第九講
強制處分總論

壹 強制處分之定位 9-4
一、 強制處分之意義 9-4
二、 強制處分之性質：干預基本權之行為 9-4
三、 專論：強制處分與任意處分 9-5

貳 強制處分之主體 9-8
一、 前提：法官保留原則 9-8
二、 強制處分之決定機關 9-8
三、 令狀原則 9-11
四、 強制處分之執行機關 9-11

參 強制處分之分類 9-12
一、 直接與間接強制處分 9-12
二、 對人與對物強制處分 9-12

肆 強制處分之限制 9-13
一、 法律保留原則 9-13
二、 比例原則 9-13
三、 拘束人身自由的憲法誡命：法官保留原則 9-14
四、 專論：相當理由 9-14

伍 強制處分之監督 9-17
一、 事前審查機制 9-17
二、 事後審查機制 9-18

陸 專論：強制處分專庭 9-19
一、 制度倡議 9-19
二、 新法規定 9-20

柒 專論：基本權干預體系 9-22
一、 國家性之前提審查：國家與人民之關係？ 9-24
二、 個案涉及基本權保護領域？ 9-24

三、 構成基本權干預或限制？ 9-26
四、 干預有無正當化（合法化）事由？ 9-27
五、 違法干預處分之救濟、法律效果 9-30
捌 專論：應否承認一般授權條款？ 9-32
一、 肯定說 9-32
二、 否定說 9-37

導讀

從第9講開始，連續四講將介紹「強制處分」。本講著重在「總論」部分，將以德國法上的「基本權干預」角度去理解強制處分，藉此梳理出各種強制處分的共通點，之後談及的每種強制處分，都能套到本講介紹的「基本權干預審查體系」中，算是理解強制處分的「基礎」，非常重要。

先提醒大家，本講的基本權干預審查體系，未來在第12講介紹某些「法無明文」的干預處分時，將會成為理解上的引導思路，而大家在考場碰到這些干預處分時，也能作為答題骨幹，以便體系化呈現、獲取較高的分數。至於其他「法有明文」的干預處分，雖也可以套入此體系，但仍優先以「法條」理解與解答即可，動筆前千萬要記得歐～

壹 強制處分之定位[1]

一、強制處分之意義

強制處分，乃國家機關追訴犯罪時，**為保全被告或蒐集、保全證據，對受處分人施加的強制措施**。**強制處分之目的**，包含**保全被告**（如拘提、通緝、逮捕、羈押等），及**蒐集、保全證據**（如搜索、扣押、身體檢查、通訊監察等）。

單一強制處分之目的，**可能同時具備以上兩種目的**，如拘提、羈押，以有逃亡之虞為由而拘提或羈押被告（§§76②、101Ⅰ①），目的在於保全被告，並進而保全未來程序以及可能刑罰之執行；而以串供、滅證之虞為由而拘提或羈押被告（§§76③、101Ⅰ②），則具保全證據的目的。

二、強制處分之性質：干預基本權之行為

「強制處分」用語，乃傳統學說著眼於強制處分本身帶有的「**強制力**」，過去僅將強制處分定義成**單純的訴訟行為**，並認為此等訴訟行為應與本案裁判一併接受審查，毋須個別審查其適法性。

20世紀中期，**雙重性質（功能）的訴訟行為**觀念在德國被提出，強制處分可能**兼具程序與實體的性質**逐漸被接受。如，羈押固為程序上訴訟行為，然羈押同時拘束人身自由，就實體權利而言，羈押仍干預人民的基本權利（拘提、逮捕亦是如此）、搜索住宅干預相對人的財產權及隱私權、通訊監察干預相對人的通訊自由權及隱私權、抽血檢測等身體檢查處分至少干預受檢測人的身體不受侵犯權等等，**在在顯示強制處分的性質非單純訴訟行為**。

