

私人逮捕現行犯之客觀前提要件  
——由德國刑事訴訟法第 127 條  
暫時逮捕之規定出發

**The Objective Requirements of  
Citizen's Arrest of Persons in Flagrante Delicto:  
A Comparative Study of the Provisional Arrest  
in the German Code of Criminal Procedure  
(StPO)**

簡士淳

Shih-Chun Chien

**摘 要**

本文將自比較法的觀點，探討私人發動逮捕的意義與實質原因，並論述德國法暫時逮捕制度特有之規範結構與解釋論上之爭論。針對發動現行犯逮捕之客觀前提要件，德國法有非常詳盡的學說討論，因此本文在第一部分的理論探討之後，第二部分擬介紹德國相關的學說與實務判決，供我國之借鏡。於第三部分，本文將對德國學界所提出的各種解釋模式進行分析檢討，從私人逮捕作為阻卻違法事由之特性出發，指出德國學界單一模式全面適用的不當。並在釐清私人逮捕之特殊性與法理根據後，重新界定事中觀點與事後觀點在私人逮捕法制中之運用。經由分析私人逮捕作為緊急權的實質理由與制度功能，本文另主張，私人逮捕尚應受到「在場要求」的限制。最後，將針對本文論述的重點，積極提出我國私人現行犯逮捕法律解釋上應有之方向。

**關鍵詞：**

現行犯逮捕、暫時逮捕、國家強制力獨占、緊急權、誤想逮捕、在場要求

## Abstract

The law of *flagrante delicto* arrest is a common feature of many criminal codes. This law generally allows any private citizen to pursue and arrest a person in *flagrante delicto* without a warrant. Article 88, Paragraph 2 of the Taiwanese Criminal Procedure Code defines a person in *flagrante delicto* as someone discovered in the act of committing an offense or immediately thereafter. Further, Paragraph 3 states that a person is considered to be in *flagrante delicto* when he is pursued by someone who is calling him a criminal (also known as the law of hue and cry). The current criminal justice literature lacks a comprehensive understanding of *flagrante delicto* as a model of arrest. Noticeably missing is a clear explanation of the logical relationship between Paragraph 2 and Paragraph 3. This article aims to review the law of *flagrante delicto* arrest from various perspectives, including: the appropriateness of such legislations; the axiomatic principle of the state's monopoly of the legitimate use of violence; the nature of *flagrante delicto*; and, comparative legal analysis.

**Keywords:**

Flagrante Delicto, Provisional Arrest, State's Monopoly on Violence, Exigent Right, Putative Arrest, Presence Requirement

# 私人逮捕現行犯之客觀前提要件 ——由德國刑事訴訟法第 127 條 暫時逮捕之規定出發

簡士淳\*

## 目次

<b>壹、導論</b>	(四) 證據取得及保全功能
<b>貳、德國法之私人暫時逮捕</b>	(五) 確保將來刑罰之執行
一、暫時逮捕制度概述	(六) 確保刑事訴訟程序之開始與遂行
二、私人之暫時逮捕	四、小結
(一) 德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段的兩種規範類型	<b>參、暫時逮捕之客觀前提要件——逮捕情狀之解釋</b>
(二) 代替國家機關之行為 (Handeln pro magistratu)	一、「犯罪」要素之概念內涵——犯罪與犯罪嫌疑
三、暫時逮捕之規範目的	二、相關學說爭議
(一) 暫時之刑事處罰	(一) 程序法觀點
(二) 逮捕作為正當防衛或緊急避難的手段	(二) 實體法觀點
(三) 確保被害人民法上損害賠償請求權的行使	(三) 混合觀點
	(四) 折衷觀點
	三、對「犯罪」要素之解釋

投稿日期：103.09.11 審稿日期：A. 104.02.17 B. 104.02.24 C. 104.09.23

接受刊登日期：104.12.18

責任校對：楊皓勻

\* 美國柏克萊加州大學法學碩士，美國史丹福大學法學博士候選人，shihchun@stanford.edu (LL.M., Berkeley School of Law, University of California, J.S.D. Candidate, Stanford Law School, shihchun@stanford.edu)。作者感謝匿名審查委員提出之寶貴建議，並已於相關處加以修正或說明。

- (一) 文義解釋方法
- (二) 體系解釋方法之一——第 127 條第 1 項前段在刑事訴訟法中的定位
- (三) 體系解釋方法之二——與刑事訴訟法第 127 條第 2 項之體系關聯
- (四) 刑事政策之考量
- (二) 困境之根源——單一模式的全面適用
- (三) 阻卻違法事由的規範特性——相衝突價值間的最佳衡量
- (四) 逮捕情狀的判定——事中觀點與事後觀點的運用
- (五) 私人發動逮捕之法理依據

四、小結——爾愛其羊，我愛其禮的價值衝突

#### **肆、檢討分析——兼論我國現行犯逮捕制度**

一、對德國暫時逮捕制度之鳥瞰與檢討

- (一) 刑法學界的論證網球賽

二、我國法之私人現行犯逮捕

- (一) 概述
- (二) 適用主體
- (三) 現行犯逮捕之規範目的
- (四) 私人現行犯逮捕法則之建構

#### **伍、結語**

## 壹、導論

即便未獲法院令狀授權，任何人皆得逮捕現行犯，此一現行犯逮捕規定乃基於兩大基本原則，一為犯罪事實及犯罪者皆達明白之程度，即便對之加以逮捕，亦不至於產生錯誤；二為逮捕之時間與犯罪行為發生當時具有密接性，不至於引起濫行逮捕之疑慮，某程度亦緩和了逮捕行為與國家強制力獨占原則之衝突。因而目前各國憲法中，多有明文規定現行犯逮捕之觀念，我國憲法也有相同之規定。

於具體法制設計上，我國刑事訴訟法第 88 條第 1 項規定，現行犯不問何人得逕行逮捕之，私人因此得依法發動現行犯逮捕，而毋庸承擔相關的刑事責任。惟現行法對現行犯逮捕規定簡略，僅在刑事訴訟法第 88 條第 2 項與第 3 項設有現行犯與準現行犯之定義性規定，因此該條文個別要件的解釋適用經常引發爭論，也造成逮捕者無法確切掌握各要件之意涵。按現行犯逮捕屬於對人民基本權利之限制或剝奪，在事前未通知人民，亦未給予嫌疑人辯明機會下，即行發動，實應審慎為之，並受到最嚴格的檢驗；可惜的是，國內學界對於私人現行犯逮捕，尚未有全面且詳盡之學理分析。

在國家訴追原則下，以刑事訴追程序之遂行為目的之強制處分，原則上均應由國家機關為之，此乃基於此類措施可能嚴重干預人民基本權利，且措施之決定與執行，往往涉及對危險之預測決定或不確定法律概念之解釋，而相較於一般私人，國家執法人員具備較為專業之法律知識與經驗，較能有效達成任務。但為了及時追捕犯罪者並避免其逃亡，在國家力量無法立即介入之緊急情狀中，仍得例外容許私人採取急速處分，將犯罪行為人加以逮捕。

刑事訴訟法第 88 條第 1 項並未對適用主體加以限制，該項同時包含了執法人員發動與私人發動兩種類型之現行犯逮捕，此種立法模式近似於德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段；然而，無論是對於個別

條文要素的解釋或比例原則之適用，我國學界均嘗試透過單一模式全面解決所有逮捕型態之爭議，將執法人員與私人所為之逮捕一體適用相同之標準<sup>1</sup>。學界之所以呈現此種解釋傾向，實源自於我國刑事訴訟法之立法體例：自民國 10 年之刑事訴訟條例開始，我國便將執法人員與一般私人之逮捕整合為單一條文，使發動逮捕者不同的特性逐漸遭到忽略<sup>2</sup>。

---

<sup>1</sup> 朱石炎，刑事訴訟法論，頁 90-92，三民書局股份有限公司，2014 年 4 版；林山田，刑法通論（上），頁 358-360，自版，2008 年 10 版；林永謀，刑事訴訟法釋論（上），頁 427-429，三民書局股份有限公司，2010 年；林東茂，刑法綜覽，頁 1-123，一品文化出版社，2015 年 8 版；林俊益，刑事訴訟法概論（上），頁 238-239，新學林出版股份有限公司，2014 年 14 版；林鈺雄，新刑法總則，頁 275-276，元照出版有限公司，2014 年 4 版；吳景芳，現行犯之研究，刑事法雜誌，第 27 卷第 2 期，頁 51-61，1983 年 4 月；黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論（上），頁 139-142，三民書局股份有限公司，2010 年 7 版；黃朝義，刑事訴訟法，頁 184-187，新學林出版股份有限公司，2014 年 4 版；張麗卿，刑法總則理論與運用，頁 215-216，五南圖書出版股份有限公司，2014 年 4 版；楊雲驊，現行犯逮捕，月旦法學教室，第 60 期，頁 20-21，2007 年 10 月；楊雲驊，逮捕現行犯與比例原則，法學講座，第 26 期，頁 78-86，2004 年 3 月；褚劍鴻，刑事訴訟法論，頁 164-167，臺灣商務印書館，2001 年 5 版；蔡墩銘，刑事訴訟法概要，頁 100-101，三民書局股份有限公司，2011 年 10 版。

<sup>2</sup> 刑事訴訟條例第 57 條：

「現行犯仍在犯所者不問何人得不用拘票逕行逮捕之。

犯罪在實施中或實施後即時發覺者為現行犯。

有左列情形之一者以現行犯論：

一 被追呼為犯人者

二 於犯罪發覺後十四日內持有兇器贓物或其他物件可疑為該罪之犯人或於身體衣服等處顯露犯該罪之痕迹者。」

值得一提的是，宣統 2 年，沈家本等人在岡山朝太郎的協助下，所完成之「大清刑事訴訟律草案」，當中針對現行犯的急速處分，依發動主體區分為該管官吏所為之拘攝，及私人所為之逮捕；草案第 195 條規定了由司法員警官或司法員警吏所發動的無票拘攝，而草案第 196 條則規定了由一般私人所為的逮捕，條文如下：

大清刑事訴訟律草案第 195 條：

「檢察官、司法員警官、司法員警吏，當執行職務發現仍在犯所之現行犯，應行左列處分，但得以命令拘攝之被告人為限：

第一 檢察官不給拘票，命司法員警官拘攝被告人；

司法員警官遇有必要情形，親自拘攝之。

而關於現行犯逮捕之規範目的，國內學者多有不同觀點：有認為現行犯逮捕乃在於及時阻止犯罪<sup>3</sup>；亦有主張逮捕現行犯乃是為了保全國家刑事訴追之利益<sup>4</sup>；尚有認為現行犯逮捕應具備多種目的，例如被害人自力救濟、遏止犯罪、刑事訴追程序之遂行、與防免犯罪被害範圍擴大等<sup>5</sup>。

此外，刑事訴訟法第 88 條第 2 項規定：「犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。」該項規定之「犯罪」、「實施」、「即時」、「發覺」等要件應如何解釋，國內學說亦有爭執，尤其針對「犯罪」概念的理解。

首先，刑事訴訟法第 88 條第 2 項所指之「犯罪」，應是涉及刑法規範之違犯，單純違反行政法規者不包括在內<sup>6</sup>。然而，此處之犯罪概念，指涉的究竟是在實體刑法上具備構成要件該當性與違法性<sup>7</sup>，亦或只要根據逮捕當下的判斷，足認為被逮捕者乃犯罪行為人即可，而與法院最終之認定結果無關？採前者見解者，係著眼於私人並不如公務員負有行政法上懲戒責任，故法律自不應廣泛容許私人進行逮捕；且刑事訴訟法既為實現刑法內容之規定，有關犯罪概念的解釋，亦應與刑法相同，因此第 88 條第 2 項所指之犯罪，至少必須具備構成要件該當性

---

第二 司法員警官不給拘票，即行拘攝被告人或命司法員警吏拘攝之；

第三 司法員警吏不待拘票及拘攝之命令，即行拘攝被告人。」

大清刑事訴訟律草案第 196 條：

「現行犯仍在犯所者，雖非該管官吏，亦許逮捕。

逮捕被告人者，應速交付地方以下檢察官、司法員警官或司法員警吏。」

<sup>3</sup> 林鈺雄，刑事訴訟法（上），頁 351-353，元照出版有限公司，2013 年 7 版。

<sup>4</sup> 許澤天，阻卻違法事由——正當防衛與現行犯逮捕，法學講座，第 4 期，頁 94，2002 年 4 月。

<sup>5</sup> 黃朝義，同註 1，頁 185-187；黃朝義，拘提與逮捕，月旦法學教室，第 6 期，頁 124，2003 年 4 月。

<sup>6</sup> 請參見最高法院 44 年台上字第 150 號刑事判例。

<sup>7</sup> 是否要求罪責要素亦有所爭執。

與違法性，如果個案中發生誤認他人為現行犯而加以逮捕，則屬於容許構成要件錯誤（Erlaubnistatbestandsirrtum）之問題<sup>8</sup>。採後者見解者，則強調現行犯逮捕作為阻卻違法事由，與被逮捕人是否確實為犯罪之人的實體問題無關，故只要被捕人於外觀上具備犯罪嫌疑，即為已足，而不以客觀事實上確實有犯罪為必要<sup>9</sup>。

上述不同見解，正好呼應了德國學界的兩大陣營：程序法觀點與實體法觀點。事實上，國內關於私人現行犯逮捕之討論，基本上是承繼了德國刑事訴訟法第 127 條暫時逮捕規定之論述，國內學說多直接援引德國學理，以該等理論作為論證依據。惟本文認為，由於我國與德國立法條文之結構未盡相同，因此應當明確界分我國私人現行犯逮捕與德國私人暫時逮捕之討論，此點在進行比較法分析時，尤其重要；且因國內學者多未進一步說明相關主張的實質論據，這種不附理由的論述模式，導致我國私人現行犯逮捕制度的規範價值基準無法清楚呈現。以下，本文將由德國暫時逮捕之規範出發，詳細論述德國學界對私人暫時逮捕相關議題的討論，並在比較法的基準上，重新建構我國之私人現行犯逮捕法則，並說明我國現行犯與準現行犯逮捕之特殊立法結構。囿於篇幅，本文討論重心是私人所發動之逮捕，至於國家機關發動逮捕之若干問題，則不在本文所處理之範圍。

## 貳、德國法之私人暫時逮捕

### 一、暫時逮捕制度概述

德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段規定<sup>10</sup>，凡是犯罪當場被發

<sup>8</sup> 採此觀點者有：林東茂，同註 1，頁 1-123；吳景芳，同註 1，頁 52；許澤天，同註 4，頁 94-95；張麗卿，同註 1，頁 227-228。

<sup>9</sup> 採此觀點者有：林山田，同註 1，頁 358-360；林鈺雄，同註 1，頁 275-276。

<sup>10</sup> 德國刑事訴訟法 § 127：

(1) Wird jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist, wenn er der Flucht verdächtig ist

覺或被追捕者，當其有脫逃嫌疑或身分無法立即被確認之時，任何人均得將之逮捕，而毋庸經過法官授權。長久以來，第 127 條第 1 項前段暫時逮捕權的規定在德國學界始終具有高度爭議，而本條文的體系定位更加深化這些爭議的複雜度；蓋暫時逮捕之規定雖然在實體法上的性質屬於法定阻卻違法事由，惟條文本身卻規定於刑事訴訟法之中，因此在解釋論及適用論上就產生刑法與刑事訴訟法間之交疊互動，而非僅止於法釋義學或單純的刑法解釋問題。再者，容許任何人皆得逕行發動暫時逮捕之正當性基礎為何，亦是一大爭議，特別是當暫時逮捕乃由一般私人所發動時，該等逮捕行為是否與國家機關所為之逮捕有所差別，由此更進一步涉及私人逮捕之屬性定位，各種要件設計與解釋爭議最終亦會連結到私人逮捕行為的定性。

## 二、私人之暫時逮捕

### (一) 德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段的兩種規範類型

從條文所稱的「任何人」(jemand)可以得知，條文並未針對發動逮捕的主體設有任何限制。立法者之所以允許任何人得無令狀逮捕現行犯，乃因犯罪發生之當下，代表國家之檢察官或警察等人員未必在現場，但有效的刑事訴追又經常必須在法官核發令狀前，即先行逮捕犯罪嫌疑人，因此本條規定私人於符合特定前提下，即使沒有法官之令狀授權亦得進行逮捕。

關於第 127 條第 1 項前段的適用對象，於學說上始終存有爭議。就體系觀察，檢察官與警察本享有第 127 條第 2 項特殊的逮捕權限，

---

oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann, jedermann befugt, ihn auch ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen.

其中譯如下(以下均簡稱為第 127 條第 1 項前段):

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

然而因第 2 項用語為「亦得」(auch dann)，應認該項僅屬立法者對偵查機關之額外授權<sup>11</sup>，而非第 1 項之特別規定，彼此間並不生排斥適用問題。準此，則檢警似得主張自身亦為第 1 項所稱之「任何人」，而援引第 1 項之規定。

對此，學說亦多肯認之。蓋學說認為，第 127 條第 1 項前段的規範結構顯然較第 2 項複雜，私人依據第 1 項前段所享有的暫時逮捕權限，並不會大於檢察官及警察依照第 2 項所享有之權限，故縱使檢警援引第 1 項作為逮捕依據，其行為的公權力特性並不會因此消失<sup>12</sup>，也不會產生架空第 2 項的問題<sup>13</sup>。依此見解，檢察官及警察的逮捕權即包括第 1 項以確保在場為目的之現行犯逮捕 (anwesenheitssichernde amtliche Flagranzfestnahme) 與第 2 項以確保羈押為目的之逮捕 (haftsichernde amtliche Festnahme)<sup>14</sup>。職是之故，第 127 條第 1 項前段其實包含了兩種類型的暫時逮捕，一為國家刑事訴追機關所發動之暫時逮捕，二為一般私人所發動之暫時逮捕。

## (二) 代替國家機關之行為 (Handeln pro magistratu)

第 127 條第 1 項前段在刑事訴訟法中具有特殊地位，蓋刑事訴訟法原則上將刑事訴追之職權授予國家機關，是以偵查乃至於各種干預措施乃由法官、檢察官或其他輔助機關執行。其基本考量在於，干預之授權通常建立在對於危險之預測決定 (Prognoseentscheidung)，往往會導

<sup>11</sup> Bernhard Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2009, Rn. 56.

<sup>12</sup> 關於德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段與第 127 條第 2 項兩者間體系關聯之說明，請見本文後述。

<sup>13</sup> Werner Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008, Rn. 238; Bernhard Kramer, „Jedermann“ nach § 127 Abs. 1 StPO: Staatsanwälte und Polizeibeamte?, MDR 1993, S. 111.

<sup>14</sup> Osnabrück Borchert, Die vorläufige Festnahme nach § 127 StPO, JA 1982, S. 338; Ullrich Schultheis, in: Rolf Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl., 2008, § 127 Rn. 22; Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., 2011, § 127 Rn. 7.

致不確定之權利侵害，需要較高程度的法律知識與專業訓練，方能達到法安定性及法一致性，故原則上僅有國家機關方能實施，此亦為國家強制力獨占（staatliches Gewaltmonopol）的展現<sup>15</sup>。然而在實踐上，於國家機關無法即刻抵達或是不具備干預能力的情況下，透過第 127 條第 1 項前段的授權，私人得以承擔原屬於國家機關負責的事項，代替國家機關採取干預措施，實現刑事訴追此一憲法上之重要任務。

然而，容許私人涉入執法活動，某程度上將使法秩序回到前國家之自然狀態（vorstaatlicher Naturzustand），因此學者多認為，干預的前提與範圍均必須嚴格限縮，故對此等條文進行擴張解釋的難度亦隨之增加<sup>16</sup>；且相較於國家機關所為之逮捕，私人之暫時逮捕僅具有輔助性質<sup>17</sup>。這也說明了現行犯逮捕和正當防衛的區別：正當防衛是當事人自我防衛，而非輔助國家機關履行任務<sup>18</sup>。在此理解基礎上，現行犯逮捕與正當防衛本質屬性既截然不同，在規範模型的建構上也就有極大差異。

### 三、暫時逮捕之規範目的

關於刑事訴訟法第 127 條規範目的為何，學說主要見解如下：

#### （一）暫時之刑事處罰

此說認為，暫時逮捕規範目的在於賦予現行犯立即之惡害。由於犯

---

<sup>15</sup> Meike Tilkorn, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach § 127 Absatz 1 Satz 1 StPO, 2001, S. 46 f.

<sup>16</sup> Helmut Satzger, Das Jedermann-Festnahmerecht nach § 127 I 1 StPO als Rechtfertigungsgrund, Jura 2009, S. 108, 113; Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., 1991, § 16 Rn. 16 ff.; Walter Kargl, Inhalt und Begründung der Festnahmebefugnis nach § 127 I StPO, NSTz 2000, S. 8; Markus Wagner, Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtfertigungsgrund, ZJS 6, 2011, S. 456.

<sup>17</sup> Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 397 ff.; Michael Köhler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997, S. 319 f.

<sup>18</sup> Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 17 Rn. 22.

罪者是在犯罪當場或隨後立即被發現，此種明顯的犯罪行為，不同於行為人罪責仍有疑問的場合，為了確保國家刑罰權實施，不應讓現行犯離開。依此觀點，私人逮捕實有暫時性的國家刑罰特徵<sup>19</sup>。

這種觀點曾在日爾曼時代的現行犯程序（Handhaftverfahren）中出現，按照當時的規定，犯行當場被捕獲者，得以不經通常審判程序及其他證明，而直接由被害人加以殺害，這種殺害權其實就是刑罰權的實施<sup>20</sup>。然而，在當代法秩序的脈絡下，將暫時逮捕認定為暫時之刑事處罰，將嚴重牴觸法治國基本原則：在沒有進行正式的國家司法程序前，不得施加任何刑罰；且德國刑法第 46 條第 1 項亦規定，罪責乃是刑罰施加的前提；因此，將暫時逮捕認定為私人所施加的暫時刑罰，明顯有違該原則，且與無罪推定原則亦有牴觸。

## （二）逮捕作為正當防衛或緊急避難的手段

有認為暫時逮捕具有警察法上的功能，屬於正當防衛或緊急避難的手段。蓋此見解認為，在犯行的未遂階段逮捕現行犯，將能如正當防衛般即時阻止犯罪行為；但在犯行既遂的後階段，因欠缺現在不法之侵害，行為人僅得援引緊急避難之規定<sup>21</sup>。

此說的弊病在於混淆了危險預防與犯罪訴追：刑事訴訟法的干預措施是建立在既存的犯罪嫌疑之上，主要目的在於嗣後的犯罪追訴，因此這些干預手段之授權範圍，並不包括一般性的犯罪預防。換言之，刑事訴訟法原則上並不具備犯罪預防功能，僅在少數的例外情況，容許刑事訴追機關採取同時包含預防性功能之手段，例如依照德國刑事訴訟法第 112 條之 1 第 1 項第 2 款對於有再犯之虞的羈押命令、第 111 條之

---

<sup>19</sup> Tilkorn, a.a.O. (Fn. 15), S. 41.

<sup>20</sup> Jobst Albrecht, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, 1970, S. 20.

<sup>21</sup> Vgl. Tilkorn, a.a.O. (Fn. 15), S. 42.

1 暫時剝奪駕照之許可以及第 81 條之 2 違反被告之意思而予以照相、取得指紋、測量身體或其他類似行為<sup>22</sup>。

學說多認為，第 127 條第 1 項暫時逮捕的規定僅具有單純消極刑事訴追之功能，犯罪預防並非該規定所欲達成之任務<sup>23</sup>，因為暫時逮捕強制處分權發動的前提，是已有犯罪之發生，而犯罪既已發生，利用暫時逮捕的規定來達到預防犯罪發生之目的自屬不可能，即便在個案中確實發生阻止犯罪遂行之效果，亦僅屬逮捕所獲致的附帶結果，而非規範原初設定之目標。

### （三）確保被害人民法上損害賠償請求權的行使

此說缺點在於，第 127 條並未將逮捕主體限制於權利受到侵害之人，故此說並無法解釋何以無利害關係的第三人也被賦予逮捕權限。且若本條規定確在保障民事求償權，則要求「犯罪已經發生」方能發動暫時逮捕，顯然是個立法錯誤，畢竟有時雖尚未至犯罪但民事求償權卻已經發生。因此現行犯逮捕縱使實際上確保了被害人的民事求償權，充其量也僅是附帶功能。

### （四）證據取得及保全功能

有學說從逮捕權之證據效用（Beweisfunktion des Festnahmerechtes）出發，認為暫時逮捕之規定乃以證據取得及保全為目的。採此觀點者經常援引刑事訴訟法第 127 條第 3 項 作為論據<sup>24</sup>，指出告訴乃論之罪即便未有告訴之提出，仍得發動暫時逮捕，由此可間接推論暫時逮捕規定之目的在於證據保全。

<sup>22</sup> Tilkorn, a.a.O. (Fn. 15), S. 43.

<sup>23</sup> Vgl. Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 108.

<sup>24</sup> Klaus Haller/Klaus Conzen, Das Strafverfahren: Eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen, 4. Aufl., 2006, § 8 Rn. 935 ff.; Hans Heiner Kühne, Strafprozesslehre, 4. Aufl., 1993, Rn. 214.

