

脫下高貴的公民不服從的外衣^{*} —— 簡評〈刑法觀點下的公民不服從〉

陳運財^{**}

目次

壹、前言	參、「直接適用」或「間接適用」？
貳、脫下高貴的公民不服從的外衣	肆、審查的方法論
	伍、結語

壹、前言

對於一件可能涉及侵害法秩序和平的抗爭行為，在學說上如此的追求其正當化的熱烈狀況，誠屬少見。

2014年3月18日研究所學生林飛帆、陳為廷等人，為了抗議立法院內政委員會草率審查兩岸服貿協議，帶領群眾占領立法院，其間發生破壞門窗及毀損桌椅等行為，占領行動持續至同年4月10日，一般將此事件稱為「318太陽花學運」。對於此項抗爭活動，不

* 投稿日：2016年8月8日；接受刊登日：2016年8月17日。〔責任校對：向民潔〕。

** 國立成功大學法律學系教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/92807161.pdf>。



少論者或主張係合於抵抗權之行使，而不構成犯罪¹；或認為此係公民不服從（civil disobedience），可成立類似緊急避難而阻卻違法²。或謂占領立法院的行動者可能基於誤認存在緊急權限之前提事實而發生容許構成要件錯誤，因而阻卻故意不法³。

薛智仁教授的大作〈刑法觀點下的公民不服從〉⁴（下稱〈薛文〉）則認為違法審查服貿協議是國家的個別違法措施，似不構成抵抗權的緊急狀態。且因不應例外承認國家存續利益是正當防衛適格的利益，服貿協議之生效及總統的獨斷可能摧毀既存的憲政秩序，並非防衛情狀。另一方面，主張緊急避難的阻卻不法論據根本上在於共同體成員的連帶義務，而不是保全優越利益，因無法證明服貿協議生效可能已經同時使個人利益陷入必須立即排除的危險，而沒有適用緊急避難的可能性；即便將緊急避難視為利益衡量原則之具體化，為了阻止服貿協議生效而佔領立法院，是否符合緊急避難應具備的補充性原則的要件而阻卻違法，亦有疑義。據此，在318太陽花學運抗爭活動，無法適用抵抗權，亦不符合刑法正當防衛與緊急避難之阻卻不法事由的狀況下，為開啟法律適用上充分考量表意自由與集會自由保障的可能性，〈薛文〉主張對於公民不服從的刑法評價，應直接援引基本權條款作為阻卻不法事由進行審查。在第一個審查層次上，法官必須先審查系爭基本權之保護領域，並確定刑事制裁構成對系爭基本權之干預。其次，在第二個審

1 陳志輝，抵抗權、公民不服從與刑事不法——論318進駐國會議場事件的刑法評價，台灣法學雜誌，255期，頁70（2014年）；張嘉尹，公民不服從或抵抗權？——318學運的憲法學詮釋（二），台灣法學雜誌，250期，頁86以下（2014年）。

2 林鈺雄，公民抗爭與不服從運動的刑法評價——兼評318運動的占領議場行為，月旦法學雜誌，230期，頁133以下（2014年）。

3 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113（2014年）；陳志輝（註1），頁85。

4 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）。

查層次上，法官應該審查刑事制裁所構成之基本權干預是否符合比例原則，權衡刑事制裁所干預的基本權利益，相對於其保護法益是否衡平。

〈薛文〉的特色主要在提出一個廣義公民不服從的不法判斷架構，同時主張將基本權直接作為刑法上阻卻違法事由，以防止國家的刑事制裁過度干預基本權的危險。〈薛文〉在闡述公民不服從概念與刑事不法的關連、法官得直接適用基本權條款作為阻卻違法等具體論點均有深入的論證，具有相當的學術水平，值得肯定，在此不再錦上添花。以下僅就處理問題的方法論部分，提出下述幾點看法，期望能更進一步有助於釐清問題的本質及研究取徑上的問題。

