

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



過當驅離集會

—以歐洲人權法及德國法為借鏡

Excessive Force on Assembly:

Comparisons with European Human Rights Law and German Law

吳嘉瑜

Chia-Yu Wu

指導教授：林鈺雄 博士

Advisor: Yu-Hsiung Lin, Dr. jur.

中華民國 105 年 6 月

June, 2016

過當驅離集會
——以歐洲人權法及德國法為借鏡

本論文係吳嘉瑜君（R01A21056）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國 105 年 6 月 27 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：

村 長 姓

口試委員：

何賴僕

ff $\frac{1}{2}$ $\frac{1}{2}$

劉古平 啟

謝辭

兩年前基於學運而燃起了對這個議題的關心，然這畢竟不是傳統刑事法所關注的議題，光是從何面向切入討論，就傷透腦筋，而在搜尋資料與撰寫的過程中也屢次地跌跌撞撞，那一次次建構、質疑、摧毀、再重建的過程，著實令我感到疲憊，也對自己產生懷疑，這讓我時常在午夜夢迴時產生過無數次想要放棄這個题目的想法。而現在仍然能以此為題與世人見面，這必須要感謝許多給予我幫助與力量的人們。

首先謝謝指導教授林鈺雄老師，答應讓我撰寫這個題目，在百忙之中也給予我思考架構上的指導。而擔任老師助理的這兩年半時光，除了學習德文與期刊投稿的殷殷叮嚀外，老師對於工作與生活的理想與熱情，也都讓我深深感受到作為一個法律工作者對於自身應具的要求與期許，也感謝老師去年暑假在我還沒有撰寫完論文初稿前，允許我放下助理工作前往歐洲作德語課程進修。謝謝何賴傑老師與劉靜怡老師在期末最忙碌的時候抽空擔任論文的口試委員，兩位老師的提問、質疑及建議都非常寶貴，讓我在口試完的修改上有了更具體且細節的方向。

謝謝同門的學長姐弟妹一直以來給我的鼓勵與幫助。在論文上，特別謝謝士帆學長從德國回來幫我帶回來一大疊我所需要的參考論文；謝謝佳叡學姐與百麟學長在忙碌中也協助我尋找需要的德國判決；謝謝芳凱幫我校稿，給我很有實益的修改意見；謝謝雅筑總像口試委員般給我最中肯的質疑與建議，也總是可靠地幫忙我搜索資料；謝謝正皓每次報告總幫我擋在前面，連最後口試也是，那些一起在圖書館關門前趕印資料、在研究室趕口試本的時間都感謝有你。

在研究所的路上，還有很多溫暖的援手。謝謝一起來到台大的大學同學人豪、義權和欣鴻，在陌生的學校有熟悉的你們，讓我格外安心；溫馨的 R01 刑法組同學們也是我所遇見的幸運。特別謝謝人豪總是聆聽我對論文的苦惱，在我因為找不到判決而挨罵坐在研究室大哭時，給我安慰和鼓勵，也幫助我調整論文目錄和格式；謝謝孟哲在論發時和人豪當我的搬運工，在口試前給焦慮的我很多建議，

在忙碌的實習中也不忘在口試當天為我加油；謝謝儂儂從準備國考時到現在一直給我很多幫助，也花時間和我討論歐洲法的架構問題；謝謝宗翰除了參加論發以及相互鼓勵外，也給我關於集會自由在德國法的架構許多建議；謝謝柏宏每次在走廊上相遇時總不忘關心，也常聆聽我在論文上遇到的問題並與我討論；謝謝鄰居偉哲迅速答應幫忙我檢查英文摘要；謝謝俐萍除了老是闖進 2412 玩耍外，也總是打開 2411 的大門讓我安心地訴苦；謝謝林青和凱璘在我撰寫論文時提供我各式督促自己一步步前進的方式。謝謝同在論文關頭打轉的室友們，相互鼓勵安慰總是暖心；謝謝曉玉包容我再三地拖稿，雖然作為主任，但總以學姊前輩的身分幫我打氣；謝謝蕙瑩三不五時地傳訊息幫我的論文打氣；謝謝憲安總是關心我的身體狀況；謝謝從台北大學法服隊一路走到現在的好朋友們，沒有忘記總是因為考試或論文神隱的我，不論在論文及生活中都給予我許多及時的幫助與關心。

謝謝柏辰在我最沮喪、懷疑自己的時候耐心地聆聽我、鼓勵我，每天即使只有一點進度也誇獎我，總是提醒我不要因為別人的話就慌了自己，在繁忙準備出國的日子中，也花了不少時間幫我細心地校稿，如果沒有你，這本論文幾乎不可能如期完成。

最後謝謝親愛的爸爸媽媽和哥哥，謝謝你們從小一路栽培我到就讀研究所，包容著我求學路上的選擇，總是在我最需要你們的時候給予我最強大的支持，再多的感謝似乎都不足以道盡。

雖然一開始只打算以全體誌謝簡單帶過，但這一路上實在受到太多人的鼓勵與幫忙，所以最終還是用了這樣一一感謝的方式，希望能表達出微薄謝意。雖然研究所對我來說是個意外，但在其中修習課程的點滴中，受到多位老師的教導，思考收穫遠較於大學時來得多上太多。這本論文代表著研究所階段的結束，然而人生下個階段也將馬不停蹄地開始，希望自己能懷著對法律及社會的關心與熱情，繼續努力讓自己的人生更為豐碩。

嘉瑜

2016 年季夏 于萬才館 2412 室

摘要

國家過當驅離人民集會現已成為各國均面臨的人權危機，本文主要透過歐洲人權法及德國法梳理和平集會自由及酷刑與非人道處遇禁止之人權保障內涵與國家義務，並回顧我國相關規定及集會驅離案件。

不論國籍，人人均享有和平集會自由，若集會自始具暴力意圖則非屬和平，歐洲人權法院向來從寬認定。其亦認為許可制相較報備制，更易使與會者產生寒蟬效應，而對於與會者不應予以過當武力驅離，亦不得單純針對與會課以行政懲處與刑事追訴。德國於基本法中進一步規定「不攜帶武器」以強化集會之和平性誠命，主管機關應負有查明集會不具和平性之義務作為解散依據。根據德國聯邦集會遊行法規定，集會採報備制，如未報備，主管機關得命解散，然仍須視該情形是否對公共秩序或安全造成具體危害。我國雖於司法院釋字第 718 號解釋後，放寬對緊急性與偶發性集會之許可限制，然宜採報備制，方能使人民真正享有表達意見之自由。

過當集會驅離亦涉及了歐洲人權公約規定酷刑與非人道處遇禁止之誠命，歐洲人權法院從此延伸導出國家所負有之程序性義務，即須徹底、迅速且獨立調查內國所發生酷刑與非人道處遇之情事，並予行為人相應處罰之效果。德國刑事實務上大量運用出於便宜原則而制定之停止程序為終結，此雖引發國家刑罰權交易之疑慮，然此必須以事實澄清為前提，與為遏止檢察官濫為不起訴之自訴程序同樣對應了歐洲人權法院對於調查義務之要求。回顧我國 324 行政院驅離案件，對於檢察官遲遲不為偵查起訴所涉非人道處遇情事之行為，於現行刑法下僅濫權不起訴罪得以繩之，縱提起自訴程序，法院應負職權調查義務，以符合歐洲人權法院所建立之誠命，人權保障不應僅淪為口號。

關鍵字：和平集會、驅離、酷刑與非人道處遇禁止、停止程序、法院調查義務。

Abstract

The excessively assembly expelling of the country, which has already become international crisis of human rights. This thesis research the positive obligations of the country in the freedom of peaceful assembly and the prohibition of torture while making comparison with European Human Rights Law and German Law. Finally, it reflects on the related articles and cases that the country made excessive force on assembly in Taiwan.

Everyone has the freedom of peaceful assembly. If the assembly begin with violent intention, European Court on Human Rights indicate that the assembly is unpeaceful. The Court also indicate that whether the prior procedure is notification or authorization, which should avoid leading to the Chilling Effect. The country shouldn't make excessive force on participants and give them punishment for pure participation. German fundamental law set "Unarmed" for strengthening the claim of "peace". The Authorities need to prove the assembly is unpeaceful for dissolving. According to the German Federal Law on Assembly, if the assembly violates the prior notification, the Authorities still have to measure whether the situation is causing particular harm to public order or security. Although the restriction of emergency and spontaneous demonstration has been loosen in Taiwan after the Judicial Interpretation No. 718, I think the notification procedure is truly better for expression.

This problem also relates on the prohibition of torture in European Convention on Human Rights. The Court extends the procedural obligations of country from this Article. The country should make thorough, expedient and independent investigation to the condition that torture or inhuman treatment happened in the country, and give the perpetrator adequate punishment. German criminal practice usually end the criminal proceeding with "stopping proceeding" of procedure which comes from "the cheaper principle". It criticized that the crime is transacted by country, but it have to

be used after clarifying the criminal fact. Private prosecution is the same. They correspond the procedural obligations from the Court. In the disputed case that expelled from Executive Yuan on Mar 24, 2014, the prosecutors who delayed investigation, violated such obligations. The court has the obligation of inquisitorial investigation, even in the private prosecution. The protection of Human rights should be more than a slogan.

Keyword: peaceful assembly, excessive force, prohibition of torture, stopping proceeding , investigative obligation of court.

簡目



第一章 緒論	1
第一節 問題意識.....	1
第二節 研究範圍.....	4
第三節 文獻回顧.....	5
第四節 研究方法及架構.....	6
第五節 用語說明.....	8
第二章 和平集會自由之揭禁與發展	9
第一節 相關國際公約.....	9
第一項 世界人權宣言第 20 條.....	9
第二項 聯合國公民與政治權利國際公約第 21 條.....	10
第三項 歐洲人權規範.....	10
第一款 歐洲人權公約第 11 條.....	11
第二款 歐盟基本權憲章第 12 條.....	12
第三款 歐盟基本權利憲章與歐洲人權公約之調和適用.....	14
第四項 美洲人權公約第 15 條.....	15
第五項 非洲人權與民族權憲章第 11 條.....	16
第六項 小結.....	17
第二節 歐洲人權公約所保障之集會自由.....	17
第一項 概述.....	17
第一款 與言論自由之緊密關係.....	18
第二款 審查框架.....	19
第二項 保障範疇.....	19
第一款 事物保障範疇（sachlicher Schutzbereich）.....	19
第二款 主體保障範疇（persönlicher Schutzbereich）.....	32
第三項 干預手段.....	34
第一款 事前通知與許可.....	35
第二款 禁制區.....	37
第三款 事後懲罰.....	38
第四項 干預正當性.....	39
第一款 公約第 11 條第 2 項第 1 句之限制.....	39
第二款 公約第 11 條第 2 項第 2 句之限制.....	42
第三款 公約第 16 條之限制.....	42
第五項 小結.....	43
第三節 內國法發展－以德國為觀察.....	44
第一項 德國集會自由－基本法第八條.....	45
第一款 歷史發展.....	45

第二款 現況規定.....	46
第二項 保障範疇.....	46
第一款 事物保障範疇.....	47
第二款 主體保障範疇—是國民權亦或基本人權？.....	55
第三項 對集會自由之干預.....	56
第一款 概述.....	56
第二款 集會開始前之干預.....	57
第三款 集會開始後之干預.....	63
第四項 干預正當性.....	64
第一款 形式要件—法律保留原則.....	64
第二款 干預正當性實質判斷—警察權之發動.....	66
第五項 小結.....	73
第四節 本章結論.....	73
第三章 過度武力驅離—國家義務與責任之歸屬	75
第一節 前言.....	75
第二節 歐洲人權公約第 3 條—禁止酷刑與非人道處遇.....	76
第一項 前言.....	76
第二項 歐洲人權公約第 3 條內涵建構.....	77
第一款 適用門檻—酷刑與非人道處遇的認定.....	77
第二款 內國所負義務.....	79
第三項 構成違反公約第三條之情形.....	84
第一款 具體類型.....	84
第二款 與和平集會自由干預的連動.....	86
第四項 國家驅離集會之手段.....	87
第一款 逮捕.....	87
第二款 催淚瓦斯（tear gas）.....	87
第三款 催淚彈（tear-gas grenade）.....	89
第四款 防暴水車（Water Cannon）.....	90
第五項 國家有效追訴義務在和平集會下之開展.....	91
第一款 被害人地位之認定— <i>Attila Csorba v. Hungary</i>	91
第二款 國家有效追訴義務之違反— <i>İzci v. Turkey</i>	92
第三款 延伸至反示威者之干擾— <i>Identoba and Others v. Georgia</i>	94
第四款 案例分析代小結.....	95
第六項 小結.....	96
第三節 德國法.....	97
第一項 自案例介紹出發— <i>Stuttgart 21</i> 案.....	97
第一款 事件背景.....	97
第二款 案件事實.....	98

第三款 法院判決.....	99
第二項 德國基本法－與公約接軌.....	103
第一款 基本法第一條－人性尊嚴.....	103
第二款 基本法第二條第二項－身體不受傷害權.....	107
第三款 與公約第三條之相互作用.....	109
第四款 小結.....	111
第三項 德國刑事程序面向－以便宜原則為觀察.....	111
第一款 從法定走向便宜原則.....	112
第二款 檢察官與法院之停止程序.....	113
第三款 自訴為國家追訴之例外.....	121
第四款 本項小結：有效追訴義務之再確立.....	127
第四項 德國刑事實體法－行為人刑事責任.....	128
第一款 多數行為人之犯罪參與.....	128
第二款 國家過當驅離集會之運用.....	135
第三款 回顧案例代結論.....	139
第五項 回顧案例代本節結論.....	140
第四節 本章結論.....	141
第四章 我國法制與實務之檢討反思	143
第一節 憲法與公政公約.....	143
第一項 自釋憲流變觀察基本人權在我國之開展.....	143
第一款 集會自由.....	143
第二款 酷刑與非人道待遇之禁止？	148
第二項 公政公約之內涵與制約落實.....	149
第一款 公政公約第 21 條－和平集會自由.....	149
第二款 公政公約第 7 條－酷刑與非人道待遇之禁止.....	150
第三款 公政公約在我國之實踐.....	151
第三項 小結.....	154
第二節 我國集會遊行法重要限制.....	155
第一項 立法沿革.....	155
第二項 主要限制.....	157
第一款 事前限制.....	157
第二款 事後限制.....	162
第三項 小結.....	166
第三節 驅離案例之檢視.....	168
第一項 案例提出.....	168
第一款 2008 年陳雲林來台案件.....	168
第二款 2014 年 324 行政院驅離案件.....	170
第二項 自訴程序下我國法院之調查義務.....	176

第一款 我國自訴制度.....	177
第二款 法院調查義務.....	179
第三款 自訴程序中法院調查範圍.....	183
第四款 本文見解：法院應以澄清義務為依歸.....	183
第三項 實體論罪之取徑.....	184
第四項 回歸案例觀察.....	185
第一款 同一案件之認定.....	185
第二款 法院調查義務.....	187
第三款 行為人實體刑事責任.....	187
第四款 小結.....	188
第四節 本章結論.....	188
第五章 結論及展望	191
第一節 回顧各章.....	191
第二節 未竟之業.....	193
參考文獻.....	195
附錄：集會遊行法草案	206
一、行政院草案.....	206
（一）初版.....	206
（二）再修正版.....	219
二、立委鄭麗君版.....	222

詳目



第一章 緒論	1
第一節 問題意識.....	1
第二節 研究範圍.....	4
第三節 文獻回顧.....	5
第四節 研究方法及架構.....	6
第五節 用語說明.....	8
第二章 和平集會自由之揭禁與發展	9
第一節 相關國際公約.....	9
第一項 世界人權宣言第 20 條.....	9
第二項 聯合國公民與政治權利國際公約第 21 條.....	10
第三項 歐洲人權規範.....	10
第一款 歐洲人權公約第 11 條.....	11
第二款 歐盟基本權憲章第 12 條.....	12
第一目 概述.....	12
一、緣起.....	12
二、法律地位之確立.....	13
第二目 規範內容.....	14
第三款 歐盟基本權利憲章與歐洲人權公約之調和適用.....	14
第四項 美洲人權公約第 15 條.....	15
第五項 非洲人權與民族權憲章第 11 條.....	16
第六項 小結.....	17
第二節 歐洲人權公約所保障之集會自由.....	17
第一項 概述.....	17
第一款 與言論自由之緊密關係.....	18
第二款 審查框架.....	19
第二項 保障範疇.....	19
第一款 事物保障範疇（sachlicher Schutzbereich）	19
第一目 集會（Versammlung）概念	20
一、數人聚集（Zusammenkunft mehrerer Menschen） ..	20
二、聚集目的（Zweck der Zusammenkunft）	21
三、參與範圍（Teilnehmerkreis）	22
四、聚集組織性之程度（Grad der Organisiertheit der	
Zusammenkunft）	22
五、聚集場所（Ort der Zusammenkunft）	22
六、聚集期間（Dauer der Zusammenkunft）	23
七、聚集類型（Art der Zusammenkunft）	23

八、小結：廣泛之集會概念.....	23
第二目 和平性.....	24
一、和平方式進行.....	24
（一）公共秩序之違反？.....	24
（二）非和平地表達意見（ <i>unfriedliche Artikulation von Meinungen</i> ）.....	25
（三）具有實行暴力之意圖（ <i>Absicht der gewaltsamen Durchsetzung von Zielen</i> ）.....	25
（四）使用暴力（ <i>Gewaltausübung</i> ）.....	27
（五）攜帶武器（ <i>Mitführen von Waffen</i> ）.....	27
（六）封鎖行動（ <i>Blockadeaktionen</i> ）.....	27
（七）小結：非暴力即屬和平.....	27
二、適當防止反示威行為.....	28
（一）Plattform” Ärzte für das Leben”v. Austria.....	28
（二）Öllinger v. Austria.....	29
（三）案例分析代小結.....	30
三、制止合法行為.....	31
四、小結：反面建構和平性內涵.....	32
第二款 主體保障範疇（ <i>persönlicher Schutzbereich</i> ）.....	32
第一目 作為人權.....	32
第二目 自然人與法人.....	33
一、自然人（ <i>Natürliche Personen</i> ）.....	33
二、法人（ <i>Juristische Personen</i> ）.....	34
第三項 干預手段.....	34
第一款 事前通知與許可.....	35
第一目 事前通知— <i>Barraco v. France</i>	35
一、案例事實.....	35
二、法院見解.....	35
第二目 事前許可— <i>Berladir and Others v. Russia</i>	36
一、案例事實.....	36
二、法院見解.....	36
第三目 案例分析代小結.....	37
第二款 禁制區.....	37
第三款 事後懲罰.....	38
第四項 干預正當性.....	39
第一款 公約第 11 條第 2 項第 1 句之限制.....	39
第一目 以法律明定（ <i>Prescribed by law</i> ）.....	39
一、案例事實.....	39

二、法院見解.....	40
三、案例分析代小結.....	40
第二目 民主社會所必須（Necessary in a democratic society）	40
第二款 公約第 11 條第 2 項第 2 句之限制.....	42
第三款 公約第 16 條之限制.....	42
第五項 小結.....	43
第三節 內國法發展－以德國為觀察.....	44
第一項 德國集會自由－基本法第八條.....	45
第一款 歷史發展.....	45
第二款 現況規定.....	46
第二項 保障範疇.....	46
第一款 事物保障範疇.....	47
第一目 集會.....	47
一、數人.....	47
二、共同目的之追求.....	47
第二目 和平性.....	48
一、不攜帶武器之解釋.....	48
二、對於非和平之判準.....	49
（一）攜帶武器.....	49
（二）參酌刑法相關概念.....	49
（三）有違刑法與違反秩序法.....	51
（四）反思與質疑.....	51
三、和平性爭議類型.....	52
（一）封鎖性靜坐.....	52
（二）零星內部暴力行動.....	53
（三）反示威者（Gegendemonstrationen）.....	53
第三目 室內集會不受保障？.....	54
第二款 主體保障範疇－是國民權亦或基本人權？.....	55
第三項 對集會自由之干預.....	56
第一款 概述.....	56
第二款 集會開始前之干預.....	57
第一目 報備義務（Anmeldepflicht）.....	57
一、規範內容.....	57
（一）報備義務人.....	57
（二）報備期間與形式.....	57
（三）報備內容.....	58
（四）違反效果.....	58

二、例外：偶發性集會.....	58
第二目 禁制區.....	58
第三目 其他集會限制.....	60
一、禁止攜帶武器與防衛性武器.....	60
二、制服化禁止.....	61
三、蒙面偽裝禁止.....	62
四、禁止與限制處分.....	62
第三款 集會開始後之干預.....	63
第一目 錄影與錄音（Bild- und Tonaufnahmen）.....	63
第二目 解散處分.....	63
第四項 干預正當性.....	64
第一款 形式要件－法律保留原則.....	64
第一目 限制集會自由之法律規範.....	64
第二目 概括授權條款.....	65
第三目 聯邦集遊法作為特別法.....	66
第二款 干預正當性實質判斷－警察權之發動.....	66
第一目 警察之任務－危害防止與犯行訴追.....	66
第二目 發動要件.....	67
一、公共安全與秩序之理解.....	67
二、危害必須具體.....	68
三、侵擾人之責任歸屬.....	68
第三目 發動限制.....	69
第四目 社會抗爭中常見處分之審查.....	70
一、集會解散處分.....	70
二、警察標準措施.....	70
（一）人身自由之限制與剝奪.....	70
（二）附論：物之扣留.....	72
第五項 小結.....	73
第四節 本章結論.....	73
第三章 過度武力驅離－國家義務與責任之歸屬	75
第一節 前言.....	75
第二節 歐洲人權公約第 3 條－禁止酷刑與非人道處遇.....	76
第一項 前言.....	76
第二項 歐洲人權公約第 3 條內涵建構.....	77
第一款 適用門檻－酷刑與非人道處遇的認定.....	77
第一目 行為態樣與區分實益.....	77
第二目 法院審查順序.....	78
第二款 內國所負義務.....	79

第一目 消極義務.....	79
第二目 國家保護義務.....	79
一、一般保障義務 (Allgemeine Gewährleistungspflichten)	80
.....	80
(一) 照料義務 (Fürsorgepflichten)	80
(二) 預防性防護措施 (Präventive Schutzmaßnahmen)	81
.....	81
(三) 壓制性防護措施 (Repressive Schutzmaßnahmen)	81
.....	81
二、立法保護義務 (Schutzpflichten in der Gesetzgebung)	82
.....	82
三、程序性保護義務 (Prozedurale Schutzpflichten)	83
第三項 構成違反公約第三條之情形.....	84
第一款 具體類型.....	84
第一目 警察武力使用.....	84
第二目 監禁條件.....	84
第三目 來自私人之虐待.....	85
第四目 引渡與驅逐出境.....	85
第二款 與和平集會自由干預的連動.....	86
第四項 國家驅離集會之手段.....	87
第一款 逮捕.....	87
第二款 催淚瓦斯 (tear gas)	87
第三款 催淚彈 (tear-gas grenade)	89
第四款 防暴水車 (Water Cannon)	90
第五項 國家有效追訴義務在和平集會下之開展.....	91
第一款 被害人地位之認定— <i>Attila Csorba v. Hungary</i>	91
第二款 國家有效追訴義務之違反— <i>İzci v. Turkey</i>	92
第一目 案例事實.....	92
第二目 法院見解.....	93
第三款 延伸至反示威者之干擾— <i>Identoba and Others v. Georgia</i>	94
第四款 案例分析代小結.....	95
第六項 小結.....	96
第三節 德國法.....	97
第一項 自案例介紹出發— <i>Stuttgart 21</i> 案.....	97
第一款 事件背景.....	97
第二款 案件事實.....	98
第三款 法院判決.....	99
第一目 普通法院.....	100

一、執行警員.....	100
二、前警察總長 Siegfried Stumpf.....	101
三、前巴登符騰堡邦總理 Stefan Mappus	102
第二目 行政法院.....	102
第二項 德國基本法－與公約接軌.....	103
第一款 基本法第一條－人性尊嚴.....	103
第一目 內涵與保障.....	104
一、人作為主體.....	104
二、對人性尊嚴之保障.....	104
第二目 基本法架構下之定位.....	104
一、作為其他基本權之核心.....	104
二、人性尊嚴作為獨立基本權.....	105
第三目 不容侵犯性下之干預.....	106
一、客體公式.....	106
二、客體公式修正.....	106
第二款 基本法第二條第二項－身體不受傷害權.....	107
第一目 內涵.....	107
第二目 干預手段之強度.....	107
一、排除輕微干預.....	107
二、自由支配之界限.....	108
第三款 與公約第三條之相互作用.....	109
第一目 人性尊嚴於公約上之意義.....	109
第二目 侮辱性待遇亦構成人性尊嚴之侵害.....	110
第三目 最低嚴重程度.....	110
第四款 小結.....	111
第三項 德國刑事程序面向－以便宜原則為觀察.....	111
第一款 從法定走向便宜原則.....	112
第二款 檢察官與法院之停止程序.....	113
第一目 檢察官法定起訴原則（§170 StPO）	113
第二目 出於便宜原則下之停止程序（Einstellung）	114
一、微罪且無公共利益（§153 StPO）	115
（一）檢察官所為之停止程序（§153 I StPO） ...	115
（二）法院所為之停止程序（§153 II StPO）	116
二、非重罪且具公共利益（§153a StPO）	117
（一）檢察官所為之停止程序（§153a I StPO） .	117
（二）法院所為之停止程序（§153a II StPO）	118
三、部分追訴（§§154, 154a StPO）	118
四、其他停止程序之情況.....	120

(一) 免於刑罰之犯罪 (§153b StPO)	120
(二) 特定外國犯罪 (§153c StPO)	120
(三) 政治犯罪行為 (§§153d, 153e StPO)	120
(四) 外國人於德國之犯罪 (§154b StPO)	120
(五) 對強制及勒索之被害人 (§154c StPO)	120
(六) 先決問題之裁判 (§154d StPO)	121
第四目 小結：便宜原則下之停止程序應予節制.....	121
第三款 自訴為國家追訴之例外.....	121
第一目 概述.....	121
第二目 法院之調查範圍？	123
一、法院澄清義務.....	123
(一) 內涵.....	123
(二) 範圍.....	123
(三) 調查原則之範圍.....	124
二、澄清義務於自訴程序之減損？	125
第三目 小結：回歸法院澄清義務.....	127
第四款 本項小結：有效追訴義務之再確立.....	127
第四項 德國刑事實體法一行為人刑事責任.....	128
第一款 多數行為人之犯罪參與.....	128
第一目 犯罪支配理論作為現今主流.....	128
第二目 正犯類型.....	129
一、犯罪支配理論下之正犯類型.....	129
二、間接正犯.....	130
第三目 組織犯罪之解套.....	131
一、德國學說.....	131
(一) 否定見解.....	131
(二) 肯定見解：Roxin 所提出之組織支配概念.....	132
二、德國實務發展.....	133
(一) 指標判決：東德國防委員會成員案.....	133
(二) 大幅擴張組織支配類型之適用範圍.....	134
三、小結.....	134
第二款 國家過當驅離集會之運用.....	135
第一目 下層警員之刑事責任.....	135
一、故意作為犯.....	135
(一) 違法性：阻卻違法事由.....	135
(二) 有責性：阻卻罪責事由.....	137
二、過失作為犯.....	138
第二目 上層長官之刑事責任.....	138

一、故意作為犯.....	139
二、過失作為犯.....	139
第三款 回顧案例代結論.....	139
第五項 回顧案例代本節結論.....	140
第四節 本章結論.....	141
第四章 我國法制與實務之檢討反思	143
第一節 憲法與公政公約.....	143
第一項 自釋憲流變觀察基本人權在我國之開展.....	143
第一款 集會自由.....	143
第一目 憲法第 14 條.....	143
第二目 釋字第 445 號解釋.....	144
第三目 釋字第 718 號解釋.....	145
一、聲請釋憲事實.....	145
二、解釋文及理由書.....	146
三、正反不同意見.....	146
第二款 酷刑與非人道待遇之禁止？	148
第一目 身體不受侵害權.....	148
第二目 人性尊嚴.....	148
第二項 公政公約之內涵與制約落實.....	149
第一款 公政公約第 21 條—和平集會自由.....	149
第二款 公政公約第 7 條—酷刑與非人道待遇之禁止.....	150
第三款 公政公約在我國之實踐.....	151
第一目 立法機關.....	151
第二目 行政機關.....	152
第三目 司法機關.....	152
一、憲法解釋層次之突破與創設.....	152
二、法律適用層次之順序.....	153
第三項 小結.....	154
第二節 我國集會遊行法重要限制.....	155
第一項 立法沿革.....	155
第二項 主要限制.....	157
第一款 事前限制.....	157
第一目 許可制.....	157
一、現行規定及實務.....	157
二、學者見解.....	159
三、本文建議.....	159
第二目 禁制區.....	160
一、現行規定與實務.....	160

二、學者見解.....	161
三、本文建議.....	161
第二款 事後限制.....	162
第一目 警告、制止與解散之取締措施.....	162
一、現行規定與實務.....	162
二、學者見解.....	163
三、本文建議.....	163
第二目 武力驅離.....	164
一、現行規定與實務.....	164
二、學者見解.....	164
三、本文建議.....	164
第三目 首謀者處以刑罰.....	165
一、現行規定與實務.....	165
二、學者見解.....	166
三、本文建議.....	166
第三項 小結.....	166
第三節 驅離案例之檢視.....	168
第一項 案例提出.....	168
第一款 2008 年陳雲林來台案件.....	168
第一目 案例背景與事實.....	168
第二目 國家事後追訴究責.....	169
第二款 2014 年 324 行政院驅離案件.....	170
第一目 案例背景與事實.....	170
第二目 警方驅離行動分析.....	171
第三目 國家事後追訴究責.....	171
第二項 自訴程序下我國法院之調查義務.....	176
第一款 我國自訴制度.....	177
第一目 概述.....	177
第二目 限制—公訴優先原則.....	177
第三目 「同一案件」之理解.....	177
第二款 法院調查義務.....	179
第一目 概述.....	179
第二目 調查發動.....	179
第三目 法院職權調查範圍.....	179
一、學說.....	179
二、實務：漸趨步向當事人進行主義？.....	180
（一）91 年度第 4 次刑事庭決議.....	180
（二）100 年度第 4 次刑事庭決議.....	181

(三) 101 年度第 2 次刑事庭決議.....	181
三、學者批評及實務後續走向.....	181
第三款 自訴程序中法院調查範圍.....	183
第四款 本文見解：法院應以澄清義務為依歸.....	183
第三項 實體論罪之取徑.....	184
第四項 回歸案例觀察.....	185
第一款 同一案件之認定.....	185
第二款 法院調查義務.....	187
第三款 行為人實體刑事責任.....	187
第四款 小結.....	188
第四節 本章結論.....	188
第五章 結論及展望	191
第一節 回顧各章.....	191
第二節 未竟之業.....	193
參考文獻.....	195
附錄：集會遊行法草案	206
一、行政院草案.....	206
(一) 初版.....	206
(二) 再修正版.....	219
二、立委鄭麗君版.....	222

第一章 緒論

第一節 問題意識



「我唯一有權利承擔的義務，是在任何時刻都做我認為正當的事。」

— Henry David Thoreau, 1817-1862

美國著名哲學家亨利·梭羅於其《公民不服從》一書中主張如政府強迫人民為違背良心之事，人民即應當以良心為依歸，抵制政府之不當作為。申言之，若政府之暴政或無能已係無可忍受，人民有權拒絕效忠，亦有權抵抗政府¹。

然而當人民群起對抗政府，政府卻往往以強烈手段壓制那些不滿之聲，即使在現在所謂的民主社會。

「為爭取香港特首真普選，『佔領中環』公民抗命行動昨凌晨啟動，港人聚集在香港政府總部外等8處地點和平示威，抗議北京操控香港2017年特首普選，不料港警不但高壓鎮暴，且史無前例持AR15半自動步槍及實彈威嚇手無寸鐵和平示威的民眾，甚至發射10餘波催淚瓦斯彈，造成至少26人受傷，民眾哭喊：『為什麼要這樣對付自己人？』」

— 香港，2014. 09. 29²

「南韓『世越號』船難迄今滿一週年，罹難者家屬不滿官方處理態度消極冷漠，故聚集於首爾市廳廣場，許多民眾前往聲援，要求官方提出妥善的真相調查方案以及打撈船體，估計約有七萬人聚集。人群從市廳行至光化門廣場，遭警方攔阻，轉向清溪川前進，沿途高喊『打撈世越號』、『保障和平遊行』、『撤回實令』、『找尋失蹤者』、『暴力警察讓開』，甚至出現『朴槿惠下台』的聲音，首爾市中心交通癱瘓，僅剩地鐵1號線仍正常行駛。昨夜11點左右，警方實施強制

¹ 請參閱 Henry David Thoreau 著，謝孟宗、陳蒼多譯，《我所嚮往的生活－亨利梭羅的公民不服從和他的政治書寫》，2015年，頁33以下。

² 請參閱蘋果日報，〈香港在哭泣 6萬人爭民主 警催淚彈驅離〉，2014年9月29日：
<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20140929/36114377/>
(網頁最後瀏覽日均為論文初稿完成日：2016年5月31日，以下不再一一標示。)

驅離，對不願離去的示威者噴灑辣椒水或催淚液，並逮捕 3 名集會遊行者的，目前仍有 80 位罹難者家屬在光化門廣場前的帳篷內靜坐。」

—南韓，2015.04.16³

於 2015 年 1 月由聯合國「集會遊行權」特別報告員所出版的「2014：集會遊行權」年度報告⁴中，聯合國特別報告員指出，2014 年如埃及、泰國等地出現了許多大型抗議活動，均遭政府壓制，使得集會遊行權更加受到挑戰。而美國國務院（Department of State）亦於 2016 年 4 月 14 日公布 2015 年度人權報告（2015 Country Reports on Human Rights Practices），內容指出包括緬甸、越南及柬埔寨等東南亞國家，任意逮捕拘禁抗爭者、壓迫少數民族、限制言論自由等情形層出不窮，人權狀況「皆待加強」⁵。

以上均指出這不是單一國家或區域的現象，而是全球趨勢。各國政府越是將集會遊行權視為會帶來混亂的危險而予以壓制，則其所導致的結果將與政府所預期的相反，越是壓制與剝奪，就越會帶來更多的危險與混亂。國家使用過當武力驅離人民和平集會實已造成現在各國均須面對的人權危機。而回觀台灣，三一八學運亦被列入上開 2014 年度的聯合國人權事務委員會提出的報告中⁶。

「大約 3 月 24 日清晨 1 點 30 分左右，在暴力驅離完北平東路上和平示威的民眾之後，水車與大批警察，開始從北平東路的後門進入院區。警方原本預定先以水車驅散群眾，但水車臨時故障。因此，1 點 40 分左右，警察開始行動，先將拿大聲公主持秩序的洪○翰拖到警盾後面痛毆，接下來開始強拖、毆打群眾。該區第二位被警察痛毆的，是一位不斷強調自己只是來這邊找小孩，希望他趕快離開現場的母親。」

³ 請參閱自由時報，〈世越號船難週年 7 萬人首爾抗議 遭警強制驅離〉，2015 年 4 月 17 日：
<http://news.ltn.com.tw/news/world/breakingnews/1289598>

⁴ See UNSR, 2014: The Year in Assembly and Association Rights, 2015.
http://freeassembly.net/wp-content/uploads/2015/01/UNSR-FOAA-2014-annual-report_r.pdf

⁵ 請參閱關鍵評論，〈人權報告：壓迫言論自由、歧視少數民族.....緬甸、柬埔寨及越南人權狀況「待加強」〉，2016 年 4 月 15 日：
<http://www.thenewslens.com/article/27467>

⁶ See UNSR, 2014: The Year in Assembly and Association Rights, 2015, p. 21.

三一八學運可謂係自台灣解嚴後規模最大且歷時最久的一次抗爭活動，為抗議服貿協定的強行過關，學生及民眾攻佔象徵代議民主的立法院，隨後引發全台灣人民的關注，大批民眾不分日夜於立法院周邊靜坐。然於 2014 年 3 月 24 日凌晨攻入行政院之另一波新行動，警方發動大規模鎮壓，並出動鎮暴水車，強制驅離在行政院外靜坐的民眾，導致多位民眾受傷。

另於同年 4 月 27 日民眾為表達停建核四訴求而佔領台北車站前忠孝西路，然 28 日凌晨警方仍發動鎮壓，且初即派出水車連續噴水驅離⁸。

自 324 驅離事件迄今已逾兩年，國家除將參與學運的學生與民眾以參與違法集會遊行、妨礙公務與無故侵入建築物等多項罪名起訴⁹之外，對於實施驅離之警察乃至指示上級機關卻遲無積極追訴行動。

這接連數次集會遊行的驅離反映出我國集會遊行法一直以來對人權保障的嚴重問題。我國集會遊行法對於人民之集會自由設有諸多限制，除須事前申請外，尚有禁制區等細如牛毛的條款限制，這使得人民欠缺足以發聲之正常管道，往往形成未經許可的非法集會，逼不得已甚至產生「名為『路過』，實為『集會』」¹⁰的曖昧情勢。

然而必須追問的是，一個非法但和平的集會，是否即不受集會自由的保障？國家機關是否即得任意驅離，亦即驅離手段對此是否即無所限制？面對已達過當武力驅離之國家行為，國家自身應負何種義務與責任？這一連串的疑問，透過國

⁷ 請參閱林傳凱，〈2014 年 323 政院抗爭事發過程陳述〉，2016 年 3 月，頁 72。

<https://drive.google.com/file/d/0ByzfSH0TWL64bmdkM3hIQ3J4VXM/view>

⁸ 請參閱壹電視，〈鎮暴水車直「沖」群眾 3 小時「淨空」路面〉，2014 年 4 月 28 日：

<http://www.nexttv.com.tw/news/realtime/social/11019528>

⁹ 請參閱苦勞網，〈反服貿占領後 119 人遭起訴 群眾反貼春聯 控國家暴力〉，2015 年 2 月 2 日：

<http://www.cooloud.org.tw/node/81668>

於 2016 年政黨輪替後，現任行政院長林全甫上任即對參與學運佔領行政院之學生民眾撤告。請參閱行政院新聞傳播處，〈政院撤告太陽花學運人士 林揆：理性和諧從寬處理政治事件〉，2016 年 5 月 23 日：

http://www.ey.gov.tw/News_Content2.aspx?n=F8BAEBE9491FC830&s=1C600FC08719192B

¹⁰ 請參閱苦勞網，〈民主黑潮學生聯盟參與「散步中天，路過正元」〉，2014 年 4 月 9 日：

<http://www.cooloud.org.tw/node/78147>；今日新聞，〈近千學生「路過」中正一分局與鎮暴警對峙，要方仰寧下台〉，2014 年 4 月 11 日：<http://www.nownews.com/n/2014/04/11/1188411>

國際比較法的對照，和平集會自由係在民主社會下甚為重要的基本人權，這已是國際人權公約的共識，而我國在 2009 年 3 月 31 日立法院通過聯合國《公民與政治權利國際公約》及《經濟社會文化權利國際公約》（下稱兩公約）及其施行法（下稱兩公約施行法），同年 5 月 14 日總統正式簽署，並於同年 12 月 10 日正式宣布生效，在對外意義上，成為我國與國際社會人權保障接軌的重要里程碑。面臨重視人權保障之國際趨勢，對於集會驅離，我國在態度及解釋上勢必須有所改變與因應。

第二節 研究範圍

歐洲人權公約與我國憲法均將集會自由與結社自由規定於同一條文中，然此二條文權利內涵不同，亦無併與討論之必要，是以本文僅針對集會自由為研討，不為結社自由之深研。又集會自由實與言論自由具有相當緊密的關係，然避免模糊焦點，本文亦不以言論自由為主要探討。而涉及集會自由之相關案例經常亦會牽涉宗教自由、一般行動自由等其他基本權利，本文亦僅聚焦於集會自由，不另贅述。

集會依時間、空間及聚集目的實際上又可分多種型態，如婚喪喜慶，媽祖繞境或教堂禮拜等，然此類型於此討論並無意義，本文僅聚焦於社會抗爭行為之集會，此因係不滿政府某項政策或作為而起，容易與國家產生摩擦與衝突，於拉扯下，國家之應作為與不作為方有討論意義。

而以往我國討論集會遊行議題，多集中於參與集會遊行者的刑事責任，如課以首謀者不解散之集會遊行法第 29 條，或刑法聚眾不解散罪（§149）、強制罪（§304）、妨礙公務罪（§135）、毀壞公物罪（§138）不等的罪名。國家一方面羅列人民罪責時，卻往往忽略國家自身保障人民和平集會自由之積極義務，以及對於集會人民實施過度武力驅離後追訴究責之積極義務，是以本文欲從人民和平集會自由之保障面向切入並將焦點集中論述國家所負之積極義務，而不另於人民刑事罪名分析上多加著墨。

第三節 文獻回顧

關於集會自由，我國國內法律學術論文著作汗牛充棟，多著重於國內集會遊行法本身相關規定之檢討，特別是針對「事前許可制」¹¹，於司法院釋字第718號解釋出爐後，又掀起一陣討論¹²。於法制面上，亦有針對本國法與德國、日本、韓國及美國相關法律之比較分析¹³。

另有針對集會主管機關－警察之執法行為¹⁴為切入面向探討，即警察作為集會遊行法定之主管機關，其自許可至舉牌與解散處分之作成，自實然面上，在在影響了其介入集會之時點。

於刑事法面向，亦不乏文獻探討與會者所涉之刑事責任¹⁵，如前所述以首謀

¹¹ 相關論文方面，自動員戡亂時期時之集會遊行法起即有探討，如張嘉政，《人民集會遊行權利之規範與保障－我國動員戡亂時期集會遊行法的檢討》，1989年台灣大學政治研究所碩士論文。爾後重新制定集會遊行法，針對事前許可制漸多討論，如施宇軒，《現行集會遊行法之檢討－以集會自由之保障為中心》，2007年台灣大學國家發展研究所碩士論文；劉冠廷，《集會自由作為社會運動之保障－以基本權保障之觀點檢討事前許可制》，2010年成功大學法律學研究所碩士論文；鄭東宜，《我國集會遊行許可制度之研究－採行報備制之分析》，2007年中央警察大學公共安全研究所碩士論文等。

期刊文章例如李震山，〈論集會自由之事前抑制〉，《憲政時代》，35卷1期，2009年7月，頁43-62；法治斌，〈集會遊行之許可制或報備制：概念之迷思與解放〉，《憲政時代》，24卷3期，1998年12月，頁2-18。

¹² 於司法院釋字第718號解釋之後的相關論文如何靖騰，《我國集會遊行制度之研究：理論、法制及實務》，2015年中國文化大學法律學研究所碩士論文；黃哲彥，《我國集會遊行法修法方向之探討－由司法院大法官釋字第718號解釋出發》，2014年中華大學行政管理學系碩士班碩士論文。期刊文章則如李建良，〈集會自由與群眾運動的憲法保障－釋字第718號解釋〉，《台灣法學雜誌》，246期，2014年4月，頁13-26；許育典，〈緊急性及偶發性集會遊行須申請許可？〉，《月旦法學教室》，146期，2014年12月，頁6-8；陳正根，〈集會自由權走不盡的坎坷路－評釋字第七一八號〉，《月旦裁判時報》，29期，2014年10月，頁66-77；蔡震榮，〈論釋字第七一八號有關緊急性及偶發性集會遊行之解釋〉，《月旦法學雜誌》，230期，2014年7月，頁102-118。

¹³ 德國部分如 Heinrich Scholler 著，李震山譯，〈西德集會自由權之演進與現況〉，《中山學術論叢》，8期，1988年12月，頁215-247；董保城，〈西德對集會自由法律的保障與限制〉，《憲政時代》，12卷4期，1987年4月，頁46-55。日本部分如 Takashi Ebashi 著，劉純之譯，〈日本的集會自由〉，《中山社會科學譯粹》，3卷2期，1988年4月，頁53-58。亦有將前述德國、日本與韓國法制一併比較，如張維容，〈德、日、韓集會遊行法制之研究〉，《警學叢刊》，44卷3期，2013年11月，頁85-124。美國部分如 Robert C. Post 著，丁樹範譯，〈美國的集會自由：憲法的觀點〉，《中山社會科學譯粹》，3卷2期，1988年4月，頁1-11。

¹⁴ 相關論文如朱政坤，《警察命令解散處分之研究》，2010年台灣大學法律學研究所碩士論文。期刊文章如翁萃芳，〈集會遊行主管機關的執行困境與未來出路〉，《警政論叢》，13期，2013年12月，頁177-196；許義寶，〈論集會自由與警察職權－兼論法院對警察解散命令之審查〉，《警察法學》，9期，2010年11月，頁113-159；陳正根，〈集會遊行之許可與命令解散－評最高行政法院一百零三年度第三〇五〇號裁定〉，《月旦裁判時報》，15期，2012年6月，頁92-101。

¹⁵ 相關論文如林柔孜，《論強制罪：以抗爭行為為中心》，2015年台灣大學法律學研究所碩士論文；殷節，《論刑法第149條聚眾不解散罪》，2011年東吳大學法律學研究所碩士論文；張嘉婷，〈論公民不服從之刑事責任：以可罰違法性之相對輕微型為中心〉，2014年台灣大學法律學研究

者不解散之集會遊行法第 29 條，或刑法聚眾不解散罪（§149）、強制罪（§304）等罪名。

然對於從國際人權法面向探討人民和平集會自由內涵，目前我國尚無論文問世，而相關文章僅如廖福特教授之〈集會及結社自由權：歐洲人權法院判決之分析〉及劉靜怡教授之〈歐洲人權法院近年主要集會遊行相關判決評析〉等。

而本文以和平集會自由之論述為基，進一步探求國家過當武力驅離下國家所負之積極義務，此涉及酷刑與非人道處遇禁止之人權規範。關此，我國自制定兩公約施行法後，相關學術論述便風起雲湧，主要關注於禁止刑求訊問被告之部分¹⁶。然對於和平集會之驅離則並無著墨。綜上，本文建立於前人之業，嘗試探求此議題於國際人權之處理。

第四節 研究方法及架構

繼回顧相關文獻後，本文嘗試以國際人權法為研究取徑，然此實應包含聯合國系統及區域國際條約對此之處理情形¹⁷，本文礙於篇幅無法全面涵蓋，考量我國於 2009 年通過兩公約施行法，而聯合國公民與政治權利國際公約（UN International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR）與歐洲人權公約內容相似，國際人權公約解釋本即會相互影響，聯合國人權委員會亦經常援引歐洲人權法院之判決為其決定依據。且歐洲人權公約經過歐洲人權法院數十年判決的累

所碩士論文。

期刊文章如林鈺雄，〈強制罪之整體不法判斷－從彰化臺電施工抗爭案的判決談起〉，《月旦法學雜誌》，232 期，2014 年 9 月，頁 28-57；薛智仁，〈刑法觀點下的公民不服從〉，《中研院法學期刊》，17 期，2015 年 9 月，頁 103-204。

¹⁶ 相關論文如呂弘智，《禁止刑求訊問之研究》，2011 年台灣大學國家發展研究所碩士論文；李佳叡，《論營救式刑求之法律適用－以德國刑事法暨歐洲人權法為中心》，2013 年台灣大學法律學研究所碩士論文等，均曾針對此為深入研析。

期刊文章如林鈺雄，〈2013 年刑事程序法發展回顧：從國際人權公約內國法化的觀點出發〉，《台大法學論叢》，43 卷特刊，2014 年 11 月，頁 1265-1298；楊雲驊，〈「公民與政治權利國際公約」第 7 條對國內法之效力：以預防性刑求為中心〉，《台大法學論叢》，43 卷特刊，2014 年 11 月，頁 957-1029。

¹⁷ 即對於聯合國人權事務委員會、歐洲人權法院、美洲人權法院及非洲人權委員會，甚至國際組織之相關意見均應完整分析，關於所涉集會自由及酷刑與非人道處遇禁止之兩大脈絡，本文僅分別於第二章第一節及第三章第一節簡述並比較國際人權條約之相關規定，而不詳述各人權系統內所建立之內涵。

積，詮釋漸趨淬鍊與完備。是以本文借鏡歐洲人權法院案例法的累積，建構內涵與審查架構。

然歐洲人權法院固於其作為國際人權法院之地位，不宜過度介入內國事務，故此僅能為大原則之指導方針，有賴於內國具體化其建立之義務。本文為求具體形塑，是以除歐洲人權法外，亦擷取向來重視人權之德國法，嘗試觀察其於歐洲人權框架下之實踐，以供我國參照。

因本文係以國家對於集會施以過當驅離之義務與責任為研究核心，於一般情形進程，與會人以和平方式進行集會，之後集會轉為非和平，該集會不再受和平集會自由之保障。而實際上不論該集會和平與否，內國均可能針對集會為解散處分，解散不成即使用武力驅離集會，若內國過當武力使用，除驅離行為可能構成酷刑外，若其未盡有效調查，同為違反。

是以章節安排上，依時間序先探討人民集會所享有之和平集會自由，復針對驅離處分所涉之酷刑與非人道處遇禁止誡命為論述。詳言之，本文繼緒論後，於第二章先確立和平集會自由之保障，透過相關國際人權公約、歐洲人權公約與歐洲人權法院之案例闡釋以及德國法，以保障範疇、干預及干預正當性之基本權干預體系為一層層地架構，其中對集會和平性之判斷至為關鍵。

第三章進一步針對國家過當驅離行為所涉及之酷刑與非人道或侮辱性待遇禁止誡命，同第二章亦從相關國際人權公約、歐洲人權公約與歐洲人權法院之案例闡釋以及德國法面向，從廣泛至細緻，以德國基本法所揭示之人性尊嚴及身體不受傷害權作為與公約之接軌，並探求歐洲人權法院從中延伸導出締約國之有效追訴義務於德國刑事訴訟法中實踐之可能性。

第四章回顧我國，依憲法及相關解釋導出應受保障之人權，而自兩公約施行法制定後，透過一般性意見書、聯合國人權委員會所作成之決定等所填補之公約內涵，亦不能不一併論述之。承繼此，復檢視我國集會遊行法現行法制之疑慮，再以我國 324 行政院驅離案例反思我國刑事訴訟法實務上之問題。

第五章結論回應第一章第一節問題意識所提出之一連串問題，嘗試提供我國

集會主管機關判斷集會和平與否之標準，以及於過當武力驅離下，除構成酷刑或非人道處遇外，我國更應盡後續之追訴義務。

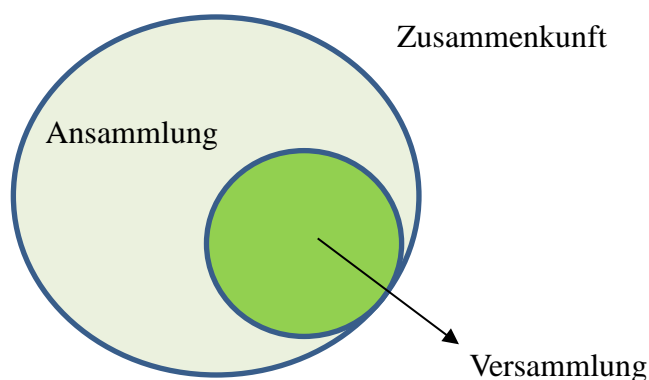


第五節 用語說明

本文參閱德文文獻中於集會章節所提及的「Zusammenkunft」、「Ansammlung」及「Versammlung」三者意思相近，然實際意義並不相同，為避免翻譯混淆，本文於此先為說明。

「Versammlung」是德國基本法第 8 條集會自由（zu versammeln）之用語，係譯為「集會」，應無疑義。然關於「Zusammenkunft」是由「Zusammen」及「kunft」所組成，「Zusammen」德語意為「一起、共同」，而字根「kunft」則有「來到」的意思，於此結合係有「一同來到此處」之意，不論目的為何，故本文譯為「聚集」，以與集會為區辨。

而「Ansammlung」相較於「Versammlung」，僅為單純地聚集在一起，不具共同目的，其應被「Zusammenkunft」意思所涵蓋，是以參酌部分文本翻譯，本文譯為「集聚」。示意圖如下：



第二章 和平集會自由之揭櫫與發展

本章將從國際人權規範為簡略觀察，並以其中人權體系發展最為完善的歐洲人權公約及歐洲人權法院所做之案例為研究主軸，爬梳和平集會自由之內涵與干預。隨後以德國作為實踐觀察，從其基本法及內國聯邦集會遊行法之規定，檢視與歐洲人權法之互動。

第一節 相關國際公約

國際人權規範，除了普世性之國際人權公約，如聯合國憲章、世界人權宣言、公民與政治權利公約及經濟、社會、文化權利公約外，尚建立了其他區域性國際人權公約。聯合國雖原本因考量國際人權實踐應有其普世性，建立區域性國際人權公約可能使人權實踐因地而異，而抱持著反對態度，然國際人權公約落實之困難，實在於不同國家政治文化之妥協與折衝，致人權實踐實際上遇到許多阻礙，是以建立區域性公約係有其現實上考量¹。

除阿拉伯法體系與尚在研擬中之亞洲區域性國籍人權體系外，目前國際上現有三大區域性（歐洲、美洲、非洲）國際人權公約系統，其中以歐洲系統發展最為完備與蓬勃，以下除普世性人權公約外，尚針對區域性人權公約一併介紹。

第一項 世界人權宣言第 20 條

於二次世界大戰後，聯合國於 1948 年 12 月 10 日第 271A (III) 號決議通過宣布世界人權宣言 (The Universal Declaration of Human Rights)，其前言表示此作為所有人民和所有國家努力實現的共同標準，以期每一個人和社會機構經常銘念本宣言，努力通過教誨和教育促進對權利和自由的尊重，並通過國家的和國際的漸進措施，使這些權利和自由在各會員國本身人民及在其管轄下領土的人民中得到普遍和有效的承認和遵行。

關於集會自由規定於宣言第 20 條第 1 項²：「人人有權享有和平集會和結社

¹ 請參閱吳全峰，〈從區域性人權公約看國際人權之實踐〉，《暨大電子雜誌》，頁 1。

² Art. 20 UDHR.

1. Everyone has the right to freedom of **peaceful assembly** and association.

自由」，簡短而有力地確立了和平集會自由之人權保障。

第二項 聯合國公民與政治權利國際公約第 21 條

聯合國人權委員會於世界人權宣言通過後，著手起草公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約，經多年討論修改，始於 1966 年 12 月 16 日由聯合國大會決議 2200A 通過。世界人權宣言與此兩公約被定位為國際人權法典，表明國際人權最基本之理念與要求³。

公民與政治權利國際公約於 1976 年 3 月 23 日正式生效，其前言即表明：「確認依據世界人權宣言之昭示，唯有創造環境，使人人除享有經濟社會文化權利而外，並得享受公民及政治權利，始克實現自由人類享受公民及政治自由無所恐懼不虞匱乏之理想。」

關於集會自由規定於第 21 條⁴：「和平集會之權利，應予確認。除依法律之規定，且為民主社會維護國家安全或公共安寧、公共秩序、維持公共衛生或風化、或保障他人權利自由所必要者外，不得限制此種權利之行使。」相較前述的世界人權宣言，其進一步地規範了限制條件。

第三項 歐洲人權規範

歐洲人權系統相較於其他區域性人權系統，更為完整與成熟。歐洲目前存在著兩個主要法律體系：一是由 27 個成員國所組成一體化、具有超國家性質的歐洲各大共同體和歐盟法律體系，此主要係由以各種條約為主幹的基礎法和由歐盟機制制定的派生法及歐洲法院的判例等所組成；二是由 47 個成員國所組成作為政府間組織的歐洲理事會法律體系，於人權保障上，主要是後者以「歐洲人權公

2. No one may be compelled to belong to an association.

³ 請參閱廖福特，〈兩公約之歷史發展及台灣參與〉，收錄於：氏主編，《聯合國人權兩公約—公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約》，2014 年，頁 1-6。

⁴ Art. 21 ICCPR.

The right of **peaceful assembly** shall be recognized. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than those imposed in conformity with the law and which are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, public order (ordre public), the protection of public health or morals or the protection of the rights and freedoms of others.

此部分於第四章我國法將會再為論述（請參見第四章第一節第二項第一款）。

約」所創立的歐洲人權法院和歐洲人權委員會發揮主要作用⁵。原先制定歐洲人權公約，並以依公約成立的歐洲人權法院為保障人權機構，後制定了歐盟基本權憲章。此二人權規範均針對集會自由為保障規範，是以如何調和適用亦為問題，以下針對此二人權法律體系及規範為分述。

第一款 歐洲人權公約第 11 條

歐洲自 1940 年起便將公民與政治權利之推展與保護視為該區域內發展之重要指標，於 1950 年起草並於 1953 年 9 月 3 日正式生效的歐洲人權公約(European Convention on Human Rights, EConHR)，依據該公約設立了歐洲人權法院(European Court of Human Rights, ECHR)，在第 11 號議定書修正歐洲人權公約後，任何人認為其權利受到公約締約國侵害，便可於窮盡內國救濟途徑後向歐洲人權法院提起訴訟⁶。此公約開啟了個人享有國際法救濟之管道，係給予了個人相當高度之保障。而其與公民與政治權利公約之不同之處在於其對國際人權之限制除因國家安全(national security)或公共利益(public safety)外，更強調是在民主社會中所必要之措施(necessary in a democratic society)。

歐洲人權公約將主要的權利和自由規定在第一章，其包含第 2 條到第 18 條。而在第一章裡面的條文大多是由兩段部分所構成：第一段規定出基本權利和自由，而在第二段中則包含了許多對於前段所稱的基本權利或自由所規定的排除條款、例外條款、限制條款。如生命權、禁止酷刑、人身自由、公正審判、隱私權、思想自由、表意自由、集會及結社自由等權利保障。

關於集會自由規定於第 11 條：「任何人均有和平集會及結社的自由，包含建立及參與保護其利益的工會在內。」；「除非係根據法律規定，且於民主社會中基

⁵ 請參閱陳顯武、連雋偉，〈從「歐盟憲法」至「里斯本條約」的歐盟人權保障初探—以「歐盟基本權利憲章」為重點〉，《台灣國際研究季刊》，4 卷 1 期，2008 年春季號，頁 30。

⁶ 於第 11 號議定書施行前，個人並沒有直接使用歐洲人權法院的權利，其須先向「歐洲人權委員會」申請，如委員會認為該案提起具有相當理由時才會讓該案進入到歐洲人權法院進行審理。另一方面，縱批准歐洲人權公約，國家仍然可以選擇保留特定條款而不讓人民使用歐洲人權委員會，如此將限制個人受到歐洲人權法院保護的可能性。而第 11 號議定書施行後，廢止歐洲人權委員會，且擴大了歐洲人權法院的權限（接收歐洲人權委員會的功能與權力）。同時在此之後，允許個人可以直接向該法院提起訴訟。在批准第 11 號議定書以後，所有的國家皆同意該法院對於個人所提起控告締約國的訴訟具有管轄權。

於國家安全或公共安全、避免失序或犯罪、保護健康或道德或維護他人權利與自由等理由所必須，否則不得限制集會結社權利之行使。」集會自由在過往實際上並非歐洲人權爭訟的核心，於 1981 年以前歐洲人權法院並未審理過任何有關集會及結社自由之案件⁷，然經過數十年的案例累積，歐洲人權法院亦已逐漸建構集會與結社自由之權利內涵。

第二款 歐盟基本權憲章第 12 條

於 2007 年簽訂並於 2009 年生效的里斯本條約之後，開啟歐盟加入歐洲人權公約之管道，也必須面對並處理同時生效的歐盟基本權憲章與歐洲人權公約之適用，以及歐洲法院與歐洲人權法院間之關係。以下本文先自歐盟基本權憲章之制定歷史為開端，探求其法律地位，再介紹其實質規範內容。

第一目 概述

一、緣起

關於人權保障，於 1951 年所簽訂的歐洲煤鐵共同體條約（又稱巴黎條約）以及 1957 年簽訂並於隔年生效的歐洲經濟共同體條約及歐洲原子能共同體條約，均未將人權保障條款列入其中，此可能係出於當時著重於經濟整合，與傳統古典的公民及政治權利較無關係，且此部分已有歐洲人權公約及歐洲人權法院，對人權保障應已足夠⁸，故而未列。

然隨著歐洲統合進展，共同體權限亦不斷強化擴大，共同體侵害人權之可能亦大幅增加，建立共同體之人權保障規範，實屬必要。於 1977 年及 1986 年歐體理事會、歐洲議會及執委會等三機關均發表了共同人權宣言，然此僅具政治宣示意義。於 1987 年生效之「單一歐洲法案（Single European Act）」始將人權保障原則明文化。1989 年雖通過「歐洲共同體勞動者基本社會權利憲章（Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers）」，然僅為政治宣言。而 1991 年簽訂於 1993 年生效之「歐洲聯盟條約（Treaty of the European Union，簡稱歐

⁷ See H. Cullen, *Freedom of Association as a Political Right* 24 (1999).

⁸ 請參閱廖福特，〈歐洲聯盟基本權利憲章〉，收錄於：氏著，〈歐洲人權法〉，2003 年，頁 384-385。

盟條約)」不僅於歐洲共同體條約增訂第 177 條要求對人權之尊重，亦於歐盟條約第 6 條第 2 項、第 11 條及第 30 條等規定中加入對人權之保護。承繼之，「阿姆斯特丹條約」和「尼斯條約」皆進一步肯認與延伸歐盟條約基本人權保障的目標⁹。

雖歐盟及歐體法律體系已漸重視人權保障，然一直以來卻無固定的基本權清單形式。於 1999 年科隆歐盟高峰會議中，認為對於歐盟現階段發展實有必要制定一基本權利憲章，以強調其重要性，並使歐盟公民充分了解其所享有之基本權利。是以於隔年 12 月 7 日尼斯歐盟高峰會議中，部長理事執委會及歐洲議會之主席共同簽署並公布「歐盟基本權利憲章（Charter of Fundamental Rights of the European Union）」。

二、法律地位之確立

雖對於該基本權憲章之制定及內容，各國達成共識，然於制定初始並未確立該憲章之法律地位，而僅暫以政治宣言之方式公布之。對於其日後之定位，學者認為有數種可能，其一僅係單純之政治宣言；其二係於歐盟條約及歐體條約之序言或部分條文提及，以作為一般法律原則；其三係逕併入歐盟條約及歐體條約，或以附加議定書之方式併入，甚或成為歐洲憲法之一部份¹⁰。

歐盟基本權利憲章制定之後成為於 2004 年簽訂之歐盟憲法條約第二部分，然該憲法條約於之後各會員國公民投票過程中，多國因爭議而予以擱置。於 2007 年簽訂並於 2009 年 12 月 1 日生效之里斯本條約，修改歐盟憲法，不將歐盟基本權利憲章訂入條約一部，僅承認該權利憲章之效力¹¹。依據歐盟條約第 6 條¹²規

⁹ 請參閱廖福特，前註文，頁 386-388；陳顯武、連雋偉，註 5 文，頁 32。

¹⁰ 請參閱廖福特，前註文，頁 406-411。

¹¹ 請參閱陳顯武、連雋偉，註 5 文，頁 30。

¹² Art. 6 EU

1. The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, which shall **have the same legal value as the Treaties**.

The provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties.

The rights, freedoms and principles in the Charter shall be interpreted in accordance with the general provisions in Title VII of the Charter governing its interpretation and application and with due regard to the explanations referred to in the Charter, that set out the sources of those provisions.

定，該權利憲章於適用時具有與歐盟相關條約等同之法律效力，亦即具有與被稱作一級法的歐盟條約與歐洲運作條約之相同效力。



第二目 規範內容

歐盟基本權利憲章分為前言及七個章節，分別係第一章尊嚴（Dignity），第二章自由（Freedoms），第三章平等（Equality），第四章和諧（Solidarity），第五章公民權利（Citizen's Rights），第六章司法（Justice），第七章一般條款（General Provisions）。

該憲章第 12 條¹³規定：「人人均有權享有和平集會之自由與於各階層結社之自由，特別是有關政治、工會與私人事務之集會及結社，因其包含每個人為保護自我利益而組成或參加工會之權利。」；「歐洲聯盟層次之政黨團體有助於歐洲聯盟公民表達政治意願。」

第三款 歐盟基本權利憲章與歐洲人權公約之調和適用

依前述，歐盟基本權利憲章位階與歐盟相關條約相同，可拘束歐盟，而該憲章前言即揭示應參照歐洲人權公約及歐洲人權法院裁判，憲章第 52 條第 3 項¹⁴規定於歐盟基本權利憲章與歐洲人權公約中之權利所保障一致之處，該權利在歐洲人權公約的意義與射程距離，歐盟基本權利憲章即應與之相同。又依現行歐盟條約第 6 條第 3 項，歐洲人權公約所規定之基本權利屬於歐盟法一般法律原則，本即可透過法律比較適用歐洲人權公約¹⁵。

2. The Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Such accession shall not affect the Union's competences as defined in the Treaties.

3. Fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, shall constitute **general principles of the Union's law**.

¹³ Art. 12 CFR.

1. Everyone has the right to **freedom of peaceful assembly** and to freedom of association at all levels, in particular in political, trade union and civic matters, which implies the right of everyone to form and to join trade unions for the protection of his or her interests.

2. Political parties at Union level contribute to expressing the political will of the citizens of the Union.

¹⁴ Art. 52 CFR.

3. In so far as this Charter contains rights which correspond to rights guaranteed by the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the meaning and scope of those rights shall be the same as those laid down by the said Convention. **This provision shall not prevent Union law providing more extensive protection.**

¹⁵ 請參閱 Satzger 著，王士帆譯，《國際刑法與歐洲刑法》，2014 年，頁 288-289。

然於歐盟尚未加入歐洲人權公約前，仍僅歐盟法院得以於歐盟體系內為公約解釋，而產生歐洲人權法院及歐洲法院裁判歧異之危險。關於歐盟加入歐洲人權公約，歐洲法院及歐洲議會均分別發表過聲明及決議¹⁶，而歐洲人權法院院長與歐盟法院院長亦於 2011 年 1 月 17 日作出共同聲明，表示對於歐洲人權公約與歐盟基本權利憲章這兩份法律文件進行同步併行解釋（*parallele Auslegung*）¹⁷。

而歐盟基本權利憲章第 53 條¹⁸亦規定對於該憲章規範所保障之權利不得為不利或限制人權之解釋。

第四項 美洲人權公約第 15 條

美洲地區於 1948 年成立美洲國家組織（Organization of American States），同年通過美洲人權與責任宣言（American Declaration of the Rights and Duties of Man），並於 1959 年成立美洲人權委員會（Inter-American Commission on Human Rights），1969 年通過美洲人權公約（Inter-American Convention on Human Rights），然尚有包含美國及加拿大在內的六個國家尚未批准該公約。

仲裁機構除美洲人權委員會外，尚有於 1979 年成立的美洲人權法院，然而前者因僅因政治力軟性介入而往往無法對被訴國為一定制約；後者則是因美國與加拿大尚不承認該法院，欠缺主要國家支持下，其功能相較歐洲人權法院則顯得較為虛弱¹⁹。

美洲人權公約將集會與結社自由分列規定，集會自由規定於第 15 條²⁰：「承

¹⁶ 詳請參閱吳志光，〈歐洲聯盟加入歐洲人權公約的意義與影響－以歐洲人權法院面對之問題為核心〉，收錄於：顏厥安、林鈺雄主編，《人權之跨國性司法實踐－歐洲人權裁判研究（四）》，2012 年，頁 70 以下。

¹⁷ 請參閱王士帆譯，〈歐洲人權法院與歐盟法院共同聲明－關於歐盟基本權利憲章與歐洲人權公約之同步併行解釋，以及歐盟加入歐洲人權公約〉，《司法周刊》，1547 期，2011 年 6 月 17 日，頁 3。

¹⁸ Art. 53 CFR.

Nothing in this Charter shall be interpreted as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms as recognised, in their respective fields of application, by Union law and international law and by international agreements to which the Union, the Community or all the Member States are party, including the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and by the Member States' constitutions.

¹⁹ 請參閱 David Forsythe 著，高德源譯，《人權與國際關係》，2002 年，頁 203。

²⁰ Art. 15 IACHR.

The right of **peaceful assembly, without arms**, is recognized. No restrictions may be placed on the

認有不攜帶武器的和平集會的權利。除了依照法律和民主議會中為了國家安全、公共安全或公共秩序的利益，或者為保護公共衛生或道德，或者為保護他人的權利或自由所必需規定的那些限制以外，對行使這種集會的權利不得加以任何限制。」

第五項 非洲人權與民族權憲章第 11 條

非洲國際人權體系始於 1981 年非洲國家團結組織（Organization of African Unity, OAU）通過非洲人類與人民權利憲章（African Charter on Human and Peoples' Right），並於 1986 年正式生效。此憲章如其名，同時涉及民族群與個人權利，特別的是，亦同時涉及公民權、政治權以及經濟、社會和文化權利。而與其他人權公約體系較大不同點在於其係以義務導向（duty-oriented）為主，而非以權利導向（rights-oriented）為主架構²¹，如非洲人類與人民權利憲章前言中即強調「每一個人對於權利與自由之享有同時亦負擔對於義務之履行」。

另不同於歐洲與美洲之國際人權公約體系下均設有人權法院，非洲國際人權公約體系僅有非洲人權委員會（African Commission on Human and Peoples' Rights）負責監督與建議非洲各國對非洲人類與人民權利憲章之遵守與服從程度。而非洲國際人權體系便是藉由討論及政治調解之方式解決爭端，而非透過對抗式之司法審判途徑以保障人民之國際人權。

關於集會自由規定於非洲人權與民族權憲章第 11 條²²：「人人有權與其他人集會。此項權利之行使只受必要的法律規定的限制，特別是那些為了國家治安、安全、道德及他人的權利和自由而制定的法律的限制。」

exercise of this right other than those imposed in conformity with the law and necessary in a democratic society in the interest of national security, public safety or public order, or to protect public health or morals or the rights or freedom of others.

²¹ 義務導向之人權架構是以賦予個人對於其他個人、社會、或國家之義務為主，而權利導向之人權架構則是以賦予國家或其他集合實體（collective entity）之義務為主（亦即傳統上相對於國際人權之國家義務概念）。See H. Steiner/P. Alston, *International Human Rights in Context* 342 (2000).

²² Art. 11 ACHPR.

Every individual shall have the right to **assemble freely** with others. The exercise of this right shall be subject only to necessary restrictions provided for by law in particular those enacted in the interest of national security, the Safety, health, ethics and rights and freedom of others.

第六項 小結

不論普世性或區域性之國際人權公約均將集會自由訂入規範，雖非洲人權憲章未將和平性訂入規範，然觀其規範目的，亦解釋為和平集會自由即應受到保障。和平集會自由係為國際重要之人權，特別在漸趨民主的社會中更顯重要。而此權利是否具絕對性，即國家絕對不可侵犯，於權利干預面向，除世界人權宣言外，其他國際人權公約均允許國家於某些情況下得干預之，而此干預需依法為之。某些情況係指如為了保障國家安全或他人權利等，歐洲人權公約則係以民主社會所必須為判斷。而基於歐洲人權公約暨歐洲人權法院透過解釋公約所建立起的案例法對於人權發展較為成熟與完備，是以本文以下針對歐洲人權體系進一步為觀察。

第二節 歐洲人權公約所保障之集會自由²³

第一項 概述

歐洲人權公約第 11 條第 1 項規定：「任何人均有和平集會及結社的自由，包含建立及參與保護其利益的工會在內。²⁴」此項將和平集會自由與結社自由併同規定，兩者均是在民主社會中相當重要的基本人權。於此須強調公約所保障的是「和平集會自由（freedom of peaceful assembly）」。

然於公約第 11 條第 2 項規定，集會自由可在某些情況下被限制：「除非係根

²³ 關於歐洲人權公約之集會自由，中文文獻請參閱廖福特，〈集會及結社自由權：歐洲人權法院判決之分析〉，《政大法學論叢》，67 期，2001 年 9 月，頁 59-111；劉靜怡，〈歐洲人權法院近年主要集會遊行相關判決評析〉，《台灣法學雜誌》，204 期，2012 年 7 月，頁 45-62。

Vgl. Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Bd. 1, 2. Aufl., 2013, Kap. 19 Rn. 1ff.; Esser, in: LR-StPO, 26. Aufl., 2012, EMRK Art. 11/IBPBR Art. 21, Rn. 1ff.; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., 2012, §23 Rn. 64ff.; Ripke, Europäische Versammlungsfreiheit: Das Unionsgrundrecht der Versammlungsfreiheit im Grundrechtsschutzsystem aus Grundrechtecharta, EMRK und gemeinsamer Verfassungsüberlieferung, 2012, S. 1ff.; Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., 2010, Rn. 400ff.; Villiger, Handbuch der Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., 1999, Rn. 633ff. See Grabenwarter, European Convention on Human Rights 297-318 (2014).; Jacobs/White/Ovey, The European Convention on Human Rights 451-476 (5th ed., 2010).

²⁴ Art. 11 EConHR– Freedom of assembly and association

1. Everyone has the right to **freedom of peaceful assembly** and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

據法律規定，且於民主社會中基於國家安全或公共安全、避免失序或犯罪、保護健康或道德或維護他人權利與自由等理由所必須，否則不得限制集會結社權利之行使²⁵。」即此限制應以法律明定，且於民主社會所必須下，基於國家安全等理由始得為之，歐洲人權法院認為公約第 11 條與第 8 條相似，其目的不僅是要求國家消極不干預義務，而是要求國家在必要時應有積極作為。而公約於最後特別表示並不排除以軍事力量、警察或國家行政機關對於上開權利行使時施以合法限制。

第一款 與言論自由之緊密關係

歐洲人權法院針對涉及公約第 11 條的案件進行審查時，向來認為和平集會自由，與公約第 10 條²⁶所保障之言論自由同是於民主社會中的重要基本人權，且於判決中經常強調這兩項權利間具有緊密且有象徵意義的關連性²⁷。

在 *Ezelin v. France* 一案中，歐洲人權法院認為公約第 10 條是一般法（*lex generalis*），公約第 11 條為其特別法（*lex specialis*），故不特別論述公約第 10 條，但亦認為關於集會自由權的保障應依第 10 條衡量之，因第 10 條所保障之個人意見自由是和平集會自由的目標之一²⁸。此判決後多為歐洲人權法院所援引²⁹。實

²⁵ Art. 11 EConHR– Freedom of assembly and association

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as **are prescribed by law** and are **necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others**. This article shall not prevent the imposition of lawful **restrictions** on the exercise of these rights by members of **the armed forces, of the police or of the administration of the State**.

