

國立臺灣大學法律學研究所

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



論公民不服從之刑事責任

- 以可罰違法性之相對輕微型為中心 -

The Research of Criminal Responsibility of
Civil Disobedience

張嘉婷

Chia-Ting Chang

指導教授：李茂生 博士

Advisor: Mau-Sheng Lee, Ph.D.

中華民國 103 年 7 月

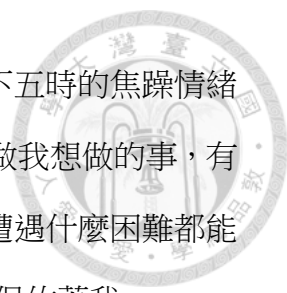
July 2014



謝辭

從開始動筆寫作至今實際上僅經過短短數個月的時間，還記得最初鎖定的是一個規模較小的題目，卻在與指導教授李茂生老師會面前夕剛好遇上 318 學運的爆發，感謝李老師適時的引導與指教，讓我能將原本欲研究的課題與時事適當地結合。寫作途中因公民不服從終究是屬於法律領域之外，讓我在概念理解掌握以及其與法律領域的連結上屢遭困難，又因其屬於發展中的事件，也必須時時繃緊神經關注事件進展與最新的學說、實務見解，感謝過程中李老師始終不厭其煩的指導我，同時我也從老師在 FB 上的時事短評中得到了很多相關的啟發。與李老師的緣分始於大學時代的刑法總則課程，雖然我不是一個很認真的學生，對於老師複雜的理論始終是一知半解，但老師透過身教讓我了解除了法律領域之外，實際上還有一些至關重要的事情需要我們去關注，讓我開始思考畢業之後作為掌握法律這項可怕權力的人，要如何避免自己成為只會機械適用法律的法匠。感謝李老師深具啟發性的教導與一貫辛辣的幽默風格，使我在大學與研究所生涯中獲益良多。

非常感謝謝煜偉老師與李聖傑老師願意擔任本論文之口試委員，謝老師除了在口試過程中提出許多發人深省的問題外，在論文寫作過程中亦屢次與我討論相關的爭點，本論文之核心見解便是在與謝老師的討論過程中激發出的結果，老師的指導使我對這個問題有了更深一層的思考，非常謝謝您。李聖傑老師則是在口試途中提出許多寶貴且實際的建議，提醒了我雖然公民不服從屬於法律領域外的問題，但本論文核心終究是針對刑事責任之探討而發，在思考模式上應回歸法律領域，使我有機會在將論文送出前修改此一論文方向上的偏移，非常感謝老師的指導與建議。



另外感謝我的家人們，除了在論文寫作的期間內忍受我三不五時的焦躁情緒外，謝謝你們一直無條件地支持著我的所有決定，讓我能盡情做我想做的事，有爹地、媽咪、大姐跟嘟嘟的家就是我永遠的避風港，讓我不管遭遇什麼困難都能繼續勇敢向前，還有在天上的爺爺跟奶奶，謝謝您們一直一直保佑著我。

幸運地在研究所熟識的巧翊、wiwi、勇麒、哲瑋、羅亘，一起在 118 巷猶豫今天要吃什麼、到處出遊的回憶、一時興起的 45 公里跑步賭約、輪流崩潰著論文寫不完，都是我研究所生涯中最美麗的風景之一，感謝你們的陪伴，希望即將前進到下一個人生階段的我們都能一切順利！

最後感謝一直陪伴在我身邊的阿倫跟胖胖，從大學到現在陪我度過一個又一個的難關，若是沒有你們的支持與鼓勵，我想可能很多事情我都難以完成，謝謝你們 =)。

不知不覺在臺大也待了快七年的時間，回首過去彷彿還能看見那個懵懵懂懂的自己，懷抱著對未知生涯的恐懼與期待，一步步踏入法律的世界裡，七年時光轉眼間流逝，或許成長的不多，不管是法律知識還是個人，都還有很多有待改進的地方，但終究是到了該褪去學生外殼，勇敢開始下一段旅程的時機，這本論文象徵著研究所生涯的結束，也是嶄新人生的開始，期許自己將來不管到什麼地方，都能夠記得學生生涯所受的啟發，還能記得現在這個會為社會流淚的自己。

中文摘要



近年來由於公民意識興起、權利意識高漲，與政府及企業財團間迭生衝突，人民面對來自四面八方的傾軋與既得利益者的剝削，不再沈默地委屈求全，為了維護自己的權利，或是貫徹自身信念，勇敢的大聲疾呼，期望吸引社會輿論關注，使用的手段除了傳統的走上街頭示威遊行外，開始採用各種五花八門、激烈程度不一的抗爭方式，雖然行為人與學者紛紛主張以「公民不服從」或是「抵抗權」的概念為行為之正當化基礎，然而對於這些「刁民」，政府機關與司法機關仍毫不手軟的祭出最為嚴厲的刑事手段加以咎責。

「公民不服從」與「抵抗權」因自始並非法律領域中之概念，其對於行為人行為之刑事責任論斷究生何種影響尚有待進一步的觀察，本文擬先釐清其概念內涵，而後探討其與刑事責任間之關聯性；惟抵抗權因評價高度繫諸於結果是否成功，又與本文欲探討之行為態樣不甚相符，故僅以「公民不服從」開展後續論述。

而就公民抗爭行為是否符合公民不服從要件、現行實務及學說對於行為人之刑事責任又是如何解讀、論述，本文分別就違反《集會遊行法》及《刑法》二部分舉實務上曾發生之案例詳加說明；結論上認為實務見解係將公民不服從行為與其他一般違法行為等同視之，至多僅於量刑階段作為減輕事由，並未正視其行為保護之利益；而學說則分別立基於不同之理論基礎，於構成要件、違法性、責任層次為主張，然或因標準不明確、或因與現行法律體系不符而難以適用。因現行國內法律理論無法解決此問題，本文自比較法觀點出發，就日本法所發展出之可罰違法性理論為進一步之研究，期能透過此一發展成熟之理論為公民不服從之刑事責任論斷尋求最佳之解決方式。

關鍵詞：公民不服從、可罰違法性理論、相對輕微型、公民抗爭、太陽花學運、318 學運

英文摘要



Recently, the contrivency between people and Taiwan Government, enterprises are growing. For example, on March 18, due to the Ma administration forced the Cross-Strait Service Trade Agreement through without due process, Taiwanese occupied the Parliament to end this democratic crisis. They called for a citizen constituteional assembly, spurned the Agreement, and demanded that the Agreement monitoring mechanism be institutionalized in this legislative term. The movement had been called "Sunflower Movement", referred to the use of sunflowers by the protesters as a symbol of hope as the flower is heliotropic. This term was popularised after a floristry contributed 1000 sunflowers to the students outside the Legislative Yuan building. Participants and legal academic advocated the movement being civil disobedience, which can be justified in law theory.

Civil disobedience means the active, professed refusal to obey certain laws, demands, or commands of a government, or of an occupying international power. Nevertheless, it is not a precisely legal concept. Directly claiming that the act of civil disobedience can be justified in law theory is jumping to conclusions. Therefore, this research is about what is "civil disobedience", and how it affects the criminal legal evaluation of participants of citizens' protest.

Key Words: civil disobedience, substantial illegality, citizens' protest, "Sunflower Movement", Occupy Parliament.

目錄



謝辭	i
中文摘要	iii
英文摘要	iv
第一章 緒論	1
第一節 研究動機	1
第二節 問題意識	3
第三節 本文架構	4
第二章 公民不服從與抵抗權	7
第一節 公民不服從	8
第一項 概念起源及歷史發展	8
第二項 公民不服從之定義	18
第三項 公民不服從之正當化理論	28
第二節 抵抗權	40
第一項 概念起源與歷史發展	40
第二項 抵抗權之定義與要件	45
第三項 我國適用可能性	52
第三節 本章結論	52
第三章 實務見解與文獻回顧	54
第一節 實務見解	54
第一項 違反《集會遊行法》	54
第二項 違反普通刑法	65
第三項 實務現況	73
第二節 文獻回顧	74
第一項 構成要件層次	74
第二項 違法性層次	76
第三項 責任層次	83
第四項 小結	85
第三節 本章結論	86
第四章 可罰違法性理論	88
第一節 日本理論發展與實務現況	88
第一項 理論定義	88
第二項 日本法之發展	88
第二節 日本學說見解	96

第一項 概述	96
第二項 可罰違法性之質與量	96
第三項 違法一元論與違法相對性	98
第四項 違法之實質內容	102
第五項 體系位置	105
第六項 學說總結	112
第三節 我國實務與學說見解	113
第一項 實務見解	113
第二項 學說見解	114
第三項 小結	116
第四節 本章結論	116
第五章 相對輕微型之判斷標準	119
第一節 學說見解	119
第一項 藤木英雄	119
第二項 前田雅英	126
第三項 本文見解	132
第二節 公民不服從之類型化標準	134
第一項 理論接軌	134
第二項 利益衝突	134
第三項 審查標準	137
第四項 行為類型與相對輕微型之應用	145
第三節 本章結論	155
第六章 結論	157
第一節 本文見解之總結	157
第二節 未來展望	163
參考文獻	165



第一章 緒論

第一節 研究動機

2014 年 3 月 18 日，為抗議立法委員張慶忠草率通過與全臺人民利益攸關的兩岸服務貿易協議，數百名學生趁在場警力不備進入立法院議場，並在經過一夜與警方之攻防後，因隔日到場聲援之學生與民眾人數眾多，對在場警力形成反包圍，終使議場內部人員得以宣布成功進駐議場，揭開後續長達 24 日占領運動之序幕。¹此抗爭活動後續透過網路串聯、號召，以學生族群之參與為大宗，又以向日葵為精神象徵，故被稱之為「318 學運」或「太陽花學運」。