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

### （五）確保將來刑罰之執行

此說從逮捕的刑罰確證功能（Strafsichernde Funktion der Festnahme）出發，認為於犯罪行為實行同時，國家刑罰權亦相應而生，故暫時逮捕得以確保將來刑罰權的遂行<sup>25</sup>。

此種觀點遭受「犯罪嫌疑處理模式」（Verdachtslösung）陣營的反對<sup>26</sup>。「犯罪嫌疑處理模式」的支持者批評，若認為暫時逮捕之規範目的在於確保將來刑罰權之執行，則在僅具備犯罪嫌疑而實際上不存在犯罪的案件中，因自始無國家刑罰權存在，也就欠缺發動暫時逮捕的正當性基礎，如此便與「犯罪嫌疑處理模式」產生內在矛盾。換言之，被逮捕者是否真的實施犯罪行為，往往必須由法院嗣後加以認定，若貫徹此種規範目的，等同於要求逮捕者於逮捕當下確認被逮捕者是否「真的」實施犯罪行為。

除此之外，若認為暫時逮捕之規範目的在於確保將來刑罰權之執行，則暫時逮捕的發動就必須以具備罪責之犯罪行為作為前提，未具備此要件者，由於國家刑罰權並未產生，自不得施以暫時逮捕。這種觀點亦與德國學界多數說相違背，該等學說認為，發動暫時逮捕並不以犯罪行為具備罪責為前提，只要行為人所犯係構成要件合致且沒有阻卻違法

---

<sup>25</sup> Vgl. Tilkorn, a.a.O. (Fn. 15), S. 45.

<sup>26</sup> 此派學者主張，僅以犯罪嫌疑作為發動暫時逮捕的前提要件即可，詳細說明請見本文後述。

事由之不法行為，即得加以逮捕<sup>27</sup>，蓋刑法仍得對無責任能力之人施以保安處分，則對此等人亦有開啟刑事訴追程序之必要。因此，暫時逮捕的目的並非為了確保刑罰權之遂行，而是為了使犯罪嫌疑人得以進入刑事訴訟程序，使得刑事訴追之工作能有效進行。

#### （六）確保刑事訴訟程序之開始與遂行

德國多數學說認為，犯罪發生當時，代表國家的檢察官、警察人員未必在場，國家訴追機關面臨犯罪者隨時可能逃離，或無法確認其身分的急迫情形，因此立法者為確保國家得順利訴追犯罪，才會設立第 127 條第 1 項前段規定，容許任何人均得發動暫時逮捕。

由此可知，確保刑事訴訟程序之遂行應為暫時逮捕制度之立法基準<sup>28</sup>。且此種觀點亦與本條之體系定位相一致，蓋暫時逮捕的規定既然定位在刑事訴訟法，而刑事訴訟法又以確保國家刑事訴追之遂行為目的，因此暫時逮捕之規範目的應在於「確保刑事訴訟程序之開始與遂行」。

#### 四、小結

規範目的能提供法律解釋重要的方向指引，故欲對條文進行闡釋時，首要任務便是確認系爭規範的意義與目的。本文認為，第 127 條第 1 項前段之規範目的，應可從形式目的與實質目的雙方面為理解，析述如下。

就形式而言，第 127 條第 1 項體現了法律保留原則與比例原則等法治國原則。就實質而言，本條規定具有雙重功能：一方面，暫時逮捕規定於刑事訴訟法，基本目的自應在追求刑事訴追之利益；另一方面，

---

<sup>27</sup> Schultheis, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 2.

<sup>28</sup> Vgl. Jescheck/Weigend, a.a.O. (Fn. 17), S. 398; Volker Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 2. Aufl., 2004, Rn. 407; Meyer-Goßner, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 8; Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 108.

暫時逮捕亦屬於刑法上之阻卻違法事由，是立法者在逮捕者所防衛之刑事訴追利益與被逮捕者人身自由法益間所進行的衡量；由此亦可知，暫時逮捕亦具有防止對被逮捕者人身自由造成不必要侵害之考量。簡言之，暫時逮捕的實質功能具有雙重性，包括確保刑事訴追利益及防止對被逮捕者過度侵害。因此，暫時逮捕之規範目的應可分為以下兩類：

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

### 參、暫時逮捕之客觀前提要件 ——逮捕情狀之解釋

「沒有任何法律共同體能放棄利用察覺現行犯之機運」(Keine Rechtsgemeinschaft kann darauf verzichten, den Glücksfall der Beobachtung auf frischer Tat zu nutzen)<sup>29</sup>，這句話精準道出了暫時逮捕制度之法政策目標，在於積極鼓勵私人參與刑事訴追的任務。但也因此，本條始終處於第三人武力自衛權 (Faustrecht) 與公民勇氣 (Zivilcourage) 之間的緊張關係<sup>30</sup>。

若採事後觀點 (ex post)，認為暫時逮捕必須針對「事實上出現的犯罪行為」為之，則任何遭到誤捕之人，對於暫時逮捕均享有正當防衛

<sup>29</sup> Martin Fincke, Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, S. 87.

<sup>30</sup> Jens Bülte, § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO als Eingriffsbefugnis für den Bürger und als Rechtfertigungsgrund, ZStW 121, 2009, S. 377.

權，此種見解將可能造成暫時逮捕制度的空轉，且有違立法者設計此制度的原初構想<sup>31</sup>。但若一律禁止無辜的被逮捕者進行正當防衛，對被逮捕者自由之侵害又未免過苛。

準此，如何在第三人正當防衛權與提倡公民勇氣之間尋求平衡點，乃暫時逮捕制度法政策層面的難題<sup>32</sup>。立法者必須謹慎調控此制度之運作，在積極鼓勵公民捍衛法秩序之餘，亦須避免此制度之濫用。以下，本文將以比較法之觀點，分析德國暫時逮捕制度之細部結構及相關爭議。

### 一、「犯罪」要素之概念內涵——犯罪與犯罪嫌疑

第 127 條第 1 項所稱之「犯罪」，其解釋爭議在於<sup>33</sup>，究應以「事實上從事犯罪」(tatsächlich begangene Straftat)為前提要件，亦或有「重大犯罪嫌疑」(dringender Tatverdacht)即為已足<sup>34</sup>？具體而言，如何解釋第 127 條第 1 項前段中的“Tat”，於條文的實際適用將產生截然不同的結論，特別是當個案中被逮捕者欠缺德國刑法第 11 條第 1 項第

---

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

<sup>32</sup> Kargl, a.a.O. (Fn. 16), S. 8.

<sup>33</sup> 若被逮捕者的行為滿足刑法典中規定的構成要件，且沒有阻卻違法及罪責事由，無論其行為既遂或僅處於可罰之未遂狀態，皆得認為符合第 127 條第 1 項前段意義下的犯罪，此點並無爭議。同樣沒有爭議的，尚有同條第 3 項前段的規定：告訴乃論之罪，即便未為告訴之提出，仍得予以暫時逮捕。此乃基於暫時逮捕發動時，告訴權人通常尚無機會提起告訴，如果因此就不得進行暫時逮捕，恐怕有違告訴乃論罪設計之目的，然而若在個案中顯示告訴之提起乃全然不可能時，例如告訴權人表示不願意提起告訴或已逾告訴期間之限制，在此種確定欠缺訴訟要件的情形，亦應例外否定暫時逮捕的容許性。Vgl. Hans Hilger, in: Volker Erb (Hrsg.), Löwe/Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl., 2007, § 127 Rn. 49; Hans Heiner Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., 2007, Rn. 450; Meyer-Goßner, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 3; Otfried Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., 2005, Rn. 763; Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 109.

<sup>34</sup> Georg Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre, 2009, § 3 Rn. 12; Kramer, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 60.

5 款<sup>35</sup>意義下的違法行為時，是否會影響逮捕行為的合法性，此爭議甚至牽涉到被錯誤逮捕者是否有忍受義務（正當防衛權之存否），以及是否有容許構成要件錯誤之適用問題。對此，早期德國實務見解傾向於採取前者的觀點<sup>36</sup>，爾後一度採取後者的觀點<sup>37</sup>，而晚近實務見解則採取開放的態度<sup>38</sup>。至於德國學界，則大體上發展出兩大觀點，以下將分別介紹之。

在進入此問題的學說討論前，必須先釐清「犯罪」與「犯罪嫌疑」的概念及兩者關係。「犯罪」是實體法之概念，用於評價客觀上所存在之行為，依學者看法<sup>39</sup>，此一概念可再分為狹義之犯罪與廣義之犯罪：前者指的是有責任能力之人，基於故意或過失所為的法益侵害、應受刑罰制裁的不法行為；後者則指具備構成要件合致性及違法性，但不具備有責性的行為，蓋此行為雖非刑罰權發動的對象，但仍為刑法所禁止的行為，而得對其宣告保安處分<sup>40</sup>。

與此相對，「犯罪嫌疑」則是程序法上之概念，用於評價行為是否符合程序發動的前提要件。例如我國刑事訴訟法第 228 條第 1 項規定：「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有『犯罪嫌疑』者，應

---

<sup>35</sup> 德國刑法 § 11:

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

其中譯如下：

「違法行為：僅指實現刑法所規定之構成要件行為。」

<sup>36</sup> OLG Hamm, NJW 1972, S. 1826; OLG Hamm, NJW 1977, S. 590; KG VRS 45 (1973), S. 37.

<sup>37</sup> BGH NJW 1981, S. 745; BayObLGSt 1986, S. 52ff.; OLG Hamm, NJW 1998, S. 370.

<sup>38</sup> BGH GA 1974, S. 177.

<sup>39</sup> 林山田，同註 1，頁 169-171；林東茂，同註 1，頁 1-5~1-6；陳子平，刑法總論，頁 89-93，元照出版有限公司，2008 年 2 版；黃仲夫，刑法精義，頁 46，元照出版有限公司，2012 年 28 版；黃榮堅，基礎刑法學（上），頁 169-170，元照出版有限公司，2012 年 4 版；黃翰義，刑法總則新論，頁 60，元照出版有限公司，2010 年；蔡墩銘，刑法總論，頁 81-83，三民書局股份有限公司，2013 年 10 版。

<sup>40</sup> 吳景芳，同註 1，頁 51。

即開始偵查。」、第 230 條第 2 項規定：「司法警察官知有『犯罪嫌疑』者，應即開始調查……」、第 231 條第 2 項規定：「司法警察知有『犯罪嫌疑者』，應即開始調查……」。而「犯罪嫌疑」本身亦有程度上的區別<sup>41</sup>，簡單的初始嫌疑（Anfangsverdacht）要求有充分的事實依據，亦即經由具體的事證，依照經驗有理由相信存有一個違法且需訴追的犯罪行為；這通常是開啟刑事偵查程序的門檻，單純的臆測尚無法構成簡單的初始嫌疑。於提起公訴時，則要求達到充分之嫌疑（hinreichender Tatverdacht），也就是依據偵查所顯示的結果，被告於審判程序中可能被判有罪時，方可成立<sup>42</sup>。而在限制基本權的強制措施中，則因種類眾多，包含了任意性（例如基於被告自願同意所為的強制處分）與強制性，因此可據以發動的犯罪嫌疑門檻也有所不同<sup>43</sup>。

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

---

<sup>41</sup> Claus Roxin/Bernd Schünemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Aufl., 2009, § 39 Rn. 15 f. 中文文獻請參見：蔡墩銘，犯罪嫌疑之研究，國立臺灣大學法學論叢，第 21 卷第 3 期，頁 66-70，1992 年 8 月。

<sup>42</sup> 請參照我國刑事訴訟法第 251 條第 1 項。

<sup>43</sup> 就一般的身體檢查處分而言，通常僅要求簡單嫌疑（einfacher Verdacht）即可，然而身體檢查處分的種類繁多，容許的干預內容及程度仍必須隨著嫌疑程度改變，例如需要全身麻醉的開刀手術，由於乃嚴重之干預，故至少要有重大犯罪嫌疑（dringender Tatverdacht）；亦即依據當時的偵查情形，有極大的可能將來會被判決有罪者，始得為之。同樣要求達到重大犯罪嫌疑門檻者，還有普通拘提（我國刑事訴訟法第 76 條）、緊急拘提（我國刑事訴訟法第 88 條之 1 第 1 項第 1 款、第 3 款）或羈押（我國刑事訴訟法第 101 條）等重大干預人身自由的強制處分。請參見：林鈺雄，對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分，台灣本土法學雜誌，第 55 期，頁 73，2004 年 2 月。

## 二、相關學說爭議

### (一) 程序法觀點

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

首先，第 127 條第 1 項前段屬於訴訟法的規定，故對於該條文的解釋也應該要回歸訴訟法的脈絡<sup>44</sup>。在訴訟程序中，唯有至程序的最後階段才能確定犯罪事實的存否，因此，幾乎所有的訴訟程序開啟門檻以及偵查程序的強制措施都以嫌疑構成要件（Verdachtstatbestände）為前提，這是邏輯上必然的結論。依照一般的程序基本原則，開啟刑事追訴程序僅以「嫌疑構成要件」為已足，因為在這個階段中，根本沒辦法獲得絕對之確信，故與此相關的基本權干預措施，僅要求以當下可以認識的事實情狀為基礎。因此，當國家為了達成訴追任務而干預被逮捕者的基本權，除了要求逮捕者盡其客觀上一切必要的注意義務之外，就不應再有過苛之要求。

其次，逮捕的合法與否，實不應等到判決確定後才決定，否則將使法律關係長期處於懸而未決的狀態。況且要求私人認識在當下幾乎無法確定的情狀，無異是對私人設下遠高於公務員之標準，光是指出私人不具備偵查經驗，並不足以作為此處門檻大幅提高的支持論據；蓋私人依照第 127 條第 1 項前段發動暫時逮捕，乃是為了刑事訴追之公眾利益而行動，其保障應該比照同條第 2 項執法人員之標準，方為妥適，也就是說只要私人盡到合乎義務之衡量，便得以信賴逮捕當時存在之事態，其行為之合法性即不宜因嗣後法院審判結果而有所動搖<sup>45</sup>。

<sup>44</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), S. 340; Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 109; Ranft, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 765.

<sup>45</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), S. 340; Ranft, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 766.

再者，假如採取實體法觀點，要求存在真正的犯罪行為，恐將導致暫時逮捕制度無法被利用，形成規範空轉，明顯違背立法者創設本條文的目的。立法者創設暫時逮捕制度之理由，無非是在國家機關無法立刻回應或不具備掌控可能性的例外情況，讓私人承擔原則上屬於國家機關所應負責事項。職是之故，如果讓自願承擔國家刑事訴追任務的私人承擔誤捕之風險，既不合理，也有違立法者設計本條文之目的<sup>46</sup>。

最後，程序法觀點也批評實體法觀點乃純屬教科書式的空想：所謂「確切的犯罪事實」通常只會出現在學校案例研習，而不存在於現實刑事訴追的範疇。在刑事訴訟程序中只有所謂「被假定的犯罪事實」，即便是法院判決有罪確定之案件，在逮捕行為發動的當下，案件事實也未必如此明確<sup>47</sup>。

另外，在程序法觀點之下，尚可以分成狹義犯罪嫌疑處理模式(enge Verdachtslösung)與廣義犯罪嫌疑處理模式(weite Verdachtslösung)二者。前者主張合法的暫時性逮捕必須從逮捕當下的觀點，認定存在無可疑之犯罪嫌疑(unzweifelhafter Tatverdacht)，而到達有罪判決的成熟度；後者則認為存在重大犯罪嫌疑為已足。

對此，德國實務界已有判決採納狹義犯罪嫌疑處理模式<sup>48</sup>，該案被逮捕者被控犯下的竊盜罪，雖然最後被判決無罪，但逮捕者仍得主張其逮捕行為符合暫時逮捕之要件而得阻卻違法，蓋法院認為，合法的逮捕係指「依據犯罪發生當下一切可得認識的外在整體情況，在逮捕者得以觀察知覺的部分，本於一般生活經驗，能夠沒有合理懷疑地推論出違法行為的存在」，且在解釋此處「犯罪發生」的要件時，不宜過度嚴格，否則將會過分著重於犯罪嫌疑者的利益，而忽略了第 127 條追求刑事

---

<sup>46</sup> Ranft, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 764.

<sup>47</sup> Vgl. Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 109 f.; Wagner, a.a.O. (Fn. 16), S. 470.

<sup>48</sup> OLG Hamm, NStZ 1998, S. 370.

訴追遂行這個重要目的。

亦有部分德國實務<sup>49</sup>及刑事訴訟法學界的看法<sup>50</sup>採取廣義犯罪嫌疑處理模式，認為只要存在刑事訴訟法第 112 條第 1 項意義下的「重大犯罪嫌疑」，就符合第 127 條第 1 項前段中所謂的犯罪。依照這個觀點，當被告之犯行在未來具備獲致有罪判決的高度可能性（*Verurteilungswahrscheinlichkeit*）時，便肯認有第 127 條第 1 項前段的逮捕權限，相較於上開見解，可謂將要件放得更寬。

## （二）實體法觀點

對比於前述的程序法觀點，德國刑法學界卻廣泛認為<sup>51</sup>，國家機關的認識錯誤特權（*Irrtumsprivileg*）<sup>52</sup>並不適用於沒有實務經驗以及逮捕義務的私人，故對於私人所發動之錯誤逮捕，無辜的被逮捕者應該享有正當防衛的權利<sup>53</sup>。換言之，第 127 條第 1 項前段所謂的行為人，應指被逮捕者的行為至少具有構成要件合致性以及違法性，僅僅存在犯罪嫌疑並不足以證成私人之暫時逮捕行為。此種觀點可以稱為實體法觀點，亦有學者稱為犯罪處理模式（*Tatlösung*），而在實體法觀點中，尚可分為嚴格實體法理論（*Strenge materiell-rechtliche Theorie*）及限制實體法理論（*Eingeschränkte materiell-rechtliche Theorie*）。

<sup>49</sup> BGH NJW 1981, S. 745 f.; OLG Zweibrücken NJW 1981, S. 2016; AG Grevenbroich NJW 2002, S. 1060.

<sup>50</sup> Arzt, a.a.O. (Fn. 31), S. 6 f.; Borchert, a.a.O. (Fn. 14), S. 341 f.; Gerhard Fezer, *Strafprozessrecht*, 2. Aufl., 1995, Fall 5 Rn. 28 f.; Fincke, a.a.O. (Fn. 29), S. 87 ff.; Hilger, a.a.O. (Fn. 33), § 127 Rn. 3; Kühne, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 450; Roxin/Schünemann, a.a.O. (Fn. 41), § 31 Rn. 4; Schultheis, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 9.

<sup>51</sup> Beulke, a.a.O. (Fn. 13), Rn. 235; Jescheck/Weigend, a.a.O. (Fn. 17), S. 397 ff.; Urs Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 2008, § 20 Rn. 5; Krey, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 600 f.; Theodor Lenckner, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, 27. Aufl., 2006, Vorbem §§ 32 ff. Rn. 81, 82; Ranft, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 762 ff.

<sup>52</sup> 請見本文後述。

<sup>53</sup> Vgl. Bülte, a.a.O. (Fn. 30), S. 386 f.

## 1. 嚴格實體法理論

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

首先，從第 127 條第 1 項前段的文義來看，將“Tat”理解為犯罪嫌疑，恐已溢脫文義之最大可能外延<sup>54</sup>。且從本條與第 127 條第 2 項的體系關聯性觀之，也無法推導出程序法觀點的結論：蓋第 127 條第 2 項規定<sup>55</sup>：「如具備發布羈押命令或強制收容命令之條件者，檢察官與警察官員於情事急迫時，亦得為暫時之逮捕。」雖然條文沒有明示「重大犯罪嫌疑」這個要件，然而依據第 112 條之規定，發布羈押命令必須存有重大的犯罪嫌疑，也因此成為第 127 條第 2 項規定的不成文要件。假若將第 127 條第 1 項前段的“Tat”同樣理解為重大犯罪嫌疑，將會使同條第 2 項成為贅文。其次，程序法觀點亦無法解釋為何第 127 條第 2 項要將暫時逮捕的主體限制在檢察官與警察，特別是當第 2 項與第 1 項前段沒有實質的差異時，這種對主體的限制更加難以理解<sup>56</sup>。

再者，即便根據逮捕當下之事實顯示有重大犯罪嫌疑，亦無法推論出私人取得暫時逮捕權限的結論，蓋法秩序不應讓私人在這種情況下取得暫時逮捕權限，任由無辜的第三者忍受他人對其自由權的侵犯。若採取程序法觀點，當逮捕者基於重大犯罪嫌疑而發動逮捕，其行為符合第 127 條第 1 項前段，屬於合法行為；相對來看，對被逮捕者而言，便

---

<sup>54</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), S. 340; Ranft, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 767.

<sup>55</sup> 德國刑事訴訟法 § 127:

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

<sup>56</sup> Krey, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 600 f.

不存在現在不法之侵害，被逮捕者將無法援引德國刑法第 32 條主張正當防衛，此點對於無辜者而言甚為不利<sup>57</sup>。

整體而言，採納實體法觀點的學者認為，只要事實情況存有一絲不明時，任何人均不應貿然採取行動。就此一觀點，有一段經典的論述如下<sup>58</sup>：

「任何人若無法斷定他人確實違犯犯罪，就不應驟然發動逮捕侵害他人自由，而應將所有必要的行動留待國家機關執行<sup>59</sup>。」

實體法觀點呼應了私人與國家機關逮捕權限的差異：私人發動暫時逮捕並非義務，僅為法律所授予之特權；反之，執法人員逮捕有犯罪嫌疑者則為其法定職務，故法律自應提供執法人員更高的保障，此即學者所說的認識錯誤特權<sup>60</sup>。且對一般民眾而言，要求其服從執法人員所為之逮捕並非難以期待，但若要求無辜者服從欠缺公權力外觀的私人暫時逮捕，實際運作上恐非易事，蓋一般民眾在面對他人的逮捕時，直覺上會認定自己受到不法的攻擊，因此亦應容許其進行防衛<sup>61</sup>。

最後，由本質論而言，原則上僅國家機關能夠實施以貫徹刑事訴追為目的之強制手段，此即為國家強制力獨占原則的體現，暫時逮捕制度屬於規範上的例外，而任何國家強制力獨占原則的例外將可能危及法和平性以及法安定性，故本於例外從嚴解釋原則，應當限縮私人暫時逮捕之權限範圍。

---

<sup>57</sup> Kargl, a.a.O. (Fn. 16), S. 11; Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 109 f.

<sup>58</sup> Eberhard Schmidt, Nachträge und Ergänzungen zu Teil II des Lehrkommentar, 1967, § 127 Rn. 8.

<sup>59</sup> “Wer sich nicht sicher sein, dass der andere wirklich eine Straftat verübt habe, solle des anderen Freiheit nicht antasten, sondern alles Erforderliche den staatlichen Behörden überlassen.”

<sup>60</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), S. 340; Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 110; Ranft, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 767.

<sup>61</sup> Ranft, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 768.

## 2. 限制實體法理論

限制實體法理論則主張，暫時逮捕僅以逮捕時客觀上存在構成要件合致且具備違法性之行為即可，行為人是否具有罪責在所不問。此理論之所以對嚴格實體法理論提出修正，主要是基於以下幾點理由：

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

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

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

對此問題，肯定見解認為，雖然對於未滿 14 歲之人無法施以保安處分，然而發動暫時逮捕仍有實益，一方面得以藉此調查行為人背後是

---

<sup>62</sup> Kramer, a.a.O. (Fn. 11), Rn. 60; Kühne, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 449.

<sup>63</sup> Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 108; Harro Otto, Probleme der vorläufigen Festnahme, § 127 StPO, Jura 2003, S. 685.

<sup>64</sup> 請參照德國刑法第 61 條。

否存有間接正犯、教唆犯或幫助犯<sup>65</sup>，另一方面亦得釐清未成年人之法定代理人或監護人身分，並調查法定代理人是否有違反監督義務，或監護人是否善盡教養義務<sup>66</sup>。

與此相對，學界多數說則採取否定見解<sup>67</sup>，認為對未滿 14 歲行為人的處遇，應當透過刑法以外的法律加以規範；既然無法對未滿 14 歲之人開啟刑事訴追程序，發動暫時逮捕，將完全無助於遂行刑事訴追此規範目的。再者，少數見解的理由，乃是為了釐清第三人的責任而進行逮捕，此恐已溢脫暫時逮捕制度之規範目的，且亦對未成年人之基本權利造成不合比例之侵害<sup>68</sup>。簡言之，採取此種觀點的限制實體法理論，進一步區分行為人無罪責之成因，而有不同的判斷結論，認為對非基於年齡因素所造成之無罪責能力者仍得發動暫時逮捕，但對 14 歲以下無罪責能力人，則不可為暫時逮捕。

### （三）混合觀點

混合觀點認為，第 127 條第 1 項前段僅要求客觀構成要件之合致，其他要素如主觀構成要件、阻卻違法事由或罪責之判斷，則只須達到重大嫌疑即可<sup>69</sup>。採取混合觀點的主要理由在於，將逮捕之對象限制在真正的犯罪行為人，原則上乃正確且必要的，然而對於「犯罪」要素的概念定性仍必須顧及逮捕當下典型的情況。某人是否在客觀上實現了犯罪構成要件，通常可以透過外在可見之情狀而觀察得知，因而對於此等要素的存在與否，應當嚴格要求；然而對於其他要素，諸如主觀構成

<sup>65</sup> Kristian Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2008, § 20 Rn. 66 f.