²⁶ Art. 10 EConHR – Freedom of expression

1. Everyone has the right to **freedom of expression**. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

²⁷ See ECHR, *Djavit An v. Turkey*, Judgment of 09/07/2003, Appl. no. 20652/92, §56; *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, RJD 2006 II, §§62-63.

²⁸ “Notwithstanding its autonomous role and particular sphere of application, Article 11 (art. 11) must, in the present case, also be considered in the light of Article 10 (art. 10). The protection of personal opinions, secured by Article 10 (art. 10), is one of the objectives of freedom of peaceful assembly as enshrined in Article 11 (art. 11).” See ECHR, *Ezelin v. France*, 1991, Series A no. 202, §§35, 37.

實際上，歐洲人權法院仍視個案情況或當事人訴求³⁰而可能同時審查或者僅審查其一，有學者認為歐洲人權法院應就申請人所提之標的均審查之，否則是一種「不告不理」，且始能善盡其人權公約監督機構之責任³¹。本文認為集會自由本即是言論自由一種表現方式，審查模式亦為相似，若個案情況係均涉及兩種權利之干預，避免審查上繁贅，視情況僅以其一自由審查並無不可。

第二款 審查框架

歐洲人權法院於案例法中建立了一套審查體系，此相似一般基本權干預審查體系，即歐洲人權法院先確定該案是否涉及公約第 11 條所規範之和平集會自由，肯定後視國家機關是否限制其權利，進一步始審查該限制是否符合法律保留原則，即以法律明定，且符合公約第 11 條第 2 項之限制目的而具有正當性，此一部分往往是法院審查重點，爭議高亦是最困難的地方，因此處常涉及歐洲人權法院對締約國評斷餘地（margin of appreciation）³²寬狹之認定，若寬則被訴國多半不會被認定違反公約，反之若限縮，則被訴國被認定違反之機率甚大，評斷餘地可能受公約性質或歐洲共識等因素影響³³。

第二項 保障範疇

本文分別從客體與主體保障範疇為討論。

第一款 事物保障範疇（sachlicher Schutzbereich）

歐洲人權公約第 11 條第 1 項規定：「任何人均有和平集會及結社的自由，包含建立及參與保護其利益的工會在內。」此項將和平集會自由與結社自由併同規

²⁹ Example: ECHR, *Galstyan v. Armenia*, Judgment of 15/02/2008, Appl. no. 26986/03, § 95; *Schwabe and M.G. v. Germany*, Judgment of 01/03/2012, Appl. nos. 8080/08 and 8577/08, §99; *Kasparov and Others v. Russia*, Judgment of 17/02/2014, Appl. no. 21613/07, §82.

³⁰ 如於 *Schwabe and M.G. v. Germany* 案，申訴人雖提出公約第 10 條與第 11 條之違反，然歐洲人權法院觀申訴人最主要的訴求是該拘留決定使其無法與其他人一同參與該抗議活動，而決定僅審查公約第 11 條，然仍不能忽視其與第 10 條之緊密關係。See ECHR, *Schwabe and M.G. v. Germany*, Judgment of 01/03/2012, Appl. nos. 8080/08 and 8577/08, §§100-101.

³¹ 請參閱廖福特，註 23 文，頁 75。

³² 於此譯為「評斷餘地」，以避免與行政法上「判斷餘地」的概念混淆。亦有學者譯為審查餘地原則，請參閱廖福特，註 23 文，頁 109。

³³ 請參閱王玉葉，〈歐洲人權法院審理原則－國家裁量餘地原則〉，《歐美研究》，37 卷 3 期，2007 年 9 月，頁 493 以下。

定，兩者均是在民主社會中相當重要的基本人權。而公約所保障的是「和平集會自由 (freedom of peaceful assembly)」，係以「集會」與「和平性」兩概念所結合而成，以下分述之。



第一目 集會 (Versammlung) 概念

此處之集會概念，歐洲人權法院認為集會得是私人集會或於公共通行場所集會，靜態集會與公眾群聚亦均屬之³⁴。遊行亦是公眾聚集的一種型態，而在歐洲人權法院對於集會概念的廣泛認定下，亦應包含於集會自由的範疇中，於相關判決中亦多常見申訴人遊行 (parade or march) 情形。

雖歐洲人權法院迄今尚未對於集會的概念為明確表示。然而可以從案例判決中得知，其認定集會至少涉及共同主張思想或利益，此亦深深影響了內國的集會概念。

一、數人聚集 (Zusammenkunft mehrerer Menschen)

從字面上觀之，一個集會係已經設定了數人聚集的要件，然而問題是數人是否均必須身體上在場？又此處之數人係二人、三人或更多人以上？

於目的解釋上，公約所保障的集會自由係為保障溝通自由 (Kommunikationsfreiheit)，雖然僅有兩人，無疑亦能達到意見形成，然而能喚起的政治迴響卻是有限，三人以上之聚集必然能夠達到更大效用，得以吸引更多人參與意見之形成。惟兩人與三人實並無明顯區分，亦無法解釋何以拒絕兩人所組成之集會，卻使三人集會得以受到保障³⁵。

而關於單純的一人抗爭 (Ein-Mann-Demonstrationen)，雖然所謂抗爭係可以透過個人反映其政治理念，然而此無法產生對話，無法透過聚集而討論，從公約所保障之集會自由目的觀之，此並不具有公約所保障之價值。綜上觀之，依照公約意義與目的，集會必須具備至少二人以上參與³⁶。

³⁴ “the right to freedom of assembly covers both **private meetings** and **meetings on public thoroughfares**, as well as **static meetings** and **public processions**” See ECHR, *Djavit An v. Turkey*, Judgment of 09/07/2003, Appl. no. 20652/92, §56.

³⁵ Vgl. Ripke, a.a.O.(Fn. 23), S. 180ff.

³⁶ Vgl. Ripke, a.a.O.(Fn. 23), S. 186.

二、聚集目的 (Zweck der Zusammenkunft)

承接上述，集會係為集體參與，依公約規範目的，此集會概念應以追求共同目的 (Gemeinschaftliche Zweckverfolgung) 為要，假使欠缺之，僅能認為係一單純之集聚 (Ansammlung)，而非集會。然而倘若一開始欠缺或是為了其他意圖，也可能使該出席得到必要的特定目的，以致於一個單純的群集一躍成為所謂的偶發性集會 (Spontanversammlung)。

問題是，何種目的才是公約集會概念所保障的？對此，歐洲人權法院尚未明確表示見解，於判決中指出係聚集的人們表達、交換並討論意見，透過手勢或是沉默等象徵性表示意見，此均被認為是一種意見行使。基於公約所保障的集會自由與言論自由間特殊緊密之關係，多數學者認為須具共同意見行使或構成方得作為聚集目的³⁷。亦有學者認為集會自由的意義即在於借助從屬團體以建立個人發展實踐，於動態目的解釋下，不再受限於從締約國基本權秩序中灌輸到人權系統的傳統目的，僅需單純聚在一起即是聚集³⁸。然上述這種不考慮思想內容之聚集，實可透過其他公約基本權所保障之，而於公約中言論自由之核心正是在於溝通自由，此也係賦予集會自由之任務所在，是以認為公約所保障的應係為以共同意見構成與行使為目的 (Ziel der Meinungsäußerung und Meinungsbildung) 之集會較為妥適。

雖多數學者同意以共同意見構成與行使為目的，然對於構成之內容仍有不同見解。根據學者見解，此處共同意見構成與行使之事務應僅限於政治或相關公共事務³⁹。然自體系解釋，公約第 8 條至第 12 條即使保障著不同面向之權利，但亦均涉及了私人領域中之個人發展，若公約第 11 條僅限於政治事務意見之形成，即係與公約第 8 條至第 12 條性質上不相容。簡言之，集會概念本應即包含私人事務之意見形成；又從公約第 11 條之規範目的觀之，此目的應不限於政治參與權，而是涉及自由防禦權 (liberale Abwehrrecht)，換言之，其他為了達到意見交

³⁷ Vgl. Ripke, a.a.O.(Fn. 23), S. 192.

³⁸ Vgl. Wachinger, Versammlungsrecht nach der EMRK, 1975, S. 57f.

³⁹ Vgl. Ripke, a.a.O.(Fn. 23), S. 192.

流之目的，也包含與政治相關聯之事務，自不能被排除於保障外。

三、參與範圍（Teilnehmerkreis）

自公約第 8 至 12 條之體系觀之，公約集會概念也保障了私人事務之討論，也不要求該聚集對任何人均為開放，是以對其保障範圍理解為不僅公開場所，也包含了私人集會。

四、聚集組織性之程度（Grad der Organisiertheit der Zusammenkunft）

在締約國的基本權理解下，若該聚集具有領導人（Leitung）的話，則將會認定此為集會，亦即係以領導者為集會必要條件⁴⁰。然實無法從公約中推導出須具領導者的必要，自此亦可延伸認為無領導人之偶發性集會也受公約第 11 條之保障。

五、聚集場所（Ort der Zusammenkunft）

倘若公約第 11 條第 1 項只保障私人或關於私人事務間之聚集，集會自由也就失去了其作為言論自由集體行使之特殊意義。歐洲人權法院明確指出集會概念也包含了在公共道路與廣場之聚集。

然關於基於對抗土地所有權人之意思而在其土地或公務機關上之集會，歐洲人權法院曾指出公約尚不能導出保障進出任一公共場所或出於單純社會目的集會之權利⁴¹。於 *Appleby and Others v. the United Kingdom* 一案，申訴人等係環保團體之成員，為抗議新開發之商城而於其入口處設置攤位及海報以告知大眾此開發對環境之損害，並尋求連署，其遭商城保全驅離，而後向商城經理申請擺設攤位亦被拒絕⁴²。申訴人主張該商城雖係私人所建，然係公眾可得進出，且經常舉辦大眾活動，更位於城市中心，應作為個人得以合理表達意見之準公共空間，並認其被訴國對於其言論自由及集會自由未盡積極保護義務。歐洲人權法院表示言

⁴⁰ Vgl. Ripke, a.a.O.(Fn. 23), S. 192.

⁴¹ 在 *Anderson* 案中，對於申訴人得否在該購物中心的廣場及道路舉行對抗該企業的集會，歐洲人權委員會因認為其已欠缺意見行使與構成之目的而被排除保障，終為不受理決定。See EComHR, *Anderson and nine Others v. the United Kingdom*, Decision of 27/10/1997, Appl. no. 33689/96.

⁴² See ECHR, *Appleby and Others v. the United Kingdom*, Judgement of 24/09/2003, Appl. no. 44306/98, §10-21.

論自由係一重要權利，然亦必須考慮商場所有人所享有第一號議定書所保障之財產權。縱使隨著社會、經濟與技術發展，改變了人們相互接觸之方式，仍不能當然地享有進出私人財產及公家機關之權利，不過言論自由之本質也可能無法實現，是以歐洲人權法院並不排除內國透過積極義務調節言論自由及財產權之衝突⁴³。

六、聚集期間（Dauer der Zusammenkunft）

集會與結社之區別即在於人們組成團體的時間長度，然而實際上並沒有確切特定某個最短或最長的聚集時間，此必須以整體自然的時間長度為觀察。然而在某些個案中，縱使超過了數小時的通常時間範疇，也可能會被認為是集會，例如於 2002 年的 *Cisse v. France* 判決中，申訴人係為使大眾注意其身為非法入境移民者的困境而象徵性地佔領了教堂約兩個月的時間，歐洲人權法院仍認定此為集會⁴⁴。

七、聚集類型（Art der Zusammenkunft）

除了保障傳統的集會類型外，因歐洲人權公約並未將遊行自由（Demonstrationsfreiheit）獨立制定保障規範，是以除了固定一處的聚集外，公約之集會自由也保障移動中的人群類型。是以公約並不侷限於保障集會的傳統型態，歐洲人權法院透過解釋認為於公共街道上之靜坐⁴⁵與公路上的遊行車隊⁴⁶均屬於集會。

八、小結：廣泛之集會概念

歐洲人權公約所保障之集會自由，於此意義下，該集會係需二人以上參與，並追求共同意見形成與行使之目的，不論公開或私人聚會均受保障，並不以領導者為必要，集會地點得在公共通道或廣場，縱於私人土地上，亦應考慮言論自由之保障。而相較於結社型態，集會期間較短，然仍須個案判斷之。集會亦不以傳

⁴³ *Id.* §47.

⁴⁴ See ECHR, *Cisse v. France*, RJD 2002-III, §39.

⁴⁵ See ECHR, *Çiloğlu et al v. Turkey*, Judgement of 06/06/2007, Appl. no. 73333/01, §5.

⁴⁶ See ECHR, *Barraco v. France*, Judgement of 05/03/2009, Appl. no. 31684/05, §39.

統類型為限，移動人群之遊行自由縱使非獨立明文保障之權利，仍可歸類於集會自由中保障之。綜上可知，透過歐洲人權法院之闡釋，集會概念緊扣其規範保障目的，然並不狹隘，反而廣泛地包容，實係以人權之保障為宗旨。



第二目 和平性

公約明文表示保障的是「和平集會自由」，除了上開所說明之集會概念外，尚有和平性之要件。而關於和平性之內涵，有學者從反面角度探討，提出數種情況可能係非和平之情況，例如違反公共秩序、非和平地表達意見、使用暴力手段或隨身攜帶武器等情況藉此建立之⁴⁷。亦有學者觀察歐洲人權法院判決後，認為此內涵應包含五個面向：集會和平進行；合法集會者要求適當防止反制行為的權利；國家負有採取合理及適當措施的積極義務；權利行使不應具備妨礙性；不受事後處罰的權利⁴⁸。

本文認為為使該集會得以被保障，應維護該集會之和平性，除避免內部暴動外，國家亦應防免可能來自於外部的暴力影響該集會之和平，是以和平性之內涵應廣泛包含，宜採後者見解認定。然而關於國家施以事後懲處係嚇阻權利人行使權利，應為國家干預之手段，而將此部分移至後續之干預手段再為討論，先予敘明。

一、和平方式進行

歐洲人權法院一再強調集會遊行之自由應合乎和平之基本要求，不包含暴力活動在內。然集會遊行即是為表達自身對於議題之意見，除了靜坐、絕食外，亦可能採取較激烈之手段，如扔雞蛋或鞋子、破壞公物等，所謂和平方式之界線究為如何，不無疑問。然正面探討和平性實過於抽象空泛，歐洲人權法院透過案例反面實際審視何種情況係為非和平，進而排除於保障範圍外。

（一）公共秩序之違反？

有認為違反公共秩序（*Öffentliche Ordnung*）之集會即非屬和平，在 *Cisse v.*

⁴⁷ Vgl. Ripke, a.a.O.(Fn. 23), S. 195ff.

⁴⁸ 請參閱廖福特，註 23 文，頁 110。

*France*⁴⁹案中，申訴人為一群無居留許可之外國人佔領教堂長達兩個月，法國政府主張申訴人違反了法國法令並阻礙了當地居民進行禮拜。歐洲人權法院明確指出縱使該集會違反內國法秩序仍不當然失去集會之和平性。

且所謂之公共秩序係公約第 11 條第 2 項之限制理由，應於干預之正當性再為檢驗，而非於基本權保障範疇即予排除，於層次上應屬誤會。

（二）非和平地表達意見（*unfriedliche Artikulation von Meinungen*）

和平性並不取決於集會所表達出的言論內容，而是和其表達言論的方式與類型有關，縱使侮辱、驚嚇、挑釁、激怒或是惹惱對方的外在言論均還不算係非和平，這些僅是表達意見的伴隨行為⁵⁰。即使成立刑法所處罰之罪名亦不當然非屬和平。

於 *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria* 案中，歐洲人權法院指出言論自由建構出民主社會之本質，其保障的並不只是無差別或是沒有冒犯的言論訊息或想法，在多元論的要求下，其更需要保障的正是那些冒犯與侵擾，倘若欠缺包容與接納，那已非為民主社會⁵¹。同樣地，公約意義下之集會自由保障的是積極主張可能侵擾或冒犯到反制者的想法之示威。

（三）具有實行暴力之意圖（*Absicht der gewaltsamen Durchsetzung von Zielen*）

歐洲人權法院認為若集會自始（*von Anfang*）即帶有實行暴力之意圖，則應排除於保障範疇之外。一開始即使用武器（例如投擲手榴彈），或是尚未使用但具使用意圖之情況，應認非和平而排除之。若參與集會者消極（*passiv*）準備武器裝備，即穿戴防彈衣或頭盔，此行為不受公約所保障。然而應有所區別的是，

⁴⁹ See ECHR, *Cisse v. France*, RJD 2002-III.

⁵⁰ See ECHR, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, RJD 2001-IX, §77.

⁵¹ “Freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions for its progress and for each individual’s self-fulfilment. Subject to paragraph 2 of Article 10, it is applicable not only to “information” or “ideas” that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. Such are the demands of pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no “democratic society”. See ECHR, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, RJD 2001-IX, §86.

若係為保障自身安全所準備之防衛性武器（Schutzwaffen），則仍受保障⁵²。此部分於德國法規不同，本文將於德國法章節再進一步說明。

至於意圖之判斷始點，可自 *Schwabe and M.G. v. Germany* 一案觀察之。本案申訴人等人欲前往參加針對於 2007 年 6 月 6 日至 8 日在 Rostock 附近所召開 G8 高峰會之遊行，根據先前經驗，此活動可能發生恐怖攻擊或極端之左翼分子有計畫地攻擊干擾高峰會，故大批警力投入保護。於 3 日晚間，申訴人到達 Rostock，並將貨車停在 Waldeck 監獄前，警方要求檢視其身分，其不從而與警方打鬥，後遭警方拘留，警方並於車上搜索發現兩幅分別寫有「Freedom for all prisoners」與「Free all now」標語的布條。地方法院認為上開情況足以認定申訴人有即將實施或煽動犯罪之可能，故依該地公共安全秩序法（Mecklenburg-West Pomerania Public Security and Order Act）第 55 與 56 條，為申訴人應被拘留至 9 日中午之決定。此決定經區域法院、上訴法院至聯邦憲法法院均維持該決定⁵³。

歐洲人權法院重申和平集會的概念並不包含組織和參與遊行有暴力行動的情況，然而不能因有非參與遊行成員之恐怖份子施以暴力之可能性即當然排除該權利，即使有公眾遊行發生外於該組織控制的發展而失序產生真實危險，此遊行仍不當然排除於公約第 11 條第 1 項之範疇，任何對於遊行的限制均必須符合該條第 2 項的規定⁵⁴。申訴人被捕時尚無任何地方得以認為該遊行有暴力行動，警方對恐怖份子攻擊的預期不致其失去公約的保護，縱其不服身分檢視攻擊警方，然仍屬公約保護範疇。人權法院同意警方對高峰會遊行保障措施具相當挑戰性，然而本案所涉之標語並不明確，不能當然認為申訴人有煽動犯罪之意思，人權法院認為警方此一逮捕行為將產生寒蟬效應（chilling effect），警方仍可選擇更小侵害手段，故判定德國違反公約第 11 條。

⁵² Vgl. Ripke, a.a.O.(Fn. 23), S. 198f.

⁵³ See ECHR, *Schwabe and M.G. v. Germany*, Judgment of 01/03/2012, Appl. nos. 8080/08 and 8577/08, §§6-36.

⁵⁴ “Even if there is a **real risk** of a public demonstration resulting in disorder as a result of developments outside the control of those organising it, such a demonstration does not as such fall outside the scope of Article 11 § 1, but any restriction placed on such an assembly must be in conformity with the terms of paragraph 2 of that provision. “ See ECHR, *Schwabe and M.G. v. Germany*, Judgment of 01/03/2012, Appl. nos. 8080/08 and 8577/08, §§103-104.

（四）使用暴力（Gewaltausübung）

縱使使用暴力，倘若僅出自於個人（*einzelnen*）之暴力，尚不能當然認為係非和平，而該暴力是否逾越重大暴力致非和平之界線，則必須以個案判斷之。若集會中一小部分人之暴動擴大至無法容忍承擔之暴力程度，整體而言該集會已無法受公約所保障⁵⁵。

於 *Uzunget and Others v. Turkey* 案中，申訴人等於 2000 年 7 月 31 日在 Ankara 的一座公園內集會抗議 F 型監獄（F-type prisons）以及近日發生於 Bergama 監獄內的大型暴力事件。警方透過擴音器警告申訴人等其集會未經許可係已違反了集會與遊行第 2911 號法案。警方於申訴人忽略其警告後，逮捕 24 位民眾，其中部分抗議民眾受傷。申訴人等經檢察官起訴後，被地方法院判為有罪，申訴人上訴至高等法院後被駁回。歐洲人權法院指出國家不僅必須積極保障和平集會外，也必須避免不合理地干預其權利⁵⁶。

（五）攜帶武器（Mitführen von Waffen）

使用技術意義上之武器，或是違反物品原本用途轉而被濫用作為身體攻擊之物品，均會使該集會不具公約第 11 條第 1 款意義之和平性。

（六）封鎖行動（Blockadeaktionen）

身體武力之使用除了積極使用外，亦包含了消極地使用，即以在場之身體阻礙他人為特定行為。有見解認為阻塞他人通行係已屬非和平，然歐洲人權法院認為若與會人係純粹消極行為，特別是未積極使用暴力，則應將靜坐（*Sitzblockaden*）評價為和平集會，是以對於阻塞通道大門⁵⁷或是封鎖公路⁵⁸之行為無疑均認屬和平。

（七）小結：非暴力即屬和平

從上開歐洲人權法院判決可以觀察到，應得推論只要非暴力即得認為和平集

⁵⁵ Vgl. Ripke, a.a.O.(Fn. 23), S. 199.

⁵⁶ See ECHR, *Uzunget and Others v. Turkey*, Judgment of 13/01/2010, Appl. no. 21831/03, §§48-49.

⁵⁷ See ECHR, *Sergey Kuznetsov v. Russia*, Judgement of 23/01/2009, Appl. no. 10877/04, §35-44.

⁵⁸ See ECHR, *Barraco v. France*, Judgement of 05/03/2009, Appl. no. 31684/05, §39.

會，應受公約保障，縱使遊行有發生暴力而失序之可能，仍不當然排除於範疇，即仍認為該當和平集會的概念。實際上一個多人參加的集會中，縱然訴求和平理性非暴力，亦可能有部分採取較激烈手段的參與人，然歐洲人權法院向來認為仍應具體個案觀察，其暴力是否已超過無法承擔之界線，而不當然認為非和平。如本節開頭所述，實際上於歐洲人權法院判決中，因其寬視和平概念，集會之和平性往往並非論述重點，而是在於國家干預是否正當之部分。

二、適當防止反示威行為

此是否包含要求他人不得為反示威行為以維護其和平集會之權利，並無明文規範。於 1988 年時歐洲人權委員會為 *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria* 一重要判決。而後於 2006 年再次針對奧地利為具相當指標性的 *Öllinger v. Austria* 判決，下列就兩判決予以簡介後，再進行分析。

(一) *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*

Plattform "Ärzte für das Leben" 係一反對墮胎之醫生組織，此組織分別於 1980 年與 1982 年在 Stadl-Paura 及 Salzburg 舉行集會遊行，表達其反對墮胎之訴求。奧地利警方同意於 Stadl-Paura 之遊行，並禁止將於同一時間與地點舉行之兩項墮胎支持者所申請的遊行。然後來該組織臨時更改行程。對此警方表示已照原計畫部署人力，其不拒絕提供保護，然無法限制反示威者(counter-demonstrators)干擾該遊行。而該遊行後來亦確實受到干擾，如反示威者干擾使用擴音器、扔雞蛋和草團，於氣氛一觸即發時，警方始於兩方間形成警戒線。另次於 Salzburg 舉行之集會亦受到反制者之抗議，警方為避免組織成員受到直接攻擊而以人牆阻隔反示威者，然雙方發生衝突，警方命其離去而不離去，後為該集會不受干擾，警方逕清除廣場，致集會中途停止⁵⁹。

申訴人認為於該兩次遊行，警方均未提供充分保障，係違反公約第 11 條。奧地利則認為公約第 11 條並未創設任何對集會遊行之積極義務，非如公約其他

⁵⁹ See ECHR, *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*, 1988, Series A no. 139, §§8-14, 19-20.

條文，該條並不適用於個人間關係，即不管於任何情況，國家對於使用手段的選擇具有裁量權⁶⁰。

歐洲人權法院認為遊行示威可能激怒反對意見者，然遊行者必須有不受來自反對者肢體暴力威脅的空間，因該威脅有害於公眾對爭議問題的討論，故於民主國家中，反制遊行者的權利不得延伸至妨礙遊行者的集會自由權。歐洲人權法院表示國家僅消極地不干預並不足以達到公約第 11 條的目的與宗旨，如公約第 8 條般，如有需要即使涉及個人間事項，國家應負有為積極措施的責任。

然而歐洲人權法院亦認為各國雖有義務採取適當及合理之措施以保障合法集會，但毋須作完全之保障，其就選擇採用之方法有裁量權，即負有採取措施之義務，而非達成結果。於本案認為奧地利警方已事先部署，且縱改變路線仍未拒絕保護，而並未造成損傷，即使反制者大聲疾呼口號，揮舞旗幟，扔雞蛋等，均未阻止集會的進行，警方亦於暴力即將發生時介入，係已採取合理及適當之措施，未違反公約第 11 條⁶¹。

（二）Öllinger v. Austria⁶²

Öllinger 是奧地利綠黨的國會議員，欲於薩爾斯堡的市立墓園舉辦追思會，以悼念在二次大戰期間遭到屠殺的猶太人，然其欲使此追思會時間與 Comradeship IV 舉辦的 All Saints' Day 年度紀念會時間重疊，該 Comradeship IV 組織係由二次大戰期間希特勒時代武裝 SS 親衛隊成員倖存者所組成，其於戰後持續舉辦追思會，悼念二戰時殉職的隊員。奧地利警方認為如此勢必造成雙方衝突，將使墓園中其他造訪者受到影響，故以維護公共秩序為由，禁止 Öllinger 舉辦集會。奧地利憲法法院認為警方之管制措施合乎公約第 11 條第 2 項，亦確保了公約第 9 條對宗教信仰的自由。

Öllinger 認為其集會目的係為提醒大眾希特勒時代武裝 SS 親衛隊所犯之罪

⁶⁰ See ECHR, *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*, 1988, Series A no. 139, §§28-29.

⁶¹ See ECHR, *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*, 1988, Series A no. 139, §§32-39.

⁶² 翻譯參考李建良，〈禁止反示威集會案－歐洲人權法院第一庭於 2006/9/29 之裁判〉，《歐洲人權法院裁判選譯（二）》，2010 年 11 月，頁 146 以下；劉靜怡，註 23 文，頁 48-49。

行，其選擇於同天舉行係為其欲傳達訊息中相當重要的部分，警方之禁止並無充分理由。而奧地利政府亦承認不應單純以可能引起兩方對峙為由而禁止，然而考量公共秩序以及保障 All Saints' Day 參與者不受干擾地為追悼活動之宗教自由行使，該禁止為合理。

歐洲人權法院認為一律禁止任何反示威活動的舉行係過於廣泛的管制手段，特別是當集會遊行活動的舉行目的係在於針對涉及公共利益的議題表達意見時，更需要證立該管制具正當性，奧地利警方未充分考量 Öllinger 舉行集會之目的即是為抗議該 Comradeship IV 例行紀念會，忽略該集會與公共議題間之連結關係。而 Öllinger 所召集之群眾係選擇以平靜而沉默的方式傳達訊息，儘管過往紀錄顯示曾發生激烈爭辯，但從未有任何暴力發生。歐洲人權法院認為奧地利警方可以選擇其他侵害替代方案，如以充分警力維持秩序區隔兩者，而非直接禁止，故認定奧地利違反公約第 11 條。

（三）案例分析代小結

上開兩個案例均係發生於奧地利，*Plattform "Ärzte für das Leben"* 案為典型案例，即原始和平集會受到反制活動影響，申訴人為原和平集會者，歐洲人權法院認為國家對此應負有積極義務，以確保集會和平地進行，順暢地表達其意見，是以參與和平集會者受有不受反制活動打擾之集會權利，此一見解應予肯定。

學者觀察 Öllinger 案，認為此案不同以往的地方在於，其反示威活動為和平進行，然因不同意見而潛藏導致他人受到公約保障的合法活動產生混亂情況的風險，使國家機關管制措施問題變得困難，以及反示威團體人數僅少數人與申訴人為國會議員之特殊身分均有別於其他案件，均可能影響判斷。另外該案可說是歐洲人權法院首次處理涉及反示威者與第三人利益衝突之問題，即公約第 9 條膜拜與弔念亡者權利與第 11 條和平集會權利之間的衝突⁶³。

而本文觀察到的是同樣面對反示威活動，何以奧地利警方為不同限制？更何況於 Öllinger 案之反示威者同是和平集會，竟直接禁止其集會，其實回到前案，

⁶³ 請參閱劉靜怡，註 23 文，頁 52-56。

警方亦是起初即禁止了墮胎支持者之集會申請，以避免當場發生暴力衝突。然而對於不同意見團體雙方和平集會自由的衝突，雖受有不受反示威活動干擾之集會權利，但不代表當然即必須犧牲相對方集會之自由，本文認為奧地利警方應在均能保障雙方集會不受干擾的前提下採取積極隔離措施，禁止並非最小侵害手段，故贊同歐洲人權法院於 *Öllinger* 案見解。而於兩方均已集會，並採取隔離措施之情況下，進一步思考的是警方干預雙方衝突的時間點，於 *Plattform "Ärzte für das Leben"* 案，歐洲人權法院認為警方於氣氛一觸即發時介入為適當，本文認為於潛藏衝突時即限制實屬過早，於衝突時再行介入，此不會過於干預集會自由，亦能適度保障其不受干擾，故同意歐洲人權法院於該案見解。

三、制止合法行為

此又有稱妨礙性，此亦未於公約內規定，本文試以 *Geert Drieman and Others v. Norway*⁶⁴一案為舉例觀察。本案申訴人共四位，分別為荷蘭籍的 Geert Drieman 與 Albert Kuiken、英國籍的 Felicity Jane Arnold Crush 以及美國籍的 Kevin Dennis Bell，均是綠色和平組織的成員，於 1994 年 7 月分別搭乘兩艘荷蘭籍的船隻，以干擾挪威籍漁船獵捕鯨魚，其將船隻貼近捕鯨船迫使捕鯨船改變方向，並以噴水方式妨礙捕鯨船的視線，同時以馬達聲趕走鯨魚。申訴人因而被逮捕並拘留兩天，經審判後，分別被判處罰金，並沒收其船隻。

歐洲人權法院以顯無理由為原因，程序上不受理此案，然事實上其依然表達了實質意見。歐洲人權法院表示其立場僅得確認締約國解釋是否與公約本質相容，而在政治、公益討論或相關議題的和平遊行上，締約國不得享有同樣特權之公約保障，相對地亦須允許締約國於選擇限制措施上享有廣泛的評斷餘地。歐洲人權法院認為申訴人之行為不僅係單純表達獵捕鯨魚的意見，而是進一步地以貼近船身等行為嘗試阻止捕鯨之活動，使捕鯨人在冒著對申訴人生命危險繼續捕鯨與放棄捕鯨間抉擇，但事實上捕鯨人僅得選擇後者，申訴人係施於事實上之強迫。其次，捕鯨行為按挪威法律係合法行為。

⁶⁴ See ECHR, *Geert Drieman and Others v. Norway*, Judgment of 04/05/2000, Appl. no. 33678/96.

從上開案例觀察可知，歐洲人權法院認為任何人不得以肢體行動妨礙合法行為，學者贊成此論點，即使合法集會亦不應以妨礙他人合法行為為目的，此為平衡多數人合法權利之適當界線⁶⁵。本案歐洲人權法院實質上並未說明此是否仍為和平集會，審查順序並不清楚，而最後係以廣泛評斷餘地結束論述，似認為此集會仍屬公約第 11 條第 1 項保障範疇內，始進一步為第 2 項干預正當性審查。學者認為歐洲人權法院應係認為申訴人之集會行為係以非「和平」之方式制止他人之合法行為⁶⁶，然本文認為此處歐洲人權法院態度仍不清楚，係反對以制止合法行為為目的之集會，抑是根本認定申訴人逼船等行為已不能認為係以和平方式進行集會，此一內涵仍應再待更多案例的觀察。

四、小結：反面建構和平性內涵

歐洲人權法院從未正面直述集會和平性之要求與內涵，然本其人權保障之觀點亦係無可要求，而自個案判斷該集會是否和平，本文整理相關判決後，從反面刻劃出和平性之內涵，換言之判斷該集會是否非和平，而分別從違反公共秩序、意圖行使暴力等面向排除之，而自國家積極義務面向推導出，為維護該集會之和平，與會者應享有不受反示威者干擾集會之權利，然國家於此亦必須注意的是反示威者亦應享有集會之權利，倘若其並非抱持著暴力之意圖集會，即應予以保障而非當然禁止，得思考隔離集會等方式，以同時保障雙方集會和平。

第二款 主體保障範疇（persönlicher Schutzbereich）

第一目 作為人權

集會自由係國民權抑或人權，不無疑義。然歐洲人權公約第 1 條⁶⁷即規定締約國應使於其管轄下的每個人均獲得系爭公約第一節中所規定的權利與自由。據此，締約國不僅須保障其內國國民享有公約所保障之集會自由，更須保障所有於其管轄內之人均享有該人權。

⁶⁵ 請參閱廖福特，註 23 文，頁 72-73。

⁶⁶ 請參閱廖福特，註 23 文，頁 72-73。

⁶⁷ Art. 1 EConHR: Obligation to respect Human Rights

The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.

第二目 自然人與法人

一、自然人 (Natürliche Personen)

自然人自可作為集會自由之權利主體，而一般而言除了公約第 12 條所保障之婚姻自由外，年齡並不作為權利主體的資格條件之一，是以似可推導出兒童亦得享有集會自由之保障。然而有學者認為出於對集會意義與目的之考量，兒童尚無法形成或表達意見，兒童應排除於集會自由之主體保障範疇⁶⁸。亦有學者進一步地以年齡區分，若係具限制行為能力之未成年人，應可授予其行使集會自由之資格⁶⁹。

關於集會自由是否設定為「成年人權 (Menschenrechtsmündigkeit)」之問題，或可從 *Christian Democratic People's Party v. Moldova* 一案中觀察。該案申訴人係基督民主人民黨（以下簡稱 CDPP），其為抗議政府強制 7 歲以上之孩童於學校學習俄語之教育措施而申請於 2002 年 1 月 9 日在國會前集會廣場舉行集會遊行。市議會為許可機關，其雖准許，然無理由地更改集會地點為國家歌劇院。申訴人仍於當月 9.11.13.15.17 日於國會前廣場舉行抗議。司法部經市議會申訴，認定 CDPP 上開集會均違反集會法，且集會民眾從學校孩童至退休民眾，包含各年齡層，此係違反了兒童權利國際公約等，而於 1 月 18 日依據政黨法 (the Parties and other Socio-Political Organisations Act) 第 29 條裁定 CDPP 停止 1 個月活動之處分。

CDPP 黨魁表示此僅係部分成員之行動，該集會並非由黨所組成，不應由黨負責。上訴法院認為該集會顯然係由該黨所號召，且參與人尚有未成年人，依內國法未成年人無選舉權，亦不能認定係選舉造勢活動，是以即須要獲得事前許可，而從其所舉之標語（如：I'd rather be dead than a communist.）等可認該集會非屬和平，除欠缺許可外，亦影響了周邊交通之公共秩序，綜而駁回其上訴。最高法院維持該裁定。

⁶⁸ Vgl. Schorn, EMRK, 1965, S. 259.

⁶⁹ Vgl. Guradze, EMRK, 1968, S. 160.

歐洲人權法院表示所謂民主並非代表多數人所認同之價值，而是平衡少數人所認同之意見。本案 CDPP 是於摩爾多瓦國會少數黨，其針對政府政策所提出之反對更應該受到保障，締約國於此之判斷餘地應限縮。關於兒童問題，歐洲人權法院認為該集會舉辦於公共場所，任何人都能參加。而是否讓其孩子參與集會，此毋寧是父母個人之選擇問題，更何況此案是為抗議學校政策不當之集會⁷⁰。另觀察本案並無侵擾公共秩序之情況，綜上認為摩爾多瓦違反了公約第 11 條。

二、法人 (Juristische Personen)

根據公約第 34 條第 1 句⁷¹，任何自然人、非政府組織與私人團體如認其公約權利受締約國侵害，均得向法院提起申訴，是以法人與非法人團體亦是公約第 1 項意義下得以享有人權之主體。然而作為公約權利主體，所涉人權必須本質上適用於法人或非法人團體。若法人或非法人團體舉行集會，其集會行為應相應於自然人。此集會原則上也會同樣遭受到潛在來自國家之損害，此損害也可能發生於自然人之情況。因此根據相較後之危險處境，對於法人與社團法人同樣存在著人權保障的必要⁷²。因此關於集會的組織與實踐，公約第 11 條第 1 項本質上也適用於法人與社團法人，歐洲人權法院也承認法人與非法人團體以及政黨均可作為集會自由之權利主體⁷³。

第三項 干預手段

對於公約第 11 條第 2 項之干預，歐洲人權法院認為包含集會前或之中的措

⁷⁰ “it was rather a matter of personal choice for the parents to decide whether to allow their children to attend those gatherings and it would appear to be contrary to the parents' and children's freedom of assembly to prevent them from attending such events which, it must be recalled, were to protest against government policy on schooling. “ See ECHR, *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, Judgment of 14/05/2006, Appl. no. 28793/02, §74.

⁷¹ Art. 34 ECHR Individual applications

The Court may receive applications from **any person, nongovernmental organisation or group of individuals** claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.

⁷² Vgl. Ripke, a.a.O.(Fn. 23), S. 213.

⁷³ See ECHR, *Hyde Park and Others v. Moldova (nos. 5 and 6)*, Judgment of 14/12/2010, Appl. nos. 29221/95 and 29225/95, §6 (有登記註冊之非政府組織) ; *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, RJD2001-IX, §10 (未註冊之非政府組織) ; *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, Judgment of 14/05/2006, Appl. no. 28793/02 (政黨) .

施以及事後懲罰 (punitive)。事前禁止可能將對欲參與此次集會之人產生寒蟬效應，即使該集會之後對當局並無干擾，仍可認為是種干預手段。要求更改集會時間地點也可能構成干預，駁回前往參與集會之許可亦同。而於集會途中主管機關為如驅散集會或逮捕參與人之措施，以及事後施加刑罰 (penalties) 均屬干預⁷⁴。

本文以下選擇與我國干預手段類似之案例為觀察，分別為事前通知與許可、禁制區與事後懲罰等三類手段，觀察歐洲人權法院之審查與觀點。

第一款 事前通知與許可

第一目 事前通知—Barraco v. France⁷⁵

一、案例事實

申訴人為貨車司機，於 2002 年 11 月參加法國拖曳車司機聯合工會所組織的一個活動，該活動的內容係由 17 輛拖曳車緩慢行駛於公路上，同時占用數個車道，藉以拖延公路上其他車輛的行車速度。當日早上包含申訴人駕駛在內的三輛拖曳車完全靜止不動，因此阻礙了其他公路使用者的行車權利。

警方後逮捕該三名司機，並以阻礙交通為由向法院起訴，法院審理後認定公路僅部分受阻，且抗議結果僅使附近路段延滯 2 小時而已，故均判無罪。然經上訴，上訴法院認為該司機係蓄意將其駕駛之車輛停放公路以阻礙交通，且該違法行為因申訴人未行事先通知主管機關之程序，無從基於罷工權或集會遊行權而予以正當化，故認定申訴人有罪。最高法院於 2005 年 3 月駁回上訴，維持上訴法院見解。申訴人於窮盡國內救濟管道後，向歐洲人權法院主張法國違反公約第 10 條與第 11 條等之規範。

二、法院見解

歐洲人權法院認為所有發生於公共場所的遊行活動均有可能造成某些混亂狀況，然於示威抗議者未出現暴力行為的情況下，國家必須展現某種程度的容忍 (a certain tolerance)，以使示威者和平集會遊行的權利不致被剝奪，且若參與集

⁷⁴ See ECHR, *Kasparov and Others v. Russia*, Judgment of 17/02/2014, Appl. no. 21613/07, §84; *Nosov and Others v. Russia*, Judgment of 20/02/2014, Appl. nos. 9117/04 and 10441/04, §52.

⁷⁵ See ECHR, *Barraco v. France*, Judgment of 05/03/2009, Appl. no. 31684/05.

會遊行之個人並未從事任何不法行為，即不該因其參與未被禁止的示威活動而受到制裁。即使未事先通知主管機關，主管機關已察覺到並未要求其停止，其仍有機會為保障安全與公共秩序之措施。然而因於阻礙交通之結果發生後，警方先予以數次警告後始逮捕申訴人，在此之前，申訴人已行使數小時之和平集會自由，政府已展現出必要之容忍性，故歐洲人權法院認為對申訴人之處罰符合比例原則，法國並未違反公約第 11 條。

第二目 事前許可—*Berladir and Others v. Russia*

一、案例事實

申訴人等因反對由 NGO 團體所組成以紀念莫斯科解放以及表達對流入俄羅斯移民人口不滿之遊行（"the Right March"），故特別選擇與該組織同時舉辦遊行與集會，遊行路線將與 the Right March 重疊。俄羅斯當局僅就集會給予許可（give permission），並且基於參與人之安全，以及該集會地點位於禁止集會之市長辦公處停車場附近，故建議其更換地點，亦限制集會時間。申訴人雖撤回申請，然仍於當天按原定計畫集會，集會時遭警方逮捕並拘禁⁷⁶。

二、法院見解

歐洲人權法院認為為了使授權機關得以先為必要安全措施，參與集會者應該尊重管理程序規定。然而此規定之本質不應該對於公約所保障之和平集會自由暗藏阻礙（a hidden obstacle），只要該程序目的是為了允許機關為基於保障任何政治性、文化性或其他本質集會群聚之合理且適當措施，該程序通常不會侵害公約第 11 條權利本質。

若授權程序係為了確保集會和平的本質，則得認符合公約要求，然若國家擁有要求授權之權利，此必然得對參與未經授權集會之參與者實施制裁，這與公約本質並不相符。而事前通知不只得就集會自由與他人的合法利益間為調和，亦得達成預防失序或犯罪之目的，基於平衡利益衝突，締約國多採此一方案。對於偶發性集會（a spontaneous demonstration），若機關純粹因未受事前通知而施以驅

⁷⁶ See ECHR, *Berladir and Others v. Russia*, Judgment of 19/11/2012, Appl. no. 34202/06, §§5-12.

離，參與人無任何不法行為，此措施可能構成不相當之限制⁷⁷。

對於俄羅斯採取強制報備制，歐洲人權法院認為僅是範例之一，歐洲人權法院沒有標準化之必要，其審查任務並非在於程序規定與公約的相容性，而是在於事實上依言論自由保障觀點評估該干預對於集會自由的影響。雖機關相當迅速逮捕申訴人致其沒有足夠時間表達意見，然而機關一開始並未禁止而是建議改變時間地點，係申訴人未予接受，故仍認其改變時間地點之措施仍具正當性。

第三目 案例分析代小結

於 *Berladir* 案，歐洲人權法院清楚將許可制及報備制分開說明利弊，顯然較為贊同後者，然因其任務僅審查事實上申訴人權利是否受到不合理之干預，不當然因被訴國採取許可制即認定違反公約。該事前制度若目的是為了保障參與者得以和平進行集會，則符合公約下對於國家積極義務的要求，而不與公約本質衝突。於集會自由之保障與公共秩序或他人權利間衡平上，歐洲人權法院態度較傾向前者，其一再重申集會雖可能影響部分人之權益，政府應為一定程度之容忍，故於 *Barraco* 案中認為縱使未通知，亦不當然命其離去，以人民是否已充分行使集會權利為表達意見為優先考量。

第二款 禁制區

禁制區係指集會遊行不得舉行之地區，禁制區規定在歐洲僅存在於德國、奧地利、英國等少數國家，且有其歷史因素⁷⁸。

在某些情況下，歐洲人權法院同意被訴國設定集會禁制區。歐洲人權委員會於 1998 年所作成之 *Pendragon v. the United Kingdom* 案，申訴人希望於其世界遺產的巨石群區（Stonehenge）附近舉行 Druidic⁷⁹ 慶典儀式，然英國 1986 年之公

⁷⁷ See ECHR, *Berladir and Others v. Russia*, Judgment of 19/11/2012, Appl. no. 34202/06, §§41-43.

⁷⁸ 請參閱蔡震榮，〈從江陳會論民主自由與法治的界限〉，《台灣法學雜誌》，117 期，2008 年 12 月，頁 58。

⁷⁹ 德魯伊教（Druidism）是西方世界最古老信仰之一，據信在英國巨石群（Stonehenge）4500 多年前建立時即已存在，是分佈在英國及歐洲大陸的古老民族塞爾特人的宗教，信徒崇拜大自然，如山河日月、植物及動物等。德魯伊教信奉塞爾特神話中的神，最主要是「豐盛之神」沙那諾斯（Cernunnos），其著名形象為頭上的鹿角。現代德魯伊教教徒會在巨石陣所在地舉行夏至慶典等儀式，因為相傳該處是古代德魯伊教祭祀場地。參百度百科 <http://baike.baidu.com/view/562120.htm>

共秩序法（Public Order Act 1986）規定本地議會或國務卿辦等地為禁制區，具有相當重要性之史前遺址亦是，申訴人亦明知此。歐洲人權委員會認為對於巨石區有保護之需要，且該集會人數並未超過該法規定之人數上限，同時保護 Druid 教徒的集會權利與宗教信仰的展現，故認為英國之巨石禁制區具有正當性⁸⁰。

禁制區雖限制人民之集會自由，然而若基於特殊因素仍具正當性，如上開案件係考慮此為價值無法衡量之歷史遺跡，歐洲人權法院亦提及公共秩序之維護可能得以正當化該禁制，因本案申訴人之集會權利實際上仍得實現，故未違反公約，然而若無法實現，此又經常涉及其他權利如宗教自由，是否仍得通過檢驗，尚須個案判斷是否具更重要之目的及有無侵害較小之手段。

第三款 事後懲罰

於此所稱之事後懲罰，不僅包含申誡、停權等行政罰，亦包含警方驅離、逮捕拘禁等手段。在前述提及之 *Ezelin v. France* 案即是對於律師懲戒之例子，Ezelin 是名律師，亦是康達拉普律師公會之副理事長，於 1983 年 2 月參與一項由康達拉普獨立運動組織及工會所舉行之遊行，並手持標語。此次遊行目的主要是抗議當時法國法院對三名軍人判決其毀損公物有罪並處以刑罰。事後 Ezelin 受到申誡之處分。歐洲人權委員會多數意見認為即使僅申誡之輕微處分，未停止其執業之權利，然只要申訴人於集會中並未為可受譴責之行為，則不應受任何限制，因此認為法國違反公約第 11 條⁸¹。

對於刑事追訴，歐洲人權法院於 *Pekaslan and Others v. Turkey* 一案中，重申主管機關對於和平集會應具一定程度的包容，並認為一個和平示威原則上不應該受有刑罰的威脅（the threat of a penal sanction）⁸²，因此歐洲人權法院認定土耳其違反公約第 11 條。

而對於國家過度之武力驅離，歐洲人權法院則於詳後第三章第二節敘述之

⁸⁰ See ECHR, *Pendragon v. the United Kingdom*, Judgment of 19/10/1998, Appl. no. 31416/96.

⁸¹ See ECHR, *Ezelin v. France*, Judgment of 26/04/1991, Series A no. 202.

⁸² See ECHR, *Pekaslan and Others v. Turkey*, Judgment of 20/06/2012, Appl. nos. 4572/06 and 5684/06, §81.

İzci v. Turkey 案中表示認為這種殘忍的驅離行動對於人民參與集會的意志有不可避免的警戒性效力（inevitable dissuasive effect）⁸³。



第四項 干預正當性

關於國家對於和平集會之干預，並不當然係違反公約，於某些情況下，國家得以合理地限制某些人之和平集會權利。關此，公約第 11 條第 2 項與第 16 條分別為限制之規定，而此限制當然亦不可能無限上綱，歐洲人權法院亦於案例中劃出界線。

第一款 公約第 11 條第 2 項第 1 句之限制

第一目 以法律明定（Prescribed by law）

國家限制人民行使和平集會之權利，此限制必須為法律明定，此即是一般所稱之法律保留原則。然該法律並非單純於該締約國有規定即可，尚須進一步判斷。本文以 *Vyerentsov v. Ukraine* 一案觀察，以下介紹之：

一、案例事實⁸⁴

2010 年 8 月申訴人通知 Lviv 主管機關，其本地人權 NGO 團體欲從 2010 年 8 月 17 日至 2011 年 1 月 1 日的每周二早上 10 點半到下午 1 點間在 Lviv 檢察署大樓附近集會，目的是為了喚起對檢察體系腐化的注意。於 10 月 5 日當地行政委員會向行政法院要求限制該集會，後法院於 11 日接受該主張並於 14 日作成限制該團體至 19 日後不得集會。然於 12 日時該團體照常集會，警方一開始要求其須離大樓 5 公尺以上，然人群退至馬路上而造成交通不便，後警方要求其離去，並將申訴人等人拖離。

法院認為申訴人 12 日之集會違反了組織與集會程序，然申訴人針對法院於 14 日作成的限制決定抗辯，其集會前已通知機關且 12 日集會時法院尚無限制，又關於組織、集會、遊行等程序限制均無法律上依據，因此其 12 日之集會應合法。

⁸³ See ECHR, *İzci v. Turkey*, Judgment of 23/10/2013, Appl. no. 42606/05, §§83-91.

⁸⁴ See ECHR, *Vyerentsov v. Ukraine*, Judgment of 11/07/2013, Appl. no. 20372/11, §§6-19.

二、法院見解

對於法律明定之要件，歐洲人權法院重申不僅要求限制措施應於國內法有基礎，並且亦指向法律的品質，此法律應該可被人民所接近且充分可預見，而其實行操作之結果亦須合理⁸⁵。而烏克蘭憲法僅就人民基本權利作原則性規範，對於細部程序在國內法並未規範。唯一存在可檢視的是 1988 法令(the 1988 Decree)，此係依 1978 年的蘇聯憲法制定，規定欲舉行和平集會之人民必須先向當地機關申請許可，然而此法案的序言也明白表示其特殊目的，僅特別為部分個人制定，係有利於某種意識形態的建立。歐洲人權法院認為此法案與烏克蘭憲法及公約本質並不相容，應不能認為人民得以接近及充分預見。

歐洲人權法院觀察到無可否認的是烏克蘭議會係暫時適用蘇聯的法律，尚未制定和平集會程序的規定，然於烏克蘭憲法第 39 及 92 條已清楚要求應以法律定之，雖可接受制定法律需要時間，然拖延超過 20 年是不合理的，特別是和平集會自由這般重要的基本人權⁸⁶。因此判定烏克蘭違反公約第 11 條。

三、案例分析代小結

所謂應以法律明定，歐洲人權法院於此案明白闡述，內涵幾近我國司法院釋字第 432 號解釋所揭明的法律明確性原則，即該法律必須其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，始無違該原則。縱使有立法制定之規定，然而此若與公約本質不相容，仍無法認此符合法律明定之要求。並且面對集會自由這等重要人權，歐洲人權法院認為此一法定前提於此顯得更為重要，立法不容拖延，此亦帶有法律保留層級化的思考脈絡。

第二目 民主社會所必須 (Necessary in a democratic society)

國家機關對人民集會自由之干預限制必須應由法律明定之外，該手段基於維

⁸⁵ “The law should be **accessible** to the persons concerned and formulated with **sufficient precision** to enable them – if need be, with appropriate advice – to **foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.**” See ECHR, *Vyerentsov v. Ukraine*, Judgment of 11/07/2013, Appl. no. 20372/11, §52.

⁸⁶ See ECHR, *Vyerentsov v. Ukraine*, Judgment of 11/07/2013, Appl. no. 20372/11, §49-57.

護公共秩序或預防犯罪等目的，須為民主社會所必須。於 *Tahirova v. Azerbaijan*⁸⁷ 一案中，申訴人 Tahirova 參加反賄選的集會活動，該活動向主管機關申請，集會時間至下午五點。然至時限過後，警方即動用武力驅趕警告後仍停留場內拒絕離去之民眾。歐洲人權法院認為公約第 11 條所揭示之集會自由乃於民主社會下之基本人權，考量其本質與民主之緊密關係，國家機關必須提出具說服力且令人相信的理由（convincing and compelling reasons）始得正當化該干預。對於集會之時限，歐洲人權法院認為參與人應尊重並遵循現行法規下之程序，然而若僅以逾時為原因即為強行疏散該和平集會，此仍不能被接受，因此歐洲人權法院認定亞塞拜然違反公約第 11 條。

對於是否符合民主社會所必須，歐洲人權法院認為在詮釋此要件時，締約國應享有一定程度，但非無限的評斷餘地，當締約國主張具有迫切之社會需要（pressing social need），特別是當其所追求的目的適當且國家機關援引的理由具關連性及充分性（relevant and sufficient）時，該干預則將被認為符合民主社會所必須⁸⁸。

若涉及敏感的宗教議題⁸⁹與國際政治問題⁹⁰，歐洲人權法院往往給予締約國較寬廣的評斷餘地。歐洲人權法院認為締約國在公約第 10 條與第 11 條雖享有評斷餘地，然而在政治意見或公共利益的爭論上，此評斷餘地須受到一些限制，此應與歐洲人權法院見解看齊，此表現於立法及決定運用上，歐洲人權法院被授權得對於限制與公約調和與否為最後決定⁹¹。若出現煽動對個人或公務員實行暴力而有檢視干預言論自由與否之必要時，締約國享有較寬廣的評斷餘地⁹²。觀察歐洲人權法院判決後，學者認為可看出其較著重於政治理念之傳達及公眾議題之辯

⁸⁷ See ECHR, *Tahirova v. Azerbaijan*, Judgment of 03/01/2014, Appl. no. 47137/07.

⁸⁸ See ECHR, *Kasparov and Others v. Russia*, Judgment of 17/02/2014, Appl. no. 21613/07, §86.

⁸⁹ Example: ECHR, *Sindicatul "Păstorul cel Bun" v. Romania*, Judgment of 09/07/2013, Appl. no. 2330/09.

⁹⁰ Example: ECHR, *Olymbiou v. Turkey*, Judgment of 01/03/2010, Appl. no. 16091/90.

⁹¹ See ECHR, *Berladir and Others v. Russia*, Judgment of 19/11/2012, Appl. no. 34202/06, §45.

⁹² "However, where there has been incitement to **violence against an individual or a public official or a sector of the population**, the State authorities enjoy a **wider** margin of appreciation when **examining the need for an interference with freedom of expression**." See ECHR, *Schwabe and M.G. v. Germany*, Judgment of 01/03/2012, Appl. nos. 8080/08 and 8577/08, §113.

論，於經濟事項上給予締約國較廣泛之空間，即其實著重於「憲政民主」而非「經濟民主」⁹³。

第二款 公約第 11 條第 2 項第 2 句之限制

公約第 11 條第 2 項不同於公約第 8 條至第 10 條之干預正當性規範模式，進一步地於第二句⁹⁴規定：「本條適用並不排除對於軍事力量、警察或國家行政機關之權利行使，課以合法限制」。申言之，即係允許締約國得以針對內國之軍人、警察或是公務人員之集會與結社自由加以限制，而此一干預亦須依法為之。此係考量國家公務人員之政治中立性（political neutrality）而允許限制之⁹⁵。

然並非所有的公務員均受相同限制，應惟有其職責係為維護國家或公共機構利益之人始該當公約第 11 條第 2 項第 2 句所稱之公務員。而歐洲人權法院指出雖允許締約國限制當地政治活動，然而並不需要限制其參與其他團體活動（例如共濟會），如於 *Vogt* 案，申訴人為西德教師，其欲申請成為共產黨員然被駁回，歐洲人權法院認為其並未使其政治信念影響其專業行為，故認為德國係違反了公約第 10 條與第 11 條⁹⁶。

第三款 公約第 16 條之限制

關於集會自由，除了公約第 11 條第 2 項本身之干預外，第 16 條⁹⁷亦有干預規定。其規定公約第 10 條、第 11 條以及第 14 條的規定不應認為阻止締約各國對外國人的政治活動施加若干限制。換言之，係允許締約國得以限制外國人參與其內國之政治活動。

而所謂的政治活動可以說是相當廣泛，針對特定社會機構和生存方式的建立與保障之行為均可被認為係政治活動。是以有其必要限縮解釋。有認為應限於政

⁹³ 請參閱廖福特，註 23 文，頁 109。

⁹⁴ Art. 11 II S.2 EConHR

This Article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by **members of the armed force, of the police or of the administration of the State.**

⁹⁵ Vgl. Ripke, a.a.O.(Fn. 31), S. 235ff.; Villiger, a.a.O.(Fn. 23), Rn. 642. See Jacobs/White/Ovey, *supra* note. 23, 474-475.

⁹⁶ See ECHR, *Vogt v. Germany*, Judgment of 26/09/1995, Appl. no.17851/91, §§66-68.

⁹⁷ Art. 16 EConHR.

Nothing in Article 10, 11 and 14 shall be regarded as preventing the High Contracting Parties from imposing restrictions on the **political activity of aliens.**

治進程之核心範疇，例如政黨或其他政治團體之集會；或有認為係直接指涉國家權力使用之事務，如國家或公共安全；亦有認為為了防止潛在的來自外國之政治影響（potentiellen außenpolitischen Verwicklungen），應包含所有外國人之政治活動⁹⁸。

公約第 16 條之外國人除了包含非締約國所管轄之國民外，亦包含無國籍之人。於 *Piermont* 案中，德裔之申訴人係一環保與和平主義者，且係歐洲議會成員（member of the European Parliament），其因參與於 1986 年 3 月在法屬玻里尼西亞所舉行的反核抗議活動而被驅逐出境，歐洲人權法院認為雖當時共同體條約並未承認所謂歐洲公民（European citizenship）之身分概念，然而申訴人作為歐盟成員國之國民且係歐洲議會成員之一，自不能受公約第 16 條之限制⁹⁹。是以歐洲人權法院認為歐盟成員國的國民並非本條所指之「外國人」，在歐洲體系以整合為趨勢之下，國家間界線益難劃分。

第五項 小結

歐洲人權公約為一框架性規範，歐洲人權法院以案例法之方式填補其內涵。透過相關判決，和平集會自由之審查與內涵漸被確立，國家除負有不干預消極義務外，亦負有保障和平集會自由行使之積極義務。所謂「和平」集會除了和平方式之要求外，尚包含不受反示威行為干擾之權利及不以干預合法行為為目的之行為，後者仍待更多考察，而前者更隱含對於反示威團體集會之限制。

而在多樣的國家干預手段，本文採擷與我國限制相似之案例為比較觀察，事前通知與事前許可並不相同，通知應係為使主管機關得以因應採取維護公共秩序的管制措施，然而即使未通知，主管機關應具一定程度的容忍，而事前拒絕許可可能產生寒蟬效應，影響參與集會的意願；禁制區之設立若係基於公益或國家安全等考量，干預得以正當；僅單純參與和平集會，無任何其他得以受譴責之事項，

⁹⁸ Vgl. Ripke, a.a.O.(Fn. 23), S. 238f..

⁹⁹ See ECHR, *Piermont v. France*, Judgment of 27/04/1995, Appl. no. 15773/89; 15774/89, §64. 這也是歐洲人權法院迄今唯一涉及公約第 16 條之判決，vgl. Ripke, a.a.O.(Fn. 23), S.239.

不論事後懲罰有多輕微，均不得認為正當，不能忽視的是該懲罰手段對參與人意願的影響力。

在干預正當性上，歐洲人權法院對於法定之要求與我國法律明確性原則內涵相似，甚認為對於集會自由這等重要人權，法律制定更不待拖延。在民主社會所必須之要件上，歐洲人權法院運用評斷餘地與比例原則審查之，評斷餘地會隨著締約國宗教、政治等因素轉變而改變，這也是歐洲人權法院稱公約為活文件（a living instrument）之原因所在。在和平集會自由上，歐洲人權法院限縮了締約國對於政治或公眾議題之評斷餘地，此應係考量此權利於民主社會上之重要意義。

另外除一般限制外，公約另於第 11 條第 2 項後段及第 16 條允許締約國限制內國公務員等與外國人參與政治活動之權利，前者係基於公務員之政治中立性，然於此公務員亦須為限縮認定；後者因歐洲整合趨勢，外國人之認定漸放寬，對於政治活動概念亦宜限縮。

第三節 內國法發展—以德國為觀察¹⁰⁰

接續歐洲人權法院所建立起之和平集會自由內涵後，進入內國法探求其於歐洲人權法框架下如何勾勒其對和平集會自由之圖像。以下本文仍依循歐洲人權法院所建立之審查架構，自德國基本法之保障範圍，國家對集會之干預及干預正當性之規範與衡平為觀察。

¹⁰⁰ Vgl. Dörr/Grote/Maruhn, EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl., 2013, Kap. 19 Rn. 1ff.; Köhler/Friedl, Demonstrations- und Versammlungsrecht, 4 Aufl., 2001, S. 1 ff.; Jenssen, Die versammlungsrechtliche Auflage, 2009, S. 1ff.; Peter, Grundgesetz mit Kommentierung, 9. Aufl., 2012, S. 52ff.; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 2011, Rn. 354ff.; Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl., 2013, Rn. 1035ff.; Thiel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2013, Rn. 595ff.; Trurnit, Grundfälle zum Versammlungsrecht, JA2014, 486ff.

中文文獻主要參閱董保城，〈西德對集會自由法律的保障與限制〉，《憲政時代》，12 卷 4 期，1987 年 4 月，頁 46-55；張維容，〈德、日、韓集會遊行法制之研究〉，《中央警察大學警學叢刊》，44 卷 3 期，2013 年 11 月，頁 89-93；Hans-Heinrich Trute/L. Biebrach 著，王韻茹譯，〈德國極右派集會遊行的法律問題〉，《國立中正大學法學集刊》，47 期，2015 年 4 月，頁 1-26；施宇軒，〈現行集會遊行法之檢討—以集會自由之保障為中心〉，2007 年臺灣大學國家發展研究所碩士論文，頁 30-41。

第一項 德國集會自由—基本法第八條

第一款 歷史發展¹⁰¹

於德國憲法史上，1849 年的法蘭克福保羅憲法（Paulskirchenverfassung）首次提及集會自由的保障，其第 161 條第 8 項¹⁰²規定保障了人民不需特別許可，和平且不攜帶武器的集會權利，而「對於公共秩序與安全之緊急危險（*dringender Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit*）」為限制其權利之條件。此與三月革命（*Vormärz*）與其主要事件有些關聯，於 1832 年在哈姆巴赫宮中舉辦的哈姆巴赫慶典（*Hambacher Fest*），大約三萬人參加，但因為當時政治集會活動被禁止，而只能宣稱此僅為民間節慶活動¹⁰³。於 1871 年的帝國憲法（*Reichverfassung*）欠缺了部分基本權利保障，其中也包含了集會自由。

然 1919 年的威瑪憲法（*Weimarer Reichverfassung*）承繼法蘭克福保羅憲法，於其第 123 條¹⁰⁴規定德國人民集會原則上免於許可與報備的義務，在法定情況下需要報備，亦在「對於公共安全有直接危險」之情況始得禁止集會。而後德國基本法第 8 條¹⁰⁵亦將和平集會自由納入保障之基本權利，規定：「所有德國人均有舉行和平且不攜帶武器集會之權利，無須事前報告或許可。室外集會之權利得以立法或根據法律限制之。」雖於基本法草創當時，制憲國會會議

¹⁰¹ Vgl. Dörr/Grote/Maruhn, a.a.O., Rn. 2f.

¹⁰² Art. 161 VIII PKV.

Die Deutschen haben das Recht, sich friedlich und ohne Waffen zu versammeln; einer besonderen Erlaubnis dazu bedarf es nicht. Volksversammlungen unter freiem Himmel können bei **dringender Gefahr für die öffentliche Ordnung und Sicherheit** verboten werden.

¹⁰³ 哈姆巴赫宮（*Hambacher Schloss*）係位於德國中部的一座中世紀城堡。於 1830 年代，巴黎六月革命點燃了人們對自由的渴望，最終發生了哈姆巴赫慶典（*Hambacher Fest*）。主要的自由主義者和來自社會各階層的人們聚集在一起，要求出版自由、集會自由和言論自由等更多的公民權利、宗教寬容以及最重要的國家統一，人們第一次揮動著黑紅金的三色旗，以作為德國未來統一的象徵，此被譽為是德國民主的誕生地。

¹⁰⁴ Art. 123 WRV.

(1) Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder besondere Erlaubnis friedlich und unbewaffnet zu versammeln.

(2) Versammlungen unter freiem Himmel können durch Reichsgesetz anmeldepflichtig gemacht und bei **unmittelbarer Gefahr für die öffentliche Sicherheit** verboten werden.

¹⁰⁵ Art. 8 GG

(1) Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis **friedlich und ohne Waffen zu versammeln**.

(2) Für Versammlungen unter freiem Himmel kann dieses Recht **durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes** beschränkt werden.

(Parlamentarische Rat) 係延續威瑪憲法，然基本法第 8 條第 2 項改變了原先的法定限制條件。主要係刪除「對於公共安全有直接危險」之明文情況，交由立法因應決定。而基本法第 8 條自基本法生效後即未再變動。



第二款 現況規定

關於集會自由目前規定於德國基本法第 8 條，且自基本法生效後未再修改。其第 1 項規定：「所有德國人均享有舉行和平且不攜帶武器集會之權利，無須事前報告或許可。」此保障了人民享有和平集會權利，然不同於歐洲人權公約，其進一步地規定了不攜帶武器，亦明文排除了事前許可或報備之干預，雖於聯邦集會遊行法仍有報備之規定，然如同歐洲人權法院所解釋，並不當然排除於權利保障之外。另外其於權利主體上限制於德國人，雖如前述歐洲人權公約第 16 條允許締約國得限制外國人於其內國之集會活動，然限制與剝奪係不同層次之概念，是以德國於此之解釋，不無疑問。

另外於其第 2 項規定：「室外集會之權利得以立法或根據法律限制之。」雖如歐洲人權公約於第 2 項規定了干預之限制，然僅有依法為之之要求，並未進一步表述為了何種情況與目的之干預，實係交由執法機關判斷之。另不同的是增加了對室外集會之限制，反之對於室內集會，是否仍納入集會之保障，均可進一步探求。

第二項 保障範疇

一般德國學說認為基本法所保障之集會自由係建立於憲法之自決原則與民主政治原則，前者係以基本法第 2 條所保障個人性格自由發展權為基，於集會面向上，人民不僅享有自我決定集合的地點、時間、集會方式與內容之權利，也得以拒絕政府以非法強制手段干預或禁止人民集會遊行；後者則係因集會自由賦予政治意識觀點互異之人得以表達意見，對民主政治之實現係不可或缺¹⁰⁶。

於歐洲人權體系下之德國，其同樣保障了和平集會之權利，然其規定及內國

¹⁰⁶ 請參閱董保城，註 100 文，頁 46。

解釋與歐洲人權公約與歐洲人權法院解釋有些不同，而於這樣的差異下，如何理解，以下從事物保障與主體保障範疇分述之。



第一款 事物保障範疇

第一目 集會

一、數人

通說認為集會須二人，而相對此，從 1965 年到 1981 年間之德國刑事司法實務主張以三人為必須，德國聯邦憲法法院則假設為數人。然而確定與會人數的結果顯然並非決定集會保障的關鍵要素。自基本法第 8 條的文義，其應亦承認兩人即可為集會，而一般認為，數人至少係超過一人，是以以數人為集會要件。之所以對於人數要求，也係考量集體基本權行使（kollektive Grundrechtsausübung）乃重心所在¹⁰⁷。

二、共同目的之追求

當參與者追求著共同目標，這場活動即係共同的（Gemeinschaftlich）。將參與者所連結起來的目標集體追求，將集會（Versammlung）從人們出於外在動機的單純集聚（Ansammlung）分離出來。

參與者必須透過共同目標為連結，然這並不意味著參與者均須為相同意見表達。對於集會目的批評甚或否定其存在的參與者也享有集會自由的保障。然而當僅涉及為了集會而去阻礙時，即不再受集會自由的保障。集會自由是溝通自由，此不得援引溝通自由而主張去妨礙他人的溝通。

然而此共同目的之內涵，如同前述（第二章第二節第二項第一款第一目二）所提及的，於此亦有爭議。有採廣義之集會概念，將集會自由理解為基本法第 2 條第 1 項一般行為自由的集體行使，而對應地將原則上個別集體所行使的行為視為集會。然而此觀點並非無疑慮，於德國聯邦集會遊行法（下稱聯邦集遊法）第 17 條規定某些集會（如戶外禮拜，教會程序，朝聖進香，一般葬禮，迎娶行列

¹⁰⁷ Vgl. Dörr/Grote/Maruhn, a.a.O.(Fn. 100), Kap. 19 Rn. 24; Jenssen, a.a.O.(Fn. 100), S. 6; Peter, a.a.O.(Fn. 100), S. 52f..

與傳統民間節慶)豁免於同法第 14 條報備義務與第 15 條之解散限制,這些僅在以於此作為集遊法意義下的集會為出發點時方有意義。

德國聯邦憲法法院則考量基本權之意見溝通特徵,進而要求該共同目的必須與公共意見之參與有關,係採較為狹義之概念。是以不論「民間節慶與消遣活動」,此均不屬於聯邦憲法法院所採較狹義的集會概念。於柏林「*Love-Parade*」案中,聯邦憲法法院認為在該遊行當中儘管有些政治性標語搭上便車,如「男女同志應享婚姻普及」¹⁰⁸等,然娛樂性質仍居多,僅係單純之音樂活動,而將此排除於集會自由之保障範疇。

然這不免招來許多批評,有論者認為聯邦憲法法院既開展意見溝通基本權對於民主之重要功能,卻又強調用以限制此種溝通基本權,使得該基本權之其他功能如每個人得以在社群溝通中發展其人格之功能被弱化¹⁰⁹。若一項具政治訴求的集會主要以音樂表演方式表達其訴求,何以僅因其表達方式而排除於保障外,且如此更加重個案判斷之困難。

第二目 和平性

相較於歐洲人權公約第 11 條,基本法第 8 條第 1 項進一步確切地具體了和平性的誠命,不僅要求集會須和平,更要求參與者必須不攜帶武器參與集會,以使基本權利保障更完善。和平性誠命與作為之於參與者在民主社會中(政治)意志形成之集會自由間乃息息相關。

一、不攜帶武器之解釋

和平性誠命於基本法與歐洲人權公約中均為排除保障之要件,意即非和平的集會將優先被排除於集會自由的保障範圍。

德國於基本法第 8 條第 1 項的適用範疇中增加「無武器(ohne Waffen)」之要素,此並非對和平集會之限制,關鍵仍在於和平集會之確保。而武器在基本法第 8 條第 1 項的意義,不只是技術意義上的武器,而是所有得以對人或物造成傷

¹⁰⁸ Vgl. Dörr/Grote/Marauhn, a.a.O.(Fn. 100), Kap. 19 Rn. 29; Peter, a.a.O.(Fn. 100), S. 54.

¹⁰⁹ 請參閱 Hans-Heinrich Trute/L. Biebrach 著,王韻茹譯,註 100 文,頁 8。

害或毀損的物體，例如折刀、彈弓或指節銅套等。然一般認為武器之可用性並非重點，重點係將其作為武器使用之意思（例如啤酒杯），此與歐洲人權法院見解一致。聯邦集遊法第 2 條第 3 項即係不攜帶武器之具體化規定¹¹⁰，此處武器之概念亦與同法第 17 條所規定的防衛性武器概念並不相同。於後聯邦集遊法限制之部分再為詳述。

二、對於非和平之判準

與歐洲人權公約相同，德國基本法對於和平性亦無字面上定義，學說實務依聯邦集遊法（§§5 Nr. 3, 13 I Nr. 2 VersG）規定反面特定其內涵，認為以暴力與煽動性進行之過程（ein gewalttätiger und aufrührerischer Verlauf）即非和平¹¹¹。然又何謂暴力之情況，不無可議。

（一）攜帶武器

有認為基本法上已以攜帶武器例示何謂不和平，且不和平之集會自始被排除集會自由之保護領域外，應從嚴解釋，因此具體化之非和平暴力行為應認係「對人或物為身體暴力之行使」或「危害其他人的身體或生命之行為以及損害物之實體之行為」¹¹²。

進一步地有學者認為此處之武器如係較軟之物品，如雞蛋、番茄等，並以此對準警察扔去，且造成現場情況更混亂，即應為非和平；若係堅硬物品或漆彈，因其客觀上具危險性而經常作為非和平之認定基礎¹¹³。

（二）參酌刑法相關概念

亦有認為應參酌個別刑法上相關概念解釋，如德國刑法第 125 條聚眾騷擾罪與第 240 條強制罪，即以刑法第 240 條強制罪之「強暴」或「脅迫」概念認定該示威抗議係是否為非和平集會，是以採此將隨德國實務見解變動「非和平」之概念。

¹¹⁰ Vgl. Köhler/Dürig-Friedl, a.a.O.(Fn. 101), S. 7.

¹¹¹ Vgl. Schmidt, a.a.O.(Fn. 101), Rn. 1063.

¹¹² 請參閱施宇軒，註 100 論文，頁 31。

¹¹³ Vgl. Schmidt, a.a.O.(Fn. 101), Rn. 1063.

