

以憲法之表現自由 處理「公民不服從」爭議*

—— 評薛智仁教授〈刑法觀點下的公民不服從〉一文

廖元豪**

目次

壹、前言	一、個案衡量法的缺失
貳、治絲益棼的「公民不服從」	二、表現自由應有之操作方式
參、用憲法需要這樣猶豫嗎？	—— 象徵性言論與雙軌理
肆、淪為各說各話空洞公式的憲 法應用—— 象徵性言論受保 障嗎？	論 伍、結論

壹、前言

拜讀薛智仁教授「刑法觀點下的公民不服從」¹一文（以下簡稱〈薛文〉），甚表感佩。雖然我對於318學運占領立法院是否當然能因

* 投稿日：2016年7月4日；接受刊登日：2016年7月26日。〔責任校對：向民潔〕。

** 國立政治大學法學院副教授。
穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/32800261.pdf>。

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131-204（2015年）。



其帶有表現自由成分，而免於刑法追訴，有著不同的看法²；但這毫不影響我對〈薛文〉之肯定。尤其作者指出兩個重點，值得法學界擊節叫好：第一，「公民不服從」概念的侷限性；第二，這些宣稱公民不服從的案件，若欲免於刑事處罰，必須在個案中適用基本權——尤其是表現自由——作為阻卻違法之法理基礎，而非所謂「公民不服從」。

在這篇評論文，我要提出以下幾個回應或補充：

首先，就「公民不服從」這個概念，我認為它是一個政治修辭或道德包裝，基本上不是法學上有操作意義的概念。某個「外觀上違法」的行為，在審判時是否應判決其無罪或減刑，還是要回到法律上的各種規範與原則來判斷。而且，許多號稱公民不服從，不惜「觸法」的行為人，骨子裡並非真正相信或主張自己的行為牴觸法律，而是認為自己的行為受到更高的規範——憲法——所保障，因此並不違法。因此，在所謂「違法該不該受保障」上纏夾，沒有太大意義。

其次，〈薛文〉花了不少篇幅討論「個案審判得否援引憲法基本權規定」。雖然作者最後是採肯定見解，但看得出做為一個刑法學者，對此一議題非常謹慎，輾轉悱惻，反覆論述。而我要回應的是，法官在個案審判中，不但「得」引用，甚至是「應」引用憲法基本權的規定來處理。這不僅在憲法理論上天經地義，在我國目前的司法審判實務也已經司空見慣。刑法學界在這個問題上面猶豫，擔心造成各種衝擊，恐怕是杞人憂天。

問題不在於「是否直接引用憲法」，而在於「引用得是否正確」！

2 廖元豪，太陽花學運與公民不服從——值得「不服從」或「抵抗」嗎？，台灣法學雜誌，255期，頁109-114（2014年）。

而這就衍申我要回應的最後一點：要在個案審判中引用憲法基本權之規定，必須有憲法學的知識，並且正確援引憲法。憲法的條文、學理，與大法官解釋，在許多領域已經有相當明確而嚴謹的規範。法官若要引用某項基本權，就必須運用憲法在這項基本權上所發展出來的特定規範，而不是憑空「利益衡量」，更不是膠柱鼓瑟於「刑法學理」。用錯憲法，與不適用憲法，同樣都是錯誤的。而欠缺憲法知識，把權衡全盤丟給個案的法官來權衡，簡直是把國家的法律秩序讓個別法官的主觀來決定！

以「318學運是否受表現自由所保障而可免於刑事制裁」這個議題而言，我們當然必須先了解「依據憲法，318學運之行動是否屬表現自由之範圍」或「保障程度」。表現自由正是我國憲法所列各項基本權之中，被大法官解釋「具體化」程度相當高的一項基本權利。如果正確運用憲法上有關「象徵性言論」或「雙軌理論」等原則，318學運要被認定「受憲法保護」的機率真的很低。

本文第貳部分，在同意〈薛文〉對「公民不服從」概念的檢討時，另外提出更多論證來支持〈薛文〉的結論——所謂「公民不服從」本身並不是法律上有意義的概念。它是政治與道德語言，使用它來談法律問題徒增困擾。

第參部分則指出，憲法本來就應該適用在個案審判，認事用法都應該把憲法（尤其是基本權）當成最重要、最基本的法源依據。甚至在我國的司法實務，也早已開始這樣做。

第肆部分一方面提醒，法官若在個案適用基本權，必須運用憲法上各種基本權的個別理論，避免法官把憲法當成空洞公式，藉由空洞的「阻卻違法」，來偷渡自己的政治偏好。在本件學運爭議中，既然要引用表現自由，就應引用憲法有關表現自由、集會自由之論理來分析。法官在引用憲法時，若不依據憲法解釋應有的方法及規範，那就無異於自行做「無標準的權衡」。

準此，318學運占領立法院之行動，即使有表達意見的成分在內，是一種象徵性言論，但其是否受憲法表現自由所保障，要依據象徵性言論的相關理論。既然學生占領立法院之行為，(表面)所觸犯的是「內容中立」的法律規範，立法者有較大的裁量空間，原則上其適用結果也不致被認為過份侵害言論自由。〈薛文〉雖然主張要引用憲法，但似乎並沒有真正引用了該當的憲法規範，以致其權衡與判斷上仍嫌簡略。

貳、治絲益棼的「公民不服從」

〈薛文〉其實很正確地指出「公民不服從本質上不是法律概念」³。因此，每個宣稱「公民不服從」的案例事實，都可能有著相當不同的分析方法與結論。〈薛文〉也因此只能針對「318學運占領立院」這個個案，來判斷其是否能夠阻卻不法⁴。

從這個角度來看，「公民不服從得否阻卻違法」或「公民不服從是否受憲法保障」，在法學上，似乎就是個無意義的命題。每一個宣稱自己是「公民不服從」的個案，一旦進入法律程序，我們還是要就個案的事實與法律關係來分析，與當事人是否「宣稱公民不服從」並無關係。法院不能因為當事人自稱「公民不服從」，就認為其作出「犯罪的自白」；也不能僅因當事人的行動屬於(或宣稱是)「公民不服從」，就宣告無罪或從輕量刑。

