上之人合意性交，因此其

⁷⁶「刀鋒戰士」殺害女友判六年，官司仍未了？，<https://www.lawtw.com/archives/436999>，最後瀏覽日 2023 年 5 月 24 日。

不知台灣規定必須滿 16 歲始能合意性交此時，德國遊客並非誤認自己與 15 歲之人性交的犯罪「事實」，而是不知道與 15 歲之人合意性交會有刑罰的後果，故其屬於誤認「法律」的容許錯誤。

案例三，臺北地方法院 107 年度易字第 1066 號刑事判決：「本案被告確係一再徵求告訴人之同意，於告訴人口頭表示同意後方進行搜索，雖告訴人之同意並非自願性同意，仍可認被告係誤認本案符合警察職權行使法第 6 至 8 條及刑事訴訟法第 131 條之 1 之規定而為法律所容許，始基於維持公共秩序及保護社會安全之意思進行搜索，否則被告大可不必再三徵求告訴人之同意，而直接對告訴人進行搜索，是被告於行為時，係誤信有上開阻卻違法事由之存在，依據前揭說明，被告本案搜索行為因欠缺違法性認識，阻卻犯罪之故意；惟被告對上開阻卻違法事由之前提事實是否存在，有一定之注意義務，被告違反該注意義務，仍應負過失責任，然刑法第 307 條違法搜索罪並無處罰過失犯之規定，依罪刑法定原則，自不得以刑章相繩。」

本案事實是一名警察誤認為自己符合同意搜索規定，而對告訴人進行搜索，因此該當刑法第 307 條違法搜索構成要件。首先，依照刑事訴訟法第 131 條之 1 規定，同意搜索必須將受搜索人之同意意旨記載於筆錄並由同意人簽名或出具書面表明同意，且依照實務見解同意搜索之同意必須具有真摯性，故要以此條規定作為阻卻違法事由必須有兩個要件，第一，同意具有真摯性；第二，同意意旨記載於筆錄並由同意人簽名⁷⁷。

而法院已從相關事證中認定本案告訴人並未具有真摯性同意，又有無真摯性是屬於事實問題，因此警察誤以為告訴人同意具有真摯性部分，自屬發生「事實」

⁷⁷ 本文認為有無記載於筆錄只是影響刑事訴訟法上證據能力之問題，作為阻卻違法事由應僅需有真摯性同意。然此判決中提及：「被告所實施之本案搜索並不符合刑事訴訟法第 128 條第 1 項、第 130 條、第 131 條第 1 項、第 131 條之 1 之規定，不為法律所容許，自無法阻卻其違法性。」，由此可知，此判決認為阻卻違法事由必須完全符合法律規定，而本文重點是在指出本則判決混淆事實與法律錯誤，故仍以此判決見解進行說明。

上之錯誤。然而，警察在本案中根本未將告訴人同意載於筆錄並予以簽名⁷⁸，其卻仍認為自己得以同意搜索作為阻卻違法事由，故在此部份，其並非誤認事實，而是弄錯了刑事訴訟法上同意搜索之規定，發生了「法律」上之錯誤。是以，此案警察應是**同時發生了**誤認具有真摯性同意的容許構成要件錯誤，以及誤認自己符合刑事訴訟法尚同意搜索要件之容許錯誤。

回到此案，判決既稱「被告係誤認本案符合警察職權行使法第 6 至 8 條及刑事訴訟法第 131 條之 1 之規定而為法律所容許誤信有阻卻違法事由之存在」，並在結論謂「係誤信有上開阻卻違法事由之存在，依據前揭說明，被告本案搜索行為因欠缺違法性認識，阻卻犯罪之故意」，由此可以，法院認為警察是發生了主觀上誤認客觀上具有阻卻違法情狀之容許構成要件錯誤。

然實際上，警察不僅是發生誤以為告訴人具有真摯性之事實錯誤，由於其根本未將同意記載於筆錄，代表其亦發生了誤解法律規定之容許錯誤，二者屬於不同的錯誤，需做不同的處理，且當同時發生兩種錯誤時，處理方式亦有所不同⁷⁹，故本案法院因未能謹慎區分事實錯誤與法律錯誤的不同，將導致最終判決結果亦發生錯誤。

以上三個案例，雖尚未直接進行容許錯誤與容許構成要件錯誤之要件與效果進行分析，然實際上卻是談論了本節最重要的前提，蓋若無法正確區分事實錯誤與法律錯誤，則縱算理解不同錯誤之法律效果，最終之刑法適用結果必定亦無法正確。

第二項 容許構成要件錯誤

行為人對於有關阻卻違法事由的錯誤，可區分為容許錯誤（間接禁止錯誤）與容許構成要件錯誤。前者是指行為人誤認阻卻違法事由的存在或界線所形成的錯誤。後者則是行為人對於法定阻卻違法事由的實體要件的錯誤，亦即行為人誤認為

⁷⁸ 本判決中提及：「復參酌被告亦未遵循刑事訴訟法第 131 條之 1 之規定將告訴人同意之意旨記載於筆錄由告訴人簽名或出具書面表明同意之旨，堪認告訴人同意本案之搜索並非出於自願性同意。是本件搜索並不符合刑事訴訟法第 131 條之 1 之規定。」

⁷⁹ 此部分可參考本文第四章第四節第二項。

存有阻卻違法的行為情狀，這種行為情狀倘若真實存在者，則其行為即不具違法性
80。

因行為人要主張具有阻卻違法事由，必須同時具有主觀要素與客觀要素，以正當防衛來說，就是必須主觀上出於防衛意思，客觀上亦必須具有防衛情狀，而當主觀上行為人具有防衛意思，但客觀上根本不存在防衛情狀時，即無法成立正當防衛，而此種誤認具有防衛情狀的情形，學理上便會稱為「誤想防衛」，而因是在容許構成要件發生的錯誤，故稱之為「容許構成要件錯誤」。

而在發動盤查發生的容許構成要件錯誤，**本文即稱為「誤想盤查」**，然必須注意的是，誤想盤查是指誤認何種事實，必須清楚說明，而以下以警察職權行使法第6條第1項1款：「合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者」來進行討論。由於「有無犯罪嫌疑或犯罪之虞」是一個客觀上的事實，僅有是或否的可能，故若警察盤查後，發現受盤查人並無犯罪嫌疑或犯罪之虞，確實即屬於一種誤認客觀事實之錯誤。

但真正的問題就在於，盤查不同於一般的阻卻違法事由，其本身就帶有著合理懷疑之不確定性質，且當警察發動盤查是符合法律規定時，即便誤認人民有犯罪嫌疑或犯罪之虞，仍得因刑法第21條依法令行為而阻卻違法，而根本無需處理容許構成要件錯誤之問題。因此，真正需要處理容許構成要件錯誤的誤想盤查，必定僅有「違法盤查」，然若是不清楚分析容許構成要件錯誤之要件而任意適用，依照實務見解，容許構成要件錯誤之法律效果為阻卻犯罪故意，將導致警察違法盤查所該當之故意不法構成要件，皆得主張發生容許構成要件錯誤而阻卻故意，這就代表警察盤查有如吃了無敵星星⁸¹，合法盤查時即屬依法令行為阻卻違法，違法盤查時仍依容許構成要件錯誤阻卻犯罪故意，無論盤查是否合法皆不成立犯罪。

是以，本文以下必須對於誤想盤查進行完整之分析，包含如何認定、要件、法

⁸⁰ 林山田，刑法通論（上冊），元照，2008年1月十版，頁438。

⁸¹ 在瑪利歐遊戲中，只要吃了無敵星星，不管受到任何怪物的攻擊都不會死亡。

律效果等，目的就在於避免警察動輒以容許構成要件錯誤規避違法盤查所應負之刑責。而分析的順序，首先必須處理的是，應如何認定有無發生容許構成要件錯誤，所謂受盤查人民客觀事實沒有犯罪嫌疑或犯罪之餘，究竟是以警察盤查當下之事前角度判斷，還是以事後已知所有事實角度去認定，這對誤想盤查之認定影響十分重大。

再者，容許構成要件錯誤的主觀上應達到何種程度的認知亦是問題，蓋發動盤查時，主觀上僅是合理懷疑，若要求警察必須達到確認之程度，則與發動盤查本身規定產生矛盾，亦即要求主觀上需確信，則似乎根本不會有任何成立誤想盤查的可能。最後，容許構成要件錯誤的法律效果雖然一直是學說上的熱區，而本文除了說明實務與多數學說之見解外，還會將重點放在應如何處理誤想盤查，才是最好的方式。

第一款 客觀情狀的判定基準

在誤想防衛的情形中，學說見解認為，應從事後角度，考量一切事後已知的事實來決定客觀上有無現在不法侵害⁸²，理由在於將判斷標準前置到行為時點，容易使正當防衛的界線擴大，導致多數誤想防衛轉為正當防衛阻卻違法。以拍黑道電影為例，目前拍攝電影無論道具、服裝皆十分逼真，如採取事前判準，則若人民路過片場，看見有演員上演持槍搶劫，基本上皆能夠對演員進行正當防衛。而學說見解之所以不希望讓正當防衛界線擴大之原因在於，正當防衛的反擊較強烈，只要反擊行動具有適當性與必要性，就可以阻卻違法，不需要考慮保護利益是否比反擊行動所干擾的利益更具有優越關係，故輕易成立正當防衛，可能使受反擊人面臨過大之風險，因此才認為誤想防衛的客觀情狀判定應該取事後角度。

然而，在誤想盤查中，若是採取事後判斷基準，似乎是不合邏輯的，如根據警職權行使法第 6 條第 1 項第 1 款之發動盤查規定：「合理懷疑有犯罪嫌疑或犯罪之

⁸² 許恒達，論誤想防衛，中研院法學期刊，第 18 期，2016 年 3 月，頁 119。

虞」，其本身即帶有「不確定」性質，而盤查「合法與否」，本來就是以警察盤查當下所知的客觀事實判斷，是否具有合法發動盤查之情狀，故採取事後判斷，考量一切事後已知事實，與盤查規定在本質上即有不合。

是以，應將誤想盤查採取「事前」判斷基準，蓋從事前角度判斷，以客觀第三人角度，審酌警察盤查時之客觀情狀，如警察與客觀第三人角度認定不同，即屬發生誤想盤查之情形。舉例言之，如警察僅因發現人民帶了一個骷顱頭的項鍊，即懷疑有犯罪嫌疑，惟以客觀第三人角度，並不會因此就合理懷疑有犯罪嫌疑或犯罪之虞下，警察始屬發生了誤認客觀事實之誤想盤查。由此可知，若採取事前角度判斷，而這種情形最主要發生的原因就在於，警察可能依照個人的執法經驗產生懷疑，但一般人在欠缺此種經驗下，並不會認為具有合理懷疑。

惟遺憾的是，我國實務見解似乎未意識到關於容許構成要件錯誤客觀情狀判斷的問題，明顯皆是採取「事後一切所知」的角度⁸³。

第二款 主觀意識的判定基準

討論主觀意識的前提，必定是在客觀情狀上已「否定」具有阻卻違法事由，惟行為人主觀上卻是出於阻卻違法事由的意思，因此發生了容許構成要件錯誤。

而在誤想防衛時，學說見解認為若行為人僅單純「覺得」可能面臨現在不法侵害，就一律肯定存在防衛意識，將導致所有的行為人在犯罪時的任意發想，都有可能構成誤想防衛，這樣的結果顯然不合理。因此，必須在防衛意識的主觀認知「程度」予以限制，亦即必須達到「明確認知」始足以構成防衛意識⁸⁴。

然學說上亦認為，有鑑於各個阻卻違法事由在性質上有所差異，當行為人主觀上對於阻卻違法之前提事實僅具有可能性想像時，是否仍能滿足主觀阻卻違法要素的要求，便無法一概而論，而必須根據懷疑所涉及之要素來區別處理：如果所涉及的阻卻違法要素含有推測的成分，那麼只要行為人主觀上的可能性想像能夠建

⁸³ 如前述之臺北地方法院 107 年度易字第 1066 號刑事判決。

⁸⁴ 許恒達，論誤想防衛，中研院法學期刊，第 18 期，2016 年 3 月，頁 123—125。

構相關的可能性判斷，便可滿足該要素於主觀認知方面的要求。反之，如果涉及的阻卻違法要素不含推測判斷的成分，那行為人主觀上就必須對於相關事實存在具有確切的認知，否則便無法滿足該阻卻違法事由的主觀要求⁸⁵。

因此，在盤查的情形，警察主觀上是合理懷疑人民有犯罪嫌疑或犯罪之虞而上前盤查，亦即盤查規定本身即含有「推測判斷」之成分，故誤想盤查的主觀意識程度僅須達到「有可能」即可，否則若是要求明確認知某人有犯罪，就成為逮捕現行犯之問題。

第三款 法律效果

在確認如何認定誤想盤查後，最後要處理的就是容許構成要件錯誤的法律效果，然因本文並非是以此為題，故以下將直接以一個案例說明多數學說與實務對於容許構成要件法律效果的見解。

例如開錯刀案：「一名醫院醫師，在為一名因糖尿病導致腎衰竭，必須切除右腿的病患進行截肢手術，卻錯把左腿截肢，導致這名病患被迫要失去雙腿。⁸⁶」

首先，容許構成要件錯誤不可能影響構成要件該當性的判斷，這個觀念是處理容許構成要件錯誤最基本的觀念，因為「開刀」是構成要件該當性的問題，而是否「開錯刀」則只是行為人動機問題。就開刀這個動作本身而言，無論有無開錯刀，醫師就是對於一隻腳進行瞄準，精確地將這隻腳截肢，也就是明知自己是在對一隻腳進行傷害行為，並有意欲，且左腿截肢屬於刑法第 10 條第 4 項 4 款之毀敗或嚴重減損一肢以上之機能，故醫生該當刑法第 278 條第 1 項重傷害構成要件。

再者，至於本來應該要將右腿截肢卻將左腿截肢，此處涉及的是對於阻卻違法的錯誤。也就是醫生主觀上是出於依法令行為意思要對右腿截肢，然客觀上卻切除了右腿，故發生了對於阻卻違法事由的誤認。又因為左腿跟右腿是一個客觀上的事

⁸⁵ 蔡聖偉，「容許構成要件錯誤」案例的實例審查，月旦法學教室，第 219 期，2021 年 1 月，頁 59。

⁸⁶ 案例出自，鄭逸哲，「開錯刀」之刑法適用流程，月旦法學教室，頁 175。

實，並非法律規範，因此醫生就是主觀上認為其屬依法令行為，惟客觀上發生錯誤之容許構成要件錯誤。

而學說上有認為，刑法第 13 條的故意是針對「構成要件該當性」，因此雖然對於阻卻違法事由的「事實面」發生誤認與構成要件錯誤具有極高的類似性，但仍不能直接適用，無疑是採取「類推」或「視為」的方式比照構成要件錯誤方屬較可行的方式⁸⁷。若依此見解，本案中，醫師確實具有重傷罪之構成要件該當行為，但其發生容許構成要件錯誤，而以欠缺故意論，故醫生犯過失致重傷罪。

而目前我國多數學說則採取限制法律效果之罪責理論⁸⁸，此說認為，故意犯除了在構成要件該當性階層審查構成要件故意外，於罪責的審查階段另有「故意罪責」之要素，並稱為故意的雙重機能。一般審查時，一旦確認了構成要件故意的存在，便同時推定具有故意罪責，只有在容許構成要件錯誤的情形才會推翻這個推定。一旦欠缺故意罪責，便阻卻故意犯的成立，接著要另開標題審查是否成立過失犯。不過這個裡的過失與一般過失不同，並不是指行為人對於「客觀上發生構成要件該當事實」的預見可能性，而是指行為人對於「客觀上沒有阻卻違法情狀」的預見可能性可否避免誤認，也就是錯誤的避免可能性⁸⁹。又此問題應該在哪個犯罪階層審查，由於在構成要件該當性的階層中，行為人根本就已經是具有故意，而違法性階層審查的為是否具有阻卻違法事由，亦無法探究行為人是否對於客觀上沒有阻卻違法事實能否預見。故最後必須在罪責階層，審視行為人對於無阻卻違法事實部分，是否具有主觀預見可能性，若有，則成立過失犯⁹⁰。

至於我國實務多數穩定見解則認為容許構成要件錯誤之法律效果為「阻卻犯

⁸⁷ 鄭逸哲，「開錯刀」之刑法適用流程，軍法專刊，第 59 卷第 5 期，2013 年 12 月。

⁸⁸ 如林山田，刑法通論（上），2008 年，頁 516；王皇玉，刑法總則，新學林，2021 年 7 月七版，頁 263；林鈺雄，新刑法總則，元照，2014 年 9 月四版，頁 351；林東茂，刑法綜覽，一品文化，2016 年 3 月八版，頁 290。

⁸⁹ 蔡聖偉，容許構成要件錯誤的案例審查，月旦法學教室，第 219 期，2021 年 1 月，頁 64。

⁹⁰ 許恒達，論誤想防衛，中研院法學期刊，第 18 期，2016 年 3 月，頁 162；王皇玉，刑法總則，新學林，2021 年 7 月七版，頁 261 頁。

罪故意」，惟關於推論過程仍處於未明瞭的狀態，其中又以最高法院 29 年上字第 509 號刑事判例最受大量引用，該判決認為：「被告因見對方伸手撈衣，誤以為對方是要伸手取槍而具有正當防衛權，故向其槍擊，係出於錯覺防衛，而難認有犯罪之故意，惟應能注意對方僅是伸手撈衣卻未注意，仍與過失致死相當⁹¹」。而到了近期最高法院 112 年度台上字第 110 號刑事判決，仍是維持相同見解說明：「本無現在不法之侵害，而誤認為有此侵害之存在而為正當防衛，即所謂誤想防衛，學理上稱為容許構成要件錯誤，本院前例固有認得阻卻構成要件故意，如就其錯誤有過失者，仍應按過失犯處罰。」又雖最高法院 102 年台上字第 3895 號判決⁹²曾提及學說的看法，但因該案法院最後認定被告並無發生容許構成要件錯誤，故並未提出具體上之論證，相當可惜。

