

查訪潛在的足球流氓？ 一個警察法的觀察

林佳和*

英王敕令，1348年：禁止足球比賽，因為它明顯帶來騷動、暴亂與互毆，不是在比賽中，就是在比賽後...¹。

壹、足球流氓與犯罪之預防

為了防止足球場內外的暴力——某個程度已經脫離單純運動規則、最狹義運動法領域之一般犯行²，歐洲許多國家都運用所謂「熟悉內情之專責公務員」（*szenekundige Beamte*）——以德國為例，多屬各邦刑事警察局之派出警察——這些同仁熟悉、了解足球與球迷組織，相關機關蒐集並建立起「有暴力記錄與傾向之球迷」的資料庫，內含其姓名、住居所地址、參與之運動暨球迷組織、擔任之職務、身體特徵、就業工作等個人資料，單以漢堡邦為例，就有超過兩千名球迷登記有案³。在這

些資料庫的支撐下，這些多為警察之「專責公務員」便常進行不同形式的查察，其中，「親至球迷工作場所拜訪」，成為常遭批評的焦點，不意外的，「雇主暨其他同事等第三人在場且知悉」，向為爭執所在，一個由德國諸多律師組成、目的在維護球迷相對於治安機關、球團與協會等之權利的「球迷律師工作小組」（*Arbeitsgemeinschaft Fananwälte*）便直言，這項全國到處可見之作法，實有侵害球迷基本權之嫌。從警察法的角度而言，當事球迷成了所謂「潛在之危害肇事者」（*potentielle Gefahrenverursacher*），不論在資訊、提醒警告、作成警察措施之任一階段，此來自於「預防足球暴力」思維與正當性之作法——道理很簡單：如同漢堡地方行政院所說的，基於驚駭的廣大流氓群眾、現場才欲介入通常已經太遲⁴，在警察法上，「親至工作場所拜訪

* 本文作者係國立政治大學法學院副教授

註1：Zitiert nach: Peter Jedelsky, Der polizeiliche Einsatz bei Sportgroßveranstaltungen, in: Andreas Grundel/Martin Karollus (Hrsg.), Sport-Recht-Praxis Berufssportrecht I: Schwerpunkt Fußballsport, 2008, S. 195.

註2：Dieter Rössner in: Jens Adolphsen/Martin Nolte/Michael Lehner/Michael Gerlinger (Hrsg.), Sportrecht in der Praxis, Stuttgart 2012, Rn. 1665.

註3：Gezielte Einschüterung: Polizei besucht Pauli-Fans bei der Arbeit, <http://taz.de/Gezielte-Einschueterung/!5428993/>（點閱日期：2020年5月30日）。

註4：Fall Fußballspiel FC St. Pauli/Hansa Rostock, OVG Hamburg NJW 2012, 1975.

與面論」——既無禁止復無誡命之純事實行為、非法律行為⁵，不論口頭或書面，應如何加以評價？特別是基本權角度的審查檢驗？是否應有清楚的法律授權？抑或本於一般警察法上的概括條款即可安然為之？其可能之合法性界限何在？本文將進行簡單的討論。

當然，簡單的背景提要，所謂有暴力傾向的足球流氓（Holligans），一直深深困擾特別是歐洲國家的足球世界。一個學理上的定義，所謂足球流氓，係指「多數為年輕男性所組成之，通常在足球比賽或其他重大運動賽事的脈絡下，與敵對的團體或與包括警察在內的安全人員，進行鬥毆與廝打之群體，這些群體可能是隨機組成，亦可能為事先約定或甚至來自於持續存在的組織，他們常以所謂蹂躪破壞主義（Vandalismus）自持、以暴力攻擊第三人、強調激動與驚恐為特徵，自視其行為係兇悍男人們之間的決戰」⁶。當然，Holligans的出現甚早，也並不只是在足球場上才能看到，其他像冰上曲棍球、橄欖球、美式足球、板球等運動，亦常有所聞，惟衡酌具體的面貌與問題程度，焦點幾近集中於足球之「文化現象」下，是請容許本文姑且稱之為足球流氓。

實務上觀察，大致上可以抓出以下的要素⁷：

- 通常指的是足球迷或其他運動迷，亦即在此脈絡下之流氓。
- 這些人通常以球迷組織之型態出現，共同參加所支持球隊的運動賽事。
- 最常見之行為，係針對敵隊球迷之暴力、言語等攻擊行為。
- 此足球流氓運動之跟來自於英國——雖然字源主要來自愛爾蘭，約莫形成於1950年代。
- 當代，只要在運動賽事，藉由極端的挑釁、辱罵、挑動不安與暴力衝突，對抗其他球迷團體或警察等安全人員者，皆多以Holligans稱之。

由於足球流氓對於運動、乃至於社會之危害甚鉅，各方不斷苦思對策。所謂的禁止入場行為人（Stadionverbotstäter），亦即施以入場禁令，就是一例，其他常見者如客場第三國之禁止入境、禁止居留，球迷所屬國家之禁止出境、帶有強制金課罰之陳報義務⁸，與危害者商談（Gefährderansprachen），收集監看影像收音，於警察勤務派出所作身分查證，隨行監看等，不一而足⁹。以奧地利足球協會頒行之

註5：Andrea Kießling, Die dogmatische Einordnung der polizeilichen Gefährderansprache in das allgemeine Polizeirecht-Überlegungen zu einer neuen "Standardmaßnahme", DVBl 2012, 1210.

