

# 《刑事訴訟法概要》

## 一、何謂現行犯？何謂準現行犯？試說明之（二十五分）

命題意旨	測試考生對於現行犯、準現行犯之定義及區分，屬於法條背誦之題型。
答題關鍵	現行犯、準現行犯之定義及區分，二者於強制處分上之效力；關於憲法第八條之用語，以及大法官釋字第九十號解釋；肯定此種分類不違反憲法第八條之見解，亦宜敘及。
參考資料	林鈺雄，刑事訴訟法（上），300-302 頁
高分閱讀	1.高點，司法四等特考考場寶典，刑事訴訟法概要題目 12。 2.高點法學圖說系列《刑事訴訟法 I》，史奎謙（L750），P.4-64~65：現行犯與準現行犯之意義（相似度 100%）。 3.高點重點整理系列《刑事訴訟法(概要)》，陳律師(L102)，P.1-83~84：現行犯與準現行犯之意義（相似度 100%）。

### 【擬答】

按人民身體之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。憲法第八條第一項前段定有明文。刑事訴訟法（以下稱本法）第八十八條第一項規定，現行犯不問何人得逕行逮捕之；其第二項復定義現行犯，謂犯罪在實施中或實施後即時發覺者為現行犯；第三項並規定有下列情形之一者以現行犯論：一為被追呼為犯罪人者，二為因持有凶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。所謂「以現行犯論」，學者及實務均稱此為準現行犯。

#### (一)現行犯

##### 1.立法定義：

指犯罪實施中或實施後即時被發現者（本法第八十八條第一項）。所謂即時乃指時間之緊接性，即強調犯罪實施與被發現的時間乃屬緊密關連。刑事訴訟法第八十八條第二項有明文規定。例如：甲偷乙之腳踏車當場被乙發覺。

##### 2.效力：

現行犯無論何人得逕行逮捕之（本法第八十八條第一項）

##### 3.現行犯逮捕之規範目的：

強制處分乃國家機關之行為，能夠動用直接強制力本來以國家機關為限，為能即時阻止正在發生之犯罪，而國家力量不及介入之犯罪行為，故承認現行犯之逮捕乃憲法第八條人身自由保障之特別規定，現行犯即係基於此一憲法基礎而來。就刑法評價而言，無偵查犯罪權限之一般人民逮捕現行犯之行為，構成刑法二十一條依法令行為之阻卻違法事由。

##### 4.立法檢討：

現行犯之主要問題在於認定，承認現行犯之逮捕，無論就承認人民於國家不及保護時之自力救濟權利，或者終結正在發生之犯罪並保全被告便利追訴而言，雖然有其必要，但是，若現行犯之認定過於寬鬆，可能過度侵害被捕人之人身自由權利。本法第八十八條第一項所規應，犯罪在實施中或實施後即時發覺者為現行犯。此立法尚稱妥當，惟立法者另於現行犯外，規定所謂準現行犯，實質上擴張現行犯之範圍。

#### (二)準現行犯

##### 1.立法定義(本法第八十八條第三項第一款、第二款)：

(1)第一種類型乃指被追呼為犯罪人者，例如甲於市集上追呼偷其錢包並正在逃跑之乙，大叫：「有小偷偷我的錢包，把前面那個人攔下來。」重點不在被追或被呼者是否為真正犯罪人，而係以當時客觀情況，是否足以令人相信逃逸者為犯罪人，刑事訴訟法第八十八條第二項傳統之爭議為被追與被呼者是否相同，然有學者認為此一爭議乃屬多餘，因為若得透過一般觀察即可得知真正犯罪人為誰，對於人權之侵害頗大，故這裡是否應透過一般觀察而賦予任何人都有對於犯罪嫌疑人之逮捕權限，此誠屬未來立法論應該考量之事項。

(2)第二種類型乃規定於第八十八條第三項第二款規定，因持有凶器、贓物或其他物件，或於身體、衣服等處漏有犯罪痕跡者。例如實務上認為瀆職罪收受之賄賂，若賄賂為貨幣，依一般之觀察，若可認為係犯罪所得，其持有並顯可疑為犯罪人者，屬準現行犯（司法院大法官釋字第九十號解釋）。重點應在於是否有犯罪顯露之表徵性，透過犯罪顯露之表徵性認定準現行犯。

