

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

警察裁量權之界限——以社會秩序維護法第 85 條為例

On the Limit of Police Discretion:the Case of Social
Order Maintenance Act Article 85

伍徹興

Che-Yu Wu

指導教授：林明鏘 博士

Advisor: Ming-Chiang Lin, Ph.D.

中華民國 105 年 7 月

July 2016

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

警察裁量權之界限——以社會秩序維護法第 85 條為例

On the Limit of Police Discretion: the Case of Social Order
Maintenance Act Article 85

本論文係伍徹興君 (R00A21026) 在國立臺灣大學法律學系
完成之碩士學位論文，於民國 104 年 1 月 22 日承下列考試委員審
查通過及口試及格，特此證明

指導教授：林 明 鈺

口試委員：

蔡 震 榮

林 素 鳳

林 明 鈺

謝辭

寫謝辭的同時，代表我正式要從台大校園離開，完完全全脫離學生的身分，是有一點奇妙又複雜的感情。

爸爸、媽媽從小對於我的懶惰、被動以及各種生活上的壞習慣，總是包容，並給予我最大的支持，如果沒有您們，不會有現在的我，更不可能毫無後顧之憂地完成學業、完成論文，謝謝爸媽，我愛您們！想念哥哥，真的很想念你，在天上當天使的你，不用擔心爸媽和小妹，我會好好照顧、孝順他們！小妹，接著換你畢業，加油！

謝謝菁華的爸媽，及小舅舅、小舅媽、外婆，一直把我當作家人般照顧、關心，給我們最溫暖的呵護，可以順利完成學業、考取律師資格。

這本論文的完成，最要感謝我的指導教授林明鏘老師，大學修習老師的行政法時，就開始對行政法充滿興趣，立志念研究所公法組。老師對待學生，就像對待自己的小孩，作我們最堅強的後盾和支援，寫論文需要的資料，老師都會幫我一起蒐集並提供意見，做學問之餘，還能感受到老師關心社會、愛護動物的心，是念研究所最大的收穫之一。

謝謝兩位口委，蔡震榮老師及林素鳳老師，由於口試時我已經在進行律師實習，時間上很難統一，但老師都沒有任何怨言。口試時老師與我分享在警察大學任教的經驗，並提供我論文上許多實質的建議，謝謝老師！

接者，必須要感謝的是陳忠五老師及王能君老師。陳忠五老師，治學嚴謹的態度，一直是我學習的對象，更令人感動的是，老師一直念著我，不時透過菁華關心我的近況；念研究所時，跟王能君老師漸漸熟稔，謝謝老師的推薦，讓我有進入恒達法律事務所實習的機會，開始工作後老師也會利用機會和我聊天、分享許多經驗和鼓勵，協助我度過難關。進入司法實務工作後，仍然忘不了的是，老師們給我的影響，以及每句和我說過的話，都是我最珍貴的財富，我想進入台大，學校提供給我們的只是硬體，是老師豐富了我們的生活。

謝謝一輩子的好朋友，陳冠樺和郭侑鑫，從小學、國中認識到現在，一起泡網咖、打籃球和打屁，少了你們，生活會少了很多精彩。

2409 的莫皇、馬姐、瑋博、陶陶、阿梅、QQ，研究室有你們就有歡笑，也是你們不斷鼓勵我和菁華，才能順利畢業，莫皇、瑋博、陶陶學長更是我時尚的啟蒙。志皓、大豆，雖然我是學長，不論是論文或是多益考試，因為有你們的互相幫忙，畢業才顯得可貴。

法壘的吼猴、大植、犬成及帥舜學長，大一以來就一直受到你們的「照顧」，和你們在球場上瘋言瘋語，是打球的最大樂趣！還有信宇、允中、嘗訓學

長，雖然我們現在四散各地，我仍忘不了那年中原大法盃，屁股涼涼！

同為鏘門的游仕成，同甘共苦，也祝福你早日完成論文。謝謝祐立學長在論文撰寫上給予我很多想法，幸好有唯展及宗軒的幫忙我處理許多行政程序，幫助我再工作的同時順利完成學業。秉詳、和君，懷念一起出遊的日子，研究所認識你們兩位好朋友，很開心，賴帥等你回臺北啊！

偉立、奐沈，寫論文時彼此的鼓勵，讓我度過難熬的時間，別忘了下次的日本行喔！也祝福你們工作順利！怡靜，恭喜你終於通過兩年的司法官訓練，不論你到哪裡工作，要記得和我、菁華保持聯絡喔！

謝謝英文小老師 Renee，在準備多益考試時，幸虧有妳隨時讓我問問題，也細心地講解。謝謝蘇璇和思辰在下班後的聚餐，總是給予我許多加油打氣。

謝謝思宇耗盡心思協助我處理英文摘要，子榕和曼瑄也一直是我們的依靠，給予我很多鼓勵，謝謝。

律訓好夥伴，宜庭和佑珊，祝福宜庭早日找到妳的 Mr.Right，祝福佑珊也盡快產出你的論文。

郭佩和創創，我以後不會怪妳們偷偷約，因為我畢業了，可以有更多時間吃飯了！創創考試加油，趕快投入市場。謝謝小八，從大學開始，和你聊天就是沒有負擔，開心，還有你富有感情的插畫，常逗樂我，消除我的苦悶。

高思傑、麥麥和阿公，在低潮的時候幸虧有你們陪我對酒當歌、甜點大餐，還有每週一的權力遊戲直播派對，都讓我和菁華肚子飽飽，心也暖暖的！

好兄弟柏儒，服替代役最大的收穫之一，就是認識了你，雖然平常聚會的時間不多，還是常常想起服役時，晚上一起念書，睡前躺在寢室聊天的時光，是最無憂無慮的一段日子！

完成這本論文及通過多益考試的同時，我正在恒達法律事務所時實習及執業，首先要感謝事務所的每一位及柏仁學長，總是無條件支持我、督促我取得碩士學位。謝謝賴律師，在我心情差的時候分享自己的經驗，讓我對於律師工作重新點燃熱情，對於我任何問題，也會放在心上，和我討論。謝謝凱正律師，辦案的態度，一直是我學習的目標。謝謝歐妮、佳好和秀慧，事務所的工作有你們協助，讓我能專心處理案件，下班後能撰寫論文、準備多益考試，也謝謝妳們的鼓勵。志朋律師，在學校是法壘的學長，在工作上是我尊敬的前輩，知道我老是顧前不顧後、粗心的個性，仍付出更大心力、紮紮實實指導我，甚至幫我模擬口試，希望我能有好成績，謝謝學長。佳瑩律師，學姐總是擔心我工作不順、怕我被當事人欺負、又幫我規劃未來，花很多很多時間在和我溝通，希望我能獨當一面，謝謝學姐，您說的每句話我都一直放在心裡。

菁華，拖了好久好久好久的多益，總算通過，我們也終於可以往前一大步一大步！大學時，如果沒有黏著妳每晚在圖書館念書，大學回憶大概只剩打球和不及格。一向沒有邏輯的我，寫論文時幸好有妳幫我修改大綱，否則本論文應該毫無章法可言。我一直是個不喜歡改變，也討厭嘗試新事務的人，謝謝妳奮力把我拋出了舒適圈！今年沖繩的自駕行，滿滿的挑戰和幸福，也代表了我

們的未來！對於妳的感謝，無法全部訴諸於文字，我人生最大的轉捩點，就是遇見了妳，而妳正是我人生中缺少的那塊拼圖，我凸出的部分有妳包容我，而缺角的部分有妳填滿。

伍徹輿

2016 年 7 月 18 日午於萬才 2409 研究室

中文摘要

社會運動興起，318 反服貿學運中許多參與的教授、學生、群眾在未有何強暴脅迫行為下被警察粗暴的對待，冠以妨害公務之名。實務上，警察在面對涉及妨害公務之行為，得就社會秩序維護法第 85 條與刑法第 135 條作構成要件之選擇、認定，兩者之界限劃分模糊不清，使警察得享有相當大之裁量空間。

我國有關行政裁量理論與實務之發展，深受德國行政法學關於不確定法律概念與行政裁量採「質的區別說」之影響，導致司法權面對行政裁量之合法性界限、行政裁量之法律控制問題時，往往因其屬判斷餘地抑或裁量餘地類型而予以分別割裂處理，實有重新思考之必要。我國警察身兼司法警察與行政警察兩種身分，警職法及各作用法中概括條款之授權，使得警察之職權與任務無所不包，擁有廣泛的裁量權，加上「時間」、「個案」等因素須賦予警察在個案中一定之裁量權，且警察裁量權具有強烈之個人化特性，裁量時容易被主觀價值所影響，故本文嘗試提出警察裁量權包括構成要件與法律效果的裁量，捨棄行政法通說將裁量限於法律效果之見解，認為司法應以動態的警察行政行為為標的作全面審查。

警察雖非最終之裁罰決定機關，但人民之身體、自由、權利往往早已被第一線的警察於執法過程中所侵害。尤其是社維法第 85 條和刑法妨害公務罪兩者有灰色地帶，造成警察選擇社維法或刑法有事實上之裁量權，在社維法第 85 條之案件，如丟鞋事件、人民反蒐證事件即為警察濫用社維法第 85 條之例，本文希冀於警察之行政行為在進入緩不濟急的司法審查前透過行政權訂定行政命令落實正當行政程序，貫徹行政程序法之規定，避免警察裁量時摻入過多主觀以妨害公務之名行迫害人民之實，以保障人民之權利，與憲法保障言論自由的基本權，並且進一步全面檢討現行社會秩序維護法。

【關鍵字】行政裁量、警察裁量權、社會秩序維護法、警察職權行使法、言論自由、妨害公務。

Abstract

Following by the social movement, professors and students who participated the 318 Anti- ECFA protests were treated under the police violence and accused of obstruction for official duties. However, police officer has quite a huge power to decide whether this behavior is an offense or not base on Social Order Maintenance Act Article 85 and Criminal Law Article 135 which means the descriptive boundary is unclear and give the police too much power.

The development of theory and practice of Administrative Discretion in Taiwan is deeply influenced by Administrative Law in Germany. The impact of “Theory of Qualitative Difference” leads to the problem of boundary of legality and law controlling when police take in charge of administrative discretion. Police officer in Taiwan has both identities of judicial and administrative officers therefore has rights from both sides. As a result, the discretion is mainly made from the personal judgements and highly influenced by the personal interest. This dissertation aims to reconstruct the idea of administrative discretion based on its components and effects to give it and reflexive overviews of this problem.

Even though the police officer is not the final court for the final judgement, the freedom of speech and human right easily offense by the police on the front line. The case of throwing shoes, anti-evidence collection is the example for the misuse power. This article aims to use the case to review the Social Order Maintenance Act, and claims for police should follow the proper administration procedure rather than only use the subjective judgment in order to protect the human rights.

【Keywords】 administrative discretion, police discretion, Social Order Maintenance Act, Offenses of Obstructing an Officer In Discharge of Duties, Police Power Exercise Act, freedom of speech.

簡目

第一章 緒論	1
第一節 問題提出	1
第一項 警察法上的裁量理論再反省	1
第二項 社會秩序維護法妨害公務之濫用	2
第二節 研究目的	4
第三節 研究範圍及名詞界定	5
第一項 研究範圍	5
第二項 名詞界定	5
第四節 研究方法	6
第五節 文獻回顧	6
第二章 行政裁量理論之變遷與再反省	8
第一節 行政裁量理論之變遷	8
第一項 行政自主形成空間—行政裁量	9
第二項 我國之行政裁量理論	12
第三項 司法介入審查之標準—裁量瑕疵理論與裁量收縮	17
第二節 行政裁量理論的再反省	21
第一項 外國法之借鏡	22
第二項 行政裁量與不確定法律概念之區別及實益	26
第三項 概念法學與法釋義學之侷限性	31
第三節 本文見解	32
第三章 警察裁量權及其界限	36
第一節 警察機關之行政裁量行為	36
第一項 警察裁量權賦予之必然	37
第二項 警察裁量行為之特性	47
第三項 小結：警察裁量權包括構成要件之裁量	51
第二節 警察裁量權之法令界限	54
第一項 行政法上原理原則之遵守	54
第二項 行政命令之指導與限制	63
第三項 警察裁量權之界限相關問題提出	80
第三節 本文見解：探究警察裁量權之界限	83
第四章 警察裁量權之過度擴大以社維法第 85 條為例	87
第一節 社維法第 85 條妨害公務之案例研討	87
第一項 丟鞋是否構成妨害公務	88
第二項 人民反蒐證事件—高雄地方法院 101 年度雄秩字第 68 號裁定	90

第三項 問題提出—警察裁量權之界限與社維法第 85 條之適用	93
第二節 刑法妨害公務罪與社維法第 85 條不以強暴脅迫妨害公務之分析比較	96
第一項 我國社會秩序維護法之角色定位與刑法之分界	97
第二項 刑法第 135 條與社維法第 85 條的構成要件比較	109
第三項 社維法第 85 條第 1 款與刑法妨害公務罪之間存有灰色地帶	113
第三節 案例評析與本文見解	116
第一項 案例評析	116
第二項 本文見解	117
第五章 結論與建議	122
第一節 警察裁量權下之人民權利的自我實現	122
第一項 警察裁量權包括構成要件與法律效果之裁量	122
第二項 建立警察執法的正當程序減少警察裁量個人化色彩	123
第三項 行政命令作為警察裁量權界限之界限與正當程序之落實	125
第二節 重新建構我國妨害公務裁罰體系	125
第一項 以解釋論出發	125
第二項 社會秩序維護法之修法建議	127
參考文獻	132

詳目

第一章 緒論.....	1
第一節 問題提出	1
第一項 警察法上的裁量理論再反省	1
第二項 社會秩序維護法妨害公務之濫用	2
第二節 研究目的	4
第三節 研究範圍及名詞界定	5
第一項 研究範圍	5
第二項 名詞界定	5
第四節 研究方法	6
第五節 文獻回顧	6
第二章 行政裁量理論之變遷與再反省	8
第一節 行政裁量理論之變遷	8
第一項 行政自主形成空間—行政裁量	9
第一款 行政裁量之意義	9
第二款 行政裁量之類型	11
第一目 決定裁量與選擇裁量	11
第二目 個案裁量與一般裁量	12
第二項 我國之行政裁量理論	12
第一款 行政裁量與不確定法律概念之關係	13
第一目 質的區別說	13
第二目 量的區別說	14
第三目 無區別說	15
第二款 現行實務與學說多採「質的區別說」及優點	16
第三項 司法介入審查之標準—裁量瑕疵理論與裁量收縮	17
第一款 裁量瑕疵理論	17
第一目 裁量逾越	18
第二目 裁量濫用	18
第三目 裁量怠惰	19
第二款 裁量收縮理論	19
第三款 我國目前司法審查之困境	20
第二節 行政裁量理論的再反省	21
第一項 外國法之借鏡	22
第一款 德國法—我國立法例之承襲	23
第二款 法國法—行政法之母國	24
第三款 英美法上的裁量理論	25

第二項 行政裁量與不確定法律概念之區別及實益	26
第一款 行政裁量與不確定法律概念之定位	26
第二款 行政自我形成空間下的行政裁量與判斷餘地	27
第一目 判斷餘地的類型化	27
第二目 判斷餘地仍受司法審查	28
第三目 判斷餘地與行政裁量兩者之區別有無實益	29
第三項 概念法學與法釋義學之侷限性	31
第三節 本文見解	32
第三章 警察裁量權及其界限	36
第一節 警察機關之行政裁量行為	36
第一項 警察裁量權賦予之必然	37
第一款 警察目的與角色定位	37
第一目 警察之定義	37
第二目 警察之任務—行政與刑事的交錯	38
壹 警察的雙重角色	38
貳 行政作用與刑事作用之界限	40
第二款 行為法始得作為警察裁量權之法源	41
第三款 概括條款與不確定法律概念之補充與授權	42
第一目 概括式的任務規範	43
第二目 概括條款之容許性	44
第四款 警察執勤之需求—警察權權宜原則	45
第五款 小結	46
第二項 警察裁量行為之特性	47
第一款 警察任務之急迫性	47
第二款 警察判斷餘地之類型可能為預測性決定	48
第三款 具有強制力之措施	49
第四款 警察任務執行層面複雜	50
第五款 警察行使裁量權能見度低	50
第三項 小結：警察裁量權包括構成要件之裁量	51
第二節 警察裁量權之法令界限	54
第一項 行政法上原理原則之遵守	54
第一款 警察比例原則	56
第一目 比例原則之意義與功能	56
第二目 比例原則具體化之功能	57
第三目 警察實務中比例原則之實踐	58
第二款 正當行政程序	59
第一目 正當程序之意義	59
第二目 正當程序之法位階	61

第三目 正當程序之實效性	61
第四目 警察法上之正當行政程序	62
第二項 行政命令之指導與限制	63
第一款 法規命令	65
第二款 行政規則	69
第一目 構成要件—解釋性行政規則	70
第二目 法律效果—裁量性行政規則	74
第三款 警察行政命令之綜合比較	77
第三項 警察裁量權之界限相關問題提出	80
第一款 條文構成要件不明確	80
第二款 法律保留之要求—法律授權之裁量範圍	81
第三款 警察裁量的一致性？（平等原則與信賴保護）	82
第四款 眾多裁量基準或規則之實效性—過寬或過嚴？	82
第三節 本文見解：探究警察裁量權之界限	83
第四章 警察裁量權之過度擴大以社維法第 85 條為例	87
第一節 社維法第 85 條妨害公務之案例研討	87
第一項 丟鞋是否構成妨害公務	88
第一款 士林地方法院 103 年度秩抗字第 1 號裁定	88
第一目 事實概要	88
第二目 法院裁定之見解	89
第二款 臺北地方法院 102 年度北秩字第 47 號裁定	89
第一目 事實概要	89
第二目 法院裁定之見解	90
第二項 人民反蒐證事件—高雄地方法院 101 年度雄秩字第 68 號裁定 ..	90
第一款 事實概要	90
第二款 系爭法務部法檢字第 10104149290 號函釋	90
第三款 法院裁定之見解	93
第三項 問題提出—警察裁量權之界限與社維法第 85 條之適用	93
第二節 刑法妨害公務罪與社維法第 85 條不以強暴脅迫妨害公務之分析比較	96
第一項 我國社會秩序維護法之角色定位與刑法之分界	97
第一款 社會秩序維護法之立法目的	97
第一目 社會秩序維護法之起源	97
第二目 社會秩序維護法之保護法益	99
第二款 刑罰與社維罰之交錯	100
第一目 社維法處罰之性質	100
第二目 與刑罰之分界	101
壹、刑罰與行政罰區別之學說	102

一、質的區別說.....	102
二、量的區別說.....	103
三、質量兼採說.....	104
貳、警察主管之法規與刑法比較.....	104
第三目 小結.....	106
第三款 綜合檢討：社會秩序維護法有全面檢討之必要.....	107
第二項 刑法第 135 條與社維法第 85 條的構成要件比較.....	109
第一款 刑法第 135 條妨害公務罪.....	109
第一目 客觀構成要件.....	110
第二目 主觀構成要件.....	112
第二款 社維法第 85 條不以強暴脅迫之妨害公務行為.....	112
第一目 客觀構成要件.....	112
第二目 主觀構成要件.....	113
第三項 社維法第 85 條第 1 款與刑法妨害公務罪之間存有灰色地帶 ...	113
第三節 案例評析與本文見解.....	116
第一項 案例評析.....	116
第二項 本文見解.....	117
第一款 警察裁量以正當程序與行政命令去個人化色彩.....	118
第二款 社會秩序維護法第 85 條之檢討.....	119
第三款 重新界定行政法與刑法之分際.....	120
第五章 結論與建議.....	122
第一節 警察裁量權下之人民權利的自我實現.....	122
第一項 警察裁量權包括構成要件與法律效果之裁量.....	122
第二項 建立警察執法的正當程序減少警察裁量個人化色彩.....	123
第三項 行政命令作為警察裁量權界限之界限與正當程序之落實.....	125
第二節 重新建構我國妨害公務裁罰體系.....	125
第一項 以解釋論出發.....	125
第二項 社會秩序維護法之修法建議.....	127
第一款 修訂社會秩序維護法第 85 條.....	128
第二款 重新定位我國法體系下之社會秩序維護法.....	129
第三款 社會秩序維護法全部廢止之必要性.....	130
參考文獻.....	132

表目錄

表 一、警察機關常用之法規命令	65
表 二、警察機關常用之解釋性行規則	71
表 三、警察機關常用之裁量性行政規則	75

第一章 緒論

第一節 問題提出

第一項 警察法上的裁量理論再反省

人民針對警察行為進行反蒐證以保護自己權利（例如：錄音、錄影）、對總統丟鞋表達訴求以彰顯言論自由，對於公務員執行公務實際上可能未有任何影響，或影響極度輕微，人民卻被警察以違反社維法第 85 第 1 款為由移送，警察的裁量權似乎在此透過法律的解釋適用和事實的主觀認定亦不斷地擴大，而產生刑法與社維法之分界愈加模糊的問題。

實務上往往侵害、限制人民或具有立法問題最深最廣最多的是行政法各論之法規範，研究上除了行政法原理原則的確立外，實有必要從行政法各論開始分析，進而立法、修正。德國法學家 Otto Mayer 曾說：「憲法消逝，行政法長存」¹，由此可知行政法對於人民基本權利保護與國家之運作有重要影響。行政效能是政府施政的指標之一，人權保障與效能常常是呈現反比的關係，近年來人民自主意識高漲，如都市更新條例、環境影響評估法，乃至於集會遊行法，成為實務、學界重新反省和熱烈討論之重點，這些法律條文固然有許多解釋適用及立法的問題存在，但一般民眾最先也最直接受到國家的侵害多半是發生在警察機關執法的過程之中，是便宜行事，也可能是濫用裁量。警察的干預措施與人民權利息息相關，警察執法稍有不慎、輕忽，或故意違反，常係以犧牲人民之自由和權利作為代價²。

國家制度的失靈在於權力分立的失衡，分權如果沒有制衡的話，一權獨大將導致權力腐化及濫用，我國政府運作在經濟發展的目標及效能的要求，行政

¹ 原文引自陳愛娥（2011），〈憲法與行政法的互動場域：第一講_從特別權力關係到特別身分關係〉，《月旦法學教室》，103 期，頁 32。

² 許文義（1999），〈德國警察資料保護職權精緻化之探討〉，《中央警察大學法學論文集》，4 期，頁 77。

權裁量獨斷的空間越來越大，但立法與司法的監督卻趕不及行政權的壯大。臺灣有關行政裁量相關理論與實務之發展，深受德國行政法學說影響，通說認為裁量與不確定法律概念應採「質的區別說」之二分法，強調司法權與行政權之互動關係，以權力分立角度分析檢討行政裁量之合法性界限。其結果，往往使行政裁量之法律控制問題，因其屬判斷餘地抑或裁量餘地類型而予以分別割裂處理。在依法行政的背景下，行政權力的行使（尤其是警察權），應受到多嚴密的法律控制，唯有釐清此一環節，才能清楚掌握行政權的發動如何在「法律優位」與「法律保留」的控管下，同時滿足依法行政要求之「正當性」，以及基於其任務屬性而被期待發揮的有限度及界限之「自主性」（行政裁量）³。

警察的行政裁量，有其特殊性與時效性，可否與行政機關的裁量行為一概而論，本身即存有疑慮？法律效果的裁量係行政權之核心，構成要件裡不確定法律概念中的判斷餘地又屬於尊重行政專業之範疇，實際案例發生對於警察適用法律條文之過程該如何切割審查？對於警察的裁量行為進行控制、限縮和審查，非僅僅係針對警察單位或警察個人不滿，而係為對抗國家公權力之濫權，司法應勇於積極對警察之行為進行審查，撤銷或指出警察的違法裁量行為及瑕疵，以控制行政權，避免以維持社會秩序之名，不當地無限擴大權力。這不僅僅是行政法之問題，且是重要的憲法討論議題。

第二項 社會秩序維護法妨害公務之濫用

近年來民主意識抬頭，發生許多社會抗爭運動如反核四、苗栗苑裡反風車、318學運（太陽花學運），以及後來華航空服員罷工等等，姑且不論背後實質的法律爭議，雖然民眾涉及違反「修法前集會遊行法」之相關規定⁴，多數參與抗議的學生、群眾卻在未嚴重破壞國家社會法益之前提下，仍被警察機關粗

³ 黃舒芃（2011），《行政命令》，頁 19-20，臺北：三民。

⁴ 對於集會遊行本文之立場認應採取「報備制」（集遊法修正草案），始符憲法保障集會遊行之基本權利，而非現行法底下之許可制，故只要非使用強暴脅迫之方式集會遊行，原則上都是合法之權利行使。雖然司法院釋字第 718 號解釋作出解釋，但僅針對緊急性及偶發性集會遊行之部分，不足以解決所有爭議。惟本文之討論重點並不在集會遊行法，故不再贅述。

暴、甚至是違法的對待，在言論自由的最大範疇之下，尤其是自己之權利與公益早被不公不義的政府、財團侵犯，人民得用各種形式、方式表達訴求，過程中以反蒐證、當場提出異議之方式保護自己，卻遭到警方任意以刑法妨害公務罪逮捕或違反社維法第 85 條為由移送，很多的時候形同變相剝奪、限制人民的言論自由，以及其他基本權利。

社會秩序維護法—以維持社會秩序、確保社會安寧為名，授權警察機關為社維法的主管機關，管制所有違反公序良俗之行為，然而社維法很多規範態樣與刑法之罪名僅具有程度、範圍大小之分，使得實務操作交由警察任意選擇、裁量，可能導致社維法反而變成迫害人民的利器。如果人民動輒得咎遭以妨害公務為由逮捕，如何能與不對等的公權力相抗衡呢？

警察究竟是為了保護人民而存在，抑或僅係執政者的工具？公務行為係為了公益而存在，是否人民之行為只要違反公務員之主觀想法或導致警察有不舒服的感覺即符合構成要件？社會秩序維護法和刑法均有規範妨害公務之行為態樣，要如何作解釋適用？字面上文義看似只有程度上之區別，警察機關得自行就高度不確定法律用語作最初的認定，以及法條間之適用，惟刑罰與社維法

（行政罰）之間，應遵守的程序與原則有所不同，容許警察裁量是否產生裁量權限之擴大？而妨害公務應評價之重點究竟為何？再者，社會秩序維護法前身係違警罰法，是舊時代的遺毒，如以限制人身自由作為裁罰方式之「拘留」，加上部分條文有違憲之疑慮，經司法院釋字第 666 號、第 689 號解釋作出違憲解釋；另外，多數分則條文經過實證的研究使用率極低⁵，這樣的一部法律加上其他行政法各論之授權等同賦予警察無限上綱的執法裁量權，到底該如何將警察裁量權限那條隱藏的界限盡可能顯現出來？尤其在妨害公務態樣之濫用，係本文所要探討的核心。

⁵ 蔡庭榕；簡建章（2011），〈社會秩序維護法立法缺失及爭議問題之研究〉，《中央警察大學法學論集》，20 期，頁 126-152。

第二節 研究目的

在學術方面，由於我國大學法律系普遍未將警察法等相關課程列為必修課程，研究警察法領域的學生、教授也佔少數。因此，關於警察行政法的學術論文、期刊文章，多出自於警察大學或實務工作者，如中央警察大學學報、警學叢刊等，其他學者、學術刊物甚少有著作。警察行政法雖然是行政法各論之一，但如李震山大法官所言我們所師承的歐陸警察法學，大多係先於行政法而存在，堪稱為現代行政法的搖籃⁶，研究行政法領域應該針對第一線執法人員——警察，對其行政行為作更多分析探討，加上諸多警察行使職權會適用的法規如集會遊行法、社會秩序維護法、道路交通管理處罰條例存在著許多問題有待解決，故本文認為有加以研究之必要。

由於目前現存關於警察法的文獻多數偏向公共政策的討論，本文希冀從行政法總論裡的行政裁量理論開始反省、探討警察裁量權，而非僅僅重複介紹行政裁量理論，讓傳統行政法法學研究結合警察行政法的特殊領域，並集中在警察執法的根本問題討論，。

憲法上各種基本權利之保障與實踐，其討論和研究固然十分重要，但本文認為要解決實務問題，除了憲法層次的討論，仍需要從行政法各論著手進行研究，因為警察直接適用、與人民權利和生活最息息相關的都是行政法各論的法規範。警察是政府機關唯一全天候 24 小時服務的機關，基層員警一年 365 天無畏風雨，指揮交通、緝捕罪犯、維護社會秩序，警察任務無所不包係國家運作不可缺少的助手，惟法治國家實體正義與程序正義不可偏廢，尤其經過 318 反服貿學運事件，警察的執法與裁量權限更值得省思，避免重回「警察國家」，民主法治絕對不單是靠嚴刑峻罰，希冀透過本篇論文之討論，建立警察裁量時之正當程序規範以及司法審查標準、介入之原則，減少人民與警察之紛爭，實現民主法治之真諦。

⁶ 李震山（2009），《警察行政法論》，二版，序言，臺北：元照出版社。

第三節 研究範圍及名詞界定

第一項 研究範圍

關於警察機關的裁量行為，本篇論文將集中於警察行政法之層次作深入探討分析，本文希冀從我國行政法學中的**行政裁量**理論開始檢討，接著說明**警察裁量**的特徵與特性，省思警察機關同為行政機關所作之行政裁量本質上有何不同，行政裁量權雖屬司法權應尊重之行政核心，但涉及警察的職權、任務之特殊性，除了須遵守行政程序法之規定、要求事前進行管制、監督，更重要的是其裁量品質事後能否通過司法審查，最後透過社會秩序維護法第 85 條關於妨害公務之案例（如人民反蒐證事件、丟鞋事件）檢討目前警察行政裁量與社會秩序維護法適用之問題，即警察在**社維法上的裁量**，為本篇論文之研究範圍。

至於公共行政下的警察政策、內部獎懲制度、逾越警察裁量界限的法律效果，及警察機關依刑事訴訟法規定之司法警察身分所面臨之實務問題，雖屬亟待解決之爭議，惟不在本文討論範圍，將暫不予以處理。

第二項 名詞界定

我國的行政法學界通說及實務針對行政裁量與不確定法律概念長期採「質的區別說」，認為所謂的行政裁量限於行政機關針對法律效果的選擇、決定，進而作出行政處分，行政機關所為之事實行為由於不產生對外之法律效果，通常也不在學者所說的裁量概念範圍內，而不確定法律概念則屬於法律條文中構成要件部分判斷之問題，學者吳庚教授、葉俊榮教授均對此分別提出檢討和質疑，雖然目前國內已有不少學者採量的區別說或無區別說之見解，但「質的區別說」仍是目前我國行政法學界的主流學說。惟本文認為在警察機關發動警察權的每個階段，無論最後結果歸類為事實行為或行政處分，如使用警械、發布警察命令、警察處分，均存在各式各樣的裁量，很難逐一劃分警察適用法律的構成要件或法律效果，為了集中討論警察裁量與社維法第 85 條妨害公務之間的問題，本文嘗試提出在警察行政法領域中，行政裁量與不確定法律概念兩者應

該採取「無區別說」之看法，認為：警察的行政裁量權應包含構成要件與法律效果的裁量，詳細理由參第二章與第三章的整理與論述。

因此，本文所使用的「裁量」一詞，除了在第二章必須重新檢討行政法學界通說的行政裁量理論，係指法律效果的裁量，在第三章以後所論述的警察裁量均包含構成要件與法律效果的裁量，在此一併敘明。

第四節 研究方法

本論文預計採行「文獻分析」及「實證分析」兩種研究方法。文獻分析，第一部分主要集中在國內有關行政裁量與不確定法律概念之教科書、論文、期刊文章，進行學說、實務見解之深入檢討；第二部分則係警察裁量權與影響警察裁量因素之文獻整理分析。

實證分析，首先將針對實務上會影響警察裁量權行使的常用之行政命令（指法規命令與行政規則）整理、歸納及分析，另外針對法院就社會秩序維護法第 85 條妨害公務態樣所下之裁定，進行蒐集和討論，並嘗試與刑法上的妨害公務罪作比較分析。

第五節 文獻回顧

學術界對於行政裁量的研究，大致從行政法學與公共行政學兩個分類著手討論，公共行政學之研究散見在行政學、公共管理、公共政策等教科書，並從外在的監督機制到溝通、倫理等內部控制之研究面向。在行政法學界論者則主要集中在行政裁量與司法審查密度、範圍上，另外尚有就行政裁量與刑法圖利罪的分際作探討、研究之學術論文。

我國行政法學有關行政裁量理論，早期受翁岳生教授所發表之經典著作「論『不確定法律概念』與行政裁量關係」⁷乙文之影響，多數學說以及實務見解對於「行政裁量」與「不確定法律概念」兩者採「質的區別說」，行政法學者也一直致力於兩者概念之區辨，以及實務案例之整理。近年來，學者葉俊榮教

⁷ 翁岳生（1982），《行政法與現代法治國家》，四版，頁 37-108，作者自版。

授的碩士論文《行政裁量與司法審查》、盛子龍教授（1998）的博士論文《行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度》都已開始重新思考行政裁量是否仍為司法權完全不得介入之核心，以及行政裁量與不確定法律概念兩者的概念是否截然劃分，再界定其兩者之定義範圍與功能。

關於警察裁量權之研究，黃錫安（1988）《警察行政裁量之研究》是國內最早的相關碩士論文，係從行政法上的行政裁量理論開始介紹，並提出警察裁量權之實務問題。接著有陳清華（1992）所撰《從比例原則論警察行政裁量之界限》、李長錦（1993）《警察不作為之行政裁量》、廖建榮（2006）《我國基層警察巡邏勤務裁量行為之研究》等碩士論文；由於交通行政的舉發也係警察機關的權責範圍，交通行政的裁量與警察行為密不可分，關於行政裁量與交通違規舉發之論文，有王錦程（1992）《交通違規執法裁量行為之研究》、藍應華（1998）《交通裁罰之行政裁量》、高鎮文（2004）《警察行政行為之探討：以舉發交通違規寬容值為例》。綜觀與警察裁量權相關的期刊文獻、碩博士論文，多為中央警察大學警政研究所及其所發行的學報和論文集，其他學校的碩博士論文則較少著墨於此。

本文希冀有別於以往之討論，重新檢討行政裁量理論與不確定法律概念並提出自己的見解，而非僅僅將通說之裁量理論複述，或是硬性將行政法總論上的行政裁量理論適用在行政法各論的警察行政法，嘗試於警察的裁量行為是否因警察任務特性而有不同之審查角度、範圍，警察的裁量能力與裁量權賦予之必要性開展，作各方面之探討，並針對較少研究討論的現行警察實務常用之行政命令、裁量規則控制警察裁量權之部分，加上社維法第 85 條妨害公務真實案例之討論，提出符合現代法治國家的警察裁量權界限。

第二章 行政裁量理論之變遷與再反省

「徒法不足以自行」，僅有一部部陳列的法律條文無法維持國家的運作，仍須倚靠行政機關依據法律行使職權，為因應現代社會之複雜性，具體化抽象之法規，每一個政府的完整運作都需仰賴法治與人治並重協調之，裁量可謂是現代國家的本質。法律授權行政機關裁量之權力，法律也拘束行政機關裁量之範圍，司法審查則是對於行政自由形成空間的拉鋸戰，「裁量」、「不確定法律概念」、「判斷餘地」等概念因此而生。警察機關代表國家高權，除了依刑事訴訟法所為之犯罪偵查，其餘的行為均屬行政權作用，美國行政學者古立克

（L.Gulick）在其文章提出：「每一個公共行政人員的行動都交織著裁量，而成一個無縫的網」⁸，並不是僅有在警察行政處分才有裁量之行使，警察的每個行政行為都充滿著裁量，欲探討警察之裁量權，本文擬從行政法總論中的行政裁量理論開始檢視、反思：

第一節 行政裁量理論之變遷

我國行政法學的發展是輾轉受到日本繼受德國法之影響，關於行政裁量和不確定法律概念多數學者採取「質的區別說（二分論）」⁹之看法，認為兩者概念是截然二分不可混為一談，強調司法權和行政權之互動關係，彼此尊重亦彼此監督，對於權力之核心互不侵犯，從權力分立之觀點開始檢討行政裁量之合法性界限，故學界討論或教學之重心過去一直著力在兩者概念之界定與司法審查之界限、方式、密度、廣度¹⁰，但這樣的二分法於司法審查時是否能切中實務問題，並且可以一體適用所有的行政行為，以下逐步討論之。

⁸ 蔡震榮、陳斐鈴（2009），〈論警察裁量〉，《中央警察大學學報》，46期，頁234-235。

⁹ 關於質疑通說理論之整理得參照盛子龍（1998），《行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度》，國立臺灣大學法律學系研究所博士論文，頁31-79。

¹⁰ 賴恆盈（2013），〈行政裁量通說理論之檢討與行政裁量義務論〉，《月旦法學雜誌》，219期，頁102-119。

第一項 行政自主形成空間—行政裁量

民主法治國家的精神與真諦在於「法」之權威，行政作用的運行，是執行法律，但同時也必須受到法的拘束，「法」既拘束行政，相對地也給予行政自主性，行政裁量即是「法」所賦予行政機關的自主形成空間。

第一款 行政裁量之意義

裁量之概念係多義性，從「裁量」字面上之文義觀察，主要有兩種特性：一係判斷與識別之有意識行為，非無意識或下意識之行為；二則係一種自由選擇的行為¹¹。然而，「裁量」一詞尚有很多種意義，以下僅就行政法上之意義作討論：

學者翁岳生教授認為：「行政裁量乃行政機關在法律積極名義之授權或消極的默許範圍內，基於行政目的，自由斟酌，選擇自己認為正確之行為，而不受法院審查。」一個完整法規範通常分為「構成要件」和「法律效果」，學者一般稱之為「完全性法律」。通說認為在法律上所稱的裁量，主要係指法律效果的選擇，行政裁量，即屬行政機關對於法律效果的裁度推量、選擇或決定。在符合構成要件、基本事實都已經確定之前提下，行政機關對於適用哪一種法律效果有選擇的權力，得依個別具體情況，決定是否採取某措施，或選擇數種法律效果，屬於行政權之核心，司法權應予以尊重，避免侵害行政權，或過度介入施政的成敗。故行政裁量行為，縱使客觀上違背公益，亦僅屬不當之處分，並不當然違法，只有待其上級機關行使監督權，得加以改正，由行政機關自負行政責任，法院不得加以過問、審查之¹²。

法律若規定行政機關應於一定要件下作成某種決定（應為規定），或不得為一定之行為（禁止規定），行政機關即應受其拘束，無自由裁決的空間，稱為「羈束行政」¹³。行政機關是否享有裁量權，不可以單從法律文字觀察，原則

¹¹ 許慶復（1980），《行政裁量監督之研究》，頁3，臺北：三民。

¹² 此處得由訴願法觀之。訴願法第1條第1項：「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定。」

¹³ 學說有稱為「羈束裁量」，惟羈束和裁量被認為是矛盾之用語，故漸漸較少使用之。

上須從法律規定的內容及立法意旨予以探求。常見的立法體例，係在構成要件與法律效果中有一「得」字，可能係立法者授權行政機關於構成要件該當時，得依個案自由決定是否採取措施或採取何種法律效果；亦有可能係用以表彰行政機關於職務上掌有特定事務之權責。