註6：Roland Eckert/Linda Steinmetz/Thomas A. Wetzstein, Lust an der Gewalt. Journal für Konflikt- und Gewaltforschung, 3, 2001, S. 28f.; Thomas Bliesener, Hooliganismus, in: Andreas Beelmann/Kai J. Jonas (Hrsg.), Diskriminierung und Toleranz. Psychologische Grundlagen und Anwendungsperspektiven, Wiesbaden 2009, S. 319f.

註7：Marion Frank, Hooligan Definition: Was Hools von Ultras unterscheidet, [http://Praxistipps.focus.de/hooligan-definition-was-hools-von-ultras-unterscheidet_114130\(2021.07.08\)](http://Praxistipps.focus.de/hooligan-definition-was-hools-von-ultras-unterscheidet_114130(2021.07.08)).

註8：VerwG Hannover vom 8.6.2006; VerwG Oldenburg SpuRt 2013, 78.

註9：Jochen Fritzweiler in: Dersl./Bernhard Pfister/Thomas Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, 4 Aufl., München 2020, Kapitel 2 Rn. 53f.

禁止入場規則（ÖFB-stadionverbotsordnung）為例，其第1條第1項第2句便明列其定義：「針對因其與足球賽事有關之行為，影響與危害賽事之安全與秩序者，得由奧地利足球協會預防與禁止進入球場委員會施以全聯邦境內之禁止入場，適用於奧地利足球協會、所屬運動社團、聯盟球團所舉辦之所有賽事，藉由禁止其入場，以保護其他參與者之安全、維護運動場及相關設施」¹⁰。而在國家公權力機關之側，遂有進一步的、著眼於預防角度之努力。以德國為例，便派遣熟知此領域之警察公務員，特別在比賽日前，強化對於有暴力傾向之球迷的觀察，甚而課予其一定的報告義務。在1992年，德國聯邦政府，率先於Düsseldorf的邦刑事警察局，成立所謂中央運動執勤資訊中心（*Zentrale Informationsstelle Sporteinsätze, ZIS*），尤其登記與觀察全德國境內的足球暴力份子，建立資料庫，同時與其他國家進行資訊交換，以阻止足球流氓進入球場，在往後的數年中，成效不一，雖然看似有驚無險地度過2006年德國世足賽，但仍然在多個城市中，難以阻擋德國、英國及克羅埃西亞球迷的暴力衝突，共逮捕數百人，特別在德國與波蘭的一場比賽，單單在Dortmund市區，便逮捕相互暴力攻擊的429名兩國球迷，造成該市風聲鶴唳，之後2008年的歐國杯，特別是克羅

埃西亞對土耳其、荷蘭對俄羅斯的兩場比賽，都有兩邊球迷於舉辦城市內的大規模暴力衝突，警察單位疲於奔命¹¹。

當然，不是所有狂熱者、時有過激反應者，都是足球流氓，特別是歐洲1990年代形成的所謂極端足球迷（*Ultras*）：與目的在於挑釁與鬥毆的足球流氓不同，*Ultras*之目的在於看球、為自己心儀的球隊加油，死忠是其特徵，通常有組織的群體行動、一起出發去客場看球，然而，難免擦槍走火，與敵對球迷或警察等發生衝突，不斷出現的拒絕合作、拒絕指認暴徒，也遭來包括警界在內的許多批評，*Ultras*也當然沒有好臉色，例如一個常見於*Ultras*的口號：*A.C.A.B.=all cops are bastards*¹²。2015年，德國聯邦最高法院一則維持Dresden邦高等法院的刑事判決，將足球流氓團體定性為犯罪組織，法院在判決中說道：「被告之團體，目的在於鬥毆之範圍中，遂行其暴力行為，其組織目的與活動，就在於刑事可罰之危險的傷害他人身體」，是以，不論有計畫的或隨機自願的、相互敵對之足球流氓團體，皆可能因違反善良風俗而可罰，遭定性為犯罪組織¹³。在如此發展軌跡下，足球流氓，乃至於身處其中，有假借運動賽事而遂行其暴力傾向、任行鬥毆廝打之「球迷」，無可避免的，成為警察預防犯罪之對象。

註10：相關此入場禁令的法律問題，特別是觀眾之權利影響，請參見Marcel Woitalla, *Die Rechtsstellung des Zuschauers bei Sportveranstaltungen. Eine Untersuchung am Beispiel des Profifußballs*, Wien 2019, S. 145ff.。

註11：Hooligan, <http://de.wikipedia.org/wiki/Hooligan>(2021.07.08).

註12：Ebenda.

註13：BGH, 22.01.2015-3 StR 233/14, <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=22.01.2015&Aktenzeichen=3%20StR%20233%2F14>(2021.07.08).