各類「公民不服從」的主張，其實往往也有著差異極大的內容。尤其最容易纏夾的，就是「當事人是否主張『違法』行為應被正當化」這個問題。如果自己都已經承認「違法」，那又為什麼要

3 薛智仁(註1)，頁136。

4 薛智仁(註1)，頁137。

特別在司法程序中找理由去辯護「不違法」？宣誓忠誠執行法律的司法人員，如何對「違法者」處理呢？

著名的美國憲法學者Charles L. Black, Jr.在1965年的一篇論文⁵，針對美國黑人民權運動各種抗爭（如：靜坐、自由公車）行動，做了扼要但精確的分析：所謂的公民不服從，絕大部分並非完全「不服從」法律。相反地，這些民權運動者的行動雖然可能在外觀上抵觸州法，但他們多半是誠心地主張、援引更高位階的聯邦憲法與法律來對抗不義的州法。準此，民權運動者的行動不但沒有抵觸憲政體制，反而更是要落實法律⁶。所謂「違法行為怎能合法化」的纏夾，也就根本不存在。

Black同時也認為，如果當年美國南方各州的政治結構，已經到了無可救藥的種族壓迫，正常的政治手段無望改變之時，則大規模的「不服從」抵抗行動就可能產生。然而即使如此，這樣的行為仍可能為聯邦憲法所保障。聯邦政府可以去積極施壓、改變，包括動用總統的三軍統帥權、國會立法、司法程序去改變惡質的南方各州歧視結構。這些行動都展現了對國家的真正忠誠，而非破壞法紀——反而是那些州政府的法律，恐有違憲法要求的「共和體制」⁷。

我們可以這樣看問題：如果是赤裸裸地「違法抗爭」，而且主觀上相信自己違法，客觀上也的確無法被「拗」成為「不違法」的行動，那其實我們根本不需要討論「公民不服從是否能阻卻違法」的問題。反之，若外觀上違反某些法規的行動，卻試圖在法律上能夠「阻卻違法」，或「豁免罰則」，那其實就是回到法律體系來主張

⁵ See Charles L. Black, Jr., *The Problem of the Compatibility of Civil Disobedience with American Institutions of Government*, 43 TEX. L. REV. 492 (1965).

⁶ *Id.* at 498, 500.

⁷ *Id.* at 505-06.

自己有某種法律上的理由，可以被認為是「合法」或「不罰」的——那也就不是真正的「不服從」了。就像〈薛文〉或其他為318學運占領立院行動辯護的法界同儕，不都是運用各種法律論述來為其「合法性」辯護？這樣的話，「公民不服從」這個概念還有意義嗎？

即使是倡議以訴訟「挑戰」法律的論者，其實都還是回到法律的架構與規則來作戰，而非完全「違法行為可被合法化」。例如，在19世紀，主張廢奴並保障逃奴的律師們，面對嚴懲逃奴的「逃奴法」(the Fugitive Slave Act)，他們一方面盡可能使用傳統刑事訴訟的各種辯護手段，同時也在陪審團面前力倡該法之不正義、不道德——試圖說服陪審團跳過法律逕行判決無罪⁸。這在英美法「陪審團廢法」(jury nullification)⁹的實務下，雖有策略，但並無不法。

對公民不服從論述甚力的法理學家Ronald Dworkin曾以西德反核抗爭者的行動為例，論述在某些條件下的「公民不服從」可能被正當化——因為憲法容許、保障某些「一般被認為違法之行為」(generally considered acts in violation of law)¹⁰。他也曾主張聯邦政府應對違法焚燒徵兵卡之反戰青年，運用「起訴裁量」(prosecutorial discretion)的權力，不予起訴¹¹。但前例係以憲法權利做為依據，後者則基於美國檢察官的起訴與否本就全屬不受司法

8 Steven Lubet, *Slavery on Trial: The Case of the Oberlin Rescuers*, 54 ALA. L. REV. 785, 809 (2003).

9 陪審團若對任何案件，作成「無罪」的評議決定 (verdict)，法官不得推翻，本案就此確定。因此，若被告律師能夠說服由一般常人組成的陪審團，某項法律是嚴酷而不必要的惡法，陪審團可以忽視所有「有罪」的證據而逕行認定「無罪」。這形同廢止了系爭法律。

10 RONALD DWORKIN, A MATTER OF PRINCIPLE 104-16 (1985).

11 Ronald Dworkin, *On Not Prosecuting Civil Disobedience*, THE NEW YORK REVIEW OF BOOKS (Jun. 6, 1968), <http://www.nybooks.com/articles/1968/06/06/on-not-prosecuting-civil-disobedience/>.

審查之裁量行為¹²。兩者皆是在法律體系中的操作，亦無「非法」的問題。

美國曾經有部分論者，認為公民不服從有可能適用美國刑法上的「必要原則」(necessity) 這個積極抗辯事由，作為處理「公民不服從」的法理¹³。然而，司法實務上，原則上並不接受這樣的抗辯為合法¹⁴。更重要的是，這依然是引用一個既有的刑法抗辯事由來主張「不違法」，而非「違法但無罪」。

「公民不服從」若主張「違法但無罪」，而且還要跳脫任何的法律邏輯，以「正當性」來論證「法不適用」。那是任何法律體系內的人所無法接受的。法律人進入體系中，就有其應有的角色。政治運動者可以求仁得仁，但司法體系畢竟有角色侷限，無法任意為之。就如當年主張廢奴的Ohio州最高法院首席大法官 Joseph Swan，在某些案件中，仍然只能依據惡名昭彰的逃奴法來裁判，並維持下級的有罪判決。他在判決書中表示他自己必須在莊嚴誓言下執行法官的工作，也必須要遵守憲法與法律的最高性¹⁵。有智慧與理想的法官，可以用盡一切法律上的彈性與判斷來處理案件。就如同Christopher Bracey所云，運用「如同爵士樂」(jazz-like) 的風格，在既有的事實與法律框架內，全力發展創意與熱情，翻轉許多

12 美國刑事訴訟的「裁量(不)起訴」原則，與我國的法定追訴原則，頗有不同。See *United States v. Cox*, 342 F.2d 167, 171 (5th Cir., 1965) (犯罪追訴乃是憲法上的行政權，由隸屬於行政部門之司法部與檢察官行使。因此是否起訴，應由行政部門依據政策決定，而非法院所能置喙。)

13 See, e.g., John Alan Cohan, *Civil Disobedience and the Necessity Defense*, 6 PIERCE L. REV. 111 (2007); James L. Cavallaro, Jr., *Casenote, The Demise of the Political Necessity Defense: Indirect Civil Disobedience and United States v. Schoon*, 81 CAL. L. REV. 351 (1993); Laura J. Schulkind, *Note, Applying the Necessity Defense to Civil Disobedience Cases*, 64 N.Y.U. L. REV. 79 (1989).