第四款 具體適用於警察違法盤查案例

綜合前面所述，我國目前實務見解認為容許構成要件錯誤是以事後之角度去判斷行為人有無發生客觀事實上的誤認，而誤認的法律效果為阻卻犯罪故意。

然而，盤查制度的設計本來就是警察出於「合理懷疑」有犯罪嫌疑或犯罪之虞而發動，並非「確認」人民有犯罪而盤查。換言之，合法的盤查本來就允許警察誤認容許事實，亦即縱使受盤查之人民並無犯罪嫌疑或犯罪之虞，只要警察盤查當下

⁹¹ 最高法院 29 年上字第 509 號判例：「被告因見某甲伸手撈衣，疑其取槍抗拒，誤為具有正當防衛權，向其槍擊，固係出於錯覺防衛，而難認為有犯罪之故意，惟被告目睹某甲伸手撈衣，究竟是否取槍抗拒，自應加以注意，又非不能注意之事，乃竟貿然開槍，致某甲受傷身死，核其所為，仍與過失致人於死之情形相當，原審竟認為防衛過當之傷人致死，於法殊有違誤。」

⁹² 最高法院 102 年台上字第 3895 號刑事判決：「誤想防衛本非正當防衛，蓋其欠缺正當防衛要件之現在不法之侵害，故誤想防衛不阻卻違法性，然而對於此種情形，即不知所實行者為違法行為，是否得以阻卻故意，因學說對於容許構成要件錯誤之評價所持理論的不同，而異其後果。在採限縮法律效果之罪責理論者，認為容許構成要件錯誤並不影響行止型態之故意，而只影響罪責型態之故意，亦即行為人仍具構成要件故意，但欠缺罪責故意，至於行為人之錯誤若係出於注意上之瑕疵，則可能成立過失犯罪。本院二十九年上字第 509 號判例意旨以行為人出於誤想防衛（錯覺防衛）之行為，難認有犯罪故意，應成立過失罪責，論以過失犯，即與上開學說之見解相仿。但亦有學說認為，在一些重大案件中，不能完全適用過失犯之刑罰，否則會產生難以彌補的可罰性漏洞，因此應放棄罪責理論之適用，轉而適用嚴格罪責理論，亦即將容許構成要件錯誤視為禁止錯誤，並不排除行為人之故意。本院二十七年上字第 2879 號判例意旨，即對於阻卻違法事由前提事實之錯誤，不認為得阻卻故意。」

是符合法律規定的要件，就是原本立法者所允許的合法盤查。而在刑法適用上，當警察盤查是符合法律規定時，自得依照刑法第 21 條第 1 項依法令行為而阻卻違法，根本無需處理容許構成要件錯誤之問題。

由此可知，真正需要處理誤想盤查的情況其實只有「違法盤查」，也就是因為警察盤查行為無法依照依法令行為阻卻違法，始需思考是否可主張容許構成要件錯誤而阻卻犯罪故意。而這時候就會產生本項開頭所述之問題，當警察誤認人民有犯罪嫌疑時，若警察屬合法盤查，即依照依法令行為而阻卻違法；若警察屬違法盤查時，卻仍依照容許構成要件錯誤阻卻犯罪故意，警察盤查似乎有如吃了無敵星星一般，即便違法盤查，亦無須為其行為負擔任何故意刑責。

惟實際上並非如此，欲主張容許構成要件錯誤阻卻犯罪故意，並不是只要主觀上誤認客觀容許事實即可，「尚必須是假設依照行為人所誤想的客觀情狀實際發生時，行為人確實能夠阻卻違法」⁹³。以誤想防衛為例，除了檢視行為人主觀上是誤以為面臨現在不法侵害而出於防衛的意思為防衛行為外，仍然必須比照正當防衛的審查流程，審查行為人誤想中的侵害是否具有現在性，如果假想中的侵害假設為真，仍未屬於迫在眼前亦尚未開始，則仍不成立誤想防衛，故也沒有阻卻犯罪故意的問題。

舉例說明，在成立誤想防衛的情形如，甲誤以為乙要從大衣中拿槍射殺他，而出手打乙將其制伏，此時甲主觀上雖是出於防衛意思，惟乙只是要拿打火機，客觀上並不存在防衛情狀，故甲發生誤想防衛阻卻犯罪故意。且之所以如此，是因為「假設當時乙真的是要從大衣中拿槍射殺甲，則甲確實是面臨現在不法之侵害，而出於防衛意思所為不過當之反擊行為」，因此阻卻犯罪故意。

反之，根本不成立誤想防衛的情形為，若甲是在早上時誤以為乙要在當晚殺害

⁹³ 王皇玉，論誤想防衛之成立要件與法律效果—最高法院 102 年度台上字第 3895 號判決評析，月旦裁判時報第 40 期，2015 年 10 月，頁 63 以下。同樣概念亦可參照，許澤天，刑法總則，新學林初版，2020 年 8 月，頁 265；林鈺雄，新刑法總則，元照，2014 年 9 月四版，頁 351。

他，而甲就在出於防衛之意思，於中午時前去乙家毆打乙，然事實上乙從頭到尾根本都沒有打算殺甲。在此案例中，甲誤以為乙要殺他，確實發生了容許構成要件錯誤，然縱使乙是真的打算在當晚殺害甲，甲在中午時亦不具有正當防衛客觀情狀之「現在性」要件，亦即甲仍不得在中午時即反擊乙，故此種情況下甲當然不得主張誤想防衛而阻卻犯罪故意，否則就會出現一種很不合理的現象，若乙真的有計畫要在當晚殺害甲時，甲中午的反擊行為因不符合現在性要件無法成立正當防衛；惟乙並無計畫要殺害甲，而甲誤以為乙要殺害甲時，甲中午的反擊卻能主張容許構成要件錯誤阻卻犯罪故意，如此自毫無道理可言。

是以，將「必須假設依照行為人所誤想的客觀情狀實際發生時，行為人確實能夠阻卻違法」適用於誤想盤查的案例中，當警察誤以為人民具有犯罪嫌疑而發動盤查時，如果發動盤查不合法，則當然構成違法盤查，除了無法成立依法令行為阻卻違法外，自不得主張容許構成要件錯誤而阻卻故意。申言之，人民在客觀事實上沒有犯罪或犯罪之虞就好比前述誤想防衛案中乙並沒有打算要殺甲，而由於發動盤查本來就允許發生誤認，因此重點是在於有無依照法規，既然未依照法規發動盤查，自如同前述誤想防衛當中甲正當防衛欠缺現在性，即便甲有發生容許構成要件錯誤，亦因盤查本身就違法，而不得阻卻構成要件故意。

補充說明，學說上有認為當阻卻違法事由以「不確定法律概念」為要件時，此等要件之適用是以客觀已存在之事實情況為基礎，而對不確定之未來進行「事前判斷」，由於沒有人能透視未來，為達成法秩序之目的，不得已而應承認「容許風險」之思想，亦即容許行為人事前判斷錯誤。例如公務員依據氣象報告，為避免立即危險而強迫居民、遊客離開海邊雖事後證明當時留在海邊不會產生危險，亦不影響公務員職務行為之合法性⁹⁴。此見解與本文之立場並無不同，蓋盤查亦是以不確定法律概念之「合理懷疑」作為要件，因此最後受盤查人民有無犯罪嫌疑或犯罪之餘並

⁹⁴ 彭美英，由刑法阻卻違法之概念論「國家有錯誤特權」，臺北大學法學論叢，第 63 期，2007 年 9 月，頁 109。

非重點，而是警察有無以當時「客觀已存在之事實情況為基礎」，只要警察是依照當時客觀事實發動則屬合法盤查。反之，在警察並未依客觀事實發動盤查時，其本身就已不合法盤查之要件，縱使警察所誤認之受盤查人民真的有犯罪，亦不符合「必須假設依照行為人所誤想的客觀情狀實際發生時，行為人確實能夠阻卻違法」，故自不得主張容許構成要件錯誤而阻卻故意。

最後本文用二個例子再次說明關於發動盤查時的容許構成要件錯誤的適用。衣服紅漬案：「警察在路上看到一名男子白襯衫上都是血漬而上前盤查，但詢問後才發現原來他是一位老師，襯衫上的紅漬是剛剛上課時因為紅色麥克筆溢水而噴濺上的。」本案男子衣服上的紅漬是否為血跡屬於客觀的事實，而以事後角度判斷，該紅漬並非血跡，因此警察將紅筆誤以為是血跡而發動盤查，確實誤認了阻卻違法事由的客觀情狀，且主觀上是出於盤查之意思。然而，警察看到衣服上有大量紅漬，懷疑衣服上是血跡而推論有犯罪嫌疑，本屬警察職權行使法之合法發動盤查，自得構成依法令行為而阻卻違法。因此，即便警察縱使誤認了阻卻違法事由的客觀情狀，亦根本無討論容許構成要件錯誤之必要。

東南亞女子案：「警察在路上看到一位衣著正常的東南亞女子從飯店走出來，隨即上前發動盤查，理由是認為其可能為非法移工，然實則該名女子是合法來我國出差之商務人士。」本案女子是否為非法移工屬於客觀的事實，而以事後角度，警察將來出差之商務人士誤以為是非法移工，確實誤認了阻卻違法事由的客觀情狀，且主觀上亦是出於盤查之意思。然而，警察僅憑藉東南亞面容的女子從飯店走出即推論為非法移工，並無充分之客觀事實作為判斷基礎而產生合理懷疑，明顯違反警察職權行使法之規定，屬違法發動盤查，不構成依法令行為阻卻違法。而成立容許構成要件錯誤之要件：「必須假設依照行為人所誤想的客觀情狀實際發生時，行為人確實能夠阻卻違法」，惟縱使本案女子確實為非法移工（警察所誤想為真），當時客觀上亦未有充分之事實得以推論其為非法移工（仍不符合發動盤查之規定），故警察自不符合容許構成要件錯誤之要件，不得阻卻犯罪故意。

第五節 第四步：不純正瀆職罪

刑法第 134 條規定：「公務員假借職務上之權力、機會或方法，以故意犯本章以外各罪者，加重其刑至二分之一。但因公務員之身分以特別規定其刑者，不在此限。」

在進行本罪的討論具體適用前，必須先確認本罪之性質為何，亦即是屬於單純的加重刑罰事由，或是獨立之罪名。我國實務認為至於本罪所稱「加重其刑至二分之一」，不僅為刑法分則的法定刑延長，亦屬**獨立罪名**，是所謂「借罪借刑的雙層式立法」，並非刑法總則的加重事由⁹⁵。就借罪言，是指公務員故意犯瀆職罪以外刑法上之各種罪名，再加以利用其職務上所享有之權力、機會或方法為要件而成，為公務員犯罪加重處罰之概括性規定；就借刑言，即依照其所犯罪名之原基準法定刑，最重加至二分之一而言。於借罪後，因本罪構成要件與原罪相結合，其罪之條件已然具備，而成就另一獨立之犯罪類型⁹⁶。

然而，本條既然必須依附於其他罪名之上，應只是其他罪名的加重刑罰事由，法官於判決主文中更不可能只援引本條而列出其他罪名，故賦予本條獨立罪名的稱謂並不恰當⁹⁷。然必須注意的是，縱依照實務見解認定本罪為獨立罪名，在審查流程上仍必須等到行為人先成立其他罪名後（如傷害罪或強制罪），始有適用的必要性。且相結合所產生之新的獨立犯罪，在適用順序上，屬於填補刑法典並未就公務員身分創設處罰規定時之補充規定；亦即，唯有在刑法典未設規定時，始得適用本條所規定之結合兩罪的新獨立犯罪⁹⁸。

本罪的行為「主體」為公務員。而此主體的身分要求應屬於加重罪責要素，亦

⁹⁵ 盧映潔，刑法分則新論，新學林，2022 年 9 月十八版，頁 83。最高法院 94 年台上字第 4721 號：刑法第一百三十四條前段之規定，屬刑法分則之加重，係就犯罪類型變更之個別犯罪行為，予以加重處罰，而成立另一獨立之罪，其法定刑應按原犯罪行為該當法條所定法定本刑加重二分之一之結果計之。

⁹⁶ 最高法院 101 年度台上字第 4969 號刑事判決。

⁹⁷ 蔡聖偉，公務員詐領加班費的刑法適用問題，台灣法律人，第 12 期，2022 年 6 月，頁 72。

⁹⁸ 謝開平，破案心切，月旦法學教室，第 209 期，2019 年 9 月，頁 19。

即行為人原本就做出其他罪章的犯罪行為，原本即可論處其他罪章的罪名，然因為公務員的身分而依照本條加重刑度⁹⁹。

而本罪的「行為」必須是「假借」職務上的權力、機會或方法，所謂假藉即是指「利用」，行為人只要利用職務上的權力、機會或方法，且不以合法執行職務為必要，縱非合法¹⁰⁰，亦可適用本罪。然而，若行為人雖犯他章之罪亦具有公務員身分，但並未利用職務所帶來的益處，則自然仍無本罪的適用餘地。例如警察準備外出巡邏時，看見同事在辦公桌旁看報紙，一時情緒激動起衝突將其殺害，則本案警察雖犯殺人罪亦具有公務員身分，甚至彈枝雖確實是因職務才取得，然警察僅是因與同事之間的單純衝突而殺人，並非是故意利用警察職務上的權力、機會或方法，故當無本罪的適用¹⁰¹。

本罪的主觀要件為行為人主觀上對於自己具有公務員身分有所認識，並利用職務上的公權力、機會或方法而決意進行其他罪章的犯罪。

最後須注意，加重其刑至二分之一在刑罰論上，對於被告的影響甚大，例如原本最高本刑五年以下的罪名，皆可能因是以公務員假借職務上之機會犯之，而不得依第 41 條規定易科罰金。以刑法第 302 條第 1 項剝奪他人行動自由罪為例，此罪法定刑為五年以下有期徒刑，若因刑法第 134 條加重之結果，其最重本刑則變為 7 年 6 月之有期徒刑，此時依照刑法第 41 條第 1 項規定得易科罰金之法定最重本刑 5 年以下有期徒刑，故即便法院最終將公務員利用職務機會剝奪他人行動自由罪宣告 6 月有期徒刑，被告仍不得易科罰金。

第六節 小節

透過本章之分析整理，可以得知警察盤查時將人民「攔停」之行為，在刑法適

⁹⁹ 盧映潔，刑法分則新論，新學林，2022 年 9 月十八版，頁 86。

¹⁰⁰ 最高法院 92 年度台非字第 361 號刑事判決：「刑法第一百三十四條關於公務員犯罪加重處罰之規定，祇以假借職務上之權力、機會或方法而故意犯瀆職罪章以外各罪為已足，初不以其合法執行職務為條件，故公務員之執行職務縱非合法，苟係利用其職務上之權力、機會或方法而故意犯罪，即不能解免加重之責。」

¹⁰¹ 參照最高法院 88 年台上字第 3600 號刑事判決。

用上可分為四個重點。

第一，強制罪之行為要素「強暴與脅迫」，當警察是以直接以身體力阻擋受盤查人民離去時，構成強暴自無疑問。然警察若僅以口頭要求人民停下腳步時，並未對人民身體進行任何攻擊行為時，是否仍構成強暴，則有爭議。依照傳統實務見解，只要行為人之行為足以造成他人意志決定自由或意志活動自由受到干擾，縱使未有具體物理力量之實施，仍構成強暴行為，故警察縱使僅以口頭阻止人民離去，仍可能構成強暴。然依照本文見解，為避免強暴之範圍過寬，甚至與脅迫難以區分，強暴應限於「直接對被害人身體之攻擊行為」，故警察僅以口頭要求人民停下腳步時，自不能構成強暴，而是討論有無構成脅迫。又依照學說及實務見解，脅迫是指非直接以強暴為手段，以言詞或舉動，顯示加害他人之意思或以加害他人之意思通知他人，使其產生畏懼，得以威脅或逼迫。因此，當警察口頭要求人民停下腳步時，其雖未必直接告知人民不配合之法律效果，惟人民亦可得知若不配合，將可能產生不利之後果，因而屈從，故該當脅迫。

第二，在阻卻事由的判斷上，合法盤查所依照之法令為警察職權行使法第 6 條與第 7 條，其中又可分為「合法發動盤查」與「合法盤查手段」。而實務上主要會發生違法盤查之原因在於前者，因合法盤查之發動門檻中之「合理懷疑」為不確定法律概念，在解釋上具有不明確性，故內政部警政署即頒行警察職權行使法逐條釋義釋明：「合理懷疑是指必須有客觀之事實作為判斷基礎，根據當時的事實，依據專業經驗，所做成的合理推論或推理，而非單純的臆測。」而此釋義中最關鍵的說明就是合理懷疑必須依照「客觀事實」作為判斷基礎，蓋每位警察當然都會有自身的執法經驗，而有不同的推論，但無論是何種推論都必須建立在當時客觀的事實，否則合理懷疑就不可能有任何客觀性。

第三，之所以導致實務上警察違法盤查仍不需負擔刑責的主因為容許構成要件錯誤，然欲主張容許構成要件錯誤阻卻犯罪故意，並不是只要主觀上誤認客觀容許事實即可，「尚必須是假設依照行為人所誤想的客觀情狀實際發生時，行為人確

實能夠阻卻違法」。因此，盤查本即允許警察誤認人民有犯罪嫌疑或犯罪之虞，真正合法與否的核心是在於警察是否「合法發動盤查」，而非受盤查人民是否真的有犯罪嫌疑或犯罪之虞。申言之，若警察僅因某甲手臂刺青即發動盤查，而甲實際上並無任何犯罪行為，此時警察是對於阻卻違法事由之客觀情狀產生誤認（誤以為甲有犯罪），惟縱使甲真的有為犯罪行為，警察僅憑手上刺青即發動盤查，仍為違法發動（不符合發動盤查之規定），亦即警察所假設的客觀情況實際發生時，警察仍無法阻卻違法，則警察根本不符合容許構成要件錯誤之要件，當然亦無阻故意之問題。

