

# 警察執行集會遊行時之法律界限

## 前言

司法院八十七年一月二十三日針對集會遊行法部分規定是否涉及違憲問題，作出四四五號解釋，解釋文認為，集會遊行法現行有關集會遊行活動採事前許可制度，並不違憲，至於其訴外解釋部分<sup>1</sup>，釋字第四四五號均有明確說明。針對集會遊行法許可制不違憲的解釋，警察機關目前受理集會遊行案件之審查，似有趨嚴傾向，相對的，警察執法手段亦有剛性之偏<sup>2</sup>。警察執法心態與執法手段的強勢調整，是否應毫無界限，頗值探討。依行政法院七一年度判字第八一一號判決：「．．．按行政裁量權之行使，倘有違背法令、誤認事實、違反目的、違反平等原則或比例原則等情形之一者，揆諸行政訴訟法第一條第二項之規定，仍不失為違法．．．。」基此，警察執行集會遊行案件，除依集會遊行法執法外，其執法手段與目的達成間，似仍應嚴守行政法之一般法律原則，否則仍難謂其為合法。

日本學者美濃部達吉曾揭示警察權行使的四大原則，即關於「警察目的之原則」、「警察之公共之原則」、「警察比例之原則」與「警察之責任原則」，並以此為其界限。但事實上，警察之平等原則，亦係行政法學上裁量論與公正手續保障論之根本要素之一，故如警察裁量行為違反平等原則，即構成行政內部客觀之瑕疵，殊難否認其在警察作用上之意義，故處理集會遊行時仍有其適用上之價值。職是之故，警察機關處理集會遊行案件時，除應適用集會遊行法外，亦需依各案件之特性，恪遵行政

<sup>1</sup> 本案聲請釋憲人，旨在請大法官會議就集會遊行採許可制是否涉及違憲問題作解釋，結果大法官會議不僅就集會遊行法採許可制是否涉及違憲問題作解釋，其解釋範圍更擴及該法第四條、第十一條及第十九條，有部分學者據此認為，大法官會議不應作訴外解釋，以免有濫權之嫌。詳見蘇永欽：「大法官不應作訴外解釋」，中國時報，八版，民國八十六年十二月二十六日。

<sup>2</sup> 八十八年十月三日，「九二一」地震受災戶向台北市政府警察局申請核准前往總統府夜宿，孰料，十月九日晚，台北市政府警察局中正一分局以李總統已與受災戶溝通為由，逕行撤銷原已核准之集會遊行案件，並欲強力驅離已集結之陳情民眾，造成輿論譁然。詳見中國時報，四版，民國八十八年十月十一日。

法上之一般法律原則，以免警察權限恣意擴張，無形中對人民之自由權利造成侵害。

## 第一節 警察比例之原則

### 第一項 比例原則之概念

行政適用法律應遵守一般法律原理原則，而行政法之一般法律原理原則甚多，在眾多重要公法原則，許多都環繞在比例原則之思考範疇，譬如：必要性原則、禁止恣意原則、合理原則等<sup>3</sup>。我國行政法學者林紀東氏謂：比例原則乃行政機關公權力之發動，應與為其對象之行為的違法性，或阻害公益之程度，維持適當之比例，因警察行政，常礙及人民之自由，故警察行政法上，久有所謂「警察比例原則」<sup>4</sup>。日本法學者川上宏二郎謂：行政法之比例原則者，係促成行政目的實現狀態之程度，與因而採取之措置或手段所生之不利益之程度，必須保持適正比例關係之原則<sup>5</sup>。田村悅一謂：所謂比例原則，係指行政處分與其所意圖實現之目的之間，要求有合理比例關係之謂<sup>6</sup>。綜上所述，比例原則應指公權力行使與其所實現目的之間，需有合理的比例關係而言，其本身並無單一的概念，通說皆將其分為所謂適當性原則、必要性原則及狹義比例原則<sup>7</sup>。比例原則是一個相當廣義的概念，其所涵蓋的層次有二：一、行政機關在為行政處分時，其應於公益與私益之間作一調和與衡量。二、行政處分所欲達到的目的，與所採取的手段應成適當之比例。再就比例原則之法性格觀察，德國法學界認為，比例原則在德國

<sup>3</sup> 參閱李震山，行政法導論，(台北，三民書局，民國 88 年 10 月再修訂初版，頁 83-4)。

<sup>4</sup> 林紀東：行政法(台北，三民書局，民國 77 年 3 月修訂三版，頁 442)。

<sup>5</sup> (日)川上宏二郎著「行政法上之比例原則」，黃如流譯，「司法週刊」第三七八期(民國 77 年 8 月 10 日，二版)。

<sup>6</sup> (日)田村悅一，「比例原則」，自由裁量限界所收，初版，東京，有斐閣(昭和 42 年 9 月，頁 224)。

<sup>7</sup> 謝世憲：「論公法上之比例原則」，收錄於城仲模主編，行政法之一般法律原則，(台北，三民書局，民國八十三年八月，頁 120 以下)。

基本法上雖無明文，但如同平等原則一般，具有超國家之性格（即基於自然法思想），因而與人民享有平等權一般，比例原則亦具有基本權性格．．．。但判例態度則認為，比例原則係出自法治國家原則，係屬憲法秩序之一部，尚非基本權。但無論如何，比例原則係源自法治國家原則，並具有憲法位階，違反比例原則之行政處分，即屬違法處分，應無爭執<sup>8</sup>。

## 第二項 警察之比例原則

按比例原則係自具有古典行政法之實質內容的警察法中，蘊育而生，故警察之比例原則，備受重視。在德國，比例原則早期大多運用於警察法領域，並已將之條文化。如西德一九七七年訂頒之統一警察法標準草案第二條內容，其主要內涵有三：其一，警察應就無數可行處分中，選擇對個人或公眾傷害最小者為之。其二，處分不得肇致與其結果顯然不成比例之不利。其三，目的達成後，或發覺目的無法達成時，處分應即停止<sup>9</sup>。由於警察權之行使本身只具有除弊的任務，而無積極之興利功能，故行政法學者林紀東氏認為：「警察權之拘束人民自由時，其拘束，限於維持社會公益所必要之程度，苟超過必要程度，而拘束人民之自由時，為超越警察權之正當界限，縱令在法律上明文，為任諸警察機關裁量之行為，倘因其裁量有違誤之處而構成違法行為」<sup>10</sup>。Fleiner的名言：「警察不宜以砲擊雀（die Polizei solle nicht mit Kanonen auf spatzen schieben）」<sup>11</sup>，最足以闡明警察之比例原則。例如：警察人員處理集會遊行時，發現有人不遵守法令，即援引警械使用條例之規定，舉槍予以射擊，此使用警械行為雖係依法令之行為，但顯然該行為已逾越警察人員維持治安之必要程度，該處分即因違反比例原

<sup>8</sup> 林錫堯：「西德公法上之比例原則」，「司法周刊」，第八八期（民國71年12月8日，第二版）。

<sup>9</sup> 李震山，前揭書，頁84。

<sup>10</sup> 林紀東：行政法各論，（初版，台北，大中國圖書公司印行，民國58年8月，頁24）。

<sup>11</sup> 轉註葉俊榮，「論比例原則與行政裁量」，憲政時代，第十一卷第三期（民國75年元月，頁80）。

則而構成違法。此外，Walter Jellinek以溫度計之度數為喻，將警察權行使之界限予以量化，該比喻雖過於機械，但足以說明警察之比例原則<sup>12</sup>。例如，集會遊行法第二十五條規定，警察執行違法集會遊行的手段有警告、制止、命令解散及強制執行等四種，其執法強度係屬漸近式，警察執法人員面對違法集會遊行行為人時，初步應選擇對個人或公眾傷害最小的「警告」手段，不得藉口為達成維護社會秩序之目的，而逕行使用強制驅離手段。

