

# 1

## 警察處理集會遊行案件 與人民權利義務的保障

蔡震榮

### 目次

- 壹、前 言
- 貳、現行集會遊行法制之探討
- 參、行政罰及刑事罰之分界
- 肆、警察在集會遊行中舉牌法律性質的探討
- 伍、臺灣高等法院95年度上易字第1336號刑事判決評析（教育部抗爭案）
- 陸、警察機關在執行集會遊行活動上之困境
- 柒、行政中立、行政倫理與集會權之保障

## 壹、前 言

我國集會遊行法（以下簡稱本法）許可制實施以來，屢遭社運團體及部分學者質疑是惡法，要求廢除之，而回歸一般之權利。但負責執行的警政單位卻仍堅持許可制，其所持主要理由在於我國經常有大型的集會遊行，需要有充分準備以為因應，如運送大型拒馬等。

集會遊行法最受詬病之處，在於整個集會遊行的活動，由許可階段，到現場執行勤務以及對違反法令者的移送等，都由警察機關單獨為之。對於警察許可部分，學界與實務界討論文獻已經相當多，但其實對人民權利影響最大，則是在警察現場執行勤務所為之下令處分部分；也就是說，警察分局長蒞臨現場，所為之警告、制止及命令解散之行為等，由於現場人數眾多，警察通常以舉牌為之。因為舉牌效果涉及人民必須接受行政罰與刑事罰處罰效果，警察舉牌行為成為行政罰與刑罰的構成要件，對此行政行為之性質，吾人所稱「行政處分的附屬性」。亦即，警察的下令處分，成為刑罰的構成要件。

吾人觀之近期法院有關集會遊行法的兩個重要判決，都與警察舉牌效果有關。其一為中華電信員工罷工案，因屬行政罰故由高等行政法院受理；另一為教育部抗爭案，因屬第三次舉牌，屬刑事案件而移送刑事庭審判。同屬於集會遊行案件，也同屬於警察執法之過程，但因法效果的不同，卻分屬兩個不同法院管轄，確實讓人尋味。

人民對於警察執法有如此大的裁量權不禁會提出質疑，究竟司法機關對警察下令處分的審查密度如何，亦即對此寬廣的裁量權，司法是否應作較嚴格的審查。換言之，法院是否應承認警察在此有其「判斷餘地」，司法僅作形式上合法性之審查。或者司法認為這只是一般的判斷，仍必須對其內容作進一步實質審查，此乃為本文探討的主要目標。

由於近期法院兩重要判決，針對教育部林伯儀抗爭案，地方法院刑事庭與高等法院刑事庭，對警察之裁量權卻作出不同的判決，因此本文擬對

兩判決作進一步分析比較。本文在結構上，首先分析警察下令處分的法律規範與行為性質；其次，針對法院刑事庭對警察此種行為的判斷，以林伯儀抗爭案，地方法院及高等法院刑事庭的判決作分析之問題。

## 貳、現行集會遊行法制之探討

依本法之規範，集會遊行從申請、舉行，到最後可能發生的處罰，這整個程序延伸下來，除了司法判決（本法第29條至第31條之刑事罰）外<sup>1</sup>，全部皆屬警察機關權責。易言之，整個集會遊行權的保障、限制與剝奪，完全操之於警察機關手中，警察機關對集會遊行活動的執法，也難怪遭受球員兼裁判之批評<sup>2</sup>。

從相關探討集會遊行的文章，以及網路上發起「對抗」集會遊行法的相關文章中可以看出，目前民間認為警察不尊重集會遊行權，對警察執行集會遊行的措施約有三項不滿<sup>3</sup>。

### 一、許可制制度之不當

首先即是「許可制」。「許可制」是最受批評侵害人權的措施，這除了以「基本人權」角度來衡量外，尚有傳統高壓政權所遺留下人民對政府的不信任，這方面需要時間來化解，有學者批評認為：「許可意味著抗爭

<sup>1</sup> 以往司法實務也完全尊重警察之決定，因此，警察在集會遊行法規所授與以及處理實務上的權限不可謂不大。

<sup>2</sup> 但也有謂「球員兼裁判」是不當比喻，警察只是核准許可，並不參與集會遊行，何來「球員兼裁判」？但吾人若從廣義觀之，警察之現場維持秩序，且對於違反秩序者所為的下令處分，不也是影響集會遊行之舉行，從此角度觀之，說「球員兼裁判」應不為過。

<sup>3</sup> 相關網路上探討文章有：1. 寶貝LUCKY的我抗議集會遊行惡法[http://www.wretch.cc/blog/doggielucky&article\\_id=3147889](http://www.wretch.cc/blog/doggielucky&article_id=3147889)。2. [KT的政治評論]為什麼集會遊行不需事前許可？[http://www.wretch.cc/blog/Kiantix&article\\_id=3842821](http://www.wretch.cc/blog/Kiantix&article_id=3842821)。3. 臺灣人權促進會<http://www.tahr.org.tw/index.php/categories/tw/>等等。

