

刑法觀點下的公民不服從*

薛智仁**

摘要

2014年的318學運占領立法院事件，促使臺灣社會（重新）認識公民不服從的概念，本文嘗試分析此一概念在刑法評價上的意義。本文認為，刑法的不法評價係以法律系統的既有標準為基礎，公民不服從概念僅是提供法官認定案件社會意義的參考。然而，刑法承認之緊急權限性質的阻卻不法事由，無法充分考量公民不服從所具有之表意自由及集會自由的基本權意義。因此，有必要承認基本權條款作為阻卻不法事由，當刑事制裁對於行為人基本權構成違反比例原則的干預時，法官應諭知無罪判決。依此觀點，318學運之占領立法院行動所代表之表意自由及集會自由，在民主失靈的環境下具有高度重要性，相對於其所欲保護之法益，有罪判決將構成違憲的基本權干預，故應阻卻不法。

* 投稿日：2014年11月8日；接受刊登日：2015年4月29日。〔責任校對：張文愷〕。

本文初稿發表於2014年4月26日由國立臺灣大學法律學院、台灣本土法學雜誌社、財團法人法律扶助基金會主辦之「公民抗爭與不服從運動的法律評價」研討會，並獲得國立臺灣大學法律學院之出國研究經費補助，得以於同年夏天在德國特里爾大學歐洲暨德國刑事訴訟法與警察法研究中心大幅改寫此文。作者感謝匿名審查人及出版委員會提供之寶貴意見，使我能夠再次反省及補充不足之處。本文同時是科技部專題研究計畫（MOST 104-2628-H-002-003-MY3）的成果之一。作者謹以此文獻給黃榮堅教授，感謝老師長年的教導與支持，並祝福老師退休生活平安喜樂。

** 國立臺灣大學法律學院專任助理教授。

穩定網址：<http://publication.ias.sinica.edu.tw/11800151.pdf>。



關鍵詞：318學運、公民不服從、抵抗權、緊急避難、基本權、表
意自由、集會自由、阻卻不法事由、多數決原則。

目 次

壹、前言	卻不法事由
貳、公民不服從概念與刑事不法 之關連	一、基本權與刑法之個案性衝 突
一、不法判斷脈絡下之公民不 服從概念	二、法官直接適用基本權條款 之權限
二、阻卻不法抵觸公民不服從 概念？	(一) 刑法「媒介」之必要 性？
三、阻卻不法抵觸多數決原 則？	(二) 基本權條款之不明確 性？
四、小結	(三) 逾越立法者及釋憲者 之權限？
參、公民不服從適用緊急權限之 阻卻不法事由	(四) 小結
一、抵抗權	三、個案之基本權優位性確認
二、正當防衛	四、基本權作為阻卻不法事由
三、緊急避難	五、禁止占領立法院之合憲性 審查
四、小結	
肆、公民不服從適用基本權之阻 卻不法事由	伍、結論

壹、前言

2014年3月18日許多學生及公民團體，為了抗議立法院內政委員會召委立委張慶忠，以30秒鐘強行宣告兩岸服貿協議視為已經審查，報請院會存查，於當晚九點半左右開始占領立法院議場，其間發生為了闖入議場而破壞門窗、抵抗警察攻堅而毀損桌椅、與值勤警員拉扯推擠等行為，占領行動持續至同年4月10日，一般將此事件稱為「318學運」或「太陽花學運」。

這個事件的訴求主要有三個層次。第一個層次是，中國國民黨片面毀棄朝野協商「逐條審查」的結論，在服貿協議性質並非行政命令¹的情況下，比照行政命令審查（立法院職權行使法第61條第1項、第62條第2項），此一具體的審查程序違法（訴求一：退回服貿）。第二個層次是，此事件凸顯行政權壟斷兩岸協議的簽訂，國會欠缺事前、事中及事後的監督，必須儘速增訂兩岸協議監督條例，作為包括服貿協議在內的兩岸協議審查程序的法制基礎（訴求二：先立法、再審查）。第三個層次是，此事件彰顯出民主與權力分立被架空的憲政危機。詳言之，針對兩岸服貿協議的簽訂，行政權系統性地嘗試規避立法院的實質審查，從主張僅需向立法院備查（臺灣地區與大陸地區人民關係條例第5條），到總統馬英九對於主張逐條審查的立法院長王金平發動「9月政爭」，最後又主張立法院僅能比照行政命令審查，逐條審查但不得修改等，都是有意架空民主監督的作法²。同時，總統為了使服貿協議在2014年6月以前生效，透過兼任中國國民黨主席的身分，以黨紀處分、選舉提名及分

1 參考胡博硯，建立憲政思考下的法律體系——面對我們的憲法危機，台灣法學雜誌，245期，頁35-36（2014年）；王韻茹，國會的民主義務——從兩岸服貿協議審查談起，台灣法學雜誌，245期，頁47-48（2014年）（法律性質為條約）；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55（2014年）。

2 詳細敘述：張嘉尹（註1），頁53-55。

配黨產等方式控制同黨立法委員，使立法委員成為貫徹總統（黨主席）意志的工具。由於中國國民黨同時是執政黨及國會多數黨，此種以黨領政的現象，導致立法院喪失監督行政權的功能，架空權力分立之監督制衡（訴求三：召開公民憲政會議）。

「反黑箱服貿」的行動訴求獲得廣大民眾支持響應，眾多學生及社會人士主動在立法院外靜坐聲援，330凱道反服貿大遊行亦有數十萬人參與。但是在占領行動期間，行政院院長江宜樺多次表示行動者應負起法律責任，在占領行動結束後，法務部長羅瑩雪也公開表示占領立法院是違法行為，檢警亦實際開始調查行動³。儘管法務部長的發言逾越檢察行政監督的界限，但是其認定上開行動可能構成犯罪，其實並非毫無根據。因為，占領立法院議場的個別行為人，依情形可能該當侵入建築物罪（刑法第306條）、妨害公務罪（刑法第135條）、聚眾妨害公務罪（刑法第136條）、毀損公物罪（刑法第138條）或普通毀損罪（刑法第354條）等構成要件⁴，這種抗議違法審查服貿協議及總統引發憲政危機的手段，亦看似欠缺法定之阻卻不法與罪責事由。嗣後，臺北地檢署果真於2015年2月10日，依煽惑他人犯罪與妨害公務罪等罪名，起訴占領立法院之部分學運人士⁵。然而，從事件發生至今，學運人士及支持者將占領立

3 對上述發言的強烈批評，參考林鈺雄，占領，抑或追訴更為荒謬？——初探318運動的正犯與共犯，月旦法學教室，141期，頁66-70（2014年）。

4 詳細說明，參考許恒達，服貿抗爭的刑法議題，台灣法學雜誌，245期，頁62-65（2014年）。參與占領立法院的行動者人數眾多，個別行動者的行為是否以及實現哪些犯罪構成要件，仍然有待進一步的事實澄清，本文的討論係建立在一般性的事實假設上。此外，迄今立法院長王金平作為立法院議場及物品的管領權人，尚未對占領者提起告訴，故侵入建築物罪及普通毀損罪作為告訴乃論之罪，實際上將因為欠缺訴訟要件而無法被追訴。不過，妨害公務罪及毀損公物罪並非告訴乃論之罪，在法律上仍有被起訴的可能性，故在此範圍內探究占領行為之刑法評價仍有其實際意義。

5 太陽花學運，帆廷 119 人起訴，蘋果日報，2015 年 2 月 11 日，<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20150211/36382705/>（最後瀏覽日：2015 年 5 月 11 日）。

法院定性為「公民不服從」或行使「抵抗權」，強調這是對不義政權或政府具體違法的抗議，在政治道德上具有正當性，這樣的主張對於其刑事責任的認定，究竟有什麼樣的意義？其中一個最大的問題是，如果占領立法院是公民不服從或行使抵抗權，是不是會對上述犯罪構成要件該當行為產生阻卻不法的效力？

這個問題對於臺灣法學界是一個迫切卻又巨大的挑戰。因為，公民不服從的運動及理論源自西方，不僅美國作家梭羅（Henry David Thoreau）的抗稅、印度聖雄甘地（Mohandas Karamchand Gandhi）反抗英國殖民、美國金恩博士（Martin Luther King, Jr.）領導之黑人民權運動聞名於世，美國哲學家John Rawls的公民不服從理論也具有世界性的影響力。但是這個概念在臺灣相對陌生，本地社會沒有公民不服從的傳統⁶，對於這個概念的政治哲學及法學理論分析也相對稀少⁷，在占領立法院行動之前更沒有刑法觀點的討論。然而，從2008年二次政黨輪替之後社會運動明顯復甦⁸，不少運動者因為抗議手段而面臨刑事追訴，如何拿捏犯罪成立要件的解釋尺度，才不至於使社會運動者動輒面臨刑事追訴的風險，不敢行使憲法保障的表意自由及集會自由，成為刑法理論與實務的重要

6 不過，何明修，公民運動與公民不服從：臺灣社會運動的路線，新社會雙月刊，30期，頁20（2013年）認為，臺灣也曾經踐行過公民不服從的理念。例如1987年原權會、原住民大學生及長老教會牧師，為了抗議吳鳳神話而合力推倒嘉義火車站前的吳鳳銅像，1991年李鎮源、林山田教授發起的一百行動聯盟，為廢除刑法100條和平內亂罪而靜坐抗議、擾亂閱兵。

7 例如：陳宜中，公民不服從與自由民主：倒扁紅潮下的一些省思，收於：思想編輯委員會編，臺灣的七十年代（思想4），頁41-61（2007年）；陳宜中，羅爾斯的公民不服從理論，收於：蕭高彥編，憲政基本價值，頁219-263（2009年）（以下簡稱：陳宜中，憲政基本價值）；許宗力，試論民主法治國家的「市民不服從」，收於：法與國家權力（一），增訂2版，頁73-116（1994年）。

8 何明修、黃俊豪，第二次政黨輪替後的社會運動復甦：政治機會結構的觀點，「2012臺灣社會學年會暨國科會專題研究成果發表會——社會創新：後全球化」學術研討會，東海大學社會系暨臺灣社會學會主辦，頁7-12（2012年11月24-25日）指出，社會運動復甦的成因是執政者的保守取向、政策管道的封閉、與反對黨的政治聯盟。

任務。

由於缺乏相關研究，德國法學界有關公民不服從的刑法評價爭論，可作為我國面對此一問題時的參考。大體而言，儘管德國文獻上通常肯認，公民不服從行動是行使憲法保障之表意自由或集會自由（姑且不論是否逾越憲法界限），但是行使基本權卻實現特定犯罪構成要件時，關於其刑法上的效果則是百家爭鳴。少數德國文獻認為公民不服從有阻卻不法的可能性，只不過在阻卻不法的論證途徑上，有些適用緊急避難（德國刑法第34條），有些適用妨害名譽罪章之「保護正當利益」（*Wahrnehmung berechtigter Interessen*）條款（德國刑法第193條），有些直接適用憲法基本權條款（表意自由及集會自由）。相對於此，大多數的刑法文獻認為，公民不服從挑戰民主國家之多數決原則，沒有阻卻不法的效力，其中的少數見解基於欠缺動用刑罰預防的必要性，承認其為超法規之阻卻負責性事由（*übergesetzlicher Verantwortungsausschluss*），但是多數見解認為只構成量刑減輕或不起訴的理由⁹。

在參考上述德國學理時，除了實證法規定的差異以外，必須注意幾個更為重要的影響因素，不能在臺灣生搬硬套。首先，上述意見分歧的部分成因來自刑法基本立場的差異。例如，刑法通說將罪責階層理解為個人之可非難性，少數文獻則是採取有別於傳統罪責階層的「負責性」概念，將預防必要性納入犯罪結構之中¹⁰。因此，縱使公民不服從欠缺預防必要性，在傳統的犯罪結構底下，至多只能在量刑上予以減輕，少數文獻則可能透過「負責性」概念而阻卻犯罪之成立。其次，公民不服從本質上不是法律概念，也是形

9 學說概況簡介：*Thomas Rönnau*, in: *Laufhütte/Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Bd. II, §§ 32 bis 55, 12. Aufl., 2006, Vor § 32 Rn. 140; *Karl Kröpil*, *Ziviler Ungehorsam und strafrechtliches Unrecht*, JR 2011, S. 283 (284 ff.).

10 *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 19 Rn. 1 ff.

成上述意見紛歧的原因。在刑法評價上，對於特定犯罪構成要件該當的行為，不論是認定其不法或罪責，都必須確定個案中與刑法評價有關的事實，些許的事實差異就可能形成兩極的評價結果。因此，公民不服從既然不是一個法律概念，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。最後，關於公民不服從究竟是更能實現直接民主，或是對於代議民主的攻擊，只能放在具體的政治脈絡底下進行利益權衡，此一利益權衡的結果顯然沒有跨國性、普世性的效力。因此，德國刑法學的討論是放在德國民主運作的實際脈絡之中，其權衡結果未必適用於臺灣民主運作的實際脈絡。如果適當考量上述影響因素，德國憲法學上有關公民不服從之合法性判斷的權衡因素，以及其如何落實在刑法釋義學的層面上，對於我國仍有參考意義。

儘管在刑法評價上，公民不服從可能同時涉及不法、罪責與量刑層次，但是就理論爭議與公眾矚目的程度而言，其核心難題仍圍繞在公民不服從是否以及如何阻卻不法。因此，本文的論述重點放在公民不服從的合法性問題，其他問題僅在必要時略予提及。本文將先抽象地論述，對於刑事不法的評價而言，公民不服從概念的真正意義何在，並且探討公民不服從阻卻不法的可能性是否為概念上的自相矛盾，或是牴觸民主國家之多數決原則（貳）。在肯定公民不服從可能阻卻不法的立場底下，由於此一概念所涵蓋的抗爭行動有極端不同的背景、手段及效應，本文無法探討各種不服從行動在適用阻卻不法事由上的困難，因此將討論對象限制在318學運的立法院占領行動，以呈現公民不服從適用緊急權限性質之阻卻不法事由時的典型難題（參）。有鑑於緊急權限性質之阻卻不法事由無法充分顧及基本權之保障意義，本文嘗試另闢途徑，論述憲法之基本權條款作為阻卻不法事由的容許性及適用方式，並且將其適用於占領立法院行動，判斷該行動得否訴諸表意自由及集會自由而阻卻不

法¹¹（肆）。最後，總結本文結論（伍）。

貳、公民不服從概念與刑事不法之關連

一、不法判斷脈絡下之公民不服從概念

根據Rawls的定義，公民不服從是指以公開、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¹²。除此之外，通常是以窮盡體制內的救濟管道為前提。類似於此，德國社會學家Jürgen Habermas認為公民不服從有下列要素：它是出於道德理由的抗議行為，不是單純基於個人的信仰或私利；它是公開的行動，行為人通常會先行預告，讓警察能預期其流程；它包括故意違反個別法規的行為在內，但是基本上仍然服從於整體法秩序；行為人願意承擔違反規範的法律後果；違反法規僅具有象徵性的特徵，故僅限於採取非暴力的抗議手段¹³。在具體型態上，不服從行動所違反的法規範，可能是行動者認定不義的抗議對象（直接之公民不服從），也可能是其認定不義的抗議對象以外的法規範（間接之公民

11 至於同屬 318 學運一環的 330 占領行政院行動、近來漸成風潮的向政治人物丟鞋、對公共建物噴漆或破壞等抗議行為，固然可以適用本文所提出之解決方案，但是適用結果大幅取決於個案的情節，因此已經遠超出本文所能處理的範疇。關於丟鞋行為可能構成社會秩序維護法第 85 條第 1 款：「於公務員依法執行職務時，以顯然不當之言詞或行動相加，尚未達強暴脅迫或侮辱之程度者」，是否適用表意自由而被合法化，參考劉靜怡，用丟鞋和辦公祭傳達政治抗議訊息，該受處罰嗎？，台灣法學雜誌，245 期，頁 131-135（2014 年）；李念祖，向總統擲鞋抗議的憲法分析，台灣法學雜誌，257 期，頁 25-26（2014 年）；黃銘輝，丟鞋案：一個深化言論自由法的契機，台灣法學雜誌，257 期，頁 27-29（2014 年）。

12 John Rawls 著，李少軍、杜麗燕、張虹譯，正義論，頁 332-336（2003 年）。

13 Jürgen Habermas, Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 29 (29-53).

不服從)，前者像是為了抗議不公的稅制而拒絕繳稅，後者像是為了抗議政府發動戰爭而拒絕繳稅。

一個符合上述定義的抗議行動，因為使偏離常態的正義體系恢復穩定，而被認定在政治道德上具有正當性。因此公民不服從並非單純描述性的概念，定義裡的組成要素及其內涵，同時暗示了定義者所理解的政治道德正當性標準，這個標準的寬嚴將因人而異。由此亦可理解，關於公民不服從的組成要素跟各要素的內涵，至今仍有許多爭議¹⁴。例如行動「公開性」要素的涵義，是指行動的進行本身必須公開（公然占領街道），或是只要事後公開原本隱密的行動即可？或者如同Habermas所主張的，行動者必須事先向警方預告行動？此外，行動的「非暴力性」或「和平性」要素是排除所有符合刑法強制罪之強暴概念的行動（封鎖交通要道）嗎？抑或只排除對他人身體或財產造成破壞的行動（占領廢棄的私人住宅）呢？至於行動者「基於良知決定」，是僅限於絕對基於公益動機的行動，抑或包括兼有個人利益考量（抗議在住家附近興建核能電廠）的行動呢？我們甚至可以思考，如果行動者在揭露非法的國家機密（史諾頓（Edward Snowden）向媒體披露美國國家安全局的稜鏡計畫）之後，可能承受死刑或終身監禁的制裁，也必須表現出承擔法律後果的意願，才能符合公民不服從的定義而具有政治道德上的正當性嗎¹⁵？

有關公民不服從定義的爭論，在可預見的時間裡不會有終局的解答。因為介於合法抗議與革命之間的公民抗議形式，在手段強度

14 各個要素的檢討：許宗力（註7），頁76-84；陳宜中，憲政基本價值（註7），頁250-256；陳昭如，不服從的女人——從女性主義觀點論公民不服從，台灣法學雜誌，250期，頁100-102（2014年）。

15 德國學者 Reinhard Merkel 肯定其道德正當性，參考 David Hugendick, Whistleblower: „Snowdens Strafe wäre existenzvernichtend“, DIE ZEIT, 27. Juni 2013, <http://www.zeit.de/kultur/2013-06/Interview-Reinhard-Merkel-Moral>（最後瀏覽日：2015年5月11日）。

