

## 法律系統中的常態與異例\*

### —— 展開318學運的法律意涵

張嘉尹\*\*

#### 目次

- |                         |                       |
|-------------------------|-----------------------|
| 壹、介於概念與現實之間的法學          | 參、公民不服從的意義窮盡於基本權的行使嗎？ |
| 貳、318學運是公民不服從或／與抵抗權的行使？ | 肆、抵抗權只有德國式的嗎？         |
|                         | 伍、結語                  |

### 壹、介於概念與現實之間的法學

如果面對一個新出現的社會現象，法學欠缺一個適當的概念來描述它，以至於無法給它明確的法律評價，那麼很可能問題不是出在這個現象，而是出在法學本身。對於318學運，有人認為是公民不服從，也有人主張屬於抵抗權的行使，由於在法律上的定位必然影響在法律上的評價，因此是一個值得法學深思與檢討的現象。

法律系統在處理社會現象時，一般而言，採取的是區分與切割

\* 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〕。

\*\* 世新大學法律學系教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/92808161.pdf>。



的方式，因為法律的溝通很大一部分倚賴於所謂的條件程式（*konditionale Programme*）<sup>1</sup>，否則無法判別社會現象或是社會行動的符碼值，究竟是在法還是在不法那邊。如果不使用條件程式，法律系統就無法分派法／不法（*recht/unrecht*）的符碼值給這些有待判斷的案件事實，無法斷定該案件中的系爭行為或狀態，到底屬於法的這一方，因而有權利這麼做，還是屬於不法的這一方，因此欠缺權利或法的基礎，以至於必須被處罰或是獲判敗訴。面對一個新興的，過去從未發生的社會現象，法律系統會依其常軌來做反應，所以一個有待詮釋的社會現象就會被歸攝於特定的法領域，並涵攝於該領域的特定法規範之下。

法律系統正是以這種方式在回應318學運，有許多法律論述被提出，尤其是從執法者那一方，許多威嚇性的字眼開始出現，刑法或特別刑法上的罪名一一被提出：侵入住宅罪、毀損公物罪、妨礙公務罪、妨礙自由罪等等罪名，不勝枚舉的被提出。除此之外，其他法領域，例如公法領域的詞彙也開始紛紛出現，像是指謫，佔領立法院議事大廳的行為置民主法治於不顧，或是，「黑箱」服貿尚未審查通過，即使通過還可以聲請大法官解釋，因此還有法律系統內救濟的可能性，或是，以黨領政並未破壞權力分立而是具有議會內閣制精神的民主國家常態等等，這些說辭被用以反對318學運所採取的行動，並認為不法就是不法，沒有其他的可能性。法律系統的這種處理方式，可以稱為本位主義的邏輯，總是從各該法領域的各該法規範出發，來界定社會現象並賦予其法律意義——法律系統

---

1 「條件程式」是系統理論的用語，用來指涉具有「當……則」（*wenn-dann*）形式的法律程式（法規範），Niklas Luhmann認為只有條件程式才能夠引導自指涉（*Selbstreferenz*）與異指涉（*Fremdreferenz*）的持續結合，才能給予系統的環境取向一個認知性的、在系統內可演繹的形式。另一種形式的法規範，亦即目的程式（*Zweckprogramm*）則無法充分限定法律程序中相關事實的範圍，而總是必須在條件程式的脈絡中才能發揮作用。相關討論，參閱Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, S. 195.

內的符碼值。雖然法律系統的常態如此，但是一個事件難道只有這樣一種處理的可能性嗎？如果是這樣，就太低估法律系統面對其環境時的彈性與潛能，忽略了法律系統在二元符碼的層面固然固守其運作封閉性，但是法律系統仍然會透過其種種的程式，亦即各種成文與不成文的法規範，包含判決所建立的法規範，來維持其對於環境的認知開放性，甚至透過法釋義學與法論證來處理穩定與彈性之間的平衡。

我們可以問，318學運的法律意義在這種割裂的法律世界中就確定了嗎？我認為答案應該是否定的，尤其是法學與其所描述與詮釋的法律系統並不同一，更具有一種超越既有區分與切割的可能性，這也是法學不能化約為專注於研究實證法的法釋義學或部門法學的重要理由。毋寧是，如果沒有法學這類超越法釋義學的視域（Horizont），法釋義學恐怕就會欠缺建立自身的前提<sup>2</sup>。當然，真正要進行法律上的處理時，以法釋義學為核心的部門法學，才能夠具體地應對現實中的法律實務，尤其是當國家無論基於何種理由而要進行刑事訴追時，刑法學將扮演一個至關緊要的角色，如果318學運的抗議行動該當了任何一個相關的刑法規範，但是卻具有重要的合法化事由，只有刑法學有能力透過諸如阻卻不法事由或阻卻責任事由等等議題的討論，來為這些抗議行動在法律上找到更適當與更符合正義的處置。憲法學或是法理學的討論，則有助於釐清一些討論問題時無法迴避的規範性與事實性前提。在我國的司法實務上，憲法解釋與法令的違憲審查仍由大法官所獨佔，當案件已經進入憲法解釋程序時，憲法學才具有直接相關性。