「依法行政」係行政機關為行政行為的最高指導原則，行政權必須在法律所設定之框架下行事，以符「合法性」之要求；但法律有時而窮，行政機關或公務員非僅係作為執行法律的機器，也不可能永遠一成不變機械式地執法，其代表一定程度的民主正當性，為了能應付各種情況、突發，以及貫徹立法精神，於行政效能上有必要給予、並且保留行政權若干的彈性（便宜原則），以符合個案正義，增進公益，此即為「適當性」之目標。行政機關之裁量，相較於立法權裁量富有高度政治意味與妥協、法院之裁量則著重在具體案件中將目前法之公平與正義實現，行政權的裁量不同之處在於：除了著重「具體個別」之案件，仍須考量「其他」案件之公平，以及政治、經濟環境等，與「過去」、「現在」、「未來」的整體行政計畫目標¹⁴。

故舉凡行政機關之行政行為，不論是事實行為或法律行為，與「裁量」均無法完全脫鉤，行政裁量所代表的最重要意義即在於行政機關實踐立法目的：**裁量權之授與**係在賦予行政機關得衡量審究個案之具體情狀、情節輕重，作成合乎個案妥適之決定，因此，所謂的裁量並不是指自由、無限制的裁量¹⁵，參照行政程序法第 10 條：「行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的。」，係指「**合義務性裁量**」（pflichtgeäßes Ermessen¹⁶）。因此，行政機關經由立法者所授予的是「權限」，而非「權利」，

¹⁴ 翁岳生（1982），〈論「不確定法律概念」與行政裁量之關係〉，《行政法與現代法治國家》，四版，頁 40-42，作者自版。

¹⁵ 參台北高等行政法院 100 年度訴字第 1214 號判決：「關於前揭所述環評法第 23 條第 8 項規定，主管機關自不得消極不行使自由裁量權，否則容有法律規定由行政法院判令其執行之理？因此，行政機關消極不行使**自由裁量權**，構成「未依法執行」之違法。」目前司法裁判仍有使用「自由裁量權」用語，顯然有所不妥。

¹⁶ 陳敏（2013），《行政法總論》，八版，頁 185，自版。關於「合義務性裁量」一詞主要翻譯自德國行政法學說，故我國行政法學者及實務多使用之。惟學者翁岳生教授認為此一詞「合義務

任何裁量行為皆無絕對的自由，不得任意、恣意地去行使，須在法定之授權範圍內，依立法真意、公益目的，以及配合機關政策、公務員本身之良知良能¹⁷，縱使法未明文規範之原理原則也必須依循，更不得逾越法定之裁量範圍，作出最妥適之裁量決定，始符「合義務性裁量」之精神與要求。

第二款 行政裁量之類型

裁量之內容並非無邊無際，原則上仍需要遵守法律保留原則，不得任由行政機關憑空創造，行政機關僅容許在法律明文的框架下作裁量；以及必須受到法律優位原則的拘束，授予行政機關裁量的法律本身，除了具有法源功能之意義，其授權意旨與立法目的同時是行政機關裁量時所依循的準則。綜觀過去有關行政裁量的教科書或文獻，對於裁量之類型有各種不同分類：有依程度、目的、態度、標的、對象等作區分，各有其說理，但在不同的法律體系之下可能有不同的出入，實務運作上也鮮少如此論述和細分，討論實益有其限制，這樣類型化更難免淪為學理之爭而已，故本文僅就常見且較具討論實益的兩種分類作介紹：

第一目 決定裁量與選擇裁量

學理上，依法律之授權態樣，將行政裁量分為決定裁量與選擇裁量。「決定裁量」，又稱為「行動裁量」、「決意裁量」或「決策裁量」。法定構成要件該當時，行政機關得斟酌個案情況，自由決定「是否」採取措施。

「選擇裁量」，則係指法律授權行政機關於事實認定構成要件該當時，得於多種法律效果中選擇一種或數種，或在數名義務人中選定特定之處分相對人。

在上述兩種裁量的基本類型下，在立法模型中行政裁量則可能有三種組

性」，實屬多餘，因為國家機關為裁量行為時，由於其設立目的使然，本質上即須合其義務性，故附加此一形容詞，並不會增減國家機關裁量的負擔，請參閱氏著（1982），〈論「不確定法律概念」與行政裁量之關係〉，《行政法與現代法治國家》四版，頁40，作者自版。

實務見解得參高雄高等行政法院92年訴字第1250號判決（節錄）：「當法律賦予行政機關職權使其成為主管機關或由法律明文授權應為一定行為時，行政機關即有裁量權限。但此非意味著行政機關可依己意而有任意的選擇自由，而是需作成合乎事理的決定，亦即相同的事情應為相同的對待，故所謂行政裁量應屬「合義務性之裁量」，而非行政機關任意的自由。」

¹⁷ 許慶復（1980），前揭註11，頁6。

合：一、有決定裁量而無選擇裁量者；二、有選擇裁量而無決定裁量者；三、法律同時賦予決定裁量及選擇裁量者。

第二目 個案裁量與一般裁量

為追求個案正義，彰顯個案之特殊性，以及裁量之說理義務，原則上行政裁量係指「個案裁量」。

惟基層公務員之素質良莠不齊，避免處理每件個案間有失公允，對於下級機關或屬官於裁量一致性之要求，主管機關常針對裁量的事項中一般典型個案訂定統一的執法標準、基準表，予以限縮或類型化，稱為「一般裁量」，此種一般裁量之性質，有可能是法律授權訂定的法規命令¹⁸（具有對外效力）、依職權發布的行政規則（間接的對外效力），或僅是內部的參考資料，但無論如何這些裁量基準對於公務員都存在著有形或無形的事實上拘束力。此種一般裁量之目的在於貫徹**平等原則**，學者黃茂榮教授¹⁹對此即謂：「如果在行政裁量餘地內，平等原則不能貫徹的話，特權永遠猖獗期間」。

綜合前述，行政裁量應指的是**合義務性之裁量**，因此當個案裁量與一般裁量發生抵觸時，原則上應以個案裁量為優先。個案的正當行政程序絕不能被制式化的執法規則所取代，人民的程序保障權不能淪為行政效能的犧牲品。合義務性裁量最終之目的在於，藉由行政機關視個案情況來克服基於一般平等原則的抽象正義與個案正義之間的落差²⁰。然而屬於法規命令性質的一般裁量，適法性固然沒有太大疑問，然屬於行政規則或僅有參考性質的裁量基準，若行政機關違反上述的裁量基準時在個案之中法院得否審查，或是否限縮了下級機關或基層公務員的裁量空間，這些問題有待實務與學界繼續釐清、討論。

第二項 我國之行政裁量理論

行政裁量與不確定法律概念，在行政法學中往往難以切割討論，彼此的概

¹⁸ 學界有稱此為「行政立法」，得參見表一之整理。

¹⁹ 黃茂榮（2009），《法學方法與現代民法》，六版，頁 67-68，臺大法學叢書。

²⁰ 李建良（2002），〈論行政裁量之縮減〉，《當代公法新論（中）翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 116。

念範圍互相影響、發展，故欲討論行政裁量，其基本問題意識：「行政裁量」的行使與「不確定法律概念」的解釋適用，究竟是行政機關抑或是司法機關享有最後的決定權？

第一款 行政裁量與不確定法律概念之關係

法律條文的構成要件部分一般是由「確定性法律概念」與「不確定法律概念」組成。「**不確定法律概念**」，係指法律規範構成要件中的法律用語具有多重之意義，且難以定義、模糊、不明確，例如：「公益」、「重大」、「必要」、「危險」等等，必須有待個案之中法院或行政機關作實體涵攝，始能發揮其意義。在公法或私法中的條文都會使用不確定法律概念，法律必須富有彈性，始能應付現代社會大環境的變遷，故使用不確定法律概念制定法規是成文法國家不可避免的方式。學者並將不確定法律概念區分為「經驗概念」（描述性不確定法律概念）與「規範概念」（評價性不確定法律概念）²¹，前者係指有客觀標準，得由司法機關就該認定是否正確於事後加以審查；後者則須經由科技專門知識，或以評價之態度，始能加以確定。

關於行政裁量與不確定法律概念，文字表面上看似雷同，均給予行政機關評價之可能，兩者概念與範圍究竟是否應予以作區別主要有三種學說見解：

第一目 質的區別說

行政機關於個案中認事用法的過程，普遍認為主要可分成四個部分²²：1.確定事實；2.解釋法律；3.涵攝過程；4.決定法律效果，「質的區別說」就是由此過程開展²³，其發展歷史最久遠，也係多數學者、實務見解所採納，其認為行政法上所稱之「裁量」與一般認知或其他領域之用語不同：德國以及我國目前

²¹ 參司法院釋字第 617 號解釋：「刑法第二百三十五條規定所稱猥褻之資訊、物品，其中「猥褻」雖屬評價性之不確定法律概念，然所謂猥褻，指客觀上足以刺激或滿足性慾，其內容可與性器官、性行為及性文化之描繪與論述聯結，且須以引起普通一般人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者為限。」

²² 翁岳生（2009），〈不確定法律概念、判斷餘地與獨占事業之認定〉，《法治國家之行政法與司法》頁 87-89，臺北：月旦。

²³ 翁岳生（1982），前揭註 14，頁 58-86。

行政法學界普遍認為行政裁量指的是**法律效果之裁量**，限於公法範圍；關於構成要件的不確定法律概念之認定過程則稱為「**判斷**」，無關裁量，是價值取捨之判斷，公、私法領域均會使用不確定之法律用語文字，與裁量應有所區別，兩者本質上為不同的概念，必須分開做討論，故司法審查得介入個案之深淺、程度也會有所差異。

採此「質的區別說」的學者²⁴特別強調，裁量僅限於法律效果層次之選擇，學者翁岳生教授並指出法律是一種客觀的存在，構成要件事實之認定（確定事實）、解釋法律及涵攝過程均是一種認知的作用，無所謂裁量可言，邏輯思考上應將行政裁量與不確定法律概念作二分，故學者又將質的區別說稱為「**二分法**」。

裁量於法律授權之選擇範圍內，法院原則上應尊重行政機關之決定，免予審查，除非有違法裁量之情形；相對地，不確定法律概念則係指條文中的構成要件語意不明確，而有多種解釋可能時，應僅有一種正確解釋符合立法本意，司法作為人民的最後救濟手段，係最終之決定機關，法院原則上應全面審查不確定法律概念的解釋適用。

第二目 量的區別說

學界通說和實務採質的區別說將適用法律的邏輯思考過程依法條的結構硬性拆開觀察，對此學者漸漸提出各種質疑和檢討，行政裁量與不確定法律概念的關係採「量的區別說」應運而生。

學者吳庚²⁵即認行政裁量與不確定法律概念之間應採取「量的區別說」²⁶，在構成要件之概念明確者此時僅生單純事實存在與否的問題，如構成要件事實

²⁴ 翁岳生（2009），前揭註 22，頁 89-91。

²⁵ 吳庚，（2012），《行政法之理論與實用》，增訂十二版，頁 130-135，臺北：三民。

²⁶ 吳庚老師留學奧國，參翁岳生老師文章，首先提出行政裁量理論為德國學者，然而率先對行政裁量熱烈討論係奧國的行政法學者，故有學者文章認為奧國之行政法學說對行政裁量與不確定法律概念採量的區別說。

城仲模教授則認為，行政裁量學說的母國奧地利和德國，尚且眾說紛紜，在公法學說中，使用「裁量」一詞，宜更加審慎。參朱金池（2004），〈警察與法治：裁量行為與課責機制〉，《中央警察大學學報》，41 期，頁 20。

具有不確定性質時，現實情況應該也有行政機關自行裁量之可能，二者均屬立法者授權行政機關適用法律於不恣意之情狀下，有自行判斷、決定的空間。差別僅在於司法監督控制的強度。作為人民權利最後的守護者，司法機關職司法之解釋、適用，在解釋規範中不確定、模糊之法律概念時，行政機關受法院之監督，原則較依據授權裁量之規定時嚴格，但二者並無本質上差異，僅屬司法介入之量或程度上的不同。

採量的區別說者，係希望實務上減少無謂的爭議，尤其在不確定法律概念範疇下又衍生出「判斷餘地」之概念，司法介入行政決定之審查界限越來越難以清楚劃分，如盲目地堅持二分法可能將會失去司法個案救濟之意義。

第三目 無區別說

另外有學者²⁷又針對行政裁量與不確定法律概念之間的關係提出了「無區別說」，認為行政裁量與不確定法律概念兩種同屬不確定、模糊、概括的法律用語，二者均係人為假設，且法律授權裁量時，行政機關有決定之自由，而法律使用不確定概念也係授權行政機關自行判斷之意，並無區別之必要，不因放置在文句中的構成要件或在法律效果而有不同，同屬立法授權行政的開放性形成空間。關於不確定法律概念或行政裁量的適用選擇，基於保障人民之可預見性，實務上仍應僅有一正確而符合立法本旨之行政行為得通過司法審查，二者於此並無區別。

無區別說的用意在於，司法審查的目的在於維護人民權利以及貫徹實質的依法行政，所以行政行為無論是在哪一個環節出錯或違法，不論實體或程序，法院均有責任糾錯。縱使採取量的區別說之看法，司法仍有可能面對是否須介入行政決定與人民權利保障之進退兩難的局面，因此為了減少學術論爭，採無區別說，可以讓行政法院專心審查行政行為之合法性。

²⁷ 李建良、林合民、陳愛娥、林三欽、黃啟禎合著（2006），《行政法入門》，三版，頁 137-138，臺北：元照。

第二款 現行實務與學說多採「質的區別說」及優點

目前國內行政法學深受學者翁岳生教授「論『不確定法律概念』與行政裁量關係」乙文之影響，多數學者對於「行政裁量」與「不確定法律概念」兩者採「質的區別說」，並就此作為基礎開展相關論述，司法實務也多係採此見解作為判決理由之基礎論述。

行政裁量與不確定法律概念採二分法之優點，由於公共行政事務，日趨複雜專業，如環境保護、核能等，為了維持良好有效率的行政機能，行政的彈性也越來越重要，但意味著如何監督與審查行政裁量，是行政法學日趨重要的課題。採「質的區別說」之學者²⁸認為其最主要的優點在於嚴守權力分立之間的制衡，司法審查得以精緻化，且要求行政機關在適用法律時，應嚴謹地遵守邏輯判斷與法條適用是法治國家的基本必經之路，區分構成要件之不確定法律概念與法律效果之裁量在追求依法行政的實現下是必要的。行政機關就具體個案適用法律時，如在專業判斷與決定效果裁量權行使上，有階段性與層次性的區分，實有助於最後的行政決定趨向正確。

就司法審查而言，多數實務也採取行政裁量與不確定法律概念應嚴格區分二者之見解²⁹，認為構成要件上之行政機關專業判斷餘地空間與裁量如未予以區分，則將影響行政法院審查與否之認定基準，為避免侵犯行政權之核心，有違立法者授權行政機關裁量之原意，就此，司法權之行使應有其明確範圍之界定，兩者在概念、範圍之嚴格區分於實務上有其實益存在。

²⁸ 陳慈陽（2001），〈行政裁量與不確定法律概念—兩者概念內容之差異與區分必要性問題為研究對象〉，《行政法爭議問題研究（上）》頁 466-472，臺北：五南。

²⁹ 實務採取行政裁量與不確定法律概念二分之見解，得參最高行政法院 90 年度判字第 2264 號判決，該判決對不確定法律概念提出說明，事實背景為核四廠興建，停止該海域之漁業權，貢寮區漁會所提之行政訴訟，判決節錄：「漁業法第二十九條第一項第八款規定所稱之公共利益一詞為不確定法律概念，行政機關將抽象之不確定法律概念經由解釋而具體化適用於特定事實關係，應認行政機關享有相當之判斷餘地。主管機關應否核發專用漁業權，於核發前即應本於國家整體立場對漁業法第二十九條第一項各款所列事由加以審酌，如認該等事由優先於漁業利益，即不應核准專用漁業權，甚且在核准後專用漁業權存續期間，因公共利益與漁業利益相比較下，倘前者之利益大於後者，主管機關基於利益衡量比較，即可行使裁量權，撤銷或停止部分專用漁業權。」

再者，法條理論為法學方法論中重要之一環，在此法學理論所認定的法條結構，在構成要件與法律效果之區分上，在於闡明立法者之指令與法律適用者與執行者就具體個案判決與決定上之空間（權限）劃分，亦在使立法、行政與司法權能符合憲法秩序所要求之規範制定、依法行政與審判之職權要求³⁰。因此，在成文法系國家的行政法學開展，行政裁量與不確定法律概念採取「質的區別說」，固有其優點與實益存在。

第三項 司法介入審查之標準—裁量瑕疵理論與裁量收縮

由於過去古典權力分立理論，強調權力間互相制衡，不得互相干涉，故法院完全不得介入審查行政機關的裁量權限範圍。惟行政裁量的行使總是存在行政機關的主觀考量，甚至帶有武斷和公務員本身的喜惡，故有其潛在之危險性，可載舟亦可覆舟，行政裁量係行政活動之核心，也係行政權展現的菁華，不可能因噎廢食而廢除行政享有的裁量權，要求公務員呆板的執行法律，或奢望司法能完成所有的權利救濟之把關，所以為防止行政裁量產生之弊端、濫用，漸漸在近代意義之法治國家建立的過程中，均試圖限縮行政機關的裁量，其不受司法控制之權限，故學者與實務引入了「裁量瑕疵理論」，擴大了法院對裁量的控制，以達到對人民權利周全之保障，是目前行政法學發展之方向³¹，以及行政訴訟制度改革之源起。

第一款 裁量瑕疵理論

現行司法實務之趨向，參照行政訴訟法第 201 條：「行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷。」對於行政機關的裁量權，原則上予以尊重，採取不審查為原則³²，惟行

³⁰ 陳慈陽（2001），前揭註 28，頁。

³¹ 黃源浩（2007），〈法國戰前行政裁量理論：以行政任務與司法審查之範圍為中心〉，《國立臺灣大學法學論叢》，36 卷 4 期，頁 178。法國的行政法上裁量理論，早期從完全不得審查，到 19 世紀末、20 世紀初期，由於公共服務學說盛行，行政任務大量擴張，立法機關將廣泛授權行政機關，但相對應地，司法機關的審查範圍深入至行政權之裁量行為。

³² 實務見解得參最高法院 76 年判字第 1888 號判決：「依法公告道路全段禁止設攤，係基於行政權之作用，為管理交通秩序等公益上之目的，所為之行政措施，人民自應受其拘束至其公告禁止設攤是否適當，乃屬行政機關之裁量權範圍，非於行政訴訟程序內所得審究。」

政裁量若超出法律授權範圍、違背授權目的或違反一般行政法上的原理原則，仍屬違法的行政行為，即所謂「裁量瑕疵理論」，或是有「裁量收縮」之例外情況，以此構成行政裁量之司法審查界限，司法權亦得以介入審查之範圍。

不過司法審查原則上僅限於合法性之審查，合目的與否、適當與否仍尊重行政機關之裁量，最高行政法院 102 年度判字第 757 號判決亦載明：「行政機關行使裁量權，除不得逾越法定之裁量範圍外，尚應符合法規授權之目的；如有逾越裁量權限或濫用裁量權力而為行政處分者，不論係出於積極的作為或消極的不作為，均屬違法。……法規所以在法律效果的選擇上授予行政機關裁量範圍，乃因符合同一法律構成要件的社會事實，存在著不同的情節，如一律賦予相同的法律效果，可能違反實質平等及比例原則，故行政機關於行使裁量權時本應分辨不同的情節，在法定範圍內選擇適當的法律效果；如不區分個案情節之輕重，一律裁處相同程度的法律效果，或未查明其情節之優劣，即核給最寬或最苛的法律利益，自不合法法規授權之目的，而構成裁量怠惰之違法。」何謂裁量瑕疵，綜歸目前實務及學說主要將之區分為三種類型：

第一目 裁量逾越

又稱「越權裁量」，行政機關所作的裁量決定，逾越明文規定的法律效果之範圍，即超過法律的授權裁量範圍，參行政程序法第 10 條前段規定：「行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍」，故法律規定之裁量範圍，形成行政「裁量之客觀外部界限」。

第二目 裁量濫用

參行政程序法第 10 條後段「行政機關行使裁量權，...並應符合法規授權之目的。」，裁量權之行使違背法規授權目的或違反一般行政法上的原理原則、憲法保障之基本權利，或是裁量係出於不相關之動機、因素（即不正連結禁止原則），而未選擇最恰當的法律效果，即屬於裁量權之濫用。

惟裁量權是否逾越，尚有客觀之法律作為判斷標準；裁量是否濫用，則無

客觀之準則或界限可供審查，一般法規也鮮少列出行政機關裁量時應考慮之事項，有賴行政機關本身自我的約束與衡量，以及司法依具體個案情況審查之，故裁量濫用又稱為「裁量之內部界限」。

第三目 裁量怠惰

裁量怠惰係指法律授予行政機關裁量權，行政機關卻因疏忽大意、誤解事實，或故意而消極不行使裁量權或根本未斟酌、考慮相關因素，即作出決定，臺北地方法院 103 年度簡字第 177 號行政判決指出：「無論由違章情節、所生影響或所得利益而論，原告之違規事實均非嚴重，被告未審酌上情，徒以所認定之違規次數，從重裁處罰鍰 26 萬元，亦堪認有裁量怠惰之違法情形。」，即屬於怠惰裁量之不作為。

其他常見的裁量怠惰之情形包括³³：被委任機關在無法律授權下之再委任、約定不行使裁量權、解釋裁量權範圍引用法條不當。

第二款 裁量收縮理論

目前普遍認為除了裁量瑕疵理論，僅有在發生裁量收縮的例外情形，司法權得例外介入並審查行政機關的裁量行為。「裁量收縮」，又稱「裁量縮減」、「裁量萎縮」，係指在一般情形，行政機關在法律授權之下為裁量決定時，本有多種不同法律效果之選擇（即行政便宜主義），但因某些特殊事實發生或存在，使行政機關裁量權受到限縮，甚至減縮到僅餘一種合法決定（即裁量收縮至零），沒有其他選擇的可能性，唯有此一決定，始為裁量權之合法行使。

而裁量收縮理論適度地修正了原本的裁量理論，在特殊情況下，為追求個案正義，使得法律授權形成的行政自由空間，藉由法規目的之解釋和推導，縮小了其空間，至近似羈束行政的地步，但難免有侵犯行政權之疑慮，故應將裁量收縮理解為係一種「非典型的例外情況」³⁴。

於此裁量權減縮的特殊情況下，可導出行政機關之作為義務，以及司法得

³³ 許慶復（1980），前揭註 11，頁 57-61。

³⁴ 李建良（2002），前揭註 20，頁 113。

以介入審查行政裁量的合法性。構成此種裁量收縮之情事，通常係為防止重大危害之發生，或為保護重要之法益，其判斷要件包含：人民權益受侵害之迫切程度、公務員對損害之發生得否預見、侵害之防止是否必須仰賴公權力、期待可能性等。裁量收縮需同時具備上述要件，此時人民始享有無瑕疵裁量請求權或請求某特定決定之「行政介入請求權」，行政機關之裁量權受到限縮，沒有行政便宜原則之適用之可能，無不作為的裁量餘地應為特定之行為，若藉口不為該特定決定，即屬違法裁量之裁量瑕疵³⁵，或違法之不作為，如造成人民之損害進而得申請國家賠償（公務員不作為之國家賠償責任）（司法院釋字第 469 號解釋參照）。

第三款 我國目前司法審查之困境

權力之所在，制衡與監督亦必應隨之！能通過司法審查之裁量，始係被容許的行政權表現。目前實務仍是認為所謂的裁量概念侷限在行政機關對於法律效果的選擇，且係屬於行政權之核心，即使違法或有瑕疵的裁量行為或行政處分，尤其是程序上之瑕疵，行政法院多僅係撤銷發回³⁶，鮮少代替行政機關自為裁量，仍尊重行政機關之判斷，讓行政機關自負行政之成敗責任。司法審查的目的在於確保行政機關裁量權的合法行使，並非干預裁量行使之方式，故普遍認為司法介入之界限，僅在行政機關於裁量過程或結果有瑕疵，或是遇有裁量收縮之情況，例外始得針對行政裁量作司法審查。

惟有論者認為行政裁量是否妥當、適當，只有上級機關得過問，司法僅對法律所設之基本框架作審查，不對行政內容作**公益性**之判斷；而不確定法律概

³⁵ 司法院釋字第 469 號解釋文（節錄）：「法律規定之內容非僅屬授予國家機關推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，且法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，**該管機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地**，猶因故意或過失怠於執行職務，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人得依國家賠償法第二條第二項後段，向國家請求損害賠償。」

³⁶ 近期相關司法判決可參最高行政法院 102 年度判字第 251 號判決（超商咖啡聯合漲價案）、最高行政法院 98 年度判字第 524 號判決（中油台塑聯合調價案），均認公平會違法裁量。但學者張麗卿批評法院未尊重具有準司法機關性質之公平會的判斷餘地，得參見張麗卿（2007），〈公平交易委員會之判斷餘地與行政裁量——評台北高等行政法院九十五年度訴字第○一○六三號與九十五年度訴字第○一○四八號判決〉，《月旦法學雜誌》，146 期，頁 219-231。

念，司法雖採全面審查之態度，但卻面臨仍存有判斷餘地之問題，縱使未符合公益要求，僅屬妥當性之問題，由主管機關自負其政治或行政責任³⁷。於此，司法審查的過程中，難保不會有司法真空的情況發生，甚至是國家賠償之問題。本文認為如果裁量違反行政目的、不符公益，應屬於裁量瑕疵之一種，雖然公益原則係較空泛之指標，法院也較難以審查、調查，但在行政機關與人民武器不平等之情況下，如果連司法都棄守，權力之間勢必失衡，人民的權利很容易被「假公益」所犧牲。

綜上，司法對於行政裁量的審查，本身就是一場司法權與行政權的角力戰，即是審查密度寬嚴之爭。但這場角力戰無論誰輸誰贏往往犧牲的是人民之權益，我國雖然自稱為法治國家，然而最令人詬病的是「程序正義」，司法救濟往往是事後的救濟途徑，加上司法審查本身之侷限性，如被動、消極以及資訊蒐集機制的欠缺等，對於人民所受的傷害，不論時間、金錢、名譽、身體健康自由之損失，緩不濟急，縱使得到平反或勝訴判決撤銷原處分，頂多獲得國家賠償，已經不可能完全回復原狀。因此，司法審查於權力分立下固然重要，包括人民對司法的期待，但為使人民與公益達到最周延的保護，以及司法救濟的緩不濟急，**行政監督**，行政機關對於本身裁量行為、過程的監督，絕對是比司法事後審查來得更有效率、更有成效，也是行政機關自身未來應該努力的方向。

第二節 行政裁量理論的再反省

古典權力分立之核心理論，係認行政、立法、司法三權之間應互不干涉，分權且互相制衡，在行政法學的發展史上，起初學者間嚴守權力分立，故對於行政裁量之定義，認為符合個案之獨特性，加上裁量乃行政權之靈魂，行政裁量不應受法院審理，司法權不宜也不得介入審查。惟傳統的依法行政原則正在改變，國會為了使行政機關因時因地制宜，提高效能，賦予行政權於裁量領域

³⁷ 賴恆盈（2013），前揭註 10，頁 102-119。

有「準立法權」、「準司法權」³⁸，如委任立法、空白條款以及概括條款之授權，正係行政權發展的另一種表現，使裁量之範圍、種類和權限越來越廣泛，縱使透過前述的裁量瑕疵理論和裁量收縮理論，修正傳統行政裁量的內涵，有程度地讓司法介入，仍無法抵擋未來量變漸漸導致了質變，故目前司法不得不正視行政自由裁量濫用的問題，以及檢討傳統的行政裁量理論。

針對行政裁量與不確定法律概念通說採「質的區別說」，但於實務運作和學理討論上真的毫無缺點嗎？採「無區別說」的外國學者，對此特別提出以下之疑問³⁹：

1. 具有彈性、模糊之用語，如在構成要件表達即為不確定法律概念，表現在法律效果則為裁量，其道理何在？
2. 裁量與不確定法律概念同係法律授權行政機關自行判斷。
3. 裁量既須合目的及適當，則各種選擇之中，依然只有一種係正確而符合立法本旨，與不確定法律概念有何差別？

學說上之批判與懷疑，值得行政法學界重新思考，固有之邏輯應用在不同之行政法各論領域，能否以一貫之，也啟發本文於重新思考行政裁量理論與檢視警察裁量權之脈絡：

第一項 外國法之借鏡

我國行政法學較民事法及刑事法之發展晚，雖然仍有行政法規存在，但在戒嚴期間，甚少有節制政府權力的想法。近來，政府（行政權）以公益、維護秩序之名侵害人民的情事屢見不鮮，我國有屬於自己獨特的地理環境和社會文化背景，學界直接將外國的行政法學理引進作為立法參考是否妥適？在我國權力分立失衡的政治現況下，如果從比較法之觀點，一成不變、僵化地學習國外之學說理論是否會導致適應不良、脫離現狀？

³⁸ 許慶復（1980），前揭註11，頁62-68。

³⁹ 許朱賢（1998），〈行政裁量與不確定法律概念之區別問題〉，《軍法專刊》，44卷9期，頁12。

第一款 德國法—我國立法例之承襲

我國之行政法體系，係從日本輾轉引進德國的學說理論，我國的法律學者也以留學日本、德國居多，其次才是英、美，德國法學之影響可謂深又厚。在德國夜警國家(Nachtwächterstaat)時代，彼時之行政權主要功能者僅有維持治安和秩序之警察與徵收國家開支所需之稅捐，主要存在之行政法規，即為警察法與稅法。⁴⁰

西元 19 世紀，歐洲絕對王權鬆動後，行政與司法的分界逐漸明顯。為避免行政措施動輒遭遇法院之干預，裁量之概念於是由此而生。直到 19 世紀末期，法條中的概括條款才漸漸被另一種稱為「不確定法律概念」所取代。二次世界大戰前，學者認為構成要件和法律效果都是裁量的一部分，所以整個法律條文都屬於行政機關的裁量權⁴¹，故**法律事實、法律要件認定之選擇也是一種裁量**，戰後有學者始將此種法律事實的裁量歸類為「不確定法律概念」之範疇，尤其對於不確定法律概念理論之探討，最熱烈、最深入者當屬德國學術界⁴²。故行政之於裁量與行政對不確定法律概念之判斷，有何區別，也係戰後德國行政法學界研究之成果。

德國學界一直致力於兩者體系的建立與概念的釐清，包括裁量與不確定法律概念的劃分以及判斷餘地的承認，其中「概念」的範圍深深影響著行政「法拘束性」⁴³。行政裁量之研究，最早係由德國學者 F.F. Mayer 教授在其 1862 年出版的「行政法原則」所提出⁴⁴，初期的學說理論僅對行政裁量本身加以分析，未討論司法對行政裁量進行審查之問題。早期的裁量概念屬於一種廣義的裁量概念，不限於現在所指的法律效果裁量，尚包括「構成要件裁量」或稱作「涵攝裁量」，行政機關針對不確定法律概念之主觀判斷即為一種裁量的授權。

⁴⁰ 蔡志方計畫主持（2008），《本土化案例、法制與理論整合之對話式行政法教材與教法》，教育部補助法律專業科目教學改進計畫期末報告，頁 3-4。

⁴¹ 翁岳生（2009），前揭註 22，頁 87。

⁴² 翁岳生（1982），前揭註 14，頁 76。

⁴³ 葉俊榮（1985），《行政裁量與司法審查》，國立臺灣大學法研所碩士論文，頁 16-17。

⁴⁴ 翁岳生（1982），前揭註 14，頁 42-43。

在廣義的裁量概念下，行政機關擁有較廣泛的裁量權限，法院得審查之範圍則較為限縮。⁴⁵戰後的德國學界，在擴大司法審查權的思想背景下，廣義裁量的概念漸漸失去主流地位，取而代之的是「限制的裁量概念」，將裁量與不確定法律概念的行使以法條的結構作嚴格劃分，行政裁量限於法律效果的裁量，法律中構成要件部分則歸類在不確定法律概念的討論範疇內，也因此產生是否承認行政機關於適用不確定法律概念有「判斷餘地」之爭論。

目前，德國學說與司法實務仍傾向將行政裁量與不確定法律概念嚴格地作清楚區分，在處理具體的案件時，法院仍不能取代行政機關作判斷，或自行以判決代替行政機關的裁量決定，而關於不確定法律概念法院則應全面審查行政機關的解釋適用。⁴⁶惟近年來，德國實務已經開始限縮判斷餘地的分類，避免裁量與判斷餘地二者之範圍過於重疊，是否也意謂著傳統行政裁量理論有檢討之空間。

第二款 法國法—行政法之母國

民法和刑法的緣起，雖然都較行政法久遠，然而自然法原理在英國《權利法案》和美國《獨立宣言》中卻表露無遺。行政法的基礎最早發源於法國，近代意義的行政法在學說上向來被認為係西元 1789 年法國大革命體制之下所設置之參事院，在其執行職務之過程中漸漸依循其作成之判例而形成體系，故法國素有「行政法母國」之稱⁴⁷。法國其行政法院之設立雖最早，但其行政裁量問題，亦多以判例之方式處理，所以並沒有引起學界或實務界廣泛之討論。

法國的行政訴訟，當人民要挑戰行政機關的行政決定之合法性時，稱為「越權之訴」（行政行為合法性審查之訴）⁴⁸。行政裁量，早期法國實務和學說從完全不得審查，到了 19 世紀末、20 世紀初期，由於公共服務學說盛行，行

⁴⁵ 葉俊榮（1985），前揭註 43，頁 18。

⁴⁶ 西尔登（编），刘国干（译）（2013），《欧美比较行政法》，中国人民大学出版社，頁 138-141。

⁴⁷ 翁岳生（1982），〈行政訴訟制度現代化之研究〉，《行政法與現代法治國家》，三版，頁 383，自版。

⁴⁸ 西尔登（编），刘国干（译）（2013），前揭註 46，頁 84-88。

政任務大量地擴張，立法機關以各種形式廣泛授權行政機關，但相對應地，司法機關的審查範圍漸深入至行政權之裁量行為。法國的行政法院通常認定違法裁量行為態樣是：行政行為之目的不符合公益，而係追求個別私人利益或集團私益；或雖符合公益但不符合一般法律原則的行政決定；或違反正當程序所作的裁量。

由於法國的行政法學，並沒有「不確定法律概念」之用語，其認為裁量係一種相對的概念，不存在絕對的裁量，或是絕對的羈束⁴⁹，所以並不區分「行政裁量」與「不確定法概念」兩者。關於此點，從確保行政行為之合法性來觀察，似乎更貼近人民的需求。

第三款 英美法上的裁量理論

英美法的學者與德國學者最大的不同在於：英美學者往往從行政裁量與法治的關係著眼，以越權原則、權力濫用為出發點，以是否接受司法審查、各種審查標準之建立為研究行政裁量的重心，而非如同德國學者更多係從邏輯角度、概念法學出發去探討行政裁量的範圍及其分類。

英美法系國家有關行政裁量之學說，早期深受「主觀裁量」與「客觀裁量」之分類法影響，主觀裁量係指法律中的主觀條款授權，行政機關僅受內部的限制，縱有錯誤僅屬不當之行政行為；客觀裁量則包括外部與內部的限制，機關僅能依客觀的情事判斷，如有錯誤則屬違法裁量，司法得以介入審查。

由於裁量與法則（rule）的相對化，使得英美法系的裁量概念被認為自始便受有限制，完全不被拘束的裁量行為被排除於裁量概念以外。英美法雖以判例法為主，但其行政裁量仍與法律規定緊密結合，法律透過「容許性的用語」和「主觀用語」之方式授權行政機關為裁量。⁵⁰因此，英美法系的討論之中也較少著墨在行政裁量與不確定法律概念間之關係。

⁴⁹ 黃源浩（2007），前揭註 31，頁 184。

⁵⁰ 葉俊榮（1985），前揭註 43，頁 47-54。

第二項 行政裁量與不確定法律概念之區別及實益

在法學研究，將兩種概念作分析比較，必須有區別實益，否則僅是紙上談兵，一家之言而已，沒有深入討論之價值。通說認為行政裁量與不確定法律概念二者係不同且可以截然劃分的，然而以司法的觀點，最關鍵即是司法審查密度之問題，故檢討行政裁量理論，除了司法審查密度之比較，應從行政裁量與不確定法律概念之間其區別實益作討論分析：

第一款 行政裁量與不確定法律概念之定位

通說和司法實務均認為，立法者之所以使用不確定法律概念的用語，係避免實務運作掛一漏萬，彌補列舉性規定之缺點，並非對行政機關授予任何裁量權，故行政機關對於不確定法律概念所為之解釋、函釋、適用，係一認識行為而非裁量行為，屬於法律問題，法院得進行全面性之審查為原則⁵¹。

我國早期實務對行政裁量與不確定法律概念未加作區分，認為主管機關針對不確定法律概念得依職權裁量之⁵²，然漸漸有改變跡象。依司法院釋字第432號解釋大法官所闡釋之「法律明確性原則」：法律條文其意義應非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認。故目前實務和學者在觀察法律條文中不確定法律概念之前提條件係具有**可得確定之先決性**，以建構「依法行政」的體系，但不確定法律概念的頻繁使用，不代表執司法法律適用的行政機關有更大的決策空間，仍係將判斷語意內容的最終判斷權限交給法院，為防止行政恣意可能對法治國家的威脅，每一個法律用語都有一個立法者預設之立場，在法安定性與明確性原則之要求下，透過司法審查建立語意確定的可能性⁵³。

⁵¹ 王珍玲（2010），〈不確定法律概念與判斷餘地〉，《臺灣法學雜誌》，151期，頁110-112。

⁵² 最高行政法院81年判字第215號（節錄）：「其為健康檢查業務之方法是否正當，主管機關本得依職權裁量，乃被告機關未就原告辦理此項業務之方法是否正當為說明，而依衛生署前開函示，以原告未經報備派員外出辦理健康檢查即為不正當，揆諸首揭說明，非無可議之處。訴願及再訴願決定未察及」。

⁵³ 黃舒芃（2010），〈法律授權與法律拘束：Hans Kelsen的規範理論對德國行政法上「不確定法律概念」拘束功能的啟示〉，《政治與社會哲學評論》，頁47-50。