而關於強制罪之「強暴」或「脅迫」要件，德國實務最初採古典強暴定義，即強暴為「身體力之施展」，且「以身體力壓制他人事實或將來可預期之抵抗」，然後續實務漸擴張強暴概念，除對人之外也包含「對物強制」，也從物理強制擴展到心理強制¹¹⁴，另外施加身體（腕）力的強度要求亦不斷降低，連質量極其輕微的身體活動均可能被強暴概念所吸納，此稱為「去物質化

（Entmaterialisierung）」的強暴概念。有學者批評此不僅造成強暴與脅迫的概念混淆，亦使強制手段徹底喪失其作為強制罪構成要件首要要素的過濾功能¹¹⁵。

這般一再擴張實生有違德國基本法第 103 條罪刑法定原則與法律明確性原則之疑慮，關此德國聯邦憲法法院最初於 1986 年之判決中表示強暴概念本即有解釋空間，為有效保護強制罪所欲保障之意志決定，應認此擴張為合憲，後於 1995 年之判決中改認此無法使受規範者充分明確預見何種行為將強加影響他人意志，有違明確性原則¹¹⁶。然之後德國聯邦最高法院仍規避此，作出著名之「第二排判決（Zweite-Reihe- Rechtsprechung）」，即汽車駕駛人因靜坐於街道上之抗爭人士而被迫停車，其後之車輛因此被堵塞，聯邦最高法院認抗爭人士之靜坐對被迫停下之汽車駕駛人僅具心理強制而不該當強暴，然後續之車輛係因第一排車輛停滯而無法前進，係生物理障礙，行為人應成立強制罪之間接正犯¹¹⁷。此見解自然招來許多學說批評，然仍後多為實務所援引，聯邦憲法法院亦認此見解並不違反 1995 年判決之意旨¹¹⁸。

¹¹⁴ 如 1969 年的 Laepfel 案，係德國科倫市學生團體為了抗議電車漲價，而決定於電車軌道上靜坐抗議，導致市區電車停駛，交通癱瘓。聯邦最高法院認為僅視該結果是否對被害人產生強制效果，並不限於確實的攻擊行為，因此心理上之強制手段只要能發生強制效果，亦該當強制罪構成要件，而認為成立強制罪。

¹¹⁵ 請參閱林鈺雄，〈強制罪之整體不法判斷－從彰化台電施工抗爭案的判決談起〉，《月旦法學雜誌》，232 期，2014 年 9 月，頁 37。

¹¹⁶ BVerfGE 92, 17. 翻譯請參閱林柔孜，《論強制罪：以社會抗爭行為為中心》，2014 年國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 87-88。

¹¹⁷ BGHSt 41, 182.

¹¹⁸ 德國聯邦憲法法院認此二判決係建立於不同基礎事實之上，1995 年之判決係處理存在於抗爭者及單一汽車駕駛人之雙方關係，而第二排判決處理的係存在於抗爭者單一汽車駕駛人及後續汽車駕駛人之多方關係，是以對強暴概念得出相異判決自屬合理。Vgl. NJW 2011, 3021 Rn. 27.

（三）有違刑法與違反秩序法

另有極端少數見解認為凡係違反刑法與違反秩序法者即不具和平性。若依此解釋，違反德國聯邦集會遊行法報備義務之集會即非屬和平¹¹⁹。



（四）反思與質疑

首先關於攜帶武器之部分。雖按基本法第 8 條第 1 項字面觀之，攜帶武器參與集會者不享有基本權保障，然依聯邦集遊法第 2 條第 3 項觀點表示，攜帶武器者本身（per se）並不失去其集會權利，禁止攜帶武器是和平性誡命的一部分。依前一節所述歐洲人權法院之見解，具有非和平動機跡象之攜帶武器與會者方受禁止。於此可以思考的是，一個已經或是將毫無疑問地具有和平性質的集會，是否受到與會者攜帶武器影響其和平性，例如警察為了更好的工作條件環境而遊行抗議，或是獵人對抗政府相關狩獵措施的集會。

又關於違反法規之部分。如從基本法第 8 條第 2 項的法定限制觀點視之，因原則上於特定公共安全危險性下允許限制可能性（Beschränkungsmöglichkeiten），換言之，縱使集會影響公共秩序，國家之干預仍須依法且該當目的，方為正當，故此不能從任何（刑法）規範違反為導出集會非和平性的評價。前一節歐洲人權法院之觀點亦係如此認為。

綜上可知對和平性認定之不易，是以從程序面上，固然法院必須以集會基本權之保障觀點，監督調查主管機關對集會非和平性之預測決定

（Prognoseentscheidung）是否必要，然聯邦憲法法院課以主管機關針對該預測決定一欠缺和平性查明之證明義務（Beweislast für die Feststellung der fehlenden Friedlichkeit），係作為集會預防性禁止的前提。主管機關不得以課以參與人特殊要求或施以暴力者具有嫌疑等理由而逃避其證明義務¹²⁰。

¹¹⁹ Vgl. Schmidt, a.a.O.(Fn. 100), Rn. 1063.

¹²⁰ Vgl. Dörr/Grote/Marauhn, a.a.O.(Fn. 100), Kap. 19 Rn. 43.

三、和平性爭議類型

（一）封鎖性靜坐

封鎖性靜坐（Sitzblockaden）雖僅係平和地坐著，然而產生封鎖效果，並阻礙他人行經該處之權利。此是否非屬和平集會，依前一節歐洲人權法院判決觀察，此向來於和平性沒有爭議，縱使違反了刑法或秩序法規範¹²¹。

然按前述有認為以個別刑法概念認定，而封鎖性靜坐成立強制罪與否，於德國實務上向來是爭議性極高之議題。依前述，在德國聯邦憲法法院對強制罪之強暴概念擴張至限縮又再擴張之反覆操作下，封鎖性靜坐阻擋他人行進係該當強暴要件。然德國聯邦憲法法院於 2001 年之靜坐判決中認為刑法規範解釋與適用須與基本法之價值決定相應，判斷強制罪違法性自須將基本法第八條所保障之集會自由納入考量¹²²。

於此判決中，聯邦憲法法院認為集會自由保障的係表達參與公共意見之形成，所謂的不和平係指對人或物品具攻擊性之強暴或發生類似的強暴行為，並強調和平性之解釋應自憲法概念為理解，不須與強制罪之強暴概念相符，抗爭民眾靜坐或將己鎖上鐵鍊，對人或物並無危險性，警方剪斷鐵鍊時亦無掙扎，此種被動抗爭（passiven Protestes）之方式應為和平。

然縱落入集會自由之保障範疇，抗爭行為實影響他人通行之權益，仍須與第三人利益為權衡。集會自由係影響了強制罪違法性中可非難性條款之衡量，聯邦憲法法院具體指出應將對相關第三人及其法益影響之方式與程度、抗爭行動持續之時間及強度、是否事先通知、其他道路之替代可能性、被封鎖交通運輸之急迫性等因素納入考量，集會訴求內容及對象之關聯性及集會地點選擇、具體安排等

¹²¹ 歐盟法院亦同見解，以 Schmidberger 案為例，此係涉及環保團體於高速公路上進行已受許可的抗議示威，因此高速公路不得被封鎖。德國的貨運公司想要以作為社會權利下國家責任要求為理由向奧地利主張其因卡車停滯而生的損害，係奧地利主管機關違法忽略了避免貨物運輸自由的侵害。歐盟法院於此判決中不只最先肯定了歐洲人權公約第 11 條下集會自由的誠命於歐盟之適用，其更清楚地指出，集會引發主要交通幹道的阻塞之行為事實，顯然對於此究竟是否存在一個值得保障的集會之問題並不重要。Vgl. Dörr/Grote/Marauhn, a.a.O.(Fn. 100), Kap. 19 Rn. 45.

¹²² BVerfGE 104, 104.

亦應為考量¹²³。是以聯邦憲法法院認普通法院於可非難性之審查中未將集會自由納入審酌實為不當。

從上，聯邦憲法法院向來將不和平定義為對人或物品具攻擊性之強暴或發生類似的強暴行為，此與強制罪之強暴概念應脫鉤觀察，封鎖性靜坐縱認該當強暴亦為和平。而於抗爭靜坐人民論罪上，將集會自由納進可非難性之權衡要素，誠先不論可非難性之爭議，聯邦憲法法院以上所提出之具體考量要素對於國家警察機關對人民和平集會干預之正當性權衡判斷上實有相當參考價值。

（二）零星內部暴力行動

在大型活動中該如何評價團體或多數參與者中個別參與者的暴力程度，不無疑問。顯而易見的是，從特定活動大小程度開始，騷動、暴力活動或其他被認為非和平的行為模式根據活動主題係有可能不被排除的。若此僅針對在準備階段或從開始時之不和平即認足以解散集會，對於主要和平的人群的基本權保障，個別不和平之行動於大型示威抗議上並不足以被評價，因為基本權事實上係掌握在個人或個別團體自身，因此不得僅因個人不和平之行為而將整體活動均視為不和平¹²⁴。須注意的是，此處所指不和平的行為係出自於與會者團體，而非反示威團體。

如前一節所提，歐洲人權法院強調來自於公約第 11 條的義務對於集會的保障係先於暴力對抗，因此於歐洲人權公約的範疇中也得對於集會中準備訴諸暴力的部份參與者採取行動。德國聯邦憲法法院亦指出集會自由係一種集體行使，集體不和平（kollektiver Unfriedlichkeit）之集會並不受基本法第 8 條之保障¹²⁵，反面而言，非集體即零星之不和平集會仍不能排除於保障。

（三）反示威者（Gegendemonstrationen）

集會或於集會中所表示的意見引起第三人產生負面情緒，即出現透過集會受到刺激的反示威者（Gegendemonstrationen）或是集會的暴動邊緣者，均不能推

¹²³ BVerfGE 104, 110, 111.

¹²⁴ Vgl. Dörr/Grote/Marauhn, a.a.O.(Fn. 100), Kap. 19 Rn. 45.

¹²⁵ NJW 2011, 3022 Rn. 32-33.

導出該集會為非和平，也不能做為禁止或解散的基礎。從前一節歐洲人權公約第 11 條所導出締約國負有將集會與非和平的反示威者隔離之義務¹²⁶。

聯邦憲法法院認為集會並不以同意集會目的或其代表性意見為前提，基本權更保障於集會中以溝通方式加以表達批判或反對意見¹²⁷，是以不同意見所組成之集會即反示威集會亦受集會自由保障，原本之和平集會與會者不得請求警方驅離之，惟若反示威集會係以強制方式阻礙集會進行之目的而聚集，則不受保障¹²⁸。即使反示威集會為和平，與原集會仍有產生衝突之可能，如對於歷史上重要地點，雙方均要求於該地點集會以彰顯其意義，是以適用優先原則即先為事前報備者優先選擇，另一反示威即會則須於另一地點舉行¹²⁹。

第三目 室內集會不受保障？

基本法第 8 條第 2 項明文僅得對室外集會（Versammlungen unter freiem Himmel）為法律限制，反之室內集會（Versammlungen in geschlossenen Räumen）是否仍受保障？歐洲人權公約第 11 條並不區分集會是室外還是室內，兩種集會類型均屬於其保障範疇。而德國基本法第 8 條第 1 項並未區分，只要這兩種集會均係和平之集會，即受基本法所保障。然於限制上，基本法第 8 條第 2 項僅於室外集會始有適用，是以室內集會欠缺法定限制之保障。學者指出這般規定方式於法律上可能涉及基本權衝突的解消，於個案中保障義務較集會自由更占優勢時，此義務將強迫主管機關加以干預，例如用以室內集會的建物因年久失修而不得不拆遷，因此將對與會者身體、生命、自由、財產或其他重要法益產生危險，相較於其他利益，集會自由必須得退讓¹³⁰。

綜言之，不論歐洲人權公約抑或德國基本法所保障之集會自由均未區分室內

¹²⁶ Vgl. Dörr/Grote/Marauhn, a.a.O.(Fn. 100), Kap. 19 Rn. 45.

¹²⁷ „Eine Versammlung setzt zwar nicht die Billigung der mit der Versammlung verfolgten Ziele oder die auf ihr vertretenen Meinung voraus. Der Grundrechtsschutz kommt vielmehr auch denjenigen zugute, die den in der Versammlung verkündeten Meinungen kritisch oder ablehnend gegenüberstehen und dies in der Versammlung mit kommunikativen Mitteln zum Ausdruck bringen wollen.“ BverfGE 92, 191, 202.

¹²⁸ BverfGE 84, 203, 209.

¹²⁹ NVwZ 2005, 1055ff.

¹³⁰ Vgl. Dörr/Grote/Marauhn, a.a.O.(Fn. 100), Kap. 19 Rn. 45.

或室外為保障，而基本法第 8 條第 2 項雖以室外集會為規範對象，但並不表示排除對室內集會之保障，特別針對室外集會要求法定限制，係因可能涉及與會人或第三人之重要法益並使受危害的可能，從而在法定限制的前提下要求主管機關介入。亦有認為室內集會極少對公共秩序產生危險，且主管機關亦無法知悉室內集會活動之狀況，因此並無限制的必要¹³¹。

第二款 主體保障範疇—是國民權亦或基本人權？

按基本法第 8 條第 1 項規定，集會自由僅適用於德國人（Deutschen），即基本法第 116 條第 1 項¹³²的國民（Staatsbürgern）。然疑問的是，前一節中歐洲人權公約係將集會自由定位為人權，而歐盟工作方式條約（Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV）亦於第 18 條¹³³規定原則上禁止「任何出於國籍背景的歧視」。簡言之，外國人於德國境內得否享有集會自由之保障？

對於集會與結社自由，聯邦憲法法院係直接予以人權待遇，認為基本權的人權內涵從基本法第 1 條與以下規範基礎的人性圖像所導出，而這些圖像涉及的「並非被孤立與武斷的個體，而是與共同體牽涉並連結的個人」，個人的開展係仰賴著多重的人際間關係¹³⁴。

一般認為，參與集會遊行性質上亦屬一般行為，關於外國人於國民權中受基本法第 2 條第 1 項的截堵基本權（Auffanggrundrecht）¹³⁵所影響，一般行為自由

¹³¹ Vgl. Peter, a.a.O.(Fn. 100), S. 53.

¹³² Art. 116 GG.

(1) Deutscher im Sinne dieses Grundgesetzes ist vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelung, wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit oder als dessen Ehegatte oder Abkömmling in dem Gebiete des Deutschen Reiches nach dem Stande vom 31. Dezember 1937 Aufnahme gefunden hat.

¹³³ §18 AEUV

Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich **jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit** verboten.

Das Europäische Parlament und der Rat können gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren Regelungen für das Verbot solcher Diskriminierungen treffen.

¹³⁴ BverfGE 50, 290, 353.

¹³⁵ 基本法第 2 條第 1 項規定：「每個人於不侵害他人權利、不牴觸合憲秩序及公序良俗之情形下，皆有自由發展其人格之權利（Art. 2 I GG: Jeder hat das Recht auf **die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit**, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.）」，此係關於「人格自由發展」之規定，依學理上之闡述，係保障兩項基本權，一為「一般行為自由」（allgemeine Handlungsfreiheit）；另一為「一般人格權」（allgemeines Persönlichkeitsrecht）。兩者皆不限於特定之生活領域，而是涵蓋所有生活範圍。前

權居於其他基本權利之後，僅在特別基本權之保護領域所不及之處始生補充作用，集會自由於此作為特別基本權。換言之，外國人雖不能依基本法第 8 條主張其享有集會自由權，然仍得以基本法第 2 條第 1 項之一般行為自由權作為其參與集會之依據。因此歐盟人民（Unionsbürger）仍得以藉此取得不受歧視的相同地位，以類似基本法第 8 條第 2 項與第 9 條第 2 項之限制針對補遺權為限縮性解釋。

不過有學者認為與其透過其他規定來解釋，依照上述歐盟工作方式條約禁止歧視的規定，德國人於此意義上也是歐盟人民。歐盟人民與德國人的基本權利同等地位即不能被相對化保障¹³⁶。

第三項 對集會自由之干預

第一款 概述

首先關於集會自由之限制，係規範受保障之內容，例如報備與許可義務，此已見於基本法第 8 條之規範。課予集會處分、禁止與解散均係明確的干預，而干擾遊行進行與對人之控制也係對基本權之干預。若該干預手段強度相當於強制性措施，基本權也將被實質措施所侵害，是以國家監控措施（staatliche Überwachungsmaßnahmen）可能也會使與會者內在決定自由被侵害，詳言之，將可能嚇阻與會者，使其打消其念頭而選擇放棄行使其基本權，則此國家行為應視為干預。關此，聯邦憲法法院於 *Brokdorf* 案中認為「過度觀察與登載（exzessiven Observationen und Registrierungen）」係為干預，而近年實務上亦認為當影像傳輸使用將引起與會者受監控之感覺時，應已構成干預，據此，集會單純影像監控（無儲存）亦為干預。此外，與處分作成相關的費用收取亦屬干預¹³⁷。

從上可知，國家對於集會之干預手段各式各樣，關於本文所關注的社會抗爭行為多屬室外公開集會，依前述基本法第 8 條第 2 項須以法律始得限制，而聯邦

者乃具有補充性質之自由權概括條款（subsidiäre Generalklausel der Freiheitsrechte），著重權利主體之行為保障；後者則是為避免個人之生活範圍，無法受其他具體自由權之充分保障而發展出之補充要件，而與人性尊嚴之保障相同，以權利主體之主體性為其重點。請參閱陳敏等，司法院釋字第 666 號協同意見書，頁 5。

¹³⁶ Vgl. Dörr/Grote/Maruhn, a.a.O.(Fn. 100), Kap. 19 Rn. 16.

¹³⁷ Vgl. Schmidt, a.a.O(Fn. 100), Rn. 1070.

集遊法則係主要限制之規範。本文以下針對聯邦集遊法所規定之限制以集會開始作為區分點為介紹。



第二款 集會開始前之干預

第一目 報備義務 (Anmeldepflicht)

一、規範內容

聯邦集遊法第 14 條¹³⁸規定：「舉辦室外公開集會或遊行，最晚應於公告前 48 小時向主管機關報告集會或遊行之內容。報告時應陳明何人負責領導集會或遊行。」此報備制係原則同意，例外禁止，於適時報告下，主管機關得以預先準備，以避免與會者利益與第三者或公共利益間發生非必要或過度之衝突，視情況決定採取措施，確保集會或遊行獲得了必要之保障，亦顧及第三者與公共安全利益。

(一) 報備義務人

集會遊行之召集人 (der Leiter) 有報備義務，即必須確實完成報備。召集人須於邀請集會或遊行之邀請單或通知單上簽名，若有多數人，則原則上均有報備義務，而得委由一人或數人為之。

(二) 報備期間與形式

集會遊行原則上須於活動公告 (Bekanntgabe) 前 48 小時報備，公告形式得以公開或非公開方式邀請參加人與會，告知活動起訖時間、地點、主題等重要資訊，呼籲他人參與集會，主管機關若基於公共利益，得令召集人改採另一遊行路線或活動地點，使其於公告前得以更改。亦須於集會開始前報備，自不待言。

報備形式並未規定，書面、口頭、電話均無不可，因於公告中至少將提及遊行路線、活動地點等，如以郵寄方式報備者，報備時點以郵件到達主管機關為準。

¹³⁸ §14 VersG.

(1) Wer die Absicht hat, eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel oder einen Aufzug zu veranstalten, hat dies **spätestens 48 Stunden** vor der Bekanntgabe der zuständigen Behörde unter Angabe des Gegenstandes der Versammlung oder des Aufzuges **anzumelden**.

(2) In der Anmeldung ist anzugeben, welche Person für die Leitung der Versammlung oder des Aufzuges verantwortlich sein soll.

如有多數主管機關，則僅向其一主管機關報備即可¹³⁹。

（三）報備內容

內容應包含集會遊行之時間、地點及路線，集會之主題與動機等使主管機關獲得具體計畫活動所需之資訊，以便採取相應措施。

（四）違反效果

未盡報備義務不當然構成解散或禁止處分之要件，聯邦集遊法第 15 條規定因未報備而直接對公共安全與秩序造成危害，致令主管機關未能及時為適當準備或措施，以防止該危害情形。質言之，如未盡報備義務，然並未對公共安全與秩序造成危害之情況，除了負責人有涉聯邦集遊法第 26 條之刑責外，該集會遊行本身不需因違背報備義務而解散。

二、例外：偶發性集會¹⁴⁰

偶然（zufällig）與「自發（spontan）」係不同概念。雖如前述採取狹義集會概念，認為一般民俗節慶等尚非集會，然此亦得從群聚發展成集會，意即將人們所連結起來的目標得以產生即興活動（ad hoc¹⁴¹），從而因此一個初始偶然人們的群聚自發性地發展成受憲法保障的集會，即所謂的偶發性集會

（Spontanversammlung）。此並不適用報備義務。

而聯邦憲法法院於實務上亦引入緊急性集會（Eilversammlung）之概念，此不同於偶發性集會之處在於仍要求報備義務，然得以於 48 小時之內完成報備。是以於室外下短時間已得特定之緊急性集會，即對此存在報備可能性¹⁴²。

第二目 禁制區

德國甚早於 1920 年代即引進英國「遊行禁制區」之規定，係因於 1920 年 1

¹³⁹ Vgl. Köhler/ Friedl, a.a.O.(Fn. 100), Rn. 3f.

¹⁴⁰ 我國實務學者均將此專有名詞譯為「偶發性集會」，本文從之，然此與「偶然」有異，應予區辨。

¹⁴¹ Ad hoc 係拉丁文短語。意思為「特設的、特定目的的（地）、即席的、臨時的、將就的、專案的」。通常形容一些特殊的、不能用於其它方面的，為一個特定的問題、任務而專門設定的解決方案。此短語同時也包含負面的評價，表明所形容的事物是一個權宜之計、不周密的計劃或者是一個即興舉辦的活動。

¹⁴² Vgl. Peter, a.a.O.(Fn. 101), S. 54.

月，當帝國議會正在討論有關企業職工法時，一群偏激份子準備強行進入國會，阻撓法案通過，為了防止騷擾議會事件再度發生，帝國議會制定了遊行禁區法，規定於議會一英里之範圍內禁止 50 人以上之集會。

然於東西德統一遷都柏林後，亦於 1999 年 9 月 11 日廢止以特許為制之禁制法（Bannmeilengesetz），另制定以許可制為基礎之「維持聯邦憲法機關和平區法（Gesetz über befriedete Bezirke für Verfassungsorgane des Bundes, BefBezG）」，此於 2008 年後未再修法。

關於聯邦立法機關及聯邦憲法法院之禁制區規定，過去依禁制區法須經聯邦內政部長及該禁制區機關首長同意許可之。現德國聯邦集遊法第 16 條¹⁴³刪除此相關部分，僅針對邦立法機關規定：「於邦立法機關禁制區內禁止室外公開集會遊行；亦禁止前句之集會申請。邦立法機關之禁制區由各邦法律定之。其詳細內容由邦之禁制區法定之。」而維持聯邦憲法機關和平區法第 1 條¹⁴⁴即規定聯邦議院（Bundestag）、聯邦參議院（Bundesrat）及聯邦憲法法院設定維護和平區，並於第 3 條第 1 項¹⁴⁵規定：「若其集會不會造成聯邦議院之活動與功能、聯邦參

¹⁴³ §16 VersG

(1) Öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzüge sind **innerhalb des befriedeten Bannkreises der Gesetzgebungsorgane der Länder** verboten. Ebenso ist es verboten, zu öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel oder Aufzügen nach Satz 1 aufzufordern.

(2) Die befriedeten Bannkreise für die Gesetzgebungsorgane der Länder werden **durch Landesgesetze** bestimmt.

(3) Das Weitere regeln **die Bannmeilengesetze der Länder**.

¹⁴⁴ §1 BefBezG - Befriedete Bezirke

Für den Deutschen Bundestag, den Bundesrat und das Bundesverfassungsgericht werden befriedete Bezirke gebildet. Die Abgrenzung der befriedeten Bezirke ergibt sich aus der Anlage zu diesem Gesetz.

¹⁴⁵ §3 BefBezG - Zulassung von Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzügen

(1) Öffentliche Versammlungen unter freiem Himmel und Aufzüge innerhalb der nach § 1 gebildeten befriedeten Bezirke sind zuzulassen, wenn **eine Beeinträchtigung der Tätigkeit des Deutschen Bundestages und seiner Fraktionen, des Bundesrates oder des Bundesverfassungsgerichts sowie ihrer Organe und Gremien und eine Behinderung des freien Zugangs zu ihren in dem befriedeten Bezirk gelegenen Gebäuden** nicht zu besorgen ist. Davon ist im Falle des Deutschen Bundestages und des Bundesrates in der Regel dann auszugehen, wenn die Versammlung oder der Aufzug an einem Tag durchgeführt werden soll, an dem Sitzungen der in Satz 1 genannten Stellen nicht stattfinden. Die Zulassung kann mit Auflagen verbunden werden.

(2) Anträge auf Zulassung von Versammlungen nach Absatz 1 sollen **spätestens sieben Tage** vor der beabsichtigten Versammlung oder dem Aufzug schriftlich, elektronisch oder zur Niederschrift beim Bundesministerium des Innern gestellt werden. Das Bundesministerium des Innern entscheidet jeweils im Einvernehmen mit dem Präsidenten oder der Präsidentin der in § 1 Satz 1 genannten Verfassungsorgane. Die Entscheidung nach Satz 2 ergeht schriftlich oder elektronisch.

(3) Durch die Zulassung werden die in den Ländern Berlin und Baden-Württemberg jeweils geltenden versammlungsrechtlichen Vorschriften nicht berührt.

議院或聯邦憲法法院及其機關與委員會之損害，也不會阻礙其於該和平維護區之通行，此室外公開集會應為許可。」

是以修法後，關於聯邦立法機關及憲法法院，人民於該區域內申請集會遊行不再取決機關首長之裁量權。若集會不會影響受保護機關的運作，且不須擔心危及該機關出入時，人民即有請求授予許可的權利。而違反規定者，僅處以行政罰取代先前之刑罰¹⁴⁶。

第三目 其他集會限制

一、禁止攜帶武器與防衛性武器

聯邦集遊法第 2 條第 3 項¹⁴⁷規定：「任何人未經主管機關許可，不得於公開集會或遊行時攜帶武器或性質上足以傷害人體或毀損物品之其他物件，亦不得於前往公開集會或遊行地點之途中攜帶武器或第一句之物件，或將之運往公開集會或遊行地點，或為公開集會或遊行之用而預備或分發。」此係基本法第 8 條和平性之具體化例示，無須證明危害發生，僅攜帶武器即係違反和平原則，集會負責人與參與者均為適用，違背此依聯邦集遊法第 27 條，負一年以下之刑責或罰金；而所攜帶之武器依同法第 30 條沒收之。

關於防衛性武器，聯邦集遊法於 1985 年增訂第 17 條 a¹⁴⁸，於 1989 年再為修正，其第一項規定：「室外公共集會遊行或其他室外公共活動，或前往各該活動途中，攜帶防衛性武器或可充當防衛性武器之器具，依情況可確定，其公權力人員之執行措施者，禁止攜帶。」違反此除聯邦集遊法第 29 條課以罰鍰外，依

¹⁴⁶ 請參閱程明修，〈集會遊行法禁制區規定的合憲性〉，《法學講座》，6 期，2002 年 6 月，頁 8。

¹⁴⁷ §2 VersG

(3) Niemand darf bei öffentlichen Versammlungen oder Aufzügen **Waffen oder sonstige Gegenstände, die ihrer Art nach zur Verletzung von Personen oder zur Beschädigung von Sachen geeignet und bestimmt sind**, mit sich führen, ohne dazu behördlich ermächtigt zu sein. Ebenso ist es verboten, ohne behördliche Ermächtigung Waffen oder die in Satz 1 genannten Gegenstände auf dem Weg zu öffentlichen Versammlungen oder Aufzügen mit sich zu führen, zu derartigen Veranstaltungen hinzuschaffen oder sie zur Verwendung bei derartigen Veranstaltungen bereitzuhalten oder zu verteilen.

¹⁴⁸ §17a VersG

(1) Es ist verboten, bei öffentlichen Versammlungen unter freiem Himmel, Aufzügen oder sonstigen öffentlichen Veranstaltungen unter freiem Himmel oder auf dem Weg dorthin **Schutzwaffen oder Gegenstände, die als Schutzwaffen geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind**, Vollstreckungsmaßnahmen eines Trägers von Hoheitsbefugnissen abzuwehren, mit sich zu führen.

同法第 27 條具有刑責。

防衛性武器包含機械性與非機械性兩種，機械性武器係指發生衝突時，依武器使用目的、構造、特性或其特質有保護身體免於遭受武器傷害之功能，如盾牌、盔甲或一般軍警所使用的防護裝備等；非機械性武器係客觀上含有防備攻擊效果的有體物，例如安全帽、特製防護衣等，雨衣或一般衣物均不包含於內。兩者不同在於後者須攜帶人主觀上意圖阻礙行政機關執行措施而使用該有體物，始得禁止¹⁴⁹。

二、制服化禁止

聯邦集遊法第 3 條¹⁵⁰規定禁止公然或於集會時穿著表彰共同政治思想之制服制服之一部分或類似衣物，舉凡顏色、手杖、運動服、鞋子、領帶甚或鈕扣，均於執法機關之考量內，違反此依同法第 28 條得處以兩年以下自由刑或罰金。

此立法禁止係起因德國國會認定任何透過制服化之政治遊行，均會對反示威者及第三者造成心理上壓迫，並加深示威者與旁人之對立，進而造成暴力衝突。此於憲法上產生相當大爭議，德國聯邦憲法法院認為儘管侵犯了基本法所賦予之集會自由權，然因制服化之政治訴求均產生了排他性，誘導了贊成者與非贊成者發生衝突，而認不能廢除。且僅限禁止**共同**穿著此類服裝，而非穿著此類服裝，其合憲性無可指摘。並認此禁止實來自納粹時期之經驗，與會者制服化將對第三人造成震懾，應合憲性限縮解釋為除禁止制服外，亦須造成「暗示性－抗爭性」之震懾效果¹⁵¹。

¹⁴⁹ 請參閱董保城，註 100 文，頁 49。

¹⁵⁰ §3 VersG

(1) Es ist verboten, öffentlich oder in einer Versammlung **Uniformen, Uniformteile oder gleichartige Kleidungsstücke als Ausdruck einer gemeinsamen politischen Gesinnung zu tragen.**

(2) Jugendverbänden, die sich vorwiegend der Jugendpflege widmen, ist auf Antrag für ihre Mitglieder eine Ausnahmegenehmigung von dem Verbot des Absatzes 1 zu erteilen. Zuständig ist bei Jugendverbänden, deren erkennbare Organisation oder Tätigkeit sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt, der Bundesminister des Innern, sonst die oberste Landesbehörde. Die Entscheidung des Bundesministers des Innern ist im Bundesanzeiger und im Gemeinsamen Ministerialblatt, die der obersten Landesbehörden in ihren amtlichen Mitteilungsblättern bekanntzumachen.

¹⁵¹ 請參閱 Hans-Heinrich Trute/L. Biebrach 著，王韻茹譯，註 100 文，頁 12-13。

三、蒙面偽裝禁止

聯邦集遊法第 17 條 a 第 2 項¹⁵²規定「有以下情形者禁止之：參與各該活動中之裝扮，其足以且依情況係欲妨害身分之確認，和前往各該活動途中有上述情況之裝扮者；於各該活動中或於前往各該活動時，攜帶足以且依情況可得確定會妨害身分確認之物件。」同時有「禁止之免除保留」，即於無危及公共安全或秩序之虞者，主管機關得免除此禁止處分之發布。

所謂蒙面偽裝係以妨礙身分辨識為意圖，以人為方式改變或隱匿其臉部或身體外部形狀。其立法目的係為了突破蒐證之困難，亦鑒於社會心理經驗法則與實證研究發現，蒙面者具有較高暴力及參與非和平示威遊行之傾向。

然蒙面偽裝可能僅係為單純隱匿自己身分，亦可能係表現自由下象徵性言論之表達，而非為妨礙身分辨識，於此情況，主管機關則應免除禁止處分之發布。

四、禁止與限制處分

聯邦集遊法第 15 條第 1 項¹⁵³規定：「依作成處分時可得認識之情況判斷，集會遊行直接危及公共安全或秩序者，主管機關得予以禁止或課予特定義務」。

依前述，德國室外公開集會採取報備制，主管機關得依其報備事先判斷該集會遊行是否直接危及公共安全或秩序，如依目前狀況判斷有隨時發生危害之可能，

¹⁵² §17a(2) VersG Es ist auch verboten,

1. an derartigen Veranstaltungen in einer Aufmachung, die geeignet und den Umständen nach darauf gerichtet ist, **die Feststellung der Identität zu verhindern**, teilzunehmen oder den Weg zu derartigen Veranstaltungen in einer solchen Aufmachung zurückzulegen.

2. bei derartigen Veranstaltungen oder auf dem Weg dorthin Gegenstände mit sich zu führen, die geeignet und den Umständen nach dazu bestimmt sind, die Feststellung der Identität zu verhindern.

¹⁵³ §15 VersG

(1) Die zuständige Behörde kann die Versammlung oder den Aufzug **verbieten oder von bestimmten Auflagen abhängig machen**, wenn nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung erkennbaren Umständen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung bei Durchführung der Versammlung oder des Aufzuges **unmittelbar gefährdet** ist.

(2) Eine Versammlung oder ein Aufzug kann **insbesondere** verboten oder von bestimmten Auflagen abhängig gemacht werden, wenn

1. die Versammlung oder der Aufzug an einem **Ort** stattfindet, der als Gedenkstätte von historisch herausragender, überregionaler Bedeutung an die Opfer der menschenunwürdigen Behandlung unter der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft erinnert, und

2. nach den zur Zeit des Erlasses der Verfügung konkret feststellbaren Umständen zu besorgen ist, dass durch die Versammlung oder den Aufzug die Würde der Opfer beeinträchtigt wird.

Das Denkmal für die ermordeten Juden Europas in Berlin ist ein Ort nach Satz 1 Nr. 1. Seine Abgrenzung ergibt sich aus der Anlage zu diesem Gesetz. Andere Orte nach Satz 1 Nr. 1 und deren Abgrenzung werden durch Landesgesetz bestimmt.

主管機關得要求已報備之集會遊行團體，必須遵守某些限制條件，如限制集會遊行時間、路線或地點，要求與會人攜帶身分證明，要求增加維持秩序人員或不准使用麥克風等。集會召集人須將主管機關所限制之處分事項，通知所有可能與會之人，如無法確定與會者人數與身分，主管機關得透過報紙或廣播通知之。依聯邦憲法法院見解，對於正在進行之集會遊行，主管機關仍得當場為限制處分¹⁵⁴。

不同於限制處分，禁止處分對與會者干預更為嚴重，如限制處分即足以確保集會遊行和平進行，主管機關即不得為禁止處分，此應為最後手段。

第三款 集會開始後之干預

第一目 錄影與錄音（Bild- und Tonaufnahmen）

依聯邦集遊法第 19 條 a 準用同法第 12 條 a¹⁵⁵，若實際證明（tatsächliche Anhaltspunkte）對公共安全或秩序出現顯著危險，警方得於公開集會中對與會者為錄影與錄音。若無法避免涉及第三者，該措施仍得為之。

關於錄影錄音，Bayern 邦議會於 2008 年通過該邦集遊法修法，擴張警方概括錄音錄影和文件紀錄權，允許作為引導警方針對未來集會遊行的具體行動方針，並得於行政上無限制地儲存與使用，亦不排除刑事追訴。此於 2009 年被聯邦憲法法院認為違憲，係因如無危害公共安全或秩序之明顯事實發生，警方應一概不得錄影錄音，亦不得為文件紀錄，更不得儲存之，對與會者造成刑罰上嚇阻，亦干涉個人自由與民主制度中意見形成之可能¹⁵⁶。

第二目 解散處分

聯邦集遊法第 15 條第 3 項¹⁵⁷規定：「集會遊行未經報備，逾越報備內容，

¹⁵⁴ 請參閱董保城，註 101 文，頁 51-52。

¹⁵⁵ §12a VersG

(1) Die Polizei darf Bild- und Tonaufnahmen von Teilnehmern bei oder im Zusammenhang mit öffentlichen Versammlungen nur anfertigen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme rechtfertigen, daß von ihnen erhebliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung ausgehen. Die Maßnahmen dürfen auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.

¹⁵⁶ 請參閱段正明，〈把街頭還給人民！－德國聯邦憲法法院宣告巴伐利亞邦集會遊行法違憲〉，《司法改革雜誌》，72 期，2009 年 6 月，頁 14-16。

¹⁵⁷ §15 VersG.

違反義務或有同條前兩項得予禁止事由者，主管機關得予以解散」。詳言之，若該集會未經報備或逾越報備內容，或違背上開主管機關所課予之特定限制處分，或按情況該集會原得禁止而未禁止，依上開規定第 15 條第 3 項，主管機關得予以解散。然通說自基本法第 8 條第 1 項之意旨，不允許僅單純以延誤報備為裁罰集會之理由¹⁵⁸。

又依同條第 4 項規定，主管機關對已被法律明文禁止之集會，如於禁制區中集會，應為解散處分。

第四項 干預正當性

第一款 形式要件—法律保留原則

第一目 限制集會自由之法律規範

關於對室外公開集會之限制依據，除特區禁止集會遊行法、假日安寧法、道路交通法等外，最主要的即為聯邦集會遊行法。

基於基本法第 8 條之誡命，德國國會本於憲法委託精神制定聯邦集會遊行法（Gesetz über Versammlungen und Aufzüge），此法制定公布於 1953 年 7 月 24 日，1978 年 11 月 15 日曾修正，最後修正為 2008 年 12 月 8 日。而應特別注意的是，於 2006 年德國進行聯邦主義改革（Föderalismusreform），盡可能將權限由聯邦下放至邦，踐行由下至上的民主，從而於同年修改基本法第 74 條第 1 項第 3 款，將本屬「聯邦與邦競合立法事項」中之集會自由，改為「邦之立法權限」，即對於基本法第 8 條第 2 項法定條件的具體化權限，從聯邦轉移到了地方。學者認為此將聯邦法律地方化之修憲重大變革方向，除具有落實地方自治之高度憲法意涵外，更使集會遊行法有續造及現代化之機會¹⁵⁹。據此，Niedersachsen、Sachsen 與 Sachsen-Anhalt 等邦均曾行使過該權限，自行制定其集會遊行法。在未完成邦立

(3) Sie kann eine Versammlung oder einen Aufzug **auflösen**, wenn sie nicht angemeldet sind, wenn von den Angaben der Anmeldung abgewichen oder den Auflagen zuwidergehandelt wird oder wenn die Voraussetzungen zu einem Verbot nach Absatz 1 oder 2 gegeben sind.

(4) Eine verbotene Veranstaltung ist aufzulösen.

¹⁵⁸ Vgl. Thiel, a.a.O.(Fn. 100), Rn. 609.

¹⁵⁹ 請參閱李震山等，司法院釋字第 718 號解釋部分不同意見書，頁 17。

法之前，仍適用聯邦集會遊行法。

聯邦集會遊行法僅適用於公開集會¹⁶⁰，略可分為五個部分，第一章係總則（§§1-3 VersG）；第二章係針對室內公開集會（§§5-13a VersG）為規範；第三章則係針對室外公開集會（§§14-20 VersG）；第四章係罰則（§§21-30 VersG）；第五章則為補充（§§32.33 VersG）。

第二目 概括授權條款

德國聯邦警察法範例草案（Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes des Bundes und der Länder）第 8 條第 1 項規定：「為防止公共危險及個人所生之危險，警察除依第 9 條至第 24 條特別規定之職權外，仍得採取必要之措施」此於各邦警察法中均已被納入各邦警察法之概括授權條款中。然而此一概括條款用語不論「危險」或「必要措施」均屬一不確定法律概念，是以此是否違反了法治國家所要求之法律明確性原則而違憲則不無疑慮。對此，德國聯邦憲法法院認為經數十年法院裁判與學說演進，系爭概括授權條款之內容、目的及範圍係已充分明確，且其所保障之公共安全與秩序之法益係已受到肯認，綜而認概括條款符合法律明確性原則，並不違憲¹⁶¹。

概括授權條款雖認具有填補功能（Auffangswirkung），即填補其他特別授權條款之不足，然為避免受警察濫用，其適用上必須有所限制，學者認為應含三個層次之嚴格限制¹⁶²：

1. 概括條款僅適用於警察法領域；
2. 依其他非警察法執行其職務，應優先適用該非警察法之其他概括條款，若該非警察法無概括條款，亦並不以明文為限者，方得援引警察法之概括授權條款；
3. 概括條款不得適用於已於警察法上明文列舉之其他個別權限。

¹⁶⁰ 非公開集會則不適用集遊行法而回歸警察一般權限適用。Vgl. Schmidt, a.a.O.(Fn. 100), Rn. 1123.

¹⁶¹ 請參閱林明鏞，〈論警職法第 28 條之權限概括條款與補充性原則〉，收錄於：氏著，《警察法學研究》，2011 年，頁 59 以下。

¹⁶² 請參閱林明鏞，前註文，頁 62-64。

於危害防止，若有特別法之干預授權，即須優先於警察法上概括條款之適用，在此特別法優於普通法之原則下，警察權之發動便會產生干預要件與干預措施之限制列舉適用範圍外特別授權之阻卻效力之影響，換言之，只要落入特別法之特別授權，即不能再援引警察法之一般概括條款而運用警察干預措施，否則將掏空特別授權之體系¹⁶³。

第三目 聯邦集遊法作為特別法

相較於警察法一般概括條款，聯邦集遊法應作為特別法（Spezialgesetz）。德國聯邦憲法法院認為適用於室外集會遊行之危害防止措施僅得依據集遊法為之，須符合該法所規範之要件，不得回到警察法一般概括條款發動之¹⁶⁴。例如針對集會參與者之錄音錄影存證，德國各邦行政法院即認為，唯有符合集遊法明文規範之情形，始得採取該措施，而不能依據警察法一般授權基礎為實施，除非該集會遊行已遭解散¹⁶⁵。

是以於此，警察權發動必須繫於集遊法之特別規範，不僅不得任意逾越，更須嚴守該法領域合憲的規範內涵形成，德國聯邦憲法法院認為若僅存在對於公共秩序之直接危害，而未至公共安全之部分，則無法合理化禁止集會遊行之警察處分¹⁶⁶。

第二款 干預正當性實質判斷—警察權之發動

德國警察於集會遊行中扮演相當重要之角色，而其干預是否為正當，需視其發動是否符合要件規定，此亦回觀其於此所擔負之任務性質，是以本文以下自警察任務為開端，引導出其發動警察權之時機與限制，最末以與集會遊行相關之實際處分為檢視觀察。

第一目 警察之任務—危害防止與犯行訴追

依傳統見解，警察主要任務分為對於公共安全與秩序之危害防止

¹⁶³ 請參閱林佳和，〈私權紛爭與社會運動—警察權介入之爭議〉，發表於：《第15屆行政法理論與實務研討會》，2015年11月21日，頁20。

¹⁶⁴ BVerfG NVwZ 2011, 422f.

¹⁶⁵ VG Berlin NVwZ 2010, 1422f.; OVG NVwZ 2001, 1315.

¹⁶⁶ 請參閱林佳和，註162文，頁21。

(Gefahrenabwehr)，以及對於犯罪行為與秩序違反行為之追訴與調查 (Verfolgung und Aufklärung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten)。而於 1970 年代末期相應於現代社會治安狀態之複雜化，警察法理論與實務漸發展出所謂第三項警察任務－犯行之預防性抗制(vorübergehende Bekämpfung von Straftaten)，其中包含為阻止犯行發生損害所採取之預防措施，以及為追緝將來犯行的預備 (Vorsorge)¹⁶⁷。

警察權發動之類型與要件			
任務性質	任務內容	發動干預要件	
預防性任務	危害防止	特殊	
		一般	公共安全或公共秩序
			具體危害
			侵擾者
	犯行之預防性抗制	要件	
壓制性任務	犯行追訴與調查	要件	犯罪或秩序不法行為
			具體著手嫌疑
			嫌疑人或證人

第二目 發動要件

一、公共安全與秩序之理解

集會遊行之干預主要涉及警察預防性任務，而危害防止任務下之公共安全與公共秩序，兩者有些差異。

所謂「公共安全 (Öffentliche Sicherheit)」之侵擾主要係指行為人違背強行法之誡命或禁止規定，而德國聯邦憲法法院認為公共安全之保障內涵包含法秩序之不可侵犯性、個人主觀權利與法益之不可侵犯性、國家或其他公權利主體之存

¹⁶⁷ 請參閱蔡震榮，《警察法總論》，2009 年，頁 57-58。

續、制度與活動¹⁶⁸。此三種保障內涵於具體個案中經常重疊。

而所謂「公共秩序(Öffentliche Ordnung)」,依德國巴伐利亞邦憲法法院見解,係指所有當代國民共同生活所不可或缺之不成文規則的總和指涉¹⁶⁹,詳言之,在上述明確的公共安全之外,從健康國民之情感出發,只要是絕大多數之國民認為其共同生活範圍所無法容忍之狀態,則即有可能牴觸了國民情感,違犯社會不成文規則,而應有警察干預之空間。然依學說與實務發展,公共秩序之概念內涵有明顯的時代侷限性,即須分別依個案發生時的社會情狀與人民感情來綜合判斷,而非少數道德特別高尚、觀念特別保守、堅持傳統而不符當代法治國家法秩序認知之人的標準¹⁷⁰。

二、危害必須具體

承上,關於危害防止,其發動要件須對公共秩序或公共安全造成具體危害。而具體危害之認定,不以危害實際發生為必要,即將發生或有明顯發生之虞亦足當之,該判斷不可取決於警察個人之主觀臆測,應客觀依經驗法則為判斷,即以一般人角度觀之,將有極大可能性產生危害者,警察權之發動方為適當。而「於某些情況中可能或通常產生的危害」並不足以滿足要件,該抽象危害應於具體個案中轉變為具體危害者方足當之。

三、侵擾人之責任歸屬

干預客體限於真正之侵擾人,不論是基於個人行為所導致危害之行為責任抑或針對物所造成之危害而作為對象之狀態責任,其均係因其行為導致危害或對物之危害狀態而得以歸責之主體,始得成為適格之責任人。

依所謂直接肇事理論(Theorie der unmittelbaren Verursachung),警察法上責任成立應具以下要素:

¹⁶⁸ Vgl. Schmidt, a.a.O(Fn. 101), Rn. 638.

¹⁶⁹ “Unter Öffentlicher Ordnung wird die Gesamtheit der ungeschriebenen Regeln verstanden, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden und mit dem Wertgehalt des Grundgesetzes zu vereinbarenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens innerhalb eines bestimmten Gebiets angesehen wird.” Vgl. BVerfGE 111, 147, 152ff.; Schmidt, a.a.O(Fn. 101), Rn. 638.

¹⁷⁰ 請參閱林佳和,註 162 文,頁 14。

1. 不可或缺之條件公式；
2. 未遵守明確之義務要求，或違背透過解釋而得之行為要求；
3. 倘若無誡命或禁止規範，則審查其危害行為是否受經如許可之法律名義所涵蓋，若無，則進一步地檢視相對人是否行使其權利。



而所謂目的肇事者（Zweckveranlasser）即雖其表面上行為態度似為中立，然卻促使第三人危害或直接侵擾公共安全或秩序者。其是否為歸責主體，學說有不少爭議，主觀說認為知且欲，至少容忍第三人的跨越危害界限即屬之；客觀說則以未參與其中之第三人角度觀之，若其之促使按通常情形會導致危害情狀發生，則成立之。實務則認為只要目的肇事者之行為與第三人行為所產生之結果得視為一體，則應將目的肇事者與第三人一同歸責。對此關於集會遊行，德國聯邦憲法院於判決中表示如認一開始籌辦集會之主觀意圖即係為以集會遊行為名刺激對立者引發暴力衝突，其籌辦者則成立目的肇事者，負警察法上之責任¹⁷¹。

又於集會遊行上，常產生多數侵擾者（Störmehrheit），實務認為任何一位侵擾者均必須對整體危害狀態負責，然警察實際上仍有選擇裁量的空間，學說實務上也提出如最有效危害防止等作為裁量要素¹⁷²。

第三目 發動限制

然縱滿足上開發動要件後，警察仍須受特定法律原則¹⁷³之拘束。一係便宜原則（Opportunitätsprinzip），即警察權之發動非「應」而係「得」，其所採取之干預手段容許警察為合義務性之裁量，雖基本上只要滿足上開要件，警察即得依法介入，然而該要件實為不確定法律概念，是以警察有相當大之裁量空間，如判斷集會和平性與否。二係補充性原則（Subsidiaritätsprinzip），警察機關必須立於輔助性、補充性之角色，詳言之，唯有在其他機關無法保障人民權益之時，方須

¹⁷¹ 請參閱林佳和，註 162 文，頁 23。

¹⁷² 請參閱林佳和，註 162 文，頁 24。

¹⁷³ 如涉及私人爭議，尚涉及國家中立原則（Neutralitätsprinzip），即所有國家機關均應對於私人間之爭議採取中立不介入，同時亦不得採鼓勵或支持之態度。

警察介入干預¹⁷⁴。三係所有國家公權力發動均須受比例原則之拘束，自不待言。

第四目 社會抗爭中常見處分之審查

以上從警察任務為出發，探求警察發動其干預之要件以及限制，本文於此進一步以集會中常見之警察干預處分為檢視，希冀能從中觀察德國於此更為細緻地處理方式。

本文除採擷特別法中聯邦集遊法解散集會之規定外，另因注意到於社會抗爭事件上，國家亦常對參與集會之民眾施以人身自由之限制，或奪走其抗議之物品，我國亦常發生相關處分及衝突¹⁷⁵，是以為對照我國，於此分別針對德國警察標準措施中關於人身自由限制與物之扣留兩項措施為簡短探討。

一、集會解散處分

依聯邦集遊法第 15 條第 3 項，該集會未報備或進行與報備內容有偏差或違反限制處分或具禁止集會之理由，主管機關警察得命該集會為解散。然並非當然發生上述情形即得為解散處分，尚須視其違反情形是否已對公共秩序或安全造成具體危害始得為之。

二、警察標準措施

關於預防性警察標準措施（Standardmaßnahmen）大略可分為對人及對物之措施，對人部分如查證身分、鑑識身分、管束、驅離、直接強制；對物部分如扣留、保管、變賣、銷毀、使用、處置、限制使用、進入住宅、建物、公共或公眾得出入之場所等。

（一）人身自由之限制與剝奪

關於警察法上預防性標準措施中涉及人身行動自由之部分，德國學說¹⁷⁶以行動自由之限制（Einschränkungen der räumlichen Bewegungsfreiheit）為概念下略分為傳喚（Vorladung）、短期勒令離開（Kurzfristige Platzverweisung）、禁止進入

¹⁷⁴ 請參閱林佳和，註 162 文，頁 16-17。

¹⁷⁵ 如以下第四章所提到我國於 2008 年所發生之陳雲林案件，民眾尚未到達集會場所即被警方奪走抗議標語，並帶往警局。另於 2014 年 6 月張志軍訪台，亦同樣也發生警方將欲抗議團體成員限制軟禁於飯店房間。

¹⁷⁶ Vgl. Schmidt, a.a.O(Fn. 101), Rn. 416ff.

與停留 (Betretungs- und Aufenthaltsverbote)、為免於家庭暴力之驅離與返回禁止 (Wohnungsverweisung und Rückkehrverbot zum Schutz vor häuslicher Gewalt) 以及人之拘留 (Ingewahrsamnahme von Personen)。

而繼警察對集會下達解散處分後，如集會仍不解散，警察將依情況為驅離處分及人身管束處分，以下述之。

1. 驅離處分

「短期勒令離開」之措施係為避免人民受到具體危害 (如炸彈威脅) 而被暫時地 (vorübergehend) 驅離或禁止進入該場所，此相較「進入與停留之禁止」，拘束時間較短，與解散集會之處分亦有別而無從競合，應予注意¹⁷⁷。

2. 管束處分

相較於其他，此不僅係行動自由之限制 (Freiheitsbechränkung)，甚至於某些情況下已達剝奪 (Freiheitsentziehung) 之程度，後者依德國基本法第 104 條第 2 項應為法官保留。若警察為壓制性 (repressiv) 行為，則不得仰賴警察法規定而需依德國刑事訴訟法第 112 條或第 127 條為遵守，至於如何判斷警察行為係壓制性或預防性，則依其行為之嚴重程度為判斷¹⁷⁸。

於此實質合法性探討上，尚有保護性管束 (Schutzgewahrsam) 與預防性管束 (Verhinderungsgewahrsam) 等類型，後者係為避免迫在眉睫之刑罰或違反秩序作為或持續作為發生顯著危險，於此之顯著危險 (erheblicher Gefahr) 僅針對違反秩序之行為，刑罰行為僅需該當違法性即可。又何謂顯著？此若涉及重大法益 (如國家存續、人的生命健康自由以及重大財產價值) 即屬之。然並不以列舉為限，如有特殊利益亦可¹⁷⁹。

於實務上特別提出討論的是，為避免參與因被推測為暴力而被禁止之集會者所為之預防性管束，其取決於違犯刑罰行為之人或透過流氓或足球場上的狂熱份子而生之暴動事件之抑制。然而此管束必須限於最瀕臨危險之時點，於此不允許

¹⁷⁷ Vgl. Schmidt, a.a.O.(Fn. 101), Rn. 416ff.

¹⁷⁸ Vgl. Schmidt, a.a.O.(Fn. 101), Rn. 450, 454.

¹⁷⁹ Vgl. Schmidt, a.a.O.(Fn. 101), Rn. 463.

單純的推測，意即必須確保基於特定事實或依經驗評估，近乎可能發生刑罰行為或違反秩序行為，始可為預防性管束¹⁸⁰。

（二）附論：物之扣留

警察法上預防性標準措施中之搜索與扣留，德國學說上略分為人之搜索（Durchsuchungen von Personen）、物之搜索（Durchsuchung von Sachen）、進入並搜索住居（Betreten und Durchsuchen von Wohnungen）以及物之扣留（Sicherstellung von Sachen）¹⁸¹。關於社會抗爭行為，國家經常扣留抗議者之抗議布條或物品，較無涉於侵害人民隱私權之搜索，是以本文於此僅以物之扣留為說明。

學說一般討論上分為三種類型¹⁸²：

1. 為保障物之所有權人或合法占有人免於受到損失或損害；
2. 為防止對於公共安全之立即危險（該危險係來自於物本身或第三人並不重要）；
3. 若該物係於受合法逮捕之人身上，為避免濫用而扣留。

特別是出版品（Presseerzeugnissen）的扣留，因還涉及基本法第五條所保障之出版自由基本權，對此僅能於符合同條第二項之情形方得正當化其干預，而警察法之規定係符合該項中「所有法律（allgemeine Gesetze）」之規定，雖邦的立法者將對新聞自由之干預要件規定於新聞法（Pressegesetzen）中，然而問題幾乎主要還是回溯於一般的警察秩序法為干預，此可能將損害其基本權保障價值，是以邦新聞法特別規定出版品的扣押須經法官授權始得為之¹⁸³。

而於槍砲或爆裂物等受非專家或未被授權者所持有，或不當儲存有毒廢棄物，或持有用以違犯刑罰行為或違反秩序行為之物（如彩色噴霧罐、竊盜工具、未經授權之無線電設備）等情況，均無爭議地成立上述第二點扣留之立即危險。特別

¹⁸⁰ Vgl. Schmidt, a.a.O.(Fn. 101), Rn. 464f.

¹⁸¹ Vgl. Schmidt, a.a.O.(Fn. 101), Rn. 560ff; Schenke, a.a.O.(Fn. 101), Rn. 158ff.; Thiel, a.a.O.(Fn. 101), Rn. 495ff.

¹⁸² Vgl. Schmidt, a.a.O.(Fn. 101), Rn. 575, 578.

¹⁸³ Vgl. Schmidt, a.a.O.(Fn. 101), Rn. 580.

是為避免刑罰行為與違反秩序行為，也允許對武器以及非技術意義上武器之物品為扣留，如與會者於集會中或前往集會的路上攜帶違反聯邦集遊法第 2 條第 3 項之武器。實務上進一步地認為被使用於違法封鎖之拖拉機（Traktoren）亦符合上述第二點之情況而准其扣留¹⁸⁴。

第五項 小結

德國一直以來面臨民眾反核能、反環境汙染等示威，甚或極右派主義之集會問題，對於社會抗爭已累積許多經驗。德國基本法第八條保障和平集會自由，相較於歐洲人權公約，雖訂入不攜帶武器之誡命，然仍繫於與會者攜帶該物件之意圖，而不當然地即認非和平。關於和平性之判準，有認為攜帶武器即屬之，有認為以與會者成立刑罰行為與否為斷，本文認為縱與會者成立刑法所處罰之罪名，亦不當然認定該集會即為非和平，仍需整體觀之，該集會是否已瀕臨暴力邊緣。

基本法所保障之集會自由受到聯邦集遊法之限制，社會抗爭行為屬室外公開集會，自受其限制，如禁止攜帶武器與防衛性武器，蒙面與制服禁止，以及報備義務，如違反報備義務或不為主管機關所課與之義務，主管機關得命解散。

自警察危害防止之任務出發，警察僅能於公共秩序或安全受到具體危害時，對真正之侵擾人發動處分。然仍為抽象，本文揀取於社會抗爭中經常作為之警察處分：人之管束、物之扣留與解散集會，嘗試具體化其審查。

第四節 本章結論

本章從國際人權公約之脈絡為開端，比較各公約對於集會自由之保障與限制後，觀察公約無獨有偶地均以和平性作為集會自由保障之前提要件。本文擷取人權系統已有長足發展之歐洲人權法以及德國法為爬梳研究。

於保障事物範疇上，歐洲人權公約與德國基本法均保障和平集會自由，對於集會概念大體上均以數人追求共同目的為要，然德國實務將此目的限縮於政治事務，不同於歐洲人權法院無特別限制；和平性上德國更進一步地將「不攜帶武器」

¹⁸⁴ Vgl. Schmidt, a.a.O.(Fn. 101), Rn. 581.

定入基本法規範中，係對和平性之強化，然本文認為並不代表攜帶武器即屬非和平，德國實務上採以刑法規範違反為準則，本文亦認為此應於干預正當性層次為審查，而非起初即排除保障之，綜合而言，本文認為仍宜個案具體觀之，並放寬和平性之認定，而納入正當性再為權衡較為恰當，如主管機關主張非和平，其應負證明義務。保障主體範疇方面，德國與歐洲人權公約保障似有差異，然透過基本法第 2 條第 1 項以及其他公約之規範，亦將集會自由保障拉高至人權層次。

干預手段亦為多樣，於歐洲人權法院案例中，本文分就事前許可、禁制區及事後懲處三種類型為揀選，而於德國法中，內國干預手段從傳統之人身自由拘束至資訊蒐集，可說凡屬國家監控行為者均為干預，其中因受納粹歷史影響，德國於其聯邦集遊法中規範了許多特別限制，本文同依開始集會為時點區分介紹。

於干預正當性層次，德國聯邦集遊法應符合歐洲人權法院要求之法律品質，其作為警察概括授權條款之特別法，應優先適用。而關於主管機關即警察干預之實質正當性，歐洲人權法院認為於政治事務上，內國評斷餘地應予限縮，而於德國法部分，本文從警察任務為出發，並嘗試從解散集會、驅離及管束與會人等處分推敲警察干預之時機。

第三章 過度武力驅離—國家義務與責任之歸屬

第一節 前言

從上可知，對於和平集會，國家不得干預，更須予其保障，固然影響公共安全或秩序，國家仍須予以一定程度之包容，而超過其和平界線後，國家干預其集會之進行，透過警告或隔離仍無法時，方得使用強制驅離，然而此必不能過度，歐洲人權法院亦指出此將對參與者帶來無可抹滅的警告效力。國家於此之過度驅離，亦涉及了禁止酷刑與非人道待遇人權之違反。

而關於酷刑與非人道待遇之禁止，國際人權上已有許多規範與討論¹。聯合國於 1948 年所宣布之世界人權宣言第 5 條²宣示：「任何人不得加以酷刑，或施以殘忍的、不人道的或侮辱性的待遇或刑罰。」，並於 1976 年正式生效之聯合國公民與政治權利國際公約第 7 條³規定：「任何人不得施以酷刑，或予以殘忍、不人道或侮辱之處遇或懲罰。非經本人自願同意，尤不得對任何人作醫學或科學試驗。」，而後更於 1984 年通過了聯合國禁止酷刑和其他殘忍非人道或侮辱性待遇或處罰公約(United Nation Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UNCAT)，首次進一步地規範了「酷刑 (Torture)」定義，對於之後國際人權公約與相關審判機構於闡釋適用「酷刑」時，均影響深遠，此其重要性可見一斑。

而歐洲人權體系部分，除以下詳敘之歐洲人權公約第 3 條外，歐盟基本權憲章第 4 條⁴亦規定：「不論何人均不得被施以酷刑或不人道或羞辱之待遇或懲罰」；

¹ 詳細介紹可參閱呂弘智，《禁止刑求訊問之研究》，2011 年台灣大學國家發展研究所碩士論文，頁 24-31。

² Art. 5 UDHR.

No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

³ Art. 7 ICCPR.

No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.

⁴ Art. 4 CFR.

No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment.

於 1978 年生效之美洲人權公約第 5 條第 2 項⁵規定：「無人應受酷刑或殘忍非人道或侮辱性待遇或處罰，而任何失去自由之人的人格尊嚴亦應加以保障」；於 1986 年生效之非洲人權及民族權憲章第 5 條⁶規定：「人民之固有尊嚴應受到保障，其合法地位有權得到承認。對人的一切形式的剝削和侮辱，尤其是奴隸制度、奴隸買賣、酷刑、非人道或侮辱性處罰或待遇，都應予以禁止」。

自上述可知酷刑與非人道待遇之禁止已係普世人權，而關於其概念與國家所負之義務，歐洲人權法院透過大量判決已漸建立起其中內涵，以下整理分析歐洲人權法院裁判後，並以作為締約國之德國為例進一步地以個案觀察建構所涉行為人之刑責。

第二節 歐洲人權公約第 3 條—禁止酷刑與非人道處遇⁷

第一項 前言

公約第 3 條規定：「無人應被施以酷刑或予以不人道或侮辱之處遇或懲罰。」⁸本條主要係為保障個人尊嚴與身體完整性，不僅為犯罪嫌疑人應受待遇設立了最低標準，更體現了民主社會的根本價值⁹。本條與如前述公約第 11 條之規範不同，本身並無容許例外事由，係公約基本權利章節中最短的條文；且依公約第 15 條

⁵ Art. 5 IACHR. Right to Humane Treatment

2. No one shall be subjected to torture or to cruel, inhuman, or degrading punishment or treatment. All persons deprived of their liberty shall be treated with respect for the inherent dignity of the human person.

⁶ Art. 5 ACHPR.

Every individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a humanbeing and to the recognition of his legal status. All forms of exploitation and degradation of man particularly slavery, slave trade, **torture, cruel, inhuman or degrading punishment and treatment shall be prohibited.**

⁷ Vgl. Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Bd. 1, 2. Aufl., 2013, Kap. 19 Rn. 1ff.; Esser, in: LR-StPO, 26. Aufl., 2012, EMRK Art. 3/IBPBR Art. 7 Rn. 1ff.; Europäisches und Internationales Strafrecht, 2014, §9 Rn. 146ff.; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., 2012, §20 Rn. 26ff.; Krammer, Menschenwürde und Art 3 EMRK: Grundrechtsverletzungen in Form von Polizeigewalt und Haft, 2012, S. 101ff.; Prosenjak, Der Folterbegriff nach Art. 3 EMRK, 2011, S. 1ff.; Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., 2010, Rn. 151ff.; Villiger, Handbuch der Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., 1999, Rn. 271ff. See Grabenwarter, European Convention on Human Rights, 31-52 (2014); Jacobs/White/Ovey, The European Convention on Human Rights, 167-194 (5th ed. 2010).

⁸ Art. 3 EConHR – Prohibition of torture

“No one shall be subjected to **torture** or to **inhuman** or **degrading** treatment or punishment.”

⁹ Vgl. Esser, in: LR-StPO, EMRK Art. 3/IBPBR Art. 7 Rn. 1.

第 1 項與第 2 項¹⁰規定，即便是戰時或為了國家公共安全，均禁止以任何形式的行為違反本條。歐洲人權法院亦賦予本條相當強大的效力，認為本條具有絕對性（absolute），不論被害人行為之關聯性¹¹。

歐洲人權法院認為公約第 3 條雖不禁止實行逮捕時使用武力，然武力僅可能使用於不可避免時，並且絕不能過度。而若對個人行為未出現重大需要情況下訴諸武力，原則上有違公約第 3 條所保障的權利。且追訴犯罪的必然困境不能正當化對人身安全保障的限制。唯有在明確界定的情況（in certain well-defined circumstances）下始不將警察使用武力認定為非法待遇。必須嚴正強調的是公約第 3 條不允許在個人人身安全與維護公共秩序間作衡量¹²。

第二項 歐洲人權公約第 3 條內涵建構

第一款 適用門檻－酷刑與非人道處遇的認定

第一目 行為態樣與區分實益¹³

公約第 3 條所規範之行為態樣可細分為酷刑（torture）、非人道待遇（inhuman treatment）、非人道處罰（inhuman punishment）、侮辱性待遇（degrading treatment）與侮辱性處罰（degrading punishment）。待遇（treatment）與處罰（punishment）雖為不同文字表示，然事實上兩者經常混合，待遇經常構成處罰，處罰本身即含有待遇之意，歐洲人權法院亦常混用¹⁴。

非人道待遇係指個人被施以引起恐懼及自我貶抑感覺的嚴重身體或心理痛

¹⁰ Art. 15 EConHR – Derogation in time of emergency

1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any High Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.

2. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from **Articles 3, 4** (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.

¹¹ 此處之被害人係指受酷刑等處遇之受害人，而非原本刑事案件之受害人。See ECHR, *Saadi v. Italy*, Judgment of 28/02/2008, Appl. no. 37201/06, §127.

¹² See ECHR, *Pekaslan and Others v. Turkey*, Judgment of 20/06/2012, Appl. nos. 4572/06 and 5684/06, §56-58.

¹³ 關於透過歐洲人權法院所累積之公約各種手段定義內涵，詳可參閱呂弘智，註 1 論文，頁 53 以下。

¹⁴ 請參閱施育傑，〈歐洲人權公約第三條及其新近裁判－酷刑與非人道、侮辱待遇之禁止〉，《檢協會訊》，103 期，2014 年 7 月，頁 7-8。

苦，如被逮捕之際遭警棍棒打成傷，歐洲人權法院認為此並不以故意為必要¹⁵。相較此輕微之侮辱性待遇則係著重於給予羞辱，即其嚴重行為之用意必須係出於貶抑相對人。然酷刑相較於上述兩者，侵害程度最嚴重，學者認為於主客觀上均有差異，其客觀差異在於行為嚴重程度不同，酷刑須能引起非常嚴厲與殘暴的痛苦；而主觀差異在於該劇烈的痛苦必須出於特定目的而施加於相對人身上¹⁶。歐洲人權法院多係引用聯合國禁止酷刑公約第1條第1項¹⁷之立法定義探求酷刑概念。判斷的重要因素有系爭行為的侵害期間，所施加痛苦的強度，是否導致永久性的重大身體健康損害等¹⁸。

在上開手段認定上，由於本條文義並未予以明確定義，而係透過歐洲人權法院判決闡釋將之具體化。此等手段基本上以程度強弱為區別，酷刑侵害程度最嚴重，非人道待遇次之，侮辱性待遇再次之，其之間具有流動性，如酷刑即為造成嚴重痛苦且蓄意的非人道待遇；成立非人道待遇的前提則係已經構成侮辱性待遇。此判斷標準亦會與時俱進，歐洲人權法院可能根據日益提高的人權標準而擴大認定酷刑的範圍¹⁹。

區分酷刑與非人道或侮辱性待遇之區別實益在於歐洲人權法院對「酷刑」與「非人道或侮辱處遇」取得證據之效果不同，前者所得之證據屬於證據使用禁止範圍，低於酷刑門檻之不法行為則不一定，歐洲人權法院對此採取開放態度²⁰。

第二目 法院審查順序

因本條欠缺任何容許限制規定，為達平衡，歐洲人權法院認為凌虐行為必須

¹⁵ See Jacobs/White/Ovey, *supra* note 7, p. 172.

¹⁶ 請參閱 Satzger 著，王士帆譯，《國際刑法與歐洲刑法》，2014 年，頁 303。

¹⁷ Art. 1 UNCAT.

1. For the purposes of this Convention, the term "torture" means any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity. It does not include pain or suffering arising only from, inherent in or incidental to lawful sanctions.

¹⁸ See Grabenwarter, , *supra* note 7, p. 33.

¹⁹ Vgl. Esser, in: LR-StPO, EMRK Art. 3/IBPBR Art. 7, Rn. 55-57.

²⁰ 請參閱 Satzger 著，王士帆譯，註 16 書，頁 301-302。

達到一定最低嚴重程度（a minimum level of severity）始能構成公約第 3 條之干預行為。此程度係為相對的，應以個案狀況為分別判斷，如考量凌虐時間長短，及被害人身心影響程度、性別、年齡與健康狀態等因素²¹。而歐洲人權法院透過大量裁判建立其穩定的審理脈絡，公約第 3 條之審查順序不同於公約其他規定，係先審查是否符合酷刑、非人道待遇等定義適用範圍，復檢視系爭措施是否達到干預公約第 3 條之嚴重程度²²。

不過亦有認為應先根據個案情況審查系爭行為所造成的侵害是否已經達到特定最低嚴重程度，通過此門檻者，歐洲人權法院始再進一步認定係構成公約第 3 條中何種手段類型，若未通過，僅能考慮成立公約第 8 條侵害私人生活權利的可能性。而通過門檻者，即至少構成了公約第 3 條中強度較低的非人道或侮辱性待遇，歐洲人權法院再從中區分侵害程度較強者，宣告成立酷刑²³。

然而觀察歐洲人權法院判決，實際上在判決中並未細緻區分檢驗層次，論述多半僅以最低嚴重程度為斷。

第二款 內國所負義務

第一目 消極義務

公約第 3 條課予締約國不得為本條所列各種不當待遇之不作為義務，締約國須確保內國機關之行為合於本條規定，即內國不論係制定抽象法規抑或針對個案作成具體判決之際，均不得違反公約第 3 條之內容，內國行政機關亦不得施行有違本條之行政措施。

第二目 國家保護義務²⁴

除消極不作為義務之外，締約國更負有積極保護義務，須建立有效防止違反本條情事之措施，即締約國須透過立法與有效的刑事追訴防止違反公約第 3 條之

²¹ See ECHR, *Anzhelo Georgiev and Others v. Bulgaria*, Judgment of 30/12/2014, Appl. no. 51284/09, §65.

²² Vgl. Esser, a.a.O.(Fn. 7), §9 Rn. 148; Satzger 著，王士帆譯，註 16 書，頁 303。

²³ 請參閱李佳叡，《論營救式刑求之法律適用——以德國刑事法暨歐洲人權法為中心》，2013 年台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 218。

²⁴ See Jacobs/White/Ovey, *supra* note. 7, pp. 175-177; Grabenwarter, , *supra* note. 7, p. 40.

行為。德國學者 Krammer 觀察歐洲人權法院判決後，將歐洲人權法院透過案例所建構之國家保護義務細分為一般義務、立法義務及程序性義務，而於一般義務中再進一步分為照料義務、預防性及追緝性措施。此係本文所欲探求之重點，是以本文以此分類為底，透過案例詳梳其內涵。

一、一般保障義務（Allgemeine Gewährleistungspflichten）

（一）照料義務（Fürsorgepflichten）

首先歐洲人權法院認涉及人性尊嚴處遇部分的保障義務是廣泛的，受拘禁人不應受到任何類型或方式的貶低，縱使被訴國並無貶低意圖，然仍不排除其構成公約第三條違反之可能²⁵。

再具體而言，歐洲人權法院強調所有受監禁人均應受符合人性尊嚴之拘禁，是以內國有義務給予受監禁人一般醫療照料，確保其健康，使其獲得必要醫療措施，如用藥需求、營養供給、適當安置以及對於身體照料所必要協助方式提供使用²⁶。若內國不為以上必要協助，其不作為則可能成立非人道或侮辱性待遇。

另外對於特別被害人之保護，內國本應確保人民免於遭受酷刑及非人道處遇，特別是關於兒童及其他需要保護之人。相應於兒童，留置必然作為最後手段，縱為留置，為兒童特別打造一適合之環境，不僅是必要保障也是對兒童的相應照料²⁷。而對於患有精神病問題且有自殺傾向之受監禁人，歐洲人權法院認此為特別需要保護之人，內國應特別考慮其脆弱性，予以特定治療²⁸。內國應有義務保護於其權力控制下特別處於弱勢之人，如受監禁人及受徵召之軍人，然歐洲人權法院認為並不侷限於此具體情況，若內國行動對於個人身體狀況具決定性之程度，亦屬之²⁹。

²⁵ See ECHR, *Kalashnikov v. Russia*, Judgment of 15/10/2002, Appl. no. 47095/99, §101.

²⁶ See ECHR, *Mouisel v. France*, Judgment of 21/05/2003, Appl. no. 67263/01, §40.

²⁷ See ECHR, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, Judgment of 12/01/2007, Appl. no. 13178/03, §§53-55.

²⁸ See ECHR, *Keenan v. the United Kingdom*, Judgment of 03/04/2001, Appl. no. 27229/95, §§111-116.

²⁹ It also becomes relevant in other situations in which the physical well-being of individuals is dependent, to a **decisive extent**, on the actions by the authorities, who are legally required to take measures within the scope of their powers which might have been necessary to avoid the risk of damage to life or limb. See ECHR, *Denis Vasilyev v. Russia*, Judgment of 17/03/2010, Appl. no.