我們可以後見之明地去設想一個問題：如果沒有318學運佔領

---

2 相關討論，參閱張嘉尹，法釋義學與法學的多元化——從思與言五十年所反映的臺灣法學研究發展談起，思與言：人文與社會科學雜誌，51卷4期，頁220以下（2013年）。

國會議事大廳的行動，今天的臺灣社會是否跟有318行動會有著很大的不同？如果沒有佔領立法院的抗議運動，難道黑箱服貿不會在那30秒之後，隨著張慶忠的散會與送院會存查宣示之後，實質上就通過了？無論將其稱為公民不服從還是抵抗權，318行動所對抗的與所抗議的對象之一，難道不是一種已經成形而且逐漸鞏固的違憲政治結構，一種對於憲政民主制度的制度性僭越？在這個情況下，把318行動在法律上予以瑣碎化，固然符合法律系統的運作模式，但是難道不會有見樹不見林的遺珠之憾嗎？如果先不從已經領域化與切割化的法釋義學概念出發，而是從法律系統的邊界出發，從憲法學與法理學的交界領域出發，在概念上，無論是公民不服從、民主抵抗、非暴力抗爭或是抵抗權都是可能的詮釋選項，甚至不能事先排除一種可能性，就是318學運的抗議行動因為具有更複雜的特質，同時符合一個以上的概念。當事實不符合概念時，可能是概念的不足，而不是事實的難以歸類，此時要做的是找到或是創造一個新的概念來描述事實，並開始思索既有的學理要如何含納並詮釋這個新的概念或新的現象，最終則有可能導致學理的調整或被新的學理所取代，這正是所謂的異例對於法學既存學理的可能貢獻，318學運對於法律系統可能正是扮演這樣的角色。對於法學而言，困難之處在於異例只出現一次，抑或隨著時間經過，越來越多的異例出現並且典型化，如果異例只出現一次，法律系統基於其常軌可能會忽視它的特異性，但是也有可能因為這個異例的特異性實在太過顯眼，因而必須思考對策，以不同於平常的方式來因應，在此情況下，法學因為不具有直接影響二元符碼值歸屬的能力，所以具有更大的自由來思考並討論異例，並提供司法實務參考。

就此而言，薛智仁教授的大作〈刑法觀點下的公民不服從〉<sup>3</sup>正是法律系統之中的刑法學在面對異例時，在刑法學領域的一個深

---

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131-204（2015年）。

思熟慮的回應方式，〈薛文〉是國內刑法學界認真面對318學運所帶來挑戰的罕見佳作，不但具體而微的討論公民不服從在刑法中的可能定位，更能大膽的擺脫刑法學中心主義，在討論阻卻不法事由時主張引進基本權的思考，並落實現代憲政法治國家中基本權對於一般法秩序的影響力，對於〈薛文〉的主張，我沒有太大的歧見與異議，因為我對於318學運在法學中的定位與評價，與薛教授的看法大同小異，尤其在刑法學的討論層面上，〈薛文〉更令我獲益匪淺，中研院法學期刊邀請我撰寫評論與回應文，我備感榮幸，雖然該文的性質主要係刑法學的論文，限於我的所學偏重於憲法學與法理學，我沒有能力直接從刑法學的觀點予以回應，以下所述，雖然必定會觸及刑法學，但是主要仍是從憲法學與法理學的角度，來同薛教授做一些討論。

## 貳、318學運是公民不服從或／與抵抗權的行使？

如果我的理解沒錯，〈薛文〉的主軸在於處理刑法學與318學運的會遇，用法學術語來說，〈薛文〉透過處理公民不服從在刑法中的地位與評價，來為318學運在刑法上找到一個適當的定位與評價。其中，具有關鍵性的是刑法中的阻卻不法事由，〈薛文〉的主要見解是，公民不服從作為緊急權限的阻卻不法事由，在刑法上難以證成，因此另闢蹊徑，主張公民不服從得適用基本權作為阻卻不法事由，並由此討論在個案中318學運中相關行為合法化的可能性。上面曾提到，法律系統為了處理非常態的案件，亦即異例，必須反思既存的概念與學理是否適合該個案，如果一般的適用遭遇到極大困難，則有必要尋找或創造新的概念來描述該個案，或是調整甚至推翻既有的學理以更能妥善因應。由於在318學運這個案件上，法律系統正是面臨此一困局與新機，〈薛文〉從公民不服從以及抵抗權的角度著手，最後藉由肯定基本權的直接適用，例外的在