### 第三項 比例原則之明文化

目前大陸法系國家，已有漸將比例原則透過立法程序，而予以條文化之趨勢。如除西德一九七七年訂頒之統一警察法標準草案第二條內容之外，日本警察官職務執行法第一條第二項規定：「本法規定手段之行使，以執行前項目的之必要最小為限，不得濫用。」同法第七條復規定：「警察為逮捕人犯，防止逃逸，保護自己或他人，或壓制妨害公務之抵抗，有相當理由，可認為必要時，得經合理判斷，於必要限度內，因應情況使用武器」<sup>13</sup>。我國實定法上亦有不少條文富有比例原則之精神，如憲法第二十三條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。」本條文一方面宣示基本權利得予以限制，一方面又充滿了必要性的設計，其精髓所在，即調和公益與私益的比例原則，可見憲法已明文承認比例原則的存在<sup>14</sup>。在行政法之領域，適用比例原則之情形，更是不乏其例，如警械使用條例第五條規定：「警察人員使用警械，應基於急迫

<sup>12</sup> 氏謂：若正常狀況為零度，則負二至負十度，警察得予以取締；負十度以下為維護社會治安，警察之取締為絕對必要者，至於零度之負二度之間，為輕微之秩序違反，不得率然取締，而零度以上為對社會有益者，更不應取締。見黃守高，前揭書，頁281-282。

<sup>13</sup> 鄭善印：「修正行政執行法之研究報告」，「警政學報」，（民國72年12月，頁23-25）。

<sup>14</sup> 葉俊榮，前階文，頁85。

需要為之，不得逾越必要程度，並應事先警告。但因情況急迫不及事先警告者，不在此限。」另在同法第三條第一項第三款、第四條第一項第七款及第二項亦有比例原則之精神。集會遊行法第二十六條更規定：「集會遊行之不予許可、限制或命令解散，應公平合理考量人民集會、遊行權利與其他法益間之均衡維護，以適當方法為之，不得逾越所欲達成目的之必要限度。」本條文已正式將比例原則法律化。另在社會秩序維護法第十九條第二項、第二十二條第三項，都有比例原則的法律用語出現。在行政法院判例方面，也已明確承認比例原則的存在，如行政法院七一年度判字第八一一號判決：「．．．按行政裁量權之行使，倘有違背法令、誤認事實、違反目的、違反平等原則或比例原則等情形之一者，揆諸行政訴訟法第一條第二項之規定，仍不失為違法．．．。另大法官會議釋字第四四〇號、四七一號及四七八號解釋，都有因法令或行政處分違反比例原則之違憲宣告解釋<sup>15</sup>。

#### 第四項 警察執行集會遊行與比例原則

集會遊行法第二十六條為警察比例原則之體現，且依本條例之精神以觀，比例原則不僅是警察機關準駁人民集會遊行案件、行政裁量權之行使是否合法之判斷基準，亦是警察人員執法時，公私法益衡量應遵循之原則。例如：警察機關駁准人民申請集會遊行案件時，除有集會遊行法第十一條所列各款情形外，應一律准許人民申請，斷不可主觀認定集會遊行一定會影

---

<sup>15</sup> 例如司法院大法官會議釋字第四七號解釋文提及：「槍砲彈藥刀械管制條例第十九第一項規定犯第七條、第八條、第十條、第十一條、第十條第一項至第三項、第十三條第一項至第三項之罪，經判處有期徒刑者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為三年。此項規定不問對行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律直付強制工作三年，限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第二十三條所定之比例原則」。

響社會治安、造成交通阻塞，而援引不確定法律概念，進而剝奪人民集會遊行權，或自視大法官會議釋字第四四五號解釋已宣告集會遊行許可制不違憲，即觸動無限上綱的威權心態，以「原則禁止、例外許可」<sup>16</sup>作為壓制人民行使自由權的工具，因為此一行政裁量所欲達到之目的與所選用之手段，顯然不成比例，難謂其行政處分為合法。再如，依法舉行之集會遊行，活動進行中發現有部分人逾越合法行為時，在場執法人員應衡量法益，慎選適當之執法手段為之，依集會遊行法第二十五條規定，認為只實施警告即可達到勸止之目的時，不得逕行實施命令解散或強制驅散，而中止人民集會遊行權，否則其執法手段難免遭受非議。對於未受法律明文保障之偶發性集會遊行案件，警察人員執法時應以審慎心情面對，公平合理考量人民集會、遊行權利與其他法益間之均衡維護，儘量以勸導方式為之，不得逾越所欲達成目的之必要限度。

比例原則之適用，會造成裁量餘地的收縮，是不爭的事實<sup>17</sup>。故比例原則乃成為裁量餘地之一道重要界限。如前所述，比例原則乃是探討目的與手段兩者聯結關係之合法性問題，當所追求的目的或所使用的手段，有一方為非法時，即無比例原則適用之餘地。例如：警察機關綜合考量社會治安與人民之自由權利後，依集會遊行法第二十五條規定，對重大非法聚眾活動，予以警告、制止或命令解散，甚至下令實施必要性之強制驅散或執行逮捕行動，此目的與手段之間如具有必要性，難謂其為非法，但實施逮捕之後，對無抗拒能力之人，仍繼續予以施暴或非難，或威脅其以後不得再非法聚眾，此種以暴制暴之行徑，其目的雖具正當性，但選用手段之價值，在整個法秩序之下，卻已構成違法，只能得到非法之評價，而無比例原則適用之可

---

<sup>16</sup> 我國集會遊行法雖採許可制，但此一許可制為「準則許可制」，與報備制(或稱異議制)接近，亦即只要申請人無集會遊行法第十條所定不予可之情形，受理機關均應核准集會遊行申請案，有關許可制、準則許可制與報備制之差異，請詳閱拙文：「從釋字第四四五號解釋探微集會遊行許可制之合憲問題」，「警學叢刊」，第三十卷第二期，民國八十八年九月，頁 212-214。

<sup>17</sup> 同前註，頁 88-89。

能。當然，並非所有裁量行為均適用比例原則，在羈束裁量之情況下，警察人員之行政裁量，並無適用「便宜原則」之可能，只能依「法定原則」行事，亦即，應依法律規定採取必要措施，並無行政裁量權<sup>18</sup>。例如：集會遊行第十條規定：未滿二十歲者或無中華民國國籍者，不得為集會遊行之負責人，此乃絕對限制條件，因此，當警察機關受理此一案件，在行使准駁之行政裁量權時，警察機關只有一個「准」或「駁」的手段可供採行，絕無比例原則適用之餘地。易言之，警察機關並無違反比例原則之可能性。

## 第二節 警察公共之原則

### 第一項 公共原則之意義

警察公共原則亦稱私生活自由原則<sup>19</sup>。梅可望氏認為：警察以防止公共危害保護公共利益為主體，對人民的私生活，凡不致妨害公共利益者，都不加干涉為原則，尤其是私人自宅的生活，各國警察都採放任主義，但是如果私生活足以影響社會公益，或對該私人本身有重大危害時，警察仍得依法予以拘束，這就是私生活自由的原則<sup>20</sup>。黃守高氏認為：秩序維持行政運用之命令，強制的權能，惟有確保社會公益之安全與維持其秩序時，使得實施，私生活、私住所及民事上之法律關係，因與社會公共秩序無直接關係，故對之宜持不干涉之原則<sup>21</sup>。日本學者片岡聰認為：警察之作用乃在消極維持公共安全與公共秩序，