(公開／非公開；暴力／非暴力)、動機(良知／私利)、訴求對象(私人／政府)等面向上，存在程度不一的差異，符合哪些特徵的行動才具有政治道德上的正當性，最終只能綜合各個具體情狀，判斷系爭行動相對於其行動目標是否符合比例。我們不僅無法確定，一個抗爭行動是否必須符合公民不服從的所有特徵，才會具備道德正當性，我們也無法抽象地論斷，公民不服從的各項特徵的精確意義是什麼，才能擔保抗爭行動具備道德正當性。以最常被強調的行動「非暴力性」為例，此一要素的涵義就有高度模糊性。一方面，我們不可能極端限縮「非暴力」概念，將任何造成他人心理壓力或人身財物損害的抗爭模式都理解為暴力行為，因而絕對否定其政治道德上的正當性。因為，不同於訴諸政府善意回應的道德呼籲，公民不服從行動通常需要含有某種實際對抗的要素，一個表面和平的抗爭形式通常也要以威脅、挑釁或不排除使用暴力為後盾，才能發揮一定的政治效應或象徵性的效果¹⁶。另一方面，我們也不可能極端擴張「非暴力」概念，把任何拘禁、殺人、縱火行為都當成非暴力行為，一概賦予其道德正當性。因為，就算是為了表達正當的訴求(例如：要求國家停止執行死刑)，如果抗爭手段自始與訴求自相矛盾(以殺人來表達尊重生命的訴求?)，或者缺乏自制而顯著降低對於大眾的訴求效力，對第三人造成的侵害就會喪失必要性。由此可知，多大強度的實際對抗行動才是符合比例，必須根據抗爭對象、預期的政治效應、付出的代價等因素進行權衡，若是脫離歷史、社會或政治脈絡，概括地為暴力與非暴力劃定一條界限，據此認定其政治道德上的正當性，可能是忽略價值判斷及個案情節的複雜性¹⁷。

16 亦參考陳宜中，憲政基本價值(註7)，頁252、256。

17 實質上相同的看法：陳宜中，憲政基本價值(註7)，頁250(行動是否合乎比例原則與政治文化因素有關)；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107-109(2014年)；Winfried Hassemer, Ziviler Ungehorsam – ein Rechtfertigungsgrund?, in: Broda/Deutsch/Schreiber/Vogel (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Wassermann zum

公民不服從的抽象定義無法忠實反應個案的價值權衡結果，也連帶地降低其對於不法判斷的意義。因為，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¹⁸。不論是把公民不服從概念理解得多寬，或是以民主抵抗、民主不服從來取代公民不服從¹⁹，也不論具體的抗議行動是否完全符合公民不服從（或民主不服從、民主抵抗）的定義，本質上都跟不法判斷沒有必然關係。一個抗爭行動被定性為公民不服從（或民主抵抗、民主不服從），不論是著眼其糾正國家不義政策或法律的動機，或者著眼其作為民主失靈的抵抗手段，對於不法判斷而言，至多是在表達一種個人觀點，認為系爭行動具有超越一般違法行為的社會意義。固然不法判斷是建立在個案情節及價值權衡的基礎上，抗爭行動所具備的上述主客觀社會背景，通常有其法律評價上的重要性，但是此種定性對於法官的不法判斷並無絕對的影響力。因為，法官作為獨立依法審判的國家機關，必須依其個人確信認事用法，特定抗爭行動有無、在多大程度上具有矯正國家不義政策或失靈民主體制的意義，亦是依據其於審判期日形成之確信加以認定，公民不服從概念或許有助於提示法官注意抗爭的社會意義，但是沒有拘束法官形成心證的效力。更重要的是，就算法官也接受，特定抗爭行動具備公民不服從的特徵，法官仍然必須依其法律確信審視，其於法律評價上是構成有利於阻卻不法的因素，或是不

sechzigsten Geburtstag, 1985, S. 325 (327).

18 *Cornelius Prittwitz, Sitzblockaden – ziviler Ungehorsam und strafbare Nötigung*?, JA 1987, S. 17 (21 f.).

19 主張放寬羅爾斯的公民不服從概念，參考陳宜中，憲政基本價值（註7），頁236-256；主張以「民主不服從」或「民主抵抗」的概念來取代「公民不服從」，參考顏厥安發言，許玉秀主持，「公民不服從」（抵抗權）的啟動及界限——解析318進駐國會議場事件，台灣法學雜誌，247期，頁126-128（2014年）；顏厥安，〈自由共和國〉對不公不義的抵抗才是最高貴的文明，自由電子報，2013年9月2日，<http://news.ltn.com.tw/news/opinion/paper/710292>（最後瀏覽日：2015年5月11日）；陳昭如（註14），頁102-103。

利於阻卻不法的因素，公民不服從概念所預設的道德或政治正當性，在這個法律適用過程中同樣沒有拘束力。總之，對於不法判斷而言，公民不服從（或民主抵抗、民主不服從）概念至多是理解抗爭行動的一個意義版本，基於法官獨立審判原則，法官不受上述概念的拘束。

既然抗爭行動的不法性最終取決於法律系統的標準，對於刑法評價而言，公民不服從概念應該如何地被理解，已經是一個相對次要的技術問題，完整且正確地調查具體抗爭行動所有涉及刑法評價的事實，才是刑法評價的真正基礎。在不法判斷的脈絡下，為公民不服從提出一個定義，既無必要亦無正當性。如果一定要為公民不服從作一個定義，本文傾向從寬定義公民不服從，使其包括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。

此一寬鬆定義係出於兩個目的性思考²⁰。首先，本文的寫作目的是，對於318學運之占領行動與其他強度或型態容有差異的抗爭行動，提示刑事不法的評價上可能遭遇的典型難題及解決方案，以作為未來公民抗爭的刑事案件的適用參考。現實上，由於介於合法抗議與革命之間的抗爭形式非常多元，這些抗爭行動多少都會存在318學運之占領行動在刑法評價上的難題，本文提示的難題及解決方案，皆有程度不一的參考價值，如果將公民不服從概念理解得過於狹窄，可能會令人誤會此處的論證方式無法被援用於其他抗爭行動上。其次，如此從寬認定公民不服從概念，對於尚無公民不服從

20 許宗力（註7），頁76指出，公民不服從的定義是合目的性問題，而不是合法性考慮的問題，亦是相同意思。

傳統的臺灣而言，可能亦有其必要性。臺灣社會傳統重視和諧，行動者一旦為了表達訴求而採取較為激烈的抗爭手段，經常會被貼上干擾社會秩序的非理性標籤，其激烈抗爭行動的背後成因被視而不見，如果刑事司法體系也無法避免此種文化傾向的影響，將容易在錯認系爭抗爭行動之社會意義底下作成法律評價。如果從寬理解公民不服從的概念，藉由其所內含的政治或道德正當性的正面評價，或許可以抵銷刑事司法體系忽視抗爭成因的文化傾向，開啟持平探究抗爭成因之社會意涵的空間，據此進行法律評價。只不過依據這個寬鬆的公民不服從定義，其所涵蓋的抗爭行動的型態或特徵也會有不小的差距，本文對於318運動的占領行為的論證方式，固然對於其他抗爭行動有其參考價值，但是事實特徵的差異會在法律評價上發揮決定性的作用²¹，很可能導致相異的不法判斷結果。

二、阻卻不法牴觸公民不服從概念？

就法律評價而言，公民不服從只是描述抗爭行動之社會政治意涵的概念，沒有預設其合法或不合法的效力。但是有學說認為，公民不服從的行動者係有意識地違反法律，願意承擔法律後果，如果行為被阻卻不法，正好跟公民不服從概念自相矛盾²²，並且違反行動者的主觀意願²³，使其不必承擔個人風險，抵銷行動的道德正當

21 Ulrich Karpen, „Ziviler Ungehorsam“ im demokratischen Rechtsstaat, JZ 1984, S. 249 (251); Horst Schüler-Springorum, Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsam, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, 1983, S. 76 (82); 黃榮堅 (註 17), 頁 111。

22 BVerfGE 73, 206 (252); Hans Joachim Hirsch, Strafrecht und Überzeugungstäter, 1996, S. 31; Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, § 9 Rn. 111; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 61. Aufl., 2014, Vor § 32 Rn. 10 a; Theodor Lenckner, Strafrecht und ziviler Ungehorsam – OLG Stuttgart, NStZ 1987, 121, JuS 1988, S. 349 (355).

23 Günter Frankenberg, Ziviler Ungehorsam und Rechtsstaatliche Demokratie, JZ 1984, S. 266 (270); Kühl (Fn. 22), § 9 Rn. 111; 陳新民, 國民「抵抗權」的制度與概念, 政大法學評論, 37 期, 頁 167 (1988 年) (但將公民不服從稱為「和平反抗」)。

性跟訴求效果²⁴。

事實上，認定阻卻不法與公民不服從概念本身自始矛盾，是過於高估此一概念對於不法判斷的拘束力。公民不服從作為一個政治或道德正當性層次的概念，從法律系統的觀點來說，其定義的內涵仍有相當的彈性理解空間。其中，定義所說行動者係「有意識地違反法律」，未必意指抗爭行動是違反法秩序的違法行為，而是意指其係初步非法（*prima-facie-Illegalität*）的行為²⁵，從刑法學的犯罪結構來說，是指抗爭行動已經實現犯罪構成要件，但是不排除因為行動者追求更大的利益而被阻卻不法²⁶。至於行動者「願意承擔法律後果」的定義要素，也只是在表達個人的主觀意願，不妨礙法律系統違背其意願而阻卻抗爭行為之不法性²⁷。因為，法律系統的不法判斷，是以法律原則及其價值為基礎，不受行為人主觀意願所拘束，正如同在刑法學上公認，一個人不會因為誤認行為合法（禁止錯誤）就不成立犯罪，也不會因為誤認行為違法（幻覺犯）就成立犯罪。至於抗爭行動客觀上可能阻卻不法，或行動者預期可能阻卻不法，也未必會削弱抗爭的訴求作用或正當性。因為，縱使公民不服從有被阻卻不法的機會，行動者通常難以事先預料，法官是否也會肯定不服從行動的合法性，只要行動者不逃避刑事追訴，就算是在法庭上主張行動合法或法庭給予的制裁不合理，亦能充分表達忠誠於法律的態度，並且透過承擔追訴風險而構成抗爭的道德基礎。同時，就行動者的抗爭亦在爭取大眾支持而言，行動者也可以將刑事程序當成抗議的一環，透過公開審判向大眾宣揚抗爭的訴求，進

24 *Habermas* (Fn. 13), S. 42 f.

25 *Ralf Dreier*, *Widerstandsrecht und Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, in: *Glötz* (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 1983, S. 54 (56).

26 *Claus Roxin*, *Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam*, in: *Albrecht u.a.* (Hrsg.), *Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag*, 1993, S. 441 (443); *Norbert Kiesel*, *Aufrufe zum Ungehorsam und § 111 StGB*, 1996, S. 194; 黃榮堅（註17），頁111。

27 Vgl. auch *Prittwitz* (Fn. 18), S. 24.

而提高抗議的訴求效果²⁸。所以，承認公民不服從阻卻不法的可能性，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。

三、阻卻不法抵觸多數決原則？

對於承認公民不服從阻卻不法的主張，在學說上常見的另一種質疑是，阻卻不法會抵觸民主國家的多數決原則。詳言之，公民不服從的抗議對象通常是不義的法律或政策，而在民主國家裡，法律是由具有直接民主正當性的國會所制訂，政府政策也是在法律授權的範圍之內所形成的結果，是規範上代表多數人所作成的決定。因此，不論支持或從事不服從行動的人數多寡，法律上都是少數人在抵抗、反對多數人的決定。例如，刑法規定處罰墮胎，只要尚未修法改變，就代表規範上的多數人仍然決定禁止墮胎，如果孕婦以墮胎作為抗議墮胎罪的方法，就是少數人嘗試以行動推翻多數決的結果。對於少數人透過有意識的違規試圖推翻多數人的決定，民主國家若是給予合法化，等於是在否定多數決原則的根本價值。因此，基於保護多數決原則的絕對效力，應該排除公民不服從阻卻不法的可能性²⁹。

然而，阻卻不法的評價是否一概會抵觸多數決原則，仍有商榷餘地。在事實層面上，由於公民不服從的情節千差萬別，其有無攻擊多數決結論的性質，實在無法一概而論。如果不服從行動的抗議對象是國會通過生效的法律，例如前述的墮胎罪規定，此時固然是

28 Roxin (Fn. 26), S. 442; Dreier (Fn. 25), S. 61; Hansjörg Reichert-Hammer, Politische Fernziele und Unrecht, 1991, S. 215; 許宗力 (註 7), 頁 78。

29 Roxin (Fn. 26), S. 448, 450; Karpen (Fn. 21), S. 259; Rönnau (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 142; Hassemer (Fn. 17), S. 336 ff.; 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 75 (2014 年)。

少數人不接受規範上多數人的終局決定³⁰；但是，如果不服從行動的抗議對象是一個企圖改變現行法律的政策或提案，像是政府或國會提案修法提高健保費，此時國會尚未對於提高健保費作成一個規範上多數人的終局決定，不服從行動就欠缺攻擊多數決結論的性質，只是以較為激烈的手段表達反對提高健保費的立場，試圖說服政府或國會維持既有的多數決結論。在後面的情況，不服從行動反而是在維護既有的多數決效力，難以被評價為對於多數決原則的攻擊³¹。

就算公民不服從的抗議對象是國會通過生效的法律，阻卻不法也未必是實質上在挑戰多數決原則的效力，因為多數決結論的效力自始有其界限。多數決作為民主國家決策方式的正當性基礎，並不在於其最能有效保護個人權利或最能擔保決策結果的正確性，而是出於實用性的考量：在一個共同體裡，任何決策都不可能獲得所有牽涉其中的成員的同意，若是決策必須取得所有成員同意，將會實際上癱瘓共同體決策的能力，因此，為了維持共同體決策的可能性，多數決原則就成為必需的折衷作法³²。然而問題是，對於少數成員而言，多數決結論並不符合其個人福祉，其作為與多數成員擁有相同權利地位的共同體成員，為何必須服從多數決結論？如果不是單純訴諸多數決結論的權威，可能的理由就在於，所有成員都接受多數決結論只是一個暫時性的結論，少數成員的意見在將來也可

30 Vgl. Hassemer (Fn. 17), S. 337. 不過也有學者認為，在作成具拘束力的多數決之後，多數意見已發生轉變者，則沒有攻擊多數決原則的問題，參考 Johannes Lukas Hermann, Ziviler Ungehorsam und rechtfertigender Notstand, in: Mona/Seelmann (Hrsg.), Grenzen des rechtfertigenden Notstands, 2006, S. 85 (105, 109).

31 德國學說上也認為，如果不服從行動並未侵害多數決原則，否定阻卻不法可能性的關鍵疑慮就不存在。例如 Roxin (Fn. 26), S. 449、Rönnau (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 143 即共通認為，公務員向媒體揭發有關聯邦憲法保護署的違憲事實得阻卻不法，德國實務亦持相同結論 (BGHSt 20, 342 (342 ff.))。

32 Julian Krüper, Das Glück der größten Zahl – Zum Mehrheitsprinzip als Funktionsregel im Verfassungsstaat, ZJS 2009, S. 477 (478).

能成為多數決結論，進而要求其他反對人士服從。因此，依據德國學者Günter Frankenberg的看法，在承認國民主權原則及政治地位平等的民主國家，多數決原則的效力有其界限：多數人不得依內容正確性、政治或社會價值而歧視與其競爭的立場，使暫時的少數變成永久的少數；多數人不得處分確保政治平等的原則與規則，使特定的立場被持續地邊緣化；多數人不得作成不可逆的決策，因為這將使多數立場取得實際上獨大的地位，剝奪少數立場爭取成為多數的可能性³³。因此，如果具體的多數決結論逾越上述界限，就沒有強制少數人絕對接受的效力，少數人對於多數決結論的挑戰，不能被評價為對於多數決原則的攻擊。

因此，唯有不服從行動的抗議對象是國會通過的法律，系爭法律並未超越多數決原則的效力界限時，阻卻不法的評價才是在肯認少數人挑戰多數決結論的權利。問題是，少數人沒有權利挑戰多數決結論嗎？大概沒有人會否認，在民主法治國家裡，對於任何已經形成的政策或法律，亦應持續予以政治上或道德上的批判，不懈地監督國家權力的行使是民主國家的根基。依此，如果公民不服從作為監督國家權力的方式，必須顧及多數決原則而被宣示為不法，其主要的理由應該不是國家權力絕對不應受監督，而是著眼於反對少數人採取所謂違法的監督方法。第一種反對理由是，如果國民可以採取有意識的違規行為質疑或挑戰國家的法律或政策，等於容許國民選擇性地履行守法義務，使法律的執行喪失可預測性，國家無法履行其保障國民自由平等的義務，最終民主法治國家將會陷入癱瘓³⁴。第二種反對理由則是，對於合法的多數決所形成的決議（法律或政策），國民只能透過合乎規則的途徑來反對，如果不窮盡這

³³ Frankenberg (Fn. 23), S. 274.

³⁴ Hans Hugo Klein, *Ziviler Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat?*, in: Rütters/Stern (Hrsg.), *Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat*, 1984, S. 177 (188 f.); Hirsch (Fn. 22), S. 30 f.

些合法的途徑，少數人就有接受多數決結論的義務³⁵。

第一種反對理由正確指出，唯有國民盡其守法義務，才能保障法律的可預見性及保護國民自由平等，如果國民可以恣意地選擇是否遵守法律，民主法治國家會陷入癱瘓。但是，必須注意的是，承認行動者以故意違規的方式抗議國家法律及政策得阻卻不法，從來就不是在賦予國民恣意選擇守法與否的權利，而是基於追求更重大的相對利益，在特定條件下容許其違反守法義務。這種可能性的肯定，是來自法律體系在不法判斷上的基本立場，亦即基於社會中無可避免的利益衝突，法律設定之禁止或誡命規範的效力，可能因為容許規範的適用而被個案性解除。此時阻卻不法的根本理由在於保全優越利益的客觀事實，而不是在於容忍或接受行為人的恣意決定，行為人不遵守禁止或誡命規範的決定本身，不會使禁止或誡命規範立刻喪失拘束力。因此，當刑法評價正當防衛下的殺人或在善意合理評論時的誹謗阻卻不法時，從來沒有人說，這是在承認人民得恣意選擇性守法，形成癱瘓民主法治國家的危險。同樣地，當肯定公民不服從可以阻卻不法時，至多只是在強調，抗議行動可能代表更優越的利益，足以個案性地、例外地排除禁止或誡命規範的效力，不應被誤解為只要行動者是為了抗議國家不義的法律或政策，就立即解除禁止或誡命規範的拘束。

第二種反對理由，則是堅持國民只能透過代議民主的內部途徑（修法、改選、罷免）或直接民主的法定方法（公投），才能挑戰可能出錯的多數決結論，禁止採取所謂體制外的挑戰方式。此種觀點的疑義在於，國家採行代議民主制度，是由於公民人數多到不可能直接參與政府決策，只能將參與的權力委託政治菁英或官僚菁英行使，並賦予其決策上廣泛的自由裁量權，但是公民對於這些人如何

35 *Roxin* (Fn. 26), S. 448; *Rönnau* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 142; *Hassemer* (Fn. 17), S. 343.

