

干預保留與門檻理論 ——司法警察（官）一般調查權限 之理論檢討

林 鈺 雄^{*}

要 目

- | | |
|---------------|----------------------|
| 壹、問題之提出 | (三)本文之見解：從層級化的法律保留出發 |
| 貳、偵查措施與法律保留 | |
| 一、本文之出發點 | 參、一般授權與門檻理論 |
| 二、干預性之擴張 | 一、門檻理論之提出與爭論 |
| (一)問題之緣起 | 二、本文之見解：修正的門檻理論 |
| (二)干預概念之變遷 | 三、具體之運用 |
| (三)干預概念之困境 | (一)超過一般調查權限之類型 |
| (四)綜合之評釋 | (二)屬於一般調查權限之類型 |
| 三、法律保留與授權基礎 | (三)非關一般調查權限之類型 |
| (一)法律保留之面向與功能 | 肆、結 語 |
| (二)法律保留之擴張 | |

^{*} 台灣大學法律學院副教授；慕尼黑大學法學博士。

投稿日期：九十三年十月十三日；接受刊登日期：九十四年五月二日

責任校對：陳仲豪

摘 要

國家機關干預人民受憲法保障的基本權，必須事先取得明確的法律授權基礎，始得為之，這是法律保留原則的基本要求。但因當代基本權干預概念及法律保留領域的雙重擴張現象，使刑事訴訟領域鉅細靡遺之立法授權難以達成，因此，遂有門檻理論之提出，試圖層級化刑事訴訟之基本權干預，並承認在一定門檻以下的微量干預措施，司法警察（官）得以一般調查權限之條款作為干預的授權基礎。本文首先從干預概念及法律保留的變遷與困境出發，並將層級化法律保留連結到修正的門檻理論，結論認為應承認司法警察（官）之一般調查權限，作為無強制力且質量輕微之資訊干預基礎，但這不能架空法律保留的要求，故已經立法特別授權之清單、憲法之古典權利清單或涉及刑法構成要件的干預性偵查措施，皆不得援引一般調查權限作為干預的授權基礎；反之，上開所示以外僅涉及一般人格權或資訊自決權的非強制性干預措施，原則上可以援引一般調查權限作為干預基礎，僅生比例原則之問題。本文最後並例示各種警察調查活動之運用結果。

關鍵字：基本權、基本權干預、強制處分、法律保留原則、層級化法律保留、門檻理論、司法警察之調查權限

壹、問題之提出¹

依照現代法治國的法律保留原則（Prinzip des Gesetzesvorbehalts），國家機關干預人民受憲法保障的基本權，必須事先取得明確的法律授權基礎，始得為之。根據這個形式上的要求，單單欠缺授權基礎一事，就足以判定國家行為構成了違憲、違法之基本權侵害²。針對刑事訴訟法（下稱本法）而言，國家追訴機關在取證過程涉及違憲、違法之基本權侵害，必須進而討論所得證據有無證據能力，亦即非自主性（依附性）之證據使用禁止（die unselbständigen Beweisverwertungsverbote）問題³。

針對帶有物理強制力的傳統型干預處分，也就是刑事訴訟法通稱的強制處分（Zwangmaßnahmen），諸如拘提、逮捕、羈押、搜索及扣押等，恪遵法律保留及其下位的明確性原則，固然不是對國家追訴機關的過度需索。然而，兩條發展基線逐漸動搖了法律保留命題在刑事訴訟之干預處分的運用，一是當代基本權體系的變遷，二是當代科技發展與偵查活動的形成性。

就前者言，尤其是一般行動自由（die allgemeine Handlungsfreiheit）、一般人格權（das allgemeine Persönlichkeitsrecht）及資

¹ 本文初稿承蒙兩位匿名審稿委員惠賜寶貴意見，遂酌予修訂並增列文獻，在此特別致謝，當然，一切文責由筆者自負。

² 關此原則在刑事程序之運用，僅參閱Roxin, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – Ein Rückblick auf 40 Jahre, in: 40 Jahre Bundesgerichtshof, 1991, S. 66, 82（針對秘密錄音）；ders., Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 10 Rn. 28（針對臥底偵查與犯罪挑唆）。

³ 請參閱林鈺雄，從基礎案例談證據禁止之理論與發展，收錄於：刑事訴訟之運作——黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集，頁1以下，1997年；vgl. Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 14 ff.

訊自我決定權（*das Recht auf informationelle Selbstbestimmung*）⁴或隱私權的發展，擴張了傳統的基本權保護領域及其干預概念，而法律保留原則的適用範圍也有同樣的擴張現象。在資訊無所不在的現代資訊社會，雙重擴張的結果是干預無所不在，這讓人質疑，鉅細靡遺、具體明確的法律授權基礎，到底有無必要或可能？這固然不是刑事訴訟領域的特有問題，但在此一領域尤其尖銳，因為追訴性活動很難不干涉一般行動自由、一般人格權、資訊自決或隱私權。

就後者言，偵查活動的本質，與已經粗略定型的審判行為有別，本來就具有向未來開展的形成性。有效的偵查必須賦予偵查者對於偵查措施的選擇餘地，亦即，針對什麼情況採取何等偵查技術或措施比較有效的判斷，必須留給偵查者相當的形成空間，否則難以應付五花八門的犯罪型態，這又稱為偵查程序之自由形成原則（*Grundsatz der freien Gestaltung des Ermittlungsverfahrens*）⁵。尤其是拜現代科技之賜，犯罪手法日新月異（如最近盛行的手機或ATM提款機轉帳詐財犯罪），偵查措施更須快速地相應調整，說得白話些，「魔高」已經一丈時，「道高」不能停留在一尺，不然就會變成是「法網恢恢，又疏又漏」。

於是，產生了法治國的兩難：一方面，刑事訴訟不能成為憲法基本權保護的化外之地，另一方面，過度細節的法律授權要求將會導致偵查活動動輒得咎，寸步難行。簡言之，諸多盛行於台灣偵查實務的措施，雖然可能干涉基本權，但在刑事訴訟法上卻找不到明確的授權依據。這些事例不勝枚舉，諸如司法警察（官）對嫌疑人

⁴ 針對其在刑事訴訟之運用，請參閱楊雲驊，證據使用禁止在個案上的判斷過程——以電話分機聆聽案為例，東吳法律學報，13卷2期，頁61以下，2002年2月。相關說明本文不再重複。

⁵ Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, §161 Rn. 7 u. §163 Rn. 47.

的（尾隨）跟監、以目視科技設備輔助的盯梢（**Observation**）、以照相機或攝影機紀錄犯罪經過的攝錄措施⁶、為查緝贓車而來的車籍資訊輸入及比對、為查明嫌疑人犯罪紀錄的前科資訊輸入與調閱、為探知通訊門號及通訊狀況而調閱通聯紀錄、發佈照片或錄影並要求特定人或不明人士到案說明之公開呼籲⁷、設置臥底警探或線民來刺探犯罪資訊，甚而誘捕或涉入犯罪挑唆⁸。這些欠缺特別授權基礎的追訴性活動，到底應該如何評價？

抽象而言，以上問題皆指向法律保留的規範密度。這本來就是憲法、行政法之基本權領域的棘手問題，而非刑事訴訟上基本權干預的特有現象。在憲法、行政法領域，一種有力的見解是層級化的法律保留體系（**System des abgestuften Vorbehalts**），而我國大法官釋字第四四三號解釋也傾向這個看法（下文貳）⁹；在刑事訴訟法領域，學說則試圖以門檻理論（**Schwellentheorie**）¹⁰來解決上開法治國的兩難處境（下文參）。然而，這兩者各自能否立足以及如何接壤？這正是困難所在，也是本文所欲處理的主題。

⁶ 例如，最高法院93年（度，下同）台上字第685號刑事判決之案例事實，埋伏警員以十多米之距離，兩三倍之鏡頭，拍攝被告交易盜版光碟的經過（下稱【盜版光碟案】）。

⁷ 例如，2004年之【319總統槍擊案】中，檢警公布影帶並呼籲一穿黃夾克騎機車的禿頭男子出面說明。

⁸ 實務案例不勝枚舉，詳細說理者如最高法院92年台上字第4558號刑事判決，最近實例如93年台上字第2332號刑事判決。

⁹ 請參閱吳庚，憲法的解釋與適用，頁58以下，2003年。

¹⁰ Vgl. Ahlf, Der Begriff des eingriffes insbesondere bei kriminalpolizeilicher Tätigkeit und die sog. Schwellentheorie zu §163 Abs. 1 StPO, Die Polizei 1983, 41 ff.; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts—Ermittlung und Verfahren, 3. Aufl., 1997, Rn. 179 f.; Rogall, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, 1992, S. 72 ff.

貳、偵查措施與法律保留

一、本文之出發點

就偵查措施與法律保留原則的一般性關係，本文擬先交代幾個關於憲法與刑事訴訟法接壤的基本出發點，並以此作為下文討論的前提。

首先是訴訟行為之雙重性。簡言之，偵查措施，從傳統刑事訴訟法的角度來看，固然屬於次第進行並為完成整個刑事訴訟程序所為之訴訟行為（*Prozeßhandlung*）的一環，但程序面的訴訟行為與實體面的權利干預，並無互斥性¹¹。許多訴訟行為，尤其是傳統上列為強制處分的偵查措施，帶有干預基本權的實體面向，因此不能豁免憲法基本權體系（包含法律保留原則）的約束，正因如此，所以現代刑事訴訟學說才倡議以刑事訴訟上之基本權干預（*strafprozessuale Grundrechtseingriffe*），代替傳統的強制處分用語；當然，這裡的關鍵不是名詞的運用，而是理論的變革¹²。

簡言之，干預性的偵查措施必須受制於憲法基本權的規範。這點，不但是憲法優位性原則（*Grundsatz des Vorrangs der Verfassung*）的必然結果（憲法第一七一條第一項及第一七二條參照），同時也是憲法與刑事訴訟法之特殊關連性的體現¹³，因為正是在刑

¹¹ Vgl. Niese, Narkoanalyse als doppeifunktionelle Prozeßhandlung, ZStW 63 (1951), 199 ff.

¹² Vgl. Amelung, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, 1976, S. 13 ff.