<sup>18</sup> 李震山：前揭文，頁 5。

<sup>19</sup> 林紀東，行政法原論（下），（台北，正中書局，民國 68 年 3 月，頁 404）。

<sup>20</sup> 梅可望，警察學原理（桃園，中央警官學校，民國 75 年 4 月新編，頁 88-89）。

<sup>21</sup> 黃守高，前揭書，頁 279。

對於個人之生活活動，警察權不宜積極介入，基於警察公共之原則，警察權行使時，應嚴守「私生活不可侵之原則」等三大界限<sup>22</sup>。田上穰治認為，警察目的限定在維持社會公安之結果，警察只對與社會公安秩序發生關係之生活對象有關，至於人民的一般行為狀態，因與警察目的無關，其生活範圍內之事，警察都不宜介入，這就是警察公共之原則，亦稱為私生活自由之原則<sup>23</sup>。警察公共原則概括而言，係指警察行使公權力，以干涉行政為特徵，以實現公益為目的，屬於國家獨占之干涉行政領域<sup>24</sup>。就傳統行政法學說之一般性原則分析，權力關係並不適用於私法原理或私法規定，亦為一般學者之見解<sup>25</sup>。惟警察行政已日趨多元與複雜，且警察任務已有鉅幅的演變，自封建國家以迄給付國家(Leistungsstaat)，行政所扮演的角色，已非「秩序擔保者(Ordnungsgarant)」，而是給付主體<sup>26</sup>，行政類型已非傳統之權力性行政或負擔行政所能涵蓋，反而更特重非權力性行政與授益行政。基此，傳統的警察公共原則在行政法的性格上，不免也受到衝擊。

## 第二項 私權保護與警察任務

警察法第二條規定：「警察任務為依法維持公共秩序、保護社會安全、防止一切危害、促進人民福利。」依本條規定，警察所防止之一切危害，依概括之內容而言，當然涵蓋私權之危害在內，不過私權之所以要求保護，一般都是來自私益間之爭

<sup>22</sup> (日)片岡聰，警察權行使之界限(東京法令出版株式會社，昭和57年6月，頁10-16)。

<sup>23</sup> (日)田上穰治，警察法，有斐閣(昭和59年，頁67)。

<sup>24</sup> 參閱涂朝興，「行政私法之研究」，台北，國立政治大學法律學研究所碩士論文，民國七十九年六月，頁62。

<sup>25</sup> 參閱程明修：「從行政法之觀點論行政之公共性」，收錄於城仲模主編，行政法之一般法律原則，(台北，三民書局，民國八十三年八月，頁89)。

<sup>26</sup> 參閱城仲模：「四十年來之行政法」，「法令月刊」，第四十一卷第十期，頁65。



執，警察人員基於警察權之分散或脫警察化趨向<sup>27</sup>。不能竊佔司法審判權而予以決斷，充其量只是保持現狀或採取某些必要措施而已，以便當事人日後司法爭訟更為方便。故私權之爭執，除非有刑法之犯罪發生，或已顯然危害到公共安全與秩序外，警察權應避免介入，以免引起警察權力任意擴張之疑慮。日本學者片岡聰亦認為：「私人間之糾紛」及「同事間之恩怨」，除非外在行為已構成違法，否則實質上之潛在違法行為，警察權仍不應介入<sup>28</sup>。Fritz Fleiner 從警察的本質認為，警察以維持公共秩序為目的，私生活及私住所不受警察之監督，警察僅在個人活動係公然為之，或其活動影響及於私生活及私住所以外之公眾者，始得干涉，警察權力僅及於所謂之「社會的現象」<sup>29</sup>。警察僅得就對公共安寧及秩序所產生之障害及直接之危害加以干涉，若個人之行為，僅止於間接地對一般發生有危害之結果者，行政機關不得以警察權干涉之。惟因今日社會公法作用與私法行為在實際運作上很難有一明確劃分，警察權完全不干涉私權，非但有怠忽職權之可能，且對保護私權之目的，亦可能無法達成。日本學者渡邊洋三亦認為，論及現代公法與私法之關係論時，應將權力關係與私法規定之關係排除之通說教條，從現代法統一之觀點視之，似有未當<sup>30</sup>。整體而言，在實務上，警察人員處理人民室內集會案件，應謹守警察公共之原則，避免使用強制或命令權力，且掌握適當的分寸，非具體(立即而明顯)危害或保障人民權益時，警察權不宜介入，以避免形成警察權之濫用。

### 第三項 警察任意手段與公共原則

<sup>27</sup> 黃守高，前揭書，頁 276。

<sup>28</sup> (日)片岡聰，前揭書，頁 20-23。

<sup>29</sup> 參閱梁添盛，警察權限法，台北，著者印行，民國八十九年八月初版，頁 41。

<sup>30</sup> 參閱程明修，前揭文，頁 89。

如前所述，警察公共原則又稱私生活自由的原則，易言之，人民的私生活警察應以不干涉為原則。但有時為保護人民不受侵犯之權利，以免落入警察怠忽職責之口實，警察人員應可依警察法第二條之規定，執行任意手段之職權，以保護私權。在法治主義國家的行政作用，係依法行政，或在法律所容許的範圍內從事活動，為達成警察目的，必須依法律所賦予警察的權限執行職務。具有強制性的警察權限，應依警察法第二條為根據，其特性以獲得對方承諾為前提，為無義務性、無強制性，以不發生法律效果為目的，但仍屬行政作用的範圍，並須為警察職務上的行為<sup>31</sup>。任意手段之實施，乃是基於對方之承諾，不構成侵害其權利與自由，更由於屬事實上之行為，不發生任何法律上的效果。惟上開將警察任務規範當成警察權限行使之一般根據，學者之間有不同看法<sup>32</sup>，如從法律保留原則觀點審視，警察任意性手段之實施，從警察勤務常具有干預性質的角度判斷，很難不干預或限制人民之自由權利，因此，警察依據警察法第二條行使警察任意性手段，似應有法律之授權，較無爭議，否則法律保留原則有空洞化的危險。基此，警察機關執行集會遊行時，應節制使用警察任意性手段。例如：室內之集會活動，依集會遊行法之規定，不必申請許可，且依警察公共原則之理念，警察機關應不可主動派人去蒐證或維持會場秩序，但如經會場負責人明示或默示之承諾，或出自客體積極的申請要求時，警察人員即可依警察法第二條所賦予之任務，以任意手段遂行之，但警察人員到場時，其任務應只是協助維持現場秩序，而非規範集會遊行的進行。

---

<sup>31</sup> 陳春林，「警察任意手段的職務行為」，「警學叢刊」第十七卷第二期（民國 75 年 12 月，頁 8-12）。  
<sup>32</sup> 梁添盛教授認為，行政機關之權限中，須有作用法上之根據規定者，僅止於限制人民之權利或課人民予義務之權限行使，其他之活動，只要在組織法所規定之該當機關之任務範圍內，不須另有作用法上根據規定。李震山教授認為，德國多數邦之警察法在體系上，皆將任務、權限、職權分別規定，前二者僅具宣示性質，可作為警察發動非干預權利措施之依據，至於干預權之行使，必須以職權條款為依據。一般以為，法律若明白賦予警察任務、勤務，警察依法則有執行到底之職權，甚至以實力完成，誠屬誤解。參照梁添盛，前揭書，頁 24-30。李震山，警察任務法論，登文書局，一九九八年增訂四版，頁 141。