<sup>66</sup> Torsten Verrel, *Kinderdelinquenz-ein strafprozessuales Tabu?*, NSTZ 2001, S. 284.

<sup>67</sup> Hilger, a.a.O. (Fn. 33), § 127 Rn. 3; Ranft, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 772; Roxin, a.a.O. (Fn. 18), § 17 Rn. 26; Schultheis, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 8.

<sup>68</sup> Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 109.

<sup>69</sup> Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 2001, § 6 Rn. 184 f.; Meyer-Göbner, a.a.O. (Fn. 14), § 127 Rn. 4.

要件、行為之違法性或罪責等實無法由逮捕當下之情狀明確獲悉，故只要求客觀上存在重大犯罪嫌疑即可。

#### (四) 折衷觀點

亦有學者採取折衷見解，認為在某程度內要求遭到誤捕者短暫忍受基本權之侵害，並剝奪其行使正當防衛的權利直到證明無罪，仍屬合理<sup>70</sup>，因為從現實的角度來看，若被錯誤逮捕之人進行抵抗，只會加深逮捕者對其犯罪嫌疑的確信。*Roxin* 指出<sup>71</sup>，暫時逮捕制度並非為了私人個別利益而設，而是為了維護國家對被告進行刑事訴追之公共利益，既然私人此時成就了一項公共任務，若要求其擔負過多之風險，實屬不公。只要逮捕者善盡其注意義務，如此逮捕行為將欠缺行為非價，並因此不具備違法性<sup>72</sup>，被逮捕者即便事實上遭到誤捕，由於欠缺現在不法之侵害，也不得進行正當防衛，至多僅能適用刑法第 34 條有關緊急避難的規定，惟此時要通過利益衡平的檢驗。

*Roxin* 本人雖然沒有清楚表示自己所採納的觀點，然而藉由第 127 條第 1 項前段之適用，例外排除行為人之行為非價有一個重要的前提，亦即該行為必須符合暫時逮捕之規範要件。由此可以推知 *Roxin* 的解釋似乎傾向於犯罪嫌疑處理模式<sup>73</sup>。

然而 *Roxin* 尚進一步主張，縱使肯認被逮捕者有正當防衛權，亦應對於防衛手段有所限制，例如被逮捕者應優先向逮捕者澄清自己並非犯罪行為人，而不應先進行抵抗<sup>74</sup>。這個說法其實是藉由社會倫理的要

---

<sup>70</sup> Roxin, a.a.O. (Fn. 18), § 17 Rn. 25.

<sup>71</sup> Roxin/Schünemann, a.a.O. (Fn. 41), § 31 Rn. 4.

<sup>72</sup> 當逮捕者發動逮捕時，通常會實現德國刑法第 229 條過失傷害罪、第 239 條剝奪他人行動自由罪或第 240 條強制罪，因而具備行為非價，但透過第 127 條第 1 項前段的適用將會修正前述初步之結論，使得合乎刑法構成要件之行為例外排除行為非價。

<sup>73</sup> 採此看法者：Bülte, a.a.O. (Fn. 30), S. 396; vgl. Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 110.

<sup>74</sup> Roxin, a.a.O. (Fn. 18), § 17 Rn. 25.

求而限縮正當防衛權行使之空間，惟此仍有一個重要的前提，也就是遭到誤捕者必須僅受到輕微的損害，例如暫時性地拘束人身自由，直到確認其身分或釐清真正犯罪者為止<sup>75</sup>。折衷觀點透過此種解釋模式，某程度減緩了實體法觀點與程序法觀點的對立性。

### 三、對「犯罪」要素之解釋

總結而言，德國學說上對於「犯罪」要素的解釋，發展出四種不同觀點；首先是所謂的實體法觀點，由此模式衍伸出的嚴格實體法理論與限制實體法理論，均要求「事後證實不法行為存在」，方得發動逮捕。程序法觀點下的狹義犯罪嫌疑處理模式與廣義犯罪嫌疑處理模式，則選擇從逮捕當下的角度判斷逮捕行為的合法性，而不問嗣後被逮捕者是否被法院認定有罪。混合觀點與折衷觀點則嘗試在不同的層面上調和程序法觀點與實體法觀點的衝突。在此一學說回顧之基礎上，以下本文將運用法律解釋方法，藉此釐清「犯罪」要素的意義，並對相關處理模式進行評估。

#### （一）文義解釋方法

由於實體法對於「犯罪」概念，並無明確之定義，因此能否從條文文義得出特定之立場，便值得探討。

德國實務見解曾指出，刑事訴訟程序中對基本權有所侵害之措施均應遵守嚴格之法律保留，至少應當嚴守類推適用之禁止<sup>76</sup>。換言之，在解釋相關基本權干預之授權基礎時，應謹守規範之文義界線。文義的界線將成為法官解釋之最大容許外延（*äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation*）標準，而此界線的劃定應從客觀第三人視野的角度出發，也就是以人民的日常語言習慣作為基準。

<sup>75</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), S. 340 f.

<sup>76</sup> NStZ-RR 2007, S. 379.

在此一前提下，本文認為，即便採取程序法觀點，將第 127 條第 1 項前段中的「犯罪」理解成「可能的犯罪行為」，也不會違反前述的法律保留原則，因為此種解釋模式並未逾越文義之最大容許外延。首先，將條文所使用的「犯罪」概念與另一要素「當場」(frisch)的概念整體觀察，就可以發現此處所涉及的，其實係在逮捕當下從客觀第三人之觀點所得到的評價判斷。且條文的用語為“Tat”，這個詞彙依據德文一般語言使用情況觀之，並不僅指與刑事法有關的犯罪不法行為，也是“Handeln”或“Verhalten”的同義詞，亦即乃中性的行為概念。簡言之，以犯罪嫌疑作為對犯罪要件之解釋，仍未溢脫文義之界限。

此外，德國刑事訴訟法其他條文亦有使用「犯罪」用語，例如刑事訴訟法第 114 條第 2 項第 2 款羈押命令之應記載事項<sup>77</sup>、第 260 條判決主文應記載之內容<sup>78</sup>、第 264 條判決之客體<sup>79</sup>以及第 409 條第 1 項第 3 款處刑命令之記載事項<sup>80</sup>。其中第 260 條、第 264 條及第 409 條第 1 項第 3 款使用的「犯罪」概念，指涉的是某個具體的事件或特定的歷史進展過程 (geschichtlicher Vorgang)，在這個進展過程中，某人在某個時間點已經或被假定違犯了犯罪。藉由此種描述，方能夠與其他的歷史進展過程相互區隔，在羈押命令中所記載的犯罪事實也屬於相類似的概念。以上這些規定都有一個共同的特性，亦即「犯罪」要件旨在

---

<sup>77</sup> 德國刑事訴訟法 § 114:

(2) 押票應記載下列事項：

2. 犯罪之嫌疑事實，犯罪日期與地點，犯罪行為之法定要件與其所適用之法條。

<sup>78</sup> 德國刑事訴訟法 § 260:

(4) 判決主文應對被告被諭知有責之行為為法律上之表示。

<sup>79</sup> 德國刑事訴訟法 § 264:

(1) 判決之事實發見以起訴書內所指之犯罪事實，並經審判結果所得者為限。

(2) 法院不受審判開始之裁定所審酌犯罪事實之拘束。

<sup>80</sup> 德國刑事訴訟法 § 409:

(1) 處刑命令記載下列事項：

3. 被告犯罪行為之表明、犯罪之時地與犯罪法定要件之表明。

作為具體化羈押命令、判決或處刑命令的必要性前提，以說明哪一個歷史事件才是這些程序措施的對象，故在解釋這些要素時，應該以法安定性的確保為重心，也就是程序對象的範圍以及內涵至少要清楚明確，藉此形成訴追機關的各種程序行為。

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

## （二）體系解釋方法之一——第 127 條第 1 項前段在刑事訴訟法中的定位

程序法觀點之論證基調乃主張，暫時逮捕制度在刑事訴訟法上的定位是以刑事犯罪之澄清為目的，所以不應該要求以犯罪行為實際存在作為前提要件。換言之，在判斷干預權限的存否時，只須有訴訟上的「明顯性」(Evidenz) 即為已足，也就是所謂的犯罪嫌疑要求。此外，從實體法與訴訟法間的雙重性質 (Doppelnatur) 來看，亦可推導出刑事訴訟法上的容許性與實體法上的違法性之間，不必然要求一致性之評價。

惟第 127 條第 1 項前段卻藉由限制其適用範圍，而部分地放棄了這種「明顯性特徵」，蓋本條設有兩款法定逮捕事由，唯有符合這兩種情形才能發動暫時性逮捕；其一是對被逮捕者身分的確認，其二是防止其逃亡。值得注意的是，這兩種情況都不是為了調查「是否」有犯罪的

進行，而是在查明「誰」是犯罪者。當國家機關著手於調查行為時，通常並無法確定是否真的有實體法上的違法行為存在，然而，透過暫時逮捕制度之規範目的可以得知，需要透過暫時逮捕釐清的是犯罪行為人的身分，而非個別的犯罪情狀，故暫時逮捕乃在釐清「犯罪者嫌疑」（Täterverdacht），而非「犯罪嫌疑」（Tatverdacht）。準此，既然立法者已將暫時逮捕此種調查行為限制在犯罪行為人之身分確認，進一步亦應否定單純以犯罪嫌疑作為干預前提要件的推論。職是之故，從第 127 條第 1 項前段在刑事訴訟法中的定位並無法確切推論出對犯罪要素的解釋究竟應採取實體法之犯罪概念或是訴訟法上之犯罪嫌疑概念。

### （三）體系解釋方法之二——與刑事訴訟法第 127 條第 2 項之體系關聯

德國文獻<sup>81</sup>中有透過第 127 條第 1 項前段與第 2 項的相互比較，而反對將第 1 項前段中的「犯罪」理解成犯罪嫌疑。事實上，這樣的見解就是對第 127 條第 2 項進行反面推論；蓋檢察官與警察除得依第 127 條第 1 項前段進行暫時逮捕外，亦得依同條第 2 項為「具備發布羈押命令或強制收容命令的前提要件且情事急迫」之暫時逮捕。所謂發布羈押命令的前提，是依據德國刑事訴訟法第 112 條之規定，一方面必須存有重大的犯罪嫌疑，另一方面要有同條第 2 項及第 3 項的羈押理由，換言之，第 127 條第 2 項其實就是授予偵查機關有別於第 1 項的特別逮捕權限。然而難以解釋的是，當偵查機關在個案中發現犯罪嫌疑時，依照第 127 條第 2 項的規定，必須額外存在羈押理由方取得暫時逮捕的權限，然而沒有受過專業訓練的人民所執行的逮捕，依照同條第 1 項的規定，卻不要求存在羈押理由，只需被逮捕人具備重大犯罪嫌疑。對此質疑，有兩種可能的回應，其一是執意將這個額外的限

<sup>81</sup> Krey, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 602 f.; Volker Krey, Deutsches Strafverfahrensrecht, Band I, 2006, Rn. 533; Kühl, a.a.O. (Fn. 65), § 9 Rn. 85.

制侷限在國家偵查機關，另一種則是實質上架空這項限制。後者見解乃認為，若個案中欠缺羈押理由時，偵查機關將得轉換為私人的地位（Privatstatus），而發動暫時逮捕，然而此種解釋取徑，將使同條第 2 項羈押理由的限制明顯成為多餘。

上述爭議的根本成因，在於將第 127 條第 1 項前段所謂的「犯罪」（Tat）之解釋，等同於第 112 條中的重大犯罪嫌疑。然而，已有實務見解提出精闢的反對意見，認為不應將兩者等同視之<sup>82</sup>。法院指出，所謂重大犯罪嫌疑之審查標準是要求偵查機關「依據迄今為止的整體調查成果，存在一個高度的可能性」足以認定被告著手於犯罪行為；但是暫時逮捕之授權規範所要求的，應該比上述標準更加嚴格，並非僅存在犯行的「高度可能性」即為已足，更要從客觀第三人的角度出發，觀察具體的事件，對於存在違法的犯罪行為沒有合理的懷疑（vernünftiger Zweifel）。換言之，「第 127 條第 1 項前段所謂的犯罪概念，既非要求存在真正的犯罪者，亦非僅要求重大的犯罪嫌疑<sup>83</sup>」。職是之故，前述學者對於第 127 條第 2 項的批評顯然不成立，因為第 127 條第 1 項前段與第 2 項所要求的嫌疑程度（Verdachtsgrad）並不相同：第 2 項的「重大犯罪嫌疑」對比於第 1 項的「沒有合理懷疑」，顯然更容易實現。

如此以觀，只有對第 127 條第 1 項前段採取廣義犯罪嫌疑處理模式才會面臨第 1 項架空第 2 項體系性解釋之指摘，而若依狹義犯罪嫌疑處理模式，即無此一問題：第 127 條第 2 項仍然是對於檢察官以及警察所為的進一步干預授權，使其享有較人民更廣泛的暫時逮捕權限。於此尚可進一步說明，程序法觀點的犯罪嫌疑處理模式與實體法觀點的犯罪處理模式最大的差異，在於兩者的時間觀點（zeitliche Perspektive）並不相同：犯罪處理模式是從事後的角度分析事實，狹義犯罪嫌疑處理

<sup>82</sup> BayObLG JZ 1987, S. 344 f.; OLG Hamm NStZ 1998, S. 370.

<sup>83</sup> OLG Hamm NStZ 1998, S. 370.

模式則是從事中（ex ante）<sup>84</sup>的角度分析之。

綜上所述，此種體系性衝突似得以作為反駁廣義犯罪嫌疑處理模式之理據<sup>85</sup>，然而，無論是採取犯罪處理模式或程序法觀點中的狹義犯罪嫌疑處理模式皆能避免此種體系衝突，因此仍無法藉此得出「犯罪」概念的確切內容。

#### （四）刑事政策之考量

以下，本文將先舉一例試為說明：

##### 【腳踏車出借案】

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

#### 1. 逮捕者面向之觀察

##### （1）公民勇氣的抹煞？

就逮捕者面向的刑事政策考量，在於立法者藉由暫時逮捕規定授權所有人逮捕現行犯之權限，以積極鼓勵公民勇於介入緊急事件；若過度限制此種權限的容許範圍，讓自發性的逮捕者承擔過高的法律風險，甚或面對被逮捕者突如其來的正當防衛，恐有違立法者之本意，並造成規範空轉<sup>86</sup>。由此以觀，法政策層面的第一個難題在於，人民在決定是否發動現行犯逮捕時，必然會考量相關的風險，特別是自已可能面臨的法

---

<sup>84</sup> 學界多將此翻譯成「事前」觀點，然而究其實質，應係指法院於認定逮捕情狀存在與否時，僅考量一般理性人與逮捕者「逮捕當下」的認知狀態，因此稱之為「事中」觀點應較為精準。詳細說明請參見本文後述。

<sup>85</sup> 然而本文並不認為體系性衝突能真正反駁廣義犯罪嫌疑處理模式，此處涉及批評者論證過程中之「違規」，詳細說明亦請參見本文後述。

<sup>86</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), S. 342; Bülte, a.a.O. (Fn. 30), S. 399; Kargl, a.a.O. (Fn. 16), S. 8.

律責任或被逮捕者可能進行正當性的反擊，假若採取犯罪處理模式的事後觀點，等於是大幅減消了人民的參與意願，此種對公民勇氣的處罰，絕非立法者原初本意。

## (2) 實體法觀點的回應——容許構成要件錯誤

程序法觀點認為第 127 條第 1 項第 1 句所謂的「犯罪」指涉的是犯罪嫌疑，也因此在下存在犯罪嫌疑時，即便嗣後證明犯罪不存在，該逮捕仍屬合法而得阻卻違法。而實體法觀點則認為，「犯罪」在這個理論脈絡中指涉的是至少具有構成要件合致性及違法性的行為，僅有犯罪嫌疑並不足夠，至於積極參與逮捕現行犯的一般私人應如何保護，則透過容許構成要件錯誤理論來處理<sup>87</sup>。

深入觀之，若逮捕者主觀上認為存在犯罪行為而有逮捕的意思存在，惟客觀上並沒有現實的犯罪行為，此時乃逮捕者係對阻卻違法事由之前提事實（逮捕情狀之存在）發生認知上的錯誤，此時即屬容許構成要件錯誤<sup>88</sup>。關於容許構成要件的法律效果，在刑法學界屬於爭議性極

---

<sup>87</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), S. 340; Kühl, a.a.O. (Fn. 65), § 9 Rn. 86; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, § 8 Rn. 155; Ranft, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 767; Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 110; Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau, 38. Aufl., 2008, Rn. 354.

<sup>88</sup> Vgl. Krey, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 697 ff.; Roxin, a.a.O. (Fn. 18), § 14 Rn. 52 ff.; Wessels/Beulke, a.a.O. (Fn. 87), Rn. 467 ff. 中文文獻可參考：王皇玉，刑法總則，頁 251-257，新學林出版股份有限公司，2014 年；林山田，同註 1，頁 438-444；林鈺雄，同註 1，頁 345-346；林東茂，同註 1，頁 1-106；余振華，刑法總論，頁 278-281，三民書局股份有限公司，2013 年 2 版；吳耀宗，此郎非狼，月旦法學教室，第 122 期，頁 27-128，2012 年 12 月；張麗卿，同註 1，頁 281-288；陳子平，正當防衛、誤想防衛與緊急避難，月旦法學教室，第 104 期，頁 99-104，2011 年 6 月；陳子平，同註 39，頁 346-351；陳子平，違法性阻卻事由前提事實錯誤——容許構成要件錯誤，月旦法學教室，第 39 期，頁 24-25，2006 年 1 月；陳志龍，許可性構成要件錯誤——兼論負面構成要件要素理論，國立臺灣大學法學論叢，第 20 卷第 1 期，頁 244-253，1990 年 12 月；郭棋湧，論誤想防衛之違法性，法學叢刊，第 185 期，頁 61-63，2002 年 1 月；黃常仁，刑法總論，頁 100-103，新學林出版股份有限公司，2009 年 2 版；黃榮堅，同註 39，頁 242-247；黃惠婷，正面阻卻

高的議題，歸總而言，可以分為以下五種觀點：故意理論、負面構成要件要素理論、嚴格責任論、限制責任論、限縮法律效果之限制責任論，以下分別說明之<sup>89</sup>：

### 【故意理論】

故意理論是古典犯罪階層體系的產物，認為故意屬於罪責要素，且故意要素除了針對構成犯罪事實具有知與欲外，尚包含行為時的不法意識。無論行為人是誤認客觀事實，還是誤認阻卻違法事實的存在，均屬欠缺故意<sup>90</sup>。也因此，與阻卻違法事由相關的事實認知，亦屬於罪責階層之故意範疇。其理論脈絡下的罪責故意，包含對於犯罪事實以及規範的主觀認知，一旦缺乏其一，行為人即阻卻罪責故意。

### 【負面構成要件要素理論】

此理論主張阻卻違法事由的前提事實情狀，屬於整體不法構成要件的內涵，故阻卻違法事由屬於消極的構成要件要素。換言之，故意的認識範圍包含主觀上認知損害，且同時認知無防衛情狀；而既然行為人必須對於所有的積極構成要件要素有認識，同時也認識欠缺消極構成要件要素，方為出於故意而行為，則若行為人對阻卻違法事由的前提事實發生誤認，則屬於構成要件錯誤，排除構成要件故意<sup>91</sup>。

### 【嚴格責任論】

嚴格責任論認為，行為人若對於阻卻違法事由的前提事實有所誤認，就如同行為人認為自己的行為非法律所禁止的一樣，影響行為人的

---

違法事由錯誤，月旦法學教室，第 76 期，頁 74-87，2009 年 2 月；蔡聖偉，容許事實懷疑，臺北大學法學論叢，第 84 期，頁 1-54，2012 年 12 月。

<sup>89</sup> 以下僅簡要整理誤想逮捕法律效果之各種見解。限於篇幅，本文盡可能在有限的討論範圍內，整理分析相關學說。

<sup>90</sup> Edmund Mezger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1960, S. 120, 178 f.

<sup>91</sup> Roxin, a.a.O. (Fn. 18), § 14 Rn. 70.; 黃榮堅，同註 39，頁 245-246。

不法意識，且不法意識屬於獨立的罪責要素。也就是說，容許構成要件錯誤和禁止錯誤相同，行為人對於構成要件事實沒有誤認，故不得阻卻構成要件故意，但由於行為人誤認阻卻違法事由的前提事實，雖知悉其行為侵害法益，但由於行為人誤以為其行為屬於合法，因此主觀上欠缺不法意識，故應依該錯誤是否可避免，決定是否阻卻或減輕責任。若該錯誤具有正當理由，而屬於不可避免時，行為人不具備罪責；相反的，若屬於可避免的禁止錯誤，則僅得按情節減輕其刑，惟行為人仍具備罪責<sup>92</sup>。

### 【限制責任論】

限制責任論認為，當行為人誤認阻卻違法事由的前提事實，這種情形屬於容許構成要件錯誤，與行為人誤認阻卻違法事由是否存在或範圍大小的容許錯誤並不相同，蓋前者屬於對事實情狀的誤認，後者則是行為人對於阻卻違法事由的法律界限有錯誤認識，或認為法律上存在特定阻卻違法事由，然而事實上純屬行為人的誤認。由此可知，容許構成要件錯誤並非不法意識欠缺的問題，而是對於阻卻違法事由的前提事實發生錯誤認識，屬於事實錯誤而非法律錯誤，應不同於禁止錯誤。

此外，容許構成要件錯誤亦非構成要件錯誤，因為行為人對於構成要件合致之認識並未有誤，僅是對於阻卻違法的前提事實有所誤認。兩者的不同在於，發生構成要件錯誤的行為人並沒有認識到屬於法定構成要件之情狀，無法依照故意之犯行處罰，蓋其並不知道自己侵犯了他人的法益；但發生容許構成要件錯誤之行為人僅誤認阻卻違法的前提事實，行為人其實知道自己以原則上受到禁止的方式侵害了他人的法益。惟限制責任論者認為，容許構成要件錯誤雖非構成要件錯誤，但是兩者

---

<sup>92</sup> Michael Heuchemer, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2005, S. 292 ff. 黃常仁，同註 88，頁 102；陳子平，同註 39，頁 348。

結構類似，應類推適用構成要件錯誤，阻卻構成要件故意。學者主張，由於容許構成要件錯誤屬於事實錯誤，因此必須根據事實錯誤的法律效果處理，根據德國刑法第 16 條第 1 項之規定：「行為人若於犯罪時，不知構成要件該當之事實者，其行為無故意」，換言之，構成要件錯誤的法律效果乃不成立故意犯，僅按具體個案而決定是否成立過失犯。雖該條並非直接規範容許構成要件錯誤，惟學者認為應該類推適用該項法律文字，比照適用，進而排除構成要件故意。此說屬於德國之通說見解<sup>93</sup>。

### 【限縮法律效果之限制責任論】<sup>94</sup>

此理論之核心主張認為容許構成要件錯誤並非欠缺故意，亦非禁止錯誤，而是一種獨立於構成要件錯誤與禁止錯誤的錯誤類型。行為人既然已經認識到行為將導致法益的侵害，便具備構成要件故意，理論上不應反推回去阻卻構成要件故意。而故意在構成要件以及罪責層次有所謂的雙重定位 (Doppelstellung)，行為人對於阻卻違法前提事實有所誤認，並不會排除行為非價與影響構成要件故意，僅於罪責層次上，阻卻故意罪責，蓋基於認識事實錯誤而侵害法益之人，雖主觀上具備侵害法益之意思，進而具備構成要件故意，惟行為人侵害法益之動機，在於保護自己或第三人之利益，主觀上難謂具備積極侵害法益之動機，從期待可能性的角度觀之，其可非難性低於故意積極侵害法益之行為人，因此其結論就是欠缺故意罪責非難 (Vorsatzschuldvorwurf)，而不成立故意既遂

---

<sup>93</sup> Roxin, a.a.O. (Fn. 18), § 14 Rn. 64; Kühl, a.a.O. (Fn. 65), § 13 Rn. 73; Bernd Schünemann/Luis Greco, Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem, Oder: Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik?, GA 2006, S. 777, 778 ff.

<sup>94</sup> 此為我國通說見解。請參見：王皇玉，同註 88，頁 253-254；林山田，同註 1，頁 441-442；林鈺雄，同註 1，頁 350-352；張麗卿，同註 1，頁 282；林東茂，同註 1，頁 1-283～1-288；黃惠婷，同註 88，頁 78-80。反對意見請參考：陳子平，同註 39，頁 350。

罪<sup>95</sup>。本說雖認為行為人應以過失處罰，但並不因此否認行為人之故意不法。

### (3) 選擇立場之必要性

採取實體法觀點的學者所面臨最大批評在於，若將「犯罪」概念解釋成具備構成要件合致性以及違法性的行為，對於逮捕者而言風險過大，但支持者則提出回應，認為只要透過錯誤規則中的容許構成要件錯誤，就可以做出合理的風險分配，而不至於影響民眾參與逮捕的意願。

就上述五種學說，採取嚴格責任論者認為，只有在誤認阻卻違法前提事實屬於有正當理由而不可避免時，方認為行為人不具備罪責；其他四種學說在結論上均認為於容許構成要件錯誤時，行為人不成立故意既遂罪，至多考慮是否成立過失犯。就此而言，於學理的討論上似乎沒有必要說明何種理論較值得採取；換言之，如果不同學說對於個案的處理均導致相同的結論，這個爭議就只有單純的學理價值，而並無在實務案例處理上表態的必要。

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

其次，雖然在個案中仍需考慮行為人是否成立過失犯，然而學者認

---

<sup>95</sup> Vgl. Jescheck/Weigend, a.a.O. (Fn. 17), S. 464 ff.; Wessels/Beulke, a.a.O. (Fn. 87), Rn. 479; Thomas Hillenkamp, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2006, S. 59.