貳、脫下高貴的公民不服從的外衣

2005年11月1日，作家杜十三先生因不滿政府該段時期對於新聞自由的處理方式，深覺「言論自由和公平正義是我的家人和鄰居！」在十分氣憤下，打電話至行政院院長辦公室表明：「我是『臺灣解放聯盟』，已經宣判謝長廷死刑，並將在本星期執行，執行對象包括謝院長以及他的家人！」正當負責接話的秘書要詢問對方「先生貴姓？」時，杜十三隨即掛斷電話，案經刑事警察局查獲，依恐嚇罪嫌移送士林地檢署偵辦，檢察官複訊後令3萬元交保候傳⁵。之後，本案經檢察官偵查終結以緩起訴處分確定。另外，於2013年2月5日晚間，全國關廠工人連線在臺北車站臥軌抗議，連線領袖毛振飛等人涉嫌公共危險、違反集會遊行法等罪名，經移送臺北地檢署偵查終結，於2015年3月11日檢察官審酌警察機關當天舉牌並非分局長，與法律規定不合，且關廠工人臥軌抗爭當天，因臺

⁵ 恐嚇殺謝揆 詩人杜十三被捕，自由時報，2005年11月8日，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/42185>（最後瀏覽日：2016年8月1日）。

鐵駕駛得知消息，並未將列車駛進，故對臥軌行為對公共安全尚無影響，而未構成刑法妨害公眾往來安全罪，故為不起訴處分⁶。

在杜十三先生涉及恐嚇的案件中，我們並不清楚檢察官作成緩起訴的理由是什麼，不過顯然依檢察官偵查終結所認定的結果是杜先生構成恐嚇危害安全罪嫌明確，具備追訴條件，惟基於審酌刑法第57條所列事項及公共利益的維護，而選擇為緩起訴處分。然而，吾人掛慮的是，杜十三先生基於維護新聞自由之目的所為的爭議性言論，果真以刑法恐嚇罪處罰是否會過度壓抑人民對於高權措施的良心抵抗，而反而損及憲法保障的言論自由？也就是說，從目的與手段綜合判斷的觀點，對於杜先生此項有高度憲法上價值的政治性言論反映至刑法恐嚇罪的評價上，我們不可忽略的觀點是在構成要件的層次，其言論是否該當於不法惡害的通知？退步言，即便形式上該當於構成要件的實現，基於維護憲法言論自由的保障，綜合審酌其行使的手段以及造成法益侵害的狀況等，是否具有值得科以刑罰的實質違法性，均有斟酌的空間。吾人無法揣測本案檢察官在恐嚇罪成立的評價上是否有融入前述憲法保障言論自由的規範要素，或許檢察官以緩起訴終結的結果乍看之下有利於被告個人，惟卻可能失去一次「透過國家行使刑罰權的謙抑化，據以彰顯維護言論自由」的良機，令人遺憾！

而對於關廠工人臥軌的抗爭行動，針對檢察官對於妨害公眾往來安全罪的部分為不起訴處分，有不同意見指出中雖臺鐵駕駛實際上未將列車駛進，但仍有公共危險之虞，或認為即便不構成妨害公眾往來安全罪，但因其臥軌行為已阻礙民眾來往搭乘火車的自由，而應成立妨害自由的強制罪，縱使行為人主張憲法集會、言論自

6 關廠工人臥軌案 未影響公安不起訴，自由時報，2015年3月11日，<http://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/1253793>（最後瀏覽日：2016年8月1日）。

由，也不能阻卻妨害自由的成立云云⁷。確實，在檢察官偵查終結認定不成立妨害公眾往來安全罪的情形下，臥軌行為是否另行成立強制罪是有探討的空間。不過，在此吾人必須思考的是，關廠工人為了抗議勞委會向法院訴請返還所謂的多年前借款，以維護其勞動基本權之目的所採取的臥軌行為，對於刑法強制罪的構成要件該當性以及實質違法性的評價，會造成何種影響？即便形式上構成要件該當，惟從整體法秩序的觀點予以綜合評價，依個案情節仍有阻卻違法的可能。