## 第四項 屋內集會與公共原則

集會遊行法第八條第二項前段規定：「室內集會無須申請許可」。以警察公共原則而言，警察對人員對室內集會活動不可干涉，否則會構成妨害合法集會罪或造成被集會負責人行使排除權而遭排除之虞。但預防犯罪是警察人員責無旁貸的職責，對於有犯罪傾向之室內集會，警察人員基於職責，一般所使用的內線佈建，專人監控或裝設竊聽器等預防犯罪措施，是否已違反公共原則而侵害到人民之自由權利，頗值探討。參考日本昭和二十七年（<）七六號及同二十八年七月十七日東高刑一一裁定所做之判例：「警察為偵查犯罪，使用秘密增幅器，竊聽集會之談話者，不構成集會、表現自由之侵害。」<sup>33</sup>。該判例引用之理由概述如下：按日本國之主義，屬於全體國民，國民之居住、言論、集會、結社及政治活動等有關基本人權，應予以最大尊重，誠如所論。同時，日本國民無論何人均負利用此等基本人權於公共福祉之責任，故此等基本人權之行使，非無限制，而應止於公共福祉之維持與調和之必要限度內，凡有犯罪嫌疑時，不問其種類及被害程度之如何，均應努力於其偵查，乃各該司法警察人員之職權及職務，至於其偵查之方法，如不干涉及強制處分，依法律之規定執行，則不妨於採取達成偵查目的所必要之處分。因此，其處分之對象，不以涉嫌者本人為限，為探求案件真象，達成偵查目的有必要關係之第三人，亦應包含。．．．因此，該竊聽行為，乃為達成偵查目的所必要之範圍及限度內實施，在此限度內，即使對客體所謂之基本權等之行使，加以輕度之不良影響，乃因該竊聽行為必然之結果，亦不得視之為濫用職權<sup>34</sup>。從日本國憲法判例以觀，筆者認為對室

<sup>33</sup> 日本國憲法判例譯本第一輯（司法院印行，民國72年2月，頁15），

<sup>34</sup> 同前註，頁151-154。

內集會活動，除非有確切證據並有立即而明顯的危害存在，警察應嚴守公共原則，不可為偵查犯罪而使用強制手段，恣意性對所有室內集會活動做積極性的介入，但基於確保社會治安，防止危害於未然起見，警察人員可援引警察法第二條為根據，以不干預合法集會為原則實施任意手段，以遂行警察預防犯罪之任務。因此，使用內線佈建或向檢察官報准後裝設竊聽器之行為，即屬於警察人員達成預防犯罪任務所使用之必要手段，因其不具強制性質且未使任何人行無意義之事，故其具合法性似無疑議。

### 第三節 警察責任之原則

#### 第一項 責任原則之意義

警察責任之原則通常又稱為秩序違反責任之原則，凡個人之行為或所支配之物，對於社會公共安全與秩序，致生危險，或有發生危險之虞者，亦即使社會公共之秩序蒙受障害，秩序違反之狀態者，對此狀態之發生應負責任之人，發動命令或強制權能之法原則<sup>35</sup>。梅可望氏認為：警察權僅及於有警察責任者，所謂有責任，是指對於警察義務發生違反狀態，而應負其責任之謂。這裡所謂責任，並不單純指違警責任，也不一定是行為人本身的責任，也不管故意或過失，而以警察義務的有無為準繩。凡違反警察義務者，都是警察權行使之對象，是為警察責任的原則<sup>36</sup>。陳立中氏認為：行使警察職權，以對發生警察責任者行之為限。所謂警察責任，乃指對於違反警察義務而應負其責任之謂。警察即以維持公共秩序、保護社會安全、防止一切危害，為主要任務，故對社會構成員之個人，有客觀之違警狀態存在時，即可加以命令與強制，而不必如刑事責任之

<sup>35</sup> 黃守高，前揭書，頁 280-281。

<sup>36</sup> 梅可望，前揭書，頁 89-90。

成立，須以故意為要件。且法人亦得為其命令或強制之對象<sup>37</sup>。此外，縱非出於自己之直接行為，而係受自己支配之人所為，或受自己支配之勿所引起之違反狀態，亦為警察權之對象。一九三一年普魯士行政法第十四條規定：於發生人之警察違反行為或物之警察違反狀態時，警察機關應對負有保持警察上正當行為或狀態責任之人，採行必要之措施。上開條款即為警察責任原則之具體化。惟亦有學者認為，警察權行使之相對人，乃依個別的法規規範而決定，其是否為對產生公共安全與秩序之維持之障害負責任之人，並非重要關鍵，警察責任原則僅可謂為立法政策問題<sup>38</sup>。

## 第二項 警察責任原則之特質

警察責任原則強調，警察權所加之命令強制，僅能對警察責任人為之，而警察責任人即為對違反警察狀態之發生，應責任之人。警察責任之原因，區分為行為責任與狀態責任<sup>39</sup>兩種。前者指對於因自己或受自己支配者之人的行動，所發生之危險或障害負有排除之責任。例如：集會遊行法第二十二條規定：「集會、遊行之負責人，宣布中止或結束集會、遊行時，參加人應即解散。宣布中止或結束後之行為，應由行為人負責，但參加人未解散者，負責人應負疏導勸離之責。」本條文之立法旨趣，除在加強集會、遊行參加者自主、自治之權外，藉由警察責任原則之理念，亦使有心運用群眾或製造事端之人產生負擔。一九三一年普魯士行政法第十九條第一項亦有類似規定如下：因人之行為而造成公共安寧或秩序之妨害時，警察機關應對惹起妨害或危險之人行使權限。後者係指對於物（動物亦同）之狀態所生之危險或障害，應負排除之責。例如：農民為爭取自己權益，集體以牛隻作為交通工具到政府有關機關集會遊行，農

<sup>37</sup> 陳立中，前揭書，頁 709。

<sup>38</sup> 梁添盛，前揭書，頁 108。

<sup>39</sup> 參閱（日）田上穰治，前揭書，頁 72-73。及黃守高，前揭書，頁 280-281。

民對其所駕馭之牛群，可能引起之失控危害，從「事物之本質」上來客觀判斷，農民負有排除之責任，不得主張牛之行為不可預測而避其刑責。一九三一年普魯士行政法第二十條第二項亦有類似規定如下：對物行使事實之權力者，與物之所有人共負使物保持警察上正當狀態之責任。綜上可知，秩序違反之狀態，只須係由責任人所肇生，不問其有無故意或過失，亦不論其係法人或自然人，均應負其責任，是其特質。

### 第三項 警察急狀權與責任原則

日本學者美濃部氏於「論警察權之界限」一文，認為警察權之界限，在內容上含有警察緊急權之原則，惟日本有管警察權限問題展開之學說，都將警察緊急權之原則，略而未提，其理由欠明。惟美濃部氏認為，警察急狀權相當於民、刑事法上之正當防衛及緊急避難之權利，在成立警察急狀權之場合，未必嚴格適用警察權界限之諸原則，而使各種例外的權利行使合法化。基此，警察急狀權原則應係警察權之擴張，而非其界限<sup>40</sup>。警察急狀權係指對於當前有急迫之秩序危害，已不能預先賦予警察義務或預先命以警察義務，難期達到警察目的之場合，逕行採行必要之強制手段，此種與民法上之自助行為及刑法上之緊急避難、正當之防衛法理相似之警察權，係警察權限之例外情況<sup>41</sup>。日本學者川上宏二郎氏認為：於緊急不得已之情形，法律上承認得採取通常情形不得允許之手段，此即所謂例外之情形（一般謂之察緊急權）<sup>42</sup>。因警察急狀權之行使不以警察義務為前提，故其不必嚴守警察責任原則及警察比例原則。例如：警械使用條例第四條，承認一定場合之警械使用，且如情況危急不及事先警告者，仍可使用，此乃察緊急權之適用，但此種