在進駐議場期間，除滯留於立法院內部之群眾外，立法院各出入口亦不分晝夜聚集了大量守護之群眾，其均係基於對訴求的認同，而為避免議場內部群眾受到優勢警力之驅離而來；在這 24 天之期間內，人民與政府雙方均透過媒體力量試圖主導輿論之走向，年輕族群進一步利用網路途徑即時送出議場消息、與外界聯繫，並使太陽花學運躍升至國際媒體版面。²而雙方角力之結果除呈現於你來我往的訴求攻防外，於 3 月 23 日更發生攻佔行政院事件，隔日清晨政院態度轉趨強硬，警方採取暴力手段鎮壓、驅離和平靜坐之群眾，流血事件不僅使警民衝突一度白熱化，政府方面強硬的態度更引起社會輿論一陣譁然³；其間議場群眾試圖訴諸個別立法委員，要求其應遵從民意而非黨意，惟成效不彰⁴；3 月 30 日號召群眾上凱

¹ 〈學生攻佔議場 要求逐條審查服貿〉，自由時報電子報，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/763341>（最後瀏覽日：07/22/2014）。

² 〈太陽花學運事態擴大 國際媒體華郵、紐時高度關注〉，ETtoday 新聞網，<http://www.ettoday.net/news/20140324/338484.htm#ixzz389aG4PaU>（最後瀏覽日：07/22/2014）。

³ 〈江揆：不強制驅離 愧對國人〉，自由時報電子報，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/764978>（最後瀏覽日：07/22/2014）。

⁴ 〈快訊／太陽花學運 3 訴求 承諾立委大頭照將貼記號〉，ETtoday 新聞網，<http://www.ettoday.net/news/20140325/338910.htm#ixzz389bai7XE>（最後瀏覽日：07/22/2014）。

達格蘭大道為反服貿遊行，到場人數據主辦單位統計達 50 萬人⁵；其後藉由立法院長王金平等之斡旋與部分承諾，議場群眾同意退出議場，並於 4 月 10 日晚間正式結束長達 24 日之占領行動。⁶



以如此激烈、戲劇化的方式成功進行抗爭行為為臺灣近代以來少見，所引起之社會共鳴與後續效應之規模亦十分驚人，惟在學運後期檢警雙方已動作頻頻，除對攻佔行政院涉案人士聲請羈押外⁷，法務部長更係甘冒介入檢察事務之大不諱發表相關聲明⁸，而於學運告一段落後，檢警就參與群眾紛紛展開偵查、追訴，相關參與人士亦發表聲明表達承擔法律責任之決心。⁹

惟細究 318 學運之起源與參與者之訴求，可認其係出自於公益之動機，係針對其認為政府機關所為不當作為之抗爭行為，而粗略地檢視其訴求，就程序面來觀察，確實殊難想像攸關全國人民經濟重大利益之協議得以如此草率之程序通過、甚至產生法律效力，似可認為其抗爭行為具高度正當性；而事前事後對其內容幾乎一無所知的社會大眾，可說係藉此始有對之詳加檢視的機會，因此不論是否贊同其訴求，均難以否認其行為帶有一定之正面價值。然自刑事法律之觀點來看，就其行為所為之法律評價，是否仍能保有如此樂觀而直接的價值判斷？本文即以太陽花學運為出發點，作為開展後續研究之契機。

⁵ 〈50 萬黑衫軍湧凱道 《蘋果》空拍直擊〉，蘋果日報網，
<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20140330/369896/>（最後瀏覽日：
07/22/2014）。

⁶ 〈學運 24 天退場！學生歸還議事槌〉，華視新聞網，
<http://news.cts.com.tw/cts/general/201404/201404111404880.html>（最後瀏覽日：
07/22/2014）。

⁷ 〈魏揚列首謀 攻占政院遭檢聲押 北院裁定無保請回〉，中時電子報，
<http://www.chinatimes.com/newspapers/20140325000367-260102>（最後瀏覽日：
07/22/2014）。

⁸ 〈羅瑩雪：學生違法不能視而不見〉，中時電子報，
<http://www.chinatimes.com/newspapers/20140408000390-260102>（最後瀏覽日：
07/22/2014）。

〈反服貿「公民不服從」 法務部長：尚未構成活動要件〉，蘋果日報網，
<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20140415/379562/>（最後瀏覽日：
07/22/2014）。

⁹ 〈主動出擊 林飛帆、陳為廷下午赴北檢說明〉，三立新聞網，
<http://www.setnews.net/News.aspx?PageGroupID=6&NewsID=20605&PageType=3>（最後瀏覽日：
07/22/2014）。



第二節 問題意識

除前述之太陽花學運外，近年來公民抗爭運動可說是風起雲湧，無論係環境抗爭類型的苑裡反瘋車運動¹⁰、訴求核四停建之反核活動¹¹、美麗灣度假村相關爭議¹²；針對土地政策之苗栗大埔案¹³；主張廢除集遊惡法之野草莓學運¹⁴；或是為求保障勞工權益之關廠工人事件¹⁵、國道收費員抗爭事件¹⁶等。其所採取之抗爭手段亦涵蓋多種可能性，除最傳統且最常見之號召集會遊行外，採用禁食、絕食、臥軌、占領運動等為抗爭手段之案件亦層出不窮，而於抗爭之過程中，或因場面失控，或係依據原本之規劃，常有觸犯相關刑事法規之虞，參與者嗣後亦常受有檢警之偵查、追訴。

惟因公民抗爭行為時常蘊含高度之公益性，學者紛紛主張以公民不服從或抵抗權為依據，企圖賦予其行為正當化之基礎，進而影響就抗爭行為所為之刑事法律評價，然所謂「公民不服從」與「抵抗權」之概念究竟蘊含了何種內涵？其概念與既存之刑法理論體系是否可相容，而可逕以其為正當化之基礎？抑或是應經一定法律概念之中介，始可為此推論？

亦即縱使其行為符合「公民不服從」或「抵抗權」之要件，是否可直接推導

¹⁰ 〈風車、瘋車 苑裡為何而反？〉，環境資訊中心，<http://e-info.org.tw/node/87147>（最後瀏覽日：07/22/2014）。

¹¹ 〈林義雄「落實民主，停建核四」禁食行動大事記〉，ETtoday 新聞網，<http://www.ettoday.net/news/20140501/352359.htm#ixzz389gt8cJ4>（最後瀏覽日：07/22/2014）。


¹² 〈台東絕美杉原海水浴場 恐將葬送「美麗灣」財團下〉，ETtoday 新聞網，<http://www.ettoday.net/news/20121223/143475.htm#ixzz389hmFGBf>（最後瀏覽日：07/22/2014）。

¹³ 〈大埔強拆事件周年〉，風傳媒網，<http://www.stormmediagroup.com/opencms/news/detail/871ceeab-0e9a-11e4-8645-ef2804cba5a1?uuid=871ceeab-0e9a-11e4-8645-ef2804cba5a1>（最後瀏覽日：07/22/2014）。

¹⁴ 野草莓網誌，http://action1106.blogspot.tw/2008/11/1207_30.html（最後瀏覽日：07/22/2014）。

¹⁵ 〈【政府討老本】關廠工人臥軌抗爭 勞委會拒撤告〉，PNN 公視新聞議題中心，<http://pnn.pts.org.tw/main/2013/02/06/關廠工人臥軌抗爭-乘客斥：「開車！全部壓死！」/>（最後瀏覽日：07/22/2014）。

¹⁶ 〈收費員癱國道 林口交流道封閉〉，中時電子報，<http://www.chinatimes.com/realtimenews/20140613003210-260405>（最後瀏覽日：07/22/2014）。




出其行為係合法的？若答案為肯定，則就此乍看之下該當刑法構成要件之行為，應如何得出其合法之評價？若為求刑法體系內部之完整性而認不可逕予適用此二概念為正當化，則就此種訴求蘊含高度公益性、正當性之抗爭行為，司法機關於論斷其刑事責任時究應如何處理始為妥當？現行刑法理論體系中是否存有評價此特殊行為類型之空間？抑或是必須透過嶄新理論之創設、外國比較法之引進始可形塑出較完善之審查模式？就上述問題本文擬於後文逐一釐清，並提出一相形明確、可供參考之結論。

第三節 本文架構

首先於第一章緒論部分介紹本文之研究動機——太陽花學運之始末，以及其與刑事法領域之關聯性，並進一步提出本文之問題意識，及後續本文之研究架構。

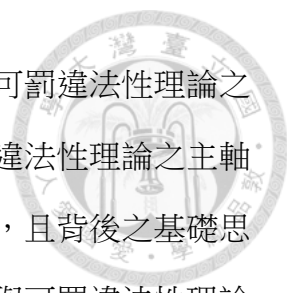
第二章之部分則試圖就「公民不服從」與「抵抗權」之概念內涵為釐清。就公民不服從之部分，擬先探究其概念之起源與歷史發展，學說多將公民不服從概念回溯至 19 世紀美國哲學家梭羅之主張，又以印度聖雄甘地及倡導美國黑人民權運動之金恩博士為歷史上落實公民不服從之著名案例，故本文分別爬梳其抗爭行動之脈絡與各自論述之內容，試圖釐清公民不服從概念初始之輪廓；而後就學者所提出之概念定義及要件分別檢討，因公民不服從自始並非法律領域發展出的概念，故就其定義學者眾說紛紜，紛紛本於目的性思考之立場提出見解，本文擬以多數學者形成之共識為討論之基礎，並就個別要件為分析檢討後，提出本文所認同之概念定義；而下一步本文將探究公民不服從行為之正當化基礎為何，就此學者分由超實定法理論、基層民主思想或憲法基本權利出發，尋求其行為之正當化基礎，並進一步提出正當化之要件，本文將於後文一一整理其脈絡後採擇其一作為公民不服從行為之正當化根基，並以此為基礎發展後續理論。就「抵抗權」之部分基本上以相同方式為解析，故先自其概念起源與歷史發展出發，按其概念起源於美國之憲政思潮，由法國大革命繼受並加以傳播，最後茁長落實於西德，現