##### 2.效力：

現行犯無論何人得逕行逮捕之（本法第八十八條第一項）。通說認為此處現行犯包括準現行犯在內，且大法官釋字第九十號解釋亦認為：憲法第八條所稱之現行犯，係包括刑事訴訟法第八十八條第三項以現行犯論者在內，憲法其他各條所稱之現行犯其涵義亦同，殊難謂為應將以現行犯論者排除在外，蓋在憲法上要不容有兩種不同意義之現行犯並存。

##### 3.立法檢討：

現行犯與準現行犯之規定，乃係憲法第八條之人身自由保障之例外，憲法著有明文：除現行犯之逮捕，有法律另定外之法律保留，透過法律保留而允許任何人得直接使有強制力逮捕現行犯以免國家力量來不及介入。對於現行犯之現行立法往往隱含許多情境因素而容易導致誤認之危機，且現行法關於準現行犯之立法規定似乎過於寬鬆，易遭致濫用侵害



人權。例如：持有贓物，事隔犯罪可能已經數日、數月乃至數年之久，已經欠缺本來容許逮捕現行犯的時間緊迫性因素，本法未將逮捕限定於無法即時確認為人身分或行為人有逃亡之情形，也未加上來不及報告警察官署逮捕的限制，可謂過度擴張未依法定程序之逮捕，立法上值得檢討。故學說上認為，現行法之準現行犯應具備時間上之限制，亦即唯有犯罪行為發生未超過數小時始得認定為準現行犯並加以逮捕。

## 二、試述刑事訴訟法上所規定司法警察之職務？（二十五分）

命題意旨	法警為司法警察，測試考生是否知悉法警擔任司法警察時之職權，此為每隔幾年必出之考題。
答題關鍵	司法警察之定義及依據，另分析歸納司法警察在刑事訴訟法上之職務，應特別留意新增檢察官之發查制、退案審查制，以及司法警察（官）之強制採樣檢查身體處分權
參考資料	林鈺雄，刑事訴訟法（上），137 頁以下；（下），3 頁以下
高分閱讀	1.高點，司法人員四等訴訟法概要，刑訴篇 1-43 至 1-50 頁。 2.高點法學圖說系列《刑事訴訟法 I》，史奎謙（L750），P.4-6~7：司法警察之職權（相似度 100%）。 3.高點重點整理系列《刑事訴訟法(概要)》，陳律師（L102），P.2-8~9：司法警察之職權（相似度 70%）。

### 【擬答】

司法警察可謂「司法警察官」及「司法警察」之總稱，前者係指刑事訴訟法（以下稱本法）第二百二十九條及二百三十條所規定，協助檢察官及受檢察官指揮，偵查犯罪之所謂「一級及二級司法警察官」，後者則係受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪之「司法警察」，依本法第二百三十一條之規定，包括警察、憲兵及或依法令關於特定事項得行司法警察之職權者，例如法警屬之。總之，司法警察乃協助檢察官、受檢察官指揮及命令，偵查犯罪之偵查輔助機關。依據本法規定，司法警察（官）之職務列舉如下：

#### (一)將被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人解送檢察官：

本法第二百二十九條第二項前段規定，一級司法警察官應將偵查之結果，移送該管檢察官，依本條項後段規定，包括司法警察官如接受被拘提或逮捕之犯罪嫌疑人，除有特別規定外，應解送該管檢察官。但檢察官命其解送者，應即解送。此即所謂犯罪嫌疑人之隨案移送。

#### (二)逕行調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據：

1.依本法第二百三十條第二項前段、第二百三十一條第二項前段之規定，二級司法警察官及司法警察知有犯罪嫌疑者，應報告該管檢察官或一級、二級司法警察官。但此二條項段仍賦予二級司法警察及司法警察主動偵查犯罪之權限，分別規定得不待檢察官及一級司法警察官之指揮，不待檢察官及一、二級司法警察官之命令，逕行調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據。

2.司法警察官或司法警察為調查犯罪及蒐集證據，依本法第七十一條之一，得使用通知書，通知犯罪嫌疑人到場詢問；本法第一百條之二準用第一百條之一，詢問被告時應全程連續錄音或錄影；並依本法第九十四條先人別訊問，再依九十五條踐行告知義務。另依本法第一百九十六條之一第一項之規定，司法警察官亦得使用通知書通知證人到場詢問。

#### (三)封鎖犯罪現場並為即時勘察之職務：

刑事訴訟法二百三十條第三項規定，（二級）司法警察官就調查犯罪嫌疑有必要時，得封鎖犯罪現場，並為即時之勘察。刑事訴訟法第二百三十一條第三項規定，司法警察若實施調查有必要時，亦得為即時之勘察。實務上常見司法警察（官）於犯罪現場拉起警戒線，封鎖應勘察現場，即係依據此等條項之授權。