為就此而言意義並不大，因為過失妨害行動自由或過失強制，刑法典自始便不加以處罰。唯一剩下的微量風險，就是當逮捕者違反注意義務而進行逮捕，並且在逮捕的過程中造成被逮捕者身體的輕傷，才有可能依照德國刑法第 229 條過失傷害罪加以處罰<sup>96</sup>；相反的，若逮捕者已善盡注意義務而仍舊誤認被逮捕者屬於犯罪行為人，逮捕者便無須負擔過失責任。更有學者指出，此種處理方式在結論上，與程序法觀點所採取的客觀事中判斷標準將不會有實質上的差異，蓋根據事中判斷存有犯罪嫌疑時，必然會同時排除過失歸責；反之若認定逮捕者具備過失時，亦不會符合程序法觀點所要求之標準<sup>97</sup>。職是之故，甚至有學者大膽主張，實體法觀點與程序法觀點乃無用之爭執，對於逮捕者行為之可罰性問題而言，真正重要的反而是個案事實情狀的認定<sup>98</sup>。

對此推論，本文則有不同意見。蓋本文認為，犯罪處理模式的支持者所援用的錯誤規則並無法完全免除逮捕者所面臨的風險，且有關「犯罪」概念的解釋與被逮捕者正當防衛權的互動關係中，兩種爭議仍舊具備實踐上的價值<sup>99</sup>。以下將試述之。

本文認為，上述五種學說的不同觀點還是會影響遭到誤捕者之正當防衛權行使：依照【故意理論】，逮捕者誤認逮捕事實情狀，欠缺不法意識，不具備故意，阻卻故意責任，然而逮捕者仍舊具備不法，所以非犯罪行為人之被逮捕人得以主張正當防衛。【負面構成要件要素理論】則認為當行為人誤認逮捕情狀，由於行為人主觀上仍具備逮捕意思，主觀不法要件不合致，直接排除不法故意，此時遭到誤捕者便不得對其主

---

<sup>96</sup> Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 110.

<sup>97</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), S. 340.

<sup>98</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), S. 341.

<sup>99</sup> 事實上，*Bülte* 早已精準地觀察到此問題，其認為實體法觀點所援引的錯誤規則，並無法保障逮捕者免於遭受誤捕者透過正當防衛正當化之反擊行為，可惜並未進一步說明背後的理由。請參見：*Bülte*, a.a.O. (Fn. 30), S. 399.

張正當防衛。【嚴格責任論】則認為逮捕者欠缺不法意識，視其錯誤可否避免決定是否阻卻或減輕責任，換言之，逮捕者的行為仍舊具備不法，遭到誤捕者得以主張正當防衛。【限制責任論】在法律效果上類推同屬於事實錯誤的構成要件錯誤，阻卻構成要件故意，依此遭到誤捕者便不得主張正當防衛<sup>100</sup>。最後【限縮法律效果之限制責任論】則認為逮捕者欠缺故意罪責，惟逮捕者仍舊具備構成要件故意，且因為客觀上沒有逮捕情狀，不能阻卻違法，不法已經完全合致，只是在罪責層次上阻卻故意責任非難；依此，遭到誤捕者仍得以主張正當防衛。

綜上所述，採取【故意理論】、【負面構成要件要素理論】以及【限制責任論】這三種立場者，會否定遭到誤捕者得行使正當防衛之可能，然而若採取【嚴格責任論】以及【限縮法律效果之限制責任論】便會認為被逮捕者得以主張正當防衛權<sup>101</sup>。由此可見，單純依照錯誤規則中的容許構成要件錯誤處理「犯罪」要素爭議的實體法觀點，將會面臨理論上的衍生難題。事實上，目前刑法學界對於容許構成要件錯誤法律效果爭議的兩大主要陣營，分別採取的是【限制責任論】以及【限縮法律效果之限制責任論】，而這兩種理論對於被逮捕者是否擁有正當防衛權的問題，又正好有截然不同的回應，故採取實體法觀點的學者，實必須對此爭議有所回應。

也就是說，在逮捕者所面臨的刑事責任問題上，實體法觀點雖已成功回應了程序法觀點所提出的攻擊，然而程序法觀點卻馬上展開新一波的攻擊，這次雙方的戰場轉移到無辜者之正當防衛權問題。

---

<sup>100</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), S. 340.

<sup>101</sup> 本文認為，*Bülte* 正是在這樣的基礎上，得出錯誤規則無法保障逮捕者免於正當反擊行為之結論。

## 2. 被逮捕者面向之觀察

### (1) 「犯罪」概念的解釋與被逮捕人正當防衛權的互動關係

與遭到誤捕者之正當防衛權相關的爭議在於，當個案中逮捕者僅基於重大犯罪嫌疑而發動逮捕，根據實體法觀點<sup>102</sup>，遭到誤捕者就擁有正當防衛權；反之若採取程序法觀點的立場，既然逮捕是合法的，被逮捕者縱然遭到誤捕，亦有忍受的義務而無法主張正當防衛<sup>103</sup>。再以【腳踏車出借案】為例，甲的行為根本不成立任何犯罪，蓋腳踏車所有人乙對於甲破壞腳踏車的行為已經在事前予以同意，屬於阻卻違法的承諾，而對於甲利用腳踏車的行為，乙的允諾則屬於阻卻構成要件的同意。但由於客觀上甲有重大犯罪嫌疑，依照程序法觀點，甲仍有忍受丙逮捕的義務，而不得主張正當防衛；但於實體法觀點上，甲得對丙之逮捕行為行使正當防衛。

由此可發現，實體法觀點所遭遇的批評在於，若遭到誤捕者得以對發動逮捕之私人主張正當防衛，對於已經善盡事前注意義務的逮捕者而言，毋寧必須面臨極大的風險，蓋正當防衛容許的防衛手段極為廣泛，甚至包括在必要情形下擊殺不法之攻擊者，此種後果絕對會讓公民加入逮捕行動的意願驟減。

### (2) 正當防衛權的限制

但支持實體法觀點的學者也強調，私人所適用的暫時逮捕法則在設計上越為寬鬆，無辜之人就必須忍受更多的侵害，且因逮捕者的行為具備阻卻違法事由，無辜的被逮捕者甚至無法主張正當防衛；故考量到逮捕行為可能對被逮捕者的利益產生影響，在沒有國家刑事訴追機關介入之單純私人逮捕場合，一律排除遭到誤捕者之正當防衛權乃是不可接受

<sup>102</sup> 前提是對容許構成要件錯誤採取【限縮法律效果之限制責任論】的立場。

<sup>103</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), S. 340.

的<sup>104</sup>。就此，可再進一步從私人與國家機關之差異出發，證立差別對待的正當性。

私人逮捕與國家機關逮捕的差異，主要可分成「經驗上的論據」與「規範上的論據」。經驗上的論據乃是基於經驗上的觀察，認為私人既未受到專業的執法訓練，無論在理解法律、認定事實或執行上都更可能產生誤判，易招致濫用之危險；而規範上的論據則涉及到逮捕義務，認為從第 127 條第 1 項前段此種授權基礎，無法導出私人的逮捕義務，相對而言國家機關之執法人員則有發動逮捕的義務<sup>105</sup>。

針對上述實體法觀點的犯罪處理模式陣營所提出的反擊，犯罪嫌疑處理模式的支持者則指出，所謂「經驗上的論據」與「規範上的論據」根本不足以成為支撐犯罪處理模式的理據。就經驗上的論據部分，儘管執法人員受過專業執法訓練，其知覺判斷能力理當較一般私人敏銳，但在逮捕當下亦不免如同私人般有誤認事實情狀甚或為達績效而濫權之可能，在此種情況下便無法解釋何以無辜的被逮捕者不得對執法人員主張正當防衛，而對其他人卻得以行使正當防衛<sup>106</sup>。而所謂規範上的論據亦有問題，蓋欠缺逮捕義務並無法立即推導出犯罪處理模式的解決方式，畢竟從私人與國家執法人員是否具備逮捕義務的差異，至多僅能證成差別對待的合理性，然而差別對待的方法卻未必僅能採納實體法觀點的犯罪處理模式，只要認為第 127 條第 1 項前段發動暫時逮捕的嫌疑門檻，必須高於同條第 2 項國家機關逮捕，即能符合差別對待的要求<sup>107</sup>。

---

<sup>104</sup> Kargl, a.a.O. (Fn. 16), S. 11; Kühn, a.a.O. (Fn. 65), § 9 Rn. 85.

<sup>105</sup> Beulke, a.a.O. (Fn. 13), Rn. 235; Bülte, a.a.O. (Fn. 30), S. 379; Krey, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 543; Kühn, a.a.O. (Fn. 65), § 9 Rn. 86; Ranft, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 768; Gernot Wiedenbrüg, Nochmals: Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, S. 418 ff.

<sup>106</sup> Kargl, a.a.O. (Fn. 16), S. 12.

<sup>107</sup> Bülte, a.a.O. (Fn. 30), S. 398.

退步言之，即便認為無辜者得以主張正當防衛，亦不代表防衛權完全不受限制，蓋按照錯誤規則中容許構成要件錯誤的處理模式，發動逮捕之私人至少不具備罪責，而按照德國通說，正當防衛之社會倫理的限制（*sozialethische Einschränkung*）並不侷限在兒童或重度精神障礙之攻擊者<sup>108</sup>，尚且包括誤認阻卻違法事由前提事實的攻擊者<sup>109</sup>，透過社會倫理限制的操作，將使得無辜者所得主張之防衛行為縮減至一定程度，最後亦與犯罪嫌疑處理模式並無不同；遭到誤捕者必須先澄清自己的犯罪嫌疑，特別是當自己造成此種嫌疑情狀時，更有義務加以澄清，此乃優先迴避攻擊之要求，而非立即採取反擊。其次，縱被誤捕者無法澄清自己的犯罪嫌疑時，亦應先進行保護性防衛（*Schutzwehr*），攻擊性防衛（*Trutzwehr*）僅能在最後不得已之情況下方得為之<sup>110</sup>。畢竟，當私人發動暫時逮捕時，遭到誤捕者僅受到短暫的人身自由拘束，若認為無辜者得以進行全面性的反擊，將屬顯失比例，故在通常的情況下被逮捕者必須忍受對其人身自由的暫時性拘束，直到確認身分或釐清真正犯罪行為人為止。對此，德國學者 *Roxin* 所提出的折衷觀點，基本立場就是主張實體法與程序法兩種觀點對被逮捕者正當防衛之問題所導致的結果完全相同，因而沒有實際區分之必要<sup>111</sup>。

### （3）限制之界限

總結而言，關於「犯罪」概念的解釋與被逮捕者正當防衛權的互動關係，實體法觀點係嘗試透過私人逮捕與國家執法人員逮捕性質上的差異，說明私人逮捕者並不具備認識錯誤的特權<sup>112</sup>。而支持程序法觀點的學者則指出，實體法觀點所捍衛的正當防衛權在透過社會倫理的限制

<sup>108</sup> Kühl, a.a.O. (Fn. 65), § 8 Rn. 192 ff.; Lenckner, a.a.O. (Fn. 51), § 32 Rn. 52.

<sup>109</sup> Krey, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 491; Roxin, a.a.O. (Fn. 18), § 15 Rn. 57.

<sup>110</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), S. 340.

<sup>111</sup> Roxin, a.a.O. (Fn. 18), § 17 Rn. 25.

<sup>112</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), S. 340; Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 110; Ranft, a.a.O. (Fn. 33), Rn. 767.

後，遭到誤捕者得以行使的防衛行為幾乎縮減至零，實質上並未產生差別。

惟本文認為，程序法觀點提出的回應並不具有說服力。蓋縱使承認正當防衛之社會倫理限制的正當性，且認為針對無罪責者之防衛屬於該等限制之具體類型<sup>113</sup>，該等限制亦有一定的前提要求；首先，不法之攻擊者必須在外觀上明顯可判斷為陷於錯誤或無責任能力，若外觀上並非明顯可知，在此等不確定的狀態下，受攻擊者自毋庸承擔高風險而被迫進行消極性的防衛<sup>114</sup>。在私人發動逮捕的情況中，遭到誤捕者通常無法察知逮捕者陷於錯誤，反而會認為自己遭到他人的襲擊。

其次，禁止防衛者進行攻擊性防衛，亦以存在躲避可能或保護性防衛具有效果為前提。當無辜者無法對逮捕者澄清犯罪嫌疑，且保護性防衛不具備實際效果時，即有必要容許其進行攻擊性防衛，此時被逮捕者將取得完整的正當防衛權<sup>115</sup>，而社會倫理要求對於攻擊性防衛的限制可以說是微乎其微，在極端情況下，使用致命性的防衛手段甚至亦在容許之範圍。簡言之，社會倫理的限制並未徹底否定防衛者進行攻擊性防衛的可能性。由此可見，程序法觀點與實體法觀點對於無辜者的正當防衛權，確實會產生不同的判斷結論，並引發不同的刑事政策取向；職是之故，對於第 127 條第 1 項前段所使用的「犯罪」概念，仍有必要選擇特定之立場。

#### 四、小結——爾愛其羊，我愛其禮的價值衝突

對於「犯罪」要素的解釋，學界從實體法及程序法兩種不同的觀點出發，提出了多種的處理模式。本文從法律解釋的古典方法進行分析，

---

<sup>113</sup> 根本上的質疑請參見：Burkhard Koch, *Prinzipientheorie der Notwehreinschränkungen*, ZStW 104, 1992, S. 785 ff.

<sup>114</sup> Wessels/Beulke, a.a.O. (Fn. 87), Rn. 344.

<sup>115</sup> Krey, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 487; Kühl, a.a.O. (Fn. 65), § 7 Rn. 196.

認為無論是文義解釋方法或體系解釋方法，均無法得出確切的解釋結論。而本文所進行的刑事政策考量，實質上是一種後果考量（*Folgenberücksichtigung*）解釋法：後果考量通常被看作一種廣義的目的性解釋，此種解釋法乃在反思法律所預設的目的，檢視該等目的是否將導致無法接受的附隨後果，蓋目的解釋的正當性並非來自立法者的權威，而是來自於結果的有益性。因此，不僅作為目的論解釋基礎之目的本身必須被證明為有益且公平，且法解釋更必須避免解釋的結果抵銷該目的所帶來的正面效果。假若法律的適用者一味追求單一之目的，而忽視該解釋結果所招致的其他後果，恐怕是極度危險的。

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

對此，程序法觀點除了反駁實體法觀點所立基之「經驗上的論據」與「規範上的論據」外，尚對被逮捕者正當防衛權存否問題進行後果考量，認為即便採納實體法觀點，兩種解釋模式的結論並沒有實質差異，也就是遭到誤捕者均不得進行反抗。然而從本文前述之分析可知，正當防衛之社會倫理限制仍有一定的界限，一旦超越這個界限，被逮捕者仍享有完整的正當防衛權，因此對「犯罪」要素解釋進行後果考量仍具備實益，蓋兩種觀點將會推導出不同的解釋後果。接下來困難的問題在於，應當接受何種解釋後果？

程序法觀點所追求的價值乃根源於暫時逮捕之立法政策，亦即鼓勵民眾自願協助國家之刑事訴追任務，在此觀點下，自然不應讓逮捕者承擔過高之風險；相反的，實體法觀點所捍衛之價值乃無辜者的權利，畢竟私人不像執法人員受過專業訓練，且沒有相應的內部行政懲處，若過度放寬私人暫時逮捕的要件，等於讓每個人以警察自居，社會秩序將陷入混亂。由此而言，如何解釋第 127 條第 1 項前段所使用的「犯罪」要概念，實已涉及相關解釋模式背後深層的價值衡量，而非傳統的法律解釋方法得以勝任，在「羊」與「禮」之間，法律制度該如何選擇其價值，恐怕才是德國暫時逮捕制度中最棘手的問題。

## 肆、檢討分析——兼論我國現行犯逮捕制度

綜上所述，德國暫時逮捕制度存在著兩大爭議問題，分別是對於「犯罪」要素的解釋以及比例原則之適用問題，由此發展出極為精采的學說論辯，並進而牽引出許多釋義學、方法論以及刑事政策層面之議題。在此，本文將先評估德國法制度，指出可能之發展方向，再進步提出本文對於相關議題之見解，並藉由比較法觀點，檢討我國刑事訴訟法之現行犯逮捕制度。

### 一、對德國暫時逮捕制度之鳥瞰與檢討

#### （一）刑法學界的論證網球賽

德國暫時逮捕制度所面臨的最大爭議問題在於「犯罪」要素的解釋，此議題透過實體法與程序法觀點兩大立場的交鋒，發展出極為豐沛的學理討論，充分展現出德國學者細緻的思維能力。猶如學者 *Puppe* 所言，法學論述其實就在自己的腦袋中進行相關問題的論辯，並且以文字的形式表達出來，猶如一場「論證網球賽」，球賽則是在正反論據的相

互對答中進行<sup>116</sup>。於此，本文嘗試根據相關論點的內容，提出一個清楚的編排，並運用傳統的法律解釋方法作為對各種論據分類編排的輔助工具，建構起問題討論的基礎結構。具體而言，這場對「犯罪」要素解釋的賽局是在雙方的論證交鋒中展開，文義解釋方法、體系解釋方法以及後果考量解釋法其實就是比賽的不同回合，而本文扮演的角色就如同球賽的裁判，決定哪一方獲勝。

在此可以進行賽局的整體回顧：在文義解釋的回合中，程序法觀點主要面臨的挑戰在於；將“Tat”理解為犯罪嫌疑，是否已經溢脫條文文義之最大可能界線？對此，若從第 127 條第 1 項前段的各要件與德語使用脈絡進行觀察，將會發現，即便是採取最寬鬆的廣義犯罪嫌疑處理模式，也不會超越條文文義；由於實體法觀點與程序法觀點在此都頗具解釋力道，以致於本局以平手收場。而在體系解釋的第一回合中，程序法觀點透過本條之體系定位以及與其他刑事訴訟法相關條文的整體觀察，取得了釋義學上的優勢；然而，實體法觀點卻藉由該條文所設下的逮捕事由限制以及規範目的考量，成功地回擊了程序法觀點所提出的論據，本回合雙方雖經過激烈交鋒，但依舊以平手收場，無人得分。

進入體系解釋的第二回合，在本回合中，實體法觀點著實打出了漂亮的一球，透過第 127 條第 1 項前段與第 2 項的相互比較，可謂給了廣義犯罪嫌疑處理模式重重的一擊，身為裁判，似乎應該判定實體法觀點得分，但基於以下理由，實體法觀點並無法就此得分：蓋本文認為，實體法觀點所提出的體系性質疑建立在一個重要的前提之上，就是第 127 條第 1 項前段與第 2 項相互間具備可比較性，然而仔細觀察，將會發現兩者的規範結構根本不同：第 127 條第 1 項前段乃以確保在場為目的之現行犯逮捕，要件設計上首重現行犯的認定與逮捕事由的確認，而第 2 項則是以確保羈押為目的之逮捕，要件設計上乃以羈押命

---

<sup>116</sup> Ingeborg Puppe, *Kleine Schule des Juristischen Denkens*, 2008, S. 159.

令發布之前提與情事急迫為重心<sup>117</sup>，既然兩者授權逮捕之目的以及規範結構存在根本上的差異，便沒有可資比較的基準，更遑論會有架空的危險，故實體法觀點所提出的指摘恐怕並不可採。簡單來說就是實體法觀點「犯規」在先，該球不算分！

因此，雙方勝負之關鍵實取決於整場賽局的最終局：刑事政策之考量。刑事政策考量乃是一種結果解釋法，透過觀察實體觀點與程序法觀點對於「犯罪」概念解釋所引致的結果，進一步評估兩者的合理性。在本回合中，評斷各種觀點優劣的標準，乃何種解釋模式能帶來較大的「有益結果」。在此部分，德國學界雖有學者主張無論是在逮捕者可罰性問題或被逮捕者正當防衛問題上，實體法與程序法觀點均會導致相同的結論，至多僅是說理過程不同，因此兩種觀點的爭議只剩下學理價值，而欠缺實踐上的重要性。然而從前述的分析可以發現，此一說法並不盡然正確，蓋兩種觀點的解釋結論仍有差異，特別是就被逮捕者正當防衛權的認定，更顯示出擇定立場的必要性。

總而言之，如何在公民勇氣的鼓勵與被逮捕者權利的保障間取得平衡點，實為建構私人現行犯逮捕制度的最大難題。此困難處在於，在刑事訴追利益與被逮捕者權利保障兩種價值衝突之下，究竟何謂有益的結果，本身即有高度爭議，而遭到誤捕者對逮捕者行使正當防衛，應該被視為正面效果亦或負面效果，其關鍵則是論者欲從何種價值觀點出發。雖就第 127 條第 1 項前段的規範目的而言，確保刑事訴訟程序之開啟與遂行應當成為解釋論上重要的評價指標，但是不計代價以及不擇手段的刑事訴追早已為現代法治國所摒棄，犯罪訴追已非至高無上之價值，在進行刑事訴追時仍應考量被逮捕者之權利及社會公共秩序。換言之，這些彼此相互衝突的價值並不具備絕對的先後順位，因此當衝突發生

---

<sup>117</sup> Vgl. Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 111.