事實上，德國警察所為之類似我國警察職權行使法所稱之「查訪」——對於可能危害者之查訪對話（*Gefährderansprache*），實務上所在多有，不論是青少年犯罪之抗制、避免家庭暴力、大型活動之事前預防、乃至於恐怖攻擊之防止等，均見其身影。這種德國警察法上所謂之「以球迷為目標的危害防止」（*fanorientierte Gefahrenabwehr*），除查訪之外，亦常伴隨著其他的警察手段，例如命令其至警察機關報到、禁止停留、管束等，面對這種「運動暴力罪犯」（*Gewalttäter Sport*）¹⁴，其情或有可原，然而，一個嚴謹的警察法觀點，仍必須對之為清晰的定性與檢驗，特別是對於相對人可能產生的基本權侵害，自不待言，特別在Hooligans與Ultras，經常難以區別的前提之下。由於足球球迷之聚集與行動，經常呈現予類似集會遊行之外觀，是以接下來的一些討論，也將多借鏡於集會遊行法的論述，以相比對。

貳、具基本權重要性之侵害或不重要之侵擾？

對潛在危害者之查訪，其實並未產生直接的法效，毋寧是事實行為，特別是相對於其他如命令到派出所報到或禁止停留等，顯然較為輕微，是多有應歸類為未達基本權侵擾

程度（*grundrechtsschonend*）之看法¹⁵。站在人權保護的觀點，可能必須先回溯「基本權干預」之概念：在所謂新干預理解的基礎上，只要國家所採取之措施，使個人原受基本權保護之行為，全部或一部的無法或難以行使，即可定性為基本權之干預與侵害，即便是事實行為，例如所謂間接——事實上之侵擾（*mittelbar-faktische Beeinträchtigungen*），只要產生類似之影響，均足當之¹⁶。換言之，並非對可能危害者之查訪，必然構成基本權之干預，而是必須依其客觀情狀具體判斷，如果只是單純交付給對方相關之警察資訊，則應屬不具重要性之非侵擾，但只要逾越此程度，便可能涉及不同之基本權侵擾，比方如帶有警告，且此警告已使相對人「只有遵守之唯一選擇、別無他法」，則一般認為已成立對意思決定自由的侵害，如在其他第三人面前為之，則可能同時成立對一般人格權的侵害，相對人如因而不為特定行為（不去球場看球等），則另涉及集會自由、言論自由之干預¹⁷。

參、警察法上標準權限、特別授權、概括條款運用

對足球流氓作為「潛在危害肇事者」的查訪，特別是至其工作場所、在第三人面前，

註14：詳細討論請見：Florian Deusch, *Polizeiliche Gefahrenabwehr bei Sportgroßveranstaltungen*, Berlin 2005, passim。

註15：Deusch, ebenda, S. 184.

註16：BVerfGE 105, 279 (300f.); Michael Sachs, *Verfassungsrecht II-Grundrechte*, 3 Aufl., Berlin-Heidelberg 2017, S. 132ff.

註17：Felix Bleckmann, *Grundrechtsverletzung durch Gefährderansprache am Arbeitsplatz? Sport und Recht* 1/2018, 7.

如已認涉及基本權之一定程度干預，則首要問題毋寧在於：法律依據何在。首先是警察法適用上一個基本出發點：所謂特別授權與概括條款的補充性（*Spezialermächtigungen und Subsidiarität der Generalklausel*）。簡言之，在危害防止上，如果有特別法之干預授權，就必須優先於警察法上概括條款的適用，這個特別權限當然優先於警察干預的概括授權，雖然說，它本身可能亦包含另一種形式的概括條款與各該領域的干預授權¹⁸。在此「特別法優先於普通法」的原則下，於警察權的發動，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，一個不符合該等規範描述的行為，便不能再回過頭去適用一般警察法上的概括條款，進而運用警察干預措施，否則將掏空特別授權的體系，形同不再有個別特別法律領域的特別授權，全部淪為一般授權，最後基於特殊考量而建立之不同社會領域的特別干預保留，將蕩然無存¹⁹。換言之，如果對於足球流氓之危害肇事，包括預防階段的一定干預，已經有特別法之授權，則原則上不能再回去適用概括條款，其現實意義在於：如果存有各該領域的特別行政法規規定，只要不符該等要件，結論就是「無法

合理化警察權在此之發動」，不能再回溯一般警察法之概括條款。

當然，原則性的描述容易，具體問題脈絡下的區分則相對困難，重點在於：特別法，本於其適用範圍，是否明確的劃定出「各該領域的專屬規範事項」——例如足球場上的暴力防制，僅能適用較嚴格的干預要件，進而排除回溯一般概括條款的適用？尤其是在從特別法律內容觀之，未有清楚列舉警察權干預要件之情形？一個典型的例子、與本文所處理之足球場域亦相近者，集會遊行法：依德國聯邦憲法法院的說法，適用於室外集會與遊行的危害防止措施，僅得依據集會遊行法，自然必須符合該法描述之要件，禁止回到警察法一般概括條款去發動²⁰。以針對集會遊行參與者之錄音錄影存證為例，德國各邦行政法院即認為，只有符合集會遊行法的明文之下，方得採取此得措施，不能依據一般警察法之「預防警察上之授權基礎」去實施，唯一的例外：除非該集會遊行已遭解散²¹。在另一種常見的問題上，阻止個人前往參加集會遊行，實務上同樣認為：自行參與集會（*Sich-Versammeln*）既然已受憲法保障，自然不得再援引一般警察法上的概括條款，以合理化其干預措施²²。依據特別法所列舉規定之干預要件，警察即得進行干預，實施所

註18：Friedrich Schoch, *Polizei- und Ordnungsrecht*, in: Dersl. (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., Berlin/Boston 2013, Rn. 95.

註19：Ähnlich siehe Bodo Pieroth/Bernhard Schlink/Michael Kniesel, *Polizei- und Ordnungsrecht*, 7. Aufl., München 2012, § 7 Rn. 14.