行使裁量權也經常沒有控制力³⁶。對於這種附著於代議民主體制的非民主因素，公民固然能透過定期選舉予以控制，以免這些政治菁英或官僚菁英成為不受控制的專制君主，但是現實上此種控制未必適時及有效。透過公民不服從，反而可以在定期選舉之間，向大眾及決策者彰顯法律或政策的不義，及時地回復公民對於政治菁英與官僚菁英的控制。這種行動固然本質上是（規範上）少數人向多數人表示抗議、挑起衝突，而衝突總是被認為會帶來破壞既有體制的危險，但是不能忽略，在民主社會裡不可能沒有衝突，衝突也不是只有破壞性的效果，在一定條件下，社會裡的衝突也可能發生建設性的效果³⁷。回顧國內外的歷史，我們也可以輕易發現，諸多的政治與社會改革，都是在歷經這種社會衝突之後誕生的。因此，公民不服從並非與代議民主徹底矛盾的行動，在一定範圍裡反而是補充代議民主缺陷的直接民主行動，問題只在於如何拿捏其阻卻不法的分寸而已³⁸。

四、小結

綜上所述，沒有充分理由自始排除公民不服從阻卻不法的可能性。公民不服從概念所內建的違法行為（精確而言：實現犯罪構成要件行為），並不排除基於保全優越利益而被阻卻不法。縱使其不服從的對象是在代議民主中合法形成的多數決結論，亦保留給少數

36 Robert A. Dahl 著，李柏光、林猛譯，論民主，頁 126-127、130-131（1999年）。

37 社會學家 Dieter Rucht 認為，如果一方面行動者能夠保持自制，避免衝突的一般化或蔓延，另一方面公眾及負責決策與維護秩序的國家機關，能夠忍受抗議的不便，進而與其對話，而不是強迫其接受多數決結果或回歸體制內途徑，對公民社會將會具有建設性的效果。參考 Dieter Rucht, Die konstruktive Funktion von Protesten in und für Zivilgesellschaften, in: Jessen/Reichart/Klein (Hrsg.), Zivilgesellschaft als Geschichte, 2004, S. 135 (145).

38 結論亦同：Dreier (Fn. 25), S. 73; Ralf Dreier, Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkung zum zivilen Ungehorsam, in: Achterberg (Hrsg.), Öffentliches Recht und Politik: Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70. Geburtstag, 1973, S. 573 (599)（以下簡稱：Dreier, Widerstandsrecht）；許宗力（註7），頁 113。

人透過體制外途徑挑戰的可能性。因此，公民不服從是否阻卻不法，仍然取決於個案事實是否符合法律系統內的阻卻不法事由。

對於318學運占領立法院行動的法律評價而言，上述分析確立兩個基本命題。首先，占領立法院符合本文定義的公民不服從。行動者抗議總統操縱執政黨立委在立法院草率審查兩岸服貿協議，透過故意占領立法院議場的方式實現特定犯罪構成要件，係基於其維護民主原則及權力分立的理念所為。此一占領行動不僅始終透過新聞媒體及網路直播呈現於社會大眾面前，行動過程中並未直接或惡意攻擊他人之人身安全，行動者亦坦然接受檢警之調查。其次，雖然占領立法院實現諸多犯罪構成要件，多數決原則無法排除阻卻不法的可能性。因為，服貿協議自始由兩岸海協會與海基會簽署完成，嗣後送交立法院，又在相關資訊不透明的情況下，比照行政命令之審查程序，於院會交付審查後逾3個月未完成而「視為已經審查」。據此，代表規範性多數人的立法院在資訊不足的情況下，未曾對服貿協議進行任何實質意義的審查，形式上自始欠缺規範上多數人議決的結果，故占領立法院並無阻礙多數決效力的後果³⁹。

參、公民不服從適用緊急權限之阻卻不法事由

接著的問題是，占領立法院作為公民不服從行動，在法律系統內可能基於何種理由而阻卻不法。就此，我們可以優先考慮，占領立法院可否適用緊急權限性質之阻卻不法事由，具體包括刑法明文之正當防衛（刑法第23條）與緊急避難（刑法第24條），以及憲法無明文的抵抗權⁴⁰。因為至少依據行動者的認知，占領立法院的正

39 相同見解：蔡聖偉，法治國的太陽花，台灣法學雜誌，248期，頁3（2014年）。

40 三者皆是在文獻上曾經提出的觀點，故在此詳予分析。至於「社會相當性」理

當性在於，如果不對於立法院將服貿協議「視為已經審查」一事表達抗議，此一協議之生效將成為既成事實，難以阻止後續可能帶來的（負面）政治經濟效應。對於此種為了避免特定利益的迫切危險所採取的救助手段，法律系統亦提供緊急權限性質之阻卻不法事由，在特定條件下容許保全優越利益的必要手段。

一、抵抗權

占領立法院行動除了被定性為公民不服從，亦經常被視為是行使抵抗權，但是二者的關係並不清楚。德國文獻上認為，公民不服從的抗議對象是國家的個別決策或法律，而抵抗權（Widerstandsrecht）的對象是國家或個人對於憲政秩序的攻擊，後者比前者更為強而有力的抗爭手段，公民不服從亦因而被稱為「小抵抗權」⁴¹，二者係具有特別關係的概念。不過，此種用語或對比未必精確⁴²。因為，相對於公民不服從是政治道德正當性層次的概念，抵抗權在德國法上則是憲法明文之阻卻不法事由⁴³，該國基本法第20條第4項規定，凡是有人著手排除憲政秩序，且無其他

論，則是省略不予討論。依據社會相當性理論之創始人德國學者 Hans Welzel 的觀點，如果一個行為是在歷史上形成的共同生活社會倫理秩序的界限內，該行為就不該當犯罪構成要件，例如鐵路或工廠合法營運所造成的傷害不構成傷害罪，向郵差贈送新年小禮物不構成行賄罪等。從當今的刑法學將構成要件理解為不法行為之類型化來說，社會相當性理論將社會普遍容許的行為排除在構成要件之外，確實有其正當性，但是其所使用之「社會相當」標準過於模糊，不容易讓人掌握上述事例阻卻構成要件的具體理由。事實上，在合法營運鐵路或工廠時造成之傷害，是基於其並未製造法所不容許之風險而阻卻傷害罪構成要件，而向郵差贈送新年小禮物，並不足以動搖大眾對公務合法性之信賴，因此是基於其欠缺法益侵害而阻卻行賄罪構成要件。換言之，透過容許風險概念，與依據法益對於構成要件作限縮解釋，不僅達成社會相當性理論的目的，又可避免其標準模糊的缺點（詳見 *Roxin* (Fn. 10), § 10 Rn. 33 ff.）。在此觀點底下，占領立法院行為顯然已經侵害各該犯罪構成要件之保護法益，而且不適用容許風險，與社會相當性理論的關連性極微，故不予探討。

41 Vgl. *Kühl* (Fn. 22), § 9 Rn. 107.

42 同樣質疑此一用語者：陳志輝（註29），頁67。

43 *Roman Herzog*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Stand: Lfg. 18 1980, Art. 20 IX Rn. 58; *Kühl* (Fn. 22), § 9 Rn. 93; *Rönnau* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 128.

救濟方法時，任何德國人有權進行抵抗。此處的憲政秩序係指該條列舉之民主國、聯邦國、社會國、國民主權原則、法治國原則及權力分立原則等。這個規定的用意，一方面是希望保護憲政秩序不僅是國家任務，而且也是國民的權利，另一方面是在確保，遇到緊急或例外狀態時，行政權不會濫用緊急權限達成排除憲政秩序的目的⁴⁴。依此，暗殺獨裁者也可能是行使抵抗權，但是因為不符合公開性及非暴力性，暗殺者亦未必願意承擔暗殺責任，使其無法符合通常所理解的公民不服從概念。因此，抵抗權未必是公民不服從的特別型態，與其使用大小抵抗權的對比，倒不如強調二者自始就是分屬法律與道德層次的概念⁴⁵，彼此的適用範圍或有交錯之處，但是沒有邏輯上的包含關係。據此，占領立法院是公民不服從，也可能同時構成德國基本法意義上之抵抗權。

儘管我國憲法未明文規定抵抗權，但是不少國內文獻認為，基於國民主權原則，國民有權利保護自由民主憲政秩序，故無待憲法明文規定即可承認抵抗權的存在⁴⁶。倘若如此，我們或可援引德國基本法的規定內容作為抵抗權的發動要件⁴⁷。首先，抵抗權的緊急

44 *Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., 2008, Rn. 1027.*
關於此規定的歷史沿革，參考陳新民（註23），頁147-152。

45 陳新民（註23），頁167亦同。

46 例如：黃榮堅（註17），頁112-113、118；陳志輝（註29），頁69；王乃彥，從太陽花學運談公民不服從，*台灣法學雜誌*，255期，頁105（2014年）；建議參考德國立法例作為法理，對於現行法進行法律漏洞補充者：陳清秀，市民不服從與抵抗權問題探討，*台灣法學雜誌*，255期，頁98（2014年）；尤伯祥發言，許玉秀主持，「公民不服從」（抵抗權）的啟動及界限——解析318進駐國會議場事件，*台灣法學雜誌*，248期，頁72（2014年）。反對見解：項程華，公民不服從，*台灣法學雜誌*，255期，頁118（2014年）。

47 不同於此，黃榮堅（註17），頁113、115根據民主原則而承認法無明文的抵抗權概念，並且基於占領立法院行為係為對抗民主失靈之必要手段而賦予阻卻不法的效力。此一看法正確體認到，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。不過，本文對此方法持較為保留的態度。刑法上的不法判斷，基本上並不是直接訴諸阻卻不法的利益權衡原理，而是透過審查法律及學說所承認的個別阻卻不法事由

狀態係以國家機關或個人著手排除上述憲政秩序之一為前提，個別的法律或措施違反憲法尚不足夠⁴⁸。但是，如果可辨認出在一系列或單一違法措施的背後，行為人存在排除憲政秩序的意圖，亦可構成行使抵抗權的緊急狀態⁴⁹。例如，假設總統廢除立法院或關閉全國法院，全面毀棄權力分立的國家架構，即構成對憲政秩序的攻擊，如果總統僅是干預個案的司法審判，僅是違反權力分立的個別行為。其次，抵抗必須是別無其他救濟方法的最後手段，如果已經窮盡最廣義之政府體系的所有救濟可能性⁵⁰，包括各種司法或行政救濟管道，則允許採取任何有效阻止他人排除自由憲政秩序的行動，甚至包括監禁或殺害特定人的暴力抵抗在內⁵¹。

占領立法院行動是否符合上述意義的抵抗權要件，首先的問題是，立法院違法審查服貿協議，究竟只是違法（違憲）的個別措施，或是國家機關著手排除自由民主的憲政秩序？持平而言，立法院違法審查服貿協議本身，恐怕尚難以證明，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，縱使評估其對臺灣的經濟或政治影響無遠弗屆，也不會改變個

來進行，只要不符合任何一個阻卻不法事由，就無從阻卻不法。此種列舉性的審查模式，主要是透過規範上及社會上已公認且穩定的阻卻不法事由，避免個案的決定完全訴諸判斷者的主觀感受，透過刑法的可測度性及透明性來提供行為人與被害人的自由保障。這同時意味著，刑法並不承認個人享有直接訴諸利益權衡法則的一般緊急權限，而是僅承認連結不同具體標準的列舉緊急權限。依此，黃榮堅教授的抵抗權構想存在兩個疑慮：其一、如果不是更為精準地界定「民主失靈」或是「重建實質民主機制」的意義，在這些狀態恰好具有高度政治爭議性的情形下，法無明文的抵抗權概念將欠缺穩定的內涵，抵抗行為的容許性等於完全交給法官恣意界定；其二、如果廣泛承認個人得為了國家制度或存續之公共利益而訴諸抵抗行為，也可能使得我們對於緊急權限之法定阻卻不法事由的限制被架空，尤其是導致人人皆得以警察自居的危險後果。

48 BVerfGE 5, 125 (140 f.); *Kühl* (Fn. 22), § 9 Rn. 98.

49 Vgl. *Herzog* (Fn. 43), Art. 20 IX Rn. 24 f.

50 Vgl. *Herzog* (Fn. 43), Art. 20 IX Rn. 36; *Karpen* (Fn. 21), S. 252; *Kühl* (Fn. 22), § 9 Rn. 105; *Rönnau* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 135.

51 *Herzog* (Fn. 43), Art. 20 IX Rn. 59; *Kühl* (Fn. 22), § 9 Rn. 103; 陳新民（註23），頁156-158。

別違法措施的屬性。因此，如果要將立法院違法審查服貿協議評價為著手排除憲政秩序的緊急狀態，或許只能從其所彰顯的憲政崩壞意義出發。亦即，總統一方面實際掌握國家的行政權，事前控制行政部門主導服貿協議之（不透明）簽訂，另一方面透過執政黨主席的身分，控制國會多數之黨籍立法委員限期通過服貿協議，在服貿協議之違法審查事件上，充分顯示其在兩岸事務上排除民主監督的意圖。由於非民主政體的中國並未放棄武力併吞臺灣的意圖，總統在兩岸事務上刻意排除民主監督的舉動，很可能使臺灣的國家存續操縱在個人的獨斷決定之下，其最終影響與全面解消自由民主憲政秩序相當⁵²。就此而言，將服貿協議的違法審查理解為總統著手排除憲政秩序，有其一定的說服力⁵³。

接著的問題是，占領立法院是否為別無救濟方法的有效抵抗手段。對此，文獻及輿論上的主要爭執是，除了占領立法院以外，有無其他合法途徑能阻止服貿協議生效。固然多數人可以同意，占領立法院才阻止服貿協議的違法審查結果成為既定事實，而且構成國會多數的執政黨立委服從於總統意志之下，所以無法期待立法院自行矯正審查的違法性。但是，對於服貿協議之審查違法性可否透過聲請大法官釋憲加以排除，則有高度爭議性。部分學者認為，不受總統控制的在野黨立法委員人數已符合聲請釋憲門檻（司法院大法官案件審理法第5條第1項第3款），由大法官審查服貿協議之決議程序合憲性，是一個仍可期待的救濟方法⁵⁴；相對地，部分學者認為系爭決議程序屬於立法院內部事務，無法成為釋憲客體，縱使可能被評價為重大而明顯的瑕疵，依據大法官尚未變更之見解，亦無法期待其直接否定系爭決議之效力，故聲請釋憲自始就不是可合理期

52 張嘉尹（註1），頁59直指有「滅國」危機。

53 張嘉尹（註1），頁61認為318學運與德國基本法的抵抗權不盡相同。

54 參考廖元豪，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111-113（2014年）；項程華（註46），頁117。

待的救濟方法⁵⁵。不過，至少在抵抗權的脈絡底下，上述爭執有無實益，值得再思考。理由在於，此處構成抵抗權之緊急狀態的理由，是總統獨斷地推展兩岸事務所形成的國家存續危險，而不是服貿協議之生效所可能造成的政治或經濟效應，服貿協議的審查程序違法性是否可能透過聲請釋憲予以排除，並不是重點所在。換言之，就排除總統在兩岸事務上的全面獨斷而言，縱使可期待立委聲請釋憲阻止服貿協議生效，占領立法院仍然可能是最後的有效手段；縱使無法期待立委聲請釋憲阻止服貿協議生效，占領立法院也未必是最後的有效手段。因此，在判斷占領立法院是否為別無救濟方法之抵抗手段時，聲請釋憲阻止服貿協議生效的期待可能性，應該是無關的考量因素。

關於抵抗手段之必要性，真正的問題應該是，對於總統在兩岸事務上獨斷而形成國家存續的危險，占領立法院是別無救濟方法的有效手段嗎？就手段有效性而言，占領立法院在客觀上既無法改變中國武力併吞臺灣的意圖，似乎也無法有效阻止總統在兩岸事務上的獨斷意志。我們固然可以同意，占領立法院喚起不少沈默公民對於總統架空民主監督的戒慎恐懼，使其所控制的行政與立法部門在各種兩岸協議的推動上，無法再像過去一樣置民意於不顧。不過，總統在兩岸事務上不受國會監督，不是只存在於服貿協議的單一個案，而是來自其個人的政治確信（特別是兩岸政策走向及其民主信仰）與憲政體制的結構性缺陷，如果不是有效消滅這兩個因素的作用，總統獨斷所衍生的國家存續危險不會減少，只會以其他形式（伺機）反覆出現。就此而言，占領立法院固然成功喚醒更多公民關注總統及其政府的濫權傾向，但是公民對此事件的關注（亦可能

⁵⁵ 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 133-136（2014 年）；陳志輝（註 29），頁 81-82、85；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 87-88（2014 年）。

是短暫的個案關注)，似乎並未動搖統治者的政治確信及不受國會監督的意向⁵⁶，迄今也尚未形成政治力量，足以在可預見的將來排除憲政體制結構缺陷。因此，占領立法院作為排除國家存續危險的手段，或許不是自始絕對無效，但是有效性無法被高估。

就手段必要性而言，占領立法院是否為窮盡最廣義政府體系的所有救濟可能性的最後手段？就此，既然總統濫權源於其政治確信及憲政體制的結構，在體制內顯然存在多個有效排除上述危險因素的救濟管道。例如，針對總統個人政治確信所造成的國家存續危險，有總統任期限制及定期改選的管道；針對憲政體制的結構缺陷，得啟動正式的修憲程序，或透過修法促成實質的憲法變遷，以改變兩岸事務脫離民意監督的結構弊端；在修法或修憲途徑之外，亦得由在野黨立委聲請大法官釋憲，就服貿協議之決議程序合憲性作成解釋，澄清政府在兩岸事務推動上應受民主監督的界限⁵⁷。就排除總統濫權的有效性而言，上述政府體系的救濟管道不亞於（甚至高於）占領立法院。比較困難的問題是，在占領立法院當時，上述改選、修法（修憲）及聲請釋憲等救濟管道是否已經緩不濟急，因而無法期待占領者窮盡救濟管道後始得抵抗？對於此一高難度的現實判斷問題，本文傾向否定。理由在於，總統濫權及兩岸事務缺乏民主監督有其政治確信及憲政體制缺陷，這兩個危險因素早在服貿協議審議之前已經存在，服貿協議之違法審議只是上述危險因素共同作用的事件之一，並沒有加劇上述危險因素的效力。因此，除非服貿協議可能使臺灣的國家存續立即陷入失控的危險，導致採取

56 為了回應學運訴求，行政院提出「臺灣地區與大陸地區訂定協議處理及監督條例」草案，總統亦多次公開表示支持立法，不過該草案內容不但將具有爭議的兩岸協議定性為「行政命令」，亦缺乏實質的國會監督作用，因而被質疑是一場騙局。參考黃舒芃，除了死當還是死當，蘋果日報，2014年4月8日A13版。

57 不同於此，黃榮堅（註17），頁115註35認為，就重建實質民主機制的訴求而言，大法官解釋是一個無關的因素。

總統改選、修法（修憲）及聲請釋憲等管道都存在不可忍受的遲延危險，或有證據顯示，大法官作為守護憲政秩序的最後一道關卡，也已經受到敵視憲法的人所掌控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無效的嘗試，否則很難認定已別無救濟方法阻止國家存續危險。

綜上所述，違法審查服貿協議是國家的個別違法措施，似乎不構成抵抗權的緊急狀態。若是將其視為總統濫權造成國家存續危險的表現，固然構成抵抗權之緊急狀態，但是就排除總統濫權危險因素而言，占領立法院並非最後有效的抵抗手段，因此不構成抵抗權之行使。

二、正當防衛

如果占領立法院不能主張抵抗權，我們可以退一步思考，是否可能適用刑法上強度類似抵抗權的緊急權限，亦即正當防衛（刑法第23條）⁵⁸。跟抵抗權的緊急情狀限於他人著手排除自由民主憲政秩序不同，通說認為，正當防衛的現在不法侵害必須是使個人利益陷入具體危險的不法行為，不包括對於單純公益或公共秩序的不法侵害。主要理由是，在不涉及具體個人利益的情形，維護公共秩序專屬於國家機關的保護任務，私人如果僭越國家機關的權限，反而可能更不利於社會生活的和平⁵⁹。在這個前提底下，服貿協議可能違法審議而生效，很難構成防衛情狀。因為，至少在占領立法院之際，就算違法審查之服貿協議生效已成既定事實，其對於臺灣的政治與經濟效應如何，仍然有待服貿協議的後續執行始能確定，尚無任何可得具體化之個人利益已陷入具體危險。縱使是著眼於其表彰

⁵⁸ 張嘉尹（註1），頁60-61提及類推適用刑法正當防衛的法理，將占領立法院視為保護民主共和國所必要之集體正當防衛措施。

⁵⁹ 林山田，刑法通論（上），10版，頁319（2008年）；Bernd Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2012, Rn. 344.