者必須先向其抗爭的對象——最代表國家機器鎮壓體制的警察——溫柔謙卑地低頭『請求』許可。進而，使得未經申請許可的集會，就會被警方推定（甚至視為）違法！（依集遊法第25條第1項第1款，『未經許可』就是『解散』之理由）集會遊行的申請人與政府，就路權使用進行協商（bargaining）的時候，許可制給了警方極有利的（不公平）籌碼<sup>4</sup>！」

## 二、警察現場處理之裁量權

集會遊行法除了事前的「許可」之外，警察在現場對集會遊行的監控上，集會遊行法賦予警察人員極大的裁量空間，使得人民基層異議者行動，卻必須受限於鎮壓氣氛濃重的警察人員。

以「命令解散」為例，警方的裁量標準是以空洞模糊的第26條來規定，而違反「解散命令」就當然構成行政罰（第28條）與刑罰（第29條）的要件。現實上，「解散」這種「即時執行完畢」的行政處分，很難受到司法審查。就算較有判斷力的檢察官或法官，在第26條的空洞標準下，多半也都會尊重行政裁量。

更進一步來說，在這樣的警察裁量下，基層異議者在街頭（無論是否在事前得到許可），都要「絕對服從」警察人員，甚至不得「誹謗公署」（第30條）！無論從情緒面還是實質抗爭有效面來看，這都具有強烈的鎮壓（而非保障）傾向<sup>5</sup>。又有提出警察裁量濫用而謂：「人民為公共事務（如反對興建水庫、反對都市更新計畫）向地方政府請願或陳情，雖過程平和，警方仍以未申請集會移送法辦。法院判決被告違反集遊法第29條規定，處拘役50日，得易科罰金<sup>6</sup>」。

<sup>4</sup> 廖元豪教授發表於「集會遊行法總體檢」，臺灣法學會憲法行政法委員會、臺北大學法律學系主辦，民國95年6月25日。

<sup>5</sup> 同前註2。

<sup>6</sup> 魏千峰先生發表於「集會遊行法總體檢」，臺灣法學會憲法行政法委員會、臺北大學法律學系主辦，民國95年6月25日。其所參考的法院判決為屏東地院84年易緝字第83號刑事判決以及臺中地院92年簡字第147號刑事判決。

### 三、警察之執法標準不一

遭受批評即是執行標準不一，即對政治性集會及一般性集會之保障不同，對政治人物及一般百姓之集會遊行之執法又不同，最明顯的案例即是政大學生林柏儀於民國94年7月5日赴教育部陳情<sup>7</sup>，以及親民黨主席宋楚瑜及立委高金素梅在民國95年6月26日於立法院<sup>8</sup>靜坐抗議，警方處理之態度大不相同。林柏儀及數名抗議學生赴教育部陳情，經警方舉牌三次後即移送地檢署，遭檢察官提起公訴（後法院判決無罪）；而宋楚瑜及立委高金素梅則遭警方三度舉牌後，依然無驅散行動，兩者之處置態度天南地北，造成民眾對警察執行方式無法認同。

## 參、行政罰及刑事罰之分界

舉牌後如何進入制止、命令解散的情況，是由現場指揮官依據現場情況及職權，以舉牌及廣播方式，告知現場群眾應停止其行為或解散，否則將遭受不利處分。由於這已經課予人民義務，屬行政處分已相當明顯。

至於何種違法情況適用第28條之行政罰？何種適用第29條刑事罰？實務上，若現場指揮官做出制止及命令解散之後，聚集群眾尚未解散，則依照集會遊行法第28條，對集會遊行之負責人或其代理人或主持人處以罰鍰，亦即「行政罰」，但對於在場繼續聚集之群眾，則限於法令並未科以處罰。但若警方命令解散後，群眾立即解散，則無本條之適用，乃屬當然。

而依前述命令解散後，聚集之群眾依然不解散，經警方再次制止後，依然不解散，則依照集會遊行法第29條，對「首謀者」科以2年以下有期徒刑。

<sup>7</sup> 事件詳細內容請參閱聯合報，民國95年4月13日，A8版。

<sup>8</sup> 事件詳細內容請參閱<http://news.yam.com/ettoday/politics/200606/20060626921248.html>。

徒刑或拘役，亦即「刑事罰」。但於再制止後即解散，則依照第28條之規定，對負責人或其代理人或主持人處以行政罰。現在問題出現了，依照集會遊行法之規範，行政罰及刑事罰之差別，乃在於警方多一道「制止」行為，其本質還是受命令解散的行為，若再制止後還不解散，即屬惡行重大，應處刑事罰以儆效尤，然如此是否合乎比例原則應已明顯。