#### (四)發查制之下向檢察官報告及受發交之職權：

本法第二百二十八條第二項規定，檢察官因知有犯罪嫌疑開始偵查者，得限期命二級司法警察官（包括檢察事務官）或司法警察調查犯罪情形及蒐集證據，並提出報告。必要時得將相關卷證一併發交。以突顯及加強檢察官為偵查主，司法警察官為受檢察官指揮及命令調查犯罪之偵查輔助機關地位。

#### (五)退案審查制下補足調查再行移送報告之職權：

本法第二百三十一條之一條明定，檢察官對於司法警察（官）移送或報告之案件，認為調查未完備者，得將卷證發回命其補足或發交其他司法警察（官）調查。司法警察官（官）應於補足或調查後，再行移送或報告。此學者稱之為退案審查制，以使檢察官對於司法警察（官）之偵查活動有更進一步之控制管道。

#### (六)強制處分之發動須事先獲得法官或檢察官之核准：

本法第八十八條之現行犯及其逮捕，刑事訴訟法八十八條之一犯罪嫌疑人之逕行拘提，刑事訴訟法一百三十條之附帶搜索，第一百三十一條之緊急搜索，第一百三十一條之一之同意搜索，第一百三十七條之附帶扣押，第一百五十二條之另案扣押等嚴重侵害人民基本權之強制處分，均須經過事前之法官保留或檢察官之控制，抑或事後之監督機制，而不致於因遷就現實上司法警察（官）作為偵查第一線機關之主體地位而有危害法治國危險之可能，另外，若能透過規制警察之偵查行為之刑事訴訟法證據禁止法則，必能更有效控制司法警察，使司法警察（官）之偵查活動，如證據蒐證與保全等，受制於法官與檢察官，而保障人民人身自由之基本權。

#### (七)強制處分之執行職權：

關於強制處分之執行權限，本法原則上概規定由司法警察（官）執行，如本法第七十八條之執行拘提，八十七條之通緝經通知或公告後司法警察之拘提或逕行逮捕被告，第九十二條逮捕現行犯之解送，第一百零三條羈押之執行，第一百



十八條之二執行搜索，第一百三十六條執行扣押等。對於警察強制處分之執行，應顧及我國其他相關行政法規及刑事實務相應之配合，否則，若檢察官對輔助機關人員之任用、升遷、考績及懲戒等事項，均無置喙之餘地，則法制實況為「兵在外，將命有所不受」，甚至於「兵將易位」，則檢察官將失去合法控制警察活動之偵查主地位。

(八)強制採樣之檢查身體職權：

為因應司法警察（官）作為第一線偵查主體採樣及保全證據之實際需要，並兼顧人權保障，本法第二百零五條之二特別授權司法警察（官）對於犯罪嫌疑人或被告，具有特定之檢查身體處分，本條規定：「檢察事務官、司法警察官或司法警察因調查犯罪情形及蒐集證據之必要，對於經拘提或逮捕到案之犯罪嫌疑人或被告，得違反犯罪嫌疑人或被告之意思，採取其指紋、掌紋、腳印，予以照相、測量身高或類似之行為；有相當理由認為採取毛髮、唾液、尿液、聲調或吐氣得作為犯罪之證據時，並得採取之」。

(九)結論：

司法警察之職務由犯罪之偵查以至於強制處分之執行均有侵害人民基本權之可能性，除了須透過法律將此些職責加以合法性控制外，也應使其受法院與檢察官之監督，而發展司法警察受檢察官合法性控制之法治國環境。

三、試述偵查發動之原因，並簡要說明其意義？（二十五分）

命題意旨	測試考生對於刑事訴訟法第二百二十八條偵查發動各項原因之認識
答題關鍵	對於第二百二十八條第一項關於告訴、告發、自首、其他情事之解釋及說明，宜舉例說明
參考資料	林鈺雄，刑事訴訟法（下），第 9-12 頁
高分閱讀	1.高點，司法人員四等訴訟法概要，刑訴篇 2-4 頁以下。 2.高點法學圖說系列《刑事訴訟法 I》，史奎謙（L750），P.13-16：偵察開始之原因（相似度 100%）。 3.高點重點整理系列《刑事訴訟法(概要)》，陳律師（L102），P.2-9~10：偵察開始之原因（相似度 100%）。 4.高點重點整理系列《訴訟法概要》，廖律師、吳律師（L101）P.2-12~15：偵察開始之原因（相似度 100%）P.2-14：其中 54 年書記官試題部分（相似度 100%）。 5.高點律師司法官歷屆試題詳解（LA005），91 年檢查事務官、行政執行官第二題（相似度 60%）。