總統著手排除自由民主憲政秩序，其對於民主原則的傷害同樣是對於單純公共利益的不法侵害，無法確定有個人利益因此陷入具體危險。所以，服貿協議之違法審查尚非現在不法侵害，占領立法院並非防衛手段。

不過，公共利益是否絕對不能成為正當防衛的保護利益，並非毫無爭議。德國帝國法院的一則判決認為，被告開槍射殺一名竊取國家機密的間諜以防止他出境，由於涉及最高國家利益，亦得主張正當防衛⁶⁰。許多學說也例外承認，如果國家存續利益受到不法侵害，國家機關無法及時保護的時候，私人得為了保護國家存續利益行使正當防衛權⁶¹。若是在理論上承認這個例外，總統在兩岸事務上的專斷造成國家存續的危機，可以直接構成防衛情狀。不過，正當防衛權是基於個人在面臨現在不法侵害時，國家無法及時履行保護國民的任務，所以例外排除國家武力獨佔原則，賦予個人防衛自己或第三人利益的權利⁶²。依據此一原則，縱使是一個危及國家存續的行為，只要沒有個人利益同時陷入具體危險，就沒有賦予個人正當防衛權的餘地。此外，賦予私人如此銳利的正當防衛權保護國家存續利益，存在誤用或濫用的高危險性。因為，保護國家存續是專屬國家機關的任務，私人未必能夠判斷何時「最高國家利益」已經承受現在不法侵害，尤其「最高國家利益」的定義非常模糊，我們根本無法確定，究竟在國家即將破產時逃漏稅、總統或其親屬就職務行為收受賄賂、行政院長決定要興建核能電廠等等，是否已經算是危及最高國家利益⁶³。基於上述考慮，不應例外承認國家存續

60 RGSt 81, 215 (220).

61 *Theodor Lenckner/Walter Perron*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Aufl., 2010, § 32 Rn. 6; 陳新民(註23), 頁160。

62 *Helmut Frister*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2013, § 16 Rn. 6; *Hans-Ludwig Günther*, in: Rudolphi/Horn/Samson/Günther (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Aufl., 1999, § 32 Rn. 51 ff.; *Roxin* (Fn. 10), § 15 Rn. 41.

63 *Günther* (Fn. 62), § 32 Rn. 54.

利益是防衛適格的利益，為了防止竊取國家機密的間諜出境，只能適用現行犯逮捕（刑事訴訟法第88條）或是緊急避難而阻卻不法。同理，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。

三、緊急避難

最後的問題是，占領立法院阻止服貿協議生效是否適用緊急避難（刑法第24條）阻卻不法？根據法條文義，緊急避難係指因避免自己或他人生命、身體、自由、財產之緊急危難而出於不得已之行為。問題是，服貿協議生效是法定的避難情狀嗎？

通說認為，緊急避難所保護的利益，並不限於法條所列舉的個人法益，而是包括其他個人利益（例如名譽）與公共利益⁶⁴。因此，從服貿協議可能影響臺灣政經社的整體發展，表彰總統濫權的國家存續危險來看，其中涉及之公共利益均可成為緊急避難保護的對象⁶⁵。然而通說是否妥適，取決於阻卻不法之緊急避難的法理基礎⁶⁶。如果我們認為，緊急避難是體現刑事不法之利益衡量原則的一般性規定，行為人提升社會的整體利益即符合阻卻不法的實質標準，此一基本原則亦應適用於保全立法者未列舉的利益。依此，將

64 林山田（註 59），頁 338；林鈺雄，新刑法總則，4 版，頁 263-264（2014 年）；Heinrich (Fn. 59), Rn. 410; Georg Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 2009, § 3 Rn. 49。但是主張限定在法條列舉的法益者，如蘇俊雄，刑法總論 II，頁 212（1997 年）；黃榮堅，基礎刑法學（上），4 版，頁 253（2012 年）；林東茂，刑法綜覽，7 版，頁 1-110（2012 年）。亦有贊同列舉說，但是對於「非常緊急之國家或社會法益侵害」適用超法規阻卻違法之緊急避難者，如余振華，刑法總論，頁 252（2011 年）。

65 亦有認定其為「民主憲政秩序之重大危機」而構成緊急危難者，參考黃常仁，理路何處尋——學生攻占立法院的正當性，台灣法學雜誌，247 期，頁 1-2（2014 年）。

66 詳細論述，參考王效文，刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論，26 期，頁 173-198（2008 年）；Kristian Kühl, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, 2001, S. 45 ff.

緊急避難擴大適用在保全公共利益，不論方法是承認超法規阻卻不法之緊急避難，或是類推適用緊急避難的規定，都是在填補違反規範計畫的法律漏洞，屬於罪刑法定原則容許之有利行為人之類推適用。如果我們認為，緊急避難其實是課予共同體成員法律上的連帶義務（Solidaritätspflicht），在其他共同體成員陷入危難時必須容忍個人自由的犧牲，緊急避難自始就不可能適用於保護國家或社會集體利益的情形，避難情狀限定於個人生命、身體、自由及財產利益之緊急危難，就是在標示限制個人自由領域的連帶義務界限，共同體成員對於法律列舉之外的個人利益不負連帶義務⁶⁷。因此，若將緊急避難擴大適用於未被列舉的個人名譽或公共利益，將是違反立法者意思的法律續造。

本文初步認為，緊急避難的阻卻不法論據基本上在於共同體成員的連帶義務，而不是保全優越利益⁶⁸。首先，單純從保護優越利益的觀點來理解緊急避難，所遭遇的根本問題是：既然相衝突的利益是依法歸屬於不同個體，而且受到法律的平等保護，如何能夠相互比較，並單純基於其中一個利益優越於另一個利益，另一個利益就必須被犧牲？此種不同主體之間的利益權衡可能性，根本上是預設了不同主體之間互負連帶義務，此一連帶義務構成各自利益（或自由領域）的限制。連帶義務要求個人為不可歸責於己的他人危難作出犧牲，看似是無意義地限制個人自由，但是由於每個人都可能遭遇緊急危難，需要別人犧牲自由排除危難，承認共同體成員彼此負有連帶義務，長遠來說反而是有助於實現個人自由。其次，通說

67 Vgl. Günther (Fn. 62), § 34 Rn. 11; Frister (Fn. 62), § 17 Rn. 2; Joachim Renzikowski, Notstand und Notwehr, 1994, S. 196 ff.; Ulfrid Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch Nomoskommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 2013, § 34 Rn. 9 ff., 22; Armin Engländer, Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen, GA 2010, S. 15 (20 f.).

68 另外參考王效文（註66），頁197-198；Kühl (Fn. 66), S. 53 ff.; Fischer (Fn. 22), § 34 Rn. 2。徹底否定連帶義務的法效力者，見周漾沂，論攻擊性緊急避難之定位，臺大法學論叢，41卷1期，頁408-424（2012年）。

對於避難手段之衡平性設定的標準及考量因素，也只有在連帶義務的觀點下才有正當性。在利益權衡觀點底下，緊急避難的阻卻不法只要是保全的利益優越於犧牲利益即可，至於危難可否歸咎於避難者、攻擊性與防禦性緊急避難之區分、避難者對於該危險有無特別的承擔義務等，都無關於社會最佳利益的權衡，不應成為衡平性的考量因素。相對地，在連帶義務的觀點底下，個人係為了陷入危難的他人而捨棄自由領域，為了保護個人自由，僅在救助利益顯然優越時，始肯認連帶義務的存在，而上述對於危難之可歸責性或承擔義務等因素，都會影響個人之間自由領域大小，改變連帶義務的界限⁶⁹。最後，將緊急避難視為連帶義務的明文化，禁止個人為了保護公共利益而緊急避難，如此才能避免，一方面禁止個人為了保全公共利益而主張正當防衛，另一方面卻容許個人為了保全公共利益而緊急避難，反而創造個人以警察自居的後門⁷⁰。因此，除非能夠證明，服貿協議生效在可能危及臺灣政經發展或表彰國家存續之危險以外，已經同時使個人利益陷入必須立即排除的危險，否則就沒有（類推）適用緊急避難的可能性。

即使不採上述觀點，堅持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，是否符合緊急避難的阻卻不法要件，亦非毫無疑問。最主要的問題是，服貿協議生效是否造成特定利益事實上陷入危險狀態？如果是，佔領立法院是最後有效的避難手段？

從服貿協議的政治與經濟效應來說，固然反對人士認為，此協議將會對於特定行業、階級或世代帶來負面影響，但是也有贊成人士認為，此協議會對其他行業、階級或世代帶來正面影響，並且足以抵銷其負面效應。因此，服貿協議生效及執行是否極有可能帶來

⁶⁹ Günther (Fn. 62), § 34 Rn. 10 f.

⁷⁰ Günther (Fn. 62), § 34 Rn. 24.

個人財產或生存上的危險，依據現有的資料及知識，仍然無法脫離主觀預測的階段，欠缺確定的事實根據肯定危難的存在。縱使我們認為，服貿協議造成的衝擊已是被證實的危險，占領立法院也不是必要的避難手段。理由是，立法院內政委員會將服貿協議送交院會存查如屬違法，仍有退回重新審查的可能性，縱使執政黨佔國會多數，導致實際上不可能重新審查，人數達三分之一的在野黨立法委員仍可能聲請釋憲，以確認服貿協議尚未生效。縱使在野黨立法委員未聲請釋憲，或大法官認為服貿協議的審查違法尚非明顯重大而不影響其生效，對於服貿協議帶來的國計民生衝擊，國家仍然可以採取補貼弱勢產業或輔導轉型等政策手段，以排除這些危險。

從服貿協議的違法審查表彰憲政崩壞或國家存續危險來看，總統在兩岸事務上架空權力分立及民主監督，可能在未經全體國民的同意之下，使其喪失自由民主的生活方式，對於每個國民而言，依其意志選擇生活方式本身就是一種重要利益，非經民主程序而變更生活方式，對於所有國民都是危險。不過，問題仍然在於，此一危險有無他法可避免？依循前面對於抵抗權的說明，我們一方面無法確定，總統的政治確信會因為占領立法院而受到動搖，或者沈默大眾必定只能透過如此的激烈手段才會警覺總統濫權，另一方面，在證實大法官也喪失其守護憲法的能力，或總統及行政院不可能遵守大法官解釋結果之前，我們也無法肯定占領立法院是一個更能有效防止總統濫權危險的手段。因此，此種危險仍然能以他法避免，占領立法院不適用緊急避難⁷¹。

71 德國法上嘗試適用緊急避難規定為「公民不服從」阻卻不法者：*Schüler-Springorum* (Fn. 21), S. 76-98。不過，多數學說認為，在公民不服從的情形通常欠缺緊急危難或欠缺手段必要性，故反對此見解。例如 *Roxin* (Fn. 26), S. 444 ff.; *Rönnau* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 142; *Henning Radtke*, Überlegungen zum Verhältnis von „zivilem Ungehorsam“ zur „Gewissenstat“, GA 2000, S. 19 (19 f.) (以下簡稱：*Radtke*, GA 2000); *Henning Radtke*, Ziviler Ungehorsam – Rechtsphilosophische Grundlagen und strafrechtliche Bedeutung, in: *Kleszczewski/Müller-Mezger/Neuhaus* (Hrsg.), *Strafrecht in der Zeitenwende*, 2010, S. 73 (82 f.) (以下簡稱：*Radtke*,

四、小結

綜上所述，占領立法院起因於服貿協議之違法審查，若是著眼於阻止服貿協議生效所可能形成的負面政治與經濟效應，此一效應不符合上述緊急權限的發動情狀；若是著眼於其表彰總統濫權形成國家存續危險，此一效應固然不排除符合抵抗權或緊急避難的發動情狀，但是仍有體制內的救濟管道可資運用，占領立法院並非必要手段。據此，占領立法院無法適用緊急權限性質之阻卻不法事由⁷²。

必須承認的是，本文排除占領立法院適用緊急權限性質之阻卻不法事由，是建立在相對嚴格的法律及事實觀點上⁷³。不過，如此嚴格的立場有其必要性。在一個國家獨占武力的法律體系裡，為了維持法和平，個人原則上不得為了保護自己或他人的利益而使用武力，而是必須訴諸國家提供的救濟管道，僅在例外狀態底下才被賦予緊急權限⁷⁴。因此，緊急權限的發動，不僅必須存在嚴格限定的緊急狀態（著手排除憲政秩序、現在不法侵害、緊急危難），而且緊急手段必須是補充國家救濟管道之不足，又能有效阻止緊急狀態，如果對於上述要件的理解過於寬鬆，將會形成架空國家獨占武力的風險，長遠而言未必有利於共同體的所有成員。對占領立法院排除緊急狀態的實際作用採取保守的評估，也不是在表現對於公民抗爭的敵視態度，而是考量代議民主的現實，這個現實就是，只有強勢階級的國民才會有代表其利益的政治人物操縱國家權力，而這

Ziviler Ungehorsam); *Kröpil* (Fn. 9), S. 285; *Hermann* (Fn. 30), S. 96 ff.

⁷² 此一分析結果也證實了德國學說上早已指出的適用困難，僅參考 *Reichert-Hammer* (Fn. 28), S. 161 ff.。儘管如此，學說上已經正確地提及，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，例如黃榮堅（註 17），頁 113；陳志輝（註 29），頁 85，或者誤認行為合法而發生容許錯誤，因而阻卻或減輕罪責，例如蔡聖偉（註 39），頁 3。

⁷³ 類似觀點，參考 *Lenckner* (Fn. 22), S. 354.

⁷⁴ *Frister* (Fn. 62), § 13 Rn. 10 f.

些政治人物也是在不受國民意志拘束之下行使權力，除了定期選舉以外，國民的抗爭很難直接節制政治人物的權力。我們當然知道，如此的現實距離民主的理想有一段距離，因此應該盡量縮短差距，而公民抗爭經常就是喚起沈默大眾的問題意識，平衡社會上政經權力關係的必要手段。不過，在判斷公民不服從是否適用緊急權限的阻卻不法事由時，重點不是追求實現民主理想的動機應否被讚許，而是公民不服從實際上有無排除緊急狀態的效果。既然如此，我們就必須承認，除了少數成功改變國家不義政策的公民不服從運動，無論是組織計畫多麼縝密的公民不服從，絕大多數都難以直接撼動國家權力濫用的結構，促成國家不義政策或法律的轉變。簡言之，基於小蝦米對抗大鯨魚的現實，公民抗爭不易符合緊急權限的法定要件。

上述結果只是否定公民不服從適用緊急權限性質之阻卻不法事由的可能性，但不是終局確定其不法性。占領立法院作為公民不服從的**行動**，行動者集體強勢表達對於服貿協議與總統濫權的批判意見，是在行使憲法保障的表意自由或集會自由，如果只是因為占領立法院不適用緊急權限的阻卻不法事由就成立犯罪，可能造成國家刑罰權過度干預表意自由及集會自由的結果。然而，緊急權限的阻卻不法事由的規範結構，自始建立在因應緊急狀態的最後手段考量上，並無法充分考慮人民基本權的保障⁷⁵。因為，憲法賦予個人基本權的意義是確保個人自由開展其人格，卻不會受到國家干預，甚至能請求國家提供保障。基此，個人並非只在緊急狀態下才能行使基本權，而是在任何時候（在法律及憲法框架內）都可以行使基本權，縱使行使結果無助於維護他人或公共利益，無法阻止緊急狀態

⁷⁵ Klaus Tiedemann, Bemerkungen zur Rechtsprechung in den sog. Demonstrationsprozessen, JZ 1969, S. 717 (721) 提及，難以判斷抗爭行為的不法性，理由之一在於幾乎所有阻卻不法事由均是以維持現狀為目標，但是抗爭行為通常是以促成改變為目標，亦是表達類似想法。

的發生或惡化，亦未必影響其正當性。最重要的是，基本權的行使也未必居於國家救濟管道的補充地位，依據個別基本權的不同保障內涵，窮盡有效的國家救濟管道並不一定是行使基本權的前提。一個最簡單的例子是，經法院判決有罪的被告，可以利用上訴制度爭取更有利的判決，同時也可以召開記者會批評有罪判決之不當，被告批評判決作為一種行使表意自由的行動，並不因為尚未窮盡國家提供之救濟制度，也不會因為此一批評無法改變判決結果而失去正當性。因此，如果要避免國家刑罰權的實現逾越憲法界限地干預行為人的基本權，無法僅停留在訴諸（或擴張）緊急權限之阻卻不法事由上⁷⁶，而是必須在刑法釋義學的層次上另尋解決方案。

肆、公民不服從適用基本權之阻卻不法事由

一、基本權與刑法之個案性衝突

基本上，占領立法院作為一種象徵性抗議行動，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⁷⁷。儘管這個行為實現了諸多犯罪構成要件，但不會因此就被排除在表意自由或集會自由的保護領域之外⁷⁸。否則的話，等於是賦予立法者一個憲法無從審查的權力，透過將某個行為模式規定成犯罪即可排除基本權的保障，這顯然與國家權力應該受到憲法拘束的意旨背道而馳。更何況，將犯罪構成要件該當的行為模式納入基

⁷⁶ 僅結論相同者：Heiner Christian Schmidt, Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe, 2007, S. 55 ff.

⁷⁷ 肯定占領行動構成象徵性言論的可能性者，例如：王乃彥（註 46），頁 107；廖元豪（註 54），頁 109 註 2；黃榮堅（註 17），頁 115。象徵性言論之概念及限制，僅參考法治斌，跳脫衣舞也受表意自由的保護嗎？，收於：法治國家與表意自由，頁 274-278（2003 年）。

⁷⁸ Vgl. Hans Kudlich, Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht, JZ 2003, S. 127 (128); Prittwitz (Fn. 18), S. 24.