基於這種特性，學說上更進一步主張：**刑訴法應該根本放棄「強制處分」（Zwangsmassnahme）的傳統用語，改以「刑事訴訟上之基本權干預」（strafprozessuale Grundrechtseingriffe）替代**，如此才能精確描述這種公法行為的特性。**強制處分之實施，必將限制或剝奪基本權**，如搜索涉及隱私權的侵犯，扣押涉及財產權的剝奪，傳喚、逮捕、拘提、羈押涉及人身自由的限制[2]。

---

1 主要參考林鈺雄（上），頁311-313。亦可參三人（上），頁117-119；李春福，頁189-190；黃惠婷，從干預概念探討科技偵查之運用與界限，軍法專刊第70卷第4期，2024年12月，頁72-75。

2 關於基本權干預用語，近期亦為最高法院110年度台上字第3858號判決援用：「**何種行為**

小重點

基本權干預用語之影響

在套入基本權干預概念後，傳統強制處分之形象大概有以下三種重大改變：

㈠舊法概念無法涵蓋現代型態的干預行為[3]。

㈡受到**法律保留原則**與**比例原則**的拘束[4]。

㈢「**有權利、有救濟**」之憲法層次要求[5]。

三、專論：強制處分與任意處分[6]

㈠基本概念

強制、任意處分之區別，乃日本法的概念。自日本刑訴法第197條的文義「為了達到偵查之目的，得進行必要之調查。但強制處分除本法有特別規定之，不得為之」，可得出「**任意偵查原則**」之原則禁止規定[7]，於例外情形，仍須依

構成基本權干預（傳統稱為強制處分，惟概念上不合時宜，現代學說多已揚棄，而以『刑事訴訟之基本權干預』替代），並應受憲法基本權干預體系及刑事訴訟上取證規範之拘束？應受下列三階段審查：國家性、基本權干預性、干預之正當化事由。」

3　例如通訊監察還有最近很夯的GPS、設備端通訊監察、M化車等新興科技偵查手段，**這些基本權干預行為基於其「隱密」特性，對相對人根本沒有施用強制力，但他們確實會侵害人民的基本權**（以通訊監察為例，難道電話都被監聽了，我的隱私權還沒被干預嗎？）。**相對人在被干預當下，完全不知道他的基本權（尤其是隱私權）被強烈干預！甚至在干預結束後，都可能完全不知情！**這些干預方法，和傳統的拘提、羈押、搜索等明顯使用強制力的干預處分完全不一樣，所以用基本權干預手段的用語，才能把這些新興偵查手段，涵蓋進去！

4　因為強制處分在公法上可被定位為「**干預人民基本權的行為**」，故按憲法的基本權審查體系（沒錯！**就是那個大家在寫憲法基本權審查體系時的，那個憲法！**）強制處分和其他干預行為相同，必須受到法律保留原則、比例原則的拘束。憲法上的基本權利審查體系，可參李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，人文及社會科學集刊第9卷第1期，1997年3月，頁39-83。

5　當國家干預人民基本權時，按照**有權利、有救濟**原則，國家必須賦予人民一定救濟手段。故同為基本權干預的強制處分，也須在刑事法領域賦予人民救濟管道。否則**在公法領域干預較輕微的措施得向行政法院救濟，在刑事法領域，成認最具嚴重干預程度的強制處分卻不得救濟，豈非輕重失衡！**

6　參李春福，頁190-199；陳運財，偵查之基本原則與任意偵查之界限，收錄於：氏著，偵查與人權，2014年4月，頁7-34；劉芳伶，論採尿處分之定性——以111年憲判字第16號判決為中心，當代法律第32期，2024年8月，頁104-109。

7　按照陳運財老師的說明，任意偵查原則指的是：「偵查活動之實施往往直接涉及國民的自由權利，自刑事司法政策而言，偵查機關實施偵查應以避免侵害國民之自由權利，而在國民的協助下作為指導原則，故偵查目的若藉由多數手段均可達成時，必須選擇任意處分的方式為之，優先考慮在偵查對象出於自願或不侵害其實質權益的情況下，進行證據之蒐集保全，此即偵查之任意處分原則。」我國法雖未如日本法之明文規定，但自憲法第23條的比例原則推導亦可得相同結論。

