

刑法、基本權與公民不服從*

薛智仁**

目次

壹、前言	立意義
貳、公民不服從概念的刑法意義	四、基本權阻卻不法事由無損 公民不服從之政治意義
參、公民不服從阻卻不法的可能 路徑	肆、言論自由之阻卻不法界限
一、基本立場與評論意見	一、基本立場與評論意見
二、基本權阻卻不法事由之論 證必要性	二、言論自由限制之個案權衡 必要性
三、基本權阻卻不法事由之獨	伍、結語

壹、前言

2014年3月18日發生的太陽花學運，對臺灣社會、政治、經濟各方面造成劇烈的影響，也構成對刑事法學理與實務的重大挑戰。第一個挑戰是占領立法院與行政院是否構成犯罪？儘管新政府在520上台後，行政院即已撤回324占領行政院的告訴，不過涉嫌之非

* 投稿日：2016年8月20日；接受刊登日：2016年8月23日。〔責任校對：王蕙琦〕。

** 國立臺灣大學法律學院助理教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/52800261.pdf>。



告訴乃論犯罪仍在法院審理中，此一普遍被認定是公民不服從的占領行動是否阻卻不法，引發各界高度爭議。第二個挑戰是警方在驅離行政院占領者的過程中有濫權執法的嫌疑，在檢警消極不追訴的情形下，許多因為驅離行動受傷之被害人，卻因為「一事不再理」原則而自訴無門，亦顯示現行法在公平保障自訴權上的不足，有修法解決的必要¹。因此，毋庸置疑地，太陽花學運是深化臺灣刑事法學發展的契機。

拙文「刑法觀點下的公民不服從」，即是我回應前述第一個挑戰的嘗試。此文獲選為中研院法學期刊今年度「評論與回應」單元的論文，說明了此一議題對臺灣法學研究的時代意義，我則是幸運地藉著這個難得的機會，獲得張嘉尹、廖元豪、陳運財與李佳玟等四位憲法與刑事法領域之法學先進的評論意見²。對於四位評論人費心閱讀及回應拙文，我在此致上誠摯的謝意。以下我嘗試綜合四篇評論文的內容，澄清、補充或延伸個人的淺見。

貳、公民不服從概念的刑法意義

公民不服從是什麼？政治哲學家John Rawls將其定義為以公開、非暴力、基於良知決定的違法行為，進行象徵性的抗議，目的通常在促成法律或政府政策的改變，行動者也願意承擔可能的法律後果。不論是否贊同Rawls的定義，此一概念在表達一個升級的抗議行動具有政治道德上的正當性，應無爭議。比較困難的是，此一概念對於刑法的意義何在？我認為，在法律與道德分離的立場下，抗議行為之合法性必須依法律系統的標準，就個案事實進行判斷，

1 詳見薛智仁，一事不再理與自訴權競合——評最高法院104年度台上字第239號等相關判決，月旦法學雜誌，256期，頁176-195（2016年）。

2 基於行文方便，以下引用評論人意見時不加職稱與敬語。

公民不服從只有提示抗議行為的社會與政治意義的作用，構成法官進行合法性判斷的考量因素，但是在法律評價與事實認定上均無拘束力³。

評論人對於此一觀點的立場不一。廖元豪認同公民不服從是一個政治修辭或道德包裝，不是法學上有操作意義的概念；陳運財也認為公民不服從對於違法性判斷沒有意義，但是質疑我放寬公民不服從的定義與承認阻卻不法的可能性，反而會抵銷行動的道德正當性；張嘉尹則認為318學運可能兼具公民不服從與抵抗權的特徵，也不排除公民不服從與抵抗權皆為不成文法律概念的可能性。對於評論意見，我的回應如下：

首先，公民不服從由無可能超越道德層次，進而成為區分法／不法的法律概念？我認為，法學理論在未來或許可能朝此方向發展，但是即使如此，在正當性不等於合法性的前提底下，一個證立合法性的公民不服從概念，必定不同於一個證立道德正當性的公民不服從概念。因為，公民不服從的道德正當性，來自其動員沈默的大眾對法律或政策議題表態，或促使政府加入實質的政策辯論，成為民主的意志形成過程的一環，有助於在定期選舉之外深化民主的實現。但是，整體法秩序必須均衡實現憲法所保障的權利與利益，實現民主的價值並不具有絕對優越的地位，對於不服從行動的合法性評價，取決於其促成民主的價值與造成其他權利侵害的權衡結果。假如未來發展出證立合法性的公民不服從概念，勢必要在不服從的目的及手段上更加具體化，形成穩定的合法化標準。依照法學目前對於公民不服從合法性判斷的輾轉反側，一個成熟的合法性公民不服從概念，距離我們尚且遙遠。因此，張嘉尹指出公民不服從可能是不成文法律概念，固然值得贊同，但現階段的公民不服從概

3 薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，17期，頁138-143（2015年）。

念依然只是標示道德正當性。

其次，既然公民不服從只是標示行動的道德正當性，那麼包括318學運在內的任何公民抗議行動是否為公民不服從，對於合法性評價便欠缺拘束力，刑法學沒有必要對公民不服從作進一步的定義，正如同陳運財所言，在判斷其合法性之前應該「脫下高貴的公民不服從外衣」。不過，這並不代表我對於公民不服從概念的釐清與從寬定義毫無意義。在一般輿論與專業文獻裡，有不少人根據公民不服從的定義及多數決原則，絕對否定公民不服從合法化的可能性，因此我們必須先排除這些預斷，才能開啟公民不服從阻卻不法的討論空間⁴。從寬定義公民不服從概念，則是建立在一個事實認知上，亦即公民不服從僅是升級版的公民抗議行動，其促進民主的價值也多少呈現在其他公民抗議行動裡，那些符合我所定義的公民不服從的抗議行動，基本上都屬於憲法言論自由保護的對象，含有促進民主的正當性意義在內，也適用我對於318占領行動的阻卻不法思考⁵。因此，儘管對於刑法評價而言，公民不服從只是欠缺拘束力的描述性概念⁶，但是從寬定義符合我的寫作目的。