個案中優於刑法所追求的公益，構成阻卻不法事由，正是嘗試處理此一刑法學難題的新路徑。

雖然〈薛文〉的論文名稱與一般性的架構，看似處理公民不服從在刑法上的評價問題，但是從整篇論文的重心看來，還是以318學運的刑法定位與評價為其核心，因此一開始我們必須嚴肅面對的一個問題是，究竟僅僅以公民不服從來為318學運定調是否站得住腳？如果318學運的意義超過公民不服從的概念所能涵括的範圍，一開始就將其限定為一種公民不服從的行為，似乎就窄化了觀察視野，接下來所討論的刑法上的合法化，可能就會有所侷限，尤其是將抵抗權置於公民不服從的合法化之下來討論，也很可能會忽略318學運作為抵抗權時所展現的特殊性。當然，一個技術性的迴避策略是跳過作為中介的公民不服從，直接將318學運的相關行為視為是基本權的行使，並論證基本權的行使是阻卻不法事由，如此一來，是公民不服從還是抵抗權似乎就不會至關緊要。然而如此一來，〈薛文〉的核心議題：公民不服從在刑法上的合法化在輪廓上將會模糊化，因為將無法分辨，一個行為究竟是因為屬於公民不服從，還是因為本身就是基本權的行使，而在刑法上構成阻卻不法事由，亦即因此得以合法化。

〈薛文〉為了讓討論結果不局限於318學運的個案，而是提供未來可以有普遍適用的可能性，因此決定從寬認定公民不服從的意義：「所有為了改變特定法律、措施或機制（不同於單純基於良心因素而拒絕守法），而故意違法（不同於合法的抗議形式），並以某種原則為基礎（不同於通常的犯罪或騷擾滋事）的個人或集體抗議行為。至於該行動的公開性、非暴力性、接受法律制裁的意願等要素，也都從寬認定其內涵。<sup>4</sup>」〈薛文〉認為318學運佔領立法院的行為符合該公民不服從的定義，而且，即使佔領立法院實現了諸多

---

4 薛智仁（註3），頁142。

犯罪構成要件，仍無法基於多數決原則排除其阻卻不法的可能性<sup>5</sup>。

〈薛文〉將公民不服從僅僅歸屬於政治道德哲學的概念，一方面有其意義，因為公民不服從常常是政治哲學討論的對象，但是另一方面或許會導致一種誤解，讓沒有仔細閱讀的人誤以為，既然公民不服從屬於一種政治道德概念，其本身所指涉的社會行動又蘊含著違法意識，因此馬上在概念上就否定其合法化的可能，以為既然不涉及法律上所規定的阻卻不法事由，就無需討論其合法性或合法的可能性。會有這樣的誤解當然不僅只是基於概念區分，背後恐怕還蘊含一種天真的法實證主義而不自知：一種素樸的以為法就是法，不法就是不法的態度，這種態度不但在法哲學上很難站得住腳，在憲政法治國裡也因為忽略了基本權作用的普遍性而顯得太過簡化。這個可能誤導的結論並不是〈薛文〉區分政治道德概念與法律概念的用意所在，否則〈薛文〉就無需大費周章一一探討其作為各種阻卻不法事由的可能性，事實上〈薛文〉正是對於這類觀點的一個否定，正因為種種被歸屬於公民不服從的抗議行動，由於其性質特殊，具有重要的政治道德意義，無法單單就其該當於犯罪構成要件就論斷其具有不法的性質，刑法學才有必要去討論其阻卻不法的可能性，無論贊不贊成公民不服從在特定條件下得以阻卻不法，無論這些被提出的特定條件是否有爭議，〈薛文〉本身就是對於這些問題具有探討必要性的一個肯定，而且是一個在說理上具有學術性的肯定。

至於抵抗權，雖然在我國憲法中並未明文規定，〈薛文〉似乎基於兩個理由，贊同將抵抗權視為一不成文或不待憲法明文規定的憲法內涵，其一是國民主權原則，其二是推導自該原則而來，國民保護自由民主憲政秩序的權利。因此〈薛文〉進一步主張，可以援

---

5 薛智仁（註3），頁150。

引德國基本法的規定內容來做為抵抗權的發動條件：國家或個人排除憲政秩序的緊急狀態，以及作為別無其他救濟方法的最後手段。至於抵抗權行使時得包含的行為態樣，則著重其能達成維護憲政秩序的有效性，因此即使是屬於具有高度犯罪內涵的監禁或殺害特定人都是允許的<sup>6</sup>。我認為，即使公民不服從如同〈薛文〉所言，只是一個政治道德概念，即使我國憲法中並未明定抵抗權，因而討論抵抗權好像在討論一個超越實證法的法概念，回到一個更為基礎的層面，區分與析辨公民不服從與抵抗權仍有其意義，尤其是在處理318學運在刑法上合法性問題時，基本權的行使固然提供一個阻卻不法可能性，然而當一個行為不僅只是基本權的行使，還同時具有特定的政治道德意義，無論是歸屬於公民不服從還是抵抗權，對於阻卻不法的判斷上仍然可能會有影響。

有關於公民不服從與抵抗權的關聯，〈薛文〉的論證策略似乎是，採取一個擴張的公民不服從概念，並在公民不服從是否能阻卻不法的討論脈絡中，將抵抗權的視為公民不服從底下適用緊急權限的阻卻不法事由之一來討論。應予指出的是，公民不服從與抵抗權所適用的個案，雖然有可能有重疊之處，然而就其內容而言，應該分屬兩種不同的社會行動類型，各有其不同的行動意義、行動目標甚至判斷標準，這一點〈薛文〉並非沒有意識到，〈薛文〉雖然是在公民不服從的脈絡下討論抵抗權，但是仍清楚兩者的差異，是以從概念界定的階段就做了區辨，〈薛文〉亦主張抵抗權未必就是公民不服從的特殊型態，雖然兩者適用範圍或有交錯，然而邏輯上沒有包含關係，前者屬於法律的概念，後者則屬於政治道德的概念。既然〈薛文〉對於兩者關係的看法如此，似乎就不適合在公民不服從阻卻不法的脈絡中討論抵抗權，否則不但容易招致誤解，在討論上也限縮了抵抗權作為阻卻不法事由的可能範圍，因為抵抗權似乎

