

探討警察法之危害概念*

陳 英 淙**

要 目

- | | |
|----------------------|---------------------------|
| 壹、問題提出 | 三、從客觀到主觀之危害概念 |
| 貳、危害的涵義 | (一)客觀危害之概念 |
| 一、危害的基本概念與重要性 | (二)客觀危害之缺陷 |
| 二、危害之相似概念的辯正 | (三)客觀與主觀危害之調和 |
| (一)侵擾 (Störung) | 四、合理預測的操作方式 |
| (二)干擾 (Belästigung) | 五、合理預測之原型 |
| 三、危害與公共秩序、社會安全之關係的反思 | (一)表徵危害 (Anscheinsgefahr) |
| 參、合理預測之判斷模式 | (二)危害疑慮 (Gefahrverdacht) |
| 一、警職法之懷疑強度與危害量化 | (三)綜合評述 |
| 二、合理預測之基本概念 | 六、以合理預測修正懷疑強度和危害量化 |
| (一)風險與合理預測 | 肆、具體與抽象危害 |
| (二)合理預測之行為層次與結果層次 | 一、警職法與集遊法的規定 |
| | 二、基本概念 |

DOI : 10.3966/102398202015030140003

* 作者由衷地感謝兩位匿名審查委員中肯且深入的評語，因之得以再審視及校閱全文。

** 長庚大學通識教育中心法學教授，德國雷根斯堡大學法學博士。

投稿日期：一〇二年十二月十一日；接受刊登日期：一〇三年二月二十日

責任校對：蘇淑君

(一)具體與抽象危害總覽	(二)警職法與集遊法危害規定之 評論
(二)具體危害的特性	
三、危害之鑑別與類型	伍、案例簡評
(一)損害分量	一、光頭疑案
(二)損害逼近	(一)案例事實
(三)非危害的潛藏危害 (latente Gefahr)	(二)爭點與簡評
(四)區別實益	二、最高行政法院一〇二年度判字 第一五八號判決
四、危害與職權之連結	(一)案例事實
(一)危害鑑別的重要性	(二)爭點與簡評
	陸、結 論

摘 要

本文以警察法第二條「防止一切危害」為出發點，先瞭解危害及與危害相似之概念，並說明危害與公共秩序和社會安全並列之不當的原因；隨即轉入正文，提出主觀與客觀、具體與抽象兩套危害概念的判斷模式，並闡述兩套判斷模式的交互為用，以修正及補強警察職權行使法和集會遊行法的相關內容；文末並以兩則案例印證之。

危害尚未發生而能夠予以防止，正符合不戰而屈人之兵的最高原則，然未發生之事無法未卜先知，只能預測得知，考量警察勤務的特性，本文主張以合理預測修正懷疑強度與危害量化，合理預測可再分為表徵危害與危害疑慮兩種類型；合理預測雖植基於線索，終究是一種評估與診斷，為符合比例原則以保障人權，必須再與具體危害搭配，並依損害分量與損害逼近區分為重大危害、當前危害、顯著危害和迫切危害，然潛藏危害不與焉。危害的概念與警察職權的行使必須連結，才能兼顧安全與自由，因而回歸警職法與集會法，提出建議，期能有所助益。

關鍵詞：損害與侵擾、干擾、合理預測與表徵危害、危害疑慮、重大危害、當前危害、顯著危害與迫切危害

壹、問題提出

依照警察法第二條，防止一切危害（Gefahr）係警察任務之一，既稱防止，表示危害尚未發生，即予以制止，而不使之產生損害結果，所謂預防勝於治療，猶如疾病的症狀尚未出現，而能夠及早發現並以適當的方法將之圓滿處理。然而，人類行為具多樣性與複雜性，當危害即使已經開始萌芽，面對警察，責任人花言巧語者有之、機詐偽裝者亦有之，刑事訴訟基於人性之考量，因而有不自證己罪之原則，依照該邏輯，紙包不住火時，尚可不自證己罪，則「紙尚可包住火」時，自己更準是清白無疑。職是，在尚未釀成損害之前，警察必須藉由專業訓練，累積辦案經驗，透過眾所認可的法則予以辨識，方能洞燭機先以明察秋毫、察言觀色以明辨真偽，俾達成維護治安的目標。安全與自由猶如鞦韆之兩端，始終相互激盪¹，從人權保障的角度來看，為了防止危害，警方所採取的行為均具有干預性質，當事人可以提出救濟，則面對司法審查，警察的行為必須符合法定要件，因而警察如何達成任務，並兼顧人權保障，即是問題的癥結所在。

自釋字第五三五號針對警察臨檢作出解釋以來，引發探討的文章如雨後春筍，正因為警察臨檢是一種典型的危害防止行為，然而卻缺乏發動門檻、程序及實體要件，故引起各方關注。事實上，不只臨檢，即使其他各種警察勤務和職權，例如值班或巡邏等，一旦涉及人權保障範圍而採取干預作為時，均須從危害的概念下手，瞭解及釐清危害的概念之後，才能夠加以防止，並與警察另一重要之協助偵查犯罪任務區隔，作出相應的行為，進一步言之，偵查犯罪

¹ Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Habil., 2002, S. 162.

係犯罪完成之後，所展開的一連串動作，案子已具體存在；反之，危害卻是在損害尚未具體成形時，即須予以防止，故如何判斷危害，即顯得困難，卻又有其必要性，因防患於未然猶如不戰而屈人之兵，乃是一種料敵機先、操之在我的作法，危害防止因而是預防理念的核心（Kern der Präventionsidee）²。

在釋字第五三五號解釋推波助瀾下，警察職權行使法（下稱「警職法」）成為警察執勤最重要的依據，該法之實質的警察職權為身分查證（第六條至第八條）、資料蒐集（第九條至第十八條）和即時強制（第十九條至第二十八條），在這二十三條條文之中，一方面「合理懷疑」、「有事實足認」、「有明顯事實足認」、「經合理判斷」等共出現13次，其內涵為何？彼此之間的差異是否各具有可操作性？另一方面，「危害」、「具體危害」、「迫切危害」等亦出現13次，危害與具體危害有何差別？何種職權宜搭配何種危害概念？立法理由中並未詳盡說明，在條文中亦無跡象可尋！又兩方面是否有連結？如何連結？亦面臨同樣的問題，反不如集會遊行法（下稱「集遊法」）第十一條第二款、第三款「有明顯事實足認有危害國家安全、社會秩序或公共利益者」、「有明顯事實足認有危害生命身體自由或對財物造成重大損害者」，而不予許可之要件，來得清楚明瞭。本文以警察任務之危害概念為探討範圍，觀察警職法、旁及集遊法之整體規範，而非針對個別之職權一一檢視其要件，此乃屬另一專文之範疇，合先敘明。

² Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 2009, Rn. 108.

貳、危害的涵義

一、危害的基本概念與重要性

所謂危害乃是可預見的即將損害（*absehbare zukünftige Schäden*），亦即損害可能性（*Wahrscheinlichkeit eines Schadens*）³的逼近，損害乃指警察法所保護的個人和公共法益遭到波及，此即公共安全和公共秩序之內涵。在警察法中，對於行政機關的干預措施，危害的概念具有本質性要件的標誌意義，當警察法的法益遭受威脅，亦即危害出現時，主管機關才有權限採取防止措施；換言之，警察干預的發動肇端於此，而可預見或可能性之關鍵在於時間點，倘若沒有危害，警察就沒有管轄的權力，因為國家設立警察最重要的目的之一，即是危害防止，危害若不存在，則尚不需要警察成為法益保護的主管機關；危害一旦存在，人民即負有義務忍受警察的干預行為，危害之概念因而具有本始之管轄權改變的效果，亦具有管轄權分配的意義，所有警察法上的職權、責任人、行政執行以及費用負擔等，均源自於對危害的理解，危害因而是警察法的中心概念（*zentraler Begriff*）⁴。

³ *Denninger*, D. Polizeiaufgaben, in: *Handbuch des Polizeirechts*, 5. Aufl., 2012, Rn. 39f.; *Götz*, *Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht*, 15. Aufl., 2013, § 6 Rn. 3; *Gusy*, aaO., Rn. 101; 參閱林明鏘，由防止危害到危險預防：由德國警察任務與權限之嬗變檢討我國之警察法制，*國立臺灣大學法學論叢*，39卷4期，頁171，2010年12月。

⁴ *Gusy*, aaO. (Fn. 2), Rn. 101; *Möstl*, aaO. (Fn. 1), S. 162; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7. Aufl., 2012, § 4 Rn. 1.

二、危害之相似概念的辨正

(一)侵擾 (Störung)

瞭解危害的基本意涵之後，另一方面，尚須辨明與其類似的概念，危害係即將損害，或損害之可能性的逼近，表示損害可能發生、然尚未發生。損害在危害的概念裡意謂法秩序的違反，以此切割成前後兩個區塊，即損害已發生和損害未發生，損害已發生或可能發生，警察對之均得採取干預措施；反之，損害未發生，則否。因涉及人權之保障，故有辨明的必要。

首先是侵擾⁵，當已發生法秩序的違反時，損害即是侵擾，侵擾意謂警察所保護的公共安全和公共秩序之法益已受到波及。在此當下，警察的行為不是防止，而是排除，因此所波及的法益不但已經發生，而且持續中，其內容違反法規範，導致法益的減損，包括公共安全之公法、私人權利之私法和公共秩序之社會規範，侵擾的排除亦是一種危害防止。可以說，其乃危害防止的一種緊急方式，因為如果不被排除，未來仍是持續的危害⁶，此即大法官會議於釋字第五三五號解釋所指明，警察人員執行場所之臨檢勤務，應限於已發生危害之處所、交通工具或公共場所為之。例如：甲於開車途中接聽手機，其內容是一個晴天霹靂的消息，導致車速突然變慢，且車行不穩，甲已違反道路交通管理處罰條例第三十一條之一，汽車駕駛人於行駛道路時，使用手持式行動電話進行撥接或通話之規定，違反該條規定者，已妨礙公共安全，如不予以制止，對於其後

⁵ 亦有譯成「滋擾」，參閱李震山，警察行政法論——自由與秩序之折衝，頁230，註66，2009年8月，2版。

⁶ Schoch, Die Gefahr im Polizei- und Ordnungsrecht 2003, Jura 2003, S. 472-473; Voßkuhle, Der Gefahrenbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht 2007, JuS 2007, S. 908.

或周圍的車輛均造成威脅，危害仍持續中。

而一旦持續中的法益減損已結束，則警察法之預防意義的行為亦應停止；反之，對於已完成之不法之行為的偵查和追訴，屬於與危害防止相對的刑事司法之範疇⁷。舉例如下：強姦殺人嫌疑犯遭檢警押回犯案現場模擬犯罪情狀，一下車，激動的被害人家屬紛紛衝上前，開始拉扯，此時，侵擾已發生，警察立即將其架開，並使之保持一段距離，不過警察不能為防止下一波可能的激烈動作，將家屬驅離現場，因為架開之後，侵擾已結束；反之，說時遲那時快，有人突然重踐嫌疑犯膝關節部位，導致骨折，則針對此不法行為，應依照刑事訴訟法對該行為人進行偵查。

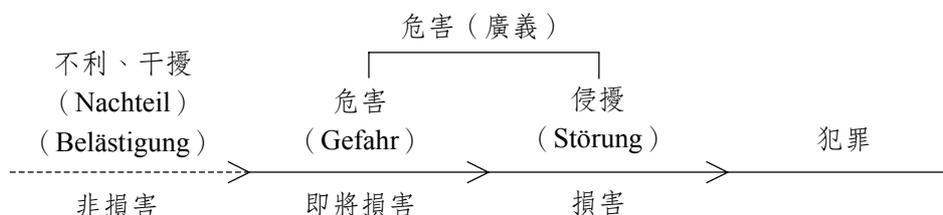
(二) 干擾 (Belästigung)

相對於法益的侵擾，因已有損害發生，受侵擾者當然沒有忍受的義務，然而對於干擾或不利 (Nachteil) 因尚未有法益遭受侵犯，未發生損害，當事人遂有忍受的義務，干擾或不利並未破壞或違反法秩序，而是一種不舒服、煩躁或倒胃口的感受，其與侵擾的區別，因涉及損害發生的有無，須予以明確的劃分。兩者的界限並非來自於任務的差異，也不是損害和干擾之概念上的不同，因為警察任務以危害為先決要件而防止之，故均負有忍受義務，而是僅在於結果上有所區隔，在概念上則無，是故干擾無法從警察任務和損害的概念中找尋，而是一方面從法令規章，另一方面從一般的社會法則得出⁸。法令規章已經允許的行為，具有合法化的效果，因此尚未達干預的門檻，例如：依照噪音管制法，未達噪音管制之音量

⁷ Benfer/Bialon, *Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft*, 4. Aufl., 2010, Rn. 39f.; Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 103ff.