本權的保護領域內，仍然可以透過比例原則的審查，更細緻地論證對於系爭行為模式之限制是否適當⁷⁹。據此，倘若法院諭知占領者有罪並科予刑罰，即是禁止占領者此種個別與集體地表達意見的方式，構成干預表意自由或集會自由的國家高權行為，此一干預不得逾越憲法的界限⁸⁰。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量，以履行其保障人民基本權的憲法義務。

當刑法條款或刑事制裁本身與憲法基本權發生衝突時，依據不同的情況，法官有不同的方法來履行保障基本權的憲法義務⁸¹。首先，如果法官確信其適用之刑法條款本身違憲地干預人民的基本權（例如：確信通姦罪因為干預性自主決定權而違憲），任何情形下適用系爭刑法條款都會違反保護基本權的憲法義務，此時應停止程序聲請大法官釋憲⁸²。其次，如果法官雖未確信其所適用之刑法條款違憲，但是個案適用刑法條款會違憲干預基本權者，此時必須對於系爭條款進行合憲性解釋⁸³。例如，針對靜坐封鎖道路、軍事基地、核能發電廠的抗議行為，在判斷其是否構成強制罪（刑法第

79 Hans Kudlich, *Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, 2004, S. 276 f.

80 Vgl. *Radtke*, *Ziviler Ungehorsam* (Fn. 71), S. 83; *Schmidt* (Fn. 76), S. 105 ff. 相同觀念亦見：王韻茹（註1），頁45。

81 基於行文簡潔的考量，以下均以法官的裁判作為討論對象，但是其基本原理也一併適用於檢察官的起訴處分。理由在於，檢察官的起訴處分係以偵查結果足認有充分犯罪嫌疑為前提，此一起訴處分將直接使被告承擔公開審判程序的不利益，並且陷入獲判有罪的危險，本質上也是一個干預基本權的國家高權行為。由於檢察官於決定起訴與否時，必須判斷被告是否極有可能獲判有罪（僅參考林鈺雄，*刑事訴訟法*（下冊）：各論編，7版，頁25（2013年）），如果法官可能避免過度干預基本權而不得作成有罪判決，檢察官也可能基於相同理由而不得起訴被告。

82 Vgl. nur *Friedrich E. Schnapp*, *Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt*, JuS 1989, S. 1 (7); *Thomas Weigend*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Straf Gewalt*, in: *Weigend/Küpper* (Hrsg.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999*, 1999, S. 917 (937 f.).

83 Vgl. *Kühl* (Fn. 22), § 9 Rn. 112; *Tiedemann* (Fn. 75), S. 719; *Schnapp* (Fn. 82), S. 7.

304條)時,將此種未造成物理強制力、欠缺攻擊性或敵對性的靜坐排除在「強暴」概念以外,以保障行為人之集會自由⁸⁴。又例如,針對學者公布研究報告,控訴特定廠商排放污水造成鄰近居民罹癌率上升的行為,在判斷其是否構成誹謗罪(刑法第310條)時,儘管承認其該當於誹謗罪構成要件,但是對於法定阻卻不法事由「對於可受公評之事,而為適當之評論」(刑法第311條第3款)進行合憲性解釋,將學者發表研究結果納入此款之適用範圍,以保障其表意自由⁸⁵。在上述兩個例子裡,刑法條款存在規範性構成要件要素、概括條款或法定阻卻不法事由等媒介,法官得以在不牴觸法條文義及規範意旨的情況下,透過合憲性解釋融入憲法保障基本權的意旨。

不過,上述法官履行保障基本權之憲法任務的兩個管道,在占領立法院的案件裡並不存在。一方面,法官並未確信可能適用之犯罪構成要件違憲,因而必須聲請大法官釋憲,至多是認為,系爭犯罪構成要件在占領立法院的案件裡會違憲地干預表意自由或集會自由;另一方面,針對此種「個案性」的違憲干預表意自由或集會自由,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。亦即,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)或普通毀損罪(刑法第354條)時,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」或「毀損器物」的構成要件⁸⁶,因為侵入與毀損的概念相對封

84 Vgl. nur Tiedemann (Fn. 75), S. 720.

85 值得注意的是,除了合憲性解釋之外,德國學者 Hans Kudlich 另外提出所謂「體系—基本法解釋」(systematisch-grundgesetzliche Auslegung)的類型。他認為,基本權對於法律解釋的放射效力,並不僅限於排除導致違憲結果的解釋方案,而是也包括在合乎憲法的許多解釋方案裡,將是否最能實現基本權效力,當成與文義、目的、體系解釋綜合考量的因素。參考 Kudlich (Fn. 79), S. 273 f.

86 在犯罪三階層理論的意義底下,侵入建築物罪的「無故」要素是違法性的提示規定,其內涵並未超越其他構成要件所適用之阻卻違法事由,在體系定位上屬於一般違法性要素。因此,表意自由與集會自由是否阻卻無故要素,取決於是

閉，憲法基本權規定無法影響其內涵，若是將占領立法院排除在侵入建築物或毀損器物的構成要件之外，不但欠缺文義根據，也違反保護居住自由及財產的立法意旨。除此之外，立法者對於這些犯罪構成要件，並未制訂類似刑法第311條善意發表言論的特殊阻卻不法事由，以平衡表意自由與保護法益的衝突。由於立法者是特別考量誹謗罪之構成要件射程過廣，才額外制訂刑法第311條提示法官注意表意自由的保障，此一規定亦無法類推適用於其他犯罪構成要件⁸⁷。至此可知，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，在本案已是窮途末路。

因此，我們面臨的困境是，基於憲法的優位性，法官適用刑法裁判不得牴觸憲法保障基本權的意旨，但是面對刑事裁判可能違憲干預基本權的問題，又缺乏刑法內部的解決機制。那麼，最後的解決方案可能是，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。此一解決方案是否可行（下述二）、如何運作（下述三）、如何整合進犯罪結構裡（下述四），在刑法學上尚屬陌生，因此有必要較深入地分析，並且實際運用於占領立法院的刑法評價上（下述五）。

二、法官直接適用基本權條款之權限

對於刑事法院直接援引憲法基本權條款阻卻犯罪之成立，在憲法及刑法文獻上有不少批評的聲音，主要出於三個理由。第一個理由是，基本權條款對於刑法並無直接適用的效力，而是只有透過刑法內部的「媒介」，例如規範性構成要件要素或法定阻卻不法事由，始能發揮間接的適用效力⁸⁸。第二個理由是，基本權條款的內

否承認憲法基本權條款為獨立的阻卻不法事由。

87 僅參考 *Roxin* (Fn. 10), § 18 Rn. 32, 39; *Kröpil* (Fn. 9), S. 285; *Lenckner* (Fn. 22), S. 352 f.

88 例如，林鈺雄（註 55），頁 125-126；*Klaus Tiedemann, Verfassung und Strafrecht*, 1990, S. 31 f., 38 f.; *Ivo Appel, Verfassung und Strafe*, 1998, S. 166. Vgl. auch *Rainer*

涵不明確，其具體化的結果只在例外情況下是清楚無疑的，無法提供對個案有用的解決方法⁸⁹，如果法官在個案直接適用基本權條款，會大幅提高法安定性的危險⁹⁰。第三個理由是，若賦予基本權條款直接的適用效力，法官可能因此凌駕立法者，造成違反權力分立的後果⁹¹，並逾越大法官解釋憲法的權限⁹²。然而，倘若我們接受，法官在適用法律時負有遵守憲法的義務，上述質疑足以否定基本權條款之直接適用效力嗎？答案是否定的。

(一) 刑法「媒介」之必要性？

首先，憲法基本權條款只能透過法律的「媒介」間接發揮效力，這個說法並非當然適用於所有法律領域⁹³。沒有爭議的是，在私法領域裡面，基本權條款只能透過法律的媒介來間接影響私法的適用。因為，憲法的基本權原本在賦予個人對抗國家干預的防禦權，但是在私人的法律關係裡，基於私法自治原則，應由當事人自行形成彼此的法律關係，並無向對方主張基本權的餘地。儘管如此，在當事人的交涉實力有嚴重落差的私法關係裡，尤其是勞工與雇主的勞動契約，如果放任私人依其實力協商彼此的權利義務，當

Wahl, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, S. 401 (408). 國內文獻亦有認為，除有極端例外的情形，刑法規範構成信仰自由之法律限制，不得主張信仰自由而阻卻不法，例如：彭美英，驅魔失敗應坐牢？——信仰自由是否得為阻卻違法或阻卻／寬恕罪責事由？，台灣法學雜誌，238期，頁117（2014年）。不過，究竟何時是極端例外情形，並無進一步說明。

⁸⁹ *Wolfgang Naucke*, Strafrecht: Eine Einführung, 9. Aufl., 2000, § 2 Rn. 99, 101.

⁹⁰ *Tiedemann* (Fn. 88), S. 36 f.; *Luis Greco*, Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum (Hrsg.), Strafrecht und Verfassung, 2013, S. 13 (34); 林鈺雄（註55），頁126-127。

⁹¹ *Winfried Brohm*, Demonstrationsfreiheit und Sitzblockaden, JZ 1985, S. 501 (502 f.); *Christian Hillgruber*, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, S. 118 (122, 124).

⁹² Vgl. *Hillgruber* (Fn. 91), S. 119 ff.

⁹³ Vgl. *Kissel* (Fn. 26), S. 210 ff.

事人一方的自由可能受到他方的嚴重威脅，國家有必要介入保護。在此背景底下，德國聯邦憲法法院認為，基本權條款並不只是一種個人的主觀權利，同時也是一種客觀的價值秩序，此一價值秩序會間接地影響私人的法律關係。基於基本權對第三人的放射效力，國家負有義務保護個人的基本權不受第三人干預。不過，基於對私法自治的尊重，唯有存在概括條款（例如誠實信用、善良風俗）或有待補充的構成要件要素時，國家才能找到一個管道，訴諸憲法的基本權價值而介入調整私法關係。由此可知，在私法領域，憲法基本權條款只能透過法律的「媒介」發揮作用，有尊重私法自治原則的考量⁹⁴。

相對於此，絕對要求基本權條款只能透過刑法內部的「媒介」或「平台」發揮間接效力，顯然忽略刑法與私法之間的差異性。刑法作為廣義公法的一環，原本就是在規範個人與國家之間的關係，國家依據這部法律可以對個人進行最強烈的刑罰干預，行使這項權力的國家機關自始就是憲法基本權所欲防禦的對象⁹⁵。因此，不同於國家在介入調整私法關係時，必須尊重私法自治而有所節制，法官適用刑法本身就是基本權條款所欲節制的國家高權行為，不應該因為刑法有無「媒介」而有所差異。如果基本權條款必須透過刑法的「媒介」才能發揮效力，等於使基本權條款拘束國家刑罰權的可能性受到立法者的立法技術及意願的限制。因為，如果立法者不願意讓憲法基本權在刑法適用層次上發揮保障效力，透過放棄立法的方式即可輕易達成此目的；就算立法者願意讓基本權條款在刑法適用上發揮保障效果，在立法技術上卻不可能針對所有個案在刑法內

94 亦參考 Christian Starck 著，林三欽譯，基本權與私法，收於：楊子慧等譯，法學、憲法法院審判權與基本權利，頁 366（2006 年）。德國聯邦憲法法院在某些民法或勞動法的個案裡，進一步賦予基本權直接適用的效力，參考 Kissel (Fn. 26), S. 211 所引用的判決。

95 Ebenso Heiner Christian Schmidt, Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe, ZStW 121 (2009), S. 645 (645).

部事先設計一個恰當的「媒介」，提供法官在適用法律時援引基本權條款的空間。既然法官適用刑法絕對受到基本權條款的拘束，立法者卻無法提供充分的「媒介」讓基本權發揮間接效力，唯一的解決方法就是承認基本權條款的直接適用效力。依此，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⁹⁶。

事實上，在刑事法領域裡亦已承認基本權條款之直接適用效力。刑事訴訟法的「自主性證據使用禁止」類型，係指國家追訴機關雖然合法取得某一證據方法，但是有鑑於使用該證據將會過度干預當事人之基本權，故否定其證據能力⁹⁷。例如，檢警合法搜索扣

96 林鈺雄（註 55），頁 126 對於直接援引基本權條款作為阻卻不法事由提出質疑，認為「憲法基本權在犯罪第一階層的該當性時就已經且應該加以考慮（如強制罪的強暴概念所示），並非違法性階層或阻卻違法事由的專利。更何況如果表意自由、集會遊行等基本權得直接援引為阻卻違法事由，那麼，絕對保障的生命權（或不可侵犯的人性尊嚴），不是更該直接用來阻卻違法嗎？果真如此，還需要正當防衛等刑法上的阻卻違法事由嗎？」類似質疑亦見：*Greco* (Fn. 90), S. 34 認為承認基本權條款作為阻卻不法事由，將使刑法所發展的阻卻不法與免責事由、正當防衛與緊急避難等的區分喪失意義。

不過，主張基本權條款作為阻卻不法事由，並未否定對於構成要件要素進行合憲性解釋的必要性，而是認為在構成要件要素欠缺考量基本權條款的餘地時，應該在違法性層次上，補充性地直接援引基本權條款作為阻卻不法事由，以實現憲法對於國家刑罰權之限制（Vgl. nur *Kissel* (Fn. 26), S. 196; *Schmidt* (Fn. 95), S. 649）。此外，承認基本權條款作為阻卻不法事由，其適用範圍當然及於所有的憲法基本權，也就是包括生命權在內的自由權及人性尊嚴（ebenso *Schmidt* (Fn. 76), S. 101）。然而，在通常情況底下，正當防衛或緊急避難等法定或超法規阻卻不法事由本身，就已經能充分考量憲法生命權及人性尊嚴之保障，所以不必例外地（且額外地）考量直接援引基本權條款阻卻不法的可能性。最後，通常承認的法定或超法規阻卻不法事由，是以維護現狀免於緊急狀態為主要關懷，與基本權作為實現個人自主人格的基本意義不完全契合，因此，承認基本權條款作為阻卻不法事由，並不會使刑法典的各種阻卻不法事由及其彼此的區分喪失意義。

97 基本概念：林鈺雄，*刑事訴訟法*（上冊）：總論編，7 版，頁 620-621（2013

押被告的日記，如果當庭朗讀日記的內容證明被告的竊盜犯行，其所實現的追訴利益無法平衡對被告隱私的侵害，基於調查日記將違憲地干預隱私權，禁止法院使用日記。由於刑事訴訟法的證據使用禁止條款，皆是針對國家違法取證的情形所制訂，而不是針對國家合法取證的情形所制訂，所以這是直接適用憲法基本權條款而來的證據使用禁止。所有承認自主性證據使用禁止的論者，都是考量到法院調查證據係干預人民基本權之國家高權行為，而要求其直接受到憲法第23條比例原則之拘束，否則可以依據憲法而禁止法院調查該證據。至今並沒有人主張，由於刑事訴訟法欠缺基本權條款發揮間接效力的「媒介」或「平台」，就不應該承認自主性證據使用禁止的類型。法官適用刑法既然同樣是干預基本權的國家高權行為，基本權條款卻只能透過刑法的「媒介」或「平台」才能發揮間接效力，此種差別對待的合理根據似乎不存在⁹⁸。

(二) 基本權條款之不明確性？

其次，承認基本權條款之直接適用效力，經常被質疑其內涵過於不明確，適用結果會危及法安定性。對此，無人否認基本權條款的文字都相當簡略，各個基本權的保護領域與界限都需要高度的具體化，大幅仰賴釋憲機關的裁判及憲法學理的逐步累積，未必形成一致的觀點，就算已經形成相當穩定的見解，總是會遭遇前所未見的艱難案件而形成爭議。同時，我們也必須承認，確認憲法基本權的保護領域及界限，固然屬於適用法律的範疇，而不是政治決策的範疇，但是其實質內涵的抽象性及模糊性，容易讓適用憲法的人偷

年)；薛智仁，禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎——兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決，政大法學評論，121期，頁74-75(2011年)。最高法院近來亦在私人不法取證採納此一觀點，參考最高法院101年度台上字第5182號刑事判決、最高法院103年度台上字第419號刑事判決。

⁹⁸ 此一區別對待證實學說上已觀察到的現象，亦即憲法對刑事訴訟法的影響力較大，但是對於刑法的影響力鮮少受到關注，參考 *Appel* (Fn. 88), S. 305 f.

渡個人政治傾向或價值觀，冒充宣稱為憲法的意旨⁹⁹。因此，直接適用基本權條款會提高法不安定的危險，這絕對不是空穴來風的擔憂。

不過，我們都知道，法律是為了適用於不特定多數案件而存在，其文字必定保有一定的抽象性或概括性，必需透過解釋將法律文字具體化，才能適用於具體個案。因此，不只適用基本權條款時有不明確的問題，適用任何法律時都有不明確的問題，對於基本權條款不明確性的質疑，相當程度上也存在於刑法的所有規範性構成要件要素與概括條款。如果法官適用刑法規定時的不明確性，只是代表系爭概念有繼續具體化的高度需求，而不會是直接適用刑法的障礙，為何基本權條款的不明確性會構成直接適用的障礙呢？最有可能的理由是，批評者認為基本權條款的不明確程度遠高於刑法的所有構成要件要素，故必須透過刑法規定的「媒介」或「平台」，以更具體的法律要件來控制法律適用的穩定性¹⁰⁰。

問題是，刑法規定的「媒介」或「平台」果真是比起直接適用基本權條款更加明確的審查結構？舉例而言，當法官認定誹謗行為是否阻卻不法時，如果直接引用表意自由作為阻卻不法事由，必須審查禁止系爭誹謗行為是否符合比例原則地干預表意自由的保護領域。在這個審查過程裡，為保護他人名譽而禁止系爭誹謗行為，是否為有效、必要且衡平的手段，本質上是一個高度複雜的價值權衡過程，其不明確性至為顯著。不過，如果否定直接適用表意自由的可行性，轉而適用刑法第311條，果真能夠提升審查過程及結果的明確性？表面上，立法者已經列舉具體的阻卻不法情狀，似乎是提升了審查的明確性，可是第1款之「保護合法之利益」、第2款之

⁹⁹ Brohm (Fn. 91), S. 502. Vgl. auch Michael Kloepfer, Vom Zustand des Verfassungsrechts, JZ 2003, S. 481 (484).