---

6 薛智仁（註3），頁152-153。



成為一個附帶於公民不服從脈絡的討論。事實上，如果認真對待兩者的區分，則抵抗權應該可以成為另一個、獨立的探討318學運合法化事由的切入點。

由於我國憲法並沒有明文規定抵抗權，因此以法律概念／政治道德概念來區分抵抗權與公民不服從，將會遭遇一個有關概念性的質疑：為何不是兩者都政治道德概念？這個問題似乎沒有辦法僅僅訴諸將抵抗權視為不成文憲法概念來解決，因為另外還有一種可能性是，兩者可能都是不成文的法律概念。所以在一個沒有成文抵抗權的法秩序下，用不同性質的概念來區分兩者，並不是一個容易達成的論證策略，或許不從概念性質歸屬，而從概念內涵與其所指涉的社會行動的意義，更容易為兩者做區分。在區分兩者之後，我們可以取得一個更好的觀察角度，來看看318學運歸屬於何者，而且區分之後，更有理由不在公民不服從下面討論抵抗權，而是得到一個新的可能性：318學運可能既符合公民不服從的特徵，但是同時也具有抵抗權的特質，這樣一來，在刑法上討論合法化318學運的可能性就增加了。

### 參、公民不服從的意義窮盡於基本權的行使嗎？

〈薛文〉的論證主軸，在於先建立公民不服從阻卻不法的可能性，接著探討各種可能為其證成阻卻不法的緊急權限事由，在否定抵抗權、正當防衛與緊急避難的適用性之後，將公民不服從與基本權相連結，最終則以基本權來證成公民不服從的合法性。這個做法同時具有優點與缺點，畢竟基本權在憲政法治國之中如同尚方寶劍一般，具有推定的優位性，一個國家行為一旦構成基本權的限制，除非能夠通過憲法第23條的檢驗，亦即具有正當目的、符合法律保留原則、並通過比例原則的審查，否則即是違憲的基本權侵害。因

此直接訴諸基本權，並主張其在刑法上的直接適用，可以為歸屬於公民不服從的抗議行動找到合法化的依據。缺點則是，如此一來，針對這些該當於刑法構成要件的行為，公民不服從的概念似乎就失去其關鍵性與意義，因為討論重點就轉移到是否基本權的行使以及是否違憲的基本權侵害，在此或可思考的是，公民不服從比僅僅只是基本權的行使是否多了些什麼？或是，在同意公民不服從是基本權行使的同時，公民不服從是否具有自身的特質，而不僅僅只是基本權的行使而以？以及，這些特質是什麼？

〈薛文〉將佔領立法院的行為視為一種「象徵性抗議行動」，認為是在「個別或集體地表達反對政府簽訂服貿協議、國會失靈、總統破壞權力分立的意見」<sup>7</sup>，行使的是表意自由或集會自由，這種見解在美國憲法中被稱為**象徵性言論**。〈薛文〉並認為，在此情況下存在一個個案中的基本權與刑法的衝突，而基於個案的法益衡量，基本權可以例外的作為阻卻不法事由，合法化公民不服從的行動<sup>8</sup>。其實，更精確的說，〈薛文〉的主張應該是基本權所欲保護法益與刑法所追求的憲法法益之間的衝突，因為基本權是憲法位階，刑法是法律位階，兩者不可能真正衝突而需要做法益權衡，只有同位階的法益衝突才需要做法益權衡或價值權衡。

雖然刑事裁判中可否直接援引基本權並非沒有爭議，在我國尤其是基於司法院釋字第371號解釋，以及其對於司法院大法官審理案件法第5條第2項的合憲性解釋，許多人認為大法官可以獨占法律的違憲審查權，但是仔細閱讀司法院釋字第371號解釋時可以發現，當法律違憲沒有疑義時，一般法院的法官並非完全沒有違憲審查的可能性，甚至得以個案不適用違憲的法律。〈薛文〉訴諸基本權來為公民不服從合法化的解套方式，因此有其道理，在司法實務