⁸ Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 106f.; Schoch, aaO. (Fn. 6), S. 472-473; Voßkuhle, aaO. (Fn. 6), S. 908; 參閱李震山，同註5，頁230-231。

及測定之標準，無論在工廠、娛樂場所、營業場所或營建工程現場，均負有忍受義務；至於按照一般的社會法則，須忍受的厭煩，係在日常生活環境中，不論人為或自然所造成，尚未列入法規範之範疇者，其通常隨著空間而有所差異，例如：居住在車水馬龍之都會區的市民，須忍受交通工具排放的空氣污染；同樣地，居住在鄉村地區的人家，則須忍受家禽和家畜之排泄物飄出的味道。為明瞭起見，茲將上述概念以簡圖表述如下：



資料來源：作者自繪。

危害之相似概念比較簡圖

三、危害與公共秩序、社會安全之關係的反思

危害係可預見的即將損害，即是損害之可能性的逼近，而公共秩序及社會安全恰是損害的標的，換言之，就是危害所要保護的法益，由此反過來檢視警察法第二條，其所謂的防止一切危害，即防止一切可預見將損害公共秩序和社會安全的危害，或防止一切損害公共秩序和社會安全之可能性的危害，危害防止的客觀標的已涵括公共秩序和社會安全，則「維持公共秩序，保護社會安全」和防止一切危害之警察任務的關聯性為何？應以何種方式與之連結？

依照警察法施行細則第二條之規定，維持公共秩序、保護社會安全和防止一切危害，並列為警察之主要任務，顯然三者等價，惟

從法律邏輯學的角度加以檢視，在「防止一切可預見將損害公共秩序、社會安全之危害」的概念中，一切危害之防止屬於警察任務的上位概念，公共秩序之維持與社會安全之保護係警察任務的下位概念，兩者非屬同一層級，因而在概念的劃分上，宜採取不同層次、而非一次性的劃分⁹，警察法將防止一切危害之概念的上位概念，與維持公共秩序及保護社會安全之概念的下位概念，採一次性劃分的方式，並列在同一條文，本文認為，恐混淆主從關係，亦可能導致層次不明¹⁰，此猶如一所學校的組織編制將教務處與課務組、註冊組列為同一等級般地不適當。

由此，便不容易全面和精準地掌握警察任務的性質，進而造成比重失衡，自一九五三年警察法公布施行以來，一直都是該三項「主要任務」並列。事實上，警察係行政部門中相當罕見地橫跨司法單位的機關，當然有其他法律交付的任務，特別是偵查犯罪（刑事訴訟法第二二八條至第二三一條之一參照），由於警察法第二條未將之列入，反而歸類在基於任務所授權的「職權」（警察法第九條第三款參照），將職權跨越至刑事法，此舉的妥當性容有疑惑；反之，若將協助偵查犯罪與防止一切危害並列，而以「其他法律委託之任務」的字眼，明列於警察法第二條中，則學術界與實務界一接觸警察法，必先探究該兩者在行政權與司法權中的意涵，以權力分立的角度，檢視警察任務之雙重功能（Doppelfunktion），則應遵守的原則和拿捏的分際，將一一被建立起來，不至於六十年來，該兩大任務本應在學術界和實務界累積相當成果，卻遠遠不如預

⁹ 參閱吳家麟主編，林文雄校訂，法律邏輯學，頁38-42，1996年12月，將上位與下位概念稱為母項與子項。

¹⁰ 不同意見：曾淑英，從國家危害防止任務之演進論警察危害防止任務之發展，警學叢刊，29卷6期，頁32-35，1999年5月。

期，甚至連偵查犯罪、犯行追緝¹¹之名稱都尚未達成共識；又警職法係目前警察勤務中，最重要的執法依據，危害防止之任務乃是與其他行政機關的區隔所在，沒有任務就不可能有職權，警察也就無法依法行政，依照法治國之明確性原則，職權乃任務的具體化，以作為警察職權行使之法源。然而，警職法第一條隻字未提危害防止，反而僅規定危害之下位概念，實宜三思。

參、合理預測之判斷模式

一、警職法之懷疑強度與危害量化

大法官在釋字第五三五號解釋中，提出相當理由作為危害判斷的依據，亦即對人實施之臨檢，須以有相當理由足認其行為已構成危害或即將發生危害為限，可是「相當理由」說卻被學者認為其過於狹窄，因為相當理由須就警察所知之事實及情況，並有合理可信之訊息，足使合理注意程度之人相信，其有無相當理由，須以客觀標準加以判斷，非以執法人員主觀判斷為準；因而，另提出「合理懷疑」說，認為不應考慮警察模糊的主觀猜測或預感，而應考慮當時事實狀況及警察依經驗所作的具體合理推斷，合理懷疑對情報的數量與內容及其來源可靠性的要求標準，均比相當理由低¹²；另有一說認為相當理由和合理懷疑兩者並無本質上的不同，只有程度上的差別¹³；亦有提出「相當可能性」者¹⁴，警職法則兼採相當理由

¹¹ 參閱李震山，同註5，頁351以下；蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許寶義，警察職權行使法逐條釋論，頁56、58，2005年2月。

¹² 吳巡龍，「相當理由」與「合理懷疑」之區別——兼評大法官會議釋字第535號解釋，刑事法雜誌，46卷4期，頁58、63、67，2002年8月。

¹³ 蔡庭榕等，同註11，頁116。

¹⁴ 蔡震榮，有關花蓮路檢查賄問題之探討，月旦法學雜誌，102期，頁203，註

與合理懷疑的觀點，並直接表達於條文上；進一步，為了解決危害之預測可能性的難題，並將其量化，合理的懷疑之證據強度約30%以上、相當理由約45%以上，至於有事實足認之證據強度必須超過80%以上¹⁵。

透過統計的方式，依照過去所發生的事實為材料，將所需求的答案以百分比的數據呈現出來，在社會上的各種活動不斷地使用，例如：各級學校的升學率、十大疾病死亡率、汽機車肇事率等，這些均以大量的母數為基礎；不過，對警察勤務而言，以量化的方式評估未來的可能性並不合適，理由之一，在於其係針對美國參與過相關審判之法官所作的調查，第一線的執勤員警和其主管以及當事人，均無統計資料；理由之二，其乃國外的統計數據，且受訪人數僅有166名¹⁶，代表性是否足夠？是否直接適用於我國？容有疑惑；理由之三，最重要者在於，警察勤務均是面對個案的個別措施，不論是大型的單次集會遊行，抑或個別的身分查證，均非量化的統計數字可當成執法之依據，集會時鼓躁的程度、群眾激動的情狀、所持物品的危險性、甚至氣候的因素，如何以及何時會演變成違法行為，均須依個案，憑藉經驗法則和專業知識予以判斷；同樣地，深夜兩、三點獨自在高級住宅區徘徊的男性，是否就是伺機行竊者、還是夜歸工作者，甚至可能是心情不佳出外散步者，亦是如此¹⁷。因此，危害量化30%至80%之證據強度無法成為員警現場執

19，2003年11月。

15 內政部警政署編印，警察職權行使法逐條釋義，頁26-27，2003年8月；王兆鵬，警察盤查之權限，刑事法雜誌，45卷1期，頁22，2001年2月；蔡庭榕等，同註11，頁153。

16 王兆鵬，同前註，頁19。

17 *Hoffmann-Riem*, „Anscheinsgefahr“ und „Anscheinsverursachung“ im Polizeirecht, in: Festschrift für Gerhard Wacke, 1972, S. 327-341; 參閱 *Gusy*, aaO., (Fn. 2), Rn.

勤的標準，果而如此，其所映照的合理懷疑、相當理由及有事實足認等三種情狀，亦失其附麗，職是，勢必另尋他法。

二、合理預測之基本概念

不論危害量化以多少百分比呈現，也不論依百分比的程度區分多少種的懷疑強度，其始終是數據與強度的相互搭配，故仍是一套判斷的模式而已。危害的防止宜建立在兩套模式之上，一套是主觀與客觀；另一套為具體與抽象的危害防止，且兩套概念彼此之間並非各自孤立，而是相互為用，危害防止的功能才能顯現出來。危害的基本意涵是可預見的即將損害，即損害可能性的逼近，其特徵係損害尚未發生，而如何在尚未發生之際，能夠予以洞悉，並加以防止，乃需要判斷，以下先探討主觀與客觀的危害概念。

(一)風險與合理預測

1. 風險與剩餘風險

危害是一種具損害傾向的情狀，是否會發生損害，端視其有無足夠的可能性而定，可能性意謂著內涵的不確定，亦即，對於法益存在著損害傾向之不確定，因而是一種風險。職是，可能性即表示風險的成分有多高，在社會的一般生活中，幾乎或多或少均具有風險成分，例如馬路上奔馳的汽機車，甚至某些活動即具有高風險的傾向，其危害益發明顯，例如激烈的集會示威遊行。在本身就已存在風險的社會活動中，有吾人應當忍受而法律不加以干預者，稱之為剩餘風險（Restrisiko），以及逼近而形成危害，應動用法律加以干預者，此乃警察法所關心及需著力之處，其重點在於雖然損害

117; 陳春生，行政上之預測決定與司法審查，載：行政法之學理與體系(一)——行政行為形式論，頁187，1996年8月。

尚未發生，然法益已曝露於風險之中，且已逾越可忍受的損害可能性，亦即法益較一般正常的情況更容易遭受到危害¹⁸，警察依照法律的規定出手干預，以防止危害的發生。

2. 預測與警察勤務之特性

危害乃是一種與社會無法相應、不符合期待的風險，當風險層升到足夠的可能性時，損害即會發生，故必須在損害發生之前予以攔截、加以防止，問題在於：未來無法未卜先知，只能預測得知，職是，警察的預防行為遂成為預測行為！預測（*Prognose*）係基於過往和目前的進展與事實，對將發生的結果作出判斷。事後的損害是否發生，對於預測的正確性不具意義，因為結果沒有發生並不表示預測失敗，而需要負法律責任，預測失敗只是結論不適當罷了¹⁹，此乃因警察行為的特性使然。警察的預測行為與一般所熟知的法官斷案和醫生門診大異其趣，其勤務特性有三：其一，警察執行勤務面對現場的狀況，所作出的決定絕大部分是迫於時間的壓力，必須立刻採取行動，此與法官審判時，可詳閱資料並依照程序作成裁定或判決，完全不可同日而語；其二，警察必須在有限的資源下作成決定，不論是行政處分的作成或行政執行的發動，在執勤現場無法蒐集完整的資訊後再下判斷，則完整的利益審酌自然有所不足，此與醫生診療可藉由各種檢驗及儀器輔助相較，其差別不可以道理計；其三，警察行為所處理者概為個案，因而之前所累積的經驗無法完全移植適用，猶如歹徒搶劫的手法並非每次相同，故破案均煞費苦心，警察在現場處理案件時，沒有相關的專家可供諮詢或鑑定，面對個案必須兼用客觀法則和主觀認知加以解決，此即所

¹⁸ *Gusy*, aaO. (Fn. 2), Rn. 109f.; *Schoch*, aaO. (Fn. 6), S. 472-473.

¹⁹ 陳春生，同註17，頁187；謝碩駿，警察職權行使法第二八條第一項作為警察法上之概括條款，法學新論，6期，頁59，2009年1月。

謂實務經驗 (Praxiserfahrung)²⁰。

3. 合理預測之要領

警察勤務雖然有時間壓力、資源有限和個案處理導向等特性，然並非以此當作自我鬆懈的理由，在法治國原則的要求下，警察必須認清自身勤務的特性，提升專業能力，亦即，澈底瞭解危害並加以防止。欲避免風險的層升，需進行危害預測，預測的重點和方向包括兩方面：其一是警察透過周遭訊息的觀察與瞭解，以及本身對危害來源察覺的程度，所能夠掌握到的線索。例如：深夜巡邏時發現3個青少年騎著機車聚集在一起；其二是對於目前所掌握的線索，預測其下一步，乃至最後可能的持續性結果，此種預測無法如同演算數學題目，有原理可尋，而是必須依賴經驗法則，憑著跡象加以預測。就上述例子而言，3個青少年是睡不著相約出來聊天、準備飆車，還是侵入住宅竊盜前的交換意見，或是尚有其他原因？若是準備飆車和竊盜，則公共安全和秩序之法益已置於風險之中，可進而採取法律授權的典型措施²¹。

(二) 合理預測之行為層次與結果層次

1. 行為層次

經由上述的說明，危害防止包含行為和結果兩個層次。行為層次在於警察經由合理地評估風險之後，採取干預措施以保護法益，其行為因而具合法性，行為層次的重要意義係損害尚未發生時，透過預防性的干預，符合社會對於未來無損害發生的期待。然而，風

²⁰ Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 115; Hoffmann-Riem, aaO. (Fn. 17), S. 327-340; 參閱吳巡龍，同註12，頁56。

²¹ Schmidbauer/Steiner, Bayerische Polizeiaufgabengesetz und Bayerische Polizeiorganisationsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 2011, Art. 11 Rn. 25ff.; 參閱Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 112f.