仍存於《德意志聯邦共和國基本法》第 20 條第 4 項之明文規定，故本文分就其於歷史上各階段之規範內容為分析，試圖釐清其概念輪廓；而後探究抵抗權之定義，或有將其為廣義理解，認為其可包含以建立近代憲政體制為目的之革命權形態，惟革命權係以推翻既存憲法與法律體制、政權為目的，與本文所欲處理之態樣是否相容有待進一步之檢討；而就抵抗權行使要件之部分，學者就此具高度共識，本文便以此為基礎，分別就憲政秩序侵害、公然而嚴重的侵害、最後手段性三要件為分析檢討；並進一步釐清「抵抗權」與其他概念間是否存在差異、差異點又為何；而後就我國憲法未明文規定抵抗權之情況下，是否容許適用此概念為討論。最終則係本文問題意識所提出之諸般問題，究應以公民不服從或係抵抗權為基礎，亦或是二者均可，始適於刑事法律領域中開展進一步論述之釐清。

第三章部分則擬探究我國就本文問題意識之實務與學說見解內涵為何。首先就實務見解部分，以我國曾發生之公民不服從實際案例為基礎，分為違反《集會遊行法》及刑法規範二類。就《集會遊行法》部分先釐清本法之立法歷史、刑事責任規範之內容，後論及其規範本身所引發之爭議，並以紅衫軍事件與野草莓學運為例，就其事件背景、實際上司法程序後果為分析，以釐清實務見解之立場；就違反普通刑法之部分，則以關廠工人二次臥軌案及苗栗苑裡反瘋車案為例，同樣以事件背景與司法實務之處理為觀察切入點，分析實務就此類公民不服從行為之刑事責任見解與處理方式為何。而文獻回顧部分，則分析歸納近年來對層出不窮之抗爭行為之學說見解，並以通說所採三階層犯罪結構為基礎分析之，亦即分為構成要件層次、違法性層次及責任層次三者，分別就學說曾提出之見解一一為分析、檢討，而本於諸家學說之共通基礎，採擇其中就公民不服從類型之行為最可能可形塑出明確下位標準之可罰違法性理論為進一步之討論。

第四章部分係就可罰違法性理論本身之內涵為釐清，按此理論本身於日本實務與學界之發展經年且內容複雜，故本文擬先提出欲採擇之理論形態後，始就下位標準為進一步釐清。故首先探究此理論於日本之開展——「一厘事件」，並就後



續實務發展出之諸般適用類型為檢討，及日本最高法院後續就可罰違法性理論之見解更易；而就學說見解部分，以學者宮本英脩為開端，可罰違法性理論之主軸分為佐伯千仞及藤木英雄二派，二者建構理論之重心大不相同，且背後之基礎思想亦相異，如就應採違法一元論或多元論、違法性之實質內容與可罰違法性理論之體系位置均抱持不同見解，故本文以二者理論之爭議焦點為分析之脈絡，最後再總結其理論間之差異，並採擇本文認為較為妥當之見解。而就可罰違法性理論之適用，下一步應釐清的係我國實務與學說見解之態度，實務見解部分以最高法院 74 年台上字第 4225 號判例為代表；學說部分則大致上採取保守、消極之立場，本文就其對可罰違法性理論提出之批判一一為討論並回應。

第五章部分則以公民不服從行為涉及之相對輕微型為討論重心，主要擬參考日本學者就相對輕微型之可罰違法性提出之判斷標準，進一步就公民不服從之事件類型提出可行之審查方式。首先以學者佐伯氏與藤木氏之見解為基礎，再審酌近代試圖重構可罰違法性理論之學者前田雅英就相對輕微型所提出之衡量模式與判斷要件，進一步提出本文就公民不服從行為類型應適用之衡量標準之見解；並就公民不服從行為常見之行為態樣為分析——靜坐抗議與占領運動，並以野草莓學運與 318 學運為例，嘗試運作本文前述之衡量標準，並分析其行為之刑事責任。

第六章部分則提出本文之結論，除就本文前數章節之見解為歸納並總結外，就本文未竟之處與此議題之發展提出未來之展望。

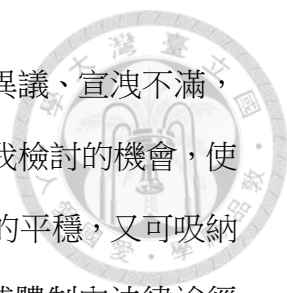


第二章 公民不服從與抵抗權

民主法治為現代國家的理想形態，因主權歸屬於人民，由人民自身或其選出的代表訂立法律，再以法律作為約束行政、司法的準據，透過這樣的設計制約國家權力，避免少數實際掌握權力者濫用職權並侵害全體或個別人民之權利，而在這樣的制度設計下，理論上人民應可完全掌控國家權力，縱面對濫用的國家權力，體制內亦設有法律途徑以資救濟，故是否有必要透過違法的方式對抗國家已有疑義；又違法的「不服從」¹無可避免地將使法治原則受到一定程度的破壞，故在現代民主法治國家中，「不服從」扮演如何的角色即有探究必要。

按現代國家因現實上考量多採間接民主方式，即透過選舉所產生的代議士代人民行使立法等權限，惟其可能受到強制或利誘等因素影響而背棄人民的委託，作出對人民不利的決定，如在一黨獨大的國家中，即使透過合法的方式使人民選任代表，政黨仍可挾眾多政經資源，迫使代表遵從黨意而非民意，而間接使國家權力制衡功能喪失，如德國在二戰前經由民主國會所制定之《授權法》賦予行政首長立法權限，導致事實上一人獨裁的後果；又因立法者所制定的法律無法盡善盡美，單純遂行法律優位等原則無法遏止國家權力被濫用；綜上可知，民主法治的政治形態仍無法完全避免國家權力被濫用，個人權利更因此迭受侵害，故仍有容許人民就不正義的法律或命令主張不服從的必要，惟慮及體制內已設有相關的法律救濟途徑，對不服從可容許的態樣、行使的手段等應有所限制，至少在民主法治之政治形態前提下，殊難想像容許恐怖主義及顛覆政府的革命等行為。而適度容許不服從行為除可在正常法律途徑喪失作用時，作為人民手段回復民主法治

¹ 詹文凱（1990），〈法律正當性及對法律的不服從〉，《憲政時代》，15卷4期，頁30-31。此為廣義概念，指涉「一切背於法律規定，使法律無法達到預期目的的積極或消極行為」而言，下位概念包括抵抗權、公民不服從、革命、恐怖主義等。



之手段外；亦可作為政治表達的一種方式，藉此使不滿者表達異議、宣洩不滿，避免過度壓抑而產生的劇烈反動；另亦給予法律、政治體制自我檢討的機會，使國家權力得在接收不同意見後適度自我調整，既維持法律秩序的平穩，又可吸納社會變遷。質言之，不服從作為人民的最後一道防線，係為彌補體制內法律途徑之不足，除釐清法律正當性之爭議外，並希能對國家權力形成警惕的作用，發揮備而不用之功效。²

承前述，即使是現代民主法治國家仍有容許人民主張不服從的必要性，而容許的標準及行為態樣等仍需進一步的探討，惟民主法治國家應難以容許不擇手段的恐怖主義或以顛覆現有政府為目的的革命，又遂行革命行動者的法律評價，多涉及刑法第 100 條內亂罪³及政治上確信犯之相關問題，非本文欲深究的行為態樣，故以下僅就民主法治體制內之公民不服從與抵抗權為進一步的研究與探討。

第一節 公民不服從

第一項 概念起源及歷史發展

公民不服從之概念並非實證法上的法定用語，其概念之定義及界定學界爭論數十年仍未發展出一致的見解⁴，或有認為至少早在西元前 399 年就已出現針對人民與政府間關係以及應如何適當回應不正義法律的討論，即蘇格拉底針對「為何應服從不正義法律」之論辯⁵，其認為法律判決雖然不正義，但仍應謹遵公民應守之份際，最終服從該法律裁決服毒而亡⁶。然多數學者認為「公民不服從」

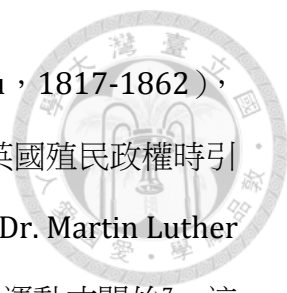
² 詹文凱，前揭註 1，頁 46-48。

³ 刑法第 100 條：「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行者，處七年以上有期徒刑；首謀者，處無期徒刑。預備犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑。」

⁴ 許宗力(1988)，〈試論民主法治國家的「市民不服從」〉，《臺大法學論叢》，18 卷 1 期，頁 196。

⁵ Hugo Adam Bedau (ed.), *Introduction, Civil Disobedience in Focus*, London: Routledge, 1991, p. 1.

⁶ 許弘宜(2005)，〈認真對待正義-羅爾斯論公民不服從〉，頁 10-17，東吳大學哲學系碩士論文。



概念應追溯至十九世紀美國哲學家梭羅（Henry David Thoreau，1817-1862），後因甘地（Mohandas Karamchand Gandhi，1869-1948）反抗英國殖民政權時引述而廣為人知，然學術界之研究實至 1950 年代中期金恩博士（Dr. Martin Luther King Jr.，1929-1968）倡導黑人民權運動及其後發生之反越戰運動才開始⁷。這些歷史上的實際案例也成為討論公民不服從時的當然典範，並成為刺激學術討論、概念發展的重要助力。故以下將分別從這些歷史上的實際案例出發，試圖勾勒出「公民不服從」概念的樣貌。

第一款 梭羅

第一目 違法抗稅

梭羅因反對美墨戰爭、美國南方奴隸制度及當時政府對印地安人權利之侵害，以抗稅為其抗議手段，於 1846 年 7 月終因長期不繳稅款而入獄服刑，雖隔天就因親戚代繳稅款而出獄，但以此為契機，其得以更深刻地思索人與政府間的關係，於 1848 年發表「個人對政府的權力與責任」（The Rights and Duties of the Individual in Relation to Government）演說，隔年以〈反抗公民政府〉（Resistance to Civil Government）為題將講稿發表，為自身抗稅行為辯護。梭羅過世後四年出版之梭羅選集《美國人在加拿大：反蓄奴與改革論文》（A Yankee in Canada, with Anti-Slavery and Reform Papers）便收錄此篇講稿，題名為〈論公民不服從的責任〉（On the Duty of Civil Disobedience）。⁸雖無法確認梭羅是否確實使用過「公民不服從」這個詞，然學者仍多推崇其為此概念之濫觴。⁹