註20：BVerfG-K NVwZ 2011, 422 Tz 28.

註21：VG Berlin DVBl 2010, 1245 Tz 22 = NVwZ 2010, 1442f.; OVG NW NVwZ 2001, 1315; beides siehe Schoch, aa.O., Rn. 97.

註22：VG Hamburg NVwZ 1987, 829, 831, Schoch, ebenda.

謂的標準權限 (Standardbefugnisse)、或直接稱之為特別權限 (Sonderbefugnisse)，而其具體指涉的危害，自然不可能是一般警察干預所想像的抽象適用與認定，而是存在於個別領域之上——例如集會遊行，那些直接存在的、當前立即的、重大或急迫的危害，方足當之²³。所謂足球流氓，是否存有如此之特別領域與特殊立法呢？如果沒有，與其性質近似的集會遊行法，得否加以適用呢？雖然說，如果直接著眼於明顯的暴力犯罪，則可能逸脫出集會遊行領域，進入一般以維護公共安全為目的之暴力預防範疇。

這些討論在警察權對於與足球球迷聚集類似之社會抗議行動的發動上，別具其重要性。首先，必須說明，在集會遊行個案中經常看到的，是警察刻意曲解在集會遊行法基礎下的特別授權規範，任意援引其他不相干的法律，甚至是回溯至警察法的概括條款運用。作為抗議形式所最直接指涉的法律領域——集會遊行，警察權之發動必須維繫於這個基礎範疇中，不但不能任意踰越，更應該嚴守該法領域合憲的規範內涵形成，例如德國聯邦憲法法院在一則判決中的指陳：如果只存在對於公共秩序的直接危害，而未至公共安全的部份，則無法合理化禁止集會遊行的警察決定²⁴，同樣道理，如果不是針對球迷抗議或其他挑釁行動之具體實施，而只是針對其「令人不舒服的言論」，同樣不得主張保護公共秩序之名的警察干預²⁵。人民既擁

有示威抗議之憲法權利——在足球場內外亦然，則在法律的適用與執行上，自然必須做合乎憲法要求的實踐，例如這裡所言之特別授權與標準權限，而非根本亂了警察法本身之限制與拘束，僅為了假想之私權保障。

肆、危害：預測、主體化、嫌疑與類型化

防止危害作為最核心的警察任務，但也基於警察干預對於相對人基本權之重大侵害，妥適之道，自然就是「危害概念」的精準化。從警察法的基本觀點出發，危害通常被定義為「如持續而不加阻止，客觀上將可期待，在可預見的時間內，可能將出現之對於保護法益（公共安全或公共秩序）所產生的危害」，重點在於「具體的危害」，但學說上經常討論的是：短時間內的「從危害轉變為損害」，是否重要？Friedrich Schoch以為，這項由聯邦憲法法院所提出之要件，恐為誤植，因為它倒果為因，把國家干預必要性導入判斷之中，同時，第三人嗣後的例如放棄當前對法益的侵害，是以損害並未發生，也不足以否定警察權發動的合理化，而聯邦憲法法院將侵擾者之身分辨識視為認定危害的要素，也同樣扭曲了責任與危害狀態之區別²⁶。

值得討論的是從危害到損害的過程：在警察法的適用上，「判斷危害將可能導致損

註23：Schoch, ebenda, Rn. 99, 150.

註24：BVerfG-K NJW 2001, 2069, 2071; NVwZ 2004, 90, 91; Schoch, aa.O., Rn. 362.

註25：Schoch, ebenda.

註26：BVerfGE 120, 274, 328f.; BVerfGE 125, 260, 330; dazu Schoch, aa.O., Rn. 133.

害」之預測，是非常關鍵的要件，是以，意味著對於所保護法益之現存狀態的客觀上減損或其他不利影響，亦即可能產生之「損害」，便相當重要，依德國實務見解，單純的干擾（*Belästigung*），在某些具體個案中，因其依一般預測將不致有損害，對於所保護之法益的影響程度不高，是無足當之危害²⁷。必須發動警察權去加以防止的危害，必須是已經實現的危害，也就是已構成侵擾（*Störung*），重點自然在於「有發生最後損害之相當可能性的預測」，雖然無可避免的必為事前觀點（*Sicht ex ante*），但仍須本於一客觀觀察者的一般知識水準，進行判斷與預測，並非主觀化危害概念，但就如同Erhard Denninger所言，仍然無法阻止危害作為一主觀的概念²⁸。其實問題未必那麼複雜：就一警察權發動者而言，事前依據客觀情狀，「主觀的對客觀情狀做出判斷」，自然必須符合諸如一般經驗法則與對於客觀狀況的通常預測，但仍屬主觀上的評價過程，這也是為何Volkmar Götz不認為此主觀客觀之危害概念的爭辯，有太多現實與理論意義的原因²⁹。