險本身的特性在於具有不確定性，因而可能產生失誤。職是，行為層次包含三個範疇：(1)風險認知：風險存在嗎？還是只是一種假象？(2)風險預測：所察覺到的風險是否正確、有無持續性或重複性的危害？(3)風險錯誤：情境的變化前後不一，無法確實確認即將損害之存在。評估和解釋危害概念時，對於保護法益和當事人兩者，必須在風險狀態存在的情境中予以適當的考量，最重要的是預測所得到的線索。亦即，警察所察覺的事實，能夠合理地推論出將損害的可能性即為已足，此亦是司法審查的兩個重點，因為預測永遠憑藉著現場的資訊，佐以知識和經驗法則。所以，司法審查著眼於當時（*ex-ante*），而非事後（*ex-post*）的觀點，才不會有今是而昨非的誤解和錯覺，以上所闡述的行為層次又稱原始層次（*Primärebene*）²²。

2. 結果層次

危害防止的結果層次又名從屬層次（*Sekundärebene*），在具體個案中，根據合理預測所作成的行為，雖然具有合法性，但結果可能出乎意料之外。亦即，對於所保護的公共安全和公共秩序之法益未產生危害，上述所舉的例子，經巡邏員警上前瞭解之後，3個青少年只是聚在一起聊天，而且確認其無飆車紀錄、亦無犯罪前科，雖然結果沒有將損害產生，但警察卻已依照警職法第六條、第七條進行身分查證及採取必要之措施。上述係干預人權輕微的例子，重大者例如：因位於土石流紅色警戒區，被強制遷村，然卻均未發生土石流災情，如果吾人不應譴責行政機關徒勞無功，則對於因忍受權利被干預而證明無辜的犧牲者，當事後提出補償的要求

²² Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 121, 124; Pieroth/Schlink/Kniesel, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 67 f.; Schoch, aaO. (Fn. 6), S. 472-473; Voßkuhle, aaO. (Fn. 6), S. 908; 參閱陳春生，同註17，頁183、187。

時，是否也不應譴責？此乃順著行為層次而來的思維，亦是基於損益平衡應予以解決的問題²³。

3. 線索與誤想危害（Putativgefahr）

合理預測包括線索的掌握與持續性的預測兩個步驟，其對於危害的判斷缺一不可，且具先後順序，倘若在線索掌握上出現了問題，則便沒有所謂的危害存在，此種建立在錯誤的假設之上，既無客觀的跡象，只單憑自己的想像，不是一名受過合格訓練警察應有的反應，稱為誤想危害，又名假象危害（Scheingefahr），其所採取的行為不具合法性²⁴，因而線索的察覺與掌握在危害的判斷上扮演關鍵性的角色，猶如醫生的診斷，故亦稱為診斷式的判斷（diagnostisches Urteil），必須合理可信²⁵；相反地，從上述結果層次的說明可知，既稱預測，表示危害結果可能不存在，此種不允許第一個步驟出錯，卻容許第二個步驟不準確，可謂不可先天不足，卻可以後天失調，乃是危害防止的特色。

三、從客觀到主觀之危害概念

（一）客觀危害之概念

合理預測的判斷模式係經過一番震盪之後，才浮現出來，根據傳統的定義，所謂危害乃指當狀態或行為以客觀可期待的發生進

²³ Erichsen/Wernsmann, *Anscheinsgefahr und Anscheinstöorer* 1995, Jura 1995, S. 219-221; Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 124; Pieroth/Schlink/Kniesel, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 67ff.

²⁴ Erichsen/Wernsmann, aaO., S. 219-220; Schoch, aaO., (Fn. 6), S. 472-475; Voßkuhle, aaO. (Fn. 6), S. 908-909.

²⁵ Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 112; Pieroth/Schlink/Kniesel aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 63; Schoch, aaO. (Fn. 6), S. 472-473; 參閱陳春生，同註17，頁183、191。

程，具足夠的可能性，即將損害警察所保護的法益²⁶，其最重要的特徵在於「客觀」，故必須是客觀可期待的真實狀態和真實行為，不能僅憑推測和觀察。於是，轉變成為客觀所存在的危害，進而以可驗證的自然科學和社會科學之經驗法則為前提，損害的可能性必需由真實的事實中得出，否則即不符合危害的概念²⁷。在客觀的危害概念之下，合法性的空間相對窄小，除了不能僅憑推測和觀察以認定危害之外，設若基於錯誤的假設，或基於不確定的因素，仍然不符合客觀之危害的概念，警察行為之合法性或違法性遂取決於狀態或行為是否真實存在，損害可能性之真實存在的標準來自於真實可驗證的法則，只要基於錯誤的假設，或基於不確定的因素，即不被接受，至於過程如何形成，則在所不問。按照此種邏輯，甚至可延伸至其他公部門之行為，包括公務員所作成的行政處分，其構成要件客觀上不存在，即屬違法而遭行政法院廢棄，而不論該公務員涵攝錯誤是否應予以譴責；同樣地，法官所作成的判決如係根據錯誤的證據，亦屬違法而遭上級審法院的廢棄，而不論該法官在證據調查和取捨上的用心和仔細程度²⁸。

(二)客觀危害之缺陷

根據上述，只有存在客觀已發生的危害，警察的行為才是合法的，如果以危害量化觀點比擬，則比80%還高，此種判斷模式雖然名之為客觀，事實上並不客觀。因此，從不同觀點提出批評的聲浪接踵而至，從可能性切入者有之，認為可能性的本質，即是每一種可能性的判斷均受限於特定的認知狀態，因而沒有真實客觀可能

²⁶ BVerwGE 45, 51/57.

²⁷ *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 31.

²⁸ *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 33ff.

性，只有主觀可能性的判斷²⁹；亦有從危害本質下手，認為每一種初始的危險情況未來如何發展，當下均無法遽下論斷，因為正面和負面的結果，事後都有可能發生，其發展過程都是暫時性的，同時也具有不確定性，包括警察在內的任何人，只能夠根據當時的情況予以衡量，等到結果出現之後才加以批評，實有欠公允³⁰；另外，亦有從警察勤務的本質著眼，認為警察在執勤現場，迫於時間的壓力、有限的判斷資源，而必須立刻下決定等特性，這與其他一般機關可以在辦公室根據完整的訊息而作成決定，不可同日而語³¹。

(三)客觀與主觀危害之調和

這些對客觀理論的評語，固然言之成理，然而卻不夠全面性。就認知狀態而言，不只警察勤務受限於特定的認知狀態，即使法院的判決植基在客觀的證據，當前侷限於特定的人，亦是一種認知狀態；就危害本質而言，當然法官斷案時，事後的資料較為完整，惟亦會審酌警察執勤當時的情形；至於警察勤務的本質，只是一種比較性的觀點，因為每一個行政機關所面對的時間壓力，或多或少都存在。為了解決客觀主義過於嚴苛的要求，在質疑的聲浪被認為不夠完整的情形下，通說遂從整體性的靈活度切入，認為客觀主義偏離生活經驗法則，應該導入價值和利益衡量原則，於是將危害定義為：「狀態（*Sachlage*）或行為（*Verhalten*）以可期待的發生進程，具足夠的可能性，即將損害警察所保護的法益，稱之為主觀的危害概念³²。」依此概念，並非僅憑主觀的想像和臆測，而是仍然

²⁹ *Denninger*, aaO. (Fn. 3), Rn. 46.

³⁰ *Schenke*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7. Aufl., 2011, § 3 Rn. 80.

³¹ AaO., § 3 Rn. 81.

³² BVerwGE 45, 51/58; BVerwGE 49, 36/42ff.; *Denninger*, aaO. (Fn. 3), Rn. 46ff.; *Möstl*, aaO. (Fn. 1), S. 162; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 40ff.;

需要視危害的線索而定，所察覺到的線索必須符合要件才可以採取措施，因而主觀理論並非與客觀主義對立，而是調和，兩者彼此互相連結³³。不過，最困難的地方仍是在於：察覺到線索之後的下一步應如何具體地操作進行？

四、合理預測的操作方式

警察所為之危害防止是一種典型的預測決定（*klassische Prognoseentscheidung*），根據推測而認為有疑慮者，方採取干預行為，其可能性需有嚴格的合法性準則，以符合法治國的要求³⁴。職是，防止危害所察覺的線索，所為之的持續性預測，必須在具體的情況中，與個案連結，因為若欲避免後天失調，相對地便需提升合理預測的確定性，其程序如下：第一步，正確事實之確認：事實查得愈清楚及愈完整，即可增進預測基礎的效度，所謂調查優於預防措施（*Vorrang von Erkundungs- vor Präventionsmaßnahmen*）；第二步，危害證明的確定：被診斷出的徵象均能夠預測損害的發生；第三步，反面證明的確定：透過交互檢視，以提升預測能力；第四步，剩餘線索的權衡：非以抽象的方式進行權衡，而是與個案對照之後，具有說服力，故是具體的權衡³⁵。

上述四個步驟中，以第四個步驟最為要緊，因為之前的三個步

Schenke, aaO. (Fn. 30), § 3 Rn. 80ff.; *Vofßkuhle*, aaO. (Fn. 6), S. 908; 參閱陳正根，警察與秩序法上扣留措施之探討，國境警察學報，12期，頁152-153，2009年12月。

³³ *Gusy*, aaO. (Fn. 2), Rn. 114ff.; *Hoffmann-Riem*, aaO. (Fn. 17), S. 327-339f.; *Möstl*, aaO. (Fn. 1), S. 164ff.

³⁴ *Kirchhof*, *Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, *Aussprache und Schlußworte* 1976, *VVDStRL* 34 (1976), S. 312.

³⁵ *Gusy*, aaO. (Fn. 2), Rn. 118.

驟全部匯流於此，故亦是司法審查的重點，具體的權衡方式必須使用禁止逾越原則，尤其是之中的比例原則。其方式有二：其一，公權力措施所欲達成危害防止與人權干預兩者的比例性：危害防止的法益愈重大，人權干預的合憲性遞增；反之，則遞減。例如：酒後駕車危及他人生命、身體及財產安全，屬重大法益，因而拒絕酒測，施以強制驗血，符合比例原則；反之，因民眾檢舉乞丐行乞的行為，警察遂施以管束之即時強制，則權衡乞討行為無侵害重大法益與干預人身自由卻屬重大法益之侵犯後，已違反比例原則。其二，損害強度與損害發生的可能性：損害強度愈增加，發生的可能性即依比例上升；反之，則隨之降低。例如：在加油站內只要一吸菸，即可能引發嚴重的損害結果，故絕對禁止吸菸，反之，與加油站比較，空曠之處引發火警之機率即大大地降低，因為需有相當的可能性，故並非絕對禁止吸菸³⁶。

五、合理預測之原型

(一)表徵危害 (Anscheinsgefahr)

表徵危害³⁷係指對於個案中充分存在的線索，正確地運用預測法則後，採取干預措施，損害結果卻未發生之謂。由於危害概念的要素係損害的可能性存在與否，而不是損害的是否發生，因此，損害沒有發生亦是選項之一，表徵危害恰是屬於沒有發生危害的一種，這種從客觀角度觀察，已有跡象顯示危害存在，實際上卻未發生危害，乃表徵危害的特色，其正當性在於採取干預措施的當時已有線索，法益已遭到威脅，然危害是否存在，必須等到採取干預措

³⁶ 參閱Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 119.

³⁷ 亦有稱之為「表見危害」，參閱李震山，同註5，頁235；謝碩駿，同註19，頁62。

施之後才能揭曉。可以說，不採取干預手段，則無法得知；干預之後，卻與原先預測的不同，表徵危害的本質因而是一種兩難的呈現。例如：警察發現A持有一把狀似真槍的槍枝，趨前查看後，原來是不具殺傷力的玩具槍，其答案只有真槍或非真槍兩種，未查看之前無法知曉，查看之後，答案只有一個³⁸。表徵危害屬於危害概念的一種，因為以當下的客觀觀點檢驗，確實是一種危害，尚不以事後未發生危害的觀點繩之，故基於危害防止的效能考量，其在行為層次應予以肯定，然因其在結果層次並未發生危害，所以其表徵必須具體合理³⁹。

危害⁴⁰和表徵危害的區別並不是來自現場執勤員警的觀點，現場執勤員警只需要確認線索的存在，並證明其係合理的預測即可，兩者區別在於：就「危害」而言，即將損害的發生可能性可以被辨認出來。例如：坐在頂樓陽台意圖自殺者，情緒激動且兩腳已懸空、雙手順勢按住邊沿，藉著反作用力，準備往下跳；反之，「表徵危害」雖然亦可辨認其可能性，但客觀上無法辨認者卻不在其中。所以，損害尚未發生並非當時可預測的要素，換言之，損害不存在不表示預測失誤。職是，從事後的觀點加以檢視，危害之可辨認情狀並未改變，警察依職權採取措施並無可議之處，表徵危害因而具有警察法上危害的意義⁴¹。

³⁸ Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 122; 不同意見：李震山，同註5，頁235。

³⁹ Gusy, aaO. (Fn. 2), S. 289; Schoch, aaO. (Fn. 6), S. 472-474; Vofßkuhle, aaO. (Fn. 6), S. 908-909.

⁴⁰ 詳下文肆、二、(二)。

⁴¹ Erichsen//Wernsmann, aaO. (Fn. 23), S. 219-220; Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 122, S. 289; Schoch, aaO. (Fn. 6), S. 472-474.

(二)危害疑慮 (Gefahrverdacht)

危害疑慮意謂以謹慎細心的心態，對於所呈現的跡象，根據經驗法則，不確定危害是否存在，但卻可能發生，係從主觀概念而來。不過，就客觀而言，危害是否存在，卻值得懷疑，故需加以查明，其重心遂轉移到實際上的根據，此乃植基於事實的認知。如同表徵危害，必須透過預測法則，對於損害可能性確定線索。職是，危害疑慮成立之前提，在於危害顯著性的認知，此種前提，建立在尚未有危害的結果發生，故係一種尚無證實的狀況，這些包括可信之證人的陳述、事實上的跡象、公務員本身的察覺或其他機關提供的訊息，至於單純的直覺、假設、推測、未經篩檢或根本無法篩檢之第三者的說詞，不在考慮範圍之內。然而，若是來自有害的或與犯罪情節有關的提示，寧可視為重要的線索而納入考量。例如：騷動且耳語四起的集會示威現場，線民甲提醒警察持有危險物品之參加者的特徵⁴²。

從法律的角度判斷危害疑慮可以得知，實際上的根據尚無法證明就是危害本身，但對於進一步調查線索卻有其必要性，因為有助於指出危害所在，就此而言，危害調查並非二元結果的選擇。亦即，當警察採取的措施係以訊息的獲取為必要時，由危害疑慮轉換成危害的過程中，並不是以二分法的方式提供取捨，而是以多層次的過程呈現，包括訊息的取得、領會、評估，在遞增的過程中，人權的保障也隨之提升，故經由資訊蒐集對於人權的干預愈強烈時，手中握有的線索需更加確定⁴³。

危害和危害疑慮雖有不少相似之處，然究有不同，危害疑慮從

⁴² Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 195; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 50.

⁴³ Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 195; *Weiß*, *Der Gefahrerforschungseingriff bei Altlasten - Versuch einer Neubestimmung* 1997, NVwZ 1997, S. 737.