然而任何法律用語的文義表現本來就會含有一定程度之開放性與不確定性，學者黃舒芃教授認為不確定法律概念之功能正在於其「不確定性」，不確定法律概念猶如法律給予行政機關之授權框架。隨著行政事務的擴大，使得個別的行政專業領域越來越精細化，高度專業的社會分工，尤其是環境法、智財法、電信法領域，立法者本身通常欠缺相關的專業知識背景，行政權作為法律適用之機關，藉由「可確定性」來拘束行政機關之理念似乎不切實際。行政機關可憑藉著法律之「不確定」發揮其專業，追求現代社會之科技觀與價值觀，而減少修法次數、爭議，最後由司法把關審查行政機關之解釋適用是否符合法律之授權目的、管制目的及立法精神。

綜上，本文亦贊同不確定法律概念不單純只是概念、名詞解釋而已，同時是法律對行政專業的妥協與拘束，而行政裁量則係法律就行政行為種類、範圍所作之授權與限制。行政裁量與不確定法律概念在法律體系的定位上，應該同樣既是法律對行政機關的授權，也是法律設下的拘束，在實務操作時其實都是法律條文之一部分而已，重點毋寧是行政機關認真看待每一件個案，以正當程序維護裁量的正確性與合法性，以及司法如何作人民權利維護的最後把關者，以探求條文背後立法目的、精神以及最後的利益衡量。

第二款 行政自我形成空間下的行政裁量與判斷餘地

第一目 判斷餘地的類型化

不確定法律概念的發展，行政機關在具體適用不確定法律概念涵攝於具體案例事實時，原則上法院享有全面性審查權限，惟基於尊重行政專業，若具有高度屬人性、專業性、經驗性之事務領域，法院本身無法充分掌握具體事實作成判斷，行政機關例外享有「判斷餘地」（或稱為最終決定權），此時司法審查受到一定程度的限制。使得該行政的自主形成空間不限於概念本質，已擴大到概念外圍，亦即將不確定法律概念適用於具體之事實關係時，行政機關得自行判斷之情形。

「判斷餘地」(Beurteilungsspielraum)，係由德國學者 Bachof 率先提出的詞彙，承認行政機關享有判斷餘地的授權依據從學者之歸納⁵⁴得出，大致有兩種方向：一為從「事物本質」之觀點出發，根據不確定法律概念之性質和行政決定之特殊性所導出；二為「實體法」之角度，係依實體法之授權意旨，承認判斷餘地。本文認為兩種觀點均有其道理，應該可以綜合來看，判斷餘地應係立法者從事物本質觀點分析得出，法院對某類型之事項欠缺充分認識的可能性，須仰賴行政機關之判斷者，而賦予實體法之授權。故判斷餘地之範圍如何界定，本質上就是權力分立的問題，何種事務適合由國家機關負責決定，依「功能最適理論」的標準來劃分，由中立之法院職司「法律解釋」，但若遇到判斷餘地之範疇，尊重行政專業，比較適合由行政機關負責認定、涵攝事實。

判斷餘地是一種行政行為之例外狀況，基於例外解釋從嚴之原則，範圍應有所節制，目前歸納我國司法實務以及司法院解釋，肯認屬於行政機關判斷餘地的事項有：考試成績的評定（司法院釋字第 319 號解釋參照）、學生成績評量或品行（司法院釋字第 382 號解釋理由書參照）、公務員之考績（司法院釋字第 491 號解釋參照）、大學教師升等（司法院釋字第 462 號解釋參照）、由獨立之專家及委員會作成的評價決定、中央機關對地方自治機關適用不確定法概念之監督問題（司法院釋字第 553 號解釋理由書參照）、專利、商標之審查等幾種類型，被承認屬於行政機關的判斷餘地。

第二目 判斷餘地仍受司法審查

在法條的構成要件部分，從不確定法律概念又衍生出行政機關專屬的判斷餘地，惟機關的判斷餘地於理論上並非完全不受司法審查，係基於權力分立的互相尊重，法院應採取類似行政裁量之低密度監督。綜歸司法院釋字第 319 號解釋翁岳生、楊日然、吳庚大法官不同意見書提出的意見，司法院釋字第 462、553 號解釋（地方機關之判斷餘地）意旨，以及最高行政法院 99 年度判

⁵⁴ 詳細論述得參陳清秀（2006），〈依法行政與法律的適用〉，翁岳生（編），《行政法（上）》，頁 197-199，台北：元照。

字第 30 號判決之要旨⁵⁵，行政機關對於判斷餘地之判斷有恣意濫用及其他違法情事時，行政法院自得審查並予以撤銷，肯認法院可以審查的範圍分述如下：

- 一、行政機關的判斷是否出於錯誤之事實或資訊，涵攝事實關係有無錯誤；
- 二、行政機關是否違反法定之正當程序；
- 三、作出判斷之行政組織是否合法；
- 四、有無出於與事務無關之考量，違反不正連結禁止；
- 五、是否違反一般公認之價值判斷；
- 六、是否違反法治國底下之原理原則，如平等原則、公益原則。

第三目 判斷餘地與行政裁量兩者之區別有無實益

行政裁量與判斷餘地之間的區別實益，於法理上，以法條結構觀察有明顯之區分，得以細緻化法律的邏輯推演，通說並認為承認判斷餘地，只是劃定司法及行政的界線，並不因此改變其認定之本質⁵⁶。但學理一方面在條文的構成要件上發展出之行政專業判斷空間（判斷餘地），另方面學說、實務又普遍承認行政機關在法律效果上有裁量空間（行政裁量），有可能使得兩者均成為行政權不受控制之自我形成空間。

從欲貫徹行政便宜原則的功能來觀察，行政裁量與判斷餘地，都係依完成行政任務的角度，追求公益、效率，程序經濟之目標，且考量資源之有限性，

⁵⁵ 法院得審查之範圍與界限，詳細論述得參見台北高等行政法院 96 訴字第 1117 號判決（中科環評判決）：「環評法第八條所稱「對環境有重大影響之虞」，屬於不確定法律概念中之規範概念，亦即須經由科技專門知識，或採取評價之態度始能加以確定之法律概念。而學理上均認為不確定法律概念所涉及之事項，倘若具有高度之屬人性、專業性、經驗性之專業判斷，例如國家考試之評分、學生成績之評定、計畫性政策之決定、公務員能力之評價、獨立專家委員會之判斷、專門科技事項、行政上之預測決定或風險評估等，由於法院審查能力有限，而承認行政機關就此等事項之決定，有判斷餘地。但如行政機關之判斷有恣意濫用及其他違法情事，亦應承認法院得例外加以審查，其可資考量之情形包括：1、行政機關所為之判斷，是否出於錯誤之事實認定或錯誤之資訊。2、行政機關之判斷，是否有違一般公認之價值判斷標準。3、行政機關之判斷，是否違反法定之正當程序。4、作成判斷之行政機關，其組織是否合法且有判斷之權限。5、行政機關之判斷，是否出於與事物無關之考量，亦即違反不當連結之禁止。6、行政機關之判斷，是否違反平等原則，仍應由法院審查。」其他實務論述可參最高行政法院 95 年度判字第 1239 號、最高行政法院 98 年度判字第 475 號、103 年度判字第 66 號判決要旨。

⁵⁶ 蔡震榮（1996），〈不確定法律概念之探討〉，《東海大學法學研究》，第 10 期，頁 54。

進而賦予行政機關應變判斷之空間下的產物⁵⁷。另外，若將判斷餘地擴充至抽象法規時，而不再侷限具體個案之涵攝，如法律授權行政機關訂定行政命令，則此時行政機關於訂定之際已有裁量之意味存在，故下級機關或公務員依行政規則作決定時，也如同在行使裁量權一樣⁵⁸。

依司法院釋字第 319 號解釋翁岳生、吳庚、楊日然大法官不同意見書亦指出：「國家考試之評分專屬於典試委員之職權，此項評分之法律性質有認為行政機關裁量權之行使者，亦有認為屬於行政機關適用不確定法律概念之『判斷餘地』」，可證相同類型之行政決定，在學者之間亦有不同之認定。

實則兩者均為立法授權行政自主的形成空間，故本文試著提出，判斷餘地係一種「質」的授權，什麼樣的事務領域必須給予行政自行判斷，係有或沒有之問題；行政裁量則屬「量」的授權，行政機關適用法律，法律為行政機關設定得採取法律效果之種類、範圍，本即係由行政機關自行採取措施，只是能做的大小範圍不一。結果是「行政裁量」與「判斷餘地」，行政機關都擁有司法應退讓、尊重的最後決定權。

法院和學說針對「行政裁量」與「判斷餘地」整理歷來之實務所劃下之司法審查界限，前者主要係依「裁量瑕疵理論」作為判斷是否構成違法裁量之基礎，以作為法院可審查之情形；後者則依前述的六點情形⁵⁹為考量、承認判斷餘地之依據。仔細比較，除了文字用語略有不同外，兩者判斷標準的內容大致相同，尤其是裁量濫用的情形，對於職司事後審查的法院，檢視系爭行政行為是否合法或具有瑕疵，實無區別實益。再者，近年來發展判斷餘地學說之德國

⁵⁷ 高鎮文（2004），《警察行政行為之探討：以舉發交通違規寬容值為例》，中國文化大學法研所碩士論文，頁 191-192。

⁵⁸ 蔡震榮（1996），前揭註 56，頁 54。

⁵⁹ （一）事件之性質影響審查之密度，單純不確定法律概念之解釋與同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，對原判斷之尊重即有差異。又其判斷若涉及人民基本權之限制，自應採較高之審查密度。（二）原判斷之決策過程，係由該機關首長單獨為之，抑由專業及獨立行使職權之成員合議機構作成，均應予以考量。（三）有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？（四）法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無錯誤？（五）對法律概念之解釋有無明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範。（六）是否尚有其他重要事項漏未斟酌。

學界，也漸漸限縮判斷餘地之分類，避免行政機關因既有行政裁量之範圍，而脫免法院之審查。

第三項 概念法學與法釋義學之侷限性

欲檢討通說的行政裁量理論，可能要回到成文法系國家普遍會遇到之弊病——文字的有限性，往往是法律最大的宿命，也是致命傷。我國以及成文法國家，學者均認為應從法釋義學的角度，連結理論和實務，而法學方法論的功能就是在讓認事用法者能夠清楚描述、說明決定的論證過程，解答問題。行政裁量權，係行政的自主餘地，其最大的特性係一種開放性的規範，在依法行政的最高要求下，行政機關的「自由形成空間」的內涵及範圍所在，構成行政法釋義學關注的焦點。但若只作概念性的形式分析，無可避免產生循環論證，以及忽略背後立法精神、公益目的，和最後手段的利益衡量。

進一步，可以分析討論的是行政裁量與不確定法律概念，在實際操作法律條文究竟是不是截然劃分的兩個概念⁶⁰。由於我國行政法是繼受德國法學理論而來，深受其影響，教科書和多數學者都採行政裁量與不確定法律概念的二分法（質的區別說），在法釋義學追求「確定性」之信仰下，長久以來大陸法系的學者和實務工作者都致力於兩者之間體系與概念的劃分、釐清，在行政行為各階段上之異同以及判斷餘地的類型化；但法國，在其行政法學說與實務發展上，卻從未區別兩者；而英美法系在論及所謂的行政裁量時，也係著重在於裁量之品質，與如何建立司法審查之基準，而非裁量概念的範圍研究⁶¹。

依前所述，不確定法律概念不一定僅是法律文字所形成之概念，仔細探究，其可以說是立法賦予行政機關適用法律的框架，面對高科技、環境評估審查等等之判斷，社會發展日新月異，法規條文不可能隨時處於修訂的狀態，有違法安定性原則之要求，更不可能鉅細靡遺對各種行政行為態樣作規定，此時

⁶⁰ 黃舒梵（2012），〈不確定法律概念是一種法律概念嗎？——從德國行政法的新近發展反思不確定法律概念的制度功能〉，《憲政時代》，37卷4期，頁490-514。

⁶¹ 葉俊榮（1985），前揭註43，頁48-53。

不確定法律概念發揮**框架式**的作用，藉由行政機關後續的函釋、解釋適用，使該不確定法律概念與時俱進，在不同時期將最恰當的價值觀融入其中，更符合人民的期待，可以說是一種「主觀裁量」⁶²。

所謂的「概念」係透過窮盡地列舉其所有特徵來加以嚴格定義，其功用在於「界定」：作為一種防護牆，使概念得藉以向外隔絕其他的思維內涵，避免混淆誤認。由於法安定性在法治國原則之重要性，法律應維持其明確性與可預測性，在立法的形式外觀結構上我們不得不使用具有明確、封閉特性的抽象概念來建築構成要件，而立法之目標則是將各種類型予以概念化。則司法者在面對具體的個案時，應該去回溯到作為制定法基礎的規範觀念及欲實踐之目的，正確地評價生活現實，而不應拘泥於抽象概念的表面文字。⁶³

「行政裁量」與「不確定法律概念」，兩者由上述整理之學說、實務見解與推論可知，其實都是立法授權行政機關用以執行行政任務的武器、工具，兩者在行政機關適用法律時僅僅為一行為的兩階段而已，在應然面邏輯論證上固然應予區分，藉以釐清權責劃分，但實然面於操作上，尤其在事後的司法審查階段，其區別實益卻不大，固守這樣的概念基礎審查行政裁量即存有疑問。

第三節 本文見解

綜上所述，本文原則上認為行政裁量與不確定法律概念二者於實際適用時均具有「不確定」、「授權」、「拘束」之特性，但我國行政法學上關於裁量與不確定法律概念採「質的區別說」，多年來學界與實務都朝此方向開展，縱使已經有學者提出許多反省和批評，為避免理論與實務脫節，本文也認為有重新檢討裁量理論之必要，但一時之間要求在行政法各領域全部推翻、改革，就法院之審查與行政機關之行政運作，實屬困難，也是一道久遠的工程！

⁶² 本文這裡所稱的主觀裁量與英美法系學者過去所稱「主觀裁量」有所不同，英美法系的主觀裁量，以**裁量之態度**作區分，近似大陸法系的自由裁量概念，根據有裁量權之機關的主觀判斷，只受內部良心良知的限制，裁量範圍較廣。

⁶³ Karl Larenz (著)，陳愛娥 (譯) (2010)，《法學方法論》，頁 27-54，臺北：五南。

如學者所言，法律的解釋適用是一連串縝密的邏輯思考過程，將裁量與不確定法律概念作二分，有助於釐清司法審查與行政專業之分際，有系統地處理各類型的行政法之爭議。綜合本章所述及整理，通說採「質的區別說」作為論述之基礎固然有優點但也有缺點，之所以有學者提出不同看法並加以深入研究，代表實務運作或學理討論上的確有其問題存在，另外再參酌外國行政法學的裁量理論，縱使學界關於裁量的分類或討論重心有所不同，但最後仍聚焦在如何針對行政裁量行為進行「司法審查」。法律人的工作往往係從事後的角度觀察問題之發生，及因果關係，本文認為司法如果只是僵化操作法條，和套用法學理論，勢必與現實脫節，無法認清問題的癥結，甚至為人民所唾棄、詬病。「質的區別說」仍是現在的主流見解，在司法介入審查標準已經建立的同時，目前檢討重點應著重在司法如何採用實質正義的角度去思考行政裁量所衍生的問題，關於人民基本權利保障、環境保護、資源永續發展與行政專業如何取得平衡，而不能被法學概念、文字所劃地自限。而法釋義學之目的，並非僅僅用以劃分權力間之核心領域，而係透過「目的性解釋方法」探求各法規目的與宗旨，以作為現實個案中裁量權行使的基礎⁶⁴。

司法審查應納入公益性原則之審查，「行政目的符合公益」應係行政裁量的最後一道界限，行政行為都應具備合法性與符合公益性，各行政法規均係為了實現某個特定行政目的所制定，不論是管制、福利方面，裁量權的行使主要係以合乎法律目的為取向，然而每個行政目的也必須應該都是為確保公益的最大化，公益原則即為行政行為最上位的考量因素與準則。惟近年來，實務上往往出現假公益之名過度限制、侵害人權之情況，不諱言行政機關多數缺少獨立思考作出裁量決定之能力，除了要求行政機關為行政裁量時，尤其是土地徵收、環境影響評估等事項，應認清為了何種公益目的而實施行政措施，每個具體行政行為所代表的「公益」究竟係何者的公益，人民亦或是財團，公益也絕非是

⁶⁴ 李建良（2002），前揭註20，頁121。

少數服從多數。本文認為，合法性僅是對於行政機關為裁量的最低要求，行政裁量係合義務性之裁量，負有法律責任與政治責任，為了使人民權利的保護更為全面，司法權不應該隨便棄守最後一道防線，更應該針對行政機關的裁量內容本身作實質公益性之審查，雖然這樣要求對於不具備專業的法院略嫌過高，在立法、行政等國家公權淪為侵害人民之暴力時，僅存司法可以期待，故司法者應該當所為之。

司法審查的緩不濟急—行政自我監督，「行政裁量」是行政機關為行政行為的核心靈魂，一個行政行為往往也是無數個行政裁量所交織而成的。行政裁量係國家公權力行為，具有公信力，但對人民也是一種保護也可能是限制或侵害，裁量行為的好壞則另外也會影響政策法規的執行與成效，連帶影響人民對行政機關的信任，由於其係行政機關單方面作成的公權力行為，人民無從得知裁量過程及事實認定的心證，對其之信心自然是考驗，進而對於維護社會公平正義也是一大挑戰。立法的保障和法院的判決，往往無法提供最及時的權利保護，行政權才是人民最仰賴之公權力。尤其，在本文討論之重心：警察裁量權之界限，警察的裁量行為，如果以複雜難懂之法律構成要件作為拘束、避免警察濫權的手段，是不切實際的理想，只會讓警察機關無法便宜行事，造成更多的問題。

公開是公正之保證，行政事前或事後的監督固然重要，然而過程中的透明公開、當事人之參與對於權利救濟更是重要。仔細觀察，行政裁量所衍生的問題其實都與「公開」有關，公開有兩種意義：一係公之於眾，避免恣意、徇私舞弊；二為開放，使公眾得以參與，防止獨斷⁶⁵。日前很多社會抗爭運動，例如苗栗大埔徵收事件、文林苑事件，通常由於程序制度不完備，人民無法在事前充分參與，僅能於實際上受到國家侵害後才開始表達自己的不滿，然而貫徹正當程序的實踐勢必可以減少類似的事件。

⁶⁵ 許慶復（1980），前揭註 11，頁 87-88。

所以核心問題意識應該是如何尋求公開的行政裁量程序、透明的心證，徹底解決並監督裁量權濫用之問題，就必須落實行政程序法之規定以及精神：受告知權、聽證權、公正作為義務、說明理由之義務，廣泛實踐聽證程序，以求程序正義實現，加上目前影響裁量權之行使的行政規則眾多，解釋函令更是多如牛毛，其制定理由、政策聲明要如何公諸於世，使行政機關難以擅專獨斷，有利行政監督機制進程序之管控，才是解決目前行政裁量問題的有效率根本之道。

第三章 警察裁量權及其界限

我國長期法治文化與憲政體制失衡，變相倚重警察的執法，但民主國家的警察不能為了達成警察任務而恣意採取任何不合法治主義的手段，法治理念下，良善之目的是絕對不能治癒手段之瑕疵和違法。同理，警察在處理緊急或高度專業上的事務時，也不能僵化地緊守不合時宜的法規、上級命令，或消極地以不違背形式上的法律為己足，甚至曲解法律真意，而怠於作出必要以及合義務性的裁量行為，導致人民的權利受損。⁶⁶

除了刑事程序的角色，警察同時身負行政任務，警察之核心任務在於：「維護社會秩序之安定與危害防止」，觀其行政行為之特性，裁量權之賦予更顯必須且必要。惟裁量權之行使正如國家高權揮舞著兩面刀，其優點也正是其危險性所在，可以是警察執勤時最好的利器，以確保社會秩序安定，但也可能成為傷害人權最深的凶器，藉正義之名侵害人民。本章希冀藉由行政裁量理論從警察的行政裁量之特性作分析，指出目前實務上警察執法的爭議問題所在。

第一節 警察機關之行政裁量行為

警察之行政行為，按不同的角度觀察有多種分類態樣，如以警察行政作用而言，可分為：警察命令、警察處分、警察說明、通知與受理、警察罰、警察強制、警械使用；從警察職務行為形式區分：警察行政處分、事實行為、協助行為、提示與告戒、司法行政行為等等⁶⁷，而警察裁量是普遍存在警察活動中的一種行政行為，故本文不再細分警察的行政行為去探討警察的裁量權，而就警察行政行為之特徵與裁量特性，本文嘗試在此章節從兩個面向討論警察之行政裁量行為：一為賦予警察機關裁量權之重要性與適法性；二係警察裁量之法令界限。

⁶⁶ 朱金池（2004），前揭註 26，頁 15。

⁶⁷ 高鎮文（2004），前揭註 57，頁 35-36。

第一項 警察裁量權賦予之必然

警察是行政公務系統內非常特殊的機關單位，「社會秩序的危害防止」是警察法施行細則第2條明列的主要任務，從其角色定位與概括式的任務規範，可以推導出警察因時制宜之裁量權的必要性：

第一款 警察目的與角色定位

警察之概念，隨著文字的使用、解釋，或文化背景、時間，處於浮動的狀態，在講求國家的消極地位時，警察的意義就會被限縮在消極的治安維持，但如果要求國家積極介入人民生活的情況下，警察的概念和權能勢必會被擴大⁶⁸。警察權乃屬國家行政之範疇，在法治國原則下，警察在國家行政中之角色與任務的定位應明確且可預見，得防免警察權限恣意擴大，避免重回過去警察國家的高壓統治，在行政目的以及立法者授與之角色定位下，警察始擁有自主的裁量權。

第一目 警察之定義

其實警察⁶⁹的概念並不單單侷限在警察人員，各地方首長或其他行政機關運用警察權，亦相當於警察行政之行為⁷⁰。所謂的警察機關有「組織意義」和「功能意義」之分：組織意義的警察機關，按警察職權行使法第2條：「本法所稱警察，係指警察機關與警察人員之總稱。」，係指依警察組織法規設置之機關，如內政部警政署、中央警察大學⁷¹、各地方的縣市警察局等，及依警察人事法規所規範之警察人員、升遷⁷²；功能意義下的警察機關，則不以依警察組織法設置之機關為限，係以該機關是否具警察之職能（維持社會公共秩序）為

⁶⁸ 吳景欽（1990），《從憲法上正當程序的觀點檢視行政警察與司法警察的區分》，輔仁大學法研所碩士論文，頁103-104。

⁶⁹ 「警察」一詞來自於日本，日本則是翻譯自英國的「Police」、法國之「Lapolice」、德國之「Die Polizei」，而「Police」、「Polizei」則均係源自於希臘語「Politeia」，參李震山，《警察法論-警察任務篇》，頁3-4。

⁷⁰ 關於國會或地方議會之議長是否得以動用警察權，實務上尚存在爭議。

⁷¹ 中央警察大學係內政部下附屬之四級行政機關，屬中央警察組織，尤其警政署署長、中央警察大學校長均為三線四星的高階警官。

⁷² 例如警察人員人事條例、警察人員陞遷辦法。

認定標準，例如：法務部行政執行署⁷³，甚至受委託行使公權力之私人亦可能包括在內。

嗣後大法官在司法院釋字第 588 號解釋理由書⁷⁴：「『警察』係指以維持社會秩序或增進公共利益為目的，而具強制（干預、取締）手段特質之國家行政作用或國家行政主體，概念上原屬多義之用語，有廣、狹即實質、形式兩義之分。其採廣義、即實質之意義者，乃就其『功能』予以觀察，凡具有上述『警察』意義之作用、即行使此一意義之權限者，均屬之；其取狹義、即形式之意義者，則就組織上予以著眼，而將之限於警察組織之形式—警察法，於此法律所明文規定之機關及人員始足當之，其僅具警察之作用或負警察之任務者，不與焉。」對於警察概念之廣義和狹義作出明確的解釋，和上述組織意義和功能意義之分相同。

簡要來說：「警察」係指以維持社會秩序或增進公共利益為目的，而具強制（干預、取締）手段特質之國家行政作用或國家行政主體。限於篇幅，本文所欲研究的對象限於「狹義之警察」，即指形式上、組織意義上之警察，專注於此，也才能真正解決人民權利維護之問題。

第二目 警察之任務—行政與刑事的交錯

壹 警察的雙重角色

警察的意義與任務具有時間性意義，不同的國情文化，以及不同的時空因素都會造就警察的角色定位與任務廣狹不一⁷⁵，我國憲法採文武分治原則（參照憲法第 137 條至第 140 條），國防安全係由軍隊負責，國內治安交由警察機關負責防止或排除與公共秩序、社會安全有關的危害，可得知警察同時身兼「行

⁷³ 李震山（2006），〈警察法：第一講 警察作用法通論〉，《月旦法學教室》，41 期，頁 77。

⁷⁴ 司法院釋字第 588 號解釋理由書另外又指出：「憲法第八條第一項所稱『非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕、拘禁』之『警察機關』，乃採廣義，凡功能上具有前述『警察』之意義、即法律規定以維持社會秩序或增進公共利益為目的，賦予其機關或人員得使用干預、取締之手段者，概屬相當，並非僅指組織法上之形式『警察』之意。」。

⁷⁵ 朱源葆(2001)，〈警察執行集會遊行時之法律界限〉，《警學叢刊》，32 卷 2 期，頁 87。

政警察」和「司法警察」之角色⁷⁶，立法者賦予了其行政危害防止與刑事犯行追緝的雙重任務。

行政警察，按內政部警政署之定義⁷⁷，係指實際執行勤區查察、巡邏、臨檢、守望、值班、備勤等勤務方式，並依法令排除有關行政上之危害，維持公共安全與社會秩序等任務之警察。依警察法施行細則第2條規定「依法維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害」為警察之主要任務，「促進人民福利」則為警察之輔助任務。但是在我國，警察的任務與美國、日本或德國的警察不太一樣，在多數的情況下，我國的警察與一般公務員幾乎無差別，代表行政機關執行各項工作，如攤販取締、交通秩序、政令宣導甚至是當舖業管理...等等無所不包又繁雜⁷⁸（如集會遊行法、保全業法、當舖業法、社為秩序維護法等），尚須協助其他行政機關取締稽查各種行政不法，如此身兼多職也造成基層警員沈重之負擔。

司法警察（又稱刑事警察），警察的行為除了必須受個別警察法規以及行政程序法的拘束外，其職權在刑事訴訟法也有若干相關規定。我國司法系統中，在刑事訴訟法文義解釋上檢察官雖然是偵查的主體，有權限指揮警察機關、法務部調查局、憲兵進行案件的偵查與犯罪的追捕，警察僅是輔助機關之一，但實際上檢察官或是所隸屬的地方法院檢察署並沒有配備任何武力，即使在受訓時有打靶或是防身術的訓練，都無法與警察長期接受的訓練可以比擬，第一線的偵緝與犯罪嫌疑人之逮捕仍必須交由警察執行，也符合警察的專業，由檢察官職司法律之適用、案件的追訴與法庭上之攻防。

⁷⁶ 關於警察之分類，得參鄭善印，〈警察與法律〉，《警學叢刊》，第30卷第6期，2000年5月，頁142、147。

⁷⁷ 內政部警政署另外將「交通警察」、「專業警察」獨立於行政警察與司法警察之外，本文從多數警察法學者之意見，僅將警察分成「行政」與「司法」兩大類作分析討論，司法警察外之行政工作原則均為行政警察之範疇內。

<http://www.npa.gov.tw/NPA/Gip/wSite/policework/welcome.htm>

⁷⁸ 近年來，由於福利國家之要求，警察業務不但沒有縮減反而有增加趨勢，依91年警政署所出版的警政白皮書，書中附錄所載，警察機關主辦的業務有76項，協辦的業務有44項，合計有120項。

現代國家的行政權作用，除了警察尚有其他眾多行政機關各司其職，在除警察化的趨勢以及專業警察化之訴求下⁷⁹，除了輔助司法、檢察官進行刑事偵查外，在行政警察角色方面最主要也最原始之任務與目的應界定於社會治安之維護，即**危害之防止**。

貳 行政作用與刑事作用之界限

按法律規定，警察同時身負「行政」與「司法」的任務，雖然職權與程序規定各自在行政法規與刑事訴訟法領域獨立發展，看似行政與司法警察各司其職沒有衝突或矛盾。但在警察任務時，法律用語常常所指的「將來之危害」與「現時、過去已發生之危險」，文義與實際情況往往僅有一線之隔，如何區辨警察是正在執行行政法上之危險預防，或是司法刑事上的犯罪排除任務；加上警察法第2條所稱之「一切危害」，為了有效達成任務與追求績效，實務警察利用行政之便經常提前介入人民的私領域，充作刑事偵緝之手段，遊走在行政權和司法權之間，更是屢見不鮮。

再者，現行許多的法規範亦同時有行政罰與刑罰（行政刑法）併存在同一部法律之中，如集會遊行法之規定，更容易衍生出行政調查轉換成刑事偵查之程序問題，形成警察行政作用與刑事作用之交錯。「行政警察」和「司法警察」兩種角色所受的法律限制層級不同，要求的正當法律程序也不盡相同，往往難以區分這兩者之間的界線，成為正當程序的漏洞，甚至有違法濫權之虞。由此可知，**選擇適用行政法抑或刑法之規定，直接成為警察的裁量權之一**，已經不單單是程序選擇之問題。

針對警察行政作用與刑事作用之領域交錯，可以進一步思考，警務人員在為行政調查或刑事偵查時均係代表國家行使公權力，不管執法時所適用之法律規範性質，只要在上班、執行公務時即是代表國家高權，其身為自然人之個別

⁷⁹ 在德國，行政行為的概念主要係從警察行為之架構發展而出，行政法也是從警察法所衍生，法治國家講求行政專業分工，故將過去警察國家之任務重新分配，劃歸其他一般專責行政機關，或組織專業警察，如電信警察、森林警察等，即除警察化或專業警察化之趨勢。

權利義務應該且必須暫時隱藏在公權力主體之背後，不得主張受基本權利保護的同時又實施公權力或強制措施。從憲法保障人權之觀點，無論是行政警察或刑事司法警察的角色，警察行為都應受憲法規定與法律上原理原則所拘束，嚴守正當程序，不應有任何差別之分，或在個案中任意變換角色，令人民無法有預見之可能，有違一般的誠信原則，也不應該藉此脫免國家高權的色彩，而遁入基本權保護範疇底下，例如：警察個人於一般日常生活中雖然得主張隱私權、資訊自主權等基本權利，惟執行勤務當中，每個員警都是代表國家行使公權力，則不得以受基本權保障為由，拒絕受全民檢視，或是過程中完全禁止人民錄音錄影作為保存證據、保護自己之方式。否則，將混淆國家與基本權主體兩者，及破壞基本權之保護範圍與目的。

第二款 行為法始得作為警察裁量權之法源

組織法不得作為行為法之法源，每一種公權力的行使都應該有其界限，警察權之行使，也應該有一定範圍之約束和制衡，否則就有可能濫權或專制，在憲法的法治主義之下，有關人民的權利、自由之限制，及課予其義務者，必須要有法律明確的規定，始得為之，警察權的發動也是一樣，過去實務長期經常以組織法之規定作為執法、裁量之依據，然而組織法可能只是一種宣示性之規定，如此氾濫使用組織法，可能導致警察的權限透過各種不同解釋而漫無邊際，這種作法形式上看似合法，實際上卻違背法律保留原則的要求，也是造成警察濫權的原因之一。

參照司法院釋字第 614 號解釋有關法律保留原則之意旨：「憲法上之法律保留原則乃現代法治國原則之具體表現，不僅規範國家與人民之關係，亦涉及行政、立法兩權之權限分配」，以及中央法規標準法第 5 條規定：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者」，均重申憲法針對「基本權利」和「行政組織」兩種法律保留的要求。

所謂組織法之授權主要是係指將行政機關的管轄、權限、任務作條文式規定，以工作分配為目的，而行為法之授權則是規範其職權和權能之行使。組織法的權限規定，原則上僅具有宣示性質，警察機關不得僅以組織法作為干預措施或是限制人民權利、行使裁量權之依據。按法律保留原則，警察機關除了必須有組織法（Organisationsrecht）或任務法之基礎規定外，尚須有行為法（Verhaltensrecht）或權能法之明確授權，作為個別警察行為之法源依據，才可以對人民進行干預或是實施具有強制力的措施。司法院釋字第 570 號解釋理由書並載明：「警察有依法發布警察命令之職權，僅具組織法之劃定職權與管轄事務之性質，欠缺行為法之功能，不足以作為發布限制人民自由及權利之警察命令之授權依據。」

綜上，警察機關必須經常使用干預人民身體自由、財產權利之手段以達成任務，行使職權使用強制力更需要符合法律明確性、授權明確性的作用法（或行為法）之授權警察裁量權之法源，須依作用法或是個別行為法之授權規定，例如警械使用條例、社會秩序維護法、集會遊行法、道路交通管理處罰條例等，過去實務警察機關僅以警察法第 9 條⁸⁰這類宣示性質濃厚的職權規定作為執法依據，實屬違背法律保留原則。

第三款 概括條款與不確定法律概念之補充與授權

在嚴格的民主法治國原則底下，關於警察的任務和權限應有法律明文規定，但法律僅能就類型化之職權作規定，故警察法上大量使用概括條款與不確

⁸⁰ 警察法第 9 條：「

警察依法行使左列職權：

- 一、發佈警察命令。
- 二、違警處分。
- 三、協助偵查犯罪。
- 四、執行搜索、扣押、拘提及逮捕。
- 五、行政執行。
- 六、使用警械。
- 七、有關警察業務之保安、正俗、交通、衛生、消防、救災、營業建築、市容整理、戶口查察、外事處理等事項。
- 八、其他應執行法令事項。」

定法律概念，賦予警察各種權限，以補充和承接法規範不足之處，造成我國一直無法擺脫萬能警察之現象。民國 92 年公布施行的「警察職權行使法」，關於警察任務的要件與執行程序始有較明確之規範，但目前警察法規、命令仍充斥著概括條款與不確定法律概念之立法模式，其容許性以及司法要如何因應這樣立法者授予之可能無限擴張的行政權：

第一目 概括式的任務規範

警察在經過考試前均受有兩年至四年以上的警察學校訓練，較一般公務人員更能應付、處理危害的預防與突發狀況，加上各地方的「派出所」⁸¹，不同於歐美國家中央集權的警察組織，且由於我國的警察制度學理上近似於大陸型警察，必須負責一般民眾的行政管理工作，警察因此成為人民尋求解決問題的首選，有「人民保母」之稱。

警察的裁量權以警察任務存在為前提，警察任務主要規定在警察法第 2 條：「防止一切危害」，為最上位之概念，以及警察職權行使法第 28 條第 1 項：「警察為制止或排除現行危害公共安全、公共秩序或個人生命、身體、自由、名譽或財產之行為或事實狀況，得行使本法規定之職權或採取其他必要之措施。」這種以概括式條款所規定的警察任務範圍，使得法律賦予的、人民期待的警察職權以極度抽象又概括的條文，導致幾乎無所不包，尤其概括條款中的「一切危害」、「公共秩序」又多為不確定法律概念，意義極為不明確，也成為我國法治社會獨特現象之一。

術業有專攻，行政權以專業能力為其特性，每個行政機關的設立均係經過專業考量，行政權內部危害防止任務之水平分配不容破壞，警察機關以外之其他行政機關如調查局、海巡署、移民署、環保署、消防署...等單位都負有危害防止的任務，舉例來說：噪音的管制，工廠製造的噪音由環保署負責，但住家

⁸¹ 我國警察制度最大的特色之一就是派出所制度，警察組織原則上可區分為中央與地方警察組織，中央最主要的當屬內政部警政署、其下屬之機關，以及警察學校；縣、市警察局為地方最高的警察機關，往下依地域分設分局，分局下除內部分工外，通常會再下設派出所或分駐所，主要是利於社區治安的維護。

所發出的噪音則是由警察依社會秩序維護法加以管制；海岸邊發現的屍體，究竟是由警察機關抑或海巡署處理，各法律規定之間看似有所分際，由於我國警察任務無所不至，深入各行政領域，使得任務分配之界限越來越模糊，實務爭議也由此而生。

我國是成文法規範之體系，在這樣的立法運作之下，法律當然不可能針對每一種情況作出相對應的規範，也無法期待立法者制定出完全無缺失的法典。

「概括條款」賦予警察裁量權可適時補強社會秩序之維護、彌補法律之不足，立法者採用這種概括式的立法模式創造了萬能警察，除了一再顯示警察任務之多樣及複雜性，也給了警察權發動的依據，而成為濫權的合理化基礎。但是每種事件有其特殊性，警察所受的訓練不一定適合應付每種狀況，加上事件發生後，如果管轄機關模糊不清，往往產生權責不清互踢皮球的狀況，所以這樣的作法是否妥當，其適法性也是有質疑的。

第二目 概括條款之容許性

目前法律規範習慣將警察的任務與職權使用概括條款來規定，關於概括條款之容許性與定位，一種解讀是僅具目的宣示，而不具任何法效力，過去行政機關則普遍認為可以作為警察行為的法律依據，但如此一來可能和法律保留原則及明確性原則相抵觸⁸²，惟參照司法院釋字第 432 號解釋之意旨⁸³，為了應付現實生活中個案之複雜性及妥當性，大法官明文肯認立法上使用概括條款之方式。再者，警察的任務繁多，除非現實上能將所有警察行為涵蓋於法律之下，否則要完全否定概括條款之作用也值得商榷⁸⁴。

但是否妥適即產生疑義，警察相較其他行政機關，得廣泛行使強制力，警察行為所涉及的基本權不僅多且深，以概括條款之方式創造、擴大警察的裁量

⁸² 吳景欽（1990），前揭註 68，頁 119。

⁸³ 司法院釋字第 432 號解釋理由書（節錄）：「...法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念或概括條款而為相應之規定。」

⁸⁴ 吳景欽（1990），前揭註 68，頁 120。

權，尤其包括**構成要件與法律效果的委任**，其界限應受到更嚴格之監督，若只以這種任務條款作為警察干預權限，並不符法治國原則之要求。宣示性之警察任務條款（例如：警察法第 9 條、警職法第 28 條），雖然廣泛賦予警察為了危害防止之裁量權，但該權力必須不涉及個人權利，如巡邏、災害救助、指揮交通等⁸⁵，如果屬於干預性措施或依其他非警職法之規定執行任務時，應優先適用特別授權之規定或該個別法的之其他授權條款，例外始得援引警職法第 28 條的概括授權條款補充之，以避免遭到濫用⁸⁶，保護人民之權益。

概括條款及之不確定法律概念解釋，在傳統的學說看法認為僅僅存在唯一正確之命題，並應得由司法機關全面加以審查行政機關之解釋適用，但在警察行政法上這較為特殊之行政法各論領域之中，警察執行勤務時的解釋適用實務上是否可能也成為警察機關的裁量範圍，是本篇論文討論的核心之一。

第四款 警察執勤之需求—警察權權宜原則

警察行政行為乃警察機關基於行政權，對外所為之具公權力的意思表示，而發生公法上效果，在符合行政程序法第 10 條裁量原則之規定下，行政機關得於一定要件決定是否、如何發動警察權，稱為**警察權權宜原則**⁸⁷。責任人之選擇、構成要件的該當、干預方法的使用、調查的手段、內部與外部的程序，都是警察運用裁量權之例證。賦予警察這樣判斷的權限，係基於微罪不舉、公益目的、執行成本等考量，將此原則明文化，可以避免過去警察或公務員未依法執行時被認定構成刑法圖利罪之情況。