¹³ So. z.B. Hilger, Über verfassungs- und strafverfahrensrechtliche Probleme bei gesetzlichen Regelungen grundrechtsrelevanter strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen, in: FS-Salger, 1995, S. 319 ff.; Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, §2 Rn. 1; Sax, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, III/2, 1959, S. 909, 966 f.; Eb. Schmidt, Lehrkommen-

事追訴領域，其手段對憲法保障之人民基本權所造成干預程度，最為嚴重而徹底。憲法的基本權體系，無論如何不能委棄刑事訴訟這座堡壘。

同樣不能忽略的是兩者接壤的困難度。首先是傾向憲法化、行政法化的基本權理論體系，使得刑事訴訟法的運用者，即便意欲以基本權規範來作為追訴性活動的尺度，也必須自行克服其轉換到刑事訴訟領域的障礙；以古典干預概念的變遷為例（下文二），因為偏向行政法的檢討與舉例，難免減損了其對刑事訴訟法的影響；譬如，還持續影響刑事訴訟領域的「任意偵查」的說法（指以任意偵查為由而豁免了諸多造成重大干預的追訴性處分之法律保留），正是其中一例。其次，一味訴諸過於抽象的憲法及其基本權規範的審查基準，往往忽略了刑事訴訟本身特殊的結構與原則，甚而導致刑事訴訟問題泛憲法化、泛抽象化的危機；近十年來台灣刑事實務流行的「泛比例原則、泛利益權衡」，正是最佳的寫照¹⁴。

憲法、行政法上關於基本權的相關討論，應用到刑事訴訟上之基本權干預時，需要更為細緻的轉換。唯有如此，才能逐步克服上述的困難及危機。以本文處理的干預保留為例，說明有太多訴諸於「泛比例原則」的裁判，其實早在形式上的法律保留層次就可得出明確的否定答案（如違反或欠缺授權基礎之通訊監察），既毋庸也不能訴諸實質上的比例原則來作為干預的合法性理由。基本權的審

tar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 2. Aufl., 1964, Rn. 99, 333.

¹⁴ 即便是重大違反法律保留的通訊監察處分，甚至於國家違法挑唆無犯意者的犯罪挑唆，最後都落入這種無遠弗屆的泛比例原則、泛利益權衡來審查。裁判不可勝數，並且橫跨新舊法時期（在此指2003年1月新增修之本法第158條之4），如最高法院87年台上字第4025號、91年台上字第2905號、92年台上字第4558號及第7364號刑事判決。

查體系就像剝洋蔥一樣，有其層次，必須先判斷是否存在審查的前提（國家與個人的關係），再逐一進入三個審查階段（1.基本權保護領域→2.基本權之干預→3.干預之正當性或稱阻卻違憲事由：即形式上是否合乎法律保留原則以及實質上是否合乎比例原則？）¹⁵，如果第一步就遁入相對不明確的比例原則，其造成的不安定性是顯而易見的。

本文處理的門檻理論，是附生在法律保留原則的產物，而法律保留原則又與基本權體系相生相隨，因此，問題的緣起還是在於基本權體系。簡言之，門檻理論背景因素在於干預概念及法律保留的雙重擴張，因此，下文先檢討雙重擴張及其對刑事訴訟法之影響。

二、干預性之擴張

（一）問題之緣起

干預（Eingriff）是法律保留的核心問題。有趣的是，刑事法文獻雖然廣泛討論司法警察（官）的追訴性活動¹⁶，但卻很少特別去提干預的概念。然而，如果憲法的優位性還在，如果刑事訴訟法不是憲法上法律保留原則的化外之地，根本不可能迴避司法警察（官）取證活動的干預性問題，而且一旦涉及干預，就必須有足夠明確的授權規範始可，不管是特別授權或一般授權。

日新月異的現代偵查手法，讓人不得不正視追訴性活動的干預問題，這可不是七十年前立法者設想的搜索、扣押、拘提、逮捕等強制處分而已，而是放在「資訊蒐集」（Informationsbeschaffung）這個集合概念底下的偵查手法，其執行通常根本沒有任何物理性的

¹⁵ 請參閱法治斌、董保城合著，憲法新論，頁132以下，2003年。

¹⁶ 如黃朝義，偵查中之強制處分與檢警關係，月旦法學雜誌，108期，頁54以下，2004年5月。

強制力可言。這在刑事訴訟領域導致兩種極端的誤解，一種是結論上概括排除了法律保留原則在非強制性之基本權干預處分的運用，最為典型者便是區分所謂「強制偵查」與「任意偵查」，並且將諸如通訊監察這種嚴重的基本權干預，劃歸為不需要特別法律授權的「任意」偵查¹⁷。這種說法，等於是顛覆了憲法優位性原則，縱容刑事訴訟法成為憲法基本權體系的化外之地。

另外一種極端，是概括地將警察所有的資訊獲取行為（無論是打聽消息詢問、盯梢或跟監）視為基本權之干預，進而推論其因欠缺特別授權基礎而違憲、違法。這種看法多半建立在一般人格權及資訊自決權的極度擴張解釋之上，但卻未先有效論證干預的概念，犯了跳躍推論的錯誤¹⁸。

(二)干預概念之變遷

以往被廣泛接受，現在簡稱為古典干預概念（*der klassische Eingriffsbegriff*）的主張，以四個要素來界定基本權干預，雖然公法學者對此亦曾討論¹⁹，但本文則從刑事訴訟事例來說明²⁰：

¹⁷ 土本武司著，董璠輿、宋英輝合譯，日本刑事訴訟法要義，頁123以下，頁131以下，1997年；此外，黃朝義（同註16，頁56）雖以強制偵查與任意偵查區別基準者，但於歸類監聽屬性時，將其稱為「既不屬直接強制亦不屬間接強制之範圍，屬於一種新類型的強制處分」；任意偵查概念之介紹與反省，如陳運財，偵查之基本原則與任意偵查之界限，收錄於：刑事訴訟與正當之法律程序，頁135以下，頁156以下，1998年。

¹⁸ Typisch: Riegel, Datenschutz bei Sicherheitsbehörde, 1980, vor allem S. 5 ff., 9 ff., 42 (zitiert nach Ahlf, Die Polizei 1983, 41, 44 Fn. 44, mit kritischer Würdigung).

¹⁹ 請參閱李建良，基本權理論體系之構成及其思考層次，收錄於：憲法理論與實踐(一)，頁85，1999年；林三欽，論基本權之侵害，收錄於：憲法解釋之理論與實務（第二輯），頁439以下，頁442以下，2000年；蕭文生，論基本權利侵害之救濟，收錄於：憲法解釋之理論與實務（第二輯），頁471以下，頁473以下，2000年。Vgl. Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl., 2002, Vorb. Vor Art. 1 Rn. 27;

1. 行為之目的性（*Finalität des Handelns*）。國家高權行為必須意欲招致個人基本權的限制。據此，若因司法警察封鎖犯罪現場（本法第二三一條第三項）而導致鄰近商家的生意受影響，並不是干預。

2. 基本權影響之直接性（*Unmittelbarkeit der Grundrechtsbeeinträchtigung*）。亦即國家高權行為必須直接導致基本權保護領域的影響，而非只是間接影響或附帶效果。據此，警方搜索第三人住宅（本法第一二二條第二項、第一三一條第一項），對受搜索人之住居安寧固然是干預，但對其名譽的影響（鄰人議論紛紛，認為其與犯罪圈子扯上關係），則非干預。

3. 法效行為（*Rechtsakt*；或譯為法律行為），國家高權行為必須具有法效行為的性質，非僅是事實行為而已。據此，警員追捕逃犯而開槍誤擊路人者，並非干預。

4. 命令性或強制性，亦即唯有具備命令及強制（*Befehl und Zwang*）性質的法效行為，才會是基本權干預之行為。傳統刑事訴訟的立法者尤其看重「強制」要素，而其特別授權的偵查措施也以此為準據（如拘提、逮捕、羈押、搜索、扣押等），因此也忽略了欠缺物理性強制的監聽的規制。我國監聽實務盛行十餘年後，始於一九九九年制訂《通訊保障及監察法》創設監聽干預的授權基礎，

Pieroth/Schlink, *Staatsrecht II. Grundrechte*, 17. Aufl., 2001, Rn. 238 ff.

惟應注意，學說上對此雖亦有五要素（如Bleckmann，除本文所示1~3外，另以4. 措施的形成作用／國家及相對人法關係之規制及5. 單方的高權措施而非契約關係或特別權力關係）或三要素（如Bender將前述五要素之後三者，統稱為規制性影響*Reglungsbeeinträchtigung*）的說法，但實質判斷內容大同小異，在本文脈絡可以忽略不論（vgl. dazu Ahlf, *Die Polizei* 1983, 41, 44 ff.）。

²⁰ Im Zusammenhang des V-Mannes vgl. auch Duttge, *JZ* 1996, 556, 557 ff.; Eschelbach, *Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten*, *StV* 2000, 390, 393 f.

即是一例²¹。

現今一面倒的看法是，古典的干預概念早已過時。鑑於現代國家措施型態的多樣性，以及基本權保護功能的擴張，古典干預概念早已不合時宜，取而代之的是所謂擴張、廣義的干預概念（*der erweiterte bzw. weitere Eingriffsbegriff*），或稱現代的干預概念（*der moderne Eingriffsbegriff*）²²。據此，縱使是非目的性、間接的、單純事實行為或不具命令與強制的國家高權行為，一旦對人民基本權的行使產生部分或全部的影響，便屬基本權之干預。

（三）干預概念之困境

現代干預概念最為弔詭之處在於，它成為勢不可擋的主流，但卻難以窺知這個主流的具體內容是什麼。相較於古典的干預概念，現代干預概念由於欠缺明確可資操作的標準，同時也淪喪了其原始的區別功能：亦即，區別需要以及不需要法律授權基礎的基本權影響措施²³。從憲法及行政法的發展，我們已經可以看出拋棄古典干預概念後可能招致的結果：只要是可歸責於公權力主體且被基本權保護領域所包攝的措施，幾乎都被看成是基本權之「干預」。據此，干預概念喪失了其在基本權三階審查的地位，一旦國家高權行為在第一階被判定為落入基本權保護領域，不但幾乎可以直接跳到第三階進行正當性基礎的審查，而且在形式正當性審查時（法律保留原則），結論就是必須要有法律授權基礎始得為之。

²¹ 關於該法之立法歷程及其實施前我國監聽實務，請參閱朱敏信，論我國監聽制度設計之源起、演化及未來——以電話監聽為中心，台灣大學碩士論文，頁26以下，2003年。

²² Vgl. Eschelbach, StV 2000, 390, 393.

²³ Vgl. Duttge, JZ 1996, 556, 559.