當時的觀點檢視，並沒有危害存在，然其情形卻有翻轉成危害的可能性。因此，只要有個別的因子被查覺即可，危害疑慮的正當性建立在危害調查，以及特別緊急情況時的暫時安全措施。例如：因應颱風來襲，擔心河水暴漲，封閉所謂的危橋，禁止人車通過，俟颱風過後橋樑仍然安全，於是，再恢復正常通行⁴⁴。

(三)綜合評述

由於表徵危害和危害疑慮概念不同，解決問題的力道亦不相同，惟通說均予以肯定⁴⁵，相對於表徵危害，危害疑慮與之不同的地方，在於結果層次、而非行為層次，因為兩者基本上在行為層次並沒有什麼差別，一名有經驗的警察面對實際上危害不存在時，幾乎不會篤定地下結論，而只是觀察相對應的表徵，產生適當的懷疑，但在結果層次，危害疑慮不似表徵危害必須採取干預作為以防止危害。如上所述，在尚未確定之前，通常先採取暫時的干預措施，此種對於有疑惑的構成要件，為了進行合義務性的調查，而採取暫時必要的干預措施，稱之為危害調查干預（*Gefahrerforschungseingriff*）⁴⁶。以感染愛滋病之有無為例，表徵危害如同警察甲

⁴⁴ *Gusy*, aaO. (Fn. 2), Rn. 196.

⁴⁵ *Denninger*, aaO. (Fn. 3), Rn. 47f.; *Erichsen/Wernsmann*, aaO. (Fn. 23), S. 219-221; *Gusy*, aaO. (Fn. 2), Rn. 113, 122f., 193ff.; *Kugelman*, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 2. Aufl., 2012, 5. Kapitel Rn. 122-140; *Mörtl*, aaO. (Fn. 1), S. 163 ff.; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 48ff.; *Schenke*, aaO. (Fn. 30), § 3 Rn. 80f., 83ff.; *Schmidbauer/Steiner*, aaO. (Fn. 21), Rn. 39ff.; *Schoch*, aaO. (Fn. 6), S. 472-474f.; *Voßkuhle*, aaO. (Fn. 6), S. 908-909; 不同意見：*Götz*, aaO. (Fn. 3), § 6 Rn. 28ff.; 謝碩駿，同註19，頁64，均認為表徵危害宜放棄；李震山，同註5，頁235-237，對於危害疑慮持保留態度。

⁴⁶ *Erichsen/Wernsmann*, aaO. (Fn. 23), S. 219-221; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 59; *Schoch*, aaO. (Fn. 6), S. 472-475; *Voßkuhle*, aaO. (Fn. 6), S. 908-909; *Weiß*, aaO. (Fn. 43), S. 737.

在執行逮捕勤務的過程中，被拒捕且已確認係愛滋病帶原者的通緝犯咬傷而流血，感染愛滋病的線索已無庸置疑，可推測的答案必定是有無其中之一的選項；危害疑慮如同捐血者乙在捐血的諮詢過程中，有發燒現象，並陳述自己曾發生多次一夜情，乙有無感染愛滋病尚無法得知，但已有線索，甲、乙二人經檢驗後確定均未感染愛滋病。

危害疑慮除了在警察法中扮演不可或缺的角色，在環境保護、食品衛生及疾病防疫等領域亦大量運用，其均以危害調查干預為先鋒⁴⁷，危害調查干預因而係危害疑慮的特色，亦是與表徵危害的差別所在，歸納起來，其重點有三：其一，採取暫時的干預措施係為了蒐集資訊，亦可針對潛在責任人而發，因而其負有忍受義務，干預措施與忍受義務之間需合乎比例原則⁴⁸；其二，干預措施的作成不必以存在具體危害為前提，重點仍在於根據線索進行合理預測⁴⁹；其三，概括條款之構成要件除非以具體危害為前提，否則無法成為干預措施的授權基礎，換言之，其授權基礎必是典型措施⁵⁰。

六、以合理預測修正懷疑強度和危害量化

在充分考量警察勤務的特性之後，「合理預測」說係目前較具有共識的危害判斷模式，宜用之修正以懷疑強度和危害量化為基礎

⁴⁷ 參閱李介民，危害防止措施行使的合法性——兼論最高行政法院101年度判字第58號判決，法令月刊，63卷11期，頁30，2012年11月。

⁴⁸ Weiß, aaO. (Fn. 43), S. 737-740; 參閱李震山，同註5，頁237。

⁴⁹ Benfer/Bialon, aaO. (Fn. 7), Rn. 48.

⁵⁰ Kugelman, aaO. (Fn. 45), Rn. 137f.; Losch, Zur Dogmatik der Gefahrenforschungsmäßnahme 1994, DVBl. 1994, S. 781-782f.; Möstl, aaO. (Fn. 1), S. 164.

的「合理懷疑」或「相當理由」說，理由包括：(一)層次分明：以風險認知、風險預測和風險錯誤交叉形成判斷基礎的行為層次，以及根據線索和持續性預測而進行的結果層次；(二)步驟清晰：計有正確事實之確認、危害證明之確定、反面證明之確定和剩餘線索之權衡，尤以運用禁止逾越原則作為權衡之基準，最為重要；(三)分類具體：揉合客觀與主觀危害概念，將之分為表徵危害和危害疑慮，排除誤想危害，具可操作性；(四)用語理性：依說文解字的註解，合理懷疑之「懷疑」，表示心念惑也、亂也，亦即不確定性，其所表達的是一種負面的意涵。然而，主觀危害的概念既不允許不準確的線索，亦不應以此種「不信任」的判斷方式對待人民，故懷疑之用語容有不妥。至於集遊法不予許可之集會遊行的主觀危害判斷，則毋須修改，因為「有明顯事實足認為」搭配後段危害之加重類型的描述，符合合理預測的概念。

肆、具體與抽象危害

一、警職法與集遊法的規定

警職法和集遊法係警察行使職權時，與人民權益最直接相關的法律，集遊法於第十一條第二款、第三款明示「有危害國家安全、社會秩序或公共利益者」、「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損害者」，不予以許可；至於警職法的危害用語，則分布相當廣泛，為求醒目，茲整理如下：

警職法之危害用語一覽表

職權名稱	危害用語	職權名稱	危害用語
查證身分之對象	防止其本人或他人生命身體之具體危害（第6條第1項第3款）	管束	有危害公共安全之虞，非管束不能預防危害（第19條第1項第4款）
交通工具之攔停	已發生危害、易生危害（第8條第1項） 將有危害行為時（第8條第2項）	使用處置或限制人民使用土地	交通上或公共安全上有危害情形（第25條）
公共活動資料之蒐集	對公共安全或秩序有危害之虞時（第9條第1項）	進入住宅等處所	因人民之生命、身體、財產有迫切之危害（第26條）
第三人祕密蒐集資料	為防止危害，認對公共安全、公共秩序或個人生命、身體、自由、名譽或財產將有危害行為（第12條第1項）	人車驅離或禁止進入	為排除危害（第27條）
通知到場	防止具體危害（第14條第1項第1款、第2款）	概括條款	為制止或排除現行危害公共安全、公共秩序或個人生命、身體、自由、名譽或財產之行為或事實狀況（第28條第1項）

資料來源：作者自繪。

警職法第六條及第八條係最具關鍵性的兩條條文⁵¹，依照立法理由，第六條第一項第一款、第二款為防止犯罪，第三款係為防止具體危害，第四款、第五款則為防止潛在危害⁵²，實務界亦持相同

⁵¹ 立法院公報，92卷19期，頁334。

⁵² 立法院公報，92卷34期，頁336。

看法⁵³。學界亦有認為警察旨在預防潛在性或抽象性危害，或具體危害，警職法第六條第一項第四款至第六款為潛在性或抽象性危害、第六條第一項第一款至第三款屬具體危害⁵⁴；另有學者認為，為防止警察權濫用或過度擴張，立法者乃將警察應防止之危害界限於具體危害，例外時擴及潛在危害，以警職法第六條為例，滯留於須有停居留許可而無停居留許可者（第六款），或滯留於有人犯藏匿之處所者（第五款），屬於潛在危害之情形⁵⁵。至於警職法第八條第一項已發生危害，學者認為似可解為包括具體危害及損害已然形成而未全然完成或結束兩種情形；易生危害則似指抽象危害⁵⁶。

二、基本概念

（一）具體與抽象危害總覽

具體危害（*konkrete Gefahr*）意謂符合合理預測之個案，亦即個案逾越風險而威脅與社會不相應之法益；若狀態或行為為數眾多，其具有統計上的重要意義而逾越與社會相應之風險者，則屬抽象危害（*abstrakte Gefahr*）。因而具體危害和抽象危害兩者的差別不是在於風險的強度，而是風險的類別係個案或屬一般性，才是判斷具體或抽象危害的標準，其區別的用意在於具體危害針對個案而發，抽象危害的角色則發揮在具某種特徵傾向之整體法益的保護⁵⁷。

⁵³ 內政部警政署編印，同註15，頁22。

⁵⁴ 蔡震榮主編，警察法總論，頁55-56，2012年6月，2版。

⁵⁵ 蔡庭榕等，同註11，頁124-125。

⁵⁶ 蔡庭榕等，同註11，頁203。

⁵⁷ Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 125f.; Möstl, Gefahr und Kompetenz. Polizeirechtsdogmatische und bundesstaatsrechtliche Konsequenzen der „Kampfhundeentscheidung“ des BVerfG 2005, Jura 2005, S. 48-51; Pieroth/Schlink/Kniesel, aaO.

進一步言之，區分具體危害和抽象危害的重點，在於合法性要件的不同，傳統上警察對個案採取個別的措施必須針對具體危害而發，抽象危害則規定在法規命令中；惟現今的情勢已有轉變，即為了防止抽象危害，允許警察面對個案採取措施，其用途係預防即將犯罪（*Verhütung künftiger Straftaten*），而有助於未來犯罪追訴之預備（*Vorbereitung auf künftige Strafverfolgung*），以及未來具體危害之預備，稱之為危害預防（*Gefahrenvorbeugung*）和危害綢繆（*Gefahrenvorsorge*）之措施，或前沿措施（*Vorfeldmaßnahmen*）⁵⁸，其以未雨綢繆之思維，防止犯罪的抽象危害，以及其他的抽象危害，今日之預備正有待於明日之具體的犯罪抗制，和其他具體的危害防止兩種狀況，而成為全新的、獨立的警察任務。例如：為了預防即將犯罪，對於尚無線索存在的犯罪行為，允許對於具有暴力傾向的潛在干擾者蒐集資料，亦可在相關的活動之前，明白告知已被警方盯梢⁵⁹，此種將時間往前挪動的前沿措施或預防措施，可再細分為兩類：其一，未來危害防止之預備只能採取資訊式的措施⁶⁰；其二，惟有即將犯罪之預防才能採取行動式的措施，此行動式的措施

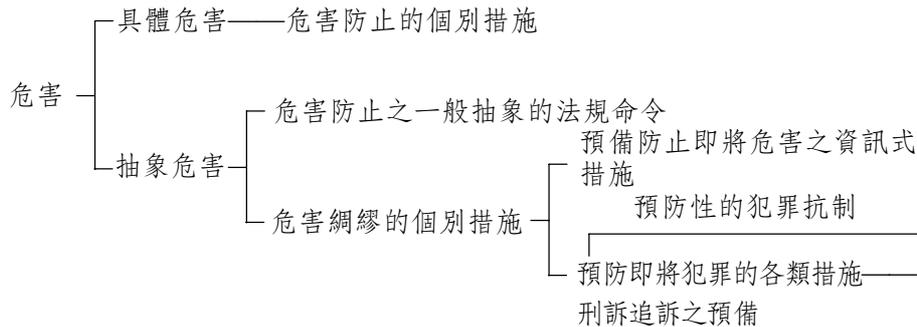
(Fn. 4), § 4 Rn. 9ff.; *Schoch*, aaO. (Fn. 6), S. 472; *Staats*, Zur Aufgabenzuweisung in der Polizeigesetzen 1979, DÖV 1979, S. 155-158; *Voßkuhle*, aaO. (Fn. 6), S. 908-909; 謝碩駿，擊落被恐怖分子劫持之民航客機，合憲嗎？——試評德國聯邦憲法法院「預防性擊落客機案」判決，月旦法學雜誌，149期，頁72，註40，2007年10月；不同意見：蔡震榮，警察職權行使法逐條釋義，載：警察職權行使法概論，頁139，2012年11月，2版。

⁵⁸ *Möstl*, aaO. (Fn. 1), S. 198ff.; 參閱陳春生，同註17，頁181；林明鏘，同註3，頁176；*Vorfeld*亦有譯成「先前領域」，參閱李震山，同註5，頁204。

⁵⁹ *Gusy*, aaO. (Fn. 2), Rn. 197f.

⁶⁰ 參閱謝碩駿，論警察危害防止措施之行使對象，中正法學，33期，頁288-293，2011年4月。

若有助於未來犯罪追訴之預備，亦允許之⁶¹。茲將上述圖示如下：



資料來源：*Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 14.

具體與抽象危害概念簡圖

(二)具體危害的特性

具體危害存在於個案之中，只要該個案存在著損害發生的充分可能性，即是一種具體危害，典型措施作為授權基礎的警察職權，於其要件中未特別標示危害鑑別的類型者，均屬於具體危害，因為具體危害本就是「存在於個案中的危害」，亦可逕自以「危害」稱之，具體危害因而係危害概念的基本類型，重點在於依典型措施針對個案進行合理預測，警察適用法律涵攝要件時，須依合理預測法則，作成相應之決定⁶²；再者，視所要達成的目的，依法治國原則的要求和人權保障的意旨，遵守比例原則，於相應的典型措施中，得加入損害分量或損害逼近的危害類型，此屬立法者的形塑自由，如同以白粥為材料，可作出各種粥品一樣。具體危害雖係存在個案

⁶¹ 資訊式與行動式的措施，詳下文肆、四、(二)、1。

⁶² *Gusy*, aaO. (Fn. 2), Rn. 125; *Kugelman*, aaO. (Fn. 45), Rn. 145.