畢竟刑罰乃國家剝奪人民自由、財產，甚至生命的最嚴厲的手段，基於憲法保障人身自由的精神，規範國家刑罰權範圍的實體要件及實踐刑罰權的程序要件，不僅形式上應以法律明文規定，其內容更應實質正當；其中，就實體法的觀點而言，罪刑法定原則即為憲法正當法律程序所要求的核心內容⁸。不僅國家所制定的刑罰法律本身有無違反明確性原則等罪刑法定之派生原則，應受合憲性審查，法院於個案抗爭行為之犯罪成立要件的評價中，如未審酌抗爭行為所要維護的憲法基本權的目的正當性，致使國家刑罰權過度壓抑人民基本權的行使者，該項有罪判決亦可能違反正當法律程序。此項審酌或考量，應該貫穿構成要件、違法性、罪責等犯罪成立要件的判斷乃至於量刑層次，這是系爭個案具體事實綜合判斷的問題。如上述所舉杜十三先生以及毛振飛先生的案例，不論其抗爭活動是採取緩和的或是激烈的手段，法院在具體個案中評價系爭行為是否成立犯罪時，自應一併審酌所欲維護憲法基本權的性質及價值，這與是否將抗爭行為定位為公民不服從，並沒有直接關連。

其實〈薛文〉也肯定這樣的觀點，文中強調公民不服從不是一

7 律師：肉身阻火車涉強制罪，中國時報，2015年3月12日，<http://www.chinatimes.com/newspapers/20150312000436-260102>（最後瀏覽日：2016年8月1日）。

8 參照司法院釋字第384號解釋。

個法律概念，其所指涉的個案事實也可能相當多元複雜，對於公民不服從的不同刑法評價，某程度上源自於其所關照的不服從情節有別；「在法律與道德分離的基本立場下，不法判斷係以法律系統本身的標準來運作，一個行為具有道德正當性不當然保證其阻卻不法，欠缺道德正當性也不當然證成其不法性。⁹」不過，既然如此，筆者比較不解的是，〈薛文〉為何還要大費周章的去為所謂公民不服從另做從寬定義，因為市民的抗爭活動不論是否符合公民不服從的定義，基本上並不影響其「應容許法官直接引用憲法基本權條款作為阻卻犯罪成立的依據」的見解。反而，如此從寬定義的結果，將會相應的擴大與公民不服從概念的自相矛盾。亦即，由於所謂公民不服從的行動者往往係有意識地違反法律，願意承擔法律後果，如果抗爭行為被阻卻違法，使其不必承擔個人風險，將會部分抵銷行動的道德正當性與訴求效果。

固然〈薛文〉指出承認公民不服從於個案的刑法評價上可阻卻違法的見解，並不等同於肯定此一概念對於不法判斷的拘束力，並不自始與公民不服從概念自相矛盾，也不當然剝奪行動的道德基礎及訴求作用。不過，筆者以為，這樣的推論說服力並不足。因為對於堅信所謂公民不服從是指非暴力、良心但違反法律，且願意承擔法律責任的行動者而言，刑法評價上可阻卻違法，在道德層面怎麼不會減低其行動所要表達的深層的信仰和良心的聲音呢，尤其在將非暴力或良心性從寬定義下，可能強行置鳳凰與鷄同籠，其結果更會增添導致抵銷行動的道德正當性的憂心。總之，筆者想要強調的是，市民的抗爭活動是否成立犯罪，是依個案具體情節，基於整體法秩序的觀點綜合判斷的問題，不用拘泥於是否套上公民不服從的外衣；在檢討是否容許法官直接引用憲法基本權條款作為阻卻犯罪成立的依據之前，先脫去高貴的公民不服從的外衣吧！

9 薛智仁(註4)，頁141。

參、「直接適用」或「間接適用」？

〈薛文〉的另一個特色是，是主張應容許法官直接引用憲法基本權條款作為阻卻違法的依據。文中，對於為何採取所謂「直接適用說」的論據、以及此說與類似緊急避難說之間的差異，有做深入的說明。筆者在結論上贊成〈薛文〉的見解，惟關於其論據的說明，提出下述三點補充意見：