<sup>40</sup> 黃守高，前揭書，頁 277。另參閱梁添盛，前揭書頁 43。

<sup>41</sup> 汪宗仁，從法治主義論警察權之行使-中央警官學校警政研究所碩士論文（民國 77 年 6 月，頁 59）。

<sup>42</sup> （日）川上宏二郎，「行政法 比例原則」行政法爭點所收，東京，有斐閣，（昭和 55 年 8 月 20 日，頁 25）。

情形都設有損失補償之規定(如警械使用條例第十條規定);其他,如行政執行法第六條至第十條之警察即時強制,雖明顯為警察責任原則之體現,但卻也假警察緊急權來達成警察目的。不過筆者認為,警察急狀權之行使,對無警察責任之人,亦可能會侵害其生命、身體及財產安全,故仍必須有嚴格的法律規定其行使範圍。日本警察處理緊急情況之依據主要有三:(一)依日本警察法第七十一條至七十五條之規定行使之<sup>43</sup>。(二)依日本警察法施行細則有關內部組織基準之規定,各警察機關有「關於緊急狀況處置計畫及其實施事項」之職掌<sup>44</sup>。(三)警察官職務執行法第四條之規定<sup>45</sup>。綜觀日本警察處理緊急狀況之立法規定,堪稱為一完整而進步之立法,其對警察急狀權行使之情況、程序、指揮、追認、廢止等都有明確之規定,頗值我國未來立法之借鏡。

#### 第四項 任務競合與責任原則

從警察法第二條、第五條、第九條及同法施行細則相關規定之中,吾人不難歸納出警察有危害防止與協助檢察官追緝犯行兩大任務<sup>46</sup>。警察防止危害,係基於治安目的之行政作用;警察協助檢察官偵查犯罪,係檢察機關延伸之手臂。追緝犯行與危害防止,狀似各自獨立,事實上,從許多實例中,吾人得悉,警察常須面對兩項任務競合的兩難局面。以民國七十六年八月四日飆車群眾焚毀台南市警察局交通隊事件為例,警察人員應本法定原則觀點,嚴厲偵查犯罪,甚至使用警械制止暴徒為宜,抑或從法益衡量觀點,暫時軟化執法強度,以確保更大法益,

<sup>43</sup> 詳請參閱,陳沐全譯,「日本警察法」,原載於警學叢刊第十六卷第一期,收錄於警學論文集編警察行政類,(桃園,中央警官學校,民國75年9月,頁221-222)。

<sup>44</sup> 詳請參閱,陳沐全譯,「日本警察法施行細則」,刊載於警學叢刊第十六卷第二期(民國74年12月,頁59-62)。

<sup>45</sup> 請參閱,鄭善印,「修正行政執行法之研究報告」附錄「日本警察職務執行法」,警政學報第四期(民國72年12月,頁24)。

<sup>46</sup> 李震山,「論警察雙重任務所衍生之法律問題」,「警政學報」第十四期(民國77年12月,頁2)。

防止續發性之危害。面對此一兩難局面，法律研究者尚有仁智互見之見解，吾人怎又忍心苛責現場執法人員廢弛職務乎？警察權運作，既因所依據法律不同，而可能個別或同時具有防止危害或偵查犯罪性質，在此一競合中，吾人可從警察法與刑事訴訟法間之差異，理出兩者競合時之優先順序如下：<sup>47</sup>（一）警察執行防止危害任務時，因純係行政作用，原則上僅有服從其上級長官就監督範圍以內所發布命令之義務。（二）警察偵查執行犯罪之任務時，則受檢察官之指揮命令。（三）檢察機關於犯罪偵查程序中，並未指示命令，則以上級長官之命令為主。（四）檢察機關以犯罪偵查主體之法定地位介入犯罪偵查程序時，得於事或事後對警察偵查工作方式及其合法性加以指揮監督，若警察長官與檢察官命令不同時，則以檢察官為主。（五）危害防止與犯罪偵查任務之競合，如在不同事件中，檢察官之命令宜循組織層級對主管警察機關或具有命令權之警察長官下達之，不宜對個別基層警察人員下達。

以上乃警察人員面對任務競合時可採用的辨別優先標準，當然，警察人員若過於強調學理上警察任務之二分法，不免有害於犯罪偵查整體任務之遂行。因此，司法警察人員遇有法務部認定之所謂「重大刑案」，應請檢察官主持偵查<sup>48</sup>，並由檢警雙方密切溝通合作，依法益及義務衡量，以判斷具體案件中，追緝犯行與危害防止何者法益較高，並決定優先程序，情況急迫，檢察官不及介入時，才依警察命令決定之。法益衡量並非易事，特別是警察處理脫序集會遊行案件時，除加強警察法學教育外，筆者認為，必須由檢察官現場指揮偵辦，提供明確法律見解，以彌補警察人員所不足之專業法學素養。

<sup>47</sup> 參閱李震山，同前註，頁 5-7。

<sup>48</sup> 重大刑事案件認定參考標準（司法行政部 63.1.22 台(63)函刑字第 0 三三五三號）凡觸犯刑法及特別刑法而合於下列各項規定之一者，可認為重大刑案。

一、所犯為貪污、瀆職、偽造貨幣、煙毒、兇殺、搶劫、走私或惡性重大之竊盜、贓物罪。

二、所犯之罪，其最輕本刑為七年以上有期徒刑者。

三、所犯之罪於國家安全、社會治安或經濟有重大影響者（例如妨害國家總動員法懲罰暫行條例、違反糧食管理治罪條例、非常時期農礦工業管理條例者），且情節重大者。



## 第四節 警察目的之原則

### 第一項 目的原則之意義

警察目的原則又稱消極目的原則。警察行政法學者陳立中氏認為：警察依法行使職權之目的，在於完成警察任務——維持公共秩序、保護社會安全、防止一切危害為主要任務，促進人民福利為輔助任務，如果與警察任務無關之情事，不合乎警察目的者，自然不屬於警察職權<sup>49</sup>。黃守高氏認為：消極的秩序維持行政，既係直接為確保社會公共安全、維持其秩序，以排除對秩序維持產生障害之行為及狀態為目的之作用，故命令、強制之權能，僅得為此消極目的而發動，至積極的增進社會公共福祉，顯非其目的範圍，原則上自不許主動為之<sup>50</sup>。梅可望氏認為：警察權的運用，其最大目的，在完成警察的任務，如果與警察任務無關，不合乎警察目的，自然不必使用警察權了，是為合乎警察目的原則<sup>51</sup>。日本學者田上穰治認為：警察之目的，以促進公共福祉及公共安全及秩序之維持為主，使社會及人民能共營平穩而安全的生活狀態，凡對社會平穩狀態產生有害影響者，其不論係人為或自然所造成，只要有警察違反狀態，警察權都將據以發動<sup>52</sup>。綜上而言，警察目的原則，係以直接維持社會公共秩序，並除去對社會公共秩序所造成之障害為目的之作用。因之，警察權僅得為此消極目的而發動，超越此項目的，積極增進社會公共福祉的作用，已非警察之作用，應為違法<sup>53</sup>。一九三一年普魯士行政法第十四條亦有類似規定如下：警察機關為防除威脅公共安全與秩序之危險，對公眾或個人造成