中的危害，然亦有例外，此即是危害疑慮，其不必然須有具體危害存在，由於僅僅憑著線索尚不能確定危害是否存在，因需要著手進行調查，調查屬暫時性的干預措施，其方式主要為資料的蒐集，此其一；其二，危害疑慮視其干預人權之輕重及所欲達成目的之效益，依比例原則之考量，亦可加入具體危害之概念，甚或其加重之類型。

三、危害之鑑別與類型

依危害強度等級，區分為損害逼近或損害分量兩種特徵，而具體化於職權中，損害逼近（*Nähe der drohenden Schädigung*）的特徵包括危害可能性的認知、損害發生的時程；損害分量（*Gewicht der drohenden Schädigung*）的特徵包括法益等級的評價、損害規模的推測、干預範圍的評估⁶³。

(一)損害分量

1. 重大危害（*erhebliche Gefahr*）

重大危害所要保護的法益與預防和抗制重大犯罪相當，尤其針對組織犯罪，因其犯罪內容之強度和分量均涉及生命身體和自由等重大法益，故採取防止之干預的力道需與之相對稱，通稱生命身體之危害，其範圍計有：(1)嫌疑人和接觸者之資料蒐集；(2)為了蒐集資料，所為之監視或科技器材的使用；運用現代科技於住屋內進行監視和監聽；(3)掃描追查（*Rasterfahndung*，直譯為：電腦掃描比對追查）；(4)對於生命身體自由有危害防止義務者之強制到場；(5)遴選第三人之資料蒐集；(6)對於有犯罪之虞的處所採取身分確認；

⁶³ Denninger, aaO. (Fn. 3), Rn. 52; Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 127; Pieroth/Schlink/Kniesel, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 19; Voßkuhle, aaO. (Fn. 6), S. 908.

(7)對於阻止即將到來之犯罪，或違反重大社會秩序之行為人的管束⁶⁴；(8)夜間之住屋搜查；(9)警槍使用⁶⁵。

2. 當前危害 (gegenwärtige Gefahr)

當前危害係重大法益遭受威脅且危害即將發生，或損害已發生，非採取特殊措施，不足以排除之，其乃最強烈的危害等級，結合損害發生的逼近性和重大法益的脅迫性而成，亦即以期待可能性之最高機率和時間上的直接面臨，而描述損害之發生，故構成要件要素均將兩者合併。例如：雖然不知道恐怖份子何時發動攻擊，但必須採取預防措施，以防止危害隨時到來，因而對於此種持續性的危害，得進行掃描追查，以及住屋搜查，其特色係為了防止損害的可能性，賦予警察得對於不相關的第三者採取干預措施⁶⁶。

(二)損害逼近

1. 顯著危害 (dringende Gefahr)

顯著危害藉由危害時間點的急迫性，達到規範之具體目的的保護，所以不光是時間的考量，尚包括危害的強度、危害的急迫性，以及以其他方式排除損害的可能性。因此，除了時間的因素之外，生命身體及財產等重要法益自然而然地被涵蓋在內。例如：拒絕酒測強制驗血，必須盡可能在最短的時間內完成，因為酒精濃度的數值關係到證據能力，其濃度數值隨著時間的消逝而下降，因而具有急迫性，其目的在於保護他人生命身體及財產之安全，顯著危害適用的情形尚包括為了保護生命、身體和自由等重要法益而進行的住

⁶⁴ Denninger, aaO. (Fn. 3), Rn. 61; Schoch, aaO. (Fn. 6), S. 472-475.

⁶⁵ Denninger, aaO. (Fn. 3), Rn. 62f.; Benfer/Bialon, aaO. (Fn. 7), Rn. 54f.

⁶⁶ Benfer/Bialon, aaO. (Fn. 7), Rn. 51ff.; Denninger, aaO. (Fn. 3), Rn. 53ff.; Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 130; Schoch, aaO. (Fn. 6), S. 472-475.

宅監聽⁶⁷。

2. 迫切危害 (Gefahr im Verzug)

迫切危害在偵查犯罪領域稱之為急迫性 (刑事訴訟法第八十八條之一第二項、第一三一條第二項參照)。警察行政法使用的時機，係考量機關權限之間的轉移，相對於其他機關，於特殊情況時，賦予警察緊急權限，或情況緊急，未有法官保留的情形下，授予警察進入住宅搜查的權限，是為主管權限轉移 (Zuständigkeitsverschiebung)，其範圍包括：(1)為了秘密蒐集個人資料，所為之監視或科技器材的使用；(2)藉由科技器材的監視、監聽和非公開談話的錄音；(3)掃描追查；(4)身體鑑識 (körperliche Untersuchung)；(5)住屋搜查 (Wohnungsdurchsuchung)⁶⁸。

(三)非危害的潛藏危害 (latente Gefahr)

潛藏危害亦可稱之為潛在危害 (potentielle Gefahr)⁶⁹，係指事實或行為在原本的狀態下，危害並不存在，直到環境或情況改變，致形成危害。例如：高速公路平時夜間車輛稀少，以最高速限行駛並無危害之處；然而，於連續假期夜間免收通行費時段，車流量激增，如仍欲以最高速限行駛，即形成危害。潛藏危害並不屬於危害概念的一種，因為在危害潛伏的時候並非危害，亦即並無任何徵候或線索足資判斷，就如同平時夜間以最高速限行駛於高速公路一樣，一種行為在某一個時間、地點是正常的時候，不能因為情況改變而有危險時，倒轉過來指責原本的正常狀態潛藏著危險而有問

⁶⁷ Denninger, aaO. (Fn. 3), Rn. 63; Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 129; Benfer/Bialon, aaO. (Fn. 7), Rn. 57; Schoch, aaO. (Fn. 6), S. 472-475.

⁶⁸ Denninger, aaO. (Fn. 3), Rn. 64; Schoch, aaO. (Fn. 6), S. 472-476; Voßkuhle, aaO. (Fn. 6), S. 908.

⁶⁹ Denninger, aaO. (Fn. 3), Rn. 66.

題。故所謂潛藏危害事實上包含兩個階段，前一階段既然無任何危害的徵候或線索可供預測，自然不應在第二階段以事後諸葛的姿態認為仍是一種危害；至於第二階段的危害，則宜單獨面對之，依危害的概念處置即可，前述高速公路夜間免收通行費時段，於車流量激增時，仍以最高速限行駛，此時已近似於飆車，包括任意變換車道、未保持安全車距等，已是損害或具有損害的可能性，因而是一種危害⁷⁰。

潛藏危害的概念始於一九五六年德國Münster高等行政法院的養豬廠案（Schweinemäster）判決，該判決係針對十餘年來在郊區經營養豬廠的A，緊鄰該養豬廠因建屋開發時，發現臭氣沖天、老鼠橫行、蒼蠅滿天飛，遂遭主管機關以影響環境、危害健康為由禁止經營之，A不服而提出訴訟，高等行政法院認為十餘年來影響環境、危害健康的因子具有潛在的危害性（latent gefährlich）⁷¹；惟學界幾乎一致認為此概念是多餘的⁷²，因為建屋之前即已存在，違反法規部分按照目前法令依法行政即可，至於禁止營業則須符合比例原則，亦即危害尚未出現時，並非危害，一旦形成，即是危害；申言之，危害是否存在，應以當時具體的情境為判準，在其隱而未現的時候，無人知曉其是危害，因而不能以事後觀點比手劃腳，此頗有「往者已矣，來者可追」的味道，因為什麼時候知道，就什麼時候開始進行評估及預測，是相當務實和理性的作法。

⁷⁰ Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 132; Pieroth/Schlink/Kniesel, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 26ff.; Voßkuhle, aaO. (Fn. 6), S. 908-909.

⁷¹ OVG Münster, OVG 11, 250.

⁷² Denninger, aaO. (Fn. 3), Rn. 66; Götz, aaO. (Fn. 3), § 9 Rn. 34f.; Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 132; Kugelmann, aaO. (Fn. 45), Rn. 157ff.; Pieroth/Schlink/Kniesel, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 26ff.; Schenke, aaO. (Fn. 30), § 3 Rn. 79f.; Voßkuhle, aaO. (Fn. 6), S. 908-909; 不同意見：李震山，同註5，頁234-235。

(四)區別實益

區分危害強度等級的用意，在於搭配各種不同的警察職權之行使。申言之，在保護法益之主體、行政機關和面對危害防止措施的相對人之間，合理地分配可能產生的風險認知、風險預測和風險錯誤⁷³，例如：火警現場、逮捕槍擊要犯現場、集會示威現場，警察行使人、車暫時驅離或禁止進入之職權時，應考量不同的危害強度等級加以區隔，深入而言，能夠依比例合理地分配的前提，在於清楚分辨重大危害、當前危害、顯著危害和迫切危害彼此的區別，且相互之間不能混用，再依照職權的性質，一一配置。本文採取兩種不同層級的劃分，將重大危害與當前危害、顯著危害與迫切危害分別歸屬於損害分量和損害逼近的範疇，前者著重法益的考量，後者強調時間的因素。四種危害的概念明顯區隔，除當前危害結合法益與時間的要素外，重大危害以生命身體和自由等重大法益為重點，顯著危害強調時間的急迫性，迫切危害則除時間因素外，著重機關權限之間的轉移。例如：欲行使即時強制，必須符合當前危害，而非迫切危害的要件⁷⁴；反之，按捺指紋係賦予警察的緊急權限，視案件性質，符合迫切危害者，得依警職法第十四條第一項第二款，或刑事訴訟法第二〇五條之二行使之，而不以滿足當前危害為要件。

學理上，對於危害強度等級之分類，可謂琳琅滿目，除本文所列舉的危害之外，尚有直接危害（*unmittelbare bevorstehende Gefahr*）、持續危害（*Dauergefahr*）、共同性危害（*gemeine Gefahr*）、生命身體危害（*Gefahr fuer Leib oder Leben*）等，這些

⁷³ Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 127.

⁷⁴ Gusy, aaO. (Fn. 2), Rn. 454; 參閱陳敏，行政法總論，頁895，2013年9月，8版。

危害的概念均是經由某一特定觀點整理而成。本文認為，概念的劃分必須清晰明確，彼此之間的内容不至於互相混淆，俾有助於問題的解決，然因為直接危害和生命身體危害與重大危害不易區分，持續危害與當前危害有相當程度的重疊，共同性危害亦與顯著危害相似⁷⁵，故不採之。

四、危害與職權之連結

(一)危害鑑別的重要性

探討危害概念的主要目的，在於能夠將其防止之，此乃警察最重要的任務之一，公權力的執行即表現在各種危害的防止上，由於危害屬於一種概念，依照法治國之明確性原則，欲防止之須具體轉化為職權，再明定合法性要件於其中，方具可操作性；又因應人權干預的輕重程度有所不同，不同的危害程度亦宜明定於職權規範的要件中，以符合比例，並使得執勤員警易於拿捏，此猶如醫生下藥，必須對各種疾病的種類、嚴重性和劑量，均須清楚知悉一樣。本文認為，除了以合理預測修正懷疑強度與危害量化，更進一步，須將危害概念與職權規範連結，使得各種具體危害成為相關法規範的構成要件，此種結合合理預測和具體與抽象危害兩套判斷模式的作法⁷⁶，其產生的法律效果，具有三種意義：

1. 基本權干預強度之差異

當損害分量或損害逼近具有特別意涵時，相對地，法律亦授權

⁷⁵ Denninger, aaO. (Fn. 3), Rn. 54, 62-63; 參閱李震山，同註5，頁208、233-234；林明鏘，法治國家與警察職權行使，載：警察法學研究，頁216，2011年7月。

⁷⁶ Pieroth/Schlink/Kniesel, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 20ff.; 不同意見：謝碩駿，同註19，頁63。

特別強度的基本權干預。例如：當警察未得屋主同意，逕自進入住屋並搜查，此種舉動對居住及人格自由屬重大干預。損害分量或損害逼近須與之相對等，其合憲性之前提在於必需為了防止對於個人之生命、身體或自由，或重要價值之財產的當前危害；同樣地，基本權干預的強度與其他具體危害之間，亦須符合比例原則。舉例如下：A為激進份子，在多次的示威活動中，曾有施暴紀錄，於某次群眾正在集結反戰示威集會時，A出現在該地的機場，由於尚有案件在法院繫屬中，警方遂將其留置管束，使其無法參加該次活動。本案A到該地的目的為何，本人並不願意說明，然以其多次參加的紀錄，以及在時空緊密結合的情形下出現，可以合理預測其係為參加示威活動而來，危害疑慮的要件已存在，又該活動的主題及性質極易引發衝突，因而是一種重大危害，警方雖然無法確定，然基於調查之必要，將其留置管束乃是危害調查干預，係一種暫時性的措施，基本權干預的強度並未違反比例原則，本案結合合理預測之危害疑慮和重大危害兩套判斷模式⁷⁷。

2. 責任人對象之不同

當損害逼近具特別意義，以及在大多數之情形下損害分量亦是如此時，對於原本毋須負責並對之不能要求負擔義務之非干擾人，法律得授權要求負擔之。亦即，原則上只有在當前危害必須防止時，警察才得將他人視為責任人而採取措施，以警察相信繁忙機場之投幣式的某儲物櫃藏有炸彈，以及藏有毒品兩種情形為例⁷⁸，兩者均已知係機場之投幣式的某儲物櫃，但無法確定是哪一個，因而

⁷⁷ 案例參閱BVerwGE 45, 51; *Götz*, aaO. (Fn. 3), § 6 Rn. 42; 對於警方的干預措施，德國聯邦行政法院認為並無違法之處，而予以肯定，但卻主張並非主觀危害中的危害疑慮、而是表徵危害。