第四，由於警察屬於刑法第 10 條第 2 項第 1 款之身分公務員，故當警察是在違法盤查時犯罪，即屬於藉由職務上之機會犯罪，必須適用刑法第 134 條規定，加重其刑二分之一。且須注意，由於實務見解認為此條文為借罪借刑之規定，屬於獨立之犯罪類型，故在適用上仍須進行構成要件之適用，始可加重其刑，然在審查流程上，仍是在最後一步進行，蓋必須等到行為人先成立其他罪名後（如傷害罪或強制罪），始有適用此條的必要性。

第四章 逮捕拘禁事實部分的違法盤查案件刑法適用

第一節 概說

警察違法盤查後，衍生之「逮捕拘禁」事實部分是本文所欲討論之第二案件。之所以違法盤查案件會產生逮捕拘禁主要原因可分為兩種，其一是依照警察職權行使法第 7 條第 2 項規定，當警察無法查證身分時，警察得將該人民帶往勤務處所查證，此行為自然涉及刑法第 302 條第 1 項剝奪他人行動自由之構成要件，且當盤查發動即屬於違法時，後續將人民強制帶回勤務所之行為，當然亦無法依照刑法第 21 條第 1 項依法令行為阻卻違法。其二則是當人民無法接受警察違法盤查時，時常因情緒激動或不願束手就擒而與警察產生口角甚至肢體碰撞，此時警察即可能以刑法第 135 條第 1 項妨害公務罪或第 140 條侮辱公務員罪之現行犯將人民逮捕帶回警局，且由於是違法盤查，自然該當非法剝奪他人行動自由構成要件，而中壢違法盤查案即屬於此種情形，故此亦為本文所欲探討之類型。

因此，在逮捕拘禁事實部分之刑法適用中，第一步驟即是分析警察因盤查而做的後續逮捕行為，是否該當剝奪他人行動自由構成要件，另此步驟中還有一點值得注意，即若警察在實行逮捕時，因以強暴方式剝奪人民行動自由而使人民產生傷害結果，是否會另外成立傷害罪，究竟是成立傷害罪而與剝奪他人行動自由罪依想像競合處理，還是因為傷害結果當然被強暴行為吸收，而根本不該當傷害構成要件，此亦是第一步需處理之問題。第二步驟則同樣是判斷逮捕行為是否具有阻卻違法事由，而此處之阻卻違法事由雖與攔停盤查同樣為刑法第 21 條第 1 項之依法令行為，然此處特殊之處在於，由於剝奪他人行動自由罪屬「繼續犯」構成要件，因此在阻卻違法事由判斷上，必須區分為「基本行為」與「繼續行為」，唯有兩階段均具有阻卻違法事由方能完全阻卻違法，此點必須注意。

第三步驟是在確認後警察逮捕拘禁行為具有剝奪他人行動自由罪的構成要件該當性與違法性後，警察在此主要可能提出容許錯誤之抗辯，例如不知妨害公務罪

是以公務員依法執行公務為前提，而最主要之問題是在於應以何種判斷認定具有「充分理由」，此將影響最終警察可阻卻罪責，另外亦須注意，有無可能同時發生容許錯誤與容許構成要件錯誤兩種情形，發生時又應如何處理。最後第四步則與攔停部分相同，因警察為刑法上之公務員，故當警察是藉由職務機會而犯剝奪他人行動自由罪時，即有刑法第 134 條不純正瀆職罪之適用。

第二節 第一步：逮捕拘禁該當狹義剝奪他人行動自由構成要件

第一項 剝奪他人行動自由構成要件

刑法第 302 條規定「私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由者，處五年以下有期徒刑、拘役或九千元以下罰金」。

本條保護的法益在文獻上有「個人的行動自由」與「個人潛在的行動自由」之爭¹⁰²，主要差異會在於剝奪意識不清醒者的行動自由，例如將沉睡者或昏迷無意識者關起來，是否會該當本罪。對此實務見解有認為即使對於昏迷、沉睡之人，若有私行拘禁或以其他非法方法剝奪行動自由的行為，仍應成立本罪¹⁰³。然本文認為，本罪應屬於強制罪的特別規定，既然強制罪需要干預意思決定自由或意思實現自由，則本罪亦應限於剝奪實際的意思決定自由或意思實現自由，若仍處於無意識階段時，僅能考慮是否成立本罪的未遂¹⁰⁴，故本罪保護的法益應為「個人的行動自由」。

本罪的構成要件「行為」有二，包含「私行拘禁」或「以其他非法方法剝奪人之行動自由」，前者係指違反他人之意思而將他人拘禁在一個相對狹小之空間裡，使其無法或難以自由行動；後者並無定型手法，解釋上應涵蓋拘禁以外所有足以剝

¹⁰² 可參考盧映潔，刑法分則新論，新學林，2022 年 9 月十八版，頁 569；許澤天，刑法分則下冊，新學林，2021 年 7 月三版，頁 214。

¹⁰³ 最高法院 101 年台上字第 4816 號刑事判決：行動自由為人類身體行止動作之生理上自然作用，凡具有生命之自然人，均享有行動自由。故縱係昏睡、沉醉之人，如予私行拘禁或以其他非法剝奪其行動自由，仍應成立刑法第三百零二條第一項之罪。

¹⁰⁴ 許澤天，刑法分則，下冊，新學林，2021 年 7 月三版，頁 214。

奪行動自由的方法，例如用藥迷昏被害人、快速駕駛交通工具阻止被害人離開¹⁰⁵。然如此解釋將使剝奪行動自由的解釋過於空泛，例如甲持刀要從街頭追殺乙至街尾，整個追殺過程中，乙的行動自由亦受到甲追殺行為所限制，不再可能依其意願活動而被迫逃亡，似乎亦屬剝奪他人行動自由，但如此一來，所有侵害生命、身體法益的犯罪，都必然在行為時構成以「其他方法」剝奪自由，同時成立本罪，此一結論顯然並不妥適。因此，學說上有認為應從「侵害程度」與「侵害時間」去限縮妨害行動自由的解釋¹⁰⁶，「侵害程度」必須達到完全喪失決定物理活動的一切自主性，也就是說如果只是限制被害人特定方向的物理活動可能性則不屬之，例如把別人的家門上鎖，此時僅是被害人不能進入家門，但並沒有完全喪失物理活動，因此不該當本罪。「侵害時間」則必須有相當時間的延續，否則根本不能達到剝奪的程度。本文贊同此種看法，如此才能夠清楚說明本罪之範圍及不法內涵，亦不容易產生動輒成立本罪的情形。

而所謂的「私行」或「非法」文獻上有認為僅是違法性評價要素，僅具只是法官在個案上應注意有無阻卻違法事由的意義，並無實際上的判斷價值¹⁰⁷。但本文亦基於上述強制罪的立場，認為「私行」與「非法」皆屬於「構成要件要素化違法要素」，亦即必須在構成要件階段去判斷有無阻卻違法事由，當具有阻卻違法事由時則根本不該當「私行」或「非法」，自然亦不該當本罪構成要件¹⁰⁸。

另由於本罪屬繼續犯構成要件，繼續犯的犯罪結構，可以區分為「基本構造」與「繼續狀態」兩部分，所謂基本構造系指著手於繼續犯構成要件之行為，而繼續狀態則係指維持或確保繼續犯狀態之行為。此兩部分在刑法的評價上，不能加以分割，而須視為一個整體行為加以評價。而此種繼續犯在刑法適用上將影響兩個問題，第一，在判斷「非法」時，必須區分為「基本行為」和「繼續狀態」二部分進

¹⁰⁵ 許澤天，刑法分則，下冊，新學林，2021年7月三版，頁213。

¹⁰⁶ 許恆達，妨害行動自由罪的成立界限，月旦法學教室，2014年1月，第135期，頁28。

¹⁰⁷ 許澤天，刑法分則，下冊，新學林，2021年7月三版，頁213。

¹⁰⁸ 鄭逸哲，構成要件的認識與罪刑法定主義下的刑法適用，瑞興圖書，2022年10月初版，頁28。

行，除非二部分均具有阻卻違法事由，否則只要有任一部份違法則仍該當本罪之非法要素。第二，當行為人著手於繼續犯之行為時，或是在維持確保繼續犯行為之過程中，行為人除了侵害繼續犯所要保護之法益外，另外符合其他犯罪構成要件，且侵害其他法益時，應如何競合之問題，而關於傷害罪與剝奪他人行動自由罪之關係亦是本節之重點，本文將在本節第二項進行詳細說明。

本罪的主觀構成要件只要對於剝奪他人行動自由出於間接故意即為已足，須注意的是，行為人是否對於自己行為具有「非法」的認識，應是禁止錯誤所須處理的問題，例如警察逮捕人民時，主觀上只要知道自己逮捕行為將剝奪他人行動自由即該當本罪主觀構成要件，至於其是否正確認識自己的逮捕行為是符合刑事訴訟法規定，則屬罪責層次的非法意識問題。

第二項 若有傷害結果是否該當傷害構成要件

本項要討論的問題是剝奪他人行動自由與傷害罪之間的關係，之所有會有本項之討論，是因為當行為人是以「強暴」方式剝奪他人行動自由時，常會造成被害人產生傷害結果，而此時是否會另外成立傷害罪，就會產生問題。至於為何在是在此處討論的原因是，有認為傷害結果應是被剝奪他人行動自由所吸收，無需另行討論傷害罪，故在刑法適用上檢討之順序，自必須在爭議首次出現的地方即處理它¹⁰⁹。故以下先就傷害罪之構成要件進行簡單說明，接著即對此問題進行討論。

第一款 傷害罪構成要件

刑法第 277 條規定，「傷害人之身體或健康者，處三年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。」本罪之「行為」即傷害行為。所謂傷害行為，凡行為人的舉止能造成客體身體或健康之傷害節數，即屬之。

本罪之「結果」則是因傷害行為造成之身體或健康損害，而如何認定文獻上有

¹⁰⁹ 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，元照，2021 年 2 月三版，頁 38。

不同看法。有主張生理或健康機能障礙說¹¹⁰，是指使人生理機能發生障礙或健康有不良變更者，依此說，若僅有外貌發生變化，如剪頭髮則非傷害。另有主張身體完整性說侵害說¹¹¹，認為凡有害於人身體之完整性者，即為傷害，依此說即變只是該變身體之外觀，如剪頭髮都屬於影響身體完整性之傷害。本文以為，基於刑法之謙抑性，刑法解釋應在必要及合理之最小限度範圍內，故應採取前說，至於只是影響身體完整性之部分，應透過民事或其他方式去處理。

本罪之故意是指行為人主觀上認識到其行為會造成他人之傷害結果，而決意進行該行為之心態，包括直接故意與間接故意。

第二款 以強暴剝奪他人行動自由造成傷害結果之問題

進入到爭議的討論，有關於行為人以強暴剝奪他人行動自由時，若造成被害人受傷結果應如何處理，我國實務上主要有兩種見解。第一種看法是以是否具有「傷害故意」區分，此亦是實務的多數見解¹¹²，例如「剝奪人之行動自由罪並非以傷害人為當然之方法，故基於剝奪人之行動自由犯意，於實施強暴行為之過程中，如別無傷害之故意，僅因拉扯致被害人受有傷害，乃施強暴之當然結果，固不另論傷害罪；然若具有傷害犯意且發生傷害之結果，自應另負傷害罪責¹¹³」。此見解雖認為實施強暴行為造成傷害乃強暴當然會發生的一種情形，而不須另論傷害罪，但卻神來一筆認為，若行為人具有傷害犯意時，仍然應成立傷害罪，

第二種見解¹¹⁴是從「繼續犯」構成要件角度去區分，因為繼續犯犯罪結構可區分為「著手於繼續犯之行為¹¹⁵」與「維持或確保繼續犯狀態之行為¹¹⁶」兩部分¹¹⁷，

¹¹⁰ 甘添貴，刑法各論（上），三民，2013年9月三版，頁50。

¹¹¹ 林山田，刑法各論（上），元照，2006年11月五版，頁137。

¹¹² 臺灣高等法院 111 年度上訴字第 3319 號刑事判決；臺灣高等法院 109 年度上訴字第 2414 號刑事判決；臺灣高等法院 109 年度上訴字第 1321 號刑事判決。

¹¹³ 最高法院 30 年上字第 3701 號判例。

¹¹⁴ 最高法院 102 年度台上字第 235 號刑事判決，最高法院 102 年度台上字第 310 號刑事判決。

¹¹⁵ 即前述之基本行為。

¹¹⁶ 即前述之繼續狀態。

¹¹⁷ 王皇玉，私行拘禁罪與傷害罪之競合——最高院 102 台上 235 判決，台灣法學雜誌，第 229 期，2013 年 8 月，頁 2。

而若是在這兩部分中所為之傷害行為，皆應視為私行拘禁之部分行為，亦即私行拘禁與傷害兩者為行為單一，成立想像競合。例如警察以大外割將被害人壓制在地後予以上銬，此壓制過程中造成的創傷，應視為剝奪他人行動自由的部分行為，該傷害行為與剝奪他人行動自由屬行為單一，成立想像競合，從一重處斷，僅論以剝奪他人行動自由罪。又或是受拘禁之被害人試圖逃跑，加害人撲向被害人以防止逃跑，導致被害人摔倒受傷，或是將被害人手腳綑綁、上銬，造成綑綁、上銬部位受傷等傷害行為。

然而，若傷害行為並非著手於私行拘禁的部分行為，亦非為了確保或維護私行拘禁之繼續狀態所為，則此等對於被害人超出剝奪自由法益之額外的身體法益侵害，應視為另一個獨立行為而另外論以傷害罪，例如在私行拘禁期間，被害人開口喊叫或辱罵，行為人對被害人痛毆一頓，此傷害與私行拘禁分屬兩行為，應以數罪併罰處理。

本文認為第一種見解以是否具有「傷害故意」區分可謂是毫無道理，以中壢違法盤查案為例，葉警員以大外割壓制詹女士時，主觀上即是為防止詹女士離開，屬剝奪他人行動自由之故意，然葉警員在實施大外割動作時，對於此動作可能造成詹女士受傷，必定亦能預見其發生，且發生並不違背本意，當然具有傷害罪之間接故意。由此可知，第一種見解似乎是誤解了「故意」與「動機」，亦即當行為人以剝奪他人行動自由為強暴行為時，一定也具備了傷害罪之間接故意，唯一的差別僅在於行為人之行為動機是要剝奪他人行動自由，還是單純想傷害。惟刑法上之主觀構成要件從來不是以動機作為區分，而是對於構成犯罪的事實有所認識，並且想要獲希望其發生¹¹⁸，故以此種方式作為區分標準，顯然不合刑法適用上之方式，亦可能導致法院判決標準不一。

至於第二種見解從「繼續犯」構成要件區分，本文僅部分贊同。贊同之部分在

¹¹⁸ 王皇玉，刑法總則，新學林，2021年7月七版，頁226。

於，若行為人並非是「著手於繼續犯之行為」或為「維持或確保繼續犯狀態」階段為傷害行為，此時當然是屬於另行起意而分屬兩行為，應以實質競合處理，這部分並無問題。然不贊同部分在於，若是在著手於繼續犯之行為或為維持或確保繼續犯狀態階段為傷害行為，本文雖亦認為應評價為「私行拘禁之部分行為」，惟處理方式並非想像競合，而是依照吸收關係處理，無須再檢討傷害構成要件。

申言之，當一個法益受到侵害，而此法益屬於攻擊另一個法益的「當然附隨現象」時，前者的法益侵害即無予以單獨評價之必要，僅就後者的法益侵害事實部分予以構成要件適用，即足以評價全部事實，亦即學說上所稱之「吸收關係」¹¹⁹。而回到剝奪他人行動自由罪，剝奪他人行動自由之「強暴」行為造成身體法益發生實害，此乃強暴事實部分的當然附隨現象，故無需對傷害部分予以單獨評價，因構成吸收關係，故僅具剝奪他人行動自由構成要件該當性，自然就無想像競合之問題。

第三節 第二步：未依法令逮捕該當剝奪他人行動自由構成要件

承前所述，由於剝奪他人行動自由罪屬繼續犯構成要件，因而在判斷違法性時，必須區為「著手於繼續犯之基本行為」與「維持或確保繼續犯狀態之行為」二部分進行，因此一個構成要件該當行為，必須在兩個階段皆具有阻卻違法事由，由兩個阻卻違法事由相接連，才能使一個構成要件該當行為，整個不具有違法性¹²⁰。

而第二案逮捕拘禁所涉及的阻卻違法事由，即逮捕現行犯之規定，故以下即對此進行說明，至於依法令行為則同第三章，故不再贅述。

第一項 依法令行為

同第三章第三節第一項。

第二項 逮捕現行犯之法律規定

¹¹⁹ 鄭逸哲；劉柏江，法條競合、想像競合、實質競合，構成要件適用方法導論，瑞興圖書，2013年1月初版，頁154。

¹²⁰ 鄭逸哲，2022年微刑法（上），瑞興圖書，2022年10月初版，頁102。

首先，關於剝奪他人行動自由之「基本行為」，其法律規定在刑事訴訟法第 88 條 1 項，「現行犯，不問何人得逕行逮捕之。」而刑事訴訟法第 88 條第 2 項與第 3 項規定現行犯是指犯罪在實施中或實施後即時發覺者，或被迫呼為犯罪人者；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，亦以現行犯論。

所謂的犯罪，即指刑法分則上之構成要件該當行為，且從條文的規定來看，似乎法律允許對任何的犯罪，只要該犯罪依據外在情況顯而易見的具有犯罪嫌疑，且符合現行犯及準現行犯之構成者，任何人即可擁有逮捕權限¹²¹。至於該犯罪所侵害法益的種類、輕重、犯罪所生之危害及未來可能的處罰等，並不在考慮之內¹²²。