時，便難以透過固定的衝突法則進行判斷。因此，這場針對「犯罪」要素所進行的解釋賽局，持平而論，雙方最終是以平手收場。

## （二）困境之根源——單一模式的全面適用

關於第 127 條第 1 項前段「犯罪」概念的解釋，在德國刑法學界恐怕再也沒有困難度如此高的釋義學爭議，蓋透過上述各種解釋方案竟然都無法得出確切的結論，形成解釋論上的僵局。而本文認為，此一僵局實乃肇因於「非此即彼」的二元對立立場：實體法觀點或程序法觀點都堅持透過單一模式進行全面適用，然而，兩種模式背後其實代表了不同的價值觀點，而真正相互衝突的也就是這些價值觀點，故若採取單一模式全面適用的方法，將全然忽視與之對立的價值。

如上所述，這些價值在位階上並沒有絕對的優先順位，故若全面接納某觀點，將等同於賦予特定價值有絕對的優先地位，此種立場在方法論上恐怕自始有問題。細究學者的推論過程，就會清楚發現，個別學者在進行立場的說理時，往往刻意迴避對立之價值，直接推導出自己所主張的結論，這種做法看似解決了問題，其實只是將問題隱藏起來，迴避了提出論證理據的義務，並將有待證立的命題，偷渡到結論之中。事實上，既然兩種對立價值沒有絕對的優先順序，那麼在解釋論上也就不應該全面接納某一特定觀點，也就是說，對「犯罪」的解釋應當跳脫單一模式的思維框架，進一步探究複合模式之可行性。而能否以及如何，在暫時逮捕制度的法律架構下引入複合模式，則必須從暫時逮捕作為阻卻違法事由的角度出發，考察阻卻違法事由之特性與其在規範秩序下所表彰之意義。

## （三）阻卻違法事由的規範特性——相衝突價值間的最佳衡量

各種法律解釋方法最終呈現出開放的結論，因此形了解釋論上的僵局，事實上，對第 127 條第 1 項前段「犯罪」概念所為的解釋，背後涉及的爭議正是複雜的價值衡量問題。程序法觀點主張透過制度設計

積極鼓勵民眾自願協助國家達成刑事訴追任務，而實體法觀點則認為無辜者的權利應當受到重視，特別是私人不若執法人員受過專業訓練，且沒有相應的懲戒責任，實不應過度放任私人以執法人員自居。誠如前述，本條規範之立法目的，同時蘊含著「確保刑事訴訟程序之遂行」以及「衡平逮捕者與被逮捕者間之利益」等多種價值；這些目的或價值原則上皆應當透過法律體制盡可能地予以實現，然而在現實情況下，各種價值往往會彼此衝突，因而無法達到百分之百實現的理想狀況，故就這些處於衝突狀態下的價值，實有賴政策決定者評斷其優先關係。

在實際發動逮捕的情況中，逮捕者經常必須使用強制力，而強制力又會伴隨著剝奪或限制被逮捕者的行動自由、甚至損害其健康，因此符合刑法上各種犯罪構成要件；而透過第 127 條第 1 項前段此阻卻違法事由的介入，這些在構成要件的條件下，支持特定法律效果的價值，諸如被逮捕者行動自由、個人意思決定自由、身體、生命等法益（ $V_1$ ），將會重新與其他價值，諸如確保發動及履行刑事訴訟程序功能、公民勇氣的鼓吹等價值（ $V_2$ ），重新進入衡量的判斷過程。當  $V_1$  與  $V_2$  兩者衝突時，其中必須有一方退讓，而退讓的價值在規範上實現的可能就受到另一價值的限制。但本文必須強調，退讓的價值並非因此即屬無效，在其他的條件下，仍可能獲得優先的地位；簡言之， $V_1$  與  $V_2$  具有相同的位階。

然而，德國學界對於第 127 條第 1 項前段「犯罪」要素解釋所分成的程序法觀點與實體法觀點兩大陣營，共同的特性在於試圖建構起  $V_1$  與  $V_2$  間絕對的優先關係。程序法觀點認為  $V_2$  應當優先於  $V_1$ ；相對的，實體法觀點則認為，被逮捕者相關法益的保障（ $V_1$ ）應當置於優先地位。

本文認為， $V_1$  與  $V_2$  在抽象位階的排列上應屬相同，不應有任何一種價值具有絕對的優先性，傳統解釋方法下所呈現的僵局，正好反應出

單一模式全面適用的不當。從阻卻違法規則的特殊規範結構出發，解釋適用「犯罪」概念的關鍵，在於如何進行對立價值的最佳衡量。而本文主張的複合模式，就是嘗試在第 127 條第 1 項前段的框架下，發展  $V_1$  與  $V_2$  間的最佳衡量模式，並建構  $V_1$  與  $V_2$  條件式的優先關係（bedingte Vorrangrelation）。

#### （四）逮捕情狀的判定——事中觀點與事後觀點的運用

按私人暫時逮捕制度中，存在著國家刑事訴追利益之確保與被逮捕者權利之保障兩種對立價值，具體呈現出來的就是事中觀點與事後觀點不同的規範設計機制：若以事中觀點建構私人暫時逮捕規則，那麼逮捕者只要有相當理由相信被逮捕者為犯罪行為人，即屬合法逮捕，這個標準相當於德國學界所提出的程序法觀點（或犯罪嫌疑處理模式）。另一方面，若以事後觀點建構私人暫時逮捕規則，那麼逮捕者除了在發動逮捕之時，有相當理由相信被逮捕者為犯罪行為人，嗣後亦必須證明被逮捕者為真正觸犯刑法之現行犯，逮捕方屬合法，這個標準相當於德國學界所提出的實體法觀點（或犯罪處理模式）。

在此必須說明的是，德國學界所使用的「犯罪嫌疑處理模式」與「犯罪處理模式」之用語，容有誤導之嫌，蓋對於暫時逮捕的客觀前提要件：逮捕情狀的認定，爭議點並非「犯罪嫌疑」與「犯罪」之差異，學者基本上都認為，被逮捕者應當為犯罪行為人，如果逮捕者僅認為被逮捕者有犯罪之嫌疑，而沒有相當理由認為被逮捕者為犯罪行為人時，逮捕無論如何均不合法。因此，關鍵的爭議反而是「被逮捕者為犯罪行為人」這件事，應該透過逮捕者發動逮捕當下之觀點認定，還是要透過法官審判時審酌一切所知事實來認定。逮捕情狀的解釋論爭議，說穿了其實就是事中觀點與事後觀點如何運用的問題。

質言之，此議題涉及「誤想逮捕」之概念界定。就其典型之例子來看，亦即客觀上並沒有任何逮捕情狀，然而逮捕者卻誤認為有逮捕情

狀，而希望透過逮捕排除其想像出來之緊急情狀。此涉及逮捕情狀是否存在的事實層面之認知錯誤，亦即前文所討論之容許構成要件錯誤。然而，對於此問題的討論，並非侷限於誤想逮捕法律效果的學說討論，在此之前，仍應實質認定究竟何等情況可以稱為誤想逮捕。本文所欲強調的是，所謂「逮捕情狀」的認定，應當考慮觀察的時間視野；若採取法官裁判時已經確認的所有事實加以判斷有無逮捕情狀，此種事後觀點，將傾向導出並無逮捕情狀的結論。相對的，若是以理性之一般社會成員兼行為人個人於發動逮捕當下之視角加以審視，對於逮捕情狀即可能有不同的認定，此即為本文所謂之「事中觀點」。

由此可見，採用事中或事後的不同觀察視角，將會影響私人逮捕客觀情狀的存在與否；根據不同角度運用而觀察之逮捕情狀，即會影響誤想逮捕的概念界定。必須強調的是，不管事中或事後判斷都必須由法院嗣後判斷，始能確認逮捕行為是否合法，兩者差別只是所採的判斷基準時點不同而已<sup>118</sup>。

具體而言，事後觀點認為，逮捕情狀是否構成，必須要從「事後」的角度，由法院考量一切事後已知的事實以決定有無逮捕情狀；換言

---

<sup>118</sup> 必須承認，本文選擇將“*ex ante*”翻譯為「事中」，與該語彙之直譯似有不符，然而本文認為，此翻譯將更能彰顯該標準適用之實質意涵；質言之，雖然逮捕者在判斷是否要逮捕時，通常係根據逮捕「前」所獲悉之資訊，惟在誤想逮捕的脈絡下，逮捕正當性之判斷重點，並非逮捕者在發動逮捕前究竟獲取何等資訊，而係一般理性人與逮捕者「逮捕當下」的認知狀態為何。在大多數情況下，逮捕者於逮捕前所獲悉之資訊固可直接反映出其逮捕當下之認知狀態，惟在某些案例中，「逮捕者事前所知悉之資訊」與「逮捕者逮捕當下之認知」仍有所差異，作者試舉一例加以說明：某商店員工甲透過監視器發現顧客某乙陸續將多樣商品放入自行攜帶之提袋中，舉止可疑，甲於是上前表示懷疑乙乃竊賊，欲加以逮捕；某乙聽聞後，連忙解釋其有自備購物袋的習慣，將商品放入袋中只是為了方便繼續購物，並表示伊為該商店的熟客，與該商店員工丙熟識，丙亦知悉伊習慣將未結帳之商品放入伊自行攜帶之購物袋等語。於此類案例中，逮捕者逮捕前所取得的資訊，與逮捕當下之認知狀態並不一致，無論逮捕者在逮捕前獲取何等可靠訊息，審判者仍應依逮捕者逮捕當下的觀點判斷其逮捕之合法性，亦即要考慮逮捕者發動逮捕之際所出現之新訊息。

之，關於逮捕行為的合法性，法院所要考量的並非逮捕者逮捕當下的認知，而是以法官審判時，已知的所有事實加以認定。逮捕者雖然在逮捕當下認為被逮捕者就是犯罪行為人，惟若法官最後認定被逮捕者並非犯罪行為人時，逮捕仍舊不合法。事後觀點的審查機制，其最大優點在於提供被逮捕者充分的保障，確認無辜者不應遭受他人強制力逮捕之價值。一旦被逮捕者的行為未達到違法之程度，逮捕者即無任何合法逮捕並予以拘束的法律權利，若其主觀已具有逮捕意識，則屬於誤想逮捕的討論範疇。

另一方面，事中觀點的支持者則認為，若我們身處於相同的事實情境，當社會一般人在當下都會認為被逮捕者正在進行違法行為，而採取同樣的逮捕行動以保護法秩序時，即應肯認逮捕行為的正當性。發動逮捕的合法前提應當以逮捕者可得認知的角度予以掌握，於此觀點下，逮捕情狀不應委諸於事後判斷，而應該從事中假想理性第三人（或有稱之為假想的社會平均人）可得知悉的觀點認定，且例外時可以考量個別逮捕者的特殊認知。

一旦採納事中觀點，若假想之理性人處於相同情況中，均會認定被逮捕者實施犯罪行為，既然滿足事中判斷之逮捕情狀，只要逮捕者同時具備逮捕意識，且實施必要手段，則可依私人逮捕之規定阻卻違法。簡言之，逮捕情狀一旦調整至事中認定，可以想見阻卻違法的界線將會擴大，原屬於誤想逮捕之例子，即可阻卻違法。

以事中假想理性第三人的角度判斷逮捕情狀，乃是對於逮捕者而言較為有利的立場，其容許逮捕者一定程度下有犯錯的餘地，只要逮捕者的行為符合相關要件的審查，即便嗣後法院認為被逮捕者並非犯罪行為人，逮捕依舊合法。反之，若依事後觀點判斷，則應該考量審判時已經知悉的所有事實，確認究竟個案中是否有得予以逮捕之行為存在。

然而本文認為，在此有必要強調傳統學說所採納的事中觀點，之所以得以確保逮捕的合理性，背後依賴的其實是執法人員的專業訓練與執

法經驗，因此在逮捕情狀發生的當下，更能做出立即且合理的決斷，故若私人發動的逮捕亦完全採用相同標準，將會讓原有的保護機制落空；蓋私人不像執法人員受過專業訓練而有較高的認識能力，事中觀點又是以逮捕者逮捕當下的「認知狀態」作為基礎，因此在認知對象上自始有所侷限，如此就會對被逮捕者保障不足。也因此，在私人逮捕規則中採納事中觀點的同時，必須設置足夠的監督機制，避免無辜被逮捕者的權益過度遭到貶抑。

在此本文試以【腳踏車出借案 2】加以說明<sup>119</sup>：某甲向乙借用腳踏車，然而乙卻遺失了腳踏車的鑰匙，於是同意甲使用破壞工具打開腳踏車的 U 形鎖。此時丙撞見正在破壞腳踏車鎖的甲，由於車型相似，丙認為甲正要竊取其所有之腳踏車，於是丙作勢要抓甲，不知此等情形的甲以為丙要攻擊他，因此予以反抗並試圖逮捕丙。

若採取事中觀點判斷前述案例，則丙在撞見甲破壞腳踏車鎖時，即有理由認為甲可能侵害其財產，因而具備逮捕情狀，丙試圖逮捕甲的行為即可阻卻違法；相對的，從甲的角度來看，甲當下面臨甲的侵害，一般理性之人均會認為此乃不法侵害，因此亦具備逮捕情狀，甲的行為可認定為正當之逮捕。值得討論的是，此例中丙完全誤會甲，僅因社會一般人均有可能誤會，就容任丙發動逮捕行為，難免有過度擴大丙私力救濟權限之嫌；特別是，根據事中觀點，當丙的行為已經是合法的逮捕時，甲竟然尚可對丙的合法逮捕行為，實施合法的逮捕（彼此互逮），此一論點難免有自相矛盾之嫌。

相反的，假設該案中的丙乃是警察，本案情形就會大大不同；蓋警察受過一系列的專業術科以及在職訓練，面對同一種狀況，在發動逮捕當下的認知即可能異於一般私人，例如警察可能會先行觀察甲的行為舉

---

<sup>119</sup> 此例之靈感源自匿名審查委員所提出之觀察，作者在此致謝。

止是否可疑（鬼鬼祟祟、神情緊張等），甚至可能先進行盤查或比對腳踏車之烙碼，此時逮捕者的特殊認知即發揮作用，面對同一種情形，警察可能就不會對甲發動逮捕。採取事中觀點的傳統基調，在私人逮捕的脈絡下，就會有所扞格。

因此，接下來的問題就是，該如何設置監督機制，一方面確保私人逮捕的合理性，他方面也使得相衝突的價值彼此處於最佳衡量狀態之中。本文認為，此應探討私人逮捕制度在當代法秩序下的定位，並以該制度在國家強制力獨占要求下取得正當性的實質理由作為論述基礎。

### （五）私人發動逮捕之法理依據

本文認為，在建構私人逮捕法則時，應當緊扣私人作為逮捕主體之特殊規範本質與正當性基礎，特別是私人逮捕與國家強制力獨占之緊張關係。立法技術上雖然可將執法人員與一般私人之現行犯逮捕整合為單一條文，惟在建構法則的具體內容時，應當避免採取不區分逮捕者之一體適用規則。

觀察德國學界對於暫時逮捕制度的討論，可以發現，學者的立場均未區分發動逮捕主體之不同，而適用相異之法則。之所以呈現此種論述模式，一方面源自於德國條文的規範結構，將執法人員與一般私人所發動的逮捕整合為單一條文，使發動逮捕者不同的特性逐漸遭到忽略；他方面亦是因為學者未能釐清執法人員與私人逮捕具有全然不同的法理依據。私人所發動之逮捕乃一橫跨實體法與訴訟法之議題，在國家獨占刑事訴追的思考背景下，我們必須回答：為何任何人都可以抓現行犯？所謂「路見不平，拔刀相助」，這樣的價值，在現代民主社會中，此觀念又應當如何評價？欲解決德國刑法釋義學上的千古難題，勢必要先對這些問題，提出一個理論平臺。

對此，本文認為應當從當代警察制度的建立開始談起；透過私人逮捕的歷史演進與國家強制力獨占的建立過程，可以更清楚發現私人逮捕

本質的轉化。在 12 世紀到 19 世紀期間，現代職業警察尚未出現，公私領域尚無法精準界定，所謂的國家行為與非國家行為並沒有清楚界限，故在地方秩序自治模式下，每位居民皆必須協助治安官維護社會治安<sup>120</sup>。因此，當時治安官的逮捕權限雖大於私人，但仍屬兼任職且未固定支薪，本質上只是享有較大逮捕權限的一般公民，整套執法系統實質上是以私人為支柱<sup>121</sup>。

然而，現代職業警察的出現，不僅確立了國家之強制力獨占<sup>122</sup>，更改變了既有的逮捕法則，國家執法人員所適用的逮捕法則正式與一般私人所適用的逮捕法則分道揚鑣。這個轉換的里程碑，影響所及不單是制度面更是法理面：私人逮捕的規範準則從原初「在欠缺中央式執法機制的環境下，如何讓一般私人成為統治者之執法人員並行使逮捕權」轉變為「在現代警察制度與國家司法體制出現之後，私人逮捕如何在國家強制力獨占之要求下取得容許性」<sup>123</sup>。在警察制度與國家強制力獨占確立

---

<sup>120</sup> JEAN-PAUL BRODEUR, THE POLICING WEB 43-78 (2010).

<sup>121</sup> 舉例而言，德國刑事訴訟法教科書關於暫時逮捕制度的論述，經常置於「代替國家機關之行為」此標題之下。這個詞彙的使用，可以說是歐陸中世紀的特殊時代遺跡，惟是否適合說明當代法制中的私人逮捕，本文認為尚有討論餘地。

<sup>122</sup> 早期社會學者對當代警察功能之分析，多以「系統性之強制力使用」加以定義；晚近有學者擴大對警察功能的理解，認為警察之作用，在於能「合法地使用各種被法律所一般性禁止之手段」（不限於強制力），藉此維持社會秩序。無論如何，對於合法強制力的壟斷，仍然是警察功能之核心內涵。經典論述請參見：EGON BITTNER, THE FUNCTIONS OF POLICE IN MODERN SOCIETY 36-47 (1970).

<sup>123</sup> 關於私人逮捕的歷史溯源與轉變歷程，請參見：CLIVE EMSLEY, THE ENGLISH POLICE: A POLITICAL AND SOCIAL HISTORY 8-31 (1996); ELAINE A. REYNOLDS, BEFORE THE BOBBIES: THE NIGHT WATCH AND POLICE REFORM IN METROPOLITAN LONDON 1-6, 125-47 (1998); H. R. T. Summerson, *The Structure of Law Enforcement in Thirteenth Century England*, 23 AM. J. LEGAL HIST. 313, 313-27 (1979); Jerome Hall, *Legal and Social Aspect of Arrest without a Warrant*, 49 HARV. L. REV. 566, 578-80 (1936); JOHN HUDSON, THE FORMATION OF THE ENGLISH COMMON LAW: LAW AND SOCIETY IN ENGLAND FROM THE NORMAN CONQUEST TO MAGNA CARTA 61-69, 158-66 (1996); M. CHERIF BASSIOUNI, CITIZEN'S ARREST: THE LAW OF ARREST, SEARCH, AND SEIZURE FOR PRIVATE CITIZENS AND PRIVATE POLICE 9-13 (1977); R. C. VAN CAENEGEM, LEGAL HISTORY: A

後，私人逮捕的規範基礎有了本質轉化，私人不再是追捕罪犯的官方代表，而僅是國家利益之自願執行者，呈現與執法人員截然不同的特徵。質言之，執法人員所發動的現行犯逮捕，重要的是通過各種憲法要求及公法原則的檢驗，蓋國家雖然取得合法之強制力獨占，惟發動強制力仍必須以法治國原則作為基準；反之，對私人所發動之現行犯逮捕而言，關鍵反而是探求在現代警察制度出現後，私人逮捕在國家強制力獨占要求下的容許性。

本文認為，私人逮捕作為國家強制力獨占的例外之一，其法理基礎必須回到私人逮捕作為「緊急權」(Notrecht)的基本面向加以說明。緊急權之存在法理與國家之功能密切相關，根據傳統自由主義之觀點，國家之存立並無任何固有之價值，國家之合法性及權力全然源自於人民，是以國家應當積極維護全體人民之利益<sup>124</sup>。而「功能」一詞隱含著國家的工具價值，故要證立國家此種政治社群的存續，必須從現實層面之合理性與倫理之可欲性出發，證明國家體制乃優於自然狀態<sup>125</sup>。

首先，就現實生活層面而言，國家能提供的眾多資源，多是個人在自然狀態中難以獲得的，例如交通運輸網路、經濟體制、郵政系統、公立學校及醫院等，更重要的是使得各種法律制度成為可能。但這些物質層面的優越性乃建立在一個關鍵之基礎上：免於暴力侵害的安全狀態，每個人在自然狀態中均容易遭受他人的攻擊，特別是當我們睡眠、生病或積極投入工作之時。雖然安全狀態的程度高低，往往取決於個別國家甚或是地域的不同，然而國家確保相當程度的安全乃是必要的。可以想

---

EUROPEAN PERSPECTIVE 8 (1991); T. A. CRITCHLEY, A HISTORY OF POLICE IN ENGLAND AND WALES: 900-1966 1-28 (1967).

<sup>124</sup> Mark E. Warren, *Democracy and the State*, in THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL THEORY 388 (John S. Dryzek, Bonnie Honig & Anne Phillips eds., 2008).

<sup>125</sup> KWAME ANTHONY APPIAH, THINKING IT THROUGH: AN INTRODUCTION TO CONTEMPORARY PHILOSOPHY 224-29 (2003).

見的是，在沒有國家體制的自然狀態，光是倚靠個人有限的的能力，根本無法達成上述功能。

其次，關於國家在倫理層面之可欲性，則有多種不同的論述模式，以下本文將舉 *Locke*、效益主義以及 *Kant* 的論證方法加以說明。首先，*Locke* 認為在自然狀態中，每個人均得透過武力維護自身權利，甚至於執行懲罰，蓋為了約束個人不侵害他人之權利、不相互傷害，根據自然法每個人都有權懲罰違反自然法者<sup>126</sup>；惟私人對於彼此的權利範圍可能並無一致之看法，且經常缺乏貫徹權利所必要之力量，導致權利的主張流於空談，也無法有效對抗攻擊者<sup>127</sup>。但是在國家體制中，透過中立公正之法官確立個人權利範圍，並以充足之強制力作為執法之後盾，更能有效保障人民所享有之自然權利，縱使無法在事前保障個人之權利，亦可透過民刑事判決進行補償與譴責。*Locke* 從以上觀察認定國家確實具備倫理上之優越性，儘管 *Locke* 認為在未取得本人同意前，任何人均不得被置於自然狀態之外，使其受制於另一個人的政治權力<sup>128</sup>。其次，效益主義者雖然不承認自然權利的存在<sup>129</sup>，惟亦透過不同的模式證立國家之倫理優越性。效益主義者指出，相較於沒有國家的狀態，國家體制更能提供充裕的效益，諸如快樂、福利或滿足感，既然我們有倫理上之義務極大化可期待之效益，建立國家便屬於個人之義務，此種論證顯然強過 *Locke* 的說法，蓋對於 *Locke* 而言，國家體制僅是優越於自然狀態，但對於效益主義者而言，創造國家體制更是個人倫理上的義務。有趣的是，同樣的結論也受到 *Kant* 支持，*Kant* 認為自由乃是一切權利之基礎，惟真正的自由在沒有法律規範之自然狀態下並無法實

---

<sup>126</sup> JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT, SECTION 6-8 (2003).

<sup>127</sup> *Id.* at section 124-26.

<sup>128</sup> *Id.* at section 85.

<sup>129</sup> PAUL SMITH, MORAL AND POLITICAL PHILOSOPHY: KEY ISSUES, CONCEPTS AND THEORIES 143-66 (2008).

現，根據 *Kant* 的說法，每個人都享有終止自然狀態並建立社會生活之權利，因為只有在此等社會生活中，真正的自由與權利方屬可能，而這個社會生活模式就是國家<sup>130</sup>。晚近學者進一步詮釋 *Kant* 的觀點，視國家為實現分配正義之角色，國家存續之目的不單是防止個人免於暴力侵擾，更是實現正義所不可或缺的體制<sup>131</sup>，個人乃有義務創造及維持此種政治社群，使正義成為可能。

仔細觀察前述關於國家在倫理層面之可欲性，可以得知三種論證模式均依附在國家現實層面之功能，並以工具觀點看待國家，無論是基於國家在事實上能夠提供更良善的安全環境、資源、甚或是利益，而使得國家取得倫理上的優越性，亦或如 *Kant* 所言，唯有國家能夠讓真正的自由、權利、正義成為可能。是以國家及其獨占強制力之正當性基礎，乃源自於國家所能達成之功能：維護安全及國內和平。一旦國家無法履行此種功能取向的要求，國家的強制力獨占便會出現例外狀態，而緊急權所表彰的理念正在於此。特別是顧慮到緊急情狀可能是在任何時間、地點發生，但國家機關不可能無所不在，在這種現實考量下，國家自始不可能建立全面而無例外的強制力獨占。

也因此，國家強制力獨占的合法性必須以提供人民免於暴力侵害的安全狀態作為前提；國家必須積極地透過軍隊、警察及司法系統的建置，一方面在事前預防暴力行為，他方面在事前預防無效時，於事後對犯罪者進行制裁<sup>132</sup>。在國家訴追原則及法定原則（*Legalitätsprinzip*）下，國家擁有對犯罪之實體刑罰權，且實體刑罰權之實現亦屬國家獨占之任務，國家有義務開啟與遂行刑事訴追程序，可以說是一種強制刑事追訴，當刑事被告有逃亡或隱匿的可能時，國家亦有義務採取積極的措施

---

<sup>130</sup> IMMANUEL KANT, METAPHYSICAL ELEMENTS OF JUSTICE 53-55 (1999).

<sup>131</sup> A. JOHN SIMMONS, POLITICAL PHILOSOPHY 22 (2008).

<sup>132</sup> *Id.* at 18-20.

保全被告。換言之，從自力救濟禁止與限制私人採取有效反制犯罪之可能性，可以導出國家的法律維持義務（*Rechtsgewährleistungspflicht des Staates*）：國家必須代替被害人，依職權發動刑事偵查，並負責訴追與處罰之工作<sup>133</sup>。惟犯罪有可能在任何時間、地點發生，而國家機關不可能在任何情況都及時馳援，特別是必須透過當下迅速之應變措施方得以保全被告的急迫情況，更應當容許私人採取立即之決斷或行動，前文述及的「沒有任何法律共同體能放棄利用察覺現行犯之機運<sup>134</sup>」背後之道理正在於此。

綜此而言，在國家強制力獨占之規範要求下，私人逮捕乃是透過緊急權之法理取得正當性，並成為國家強制力獨占原則之例外，而例外的結果便是，在私人逮捕的過程中即便該行為該當刑法構成要件，國家亦不得加以處罰<sup>135</sup>。

## 二、我國法之私人現行犯逮捕

### （一）概述

我國刑事訴訟法之現行犯逮捕規定係仿效法國及日本立法例，將現行犯概念分為兩大類，一為固有之現行犯，亦即第 88 條第 2 項所謂之「犯罪在實施中或實施後即時發覺者」；二為準現行犯，亦即第 88 條第 3 項所謂之「被追呼為犯罪人者，以及因持有兇器、贓物或其他物

<sup>133</sup> Hans- Jürgen Kerner 著，許澤天譯，德國普通刑事程序的新發展（上）——從法定原則走向便宜原則，月旦法學雜誌，第 141 期，頁 246-247，2007 年 2 月。

<sup>134</sup> Fincke, a.a.O. (Fn. 29), S. 87.

<sup>135</sup> 按照學者觀察，典型的緊急權包括刑法中之正當防衛、緊急救助、緊急避難、暫時逮捕以及民法中的自助行為，這些緊急權均屬於刑法中的阻卻違法事由。參見：Helmut Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Ein Studienbuch*, 4. Aufl., 2009, 13/11; Alexander Josef Hummler, *Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr: Grenzverschiebungen in Rechtsprechung und Literatur*, 1998, S. 6; Detlef Merten, *Rechtsstaatsdämmerung*, in: Manfred Schreiber (Hrsg.), *Polizeilicher Eingriff und Grundrechte: Festschrift für Rudolf Samper*, 1982, S. 41.