陳運財認為，放寬公民不服從概念與承認阻卻不法的可能性，會抵銷行動正當性與訴求效果。這個意見不構成對我的有力質疑。放寬公民不服從概念會涵蓋更多的抗議行動在內，隨著抗議對象與方式的差異擴大，個別不服從行動的正當性落差也會擴大，固然是正確的。不過，既然對於合法性判斷而言，關鍵永遠是在個案事實，公民不服從概念只是對法官理解事實的提示，又沒有拘束力，使其包含正當性程度不一的抗議行動在內，並無損於法官的合法性判斷。同理，阻卻不法是否降低不服從行動的訴求，也不是合法性

4 薛智仁(註3)，頁143-150。

5 薛智仁(註3)，頁142-143。

6 Vgl. auch Ralf Dreier, Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 54 (61).

判斷所關心的對象。即使在道德正當性的層次上，我仍然認為阻卻不法未必會降低不服從行動的訴求。公民不服從行動發揮影響公共意見形成的訴求作用，前提是博取大眾的理解與同情，但是此種訴求作用其實受到相當多因素的影響，並不是只建立在行動者最終承擔有罪的制裁上。行動者不逃避刑事程序，有承擔有罪制裁的意願，表現出他對於整體法秩序的認同；其於刑事程序中爭取阻卻不法的機會，是在主張不服從行動所追求的民主價值高於其所侵害的利益，而不是在爭取法官的法外施恩。因此，行動者坦然面對刑事追訴，不論是爭取無罪的機會或是接受有罪制裁，一樣都是忠誠於法秩序價值的表現，我們並沒有證據能支持，行動者一定要有罪坐牢才有道德正當性，成功爭取無罪就喪失道德正當性。

綜上所述，證立道德正當性的公民不服從概念，對於刑法來說只是對於公民抗議行動的一個意義版本，其所標示的事實型態與社會意義或許有共通性，但是彼此也存在不小的差異。此一概念的射程大小，在刑法上是個次要問題。

參、公民不服從阻卻不法的可能路徑

一、基本立場與評論意見

公民不服從行動在什麼條件下得以阻卻不法，必須針對個案情節決定，因此我以318學運的事實為說明對象，是技術上無可避免之事。我對於318學運的評價結果，雖然無法直接套用在其他公民不服從行動，但是其中適用阻卻不法事由所遭遇的困境，仍具有啟發作用。

對於318學運實現的妨害公務罪或毀損公物罪等構成要件行為，我認為無法適用緊急權限性質的阻卻不法事由。因為，即使將

國民黨籍立委違法審查服貿協議定性為總統著手排除憲政秩序，在無法證明個人法益陷入具體危險之下，它並不構成正當防衛（刑法第23條）之現在不法侵害及緊急避難（刑法第24條）之對於生命、身體、自由或財產的緊急危難，至多構成我國憲法無明文之抵抗權（Widerstandsrecht）的抵抗情狀；即使如此，由於總統濫權的根源是個人的政治確信與憲政體制缺陷，其急迫性並不因為服貿協議通過而顯著增強，相對於總統改選、聲請釋憲或修法等手段，占領立法院並非最後的有效手段，故欠缺抵抗手段之必要性⁷。不過，我認為占領立法院有集體表達政治意見的性質，緊急權限性質的阻卻不法事由無法充分顧及刑罰對於言論自由（憲法第11條）與集會自由（憲法第14條）的干預。因此，如果刑法規定本身缺乏透過解釋保障基本權的空間，應該直接承認基本權作為刑法上的阻卻不法事由，當刑罰在個案中會構成對於基本權之違憲干預時，阻卻行為之不法性。我花了很多篇幅回應可能反對直接適用基本權的理由，最後確定這是開啟公民不服從阻卻不法可能性的另一途徑⁸。

對於直接承認基本權作為阻卻不法事由，評論人似乎皆持肯定的態度，但是也有不同面向的質疑。廖元豪認為，從憲法最高性（憲法第171條）及比例原則（憲法第23條）來說，法官直接適用基本權條款是天經地義，實務也常在妨害名譽罪這麼做，實在不必像我如此猶豫。陳運財認為，我主張直接適用基本權作為阻卻不法事由，與類似緊急避難說只是形式取徑不同，不必刻意強調直接或間接適用的差異，二者真正的差別毋寧在於，我更加重視目的正當性，而不是手段相當性。李佳玟與張嘉尹則是同樣擔心，透過基本權為公民不服從阻卻不法會造成「去政治化」，取消其政治道德價值。李佳玟指出，我們需要一套理論正面回應民主失靈普遍化所衍生的刑法問題，而張嘉尹正是在此方向上提出「微型抵抗權」的觀

7 薛智仁（註3），頁151-164。

8 薛智仁（註3），頁165-185。

點，作為防止憲政危機的機制。對於上述評論意見，我的回應如下：

二、基本權阻卻不法事由之論證必要性

我認同廖元豪所說，從憲法的最高性及比例原則，即可推論基本權對於個案適用刑法的拘束力。但是，有無必要大費周章地論證此一觀點？這比較不是一個理論或邏輯問題，而是一個和法學理論實務現況有關的問題。從憲法學來說，基本權條款的不明確性及法官適用可能僭越立法者或釋憲者權限的反對論據，分別訴諸憲法上同等重要的法治國原則與權力分立原則，與之對話應有助於強化法官直接適用基本權條款的理論基礎。若是對照刑法理論與實務的發展現況，我主張將基本權視為獨立的阻卻不法事由，在現階段更是有深入說理的必要。