⁷ 易珊如（2005），《論公民不服從在代議民主下的合理性》，頁 31-32，國立中央大學哲學研究所碩士論文；許宗力，前揭註 4，頁 2-3。

⁸ Henry David Thoreau（著），劉粹倫（譯）（2012），〈公民不服從〉，劉粹倫（編），《公民，不服從！》，頁 25，臺北：紅桌文化，左守創作。

⁹ 依據歷史界考察之資料，梭羅本人似未使用過「公民不服從」（Civil disobedience）一詞，且在其之前亦未有人以此名詞出版書籍。See Lewis Perry, "Civil Disobedience" *Encyclopedia of American Political History: Studies of the Principal Movements and Ideas*, ed. Jack P. Greene

第二目 論公民不服從

壹、「人民唯一的義務是：無論何時，都只憑良心做事。」¹⁰

梭羅認為民主政治的基本原則之一——多數決原則（majority rule）雖使多數人能夠長時間主導大局，但並非因為多數人想法比較正確或這樣對少數人最公平，而僅是因其為「多數決」的優勢，使他們可掌控實質的政治權力，然而這樣形成的政府可能造成多數壓迫少數的後果，使正義無所依歸，亦即多數人的政治力量可能掩蓋我們的良心，使民主政治社會產生不正義的法律或政策。

是以梭羅認為政府教育人民尊重法律、灌輸法律即正義的觀念是非常不可取的，人民唯一的義務是無論何時都只憑良心做事——「法律不會使人更講道義，每每因為遵守法律，人民反而淪為不義之事的幫兇。」¹¹梭羅以戰場上的軍人為例，指出整隊軍人上至將軍下至小兵，違背自己的意願與良心投入戰場，即使這些人都愛好和平並清楚戰爭只是分內的工作，但他們在戰場上並不被當作是人，而僅是當權者手下的機動性小型彈藥庫跟堡壘，進而成為不義戰爭的幫兇。

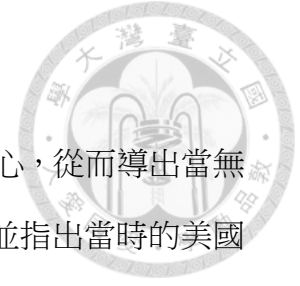
其並將為國家效力之人分為三種：第一種是冒生命危險為國家服務的人，如國軍、義勇軍、警察等，往往像傀儡一樣任人擺佈，但卻被認為是典型的好國民；第二種是用腦為國家服務，如議員、政客、公務員等，這些人毫無道德判斷力可言；第三種則是用他們的良心為國家服務，如英雄、愛國者、殉道者、偉大的改革家等。第三種人雖因為反對國家大多數政策而經常樹立敵人，然梭羅認為第三種人才是全心全意為同胞奉獻的人，為理想之形態。¹²

(N.Y.: Charles Scribner's Sons, 1984), 1:211. 轉引自 Herbert M. Levine(著), 王業立等譯(2007), 《政治學：議題與爭辯》，頁 245，臺北：韋伯文化國際。

¹⁰ Henry David Thoreau (著), 劉粹倫(譯), 前揭註 8, 頁 27-30。

¹¹ Henry David Thoreau (著), 劉粹倫(譯), 前揭註 8, 頁 29。

¹² Henry David Thoreau (著), 劉粹倫(譯), 前揭註 8, 頁 31-32; 楊仁聲(1988), 《公眾抗議行為之研究》，頁 57，私立中國文化大學法律學研究所碩士論文。



貳、革命的權利

承前所述，梭羅認為決定國家政策、法律對錯的標準是良心，從而導出當無法忍受政府的暴政或無能時，人人均有「革命」¹³的權利¹⁴。並指出當時的美國雖誓言捍衛言論自由，卻有六分之一人口是奴隸，又派出國軍侵犯墨西哥，面對這樣不正義的政府，人民有權予以反對或不服從。

參、直接反抗的正當性

梭羅指出有良心的人應該訴諸直接的反對行動，不能僅是被動的等待不切實際的民主投票過程。並指責多數人對引發不義的政府不為反抗，僅是等待投下廉價的一票、漠視嘲笑自己的行為與權限、或讚賞不想打這場仗的士兵，其雖不贊成政府的操守與作為，卻仍投以愚忠與援助，反而成為不正義政府最死忠的支持者。¹⁵

又在現今政府的統治下，一般人認為面對不正義的法律，仍應先對多數人進行勸說、改變多數人想法，因為若是以強硬手段對應，則後果會較目前法律所造成的弊端還糟。但梭羅認為若是補救後之後果比之前更糟，則應該反省的是政府，因為其應珍惜這些有良心的少數人的智慧，應鼓勵人民指正、對弊端加以改善。又向大眾呼籲，若不義之事需要依靠你促成，則就應該打破此循環，以抵抗不義、使政府這部機器停擺，必須時時警惕自我，不要使自身成為所譴責罪惡之幫兇；故梭羅主張不必等到多數人參與始行動，應於正義昭彰前就行動，因其認為上帝站在正義這一方，故不需要等待其他人，只要堅守正義的理念，則等同於比其他人提早加入「多數人」的陣營。

¹³ 此處所謂「革命」參照前後文及梭羅本人之政治理想及抗稅行動可知，應係指「和平革命」(peaceable revolution)，與通常認知的流血暴力革命不同。

¹⁴ Henry David Thoreau (著)，劉粹倫 (譯)，前揭註 8，頁 30-32。

¹⁵ Henry David Thoreau (著)，劉粹倫 (譯)，前揭註 8，頁 33-42；許弘宜，前揭註 6，頁 21。

肆、「在實行蓄奴制的州裡，自由之士唯一能住得有尊嚴的地方只剩監獄」¹⁶

本於自身良心違法的後果可能是牢獄之災，梭羅指出政府對付思想較開放、還未徹底絕望的公民就是將其監禁，而監獄中雖然與世隔絕，卻讓人活的更自由、更有尊嚴。這些異議人士的影響力並不因入獄而消失，按真理遠比錯誤的律法更加強而有力，親身經歷過一些不公不義的事，將使他們為正義發聲時更為有力。

梭羅指出當時的政府如果必須在囚禁所有正義之士和放棄戰爭與奴隸間選擇，政府會不假思索地將所有正義之士關起來，但若大家仍乖乖繳稅，則等於是把錢送給政府施暴、殘害無辜。只要有一群人不繳稅，這個抗爭的方法既非暴力也不流血，革命可以和平地進行，則拒絕繳稅就是可行的做法；並呼籲稅務人員或公務員應辭掉公職，唯有在人民拒絕效忠政府、官員不在其位時，革命才算成功。

第三目 小結

承前所述，梭羅主張繳交稅款會使他間接成為當時美國政府的幫兇，進而成為蓄奴制、進犯墨西哥的幫兇，故藉由拒絕交稅除表達自身不滿外，亦不使自己被歸入其所譴責的邪惡方，進而得出其抗稅行為是正當的結論，並進一步呼籲其他人應本於良心採取相同的行動，以達和平革命之目標，雖最終美國就奴隸制爭議仍爆發了南北戰爭，惟仍不減梭羅指出另一可能抗爭路徑對後世之貢獻。

¹⁶ Henry David Thoreau (著)，劉粹倫 (譯)，前揭註 8，頁 43-45。



第二款 甘地

第一目 非暴力不合作運動

於 1869 年出生於印度西岸的波爾班達爾，甘地於 1888 年赴英國倫敦深造法律，三年後取得律師資格；1893 年因其於南非親身感受到一連串的種族歧視，展開多次抗爭以反對不合理措施，1913 年於南非真正進行第一次公民不服從之群眾運動，迫使當時南非首相同意談判，影響 1914 年南非政府決定撤銷使印度人感到不滿的法律。¹⁷

1917 年甘地為抗議英國在印度殖民統治之壓迫性法律，於印度首次以非暴力的抗爭方式表達人民的訴求，其後並發動數次規模各異的不合作運動，惟因北方城邦發生之流血事件，使其暫時放棄一切不合作運動。之後因 1928 年巴朵利運動運用非暴力抗爭手段成功使政府調降土地租稅，使甘地認為印度民眾對非暴力已有深刻認識，可再次進行大規模運動。¹⁸

1930 年為反對鹽稅法與關稅等要求與英政府談判未果，產生全國性的非暴力不合作運動，甘地因此被捕入獄；次年，甘地被釋放後出席倫敦圓桌會議，但其希望印度獨立之見解不被接受，談判破裂；之後直至 1942 年始再度發動非暴力不合作運動，英國政府嚴厲鎮壓後甘地又被捕入獄；1947 年印度終從英國手中獲得獨立，但領土卻分裂為印度和巴基斯坦，甘地為制止印度和巴基斯坦間的衝突及內亂於 1948 年被一印度教狂熱份子暗殺身亡。¹⁹

¹⁷ 江文宗（2009），《論市民不服從的正當化理論與實踐》，頁 11-12，國立臺北大學法律學系碩士論文。

¹⁸ 江文宗，前揭註 17，頁 12。

¹⁹ 易珊如，前揭註 7，頁 34。

第二目 非暴力主義



甘地被尊為聖雄 (the Mahatma)，其作為公民不服從中「非暴力」特性之代表人物，投注一生為印度的自由民主奔走，並試圖透過闡述自由的真諦及身體力行引導群眾，其認為人類是可自我管理的生物，在犯錯的同時應有改正錯誤的能力，印度的真正自由只有藉由人類心靈、精神上的解放才能脫離英國而獨立，而人類心靈、精神上的解放僅能透過非暴力手段達成²⁰：

一邊是真理和非暴力，一邊是謬誤和暴力，在這兩者之間沒有任何調和的餘地。我們也許不可能做到在思想言詞以及行為中完全非暴力或是不帶有暴力的色彩。但是我們必須始終把非暴力作為我們的目標，穩健的向它接近。不管是一個人的自由，還是一個民族或整個世界的自由，都必須通過這個人、這個民族或這個世界的非暴力來達成。²¹