條文揭示的「**強制處分法定原則**」，循強制處分的相關法律規定，方得為之。

故，偵查活動是否合法，應就偵查機關行使之方式、態樣、權益侵害性質、效果等加以實質判斷，**若偵查活動已達強制處分範圍，按照強制處分法定原則，其實施之型態、要件等須符合法定程序要求**。如何判斷偵查活動乃強制、任意處分，將決定個案有無強制處分法定原則之適用。

㈡區分標準

日本學說上針對兩者之判定標準，有形式強制力說[8]、中間領域說[9]、形式權利侵害說[10]、重要權利侵害說[11]等看法。我國傳統多數學說對強制處分的定義，**多以有無強制力、強制手段為區分標準**[12]，和日本法上的形式強制力說類似。

而就以「**客觀上有無強制力之行使**」之判斷，亦有問題，如何謂**強制力**？外觀上有使用強暴、脅迫等足以壓制對象之抗拒者，固然構成強制力行使，然僅止於**輕微有形外力行使者**[13]，是否該當強制處分，即有疑義，且此種觀點，於**新興科技偵查活動中**亦難以判斷，蓋其客觀上未必施加強制力。

就此問題，陳運財老師認為應多方面觀察檢討。偵查活動多樣、複雜且富流動性，要以一般抽象概念界定強制、任意處分之區別並非易事。**應就各個具體之偵查活動中，偵查對象所涉之犯罪嫌疑形態、程度、偵查之手段以及個人權益遭受侵害之性質、程度等相互交錯之要素，多方面觀察檢討**，尤其應視<u>有無侵害個人實質或重要權益</u>作為判斷標準。

---

8 認為偵查手段有伴隨物理性質之實力或強制力的行使（直接強制），或是有蘊含制裁效果之義務行為（間接強制）處分者，乃強制處分。

9 主張在強制、任意間存有一過渡階段，此階段不涉及強制力的行使，然此階段，乃「說服」行為，如勸服對象所為之實力行使，雖為有形力的行使，但尚未到達實施強制處分的階段。

10 不論有無強制力行使，凡未經對象同意而侵害其個人權利、法益者，即為強制處分；偵查活動縱未伴隨強制力或具有義務之賦予，仍可構成強制處分。

11 以有無違反對象明示或默示意思，而侵害其重要之權益，作為區別任意或強制處分之判準。

12 如林山田老師：「強制處分乃指刑事程序中，刑事追訴機關或審判機關為了探索犯罪事實或保全刑事證據，確保刑事程序之順利進行，使用限制或剝奪基本自由或權利之**強制手段**，而針對犯罪嫌疑人、被告或其他訴訟關係人以及與犯罪有關之物或通訊所為之強制處分。」參林山田，頁265。

13 例如日本法上很有名的一個案子：警方擋住自願至警局接受調查，但到警局時不欲接受吹氣試驗的酒駕犯嫌離去之路，並搭住其肩膀等，如此將構成強制處分？

小重點

任意處分仍應遵守比例原則

任意處分雖不像強制處分在法律上有嚴格要件與程序規定，但其侵害國民權益之可能性仍存在，僅侵害程度較小而已。**故任意處分與強制處分，同受比例原則拘束**，其是否適法，應就處分之緊急性、必要性及個人權益侵害之性質、程度綜合考量。

廢話Jan多

留日學者的觀點

本講對強制處分的總論介紹，主要是以留德學者主張的「基本權干預體系」進行討論。不過，大家會發現，部分最高法院判決還是可以看到「強制處分法定原則」、「任意處分」等字眼，由此也可見日本法對實務的影響，但近期許多關於基本權干預的討論，還是有蠻多代表性的判決偏向基本權干預體系觀點。總之，如果不想唸這邊留日學者的區分法也沒關係，可以把理解重點放在等等的基本權干預體系上就好！