在違法盤查案中，人民若是單純不配合警察盤查，並不該當任何刑法分則上之構成要件行為，此時警察自不得任意逮捕受盤查人民。然通常會發生逮捕的情形是，當人民面對到突如其來的盤查，而警察又未說明任何有關為何盤查之具體理由時，自然會產生排斥抗拒的行為，而在這過程中可能就會產生與警察間之口角扯，甚至當為了離開而遭警察以強制力留下時，爆發肢體碰撞，此時人民即可能涉及刑法第 135 條第 1 項妨害公務罪與刑法第 140 條侮辱公務員罪。

然須注意，妨害公務與侮辱公務員之構成要件皆必須以公務員「合法執行職務」為前提¹²³，故當警察發動盤查不符合法律規定時，即非合法發動盤查，亦非合法執行職務，既然如此，人民縱對警察有侮辱或強暴行為，自然不該當二罪構成要件，也就不屬於刑事訴訟法上所稱之「現行犯」。

而若是人民確實為現行犯，警察該當之剝奪他人行動自由構成要件仍尚未完

¹²¹ 楊雲驊，現行犯逮捕，月旦法學教室，第 60 期，2007 年 10 月，頁 20。

¹²² 但學說上有認為，應考慮犯罪事實的意義，未來可能的刑罰以及偵查的困難度等因素，當立刻逮捕決定與之不成比例時，原則上應否定具有逮捕權限。例如駕駛人為超捷徑，在極為短暫的時間內駛過他人住宅前之草地。可參考楊雲驊，現行犯逮捕，月旦法學教室，第 60 期，2007 年 10 月。

¹²³ 蓋從憲法保障公務員之身分、地位言，公務員違法之職務行為自非屬保護之對象，且國民對違法之職務行為亦無服從之義務。曾淑好，妨害公務罪之保護客體是「公務員」？還是「公務」？，台灣本土法學雜誌，第 91 期，2007 年 2 月，頁 88。

全阻卻違法，因「繼續狀態」尚須依刑事訴訟法第 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。」此規定是因憲法第 8 條規定，逮捕後必須在 24 小時內移送法院，而警察僅為偵查輔助機關，自然必須先移送至偵查主體之檢察官訊問，不得刻意拖延。

綜上，當警察逮捕現行犯而著手於剝奪他人行動自由構成要件之實行，並逮捕後將被告置於自己實力支配之下即為既遂，而直到被告脫離實力支配行為始終了。在此過程中，雖只有一個剝奪他人行動自由構成要件行為，然因該罪繼續犯之性質，必須區分為逮捕之基本行為，與直到脫離實力支配之下繼續狀態。而逮捕現行犯之基本行為雖能依照刑事訴訟法第 88 條規定阻卻違法，然該條卻不及於逮捕現行犯之繼續狀態。因此，後續繼續狀態尚必須符合刑事訴訟法第 92 條第 2 項規定，唯有前後二部分，各別具有依法律行為之阻卻違法事由，整個剝奪他人行動自由構成要件該當行為，始能完全不具有違法性。

第四節 第三步：警察抗辯發生容許錯誤

當警察是違法發動盤查時，即非依法執行公務，因此縱使受盤查人民有攻擊或辱罵警察之情形，警察亦不得以妨害公務罪或侮辱公務員罪之現行犯將人民逮捕，而若警察仍以此為由逮捕人民，則該當剝奪他人行動自由構成要件且具備違法性。然而，警察此時即可能抗辯其是誤解了法律規定，如不知妨害公務罪是以依法執行公務為構成要件，而主張容許錯誤，因此容許錯誤之要件為何、應如何認定，則有檢討之必要。且值得進一步討論的是，若警察在誤解法律規定的同時，亦誤認了部分事實，此時即產生一種雙重錯誤的情形，此時應如何處理將直接影響刑法適用之結論，故此亦為本節所欲探討之問題。

第一項 容許錯誤

第一款 容許錯誤之要件

容許錯誤在學說上又稱為**間接禁止錯誤**，因其適用之刑法條文與禁止錯誤相

同，皆為刑法第 16 條，故以下將先簡單闡述禁止錯誤，使容許錯誤之理解更加清楚。

所謂禁止錯誤是指行為人對於行為的「違法性」發生錯誤，亦即行為人是正確認識行為當下的事實，卻對於該事實的法律規範上意義與效果理解有誤，由於這種錯誤，致其心理上欠缺不法行事認知，其主觀上認為是合法的行為，在客觀事實上，卻是法律規定加以處罰的行為¹²⁴。因此，在類型上禁止錯誤又可分為「直接禁止錯誤」與「間接禁止錯誤」兩種，直接禁止錯誤是指誤認自身行為合法，然其行為事實上是牴觸了禁止規定，例如感情不睦但尚未分居的妻子，屢次拒絕她的丈夫性交的要求。丈夫在忍無可忍的情況下，使用強制力違反妻子意願而對其為強制性交，惟丈夫認為其行為屬於民法上夫妻之同居義務，故不成立強制性交¹²⁵。

而間接禁止錯誤則是指行為人行為該當某罪構成要件，惟卻誤認存有阻卻違法事由，或誤認阻卻違法事由的法律界限。由於是對於法規範上容許的情況有所誤認，因此稱為「容許錯誤」。而其中又可分為兩種情形¹²⁶。第一種，行為人誤認存在容許規範，即客觀上根本不符合任何阻卻違法事由，但行為人卻誤以為其行為是刑法規範所許可的。例如家中遭小偷闖入，屋主雖立刻壓制小偷並將其移送警局，但卻在移送途中毆打小偷幾拳，誤以為這也是逮捕現行犯之法律規定所容許，故屋主的行為與刑法規範的價值觀，並不符合，屬容許錯誤；第二種，行為人誤解容許規範的界限，即行為人誤解容許規範的界限，而將容許構成要件的適用範圍擴張至其所為的行為。例如下級公務員雖明知上級公務員的命令違法，但卻誤認為只要依命令行事，皆可阻卻違法，然依命令行為必須非明知命令違法者，方可阻卻違法，故下級公務員誤解依命令行為阻卻違法事由的適用範圍，仍構成容許錯誤。

第二款 容許錯誤之處理方式

¹²⁴ 林山田，刑法通論（上冊），元照，2008年1月十版，頁429。

¹²⁵ 從刑法第229條之1規定：「對配偶犯第二百二十一條、第二百二十四條之罪者，或未滿十八歲之人犯第二百二十七條之罪者，須告訴乃論。」，即可得知違反配偶意願仍會成立強制性交罪。

¹²⁶ 林山田，刑法通論（上冊），元照，2008年1月十版，頁431—432。

容許錯誤的處理方式與直接禁止錯誤相同¹²⁷，皆是適用刑法第 16 條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」本條規定是以發生違法性錯誤時是否有正當理由作為判斷標準，具有正當理由即可阻卻罪責¹²⁸；反之，不具有正當理由則僅得按情節減輕其刑。然須注意，正當理由之「正當」在用語上有所不妥，蓋如果真的有所正當理由，則行為人之行為為即可能符合刑法上之阻卻違法事由，連違法性都不具有，又何須討論罪責層次的違法性錯誤，故條文所要表達之意思，應為是否具有「充分理由」而無法避免違法性錯誤¹²⁹，因此本文以下將以充分理由稱之。

就充分理由之認定上，我國實務上主要可分為兩種看法，第一種是以「一般人」的觀點，並不考慮行為人自身的認知條件是否與眾人不同；第二種則是以「行為人」的觀點，必須考量行為人自身的條件。一般人的觀點最常被引用的判決就屬最高法院 100 年台上字 156 號判決¹³⁰，此判決認為：「法律頒布，人民即有知法守法之義務；是否可以避免，行為人有類如民法上之善良管理人注意義務，不可擅自判斷，任作主張。而具反社會性之自然犯，其違反性普遍皆知，自非無法避免」，而雖未引用此判決，但採取相同觀點的判決亦不計其數¹³¹。

行為人觀點之判決如最高法院 111 年度台上字第 1451 號刑事判決：「至欠缺不法意識而無法避免時，阻卻罪責不成立犯罪（即刑法第 16 條前段），其中間地帶則有欠缺不法意識而可避免禁止錯誤減輕其刑之法律效果（即刑法第 16 條但書），皆委由法官視行為人之社會地位、能力及智識程度等情形，依個案為適當之裁量，以免造成罪責不相當之結果。」惟此種見解在實務上明顯較少，由此可知，我國實

¹²⁷ 最高法院 112 年度台上字第 530 號刑事判決：「容許錯誤既係行為人對於阻卻違法的法規範或其容許界限解讀有誤，係「違法性認識錯誤」之範疇，一般而言，會落入刑法第 16 條所定關於有無欠缺不法意識之責任條件的檢驗。」

¹²⁸ 雖本條之用語為免除刑事責任，未能明確把不具罪責的思想表達清楚，但學說上認為此用語即阻卻罪責的意義。可參考林山田，刑法通論（上冊），元照，2008 年 1 月 10 版，頁 437。

¹²⁹ 鄭逸哲，2022 微刑法（上），瑞興圖書，2022 年 10 月初版，頁 117。

¹³⁰ 引用此判決如臺灣高等法院 111 年度上訴字第 3555 號刑事判決，臺灣高等法院 110 年度上訴字第 2934 號刑事判決。

¹³¹ 如最高法院 112 年度台上字第 829 號刑事判決，最高法院 111 年度台上字第 3559 號刑事判決。

務見解多屬是採取「一般人」的觀點。而由於此觀點並不考慮個案中的行為人認知條件是否明顯與眾人不同，故我國實務對於充分理由之判斷是採取較為嚴格的態度。

至於學說上¹³²普遍認為，以「行為人」的觀點較能避免個案發生不公結果，蓋唯有行為人有可能認識自己行為的具體違法性，其處罰才合乎罪責原則。因此，有學說提出應將充分理由細緻的分成三個層次¹³³。第一，一般人如果可以避免，行為人也應該可以避免。這一點基本上是無爭議的，如殺人、強盜等，基本上是任何人都能力知道違法，因此自然具有違法性的認知可能性。第二，行為人意識到可能侵害他人，即使不知法律，也有義務查探行為是否違法。關於第二點的概念，即一般所說開啟風險的行為人自然必須去控制風險，亦即如果行為人知道自己之行為將可能帶來侵犯他人的利益可能，就應該去探知可能發生的法律後果。舉例來說，食品業者如果知道添加物對於人體健康有害，即便對於相關的法規感到陌生，當然仍必須設法去瞭解，而不能直接否定其具有違法性之認知。第三，不法意識的能力因人而異。第三點的考量主要是考量，個案中行為人的認知能力為何，必須依個人的條件，如生活經驗、職業經驗、教育程度、社會地位等去做不同判斷。而生活領域上或職業活動上，行為愈可能帶給他人危險，就愈有理由期待，行為人要設法瞭解自己行為的法律後果。

以上三點，可綜合整理成：「禁止錯誤是否可以避免，應參酌行為人的社會地位及個人能力，在可期待行為人運用其認識能力與法理倫理價值觀的範圍內，視其是否能夠意識到行為的不法，並且在行為人對於行為是否涉及不法有所懷疑之時，則行為人即負有查詢義務，不可恣意自我判斷，擅作主張¹³⁴。」

綜上所述，本文以為應以「行為人」之觀點判斷有無充分理由，蓋本條是處理

¹³² 許澤天，刑法總則，新學林，2022年8月初版，頁256。王皇玉，刑法總則，新學林，2021年7月七版，頁350。

¹³³ 林東茂，禁止錯誤的刑法評價，東海大學法學研究，第52期，2017年8月，頁73。

¹³⁴ 林東茂，禁止錯誤的刑法評價，東海大學法學研究，第52期，2017年8月，頁74。

罪責之問題，自然只有行為人有可能認識自己行為的具體違法性，才合乎罪責原則。或有認為以行為人觀點可能導致行為人較輕易阻卻罪責，惟實則不然，之所以會認為採取行為人觀點較為寬鬆，是因為認為發生違法性錯誤的行為人通常對法律的知識較為薄弱，但其實也有可能發生違法性錯誤的行為人，是比一般人更具備法律知識，例如警察或消防員等，皆是受過專業法律教育的職業，若警消發生違法性錯誤時，依照行為人的觀點判斷有無充分理由反而更為嚴格，因此並非採取行為人觀點就會導致行為人無須負擔刑責。故個案行為人真的因生活經驗或教育程度等，發生違法性錯誤時，自然必須依照其個人情況去判斷有無充分理由，方能真正符合罪責原則。

第二項 雙重錯誤

在知悉了行為人誤認自己的行為正當具有阻卻違法事由而不罰之「容許錯誤」，與行為人對於阻卻違法事由並無誤認，然客觀上並不存在阻卻違法事由的事實，行為人主觀上卻誤以為有此客觀情狀存在之「容許構成要件錯誤」後，本項要補充討論的是一個實務與學說上較少討論，然實際上確實有可能發生之情形，即行為人同時對阻卻違法事由之前提事實有所誤認，又誤認自己行為是正當而符合阻卻違法事由之「雙重錯誤」。

例如乙誤以為甲要取斧頭殺己，實則甲手中根本沒拿斧頭，乙卻出於防衛意思而射殺甲，就此部分乃屬「容許構成要件錯誤」。然而，即便是正當防衛之行為，手段仍必須符合必要性，因此乙亦不能立即以射殺他人的方式防衛，惟乙卻誤以為防衛手段的方式沒有限制，可以採取任何手段，包含殺人手段防衛，此一錯誤，即是對於正當防衛事由界線之誤認，屬「容許錯誤」¹³⁵。故此案即同時發生了容許構成要件錯誤與容許錯誤，即雙重錯誤之類型。

而學說上認為，此種雙重錯誤之情形，應以「容許錯誤」的法理解決，而非以

¹³⁵ 王皇玉，刑法總則，新學林，2021年7月七版，頁347。

「容許構成要件錯誤」的法理，蓋容許構成要件錯誤的前提必須是假設防衛情狀真的存在時，防衛者確實得主張正當防衛。否則，誤想防衛豈非比原本的正當防衛更加優待，連防衛者所採取之逾越必要性程度之行為都能阻卻故意，自然不合理¹³⁶。申言之，其實在雙重錯誤之情形中，實際上並不存在容許構成要件錯誤，蓋容許構成要件錯誤之前提，就是假使行為人誤以為存在的事實情況真的存在的話，的確會構成阻卻違法事由¹³⁷，然就上述乙射殺甲的案例，假使乙誤以為的現在不法侵害（甲要拿斧頭砍乙）存在的話，乙仍會因為違反正當防衛之必要性，而無法構成阻卻違法事由。因此，乙的錯誤僅止於誤判刑法容許界限的容許錯誤，由於又是屬於可避免之容許錯誤，因此乙仍應成立殺人既遂罪。故在雙重錯誤之情形，自應回歸刑法第 16 條違法性錯誤的處理方式，以是否具有充分理由而無法避免判斷其法律效果。

實際案例例如本文在第三章第四節第一項所提到的臺北地方法院 107 年度易字第 1066 號刑事判決，此案發生警察違法搜索的情形，告訴人並未具有真摯性同意，而有無真摯性是屬於事實問題，因此警察誤以為告訴人同意具有真摯性部分，自屬發生「事實」上之錯誤。且警察在此案中根本未將告訴人同意載於筆錄並予以簽名，卻仍認為得以同意搜索作為阻卻違法事由，故在此部份，其並非誤認事實，而是弄錯了刑事訴訟法上同意搜索之規定，發生了「法律」上之錯誤。是以，此案警察應是同時發生了誤認具有真摯性同意的容許構成要件錯誤，以及誤認自己符合刑事訴訟法尚同意搜索要件之容許錯誤。而該案法院判決並未意識到此問題，僅以警察是誤認事實而依照容許構成要件錯誤處理，即產生了錯誤的判決結果。

第三項 具體適用於警察違法盤查案例

在逮捕拘禁的部分，警察之所以逮捕受盤查人民，通常是因為人民與警察發生

¹³⁶ 可參考王皇玉，刑法總則，新學林，2021 年 7 月七版，頁 347；許澤天，刑法總則，新學林，2022 年 8 月初版，頁 265。

¹³⁷ 林鈺雄，刑法總則：第十二講—刑法上之錯誤，月旦法學教室，第 30 期，2005 年 4 月，頁 104。

口角或肢體衝突，警察因而以侮辱公務員或妨害公務之現行犯將其逮捕。然而，侮辱公務員或妨害公務兩罪皆是以警察「依法執行公務」為前提，換言之，當警察盤查為違法時，自然就不是依法執行公務¹³⁸，故縱使人民辱罵警察甚至攻擊警察，亦與法侮辱公務員或妨害公務二罪無關。

然而，此時警察有可能做出一些抗辯，例如中壢違法盤查案中，當詹女士說葉警員「你真的很蠢」、「你做的事情違反你的工作」時，葉警員即以侮辱公務員現行犯將其逮捕。惟從本案桃園地院的判決中即清楚說明，詹女士對葉警員之評論屬於捍衛自己權利並合理評論公務員違法行為之言論，並非意在貶損被告個人在社會上所保持之人格及地位，並無構成刑法第 140 條之侮辱公務員罪之虞¹³⁹。由此可知，葉警員的逮捕行為其實發生了**誤解法律規定之容許錯誤情形**，亦即其誤以為罵警察很蠢即該當侮辱公務員罪構成要件，而依照「行為人」觀點判斷有無充分理由可以避免，因警察在受訓過程中必定學習過刑法的課程，自有充分理由可避免。

再者，若葉警員是依照本案原不起訴處分書所稱，其亦誤認了自己的盤查行為合法，屬於依法執行公務，因此逮捕行為符合阻卻違法事由的規定，則此則發生了誤認事實的容許構成要件錯誤，又發生了以為罵人很蠢即屬於侮辱之誤解法律規定的容許錯誤，因此產生了「**雙重錯誤**」的情形，然依照上述學說之見解¹⁴⁰，此時縱使葉警員之誤想為真（葉警員為合法發動盤查），仍會因為罵人很蠢根本不構成侮辱，詹女士並非現行犯而無法構成依法令行為，故實際上根本不存在容許構成要件錯誤，僅能依照刑法第 16 條處理，由於刑法為警察之必修課程，葉警員自有充