¹⁰⁰ 例如，林鈺雄（註55），頁126強調，藉助緊急避難的阻卻違法事由，在檢驗要件及審查內容「可得特定」。

「公務員因職務而報告」、第3款之「可受公評之事」及「適當之評論」，第4款之「為適當之載述」等法定要素，皆無法只靠感官經驗確定其內涵，最終仍然要透過表意自由與名譽權之價值權衡，始能確定系爭言論的合法界限。舉例來說，學者宣稱業者經營工廠之排放物提高附近居民之罹癌風險，是否屬於對可受公評之事所為之適當評論？就此，如果不是考量系爭言論內容涉及大眾之健康安全，以及該言論奠基於嚴謹的學術研究成果等因素，並且確定表意自由之利益大於業者之名譽或信用，是不可能得知系爭言論是否為「適當之評論」的。因此，刑法第311條至多是向法官提示了四種常見的可能阻卻不法情狀，促使其注意表意自由與名譽權之衝突，但是在這個形式的法律框架裡面，對於最困難的價值權衡因素、標準及結果，立法者未提供任何具體可操作的指引，法官反而只能回頭訴諸表意自由之干預合憲性審查架構及內容¹⁰¹。

相似的困境也存在於學說提出的「類似緊急避難」概念。相對於法定之緊急避難規定，類似緊急避難概念的特色在於，將避難適格的利益擴大到個人名譽法益及超個人法益，同時將危難情狀擴大至急迫性的危難¹⁰²，並且在避難手段的衡平性審查上，將憲法及國際公約所保障之基本權利納入考量¹⁰³。透過此一概念，為通常無法適用典型阻卻不法事由的公民抗爭創設阻卻不法的可能性，例如1985年之鹿港反杜邦運動，以及2005年起持續進行之反國光石化開發案等環境抗爭運動，均可能適用此一超法規阻卻不法事由。然而，將憲法或國際公約保障之表意自由與集會自由納入類似緊急避難的架構，果真比起直接適用表意自由或集會自由更為明確？對

101 Ebenso Schmidt (Fn. 76), S. 51 f.

102 詳見：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112-114（2014年）。

103 林鈺雄（註102），頁111、117。局部贊同此見解者：陳志輝（註29），頁78、85，強調以「反對重大之不義而且抗議行為合乎比例」為限，否則違反多數決原則。

此，答案很可能是否定的。理由在於，在類似緊急避難的審查框架裡，將避難情狀擴張到任何超個人利益之急迫性危難，不必考量系爭情狀是否也伴隨著可得具體化之個人利益危險，也不必考量系爭危險是否達到非立即介入將無法保護的程度，我們幾乎可以說，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。倘若系爭抗爭手段屬於表意自由或集會自由之行使，在避難手段衡平性的審查上就必須注意，相對於避難行為所造成之利益危害，其所維護之公共利益及言論（或集會）自由利益在整體上是否更加優越。由此可知，類似緊急避難概念的提出，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¹⁰⁴。

綜上所述，直接適用基本權條款作為阻卻犯罪事由的不明確性，儘管逐漸透過大法官解釋及憲法學理的研究而被緩和¹⁰⁵，但是仍然無可避免。不過，如此的法律適用不明確性，一方面是支配法律適用之價值權衡所內建的特性，另一方面也未必透過下位階之法律規定予以減緩。就此而言，學說上主張基本權之保障效力必須以刑法的規定或概念作為媒介或平台，可能是高估下位階法律之具體化潛力。據此，基本權規範之不明確性，不足以否定法官在法律適用上保障基本權的義務¹⁰⁶。

104 Ebenso *Schmidt* (Fn. 76), S. 58.

105 薛智仁，淺論公民抗議的刑事法問題，*台灣法學雜誌*，240 期，頁 29-30（2014 年）；陳志輝，以言論自由作為阻卻違法事由／臺南地院 103 易 373 判決，*台灣法學雜誌*，255 期，頁 176（2014 年）。

106 Ebenso *Kudlich* (Fn. 78), S. 128; *Kissel* (Fn. 26), S. 222 ff.; *Kühl* (Fn. 22), § 9 Rn. 112；許宗力（註 7），頁 111。

(三) 逾越立法者及釋憲者之權限？

最後一個質疑是，如果讓法官直接援引基本權條款作為阻卻犯罪事由，可能會逾越立法者及釋憲者的權限。一方面，在司法權與立法權的權力分立上，立法者對於基本權的實現有其形成自由與具體化權限，司法機關在適用法律時，必須尊重立法者的決定。具體而言，立法者對於是否、在什麼條件下施加刑事制裁，以及施加什麼樣的刑事制裁，有其判斷特權，如果法官可以針對構成要件該當行為，直接引用基本權條款而阻卻犯罪成立，將會凌駕立法者的形成自由¹⁰⁷。另一方面，在司法權的內部分工上，依據司法院釋字第371號解釋，各級法院法官於審理案件時，對於應適用之法律認為有牴觸憲法之疑義者，得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請大法官釋憲¹⁰⁸。因此，如果法官認為在窮盡合憲性解釋的可能之後，適用特定構成要件處罰行為人仍會違憲地干預基本權，應該聲請大法官釋憲宣告系爭刑法規範違憲。若是法官直接援引基本權條款作為阻卻犯罪事由，等於是局部地宣示系爭構成要件違憲失效，這會僭越專屬大法官的違憲審查權限。

就立法權與司法權的權力分立而言，立法者的核心任務在於一般性地確定犯罪的成立要件與法律效果，司法權的核心任務則是確定個案行為是否構成犯罪及其法律效果。如果立法者進行個案立法或是司法機關進行通案裁判，那就是明顯牴觸權力分立。問題是，法官直接援引基本權條款阻卻犯罪之成立，很難稱得上是司法權僭

107 Vgl. Tiedemann (Fn. 88), S. 50 ff.; Brohm (Fn. 91), S. 502.

108 此一解釋的實質意旨，等同於德國基本法第100條第1項：「法院如認為某一法律違憲，而該法律之效力與其審判有關者，應停止審判程序。如係違反邦憲法，應請有權受理憲法爭議之邦法院審判之；如係違反本基本法，應請聯邦憲法法院審判之。各邦法律違反本基本法或各邦法律牴觸聯邦法律時，亦同。」

越立法者的核心權限¹⁰⁹。第一個理由是，法官援引基本權條款阻卻犯罪成立，主要是在行為人的基本權顯得比系爭刑法規範之保護法益更優越的個案裡，讓法官在窮盡對刑法條款的合憲性解釋管道之後，仍能履行其保障基本權的憲法義務。因此，法官援引基本權條款阻卻犯罪成立，仍是在個案裁判上貫徹遵守憲法的義務，而不是取代立法者決定刑罰的通案標準¹¹⁰。第二個理由是，儘管立法者確立犯罪成立要件與法律效果時，通常已經考量過對於基本權之干預是否符合比例原則，不過，此種事前的通案決定，自始只適用於立法者所能想像的通常情節，無可避免地會存在超出立法者預期的個案，使得在通案中顯得合乎比例的刑罰，在個案中卻顯得不合比例地干預基本權。除此之外，憲法的基本權保護領域亦可能隨著時代變遷而擴大，尤其是衍生自一般人格權的各種基本權，此種改變或許尚未達到導致系爭刑法條款違憲失效的程度，但是法官有義務在個案裁判中考量基本權的保護領域擴大，避免適用系爭刑法條款產生違憲干預基本權的結果。因此，只要認為法官在個案裁判上必須受到憲法的拘束，那麼容許其在個案中直接援引基本權條款作為阻卻犯罪事由，以微調或修正系爭刑法條款之違憲適用結果，是立法權與司法權功能分工的當然結果，稱不上是在否定立法者的價值決定。

就司法權內部的大法官與刑事法院的分工而言，容許法官援引基本權條款作為阻卻犯罪事由，基本上也與法官聲請大法官釋憲的義務不相牴觸¹¹¹。法官聲請大法官釋憲的前提是，其對於應適用之法律有牴觸憲法之疑義，如果法官對於應適用之法律並未形成違憲

109 結論相同：Kissel (Fn. 26), S. 214 ff.; Schmidt (Fn. 95), S. 661 f.

110 Brohm (Fn. 91), S. 503 強調，唯有法律規定係基於具體個案之特殊性而顯得違憲時，始得直接援引憲法規定，此時不會發生不尊重立法者權力的危險。

111 Kissel (Fn. 26), S. 217 ff.; Rupert Eilsberger, *Rechtstechnische Aspekte der verfassungskonformen Strafrechtsanwendung*, JuS 1979, S. 321 (325); 陳志輝 (註 105), 頁 177。

的確信，此時即無停止訴訟聲請釋憲的義務。據此，法官援引基本權條款作為阻卻犯罪事由時，是認定系爭刑法條款合憲，但在個案中適用系爭刑法條款與基本權保障有所衝突，自始就不屬於聲請大法官釋憲的情形¹¹²。以占領立法院行動為例，只要承審法官無法提出具體理由，說明其確信刑法的侵入建築物罪違憲，就沒有義務聲請大法官釋憲，單純懷疑適用侵入建築物罪處罰占領者可能過度干預其表意自由或集會自由時，唯一的處理途徑就是援引基本權條款作為阻卻犯罪事由。當然，在認定所適用之法律違憲（因而有義務聲請大法官釋憲）與認定法律適用結果與基本權發生個案衝突（因而適用基本權條款阻卻犯罪）之間，其界限應該如何拿捏，並不容易¹¹³，但是此一解釋困難並不會改變，法官適用基本權條款作為阻卻犯罪事由並未僭越大法官的違憲審查權。

（四）小結

綜上所述，對於直接援引基本權條款作為阻卻犯罪事由的質疑，包括欠缺刑法的媒介或平台、基本權條款欠缺明確性及僭越立法者與釋憲者之權限等，都沒有充分的說服力¹¹⁴。對於公民不服從的法律評價而言，承認基本權條款作為阻卻犯罪事由，並不是說行動者只要泛泛地訴諸表意自由或集會自由即可獲判無罪，而是在限縮解釋刑法構成要件、適用緊急權限性質之阻卻不法事由以外，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。

112 *Martin Böse*, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB), ZStW 113 (2001), S. 40 (62 f.).

113 *Eilsberger* (Fn. 111), S. 325.

114 結論相同：*Kühl* (Fn. 22), § 9 Rn. 113 ff.; *Rönnau* (Fn. 9), Vor § 32 Rn. 60, 138; *Henning Rosenau*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 2. Aufl., 2014, Vor §§ 32 ff. Rn. 29; *Weigend* (Fn. 82), S. 938. (承認量刑直接適用比例原則的可能性)

三、個案之基本權優位性確認

接著的問題是，基本權條款作為阻卻犯罪事由的判斷方式為何。按，基本權條款作為阻卻犯罪事由，是基於法官裁判所諭知之刑事制裁，包括有罪判決及宣告刑在內，除了干預被告之一般人格權、生命權（死刑）、人身自由（徒刑或拘役）或一般行為自由（罰金）以外，同時可能干預其他基本權，相對於其所欲達成之公益目的，必須符合適當性、必要性與衡平性¹¹⁵。如果不符合比例原則，刑事制裁將構成對於被告系爭基本權之違憲干預，法官應宣告無罪¹¹⁶。因此，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，刑事制裁對於系爭基本權之干預不符合比例原則。

115 此處存在一個問題是，關於適用刑法條款對於行為人構成基本權干預，是否需要進一步區分行為規範（Verhaltensnorm）與制裁規範（Sanktionsnorm）個別審查合憲性？目前有越來越多學說認為，在對刑法條款進行合憲性審查時，由於它是由行為規範與制裁規範所組成，二者所追求的目的及干預的基本權不同，故應分別審查其合憲性。就此可參考：*Otto Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, S. 78 ff.; *Appel* (Fn. 88), S. 569 ff.; 許澤天，*刑法規範的基本權審查*，收於：黃舒芃編，*憲法解釋之理論與實務*（七）（上冊），頁 266-270（2010 年）及其所引文獻。此一看法有其概念分析上的清晰性，但是行為規範與制裁規範可否被視為全然獨立，並非沒有疑問。對於行為規範所限制的基本權（一般行為自由）而言，違反行為規範所產生的法律效果是刑事制裁或是行政處罰，確實是構成干預程度的影響因素；對於制裁規範所限制的基本權（一般人格權或是人身自由等）而言，其所追求的目的絕非單純的穩定規範效力而已，而是同時在追求行為規範所欲達成之保護法益效果。無論如何，可以確定的是，對於適用刑法條款的合憲性而言，我們只關心以刑事制裁來禁止行使基本權的行為是否符合憲法界限，不關心系爭行為規範是否透過刑事制裁以外的方式即可穩定其規範效力，因此在審查上也沒有必要區分行為規範與制裁規範。參考 *Kudlich* (Fn. 79), S. 269 ff.; *Schmidt* (Fn. 76), S. 102-103; *Roland Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, S. 90 ff.

116 刑法文獻上早已強調此一觀點者：黃榮堅，從容許風險概念看和平內亂罪，收於：*刑法問題與利益思考*，頁 243-244、248-250（1995 年）認為容許風險概念就是憲法比例原則在刑法領域裡的落實，若是刑法適用違反容許風險概念，同時就構成牴觸比例原則而違憲。

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。法官只要確定系爭基本權之保護範圍，刑事制裁所包括的有罪判決及具體刑罰涉及保護領域者，通常就構成對於系爭基本權的干預。因為，法官裁判對於行使基本權的行為諭知有罪及刑罰，在法律上及事實上都是直接否決被告行使基本權的特定方式，不論採取古典或現代的干預概念，都構成基本權的干預。例如，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¹¹⁷，對於搭載強盜前往銀行搶劫的計程車司機諭知幫助強盜罪（刑法第328條第1項、第30條）可能干預職業自由¹¹⁸。基本上，所有憲法基本權都可能成為刑事制裁干預的對象，相關基本權條款皆可能成為阻卻犯罪事由，唯獨平等權可能是一個例外。理由在於，哪些行為模式應被科以刑罰，是優先屬於立法者的任務，立法者可以基於刑法的不完整性而決定不處罰特定行為模式，除非是出於恣意，否則並不抵觸平等原則。依此，被告沒有權利主張不法的平等（*Gleichheit im Unrecht*），只要他所實施的行為模式本身應該被科以刑罰，不得因為其他相似的行為模式不被處罰，就主張同樣免於刑罰¹¹⁹。因此，平等權自始無法構成阻卻犯罪事由，行為人至多只能在刑罰裁量的領域主張平等權¹²⁰。

在第二個審查層次上，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。依照公認的看法，基本權干預之合憲性係

117 詳細說明，參考 *Roxin* (Fn. 10), § 18 Rn. 49 ff.

118 Vgl. nur *Kudlich* (Fn. 79), S. 282 ff. 至於對於為支持特定候選人而虛遷戶籍之人諭知妨害投票結果正確罪（刑法第 146 條第 2 項），是否構成對於被告選舉自由、政治自由與遷徙自由之干預，在學說與實務上尚有爭議。相關檢討參考：薛智仁，虛遷戶籍而投票之可罰性，*法學新論*，7 期，頁 91-92（2009 年）；薛智仁，家庭成員之虛遷戶籍投票——評最高法院 100 年度台上字第 2653 號刑事判決，*台灣法學雜誌*，203 期，頁 100-103（2012 年）。

119 BVerfGE 50, 142 (166).

120 *Schmidt* (Fn. 76), S. 103.

取決於其是否追求憲法上之正當目的，而且符合適當性、必要性及衡平性，刑事制裁亦適用此一審查結構。首先，刑事制裁必須追求憲法上正當的目的。由於刑事制裁是在個案中適用刑法的結果，其所追求之目的即是保護各該犯罪構成要件的法益，只要所保護的法益不被憲法所禁止，即符合追求憲法上正當目的之要求。其次，刑事制裁必須是有效保護法益的手段。關於刑事制裁有無保護法益的效果，至今的犯罪學研究無法提出可靠的證實，只能推測其會以某種方式產生影響行為的效果。因此，只能承認立法者在制訂刑法時有判斷特權，法官在個案中諭知刑事制裁，是將立法者的判斷結果落實在具體案件，所以得以肯定其保護法益的有效性¹²¹。接著，刑事制裁必須是保護法益的必要手段，亦即沒有民事或行政制裁手段能夠達成相同的保護法益效果。由於實際上無法判斷民事或行政制裁手段的保護效果，規範上亦不易證立，如果這些替代手段的保護效果略微低於刑事制裁，在多大程度上仍可認定其係比起刑事制裁更為優先的保護手段，因此也只能承認立法者在制訂刑法時享有廣泛的判斷特權。既然立法者已認為民事或行政制裁不足以達成相同的保護法益效果，法官在個案適用上幾乎也無法作成與立法者不同的判斷。因此，刑事制裁的必要性審查與適當性審查，在刑法適用層次上的重要性很低¹²²，最重要也最複雜的問題在於其是否符合衡平性（狹義比例原則）。由於立法者只能針對預想的通常案件制訂犯罪成立要件與法律效果，忽略決定個案衡平性的具體因素，基於此種與個案事實保持距離的特性，立法者保留給法官細究個案情節重新進行利益權衡的空間仍然相對開放。因此，法官得以權衡刑事制裁所干預的基本權利，相對於其保護法益是否衡平¹²³。具體而言，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

121 Weigend (Fn. 82), S. 936; Kudlich (Fn. 79), S. 292 f.; Schmidt (Fn. 76), S. 111.

122 Weigend (Fn. 82), S. 937; Kudlich (Fn. 79), S. 295; Schmidt (Fn. 76), S. 112-113.

123 Vgl. Kissel (Fn. 26), S. 200 f.

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需保護性、刑事制裁保護法益的效果、罪責原則等因素¹²⁴。

上述建議，與目前學說上提到的解決方案有些許差異，值得特別說明¹²⁵。相較於（類推）適用刑法緊急避難規定的看法，基本權干預進行比例原則審查固然也必須進行利益權衡，但是二者的審查內容其實有重大的差異：在緊急避難所進行的利益權衡，係以避難行為所欲保全之利益（陷入緊急危難的利益）與其所侵害的利益為權衡因素；然而，在基本權範疇裡所進行的利益權衡，則是以刑事制裁所欲保全之利益（犯罪構成要件之保護法益）與其所侵害之基本權利益為權衡因素。抽象來說，二者最主要的差異在於，行為人是否面臨緊急危難，其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，在緊急避難的審查結構裡，將直接影響阻卻不法與否的結果（欠缺避難情狀、避難行為欠缺適當性與必要性），但是在基本權干預的比例原則審查結構裡，上述因素僅影響刑事制裁所干預之基本權利益程度，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。因此，上述基本權干預之比例原則審查結構再度證明，唯有直接援引基本權條款作為阻卻犯罪事由，才能夠充分地在刑法適用層次上納入保障基本權的思想。

德國學者Ralf Dreier主張公民不服從在憲法上得依表意自由與集會自由被正當化，前提是以「重大之不義」（*schwerwiegendes Unrecht*）為抗議對象，抗議手段有助於引起公眾關心與同情（適

¹²⁴ Schmidt (Fn. 76), S. 115 ff. Vgl. auch Kudlich (Fn. 79), S. 298 ff.

¹²⁵ 與此處的思考最為接近者，應是日本學說上的「相對輕微型可罰違法性理論」，參考謝煜偉發言，許玉秀主持，「公民不服從」（抵抗權）的啟動及界限——解析 318 進駐國會議場事件，台灣法學雜誌，247 期，頁 139-140（2014 年）。

當性)、係無合法途徑達成抗議目標之最小手段(必要性)、其所帶來的後果與所追求之目的尚符合比例(衡平性)時,在憲法上即有正當性¹²⁶。此一觀點與本文主張極其接近,但是對於不服從行為之正當性設定較為嚴格的標準。此一嚴格標準的疑義在於,憲法的表意自由及集會自由的保護範圍,不限於針對「重大之不義」,不一定要產生他人關心同情的效果,與國家提供的救濟途徑之間亦非絕對互斥。因此,構成行使表意自由與集會自由的不服從行為,縱使不是以「重大之不義」為抗議對象,亦未發生引起公眾關注或同情的效果,或者未窮盡國家提供的合法途徑,也不應自始被排除在正當化的範圍之外,而是適用更加嚴格的正當化條件。因此,Dreier提出的這些判斷因素,不應該成為正當化的絕對標準,而是只能構成有利於不服從行為適用基本權正當化的有利因素¹²⁷。相較之下,本文的審查架構是一個相對彈性、開放的解決方案,在衡平性的審查上,這些有利因素越多,利益權衡結果就越傾向肯定基本權的優越性,這些有利因素越少,利益權衡結果就越傾向否定基本權的優越性。

四、基本權作為阻卻不法事由

倘若刑事制裁對於基本權之干預不符合比例原則,此時法官應訴諸基本權條款阻卻犯罪成立。從憲法的觀點來說,只要確定基本權條款可以發生阻卻犯罪的效果,即可防止刑事制裁違憲干預基本權,至於是阻卻不法或阻卻罪責,並無實質的差異。因此,在前面的論述中,本文刻意使用「阻卻犯罪事由」的用語,強調憲法對於國家刑罰權的限制並不預設其刑法釋義學上的評價。但是,從刑法釋義學的觀點來說,基本權的阻卻犯罪效力係來自於阻卻不法或阻

126 Dreier (Fn. 25), S. 64-69; Dreier, Widerstandsrecht (Fn. 38), S. 592-596. 贊同的國內文獻:許宗力(註7),頁106-114;張嘉尹(註55),頁82-83。

127 相似批評亦見: Kissel (Fn. 26), S. 187 (Fn. 710).