⁷⁸ 例子取自：王兆鵬，同註15，頁20。

是一種危害疑慮，惟已置物之儲物櫃投幣後均已上鎖，故無法直接翻開查看；再者，雖然炸彈與毒品兩者均為具體線索，屬具體危害，然依比例原則權衡，卻有相當的差異，炸彈一旦引爆，所肇致的生命、身體及財物（含建築物）之損失，將無法估計，因而是一種當前危害，故可以對非責任人進行危害調查干預，為保護公共安全，警察得將每一個儲物櫃打開；反之，毒品所造成的只是重大危害，僅能夠對責任人進行干預，故警察不得將每一個儲物櫃開啟，本案例並非只是依照「合理性」予以判斷，而是結合合理預測之危害疑慮及危害之加重類型兩套判斷模式；同理，在分屬不同人所有之A、B、C三處所之一藏匿被綁架之小孩及一小包毒品兩種情形⁷⁹，前者准許搜索，後者不准許之，其所持理由亦完全一樣。

3. 程序規定之跨越

法律原本未授予權限，但由於損害分量或損害逼近具有特別意涵，警察得逕自採取措施，或跨過程序規定。例如：在一般狀況下，須符合法官保留的要件，警察方得進行住屋搜查，然於基於防止迫切之危害，警察得逕自搜查住屋⁸⁰。舉例如下：從屋內傳出急切的求救聲，可能有人遭到家暴或其他意外，而有身體上的傷害，甚至生命上的危險，警察到達現場之後，敲門、按電鈴和大喊開門均無人回應，有可能被害者已陷入昏迷狀態，而施暴者對警察的到來，採取不理不睬的態度，經警察再次嘗試，仍沒有動靜，加上鄰居亦反應，該屋曾發生過家暴，警察研判狀況危急，於是破門而入，進入屋內卻發現空無一人，原來求救聲來自屋主設定的定時器啟動電視開關後所播放的節目⁸¹。本案例屬於表徵危害，危害的徵

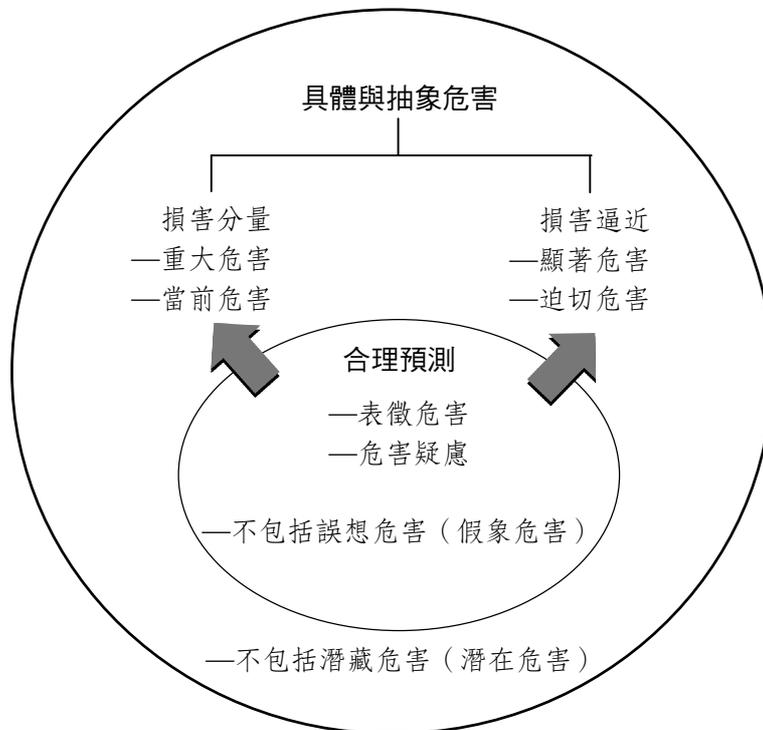
⁷⁹ 例子取自：吳巡龍，同註12，頁66。

⁸⁰ *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 20ff.

⁸¹ *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 4), § 4 Rn. 48f.

象透過急切的求救聲已經外顯，所涉及的法益侵害為生命及身體的危害，目前情況無法得知，乃處於急迫狀態中，因而亦是當前危害，不破門進入，可能已發生家暴而有生命身體的危險，故警察得依即時強制的要件，跨越程序的規定，進入住宅，本案例結合合理判斷之表徵危害及當前危害兩套判斷模式。

為求一目瞭然，茲將第一套與第二套危害概念圖示如下：



資料來源：作者自繪。

雙套危害概念簡圖

(二)警職法與集遊法危害規定之評論

1. 具體危害之導正

根據危害防止之直接或間接性質，可區分為行動式（*aktionell*）與資訊式（*informationell*）之職權。顧名思義，行動式職權係警察以肢體本身，或輔助器械行使職權；資訊式職權則是警察行使訊息和資料的蒐集與處理之職權，兩者區別的判準並不困難，因為我國警職法第二章之身分查證、交通工具攔停、公共活動資料蒐集、通知到場和第三章之管束、扣留、進入住宅、人車暫時驅離的條文內容，恰好分別屬於資訊式和行動式的職權；然而，兩者區別的意義卻相當重大，行動式職權以直接防止具體危害為前提，蒐集資料的資訊式職權雖然也是一種行動，然防止具體危害卻是間接性的⁸²，故不必然與具體危害有關，反而與抽象危害之防止有直接關聯，惟干預人權重大者，以比例原則角度檢視，仍須佐以危害的加重類型，一般情形僅有重大危害、例外則允許迫切危害，其他均屬於行動式職權之範疇。

警職法第二章身分查證及資料蒐集的十三條條文均屬於資訊式、而非行動式的職權，故不必然須有具體危害存在為前提。舉警職法最具關鍵的第六條為例，依其規定，對於公共或合法進入場所，得查證身分之對象，此係屬於危害疑慮的暫時性措施，因其干預人權較輕微，通常不以具體危害為要件，這如同第八條，對於特定交通工具得攔停並採行之措施一樣，亦不以具體危害為要件。不過，在兩條查證身分有近十種的情形中，第六條第一項第三款出現具體危害，因涉及生命、身體之權利保障，實屬正常，而立法者對於公共活動資料之蒐集（警職法第九條）、遴選第三人秘密蒐集資

⁸² *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 4), § 12 Rn. 6; 有將*aktionell*譯成「檔案性」，參閱李介民，同註47，頁31。

料（警職法第十二條），採加重危害；對於得通知到場之對象（警職法第十四條），採具體危害，尚屬正確，因為前者干預人權重大，且時間持續較久，後者干預人身自由，未遵守者得使用行政執行之手段完成之。只是，較為可惜的是對於公共活動資料之蒐集，原係使用「重大危害」之用語，卻在立法過程中遭到刪除⁸³，如能保留，對於人權保障將更具實益，尤其面對司法審查，更可達到真理愈辯愈明的效果。例如：二〇〇一年九一一事件發生後，德國政府發現位於Hamburg-Harburg為伊斯蘭教的恐怖組織基地，亦即其已在德國境內設立根據地，遂對於其境內18至40歲、信仰伊斯蘭教的男性，進行歷時二十個月的掃描追查，共有約3萬人的資訊隱私遭到干預，該項行動最後被聯邦憲法法院宣判違憲，因為尚無充分具體的事實，發現該團體有足夠的可能性，以任何方式，準備發動恐怖攻擊⁸⁴，本案正足以說明雖然是資訊式的職權，亦須與具體危害結合，方足以保障人權。

就集遊法而言，因為集會自由屬民主社會中重要的基本人權，若單純考量具體危害而不予許可集會之申請，有違保障集會自由之意旨，不符合均衡性之要求。於是，集遊法在第十一條不予許可的要件中，加入有危害國家安全、社會秩序或公共利益之公共安全法益條款，以及有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之個人法益條款，該兩條款均屬損害逼近之重大危害，以平衡集會自由之本質，誠屬正確，惟本文認為，若能進一步考量損害分量中的當前危害，當更加理想⁸⁵。

83 立法院公報，92卷34期，頁258。

84 BVerfGE 115, 320/369.

85 詳下文伍、二。

2. 潛在危害之還原

依警職法立法理由，第六條第一項第四款、第五款為潛在危害，前者為滯留於有事實足認有陰謀、預備、著手實施重大犯罪或有人犯藏匿之處所者，後者為滯留於應有停（居）留許可之處所，而無停（居）留許可者，實務界及學界亦持相同看法。潛在危害又名潛藏危害⁸⁶，依照通說，其不屬於危害概念，前已論及，惟按學者提出「潛在危害」一詞之本意，及其前後思維的脈絡，如「滯留於易生危害地點之人，並未必然為肇致具體危害之人，但基於該地點產生危害可能性極高，警察權若不能適時介入，恐貽誤事機」、「警察於易遭危害地點行使盤查權，亦不以具體危害構成為要件，只要該標的物將有可能遭致犯罪行為之破壞則可」⁸⁷，應是「合理預測」之意，蓋潛在危害已不屬於具體危害，亦不屬於抽象危害，因為具體與抽象的判準，並非針對危害強度，而是風險的類別屬個案與否⁸⁸；反之，在主觀危害的判斷模式中，並無潛在危害之類型，因此，精確地說，其所指涉的應是合理預測中的危害疑慮。例如：巡邏員警於行政院某部之門口，其乃易生危害地點，見二女一男穿著僅露出臉部之蒙面打扮，所著衣服之腹部前鼓鼓凸出，外觀不同於一般人之穿著⁸⁹，警察依法定要件予以查證身分，即是基於合理預測中的危害疑慮。

3. 侵擾與抽象危害之辨正

再以警職法另一關鍵性條文，即第八條為例：第一項前段所稱之「已發生危害」，其用語係依照釋字第五三五號解釋理由書而

⁸⁶ 參閱上文肆、三、(三)。

⁸⁷ 李震山，從釋字第535號解釋談警察臨檢的法制與實務，台灣本土法學雜誌，33期，頁74-75，2002年4月。

⁸⁸ 參閱上文肆、二、(一)。

⁸⁹ 案例取自：蔡庭榕等，同註11，頁189。

來，所謂已發生危害乃是已發生法秩序的違反，故並非具體危害，而是侵擾⁹⁰，即是損害之意，此時應將之排除⁹¹。例如：在道路上超速狂飆、違規逆向轉彎、雙併排停車等均屬之；至於第八條第一項後段「易生危害」，視其所指涉的項目，可能包括具某種特徵的整體法益保護之抽象危害，而作為預防抗制犯罪之依據，亦有可能是具體危害與合理預測之危害疑慮⁹²。前者例如：可靠情資指出，甲準備搶劫銀行，駕駛某種廠牌的白色小客車，卻沒有提供車號，警察得在關鍵路口攔停依情資所示的可疑車輛，採取危害調查干預措施，要求駕駛人或乘客出示相關證件或查證其身分，此即所謂面紗追查（*Schleierfahndung*），兩相比較防止搶劫銀行所維護的法益和攔停查證身分所干預的人權，顯然合乎比例，通說均持肯定意見⁹³；後者關於具體危害者，例如：除了上述的情資之外，亦提供車牌號碼，則警察循線查獲之後，在查證身分之餘，尚可依第八條第二項行使職權。至於危害疑慮之情形，例如：警察巡邏發現某部機車的車牌以毛巾覆蓋著，經埋伏後看到乙左顧右盼地準備發動機車，警察趨前予以攔停，採取危害調查干預措施，包括：確認機車車主係責任人自己、或向他人借用、或竊取而來，以及為何以毛巾覆蓋等。

4. 即時強制與危害概念之錯置

警職法第二章規定身分查證及資料蒐集之後，即進入第三章即時強制，其所使用危害概念的頻率，並不亞於前一章。警察機關得合法進行即時強制，須具備的要件之一，係須有應即為處置之緊急

⁹⁰ 參閱蔡庭榕等，同註11，頁203。

⁹¹ 參閱上文貳、二、(一)。

⁹² 參閱上文肆、二、(一)；蔡庭榕等，同註11，頁203。

⁹³ *Gusy*, aaO. (Fn. 2), Rn. 216; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 4), § 14 Rn. 42; 參閱林明鏘，同註3，頁176-177。

事態，其乃指當前危害之存在，此即行政執行法第三十六條第一項所規定，為阻止犯罪、危害之發生，或避免急迫危險，而有即時處置之必要者，即時強制既然以最強烈等級的當前危害為要件，則重大危害、顯著危害和迫切危害即無存在之必要，因為英雄已無用武之地，警職法如此制定，頗值商榷！如上所述，身分查證及資料蒐集的內涵全部屬於資訊式的職權，即時強制章節所規定的管束、檢查、扣留、使用土地、進入住宅、人車驅離及概括條款等條文，其性質反而均屬行動式的職權，本應與資訊式職權並列，俟取得執行名義之後，方得據以執行，其在行為或不行為義務之執行屬當然之理，在即時強制亦不例外，只不過將其程序縮短而予以省略，係一種簡化程序之緊急措施⁹⁴。

簡化程序係縮短的強制程序（*Gekürztes, Abgekürztes oder Verkürztes Zwangsverfahren*），相對於行為或不行為義務之延伸程序（*Gestrecktes Zwangsverfahren*），實乃另一選項，係程序的免除（*verfahrensfrei*），亦可說是一種例外⁹⁵，其發動之首要要件為須有法定之職權，在延伸程序中，行政機關根據授權基礎作成行政處分之下命處分後，當事人即負有行為或不行為之義務，而應完成其內容；義務人若拒絕、不願意或不知而未完成之，行政機關即取得執行名義（*Vollstreckungstitel*），事實行為亦同。又，逕依法令規定者，亦有下命處分之成分，因而亦須取得執行名義，方可以依行政執行法相關規定予以執行，是為基礎處分（*Grundverfügung*，直譯為：基礎指令）⁹⁶。此在延伸程序屬理所當然，其實於縮短程序