刑法學固然承認憲法對於國家刑罰權的拘束力，但是刑法學也自有一套節制國家刑罰權的原則或術語，未必直接援引憲法學的基本權理論，二者之間的關係並未被充分釐清。例如，在刑事立法上，刑法學有「刑法謙抑性」或「刑法補充性」原則，並且通常使用「法益」概念作為入罪化正當性的檢驗標準，這些原則或概念和憲法學的「比例原則」有何異同，至少在臺灣幾乎未被深入討論⁹。在刑法適用上，當法律存在規範性構成要件要素或概括條款等「媒介」或「平台」時，刑法學公認在解釋上應該盡可能考量憲法保障基本權的意旨，但是在其他場合刑法學則是趨於消極保守。此種消極保守的態度，表現在臺灣的刑法教科書未曾論述過憲法基本權條款作為獨立阻卻不法事由，在德國也只有少數文獻全部或局

⁹ 少數例外，如許澤天，刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界限的比例原則，收於：黃舒芃編，憲法解釋之理論與實務（七）（上冊），頁 259-323（2010年）。

部承認基本權作為獨立阻卻不法事由的可能性¹⁰。此種現象的成因可能是刑法釋義學的發展啟始於啟蒙時期，憲法基本權理論則是蓬勃於二次世界大戰後，前者的理論架構成熟度與精緻度高，後者即使逐漸成熟亦無法完全取代之，近年來憲法對於刑法學的影響力及挑戰才增強。例如，刑法學的「法益」概念在傳統上被賦予批判立法的功能，然而有不少新近學說認為，法益概念純粹是刑法學的理論創造物，對於具有民主正當性的立法者缺乏拘束力，未來應該以憲法的比例原則完全取代法益概念，作為審查刑事立法的標準¹¹。在如此的刑法學現況下，我深入論證憲法基本權條款亦是獨立的阻卻不法事由，可被視為消除憲法與刑法學隔閡的理論嘗試。

除此之外，我們也不能低估刑事實務的保守傾向。固然目前的刑事實務在認定犯罪時，已經明白地納入基本權的考量，除了廖元豪提到誹謗罪的諸多判決均深入考量言論自由的保障，最高法院近期在妨害秘密罪的判決也直接承認新聞自由作為阻卻不法事由¹²，然而似乎僅止於此。為何如此？理由很可能是，在誹謗罪有「對於所誹謗之事，能證明其為真實者」（刑法第310條第3項）以及「以善意發表言論」（刑法第311條）的不罰條款，同時又有司法院釋字

10 Vgl. *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 4. Aufl., 2006, § 18 Rn. 49 ff. (藝術自由); *Kristian Kühl*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., 2012, § 9 Rn. 114 (宗教自由、表意自由、集會自由等); *Pierre Hauck*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöller* (Hrsg.), *Anwalt Kommentar StGB*, 2. Aufl., 2014, Vor § 32 Rn. 29 ff.; *Hennig Rosenau*, in: *Satzger/Schluckbier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl., 2014, Vor §§ 32 ff. Rn. 29; *Heiner Christian Schmidt*, *Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe*, 2008.

11 Vgl. nur *Carl-Friedrich Stuckenberg*, *Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat*, GA 2011, S. 653 (653-661); *Armin Engländer*, *Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassung?*, ZStW 127 (2015), S. 616 (616-634); *Sabine Swoboda*, *Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen*, ZStW 122 (2010), S. 24 (24-50); *Tobias Singelstein*, *Aspekte der Konstitutionalisierung im Strafrecht*, in: *Busch/Roggan* (Hrsg.), *Das Recht in guter Verfassung? Festschrift für Martin Kutscha*, 2013, S. 323 (323-334).

12 最高法院104年度台上字第555號刑事判決、最高法院104年度台上字第1227號刑事判決。

第509號解釋對於「證明真實條款」的解釋，在妨害秘密罪（刑法第315條之1）則有「無故」要素¹³，使法官在解釋適用上有義務也有空間進行基本權的權衡。但是，在缺乏此類媒介的犯罪構成要件，例如毀損器物罪（刑法第354條）、煽惑他人犯罪罪（刑法第153條）等，似乎就看不到法院對言論自由的權衡。若是我的觀察無誤，刑事實務依然是在刑法有「媒介」或「平台」時，才敢於進行基本權的權衡，在缺乏刑法的「媒介」或「平台」時是否如此，可能不容過於樂觀。就此而言，我對於基本權阻卻不法事由的深入論證，在缺乏刑法的「媒介」或「平台」的場合，有助於提示法官有義務也有空間直接援引基本權條款。

三、基本權阻卻不法事由之獨立意義

前段只是在強調，基本權作為獨立阻卻不法事由，在現階段並非不言自明的觀念，因而有深入論證的必要，但是並未解釋為何一定要承認基本權是一個獨立的阻卻不法事由。如同陳運財所言，在實質違法性的觀點下，不法評價是取決於系爭行為是否保全優越利益¹⁴，刑法又承認超法規阻卻不法事由，那麼我強調應該承認基本權作為獨立阻卻不法事由的意義何在？更具體來說，我的主張和承認「類似緊急避難」與「微型抵抗權」有何不同？