件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡，顯可疑為犯罪人者。」。由於條文之規定十分精簡，如何解釋個別要件的具體內涵，往往引發爭議。而國內學界對於現行犯逮捕法制的討論，存在兩個面向的問題：首先，由於欠缺法理基礎與制度本質的指引，導致學界無法系統性地分析該制度，並建構細緻之逮捕規則；其次，國內文獻雖有對若干要素進行討論（諸如現行犯逮捕之規範目的、犯罪之解釋、即時之意義等），然而多僅提供結論，而欠缺論證理由。本文將透過上述對德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段之討論與反思，嘗試對我國私人現行犯逮捕制度，提出具體之構想與評估。

## （二）適用主體

刑事訴訟法第 88 條第 1 項並未對適用主體加以限制，此種立法模式近似於德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段。但值得思考的是，從體系觀察來看，檢察官、司法警察官或司法警察依據第 88 條之 1 享有特殊之緊急拘捕權限，然而此等人是否亦得援引第 88 條第 1 項現行犯逮捕之規定？此處顧慮在於，若第 88 條第 1 項之規範要件較為寬鬆時，就有可能產生架空第 88 條之 1 的現象。本文以下試分析之：

首先就規範文義而言，第 88 條第 1 項既然規定「不問何人」得逕行逮捕現行犯，自然包括檢察官、司法警察官或司法警察等人。再者，從規範內容來看，除了第 88 條之 1 第 1 項第 2 款所謂之「在執行或在押中之脫逃者」將會與現行犯逮捕重疊外，第 88 條之 1 第 1 項其他各款事由基本上乃立法者在通緝犯及現行犯以外之情形，擴張執法人員之無令狀拘捕權限，因此檢察官、司法警察官或司法警察即便得以援引第 88 條第 1 項，亦不會產生架空第 88 條之 1 的現象。職是之故，第 88 條第 1 項之現行犯逮捕，可謂包含了一般私人及國家執法人員兩類的適用主體；自刑法之評價觀點而言，無論是具備偵查權限之國家機關或無偵查權限之一般私人，均得援引第 88 條第 1 項 作為阻

卻違法事由。

除此之外，雖然刑事訴訟法第 88 條第 1 項包含了兩種類型之現行犯逮捕，惟與德國暫時逮捕制度所呈現之樣貌近似，無論是對於個別條文要素的解釋或比例原則之適用，學界均嘗試透過單一模式全面解決所有逮捕型態之爭議，而未區分執法人員與私人所為之逮捕，將兩種現行犯逮捕類型一體適用相同之標準<sup>136</sup>。學界之所以呈現此種解釋傾向，實源自於刑事訴訟法之立法體例，自民國 10 年之刑事訴訟條例開始<sup>137</sup>，便不再將執法人員與一般私人之逮捕分別規定，整合為單一條文的結果，使得發動逮捕者不同的特性逐漸遭到忽略。

### (三) 現行犯逮捕之規範目的

關於現行犯逮捕之規範目的，國內學者多有不同之觀點，有認為現行犯逮捕在於及時阻止犯罪而達到犯罪防制之效果<sup>138</sup>；亦有主張逮捕現行犯乃是出於保全國家刑事訴追之公共利益，為了避免犯罪者逃逸，而授權所有人逮捕之權利<sup>139</sup>；甚至有認為現行犯逮捕具備多重目的，諸如被害人在國家機關無法立即伸出援手時之自力救濟、遏止犯罪之社會控制功能、促使國家司法機關順利完成刑事訴追程序、縮小犯罪被害範圍等<sup>140</sup>。從德國暫時逮捕制度進行比較法觀察，學界大體提出「暫時之刑事處罰」、「逮捕作為正當防衛或緊急避難的手段」、「確保被害人民法上

---

<sup>136</sup> 朱石炎，同註 1，頁 90-92；林山田，同註 1，頁 358-360；林永謀，同註 1，頁 427-429；林東茂，同註 1，頁 1-123；林俊益，同註 1，頁 238-239；林鈺雄，同註 1，頁 275-276；林鈺雄，同註 3，頁 343-345；吳景芳，同註 1，頁 51-61；黃東熊、吳景芳，同註 1，頁 139-142；黃朝義，同註 1，頁 184-187；張麗卿，同註 1，頁 215-216；楊雲驊，現行犯逮捕，同註 1，頁 20-21；楊雲驊，逮捕現行犯與比例原則，同註 1，頁 78-86；褚劍鴻，同註 1，頁 164-167；蔡墩銘，同註 1，頁 98-99。

<sup>137</sup> 請參見註 2。

<sup>138</sup> 林鈺雄，同註 3，頁 344。

<sup>139</sup> 許澤天，同註 4，頁 94。

<sup>140</sup> 黃朝義，同註 1，頁 184-185；黃朝義，同註 5，頁 124。

損害賠償請求權之行使」、「逮捕權之證據取得及保全功能」、「確保將來刑罰權之執行」、「確保刑事訴訟程序之開始與遂行」等觀點，而主流觀點認為，暫時逮捕的規定既然定位在刑事訴訟法，而刑事訴訟法又以確保國家刑事訴追之遂行為目的，則暫時逮捕之規範目的亦應以此為解釋指標，故「確保刑事訴訟程序之遂行」應為暫時逮捕制度之立法基準。

之所以探討現行犯逮捕之規範目的，最主要原因在於規範目的之確認能夠提供法律解釋重要的方向指引，在對條文進行解釋前，首要任務便是確認系爭規範的意義與目的。由於現行犯逮捕具備雙重作用（Doppelfunktion），故私人現行犯逮捕除作為程序行為，同時亦兼具刑法上阻卻違法之作用。從作為程序行為的面向觀察，其基本規範目的應當在追求國家刑事訴追之利益，並容許任何人為達此目標而發動逮捕；而從作為阻卻違法事由的面向觀察，該規範亦在逮捕者所防衛之刑事訴追利益與被逮捕者之法益間進行衡量，特別展現在公民勇氣的鼓勵及被逮捕者（特別是無辜之人）權利的保障兩種相衝突價值之抉擇；如何一方面透過制度之設計積極鼓勵民眾協助執法，他方面又不至於過度侵害被逮捕者權利，實屬私人現行犯逮捕制度中最棘手的問題。職是之故，現行犯逮捕之規範目的並非一味追求國家刑事訴追利益，除了確保刑事訴訟程序之遂行，亦在衡平對被逮捕者所造成之利益侵害。各種私人現行犯逮捕要件解釋之爭論，多少也反映了此種複雜之利益衡量。

#### （四）私人現行犯逮捕法則之建構

刑事訴訟法第 88 條第 2 項規定：「犯罪在實施中或實施後即時發覺者，為現行犯。」依此，所謂固有現行犯乃包括「犯罪」、「實施」、「即時」、「發覺」等要素。這些要素在解釋適用上是否發生疑義，私人現行犯逮捕之法則內容又係為何，茲分析如下：

## 1. 犯罪的概念

### (1) 學界立場

首先，刑事訴訟法第 88 條第 2 項所指之「犯罪」，應為涉及刑法規範之違犯，單純違反行政法規者不包括在內<sup>141</sup>。惟此處之犯罪概念，指涉的究竟是在實體刑法上具備構成要件該當性與違法性<sup>142</sup>，亦或只要根據逮捕當下的判斷，足認為被逮捕者乃犯罪行為人即可，而與法院最終之認定結果無關？對此問題，國內學說分歧頗大。

有認為，私人與公務員不同，私人不會有行政法上懲戒責任之問題，故法律自不應廣泛容許私人進行逮捕；且刑事訴訟法既為實現刑法內容之規定，有關犯罪概念的解釋，亦應與刑法相同，因此第 88 條第 2 項所指之犯罪，至少必須具備構成要件該當性與違法性，如果個案中發生誤認他人為現行犯而加以逮捕，則屬於容許構成要件錯誤之問題<sup>143</sup>。但亦有認為現行犯逮捕作為阻卻違法事由與被逮捕人是否確實為犯罪之人的實體問題無關，判斷是否為現行犯，只要從外觀上經過審慎之判斷而認為具備犯罪嫌疑，即為已足，不以客觀事實上確實有犯罪為必要，只要行為人根據此法定程序而逮捕現行犯，即屬依法令行為之阻卻違法事由，不生容許構成要件錯誤之問題<sup>144</sup>。

### (2) 犯罪概念的解釋

接著本文透過古典法律解釋方法，評估以上各種見解在我國現行法體制下的相容性：

---

<sup>141</sup> 請參見最高法院 44 年台上字第 150 號刑事判例。

<sup>142</sup> 是否進一步要求罪責要素學界亦有爭議。

<sup>143</sup> 採此觀點的有：林東茂，同註 1，頁 1-123；吳景芳，同註 1，頁 52；許澤天，同註 4，頁 94-95；張麗卿，同註 1，頁 216。

<sup>144</sup> 採此觀點的有：林山田，同註 1，頁 358-359；林鈺雄，同註 1，頁 275-276。

### ① 文義解釋方法

立法者在刑事訴訟法第 88 條第 2 項使用了「犯罪」而非「犯罪嫌疑」的概念，是否代表立法者認為私人所逮捕之犯罪，至少必須是可罰之未遂行為？

與德國刑事訴訟法相同，我國刑事訴訟法並未對「犯罪」進行定義，且在其他地方亦使用到相同的概念，因此可與其他使用「犯罪」一詞之條文進行相互比較，藉此釐清「犯罪」之概念內涵。

刑事訴訟法提及「犯罪」的條文中，第 85 條第 2 項通緝書之應記載事項<sup>145</sup>、第 264 條第 2 項起訴書應記載事項<sup>146</sup>、第 267 條公訴不可分<sup>147</sup>、第 268 條不告不理原則<sup>148</sup>、第 300 條變更起訴法條<sup>149</sup>、第 319 條第 3 項自訴不可分<sup>150</sup>、第 320 條第 2 項及第 3 項自訴狀應記

- 
- <sup>145</sup> 刑事訴訟法第 85 條第 2 項：  
通緝書，應記載左列事項：  
一、被告之姓名、性別、年齡、籍貫、住、居所，及其他足資辨別之特徵。但年齡、籍貫、住、居所不明者，得免記載。  
二、被訴之事實。  
三、通緝之理由。  
四、犯罪之日、時、處所。但日、時、處所不明者，得免記載。  
五、應解送之處所。
- <sup>146</sup> 刑事訴訟法第 264 條第 2 項：  
起訴書，應記載左列事項：  
一、被告之姓名、性別、年齡、籍貫、職業、住所或居所或其他足資辨別之特徵。  
二、犯罪事實及證據並所犯法條。
- <sup>147</sup> 刑事訴訟法第 267 條：  
檢察官就犯罪事實一部起訴者，其效力及於全部。
- <sup>148</sup> 刑事訴訟法第 268 條：  
法院不得就未經起訴之犯罪審判。
- <sup>149</sup> 刑事訴訟法第 300 條：  
前條之判決，得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條。
- <sup>150</sup> 刑事訴訟法第 319 條第 3 項：  
犯罪事實之一部提起自訴者，他部雖不得自訴亦以得提起自訴論。但不得提起自訴部分係較重之罪，或其第一審屬於高等法院管轄，或第三百二十一條之情形者，不在此限。

載事項<sup>151</sup>，當中「犯罪」所指涉的應是某個具體的事件或特定的歷史進展過程，在這個進展過程中某人在特定時間點已經或假定違犯了犯罪，透過這種描述得以與其他歷史進展過程相互區隔，使得程序措施對象之範圍及內涵得以清楚明確，藉此形成各種程序行為。亦即，上述條文中的「犯罪」概念，重點在於法安定性的確保，用以具體化特定的程序行為，而不以事實上存在實體法上之犯罪行為為必要，由此可知，刑事訴訟法中所使用的犯罪概念，未必全然等同於實體法上的犯罪概念。

雖有論者主張刑事訴訟法既然是在實現刑法之內容，有關「犯罪」要素的解釋亦應當與刑法同<sup>152</sup>，但此種看法忽略了刑事訴訟法中個別條文之規範目的及特殊性，並不足採。反之，雖然上述條文所指涉的「犯罪」並不以存在實體法上之犯罪行為為必要，然而若執此而主張第 88 條第 2 項亦不以實體法上至少存在違法行為為必要，此等推論亦稍嫌速斷，蓋現行犯逮捕之規定作為刑法上阻卻違法事由，具有某程度實體法的特質，其中「犯罪」要素乃作為干預人民基本權的前提，而非程序行為在形式上的作用界限，過於強調一致性的解釋是沒有說服力的。換言之，即便採納實體法觀點的處理模式，亦不必然會與其他刑事訴訟法中的「犯罪」概念相矛盾。整體而言，透過「犯罪」要素的文義解釋，實無法提供確切之解釋結論。

## ② 體系解釋方法

刑事訴訟法第 88 條之 1 的緊急拘捕，與第 88 條同屬無令狀逮

---

<sup>151</sup> 刑事訴訟法第 320 條第 2 項：

自訴狀應記載下列事項：

一、被告之姓名、性別、年齡、住所或居所，或其他足資辨別之特徵。

二、**犯罪**事實及證據並所犯法條。

刑事訴訟法第 320 條第 3 項：

前項**犯罪**事實，應記載構成犯罪之具體事實及其犯罪之日、時、處所、方法。

<sup>152</sup> 吳景芳，同註 1，頁 52。

捕之規定，惟其執行主體並不包括一般私人，而僅限於檢察官及司法警察（官），且其適用的前提要件乃「犯罪嫌疑重大」。是否可以從體系之比較得知，立法者並不希望私人在不確定犯罪行為是否發生的情況下，貿然進行逮捕？換言之，對於現行犯逮捕，立法者所設定的前提是否乃客觀上必須已經發生犯罪行為，而非僅存在犯罪嫌疑即可？再者，若個案中僅存在犯罪嫌疑即得發動逮捕，是否會因為現行犯之要件較為寬鬆，造成第 88 條之 1 毫無適用之餘地，形成架空的現象<sup>153</sup>？

然而此種基於體系性之質疑乃建立在一個重要前提之上，就是第 88 條之現行犯逮捕與第 88 條之 1 緊急拘捕相互間具備可比較性。然而仔細觀察將會發現兩者的規範結構根本不同；第 88 條乃以確保被告將來在場為目的之現行犯逮捕，要件設計上特重現行犯的認定；而第 88 條之 1 則是因偵查犯罪，具備法定之急迫情形無法事先簽發拘票，故賦予偵查機關暫時拘捕被告之權，使得偵查機關無令狀拘捕的權限擴及到通緝犯與現行犯以外的情形。考察條文所列舉的法定急迫事由，僅有第 88 條之 1 第 1 項第 2 款「在執行或在押中之脫逃者」有可能因為脫逃者同時觸犯刑法第 161 條脫逃罪，而與現行犯逮捕之規定相競合，其他的法定急迫事由則全然無涉現行犯逮捕。既然授權逮捕之目的及規範結構存在根本之差異，便沒有可資比較的基準，更遑論會有架空的危險；易言之，認為將現行犯之「犯罪」概念解釋成「犯罪嫌疑」，會因為現行犯逮捕之要件較為寬鬆，造成緊急拘捕之規定無法適用的看法，顯然是沒有注意到條文結構與內容本質上的不同。職是之故，縱然將第 88 條第 2 項的「犯罪」解釋成「犯罪嫌疑」，亦不會與第 88 條之 1 的規定相互矛盾。

---

<sup>153</sup> 類似的問題亦出現在德國暫時逮捕之討論，德國刑事訴訟法第 127 條第 2 項規定了檢察官與警察官員的特別逮捕權限，其前提要件亦僅要求具備重大犯罪嫌疑，學說有藉此說明第 127 條第 1 項前段不應以犯罪嫌疑作為要件，否則會架空第 127 條第 2 項的規定。詳細說明請參見本文貳、德國法之私人暫時逮捕。

### ③ 刑事政策之考量

刑事訴訟法第 88 條第 2 項「犯罪」概念的解釋，尚會涉及複雜的刑事政策考量，對私人現行犯逮捕個別要素的解釋，都應當考量相關解釋所帶來之後果。

從逮捕者面向進行觀察，若對「犯罪」要素設定越高之標準，私人逮捕者所承擔之風險將會越大，私人參與逮捕現行犯的意願亦會降低，甚至可能造成私人現行犯逮捕制度的空轉，如此將明顯有違立法者制定本規範之用意。具體而言，逮捕者所面臨的風險會有兩個層面，分別是逮捕行為可罰性與正當防衛權之行使：

首先是逮捕行為可罰性的問題，在個案中若僅存在犯罪嫌疑而未有事實上之犯罪行為者，程序法觀點透過現行犯逮捕之前提要件設計，直接認定符合法定之阻卻違法事由，阻卻逮捕者行為之違法性；實體法觀點則藉由容許構成要件錯誤處理，按照目前刑法學界主要的兩大陣營，【限制責任論】與【限縮法律效果之限制責任論】，逮捕者縱然誤認阻卻違法事由之前提事實，行為人亦不會成立故意既遂罪，僅考慮是否成立過失犯，然而就實際的操作而言意義並不大，因為過失妨害行動自由或過失強制，無論在德國或我國刑法中，均不加以處罰<sup>154</sup>，唯一剩下的微量風險就是逮捕者違反注意義務，而在逮捕過程中造成被逮捕者身體的輕傷，便有可能依據我國刑法第 284 條過失傷害罪加以處罰。德國學者甚至進一步指出，即便根據程序法觀點的事中判斷標準，最終的結論依舊完全相同，蓋根據事中判斷存在犯罪嫌疑時，必然會同時排除過失歸責；反之，一旦認定逮捕者具有過失之注意義務違反，亦不可能符合犯罪嫌疑處理模式之標準<sup>155</sup>。職是之故，針對逮捕者可罰性的問題，

<sup>154</sup> 國內學者論述請參見：林東茂，同註 1，頁 1-123。

<sup>155</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), 340.

無論是程序法觀點或實體法觀點，處理結果並不會有所差異，這個觀察甚至讓學者大膽主張，實體法觀點與程序法觀點乃無用之爭執，對於逮捕者行為可罰性問題而言，真正重要的反而是個案事實情狀的認定<sup>156</sup>。

逮捕者所面臨的另一個風險在於被逮捕者的正當防衛權行使。當個案中僅存在犯罪嫌疑而未有實際上的犯罪行為，根據實體法觀點被逮捕者就享有正當防衛權<sup>157</sup>；反之，若採取程序法觀點的立場，既然逮捕屬於依法令之行為而阻卻違法，被逮捕者就有忍受義務而不得進行正當防衛。這個差異學者嘗試透過正當防衛的社會倫理要求加以解決，蓋在運用該機制後，實體法觀點所欲捍衛的無辜者正當防衛權幾乎縮減至零，實質上不會與程序法觀點有所差異，對此德國學者 *Roxin* 亦提出過所謂的折衷觀點，基本立場就是主張實體法與程序法兩種觀點對被逮捕者正當防衛之問題所導致的結果完全相同，因而沒有實際區分之必要<sup>158</sup>。惟正當防衛的社會倫理要求亦非毫無界限，被逮捕者仍有可能在採行一切必要之前提措施（例如澄清犯罪嫌疑或採行保護性防衛）仍無效時，恢復完整之正當防衛權。由此可見，實體法觀點與程序法觀點對於遭到誤捕者的正當防衛權確實會有不同的判斷結果。

刑事政策考量乃是一種後果解釋法，透過觀察實體法觀點與程序法觀點對於「犯罪」概念解釋所引致的後果，進一步評估兩者的合理性。德國學界雖然有學者嘗試透過此種解釋方法，主張無論是在逮捕者的可

---

<sup>156</sup> Borchert, a.a.O. (Fn. 14), 341.

<sup>157</sup> 嚴格而言，這裡會取決於對容許構成要件錯誤所採取的解決模式，學界的主要兩大陣營【限制責任論】與【限縮法律效果之限制責任論】，雖然兩者對逮捕者可罰性之問題判斷結果相同，惟兩種理論對被逮捕者正當防衛權之存否卻顯示出對立的立場。採取限制責任論者，在法律效果上類推同屬於事實錯誤的構成要件錯誤，阻卻構成要件故意，遭到誤捕者不得主張正當防衛；反之，採取限縮法律效果之限制責任論者，便會認為逮捕者欠缺故意罪責，但行為仍具備違法性，僅在罪責層次上阻卻故意責任，依此，遭到誤捕者依舊得以主張正當防衛。

<sup>158</sup> Roxin, a.a.O. (Fn. 18), § 17 Rn. 25.

罰性問題或被逮捕者正當防衛問題上，實體法與程序法觀點均會導致相同的結論，至多僅是說理過程不同，因此兩種觀點的爭議只剩下學理價值，而沒有實務上的重要性。然而從上述的分析可以得之，兩種觀點的解釋結論仍有差異，特別是就被逮捕者正當防衛權的認定，更顯示出選擇立場的必要性。如何在公民勇氣的鼓勵與被逮捕者權利的保障間取得平衡點，實為私人現行犯逮捕制度最大之難題。

### (3) 混合模式的建構

以上各種法律解釋方法最終呈現出開放的結論，也因此形了解釋論上的僵局。事實上，對刑事訴訟法第 88 條第 2 項「犯罪」所為的解釋，背後涉及的其實是複雜之價值衡量問題，程序法觀點主張透過制度設計積極鼓勵民眾自願協助國家達成刑事訴追任務，而實體法觀點則認為無辜者的權利應當受到重視，特別是私人不若執法人員受過專業訓練，且沒有相應的懲戒責任，實不應過度放任私人以警察自居。

運用單一觀點解釋「犯罪」概念的結果，將造成特定價值的獨大，而全然忽視與之相對立的價值，仔細觀察學者的推論過程，就會清楚發現個別學者在進行立場的說理時，往往刻意迴避對立之價值，然後直接推導出自己想要的結論，這種做法看似解決了問題，其實只是將問題隱藏起來。既然兩種對立價值沒有絕對的優先順序，那麼在解釋論上也就不應該全面接納某一特定觀點，對「犯罪」的解釋應當跳脫單一模式的框架，進一步建構複合模式之規範模型。

複合模式意指透過主體（執法人員、私人）及觀點（實體法觀點、程序法觀點）四種要素的區分，牽引出多種搭配模型，謹以下圖展示可能之搭配模式：

	實體法觀點	程序法觀點	混合觀點
執法人員	1	2	3
私人	A	B	C

【圖表 1：現行犯逮捕法制度之搭配模式】

綜合這四種要素，現行犯逮捕法則會有 9 種可能之模型，法律解釋上的困境，正好突顯出單一模式適用之缺點，也開啟了複合模式對制度進行微調之可能性。以往學說的處理模式未能積極考察法制度背後之政策取捨，若能突破此種思考框架，現行犯逮捕制度將可呈現繽紛多樣之搭配結果，不同模式得以呼應相應之刑事政策。以下說明操作上的主要規範準則：

### ① 區隔執法人員與私人所適用之逮捕法則

無論德國暫時逮捕或我國現行犯逮捕，學界基本立場就是不區分逮捕主體。之所以呈現此種論述模式，一方面源自於將執法人員與一般私人所發動的逮捕整合為單一條文的規範結構，使得發動逮捕者不同的特性逐漸遭到忽略；他方面亦是因為學者未能釐清執法人員與私人逮捕乃具有全然不同的法理依據，特別是在 19 世紀警察制度與國家強制力獨占確立後，私人逮捕的規範基礎有了本質轉化，私人不再是追捕罪犯的官方代表，而僅是國家利益之自願執行者，並透過緊急權作為逮捕的根據，而呈現與執法人員截然不同的特徵。

對執法人員所發動的現行犯逮捕而言，重要的是各種憲法要求及公法原則的檢驗，蓋國家雖然取得合法之強制力獨占，惟發動強制力仍必須以法治國原則作為框架；反之，對私人所發動之現行犯逮捕而言，重要的反而不是憲法要求或公法原則的限制，而是在探求現代警察制度出現後，私人逮捕在國家強制力獨占之要求下的容許性。

圖表 1 中，類型 1 至 3 便是執法人員所可能適用的法則，而類

型 A 至 C 則是私人所可能適用的法則，兩者在具體設計上將呈現不同之態樣。

## ② 事中觀點與事後觀點的混合運用

私人所適用的逮捕法則中，大體上可以呈現三種不同類型，分別是圖表 1 當中的類型 A、類型 B 與類型 C，其中類型 A 與類型 B 採取的是單一模式，亦即對「犯罪」概念全面地採取實體法或程序法觀點，承前所述，此種模式導致制度運作的僵化且忽略兩種對立價值的衡量。而採取混合觀點的類型 C 則是針對不同的情況，衡量兩種衝突價值的優先順位，並設計相應之逮捕法則，此一彈性特徵特別表現在事中觀點與事後觀點的混合運用。以下析論之：

首先，在建構私人現行犯逮捕之合法要件時，本文認為應當緊扣私人逮捕作為緊急權之規範特徵與制度功能。就緊急權之規範特徵而言，可分為例外特徵與補充特徵兩者。首先，緊急權乃是國家強制力獨占原則的例外，在特殊情況下容許私人得以行使強制力，此乃其例外特徵<sup>159</sup>；其次，緊急權唯有在國家無法及時進行法益保護之急難狀況，方允許私人加以主張，此乃源自於緊急權之補充特徵，當國家保護機制無法順利運作，私人行使強制力的合法空間就會擴張，反之便會減縮。例外特徵導引出立法論及解釋論上對於緊急權範圍之嚴格限縮<sup>160</sup>；而補充特徵則導引出緊急權僅具有相對於國家機關保護之備位性質，一旦國家機關接手處理，私人之緊急權即告終了<sup>161</sup>。

<sup>159</sup> Kargl, a.a.O. (Fn. 16), S. 8; Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 108; Eva Maria Schimpfhauser, Das Gewaltmonopol des Staates als Grenze der Privatisierung von Staatsaufgaben, in: Herbert Bethge (Hrsg.), Studien und Materialien zum Öffentlichen Recht, Band 33, 2009, S. 112; Tilkorn, a.a.O. (Fn. 15), S. 46.