⁹⁴ 吳志光，行政法，頁360，2012年9月，5版；李建良，論行政強制之執行方法，政大法學評論，63期，頁191，2000年6月；陳敏，同註74，頁891。

⁹⁵ *Gusy*, aaO. (Fn. 2), Rn. 454; 李建良，同前註，頁190。

⁹⁶ 陳敏，同註74，頁839、872。

亦需如此，而與責任人是否存在無關，通說所謂即時強制無待事先作成行政處分，實意謂著：事先的行政處分可以取消，然應立即執行的行為或不行為義務不可取消，申言之，行政機關對於行為或不行為義務之處分的作成仍然具有職權，只是因為時間急迫未能作成，因而無執行名義，與責任人是否存在，純屬不相干的兩回事，稱之為「擬制的（假設的）基礎處分」（*fiktive oder hypothetische Grundverfügung*）⁹⁷，如此一來，行政作用法與行政執行法方可接軌。職是，對酗酒泥醉者執行管束，係基於避免傷害自己或他人之生命或身體之不行為義務，此與刑法保護他人法益有所不同，非事實上不能；對逃漏稅之突襲檢查，係基於應繳稅的行為義務、對犯罪嫌疑人之逮捕，係基於應遵守法律的行為義務，非性質上不宜；救火時之破壞建築物以隔出防水巷，係基於救助生命、身體及財產之忍受義務，與時間上之急迫必須分別看待，以上例子事前均具有以一具體處分賦課義務之原因⁹⁸。

如今，屬行動式的職權逕自遁入即時強制，無法依照行政任務、行政職權、行政執行三層次之行政法法理而行，猶如司法案件，尚未判決，即逕自執行，其影響所及，除了是否符合行政法學理，容有疑惑之外，連帶地使得危害概念無法根據法治國原理及人權保障意旨，進行精緻且明確的規劃，因為警察職權均屬干預行政

⁹⁷ *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, § 22 Rn. 224; *Götz*, aaO. (Fn. 3), § 13 Rn. 4; *Gusy*, aaO. (Fn. 2), Rn. 441; *Kugelman*, aaO. (Fn. 45), Rn. 25; *Pieroth/Schlink/Kniesel*, aaO. (Fn. 4), § 24 Rn. 38; *Pietzner*, Unmittelbare Ausführung als fiktiver Verwaltungsakt. Zu den historischen Entwicklungslinien der Dogmatik des sofortigen Polizeizwanges in der Rechtsprechung des Preußischen OVG 1991, *VerwArch* 82 (1991), S. 291-303f.; *Schenke*, aaO. (Fn. 30), Rn. 566.

⁹⁸ 例子引自：蔡茂寅，警察職權行使法上之即時強制，日新，6期，頁25，2006年1月。

的性質，正須使用危害概念加以調配與限制，警職法第三章即時強制的規定，實有討論的空間。

伍、案例簡評

一、光頭疑案

(一) 案例事實

任教於某大學法律系的教授A於二〇一三年四月九日凌晨行經臺北市萬華區環河南路，因剃光頭，看到警車停頓一下，並往牆壁昏暗角落行走，警方於是予以攔查，並退後4、5步警戒，A質問警方的執法依據，之後仍拒絕出示證件，還伸出左手反問警察「要不要上手銬？」，A和執勤員警未有肢體接觸的情況下，對員警提出妨害自由告訴⁹⁹。

(二) 爭點與簡評

本案的爭點不在於檢方以警方未脅迫而作出不起訴處分、而是告訴人對於「守法義務」的認知，以及捨棄行政救濟管道，反將依法執行公權力之員警視為違法犯罪者，進而提出告訴。茲依上述合理預測之判斷模式（參、二～五）、危害與職權之連結（肆、四、(二)），說明如下：

1. 在危害的概念中，存在著不一定非得具體危害才可行使職權，換言之，主觀危害亦可成為警察職權發動的依據，主觀危害中的危害疑慮即是本案適用的概念。其所指的是，雖然察覺到危害的線索，可認知的事實卻不確定，故能夠確定之損害發生的預測即顯

⁹⁹ 資料來源：2013年7月9日，自由時報電子報，<http://tw.news.yahoo.com/教授光頭像剛出獄——警攔查挨告-221405898.html>，最後瀏覽日：2013年12月10日。

得猶豫，不過，警察強烈懷疑所察覺的線索產生危害的可能性仍然存在，因而需要採取干預措施以進行調查，危害疑慮可以說是危害的前階段，也因為不確定，所以人權的干預必須與之相當，而且授權基礎之典型措施必須符合明確性原則，為達到危害之確定的調查手段亦是暫時性的。本案之線索包括：在時間上，A於深夜凌晨時段、非白天至晚間之正常的工作或休閒時段出現，此其一；在人數上僅一個人，非與家人等不會引起疑惑的人員同行，此其二；在外觀上髮型為光頭，視線不明的情況下，較難辨識其臉部神情，依警察辦案經驗，結合前述兩點因素，A並沒有作錯什麼，只是較易引起懷疑，因為很像剛假釋出獄者，此其三；在態度上，看到警車即刻停頓閃避，且手拿背包，是否剛做什麼事，或將做什麼事，不得而知，此其四；合併考量以上四點線索，依經驗法則，引起警方的巡邏時的側目，並產生懷疑，一般而言，並不會令人感到意外，執勤員警察覺A的四點線索只是危害疑慮的起步。

2. 在尚未對危害疑慮的責任人進行調查之前，除了責任人自己，誰都無法知悉危害究竟存在與否，即使責任人覺得無辜及委屈，甚至認為自己是法學教授而不應成為被攔查的對象，也是只有責任人自己知道，法律之前，人人平等，一般人民有守法的義務，法學教授亦不例外。警方察覺了四點線索之後，引用警職法第六條第一項第一款「合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者」，其包括已犯罪、將犯罪等情事，該條款係典型措施，警方的授權基礎具有合法性，比例原則中的適當性原則因而已獲得肯認，查證身分係現場唯一解決問題的方式，不查證無法知悉，因而符合必要性原則，最後，也是最重要者在於該條款係針對「犯罪」而發，犯罪是法益的破壞，對於已有線索而合理懷疑者，就法益保護與短暫停留、拿出證件供查證身分加以比較，法益保護所獲得的社會治安維護，與查證身分之人權干預所付出的代價，兩者依比例衡量之，孰

輕孰重，顯然高下立判，並無違反過度禁止原則，因為合理預測不可能如法院審判一樣，要求完整證據（Vollbeweis）¹⁰⁰，而是考量可能性的不同程度，包括法益危害的程度、干預的強度和警察採用手段的方式，此種暫時性的調查措施，以前述四點線索之低度的危害可能性為已足。

3. 警察職司摘奸發伏、維護治安的角色，於深夜執行巡邏勤務，必須如同探照燈般地發揮功能，發現可疑的人、事、物，即必須予以調查清楚，以維護治安，保障人民生命及身家安全。其行為是否合法，在於是否進行合義務性的裁量，以及依裁量情況而採取行為，至於結果係正確或錯誤，與合法性要件無關，故比例原則的探討，並非根據事後調查所得出的事實加以判斷，而是基於職責所在，進行權衡¹⁰¹。本案A若經身分查證之後，確定其無犯罪之嫌疑或犯罪之虞者，警察行使的行政處分並非違法，重點在於察覺的線索和損害的可能性，此即危害防止之行為和結果層次的分別。類似的案例，如航空公司接到匿名的爆裂物威脅電話，依談話內容，加上處理經驗，預測其可能性極低，為了保險起見，疑似被安裝爆裂物的飛機仍需澈底清查，飛航安全與旅客權益之比較，猶如本案之情形¹⁰²。

4. 本案A如有不服，宜依照警職法第二十九條第一項表示異議，蓋有權利，必有救濟，且A的專業為法律，其素養較一般人更為豐富，今警察依法律授權，在符合法定要件的情形下執行勤務，因A很像剛假釋出獄者，拒絕提供證件，警察亦害怕A身上藏有槍枝等凶器，還退了4、5步警戒，卻反被法學教授視為侵犯人身自由

¹⁰⁰ BVerfGE 16, 194/200f.; Hoffmann-Riem, aaO. (Fn. 17), S. 327-331.

¹⁰¹ BGHSt 21, 334/363.

¹⁰² 參閱：Götz, aaO. (Fn. 3), § 6 Rn. 28; Kugelmann, aaO. (Fn. 45), Rn. 128.

權的違法犯罪者¹⁰³！面對此種場景，警察代表國家行使公權力仍需一本初衷，在符合危害疑慮的概念下，A已知道警察執法的依據，面對駕駛巡邏車、著制服的警察，仍拒絕出示證件，則基礎處分已無法完成，基於公權力行使之效能原則，同時考量警職法第二十條第二項，警察對於人民查證身分，不得以管束令其供述，係限制警察要求人民供述所採取之即時強制手段，非謂人民因此有緘默權¹⁰⁴，警察為完成查證身分的職權，促使責任人履行其義務，得經告戒後，依行政執行法第二十八條處以怠金，逾期未繳納者，再依該法第三十四條移送行政執行處執行之，然若責任人已履行其義務或已無履行之必要。例如：經告戒後，警察已完成職權之行使，應不得再為徵收；科以怠金之行政執行，係在員警執勤現場時進行，惟本案事後執勤員警被A以妨害自由提出告訴，顯然不願意履行義務，則應依社會秩序維護法第六十七條第二款，於警察人員依法查察時，拒絕陳述其姓名、住所或居所，予以處罰，執行罰與秩序罰併科處罰，並無違反一行為不兩罰原則¹⁰⁵。

二、最高行政法院一〇二年度判字第一五八號判決

(一) 案例事實

A於二〇一一年十二月總統及立委選舉期間，向主管機關申請同年八月二〇至二四時，於某廣場舉行壹電視「就是要問」戶外直播集會活動，主管機關評估後，依集遊法第十一條第二款之規

¹⁰³ 依電子報所載：檢方認為這名教授當時可撥110報案。本文認為報案目的不外查證，只是在兩名著制服警察駕駛警車執行勤務的情形下，尚需查證，見微知著，具專業的知識份子已如此反應，臨檢問題的嚴重性可想而知。

¹⁰⁴ 林明鏘，同註75，頁358-360；蔡茂寅，同註98，頁30；不同意見，王兆鵬，同註15，頁47。

¹⁰⁵ 陳敏，同註74，頁877以下。

定，核定不予許可；A提出申復，市警察局仍核認系爭活動確有危害社會秩序及公共利益，依集遊法第十一條第二款、第十五條第一項、第十六條第三項及行政程序法第一二三條第四款之規定，決議不予許可。

(二)爭點與簡評

本案主管機關經研判之後，不予許可該集會活動，研判即是一種預測，預測係危害概念的核心要素，其爭點在於，提出「立即危險」之概念適用於集會活動中，茲依上述合理預測之判斷模式（參、二～五）、危害之鑑別與類型（肆、三）、危害與職權之連結（肆、四、(二)），闡述如下：

1. 合理預測首先須根據線索，系爭活動之辯論雙方政治立場明顯尖銳對立，事前已相互放話、彼此叫囂，火藥味十足，均號召支持者到場並組成護衛隊，氣氛緊繃與一般集會活動大異其趣，此其一；現場雖為室外開放空間，實際上僅能容納200餘人，預估屆時參加群眾將達500人以上，又任何人聞訊皆得自由參加，辯論時勢將吸引大批群眾湧入，場所狹窄又無管控措施，為凸顯選舉知名度和爭取媒體注意力，以達勝選目的，引發對峙與衝突之高度不穩定因素已明顯浮現出來，此其二；適值大選期間，所辯論之刺激性的敏感議題極易成為衝突的導火線，有心人士若趁機煽風點火，極易造成現場混亂，且兩派支持者互有怨仇，可能引發鬥毆等無法控制之變故，進而波及群眾，屆時眾人皆爭相離去，彼此推擠，導致傷亡財損等違法脫序的後果，嚴重危害人民生命身體及財產之安全，而現場所準備維持秩序人員僅6人，顯然不足以有效維持現場秩序，此其三；又申請之集會時間為二〇至二四時，須使用擴音設備，已近深夜，勢必對附近居民之正常作息及安寧造成重大影響。

2. 預測植基於線索，線索愈完整，預測愈準確。本案線索的取

得係透過不同時間、不同管道和不同對象蒐集而來，又依照兩位候選人的背景、個性和作風，再加上選情緊繃及雙方支持者的情緒，綜合客觀因素加以分析之後，可以從跡象診斷出危害之證據，合理預測損害即將發生；另一方面，欲達到預測的合理性，同時需檢驗反面證據，是否足以支持與證明損害不可能或不太可能發生，依本案當時的氛圍，尤其兩位對陣的候選人，一位是揭發對方陣營之弊案的知名性人物、一位是背負己方陣營最大弊案的第二代子女，其尖銳對立的程度，任何人都為之捏一把冷汗，本案並無任何相反的線索足以推翻損害可能性，職是，合理而可信的線索經過調查確認而無法剔除之後，被保存下來。