13 附帶一提的是，陳運財認為「無故」要素並不僅限於提示法官適用一般之阻卻不法事由，而是容許法官根據個案的利益權衡認定有無「正當理由」，但是未說明具體理由。此一看法似乎在強調，在含有「無故」要素的犯罪構成要件，不必另行承認基本權作為獨立之阻卻不法事由，法官原本就可以根據憲法言論自由或勞動權等進行利益權衡。然而，如果將「無故」視為概括的利益衡量要素，等於是讓沒有「無故」的犯罪構成要件適用較嚴格的阻卻不法標準，讓有「無故」的犯罪構成要件適用較寬鬆的阻卻不法標準，這種區別待遇卻欠缺合理根據。因此，我認為「無故」要素只有提示作用，必須透過一般性地承認基本權阻卻不法事由，才能夠充實此一提示要素的內涵。詳見薛智仁，基於取證目的之私人竊聽，台灣法學雜誌，183期，頁168-171（2011年）。

14 保全優越利益是否也適用在阻卻不法的被害人同意（承諾），在刑法學上並非毫無爭議（Vgl. nur Roxin (Fn. 10), § 13 Rn. 3），不過與本文主題無關。

基本上，阻卻不法的實質理由在於保全優越利益，但是保全優越利益只是阻卻不法事由共通的指導原則，一個構成要件該當行為在什麼條件底下保全了優越利益，則是透過各種不同的阻卻不法事由類型化、具體化，並且成為法官判斷行為不法性的框架。具體化的必要性來自於，法官個人主觀的利益偏好對於利益衡量結果有決定性的影響力，如果直接訴諸抽象的利益衡量法則，行為不法性的判斷將容易淪於恣意。因此，除了刑法典承認的阻卻不法事由之外，刑法學說與實務也只承認少數幾個內涵較具共識的超法規阻卻不法事由，作為法官審查行為不法性的標準。這雖然維持行為不法性判斷的穩定性，但是相對於複雜多元的世界偶而會顯得僵化，故不排除發展其他的阻卻不法事由予以補充¹⁵。因此，如同張嘉尹所言，318學運作為一個法律系統上的「異例」，正是凸顯出既有阻卻不法事由可能不足，刑事不法理論有相應調整的必要。不論是主張「基本權」、「微型抵抗權」或「類似緊急避難」，都是朝此方向的理論嘗試。三者都是對於保全優越利益原則的具體化，只是判斷標準不同。問題在於，何者更切合於公民不服從的民主意義？

張嘉尹提出的「微型抵抗權」概念¹⁶，賦予人民在發生急迫的憲政危機時得採取必要的挽救手段；不同於德國基本法第20條第4項的抵抗權，其緊急狀態的界定比較寬鬆，但是抵抗手段應符合比例原則。依據德國基本法第20條第4項的文義，抵抗情狀係指個人或國家機關著手排除憲政秩序，而且「別無其他救濟方法」(wenn

15 舉例來說，德國刑法學在近十餘年來熱烈爭議，是否針對專斷醫療行為額外承認所謂「假設同意」(hypothetische Einwilligung)為阻卻不法事由。僅參考 *Karsten Gaede, Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung*, 2014.

16 我並不排除在德國基本法第20條第4項的抵抗權之外，理論上也有其他意義的抵抗權，薛智仁(註3)，頁152註47即已強調「抵抗行為的容許程度，最終必須根據其與達成修復實質民主機制之間是否符合比例原則來決定，在我國沒有抵抗權明文的情況下，未必要依循德國基本法的定義作為抵抗權的阻卻不法標準。」

andere Abhilfe nicht möglich ist)；學說也一致認為，抵抗行為必須以阻止合憲狀態被排除或恢復合憲狀態為目的，並且應受比例原則之拘束，因為行使抵抗權的公民此時係例外地代替國家的地位，而國家在其所欲防衛的秩序內受到比例原則的拘束¹⁷。不過，此一抵抗權規定在德國只剩下象徵意義。邏輯上的理由是，其中的「別無其他救濟方法」要件架空其適用可能性：如果發生著手排除憲政秩序的情狀，在採取抵抗行為之前必須先訴諸國家的法定救濟管道（通常是法院），只要法院處於能夠受理的狀態，抵抗行為就因為不符合最後手段性而違法；相反地，如果憲政秩序已經完全崩壞，以致於無法期待法院或其他國家機關提供救濟，抵抗行為符合最後手段性，卻也已經找不到人認定抵抗行為的合法性¹⁸。現實上的理由是，現代統治者的權力行使方式也已經進化，通常是披著合法的外衣而違法地行使國家權力，卻很難符合「著手排除憲政秩序」之抵抗情狀。因此，張嘉尹透過承認一種憲法不成文的「微型抵抗權」，使抵抗情狀放寬到發生個人或國家機關個別的重大違憲措施，確實可以因應統治者的進化所產生的新情勢。

不過，我對於這個構想仍有疑問。顯而易見的疑義是，所謂「發生憲政危機之急迫性」是一個高度不明確的法律概念，究竟如何辨識出所謂披著合法外衣的政治運作裡有「急迫的憲政危機」，就是一個極富政治爭議性的問題，法院有無能力判斷此一合法性要件，不容樂觀。更根本的疑義是，「微型抵抗權」其實就是「類似緊急避難」的其中一種具體型態，此種解決方案雖然擺脫正當防衛與緊急避難的限制，不以個人利益陷入具體危險為阻卻不法的前提，但是仍然維持緊急權限的阻卻不法框架。此種緊急權限的特徵

17 *Bernd Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 76. EL Dezember 2015, GG Art. 20 Rn. 25.

18 *Friedrich E. Schnapp*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 6. Aufl., 2012, Art. 20 Rn. 82; *Jan C. Joerden*, Logik im Recht, 2. Aufl., 2010, S. 395 f.