其一，關於名詞的使用問題。〈薛文〉主張法官得直接援引憲法基本權條款阻卻犯罪成立之依據，相對的反駁了部分學說主張基本權條款對於刑法並無直接適用的效力，而只有透過刑法內部的媒介或平台，始能發揮間接的適用效力的看法¹⁰。由文脈觀察，似要突顯類似緊急避難說是「間接適用」，而其則是主張「直接適用」。

所謂「直接適用說」、「間接適用說」或「不適用說」是處理憲法基本權的保障有無第三人效力的問題¹¹。誠如〈薛文〉所述，在私人間得否主張憲法基本權的保障，或容有爭議，惟在國家對個人科以刑罰的領域，正是個人防禦國家所要保障的基本權的適用範圍，對於國家以刑罰法律追訴處罰人民而可能損及其基本權時，人民自得主張該系爭基本權作為阻卻違法的依據，這正是人民對國家行使防禦作用的基本權的本質。相對的，法院在適用相關刑罰法律時，亦負有維護人民憲法基本權的守護義務，應引用憲法基本權條款作為評價犯罪是否成立的依據，這部分應無疑義，故此種情形，實無區分直接適用或間接適用的必要。筆者觀察論者主張「刑法的合憲性解釋，通常要透過一個媒介撮合的評價平台，以開啟憲法對刑法解釋的影響作用。這些媒介遍佈在刑法體系的各個犯罪階層，不一而足」，不僅不反對將基本權條款採納作為阻卻違法事由，實

¹⁰ 薛智仁（註4），頁168以下。

¹¹ 李惠宗，憲法要義，7版，頁110（2015年）。

質上是高度肯定刑法解釋應合於憲法基本權的保障¹²。筆者以為，此說針對市民抗爭活動，基於實質違法性的觀點，承認了類似緊急避難之超法規阻卻違法事由的平台，且由於這個媒介平台具有對於憲法基本權的高度承受性，即使稱之為間接適用，亦與直接適用之間無實質差異，換言之，此說與〈薛文〉主張直接援引憲法基本權條款作為阻卻違法事由之依據的見解，其實只是形式上取徑的不同而已。在此意義下，〈薛文〉對於此說貼上所謂「間接適用」的標籤，恐讓人將其與第三人效力的「間接適用說」劃上等號，而引發不必要的誤解。

其二，〈薛文〉認為針對318學運抗爭事件，法官在認定占領立法院是否成立侵入建築物罪（刑法第306條），一方面因為侵入的概念相對封閉，憲法基本權規定無法影響其內涵，故無法基於行為人係在行使表意自由或集會自由，就否定「侵入建築物」的構成要件；另一方面，在犯罪三階層理論的意義底下，侵入建築物罪的「無故」要素僅是違法性的提示規定，在體系定位上屬於一般違法性要素，其內涵並未超越其他構成要件所適用之阻卻違法事由。因此，要透過合憲性解釋刑法條款的途徑，讓憲法基本權條款間接發揮限制國家刑罰權效力，已是窮途末路，而主張最後的解決方案是，容許法官直接引用憲法基本權條款作為阻卻犯罪成立的根據¹³。惟對於前述有關「無故」之要件的理解，筆者持不同的看法。

確實在國內關於刑法第306條侵入住居罪所定的「無故」侵入，有力見解認為此並非屬於構成要件要素，而應屬立法者所提示違法性的一般犯罪要素¹⁴。在日本也有不少見解主張該國刑法第

12 林鈺雄，基於憲法及公約之類似緊急避難——初探公民抗爭運動的刑法評價平台，台灣法學雜誌，247期，頁109（2014年）。

13 薛智仁（註4），頁167-168。

14 林山田，刑法各罪論（上），5版，頁214（2006年）。

130條侵入住居罪所謂的「無正當理由」，純屬語意上的修飾詞，將適法的進入，排除於此罪的成立範圍外，故所謂無正當理由，係指不存在該當於阻卻違法事由之事實而言¹⁵。惟相對的，有論者主張有無正當理由的判斷，除了檢驗侵入行為是否係依法令或出於緊急避難等法定之阻卻違法事由外，仍應重視個案中的利益衡量，例如在勞動爭議行為中，侵入之目的及侵入之時間久暫等作為有無實質違法性的考量¹⁶，筆者從之。我國刑法第306條侵入住居罪所定之「無故」，並不單純地僅是透過「提示」，藉以提醒司法人員應注意法定阻卻違法事由之存在而已，除了與其他構成要件所共通適用之阻卻違法事由外，本條規定所保護個人住居的隱私權益，仍要與侵入行為所要主張的憲法言論自由或勞動權等進行利益權衡，據以認定有無正當理由，讓憲法基本權條款發揮限制國家刑罰權效力的作用。