¹³⁸ 判斷是否合法之時點，依照學說見解是採取裁判時標準說，即於裁判時為事後之判斷，蓋若採取行為時標準，如逮捕行為當時有認定被逮捕人有為現行犯之客觀狀況存在，事後雖然弄清楚逮捕搓勿者，該逮捕仍具有適法性，但如此將不當擴大對公務之保護，導致國民忍受欠缺客觀事法性要件之職務行為。可參考曾淑好，妨害公務罪之保護客體是「公務員」？還是「公務」？，台灣本土法學雜誌，第 91 期，2007 年 2 月，頁 89。

¹³⁹ 學說見解同樣認為對於公務員侮辱，如果符合刑法第 311 條善意發表言論之規定，或是符合實務所發展之合理評論原則者，也應予以免除刑責。可參考王皇玉，侮辱公務員，月旦法學教室，第 78 期，2009 年 4 月，頁 23。

¹⁴⁰ 可參考王皇玉，刑法總則，新學林，2021 年 7 月七版，頁 347；許澤天，刑法總則，新學林，2022 年 8 月初版，頁 265。

分理由可避免。

第五節 第四步：不純正瀆職罪

此部分同第三章第五節，茲不贅述。

第六節 小節

透過本章之分析整理，可以知悉警察違法盤查後，有可能產生違法將人民逮捕拘禁之行為，而逮捕拘禁在刑法適用上可分為四個重點。。

第一，當警察逮捕受盤查人民時，除了是以「強暴」方式剝奪他人行動自由外，時常會造成人民產生傷害結果，而此時是否會另外成立傷害罪則有疑問。實務見解對此有兩種見解，其一是以「有無傷害故意」區分，若有則另外成立傷害罪，反之則不成立；其二則是認為「若傷害行為是著手於私行拘禁的部分行為，或為了確保或維護私行拘禁之繼續狀態所為」，無論是否皆成立傷害罪，惟若是則依想像競合處理，反之則依數罪併罰處理。然而，本文以為，當一個法益受到侵害，而此法益屬於攻擊另一個法益的「當然附隨現象」時，前者的法益侵害即無予以單獨評價之必要，僅就後者的法益侵害事實部分予以構成要件適用，即足以評價全部事實，亦即學說上所稱之「吸收關係」。而剝奪他人行動自由之「強暴」行為造成身體法益發生實害，此乃強暴事實部分的當然附隨現象，故無需對傷害部分予以單獨評價，因構成吸收關係，故僅具剝奪他人行動自由構成要件該當性，自然就無討論傷害罪之必要。

第二，當警察逮捕現行犯而著手於剝奪他人行動自由構成要件之實行，並逮捕後將被告置於自己實力支配之下即為既遂，而直到被告脫離實力支配行為始終了。在此過程中，雖只有一個剝奪他人行動自由構成要件行為，然因該罪繼續犯之性質，必須區分為逮捕之基本行為，與直到脫離實力支配之下繼續狀態。而逮捕現行犯之基本行為雖能依照刑事訴訟法第 88 條規定阻卻違法，然該條卻不及於逮捕現行犯之繼續狀態。因此，後續繼續狀態尚必須符合刑事訴訟法第 92 條第 2 項規定，

唯有前後二部分，各別具有依法律行為之阻卻違法事由，整個剝奪他人行動自由構成要件該當行為，始能完全不具有違法性。

第三，當警察違法發動盤查時，即非依法執行公務，因此縱使受盤查人民有攻擊或辱罵警察之情形，警察亦不得以妨害公務罪或侮辱公務員罪之現行犯將人民逮捕，而若警察仍以此為由逮捕人民，即該當剝奪他人行動自由構成要件且具備違法性。然而，警察此時即可能抗辯其是誤解了法律規定，如不知妨害公務罪是以依法執行公務為構成要件或是誤以為任何對警察不禮貌的言語皆為侮辱公務員，因而主張容許錯誤，惟無論依照實務或是學說見解所採的一般人觀點和行為人觀點，由於警察在受訓過程中必定學習過刑法的課程，自有充分理由可避免，故無法依照刑法 16 條阻卻或減輕罪責。又若是警察在誤解法律規定的同時，亦誤認了部分事實，此時即產生雙重錯誤的情形，然依照學說見解，雙重錯誤的情形實際上根本不構成容許構成要件錯誤，故仍應依照容許錯誤方式處理，因此結論並無不同。

第四，由於警察屬於刑法第 10 條第 2 項第 1 款之身分公務員，故當警察是在違法盤查後續過程中犯罪，仍屬於藉由職務上之機會犯罪，必須適用刑法第 134 條規定，加重其刑二分之一。且須注意，由於實務見解認為此條文為借罪借刑之規定，屬於獨立之犯罪類型，故在適用上仍須進行構成要件之適用，始可加重其刑，然在審查流程上，仍是在最後一步進行，蓋必須等到行為人先成立其他罪名後（如傷害罪或強制罪），始有適用此條的必要性。

第五章 評析臺灣桃園地方法院 111 年度矚訴字第 3 號 刑事判決

本章所欲評析之臺灣桃園地方法院刑事判決 111 年度矚訴字第 3 號刑事判決（下稱本案判決），即中壢違法盤查案之地院判決，且因本案被告葉警員並未提起上訴，故此判決亦為**本案之終審判決**。而如同本文在第二章第三節所述之本案審查流程，此判決亦是將本案分為兩個案件，亦即攔停部分與逮捕拘禁部分，故本章以下即分別在本章第一節與第二節評析桃園地院對於兩個部分之判決內容。此外，因本案葉警員分別犯公務員假借職務上之機會強制罪，處有期徒刑肆月；公務員假借職務上之機會剝奪他人行動自由罪，處有期徒刑陸月，惟剝奪他人行動自由罪，因加重之結果，與易科罰金之法定最重本刑 5 年以下有期徒刑之罪不合，因此本案判決依照刑法第 51 條 1 項但書不併合處罰，然若檢察官否准葉警員易科罰金之聲請時，是否可能使其反而面臨更長之刑期，此將是本文在此本章第三節所欲補充討論之問題。

茲有附言者，由於本案法院審理時，葉警員及其辯護人並未抗辯發生容許構成要件錯誤，導致判決中並未處理此問題，惟桃園地檢署檢察官最初之所以對於葉警員作出不起分處分，即因認為葉警員發生容許構成要件錯誤，而此亦是對違法盤查進行刑法適用時，導致警察最終無罪之多數原因，故本文將在評析過程中提及該不起訴處分，而為避免讀者因此產生混亂，本文會將桃園地檢署不起訴處分新聞稿與本案之判決皆**放置附錄**，以供讀者參照。

第一節 攔停事實部分

葉警員所犯的第一個罪名，是其以身體阻擋詹女士離去之行為，成立公務員假借職務上之機會強制罪。

第一項 該當狹義強制罪構成要件

首先，關於強制罪構成要件之「行為要素」強暴與脅迫，從本案判決中「葉警員以身體阻擋詹女士去處之強暴方式」，可知法院認為葉警員以身體攔阻他人離去之行為屬於強暴行為。而雖然實務見解對於強暴之解釋向來過於寬鬆，但縱使依照本文之見解，強暴須是「直接對被害人的身體攻擊行為」，葉警員既以徒手拉住詹女士之方式阻擋其離去，確實亦屬之，故該當強暴並無疑問。至於強制罪構成要件之「結果」要素，本案葉警員究竟有無「妨害詹女士行使其行動自由之權利」，因「權利」涉及價值的判斷，其實際概念就是違法性之判斷，亦即是否具有阻卻違法事由，故必須先審視葉警員是否為依法令合法盤查，始可認定其有無該當強制罪構成要件。

第二項 未依法令盤查該當強制罪構成要件

警察盤查適用的阻卻違法事由為刑法第 21 條第 1 項之依法令行為，而此處所指法令是警察職權行使法第 6 條、第 7 條之盤查規定。申言之，警察雖得於公共場所或合法進入之場所得進行盤查，但不表示即得任意盤查，尚須符合法律規定之要件始屬合法盤查，此要件又可分為合法發動盤查與合法盤查手段。

關於葉警員「發動」盤查是否合法，本案法院檢討的是警察職權行使法第 6 條第 1 項第 1 款規定，因葉警員向詹女士供稱：「懷疑其為被報失蹤人口」，可推測葉警員應是主張「合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者」而發動盤查。關於合理懷疑之定義，本案判決中清楚說明：「合理懷疑需有客觀之事實作為判斷基礎，並非警察主觀上單純之臆測或第六感，必須是根據當時之事實，警察依據其執法經驗所作合理推論或推理」。

然本案中：「詹女士獨自行走在公共道路外側，外表整潔、神色正常，並無濫用毒品後精神異常、泥醉或其他生命、身體將發生具體危害之跡象，亦沒有公然攜帶違禁物、武器或顯為贓物之物品或有其他參與犯罪或即將犯罪之徵兆，葉警員即對其發動盤查，卻並未為任何盤查依據之說明，亦未提出任何論證推論客觀上如何

產生合理懷疑。難認葉警員符合警察職權行使法第 6 條第 1 項任一款之發動查證要件」，此段論述清楚說明了法院對於「合理懷疑」之判斷，必須是依照當時的「客觀事實」作為判斷基礎，且程序上亦須對於受盤查人民解釋為何對其發動盤查、依據為何。

而本案判決接下來之論述同樣值得注意：「又縱認葉警員依其擔任轄區員警之經驗，認為案發地點附近有許多旅館、遊藝場所等，故為治安重點區域，常有毒品及相關衍生案件，然詹女士於白日在公共道路上行走，顯與上開有治安疑慮之場所無直接關係，葉警員僅因其經過上開場所外部，即率然對其發動身分查證，自顯無理由。」此段論述更進一步涵攝本案關於合理懷疑之適用，亦即警察不能僅憑其「個人經驗」即作為受盤查人民具有合理懷疑之根據，雖然合理懷疑本來就是警察依照執法經驗所為之推測，惟並不代表警察只要依據過去經驗，而不需要以客觀事實作為基礎即為發動盤查。

申言之，「合理懷疑」的關鍵就在於警察必須以當時的客觀事實作為判斷基礎，縱算警察具有個人執法經驗，仍必須結合客觀事實，始符合合理之推論，否則合理懷疑之標準將完全失去意義，蓋警察皆可憑藉過去個人執法經驗即主張合理懷疑而任意發動盤查。因此，本案判決認為，縱使依照葉警員個人經驗，認為旅館旁是犯罪熱區，仍不得單以此個人經驗，即認定只要行經旅館旁，就有犯罪嫌疑或犯罪之虞。

最後本案判決提及：「本案地點雖屬旅館附近，然該地點亦非該條第 1 項第 6 款所稱：『行經指定公共場所、路段及管制站者』，故葉警員若認為行經旅館即可構成合理懷疑，無疑是架空該條第 2 項：『前項第六款之指定，以防止犯罪，或處理重大公共安全或社會秩序事件而有必要者為限。其指定應由警察機關主管長官為之。』之嚴格規定，」此段是在強調所謂「行經指定公共場所或路段」，依照法律規定必須先經由警察主管長官指定，故葉警員若以行經某處即構成合理懷疑，等同於不用經長官指定，即可以對於特定場所直接發動盤查，實質上將產生架空該法律

規定之錯誤情形。

綜上所述，本案法院對於「發動盤查」之要件說明非常完整，亦清楚涵攝了葉警員並未依照警察職權行使法第 6 條第 1 項任一款之規定發動盤查，屬「違法盤查」，故以合法盤查為前提的警察職權行使法第 7 第 1 項各種盤查手段，如「攔停人…」之強制作為，自無所附麗，皆屬於違法之手段。是以，葉警員以身體阻擋詹女士離去之強暴行為欠缺阻卻違法事由，該當強制罪構成要件，亦具備違法性。

第三項 未發生容許構成要件錯誤

由於審判中葉警員及其辯護人並未抗辯發生容許錯誤與容許構成要件錯誤，故本案判決並未處理此問題。然如本章開頭所述，此問題是導致桃園地檢署檢察官最初對葉警員作出不起訴處分之原因，更是造成警察違法盤查長年來皆不成立任何犯罪之免死金牌，故本文希望能在此評析此問題。

因葉警員不符合警察職權行使法第 6 條第 1 項各款發動盤查之要件，乃違法盤查而無法主張刑法第 21 條第 1 項依法令行為阻卻違法。然而，本案最初桃園地檢署檢察官之所以作出不起訴處分，理由是認為：「葉警員之攔檢盤查固然於法無據，但其依據詹女士出現在治安熱點區域，又攜帶 2 件行李，面容清瘦等客觀情狀，依其個人執法經驗，主觀上產生詹女士有犯罪嫌疑或為失蹤人口之疑慮，從而上前盤查，應非出於妨害詹女士行動自由之犯罪故意，而係誤認有符合警職法之攔檢盤查情狀發生，此種對於阻卻違法事由之認知錯誤(學理上稱為容許構成要件錯誤)，參酌司法實務見解及學說，由於不具犯罪故意，故不構成刑法第 304 條第 1 項之強制罪，且該罪亦無處罰過失犯之規定。」

由此可知，檢察官亦認為葉警員是「違法盤查」，惟其主觀上是誤認詹女士有犯罪嫌疑或為失蹤人口之疑慮始發動盤查，因此發生了容許構成要件錯誤並阻卻犯罪故意。惟葉警員究竟有無發生容許構成要件錯誤，關鍵應在於容許構成要件錯誤之要件為何、如何認定，而非任何主觀上對於客觀阻卻違法情狀發生誤認即得主

張。首先，在判斷「阻卻違法事由客觀情狀」之基準上，由於實務向來採取「事後」之判斷基準，故葉警員既然認為詹女士為失蹤人口，而詹女士事實上為音樂老師，並非失蹤人口，故以事後角度判斷，確實可認定葉警員是對於客觀事實產生誤認。而在「阻卻違法事由主觀情狀」之判斷，學說上雖然普遍認為必須達到確信之心證程度，然學說上亦認為，仍必須視不同之阻卻違法事由而做調整，當阻卻違法事由本身帶有推測性質時，自不能要求達到確信之程度。故盤查本身即屬於帶有「推測」性質之阻卻違法事由，主觀程度上自然不能要求需達到確信，因此葉警員既然懷疑詹女士為失蹤人口，則亦應認定葉警員符合阻卻違法事由主觀情狀之要件。

然而，必須注意的是，容許構成要件錯誤的要件並不僅於此，尚有一個因不容易發生而會被忽略之要件：「必須是假設依照行為人所誤想的客觀情狀實際發生時，行為人確實能夠阻卻違法」，亦即若是行為人所誤想的客觀情狀為真時，仍不能夠阻卻違法，則即便其主觀上誤認客觀情狀，當然亦無成立容許構成要件錯誤之可能，否則將會出現容許構成要件錯誤比原先阻卻違法事由更輕易成立之不合理情形。因此，將此要件適用於本案可得知，葉警員所誤想的客觀情狀是詹女士為失蹤人口，然縱使其確實是失蹤人口，仍不會改變葉警員違法盤查之事實，因為「合法發動盤查」的判斷要件並非是最終受盤查人民是否為犯罪之人，而是盤查發動時「客觀上有無事實足使警察產生合理懷疑」，而本案中，詹女士當時在客觀上並無任何情狀足使警察產生合理懷疑，故縱使詹女士確實為失蹤人口（假設葉警員誤想為真），仍然不符合合法發動盤查之要件，屬於違法發動盤查，故根本不具備容許構成要件錯誤之要件，自不發生主張容許構成要件錯誤阻卻犯罪故意之問題。綜上所述，雖無法得知本案法院是如何論證此部分，然刑事訴訟法既採取職權進行主義，則法院未適用容許構成要件錯誤，至少亦可得知法院亦認為葉警員並不符合容許構成要件錯誤之要件。

第四項 不純正瀆職罪

最後，由於葉警員為警察，屬地方自治團體執法人員，故當其成立強制罪時自然必須檢討有無刑法第 134 條不純正瀆職罪之適用。而本案判決在論罪科刑部分亦說明：「審酌葉警員身為警員，係地方自治團體執法人員，本應端正行止、奉公守法，並避免使用不法強制力於無辜人民，竟不思克盡保障人民權利之職責，於值勤時假借職務上機會，對於行止正常之路人，即本案之告訴人，以身體阻擋去處之強暴方式，施以違法盤查，而妨害告訴人行使其行動自由之權利…，係犯刑法第 134 條、第 304 條第 1 項之公務員假借職務上之機會強制罪」。由此可知，本案判決亦維持實務對於不純正瀆職罪之見解，亦即本罪屬於「借罪借刑的雙層式立法」，此罪不僅是單純之法定刑加重，亦是獨立之犯罪類型，故必須檢討有無該當構成要件。而本案葉警員假借盤查之機會，以強暴行為妨害詹女士行使權利，自然該當本罪之構成要件，故葉警員成立公務員假借職務上之機會強制罪。

第二節 逮捕拘禁事實部分

葉警員所犯的第二個罪名，是以大外割阻止詹女士離開並將其逮捕上銬帶回警局之行為，成立公務員假借職務上之機會剝奪他人行動自由罪。

第一項 該當狹義之剝奪他人行動自由罪

本罪之構成要件「行為要素」與強制罪相同，亦為強暴或脅迫，而本案判決認為：「葉警員以詹女士為涉犯妨害公務罪嫌現行犯為由而將其逮捕，堪認葉警員係基於妨害自由之犯意，而對詹女士施以強暴行為」，故關於行為要素之部分，由於葉警員是直接將詹女士上銬帶回警局，確實屬於強暴之行為，且逮捕上銬，即是將詹女士置於自己實力支配之下，已構成以強暴方式妨害詹女士之行動自由權利，故葉警員該當狹義之剝奪他人行動自由構成要件。