此外，過度擴張干預概念以及據此而來的法律保留範圍之擴張，容易造成國家動輒得咎、寸步難行的結果，甚而影響國家機能之實現。司法警察（官）追訴性的調查行為猶如其他行政行為一樣，本質上必須具有一定的形成空間或裁量餘地，當偵查程序之自由形成原則等於或幾近於「零」時，也會進而阻礙國家追訴義務的實現（國家追訴原則！）。再者，反過來講，過度擴張的干預概念還會影響其他人民基本權的行使（尤見於間接、附隨效果或公法上的第三人訴訟等情形），最後又要回到基本權衝突來解決；而專就刑事法而言，擴張干預概念如果大幅阻礙了追訴的有效性，同時也會造成國家對第三人保護義務之違反（以刑法規範及刑罰追訴來避免個人間的重大法益侵害，屬國家保護義務的範圍）²⁴。當然，過度擴張的干預概念也會破壞行政、立法、司法的三權均勢，司法大舉入侵行政固有權限的結果，也會造成司法權超量負荷而無法實現其自身機能的結果。

為了避免這些缺陷，迄今提出的說法五花八門。有些試圖以第一層檢驗的基本權保護領域之界定來取代第二層干預概念的界定²⁵，有些認為第二層的基本權干預已經與第三層的合憲性事由合而為一²⁶，亦有些學說與實務嘗試去區別「需要正當性基礎的基本權影響」以及「單純的打擾、瑣事或日常生活的負擔」，或者諸如此類偏向的干預門檻（Eingriffsschwelle）說法²⁷。儘管質疑聲浪未

²⁴ 請參閱李建良，基本權利與國家保護義務，收錄於：憲法理論與實踐(二)，頁59以下，2000年。

²⁵ 公法中文文獻相關討論如林三欽，同註19，頁439以下，頁448以下。刑事訴訟領域亦有傾向此一主張者：Duttge, JZ 1996, 556, 558 f.

²⁶ 如林三欽，同註19，頁452以下。

²⁷ Vgl. BVerwGE 87, 37, 43 ff.; 90, 112, 121 f.; Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl., 2002, Vorb. vor Art. 1 Rn. 27.

斷²⁸，但卻難以扭轉干預概念之爭轉變成干預門檻之爭的趨勢。

(四)綜合之評釋

1. 現代干預概念的資產與負債

干預門檻的說法，帶有不確定的基因缺陷，這是常識，但並不必然導致絕望論。現代干預概念有不確定的「負債」，但也帶來一些明確的「資產」，其中之一便是不以國家高權行為的「形式」(Form)，而是以其「作用」(Wirkung)或結果影響(Folgenbeeinträchtigung)來作為干預與否的標準。這點，對於刑事訴訟上之干預及法律保留問題，特別重要。本來，許多偵查措施就很難區分形式上是法律行為還是事實行為(如追躡現行犯、強制抽血)，如果僅以其「形式」來作為基本權保護與否的關鍵標準，不但窒礙難行，而且會造成基本權保護的重大漏洞。再者，尤其是針對本文處理的司法警察(官)的資訊獲取措施而言(如輸入車籍資料比對發現是贓車)，對於相關人不利影響並非直接來自於取得資訊的行為形式，而在於其後所連結的不利作用：司法警察(官)因知悉資訊而鎖定犯罪嫌疑人，並進而轉化為逮捕或追緝等行動。如果僅以高權行為的形式而非結果作用來判斷干預概念，正好就無法包攝現代刑事訴訟上廣泛運用的基本權影響措施。綜上所述，至少就刑事訴訟領域而言，這是現代干預概念累積的資產。

²⁸ 質疑的理由眾多，難以一一列舉。簡言之，一來，由於放棄了客觀、可資理智檢驗的基準，造成個案中難以捉摸的界限問題，容易流於司法者的擅斷；二來，所有國家權力都負有保護基本權之義務，並沒有所謂重大的或輕微的基本權保護之區別，縱使是在一定的干預門檻以下，人民還是應該有機會防禦國家對其基本權的侵犯。Vgl. dazu Duttge, JZ 1996, 556, 559.

2. 古典干預要素之「剩餘價值」

其次，是古典干預與現代干預概念的接壤。後者的窘境是「除舊而沒有佈新」，也就是破除了古典干預要素但卻沒有建立新的要素。然而，認為古典四個干預特徵不是「要素」，和認為其對現代干預概念的界定「毫無意義」，這是兩種截然不同的說法。以刑事訴訟上之干預為例，法效行為要素固然喪失了其判斷意義，但就強制要素來講，它從干預概念的必要條件轉換成為「充分條件」，亦即，傳統上的強制處分（搜索、扣押、拘提、逮捕、羈押、鑑定留置、身體檢查處分等），無論其屬法效行為或事實行為，都還是屬於現代干預的範圍，單就這點來講，已經不能說古典干預要素毫無意義（若P強制則必屬Q干預）；反之，不具物理強制力的措施，則不會因此就否定其干預性質（不能從非P導出非Q），通訊監察是最典型的事例。

至於目的性和直接性，則是轉化為判斷干預門檻的參考基準²⁹，據此，國家高權行為對系爭基本權非意欲的、因果鏈過長的附帶影響，會因低於干預門檻的理由而否定其干預性，例如，檢察官以罪嫌不足為由而為不起訴處分，告訴人可能因此遭受負面的名譽評價（有點誣告的嫌疑），但該不起訴處分並不是對告訴人的名譽的干預。再如，目的性及直接性標準，對於刑事訴訟上之偶然發現（Zufallsfunde）³⁰的干預性判斷，亦有重要的參考作用，因為非意欲性而偶然發現他案證物者，就發現證物本身並非干預，其干預性僅在於後來（兼具目的性及直接性）的扣押行為（以本法第一五

²⁹ Vgl. Ahlf, Die Polizei 1983, 41, 45 f.

³⁰ Zum Begriff vgl. Labe, Zufallsfund und Restitutionsprinzip im Strafverfahren, 1990, S. 38 ff.; zur Problematik vgl. auch Benfer, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, 2. Aufl., 2001, Rn. 533 ff.; Malek/Wohlers, Zwangsmassnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl., 2001, Rn. 164 ff.

二條為授權基礎)。至於聲東擊西，本來就是以發現該他案證物為目的之意欲性的偶然發現 (*gezielte Zufallsfunde*)，也因其明顯的目的性及直接性而跨過干預門檻落入干預概念，而且是超過法律授權之違法干預。

一言以蔽之，就刑事訴訟領域而言，現代干預概念的負債，還是必須藉助古典干預要素來填補。以強制力、目的性及直接性來輔助判斷干預門檻，正是古典干預要素遺留的「剩餘價值」。

3. 保護領域與干預概念

再者，討論干預概念，不能不處理其與基本權保護領域 (*Schutzbereich des Grundrechts*) 的關係。保護領域本身的擴張，正是造成現代干預概念過度擴張的始作俑者，也是法律保留或重要性理論的真正病源所在。許多問題的釜底抽薪之道，最後也僅能從保護領域本身著手³¹，這種必要性，不單單見於一般人格權、一般行動自由及資訊自決權³²的保護領域之探求³³，即便是憲法特別列

³¹ 這種必要性曾表現在關於財產權及其干預的界定。德國近年來的公法理論，試圖從規範保護理論著手，也就是回溯到所影響的財產權的規範保護目的，處理財產權的保護領域及其干預問題。關此之發展及其在國家賠償領域之運用，請參閱 Ahlf, *Die Polizei* 1983, 41, 47 f.。

³² 處理刑事訴訟干預概念的德國學者，對自從德國基本法生效以來基本權保護領域的擴張及其對刑事訴訟的影響，曾表達高度的憂慮。簡言之，藉由聯邦憲法法院之助，基本法所保障的個人基本權地位一直在擴張當中。Elfes 裁判 (BVerfGE 6, 32 ff.) 藉由承認一般行動自由 (*die allgemeine Handlungsfreiheit*)，而使任何人類行止都可以找到憲法上的基礎。隨後，藉由兩個基本法條款 (Art. 2I und Art. 1I GG) 的併合運用所發展的一般人格權 (*das allgemeine Persönlichkeitsrecht*)，更大幅擴張了個人受憲法保障之自由領域 (BVerfGE 27, 1, 6; 27, 344, 350 f.)。而聞名的戶口普查判決 (*Volkszählungs-Urteil*: BVerfGE 65, 1 ff.)，據此進而發展了資訊自決權 (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*)，後來裁判又可發現 (如 BVerfGE 67, 100 ff.; 78, 77 ff.)，其保護內容不僅止於對抗現代資訊作業的危險而已。然而，刑

舉的基本權，如秘密通訊之自由（憲法第十二條），當務之急也是先界定其保護領域，再來判斷干預及其保留的問題。國內任由警察調取通聯紀錄的追訴實務，以及最近為了對抗詐騙集團而引發的強制顯示電話門號的爭議，正是忽略了秘密通訊自由之保護領域的表現。人民既然有「秘密」通訊的自由，除了對抗國家任意探知其通訊「內容」以外，理當包含收發通話的「門號」（通訊位址），更遑論詳細羅列一段期間之內「所有」通話狀況（門號、發話起迄時間及因此暴露的通訊習慣）的通聯紀錄了！如果人民有秘密通訊的自由，他也應有對抗國家任意窺知其「每個星期三半夜會打電話給門號××××××××××的某某人」的防禦權³⁴。簡言之，落入秘密通訊自由的基本權保護領域，而系爭措施正是使得該項基本權的行使成為不可能的干預措施（秘密不再是秘密），因此需要特別的法律授權基礎。

回到非憲法所列舉、但仍受憲法保障之其他基本權（憲法第二十二條）的干預門檻問題。以導源於一般人格權的資訊自決權為例，如果將這種權利泛泛理解為「我有決定『何人、就何事項、在何時以及何種情形可知悉我的資訊』的自主權利」，並且把任何型態的違逆都當成干預，當然會喪失干預概念在基本權體系的功能。

事追訴措施本質上很難不干涉這些自由權利，因而產生了寸步難行的危機。以上說明請參閱Duttge, JZ 1996, 556, 559 ff.

³³ In dieser Richtung vgl. Duttge, JZ 1996, 556, 559 ff.

³⁴ Vgl. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 374; Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl., 2002, Art. 10 Rn. 9; Pieroth/Schlink, Staatsrecht II. Grundrechte, 17. Aufl., 2001, Rn. 773; Stein/Frank, Staatsrecht, 17. Aufl., 2000, § 37 II 2.