卻罪責，不但影響行為人有無適用保安處分的可能性，也影響第三人可否對之主張正當防衛，以及在限制從屬性原則底下，教唆或幫助之人可否成立共犯¹²⁸。因此，必須進一步確定的是，基本權條款在犯罪結構上的體系地位，究竟是阻卻不法事由或阻卻罪責事由？

本文認為，基本權條款在刑法釋義學上應是阻卻不法事由。首先，在犯罪結構中，不法概念的功能是界定理性的行為模式，罪責概念的功能則是保障行為人的人格不受刑罰過度侵害¹²⁹。我們肯定基本權條款之阻卻犯罪效果，是基於行為人行使基本權尚未逾越憲法界限，其優越於所實現之犯罪構成要件的保護法益，而不是單純為了避免刑罰過度干預行為人之人格。簡言之，該行為是一個理性行為。其次，從法秩序一體性原則來看，此一原則固然不排除個別法領域有自己的目標設定或概念內涵，但是有鑑於憲法的最高位階性，個別法領域對於特定行為模式的評價不能與憲法相抵觸，系爭行為不僅受憲法所許可，也必定受刑法所許可¹³⁰。因此，基本權條款是一個阻卻不法事由¹³¹，而不是一個阻卻罪責事由¹³²。至於基

128 僅參考林鈺雄（註 64），頁 228-229；Heinrich (Fn. 59), Rn. 317.

129 黃榮堅（註 64），頁 169。

130 Schmidt (Fn. 76), S. 136 f.; Hassemer (Fn. 17), S. 332.

131 林鈺雄（註 55），頁 126 主張，直接援引基本權條款作為阻卻不法事由時，無法考量違法性理論自身的「法理基礎」：諸如主觀與客觀違法要素、形式違法與實質違法、行為非價與結果非價、利益權衡與行為相當、防禦型與攻擊型緊急避難之容許程度差別等。這個批評並不正確。基本權條款作為阻卻不法事由，正是承認行為之不法判斷必須考量相衝突的憲法價值，而不是只要該當構成要件即有違法性，一旦經判斷系爭行為係合憲地行使基本權，實質上就欠缺行為非價與結果非價，因而欠缺實質不法。此外，基本權條款作為阻卻不法事由，在適用上當然是完全遵守刑法之阻卻不法架構，亦即系爭行為在客觀上係合憲地行使基本權，行為人在主觀上具有合憲地行使基本權之事實認識（Schmidt (Fn. 76), S. 140 f.）。尤其在比例原則的審查上，原本就必須對於系爭行為所保全及犧牲之利益進行權衡，在此一利益權衡的過程裡，行使基本權之對象的利益保護需求，也會隨著其可歸責性而有所差異。因此，直接援引基本權條款作為阻卻不法事由，與阻卻違法之法理基礎並無任何齟齬之處。

132 亦承認言論自由構成阻卻違法事由者：劉靜怡（註 11），頁 134-135；陳志輝（註 105），頁 177。類似於此，主張應在行為之正當目的的範圍內，考量憲

本權條款作為阻卻不法事由，是否仍應細究其係阻卻構成要件該當性或阻卻違法性，則是一個相對次要的問題。以犯罪三階層理論而言，由於基本權條款作為阻卻不法事由，是因為基本權比犯罪構成要件之保護法益更為優越，而不是系爭行為模式自始不符合犯罪構成要件的不法類型，因此屬於阻卻違法事由，而不是阻卻構成要件事由。以犯罪二階層理論而言，構成要件該當性與違法性階層僅是技術性的區分，前者是建構不法的正面要素，後者是建構不法的負面要素，彼此之間沒有價值判斷上的差異。因此，只要確認基本權條款是阻卻不法事由即可¹³³。

五、禁止占領立法院之合憲性審查

前面已經說明基本權條款作為刑法阻卻不法事由的理論基礎，接著我們將其適用於占領立法院的事件。可以確定的是，占領立法院係行為人針對服貿協議及總統濫權表達反對意見的方式，同時是集體表達上述意見為目的之和平集會，故禁止占領立法院會同時干預表意自由（憲法第11條）及集會自由（憲法第14條）的保護領域¹³⁴。此一干預的目的在於保護立法院之居住自由、財產利益及國

法上的集會遊行與表意自由權的充分行使者，參考謝煜偉，社會抗爭運動與實質違法性判斷，全國律師，18卷11期，頁10（2014年）。在此無法詳論，但尚值得進一步研究的問題是：此一阻卻不法事由僅能阻卻刑事不法，抑或完全阻卻不法？因為，個案的基本權阻卻不法效力，取決於刑事制裁干預基本權的比例原則審查結果，有鑒於刑事制裁的倫理非難與干預自由的程度通常高於民事損害賠償或行政制裁，因此不能排除，對於同一個行使基本權的行為，刑事制裁構成違憲的干預，但是民事損害賠償或行政制裁尚未構成違憲的干預。謝煜偉教授在前文（頁15）提出的相對輕微型可罰違法性理論，作為解決社會抗爭之實質違法性判斷因素，正是此一方向上的主張。在法秩序一體性原則底下，是否容許對於同一行為在不同法領域給予相異的不法評價，是一個需要深入分析的不法理論問題。

133 至於不同體系定位所衍生的差異，特別是如何處理行為人誤認存在適用基本權阻卻不法的前提事實（容許構成要件錯誤），已是一個與本文主題無密切關連的爭議問題，僅參考林山田（註59），頁438-444；林鈺雄（註64），頁345-351；黃榮堅（註64），頁424。

134 集會自由亦被視為集體的表意自由，僅參考李震山，民主法治國家與集會自

家意志的實現，亦是憲法所不禁止之正當目的。依據立法者的判斷，以刑罰禁止侵入住宅、毀損器物、妨害公務等行為，係有效且必要的保護法益手段，在占領立法院的個案中，並無足以作成不同於立法者判斷的具體根據，故以刑事制裁禁止占領立法院是有效且必要的手段。問題的關鍵在於，處罰占領立法院是否符合衡平性？我們必須就個案的所有情狀，一方面考量對於表意自由與集會自由的干預程度，另一方面考量系爭保護法益的重要程度，如果二者的損益程度相當，或者保全利益優越於對基本權之干預，刑事制裁對於基本權構成合憲的干預，構成要件該當的行為將無法阻卻不法。

首先，從抽象的法益位階來說，相衝突的法益並無明顯的高低之分。表意自由與集會自由作為具有憲法位階的政治基本權，被公認是自由民主憲政秩序的根本；而居住自由及財產利益也是具有憲法位階的基本權，國家意志的實現更是法治國原則的落實。有別於刑法透過法定刑的設計表達出各種法益的價值位階，我國憲法並未提供任何根據，讓我們初步判斷上述兩種基本權自始有價值位階上的差異。因此，本案與大多數基本權衝突的案件一樣，衡平性的判斷主要取決於侵害基本權與保護法益的具體程度。

初步來說，表意自由與集會自由保護個人或集體充分表達意見的可能性，如果禁止占領立法院的表意方式，行為人個人與集體仍有多元的合法表達、傳播意見的管道以達成抗議目的，因此其干預程度並不重大¹³⁵。不過，不同於其他的表意方式，占領立法院具有高度的象徵性意義及戲劇化效果，清楚表達對於立法院喪失監督功能的抗議，並成功吸引媒體及大眾對於服貿問題的關注，造成政府回應其訴求的壓力。如此的效果，是通常的媒體投書、街頭演講及

由，收於：人性尊嚴與人權保障，頁 290 (2009 年)。因此，除有特別說明的必要，以下的論述不再嚴格區分表意自由與集會自由。

135 Vgl. Radtke, GA 2000 (Fn. 71), S. 29; Hirsch (Fn. 22), S. 33; Klein (Fn. 34), S. 185.

集會遊行所無法達成的。因此，如果禁止占領立法院的表意方式，幾乎等於要求占領者只能採取道德呼籲，期待沈默大眾的覺醒及決策者的善意回應。然而，對於想要達成抗議目標的行動者而言，禁止有效性較高的表意方式，保留有效性較低的表意方式，果真是一個對表意自由與集會自由不重大的干預？

這個問題取決於表意自由與集會自由的目的為何¹³⁶。如果我們認為，其目的僅在保障個人的自我實現，保障充分表達意見的可能性即可達成此目的，哪種表意方式最能達成施壓政府的效果，則是無關緊要，禁止占領立法院不算是重大的干預。然而，如果我們認為，表意自由的目的在於提供大眾參與政治決定時所需要的資訊，以健全民主政治的發展，那麼禁止特定表意方式對於健全民主程序的影響，就是在判斷干預重大與否時應考量的因素。在代議民主的理想情境裡，只要人民獲得充分資訊而自主地作出政治決定，不論是選舉代議士或公民投票，即可確保國民意志會發揮拘束國家權力的效果。此時，只要個人或集體有充分表達意見的機會，無庸額外保障其意見被國家機關接收，即可發揮民主監督國家權力的作用。然而，代議民主通常運作得並不理想。在現實上，政治議程遭到代表少數菁英的政治人物壟斷，社經弱勢的利益自始就注定被社會多數壓迫或排擠，其程度隨著貧富差距擴大而更加嚴重，因此無從拘束國家權力對於社經弱勢者而言是常態現象¹³⁷；在此種結構性的失靈之外，國家權力也會在個別事件中刻意規避民意監督，甚至國會也喪失代表民意監督的功能。因此，如果我們在基本立場上接受，表意自由及集會自由的最終功能是確保國民能自主形成政治意志，並有效構成拘束國家權力的根據，那麼在上述代議民主的結構性與個案性失靈的現實底下，單純保護個人或集體享有充分表達意見的

136 詳見劉靜怡，言論自由——第一講：言論自由導論，月旦法學教室，26期，頁73-81（2004年）。

137 陳昭如（註14），頁103。

機會，就算有助於人民獲得充分資訊而作成自主的政治決定，也不可能達成有效發揮監督國家權力的最終目標。基此，憲法對表意自由及集會自由的保障，固然不應該造成強迫其他國民接收（甚至接受）個人或集體表達的意見，以維持其他國民自主形成政治意志的空間¹³⁸，但是為了彌補代議民主（常態）失靈的缺點，應該某程度上承認，國民有權直接向受其監督之國家機關請求聽取其意見，並且隨著系爭事件干預基本權或憲政秩序以及國民的社經弱勢地位的程度，相應地提高其容許界限。

依此，禁止占領立法院的表意方式，其干預程度實質上等於是剝奪國民監督或參與重大國家事務的可能性。基本上，服貿協議對於臺灣國計民生影響範圍難以預料，而總統及行政權在簽署及審查過程裡刻意規避民主監督，二者皆存在經濟上及政治上實質改變國民生活方式的可能性。然而，針對此一涉及國家前途的高度爭議，監督行政權的意見表達幾乎沒有制衡決策的管道或作用。其直接的原因，固然出在總統兼任執政黨主席而控制黨籍立法委員，但另外存在二個間接的結構性因素，自始侷限監督政府的意見在體制內的作用力。第一個因素是，在當前的立委選舉制度底下，政黨得票比例無法合理反映在立委席次上，其有利大黨的特徵，導致監督政府的民意無法在立法院獲得充分代表；第二個因素是，監督或救濟代議民主的公民投票及罷免制度，都因為門檻過高而被現實上凍結。在行政權獨大、國會失靈、缺乏有效的直接民主機制的背景下，占領者的象徵性抗議行動，縱使是表達規範上少數國民的反對意見，卻是作為主權者的國民取代失能的國會，相對和平地施壓執政者在重大國家事務上接受民意監督的方式。對此種表意方式的絕對禁止，實質上是切斷少數政治性言論影響政府重大決策的最後途徑，

138 在此範圍內值得贊同的見解：*Klein* (Fn. 34), S. 193; *Tiedemann* (Fn. 75), S. 721; *Rudolf Wassermann*, Zur Rechtsordnung des politischen Kampfes in der verfassungsstaatlichen Demokratie, JZ 1984, S. 263 (265).

以對照的方式來說，其效應相當於在代議民主理想運作的環境裡高度限制國民發表監督政府的言論。

相對而言，禁止占領立法院僅能確保價值相對較低的物質利益。從個別的構成要件的保護法益來看，立法院的議場被占領21天、估計修復財物損害約280餘萬元、以及阻止警察依法排除占領議場等，並不是絕對輕微的情形。而且，占領立法院也連帶地局部癱瘓立法院的運作，無法召開院會審議法律案，以立法院作為最高民意機關而言，其可能涉及的公共利益程度較高。然而，有許多降低上述利益之保護必要性的因素，必須納入考量。其中最主要的因素是，占領立法院係可歸責於立法院。詳言之，立法院配合總統及行政院，在服貿協議的審查上違背其代表人民監督的義務，才使行為人透過占領立法院的方式表達其反對意見。立法院所支配之議場空間及財產，功能在於輔助立法院履行其任務，若是立法院喪失監督行政權的能力，該議場空間及財產的客觀效用即已減低。除此之外，作為議場管領人的立法院長實際上容忍占領行為直到結束，阻礙立法院行使職權的具體程度不高（欠缺異常急迫之法案審查事項、其餘委員會正常運作、存在其他方法進行法案審議等），也都是可能降低其損害程度的因素。至於警方動員大量人力值勤，原本就屬於國家警察履行法定職務的成本，這不是應該歸責給占領者的損害。

綜上所述，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反對政府的意見。「公民一旦喪失了表意自由，很快就會對政府的決策議程無能為力。沈默的公民或許會成為獨裁者的理想臣民，但是對於民主制度來說，卻是一場災難。¹³⁹」相對於此，禁止占領立法院固然有效保護立法院所支配的議場空間及財產利益，其保護價值因為立法院

139 此語引自：Robert A. Dahl 著，李柏光、林猛譯（註36），頁110。

自我違反國家任務而降低，損害亦可輕易被排除。兩相比較，前者是淘空民主體制的實質內容，後者是破壞實現民主的物質條件，其間的輕重不言而喻。因此，禁止占領立法院所保全的物質利益，無法平衡其對表意自由及集會自由的干預，有罪判決對於這兩項基本權的干預，將會不符合比例原則。占領立法院的犯罪構成要件該當行為，應適用表意自由及集會自由阻卻不法，亦即檢察官應為不起訴處分，法官應為無罪判決。

伍、結論

一、對於刑法評價而言，公民不服從概念的功能在於表達抗爭行動的社會或政治意涵，提供法官在認事用法上的參考，以免刑法評價建立在錯誤的事實認知基礎上，沒有預設不法判斷的效力。儘管不少文獻認為，肯定公民不服從行動阻卻不法的可能性，可能會與公民不服從概念自相矛盾，也會牴觸民主國家的多數決原則。不過，這些質疑忽略了公民不服從概念本身的彈性，以及多數決原則的效力有其限制。因此，公民不服從並未自始排除阻卻不法的可能性。(上述貳)

二、公民不服從行動是否阻卻不法，必須取決於法律系統的標準。公民不服從行動所欲矯正之國家不義決策或法律本身，一方面通常未達到（憲法未明文之）抵抗權的「全面攻擊民主憲政秩序」的程度，因此不適用抵抗權，另一方面通常尚未導致具體被害人的利益受到干擾，而屬於國家機關負責排除的侵害或危難狀態，因此亦難以適用正當防衛或緊急避難。(上述參) 如果公民不服從行動係行動者行使表意自由與集會自由，刑法學有必要另行尋求阻卻犯罪的途徑，以避免法院的有罪裁判（或檢察官之起訴處分）對於表意自由或集會自由構成違憲的侵害。(上述肆、一)

三、除了對於犯罪構成要件及法定阻卻不法事由進行合憲性解釋，使基本權條款間接影響犯罪成立以外，一個值得採取的途徑即是承認基本權條款作為獨立的、直接來自憲法的阻卻不法事由。不少文獻基於欠缺刑法的媒介或平台、基本權條款之不明確性及逾越立法者及釋憲者之權限等理由，反對將基本權條款採納為阻卻不法事由。然而這些反對理由均有待商榷。因為，基本權條款對於國家公權力的拘束力，不應取決於立法者是否制訂媒介或平台；相對於直接適用基本權條款，利用刑法既有的媒介或平台（如類推適用緊急避難）未必真正提升法律適用之明確性；法官援引基本權條款作為阻卻不法事由，是在補充立法者考量不足之處，亦非認為所適用之刑法條款違憲而應該聲請大法官釋憲的情形，故無逾越權限的問題¹⁴⁰。（上述肆、二）

四、基本權條款作為阻卻不法事由，法院應判斷裁判所課予之刑事制裁，是否干預特定基本權之保護領域，其干預是否逾越憲法界限。如果依據刑事制裁所欲達成之正當目的，干預基本權並非適當、必要且衡平的手段者，此時基於基本權之優位性而發生阻卻不法之效力。在權衡刑事制裁之保護法益效果與基本權干預程度時，

140 因此，臺灣臺南地方法院 103 年度易字 373 號刑事判決採納言論自由作為阻卻違法事由，是一個方法上值得贊同的作法。該案中，行為人為了抗議成功大學對於南榕廣場命名爭議的處置，擅自拆卸光復校區的校名英文字牌，本判決同時以系爭行為並未導致該字牌不堪使用而阻卻毀損罪構成要件，以及系爭行為仍在言論自由的憲法界限內而阻卻違法性，判決行為人無罪。然而，本文僅能贊同判決的無罪結論。理由在於，假如系爭行為為該當毀損罪之構成要件，此行為為所欲傳達之抗議南榕廣場命名的意見，是否已足以使一般社會大眾能夠理解，因而該當於「象徵性言論」，已不無疑義；就算肯定其係「象徵性言論」，成功大學係基於其為該字牌之財產所有權人的私人地位而受到毀損罪保護，行為人藉此向其表達抗議意見，企圖施加該校處理（無涉其他國民基本權利之）校內事務的壓力，似乎也已經逾越表意自由的界限。因此，比較可採的無罪理由是阻卻毀損罪之構成要件。亦即，由於該行為僅是使字牌與牆面脫離，並未額外造成牆面與字牌的完整性受損，不論此一脫離是被評價為妨害效用或改變物理狀態，均因為程度極其輕微而未達「致令不堪用」與「損壞」的最低門檻，自始不該當於毀損罪之構成要件。

必須考量干預基本權之強度、法益危害的強度、行使基本權之需保護性、刑罰風險的影響範圍、刑事制裁之保護法益效果、罪責原則等因素，就個案全盤事實進行權衡¹⁴¹。(上述肆、三及四)

五、318學運的占領立法院行動，可能同時該當侵入建築物罪、妨害公務罪、毀損公物罪或普通毀損罪等構成要件，但是得適用表意自由及集會自由阻卻不法。占領立法院的表意方式具有施壓國家機關的作用，在代議民主（結構性與個案性）失靈的環境下，禁止此種表意方法將排除國民參與及監督涉及國家前途的決策，極其不利於民主的落實。相較於此，占領立法院造成的損害，不僅可輕易回復，且部分可歸責於立法院的懈怠職責。據此，占領立法院仍在表意自由與集會自由之限度內，具有阻卻不法的效果，檢察官及法官分別應諭知不起訴處分及無罪判決。(上述肆、五)

六、占領立法院具有阻卻不法的效力，或許令人擔心會發生鼓勵公民不服從的效應。這種可能性固然不能被完全排除，但是也不應被非理性地放大。法律上的理由是，儘管本文承認基本權條款作為阻卻不法事由，但是行為人的基本權比起犯罪構成要件之保護法益更為優越的個案，應該是極端少數的例外情形，採取不服從行動者無法輕易地訴諸表意自由或集會自由而獲得阻卻不法¹⁴²。現實上

141 嚴格來說，本文的此種處理方式，已經不是針對公民不服從本身提出一個特殊的不法評價觀點，反而是將公民不服從當成一種現象，進而反省刑法的不法理論採納基本權條款作為阻卻不法事由的必要性，此一反省結果可以適用在公民不服從以外的問題上，像是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。事實上，迄今的公民不服從（或民主不服從、民主抵抗）理論在主張系爭行動的正當性時，論述上經常未嚴格區分倫理的、政治的與法律的正當性，致使這些理論是否在提出一個獨立的不法評價觀點，並不是如此清楚。因此，在各種公民不服從的構想也進一步提出其於法律上的落實方式以前，刑法學也只能透過反省自身不法理論的方式來提出處理公民不服從的法律評價，從而也可以避免對於公民不服從有所特別待遇的質疑。

142 亦參考許宗力（註7），頁115。

的理由是，任何人要採取公民不服從的行動，都必須額外付出個人有限的資源，而且行動的合法性是極為個案性的判斷結果，事前幾乎無法排除刑責的風險，這些都會顯著降低採取不服從行動的誘因。在個人必須承擔現實不利與刑責風險的情況下，如果各式不服從行動依然頻繁出現，其根本的原因顯然是國家的法律及政策多行不義，這很可能是國家危機的象徵¹⁴³，如果不放棄對行動者施加刑罰，也只有掩飾國家不義的作用而已。基此，將占領立法院評價為阻卻不法，並無顯著鼓勵犯罪的效果¹⁴⁴。

¹⁴³ Vgl. Dreier (Fn. 25), S. 73.