非暴力主義係一種社會政治哲學，甘地試圖用它來解決社會政治中發生的各種矛盾與紛爭，為甘地在南非時期從梭羅、托爾斯泰 (Leo Tolstoy, 1828-1910) 作品與《薄伽梵歌》中汲取靈感漸漸形成²²，故此哲學繼承了傳統印度宗教與倫理觀，又吸收了西方政治哲學與人道主義思想，可說是東西思想的融匯成果。²³

其在不合作運動中所採取之手段，諸如絕食、抵制英國商品、拒絕服從英國政府法令等，均係為彰顯「非暴力」之性質，希望透過此種手段達到爭取自由及和平之目標，並指出從事非暴力反抗者已準備接受隨之而來的懲罰，而這樣的和

²⁰ 易珊如，前揭註 7，頁 34。

²¹ See Thomas Merton (ed.), *Gandhi on non-violence* (New York: New Directions Pub. Corp., 1965), p. 24.，轉引自易珊如，前揭註 7，頁 35。

²² Henry David Thoreau (著)，劉粹倫 (譯)，前揭註 8，頁 70。

²³ 甘地之理論基石實植基於其神靈觀與人性觀，惟因非本文欲探討重點故在此不贅，可參照羅卓雄 (2008)，《非暴力抗爭之研究－以馬來西亞「白小保校事件」為例》，頁 31-36，中國文化大學中山學術研究所碩士論文。

平抗爭手段廣受認同，最終在印度開花結果，使其成功脫離英國而獨立²⁴。



第三款 金恩博士

第一目 黑人民權運動始末

1863 年南北戰爭結束後，美國雖廢除奴隸制度使黑奴得到解放，但黑人實際上仍是被輕視的二等公民，為各式各樣的種族歧視所苦，並受到「三 K 黨」(Ku Klux Klan) 之暴行威脅。金恩博士於 1929 年 1 月 15 日出生於喬治亞洲的亞特蘭大市 (Atlanta, Georgia)，其成長於充滿種族偏見的年代，於神學院就讀時期，梭羅係影響他最深的哲學家，梭羅為廢奴論者，且藉〈公民不服從〉一文闡釋為何他要挺身反對此種不正義的社會制度；甘地的非暴力哲學則使金恩開始相信此種和平的抗爭方式也有成功的可能性，其理念與信條深深激勵了金恩。²⁵


1955 年美國爆發蘿莎·派克絲 (Rosa Parks) 事件²⁶，金恩全力支持此事件後續引發的抗爭 (Montgomery Bus Boycott)；隔年因為其指導拒搭公車運動使其住家遭受炸彈攻擊，幸而無人受傷，面對當時群情激憤的黑人群眾，金恩重申自身不可以暴制暴的非暴力信念，使激動的群眾得以冷靜並和平散去；其努力不輟終使蒙哥馬利市廢除公車的種族隔離政策。1957 年金恩以廢除所有不平等待遇和賦予黑人選舉權為目標，以運用非暴力、不合作對抗不正義法律或政策為宗旨，組成南方基督教領袖聯盟 (Southern Christian Leadership Conference, SCLC) 並被推舉為會長。而後兩年內其足跡踏遍全美國四處演說，以推行自身和平抗爭理念，並成功影響黑人大學生使其策劃類似運動²⁷；而後在 1963 年串聯各團體，

²⁴ 易珊如，前揭註 7，頁 35。

²⁵ Schloredt & Brown (著)，李敞 (譯) (1993)，《金恩》，頁 5-58，臺北：東華書局。

²⁶ Schloredt & Brown (著)，李敞 (譯)，前揭註 25，頁 19-22。當時蒙哥馬利市規定黑人不准坐在公車的前四排，而其他座位若白人想坐，則該排所有黑人都全部必須起立讓座，派克絲女士當天即被要求依照規定讓座，但她因為過於勞累且疲於忍受此種不合理的規定，故拒絕讓座後被捕，此事件迅速演變成蒙哥馬利市所有黑人與反對此不平等制度的白人們的聯手抗爭。

²⁷ Schloredt & Brown (著)，李敞 (譯)，前揭註 25，頁 39。1960 年一位黑人大學生因在巴士



在阿拉巴馬州的伯明罕發起一系列抗議種族隔離政策的「計畫對抗」(Project Confrontation)，並因此被捕入獄，在獄期間寫下〈一封來自伯明罕市監獄的信〉(Letter from Birmingham City Jail)，同年出獄後在林肯紀念堂發表著名的「我有一個夢」(I Have a Dream)演說。1964 年詹森總統簽署《權利法案》(Civil Rights Act of 1964)，至此，終使公民權法案獲得通過；同年金恩亦獲頒諾貝爾和平獎。其後經過一連串事件、種種運動與遊行後，美國眾議院於 1965 年終通過新的選舉權法案，授與聯邦政府監督選舉是否公正及嚴禁種族歧視的權力，並廢除所有用於禁止黑人參與投票的陋規²⁸。

迎來此重大勝利的同時，黑人內部亦產生分裂，許多黑人領袖不同意金恩非暴力之抗爭模式，怨恨長期受歧視的黑人組織透過演說與海報煽動群眾以武力反抗白人壓迫；而 1968 年當金恩四處奔走推行非暴力理念的途中，於曼非斯遭到暗殺身亡。

第二目 非暴力抗爭之理念

壹、正義與不正義的法律

金恩面對他人質疑何以倡導群眾違犯特定法律，而同時又服從另一些法律時，主張法律可分為正義與不正義兩種，前者符合道德與上帝律法，後者則與道德律相衝突。就正義的法律人民不但有法律責任，同時亦有道德責任應予服從；然同時人民也有道德責任「不」服從不正義的法律。故涉及種族隔離、歧視的相關法律，因係輕蔑特定族群人格，並形成不當的壓迫，自應認定是不正義的法律，人民應不服從甚至反抗。²⁹

站餐廳遭受拒絕服務，與其他兩位學生策劃抗爭，每天都在該櫃檯前靜坐抗議，並有越來越多學生加入，透過媒體傳播，南方各州掀起對不招待黑人餐廳採取靜坐抗議的旋風，學生們並成立學生非暴力協調會 (Student Nonviolent Coordinating Committee, SNCC) 以互相支援，金恩並現身支持，隨後被捕入獄。

²⁸ 易珊如，前揭註 7，頁 35-36。

²⁹ 「答案便是事實上有兩種不同典型的法律：正義的法律和不正義的法律。但我第一個將會倡



貳、非暴力抗爭之理念

如前述，金恩深受梭羅及甘地影響主張非暴力抗爭，其認為受到不公平對待或壓迫的人有三種回應方式：一為默許，即適應並順應被壓迫的命運；二為暴力回應，即訴諸身體的暴力及仇恨；第三則為非暴力抗爭，為前兩者的調和。金恩認為前二者均無法真正解決問題，且實行者永遠無法得到他人的尊敬與認同，故唯一可行方式即是非暴力抗爭，可爭取自身權益，又擺脫以暴制暴的惡性循環。

³⁰金恩如此詮釋非暴力抗爭：

我們將採取反對不正義的直接行動，而不等待別的代理機構的行動。我們將不服從不公正的法律或屈服於不正義的實踐。我們將和平地、公開地、歡樂地作這樣的事。因為，我們的目的是說服。我們採取非暴力的手段，因為我們的目標是一個自身和諧的共同體。我們將嘗試用我們的話來說服。我們總是願意對話和尋求公平的妥協，但我們也準備忍受必要的痛苦，甚至冒著生命危險去證明我們所認識的真理。³¹

其並將非暴力抗爭歸納出六項基本概念——非暴力抗爭非懦弱表現；旨在贏得對方友誼及理解，而非打倒或羞辱對方；非暴力抗爭針對的是錯誤本身，而非犯錯的個人；非暴力抗爭必須有心理準備，必要時願意接受苦難而不採取報復手段；非暴力抗爭不僅應避免外在暴力，更重要的是避免內在暴力，非暴力抗爭者不僅不會拿槍射他的敵人，更要能不恨他；非暴力抗爭者要有堅定的信念，相信

導服從法律。因為人不僅有法律責任，也有道德責任去服從正義的法律。相對的，人也有道德責認不服從不正義的法律。……而判定此二種法律的方式在於，正義的法律是符合道德以及上帝的律法，而不正義的法律是不與道德律相和諧的。……任何提高人格的法律都可稱正義，而任何貶低人格的法律便絕非正義。」 See Martin Luther King Jr., *Why We Can't Wait*, pp. 82-83.，轉引自易珊如，前揭註 7，頁 37。

³⁰ Martin Luther King Jr. (著)，何懷宏 (譯) (2001)，〈寄自《伯明翰監獄的信》及其它〉，何懷宏 (編)，《西方公民不服從的傳統》，頁 94-96，長春：吉林人民。

³¹ Martin Luther King Jr. (著)，何懷宏 (譯)，前揭註 30，頁 110。



世界終究會站在正義的一方。³²透過不斷闡釋、宣揚非暴力抗爭的理念，金恩成為黑人民權運動中舉足輕重的角色，其行動也被後世譽為公民不服從中落實非暴力理念的典範。

第四款 小結

前述歷史上實例對「公民不服從」概念之發展、討論及內涵釐清均有所助益，雖有論者認為若經詳細檢驗，則上述三例均無法完全符合後世所提出公民不服從應具備之基礎要件，以甘地為例，其所從事運動之最終目的係推翻英國人在印度的殖民統治，意義遠勝於強迫英國政府改變一項法律或政策³³，即並非單純針對個別法律或政策所為，與後世強調公民不服從行為人仍保持對法律體制的忠誠，絕無推翻整個體制之意圖有別。

亦即，若以後世所發展出的概念定義逐一檢驗，極可能得出上述三例非嚴格意義下之「公民不服從」的結論，惟仍不可否認梭羅、甘地與金恩作為此概念重要啓蒙者及實行者的地位，同時其亦刺激後世就此概念相關定義、要件的論辯及思考。

