

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

預防性干預措施之授權與執行之研究 - 以警察職權行使 為中心

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC94-2414-H-004-003-

執行期間：94年08月01日至95年07月31日

執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：李震山

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 95 年 10 月 30 日

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

預防性干預措施之授權與執行之研究

— 以警察職權行使為中心

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC94-2414-H-004-003

執行期間：94年08月01日至95年7月31日

執行單位：國立政治大學法律學系

計畫主持人：李震山 教授

計畫參與人員：許義寶 李錫棟 蔡宜真

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中華民國 95 年 10 月 31 日

預防性干預措施之授權與執行之研究

一 以警察職權行使為中心

執行本計畫之研究成果所得，共分成四大部分。其主要重點如下：

壹、預防性干預措施之意涵與必要性

一、預防性干預措施之意涵

為預防具組織、隱密、高科技、智慧、再犯等性質之特別類型的重大危害，現代國家往往會試圖透過立法方式，授權行政機關在該「危害尚未發生」之時，即得採取限制、禁止之干預性措施，並以預防危害、風險或犯罪等公益理由，作為干預權行使正當化之理論基礎。上述預防性的規範，大都植基於預測或預設的立場，但預測危害與具體危害之間，往往有相當落差，稍有不慎，所採取之干預措施將會侵害相對人之基本權利。此類問題之研究，在多元風險社會(pluralistische Risikogesellschaft)之科技領域頗為常見，例如生物科技發展所隱藏諸多未知且不確定的鉅大風險，人民享受新科技成果的同時，心中或已潛藏對該科技可能產生負面作用之焦慮。國家若對尚未確知，或尚有爭議的科技風險，以所謂「風險決定」為名，採行干預或管制措施，或採取所謂實驗性立法(Experimentelle Gesetzgebung)，至少會限制研究自由或特定人之生命、身體、健康之維護與醫療權益。於警察職權行使之危害預防領域上，亦有類似之立法，其係一貫串憲法、行政法、警察法之重要新興議題。

危害防止之法學領域，傳統上區分為防止行政危害與制止刑事不法。至於對危害尚未發生之預防犯罪或危害的作法，屬於第三領域。危害既未發生，一般均不採行干預措施，但為因應及考量評估現行的社會狀況日趨複雜的情況，且社會環境上有愈來愈多可能產生危害的原因，實無法確實掌握或依傳統的方式有效防止；因此，必須思考進一步由立法授權採行具有干預措施之方式，以防止危害與犯罪的發生。基於一般預防的觀念，在預防必要的強度已達一定基準，即有選擇限制一部分人民的自由與權利之作法，以維護多數人的安全。惟此種理論與說法，係讓公權力之手過早伸入，仍有待檢驗與確認；特別是要檢證該授權是否有違法治國之諸原理或侵害人權之顧慮。

二、預防性干預措施之必要性

設置行政機關之目的，在於使其達成既定之任務與推動相關工作；要如何順利有效完成任務，有待其專業上規劃與提出執行的策略、方法。如行政機關執行職權的方式，已干預人民的基本權利，依法治國家之法律保留原則，須有法律授權始得執行。社會上之犯罪或危害行為，屬法治國家法律秩序上之共同危害；對此不法的破壞或影響共同生活秩序與安寧的行為，行政機關得依既有刑事與行政法律予以排除、制止(制裁)；並具有其正當性與合法性。但只是「為預防危害或犯罪」的考量，是否有必要即採取限制人權的方式來執行，應有其檢證之標準，在理論上如果此可能的危害，具有一定發生的機率，發生在可預見的對象上，且其影響他人權利或公益達一定程度，即可考慮對其採取必要的干預措施。

貳、預防性干預措施在刑事法與行政法領域之作用

傳統警察之任務與職權，如前所述大都限制在以下兩大領域：一、刑事危害之防止；有事實足認為，有可能發生犯罪行為，或已發生犯罪行為，依刑事訴訟法所為之犯行追緝或依警察職權行使法（例如第十一條之跟監，第十二條、第十三條利用線民）之防止犯罪。二、行政危害之防止；有事實足證明，有可能發生行政上危害或已發生行政義務違反行為，依行政法或警察法所為之行政危害防止。本研究所涉之危害，是前兩種危害之先前領域，換言之，該等危害之發生可能性，不是因個案上有事實足以證明，或有正當合理懷疑即將發生，而是通案上「預測」或「預設」危害有可能發生。若承認警察在該領域應被賦予任務及職權，即為警察創設第三個領域。允許警察在危害先前領域(Vorfeld der Gefahr)，即採取必要措施。