國內同此見解，如法治斌、董保城合著，同註15，頁177：「秘密通訊自由……不僅通訊內容是秘密的，甚而誰和誰是否或曾經何時或多久通訊過，亦皆屬秘密」。

然而，在資訊無所不在的資訊社會，意圖發展一個橫跨法領域的資訊干預概念，幾乎是不可能的任務，比較可能的作法應該是先回到各該法領域去具體化其核心的資訊及干預範圍。以刑事訴訟上對自己言語的人格權（*Persönlichkeitsrecht am eigenen Wort*）或資訊自決權為例，已經具體轉化為緘默權、拒絕證言權（本法第九十五條第二款、第一八〇條以下），並且由於連結了不自證己罪（*nemo tenetur se ipsum accusare*）³⁵、特殊信賴關係的保護等重要的法治國原則，而與一般人格權及資訊自決權產生了加重的關連性（*gesteigerter Relevanz*），因此不但跨過了干預門檻，且其干預必須具備特別的法律授權基礎。具體的運用結果是，如果警方利用隱性偵查的手法（如線民或臥底警探），處心積慮刺探被告本身對己之不利陳述³⁶，或者有拒絕證言者對被告不利之證詞³⁷，屬於實體併合程序基本權的干預；據此，如果欠缺特別的法律授權基礎，構成違法的基本權干預，反之，如果具備特別的法律授權基礎，接下來就是比例原則的檢驗，包括授權基礎本身是否違反比例原則的問題。至於授權基礎本身必須具備何等的品質，正是下文處理的問題。

³⁵ Zum Begriff vgl. Bosch, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht – Ein Beitrag zur funktionsorientierten Auslegung des Grundsatz “nemo tenetur seipsum accusare”, 1998, S. 17 ff.; Verrel, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren – Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten Verfahrensgrundsatzes, 2001, S. 1 ff.

³⁶ 案例如歐洲人權法院之Allan v. the United Kingdom, RJD 2002-IX; Anm. dazu vgl. Esser, Grenzen für verdeckte Ermittlungen gegen inhaftierte Beschuldigte aus dem europäischen nemo-tenetur-Grundsatz, JR 2004, 98 ff.; Gaede, Anm. zu EGMR, StV 2003, 260 ff.

³⁷ 案例如BVerfG, NSTZ 2000, 489 ff. (mit Anm. Rogall).

三、法律保留與授權基礎

(一)法律保留之面向與功能

法律保留的基礎思想，雖然也有回溯到一二一五年英國的大憲章（Magna Charta）的說法，然而，其作為現代法治國的憲法原則，應係肇始於德國著名公法學者Otto Mayer的提倡³⁸。十九世紀的歐洲，隨著君主專制的解體及自由法治國的建立，市民參與立法的要求鞏固了法律保留的想法。此外，在歷史的進展過程，法律保留漸次轉化為一種保障市民個人權利以對抗專制王權侵犯的機制。整體而言，在自由民主的法治國，可以從兩個面向來探討法律保留原則的功能，一是國會民主觀點（der parlamentarisch-demokratische Aspekt），二是法治國觀點（der rechtsstaatliche Aspekt）³⁹。

從國會民主國觀點言，法律保留原則具有兩方面的意義，一是重要的決定（包括對市民基本權地位的重大干預在內），不應由行政權，而應由立法者作為國家權力的代表人來規制（國會觀點）。藉由這個憲法要求，反對黨可以在國會公開辯論重大事項的合理性，並贏得選民的認同（民主觀點）。從法治國觀點來看，由於法律本身具有事先、一般的特性，法律保留的功能，一言以蔽之，在於藉由法律支配而保護個人免於國家高權難以預期的侵犯。

(二)法律保留之擴張

在憲政史上，十九世紀的法律保留概念，範圍僅侷限於對市民

³⁸ Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., (1924), S. 69 f. (zitiert nach Duttge, JZ 1996, 556, 557); 關於大憲章與法律保留的關係，並請參閱許宗力，論法律保留原則，收錄於：法與國家權力，頁117以下，頁120註7，1999年。

³⁹ 請參閱許宗力，同註38，頁117以下；vgl. Ahlf, Die Polizei 1983, 41 ff. (unter Verweis auf Kisker, NJW 1977, 1313, 1314).

的自由及財產之干預的保留，也就是所謂的「自由與財產條款」（*Freiheits- und Eigentumsklausel*）之保留，在此範圍之外，行政權還是擁有其原始的權限。由於這種古典保留概念過於狹隘，而且也不符合實定憲法的規範模式⁴⁰，遂有將法律保留擴及所有基本權的主張，也就是全部保留理論（*Lehre vom Totalvorbehalt*）⁴¹。

由於古典的自由財產之干預保留失之過嚴，而全部保留理論又失之過寬，因此，以德國聯邦憲法法院為首的見解遂以重要性標準作為折衷之道⁴²，稱為重要性理論（*Wesentlichkeitstheorie*），法律保留概念與在實務上界限模糊的干預要素脫勾。據此，如果系爭事項對於共同生活具有特別的根本性或重要性，則應由立法者自行決定，不能丟給行政權來決定（包括不能以法律授權行政機關發佈命令之方式），因此成為所謂的國會保留（*Palamentsvorbehalt*）。此項判斷尤其應該特別考慮基本權的重要性，針對基本權領域，所謂的重要性是指對基本權實現的重要性（*wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte*）而言⁴³。重要性理論有國會民主觀點的根

⁴⁰ 由於現代法治國家的實定憲法（如德國基本法），往往會針對自由與財產以外其他個別的基本權制訂特別的法律保留條款，以致於侷限於自由與財產干預之法律保留的說法，受到根本的質疑（*Duttge, JZ 1996, 556, 558*）。至於我國從憲法第23條導出的法律保留，規範模式更不可能解讀為限定在自由與財產之干預保留，相關問題請參閱許宗力，同註38，頁143以下。

⁴¹ 這種包山包海的、擴及國家行為的所有領域的法律保留想法，僅止於學說而已，並未實踐。全部保留理論忽略了憲法的權力分立原則，行政、立法及司法等三種國家權力各有其原始權限的領域。縱使是行政權，也有其自主的、民主的正當性，因此在核心範圍仍有行政的自我負責領域。正因如此，所以從民主原則導出所謂的國會全包式的全部保留，難以自圓其說（*vgl. nur Duttge, a.a.O.*）。

⁴² *Vgl. BVerfGE 33, 125, 158 f.; 33, 303, 345 f.; 34, 165, 192 f.; 41, 251, 259 f.; 58, 257, 268 ff.*

⁴³ *Vgl. BVerfGE 47, 46, 78 ff.; 58, 257, 268 f.*

據，因為共同生活的重要規範必須取決於由人民選舉產生的立法機關的意思；此外，從法治國觀點來看，三權各有其權限與功能的分野，而權力分立正是人民基本權的保證書。

然而，批評者認為，重要性理論並不能真正解決立法保留的範圍問題，因為問題面向只是被轉移到所謂「基本權相關性」（Grundrechtsrelevanz）而已，重要性「理論」因而遭到空洞乏味的質疑。此外，由於欠缺足夠具體明確的界限要素，因此帶來漫無邊際擴張法律保留領域的危險，這令人擔心重要性理論會導致和全部保留理論一樣的缺陷⁴⁴。不過，以上缺陷其實並不是重要性理論的專利，而尋求重要性標準或類似說法的具體化，正是學說與實務近年來的努力方向。

由於本文脈絡討論的司法警察（官）之調查權限，本質上僅涉及干預行政（Eingriffsverwaltung），因此，關於法律保留的另外一條基線，也就是給付行政（Leistungsverwaltung）是否適用法律保留之問題，可以略而不論。此外，對於公法及相關實務發展具有重要性的特別權力關係（die besonderen Gewaltverhältnisse）⁴⁵與法律保留的糾結，在此亦略而不論，因為司法警察的取證活動，涉及的不是國家內部的特別權力關係，而是國家對個人外部關係，也就是一般權力關係。職是之故，現代法律保留的概念雖然並不同於干預保留（Eingriffsvorbehalt），但以本文所探討的範圍而言，都以干預保留為限。

⁴⁴ 重要性理論之批評，請參閱許宗力，同註38，頁174以下；陳新民，論憲法人民基本權利的限制，收錄於：憲法基本權利之基本理論（上），頁181以下，頁227以下，1999年；vgl. Ahlf, Die Polizei 1983, 41, 43 ff.

⁴⁵ Vgl. dazu auch BVerfGE 33, 1, 11(Gefangenenentscheidung).

(三)本文之見解：從層級化的法律保留出發

重要性理論的射程距離不僅止於干預問題，前些日子美國對發動伊拉克戰爭時，台灣爭論的派兵（陸戰隊或軍醫團隊）伊拉克問題，當然也涉及國會保留之爭。然而，本文處理的是追訴性活動的干預保留問題，故也僅在此範圍討論重要性理論的運用可能性。

在基本權脈絡，重要性理論既然以「對基本權實現之重要性」為基準，干預的強度（*Intensität des Eingriffs*）遂成為判斷的重心所在。而對重要性理論的主要質疑，集中在其明確性，因此關鍵在於其具體化的可能性。以處在暴風圈範圍的一般人格權之干預為例，領域理論（*Sphärentheorie*）其實就是重要性想法的具體化，將隱私層級化為（絕對）不可侵犯的核心領域（*unantastbarer Kernbereich*）、可以援引比例原則權衡的私人領域（*Privatbereich*）以及非關隱私的社交領域（*Sozialbereich*）⁴⁶。這也植基於一個合理的想法，亦即，行政高權對於基本權地位越是強烈的干預，就越需要取得國會的立法授權基礎；反之，如果干預輕微，基本權干預亦有可能以間接授權的命令作為干預基礎。

一言以蔽之，就是法律保留及明確性原則的層級化。這種層級化保留（*abgestufte Vorbehalte*）的想法，在我國憲法上亦有其基礎。簡言之，我國憲法第二十三條所規定的干預保留，本來沒有按照權利性質或其影響的重要性程度，建立不同層級的法律保留體系，但大法官釋字第四四三號解釋⁴⁷已將其法律保留予以層級化，

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 34, 238, 245; 44, 353, 372; 44, 353, 372.