第二項 公民不服從之定義

如前所述，公民不服從因自始非法律領域中實證法之概念，故並無一明確定義，學者亦各憑合目的性思考為主張，本文以下將以學者就此概念求取眾家見解之最大公約數所得定義：「指任何人基於政治道德良心之動機，以促使法律、政府政策或社會弊端變更為目的，單獨或與他人共同所為公開、非暴力之有意識觸

³² See Martin Luther King Jr., *Stride toward Freedom-The Montgomery Story*. (New York: Harper & Row, 1958), 102-106. 轉引自洪銘國 (2011), 《教育要有夢 — 馬丁路德金恩生命典範》, 頁 11, 臺北市立教育大學教育學系碩士班論文。

³³ 陳宜中 (2007), 〈公民不服從與自由民主: 倒扁紅潮下的一些省思〉, 《思想》, 4 期, 頁 41-61; Herbert M. Levine (著), 王業立等譯, 前揭註 9, 頁 249。

犯法律規範的行為」³⁴為基礎，並就其定義所涉要件逐一檢討之。



第一款 觸犯法律規範

第一目 意義

公民不服從與其他合法行使言論自由、集會遊行自由等抗爭行為不同，雖德國法哲學家考夫曼（Arthur Kaufmann）曾主張其係以市民的勇氣為訴求，僅及於精神的抵抗，或係要求人民積極批判、揭發或拒絕參與不公正的事務，應以不違反法律為前提³⁵，然如此的定義顯然過度矮化公民不服從之內涵，與此概念發展脈絡亦不相容，按人民有意識地違反法律應為此種抗爭行為之所以稱為「不服從」之由來。³⁶惟應注意此要件之內涵應僅係指行為人之行為有違法之虞，亦即乍看之下其係構成要件該當之行為，並不代表嗣後法律評價必為違法，亦即不以行為人確實成立犯罪為要件。

而所觸犯之法律規範於此應採廣義解，除形式意義的法律外，亦包括行政命令或行政機關之行政處分；違法方式可能係積極作為，亦即從事法規所禁止之行為，亦有可能係消極作為，即不履行法規所課予之行為義務。³⁷

第二目 直接、間接不服從

依據公民不服從行為者所訴求改變之法律、政策與其行動時具體觸犯之法規是否同一，可區分為直接與間接不服從二類型，前者係為「防止」不正義的法律或政策運作；後者則是為「抗議」不正義的法律或政策運作³⁸，相關爭議分述如下：

³⁴ 許宗力，前揭註 4，頁 196。

³⁵ 許宗力，前揭註 4，頁 197-198。

³⁶ 周永勝（1999），〈論公民不服從〉，《法制與社會發展》，5 卷 5 期，頁 80；許宗力，前揭註 4，頁 196。

³⁷ 許宗力，前揭註 4，頁 196-197。

³⁸ Hugo Adam Bedau (ed.), *Civil Disobedience and Personal Responsibility for Injustice*, op. cit. p50.



壹、直接公民不服從

直接公民不服從係指行為者藉由違反該所欲改變的法律或政策，以抗議該法律、政策之不正當，即透過故意以身試法，凸顯該法律、政策不正當之處，亦可使行動具體之目標更為明確，前文所述之黑人民權運動中其為抗議種族隔離法規，故意進入白人專用餐廳並靜坐之行為、為抗議越戰時徵兵法不公而拒絕接受徵召等³⁹，即為典型之直接公民不服從案例。

貳、間接公民不服從

間接公民不服從係指行為者觸犯之法規與抗議對象不同一的情況，如梭羅雖係違反賦稅法規拒不繳稅，然其並非為抗議稅制不公，而係為反對美墨戰爭、奴隸制以及政府對印地安人的剝削，惟這樣不服從的方式會引發是否打擊對象錯誤以及造成法秩序過於動盪之質疑。


如美國前最高法院法官 **Abe Fortas** 立基於法治社會應以法治為上之理念，認為政府及社會中的個人均生活在法律之下，我們的生活方式仰賴憲法下法律之支配及個人對法律的服從，二者均為必要，故個人不論有如何高尚的判斷及激情均不可取代法治，並認梭羅雖是偉大作家但他的書不應作為政治科學的手冊。⁴⁰按其雖贊成直接公民不服從，認為其可作為憲法合憲性的測試案件；但就間接不服從則認為無論如何均係不正當的，因間接不服從可能會造成違法行為過度蔓延，甚至導致社會秩序動盪、癱瘓政府機能等，其認為只要具體被違反的法律是合憲的，則法治社會下行為者就必須入獄服刑，間接公民不服從僅是示威技術的一種，非屬美國憲法第一修正案（**the First Amendment**）所保障的異議自由的一環。⁴¹

然亦有論者為間接不服從提出辯護，最主要的理由為對於某些不正義的法律

³⁹ 江文宗，前揭註 17，頁 20。

⁴⁰ See Abe Fortas, *Concerning Dissent and Civil Disobedience*, New York: New American Library, 1968, pp.33.，轉引自許弘宜，前揭註 6，頁 24。

⁴¹ *Ibid*, pp29-30,p62.，轉引自許弘宜，前揭註 6，頁 23-24。



或政策，人們無從直接進行抵制或反抗，以 318 學運為例，參與抗議者或批判立法院審查程序不透明，或認為兩岸服務貿易協議本身內容不合法，而審諸上述二訴求之內容，顯然一般人民無法透過直接違反的方式為不服從，無進行直接公民不服從的可能性。若採 Fortas 之觀點，則僅有與不正義直接相關聯的人，如被壓迫之當事人或國家機關該管公務員始有進行公民不服從抗爭的可能性，以梭羅抗稅為例，因其並非墨西哥人、亦未於美墨戰爭被徵召又並非黑人奴隸或受到剝削的印地安人，則其不可主張公民不服從。然多數情況中大部份公民均非直接關聯之人，若將範圍為如此嚴格的限縮，不但將使概念實益大幅降低，更使其無法發揮預期的功效。⁴²羅爾斯 (John Rawls) 亦採取相同看法，並舉例說明之，按政府若就叛國罪制定一含糊而嚴厲之法規，則要求公民僅能以叛國行為彰顯自身反對此法規之立場即為不合理；又如涉及對外事務政策時，亦無直接違反可能性。⁴³

參、小結

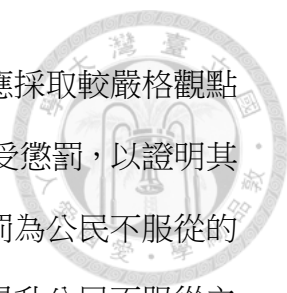
直接公民不服從固有邏輯上正當且可具體反映焦點之優勢，而為值得肯認之公民不服從態樣；然誠如上述，許多情況下不正義之法律與政策人民難以透過直接違反表達抗議，故此時基於概念的實益、實效性，應肯認間接不服從亦為容許態樣之一。

第三目 是否應自願接受懲罰

承上述，行為人有意識地違犯法律後，則是否應自願接受後續懲罰始可主張為公民不服從，亦即行為人主觀上自願接受懲罰是否為公民不服從之正當化要件之一？學者有持肯定論者，認為立於避免公民不服從氾濫、彰顯行為者尊重法治

⁴² Hugo Adam Bedau (ed.), *Civil Disobedience and Personal Responsibility for Injustice*, op. cit. p52.，轉引自許弘宜，前揭註 6，頁 24-25。

⁴³ John Rawls (著)，黃丘陵 (譯) (1990)，《正義論》，頁 356-357，臺北：結構群。



體系並強調公民不服從為理性、謹慎思考後所為手段之立場，應採取較嚴格觀點使自願接受懲罰成為要件之一，如羅爾斯認為行為者應坦然接受懲罰，以證明其雖以違法方式進行抗爭，但仍尊重整體法治秩序，而以服從處罰為公民不服從的必要條件⁴⁴；甘地亦曾言行為者樂意接受刑罰制裁可相當程度提升公民不服從之道德評價。⁴⁵然亦有反對論者，主張既然賦予公民一不服從的權利，則表示公民可本於法律所承認之道德權利不服從其認為不正義的法律，同時亦使公民擁有一項不被處罰的道德權利⁴⁶；或謂即使在法治秩序之下不服從最終仍應接受懲罰，立基於其對於法正義的強烈要求，不應使是否自願接受懲罰影響公民不服從權利之本質。⁴⁷

細究肯定論者的立場後可發現其主張核心為行為人透過服從處罰的方式可彰顯自身仍服膺於整體法秩序，並提升自身主張的正當性，使一般社會大眾較易傾向同情、理解行為人的主張；惟若係為強調行為人尊重法治之立場，關切重點毋寧是行為人是否坦然接受後續司法機關之追訴審判，亦即承擔訴訟風險，行為人情狀依具體個案而異，可能自認違法，或認僅是形式違法，有後續正當化可能性，同時亦可使之藉由法庭活動更加凸顯抗議目的，藉此機會宣揚自身理念。⁴⁸本文亦認公民不服從應僅及於要求行為人坦然接受司法追訴即可，不應要求其對後續處罰效果概括承受，按如此剝奪行為人於法庭活動中攻防可能性，並使其「未審先判」而未受正當法律程序保障，反而係罔顧法治而無法達到宣揚尊重法秩序之效果。

⁴⁴ 易珊如，前揭註 7，頁 30。

⁴⁵ 許宗力，前揭註 4，頁 197。

⁴⁶ Joseph Raz, *The Authority of Law*, pp. 272-273.，轉引自易珊如，前揭註 7，頁 31。

⁴⁷ 徐振雄（2001），〈服從法律的義務與不服從權利〉，《萬能學報》，23 期，頁 347-348。

⁴⁸ 許宗力，前揭註 4，頁 197。



第二款 公開

公民不服從透過自身「戲劇性」的違法行為彰顯其抗議目的，雖有學者認為此係基於特定背景限制的結果，係基於現實因素的考量所致，並非概念定義之必然。⁴⁹然因係以政府及公眾為訴求對象，期能喚起大眾注意力及正義感，則公開或不隱藏地進行應為要件之一。⁵⁰惟慮及行動完成的可能性，應無要求在策劃或前期準備工作時就全盤公開之理，按若要求在行動前應予公開，則可預見政府機關得以充分防範，將使許多具突襲性之公民不服從行動無法順利完成，故行為人不論是在行為前、行為實施中或行為完成後所為公開，均應肯認已符合公開之要件。⁵¹