【擬答】

檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查，此即偵查發動之原因。茲詳述偵查之發動原因如下：

- (一)告訴：告訴係指犯罪之被害人或其他有告訴權人向國家追訴機關申告犯罪事實並請求追訴之意思表示。刑事訴訟法（以下稱本法）第二百三十二條規定，得為告訴之人乃為犯罪被害人，所謂犯罪被害人係指法益直接受侵害之人。另第二百三十三條規定，被害人或其法定代理人得為告訴，被害人若已死亡者，得由其配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長家屬告訴。但告訴乃論之罪，不得與被害人明示之意思相反。本法第二百三十四條規定，特定案件之告訴人，就妨害風化罪，必須直系血親尊親屬、配偶或其直系血親尊親屬方得告訴；刑法第二百三十九條、刑法第二百四十條第二項之妨害婚姻及家庭罪，均須配偶方得告訴。刑法第二百九十八條妨害自由罪限於被略誘人之直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長家屬亦得告訴。刑法第三百十二條妨害名譽及信用罪乃限於已死者之配偶、直系血親、三親等內之旁系血親、二親等內之姻親或家長得為告訴。另本法第二百三十五條規定特定犯罪之告訴人，或第二百三十六條規定之代行告訴人，均係有權告訴之主體。告訴係偵查發動之原因，國家藉由告訴保障犯罪被害人及有權告訴者之權利，並藉由告訴發現犯罪、對抗犯罪。
- (二)請求：請求乃指刑法第一百一十六條侵害友邦元首或外國代表罪，刑法第一百一十八條之侮辱外國國旗國章罪，於刑法第一百一十九條規定，外國政府得請求我國追訴機關追訴之。檢察官因接受外交部長函請司法行政最高長官，故知有犯罪嫌疑應即發動偵查。請求乃係外國要求我國司法權行使之方式，故應準用告訴之相關規定，請求並無時間之限制，其可準用本法第二百三十八條、二百三十九條，即告訴乃論之撤回及主觀不可分之規定。
- (三)告發：告發乃指犯罪被害人或其他有告訴權以外之第三人，知有犯罪嫌疑者，舉發犯罪促使國家追訴機關發動偵查。告發應分為一般告發與公務員告發。前者乃指本法第二百四十條之任意第三人之告發，後者乃指第二百四十一條之公務員執行職務之義務告發。關於法官於審判過程中，發現證人有犯偽證之嫌疑或發現其他未經起訴之犯罪，亦適用公務員因執行職務知有犯罪嫌疑者之第二百四十一條之規定而負告發義務。另，懲治貪污條例第十三條、第十四條有特定告發之義務，若違反者，應構成犯罪。
- (四)自首：自首指犯罪人依刑法第六十二條之規定，指犯罪人於犯罪未被發覺之前，主動向犯罪追訴機關報告自己之犯罪事實，並願意接受制裁之意思表示。偵查機關因自首而知有犯罪嫌疑者，應即發動偵查。自首之程式同告訴、告發，犯罪追訴機關因自首而知有犯罪嫌疑者，應即發動偵查。
- (五)其他情事：檢察官因看報紙、看電視或因其他行政機關之移送而知有犯罪嫌疑者應即發動偵查。例如，檢察官於報紙上發現官員於決標案可能收受不法回扣，或上市公司可能從事內線交易，只要不是毫無根據的杜撰之言，即有發動偵查之義務，此稱為檢察官之自動檢舉。關於實務上之運作，最多因其他情事而發動偵查者，乃因行政機關之移送。
- (六)結論：偵查發動之原因除法律有明文規定者外，乃採其他情事之概括規定，此乃因為法治國之犯罪追訴機關須負擔犯罪追訴之義務，而不得僅憑藉個人之任意裁量而違反刑事訴訟法上此一法定性義務。