一、預防性干預措施在刑事法領域之作用

原法律授權為刑事目的之行使職權，其前提為發現有具體的特定對象涉及犯罪嫌疑，依法實施相關的偵查程序、蒐集證據及移送嫌疑人，使其接受制裁。但是僅在預防性目的所實施之干預措施階段，其前提並未發現有具體的犯罪嫌疑，只是依執行機關主觀推測或依經驗判斷特定對象或場所、事物有可能從事犯罪行為，而採取事先監視或預防行為。此措施已對當事人的工作、隱私、尊嚴、私生活、行動自由等，產生極大干預。

警察為了達成預防犯罪以維持公共安全與秩序，並保護因犯罪而成為被害人之生命、身體、財產的任務，於犯罪之危險已然具體化時，得依警察職權行使法查證其身分(警職法第六至八條)，在急迫時並得依同法施予即時強制(警職法第十九條以下)，例如於犯罪即將發生以致有生命之急迫危險時，得以實力制止其

行為。預防犯罪之活動中，未限制國民之自由、權利者，即使沒有特別之法律根據亦得為之，例如警察得為巡邏、一般預防犯罪之活動。不過，諸如制止犯罪之限制自由權利之行為，在沒有法律根據之限度內原則上不得為之，自不待言。

至於犯罪之危險是否已然具體化，情況是否急迫，警察必須為客觀之判斷，不得主觀、獨斷地判斷之。即使犯罪行為已著手實施，在有防止犯罪行為及被害程度之擴大的必要限度內，當然亦得予以警告、制止。已造成危害且危害已成為過去之刑事案件，因在現實上已無具體危害之存在，而純屬追究造成危害之犯罪人責任之刑事司法範疇，而非屬防止刑事危害之範疇。現正在進行之刑事危害，係屬現行之犯罪行為，偵查人員固然應依刑事訴訟法之規定開始偵查，甚至得逮捕現行犯。另一方面，此種現行之犯罪行為因其危害仍在進行中，故警察除了作為司法警察官應依刑事訴訟法調查犯罪外，作為行政警察亦有依行政法及警察法令防止危害繼續發生或擴大之義務。原本警察依行政法或警察法執行防止危害時因危害尚未發生，故法律賦予警察相當之裁量空間，不過於現行犯罪中，因危害正在進行中，故此時警察執行危害防止之裁量空間顯然已極度萎縮，幾無不採行制止犯罪之裁量空間。

二、預防性干預措施在行政法領域之作用

「有根據的預防犯罪(evidence-based crime prevention)」，在於為達防止犯罪的目的所實施的政策，此並非依過去的慣例或個人的主觀而認定，而是此政策是否有效應以具有科學上的依據，作為其判斷標準。一般會認為採用可預見的方法即可，但是實際上並非容易。例如，所採行預防犯罪的政策，如何始能稱為「有效」？其標準要用何種方法檢驗？有關政策有效性的「科學上根據」，其表面上的論據要如何主張，對不同研究的結果是否有矛盾亦須注意。依警察法第二條規定之任務，其中有防止一切危害之項目。歐陸法系早期警察的歷史，因專制政治體制之下，警察常受到政治利用，以促進人民福利名義之下，行使監督、干預人民之私生活自由。現代法治國家警察乃受依法行政原則之制約、及警察責任原則等之拘束，對於無警察責任之當事人，不得任意限制其權利。而現代警察任務除傳統之制止危害與追緝犯罪之外，在危害尚未發生之領域，亦有要求警察須事先採取預防措施，或由警察基於達成任務之需要，而有預測立法之現象。

國家為維護公共利益與保障個人自由之間，常會發生在法律授權上，應如何的適度決定選擇的問題。有謂個人為享受安全的社會環境，所附帶的必須忍受一些的不方便或權利受到因公共目的所必要的限制。即國家為管控危害的發生，可依經驗或主管機關的判斷，採取一些預先的預防措施。儘管所採取之措施不一定有效或與危害發生之間具有關聯性上，未必有明確的證明，但是在日常生活中仍然處處可見到，為預防發生危害在公共場所所設置的監視器，錄存或監視個人的

活動。而預防危害尚屬未實際發生危害之階段，其依據大都為行政機關抽象或主觀上的認定，尚缺乏客觀上及科學的依據。更有甚者，以有個人的具有特定範圍的前科紀錄原因，而限制不得從事計程車營業與保全業工作，所侵害個人的權利更是重大；其中並隱含有歧視的成份。