¹⁴⁴ 附帶一提者，將公民不服從行動評價為阻卻不法，亦可能影響執法警察的行為界限，但是影響程度無法一概而論。初步而言，如果警察執行危險防禦的任務，通常僅以事前存在危險為發動要件，系爭行為的合法性不影響存在事前危險的判斷，故不影響其權限。因此，若是有「認為必須救護或有危害公共安全之虞，非管束不能救護或不能預防危害」的情形，警察得為管束（警察職權行使法第 20 條第 1 項第 4 款）。若是系爭行為的合法性影響警察權限的發動要件，此時警察的行為客觀上即有違法的可能性。例如，假設擅自舉行未經許可的集會遊行得阻卻不法，警察即不得警告、制止或命令解散（集會遊行法第 25 條第 1 項第 1 款），如果警察仍強制抬走遊行群眾，該行為在客觀上即成為違法的強制行為或剝奪行動自由行為。對此行為，被抬走的群眾或其他人得主張正當防衛。至於警察的刑責，則必須就個案情節認定，尤其在行為當時通常欠缺充分資訊知悉其行為違法，可能發生禁止錯誤或容許構成要件錯誤。

參考文獻

1. 中文部分

- Christian Starck著，林三欽譯（2006），基本權與私法，收於：楊子慧等譯，法學、憲法法院審判權與基本權利，頁365-385，臺北：元照。[Starck, Christian (2006), Grundrechte und Privatrecht, in: ders., Rechtswissenschaft, Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechte, Taipei: Angle Publishing, S. 387-410.]
- John Rawls著，李少軍、杜麗燕、張虹譯（2003），正義論，臺北：桂冠。[Rawls, John. 1999. A Theory of Justice. Rev. ed. New York, NY: Oxford University Press.]
- Robert A. Dahl著，李柏光、林猛譯（1999），論民主，臺北：聯經。[Dahl, Robert A. 1999. *On Democracy*. New Haven, CT: Yale University Press.]
- 尤伯祥發言，許玉秀主持（2014），「公民不服從」（抵抗權）的啟動及界限——解析318進駐國會議場事件，台灣法學雜誌，248期，頁71-75、88-89。
- 王乃彥（2014），從太陽花學運談公民不服從，台灣法學雜誌，255期，頁105-108。
- 王效文（2008），刑法中阻卻違法緊急避難的哲學基礎，政治與社會哲學評論，26期，頁155-214。
- 王韻茹（2014），國會的民主義務——從兩岸服貿協議審查談起，台灣法學雜誌，245期，頁45-50。
- 何明修（2013），公民運動與公民不服從：臺灣社會運動的路線，新社會雙月刊，30期，頁19-22。
- 何明修、黃俊豪（2012），第二次政黨輪替後的社會運動復甦：政治機會結構的觀點，「2012臺灣社會學年會暨國科會專題研究

- 成果發表會——社會創新：後全球化」學術研討會，東海大學社會系暨臺灣社會學會主辦，2012年11月24-25日。
- 余振華（2011），刑法總論，臺北：三民。
- 李念祖（2014），向總統擲鞋抗議的憲法分析，台灣法學雜誌，257期，頁25-26。
- 李震山（2009），民主法治國家與集會自由，收於：人性尊嚴與人權保障，頁279-335，臺北：元照。
- 林山田（2008），刑法通論（上），10版，臺北：自版。
- 林東茂（2012），刑法綜覽，7版，臺北：一品。
- 林鈺雄（2013），刑事訴訟法（上冊）：總論編，7版，臺北：自版。
- （2013），刑事訴訟法（下冊）：各論編，7版，臺北：自版。
- （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台，台灣法學雜誌，247期，頁99-122。
- （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），占領，抑或追訴更為荒謬？——初探318運動的正犯與共犯，月旦法學教室，141期，頁66-70。
- （2014），新刑法總則，4版，臺北：自版。
- 周漾沂（2012），論攻擊性緊急避難之定位，臺大法學論叢，41卷1期，頁403-444。
- 法治斌（2003），跳脫衣舞也受表意自由的保護嗎？，收於：法治國家與表意自由，頁267-285，臺北：正典。
- 胡博硯（2014），建立憲政思考下的法律體系——面對我們的憲法危機，台灣法學雜誌，245期，頁35-37。
- 許宗力（1994），試論民主法治國家的「市民不服從」，收於：法與國家權力（一），增訂2版，頁73-116，臺北：元照。
- 許恒達（2014），服貿抗爭的刑法議題，台灣法學雜誌，245期，頁

62-67。

許澤天(2010)，刑法規範的基本權審查，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。

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。

陳宜中(2007)，公民不服從與自由民主：倒扁紅潮下的一些省思，收於：思想編輯委員會編，臺灣的七十年代(思想4)，頁41-61，臺北：聯經。

——(2009)，羅爾斯的公民不服從理論，收於：蕭高彥編，憲政基本價值，頁219-263，臺北：中央研究院人文社會科學研究中心。

陳昭如(2014)，不服從的女人——從女性主義觀點論公民不服從，台灣法學雜誌，250期，頁90-104。

——(2014)，以言論自由作為阻卻違法事由／臺南地院103易373判決，台灣法學雜誌，255期，頁173-178。

陳清秀(2014)，市民不服從與抵抗權問題探討，台灣法學雜誌，255期，頁87-100。

陳新民(1988)，國民「抵抗權」的制度與概念，政大法學評論，37期，頁143-173。

張嘉尹(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。

——(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。

項程華(2014)，公民不服從，台灣法學雜誌，255期，頁115-118。

黃常仁(2014)，理路何處尋——學生攻占立法院的正當性，台灣法學雜誌，247期，頁1-3。

黃榮堅(1995)，從容許風險概念看和平內亂罪，收於：刑法問題

- 與利益思考，頁231-254，臺北：元照。
- （2012），基礎刑法學（上），4版，臺北：元照。
- （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。
- 黃銘輝（2014），丟鞋案：一個深化言論自由法的契機，台灣法學雜誌，257期，頁27-29。
- 彭美英（2014），驅魔失敗應坐牢？——信仰自由是否得為阻卻違法或阻卻／寬恕罪責事由？，台灣法學雜誌，238期，頁115-124。
- 廖元豪（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。
- 劉靜怡（2004），言論自由——第一講：言論自由導論，月旦法學教室，26期，頁73-81。
- （2014），用丟鞋和辦公祭傳達政治抗議訊息，該受處罰嗎？，台灣法學雜誌，245期，頁131-135。
- 蔡聖偉（2014），法治國的太陽花，台灣法學雜誌，248期，頁1-3。
- 薛智仁（2009），虛遷戶籍而投票之可罰性，法學新論，7期，頁77-103。
- （2011），禁止國家使用私人違法取得證據之理論基礎——兼評最高法院九十七年度台上字第七三四號判決，政大法學評論，121期，頁53-106。
- （2012），家庭成員之虛遷戶籍投票——評最高法院100年度台上字第2653號刑事判決，台灣法學雜誌，203期，頁96-110。
- （2014），淺論公民抗議的刑事法問題，台灣法學雜誌，240期，頁23-33。
- 謝煜偉（2014），社會抗爭運動與實質違法性判斷，全國律師，18卷11期，頁4-16。

謝煜偉發言，許玉秀主持(2014)，「公民不服從」(抵抗權)的啟動及界限——解析318進駐國會議場事件，台灣法學雜誌，247期，頁137-140。

顏厥安發言，許玉秀主持(2014)，「公民不服從」(抵抗權)的啟動及界限——解析318進駐國會議場事件，台灣法學雜誌，247期，頁125-128、140。

蘇俊雄(1997)，刑法總論II，臺北：自版。

2. 外文部分

Appel, Ivo (1998), *Verfassung und Strafe*, Berlin: Duncker & Humblot.

Böse, Martin (2001), Die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Rahmen der Strafgesetze (insbesondere § 34 StGB), *ZStW* 113, S. 40-75.

Brohm, Winfried (1985), Demonstrationsfreiheit und Sitzblockaden, *JZ*, S. 501-511.

Dreier, Ralf (1973), Widerstandsrecht im Rechtsstaat? Bemerkung zum zivilen Ungehorsam, in: Achterberg (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Politik: Festschrift für Hans Ulrich Scupin zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, S. 573-599.

——— (1983), Widerstandsrecht und Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, in: Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 54-75.

Engländer, Armin (2010), Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen, *GA*, S. 15-26.

Eilsberger, Rupert (1979), Rechtstechnische Aspekte der verfassungskonformen Strafrechtsanwendung, *JuS*, S. 321-325.

Fischer, Thomas (2014), *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 61. Aufl., München: C. H. Beck.

Frankenberg, Günter (1984), Ziviler Ungehorsam und Rechtsstaatliche Demokratie, *JZ*, S. 266-275.

- Freund, Georg (2009), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., Berlin: Springer.
- Frister, Helmut (2013), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., München: C. H. Beck.
- Greco, Luis (2013), *Verfassungskonformes oder legitimes Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft*, in: Brunhöber/Höffler/Kaspar/Reinbacher/Vormbaum (Hrsg.), *Strafrecht und Verfassung*, Baden-Baden: Nomos, S. 13-36.
- Günther, Hans-Ludwig (1999), in: Rudolphi/Horn/Samson/Günther (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 7. Aufl., München: Luchterhand, §§ 32-34.
- Habermas, Jürgen (1983), *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat*, in: Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 29-53.
- Hassemer, Winfried (1985), *Ziviler Ungehorsam – ein Rechtfertigungsgrund?*, in: Broda/Deutsch/Schreiber/Vogel (Hrsg.), *Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag*, Köln: Luchterhand, S. 325-349.
- Hefendehl, Roland (2002), *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln: Carl Heymann.
- Heinrich, Bernd (2012), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., Stuttgart: Kohlhammer.
- Hermann, Johannes Lukas (2006), *Ziviler Ungehorsam und rechtfertigender Notstand*, in: Mona/Seelmann (Hrsg.), *Grenzen des rechtfertigenden Notstands*, Zürich: Schulthess, S. 85-113.
- Herzog, Roman (1980), in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Stand: Lfg. 18 1980, München: C. H. Beck, Art. 20.
- Hillgruber, Christian (1996), *Richterliche Rechtsfortbildung als*

- Verfassungsproblem, JZ, S. 118-125.
- Hirsch, Hans Joachim (1996), *Strafrecht und Überzeugungstäter*, Berlin: de Gruyter.
- Karpen, Ulrich (1984), „Ziviler Ungehorsam“ im demokratischen Rechtsstaat, JZ, S. 249-262.
- Kissel, Norbert (1996), *Aufrufe zum Ungehorsam und § 111 StGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang.
- Klein, Hans Hugo (1984), *Ziviler Ungehorsam im demokratischen Rechtsstaat?*, in: Rüthers/Stern (Hrsg.), *Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat*, München: C. H. Beck, S. 177-197.
- Kloepfer, Michael (2003), *Vom Zustand des Verfassungsrechts*, JZ, S. 481-485.
- Kröpil, Karl (2011), *Ziviler Ungehorsam und strafrechtliches Unrecht*, JR, S. 283-287.
- Krüper, Julian (2009), *Das Glück der größten Zahl – Zum Mehrheitsprinzip als Funktionsregel im Verfassungsstaat*, ZJS, S. 477-486.
- Kudlich, Hans (2003), *Grundrechtsorientierte Auslegung im Strafrecht*, JZ, S. 127-133.
- (2004), *Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Kühl, Kristian (2001), *Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht*, Baden-Baden: Nomos.
- (2012), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7. Aufl., München: Vahlen.
- Lagodny, Otto (1996), *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Lenckner, Theodor (1988), *Strafrecht und ziviler Ungehorsam – OLG Stuttgart*, NStZ 1987, 121, JuS, S. 349-355.
- Lenckner, Theodor/Perron, Walter (2010), in: Schönke/Schröder (Hrsg.),

- Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., München: C. H. Beck, § 32.
- Naucke, Wolfgang (2000), Strafrecht: Eine Einführung, 9. Aufl., Neuwied: Luchterhand.
- Neumann, Ulfrid (2013), in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Strafgesetzbuch Nomoskommentar, Band 1, 4. Aufl., Baden-Baden: Nomos, § 34.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard (2008), Grundrechte Staatsrecht II, 24. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.
- Prittitz, Cornelius (1987), Sitzblockaden – ziviler Ungehorsam und strafbare Nötigung ?, JA, S. 17-28.
- Radtke, Henning (2000), Überlegungen zum Verhältnis von „zivilem Ungehorsam“ zur „Gewissenstat“, GA, S. 19-39.
- (2010), Ziviler Ungehorsam – Rechtsphilosophische Grundlagen und strafrechtliche Bedeutung, in: Kleczewski/Müller-Mezger/Neuhaus (Hrsg.), Strafrecht in der Zeitenwende, Paderborn: mentis, S. 73-84.
- Reichert-Hammer, Hansjörg (1991), Politische Fernziele und Unrecht, Berlin: Duncker & Humblot.
- Renzikowski, Joachim (1994), Notstand und Notwehr, Berlin: Duncker & Humblot.
- Rönnau, Thomas (2006), in: Laufhütte/Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Bd. II, §§ 32 bis 55, 12. Aufl., Berlin: de Gruyter, Vor §32.
- Rosenau, Henning (2014), Kommentierung zu Vor §§ 32 ff. StGB, §§ 32-37 StGB, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 2. Aufl., Köln: Carl Heymann, Vor §§ 32-37.
- Roxin, Claus (1993), Strafrechtliche Bemerkungen zum zivilen Ungehorsam, in: Albrecht/Ehlers/Lamott/Schwind/Walter (Hrsg.),

- Festschrift für Horst Schüler-Springorum zum 65. Geburtstag, Köln: Carl Heymann, S. 441-457.
- (2006), Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., München: C. H. Beck.
- Rucht, Dieter (2004), Die konstruktive Funktion von Protesten in und für Zivilgesellschaften, in: Jessen/Reichart/Klein (Hrsg.), Zivilgesellschaft als Geschichte, Wiesbaden: GWV, S. 135-152.
- Schmidt, Heiner Christian (2007), Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe, Baden-Baden: Nomos.
- (2009), Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe, ZStW 121, S. 645-670.
- Schnapp, Friedrich E. (1989), Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt, JuS, S. 1-8.
- Schüler-Springorum, Horst (1983), Strafrechtliche Aspekte zivilen Ungehorsam, in: Glotz (Hrsg.), Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat, Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 76-98.
- Tiedemann, Klaus (1969), Bemerkungen zur Rechtsprechung in den sog. Demonstrationsprozessen, JZ, S. 717-726.
- (1990), Verfassung und Strafrecht, Heidelberg: C. F. Müller.
- Wahl, Rainer (1984), Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ, S. 401-409.
- Wassermann, Rudolf (1984), Zur Rechtsordnung des politischen Kampfes in der verfassungsstaatlichen Demokratie, JZ, S. 263-266.
- Weigend, Thomas (1999), Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Strafgewalt, in: Weigend/Küpper (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, Berlin: de Gruyter, S. 917-938.

Civil Disobedience from the View of Criminal Law

*Chih-Jen Hsueh**

Abstract

The Sunflower Movement occupation of Taiwan's Legislative Yuan in 2014 urged the legal community to reconsider the concept of civil disobedience. This study tries to analyze civil disobedience in the context of the Criminal Code, and evaluate it from the view of criminal jurisprudence. In normal cases, the evaluation of the unlawfulness of a criminal offense is based on the existing legal doctrines. As a political concept, civil disobedience helps judges determine the social significance of a particular offense, but it has no bearing on the evaluation of unlawfulness. However, justifications approved by current criminal law are mainly last resorts to eliminate an emergency. But these justifications do not consider the fundamental rights such as freedom of expression and freedom of assembly, which are inherent in civil disobedience. Therefore, this article argues that, in order to avoid unconstitutional criminal judgments, it is necessary to recognize fundamental rights as grounds for justification. When a guilty verdict would violate the proportionality principle and infringe the defendant's fundamental rights, the court should find the defendant not guilty. This exposition would not endanger the certainty of law, or usurp the prerogatives of the legislature and the constitutional court. When democracy is seriously malfunctioning, freedom of expression and freedom of assembly are extremely important. Under this circumstance, acts of

* Assistant Professor, College of Law, National Taiwan University.

civil disobedience should be legally justified.

KEYWORDS: Sunflower Movement, civil disobedience, fundamental rights, right of resistance, necessity, freedom of expression, freedom of assembly, justification, majoritarianism.