除了因為法律本身規定模糊或有解釋空間（如概括條款與不確定法律概念之授權），警察裁量權的由來，除了警察行為本身具有自主性、專業性，尚包括

⁸⁵ 陳正根（2005），〈論警察處分行使之法律要件與原則〉，《臺北大學法學論叢》，57 期，頁 14-15。

⁸⁶ 林明鏘（2011），〈論警職法第 28 條之權限概括條款與補充性原則〉，《警察法學之研究》，頁 71-79，臺北：新學林出版社。

⁸⁷ 林明鏘（2011），〈警察勤務與警械使用—行政裁量權之限制〉，《警察法學之研究》，頁 367-368，臺北：新學林。

警察執勤之現實需求與外在情境使然⁸⁸，如下：

1. 與民眾互動的情境歧異：

警察的裁量行為會受到正式與非正式的標準所影響，所謂正式的標準係指法律規範和上級機關的指示，非正式則為「民眾面對警察之態度」。警察在處理個案時，之所以會產生大小不同的差異，也自承係因民眾的人格特質、態度好壞、當事人的年齡、性別，以及違規程度都會影響其執勤態度和裁量差異⁸⁹。

2. 警察個人之執勤理念與態度：

因為員警個人因素之差異（包括主觀價值判斷與信念），造成裁量決定間也會有顯著之差異，學者依警察本身的執勤理念態度是高度積極或低度積極，加上執法選擇性的有無，區分成四種警察類型討論：老式打擊犯罪型、淨區打擊犯罪型、服務型和專業型，說明勤務理念的不同，係另一影響基層員警裁量時的重要因素。

3. 選擇性執法的需求：

由於人力、物力普遍不足，實際情況下警察機關不可能如翻箱倒櫃式地徹底執法，故雖然選擇性的執法容易遭人詬病、誤解，學者卻認為是必要的，法律條文存在於書本中（Law on the book），執法過程中有賴警察的判斷與裁量，輕重緩急。

第五款 小結

綜合上述，警察裁量權之賦予乃係行政現況、與人民互動及法治運作不可或缺之工具，僅能作有限度之控制與審查，否則警察將難以達成危害防止之任務。警察被賦予行政、司法雙重角色與任務之地位，在警察除權化與行政專業分工之趨勢下，警察之主要任務應界定在危害防止與協助刑事追訴，以避免權

⁸⁸ 陳世寬（1992），〈警察裁量權的運用與控制〉，《警專學報 5 期》，頁 19-25。

⁸⁹ 廖建棠（2006），《我國基層警察巡邏勤務裁量行為之研究》，中央警察大學行政警察研究所碩士論文，頁 135。

力過度之膨脹。

本文的討論重心即在於就行政罰與刑罰之間雖然有法律明文規定適用之時機，多數的構成要件也看似有所分界，但由於警察常適用的法律中，除了交通法規授權最具體且明確，其餘多數法律規範的文字用語充滿不確定法律概念，警察身兼司法和行政任務，都會變相造成兩者之界限愈加模糊，如何選擇適用全憑警察已身之意念與裁量。尤其是關於妨害公務之行為態樣，在社會秩序維護法和刑法均有明文規定處罰之，細究其文字上僅有程度之差別，在目前實務卻有濫用此裁量權之情況，重點仍在未有具體明確之裁量標準下，或是上級機關訂定了不適當之裁量基準或函釋，法院為貫徹事後司法救濟的功能，究竟應如何建立標準，和審查警察的各種裁量行為。

第二項 警察裁量行為之特性

警察職權行使法所規範的警察行政行為及其工作性質，主要特色在於其：預防性、主動性、事前性、廣泛性，以及不受司法之前監督；而警察行政作用相較於一般公共行政，更是有明顯之區別⁹⁰，包括：公權力性多於私經濟性、干預性多於給付性、具體性多於抽象性、單方性多於雙方性⁹¹。警察裁量行為有其特殊性，本文認為無法與一般公共行政等同視之，或是依一樣的標準審查之，涉及法院審查之角度、行政內部如何有效進行監督，關於警察裁量權之特性，包含法律層面及非法律層面可以歸類如下：

第一款 警察任務之急迫性

警務工作充滿複雜性與不確定性，警察通常是第一時間處理個案的公務人員，他必須最快認定事實作出決策。最接近個案的也係基層員警，他如何接觸、如何處理往往也是影響人民最直接最深的行政行為。故影響警察活動最重要的關鍵因素是「時間」和「個案」，往往也因為時間壓力和個案之特殊性，人

⁹⁰ 學者指出，因為警察工作之性質具有：時間性、空間性、緊急性、指揮性、引誘性、司法性，使警察行政與公共行政有明顯的量的區別，參陳明傳、李湧清、朱金池、章光明（2008）著，《警察行政》，修訂再版，國立空中大學印行，頁 7-8。

⁹¹ 李震山（2006），前揭 73，頁 77。

民期待警察非機械式的執法，而希望係富有人性、溫情及彈性的處理個案，加上第一線的基層員警不可能攜帶各種上級指示，必須賦予其在第一時間面對個案、或群眾時具有裁量權。另外，基於重大公益之必要性往往例外授權警察得採取「預防措施」，時間因素將警察之裁量行為提前至危害發生或即將發生之前，對於人民基本權利可能造成的侵害，不可謂不大。

警察行使裁量權是連續的決策過程，決策的核心在於價值判斷，對於因果關係的認定以及可能結果之偏好選擇⁹²。由於警察活動多數情況係動態的，面臨問題必須當場及時作出裁量，才能達到目的和效果。必須一瞬間在眾多手段中選擇最適當、最符合比例原則的法律效果，例如在遇到危險發生或即將發生時，是否達到必須使用警械的時機？應該使用何種警械？都必須在很短的時間判斷，無法如一般行政處分容許行政機關慎重考慮、耗時甚久，又必須先分案，派分給不同之承辦人員，再經過層層長官批閱、公文傳遞。相對地，這也考驗基層員警的法學素質，能否於短時間頂住各種壓力秉持行政中立作出妥適之裁量。

綜上，裁量之時間急迫性（即時作成選擇性裁量）係警察行使裁量權最顯著的特性之一，也是其他警察警裁量特性的源頭。面對時效性帶給警察的壓力，司法者有必要於警察法上之審查，調整固有通說的行政裁量理論與判斷餘地範圍之認定。

第二款 警察判斷餘地之類型可能為預測性決定

行政機關為預測決定時，是否存在判斷餘地，德國學說多數採肯定之立場，也有少數認為只要行政決定具有預測之性質，即能推論出行政機關享有判斷餘地⁹³。

在警察法領域，為了有效預防危險之發生，授權警察機關在「**危害尚未發**

⁹² 李湧清（1980），〈簡論警察裁量權〉，《警學叢刊》，21卷2期，頁48。

⁹³ 陳春生（1996），〈行政上之預測決定與司法審查〉，《行政法之學理與體系（一）——行政行為形式論》，頁194，臺北：三民。

生」時，得提早採取干預性措施。尤其警察權的發動多以「蒐集資料」之名義，以正當化干預人民的隱私權、秘密通訊自由權、表現自由權、行動自由等，例如：警察職權行使法第 10 條授權為維護治安之必要得於公共場所設監視錄影器、警察職權行使法第 15 條規定對於治安顧慮人口之查訪，警職法第 9、10、11 條也分別授權警察自行判斷於必要時得使用其他科技工具蒐集資料。採取這些類型的干預措施，均仰賴警察個人對於危害發生之預測判斷，故其判斷餘地類型多係**預測性決定**。

預測性決定，係屬於一種純粹蓋然性的判斷，如酒駕臨檢、查證身分之對象選擇，不可避免地係其帶有執法員警本身之主觀性格以及自由意思，如何判斷倚靠的往往是所謂的「經驗」，這些經驗往往是警察老鳥傳承給菜鳥，雖然偶而會成為破案的關鍵或契機，但少有邏輯可靠之論證過程，恣意性更高，也有可能摻入自己個人之喜惡在內，僅依靠經驗實施干預措施、或提早介入人民的私領域並不是法治社會所樂見的情況，也違背司法院釋字第 535 號解釋的精神。

第三款 具有強制力之措施

警察行為是典型的干預行政，與一般公行政任務不同的是，法律賦予警察執行任務時被法律授權得使用警械，和擁有即時強制、臨檢盤查、管束等可以直接限制人民自由權利的權限。在過去威權時代，政府藉警察之強制力伸展至各種行政事項，包括衛生、勞動、環保、稅務等⁹⁴，在福利國服務行政興起後，依警察法第 2 條之意旨，警察之任務雖然包含「促進人民之福利」，但警察行政之干預性質卻從未改變或減弱，由於警察措施與警察權之行使多數都帶有強烈的**鎮壓性及侵益性**，如交通違規之舉發、社會秩序維護法之警察處分、不法集會之驅散等，只具有除弊的功能，而非保護、扶助傾向，更無積極謀求、增加人民福利之功能，即使有類似的表現往往僅係反射利益而已，並非警察行

⁹⁴ 高鎮文（2004），前揭註 57，頁 48-49。

政之主要特性。

因此，面對伴隨著濃厚的干預性、強制力為警察裁量行為的主要特性之一，人民自由、權利與社會秩序安全一直處於拉鋸的狀態，關鍵即在於如何折衝警察的權力，使警察得以順利執行維護社會秩序的任務，也保護每個人民的基本權利。

第四款 警察任務執行層面複雜

由於我國的警察任務廣泛，包含各種輔助、協助性之任務，加上除了警察機關外，我國其他行政機關鮮少具備維護秩序、排除行政不法之武力或相關訓練，所以經常必須仰賴警察機關提供協助⁹⁵，這些協助性任務甚至成為長期性的業務，與一般行政機關被賦予單一的行政任務不同，警察行為牽涉層面較廣、複雜，社會、經濟、政治面都會有所關連，警察往往也成為處理這些類型問題的最有效手段。

加上我國社會仍比較偏向人治色彩，按警察權權宜原則如何進行裁量很容易被外部的政治、經濟之壓力所影響或受到阻礙，若處理不得當，則警察往往容易被輿論怪罪，被批評淪為政治或私人利益之打手。⁹⁶

第五款 警察行使裁量權能見度低

行使裁量權即是警察（或公務員）個人的一種心理反應或思考過程，警員本身的價值觀和主觀信念均會對裁量結果產生很大的影響，加上陳述意見、理由說明等程序規定鮮少在警察勤務上被落實，當事人難以明瞭為何類似的案件事實警察卻作出不同之決定，所以警察裁量權宛如「黑盒子」一般，至今仍不夠透明化⁹⁷。

而行政行為能見度的高低，對於外部監督佔了十分重要之地位，如同法院

⁹⁵ 關於動物保護之事項，例如美國洛杉磯與荷蘭均有專職的動保警察，我國中央主管機關農委會及各地方政府之動保處在取締虐待動物事件時，則必須仰賴警察機關之協助；關於盜採檜木，我國山林主管機關也必須仰賴警察的調查與取締。

⁹⁶ 陳正根（2010），〈論警察行政處分之概念與特性〉，《警察秩序法研究（一）》，頁 223，臺北：五南。

⁹⁷ 李湧清（1980），前揭註 92，頁 48-49。

必須公開審判，如果能見度越高，輿論及外部越能有效的監督。因此，如果能增加其行為過程、理由說明的透明度，警察運用裁量權時就會愈謹慎小心，降低犯錯的可能性，相對地人民權利被警察執勤時所侵害之機會也會減少。

總結上述 5 種警察裁量行為之特性，警察行使裁量權相較一般行政作用，是具有非常強烈的「個人化」特色。

第三項 小結：警察裁量權包括構成要件之裁量

司法尊重行政裁量，係基於權力分立，避免介入行政之成敗，而有亂權干政之嫌。警察所為之行政裁量，尤其是在社會秩序維護法或道路交通管理處罰條例的適用上，多數與所謂的行政專業無關，屬維護社會安寧、交通秩序之裁罰手段。

事實上，裁量權的行使，不僅僅係一個結果的選擇，而係存在於行政行為的每一個過程和步驟中，並擴及於程序、方法、形式、時間和地點⁹⁸。警察職權行使，應基於法定正當合理之原因與名義，首先應確切瞭解法定要件，並以整體考量法則進行執法之判斷，將抽象且具有不確定之法律概念予以正確地適用於實務執法上⁹⁹，以形諸裁量是否採取措施斷。故此，有論者¹⁰⁰認為警察的行政裁量應分為「事實判斷的裁量行為」和「價值判斷的裁量行為」，認定事實與適用法律均屬行使裁量的一部分，案例事實如何涵攝法律，第一個把關者是交由警察。總結第二章對於通說行政裁量理論的檢討，以及本章前半段對於警察裁量特性之研究，本文認為關於警察的裁量行為如何進行審查，首先針對行政裁量與不確定法律概念應揚棄通說所採的「質的區別說」，本文採取「無差別說」之立場，認為警察的裁量權包含「構成要件的裁量」，司法者不應依法條結構硬性區分構成要件或法律效果面對實務問題，以全面審查作為控制警察裁量

⁹⁸ 許慶復（1980），前揭註 11，頁 7。

⁹⁹ 蔡庭榕（2005），〈論警察攔停與檢查之職權行使〉，《中央警察大學法學論集》，11 期，頁 113。

¹⁰⁰ 朱金池、李源瑞（2009），〈警察裁量的理論實際－以使用槍械為例〉，《98 年度警察執法專題研究年報》，頁 254-255。

之方式，原因歸納如下：

1. 警察法上大量使用概括條款和不確定法律概念，惟裁量有時不限於法律效果，雖然學者多認裁量係一種意志行為，而不確定法律概念是一種認識作用，例如：警械使用條例第 6 條：「警察人員應基於急迫需要，合理使用槍械，不得逾越必要程度。」前段「應基於急迫需要」，乃以不確定法律概念而為使用警械要件內容之規範，就學理上而言，警察於此並無裁量權，不能僅憑主觀，而應依照社會通常客觀之判斷，認有無使用警械之必要¹⁰¹，但細究兩者都是擁有裁量權者的價值判斷與選擇，故構成要件的層次亦同時有裁量之可能¹⁰²，不易區分，上述的概念法學有其侷限性，行政裁量與不確定法律概念，實際上均為立法者授權行政權的自主形成空間，警察機關針對個案為法律適用時，純屬價值判斷與選擇的過程；
2. 實務上對於判斷餘地與行政裁量兩者之間的定義及範圍就難以作清楚地劃分，判斷餘地又稱之為「最後決定權」，既然是一種行政機關評價後的結果或決定，與法律概念的解釋當然有所不同¹⁰³，觀察德國實務發展，並不是所有具有預測要素的決定，行政法院即當然的承認行政機關享有一個預測餘地或評估特權，例如在德國警察法上的概括條款賦予警察有一個「對公共安全及公共秩序的危險」加以防禦的任務，長久以來，這個不確定法律概念的具體化，不論是法律的解釋、適用或是對危險可能性的判斷(即預測)，均認為應置於行政法院的完全審查之下¹⁰⁴；
3. 在法律條文之中，法律效果的裁量與不確定法律概念，時常有連結

¹⁰¹ 林明鏘（2011）前揭註 87，頁 367-368。

¹⁰² 例如國籍法第 3 條第 3、4 款；道路交通管理處罰條例第 30 條第 1 項第 2 款。

¹⁰³ 教師對學生考試成績之評定、公務人員之考評等判斷餘地類型無一不是判斷後，亦立即形成法律效果（給分、考績）。

¹⁰⁴ 盛子龍（1998），前揭註 9。

性。例如集會遊行法第 15 條第 1 項：「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，得廢止許可或變更原許可之時間、處所、路線或限制事項。其有第十一條第一款至第六款情事之一者，應撤銷、廢止許可。」，如按通說之「質的區別說」，其中「緊急必要」是屬於不確定法律概念，法院得全面審查，「得」則屬於主管機關的裁量餘地，司法應予最大限度的尊重。實則兩者於法條之適用過程密不可分，均係出自於當時警察機關的判斷，而發現瞭解事實、解釋適用法律、選擇決定法律效果，警察的裁量行為是一連串連續的決策過程，與一般行政機關作成行政處分不一樣的是，大部分情況的過程僅僅是一瞬間的時間，判斷之後立即作出法律效果，判斷與裁量之間的過程難以切割；

4. 警察的行政裁量有其特性如上所述，與一般行政機關、公務員所做的裁量最大不同，在於其**時效性**，為了有效防止危害發生或擴大，必須在最短時間適用法條作裁量，很難將構成要件之判斷與法律效果的選擇，切割審查；
5. 且警察法領域之判斷餘地類型多為**預測決定**，係蓋然性的判斷，不可避免的係其主觀性格，倚靠的是執勤經驗，以及個人的價值觀、信念，能見度低，使警察裁量充滿**個人化的特性**，由於非合議制機關共同決定，故恣意之可能性更高，尤其警察行為多為具有**強制力**之措施，涉及人民之基本權保障，更應該採取較高之審查密度。

我國行政法上是繼受德國法，整個法律體系規範也是學習德國、日本等歐陸法體系，因此關於行政裁量與不確定法律概念之關係通說採取「質的區別說」作為理論基礎，以細緻化法學之討論，及層次化法院的審查，是可以理解的也是現行最為妥適之作法。行政裁量賦予行政機關彈性，司法則藉由不確定

法律概念的完全審查，以構成要件來拘束、限制裁量的品質，也不失為權力分立互相制衡的好方法。故本文之見解，認為在其他行政法領域仍依此作二分進行行政裁量之審查，維持現有的行政法體系有其意義存在。

第二節 警察裁量權之法令界限

外國學者指出：「行政裁量固然重要，但是個貪得無厭的主子（a ruthless marter），如無妥當之監督，就會成為犯錯的自由」¹⁰⁵，生動描繪出裁量的監督之重要性，監控以及控制裁量之行使，係希冀行政機關對於裁量權之運用，在保障人民基本權利、符合公益最大化之下，能規則化、組織化與次序化，讓人民得以預見¹⁰⁶。行政機關與人民之關係，雖由昔日警察國家之權力服從關係轉趨今日法治國家時代之權利義務關係¹⁰⁷。警察的養成訓練，也不乏法律相關課程，但和一般法律系課程仍有所落差，著重在於法律的執行和選擇，盡可能迅速達成交辦的任務，效率和人權保障總是位於警察裁量的天秤兩端，惟警察機關似乎常往效率的那一端靠攏，如何取得平衡點以作為警察裁量之界限成為司法者努力之目標，而逾越那條界限之警察裁量即為違法的警察行為。本節擬就警察裁量時應遵守之法令界限，以及社會秩序維護法本身對於警察裁量的拘束作綜合討論。

第一項 行政法上原理原則之遵守

警察處分在內容上之要求，除了明確性、必要性及可能性原則，尚包括有行政行為之合目的性，這些法律上的原理原則，在 19 世紀時之警察法內演變成不成文之原則，藉以界限普魯士警察法中常見的概括條款，這些界限在今日已被視為對警察措施之當然要求。所謂行政法上之原理原則，包含比例原則、信賴保護原則、誠信原則、公益原則等，除了經行政程序法明文規定及行政法院引為判決基礎外，近來司法院大法官、學者間尚提出了正當法律程序、人性尊

¹⁰⁵ 許慶復（1980），前揭註 11，頁 11。

¹⁰⁶ 許慶復（1980），前揭註 11，頁 87。

¹⁰⁷ 黃錫安（1988），《警察行政裁量之研究》，頁 197，中央警察大學警政研究所碩士論文。

嚴、情事變更原則，認為亦屬行政法學上原理原則的範疇，行政機關行為時應遵守之。

警察裁量權之行使，並非僅有法律的依據即可，由於警察權的發動多涉及人民的基本權利之限制或剝奪，故尚需要諸多之約束。日本學者¹⁰⁸曾揭示警察權行使的四大原則：「目的原則」、「公共原則」、「比例原則」、「責任原則」，我國學者¹⁰⁹認為尚應包括「平等原則」；如果警察的裁量行為違反平等原則所要求的「等者等之，不等者不等之」，仍構成行為內部客觀之瑕疵。希望藉由這五大原則，成為警察裁量的指導原則。

由於目的原則、公共原則與責任原則在法理上是屬於較上位的概念，也較空泛，卻經常淪為警察或行政機關講求效率、不擇手段達成任務的藉口，而且操作上更為抽象、模糊。而平等原則作為法治國原則之下位概念，如何實踐一直是研究法律者所面臨之難題，也是造成呆板執法、鮮少就個案情況作通盤斟酌、缺乏認真裁量的原因之一（即裁量怠惰），所以本文認為與其藉由司法者嗣後透過平等原則去審查警察之裁量，不如透過上級機關以「一般裁量」（行政命令）之方式事前指導、約束警察裁量，更能夠貫徹憲法上所要求的平等原則。

故本文認為以上的警察行政法原則雖然立意良善，也是警察裁量權界限之一，但實際運作卻不足以拘束警察機關日常的裁量行為，本節將不會針對五個原則一一作介紹與論述，本文以下擬針對警察裁量之現況欠缺「比例原則」的遵守，以及法位階應如同一般法理原則之「正當行政程序」作為警察裁量之界限分析討論，而平等原則之貫徹則希冀由行政命令之功能取代：

¹⁰⁸ 日本學者美濃部達吉指出，「目的原則」：又稱消極目的原則，警察之行為應符合維持社會秩序、防止一切危害之目的，如果與警察任務無關、不合乎警察目的者，自不屬於警察職權；「公共原則」，亦稱私生活自由原則，對於民眾個人生活活動範圍，警察不宜積極介入干預；「責任原則」，又秩序違反責任原則，係指警察僅得對於違反義務、破壞秩序之責任人施以警察權。詳細討論可參朱源葆(2001)，〈警察執行集會遊行時之法律界限〉，《警學叢刊》，32 卷 2 期，頁 71-90。

¹⁰⁹ 朱源葆(1989)，〈論警察裁量權之法律界限—以處理集會遊行案件為例〉，《警學叢刊》，19 卷 3 期，頁 22-32。

第一款 警察比例原則

第一目 比例原則之意義與功能

「比例原則」(Verhältnismäßigkeitsprinzip/proportionality)，又稱「禁止過分原則」，指公益上之必要與權利、自由之侵害間，應保持正當之比例，確保人民之基本權利。有國家，即應有比例原則之存在，依德國法之發展，比例原則最早係由警察法所發展出的法學概念，二次大戰後德國最早將比例原則立法明文規定在德國的行政強制執行法，德國聯邦憲法法院並宣示，比例原則係存在於基本人權之本質中。比例原則用以檢視國家權力和人民權利間目的和手段，是否合理，由於國家公權力為達到目的，其行政行為（不論是高權行政或私經濟行政）一定會對人民施加不等之負擔、義務，比例原則即是那條國家理性之界限¹¹⁰。

學者間亦普遍認為比例原則具有「憲法位階」之效力，係一種為調和公益與私益，並用以制約國家行政、立法、司法各權力可能之恣意，達到實質正義的理性思考法則¹¹¹。

行政程序法第 7 條¹¹²即將比例原則（廣義之比例原則）中的三個次原則以條文方式形成具體之判斷基準，供法院或行政機關參考：

1. 適當性：又稱「合目的性原則」，指行政行為所採取之方法應有助於目的之達成；
2. 必要性：有多種同樣能達成目的之方法時，行政機關應選擇對人民權益損害最少者；
3. 衡平性：又稱「狹義比例原則」，行政機關採取的方法所造成之損害不得與

¹¹⁰ 陳正根（2010），〈從基本人權之保障探討警械之使用〉，《警察法學》，9 期，頁 235。

¹¹¹ 陳文貴（2012），《行政罰與刑罰法理之研究》，頁 72，臺北：司法院。

¹¹² 行政程序法第 7 條：「

行政行為，應依下列原則為之：

一、採取之方法應有助於目的之達成。

二、有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者。

三、採取之方法所造成之損害不得與欲達成目的之利益顯失均衡。」

欲達成目的之利益顯失均衡，著重於「受限制法益」與「受保護法益」之權衡，期能達到衡平¹¹³。

第二目 比例原則具體化之功能

以比例原則作為基本權保障之功能，主要有三個層面之面向：一、憲法委託，立法者制定法律應遵守比例原則的要求；二、視為一種解釋的標準；三、作為司法審查個案之標準。對於行政權來說，不論是侵益行政或給付行政，重點係裁量後所選擇採用之手段，是否通得過比例原則之檢驗，除仰賴司法審查，行政機關為裁量時就必須遵循比例原則，比例原則才能發揮出最大的效能。

比例原則不僅係事後審查、衡量行政行為之尺規，更具有將抽象法律條文**具體化之功能**，憲法第 23 條¹¹⁴除了揭櫫法律保留原則，尚明文指示「必要性原則」，另外行政程序法第 7 條、警察職權行使法第 3 條¹¹⁵、行政執行法第 3 條¹¹⁶等規定是比例原則之明文化，除了法律條文，行政機關於行政行為時（尤其於法規命令及行政規則之發布），對所屬之下級機關及公務員，也一再重申比例原則作為具體化指標的重要性。例如：行政執法所規定的拘提管收、或是如何拍賣債務人之財產、限制出境，或第 36 條第 2 項第 4 款所稱「其他依法定職權所為之必要處置」，列舉式之職權和概括規定都可以依賴比例原則指導執行機關的公務員將其職權具體適用在個案之中。

行政權之發動，無疑是將法律精神、立法意旨具體化的表現，比例原則即

¹¹³ 李翔甫（2010），〈從權利保護觀點譚警察人員使用警槍之界限及後續爭議問題〉，《警察法學》，第 9 期，頁 450-452。

¹¹⁴ 憲法第 23 條：「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。」

¹¹⁵ 警察職權行使法第 3 條：「

警察行使職權，不得逾越所欲達成執行目的之必要限度，且應以對人民權益侵害最少之適當方法為之。

警察行使職權已達成其目的，或依當時情形，認為目的無法達成時，應依職權或因義務人、利害關係人之申請終止執行。

警察行使職權，不得以引誘、教唆人民犯罪或其他違法之手段為之。」

¹¹⁶ 行政執行法第 3 條：「行政執行，應依公平合理之原則，兼顧公共利益與人民權益之維護，以適當之方法為之，不得逾越達成執行目的之必要限度。」

係具體化過程之標準。

第三目 警察實務中比例原則之實踐

警察職權行使法在第一章總則中，首先以第 3 條第 1 項將比例原則闡釋：

「警察行使職權，不得逾越所欲達成執行目的之必要限度，且應以對人民權益侵害最少之適當方法為之。」，故警察職權行使法規定列舉式之職權，如身分查證、資料蒐集（第 6 條至第 18 條），以及未明文之概括職權（第 28 條第 1 項）如何行使，均必須依照比例原則之精神，比例原則在警察職權行使法即展現相當的具體化以及限制之功能¹¹⁷。其他警察法規也有比例原則之明文，如警械使用條例第 6 條及第 9 條¹¹⁸、集會遊行法第 26 條¹¹⁹、社會秩序維護法第 19 條與第 22 條¹²⁰均有比例原則之明文化對警察行為制約。

警察權之發動，依前所述最大的特徵之一在於其強制力與侵益性，鮮少以興利為主，以強制手段確保公共秩序與安全，如警械使用，除了需要有法律之依據，從決定發動到實際行為，學者¹²¹認為可分為判斷與裁量兩個階段，但如同本文之主張，判斷和裁量的界線難以區分，均屬警察的裁量權，何等情形得使用警械？警械的使用程度？此裁量之準則正是警察比例原則，更凸顯實踐比例原則的重要性。但警察往往忽略了比例原則中最重要的一點：「衡平性」，若所採取的手段造成的負面效果與原來欲達成之目的加以比較，若兩者顯不成比例，則甚至可以放棄原來採取之手段，例如：警察在面對非法集會，堅持用強制力驅散，會因而導致人員傷亡或交通紊亂，在具體情況下甚至應該放棄繼續

¹¹⁷ 林明鏘（2014），〈比例原則之功能與危機〉，《月旦法學雜誌》，231 期，頁 65-79。

¹¹⁸ 警械使用條例第 6 條：「警察人員應基於急迫需要，合理使用槍械，不得逾越必要程度。」

第 9 條：「警察人員使用警械時，如非情況急迫，應注意勿傷及其人致命之部位。」

¹¹⁹ 集會遊行法第 26 條：「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，以適當之方法為之，不得逾越所欲達成目的之必要限度。」

¹²⁰ 社會秩序法第 19 條第 2 項：「勒令歇業或停止營業之裁處，應符合比例原則。」

第 22 條第 2 項：「供違反本法行為所用之物，以行為人所有者為限，得沒入之。但沒入，應符合比例原則。」

¹²¹ 吳耀宗（1988），〈使用警械之理論基礎〉，《警學叢刊》，第 18 卷 3 期，頁 40。

法律規定之強制驅散¹²²。

探究比例原則根本目的，是希望警察機關於執法應以審慎之心面對人民，公平合理考量人民基本權利之行使與社會秩序、其他法益之均衡，手段上不得逾越所欲達成目的之必要限度¹²³。

第二款 正當行政程序

鑑於行政程序法制之潮流，公權力踐行正當法律程序，係追求「程序正義」之必然，其與「良善目的不能當然證立手段正當」、「目的不能治癒手段」之理念是一體兩面¹²⁴。行政機關行政裁量的行使之程度，必須受到授權法與作用法的規制，近來透過「程序控制」之導向，除了藉此提高行政決定之正確性及妥適性，另一方面也著眼於程序法之事前節制作用，正當程序之功能與重要性不言可喻¹²⁵：

第一目 正當程序之意義

從正當法律程序到正當行政程序，參照司法院釋字第 709 號解釋大法官第一次使用「正當行政程序」之文字¹²⁶，明白闡釋行政法理最上位的精神——「依法行政原則」，有賴「正當程序」的貫徹，始能保證行政程序自始至終符合人權保障與立法精神。隨著行政事務的擴大，使得個別的行政專業領域越來越精細化，在尋求、注重專業、效率的同時，行政機關很容易忽略正當程序之實踐與其重要性，例如台東美麗灣的環評判決、中科三期科環評的判決，行政法院都指出了主管機關的重大程序違法問題，再度重申正當程序之關鍵性。

¹²² 蔡震榮（2014），《行政執行法》，五版，頁 53-54，臺北：元照。

¹²³ 朱源葆（2001），前揭註 108，頁 75-76。

¹²⁴ 李震山（2005），〈從正當法律程序論行政罰法之裁罰程序〉，《民主、人權、正義，蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 639，臺北：元照。

¹²⁵ 黃錫安（1988），前揭註 107，頁 185。

¹²⁶ 司法院釋字第 709 號解釋文（節錄）：「中華民國八十七年十一月十一日制定公布之都市更新條例第十條第一項（於九十七年一月十六日僅為標點符號之修正）有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，未設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，與憲法要求之正當行政程序不符。同條第二項（於九十七年一月十六日修正，同意比率部分相同）有關申請核准都市更新事業概要時應具備之同意比率之規定，不符憲法要求之正當行政程序。」過去大法官於司法院釋字第 704、690、689、677 等多號解釋都係使用「正當法律程序」之文字。

與司法判決不同的是，行政機關為裁量之程序過程中經常係處於不公開透明，詳細的實體理由也無從得知，或是行政機關根本沒有說明論證過程，尤其警務人員的裁量過程，一般人更無從得知，造成民眾對於裁量結果無預見可能性；加上行政實務當中裁量時需要考慮參雜的因素太多，警察機關屬於行政一體下的行政機關，裁量時又容易受上級機關、長官之意思和獎懲制度所左右，以及被外在情境、當事人因素影響，而形成正當程序的死角。尤其在執行警察法和秩序法的任務，警察機關為了迅速達到維持秩序之效果，應遵守之正當程序與人權理所當然被犧牲，一方面由於人民期待警察彈性執法以及快速破案的要求，一方面是濫用行政法上的便宜原則，形成警察長期不重視程序與法律的諸多限制，或任意朝有利之方向解釋法規，著重於績效的陋習¹²⁷，以及法制不備、警察法學教育未能深化之原因，甚至因此無法發現真實。蘇建和案、江國慶案即是因為警察辦案未依正當程序導致冤錯案的典型例子，為了早日破案所作的各種裁量，犧牲的卻是一個個家庭的以及一個人一輩子的破碎。

正當程序亦須符合比例原則，參照司法院釋字第 488 號解釋之意旨¹²⁸，「正當程序原則」除要求該程序規定形式上須符合法律保留原則與明確性原則等，實質上尚須符合比例原則、平等原則、誠實信用原則等實質法治國原則，如此所訂定之程序規定方屬「合理」，據此規定所進行之程序方屬「正當」。

因此，行政法個別領域的正當程序之建立，除了有賴立法，更重要的係行政機關與警察主管機關本身如何建立一套標準流程，減少不當的誘惑和干涉，

¹²⁷ 重視績效長久以來已成為警察來文化的一部份，最常見的是交通違規取締之績效問題，為提高個人、派出所、分局、警察局等不同層級的績效，警察機關的績效評比幾乎無所不在，遂造成每位基層員警強大的工作壓力。但重視績效，就難免會從數據上作假、灌水，吃案的情形乃亦時有耳聞，另一方面重視績效數據的結果，也會造成獎勵皆以此為基礎，於是績效獎勵成為引導員警認真工作的誘因，獎勵多的才有人會積極去做，沒有獎勵或獎勵低的工作項目，自然就乏人問津，乃造成績效的反鼓勵作用。關於警察績效之研究得參閱鄭善印；謝儒泰（2005），〈警察機關績效制度之研究〉<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/IA/094/IA-R-094-005.htm> 最後瀏覽日期：2014.12.1

¹²⁸ 司法院釋字第 488 號解釋文（節錄）：「基於保障人民權利之考量，法律規定之實體內容固不得違背憲法，其為實施實體內容之程序及提供適時之司法救濟途徑，亦應有合理規定，方符憲法維護人民權利之意旨；法律授權行政機關訂定之命令，為適當執行法律之規定，尤須對採取影響人民權利之行政措施時，其應遵行之程序作必要之規範。」

以正當行政程序輔助基層公務人員及警察為正確之裁量。

第二目 正當程序之法位階

正當程序之法理依據，學者間有採取「類推憲法第八條」、「消極面向的基本權程序保障功能」、「程序基本權」之不同見解，然而綜合各家學說觀察，結論都係肯認正當程序之法位階應高於一般法律條文之位階，屬於憲法層次¹²⁹，其重要性與其他行政法上原理原則相當，更能凸顯目前實務為人詬病之爭議。

本文認為要求警察機關遵守正當行政程序以及建立各警察任務之程序規定，係目前警察合法裁量的重要界限之一。

第三目 正當程序之實效性

惟貫徹正當程序之要求，是否就能得到無瑕疵之裁量結果？正當程序的實效性一直是許多人的疑問，甚至是行政機關追求結果之理由。

正當程序的要求，主要係為破除警察機關「為達目的不擇手段」之迷思，絕非每件個案的正確標準答案，如同刑事訴訟法之規定：不得用強暴脅迫、詐欺等不正之訊問方法獲得被告自白、搜索扣押等強制處分應符合令狀主義¹³⁰，正當法律程序之貫徹，強調程序正義與發現真實同為重要的普世人權，「程序正義」，除可將之定位為違憲審查之實質審查基準外，尚可將之視為訴訟權之內涵¹³¹，更可將之視為所有基本權之程序保障功能與制度保障功能所必然。

當然，法治國家少不了人治，法律必須經過人的認事用法，始能發揮最大的價值，展現出民主的可貴，行政裁量作為一種人治的表現，故行政機關小心

¹²⁹ 參司法院釋字第六七二號解釋陳春生大法官不同意見書。

¹³⁰ 在限制人身自由方面，除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，原則上實體法及程序法規定內容均符合正當法律程序原則。就實體法而言，須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，除現行犯之逮捕外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、當事人有對質詰問權、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等（釋字第 384 號）。

¹³¹ 訴訟權其本身內涵即包括正當法律程序之要求，例如法院裁定罰鍰之處理程序應以法律定之（釋字第 289 號）；懲戒程序應採直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等（釋字第 396、446 號）；軍事審判需具有獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第 77 條、第 80 條等有關司法權建制之憲政原理（釋字第 436 號）；司法救濟應循之審級、程序應以法律為正當合理之規定，給予當事人申辯、陳述意見及提出證據之機會，並由憲法第 80 條所規定之法官斟酌事證而為公平之裁判（釋字第 393、418 號）。

翼翼貫徹每一個程序要求，仍有可能會發生有瑕疵的裁量。但正當程序不可能擔保正確無誤的裁量或是保證當事人雙方都可信服的裁量，他的功用也並非在此，因此，讓當事人於行政程序中得參與，表達意見、陳述觀點，進而得以預見裁量結果（參與權），減少事後的紛爭，是最重要的目的之一。

為了預防危險之發生，立法者授權警察得提早介入危害發生前之領域，為有效掌握可靠資訊，這些措施類似強制處分，涉及個人隱私，對人民之權益影響不可謂不大，如果缺少正當程序之約束，人民的權利會消失在無形之中，更凸顯遵守正當行政程序之重要性，並且應考慮適時在警察的行政調查程序中引進法官保留或令狀原則¹³²。

第四目 警察法上之正當行政程序

不論何種性質之警察行為，均應符合正當程序。警察處分應在法律上有規定之程序與要件，於執行公權力措施前，先判斷是否符合構成要件，並於行使中，嚴格遵守法定程序要件，考量一般法律原則，才符合正當程序之要求，如此在警察干預性措施下，人民權利才能事先獲得救濟，不必尋求事後救濟。

壹、警察職權行使法作為基本法源

警察為行政調查工作，其法源依據與程序主要係依「警察職權行使法」¹³³，警察職權行使法雖是我國警察法制史的一大進步，但由於警察任務多又雜，僅能作為基本和補充性之規定，警察執行任務仍必須遵循個別行為法之程序規定。

貳、警械使用之正當程序

針對警察機關使用警械的程序、時機，以及得使用之警械種類¹³⁴，規定在

¹³² 李震山（2006），前揭註 73，頁 83。

¹³³ 如屬刑事偵查之範疇，司法警察則適用「刑事訴訟法」進行犯罪偵查。

¹³⁴ 依警械使用條例第 1 條第 3 項：「第一項警械之種類及規格，由行政院定之。」，依本條項之授權，行政院內政部訂有「警察機關配備警械種類及規格表」，警察執勤時不得使用逾越此範圍內之武器和銬具。

關於「警察機關配備警械種類及規格表」得參行政院內政部之網站

<http://glrs.moi.gov.tw/LawContentDetails.aspx?id=GL000101&KeyWordHL=&StyleType=1>