14 美國刑法上的「必要原則」與〈薛文〉的論證方式頗有相似之處。本文將在第肆部分作較詳盡的比較分析。

15 Lubet, *supra* note 8, at 827.

「外觀看來違法」的案件，並且讓法律在不知不覺中成長¹⁶。然而，即便第一流即興演奏的爵士樂手，可以在每一首曲子演奏出自己的特殊風味，重新演繹一首老曲子，可是演奏出來的樂曲依然必須是「同一首」¹⁷。那是一種紀律下的變化，而不是任意妄為的亂彈。「爵士樂」的類比下，成功的法官必然是個優異的「類比」論證者¹⁸。

何況，若全然拋開法律規則，那「正義」或其他偉大的價值，都可能言人人殊。我們今日頌讚許多反抗運動，但當年美國南方白人為了對抗聯邦憲法與法院，拒絕讓黑人學童入學，不惜四處抗爭，拒絕遵守法院判決，甚至以群眾力量阻礙學童走進校門¹⁹。這種「大量反抗」(massive resistance)的「抗法」社會運動，能夠被認為合法嗎？它與其他「公民不服從」，在方法與策略上，有何不同呢？

我們每個人都可能對不同的社會運動主題，因為個人的偏好、意識型態、價值觀，而有相當不同的評價。在民主自由的社會，人人可以有差異極大的見解。但這種價值差異，是否能作為法官判決的基礎？如果某些價值是可以在憲法上找到支持點，那當然應受保障——但那就是法，而不是「非法」。法律人必須遵循法律的論

16 See Christopher A. Bracey, *Adjudication, Antisubordination, and the Jazz Connection*, 54 ALA. L. REV. 853 (2003).

17 Alfred C. Aman, Jr. 著，黃銘輝譯，法律與爵士樂憲政時代，憲政時代，33卷3期，頁335-342 (2008年)。(本文原為時任印第安那大學布魯明頓法學院院長之恩師Alfred Aman教授，於2002年法學院畢業典禮時之演講致詞內容。可惜目前原網址已經移除。如欲閱讀英文原文，亦可於以下網址瀏覽：Alfred C. Aman, Jr., *The Law and All That Jazz*, Commencement address at the University of Indiana Law (Aug. 23, 2002), <http://www.ntpu.edu.tw/files/event/2008102912522.pdf>.

18 Alfred L. Brophy, *Foreword: Lawyers and Social Change in American Legal History*, 54 ALA. L. REV. 771, 780 (2003).

19 這段歷史的過程與相關資料，可參照 ALBERT P. BLAUSTEIN & ROBERT L. ZANGRANDO EDS., *CIVIL RIGHTS AND AFRICAN AMERICANS: A DOCUMENTARY HISTORY* 453-57 (1968).

證。Timothy Terrell還認為，作為一個律師，若是為「公民不服從」辯護或提供法律意見，甚至有違反律師倫理的問題²⁰。一個為民權，為社會進步倡議的法律人，還是應該如同美國黑人民權律師Thurgood Marshall²¹那樣，即使在最不好的時刻，也依然對法律制度有著「信念」(faith)²²。而Marshall的一步步努力，的確藉由憲法訴訟，挑戰各州州法，改變了法院見解，並促成著名的*Brown v. Board of Education*²³，打破公立學校的種族隔離。他們從不主張自己是違法，反而把法律解釋適用得更加進步，更加健康，一點一滴讓社會也因此改變。這才是法律人應有的倫理。

參、用憲法需要這樣猶豫嗎？

作為一個憲法學者，對於〈薛文〉在個案裡適用基本權，是很高興的。然而，對於作者要這樣思量再三，才敢得出「刑事案件可以適用基本權」的結論，也令我這個憲法研究者感到很驚訝。不知道這是不是刑法界的「共同猶豫」？

〈薛文〉在論文第肆部分的一至四，用了約20頁的篇幅，來證立「基本權得以直接適用於刑事案件」。就這個結論而言，在臺灣的憲法學界與司法實務界，似乎早已是定論。憲法基本權利之規定，本來就與法律、法規命令，或其他的法源一樣，都是直接拘束各級法院的規範，也是法院可以援引的法源依據。憲法或中華民國所有的法律，從來沒有任何一個條文禁止法官在個案中援引憲法。

20 See Timothy P. Terrell, *Toward Duty-Based Lawyering?: Rethinking the Dangers of Lawyer Civil Disobedience in the Current Era of Regulation*, 54 ALA. L. REV. 831 (2003).

