

去政治的公民不服從*

—— 評薛智仁教授之〈刑法觀點下的公民不服從〉

李佳玟**

這是一篇很難下筆，因此拖了很久的評論文。不過，正因為構思的時間拉長，多次閱讀，讓我對薛智仁教授之〈刑法觀點下的公民不服從〉（以下簡稱〈薛文〉）這篇文章的想法變了好幾次，評論的規劃也改了好幾次。從一開始打算檢驗文章之論證邏輯是否一致、討論〈薛文〉之基本權從刑法的角度來看是否足夠明確，到考慮從自身對於公民不服從是否應處罰的角度，與〈薛文〉進行對話。然而，幾次閱讀後有個感覺越來越強，開始產生「這篇文章很好，可是……」的想法。這篇評論文因此想談談這個「可是」，分析這個「可是」。

在談「可是」之前，先說這篇文章如何好。〈薛文〉分析層次分明，論證紮實，邏輯嚴謹，是一篇優秀的法學論文。該文首先釐清問題的性質（三一八學運是為了回應服貿協議所表彰之臺灣民主失靈的情況，該學運中涉及之衝撞法律的行為被社會定位為「公民不服從」），而後依序建構該文主張所需的觀念基礎（公民不服從並非刑法可用的阻卻不法事由，必須從現行體制尋找適當基礎，但現

* 投稿日：2016年5月22日；接受刊登日：2016年5月24日。〔責任校對：向民潔〕。

** 國立成功大學法律系教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/22807161.pdf>。



行法之緊急權限並不適用於三一八學運所面臨的情況，因而必須另尋法律基礎)、回應可能的理論質疑(讓公民不服從的行動阻卻不法，是否抵觸公民不服從的概念與民主國家之多數決原則；法官是否可以跳過刑法，直接引用憲法基本權的規定作為阻卻違法的依據；這樣做是否讓阻卻違法的適用不明確，是否因此讓法官逾越立法者或釋憲者的權限)，區辨自身主張與類似理論的差別(指出其主張與德國學者Ralf Dreier之「重大之不義」說法的差異，強調不設限地綜合各項因素權衡相關因素，方能保障基本權)，最後示範如何在三一八學運適用其所提出之「以基本權條款作為阻卻犯罪事由」的判斷方式，甚至預留理論發展的空間。在已有相當多篇文章處理同一議題的情況下，〈薛文〉正視既有研究的存在，一一回應，並建構自己的主張，顯示作者已有成熟的學術對話能力與卓越的學術研究能力。

可是，這篇相當精緻的法解釋學論文，其所建構的基本權阻卻不法理論，卻奇異地讓「公民不服從是否應被處罰」的問題失去政治性。公民不服從乃是公民秉持其對於民主政治的信念與良知，以公開行動挑戰既有法律秩序，目的是為了抗議代議政治體制所作出的決策。這樣的行動毫無疑問具有高度政治性，連帶地讓「公民不服從之行為是否應受懲罰」受到熱烈地爭辯。懲罰的問題因此與公民不服從本身一樣具有高度的政治性，不會只關乎法律內部如何解釋適用而已。然而，即便〈薛文〉所提出的基本權阻卻違法理論的確可以協助三一八學運參與者面對國家的刑事追訴，他也有意識地想要提供公民不服從行動可以阻卻違法的理論，但〈薛文〉的幾種做法，讓其關於公民不服從是否應被處罰的討論逐漸失去政治性，也消解了其對於民主政治的貢獻。

首先，在確認個別行為所涉及之基本權保護領域，並確定刑事制裁對系爭基本權存在干預時，〈薛文〉舉了「對於在他人住宅塗鴉的行為諭知毀損器物罪(刑法第354條)可能干預藝術自由，對

於搭載強盜前往銀行搶劫的計程車司機論知幫助強盜罪（刑法第328條第1項、第30條）可能干預職業自由」的例子¹。這種舉例方式雖是刑法釋義學的常見作法，但將非關政治的例子與公民不服從並列，相關討論的政治性開始受到稀釋。

其次，於基本權干預之比例原則審查時，〈薛文〉並不認為憲法的表意自由與集會自由的保護範圍僅限於針對「重大之不義」的抗議，對於基本權阻卻違法之審查採取一個限制較少，相對彈性的做法²。這樣的作法雖然讓基本權的保護範圍不會自始受限，對於行為人似乎比較有利，但卻進一步沖淡相關討論的政治性。相對於Ralf Dreier之「重大之不義」主張直接連結公民不服從，其所設定的要件凸顯了其所欲合法化之公民不服從的政治性與道德性，雖然基本權理論在進行權衡審查時，依然會將公民不服從行動是否針對重大不義情況納入考量，但由於「重大不義」並不是基本權得以阻卻違法的前提要件，使得基本權主張與相關討論的政治性下降。

事實上，讓〈薛文〉去政治性的關鍵點在註腳141³，如果說指控前兩者去政治狀況像是雞蛋裡挑骨頭（畢竟舉其他例子討論是解釋學研究的常態，去除前提要件限制只是作者的理論選擇）。〈薛文〉在那個註腳裡表示不希望讓公民不服從被特殊對待，明確傳達一種讓理論去政治性的意圖。〈薛文〉進一步地讓基本權阻卻不法的討論延伸到其他議題上，譬如：「律師收受當事人犯罪所得作為報酬，涉及洗錢罪與職業自由的衝突，或是家長基於宗教信仰拒絕同意子女輸血，涉及不作為殺人罪與信仰或良知自由的衝突等。」從學術的角度來看，這種延伸提問的做法可擴大其理論的適用範圍，因而可以提升其理論的價值。但是，這個做法讓公民不服從成