⁴⁷ 請參閱理由書：「……惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制（參照本院釋字第三九二號解釋理由書），而憲法第七條、第九條至第十八條、第二十一條及第二十二條之各種自由及權利，則於符合憲法第二十三條之條件下，得以法律限制

據此，共可分為四個法律保留的層級，分別是憲法保留（憲法第八條有關人身自由之限制）、絕對法律保留（如剝奪人民生命身體自由之可罰條件、各種時效制度等，屬國會保留項目）、相對法律保留（有關其他人民自由權利之重要事項）及非屬法律保留之事項（執行法律之細節性、技術性及對人民影響輕微之事項）⁴⁸。關此，公法學者已有不少論述⁴⁹，而本文認為，層級化法律保留既已在憲法解釋上取得法源依據，而就基本方向言亦值贊同，因此本文將重心放在其「如何轉換到刑事訴訟領域」，藉此銜接門檻理論⁵⁰。

應予注意，「法律」本來是構築法律保留的核心概念，抽象而言，在此所稱的法律，可以略稱為雙重的法律概念（sog. doppelter Gesetzesbegriff），包含由國會（立法者）親自制訂的抽象、一般的形式兼實質法律（formell-materielle Gesetze），以及由行政權植基於形式兼實質法律的授權而發佈之抽象、一般的命令，這種用以

之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。……」

⁴⁸ 請參閱吳庚，憲法的解釋與適用，頁58以下，2003年。

⁴⁹ 請參閱吳庚，前揭註；林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞合著，憲法——權力分立，頁182以下，2003年；葉俊榮，面對行政程序法——轉型台灣的程序建制，頁165以下，2002年；廖元豪，走自己的路——大法官「法律保留本土化」之路，台灣本土法學雜誌，58期，頁21以下，頁31以下，2004年5月。

⁵⁰ 無論是以重要性理論為本而具體發展法律保留的下位規則（如許宗力，論法律保留原則，收錄於：法與國家權力，頁185以下，1999年），抑或以層級化法律保留為據而區別不同干預的授權密度，兩種取向的重點皆在於以更精緻的基準，區別各種不同的自由與權利及其干預，進而判斷授權要求，這也是本文對於下述門檻理論之解決方向。

確立規制內容、目的及範圍的命令，屬於實質法律（*materielle Gesetze*）。專以干預為例，國會保留、重要性理論或層級化法律保留主要的關注焦點，在於何種干預必須「經由法律（本身）」（*Eingriffe durch Gesetz*），何種事項得僅「基於法律之原因」（*Eingriffe aufgrund einer gesetzlichen Bestimmung*）而以行政（職權）命令為之，前述釋字第四四三號解釋主要處理的，亦是此一典型問題，前者可謂絕對保留，後者僅屬相對保留。然而，關於規範密度與法律保留的關係，除了「國會法律——法律授權之行政命令」的面向以外，還有另外一個面向，即對國會本身制訂之（形式兼實質）法律的規範密度要求，這屬於法律保留原則固有的授權規範之明確性（*Bestimmtheit der Ermächtigungsnorm*）問題⁵¹，就本文處理的脈絡，簡言之，主要就是討論特別授權之法律與一般（或概括）授權之法律，亦即探討何種干預必須適用特別授權之形式，何種干預得僅援引一般或概括授權之形式。這點，正是下述刑事訴訟之門檻理論的緣起，而本文試圖從層級化的法律保留觀點，論述其必要性與可行性。

參、一般授權與門檻理論

一、門檻理論之提出與爭論

門檻理論（*Schwellentheorie*）是以法律保留原則為前提而產生的理論。如前所述，國家機關干預人民基本權，必須事先獲得法律的授權基礎，始得為之，否則即因違反形式要件而構成違法、違憲之基本權干預。門檻理論的基本主張是，司法警察（官）從事干預性的追訴性活動時，在一定的干預門檻以下，可以援引法律的一般

⁵¹ Vgl. auch BVerfGE 38, 348, 357 f.

授權條款作為干預基本權的基礎，這尤其適用於欠缺物理力強制的資訊干預。

至於何謂一般授權（*Generalmächtigung*）的條款⁵²？主要是指刑事訴訟法上關於司法警察調（偵）查權限的一般性規定。亦即，司法警察（官）有「協助檢察官偵查犯罪之職權」（本法第二二九條第一項）或「受檢察官之指揮（或命令）而偵查犯罪」的職權（本法第二三〇條第一項、第二三一條第一項）。除此之外，依照刑事訴訟新法規定，司法警察（官）知有犯罪嫌疑者，「應即開始調查」，並將調查之情形報告該管檢察官及上級司法警察官（本法第二三〇條第二項、第二三一條第二項）⁵³。如果把檢察官也包攝進來討論，還包括「檢察官……知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查」（本法第二二八條第一項）。

⁵² 刑事訴訟法上的干預授權問題，多如牛毛，本文篇幅僅能初探（司法警察的）一般授權條款。其他相類問題，如審稿委員一特別提到的「以不確定法律概念為構成要件之概括條款（*Generalklausel*）」，則另需專文處理。不過，本文所稱一般授權條款，特性在於授權規定並不列舉特定的干預行為，這是其區別所在。反之，刑事訴訟法其他不確定或概括的授權條款，基本上多可歸類為特別授權條款，也就是已經特定了國家機關得為的干預行為種類，只不過構成要件不（夠）明確而已，例如，舊刑事訴訟法（§ 203 III）關於鑑定留置的規定即是一例，儘管要件籠統，但干預行為種類卻已經特定了（將被告送入醫院鑑定身體或心神狀態）。由於問題性質有別，因此，本文未加處理。

⁵³ 我國上開新規定係在2001年1月時隨同搜索、扣押之新法而增修，舊法原條文是，司法警察（官）知有犯罪嫌疑者，應報告該管檢察官或司法警察官，「但得不待其命令，逕行調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據」（舊法§§230 II, 231 II），新法則將司法警察（官）之自行調查改列為原則。本條規定相當於德國刑事訴訟法第163條之規定，德國該條規定向來有下述的任務指示說與一般授權說之爭，最後爭論的結果是，德國立法者於1999年修法，正式承認其作為一般之干預授權（*eine generelle Eingriffsbefugnis*）的性質，該條的任務指示說也因此成為過去式。Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, § 163 Rn. 1.

門檻理論支持者認為，基於發現真實及有效追訴的考量，司法警察（官）的追訴活動，如果僅造成質量輕微的干預（如跟監或盯梢），可以援引上開一般調查條款作為授權依據。但門檻理論自從提出以來，向來是箭靶所在，主要的批評如下：

(一)任務指示規定欠缺作為干預授權基礎之適格性⁵⁴。批評者認為，司法警察（官）調查的一般性規定，僅是立法者對於司法警察（官）的任務指示規範（Aufgabenzuweisungsnorm）而已，並不是權限或授權規範（Befugnis- bzw. Ermächtigungsnorm），根本不得作為干預基本權的根據。換句話說，立法者在此僅表明「司法警察（官）有什麼任務」，但可沒有賦予其任何干預基本權之權限。

(二)門檻理論欠缺門檻標準並違反明確性原則。簡言之，何謂質或量「較輕微」的干預，欠缺明確具體的判斷標準，容易流於恣意的認定（這和前述對干預門檻及重要性理論的批評類似）。此外，這些一般規定太過概括，本身沒有任何干預要件、對象、程序可言，以致於無法明確界定個別偵查行為的干預界限何在，若以其為干預授權基礎，不但違反法律保留之明確性原則，進而還會導致司法審查者（指法院）遁入更模糊的比例原則，德國聯邦最高法院關於司法警察得否設置臥底線民（V-Mann; Vertrauensperson）問題之處置，適足以說明這種危險⁵⁵。

⁵⁴ 中文文獻請參閱楊雲驊（其將Schwellentheorie譯為界限理論），「通訊保障及監察法」實施前電話監聽合法性及證據評價的探討，台灣本土法學雜誌，57期，頁45以下，2004年4月。

⁵⁵ Vgl. BGH GA 1975, 333; BGHSt 32, 115, 121 ff.; 45, 321, 324; kritisch dazu vgl. Duttge, JZ 1996, 556, 561 ff.; Eschelbach, StV 2000, 390, 391 ff.; Fischer/Maul, Tatprovozierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme, NStZ 1992, 7, 8 ff.; Herzog, Rechtsstaatliche Begrenzungen der Verbrechensbekämpfung – Ein kritische Bilanz der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum tatprovozierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel, NStZ 1985, 153, 155; Lilie/Rudolph, Anm. zu

(三)門檻理論會架空刑事訴訟法的特別授權，造成基本權保護的漏洞。亦即，門檻理論的運（濫）用，可能會讓基本權體系及法律保留原則（含其下位之明確性原則）付諸流水；假使警察可以援引這種一般調查權限規定來作為正當基本權干預的概括授權條款，那麼，刑事訴訟上依照法律保留而來的特別授權條款（諸如搜索、扣押、身體檢查、通訊監察等），豈非形同具文？舉例而言，如果連立法者特別規範的通訊監察干預，都可以求諸於一般授權規定，那麼，《通訊保障及監察法》有何用武之地？

二、本文之見解：修正的門檻理論

本文結論認為，對門檻理論的批評，雖然殊值傾聽，然而，鑑於現代干預概念及法律保留領域的雙重擴張，一定範圍內承認偵查活動一般性授權，仍有其必要性，因此重點在於如何充實門檻理論的具體內涵，使其一方面能維持司法警察（官）偵查活動的形成空間，但另一方面卻不致於淪為扼殺基本權保護的藉口。

首先，任務指示規定並不必然和授權基礎互斥⁵⁶。事實上，刑事訴訟法本來就是一個混合了任務指示和授權基礎的法領域，而其

BGH, NStZ 1995, 514 f.; Malek/Wohlers, Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, 2. Aufl., 2001, Rn. 481 ff.

簡言之，由於德國刑事訴訟法僅有臥底警探（§§ 110 a ff. StPO）而無臥底線民之授權基礎，德國聯邦最高法院遂援引警察調查任務的一般規定（§163 StPO），一方面作為警察機關設置臥底線民的法律依據，但另一方面卻又加諸其比例原則的限制，一再表示，關於臥底線民的設置及活動，必須兼顧犯罪追訴的利益及人民的基本權利，唯有為了對抗及澄清特別危險的、以其他手段難以調查的犯罪時，例如毒品案件及組織犯罪案件，警方才能以臥底線民為偵查手段。

⁵⁶ Vgl. BVerwG NJW 1990, 2763; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 3. Aufl., 1997, Rn. 179.