另外，陳運財老師認為碰到「侵害個人實質或重要權益」時，即應滿足強制處分法定原則而應有法律授權，且無論任意、強制處分均應滿足比例原則，此種觀點其實某種程度上，和我們等等會談到，林鈺雄老師主張的基本權審查體系中之修正門檻理論蠻近似的，大家之後可以再比較一下。

貳 強制處分之主體[14]

一、前提：法官保留原則[15]

法官保留原則，指將特定公法事項保留由法官行使，且也僅法官能行使之原則。憲法第77條規定「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒」，由此足見立憲者明確將實現國家刑罰權的「**刑事訴訟審判權**」權限賦予司法院，並在具體個案審理時，依憲法第80至82條由司法院下設各級法院獨立性、身分均受保障之法官行使，故**刑事訴訟之判斷，屬於憲法法定的法官保留事項**。

二、強制處分之決定機關[16]

㈠法官決定模式[17]

指「**事前**」法官保留原則，將特定的強制處分決定權限，委由法官行使，且亦僅有法官才能行使，**其他在刑事訴訟程序中擔當職務的國家機關不得為之，尤其是「檢察官」，其頂多具「聲請權限」而已**。此等事前法官保留原則，又可分為「絕對、相對」兩類，**絕對法官保留**，指無論如何均須事先獲得法官令狀許可，方得發動強制處分，否則即屬違法；**相對法官保留**，指原則上必須事先獲得法官令狀許可，但在急迫之例外情形，偵查機關仍可自行決定而發動。

強制處分之法官保留原則，乃現代法治國憲法的共通要求，憲法第8條同樣考量人身自由拘束重要性，在條文中反覆強調「**法院**」於人身自由拘束處分中之重要性。目前法官保留原則之適用範圍，已從**人身自由**之拘束擴張到其他干預較為重大的強制處分，如搜索、扣押、通訊監察等。

---

14 參Jango，刑事訴訟法（Ⅰ）基礎理論與訴訟主客體篇，第3講，貳-一、司法權意義暨法院內涵：兼論法官保留原則。

15 另參林鈺雄（上），頁98；楊雲驊，協商程序與法官保留原則，月旦法學雜誌第119期，2005年4月，頁26-28。

16 另可參張麗卿，頁222-224。

17 另參薛智仁，曾參與前審「裁判」之法官迴避事由——最高法院110年度台抗字第1972號刑事裁定，台灣法律人第9期，2022年3月，頁198-199。

小重點

強制處分應行法官決定模式的優點與缺點

優點	【工作方式觀點】 偵查機關主要任務乃偵查犯罪與追訴犯人，而發動強制處分往往是更便利其偵查活動的方法，故在審酌應否發動強制處分時，**偵查機關自然更容易傾向於寬鬆解釋**。
	【制度保障觀點】 法官決定強制處分時，同受**人身及事物獨立性原則**保障，另受**法定法官原則、聽審原則**拘束；而檢察官因受制於「**檢察一體原則**」，籌辦案件之自主空間遠不及法官，指定分案權亦使檢察官不如法定法官之保障。故檢察官雖與法官受相同法學訓練，且受**客觀與法定義務**拘束，然與法官所受三重保障仍有落差。
	【權力制衡觀點】 於偵查階段應採行法官保留原則，「**聲請權**」留給偵查機關，「**決定權**」保留給法官，故訴訟法上之權力分立原則中以「**檢察官主動聲請，法官被動決定**」方式運作，彼此制衡。自控訴原則觀察，此訴訟分權模式得**避免強制處分之發動糾問化**。
缺點	【錯失偵查先機】 若均要求法官先行同意，將妨礙追訴效率。蓋偵查階段之被告、證據保全或證據蒐集，**時機往往稍縱即逝，強制處分之聲請與決定分離的結果，就是偵查活動容易錯失先機**。且強制處分之發動時刻不分晝夜，若強制處分皆採行法官保留原則，偵查法官的人力建置勢必相當龐大。