1 薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，17期，頁180（2015年）。

2 薛智仁（註1），頁183。

3 薛智仁（註1），頁192。

為驗證基本權理論效力的例子之一。再加上前兩點，論文的意義從檢驗公民不服從的刑罰問題轉為檢驗基本權理論的效力。這種定位方式，讓這個本該具有高度政治性之公民不服從刑罰問題討論離政治越來越遠。

公民不服從的討論去政治性「又怎樣」？讓「學術歸學術，政治歸政治」不好嗎？甚至務實地來講，好些司法人員迷信「司法歸司法，政治歸政治」，不想陷入政治爭議。學者提供一個「去政治」的理論，強調公民不服從在刑法上並沒有被特殊對待，現實上或許更有助於公民不服從的行為人面對國家的追訴。不過，即便現實如此，即便的確有不少人錯誤地認為學術可以與政治無關，本文認為，〈薛文〉之去政治的做法讓其所提出的理論失去了最重要的意義——解決國家陷入民主失靈可能衍生的刑法問題。尤其當財團掏空代議政治已成為當代社會普遍的狀況，人民希望以行動揭露民主失靈的情況已是稀鬆平常，我們需要一套理論可以正面回應民主失靈的問題。

本文注意到，〈薛文〉對於民主失靈的情況是有感知的。其注意到三一八學運所反應的情況是執政黨片面毀棄朝野協商「逐條審查」的結論，行政權壟斷兩岸協議的簽訂，讓國會無法妥善監督；總統兼任執政黨主席，以黨紀與選舉資源控制黨籍立委，架空國會的監督功能。然而，即便有上述情況，現實上卻無法證明作為權力分立支柱的立法院已經在所有事物領域裡喪失代表國民監督政府權力的功能。再加上大法官會議仍在運作，仍有可能審查服貿協議之決議程序是否合憲，況且在野黨立法委員人數符合釋憲解釋門檻，也無法證明大法官已經受到敵視憲法的人所掌握，或其解釋不被其他憲法機關所服從，使得聲請釋憲自始就是一個沒有效益的嘗試。

本文也注意到，〈薛文〉對「針對民主失靈起義」的公民不服從行動是有理解與同情的。因此，〈薛文〉雖然反對其他論文的解

釋方式⁴，認定現行法之緊急權限不適用於三一八學運所面臨的情況。主張刑法原來所設想的，是個人僅能在「維護自己或他人之個人權利」的「緊急情況」下違反法律，依情況進行正當防衛或緊急避難；而我國憲法雖未明文，但可從憲法精神推出之抵抗權，也只能用在類似德國納粹之「全面攻擊民主憲政秩序」的情況，但是〈薛文〉並沒有停留在這裡，作出三一八學運或是其他公民不服從不得阻卻違法，因此必須被處罰的結論，而是另尋出路，發展出基本權阻卻違法理論，希望處理三一八學運等公民不服從的刑法（刑罰）問題。

換言之，〈薛文〉最大的貢獻，毋寧是在刑法釋義學的架構裡，提供一個學理嚴謹的刑法理論，「安置」針對民主失靈所發起公民不服從的行動⁵。尤其當前述民主失靈的情況並不只有存在於臺灣，在不同國家的民主體制裡，都出現財團透過各種手段掏空民主憲政，代議制度無法反映多數人的利益，釋憲者意識形態保守，以各種程序或實質理由將弱勢者排除在憲法保障之外的情況。〈薛文〉所提出的理論可以補足抵抗權、正當防衛與緊急避難之外的理論空缺，對於當代民主社會獨具意義。然而，〈薛文〉不知是出於不必要的擔心（如果對比抵抗權理論明白建立與民主政治的關係，毫不避諱其政治性，就會知道這樣的擔心是多餘的），還是真的比

4 參閱黃榮堅，國家統治技術演進下的抵抗權概念——兼論其刑法評價上的作用，台灣法學雜誌，249期，頁105-145（2014年）（黃榮堅教授主張用抵抗權處理像三一八學運這種民主失靈的情況）；林鈺雄，公民抗爭與不服從的刑法評價——兼評318運動的佔領議場行為，月旦法學雜誌，230期，頁133-136（2014年）（林鈺雄教授主張以超法規緊急避難來處理）。

5 一個有趣的對比是，臺灣解嚴初期曾有1990年野百合學運與1991年佔領火車站兩次大型的社會運動，參與者跟三一八學運一樣，形式上以學生為主體，也有社運團體與市民。這些行動雖然當時不以公民不服從為名，但實質上與三一八學運並無差別，行動同樣也挑戰既有的法律秩序，但這些行動並沒有被追訴，當時的刑法學者並無必要發展精緻的法理論，協助參與公民不服從的人面對刑事追訴。三一八學運與其後與公民不服從有關的文章所顯示的是，當民主政治某程度穩定後，反而必須在既有的刑法體系裡頭找出路。

較關心普遍理論的建立，這種自我去政治的作法，遺憾地自我解除了其理論原本可以有的意義與貢獻。

參考文獻

- 林鈺雄（2014），公民抗爭與不服從的刑法評價——兼評318運動的佔領議場行為，月旦法學雜誌，230期，頁133-136。
- 黃榮堅（2014），國家統治技術演進下的抵抗權概念——兼論其刑法評價上的作用，台灣法學雜誌，249期，頁105-145。
- 薛智仁（2015），刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，17期，頁131-204。