## 四、刑事判決有形式判決與實體判決之分，其內容為何？兩者區分之實益何在？(二十五分)

命題意旨	測試考生是否知悉實體判決及形式判決之區分內容及實益
答題關鍵	實體判決及形式判決之意義、內容及區分實益；免訴判決之性質及因而產生的本案判決、非本案判決之區分實益及檢討
參考資料	林鈺雄，刑事訴訟法（上），549 頁、550 頁
高分閱讀	1.高點，司法人員四等訴訟法概要，刑訴篇 1-86 頁 2.高點法學圖說系列《刑事訴訟法 II》，史奎謙（L751），P.4-693~694：形式判決和實體判決之意義及區分（相似度 100%）

## 【擬答】

刑事判決依據判決內容係關於實體法上或訴訟法上之事項為標準，可以區別為實體判決與形式判決，依據刑事訴訟法（以下簡稱本法）之規定其意義、內容及區分實益如下。

## (一)實體判決

## 1.意義：

關於實體法上事項所為之判決。又發動刑事訴訟之目的乃在於確定對於起訴案件到底有無實體刑罰權及其範圍如何，此正係實體判決之內容，故學者通說以為，實體判決就是關於本案訴訟目的之裁判，另稱之為「本案判決」。

## 2.內容例如：

- (1)有罪科刑判決（本法第二百九十九條前段）
- (2)有罪免刑判決（本法第二百九十九條後段）
- (3)無罪判決（本法第三百零一條）

## (二)形式判決

## 1.意義：

關於訴訟法上事項所為之判決。因為通常係欠缺訴訟要件而無法進入本案之實體事項為裁判，故應以程序上理由終結訴訟，此無關於本案之訴訟目的，故學者通說以為形式判決中之不受理及管轄錯誤判決為「非本案判決」。惟通說亦以為，其中免訴判決因為所欠缺者係實體訴訟條件，涉及實體刑罰權有無之事項，故例外屬「本案判決」，乃實體關係之形式判決。

## 2.內容例如：

- (1)免訴判決（本法第三百零二條）
- (2)不受理判決
  - a.公訴不受理判決（本法第三百零三條、第一百六十一條第四項）
  - b.自訴不受理判決（本法第二百二十九條第二項、三百三十一條）
- (3)管轄錯誤判決（本法第三百零四條、第三百三十五條）

## (三)實體判決與形式判決之區別實益

- 1.學者通說以為實體判決以經當事人言詞辯論為必要（本法第二百二十一條參見）；形式判決則得不經言詞辯論（例如本法第三百零七條）。至於是否有既判力，亦即一事不再理之效力，係屬於本案判決與非本案判決之區別實益。
- 2.學者通說所以另區分本案判決與非本案判決，主要係免訴判決雖為形式判決，惟其因係實體刑罰權事項有無之判斷，而發生是否具一事不再理效力之爭議。就免訴判決之性質，學說上有所爭議，依刑事訴訟法第三百零二條之規定，免訴判決情形如下：(1)曾經判決確定者；(2)時效完成者；(3)曾經大赦者；(4)犯罪後之法律已廢止刑罰者。就其規定而言，均涉及於實體刑法之事項，故就免訴判決是否發生實質確定力，學說上有四種見解：(1)單純形式判決說：此說認為免訴乃僅依起訴書之主張，得不經審判就可為判決，故為形式判決，但判決後不許再起訴，故有既判力。(2)實體關係之形式判決說：免訴判決雖係形成判決，但因欠缺實體的訴訟條件，故也有既判力。(3)實體判決說：免訴判決與無罪判決相同，乃牽涉實體公訴權之實體判決，故具有不許再起訴之效力。(4)區分說：以確定判決而免訴者為形式判決，除此之外，均為實體判決。我國通說係採實體關係之形式判決說，而認為免訴判決有實體確定力，具有一事不再理之效力，為本案判決。
- 3.惟有學者以為，即使實體判決者，亦有所謂得或應不經言詞辯論之諸多例外，例如第三審之判決（本法第三百八十九條）、簡易處刑判決（本法第四百四十九條）、協商程序判決（本法第四百五十五條之四），所以實體判決與形式判決之區分實益，應在實體確定力（既判力）之有無，因為實體判決係針對實體刑罰權有無之事項為判決，所以有既判力，生一事不再理之效力，形式判決係針對訴訟法上之事項為判決，所以不具既判力，不生一事不再理之效力。至於免訴判決具有一事不再理之效力，係因為免訴判決之原因事由而來，而非免訴判決本身，通說對於本案判決及非本案判決之區分並無必要。亦有學者認為，在強調判決之實體確定力之同時，是否應該同時審慎考慮，放寬再審救濟制度之要件，以使再審發揮真正之功能，而得以救濟司法之錯誤。此等見解均頗值參考。