在於，它是國家獨占武力原則的例外，只有在國家來不及阻止憲政秩序或公共利益的急迫危險，而且緊急權係防止急迫危險的有效、必要與衡平的手段時，才能阻卻不法¹⁹。問題是，公民不服從向來是弱勢者對抗強勢者（主流社群或國家），是小蝦米對抗大鯨魚的行動，一方面必須堅守和平公開的立場博取大眾支持，另一方面必須期望可以屈服強勢者的意志，在絕大多數的情形下卻是落敗收場。如果適用「微型抵抗權」或「類似緊急避難」，絕大多數的公民不服從將因為其訴求不在防止急迫危險，其不服從沒有防止迫切危險的效果，而無法阻卻不法。事實上，公民不服從的主要意義在於促成沈默大眾與政府對於重大法律或政策議題的表態，藉此形成公共意見而擴大民主的實現，其民主價值並不以存在國家無從阻止的公益危險為前提，也不以有效阻止公益危險的發生為必要。若是如此，那麼我們勢必要認清：318學運作為法律系統「異例」的意義，並不是單純凸顯正當防衛與緊急避難（或德國式抵抗權）未能因應公共利益的急迫危險，而是根本地凸顯緊急權限性質之阻卻不法事由結構並不適合於保障基本權。如果318學運只是促成承認「微型抵抗權」或「類似緊急避難」的阻卻不法事由，反而是錯失法律體系更積極回應公民不服從的機會。

因此，承認基本權作為獨立之阻卻不法事由，其根本意義在於創造一個結構符合基本權保障意旨之阻卻不法事由，完全不受緊急權限性質之阻卻不法事由結構所拘束。透過言論自由與集會自由嘗試為公民不服從合法化，才能夠在法律層面上回應其民主價值，與

¹⁹ 正當防衛之阻卻不法事由，不以個案之防衛手段符合衡平性為要件，這並不代表比例原則對於正當防衛沒有拘束力。事實上，通說認為個案的防衛手段不受衡平性限制的理由，乃是防衛手段同時保護了受侵害的個人法益及所謂法秩序的效力，不問防衛手段造成的法益損害多大，通常仍然可被評價為保全優越利益的行為（vgl. nur *Roxin* (Fn. 10), § 15 Rn. 1 ff.）。Vgl. auch *Andreas Hoyer*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Strukturelement der Rechtfertigungsgründe, in: *Alexy* (Hrsg.), *Juristische Grundlagenforschung*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) Beiheft Nr. 104, 2005, S. 99-114.

其是否有效阻止憲政危機或重大不法無關²⁰。就此，陳運財雖然正確地指出，「基本權」與「類似緊急避難」阻卻不法事由的實質差異在於審查標準，但是認為不必強調「類似緊急避難」僅係「間接適用」基本權規定，否則讓人將其與基本權第三人效力的「間接適用說」劃上等號，引起不必要的誤解。不過，我強調法官「直接」援引基本權作為阻卻不法事由，不必透過「類似緊急避難」的媒介「間接」考量基本權保障，根本原因是二者具有不同的阻卻不法結構。因此，「直接適用」與「間接適用」並非單純的形式區分，而是實質表達其阻卻不法結構的差異。

四、基本權阻卻不法事由無損公民不服從之政治意義

對於我嘗試適用基本權條款作為公民不服從之阻卻不法事由，李佳玟與張嘉尹不約而同地懷疑，如此可能削弱公民不服從的政治性或政治道德價值，喪失解決國家陷入民主失靈衍生之刑法問題的理論價值，我推測這應該也是張嘉尹提出「微型抵抗權」理論的背後考量。然而，我並不認為基本權阻卻不法事由會削弱公民不服從的政治意義。

首先，公民不服從的政治道德意義與刑法評價無關。一個行為的意義取決於我們的觀察角度，角度越多意義就越複雜。一個陸籍配偶因為不堪家暴而殺死老榮民丈夫的事件，可能凸顯現行防制家庭暴力機制的漏洞、臺灣移民婦女的典型困境、刑法的正當防衛理論不足等面向；一個銀行經理違法超貸而使銀行有倒閉危機，可能凸顯銀行監理機制失靈、政商關係的盤根錯節、金融從業人員缺乏

20 Dreier (Fn. 6), S. 67 f. 附帶一提者，張嘉尹似乎認為，其主張「微型抵抗權」以抵抗行為符合比例原則為前提，與Ralf Dreier的主張相類似。不過，Ralf Dreier以言論自由與集會自由作為合法化事由，其比例原則的審查基準，係指抗議手段有無機會獲得大眾的聆聽與理解，並且喚起多數大眾改變意見的意願（直接的抗議目標），至於是否能排除重大的不法（間接的抗議目標），並不重要。這一點應是與「微型抵抗權」著眼於排除憲政危機的比例原則審查明顯不同。

良知等面向。然而，刑法作為一個評價體系，只能根據刑法的規範目的設定評價標準，將侵害法益的行為評價為犯罪，將保全優越利益的行為評價為無罪，至於這個行為的政治、社會、經濟、心理等意義，只要欠缺刑法評價的重要性，通常就不是刑法所在乎的對象。刑法的有罪／無罪或阻卻不法／阻卻罪責等區分，僅傳達出保護法益觀點下的評價結果，但不會排斥行為被賦予其他意義。因此，陸配不適用正當防衛而成為殺人犯，卻不影響她同時是臺灣未能改善移民婦女困境的被害人；銀行經理成立背信罪，也不影響其凸顯政府應加強金融監理的意義。換言之，對於同一行為從不同視角所賦予的意義，只要不是因為評價矛盾而相互抵銷，通常是可以併存的。就此而言，公民不服從是否阻卻不法、基於什麼理由而阻卻不法，只會影響其於法律上的意義，但是不會改變其作為彌補代議民主失靈的手段，具有促進民主實現的政治道德價值。我很難想像，假如占領立法院是基於言論自由而阻卻不法，不是因為抵抗權或公民不服從而阻卻不法，其對於臺灣政治或歷史的價值就會隨之被改寫或被貶低。