其三，〈薛文〉在主張容許法官直接引用憲法基本權條款作為阻卻犯罪成立的根據的同時，就與既有的刑法上的媒介平台的關係上，其所採取的處理順序是「在刑法已有『媒介』，例如規範性之構成要件要素、法定阻卻不法事由等，足以使基本權的效力獲得最佳實現時，法官固然應該優先透過合憲性解釋落實基本權防禦國家權力的要求；但是，如果刑法欠缺適當的『媒介』，應該許可法官直接適用憲法基本權規定，使其不受法律規定的形式所限制，在所有個案中發揮限制國家權力的效力」¹⁷，可見〈薛文〉並不主張以其所架構的「公民不服從直接適用基本權之阻卻不法事由」的審查方法優先或完全取代既有的刑法媒介平台。筆者同時觀察〈薛文〉有關違法的本質，其實與前述採取類似緊急避難說的主張，均是立

15 大塚仁，刑法各論（上卷），頁273（1984年）；山口厚，刑法各論，頁120（2003年）。

16 內田文昭，刑法各論，3版，頁178（1997年）。

17 薛智仁（註4），頁171。

於實質違法性的觀點，認為違法性不應僅單純的定義為違反實定法令（形式的違法性論），而應探求行為為何違法、違法之實質是什麼，且認為犯罪成立評價，應要求具備值得處罰之程度的違法性，故筆者合理推論〈薛文〉亦肯認「超法規阻卻違法事由」或「可罰的違法性理論」¹⁸。若是如此，則〈薛文〉主張的實益，其實已不再是所謂的直接適用或需透過一定的平台媒介的名義上的問題，而是在於審查的標準。

肆、審查的方法論

〈薛文〉指出幾乎任何抗爭行為只要訴諸某種公共利益之維護，即可符合類似緊急避難之避難情狀要件，剩下的問題就是避難手段的適當性、必要性與衡平性考量。類似緊急避難說固然正確地意識到憲法之基本權保障內容會影響抗爭行為之合法性判斷，但是其審查架構及內容最終仍然訴諸高度複雜的利益權衡，並未比直接適用憲法基本權條款更為具體¹⁹。同時，抗爭行為是否有效防止緊急危難，是否已窮盡防止緊急危難的國家救濟管道等因素，在基本權干預的比例原則審查結構裡，僅影響刑事制裁所干預之基本權利利益程度，對於最終決定阻卻犯罪與否的衡平性判斷，並沒有絕對影響力²⁰。進而，關於衡平性的判斷，〈薛文〉主張應採取相對彈性、開放的審查方案，「法官應先確定在系爭刑事制裁相衝突的法益及其抽象位階，再就個案的所有情狀進行具體的權衡，考量干預基本權的程度（涉及基本權的核心或邊緣領域）、刑罰風險的波及範圍、系爭行為的法益危害程度及應罰性、系爭行使基本權行為的

18 參照薛智仁（註4），頁182註125。

19 薛智仁（註4），頁175。

20 薛智仁（註4），頁182。

需保護性、刑事制裁保護法益的效果、罪責原則等因素」²¹。由此可見，〈薛文〉的審查標準是重視抗爭行為之「目的正當性」的法益權衡，此確實與傳統上緊急避難所偏重的「手段相當性」的法益權衡有所不同。尤其是，〈薛文〉並不嚴格要求避難情狀的現在性或急迫性，筆者深表贊同²²。