第三款 非暴力

從歷史發展脈絡觀察，甘地及金恩均強調非暴力之理念，然是否代表必須是限於非暴力之手段始可該當公民不服從，學界就此多有爭論；又若認應限於非暴力，則其定義又為何？是否所有物理、心理上強制力均屬之？以下就「公民不服從是否應限於非暴力」試分析之：

第一目 肯定說

壹、肯定說理由

多數學者堅持公民不服從之非暴力原則，理由如下⁵²：

⁴⁹ 黃榮堅（2014），〈國家統制技術演進下的抵抗權概念—兼論其刑法評價上的作用—〉，《臺灣法學雜誌》，249期，頁108-109。

⁵⁰ John Rawls（著），黃丘隆（譯），前揭註43，頁358；許宗力，前揭註4，頁198。

⁵¹ 江文宗，前揭註17，頁21-24。

⁵² 許宗力，前揭註4，頁199；江文宗，前揭註17，頁24-27；周永勝，前揭註36，頁81；John Rawls（著），黃丘隆（譯），前揭註43，頁358-359；徐振雄，前揭註47，頁339。



一、原文文義

自公民不服從之原文 **civil disobedience** 出發，論者認為 **civil** 一詞已然預設文明、教化之意義，故應自始不容許以暴力手段為之。

二、歷史脈絡

按自此概念發展之歷史脈絡觀察，梭羅倡導抗稅的和平革命；甘地與金恩更是以非暴力為其主要的理念，在印度的不合作運動與黑人民權運動中建立了非暴力抗爭的典範，故主張非暴力之主張始符合歷史脈絡發展及倡導者之本意。

三、較易獲得公眾支持

按暴力行動的所引發之危害其他公民自由、財產、整體社會安全或混亂的後果，將使行為人的訴求因此失焦，更易引起一般社會大眾的反感；反之非暴力之行為則較易獲得公眾的同情理解及進一步的支持。

四、彰顯行為人對整體法秩序的忠誠

非暴力之手段則可彰顯行為人仍尊重整體法秩序，宣告反對的僅有作為抗議標的之特定法律或政策，非欲推翻所有既存體制，藉以宣告對法律的忠誠，以與革命有所區隔，並避免與一般違法行為有所混淆。

貳、非暴力定義

一、狹義說

有謂暴力應僅限於施展物理或肢體力量毀損建物、傷害人身或對他人實施身體上強制始屬之，依對象的不同可再分為直接、間接強暴；至於僅造成對他人心理強制之行為，如單純於他人出入處聚集靜坐、站立等均仍為非暴力，故為公民不服從可採行之手段。

二、廣義說

此說認為暴力的本質為對他人權利的輕蔑，故除身體外自然亦包括心理上之暴力，故縱然為靜態的靜坐或站立、橫躺行為，只要實際上對他人造成心理上強



制之作用，即已屬暴力行為，係主張公民不服從者不可採用之手段。

三、最廣義說

更有學者立於廣義說之基礎之上，進一步認為若採取罷工、罷市等手段，如已致妨害物品製造分配、危害社會大眾之緊急狀態程度時，亦應以暴力視之。

四、本文見解

本文認為若立於肯定說的基礎之上，則非暴力之定義應以狹義說為當，按若採取廣義說或最廣義說，除有逸脫文義之虞外，亦使欲主張公民不服從者，實際上可能使用的手段僅存口頭宣導、訓誡，顯然形成過度的限制，使大部分實際上有效之行動被排除於公民不服從概念範疇外。⁵³

第二目 否定說

少數學者認為只要基於公益目的，並出於道德良心之動機，則即使採用暴力手段亦應肯認為公民不服從之一種態樣，如此始可利於哲學或法學者全面性對所有不服從行為施以倫理或法正當性之評價，亦擴充社會、政治學者之視野，就暴力不服從行為現象亦給予相等關注。⁵⁴


亦有自目的考量出發，認為只要係謹慎思考後的選擇且符合比例原則時，即使係暴力手段亦應肯認，按甘地及金恩雖均宣揚非暴力之理念，然不可否認其所領導運動非純粹勸誡或口頭宣導，行動必然需對政府或其他人造成一定壓力始有成功的可能性；又區別公民不服從與革命應非僅以客觀手段為唯一觀察面向，應綜合考量其訴求與參與者之主觀意圖；且採用暴力手段雖有使訴求模糊之傾向，然其僅是初步印象，若衡量整體事件後認為使用和平手段無法達成目的，又不義程度及阻止急迫性極高時，採用暴力手段應非無正當性。⁵⁵

按暴力與非暴力區分界線不明，且區分並無意義，當暴力手段具必要性時，

⁵³ 許宗力，前揭註 4，頁 200；江文宗，前揭註 17，頁 29-32；徐振雄，前揭註 47，頁 346-347。

⁵⁴ 許宗力，前揭註 4，頁 199。

⁵⁵ 江文宗，前揭註 17，頁 24-29。



並無絕對禁止暴力手段使用的必要，但亦應注意並非所有情況下使用暴力手段均為正當，重點毋寧為比例原則運作後之成果。⁵⁶而暴力形式的不服從固然為大眾所反對，但確實較非暴力手段更能對當局提出警告，且能更有效迅速地達到違抗者之目的，除非我們能就非暴力劃定明確定義與界限，且可以同樣達到目的，否則便無必要否認暴力形式之公民不服從。⁵⁷

第三目 小結

誠如學者所述，「公民不服從」自始非實證法概念，故概念之內涵、要件均可本於合目的性出發加以闡釋而無違法之虞，是以無法自始排除暴力手段亦為概念所涵攝之可能性。⁵⁸

而綜觀肯定說之理由，原文文義及歷史脈絡的觀察雖有一定的理論依據，然文義仍有一定的解釋空間，現代文明社會的法律體系內仍容許於正當防衛、緊急避難時可行使必要限度內的暴力手段，故重點應為必要限度的判斷，而非自始排除暴力手段。自公民不服從之歷史發展中確實可看出非暴力理念明確地被倡導，然發展至近代，是否還有必要要求現代民主法治國家中的公民，在面對重大濫用權力、甚至挾帶形式合法暴力以壓迫人民的政府時仍堅守非暴力的行為準則？又細究甘地與金恩理念背景均有一定的宗教力量涉入，甚至往往係以接近殉道者的覺悟進行訴求，在現代國家主權在民的基礎思考上，本文認為應無對公民為如此苛求，而應僅要求其係在符合比例原則的要求下始為暴力行為，亦即必要時應可採取暴力手段。

又就彰顯行為人對法秩序的忠誠而言，因法律體系內部實容許必要限度內的暴力手段如前述，故公民不服從行為與革命及其他違法行為區分的重點應非手段是否暴力，而係其訴求內容為何及手段是否合於必要之限度。誠然採取非暴力手

⁵⁶ 黃榮堅，前揭註 49，頁 107-108。

⁵⁷ Hugo Adam Bedau (ed.), *The Justifiability of Violent Civil Disobedience*, op. cit. pp132-134.

⁵⁸ 許宗力，前揭註 4，頁 199。

段或較易獲得一般大眾的支持⁵⁹，惟此應僅為策略性之考量，應可交由行為者綜合全盤情況就手段的有效性等為評斷並自為決定，不應反成為行為者自始被限制的枷鎖。綜上，本文認為公民不服從不應自始以「非暴力」為限，而應將評斷重點置於手段比例原則之考量。

而就所容許暴力程度之辯證，本文認為重點仍繫諸於比例原則之運用，雖實際運作結果殊難想像將對個人法益形成重大侵害之行為評價為可被容許之公民不服從行為，惟此應為就行為之法律評價層次問題，並非概念要件之一，本文認為並無在前階段就將行為限定在特定範圍內之必要。

第四款 以促使法律、政府政策或社會弊端變更為目的

為與根本否認國家存在必要之無政府主義；以推翻現存憲政、政府體制為目的之革命區別，學者特別強調公民不服從之對象應係針對「特定」之法律、政府政策或社會弊端，亦即其為立基於現存憲政秩序之上的抗爭行為，其欲挑戰的對象係特定的，仍尊重既存之其他法律秩序，此亦與行為人自願接受法律追訴風險之要件息息相關。⁶⁰

第五款 發自公益導向之政治、道德或良心上之動機

羅爾斯基於公民不服從為一種政治行為，不求諸於個人道德原則和宗教理論，且無法單獨建立在集團或自我的利益基礎上，而係必須訴諸於構成秩序基礎的社會中共同的正義觀，亦即假設在相當正義的民主制度中，存在一公開的正義觀，而依據此正義觀公民參與政治事務並解釋憲法，故當此正義觀基本原則被持續侵犯時，少數人可透過參與公民不服從活動迫使多數人考慮是否回歸正義，並承認

⁵⁹ William J. Dobson (著)，謝惟敏 (譯) (2014)，《獨裁者的進化—收編、進化、假民主》，初版，頁 330。新北市：左岸文化。

⁶⁰ 許宗力，前揭註 4，頁 201。



侵害少數權利。⁶¹

按公民不服從係指社會中少數人為抗議某些法律、政府政策的不正義而訴諸於多數人，希能激起公眾之注意力及正義感、道德意識，則行為人主觀上自亦應係本於公益導向之政治、道德或良心上動機。然所謂公益導向應僅限於其動機非為獲取或敲詐不合理之私益即可，若為特定不正義法律或政策之個別、群體受害者為自己的利益受侵害而採取行動，訴諸其他社會大眾喚起其注意及關心，仍得認為屬於公民不服從之範疇內，如黑人、原住民或婦女就所受剝削之抗議即為著例。⁶²