其次，直接適用基本權為公民不服從阻卻不法，不會在法律層面上解消其民主價值。表面上，承認抵抗權或公民不服從作為阻卻不法事由，似乎比起以基本權作為阻卻不法事由，更夠彰顯不服從行動彌補代議政治失靈的特徵，但是實情並非如此。以基本權作為阻卻不法事由，只是創造出一個共通適用於所有構成要件行為、所有基本權的阻卻不法框架，但是個別行為的法律意義仍然取決於具體適用的基本權。一個律師收受當事人販毒所得作為辯護報酬不構成洗錢罪，其理由可能在於職業自由；一個猶太人同意其未成年兒子進行割包皮手術不成立傷害罪，理由可能在於宗教自由或教養權²¹。在這兩個情況裡，雖然都是適用基本權阻卻不法事由，不過

21 必須提醒的是，這些都是高度爭議性的議題，此處僅是作為闡釋各種行為有不同法律意義的例子，而不是作出終局的法律評價。

沒有人會將二者的法律意義劃上等號。因此，當我們以言論自由與集會自由作為公民不服從的阻卻不法事由時，就是基於言論自由與集會自由構成民主政治的基礎，肯認公民不服從對於民主政治的正面意義，並且在特定條件下足以抵銷其所造成的法益侵害。公民不服從的特殊性，僅在於其對重大法律或政策採取較不尋常的表意方式，以致於在法律評價上站在合法／不法的臨界點。我認為，透過言論自由或集會自由將公民不服從「尋常化」，不但沒有貶低公民不服從的政治性，反而更符合當代社會裡民主失靈的普遍狀況：在代議政治裡，那些被選出來行使權力的政治菁英，通常是不受人民支配地行使被授予的權力，甚至對於大多數的弱勢階級及少數族群而言，代議政治在維護他們的權益上可能從來就是失靈的。憲法賦予之言論自由與集會自由，就是為了因應此種「常態性」民主失靈的「尋常手段」，弱勢者及少數族群的公民不服從，不是在代議政治底下訴諸不同於其他公民的特權，而是在行使憲法平等賦予的公民權利²²。

據此，嘗試透過言論自由與集會自由為公民不服從阻卻不法，非但未抹煞其政治道德上的價值，反而還在法律上正面肯認其民主價值，而且是一個因應代議政治常態性失靈的尋常手段。堅持採取抵抗權或公民不服從的阻卻不法途徑，是在法律上將公民不服從例外化或特殊化，反而削弱其抵抗政治失靈的普遍意義²³。

22 類似看法：Rupert Scholz, Rechtsfrieden im Rechtsstaat. Verfassungsrechtliche Grundlagen, aktuelle Gefahren und rechtspolitische Folgerungen, NJW 1983, S. 705 (709).

23 我的主張並不排除，在不服從行動無法基於言論自由或集會自由而阻卻不法時，在刑法體系內仍有其他「政治性」的解決途徑，例如行政院撤回對於占領者的告訴，即是善用告訴乃論之罪承認被害人放棄追訴的可能性，使此一政治爭議留在政治領域解決，刑法不予介入。

肆、言論自由之阻卻不法界限

一、基本立場與評論意見

基本權阻卻不法事由的審查方式，係就個案的有罪及刑罰宣告，審查其作為達成保護系爭構成要件之公共利益（或法益）的手段，對於基本權之干預是否符合比例原則，若是欠缺有效性、必要性或衡平性要件，該有罪及刑罰宣告即屬違憲，法院應基於基本權阻卻不法而宣告無罪。法官在個案中對於刑罰的有效性與必要性的認定，通常只能尊重立法者的決定，故審查重點在於衡平性：法官必須一方面確定刑罰之保護公益效果（通常係指系爭構成要件之保護法益），另一方面確定刑罰對於基本權的干預方式及程度，二者進行權衡²⁴。我認為，禁止占領立法院保護了立法院的正常運作及財產，但是這些利益的需保護性因為立法院違背監督行政之義務而降低；禁止占領立法院看似僅剝奪行為人有效性較高的表意方式，不過在憲法缺乏監督總統權力的結構底下，此一禁止是徹底切斷少數人影響政府重大決策的最後途徑。兩相權衡的結果，禁止占領立法院之弊大於利，故占領立法院應阻卻不法²⁵。

廖元豪並不贊成此一判斷架構及結論。他認為，此一作法與美國法的「必要原則」（necessity）類似，但是美國各州或聯邦法院多半傾向為公益而抗爭，原則上不得主張「必要原則」²⁶。如果回歸表現自由的審查架構，應依序審查系爭行動是否為象徵性言論，觸犯的法規是「內容管制」或「內容中立」措施，若為後者，表現活動如何因為言論自由而不受制裁。廖元豪認為，占領行動的「傳播-表達」成分很低，而且毀損、侵入住宅或妨害公務的刑法規定，