---

7 薛智仁（註3），頁165。

8 薛智仁（註3），頁183-185。

上若得到採用，未來歸屬於公民不服從的抗議行動，就有可能在個案衡量下取得合法化的機會。其實，對於刑法學而言，早就有所謂的超法規阻卻不法事由的學理存在，將基本權納入只是多增加一種超（刑事）法規事由，而且這個事由還具有來自憲法優位性的加持。此外，由於在公民不服從的合法化上，關於是否符合緊急狀態要件的判斷常常會有爭議，面對這個難題，如果將其歸屬於基本權的行使似乎就容易解套了，因為很難限制基本權在緊急狀態下才得以行使，但是如此一來，公民不服從作為一種具有政治道德價值的社會行動，是否就沒有存在的意義？必須了解的是，基本權的行使具有推定的正當性與合法性，並不需要從政治道德觀點加以正當化，但是公民不服從卻是一個從頭至尾具有政治道德意涵的抗議行動。為了在刑法的層面上合法化公民不服從，引進了基本權，尤其是藉由表意自由與集會自由的直接適用，來作為阻卻不法事由，是否將導致了公民不服從輪廓的模糊，是一個值得深思的問題。

對此，我們可以比較德國法理學家Ralf Dreier的類似做法，Dreier討論公民不服從時，採取了一個與John Rawls相近的定義<sup>9</sup>，

---

<sup>9</sup> 有關於公民不服從（civil disobedience）的概念，在學者之間常有不同的界定，常常被引用的是政治哲學家John Rawls的定義：「一個公開的、非暴力的、基於良心而違反法律的政治行動，通常是為了帶來法律或政府政策的改變。」See JOHN RAWLS, A THEORY OF JUSTICE 364 (1972)。根據這個定義，公民不服從所違反的法律未必就是所要抗議的法律，公民不服從的政治性來自於它是向擁有政治權力的多數所做的訴求，而且本身受到政治道德原則所指引與正當化，因此同時是一個基於良心的行為。此外，公民不服從是一個公開行動，不但所訴求的是公共原則，而且是公開的行動。比較有爭議的是公民不服從的非暴力性以及自願受罰的特徵，Rawls認為，非暴力性來自幾個理由，首先，由於公民不服從主要目標在於向公眾訴求，想要透過違法手段來喚醒與說服大眾，它所抗議的法律或政策抵觸了重要的政治道德原則，作為一種表達政治意見的特殊形式與最後手段，因此會避免使用對人的暴力，另一個理由在於，公民不服從即令違反法律，仍然處於忠誠於整體法律秩序的界線內，因此避免使用暴力。這個理由跟它的另一個特徵有關，由於仍然忠誠於整體法律秩序，因此會自願承擔違法的後果，而且這不但是內在良心與真誠的表現，也比較容易透過這種自我犧牲來打動大眾，促使他們能夠深思熟慮被抗議的法律或政策是否違反正義等政治道德原則，RAWLS, *supra*, at 364-67.

Dreier主張公民不服從的概念具備以下四個特徵，首先，公民不服從必須是一個不服從行為，實現至少一個法律禁止規範的構成要件。其次，公民不服從必須是公開的，它不可以是隱密的或是一個純粹私人領域的行為，作為一個象徵性的抗議，公民不服從訴求的對象是公眾與他們的政治代表。再者，公民不服從必須是非暴力的，因為非暴力符合公民不服從的傳統，以及它在法治國內應受到特別對待的理由<sup>10</sup>。最後，公民不服從必須是基於政治——道德的動機，而不是為了自利而作為，因為它是社會中的少數為了向多數訴求而進行的行為，是為了促使多數，在系爭的公共議題上重新檢驗他們的道德——法律見解而進行的行為<sup>11</sup>。

有關公民不服從的正當化，Dreier提出了一個判準：「當一個人單獨或是與他人一起，公開的、非暴力的、並基於政治——道德理由，實現了一個禁止規範的構成要件，如果他是藉此抗議嚴重的不法而且他的抗議符合比例原則，那麼他的行為可以被基本權利所正當化。<sup>12</sup>」顯然Dreier同樣想要在基本權的層面上，探討公民不服從是否具有正當化的理由，他的理論同樣是一個可以銜接憲法與刑法的一個橋樑，與〈薛文〉不同的是，比例原則審查的對象剛好相

---

<sup>10</sup> Dreier堅持非暴力的特徵，雖然他亦承認，公民不服從的非暴力特徵有待進一步界定，不能一下子就等同於刑法上的暴力概念（強暴脅迫），但是仍認為，既然抗議行動是言論自由與集會遊行自由的行使，非暴力並不包含對人的傷害與對物的毀損，而可以是對於第三人製造心理壓力或阻止他人行動自由的行為，因此很可能在概念界定階段，就會將一些可能的公民不服從排除在外，Dreier對於公民不服從的看法，必須聯繫到在德國引起討論的實例，主要是20世紀八〇年代，許多人反對在德國境內部署美國攜帶核子彈頭的長程洲際飛彈，抗議者就在軍營外面，坐下來阻擋（Sitzblockade）人員與車輛的進出。相對於此，在美國所引發公民不服從討論的實例，則涵蓋更多層面，諸如抗議黑奴制度、基於宗教信仰拒絕向國旗敬禮、馬丁路德金所帶領的（黑人）民權運動、反越戰運動。

<sup>11</sup> Ralf Dreier, *Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, in: Peter Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 1983, S. 54 (61 ff).