3. 合理預測最重要的步驟在於權衡，權衡不宜抽象地進行，而是將沒有相互矛盾的線索和反面證據再檢視之後，進行危害預測，即是比例原則的運用，本案依照集遊法第十一條第二款、第三款及同法第十五條第一項不予許可，符合比例原則中的適當性及必要性原則，因為授權基礎的合法性和不予許可的唯一可能性之故；再者，候選人在大選期間的政見辯論，雖屬司空見慣，然現場新聞媒體的直播、彼此立場的對立、言論內容的敏感刺激、雙方人馬的相互攻訐、群眾情緒的不易控制，再加上集會場地的狹窄、糾察人員的不足，損害發生的可能性已節節升高。然而，由於集會自由與言論自由一樣，均屬於民主社會的基石，欲加以限制，須遵守基本權限制之限制的理論¹⁰⁶，因而狹義比例原則即扮演關鍵性角色，集遊法第十一條不予許可的六款情事中，以有明顯事實足認為有國家安全、社會秩序或公共利益者（第二款），與有明顯事實足認為有

¹⁰⁶ 吳庚，憲法的解釋與適用，頁158以下，2004年6月，3版；李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，載：憲法理論與實踐(一)，頁93，1999年7月；李惠宗，憲法要義，頁120以下，2012年9月，6版。

危害生命、身體、自由或對財物造成重大損害者（第三款）兩種最具實質意義，但也最難拿捏，故均加上「有明顯事實足認」的字眼，此即是合理預測。本案經由上述線索的蒐集及分析，權衡之後，可以預測集會進行中隨時有爆發衝突的可能，屆時侮辱毀謗、肢體衝突、混亂推擠、甚至引發鬥毆，對社會秩序的危害，以及生命、身體、自由之危害和財物的重大損壞殆不可免，符合集遊法第十一條第二款及第三款要件，因而集會不予許可符合基本權限制之限制的要求，通過合憲性之審查，並無違反集會自由，就損害程度及損害逼近而言，本案屬當前危害。

4. 最高行政法院於判決書中所提及的「明顯而立即危險之狀態」，可分為明顯和立即危險兩部分說明，就前者而言，係「有明顯事實足認為」之意，此於前一段中已有說明，最高行政法院與高等行政法院亦均未採危害量化的觀點，反而都以比例原則檢驗之；最高行政法院更進一步提出立即危險之概念¹⁰⁷，可謂已得危害防止的箇中三昧，從判決內容的理路來看，此處所指的立即危險應是當前危害，本文贊同之，而當前危害係危害層級中最嚴重者，同時包括損害分量和損害逼近，因而基本權的限制亦要求最嚴格；另一重要的意義在於，當前危害可針對非責任人而發，除了急迫危害之外，其他危害的要件並不允許如此。職是，本案集會活動不予許可，參加集會之群眾之非責任人不能因集會自由遭到限制，而主張權利受損。

¹⁰⁷ 危害、危險的原文均為Gefahr。

陸、結 論

危害概念係警察法之核心，對之不瞭解，無法規劃警察職權的類型、要件，及其與偵查犯罪的區別；瞭解不透澈，如同掌握得不完整，問題仍然層出不窮¹⁰⁸。歸納警察法之危害概念，結論如下：

一、危害係可預見的即將損害，亦即損害可能性的逼近，以損害作為區隔的準繩，危害與損害已發生的侵擾不同，亦與非損害的干擾和不利有相當的差異。危害的內涵為秩序與安全的維護，因而本文認為：

(一)警察法將維持公共秩序、保護社會安全之下位概念，與防止一切危害之上位概念並列為警察任務，從法學邏輯的角度視之，容有討論的空間；

(二)又危害防止與偵查犯罪為警察最主要的兩大任務，分別由警職法與刑事訴訟法之偵查編章擔綱；然而，警職法在總則章節中未有隻言片語提及危害防止，以之作為依據和任務，似值得商榷。

二、警察勤務具有時間壓力、資源有限和個案處理導向之特性，欲完成危害防止之任務，須藉由主觀與客觀、具體與抽象兩套判斷模式交互運用，方能克竟其功。透過主觀與客觀危害概念交鋒之結果，發展成結合經驗、植基於線索，且持續評估結果的合理預測法則，其重點包括：

(一)著眼於當時、而非事後觀點的原始層次（又名行為層次），以風險認知、風險預測和風險錯誤交叉形成判斷基礎，俾掌控風險，以及根據線索和持續性預測而進行的從屬層次（一稱結果層次）；

¹⁰⁸ 參閱Lambiris, Klassische Standardbefugnisse im Polizeirecht, Diss., 2002, S. 85ff.

(二)運用正確事實的確認、危害證明的確定、反面證明的確定，和剩餘線索的權衡四個步驟，以進行合理預測；

(三)其類型區分為當下已判斷具有危害線索、事後卻未有危害發生的表徵危害，以及危害尚不確定，但卻可能發生，因而須透過暫時性措施進行危害調查干預的危害疑慮兩種，但不包括誤想危害（又稱假象危害）；

(四)本文建議以合理預測修正現行警職法之懷疑強度和危害量化，因其不但用語值得商榷，且與警察勤務特性相去甚遠，更不符合預測法則之層次分明、步驟清晰及分類具體的特性。

三、具體危害與抽象危害係完成危害防止的第二套運用模式，經探討後，整理如下：

(一)抽象危害原則上存在於法規命令中，今亦存在於對人民形成間接干預的危害預防、危害綑繆；

(二)合理預測必須結合具體危害，其中表徵危害必須是具體危害，才具有合法性，危害疑慮則因其本質之故，須進行危害調查干預，所以不必然非具體危害不可；

(三)依法益損害之分量和時間逼近之時程，區分為損害分量之重大危害與當前危害，以及損害逼近之顯著危害與迫切危害，共四種類型，潛藏危害（又稱潛在危害）不與焉；

(四)鑑別危害類型的重要性有三，包括：基本權干預強度的差異、責任人對象的不同，以及程序規定的跨越，意義重大，警察職權必須與之連結，法治國的真意才能彰顯出來。

四、觀察警職法與集遊法危害之規定，本文認為：

(一)警職法第二章身分查證及資料蒐集均屬於資訊式的職權，資訊式職權之具體危害防止是間接性的，因而不必然與具體危害有關，反而與抽象危害之防止有直接關聯，惟干預人權重大者，仍宜依比例原則，加入重大危害或迫切危害之加重類型；

(二)警職法使用潛在危害一詞，應非指潛藏危害、而是合理預測之危害疑慮的概念；

(三)警職法所稱已發生危害（第八條第一項前段），並非具體危害，而是侵擾之意，至於易生危害（第八條第一項後段），視其所指涉的項目，可能性包括合理預測之危害疑慮、具體危害或抽象危害；

(四)關於警職法第三章即時強制的規定，本文立場與通說的見解不同，認為已違反基礎處分於先、行政執行於後的行政法法理，導致具體危害的鑑別類型沒有存在的必要性，而全部派不上用場，此種基礎處分直接遁入即時強制的狀態值得商榷，否則警察誤以正常為非常，可能侵犯人權而不自知！

(五)至於集遊法不予許可的情形，只須調整為當前危害即可，最高行政法院已注意及之。

參考文獻

一、中 文

1. 王兆鵬，警察盤查之權限，刑事法雜誌，45卷1期，頁10-59，2001年2月。
2. 內政部警政署編印，警察職權行使法逐條釋義，2003年8月。
3. 李介民，危害防止措施行使的合法性——兼論最高行政法院101年度判字第58號判決，法令月刊，63卷11期，頁23-48，2012年11月。
4. 李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，載：憲法理論與實踐(一)，頁49-101，1999年7月。
5. 李建良，論行政強制之執行方法，政大法學評論，63期，頁163-201，2000年6月。
6. 李惠宗，憲法要義，6版，2012年9月。
7. 李震山，從釋字第535號解釋談警察臨檢的法制與實務，台灣本土法學雜誌，33期，頁69-78，2002年4月。
8. 李震山，警察行政法論——自由與秩序之折衝，2版，2009年8月。
9. 吳志光，行政法，5版，2012年9月。
10. 吳巡龍，「相當理由」與「合理懷疑」之區別——兼評大法官會議第535號解釋，刑事法雜誌，46卷4期，頁56-73，2002年8月。
11. 吳庚，憲法的解釋與適用，3版，2004年6月。
12. 吳家麟主編，林文雄校訂，法律邏輯學，1996年12月。
13. 林明鏘，由防止危害到危險預防：由德國警察任務與權限之嬗變檢討我國之警察法制，國立臺灣大學法學論叢，39卷4期，頁167-212，2010年12月。
14. 林明鏘，法治國家與警察職權行使，載：警察法學研究，頁193-281，2011年7月。
15. 陳正根，警察與秩序法上扣留措施之探討，國境警察學報，12期，頁143-173，2009年12月。
16. 陳春生，行政上之預測決定與司法審查，載：行政法之學理與體系(一)——行政行為形式論，頁179-219，1996年8月。
17. 陳敏，行政法總論，8版，2013年9月。

18. 曾淑英，從國家危害防止任務之演進論警察危害防止任務之發展，警學叢刊，29卷6期，頁13-37，1999年5月。
19. 蔡茂寅，警察職權行使法上之即時強制，日新，6期，頁25-54，2006年1月。
20. 蔡庭榕、簡建章、李錫棟、許義寶，警察職權行使法逐條釋論，2005年2月。
21. 蔡震榮，有關花蓮路檢査賄問題之探討，月旦法學雜誌，102期，頁199-208，2003年11月。
22. 蔡震榮主編，警察法總論，2版，2012年6月。
23. 蔡震榮，警察職權行使法逐條釋義，載：警察職權法行使法概論，頁95-304，2版，2012年11月。
24. 謝碩駿，擊落被恐怖份子劫持之民航客機，合憲嗎？——試評德國聯邦憲法法院「預防性擊落客機案」判決，月旦法學雜誌，149期，頁66-88，2007年10月。
25. 謝碩駿，警察職權行使法第二八條第一項作為警察法上之概括條款，法學新論，6期，頁35-74，2009年1月。
26. 謝碩駿，論警察危害防止措施之行使對象，中正法學，33期，頁185-305，2011年4月。

二、外 文

1. *Achterberg, Norbert*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986.
2. *Benfer, Jost/Bialon, Jörg*, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, 4. Aufl., 2010.
3. *Deminger, Erhard*, D. Polizeiaufgaben, in: Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., 2012.
4. *Erichsen, Hans-Uwe/Wernsmann, Rainer*, Anscheinsgefahr und Anscheinsstörer 1995, Jura 1995, S. 219ff.
5. *Götz, Volkmar*, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, 15. Aufl., 2013.
6. *Gusy, Christoph*, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 2009.

7. *Hoffmann-Riem, Wolfgang*, „Anscheinsgefahr“ und „Anscheinverursachung“ im Polizeirecht, in: Festschrift für Gerhard Wacke, 1972, S. 327ff.
8. *Kirchhof, Paul*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Aussprache und Schlußworte 1976, VVDStRL 34 (1976), S. 312ff.
9. *Kugelmann, Dieter*, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2012.
10. *Lambiris, Andreas*, Klassische Standardbefugnisse im Polizeirecht, Diss., 2002.
11. *Losch, Bernhard*, Zur Dogmatik der Gefahrerforschungsmäßnahme 1994, DVBl. 1994, S. 781ff.
12. *Möstl, Markus*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Habil., 2002.
13. *Möstl, Markus*, Gefahr und Kompetenz. Polizeirechtsdogmatische und bundesstaatsrechtliche Konsequenzen der „Kampfhundeentscheidung“ des BVerfG 2005, Jura 2005, S. 48ff.
14. *Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael*, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 2012.
15. *Pietzner, Rainer*, Unmittelbare Ausführung als fiktiver Verwaltungsakt. Zu den historischen Entwicklungslinien der Dogmatik des sofortigen Polizeizwanges in der Rechtsprechung des Preußischen OVG 1991, VerwArch 82 (1991), S. 291ff.
16. *Schenke, Wolf-Rüdiger*, Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., 2011.
17. *Schmidbauer, Wilhelm/Steiner, Udo*, Bayerische Polizeiaufgabengesetz und Bayerische Polizeiorganisationsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 2011.
18. *Schoch, Friedrich*, Die Gefahr im Polizei- und Ordnungsrecht 2003, Jura 2003, S. 472ff.
19. *Staats, Johann-Friedrich*, Zur Aufgabenzuweisung in der Polizeigesetzen 1979, DÖV 1979, S. 155ff.
20. *Voßkuhle, Andreas*, Der Gefahrenbegriff im Polizei- und Ordnungsrecht 2007, JuS 2007, S. 908ff.
21. *Weiß, Wolfgang*, Der Gefahrerforschungseingriff bei Altlasten - Versuch einer Neubestimmung 1997, NVwZ 1997, S. 737ff.

The Concept of Hazard in the Police Act

Ying-Chung Chen*

Abstract

This paper is based on the phrase “to prevent all hazards” in Article 2 of the Police Act. First, to understand the concept of hazard and concepts that are similar to hazards, and explain the reason for improperly associating of hazards with public order and social security. It then proposes two judgment modes as subjective and objective, concrete and abstract. Furthermore, the paper attempts to revise the contents of the Police Enforcement Act and Assembly and Demonstration Act by explaining the interaction between the two modes and illustrating it with two cases.

This paper advocates using a reasonable forecast to determine strength of suspicion and quantify the degree of danger. Considering the characteristics of police duty, reasonable forecast is further divided into semblance risk and suspicion of danger. For the sake of conforming to the principle of proportionality to protect human rights, we evaluate damage quantity and damage approaching significant risk, present danger, immediate imminent danger, and imminent danger. The concept of

* Professor of Law, Center for General Education, Chang Gung University; Ph.D. in Law, at University of Regensburg in Germany.

Received: December 11, 2013; accepted: February 20, 2014

hazard must be related to the enforcement of police authority with respect to the Police Enforcement Act and Assembly and Demonstration Act.

Keywords: Disorder, Harassment, Reasonable Forecast, Semblance Risk, Suspicion of Danger, Significant Risk, Present Danger, Immediate Imminent Danger, Imminent Danger