參、警察行使預防性干預措施之授權與執行問題

一、警察行使預防性干預措施之授權問題

警察行使職權與法律保留之關係，在於警察機關所執行對人民自由權利有所干預之行為，須經過立法機關授權。而基於權力分立與制衡原理，立法機關為立法授權的審議法律之構成要件與程序，應審查該權力之發動是否實質正當及對人民權利干預有無過當情形。立法行為有其裁量權的界限，如超出立法權範圍，授權之範圍侵害人權，已屬違憲法律將由司法審查予以制約。立法授權之考量前提，對於干預性之預防措施，其出發點既屬對尚未發生危害的事先預防目的；一般應無必要採取干預人權之授權。只有在遇有特殊情形下，非採取干預之防範作為，該危害將很有可能發生，且在發生之後無法即時制止與追查時，始可考慮如何授權該干預性之措施。但立法基礎仍須有客觀上之依據，為最低之要求。

二、警察行使預防性干預措施之執行問題

在依法行政原則之下，警察執行預防性干預性措施除須符合法律授權的規定之外；另因為警察機關之執行仍有許多認定與判斷的空間，須遵守相關法律原則之制約。如選擇在公共場所裝設監視器，應考慮符合警察職權行使法第十條所授權之要件，即須選擇經常發生或經合理判斷可能發生犯罪之場所；而不是毫不考慮處所特性的裝設或以其他非預防危害之目的而設置；或任由民眾、地方村里決定裝設地點。另外所攝錄之影像資料，亦應有管理與定期銷毀之機制。禁止特定有犯罪前科紀錄之人從事計程車營業登記，其已限制人民的工作權；雖然大法官第五八四號解釋，認為尚無違憲；但是仍有學者認為該立法規定有違憲之疑義。另外在大法官第五八四號解釋文中，亦提及主管機關應配合計程車管理、加強職業倫理、衛星定位等安全機制之建立，檢討限制特定人執業之政策。警察機關於執行上應儘可能選擇對人民權利限制的最低程度要求；解釋法律要件亦應符合目的性原則，不宜一律從嚴解釋，以致限縮人民營業自由之範圍。

警察履行預防犯罪任務之另一重要原則，為該任務合法實施之必要性。「必要性」是一不確定法律概念，其是依個案予以具體化與實際化。在警察預防犯罪中首先必需審查，該任務是否必要？而必要與否必須有一嚴格之標準。在必要性

之範圍中亦必須審查，該任務是否會過度干預人民值得保護之利益？在此情況下，鑑於憲法禁止踰越原則，該任務之執行可能就不必要。此原則在許多範圍中均予以法制化。

除預測立法須符合憲法保障人民職業自由、保障私生活自由及第二十三條之規範外，實際上警察機關依據預測立法所為之執行，亦與人民之自由權利，有密切相關。對基本權利之保障，除經由國會的立法程序監督之外，另司法機關受理請求救濟時，亦應審查行政執行上有無違反法律授權或法律原則。預防危害之措施，有涉及干預人民自由權利之部分，須由法律明確授權。警察任務之規定（警察法第二條）不得作為職權行使之依據，行使干預性之職權，如禁止當事人執業之資格、查訪當事人之居家生活等措施均屬之。

肆、立法授權警察執行預防性干預措施之原則與界限

一、立法授權警察執行預防性干預措施之原則

在風險社會之下，國家立法要充份考量保障一般大眾權益。但依人有限知識要瞭解各種危害發生的原因，進而及早預防及制止，仍有許多困難。國家於立法上如需授權警察為預防性之干預措施，從法律保留原則言，須遵守法律授權之垂直分殊化原則與水平專業化原則。前者之授權垂直分殊化原則，指對於因所干預基本權利性質之不同，其對人民侵害之程度亦有差別，其受法律保留原則之要求程度，亦有不同。對於不同性質基本權利之干預，在法規範之授權上，應適用不同程度之法律保留原則；此從司法院大法官第四四三號解釋，要求法律之層級化保留，可得明證。因此，對於禁止從事特定職業之立法授權，已干預到人民之選擇職業、工作權及生存權；其所被限制之基本權利自屬重大，應嚴格的明定其目的性，限制的方法並且應符合必要性與狹義比例性。即其限制之範圍，應客觀化及有限制之明確基礎；另其限制之年限，應予考量及明定。

警察機關依立法授權，擁有廣泛蒐集資訊之權力，並藉所蒐得之資訊作為施政正當性之基礎，進而維繫國家存立最主要兩個相互依存的目的 - 安全與福祉。但在保護國家安全、促進人民福祉的冠冕用語之下，該項權力若未能受民主法治國相關原則之支配，社會上必然將潛藏著無數限制、剝奪、干預人民自由權利，嚴重階級對立或不合社會正義的隱晦事件。事實上，所謂自由與安全、人權與治安、福祉與干預等相對立的概念與詮釋，伴隨著吾人從集權國家、警察國家到自由民主法治國家，以迄社會法治國家，隨著時、空環境與意識型態的轉變，賦予不同之意涵。今日號稱資訊社會或資訊時代下，國家機關蒐集資訊權力藉科技發展得以強力之行使，與隨之而來的資訊運用，亦仍可套到上述雙刃思考模式。