中有些規定更具有兩者競合的本質。以系爭的司法警察（官）之一般調查規定（本法第二三〇條第二項及第二三一條第二項）為例，從義務面的角度來看，立法用意在於課予司法警察開始偵查的法定義務（法定偵查原則），這固然也是任務指示，然而，從權限面來看，司法警察（官）也因為這項這項法定義務而有逕行調查之權限。當然，從這裡還無法導出司法警察具體的權限範圍，因為這還牽涉到一般調查權限與特別調查權限的關係，解決這個關係還是得回到憲法的基本權體系及刑事訴訟法的其他授權規定，但無論如何，單單的任務指示說，還不足以成為反對門檻理論的理由。

其次，門檻理論附生於基本權體系及法律保留原則，因此，評價時當然要依附在現代基本權的發展背景與脈絡。如前所述，現代基本權體系歷經了雙重的擴張：基本權干預概念的擴張（包含基本權保護領域的擴張），以及法律保留範圍的擴張（如給付行政及特別權力關係）。亦即，本來依照古典干預概念欠缺干預品質的偵查措施，現在依照擴張的干預概念卻被包攝進干預的概念，造成了干預保留範圍的擴大現象。門檻理論的反對者僅從法律保留的法治國面向，認為一般調查規定不足以作為權限規範，但卻未處理雙重擴張以後的法律保留原則，到底應該如何運作的問題。

在資訊社會及現代干預概念底下，必須正視干預幾乎無所不在的困境，如果否定這種一般調查權限的授權方式，而要求立法者鉅細靡遺羅列各種干預細項的授權規定，幾乎是不可能的任務。此外，和審判不同在於，偵查活動具有向未來開展的「形成性」，也因此有所謂偵查程序之自由形成原則，讓偵查者有一定的判斷餘地來選擇其認為比較有效的偵查措施。追訴的有效性同樣是法治國原則的一環，也是國家保護義務的範圍（制訂刑法並追訴犯罪以保護法益免受侵害），為了達到這個目的，偵查的形成空間不能被過度壓縮。簡言之，司法警察在對抗犯罪的活動，必須具有一定的彈

性，過度細節地要求任何一種取得資訊手段都有明確的特別授權基礎及程序，將使警察無法有效追訴。無論如何，在偵查的過程，警察必須保留一定的裁量餘地來判斷到底使用何種偵查手法較為適宜，畢竟，我們課予警察從事偵查之任務，而偵查也可能擴及馬上被排除犯罪嫌疑之人。

此外，現代科技的發展運用，也是偵查措施難以完全排除一般授權條款的原因。警察對抗犯罪所採的措施及其輔助手段，永遠都在變化（手機詐財案及來電顯示之爭論即為一例）。犯罪的手法日新月異、新的偵查技術一直發明，所以警察必須與時俱進，來適應新的犯罪技術與偵查科技。想要創制一個可以包括現在及未來所有可能造成資訊干預之偵查措施的法律授權基礎，恐怕是過度需索，而且等於也是給予犯罪者一種對抗警察偵防手段的可能性，藉此來使有效的偵查手法變成無效。如果基本權體系雙重擴張導致的結果是，立法者必須負責創制所有新型的、具體的偵查措施的明確授權基礎，這縱使可能，也會造成過度的「法律化」，大幅阻礙國家追訴犯罪的基本任務⁵⁷。不然，另一種結果便是，立法者不分青紅皂白授權所有可能的干預型態，交差了事，我國新法關於身體檢查處分的授權方式，已經說明這不是杞人憂天⁵⁸。

總而言之，滴水不漏的授權方式，既不可能也無必要，但這並不表示門檻理論可以大幅運用，更不表示刑事訴訟的一般授權可以取代特別授權規定。重點在於回到刑事訴訟領域，探討一般授權的具體標準與運用界限，尤其是其與已經特別授權之規定的關係。

⁵⁷ Vgl. Ahlf, Die Polizei 1983, 41, 51 f.; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 3. Aufl., 1997, Rn. 179 f.

⁵⁸ 請參閱林鈺雄，對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分，台灣本土法學雜誌，55期，頁56以下，頁66以下，2004年2月。

三、具體之運用

針對修正的門檻理論，本文具體提出以下標準，作為判斷容許與禁止援引司法警察（官）一般調查權限的界限：

(一) 超過一般調查權限之類型

1. 立法特別授權之清單

刑事訴訟上已經立法者特別授權之基本權干預或強制處分，當然排除以一般授權規定作為干預基礎，尤其是禁止在不符特別授權要件時回溯到一般授權條款⁵⁹。這點，尤其適用於傳統上列為「強制」處分的干預措施（搜索、扣押、拘提、逮捕、羈押、身體檢查處分等），亦即，追訴性的強制處分必須以立法特別授權的方式並且依照該授權規定來實施，而這種特別授權本來就有其破碎性，縱使出現授權的漏洞，不但不能類推適用，也不得援引一般調查權限來填補，否則等於就是架空了立法的特別授權⁶⁰。從民主面向的法律保留而言，這會等於是顛覆立法機關的權力，漠視立法者在特別授權規定所揭示的原則與程序（如法官保留原則、重罪原則、補充性原則等）；從法治國的法律保留而言，藉由特別授權而免於不可預期侵犯的目標，也會再度落空。

具體而言，以搜索、扣押的立法特別授權（本法第一二二條以下）與台灣實務盛行的「帶同起贓」之關係為例，司法警察（官）未持搜索票、未得同意且不符合無令狀搜索要件而進入嫌疑人家中起出贓物的偵查措施，就是欠缺干預授權基礎的違法搜索、扣押，

⁵⁹ Vgl. BGH NJW 62, 1021; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, § 163 Rn. 32; Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 3. Aufl., 1997, Rn. 179a; Wache, in: KK-StPO, 4. Aufl., 1999, § 163 Rn. 12.

⁶⁰ Vgl. Ahlf, Die Polizei 1983, 41, 52; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, § 163 Rn. 1, 32.

不能再回溯到司法警察（官）之一般調查權限規定作為干預的合法性基礎⁶¹。這點，也適用在司法警察（官）利用隱性偵查手法（線民或臥底警探）而進入嫌疑人住宅的情形⁶²，因為進入住宅刺探犯罪資訊，正是搜索特別授權的範圍，而且隱性偵查手法只會「升高」（帶有詐欺及規避的本質）而不會「降低」干預的強度，更不可能回溯到要件闕如的一般授權規定。從層級化的法律保留來看，這裡需要的反而是加重的特別授權⁶³。

2. 憲法古典權利之清單

（廣義的）刑事訴訟上尚未經立法者特別授權之基本權干預或強制處分，如果涉及憲法特別列舉的基本權⁶⁴，應先推定其與基本權實現之相關性，因此，依照層級化的法律保留，同樣不能回溯一般授權條款來作為干預基礎⁶⁵。最典型的事例，便是我國一九九九

⁶¹ 類此案例，請參閱台灣高等法院座談會92年度刑事類23號提案。

⁶² Vgl. nur Amelung, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsguts, 1981, S. 102ff.; Eschelbach, StV 2000, 390, 393; Schneider, Ausgewählte Rechtsprobleme des Einsatzes verdeckter Ermittler—Eine Zwischenbilanz, NStZ 2004, 359, 365 ff.

⁶³ 此亦為德國刑事訴訟法關於臥底警探之處置方式。簡言之，臥底警探之設置及活動，必須依照該法的特別授權規定為之（§§ 110a ff. StPO），若臥底警探若欲進入相對人住宅者，由於本質上即屬國家追訴機關干預個人住居安寧之搜索措施，因此適用加重之特別授權（§ 110b StPO）。Ausf. zum Ganz: Schneider, NStZ 2004, 359, 365 ff.

⁶⁴ 這裡指涉的古典權利清單，是指憲法特別列舉的基本權，扣除具有社會權或參政權性質者而言，故包括古典的平等權（憲法第7條）與自由權（指憲法第8條至第14條之人身自由、不受軍法審判之自由、居住遷徙自由、表現自由、秘密通訊、信仰宗教、集會結社自由）在內，主要是用來和清單以外基於憲法第22條所保障之「其他權利」相區別，請參閱吳庚，憲法的解釋與適用，頁58以下，2003年。

⁶⁵ Vgl. auch Duttge, JZ 1996, 556, 560.

年《通訊保障及監察法》實施前的電話監聽及錄音，這是對憲法特別列舉的秘密通訊自由（憲法第十二條）之核心領域的重大干預，然而，我國實務施行十餘年來卻一直欠缺特別的法律授權基礎。這種干預處分不但不能援引行政命令作為干預依據，也不能訴諸偵查機關的一般偵查權限，結論就是構成違法之基本權干預⁶⁶。

至於《通訊保障及監察法》立法之後，基於前文 1. 所述的原因，已經不得回溯一般偵查權限作為通訊監察的依據（包含利用臥底警探或線民進行之干預），否則，該法第五條以下所特別揭示的列舉重罪原則、補充性原則及所有的法定授權程序，無異淪為空談⁶⁷。此外，由於「秘密」通訊自由的保護領域，除了通訊內容本身以外，還包含通訊位址及通訊狀態的秘密（上文貳、二、(四)、3.），因此，探知發收通訊門號以及調取通聯紀錄的行為，屬於對秘密通訊自由之基本權的干預，同樣不能援引一般調查權限作為干預的授權基礎。簡言之，一旦落入古典權利清單的基本權，原則上就已排除依照門檻理論取得一般干預授權基礎的可能性。

⁶⁶ 同此結論：楊雲驊，「通訊保障及監察法」實施前電話監聽合法性及證據評價的探討，台灣本土法學雜誌，57期，頁37以下，2004年4月。

最高法院91年台上字第2905號刑事判決亦謂：「按通訊秘密係憲法第十二條規定保障之基本人權，電話通話為通訊之一種，自在保護之列，縱在通訊保障及監察法於民國八十八年七月十四日公布之前，仍應予保障，非謂在通訊保障及監察法公布實施後始有保障該基本人權之必要；又司法警察固得不待檢察官之指揮而有逕行調查犯罪嫌疑人及蒐集證據之職責，然涉及侵害基本人權之通訊監察，法律並未賦與司法警察得逕予為之之權限……」。

⁶⁷ 最高法院甚且進一步認為，司法警察機關亦不能以「已得通訊之一方事先同意」為由而自行（未聲請核發通訊監察書）實施通訊監察，否則無異是規避通訊保障及監察法第5條、第6條所規定之限制（93年台上字第2949號刑事判決）。就本文脈絡言，得通訊一方同意之監察，不能援引一般調查權限為授權基礎。

3. 該當刑法構成要件之干預

系爭偵查行為，如果本身已是刑法構成要件的該當行為，必須具備特別的授權基礎，不能援引一般調查權限作為刑法的阻卻違法事由或刑事訴訟上的干預授權基礎⁶⁸。這有許多理由，其中之一是國家機關不能以犯罪行為來追訴犯罪，尤其是立法者並未特別明白授權的情形。典型的事例，便是司法警察（官）利用工具、設備而窺視、照攝、竊聽、竊錄相對人非公開之活動或言談者，這些行為本身是妨害秘密罪的構成要件該當行為（刑法第三一五條之一），其中有些部分（如監聽、錄音等）已經落入《通訊保障及監察法》的特別授權範圍，依照前述第1點就排除一般授權的可能性，但有些部分（對非公開活動之窺視、照相或攝影等）則與該法之特別授權無關，惟結論同樣是不能援引一般調查權限規定，作為干預人民非公開活動、言談之授權基礎。惟應注意，以上談的是對授權要求方式的影響，而非是否構成干預的問題；畢竟，公法上的干預行為，未必是刑法上的犯罪行為（如違法搜索未必構成刑法第三〇七條之非法搜索罪）。