21 Thurgood Marshall也是美國第一位黑人大法官。

22 Brophy, *supra* note 18, at 781.

23 See 347 U.S. 483 (1954).

反過來說，如果該引用憲法而不引用，可能還有裁判違法之嫌。

要知道，憲法第78條「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權」，並無排斥普通法院法官解釋、適用憲法之意旨。從司法院釋字第9號解釋，就已經指出「裁判如有違憲情形，在訴訟程序進行中，當事人自得於理由內指摘之」。這不就表明了，個案的認事用法是否牴觸憲法，本來就是個案裁判的依據之一。而司法院釋字第38號解釋「憲法第八十條之規定旨在保障法官獨立審判不受任何干涉。所謂依據法律者，係以法律為審判之主要依據，並非除法律以外與憲法或法律不相牴觸之有效規章均行排斥而不用」也表明了法官應該在個案中判斷，規章是否「與憲法不相牴觸」，以決定是否排斥而不用。

司法院釋字第371號解釋，僅將「宣告法律違憲而不予適用」的權限，保留給大法官獨占行使。除此之外，無論是在個案認事用法時考量憲法，或是認定下級判決與各類行政行為牴觸憲法而不用，均屬法官在裁判時應為之判斷。法官甚至也可以認定法律「合憲」而不裁定停止訴訟聲請釋憲。這些幾乎已經是法界常識，我其實有點兒難以理解，為何這個議題會是個值得花20頁來論證的嚴肅焦點。

〈薛文〉先指出「法官在對於占領者科予刑事制裁時，必須將占領者的表意自由及集會自由納入考慮」²⁴，但又認為「系爭刑法條款並未提供適當的媒介，讓法官在解釋法律時融入保障基本權的憲法意旨」²⁵。所以，爭點似乎是在於：如果欠缺「刑法媒介」，可以直接引用憲法嗎？

在我看來，會有這樣的疑慮，依然是基於「憲法原則上不能直

24 薛智仁（註1），頁166。

25 薛智仁（註1），頁167。

接適用」的前提。如果在一個刑案中，法官需要適用刑法、其他法律、法規命令、行政規則，甚至學術文獻來作為裁判依據，會有這麼多猶豫嗎？如果刑法學界或實務界，對於法官引用主管機關的公告毒品種類，或是某個解釋函令，並不認為有問題；對於諸多極抽象且無明文法律依據的刑法理論，也不排斥法官直接適用（例如，「超法規阻卻違法事由」），為何對於國家最高位階且拘束全體政府機關的憲法，在直接適用上有這麼多的疑慮？刑法學界是否對「法律」（刑法）的地位，看得比憲法價值更高？

在刑事案件中，該不該、能不能直接援引憲法，應該是個憲法問題，而不僅是個刑法層次問題。〈薛文〉雖然結論與我一樣，都認為法官可以直接引用憲法基本權之規定來裁判，但在理由上或許還有些該由憲法觀點來補充之處。

其中最基本的問題，是「在刑案直接適用基本權之依據為何」。〈薛文〉認為「基本權作為阻卻犯罪事由，係指系爭基本權在個案中例外地比起刑事制裁所追求之公益更為優位」²⁶，但卻沒有指出更根本的原因，乃是根據憲法第171條之「憲法最高性」與憲法第23條之「法律不可侵害基本權」規定，當然導出刑罰不得侵害基本權的結論。只要我們承認：（1）憲法也是法，而且是可以直接發生拘束力，可適用的法規範；（2）憲法比刑法更高位階的法規範，應優先適用（參照司法院釋字第371號解釋「憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務」），那本來就該直接適用。甚至也可說，違反憲法的其他規範（包括刑法）本來就應該被排除。雖然因為司法院釋字第371號解釋，而限制了法官個案拒絕適用法律的權力，但除了「宣告法律本身違憲而拒絕適用」之外，法官逕行適用憲法作為裁判依據，乃是憲法義務²⁷。〈薛文〉所言的利益衡量

26 薛智仁（註1），頁179。

27 李念祖，論我國法院法官之違憲審查義務，收於：司法者的憲法，頁37-63（2000年）。

與比例原則，是「適用憲法後（並做了憲法層次的權衡）的結果」，而非「適用憲法之法理依據」。

至於所謂「媒介」問題，一旦從憲法角度看，也都不是問題。法律學提供給法官各種操作工具，都可能把憲法基本權帶入刑案的個案判斷。除了立法者明定的「媒介條款」外，〈薛文〉也提到「合憲性解釋」。事實上，光是合憲性解釋，就有著相當大的空間。如果以大法官做過的合憲性解釋為師，那甚至可在某種程度上「轉換」刑法條文的文義²⁸，而達成落實憲法的效果。尤其我們看看大法官作成「合憲性解釋」的解釋，幾乎都可說是在對個案的法官作指示——將來必須這麼判。此外，法律文字的解釋空間，以及超法規阻卻違法事由的應用，也都是可用的武器。只要把憲法放在第一優先，其他法律技術應該要盡可能讓步。除非文義明顯禁止其他解釋可能，使得「適用憲法」與「適用法律」產生絕對的衝突而必須聲請釋憲，否則「媒介條款」並非直接適用憲法的必要條件。

從我國法院的實務來看，在個案中直接適用基本權規定，也並不罕見。以刑法上的公然侮辱或誹謗來看，實例就很多。尤其涉及公眾人物時，法院除了經常引用司法院釋字第509號解釋外²⁹，也都致力於另外引用憲法言論自由來解釋、適用法律。例如，涉及「金溥聰告馮光遠」的臺灣高等法院103年度上易字第2515號刑事判決，法官在引用司法院釋字第509號解釋之外，還以憲法保障言論自由與民主政治的精神，來解釋刑法第311條第3款之意義：

28 吳庚大法官於司法院釋字第509號解釋之協同意見書中，就表示：「是本件係以轉換（Umdeutung）同條第三項涵義之手段，實現對言論自由更大程度之維護同時又不致於宣告相關條文違憲，在解釋方法上屬於典型之符合憲法的法律解釋（verfassungskonforme Gesetzesauslegungen）。」

29 例如，光是在2015年12月，臺灣高等法院就做成數件有關妨害名譽的判決，每一件均引用司法院釋字第509號解釋來解釋刑法公然侮辱或誹謗罪之規定。（臺灣高等法院104年度上易字第2044號刑事判決、臺灣高等法院104年度上易字第2188號刑事判決、臺灣高等法院104年度上易字第1219號刑事判決）