當然，人人皆可事後諸葛，即便事後觀察，危害未必為真，形成所謂的表面危害（*Anscheingefahr*），但並不因此當然推翻警

察干預的合法性，進一步分析，之所以產生錯誤，並非來自於預測失誤，毋寧是因為資訊不齊全或甚至有偏差，本於前述「客觀化之事前觀點」（*objektivierte Sicht ex ante*），此種事後承認的表面危害，仍可成立警察法上的危害，得以合理化警察干預³⁰。必須注意的是，此表面的危害常與假設的危害（*Putativgefahr*）相混淆，後者並不存在真實的危害可能，單純只是錯誤的預測，是以不足當之發動警察權的危害³¹，相對的，所謂「危害嫌疑」（*Gefahrverdacht*），依德國行政法院的普遍看法，因為在事實與因果歷程的預測上，存在著一定程度的不確定性，導致對於「產生損害的相當可能性」無法確知³²，依德國一般理論與實務看法，如果著眼的是特別法規範之標準權限，則危害嫌疑足以合理化警察權的發動，但如果在一一般授權、亦即概括條款的運用上，則似乎爭論不少。Schoch便以為，至少可以採取進一步分析此危害嫌疑的某些權限，例如針對滋生嫌疑之肇事者，採取所謂的危害探查措施（*Gefahrerforschungsmaßnahmen*），以該等作為一種危害探查形式的干預（*Gefahrerforschungseingriff*），這個部分應無問題，接下來方能有更多的預測可能性，去判斷危害的適格與否³³。如此之措施，

註27：VGH BW NVwZ-RR 1996, 577; VGH BW NVwZ 2003, 115; dazu Schoch, aa.O., Rn. 134.

註28：Erhard Denninger-Hans Lisken/Erhard Denninger, Handbuch des Polizeirechts, 5 Aufl., München 2012, D Rn. 46.

註29：Volkmar Götz, Allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht, 13 Aufl., München 2001, Rn. 114.

註30：BVerwGE 45, 51, 58; VGH BW VBIBW 1993, 298, 300; OLG Karlsruhe VBIBW 2000, 329; dazu Schoch, aa.O., Rn. 142.

註31：Christoph Gusy, Polizei- und Ordnungsrecht, 8 Aufl., Tübingen 2011, Rn. 112.

註32：BayVGH NVwZ-RR 1997, 615, 616; OVG Hamburg NVwZ-RR 2009, 878, 880; Schoch, ebenda, Rn. 146; Rachor-Lisken/Denninger, aa.O., E Rn. 97.

註33：Schoch, aa.O., Rn. 147.

當然不是毫無問題，仍應有比例原則的檢驗必要，以免過度侵害相對人之基本權；在此可以發現，本文所處理的，對於球迷作為「潛在之危害肇事者」進行查訪，應可視為前述之危害探查措施的一種類型，是以，合法性應無甚疑慮，當然，立基於資料庫之基礎上，仍須有「當事球迷過往行為足以推斷相當程度之肇因危害可能性」，方足當之，這個論點非常重要：不是來自於防制足球流氓暴力之正當目的，即可合理化資料庫之建構與相關之查訪行為。

在社會抗議行動中，常見警察對於危害的「主觀預測」，偏偏來自於錯誤的「客觀情狀判斷」，更重要的是，即便是未符現行集會遊行法制所要求的「事前許可」，換言之，違法的集會遊行，警察之介入干預，反常出現於所謂私權的保護行動上，而其未必存在具體、現時、相當、有導致最後損害可能之危害，特別是警察並未妥適考量此「特殊表達言論或抗議形式」的某種正當性，在未有同樣危害要件滿足的情況下，任意發動甚至強度甚高的警察干預，可見在危害概念與類型化的掌握上，尤見其不穩定與恣意。雖然說，足球流氓之問題向為人所厭惡與頭疼，也不斷的有球迷組織出面自清與進行自律，是以畢竟與一般的抗議行動有別，價值取向仍有不小的差距，但基於人民基本權的

保障，仍無法任意合理化警察權之干預與介入，仍須步步為營。

伍、責任：聚焦集會遊行之數則特殊問題

談到警察法上的責任，指稱的是履行警察任務之相對人³⁴，亦即警察責任歸屬後的相對主體，重點在「歸責」，不論是基於個人行為所導致危害之行為責任，抑或針對物（或動物）所造成之危害而作為對象的狀態責任，前者之相對人為行為侵擾者，後者則應屬狀態侵擾者，但出發點相同：只有因為其行為而導致危害，或是對物之危害狀態得以歸責之主體（兩者亦可能同時兼具），方得成為適格之「責任人」，自屬當然³⁵。在足球場內外，兩者應皆有出現之可能³⁶。

這種對於一般警察任務所描述的「普遍之不侵擾義務」（*allgemeine Nichtstörungspflicht*）³⁷，在學理之外，比較直接與具體的重要性，自然必須端視不同之特別法律，例如集會遊行法。從最簡單的道理來看，如果集會遊行是人民所享有之憲法權利，例如和平集會，在「合法行為、行使自由權者，非為侵擾者」之標準說法下³⁸，理應排除危害防止法上的責任成立，換言之，如果沒有一定程度之「足球流氓有相當可能

註34：Gusy, a.a.O., Rn. 325.

註35：Wolf-Rüdiger Schenke, Polizei-und Ordnungsrecht, 7 Aufl., Heidelberg 2011, Rn. 228f.

註36：Jochen Fritzweiler in: Dersl./Bernhard Pfister/Thomas Summerer, Praxishandbuch Sportrecht, Kapitel 2 Rn. 50.

註37：Denninger, a.a.O., D Rn. 69.

註38：Götz, a.a.O., § 9 Rn. 15; Pieroth/Schlink/Kniesel, a.a.O., § 9 Rn. 17; Schenke, a.a.O., Rn. 243.