此外，命令解散具有行政處分之效果，警察機關於執行時若有不當之情形，依照相關之規定，民眾並非提出申復來予以救濟，而是朝訴願及行政訴訟之方式執行。因為申復乃是針對不予許可、許可限制事項、撤銷、廢止許可、變更許可事項之申請的救濟方式，並未規範「警告、制止、命令解散」之行為。因此，針對警察機關所為解散命令如有不服，應依訴願法或行政訴訟法提起救濟。但相關救濟法令與程序有緩不濟急之情況，因此最後還是回到國家賠償法之範圍，請求違法之警察機關國家賠償責任。

## 肆、警察在集會遊行中舉牌法律性質的探討

### 一、集會遊行法有關警察下令處分之規定

本法第25條規定警察機關於該條文所列情事之一者「得」警告、制止、命令解散，此處之「得」是否屬授權警察機關擁有「決定裁量權」？法律上使用「得」字常屬裁量之規定，但並非凡有「得」字，即屬裁量授權，不少情形是賦予行政機關某種權限。本文認為，本條文之「得」除權限之賦予尚有裁量權外，蓋集會遊行之舉行狀況多變，本條文賦予警察機關依據現場狀況採取不同措施，所以警察機關依據現場狀況行使裁量權做出警告、制止、命令解散，以保障民眾集會權的行政行為。

而本法第28條及第29條規範不依命令解散之行政罰及不依命令解散經制止不從之刑責，主要依據在於第28條及第29條的規定上。

## 二、舉牌警告之意涵

集會遊行屬群體行為，違反者可能夾雜其中，連自身違反規定還不自知，因此有必要以舉牌及廣播方式，讓其清楚自身行為已觸犯法令。所以警察機關實務上使用的舉牌行為，其主要目的乃是要告知該行為已違反相關法令規定，應即刻停止或自行解散，否則將遭受行政處分或其他處罰。

但舉牌之意義為何？依照執行方式來看，第一次舉牌，應屬警告性質的行為，也就是告知違反者其行為已屬違法，其並未附加任何法效果，故應屬行政作為之「事實行為」。至於第二次舉牌，甚至是第三次或更多次之舉牌，其與第一次之情況相同，並未附加法效果，所以本質上皆為相同，差別在於現場情形有無達到制止或命令解散等無法控制的情況。因此舉牌次數的多寡，乃是賦予現場指揮官裁量空間，並在舉牌的間隔時間中，能與聚集的群眾溝通及協調，讓事情圓滿解決。至於是否一定要三次舉牌警告方能執行強制解散，只有一次或二次可否執行？這必須由指揮官依據現場情況予以判斷，只要行為已達無法控制或其他危害公安之行為，甚至無須舉牌亦可進行驅離解散。但建議在實務上還是至少舉牌一次較為妥適。

## 三、舉牌的法效果

第29條舉牌的法效果涉及所謂的刑法之「行政從屬性」的問題，刑法之「行政從屬性」（*Vewaltungsakzessoritat des Strafrechts*），係指依據刑法條文之規定，某種行為其可罰性之依賴性（*Abhangigkeit der Strafbarkeit*）取決於行政法或基於該法所發布之行政命令而言。其類型如下<sup>9</sup>：

<sup>9</sup> 何子倫，論刑法之行政從屬性，<http://www.npf.org.tw/PUBLICATION/CL/092/CL-R-092-051.htm>。

## (一)依從屬程度區分

### 1. 絕對從屬

此種方式常見於行政法規中有關刑罰之規範，其目的為確保行政強制、確保行政機關的管制和監控、維持行政法上之標準。如集會遊行法第29條之規定。

### 2. 相對從屬

此係相對於其他一般刑法法典條文而言，其從屬規範之方式，包括以違反之行為人不具權限或主管機關未許可者；以違反特定的處分，如水污染防治法第37條違反停工命令；違反行政法律上義務，而其義務並沒有明白規定於刑法中，則以行政命令補充。

### 3. 絕對獨立於行政之刑法規範

規定於刑法法典中，其主要目的為具體保護人民之身體、生命之危害。其獨立於行政法以外，形式上並沒有依賴行政，全於刑法法典中規範，其可以不同形式之立法，達到行政從屬性結果。如刑法第177條。

## (二)依從屬功能區分

### 1. 構成要件之行政從屬性

其包括(1)概念上的從屬：即刑法構成要件中之用語或概念，必須依行政法規來界定；(2)法規指示（Weisung）：指透過刑法要件，指示行政法的某種概念，係基於立法經濟的考量，而直接在刑法條文中引用行政法的規定，指示應適用某一行政法；(3)空白構成要件：於特別刑法中沒有明確規定構成要件，必須依賴行政法上之規訂，或授權行政機關法令填補。