<sup>12</sup> Dreier (Fn. 11), S. 61；Dreier這裡所謂的「正當化」（Rechtfertigung）指的是可以被說理證成的意思，與合法性／正當性的概念區分無涉。

反。〈薛文〉的做法屬於傳統基本權受到公權力侵害時的違憲審查架構，立基於基本權的推定優先性（自由的推定優先性），凡是行為屬於基本權的行使，推定其為合法，國家所加諸其上的限制則必須在憲法上可被正當化，否則就是對基本權的違法侵害。Dreier的正當化判準則要求，一個被界定為公民不服從的抗議行動必須符合比例原則，才能夠被基本權所正當化，換言之，公民不服從雖然乍看之下違背法律，由於公民不服從是言論自由與集會遊行自由的特殊表達形式，只要是為了對抗重大的不法，而且符合比例原則，就具有可正當化的事由。

對於Dreier而言，只要一個歸屬於公民不服從的行動符合他所提出的判準，就可以被基本權所正當化，因此是一個合法的行為。由於基本權在法體系中具有憲法規範的位階，因此當基本權與一般的法律相互牴觸時，例如刑法與其牴觸時，必須優先適用基本權。與〈薛文〉的主張不同的是，Dreier的判準讓公民不服從的合法化成為一個更例外的情況，限制更嚴格，因為比例原則審查的對象是公民不服從，而非與其可能牴觸的刑法，主張公民不服從合法化的人，必須說理證成其行為通得過比例原則的審查，由於「論證（舉證）之所在可能是敗訴之所在」，Dreier的見解雖然為公民不服從的合法化找到一條出路，但是卻是一條困難的路。這麼做的優點是，透過概念界定與正當化判準，在銜接上基本權時，不會模糊了公民不服從的特殊性，即使承認公民不服從仍屬於基本權的行使，但是卻是一種特殊型態的基本權行使，公民不服從不會完全消融於基本權。相對於〈薛文〉的主張，則Dreier的見解缺點在於，合法化公民不服從的困難度將顯著提高。

## 肆、抵抗權只有德國式的嗎？

基本上〈薛文〉將318學運視為公民不服從，但是探討其作為緊急權限的阻卻不法事由時，曾以抵抗權為阻卻不法事由之一，對於抵抗權內涵的界定，〈薛文〉基於我國憲法並未明文規定，認為可以援引德國基本法所規定的抵抗權來討論318學運是否能合法化，因此認為抵抗權的發動要件為：國家或個人排除憲政秩序的緊急狀態，以及作為別無其他救濟方法的最後手段。〈薛文〉雖然對於318學運裡第一個要件是否符合仍持有疑義<sup>13</sup>，但是亦持部分肯定的說法，似乎贊同服貿協議的違法審理已經表徵了總統著手排除憲政秩序<sup>14</sup>，但是對於佔領立法院是否屬於別無救濟方法的有效抵抗手段，則採取否定見解<sup>15</sup>。

抵抗權的行使固然立基於緊急狀態，然而抵抗權是否適合作為公民不服從的阻卻不法事由，卻有待商榷，因為兩者的意義與所指涉現象的範圍都不一樣，〈薛文〉既認為前者為法律的概念，後者為政治道德概念，即有分開處理的必要。公民不服從與抵抗權是兩個相關卻可以區分的概念，雖然都是屬於具有高度政治意涵的社會行動，都是秉持良知與道德信念，而且都涉及實證法律的違反，但是在手段與目的方面仍有所區分，前者以仍非暴力為其行動的特色，後者則不限於非暴力手段，前者通常以特定的社會結構（例如種族隔離）或國家政策（例如參加戰爭）為其抗議對象，後者則通常涉及了對於極端不正義統治權的反抗。318學運究竟歸屬何者，不無討論必要，而且存在著一種可能性，就是318學運的抗議行動，可能同時歸屬於兩者。仔細觀察318學運，可以發現，318學運的目標似乎超出一般所討論的公民不服從，而蘊含有抵抗權行使的

---

13 薛智仁（註3），頁157。

14 薛智仁（註3），頁154。

15 薛智仁（註3），頁154-157。

意義，該行動的緣起是立法院的張慶忠事件，這個事件表徵了立法院的違法與失靈，亦表徵行政權透過黨機器對於立法院的控制與架空，更意味著總統著手排除憲政秩序<sup>16</sup>，就此而言，318學運同時具有為了「重新恢復憲政民主不得已而必須抵抗」的意義<sup>17</sup>。

〈薛文〉以德國基本法所規定的抵抗權來詮釋抵抗權的內涵與發動條件，是否能如此「直接」適用德國的憲法規範與其解釋，仍有討論餘地。德國基本法明文規定的抵抗權固然是比較憲法上的著例，但是從抵抗權的發展史來看，其前身仍是由來已久的古典抵抗權。古典抵抗權是一種非法抵抗的權利，行使的手段並不要求非暴