因此，警察機關以安全、秩序、福祉為正當化理由下所採之資訊蒐集措施，若限制、剝奪憲法保障人民之具體自由與權利，包括秘密通訊自由、居住自由、集會自由等，特別是由人格自由與人性尊嚴所推導出的資訊自決權 (informationelles Selbstbestimmungsrecht 或稱為資訊隱私權)，該等蒐集所採取之措施，則具干預性質，其權力之發動與運作應有其合法性與正當性。簡約的說，該等措施應依合憲秩序之法律 (Verfassungsmäßige Gesetze) 及民主正當程序，其所維護之國家安全、秩序或促進人民福祉方有正當性可言。

二、立法授權警察執行預防性干預措施之界限

立法授權為預防性之干預措施之要件，常使用「不確定法律概念」與「概括條款」；前者，如防止公共安全上之危害，後者，如「防止其他危害」。所謂概括條款 (Generalklausel)，其係指立法者於立法時，儘可能依列舉原則 (Enumerationsprinzip) 為規範，仍留有某些暫時無法解決之漏洞問題，為濟立法之窮而輔以不確定法律概念為構成要件之法律條款。概括條款屬需價值補充構成要件 (Wertausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale) 性質之法律條款，具有承接規範 (Auffangsnorm) 之功能，其本於輔助 (補充) 性原則 (Subsidiaritätsprinzip) 有補結構規範 (Anlagensnorm) 遺漏之功能。申言之，結構性規範若有缺漏而導致功能不足時，由概括條款承接並彌縫之，以發揮規範完整功能。憲法第二十二條：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」民法第一百四十八條第二項規定：「行使權利履行義務，應依誠實及信用方法」，即為適例。

警察概括條款之立法方式，固然可以給立法者藉抽象性的法用語，取代詳細字斟句酌的要件規定，並避免隨時修法之壓力，但這同時也潛藏著行政及司法在適用解釋該概念的恣意、欠缺公平性，而侵害人民權益的危機，使本欲追求的公平正義淪為口號。若承認司法或行政之法令依據僅以概括為足，則無異立法機關放棄其憲法上受人民委託之職務，有違分權之基本原理。概括條款之適用，必由執法者，本於社會上可以探知認識之客觀倫理秩序、價值規範及公平正義原則，加以「判斷」 (Beurteilung)，並事後接受司法之審查，以具體顯現其規範功能。

干預性法律之授權規定，如超出立法權界限或警察在無法律授權下執行干預性措施，已侵害基本權利保障之範圍，已屬違憲之立法與執行處分。因此，檢視警察執行之預防性干預措施，是否符合法律上之授權，屬有必要。本研究指出幾個原則作為檢視授權與執行之判斷基準，包括法律保留原則、立法比例原則、法律授權明確性原則、正當法律程序原則、概括條款與不確定法律概念之適用。以正當法律程序原則而言：在立法上須檢討是否不分為刑事目的、行政目的或預防

性之目的，而一概同等的授權問題；因預防性之干預措施，所被實施之對象尚未有具體違反法律行為，且所授權之干預法律措施，必須相當。如授權以不相當之方法，無法通過比例原則之檢驗，已侵害個人之基本權利，有違正當法律程序之實質正當原則。且立法授權所考量之基礎，如只依警察機關主觀或經驗而決定；所授權限制人民自由的法律，亦不符正當法律程序原則。

警察執行干預性措施過程中，已大量蒐集特定個人之資料。此已對個人資訊自決權產生限制。依德國法制上之蒐集個人資料原則，僅得於有關重大公眾利益時，方得為之。其將個人資訊權之保障位階提得甚高，只有重大公眾利益得與之抗衡，足見其重要性；反之，此亦顯示「自決」並非具有絕對排他性，而是有其可限制性。德國戶口普查法判決後，發展迄今，資訊自決權(或資料保護)幾已植根於基本權利之清單中，並已成為諸多實證法的一部分，並進而成為支配司法實務運作之原則。至於我國司法實務上或理論上，尚未有將個人資料有關之隱私部分，從隱私權或人格權中類型化為資訊隱私權或資訊自決權之傾向；我國此部分之法制，仍有待補強。

警察法制及其所衍生之問題，既傳統又新穎，且事涉國家權力之行使與人民權利之保障至為密切，復因警察任務與職權類型多樣，特別是「第三領域」之理論與規範之建制與整備，亟待建立完善。因此，除警政機關必須費心外，公法學界若能多分點心力在此領域，必有裨益公益與私利之調和，維持公共安全與社會秩序於不墜。