最後瀏覽日期：2014.12.8。

「警械使用條例」，一方面是合乎法律保留原則，另外一方面，基於保障人權，對於警察使用槍械設限。

依警械使用條例第 1 條第 2 項規定使用警械前之**表明身分義務**：「警察人員依本條例使用警械時，須依規定穿著制服，或出示足資識別之警徽或身分證件。但情況急迫時，不在此限。」

事後之報告程序，依警械使用條例第 10 條：「警察人員使用警械後，應將經過情形，即時報告該管長官。但使用警棍指揮者，不在此限。」，使用警械後，警員應向分局長或局長報告之內容含：符合警械使用條例第 4 條第 1 項各款正確使用警械之情形、應使用警械而未使用、或延誤使用時機、未依使用程序、不應使用而使用情節重大者。

參、社會秩序維護法之程序規定

社會秩序維護法有關程序之規定，係規定在第二編處罰程序分為五章：管轄、調查、裁處、執行、救濟。由於社維法處罰之對象是針對尚未達到犯罪程序之秩序違反行為，目前均認為屬於行政秩序罰性質，和日本輕犯罪法所適用的刑事訴訟程序不同，故警察所使用的程序比較偏向行政調查，但觀察實務操作，警察於行政調查與刑事偵察所使用之手段往往類似難以區分，例如：行政調查中涉及實質搜索與刑事搜索、扣押與扣留、盤查與詢問、管束與逮捕，兩者皆有規定之通知與鑑定。

於行政調查程序中，發現當事人有犯罪嫌疑時，即應轉換成刑事偵查程序，而重點毋寧是不同程序轉換間之所應遵守的正當程序，例如：踐行告知義務（包括理由及權利之告知）、陳述意見之機會。

第二項 行政命令之指導與限制

法規命令及行政規則統稱「行政命令」，係行政機關承接立法者法制定任務的表現，學說有稱此行政機關訂定命令之行為為「行政立法」，其功能作為警察裁量權之界限，重要性不可言喻。

行政命令係目前最廣泛用來主張控制警察裁量權的途徑，透過上級機關制定行政命令、執勤標準程序作為法律的不可預測及無限制的裁量權之緩衝¹³⁵。本文亦認雖然在司法審查上「平等原則」有其重要性不能偏廢，但行政命令作為「一般裁量」，係更能確保警察機關於個案中貫徹平等原則以及遵守正當程序之方式，因此行政命令也非行政機關得以恣意訂定，需要更多的關注與監督。

行政機關依法律授權訂定法規命令或依職權發布行政規則（包含解釋性行政規則和裁量性行政規則¹³⁶），惟行政機關「制定行政命令的裁量權」始終是行政權的一環，與行政裁量一樣是行政自主的表現，故行政命令之內容乃至於依行政命令作成的實體決定，都必須受到法律的控制與司法的審查。參照內政部警政署每年編印的「警察實用法令」，包括現行警察主管及警察相關之法令約500種，依性質分為通用、行政、戶口、交通、保安、民防、刑事、經濟、安檢、外事、後勤、教育、組織、人事、督察、政風等，其中法規命令、行政規則（不包含行政函釋）佔超過半數以上，可知我國警察的業務之繁重，也可瞭解到警察法令之繁瑣，行政命令之重要性。

然而，部分法規命令其內容與行政規則之內容大同小異，所謂的裁量基準依法律授權的有無，其性質可能為法規命令亦得為行政規則，故在探討行政命令作為警察裁量權之界限時，有一點必須先釐清，即是警察（或一般行政機關）違反法規命令或行政規則所作出的裁量，其責任有無不同？裁量基準原則上對內一定會產生拘束力，由於法規命令係法律授權行政機關所訂定，而具有外部法效性，故行政機關違反法規命令性質的裁量基準（例如：違反道路交通管理事件統一裁罰基準及處理細則）時，其行政行為都有所謂的法律責任（司法審查），人民得以直接主張公務員違反裁量基準，請求救濟；然行政規則僅具有內部之拘束效力，行政機關違反行政規則（例如：違反保全業法事件裁罰基準表）所作的裁量，並不當然導致違法，而必須透過行政法上原理原則間接始

¹³⁵ 陳世寬（1992），前揭註88，頁33。廖建堂（2006），前揭註89，頁155-156。

¹³⁶ 例如：農業主管機關同意農業用地變更使用審查作業要點。

得推導出該行為違法，公務員本身僅負行政責任（內部懲處、懲戒責任），對於遏止警察機關違法裁量或有效指導裁量權行使之效應似乎有待觀察。

以下將針對法規命令、解釋性行政規則及裁量性行政規則作討論，並就警察機關常用且涉及人民權利之行政命令表列方式整理：

第一款 法規命令

依行政程序法第 150 條：「本法所稱法規命令，係指行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定。法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神。」及中央法規標準法第五條：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者。」

在法律保留原則的支配下，法規命令的制定，必須有法律的明確授權（目的、內容、範圍），行政機關始得為之。基於法律授權而生的法規命令，在法律授權的框架下（授權明確性，包括不得為空白授權），主要是為了處理立法者、法律力有未逮的事項，進行行政立法的任務。法規命令的合法性基礎及正當性當然建立在法律的授權之上，包括法規命令之「參與」要求，及國會對法規命令的各種監督機制。

在行政裁量之分類指的「一般裁量」，通常係指裁量性之行政規則，惟行政機關實際訂定法規命令時，除了各法規的施行細則偏向抽象式法規範，各「處理辦法」之內容多為程序性之規定，指導警察機關於個案之標準作業流程，對於警察裁量之影響，加上其法位階，拘束力不可謂不大。

表 一、警察機關常用之法規命令

	警察常用之法規命令	內容概要
1	警察法施行細則	依警察法第 19 條訂定，主要針對警察任務區分，中央和地方之立法、監督事項作規定。

2	違反道路交通管理事件 統一裁罰基準及處理細 則 ¹³⁷	依道路交通管理處罰條例第 92 條第 4 項規定 訂定之，規定權責劃分、稽查及民眾檢舉、移 送、受理、裁決等程序。
3	毒品危害事件統一裁罰 基準及講習辦法	依毒品危害防制條例第 11 條之 1 第 4 項，針 對應受裁罰之對象，其講習及罰鍰訂定標準。
4	防制毒品危害獎懲辦法	依毒品危害防制條例第 32 條訂定，區分檢舉 毒品、查緝毒品、辦理拒毒和辦理戒毒人員四 種，獎勵和懲罰。
5	違反社會秩序維護法案 件處理辦法	依社會秩序維護法第 93 條第 1 項訂定，仿刑 法之立法模式分別訂有總則、管轄、調查程 序、移送程序、裁處、救濟、易以拘留、執行 等章節。
6	地方法院與警察機關處 理違反社會秩序維護法 案件聯繫辦法	由於社維法之處罰係由法院、警察機關雙軌併 行，故為加強地方法院與警察機關聯繫，及妥 善處理違反社維法案件，關於移送程序、法院 準用刑事訴訟法等處理方式。
7	兒童及少年性交易防制 條例施行細則	依兒童及少年性交易防制條例第 38 條，將管 轄、名詞定義、文書格式、機構、保護救援程 序、處分作細部規定
8	警察機關查處違反兒童 及少年性交易防制條例 案件獎懲辦法	依兒童及少年性交易防制條例第 8 條訂定，作 為激勵救援及偵辦工作。
9	占用道路廢棄車輛認定 基準及查報處理辦法	依道路交通管理處罰條例第 82 條之 1 第 2 項，警員處理佔用道路之廢棄車輛程序。

¹³⁷ 雖然「違反道路交通管理事件統一裁罰基準及處理細則」名稱有裁罰基準看似為裁量性行政規則，然而其中處理細則的部分其法位階應屬於法規命令。

10	道路交通事故處理辦法	依道路交通管理處罰條例第 92 條第 4 項，交通事故無可避免，為了道路及時恢復順暢，以及肇事者身體安全、財產之維護，關於處理程序、事故責任鑑定。
11	道路交通違規車輛移置保管及處理辦法	依道路交通管理處罰條例第 85 條之 3 第 5 項，為及時道路交通之安全與順暢，以及妥善保管違規車輛，特訂定此辦法。
12	道路交通違規罰鍰收入分配及運用辦法	交通違規罰鍰之收入十分可觀，為妥善運用，依道路交通管理處罰條例第 9 條第 2 項訂定此辦法。
13	計程車駕駛人執業登記管理辦法	依道路交通管理處罰條例第 37 條第 7 項訂定，計程車執業登記機關為警察機關，詳細辦理事項規定在此辦法之中。
14	檢察官與司法警察機關執行職務聯繫辦法	由於警察機關係檢察官的輔助機關，故依調度司法警察條例第 10 條訂定，以利切實聯繫、負責。
15	性侵害犯罪防治法施行細則	依性侵害犯罪防治法第 24 條訂定，細則第 3 條闡釋：「本法第八條第一項所定警察人員，包括司法、軍法警察。」、第 10 條：「本法第十六條第一項所定法官，包括軍事審判官。」、第 11 條：「本法第十七條所定司法警察官、司法警察，包括軍法警察官、軍法警察。」，細則其餘部分則為單位建置和處理程序。
16	性侵害加害人檔案資料	依性侵害犯罪防治法第 9 條第 2 項，包括加害

	管理及使用辦法	人檔案資料項目，資料由內政部性侵害防治委員會建檔及管理，委任內政部警政署刑事警察局辦理指紋、相片、DNA 之比對建檔，關於偵查及審理案件之必要得檢具公函請求提供。
17	性侵害犯罪加害人身心治療及輔導教育辦法	依性侵害犯罪防治法第 20 條第 7 項，解釋身心治療或輔導教育之內容包括認知教育、行為矯治、心理治療、精神治療或其他必要之治療及輔導教育，及單位建置、機關管轄、輔導程序等。
18	性侵害犯罪加害人登記報到查訪及查閱辦法	依性侵害犯罪防治法第 23 條第 6 項，闡釋「加害人」，係指性侵害犯罪防治法第 23 條第 1、2 項所列觸犯刑法或其特別法之罪，有同法第 20 條第 1 項各款情形之一，且犯罪時年齡為 18 歲以上之人。
19	少年不良行為及虞犯預防辦法	依少年事件處理法第 86 條第 4 項，關於少年不良行為之定義、態樣，及 7 歲以上未滿 12 歲之人有不良行為或觸犯刑罰法律之虞者，準用本辦法之規定，包含預防措施、處理程序。
20	駐衛警察使用警械管理辦法	依警械使用條例第 13 條第 2 項訂定，駐衛警察，係指各機關學校團體駐衛警察設置管理辦法核准設置者為限，以使用警棍為原則。
21	警察役男使用警械管理辦法	依替代役實施條例第 58 條訂定之，遇有警械使用條例第 2 條至第 4 條所定情形時，得使用警械，但以使用警棍為原則。
22	警察遴選第三人蒐集資	其性質接近俗稱之「線人」，依警察職權行使

	料辦法	法第 12 條第 4 項規定訂定之，包括如何遴選、查核、訓練以及費用。
23	警察勤務區家戶訪查辦法	依警察勤務條例第 11 條第 1 款訂定之，員警依本辦法執行家戶訪查，但治安顧慮人口之訪查，依治安顧慮人口查訪辦法規定辦理。指示員警應依誠信原則和比例原則實施訪查，嚴守行政中立、嚴禁藉此騷擾家戶，及訪查事項。
24	治安顧慮人口查訪辦法	依警察職權行使法第 15 條第 3 項訂定，明訂治安顧慮人口之對象，及查訪次數、時間。
25	警察人員陞遷辦法	依警察人員人事條例第 20 條第 4 項訂定，適用對象警政署與所屬警察機關（構）、學校、直轄市、縣（市）政府警察局及中央警察大學之警察人員，「陞遷」，指陞任較高陞遷序列職務或遷調同一陞遷序列職務。另附有 12 個附件，作為評分標準。
26	警察人員獎懲標準	依警察人員人事條例第 28 條第 3 項訂定，規定何種情形予以嘉獎、記功、記大功，何種行為應該申誡、記過、記大過。另有附件「警察機關人員違法犯紀考核監督責任懲處基準表」。

（本表為自行整理製作）

第二款 行政規則

不論警察機關或其他行政機關，對於法規範無法提供明確執法的準則和難以期待立法者針對每種情況鉅細靡遺地規定時，於其行使裁量的過程中，重複發生之情況或問題，日久成為慣例，將這些準則、指導方針或原則加以抽離、

制定成「行政規則」，事先就行政內部組織、職務分配、作業流程、法令解釋適用、行政裁量等事項規定之，作為警察執法依循的程序或 S.O.P。基於行政一體原則，行政規則本身係規制行政內部上下與職務服從關係之抽象化規範，雖然不像法規命令一樣直接對人民發生外部法效性，但行政規則所構成的內部懲處及長官壓力，在潛移默化之下，相較於外部之法律或法規命令，對於警員的拘束力更大，加上基層警務人員素質可能良莠不齊，對人民的權利仍會產生重大影響，探討行政規則作為警察裁量之法令界限，有其必要性。

按行政程序法第 159 條第 2 項之規定，行政規則分成兩大類：1.關於機關內部之組織、事務之分配、業務處理方式、人事管理等一般性規定；2.為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準。但行政程序法僅是例式行政規則之種類，只要合乎法規授權及機關職權，並非不容許其他類型或名稱之行政規則。

學者間針對行政規則之內容及功能，有不同之分類，陳敏教授¹³⁸主張行政規則得區分為：1.組織規程及處務規程；2.解釋法規之行政規則；3.裁量基準；4.替代法律之行政規則等四種類型。

惟形成警察裁量權之界限及影響警察裁量者應限於所謂的「解釋性」和「裁量性」行政規則，即陳敏教授所稱之解釋法規之行政規則及裁量基準，如果按行政程序法第 159 條之款項作區分，不易將行政規則有系統地以其功能特性作分類，也無法看出對警察裁量權之影響，故本文以下將以「解釋性行政規則」與「裁量性行政規則」二者分類作整理與探討：

第一目 構成要件—解釋性行政規則

按本文之觀點，認為警察的裁量不限於法律效果的裁量，包括構成要件的裁量，其中一個現實因素在於，行政機關內的基層公務人員，尤其是警務人員，對於法律條文之解釋，甚少有能力如司法人員一般得獨立判斷、解釋適

¹³⁸ 陳敏（2013），前揭註 16，頁 543-545。

用，關於不確定法律概念之適用，實務上若有爭議時，為求行政機關間作業、裁量之一致性，仍有賴於上級機關將法律條文中不確定法律概念進一步具體化所作出之統一解釋，協助其認定事實、涵攝法律構成要件，故此類型的解釋性行政規則往往係公務員處理個案時重要之裁量依據。

需要區辨的是，解釋性行政規則在實務上無特定之名稱亦不具法規形式，雖然一般又習稱「函釋」或「解釋令」為解釋性行政規則的一種，惟與一般法律、行政命令不同的是，解釋函令過往經常不公開，純係機關內部之公文，人民或當事人一直到被裁罰時候才知悉該解釋函令的存在，且並非所有解釋函令都可以搜尋得到，猶如執法人員的秘密武器般隱密。但是依行政程序法第 160 條第 2 項規定，行政機關訂定行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款之行政規則，由於與人民權利義務息息相關，應由其首長簽署後，並登載於政府公報發布之，故一般常見混淆了二者，把解釋函令認定屬解釋性行政規則，於適法性是有疑慮的！但由於兩者性質、拘束力對於警察裁量權之影響類似，例如：高雄反蒐證事件關於社維法上妨害公務之內政部 101 年 9 月 13 日 10104149290 號函釋，其中不當地擴張解釋「公務」範圍，如果沒有透過媒體的揭發，經過輿論的聲音和法院的監督，勢必現在仍係警員不當執法的依據。故本文暫時將二者均視為解釋性行政規則，而歸類在一起討論，並且由於內政部警政署之函釋眾多，尤其是交通方面，僅舉本文所探討的社會秩序維護法有關之函釋。

表 二、警察機關常用之解釋性行規則

	解釋性行政規則	內容概要
1	民國 96 年 10 月 15 日警署刑司字第 0960133111 號函	「釣蝦場」是否為社維法第 77 所稱「公共遊樂場所」，因為現代經營型態多元，應依具體個案認定。
2	民國 95 年 1 月 18 日警署刑偵字第 0940165742 號函	第三級毒品「2C-B」屬迷幻物品，查獲自得依社維法第 66 條第 1 款裁處

		之。
3	民國 90 年 3 月 8 日警署刑司 字第 09051871 號	社維法第 71 條「不聽勸阻」係指行為人接受口頭或書面勸阻後經過一定期間之行為，如可認為係前階段行為之接續者，自可認係不聽勸阻，而逕予取締處罰
4	民國 94 年 8 月 17 日臺北市政府法規委員會北市法一字第 09431438800 號函	凡於現場帶頭起鬨，並指揮群眾遊行之人，經主管機關命令解散而不解散者，似得認為係該遊行之首謀者，而應依集會遊行法第 29 條規定論處，至於不遵解散命令之人，如意圖滋事， <u>似得依社會秩序維護法處罰</u> 。
5	警械使用條例第十一條之解釋令	針對警械使用條例第 11 條第 1 項之「第三人」作出解釋，係指警察人員合法使用警械對象以外之人，即無辜之善意第三人。
6	警察機關配備警械種類及規格表	依警械使用條例第 1 條第 3 項所制定。
7	槍砲彈藥刀械管制條例第二 十條之解釋令	針對槍砲彈藥刀械管制條例第 20 條之「原住民自製之獵槍」解釋其認定基準。
8	警察刑事紀錄證明核發條例第 六條、第八條之解釋令	警察刑事紀錄證明，習稱「良民證」。針對警察刑事紀錄證明核發條例第 6 條「受緩刑宣告，未經撤銷者，刑事案件紀錄不予記載」、第 8 條「刑事案件尚

		未執行或執行中」作出解釋。
9	各機關學校團體駐衛警察設置 管理辦法第八條之解釋令	針對各機關學校團體駐衛警察設置管理 辦法第 8 條之「素行良好」解釋及例 示。
10	當舖業法第四條之解釋令 ¹³⁹	關於當舖業法第 4 條第 4 項「起算日」 之認定基準。
11	警察機關執行搜索扣押應行注 意要點	第 4、5 條分別針對「必要時」、「有需 當理由」解釋。
12	警察機關辦理人民申請集會遊 行作業規定	第 2、3、4、5、7 條針對何種集會需要 申請許可作出解釋，但迄今未隨司法院 釋字第 718 號解釋修正。
13	警察機關查捕逃犯作業規定	闡釋第 4 條「逃犯」之範圍，第 5 條 「查捕逃犯公文書」。
14	警察詢問犯罪嫌疑人錄音錄影 要點	全程錄音為原則，有例示之情形，則應 全程錄影，並就刑事訴訟法第 95 條應 告知事項條列規定。
15	警察機關個人自行捺印指紋資 料管理作業規定	第 2 條就「指紋」、「個人基本資料」、 「指紋資料」作出定義，並重申蒐集指 紋資料之法源依據限個人資料保護法第 15 條、兒童及少年福利法第 21 條。
16	失蹤人口查尋作業要點/處理 失蹤人口案件獎懲實施要點	第 2 條「失蹤人口」之解釋、例示/第 2 條指出「兒童」為未滿 12 歲之人。
17	警察機關辦理拾得遺失物應行	第 2 條解釋何謂「遺失物」，第 3 條民

¹³⁹ 按當舖業法第 2 條：「本法所稱主管機關：在中央為內政部；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」當舖業之申請，主管機關雖為地方縣市政府，然而承辦單位（執行機關）則為各直轄市、縣(市)警察局刑警(大)隊，。

	注意要點	法第 810 條準用關於拾得遺失物之規定。
	警察機關偵辦刑案新聞處理應行注意要點	以條列及概括條款之方式，明示何種事項應保密、得適時發布新聞，及新聞宣導帶之內容。
	警察機關辦理獎懲案件注意事項	平時獎懲優先適用警察人員獎懲標準，停職、復職、免職優先適用警察人事條例，移付懲戒則適用公務員懲戒法。

（本表為自行整理製作）

第二目 法律效果—裁量性行政規則

裁量性行政規則，一般認為係指行政機關在裁量權之範圍內，為下級機關面對經常性發生的典型個案時得正確行使裁量權的統一、抽象類型行政規則，係對原來法規內的裁量權再進一步限縮或作類型化之分類，其重點在於前後裁量之「一致性」，但行政機關訂定相關的裁量規則並非漫無限制，仍應受法律目的之拘束。

行政機關在一般裁量之下所制訂的裁罰基準或裁量基準，依是否經法律所授權其法律性質可分為法規命令和行政規則，原則上都不拘束法院之裁判，但法院於審判過程中既然可以審查法規命令之實質違法性，行政規則雖僅具有內部效力，但為裁量基準時具有間接之外部效力，通說亦肯認之。裁量性行政規則在法律為概括之規定或授權範圍較廣的領域，發揮了一定的補充和指導的功能，其價值應予肯定。¹⁴⁰

有學說認為行政法院於審查系爭處分時應一併審查處分所適用或引為理由之裁罰標準有無違法¹⁴¹，基於裁罰基準如果違法，影響所及的絕對不是一件個案

¹⁴⁰ 黃錫安（1988），前揭註 107，頁 186。

¹⁴¹ 蔡進良（2007），〈行政罰裁罰標準之規制、適用與司法審查〉，《月旦法學雜誌》，141 期，頁 79。

而已，法院係依「法」審判，不受行政命令所居受，司法有必要從維護憲法精神的立場，監督行政機關的各種行政行為，故本文亦從此看法。

表 三、警察機關常用之裁量性行政規則

	裁量性行政規則	內容概要
1	警察機關取締酒醉駕車移置保管車輛注意事項	就違反道路交通管理處罰條例第 35 條之違規車輛，訂定警察機關執行移置、保管、發還之要領。
2	警察人員對酒後駕車當事人實施強制作為應注意事項	例示酒後駕車當事人之行為態樣，提供員警執行要領、法令依據，以及裁罰基準，並明示比例原則之精神。
3	警察機關辦理重新審查不服交通裁決提起行政訴訟案件作業要點	警察機關重新審查後應如何處分，提供承辦人員參考標準，由於此項業務係行政訴訟法修法後所新增，並明訂給予承辦人員嘉獎。
4	警察機關辦理人民申請集會遊行作業規定	除了上述之解釋性規定，其餘第 6、8、9、10、11、12、13 條均為指導警察機關受理集會遊行申請之程序。
5	民眾抗爭事件處理程序及聯繫作業要點	內政部依其權限訂定，明訂各類型抗爭之機關分工、協調、支援，以及依事前、現場、事後 ¹⁴² 三階段之警察機關處理程序。
6	警察人員執勤中遇有民眾違反行政法規事件處理原則	僅有 4 個原則，指示警察機關應主動依法處理違反事件，如無管轄權應即移送

¹⁴² 作業要點中雖明訂於事後階段有兩大程序：一、適時發布新聞；二適時召開檢討會議，但抗爭事件難免會有衝突發生，作業要點卻無相關單位和警察機關的課責或究責之機制存在。

		至有管轄權機關。
7	失蹤人口查尋作業要點/處理失蹤人口案件獎懲實施要點	關於失蹤人口案件處理程序/依失蹤人口之態樣（兒童、精神疾病、自行返家否、失蹤時間）作為承辦人員的獎懲基準。
8	警察機關執行搜索扣押應行注意要點	第 3 條將比例原則明文化，其餘要點在於搜索票之聲請程序、執行各種搜索扣押之程序。
9	警察詢問犯罪嫌疑人錄音錄影要點	指示警察機關於詢問犯罪嫌疑人時之應有態度、程序，以及保存資料。
10	警察機關拘捕留置人犯使用警銬應行注意要點	闡釋警察機關得使用及不得使用警銬之時機。
11	警察機關查捕逃犯作業規定	訂定查捕要領、作業方式及獎懲標準。
12	警察機關執行通訊監察管制作業要點	指示各縣、市警察局應成立「通訊監察管制編組」和人員名冊以備查，以及聲請、執行程序，承辦人之獎懲標準。
13	警察機關個人自行捺印指紋資料管理作業規定	就指紋之蒐集、建檔、利用、銷燬方式作出指示。
14	違反保全業法事件裁罰基準表	以行為人係第一、第二、第三或第四次違反保全業法之規定為裁罰基準。
15	違反當舖業法案件裁罰基準表	依違法之具體事實，並區分行為人是第一、第二、第三次違法作為裁罰基準。
16	地方警察機關員額設置參考基準	依地方行政機關組織準則第 30 條訂定，以「轄區人口」作為員警設置之基準。
17	拘留所設置基準	為維護人權，將拘留所室內外之配置、

		構造，其他設施作統一標準。
18	警察機關辦理獎懲案件注意事項	各式獎懲標準與原則。
19	警察機關辦理拾得遺失物應行注意要點	區分遺失物之價值、狀態，以及拾得人身分，規定處理程序。
20	警察機關偵辦刑案新聞處理應行注意要點	包括偵查前、中、後階段員警如何應對新聞媒體，及承辦人員嘉獎、疏失人員懲罰之基準。

（本表為自行整理製作）

第三款 警察行政命令之綜合比較

以上的列表僅就警察機關較常用以及具討論實益的行政命令作整理，尚有許多內容未收錄在其中，綜合表一至表三所列的警察機關常用之法規命令、解釋性與裁量性行政規則，可歸納如以下之特徵與重點：

1. 除了刑事部分，警察平常可能會適用的行政命令之類型眾多，代表我國警察的任務繁雜，萬能警察的現象仍然持續存在，許多無關警政專業的業務，例如：當舖業管理、家戶訪查、菸酒查緝等等，以及其他機關請求警察機關職務協助，都徒然增加警察日常的工作負擔，這樣繁重的工作任務在其他國家的警察也非常少見，如果能減少非警察專業的協助性任務，對於警察行使裁量權，也可以付諸較多的心力，避免裁量怠惰或裁量濫用之情形。
2. 相較於過去，雖然現行警察法規及命令已經增訂了許多程序性之規定，肯認正當程序之重要性，但行政命令的訂定仍不可避免地會使用到許多不確定法律概念，或是在行政函釋方面結論過於模糊不清。例如「警察人員對酒後駕車當事人實施強制作為應注意事項」針對員警查緝酒後駕車各種可能面對的情況作出指示：「必要時」得使用強制力、戒具，「不能安全駕駛

時」應移送法辦等等；又參臺北市政府法規委員北市法一字第 094338800 號函釋指出：「凡於現場帶頭起鬨，並指揮群眾遊行之人，經主管機關命令解散而不解散者，似得認為係該遊行之首謀者，而應依集會遊行法第 29 條規定論處，至於不遵解散命令之人，如意圖滋事，似得依社會秩序維護法處罰。」，因為每件事實發生都必須針對個案裁量，有各種可能的解讀或法律適用，觀之「似得」這樣的用語，將使警察的執法可能沒有更明確的方向或是有所誤解，如此一來，基於警察裁量有強烈的個人化之特性，還是有可能恣意解釋不確定法律概念，或是任意選擇法律效果，故行政命令、函釋之訂定與監督，其重要性應不比法律要低，對於用語之使用也應該更加謹慎。

3. 常見的行政命令均有授權條款，如警察法施行細則，就外觀上的要件：
 - (1) 母法訂有授權條款；(2) 子法明列其授權依據，可說是符合授權明確性形式上之要求。但細細觀察授權條款之內容，卻不符授權明確性之要求，僅屬概括授權，無法得知其授權之目的、內容與範圍，也無法得知法規命令可規範的內容，司法審查上似乎認為此種授權條款有其獨立意義存在，但警察的上級機關訂定行政命令的裁量界限卻因此而模糊、擴大，本文認為實質上仍係違反授權明確性之要求。
4. 比較與一般行政機關所訂定的行政命令最大的不同在於，為了激勵、監督員警認真執勤，內政部訂定了不少的獎勵、懲戒之標準，散佈在各分類之行政命令中。警務工作比起其他機關的公務員工作風險的確較高，而且警察機關幾乎是 24 小時全年無休輪班，警察的辛勞是值得肯定的，所以沒有所謂自肥之疑慮，但這樣強調獎勵的作法也可能產生前述導致警員執勤之業績壓力以及功利主義的作法。
5. 綜觀關於警察實用之行政命令與函釋，交通與刑事部分佔了多數，尤其是內容多關於指導基層員警如何預防犯罪，及危險發生之處理、應變程序，

例如治安顧慮人口查訪與家戶訪查，兩者雖然看似有所劃分，對於訪查對象也無強制力，但實際上都使警察得以深入一般私生活領域，其訪查所得資料均係供警察機關未來執行犯罪預防、調查之使用，尤其近來內政部警政署又修訂「治安顧慮人口查訪辦法」將查訪之對象逐年增加¹⁴³，雖然這些行政命令對治安維護和犯罪預防都有一定之成效，而且只要行政機關打著維護社會秩序、減少犯罪之旗號，所訂定的行政命令送進立法院很難不會審查通過¹⁴⁴，使警察受合法授權得以提前介入私領域與干涉人民權利。

6. 其中這些各類型之命令，不論是法規命令或行政規則其亦不乏有類似裁量基準的內容，也有類似解釋之內容，尤其在行政規則部分，行政機關訂定「要點」或「注意事項」，常常解釋性行政規則與裁量性行政規則是混在一起的。依中央法規標準法第 3 條法規命令之名稱得使用「規程」、「規則」、「細則」、「辦法」、「綱要」、「標準」或「準則」，實際上是否屬於法規命令抑或是行政規則單憑內容或名稱很難區分二者，縱使使用上述 7 種名稱，仍必須視該法規範之訂定有無法律明確之授權依據，以及行政機關違反該法規範之內外部效果去判斷。
7. 關於裁量基準的部分，雖然期待其發揮「一般裁量」功用，以達到平等原則之目的，惟多數的裁量基準僅以違規次數作為處罰標準，導致警察機關實際執法鮮少認真裁量，將違規情形之嚴重程度列入考慮，不符平等原則之精神，也違背比例原則，實務上亦有法院認為行政機關依循這樣的裁量基準裁罰屬於裁量怠惰¹⁴⁵。故上級機關於訂定裁量基準時，仍應就例外情

¹⁴³ 「治安顧慮人口查訪辦法」自民國 92 年 11 月 27 日施行至今，過去主要針對曾犯殺人罪、強盜罪、搶奪罪、常業竊盜罪、性侵害罪、擄人勒贖罪、受毒品戒治人、毒品犯罪、槍砲彈藥罪等 13 類查訪對象，透過戶籍所在地警察機關列管，並實施查訪，預防再犯罪。現行辦法除了刪除「常業竊盜、流氓」，並增訂「竊盜、詐欺、妨害自由」為查訪對象範圍外，另外也將受毒品戒治人的查訪頻率，由每 3 個月查訪 1 次，修正為每個月查訪 1 次。

中央通訊社 2011.12.1 報導 <https://tw.news.yahoo.com/%E8%A9%90%E6%AC%BA%E7%8A%AF-%E5%88%97%E6%B2%BB%E5%AE%89%E9%A1%A7%E6%85%AE%E6%9F%A5%E8%A8%A%E5%B0%8D%E8%B1%A1-124216289.html>

最後瀏覽日期：2014.12.16

¹⁴⁴ 按立法院職權行使法第 60 條至第 63 條，行政機關訂定之命令應送至立法院審查。

¹⁴⁵ 臺灣臺北地方法院 103 年度簡字第 173 號行政訴訟判決載明：「上開裁罰基準以行為人之違

形給予下級機關自行裁量之空間，取得平等原則與個案正義之平衡。

第三項 警察裁量權之界限相關問題提出

基於警察裁量權之特性，以及法律規定使然，警察裁量權實務上常產生下列之問題，由於每個問題所涉及的法理爭議眾多與實務作法，限於篇幅與本文之研究重點，本文僅點出問題點所在，不擬深入討論之：

第一款 條文構成要件不明確

成文法律需要用不確定法律概念和概括條款來彌補之不足，這是法制作業所不可避免的方式。然而，不確定法律概念和概括條款本身內容是空泛虛無的，需要未來實務工作與學者不斷地進行充實。且目前警察法規往往僅止於警察任務與職權之規定，作為警察裁量之依據，卻未針對行使警察裁量權的條件和程序未加以限制，構成要件的不明確，連帶使得實務上警察權的發動充滿不確定性和裁量空間，如警察職權行使法第6條身分查證的規定，使用「合理懷疑」或「有事實足認」等作為發動要件之考量，可能使警察機關發動查證身分權限的要件過於寬鬆¹⁴⁶。尤其對於不確定法律概念之解釋，也屬於警察的裁量權範圍之一，在解釋上應依該法規範之立法目的，從嚴解釋認定，不能以警察個人的主觀為已足，加上警察權的發動由於多數具有濃厚的干預性質，除了依法行政，仍須通過比例原則之必要性考量始得作為最後的手段。

例如關於警械之使用，按警械使用條例第1條第3項之授權，行政院訂有「警察機關配備警械種類及規格表」，警察應勤器械不得逾越此範圍，看似明確，然縱使如此仍無法避免不確定法律概念的使用，因此在面對遊行抗議，警察機關為了壓制激動的民眾使用「束帶」綁住雙手，但觀之「警察機關配備警械種類及規格表」僅有警铐而無束帶，顯有逾越濫權之虞，警方嗣後卻將「束

規次數為裁罰衡量之標準。對於前已有違章紀錄，卻再為相同違章之行為人，因有較高的可責難性，給予加重處罰當非無據，惟行為人每次違章之情節、嚴重性、所生影響及所得利益均有不同，僅以前案違規次數作為唯一的審酌標準，容有裁量怠惰之虞。」

¹⁴⁶ 蔡震榮（2005），〈警察職權行使與執法之標準〉，《臺灣本土法學雜誌》，72期，頁148。

帶」認定為警繩的一種¹⁴⁷，這樣的解釋空間似乎也是構成要件不明確所造成。

第二款 法律保留之要求—法律授權之裁量範圍

為衡平警察職權膨脹與人權保障，警察權的發動必須有法律之明確授權規定，惟現行實務的主要問題並不是缺乏法律規定，問題乃在於法律授權的警察之裁量範圍過大，常見的問題在於：立法目的空泛、授權規定模糊不清，或是以空白授權之方式，都令警察為裁量時具有十足的彈性空間。

然而，「法律保留原則」與「授權明確性原則」兩者其實是兩面一體的問題，互相依存，無法獨立，因法律保留原則本來就不禁止立法者就某些法律保留範圍內之事項得不自行規定而授權行政機關以命令定之，但作為授權者的國會機關無論如何至少仍負有指導、影響命令內容形成之責任，絕不能不稍做指示即放任被授權的行政機關海闊天空地行事¹⁴⁸。

尤其在警察執法時，如立法者若經常以「追求公平正義」、「促進公共福祉」等老生常談的口號，作為警察機關所應追求的目標或立法目的，就不可能符合授權明確性的要求。因追求公平正義與公共利益，本就是國家的義務，任何政府機關理所當然應追求的目標，若連這類空洞、敷衍的陳腔濫調，可以當作警察擴大裁量權或免責的護身符，顯然違背憲法所指的授權明確性要求。¹⁴⁹但並非表示立法者的授權規定必須明確到完全不給行政機關自由思考、判斷空間，也幾乎不可能精確到警察只要亦步亦趨遵照指示即可達成警察任務。

授權明確性，唯一的要求是警察、行政機關的思考與意圖必須集中在立法

¹⁴⁷ 關於束帶的使用，不僅可能違反法律保留原則，侵害人民之身體、自由權，尤其按警械使用條例第 14 條：「警械非經內政部或其授權之警察機關許可，不得定製、售賣或持有，違者由警察機關沒入。但法律另有規定者，從其規定。」

前項許可定製、售賣或持有之警械種類規格、許可條件、許可之申請、審查、註銷、撤銷或廢止及其他應遵行事項之辦法，由內政部定之。」如果依警方之認定，可能一般五金材料行都要受到內政部的許可管制。

臺北市警察局的新聞稿：

<http://www.taipei.gov.tw/ct.asp?xItem=74938492&ctNode=46552&mp=108003>

最後瀏覽日期：2014.12.8。

¹⁴⁸ 許宗力（1990），〈行政命令授權明確性問題之研究〉，《台灣大學法學論叢》，第 19 卷第 2 期，頁 7。

¹⁴⁹ 許宗力（1990），前揭註 148，頁 11

者授權其解決的特定問題上，並且須遵守立法者所同時指示之方針、目標的限制。¹⁵⁰而行政法院所要處理的焦點在：基於每部法律授權之規範，個案之中提供給警察機關的形成自由空間究竟有多大？法律之於行政機關，具有「受拘束性」與「自主性」兩項特質，在這之間取得平衡，係行政法院應努力的目標。

第三款 警察裁量的一致性？（平等原則與信賴保護）

如前所述，警察裁量之特性在於涉及層面多且複雜，也因此容易令人詬病的是：面對政治人物或一般民眾，裁量之寬嚴標準不一。尤其是交通違規事件舉發之寬容程度，遇到政治人物或公眾人物往往法外開恩，民眾遇到警察則是奉公守法、剛正不阿，這類的新聞屢見不鮮。

行政中立，係公務員必須嚴守之觀念、精神，假使於警察執法時未深植於心，容易使裁量受到不當之影響，不僅人民容易遭受不公平的差別待遇，亦可能使基層員警無所適從，倍感壓力。¹⁵¹

第四款 眾多裁量基準或規則之實效性—過寬或過嚴？

由於現代警察任務多樣及不特定化，在警察裁量的行使上，實難僅以上述之「比例原則」、「平等原則」、「正當程序」或其他原理原則作衡量，在實務運作上也往往係作為司法事後審查之工具，而非行政機關行為時優先斟酌考量之點。再者，因警察執法時的裁量決定「能見度」較低，使外部機關更難以介入審查，加上行政機關本身對於具體個案和一般情況較立法者熟悉，所以普遍認為授權行政機關以行政命令方式指導與控制警察之裁量權，係更符合現況，以行政內部監督方式，也較緩不濟急之司法救濟有效。

然而，無論解釋性行政規則或是裁量性行政規則（裁量基準），均屬行政機關事前以一般性規定之方式所為具體化之基準。倘若有關裁量行使之指示過嚴時，則可能剝奪下級機關或第一線警務人員之裁量權限，違反法律授權裁量之

¹⁵⁰ 許宗力（1990），前揭註 148，頁 12

¹⁵¹ 黃錫安（1988），前揭註 107，頁 58。

立法目的¹⁵²，將使行政裁量的目的蕩然無存。而警察的行為永遠都是在「人權」與「治安」兩種基本價值不斷地發生拉扯、矛盾或衝突，此時仍應遵循法律保留原則，立法者不宜任意濫行授權行政機關而怠於行使自己的職權，而司法審查也不宜直接將之劃歸於行政立法權限之一部。