㈡偵查機關決定模式

強制處分由偵查機關自行發動，無庸事先得到法官核可，以提升偵查效率。此處之偵查機關包含檢察官與司法警察官員，但前者因受制於法定與客觀義務拘束，通常較後者更能保障受處分人權益。然此種發動模式，對基本權之保障不足。

㈢我國現行立法：混合模式

我國現行法與多數國家相同，就強制處分之發動採「**混合模式**」，**部分採取法官保留，部分由偵查機關決定**。我國目前於**羈押、暫行安置、鑑定留置、搜索、扣押、通訊監察、通信紀錄與網路流量紀錄之調取與部分特殊強制處分**等干預處分，採行絕對或相對法官保留原則：

1. 絕對法官保留

如**羈押**，基於憲法第8條誡命，屬本法當中少數憲法的、絕對的法官保留強制處分，依第101條以下均須由法官決定。而**鑑定留置、暫行安置**因亦屬長期干預人身自由措施，性質類似羈押，依第203條之1第4項、第121條之1第1項亦採絕對法官保留。

2. 相對法官保留

如搜索、扣押、通訊監察等，**原則上需有法官核發之令狀授權**方得為之。現行法允許此等強制處分，**於急迫等特定例外情形得由偵查機關逕予發動，而部分例外情形，於事後亦要求由法院判斷是否補發令狀**。

3. 其他強制處分

多半以程序進行為分類基點，採行「**偵查中由檢察官決定，審判中由法官決定**」之**二分模式**，如第71條第4項傳喚、第77條第3項拘提、第85條第3項通緝、第204條之1第3項鑑定許可。此外，亦創設**急迫性質的例外處分，擴張司法警察（官）的強制處分權限**，如第88條之1第2項之緊急拘捕，允許司法警察在有特定事由而不及聲請拘票時，得先行發動拘提，事後再報請補發拘票。

現行法另有以「執行時間」為判準之區分方式，如：檢察官依第93條之2第1項、第93條之3第1項得於偵查中逕行發動「8個月」以下之限制出境、出海處分，惟若欲延長限制期限，按第93條之3第1項但書，則應由檢察官聲請法院以裁定為之；又依153條之1第3項，司法警察（官）得自行發動未逾連續24小時、累計未逾2日之定位追蹤處分，若個案之監察期限超過上開界限，則須有法院核發之許可書。

三、令狀原則[18]

令狀原則指對於人民受憲法保障的人身自由、隱私、財產權之侵犯，若無急迫情事等例外情事，**應由中立、超然之司法機關審查並簽發「令狀」後始得為之**。

張麗卿老師指出，英美法系強調的「令狀原則」，概念上同大陸法系之法官保留原則，僅**令狀原則更注重強制處分之令狀審查**。然無論如何，**本質上都是要求國家發動強制處分時，必須建立一套防止濫權的制衡機制，先交由超然中立性質的「法院」，審查令狀合法性、必要性，執行機關持有此等法院核發的「許可書」（令狀）後，方得執行強制處分**[19]。

四、強制處分之執行機關

司法警察（官）乃強制處分之執行機關，如第78條第1項得執行拘提、依第87條第1項得拘提及逮捕通緝犯、依第88條得逮捕現行犯、依第88條之1第2項得緊急拘捕、依第103條第1項得執行羈押之解送、依第128條之2得執行搜索、依第136條第1項得執行扣押。而**檢察官**依第87條第1項得親自執行通緝犯之拘提與逮捕、依第88條之1第2項得緊急拘捕；**法官與檢察官**依第128條之2第1項、第136條第1項得親自執行搜索、扣押，**執行者皆為國家機關**。

「**私人**」於例外情形亦得執行強制處分，如第88條第1項之現行犯逮捕「**不問何人**得逕行逮捕之」、第87條第2項「**利害關係人**，得逕行逮捕通緝之被告」，然以上二者於其逮捕後應將被告送交國家機關。

18　詳細論述，參三人（上），頁181-194。
19　參張麗卿，頁222-223。