4. 附帶授權之干預

附帶授權之干預基礎，必須求諸各該特別授權基礎本身，不得回溯至一般授權條款。附帶干預在此是指，為了達到實施某種刑事訴訟上之基本權干預的目的，而附帶地干預了其他基本權的情形。附帶干預的概念，正是為了解決干預保留的授權範圍問題，認為其附帶在立法者已經特別授權的干預範圍之內。以抽取血液之身體檢

⁶⁸ Vgl. Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 3. Aufl., 1997, Rn. 179; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., 2001, § 163 Rn. 43. 應予注意，在此僅以刑法構成要件層次為準據，用以輔助界定立法者認為特別嚴重的侵害法益類型，討論的也僅限於刑事訴訟法上是否需要特別的法律授權基礎。至於一般的阻卻違法事由，與是否必須特別授權的問題，並無特殊的關連性。

查處分為例，常見必須附帶進行的干預，包括對抗拒者施以暫時拘束自由的強制力、或同行至醫院進行抽血的自由拘束以及對所抽取血液所進行的檢測，但這些附帶干預的授權基礎最多僅能援引該項特別授權的基礎（如本法第二〇五條之一），一旦不符合特別授權基礎時，如我國司法警察（官）依法並無抽血檢測的權限（本法第二〇五條之二參照），抽血行為本身及其附帶干預，皆不能回溯至一般調查權限的規定。

（二）屬於一般調查權限之類型

除了以上所述情形以外，可能（僅）涉及一般人格權（及與此相關的資訊自決權）的非強制性干預措施，基於前文所述雙重擴張的說明，原則上可以援引一般調查權限作為干預基礎。簡言之，刑事訴訟上對「犯罪」及「犯罪嫌疑人」的調查，和其他行政行為不同，本質上就難免影響包含名譽權在內的一般人格權，這也是其保護領域及干預概念擴張之後的結果。即便是最單純的公開呼籲（如甲女被殺死於住處而其夫乙不見蹤影，警方公開呼籲乙到案釐清），也常帶有對一般人格權的輕微干預性。如果一方面認為，司法警察（官）知有犯罪嫌疑即有開始調查的權限與義務（開始偵查的法定原則！），另一方面卻連其對一般人格權之非強制性干預都不允許，那一般調查權限根本就是毫無內容的空包彈⁶⁹。當然，以上僅是說明系爭偵查措施形式上不違反法律保留原則，並不因而免除其實質上是否合乎比例原則（包括資訊運用的目的限制）的審查。

例如前言所示【盜版光碟案】⁷⁰，埋伏警員於十多米外距離以

⁶⁹ Vgl. Kramer, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 3. Aufl., 1997, Rn. 179.

⁷⁰ 請參閱最高法院93年台上字第685號刑事判決之案例事實。

數倍鏡頭，拍攝被告在住宅外交易盜版光碟的經過，諸如此類司法警察（官）在非私人領域（如街道、商店等公開場合）以目視科技對於犯罪嫌疑人跟監、盯梢⁷¹並附隨照相，縱使是公開場合，照相攝影會涉及從一般人格權導出的肖像權（*das Recht am eigenen Bild*）⁷²之干預，但這種對一般人格權或資訊自決權的微量干預，可以援引一般調查權限作為授權基礎。但應注意預防性措施與追訴性措施之分野，偵查機關採取任何偵查措施的前提（包括一般調查權限之發動），是已經具備了偵查的開始嫌疑（本法第二二八條第一項、第二三〇條第二項及第二三一條第二項）⁷³，在此時點之前的相關預防性措施，警察主要授權依據是《警察職權行使法》⁷⁴，而非刑事訴訟法之一般調查權限。

⁷¹ Zur Observation vgl. Benfer, *Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft*, 2. Aufl., 2001, Rn. 1109 ff.; Kleinknecht/Meyer-Goßner, *StPO*, 45. Aufl., 2001, § 163 Rn. 34; Malek/Wohlens, *Zwangmaßnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren*, 2. Aufl., 2001, Rn. 631 ff.; Wache, in: *KK-StPO*, 4. Aufl., 1999, § 163 Rn. 12.

⁷² Vgl. BVerfGE 34, 238, 245 f.

⁷³ Vgl. Ahlf, *Die Polizei* 1983, 41, 52; Kleinknecht/Meyer-Goßner, *StPO*, 45. Aufl., 2001, § 163 Rn. 9.

⁷⁴ 如該法第11條：「警察對於下列情形之一者，為防止犯罪，認有必要，得經由警察局長書面同意後，於一定期間內，對其無隱私或秘密合理期待之行為或生活情形，以目視或科技工具，進行觀察及動態掌握等資料蒐集活動：一 有事實足認其有觸犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之虞者。二 有事實足認其有參與職業性、習慣性、集團性或組織性犯罪之虞者。」；「前項之期間每次不得逾一年，如有必要得延長之，並以一次為限。已無蒐集必要者，應即停止之。」；「依第一項蒐集之資料，於達成目的後，除為調查犯罪行為，而有保存之必要者外，應即銷毀之。」

以上授權不但僅限於預防犯罪目的（「為防止犯罪」、「之虞」），而且也已經排除有秘密或隱私之合理期待的情形。

(三)非關一般調查權限之類型

至於在國家性、基本權之保護領域或其干預性層次已經否定的行為，不受此處的法律保留（指干預保留）之拘束，因此也不涉及門檻理論或一般調查權限之運用問題。

首先，非國家性之行為，也就是不屬於國家與個人關係之行為，與一般調查權限之問題無關。例如，不可歸責於國家之線民私人行為⁷⁵（含過剩行為），縱使涉及刑事不法，也應當落入私人不法取證的脈絡，探討自主性之證據使用禁止，而非以國家違法取證為前提的依附性證據使用禁止來討論。再如，通訊內容及發話門號固然都屬秘密通訊自由權的保護領域，但其前提仍是具有國家性，基本權體系固然規範國家對個人之秘密通訊自由的監察行為，惟若通訊一方（私人）將其與他方（私人）的通訊內容與門號，「事後轉知」司法警察（官），就已經不是「國家」的通訊監察行為。

其次，司法警察（官）趕到犯罪現場東問西問的打探消息（*informatiorische Befragungen*）行為，或其單純接受在場人的自發性陳述（*Spontanäußerungen*）之情形⁷⁶，雖具國家性，但在被告地位形成之前，無論是主動的探聽舉止或被動的收受自發性陳述，都未干涉到基本權，也無干預保留或門檻理論的問題，甚至於也不受刑事訴訟特別立法之訊問規範（如第九十五條之告知義務）的拘束。當然，被告地位一旦形成之後，情形就完全不同⁷⁷。

⁷⁵ 案例如歐洲人權法院之 *Stocké v. Germany*, 1991, Series A no. 199; zusammenfassend s. Esser, *Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht – Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg*, 2002, S. 178 ff.

⁷⁶ Vgl. Beulke, *Strafprozeßrecht*, 5. Aufl., 2001, Rn. 113, 118; Boujong, in: *KK-StPO*, 4. Aufl., 1999, § 136 Rn. 4.

⁷⁷ 包括被告地位已經形成者，不得以證人身份訊問而規避對被告之告知義務規

至於得同意之處分（如「任意同行」），若其憲法基礎在於基本權之捨棄（Grundrechtsverzicht），便已在第一個層次即基本權保護領域就予排除（當然必須合乎如自願性等基本權捨棄之相關要件），同樣也不生回溯一般調查權限之問題。

肆、結 語

國家機關干預人民受憲法保障的基本權，必須事先取得明確的法律授權基礎，始得為之，這是法律保留原則的基本要求。根據憲法優位性之原則，刑事訴訟上的基本權干預，亦受法律保留原則之拘束。然而，由於當代基本權體系的重大變遷，使得基本權干預的概念及法律保留的領域產生雙重的擴張現象，而偵查活動本質上又有向未來開展的形成性，尤其是現代科技在犯罪及偵查措施之運用，這些發展讓產生了法治國的兩難：一方面，刑事訴訟不能成為

定，請參閱最高法院92年台上字第4003號刑事判決。

關於被告地位之形成時點，請參閱林鈺雄，被告地位之形成，台灣本土法學雜誌，2期，頁123以下，1999年6月；楊雲驊，被告地位之形成與告知義務，台灣本土法學雜誌，44期，頁144以下，2003年3月；vgl. BGHSt 10, 8 ff.; 138, 140; 37, 48, 51 f.; 38, 214, 227 f.; Beulke, Strafprozeßrecht, 5. Aufl., 2001, Rn. 110 ff.; Rogall, in: Systematischer Kommentar zur Strafprozeß-ordnung (SK-StPO), Stand 2000, Vor § 133 Rn. 15 ff.