24 薛智仁（註3），頁179-185。

25 薛智仁（註3），頁185-190。

26 詳見法思齊，美國刑法中的公民不服從（Civil Disobedience），月旦法學雜誌，235期，頁149-166（2014年）。

均屬於內容中立的法規，故不容易肯定占領行動不該受罰的結論。

二、言論自由限制之個案權衡必要性

首先要澄清的是，如果我對美國法「必要原則」的理解無誤，此一看法其實比較接近「類似緊急避難」或「微型抵抗權」的概念，抗爭行動係基於防止危害發生之必要性而阻卻不法，反而與我主張的基本權阻卻不法事由不同。在基本權阻卻不法事由的框架下，抗爭行動是否為防止危害發生的必要手段，僅構成「衡平性」審查的考量因素，抗爭行動不因為其無法防止重大危害發生就不得阻卻不法。舉例來說，假如行政院公布將在三年後增建核電廠，反核人士占領行政院抗議無效，此一占領行動可能不符合「必要原則」的「立即的重大危害」要件，但是在言論自由的架構下，其形成公共意見監督政府的價值並不當然因此減低，刑法禁止並制裁占領行為可能構成對言論自由的違憲侵害，故並不立即排除阻卻不法的可能性。因此，儘管在我的解決方案裡，利益權衡扮演吃重的角色，但是與「必要原則」的利益權衡架構仍有些許不同。

在基本權阻卻不法事由的架構下，廖元豪引用大法官也相當程度繼受的美國憲法言論自由理論，指出占領立法院適用言論自由阻卻不法的難度很高，確實是一項有力的論點。此一審查體系使利益權衡具有更清楚的輪廓（廖元豪稱為「批發式」權衡），只要抗爭行動不是「象徵性言論」，或作為象徵性言論僅受「內容中立」管制，對其禁止就不易被認為是侵犯言論自由。相對於此，我採取的審查方法受德國基本權理論的審查架構所影響，認為所有向外界自主表達意見的舉動都受到言論自由的保護²⁷，此一自由雖然可以受到法律限制，但是此一法律限制本身必須符合比例原則（交互影響

²⁷ Vgl. nur *Christoph Grabenwarter*, in: *Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar*, 76. EL Dezember 2015, GG Art. 5 Rn. 80 ff.

理論)²⁸。此一審查方法導致結論大幅倚賴個案的利益權衡，提升法官恣意的可能性。從方法論來看，廖元豪採取「定義式衡量模式」，我則採取「個案權衡模式」²⁹。對於廖元豪的有力質疑，我嘗試回應如下：

占領立法院行動是否屬於象徵性言論，涉及事實認定以及憲法對「言論」或「意見表達」概念的界定。占領立法院起因於抗議立法院違法審查服貿協議，並且明確訴求退回服貿、先立法後審查、召開公民憲政會議等主張，透過占領象徵性地表達人民奪回原本授予立法委員行使的主權，不論是否贊同其主張，占領者與社會大眾均清楚知悉其訴求。因此，廖元豪認為占領行動的「傳播——表達」成分遠低於「燒徵兵卡」及「配戴臂章」明確表達的反戰主張，我有些懷疑這樣的比較是否切合實情。如果肯認占領行動有表意成分，即使表意成分不高，也不代表其自始不在言論自由的保護範圍內。為了避免國家恣意限制言論自由，在解釋上應對言論自由的保護範圍從寬認定，再透過比例原則的審查仔細認定限制的正当性何在。因此，只要不是完全沒有表意成分，不妨從寬將占領行動納入言論自由的保護範圍內³⁰。我們必須注意，美國憲法在認定象徵性言論上的審慎，可能有其實證法的背景。美國憲法增修條文第1條規定「國會不得立法……侵害言論的自由……」，一旦抗議行為被界定為「言論」，對於言論「內容」的限制就適用嚴格的審查標準，必須是防止重大急迫法益免於明顯立即的危險的必要手段。此種絕對保護言論自由的傾向，可能導致法院在界定「言論」概念時

28 關於美國與德國言論自由理論取向差異的扼要說明，參考蘇慧婕，淺論社群網路時代中的言論自由爭議：以臉書「按讚」為例，台灣法學雜誌，214期，頁28-35（2012年）。

29 對於這兩種言論自由案件方法取向的介紹及分析，詳見張陳弘，去類型化猥褻性言論之理論建構——美國法之比較研究，臺北大學法學論叢，83期，頁50-63（2012年）。

30 Vgl. Dreier (Fn. 6), S. 64 ff.

從嚴，甚至自始排除某些類型的言論（如仇恨言論、猥褻言論），避免導致適用高標準的言論自由保障。不過，我國憲法第11條的文義不同，因此採取比美國憲法寬的「言論」認定標準，應是可被接受的作法。

既然占領立法院是表意行為（象徵性言論），刑法為了保障立法院的正常運作及財產而禁止之，是否構成對言論自由的過度干預，則是阻卻不法與否的關鍵問題。廖元豪強調本案涉及的刑法規定屬於「內容中立」措施，故應尊重立法者所設定的公共秩序目標，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害言論自由。從保障言論自由的目的來說，依據內容中立／內容管制對言論自由的保障進行類型化有其正當性，因為禁止特定的言論表達方式，通常仍然有其他表達相同內容言論的管道，無損於實現自我、溝通意見、追求真理或促進民主監督的實現。不過，此種「雙軌理論」對於言論管制方式的類型化，本質上只是一種初步的利益權衡，它只能根據所選定的類型化要素反應不同案件的言論價值高低，但是無法涵蓋個案裡影響言論價值的內容、表達方式、來源、影響等要素。因此，在方法上，適用類型化的標準只是判斷言論價值的起點，而不是終點，法官應該還是可以根據個案情狀，基於影響言論價值的其他因素，例外地作出不同於類型化模式的衡量結果。事實上，廖元豪也不排除，立法者對於「內容中立」措施所設定的公共秩序目標例外地無法正當化對於表意自由的限制。我必須承認，個案權衡模式會讓法官個人的主觀價值帶入法律判斷，但是這並非絕對排除個案權衡的充分理由。特別是，當國家是透過刑罰來干預人民表達意見的方式時，法官不應該僅訴諸於類型化標準，放棄透過個案權衡保障被告人身自由及言論自由的空間，毋寧應該勇於透過綿密的說理進行個案權衡，並接受各方的檢證。