---

16 為何這個單一事件會蘊涵著總統對於憲政秩序的排除？我曾在另一篇文章中指出：「台灣面臨的不是一個單一事件的服貿爭議，台灣面臨的是一場即將發生的憲政危機。將服貿爭議當作只是立法監督行政的問題，是過於簡化的看法。憲政危機指的是，危及憲法原則的存續，使作為憲政秩序核心的憲政主義瀕臨破壞與瓦解。如果憲法無力阻止嚴重抵觸憲政主義的權力運作，如果行政權可以透過黨機器侵奪立法權，導致權力分立憲政體制的崩解，造成黨紀凌駕民主原則，架空了憲法對於行政權與立法權的權力劃分，那麼憲政危機就迫在眉睫了，台灣得來不易的憲政民主將在這個過程中逐漸轉變為一個黨政合一、行政權與立法權合一的『新黨國體制』。這個實質的『憲法革命』，可能是以量變到質變的方式進行，這種方式對於憲政體制而言特別致命，因為這種方式表面上看似合法，卻使得憲法的正式制度，對其欠缺免疫力，因為當法律系統以『法／不法』的方式來運作時，對於以合法包裝的行動，就欠缺辨識工具。即使是職司憲法守護任務的大法官，擁有憲法解釋權與違憲審查權，可以透過宣告政治行動違憲無效，而有潛力保護憲法秩序免於毀滅於政治系統的『柔性革命』，但是這種制度上的可能性是否能夠實現，有賴於配套設計，因為大法官依舊受到『不告不理』原則的拘束與相關法定釋憲程序的限制，而無法受理或處理每一種違憲的政府行為。況且，為了自我保護免於捲入政治鬥爭，大法官還發展出特定技術來規避權限的行使，例如『政治問題』原則。這個實質的『憲法革命』，更可怕的是，以合法包裝的政治行動，利用憲法的正式制度來進行其顛覆憲法的目的，例如透過黨機器，摧毀行政與立法的權力分立，透過黨機器，操控與綁架黨籍立委，使其不再代表民意，而成為執行黨（主席）意志的工具，最終造成『新黨國體制』的現實，這種對於憲政秩序的危害，可能在結果上符合憲法增修條文第5條第5項的規定：『政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者為違憲。』但是正式的憲法自我保護機制卻對它無能為力。」參閱張嘉尹，保衛共和國！——318學運的憲法學詮釋，台灣法學雜誌，245期，頁58-59（2014年）。

17 張嘉尹（註16），頁60-61。

力，毋寧是包含暴力抵抗，甚至作為最後手段時，還包含誅殺暴君的殺人行為<sup>18</sup>。古典抵抗權蘊含了自然法優先於實證法的想法，是「以正當性之名打破合法性」或「以自然法之名打破實證法」。在中世紀，這種抵抗權的行使不但獲得道德上的承認，同時獲得法的承認，因此可以作為抗辯的理由在訴訟上提出<sup>19</sup>。德國式的抵抗權雖然源於古典抵抗權，但是在概念上與其有些差異，首先，其目的不是推翻政府（暴君），而是為了恢復憲政秩序，其次是，憲法直接賦予其合法性，西德1968年修憲時增訂基本法第20條第4項：「凡從事排除上述秩序者，如別無其他救濟方法，任何德國人皆有權反抗之。」這個規定建立的即是合法抵抗權（ein Recht auf legalen Widerstand）。其中「上述秩序」指的是同條前3項所規範的憲法基本原則，這些憲法原則構成自由民主憲政秩序的核心，是德國基本法第79條第3項所規定的修憲界限。抵抗權的規定賦予所有德國人在別無其他救濟手段時，有權利抵抗任何推翻（排除）法治國民民主秩序的作為，該項規定對於抵抗手段並未規範，一般認為包含違法手段，只要是對抗類似政變或內戰這類推翻憲政秩序的行為都包含在內。至於所對抗的行為由誰進行的則沒有限制，可以是來自於人民、政府或政府官員，也可以是來自外國勢力的行為。行使抵抗權的人民未來在面臨司法審判時，可以訴諸這個憲法規定來合法化其表面上違法的行為<sup>20</sup>，甚至主張抵抗行為一開始就是合法的<sup>21</sup>。

如果318學運的抗議行動不僅只是公民不服從，還蘊含著抵抗權的行使，則必須正視318學運所蘊含的抵抗權與古典的抵抗權或德國式的合法抵抗權之間的差異，因此問題是，在我國憲政秩序下是否存在另一種更小型更輕微的合法抵抗權？我認為，318學運的

---

18 參閱Dreier (Fn. 11), S. 55.

19 Dreier (Fn. 11), S. 55.

20 Dreier (Fn. 11), S. 57.

21 參閱Michael Sachs, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., 1999, Art. 20 Rn. 166 ff.