（二）預防性防護措施（Präventive Schutzmaßnahmen）

為預防內國機關自身對受監禁者為酷刑或非人道處遇，首應避免秘密監禁（Vermeidung geheimer Haften），內國對於剝奪自由之措施應予以透明，即應使被告親屬得以了解監禁情況，具體而言，係監禁地點係公眾可得而知，且應確保親屬、律師與所涉相關人士得獲得立即資訊。若內國機關違法誘拐或監禁，此監禁與外界完全隔離，且拒絕給予親屬等任何資訊，係已違反了公約第三條。

內國除自身施行監禁透明公開外，亦須保障受監禁人對外之溝通（kontakt zur Außenwelt），得以錄下受監禁人與其家屬代理人等聯繫，並合法行使，以保障監禁過程之透明。一個全然與社會獨立之隔離係特別對人之人格特質造成侵害，而構成了非人道待遇，此不能透過安全或其他理由予以正當化³⁰。

而內國為維護治安，其措施容易出於道德或偵查等理由而過當，是以維安機關之建構與偵查（Ausbildung und Aufklärung von staatlichen Sicherheitsorganen），即適當訓練與建構，以及各維安機關的基礎準備對於其行動顯係不可或缺，如對於特定壓制情況及知悉敵人減少程度之靈活性，對於避免非人道或侮辱性待遇之情況均不可或缺。是以各國必須確保其職員相應的建構與訓練，特別是在警察武力使用或監禁上，均必須遵守比例原則之範疇。即使是遇到挑釁行為，內國機關亦不能使用過當武力，因此情況被認為係維安機關通常遇見之危機，而對於此困難應有相應預備之構置，是以若係並非不可避免使用武力之情況而仍為之，係違反了公約第3條³¹。

（三）壓制性防護措施（Repressive Schutzmaßnahmen）

酷刑與非人道處遇對被害人不僅是身體上之傷害，對精神也會造成難以緩和之衝擊。於刑事追訴上，除須對違反公約第3條之行為人處以刑事制裁以及給予被害人賠償外，亦有必要透過禁止使用衍生所得證據等方式，設有降低違反公約

32704/04, §115.

³⁰ See ECHR, *Ilașcu and Others v. Moldova and Russia*, Judgment of 08/07/2004, Appl. no. 48787/99, §432.

³¹ See ECHR, *Palushi v. Austria*, Judgment of 22/03/2010, Appl. no. 27900/04, §§62-63.

第 3 條誘因之預防措施。

對行為人之刑事追訴，於轟動一時的 *Gäfgen v. Germany* 一案中，德國員警為營救人質而對嫌疑人施以刑求，逼供出人質藏匿地點，德國對於施以刑求之 2 名員警雖為有罪判決，然僅科處 60 日及 90 日額罰金，並給予附保留刑罰之警告。歐洲人權法院大法庭認為所謂有效追訴之有效性判斷基準為追訴迅速、程序長短及調查暨後續刑事程序之結果，亦包含行政懲處在內，大法庭雖肯認德國法院程序之迅速性，然認為法院給予這樣的懲罰根本欠缺嚇阻效力，特別是施以刑求之員警之後仍被調任為警察總局之科技、後勤及行政部門之領導人，大法庭認為有效追訴違反公約第 3 條而應負責之人，始有助於補償申訴人所受之侵害，德國行為顯非有效³²。

而關於禁止使用衍生所得證據之方面，若系爭刑求行為所取得之陳述應予證據使用禁止，其原因並非違反公約第 3 條，而係違反公約第 6 條所保障之公平審判原則³³，併予說明。

二、立法保護義務（*Schutzpflichten in der Gesetzgebung*）

於立法方面，內國應透過立法確保與公約第 3 條牴觸之行為不為發生，此包含了對以各種形式作為犯罪行為之分類，嚇阻以上行為以有效預防其發生，並保障刑事程序之被害人得以獲得相應之賠償或補償，即使於私人所為之虐待案件亦適用，特別是孩童與特別需要保護之人。

而除了其內國自行立法外，締約國亦可考慮透過相關國際協定之批准為有效防止，尤其是在獨立機關上得以實踐對行政之考察。然而問題往往不是出在立法，歐洲人權法院更重視的是法律上的實踐。

³² 就補償違反公約方面，本案人權法院第 5 庭持不同見解，認為德國已明白承認其違反公約第 3 條，且對於實施刑求之員警亦分別以強制罪與教唆強制罪為有罪判決，可認為已受充分補償，而認為申訴人已不具公約第 34 條之被害人地位。See ECHR, *Gäfgen v. Germany*, Judgment of 01/06/2010, Appl. no. 22978/05, §109.

³³ 請參閱 Satzger 著，王士帆譯，〈歐洲人權公約對德國刑法及刑事訴訟法之影響〉，收錄於：林鈺雄、顏厥安主編，《人權之跨國性司法實踐（四）》，頁 46。

三、程序性保護義務（Prozedurale Schutzpflichten）

於國家積極義務之下，除一般性外，歐洲人權法院透過公約第 3 條與公約其他規定之結合，延伸出國家應為有效調查對於非法待遇的指控。然歐洲人權法院對於調查義務之來源看法並不一致，歐洲人權法院有認為係由公約第 13 條³⁴要求國家提供有效救濟而延伸出該義務³⁵。不過大部分判決現多援引公約第 1 條³⁶保障人民於國家管轄保障內得以行使基本權利與自由，延伸出國家應為有效調查。該義務也被認為係一種程序性義務（procedural obligation）。

若有跡象顯示有人受到刑求或非人道待遇之可能時，即使被害人未提起申訴，內國機關即應該進行調查，此調查必須徹底、迅速且獨立（thorough, expedient, and independent），此調查須合於指認並追溯應就違反行為負責之人，無論係國家機關抑或個人。而被害人亦應得實際參與調查。

關此三要求，歐洲人權法院於 *Bērziņš v. Latvia* 案中詳細闡述。內國機關對於指控迅速回應之要求，一般而言可能係為了維持大眾對於國家維持法治的信任，以及避免任何串供或對於不法行為之容忍。而該調查亦必須徹底，即內國機關必須盡力調查事件，不應該仰賴草率或不攻自破的結論而逕自結束調查或單以此為其決定的基礎。其應該採取一切合理的方式去保全與事件相關的證據，包含目擊證人之證詞（eyewitness testimony）與法醫證據（forensic evidence）。而任何造成建立傷害原因與確定行為人身分之調查減損之行為均係已冒著違反適當標準的風險。且該調查應該獨立於行政機關，調查之獨立性不僅係指層級上之獨立，亦指實際上之獨立³⁷。

由此調查義務復衍生內國調查記錄提供義務，於歐洲人權法院審理申訴案件

³⁴ Art. 13 EConHR – Right to an effective remedy

Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall **have an effective remedy** before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity.

³⁵ See ECHR, *Aksoy v. Turkey*, Judgment of 18/12/1996, Appl. no.21987/93, §23; *Attila Csorba v. Hungary*, decision of 12/02/2013, Appl. no. 61053/12.

³⁶ Art. 1 EConHR – Obligation to respect human rights

The High Contracting Parties shall **secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms** defined in Section I of this Convention.

³⁷ See ECHR, *Bērziņš v. Latvia*, Judgment of 25/05/2014, Appl. no.25147/07, §§105-107.

時，被訴國須將其對於違反公約第 3 條所為之調查過程作成紀錄並提交予歐洲人權法院。因歐洲人權法院基於公約補充性原則，為避免僭越內國法院職責，縱若出現嚴重違反公約第 3 條之情形，通常仍以內國法院之事實調查結果為依據，並不自行調查事實，然就公約第 3 條違反與否，被訴國與申訴人經常各執一詞，故於事實不明情況下，調查記錄提供義務更顯重要。

另因公約第 3 條違反之爭議情形甚大，且被害人普遍難以取得相關證據，故歐洲人權法院同時亦課以被訴國證明自身未違反公約第 3 條的積極說明義務。申訴人僅須對公約違反之情況證明至表面證據程度，證明負擔則歸屬於被訴國，此時若被訴國未能提出相關證據證明其未違反公約第 3 條，則將敗訴³⁸。

第三項 構成違反公約第三條之情形

第一款 具體類型

於歐洲人權法院所為之判決中，關於內國涉及酷刑與非人道處遇禁止之案件相當多，以下針對常見的警察武力使用、監禁條件、私人虐待及引渡與驅逐出境等四種情形為簡述內國可能構成違反之情形。

第一目 警察武力使用

公約第 3 條原則上禁止警察使用武力，如實行逮捕時，然若依據當時實際情況判斷並無使用武力之必要，則已構成公約第 3 條之違反，是以於評價國家維安機關之行為是否已達到公約第 3 條最低嚴重程度時，亦將比例原則納進考量。

於警察管束範圍內之人若受到傷害，可強力推測係受國家所為，對此法院應為合理查明，如於示威遊行中使用武力，機關亦應針對其措施於具體情況下之必要性為說明³⁹。

第二目 監禁條件

締約國保障義務亦包含必須遵守最低標準的監禁條件，而歐洲人權法院係從整體監禁狀況為觀察，除了監獄超收問題外，其亦特別注意衛生設備之設置與使

³⁸ 請參閱李佳叡，註 23 論文，頁 216-217。

³⁹ Vgl. Grabenwarter/Pabel, a.a.O.(Fn. 198), Rn. 35.

用、環境是否通風、採光是否良好、有無暖氣設備，以及在此環境的監禁期間長短等⁴⁰。

單獨監禁更容易發生重大的身心痛苦而致崩潰或自白之情形，然並不當然違反公約第3條，此仍需於個案中觀察其措施強度、期間、目的及對受監禁人所形成之結果等判斷是否違反，歐洲人權法院反面觀察以如電視及報章雜誌之有無、與監所人員及律師之溝通，以及家人合法探訪等作為和緩環境之因素⁴¹。

而承前節所述，內國亦應給予受監禁人充足之醫療照顧，即使於監獄中之診療水平可能無法與一般人民所享有之醫療照料相同，然內國仍應依照受監禁人各自之身體狀況予以不同安置⁴²，若內國延誤甚或禁止其受治療，均違反了公約第3條。

對於監所環境的改善，歐洲人權法院現亦漸多援引歐洲反酷刑委員會之報告意見為指正⁴³。

第三目 來自私人之虐待

任何人均不應受到酷刑與非人道之待遇，此不僅拘束國家消極不作為，從國家積極義務中亦可導出內國應防止來自第三人所為之凌虐。而此對孩童及特別需要保護之人特別重要。

雖對於保障義務之實現，內國有一定形成空間，然歐洲人權法院要求其措施必須係能為有效之保障，是以內國除知悉應立即為防止外，應制定刑罰規定，並更進一步地針對行為人為有效偵查及追訴相應罪責⁴⁴。

第四目 引渡與驅逐出境

雖歐洲人權法院並非要求締約國應予其停留或政治庇護，然內國引渡或驅逐

⁴⁰ See ECHR, *Zakharkin v. Russia*, Judgment of 10/09/2010, Appl. no. 1555/04, §122.

⁴¹ 於 *Rohde* 案，申訴人因涉嫌販毒而自 1994 年 12 月至隔年 11 月單獨監禁，歐洲人權法院認此長度係有可能對精神產生有害風險，然其觀察申訴人居住於坪數約 8 平方公尺大小之房間內，有電視且曾獲得報紙，其白天與監所管理人對話，且每周上英語與法語課，每周與其律師會面，於隔離期間內與社工師會面過 12 次、物理治療師 32 次、醫師 27 次及護士 43 次。其母親每周探視約 1 小時，其父親則每兩周探視 1 次，綜合情況認為丹麥單獨監禁行為並未違反公約第三條。

See ECHR, *Rohde v. Denmark*, Judgment of 21/10/2005, Appl. no. 69332/01, §§97-98.

⁴² See ECHR, *Ukhan v. Ukraine*, Judgment of 18/03/2009, Appl. no. 30628/02, §§72-83.

⁴³ See ECHR, *Tekin Yildiz v. Turkey*, Judgment of 10/02/2006, Appl. no. 22913/04, §§50-53.

⁴⁴ Vgl. Grabenwarter/Pabel, a.a.O.(Fn. 198), Rn. 39.

出境應合乎公約意旨，若申訴人可能因引渡而面臨遭受酷刑或非人道待遇或處罰之真實危險，係已達到非人道或侮辱性待遇之門檻而違反公約第 3 條⁴⁵，此並非係驅逐國本身為虐待行為，而係來自接收國之威嚇。縱使非該接收國本身，而係來自其內國中私人團體的威脅，亦不能予以驅逐至該處⁴⁶。駁回其入境申請亦同⁴⁷。

然歐洲人權法院予申訴人較高要求，其必須說明於其將受母國私人團體追訴之危險，以及母國無力予以有效保護之理由⁴⁸。若具備將申訴人遣返至接受國將可能遭受虐待之真實危險之實質理由，歐洲人權法院應審查之，如認確實而依公約第三條應予以禁止該遣返。

若申訴人受到羈押或應受到拘役等自由刑之有罪判決，而接收國監禁條件經請求國評估後未違反前述公約第 3 條之要求，尚不存在遣返或引渡之障礙事由⁴⁹。而將申訴人引渡或驅逐至尚有死刑之國家，亦違反了公約第 3 條，雖歐洲人權公約並未禁止死刑，然對於需耗盡所有法律救濟，執行死刑的漫長等待，不啻是對死囚精神上之折磨，這般「待死現象（death row phenomenon）」係已違反了公約第 3 條意旨⁵⁰。

第二款 與和平集會自由干預的連動

承第二章所述，對於和平集會，國家不得任意干預之，更負有維護其和平集會之積極義務。而社會抗爭之集會往往即是針對國家政策為訴求而生，其通常未經事前許可或報備，歐洲人權法院以及德國聯邦憲法法院均認為縱使未經報備也不當然地禁止其集會，尚須觀該集會是否對於公共安全或公共秩序等有直接危險，

⁴⁵ See ECHR, *Soering v. the United Kingdom*, Judgment of 07/07/1989, Appl. no. 14038/88, §91.

⁴⁶ 於 *Ahmed* 案中，申訴人為索馬利亞人，於 1990 年 10 月離開索馬利亞並抵達維也納，其主張其叔叔曾係索馬利亞國會（United Somali Congress）委員，而其家人均曾協助其叔叔，現其與其家人被懷疑參與國會叛亂，其不僅車被沒收，亦遭到毆打，是以逃離索馬利亞，向奧地利機關申請為難民並請求庇護。See ECHR, *Ahmed v. Austria*, Judgment of 17/12/1996, Appl. no. 25964/94, §§8-10, 43-47.

⁴⁷ Vgl. Grabenwarter/Pabel, a.a.O.(Fn. 7), Rn. 39.

⁴⁸ Vgl. Grabenwarter/Pabel, a.a.O.(Fn. 7), Rn. 40.

⁴⁹ See ECHR, *Soering v. the United Kingdom*, Judgment of 07/07/1989, Appl. no. 14038/88, §99.

⁵⁰ See ECHR, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Judgment of 04/02/2005, Appl. nos. 46827/99 and 46951/99, §§66-78.

惟此難免對公共秩序產生些許干擾，歐洲人權法院亦多次表示內國當局應予以一定程度之容忍。

然現實上，國家當局往往對於社會抗爭集會特別敏感，其派出大量警力維持集會，而執法人員正面地面臨人民對於當局政策之不滿，格外容易引起國家與抗議民眾之衝突與對立，使得集會和平性瀕臨碎裂邊緣，一觸即發。於這樣情況下，國家當局為了壓制人民之暴動而往往使出武力，這也將造成與會民眾更加不滿，愈加深衝突，使用之武力則越無法控制，國家當局之不耐也將造成相較於當局無武裝更顯柔弱的與會民眾重大傷亡。

第四項 國家驅離集會之手段

於社會抗爭之場合，國家常以維持公共秩序等為由要求集會解散，若拒絕解散，國家往往動用武力施以驅離，而其驅離方式除以警棍、盾牌等方式外，面對大量群眾，國家常使用催淚瓦斯與水砲等方式，以達快速驅離之效，然往往傷害亦將更為廣泛與嚴重。以下本文分別嘗試以逮捕、催淚瓦斯、催淚彈與鎮暴水砲之案例為觀察，分析歐洲人權法院之觀點。

第一款 逮捕

初始集會之和平性多半係肇因於某部分與會者之暴力行動而導致瓦解，國家當局為了維持和平性，故會優先使用逮捕之方式，將實行暴力行動之與會者與之隔離。然與會者勢必會掙脫，而造成衝突與傷害。

承上所述，歐洲人權法院並不禁止內國於逮捕時使用武力，但絕對不可過度，並且只能於無可避免時使用。

第二款 催淚瓦斯（tear gas）

於 *Oya Ataman v. Turkey* 一案中，申訴人與伊斯坦堡人權協會的成員於 2000 年為抗議監獄計畫而發動示威遊行，警方以遊行未事前申請，且已違反公共秩序為由，要求解散並中止遊行。申訴人等人不從，故警方向群眾噴灑胡椒噴霧

(pepper spray) 以驅離，並逮捕 39 名參與示威遊行，調查後即釋放⁵¹。申訴人主張警方使用胡椒噴霧係違反公約第 3 條，歐洲人權法院認為催淚瓦斯本身並非「禁止發展、生產、儲存與使用銷毀化學武器公約」(Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction of 13 January 1993, “the CWC”) 所禁止的化學武器，且得在其他公約限制下使用以作為暴動控制手段。然而「胡椒噴霧」這種催淚瓦斯可能造成呼吸困難、噁心、嘔吐、刺激呼吸道與淚腺、痙攣、胸痛、皮膚炎或過敏等症狀，嚴重的話可能造成呼吸道壞死、肺水腫或肺出血等，是以仍應進一步審視是否構成公約第 3 條之情況。但因本案申訴人並未提交任何相關醫療報告以證明其受有不法對待，其經短暫逮捕後即為釋放，亦未尋求醫療檢查，因此無證據顯示達最低程度之嚴重性，故判定土耳其未違反公約第 3 條⁵²。

針對胡椒噴霧，歐洲人權法院於 *Ali Güneş v. Turkey* 案中除援引前述公約外，進一步地提及並贊同歐洲委員會對於反酷刑與非人道或侮辱處遇公約的意見 (the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, the CPT)，該意見表示胡椒噴霧係潛在危險物質，不應於密閉空間中使用，即使在開放空間中亦受嚴格限制，必須具清楚保障措施，如應受醫生照護並獲得解毒劑等⁵³。歐洲人權法院認為若個人已受到國家機關之控制，則無理由使用胡椒噴霧。歐洲人權法院透過申訴人所提交之醫療報告等認定申訴人於被警察架住時，其中一名警察近距離地向申訴人口鼻噴灑胡椒噴霧，本案土耳其政府並未說明為何於逮捕後使用胡椒噴霧，且該行為已造成申訴人強烈的生理心理恐懼與痛苦，係構成非人道及侮辱待遇⁵⁴。

而於稍後將提到的 *İzci v. Turkey* 案中，歐洲人權法院認為內國法律和行政框架應於已發展國際標準的觀點下對執法人員可能會使用武器的情況為限制。於此

⁵¹ See ECHR, *Oya Ataman v. Turkey*, Judgment of 03/05/2007, Appl. no. 74552/01, §§4-12.

⁵² *Id.* §§25-27.

⁵³ See ECHR, *Ali Güneş v. Turkey*, Judgment of 10/07/2012, Appl. no.9829/07, §§39.40.

⁵⁴ *Id.* §§41-43.

歐洲人權法院亦特別針對催淚瓦斯，認為無端使用催淚瓦斯的執法人員與公約第 3 條之誡命並不相容，本案土耳其就催淚瓦斯使用僅為框架性立法與授權（the Law on the Duties and Powers of the Police），歐洲人權法院藉此機會關注並建議採納前述 CPT 意見，並指出土耳其因缺乏明確詳細及有約束力關於使用催淚瓦斯的指示，而促進了過度武力使用⁵⁵。

第三款 催淚彈（tear-gas grenade）

催淚彈不同於催淚瓦斯，後者僅係氣體，前者卻係殺傷力甚強之爆裂物。催淚彈是一種以催淚性毒劑為有效載荷的彈藥，施放後可快速及大範圍擴散，屬於非致命性武器。現被各國軍隊及警察廣泛應用於防暴用途，一般將其分為爆炸式及燃燒式兩種⁵⁶。現亦有類似胡椒噴霧，即按壓式噴灑的催淚噴霧或噴劑，以及液化的催淚水劑，然兩者的威力均不及催淚彈。當中後者由於揮發性較強，因此在戶外使用的威力有限，較適用於室內防暴工作，反之催淚彈若在室內使用，催淚氣體將無法散去，導致示威者（甚至其他市民）窒息死亡。

於 *Abdullah Yaşa and Others v. Turkey* 一案中，歐洲人權法院對催淚彈與催淚瓦斯二種武器之使用表示了不同看法。本案因庫德族工人黨（the Kurdistan Workers' Party）與土耳其政府於 2006 年 3 月底爆發嚴重的武裝衝突，多起集會遊行應運而生。申訴人 A.Y. 於當月 29 日行經示威現場，途中遭警方所發射之催淚彈直接打中臉，致申訴人之顏面與鼻子受傷嚴重⁵⁷。依警方所提供的錄影，催淚彈發射角度幾近水平，至多僅為 45 度，而非高仰角。

歐洲人權法院認為催淚瓦斯得以用於內國鎮暴，而本案確實有多名青少年參與這場暴動，並以武器攻擊警察，因此使用催淚瓦斯並無違反公約第 3 條。然本案所使用的催淚彈，若操作不當亦會導致嚴重傷亡，歐洲人權法院援引公約第 2

⁵⁵ See ECHR, *İzci v. Turkey*, Judgment of 23/10/2013, Appl. no. 42606/05, §66.

⁵⁶ 前者常利用榴彈發射器、較大口徑之霰彈槍或配備相應附件的槍械發射，通過炸藥爆炸將毒劑迅速釋放到目標區域，易對人體造成嚴重傷害；後者則能夠產生足夠氣化毒劑的高溫，起效速度不如前者亦較為安全，常透過手擲使用，容易被目標人員躲避甚至再次投擲。

⁵⁷ See ECHR, *Abdullah Yaşa and Others v. Turkey*, Judgment of 16/10/2013, Appl. no. 44827/08, §§6-9.

條⁵⁸，強調不受控制而恣意的國家人員行為並非對人權的有效尊重，因此內國執法人員對於群眾鎮暴，同樣必須依法為之，且不得恣意⁵⁹。縱使申訴人亦參與暴動，以平射彈道之發射方式將導致潛在的重大傷亡，實際上亦造成了申訴人的重大傷害，警方之手段與目的間顯失比例，歐洲人權法院從而認定土耳其違反了公約第3條。

第四款 防暴水車（Water Cannon）

鎮暴水砲得以選擇噴出持續跟間歇水柱，亦可選擇強力水柱或噴水霧。歐洲人權法院目前尚未針對鎮暴水砲使用於集會驅離之案例作出闡釋裁判，然而並不表示歐洲國家不使用鎮暴水砲。相較前述之催淚瓦斯、催淚彈，甚或警棍與電擊棒等，水砲對人的傷害似乎較低亦較有效率，然而其射程遠，且噴射衝擊壓力甚強，不無造成重大傷亡之可能。

德國於2010年9月30日因在地民眾集會抗議 Stuttgart21 計畫，遭到當局警方以警棍、水砲、催淚氣體和胡椒噴霧鎮壓示威，導致400多人受傷。更有兩名示威者被水砲所傷，將可能永久失明。針對抗爭民眾因此暴力所受之傷害，德國檢察官依法發動偵查並向斯圖加特區法院提起公訴，首先自然係當時操作鎮暴水車的值勤警員，後係指揮水車的各隊長，總共12位警員被偵查，其中6位被起訴，最後法院認成立過失傷害罪而判處有期徒刑到罰金不等。甚前警察局長（Ex-Polizeipräsidenten）Stumpf 亦經偵查後起訴，區法院亦認定成立過失傷害罪，而判處其15,600歐元罰金⁶⁰。

⁵⁸ Art. 2 EConHR – Right to life

1. Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.
2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:
 - a. in defence of any person from unlawful violence;
 - b. in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;
 - c. in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.

⁵⁹ *Id.* §§42-43.

⁶⁰ 相關新聞：

<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/stuttgart-21-ex-polizeichef-zu-geldstrafe-verurteilt-a-1022642.html> 此案件介紹詳見以下第三節第一項。

自 2013 年 11 月 21 日，前烏克蘭總統亞努科維奇（Yanukovich）在俄羅斯的施壓下，廢棄與歐盟間的協議，民怨沸騰，30 萬群眾湧入基輔獨立廣場（Kiev's Independence Square）並佔領了基輔市政府，於 2014 年 2 月 20 日警方強力鎮壓，造成大量傷亡⁶¹。針對此，多名受害人向歐洲人權法院申訴，控告烏克蘭政府一直企圖以暴力方式驅散群眾，除了使用彈藥、爆裂物與水砲等方式造成了大量傷亡，係違反了公約第 2.3.5.8.11.13 條等。根據歐洲人權法院所發布之新聞稿，為因應持續針對烏克蘭相關案件之申訴，而將 *Derevyanko v. Ukraine* 與 *Sirenko v. Ukraine* 案件合併優先審理，並要求烏克蘭政府盡快提交調查報告⁶²。目前歐洲人權法院尚未判決，透過上開案例，面臨內國愈加激烈的集會鎮壓，歐洲人權法院勢必得再為更進一步地闡明並堅守人權準則。

第五項 國家有效追訴義務在和平集會下之開展

對於和平之集會遊行施以武力之驅離與鎮壓，於前述公約第 3 條之誡命下，內國進一步地必須負起其保護義務，包含有效之追訴以及調查義務，而不同於一般案件，因集會涉及大量群聚之人民，場面多為混亂，勢必加重調查與追訴之難度。

第一款 被害人地位之認定—*Attila Csorba v. Hungary*

於 *Attila Csorba v. Hungary* 之不受理決定⁶³中，申訴人於 2006 年 10 月 26 日參與於布達佩斯中心發生的示威與暴動，警方為平息暴動而命令解散，試圖勸離不成後，警方使用催淚瓦斯、橡膠子彈、警棍及水砲，申訴人被警方之橡膠子彈射中，導致其頭顱受到創傷與左眼失明。

申訴人向布達佩斯調查局提出申訴，調查局調查目擊證人之證詞、武器鑑識

⁶¹ 烏克蘭基輔革命，2014 年 11 月 17 日：

<http://www.insight-post.tw/%E6%94%BF%E8%AE%8A%E6%90%96%E6%90%96%E6%AC%B2%E5%A2%9C%E7%9A%84%E6%94%BF%E6%AC%8A%E5%80%91/20141117/10719>

⁶² “European Court of Human Rights decides to give priority to a new application by a participant in ongoing protests in Ukraine”, 21/02/2014: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4657322-5642968#{"itemid":\["003-4657322-5642968"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4657322-5642968#{)

⁶³ See ECHR, *Attila Csorba v. Hungary*, decision of 12/02/2013, Appl. no. 61053/12.

專家意見與醫療報告等，認為因申訴人所在當區有數位警察使用橡膠子彈，從子彈亦無法辨識射中其之警察身分，且係集會暴動者朝警方投擲石頭與雞尾酒攻擊之，警方之行為係符合警察法，故於 2007 年 6 月停止調查。申訴人後向檢察機關申訴，亦因無法確認警察身分而駁回其訴，並表示申訴人不能自訴。警方承認其對申訴人之損害，申訴人於 2009 年 1 月與警方以約 15000 歐元達成和解。然申訴人後因不滿一次給付，為改要求每月給付而向法院提起損害賠償之訴，法院因未能確定申訴人事發前之每月收入而駁回其訴。

歐洲人權法院第 2 庭因認為匈牙利當局已承認其錯誤，並給予相當之補償，申訴人已喪失被害人之地位，不符公約第 34 條之要求。且認為當局援引調查多項證據係已盡有效追訴之義務，未違反公約第 3 條之義務。

第二款 國家有效追訴義務之違反—*İzci v. Turkey*

歐洲人權法院並未退讓其審視底線，針對一直被指控違反集會自由與酷刑禁止之土耳其，歐洲人權法院於 2013 年特作出下述 *İzci v. Turkey* 判決，作出不同以往之闡述。

第一目 案例事實

申訴人 *İzci* 係參加舉辦於伊斯坦堡的 *Beyazıt* 廣場的國際婦女節示威活動，雖大批警力包圍廣場，但其並未禁止人民進出廣場，亦未干擾此場集會。當活動剛結束，人群開始離去時，警察便開始以警棍毆打人民，以催淚瓦斯噴灑人民。申訴人表示其跌落在地後，警方仍繼續毆打她，亦出言侮辱她，致其受傷嚴重，甚至必須受他人攙扶始能離開廣場。此次受到土耳其國內外媒體廣為播送⁶⁴。然而土耳其政府表示此次集會未經許可，且集會阻礙交通。當警察警告離去時，反抗者卻向警察扔擲石塊，警方僅得以武力逮捕並羈押他們，申訴人並未在其中。並且在此事件中，共 7 名警察受傷，且多部警車遭遊行民眾砸壞⁶⁵。

申訴人於事發數天後向檢方提出告訴，檢察官認為申訴人未提出特別事證，

⁶⁴ 相關媒體報導：大紀元，〈土耳其女權運動示威與警衝突 59 人被捕〉，2005 年 3 月 7 日：

<http://www.epochtimes.com/b5/5/3/7/n840278.htm>

⁶⁵ See ECHR, *İzci v. Turkey*, Judgment of 23/10/2013, Appl. no. 42606/05, §§6-13.

於同年 12 月不以濫權罪名向 44 名警察為刑事追訴，申訴人對此提出異議，此異議於 2007 年 9 月被法院（Beyoğlu Assize Court）駁回。然另一方面，2005 年 12 月檢方將 54 名警察列為被告，申訴人列為受害人之一，向刑事法院（the Istanbul Criminal Court of First Instance）起訴，法院於 2011 年 5 月判決認定 6 名警察過度使用武力而分別判處 5 至 21 個月徒刑，其餘被告均無罪，後未再上訴，於 2011 年 9 月後因時效致程序未再進行⁶⁶。

第二目 法院見解

歐洲人權法院亦將重點置於「是否為民主社會所必要」之要件審查，而觀察了申訴人與其他示威民眾並無暴力行動，且按照影片、專家報告與締約國法院判決，認定參與民眾既對公共秩序並無危險，其行為亦無嚴重到需要重大干預（a heavy-handed intervention），歐洲人權法院強調主管機關對於和平集會應具一定程度的包容，認為警方對參與民眾權利之武力干預是不適當的，不得以預防犯罪為主張具公約第 11 條第 2 項之正當化事由，最後歐洲人權法院亦認為這種殘忍的驅離行動對於人民參與集會的意志有不可避免的警戒性效力（inevitable dissuasive effect）⁶⁷。

然而不同以往的是，歐洲人權法院此次在該案對於公約第 3 條的闡釋。其重申武力僅應適用於重大需要時且不應過度。本案中申訴人顯然受到非法對待，土耳其政府未能回應申訴人對施暴警察的指控，亦未提出任何申訴人應受刑事犯罪追訴或對公共秩序造成危險的證據，又因對催淚瓦斯無明確規範並過於依賴，此顯現警察對和平集會群眾欠缺一定程度的容忍，此導致混亂以及隨後武力的過度使用。

而土耳其法院允許警察藏匿其身分號碼及戴上防瓦斯面罩以避免被指認，此造成申訴人指認上困難，導致程序拖延，更因時效致使程序終結而無法對其餘警察續為追訴，且大多數被起訴的警察未受到有罪判決，因此嚴重懷疑土耳其未遵

⁶⁶ *Id.* §§18-26.

⁶⁷ *Id.* §§83-91.

守公約第 3 條下對非法待遇指控的有效調查義務。歐洲人權法院認為當國家被指控非法待遇時，刑事程序不應受到時效障礙亦不應考慮特赦，在偵查與審判進行中，被指控非法待遇的公務員應予以停職，本案顯然沒有，綜上而認土耳其違反公約第 3 條⁶⁸。

第三款 延伸至反示威者之干擾—*Identoba and Others v. Georgia*

於 *Identoba and Others v. Georgia* 一案中，申訴人係喬治亞一為促進同性戀雙性戀與變性人權利之非政府組織（LGBT），其計畫於 2012 年 5 月 17 日在首都中心進行和平遊行以紀念「國際不再恐同日（the International Day Against Homophobia）」。⁶⁹並於同月 8 日向主管機關內政部申請該次遊行，除明確告知其遊行路線，亦向主管機關請求了積極保護。然而於遊行當日，申訴人遊行遭受反示威者以人鍊方式阻擋，並遭受物理攻擊以及言語上之侮辱，申訴人雖立即請求在場警員協助，卻以其僅為巡邏之由而被拒絕，過後其他警力始到場支援，然與會人已多名遭受反示威者攻擊而受傷⁶⁹。

申訴人主張內國政府並未保護其免於反示威者之攻擊，亦未為積極調查該事件，除有違公約第 3 條外，此更涉及攻擊者之歧視動機，亦有違公約第 14 條之禁止歧視之規定。並持相同理由認為內國未盡保護和平集會之義務而同時違反了公約第 10 條與第 11 條。

歐洲人權法院同時審查公約第 3 條與第 14 條，重申其侵害須達最低嚴重程度，此侵害並不限於身體傷害，亦包含心理痛苦（psychological suffering），而歧視可能構成對人性尊嚴之侮辱，特別是對於少數同性戀之壓迫。對於違反公約第 3 條之調查，歐洲人權法院要求該證據應達超越合理懷疑（beyond reasonable doubt）之程度。國家有效追訴之義務應包含來自第三人所為之非人道待遇，以及當局知悉或應當知悉而為之合理措施。國家應盡最大努力調查來自歧視動機之暴力行動。而當局若知悉少數團體集會受到攻擊之風險，其國家義務即應提高對

⁶⁸ *Id.* §§54-75.

⁶⁹ See ECHR, *Identoba and Others v. Georgia*, Judgement of 12/08/2015, Appl. no. 73235/12, §§6-19.

其之保護（provide heightened State protection）。歐洲人權法院注意到本案警察起初並未介入，連對反示威者之警告都沒有，等同於容忍其對於與會者進行暴力行動，待其餘警力到場後已不及阻止。且當局對於此事件並未發動全面性之調查，莫名將調查範圍縮小至僅兩個案件，縱調查此二案件，其遲滯兩年仍無顯著進展，申訴人多尚未獲得受害人之地位。反示威者唯一受到的僅有行政裁罰，歐洲人權法院亦認為顯然過於輕微。亦從一方面內國應可限縮反示威者之來源團體，另一方面媒體所錄下之影像已明顯可辨識出攻擊者身分，在在點出內國調查並非不可能⁷⁰。綜上認為內國係已違反了公約第 3 條與第 14 條。

於公約第 10 條與第 11 條之部分，歐洲人權法院再次強調多元性與民主係建立於真正的認可，對於社會和諧之實現，不同身分之人與群體之和諧共處係不可或缺。亦點出國家這方面的積極義務對於屬於少數族群而言更為重要，因其更容易受到傷害。於本案，主管機關雖於 5 月 8 日即受到通知，然卻未積極準備，其應可事前公告，並給予潛在違法者可能制裁警告，於遊行進行中所備之警力亦不足夠，其應可料想同性戀遊行所可能發生的街頭衝突，而應謹慎動員以確保。綜而認為內國違反了公約第 11 條⁷¹。

第四款 案例分析代小結

本文分別揀選三個案例觀察歐洲人權法院於集會案例中如何檢視被訴國積極追訴義務之實踐。於第一個 *Attila Csorba v. Hungary* 案中，申訴人雖遭警方攻擊而受到重傷，然歐洲人權法院因被訴國承認錯誤並與申訴人達成和解，予以賠償，而認申訴人欠缺被害人地位。是以縱使內國驅離集會行動過當，已達酷刑與非人道處遇之最低嚴重程度，然從內國追訴及對被害人賠償等行動面向，歐洲人權法院如認內國對於被害人之賠償顯已足夠，則於程序面向即先為排除。

而第二個 *Izci v. Turkey* 案中，同樣受內國警方過當驅離集會，然不同於前案的是，土耳其未承認錯誤並僅起訴一小部分行為人，且未予申訴人賠償，歐洲人

⁷⁰ *Id.* §§65-80.

⁷¹ *Id.* §§91-100.

權法院認土耳其驅離武力使用顯為過當，於後續追訴上，除因隱藏身分而致追訴延宕，更因此時效超過，大多行為人不僅未受到有罪判決，於程序中亦未被停職，綜係對行為人並無相應處罰。

最末於第三個 *Identoba and Others v. Georgia* 案，不同於前兩案，係由反示威者所為之侮辱性待遇，而非內國，歐洲人權法院一向認為不分國家或私人所為，內國一旦知悉此情事即應展開追訴與調查。除此特別處之外，歐洲人權法院於本案更具體地指摘內國調查義務未盡之處，詳言之，其從影像證據觀察，係已可認內國調查並非客觀不能，範圍過於限縮，且未予施行暴力之反示威者相應處罰。

第六項 小結

本節係探討歐洲人權公約第 3 條對酷刑與非人道處遇禁止之規範於歐洲人權法院判決中所發展出之內涵與相關集會案例。

此規範了酷刑非人道處遇及侮辱性處遇等三種型態，強度亦依序排之，其概念係為流動，將隨時代改變其內涵，又因本條具絕對性，不論何種情況亦不允許內國違反，故歐洲人權法院審查層次上除審查是否該當三種型態外，亦須審查是否達最低嚴重程度。

於內國義務上，除消極不侵害外，其更應負其保護義務，從中除一般性積極義務外，歐洲人權法院尚從公約第 1 條導出內國所應負之程序性義務，即若有發生酷刑與非人道處遇之可信事實，內國即應開啟調查，而此調查必須徹底、迅速且獨立。從此，歐洲人權法院再延伸認為內國對於其使用武力一事負積極說明義務，且舉證責任分配上，申訴人僅需負表面證據責任，證明負擔則在於被訴國。

針對驅離集會，本文擷取數種常見手段為觀察，除逮捕外，歐洲人權法院認為催淚瓦斯應於內國有明確規範下使用；相較於催淚瓦斯，催淚彈使用上更不得恣意。

歐洲人權法院認為對於一和平集會，國家應為一定程度之容忍，唯有成立公約第 11 條第 2 項之情況時始得限制。然僅能在不可避免的情況下動用武力，並

且該使用不得過度，殘忍的驅離也會嚴重地影響參與集會的意願。若其驅離手段達到構成公約第 3 條之酷刑或非人道待遇之可能，內國應負調查義務與有效追訴義務，即必須徹底、迅速與公正地調查違反情況，並且須說明其施用武力之理由，若已達最低標準之嚴重程度，且內國法院即應予以犯罪行為人適當的處罰，若係過輕而無任何嚇阻效果，歐洲人權法院亦無法使其通過公約第 3 條之審視。

第三節 德國法

承繼歐洲人權公約所建立之意涵與義務，本文於德國法面向嘗試探討德國於公約精神要求下如何達其標準，而不同於酷刑或非人道處遇等抽象概念，集會過當驅離乃一具體情況。是以本文先提出德國近年相當重要的一次警方集會驅離行動 Stuttgart 21 案作為前導案例，觀察內國於追訴程序上如何進行與處理，並進一步檢視此是否符合前節歐洲人權法院所建立之程序義務。

第一項 自案例介紹出發—Stuttgart 21 案

第一款 事件背景⁷²

Stuttgart 21 計劃是一項在德國巴登符騰堡州（Baden- Württemberg）的斯圖加特市進行中的鐵路交通重組工程。其中最重要的部分是將斯圖加特火車總站，由一個終點站改建為地下貫穿式車站，以連接歐洲高速鐵路網路。除此，該工程計劃尚包括興建費德隧道（Fildertunnel），以連接火車總站和服務斯圖加特機場和斯特加特展覽中心的費德車站（Filderbahnhof）。這些新線將會和溫德林根—烏爾姆高速鐵路（Neubaustrecke Wendlingen–Ulm）連接。整個工程分別由德國鐵路（Deutsche Bahn, DB）和斯圖加特市區重建部門負責。

此計劃從 1980 年代即曾被提出，然爭議不斷。除其計劃高成本的問題外，當地地方組織包含綠黨的當地分支「活在斯圖加特（Leben in Stuttgart）」，以及環保組織「德國環境及自然保育聯盟（Bund für Umwelt und Naturschutz

⁷² 請參閱維基百科—斯圖加特 21

<https://zh.wikipedia.org/wiki/%E6%96%AF%E5%9C%96%E5%8A%A0%E7%89%B921>

Deutschland)」等因認此工程將破壞擁有文化保育價值的舊火車總站和自然保育價值的宮廷花園 (Schlossgarten)，而於 2008 年 10 月 11 日，與約 4000 名市民發起了首次遊行示威，反對拆除火車總站和整個斯圖加特 21 計劃。

示威抗議自那時起即陸續發生。自 2009 年 11 月起，反對工程的數千市民，每周一定期在火車總站北方的廣場集會，自此開始了「星期一例行示威 (Montagsdemonstrationen)」¹。而該工程仍堅持於 2010 年 2 月 2 日開始動工，對此示威抗議更擴大到各個動工處。在同年 7 月 26 日，近 50 名示威者占據已清空的舊火車總站北翼，當地警方在夜晚清場，部分示威者被控拒捕，全部示威者更被警方以非法入侵罪移送。

於同年 7 月 30 日當局開始拆除火車總站北翼的準備工作，工人在警察保護下開始在建築外圍建起圍欄。2000 名市民聞風而至，在工地附近靜坐組成人鏈和路障，致警方出動清場。此後，反對工程的團體更於「星期一例行示威」以外，每周末再舉行遊行示威，其中在同年 9 月 10 日，示威者在州議會大樓組成人鏈抗議，組織遊行一方表示有 6 萬 9 千多人參與，警方的統計數字則達到 3 萬 5 千人。

而關於宮廷花園的工程部分，依當局計畫將砍伐大量樹木，然於市民和花園管理員的反對聲浪下，當局被迫保留當中 282 棵樹。除部分市民於公園露營守夜，當地環保組織 Robin Wood 的活躍分子更於其中 4 棵樹上建屋居住，當局在 9 月 7 日一度成功清場。但 Robin Wood 的成員很快在 17 日重新奪回樹屋。

斯圖加特當地重要人士於 2010 年 8 月組織起來，要求立即停工並以公投決定工程命運，截至 2010 年 9 月 20 日已經有 6.6 萬人連署。同年 9 月 24 日，斯圖加特的天主教牧師出面嘗試調解，邀請支持和反對雙方代表會面。但原定於 9 月 27 日第二輪會談，反對工程的示威團體指稱當局並無意願承諾停止拆卸火車總站南翼及清理宮廷花園之工程，故單方面拒絕會談。

第二款 案件事實

在上開的案件背景下，抗議民眾與當局緊張關係隨時一觸即發，系爭案件之

武力驅離即因此爆發。於 2010 年 9 月 30 日，反對工程的示威面對最大規模的警方清場行動。當日示威者在宮廷花園靜坐和堅守樹屋，亦以拖拉機將平板貨車駛進花園中央，並播放車內音樂。

當日示威抗議者遭到當地警察和德聯邦當局自萊茵蘭-普法爾茨（Rheinland-Pfalz）、北萊茵-威斯特法倫（Nordrhein-Westfalen）、巴伐利亞和黑森（Hessen）四邦調來增援的警察，以警棍、水砲、催淚氣體和胡椒噴霧鎮壓示威，導致 400 多人受傷。其中鎮暴水車造成，其中一名當時年已 66 歲的抗議者 Dietrich Wagner 頭部遭受水砲攻擊，其眼睛嚴重受傷，甚失去了其大部分視力。此次重大驅離行動因發生於星期四而被稱作「黑色星期四（Schwarzer Donnerstag）」。

第三款 法院判決

於此本文不論示威抗議民眾之罪名⁷³，而僅針對國家執行機關之究責。一方面相關負責警員之驅離行為為普通法院⁷⁴所審理，而此部分先後分別針對執行警員（指揮官與中隊長）及警察總長之行為為審理判決；另一方面將警方驅離行為定性為行政處分，受行政法院所審理。以下本文分兩部分為整理觀察⁷⁵：

⁷³ Vgl. AG Stuttgart, 04.07.2011 - 15 Cs 4 Js 104002/10, 19.09.2011 - 15 Cs 1 Js 16443/11; LG Stuttgart, 07.12.2012 - 31 Ns 4 Js 104002/10; OLG Stuttgart, 03.04.2013 - 1 Ss 144/13.

⁷⁴ 德國刑事審判權係由區法院（Amtsgerichte）、邦法院（Landgerichte）、邦高等法院（Oberlandesgerichte）及聯邦最高法院（Bundesgerichtshof）為行使。約略而言，區法院僅負責輕微或中等程度犯罪案件之第一審審理（預期判刑不到四年之犯罪）；邦法院負責嚴重犯罪案件之第一審（預期判刑超過四年之犯罪）及針對區法院一審判決上訴之第二審；邦高等法院則負責一小部分案件之第一審（針對國家保護犯罪）及針對邦法院二審判決之上訴法律審，或針對區法院一審判決之飛躍上訴法律審；聯邦最高法院則擔任對邦法院或邦高等法院一審判決上訴之審理。請參閱 Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，《德國刑事追訴與制裁》，2008 年，頁 152。

⁷⁵ 以下除行政法院判決外，因其餘普通法院之相關案件均未於德國巴登浮騰堡的司法網站上公開（德國法院之判決原本即非全部均於網路上公開，如欲閱覽，需另匿名付費向該法院申請判決閱覽，一個判決 16 歐元），筆者雖陸續多次寫信予巴登浮騰堡之司法網站、斯圖加特之區法院、邦法院與邦高等法院，除邦高等法院回信告知其可讓筆者申請判決閱覽，然其稱該判決僅涉量刑酌定，故不建議筆者付費閱覽之外，區法院與邦法院均表示本案已經邦法院依德國刑事訴訟法第 153a 條停止程序，該案目前由斯圖加特檢察署執行，而無法讓筆者申請閱覽。然斯圖加特檢察署回信表示僅得允許筆者直接前往其檢察署為檢閱文件，現實上有時間及金錢之困難，是以此部分本文僅得仰賴相關法院新聞稿與媒體報導為整理，不足之處，尚祈見諒。

第一目 普通法院

一、執行警員

對於 2010 年 9 月 30 日當日警察武力施用行為，經統計，受害抗議民眾共向 380 位警察提出刑事告訴，其中 19 位受偵查。

當時負責驅離之鎮暴警察（Bereitschaftspolizei）首位受到有罪判決的係一名警察因直接對坐在地上無武裝之女性臉部噴灑胡椒噴霧，而於 2011 年 3 月被斯圖加特區法院（Amtsgericht Stuttgart）認定有罪而判處 120 日拘役可折抵一日 50 歐元⁷⁶。

另一名警察因檢方認過度使用警棍而受起訴，於 2012 年 10 月經斯圖加特區法院判決成立刑法第 229 條過失傷害罪，並處 8 個月有期徒刑並緩刑（Bewährung）併科 3000 歐元⁷⁷。被告上訴主張受害抗議民眾最初雖已可得容許的方式推擠警員，然未料抗議民眾想要攻擊之並要求其讓開，因不容拖延而使用警棍等傷害了受害民眾。斯圖加特邦法院（Landgericht Stuttgart）認為其應係為誤想防衛（den Irrtum über die Voraussetzungen einer Notwehrlage），仍成立過失傷害罪，判處 90 日拘役易科罰金，以 1 日 60 歐元為計算，共 5400 歐元。被告不服量刑而向斯圖加特邦高等法院（Oberlandesgericht Stuttgart）提起上訴。該邦高等法院第二庭於判決中指出被告作為富有經驗的警察，應負有特別義務，且此對被害人而言造成了顯著的身體損害，並認原審法院判決量刑並無違誤，綜上認為並無判決違背法令之情而以無理由裁定駁回其訴⁷⁸。

關於施以水砲擊傷民眾部分，共 12 名警察受到偵查，其中 6 名經檢察官裁

⁷⁶ Polizei will Strafe nicht akzeptieren, 20.09.2012

<http://www.stuttgarter-nachrichten.de/inhalt.wasserwerfer-einsatz-polizei-will-strafe-nicht-akzeptieren.cc4b0c8d-c44c-4828-89ce-d38b516bfc33.html>

⁷⁷ Bewährungsstrafe nach Schlagstockeinsatz im Schlossgarten, 17.10.2012

<http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.schwarzer-donnerstag-bewaehrungsstrafe-nach-schlagstockeinsatz-im-schlossgarten.ab8d4a3f-68c1-4c50-a13a-1ffac45d0c49.html>

⁷⁸ Vgl. AG Stuttgart, 17.10.2012 - 4 Cs 8 Js 29621/11; LG Stuttgart, 18.04.2013 - 36 Ns 8 Js 29621/11; OLG Stuttgart, 19.09.2013 - 2 Ss 429/13. Oberlandesgericht Stuttgart weist Revision eines Polizeibeamten wegen Verurteilung zu Geldstrafe wegen fahrlässiger Körperverletzung zurück, 25.09.2013

<http://goo.gl/CO1Uzl>

量於偵查中停止程序。一名負責控制水砲之警員（Rohrführer）起訴後經區法院依德國刑事訴訟法第 153a 條命其給付罰金並停止程序。另外區法院於 2013 年 8 月認成立過失傷害罪，而分別判處一名指揮官（Kommandant）與中隊長（Staffelführer）各 7 個月有期徒刑並緩刑，另一名指揮官則處以 120 日拘役易科罰金，其中該名中隊長及受易科罰金之指揮官提起上訴⁷⁹，後撤回上訴。最後兩名警察指揮官（Polizeiführer）因檢方認其未及時介入其隊員水砲使用之方式而於 2014 年 3 月被起訴，同年 6 月第一次開庭，於同年 11 月邦法院第 18 庭認從 6 月起調查迄今認此二警察指揮官罪責輕微，而向檢察官提出提早終結程序之建議，檢方及被告均同意⁸⁰，是以依德國刑事訴訟法第 153a 條命此二名警察各給付 3000 歐元予兒童癌症基金會（die Kinderkrebsstiftung）並停止程序，此不得提起救濟⁸¹。

二、前警察總長 Siegfried Stumpf

對於此次抗爭行動受警察攻擊而受傷之民眾，檢察官認為當時的警察總長（Ex-Polizeichef/ Ex-Polizeipräsidenten）Siegfried Stumpf 應注意水砲不得攻擊示威者頭部而未注意，致四名民眾因此受傷，而於 2015 年 1 月以過失傷害罪向斯圖加特區法院起訴之，並求處罰金刑⁸²。區法院認為 Stumpf 若不指示以如此粗魯的措施終結抗議活動，或許就不會造成嚴重的傷害，而於同年 3 月初認成立過失傷害罪，判處 120 日拘役得易科罰金，折算 1 日為 130 歐元，折算後共 15,600

⁷⁹ Wasserwerfer-Urteil: Gericht bestraft Polizisten für Stuttgart-21-Einsatz, 26.08.2013
<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/polizisten-wegen-wasserwerfer-einsatz-bei-stuttgart-21-verurteilt-a-918743.html>

⁸⁰ Die Angeklagten wollen Einstellung zustimmen, 21.11.2014
<http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.wasserwerferprozess-die-angeklagten-wollen-einstellung-zustimmen.e4f12439-74cb-4893-a64b-a44ece87a9fc.html>

⁸¹ Gericht stellt Wasserwerferprozess ein, 26.11.2014
<http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2014-11/stuttgart-21-wasserwerfer-prozess-landgericht>
對此受害人等非常不滿，其律師表示此根本無異係打了被害人一個耳光（Das ist ein Schlag ins Gesicht für die Opfer）。於停止程序作成前，甚呼籲司法部長 Stickelberger 應出面阻止該程序停止，然以憲法保障司法獨立為由遭拒絕。Einstellung schon am Mittwoch?, 24.11.2014
<http://www.stuttgarter-zeitung.de/inhalt.wasserwerferprozess-in-stuttgart-einstellung-schon-am-mittwoch.be4ed1fc-ac87-44c7-87dc-55e2b8fcc77e.html>

⁸² Umstrittener Polizeieinsatz: Ex-Polizeipräsidenten in Stuttgart droht Geldstrafe, 22.01.2015
<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/stuttgart-21-strafbefehl-gegen-ex-polizeipraesidenten-stumpf-a-1014494.html>

歐元⁸³。後 Stumpf 接受判決而未上訴，判決定讞。

三、前巴登符騰堡邦總理 Stefan Mappus

案件發生後，時任巴登符騰堡邦總理（Ex-Regierungschef）的 Stefan Mappus 於 2010 年 12 月首次調查時即表示其秉持著政治不宜干預警察業務工作之原則，與警察驅離行為並無關係。嗣後德鐵承認驅離當時之砍樹計畫實約為隔年 1 月底，實並無立即砍樹之必要，警方亦無立即驅離之必要。而於 2013 年 8 月完成的調查報告中發現，早在 2010 年 6 月的邦政府環境部會議中就曾考慮「10 月初」要清場，這正指出當時的邦政府係已介入。是以檢察官認 Mappus 涉嫌對於 2010 年 9 月 30 日的驅離行動為偽證（Falschaussage），而另立案進行偵查⁸⁵。

Mappus 於拆除火車站北翼前曾對時任警局長 Stumpf 說過：「把挖土機清理乾淨，如果你做不到，我會從其他邦借調警力（Bringen Sie den Bagger rein. Wenn Sie nicht wollen, hole ich eine Polizei aus einem anderen Bundesland.）」而 Stumpf 亦證實：「其已為指示，儘管我們有所保留（Er hat Weisung erteilt, trotz unserer Vorbehalte）」。然僅此仍無法證明 Mappus 對於 2010 年 8 月 18 及 19 日晚間拆除火車站北翼之行動以及之後 9 月底的驅離行動有影響力，是以於 2015 年 3 月，檢察官因 Mappus 與兩位高階官員分別為時任邦警察局長 Wolf Hammann 及環境部副部長 Bernhard Bauern 之偽證罪嫌疑無法被證實而為不起訴處分終結偵查（eingestellt）⁸⁶。

第二目 行政法院

於此案中，有七名受害抗議民眾向斯圖加特行政法院（Verwaltungsgericht Stuttgart）提起確認警察於 2010 年 9 月 30 日宮廷花園所為之驅離行動為違法之

⁸³ Stuttgart 21: Ex-Polizeichef zu Geldstrafe verurteilt, 09.03.2015
<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/stuttgart-21-ex-polizeichef-zu-geldstrafe-verurteilt-a-1022642.html>

⁸⁴ 前註，Frank Ulrich Mann 檢察官稱 Stumpf 為「真正便宜（wahren Schnäppchen）」，認為這樣的刑度已經很溫和了，特別是區法院認為主要責任在於當時的總長。

⁸⁵ Bahn: Polizeieinsatz in Stuttgart war nicht notwendig, 07.04.2014
<http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/stuttgart-21-bahn-polizeieinsatz-in-stuttgart-war-nicht-notwendig-12884749.html>

⁸⁶ Mappus-Verfahren eingestellt, 18.03.2015
<http://www.swp.de/ulm/nachrichten/suedwestumschau/Mappus-Verfahren-eingestellt;art4319,3116247>

訴⁸⁷。而行政法院於 2012 年 1 月 10 日裁定停止 (ausgesetzt) 程序。預期待刑事程序將為終結，經申請及當事人必要之陳述意見後，行政法院復於 2014 年 6 月 13 日裁定續行訴訟⁸⁸。

行政法院於 2015 年 11 月 18 日終作出判決，認為該民眾之示威抗議應受基本法所保障，縱使警察係為了追訴犯罪行為而為之，也不得適用水砲與胡椒噴霧，警察驅離行動應為違法。此判決使得受害者受償的機會增加⁸⁹，實值喝采。

第二項 德國基本法—與公約接軌

德國基本法雖無如歐洲人權公約般明文揭示酷刑與非人道處遇禁止規範，然將人性尊嚴與其他重要基本人權訂於其中。酷刑與非人道處遇禁止涉及基本法第 1 條第 1 項人性尊嚴、第 2 條第 2 項第 1 句之身體不受傷害權⁹⁰以及第 104 條第 1 項第 2 句⁹¹禁止刑求被拘禁人之規範。關於國家過當驅離集會之情形，因尚未進一步限制剝奪人身自由，僅涉及德國基本法所揭示對人性尊嚴及身體不受傷害權之保障，是以本文以下僅針對此二者論述之。

第一款 基本法第一條—人性尊嚴

關於人性尊嚴之保障根據，德國於基本法第 1 條第 1 項⁹²規定：「人性尊嚴不容侵犯。所有國家權力皆負有尊重並保護人性尊嚴之義務。」此係出於二戰後

⁸⁷ Vgl. VG Stuttgart 5 K 3991/13, 5 K 1265/14, 5 K 2184/14, 5 K 2704/14, 5 K 2705/14 und 5 K 2706/14; VG Stuttgart, 13.06.2014 - 5 K 3991/13, 18.11.2015 - 5 K 3991/13.

⁸⁸ Klageverfahren wegen Polizeieinsatz am 30. September 2010 im Stuttgarter Schlossgarten werden fortgeführt, 23.06.2014

<http://www.vgstuttgart.de/pb/Lde/Klageverfahren+wegen+Polizeieinsatz+am+30.+September+2010+im+Stuttgarter+Schlossgarten+werden+fortgefuehrt/>

⁸⁹ Vgl. VG Stuttgart 5K 1265/14, 32ff.

Polizeieinsatz bei Stuttgart 21 war rechtswidrig, 18.11.2015

<http://www.heute.de/verwaltungsgericht-polizeinsatz-bei-stuttgart-21-mit-wasserwerfern-war-rechtswidrig-41044138.html>

⁹⁰ 有譯為「身體不受傷害權」或「身體完整性」，於此本文為貼近字義而採前者。然為避免與基本法第 1 條第 1 項之「unantastbar」混淆，不宜同譯為「不可侵犯」。

⁹¹ Art. 104 Abs. 1 GG.

(1) Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich mißhandelt werden.

基本法第 104 條第 1 項規定：「人身自由非根據正式法律並依其所定程序，不得限制之。被拘禁之人，不應使之受精神上或身體上之虐待。」

⁹² Art. 1 GG.

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

對納粹經驗之反省⁹³，為揭示人性尊嚴保障之重要性，是以將此訂於基本法第 1 條。



第一目 內涵與保障

一、人作為主體

關於人性尊嚴之內涵，可從德國哲學家康德（Kant）所提出人之主體性為出發，即肯定每一個人均為理性自主、自決之獨立個體，只要作為一個人，即不會於任何情況下喪失其作為人之尊嚴與價值，質言之，人性尊嚴可能被侵犯，然本身不容處分、不容放棄⁹⁴。

對此，基本法第 1 項第 1 句強調人性尊嚴「不容侵犯（unantastbar）」形式上，基本法第 79 條第 3 項⁹⁵將第 1 條訂為永恆條款（Ewigkeitsklausel），即使憲法修正亦絕不得影響之。德國學說及聯邦憲法法院實務均肯認人性尊嚴具不可侵犯性。

二、對人性尊嚴之保障

同項第 2 句揭示國家對人性尊嚴負有尊重及保護義務，是以除於防禦權面向上，國家自身不得侵害人民之人性尊嚴，進一步於保護義務面向上，更須以積極措施保護每個人之尊嚴不受到國家以外之力量侵犯。

第二目 基本法架構下之定位

一、作為其他基本權之核心

人性尊嚴作為德國拘束國家權力之最高構成原理，且為基本法第 79 條第 3

⁹³ 對於納粹主義思想而言，個體並不存在，國家與社會才是全部。是以於此焦點回歸個體，Herrenchiessee 於其草擬中表示：「der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen.（國家應為人民而存在，而非人民為了國家而存在）」。Vgl. Dörr/Grote/Marauhn, a.a.O.(Fn. 7), Rn. 7.

⁹⁴ 一般而言，自不可侵犯性可再進一步導出不容剝奪性（Unverwirkbarkeit）、不容放棄性（Unverzichtbarkeit）及不容限制性（Uneingeschränktheit）。不容剝奪性係即使面對最嚴重之情況，亦不得剝奪其人性尊嚴，因尊嚴係每個人所特有；不容放棄性係在於個人之自我決定，居於自我保障之核心；不容限制性係指人性尊嚴原則上不具限制可能性，一旦限制即構成侵犯。請參閱李建良，〈自由、平等、尊嚴：人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題（下）〉，《月旦法學雜誌》，154 期，2008 年 3 月，頁 200-201。

⁹⁵ Art. 79 GG

(3) Eine Änderung dieses Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, ist unzulässig.

項明定修憲之界限，基本法第 19 條第 2 項⁹⁶強調「各基本權之本質內容（ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt）」不容侵犯，此本質內容又稱基本權之核心，一般認為人性尊嚴即為基本權本質核心所在⁹⁷。

二、人性尊嚴作為獨立基本權

承上，多數學者認為人性尊嚴係基本權利之基準點，大部分基本權的重要目的之一，均係為使人性尊嚴受到保護與尊重，各種類型化而具有保障人性尊嚴功能之基本權利，事實上屬於人性尊嚴之部分獨立片斷⁹⁸。另有學者從反面論述，從人性尊嚴之不容侵犯性及作為基本權衝突之判準立論，認為人性尊嚴並非僅是基本權之集合概念，亦不能被基本權所取代⁹⁹。

然否定論者援引基本法第 1 條第 1 項之體系解釋，指出同條第 3 項¹⁰⁰以「下列基本權利」為用詞，推斷人性尊嚴應位於基本權利之上位，不能解釋歸類為基本權利，意即此並非為主觀權利而得援引為請求權基礎，至多僅能作為憲法解釋規則（Auslegungsregel）。

有學者除肯認將人性尊嚴條款定位為基本權之一外，並認為其作為其他所列舉之基本權利保障人性尊嚴部分之一般化規定概括條款。概括條款具有承接規範之功能，基於輔助性原則，得補充結構規範遺漏之功能¹⁰¹。然亦有學者認為縱肯認其作為基本權之一環，其應不宜定位為概括條款，而認為應將之視為基本法中之當然內涵¹⁰²。

⁹⁶ Art. 19 Abs. 2 GG

(2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

基本法第 19 條第 2 項：「無論任何情況均不得侵害基本權之本質內容。」

⁹⁷ 請參閱陳慈陽，〈基本權核心理論之實證化及其難題〉，1997 年，頁 106。

⁹⁸ 請參閱李震山，〈人性尊嚴之憲法意義〉，收錄於：氏著：《人性尊嚴與人權保障》，2000 年 2 月，頁 8。

⁹⁹ 請參閱黃忠正，〈人性尊嚴的概念與界限〉，《月旦法學雜誌》，221 期，2013 年 10 月，頁 165-166。

¹⁰⁰ Art. 1 GG

(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

¹⁰¹ 請參閱李震山，註 98 文，頁 9。

¹⁰² 請參閱蔡宗珍，〈人性尊嚴之保障作為憲法基本原則〉，《月旦法學雜誌》，45 期，1999 年 2 月，頁 100。

第三目 不容侵犯性下之干預

承前述，從人作為主體之思考為出發，反面導出人性尊嚴不容侵犯之內涵，質言之，一旦侵犯人性尊嚴，無干預正當性之層次適用，直接成立侵害。而對於判斷侵害與否之標準，學說上亦不乏討論。

一、客體公式

對於人性尊嚴受侵害與否的判斷標準，一般採用所謂的客體公式（Objektformel）為判斷，係面對抽象難以界定的人性尊嚴內涵，此公式從反面界定人性尊嚴，直指何時人性尊嚴受到侵害，德國聯邦憲法法院亦採之。

關於客體公式最初係由學者 Dürig 結合康德的道德哲學而形成，其將對人性尊嚴之侵害描述為：「把具體的人貶抑為客體、純粹的工具或是可任意替代的物品。」¹⁰³

此公式雖廣為人用，然仍招致不少批評，主要係此一公式仍過於抽象，實際操作困難，又於現實社會關係中，國家為顧及他人及整體社會之利益時，難免限制個人權利，僅以符合客體文義作為判斷人性尊嚴侵害之依據，侵害動輒成立，客體公式判準失去實益。

二、客體公式修正

為解決客體公式過於抽象的缺陷，聯邦憲法法院雖曾試圖提出進一步具體化之說明¹⁰⁴，然仍難達其效。鑑此，學說亦嘗試提出客體公式之加強具體標準，如有論者認為應按照歷史經驗，將侵害人性尊嚴之特定情況，加以類型化，歸納成若干典型侵害型態，作為未來判斷時之參考指標。如使人為奴（Sklaverei）、否定人之本質或生存權之差別待遇以及人口販賣等歸於「重大違反人之平等性」類型；另如剝奪最低生存條件，放任人民處於無助狀態等則歸於「嚴重忽視國家對個人之社會及法治國責任」類型。

¹⁰³ 請參閱李震山，註 98 文，頁 9；黃宗正，註 99 文，頁 163；蔡宗珍，前註文，頁 100。

¹⁰⁴ 其曾於監聽判決中表示客體公式僅為一般性原則，人性尊嚴受侵害與否仍須個案認定，當人民主體性受到根本性質疑，或於具體個案行為中存有對人性尊嚴恣意蔑視，方構成人性尊嚴之侵害。此蔑視乃一種「輕蔑人之所以為人之價值」之行為。請參閱林三欽譯，〈監聽案判決〉，收錄於：司法院印行，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（八）》，1999 年，頁 258。

另有論者認行為須一定強度始得構成人性尊嚴侵害，且考慮基本法第 1 條第 1 項之制定歷史背景與理由，人性尊嚴係作為國家社會主義暴政之防波堤，是以應僅於極度恣意之情況下始生成立人性尊嚴侵害之空間。換言之，人性尊嚴侵害之認定標準應提高，僅於重大干預人性尊嚴者始屬之，排除人民日常受國家加諸輕微負擔之情況¹⁰⁵。

第二款 基本法第二條第二項一身體不受傷害權

第一目 內涵

所謂身體不受傷害權（körperliche Unversehrtheit），係為確保人身體之完整性，包括外在形體與內在器官、組織。自人之肉體層面而言，係指每個人有權主張其作為人生命之物理、生物基礎之軀體與健康應不受傷害；自精神層面而言，係指人於心理、精神、靈魂上，對其身體完整性具有不受外在操控之主體地位，此屬於人格權中自我形塑表現形式，應不受傷害¹⁰⁶。此於德國基本法第 2 條第 2 項第 1 句¹⁰⁷所明文揭示。

第二目 干預手段之強度

對於來自國家對身體完整性之侵害行為，適用基本權干預模式為審查，即先審查該國家行為是否涉及權利保障範圍，肯定其為保障範圍後再審查該行為是否該當干預，若該當干預則再進一步審查其是否符合法律保留原則與比例原則而具備正當性。

一、排除輕微干預

然而關於干預手段，有學者認為於此比例原則前置於干預正當性層次判斷，即：先評價任何非僅對身體完整性為輕微干預之手段方為對基本法第 2 條第 2

¹⁰⁵ 請參閱李佳叡，註 23 論文，頁 185。

¹⁰⁶ 請參閱李震山，〈從憲法觀點論身體不受傷害權〉，收錄於：氏著，《人性尊嚴與人權保障》，2000 年，頁 162。

¹⁰⁷ Art. 2 Abs. 2 GG

(2) Jeder hat das Recht auf Leben und **körperliche Unversehrtheit**. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.
基本法第 2 條第 2 項：「人人有生命與身體之不可侵犯權。人身自由不可侵犯。此等權利僅根據法律始得干預之。」

項第 1 句所保障身體不受傷害權之干預，後再進入下一層次審查其是否具正當性¹⁰⁸。申言之，該干預手段可能「因量變而質變」，排除微量程度之干預，若國家侵害身體之手段僅涉及匿名或隱私之一般人格權，且干預程度被評價為極其微量或無關緊要之情形，則該干預性質不無可議¹⁰⁹。如為輕蔑侮辱性表示，尚未超過輕微界限，此不適用基本法第 2 條第 2 項第 1 句為衡平，而係涉及了與人性尊嚴連結之一般行動自由。

又該如何判斷何者為輕微或可忍受之干預（geringfügige oder zumutbare Beeinträchtigungen），聯邦憲法法院援引了社會相當性（sozialadäquat）作為依據，是以用手輕拍身體或依現仍為多人反對的抽菸均非對身體不受傷害權所欲保障之對象。然而此標準顯然無客觀標準可言，亦有批評認為此將基本權干預手段之問題移至保障範疇層次¹¹⁰。

二、自由支配之界限

基本法第 2 條第 2 項第 1 句原則上防止所有對身體不受傷害權之干預，對此疑問的是，身體處分可否自願為之或強制進行。

一般認為，一個出於完全意識而自願讓醫生為其進行身體上改變者，於權利意義上已非干預之客體，而是於其自由意志決定下處分其法益，因此於此法律僅須保障對自由決定意志於了解狀況下所為之決定（查明義務），以及被確保或期待的實行品質：如果欠缺以上條件，干預於基本權釋義下無論如何不再被否定¹¹¹。換言之，倘若受處分人並非於全然理解而出於自由意志下同意受處分，此處分即該當干預，而不能以同意正當化。

從中再延伸出的問題是，任何強度的身體法益是否於所有情況下均可被基本權所有人所支配，然人性尊嚴向來防止不合乎目的的自我危害，是以落入人性尊

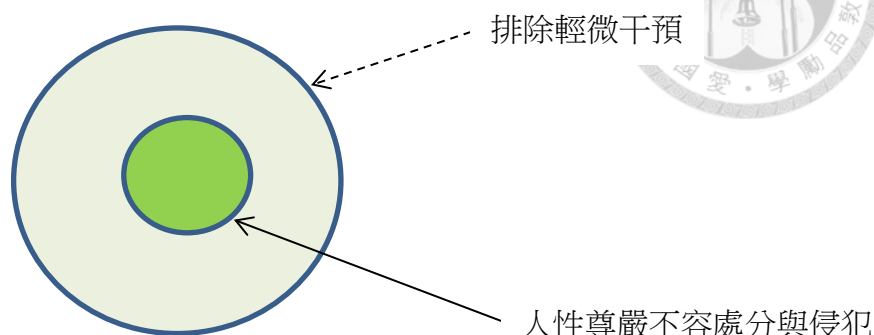
¹⁰⁸ Vgl. Dörr/Grote/Maruhn, a.a.O.(Fn. 7), Rn. 11.

¹⁰⁹ 請參閱林鈺雄，〈從基本權體系論身體檢查處分〉，收錄於：氏著，《干預處分與刑事證據》，2008 年，頁 15。

¹¹⁰ Vgl. Meyer, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 62.

¹¹¹ Vgl. Meyer, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 62.

嚴客觀保障內容中，即無對身體支配之權限¹¹²。



第三款 與公約第三條之相互作用

雖無須將基本法之基本權利規定機械性地於歐洲人權公約為對比，然德國於論證上必須注意歐洲人權公約之價值，以避免違反國際法¹¹³。是以承繼人性尊嚴與身體不受傷害權於國內法之討論，回頭探求禁止酷刑與非人道處遇之公約內涵於基本法上相互影響呼應之關聯。

第一目 人性尊嚴於公約上之意義

公約中亦無人性尊嚴之明文規範，然公約第 3 條應與基本法第 1 條相同，均係為保障人性尊嚴而存在，實際上歐洲人權法院亦朝著人性尊嚴保障為發展¹¹⁴，即使歐洲人權法院優先從虐待的客觀程度及遺留之傷害結果為酷刑之審查，然酷刑往往也造成了被害人之意志及尊嚴受到侵害，而特別是從歐洲人權法院對侮辱性待遇的審查，除對情況之客觀評價外，其往往更強調了被害人有無受羞辱或貶抑之感覺，此更能凸顯出公約維護人性尊嚴之目的。

人性尊嚴作為基本權利之核心，其規範於基本法第 1 條，效力放射至以下基本法所明文規範之基本權利。反觀，公約第 3 條係自主性解釋而不須特別考慮其他公約權利之內涵。然近年來，歐洲人權法院明顯地轉變了方向，不僅於侮辱性

¹¹² Vgl. Meyer, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 62.

¹¹³ 請參閱 Satzger 著，王士帆譯，註 16 書，頁 301-302。

¹¹⁴ 歐洲人權法院實際上用語上常運用人之尊嚴等語為審酌，請參閱本文第三章第二節第二項第二款國家保護義務以下。

待遇調查上，如以變性者身分與機關往來等涉及公約第 8 條私人生活保障之案例，於公約第 8 條之審查上，歐洲人權法院有時亦擷取人性尊嚴之保障範疇為考量依據¹¹⁵。

第二目 侮辱性待遇亦構成人性尊嚴之侵害

關於酷刑、非人道處遇及侮辱性處遇是否構成人性尊嚴之侵害，於基本法未明文之情形下，不失審視之必要。關於酷刑，歐洲人權法院常援引聯合國禁止酷刑公約第 1 條第 1 項之定義：「為向其或第三者取得情報或供述，或為其或第三人所涉嫌之行為而加以處罰，或為恐嚇或威脅其或第三者，或為基於任何一種歧視理由，蓄意使人於肉體或精神上遭受劇烈疼痛或痛苦的任何行為。」而非人道處遇乃個人被故意施以引起恐懼及自我貶抑感覺之嚴重身體及心理痛苦，侮辱性處遇則係著重於對被害人產生羞辱感。

如依前述客體公式為判斷，即使於基本法中沒有明文禁止酷刑，此依基本法也是不被容許的¹¹⁶。而相較酷刑，較為輕微之非人道處遇及侮辱性處遇是否同為禁止，學者認為若公約與人性尊嚴保障範圍具一致性（Kongruenz），此即受基本法第 1 條第 1 項人性尊嚴保障原則所禁止¹¹⁷。而依前一目觀察歐洲人權法院對人性尊嚴之審酌，公約已將人性尊嚴納進保障，是以即使是最為輕微之侮辱性待遇應亦構成了對人性尊嚴之侵害。

第三目 最低嚴重程度

承第二節所述，公約第 3 條具絕對性，不論何時均不得正當化其違反，而基本法第 1 條所保障之人性尊嚴從個人作為主體中亦導出其不可侵犯性，對此德國無論實務或學說均反對人性尊嚴之無限上綱，是以此應與公約第 3 條相同應有最低嚴重程度之門檻，較為妥適¹¹⁸。

對此，表現於身體不受傷害權上，即起初排除輕微干預身體之手段進入審查。

¹¹⁵ Vgl. Dörr/Grote/Marauhn, a.a.O.(Fn. 7), Rn. 8, 92.