採取非和平手段」確信，便無法合理化程度高的干預形式。依照Erhard Denninger所建議的審查步驟或是Friedrich Schoch提出的所謂「直接肇事理論」（*Theorie der unmittelbaren Verursachung*），認定警察法上的責任成立，應有下列之要素³⁹：

- 「不可或缺之條件公式」（*conditio sine qua non-Formel*）下的行為肇因；
- 因未遵守明確的義務要求，或違背透過解釋而得之行為要求，其肇因行為具備違法性；
- 如欠缺誡命或禁止規範，則先審查，是否危險行為經諸如許可之法律名義所涵蓋，如無，再進一步審查，相對人是否行使其權利（例如基本權），此時應考量法秩序對於基本權界限的要求，以及，如果碰到無保留之基本權，則在適用與其他憲法位階之憲法法益實踐相容性的前提下，考量其普遍的不侵擾義務。

一個有趣的問題是所謂的「目的肇事者」（*Zweckveranlasser*）：雖採取表面上看似中立之行為與態度，但卻促使第三人危害或直接侵擾公共安全或公共秩序者，是否得於警察法上成立歸責？例如歸類於前述之行為侵擾者？比方球迷組織中之號召主事者？在理論上並非毫無問題。首先，何人是「目的」肇事者，不是單純的肇事者、更不是非侵擾者？具體個案上的區別經常不易，此時又有學說之爭：主觀說以為「知且欲、至少容忍第三人的跨越危害

界限」，應屬目的肇事之內涵，相對的，客觀說則以未參與之第三人角度觀之，「如果該促使通常會帶來危害情狀的發生」，則成立目的肇事，混合理論（*Kombinationstheorie*）則主張兩者必須兼顧⁴⁰。不論採取何一學說，司法實務的重點則擺在警察法上的責任認定：只要目的肇事者的行為，與第三人行為所產生之結果，「得視為一整體」，得應將目的肇事者歸責於第三人行為之範疇，至成立警察法上的責任，當然，除非該「肇事者」行使合法的權利⁴¹。聚焦於集會遊行或其他大型足球群眾活動，如果是合法，一般認為無法以目的肇事相牽連，但相對的，特別是針對集會遊行，依德國聯邦憲法法院2000年的一則判決，如認籌辦集會遊行一開始的主觀意圖，就是利用集會遊行的幌子，以刺激產生與對立者的暴力衝突，則仍成立警察責任之目的肇事⁴²，顯然，這對於足球場域屢見不鮮的球迷組織之煽動，不無成立之可能。當然，此種見解，學說上對此非無批評，例如Michael Kniesel & Ralf Poscher便認為，兩者不應混為一談，只要是合法集會遊行，警察自有保護其免受對立者危害的義務，是以不應藉此目的肇事理論來混淆視聽，甚至將對立者警察不法行為歸責於此，一碼歸一碼，直接侵擾者既無問題，即無須將其他促使之「肇因者」強行歸入責任，因此主張，至少在集會遊行法的領域中，不必採取無謂之目的肇事理論⁴³。

註39：Schoch, a.a.O., Rn. 181; Denninger, a.a.O., D Rn. 82f.

註40：Schoch, a.a.O., Rn. 189.

註41：VGH BW NVwZ-RR 1995, 663; VGH BW ZUR 2002, 227, 230; Schenke, a.a.O., Rn. 245.

註42：BVerfG-K NVwZ 2000, 1406, 1407; BVerfGE 69, 315; dazu auch Schoch, a.a.O., Rn. 190.

註43：Kniesel/Poscher in: Liskén/Denninger, a.a.O., K Rn. 341.

另一在集會遊行領域、特別是社會抗議運動的場合可能常見的，係所謂「多數侵擾者」（*Störermehrheit*）⁴⁴，乃至於在多數責任主體中的選擇裁量問題。司法實務的看法以為：任何一位侵擾者，都必須對整體的危害狀態負責⁴⁵，換言之，警察法並無「部分警察責任」的說法，雖然說，在警察權的發動上，仍然有選擇裁量之問題。從學說與實務上的一些討論，可以看出在多數侵擾者存在下的裁量要素，例如⁴⁶：

- 務必站在最有效的危害防止觀點，亦即得以最快速、最根本、最有效地排除危害之目的考量下，從多數侵擾人中直接選擇干預對象，亦即應選擇最無疑問的對象⁴⁷；
- 在合目的性裁量要求下，諸如應優先選擇行為侵擾者，先於狀態侵擾者，是一種可能，但仍不能將此原則普遍化，仍須端視個案具體情狀中的衡量⁴⁸。

在社會抗議行動或足球集體暴力中，導致危害的侵擾者居於多數時，同樣道理，警察權擁有相當之裁量權，在合目的性裁量的要求與拘束下⁴⁹，常見的顯然「全部排除侵擾者或潛在侵擾者」，或乾脆事前封阻進入一

定處所與空間的通道⁵⁰，即可能有違法裁量之嫌。在所謂目的肇事者的場合，亦即對於號召群眾參與集會遊行者的直接干預，同樣存在前述目的肇事理論的濫用，不當擴大警察干預的相對人範圍，亦應加以留意。雖然此問題並不直接涉及單純的查訪，但對於後階段的行為與警察追緝，仍有相當之啟發意義。

陸、標準與特別措施：管束、資訊之預防

最後談到警察職權手段的行使，聚焦於與足球球迷集體行動類似之社會抗議行動，有標準措施與特別措施的考量問題。基於特別權限規範，警察權得行使標準措施，進而排除援引概括條款的發動；從警察法制與實務看來，常見的警察標準措施，大致上有查證身分，查證身分、鑑識身分、管束、驅離、直接強制、物之扣留、保管、變賣、拍賣、銷毀、使用、處置、限制使用、進入住宅、建築物、公共場所、公眾得出入場所等，亦即我國警察職權行使法第2條所列舉者⁵¹。

註44：Denninger, aa.O., D Rn. 127.