第三節 本文見解：探究警察裁量權之界限

壹、監督警察行使裁量權之必要

如同第二章所述，「依法行政」相當重要，因為法律須以特定法秩序與概念為其基礎及界限，因為最上位的規範與原則只是劃定一個分界、範圍，為了補強法律先天上的不足或漏洞，而留有相當的決斷空間給予下位階規範與行政機關去形成、具體化，並且涉及到價值的判斷，即是所謂的「行政裁量」，而民主核心的價值仍須仰賴行政官僚人員的專業能力和一定程度的行政裁量，才能落實執行國家意志和權利維護¹⁵³。任何原理原則之適用，及行政命令、程序規定之訂定，都會造成警察裁量之收縮是不爭的事實，從而本文討論警察裁量權之界限，目的並不在於將警察裁量權歸零或剝奪之，也不可能做到，而是希望藉由外部監督及內部控制，建立起課責機制，使警察最後的裁量結果趨近於正確，平衡人權與行政效能。

貳、動態之裁量權界限—重新檢討裁量理論於警察法上的適用

警察任務複雜且多的同時，警察人員不再單純只是適用法律和執行法律而已，也是在運用他們的裁量權決定是否「訴諸」法律¹⁵⁴，其裁量權之範圍不可謂不大。加上警察之行政措施多帶有干預性質的強制力行為，用艱澀困難的構成要件和法律概念拘束、綁架警察機關之裁量行為，基本上沒有實益，只會徒增員警的執法困擾，卻不會達到希冀的成效。再者，警察人員的出身不外乎受過警察專科學校和警察大學兩大系統的訓練，但縱使有相關法律課程，也難以

¹⁵² 陳清秀（2006），前揭註 54，頁 211。

¹⁵³ 朱金池、李源瑞（2009），前揭註 100，頁 246-251。

¹⁵⁴ 李湧清（1980），前揭註 92，頁 48。

苛求他們於一瞬間的裁量作出恰當的法律解釋。

無論是一般行政機關以及本文討論的警察機關，每一個行為之中難免都有裁量或評價存在，尤其警察活動中更是充滿了裁量，如學者葉俊榮教授所主張，裁量和不確定法律概念固應以區分，但立法上亦有許多權宜或便宜措施，不應單從靜態的法條結構作區分，應係訴諸動態的行政活動。法律文字與立法精神之間難免有所差距，自然需要賦予警察裁量空間，也因此職司法律解釋、判決的法官如何與警界進行溝通、對話，更形重要。

在警察法制不足、無法期待修法的前提之下，司法審查的重點更應該聚焦在於「行政行為之合法性」，因時空背景的不同、個案的特殊情狀以及警察裁量充滿個人化之特性，**警察裁量權之界限時處於移動之狀態**，時而擴大時而縮小，故本文主張在**警察法上例外揚棄傳統的行政裁量理論**（即行政裁量與不確定法律概念之質的區別說），法院應係以**警察的動態行政行為**為標的作審查，將**警察之裁量權認定包括構成要件及法律效果之裁量**，有其實益，對於警察行使裁量權之行為始得妥善做出合法性控制與外部監督，擺脫過去或是德國學界所強調的概念法學，尤其我國應該努力走出自己的法治體系，一味學習外國法或外國經驗，不一定符合臺灣社會現實情況，因為縱使法律概念再完美地操作，也可能因為特殊個案而有例外之情況。

重點毋寧是探究警察裁量權之界限，以利行政機關內部之控制，以及司法者外部之審查，此時，行政命令的妥善訂定可以發揮出平等原則及正當程序所希望的效果，減少與人民事後的紛爭，例如：藉由整個行政行為的正當程序作為制約之手段，以及透過教育使基層員警瞭解並貫徹比例原則。當人民遇到危險之情況下，警察為積極性之裁量行使時，除了各種行政命令可供依循，一方面可以在裁量之缺陷行使中找到界限，另一方面可以從比例原則和正當程序中找到其界限；不介入時之界限，即為裁量收縮至零，為了防止危害之目的，人

民個人有要求警察無缺陷地行使法律所賦予之裁量的公法上權利¹⁵⁵。

參、拒絕空洞化的依法行政

權力分立理論下的制衡原則，行政裁量在行政監督、立法節制及司法審查的共同控制下，積極追求個案正義與公益目的。過去總是認為立法、行政與審判是國會、政府與法院三個機關所分別擁有之最主要、最典型、最具特徵的權限，但權力分立、權限分配只能描述我們的問題，無法真正解決問題¹⁵⁶。尤其警察之任務與角色地位，因時空因素影響可能有廣有狹，本文認為，一個行政行為必須構成要件均該當時始得採取法律效果，故於行政機關適用法律時，如果要審查行政行為是否具有違法或瑕疵，則不應將構成要件與法律效果強硬分割觀察，始得稱之為「實質審查」，否則徒具形式的「依法行政」，難以貫徹民主法治之真諦。

法治是為了節制國家權力而存在，沒有任何權力能不受審查與檢視，而警察權正是最直接也最能代表國家公權力的表現，身兼保護其他權力的任務，因此也沒有理由可以脫離監督。法治國家係不容許有免於法院審查的行政行為，在判斷餘地的範圍內也僅僅是採取低密度之審查，而非完全免於審查¹⁵⁷。法院對警察權之發動有審查範圍、程度的寬嚴，不得僅因其屬於行政裁量之行為得免除司法事後之審查，更必須交由法院作綜合性之審查，包含合法性、公益性、比例原則以及合義務性裁量之檢驗。

以反服貿學運為例，警察有多種方式可以達到驅離抗議民眾之目的，也合乎法律之授權與規定，此時尊重警察機關之專業判斷，惟司法應注意的係該手段有無違反比例原則，選擇侵害最小之方式。**空洞化的依法行政仍是違法之行政裁量**，當人民之權利已經被侵害了，能救濟的管道只剩下司法，司法更應勇於承擔，不拘泥於形式文字，作實質之審查。有行政就會有裁量，行政自主與

¹⁵⁵ 李錫棟（2008），〈論警察職權概括條款〉，《變遷中的警察法與公法學-皮特涅教授七十祝壽論文集》，頁 49-51，臺北：五南。

¹⁵⁶ 許宗力（1990），前揭註 148，頁 5。

¹⁵⁷ 葉俊榮（1985），前揭註 43，頁 311-315。

司法控制就會繼續角力，警察機關的工作特性又與一般行政機關不同，具有相當之個人化色彩，法律人的使命應該是對症下藥，針對警察任務與裁量之特殊性，努力將隱約存在的界限找出來，馴服警察裁量這頭猛獸。

第四章 警察裁量權之過度擴大以社維法第 85 條為例

最常被警察用以合法化逮捕行為的理由是「妨害公務」，在新聞媒體上常常看到，一般民眾只要與警察有口頭或行動上的不合、衝突，就立刻會被現場員警理解成妨害公務的行為並以現行犯逮捕之，作為排除執法障礙及保護自己的最好理由。但不僅刑法有妨害公務罪，社會秩序維護法也有規範「妨害公務」之態樣，觀其構成要件更容易該當，似乎賦予了警察執法的灰色模糊空間，卻鮮少探究兩者之間的關連與涵義，以致讓警察長期任意以該等理由隨意逮捕民眾。

雖然法律條文的構成要件都有嚴格之定義，不可以任由警察片面解釋其文義，惟細究刑法第 135 條與社維法第 85 條兩者的法條用語僅有程度上之差別，亦可謂僅有「量的區別」，故法條的解釋適用到兩者之選擇均成為當場執行公務的員警，裁量權範圍之一，使得行政罰與刑罰之界限模糊不清也構成警察裁量權之界限處於動態的根本原因之一，如何避免警察濫用裁量權，本章首先整理警察機關按社維法第 85 條妨害公務移送法院的案例，並歸納法院對此部分的見解，並分析刑法第 135 條妨害公務罪與社維法第 85 條之分界，藉此討論及反省警察之裁量權，是本文核心討論的部分。

第一節 社維法第 85 條妨害公務之案例研討

以「社會秩序維護法第 85 條」為關鍵字，未限定日期，使用「法源法律網」資料檢索系統搜索警察機關以違反社維法第 85 條為案由之各地方法院裁定，整理列表如下：

表四、社維法第 85 條移送法院之案件統計表

移送案由	警察機關移送之件數	法院裁定不罰	法院認涉及刑法駁回移送聲請
社維法第 85 條第 1 款	127	26	4

社維法第 85 條第 2 款	3	1	0
社維法第 85 條第 3 款	22	6	1
總數	152	33	5

（本表自行整理而成）

從表列之數據，可以簡單歸納出實務上違反社會秩序維護法第 85 條妨害公務之案件，以第 1 款「以顯然不當之言詞或行動相加，尚未達強暴脅迫或侮辱之程度者」之態樣為絕大多數，顯示以其為核心更有討論之實益。且觀察地方法院簡易庭對於警察機關移送之案件審理後裁定不罰者，包括審理過程中認為事實、程度涉及刑法妨害公務罪而駁回移送聲請，約佔案件總數四分之一的比例，雖然用網路系統進行案件檢索與蒐集，難免有所遺漏或黑數存在，但仍可以看出對於社維法第 85 條構成要件之解釋，以及與刑法妨害公務罪之關係，法院和警察機關的認知有所落差，以下試提出三個案例及實務見解，說明警察裁量權之界限。

第一項 丟鞋是否構成妨害公務

關於「丟鞋」(Shoeing)，係從 2008 年美國總統小布希 (George Walker Bush) 在伊拉克舉行記者會時，一位記者為表達不滿朝他丟鞋，自此後經常成為人民選擇用來表達想法、訴求的方式，也是一種極具爭議的象徵性言論¹⁵⁸。欲討論妨害公務之行為態樣及警察裁量之關係，必從「公務」之內涵著手，試舉同樣朝公務員丟鞋的兩件案例，警察機關均係以社會秩序維護法第 85 條第 1 款「顯然不當之言詞或行動相加」為由移送法院，然而卻有不同裁定結果：

第一款 士林地方法院 103 年度秩抗字第 1 號裁定

第一目 事實概要

民國 102 年 11 月 13 日，行政院長江宜樺先生至台北京站商場觀賞電影

¹⁵⁸ 丟鞋是否為象徵性言論得受憲法言論自由的保護之爭議，與本文之核心較無相關，暫時不予分析，詳細討論可參劉靜怡 (2014)，〈用丟鞋和辦公祭傳達政治抗議訊息，該受處罰嗎？〉，《臺灣法學雜誌》，245 期，頁 131-135。

「看見臺灣」，清華大學孫姓同學以及其他學生為了聲援遭資方惡意關廠、積欠退休金的華隆退職員工，聚集在商場門口，以喊口號、丟鞋等行動表示訴求、表達抗議，並將自己的紅白拖鞋拋入會場內，僅差一公尺左右就砸中行政院長。警方隨即逮捕孫同學，並按社會秩序維護法第 85 條第 1 款其行為「妨害公務」移送士林簡易庭，簡易庭裁定罰鍰五千元。嗣後孫同學不服裁定結果提起抗告，合議庭審理後仍維持原裁定，抗告駁回。

第二目 法院裁定之見解

士林地院簡易庭在原裁定 102 年度士秩字第 20 號裁定很簡短指出：「被移送人……目的係欲引起注意等動機，然以上開不尊重他人之方式，朝進行公務行程之行政院長丟擲拖鞋，除僅引發現場一陣混亂外，無助於陳情或爭端解決，實非可取」故該當社維法第 85 條第 1 款之行為態樣。

合議庭在 103 年度秩抗字第 1 號裁定則除了重申該觀賞電影的行為是行政院所簽辦「鼓勵國片並用實際行動支持國片」之公務行為，所以江宜樺先生在大廳發表談話時正是以公務員身分執行職務之事實，被丟鞋之行為打斷，足堪認定係妨害公務。另外，並明確指出，就妨害公務行為，刑法設有專章處罰特定類型之犯罪，社會秩序維護法第 85 條之規定，合乎國家就公務處理另訂特別規範之整體法律取向，符合行政不法與刑事不法層升處理之比例原則，「顯然不當之言詞或行動」雖屬不確定法律概念，但可透過合憲性解釋之方式，在個案中逐一特定行政裁罰之合宜範圍，故並無辯護人主張社維法第 85 條不符比例原則違憲之問題。

第二款 臺北地方法院 102 年度北秩字第 47 號裁定

第一目 事實概要

民國 102 年 10 月 20 日，總統馬英九先生受邀出席客家義民祭之活動，薛姓婦人因政府施政導致生活艱難感到失望，在馬英九先生將要離去之際向其丟鞋表示不滿，差 100 公尺沒有丟中，隨即被現場錄影的員警以違反社維法第 85

條第 1 款為由移送臺北地院簡易庭裁罰。

第二目 法院裁定之見解

在本件裁定之中，臺北簡易庭清楚指出常見的觀禮、大會或活動致詞，不屬於任何民選或官派公務員之法定職務，故總統當時前往觀禮並致詞，並非是總統的法定職務，縱有隨護或警員戒備，仍不得逕將此定位為法定職務，與社維法第 85 條第 1 款規定「於公務員依法執行職務者，以不當言詞或行動相加，尚未達強暴脅迫或侮辱程度者」的規定不符，故不予裁罰。

第二項 人民反蒐證事件—高雄地方法院 101 年度雄秩字第 68 號裁定

法務部曾經發布函釋向警察機關闡釋一般人於公務員執行公務時自行使用手機、相機錄影蒐證可能該當妨害公務、侵害現場員警之隱私權，這對於在任何行政程序之中都處於武器不平等的人民，無異是剝奪其僅有的可以保護自己之手段，等同將「妨害公務」作為處罰名義無限上綱。

第一款 事實概要

民國 101 年 11 月 26 日，陳姓大學生騎乘普通重型機車載送徐姓同學，行經高雄市某街道，由於機車改裝過後車燈及喇叭，遭巡邏之警員攔停並欲依道路交通管理處罰條例之規定舉發開單，過程中徐同學用手機對執勤中的警員進行錄音錄影，即進行所謂的反蒐證。員警當場表示反蒐證已違反偵查不公開，要求兩人不得拍攝等語，並提出系爭法務部 101 年 9 月 13 日 10104149290 號函釋為依據，認為如未得公務員同意人民不得擅自錄音錄影，然兩人並未因此停止拍攝，警察遂認系爭二人的反蒐證行為已該當社維法第 85 條第 1 款妨害公務，逕依刑事訴訟法關於現行犯之逮捕程序逮捕及扣押系爭手機，移送法院簡易庭審理。

第二款 系爭法務部法檢字第 10104149290 號函釋

以下為法務部法檢字第 10104149290 號函的內容¹⁵⁹：

¹⁵⁹ 法務部全球資訊網，新聞消息。

<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=294687&ctNode=27518>

對媒體報導民眾錄音、錄影對警方執法反蒐證行為是否違法，法務部提出說明：

一、有關民眾向司法警察陳情、檢舉或接受行政、刑事調查時，可否自行錄音、錄影，前經內政部警政署函請本部釋示。本部於 101 年 9 月 13 日以法檢字第 10104149290 號函復略以：

（一）按偵查，不公開之，刑事訴訟法第 245 條第 1 項定有明文。民眾向司法警察機關檢舉或接受刑事案件之調查時，自不得自行錄音。

（二）另按維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第 22 條所保障。個人縱於公共場域中，亦應享有依社會通念得不受他人持續注視、監看、監聽、接近等侵擾之私人活動領域及個人資料自主，而受法律所保護（司法院釋字第 585 號、第 603 號、第 689 號解釋意旨參照）。民眾向司法警察人員陳情、檢舉或接受行政事件調查時，得否自行錄音乙節，因涉及承辦人員或其他在場人員之個人隱私權益，除有當事人允諾或法律明文規定者外，其隱私權之保護與一般人並無二致，是民眾於向司法警察人員陳情、檢舉或接受行政事件調查之場合自行錄音或錄影，除法律另有規定外，原則上應經在場人員之同意，始得為之。

（三）民眾如未獲同意而擅自進行錄音、錄影，司法警察人員本得視情節加以制止，如民眾於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫因而涉有刑法第 135 條第 1 項妨害公務罪嫌者，自得依法究辦。

二、至民眾未經警方或其他在場人同意而擅自錄音、錄影之行為，是否構成

社會秩序維護法第 85 條第 1 項第 1 款「於公務員依法執行職務時，以顯然不當之言詞或行動相加，尚未達強暴脅迫或侮辱之程度」或同法第 89 條第 2 款「無正當理由，跟追他人，經勸阻不聽者」，而得處以拘留、罰鍰或申誡部分，並未在本部上開函解釋範圍，此部分宜由該法之主管機關內政部解釋，或由執法人員就具體個案情節判斷之。

法務部針對警察執行公務屬於隱私權之函釋新聞稿回應如下¹⁶⁰：

新聞稿摘要：

「參、警察公務屬於隱私權之函釋

一、本部 101 年 9 月 13 日法檢字第 10104149290 號函，根本並無涉及個資法；另自然人為維護其本身權益所為蒐集行為，並不適用個資法：本部 101 年 9 月 13 日法檢字第 10104149290 號函，根本並無涉及個資法，部分媒體報導本部上開函釋，係援引個資法限制人民「反蒐證」行為，尚非事實。此外，自然人為維護其本身權益，自行錄音、錄影，而不作其他個人目的外使用，依個資法第 51 條規定，並不適用個資法，本部業於 101 年 1 月 23 日記者會中予以說明，特再次澄清。

二、民眾「反蒐證」行為所涉及隱私權問題，除法律已有規定，而應優先適用者外，仍應視相關人員對於隱私權有無合理期待(例如：依所在場合、是否具有合法理由、手段及方式等不同情形)，予以區分適用規範：

- (一) 民眾於向司法警察人員陳情、檢舉或接受行政調查之場合自行錄音或錄影時，有無違法情事，如已涉及個別法律(例如：刑法、刑事訴訟法、社會秩序維護法、通訊保障及監察法)，自應優先適用相關法律規定。
- (二) 其次，民眾為上開行為時，所涉及隱私權問題，應視相關人員對於隱私權有無合理期待(例如：依所在場合、是否具有合法理由、手段及方式

¹⁶⁰ 法務部全球資訊網，新聞消息。

<http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=295053&ctNode=27518&mp=001>

最後瀏覽日期：2014 年 2 月 27 日。

等等不同情形)，予以區分適用。

三、本部上開函釋主要係針對特定情形，本部另將儘速就各界關注民眾可否為「反蒐證」行為，再作更進一步解釋：

本部上開函釋主要係針對內政部警政署函詢之特定情形予以函復。為免各界誤解，或將上開函釋過度擴張適用，本部將就各界所關注民眾可否為「反蒐證」行為之疑義，儘速再作更進一步解釋。」

第三款 法院裁定之見解

高雄地院簡易庭於本件裁定中指出，從基本權之保護對象觀之，當公法人履行公法任務，自屬行使公權力，為公權力主體，而基本權之價值係在體現自然人之自由及尊嚴之上，公法人履行公任務並無法表彰此等自然人之人性尊嚴與自由發展，且容許公法人主張基本權可能造成權利人及義務人「同一性」之混淆與破壞「行政一體性」，故原則上公法人不能主張基本權。員警於公共場域基於私人地位主張隱私權，縱有合理隱私期待，因其以全然主張私人權利並非執行公務，其隱私權如遭侵害，亦與社維法第 85 條第 1 款妨害公務無涉。

員警所為之交通裁罰程序並無刑事訴訟法第 245 條偵查不公開原則之適用，被移送人所為之反蒐證行為與偵查不公開原則無涉，亦未侵犯員警之隱私權。社維法第 85 條第 1 項禁止人民於公務員執行公務時，為顯然不當之行為及言語，既在保障公權力順暢行使，則僅以單純反蒐證之錄音錄影行為，殊難想像將導致妨害公務進行。

第三項 問題提出—警察裁量權之界限與社維法第 85 條之適用

法律的制定應讓人民具有預見可能性並且具備客觀為世人所肯認之價值，而警察執法除了秉持中立，也不能跳脫法律的控制。僅僅觀察這些案例的事實背景，發現社會秩序維護法的爭議持續不斷發生，而警察適用社維法第 85 條與刑法第 135 條的實際情況，並沒有如立法者所設想的那麼單純截然劃分，也無法如部分法院指出可以依賴個案判斷就能解決所有的問題，本文試從上述案例

及其他案例事實，歸納出警察裁量權與社維法第 85 條之適用有下列問題，值得作為本篇論文討論警察裁量權之核心：

壹、避免警察個人之主觀因素成為裁量的主要基礎？

從警察機關依違反社維法第 85 條移送法院的案例，不難看出警員執法都存在一定的恣意性，警察是基層第一線的執法者，同時為國家之公民，受憲法基本權利之保障，執行公務時行使公權力與警察、公務員個人之基本權利、名譽權、隱私權保障是否相衝突？

尤其警察裁量權具有強烈的「個人化」特性，個人主觀之感受是否等同於公務執行受擾？例如：苗栗地方法院 98 年苗秩第 40 號裁定¹⁶¹之案件事實，被移送人係因為不服交通舉發之結果，三天後寄送內容不雅文字之信件，辱罵處理之員警及分局長，警察機關即依違反社維法第 85 條第 1 款移送法院。另外，再參酌新竹地方法院 101 年度竹秩字第 6 號裁定¹⁶²的事實，被移送人係因當場拒絕簽收交通違規之告發單，要求另以郵寄方式送達，並在將離去之際，以「走著瞧！我會提出行政訴訟」等語，警察機關即認違反社維法第 85 條第 1 款移送之。從部分案例中，可以發現被移送人的系爭行為多半是員警執行公務後之舉動，或是口頭不滿之氣話、情緒性字眼，則公務的執行究竟有無被妨害是存疑的，但也讓人民感覺警察認定違反社維法第 85 條第 1 款是相當恣意的。

而細究關於妨害公務之處罰規定，不論是社維法第 85 條或是刑法第 135 條，立法保護的是公務員之尊嚴、個人感受或名譽權嗎？如何避免警察其主觀意識左右影響裁量權行使的公正，是最重要也是目前研究警察法學者一直急欲

¹⁶¹ 苗栗地方法院簡易庭 98 年苗秩第 40 號裁定指出：「觀其行為係於違規及通知寄送後始為之，並非『於公務員依法執行職務時』所為者，顯與社會秩序維護法第 85 條第 1 款規定之要件不符，此外，移送機關並未提出被移送人有何在公務員依法執行職務時之不當言詞或行動，依前開說明，自難以該法相繩，此部分亦應為不罰之諭知。」

¹⁶² 新竹地方法院簡易庭 101 年度竹秩字第 6 號裁定：「按社會秩序維護法第 85 條第 1 項第 1 款規定係以對於公務員『以顯然不當之言詞或行動相加』為其構成要件，縱被移送人係因不滿遭員警開單告發，而以不悅之口氣稱『走著瞧！我會提出行政訴訟』，雖被移送人口氣並非平和，然提出訴訟乃憲法所保障人民之訴訟權利，尚非對於執行職務之公務員有以顯然不當之言詞或行動相加之行為。」

解決的問題。

貳、行政命令之訂定對警察裁量是幫助或拘束？

在高雄地方法院 101 年度雄秩字第 68 號裁定，人民反蒐證遭警察以違反社維法第 85 條第 1 款移送法院之事件，當場的執勤員警係持法務部法檢字第 10104149290 號函作為主要認定違法之依據。

系爭函釋是行政機關發布的解釋函令，多數見解將之歸類屬於行政程序法第 159 條第 2 項第 2 款前段所稱之「解釋性行政規則」，雖然與協助下級機關行使裁量權和統一裁量標準之裁量基準有所不同，目的在於統一解釋法令，事先將人民反蒐證之行為納入可能構成妨害公務之範疇，按前述發揮行政命令之功用，欲達到平等原則之目的，透過裁量基準或解釋性行政規則均對於警察裁量權之行使有所指導與限制。

然而，警察職權行使法和各警察作用法充滿不確定法律概念，使警察面對個案時，如欲作出最符合個案正義、平等及比例原則之決定，要如何解釋構成要件和選擇法律效果，僅有第一線之警員最清楚事實狀況。以函令之方式事先針對各種狀況是否符合構成要件作出解釋，對於基層警員究竟是提供得以遵循之依據？亦或是處理個案之拘束？

參、妨害公務體系之混亂模糊了社維罰與刑罰分界導致警察裁量權擴大？

針對「妨害公務」行為，除了刑法第 135 條，執法者尚有社會秩序維護法第 85 條可以作為裁罰人民的法源基礎，其兩者間之執法界限究竟如何？

在未嚴重影響公共秩序下，許多民眾被警察機關以社維法第 85 條「妨害公務」移送，又或者依刑法第 135 條「妨害公務罪」逮捕。實際案例例如：有檢察官以構成社維法第 85 條第 1 款作為該當刑法第 135 條妨害公務罪之理由起訴

¹⁶³；或者有承辦員警在做筆錄時即表明「要用社維法還是妨害公務辦他」¹⁶⁴。

由於刑法第 135 條和社維法第 85 條均是就「妨害公務」之行為態樣做規範，但一為刑事案件，一為社會秩序維護法上之違序事件，處罰之程度、是否有前科有所不同，故兩者如何作區別顯得格外重要。

或許本問題之提出、討論與丟鞋事件、反蒐證事件看似無關，但從這些案例可以歸納出一個核心問題：兩者的選擇適用似乎沒有一定的標準，任憑執法者作個案判斷，也成了第一線執法者警察的裁量權，縱使刑法案件有檢察官起訴做把關、再由法院審理判決；社維法由法院作最後的裁定，但不可忽略的是，經過層層移送、訴訟過程，人民的時間、金錢、權利早已被消磨殆盡。法律的解釋適用固然有問題，但重點仍然是前階段的「警察的執法態度」¹⁶⁵，有無可能濫用裁量權去認定事實，實際上抗議民眾遭到警察以「妨害公務」為由逮捕或移送之個案層出不窮，是否容許警察任意選擇適用兩者呢？而「公務」之內涵究竟為何？

綜合上述三個問題，可以了解到警察裁量權與社維法第 85 條之問題並非是單一個案，本文希望藉此可以拋磚引玉，使其受到重視、研究，進而修法解決之。

第二節 刑法妨害公務罪與社維法第 85 條不以強暴脅迫妨害公務之

¹⁶³ 臺灣高等法院 97 年度上易字第 3264 號刑事判決：「檢察官上訴意旨略以：本件原判決諭知被告無罪之判決，固非無見。惟……按社會秩序維護法第 85 條第 1 款、第 42 條前段規定甚明。本案被告於 97 年 5 月 20 日上午 9 時許，在臺北市松山區○○○路○段 2 號臺北小巨蛋舉行之總統、副總統就職典禮會場附近麥當勞前，對依法執行維安勤務之警員，以『警察了不起，不能拍照嗎，躲什麼躲？』、『怎樣，不能拍啊，你怕什麼』、『為何不能拍照』，衡諸當時現場情況，應堪認定被告有對值勤員警以『顯然不當之言詞』相加之行為……」（原審案號：臺北地方法院 97 年度易字第 2349 號刑事判決，檢察官上訴）

¹⁶⁴ 得參臺灣高等法院 97 年度上易字第 2413 號刑事判決中理由和勘驗筆錄部分（原審案號：桃園地方法院 96 年度易字第 1325 號刑事判決）。

¹⁶⁵ 得參閱 2014 年 1 月 7 日，台大科法所舉辦之「靜坐與強制罪：公民抗議的憲法保障與法律界線」，謝煜偉老師的發言記錄。在場許多與會來賓是苗栗苑裡反風車活動之抗議民眾，座談會進行中所詢問的問題多數為在和平抗議時遇到警察以妨害公務帶回警局時該如何是好？謝煜偉老師認為這類的問題主要係「警察的執法態度」所導致。本文認為謝煜偉老師點出面對集會遊行的抗議民眾，警察裁量權之問題所在。

分析比較

我國的刑法分則與社會秩序維護法分則，均有針對「妨害公務」的行為作制裁規範，然而行政罰與刑罰之分界各有學說支持，社會秩序維護法的定位究竟是行政秩序罰亦或是輕犯罪法？刑法與社維法之間是否有明顯的不同？再者，刑法第 135 條妨害公務罪與社維法第 85 條不以強暴脅迫為妨害公務其構成要件為何？將導致其界限之劃分，影響執法者的適用，其保護法益應均為「國家公權力的合法行使」，則兩者之間的關係究竟如何？刑法上妨害公務罪尚有檢察官作為起訴之監督，然社維法第 85 條卻是由警察機關直接移送法院，始得警察在社維法之裁量權更不受監督。

第一項 我國社會秩序維護法之角色定位與刑法之分界

社會秩序維護法，關於其制訂之過程以及法條規範內容本身即有許多爭議存在，強調程序正義的現在，警察機關適用社維法時，除了社維法本身的程序規定，是否仍應適用行政程序法或行政罰法的程序規定？抑或是如同法院審理時適用刑事訴訟法之程序規定？尤其按規定社維法的主管機關係警察機關，其內容大體上仍無法完全脫離過去違警罰法的色彩，觀其規範的行為態樣是較輕微的破壞秩序行為（違序行為），其性質、內容與日本的輕犯罪法相類似，也與我國刑法之體例相差無幾，但多數實務、學說仍將其定性為行政秩序罰，導致警察裁量時所應遵守的程序與法理有所混亂，進而可能影響人民之權利保障，故在討論妨害公務這個行為態樣時，即刑法第 135 條與社維法第 85 條兩者是否有區別時，有必要先釐清社會秩序維護法之定位與爭議，始具實益：

第一款 社會秩序維護法之立法目的

第一目 社會秩序維護法之起源

社會秩序維護法於民國 80 年 6 月 29 日公布施行，參照其立法理由當時的立法者主要係參考德國秩序違反法、新加坡輕犯罪法、日本輕犯罪法和奧地利

行政罰法制定而成¹⁶⁶，其前身是已經廢止的「違警罰法」，違警罰法係由於司法院釋字第 166 號解釋指出：「情勢已有變更，為加強人民身體自由之保障，違警罰法有關拘留、罰役由警察官署裁決之規定，應迅改由法院依法定程序為之」作出警告性之解釋，接著司法院釋字第 251 號解釋：「前述解釋之拘留、罰役及本件解釋之處分裁決程序規定，至遲應於中華民國八十年七月一日起失其效力，並應於此期限前修訂相關法律。本院釋字第一六六號解釋應予補充。」又進而宣告違警罰法部分條文違憲應定期失效，故而被廢止之，並以社會秩序維護法替代其功能。

違警罰法當時主要係參考日本「警察犯處罰令」及「違警罪即決例」，於民國 32 年所制定實施，不過有鑑於兩者過度侵害人民的自由與權利、程序又輕忽草率，二次戰後日本已經廢止了「警察犯處罰令」與「違警罪即決例」，繼而重新公布實施「輕犯罪法」，將最低的道德標準予以實體刑法化¹⁶⁷，日本的輕犯罪法僅有 4 個條文，從原本的行政秩序罰轉為輕犯罪，交由法院裁罰，以減少過去警察濫權高壓之現象。惟我國的社會秩序維護法仍仿效違警罰法之體例繼續施行至今，於制定過程時卻僅就違警罰法中被宣告違憲部分予以修正，將警察裁決拘留等限制人身自由之規定刪除，故現行法的規定並未脫離原有之內容與架構。與其餘行政法規最大不同的是，社會秩序維護法承襲、仿造了刑法典之框架，內容分別有總則、處罰程序、分則以及附則共四篇，尤其，社維法有別於行政罰法之規定另外就行為人可歸責性「責任能力」作規範之，違反社維法之案件，裁罰時應審度行為人諸般情狀，如動機、目的、手段等，以資適度量罰。

¹⁶⁶ 傅美惠（2013），〈我國社會秩序維護法「勒令歇業、停止營業」存廢之探討--兼論社會秩序維護法第 18 條之 1 修正草案評析〉，《警專學報》，5 卷 6 期，頁 29。

實務見解亦有提出我國社會秩序維護法之立法係參考日本輕犯罪法，福建金門地方法院 97 年度城秩字第 1 號裁定：「按社會秩序維護法第 85 條第 3 款規定之立法理由，謊報災害，常使公務員疲於奔命，且可能影響真正災害之搶救，故參考日本輕犯罪法第 1 條第 16 款為本條第 3 款之規定。」

¹⁶⁷ 李錫棟（2014），〈從日本輕犯罪法之視角比較分析我國社會秩序維護法之相關問題〉，《警學叢刊》，44 卷 4 期，頁 91-92。

按立法者的用意，應該是希望警察機關利用社會秩序維護法來築起維護道德的高牆，預防、減少犯罪的發生。但我國的社維法與外國法制比較，以及我國社會秩序主客觀形勢亦今非昔比，其規定明顯不符時宜、規範有所不當（尤其僅我國社維法有關於勒令歇業、停止營業之規定）、救濟管道不足、人權保障不週¹⁶⁸，立法者卻僅於民國 100 年 11 月 4 日為因應司法院釋字第 666 號解釋針對社維法第 80 條「罰娼不罰嫖違憲」，作出一次修正、增訂，就沒有針對社維法的內容再進行重大的檢討或修正。

第二目 社會秩序維護法之保護法益

綜觀社會秩序維護法分則編，所規範的態樣幾乎囊括了日常生活中可能影響他人身體、自由、權利甚至是違背風土民情、倫理道德之違序行為，例如居住安寧、寵物飼養至妨害風俗等等（妨害安寧秩序、妨害善良風俗、妨害公務、妨害他人身體財產共四章），可說是與我國人民生活最貼近的一部法律。然而，適用一部法律最重要的仍是探求其立法目的及保護法益，始能正確而不僵板的解釋、適用，不脫離現實情況，否則可能失去每部行政法規的管制目的，而無法真正達到其目標。

關於社會秩序維護法之規範目的與保護法益，可以參照社維法第 1 條：「為維護公共秩序，確保社會安寧，特制定本法。」，包括了「維護公共秩序」與「確保社會安寧」。不過所謂的「公共秩序」與「社會安寧」在法律上均屬於不確定法律概念，其實質內涵為何，觀其社維法的立法理由也並未闡明清楚¹⁶⁹，似乎是立法者刻意留待實務和學理的發展，其意義也可能就是社會通念經常稱呼的「善良風俗」或「倫理道德」，無論如何都是抽象之概念，其範圍和意義仍然相當模糊、不易掌握，相對地也留給主管機關很大的裁量空間。

社會秩序維護法其欲達成之目的，是提前解決社會上可能發生之問題，如減少刑事犯罪與民事糾紛，所以保護法益應該是所謂的「社會秩序」。

¹⁶⁸ 傅美惠（2013），前揭註 166，頁 28-31。

¹⁶⁹ 李錫棟（2014），前揭註 167，頁 93。

第二款 刑罰與社維罰之交錯

違反私人間之民事法律關係，可透過侵權行為損害賠償、違約金、懲罰性賠償金等作為懲罰，基於「處罰法定原則」，國家一切的刑罰或行政秩序罰，都應有法律明文規定，而法規範就違反公權力之制裁，依其對象、手段與程序的不同，可區分為：刑事刑罰、行政刑罰、行政秩序罰、行政執行以及與公務員懲戒相關的紀律罰。由於福利國家理念的實現，個人、社會、國家三位一體協同存在關係的形成，在法律思想上使刑法保護法益產生質與量的變化¹⁷⁰，許多行政管制事項也有提高保護程度或懲罰之趨向，例如交通上的罪態駕駛、食品安全的監督、環境影響評估等等，始得刑法與行政法之界限越來越模糊，至於社會秩序維護法所規範的「違反秩序行為」究竟是刑事不法抑或是行政不法？涉及其適用之程序及原理原則。

第一目 社維法處罰之性質

社維法上之處罰，過去稱為「違警罰」，社會秩序維護法之立法原意，係將不法性較輕微或不具可罰違法性的行為從普通刑法抽離，本可不加以處罰，但為了維持社會公共秩序，亦或是為了培養公民道德之崇高理想，所以立法者委由警察機關繼續以行政便宜之方式略施懲戒，預防進一步可能的犯罪。

綜觀社會秩序維護法之處罰種類與效果（罰鍰、沒入、申誡、拘留、停止營業、勒令歇業等六種），應該係集行政秩序罰與行政刑罰於一身的法律，惟「拘留」涉及人身自由之限制乃自由刑的一種，其他種類的處罰則屬於行政秩序罰性質。由於現行的社會秩序維護法以警察機關為主管機關，適用社維法本身之調查與處罰程序，且其制裁明文排除刑罰效果，懲罰部分對於侵害或限制人民之程度也較一般刑罰輕微，故多數學者認為社維法之處罰手段都不屬於刑法第 32 條至第 34 條所規定之刑罰，係屬於行政秩序罰性質，並將之歸類為警察行政法。立法者也將社維法的處罰定性為秩序罰，基於自立執行性，警察機

¹⁷⁰ 楊哲睿（2006），《行政處罰之法定原則與便宜原則探討》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，頁 11-12。。

關集訴追、調查、審理與執行於一身，顯然是為達到行政目的（維護社會秩序）使然，而不採用刑事訴訟法之嚴格程序規定。

但綜觀社會秩序維護法之整體架構，明顯係承襲刑法典之框架，加上社維法有總則之規定，自行針對行為人責任、處罰種類、時效等規範。另外，關於第三編分則中大部分規範的行為態樣，其構成要件可說是針對刑事犯罪中不處罰的「預備犯」及「未遂犯」加以取締，或在刑法中只處罰結果犯或實害犯，於尚在「單純的行為階段」或「危險階段」時即予以處罰，「拘留」也與行政執行法之「管束」其目的有所不同，係帶有濃厚的刑罰意味。而關於處罰之救濟則係交由地方法院簡易庭審理，再向地方法院普通庭抗告，而非循一般行政爭訟途徑，故我國的社會秩序維護法實質上帶有濃厚的刑法色彩和社會倫理非難性，也不可否認立法者乃係有心利用社會秩序維護法作為承接、補充刑法之漏洞或不足¹⁷¹。

惟參酌外國之立法例，「德國違反秩序法」的處罰種類僅有罰鍰一種，社會秩序維護法由於制裁的手段不一樣，拘留罰屬自由刑，而勒令歇業和停止營業則屬經濟行政罰，均須經由法院裁定，再交由警察機關執行，形成警察機關和地方法院簡易庭雙軌管轄（社維法第 45 條規定參照），造成程序的混亂、適用法理紊亂之現象。¹⁷²

第二目 與刑罰之分界

刑罰，係針對違反社會共同生活之倫理與道德之行為，因該行為無待法律規定即具有社會非難性，又稱「自然犯」，目的在於建立最低限度的道德標準，並透過刑罰烙印化（stigmatization），達到嚇阻犯罪的效果；行政秩序罰則係針對「過去」違反行政法作為與不作為義務之行為加以追究處罰，侵害行政利益，通常不具有社會倫理上之可非難性，是一制裁性（裁罰性）之不利處分，其目的主要在於制裁與管制，利用處罰給予違反行政法規的行為人警告並達到