¹¹⁶ Vgl. Dörr/Grote/Marauhn, a.a.O.(Fn. 7), Rn. 5.較細緻的推論請參閱李佳叡，註 23 論文，頁 186-187。

¹¹⁷ Vgl. Dörr/Grote/Marauhn, a.a.O.(Fn. 7), Rn. 5.

¹¹⁸ Vgl. Dörr/Grote/Marauhn, a.a.O.(Fn. 7), Rn. 11f.

從質之面向觀察，依照締約國一般標準，如監禁或逮捕尚為公約可容許，然若產生明顯重大侵害，亦不能容許對人性尊嚴之侵犯，換言之，國家違反比例原則之武力使用方違反了公約第 3 條，學者直言並非任何針對人民合於國家秩序的強制力執行都侵害了人性尊嚴，否則國家將完全喪失行為能力¹¹⁹。此與前述修正客體公式中一定強度之要求說法不謀而合。

第四款 小結

本文嘗試從基本法所保障之人性尊嚴及身體不受傷害權其中之內涵與定位為爬梳。人性尊嚴作為基本權利之核心，其不容侵犯，一旦干預即為侵犯，如以客體公式為侵害判斷，易流於浮濫認定，因此德國實務與學說亦尋求限縮其干預。身體不容傷害權之保障範圍包含了肉體以及精神，此隨著時代變遷認定漸為廣泛，是以一般認為干預手段應排除輕微且可忍受之處分，德國實務以社會正當性為排除判準，然亦容易流於主觀且誤解檢驗層次。進一步地於干預正當性中，是否容許以同意正當化對身體之干預，於此回歸人性尊嚴內涵思考，此同意必須出於完全理解，方能認作係以自由意志為決定，然人性尊嚴不容不合目的之侵犯。

而公約第 3 條相較於基本法第 1 條，其雖未明文，然亦係對人性尊嚴之保障，歐洲人權法院於判決中時常援引人性尊嚴之概念，特別是在侮辱性待遇之檢視，近年來更延伸至其他公約脈絡為審查。出於絕對性所要求之最低嚴重程度，亦於基本法第 2 條第 2 項第 1 句之身體不可傷害權中表現，將輕微干預排除於保障範圍外。經過梳理，公約精神實於德國基本法中被落實。

第三項 德國刑事程序面向—以便宜原則為觀察

於酷刑與非人道待遇禁止之誡命上，與人性尊嚴為結合，於內國法化下，國家自須遵守歐洲人權法院從該誡命所衍生之有效追訴義務。此包含了對酷刑之充分調查、行為人犯行結果、證據使用禁止與賠償等保障措施。

從本節第一項所提及之 Stuttgart21 驅離案件中觀察，關於施用水砲鎮壓部分，

¹¹⁹ Vgl. Augsberg, Grundfälle zu Art. 2 II 1 GG, JuS 2011, 131f..

所涉 12 名員警，僅三名被定罪，最終對於兩名指揮員警，普通法院係依德國刑事訴訟法（下稱德國刑訴法）第 153a 條停止程序並命被告繳交 3000 歐元，此舉當時引起當地一陣譁然。實際上相較於起訴，現今德國實務於刑事程序上更多運用便宜原則（Opportunitätsprinzip），即檢察官或法院對程序繼續與否具裁量空間，如欠缺訴訟要件而應為不起訴處分或不受理判決之情則非屬之。此趨向其來有自，是以沿該前導案例脈絡順流，本文嘗試從便宜原則為切入，觀察德國檢察官與法院停止程序之適用，思考此是否符合歐洲人權法院有效追訴義務之要求。

又若檢察官自始即未開啟偵查，以被害人作為控訴主體之自訴程序則顯其價值，此實亦隱含了便宜原則之考量，是以本文亦嘗試觀察德國自訴程序開啟之要件與限制，以及自訴程序案件進入法院後，當自訴人欠缺如檢察官般調查事實之權限，法院如何踐行其澄清義務？此涉及前述有效追訴義務之充足調查，從前述整理可知，歐洲人權法院已一致認為調查應為徹底、迅速且獨立。而由於集會人多紛雜，於相關案件中亦多係因認被訴國未盡調查義務而被歐洲人權法院判決違反公約第 3 條，調查義務至為關鍵，是以本文於此再以德國之法院澄清義務為切入觀察，以求具體化公約內涵。

第一款 從法定走向便宜原則

從犯罪學觀點，可分為消極便宜原則及積極便宜原則，前者係原則上所有犯罪均應依法定原則為追訴，所有犯罪人均應受罰，除非犯罪特別輕微；後者則係犯罪情節如無重大至國家訴追之必要，檢察官即無職權追訴之利益¹²⁰。

便宜原則於德國刑事程序之揭示規範首見於 1924 年威瑪共和時期，時任帝國司法部長 Emminger 針對當時檢察署及法院所承受之超額負擔，已致大量案件無法於合理期間內依法起訴審判之問題，以緊急命令為改革，制定德國刑訴法第

¹²⁰ 此實追溯至 18 世紀末啟蒙時代背景下興起的古典犯罪學派思想，強調應由法律規定懲罰，係從人治走向法治，然常忽略了個人差異及執行困難，是以對此後續於 19 世紀初構成新古典學派，予法官部分裁量權，並將責任能力等納入考量。詳可參閱許春金，《犯罪學》，5 版，2007 年，頁 185-202。

153 條，首次規定法院停止程序之措施，並限制於輕微且與公益無關之案件¹²¹。學者認為此為最早之「真正」便宜條款，而最早之「不真正」便宜條款則應係自訴程序，德國刑訴法第 376 條規定檢察官於自訴罪名案件中僅能於公益存在之前提下提起公訴¹²²。

消極便宜原則直至 1970 年代仍係德國刑事程序理論與實務之主流，係以法定強制追訴作為重要原則，而大都無法接受傳統英美法之模式。然德國刑訴法第 153a 條於 1975 年制定生效後，德國刑事程序事實上大幅接近積極便宜原則¹²³。此種對行為人實施非正式制裁以替代正式有罪判決與處罰之想法，對刑事追訴機關而言，不僅可省去費時之主審程序，亦可給予作為犯罪嫌疑人之被告一較迅速之處罰；對被告而言，此不會被列入前科紀錄，亦具一定實質確定力。然而這樣的兩邊利益，事實上不免產生國家刑罰權協商之空間。

第二款 檢察官與法院之停止程序

經告訴或告發，如存在足夠事實依據（*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*）而認有犯罪嫌疑，國家即應依職權開啟偵查程序。檢察官於偵查程序中實施調查，偵查程序終結不是提起公訴，即係停止程序¹²⁴。

第一目 檢察官法定起訴原則（§170 StPO）

依德國刑訴法第 152 條第 2 項¹²⁵，除法律另有規定外，當存在足夠事實根據，且所涉及之犯罪係可追訴的，檢察官即有義務偵查所有犯罪。是以依德國刑訴法第 160 條第 1 項¹²⁶，檢察官因告發或其他途徑知有犯罪嫌疑者，必須調查事實，以決定是否提起公訴，如依偵查結果有足夠理由提起公訴者，依德國刑訴

¹²¹ 請參閱王皇玉，〈刑事追訴理念的轉變與緩起訴－從德國刑事追訴制度之變遷談起〉，《月旦法學雜誌》，119 期，2005 年 4 月，頁 59。

¹²² 請參閱 Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，《德國刑事追訴與制裁》，2008 年，頁 160。

¹²³ 請參閱 Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，前註書，頁 166-167。

¹²⁴ Vgl. Beulke, StPO, 12. Aufl., 2012, §16 Rn. 333ff.

¹²⁵ §152 StPO Anklagebehörde; Legalitätsgrundsatz

(2) Sie ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern **zureichende tatsächliche Anhaltspunkte** vorliegen.

¹²⁶ §160 StPO Pflicht zur Sachverhaltsaufklärung

(1) Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschliebung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen.

法第 170 條¹²⁷第 1 項，檢察官應向管轄法院提起起訴書以提起公訴。

然德國刑訴法第 170 條第 2 項第 1 句規定：「於其他情形，檢察官應停止程序」。結合前項，於此之其他情形（Andernfalls）係指於竭盡調查可能性後，仍無提起公訴之足夠理由（genügender Anlass），而關於此足夠理由，一般認為此與法院於中間程序¹²⁸所持之足夠犯罪嫌疑標準（hinreichender Verdacht）相同¹²⁹。

一般認為只要欠缺可罰性或可追訴性之其中一個單獨要素，如欠缺犯罪構成要件、違法性、罪責或客觀處罰條件；或事實面根本不存在犯罪行為或嫌疑人顯然與犯罪無關；或程序面上欠缺訴訟條件或事後訴訟障礙等，即須中斷之後之程序。有學者認為上開見解係將重大且可預見難以克服之證據難題納進停止程序之事由中，然實際上檢察官面臨須迅速終結之龐大壓力，可能形成一開始半不自覺而終究有意識地提前排除之傾向，因而認此項毋寧亦為隱藏於法定原則下便宜原則之展現¹³⁰。

第二目 出於便宜原則下之停止程序（Einstellung）¹³¹

被檢察官與法院所承認之停止可能性依據不同準則而予以體系化，特別是基於法定起訴原則與便宜原則考量下之停止程序，後者再區分為無負擔措施與附負擔措施之停止程序¹³²。基於便宜原則之考慮，如輕微刑罰行為（§§153, 153a StPO）或其他刑罰行為之優勢（§§154, 154a StPO）或其他特別考慮如國家利益般使刑事追訴為退讓（§§153c, 154b, 154c StPO）等原因，允許停止程序。

¹²⁷ §170 StPO Entscheidung über eine Anklageerhebung

(1) Bieten die Ermittlungen genügenden Anlaß zur Erhebung der öffentlichen Klage, so erhebt die Staatsanwaltschaft sie durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem zuständigen Gericht.

(2) **Andernfalls** stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren ein. Hiervon setzt sie den Beschuldigten in Kenntnis, wenn er als solcher vernommen worden ist oder ein Haftbefehl gegen ihn erlassen war; dasselbe gilt, wenn er um einen Bescheid gebeten hat oder wenn ein besonderes Interesse an der Bekanntgabe ersichtlich ist.

¹²⁸ 德國中間程序類似我國起訴審查制，關於其制度與運作，可參閱林鈺雄，〈論中間程序德國起訴審查制的目的、運作及立法論〉，《月旦法學雜誌》，88 期，2002 年 9 月，頁 69-84。

¹²⁹ Vgl. Beulke, a.a.O.(Fn. 124), §16 Rn. 333.

¹³⁰ 請參閱 Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，註 122 書，頁 157-159。

¹³¹ 詳可參閱張麗卿，〈起訴便宜原則的比較研究〉，收錄於：氏著，《刑事訴訟制度與刑事證據》，2003 年，頁 91 以下。

¹³² Vgl. Beulke, a.a.O.(Fn. 124), §16 Rn. 333.



一、微罪且無公共利益 (§153 StPO)

此條依起訴與否區分為兩種情況：

(一) 檢察官所為之停止程序 (§153 I StPO¹³³)

依該項規定，如所涉輕罪，行為人罪責輕微，且無追訴之公共利益，經法院同意，檢察官得以停止程序。

本條所涉之輕罪 (Vergehen¹³⁴)，即係德國刑法第 12 條第 2 項所規定之罪。於此前提下，方視行為人罪責是否輕微 (gering)，此罪責不須被證明，而是追訴機關被授予不為進一步調查之權利。因此關於嫌疑程度，必須達到判決之純粹蓋然性 (die bloße Wahrscheinlichkeit der Verurteilung)。若從偵查迄今尚未駁斥初始嫌疑，則應依德國刑訴法第 170 條第 2 項為停止程序。此處之輕微係相較於同類型輕罪明顯罪責輕微，罪責程度之確定則是依德國刑法第 46 條第 2 項第 2 句¹³⁵之準則為考量。

而所謂公共的追訴利益必須從一開始即欠缺，於此盡可能地將重點放在刑罰目的 (Strafzwecke)，檢察官必須考慮的是，基於特別或一般預防理由或是為了罪責衡平，對於程序繼續是否必要，於此相對而言檢察官被給予較廣泛的評斷空間¹³⁶。

檢察官若欲以本項停止程序，原則上須獲法院同意 (Zustimmung des

¹³³ §153 StPO Absehen von der Verfolgung bei **Geringfügigkeit**

(1) Hat das Verfahren ein **Vergehen** zum Gegenstand, so kann die **Staatsanwaltschaft** mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts von der Verfolgung absehen, wenn die **Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse** an der Verfolgung besteht. Der Zustimmung des Gerichtes bedarf es nicht bei einem Vergehen, das nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und bei dem die durch die Tat verursachten Folgen gering sind.

¹³⁴ §12 StGB Verbrechen und Vergehen

(1) Verbrechen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind.

(2) Vergehen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder die mit Geldstrafe bedroht sind.

德國刑法第 12 條－重罪與輕罪：

「I. 重罪係指最低法定刑為一年或一年以上有期徒刑之違法行為。

II. 輕罪係指最高法定刑為一年以下有期徒刑或科罰金之違法行為。」

¹³⁵ 德國刑法第 46 條係關於量刑因素之規定，其中第二項第二句中所規定之量刑因素如行為人之動機與目的、違反行為之嚴重程度、行為人過往個人與財務狀況及其於犯罪後有無努力修復等。

¹³⁶ Vgl. Beulke, a.a.O.(Fn. 124), Rn. 334; Schnabl/Vordermayer, in:SSW-StPO, §153 Rn. 10.

Gerichts)。然若輕罪涉及的是非屬刑法中加重刑罰之規定且其行為所造成之結果亦為輕微，依該項第 2 句規定，可不經法院同意為之。以上均不以經被告同意為必要。而此停止程序之決定並無確定力（nicht in Rechtskraft），因未耗費刑事訴訟層級，是以任何時候程序均得再為開啟，此程序之續行自亦無新證據方法及犯罪事實之適用可能¹³⁷。

若係涉自訴程序規定之罪名，不適用該項規定，因檢察官係先依德國刑訴法第 376 條肯定此具公共利益時，方獲得公訴程序之支配權。如認無公共利益，檢察官應依德國刑訴法第 170 條第 2 項停止程序，並排除為自訴程序之被害人提起公訴。相較此，具追訴公共利益時，自訴程序可適用德國刑訴法第 153a 條。

（二）法院所為之停止程序（§153 II StPO¹³⁸）

若提起訴訟後，法院即為程序支配者，於符合前項要件下，除檢察官所支配之程序部分，法院得於任何時候停止程序。原則上應獲得檢察官與被告之同意。

而法院應以裁定為之，對此裁定不論檢察官或被告均不得抗告。然若訴訟要件欠缺其一，例如犯罪行為涉及重罪（Verbrechen），或被告特別是檢察官未同意之情形，依德國刑訴法第 304 條得為抗告。

不同於前項，此項之裁定係具確定力，然受限制，其限制之範圍爭議甚大。較一致之見解係認為若事後始發現重罪存在，新程序可能再為開啟，不論係依新事實或僅依其他法律評價，於此均得提起。另有學說係認為有新事實或新證據方法即可提起¹³⁹。不論如何，欲撤銷法院之停止程序裁定，必須於新程序中提出更進一步地追訴

於自訴程序中，法院應優先適用德國刑訴法第 383 條第 2 項停止程序，據此

¹³⁷ Vgl. Beulke, a.a.O.(Fn. 124), Rn. 334; Schnabl/Vordermayer, in:SSW-StPO, §153 Rn. 26.

¹³⁸ §153 II StPO

(2) Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht in jeder Lage des Verfahrens unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren einstellen. Der Zustimmung des Angeschuldigten bedarf es nicht, wenn die Hauptverhandlung aus den in § 205 angeführten Gründen nicht durchgeführt werden kann oder in den Fällen des § 231 Abs. 2 und der §§ 232 und 233 in seiner Abwesenheit durchgeführt wird. Die Entscheidung ergeht durch Beschluß. Der Beschluß ist nicht anfechtbar.

¹³⁹ Vgl. Schnabl/Vordermayer, in:SSW-StPO, §153 Rn. 27.

法院不需得自訴人或被告同意。

二、非重罪且具公共利益 (§153a StPO)

德國刑訴法第 153a 條不同於前條之處即在於追訴公共利益 (öffentliche Interesse an der Strafverfolgung) 之有無。此條係起初具公共利益，然透過相對履行負擔而被抵償，類似於我國之緩起訴處分，此於德國實務上扮演相當重要的角色。此條亦依程序進行分為兩種情況：

(一) 檢察官所為之停止程序 (§153a I StPO¹⁴⁰)

同德國刑訴法第 153 條，亦以涉及輕罪為前提。然於此關於罪責之嚴重度，並不限於輕微或中度，甚至高額損害之經濟刑法案件亦可適用。而對此之判別須以澄清狀態為前提，此係於起訴時須滿足「足夠嫌疑」之要求，因此尚未釐清的案件不應適用，自不能要求其為對價之追訴利益¹⁴¹。

而對於被告所為之處分或指令必須足以消除刑事追訴之公共利益。例如要求履行一定給付以修復犯罪行為所造成之損害 (Nr. 1) 或交付國庫款項 (Nr. 2) 等。

¹⁴⁰ §153a I StPO

(1) Mit Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichts und des Beschuldigten kann die Staatsanwaltschaft bei einem Vergehen vorläufig von der Erhebung der öffentlichen Klage absehen und zugleich dem Beschuldigten Auflagen und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht. Als Auflagen oder Weisungen kommen insbesondere in Betracht,

1. zur Wiedergutmachung des durch die Tat verursachten Schadens eine bestimmte Leistung zu erbringen,
2. einen Geldbetrag zugunsten einer gemeinnützigen Einrichtung oder der Staatskasse zu zahlen,
3. sonst gemeinnützige Leistungen zu erbringen,
4. Unterhaltspflichten in einer bestimmten Höhe nachzukommen,
5. sich ernsthaft zu bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen (Täter-Opfer-Ausgleich) und dabei seine Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wieder gut zu machen oder deren Wiedergutmachung zu erstreben,
6. an einem sozialen Trainingskurs teilzunehmen oder
7. an einem Aufbauseminar nach § 2b Abs. 2 Satz 2 oder an einem Fahreignungsseminar nach § 4a des Straßenverkehrsgesetzes teilzunehmen.

Zur Erfüllung der Auflagen und Weisungen setzt die Staatsanwaltschaft dem Beschuldigten eine Frist, die in den Fällen des Satzes 2 Nummer 1 bis 3, 5 und 7 höchstens sechs Monate, in den Fällen des Satzes 2 Nummer 4 und 6 höchstens ein Jahr beträgt. Die Staatsanwaltschaft kann Auflagen und Weisungen nachträglich aufheben und die Frist einmal für die Dauer von drei Monaten verlängern; mit Zustimmung des Beschuldigten kann sie auch Auflagen und Weisungen nachträglich auferlegen und ändern. Erfüllt der Beschuldigte die Auflagen und Weisungen, so kann die Tat nicht mehr als Vergehen verfolgt werden. Erfüllt der Beschuldigte die Auflagen und Weisungen nicht, so werden Leistungen, die er zu ihrer Erfüllung erbracht hat, nicht erstattet. § 153 Abs. 1 Satz 2 gilt in den Fällen des Satzes 2 Nummer 1 bis 6 entsprechend. § 246a Absatz 2 gilt entsprechend.

¹⁴¹ Vgl. Beulke, a.a.O.(Fn. 124), Rn. 337a; Schnabl/Vordermayer, in:SSW-StPO, §153a Rn. 9.

此並不限於該項所列舉之處分，檢察官或法院可自行創設(*unbenannte Auflagen*)，然並非無所限制地創設，此處分與指令必須與所提及之犯罪行為具內在關聯性，應避開欠缺特別授權規則之規定(*Rechtsgebiet*)，且最終亦必須合乎憲法要求¹⁴²。也允許一次為多款處分以達效果，於實務上格外常見利用給付款項之命令。此決定除須經法院同意外，亦須經被告同意，然於此並不代表被告認罪(*Schuldeingeständnis*)之意思。

此僅係暫時(*nur vorläufig*)停止程序，不論是透過被告或是被害人。如被告未能實現該處分或指令，程序得以繼續。反之，如被告實現該處分或指令，檢察官應明確表達最終停止程序，並進入一最終程序障礙(*Verfahrenshindernis*)，得不再作為輕罪追訴。對此，如其並非涉及輕罪而係重罪，程序得以再繼續。而已經履行的部分，於繼續程序中，不須償還予被告，而係於量刑事由為考慮。

(二) 法院所為之停止程序 (§153a II StPO¹⁴³)

本項如同德國刑訴法第 153 條第 2 項，亦係於起訴後透過原審法院為停止程序。同樣地亦須符合前項實質要件始可為之。於此法院自事實審起訴至終結前之審理程序，均得停止程序，此排除了上訴審的適用，然不排除上訴審之駁回¹⁴⁴。檢察官與被告均需同意，法院作成與處分相關之停止裁定不得抗告 (§153a III, IV StPO)。雖不須得受損害人同意，然仍應予其法定聽審權。

而經履行完畢之處分，則自動對該罪之追訴產生最終程序障礙。法院作出最終停止裁定，雖此僅為宣示性質。

三、部分追訴 (§§154, 154a StPO)

如被告涉及數罪名，法定原則要求每一罪均應踐行程序，然基於訴訟經濟

¹⁴² Vgl. Beulke, a.a.O.(Fn. 124), Rn. 337bf.

¹⁴³ §153a StPO

(2) Ist die Klage bereits erhoben, so kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren bis zum Ende der Hauptverhandlung, in der die tatsächlichen Feststellungen letztmals geprüft werden können, vorläufig einstellen und zugleich dem Angeschuldigten die in Absatz 1 Satz 1 und 2 bezeichneten Auflagen und Weisungen erteilen. Absatz 1 Satz 3 bis 6 und 8 gilt entsprechend. Die Entscheidung nach Satz 1 ergeht durch Beschluß. Der Beschluß ist nicht anfechtbar. Satz 4 gilt auch für eine Feststellung, daß gemäß Satz 1 erteilte Auflagen und Weisungen erfüllt worden sind.

¹⁴⁴ Vgl. Schnabl/Vordermayer, in:SSW-StPO, §153a Rn. 27.

(Verfahrensökonomie)，若行為人除了主要行為外，所觸犯的其他罪名較無關緊要，依德國刑訴法第 154 條及第 154a 條，檢察官或法院得不為追訴審理此部分，係又提供了背離法定原則之可能性。

若其於不同犯罪構成要件下涉及程序意義下數個獨立行為，則檢察官或起訴後之法院可依德國刑訴法第 154 條¹⁴⁵對較不顯著之刑罰為停止程序。而如係涉及程序意義上一或相同行為 (ein- und dieselbe Tat im prozessualen Sinn)，檢察官或法院得依德國刑訴法第 154a 條¹⁴⁶放棄追訴該行為中較不顯著之部分。

然不無疑問的是，受此二條排除之罪於判決上得否為加重刑責之考量？於德國此聯邦最高法院認為：「若法院依德國第 154 條及第 154a 條不多解釋地停止程序，或精確地說是限制追訴，或允許檢察官根據相應輕罪於限制範圍內起訴，被告得以信賴此被排除的部分不會對其更為不利。反之並不適用於，若被告顯然於德國刑訴法第 265 條（編按：法律見解變更）之適用下被指涉，其被程序所排除之行為發現可於量刑範疇中為考慮，且得以仰賴刑罰加重，以及若所涉行為依刑事程序被查明。¹⁴⁷」

相較於此，學者認為值得稱許的是少數見解普遍反對加重刑罰之考慮，因若

¹⁴⁵ §154 StPO

(1) Die Staatsanwaltschaft kann **von der Verfolgung einer Tat absehen**,

1. wenn die Strafe oder die Maßregel der Besserung und Sicherung, zu der die Verfolgung führen kann, neben einer Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung, die gegen den Beschuldigten wegen einer anderen Tat rechtskräftig verhängt worden ist oder die er wegen einer anderen Tat zu erwarten hat, **nicht beträchtlich** ins Gewicht fällt oder

2. darüber hinaus, wenn ein Urteil wegen dieser Tat in angemessener Frist nicht zu erwarten ist und wenn eine Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung, die gegen den Beschuldigten rechtskräftig verhängt worden ist oder die er wegen einer anderen Tat zu erwarten hat, zur Einwirkung auf den Täter und zur Verteidigung der Rechtsordnung ausreichend erscheint.

(2) Ist die öffentliche Klage bereits erhoben, so kann das Gericht **auf Antrag der Staatsanwaltschaft** das Verfahren in jeder Lage vorläufig einstellen.

¹⁴⁶ §154a StPO

(1) Fallen einzelne abtrennbare Teile einer Tat oder einzelne von mehreren Gesetzesverletzungen, die durch dieselbe Tat begangen worden sind,

1. für die zu erwartende Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung oder

2. neben einer Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung, die gegen den Beschuldigten wegen einer anderen Tat rechtskräftig verhängt worden ist oder die er wegen einer anderen Tat zu erwarten hat,

nicht beträchtlich ins Gewicht, so kann die Verfolgung auf die übrigen Teile der Tat oder die übrigen Gesetzesverletzungen beschränkt werden. § 154 Abs. 1 Nr. 2 gilt entsprechend. Die Beschränkung ist aktenkundig zu machen.

¹⁴⁷ BGHSt 30, 147, 148 zu §154a stop; BGHSt 30, 165, 166; BGH StV 2009, 117 zu §154 StPO.

國家認為不得放棄追訴特定行為或部分行為，則平等誠命也要求於此範疇內，罪責查明應越過所有程序障礙而為貫徹¹⁴⁸。

四、其他停止程序之情況

除了上述情況外，德國刑訴法尚規定了其他因某些特殊原因而得以停止程序之情況，本文僅大致介紹數種如下：

（一）免於刑罰之犯罪（§153b StPO）

對於即使經起訴與審判，法院仍將免除刑罰之犯罪，如於行為人依德國刑法第 46a 條補償被害人之案件，則經法院同意，檢察官得停止程序不為追訴（§153b I StPO）。若已起訴後，經檢察官及被告同意，法院得於開始審理前停止程序（§153b II StPO）。

（二）特定外國犯罪（§153c StPO）

原則上不追訴國外犯罪（§153c I StPO），如依德國國際刑法可罰之行為，則適用德國刑訴法第 153f 條之規定。

若行為人於國外已遭受刑罰，內國處罰相較下顯不重要，則檢察官得不再為追訴（§153c II StPO）。

（三）政治犯罪行為（§§153d, 153e StPO）

於政治上不適合開啟或繼續刑事程序之情形，制定若干免除追訴條款，以避免因對侵犯國家之犯罪、組織犯罪等之刑事追訴，造成對德國不利益之危險。

立法者亦將此部分情形交予聯邦檢察總長決定，如於冷戰時期，交換己方與敵方被捕之情報人員，此條即扮演了重要角色。

（四）外國人於德國之犯罪（§154b StPO）

如題，不為追訴，而依外國人法驅逐出境或引渡予外國政府。

（五）對強制及勒索之被害人（§154c StPO）

行為人因犯罪而成為強制或勒索罪之被害人，若考量此被脅迫揭發之犯罪行為之嚴重性，追訴並非不可避免，檢察官得以不追訴此部分。

¹⁴⁸ Vgl. Beulke, a.a.O.(Fn. 124), Rn. 340.

（六）先決問題之裁判（§154d StPO）

若於輕罪起訴，有需依民法或行政法先行評斷問題之情形時，檢察官得指定於民事或行政程序中處理先決問題之期限，如期限屆滿而無結果，檢察官得停止程序。

第四目 小結：便宜原則下之停止程序應予節制

本文針對德國刑事訴訟程序中相關停止程序之規定為整理，除出於涉外及政治原因之停止外，不論係德國刑訴法第 153 條或第 153a 條均以輕罪為適用前提，後者更需追訴之公共利益。此二條於德國刑事訴訟實務運作上甚為重要，本節第一項所提及之 Stuttgart21 驅離案中，負責此次水砲驅離之相關警察除一小部分被定罪外，大部分則經檢察官或法院依刑訴法第 153a 條停止程序。於此令本文疑惑的是，此案涉及國家過當驅離民眾集會，造成多位民眾受傷，水砲甚造成一名民眾眼睛近乎失明，依歐洲人權法院見解應至少係已構成非人道處遇，從此延伸出之程序性義務下，德國此作為是否仍符合對行為人犯行之有效追訴？

觀察上開二條規定實內含許多不確定法律概念，予檢察官及法官廣泛之裁量空間，特別是德國刑訴法第 153a 條，其中罪責嚴重度，德國實務學說認為亦包含中度犯罪，然何謂輕微或中度難免流於主觀；又雖要求須具追訴之公共利益，然此要件幾乎無標準可言，德國實務學說係認命被告履行之負擔須得以消除此公共利益，反面言之，似乎是公共利益愈大，所命之負擔即可愈大，然愈大之公共利益，似更應具起訴之必要，此不無變相地架空法定起訴原則之疑慮。

本文從便宜原則於刑事訴訟之濫觴為梳理，實務案件量龐大，便宜原則實有其必要，對於德國刑訴法第 153a 條要件，本文認同德國實務以事實必須澄清為適用前提，惟關於罪責部分雖係考慮犯罪預防目的而判斷，然此是否真能得對行為人產生嚇阻效果，避免再為發生，不無可疑。

第三款 自訴為國家追訴之例外

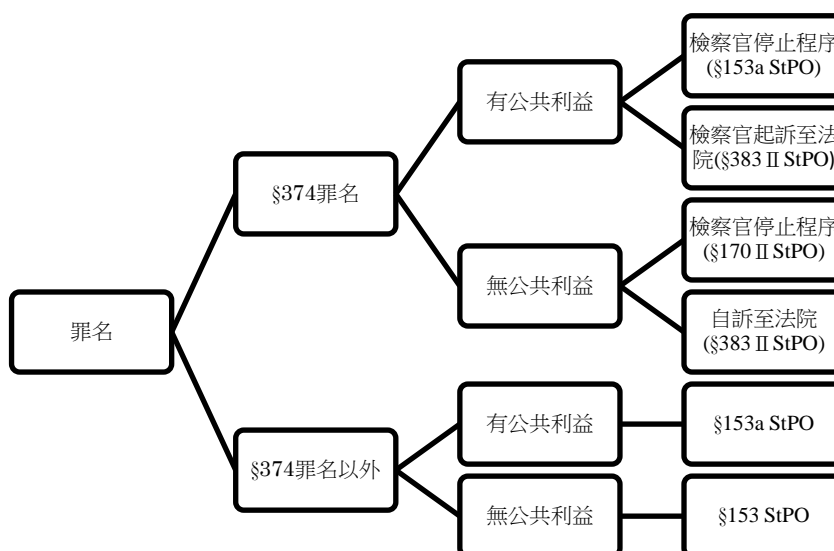
第一目 概述

以國家開啟刑事程序之方式為基準，刑事訴訟略可分為私人追訴模式與國家

追訴模式，前者又可再分為被害人追訴模式與公眾追訴模式兩類型態。現行多數法治國家之立法例係採取國家追訴模式，即原則上由國家本於職權為追訴犯罪。德國同以國家追訴模式為原則，亦同時承認以被害人為追訴主體之自訴程序（Privatklageverfahren），規定於德國刑訴法第 374 條以下。

於德國之自訴程序，僅限法律所列舉之少數輕罪被害人及得為告訴之人等得提起自訴（§374 StPO¹⁴⁹），於同一犯罪中，其均各自獨立行使其自訴權，若其中一人提起自訴，其他自訴權人不得再為自訴，僅得參與訴訟，本案任何裁判如對被告有利亦及於未提出自訴之其他自訴權人（§375 StPO¹⁵⁰）。

檢察官僅於公共利益存在時，始得提起公訴（§376 StPO）。於此自訴人之訴訟地位與檢察官相同，然不代表即排除檢察官於程序之外，檢察官得於判決確定前任一程序階段透過明確聲明承擔訴訟（§377 II StPO）。結合前款停止規定，本文整理適用法規如下圖：



¹⁴⁹ 此處採列舉規定，包含侵入住宅罪、侮辱罪、妨害書信秘密罪、傷害罪與毀損罪等，其中傷害罪僅限德國刑法第 223 條普通傷害罪及第 229 條過失傷害罪，而 Stuttgart21 案施用武力員警即係涉及過失傷害罪。

¹⁵⁰ §375 StPO

- (1) Sind wegen derselben Straftat mehrere Personen zur Privatklage berechtigt, so ist bei Ausübung dieses Rechts ein jeder von dem anderen unabhängig.
- (2) Hat jedoch einer der Berechtigten die Privatklage erhoben, so steht den übrigen nur der Beitritt zu dem eingeleiteten Verfahren, und zwar in der Lage zu, in der es sich zur Zeit der Beitrittserklärung befindet.
- (3) Jede in der Sache selbst ergangene Entscheidung äußert zugunsten des Beschuldigten ihre Wirkung auch gegenüber solchen Berechtigten, welche die Privatklage nicht erhoben haben.

而大部分自訴於提起前，被害人應先向調解機關聲請進行調解，如調解不成立或被告未出席時，法院方為受理（§380 StPO）。又自訴人提起自訴時，須繳交訴訟費用，且須對被告之辯護費用提出擔保，如被告無罪或有罪然法院認罪責輕微而駁回自訴時，以上費用均由自訴人負擔¹⁵¹。相較於我國，德國自訴程序受有許多限制。

第二目 法院之調查範圍？

實際上涉及國家對人民實施酷刑與非人道處遇之情形，等同於要求國家自我追訴，國家往往怠於為之，為防範偵查機關濫權不起訴，於此以被害人作為控訴主體之自訴程序於此顯現其重要性。而於自訴程序中，法院是否如同公訴程序般負有全面性之澄清義務？亦或加重或減輕法院之澄清義務？

一、法院澄清義務

（一）內涵

關於法院之澄清義務（Aufklärungspflicht），德國刑事訴訟制度課以事實審法院於審判程序中發現及認定事實之職責，亦即法院必須找出所有形成判斷之必要證據，負擔證明被告有罪已至無合理懷疑之程度，倘本案案情尚有合理懷疑之處，法院即應為有利被告之判決。換言之，唯有法院履行澄清義務，始能適用刑事訴訟法之自由心證原則，進而適用有疑惟利被告原則，為被告無罪判決。

德國刑訴法第 244 條第 2 項¹⁵²即作為法定調查原則，為法院澄清義務之展現。

（二）範圍

然調查如何方達徹底之要求？亦即法院審理之待證事實及證據方法，應達何種程度？應先劃出法院澄清義務之範圍界線。德國聯邦最高法院一致認為係為全

¹⁵¹ 請參閱丹尼爾·傅特等，〈日本檢察實務及德國、美國解決刑事案件負擔疏減之機制〉研討會座談紀錄，《法學叢刊》，45 卷 2 期，2000 年 4 月，頁 37-38。

¹⁵² §244 StPO

(2) Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind.

德國刑訴法第 244 條第 2 項規定：「法院為了調查事實應依職權調查所有對判決具重要性之事實與證據方法。」

面性之案情澄清義務，應涵蓋法院明知或可得而知（bekannt sind oder hätten bekannt sein müssen），須運用一定證據加以證明之情況¹⁵³。縱若法院認為基於調查至今之證據已對案情為確信，其他證據影響改變案情之可能性極小，法院亦須調查得以適用之其他證據。

（三）調查原則之範圍

法院有賴於證據調查，釐清發現案件之真實，然為訴訟經濟等考量，得限制檢方與被告雙方聲請調查證據之權利，依該證據已提出與否，分別以德國刑訴法第 244 條第 3 項至第 5 項及第 245 條為駁回依據¹⁵⁴。

若證據尚未提出於法院，法院係依德國刑訴法第 244 條第 3 項至第 5 項¹⁵⁵為駁回聲請。該條第 3 項之駁回理由係適用所有證據方法之聲請，而另該條第 4

¹⁵³ Vgl. Beulke, a.a.O.(Fn. 124), Rn. 406.

¹⁵⁴ 關於駁回事由更細部之討論，可進一步參閱甯若蓁，《被告於審判上證據調查聲請之探討-以德國刑事訴訟法為中心》，2009 年國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 87 以下。

¹⁵⁵ § 244 Beweisaufnahme; Untersuchungsgrundsatz; Ablehnung von Beweisanträgen

(3) Ein Beweisantrag ist abzulehnen, wenn die Erhebung des Beweises unzulässig ist. Im übrigen darf ein Beweisantrag nur abgelehnt werden, wenn eine Beweiserhebung wegen Offenkundigkeit überflüssig ist, wenn die Tatsache, die bewiesen werden soll, für die Entscheidung ohne Bedeutung oder schon erwiesen ist, wenn das Beweismittel völlig ungeeignet oder wenn es unerreichbar ist, wenn der Antrag zum Zweck der Prozeßverschleppung gestellt ist oder wenn eine erhebliche Behauptung, die zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden soll, so behandelt werden kann, als wäre die behauptete Tatsache wahr.

(4) Ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Sachverständigen kann, soweit nichts anderes bestimmt ist, auch abgelehnt werden, wenn das Gericht selbst die erforderliche Sachkunde besitzt. Die Anhörung eines weiteren Sachverständigen kann auch dann abgelehnt werden, wenn durch das frühere Gutachten das Gegenteil der behaupteten Tatsache bereits erwiesen ist; dies gilt nicht, wenn die Sachkunde des früheren Gutachters zweifelhaft ist, wenn sein Gutachten von unzutreffenden tatsächlichen Voraussetzungen ausgeht, wenn das Gutachten Widersprüche enthält oder wenn der neue Sachverständige über Forschungsmittel verfügt, die denen eines früheren Gutachters überlegen erscheinen.

(5) Ein Beweisantrag auf Einnahme eines Augenscheins kann abgelehnt werden, wenn der Augenschein nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich ist. Unter derselben Voraussetzung kann auch ein Beweisantrag auf Vernehmung eines Zeugen abgelehnt werden, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre.

德國刑事訴訟法第 244 條第 3 項至第 5 項規定：「

III. 如證據取得不合法，應駁回其聲請。除前句情形外，如公眾週知之待證事實，待證事實對裁判不具重要性或已被證明，證據方法不宜調查或調查困難，聲請提出係意圖拖延訴訟，對被告有利之重要主張或假定其主張事實為真者，得駁回其聲請。

IV. 除另有規定外，如法院本身具足夠專業知識，得拒絕對鑑定人之調查聲請。如經先前鑑定所主張事實相反之事實已被證明時，亦得駁回對另一鑑定人之調查聲請；但如先前鑑定人之特別知識值得懷疑，先前鑑定係出於不正確之前提事實，先前鑑定有矛盾之處，新的鑑定人具有優於鑑定人之調查方法，則不適用之。

V. 法官依其義務裁量，認勘驗對真實調查無必要，得駁回其聲請。聲請傳喚現於國外之證人，如認對真實發現並無必要，亦得駁回其聲請。」

項及第 5 項則分別針對鑑定人及勘驗聲請為補充駁回之理由。而針對該條第 3 項之聲請，規範上亦進一步依法院裁量權限之有無，區分為絕對駁回事由及相對駁回事由，該項第 1 句規定對於不合法證據調查聲請，法院應予駁回；第 2 句則規定如證據調查不具重要性或證據方法幾乎無法取得，法院得予駁回。

若證據已提出於法院，法院則應援引德國刑訴法第 245 條¹⁵⁶作為駁回依據，然立法者於此進一步為區分，依不同證據方法及不同聲請調查證據之人而有不同駁回標準，該條第 1 項係所有由法院所傳喚並到庭之證人、鑑定人等證據方法，法院均應為調查，無駁回依據適用，除被告與檢察官同意排除；第 2 項則係由被告與檢察官所聲請傳喚到庭之證人、鑑定人等，法院得依同項第 2 句及第 3 句為駁回。

二、澄清義務於自訴程序之減損？

依德國刑訴法第 384 條第 1 項準用第 244 條，自訴程序之證據調查原則上與公訴程序相同。然德國刑訴法同條第 3 項¹⁵⁷給了法官較大的裁量空間

¹⁵⁶ §245 StPO Umfang der Beweisaufnahme; präsente Beweismittel

(1) Die Beweisaufnahme ist auf **alle vom Gericht vorgeladenen und auch erschienenen** Zeugen und Sachverständigen sowie auf die sonstigen nach § 214 Abs. 4 vom Gericht oder der Staatsanwaltschaft herbeigeschafften Beweismittel zu erstrecken, es sei denn, daß die Beweiserhebung unzulässig ist. Von der Erhebung einzelner Beweise kann abgesehen werden, wenn die Staatsanwaltschaft, der Verteidiger und der Angeklagte damit einverstanden sind.

(2) Zu einer Erstreckung der Beweisaufnahme auf die **vom Angeklagten oder der Staatsanwaltschaft vorgeladenen und auch erschienenen** Zeugen und Sachverständigen sowie auf die sonstigen herbeigeschafften Beweismittel ist das Gericht nur **verpflichtet**, wenn ein Beweisantrag gestellt wird. Der Antrag **ist abzulehnen**, wenn die Beweiserhebung unzulässig ist. Im übrigen **darf** er nur abgelehnt werden, wenn die Tatsache, die bewiesen werden soll, schon erwiesen oder offenkundig ist, wenn zwischen ihr und dem Gegenstand der Urteilsfindung kein Zusammenhang besteht, wenn das Beweismittel völlig ungeeignet ist oder wenn der Antrag zum Zwecke der Prozeßverschleppung gestellt ist.

德國刑事訴訟法第 245 條規定：「

I. 除證據調查不合法者外，證據調查應包含所有由法院所傳喚並到庭之證人、鑑定人，以及其他由法官或檢察官依第 214 條第 4 項所調查之證據方法。如經檢察官、辯護人及被告同意，得排除個別證據調查。

II. 如提出證據調查聲請，則法院便有義務調查由被告或檢察官所傳喚到庭之證人、鑑定人，以及其他被調取的證據方法。如該證據調查不合法，應駁回其聲請。除前句情形外，如待證事實已經證明或為公眾所周知、該待證事實與判決事項間無關聯性、證據方法不適當或該聲請係為拖延訴訟者，亦得駁回聲請。」

¹⁵⁷ §384 StPO Weiteres Verfahren

(3) Das Gericht bestimmt unbeschadet des § 244 Abs. 2 den Umfang der Beweisaufnahme.

德國刑事訴訟法第 384 條第 3 項：「於不損害第 244 條第 2 項規定之情況下，法院得以特定證據調查範圍。」

(Ermessensspielraum)。意即法院可以不受德國刑訴法第 244 條第 3 項至第 5 項拘束為調查證據之決定。然而此再次被德國刑訴法第 244 條第 2 項的澄清義務所限縮，因此該項規定法官的裁量自由實質意義不能逾越澄清義務。調查證據聲請之限制必然延伸導出澄清義務之加重，自訴並非法院澄清義務之例外，於此既有雙方當事人，而自訴人自然沒有舉證責任（keine Beweislast）¹⁵⁸。

程序參與人也必須於自訴程序中知悉，為何法官認其聲請調查之證據係可有可無，其得以據此從事更多的程序活動。是以法院駁回之理由不得僅以「此係法官之裁量而認非必要」為泛泛論據，也不能因證據聲請遲延提出而駁回之，德國刑訴法第 246 條第 1 項於此亦適用¹⁵⁹。

法官僅於德國刑訴法第 244 條第 3 項至第 5 項之駁回事由中，得以依其累積之實務經驗為裁量駁回。雖然通說認為法官應享有更寬廣之裁量空間，不以上開駁回事由為限，而係以德國刑訴法第 244 條第 2 項之澄清義務作為其內在界限¹⁶⁰。德國刑訴法第 244 條第 3 項內在固有的證據預斷禁止原則於此不適用，是以縱使該駁回事由並非德國刑訴法第 244 條第 3 項至第 5 項所定，如該證據事實反面已被證明或新證據方法不適合，該證據聲請亦可能被駁回¹⁶¹。於此，德國刑訴法第 244 條第 2 項等於作為給予法官駁回證據聲請之依據，使其得以對事實已認足夠澄清為由駁回證據聲請。

不過於自訴人於提起上訴時，法院澄清義務受到部分限制（Verletzung der Aufklärungspflicht）。自規範主體觀之，自訴人與檢察官應不得以德國刑訴法第 338 條第 8 款（於對判決有重要意義之問題上，法院駁回辯護人聲請）之判決違背法令事由提起上訴，此係針對有辯護人之被告，此不影響檢察官，係因其本即連有利被告均應一併注意¹⁶²。

¹⁵⁸ Vgl. Hans Hilger, in: LR-StPO, Bd. 8, 26 Aufl., §384 Rn. 5.

¹⁵⁹ Vgl. Hans Hilger, in: LR-StPO, a.a.O., §384 Rn. 6; Meyer, StPO, §384 Rn. 14.

¹⁶⁰ Vgl. Hans Hilger, in: LR-StPO, a.a.O., §384 Rn. 7.

¹⁶¹ Vgl. Hans Hilger, in: LR-StPO, a.a.O., §384 Rn. 7; Meyer, StPO, §384 Rn. 14.

¹⁶² Vgl. Hans Hilger, in: LR-StPO, a.a.O., §384 Rn. 8.

第三目 小結：回歸法院澄清義務

如涉及自訴程序限制之案件類型，而無人提起自訴時，檢察官僅能於公共利益存在時提起公訴，是以對於此類案件無公共利益情況時，檢察官會停止供訴程序，指示被害人提起自訴之途徑。於德國刑事程序之學說及實務上，自訴往往不是討論重點，然此制度之於目前我國對於 324 行政院驅離案件追訴之困境卻有其討論意義存在。

德國自訴程序之自訴人即使於程序上同檢察官之地位，然學說認為其仍無須負擔舉證責任，對於案件之釐清義務僅落在法院身上，是以法院於此對案情之澄清義務相較於公訴程序必然更重，是以德國刑訴法第 384 條第 3 項許法院得決定調查證據之範圍而不受駁回事由限制。

第四款 本項小結：有效追訴義務之再確立

透過以上兩個面向觀察，不論檢察官與法院停止程序之設計或是作為國家追訴例外之自訴程序，實均涉便宜原則之運用。於停止程序上，以德國刑法第 12 條之輕罪為前提限制，並佐以罪責嚴重度及追訴公共利益為實質判斷，程序上亦須經檢察官或法院以及被告同意；另自訴程序亦僅限列舉輕罪及檢察官認無公共利益之情形為提起，應然面上可看得出係盡可能地壓低對法定原則之減損。

然於實然面上，因罪責嚴重度及公共利益之不確定法律概念，便宜原則運作空間變得甚大。本文於本節第一項所介紹之 Stuttgart21 案觀察，施用武力之警察所涉罪名為過失傷害罪，此不僅符合德國刑法第 12 條之輕罪，亦符合德國刑訴法第 374 條之提起自訴案件類型，然此是否屬於於罪責嚴重性上可認輕微，而又無追訴公共利益之情形？此承本文於本章第二節所爬梳之歐洲人權法院案例，應係已構成非人道處遇，自應非輕微罪責，且本案中多位與會民眾受傷，實亦具追訴之公共利益，德國檢方應亦肯認公共利益之存在，而於本案中不為自訴程序之指示或依德國刑訴法第 153 條第 1 項為微罪不起訴，進而起訴數名警察。

依德國學說實務認為，德國刑訴法第 153a 條須以案件釐清為適用前提，而異中有同的是，自訴程序中法院依德國刑訴法第 384 條以不影響澄清義務為前提，

可自我決定調查證據之範圍，從中可發現縱使德國於便宜原則之大量運用下，發現真實之義務仍不當然全部或部分卸去。回顧歐洲人權法院從公約第 3 條所衍生出之程序性義務，要求調查應為徹底，對此從規範面上德國係符合其要求，然對於犯行人之有效追訴結果，於此困難的是即使為過當驅離亦僅可能涉及所謂輕罪範圍，而如本案落入德國刑訴法第 153a 條之適用，似僅能端視檢察官或法院所予被告之負擔是否得以消除所謂追訴公共利益。

第四項 德國刑事實體法—行為人刑事責任

繼程序審查後，方得進入犯罪行為之實體審查。國家驅離集會並非僅係直接對人民施行驅離之基層警察所為，其係依上級長官指示而至抗爭現場進行驅離，是以此造成抗爭者受傷之行為須分別檢視下層員警及上層長官之刑事責任，此又將涉及多數行為人犯罪參與層次之檢驗。不可避免的是，實然面上具體的指示內容以及驅離手段、結果均存在太多可能性而無法盡為假設案情並逐一進行討論，本節第一項所提 *Suttgart21* 案所涉員警之行為即為多樣，使用催淚瓦斯對準人臉噴灑、施用警棍毆打與會民眾或開啟水砲射傷民眾雙眼等，於水砲施用上，法院不僅認下層實施員警成立過失傷害罪，亦認警察總長成立該罪，其論理意義不無可究。本文於此嘗試先以上下層警員行為之犯罪結構為出發，復分別檢視其論罪，最終回顧本案。

第一款 多數行為人之犯罪參與

本文以下先簡介犯罪參與之論罪結構，復針對正犯類型中之間接正犯為觀察，並從組織犯罪之特別情況下，梳理德國學說與實務脈絡。

第一目 犯罪支配理論作為現今主流

兩人以上的行為人參與犯罪，其於犯罪行為中參與角色及份量均不相同，如何評價其行為成為問題。德國學說上有主張參與者應區分正犯與共犯，其中提出

緊縮的正犯概念（restriktiver Täterbegriff）及擴張的正犯概念（extensiver Täterbegriff），前者係將正犯侷限於實現不法構成要件之行為人；後者係認所有惹起構成要件該當結果之人均為正犯。亦有主張無區分正共犯之必要，採單一正犯概念（Einheitstäterschaft），即對於不法構成要件實現具有因果貢獻者均為正犯。然單一正犯概念未能於法定刑上未能區隔實行者與教唆幫助者，亦未能將身分犯之有無差異納入考量，而擴張之正犯概念亦係已超過不法構成要件所掌握之範疇，是以多數採緊縮正犯概念，並將擴張處罰之教唆與幫助犯與構成刑罰基礎之正犯為連結，而採取共犯從屬性¹⁶³。

繼此，下一問題是正共犯該如何區分，德國刑法學界早期提出客觀理論與主觀理論。客觀理論係觀察構成要件該當行為之實行，此與緊縮正犯概念結合，尚分形式客觀說（Die formell-objektive Theorie）及實質客觀說（Die materiell-objektive Theorie），前者係純然以不法構成要件之法定描述文義為界定；後者係主張以行為危險性及行為與結果於客觀上因果關係的方式與程度為區分。而採擴張正犯概念者，僅就行為與結果間之因果關係客觀觀察，正共犯均同，是以僅能以行為人之主觀意思為界定。

後期學者綜合客觀與主觀理論，提出犯罪支配理論（Die Tatherrschaftslehren），此說認為對整個犯罪過程具有操縱性犯罪支配地位之人即為正犯，相對之，共犯僅擔任誘發或促成犯罪發生之工作，對於犯罪過程取決於他人之意思決定。此說日漸發展成為現今德國通說¹⁶⁴。

第二目 正犯類型

一、犯罪支配理論下之正犯類型

犯罪支配理論之犯罪支配概念於不限定行為主體之一般犯不法構成要件中，

¹⁶³ 請參閱林山田，《刑法通論下冊》，10版，2008年，頁31以下。

¹⁶⁴ 請參閱林山田，前註書，頁41以下；林鈺雄，《新刑法總則》，2版，2009年，頁410以下。

依正犯類型之不同，可分為行為支配、意思支配與功能支配等三種類型。

行為人單獨一人實現全部不法構成要件而成立之單獨正犯，及行為人以自己行為直接實現不法構成要件而成立之直接正犯，於犯罪支配上均屬於行為支配（*Handlungsherrschaft*）。如數人各自獨立成立同一犯罪，破壞同一法益而成立之平行正犯（*Nebentäterschaft*），此雖係共同引致構成要件該當結果之發生，然彼此間對共同作用無認識且無意欲，本質上仍屬於單獨正犯或直接正犯。

行為人利用他人充當犯罪之行為工具，操縱支配被利用人之意思決定與活動，達到與親自實行構成要件該當行為等價之犯罪支配情狀，為間接正犯，於犯罪支配上屬於意思支配（*Willensherrschaft*）。相對此，教唆犯情況中，被教唆人仍有相當程度之自我決定自由，教唆人尚未達意思支配之程度，而僅成立教唆犯。

多數人出於共同犯罪之意思，彼此分工共同實現構成要件該當結果，為共同正犯，於犯罪支配上屬於功能分配（*funktionelle Tatherrschaft*）。縱行為人於客觀形式上並無參與構成要件該當行為之實行，然於共同犯罪中經由符合犯罪目的之角色分配，對於犯罪完成有所貢獻，係屬不可或缺之部分工作分配，如計畫或監督犯罪實行、於犯罪現場負責把風或接應下手實施之人迅速逃離現場等均屬之。

學說上認正共犯理論屬於構成要件論之一部，是以不法構成要件之限制亦會影響犯罪支配說之適用，一般認為純正特別犯、親手犯（己手犯）以及義務犯均會影響。義務犯係惟有違背不法構成要件明定之特別義務始能成立之犯罪，正犯與否繫於有無特別義務之違反，即縱無犯罪支配，若違反特別義務仍成立正犯。

二、間接正犯

間接正犯（*Mittelbare Täterschaft*）係行為人利用他人作為犯罪行為工具而為己實現不法構成要件，其使用係人之工具，而非機械性工具。於整個犯罪過程中，行為人居於幕後，確實支配被利用人之意思決定及活動，行為人對於整個犯罪過程具有優越性認知之意思支配，如同直接親自實行犯罪，評價上仍屬正犯。

間接正犯行為人係出於濫用對他人之強烈影響力，或利用他人無罪責行為，

或利用他人不知、無知或錯誤，以達其犯罪目的。一般將此分為以下六種類型：有利用他人不具構成要件該當性之行為、利用他人無故意之行為、利用他人合法行為、利用無責任能力人之行為、利用他人禁止錯誤之行為及利用他人被強制之行為¹⁶⁵。

利用人本身須實現所有構成要件要素，且對作為工具之他人具備意思支配，始能成立間接正犯，是以純正特別犯、親手犯及過失犯因其犯罪特質而不能成立間接正犯¹⁶⁶。

第三目 組織犯罪之解套

上述於典型間接正犯利用行為中，被利用人均不具備任何故意犯罪之可罰性，然於特殊情況下，被利用人之行為可能已具備故意犯之構成要件要素，不純粹作為行為人之犯罪工具，學說上認為成立一種特別利用關係之間接正犯，即所謂的正犯後正犯（Täter hinter dem Täter）。對此有別於以往基於強制或錯誤支配之間接正犯，是否承認此作為間接正犯之獨立類型，容有爭議，以下分就德國學說及實務為簡單說明：

一、德國學說

（一）否定見解

學者 Jescheck 認為僅實施者本身係屬單純執行工具之情況下，始有成立間接正犯之可能性，如其本身屬於完全可罰之狀態，則指示者與實施者間即應形成共同正犯之關係。學者 Jakobs 亦認為此類型於通常情況即可依共同正犯或教唆犯

¹⁶⁵ 學說上對於間接正犯之類型有相當多討論，然筆者於此無意進行間接正犯類型化整理，故僅簡要列出。

¹⁶⁶ 有認為任何犯罪類型均可能存在間接正犯者，請參閱柯耀程，〈刑法總則專題研究系列之七：參與論（四）－間接正犯〉，《月旦法學雜誌》，166 期，2009 年 3 月，頁 202。

處理之，並無特別創設此一類型之必要¹⁶⁷。



(二) 肯定見解：Roxin 所提出之組織支配概念

關於此一類型，最早係由學者 Roxin 所提出之組織支配理論作為先驅。其認為於權力機器特殊運作模式中，執行機關有可能失敗或拒絕執行違法命令，然而因立即有其他執行機關取代失敗的執行機關執行任務，是以權力機器中下令者的整體犯罪計畫不因此受到失敗執行機關之妨礙。因權力機器採取階級式的組織結構，上級所發布之命令將繼續操控且傳遞至下級機關，因此於「計劃至執行」之「指令鏈」中，只要處於權力機器中具下令權限地位者均為正犯，無論其係主動或受其上級委託而下令。下令者透過操控權力機器之強大支配力而使結果發生，不適用於採取參與者處於水平結構之傳統共同正犯與教唆犯之歸責命題¹⁶⁸。

據此，其主張組織支配之前提要素應具：組織中之下令者具備一定下令權限、執行者具可替代性¹⁶⁹、逸脫法律運作之組織及組織特殊之犯罪準備。組織中之下令者包含最高層級首領和於任何階級範圍內透過自身指令權限下達犯罪命令者，若係僅透過類似管理上輔助行為協助下令者進行準備工作者，僅得論為幫助犯。具可替代性之執行者縱使執行失敗或抗命，對構成要件實現不生影響，下令者仍得支配其結果，若限於高度專業知識者方能完成執行，則無可替代，下令者僅為教唆犯。而所謂逸脫法律運作組織並不需要於每一個機器活動範圍均處於逸脫法律之狀態，只須於由其所實現之構成要件部分逸脫法律，「整體而言」逸脫即可，經濟性企業體原則上仍依據法律從事交易活動，非逸脫法律為運作，不適用組織支配概念，故企業負責人通常僅成立教唆犯。又於組織性權力機器中，組

¹⁶⁷ 請參閱黃常仁，〈正犯後正犯－間接正犯之理論發展〉，《東吳大學法律學報》，10 卷 2 期，1997 年 7 月，頁 8-10。

¹⁶⁸ 請參閱陳志輝，〈犯罪支配理論中的組織支配理論〉，發表於：《公權力壓制群眾抗爭的行為解析－以 324 行政院強制驅離事件為例》學術研討會，《台灣法學雜誌》，260 期，2014 年 11 月，頁 108-141。

¹⁶⁹ 學者 Schmidhäuser 亦承認此一類型存在，早期認為下令之國家軍事長官係放任下屬於無刑事追訴恐懼下所為之執行決定，乃利用下屬之犯罪決意而成立間接正犯，後期以實施者具可替代性作為其理論基礎。與 Roxin 理論趨為一致，請參閱黃常仁，註 167 文，頁 8。

織特殊影響力不僅使執行最終實現構成要件行為者成立其他犯罪潛在可能，整體而言亦提高了命令實現之可能性，有助於利用人建立支配¹⁷⁰。



二、德國實務發展

(一) 指標判決：東德國防委員會成員案¹⁷¹

被告為東德國家防禦委員會之成員，為防止東德市民逾越邊境逃往西德，其作出決議要求邊境士兵於必要時得射殺或使用足以致死的地雷防止逾越邊境者脫逃，若逾越成功，相關邊境士兵將受不利處分。後邊境士兵依據此命令射殺了七名企圖逾越邊境之東德人民。

本案德國聯邦最高法院認為被告共同參與作成國防委員會之決議，此決議作為邊境士兵行為之基礎，邊境士兵須為其射殺行為負完全責任，雖原則上幕前之人並未陷於錯誤或無責任能力，幕後之人欠缺犯罪支配而不成立間接正犯，然例外當幕後之人貢獻幾近自動性地導致其所企求的構成要件實現，即其經由組織結構利用了特定框架條件，於此條件下，幕後之人之犯罪貢獻引起規律流程，特別在於國家經濟性之組織結構及指令階級結構中，若幕後之人利用了直接執行者無條件的犯罪準備去實現構成要件，且欲將結果視為自身行為之成果，則成立間接正犯。

此判決結論上獲學界多數贊同，然其論證亦引發不少質疑。除其於正犯與共犯間區分立場不明，其認為「利用了特定框架條件引起規律流程」及「執行者無條件之犯罪準備」作為間接正犯之重要依據，其綜合使用上開所述 Roxin 看法及 Schroeder 看法。又框架條件內涵過於空洞，易流於濫用。此判決更將組織支配之適用範圍擴大至合法經濟性組織，企圖藉此解決企業所有人之刑事責任問題，

¹⁷⁰ 請參閱馮聖晏，《犯罪之組織支配》，2010年政治大學法律學研究所碩士論文，頁19以下；陳志輝，註168研討會，頁108-141。。

¹⁷¹ 判決翻譯可參閱黃惠婷，〈正犯背後之正犯〉，收錄於：《刑事法學之理想與探索（第一卷）——甘添貴教授六秩祝壽論文集》，2002年，頁18；薛智仁譯，〈企業犯罪〉，收錄於：《民主人權正義——蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，2005年，頁177-181

學者認此顯然混淆支配犯與義務犯適用。



(二) 大幅擴張組織支配類型之適用範圍

自上開指標判決作成後，德國實務對涉及組織中正犯歸責問題之案件，幾乎均會檢驗是否「利用了特定框架條件引起規律流程」而成立間接正犯。發展略可分為國家型權力機器及非國家型之權力機器¹⁷²之兩種組織類型討論，因本文研究主體即在於國家對社會抗爭集會之驅離行動，故於此僅集中於國家型權力機器為說明。

關此，於「邊界指揮官案」，聯邦最高法院認為被告作為邊境團指揮官，由邊境政權體制觀察，係聽命於邊境最高軍事領導而屬於指令階級中的中介成員，被告因此利用其指令權限，引起促成構成要件實現的規律流程，即藉由其身為指揮官之優越地位，於具體情況下透過射擊行為之間接下令，促使其下屬為射擊行為，仍成立殺人罪之間接正犯。

德國聯邦最高法院於「政治局成員作為案」¹⁷³中認為政治局於東德階級體制結構中為國防委員會之上級機關，政治局成員相較於國防委員會成員應承擔更高責任。簡言之，係以組織位階高低決定負責性高低。德國聯邦最高法院進一步地於「政治局成員不作為案」¹⁷⁴中認為由前述所發展之組織支配概念於不作為犯之情形亦有適用。

三、小結

關於國家型權力機器類型，德國實務以東德國防委員會成員案為首，依據創設即利用特定框架條件引起規律流程及利用直接行為人無條件的犯罪準備兩大

¹⁷² 更詳盡案例分析，請參閱馮聖晏，註 170 論文，頁 30 以下。

¹⁷³ 該案被告作為東德統一社會黨中央委員會政治局之成員，其分別於 1985 年及 1986 年兩度參與作成政治局之決議，該決議透過指令鏈向下傳達至執行命令之邊境士兵，士兵則依據此指令射殺四名逾越邊境者。Vgl. BGHSt 45, 270 ff.

¹⁷⁴ 該案被告亦為政治局成員，其於 1986 年 4 月至 1989 年 11 月於政治局任職，其並未參與政治局於 1985 年所作成之射殺決議，僅任由該局於 1985 年所作成之決議繼續被下級執行，邊境士兵依此於被告任職期間射殺三名逾越邊境者。Vgl. BGHSt. 48, 77ff.

要素建構間接正犯。此自始即不採納 Roxin 組織支配理論之標準，係實來自於實際考量，為解決組織中領導者之歸責問題，擴張組織支配適用範圍，希冀藉此一次解決所有組織類型中正犯歸責問題。然而學者多質疑其組織框架條件之內容及何種犯罪事實得以評價為規律流程，此均過於空泛且不夠明確，對於組織類型、規模及人數等問題均未探究，將使組織支配概念限縮共同正犯或教唆及幫助犯成立空間。

第二款 國家過當驅離集會之運用

國家使用武力驅離社會抗爭民眾，驅離手段各樣，以警棍敲擊民眾頭部，或以催淚瓦斯向民眾臉部噴灑，甚或以強力水柱往民眾頭部衝擊，造成民眾輕重不一之傷害結果，此自須視具體個案情況，方得判定係成立故意亦或過失作為犯。本文於此並無意作所有情況之假設，僅以故意及過失為審查模式區分，並概略重點說明。

第一目 下層警員之刑事責任

一、故意作為犯

負責驅離抗爭民眾之基層警員為驅離而以警棍等攻擊與會者，造成傷害結果或死亡結果，該當傷害或殺人構成要件，然其得否主張阻卻違法或是阻卻責任，不無疑問。

（一）違法性：阻卻違法事由

對於公務員於執行職務時干預人民個人法益之違法性，首先必須先處理的問題是其係適用公法（警察法）抑或刑法為處罰，現行判斷標準略可分為三說，採一元判斷模式者，堅持法秩序一致性原則，各認為應專以公法或刑法決定整體違法性；採二元判斷模式者則認為對於同一公務員犯罪行為，得分別以公法或刑法

認定其於各自法領域中之違法性¹⁷⁵。基於刑法最後手段性，本文認為採二元判斷模式為妥，於此應適用刑法上阻卻違法事由為審查。

雖德國刑法並未如我國刑法第 21 條明文規定得以「合於其他法規」作為阻卻違法事由，然基於刑法最後手段性，其他法規範既以評價該行為為合法，刑法即應退居於後，自認定為合法，學說亦普遍肯認公法授權得成立阻卻違法事由。而警察自聯邦集遊法取得解散集會處分之授權，後續對與會者施以管束亦有警察法之授權，惟此仍必須遵守比例原則，若為過當自不能援引公法干預權限為阻卻違法事由。

德國刑法第 32 條¹⁷⁶所規定之正當防衛尚區分幫助防衛（Nothilfe）與自我防衛（Notwehr），警方以武器攻擊人民除為驅離集會以達到排除對公共秩序與安全造成具體危害之目的外，亦可能係受到與會人民之抵抗而為攻擊，此即涉及自我防衛之阻卻違法事由成立之可能¹⁷⁷。行為人欲主張正當防衛，其客觀上須該當防衛情狀及防衛行為要件，主觀上需具防衛意思方得成立。防衛行為以存在現在不法侵害之情狀為發動前提，於此即涉及與會者之行為是否構成不法。與會人單純靜坐是否構成所謂的不法侵害，不無疑義，承前一章所述，與會者單純靜坐依德國實務擴張強制罪構成要件之見解係對他人造成行動自由之侵害，然實務亦指出必須就集會之場所、時間、長短等加以審酌其可非難性，並不當然認定構成不法¹⁷⁸。又如與會者對警方投擲石塊或推擠警方以拒絕離開，於此防衛行為須具備必要性（Erforderlichkeit），即該手段須該當適合性及最小侵害手段性，警方攻擊與會者的確可立即達到將其驅離現場或制止其對已攻擊之終結侵害效果，惟其手段自客觀事前之角度觀察，應可選擇搬離靜坐與會者或是往非要害部位攻擊，其攻擊與會者之頭部或面部不應該當防衛行為。

¹⁷⁵ 德國目前尚無定見，各說詳細分析與批評請參閱李佳叡，註 23 論文，頁 127 以下。

¹⁷⁶ §32 StGB Notwehr

(1) Wer eine Tat begeht, die durch Notwehr geboten ist, handelt nicht rechtswidrig.

(2) Notwehr ist die Verteidigung, die erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.

¹⁷⁷ 感謝周漾沂老師於刑事法論壇評論時給予筆者思考方向之建議。

¹⁷⁸ 請參閱第二章第三節第二項第二目三。

若認警方攻擊行為不成立正當防衛，接著檢視緊急避難（Notstand）之事由方有實益，此規定於德國刑法第 34 條¹⁷⁹，其客觀上須該當危難情狀及避難行為要件，主觀上需具避難意思方得成立。危難係指基於人為侵害或非人為災害等事實情況，對具有保護需要性（Schutzbedürftigkeit）及值得保護性（Schutzwürdigkeit）之法益可能造成不利影響之狀態。靜坐之與會者阻礙行人車子前行以致行人行動自由以及社會法益受到不利影響而可能產生了現在危難情狀，警察為避此而攻擊與會者，然其出於警察身分之特別義務，不應逕選擇以攻擊作為避難手段，於法益衡量上，多數人之自由法益亦未顯高於個人之身體甚或生命法益，綜不能據此阻卻違法。

（二）有責性：阻卻罪責事由

若警察之防衛或避難行為逾越必要性，構成過當防衛或避難，不得阻卻違法，然仍得減輕其罪責。然若其主觀上具防衛或避難意思，而係自始即誤認構成防衛或危難情狀存在，則構成所謂的誤想防衛或誤想避難，學說上各有見地，德國通說採取限制法律效果之限制罪責理論，即行為人仍具不法，係至罪責層次檢視其是否具備罪責過失。

於此警察可否主張德國刑法第 35 條¹⁸⁰阻卻責任之緊急避難，該條要件有：

¹⁷⁹ §34 StGB Rechtfertigender Notstand

Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, Freiheit, Ehre, Eigentum oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Interesse das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden.

¹⁸⁰ §35 StGB Entschuldigender Notstand

(1) Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden, handelt ohne Schuld. Dies gilt nicht, soweit dem Täter nach den Umständen, namentlich weil er die Gefahr selbst verursacht hat oder weil er in einem besonderen Rechtsverhältnis stand, zugemutet werden konnte, die Gefahr hinzunehmen; jedoch kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden, wenn der Täter nicht mit Rücksicht auf ein besonderes Rechtsverhältnis die Gefahr hinzunehmen hatte.

(2) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig Umstände an, welche ihn nach Absatz 1 entschuldigen würden, so wird er nur dann bestraft, wenn er den Irrtum vermeiden konnte. Die Strafe ist nach § 49 Abs. 1 zu mildern.

行為人、其家屬或較親近之人的生命、身體、自由遭受現時危難；無其他方法可以避免危難；不具期待承受此種危難之可能性；主觀上有避難意思。有認為於組織支配手下任憑首領指揮調度下，手下欠缺其他行為可能性而處於該條之緊急避難情狀¹⁸¹，然而接受驅離指示命令之警察其縱為已避難，其仍得以其他方式如閃避與會者攻擊等，並非毫無可能性而不得據此阻卻責任。

另外須注意的是，警察因具備公務員身分，其濫用職務權力所為之驅離行為，如構成德國刑法第 240 條強制罪者，依同條第 4 項第 3 款更為加重其罪責，併予敘明。

二、過失作為犯

根據德國現行通說，過失不僅作為責任型態，而係一可罰行為之型態，於不法及責任要件均須檢驗過失要素¹⁸²，過失犯乃係根據其主觀認知且有能力為避免，違背客觀上義務行為，而該行為係造成犯罪結果所不可想像其不存在之條件。縱行為人從事社會所容許之風險行為，仍負其應履行之注意義務，針對日常風險行為，法律斟酌活動之危險方式與程度，制定各類注意規則，行為人對此所規定之各種應注意情狀，即負有注意義務。是以警察於驅離與會者時使用警械，自應注意勿傷及人致命部位，其應注意、能注意而未注意，係違反其注意義務而構成過失。

第二目 上層長官之刑事責任

基層員警之所以驅離與會抗爭民眾，實來自其上級長官所為之驅離命令而從之，上級長官對此整體犯罪過程而言具有優越支配力，縱基層員警成立完全犯罪，承前所述，上級長官仍可能成立「正犯後正犯」之間接正犯類型，又於架構嚴密且龐大之國家組織下，是否的確對於下級存在支配力，不無疑問。

¹⁸¹ 請參閱陳志輝，〈共謀共同正犯與共同正犯之參與行為一評最高法院九十二年度台上字第二八二四號判決〉，《月旦法學雜誌》，114 期，2004 年 11 月，頁 44。

¹⁸² Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 42 Aufl., 2012, Rn. 657.



