發佈：2008-11-10, 週一 18:39
點擊數：20923

壹、拿國旗也違法

2008年11月初，為了因應中國海協會會長陳雲林來台，執政者忙著大費周章的歡迎，民間團體忙著抗議的現象，警察為了維安，只要在陳雲林欲前往的場所，不僅加以淨空，同時有懸掛中華民國國旗之處也一一拆除，而對於抗議民眾，只要拿有中華民國國旗與西藏旗幟者，皆粗暴的加以驅離，並沒入旗幟，但奇特的是，手拿五星旗者，卻不見警察加以驅離，這讓人感到狐疑，拿國旗到底有何違法性，而警察行為若屬違法，又該如何規範？

貳、警察行為有否正當性

警察暴力是警察權的本質，所以只要警察權一發動，多數行為皆屬於強制力的行使，所以法治國家不是一律否定警察暴力，而是否定非法或逾越權限的暴力，則警察在針對拿國旗的行為，到底有無正當化理由，而這些理由是否正當，以下區分觸法種類為說明。

一、集會遊行法

針對在公共場合拿中華民國國旗者，警察將之驅離與沒收的行為，若有合法性，其依據可能來自於集會遊行法，因依據我國集會遊行法第8條第1項的規定，室外遊行必須經主管機關許可，而根據同法第6條第1項，若屬於特定區域，如中央機關所在區域、國際機場、港口、軍事區域、外國使館等，除非經核准，所以屬於不得集會遊行的區域，而根據同條第2項，這些禁制區域的範圍授權由內政部、國防部、外交部在法定的三百與五十公尺為劃定。而依據此法第25條第1項第1款，針對未經許可的室外集會遊行，警察得予警告、制止或命令解散，雖然依據同條第2項，警察為制止或驅離得使用強制力，法條雖無規定先後順序，但依據比例原則的思考，警察必須纖維警告與勸導後，方可為制止與驅離。

因此警察或可依據上述法條為正當化，惟上述法條所賦予警察行為的前提，乃是違反集會遊行的相關規範，其前提為集會或遊行，而依據此法第2條第1項，所謂集會，係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。同條第2項則稱遊行，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，惟若僅是一人或少數幾人拿著國旗，於公共場合走動，要說是一種集會或者遊行，實屬牽強，若此理可通，則若棒球比賽期間，而手持國旗欲前往棒球場為中華隊加油者，警察恐皆必須為制止，甚至沒入這些國旗，此豈不荒謬(註1）。退一步言，即便認為拿國旗者屬於集會遊行，而認為群眾觸犯此法，警察必須加以驅離，但警察恐必須一視同仁，即凡聚眾拿旗者，即視為集會遊行，則不管拿哪一個國家的國旗，皆應加以制止與驅離，則警察恐必須先處理拿五星旗者，因為根據集會遊行法第4條，集會遊行不得主張共產主義或分裂國土（註2），拿五星旗者豈不是觸犯此條文，而警察亦必須依據此法第25條第4項第4款，關於違背法令的集會遊行的行為，來加以制止與驅離，惜對於拿五星旗者，警察竟然視而不見，卻只針對拿中華民國國旗者為驅離，此荒謬性已不言可喻。

而由警察執法也暴露出更大的憲法問題，即現行室外集會遊行採取許可制，而許可機關卻是由警察分局為之，而根據集會遊行法第11條的規定，警察機關在審查是否許可時，不僅是一種形式審查，還包括時實質審查，即只要有明顯事實認為有造成國家安全、社會秩序等之虞者，警察機關皆可為不許可，這些極不確定的法律概念，且深繫人民集會遊行權利行使的憲法爭議問題，卻可由一個層級極低的警察分局來做決定集會遊行是否違法，其不僅荒謬，同時也違反憲法，因依據大法官釋字第445號解釋，已針對警察機關的此種實質審查權加以指摘並宣告違憲，但在2002年修法時，僅在原條文加上明顯事實等字眼，其並不能因此而使此類條文成為合憲，更不可能因此可以防止警察機關恣意決定的可能。