然必須說明的是，由於葉警員在制伏詹女士並逮捕上銬的過程中，曾以大外割將詹女士壓制，並造成詹女士有傷害結果，此時即產生是否會另外成立傷害罪之問題。而本案判決認為：「以強暴之方法剝奪人之行動自由時，若無傷害之故意，而

於實施強暴行為之過程中，致被害人受有傷害，乃實施強暴之當然結果，不另論傷害罪。經查，詹女士雖於遭葉警員逮捕過程中受傷，惟葉警員以詹女士為涉犯妨害公務罪嫌現行犯為由而逮捕，堪認葉警員係基於妨害自由之犯意，而對詹女士施以強暴行為，難認葉警員另有傷害之故意，自不另論以傷害犯行。」由此可知，本案法院認為，是否須另行成立傷害罪之關鍵在於行為人是否具有傷害故意，而由於本案葉警員並無傷害之故意，自無須檢討傷害罪。

就結論上而言，本文贊同本案判決不另論傷害罪，惟理由並不在於葉警員有無傷害故意，而是此乃強暴事實部分的當然附隨現象，亦即二者構成吸收關係，而無需對傷害部分予以單獨評價。本案判決之理由似乎是將「主觀構成要件」與「動機」混為一談，亦即葉警員對詹女士施以大外割之是欲剝奪期之行動，而非傷害詹女士，然此為「動機」之問題。在主觀構成要件認定上，當時事發地板即為一般之柏油路，並未鋪有軟墊等防護措施，故葉警員以大外割將詹女士摔在地上時，基本上即預見詹女士有受傷之可能，且並不違背其本意，而具有間接之傷害故意。換言之，傷害罪主觀構成要件所檢討的是有無傷害故意之問題，並非探討動機，故本案法院既認為必須視葉警員是否有「傷害故意」，則應檢討的是主觀構成要件，而非逕以其是出於妨害自由之犯意施以強暴，難認有傷害之故意，此種論述顯然是以「動機」來認定其有無傷害故意，實有誤解犯罪理論中之主觀構成要件問題。

第二項 未依法令逮捕該當剝奪他人行動自由罪

由於刑法第 302 條第 1 項之構成要件必須是「非法」剝奪他人行動自由，故是否該當「非法」，自必須視是否具有阻卻違法事由後始能判斷，亦即「構成要件要素化違法要素」。又由於本罪為繼續犯構成要件，故判斷是否具有阻卻違法事由，必須區分為「基本行為」和「繼續狀態」二部分進行，唯有二部份均具有阻卻違法事由時，整個狹義的「剝奪他人行動自由構成要件該當行為」，方完全不具有違法性。

就葉警員以大外割將詹女士置於自己實力支配之下而剝奪其行動自由的「基本行為」部分，其所聲稱的理由為：「詹女士對葉警員說：『你真的很蠢、你做的事情違反你的工作』，成立刑法第 140 條侮辱公務員罪，故葉警員依刑事訴訟法第 88 條規定將葉女士以現行犯逮捕」。然本案法院認為：「葉警員所為係屬違法攔檢，並已先行觸犯刑法之強制罪，自非依法執行職務」，亦即侮辱公務員罪是以公務員依法執行公務為前提，而葉警員既然為違法盤查，自非依法執行公務。

又本案判決亦認為：「詹女士對葉警員說：『你真的很蠢、你做的事情違反你的工作』等，明顯是為捍衛自己權利並合理評論公務員違法行為之言論，並非意在貶損葉警員個人在社會上所保持之人格及地位，故詹女士之上開言論並無構成刑法第 140 條之妨害公務罪。」，因此，詹女士並無成立侮辱公務員罪，自然即無刑事訴訟法第 88 條之現行犯問題。至於葉警員強行將詹女士帶往警局的「繼續狀態」部分，因繼續狀態部分的阻卻違法判斷，以基本行為具有阻卻違法事由為前提，而葉警員就「基本行為」已具違法性，則其就「繼續狀態」部分不可能具有阻卻違法事由，必當然具有違法性。

綜上所述，葉警員不僅實現狹義的剝奪他人行動自由構成要件，且自始至終非依法律而行之，構成要件要素化違法要素「非法」亦告實現，而具有非法剝奪他人行動自由構成要件該當性及違法性。

第三項 未發生容許錯誤

雖葉警員及其辯護人在審判中亦未在此部分做出容許錯誤與容許構成要件錯誤之抗辯，然原桃園地檢署之不起訴處分認為：「葉警員於詹女士口出『你真的很蠢』一語後，認為其構成侮辱公務員罪嫌之現行犯，而對其使用強制力及柔道技法逮捕及拘禁在派出所之過程中，雖造成詹女士人身自由受到限制，並使其受有上揭傷害，但因葉警員有上開阻卻違法事由之認知錯誤，且在派出所施以戒具即腳鐐係依據『警察機關逮捕現行犯作業程序』之規定而為，故不具犯刑法第 302 條第 1

項妨害自由及刑法第 277 條第 1 項傷害等罪之故意，不構成上開 2 罪。」

是以，檢察官認為葉警員誤認了自己的盤查行為合法，屬於依法執行公務，因此逮捕行為符合阻卻違法事由的規定，發生了誤認事實的容許構成要件錯誤。然而，容許構成要件之要件尚必須是「假設依照行為人所誤想的客觀情狀實際發生時，行為人確實能夠阻卻違法」，而縱使葉警員之誤想為真（葉警員為合法發動盤查），仍會因為罵人很蠢根本不構成侮辱，詹女士並非現行犯而無法構成依法令行為，故實際上根本不存在容許構成要件錯誤。

至於葉警員總使同時提出其發生了以為罵人很蠢即屬於侮辱之誤解法律規定的容許錯誤，與誤以為自己是依法執行公務之誤解事實的容許構成要件錯誤，亦即「雙重錯誤」的情形，然因葉警員實際上根本不存在容許構成要件錯誤，故仍是依照刑法第 16 條處理，而由於刑法為警察之必修課程，自應認葉警員有充分理由可避免。故葉警員並不構成容許構成要件錯誤與容許錯誤。

第四項 不純正瀆職罪

最後法院在此一樣認定：「葉警員身為警員，係地方自治團體執法人員，本應奉公守法，並避免使用不法強制力於無辜人民，竟值勤時假借職務上機會，對於行止正常之路人，即本案之詹女士，以身體阻擋去處之強暴方式，施以違法盤查，並藉口其妨害公務，對其加以違法逮捕，剝奪其之行動自由，成立成立公務員假借職務上之剝奪他人行動自由罪」。

第三節 數罪併罰部分

第一項 法院依照刑法第 50 條第 1 項但書未併合處罰

競合論與刑罰論亦屬刑法適用之環節，若未交代二者，等於並未完全適用刑法。而本案判決最終論知：「葉警員犯公務員假借職務上之機會強制罪，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日；又犯公務員假借職務上之機會剝奪他人行動自由罪，處有期徒刑陸月。就葉警員所犯公務員假借職務上之機會強制罪

之部分諭知易科罰金之折算標準。至於葉警員所犯刑法第 302 條第 1 項之剝奪他人行動自由罪，因加重之結果，其最重本刑為 7 年 6 月之有期徒刑，自與刑法第 41 條第 1 項規定得易科罰金之法定最重本刑 5 年以下有期徒刑之罪不合，爰不論知易科罰金之折算標準，併此敘明。」

由此可知，因葉警員犯公務員假借職務上之機會強制罪，處有期徒刑肆月，是得易科罰金之罪，而公務員假借職務上之機會剝奪他人行動自由罪是不得易科罰金之罪，故法院依照刑法第 50 條第 1 項但書第一款，得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪，法官得不併合處罰之，因而未定執行刑。

然此時即發生一個學說上較少討論，但卻值得注意的問題，因最終准否易科罰金之決定權在於檢察官，而若是檢察官不准受刑人易科罰金時，有無可能產生因未定執行刑而導致更不利被告之情形，故本文以下即從我國相關法律規定開始依序說明，並分析此問題。

第二項 數罪併罰方式

競合指的是好幾個什麼同類的東西同時存在同一個什麼東西之上的意思，先確定有競合，接著才是如何處理這個競合¹⁴¹。而所謂實質競合又稱為數罪併罰，乃是行為複數中的真正競合型態，亦即行為人以數行為，觸犯數罪名，且該數罪均能在同一刑事訴訟程序中接受審判與制度，則該數罪應併合處罰¹⁴²。申言之，行為人所違犯的行為複數，必須係各自獨立的數行為，而觸犯數罪，且這些數罪必須能夠在同一刑事訴訟程序中接受裁判者，始足以構成多數構成要件的實質競合；否則，行為人的行為若非各自獨立的數罪，或雖屬各自獨立的數罪，但不能夠在同一刑事訴訟程序中接受裁判者，則均無由成立實質競合¹⁴³。

而數罪併罰之方式規定在刑法第 51 條，且併合處罰是基於刑事政策之考量，

¹⁴¹ 鄭逸哲，2022 年微刑法（下），瑞興圖書，2022 年 10 月初版，頁 195。

¹⁴² 王皇玉，刑法總則，新學林，2021 年 7 月七版，頁 595。

¹⁴³ 林山田，刑法通論（下冊），元照，2008 年 1 月十版，頁 357。

並非單純地將數罪之法定刑予以累加，而是綜合了執行其一、不執行他刑、限制加重與合併執行等方式，目的在避免累加法定刑造成處罰過重，產生罪責失衡情形。所謂限制加重是指宣告多數有期徒刑者，於各刑中的最長期以上，各刑合併的刑期以下，定期刑罰，但不得逾三十年。例如 A 罪判一年，B 罪判三年，C 罪判五年。則應在九年與五年之間定執行刑¹⁴⁴。

然而，當受刑人其中一罪受六個月以下有期徒刑宣告時，卻因與他罪合併定執行刑而導致皆無法易科罰金，反而使受刑人因數罪併罰而遭受更不利益。因此，刑法第 50 條第 1 項但書規定，「但有下列情形之一者，不在此限：一、得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪。二、得易科罰金之罪與不得易服社會勞動之罪。三、得易服社會勞動之罪與不得易科罰金之罪。四、得易服社會勞動之罪與不得易服社會勞動之罪。前項但書情形，受刑人請求檢察官聲請定應執行刑者，依第五十一條規定定之。」此條文即係為因應此種不利受刑人爭議而來。有了本項但書後，當受刑人所犯數罪宣告刑中，有原得易科罰金之罪的宣告刑，法院即得例外不定執行刑，避免因合併定執行刑，而導致皆不得易科罰金結果。

第三項 執行易科罰金

依照刑法第 41 條 1 項規定，「犯最重本刑為五年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受六月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣一千元、二千元或三千元折算一日，易科罰金。但易科罰金，難收矯正之效或難以維持法秩序者，不在此限。」當法院宣告最重本刑五年以下有期徒刑以下之罪，且受六月以下有期徒刑或拘役之宣告時，原則上得易科罰金，惟例外有難收矯正之效或難以維持秩序者，仍得不准易科罰金。

而所謂難收矯正之效或難以維持治癒者，均屬不確定法律概念，此乃係立法者賦予執行者能依具體個案，考量犯罪特性、情節及受刑人個人之特殊事由，據以審

¹⁴⁴ 林山田，刑法通論（下冊），元照，2008 年 1 月十版，頁 363。

酌應否准予易科罰金，非謂僅因犯罪情節輕微，而應一概予以准許，或犯罪情節重大，即可一概不予准許。是檢察官在判斷是否必須入監服刑或易科罰金時，應就受刑人的犯罪情節、犯後態度、前科紀錄、保護法益、判決時承辦檢察官、法官之認定及判斷等因素作綜合考量，依比例原則詳加審酌，以判斷受刑人是否必須入監服刑才能矯正其反社會性格及維持法律秩序，以符合易科罰金之救濟短期自由刑流弊之意旨¹⁴⁵。

又依照刑事訴訟法第 457 條規定，「**執行裁判由為裁判法院對應之檢察署檢察官指揮之**。但其性質應由法院或審判長、受命法官、受託法官指揮，或有特別規定者，不在此限。因駁回上訴抗告之裁判，或因撤回上訴、抗告而應執行下級法院之裁判者，由上級法院對應之檢察署檢察官指揮之。前二項情形，其卷宗在下級法院者，由下級法院對應之檢察署檢察官指揮執行。」因此，結合上述條文可知，有關易科罰金之執行應交由裁判法院對應之檢察署檢察官指揮之，然須注意，**易科罰金必須由受刑人主動向檢察官聲請，且檢察官仍得不准受刑人易科罰金**。

而若是檢察官否准受刑人易科罰金時，受刑人即得依照刑事訴訟法第 484 條規定向法院聲請異議¹⁴⁶。此時又可分為兩種情形¹⁴⁷，第一種是法院認為有理由時，依照司法院釋字 245 號解釋：「受刑人或其他有異議權人對於檢察官不准易科罰金執行之指揮認為不當，…向諭知科刑裁定之法院聲明異議，法院認為有理由而為撤銷之裁定者，除依裁定意旨得由檢察官重行為適當之斟酌外，如有必要法院自非不得於裁定同時諭知准予易科罰金…」，法院得逕為准予之裁定。

第二種則是法院認為無理由而駁回後，此時即產生可能對於受刑人不利之情形。申言之，刑法第 51 條第 1 項但書原本目的是為了使受刑人不因數罪併罰定執行刑而喪失其中一罪得易科罰金之利益，惟若是最終卻不得易科罰金時，不但失去

¹⁴⁵ 臺灣高等法院 107 年抗字第 1581 號刑事裁定。

¹⁴⁶ 刑事訴訟法第 484 條規定：「受刑人或其法定代理人或配偶以檢察官執行之指揮為不當者，得向諭知該裁判之法院聲明異議。」

¹⁴⁷ 刑事訴訟法第 486 條規定：「法院應就疑義或異議之聲明裁定之。」

易科罰金之利益，反而連定執行刑之利益皆喪失。雪上加霜的是，依照我國目前之法律規定及實務運作，檢察官並無義務在否准受刑人易科罰金時，職權為受刑人聲請定執行刑，故若是無察覺的受刑人，可能就必須面臨比定執行刑更長之徒刑。

然而，依照刑事訴訟法第 2 條第 1 項規定規定：「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意。」，我國檢察官具有強烈的客觀性義務，不但應一律注意於被告有利不利之情形，亦得為被告之利益提起上訴、再審或非常上訴，故檢察官在我國刑事訴訟法上並非單純之一造當事人，而是「法律的守護人」。亦即檢察官不但是刑事訴訟法發現實體真實目的的一貫表現，也是平衡國家與被告實力差距的補償措施¹⁴⁸。

是以，本文以為，基於檢察官之客觀性義務，檢察官應有照料被告、避免被告因與國家實力差距而生不利益之義務，且此義務不僅限於偵查、審判程序中，既然易科罰金之准否是屬於檢察官之職權，則當檢察官否准被告易科罰金後，縱使法無明文，檢察官至少亦應「主動告知受刑人得向法院聲請異議，且異議遭駁回後得請求檢察官向法院聲請定執行刑」，使受刑人受訴訟照料之助力，避免產生對於被告不利之情形，如此方符合我國刑事訴訟法對於檢察官客觀性義務之要求。

第四項 具體適用於本案

總結來說，本案判決依照第 51 條第 1 項但書宣判時，葉警員面臨之情況應有四種情形。第一，其就得易科罰金之罪向檢察官請求易科罰金，而檢察官亦准許，故僅須就不得易科罰金之罪服有期徒刑。第二，其不願享有易科罰金之利益，直接選擇請求檢察官向法院聲請就得易科罰金之罪與不得易科罰金之罪合併定執行刑。第三，其就得期就得易科罰金之罪向檢察官請求易科罰金，惟檢察官否准，然經聲明異議後，法院認定有理由，並逕為准許易科罰金之裁定。第四，其就得易科罰金之罪向檢察官請求易科罰金，惟檢察官否准，且經聲明異議仍遭法院駁回，此時其

¹⁴⁸ 林鈺雄，刑事訴訟法上冊，新學林，2017 年 9 月八版，頁 137。

必須**主動**向檢察官重新請求就二罪聲請法院定執行刑，否則將會因此面臨比定執行刑更長的刑期，惟依照本文之見解，當檢察官否准易科罰金後，**至少應主動告知**葉警員得請求檢察官向法院聲請異議，若異議遭駁回則得請求聲請定執行刑，如此方符合檢察官之客觀性義務。

第六章 結論

若要用一句話來為本篇論文作結，即是：「警察違法盤查案件的刑法適用關鍵在於『阻卻違法事由』的判斷」，故本文最後希望以此句話展開，並對於違法盤查案例之刑法適用總結出一個審查流程及其適用的範例。

當行為人之行為具有構成要件該當性時即推定具有違法性，因此在一般刑法案例中，行為人之阻卻違法事由原則上僅需「例外判斷」，例如沒有發生現在不法侵害的事實，自然就無需檢討刑法第 23 條正當防衛。然在違法盤查案例中，只要警察盤查行為構成刑法上的犯罪構成要件，阻卻違法事由即必須要「經常判斷」，理由在於，若不審查盤查是否「依法令為之」，自然就無法判斷是否為「違法」盤查。換言之，所謂違法盤查案例就是警察盤查過程中發生了疑似違法之事實，故必須檢討其是否具有阻卻違法事由，若有時，則為合法盤查而阻卻違法；若無時，則為違法盤查而須進行完整之刑法適用。而應如何對於違法盤查案例進行完整刑法適用，以下並分四點作為本文之結論與研究成果：