一、故意作為犯

上級長官本即有意指示執行驅離之基層警察使用武力驅離與會者，對與會者之傷害結果應可預見而具傷害故意。上級長官對於基層警察（被利用人）所成立之過失傷害，其對此犯罪過程已預見亦在其掌握中，應成立過失傷害罪之間接正犯；而基層警察之驅離行為成立故意傷害罪，其是否仍對整體犯罪具優勢支配，從前述組織支配理論之脈絡檢視，上級長官自對員警具備一定下令權限，驅離集會之行為應不需特殊專業，負責執行驅離之員警亦可被替代，而此是否該當逸脫法律運作之組織要件，尚須從個別事件脈絡整體觀察，並不當然組織形式上合於法令即否定該要件。

二、過失作為犯

若上級長官雖指示基層員警驅離與會民眾，然其對驅離具體行為並未掌握，即基層員警所實施之驅離行為及犯罪結果已逾其意思範圍，其對此犯罪過程欠缺優勢支配，不論下級員警係成立故意或過失作為犯，上級長官均不成立下級員警故意或過失行為之間接正犯，而係回歸檢視其是否違反其客觀上所負之注意義務與主觀上是否對該結果具預見可能性，判斷其指示是否成立過失犯。

第三款 回顧案例代結論

本節第一項所提及 Stuttgart 21 案，雖囿於判決未公開而未能詳解法院之論理脈絡，然仍得從其案件中檢察官所起訴之事實及法院判決罪名為窺探，本案其中一名員警被控以警棍毆打民眾致其受傷，斯圖加特邦法院認其成立誤想防衛，似係認為該名員警主觀上雖為已防衛來自民眾之攻擊，然並無現在不法之防衛情狀而認定其構成誤想防衛，依德國通說，進一步地於罪責層次認定其違反其作為經驗豐富之員警所負之高度注意義務而成立過失。

另外於本案中警方使用水砲致民眾眼睛失明之部分，負責控制水砲之警員，

警隊中隊長、負責指揮驅離集會之指揮官以及警察總長，不同層級之警察均分別受到檢察官偵查並以過失傷害罪起訴。於此，先判斷下級操控水砲射擊警員違反不得攻擊致命部位之注意義務，對該傷害結果有預見可能而成立過失，對於下令使用水砲之長官－警察總長，邦法院直接以其違反注意義務認定為過失，細緻觀察應係認為其對於下級警員施用水砲攻擊民眾頭部之行為係逾越其指示之範圍而欠缺支配，不構成間接正犯，然仍有違不得攻擊致命部位之注意義務，構成過失犯。法院不逕援引正犯後正犯下組織支配概念加以擴張間接正犯，個別追訴認定上下長官警員之刑事責任，對照我國驅離集會案例，實有可鑑之處。

第五項 回顧案例代本節結論

承接第二節歐洲人權法之體系，於本節德國法面向上之討論，本文先嘗試以德國近年發生於 Stuttgart 警方過當驅離集會致與會者受傷之案件作為開場，從案例背景事實、警方之驅離行動至檢察官與法院陸續地追訴及判決，探求德國於內國過當武力驅離後之具體作為。

後本文於德國法上以基本法作為與公約之連接紐帶，從人性尊嚴之內涵與定位，觀察其作為身體不受傷害權之核心，導引出其排除輕微侵害，且不允許以出於自由意志下之同意正當化對身體為不合人性尊嚴保障目的之處分。人性尊嚴亦與公約精神息息相關，除酷刑必然構成外，非人道及侮辱性處遇亦均已構成對人性尊嚴之侵犯。

於公約精神下，內國法院應負有積極保護義務，對於涉及酷刑或非人道處遇之情事，應盡其程序性義務，即調查應徹底、迅速及獨立，且對實施酷刑之行為人亦須予相應之處罰。是以本文嘗試以刑事程序之便宜原則為觀察，整理德國刑事程序下檢察官與法院停止程序之規範，另於自訴程序下，釐清自訴人舉證責任與法院澄清義務之消長。雖規範原則上於輕罪前提下方能適用便宜原則，然於涉及酷刑非人道處遇之案件，應不能僅以訴訟經濟為由架空其程序性保障。

最末於此本文回歸第一項 Stuttgart²¹ 案為觀察，系爭案件重點並非在於追訴

抗爭者，而是在於追訴實行暴力驅離的下至執行警員，上至邦長之責任。對於執行警員之驅離行為，法院依不同手段為審查，分別認定其成立過失傷害罪。然對於大部分之員警，法院係依德國刑訴法第 153a 條停止程序，於此不免質疑是否已予行為人相當處罰，而再度與 *Gäfgen* 案同樣受歐洲人權法院認定違反公約。

德國行政法院於其判決中明確指出本案抗議行動雖違反於宮廷花園集會之禁制區規定而為非法集會，然而仍是受基本法所保障的集會，更是指出其並非本身不和平，其不和平是來自於警察水砲與催淚瓦斯的攻擊，在警察執行上特別針對水砲的使用時機與頻率，係明確採納國際人權對於和平集會自由之保障理解，在在顯示其判決人權高度，實可供我國實務借鏡。

第四節 本章結論

繼警察為解散和平集會之處分後，緊隨在後的即為驅離處分，而社會抗爭衝突下，國家往往會施用過當武力為鎮壓，而涉及酷刑與非人道處遇之違反，本章即以此主軸，同第二章自國際人權歐洲人權公約及德國法面向為探討

相較於和平集會自由，國際人權於酷刑與非人道處遇禁止面向上更多討論，聯合國除特別制定反酷刑公約外，尚為多種文件以規制締約國施用武力。而觀察歐洲人權法院對於此條之詮釋，其認為雖不禁止內國使用武力，然必須於可明確界定且無可避免之時方可為之，且絕不能過度，本條具備絕對性，不論何時均不得違反，是以人權法院於檢視是否該當酷刑與非人道處遇之型態後，尚須檢視是否達到最低嚴重程度以為衡平。並從此條延伸程序性義務，即內國應針對實施酷刑與非人道處遇之人為有效追訴，此表現於調查應為徹底及足以懲罰行為人之效果。

承接歐洲人權公約，本文進入德國法之部分，先以 *Stuttgart 21* 一案為引導，從中觀察德國如何實踐其程序性義務。而因內國基本法並無酷刑與非人道處遇禁止之相同規定，故先自規定於基本法中人性尊嚴及身體不受傷害權其內涵與定位，並觀察此與歐洲人權公約之相互關係，以作為公約進入內國之跳板。而相較於尚

未定讞之刑事罪名檢視，本文欲著重於德國刑事程序之觀照，德國於便宜原則引進刑事程序以來，法定原則似漸為式微，大部分的案件運用便宜原則為解決，僅部分重要案件為起訴。是以本文從此為發想，透過停止程序及自訴程序兩個看似不同脈絡之規範制度，切入觀察於便宜原則成為原則下，法定原則不容退讓之界線。最末回顧 *Stuttgart 21* 案，德國法院不僅起訴執勤員警，連同指揮官與警察局長等背後指揮之人均為起訴，雖稍嫌遺憾的是最終法院多以德國刑訴法第 153a 條停止程序，然整體而言仍可資我國殷鑑。

第四章 我國法制與實務之檢討反思

承接第二章和平集會自由及第三章酷刑與非人道處遇禁止之國際人權規範與解釋後，本章回到我國為觀察。



第一節 憲法與公政公約

我國於 2009 年通過兩公約施行法，其中聯合國公民與政治權利國際公約（下稱公政公約）所保障之人權規定與我國憲法有相當程度之疊合，此與我國憲法所保障之內涵以及適用關係，容有率先討論之必要。

第一項 自釋憲流變觀察基本人權在我國之開展

承前二章，對於一和平集會，國家應予以保障其和平進行之權利，倘國家以過當武力驅離與會抗爭民眾，不僅涉及集會自由之人權違反，亦涉及酷刑與非人道處遇禁止之誡命，是以以下本文仍承此脈絡，觀察我國憲法從規範至解釋，其中內涵之流動。

第一款 集會自由

我國以憲法第 14 條明文保障人民享有集會之自由，關此，迄今大法官僅分別於民國 89 年及民國 103 年做出司法院釋字第 445 號及第 718 號解釋，其中歷經 15 年，臺灣民主程度已不同以往，對集會自由之認定與解釋勢必亦須與時俱進。

第一目 憲法第 14 條

我國憲法第 14 條規定：「人民有集會及結社之自由。」係明文保障了人民的集會自由，不同於第二章所述之國際人權公約及德國基本法規定，未將限制規定於同條，而係於第 23 條規定：「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。」

對於憲法規範所保障集會自由之內涵，我國透過司法院大法官解釋為填補。關於集會自由之解釋，司法院迄今僅針對集會遊行法作出釋字第 445 號解釋、第 718 號解釋，本文以下分別整理之。

第二目 釋字第 445 號解釋

司法院釋字第 445 號解釋於民國 87 年所作成。本件聲請事實係聲請人未依集會遊行法（下稱集遊法）第 9 條於集會六日前向主管機關申請許可，仍於當日舉行室外集會遊行，主管機關命解散而不解散，故而經檢察官依集遊法第 29 條起訴，並經最高法院判處有罪判決確定。聲請人雖僅針對集遊法第 9 條聲請釋憲，然大法官受理本案認為實因室外集會許可為起，是以擴張解釋範圍，解釋標的分別為集遊法第 6 條、第 8 條、第 9 條、第 10 條、第 11 條及第 29 條。

解釋文一開始即揭示集會自由與言論自由同屬表現自由之範疇，為實施民主政治最重要之基本人權，特別是對於不易接近媒體言論之民眾格外重要¹。理由書中表示「集會自由以集體方式表達意見，為人民與政府間溝通之一種方式。人民經由此方式，主動提供意見於政府，參與國家意思之形成或影響政策之制定。」從而認為「國家為保障人民之集會自由，應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。」指出國家除消極不侵害外，更應負使集會和平進行之積極義務。

針對集會遊行法第 8 條事前許可之規定，釋字第 445 號理由書表示對於集會、遊行之限制，略有追懲制、報備制及許可制之分，並不當然採許可制即違憲，仍應審查是否符合比例原則。而室外集會必然影響他人之生活安寧與交通秩序，「國家為防止妨礙他人自由、維持社會秩序或公共利益，自得制定法律為必要之限制。其規範之內容仍應衡量表現自由與其所影響社會法益之價值，決定限制之幅度，

¹ 釋字第 445 號解釋理由書：「本於主權在民之理念，人民享有自由討論、充分表達意見之權利，方能探究事實，發見真理，並經由民主程序形成公意，制定政策或法律。因此，表現自由為實施民主政治最重要的基本人權。國家所以保障人民之此項權利，乃以尊重個人獨立存在之尊嚴及自由活動之自主權為目的。其中集會自由主要係人民以行動表現言論自由；至於講學、著作、出版自由係以言論或文字表達其意見，對於一般不易接近或使用媒體言論管道之人，集會自由係保障其公開表達意見之重要途徑。」

以適當之方法，擇其干預最小者為之。於事前審查集會、遊行之申請時，苟著重於時間、地點及方式等形式要件，以法律為明確之規定，不涉及集會、遊行之目的或內容者，則於表現自由之訴求不致有所侵害」。

集遊法第 11 條規定申請室外集會、遊行除有同條所列情形之一者外，應予許可。關此，釋字第 445 號認為如係未涉及集會遊行目的、內容之事項，係立法形成自由。而其第 1 款中關於集遊法第 4 條「主張共產主義或分裂國土」部分，因對政治言論為預先審查有違比例原則；集遊法第 6 條禁制區符合法律明確性且未違比例原則；第 10 條認此限制集會負責人等主導公意之形成，屬立法機關之職權行使範圍而未違反比例原則。第 2 款「有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者」及第 3 款「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者」違反法律明確性原則而被認定違憲，其餘第 4 款至第 6 款均認合憲。

而集遊法第 9 條則係認未考慮偶發性集會之特殊性，然釋字第 445 號並未要求立即失效，僅為亟需改進之警告。最末針對集遊法第 29 條對首謀者之刑罰規定則認係立法形成自由而合憲。

第三目 釋字第 718 號解釋

經過釋字第 445 號解釋，集遊法於民國 91 年修法僅針對被宣告違憲之集遊法第 11 條第 1 至 3 款為修改，仍保留事前許可制等限制。而於時隔 15 年後，民國 103 年司法院再次針對集會遊行之事前許可制作出釋字第 718 號解釋，以補充釋字第 445 號解釋。

一、聲請釋憲事實

此聲請略分為二部分，其一係臺北地方法院為審理李○璥教授於民國 97 年間未經許可率眾至行政院前集會，抗議海協會會長來台所生違反集遊法之案件²；而桃園地方法院審理陳○成律師於民國 96 年間未經許可率眾至慈湖陵寢停車場，舉辦「兩蔣入土為安活動」而違反集遊法之案件，負責該案審理之法官均各依其確信所適用之集遊法相關規定聲請解釋。其二政大學生林○儀為抗議學費調漲，

² 此即為野草莓運動，本章第三節第一項第一目將會較為詳細地提及該案。

未經許可聚眾至教育部前集會陳訴，違反集遊法第 29 條而被判處拘役確定，亦認判決所適用之罰則規定有違憲疑義而聲請解釋。大法官就各案先後受理後併案審理。



二、解釋文及理由書

此次於解釋理由書中，大法官首次提及集會和平性之概念，表示：「憲法第十四條規定人民有集會之自由，旨在保障人民以集體行動之方式和平表達意見，與社會各界進行溝通對話，以形成或改變公共意見，並影響、監督政策或法律之制定，係本於主權在民理念，為實施民主政治以促進思辯、尊重差異，實現憲法兼容並蓄精神之重要基本人權。」

系爭解釋認為室外集會本即會對社會秩序造成影響，且可能與相異立場者發生衝突，是以有賴於集會遊行舉辦者適時提供主管機關必要資訊，使其得以了解集會性質，予以妥善配置，以維護集會秩序且保障其進行。對此係採取許可制抑或報備制，乃立法形成自由。

然於事起倉卒非即刻舉行無法達到目的之緊急性集會，或群眾因特殊原因未經召集自發聚集，事實上無所謂發起人或負責人之偶發性集會情形下，事實上均無事前申請許可之可能，即使對於緊急性集會，依集遊法第 9 條第 1 項但書及第 12 條第 2 項，已放寬至 24 小時內申請，仍課以人民難以遵守之義務。對緊急性與偶發性集會，相較許可制，立法者仍應可採更小侵害手段，故認於此兩種情形，集遊法第 8 條、第 9 條、第 12 條相關部份違憲，並於 104 年 1 月 1 日失效。

三、正反不同意見

此號解釋正巧係於 318 學運期間作成，甫一公布即引起相當洶湧的討論浪潮，此號解釋之協同意見書與不同意見書總共即有八份，可見該號解釋於大法官會議中討論之激烈。

本號解釋不同於釋字第 445 號將集會目的設定為「與社會各界進行溝通」，有學者認為此號解釋對於人民集會自由行使對象之理解已不侷限於政府，係較為

廣義定義³；然相反見解認為將集會自由之功能限縮於與政府以外之「各界」進行溝通，將使集會遊行之功能大幅萎縮⁴。另有認為此號解釋補充釋字第 445 號係將和平作為集會自由之內在界限⁵。

關於事前許可制，不少學者對於此號解釋未能抓住這「天賜良機」以宣告違憲而深感遺憾。羅昌發大法官即於其不同意見書中認為現離釋字第 445 號已歷近 20 年之政治社會參與，民主逐漸成熟，和平集會引起社會動亂之可能性極低，且制度預設不必要門檻愈高，愈易造成對立⁶。以李震山大法官為首提出之不同意見書一開頭即直言：「本號解釋顯係採取鋸箭法，僅鋸除本質上無從事前許可的集會遊行事件，其他部分，則仍基於本院釋字第四四五號解釋認屬「立法自由形成」範圍，並未違憲。結果是將「許可制」的箭頭，仍留存在被前揭解釋稱為「實施民主政治最重要基本人權」的體內，或只能規避一時而根本病竈未除。⁷」黃茂榮大法官亦認若依比例原則之考量，宜採報備制⁸。

然蘇永欽大法官則認為於釋字 445 號作成之際，台灣憲政體制係已步入民主化，整體環境根本上並無太大變化，釋字 445 號已對許可制為相當審慎之解釋，故程序上僅為補充而非變更解釋⁹。而湯德宗大法官則認該號解釋未進一步處理釋字 445 號所區分關於集會、遊行「時間、地點及方式」限制之審查基準，殊為可惜¹⁰。

關於首謀者處以刑罰，此號解釋因認聲請釋憲者未客觀具體說明所認違憲之理由而未為受理，羅昌發大法官認為此即為聲請案件所核心適用之條文，形式上應為受理，而實質上以刑事手段，處罰單純集會而未造成危害社會秩序之行為，

³ 請參閱蔡震榮，〈簡評釋字第七一八號解釋與修法方向之探討〉，《月旦裁判時報》，29 期，2014 年 9 月，頁 56-57。相同意見請參閱蘇永欽大法官協同意見書，頁 1-4。

⁴ 請參閱羅昌發大法官部分不同意見書，頁 2-3。

⁵ 請參閱湯德宗大法官協同意見書，頁 2。

⁶ 請參閱羅昌發大法官部分不同意見書，頁 5-6。

⁷ 請參閱李震山大法官提出、葉百修大法官、陳春生大法官及陳碧玉大法官加入之部分不同意見書，頁 1。

⁸ 請參閱黃茂榮大法官協同意見書，頁 8。

⁹ 請參閱蘇永欽大法官協同意見書，頁 4 以下。相同意見請參閱蔡清遊大法官協同意見書，頁 4-5。

¹⁰ 請參閱湯德宗大法官協同意見書，頁 7 以下。

顯然過苛而有罪責不相當之處¹¹。然反對見解認此屬立法裁量範圍，司法者應予適度尊重，且舉德國聯邦集遊法同樣針對負責人課以刑罰為例，指出不能因德國採報備制而反認我國採許可制下不宜處以刑罰¹²。



第二款 酷刑與非人道待遇之禁止？

我國同德國一般無酷刑與非人道處遇之禁止誡命規範，而此可能涉及人性尊嚴與身體不受侵害權，故以下仍分此二介紹之。

第一目 身體不受侵害權

德國基本法第 2 條第 2 項揭示人享有身體不受侵害權，然我國憲法並無此規定。有學者認為身體不受傷害權屬固有權，此不須以憲法第 22 條作為保障依據，國家自有義務加以保障，或援引憲法增修條文第 10 條第 5 款配合第 7 條之平等權，推導出身體不受傷害權¹³。

而司法院釋字第 689 號解釋於解釋理由書中承認此屬於憲法第 22 條所保障之基本權利¹⁴。

第二目 人性尊嚴

人，依前述，不分國籍，凡作為理性可自決之人即應具有人性尊嚴，此應為普世價值，國家應予以尊重及保護。

關於人性尊嚴，亦未規定於我國憲法本文中，僅於憲法增修條文第 10 條第 6 項中揭示，對於婦女之人性尊嚴，國家應予以維護保障。此規範性質上屬基本國策。於此對人性尊嚴定位不免產生疑問，其係作為宣示性質之基本國策，抑或基本權利？又若認為屬後者，係納入憲法第 22 條概括權利為規範，亦或應作為獨立之基本權，不無爭議。

¹¹ 請參閱羅昌發大法官部分不同意見書，頁 13 以下。相同意見請參閱李震山大法官、葉百修大法官、陳春生大法官及陳碧玉大法官加入之部分不同意見書，頁 30 以下。

¹² 請參閱蔡清遊大法官協同意見書，頁 6-8。

¹³ 請參閱李震山，〈從憲法觀點論身體不受傷害權〉，收錄於：氏著，《人性尊嚴與人權保障》，2000 年，頁 162。

¹⁴ 釋字第 689 號解釋理由書：「免於身心傷害之身體權亦與上開闡釋之一般行為自由相同，雖非憲法明文列舉之自由權利，惟基於人性尊嚴理念，維護個人主體性及人格自由發展，亦屬憲法第二十二條所保障之基本權利。」

而自司法院釋字第 372 號解釋以「人格尊嚴」一詞具體化「不堪同居之虐待」之價值理念起，「人格尊嚴」或「人性尊嚴」即經常被援引於解釋文或解釋理由書或個別大法官協同或不同意見書之論述中¹⁵。



第二項 公政公約之內涵與制約落實

我國於 2009 年 3 月 31 日經立法院以條約案方式通過兩公約，並同時制定兩公約施行法，此一施行法於 2009 年 12 月 10 日正式實施。兩公約施行法第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」同法第 3 條亦規定：「適用兩公約規定，應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋。」這使得兩公約所保障的人權，成為我國內國法的一部分，更重要的是，我國政府，尤其是法院，在適用及解釋兩公約人權時，必須參照兩公約的規範意旨、以及兩公約委員會所作的解釋¹⁶。是以我國之人權保障必然須向其為調校。

第一款 公政公約第 21 條—和平集會自由

公政公約第 21 條針對集會自由為規定：「和平集會之權利，應予確保。除依法律之規定，且為民主社會維護國家安全或公共安寧、公共秩序、維持公共衛生或道德、或保障他人權利自由所必要者外，不得限制此種權利之行使。¹⁷」此與歐洲人權公約第 11 條甚為相似，同樣保障「和平集會」，不同處在於除前者未將集會與結社自由併於同條規定外，前者於正當化事由中僅規定「公共秩序」，而未如歐洲人權公約規定「避免失序或犯罪」。

關於本條所保障的「和平集會」內涵，Manfred Nowak 教授認為此係指參與集會者完全沒有任何的武裝，沒有手持任何的石頭、棍棒或其他攻擊性的武器，以聚眾固定或行進的方式來表達意見。此處並非指合法之集會，否則公政公約即

¹⁵ 如釋字第 490 號解釋、釋字第 550 號解釋、釋字第 567 號解釋、釋字第 603 號解釋、釋字第 656 號解釋。

¹⁶ 請參閱張文貞，〈演進中的法：一般性意見作為國際人權公約的權威解釋〉，《台灣人權學刊》，1 卷 2 期，2012 年 6 月，頁 26。See M. Nowak, CCPR Commentary, 2nd, 2005, Art. 21 CCPR p.487.

¹⁷ Art. 21 ICCPR.

The right of **peaceful assembly** shall be recognized. No restrictions may be placed on the exercise of this right other than **those imposed in conformity with the law** and which are **necessary in a democratic society** in the interests of **national security or public safety, public order** (order public), **the protection of public health or morals** or **the protection of the rights and freedoms of others**.

無太大保障意義，公政公約所保障最重要的即係指非法但和平的集會，此典型態樣包含靜坐、包圍或霸佔等和平無武裝的方式，一旦轉變成非和平集會，即不受公政公約所保障。此轉變顯然來自於武力的使用，此可能係出於該集會內部的一部分參與者或不同意見的反示威者，亦可能來自於政府。故對於和平集會者，儘管其集會係違法的，但當政府立即使用武力使得和平集會者受到挑釁而不得不反擊對抗，轉變為非和平集會時，應係政府使用武力與挑釁是違法的，而非人民和平集會的本質係非法或暴力的¹⁸。

對於和平集會自由之限制，必須為民主社會所必要，此與人權公約規定相同，於此亦必須思考手段必要性，驅離應是最後手段的使用。限制目的下之公共安寧（public safety）指的並非噪音，而係指特定人或物之安全；公共秩序（public order），一般理解包含公共交通，然而對此之解釋不應寬鬆¹⁹。必須要確立的是，根據公政公約的立法史文件，第 21 條起草時共產國家本擬使用限制集會自由的曖昧用語，然 HRC 定版的條文，明白拒卻這種執政高權「居高臨下的恩惠取向」（patronizing tendencies），可知集會是權利而非恩惠²⁰，對其限制之解釋必須非常嚴格。

第二款 公政公約第 7 條—酷刑與非人道待遇之禁止

公政公約第 7 條²¹規定：「任何人不得被施以酷刑或予以殘忍、不人道或侮辱之處遇或處罰。非經本人自願同意，尤不得對任何人作醫學或科學試驗。」除其第 7 號一般性意見書與聯合國人權委員會所為之國家報告、一般評議及國家與個人申訴判決等解釋來源外，聯合國禁止酷刑公約就禁止刑求下國家應負義務內容中設有詳盡規定，以進一步補充公政公約第 7 條，故此公約內容及其下所設之

¹⁸ 請參閱張文貞，《公民抗爭與不服從運動的法律評價》學術研討會之發言，《台灣法學雜誌》，250 期，2014 年 6 月 15 日，頁 114。

¹⁹ 張文貞，同前註文，頁 115。

²⁰ 參林鈺雄，〈集遊是權利不是恩惠〉，自由電子報，2014 年 4 月 18 日：

<http://news.ltn.com.tw/news/opinion/paper/771777>

²¹ Art. 7 ICCPR.

No one shall be subjected to **torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment**. In particular, no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation.

禁止酷刑委員會所作成之國家報告、申訴判決對於公政公約第 7 條之解釋相當重要，經常相互引用²²。

關於內國所負義務，公政公約第 7 號一般性意見書第 1 段表示：「締約國應當透過某種管制機構，保證提供有效的保障，有關機關必須有效調查人們因受虐待而提出的申訴，查明有罪的人必須承擔罪責，指稱的被害人本身應當有辦法從事有效的救濟，包括得到補償的權利。」

根據聯合國人權委員會第 20 號一般性意見書第 14 段、聯合國禁止酷刑公約第 12 條與第 13 條，國家只要發現施行酷刑之跡象，不論係接獲申訴或基於職務所知，即應命有權機關對此進行迅速且公正之調查。即使國家最終並未為公政公約第 7 條所列之不正待遇，若其未盡調查之責，仍違反第 7 條。又根據聯合國人權委員會第 20 號一般性意見書第 13 段，締約國應指出其刑法中對於酷刑與非人道處遇懲罰之規定，並具體闡明從事此類行為之政府官員或代表國家之其他人或私人一律適用之處罰規定，不論是教唆、下令、容忍或是實際從事違禁行為，凡違反者均須承擔罪責，與聯合國禁止酷刑公約第 4 條規定相似。另國家對於刑求行為應處以適當的刑罰，處罰不得過輕，須達預防刑求發生之效，使行為人不致於免責，始可謂適當。

第三款 公政公約在我國之實踐

根據兩公約施行法第 4 條²³，各級政府機關應以符合兩公約規定之方式行使其職權，避免侵害人權，且應積極促進人權實現。此各級政府機關應包含全國所有公務機關，以下以立法、行政、司法機關分別檢視：

第一目 立法機關

對於公政公約第 21 條集會自由之保障，我國亦制訂了集會遊行法，制訂該法之目的應係為保障人民得以順利和平地進行集會，然而我國集會遊行法對於集

²² See Joseph/Cartan, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, 3rd ed., 2013, p. 216.

²³ 兩公約施行法第 4 條：「各級政府機關行使其職權，應符合兩公約有關人權保障之規定，避免侵害人權，保護人民不受他人侵害，並應積極促進各項人權之實現。」

會設立了種種限制，此於後述將進一步說明，於此不另贅述。

而按上述公政公約第 7 條之要求，立法機關須制定相關法律，禁止國家機關施用酷刑，並排除因此所得之證據，處罰違反酷刑禁止之人。我國刑事訴訟法第 98 條、第 156 條明文訂有禁止不正訊問之規定，並排除了經此所得之自白。而於防止危害上，警察職權行使法第 3 條第 1 項援引比例原則作為一般性條款。在實體法上，若檢警為施加酷刑之主體，除構成我國刑法之傷害、強制等罪外，尚可能成立刑法第 125 條與第 126 條之罪而受處罰。

第二目 行政機關

按公政公約第 21 條和平集會自由保障之意旨，國家應保障人民享有和平集會之自由，是以行政機關除應採取積極措施以維持其集會為和平外，不應率先使用武力使和平集會轉變為非和平。而公政公約第 7 條所要求之積極義務，行政機關如我國特別係警察與檢察機關，除了避免施用酷刑外，如發現酷刑情事存在，更應依前述調查義務之內涵善盡調查之責，迅速並公正地調查出施行酷刑者之身分並為懲戒，以落實公政公約第 7 條之意旨。

第三目 司法機關

我國司法院大法官會議及各級法院等司法機關，前者專為憲法解釋，對於公政公約於憲法層次上之內化為關鍵性角色，有助於我國貫徹實踐公政公約原則之人權保障；後者為審判機關，須積極調查酷刑所涉之事實，排除因酷刑所得之證據，並予以施以酷刑者適當之處罰。然實際上因我國並未簽訂公政公約，僅制定兩公約施行法，於解釋適用上，不免產生公政公約於我國法律體系地位之問題。

一、憲法解釋層次之突破與創設

我國並未完成公政公約於聯合國之存放手續，是以我國尚非此公約之締約國，不受條約締約法（Convention on the Law of Treaties）所拘束，釋憲機關因此並不負有該法第 26 條所規定之善意履行條約義務。又根據兩公約施行法第 2 條，兩公約於我國僅具法律位階，憲法仍高於其，是以釋憲機關似不受其拘束，即並無引用公政公約解釋我國憲法之義務。然而並不代表大法官會議不得將公政公約導

入作為解釋憲法之依據，有學者主張得以透過憲法第 22 條作為引進國際人權規範之解釋媒介，使之產生憲法化（Konstitutionalisierungswirkung）之效果²⁴，且大法官會議並非無引用國際公約之先例。我國大法官會議於司法院釋字第 709 號解釋理由書中首次引用經濟社會文化權利國際公約所保障之人權作為解釋之準則²⁵，雖尚無引述公政公約之解釋，然自此可見我國大法官應已接受並將兩公約之地位提升至憲法層次以之補充我國憲法之不足。

就集會自由部分，我國憲法第 14 條已為明文，然透過大法官解釋所闡述建立之概念尚為不足，依前述應得將公政公約第 21 條之和平集會自由內涵與其延伸之積極義務所導入結合補充。而酷刑禁止之部分，我國憲法尚無明文，如何將此原則具體適用於我國憲法中，有學者提出兩種可能方式，一係創設不受刑求權，此須借助憲法第 22 條由此導出；另一係以酷刑禁止原則補充原有基本權利之內容，然因我國並未如德國基本法般直接設有保障人權尊嚴之規定，而現有權利保障條文之內涵似均無法承載酷刑禁止之原則，且於我國憲法第 23 條之比例原則之下，如何推導出酷刑禁止原則之絕對性亦為難題²⁶。

二、法律適用層次之順序

然因我國兩公約施行法第 2 條僅規定公政公約具有國內法律效力，而進而產生公政公約與我國法律衝突時適用順序之疑義。一般認為應以公政公約為優先，不論係以特別法優於普通法原則而將公政公約作為特別法適用，抑或參照兩公約施行法第 8 條²⁷即與兩公約相悖之法令須配合重新訂定修正之意旨，抑或憲法第

²⁴ 請參閱李震山，《多元寬容與人權保障－以憲法未列舉權之保障為中心》，2 版，2007 年，頁 62。

²⁵ 司法院釋字第 709 號解釋理由書：「都市更新為都市計畫之一環，乃用以促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益。都市更新條例即為此目的而制定，除具有使人民得享有安全、和平與尊嚴之適足居住環境之意義（經濟社會文化權利國際公約第十一條第一項規定參照）外，並作為限制財產權與居住自由之法律依據。都市更新之實施涉及政治、經濟、社會、實質環境及居民權利等因素之考量，本質上係屬國家或地方自治團體之公共事務，故縱使基於事實上需要及引入民間活力之政策考量，而以法律規定人民在一定條件下得申請自行辦理，國家或地方自治團體仍須以公權力為必要之監督及審查決定。」

²⁶ 請參閱廖福特，〈不受酷刑作為權利－以國際標準建構我國憲法規範〉，收錄於：黃舒芃主編，《憲法解釋之理論與實務（七）》，2010 年，頁 472-473。

²⁷ 兩公約施行法第 8 條：「各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符兩公約規定者，應於本法施行後兩年內，完成法令之制定、修正或廢止及行政措施之改進。」

41 條尊重條約之精神為依歸，均應肯認公政公約應較我國法律優先適用²⁸。本文認為公政公約乃國際人權保障之重要規範，人權本即不受我國憲法明文所限制，且我國大法官會議亦已有將兩公約納入適用作為釋憲依據之例，應將此提升至憲法層次，依法律優位原則，應自優於法律適用。

第三項 小結

本節先從我國憲法及相關釋字為分析，關於集會自由，繼司法院釋字第 445 號與釋字第 718 號解釋，其保障之內涵已然與國際人權解釋同步，均認人民享有和平集會自由，縱不論其保障的係人民與政府間之溝通，抑或與整體社會之相互溝通，均係建立國家對人民集會除消極不干預外，更應積極地保障其集會遊行之進行。然對於主要限制人民集會之集遊法，其中事前許可制及刑罰一直係釋憲重點，本文於下節將一一針對相關限制為分析。而關於人性尊嚴及身體不受傷害權，我國憲法雖無規範，然司法院釋字已多次援引，將身體不受傷害權定位於憲法第 22 條概括權，人性尊嚴定位同德國學說上之爭議，然其作為基本權核心係為無疑。

而於我國通過兩公約施行法後，將我國人權保障更拉至國際人權高度。其中和平集會自由部分，學者認此和平之轉變主要來自武力使用，如政府使用武力為挑釁則不能認為人民集會本質非和平。而關於酷刑與非人道待遇禁止，除規定外參酌反酷刑公約及一般性意見書等，與歐洲人權法院解釋相同，均表示內國對於實施酷刑之人應行有效追訴之義務。

我國兩公約施行法規定各級政府機關應以符合兩公約規定之方式行使其職權，其中司法方面，產生憲法與兩公約適用上之疑義，本文認為宜將兩公約提升至憲法層次，補充我國憲法內涵之不足。

²⁸ 請參閱廖福特，〈法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約〉，《台灣法學雜誌》，163 期，2010 年 11 月，頁 61 以下。

第二節 我國集會遊行法重要限制

現行我國集會遊行法（下稱集遊法）規定人民室外集會之制度採取事前許可制，除主管機關所掌握的法定許可條件具有相當彈性的詮釋空間外，尚得連結至禁制區、處所使用事前同意，包括路權使用之同意、許可後附負擔之處分等限制條款，而每項決定中均有甚大裁量空間，以許可為核心交錯多重限制，產生環環相扣的加乘效果，將從事前許可規定延伸至事後限制事項²⁹。國家往往係對非法集會施以武力驅離，則本文先論述導致我國集會成為非法之主要限制，復於第三節切入我國實際案例為觀察。

第一項 立法沿革

雖我國憲法明文保障集會自由，然自民國 38 年起政府為防止中共侵犯，確保國家安全與社會安定，依戒嚴法宣告台灣開始實行戒嚴，此自由即為此所凍結。後民國 76 年政府宣布解嚴，但戒嚴心態難除地復制定「動員戡亂時期國家安全法」及其施行細則。然而解嚴後，隨著自由與民主理念的衝擊，街頭政治的群眾運動紛紛於台灣各地興起，據估計至集遊法制定前，台灣集會遊行次數高達 2157 件，使政府應接不暇，是威權統治轉型成民主國家的混亂與陣痛期。鑑此，政府於民國 77 年 1 月 20 日公布「動員戡亂時期集會遊行法」，雖首條標榜保護人民集會遊行自由，然條文內容在在可見執政者對於集會遊行之管制心態³⁰。

後配合動員戡亂時期終止，民國 81 年 7 月 27 日為集遊法第一次修法，然修正幅度甚小，除增列若干處罰規定外，幾乎只將「動員戡亂時期」等字眼刪除。而隨著司法院釋字第 445 號解釋出爐，於民國 91 年 6 月 26 日為第二次修法，主要係針對偶發性集會之保障、禁制區之增加及配合釋字宣告違憲之部分為修正。

而於 2008 年因大陸海協會會長陳雲林來台而爆發的野草莓運動³¹，此事件

²⁹ 請參閱陳正根，〈集會遊行之許可與命令解散—評最高行政法院一百年度第三〇五〇號裁定〉，《月旦裁判時報》，15 期，2012 年 6 月，頁 100。

³⁰ 請參閱施宇軒，《現行集會遊行法之檢討—以集會自由之保障為中心》，2007 年台灣大學國家發展研究所碩士論文，頁 61。

³¹ 此係源自陳雲林來台，桃園機場大廳及各通道出口的國旗被收起；一群民眾在中山北路旁，

再次推動集遊法修法聲浪，行政院於同年 12 月通過公布集遊法修正草案（附錄一（一）），然行政院草案亦引發甚大抨擊聲浪，朝野各界均提出其他修正草案，簡要比較如下：

	行政院舊版	非官方版 ³²
事前制度	強制報備制	自願報備制
禁制區	刪除，更名為安全距離	刪除
命令解散	警告制止無效，始得命令解散	刪除
行政罰	命解散而未解散或違背報備義務等	警告制止無效，始罰之 取消下限金額
刑罰	刪除	刪除

然立法院始終未處理上開修正法案。而於司法院釋字第 718 號作成之後，關於緊急性與偶發性集會行許可制違憲部分，行政院針對前述所提草案修改後，於民國 103 年 9 月再次向立法院提出新草案 2.0（附錄一（二）），而經民國 105 年 1 月第九屆立委改選後，新國會立委於同年 3 月亦提出修正草案，幾乎將集會遊行法全部翻新，並改名為「集會遊行保障法」（附錄二）。

行政院草案 2.0 版特別針對緊急性與偶然性集會之部分為規定，規定偶然性集會無須報備（草案§4 I ㉟, II），緊急性集會報備不受集會三日前限制（草案§8 II），且此二種集會原則上不得舉辦於車道上或已有其他集會舉行之地方（草案§15 II）。

而集會遊行保障法草案除將事前許可制刪除，改採自願報備制外，亦刪除禁

警方維護的後方，手持五星旗等待歡迎陳雲林的到來，開始發生一系列警察阻礙人民表意行動之行為。對此教授李明聰決定發起在行政院前的靜坐抗議活動，並發表訴求與行動聲明，觸發上百名大學生及教授的響應。參考野草莓運動官方網站 <http://1106.ezyou.cc/da-shi-ji>。實際上陳雲林來台尚引發許多政府不當限制人民集會之情況，以下將於本章第三節第一項詳述。

³² 綜合當時許多在野意見，詳請參閱國民黨朱鳳芝等人提案，立法院議案關係文書院總第 1430 號委員提案第 8143 號；民進黨柯建銘等人提案，立法院議案關係文書院總第 1430 號委員提案第 8531 號；黃國昌，〈關於集會遊行法之修正—法律專業團體版的緣由〉，《全國律師》，2008 年 12 月，頁 67-86。法律專業團體版相較立委版本，另有進一步的主張，例如：（1）更正法律名稱為「基本人權保障法」；（2）重新界定主管機關；（3）法益權衡應積極考量集會遊行的基本人權；（4）確立執法人員應主動表明身份的義務。

制區、解散命令、刑罰以及與事前許可制相關之規定，相較先前民間所提出之草案版本，更係連同行政罰均一併刪除。該草案除將國家應積極保障集會和平進行之義務予以明文化，亦規定要求主管機關到場人員應主動出示其身分，並佩戴易辨視姓名之胸章（草案§14）。

第二項 主要限制

我國現行集遊法對集會之限制甚多，本文擷取上開行政院草案與非官方版草案關切的事前制度、禁制區、命令解散、行政罰及刑罰等重點為評析，其中如第二章第三節德國法以時間點區分為「集會開始」前與後之限制為討論，然而配合我國學說均以「事前」許可制或報備制稱之，本文於此亦以「事前與事後限制」稱之，合先敘明。

第一款 事前限制

第一目 許可制

各國對於集會遊行之規範方式大致分為追懲制與預防制，後者依其嚴格程度可分為許可制及報備制，許可制係指須經主管機關依法定許可集會遊行，採取「原則禁止，例外許可」之態度；報備制則係於集會遊行前向主管機關報告或登記即可，係採「原則許可，例外禁止」之態度。而報備制復可再細分為強制報備制與自願報備制，前者兼顧社會公益（公共安全秩序），應賦予負責人向主管機關報備之義務，若未盡則負責人應受處罰；後者較著重個人權利，認為集會自由係憲法直接賦予人民之權利，無須負擔報備義務，縱無報備亦不處罰³³。

一、現行規定及實務

我國現行集遊法第 8 條³⁴明文採取事前許可制，僅針對室外集會為規範，例

³³ 請參閱蔡震榮，〈從江陳會論民主自由與法治的界限〉，《台灣法學雜誌》，117 期，2008 年 12 月，頁 58。

³⁴ 集會遊行法第 8 條

I 室外集會、遊行，應向主管機關申請許可。但左列各款情形不在此限：

一、依法令規定舉行者。
二、學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動。

外排除婚喪喜慶等相類性質之室外集會。我國集會之主管機關為警察機關，依集遊法及「警察機關辦理人民申請集會遊行作業規定」，對於室外集會，除集遊法第 11 條³⁵各款規定或其他違法情事外，警察機關應於收受人民集會申請三日內為許可處分，如逾期則視為許可。

依前一節所述，司法院釋字第 445 號解釋以「尚應就相關聯且必要之規定逐一審查」為由認定此制度合憲。而司法院釋字第 718 號解釋認為為了使集會順利舉行，使影響社會秩序降到最低，許可制或備查制應為立法形成自由，然對於緊急性集會與偶發性集會，立法機關仍得選擇其他侵害更小之手段，而認此部分之許可制違憲。因應此號解釋，行政院除提出修正草案外，其內政部亦制定「偶發性及緊急性集會遊行處理原則」，其中規範集會性質定義、範圍限制及負責人認定等³⁶。

我國實務上甚多案件均是因未經主管機關許可集會而引起後續衝突，人民為避開事前許可，不得不以各種名義集會，如於 2005 年抗議高學費案，被告即主張其係至教育部請願表達訴求而非集會，法院認該活動之實質內涵已符合集遊法所規範之「集會」性質³⁷；以及 2006 年紅衫軍反貪腐遊行案，被告等人主張其係參加國慶慶祝活動之一環，應為集會遊行法第 8 條第 1 項第 3 款之許可例外，縱非例外，其先前已與警方就當天活動及人員配置進行溝通協調，應可認為警方

三、宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動。

II 室內集會無須申請許可。但使用擴音器或其他視聽器材足以形成室外集會者，以室外集會論。

³⁵ 集會遊行法第 11 條

申請室外集會、遊行，除有左列情事之一者外，應予許可：

- 一、違反第六條或第十條規定者。
- 二、有明顯事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益者。
- 三、有明顯事實足認為有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞者。
- 四、同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者。
- 五、未經依法設立或經撤銷、廢止許可或命令解散之團體，以該團體名義申請者。
- 六、申請不合第九條規定者。

³⁶ 內政部台內警字第 10308734912 號令，於民國 104 年 1 月 1 日生效。

³⁷ 台北地方法院 95 年度易字第 617 號刑事（下同）判決：「惟縱被告與朱維立等人原欲舉行之聚眾活動為『請願』或『陳情』，苟該活動之實質內涵已符合集會遊行法第二條第一項所規範之『集會』性質，在國家維護人民表現自由之同時，本於維持社會秩序、及增進公共利益之必要，上開活動自仍應受集會遊行法之規範，並避免於現行法規並無對『室外』之集體請願及陳情加以明確規範之制度下，任由行為人假藉『請願』、『陳情』之名，而行『集會』之實，並以此迴避集會遊行法第八條『室外集會、遊行，應向主管機關申請許可』之規定。」

已許可，法院認為此遊行目的明顯具有政治意圖，與單純參與國慶活動者有別，且雙方進行協調會議目的係在於溝通如何維持現場秩序，並不代表核准其申請。值得注意的是，紅衫軍案之地院判決花相當大篇幅說明許可制及報備制之優缺問題，其似亦認為報備制較佳，然而於大法官尚未宣告此制度違憲前，普通法院不得逕宣告之而適用報備制³⁸。

二、學者見解

從前一節司法院釋字第 718 號諸位大法官之不同意見書已可見對此制度之批評，學者們亦多認為事前抑制之管制手段嚴格箝制表現自由，侵害民主政治，實已違憲。有學者認為此種事前通盤經常的制約不止影響行政執法，更會指引司法審判與解釋之方向，使恣意執法可能性增加³⁹。亦有學者進一步指出事前許可制創設了不利基層異議者的「原則－例外」關係，而相較其他學術藝文、婚喪喜慶等活動，對特別受到規範之集會遊行，顯然歧視其憲法上表現自由⁴⁰。

三、本文建議

我國現行許可制從規定上似乎許可應為原則，然而集遊法第 11 條多款規定概念上並不明確，實予主管機關相當廣泛之裁量空間，且觀察我國法院實際上在事前許可制下發揮空間有限，對於許可亦僅為形式判斷。

然而事前許可制之目的應在於使政府得以有時間為事前準備，保障集會之進行，既已行協調會議即達此目的，又何以拘泥於一紙之核准許可？本文認為參酌目的，宜採事前報備，然集會實為人民權利，課予義務無疑加重負擔，按第二章

³⁸ 台北地方法院 96 年度囑易字第 1 號判決：「故集會遊行法採取許可制之相關規定是否違憲，仍應由大法官會議予以解釋，並非普通法院所得越權審理，被告等所辯普通法院應就集會遊行法是否違憲逕行審查並予以拒絕適用云云，要非可採。惟集會遊行究竟採取許可制或報備制何者為佳，學界及實務界爭執多年。……惟許可制可能對意見內容進行事前實質審查，使集會遊行之許可流於執政者主觀恣意之判斷，違反憲法保障基本人權之精神，且採取許可制使偶發性之集會遊行在理論上成為不可能，且很難釐清請願、宗教、民俗等團群眾活動與集會遊行間模糊之關係，衍生滋擾，並製造衝突對立，反而破壞集會遊行法為調和保障基本人權及維持社會秩序之立法意旨，故目前社會意見似以主張採取報備制者為多數。」

³⁹ 請參閱李震山，〈民主法治國家與集會自由從許可制言論自由及行政刑罰觀點探討〉，《人性尊嚴與人權保障》，2001 年，頁 340-341。

⁴⁰ 請參閱廖元豪，〈把街頭還給基層異議者！－重省集會自由與集會遊行法〉，《台灣本土法學雜誌》，85 期，2006 年 8 月，頁 3-4。

歐洲人權法院見解認為縱未報備，國家仍有機會為保障安全與公共秩序之措施，當事人不僅因此而受有處罰。德國聯邦集遊法採取報備制，雖集會未報備，亦不當然即為解散。綜上，本文同非官方版草案，認採自願報備制為當。

第二目 禁制區

一、現行規定與實務

我國於集遊法第 6 條⁴¹設置禁制區之規定，前三款分別限制除立法院與監察院外之政府機關、機場港口與重要軍事設施，禁制範圍至多得至 300 公尺，而駐台外國機構禁制範圍則至多 50 公尺。司法院釋字第 445 號理由書表示：「其劃定目的在於維護國家元首、憲法機關及審判機關之功能、對外交通之順暢及重要軍事設施之安全，故除經主管機關核准者外，不得在此範圍舉行集會、遊行，乃為維持社會秩序或增進公共利益所必要，同條就禁制地區及其週邊範圍之規定亦甚明確，自屬符合法律明確性原則，並無抵觸憲法情事。」即原則禁止，例外許可。

最常發生禁制區疑義的即是第 1 款之處所，故本文特針對此以下討論之。觀察內政部至目前僅就台灣部分地方法院與總統及副總統官邸⁴²為函釋公告其禁制範圍，總統府與行政院等院與人民切身事務更為相關的地方卻未為明確公告。

而縱若於禁制區集會遊行，實務仍多半逕視其有無經事前許可。有行政法院判決認為人客觀上於法定禁制區遊行，即認違反集遊法第 6 條，警察機關依同法第 11 條及第 25 條命其解散之處分應為正當。然亦曾有刑事法院判決認為須視行為人是否知悉此處為禁制區，特別是內政部未函釋公告之機關，警察應告知行

⁴¹ 集會遊行法第 6 條：

「I. 集會、遊行不得在左列地區及其週邊範圍舉行。但經主管機關核准者，不在此限：

一、總統府、行政院、司法院、考試院、各級法院及總統、副總統官邸。

二、國際機場、港口。

三、重要軍事設施地區。

四、各國駐華使領館、代表機構、國際組織駐華機構及其館長官邸。

II. 前項第一款、第二款地區之週邊範圍，由內政部劃定公告；第三款地區之週邊範圍，由國防部劃定公告。但均不得逾三百公尺。第四款地區之週邊範圍，由外交部劃定公告。但不得逾五十公尺。」

⁴² 總統官邸參內政部民國 91 年 10 月 28 日台內警字第 0910076584 號函釋；副總統官邸則參內政部民國 92 年 8 月 14 日臺內警字第 0920076191 號函釋。

為人使其知悉⁴³。而此刑事判決之例雖非第 6 條明定之機關，然可推知於未明確公告周邊範圍下，仍應視人民知悉與否始得認違反。

二、學者見解

於民意機關未必能正確反映民意，傳播媒體往往忽視弱勢群體的心聲下，民眾透過集會遊行以表達訴求，進而影響政策，顯得格外重要。而總統府與五院等機關均係決定國家政策的政治機關，自然是人民表達意見的首要針對對象，若禁止人民於該機關周邊適當表達，無疑失去憲法保障之意義。我國自德國引進該規定後，不斷擴張其範圍，且授權得以行政命令限制，在在對人民集會遊行自由行使加諸阻礙，學者認為現行法所劃定範圍過寬，有違必要性原則，充其量如有影響審判為由，僅以司法機關為限，其他地區應開放人民和平集會⁴⁴。

三、本文建議

以歐洲人權法院見解觀之，禁制區並非當然不得為之，然仍必須觀此限制手段對於基於民主社會下所必須保障之目的達成是否合理。本文認為總統府與各院機關特別是行政院與人民事務密切相關，除係人民欲直接表意之對象外，該機關更應聆聽人民的呼喊。本文認為基於國家機密或法院公平審判等，得針對設置禁制區，然此既涉及集會自由此於民主社會甚為重要之基本人權，即應以法律明定之，應屬層級化法律保留中之絕對法律保留，始得達其保障，不宜授權行政機關制訂。縱釋字第 445 號理由書顯採相對法律保留，依歐洲人權法院之見解，於無函釋之情況下人民仍無法預見其禁制範圍，實無法通過此層檢驗。且縱法律明定，

⁴³ 台北地方法院 102 年度審易字第 1420 號判決摘錄：「證人甲庭呈之總統府及總統寓所集會遊行禁止區地境示意圖，其範圍為：衡陽路以南（不含）、延平南路以東（不含）、公園路以西（不含）、重慶南路（含）以東、南海路（不含）以北、南昌路（含）以西、愛國東路（含）、麗正門（含）以南；而特種勤務地區範圍比照系爭示意圖，但沒有公告...被告於案發當時雖位於特種勤務地區，然該地區並未依法公告，人民無從知悉，證人甲及在場其他員警復未告知被告特種勤務地區範圍等同集會遊行禁制區，則被告自難知悉該處為特種勤務地區。況被告於該處所為喊叫抗議之行為，係表達其個人理念、意見，為言論表達之一種方式，應受憲法所保障，且被告之行為並無影響干擾他人，亦未使公共或交通秩序受到妨礙...佐以特種勤務條例第 12 條第 2 項...故縱令被告於特種勤務地區為喊叫抗議之行為，基於公平考量人民表現自由與維安目的間之均衡維護，尚難認被告之舉措有發生任何危害之虞，而有將其強制帶至派出所盤查之必要。」

⁴⁴ 請參閱彭德富、張真堯，〈從人權觀點論集會遊行法之修正方向〉，《朝陽學報》，15 期，2010 年 6 月，頁 129。

限制周邊之手段亦已逾必要性。然於此一味地劃定禁制區界線顯然亦失去彈性，或可採德國維持聯邦憲法機關和平區法規定，採原則許可下，人民集會若不影響機關運作，機關首長無裁量權即應予人民集會許可。



第二款 事後限制

第一目 警告、制止與解散之取締措施

一、現行規定與實務

我國現行集遊法第 25 條⁴⁵規定未經許可集會等違法情況允許警察機關得予以其警告、制止或命令解散，而後兩者得以強制力為之，但依第 26 條⁴⁶應受比例原則之限制。

雖未明定適用順序，然實務運作上警察機關係警告、制止或命令解散依序為之。警告意義在於向行為人提出忠告，方式並無限制，任何得以足使該集會之負責人或行為人知悉警告之正確內容皆可，然考量民眾權利與執法強度，適時警告得緩衝對峙場面，減少或避免擴大違法事件，故實施上仍不宜簡化，集會遊行法實際上並未要求警告須達三次，依警察機關處理聚眾活動作業程序進行，現常以舉牌方式為之。

而制止措施不僅限於造成財產損害之行為，亦適用造成生命財產危害之情形，不以造成具體特定人生命身體危害之虞為限，如情況已達確實明顯或任何人可能被危害時均加以發動，如反示威團體與行為人間發生衝突，有預防他人受傷之必要時，得加以制止。而對集體違法行為制止應以公開宣達方式，使集會負責人、行為人、參與群眾與準備警力均得知悉。命令解散係因該集會有重大違法之情形，警察機關衡量公共利益與人民集會權益關係後所為之決定，其下達的方式與程序，

⁴⁵ 集會遊行法第 25 條：「I.有左列情事之一者，該管主管機關得予警告、制止或命令解散：

一、應經許可之集會、遊行未經許可或其許可經撤銷、廢止而擅自舉行者。

二、經許可之集會、遊行而有違反許可事項、許可限制事項者。

三、利用第八條第一項各款集會、遊行，而有違反法令之行為者。

四、有其他違反法令之行為者。

II.前項制止、命令解散，該管主管機關得強制為之。」

⁴⁶ 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。」

事前亦應可能讓參與人得以明確知悉，始有遵守之可能⁴⁷。

實務上有判決認為警方舉牌之情狀、相距時間是否妥適，係屬行政權之範圍，即僅須判斷警方是否為舉牌命令解散即足⁴⁸。亦有認為命令解散與制止之舉牌行政處分應確實傳達予參與者等人，僅短促通知非召集人而不能認為已確實⁴⁹。

二、學者見解

對此取締處分，有學者將此定位為行政處分，此係課予參與人違反集會遊行法不作為或立即解散之義務。亦有學者認為第一次舉牌應屬警告效果，僅告知參與者而未附加任何法律效果，為事實行為，至後第二次甚或之後舉牌，本質上與第一次應相同，差別僅在於現場情形有無達到制止或命令解散等無法控制之情況，是以舉牌次數之多寡係賦予現場指揮官裁量空間，並於舉牌之間隔時間中，與群眾溝通協調以圓滿解決⁵⁰。

三、本文建議

本文認為尚要求人民另外就命令解散處分救濟，實造成人民不利益，縱為刑事法院仍應實質判斷，而本文贊同應確實傳達，然而此應盡量使所有參與者知悉，因警方後續可能施以強制驅離手段，短促通知並不足夠。

又在事前許可制下，未經許可之非法集會即得命其解散，解散與否卻繫於警察機關之判斷，且參與集會者甚可能並不知悉警察機關已舉牌命令解散，得以知

⁴⁷ 請參閱施宇軒，《現行集會遊行法之檢討—以集會自由之保障為中心》，2007年國立台灣大學國家發展研究所碩士論文，頁94-96。

⁴⁸ 台灣高等法院96年度上易字1336號判決：「刑事法院於論罪科刑時，就犯罪行為之構成要件是否符合，應為「確切」之認定，尤其對於行為須出於故意為處罰之要件，亦應注意及之，乃屬當然（參照大法官解釋第445號解釋理由書），顯見該理由書所指刑事法院應為「確切」之認定，係涵蓋主、客觀之要件，即刑事法院僅得審查群眾之聚集行為是否已構成「室外集會」？是否屬「違法室外集會」？是否行政機關有為警告、制止、命令解散之處分？行為人是否構成首謀？行為人主觀是否構成故意等要件，至於警方舉牌之情狀、相距時間是否妥適，係屬行政權之範圍，非刑事法院所得審酌。」

⁴⁹ 台灣高等法院102年度上易字第1035號判決：「若尚不足使法院確信主管機關所為之舉牌命令解散、制止等行政處分已確實分別傳達予行為人等人知悉之確信，且主管機關所採取短促期間通知多屬非召集該等群眾之人逕命其解散之手段，顯難以達到解散該違法集會遊行之目的，尚難據此認行為人等人確有故意不解散之情。」

⁵⁰ 補充說明的是，學者蔡震榮認為舉牌警告屬事實行為，制止與命令處分係屬於行政處分，僅警告之性質不同。請參閱蔡震榮，〈警察處理集會遊行案件與人民權利義務的保障〉，《變遷中的警察法與公法學—皮特涅教授七十歲祝壽論文集》，2008年8月，頁7、11。

道實際上警察機關具雙重階段之裁量（許可加命令解散），極易流於恣意，於此本文認為應參考歐洲人權法院見解，政府應予一定程度的包容，不止考量集會衝突危險情勢，亦同時考量集會者是否充分表達意見，始再命令解散較為保障集會自由。

第二目 武力驅離

一、現行規定與實務

經制止或命令解散後，違法行為仍持續進行或個別違法行為不斷出現，此時參與者係負有解散義務而不解散之情況，警察機關得依行政執行法第 27 條之直接強制，施以物理實力以使參與人履行義務。然此必須遵守間接強制優先原則，並且嚴守告誡之程序。警察機關於警械使用條例第 3 條及第 4 條之情況下得使用警棍與警刀或槍械，雖同條例第 6 條僅規定使用槍械時須遵守比例原則，然應不論使用何種武器均須遵守，第 9 條規定非急迫不得傷及致命部位，即亦為比例原則考量。

二、學者見解

直接強制之方式應符合比例原則，學者認為對於靜坐之排除，群眾非罪犯，強制力行使之程度雖得使用腕力，但不得使用槍械；如逮捕現行犯，雖為罪犯而得使用警棍手銬，然因現場人多情緒亢奮，故亦不得使用槍械等⁵¹。

三、本文建議

歐洲人權法院認為採取武力將對參與人產生甚為嚴重的影響，若未至甚為嚴重之程度，應不得使用之。於公政公約詮釋下，為避免國家使用武力而引發衝突，致和平集會轉變為非和平集會而不受和平集會自由之保障，亦認為國家不應立即使用武力，武力驅離應為最後手段。

⁵¹ 請參閱許義寶，〈論未經許可集會遊行之命令解散〉，《中央警察大學學報》，31 期，1997 年 9 月，頁 127。

第三目 首謀者處以刑罰

一、現行規定與實務

雖我國現行集遊法第 30 條另有針對以文字、圖畫方式侮辱公署等行為處以刑罰之規定，然於此本文延續上開討論，僅針對違反解散命令之態樣集中討論。

我國現行集遊法第 29 條⁵²規定命解散而不解散後經制止而不遵從之不作為行為態樣，並針對首謀者處以刑罰，而刑法第 149 條對此亦規定，主觀上具強暴脅迫意圖，客觀上具公然聚眾情狀並受警察機關命令解散三次以上而不解散，在場助勢之人與首謀者均應受刑罰。兩者於行為主體、行為意圖、刑罰效果等均有別。

司法院釋字第 445 號理由書中表示集遊法第 29 條係規範前條⁵³行政罰後續不解散仍續行集會之行為，此「如再放任而不予取締，對於他人或公共秩序若發生不可預見之危險，主管機關亦無從適用刑事訴訟法之規定為必要之處分。」而社會秩序維護法第 64 條第 1 款與刑法第 149 條不論主觀要件與客觀要件，均與集遊法第 29 條規定之內容，有輕重之分，綜上而不認為此違反比例原則。

而亦因該條僅處罰首謀者，故實務除須認定命令解散要件外，尚須認定被告是否為首謀，實務上多認為此處之「首謀」應包括事前首倡謀議及於集會遊行中在場指揮群眾並居於領導地位之人。然如何認定領導地位，則標準不一，有判決認為應實質觀其是否參與該次集會，且就當天集會所發生的狀況為共同謀議，亦有判決認為登上宣傳車並手持麥克風發表演說等行為，有凝聚人氣、振奮精神之意，則足為認定其為首謀⁵⁴。如此寬泛的認定，足見首謀認定之困難與恣意。

⁵² 集會遊行法第 29 條：「集會、遊行經該管主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵從，首謀者處二以下有期徒刑或拘役。」

⁵³ 集會遊行法第 28 條：

「I 集會、遊行，經該管主管機關命令解散而不解散者，處集會、遊行負責人或其代理人或主持人新台幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。

II 集會遊行負責人未盡第二十二條第二項但書之責，致集會遊行繼續進行者，處新台幣三萬元以下罰鍰。」

⁵⁴ 臺灣臺北地方法院 96 年度易字第 2235 號判決：「所謂「首謀」，並不限於首倡謀議之人，凡於集會現場參與指揮群眾，並對群眾居於領導地位之人亦應屬之。查被告於上揭時、地，當眾手持擴音器向現場為數眾多之群眾發表演說、呼口號等行為，自符合前揭集會遊行法所規範「集會」之定義。又被告先於同日 14 時 28 分許登上宣傳車上以擴音器發表爭取興建蘇花高建設演說，繼

二、學者見解

然學者認為單以不服從警察命令之處分，不論其是否具有聚眾施以強暴脅迫之意圖，以及是否對社會秩序的影響情況，即處以刑事罰，此顯然不符合比例原則⁵⁵。亦有學者提出採取刑罰與否，得考量該首謀者之行為是否已達犯罪程度、對公共秩序和他人權利侵害是否與刑法公共危險及危害國家社會法益相關罪名處罰強度相當，以及是否使用行政罰亦無法達到集會遊行法所欲達成維持社會秩序與保障他人權利之行政任務，依此等要素衡量，集會遊行法採取刑罰之規定顯然不符合妥當性⁵⁶。

三、本文建議

前述歐洲人權法院認為對於和平集會不得施以刑罰之威嚇，若僅針對和平集會行為，處以刑罰規定可能使與會人感到擔憂而不敢參與或舉行集會。即使我國集遊法僅針對首謀者，然此限制僅以集會不解散為要件，相較於歐洲人權法院見解，顯並不恰當，即縱使其佔據道路而使交通阻塞，此阻塞交通之行為得另依如我國社會秩序維護法等處以行政罰，破壞公物等另可能得以刑法處罰之，然單就和平集會，縱使未經許可而非法，無論自歐洲人權公約或公政公約詮釋，仍應認其受有集會自由之保障，而不得以刑罰處罰之。綜上，本文認同修正草案，應刪除刑罰規定。

第三項 小結

我國現行集遊法以事前許可制為中心，延伸出原則禁止，範圍由行政劃定的禁制區，及對未得許可非法集會之取締措施與事後刑罰，禁制區設定若係基於民

之於 14 時 44 分許，手持擴音器向現場群眾表示「我們現在正式到行政院表達我們的訴求，要求蘇貞昌院長馬上動工蘇花高」等語呼籲現場參與合法集會之群眾隨之前往行政院，且在監察院前再度登上宣傳車，手持麥克風等擴音設備發表演說等行為，皆有凝聚人氣、振奮精神之意，足見被告確屬居於指揮群眾之領導地位應係該違法集會遊行之首謀無誤。」若基於此認定，於 318 學運期間上台發言的學者甚或一般民眾大概全都成了首謀。

⁵⁵ 請參閱蔡震榮，註文，頁 61。

⁵⁶ 請參閱陳慈陽，〈集會遊行自由之保障－以集會遊行法相關規定合憲問題為研究對象〉，《人權保障與權力制衡》，2001 年，頁 48。

主社會下所必須有說服力之理由，始得為之。然絕不表示即得以恣意劃定，本文雖認禁制區之規定得以保留，然此不得僅以行政函釋作為劃分依據，可參考德國規定，如集會不影響運作時即應許可。

取締措施之目的應係為保障集會和平進行，人民得以充分表達其訴求，在許可制下只要無許可即違法，縱使和平集會，警察亦得立即行警告制止命解散，依歐洲人權法院之見解，和平集會必然有影響交通秩序等可能，政府應展現一定程度包容，應觀影響公共秩序之程度與人民充分表達訴求與否，始再依序按程度施以取締手段。然我國現行實施上已將舉牌視為制式化，未加考慮即以違法為由施行，而依公約誡命，不應首先使用武力方式驅離，且於驅離手段上應遵行比例原則。

集遊法第 29 條及刑法第 149 條均針對命令不解散之不作為行為態樣為刑罰規範，然兩者規範情況仍有差異，前者過度侵害人民集會自由，已違反憲法比例原則之要求，且其要件於許可制及取締手段上給予警察機關過大裁量權，實有違罪刑法定原則，最後觀照歐洲人權法院見解，若對於和平集會，參與人未為任何可資譴責之事，則不應以刑罰處罰其參與，綜上本文認為宜刪除集遊法第 29 條。

我國自制訂集遊法後即制訂事前許可制，經過司法院釋字第 445 號解釋，復至今已逾二十餘年之司法院釋字第 718 號解釋，即便針對偶發性與緊急性集會，亦是因事實上不可能而不適用，而非全盤地放棄。政府始終未放棄以管制心態控制人民表達意見，並非出於對人民集會自由之保障，交由警察判斷是否許可集會，實讓人民與警察易生對立，而警察機關亦只要出現一些風吹草動，即套以違反集會遊行法而命其離去⁵⁷，甚有立法委員將人民的身不由己視為鑽法律漏洞⁵⁸，此實非一個號稱民主社會發展下所應出現之情形。

對應我國目前推出的集遊法草案，集會遊行保障法草案之內容，大體上均與本文見解相同。然對於草案將集會目的似限縮於「宣揚一定理念、訴求或主張」，

⁵⁷ 參自由電子報，繞行總統府，嗆馬民眾被約談，2012 年 6 月 15 日：

<http://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/591926>

⁵⁸ 參蕃新聞，「路過」太好用藍委研議修集遊法漏洞，2014 年 4 月 12 日：<http://ppt.cc/I1eM>

本文認為宜回歸集會要件下追求共同目的即可，不須限制為具一定性質之目的。另關於解散命令規定刪除，依歐洲人權法院及德國法見解，解散集會為干預，即須依法為之，而集遊法為特別法，不宜援引警察概括條款為依據，於此規範刪除後，警察解散處分恐生無所依憑之疑慮。

第三節 驅離案例之檢視

關於集會驅離案例，我國案例幾不勝數，然幾乎均係警察控訴抗爭民眾涉犯強制罪、妨礙公務罪等被立案，對於驅離與會者之警察受到控訴之案件卻少之又少，以下僅以近年影響修法最關鍵的陳雲林來台驅離抗爭案件以及行政院 324 驅離案件為介紹，並針對程序尚在進行中的後者為刑事程序與實體論罪之檢視，提出現行問題缺失以及嘗試突破之處。

第一項 案例提出

第一款 2008 年陳雲林來台案件

第一目 案例背景與事實

中國海峽兩岸關係協會會長陳雲林在 2008 年 11 月訪問台灣參與第二次江陳會談期間，發生了一連串爭議與衝突事件。如警方淨空高速公路車道、禁止民眾在公共場合舉國旗或標語並沒收之、將於圓山飯店附近持 DV 拍攝之民眾強行帶回警局、制止民眾施放印有「黑心」圖樣的氣球並沒收、強制附近唱片行關閉台語歌曲等。為抗議警方種種不當行為，大批學生未經申請即身穿黑衣於 11 月 6 日上午集結於行政院門口前靜坐，要求政府道歉並立即修改集會遊行法。於 11 月 7 日下午四點時，警方四度舉牌警告，其後出動保警開始驅離在場靜坐之學生、老師與民眾，將靜坐參與者架離現場，於驅離過程中有數名靜坐者受到輕傷。此稱野草莓學運⁵⁹。

⁵⁹ 參考野草莓運動官方網站 <http://1106.ezyou.cc/da-shi-ji>。後教授李明璁以非法集會不解散之首謀被起訴，法院認此集會屬緊急性集會，又派出所所長未經分局局長指示即為舉牌命解散，難認係屬合法有效之行政處分，且未能證明其為集會之首謀，綜而為無罪判決（台北地方法院 98 年度易字第 1707 號判決）。

民進黨亦於 11 月 5 日晚間起率領群眾包圍時任國民黨主席吳伯雄所設宴款待陳雲林等一行之晶華酒店。鎮暴警察於凌晨展開強制行動，驅離佔據晶華酒店前中山北路的群眾。隔日上午發動「圍城抗議」，數萬名群眾於馬陳會面之台北賓館前集聚抗議，企圖衝破封鎖線，和警方發生三波衝撞事件。群眾以磚塊、保特瓶向警察丟擲，警方則以棍棒和盾牌還擊。下午場面失控，群眾朝警察丟石塊、水瓶和鞭炮，推倒多道拒馬。民進黨指揮中心經信義路轉往濟南路將遊行隊伍帶開企圖冷卻現場，但仍有數千民眾不受民進黨中央指揮，逗留在景福門與警方激烈對抗。傍晚民進黨宣布圍城結束，但群眾未完全散去，部分轉往圓山飯店繼續抗議。在長達數小時的衝突後，11 月 7 日凌晨警方以強力水柱實施驅離抗議群眾。總計圍城行動共造成超過 200 人受傷，其中包含 149 名警察⁶⁰。

第二目 國家事後追訴究責

此次一連串衝突事件除民眾以妨礙公務、傷害罪等為由被起訴並判處有罪⁶¹之外，其中共有五件民眾向台北地方法院提起自訴，分別控訴警察撕裂沒收其國旗、阻擋其前進、強制帶回警局及毆打等行為成立毀損、強盜、妨害自由及傷害等罪名⁶²。按情況略可分為兩種，一係民眾面對單一警察阻擋其前進或與其發生衝突並逮捕，雖此警察身分可得辨識而得順利起訴，然法院多認為警察係為維持秩序而設置封鎖線；另一情況係多人集會抗議，民眾於混亂中遭傷害，因多半無法辨識下手之人身分，故多以管轄該區之警察局長為被告提起自訴，然法院仍認其傷害結果可能係抗議群眾眾多而致，並非警察所為，縱係警察所為，其行為亦係依法令之合法行為而認為得阻卻違法，對於上開兩種情況，最後法院均為無罪判決。

⁶⁰ 參考維基百科－陳雲林訪臺爭議與衝突

<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E9%99%B3%E9%9B%B2%E6%9E%97%E8%A8%AA%E8%87%BA%E7%88%AD%E8%AD%B0%E8%88%87%E8%A1%9D%E7%AA%81>

⁶¹ 如台北地方法院 98 年度簡上字第 151 號判決（傷害）、98 年度易字第 1119 號判決（妨害公務）、97 年度訴字第 2443 號判決（妨害公務）、98 年度易字第 2325 號判決（強制）等。

⁶² 台北地方法院 97 年度自字第 148 號判決（強制、傷害、毀損）、98 年度自字第 47 號（強制、強盜、傷害、剝奪行動自由）、97 年度自字第 151 號判決（妨害自由、傷害）、97 年度自字第 144 號判決（妨害自由、傷害）、97 年度自字第 160 號裁定（傷害）。

第二款 2014 年 324 行政院驅離案件

第一目 案例背景與事實⁶³

此係指 2014 年 3 月 23 日晚間至 3 月 24 日凌晨，於行政院以及周遭道路所發生的民眾抗議、衝擊行政院以及警方驅離事件。因進行已近一週的太陽花學運未獲得政府正面回應，使得部分抗議群眾於 3 月 23 日晚間突破行政院正門而進入行政院內，並掛上布條表達示威訴求。後時任行政院院長江宜樺發表聲明表示對於學生運動變質感到痛心，並且要求加派警力以及指示將會依法處理。時任臺北市市長郝龍斌亦發表聲明表示認為這已經是違反社會秩序的違法行為，並且支持警方採取一切必要作為以儘快恢復秩序。

警方在執行清場行動中，首先驅離闖入行政院大樓的學生，以現行犯加以逮捕。第一波驅離行動為 3 月 24 日 0 時 20 分，鎮暴警察嘗試驅離 600 多名於北平東路側後門試圖透過靜坐阻止警方進入行政院後門的學生，其中有 23 名抗議學生以現行犯被逮捕以及有數十名學生受傷。警方針對北平東路上 300 多名學生發起第二波強制驅離行動，部分學生沒有抵抗，僅手拉手躺在地上抗議，警方將躺地上的學生抬出帶走。於此波驅離行動結束後，警方封鎖路面而將北平東路近 400 公尺作為增援警力的集結地，包括鎮暴指揮車、鎮暴水車以及搭乘鎮暴警力的警備車陸續抵達行政院周遭。

鎮暴警察於天津街和北平東路發動第三波強制驅離行動，將佔據行政院中庭的 400 多名抗議學生強行架離，過程中亦造成數名學生受傷。警方之第四波驅離行動則係將佔領行政院廣場、正門以及忠孝東路的群眾隔離並且只允許內部學生撤離行政院院區。第五波驅離行動中，警方開始將行政院正門口的靜坐學生架離。過程中雙方隨即爆發激烈衝突，其中多名抗議群眾以及執勤警員均因而送至醫院。在 4 時 26 分警方發動第六波清場行動，並經過事前廣播警告後，在正門及側門以強力水柱向群眾噴灑，對此群眾則手勾手躺在地上嘗試抵禦水柱的衝擊。最後

⁶³ 參考維基百科－323 佔領行政院事件

<http://zh.wikipedia.org/wiki/323%E4%BD%94%E9%A0%98%E8%A1%8C%E6%94%BF%E9%99%A2%E4%BA%8B%E4%BB%B6>

共計花費了 7 小時，於清晨 5 時 30 分將行政院驅離完畢。

而從行政院院區驅離的抗議群眾則轉移至附近中山北路、忠孝東路馬路上與警方僵持。而在過程中駐留的群眾嘗試反擊，拿寶特瓶丟擲警方或將鎮暴水車前輪刺破。於清空行政院院區後警方便開始擴大清場的範圍，其中在早上 6 時 30 分開始結合鎮暴水車從忠孝東路以及中山南路進行驅離作業。根據內政部警政署在 3 月 24 日的估計在這次清場行動中有 52 位警員受傷，而臺北市政府警察局統計資料則指出在這次雙方衝突中共造成 110 人受傷。

第二目 警方驅離行動分析

此次佔領行政院行動之參與群眾按佔領區域為區分，區分為行政院內、行政院外尚於圍牆內廣場中及行政院圍牆外之民眾。靜坐於行政院圍牆內與外邊人行道與車道上之民眾，雖違反集會遊行法第 6 條禁制區規定，亦未經事前許可，然而民眾僅以勾手方式躺於地上，無疑係和平集會，正是歐洲人權公約與公政公約所保障的重點：**非法但和平的集會亦應受到和平集會自由的保障**。國家不應率先使用武力驅離，其應依序施以警告、制止、命令解散等間接強制方式，武力絕對是最後手段，而使用武力之手段亦必須符合比例原則，面對手無寸鐵的民眾，應先考慮以抬離方式，而不應使用警棍、盾牌等敲擊之，更甚頭部等重要脆弱部位。

另警方於第六波驅離行動起多次使用鎮暴水砲，即使已餘零星數人，仍持續噴射強力水柱，亦顯違比例原則。以上種種我國警方實已過度使用武力，不僅嚴重干預了人民的和平集會自由，也違反了公約中酷刑禁止的規定。

第三目 國家事後追訴究責

對於和平集會的過度武力使用，歐洲人權法院於公約第 3 條的誠命下，國家應負有有效調查義務，此於前述公政公約第 7 條與其一般性意見書中亦有揭示。本案雖立法院內政委員會宣布成立「行政院鎮壓反服貿學運真相調閱專案小組」，然而因多位過度使用武力的警察隱匿其編號，且事件發生數月，警政署仍無法說

明以上警察身分⁶⁴，調查進度頻頻拖延。

46 名被警察暴力毆打而受傷的當事人，於義務律師團協助下紛對台北地方法院提起共 8 件自訴，分別對時任行政院長江宜樺、警政署長王卓鈞等人控告殺人未遂罪。

以下係相關自訴案件之整理：

自訴時間	自訴人	被告 ⁶⁵	法院裁判
103/04/01 (A 案)	周○宗 ⁶⁶	馬、江、王、方	北院 103 自 18 裁(104.01.23) →裁定駁回自訴(§326III) 高院 104 抗 158 裁(104.02.26) ⁶⁷ →撤銷發回原審法院，現於北院 104 自更 1 號繫屬中
103/04/15 (B 案)	王○愷	江、王、方	北院 103 自 21 決(103.09.03) →不受理判決（與 A 案同一） 高院 103 上訴 2971 決(103.11.28) →上訴駁回 最高院 104 台上 239 決(104.01.22) →上訴駁回
103/04/18 (C 案)	周○安	江、王、方	北院 103 自 61 決(103.12.15) →不受理判決（與 A 案同一） 高院 104 上訴 406 決(104.05.14)