是刑法第三一一條第三款規定「以善意發表言論，對於可受公評之事，而為適當之評論者，不罰。」，其中評論之適當與否，因多元民主社會對各種價值判斷均應包容，而普受言論自由保障，並藉由言論自由市場機制，使真理越辯越明，達到去蕪存菁之效果，縱屬不留餘地或尖酸刻薄，甚至偏激非中立之意見表達，均應受憲法保障，亦即，於適當評論原則之運用上，非著眼表意人之評論或意見表達採取何種字眼或形容詞，尤其面對偏激、非中立之評論，除使發言者藉以傳達對於系爭議題之強烈關心外，亦可能使受話者從漠不關心轉為願意傾聽之態度，而使非主流意見得與主流意見相互抗衡，進而使公眾得以判斷何類意見方為社會信賴、接受。苟行為人非以毀損受評論人之名譽為唯一目的，或兼有維護公共利益之時，應認該類評論已符合「善意」之要件，因評論對象倘為政府官員、公眾人物、大型企業或公益組織時，彼等掌握社會較多之權力或資源分配，對於相對弱勢者之意見表達，本應以較大程度之容忍，而彼等所言所行，動輒與公共利益攸關，亦應受到較大程度之公眾檢驗或民主機制之制衡，此乃合理化差別待遇之所在……

本案法官從憲法言論自由之觀點，在定義「善意之評論」時，直接加上了刑法並未明文規定的「政府官員、公眾人物、大型企業或公益組織，對激烈批評，應有較大程度之容忍」以及「行為人非以毀損受評論人之名譽為唯一目的，或兼有維護公共利益之時，應認該類評論已符合善意之要件」³⁰。

30 之後在其他「金溥聰告馮光遠」的案件中，也引用了相同的文字（參照臺灣臺北地方法院104年度自字第57號刑事判決、臺灣臺北地方法院105年度自字第31號刑事判決）。

而在2015年12月31日的臺灣臺北地方法院103年度自字第127號刑事判決（馬英九告周玉蔻），雖然被告所批評之內容不合事實，但法院仍引用憲法，認為：

本院認為在本案中適切調和自訴人名譽權與被告言論自由等兩項價值間之衝突，其劃定標準應在於被告是否明知其陳述內容不實或完全不在乎事實之真偽而仍予以指摘，若然，則應認被告並不符合刑法第310條第3項前段所規定「能證明其為真實」之要件，而應予以論罪科刑；反之，則應認為其有相當理由確信其為真實，自不應以誹謗罪相繩。

在這一段憲法論述中，其實已經兩次「轉換」法律文義。第一次是引用司法院釋字509號解釋，將刑法第310條第3項前段之「能證明其為真實」，轉換成「相當理由確信其為真實」，使得刑法原來規定的「絕對真實」與「客觀真實」，被轉換成「相對真實」、「主觀真實」。第二次則是法官自己將司法院釋字第509號解釋所建立的「相當理由確信其為真實」變化成「被告是否明知其陳述內容不實或完全不在乎事實之真偽而仍予以指摘」。這樣的解釋方式是否符合憲法意旨，此處暫不討論。但這顯然是實務上「直接援引憲法」作為裁判理由的案例之一。

在2015年12月11日，臺灣高等法院104年度上易2080號判決（張大春被告公然侮辱案），同樣是公眾人物，但法院則有不同之標準：

按，考量受評論者之身分、地位、與公益相關程度、所評論內容之真偽或依據，評論者之用意等情勢，在面臨上開權利衝突時求得最大之利益，然其所保障者，仍以善意且適當之言論為限，並非謂只要係公眾人物，即有任人辱罵而不得主張其名譽權之容忍義務。出於情緒性謾罵，作人

身攻擊，即難認係適當之評論，在言論自由與個人名譽保障之權衡取捨間，固應對於他人不友善之作為或言論存有一定程度之容忍，惟仍不能強令他人忍受逾越合理範圍（本院103年上易字第1796號裁判要旨參照）。……既非具體指稱某一事實，僅是其主觀、情緒性的評價，並不帶有公益色彩，已無所謂真偽，即與真實惡意原則適用之基礎不同，況即使是對於可受公評之事為評論，然以公然侮辱之方式為之，亦無阻卻違法之可言……

法院認為，在公然侮辱，並無真偽，因此採取不同之標準。且對公眾人物，並未如前揭誹謗判決那般，要被批評者近乎無限地容忍。這是該判決直接援引表現自由裁判的結果！

以上所舉，只是一小部分例子。而且不只是言論自由，法院引用其他基本權作為裁判依據，填塞法律文義內涵的案件其實還很多。本文只是要指出：我們的實務並不那麼害怕在個案中「直接引用基本權」。無論從憲法理論或司法實務來說，援引基本權早已相當普遍。至於引用基本權，是作為填塞（轉換）法律文字，或是所謂阻卻違法事由，在憲法來說實在沒有什麼區別意義。法官們對憲法的適用與解釋是否正確，那是一回事，但引用憲法則是理所當然的。

不過，接下來的問題是：怎樣適用憲法？法官們該用憲法，但用得對嗎？照〈薛文〉建議的利益衡量模式，妥當嗎？以下就從憲法表現自由的角度，檢討〈薛文〉與實務的操作方式。

肆、淪為各說各話空洞公式的憲法應用——象徵性言論受保障嗎？

一、個案衡量法的缺失

我支持「引用基本權作為裁判依據」，但如何才能「正確引用」基本權，還是要從憲法學的角度來看。〈薛文〉主張以「表現自由」來正當化318學運占領立法院之行為，那就該回到憲法表現自由的基本架構、學理等「教義學」的方法來分析本案。然而，〈薛文〉所採的，似乎是一種相當初級簡單的「個案衡量」法，由法官在個案中，權衡相關法律所促進之公益與其對表現自由的限制程度，決定是否能夠阻卻違法³¹。而由於〈薛文〉認定本案之中，占領立法院乃是一種最有效的抗議方法，具有「高度的象徵性意義及戲劇化效果」，所以若禁止這種方式，就會是一種嚴重的干預³²。其甚至認為「禁止占領立法院對於表意自由及集會自由所構成的干預，其程度相當於在代議民主正常運作下禁止發表對政府的意見」，而法律管制的公益則不過是「有效保護立法院所支配的議場空間及財產利益」，其保護利益甚至還「因為立法院自我違反國家任務而降低，損害亦可輕易被排除」以致不那麼值得保護³³。這種「個案權衡」(ad hoc balancing)的方式，是否適合來處理刑法與言論自由的衝突呢？同樣在權衡，其他與作者價值觀不同的法律人，會達成類似的結論嗎³⁴？