佔領行動在性質上介於公民不服從與合法抵抗權之間，雖然比較接近德國式的抵抗權，但與其仍不盡相同。318學運的佔領行動所屬的抵抗權，是一種在憲政危機即將發生時，為了保衛與回復憲政秩序所行使的抵抗權，雖然憲法並未明文規定，但是仍可以詮釋為任何具有自我防衛能力的民主憲法所蘊涵的權利。這種憲法雖未明文規定但仍蘊含的微型抵抗權，在結構上類似德國式的合法抵抗權，其行使的條件有三。首先，存在著緊急狀態或防衛情境，存在著發生憲政危機的急迫性，這意味著憲政秩序已經開始遭到破壞，而且可以預期，如果不及時阻止，破壞將繼續擴大乃至於摧毀憲政秩序。其次是最後手段性，別無其他手段可以救濟，尤其是當民主制度失靈，難以透過民主機制的正常來解除此危機，抵抗權的行使成為挽救憲政秩序所不得不可行使的手段。最後是手段必須符合比例原則，所採取的手段可以是違法的手段，但是必須考慮比例原則，這個條件是德國的合法抵抗權所未規定，但是作為比較微型的抵抗權，卻必須納入手段的合乎比例性，就此而言，與Dreier主張的公民不服從正當化判準有點類似。

318學運所屬的微型抵抗權，就是這種界於公民不服從與德國式合法抵抗權之間的類型，因此不能直接套用德國式抵抗權的要件來檢視它，否則很容易就會以為不符合其行使的要件。由於兩者在緊急狀態的界定與最後手段的判斷上並不相同，如果一定要套用德國式抵抗權的行使要件，那麼最後得到如同〈薛文〉的否定結論，並不令人意外，然而這至多只是意味著，318學運的佔領行動不在德國式抵抗權的涵蓋範圍，並不能因此結論說318學運並非抵抗權的行使。這種無法套用德國式抵抗權的情況，正意味著法學在描述與界定社會現象時，必須更有彈性與更加細緻，否則就會陷入一種非此即彼，二選一的情況，太快的以概念來否定現象，而不是去發展與建構出更細緻的概念區分，以更適當的掌握與理解現象。德國式抵抗權的概念與要件無法涵蓋318學運的佔領行動，正是我提出

微型抵抗權概念的理由，這種類型的抵抗權所要對抗的並非公然的、甚至是運用武力的政變或內戰，或來自外國的侵略，而是一種累積性的、柔性的、批著合法外衣的政治運作，這種表面上看似合法的政治運作可能會結合潛藏的或明顯的違法行為，以致於跨越憲政主義的底線，破壞基本的憲法原則。依其性質，這一種抵抗權可以說是一種為了避免憲政危機發生而行使的抵抗權<sup>22</sup>。

如同一般在討論基本權的行使與限制時所認為的，當一個行為符合基本權的構成要件，並不意味著任何國家權力對其所為的限制皆屬違憲，基本權限制是否違憲有待憲法第23條的檢驗，如果符合目的的正當性、法律保留原則與比例原則，則基本權限制可以被正當化。一個行為歸屬於微型合法抵抗權，與其是否在憲法上最終具有正當性而能夠被合法化，是相關聯但仍可區分的兩階段討論議題。行使抵抗權是憲政民主制度下極端例外的手段，必須衡量其所對抗不法的嚴重性與急迫性，以及其所使用手段的不法性，原本用來審查公權力行為是否合憲的比例原則，於此有其適用餘地。

## 伍、結語

318學運對於臺灣的法學是一個試金石，當法律系統與司法實務試圖用慣常的方式，以「常態」來對待它，借助既存的法釋義學來詮釋與處理它，以至於即將錯失它豐富的意義時，由於法學不等同於法律系統，雖然仍部份的受制於法律系統的程式，但是仍具有比司法實務更多的彈性與潛能來理解它，因為法學可以看到法律程式的偶緣性，可以超越素樸法實證主義的教條，可以反思到法／不法符碼值的分派，從來不是簡單的二擇一的工作，而是在一個複雜

---

<sup>22</sup> 張嘉尹（註16），頁60-61；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75-76（2014年）。

的運作網絡中達成。此外，法學更可以不受到既存法釋義學的拘束，可以超越過去研究成果的視野，以更寬闊的視野來面對318學運，可以暫時擺脫構成犯罪事實、阻卻不法事由、基本權在刑法的直接適用性等等核心法律思維，可以見微知著，在詮釋緊急狀態、最後手段等要件時，發掘可能引發憲政危機的結構性因素，並將其納入整體的考量之中，更可以在這個整體考量中反思既存法律概念的闕漏與不足。法學因而在這些思考中獲得其活水源頭，獲得其超越法釋義學的養分，以為未來的法釋義學建立新的知識基礎。法律系統中的異例，很容易銷融在法律論述的日常運作中而成為常態，甚至以被以慣常的運作方式排除於考慮之外，法學的真知灼見或許就在於能夠分辨出具有重大意義的異例，並據以反思既存的概念與學理，如此一來，具有創造力的學術性就在不遠處。

## 參考文獻

### 1. 中文部分

張嘉尹(2013), 法釋義學與法學的多元化——從思與言五十年所反映的臺灣法學研究發展談起, 思與言: 人文與社會科學雜誌, 51卷4期, 頁199-231。

——(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。

——(2014), 保衛共和國! ——318學運的憲法學詮釋, 台灣法學雜誌, 245期, 頁51-61。

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

Dreier, Ralf (1983), Widerstandsrecht und ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, Berlin: Suhrkamp, S. 54-75.

Luhmann, Niklas (1993), Das Recht der Gesellschaft, Berlin: Suhrkamp.

Rawls, John. 1972. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Belknap Press.

Sachs, Michael (1999), in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Aufl., München: C. H. Beck, Art. 20.