註45：BayVGH NJW 1993, 81; OVG Berlin DöV 1997, 557f.; NdsOVG NVwZ 2005, 1207f.; dazu Schoch, aa.O., Rn. 226.

註46：Schoch, aa.O., Rn. 227ff.

註47：VGH BW VBlBW 1995, 281; VGH BW NVwZ-RR 1996, 387, 390; VGH BW NVwZ 2000, 1199.

註48：VGH BW NVwZ-RR 1997, 267, 269.

註49：謝碩駿（2009.1），〈警察職權行使法第28條第1項作為警察法上之概括條款〉，《法學新論》，第6期，第65頁。

註50：一個「間接」與私權有關，亦即民事執行法院囑咐之警察職務協助、執行協助（*Amtshilfe, Vollzugshilfe*）類型，所使用對於抗議者之封阻進入路線、人車盤查等，可見華光社區案；相關判決請參見台北地方法院103年度易字第697號判決。

註51：Dazu siehe auch Schenke, aa.O., 62ff.; Gusy, aa.O., Rn. 179ff.

從社會抗議行動的角度觀察，有兩個特別的問題值得探討，首先是我國警察執法上大量出現的管束：拘束人身自由，限制行動，所謂短時間的預防性警察上的限制與剝奪自由（*kurzfristige präventivpolizeiliche Freiheitsbeschränkung und-entziehung*），此一經認為合憲且符合歐洲人權公約之警察標準措施⁵²，在具體適用上經常產生爭議。例如所謂的預防性管束（*Präventivgewahrsam*）：意在防止對於公共安全之立即存在的重大侵擾，對於侵擾者之限制人身自由，包括常見的查證身分、驅離等，當然，不能倒果為因，將剝奪人身自由的管束，直接等同於對危害的預測⁵³。以集會遊行而言，重點在於具體情狀的預測，也就是回到一般關於危害成立的判斷上，是以，單純的「違反集會遊行法的意圖」，不足以合理化警察的管束干預，除非有更清楚的行為，相對的，如果是先管束、再驅離，依歐洲人權法院的判決觀之，必須以驅離合法為前提要件，包括：警察之驅離命令，必須清楚、明確，義務人明顯不履行離開現場之義務，同時，管束必須是清晰連結至驅離的目的，而且符合比例原則的要求⁵⁴。由於管束侵害人權的情節重大，基本上必須綁於「預防犯罪行為的發生」，亦即以防止刑事可罰行為作為對象，方足當

之，這是德國實務上普遍的見解⁵⁵。然而，究竟何謂刑事可罰行為？包括微罪？還是應該當至何等程度？何種程度的足球流氓行為，可以合理化強度如此之高的警察干預？

對於資訊的處理，特別是新興的所謂「資訊預防」（*Informationsvorsorge*），包括資訊的蒐集與處理，作為傳統警察標準措施之外的手段，亦見其重要性⁵⁶，警察針對足球球迷之查訪，亦同屬此脈絡。學理上對於「警察之資訊預防」（*polizeiliche Informationsvorsorge*）的理解，包括為了防止危害、查察危害、預防危害、乃至於預防性的抗制犯罪行為之目的，警察機關，藉由相關的資訊來源、廣泛的資訊網絡、包括運用新興資訊科技等方式蒐集整理所有必要資訊之謂⁵⁷。為防止危害發生，警察為此預防目的而蒐集、處理特定資訊，其實並非當代首見，然而，在此資訊預防的發展上，立基的毋寧是一更重要的趨勢：從古典的危害防止，進入到當代的風險調控（*Risikosteuerung*）與危害預防（*Gefahrenvorsorge*），即便是後者，也當與傳統的防止危害發生有所不同，易言之，今日的趨勢叫做「相對性公式」（*Relativitätsformel*）——事前觀點之預測與現實損害之相對性，兩者之間的相對性，昔日那種「全有或全無」的危害概念，被今天的「危害、風險、其他剩餘風險」（*Gefahr, Risiko,*

註52：BVerfG-K NVwZ 2006, 579, 582f; Schoch, a.a.O., Rn. 295; Racher, a.a.O., E Rn. 495.

註53：VGH BW DVBl 2011, 626f.; dazu Schoch, a.a.O., Rn. 297.

註54：EGMR NVwZ 2006, 797 Tz 37; Schoch, ebenda, Rn. 298.

註55：VGH BW NVwZ-RR 2005, 540f.; Racher, a.a.O., E Rn. 506.

註56：Schenke, a.a.O., Rn. 176f.

註57：Pitschas Definition, zitiert nach Josef Aulehner, *Polizeiliche Gefahren-und Informationsvorsorge*, Berlin 1998, S. 53, 96.