在我看來，這種個案權衡的方法，以及〈薛文〉權衡的結果，最可待商榷之處，就是給予法官太大空間。這種權衡方式，可能讓法官個人主觀的價值（包括政治價值）帶入法律判斷。我們知道，

31 薛智仁（註1），頁185-190。

32 薛智仁（註1），頁186-187。

33 薛智仁（註1），頁189-190。

34 參閱廖元豪（註2），頁109-114。

憲法基本權總在「權衡」，但表現自由已經自有一套權衡的途徑與架構³⁵，通常並不給予法官全然的個案衡量空間。尤其在自由主義與「觀念自由市場」的思維下，很忌諱由法官或任何政府官員，對個別的「言論價值」加以評價³⁶。如果全交由個案權衡，那或許另一個法官對本案抗議青年的訴求，認為並無太大價值，是否就會做出不同的權衡？或說，〈薛文〉是否也反映出作者對本案的其他利益（法益）放得很輕，因此認為可以輕易犧牲？占領立法院，乃是「國民監督或參與重大國家事務」的必要方法？那其他不贊成學運訴求，或認為應由立法院繼續審議本案的國民，他們的意見，與政府繼續處理服貿協議的可能性，不也是被「占領」行動給破壞了嗎³⁷？個別的法官，適合就這些爭議的價值，憑空做出衡量嗎？怎樣避免法官濫權或不自主地以主觀價值代替法治？權衡的標準，必須有一定的普遍性而不只是個案。如果有學生自己認為，法律系教授打分數不公平，就聚眾來占領研究室或法律系辦公室，作為表達「對大學教授教育方式感到痛心」的一種象徵性言論，不讓老師工作或行政正常運作。即使這是「最能凸顯教師不公、學生弱勢」的手段，我們能接受這是正當的表現自由嗎？

這或許也是相對不習慣將違憲審查標準細緻化的德國學界，對「引用基本權作個案裁判」有所疑慮的部分原因。也是蘇俊雄大法官在司法院釋字第509號解釋中，認為就基本權衝突，立法者應有優先權限（Vorrang）來處理的原因。如果一切都回到「比例原則」這個「空洞公式」，那法律明文的規定，可以僅因法官個人認為「另一端基本權價值比較重要」，就可以宣稱「阻卻違法」並把

35 參閱林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收於：言論自由與新聞自由，頁133-196（1997年）。

36 林子儀（註35），頁171-173。

37 參閱陳淳文，天使下凡，人間遭難：太陽花學運的四個基本問題，「論壇新浪潮」網站，2014年4月7日，<http://www.monsoon.org.tw/detail.php?id=93>（最後瀏覽日：2016年7月4日）。

法律挖空³⁸，豈不形成另一種獨裁？

〈薛文〉的權衡方式，與美國反戰或其他抗爭者，試圖以「必要原則」(Necessity)³⁹來爭取其外觀上違法之行為，免於刑事制裁的法律策略很相似。在美國刑法上，所謂「必要原則」，是指系爭行為若符合以下要件，則並非犯罪行為⁴⁰：

- (1) 行為人之目的，是為了避免公共或私人之重大危害（行為人被迫在「危害之間」做選擇——行動或不行動）。
- (2) 危害是立即可能發生的，而該行為乃是出於避免立即危害。
- (3) 行為人合理預見其行為與防止危害之間，有適當的因果關係。
- (4) 除了（表面）違法行為外，沒有其他合法替代手段可以達成目的。

運用在所謂「公民不服從」的案件中，這就是一種個案權衡：「違法」所造成的損害，與其所拯救的利益，何者較大？美國各州或聯邦法院，多半傾向於否定見解——為公益而抗爭，不得主張「必要原則」⁴¹。但也偶爾會有例外⁴²。但自從聯邦上訴法院在 *United States v. Schoon*⁴³ 判決之後，各類政治「違法」抗爭，就更難

38 也可能有相反情形：因為法官認為某種利益「不重要」，所以就認為不值得保護——即使這樣的法益是法律明文規定的。臺北地方法院99年度訴字930號判決（2010.10.28），將「塗掉景福門國徽（黨徽？）」之違法行為，以行為人行使表現自由，加上「景福門文化資產價值低」為由，判決無罪，就是類似的情形。

39 Necessity與我國的「緊急避難」有些相似。但美國法上的Necessity有可能包含「公益」，範圍比緊急避難更大。

40 See *United States v. Aguilar*, 883 F.2d 662, 693 (9th Cir. 1989); *United States v. Bailey*, 444 U.S. 394, 410-11 (1980). *Cohan*, *supra* note 13, at 123-24.

41 *Cohan*, *supra* note 13, at 120-23.

42 *Cavallaro*, *supra* note 13, at 361-62.

43 See 971 F.2d 193 (9th Cir. 1991)（本案的事實其實與太陽花學運占領立法院相

被法院承認可以用「必要原則」來正當化⁴⁴。除了這些抗爭鮮少符合「急迫性」「立即性」的要件外，「法院不干預應由政治部門處理之政策」也是非常重要的考量。⁴⁵如果連司法角色如此吃重的美國，法院都會自知侷限而避免憑空利益衡量，那或許我們更該謹慎。

如果不用一般性的個案衡量，卻又要引用憲法表現自由的保障，那就該回到表現自由的架構來分析這個問題。

二、表現自由應有之操作方式——象徵性言論與雙軌理論

要引用憲法，不是僅僅口頭上、表面上引用憲法，而必須把相關憲法條文的內涵、學理、法律架構一併引入。而若欲以「表現自由」（言論自由、集會自由）來討論318學運的「占領行動」是否受保護，那麼就應該依序來判斷以下兩個關鍵問題：

- (1) 系爭行動，是一種「象徵性言論」的表現活動（*expressive conduct*）嗎？
- (2) 若其為象徵性言論，行為人觸犯的法規，是基於表現「內容」而為之規範，或是一般性管理的內容中立措施？
- (3) 如果其所觸犯的法規（或檢方起訴所依據的法律）是一般性的「內容中立」規範，則表現活動如何能夠因言論自由而不受制裁？

也就是說，法院必需要去判斷，系爭法規到底是所謂的「內容

似：1989年，約150人至亞利桑納州的聯邦政府大樓門前，抗議美國的中美洲政策，批評這些政策害死人又浪費美國人納稅錢。後來有30-40人闖入大樓內部，拒絕依指示離開，於是就遭逮捕。在審判中，被告亦主張他們再三向其他單位陳情而不被理睬。但法院仍未接受其「必要原則」之抗辯。）

⁴⁴ See Cavallaro, *supra* note 13.