一、警察盤查手段是否具有構成要件該當性

警察違法盤查案例的第一步即檢討警察之行為是否具有構成要件該當性，蓋若盤查行為不該當任何刑法上之構成要件，自然無需進行後續之刑法適用。而藉由本文以上之分析可知，警察違法盤查案涉及構成要件之行為主要可分為兩個部分，第一是警察攔停人民要求出示身分證明文件之行為，若警察以身體力阻擋人民離去，即該當強暴之行為，而縱使警察僅以口頭方式，仍會因人民害怕公權力屈從而該當脅迫，故攔停行為該當刑法第 304 條強制罪之構成要件；第二則是受盤查人民不願配合時，警察將人民帶回勤務所，或因人民抵抗而遭警察以妨害公務現行犯逮捕之行為，皆該當刑法第 302 條第 1 項以強暴方式剝奪他人行動自由之構成要件。而此部分之重點分別在於，個案中警察盤查手段是否該強制罪之行為要素強暴或脅迫，且必須清楚分辨兩者之不同；其次則是當警察剝奪他人行動自由之過程造

成人民受有傷害結果時，是否應另行檢討刑法第 277 條第 1 項傷害罪構成要件。

二、經常性判斷是否具有阻卻違法事由

第二步驟即違法盤查最重要之阻卻違法事由判斷，且無論盤查是否合法皆會進行此步驟，蓋當警察之構成要件該當行為符合警察職權行使法或刑事訴訟法等法律規定時，即得依刑法第 21 條第 1 項依法令行為規定阻卻違法，不成立任何犯罪。然反之，當警察的盤查或逮捕拘禁並非依照法律規定時，即因欠缺阻卻違法事由而該當強制罪、剝奪他人行動自由構成要件，並具備違法性。因此，此步驟之適用關鍵自然在於合法盤查要件之認定，尤其是合理懷疑等不確定法律概念在個案上之具體判斷，此為違法盤查案在刑法適用上最需要進行檢討之所在。

三、是否發生容許構成要件錯誤與容許錯誤

第三步驟是實務上警察違法盤查時之免死金牌，亦即主張容許錯誤或容許構成要件錯誤，而這兩者皆與「阻卻違法事由」具密切關聯，前者是誤解阻卻違法事由之法律要件；後者則是誤認事實上具有阻卻違法事由之客觀情狀。然就容許錯誤而言，警察非且受過盤查之法律訓練，警察職權行使法更應是警察應最熟悉之法律，故自然有充分理由認為警察可以避免，因此不得減輕或免除其刑；至於容許構成要件錯誤，雖是長期以來造成警察違法盤查無須負擔刑責之主因，然之所以如此，是因實務忽略了容許構成要件錯誤的要件，亦即並非任何誤以為客觀上具有阻卻違法事由情狀的情形，皆為容許構成要件錯誤，尚必須「假設行為人所誤想的客觀事實真的發生時，確實能夠阻卻違法」，才符合容許構成要件錯誤之要件。在違法盤查案例中，警察若是「違法發動」盤查，即代表當時客觀上並無得發動盤查之情狀，且由於合法盤查之要件是視發動盤查當下之客觀事實得否產生合理懷疑，而非警察盤查是否成功發現有犯罪嫌疑或犯罪之虞者，故縱使警察違法盤查後確認受盤查人民有犯罪，仍不會改變警察違法發動盤查之事實，因此不符合容許構成要件錯誤之要件。

四、不純正瀆職罪之適用

最後一步驟則是由於警察屬於刑法第 10 條第 2 項第 1 款之身分公務員，故當警察是在違法盤查時犯罪，即屬於藉由職務上之機會犯罪，必須適用刑法第 134 條規定，加重其刑二分之一。且須注意，由於實務見解認為此條文為借罪借刑之規定，屬於獨立之犯罪類型，故在適用上仍須進行構成要件之適用，始可加重其刑，然在審查流程上，仍是在最後一步進行，蓋必須等到行為人先成立其他罪名後（如傷害罪或強制罪），始有適用此條的必要性。

以上四步驟即可作為警察違法盤查案例刑法適用之審查流程及其適用範例，而另外須注意之部分是，由於當警察在違法盤查案中同時成立公務員假借職務上之機會強制罪與公務員假借職務上之機會剝奪他人行動自由罪時，後者因不純正瀆職罪加重其刑二分之一後，會因最重本刑五年以上而變為不得易科罰金之罪，因此將出現刑法第 50 條第 1 項第 1 款之不併合處罰情形，然此時檢察官若否准被告就強制罪部分易科罰金時，將可能導致比原先定執行刑更不利之情形，故檢察官若否准易科罰金時，本文認為檢察官應本於客觀性義務，主動告知被告得向法院聲請異議或請求檢察官聲請定執行刑，以避免發生更不利之結果。

綜上所述，違法盤查案件的刑法適用關鍵為何在於『阻卻違法事由』的判斷，就是因為盤查的手段措施在構成要件的適用上並無太大爭議，真正的核心問題始終在於警察是否「合法盤查」，當警察是合法盤查時，即因依法律行為而阻卻違法；惟當警察為違法盤查時，即會衍生盤查是否符合要件之規定，及後續之容許構成要件錯誤、容許錯誤等等刑法適用問題。

最後本文亦希望再次呼應開頭所述，警察盤查是一種干預人民基本權利之行為，而其正當性就在於必須依照立法者所制定之法律為之，故違法盤查不僅是未遵守法律而「欠缺阻卻違法事由」，同時背後也代表著警察對於手中握有公權力之濫用。而吾人對於每一個個案之警察違法盤查進行刑法適用，除了是對警察違法行為進行歸責外，都是更進一步具體刻劃公權力得介入市民自由的極限範圍判斷，如果無法對於違法盤查依法進行刑法適用，將形同正當化公權力濫用，無意識支持警察

違法盤查，如此不僅喪失刑法保護法益與約束國家濫用公權力之目的，更只能看著警察違法盤查之相似故事不斷重演，此絕非吾人所樂見。故希冀本文之撰擬，能使學者、法律實務工作者，甚至是一般人民皆意識此議題，深知警察不僅不得違法盤查，更應為其違法行為負擔應有之刑責，期許透過所有人的共同努力，遏止警察違法盤查再次發生。

參考文獻

一、專書（依作者姓氏筆畫排序）

1. 王兆鵬，路檢、盤查與人權，元照，2003年3月初版。
2. 王皇玉，刑法總則，新學林，2021年7月七版。
3. 甘添貴，刑法各論(上)，三民，2013年9月三版。
4. 甘添貴，刑法各論(下)，三民，2013年6月二版。
5. 李震山、蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶，警察職權法逐條釋義，五南，2020年9月三版。
6. 林山田，刑法通論（上冊），元照，2008年1月十版。
7. 林山田，刑法通論（下冊），元照，2008年1月十版。
8. 林山田，刑法各論（上冊），元照，2006年11月五版。
9. 林山田，刑法各論（下冊），元照，2006年11月五版。
10. 林東茂，刑法綜覽，一品文化，105年3月八版。
11. 林鈺雄，新刑法總則，元照，2014年9月四版。
12. 林鈺雄，刑事訴訟法上冊，新學林，2017年9月八版。
13. 陳子平，刑法各論（上），元照，2015年9月二版。
14. 陳子平，刑法各論（下），元照，2016年9月初版。
15. 許澤天，刑法總則，新學林，2022年8月初版。
16. 許澤天，刑法分則上冊，新學林，2022年10月二版。
17. 許澤天，刑法分則下冊，新學林，2021年7月，三版。
18. 盧映潔，刑法分則新論，新學林，2022年9月十八版。
19. 鄭逸哲，罪刑法定主義暨罪責原則下的刑法適用方法講義，瑞興圖書，2023年2月初版。
20. 鄭逸哲，構成要件的認識和罪刑法定主義下的刑法適用，瑞興圖書，2022年

10 月初版。

21. 鄭逸哲，構成要件理論與構成要件適用，瑞興圖書，2010 年 5 月二刷。
22. 鄭逸哲，2022 年微刑法（上），瑞興圖書，2022 年 10 月初版。
23. 鄭逸哲，2022 年微刑法（下），瑞興圖書，2022 年 10 月初版。
24. 鄭逸哲，案例類型事實的刑法適用流程，瑞興圖書，2022 年 8 月初版。
25. 鄭逸哲，法理情下的犯罪構造體系認識和其刑法適用路徑全地圖，2022 年 10 月修正再版。
26. 鄭逸哲；劉柏江，法條競合·想像競合·實質競合：刑事法學及其方法，2013 年 1 月初版。
27. 鄭逸哲，法學三段論法下的刑法與刑法基本句型（一）刑法初探，瑞興圖書，2016 年 9 月七版。
28. 鄭逸哲，刑法總則與刑法分則的對話：刑事法學及其方法（三），瑞興圖書，2016 年 9 月四版。
29. 蔡聖偉，刑法案例解析方法論，元照，2021 年 2 月三版。

二、 期刊論文（依作者姓氏筆畫排序）

1. 方文宗，臨檢與搜索界限之探討，台灣法學雜誌，第 415 期，2021 年 5 月。
2. 王兆鵬，從美國法論釋字第五三五號解釋，台灣本土法學雜誌，第 33 期，2002 年 4 月。
3. 王皇玉，侮辱公務員，月旦法學教室，第 78 期，2009 年 4 月。
4. 王皇玉，私行拘禁罪與傷害罪之競合——最高院 102 台上 235 判決，台灣法學雜誌，第 229 期，2013 年 8 月。
5. 王皇玉，強制罪之比較研究，軍法專刊，第 59 卷 5 期，2013 年 10 月。
6. 王皇玉，誤想防衛之成立要件與法律效果——最高法院一〇二年度台上字第三八九五號判決評析，月旦裁判時報，第 40 期，2015 年 10 月。

7. 王劍虹，比較法視野下的盤查制度研究，當代法學，第 22：2 期，2008 年 3 月。
8. 李榮耕，臨檢與搜索—最高法院一〇一年度台上字第七六三號刑事判決，月旦裁判時報，第 20 期，2013 年 4 月。
9. 李震山，從釋字五三五號解釋談警察臨檢的法制與實務，台灣本土法學雜誌，第 33 期，2002 年 4 月。
10. 李震山、蔡庭榕、王兆鵬、侯欽宗、陳瑞仁、林鈺雄、林明鏘，警察臨檢行為法制化，月旦法學雜誌，第 81 期，2002 年 2 月。
11. 林東茂，禁止錯誤的刑法評價，東海大學法學研究，第 52 期，2017 年 8 月。
12. 林鈺雄，刑法總則：第十二講—刑法上之錯誤，月旦法學教室，第 30 期，2005 年 4 月。
13. 林鈺雄，強制罪之整體不法判斷——從彰化台電施工抗爭案的判決談起，月旦法學雜誌，第 232 期，2014 年 9 月。
14. 林裕順，警察臨檢「半推半就」，月旦法學教室，第 148 期，2015 年 2 月。
15. 林裕順，警察臨檢 廣結善緣，月旦法學教室，2017 年 12 月。
16. 洪文玲，論警察對於營業場所之檢察權，警大法學論集，中央警察大學法律學系出版，第 6 期，2001 年 8 月。
17. 郭印山、戴旻諺，「你來，我見，我盤查」—以大數據之犯罪熱點談合理懷疑的要件，司法新聲，第 138 期，2021 年 11 月。
18. 許恒達，妨害行動自由罪的成立界線，月旦法學教室，第 135 期，2014 年 1 月。
19. 許恒達，強制罪的強暴、脅迫行為，月旦法學雜誌，第 327 期，2022 年 8 月。
20. 許恒達，強摘假髮與空車上鎖—強制罪的解釋疑義，台灣法學雜誌，第 265 期，2015 年 2 月。
21. 許恒達，論誤想防衛，中研院法學期刊，第 18 期，2016 年 3 月。

22. 許澤天，免除罪責防衛過當的建構－與誤想防衛的交錯適用，台灣法律人，第 21 期，2023 年 3 月。
23. 許澤天，警察執法時的犯罪－不能說破的國王新衣，台灣法學雜誌，122 期，2009 年 2 月。
24. 陳英淙，攔停拒絕酒測之法律評價－評桃園地方法院 102 年度交字第 293 號行政訴訟判決，軍法專刊，第 61 卷第 4 期，2015 年 8 月。
25. 陳淑雲，警察執行盤查合理懷疑之實務探討，警專學報，第 7；8 期，2022 年 12 月。
26. 陳景發，論盤查之實力行使，中央警察大學法學論集，第 9 期，2004 年 3 月。
27. 彭美英，由刑法阻卻違法之概念論「國家有錯誤特權」，臺北大學法學論叢，第 63 期，2007 年 9 月。
28. 曾淑妤，妨害公務罪之保護客體是「公務員」？還是「公務」？，台灣本土法學雜誌，第 91 期，2007 年 2 月。
29. 楊雲驊，現行犯逮捕，月旦法學教室，第 60 期，2007 年 10 月。
30. 鄭逸哲，什麼是「案件」？，台灣法學雜誌，第 89 期，2006 年 12 月。
31. 鄭逸哲，刑法案例的「案件模組解題法」——「合憲」的刑法適用導論，台灣法學雜誌，第 407 期，2021 年 1 月 14 日。
32. 鄭逸哲，「阻卻構成要件同意」和「構成要件化違法要素」，月旦法學教室，第 53 期，2007 年 3 月。
33. 鄭逸哲，局部阻卻違法，月旦法學教室，第 137 期，2014 年 3 月。
34. 鄭逸哲，「案件單一性」是什麼？，月旦法學教室，第 23 期，2004 年 9 月。
35. 鄭逸哲，「開錯刀」之刑法適用流程，軍法專刊，第 59 卷第 5 期，2013 年 12 月。
36. 鄭逸哲，「構成要件」、「阻卻構成要件該當事由」和「構成要件要素化違法要素」暨三者間在法律適用上的層次判斷關係，軍法專刊，第 54 卷第 3 期，2008

年 6 月。

37. 鄭善印，日本警察盤查權限之研究，中央警察大學法學論集，第 5 期，2000 年 3 月。
38. 蔡庭榕，論警察攔停與檢查之職權行使，中央警察大學法學論集，第 10 期，2005 年 3 月。
39. 蔡聖偉，「容許構成要件錯誤」案型的實例審查，月旦法學教室，第 219 期，2021 年 1 月。
40. 蔡聖偉，公務員詐領加班費的刑法適用問題，台灣法律人，第 12 期，2022 年 6 月。
41. 謝開平，破案心切，月旦法學教室，第 209 期，2019 年 9 月，
42. 薛智仁，禁止錯誤之法律效果—為故意理論辯護，政大法學評論，第 142 期，2015 年 9 月。

三、學位論文（依作者姓氏筆畫排序）

1. 鄭婷文，靜坐與強制罪，國立臺北大學法律學系碩士論文，107 年 7 月。
2. 駱鵬年，打火救災行為之構成要件該當性與阻卻違法事由，國立臺北大學法律學系碩士論文，107 年 6 月。

四、網路相關資源

1. 「見警率」對治安影響的觀察評析，國政論壇，2012 年 10 月 12 日，
<https://www.npf.org.tw/1/11467>。（最後瀏覽日：2023 年 6 月 20 日。）
2. 長得像通緝犯被誤抓！無辜男遭毆傷被上銬怒告員警 2 罪狀，鏡新聞，
<https://www.mnews.tw/story/20220921nm020>，最後瀏覽日 2023 年 6 月 1 日。
3. 李永得事件翻版？音樂女老師路上拒警盤查 被上銬送辦，自由時報，
<https://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/3509111>，最後瀏覽日 2023 年 6 月 1 日。

4. 路上被查證件 客委會主委李永得：北市成警察國家？，
<https://www.chinatimes.com/realtimenews/20170319002905-260407?chdtv>，最
後瀏覽日 2023 年 6 月 1 日。
5. 司法院大法官釋字第 535 號解釋，
<https://cons.judicial.gov.tw/docdata.aspx?fid=100&id=310716>，最後瀏覽日 2023
年 5 月 25 日。
6. 什麼是 M-Police？警察可利用 M-Police 查詢哪些資料？，
[https://www.police.taichung.gov.tw/qingshui/home.jsp?id=61&parentpath=0,5&
mcustomize=faq_view.jsp&dataserno=201712050094&t=FAQ&mserno=20171205
0010](https://www.police.taichung.gov.tw/qingshui/home.jsp?id=61&parentpath=0,5&mcustomize=faq_view.jsp&dataserno=201712050094&t=FAQ&mserno=201712050010)，最後瀏覽日，2023 年 4 月 30 日。
7. 「刀鋒戰士」殺害女友判六年，官司仍未了？，
<https://www.lawtw.com/archives/436999>，最後瀏覽日 2023 年 5 月 24 日。

附錄一 臺灣桃園地方檢察署不起訴處分新聞稿

臺灣桃園地方檢察署新聞稿

發稿日期：110 年 10 月 26 日

發稿單位：臺灣桃園地方檢察署

聯絡人：襄閱主任檢察官趙燕利

中壢分局葉姓警員盤查詹姓女士，因雙方發生衝突而衍生刑事案件，本署檢察官已偵查終結，雙方均為不起訴處分，說明如下：

一、案件事實摘要：

葉警員係桃園市政府警察局中壢分局興國派出所（下稱興國派出所）警員，於今(110)年 4 月 22 日上午 7 時至 9 時執行巡邏轄區內治安要點路段勤務，當日上午 8 時 47 分許，騎乘巡邏機車行經桃園市中壢區新興路○號前，見詹女士獨自行走在路邊，葉警員主觀上認為詹女士形跡可疑遂上前攔檢盤查，要求其提供個人身分資料，但詹女士認為依法無據，拒絕提供。嗣二人幾經溝通、爭執無效後，詹女士對葉警員口出「你真的很蠢」一語，葉警員認其已構成侮辱公務員罪之現行犯，遂加以逮捕，因詹女士抗拒，故對其施以強制力，並以柔道「大外割」方式壓制，造成詹女士受有右側前臂手肘、左側腕部、右側膝部等處擦傷之傷害，最終詹女士被上銬帶回興國派出所接受調查，並上腳鐐，迄同日上午 11 時 50 分許製作警詢筆錄結束，解送至桃園市政府警察局中壢分局及本署應訊。詹女士因而對葉警員提出涉犯刑法第 134 條、第 304 條第 1 項、第 277