¹⁷¹ 李錫棟（2014），前揭註 167，頁 95-99。

¹⁷² 傅美惠（2013），前揭註 166，頁 23-43。

未來預防、管制之作用，及維持行政作用秩序。

壹、刑罰與行政罰區別之學說

同為國家公權力之制裁，「刑事不法」與「行政不法」之區別，係爭論已久的問題，二十世紀 70 年代以前，關於刑罰與行政罰，德國學說普遍認為係以是否具有社會倫理之非難性作為分界之標準，由於社會倫理非難之涵義過於抽象、模糊，在 80 年代後期這樣的標準開始受到質疑和挑戰，陸續提出不同的界分理論¹⁷³。

一、質的區別說

學者間有採「質的區別說」：從法益的保護出發，此說認為刑事不法係指一般具倫理非難性、侵害特定法益（刑法意義下的具體法益¹⁷⁴）的行為，處罰行政不法的意旨乃在於警告與管制單純破壞行政秩序之行為，無庸考慮行為人之主觀惡性，故兩者間在保護法益或目的上具有「本質上」之差異，所適用的程序和法理原則也不一樣。

在質的區別說亦有兩項特徵可供說明：一為對禁止錯誤理論的不同標準，刑法通說對於禁止錯誤採「罪責說」，將故意與不法意識切割分離觀察，故意僅針對構成要件事實有所認識即為已足，不法意識則是行為人是否具有造成法益侵害結果的主觀意欲，例如刑法學上通說之三階段論法採「限制法律效果責任說」，認為在誤想防衛的情況，仍成立故意犯僅是減輕或免除罪責。而行政法上面的制裁則是將構成要件的認識與不法意識結合（故意說），只要沒有認識到法律的禁止規定，在主觀上就欠缺法益侵害之意欲，不會構成故意犯，而過失犯的規定在行政罰領域就更少。

第二項特徵，係行政罰與刑罰對法人的處罰之差異，雖然我國採「法人實在說」，法人得為權利義務之主體，但並非所有自然人得享有之權利義務，法人

¹⁷³ 陳文貴（2012），前揭註 111，頁 13。

¹⁷⁴ 刑法中各種犯罪類型所保護的法益，包括生命、身體、自由、財產、秘密、名譽、公共安全等。

亦可以享有之或成為主體，故我國刑法原則上否認法人得為處罰的主體，但例外在行政刑法或行政秩序罰之領域，除了懲罰行為人、負責人外，處罰法人組織本身是常見的嚇阻手段。

二、量的區別說

亦有學者主張「量的區別說」：認為刑罰與行政罰之間並無本質的差異，僅是兩者的不法內涵及行為所生之損害在「程度上」有所不同而已，違反法秩序程度（或量）較高者，應用刑罰制裁，程度低者，則用行政罰即可。參照司法院釋字第 517 號解釋理由書（節錄）載明：「按違反行政法上義務之制裁究採行政罰抑刑事罰，本屬立法機關衡酌事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果，所為立法裁量之權限，苟未逾越比例原則，要不能遽指其為違憲。即對違反法律規定之行為，立法機關本於上述之立法裁量權限，亦得規定不同之處罰」，一個違反法律規範的行為究竟要採取何種處罰手段，實是「立法裁量」，國會基於民主正當性授權之立法形成自由¹⁷⁵。既然在保護法益或目的上無不同，因此受處罰者若已受到較重的刑罰制裁，國家應已無再科處行政罰之必要，否則即屬違反一行為不二罰原則與比例原則。

雖然多數學者傾向採「量的區別說」¹⁷⁶，但並非漫無標準、純屬立法政策之考量，司法院釋字第 517 號解釋理由書第二段最後亦指出，立法者對於採用何種手段固然擁有裁量權，仍須衡酌事件之特性、侵害法益之輕重以及欲達到之管制效果，不得逾越比例原則，尤其立法者還需考量國家行使刑罰權之正當性，包含刑罰在整體法秩序之中的補充性原則，以及禁止過度原則下的最後手段性與刑法之謙抑性，不得僅搪塞「立法政策」作為之合憲理由¹⁷⁷。

¹⁷⁵ 吳庚教授認為，何種違法行為構成行政罰對象？何種行為應受刑罰制裁？常屬立法政策之考量，參氏著，前揭註 25，頁 484；學者陳敏指出，立法者對特定行為制定處罰規定時，就應科處刑罰或行政罰，常出於當時立法政策之裁量，而非本於一定之法律原理，參氏著（2013），前揭註 16，頁 707。

¹⁷⁶ 相關爭議與討論得參閱洪家殷（2006），《行政罰法論》，二版，頁 114 以下；陳敏（2013），前揭註 16，頁 706-708。

¹⁷⁷ 陳文貴（2012），前揭註 111，頁 17-19。

三、質量兼採說

近來有學者¹⁷⁸針對上述兩說之缺點提出了「質量兼採說」：認為單從質或量的區別，皆無法明確區別兩者之界限，忽略了刑法與行政法截然有別的「任務」與「目的」，應綜合考量非難性之程度、法益之侵害、發生之頻率及數量、制裁制度之特性、權力分立等因素，決定應採取何種制裁手段與程序規定。

貳、警察主管之法規與刑法比較

按上述，多數學者認為刑罰與行政罰之間的區別僅僅是「量的區別」，構成在整體的國家制裁體系中，互相補強的關係，此一看法在身兼「行政」與「刑事」任務的警察法上更是展露無疑，從保護法益均相同的角度觀察，警察主管或負責舉發的行政法規其處罰的行為態樣和刑法處罰的態樣之間，除了名稱外，兩者往往僅具有「量的區別」的程度與界限，以文義彰顯刑法和行政法之分界，例如：妨害公務（刑法第 135 條 V.S.社維法第 85 條）、傷害他人（刑法第 277 條 V.S.社維法第 87 條第 1 款）、醉態駕駛（刑法第 185 條之 3 V.S.道路交通管理處罰條例第 35 條第 1 項），條文表列如下：

表五、警察主管之行政法規與刑法比較表

行為態樣	刑法	行政法規
使用具殺傷力之物品	§186-1： 無正當理由使用炸藥、棉花藥、雷汞或其他相類之爆裂物爆炸，致生公共危險者，處一年以上七年以下有期徒刑。 因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期	社維法§36I： 有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰： 四、放置、投擲或發射有殺傷力之物品而有危害他人身體或財物之虞者。

¹⁷⁸ 吳志光（2014），《行政法》，六版，頁 327，臺北：新學林。

	徒刑。 因過失致炸藥、棉花藥、雷汞或其他相類之爆裂物爆炸而生公共危險者，處二年以下有期徒刑、拘役或五千元以下罰金。 第一項之未遂犯罰之。	
妨害公務	§135I：對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。	社維法§85①： 有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新臺幣一萬二千元以下罰鍰： 一、於公務員依法執行職務時，以顯然不當之言詞或行動相加，尚未達強暴脅迫或侮辱之程度者。
傷害他人	§277I：傷害人之身體或健康者，處三年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。	社維法§87①： 有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新臺幣一萬八千元以下罰鍰： 一、加暴行於人者。
醉態駕駛	§185-3： 駕駛動力交通工具而有下列情形之一者，處二年以下有期徒刑，得併科二十萬元以下罰金：	道交§35I： 汽車駕駛人，駕駛汽車經測試檢定有下列情形之一者，處新臺幣一萬五千元以上九萬元以下罰鍰，並當場移置保管該汽

	一、吐氣所含酒精濃度達每公升零點二五毫克或血液中酒精濃度達百分之零點零五以上。 二、有前款以外之其他情事足認服用酒類或其他相類之物，致不能安全駕駛。 三、服用毒品、麻醉藥品或其他相類之物，致不能安全駕駛。 因而致人於死者，處三年以上十年以下有期徒刑；致重傷者，處一年以上七年以下有期徒刑。	車及吊扣其駕駛執照一年；附載未滿十二歲兒童或因而肇事致人受傷者，並吊扣其駕駛執照二年；致人重傷或死亡者，吊銷其駕駛執照，並不得再考領： 一、酒精濃度超過規定標準。 二、吸食毒品、迷幻藥、麻醉藥品及其相類似之管制藥品。
--	--	---

（本表由本文自行整理而成）

然而這樣的法律條文設計對於警察機關真的有能力作區分嗎？由上表整理可知，行政法與刑法兩者法條的選擇、如何涵攝事實、解釋法律文義自然成為第一線執法的警察其裁量範圍之一，法院難以於事前置喙，只能等待案件進入司法程序。

尤其是其關於社維法第 85 條第 1 款不以強暴脅迫之妨害公務行為與刑法第 135 條妨害公務罪的適用，既然實務上警察機關常用於集會遊行、抗議活動之取締，可能危及人民於憲法國民主權原則底下的言論自由基本權利之正當行使，本文認為即不是單純可以量的區別來說明、和事實認定之問題，宜更慎重面對之。

第三目 小結

按行政罰與刑罰區別之學說整理，以及兩部法律之文字、規範行為態樣與

保護目的，實際上社會秩序維護法很難完全脫離刑法中社會倫理非難性之樣貌。

社維法所規範之行為態樣多數偏重於善良風俗、人倫之間的維護，與一般行政法規所要管制的行政秩序大不相同；再者，如道路交通管理處罰條例、噪音管制法等行政秩序法規多半採用文義較確定之構成要件，主管機關、警察機關於舉發或裁罰時能避免爭議產生，或減少因裁量空間過寬導致不平等之情況。然而，社會秩序維護法其法條用語充滿了不確定性與解釋空間，倚賴警察仿效法院審理刑法案件般將事實涵攝進法律關係，卻也增加了恣意的可能。

因此，社維法與刑法之間，若依立法目的及保護法益，實則無分別，均是透過國家公權力以維護社會秩序，及我國社會風土民情下的倫理道德標準。兩者的分界即僅有「量」、「程度」之分，對於社會或個人侵害較輕微者，依社維法裁罰，侵害嚴重者則按刑法或行政刑法論處。不可否認的，我國社會秩序維護法各方面都類似日本的輕犯罪法，非屬單純的行政秩序罰，而具有濃厚的刑法色彩。

第三款 綜合檢討：社會秩序維護法有全面檢討之必要

綜觀社會秩序維護法中的條文，其文字用語如同其立法目的充斥著不確定法律概念，更可以看出立法者希冀以警察的執勤實務支持、充實社維法的內涵，以作為我國預防犯罪、維持秩序之主要法律。社維法之處罰性質多數認為是行政秩序罰，惟社維法之立法體例以及法院審理之程序都是按刑事訴訟案件進行，行政不法與刑事不法兩者之間雖然有採「量的區別說」，畢竟法理解釋與程序保障容有不同，社維法這樣兼有行政罰與刑罰的特性，可能混淆兩者之界限，更是賦予我國現行體制下身兼行政與司法之任務的警察，漸漸擴大的裁量空間，實有全面檢討之必要。

社會秩序維護法不同於其他行政法規，自行於總則中針對「行為人之責任」獨立作規定，與行政罰法規定有些許不一樣，如行政罰法僅就年齡及精神

狀態訂有裁處減免之事由，然社會秩序維護法第9條第1項第2及第3款則特別規定，滿七十歲人或瘡啞人之行為得減輕處罰，自應優先適用。基於行政罰法屬普通法之地位，目前社維法上關於行為人的責任原則，應與行政罰法之規定一致，在實務運作上是較為妥當的作法，不致使整體行政罰之法律體系的解釋混亂，造成漏洞與爭議。

而我國社維法中之所以規定「勒令歇業」與「停止營業」兩種處罰，究其立法目的係為避免違法之營業行為死灰復燃，性質乃歸類於行政罰法第2條第2款所稱之「剝奪或消滅資格、權利之處分」，屬於經濟管制的一種，主管機關應為經濟部或其下屬機關，與行政刑罰之性質和程度也有所不同，實務上雖然行政機關多倚靠警察協助取締行政不法，但社維法卻規定由警察主要負責取締，地方法院簡易庭裁處，顯然造成權責不符。再者，將勒令歇業和停止營業之處罰權限交由法院簡易庭依刑事裁定程序進行審理，無異使法院成為行政不法的第一線執法者，雖然符合法官保留原則，但卻混亂了一般行政制裁體系和程序，徒增法院負擔。

另外，行政訴訟法修正後各地方法院均設置行政訴訟庭，過去原本行政法院不足，難以負荷大量行政、交通違規的問題也解決了一大半，既然社維法之違序事件屬於公法事件，且相較於道路交通管理處罰條例的違規事件，涉及更多人民的基本權利行使和限制，加上其裁罰性質目前多數定性為行政罰，社維法之救濟途徑應該回歸一般通常行政救濟途徑（訴願、行政訴訟），交由行政法院依行政訴訟程序法理進行審理，維持行政法上之原理原則與程序法理。

就程序而言，社維法雖本身有相關規定，但就理由敘明及救濟管道仍有不足，要求警察將裁量、判斷的心證公開於眾也是難上加難，因此亦有論者提出為因應現代行政程序之繁複，另訂一部「行政調查法」之觀點。

最重要的爭議是，社維法分則的規範內容對於一般日常生活行為無所不包，構成要件幾乎是使用「不確定法律概念」相互組合而成，再交由執勤員警

自行判斷，等同讓警察機關以不確定法律概念控制整個社會，尤其社維法部分條文之適用涉及基本權間的衝突，對人權保障可能影響重大¹⁷⁹。

綜上，警察機關以社會秩序維護法保護社會安寧，也利用社維法預先控制社會問題，但基於社維法其存在許多爭議，目前部分社維法條文使用頻率偏低，及警察裁量權藉由不確定法律概念不斷擴大的此時，除了討論社維法第 85 條妨害公務之規定外，立法者實有必要從根本全面性的檢視社會秩序維護法各項爭議與問題，甚至應該考慮社維法的存廢。

第二項 刑法第 135 條與社維法第 85 條的構成要件比較

警察裁量權之於社維法第 85 條在適用上之所以發生眾多爭議，以及人民讓感到不解，除了社維法本身存在缺陷，主要係其構成要件與刑法第 135 條無法清楚劃分區別二者，以下將從構成要件之比較論起：

第一款 刑法第 135 條妨害公務罪

刑法第五章「妨害公務罪章」，雖然只有 7 個條文，但比起其他同屬侵害國家社會法益的罪名，卻更常見更常不絕於耳。

刑法第 135 條：「對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。（第 2 項）意圖使公務員執行一定之職務或妨害其依法執行一定之職務或使公務員辭職，而施強暴脅迫者，亦同。（第 3 項）犯前二項之罪，因而致公務員於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上、十年以下有期徒刑。」

刑法第 135 條「妨害公務罪」，其保護法益究竟係維護國家公權力合法行使的過程，抑或是保護公務員個人之地位、身體自由安全等，學說間尚有分歧，主要可分為兩說：一說認為妨害公務罪之法益在於國家公權力的合法行使及國家威信，禁止人民不法對抗國家權力，阻擾國家意志之實現，保護政府的行政、立法、司法等職務能夠順利地推行，進一步確保國家總體施政目標之達成

¹⁷⁹ 傅美惠（2013），前揭註 166，頁 25。。

¹⁸⁰；另一說則認為，行為人係對執行公務之公務員個人施以強暴脅迫之手段而達成妨害公務之目的，本罪除了保護國家社會法益外，尚兼有保護公務員「地位」之個人法益。

本文認為「兼有保護公務員個人法益之說」有其道理，惟本罪章的保護法益應該是公務的順利執行與公權力之威信，公務員個人並非主要的保護對象，公務員原則上只是公權力之手足延伸，透過反射利益間接得到保護¹⁸¹。公務員的工作權益之保障與工作處所的安全，宜透過公會或其他福利、保險制度爭取，單靠刑法是無法提供良好的工作環境，假使人民的行為對象主要是針對公務員個人而造成生命身體、名譽權的權利侵害，應係按刑法分則其他條文論處或是循民事損害賠償救濟之，不可任意混淆妨害公務罪章之目的及保護法益，否則有違刑法之謙抑性與最後手段性。

第一目 客觀構成要件

依刑法第 135 條第 1 項：「對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」其客觀構成要件主要分成兩大部分：1.公務員依法執行職務；2.行為人施以強暴脅迫。

壹、公務員依法執行職務：

「執行職務」，係指公務員基於公權力地位執行其職務範圍內之任務。如何認定公務員的身分主要係依刑法第 10 條第 2 項¹⁸²之規定，本條文之重點之一在於以職務行為的合法性為要件，通說認為必須係公務員職權範圍內的公務行為，屬於該公務員法定權限，且必須已經踐行該等職務行為在法律規定之有效要件、程序。

¹⁸⁰ 吳培菁（2009），《從司法實例論妨害公務罪》，中國文化大學法律學研究所碩士論文，頁 32。

¹⁸¹ 相同見解得參曾淑瑜（2007），〈妨害公務罪之保護客體是「公務員」？還是「公務」？〉，《臺灣本土法學雜誌》，91 期，頁 87-93。

¹⁸² 刑法第 10 條第 2 項：「稱公務員者，謂下列人員：

一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。

二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」

關於職務行為之合法性，通說認為涉及公務員職務行為本身之國家利益與人民個人利益之衝突，在判斷上僅須有具備形式上的合法依據，避免行為人與公務員各說各話，而無庸當場判斷是否具實質合法性¹⁸³。

貳、行為人施以強暴脅迫：

「強暴」是指以物理力量直接或間接加諸於人之身體，一種有形之暴力；「脅迫」係指告以不法之惡害，使對方精神、思想倍感威脅，施以精神之壓迫。多數實務和學說看法¹⁸⁴認為，由於本罪章的保護法益是國家公權力之合法行使，加上公務員執行公務時，除了可能有警察機關在一旁協助，原則上也比一般人民的設備、能力要好，故刑法第 135 條所稱之「強暴脅迫」的手段無須達到強盜罪章中無法抗拒之程度，否則實務上很難發生人民對公務員施以強暴脅迫到無法抗拒之情況而該當本罪之構成要件。並有法院判決¹⁸⁵指出此處的「施以強暴脅迫」的對象，不以對公務員之身體直接實施暴力行為為限，凡以妨害公務為目標，對物或對他人實施暴力，只要行為人的目的是在阻礙公務員職務之順遂進行即該當，侵害本罪之保護客體。

亦有學說¹⁸⁶認為刑法第 135 條妨害公務罪本質屬於抽象危險犯，應採最廣義之「強暴脅迫」，只須行為人以積極方式妨害公務，其行為在某個程度上有危險性即足矣，現實上能否有效阻止公務的執行造成結果損害亦非所問。日本學說¹⁸⁷上討論妨害公務罪之暴行與脅迫行為，是否需達到強盜罪的強暴脅迫程度，使公務員無法抗拒，也有類似之看法。另有學者認為妨害公務罪屬於具體

¹⁸³ 學說上認為職務行為之判斷基準可分為：1.主觀說（公務員標準說）：依執勤的公務員本身之主觀認知是否適法；2.一般人標準說：依一般人之立場認定該行為當時是否適法；3.客觀說：由法院依客觀存在的法令解釋判斷之。通說認宜採客觀說為妥。

¹⁸⁴ 盧映潔（2013），《刑法分則新論》，七版，頁 82，臺北：新學林。

¹⁸⁵ 基隆地方法院 101 年度囑訴字第 1 號刑事判決載明：「刑法第 135 條第 1 項之罪，以對於公務員依法執行職務時施強暴或脅迫為要件。此之所謂施強暴，不以對於公務員之身體直接實施暴力為限，凡以公務員為目標，而對物或對他人施暴力，其結果影響及於公務員之執行職務者，亦屬之。」

¹⁸⁶ 廖其偉（2006），《刑法上職務行為之研究：以妨害公務罪為探討核心》，國立臺北大學法學系碩士論文，頁 31。

¹⁸⁷ 廖其偉（2006），前揭註 186，頁 45。

危險犯，基於公權力發動之合理限制，及保護法益為公務本身之考量，具體判斷該行為是否足以阻絕公務執行之狀態¹⁸⁸。

綜合上述之實務與學說，不論採抽象危險犯或具體危險犯之見解，均肯認刑法第 135 條所稱之「強暴脅迫行為」，只需行為人以妨害之意思為妨害行為，不必產生妨害的結果，即為既遂。

第二目 主觀構成要件

本罪的主觀構成要件以行為人具備妨害公務員執行職務之故意，係指行為人主觀上對於公務員係依法執行職務之事實情狀有所認識，並且決意以強暴或脅迫手段妨害其執行職務的心態，包括直接故意與間接故意。

第二款 社維法第 85 條不以強暴脅迫之妨害公務行為

除了刑法上的妨害公務罪章，有些行為雖然可能影響公務的執行，基於刑法之謙抑性並不適合用刑罰加以處罰，故社會秩序維護法另有裁處關於妨害公務之態樣，規定在第 85 條：「有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新臺幣一萬二千元以下罰鍰：一、於公務員依法執行職務時，以顯然不當之言詞或行動相加，尚未達強暴脅迫或侮辱之程度者。二、於公務員依法執行職務時，聚眾喧嘩，致礙公務進行者。三、故意向該管公務員謊報災害者。」將妨害公務分成三種行為態樣作規範，於執行公務時：1.顯然不當之言詞或行動相加；2.聚眾喧嘩；3.謊報災害。其保護法益應該同於刑法上的妨害公務罪章，維護國家公權力的威信與順遂實現。

第一目 客觀構成要件

觀察社維法第 85 條構成要件的文義雖然看似不難理解，從法院所作的裁定中也可以看出法理爭議不大，但第 1 款「顯然不當之言詞或行動」卻是比較模糊的不確定法律概念，由於只要是對於公務員執行職務時有妨害之言語或行為都可以理解成不當之言詞或行動，似乎是只要未達強暴或脅迫程度之妨害公務

¹⁸⁸ 林裕順（1997），〈探討妨害公務罪適用上的幾個問題〉，《中央警察大學法學論集》，2 期，頁 434。

行為都可以構成本款之要件，實務上並沒有一定的態樣。

而第 3 款妨害公務行為所稱之「災害」，法院與警察實務的認知則尚有歧異，有法院¹⁸⁹認為應限縮僅指人為災害（例如：火災、車禍）或天然災害（例如：颱風、豪雨、土石流），而報假案或誣指他人犯罪則不包含在內，亦有法院¹⁹⁰認為社維法第 85 條第 3 款所規定之災害，立法上並未限制災害之種類，應以行為人是否因謊報災害致影響真正災害之搶救¹⁹¹。

其中社維法第 85 條第 2 款所規範的行為態樣「聚眾喧嘩」在認定上係較無爭議，實務上也較少被移送之案例。

第二目 主觀構成要件

由於社維法中各分則並沒有就行為人的主觀要件作規定，且社維法本身有總則規定，不適用行政罰法，則應依社維法第 7 條：「違反本法行為，不問出於故意或過失，均應處罰。但出於過失者，不得罰以拘留，並得減輕之。」行為人於行為時不論故意或過失，主觀有認知其行為將妨害公務之進行，均該當社維法第 85 條的主觀構成要件。

第三項 社維法第 85 條第 1 款與刑法妨害公務罪之間存有灰色地帶

兩者之間核心關鍵問題在於：社維法第 85 條第 1 款規定：「於公務員依法執行職務時，以顯然不當之言詞或行動相加，尚未達強暴脅迫或侮辱之程度者。」，與刑法第 135 條第 1 項的構成要件：「對於公務員依法執行職務時，施

¹⁸⁹ 參臺灣花蓮地方法院簡易庭 103 年度花秩字第 3 號裁定載明：「社會秩序維護法第 85 條第 3 款所稱之『故意向該管公務員謊報『災害』者』，係指人為災害（例如：火災）或天然災害（例如：颱風、豪雨、地震、雷擊），被移送人誣指他人犯罪與社會秩序維護法第 85 條第 3 款處罰之情形有間，移送單位認被移送人有違反社會秩序維護法第 85 條第 3 款之行為，於法尚有未合，自應為被移送人不罰之諭知。」

¹⁹⁰ 參福建金門地方法院 97 年度城秩字第 1 號裁定：「社會秩序維護法第 85 條第 3 款所規定之災害，立法上並未限制災害之種類，而係以行為人是否因謊報災害 致使公務機關疲於奔命影響真正災害之搶救。是以，本件因被移送人於酒後向金門縣消防局謊報槍傷事件，致使金門縣警察局因消防局之轉請，而派遣 8 名員警前往處理，確實已產生令公務員疲於奔命之情形，若當時另發生其他刑案，而需派員警前往處理，亦將因此而受影響。從而，本件被移送人確有故意向該管公務員謊報災害之行為，已勘認定。」

¹⁹¹ 為杜絕類似爭議，有立法委員提案增列社會秩序維護法第 85 條第 5 款：「無故撥打報案專線者」，避免占線或浪費警察人力、物力。參立法院議案查詢明細系統

<http://misq.ly.gov.tw/MISQ/IQuery/misq5000QueryBillDetail.action>

最後瀏覽日期：2014.12.20

強暴脅迫者」以及刑法第 140 條：「於公務員依法執行職務時，當場侮辱，或對於其依法執行之職務公然侮辱者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。對於公署公然侮辱者亦同。」，彼此相較之下，看似立法者係按行為人妨害行為強弱之程度，作為執法者適用刑法妨害公務罪章及社會秩序維護法第 85 條之界分。

例如基隆地方法院 101 年度矚訴字第 1 號刑事判決（前基隆市長張通榮關說案）¹⁹²中，辯護人抗辯被告行為尚未達強暴、脅迫或侮辱之程度，僅係違反社維法第 85 條第 1 款之問題，而無刑法妨害公務罪之適用。然則，按前述所整理的實務及學說見解，多數認為刑法第 135 條的妨害公務行為無須壓制公務員至強盜罪般無法抵抗之程度，那與社維法第 85 條第 1 款所稱之「尚未達強暴脅迫或侮辱之程度」如何區辨，而「顯然不當之言詞或行動」與刑法第 140 條之「當場侮辱」又究竟有何分別，從系爭案件可以明顯看出，兩者之認定於實務上的法律攻防都存在非常模糊的灰色地帶，何況一般警務人員。

法院實務通說見解卻認為兩者是可以截然劃分的，按臺灣高等法院臺南分院 101 年度交上易字第 319 號刑事判決¹⁹³載明：「社會秩序維護法第 85 條第 1 款係針對於公務員依法執行職務時，非屬強暴、脅迫之顯然不當之言語或行動所為之行政處罰規定，與刑法第 135 條第 1 項妨害公務之構成要件行為不同。」

或許在法院的思考邏輯，由於社維法第 85 條之案件必須移送至法院作裁定，社維法第 85 條第 1 款中的「顯然不當之言詞或行動」縱然屬於不確定法律

¹⁹² 參基隆地方法院 101 年度矚訴字第 1 號刑事判決（前基隆市長張通榮關說案）被告抗辯部分：「縱認被告廖美秀以手揮、撥、避免攝影之動作，係對於王亭鈞依法執行職務時所為，然被告廖美秀所為尚未達強暴、脅迫或侮辱之程度，僅係違反社會秩序維護法第 85 條之問題，與刑法妨害公務罪之要件並不該當」

¹⁹³ 臺灣高等法院臺南分院 101 年度交上易字第 319 號刑事判決亦指出辯護人限縮刑法第 135 條強暴脅迫程度的論理不足採：「辯護意旨將刑法第 135 條強暴、脅迫之強度，限縮至使公務員喪失執行職務自由之程度，並認尚未至公務員喪失執行職務自由之程度，即屬社會秩序維護法第 85 條第 1 款之範圍，不惟與刑法第 135 條之規範目的有違，且未區別二者之構成要件，尚無足採。」

概念，但可透過職司法律解釋的法院個案把關，可以正確地適用法律，個案如涉及刑法第 135 條妨害公務罪，自會駁回警察機關移送之聲請¹⁹⁴，將社維法第 85 條與刑法妨害公務罪章有效地作區隔，完成立法者賦予之任務，避免錯誤的解釋及認定事實，維護人民的權利。

但這已是進入司法審查的階段，國家公權力早對人民有所侵害，社維法第 85 條構成要件文義是否過於模糊不清的問題，出現在警察處理的階段最為嚴重，由於警察機關並非如檢察官系統出身專業法律訓練，不確定法律概念的濫用容易使警察有不同、過多的解釋空間，人民因而無預見可能性，依前述本文的看法，過大的解釋空間類似給予行政機關另外一種裁量權，使司法審查難以提前介入保護。刑法學者與實務判決見解多數主張刑法第 135 條之「強暴脅迫」無須壓制公務員達到無法抗拒之程度，那和社維法第 85 條第 1 款「尚未達強暴脅迫」所謂的程度區別，刑法學者僅關心刑法第 135 條，而行政法學者或警察法學者對於社維法第 85 條也鮮少付諸注意，兩者看似緊密互補之法條，卻如此陌生，導致實務上更沒有一定、客觀的標準可供依循或審查。在警察的實務操作下，民眾可能僅僅對執行勤務之警察表達不服或是異議，就有可能輕易被認定該當社維法第 85 條之構成要件，受到罰鍰或拘役不等之裁罰，雖然仍必須移送至地方法院簡易庭審理裁定，但之間的過程已經使人民受有程度不等之侵害，包含名譽權、時間、金錢等，如何減少這過程之中的損害，正是正當程序所欲達成的目的之一，也是對於警察裁量權進行監督、控制之願景。

¹⁹⁴ 例如高雄地方法院高雄簡易庭 97 年度雄秩字第 425 號裁定：「被移送人甲○○於 97 年 7 月 4 日 14 時許，飲酒後在高雄市○○區○○路 176 巷咆哮，經民眾報案員警前往處理勸導時，當場對執行勤務之警員施以不法腕力致警所所長手部被抓傷，顯已該當於屬刑法第 135 條第 1 項對於公務員依法執行職務時，施強暴、脅迫之妨害公務刑責。被移送人之行為顯達強暴程度，依社會秩序維護法第 38 條規定，應移送檢察官偵查，自無適用社會秩序維護法第 85 條第 1 款論處之餘地。移送機關移送本庭裁處，尚有未洽，自應對移送機關所為之移送為駁回之裁定」（類似法院裁定得參：高雄地方法院高雄簡易庭 95 年度雄秩字第 524 號裁定、高雄地方法院高雄簡易庭 95 年度雄秩字第 140 號裁定、花蓮地方法院簡易庭 89 年度林秩字第 1 號裁定）經由這些法院認為被移送人已經涉及違反刑法妨害公務罪章而裁定駁回之案件，也可以看出實務上**警察機關於事實認定中根本很難區分刑法妨害公務罪與社維法第 85 條兩者程度之差別**，先移送法院或以現行法逮捕之再作事後之補救，罔顧人民之權益。

是否構成妨害公務目前實務上僅能依靠第一線執法的警察認定事實，檢察官也係仰賴警察輔助偵查和移送案件，法院在審理時多半僅能依警察提供之職務報告或被移送人自己的證詞作為判斷基礎，故關於妨害公務之行為選擇適用刑法第 135 條亦或是社維法第 85 條可能變相成為專屬警察機關之裁量領域。

第三節 案例評析與本文見解

第一項 案例評析

不論是丟鞋作為象徵性言論，或是於警察執行公務時進行反蒐證留存證據保護自己，均係人民基本權利的自我實現，不應該任意受到妨害公務之處罰或是警察的摯肘。

壹、丟鞋究竟有無妨害公務

在孫同學向江宜樺先生丟鞋案，抗告至合議庭後，法院雖然意會到「公務」範圍之重要性，如同臺北地方法院 102 年度北秩字第 47 號裁定（薛姓婦人向馬英九先生丟鞋案）先對系爭公務員是否正在執行其公務員身分之法定職務作闡述，也很認真地向行政院新聞局函詢至京站觀賞電影是否為行政院長之公務行程。

但是，社維法第 85 條之目的在於保護公務執行之順遂，維持政府機關的運作，並非屬於公務行程就該當社維法第 85 條第 1 款之要件，法院和警察機關都忽略了社維法第 85 條之評價重點在於，公務執行是否受到阻絕，縱使手段激烈程度、侵益性看似嚴重，如果實際上未真正影響到其公務的順利執行，只是談話被打斷、公務行程暫時中斷，所侵害的法益應極為微小，甚至只有行政院長、公務人本身之感受，以社維法論處丟鞋妨害公務，原則上違反比例原則，也不符其立法目的。

本文認為以丟鞋方式表達訴求作為受言論自由保護之方式，尚有爭議，但如果法院審理時一直執著在說文解字，無法擺脫法匠式的心態與思考模式，容易忽視最基本的立法精神，作出令人譁然、人民不信服的判決，對於人權保障

及法律的適用更是本末倒置。

貳、人民反蒐證事件

在人民反蒐證事件，法院闡明了警察執勤之法律地位，避免警察得以個人之理由，濫權行使公法上之權力，並且劃清人民反蒐證與偵查工作之關係，將實務運用「偵查不公開」之濫觴縫合，更重要點出了警察在為裁量時，行政程序與刑事程序不明確、濫用之問題，有別於其他社維法第 85 條之案件，法院詳細的論述值得肯定。

本文認為人民的反蒐證行為在文義上及目的上是人民面對國家公權力行使（包括行政和司法程序），一種程序保障的自我救濟行為，在行政法領域上雖然沒有正當防衛之概念，但對於警察機關或是不當的公權力行使，或許可以把人民的反蒐證行為視為一種「公法上的正當防衛」。人民對於警察機關的行政調查、偵查所進行的反蒐證，係合法之權利行使，除非當場對公務員或警察施以強暴、脅迫或確實妨害公務之進行，否則不得禁止人民進行反蒐證。另外，反蒐證不宜刻意只針對特定警察、或將畫面鎖定特定警察放大處理，否則仍是存有爭議。可能由於係簡易庭之裁定內容，對於公務內容、範圍之甚少論述，如可以詳加論述，更能避免警察動輒得咎以「妨害公務」為由，限制人民之自由和權利。

兩件案例都可以看出，因為實務上對於「妨害公務」之內涵有所誤解，尤其是社維法第 85 條鮮少學者去關注，造成警察機關之濫用、解釋，也凸顯出警察裁量的個人化特性，主觀喜惡容易參雜在裁量過程之中，為避免類似情況一再發生，法院有義務對此在判決中詳細交代、闡明正確適用社維法第 85 條的見解，提供警察機關參考，也等同告戒警察不得任意裁量。

第二項 本文見解

參照司法院釋字第 535 號解釋之精神，係將未來的立法目標設定為「人民自由」與「警察安全」兼顧，除此之外，學者林明鏘教授認為更應加上「維護

社會秩序之公益」，以調和三角關係。故相較於其他行政法領域可能偏重在人民與國家之關係，涉及警察執法、裁量行為時應有正確的觀念是，必須取得人民自由權利之保護、警察安全之維護與社會秩序之公益，三者之間的平衡，不能偏廢。

第一款 警察裁量以正當程序與行政命令去個人化色彩

警察的執法態度是形成警察行使裁量具有強烈個人化色彩的原因之一，本文主張警察機關於執法時應依行政程序法之規定，遵守正當程序，並由上級機關訂定明確之行政命令，包含構成要件的闡釋、程序指導、裁量基準，行政命令和正當程序彼此互補，才能根本地去個人化色彩，貫徹平等原則之要求。

例如警職法第 9 條至第 13 條警察蒐集資料之發動要件，均由不確定法律概念構成，在個案判斷時每個警察人員都會有認定標準的落差，執行上也會形成寬嚴不一，為了因應時代環境改變，新型態的物質、價值觀興起，有必要由警察機關隨時藉由行政命令的修訂，建立一套客觀標準以供基層遵循¹⁹⁵，包含發動之裁量基準和程序、構成要件中不確定法律概念之闡釋等等，都可以降低警察的恣意判斷與裁量之可能。

然而，以行政命令作為警察裁量權之界限，究竟是幫助或是拘束其分寸是非常難拿捏，首要任務必須要先解決警察行政命令本身最大之問題：「法律明確性」與「授權明確性之要求」。如第三章第二節所整理警察常用之行政命令，不論是法規命令、行政規則其共同特性之一，仍使用許多不確定法律概念或是模糊的結論，以及法律授權的範圍、目的不清，所以反而可能導致行政命令對於警察個案裁量造成拘束及誤導，尤其社維法本身與警察常用之行政命令的用語都過於模稜兩可，使得不確定法律概念更加不確定、模糊，也更凸顯警察裁量權之個人化色彩，如人民反蒐證事件的法務部函釋即為適例。故欲以行政命令作為控制警察裁量權之作法，立法機關在授權條款中應明訂其授權之目的、內

¹⁹⁵ 陳俊宏（2014），《警察職權行使於情境實務之應用》，頁 89-90，臺北：五南。

容、範圍，而非使用空白授權之方式，而行政機關在訂定行政命令時宜使用明確之用語和確切之基準，避免採行容易誤會之結論，如果無法有肯定之答案，也應該告知警察機關應遵守之法理原則，及謹慎個案判斷之，才能真正透過行政命令達到平等原則之功能。

正當程序係憲法位階的重要原則，除了倚賴立法規定，司法審查時之指正，如果能事先透過行政機關訂定行政命令之方式落實正當程序之要求，更貼近警察執法的實際情況，也可避免陳義過高。

第二款 社會秩序維護法第 85 條之檢討

本文之所以選擇用社維法第 85 條舉例說明警察裁量權之界限，主要在於**社維法第 85 條立法之妥適性**，能相當程度印證警察裁量權包括構成要件與法律效果之裁量的特色。

觀社維法第 85 條第 1 款「於公務員依法執行職務時，以顯然不當之言詞或行動相加，尚未達強暴脅迫或侮辱之程度者」，行為人之言詞或行為未對公務員造成強暴脅迫或侮辱之程度，按經驗法則，此時公務員執行職務應也未受到任何實在之干擾，則社維法第 85 條第 1 款之保護法益究竟為何，已生疑問。而社維法第 85 條與刑法均有就「妨害公務」做規範，重複之規定就有疊床架屋之嫌，不符合刑法謙抑性、最後手段性的原則，使得人民有受二次侵害和重複處罰之可能。加上「顯然不當」之不確定法律概念，容易讓警察機關有隨意解釋的空間，此規定已有違憲之疑慮¹⁹⁶。

參考日本關於妨害公務之立法例，日本刑法上的妨害公務罪章，並無如我國刑法第 137 條之妨害考試罪，亦無刑法第 140 條侮辱公務員罪、第 141 條意圖侮辱公務員而毀損文告罪，日本刑法另外將毀損公文罪置於其毀棄及隱匿之罪，於狹義之妨害公務罪，日本刑法第 95 條與我國刑法第 135 條，在用語及構成要件要素之概念上，幾乎沒有差別¹⁹⁷。因此本文就此點觀察，認在日本法上

¹⁹⁶ 劉靜怡（2014），前揭註 158，頁 135。

¹⁹⁷ 廖其偉（2006），前揭註 186，頁 36。

縱使沒有討論強暴脅迫之程度是否需達至不能抗拒，可以經由法院針對僅單一法條規範「妨害公務」的解釋適用，對於國家公權力之行使與人民權利保護間的平衡，不至於失衡。

不論從上述所舉的社會矚目案件，丟鞋案、反蒐證事件，或是其他社維法第 85 條第 1 款之案件，共通點在於社會秩序維護法第 85 條第 1 款之規定，實際上與我國刑法的妨害公務罪章無法作明確的區隔，導致警察機關可以任意裁量選擇適用，造成過度保障公務員之現象，未能適度衡平人民言論自由、訴訟權、主張基本權利機會與社會秩序維護之關係，違反社維法之立法目的與比例原則，應廢止之。