⁶⁴ 參自由電子報，〈學運暴警還沒找到 王卓鈞：我能力不太好〉，2014 年 10 月 2 日：

<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/1120854>

⁶⁵ 以下被告分別為馬英九（時任總統）、江宜樺（時任行政院長）、王卓鈞（時任內政部警政署長）、黃昇勇（時任台北市警局局長）、方仰寧（時任中正一分局局長）。因案件被告多為重複，為免繁雜，故均以姓為代稱，又因被告均為公眾皆知之人物，故不再保護其姓名。

⁶⁶ 自訴人於 104 年 3 月 21 日死亡，除其女周○京向法院聲請承受訴訟外，多名曾因同一案件被法院為不受理判決之被害人均向法院聲請承受訴訟，然台北地方法院均以台北地方法院 103 年度自字第 18 號裁定審級已終結，自無承受之理而為駁回。

⁶⁷ 被告江宜樺對此裁定提起抗告，均被高等法院與最高法院以抗告不合法駁回（臺灣高等法院 104 年度抗字第 158 號裁定、104 年度台抗字第 253 號裁定）。

			→上訴駁回 最高法院 105 台上 433 決(105.02.18) →上訴駁回
		黃	仍於北院 103 自 61 號繫屬中 ⁶⁸
		北平東路後門 現場指揮官	北院 103 自 61 決(104.01.23) →不受理判決（裁命補正未補正）
103/04/25 (D 案)	黃○晏 等 18 人	江、王、方	北院 103 自 29 決(104.02.13)
		黃	→不受理判決（與 A.B 案為同一） 高院 104 上訴 1135 決(104.06.08) →上訴駁回
		不知名員警、指 揮官	台北地方法院尚未審理終結
103/04/30 (E 案)	蕭○裕	江、王、方	北院 103 自 33 決(104.05.06) →不受理判決（與 A 案同一） 高院 104 上易字 1339 決(104.11.16) →上訴駁回
		黃	北院 103 自 33 決(104.05.15) →不受理判決（與 A 案同一） 高院 104 上易字 1339 決(104.07.29) →上訴駁回
103/05/07 (F 案)	黃○崇 等 23 人	江、王、方、黃	北院 103 自 35 決(104.07.30) →不受理判決（與 A.B 案同一） 高院 104 上訴 2630 決(105.02.22) →上訴駁回

⁶⁸ 黃○晏等 18 人向台北地方法院聲請追加自訴人，法院認訴之追加並不包含自訴人之追加，故裁定駁回（台北地方法院 103 年度自字第 61 號裁定）。

		涂欣安	台北地方法院尚未審理終結
		楊鴻正	
103/06/30 (G 案)	周○珍	江、王、方、黃	北院 103 自 48 決(104.01.30) →不受理判決(與 A.B 案同一) 高院 104 上訴 516 決(104.04.08) →上訴駁回 最高法院 104 台上 2453 決(104.08.12) →上訴駁回
103/09/12 (H 案)	江○韓	江、王、方、黃	北院 103 自 90 決(104.03.23) →不受理判決(與 A.B 案同一) 高院 104 上訴 1160 決(104.05.21) →上訴駁回 最高法院 104 台上 2674 決(104.09.09) →上訴駁回
		不知名員警	北院 103 自 90 決(104.12.10) →不受理判決(裁命補正未補正)

遭警棍與水柱攻擊之被害人周○宗率先於 103 年 4 月 1 日以殺人未遂罪向台北地方法院提起自訴，控告總統馬英九、前行政院長江宜樺、警政署長王卓鈞及中正一分局長方仰寧。然對於之後其他亦遭毆打之被害人所提起之自訴，台北地方法院多認定 324 當晚由江宜樺下達「一個命令」，因此整個院區的驅離均屬同一事件，而對較晚提起之自訴案件以刑事訴訟法第 303 條第 2 款同一案件不得再提起自訴為由諭知不受理判決⁶⁹。亦有自訴人因遲未能補正被告員警之資料而受

⁶⁹ 台北地方法院 103 年度自字第 29 號判決、103 年度自字第 56 號判決、103 年度自字第 48 號判決、103 年度自字第 21 號判決，其中醫師王心愷上訴最高法院仍被駁回（103 年度自字第 18 號判決、高等法院 103 年上訴字第 2971 號判決、最高法院 104 年度台上字第 239 號判決）。

法院諭知不受理判決⁷⁰，另有因自訴人未滿 20 歲提起自訴被駁回⁷¹。

而台北地方法院因認周○宗所提出之證據，不能證明被告涉有殺人未遂罪嫌之事實，認顯存有刑事訴訟法第 252 條第 10 款犯罪嫌疑不足之情形，而依同法第 326 條第 3 項裁定駁回自訴。後周○宗提起抗告，抗告法院認其他受諭知不受理之自訴案件既為同一案件，原審法院應就全部事實為審酌，得傳喚其他另案自訴人到庭調查，係有未當而撤銷原裁定⁷²。

而於黃○崇等 23 人對江宜樺、王卓鈞等人所提出之自訴，台北地方法院雖於 103 年 7 月 30 日首次以被告身份，傳喚江宜樺、王卓鈞、黃昇勇、方仰寧等人出庭應訊，均否認下令驅離群眾⁷³，然台北地方法院仍認分別與周○宗、周○安之案件為同一而為不受理判決。

現於 324 當晚遭警方持棍毆打導致頭部流血的國中教師林○慧，在義務律師團協同下對行政院、警政署、台北市政府、北市府警察局等機關，依《警械使用條例》提起行政訴訟，法官當庭表示對本案具備審判與管轄權，並將會於行政訴訟庭直接進入實體審理的程序⁷⁴。

後台北地方法院行政訴訟庭於 2015 年 8 月判決林○慧勝訴，判決中法院首先肯認該案所涉警械使用條例第 11 條第 2 項之求償訴訟應得依行政訴訟法第 8 條提起一般給付訴訟，而後進行實質要件審查時，除先援引我國憲法對集會自由之解釋外，更進一步援引公政公約保障之和平集會自由以及酷刑與非人道處遇規定，認為所謂「和平集會」並非無任何喧囂、嘈雜或混亂之情形，只要參與者沒有集體之攻擊、武裝或暴力行為，均屬和平集會，國家即應予以最大程度之寬容

⁷⁰ 台北地方法院 103 年度自字第 90 號判決。

⁷¹ 參自由電子報，〈自訴程序不合法 324 學運挨打 告江宜樺敗訴〉，2015 年 3 月 13 日：

<http://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/862438>

⁷² 台北地方法院 103 年度自字第 18 號裁定、台灣高等法院 104 年度抗字第 158 號裁定。

⁷³ 參蘋果即時新聞，〈324 流血驅離不是江揆下令？行政院說詞前後矛盾〉，2015 年 7 月 30 日：

<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20140731/443742/>

⁷⁴ 參公視新聞議題中心，〈四機關列被告 行政庭將審流血驅離案〉，2015 年 3 月 6 日：

<http://pnn.pts.org.tw/main/2015/03/06/%E3%80%90%E8%BF%BD%E8%A8%B4324%E3%80%91%E5%9B%9B%E6%A9%9F%E9%97%9C%E5%88%97%E8%A2%AB%E5%91%8A-%E8%A1%8C%E6%94%BF%E5%BA%AD%E5%B0%87%E5%AF%A9%E6%B5%81%E8%A1%80%E9%A9%85%E9%9B%A2%E6%A1%88/>

與保障。亦從公政公約第 7 條中導出內國應有效調查警察過度使用武力之情形⁷⁵。

從影片中員警制服認定，下手毆打原告頭部之員警應為被告台北市政府警察局所屬特勤中隊員警，核先不論驅離是否過早，其持警棍揮擊無具體攻擊之原告頭部係已違反警械使用條例第 9 條等，且其隱藏身分係亦違反警械使用條例第 1 條第 2 項，又使用警械後未即時報告予長官亦違反警械使用條例第 10 條，綜上該當警械使用條例第 11 條第 2 項要件。

判決進一步地確認賠償義務機關，第 11 條第 2 項規定由各該級政府為負責，雖驅離現場執勤員警包含中央保安警察總隊及各地方自治機關之機動保安警力，然均受北市政府警局之指揮監督，而該警局亦為 324 集會之主管機關，該警員編制上亦為北市警局所屬之員警，綜而認台北市政府為賠償機關。至於行政院及內政部警政署，法院認北市警局對於驅離與否及方式、程度、範圍均具獨立權限，不受上開機關拘束，故否定其亦為賠償機關。

台北市政府未再針對此判決為上訴，故為定讞。於 2016 年 3 月 23 日 324 驅離受害民眾趁在事發後兩年期限屆滿之前向台北地方法院提起國賠訴訟⁷⁶。

第二項 自訴程序下我國法院之調查義務

觀察前二我國實際警力驅離集會之案例，於刑事程序上，受毆打民眾均向法院提起自訴，控訴警方行為涉及傷害與殺人未遂罪，然因事態混亂，受害人無法得知實際下手毆打之警員身分，以此事實提起自訴，卻因被告未特定而受法院諭知不受理判決。為此，僅得以高層指揮官員為被告提起自訴，然卻因認同一案件而又紛紛受法院諭知不受理判決。此處除檢察官恐有濫權不為起訴之疑慮外，亦

⁷⁵ 台北地方法院 103 年度簡字第 107 號行政訴訟判決：「依前引公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法第 3 條規定，此一般性意見為解釋、適用兩公約之重要依據。綜觀公民與政治權利國際公約第 7 條及上開一般性意見，固未明文禁止警察人員使用武力執行勤務，惟其武力之實施不應過度，亦即手段與目的應合乎比例，違反比例之武力實施所肇致之身體與精神痛苦，因不合比例之嚴厲性，至少構成不人道之處遇或懲罰，而違反公約第 7 條規定。國家對於違反公約第 7 條規定之申訴，須有效調查，查明須承擔罪責之參與者，並賠償被害人。」

⁷⁶ 參苦勞網，〈控訴 324 暴力驅離 30 傷者提國賠〉，2016 年 3 月 23 日：
<http://www.coolcloud.org.tw/node/84849>

涉及自訴程序下法院調查義務，是以本文嘗試針對此為檢視。

第一款 我國自訴制度

第一目 概述

我國考究歐陸法體系，亦設計了自訴制度，規定於刑事訴訟法第319條以下。不同於德國限於輕罪之被害人始能提起，我國不論犯罪類型與告訴乃論，凡犯罪被害人均得提起自訴（刑訴§319 I）。於2003年修法後，採自訴強制律師代理制度（刑訴§319 II），即自訴人應委任律師為代理人到場，如未委任，經法院定期命補正仍未為（刑訴§329 II），或已委任並經合法通知後，無正當理由仍不到庭（刑訴§331 II）之情形，法院應諭知不受理判決。

而於改採律師強制代理制下，同時要求自訴狀比照檢察官提起公訴之書面要式，必須為特定被告、特定犯罪事實及證據並所犯法條之記載，依實務見解，須依其他記載客觀上已能確定其所指之被告，如客觀上未能確定，法院應定期命補正，逾期未補正則諭知不受理判決（刑訴§§343,303Φ）。

第二目 限制—公訴優先原則

我國刑訴法對自訴設有特別限制，如對特定親屬關係之人（刑訴§321）或已不得告訴或請求之案件（刑訴§322），仍提起自訴，法院應諭知不受理判決（刑訴§334）。其中最重要之限制乃於2000年修法改採之「公訴優先自訴原則」。

依現行刑訴法第323條之規定，同一案件經檢察官開始偵查前，不論是否涉及告訴乃論罪，犯罪被害人均得提起自訴；如檢察官開始偵查後，僅所涉告訴乃論罪之同一案件犯罪被害人始得提起自訴，其提起自訴後，檢察官應停止偵查並將案件移送法院（刑訴§323 I 但, II），然如終結偵查後，其應亦不得提起自訴，以符修法目的⁷⁷。

第三目 「同一案件」之理解

關於同一案件，涉及案件同一性之判斷，實務向來認為被告同一且犯罪事實

⁷⁷ 請參閱林鈺雄，〈緩起訴期間與自訴限制〉，《法學講座》，6期，2006年6月，頁45-51。

同一者為同一案件⁷⁸。被告以起訴狀上所指涉為被告之人是否同一為準，此與起訴狀所載被告姓名並無關係。而對於犯罪事實之同一性，我國傳統學說尚區分事實上同一與法律上同一⁷⁹。對於事實上同一，即以為其刑罰權對象之客觀事實同一為準，實務有採取「基本事實同一說」⁸⁰，即以社會事實關係是否相同為準。亦有以訴之目的及侵害性行為之內容⁸¹是否同一為準。而法律上同一則係因所謂實質上裁判上一罪於實體法被認作一罪，刑罰權僅有一個，於法律上之事實關係亦僅有一個，是以仍屬同一犯罪事實。

同一性最主要的效果為「一事不再理」，即特定被告之特定犯罪事實只應受到國家一次性之追訴處罰，因此國家不得重複追訴處罰相同之被告與犯罪事實。自此，同一案件禁止再訴，依判決確定時點為區分，判決確定前的為重複起訴之禁止；判決確定後的為一罪不兩罰原則。

有學者認區分案件單一性及同一性並不重要，單一性與同一性之範圍應為相同，是以兩者應為同一判斷標準。而於控訴原則及一事不再理原則概念下，訴訟法上之犯罪事實，應係指一相同的歷史進展過程，即若透過觀察行為人之整體舉止，依自然觀點，是否具備緊密之事理關聯性而足以合成為一相同生活歷程。此藉由行為時間、地點、被害人及侵害目的等為觀察⁸²。

⁷⁸ 最高法院 52 年台上字第 1048 號判例：「刑事訴訟法第二百三十九條（舊）所謂同一案件，指同一訴訟物體，即被告及犯罪事實均相同者而言，不以起訴或告訴時所引用之法條或罪名為區分標準。」

最高法院 100 年度台上字第 3654 號判決：「所謂同一案件，係指同一被告之同一事實而言，祇須自訴之後案與檢察官開始偵查之前案被告同一且所涉及之全部事實，從形式上觀察，如皆成罪，具有裁判上不可分之一罪關係，而前後二案之事實有部分相同時，即屬當之。」

⁷⁹ 最高法院 101 年度台上字第 6706 號判決：「對於同一案件重行起訴，為刑事訴訟法所禁止，而所謂「同一案件」，除事實上同一者外，即法律上同一者亦屬之。」

⁸⁰ 最高法院 103 年度台上字第 1266 號判決：「同一案件曾經判決確定者，應為免訴之判決，刑事訴訟法第三百零二條第一款定有明文。此之所謂同一案件包括實質上一罪及裁判上一罪關係。而所謂判決確定，除指犯罪事實之全部已受判決確定之外，尚包括犯罪事實之一部確定。是否同一案件，端視前後案件之基本社會事實是否同一而定。」

⁸¹ 最高法院 94 年度台上字第 1783 號判決：「案件是否同一，以被告及犯罪事實是否均相同為斷，所謂事實同一，應從『訴之目的及侵害性行為之內容是否同一』為斷，即以檢察官或自訴人請求確定其具有侵害性之社會事實關係為準，亦即經其擇為訴訟客體之社會事實關係是。」

⁸² 請參閱林鈺雄，《刑事訴訟法上冊》，7 版，2013 年，頁 291-293。同認無區分單一性與同一性必要，請參閱楊雲驊，〈刑事訴訟程序的「犯罪事實」概念—以所謂「單一性」之檢討為中心〉，《月旦法學雜誌》，114 期，2004 年 11 月，頁 47 以下。

第二款 法院調查義務

第一目 概述

於職權主義與當事人主義下，職權主義係採國家追訴原則即由追訴機關本於職權開啟偵查程序，而法院負有職權調查，不受當事人聲明拘束，此即調查原則。我國承繼歐陸法體系，刑事訴訟法因其具高度公益，且難以追求當事人平等，是以採職權主義。然自 2003 年修法起，刑事訴訟漸趨當事人主義，是以於所謂之改良式當事人主義下，法院調查義務與範圍之劃分變成難題。

第二目 調查發動

我國刑事訴訟法規定了兩種發動方式，一係被動調查，即當事人得向法院聲請調查證據（刑訴§163 I 前）；二係主動調查，即縱當事人等未提出證據調查之聲請，法院亦應本於其職權主動調查證據（刑訴§163 II）。後者依規定又區分法院得職權調查（前段）與應職權調查（但書）之情形，學者認為並不以法律規定的得或應為判斷基準，應參酌特別是刑事訴訟法等相關原則方能決定⁸³，然我國實務卻割裂判斷並提出前所未有的限縮判準，見後述。

第三目 法院職權調查範圍

關於法院調查義務之範圍，於當事人向法院聲請調查證據之情形，法院應本於其澄清義務，以證據調查之關聯性、必要性及可能性為判斷是否駁回該聲請（刑訴§163-2）。然於法院職權調查之情形，爭議不斷，以下分述：

一、學說

學者認為依刑訴法第 163 條第 2 項但書，宜以法院所認符合公平正義時方職權發動調查證據⁸⁴。然學者認為該項調查證據，自應包含蒐集證據，依該項法院即應依職權調查證據，不受當事人見解所拘束⁸⁵。同樣見解，亦有學者認為所謂公平正義過於抽象，應與被動調查情況相同，即同以證據關聯性、必要性及可能

⁸³ 請參閱何賴傑，〈刑事法院依職權調查證據之範圍與限制〉，《台灣本土法學》，2 期，1999 年 6 月，頁 40。

⁸⁴ 請參閱王兆鵬，《刑事訴訟法講義》，5 版，2010 年，頁。

⁸⁵ 請參閱何賴傑，〈事實審法院蒐集證據之義務—評最高法院 87 年度台非字第 1 號判決〉，《政大法學評論》，61 期，1999 年 6 月，頁 448。

性為其職權調查之判準⁸⁶。

二、實務：漸趨步向當事人進行主義？

（一）91 年度第 4 次刑事庭決議

此次決議乃因應 2003 年我國刑事訴訟法大修法，針對刑訴法第 161 條檢察官舉證責任及第 163 條調查證據之部分為解釋。

此決議表示修正後，應以當事人聲請調查證據為原則，例外於當事人舉證不足，法院始得或應依職權調查，此係因法院仍有發見真實之義務，是以僅為補充性質。

依刑訴法第 163 條之規定，法院原則上不主動調查證據，僅於下列情形，始有調查證據之義務：當事人、代理人、辯護人或輔佐人聲請調查而客觀上認為有必要；本條第 2 項但書規定應依職權調查之證據；本條第 2 項前段規定法院為發見真實，經裁量後，在客觀上又為法院認定事實，適用法律之基礎者。

於法院應職權調查之情形（刑訴§163 II 但），原則上減縮至「於公平正義之維護或對於被告之利益有重大關係事項」之特殊情形。法院應調查而未調查，係刑訴法第 379 條第 10 款之判決違背法令。

於法院得職權調查之情形（刑訴§163 II 前），係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清時，得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。除依同條規定應調查之證據外，其他凡經認為有助於發見真實而足以影響判決結果之證據存在，且有調查之可能者，皆屬得依職權調查之證據。然如係為發見真實之必要，經裁量認應予調查之證據，法院應調查而未調查，亦屬刑訴法第 379 條第 10 款之判決違背法令。

又法院於職權調查證據前，應予當事人等陳述意見之機會（刑訴§163 III），如當事人等陳述放棄調查，法院本即具參酌後不予調查之裁量空間。反之，於法院應依職權調查之證據，法院不得豁免調查義務。

⁸⁶ 請參閱林鈺雄，註 82 書，頁 70 以下。

（二）100 年度第 4 次刑事庭決議

此次決議修正前次決議第 1.4.6.7.9 點，縮減了職權主義之適用。

其中關於刑訴法第 163 條第 2 項，此決議大幅限縮前段得職權調查之情形，認除但書外，法院毋庸裁量主動調查證據，僅於法院認為事實未臻明白仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），斟酌具體個案而主動為之。檢察官若未盡實質舉證責任，不得以法院未依刑訴法第 163 條第 2 項前段主動調查證據，而指摘法院違法。

（三）101 年度第 2 次刑事庭決議

此次決議修正前兩次決議之內容，針對刑訴法第 163 條第 2 項為限縮解釋。總體而言更加偏向當事人進行主義，大大削弱法院職權調查空間，加重檢察官之舉證責任。

關於法院得依職權調查（刑訴§163 II 前），該決議認為限於法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。

而法院應依職權調查（刑訴§163 II 但），該決議認為此係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認事實未臻明白，而有釐清之必要，且有調查之可能時，得斟酌具體個案之情形，依職權為補充性之證據調查而言，非謂法院因此即負有主動調查之義務，關於證據之提出及說服之責任，始終仍應由檢察官負擔。而所謂「公平正義的維護」，目的性限縮至以利益被告之事項為限。除案內存在形式上不利於被告之證據，檢察官未聲請調查，然如不調查顯有影響判決結果之虞，且有調查之可能者，法院得依刑事訴訟法第 273 條第 1 項第 5 款之規定，曉諭檢察官為證據調查之聲請。

三、學者批評及實務後續走向

最高法院 101 年度第 2 次刑事庭決議甫作成，即引起國內實務學界一陣討論，

甚有檢察官為抗議最高法院推卸法院調查證據責任而至最高法院前靜坐⁸⁷。此決議將法院「應職權調查」之範圍限縮至有利被告之證據，有學者質疑於尚未調查證據前應如何判斷是否有利於被告，此有違反證據預先評價禁止原則之疑慮⁸⁸；另有學者指出該決議誤解檢察官舉證責任，致不當限縮法院調查義務，審判中檢察官無蒐證權限，不僅忽略法院於職務履行應有其獨立性，亦忽略審理中可能出現證據情勢之變化⁸⁹；亦有學者直指自無罪推定原則無法推導出此結論，最高法院自訂此適用限制，逾越立法權界線，顯違權力分立⁹⁰。

而於此決議作成之後，下級法院亦掀起不小波浪，特別是作為事實審第二審之高等法院，有法院判決認雖檢察官明知此證據對於案情事實為重要，然此證據係不利被告，於原審檢察官未盡實質舉證責任下，原審法院並無調查證據之違誤⁹¹。此於我國偵查及蒞庭檢察官非同一人之情況更顯嚴重。亦有認上訴意旨指摘原審法院未調查之證據顯係不利被告之證據，原審法院未調查亦不得指摘構成刑訴法第 379 條第 10 款判決違背法令⁹²。

⁸⁷ 參自由評論網，〈我到最高法院靜坐的原因〉，2012 年 6 月 3 日：

<http://talk.ltn.com.tw/article/paper/588881>

⁸⁸ 請參閱何賴傑發言，〈法官調查義務的範圍－以最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議為中心座談會紀錄〉，《台灣法學雜誌》，198 期，2012 年 4 月，頁 80。

⁸⁹ 請參閱許澤天，〈為調查原則再伸冤－值得再三檢討的最高法院決議〉，《台灣法學雜誌》，193 期，2012 年 2 月，頁 3-4。

⁹⁰ 請參閱林鈺雄發言，註 88 座談會紀錄，頁 85-87；註 82 書，頁 71 以下。

⁹¹ 臺灣高等法院 102 年上易字第 994 號刑事判決：「檢察官上訴意旨雖認：(1)第二次之警詢筆錄係由另一員警蔡次郎所製作，此有該次警詢筆錄 1 份在卷可稽，員警蔡次郎於製作該份筆錄時應可閱見告訴人之第一次警詢筆錄，亦應可發覺告訴人指訴之內容與第一次有差異，何以未就差異部分於第二次警詢筆錄中釐清，製作筆錄時之情形究係為何？是否吳潤壹嗣亦有表明告訴人於案發當時亦確遭被告辱罵？此等各節與告訴人第二次警詢筆錄之指訴內容是否實在有密切關連性，實有傳喚員警蔡次郎說明之必要；(2)將被告、告訴人或證人吳潤壹、吳運婷送請測謊，以釐清何人所言屬實，應係適當且為發現真實所必要等情。然並未見檢察官於起訴書證據清單上載明此項證據，亦未見檢察官在原法院準備程序或審理程序為此項調查證據之聲請，更未見檢察官依刑事訴訟法第 163 條之 1 之規定以書狀分別具體記載『聲請調查之證據及其與待證事實之關係』；揆諸前揭說明，原審未予調查，尚難認有何不法之可言。」

⁹² 臺灣高等法院 104 年上易字第 621 號刑事判決：「檢察官及被告就本件待證事實，於原審審理中均未聲請調查證據，此有原審之審判筆錄可稽，而檢察官上訴意旨所指原審疏未向丹鳳派出所調取案發當天被害人報案之資料，性質上復顯係不利被告之證據，參諸上開說明，縱未予調查，亦無同法第 379 條第 10 款所定應調查而未予調查之判決違背法令。」

臺灣高等法院 105 年上訴字第 979 號刑事判決：「法院應依職權調查證據之義務，以利益被告之事項為限，上訴意旨指摘原審未依職權調查『不能排除被告自真實姓名、年籍不詳之人處取得毒品施用之事實』乙節，顯屬對被告不利事項，自應由檢察官負實質舉證責任，況原審審理中詢問：『尚有何證據調查？』公訴檢察官答稱：『沒有』等語。據上，上訴意旨指摘原審有應於審判期

第三款 自訴程序中法院調查範圍

關於法院之澄清義務，我國自訴程序並無如德國刑訴法第 384 條第 3 項那般規定，於無特別規定下，則同公訴程序適用刑訴法第 163 條。然於上開決議加重檢察官舉證責任，並限縮法院主動調查之空間後，於非由檢察官作為訴訟主體之自訴程序，是否仍課以自訴人與檢察官相同承重之舉證責任，不無可議。

於上開最高法院 91 年度第 4 次刑事庭決議第 11 點⁹³，認為自訴程序之自訴人亦適用刑訴法第 161 條及第 163 條，其應與檢察官一樣同負實質舉證責任，如提起自訴之案件有應為不起訴處分之情，法院應優先適用第 326 條第 3 項裁定駁回自訴，無須依第 161 條第 2 項裁定定期命補正。

第四款 本文見解：法院應以澄清義務為依歸

本文於本節第一項所介紹之我國警察驅離集會案件中，觀察我國刑事程序將受害民眾拒於門外之理由，除檢察官不為偵查開啟公訴程序而有濫權不起訴之嫌外，雖於此檢察官亦可能係受自訴程序下公訴優先原則之例外影響而停止偵查，然縱使提起自訴進入法院後，法院卻以同一案件形式上為不受理判決，遑論進入實質審理調查。是以為解析此問題，本文嘗試從自訴程序為切入，並探討同一案件之認定，續而爬梳我國法院調查義務於實務屢次決議中的削減。

對於自訴程序中同一案件之認定，實務向採被告與犯罪事實均為同一，被告係以起訴狀承載事實中所指之被告，並不侷限於起訴狀白紙黑字之記載；犯罪事實同一之標準，實務多採基本事實同一說，此實易流於浮濫認定，學者從行為人侵害時間地點與目的等判斷是否具緊密關聯性而為相同歷史進程，本文認為此非僅泛泛論斷，而係更細緻地提出具體要素綜合觀察，殊為可採。

日調查對被告不利證據，而未予調查之違法，自無理由。」

⁹³ 最高法院 91 年度第 4 次刑事庭會議：「十一、本法第一百六十一條、第一百六十三條規定係編列在本法第一編總則第十二章「證據」中，原則上於自訴程序亦同適用。除其中第一百六十一條第二項起訴審查之機制、同條第三、四項以裁定駁回起訴之效力，自訴程序已分別有第三百二十六條第三、四項及第三百三十四條之特別規定足資優先適用外，關於第一百六十一條第一項檢察官應負實質舉證責任之規定，亦於自訴程序之自訴人同有適用。惟第一百六十一條第二項裁定定期通知檢察官補正逾期未補正者，得以裁定駁回起訴之規定，在自訴程序中，法院如認案件有同法第二百五十二條至第二百五十四條之情形，自得逕依同法第三百二十六條第三項規定，以裁定駁回自訴，無須先以裁定定期通知自訴人補正。」

然此仍有賴於法院之調查，關於我國法院職權調查之範圍，最高法院 101 年度第 2 次刑事庭決議從無罪推定原則為起，延伸認為法院不宜主動調查，而目的性限縮至對被告有利之事項始應為之。本文觀照前述第三章第三節所述德國自訴程序中法院澄清義務，縱採便宜原則思考，亦不能輕易棄守對案情事實之釐清，特別是自訴程序中自訴人並無如檢察官般之蒐證權力及能力，其實不應負舉證責任，本文認為應如德國規定，回歸以法院澄清義務為範圍劃定，不論有利被告與否，只要係足以釐清案情，欲調查之證據係具關連性、必要性及可能性者，法院即應為調查，此與檢察官或自訴人舉證責任之有無或輕重實無相關。

第三項 實體論罪之取徑

關於間接正犯，我國並無如德國刑法第 25 條第 2 項明文規定之，然我國學說普遍採取犯罪支配理論，承認間接正犯之概念，亦多承認正犯後正犯之類型⁹⁴。而我國實務向來則採「主客觀擇一理論」⁹⁵，即極端擴張至主觀與客觀標準擇一為正犯者即為正犯，並據此承認「共謀共同正犯」之概念。實務雖承認間接正犯之概念，然而對於「正犯後正犯之組織支配」類型仍未見判決承認此，可能係因我國實務大量運用「共謀共同正犯」概念，吸收了所謂正犯後正犯類型，如犯罪組織首腦透過權力建構組織利用組織成員實施犯罪之案例，即多被實務以共謀共同正犯概念取而代⁹⁶。雖我國學說多半反對共謀共同正犯概念，認為此放棄以實施構成要件要件行為定義共同正犯，不啻放棄罪刑法定原則⁹⁷，然於我國實務尚未承認正犯後正犯概念下，共謀共同正犯卻成了現在所能突破的出口。

⁹⁴ 請參閱林山田，《刑法通論下冊》，10 版，2008 年，頁 62；林鈺雄，《新刑法總則》，2 版，2009 年，頁 424。

⁹⁵ 最高法院 25 上字第 2253 號判例：「現行刑法關於正犯、從犯之區別，本院所採見解，係以其主觀之犯意及客觀之犯行為標準，凡以自己犯罪之意思而參與犯罪，無論其所參與者是否犯罪構成要件之行為，皆為正犯，其以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者，苟係犯罪構成要件之行為，亦為正犯，必以幫助他人犯罪之意思而參與犯罪，其所參與者又為犯罪構成要件以外之行為，始為從犯。」司法院釋字第 109 號解釋相同。

⁹⁶ 請參閱林書楷，〈正犯後正犯〉，《玄奘大學法律學報》，21 期，2014 年 6 月，頁 195。

⁹⁷ 請參閱許玉秀，〈檢視刑法共犯章修正草案〉，《月旦法學雜誌》，92 期，2003 年 1 月，頁 46-47；陳志輝，〈共謀共同正犯與共同正犯之參與行為一評最高法院九十二年度台上字第二八二四號判決〉，《月旦法學雜誌》，114 期，2004 年 11 月，頁 44。

第四項 回歸案例觀察

第一款 同一案件之認定

本案幾乎大部分之自訴案件，均被法院以與前一自訴為同一案件而諭知不予受理判決（刑訴）。然其確實為同一案件嗎？法院說理有如複製貼上⁹⁸：

「按已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，應諭知不受理之判決，刑事訴訟法第 303 條第 2 款定有明文。而前條所揭禁之「一事不再理」乃刑事訴訟之基本原則，與歐陸法傳統上之 *ne bis in idem* 原則及英美法 *Double Jeopardy* 原則（禁止雙重危險原則）相當，指就人民同一違法行為，禁止國家為重複之刑事追訴與審判。其目的在維護法的安定性，及保護被告免於一再受訴訟程序的消耗與負擔。蓋刑事訴訟程序迫使人民暴露於公開審查程序，以決定國家是否對其個人之行為施以生命、身體或財產之處罰，僅能侷限於必要之範圍，並儘可能縝密、徹底地實施，自有必要將針對同一行為所實施之刑事訴訟追訴程序加以限制，至多僅允許作一次之嘗試。此原則固未見諸我國憲法明文，但從法安定原則、信賴保護原則、比例原則等，皆可導出一行為不能重複處罰之原則。且公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項規定：任何人依一國法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑。可見「一事不再理原則」早為刑事訴訟之普世原則。我國刑事訴訟法第 302 條第 1 款規定……第 303 條第 2 款規定……，均係一事不再理原則之體現。而我國對於犯罪之追訴，採國家訴追（公訴）及被害人訴追（自訴）併行制，上揭條款規定，依刑事訴訟法第 343 條規定，於自訴程序自應準用之。至刑事訴訟法第 323 條第 1 項所謂同一案件如經檢察官開始偵查，不得再行自訴，第 324 條規定同一案件經提起自訴者，不得再行告訴或請求等，乃規範同一案件公訴、自訴競合時之適用原則。

再查，所謂「同一案件」不得重行起訴或自訴，指被告同一、犯罪事實同一

⁹⁸ 如台北地方法院 103 年度自字第 33 號刑事判決、103 年度自字第 35 號刑事判決。

而言。犯罪事實同一，除實質上一罪（接續犯、繼續犯、集合犯等）外，亦包括裁判上一罪（想像競合犯、刑法修正前之牽連犯、連續犯等）在內，良以裁判上一罪之案件，因從一重罪處斷結果，在實體法上係一個罪，刑罰權祇有一個，故雖僅就其中一部分起訴，效力仍及於全部，法院應就全部為審判，對於其他部分不得重複起訴。」

「...可認 103 年度自字第 18 號自訴人周榮宗提起自訴之被告與本案被告江宜樺、王卓鈞、方仰寧相同，103 年度自字第 61 號之自訴人周倪安起自訴之被告亦與本案被告黃昇勇相同，前揭另 2 案所自訴之犯罪事實，亦均為被告江宜樺等 4 人共同決策、參與之 103 年 3 月 24 日凌晨行政院強制驅離行動，與本案自訴意旨核無不同。而被告江宜樺等 4 人倘因上開驅離行動造成本案自訴人江政韓及另案自訴人周榮宗或周倪安之生命或身體法益受損，應評價為一行為觸犯數罪名之想像競合犯，為裁判上一罪關係。」

傳統見解向來認為實體法上一罪，訴訟法上即為一訴訟客體。觀察本案法院即採之，認被告等人或係以一下令驅離之行為觸犯數罪名之想像競合犯，而為裁判上一罪，訴訟法上即為一案件，又認本案自訴狀所列被告均與周○宗及周○安先前提起之自訴被告為相同，且以自訴意旨均指摘被告等人共同決策、參與之 103 年 3 月 24 日凌晨行政院強制驅離行動，認犯罪事實並無二異。

然關於被告同一，本不應以起訴狀所列之被告為依據，而係應依起訴意旨所指摘之被告為實質認定，本案自訴人等所受攻擊均可能來自不同警察，其雖僅列江宜樺等指揮人為被告，然其自訴意旨所指涉之被告應為下手攻擊之之不知名員警及江宜樺等人，是以此數件自訴案之被告應非同一。

縱認被告為同一，此次驅離行動涉及不同被害人，下手毆打之警察亦不同，被害人被毆打的時間、地點、受攻擊的方式與身體受傷之處亦均為不同，這些因素均將影響涉及傷害或殺人未遂之判斷，不論自傳統的新舊見解抑或學者見解，犯罪事實實均難認同一。

且再退步言之，傳統實務向來認數案件均認為有罪，始生同一性認定，先不

論學說上對此詬病連連，於此即應進入法院實質認定後方知同一與否，而非一開始即為封鎖，本文認為本案法院裁定僅以短短數句即認定同一案件，尚嫌草率，且一再推翻自身實務向來認定之判準。於此建議似可借鏡德國刑訴法第 375 條針對同一案件提起自訴之不同自訴權人均合併於同一案件，使其均得進入訴訟程序，而非徒以同一案件排除其參與程序之權利，更為妥適⁹⁹。

第二款 法院調查義務

同一案件與否乃程序爭點，法院僅須行自由證明即可。如自訴人因不知何人而未對下手實施傷害之警察提起自訴，法院基於不告不理之控訴原則，僅得以自訴人自訴所指之被告及犯罪事實為調查審判。然於自訴人控訴之被告姓名不詳之情形，法院得否職權調查？

依現行實務決議，此顯非有利於被告之事項，法院可不為調查。然除前述學者提出之質疑外，本文認為法院調查義務不應以對被告有利與否為斷，而係應回歸法院澄清義務，即於該證據之於待證事實具關連性必要性及可能性，即應調查。以加重檢察官舉證責任為由之反駁於自訴程序反更難說明解套。且從歐洲人權法院之觀點下，於已構成非人道處遇之情形下，國家更應負調查徹底、迅速之義務，而此次驅離行動從媒體或民眾自行攝影留下之影音紀錄，顯見調查之可能，於此於被告客觀上可供特定之情形下，法院應為主動調查。

第三款 行為人實體刑事責任

從程序進入實體審查，於行政院驅離案件中，對與會民眾施以攻擊行為之警員是否得以主張傷害罪甚或殺人未遂罪之阻卻違法？此須以個別認定，其攻擊靜坐之與會者，靜坐者對警員並不成立強制罪，而不該當現在不法之侵害情狀；對來自民眾之攻擊，其反擊亦屬過當。

相較於追訴難以得知詳細身分之基層警員，其指揮該次驅離之上級長官以及

⁹⁹ 請參閱薛智仁，〈一事不再理與自訴權競合－評最高法院一〇四年度台上字第二三九號等相關判決〉，《月旦法學雜誌》，256 期，2016 年 9 月，頁 192 以下。

上上級長官之身分較易掌握，係從陳雲林系列案件乃至行政院驅離案件迄今受傷與會者所提起控訴的主要對象，是以如何追訴其刑事責任於本案益徵重要。時任行政院長要求內政部警政署於隔日上班前淨空行政院前集會，警政署長及該區之警察局長為達短時間內驅離，而下令警員使用警棍與水砲攻擊致民眾受傷之行為，應係其所能預見而任為之，具有故意，自德國組織支配脈絡檢視，其身為行政院長於組織中對於警察局具下令權限，執行驅離之警員可為替代，雖組織尚非逸脫，然其命令亦已逸脫了法律所規定之範圍，構成組織支配之間接正犯類型。雖我國實務尚未正式援引正犯後正犯概念為適用，然於實務所創設之共謀共同正犯概念下，上級長官與基層警員仍將構成傷害甚或殺人未遂罪之共同正犯。縱若其並未料到驅離會造成如此嚴重之結果，參酌德國案例邦法院之見解，仍係違反了其應注意能注意而未注意攻擊致命部位之禁止誡命義務，而成立過失犯。

第四款 小結

綜合以上，回觀 324 行政院驅離案件之刑事程序，中受到國家機關暴力驅離之被害人先以前行政院長江宜樺等機關首長為被告提起自訴，得避免因不知被告而受法院諭知不受理判決，應亦可讓檢察機關不受公訴優先原則影響，繼續偵查其他不知名員警之武力施加之犯罪事實，然而事發迄今已逾二年，檢察機關顯無動靜，而自訴亦僅一件受到法院實質審理並為裁判，然卻因被害人未能提供證據以證明機關首長與施用武力之警察犯意聯繫等原因而裁定駁回。種種顯見司法機關並未盡調查義務，亦未給予實施過當武力之行為人適當處罰。

然觀察前述台北地方法院 103 年度簡字第 107 號行政訴訟判決，其援引公政公約第 7 條直言法院應負有效調查追訴之義務，而主動將原告所提出之影片送請台北市政府警察局查證，縱回函仍不知真正員警姓名身分，仍認定係其不當使用武力而造成原告受傷，命台北市政府賠償三十萬元予原告民眾，實乃值得喝采。

第四節 本章結論

針對和平集會之過當驅離，本文爬梳過國際人權與德國法面向後，回到我國

為觀察，同樣先針對我國憲法與制定兩公約施行法後，公政公約與其於聯合國相關機制下之解釋為論述，就此二者適用關係，本文認為兩公約不應被法律所架空，而應與憲法同等地位，補充憲法內涵，以求將我國人權拉高至國際水平。集會自由部分，我國經司法院釋字第 445 號及第 718 號解釋後，雖係更為偏向人權保障面向思考，然針對學者詬病連連的事前許可制，卻始終未正面處理，僅排除緊急性與偶發性集會適用，實屬遺憾；人性尊嚴部分，我國憲法雖無相應規範，然於釋字中已多次使用人性尊嚴之概念與字眼，縱對於其定位仍有爭議，亦無礙其作為基本人權之最高價值。

後本文針對我國集會遊行法為檢視，先梳理其立法脈絡，隨著民主意識逐年高漲，從解嚴，動員戡亂時期後，歷經司法院釋字第 445 號以及野草莓運動後，直至今年修法聲浪不斷。其中針對許可制、禁制區、命令解散及刑罰都有相當劇烈的討論與變革，許可制部分，我國學者直指此箝制了人民集會自由，實務亦頻頻因此而飽受為難，本文觀照歐洲人權法院及德國法，認為宜採自願報備制，使機關得以事前準備；禁制區部分，本文並不採取必須廢除之立場，然此範圍劃定必須符合法律保留原則，且立法建議可參德國以許可為原則；取締部分，我國現以警方舉牌以代警告制止與命令解散之處分作成，本文認為應採與會者得以充分知悉之方式為之，且衡諸情勢不宜立即為解散；刑罰部分，本文認僅單純因集會而受刑事處罰，依歐洲人權法院見解係對與會人產生嚇阻效果，宜刪除之。

回顧我國近年驅離集會案例，警方使用警棍敲擊與會民眾手腳甚或頭部，使用水柱攻擊驅散民眾，係應已構成酷刑與非人道處遇之違反，然受害民眾於刑事程序上卻頻頻受阻，此肇因於我國自訴程序與公訴程序交錯下對同一案件之理解，以及法院於職權調查範圍之畫分，本文嘗試從我國自訴制度切入，尋求所謂同一案件之標準，並觀察我國法院澄清義務之實務流變，本文擷取德國規定，建議法院宜以澄清義務為依歸，並於自訴程序上減輕自訴人之舉證責任。

324 驅離案中，檢察官囿於同一案件公訴優先原則之例外而不為偵查行動，法院又一再以同一案件駁回各被害人之自訴，本文認為縱採實務向來見解，案件

被告均非同一，犯罪事實更非同一，既非同一案件，自不受上開原因拘束，且法院應於自訴程序中盡其職權調查，以求案件之澄清，並滿足歐洲人權法院對內國程序性義務之有效性。



第五章 結論及展望

第一節 回顧各章

經過第二章和平集會自由之奠基及第三章酷刑與非人道處遇禁止規範之比較法架構，繼回顧我國法制與實務，最終作出結論。

本文於第一章先以與我國地理位置及民主化程度均為相近的香港及南韓這兩年所發生嚴重的集會驅離案件為例，並指出此並非僅發生於亞洲，而儼然變成一種國際趨勢，此係目前不容忽視之重要人權議題。復回到我國觀察，我國從解嚴後民主化浪潮漸起，抗議集會不斷，從民國 80 年之農民運動至 90 年代末野草莓學運等，社會抗爭之集會遊行正是民主社會發展程度之試金石。而我國於 103 年 3 月爆發 318 學運，之後 324 行政院驅離及 428 忠孝東路驅離卻在在顯示我國政府於人權保障之輕忽，是以本文以國際人權及德國法觀點梳理和平集會自由及酷刑與非人道處遇禁止人權保障之內涵與國家義務，並透過此反思我國現正面臨的問題，試圖找出解答。

於第二章和平集會自由脈絡上，本文自國際人權規範為簡單梳理，從中擷取案例法最為豐富的歐洲人權體系為探討，並以德國運作為具體參考。歐洲人權公約保障人民之和平集會自由，此與民主社會實有密不可分之關係，和平作為其內在界限，本文從案例法中嘗試從反面劃出其所謂和平性之輪廓，基本上自集會起初具暴力意圖即認非和平，而判斷時點不能過早，歐洲人權法院對和平性之認定向來從寬。干預手段上，內國對於集會係採許可抑或報備制，並不限制，重要的是與會者是否因此產生寒蟬效應，如於此為考量，採取報備制係較佳選擇；關於禁制區往往於干預正當性上內國必須基於一定特殊目的始得劃分；對與會者之事後懲罰，不論行政懲處或刑事追訴均非為適當，過當武力驅離更是帶來不可避免的警戒效力。干預正當性中法律保留要求必須具其明確性，並與時俱進為修法；民主社會之必要則於政治議題上，國家享有之評斷餘地應為縮減。

進而於德國法中，本文從內國集會自由立憲之流變為開端，從其立法脈絡，

德國對和平集會自由更進一步地於基本法中制定不攜帶武器之誡命，然其和平性並應不以武器攜帶與否為斷，應亦非以是否構成刑法罪名或秩序法違反為準，本文認德國從程序面上課以主管機關查明集會非和平性之義務殊為可採。干預手段多樣性中，本文從聯邦集遊法擷取重要限制，並按照集會開始之時點為區分介紹。後於正當性部分，除聯邦集遊法於內國之定位外，本文亦嘗試從警察任務及發動要件中，嘗試探求警察權實際於集會遊行中之發動時機。

於第三章酷刑與非人道處遇禁止中，本文主要仍先進行歐洲人權公約及法院解釋，並透過德國觀察公約具體化之實踐可能。歐洲人權法院認公約第三條具絕對性，影響審查架構須先符合酷刑、非人道及侮辱性處遇概念且達最低嚴重程度，對照德國基本法雖無相同規定，然人性尊嚴亦同為公約第三條所保障之核心，其亦係絕對不可侵犯。最低嚴重程度亦影響了身體不受傷害權對於輕微干預之排除。歐洲人權法院結合公約第三條及第一條導出國家之程序性義務，即必須徹底迅速且獨立地調查內國發生酷刑與非人道處遇之情事，且對行為人應予相應處罰效果，而德國 *Stuttgart21* 驅離案之程序終結引發本文對於德國刑事訴訟中對於停止程序之疑惑，關於便宜原則實務上大量運用，特別是德國刑訴法第 153 條及第 153a 條，不同於我國，即使起訴後法院仍得適用，雖基於便宜原則而限制於輕罪，特別是第 153a 條亦不需要罪責輕微，此是否可能將國家刑罰權輕易交易，不無可議，然不僅於此，德國於自訴程序同樣均要求法院須將案情釐清，盡其澄清義務始可為之，係對應了歐洲人權法院對調查之要求。

第四章回到我國，同樣先從我國人權基線－憲法及公政公約為標準，復視我國集遊法及實際驅離之追訴問題。本文認為公政公約應可填補憲法內涵之不足，以將我國人權提高至國際標準。我國集遊法對集會之限制幾乎以事前許可制為中心延伸層層交錯之限制與罰則，關於事前許可制，釋字第 445 號及第 718 號解釋均未正式宣告其違憲，僅於緊急性及偶發性集會「客觀不能」而放寬，本文爬梳釋字第 718 號各協同、不同意見書以及實務學者意見，並參酌歐洲人權法院解釋及德國法，認宜採報備制，同達使主管機關提前知悉準備之效，與草案意見相同。

復主要採擷第一章本文問題意識中最關鍵之 324 行政院驅離案件為分析，透過事實係足認我國警方當時驅離行動顯已達非人道處遇之最低嚴重程度，依歐洲人權法院解釋及公政公約意見書，我國針對行為人應為積極追訴，然我國偵查機關未見其動作，被害人於自訴程序上亦屢屢碰壁，本文認問題主要繫於我國法院對同一案件認定之恣意及對職權調查義務之限縮，參酌歐洲人權法院解釋及德國法，應以法院澄清義務為依歸，特別是自訴程序於自訴人無舉證責任之情形下，法院更應加重其澄清。

爬梳至此，本文嘗試提出建議：

立法建議部分，本文認我國現行集會遊行法宜不區分偶發性或緊急性集會，直接刪除事前許可制，改採自願報備制；禁制區出於保障國家機關行使職權之目的仍得設置之，然宜參考德國立法模式，採原則許可例外禁止之許可制；刪除行政罰及刑罰規定。針對現所提出之草案，本文認為不宜限縮集會目的，將生過早排除於保障範疇之疑慮，亦認不宜逕為刪除集會解散規定，對於非和平集會及對公共秩序已生相當侵擾情形之集會，警察解散處分應依法為之。

於刑事追訴程序，我國實務不論對於同一案件或是職權調查義務認定均為學者詬病甚久，對此嚴格而言並非立法問題，毋寧是解釋層次上問題。本文建議法院職權調查義務不應以有利被告為限，仍應回歸法院澄清義務，不宜與檢察官舉證責任混淆為消長關係，於自訴程序上，自訴人與檢察官雖同為控訴方，然檢察官更具公益性質，自訴人亦無蒐證權限，兩者性質既為不同，於法未明文下自不能當然解釋認同負實質舉證責任。此外針對自訴程序之同一案件，亦可借鏡增訂德國刑訴法第 375 條加入自訴制度為解決。

第二節 未竟之業

集會自由是在一民主社會最重要的基本人權，特別是在代議民主失靈、傳播媒體喪失新聞真實性的時候，人民僅能藉由群集的聲音向政府表達其對政策的不滿與檢討，其重要性表露無遺。人民應享有和平集會的自由，國家應予以積極之

保障，縱使對於公共秩序有影響或非經事前法定程序許可，國家仍應予以包容，給予人民充分表達意見之自由，特別是政治或公共議題。手段應審酌情勢等以符合比例原則，絕不容許立即以武力驅離，縱然是非法但和平之集會。

我國集會遊行法尚有許多限制待檢討，而警察機關於所謂「依法行政」之範圍中更係時常流於恣意。本文從國際人權面向為參照，因其性質而僅能給予較為抽象之指示，尚有許多面向未能更細緻地處理，如於實際驅離集會案例中，關於警察機關於集會前、中、後之運作模式，其中得以更進一步地區分具體建構；且警方不僅驅離靜坐民眾，亦驅離辯護律師，更驅離醫護人員及媒體記者¹⁰⁰，此可能分別涉及國際法上受律師協助之權利、本文第三章所提及國家應予醫療照料義務以及新聞自由侵害等相當多面向之人權問題。以上均是本文於此脈絡下或於篇幅上無法更進一步地論述之處。

再次回視我國刑事程序對於追訴國家過當實施武力之消極，於 324 行政院驅離後，似乎仍停留於黎明前的夜晚那般黑暗，司法機關既作為人民權利保障之最後一道防線，即應把握此次事件中甚或之後得以發揮智慧，寬視人民集會自由，嚴視警察機關之濫權，更應徹查其慣用驅離之國家暴力。

¹⁰⁰ 台灣新聞記者協會，〈428 警方驅離群眾事件 譴責警方暴力、侵犯新聞自由〉聲明稿，2014 年 4 月 28 日：<https://www.facebook.com/TaiwanJournalists/posts/739949576026835?fref=nf>

參考文獻



一、中文部分（依姓氏筆畫排序）

（一）專書

1. 王兆鵬（2010）。《刑事訴訟法講義》，5版。台北：元照。
2. 李震山（2001）。《人性尊嚴與人權保障》。台北：元照。
3. 李震山（2007）。《多元寬容與人權保障－以憲法未列舉權之保障為中心》，2版。台北：元照。
4. 林山田（2008）。《刑法通論下》，10版。台北：自版。
5. 林鈺雄（2009）。《新刑法總則》，2版。台北：元照。
6. 林鈺雄（2013）。《刑事訴訟法上冊》，7版。台北：元照。
7. 林鈺雄（2013）。《刑事訴訟法下冊》，7版。台北：元照。
8. 林明鏘（2011）。《警察法學研究》。台北：新學林。
9. 許春金（2007）。《犯罪學》，5版。台北：三民。
10. 陳慈陽（2007）。《基本權核心理論之實證化及其難題》，2版。台北：翰蘆。
11. 陳慈陽（2001）。《人權保障與權力制衡》。台北：神州。
12. 張麗卿（2003）。《刑事訴訟制度與刑事證據》，2版。台北：元照。
13. 廖福特（2003）。《歐洲人權法》。台北：學林。
14. 蔡震榮（2009）。《警察法總論》。台北：一品。

（二）翻譯書籍


1. David Forsythe 著，高德源譯（2002）。《人權與國際關係》。台北：弘智。
2. Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯（2008）。《德國刑事追訴與制裁》。台北：元照。
3. Henry David Thoreau 著，謝孟宗、陳蒼多譯（2015）。《我所嚮往的生活－亨利梭羅的公民不服從和他的政治書寫》。台北：商周。

4. Satzger 著，王士帆譯（2014）。《國際刑法與歐洲刑法》。台北：元照。

（三） 書之篇章


1. 李建良譯（2010）。〈禁止反示威集會案－歐洲人權法院第一庭於 2006/9/29 之裁判〉，收錄於：司法院，《歐洲人權法院裁判選譯（二）》，頁 146-159，台北：司法院。
2. 林三欽譯（1999）。〈監聽案判決〉，收錄於：司法院，《德國聯邦憲法法院裁判選輯（八）》，台北：司法院。
3. 林鈺雄（2008）。〈從基本權體系論身體檢查處分〉，收錄於：氏著，《干預處分與刑事證據》，頁 3-56，台北：元照。
4. 廖福特（2014）。〈兩公約之歷史發展及台灣參與〉，收錄於：氏主編，《聯合國人權兩公約－公民與政治權利國際公約、經濟社會文化權利國際公約》，頁 1-22，台北：新學林。
5. 廖福特（2010）。〈不受酷刑作為權利－以國際標準建構我國憲法規範〉，收錄於：黃舒芃主編，《憲法解釋之理論與實務（七）》，台北：新學林。
6. 蔡震榮（2008）。〈警察處理集會遊行案件與人民權利義務的保障〉，收錄於：皮特涅教授七十祝壽論文集編輯委員會，《變遷中的警察法與公法學－皮特涅教授七十歲祝壽論文集》，台北：五南。
7. 黃惠婷（2002）。〈正犯背後之正犯〉，收錄於：《刑事法學之理想與探索（第一卷）－甘添貴教授六秩祝壽論文集》，台北：學林文化。
8. 薛智仁譯（2005）。〈企業犯罪〉，收錄於：《民主人權正義－蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，台北：元照。
9. Satzger 著，王士帆譯（2012）。〈歐洲人權公約對德國刑法及刑事訴訟法之影響〉，收錄於：林鈺雄、顏厥安主編，《人權之跨國性司法實踐（四）》，頁 25-61，台北：元照。

（四） 期刊論文

- 
1. Hans-Heinrich Trute/L. Biebrach 著，王韻茹譯（2015）。〈德國極右派集會遊行的法律問題〉，《國立中正大學法學集刊》，47 期，頁 1-26。
 2. 王士帆譯（2011）。〈歐洲人權法院與歐盟法院共同聲明－關於歐盟基本權利憲章與歐洲人權公約之同步併行解釋，以及歐盟加入歐洲人權公約〉，《司法周刊》，1547 期，頁 3。
 3. 王玉葉（2007）。〈歐洲人權法院審理原則－國家裁量餘地原則〉，《歐美研究》，37 卷 3 期，頁 485-511。
 4. 王皇玉（2005）。〈刑事追訴理念的轉變與緩起訴－從德國刑事追訴制度之變遷談起〉，《月旦法學雜誌》，119 期，頁 55-69。
 5. 李建良（2008）。〈自由、平等、尊嚴：人的尊嚴作為憲法價值的思想根源與基本課題（下）〉，《月旦法學雜誌》，154 期，頁 193-211。
 6. 何賴傑（1999）。〈刑事法院依職權調查證據之範圍與限制〉，《台灣本土法學》，2 期，頁 33-42。
 7. 何賴傑（1999）。〈事實審法院蒐集證據之義務－評最高法院 87 年度台非字第 1 號判決〉，《政大法學評論》，61 期，頁 445-454。
 8. 林鈺雄（2014）。〈強制罪之整體不法判斷－從彰化台電施工抗爭案的判決談起〉，《月旦法學雜誌》，232 期，頁 28-57。
 9. 林鈺雄（2006）。〈緩起訴期間與自訴限制〉，《法學講座》，6 期，頁 45-51。
 10. 林書楷（2006）。〈正犯後正犯〉，《玄奘大學法律學報》，21 期，頁 187-216。
 11. 柯耀程（2009）。〈刑法總則專題研究系列之七：參與論（四）－間接正犯〉，《月旦法學雜誌》，166 期，頁 193-202。
 12. 段正明（2009）。〈把街頭還給人民！－德國聯邦憲法法院宣告巴伐利亞邦集會遊行法違憲〉，《司法改革雜誌》，72 期，頁 14-16。
 13. 施育傑（2014）。〈歐洲人權公約第三條及其新近裁判－酷刑與非人道、侮辱待遇之禁止〉，《檢協會訊》，103 期，頁 6-11。
 14. 張維容（2013）。〈德、日、韓集會遊行法制之研究〉，《中央警察大學警學叢

刊》，44 卷 3 期，頁 85-124。

15. 張文貞(2012)。<〈演進中的法：一般性意見作為國際人權公約的權威解釋〉，《台灣人權學刊》，1 卷 2 期，頁 25-43。
16. 許玉秀(2003)。<〈檢視刑法共犯章修正草案〉，《月旦法學雜誌》，92 期，頁 39-48。
17. 許義寶(1997)。<〈論未經許可集會遊行之命令解散〉，《中央警察大學學報》，31 期，頁 113-138。
18. 許澤天(2012)。<〈為調查原則再伸冤—值得再三檢討的最高法院決議〉，《台灣法學雜誌》，193 期，頁 1-5。
19. 黃常仁(1997)。<〈正犯後正犯—間接正犯之理論發展〉，《東吳大學法律學報》，10 卷 2 期，頁 1-12。
20. 黃忠正(2013)。<〈人性尊嚴的概念與界限〉，《月旦法學雜誌》，221 期，頁 161-174。
21. 彭德富、張真堯(2010)。<〈從人權觀點論集會遊行法之修正方向〉，《朝陽學報》，15 期，頁 121-139。
22. 陳志輝(2004)。<〈共謀共同正犯與共同正犯之參與行為—評最高法院九十二年台上字第二八二四號判決〉，《月旦法學雜誌》，114 期，頁 30-46。
23. 陳顯武、連雋偉(2008)。<〈從「歐盟憲法」至「里斯本條約」的歐盟人權保障初探—以「歐盟基本權利憲章」為重點〉，《台灣國際研究季刊》，4 卷 1 期，頁 25-45。
24. 陳正根(2012)。<〈集會遊行法之許可與命令解散—評最高行政法院一百年度第三〇五〇號裁定〉，《月旦裁判時報》，15 期，頁 92-101。
25. 程明修(2002)。<〈集會遊行法禁制區規定的合憲性〉，《法學講座》，6 期，2002 年 6 月，頁 64-71。
26. 廖福特(2001)。<〈集會及結社自由權：歐洲人權法院判決之分析〉，《政大法學論叢》，67 期，頁 59-111。

- 
27. 廖福特 (2010)。〈法院應否及如何適用公民與政治權利國際公約〉，《台灣法學雜誌》，163 期，頁 45-65。
28. 廖元豪 (2006)。〈把街頭還給基層異議者！—重省集會自由與集會遊行法〉，《台灣本土法學雜誌》，85 期，頁 1-4。
29. 劉靜怡 (2012)。〈歐洲人權法院近年主要集會遊行相關判決評析〉，《台灣法學雜誌》，204 期，頁 45-62。
30. 蔡宗珍 (1999)。〈人性尊嚴之保障作為憲法基本原則〉，《月旦法學雜誌》，45 期，頁 99-102。
31. 蔡震榮 (2008)。〈從江陳會論民主自由與法治的界限〉，《台灣法學雜誌》，117 期，2008 年 12 月，頁 56-65。
32. 蔡震榮 (2014)。〈簡評釋字第七一八號解釋與修法方向之探討〉，《月旦裁判時報》，29 期，頁 55-65。
33. 薛智仁 (2016)。〈一事不再理與自訴權競合—評最高法院一〇四年度台上字第二三九號等相關判決〉，《月旦法學雜誌》，256 期，頁 176-195。
34. 董保城 (1987)。〈西德對集會自由法律的保障與限制〉，《憲政時代》，12 卷 4 期，頁 46-55。

（五） 研討會論文

林佳和，〈私權紛爭與社會運動—警察權介入之爭議〉，發表於：《第 15 屆行政法理論與實務研討會》，2015 年 11 月 21 日。

（六） 座談會紀錄

1. 台灣法學雜誌 (2012)，〈法官調查義務的範圍—以最高法院 101 年度第 2 次刑事庭會議決議為中心座談會紀錄〉學術研討會，《台灣法學雜誌》，198/199 期，頁 75-87 /229-243。
2. 台灣法學雜誌 (2014)，〈公民抗爭與不服從運動的法律評價〉學術研討會，《台灣法學雜誌》，250 期，頁 105-133。

3. 台灣法學雜誌（2014），《公權力壓制群眾抗爭的行為解析－以 324 行政院強制驅離事件為例》學術研討會，《台灣法學雜誌》，260 期，頁 108-141。

（七） 未出版學位論文


1. 林柔孜（2014）。《論強制罪：以社會抗爭行為為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），台北。
2. 呂弘智（2011）。《禁止刑求訊問之研究》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文（未出版），台北。
3. 李佳叡（2013）。《論營救式刑求之法律適用－以德國刑事法暨歐洲人權法為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（未出版），台北。
4. 施宇軒（2007）。《現行集會遊行法之檢討－以集會自由之保障為中心》，國立臺灣大學國家發展研究所碩士論文（未出版），台北。
5. 馮聖晏（2010）。《犯罪之組織支配》，國立政治大學法律學研究所碩士論文（未出版），台北。
6. 甯若蓁（2009）。《被告於審判上證據調查聲請之探討－以德國刑事訴訟法為中心》，國立政治大學法律學研究所碩士論文（未出版），台北。

二、德文部分

（一） 註釋書

1. Dörr/Grote/Maruhn (Hrsg.), EMRK/GG: Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Bd. 1, 2. Aufl., 2013.
2. Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 11, 26. Aufl., 2012.
3. Löwe/Rosenberg, StPO, Bd. 8, 26 Aufl, 2009.
4. Meyer, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 6 Aufl., 2012.
5. Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, Strafprozessordnung : Kommentar, 2014.

（二） 專書

- 
1. Beulke, StPO, 12. Aufl., 2012.
 2. Wessels/Beulke, Strafrecht AT, 42 Aufl., 2012.
 3. Esser, Europäisches und Internationales Strafrecht, 2014.
 4. Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl., 2012.
 5. Guradze, EMRK, 1968.
 6. Jenssen, Die versammlungsrechtliche Auflage, 2009.
 7. Krammer, Menschenwürde und Art 3 EMRK: Grundrechtsverletzungen in Form von Polizeigewalt und Haft, 2012.
 8. Köhler/ Friedl, Demonstrations- und Versammlungsrecht, 4 Aufl., 2001.
 9. Meyer, StPO.
 10. Peter, Grundgesetz mit Kommentierung, 9. Aufl., 2012.
 11. Prosenjak, Der Folterbegriff nach Art. 3 EMRK, 2011.
 12. Ripke, Europäische Versammlungsfreiheit: Das Unionsgrundrecht der Versammlungsfreiheit im Grundrechtsschutzsystem aus Grundrechtecharta, EMRK und gemeinsamer Verfassungsüberlieferung, 2012.
 13. Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 2011.
 14. Schilling, Internationaler Menschenrechtsschutz, 2. Aufl., 2010.
 15. Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht, 14. Aufl., 2013.
 16. Schorn, EMRK, 1965.
 17. Thiel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2013.
 18. Villiger, Handbuch der Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl., 1999.
 19. Wachinger, Versammlungsrecht nach der EMRK, 1975.

(三) 期刊文章

Augsberg, Grundfälle zu Art. 2 II 1 GG, JuS 2011, 131f..

Turnit, Grundfälle zum Versammlungsrecht, JA2014, 486ff.



三、英文部分

(一) 專書

1. Grabenwarter, European Convention on Human Rights, 2014.
2. Henry Steiner, Philip Alston, International Human Rights in Context, 2000.
3. Holly Cullen, Freedom of Association as a Political Right, 1999.
4. Jacobs/White/Ovey, The European Convention on Human Rights, 5th ed. 2010.
5. Joseph/Cartan, The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases. Materials, and Commentary, 3rd ed., 2013.
6. M. Nowak, CCPR Commentary, 2nd, 2005.

(二) 歐洲人權法院及委員會判決

EComHR, *Anderson and nine Others v. the United Kingdom*, Decision of 27/10/1997.

EComHR, *Pendragon v. the United Kingdom*, Judgment of 19/10/1998, Appl. no. 31416/96.

ECHR, *Abdullah Yaşa and Others v. Turkey*, Judgment of 16/10/2013, Appl. no. 44827/08.

ECHR, *Ahmed v. Austria*, Judgment of 17/12/1996, Appl. no. 25964/94.

ECHR, *Aksoy v. Turkey*, Judgment of 18/12/1996, Appl. no. 21987/93.

ECHR, *Ali Güneş v. Turkey*, Judgment of 10/07/2012, Appl. no. 9829/07.

ECHR, *Anzhelo Georgiev and Others v. Bulgaria*, Judgment of 30/12/2014, Appl. no. 51284/09.

ECHR, *Appleby and Others v. the United Kingdom*, Judgement of 24/09/2003, Appl. no. 44306/98.

ECHR, *Attila Csorba v. Hungary*, decision of 12/02/2013, Appl. no. 61053/12.

ECHR, *Barraco v. France*, Judgement of 05/03/2009, Appl. no. 31684/05.

ECHR, *Berladir and Others v. Russia*, Judgment of 19/11/2012, Appl. no. 34202/06.

ECHR, *Bērziņš v. Latvia*, Judgment of 25/05/2014, Appl. no.25147/07.

ECHR, *Christian Democratic People's Party v. Moldova*, RJD 2006 II.

ECHR, *Çiloğlu et al v. Turkey*, Judgement of 06/06/2007, Appl. no. 73333/01.

ECHR, *Cisse v. France*, RJD 2002-III.

ECHR, *Denis Vasilyev v. Russia*, Judgment of 17/03/2010, Appl. no. 32704/04.

ECHR, *Djavit An v. Turkey*, Judgment of 09/07/2003, Appl. no. 20652/92.

ECHR, *Ezelin v. France*, 1991, Series A no. 202.

ECHR, *Galstyan v. Armenia*, Judgment of 15/02/2008, Appl. no. 26986/03.

ECHR, *Geert Drieman and Others v. Norway*, Decision of 04/05/2000, Appl. no. 33678/96.

ECHR, *Gäfgen v. Germany*, Judgment of 01/06/2010, Appl. no. 22978/05.

ECHR, *Hyde Park and Others v. Moldova (nos. 5 and 6)*, Judgment of 14/12/2010, Appl. nos. 29221/95 and 29225/95.

ECHR, *Identoba and Others v. Georgia*, Judgement of 12/08/2015, Appl. no. 73235/12.

ECHR, *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, Judgment of 08/07/2004, Appl. no. 48787/99.

ECHR, *İzci v. Turkey*, Judgment of 23/10/2013 , Appl. no. 42606/05.

ECHR, *Kalashnikov v. Russia*, Judgment of 15/10/2002, Appl. no. 47095/99.

ECHR, *Kasparov and Others v. Russia*, Judgment of 17/02/2014, Appl. no. 21613/07.

ECHR, *Keenan v. the United Kingdom*, Judgment of 03/04/2001, Appl. no. 27229/95.

ECHR, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, Judgment of 04/02/2005, Appl. nos. 46827/99 and 46951/99.

ECHR, *Mouisel v. France*, Judgment of 21/05/2003, Appl. no. 67263/01.

ECHR, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, Judgment of 12/01/2007,

Appl. no. 13178/03.

ECHR, *Nosov and Others v. Russia*, Judgment of 20/02/2014, Appl. nos. 9117/04 and 10441/04.

ECHR, *Olymbiou v. Turkey*, Judgment of 01/03/2010, Appl. no. 16091/90.

ECHR, *Oya Ataman v. Turkey*, Judgment of 03/05/2007, Appl. no. 74552/01.

ECHR, *Palushi v. Austria*, Judgment of 22/03/2010, Appl. no. 27900/04.

ECHR, *Piermont v. France*, Judgment of 27/04/1995, Appl. no. 15773/89; 15774/89.

ECHR, *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria*, 1988, Series A no. 139.

ECHR, *Pekaslan and Others v. Turkey*, Judgment of 20/06/2012, Appl. nos. 4572/06 and 5684/06.

ECHR, *Saadi v. Italy*, Judgment of 28/02/2008, Appl. no. 37201/06.

ECHR, *Schwabe and M.G. v. Germany*, Judgment of 01/03/2012, Appl. nos. 8080/08 and 8577/08.

ECHR, *Sergey Kuznetsov v. Russia*, Judgement of 23/01/2009, Appl. no. 10877/04.

ECHR, *Sindicatul "Păstorul cel Bun" v. Romania*, Judgment of 09/07/2013, Appl. no. 2330/09.

ECHR, *Soering v. the United Kingdom*, Judgment of 07/07/1989, Appl. no. 14038/88.

ECHR, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*, RJD 2001-IX.

ECHR, *Rohde v. Denmark*, Judgment of 21/10/2005, Appl. no. 69332/01.

ECHR, *Tahirova v. Azerbaijan*, Judgment of 03/01/2014, Appl. no. 47137/07.

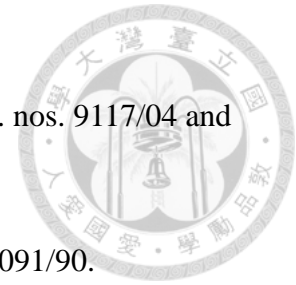
ECHR, *Tekin Yildiz v. Turkey*, Judgment of 10/02/2006, Appl. no. 22913/04.

ECHR, *Ukhan v. Ukraine*, Judgment of 18/03/2009, Appl. no. 30628/02.

ECHR, *Uzunget and Others v. Turkey*, Judgment of 13/01/2010, Appl. no. 21831/03.

ECHR, *Vogt v. Germany*, Judgment of 26/09/1995, Appl. no. 17851/91.

ECHR, *Vyerentsov v. Ukraine*, Judgment of 11/07/2013, Appl. no. 20372/11.



ECHR, *Zakharkin v. Russia*, Judgment of 10/09/2010, Appl. no. 1555/04.