附帶說明，包括我國法及德國法在內，多數立法例並無被告地位形成時點的立法定義，但2000年翡冷翠版的《歐盟刑事法典》草案第29條（Corpus Juris 2000, Article 29 – Rights of the accused），則有明文定義；這些定義，也和歐洲人權法院的判例法相符（see ECHR, *inter alia*, Engel and Others v. the Netherlands, 1976, Series A no. 22, §§ 81-83; Öztürk v. Germany, 1984, Series A no. 73, §§ 47, 52-55; Funke v. France, 1993, Series A no. 256-A, § 44），本條相關立法背景說明，請參閱Delmas-Marty(Hrsg.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, 1998, S. 71 f.（針對Corpus Juris 1998原草案版本，Corpus Juris 2000文字略有更動）。

憲法基本權保護的化外之地，另一方面，過度細節的法律授權要求將會導致偵查活動寸步難行，阻礙追訴目的的達成。在刑事訴訟領域，遂有門檻理論的折衷方案之提出，試圖層級化刑事訴訟之基本權干預，並承認在一定門檻以下的微量干預措施，司法警察（官）得以一般調查權限之條款（本法第二三〇條第二項、第二三一條第二項）作為干預的授權基礎。

門檻理論，正是憲法基本權體系的雙重擴張在刑事訴訟法上的映射。本文首先從基本權干預概念的變遷與困境出發，並以刑事訴訟之干預為例，論證古典干預要素對現代干預概念的判斷仍有影響。其次，從自由與財產的保留、全部保留、重要性理論到我國憲法實務傾向的層級化法律保留，法律保留原則的內涵及範圍歷有變動，這些發展正是刑事訴訟之門檻理論的誕生背景，本文試圖從法律保留不可能走回頭路的觀點，試圖論證門檻理論的必要性。門檻理論的關鍵問題，正如重要性理論或層級化法律保留體系一般，在於如何具體化。

本文結論採納修正的門檻理論，為兼顧現代科技及偵查活動之形成性、多樣性的特性，認為應承認司法警察（官）之一般調查權限，作為無強制力且質量輕微之資訊干預基礎。但這不能架空法律保留的要求，具體而言，已經立法特別授權之清單、憲法之古典權利清單或涉及刑法構成要件的干預性偵查措施，皆不得援引一般調查權限作為干預的授權基礎；反之，上開所示以外僅涉及一般人格權或資訊自決權的非強制性干預措施，原則上可以援引一般調查權限作為干預基礎，僅生比例原則之問題。至於不具國家性或未達干預程度之偵查措施，本來就與干預授權基礎之問題無關。

據此，欠缺特別授權基礎的追訴性活動，例示判斷結果如下：臥底警探進入住宅屬已經特別立法授權之清單（本法第一二二條以下之搜索）、調閱通聯紀錄涉及憲法的古典權利清單（憲法第十二

條之秘密通訊自由之保護領域)、攝錄嫌疑人之非公開活動牽涉刑法構成要件行為(刑法第三一五條之一),皆非一般授權基礎所能涵蓋。反之,在公開場合或公眾得出入之處所,對於嫌疑人的(尾隨)跟監、盯梢、攝錄,或公開呼籲關係人到案,縱使涉及到一般人格權(如肖像權),亦得援引一般調查權限之規定。至於被告地位形成前警員的打探消息或收受自發性陳述,或已得被告自願性同意的任意同行,本來不是國家之干預行為,自毋庸以特別授權基礎作為正當化事由。最後,國家不得為了追訴犯罪而去製造犯罪,無論警察以何種喬裝或臥底偵查手法,挑唆犯罪皆不在司法警察(官)的權限範圍。

參考文獻

一、中 文

1. 土本武司著，董璠與、宋英輝合譯，日本刑事訴訟法要義，1997。
2. 朱敏信，論我國監聽制度設計之源起、演化及未來——以電話監聽為中心，台灣大學法研所碩士論文，2003。
3. 吳庚，憲法的解釋與適用，2003。
4. 李建良，憲法理論與實踐(一)，1999。
5. 李建良，憲法理論與實踐(二)，2000。
6. 林三欽，論基本權之侵害，收錄於：「憲法解釋之理論與實務（第二輯）」，2000。
7. 林子儀、葉俊榮、黃昭元、張文貞合著，憲法——權力分立，2003。
8. 林鈺雄，從基礎案例談證據禁止之理論與發展，收錄於：「刑事訴訟之運作——黃東熊教授六秩晉五華誕祝壽論文集」，1997。
9. 林鈺雄，被告地位之形成，台灣本土法學雜誌，2期，1999。
10. 林鈺雄，對被告／犯罪嫌疑人之身體檢查處分，台灣本土法學雜誌，55期，2004。
11. 林鈺雄，國家挑唆犯罪之認定與證明——評三則最高法院九十二年度之陷害教唆判決，月旦法學雜誌，111期，2004。
12. 法治斌、董保城合著，憲法新論，2003。
13. 許宗力，法與國家權力，1999。
14. 陳新民，憲法基本權利之基本理論（上），1999。
15. 陳運財，刑事訴訟與正當之法律程序，1998。
16. 黃朝義，偵查中之強制處分與檢警關係，月旦法學雜誌，108期，2004。
17. 楊雲驊，證據使用禁止在個案上的判斷過程——以電話分機聆聽案為例，東吳法律學報，13卷2期，2002。
18. 楊雲驊，被告地位之形成與告知義務，台灣本土法學雜誌，44期，2003。

19. 楊雲驊，「通訊保障及監察法」實施前電話監聽合法性及證據評價的探討——評最高法院九〇年台上字第八四八號、九一年台上字第二九〇五號及八七年台上字第四〇二五號判決，台灣本土法學雜誌，57期，2004。
20. 葉俊榮，面對行政程序法——轉型台灣的程序建制，2002。
21. 廖元豪，走自己的路——大法官「法律保留本土化」之路，台灣本土法學雜誌，58期，2004。
22. 蕭文生，論基本權利侵害之救濟，收錄於：「憲法解釋之理論與實務（第二輯）」，2000。

二、外 文

1. *Ahlf*, Der Begriff des “Eingriffes” insbesondere bei kriminalpolizeilicher Tätigkeit und die sog. “Schwellentheorie” zu § 163 Abs. 1 StPO, Die Polizei 1983, 41 ff.
2. *Amelung*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Grundrechtseingriffe, Berlin, Verlag Duncker & Humblot (1976).
3. *Amelung*, Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes – eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, Berlin, Verlag Duncker & Humblot (1981).
4. *Benfer*, Rechtseingriffe von Polizei und Staatsanwaltschaft, Voraussetzungen und Grenzen, München, Verlag C.H.Beck, 2. Aufl. (2001).
5. *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrecht, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, III/2, Berlin, Verlag Duncker & Humblot (1959).
6. *Beulke*, Strafprozeßrecht, Heidelberg, Verlag C.F.Müller, 5. Aufl. (2001).
7. *Bosch*, Aspekte des nemo-tenetur-Prinzips aus verfassungsrechtlicher und strafprozessualer Sicht, Berlin, Verlag Duncker & Humblot (1998).
8. *Delmas-Marty*, Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, 1998, Köln/Berlin/Bonn/München, Verlag Carl Heymanns (1998).

9. *Duttge*, Strafprozessualer Einsatz von V-Personen und Vorbehalt des Gesetzes, JZ 1996, 556 ff. (1996).
10. *Eschelbach*, Rechtsfragen zum Einsatz von V-Leuten, StV 2000, 390 ff. (2000).
11. *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht – Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg, Berlin, Verlag De Gruyter. (2002).
12. *Esser*, Grenzen für verdeckte Ermittlungen gegen inhaftierte Beschuldigte aus dem europäischen nemo-tenetur-Grundsatz, JR 2004, 98 ff. (2004).
13. *Fischer/Maul*, Tatprovozierendes Verhalten als polizeiliche Ermittlungsmaßnahme, NStZ 1992, 7 ff. (1992).
14. *Gaede*, Anm. zu EGMR, StV 2003, 260 ff. (2003).
15. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg, Verlag C.F.Müller, 20. Aufl. (1995).
16. *Herzog*, Rechtsstaatliche Begrenzungen der Verbrechensbekämpfung – Ein kritische Bilanz der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum tatprovozierenden Einsatz polizeilicher Lockspitzel, NStZ 1985, 153 ff. (1985).
17. *Hilger*, Über verfassungs- und strafverfahrensrechtliche Probleme bei gesetzlichen Regelungen grundrechtsrelevanter strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen, in: FS-Salger, 1995, S. 319 ff. (1995).
18. *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, München, Verlag C.H.Beck. (2003).
19. *Jarass/Pieroth*, Grundgesetz, Kommentar(GG) , München, Verlag C.H.Beck, 6. Aufl. (2002).
20. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, Strafprozeßordnung, Kommentar (StPO), München, Verlag C.H.Beck, 45. Aufl. (2001).
21. *Kramer*, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, Stuttgart/Berlin/ Köln, Verlag W. Kohlhammer, 3. Aufl. (1997).
22. *Labe*, Zufallsfund und Restitutionsprinzip im Strafverfahren, Berlin, Verlag Duncker & Humblot (1990).

23. *Lilie/Rudolph*, Anm. zu BGH, NStZ 1995, 514 ff. (1995).
24. *Malek/Wohlers*, Zwangsmassnahmen und Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren, Heidelberg, Verlag C.F. Müller, 2. Aufl. (2001).
25. *Niese*, Narkoanalyse als doppeifunktionelle Prozeßhandlung, ZStW 63, 199 ff. (1951).
26. *Pfeiffer*, Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz(KK-StPO), München, Verlag C.H.Beck, 4. Aufl. (1999).
27. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, Heidelberg, Verlag C.F.Müller, 17. Aufl. (2001).
28. *Rogall*, Informationseingriff und Gesetzesvorbehalt im Strafprozeßrecht, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr. (1992).
29. *Rogall*, Anm. zu BVerfG, NStZ 2000, 489 ff. (2000).
30. *Roxin*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Strafverfahrensrecht – Ein Rückblick auf 40 Jahre, in: 40 Jahre Bundesgerichtshof, 1991, S. 66 ff. (1991).
31. *Roxin*, Strafverfahrensrecht, München, Verlag C.H.Beck, 25. Aufl. (1998).
32. *Rudolphi/Frisch/Paeffgen/Rogall/Schlüchter/Wolter*, Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz (SK-StPO), Neuwied/Kriftel/Berlin, Verlag Hermann Luchterhand, Loseblattkommentar idF v. 2000. (2000).
33. *Schmidt, Eb.*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Göttingen, Verlag Vandenhoeck & Ruprecht, 2. Aufl. (1964).
34. *Schneider*, Ausgewählte Rechtsprobleme des Einsatzes verdeckter Ermittler – Eine Zwischenbilanz, NStZ 2004, 359 ff. (2004).
35. *Stein/Frank*, Staatsrecht, Tübingen, Verlag J.C.B. Mohr, 17. Aufl. (2000).
36. *Verrel*, Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren – ein Beitrag zur Konturierung eines überdedenten Verfahrensatzes, München, Verlag C.H.Beck. (2001).

The Doorsill Theory: A Study on the Investigative Authority of the Police

Yu-Hsiung Lin*

Abstract

When the government seeks to impinge upon the fundamental rights which are protected by the constitution, it must obtain a definite authority of law because it is a basic demand of the principle of legal reservation. However, it is very difficult to achieve the goal of establishing a detailed and complete legislative authority in the field of criminal procedure, due to the existence of the phenomenon of double extension between the conception of interference of fundamental rights and the domain of legal reservation. This article starts from the discussion of the classification of legal reservation. Then it proceeds to analyse the Doorsill theory and comments on its merits and defects.

Keyword: Fundamental Rights, Interference, Principle of Legal Reservation, Classification of Legal Reservation, Doorsill Theory

* Doctor of Law, München University, Germany; Associate Professor of Law National Taiwan University, College of Law.

Received: October 13, 2004; accepted: May 2, 2005