惟所謂的衡平性，仍無法抽離勞動權或言論自由，與侵害個人人身自由或妨害公務等利益之間的比較，這往往會因詮釋的人的價值觀，言人人殊。〈薛文〉上述所舉的衡平性的判斷因素，仍屬抽象而不明確，究竟在權衡的天平上，何項因素才是有「絕對影響力」？優先次序如何，自有必要再持續透過具體案例的檢驗，累積充實基本權干預的比例原則的審查結構。

最後，附帶一提的是與程序法上舉證責任的關連。對於檢察官追訴抗爭行動者妨害自由、妨害名譽或妨害公務等罪嫌，被告主張憲法基本權條款作為阻卻犯罪成立之依據時，應由檢察官證明被告之抗爭行為並不在系爭基本權的保障範圍、或衡平上刑事制裁的保護法益優越於系爭基本權的保障？或被告應就其個案的具體情況，舉證其具有基本權保護的適當性及必要性等事由？

刑事訴訟法第161條第1項規定，檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。關於此項規定課以檢察官舉證責任之範圍，如屬被告該當於犯罪構成要件之事實，應由檢察官舉證，並無爭議。有爭議的是，遇有被告提出阻卻違法、阻卻責任或減免罪責事由之抗辯時，就此抗辯事由的存在是否該由被告負舉證責任？或仍由檢察官舉證被告之抗辯事由不存在？學說及實務上則仍

21 同前註。

22 這樣的想法，也接近於日本有力學說的見解，主張起法規阻卻違法事由並不需要限定應達到與緊急避難相同的必要性及緊急性的程度。前田雅英，刑法總論講義，5版，頁327、331（2011年）。

存有極大的爭議²³。其中爭議的出發點，其實就在實體法上有關犯罪成立要件的理解上。部分論者認為構成要件該當事實存在時，以有違法性、有責性為常態，故可推定違法性、有責性存在，檢察官基本上只要證明該當犯罪構成要件之事實存在即可，毋須再反面證明阻卻違法或責任事由的不存在。而由於在抗爭活動的個案中被告援引基本權條款作為阻卻犯罪事由，可能係主張不具備規範性的構成要件要素，或主張存在阻卻違法或責任之事由等不同層次的問題，對於證明負擔歸屬的判斷，自有必要區分這幾個犯罪成立要件的不同層次為個別的說明。

首先，抗爭行動者如主張基本權條款的保障作為阻卻構成要件該當性者，此種情形，應由檢察官自始積極證明行動者之抗爭行為該當於其所追訴犯罪之構成要件，且並無所謂基本權條款的適用致影響構成要件的該當性；相對的，被告無庸就此項抗辯負證明之責。其次，被告如主張援引基本權條款作為阻卻違法或責任事由之依據時，存在該項阻卻違法或責任之事由，是否應轉換由被告舉證？或仍由檢察官舉證被告之抗辯事由不存在？筆者認為，在法理上，刑事訴訟法第161條第1項所謂之犯罪事實，應指構成被告刑罰權存在及其範圍之事實，阻卻違法事由或阻卻責任事由的不存在，解釋上亦屬成立犯罪要件之事實，故仍為檢察官舉證責任之範圍。尤其從訴訟的公平性而言，由於抗爭行為具有實現基本權所內含之防禦來自國家不當干預的作用，被告倘提出阻卻違法或責任之主張，卻要蒙受證明負擔，實質上無異於是對正當防禦權之行使科以不合理的懲罰，並不妥當。故基於維護憲法基本權的保障，並有效防止檢察官對於具有維護基本權之目的正當性的抗爭行為恣意追訴，解釋上應採由檢察官負擔對被告主張基本權條款作為阻卻違法

23 王兆鵬，刑事舉證責任理論，收於：刑事被告的憲法權利，頁245以下（1999年）；吳巡龍，刑事舉證責任與幽靈抗辯，收於：刑事訴訟與證據法實務，頁80（2006年）。