Restrisiko) 之概念組所取代，在如此之主軸上，觀察者發現，傳統警察法學所討論的表面危害、假設危害與危害嫌疑，有了不同的意涵，隨著假設與事實上發生之危害狀態的分離，警察執法上更重視目的肇事者、潛在的危害，也一定程度修正了責任與歸責⁵⁸，足球場域亦不例外。也就是說：在危害預防的思維上，基於其未來導向，但又同時弱化「危害將生損害」之預測強度與要求，目的在於風險的調控，不再是傳統危害防止那般單純與線性的「危害與損害一線之隔的斷裂」，取而代之的是更複雜社會之危害與風險調控，從警察干預的角度來說，顯然更開放了警察權發動的空間，但並非以想像中的「傳統警察干預手段」、特別是帶有人身自由干預與侵入的方式，而是更複雜而多樣的特別措施，例如資訊蒐集與處理，乃至於本文所處理之對於球迷的查訪。弔詭的，一方面擴大與增強了警察干預範圍，不論質與量，另一方面卻未必帶來一向受關注的「不符比例原則之警察介入」，因為，時人的關注焦點，已轉向至「要求安全的權利」(Grundrecht auf Sicherheit)，危害不僅要防止發生，警察權更帶有對抗危害之功能，社會要求警察更多的主觀角度下的介入，以排除風險，甚至是些微剩下的風險⁵⁹。世人對於足球流氓暴力之痛心，正好亦屬此「要求安全」之擔保國家的典型動機。

從這兩個標準與特別措施的討論，關注在

管束與資訊預防，後者所謂的「警察資訊法」(Polizeiinformationsrecht) 之概念⁶⁰，我們可以看到社會抗議行動的特殊性：參與者在許多抗議行動中的任意遭管束，不僅有人權侵害之問題，甚而直接間接傷害人民所擁有的憲法權利，相對的，即便站在風險預防之觀點，容許有更多樣與多元的警察資訊蒐集與處理，但同樣必須本於人民資訊自決權的保障觀點，尋求一最妥適的相容，也就是說，警察資訊法的發展，不代表警察權限的無限制擴大，只是表示在當代的發展趨勢下，不同之警察任務：「危害防止與預防」、「風險與剩餘風險之調控」，該如何加以實踐履行的新興路徑，兩者不能混為一談，或將之理解為警察權限的無限擴充，這是在看似兩個對立發展的端點時，必須加以留意及提醒的。套至足球領域，遍及德國各邦所進行之「特定球迷資料庫之建構」，同樣本於警察資訊法領域之預防思維，如果沒有法律依據，恐怕有侵害人民受憲法保障之資訊自決權之嫌，即便符合法律保留之要求，亦應審慎考量個案上之必要性，以臻周全。

柒、至球迷工作場所查訪之人格權侵害

幾無疑問的，警察至球迷工作所在場所進行查訪，無可避免的必定為第三人——雇主、同事、顧客——所見聞，則幾可確定將成立對

註58：Aulehner, ebenda, S. 135f.

註59：Ebenda S. 565.

註60：Aulehner, a.a.O., S. 568.

相對人之「人格權」之侵害，所謂「針對貶抑的、曲解的、扭曲的公開之表示，所享有之自我表顯之權利」⁶¹，由於已明顯帶有批評、刻板化不良印象、社會排除之效果，是學說暨實務上均認已達侵害之程度，足資確定⁶²。在行政法院實務上，如一軍人於其同僚面前，遭公布其被取消安全認證之理由，或警察於咖啡廳中，於公眾面前確認一嫌疑人之身分，都成立人格權之直接干預，法院均肯定其請求回復之利益（*Rehabilitationsinteresse*）⁶³，一般咸認，至球迷工作所在場所直接查訪，可類比無疑⁶⁴。

在前段認知下，如干預強度已達此，則試圖單純回溯至警察法上的概括條款加以適用，應認不足，恐怕需要更清楚的法律依據，如集會遊行法對之未能提供清楚的基礎。再者，以比例原則角度檢驗之，如當事

球迷有相當之證據足認與預防傷害犯罪、妨害公務、侵入住宅等犯行有關，得以合理化，則適當性故無甚問題，惟是否除「至工作場所查訪」外，再無其他較為緩和、對當事人侵害程度較小之其他方法可供選擇？例如非公開之查訪、書面告知？如查訪公務員無法說明，為何已再無其他較緩和之方法可以採取，非得運用此得為雇主暨其他第三人見聞之查訪不可，則恐難以通過必要性原則之檢驗，更何況此類型之查訪，本無明確之強制力，又何能保證其預防想像中之犯行的效果？站在比例原則之觀察角度，在在都難以自圓其說，本文以為，除非在某種非常例外的狀況下，此「至潛在危害肇事者之足球球迷工作場所為查訪」，應無法通過審查，應屬違憲之基本權干預，而無從單以無害之事實行為視之。

註61：Fido Di Fabio in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz, Stand 2017, Art. 2 Rn. 166f.

註62：Statt Vieler Bleckmann, aa.O., S. 8; Kießling, aa.O., S. 1212; BVerfG, NJW 2003, 1109 (1110); BVerfGE 97, 391 (404); BGH, NJW 2017, 482ff. (Rn. 2121); BGHZ 181, 328 (Rn. 31).

註63：BVerwG-6 A 1/87, NVwZ 1989, 1056; VGH München, BayVBl 1993, 429.

註64：Bleckmann, aa.O., S. 9.