附錄：集會遊行法草案

一、行政院草案

(一) 初版¹⁰¹

集會遊行法修正草案總說明

政府為保障人民集會、遊行之自由及維持社會秩序，經於七十七年一月二十日制定公布集會遊行法，並歷經八十一年七月二十七日及九十一年六月二十六日二次修正，施行迄今，對人民集會自由基本權利及社會公益之維護，已具實益。茲因民主化趨於成熟，人權理念日益彰顯，審酌當前國內政經情勢發展及治安現況需要，以及公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約及其施行法之施行，落實憲法保障人民各種基本權利，將主管機關處理人民集會、遊行之機制，由許可制改為報備制，並配合修正舉行集會、遊行相關規範，以貫徹人民集會、遊行權利之保障，爰擬具「集會遊行法」修正草案，其修正要點如下：

- 一、為落實憲法對表現自由之保障，爰刪除現行條文第四條。
- 二、將室外集會、遊行應向主管機關申請許可，修正為向主管機關報備，同時配合規範報備機制，有關報備期間、報備程序、報備程式及報備場所、路線、時間競合或相鄰時之處理；報備後遇有不能如期舉行應有作為，以符程序。（修正條文第四條、第六條、第八條、第九條、第十一條及第十三條）
- 三、為保護集會、遊行活動安全，主管機關應依職權採取必要措施。（修正條文第五條）
- 四、因集會遊行改採報備制，有關許可條件、許可通知、救濟及撤銷、變更、廢止等規定，已無必要，爰刪除現行條文第十一條至第十七條。
- 五、為保障集會、遊行和平舉行，明定集會、遊行應以和平方式為之，不得使用暴力或攜帶足以危害他人生命、身體、自由或財產安全之物品，及扣留處理。（修正條文第十四條）
- 六、為使集會、遊行舉行能兼顧社會公益及他人權益，定明集會、遊行應於報備之時間、場所、路線舉行，並避免影響鄰近道路、場所使用人權益及學校、醫療院所之安寧，舉行後應於十二小時內清理完畢所留廢棄物或污染之規定。（修正條文第十五條至第十七條）
- 七、為保障集會、遊行順利舉行，妨害集會、遊行之人經排除仍拒絕離開現場時，負責人得請求現場警察指揮官協助強制驅離。（修正條文第二十條）

¹⁰¹ 立法院第8屆第1會期第14次會議議案關係文書院總第1430號政府提案第13177號。

八、為確保以和平方式舉行集會、遊行，避免發生危害情事，主管機關應以適當之方法執行本法規定，採取命令解散除有明顯事實即將危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之情形外，應先踐行警告二次無效，始得為之，俾落實保障集會、遊行之自由。（修正條文第二十二條及第二十三條）

九、因刑事罰、連帶損害賠償責任及罰鍰逾期不繳納強制執行，均回歸適用刑事、民事、行政執行等法律之規定，爰刪除現行條文第二十九條至第三十二條及第三十四條。

十、違反本法行為之處罰規定。（修正條文第二十四條至第二十六條）

集會遊行法修正草案條文對照表


修正條文	現行條文	說明
第一條 為保障人民集會、遊行之自由，維持社會秩序，特制定本法。	第一條 為保障人民集會、遊行之自由，維持社會秩序，特制定本法。 <u>本法未規定者，適用其他法律之規定。</u>	一、第一項未修正。 二、按本法與其他法律間之適用順序，除非有特別法之性質者應予以明定外，其餘原則上應於個別條文中具體明定，爰參照目前立法體例，刪除第二項。
第二條 本法所稱集會，指於公共場所或公眾得出入之場所舉行會議、演說或其他聚眾活動。 本法所稱遊行，指於市街、道路、巷弄或其他公共場所或公眾得出入之場所之集體行進。	第二條 本法所稱集會， <u>係</u> 指於公共場所或公眾得出入之場所舉行會議、演說或其他聚眾活動。 本法所稱遊行， <u>係</u> 指於市街、道路、巷弄或其他公共場所或公眾得出入之場所之集體行進。	配合現行法制用字，將「係指」修正為「指」，俾符體例。
第三條 本法所稱主管機關，指集會、遊行所在地之警察分局。 <u>集會、遊行所在地跨越同一直轄市、縣（市）二個以上警察分局之轄區者，其主管機關為直轄市、縣（市）警察局。</u>	第三條 本法所稱主管機關， <u>係</u> 指集會、遊行所在地之警察分局。 集會、遊行所在地跨越二個以上警察分局之轄區者，其主管機關為直轄市、縣（市）警察局。	一、配合現行法制用字，將第一項「係指」修正為「指」，俾符體例。 二、集會、遊行所在地跨越二個以上警察分局之轄區者，其主管機關為直轄市、縣（市）警察局。該跨越二個以上警察分局之轄區，係指同一直轄市、縣（市）之轄區，爰修正第二項予以定明。
	第四條 集會遊行不得主張共產主義或分裂國土。	一、 <u>本條刪除。</u> 二、人民主張共產主義或分裂國土，為意見表達之自由，爰予刪除。
第四條 <u>室外集會、遊行，應依本法規定向主管機關報備。但有下列各款情形之一者，不在此限：</u> 一、依法令規定舉行者。 二、學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動。 三、宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動。	第八條 室外集會、遊行，應向主管機關申請許可。但左列各款情形不在此限： 一、依法令規定舉行者。 二、學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動。 三、宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動。	一、條次變更。 二、現行本法對人民集會自由基本權利及社會公益之維護，頗具助益。茲因人權理念日益發達，審酌當前政經情勢發展，參考德國、韓國法制，將事前許可改為報備方式；其於第一項但書第一款所定依法令規定舉行者，如依請願法

室內集會使用擴音器或其他視聽器材足以形成室外集會者，以室外集會論。	室內集會無須申請許可。但使用擴音器或其他視聽器材足以形成室外集會者，以室外集會論。	規定所為之請願，或依行政程序法規定之陳情；第二款學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動；第三款宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動等，均無須依本法規定報備。 三、第二項前段酌作文字修正。
第五條 <u>主管機關應依職權採取必要措施，維護集會、遊行活動順利，維持交通秩序、社會安寧及人身安全，防止暴力之發生。</u>	第五條 對於合法舉行之集會、遊行， <u>不得以強暴、脅迫或其他非法方法予以妨害。</u> 第二十四條 集會、遊行時，警察人員得到場維持秩序。 主管機關依負責人之請求，應到場疏導交通及維持秩序。	一、本條由現行條文第五條及第二十四條合併修正。 二、民主社會中，人民藉集會、遊行之方式表達意見，形成公意，惟集會、遊行具有容易感染及不可控制之特質，亦影響交通秩序及社會安寧，對於人民之自由與安全，可能產生潛在威脅。為維護人民集會、遊行之合法權益，課予主管機關應依職權採取必要之保護措施，以防止暴力之發生，爰酌作修正。
第六條 <u>集會、遊行於下列機關(構)、地區之周邊舉行者，應於安全距離外為之。但經主管機關核准者，不在此限：</u> 一、總統府、行政院、考試院及總統、副總統官邸。 二、司法院、各級法院及 <u>檢察署</u> 。 三、國際機場、港口。 四、重要軍事設施地區。 五、各國駐華使領館、代表機構、國際組織駐華機構及其館長官邸。 前項安全距離，由內政部會商有關機關劃定，並刊登政府公報公告之。 <u>第一款至第四款之安全距離不得逾三百公尺；第五款之安全距離不得逾五十公尺。</u>	第六條 集會、遊行不得在左列地區及其週邊範圍舉行。但經主管機關核准者，不在此限： 一、總統府、行政院、司法院、考試院、各級法院及總統、副總統官邸。 二、國際機場、港口。 三、重要軍事設施地區。 四、各國駐華使領館、代表機構、國際組織駐華機構及其館長官邸。 前項第一款、第二款地區之週邊範圍，由內政部劃定 <u>公告</u> ；第三款地區之週邊範圍，由國防部劃定公告。但均不得逾三百公尺。第四款地區之週邊範圍，由外交部劃定公告。但不得逾五十公尺。	一、為保障人民集會、遊行權益，兼顧國家重要機關、地區、設施等安全維護之考量，爰修正第一項序文定明於重要機關(構)、地區周邊舉行之集會、遊行，應於劃定之安全距離外為之。 二、現行條文第一項第一款所定之司法院、各級法院獨立規範為第二款，又參考法院組織法第五十八條規定，各級法院及分院各配置檢察署，爰增列檢察署，以資明確。原第二款至第四款款次配合遞移。 三、第一項之安全距離既於維護機關(構)、地區正常運作及安全秩序所必要。為使社會大眾周知，以利遵行，爰於第二項定明由內政部會商有關機關劃定後，並刊登於政府公報公告之。
第七條 集會、遊行應有負責人。依法設立之團體舉行之集會、遊行，其負責人為該團體之代表人或其指定之人。 <u>未報備舉行之集會、遊行，其實際負責人，指該集會、遊行活動之發起人、指揮人或主持人。</u>	第七條 集會、遊行應有負責人。依法設立之團體舉行之集會、遊行，其負責人為該團體之代表人或其指定之人。	一、未報備舉行之集會、遊行，其負責人易滋生疑義，爰增訂第三項，以該集會、遊行活動之發起人、指揮人或主持人為集會、遊行之實際負責人，以資明確。 二、第一項及第二項均未修正。
第八條		一、 <u>本條新增。</u>

<p>室外集會、遊行，負責人應於舉行之日前三十日內三日前向主管機關提出報備書。但因不可預見之重大緊急事故而舉行者，得於二十四小時前報備。</p>		<p>二、人民集會、遊行應保障能順利舉行，而舉行集會、遊行，常會影響鄰近道路、場所使用人之權益。因此，保障合法集會、遊行，維護交通秩序及社會安寧，均不應偏失。爰規定集會、遊行舉行前須報備，使主管機關能事先知悉，且報備應於一定期間內為之。三、蓋主管機關配合執行相關維持交通秩序措施，均需依最新狀況進行勤務規劃與整備，始得有效保障維護集會、遊行活動之順利舉行，兼顧社會公益之維護。報備時間過早或太晚，均有不宜，參考韓國有關集會及示威法第六條規定，明定室外集會、遊行，應於舉行之日前三十日內三日前，由負責人向主管機關提出報備書。其因不可預見之重大緊急事故而舉行者，得於二十四小時前報備。</p>
<p>第九條 前條所定報備書，應載明下列事項： 一、負責人或其代理人、糾察員姓名、性別、出生年月日、身分證明文件字號、住居所、電話號碼。 二、集會、遊行之事由、方式。 三、集會場所、遊行路線、集合、解散地點及舉行日起訖時間。 四、預定參加人數及車輛數量。 前項報備書應檢附下列文件： 一、<u>負責人及糾察員之身分證明文件</u>。 二、<u>有代理人者，代理人之代理同意書及身分證明文件</u>。 三、集會者，集會場所所有人或管理人之同意文件。 四、遊行者，遊行之詳細路線圖。 主管機關收受報備書，應交付收件證明。 報備書及所附文件不符第一項、第二項規定而得補正者，主管機關應通知於一定期間內補正；屆期末補正者，視為未報備。</p>	<p>第九條 室外集會、遊行，應由負責人填具申請書，載明左列事項，於六日前向主管機關申請許可。但因不可預見之重大緊急事故，且非即刻舉行，無法達到目的者，不受六日前申請之限制： 一、負責人或其代理人、糾察員姓名、性別、職業、出生年月日、國民身分證統一編號、住居所及電話號碼。 二、集會、遊行之目的、方式及起訖時間。 三、集會處所或遊行之路線及集合、解散地點。 四、預定參加人數。 五、車輛、物品之名稱、數量。 前項第一款代理人，應檢具代理同意書；第三款集會處所，應檢具處所之所有人或管理人之同意文件；遊行，應檢具詳細路線圖。</p>	<p>一、第一項序言文字，配合本法修正集會、遊行為報備制，並配合修正條文第八條之增訂酌作修正。另各款有關報備書應載明之事項，並酌作調整。 二、第二項分款定明報備書應檢附之文件。 三、增訂第三項規定主管機關受理報備書，應交付收件證明。 四、增訂第四項，對報備書及所附文件不符第一項應記載之事項或第二項應檢附之文件而得補正者，主管機關應通知於一定期間內補正，屆期末補正者，視為未報備。</p>
<p>第十條</p>	<p>第十條</p>	<p>一、序文「左列」一語修正為</p>

<p>有下列情形之一者，不得為<u>第四條第一項所定應報備之</u>室外集會、遊行之負責人、<u>負責人之代理人或糾察員</u>：</p> <p>一、未滿二十歲。</p> <p>二、無中華民國國籍。<u>但永久居留者，不在此限。</u></p> <p>三、經判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢。但受緩刑之宣告者，不在此限。</p> <p>四、受保安處分或感訓處分之裁判確定，尚未執行或執行未畢。</p> <p>五、受<u>監護或輔助</u>宣告尚未撤銷。</p>	<p>有左列情形之一者，不得為應經許可之室外集會、遊行之負責人、其代理人或糾察員：</p> <p>一、未滿二十歲者。</p> <p>二、無中華民國國籍者。</p> <p>三、經判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢者。但受緩刑之宣告者，不在此限。</p> <p>四、受保安處分或感訓處分之裁判確定，尚未執行或執行未畢者。</p> <p>五、受禁治產宣告尚未撤銷者。</p>	<p>「下列」，俾符合法制用語，內容並配合修正條文第四條第一項酌作文字修正。</p> <p>二、第一項第二款規定，無中華民國國籍不得為室外集會、遊行之負責人、負責人之代理人或糾察員。因入出國及移民法第二十五條規定，外國人在我國合法連續居留一定期間並符合一定要件者，得申請永久居留。考量本法有關集會、遊行之負責人、負責人之代理人或糾察員須負擔維持秩序等較重之責任並非單純參與集會、遊行者，爰於第二款後段增訂永久居留者，始得為應報備之室外集會、遊行之負責人、負責人之代理人或糾察員。</p> <p>三、配合九十七年五月二十三日修正公布之民法修正條文第十五條、第十五條之一及第十五條之二規定，將「禁治產宣告」修正為「監護宣告」，並增列「輔助宣告」；對於受輔助宣告之人，就特定法律行為，受有某種限制或保護。鑑此，本條規範主體如未具完全行為能力，勢將無法善盡指揮及維持活動秩序責任，甚至違反本法之處罰，難能追究責任。爰修正第五款為「受監護或輔助宣告尚未撤銷」。</p>
<p>第十一條</p> <p>室外集會、遊行報備場所、路線、時間有競合或相鄰者，除當事人另有協議外，主管機關應以書面命報備在後之負責人變更場所、路線、時間或加以限制，並指定應遵守之事項。</p> <p>集會、遊行之負責人應依前項命令將變更之內容補行報備。</p>		<p>一、<u>本條新增。</u></p> <p>二、同一場所、路線、時間已有他人報備舉行，如再有報備舉辦集會、遊行，因理念、訴求、參與者易發生反制情況，激起群眾衝突相對增高，妨害社會秩序之可能性擴大。為確保集會、遊行活動能夠和平舉行，爰於第一項規定對於二個以上經報備之集會、遊行，其場所、路線、時間有競合或相鄰之情形，除當事人另有協議外，主管機關應以書面令報備在後之負責人變更場所、路線、時間或加以限制，並指定應遵守之事項。</p> <p>三、第二項定明集會、遊行之負責人應依第一項主管機關之命令將變更之內容補行報備。補行報備之時間，仍應遵</p>

		守修正條文第八條之規定。
第十二條 室外集會、遊行，於舉行前有明顯事實將立即危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞或發生天然災變者，主管機關於必要範圍內應命其負責人變更其路線、場所、時間或加以限制，並指定應遵守之事項。		一、 <u>本條新增</u> 。 二、參考德國集會與遊行法第十五條及韓國有關集會及示威法律第八條規定，對於集會、遊行於舉行前有明顯事實將立即危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞或發生天然災變時，如非變更集會、遊行之路線、場所、時間或加以限制，主管機關已難維護集會、遊行之安全時，得於必要範圍為適當變更其路線、場所、時間或加以限制，並具體指定應遵守之事項，以落實保障集會、遊行之安全。
第十三條 室外集會、遊行經報備後，不能如期舉行者，負責人應即通知主管機關。		一、 <u>本條新增</u> 。 二、由於室外集會、遊行，對於他人之自由、社會秩序或公共利益，難免產生影響。為保障集會、遊行之順利舉行，避免活動侵害公益，而對其他民眾之生活安寧及安全、交通秩序，產生嚴重影響或侵害情事，主管機關均須事前規劃，包括道路交通之改道公告等作為。爰於集會、遊行不能如期舉行時，賦予負責人應即通知主管機關之義務，俾主管機關得適時公告周知，以免浪費社會資源。
	第十一條 申請室外集會、遊行，除有左列情事之一者外，應予許可： 一、違反第六條或第十條規定者。 二、有明顯事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益者。 三、有明顯事實足認為有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞者。 四、同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者。 五、未經依法設立或經撤銷、廢止許可或命令解散之團體，以該團體名義申請者。 六、申請不合第九條規定者。	一、 <u>本條刪除</u> 。 二、配合本法本次修正將集會、遊行改採報備制，現行條文已無存在之必要，爰予刪除。
	第十二條 室外集會、遊行申請之許可或不許可，主管機關應於收受申請書之日起三日內以書面通知負責人。	一、 <u>本條刪除</u> 。 二、刪除理由同現行條文第十一條說明二。

	<p>依第九條第一項但書之規定提出申請者，主管機關應於收受申請書之時起二十四小時內，以書面通知負責人。</p> <p>主管機關未在前二項規定期限內通知負責人者，視為許可。</p>	
	<p>第十三條</p> <p>室外集會、遊行許可之通知書，應載明左列事項：</p> <p>一、負責人姓名、出生年月日、住居所；有代理人者，其姓名、出生年月日、住居所。</p> <p>二、目的及起訖時間。</p> <p>三、集會處所或遊行之路線及集合、解散地點。</p> <p>四、參加人數。</p> <p>五、車輛、物品之名稱、數量。</p> <p>六、糾察員人數及其姓名。</p> <p>七、限制事項。</p> <p>八、許可機關及年月日。</p> <p>室外集會、遊行不予許可之通知書，應載明理由及不服之救濟程序。</p>	<p>一、<u>本條刪除</u>。</p> <p>二、刪除理由同現行條文第十一條說明二。</p>
	<p>第十四條</p> <p>主管機關許可室外集會、遊行時，得就左列事項為必要之限制：</p> <p>一、關於維護重要地區、設施或建築物安全之事項。</p> <p>二、關於防止妨礙政府機關公務之事項。</p> <p>三、關於維持交通秩序或公共衛生之事項。</p> <p>四、關於維持機關、學校等公共場所安寧之事項。</p> <p>五、關於集會、遊行之人數、時間、處所、路線事項。</p> <p>六、關於妨害身分辨識之化裝事項。</p>	<p>一、<u>本條刪除</u>。</p> <p>二、刪除理由同現行條文第十一條說明二。</p>
	<p>第十五條</p> <p>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。</p> <p>前項之撤銷、廢止或變更，應於集會、遊行前以書面載明理由，通知負責人；集會、遊行</p>	<p>一、<u>本條刪除</u>。</p> <p>二、刪除理由同現行條文第十一條說明二。</p>

	時，亦同。	
	<p>第十六條</p> <p>室外集會、遊行之負責人，於收受主管機關不予許可、許可限制事項、撤銷、廢止許可、變更許可事項之通知後，其有不服者，應於收受通知書之日起二日內以書面附具理由提出於原主管機關向其上級警察機關申復。</p> <p>原主管機關認為申復有理由者，應即撤銷或變更原通知；認為無理由者，應於收受申復書之日起二日內連同卷證檢送其上級警察機關。但第十二條第二項情形，應於收受申復書之時起十二小時內檢送。</p> <p>上級警察機關應於收受卷證之日起二日內決定，並以書面通知負責人。但第十二條第二項情形，應於收受卷證之時起十二小時內決定，並通知負責人。</p>	<p>一、<u>本條刪除。</u></p> <p>二、刪除理由同現行條文第十一條說明二。</p>
	<p>第十七條</p> <p>依前條規定提出之申復，不影響原通知之效力。</p>	<p>一、<u>本條刪除。</u></p> <p>二、刪除理由同現行條文第十一條說明二。</p>
<p>第十四條</p> <p>集會、遊行之進行，應以和平方式為之，不得有下列行為：</p> <p>一、使用暴力。</p> <p>二、攜帶足以危害他人生命、身體、自由或財產安全之物品。</p> <p>前項第二款之物品，不問屬於何人所有，均得扣留並依法處理。</p>		<p>一、<u>本條新增。</u></p> <p>二、為落實「公民與政治權利國際公約」第二十一條規定，保障和平集會、遊行權利，使用暴力顯為破壞和平集會、遊行。爰於第一項第一款定明集會、遊行之進行，不得使用暴力。其次，集會、遊行乃表現自由，屬言論自由層次，攜帶足以危害他人生命、身體、自由或財產安全之物品，已具有潛在危險或有發生危害之虞，將會破壞和平集會、遊行之進行。甚者，壓抑言論自由表現，反而破壞集會、遊行之本質，乃於第一項第二款明定不得攜帶足以危害他人生命、身體、自由或財產安全之物品。</p> <p>三、對於第一項第二款規定不得攜帶之物品，於第二項規定，不問屬於何人所有均得扣留並依法處理，以維護集會、遊行活動安全。</p>
<p>第十五條</p> <p>集會、遊行應於報備之時間、場所、路線舉行，不得妨害鄰</p>		<p>一、<u>本條新增。</u></p> <p>二、集會、遊行為憲法所保障之基本人權，惟其行使應顧及</p>

近道路、場所使用人之權益。		社會公益及他人權益，於其報備之場所、路線、時間舉行。爰增訂集會、遊行應於報備之場所、時間、路線舉行，並不得妨礙鄰近道路、場所使用人之權益，以保障集會、遊行自由時，亦能兼顧他人權益。
第十六條 於上課、各項重大入學考試期間之學校、設有病床之醫療院所或國家考試期間之考場周邊舉行之集會、遊行，使用擴音設備或其他器材，不得妨害安寧。		一、本條新增。 二、為兼顧學校上課或各項重大入學考試（包括大學學科能力測驗、術科考試、指定科目考試、四技二專暨二技統一入學測驗、身心障礙學生升學大專校院甄試、國民中學學生基本學力測驗及運動成績優良學生甄審甄試等）期間、設有病床收治病人之醫療院所、國家考試期間之考場周邊之安寧，維護學生、考生與病人良好之學習、應考及休養環境，爰增訂於一定場所集會、遊行使用擴音設備或其他器材，不得妨礙安寧。
第十七條 集會場所、遊行路線於使用後， <u>留有廢棄物或污染者，負責人或實際負責人應於十二小時內負責清理完畢。</u>	第十八條 <u>集會、遊行之負責人，應於集會、遊行時親自在場主持，維持秩序；其集會處所、遊行路線於使用後遺有廢棄物或污染者，並應負責清理。</u>	一、條次變更。 二、現行條文前段業於修正條文第十八條第一項規範，爰予刪除，後段則移列為修正條文。 三、集會、遊行活動於使用集會場所、遊行路線後，留有廢棄物或污染應儘速清理完畢，以維公共衛生。又因未報備舉行之集會、遊行活動，亦不應於使用集會場所、遊行路線後，留有廢棄物或污染，爰增訂負責人或實際負責人應於十二小時內將廢棄物或污染清理完畢。
第十八條 集會、遊行之負責人， <u>應於集會、遊行時親自在場主持，維持秩序；其因故不能親自為之者，得由代理人代理之。</u> 前項代理人之權責，與負責人同。	第十九條 集會、遊行之負責人，因故不能親自在場主持或維持秩序時，得由代理人代理之。前項代理人之權責與負責人同。	一、條次變更。 二、將現行條文第一項與第十八條前段合併修正，並列為本條第一項。 三、第二項未修正。
第十九條 集會、遊行之負責人， <u>應指定糾察員協助維持秩序。</u> 前項糾察員在場協助維持秩序時，應佩戴「糾察員」字樣臂章。	第二十條 集會、遊行之負責人，得指定糾察員協助維持秩序。前項糾察員在場協助維持秩序時，應佩戴「糾察員」字樣臂章。	一、條次變更。 二、為期集會、遊行和平舉行，課予負責人指定糾察員之義務，乃維持社會秩序及增進公共利益所必要，爰將本條第一項之「得」指定糾察員協助維持秩序，修正為「應」指定糾察員協助維持秩序。

		三、第二項未修正。
<p><u>第二十條</u> 集會、遊行之參加人，應服從負責人或糾察員關於維持秩序之指揮。 對於妨害集會、遊行之人，負責人或糾察員得予以勸離。受勸離之人，應即離開現場。 <u>前項受勸離之人不聽勸離時，負責人得請求現場警察指揮官命其離開；其不離開時，得強制驅離。</u></p>	<p><u>第二十一條</u> 集會、遊行之參加人，應服從負責人或糾察員關於維持秩序之指揮。 對於妨害集會遊行之人，負責人或糾察員得予以排除。受排除之人，應立即離開現場。</p>	<p>一、條次變更。 二、為確保負責人或糾察員維持秩序，對於妨害集會、遊行之人，負責人或糾察員得予以勸離。受勸離之人，應即離開現場。如受勸離之人不聽勸離時，負責人得請求現場警察指揮官命其離開；其不離開時，得強制驅離。爰修正第二項及增列第三項。 三、第一項未修正。</p>
<p><u>第二十一條</u> <u>集會、遊行之中止或結束，負責人應宣布之。</u> 集會、遊行之負責人，宣布中止或結束集會、遊行時，參加人應即解散。 宣布中止或結束後之行為，應由行為人負責。但參加人未解散者，負責人應負疏導勸離之責。</p>	<p><u>第二十二條</u> 集會、遊行之負責人，宣布中止或結束集會、遊行時，參加人應即解散。 宣告中止或結束後之行為，應由行為人負責。但參加人未解散者，負責人應負疏導勸離之責。</p>	<p>一、條次配合遞移。 二、為確保集會、遊行活動之和平進行，避免影響民眾之生活秩序，於集會、遊行中止或結束，負責人應即宣布，以利參加人知悉解散，爰增列第一項明確規範，應宣布之，現行條文第一項並移列為第二項。 三、將現行條文第二項移列為第三項，為期用語一致，將「宣告」用語修正為「宣布」。</p>
	<p><u>第二十三條</u> 集會、遊行之負責人，其代理人或糾察員及參加人均不得攜帶足以危害他人生命、身體、自由或財產安全之物品。</p>	<p>一、<u>本條刪除。</u> 二、本條內容修正條文第十四條第一項第二款已有規範，爰予刪除。</p>
	<p><u>第二十四條</u> 集會、遊行時，警察人員得到場維持秩序。 主管機關依負責人之請求，應到場疏導交通及維持秩序。</p>	<p>一、<u>本條刪除。</u> 二、本條已移列修正條文第五條規範，爰予刪除。</p>
<p><u>第二十二條</u> <u>集會、遊行非有下列情形之一者，該管主管機關不得命令解散：</u> 一、<u>違反第六條或第八條規定。</u> 二、<u>未依第九條第四項規定補正。</u> 三、<u>違反第十二條或第十五條規定，情節重大。</u> 四、<u>違反第十四條第一項第一款規定。</u> 五、<u>有明顯事實即將危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞。</u> <u>前項除第五款情形外，應經警告二次無效後，始得命令解散。</u> 命令解散，得強制為之。</p>	<p><u>第二十五條</u> 有左列情事之一者，該管主管機關得予警告、制止或命令解散： 一、應經許可之集會、遊行未經許可或其許可經撤銷、廢止而擅自舉行者。 二、經許可之集會、遊行而有違反許可事項、許可限制事項者。 三、利用第八條第一項各款集會、遊行，而有違反法令之行為者。 四、有其他違反法令之行為者。 <u>前項制止、命令解散，該管主管機關得強制為之。</u></p>	<p>一、條次變更。 二、為落實憲法保障集會、遊行，以和平方式舉行，爰於第一項規定，該管主管機關對於集會、遊行有違反安全距離規定、應報備而未報備、未依規定補正、不遵守主管機關之變更、限制或指定應遵守之事項、未於報備場所、路線、時間舉行致妨害道路使用人權益且情節重大、違反和平方式而使用暴力、有事實將立即危害生命、身體、自由、社會秩序或對財物造成重大損壞情形之一發生，如放任不採必要措施，將構成立即危險或危害發生時，應採取命令解散之必要作為，以免發生危害情事。 三、增訂第二項規定集會、遊行之命令解散，除有立即危害</p>

		生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之明顯事實，因其危害具有急迫性，主管機關非立即命令解散，無法防止危害情事發生外，有關執行，應踐行一定程序，俾落實保障集會、遊行之自由。 四、現行第二項酌作修正後，移列為第三項。
<u>第二十三條</u> 主管機關執行本法規定，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，不得逾越必要限度。	<u>第二十六條</u> 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 <u>所欲達成目的之必要限度</u> 。	一、條次變更，並酌作修正。 二、配合本法相關條文之修正，規定主管機關執行本法規定，應符合比例原則。
<u>第二十四條</u> 集會、遊行經該管主管機關命令解散而不解散，處集會、遊行負責人、 <u>負責人之代理人或實際負責人</u> 新臺幣十五萬元以下罰鍰。	<u>第二十八條</u> 集會、遊行，經該管主管機關命令解散而不解散者，處集會、遊行負責人或其代理人或主持人 <u>新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰</u> 。 <u>集會遊行負責人未盡第二十二條第二項但書之責，致集會遊行繼續進行者，處新臺幣三萬元以下罰鍰。</u>	一、條次變更。 二、因應未報備舉行之集會、遊行活動，爰就第一項處罰對象，增列實際負責人，並取消下限，另作文字修正。 三、現行條文第二項，業於修正條文第二十五條第一項第五款規範，爰予刪除。
<u>第二十五條</u> 集會、遊行活動負責人、負責人之代理人或實際負責人，有下列各款情形之一者，處新臺幣三萬元以下罰鍰： 一、未依第八條或第九條第一項、第二項規定提出報備或報備不實。 二、未依第十一條或第十二條所定變更、限制或指定事項辦理。 三、違反第十三條、第十五條或第十七條規定。 四、違反第十八條第一項規定。 五、違反第二十一條第三項但書規定。 前項第一款之處罰，其情節顯屬輕微者，得免予處罰。		一、 <u>本條新增</u> 。 二、本法規定集會、遊行應依法報備，並於報備之時間、場所、路線舉行，不得使用暴力或妨害鄰近道路、場所使用人之權益。對於應報備之集會、遊行未報備；有報備不實或報備場所、時間、路線競合或相鄰者，報備在後之負責人於協議不成後，未依主管機關之命，變更其場所、路線、時間或限制，以及應遵守之事項；未按報備之時間、場所、路線舉行，妨礙鄰近道路、場所使用人之權益；負責人未於集會、遊行時親自在場主持，維持秩序，亦未由代理人代理之；負責人宣布集會、遊行中止或結束，應盡疏導勸離參加人之義務，縱有疏導勸離，而實際上集會、遊行仍繼續進行者，亦屬未盡疏導勸離之責，違反第二十一條第三項但書規定。爰於第一項規定有此等行為，應課處罰鍰，以保障和平集會、遊行之舉行，維護社會公益。

		三、第二項規定，違反第一項第一款行為，情節顯屬輕微，認以不處罰為適當者，得免予處罰。
第二十六條 妨害集會、遊行之人，已受警察命令離開現場而不離開者，處新臺幣六千元以下罰鍰。		一、 <u>本條新增</u> 。 二、修正條文第二十條第二項規定，對妨害集會、遊行之人，負責人或糾察員得予以勸離，受勸離之人即有離開現場之義務，如已依第二十條第三項規定，受警察命令離開現場，仍不離開者，予以裁處罰鍰，以保障集會、遊行之順利進行。
	第二十七條 經許可集會、遊行之負責人或代理人違反第十八條規定者，處新臺幣三萬元以下罰鍰。	一、 <u>本條刪除</u> 。 二、現行條文業於修正條文第二十五條第一項第三款及第四款規範，爰予刪除。
	第二十八條 集會、遊行，經該管主管機關命令解散而不解散者，處集會、遊行負責人或其代理人或主持人新臺幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。 集會遊行負責人未盡第二十二條第二項但書之責，致集會遊行繼續進行者，處新臺幣三萬元以下罰鍰。	一、 <u>本條刪除</u> 。 二、第一項已移列修正條文第二十四條，第二項已移列修正條文第二十五條第五款，爰予刪除。
	第二十九條 集會、遊行經該管主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵從，首謀者處二年以下有期徒刑或拘役。	一、 <u>本條刪除</u> 。 二、有關刑事之處罰，回歸刑法相關規定適用，爰予刪除。
	第三十條 集會、遊行時，以文字、圖畫、演說或他法，侮辱、誹謗公署、依法執行職務之公務員或他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣六萬元以下罰金。	一、 <u>本條刪除</u> 。 二、刪除理由同現行條文第二十九條說明二。
	第三十一條 違反第五條之規定者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三萬元以下罰金。	一、 <u>本條刪除</u> 。 二、刪除理由同現行條文第二十九條說明二。
	第三十二條 集會、遊行時，糾察員不法侵害他人之權利者，由負責人與行為人連帶負損害賠償責任。但行為人基於自己意思之行為而引起損害者，由行為人自行負責。	一、 <u>本條刪除</u> 。 二、集會、遊行時，糾察員不法侵害他人之損害賠償責任，回歸民法相關規定適用，爰予刪除。
	第三十三條	一、 <u>本條刪除</u> 。

	第二十三條規定之物品，不問屬於何人所有，均得扣留並依法處理。	二、配合現行條文第二十三條之刪除，爰予刪除。
	第三十四條 依本法所處罰鍰，經通知繳納逾期不繳納者，移送法院強制執行。	一、 <u>本條刪除</u> 。 二、依行政執行法第四條第一項規定：「行政執行，由原處分機關或該管行政機關為之。但公法上金錢給付義務逾期不履行者，移送法務部行政執行署所屬行政執行處執行之。」故依本法所處罰鍰，經通知繳納逾期不繳納者，依法移送法務部行政執行署所屬行政執行機關執行，爰刪除本條，回歸行政執行法規定處理。
第二十七條 本法自公布日施行。	第三十五條 本法自公布日施行。	條次變更。

(二) 再修正版¹⁰²



集會遊行法部分條文再修正草案總說明

動員戡亂時期集會遊行法於七十七年一月二十日制定公布施行，於八十一年七月二十七日修正部分條文並修正名稱為集會遊行法（以下簡稱本法），另於九十一年六月二十六日修正公布部分條文，施行迄今。經審酌國內政經情勢發展與治安現況需要，及公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法之施行，為落實憲法保障人民各種基本權利，行政院業於一零一年五月二十八日將本法修正草案函送立法院審議。

茲因司法院釋字第七一八號解釋，以本法第八條第一項規定，室外集會、遊行應向主管機關申請許可，未排除緊急性及偶發性集會、遊行部分，及第九條第一項但書與第十二條第二項關於緊急性集會、遊行之申請許可規定，違反憲法第二十三條比例原則，不符憲法第十四條保障集會自由之意旨，均應自一零四年一月一日起失其效力。爰擬具本法部分條文再修正草案，其修正要點如下：

- 一、增訂偶發性集會、遊行無須報備之規定。（再修正條文第四條）
- 二、修正緊急性集會、遊行報備期間。（再修正條文第八條）
- 三、增訂偶發性及緊急性集會、遊行舉行之限制，以確保和平集會。（再修正條文第十五條）
- 四、增訂實際負責人於集會、遊行中止或結束，應宣布之。（再修正條文第二十一條）

集會遊行法部分條文再修正草案條文對照表

再修正條文	修正條文	現行條文	說明
第四條 室外集會、遊行，應依本法規定向主管機關報備。但有下列各款情形之一者，不在此限： 一、依法令規定舉行。 二、學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動。 三、宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動。 <u>四、偶發性集會、遊行。</u> <u>前項第四款所稱偶發</u>	第四條 室外集會、遊行，應依本法規定向主管機關報備。 <u>但有下列各款情形之一者</u> ，不在此限： 一、依法令規定舉行。 二、學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動。 三、宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動。 室內集會使用擴音器或其他視聽器材足以形成室外集會者，以	第八條 室外集會、遊行，應向主管機關申請許可。但左列各款情形不在此限： 一、依法令規定舉行者。 二、學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動。 三、宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動。 <u>室內集會無須申請許可。</u> 但使用擴音器或其他視聽器材足以形成室外集會者，以室	一、第一項參酌司法院釋字第七一八號解釋，有關偶發性集會、遊行，群眾因特殊原因未經召集而自發聚集，在聚集前，事實上無發起人或負責人之集會、遊行，無法事先報備，爰增列第四款「偶發性集會、遊行」，免依本法規定向主管機關報備。 二、配合第一項第四款之增列，增訂第二項就該款所稱「偶發

¹⁰² 立法院第8屆第6會期第1次會議議案關係文書院總第1430號政府提案第15057號。

<p>性集會、遊行，指因特殊原因未經召集而自發聚集，且事實上無發起人或負責人之集會、遊行。</p> <p><u>室內集會使用擴音器或其他視聽器材足以形成室外集會者，以室外集會論。</u></p>	<p>室外集會論。</p>	<p>外集會論。</p>	<p>性集會、遊行」內涵加以定義，以資明確。</p> <p>三、原第二項遞移為第三項。</p>
<p>第八條</p> <p>室外集會、遊行，負責人應於舉行之日前三十日內三日前向主管機關提出報備書。<u>因事起倉卒，且非即刻舉行無法達其目的之緊急性集會、遊行，應於舉行前報備，不受前項期間之限制。</u></p>	<p>第八條</p> <p>室外集會、遊行，負責人應於舉行之日前三十日內三日前向主管機關提出報備書。但因不可預見之重大緊急事故而舉行者，得於二十四小時前報備。</p>		<p>一、司法院釋字第七一八號解釋理由書「針對緊急性集會、遊行，固已放寬申請許可期間，但仍須事先申請並等待主管機關至長二十四小時之決定許可與否期間；另……，均係以法律課予人民事實上難以遵守之義務」，係依本法現行第九條第一項及第十二條規定所為之認定，惟行政院於二零一年五月二十八日函送立法院審議之本法修正草案，已改以報備制為規範基礎，只要報備即完成法定程序，並無須待取得許可方得舉行之問題，二項制度已有本質之差異。</p> <p>二、另依前述解釋理由書「為維持社會秩序之目的，立法機關並非不能視事件性質，以法律明確規範緊急性及偶發性集會、遊行，改採許可制以外相同能達成目的之其他侵害較小手段」意旨，將第一項但書修正移列為第二項，就緊急性集會、遊行另為侵害較小之規範。</p>
<p>第十五條</p> <p>集會、遊行應於報備之時間、場所、路線舉行，不得妨害鄰近道路、場所使用人之權益。</p> <p><u>偶發性或緊急性集</u></p>	<p>第十五條</p> <p>集會、遊行應於報備之時間、場所、路線舉行，不得妨害鄰近道路、場所使用人之權益。</p>		<p>一、偶發性集會、遊行因無須報備，警察機關無法事先得知，而緊急性集會、遊行報備時間亦無限制，舉行時間急迫，均將不及規劃部署警力，</p>

<p>會、遊行，不得有下列情形之一：</p> <p>一、於車道舉行。但對交通秩序無妨害者，不在此限。</p> <p>二、同一時間、場所、路線已有他人舉行或即將舉行集會、遊行者。</p>			<p>以維護交通秩序，並確保他人合法報備在先之集會、遊行權益，為兼顧集會、遊行權利與公共利益，爰增訂第二項，規定偶發性或緊急性集會遊行，不得有下列情形(編按:形)：</p> <p>(一)於車道舉行。 因車道屬車輛專屬使用區域，偶發性或緊急性集會、遊行如於該區域舉行活動，易滋生危險，且影響不特定用路人等公共利益至鉅，惟如對交通秩序無妨害者，不在此限。</p> <p>(二)同一時間、場所、路線已有他人舉行或將要舉行集會、遊行。如再舉辦偶發性或緊急性集會、遊行，易因理念、訴求、參與者差異，而發生反制情況，激起群眾衝突，亦妨害報備在先之合法集會、遊行權益。</p>
<p>第二十一條 集會、遊行之中止或結束，負責人<u>或實際負責人</u>應宣布之。 集會、遊行之負責人<u>或實際負責人</u>，宣布中止或結束集會、遊行時，參加人應即解散。 宣布中止或結束後之行為，應由行為人負責。但參加人未解散者，負責人或實際負責人應負疏導勸離之責。</p>	<p>第二十一條 集會、遊行之中止或結束，負責人應宣布之。 集會、遊行之負責人，宣布中止或結束集會、遊行時，參加人應即解散。 宣布中止或結束後之行為，應由行為人負責。但參加人未解散者，負責人應負疏導勸離之責。</p>	<p>第二十二條 集會、遊行之負責人，宣布中止或結束集會、遊行時，參加人應即解散。 宣告中止或結束後之行為，應由行為人負責。但參加人未解散者，負責人應負疏導勸離之責。</p>	<p>未報備舉行之集會、遊行，其活動之指揮人或主持人為集會、遊行之實際負責人，其與負責人於集會、遊行中止或結束時，均應宣布之，以利參加人知悉解散，並均負疏導勸離之責，以確保集會、遊行活動之和平進行，及避免影響民眾之生活秩序。爰於修正條文各項負責人後均再增列「實際負責人」。</p>

二、立委鄭麗君版¹⁰³

案由：本院委員鄭麗君、顧立雄、陳其邁、葉宜津、蔡培慧、尤美女、林俊憲等 35 人，為落實憲法第十一條及第十四條保障人民言論自由與集會結社自由之精神，去除戒嚴思維，重新定位集會遊行法以「保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行」為目的。爰擬具「集會遊行法」修正草案，同時更正法律名稱為「集會遊行保障法」，重新界定主管機關，明確化國家保障集會遊行之義務，廢除許可制、改採自願報備制，並廢除禁制區之限制及命令解散之制度等。是否有當？敬請公決。

說明：

一、更正法律名稱、確立本法為「基本人權保障法」之地位

鑑於憲法第十一條及十四條明文保障人民言論自由與集會結社自由之規範意旨，有必要重新定位本法之目的乃在於積極保障人民集會結社之自由，落實國家之憲法義務，係具有準憲法位階之集會遊行保障法。

按現行「集會遊行法」乃係在我國終止動員戡亂時期之後，為繼續擴張政府權力、箝制人民基本人權，經由混亂而極具爭議之立法三讀程序所通過之所謂「國安三法」之一環，性質上屬於戒嚴時期之思維，其立法之出發點乃與保障人民行使集會遊行之基本人權，完全背道而馳。準此，在司法院大法官於釋字第四四五號解釋確認國家為保障人民之集會結社自由，負有「保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行」之積極作為義務之後，實有將本法重新定位為集會遊行保障法之必要，以確實保障民主國家最重要的基本人權。

在將本法為如此之重新定位後，關於「維持社會秩序」之目的，自不應屬於本法之範疇，而應使其回歸正常的法律規範體系，將集會、遊行過程中或可能出現之違法行為，透過既存規範密度已甚高之相關社會秩序維護法規，進行規範。

二、主管機關之重新界定

本法既已重新定位為具準憲法位階之集會遊行保障法，現行法在管制思想下所劃定之以警政機關為主管機關之規定，自非妥適，而有重新界定主管機關之必要。

由於國家所負提供人民集會、遊行相關協助之積極義務涉及層面甚廣，包括集會場所、遊行路線之安全、交通及環境維護等各項行政任務之協調與實現，自應由具有統整權限之中央部會及地方政府作為人民集會遊行保障之主管機關，以充分發揮協調各轄屬機關（交通、環境、公園、警政等）積極提供人民集會遊行之協助。

三、法益權衡應積極考量集會遊行乃實施民主政治最重要的基本人權

人民集會遊行之自由，為受憲法所保障之表意自由，係實施民主政治最重要的基本人權。此一基本人權之實施，難以避免可能必須與其他法益（如道路交通

¹⁰³ 立法院第 9 屆第 1 會期第 3 次會議議案關係文書院總第 1430 號委員提案第 18356 號。

安全之維持、環境安寧或其他公共利益)相互權衡。然而,鑑於此一基本人權之高度重要性,政府機關在為相關之法益權衡時,必須積極考量憲法保障人民集會遊行自由之意旨,除了不得逾越所欲衡平法益之必要限度外,在解釋及適用相關法律時,亦應朝向落實憲法保障人民表意自由之精神為之。

四、廢除許可制、改採自願報備制

現行法對集會、遊行之舉行所採行之「許可制」,乃係基於管制集會、遊行之出發點,所採行之規範體例,與本修正草案為「集會遊行保障法」之基本定位,產生嚴重牴觸,爰將之廢除,改採「自願報備制」。

按「許可制」之合憲性,雖經司法院大法官釋字第四四五號解釋,以「於事前審查集會、遊行之申請時,苟著重於時間、地點及方式等形式要件,以法律為明確之規定,不涉及集會、遊行之目的或內容者,則於表現自由之訴求不致有所侵害」為理由,獲得暫時性部分維持。然而,在現行之「許可制」下,由於係由行政機關行使判斷之權限,往往造成「以法定之不許可理由為藉口,對集會、遊行所欲表達之意見內容進行事前審查」之結果,同時亦欠缺即時有效之救濟途徑,嚴重侵害憲法保障集會、遊行自由之規範意旨。在台灣之實踐經驗下,常有出現透過「時間、地點與方式」的許可控制,空洞化人民藉由集會、遊行所欲主張訴求之實質意義的現象。亦是因為如此,在近年來「許可制」之合憲性,不僅迭為學者所挑戰,其正當性與必要性更廣為人民所質疑,為避免行政機關繼續以形式審查之名、進行言論事前審查之操作,具體落實對人民集會、遊行自由之保障,自有改採「自願報備制」之必要。

在自願報備制下,由舉行集會、遊行之人民依其具體情況,自主判斷是否有必要請求政府對其集會、遊行提供積極之協助。人民若欲請求政府履行提供人民集會、遊行相關協助之積極義務,自有事前報備之必要;反之,若集會、遊行之舉行,毋須政府積極協助,人民當得選擇不進行報備,由自己處理安排集會、遊行之相關事宜。

五、明確化國家保障集會、遊行之義務

為保障人民行使集會、遊行之憲法基本權利,政府負有「對人民之集會、遊行不予干預」之消極義務以及「對人民之集會、遊行提供協助、保護」之積極義務。

就消極義務而言,政府除了必須確保第三人不得對於集會、遊行以非法方法予以妨害外,政府自己亦不得妨害或干擾人民集會、遊行之舉行。此項消極義務,不論人民是否自願報備其所舉行之集會、遊行,均屬存在。

就積極義務而言,當人民透過依法報備之程序,請求政府提供協助時,政府應視報備之內容以及具體之情況,提供包括維持交通秩序、環境保護等相關之協助,並應採取積極之措施,保護集會、遊行之進行,免於遭受強暴、脅迫或其他非法方法之妨害。

六、廢除禁制區之限制

現行法第六條關於集會、遊行禁制區之規定,不當限制人民之表意自由,難

以避免主管機關裁量權之恣意行使，爰予刪除。

按現行法第六條之規定，在表面上雖係以保護國家重要機關與軍事設施之安全，維持對外交通之暢通為目的，惟在實質上，卻屬於對人民集會、遊行之基本人權的不當箝制。按集會、遊行係屬人民以具體行動展現團體意志之重要表現，不僅對於國家政策形成具有重要影響，更為民主政治發展之重要磐石。集會、遊行舉行之場所，與其所欲傳達之意見、所欲表達之訴求具有不可切割之密切關係，倘若予以切割，則將使此等團體意志無法完整而充分地傳達、散佈，間接壓縮人民行使言論自由之空間，有害於公共議題之討論與公意之形成，亦空洞化憲法保障集會遊行之規範意旨，對公民社會、民主政治之發展戕害甚深。

尤有甚者，現行法關於主管機關得「例外核准」在禁制區內舉行集會、遊行之規定，根本未設任何之裁量基準，無異為主政者依其個人好惡決定是否例外核准之裁量權恣意行使，大開方便之門。

七、廢除命令解散制度

現行法第二十五條之命令解散制度，與本法為「集會遊行保障法」之基本定位相互扞格，亦無絕對之必要，爰予刪除。

按現行法第二十五條第一項第一款、第二款之解散事由，在本法改採「自願報備制」後，已無適用之餘地；而該條項第三款、第四款之解散事由，所欲處理之「違反法令行為」，現存之相關規範（例如刑法、刑事訴訟法、警察職權行使法、行政執行法）亦已足因應，政府相關執法人員，得依各該「違反法令行為」之具體行為態樣，對出現違法行為之行為人採取相關法律所授權之強制手段，予以排除，並無命令解散之必要。單純地命令解散，不僅無法有效排除「違反法令行為」，更創造主管機關恣意妨礙集會、遊行之空間。

八、刪除特別刑罰之規定

現行法中關於特別刑罰之規定，不當紊亂刑法體系，性質上屬於戒嚴時期思潮之遺毒，應將之全部刪除，回歸正常的刑法體系。

按現行法特設特別處罰規定之「侮辱、誹謗公署、依法執行職務之公務員或他人」（第三十條）、「妨害集會遊行」（第三十一條）等行為，在普通刑法中均已已有相關之處罰規定，並無維持之必要。此外，特別刑法之不當擴大與濫用，乃係我國在動員戡亂時期之畸型產物，於當今民主憲政體制中，自不應繼續存在。為排除刑法體系之繼續破壞，回復整體刑事制裁之公平性，使刑法得以正常運作，爰刪除本法所有特別刑罰之規定。

九、確立執法人員應主動表明身份之義務

憲法對於集會自由之保障，不僅止於形式上外在自由，亦應及於實質上內在自由，以使參與集會、遊行者在毫無恐懼的情況下進行，業經司法院大法官釋字第四四五號解釋予以確認。為便於人民於集會、遊行時，得請求國家履行各種保障集會、遊行自由之義務，並利於人民在公務員違反義務時，得以尋求有效之事後救濟，本修正草案茲明文確立執法人員應主動表明身份之義務，以使人民得以明確知悉集會、遊行時主管機關所派人員之身份。

就此義務之具體落實，本修正草案除參酌德國集會遊行法第十二條之規定，要求現場指揮官必須主動表明身份之外，並規定其餘人員均應於胸前佩戴易於辨識其身分及姓名之名牌。按現行之警察職權行使法第四條第一項雖已規定「警察行使職權時，應著制服或出示證件表明身分，並應告知事由」，惟在我國具體之實踐上，參與集會、遊行之人民，由於警察所著制服並無明顯而清楚之身份標識，往往根本無從知悉實施物理強制力之警察身份，更遑論事後尋求有效救濟。有鑑於此，本文特明文規定執法人員在集會、遊行時標識身份之具體方法。

集會遊行法修正草案對照表

修正名稱	現行名稱	說明
集會遊行保障法	集會遊行法	本法名稱修改為「集會遊行保障法」。
修正條文	現行條文	說明
第一條 為積極落實憲法保障人民集會、遊行之自由，維持社會秩序，特制定本法。	第一條 為保障人民集會、遊行之自由，維持社會秩序，特制定本法。 本法未規定者，適用其他法律之規定。	一、新增第一項文字「積極落實憲法」。我國憲法第十一條及十四條明文保障人民言論自由以及集會結社自由，為民主國家最重要的基本人權。司法院大法官已於釋字第四四五號解釋確認國家為保障人民之集會結社自由，應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全。為貫徹前述意旨，特修改本法名為「集會遊行保障法律專業團體版「集會遊行保障法」修正草案頁 5 法」，明白揭示本法之目的在於積極保障人民集會結社之自由，落實國家之憲法義務，係具有準憲法位階之集會遊行保障法。 二、刪除舊法第一項「維持社會秩序」文字。舊法中對於集會遊行之種種限制，或謂基於社會秩序之維護，然實質上乃針對集會遊行施以更多箝制，根本悖離現代人權保護及憲法宣稱「保障人民集會、結社之自由」之意旨。故本次修法，將本法定位為積極實現人民集會遊行自由之法律；至於集會遊行進行中社會秩序之維護方法及違反效果，自應回歸其他應適用之法規（如道路交通管理處罰條例、警察職權行使法等）。
第二條 本法所稱集會，係指於公共場所或公眾得出入之場所舉行	第二條 本法所稱集會，係指於公共場所或公眾得出入之場所舉行	舊法第二項對遊行之定義不明確，無法與日常生活中之集體行動相區別，有必要明文加


<p>會議、演說或其他聚眾活動。本法所稱遊行，係指於市街、道路、巷弄或其他公共場所或公眾得出入之場所，<u>為宣揚一定理念、訴求或主張所為之集體行進。</u></p>	<p>會議、演說或其他聚眾活動。本法所稱遊行，係指於市街、道路、巷弄或其他公共場所或公眾得出入之場所之集體行進。</p>	<p>入主觀要件，使本法之適用範圍明確化。</p>
<p><u>第三條</u> 本法所稱主管機關，<u>在中央為內政部，在地方為集會、遊行所在地之直轄市、縣（市）政府。</u></p>	<p><u>第三條</u> 本法所稱主管機關，係指集會、遊行所在地之警察分局。集會、遊行所在地跨越二個以上警察分局之轄區者，其主管機關為直轄市、縣（市）警察局。</p>	<p>一、國家為落實憲法保障人民集會結社之自由，應積極提供人民集會遊行之相關協助，包括集會場所、遊行路線等相關安全、交通及環境維護等各項行政任務之協調及實現，應由具有統整權限之中央部會及地方政府作為人民集會遊行保障之主管機關，以充分發揮協調各轄屬機關（交通、環境、公園、警政）積極提供人民集會遊行之協助，而非單僅由警政機關負責。 二、集會遊行之舉行有跨縣市地方政府之轄區者，行政職務之協助已規定於行政程序法及相關法律，無須另外規定，併此說明。</p>
	<p><u>第四條</u> 集會遊行不得主張共產主義或分裂國土。</p>	<p>一、本條刪除。 二、現行法第四條規定之內容，業已經大法官釋字第四四五號解釋宣告違憲，本應予以刪除。在司法院大法官宣告違憲後，立法機關仍繼續保留本條文之規定，嚴重破壞憲政秩序，自有加以改正之必要。</p>
<p><u>第四條</u> 對於集會、遊行，任何人不得以強暴、脅迫或其他非法方法予以妨害。 <u>依法報備舉行之集會、遊行，主管機關應派員協助維持交通秩序，並保護集會、遊行之進行，免於遭受強暴、脅迫或其他非法方法之妨害。</u></p>	<p><u>第五條</u> 對於合法舉行之集會、遊行，不得以強暴、脅迫或其他非法方法予以妨害。</p>	<p><u>一、條次變更。</u> 二、配合本修正草案改採自願報備制，人民之集會、遊行，均屬合法，為免誤會，爰刪除現行法「合法舉行」之用語。 三、為保障人民行使集會、遊行之憲法基本權利，對於所有之集會、遊行，任何人均不得以強暴、脅迫或其他非法方法予以妨害。同時，政府自己亦不得妨害或干擾人民集會、遊行之舉行。政府所負之此項消極義務，不論人民是否自願報備其所舉行之集會、遊行，均屬存在。 四、當人民透過依法報備之程序，請求政府對集會、遊行提供協助時，政府應視報備之內容以及具體之情況，提供包括維持交通秩序、環境保護等相關之協助，並應採取積極之措</p>

		<p>施，保護集會、遊行之進行，免於遭受強暴、脅迫或其他非法方法之妨害。</p> <p>五、為使國家所負保障集會、遊行之義務明確化，爰修改原第一項之文字，並增訂第二項之規定。</p>
<p><u>第五條</u> <u>政府機關對於人民舉行集會遊行與其他法益間之均衡維護，應積極考量憲法保障人民集會遊行自由之意旨，不得逾越所欲衡平法益之必要限度。</u></p>	<p>第六條 集會、遊行不得在左列地區及其週邊範圍舉行。但經主管機關核准者，不在此限： 一、總統府、行政院、司法院、考試院、各級法院及總統、副總統官邸。 二、國際機場、港口。 三、重要軍事設施地區。 四、各國駐華使領館、代表機構、國際組織駐華機構及其館長官邸。 前項第一款、第二款地區之週邊範圍，由內政部劃定公告；第三款地區之週邊範圍，由國防部劃定公告。但均不得逾三百公尺。第四款地區之週邊範圍，由外交部劃定公告。但不得逾五十公尺。</p>	<p>一、條次變更。</p> <p>二、現行法原條文刪除。現行法第六條關於集會、遊行禁制區之規定，不當限制人民之表意自由，難以避免主管機關裁量權之恣意行使，應予刪除。按舊法第六條之規定，在表面上雖係以保護國家重要機關與軍事設施之安全，維持對外交通之暢通為目的，惟在實質上卻屬於對人民集會、遊行之基本人權的不當箝制。按集會、遊行係屬人民以具體行動展現團體意志之重要表現，不僅對於國家政策形成具有重要影響，更為民主政治發展之重要磐石。集會遊行舉行之場所，與其所欲傳達之意見、所欲表達之訴求具有不可切割之密切關係，倘若予以切割則將使此等團體意志無法完整而充分地傳達、散佈，間接壓縮人民行使言論自由之空間，有害於公共議題之討論與公意之形成，亦空洞化憲法保障集會遊行之規範意旨，對公民社會、民主政治之發展戕害甚深。尤有甚者，舊法關於主管機關得「例外核准」在禁制區內舉行集會、遊行之規定，根本未設任何之裁量基準，無異為主政者依其個人好惡決定是否例外核准之裁量權恣意行使，大開方便之門。準此，禁制區之規定應予刪除。</p> <p>三、本條文內容新增。人民集會遊行之自由，為受憲法所保障之表意自由，係民主國家最重要的基本人權。此一基本人權之實施，難以避免可能必須與其他法益（如道路交通安全之維持、環境安寧或其他公共利益）相互權衡，惟相關政府機關在權衡人民舉行集會遊行之自由與其他法益時，必須積極考量憲法保障人民集會</p>

		遊行自由之意旨，不得逾越所欲衡平法益之必要限度，在解釋及適用相關法律時，亦應朝向落實憲法保障人民表意自由之精神為之。
<p><u>第六條</u> 集會、遊行應有負責人。 依法設立之團體舉行之集會、遊行，其負責人為該團體之代表人或其指定之人。</p>	<p><u>第七條</u> 集會、遊行應有負責人。 依法設立之團體舉行之集會、遊行，其負責人為該團體之代表人或其指定之人。</p>	<p><u>條次變更，內容未修正。</u></p>
	<p><u>第八條</u> 室外集會、遊行，應向主管機關申請許可。但左列各款情形不在此限： 一、依法令規定舉行者。 二、學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動。 三、宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動。 室內集會無須申請許可。但使用擴音器或其他視聽器材足以形成室外集會者，以室外集會論。</p>	<p><u>一、本條刪除。</u> 二、現行法對集會、遊行之舉行所採行之「許可制」，乃係基於管制集會、遊行之出發點，所採行之規範體例，與本法為「集會遊行保障法」之基本定位，產生嚴重牴觸，爰將之廢除，改採「自願報備制」。按「許可制」之合憲性，雖經司法院大法官釋字第四四五號解釋，以「於事前審查集會、遊行之申請時，苟著重於時間、地點及方式等形式要件，以法律為明確之規定，不涉及集會、遊行之目的或內容者，則於表現自由之訴求不致有所侵害」為理由，獲得暫時性部分維持。然而，在現行之「許可制」下，由於係由行政機關行使判斷之權限，往往造成「以法定之不許可理由為藉口，對集會、遊行所欲表達之意見內容進行事前審查」之結果，嚴重侵害憲法保障集會、遊行自由之規範意旨。在台灣之實踐經驗下，常有出現透過「時間、地點與方式」的許可控制，空洞化人民藉由集會、遊行所欲主張訴求之實質意義的現象。亦是因為如此，在近年來「許可制」之合憲性，不僅迭為學者所挑戰，其正當性與必要性更廣為人民所質疑，為避免行政機關繼續以形式審查之名、進行言論事前審查之操作，具體落實對人民集會、遊行自由之保障，當有改採「自願報備制」之必要。</p>
<p><u>第七條</u> 集會、遊行，得由負責人於四十八小時前以口頭或書面方式向主管機關報備，請求協助與保護。但因情勢緊急，無法</p>	<p><u>第九條</u> 室外集會、遊行，應由負責人填具申請書，載明左列事項，於六日前向主管機關申請許可。但因不可預見之重大緊急</p>	<p><u>一、條次變更。</u> 二、配合本法改採自願報備制，故集會、遊行地點不論室內外，負責人認為有請求政府履行積極協助義務之必要</p>

<p>事前報備者，主管機關應於提出報備後，予以必要之協助與保護。</p> <p><u>前項報備之內容應包括：</u></p> <p><u>一、負責人或其代理人、糾察員之姓名及聯絡方式。</u></p> <p><u>二、集會、遊行之日期及起訖時間。</u></p> <p><u>三、集會處所或遊行之路線及集合、解散地點。</u></p> <p><u>四、預定參加人數。</u></p> <p><u>五、車輛、物品之名稱、數量。</u></p> <p>已報備之集會、遊行，若無法如期舉行，負責人應於事前以口頭或書面通知主管機關。</p>	<p>事故，且非即刻舉行，無法達到目的者，不受六日前申請之限制：</p> <p>一、負責人或其代理人、糾察員姓名、性別、職業、出生年月日、國民身分證統一編號、住居所及電話號碼。</p> <p>二、集會、遊行之目的、方式及起訖時間。</p> <p>三、集會處所或遊行之路線及集合、解散地點。</p> <p>四、預定參加人數。</p> <p>五、車輛、物品之名稱、數量。</p> <p>前項第一款代理人，應檢具代理同意書；第三款集會處所，應檢具處所之所有人或管理人之同意文件；遊行，應檢具詳細路線圖。</p>	<p>者，均得依法報備。</p> <p>三、在自願報備制下，既無主管機關審查許可與否之問題，自宜縮短報備時間，以便於人民行使權利。爰參酌德國集會遊行法第十四條第一項之規定，將報備時限定為四十八小時，並合理化報備之方式與內容。</p> <p>四、為避免主管機關進行無益之協助準備，在集會、遊行無法如期舉行時，負責人應事前通知主管機關。</p>
	<p>第十條</p> <p>有左列情形之一者，不得為應經許可之室外集會、遊行之負責人、其代理人或糾察員：</p> <p>一、未滿二十歲者。</p> <p>二、無中華民國國籍者。</p> <p>三、經判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢者。但受緩刑之宣告者，不在此限。</p> <p>四、受保安處分或感訓處分之裁判確定，尚未執行或執行未畢者。</p> <p>五、受禁治產宣告尚未撤銷者。</p>	<p><u>一、本條刪除。</u></p> <p>二、和平集會之權利，不僅係我國憲法保障之基本人權，更為世界人權宣言第二十條所明文揭櫫。就此基本權利之保障，不應因人民是否成年、是否為我國國民、是否曾受有期徒刑、保安處分或禁治產之宣告而有所不同。原條文所附加之不必要限制，應予刪除。</p>
<p><u>第八條</u></p> <p><u>同一時間、處所、路線有兩人以上提出不同集會、遊行之報備者，主管機關應邀集負責人進行活動時間、地點或路線之協調。</u></p> <p><u>前項情形協調不成者，主管機關應就集會、遊行之處所、路線進行劃分，並於設置安全隔離區域後，由各負責人以抽籤決定使用之空間範圍。</u></p>	<p>第十一條</p> <p>申請室外集會、遊行，除有左列情事之一者外，應予許可：</p> <p>一、違反第六條或第十條規定者。</p> <p>二、有明顯事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益者。</p> <p>三、有明顯事實足認為有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞者。</p> <p>四、同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可者。</p> <p>五、未經依法設立或經撤銷、廢止許可或命令解散之團體，以該團體名義申請者。</p> <p>六、申請不合第九條規定者。</p>	<p><u>一、條次變更。</u></p> <p>二、配合本法改採自願報備制，現行法原條文關於許可之規定，應予刪除。</p> <p>三、在自願報備制下，當同一時間、處所、路線有兩人以上提出不同遊行、集會之報備時，為公平地兼顧人民集會、遊行基本權利之實現，主管機關應負協調之責，設法使其就集會、遊行之時間、地點或路線達成協議，以確保相關當事人之表意自由，均得順利實現並避免衝突。爰增設第一項之規定。</p> <p>四、在無法達成協議時，為確保相關當事人之集會、遊行自由均獲得尊重，兼顧公平之理念與安全之考慮，應由主管機關就集會、遊行之處所、路線</p>

		進行劃分，並於設置安全隔離區域後，由各負責人以抽籤決定使用之空間範圍。爰增設第二項之規定。
	第十二條 室外集會、遊行申請之許可或不許可，主管機關應於收受申請書之日起三日內以書面通知負責人。 依第九條第一項但書之規定提出申請者，主管機關應於收受申請書之時起二十四小時內，以書面通知負責人。 主管機關未在前二項規定期限內通知負責人者，視為許可。	一、本條刪除。 二、配合本法改採自願報備制，現行法原條文已無存在之必要，爰予刪除。
	第十三條 室外集會、遊行許可之通知書，應載明左列事項： 一、負責人姓名、出生年月日、住居所；有代理人者，其姓名、出生年月日、住居所。 二、目的及起訖時間。 三、集會處所或遊行之路線及集合、解散地點。 四、參加人數。 五、車輛、物品之名稱、數量。 六、糾察員人數及其姓名。 七、限制事項。 八、許可機關及年月日。 室外集會、遊行不予許可之通知書，應載明理由及不服之救濟程序。	一、本條刪除。 二、配合本法改採自願報備制，現行法原條文已無存在之必要，爰予刪除。
	第十四條 主管機關許可室外集會、遊行時，得就左列事項為必要之限制： 一、關於維護重要地區、設施或建築物安全之事項。 二、關於防止妨礙政府機關公務之事項。 三、關於維持交通秩序或公共衛生之事項。 四、關於維持機關、學校等公共場所安寧之事項。 五、關於集會、遊行之人數、時間、處所、路線事項。 六、關於妨害身分辨識之化裝事項。	一、本條刪除。 二、配合本法改採自願報備制，現行法原條文已無存在之必要，爰予刪除。
	第十五條 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	一、本條刪除。 二、配合本法改採自願報備制，現行法原條文已無存在之必要，爰予刪除。

	<p>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。</p> <p>前項之撤銷、廢止或變更，應於集會、遊行前以書面載明理由，通知負責人；集會、遊行時，亦同。</p>	
	<p>第十六條 室外集會、遊行之負責人，於收受主管機關不予許可、許可限制事項、撤銷、廢止許可、變更許可事項之通知後，其有不服者，應於收受通知書之日起二日內以書面附具理由提出於原主管機關向其上級警察機關申復。但第十二條第二項情形，應於收受通知書之時起二十四小時內提出。</p> <p>原主管機關認為申復有理由者，應即撤銷或變更原通知；認為無理由者，應於收受申復書之日起二日內連同卷證檢送其上級警察機關。但第十二條第二項情形，應於收受申復書之時起十二小時內檢送。</p> <p>上級警察機關應於收受卷證之日起二日內決定，並以書面通知負責人。但第十二條第二項情形，應於收受卷證之時起十二小時內決定，並通知負責人。</p>	<p>一、本條刪除。</p> <p>二、配合本法改採自願報備制，現行法原條文已無存在之必要，爰予刪除。</p>
	<p>第十七條 依前條規定提出之申復，不影響原通知之效力。</p>	<p>一、本條刪除。</p> <p>二、配合本法改採自願報備制，現行法原條文已無存在之必要，爰予刪除。</p>
<p>第九條 集會、遊行之負責人，應於集會、遊行時親自在場主持，維持秩序；其集會處所、遊行路線於使用後遺有廢棄物或污染者，並應負責清理。</p>	<p>第十八條 集會、遊行之負責人，應於集會、遊行時親自在場主持，維持秩序；其集會處所、遊行路線於使用後遺有廢棄物或污染者，並應負責清理。</p>	<p><u>條次變更，內容未修正。</u></p>
<p>第十條 集會、遊行之負責人，因故不能親自在場主持或維持秩序時，得由代理人代理之。前項代理人之權責與負責人同。</p>	<p>第十九條 集會、遊行之負責人，因故不能親自在場主持或維持秩序時，得由代理人代理之。前項代理人之權責與負責人同。</p>	<p><u>條次變更，內容未修正。</u></p>
<p>第十一條 集會、遊行之負責人，得指定糾察員協助維持秩序。</p>	<p>第二十條 集會、遊行之負責人，得指定糾察員協助維持秩序。</p>	<p>一、<u>條次變更。</u></p> <p>二、本條刪除第二項</p> <p>三、糾察員之服裝、識別、運</p>

	前項糾察員在場協助維持秩序時，應佩戴「糾察員」字樣臂章。	作方式應由集會、遊行團體自行決定，不以法律強制規定，爰此刪除第二項。
第十二條 <u>針對妨害集會遊行之狀況，負責人或糾察員得予以排除。</u> <u>若負責人或糾察員無法排除時，得請求主管機關所派之現場指揮官協助指揮警察人員予以排除。</u> 受排除之人，應立即離開現場。	第二十一條 集會、遊行之參加人，應服從負責人或糾察員關於維持秩序之指揮。 對於妨害集會遊行之人，負責人或糾察員得予以排除。受排除之人，應立即離開現場。	一、 <u>條次變更</u> 。 二、為貫徹本法為集會、遊行保障法之基本定位，並落實國家協助義務之履行，當出現妨害集會遊行之人，遊行之負責人請求主管機關所派之現場指揮官將其排除、驅離之權利。 三、增訂第三項，明訂凡於遊行集會遭負責人、糾察員或警察人員排除之人，應立即離開現場。
第十三條 <u>集會、遊行之中止或結束，由負責人宣布之，同時應負疏導勸離之責。</u>	第二十二條 集會、遊行之負責人，宣布中止或結束集會、遊行時，參加人應即解散。 宣告中止或結束後之行為，應由行為人負責。但參加人未解散者，負責人應負疏導勸離之責。	一、 <u>條次變更</u> 。 二、負責人應於集會遊行中止或結束時，向群眾宣布活動中止或結束。 三、負責人亦應對現場群眾負疏導勸離之責，以免群眾於集會、遊行結束或終止之後，仍不離去。
	第二十三條 集會、遊行之負責人，其代理人或糾察員及參加人均不得攜帶足以危害他人生命、身體、自由或財產安全之物品。	一、 <u>本條刪除</u> 。 二、就攜帶足以危害他人生命、身體自由或財產安全之物品，其禁止範圍與違反時之法律效果，本有相關法令加以規範，並無重複規範之必要；若非法令所禁止攜帶之物品，自無特別規定於集會、遊行時禁止攜帶之理。況現行法原條文對何種物品該當「足以危害他人生命、身體自由或財產安全之物品」，欠缺明確之要件，為免疑義，爰予刪除。
第十四條 <u>集會、遊行時，主管機關之現場指揮官應主動向集會遊行負責人表明身分、姓名。</u> <u>主管機關為協助、保護集會、遊行所派之人員，應於胸前佩戴易於辨識其身分及姓名之名牌，每一字體尺寸不得小於二公分見方。</u>	第二十四條 集會、遊行時，警察人員得到場維持秩序。 主管機關依負責人之請求，應到場疏導交通及維持秩序。	一、 <u>條次變更</u> 。 二、關於主管機關之協助義務，本法第五條已明確規範，無重複規範之必要，爰將現行法原條文刪除。 三、為使人民明確知悉集會、遊行時主管機關所派人員之身份，除參酌德國集會遊行法第十二條之規定，課予現場指揮官主動表明身份之義務外，並規定其餘人員均應於胸前佩戴易於辨識其身分及姓名之名牌，以利於人民在公務員違反義務時，得以尋求有效之事後救濟，追究相關之法律與行政責任，爰增設第一項及第二項之規定。

	<p>第二十五條</p> <p>有左列情事之一者，該管主管機關得予警告、制止或命令解散：</p> <p>一、應經許可之集會、遊行未經許可或其許可經撤銷、廢止而擅自舉行者。</p> <p>二、經許可之集會、遊行而有違反許可事項、許可限制事項者。</p> <p>三、利用第八條第一項各款集會、遊行，而有違反法令之行為者。</p> <p>四、有其他違反法令之行為者。</p> <p>前項制止、命令解散，該管主管機關得強制為之。</p>	<p>一、<u>本條刪除。</u></p> <p>二、現行法原條文所定之命令解散制度，與本修正草案為「集會遊行保障法」之基本定位相互扞格，亦無絕對之必要，爰予刪除。</p> <p>三、按現行法原條文第一項第一款、第二款之解散事由，在本法改採「自願報備制」後，已無適用之餘地；而同條項第三款、第四款之解散事由，所欲處理之「違反法令行為」，現存之相關法律規範（例如刑法、刑事訴訟法、警察職權行使法、行政執行法）亦已足因應，政府相關執法人員，得依各該「違反法令行為」之具體行為態樣，對出現違法行為之行為人採取相關法律所授權之強制手段，予以排除，並無命令解散之必要。單純地命令解散，不僅無法有效排除「違反法令行為」，更創造主管機關恣意妨礙集會、遊行之空間。</p>
	<p>第二十六條</p> <p>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。</p>	<p>一、<u>本條刪除。</u></p> <p>二、配合本法刪除命令解散之規定，本修正草案復已於第六條明定法益權衡之原則，現行法原條文已無存在之必要，爰予刪除。</p>
	<p>第二十七條</p> <p>經許可集會、遊行之負責人或代理人違反第十八條規定者，處新台幣三萬元以下罰鍰。</p>	<p>一、<u>本條刪除。</u></p> <p>二、集會、遊行之負責人或代理人違反第十八條規定者，行政機關本得依現行廢棄物清理法等環保法規課予處罰，毋須於本法另行規定。現行法原條文之規定，不僅造成無謂的法條競合問題，亦與本法屬於集會遊行保障法之性質不符，爰予刪除。</p>
	<p>第二十八條</p> <p>集會、遊行，經該管主管機關命令解散而不解散者，處集會、遊行負責人或其代理人或主持人新台幣三萬元以上十五萬元以下罰鍰。</p> <p>集會遊行負責人未盡第二十二條第二項但書之責，致集會遊行繼續進行者，處新台幣三萬元以下罰鍰。</p>	<p>一、<u>本條刪除。</u></p> <p>二、配合本法刪除命令解散之規定，現行法原條文已無存在之必要，爰予刪除。</p>
	<p>第二十九條</p>	<p>一、<u>本條刪除。</u></p>

	集會、遊行經該管主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵從，首謀者處二 年以下有期徒刑或拘役。	二、配合本法刪除命令解散之 規定，現行法原條文已無存在 之必要，爰予刪除。
	第三十條 集會、遊行時，以文字、圖畫、 演說或他法，侮辱、誹謗公 署、依法執行職務之公務員或 他人者，處二以下有期徒刑、 拘役或科或併科新台幣六 萬元以下罰金。	一、 <u>本條刪除。</u> 二、有關侮辱、誹謗公署、依 法執行職務之公務員或他人 之行為，本應依刑法相關規定 論處，不應在性質上屬於集會 遊行保障法之本法中，增設特 別刑法之規定。 三、現行法原條文之規定，不 僅徒增法律體系之紊亂，針對 集會、遊行之脈絡，施以特別 刑罰之規定，更違反當代社會 「保障人權、緊縮特別刑法」 之思潮，爰予刪除。
第十五條 公務員或行政機關違反本法 規定，妨害集會、遊行之進行 者，雖非財產上之損害，被害 人亦得請求賠償相當之金額。	第三十一條 違反第五條之規定者，處二年 以下有期徒刑、拘役或科或併 科新台幣三萬元以下罰金。	一、 <u>條次變更。</u> 二、現行法原條文內容刪除。 三、有關妨害集會遊行之行 為，刑法第一百五十二條已定 有妨害集會遊行罪，本應依刑 法之規定論處，毋須於本法另 行增設特別刑罰之規定。 四、對於公務員或行政機關違 反本法所定之保障集會、遊行 之義務者，被害人本得依國家 賠償法之規定請求損害賠 償，惟鑑於人民集會、遊行之 基本人權所受之侵害，未必均 發生財產上之損害，爰特增設 本條之規定，使被害人雖無財 產上之損害，亦得請求賠償相 當之金額，其具體數額由法院 審酌一切相關情事，裁量決定 之。
	第三十二條 集會、遊行時，糾察員不法侵 害他人之權利者，由負責人與 行為人連帶負損害賠償責 任。但行為人基於自己意思之 行為而引起損害者，由行為人 自行負責。	一、 <u>本條刪除。</u> 二、糾察員於集會、遊行進行 時，不法侵害他人之權利者， 被害人本得依民法規定請求 損害賠償。至於負責人是否須 負連帶損害賠償責任，宜回歸 民法關於侵權行為之規定與 法理決定之，無於本法特別規 定之必要，爰刪除現行法原條 文之規定。
	第三十三條 第二十三條規定之物品，不問 屬於何人所有，均得扣留並依 法處理。	一、 <u>本條刪除。</u> 二、配合本修正草案刪除現行 法第二十三條之規定，現行法 原條文已無存在之必要，爰予 刪除。
	第三十四條 依本法所處罰鍰，經通知繳納	一、 <u>本條刪除。</u> 二、本法已無罰則之規定，現

	逾期不繳納者，移送法院強制執行。	行法原條文已無存在之必要，爰予刪除。
第十六條 本法自公布日施行。	第三十五條 本法自公布日施行。	條次變更，內容未修正。