⁴⁵ Steven M. Bauer & Peter J. Eckerstrom, Note, *The State Made Me Do It: The Applicability of Necessity Defense to Civil Disobedience Cases*, 39 STAN. L. REV. 1173, 1197 (1987); Cohan, *supra* note 13, at 146.

管制」或「內容中立」措施，而異其標準。如果系爭法律是針對內容而管制，那麼在憲法原則上禁止國家干預觀念或言論內容的前提下，這類法規應推定違憲。但若相關法規乃是管理發言之時間、地點、方式，或屬與內容無關的一般性規範，那就是立法裁量空間，原則上應尊重立法者之原意。司法院釋字第445號解釋，在審查集會遊行法之「許可制」時，指出「其中有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無抵觸」，從而肯定許可制、禁制區等絕大部分的規定；同時將集會遊行法中授權主管機關否准「主張共產主義或分裂國土」之集會遊行申請的規定宣告違憲，很明顯地展現了這種「雙軌理論」⁴⁶。如果再對照司法院釋字第644號解釋，將人民團體法中類似的內容管制條文宣告違憲，更可看出憲法表現自由對「內容管制」的關注。

當然，內容中立的法令措施，也並不是全然可以過關。司法院釋字第445號解釋仍將許可條件中的兩個條文，以其違反「明確性原則」及「明顯而立即的危險」而宣告違憲。而司法院釋字第718號解釋，亦以集會遊行法之許可制「未排除緊急性及偶發性集會、遊行」而將此部分宣告違憲。從此之後，集會遊行若是符合「緊急性、偶發性」的條件，就當然無須申請許可。但大體來說，如果是「內容中立」的限制措施，那麼立法者享有相當大的空間。因此，依電信法處罰並沒收未經許可之廣播設備（司法院釋字第678號解釋參照），或依廢棄物清理法公告限制廣告張貼處所（司法院釋字第734號解釋參照），雖然都附帶限制了表現自由，然而並不被認為有侵犯言論自由的問題。

46 參閱法治斌，集會遊行之許可制或報備制：概念之迷思與解放，收於：法治國家與表意自由：憲法專論（三），頁352-356（2003年）。

由此可以看出，同樣是「利益衡量」，但表現自由所採取的是一種「批發式」的權衡，而非如〈薛文〉的「個案」衡量：憲法推定「內容管制」有著高度的危險，對表現自由侵害極大，因此原則上不應存在；但對「內容中立」的措施，則尊重立法者所設定之公共秩序目標。憲法保障表現自由，但並不當然保障每個人擁有「最有效的表達方式」。只要人民表達意見的管道沒有被全盤封鎖，就不太容易被認為是侵犯言論自由。

或許美國的具體案例可以協助我們了解操作方法。在類似的案例中，最重要的應該是1968年涉及焚燒徵兵卡來表達反戰的*United States v. O'Brien*⁴⁷案。在該案，反戰青年們為了抗議徵兵制度，將依法禁止污損破壞的徵兵卡（作為役男身分證明）公然焚燒之。聯邦最高法院在處理此案時首先表示，並非任何人用行為來表現某個觀念，均可被貼上「言論」的標籤。但即使是所謂的象徵性言論，管制的法令措施若符合下列條件⁴⁸，那仍是合憲的管制：

- (1) 系爭管制措施係在（聯邦）政府之權限範圍內；
- (2) 系爭管制措施能促進實質公共利益；
- (3) 系爭管制措施與限制表現自由無關；
- (4) 系爭管制措施並未超過必要限度。

其中的第（3）點就是區分「內容管制」與「內容中立」的關鍵—若相關措施是以限制特定言論、觀念、主張，或價值為其目的，那就會適用更嚴格的審查標準。而*O'Brien*案所涉及的法規，是以「維護徵兵制度之需要⁴⁹」（個人身分登記以及主管機關查驗所需），且僅限於對該行為之「非傳播成分⁵⁰」（noncommunicative

47 See 391 U.S. 367 (1968).

48 *Id.* at 377.

49 *Id.* at 378-81.

50 *Id.* at 381.

aspect) 科處刑罰，因此法律合憲性並無問題，下級法院的有罪判決也被維持。從 *O'Brien* 案可以看出，對於象徵性言論所為之內容中立管制，憲法並不要求「最小侵害手段」，亦未要求要窮盡所有的選擇可能。只要目的正當，手段有效而範圍並非顯然過廣，就可以被支持。

比較一下，同樣是「以行為表示抗議」的象徵性言論案例，在1969年的 *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*⁵¹ 案，美國聯邦最高法院就將學校「禁止配戴（反戰）臂章」的規定宣告違憲。但理由是該項校規所禁止之表現行為，並不致於「嚴重而實質干擾學校運作之適當紀律⁵²」（materially and substantially interfere with requirements of appropriate discipline in operation of school）。亦即，在一個本來就是穿著便服的校園中，以配戴臂章表示反戰，與學校教育功能並無衝突，因此限制是不必要的。但也可以反過來推論，如果學生們的反戰抗議方式，是占領教室、罷課，或在校園裡喧鬧，那校方依據校規予以懲處，就應該是合憲的管理⁵³。

另一個可以拿來比較的相關案例，是著名的焚燒國旗案 *Texas v. Johnson*⁵⁴。在該案中，最高法院面對的是類似我國刑法160條「侮辱國旗罪」的規定。雖然該法處罰的是「污損國旗」之行為，但最高法院認為，因為該法之目的在於促進愛國精神，處罰對「國家象徵」不敬之行徑，所以該被定位為「以限制言論為目的」之立法，而被認定違憲⁵⁵。與 *O'Brien* 案相比，這是一個象徵性言論的案子卻

51 See 393 U.S. 503 (1969).

52 *Id.* at 509-14.