或責任事由並不存在的證明責任。另外，如被告在訴訟中未為此項主張，依刑事訴訟法第163條第2項但書：「法院為發見真實，得依職權調查證據。但於公平正義之維護或對被告之利益有重大關係事項，法院應依職權調查之。」及最高法院101年度第2次刑庭會議決議：「……本法第一百六十三條第二項前段所稱『法院得依職權調查證據』，係指法院於當事人主導之證據調查完畢後，認為事實未臻明白仍有待澄清，尤其在被告未獲實質辯護時（如無辯護人或辯護人未盡職責），得斟酌具體個案之情形，無待聲請，主動依職權調查之謂。但書所指『公平正義之維護』，專指利益被告而攸關公平正義者而言。……」意旨，援引基本權條款阻卻犯罪之成立係與被告利益有重大關係之事項，法院亦應負主動調查義務。

伍、結語

憲法上是否承認抵抗權乃至於公民不服從的行動可否被正當化，存在著定義及具體內涵、證成要件界定的困難及爭議性。就與刑法解釋學的關係而言，社會上一項抗爭活動是否具有刑法上實質的違法性或可否阻卻違法，本來就是對於抗爭活動具體事實的綜合評價的問題，不是畫靶射箭，先將此抗爭行為定義為係公民不服從，故證立可以阻卻刑法的違法性。任何抗爭活動，並不需要添加上公民不服從的高貴外衣，才能夠進入刑法違法性評價的舞台接受檢驗。直言之，即便不符合公民不服從的定義，也不排除該項抗爭活動依其具體情節的綜合判斷，仍有阻卻違法而被正當化的餘地。

因此，問題的本質是，抗爭活動的行為人基於維護憲法基本權，形式上所着手之該當於犯罪之構成要件的抗爭行為，得否主張阻卻違法？基於維護基本權之優位保障，法院是否有義務援引基本權條款作為認定不具實質違法性的依據？

答案是肯定的，因為在實現國家刑罰權的具體程序中，抗爭行動者如被科以刑事制裁，不僅行動者可能因刑事判決的結果被剝奪人身自由，同時其透過抗爭活動所要挽救或維護的基本權，亦將持續處於受壓抑的狀況，在此種國家高權對人民的關係中，自有賦予抗爭行動者對國家主張防禦權，援引系爭基本權條款作為阻卻犯罪成立的依據。更何況，在訴訟程序中援引憲法保障基本權條款作為整體法秩序的要素，綜合個案具體情節而為刑法實質違法性的評價，本屬符合憲法所要求之正當法律程序的精神。職是，在承認基本權條款作為認定實質違法性或超法規阻卻違法事由的依據的前提下，所謂的直接適用或是需透過一定的平台媒介，只是援引的取徑的名義問題，實質上重點在於審查的標準。在此意義下，〈薛文〉重視抗爭行為之「目的正當性」，且不嚴格要求抗爭情狀的現在性或急迫性的衡平性審查結構，基本上值得肯定，至於其審查的優先層次，自有待具體案件的類型化的累積，逐漸予以充實及明確化。

參考文獻

1. 中文部分

- 王兆鵬（1999），刑事舉證責任理論，收於：刑事被告的憲法權利，頁227-256，臺北：元照。
- 吳巡龍（2006），刑事舉證責任與幽靈抗辯，收於：刑事訴訟與證據法實務，頁57-88，臺北：新學林。
- 李惠宗（2015），憲法要義，7版，臺北：元照。
- 林山田（2006），刑法各罪論（上），5版，臺北：元照。
- 林鈺雄（2014），公民抗爭與不服從運動的刑法評價——兼評318運動的占領議場行為，月旦法學雜誌，230期，頁119-139。
- （2014），基於憲法及公約之類似緊急避難——初探公民抗爭運動的刑法評價平臺，台灣法學雜誌，247期，頁99-122。
- 張嘉尹（2014），公民不服從或抵抗權？——318學運的憲法學詮釋（二），台灣法學雜誌，250期，頁74-89。
- 陳志輝（2014），抵抗權、公民不服從與刑事不法——論318進駐國會議場事件的刑法評價，台灣法學雜誌，255期，頁66-86。
- 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105-118。
- 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

- 大塚仁（1984），刑法各論（上卷），東京：青林書院。
- 山口厚（2003），刑法各論，東京：有斐閣。
- 內田文昭（1997），刑法各論，3版，東京：青林書院。
- 前田雅英（2011），刑法總論講義，5版，東京：東京大学出版会。