<sup>49</sup> 陳立中，前揭書，頁 707。

<sup>50</sup> 黃守高，前揭書，頁 278。

<sup>51</sup> 梅可望，前揭書，頁 89。

<sup>52</sup> (日)田上穰治，前揭書，頁 65。

<sup>53</sup> 日本學者對警察是否應促進公共福祉有兩極看法，一般看法以主張不需增進公共福祉為原則，惟美濃部氏認為，警察機關之通常任務在於消極的維護治安，但如有法律特別規定，警察權亦得為積極的福利目的而發動。我國林紀東亦氏看法與美濃部氏看法雷同，參閱林紀東，行政法各論，台北，大中國圖書公司，民國五十三年八月，頁二十三以下。另參閱梁添盛，前揭書，頁 44-47。

之傷害，應於現行法之範圍內，經忠實之裁量，採取必要之措施，除前項之規定外，警察機關並應遂行法律所特別委任之職務。

## 第二項 警察之行政目的與角色定位

吾人從上述警察目的原則之定論發現，陳立中氏與黃守高氏所下之定論，顯略有出入，前者認為法律在廣泛之目的下，承認警察職權行使之場合甚多，今日之警察作用，由於警察之活動範圍日益擴大，已自消極性之禁止與干涉，擴張到積極性之社會服務；後者認為警察目的之消極原則，指警察職權僅得為消極維持社會公共秩序安寧而發動。事實上，警察的意義，具有時間性與空間性<sup>54</sup>。使得警察任務也受到時空因素之影響，而時廣時狹。但吾人分析日、德等國，警察任務之立法趨勢，發現警察本質上，其所欲追求的行政目的與公共性的安全與秩序有關者為限。如西德警察法標準草案第一條第一項規定：「警察之任務在於防止危害公共安全或秩序」<sup>55</sup>。日本警察法第二條第一項規定：「警察以擔任保護個人之生命、身體、財產、預防犯罪、鎮壓、偵查、逮捕涉嫌者、取締交通違規及其他維持公共安全秩序為其職責。」<sup>56</sup>。因此，我國學者林山田氏據此主張警察任務應緊縮在：「僅限於防止對於公共安全與秩序的危險，以及除去對於公共安全與秩序的干擾。」<sup>57</sup>。

從以上觀點，我們便容易為警察角色找到一個合理的定位。國家廣立機關，設官分職，各有職掌或管轄，旨在分別負責，以共同達成國家目的。在警察除權化的趨勢下，警察之主要功能，應界定在危害防止及協助檢察官之刑事追訴上<sup>58</sup>。雖依

<sup>54</sup> 梅可望，前揭書，頁 2-3。

<sup>55</sup> 李震山譯，「西德聯邦與各邦統一警察法標準草案」，「警學叢刊」第十四卷第一期（民國 72 年 9 月，現收錄於警學論文彙編警察行政類（桃園，中央警官學校，民國 75 年 9 頁，頁 117）。

<sup>56</sup> 陳沐全譯，前揭文，頁 212。

<sup>57</sup> 林山田，「論解嚴後的警察政策」，「警光雜誌」第三七五期（民國 76 年 10 月，頁 5）。

<sup>58</sup> 李震山，「角色定位，法律界限」，聯合報（民國 76 年 11 月 16 日，第三版）。

法令規定，警察確有協助一般行政機關推行一般行政之任務，藉以達成警察法賦予警察促進人民福利之理想，但警察職務協助並非漫無限制，必須符合以下四個條件：(一)法律有特別規定。(二)內政部同意之他種行政命令有規定者。(三)遇有障礙非警察協助不足以排除。(四)因障礙而有妨礙安寧秩序。最重要一點是，一般行政機關「不能或不可能適時防止」其應防止之危害時，經請求或情況急迫不需請求，方得由警察依職權協助執行之，易言之，危害之防止，必須具有不可遲延性。同時警察所居的僅是輔助地位<sup>59</sup>。例如集會遊行法第二十四條規定，警察人員處理集會遊行案件時，所扮演的角色即是疏導交通及維持秩序，其無須站在民眾立場為民爭取福利，或站在被訴求單位立場為其驅逐合法之民眾。畢竟警察能運用餘力主動為民服務，固然很好，但警察權過分擴張，在執法上所引起的疑慮，及造成治安力量的廣泛使用，而侵蝕其維護治安之根本能力，或導致警察與民眾之對峙局面，實在得不償失。

### 第三項 警察行政裁量與警察目的

所謂行政裁量，係指行政因法律對其行為未作終局詳細規定，而給予其依自己之見解，特別是合目的性之觀點，有行為與決定之餘地<sup>60</sup>。裁量之概念係多義性，若從與國家權力行使關係角度觀察，係指依不同決定主體，決定種類，所採不同措施之決定自由。裁量與不確定法律概念不同，惟法條裏常有連結規定，例如集會遊行法第十五條規定：室外集會、遊行經許可後，因天然災變或重大事故，主管機關為維護社會秩序、公共利益或集會、遊行安全之「緊急必要」，「得」撤銷許可或變更許可之時間處所。其中「緊急必要」為不確定法律概念，而「得」則為裁量之特徵。警察機關依法而為裁量時，不論對於行為之

<sup>59</sup> 李震山，「論警察職務協助之法律問題」，「警政學報」第十一期（民國76年6月，頁1-18）。

<sup>60</sup> 參照陳春生，行政法之學理與體系(一)----行政行為形式論，台北，三民書局，民國八十五年八月初版，頁137。

對象，具有若何之自由斟酌能力，但關於該一行為所追求之「目的」上，則永受限制。蓋因行政權從事其所當行之行為，只能按照其已被規定之「目的」而行之<sup>61</sup>。易言之，合乎警察目的與否，是警察行政裁量的最後一道界限。例如：集會遊行法第一條即規定，本法乃是為保障人民集會遊行之自由及維持社會秩序而制定，故警察在處理集會遊行案件時，必須站在保障人權及維持社會秩序上考量，不可偏向一方，在不影響社會治安的情況下，凡合乎申請要件者，警察機關應一律核准百姓集會遊行。且依裁量瑕疵之理論而言，警察若非居於警察目的之實現而行使警察裁量權，則為違法之行政行為。例如：集會遊行法第二十八條規定：「集會遊行經該主管機關命令解散而不解散者，集會遊行負責人或其代理人或主持人處一萬元以上五萬元以下罰鍰」，如警察機關基於增加國庫收入為目的之考量，不分案件成因輕重，一律從重科處罰鍰，即數裁量權瑕疵之違法行為。西德學界向有「警察追求財政目的」為裁量瑕疵之一，即此之謂<sup>62</sup>。

#### 第四項 行政指導與警察目的原則

在法治國家依法行政的理念下，警察機關在法律不備時，依現行法規有時可能無法順利完成警察任務，或有時法律干預性太強，警察依法執法可能有違反一般法律原則之虞，此時，行政指導適可彌縫法律的疏漏，或可作為輔助性的警察手段。所謂行政指導，依據日本行政手續法第二條七號的定義，係指行政機關在其任務或主管事務範圍內，為實現一定之行政目的，要求特定人為一定作為或不作為之指導、勸告、助言或其他非行政處分之行為。另依據法務部所訂之行政程序法草案第一七〇條規定，所謂行政指導，係指行政機關在其職權或所掌事務