Phoca PDF

二、警察職權行使法

既然集會遊行法無法成為正當化的理由，或許警察可以依據警察職權行使法為依據，而依據警察職權行使法第6條第1項，雖然賦予警察可以在公共場所對人為盤查，但是必須有合理懷疑有犯罪之虞者，才得為之，警察所以此為依據，則等同於將拿國旗者當成是有犯罪之虞，若此理可通，則將成為天下奇聞，因為從來沒有一個國家的法律，會認為在自己的國家拿自己國家的國旗，竟然被認係有犯罪之虞，此必然成為前所未有的創舉與奇聞。

而警察或可依據警察職權執行法第19條第1項，對人民為即時強制，但此條文所立基者，乃是為保護人民的生命與身體安全，基於一種必要性，而由國家在不得已的情況下，干涉人民的自由，此手段雖為干涉，實則在保護人民，但拿國旗者似乎並無造成其生命身體安全的可能，反而是因為受到警察行為的暴力而造成自己生命身體的危險，此時該對之為即時強制與制止的，反而是警察本身，而非人民。

三、警察的不法性

基於前述理由，警察針對持國旗者的行為，不僅無正當性，同時警察至少觸犯以下刑法之罪：

（一）侮辱國旗罪：
警察無任何法律依據，而將國旗扯下並加以丟棄或器毀棄的行為，觸犯刑法第160條第1項的毀損國旗罪。

（二）強制罪：
警察非依據法律所為的逮捕行為，可能觸犯刑法第125條第1項第1款的濫權逮捕罪，惟因此罪有認為不包括警察（註3），所以僅能退而以第304條第1項的強制罪。

（三）違法搜索罪：
警察無任何法律依據，且無任何緊急情況下，無令狀為搜索，亦成立刑法307條的違法搜索罪。

而上述行為，既無法以依據法令而不罰，同時也無法以上級命令來阻卻，因一句刑法第21條第2項但書，明知上級命令違法，是無法阻卻違法的，因此，此處也凸顯基層警察的難處，若不執行上級命令，自己將受懲戒，若執行命令，若有之後的刑事訴訟，亦無法以上級命令來阻卻違法，更可能的情況是，上級長官必然會以無此命令，而將所有責任推給下屬，所以基層警察亦成為自己暴力的犧牲者。

參、人民的救濟

一、當場異議權

關於上述警察的違法性，除了由被害人向檢察官為告訴外，針對警察行為的違法性，依據警察職權行使法第29條第1項，當事人除了有權要求警察具體說明觸犯法條外，並可當場異議，依據第2項，可以要求警察將整個執法過程及異議理由紀錄，交由相當人保留，以作為將來訴訟的證據，若警察不因應此要求及為違法情事，警相對人可為行政救濟。因此就相對人而言，為了防止警察不交付紀錄，有必要自行以手機錄音、照相的方式來加以存證。

Phoca PDF

發佈：2008-11-10, 週一 18:39
點擊數：20923

二、請求國家賠償

依據警察職權行使法第30條，警察違法行使職權，有國家賠償法所定國家負賠償責任之情事者，人民得依法請求損害賠償。

肆、台灣價值的展現

對於專制國家的來訪者，固然要誠懇以待，但更應展現台灣固有的價值，這種價值的展現，即是在台灣，你可以自由的拿著中華民國國旗、法國國旗、美國國旗、緬甸國旗、西藏獅子旗、法輪功旗，甚至是五星旗，來自由的表達自己的想法，而不會受到任何的干涉，這就是台灣得來不易的民主與自由的價值，這價值不能為迎合專制政權而有所改變，更不可能因此消失。

作者吳景欽為真理大學財經法律系助理教授

（本文僅代表作者個人觀點，不代表本智庫之立場）
版權所有 ©2008 台灣新社會智庫 Taiwan SIG. All Rights Reserved.

註解：

1.台北市過去在主辦五人制的世界杯足球賽時，確實也在當時的台北市長的一聲令下，禁止前往觀賞球賽的民眾攜帶國旗。
2.根據釋字644號解釋，針對人民團體法第2條，不得主張共產主義或分裂國土的規定，已涉及言論自由的實質審查，因此被宣告為違憲，集會遊行法的第4條的規定，亦應為違憲，惟在未刪除前，似乎亦屬於違背法令的範疇。
3. 當然此法條認為不包括警察，理由在於警察並無訴追犯罪之權，惟從此條文的立法所欲規範的對象，應包括警察，畢竟警察違反的可能性高。

Phoca PDF