基於這樣的考慮，即使毀損、侵入住宅及妨害公物等罪屬於「內容中立」措施，對於占領行為的處罰是針對其「非傳播成分」，

通常不會違憲侵害其言論自由，但是仍然存在考量占領立法院的特殊情狀作出不同認定的空間。占領立法院的特殊性在於，一方面其抗議的事項涉及國計民生的重大議題，在現行憲政體制下又缺乏制衡管道；另一方面抗議手段的侵害與訴求對象，都是受人民監督行使權力的立法院及行政權，而不是居於平權地位的其他公民。言論自由保障人民表達意見，終極目的在於有效發揮監督國家權力的作用，基於法律上的平等原則，弱勢者或少數族群不得透過言論自由，要求其他人民忍受抗議行為造成的損害，但是國家機關之權力行使自始應受監督，被期待更大程度上容忍抗議行為造成的損害。在此意義上，與廖元豪舉例之學生抗議教師評分不公而占領研究室，可能無法相提並論。不可否認地，我所提出的這個面向是否一定能構成翻轉「內容中立」措施合憲性的理由，仍有討論空間。

伍、結語

在刑法學的觀點下，318學運作為（或許不只是）公民不服從行動，使我們看到以緊急權限之阻卻不法事由為主的不法理論，並無法充分因應刑罰對於人民基本權的威脅。由於刑罰是對人民權利干預最深刻的國家手段，彌補不法理論的這項缺失有其迫切性，可行的方法就是承認憲法基本權條款是一個獨立的阻卻不法事由，而不是擴張阻卻不法的緊急權限，不論名義是類似緊急避難或微型抵抗權。在此一架構下，公民不服從便在憲法保障言論自由與集會自由的界限內被合法化。318學運的發生背景、手段、政治經濟效應等，才是在這個框架內決定利益權衡結果的關鍵，而其他學科對於318學運的意義分析，可作為法官進行利益權衡的參考因素。無論如何，誠摯希望我正確理解了評論人的觀點，也成功減少了我們彼此間的歧見，這篇簡短的回應文能有拋磚引玉的效果。

參考文獻

1. 中文部分

- 法思齊（2014），美國刑法中的公民不服從（Civil Disobedience），
月旦法學雜誌，235期，頁149-166。
- 許澤天（2010），刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界限的
比例原則，收於：黃舒芃編，憲法解釋之理論與實務（七）
（上冊），頁259-323，臺北：中央研究院法律學研究所籌備
處。
- 張陳弘（2012），去類型化猥褻性言論之理論建構——美國法之比
較研究，臺北大學法學論叢，83期，頁43-98。
- 薛智仁（2011），基於取證目的之私人竊聽，台灣法學雜誌，183
期，頁162-175。
- （2015），刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，17
期，頁131-204。
- （2016），一事不再理與自訴權競合——評最高法院104年度
台上字第239號等相關判決，月旦法學雜誌，256期，頁176-
195。
- 蘇慧婕（2012），淺論社群網路時代中的言論自由爭議：以臉書
「按讚」為例，台灣法學雜誌，214期，頁28-35。

2. 外文部分

- Dreier, Ralf (1983), Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im
Rechtsstaat, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat,
Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 54-75.
- Engländer, Armin (2015), Revitalisierung der materiellen
Rechtsgutslehre durch das Verfassung?, ZStW 127, S. 616-634.

- Gaede, Karsten (2014), Limitiert akzessorisches Medizinstrafrecht statt hypothetischer Einwilligung, Heidelberg: C. F. Müller.
- Grabenwarter, Christoph (2015), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, München: C. H. Beck, 76. EL Dezember 2015, Art. 5 GG.
- Grzeszick, Bernd (2015), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 76. EL Dezember 2015, München: C. H. Beck, Art. 20 GG.
- Hauck, Pierre (2014), in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), Anwalt Kommentar StGB, 2. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller, Vor § 32 StGB.
- Hoyer, Andreas (2005), Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Strukturelement der Rechtfertigungsgründe, in: Alexy (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) Beiheft Nr. 104, S. 99-114.
- Joerden, Jan C. (2010), Logik im Recht, 2. Aufl., Berlin: Springer.
- Kühl, Kristian (2012), Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., München: Vahlen.
- Rosenau, Hennig (2014), in: Satzger/Schluckbier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., Köln: Carl Heymanns Verlag, Vor §§ 32 ff. StGB.
- Roxin, Claus (2006), Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., München: C. H. Beck.
- Schmidt, Heiner Christian (2008), Grundrechte als verfassungs-unmittelbare Strafbefreiungsgründe, Baden-Baden: Nomos.
- Schnapp, Friedrich E. (2012), in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band 1, 6. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 20 GG.
- Scholz, Rupert (1983), Rechtsfrieden im Rechtsstaat.

Verfassungsrechtliche Grundlagen, aktuelle Gefahren und rechtspolitische Folgerungen, NJW, S. 705-712.

Singelstein, Tobias (2013), Aspekte der Konstitutionalisierung im Strafrecht, in: Busch/Roggan (Hrsg.), Das Recht in guter Verfassung? Festschrift für Martin Kutscha, Baden-Baden: Nomos, S. 323-334.

Stuckenberg, Carl-Friedrich (2011), Grundrechtsdogmatik statt Rechtsgutslehre. Bemerkungen zum Verhältnis von Strafe und Staat, GA, S. 653-661.

Swoboda, Sabine (2010), Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW 122, S. 24-50.