<sup>61</sup> 陳洪，「自由裁量權論」，「法學叢刊」第六期，頁 18。

<sup>62</sup> 黃錫安，「警察行政裁量之研究」(桃園，中央警官學校警政研究所碩士論文，民國 77 年 6 月，頁 109)。

範圍內，為實現一定之行政目的，以輔導、協助、勸告、建議或其他不具法律上強制力之方法，促請特定人為一定作為或不作為之行為。<sup>63</sup>由於行政指導具有應急性、簡便性及隱密性<sup>64</sup>，其所採用之手段如指示、勸告、獎勵、建議、輔導、宣導、協助等，均屬無法律效力之事實行為，但卻能完成行政現實運作上之重要功能，因此，德國及日本都非常重視行政指導的作用<sup>65</sup>。警察機關執行集會遊行使用行政指導的場合甚多，如事前提供交通路況使集會遊行隊伍順利進行，或事中協調被陳訴單位派員與示威民眾座談、或事後協助民眾離去等行為，都有助於集會遊行案件的平和進行。警察執行集會遊行時，運用行政指導固有其必要性與發生理由，但卻不是毫無缺點，尤其裁量權過於廣泛，內容不夠透明，監督機制不全，缺乏救濟管道，如過度濫用，將造成行政指導恆常化，而使法治主義有空洞化之虞，而阻礙行政之透明性<sup>66</sup>。基此，行政指導應儘量以透明方式行之。警察執行集會遊行時，有時常為規避法律漏洞，對重要事項以電話與當事人聯繫，而不以通知書明示，因其內容不明確，未來可能造成糾紛。參考日本行政程序法第三十五條第一項規定：「為行政指導者，應明確告知其相對人該行政指導之旨趣、內容及承辦人。」此乃行政指導應受明確性原則規範之實例。

## 第五節 警察平等原則

<sup>63</sup> 參照法務部八十三年四月版行政程序法草案中第六章第一百七十條有關行政指導規定。

<sup>64</sup> 參閱蔡志方，行政法三十六講，台北、三民書局，民國八十四年三月，初版，頁 312。

<sup>65</sup> 行政指導一詞首創於日本，德國稱之為非正式行為，儘管其產生之背景不盡相同，但亦有其共通性。國內學者有關行政指導之探討，參閱劉宗德：「試論日本之行政指導」，(台北，政大法學評論，第四十期，民國七十八年十二月，頁 76 以下)。林重魁，「從行政法學觀點論日本行政指導制度」，(台北，私立文化大學碩士論文，民國七十三年五月。黃銘傑：「行政指導與日本獨占禁止法」，(台北，公平交易季刊，民國八十一年創刊號，頁 119 以下)。

<sup>66</sup> 參閱陳春生，行政法之學理與體系(一)---行政行為形式論，台北，三民書局、民國八十五年八月，初版，頁 224-234。

## 第一項 平等原則之概念

在民主思想所包含的許多理念中，平等幾乎可以說是被人引用最多，誤解最多，涵義最不清晰的一個，而平等原則作為一般法治國家之法律原則，如何才能從一個政治標語，一個空虛的公式，進而落實為一個可以實際運用的法律概念，實為研究法律者所面臨之古老而又常新之難題<sup>67</sup>。法治國家一般法律原則中，以平等原則為最特殊，而且最具體可行，因為它不必深入案情為實質判斷，所要求的僅是「等同處理」而已。但事實上，在法治建設尚待努力的國度裡，一般都是特權充斥，特權者常運用影響力在行政裁量中獲利，致使平等原則未能貫徹，而造成社會不安。法學者黃茂榮氏即立論：如果在行政裁量餘地內，平等原則不能貫徹的話，特權永遠猖獗其間，不管任何改革措施都會遭受來自特權享有者的阻力，因為改革對他們不利<sup>68</sup>。明乎此，可知平等原則對警察行政之控制，饒富意義。

關於平等原則最一般化的解釋便是「相同的事物應為相同的處理，不同的事物應為不同的處理」，在此所謂相同，係指在法律上之相同，而應與物理上之同一性（Identität）加以區別<sup>69</sup>。是故，憲法所揭櫫之平等原則在性質上與自然法所宣示之平等，旨趣迥然不相同<sup>70</sup>。然而，就其強調「等則等之，不等則不等之」，「相同的情況，不得為不同之處理」，「不得因附著於個人身上之種種數據上或性質上之不同而為優厚或歧視」而言，則無所軒輊<sup>71</sup>。故關於平等定律，我們可以視它作為一條先於憲法而存在的法律基本定律<sup>72</sup>。無論如何其具有憲法位階，旨在維護法律秩序的安定，如有違反則屬違法而不是當不當的問

<sup>67</sup> 盛子龍，「西德基本法上平等原則之研究」，「憲政時代」第十三卷第八期（民國 77 年元月，頁 61）。

<sup>68</sup> 黃茂榮，法學方法與現代民法，（台北，國立台灣大學法學叢書編輯委員會，民國 71 年 10 月增訂再版，頁 67-68）。

<sup>69</sup> 盛子龍，前揭文，頁 65。

<sup>70</sup> 黃守高，頁 162。

<sup>71</sup> 黃俊榮，「行政裁量與司法審查」，（台灣大學法律研究所碩士論文，民國 74 年 6 月，頁 122-123）。

<sup>72</sup> 邵子木譯，「平等及合法原則」，「警政思潮」第五期，（民國 58 年元月，頁 147）。

題，應無疑議<sup>73</sup>。各國憲法亦均有關平等之明文規定，如西德基本法第三條規定：「法律之前人人平等。(一)所有人在法律之前一律平等。(二)男性與女性享有同樣的權利。(三)不得因為性別、出生、種族、語言，籍貫、信仰或宗教及政治上之理念不同而為優厚或歧視。日本憲法第十四條亦規定：「所有國民在法律上為平等，不因種族、信仰、性別、社會的身分或門第在政治上、經濟上或社會關係上，予以差別。華族及其他貴族之制度，不予承認。榮譽、勳章及其他榮典之授與，不附隨任何特權。榮典之授與限於現在所有將來被授與者之一代有其效力。」<sup>74</sup>。我國憲法第七條亦明白揭示平等原則：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」。

## 第二項 平等原則檢定行政中立

行政中立，係緣於民主政治政黨公平競爭而有的理念，若行政嚴守中立性，即可確保其安定性、繼續與效率的特質<sup>75</sup>。行政中立，主要是就行政的立場與態度而言，而不是指行政與政治之分離，何況，此二者之分離，事實上亦不可能。也不是指行政人員絕對不可參加政黨及其活動，惟不可有意行使其職權而圖利其所屬政黨。行政中立，至少應包括下列各點意義<sup>76</sup>：(一)行政人員在處理公務上，立場公正，無所偏愛或偏惡；(二)行政人員在執法或執行政務官的政策上，公平(同一標準)，對待任何個人、團體或黨派，而無所依重依輕之別；(三)不介入政治紛爭，只是盡心盡力為國為民服務，即行政人員本著他們擁有的專門知識、技能與經驗，於政務主管擬定政策時，提供政策協助；於政策主管無政策意見時，依自身之專業意見執行政務並建議因應新發現問題的政策；並就主管之業務注意民意而