53 例如 *Bethel School Dist. No. 403 v. Fraser*, 478 U.S. 675 (1986)，聯邦最高法院就基於「教育目的」，而支持校方對出言不遜、公然表達帶有意義的不雅言論之學生，所為之懲處。

54 See 491 U.S. 397 (1989).

55 下級法院僅以「適用上違憲」，判決被告無罪，因此此一法律條文並未整體被

受到「內容管制」的結果⁵⁶。

若用雙軌理論與上述美國案例來參考，那318學運占領立法院的行動，是否能因為援引憲法表現自由而受保障，就頗有疑問。

最前端的質疑是：占領行動的「傳播－表達」成分，就算有，也遠低於「燒徵兵卡」、「配戴臂章」，或「焚燒國旗」等明顯有特定主張的行為。是否真的僅因占領者有一些表達意見的需求，就能納入「象徵性言論」？而更根本的問題是，無論是毀損、侵入住宅，或妨害公務等刑法規定，均明顯與「限制言論內容」無關，是「內容中立」的法規。而這些法規各有其目的，無論是保護財產不受侵犯，或維持法定組織正常運作，都是正當的目的。與*O'Brien*案相對照，用刑法處理其「非傳播成分」的範圍亦屬合理。若與*Tinker*案相比，則占領立法院很明顯地牴觸、干擾了立法院作為國家機關的正常運作。實在不容易拗出「因行使表現自由而不該受罰」的理由。

伍、結論

爾愛齊羊，我愛其禮。作為一個多年來強烈支持集會自由，甚至認為集會遊行法可廢或大修的憲法學者，我願意盡力支持各類的抗議表達措施（即使實質內容未必同意）。如果今天太陽花學運是純在街頭（如紅衫軍）和平集會抗爭，那或許還有可能依據表現自由來正當化其行為——即使未經許可。但「占領立法院」要說成是集會自由，或是受高度保障的象徵性言論，甚至要認為可以豁免於

宣告失效，而僅是因違憲而不適用於從事表現行動之被告。

56 可參照廖元豪，愛國、燒國旗，與言論自由的雙軌理論，月旦法學教室，21期，頁8-9（2004年）。

內容中立規定的處罰，實在逾越了我作為一個法律人的想像力所及範圍。

此外，我也欣見法官能夠認清「憲法也是應在個案適用的規範」，打破部分法界「憲法與我何有哉」的錯誤觀念。因此對於〈薛文〉致力於辯護「基本權作為阻卻違法事由」的努力，深表感佩。只是要用憲法，就要用對憲法，而且要了解、認識憲法。憲法在表現自由的學理與實務上，已經發展出某些穩定架構，法官也必須先學習並認清這些既有的學理，才能作適當的運用。至於學者，當然可以不受既有實務的拘束，發揮更有創意的思考。但前提是先了解、認識，才能進一步批判並改造。拜讀〈薛文〉，深望未來可以共同攜手，在刑法與憲法的交界上，開拓新的視野。

參考文獻

1. 中文部分

Aman, C. Alfred, Jr. 著，黃銘輝譯（2008），法律與爵士樂憲政時代，憲政時代，33卷3期，頁335-342。[Aman, Alfred C., Jr. 2002. The Law and All That Jazz, Commencement address at the University of Indiana Law (Aug. 23, 2002), available at <http://www.ntpu.edu.tw/files/event/2008102912522.pdf>.]

李念祖（2000），論我國法院法官之違憲審查義務，收於：司法者的憲法，頁37-63，臺北：五南。

林子儀（1997），言論自由的限制與雙軌理論，收於：言論自由與新聞自由，頁133-196，臺北：元照。

法治斌（2003），集會遊行之許可制或報備制：概念之迷思與解放，收於：法治國家與表意自由：憲法專論（三），頁352-356，臺北：正典。

廖元豪（2004），愛國、燒國旗，與言論自由的雙軌理論，月旦法學教室，21期，頁8-9。

——（2014），太陽花學運與公民不服從——值得「不服從」或「抵抗」嗎？，台灣法學雜誌，255期，頁109-114。

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。

2. 外文部分

Bauer, Steven M., and Eckerstrom, Peter J. 1987. Note, The State Made Me Do It: The Applicability of Necessity Defense to Civil Disobedience Cases. *Stanford Law Review* 39:1173-1200.

Black, Charles L., Jr. 1965. The Problem of the Compatibility of Civil

- Disobedience with American Institutions of Government. *Texas Law Review* 43:492-506.
- Blaustein, Albert P., and Robert L. Zangrando, eds. 1968. *Civil Rights and African Americans: A Documentary History*. Evanston, IL: Northwestern University Press.
- Bracey, Christopher A. 2003. Adjudication, Antisubordination, and the Jazz Connection. *Alabama Law Review* 54:853-876.
- Brophy, Alfred L. 2003. Foreword: Lawyers and Social Change in American Legal History. *Alabama Law Review* 54:771-783.
- Cavallaro, James L., Jr. 1993. Casenote, The Demise of the Political Necessity Defense: Indirect Civil Disobedience and *United States v. Schoon*. *California Law Review* 81:351-385.
- Cohan, John Alan. 2007. Civil Disobedience and the Necessity Defense. *Pierce Law Review* 6:111-175.
- Dworkin, Ronald. 1968. On Not Prosecuting Civil Disobedience. *The New York Review of Books*, <http://www.nybooks.com/articles/1968/06/06/on-not-prosecuting-civil-disobedience/>.
- . 1985. *A Matter of Principle*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Lubet, Steven. 2003. Slavery on Trial: The Case of the Oberlin Rescuers. *Alabama Law Review* 54:785-829.
- Schulkind, Laura J. 1989. Note, Applying the Necessity Defense to Civil Disobedience Cases. *NYU Law Review* 64:79-112.
- Terrell, Timothy P. 2003. Toward Duty-Based Lawyering?: Rethinking the Dangers of Lawyer Civil Disobedience in the Current Era of Regulation. *Alabama Law Review* 54:831-852.