<sup>160</sup> Merten, a.a.O. (Fn. 135), S. 41; Satzger, a.a.O. (Fn. 16), S. 113.

<sup>161</sup> Schimpfhauser, a.a.O. (Fn. 159), S. 112.

就緊急權之制度功能而言，傳統所討論的國家保護義務乃針對來自第三人之侵害，而要求國家必須採取一定之作為；反之，緊急權雖然亦源自於國家之保護義務，惟並非要求國家積極採取某種措施，反而是用以對抗國家之強制力獨占，縱使私人行使緊急權時牴觸刑法規範，國家亦不得對人民所為之強制力行為施以刑罰。惟緊急權與國家保護義務仍然是密切相關，當國家履行其保護義務，私人之緊急權就會退縮，故國家保護義務與緊急權之範圍將呈現消長關係。也因此，有關國家保護義務之審查標準將會反射至緊急權之適用準據。

在涉及國家保護義務之裁判中，德國聯邦憲法法院曾認為，關於如何保護的問題，立法者有高度的政治形成自由<sup>162</sup>。換言之，評價國家行為是否合憲的標準只在於國家「是否」盡其保護義務，而非國家「如何」盡其保護義務。此外，立法者亦無提供最適保護（*optimaler Schutz*）之義務，否則將會使得保護要求不斷提高，造成如何保護之問題全然受到法院之審查。再者，若為了履行保護義務而對第三人有所干預時，須有法律上之授權基礎始得為之，此乃基於法治國原則之要求。

既然立法者對於具體制度如何發揮保護功能乃有廣泛之政治裁量權，則緊急權之範圍亦應給予立法者一定之形塑空間，否則將會變相侵蝕立法者所擁有之保護措施裁量權，因此緊急權必須透過立法確立其具體內容，且立法者亦保有對緊急權內容之調整彈性，得以透過相關制度擴張或縮減其權利範圍。準此，刑法構成要件規則由於國家強制力獨占及法安定性等形式原則的加持<sup>163</sup>，某程度提高了私人透過緊急權而行使

---

<sup>162</sup> BVerfGE 49, 89, 141 f.

<sup>163</sup> 所謂的形式原則，係指是否要對一條規則創造新的例外時，除了要衡量相關的實質理由，還必須考量到像是「立法者之決定應當被遵守」以及「法安定性應該盡量予以維持」此類從形式層面來支持規則的理由。關於形式原則的說明請參見：王鵬翔，規則是法律推理的排他理由嗎？，2008 法律思想與社會變遷，中央研究院法律學研究所籌備處，頁 358、380-383，2008 年；王鵬翔，規則、原則與法律說理，月旦法學教室，第 53 期，頁 74-83，2007 年 3 月。

強制力的難度，若沒有堅強的反面證據，則應該推定立法者所制定之法律代表了正確的衡量結果。更重要的是，立法者保有決定空間，得以裁量決定「是否」及「如何」容許私人透過強制力介入國家事務。當然，這不代表立法者得以恣意剝奪人民行使緊急權，尤其當存在特別之急難狀況，國家機關採取措施乃「事實上不可能」時，便不應期待人民嚴守強制力獨占原則，立法者之形成空間甚至會有「裁量縮減至零」的現象。惟無論如何，可以確定的是，立法者對於緊急權的範圍，享有廣泛裁量空間。

本文認為，在私人現行犯逮捕制度的脈絡下，對於「犯罪」要素的解釋，應當區分成「是否」有犯罪發生的判斷，以及「誰」是犯罪者的判斷，其理由如下：就犯罪是否發生的判斷，在國家各種偵查機制以及強制處分措施建置完備的情況下，私人發動暫時逮捕的基礎，應以犯罪已經發生作為前提，惟有實際上已經存在犯罪行為，方容許私人協助國家釐清相關人等的犯罪嫌疑。從被逮捕者的角度出發，當犯罪已經發生，在社會連帶義務（Solidaritätspflicht）的要求下，應當肯定即便是無辜的第三人，亦有義務為了保全刑事訴追利益而犧牲自己部分利益。因此可說，私人所發動的逮捕，其合法性必須建立在法院以事後觀點對於犯罪事實的判斷。至於「誰」是犯罪者的判斷，則根據逮捕者依其逮捕當下所認知的事實及情況，視其有無相當理由認為被逮捕者為犯罪行為人來予以決定；在此範圍內，逮捕者享有一定程度「認識錯誤的特權」。此一模式，實質上等於是兼容了實體法觀點與程序法觀點（事中與事後判斷基準），只不過兩者作用的層面並不相同。

除此之外，從立法者對於私人逮捕制度功能的設計，也能支持本文之構想。按德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段的客觀前提要件中，另有兩款逮捕事由的限制：「逃亡嫌疑」與「身分無法立即確認」，由此設計可以推知立法者對私人暫時逮捕制度所賦予的規範功能，所著重者並非讓私人協助調查「是否」有犯罪發生，而是在協助查明「誰」是犯

罪者；亦即，私人發動暫時逮捕所要釐清的是犯罪行為人的身分，而非犯罪的存否<sup>164</sup>。根據此等立法價值選擇，有學說進一步區分「犯罪者嫌疑」與「犯罪嫌疑」<sup>165</sup>，並強調私人逮捕制度之規範目的在於釐清犯罪者嫌疑，而非犯罪嫌疑，因此要求客觀上確實存在犯罪行為，應屬合理之標準。

綜此以言，私人現行犯逮捕制度中，存在著國家刑事訴追利益之確保與被逮捕者權利之保障兩種對立價值，具體呈現出來的就是前述事中觀點與事後觀點的規範設計。本文所主張之混合模式乃以事中觀點判斷「犯罪者之身分」，而以事後觀點判斷「犯罪之存否」，此種混合模式的操作具有以下幾個優點：首先，就個案的適用而言，此模式相較於其他模式的混合觀點，例如區分犯罪的嚴重度或犯罪之類型分別適用不同的法則，具備操作上的明確性與穩定性；其次，混合模式適度地調和了國家刑事訴追利益之確保與被逮捕者權利之保障兩種對立價值，以事後觀點認定「犯罪之存否」，適度補強了事中觀點對於「犯罪者之身分」之判斷，緩和了私人現行犯逮捕對於無辜者所可能造成的侵害，且此種解釋模式亦能契合立法者所為之價值取捨。職是之故，本文所採之混合模式乃以事中觀點（程序法觀點）判斷被逮捕者的犯罪嫌疑，並以事後觀點（實體法觀點）判斷犯罪的存否。

若按照本文採取的混合模式，前述改編之【腳踏車出借案 2】便能得到妥適之解決；蓋雖然根據事中觀點，丙有相當理由認為甲正在偷取其腳踏車，惟事實上甲早已得到腳踏車所有人乙的同意，破壞車鎖並使用該腳踏車，若根據事後觀點認定「犯罪之存否」，應認為並無任何犯罪之發生，因此結論上丙仍不得根據現行犯逮捕而阻卻違法，本例自應

---

<sup>164</sup> 我國刑事訴訟法雖未如同德國法般，將「逃亡嫌疑」與「身分無法立即確認」明文列入法定逮捕事由之限制，惟學者有主張此要素應屬我國現行犯逮捕權限中之不成文要件。請參考：楊雲驊，現行犯逮捕，同註 1，頁 20-21。

<sup>165</sup> Bülte, a.a.O. (Fn. 30), S. 392.

屬誤想逮捕之範疇。丙可以透過錯誤規則而避免受到刑事處罰，惟被逮捕者甲仍然保有正當防衛權，並得以在容許的範圍內進行抵抗。本文認為，這是價值衡量後所得出的「最佳」衡量結果。

## 2. 實施之意義

### (1) 學界立場

關於刑事訴訟法第 88 條第 2 項「實施」的概念，國內學界曾出現的爭議在於，刑法上有所謂「實施」與「實行」概念上的區別；按照司法院 31 年院字 2404 號解釋：「刑法第 28 條所謂實施，係指犯罪事實之結果直接由其所發生，別乎教唆或幫助者而言，即未著手實行前犯陰謀預備等罪，如有共同實施情形，亦應適用該條處斷。至實行在現行刑法上乃專就犯罪行為之階段立言，用以別乎陰謀預備著手各階段之術語。」該解釋主要乃針對共同正犯的成立要件，認為實施乃有別於實行，所謂的實施，可以包括達成犯罪目的之各階段行為，不僅以實行為限，也就是實施的範圍較實行為廣。有關第 88 條第 2 項實施的概念是否等同於上述解釋看法，學者曾有不同見解<sup>166</sup>，有採取與實務相同之看法，認為只要是屬於可罰之行為，無論是陰謀或預備階段，均可成立現行犯；亦有認為所謂的實施乃指已著手於犯罪行為之實行，故陰謀與預備階段，皆無由構成現行犯<sup>167</sup>。

### (2) 分析檢討

此等爭議表面上源自於條文用語「實施」的解釋，然而如更清楚呈現問題的本質，就會發現此處涉及的問題，其實是私人可得逮捕之現行犯，是否應有犯罪類型上的限制？通常而言，犯罪行為在陰謀或預備階段多難以從外觀觀察獲悉，如果將此等犯罪類型納入私人得以逮捕的範

<sup>166</sup> 早期學說請參見：吳景芳，同註 1，頁 52-53。

<sup>167</sup> 林永謀，同註 1，頁 428；褚劍鴻，同註 1，頁 164。

疇，恐怕會有濫行逮捕之虞，不如直接排除在可得逮捕之範圍。此種觀點亦曾出現在德國學說中，有認為應當對得逮捕之犯罪進行類型區分，例如過失犯及不作為犯就應當排除，蓋一般人甚難從外觀上觀察行為人是否違犯該等犯罪，尤其保證人地位幾乎難以從外觀上認定<sup>168</sup>。而在故意作為犯中，必須是構成要件不涉及價值判斷或不確定法律概念，當有犯罪結果產生時，尚必須該結果能立即被察覺且足以聯結到行為人之特定行為<sup>169</sup>。

然而透過犯罪類型先行排除某些行為成立現行犯的可能，恐怕會有過於僵化的問題，雖然上述類型的犯罪大多在個案中確實難以認定，但也不能完全排除個案中有清楚明瞭之可能，此時若仍不得以現行犯為由加以逮捕，恐怕對國家刑事訴追利益危害甚大。是故，與其通案式地否定某些犯罪類型成立現行犯的可能，倒不如回歸個案的認定，因而本文認為，我國刑事訴訟法第 88 條第 2 項「實施」的概念，應當可以採取廣義的理解，除了著手後的實行為外，亦包括可罰之陰謀或預備行為。

### 3. 即時之意義

#### (1) 學界立場

刑事訴訟法第 88 條第 2 項「即時」的概念，根據司法院 36 年院第 3395 號解釋：「刑事訴訟法第 88 條第 2 項所稱之即時，係指犯罪實施中或犯罪實施後之當時而言。」此解釋乃以「當時」說明條文中的「即時」，然而究竟何謂「當時」，解釋並未詳加論述，故實質意義並不大。學者則認為，所謂的「即時」係指時間的緊密性，必須綜合

---

<sup>168</sup> Klaus Marxen, Zum Begriff der frischen Tat in § 127 Abs. 1 StPO, in: Wilfried Küper/Jürgen Welp (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessel zum 70. Geburtstag, 1993, S. 710.

<sup>169</sup> Marxen, a.a.O. (Fn. 168), S. 715 ff.

具體個案情節全盤加以認定，只要犯罪情況尚屬存在，與實行當時無異，雖時間稍有經過，亦非不可<sup>170</sup>，重點在於必須是犯罪實施後的瞬間，或與此相當接近的時間。

從保障人身自由的立場出發，學者多嚴格限縮時間的範圍，例如當警方接獲報案立即趕赴，而犯罪者仍在犯罪現場，從犯罪現場情狀加以分析，若可以明確認定犯罪行為剛實施結束者，對犯罪行為人仍得以現行犯逮捕；但若偵查人員僅基於被害者的陳述而認定嫌疑犯實施本案犯罪事實，或僅經巡邏臨檢（盤查），發現犯罪之嫌疑犯，此時均不得以現行犯逮捕，蓋犯行與逮捕時間已不具備密接性<sup>171</sup>。

## （2）分析檢討

從上述分析可知，刑事訴訟法第 88 條第 2 項「即時」概念所涉及的，應為現行犯逮捕的時間要素，對此可以分為兩個部分說明，首先是犯罪實施中即時發覺，其次則是犯罪實施後即時發覺。前者因犯罪尚在實施中，犯行與逮捕時間自然具有密接性，時間要素的認定較無疑問，惟後者涉及到犯罪實施後的發覺，時間點的認定較有爭議，參考日本法院判決對於「現在犯罪實施終了」的看法，有認為在犯罪實施後 30 至 40 分鐘以內，仍可以構成現行犯<sup>172</sup>。

現行犯逮捕時間要素的堅持，主要的考量在於犯行與逮捕的時間間隔越久，犯罪行為的明確性就越降低，既然私人現行犯逮捕的立法精神在於罪證明確不致誤認，一旦時間經過罪證散逸，即不應再容許私人進行逮捕。值得注意的是，逮捕的時間限制除了確保犯行的明確性，尚有另一個更根本的理由，亦即賦予國家執法人員維持治安、執行法律之

<sup>170</sup> 朱石炎，同註 1，頁 90-92；林鈺雄，同註 3，頁 344；林永謀，同註 1，頁 428。

<sup>171</sup> 黃朝義，同註 1，頁 185-186。

<sup>172</sup> 案例說明請參見：安富 潔，刑事訴訟法，頁 92-93，（三省堂，2010 年）。

優先順位，當犯行與逮捕的時間間隔越長，要求人民訴諸國家警力之期待可能性就越高，私人逮捕作為緊急權的正當性基礎也就越薄弱。

我國私人現行犯逮捕制度大體上可以分成三大類型，分別是犯罪實施中即時發覺而為之逮捕、犯罪實施後即時發覺而為之逮捕以及準現行犯之逮捕，三種類型的差異在於逮捕與犯罪行為的時間緊密程度。私人逮捕作為緊急權，主要的正當性基礎在於逮捕當下的緊急性，當國家機關無法及時馳援，且為了保全特定利益又不得不採取迅速之應變措施，例外容許私人涉入執法行動。但時間的經過將會導致急迫性的降低，此時與國家強制力獨占的緊張關係就會越大，容許私人進行逮捕的正當性理據就必須越為堅實，表現在具體的規範要件設計，相關的防護機制就必須越充足。雖然私人現行犯逮捕制度分成三大類型，惟我國立法體例僅以現行犯及準現行犯逮捕兩種類型作為基礎架構，立法之要件設計並未區別犯罪實施中與實施後即時發覺所為之逮捕，因此有必要透過「即時」要素減少兩者的差異，否則若時間經過甚久亦得援引相同的逮捕規則，將會形成體系衝突。至於如何具體認定「即時」的時間要求，多數見解乃認為應以個案之情形加以判斷，沒有既定之標準。雖然個案認定不免會流於空泛，然而本文認為，逮捕時間之限制某程度將透過「在場要求」的提出而緩和，以下說明之。

#### 4. 在場要求

##### (1) 發覺之意義

刑事訴訟法第 88 條第 2 項尚使用了「發覺」之概念，按照國內學者觀點，所謂的「發覺」係指犯人以外之人，知覺該犯罪事實之意<sup>173</sup>。惟何謂知覺犯罪事實，學者多未進一步論述。

條文中的「發覺」要素所涉及者，其實是現行犯認定之問題；首先，

---

<sup>173</sup> 林永謀，同註 1，頁 428；褚劍鴻，同註 1，頁 164。

若逮捕者並未親自見聞犯罪事實，能否僅透過他人（特別是犯罪被害人）之轉述而認定犯罪事實，並發動逮捕？其次，於傷害、殺人、強制、妨害行動自由等暴力犯罪，逮捕者通常能從外觀直接觀察得知犯行之存否；但在詐欺、侵占、行賄等較具有隱密性質的犯罪中，逮捕者據以認定犯罪行為者，是否必須以犯行的直接表徵為限，或能否綜合事前蒐集的情報資料或輔以個人知識經驗加以判斷<sup>174</sup>？

## （2）分析檢討

一般來說，私人發動逮捕時，所根據的事實基礎，可以分為兩種型態：第一，私人親自見聞的事實；第二，傳聞事實。根據第一種要求，逮捕者必須在場親自見聞犯罪的發生，亦即逮捕者必須依照個人觀察，獲悉他人違犯犯罪的事實<sup>175</sup>，若未能親自察覺犯罪，亦無法透過他人的告知而補足，此即要求逮捕者必須是基於第一手觀察方得發動逮捕。「在場要求」主要目的在於避免逮捕者信賴未經證實或第二手之資訊而造成誤捕。在建構私人逮捕法則時，有無必要引進此標準，實有待進一步說明，可惜的是，無論是德國學者或我國學者，在討論私人逮捕制度時，並未對此問題有所著墨，以下本文將分析「在場要求」之理論根據，並進一步主張「在場要求」屬於私人逮捕法則中必備之客觀前提要件。

<sup>174</sup> 日本法院判決曾經認為警方事前所蒐集之客觀資料，如果交與一般人，而該人亦得據以得知賽馬中之違法私吞行為時，警方使用此等事前蒐集的客觀資料逮捕犯罪行為人，仍屬於合法之現行犯逮捕。案例說明請參見：安富 潔，同註 172，頁 92。

<sup>175</sup> 必須注意，本文所稱之「在場」並非謂逮捕者一定要緊鄰犯罪發生處所，假如逮捕者依照其五官知覺察知有犯罪發生，之後再透過進一步的調查發現犯罪行為人者，則逮捕者雖然不在犯罪現場，逮捕亦屬合法。此外，當某特定行為在一般人看來應屬合法，惟逮捕者基於自己特殊之知識經驗斷定乃犯罪行為時，法院認為第一手觀察要件仍舊能被滿足，例如某人持有一包塑膠袋，而逮捕者基於自己的過往經驗判斷塑膠袋內裝有海洛因，此時即得逮捕該名毒犯。甚至在運用工具而察知的情形，亦能夠通過第一手觀察標準之檢驗，例如在住宅內裝設監聽器，監聽者透過監聽器得知在屋內有犯罪發生，此時監聽者將被視為於犯罪發生時在場，而得以發動有效之逮捕。

首先，就法理層面來看，一件事情縱使是「好的」或是「有價值的」，也未必蘊涵著任何人皆得透過行動加以實現；邏輯上我們可以合理地質疑，雖然某些價值具有實踐上的重要性，但這些價值卻不適宜透過某些人來實現。舉例來說，假設對罪犯施加適當之刑罰是有價值的<sup>176</sup>，依此也不能推論出「任何人」皆能親自實踐這個價值，否則無異於容許私刑存在。職是之故，我們不僅要說明私人逮捕作為緊急權的正當性基礎，還應當說明為何具體情況下的「特定」私人逮捕者，得以執行此等緊急權。

從規範權威的效力來說，我們之所以受立法者制定之法律所約束，並以之取代個人的判斷，第一個可能原因在於立法者乃是根據公平的程序制定出各種規則，而在制定規則的過程中，相關理念皆已獲平等考量與充分論辯，故依此公平程序而制定的規則，任何人皆應當遵守。其次，在效率面上，由於事實的評估與判斷可能耗時費力，且一般人也經常欠缺必備的知識，故若直接依循立法者所制定之規則而行動，即不必再對其他相關事實進行考量，而得節省勞力與時間的支出。更重要的是，規則的形成表徵或預設了立法者的正確衡量，因此受到規則所制約的行動者，便無需再去對規則背後的價值重新進行衡量。換言之，根據規則而行動，將會比根據自己對於各種事實的判斷，更能夠獲致正確的結果。

然而，緊急權作為阻卻違法事由，實質上代表了整體法價值肯認行為人對相衝突價值的位階判斷，優於立法者所做出的初步衡量。那麼進一步的問題就是，法秩序應當讓何等人享有此判斷權？本文認為，在民主制度下，透過正當程序所創設出的規則，應當保有相當程度的穩定性，否則任何人只要主張自己擁有特殊知識，就得以對規則創設新的例外，則法秩序的核心價值，將蕩然無存。是以，行為人必須具備特定的「地位」，足以表徵其「知識掌握的優越性」；換言之，行為人不僅必須

---

<sup>176</sup> 當然這也是個有待證立的前提。

擁有某些專業經驗或知識，於行為時，行為人對於該等知識的掌握，更必須為法秩序所肯認<sup>177</sup>。此種對於行為主體適格的限制，有助於維持構成要件規則的穩定性，同時緩和對於國家強制力獨占原則的衝擊，本文提出之觀點，可以稱為是一種阻卻違法的「當事人適格」。

如果接受本文的解釋方法，則有關私人發動逮捕的客觀前提要件，不僅必須包含正確衡量的規範審查，對於發動逮捕之行為主體，亦應有所限制。問題在於，逮捕者如何在發動逮捕當時，表現出「知識掌握的優越性」？對此，本文認為，「在場要求」應屬適切之標準：首先，「在場要求」確保逮捕者是基於第一手觀察所得之資訊，決定是否發動逮捕；而親自見聞之資訊將有助於逮捕者釐清混沌不明的事實，並在犯罪發生當下，作出即時且正確的判斷。再者，傳聞事實因其來源廣泛，很有可能只是捕風捉影的謠言，甚至會導致逮捕者誤判，而私人未受過專業訓練，根本無能力判斷傳聞事實的可信度。

本文認為，「在場要求」應可以從德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段與我國刑事訴訟法第 88 條第 2 項之立法文字中找到其說理根據。德國法規定，合法逮捕的前提必須是犯罪當場被「發覺」或為人所追蹤；而我國法則認為現行犯必須是犯罪在實施中或實施後即時「發覺」。所謂的「發覺」應係指逮捕者觀察到有確切的表徵顯示犯罪行為人剛開始或正進行犯罪行為，且仍處在犯罪現場或鄰近之處所；也就是說，必須依據客觀的生活經驗觀察沒有疑問地確認犯罪之實行，否則便不屬於發覺犯罪情狀<sup>178</sup>。必須注意的是，「發覺」並不以目擊整個犯罪過程為必要，只要根據所發覺之部分，按照一般生活經驗能夠推論出犯

---

<sup>177</sup> 更為困難的問題在於，本文所提出之論證，是否以及在多大程度上可以用以解釋其他阻卻違法事由，特別是依法令之行為（自助行為、父母懲戒子女之行為、依法人工流產）與業務上正當行為（特別是醫療行為），此問題進一步涉及違法性的實質內涵與體系化的可能性，限於篇幅，無法在此詳細處理，將來必再為文說明之。

<sup>178</sup> Bülte, a.a.O. (Fn. 30), S. 402.