<sup>73</sup> 翁岳生，「依法行政之原則」，「人事管理」第三一卷第一期(民國73年3月，頁21)。

<sup>74</sup> 日本國憲法判例譯本第一輯，前揭書，頁47。

<sup>75</sup> 林光得、胡浚青譯，「行政理念」，「憲政思潮」第七四期(民國75年6月，頁79)。

<sup>76</sup> 參閱陳德禹，「國家發展與行政中立」，「中國論壇」第三一一期(民國77年9月，頁7-8)。

作適當反應。行政中立在現代民主法治國家，儼然已成為人權保障的基礎與指標。

平等原則對行政是否中立而言，具有檢定作用，因為於法有規定的行政，行政應嚴守「法律適用平等」，亦即一旦構成要件具備，則不論受規人之身分或其數據上之不同，均應一體適用，縱在有裁量餘地的場合，亦不得無端為優厚或歧視，且不分侵益行政或給付行政，均有其適用，是以警察權之行使或發動不得因人而異（或因黨派或因教育程度．．）<sup>77</sup>。警察人員為國家公權力之執行者，執行職務或行使裁量權時，務必公正無私，本對事不對人之平等原則行事，不可因黨派、團體及背景之不同，對之有所差別待遇，以示保持行政中立之風範。例如：集會遊行法第九條第一項規定：「室外集會遊行應由負責人填具申請書，載明左列事項，於六日前向主管機關申請許可，但因天然災變或其他不可預見之重大事故，而有正當理由者，得於二日前提出申請」。本項規定之申請日期有六日及二日兩種；六日乃是一般規定，二日為不確定法律概念之例外規定，警察機關就不確定法律概念行使裁量而為准駁時，即應嚴守平等原則之界限，否則即易落人行政不中立之口實。

### 第三項 合理差別待遇與裁量規則

平等原則最基本的概念，如前所言，係「相同的事物應為相同的處理，不同的事物應為不同的處理」，從反面推論，即指「相同之事務不應有差別待遇，不同之事務可以有差別待遇」，意即平等在分配正義理念之下，應允許在某些特定考量下存有差別待遇。德國憲法法院採納G. Leibholz於一九二五年提出有關恣意之見解，建立如下恣意謹止公式：「平等原則係被違反，如果對一個法律上之區別對待或相同對待不能探獲一個合乎理性，得自事務本質或者其他事理上可使人明白之理由，簡單說，如

---

<sup>77</sup> 葉俊容，前揭文，頁 127。



果該規定必須被稱為恣意(Willkur)時」<sup>78</sup>，由此可知，禁止差別待遇之概念落實在平等問題的價值上，應係指「禁止恣意的差別待遇」。如警察機關執行集會遊行案件時，面對不同黨派，應有其基本處理主軸，不應有差別待遇，但申請集會遊行之團體，如確屬於社會弱勢族群(如殘障人士)，警察機關基於特別的關懷，協助其完成申請手續，或接受要求協助安排中途休息場所，應屬必要的處理方式，警察如拒絕其他團體同樣的要求，並不違反平等原則。

另所謂裁量規則，乃指行政機關在裁量餘地範圍內，為下級機關為將來的具體案情中行使裁量權所立一般、抽象的行政規則<sup>79</sup>。例如：警政署所頒「警察機關辦理人民申請集會遊行要點」，用供警察機關作為准駁集會遊行裁量之基準，該要點共十四條，雖內容簡要且無創意，但大體而言，對人民申請及警察機關作業流程，均有大略的規定，使基層警察機構有所憑藉。裁量規則並非法規命令，原則上僅生行政機關內部上下節制及職務服從關係，人民不得以之主張權利，故行政規則在實務運作上，違反該規則，並不必然構成違法。裁量規則雖是行政機關內部上級對下級所下的行政規則，但這並不意味著此等規則只涉及行政內部的關係，與人民無關，由於公務員對此等規則有遵循的義務<sup>80</sup>，且此等規則的適用結果，往往影響人民權益，因而使其事實上有對外效力，不過，如果涉案人民欲針對該等規則的適用或不適用提起訴訟的話，必須進一步主張其已具有法律上對外效力，至於對外效力的規範基礎，學說上仍有爭論<sup>81</sup>。一般認為，裁量規則本身並沒有對外效力，如欲主張其有對外效力，必須透過平等原則或信賴保護原則為之，而以平等原則為理論基礎之效力，且又較諸信賴保護原則為堅實。

警察行政裁量權之行使，是否該訂立裁量規則？筆者認

<sup>78</sup> 參照盛子龍，前揭文，頁 65。

<sup>79</sup> 同前註，頁 136。

<sup>80</sup> 參照公務員服務法第一、二條。

<sup>81</sup> 葉俊榮，前揭註，頁 14。

為，從行政一體之原則及警察人員良莠不齊的理由，警察裁量規則之存立，確有其必要性。我國行政法院六十年度判字第三五一號判決及同年度判字第四七二號判決，均承認裁量規則存立之合法性。我國警察人員處理集會遊行活動之經驗及其執法能力，與歐美民主先進國家相較，尚有一段距離，且警察行政裁量權之行使，長久以來即易遭受外在壓力而產生濫權之非議，今基於警察行政中立之理念及平等原則之追求，警察上級機關應踴躍訂立明確的裁量規則，供基層人員遵守，如此，方能使裁量的統一行使與具體正義的要求獲得調和。

#### 第四項 平等原則與行政先例

行政先例的性質類似法院的判例，即警察機關處理相同的違法案件，其第一次所為的行政處分，有拘束下一次處理的效力。這行政先例在法律上並沒有明文規定，而是警察機關基於平等原則所作自發性的拘束。例如：集會遊行法第二十七條規定之行政罰鍰，其金額為三萬以下，警察機關在裁量時，即應遵循先例，處以一定之罰鍰，不可因對象不同而有不同裁罰結果。

平等原則是個用來作比較的原則，當事人如主張行政裁量違反平等原則時，不能侷限於系爭的案情，而應引入相同案情的行政先例做比較，由於任何案情很少絕對相同，所以只要是與裁量行使有關的實質要素相同，我們即可用為比較，此殆無疑問。不過，單純執法的不同，或次序的先後，未必即構成平等原則的違反，仍須注意其執法是否有持續性或有否貫徹始終而定。例如：警察處理違法脫序之集會遊行案件時，第一次由於警力充足，對重大非法暴力分子當場予以逮捕。而彰顯了公權力；另一案，警察面對案情類似的非法集會遊行活動時，由於警察不足，未能當場逮捕現行犯，惟事後警方依蒐證所得之證據，再一一逮捕肇事分子。兩案警方所選用的執法手段雖有不同，但其目的卻殊途同歸，吾人難謂警察人員之執法方式，因

違反了行政先例而違反了平等原則。故法律既容許行政機關有裁量餘地，在餘地範圍內的決定，除有其他法的瑕疵外，均屬合法。行政處分雖然已有先例，但面對新的行政背景，亦應有改變的餘地，若嚴格要求與第一案一致，恐有違授予裁量餘地的本旨，何況，行政事務之推行，尤其是裁量餘地範圍內的行政事務，仍少不了嚐試錯誤以求改進的歷程，許多措施宜觀反應以決定是否繼續推行，是以，從來學說上均認為行政先例應是長期、持續為之，方有行政自我拘束的問題。

## 結論

西方法諺：「法律的保護比人的保護來得強」。時序已進入二十一世紀，未來警察執法工作內涵，無疑地，將更具複雜性、流動性、多量性。在依法行政原則的維繫與人權保障的維持雙項前提之下，警察無論在學理上或實務上，都將面臨強勁衝擊。警察執行集會遊行，由頓挫蟄伏而蠕動進展，因法制不備，加上警察法學未能深化，其成長空間尚寬。感謝恩師蔡震榮與李震山教授的指引、啟發，使本文修正更趨完整。本文純粹是將行政法的概念運用於警察處理集會遊行之中，內文疏漏或誤用之處難免，懇請各界指正，期能攻錯向上，更進一步。