條第 1 項及第 302 條第 1 項之公務員假借職務上之機會故意犯強制、傷害、妨害自由等罪嫌之告訴。至於中壢分局則移送詹女士涉犯刑法第 140 條第 1 項侮辱公務員之罪嫌。

二、詹女士不起訴之理由：

中壢分局移送詹女士涉犯刑法第 140 條第 1 項侮辱公務員罪嫌，因該罪構成要件之一必需是公務員「依法」執行職務，葉警員雖主觀上認為係依照警察職權行使法(下稱警職法)第 6 條第 1 項第 1 款、第 7 條第 1 項等規定，合理懷疑詹女士有犯罪嫌疑或有犯罪之虞，而對其攔檢盤查，但偵查中據檢察官會同雙方當庭勘驗葉警員之密錄器檔案後，認為詹女士受盤查之前，神色服儀正常、舉止無異常之

處，客觀上並無任何情狀或事實，足認其已達有犯罪嫌疑或有犯罪之虞之程度，尚不能僅因其出現在治安熱點區域，即可任意攔檢盤查，故葉警員之攔檢盤查行為尚非於法有據，縱使詹女士於偵查中坦承當時有對葉警員口出「你真的很蠢」一語，但因該攔檢盤查不符前揭刑法第 140 條第 1 項公務員需是「依法」執行職務之構成要件，故不構成該條之犯罪。

三、葉警員不起訴之理由：

(1)承上所述，葉警員之攔檢盤查固然於法無據，但其依據詹女士出現在治安熱點區域，又攜帶 2 件行李，面容清瘦等客觀情狀，依其個人執法經驗，主觀上產生詹女士有犯罪嫌疑或為失蹤人口之疑慮，從而上前盤查，應非出於妨害詹女士行動自由之犯罪故意，而係誤認有符合警職法之攔檢盤查情狀發生，此種對於阻卻違法事由之認知錯誤(學理上稱為容許構成要件錯誤)，參酌司法實務見解及學說，由於不具犯罪故意，故不構成刑法第 304 條第 1 項之強制罪，且該罪亦無處罰過失犯之規定。

(2)另葉警員於詹女士口出「你真的很蠢」一語後，認為其構成侮辱公務員罪嫌之現行犯，而對其使用強制力及柔道技法逮捕及拘禁在派出所之過程中，雖造成詹女士人身自由受到限制，並使其受有上揭傷害，但因葉警員有上開阻卻違法事由之認知錯誤，且在派出所施以戒具即腳鐐係依據「警察機關逮捕現行犯作業程序」之規定而為，故不具犯刑法第 302 條第 1 項妨害自由及刑法第 277 條第 1 項傷害等罪之故意，不構成上開 2 罪。且由於詹女士於逮捕過程中，有激烈拒及衝往馬路之危險舉動，故葉警員以柔道技法「大外割」將之壓制在地，避免產生更大之傷害，認未逾必要之程度，無過當之情事，且已盡注意義務，故此部分亦不構成刑法第 284 條前段之過失傷害罪。

附錄二 臺灣桃園地方法院 111 年度矚訴字第 3 號刑事判決

主 文

葉政昱犯公務員假借職務上之機會強制罪，處有期徒刑肆月，如易科罰金，以新臺幣壹仟元折算壹日；又犯公務員假借職務上之機會剝奪他人行動自由罪，處有期徒刑陸月。

事 實

一、葉政昱原擔任桃園市政府警察局中壢分局興國派出所(下稱興國派出所)警員，係依法令服務於地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限之公務員，於民國 110 年 4 月 22 日上午 7 時至 9 時執行勤務，負責巡邏轄區內之治安要點路段。其於 110 年 4 月 22 日上午 8 時 47 分許，騎乘巡邏機車行經桃園市○○區○○路 0 號前，見詹慧玲獨自行走在公共道路的路邊，葉政昱明知詹慧玲並無形跡可疑或其他可懷疑其有犯罪嫌疑之情形，且無符合警察職權行使法第 6 條第 1 項各款可發動臨檢之要件，竟要求詹慧玲告知姓名、身分證字號等資料，並佯稱：「怕妳有沒有被報失蹤」云云，經詹慧玲以葉政昱依法無據為由，拒絕提供上開個人資料，並要求離去後，葉政昱竟假借其執行警察職務之機會，基於強制之犯意，令詹慧玲需配合返回派出所查驗身分，並以身體阻擋詹慧玲之強暴方式(公訴意旨所述葉政昱徒手拉住之方式阻擋，係發生於下述事實欄第二段部分)，阻擋詹慧玲離去，以此方式妨害詹慧玲之行動自由權利。

二、嗣因詹慧玲多次向葉政昱詢問其遭臨檢、盤查之原因及依據，葉政昱均未明確告知合法攔檢、盤查之依據，詹慧玲遂對葉政昱濫行執法過程心有不滿，並評論道：「真的很蠢」、「你做的事情違反你的工作」等語，而葉政昱明知自己係違法攔檢及查證個人資料，並非依法執行職務，詹慧玲所言係合理評論，並無涉犯妨害公務犯行，竟仍假借執行職務之機會，基於剝奪他人行動自由之犯意，以詹慧玲於其依法執行職務時當場侮辱，係犯妨害公務罪嫌之現行犯為由，而進行逮捕，詹慧玲當

下拒絕並加以抵抗，葉政昱為逮捕詹慧玲而發生拉扯，並將詹慧玲摔倒於道路，又將詹慧玲壓制在地，造成詹慧玲受有右側前臂手肘擦傷、左側腕部擦傷、右側膝部擦傷等傷害，嗣葉政昱將詹慧玲逮捕並上銬，於 110 年 4 月 22 日上午 9 時 4 分許，將詹慧玲帶回興國派出所接受調查，以此強暴方式剝奪詹慧玲人身自由。嗣於 110 年 4 月 22 日上午 11 時 17 分許，將詹慧玲解送至桃園市政府警察局中壢分局及臺灣桃園地方檢察署應訊。

三、案經詹慧玲訴由臺灣桃園地方檢察署偵查起訴。

理 由

一、證據能力方面：

按被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，刑事訴訟法第 159 條第 1 項固定有明文。惟按被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前 4 條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據；當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第 159 條第 1 項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意，同法第 159 條之 5 第 1 項、第 2 項亦定有明文。經查，被告葉政昱及辯護人對於本判決下列所引用之供述證據之證據能力，於本院審判中迄言詞辯論終結前均未聲明異議，本院審酌後認上開證據資料製作時之情況，尚無違法不當及證明力明顯過低之瑕疵，亦認為以之作為證據應屬適當，爰依前開規定，認均具有證據能力。又本件認定事實引用之卷內非供述證據，並無證據證明係公務員違背法定程序取得，依刑事訴訟法第 158 條之 4 規定反面解釋，亦均有證據能力，復於本院審理時，提示並告以要旨，使檢察官、被告及辯護人充分表示意見，自得採為判決之基礎。

二、訊據被告坦承有於上開時間、地點盤查告訴人，並將告訴人以妨害公務現行犯逮捕等情(見本院卷第 152 頁以下)，惟矢口否認有何妨害自由罪行，其辯詞與辯護人之辯護意旨略以：1.被告對告訴人乃為依法攔查及臨檢之執行職務之行為，故未

對告訴人為強制行為；2.告訴人對被告合法攔查及臨檢之執行職務行為當場侮辱，被告得依刑事訴訟法第88條第1項、第90條之規定，依法執行職務之員警得對妨害公務執行之現行犯，逕行逮捕，故被告未對告訴人為剝奪他人行動自由之行為；3.被告無涉犯本案強制罪與剝奪他人行動自由罪之主觀犯意云云。然查：

(一)被告有於上開時間、地點盤查告訴人，要求告訴人提供姓名及身分證字號供查詢，並稱：「怕妳有沒有被報失蹤」云云，經詹慧玲以葉政昱依法無據為由，拒絕提供上開個人資料，並要求離去後，被告仍令詹慧玲需配合返回派出所查驗身分，並以身體阻擋阻擋告訴人離去，嗣因告訴人多次向被告詢問遭臨檢、盤查之原因及依據，被告均未明確告知合法攔檢之依據，詹慧玲對被告稱：「真的很蠢」、「你做的事情違反你的工作」等語，被告乃以告訴人係犯妨害公務罪嫌之現行犯為由而進行逮捕，並將告訴人摔倒於道路及壓制在地，造成告訴人受有右側前臂手肘擦傷、左側腕部擦傷、右側膝部擦傷等傷害等情，除有被告前揭供詞外，並經證人即告訴人詹慧玲於偵查中結證屬實(見他字卷第220頁以下、偵續字卷第195頁以下)，並經本院勘驗當庭被告值勤時配戴之密錄器畫面及路口監視器畫面核實(見本院卷第147頁及勘驗附件)。告訴人為被告逮捕後，其行動自由因而受到剝奪等情，並有興國派出所現場監視器錄影光碟1片及興國派出所現場監視器錄影畫面翻拍照片8張附卷可稽(見偵續字卷第263頁以下)，而告訴人因被告之拉扯、摔倒及壓制行為，導致受有前述傷害等情，並有衛生福利部桃園醫院110年4月22日診斷證明書1份在卷可稽(見他字卷第31頁)，此部分事實首堪認定。

(二)被告雖否認犯行並以前詞置辯，然按警察於公共場所或合法進入之場所，得對於下列各款之人查證其身分：一、合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者。二、有事實足認其對已發生之犯罪或即將發生之犯罪知情者。三、有事實足認為防止其本人或他人生命、身體之具體危害，有查證其身分之必要者。四、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。五、滯留於應有停(居)

留許可之處所，而無停（居）留許可者。六、行經指定公共場所、路段及管制站者。前項第六款之指定，以防止犯罪，或處理重大公共安全或社會秩序事件而有必要者為限。其指定應由警察機關主管長官為之；警察依前條規定，為查證人民身分，得採取下列之必要措施：一、攔停人、車、船及其他交通工具。二、詢問姓名、出生年月日、出生地、國籍、住居所及身分證統一編號等。三、令出示身分證明文件。四、若有明顯事實足認其有攜帶足以自殺、自傷或傷害他人生命或身體之物者，得檢查其身體及所攜帶之物，警察職權行使法第 6 條、第 7 條第 1 項分別定有明文。而該法第 6 條第 1 項第 1 款所稱「合理懷疑」，需有客觀之事實作為判斷基礎，而非警察主觀上單純之臆測或第六感，必須是根據當時之事實，警察依據其執法經驗所作合理推論或推理，方可構成「合理懷疑」。依據本院當庭勘驗被告值勤時配戴之密錄器錄影檔案內容，告訴人當時獨自行走在公共道路外側，外表整潔、神色正常，並無濫用毒品後精神異常、泥醉或其他生命、身體將發生具體危害之跡象，亦沒有公然攜帶違禁物、武器、易燃物、爆裂物或顯為贓物之物品或有其他參與犯罪或即將犯罪之徵兆，更無與有上述行為、徵兆之第三人有互動關係，告訴人亦非由犯罪現場步行而出，且被告攔檢告訴人時，告訴人除質疑被告盤查之法律依據外，亦無攻擊、衝撞警察或加速逃逸之行為，難認被告符合警察職權行使法第 6 條第 1 項任一款之發動查證要件。又縱認被告依其擔任轄區員警之經驗，認為案發地點附近有許多旅館、遊藝場所等，故為治安重點區域，常有毒品及相關衍生案件，然告訴人於白日在公共道路上行走，顯與上開有治安疑慮之場所無直接關係，被告僅因告訴人經過上開場所外部，即率然對其發動身分查證，自顯無理由。換言之，倘若一般人僅因行經值勤員警認為常有治安疑慮之旅館、遊藝場所外部，即可構成「合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者」之盤查要件，則一般人都將難逃警方任意盤檢之強制措施，並將使警察職權行使法第 6 條第 1 項第 6 款：「行經指定公共場所、路段及管制站者」、第 2 項：「前項第六款之指定，以防止犯罪，或處理重大公共安全或社會秩序事件而有必要者為限。其指定應由警察機關主管長官為之。」之

嚴格的查證發動要件澈底遭到架空，形同具文。又參之被告供稱：伊當時婉轉向告訴人表示怕告訴人被報失蹤，是因為若直接表明懷疑告訴人是毒品人口，可能會引起人民反感、反抗等語，則客觀上，被告並非對告訴人援引警察職權行使法第 6 條第 1 項任一款之查證依據，則告訴人認為被告盤問其姓名、身分證字號缺乏法律依據，自屬合情合理，告訴人要求直接離開現場去上課，被告自無攔阻告訴人之合理依據，詎被告仍以身體阻擋告訴人離去，並要求其等待支援警力到場並到派出所查驗身分，自己構成以強暴方式妨害告訴人之行動自由權利。

(三)再按「於公務員依法執行職務時，當場侮辱或對於其依法執行之職務公然侮辱者，處一年以下有期徒刑、拘役或十萬元以下罰金。」，刑法第 140 條定有明文。由客觀的文義解釋，該條之構成要件之一，須行為時為該公務員「依法執行職務時」。而「侮辱」係以使人難堪為目的，用言語、文字、圖畫或動作，表示不屑、輕蔑或攻擊之意思，而足以對於個人在社會上所保持之人格及地位，達貶損其評價之程度。本案案發當時，依前述分析之客觀情形，並無使被告發動對告訴人身分查證之要件，被告所為係屬違法攔檢，並已先行觸犯刑法之強制罪，自非「依法執行職務」。而在此事件脈絡發展之下，告訴人於行動自由權利遭到被告不法侵害之時，對被告之違法行為評論道：「真的很蠢」、「你做的事情違反你的工作」等語，自屬於捍衛自己權利並合理評論公務員違法行為之言論，並非意在貶損被告個人在社會上所保持之人格及地位，故告訴人之上開言論並無構成刑法第 140 條之妨害公務罪之虞，被告自無從依據刑事訴訟法第 88 條第 1 項之規定，以現行犯逮捕告訴人，是被告將告訴人壓制在地進而逮捕告訴人，並對告訴人上銬，嗣將告訴人帶返興國派出所，均難認係合法執行職務之行為，無從阻卻其犯罪之故意及違法性。至於被告雖又辯稱告訴人對被告辱罵：「你真的很蠢」後，突然衝至車道中央，被告為免告訴人生命身體之危險與避免現行犯逃脫，採取即時強制之方法，迅速管束告訴人，並旋即降低強度，被告此舉乃為達進行逮捕，以及避免告訴人之人身安全、道路來往之民眾用路安全危害等目的，所使用之手段屬合法執行職務之行為，被告

未有對告訴人為剝奪他人行動自由之行為云云，然經本院勘驗路口監視器畫面之結果(見本院勘驗附件第 29 頁以下)，告訴人於穿越馬路於離去現場之際，雙向均無來車，被告卻追上前去將告訴人摔至馬路內線車道上，並壓制在地，此舉反而造成雙方及其他車輛駕駛人更大的交通事故風險，故被告辯稱其為保護告訴人及用路人交通安全云云，顯屬無稽。

(四) 綜上，本件事證明確，被告犯行洵堪認定，其所辯不足採信，應依法論科。

三、論罪科刑：

(一) 按刑法第 302 條第 1 項之剝奪他人行動自由罪，以私行拘禁或以其他非法方法，剝奪人之行動自由為要件，所謂非法方法，當包括強暴、脅迫、恐嚇等足以剝奪他人行動自由之情事在內。以強暴之方法剝奪人之行動自由時，若無傷害之故意，而於實施強暴行為之過程中，致被害人受有傷害，乃實施強暴之當然結果，不另論傷害罪。經查，告訴人雖於遭被告逮捕過程中受傷，惟被告以告訴人為涉犯妨害公務罪嫌現行犯為由而逮捕告訴人，堪認被告係基於妨害自由之犯意，而對告訴人施以強暴行為，難認被告另有傷害之故意，自不另論以傷害犯行。是核被告就事實一、所為，係犯刑法第 134 條、第 304 條第 1 項之公務員假借職務上之機會強制罪；就事實二、所為，則係犯刑法第 134 條、第 302 條第 1 項之公務員假借職務上之機會剝奪他人行動自由罪嫌。被告上開 2 罪，犯意各別，行為互殊，應予分論併罰。

(二) 爰審酌被告身為警員，係地方自治團體執法人員，本應端正行止、奉公守法，並避免使用不法強制力於無辜人民，竟不思克盡保障人民權利之職責，於值勤時假借職務上機會，對於行止正常之路人，即本案之告訴人，以身體阻擋去處之強暴方式，施以違法盤查，而妨害告訴人行使其行動自由之權利；更有甚者，被告違法攔阻盤查告訴人在先，竟藉口告訴人妨害公務，對告訴人加以違法逮捕，剝奪告訴人之行動自由並造成告訴人身體受有前述傷害，除造成告訴人損失外，並嚴重影響人民對警察之信賴，損害警察形象，所有誠屬不該，且被告犯後未能確實表達其悔意，

無法取得告訴人之諒解或賠償告訴人之損失，犯後態度難謂良好等情，兼衡被告並無刑案前科，堪認素行並非不佳，及其智識程度、生活狀況等一切情狀，就被告 2 次犯行分別量處如主文所示之刑，並就其所犯公務員假借職務上之機會強制罪之部分諭知易科罰金之折算標準。至於被告所犯刑法第 302 條第 1 項之剝奪他人行動自由罪，因加重之結果，其最重本刑為 7 年 6 月之有期徒刑，自與刑法第 41 條第 1 項規定得易科罰金之法定最重本刑 5 年以下有期徒刑之罪不合，爰不論知易科罰金之折算標準，併此敘明。

著作權聲明

論文題目：警察違法盤查逮捕拘禁事實類型之刑法審查流程及其適用
—以臺灣桃園地方法院 111 年度矚訴字第 3 號刑事判決為例

論文頁數：111 頁

系所組別：法律學系碩士班刑事法學組

研究生：彭立賢

指導教授：鄭逸哲博士

畢業年月：民國 112 年 7 月

本論文著作權為彭立賢所有，並受中華民國著作權法保護