### 2. 合法化之行政從屬性（阻卻違法之行政從屬性）

包含(1)機關之許可或核准作為消極構成要件或阻卻違法要件：此一類型係以機關之核准（Behördliche Genehmigung）或許可（Erlaubnis），作為

消極構成要件或阻卻違法要件。反面解釋，取得主管機關的許可，犯罪構成要件即不該當；(2)犯罪結果或行政違法後果之控制：係指發生違法結果，儘量防止對人類之危害而阻卻刑責。

### (三)依從屬之規範區分

#### 1. 行政法從屬性 (Verwaltungsrechtsakzessorietat)

在刑法之構成要件中，必須由其他行政法規之規範來填補。此時刑法扮演的是輔助性的制裁法功能，亦即透過刑法的制裁以確保行政法規獲得遵行。值得注意的是，此所指之行政法規，除了可能是法律外，也有可能是法規命令。尤其重要者，是以法律授權行政機關以法規命令，建構刑法構成要件要素之情形，如懲治走私條例第2條第2項有關管制物品及其數額之公告。此外，未經法律明白授權，由行政機關自訂屬內規性質的行政規則，亦可能對刑法適用產生影響。

#### 2. 行政處分從屬性 (Verwaltungsaktsakzessorietat)

就具體事實(件)所為之行政決定，如排放污水、空氣、命令停工之處分，拒不停工，致生危害人類、環境而科以刑罰。

不過釋字第445號說明書認為：「對於首謀者科以2年以下有期徒刑或拘役，乃處罰其一再不遵從解散及制止之命令。如再放任而不予取締，對於他人或公共秩序若發生不可預見之危險，主管機關亦無從適用刑事訴訟法之規定為必要之處分。至於社會秩序維護法第64條第1款規定之妨害安寧秩序須『意圖滋事，於公園、車站、輪埠、航空站或其他公共場所，任意聚眾，有妨礙公共秩序之虞，已受該管公務員解散命令，而不解散』為要件，刑法第149條規定之公然聚眾不遵令解散罪則須『公然聚眾，意圖為強暴脅迫，已受該管公務員解散命令三次以上，而不解散者』為處刑之對象。不論主觀要件與客觀要件，均與集會遊行法第29條規定之內容，有輕重之分，即不得指其違反憲法第23條規定之必要原則。」然從刑法中之「行政從屬性」觀點來看，可罰性的範圍或犯罪的界定，由代表行政權的

警察機關加以介入，依賴於警察法規、命令或警察處分（命令解散），才足以構成聚眾不解散或違法集會之犯罪行為，該警察權的行使，有無侵犯立法權，而造成立法者自廢武功；此外，該犯罪之成立絕對取決於行政機關「協力義務」之配合，以舉牌及行政命令之下達（警告、制止、命令解散）作為該條之違法構成要件，如此是否適當？應是相當明確。再相較於刑法第149條之規定，本條文似乎僅在保障警察法益<sup>10</sup>，而非對於社會秩序之保障。

#### 四、警察現場裁量的決定

何種違法情況適用第28條之行政罰？何種適用第29條刑事罰？實務上，若現場指揮官做出制止及命令解散之後，聚集群眾尚未解散，則依照集會遊行法第28條，對集會遊行之負責人或其代理人或主持人處以罰鍰，亦即行政罰。但對於在場繼續聚集之群眾，則限於法令並未科以任何處罰。而若警方命令解散後，群眾立即解散，則無本條之適用，乃屬當然。而依前述命令解散後，聚集之群眾依然不解散，經警方再次制止後，依然不解散，則依照集會遊行法第29條，對「首謀者」科以2年以下有期徒刑或拘役，也就是「刑事罰」。但於再制止後即解散，則依照第28條之規定，對負責人或其代理人或主持人處以行政罰。現在問題出現了，依照集會遊行法之規範，行政罰及刑事罰之差別，乃在於警方多一道「制止」行為，其本質還是受命令解散的行為，若再制止後還不解散，即屬惡行重大，應處刑事罰以儆效尤，然如此是否合乎比例原則應已明顯。

綜合而論，以一個行政處分（命令解散而不解散）的違反，即與抽象危險犯的犯罪型態相連結，而不討論對社會秩序之影響情況就處以刑事罰，其是否妥適，應相當明確。本文建議，應將本條文做適度修正，對和平之集會遊行，適用第28條之規範；若非和平之集會遊行經制止後不予解

<sup>10</sup> 黃清德，試析釋字第445號解釋兼論集會遊行法未來修正方向，警專學報第2卷第5期，民國87年6月，頁98以下。