第三款 重新界定行政法與刑法之分際

在現行法體系下，依前面整理表五的警察主管之行政法規與刑法比較表，警察主管之行政法規和刑法在立法上常有疊床架屋之情形，僅有文字上作程度不一之規定用以界分行政法與刑法，使得警察機關不論是其所屬的任務權限以及執行勤務的內容，常處於行政法與刑事法的模糊地帶。是以行政罰與刑罰之界限本身非典型的立法裁量之問題，也非「司法自制¹⁹⁸」之概念可以涵蓋，涉及的是剝奪或限制人民基本權利之問題，如果兩者之界分不清，反而會造成法律賦予警察機關解釋適用法律之權力，很容易成為警察用以威嚇人民之手段，重新界定清楚行政法與刑法之間的程序、法律適用，有其必要性。

其中最重要且待解決的是，警察身分的轉換程序不明確，就會使行政法與刑法之分界於警察裁量中模糊，例如警察常在行政調查程序偷渡刑事目的，實有濫權之虞，警察依勤務分配表執行各項勤務時，所執行者在於危害防止或犯罪預防，屬於行政作用；惟如勤務之中發現犯罪事件，程序適用上則應轉換至刑事訴訟法之相關程序，而不能再適用行政之臨檢、查證身分的程序，兩者宜

¹⁹⁸ 「司法自制」是美、德等國家為處理、避免與政治部門（包括行政及立法）不必要之衝突之理論解釋方法，詳細論述得參司法院釋字第 632 號解釋余雪明大法官不同意見書。

劃分清楚¹⁹⁹。

雖然這樣的法理，基層員警都瞭解，但績效為上的警察機關可能會刻意忽略。除憲法上正當程序之要求，盡可能透過行政命令之訂定，規範、要求警察必須遵守之程序，會比司法的事後審查有效。

¹⁹⁹ 陳俊宏（2014），前揭註 195，頁 55。

第五章 結論與建議

警察是國家、社會分工重要的成員，在近代歐洲法制史，雖然不乏戲謔意味有著「法眼」(Das Auge des Gesetzes)的稱號，但警察標誌著公法學發展的軸線，並係維持社會秩序的重要國家機能。但是利用這股警察力量背後的闇影，假「依法行政」之名對社會群眾行規訓之實的形式法治國幽靈，則必須提防與非難之²⁰⁰。

第一節 警察裁量權下之人民權利的自我實現

警察行政的成敗，臨場執法人員的初步判斷與選擇關係甚鉅，不宜等閑視之，而是否正確之執法與裁量，端賴其法學素養，而法學素養之培養基層員警和上級長官的認知又有一段落差，除了倚靠警察之養成教育與立法之完善，行政內部之監督和司法事後審查更顯重要²⁰¹。

第一項 警察裁量權包括構成要件與法律效果之裁量

社會秩序維護法是歷史的包袱，警察職權行使法也有改進的空間，這些法律條文本身即存在適用上之問題，既然使用概括條款與不確定法律概念係立法技術上不可避免之方式，司法則應該適度介入行政權之領域進行審查。

在第三章，本文整理出警察裁量權擁有時效性、多為預測決定、帶有強制力、任務執行層面複雜、行使過程能見度低等特性，與一般行政裁量大相逕庭，故本文在結論之中提出警察的裁量權應包括構成要件及法律效果的裁量之見解，認為在警察行政法的領域應揚棄傳統的不確定法律概念與行政裁量二分論，減少法院審理時總是不斷在何種事項屬於行政機關的裁量餘地或判斷餘地打轉、糾結之情形；過去傳統學說與司法實務因過度強調司法權與行政權之權力分立要求的結果，使裁量瑕疵理論侷限於狹隘之合法性控制，而顯少從公益

²⁰⁰ 陳軍志，〈路過的自由與制服的國家〉。
<http://philavesta.blogspot.de/2014/04/blog-post.html>
最後瀏覽日期：2014.5.14

²⁰¹ 黃錫安（1988），前揭註 107，頁 55-56。

性與立法目的之觀點作論述，也為人詬病。司法應適時調整審查的角度和切入點，針對動態的警察行政行為作全面審查，避免不確定法律概念與行政裁量之間的矛盾反而成為侵害人民最大的問題點。

故本文主張警察的裁量行為不論是構成要件涵攝時誤解法律或法律效果之選擇不適當，結果來說對人民都是一種裁量瑕疵或侵害，法院應勇於擺脫過去裁量理論之限制，警察機關無論是涵攝事實、適用法律過程有濫用裁量權之情況，均應予以指正。

第二項 建立警察執法的正當程序減少警察裁量個人化色彩

美國法哲學家 Wayne R. LaFave 指出：「由於法律的適用必須依賴對法定義及現場情況之瞭解，而這些決定必須由警察人員來作成；因此，實際上警察人員是在『立法』，只有他們的決定能真正建立合法與違法的界限。」²⁰²或許學者這樣的言論有點激烈，但也說明警察裁量權如何妥善地控制與監督，人權保障與維護社會秩序應並重之下，在民主法治國家具有重大與迫切的意義。只要是就會有偏見和發生錯誤，警察裁量充滿個人化色彩，國家公權力如果沒有被究責和監督，就不會反省進步。行政權光靠司法和立法的外部監督，是有所不足且沒有效率，如果要讓警察行政權發揮應有的職能，減少警察裁量時過多摻入主觀、無關之因素，由行政進行內部進行控制程序之進行和要求警察機關貫徹正當程序，會更值得期待²⁰³。

壹、裁量理由之敘明

行政機關包括警察機關在行使裁量權之首要正當程序要求，為裁量理由之敘明。如果執法過程中裁量權之行使，警察機關若不附理由，或所附理由不合事理或與個案欠缺合理關連，即已具有裁量瑕疵之表徵²⁰⁴。

²⁰² 李湧清（1980），前揭註 92，頁 48。

²⁰³ 葉俊榮，〈論行政的內部控制：行政權正當性理論的再檢視〉，第十二屆行政法實務與理論學術研討會，2012 年 12 月 15 日，頁 30-32。

²⁰⁴ 李建良（2013），〈環評公民訴訟與行政裁量：「長庚復健分院廢棄土方外運案」——簡析台北高等行政法院 100 年度訴字第 1214 號判決〉，《臺灣法學雜誌》，226 期，頁 62-71。

貳、警察程序轉換之告知義務

「危害防止」與「犯罪緝捕」均為警察任務，兩者一為預防危險，一則是對抗、排除已經發生的犯罪，看似有清楚的界限實則不然，一般人民面對警察，都是具有國家公權力極強制力之外觀，無從分辨。依司法院釋字第 384 號解釋及第 523 號解釋之意旨：「凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須依法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件，方符憲法第八條保障人身自由之意旨」，縱使非刑事上的犯罪嫌疑人、被告，人民都受憲法「正當程序」所保障，面對警察高權，除了理由告知外，其告知的內容重點尚應包含適用何種程序，及轉換時之告知，清楚界分行政作用與刑事作用，避免濫權。

參、落實行政程序法第 102 條陳述意見之規定

目前警職法第 29 條「當場異議」之功能並不彰，實務上警察在為裁量時，多數的情況都沒有給予行為人陳述意見的機會，既然在某些違反行政法上義務之行政罰，依行政罰法第 19 條符合法定要件之下有職權不處罰之權限，如果不給予行為人陳述意見，要如何針對行為人的特殊情況、處罰相當性、妥當性去裁量，更無法作出合乎比例原則、公益性原則之裁量決定。

在道路交通管理處罰條例第 8 條第 2 項，也明文規定於裁決前應給予違規行為人陳述之機會。行政程序法係行政機關為行政行為之程序規範，警察機關所為的舉發或是稽查之性質類似「臨檢」，依司法院大法官釋字第 535 號解釋之意旨²⁰⁵，應當場給予當事人陳述意見和異議之機會，始符正當法律程序。

正當程序之落實，除了可以增加行政效率、發現真實和維護法安定性，更可以達到人民之程序基本權。尤其在警察執行勤務，如果每個行政行為都需先

²⁰⁵ 司法院釋字第 535 號解釋理由書（節錄）：「……對違法、逾越權限或濫用權力之臨檢行為，應於現行法律救濟機制內，提供訴訟救濟（包括賠償損害）之途徑；在法律未為完備之設計前，應許受臨檢人、利害關係人對執行臨檢之命令、方法、應遵守之程序或其他侵害利益情事，於臨檢程序終結前，向執行人員提出異議，認異議有理由者，在場執行人員中職位最高者應即為停止臨檢之決定，認其無理由者，得續行臨檢，經受臨檢人請求時，並應給予載明臨檢過程之書面。上開書面具有行政處分之性質，異議人得依法提起行政爭訟。」

經過司法介入，猶如天方夜譚，也不符合警察行為之特性。具體界限在個案中很難去判斷也是很微妙，目前僅能藉由學說及司法判決判例去類型化，提供警察機關作為執法的依據，也用來事後審查警察執法時的手段是否符合正當程序和比例原則。

第三項 行政命令作為警察裁量權界限之界限與正當程序之落實

人民自由權利，需要受到國家行政權的保護，但必須有相關的行政法規範確保行政行為之作用合法合憲，即為依法行政原則。國家行為過程中，應遵守正當程序，如果犧牲程序正義，本身即為侵害人民，強調權利義務歸屬的最後決斷結果固然重要，但行政過程本身必須符合正義，且應具有正當性，合法性。除了警職法和行政程序法本身規定的正當程序，行政命令的妥善運用，可以協助警察為裁量，也是警察裁量權之重要界限，上級機關於訂定時不可不慎重之，除了仰賴行政規則指導警察正確之判斷，裁量結果趨向合法適當、符合比例原則，更重要的是透過行政命令之訂定落實正當程序之精神，以達到平等原則和一般裁量之目的。

第二節 重新建構我國妨害公務裁罰體系

實務上警察執勤時遇到人民反抗或異議時卻立即以「妨害公務」作為回應，關於刑法妨害公務罪學者多聚焦在公務員之定義、範圍，以及違法性錯誤的探討，基於刑法的謙抑性和最後手段性，構成刑法犯罪應經過法院的確定判決，而社維法第 85 條應該扮演互補之角色，但在我國警察裁量權之下，兩者的混亂，幾乎成了牽制言論自由的濫觴。

第一項 以解釋論出發

法官「依法審判」，在無法期待社會秩序維護法能作立即性之修正，以及事實上立法者不可能在其所制定之法律提出其價值判斷，有賴法官及學者間以其見解補充，確立各法律概念之範圍。社維法雖然有許多爭議存在，身為法律系的學生、研究法律的學者和法律相關從業人員，不可以輕言放棄某部法律，尤

其在我國之國情不可能期待立法及時修訂與時俱進、周全之法律，法官「依法審判」，也絕非單純的文義解釋，而係應該努力為這部法律找到出路，找尋妥適的解釋空間，而不是任由「依法行政」侵害人民。

現行社維法的性質與行政罰較類似，但大部分規範內容卻與德國秩序違反法、新加坡輕犯罪法案和日本輕犯罪法相雷同，而刑法第 135 條和社維法第 85 條，文義上看似有程度上的區別，具體內容與界限仍模糊不清，導致人民動輒得咎遭警察以妨害公務移送法院。法院或是警察機關適用法律時，首先最重要的是要掌握及探究立法精神及保護法益，立法者針對「妨害公務」規範，保護客體究竟是「公務員」亦或「公務執行」？

壹、社維法第 85 條之評價重點

社維法第 85 條的適用之所以會發生爭議，其中的關鍵在於，法院和警察機關過去在評價一個行為是否構成「妨害公務」，錯誤將評價的重點置於行為人的手段強弱，或是公務員本身之感受。然而是否該當社維法第 85 條，評價重點應該是衡量系爭的公務執行實際上是否因行為人的行為受到妨害或阻絕，雖然法定職務的內容和範圍也是次要重點，但不可忽略「妨害」之內涵。縱使行為於社會觀感上有所不當、不妥，公務的執行卻無甚妨害，基於行政機關的行政行為本來就必須公開受人民監督檢視，行政機關或公務員有義務忍受不同聲音的批評，而非讓警察機關任意使用社維法第 85 條牽制人民。

貳、與刑法妨害公務罪作有效之界分

當我國法秩序下的妨害公務裁罰體系，因為刑法第 135 條和社維法第 85 條的構成要件，實務上難以區分二者，導致警察可能任意裁量。在解釋上，就應該回到刑法與社維法的處罰性質及立法目的，社會秩序維護法作為行政罰，其立法目的係為「維護社會秩序」之公共法益，與刑法具有強烈的倫理非難性即有所不同。

刑法的妨害公務罪章與社維法第 85 條之間的區別，也應由立法目的與保護

法益開展，社維法第 85 條的保護法益是「公務執行」加上社維法的處罰性質是行政罰，故評價重點在於行為人的行為是否確切妨害、阻擾公務人員執行職務，否則拒絕在交通違規舉發單簽名，也可能該當社維法第 85 條第 1 款。

鑑於有學說支持妨害公務罪之法益「兼有保護公務員個人法益」，刑法除了第 135 條外在妨害公務罪章另外有 6 個條文規範不同的妨害公務態樣，包含侮辱公務員，更可證我國刑法有意在妨害公務罪章保護公務員之地位，僅有當行為人之妨害行為，對公務執行積極造成干擾，並透過侵害執行職務之公務員達到破壞國家秩序之目的時，法院始得以刑法的妨害公務罪章論處，如果僅是消極地使國家公權力於執行過程中面臨阻礙，仍不可入罪，始符合刑法的謙抑性及最後手段性，也才真正讓社維法第 85 條第 1 款和刑法第 135 條有所區隔。

綜前所述，在解釋論上，法院不論是在審理刑法妨害公務罪，或是就社維法第 85 條作裁定時，除了應就「執行職務」的內容、範圍作詳細之論述，評價之重點應放在「妨害行為」對於公務執行的侵害程度，就現行法底下，藉由法院實務見解之累積和補充，作程度上的區別以及兩個條文界限的劃分，減少基層員警適用時之疑義，以及避免成為牽制人民發表自己意見、集會遊行的利器。多數警察所受之訓練並不在於法律的研究，具有高度不確定性之法律概念，尤其社維法第 85 條有拘留等涉及人身自由之規定，實應由法院作妥善監督與控制。

第二項 社會秩序維護法之修法建議

社會秩序維護法的立法由來，日治時期的違警罰法僅重視警察機關執行勤務的效能，欠缺人權保障的觀念，尤其是缺少正當法律程序的要求，經大法官作成司法院釋字第 166、251 號解釋，兩度宣告違憲，行政機關最後以社會秩序維護法取代之。現行的社會秩序維護法中拘留或分則中部分條文仍是威權時代之產物，係為了彰顯「亂世用重典」的過時法律，在現今講求法治的社會中是

否還適用，從過去二十年來部分法條的使用次數少之又少²⁰⁶，就可以窺見一般。不論是刑罰或是社維罰，從來都不是解決社會紛爭的適當手段，因此，社維法會不會反而成為國家濫權、侵害限制人民權利的工具，才是我們所擔心的。

第一款 修訂社會秩序維護法第 85 條

國會基於憲法享有之意思形成自由（立法形成空間），係指立法者不受司法審查干預，惟法治如果存在灰色模糊就可能造成濫權，故社維法之存廢與全面檢討是刻不容緩的人權課題，但依立法實務，也是一項長期抗戰，行政院既不可能自行提案削弱自己的權力，也無法期待立法者主動進行修訂，因此本文認為目前討論重心應放在警察機關解釋適用社維法行使裁量權時，進行合法且合義務之審查與控制。由於社維法第 85 條於刑法的妨害公務罪章，規範的行為態樣有所重疊，文義範圍彼此也有解釋空間，造成實務適用的結果莫衷一是。研究社維法的學者，雖然有意識到社維法之性質與存廢問題，以及分則規定的多如牛毛，卻忽略了社維法第 85 條「妨害公務」之行為態樣與刑法妨害公務罪疊床架屋，兩者的適用成為警察裁量權擴大後所衍生之問題。

從丟鞋案與反蒐證事件的不合理，得證社維法第 85 條第 1 款之規定，過度保障公務員或和警察，不但未能適度衡平言論自由與社會秩序安寧之間劍拔弩張的緊張關係，加上「顯然不當」之用語，更容易讓警察得以不當限制人民基本權利實現、羅織罪名，背離比例原則，應屬違憲之法律。雖然在前述的解釋論上已經提出解決方式，除了社維法第 85 條第 3 款於實務上為有效遏阻報假案、亂打 110 之情況有其作用存在，為避免與刑法妨害公務罪章的行為態樣再度產生文義解釋、規範範圍的爭議，維持法院長久以來的見解：刑法第 135 條所稱之「強暴脅迫」的手段無須達到強盜罪章中無法抗拒之程度，根本之道還是廢止社維法第 85 條第 1 款，也得使警察機關於裁量時避免錯誤認定事實或恣

²⁰⁶ 蔡庭榕；簡建章（2011），前揭註 5，頁 126-152。

意選擇法條之適用。

第二款 重新定位我國法體系下之社會秩序維護法

假使立法者仍期待社維法之維護社會秩序的功能，不願全部廢止之，就應該全面檢討重新明訂其性質，究採日本輕犯罪法抑或是德國秩序違法之立法模式，而非讓社維法之性質持續模稜兩可的狀態。其目前社會秩序維護法之定位模糊不清，在行政法與刑法之分界中游移，立法者不希望社維法效法日本的輕犯罪法一樣完全適用刑法的原理原則與程序，則應依多數學者見解將社維法明確定位在行政秩序罰，使社維法的適用與解釋回歸到行政罰法體系²⁰⁷，才是符合體系解釋的作法，避免扞格。

行政法各論中，僅有社維法獨立就「行為人之責任」作規定；行政罰法第19條²⁰⁸有便宜原則之明文化，使行政機關就處罰額度最高三千元以下得作裁量不罰，而社維法並無類似之規定，實務上執勤員警遇到社維法第43條第1項所列各款得以自行裁處之案件，有無行政罰法第19條之適用，目前也存有爭議。基於行政罰法屬普通法之地位，目前社會秩序維護法關於行為人的責任原則，應與行政罰法之規定一致，在實務運作上是較為妥當的作法，不致使法律體系的解釋混亂，造成漏洞。

另外，本文建議應將「勒令歇業」和「停止營業」這兩種經濟管制之處分應回歸其他主管行政機關管轄、自行裁罰即可，不僅符合行政罰法之規定，更符合行政專業，非必然須交由法院簡易庭裁定之，縱使當事人對於處分不服仍可提起司法救濟，以維持司法者事後審查之角色，及人民的審級利益。

行政訴訟法修正後，行政訴訟採三級二審制，各地方法院均設置行政訴訟庭，社維法之違序事件屬於公法事件，裁罰性質為行政罰，分則的規範內容多

²⁰⁷ 另外有學者認為，行政罰法應參考德國的違反秩序法適用刑法總則之原則，在此不詳細討論。

²⁰⁸ 行政罰法第19條：「

違反行政法上義務應受法定最高額新臺幣三千元以下罰鍰之處罰，其情節輕微，認以不處罰為適當者，得免予處罰。

前項情形，得對違反行政法上義務者施以糾正或勸導，並作成紀錄，命其簽名。」

牽涉人民的基本權利行使和生活領域的限制，社維法之救濟途徑應如同道路交通管理處罰條例的違規事件，應該回歸一般通常行政救濟途徑（訴願、行政訴訟），以維持行政法上之原理原則與程序法理。

第三款 社會秩序維護法全部廢止之必要性

社會秩序維護法之存廢是學者、民間團體一直提出來討論的議題，尤其警察機關係藉由社維法中的「不確定法律概念」控制社會，甚至有學者²⁰⁹稱社維法為「檢肅人民條例」。社維法之分則有四章（妨害安寧秩序、妨害善良風俗、妨害公務、妨害他人身體財產）共 29 條，可處罰之違序行為態樣有 91 種，然而依統計資料卻約有 50 種並無裁決紀錄²¹⁰，可見超過一半形同具文，無規範的實際意義存在。而且現行社維法許多規定，賦予主管機關警察人員接近判斷道德和法律之界限（如妨害安寧秩序、善良風俗等規定），這樣的立法體例令人感到存疑。國家若要認真維持公共秩序、保護人倫，應該就各個行政法領域另外立法、修法，建立完善社福機構、社工制度搭配學校教育，賦予主管機關明確定義並明訂應遵守的正當行政程序，而非繼續延用無法達成實效，卻又缺乏正當程序保障的法律條文。

社維法除了多數條文的使用率偏低，其中現行不少規範存在著許多正反不同的意見，如修法前社維法第 80 條的罰娼不罰嫖之爭論、因為新聞媒體跟追被社維法第 89 條第 1 款裁罰之事件，嗣後大法官作出了第 666 號解釋、第 689 號解釋，可見社維法的爭議一直存在，不論是性交易是否合法化，或狗仔隊跟拍的問題，都不是用社維法單一條文可以根本解決。

社維法相關裁罰案件也甚少進入司法救濟程序，即便進到法院審理，由於法理的爭議小，法官多不願也無力在個別案件詳加論述構成要件之內涵，相當

²⁰⁹ 李建良（2011），〈新聞採訪自由與個人生活保護的衝突與調和？——簡評釋字第 689 號〉，《臺灣法學雜誌》，184 期，頁 44。

²¹⁰ 關於社維法裁決之統計資料得參傅美惠（2013），〈我國社會秩序維護法存廢之探討〉，《中央警察大學法學論集》，25 期，頁 87。以及參考內政部警政署所製作之「警政統計年報」，有詳盡之數據。

程度係容許警察機關逕依自身之判斷去適用社維法中的不確定法律概念裁罰人民，如同本文所指出，在實務上警察機關於構成要件亦有裁量之空間。因此，社會秩序維護法即使處罰效果輕微，容易忽略其重要性，由於立法授權之不明確，有較多的解釋空間，卻例外賦予警察機關更多的裁量權，使人權保障與警察效能一直處於拉鋸戰的狀態。

目前在大法官的解釋以及行政機關的補充，法律層面雖不會造成漏洞，但關於人民的基本權，法律體系就應該互補並且完善，而不能有矛盾之處，否則訂定越多行政法規反而會造成更多的法律問題。在法治國原則底下，我國的警察法規已經賦予警察相當大的裁量權限，警察職權法使用大量的概括條款，容許警察機關為了有效率達成上級或檢察系統所交辦之任務而依便宜原則行事，行政機關恣意或擴大解釋不確定法律概念，而淺藏著行政及司法機關在適用解釋該概念的恣意以及欠公平性²¹¹，而侵害人民權益，如果對於警察的任務職權範圍沒有可預見性，司法要如何審查，人民如何去維護受正當程序的基本權，如此將使實質的法治主義有可能陷入危機或成為空談，有可能再次回到警察國家的時代。尤其，目前司法院釋字第 666 號、第 689 號解釋都是針對社會秩序維護法作出之解釋，可見社會秩序維護法一直存在非個案性之問題仍有待解決，而警察裁量權之擴大或濫用，都與法律規範有缺失息息相關。警察現今已經有相當之裁量權，但本身法治教育不夠，無法與檢察官、法官之法學養成相比，如何身兼舉發者、執法者與解釋適用法律者之多重角色，必定造成許多爭議發生。或許全面檢討、廢止會花費相當多之人力和物力，加上社會秩序維護法行之有年，一定會有反彈聲浪，我國民情也習慣高壓統治及警察權充斥日常生活，所以廢止社維法有難度，但卻是法治社會的理想，本文認為仍應該將此作為長期目標並朝此逐步修正邁進。

²¹¹ 陳正根（2012），〈論警察職權行使之重要措施--以典型措施與資訊作用為例〉，《月旦法學雜誌》，211 期，頁 43-44。

參考文獻

壹、專書：

1. 皮特涅教授七十祝壽論文集編輯委員會著（2008）。《變遷中的警察法與公法學-皮特涅教授七十祝壽論文集》。臺北：五南。
2. 吳志光（2014）。《行政法》，六版。臺北：新學林。
3. 吳庚（2012）。《行政法之理論與實用》，增訂十二版。臺北：三民。
4. 李震山（2009）。《警察行政法論》，二版。臺北：元照。
5. 李建良、林合民、陳愛娥、林三欽、黃啟禎合著（2006），《行政法入門》，三版。臺北：元照。
6. 林明鏘（2011）。《警察法學之研究》。臺北：新學林。
7. 黃舒芃（2011）。《行政命令》。臺北：三民。
8. 翁岳生（1982）。《行政法與現代法治國家》四版。作者自版。
9. 翁岳生（編）（2006）。《行政法（上）》三版。臺北：元照。
10. 梁添盛（1998）。《警察權限法》。作者自版。
11. 梁添盛（2004）。《警察法專題研究（二）》。中央警察大學出版社。
12. 許慶復（1980）。《行政裁量監督之研究》。臺北：三民。
13. 陳立中（1993）。《警察行政法》。作者自版。
14. 陳文貴（2012）。《行政罰與刑罰法理之研究》。臺北：司法院。
15. 陳俊宏（2014）。《警察職權行使於情境實務之應用》。臺北：五南。
16. 陳敏（2013）。《行政法總論》八版。作者自版。
17. 盧映潔（2013）。《刑法分則新論》七版。臺北：新學林。
18. 蔡志方計畫主持（2008），《本土化案例、法制與理論整合之對話式行政法教材與教法》，教育部補助法律專業科目教學改進計畫期末報告。
19. Karl Larenz（著），陳愛娥（譯）（2010）。《法學方法論》初版八刷。臺北：

五南。

貳、碩博士論文：

1. 朱政坤（2011），《警察命令解散處分之研究》，國立臺灣大學法研所碩士論文。
2. 吳培菁（2009），《從司法實例論妨害公務罪》，中國文化大學法律學研究所碩士論文。
3. 吳景欽（1990），《從憲法上正當程序的觀點檢視行政警察與司法警察的區分》，輔仁大學法研所碩士論文。
4. 李長錦（1994），《警察不作為之行政裁量》，中央警察大學行政警察研究所碩士論文。
5. 高鎮文（2004），《警察行政行為之探討：以舉發交通違規寬容值為例》，中國文化大學法研所碩士論文。
6. 盛子龍（1998），《行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度》，國立臺灣大學法律學系研究所博士論文。
7. 章惠傑（2009），《從法治國觀點論我國警察法—以警察任務及職權為主》，國立高雄大學法研所碩士論文。
8. 陳清華（1993），《從比例原則論警察行政裁量之界限》，中央警察大學警政研究所碩士論文。
9. 陳錦華（2006），《論刑事不法與行政不法的界限—以社會秩序維護法為例》，國立中正大學犯罪防治所碩士論文。
10. 黃錫安（1988），《警察行政裁量之研究》，中央警察大學警政研究所碩士論文。
11. 葉俊榮（1985），《行政裁量與司法審查》，國立臺灣大學法研所碩士論文。
12. 廖其偉（2006），《刑法上職務行為之研究：以妨害公務罪為探討核心》，國

立臺北大學法學系碩士論文。

13. 廖建榮（2006），《我國基層警察巡邏勤務裁量行為之研究》，中央警察大學行政警察研究所碩士論文。
14. 蘇立琮（2004），《社會秩序維護法回歸行政罰法體系之探討》，中央警察大學行政警察研究所碩士論文。
15. 楊哲睿（2006），《行政處罰之法定原則與便宜原則探討》，中國文化大學法律學研究所碩士論文>

參、專書論文：

1. 朱金池、李源瑞（2009），〈警察裁量的理論實際—以使用槍械為例〉，《98年度警察執法專題研究年報》，頁 245-319。
2. 李建良（2002），〈論行政裁量之縮減〉，《當代公法新論（中）翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 109-153，臺北：元照。
3. 李震山（2005），〈從正當法律程序論行政罰法之裁罰程序〉，《民主、人權、正義，蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 637-678，臺北：元照。
4. 李震山計畫主持（1998），《司法對警察行政行為審查問題之研究》，國科會委託研究案。
5. 陳慈陽（2001），〈行政裁量與不確定法律概念—兩者概念內容之差異與區分必要性問題為研究對象〉，《行政法爭議問題研究（上）》頁 451-472，臺北：五南。
6. 葉俊榮（2012），〈論行政的內部控制：行政權正當性理論的再檢視〉，《第十二屆行政法實務與理論學術研討會》，頁 3-32。

肆、期刊論文：

1. 王珍玲（2010），〈不確定法律概念與判斷餘地〉，《臺灣法學雜誌》，151

- 期，頁 110-114。
2. 王欽源；傅美惠（2011），〈社會秩序維護法之相關問題研析—以警察與其它機關任務競合為中心〉，《中央警察大學法學論集》，20 期，頁 89-125。
 3. 亘理格(著)，蕭淑芬（譯）（2014），〈日本行政裁量之司法統制論〉，《臺灣法學雜誌》，239 期，頁 95-99。
 4. 朱金池（2004），〈警察與法治：裁量行為與課責機制〉，《中央警察大學學報》，41 期，頁 15-26。
 5. 朱金池（2009），〈論警察職權行使的限制〉，《中央警察大學學報》，46 期，頁 1-11。
 6. 朱源葆(1989)，〈論警察裁量權之法律界限—以處理集會遊行案件為例〉，《警學叢刊》，19 卷 3 期，頁 22-32。
 7. 朱源葆(2001)，〈警察執行集會遊行時之法律界限〉，《警學叢刊》，32 卷 2 期，頁 71-90。
 8. 吳耀宗（1988），〈使用警械之理論基礎〉，《警學叢刊》，第 18 卷 3 期，頁 37-42。
 9. 李建良（2010），〈行政裁量與判斷餘地〉，《月旦法學教室》，98 期，頁 34-49。
 10. 李建良（2011），〈新聞採訪自由與個人生活保護的衝突與調和？——簡評釋字第 689 號〉，《臺灣法學雜誌》，184 期，頁 29-49。
 11. 李建良（2013），〈環評公民訴訟與行政裁量：「長庚復健分院廢棄土方外運案」——簡析台北高等行政法院 100 年度訴字第 1214 號判決〉，《臺灣法學雜誌》，226 期，頁 62-71。
 12. 李湧清（1980），〈簡論警察裁量權〉，《警學叢刊》，21 卷 2 期，頁 47-51。
 13. 李翔甫（2009），〈社會秩序維護法之昔與今——從人權保障觀點談起〉，《警察法學》，8 期，頁 205-239。

14. 李翔甫 (2010),〈從權利保護觀點談警察人員使用警槍之界限及其後續爭議問題〉,《警察法學》,9期,頁431-478。
15. 李震山 (2006),〈警察法：第一講 警察作用法通論〉,《月旦法學教室》,41期,頁74-84。
16. 李錫棟 (2007),〈警察資料蒐集權之界限—以集會遊行現場活動之資料蒐集為例〉,《警學叢刊》,38卷3期,頁111-126。
17. 李錫棟 (2014),〈從日本輕犯罪法之視角比較分析我國社會秩序維護法之相關問題〉,《警學叢刊》,44卷4期,頁89-115。
18. 林明鏘 (2003),〈警察臨檢與國家責任〉,《台灣本土法學雜誌》,48期,頁109-117。
19. 林明鏘 (2004),〈警察法上行政救濟——以道路交通管理處罰條例及社會秩序維護法為中心〉,《警察法學》,3期,頁109-149。
20. 林明鏘 (2014),〈比例原則之功能與危機〉,《月旦法學雜誌》,231期,頁65-79。
21. 林俊益 (2000),〈偵查密行原則〉,《月旦法學雜誌》,頁18-19。
22. 林昱梅 (2004),〈不給她一線生機嗎? 罕見疾病與訂定法規命令之裁量〉,《月旦法學教室》,18期,頁18-19。
23. 林素鳳 (2009),〈警察扣車行為之性質與爭訟〉,《月旦法學教室》,76期,頁16-17。
24. 林裕順 (1997),〈探討妨害公務罪適用上的幾個問題〉,《中央警察大學法學論集》,2期,頁421-434。
25. 林麗珊 (2004),〈警察的裁量能力與倫理原則之應用〉,《警學叢刊》,35卷1期,頁91-113。
26. 張麗卿 (2007),〈公平交易委員會之判斷餘地與行政裁量——評台北高等行政法院九十五年度訴字第○一○六三號與九十五年度訴字第○一○四八號判

- 決》，《月旦法學雜誌》，146 期，頁 219-231。
27. 許宗力（1990），〈行政命令授權明確性問題之研究〉，《台灣大學法學論叢》，第 19 卷第 2 期，頁 51-90。
28. 許朱賢（1998），〈行政裁量與不確定法律概念之區別問題〉，《軍法專刊》，44 卷 9 期，頁 11-23。
29. 許義寶（2012），〈社會秩序維護法規制範圍與適用原則之研究〉，《中央警察大學法學論集》，22 期，頁 43-80。
30. 陳文貴（2007），〈從行政罰法看行政不法與刑事不法之交錯〉，《法令月刊》，58 卷 11 期，頁 36-51。
31. 陳世寬（1992），〈警察裁量權的運用與控制〉，《警專學報》，5 期，頁 17-40。
32. 陳正根（2005），〈論警察處分行使之法律要件與原則〉，《臺北大學法學論叢》，57 期，頁 1-43。
33. 陳正根（2010），〈從基本人權之保障探討警械之使用〉，《警察法學》，9 期，頁 235-281。
34. 陳正根（2011），〈警察與秩序法上責任人與責任界限〉，《警察法學》，10 期，頁 91-151。
35. 陳正根（2012），〈論警察法上舉發之行為——以交通舉發為中心〉，《月旦法學雜誌》，204 期，頁 87-118。
36. 陳正根（2012），〈論警察職權行使之重要措施--以典型措施與資訊作用為例〉，《月旦法學雜誌》，211 期，頁 41-70。
37. 陳英淙（2012），〈探討警察用槍之法規範要件的邏輯性〉，《中央警察大學法學論集》，23 期，頁 41-65。
38. 陳景發（2012），〈社會秩序維護法規制範圍與適用原則之研究〉，《中央警察大學法學論集》，22 期，頁 81-113。

39. 傅美惠 (2013),〈我國社會秩序維護法「勒令歇業、停止營業」存廢之探討--兼論社會秩序維護法第 18 條之 1 修正草案評析〉,《警專學報》,5 卷 6 期,頁 23-43。
40. 傅美惠 (2013),〈我國社會秩序維護法存廢之探討〉,《中央警察大學法學論集》,25 期,頁 75-119。
41. 曾淑瑜 (2007),〈妨害公務罪之保護客體是「公務員」?還是「公務」?〉,《臺灣本土法學雜誌》,91 期,頁 87-93。
42. 黃惠婷 (2008),〈妨害公務員執行職務之行為〉,《月旦法學教室》,73 期,頁 18-19。
43. 黃舒芃 (2010),〈法律授權與法律拘束: Hans Kelsen 的規範理論對德國行政法上「不確定法律概念」拘束功能的啟示〉,《政治與社會哲學評論》,頁 47-95。
44. 黃舒芃 (2012),〈不確定法律概念是一種法律概念嗎?——從德國行政法的新近發展反思不確定法律概念的制度功能〉,《憲政時代》,37 卷 4 期,頁 490-514。
45. 黃源浩 (2007),〈法國戰前行政裁量理論: 以行政任務與司法審查之範圍為中心〉,《國立臺灣大學法學論叢》,36 卷 4 期,頁 157-256。
46. 黃錦堂 (2010),〈高度科技專業性行政決定之司法控制密度——兼評臺北高等行政法院九六年度訴字第一一一七號判決〉,《東吳公法論叢》,3 期,頁 349-391。
47. 劉靜怡 (2014),〈用丟鞋和辦公祭傳達政治抗議訊息,該受處罰嗎?〉,《臺灣法學雜誌》,245 期,頁 131-135。
48. 蔡庭榕 (2005),〈論警察攔停與檢查之職權行使〉,《中央警察大學法學論集》,11 期,頁 67-114。
49. 蔡庭榕 (2006),〈論行政罰法在警察法制之地位與執法之影響〉,《中央警

- 察大學法學論集》，11 期，頁 59-106。
50. 蔡庭榕（2010），〈警察執法的比例原則〉，《警察法學》，9 期，頁 283-314。
51. 蔡庭榕（2012），〈論行政罰緩處分案件之調查與裁處--以社會秩序維護法之適用為例〉，《警察法學》，11 期，頁 125-168。
52. 蔡庭榕；簡建章（2011），〈社會秩序維護法立法缺失及爭議問題之研究〉，《中央警察大學法學論集》，20 期，頁 126-152。
53. 蔡進良（2007），〈行政罰裁罰標準之規制、適用與司法審查〉，《月旦法學雜誌》，141 期，頁 62-79。
54. 蔡震榮；蘇立琮（2004），〈社會秩序維護法回歸行政罰法體系之探討〉，《警政論叢》，4 期，頁 1-28。
55. 蔡震榮（1996），〈不確定法律概念之探討〉，《東海大學法學研究》，10 期，頁 43-68。
56. 蔡震榮（2005），〈裁量準則之探討--評最高行政法院 93 年度判字第 1127 號判決〉，《法學講座》，32 期，頁 39-53。
57. 蔡震榮（2005），〈警察職權行使與執法之標準〉，《臺灣本土法學雜誌》，72 期，頁 147-152。
58. 蔡震榮（2006），〈論釋字第六〇四號解釋對交通裁量之影響〉，《臺灣本土法學雜誌》，78 期，頁 31-48。
59. 蔡震榮（2007），〈罷工集會作為集會遊行法警察權發動對象之探討〉，《臺灣勞工季刊》，10 期，頁 18-31。
60. 蔡震榮（2008），〈從江陳會論民主自由與法治的界限〉，《臺灣法學雜誌》，117 期，頁 56-65。
61. 蔡震榮（2008），〈德國與我國警察概念之發展〉，《警學叢刊》，39 卷 1 期，頁 1-19。

62. 蔡震榮（2010），〈論事實認定與裁量基準之適用--評最高行政法院 97 年裁字第 00446 號裁定〉，《法令月刊》，61 卷 12 期，頁 4-14。
63. 蔡震榮、陳斐鈴（2009），〈論警察裁量〉，《中央警察大學學報》，46 期，頁 233-248。
64. 鄭善印（2000），〈警察與法律〉，《警學叢刊》，第 30 卷第 6 期，頁 141-176。
65. 盧映潔（2014），〈丟鞋、潑漆＝妨害公務？〉，《臺灣法學雜誌》，242 期，頁 123-125。
66. 賴恆盈（2013），〈行政裁量通說理論之檢討與行政裁量義務論〉，《月旦法學雜誌》，219 期，頁 102-119。

伍、外國文獻：

1. 西尔登（編），刘国干（译）（2013），《欧美比较行政法》，中国人民大学出版社。
2. 日本行政學會編（1984），《日本の行政裁量：構造と機能》，東京都：ぎょうせい。