罪行為即可。

尤有進者，本文進一步認為，相較於德國私人暫時逮捕，「在場要求」在我國法之私人現行犯逮捕制度中，實有更為堅強之規範依據。「在場要求」一方面可以從條文之明確用語「發覺」，獲取其正當性基礎；他方面亦可由我國現行犯與準現行犯之立法結構中，找尋其根據。質言之，我國立法者基本上並不區分犯罪實施中與犯罪實施後所為之逮捕，兩者皆屬於現行犯逮捕之範疇；就「犯罪實施中所為之逮捕」而言，此時由於犯罪行為尚處於實施的狀態，故逮捕者多能符合「在場要求」，因此「在場要求」適用上最有爭議的反而是第二種類型「犯罪實施後即時發覺所為之逮捕」，此時私人所發動之逮捕與犯行之間已有一定之時間間隔，逮捕者即有可能僅基於他人提供之二手消息遂發動逮捕，而未能自己親身觀察。對此爭議，本文主張在「犯罪實施後即時發覺所為之逮捕」類型，「在場要求」應當作為合法與否的判斷標準。蓋依照目前現行犯與準現行犯之區分標準，學者多以「即時」要素進行判別，若欠缺「即時」之要件，最多僅能論以準現行犯，而在固有現行犯的範疇中，亦透過時間之緊密程度區隔出犯罪實施中的逮捕與犯罪實施後的逮捕。換言之，我國法上對私人現行犯逮捕三種類型的分界，幾乎全然仰賴時間緊密程度的區別。然而，現行犯與準現行犯逮捕，各自有不同之規範準則，因此在類型區分上應當有更加明確的標準，僅以時間間隔作為唯一標準將會過於模糊，也導致法院在個案認定上的困難，因此本文認為，「在場要求」的適用能夠讓類型的區分趨於穩定。質言之，「犯罪實施中即時發覺所為之逮捕」固然適用現行犯逮捕法則，然而犯罪實施後才發動的逮捕，則必須透過「在場」「即時」兩個要件區分出「犯罪實施後即時發覺所為之逮捕」與「準現行犯逮捕」，前者仍舊適用現行犯逮捕法則，而後者則適用準現行犯逮捕法則，如此便緩和了時間要素的操作困難，也讓現行犯的認定更加明確。

綜合以上分析，本文認為，現行犯與準現行犯應透過「在場」與「即

時」要素加以區別，準現行犯認定的主要基準並非通說所謂之即時性，而是本文所主張之逮捕者對於犯行的第一手認知，時間要素僅作為輔助基準。準現行犯逮捕之法理根據在於，既然私人逮捕者沒有親自見聞犯罪，其逮捕權自應有所限制，由於第二手資訊來源廣泛，可信度容有極大差異，必須對於其品質加以確保，藉以避免私人逮捕對於第三人之過度侵害，並且減少誤捕之可能性，也因此，立法者乃透過第 88 條第 3 項準現行犯認定之列舉條款加以限制。現行法中準現行犯的兩款規定「被追呼為犯罪人者」與「因持有兇器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處露有犯罪痕跡」應當理解為一種法定的「列舉式第二手資訊」，對於未能親自在場見聞犯罪之人，除非是透過這兩種立法者所列舉的第二手資訊獲悉犯罪事實，否則自不得發動逮捕。由此可知，從我國刑事訴訟法對於準現行犯的立法結構與要件來看，應可推知「在場要求」屬於私人現行犯逮捕的客觀前提要件之一<sup>179</sup>。

職是之故，逮捕犯罪者的緊急權，應當歸屬於對犯罪情狀擁有第一手資訊之人。惟必須強調的是，於本文論述脈絡下，「在場要求」僅適用於私人逮捕者，至於國家機關所發動的逮捕，是否適用此標準，則屬另一問題。

## 5. 小結

從立法淵源的觀點切入，我國現行犯逮捕制度，其實是個舶來品，

---

<sup>179</sup> 按照本文觀點，刑事訴訟法第 88 條第 3 項並非獨立的準現行犯逮捕要件，而是立法者對於私人準現行犯逮捕所設計的「額外防護機制」，也因此，私人發動準現行犯逮捕的正當性，仍舊是建立在現行犯逮捕規則的基礎上。簡言之，準現行犯認定的兩款列舉事由乃在於替代「在場要求」，藉此擔保逮捕者主觀認知的可信性，而非作為發動準現行犯逮捕之唯一要件。因此，本文先前所提出之現行犯逮捕規則，對於準現行犯逮捕，自應一併予以適用。由於本文重點並不在於處理準現行犯逮捕之議題，關於準現行犯之認定、逮捕規則、以及其他若干規範解釋爭議，請參見：簡士淳，追捕呼叫法則之歷史溯源與適用基準：以公民逮捕制度之變遷為中心，法學新論，第 41 期，頁 65-110，2013 年 4 月。

現行刑事訴訟法第 88 條現行犯與準現行犯的立法為民國 24 年 1 月 1 日修正施行之版本，該條文前身乃民國 17 年 7 月頒布，9 月 1 日施行的舊刑事訴訟法第 49 條。舊刑事訴訟法第 49 條第 1 項規定，現行犯不問何人，得不用拘票逕行逮捕；第 2 項前段則規定現行犯乃犯罪在實施中或實施後即時發覺者。同項後段復規定，有下列情形之一者，以現行犯論：一、被追呼為犯人者。二、於犯罪發覺後，最近期間內持有兇器、贓物或其他物件，可疑為該罪之犯人，或於身體、衣服等處顯露犯該罪之痕跡者。

根據民國 17 年舊刑事訴訟法第 49 條的立法理由，可知此條文的制定乃參考了民國 10 年北洋政府頒布之刑事訴訟條例第 57 條<sup>180</sup>，而刑事訴訟條例又以大清刑事訴訟律草案第 195 條<sup>181</sup>、第 196 條<sup>182</sup>、第 202 條<sup>183</sup>為藍本修改而成，當時清政府參酌了日本、法國法例，首度引進「現行犯」與「準現行犯」之規範結構，並沿用至今<sup>184</sup>。

誠如所述，私人逮捕作為一種緊急權，在國家保護義務的框架下，立法者享有一定程度的裁量權，得以決定緊急權之具體內容，以及行使

---

<sup>180</sup> 參見註 2。

<sup>181</sup> 參見註 2。

<sup>182</sup> 參見註 2。

<sup>183</sup> 大清刑事訴訟律草案第 202 條：

「現行犯，指在實施犯罪行為中或實施後即時經發覺者而言。

遇有下列情形，可疑為犯人者，準現行犯論：

第一 持有兇器、贓物或異常之物者；

第二 詢問姓名、住址等項將逃走者；

第三 被追呼為犯人者；

第四 於身體衣服等處顯露犯罪痕跡者。」

詳細立法理由、解釋例請參見：吳宏耀、郭 恒編，1911 年刑事訴訟律（草案）：立法理由、判決例及解釋例，頁 106，中國政法大學出版社，2011 年。

<sup>184</sup> 不同於大清刑事訴訟律草案及民國 10 年之刑事訴訟條例，該法不再要求現行犯必須仍在犯所，只要符合現行犯之要素，即得發動逮捕。而關於準現行犯的認定，大體維持了刑事訴訟條例之規定，惟放棄「十四日」判準，轉而採納抽象之「最近期間」標準。

時機。也因此，在探究我國現行犯逮捕制度之內容時，亦應當緊扣立法者所為之規範結構設計，此種藉由立法結構所建構出的解釋方案，亦充分反映在本文對德國暫時逮捕制度客觀前提要件所提出之論點。我國刑事訴訟法關於現行犯逮捕之立法結構，與德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段，乃呈現出不同之態樣，是否因而在解釋論上產生差異，必須從規範結構之整體出發，審慎加以評估。換言之，由於我國與德國刑事訴訟法規範結構的差異，我國現行犯逮捕法制之討論，將產生若干特殊問題：首先，我國關於現行犯和準行犯逮捕之規定，應與刑事訴訟法第 92 條的規定合併觀察，以掌握其全貌。該條第 1 項規定：「無偵查犯罪權限之人逮捕現行犯者，應即送交檢察官、司法警察官或司法警察」，從條文之要求「應即」（以最快速度），可以推知我國立法者對於私人所發動之現行犯逮捕，採取了十分保守的態度，此亦彰顯緊急權之例外與補充特性。此外，現行犯與準現行犯逮捕之規範結構，亦是我國所特有，因此自非德國學理論述所能觸及，在解釋我國法之私人現行犯逮捕規範時，自不應全然仿效德國之討論脈絡。本文前述之討論，即以我國既有之規範結構為基礎，所進行之細部要件分析。惟無論如何，德國學說論辯的豐碩成果，實已提供我國未來對於私人現行犯逮捕議題之重要討論平臺。

## 伍、結語

論述至此，以下總結本文的研究成果：

- (一) 從德國暫時逮捕制度的整體評估可以發現，該國學理論述傾向於以單一解釋模式進行釋義學辯論。然而經由本文分析，不難發覺這些討論雖然富有學理價值，然而終究讓「犯罪」概念之釐清陷入困境，甚至遭遇方法論上的質疑，且相關討論亦未劃分執法人員與一般私人兩種不同類型之逮捕。在這樣的思考框架下，德國暫時逮捕法制呈現出單一的適用模

式，亦即不區分發動逮捕之主體，並全面適用特定之觀點，此種單一模式遭遇許多解釋論上之困難，導致暫時逮捕法制無法活化。本文認為，應當適時突破釋義學之格局，探討私人暫時逮捕之特殊性並進行相關刑事政策之考量。

- (二) 德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段與我國刑事訴訟法第 88 條之規定，並未對適用主體加以限制；因此，無論是具備偵查權限之國家機關或一般私人，均得援引之作為阻卻違法事由。而本文主張，私人與國家機關所為的逮捕具有不同的權利本質與正當性基礎，並由此產生實踐上之區別；在建構私人逮捕法則時，應當緊扣私人作為逮捕主體，其特殊的權利本質與權利基礎。換言之，立法技術上雖然可將執法人員與一般私人所發動之逮捕整合為單一條文，惟當涉及規範內容之解釋適用時，仍應明確區隔不同之逮捕發動者。
- (三) 在國家強制力獨占之規範要求下，私人逮捕必須透過緊急權之法理予以證成，尤其應當緊扣緊急權之規範特徵與制度功能；本文主張，私人逮捕法則應當從混合模式的觀點出發，一方面區隔執法人員與私人所適用的逮捕規則，他方面亦採取事中觀點與事後觀點之混合運用。本文認為，由於私人未若執法人員受過專業訓練，其認知能力自有所侷限，因此本文不贊同在私人逮捕制度中一律採納事中觀點。對於「犯罪」概念的解釋，本文主張應當區分「是否」有犯罪發生與「誰」是犯罪者的判斷，以事中觀點判斷被逮捕者的犯罪嫌疑，以事後觀點判斷犯罪的存否，以此呼應私人逮捕制度之規範目的：釐清「犯罪者嫌疑」，而非「犯罪嫌疑」。換言之，對於私人所發動之逮捕，法官一方面必須審查逮捕者根據逮捕當下可知悉之事實及情狀，是否客觀上足以形成相當之確信，認為被逮捕者即為犯罪行為人（事中觀點）；他方面法官亦

——由德國刑事訴訟法第 127 條暫時逮捕之規定出發

必須審酌一切已知事實，判斷系爭犯罪是否確實發生（事後觀點）。此種模式在確保國家刑事訴追利益的同時，亦保障了無辜者之權利。

- (四) 除了建構衝突價值之最佳衡量模式，進一步的問題便是決定「誰得以發動逮捕」，此即為阻卻違法事由的「當事人適格」。本文認為，私人於發動逮捕時，必須依據自我之觀察，獲悉他人犯罪之事實情狀；藉由「在場要求」的提出，得以避免逮捕者基於毫無根據之傳聞或二手資訊而發動逮捕，減少誤捕之機率。此基準之證立，從規範權威效力論來看，構成要件規則表彰的是立法者初步衡量的結果，在沒有重大瑕疵的情況下，應當推定其衡量之正確性；因此，行為人必須明確顯示出「知識掌握的優越性」，方得以主張阻卻違法事由，推翻立法者所為的初步衡量結果。而此「知識掌握的優越性」在私人逮捕的脈絡下，則是透過「在場要求」加以實現，由於行為人對逮捕情狀有第一手的認知，對於事件的掌握與判斷，其正確性將能大幅提升。除此之外，無論是德國刑事訴訟法第 127 條第 1 項前段或我國刑事訴訟法第 88 條第 2 項，立法文字均包含「發覺」要素，此是作為本文所提出「在場要求」的實定法依據；而我國現行犯與準現行犯之特殊立法結構，亦能支持本文所提出之論點。
- (五) 德國刑事訴訟法所規定的暫時逮捕制度，其正當性基礎與個別要件之解釋適用，在學界引發極為廣泛之辯論，學者之論證立場多元且豐富，充分展現德國法律解釋學之雄厚根基。本文認為，德國的討論脈絡，對於我國刑事訴訟法所規定之現行犯逮捕制度，有三點主要啟示：第一，私人作為逮捕主體的特性與定位，將決定其正當性基礎，以及後續之規範要件解釋；也因此，雖然我國立法者決定將私人與執法人員所

發動之現行犯逮捕，整合於同一條文，於分析與適用具體規則時，仍應明確區隔兩種逮捕主體。第二，私人現行犯逮捕眾多要件之解釋，諸如「犯罪」、「實施」、「即時」、「發覺」等要素，不應停留在字典式的說文解字論述模式；德國學者所運用的規範解釋方法，並不會受制於法律系統或文化脈絡，於建構我國現行犯逮捕法制時，應可以之作為架構。第三，我國現行犯與準現行犯立法結構之設計，是否妥當？其核心價值為何？本文認為，相較於外國法系私人逮捕制度數百年來累進式的發展成果，我國體制乃立法繼受他國之成果，在相當程度上「遺傳」了外國法系之若干特點，因此針對立法史與外國法制之分析自然有其必要。除此之外，從法律系統演化的生命過程來看，我國現行犯逮捕制度雖然有著外國法系之血統，惟在法與社會的不斷互動下，並不排除若干逮捕法則，在我國法制度下產生轉變。本文認為，私人逮捕權作為緊急權，其特點除了立法裁量空間，以及規範解釋上必須緊扣立法者之制度設計外，另一特點在於緊急權與國家體制的緊密連結；質言之，緊急權的內涵與實踐，往往取決於不同法文化系譜中，對於國家－私人關係的理解，我們可以想像，在民主國家中，國家透過正當法律程序，積極設置一系列紛爭解決機制以及緊急保護管道，人民無庸亦不必訴諸於緊急權；反之，當國家慣常性地違反正當法律程序，或是國家獨占強制力的內在調控機制失靈<sup>185</sup>，緊急權作為外部調節的機制將會啟動，而國家獨占強制力的正當性基礎也將削減。在建構我國現行犯逮捕制度時，除了力求形塑一套穩定的現行犯與準現行犯逮捕規範結構，更重要的是，應當

---

<sup>185</sup> 例如執法人員濫權逮捕、執法過當、或濫用警械等。

體認私人逮捕權的內涵與範圍，將根本性地取決於我國體制下，國家執法機制的運作效能與正當性基礎。

本文透過介紹德國與我國法制有關私人逮捕制度之討論，分析私人逮捕客觀前提要件之若干爭議問題，並進一步探求私人逮捕之規範結構及法理基礎，藉此釐清私人逮捕與執法人員逮捕之差異以及制度設計之可能變因。在論證策略上，本文則從私人逮捕作為緊急權之特性與立法結構特徵之角度出發，提出一系列之論據。至於私人逮捕之其他議題，諸如逮捕行為之界限、比例原則之適用、私人逮捕行為之定性等若干問題，則有待未來另行為文論述。

## 參考文獻 References

### 一、中文部分 (Chinese)

#### (一) 書籍 (Books)

- 王皇玉，刑法總則，新學林出版股份有限公司，2014 年。
- 王鵬翔，規則是法律推理的排他理由嗎？，2008 法律思想與社會變遷，中央研究院法律學研究所籌備處，2008 年。
- 余振華，刑法總論，三民書局股份有限公司，2013 年 2 版。
- 朱石炎，刑事訴訟法論，三民書局股份有限公司，2014 年 4 版。
- 吳宏耀、郭 恒編，1911 年刑事訴訟律（草案）：立法理由、判決例及解釋例，中國政法大學出版社，2011 年。
- 林山田，刑法通論（上），自版，2008 年 10 版。
- 林永謀，刑事訴訟法釋論（上），三民書局股份有限公司，2010 年。
- 林東茂，刑法綜覽，一品文化出版社，2015 年 8 版。
- 林俊益，刑事訴訟法概論（上），新學林出版股份有限公司，2014 年 14 版。
- 林鈺雄，刑事訴訟法（上），元照出版有限公司，2013 年 7 版。
- 林鈺雄，新刑法總則，元照出版有限公司，2014 年 4 版。
- 張麗卿，刑法總則理論與運用，五南圖書出版股份有限公司，2014 年 4 版。
- 黃常仁，刑法總論，新學林出版股份有限公司，2009 年 2 版。
- 黃仲夫，刑法精義，元照出版有限公司，2012 年 28 版。
- 黃東熊、吳景芳，刑事訴訟法論（上），三民書局股份有限公司，2010 年 7 版。
- 黃朝義，刑事訴訟法，新學林出版股份有限公司，2014 年 4 版。

- 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照出版有限公司，2012 年 4 版。  
黃翰義，刑法總則新論，元照出版有限公司，2010 年。  
褚劍鴻，刑事訴訟法論，臺灣商務印書館，2001 年 5 版。  
陳子平，刑法總論，元照出版有限公司，2008 年 2 版。  
蔡墩銘，刑事訴訟法概要，三民書局股份有限公司，2011 年 10 版。  
蔡墩銘，刑法總論，三民書局股份有限公司，2013 年 10 版。

## （二）期刊（Volumes & Periodical Papers）

- Kerner, Hans-Jürgen 著，許澤天譯，德國普通刑事程序的新發展（上）  
——從法定原則走向便宜原則，月旦法學雜誌，第 141 期，2007 年 2 月。  
王鵬翔，規則、原則與法律說理，月旦法學教室，第 53 期，2007 年 3 月。  
吳景芳，現行犯之研究，刑事法雜誌，第 27 卷第 2 期，1983 年 4 月。  
吳耀宗，此郎非狼，月旦法學教室，第 122 期，2012 年 12 月。  
林鈺雄，對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分，台灣本土法學雜誌，第 55 期，2004 年 2 月。  
許澤天，阻卻違法事由——正當防衛與現行犯逮捕，法學講座，第 4 期，2002 年 4 月。  
黃朝義，拘提與逮捕，月旦法學教室，第 6 期，2003 年 4 月。  
楊雲驊，逮捕現行犯與比例原則，法學講座，第 26 期，2004 年 3 月。  
楊雲驊，現行犯逮捕，月旦法學教室，第 60 期，2007 年 10 月。  
簡士淳，追捕呼叫法則之歷史溯源與適用基準：以公民逮捕制度之變遷為中心，法學新論，第 41 期，2013 年 4 月。  
蔡墩銘，犯罪嫌疑之研究，國立臺灣大學法學論叢，第 21 卷第 2 期，1992 年 8 月。

- 陳子平，違法性阻卻事由前提事實錯誤——容許構成要件錯誤，月旦法學教室，第 39 期，2006 年 1 月。
- 陳子平，正當防衛、誤想防衛與緊急避難，月旦法學教室，第 104 期，2011 年 6 月。
- 陳志龍，許可性構成要件錯誤——兼論負面構成要件要素理論，國立臺灣大學法學論叢，第 20 卷第 1 期，1990 年 12 月。
- 黃惠婷，正面阻卻違法事由錯誤，月旦法學教室，第 76 期，2009 年 2 月。
- 郭棋湧，論誤想防衛之違法性，法學叢刊，第 185 期，2002 年 1 月。
- 蔡聖偉，容許事實懷疑，臺北大學法學論叢，第 84 期，2012 年 12 月。

## 二、日文部分 (Japanese)

### (一) 書籍 (Books)

安富 潔，刑事訴訟法，(三省堂，2010 年)。

### 三、英文部分 (English)

#### I. Books

- APIIAH, KWAME ANTHONY, THINKING IT THROUGH: AN INTRODUCTION TO CONTEMPORARY PHILOSOPHY (2003).
- BASSIOUNI, M. CHERIF, CITIZEN'S ARREST: THE LAW OF ARREST, SEARCH, AND SEIZURE FOR PRIVATE CITIZENS AND PRIVATE POLICE (1977).
- BITTNER, EGON, THE FUNCTIONS OF POLICE IN MODERN SOCIETY (1970).
- BRODEUR, JEAN-PAUL, THE POLICING WEB (2010).
- CAENEGEM, R. C. VAN, LEGAL HISTORY: A EUROPEAN PERSPECTIVE (1991).
- CRITCHLEY, T. A., A HISTORY OF POLICE IN ENGLAND AND WALES: 900-1966 (1967).
- EMSLEY, CLIVE, THE ENGLISH POLICE: A POLITICAL AND SOCIAL HISTORY (1996).
- HUDSON, JOHN, THE FORMATION OF THE ENGLISH COMMON LAW: LAW AND SOCIETY IN ENGLAND FROM THE NORMAN CONQUEST TO MAGNA CARTA (1996).
- KANT, IMMANUEL, METAPHYSICAL ELEMENTS OF JUSTICE (1999).
- LOCKE, JOHN, TWO TREATISES OF GOVERNMENT (2003).
- REYNOLDS, ELAINE A., BEFORE THE BOBBIES: THE NIGHT WATCH AND POLICE REFORM IN METROPOLITAN LONDON (1998).
- SIMMONS, A. JOHN, POLITICAL PHILOSOPHY (2008).
- SMITH, PAUL, MORAL AND POLITICAL PHILOSOPHY: KEY ISSUES, CONCEPTS AND THEORIES (2008).
- Warren, Mark E., *Democracy and the State*, in THE OXFORD HANDBOOK OF POLITICAL THEORY 382-389 (Dryzek, John S., Honig, Bonnie & Phillips, Anne eds., 2008).

## II. Volumes & Periodical Papers

- Hall, Jerome, *Legal and Social Aspect of Arrest without a Warrant*, 49 HARV. L. REV. 566, 566-92 (1936).
- Summerson, H. R. T., *The Structure of Law Enforcement in Thirteenth Century England*, 23 AM. J. LEGAL HIST. 313, 313-28 (1979).

#### 四、德文部分 (German)

- Albrecht, Jobst, Das Festnahmerecht Jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO, 1970.
- Arzt, Gunther, Zum privaten Festnahmerecht, in: Karl Heinz Gössel/Hans Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag, 1985, S. 1-17.
- Beulke, Werner, Strafprozessrecht, 10. Aufl., 2008.
- Borchert, Osnabrück, Die vorläufige Festnahme nach § 127 StPO, JA 1982, S. 338-346.
- Bülte, Jens, § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO als Eingriffsbefugnis für den Bürger und als Rechtfertigungsgrund, ZStW 121, 2009, S. 377-415.
- Erb, Volker (Hrsg.), Löwe/Rosenberg. Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 26. Aufl., 2007.
- Fezer, Gerhard, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 1995.
- Fincke, Martin, Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, S. 87-91.
- Freund, Georg, Strafrecht Allgemeiner Teil: Personale Straftatlehre, 2009.
- Frister, Helmut, Strafrecht Allgemeiner Teil: Ein Studienbuch, 4. Aufl., 2009.
- Gropp, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2001.
- Haller, Klaus/Conzen, Klaus, Das Strafverfahren: Eine systematische Darstellung mit Originalakte und Fallbeispielen, 4. Aufl., 2006.
- Hannich, Rolf (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl., 2008.
- Heuchemer, Michael, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2005.
- Hillenkamp, Thomas, 32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2006.

- Hummler, Alexander Josef, Staatliches Gewaltmonopol und Notwehr: Grenzverschiebungen in Rechtsprechung und Literatur, 1998.
- Jakobs, Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., 1991.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.
- Kargl, Walter, Inhalt und Begründung der Festnahmebefugnis nach § 127 I StPO, NStZ 2000, S. 8-15.
- Kindhäuser, Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2008.
- Koch, Burkhard, Prinzipientheorie der Notwehreinschränkungen, ZStW 104, 1992, S. 785-820.
- Köhler, Michael, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1997.
- Kramer, Bernhard, „Jedermann“ nach § 127 Abs. 1 StPO: Staatsanwälte und Polizeibeamte?, MDR 1993, S. 111-113.
- Kramer, Bernhard, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 7. Aufl., 2009.
- Krey, Volker, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 2. Aufl., 2004.
- Krey, Volker, Deutsches Strafverfahrensrecht, Band I, 2006.
- Kühl, Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2008.
- Kühne, Hans Heiner, Strafprozesslehre, 4. Aufl., 1993.
- Kühne, Hans Heiner, Strafprozessrecht, 7. Aufl., 2007.
- Marxen, Klaus, Zum Begriff der frischen Tat in § 127 Abs. 1 StPO, in: Wilfried Küper/Jürgen Welp (Hrsg.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessel zum 70. Geburtstag, 1993, S. 705-717.
- Merten, Detlef, Rechtsstaatsdämmerung, in: Manfred Schreiber (Hrsg.), Polizeilicher Eingriff und Grundrechte: Festschrift für Rudolf Samper, 1982, S. 40-46.
- Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., 2011.

- Mezger, Edmund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9 Aufl., 1960.
- Otto, Harro, Probleme der vorläufigen Festnahme, § 127 StPO, Jura 2003, S. 685-687.
- Otto, Harro, Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004.
- Puppe, Ingeborg, Kleine Schule des Juristischen Denkens, 2008.
- Ranft, Otfried, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., 2005.
- Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006.
- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl., 2009.
- Satzger, Helmut, Das Jedermann-Festnahmerecht nach § 127 I 1 StPO als Rechtfertigungsgrund, Jura 2009, S. 107-114.
- Schimpfhauser, Eva Maria, Das Gewaltmonopol des Staates als Grenze der Privatisierung von Staatsaufgaben, in: Herbert Bethge (Hrsg.), Studien und Materialien zum Öffentlichen Recht, Band 33, 2009.
- Schmidt, Eberhard, Nachträge und Ergänzungen zu Teil II des Lehrkommentar, 1967.
- Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 27. Aufl., 2006.
- Schünemann, Bernd/Greco, Luis, Der Erlaubnistatbestandsirrtum und das Strafrechtssystem, Oder: Das Peter-Prinzip in der Strafrechtsdogmatik?, GA 2006, S. 777-792.
- Tilkorn, Meike, Umfang und Grenzen des Jedermann-Festnahmerechtes nach § 127 Absatz 1 Satz 1 StPO, 2001.
- Verrel, Torsten, Kinderdelinquenz-ein strafprozessuales Tabu?, NStZ 2001, S. 284-290.
- Wagner, Markus, Das allgemeine Festnahmerecht gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtfertigungsgrund, ZJS 6, 2011, S. 456-478.

Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau, 38. Aufl., 2008.

Wiedenbrüg, Gernot, Nochmals: Das Risiko des privaten Festnehmers, JuS 1973, S. 418-421.