第六款 小結

綜上所述，本文認為公民不服從應不以非暴力之手段為限，故公民不服從之概念定義應為：「任何人基於政治道德良心之動機，以促使法律、政府政策或社會弊端變更為目的，單獨或與他人共同所為公開之有意識觸犯法律規範的行為」，而各要件之內涵如上所述。

第三項 公民不服從之正當化理論

按在近代法治國原則下，守法為人民之義務，且民主法治國家法制上亦賦予人民多種合法表達意見之手段一如言論自由、集會、遊行自由、司法救濟權等，故公民不服從之訴求縱具高度道德正當性，因其仍係有違法之虞的行為，是否見容於現代法治國家即有爭議。然根據過去歷史經驗，若無這群公民勇於不服從，法治國家難以完善或形成，且不可否認現今法秩序仍有待改進之處，故論者前仆後繼地紛紛自不同觀點試圖為公民不服從尋求正當化依據。

⁶¹ John Rawls (著)，黃丘隆 (譯)，前揭註 43，頁 357-358。

⁶² 許宗力，前揭註 4，頁 201。



第一款 超實定法的正當化理論

第一目 傳統自然法論

此說以傳統自然法理論作為公民不服從之正當化基礎，認為人世間存在一自然法，或為神的旨意、正義、道德、理性等，效力均在人為之實定法之上，故當人民本於自然法之思考，與較低位階之實定法產生衝突時，自然可得出不需遵守實定法之結論⁶³，而就該實定法無服從的義務，如前述金恩認為與道德律違背的不正義之法，人民有不服從的道德責任⁶⁴即屬之。

此說雖符合一般大眾之思考模式而極易引起共鳴，然因說理過於簡略，又自然法原則或道德欠缺客觀性及可證明性，近代以來許多道德原則雖均已實證化成為法律原則而被確立，然而於法治國家中，除非極端的不正義，否則難以抽象不明確之自然法作為公民不服從之正當化依據，故贊成者均本於此基礎思考再為理論、概念之發展，將其進一步改良或精細化，直接援引作為正當化理據者已為少見。

第二目 約翰·羅爾斯 (John Rawls)

羅爾斯為法自然主義之代表人物，其於著作《正義論》(A Theory of Justice)中透過原初狀態 (original position) 下無知之幕 (veil of ignorance) 的假設，以及最大最小值 (maximin) 的選取方式，推導出在一符合正義的社會中所應具備的正義二原則，即第一原則平等自由原則與第二原則機會平等原則，以及差異原則⁶⁵。然其亦不否認上述二個正義原則之相關理論係屬於理想中的理論，亦即就處於原初狀態中的個人，假設每個人都會嚴格地服從並遵守他們所承認的原則，

⁶³ 高文琦 (1997)，〈論市民不服從在道德上的正當化基礎〉，江玉林 (等著)，《法理學論叢—紀念楊日然教授》，頁 361-363，臺北：月旦；許宗力，前揭註 4，頁 203、207-208。

⁶⁴ 參前揭註 29。

⁶⁵ 易珊如，前揭註 7，頁 26。正義二原則之詳細論述及證立因與本文無直接關聯，在此不贅。

以此所導出的正義原則係在特定有利條件下規定一個完滿正義社會的原則；然處於現實上並非完全正義的社會中，當探討面對不正義的法律應如何因應時，實際上已屬於非理想的部分服從理論⁶⁶，其並就其中公民不服從(*civil disobedience*)為進一步闡釋。

壹、服從不正義法律的義務

羅爾斯認為人民服從正義憲法下所制定之正義法規是毫無疑問的，問題是在什麼樣的情況下必須容忍不正義的安排？其首先點明一法律的不正義並非人民不服從的充足理由，亦即在某些情況下，其認為人民就不正義法律亦有服從之義務，並非既存規範對正義的任何偏離均可解消人民之法律服從義務。

惟為何要要求人民在某些情況必須服從不正義之法律？羅爾斯認為此係為維持民主制度的不得不然，其將現實社會假設為接近正義(*near justice*)的，亦即其具備某程度滿足上述二正義原則之可行憲法制度，且多數情況下社會制度雖並非完美但係組織良好的。按正義憲法之框架下，立憲議會中各方之目的均為尋求最可能產生正義而有效立法的憲法，即儘可能的在環境允許的範圍內確保正義的結果，然因現實上不存在任何可行的政治過程可保證按照其制定的法律均為正義，故其雖為正義卻不完善；又立憲過程中必須或多或少仰賴投票、多數決過程，則必有出錯可能性；各方在立憲議會雖接受正義原則，然在選擇一種正義憲法、採納某種形式的多數決規則下，為了使其運作必須互相退讓，妥協的同時也納進了因彼此知識或正義感方面不足所帶來的不正義風險。

故只要不正義法律不超過一定的限度，維持正義制度的自然義務就約束人民服從這些不正義的法律或政策，或至少不可用非法的方式反對它，亦即人民支持正義憲法的義務將使其具遵守不正義法律的義務。羅爾斯將之稱為謙恭的自然義務(*the natural duty of civility*)，認為人民於此係在平等地分擔一個立憲制度所

⁶⁶ John Rawls (著)，黃丘陵(譯)，前揭註 43，頁 342-344。



不可避免的缺陷，在此必要的程度內我們應服從於民主的權威，不將社會安排的缺陷當作不遵守它們的現成藉口，也不利用規則中不可避免的漏洞來促進自身之利益。

惟長遠來看立憲主義所帶來不正義風險的承擔應或多或少地平均分配予社會中不同的群體，且該負擔不應太過沈重，因此若該不正義的風險或結果長久以來都加諸於某些不變的少數群體，或是造成其過大的損害，此結果應係無法被接受的，此時在一定條件下可認為人民具不服從法律的權利，故人民立於對法律忠誠的前提下，為了禁止或糾正法律或政策對正義的嚴重偏離時，可主張公民不服從。⁶⁷

貳、公民不服從之定義

在進入具體定義內容前，羅爾斯首先釐清其所討論之「公民不服從」發生背景，應為一接近正義之社會，就大多數情況來看為組織良好的，惟其並非完美，故仍可能發生對正義嚴重侵犯情況；又承前述其假設接近正義的社會以民主制度為必要，故應認公民不服從不適用於自由民主體制以外的其他形式政府。

其將公民不服從定義為一種公開、非暴力的行為，同時訴諸於社會之共同正義觀；既是按照良心又為政治性的對抗法律的行為，且目的僅為使政府法律或政策發生改變，並未喪失對法律制度的忠誠，與其他與法律秩序相對立之抗爭行為完全不同。⁶⁸

參、公民不服從之正當化基礎

羅爾斯就其適用提出進一步的限制假設，並以之證立公民不服從之正當性，首先，為防止公民不服從之濫用，應將抗議對象限於重大、明顯的不正義，其並連結至正義二原則，主張應限於就正義原則的第一原則「平等自由原則」之嚴重

⁶⁷ John Rawls (著)，黃丘隆 (譯)，前揭註 43，頁 342-348；徐振雄，前揭註 47，頁 339。

⁶⁸ 易珊如，前揭註 7，頁 42-44；John Rawls (著)，黃丘隆 (譯)，前揭註 43，頁 354-360。詳細論證內容請參前述公民不服從定義中就羅爾斯見解之介紹。

違反或第二原則之「公平的機會均等原則」的明顯侵害時始可主張公民不服從，例如剝奪少數人的選舉權、服公職權或壓制特定宗教團體等。⁶⁹

另公民不服從應係為達目的之必要手段，亦即行為人已尋求政治或法律之正當合法訴求手段而仍無用後始可為之，公民不服從應為行為人之最後手段（last resort），然於此並非僵化地要求必須窮盡所有合法的抗議手段，若依據過去經驗證明多數意思已無可動搖，或依常理判斷再嘗試合法手段也徒勞時，可認為已具備此要件；甚至在某些例外極端情況，因無法苛求先履行合法抗議手段，如議會制定法律禁止某一弱小無抵抗力少數民族之宗教信仰時，即無需要求先經正常合法管道。

又公民不服從之範圍應有限度，不可傷害或毀損人們對憲法、法律之尊重，亦即其預期行動所造成的後果應不可嚴重危害一般法律和平或憲法秩序功能，否則即與其定義之未喪失對法律忠誠之公民不服從不符；同時並應考慮是否對無辜第三者造成過多損害，若是如此則將使不服從之行動正當性及合理性下降。就此羅爾斯建議少數團體間可形成一定之合作性的政治結盟，透過諒解、整合彼此需求，進而制約抗議行動。⁷⁰

肆、檢討與批評

雖羅爾斯以共通的正義觀作為公民不服從是否正當之判斷標準，較之傳統自然法論者已相對明確，然仍無法解決應如何判斷某道德原則是否具普遍性之難題；又其主張之共通正義觀，應以該道德原則在社會上具普遍共識為必要，然公民不服從通常均於多數人道德正義理念與少數人不符時始發生，則少數人主張之正義或道德原則既不為多數人接受，又如何使其具普遍性而可主張公民不服從？又或謂其所主張之正義二原則內涵均已為現代民主憲政國家之憲法所採納、吸收，故

⁶⁹ 差異原則部分因羅爾斯認為其涉及經濟、社會制度與政策，除需取決於大量統計等資料外，亦難以證明行為人未受個人利益及偏見影響，故建議應優先於政治體制內部解決。

⁷⁰ 許宗力，前揭註 4，頁 204-205；易珊如，前揭註 7，頁 44-46；江文宗，前揭註 17，頁 47-48；John Rawls（著），黃丘陵（譯），前揭註 43，頁 363-369；徐振雄，前揭註 47，頁 339-341。



應以實定法來討論較明確。⁷¹

伍、小結

綜上所述，羅爾斯首先說明為維持民主制度之運作，則必然會出現不正義的法律或政策，該風險應由社會中各群體平均負擔，並以不造成過度的侵害及困境為必要，故原則上就不正義的法律人民仍有服從之義務，不可逕認其不正義而違反之。

然當該風險長期加諸於特定少數群體，或已造成重大損害，又已嚴重違反正義原則之平等自由原則或造成公平機會均等原則的明顯侵害時，在不造成法律與憲法秩序之終局危害之前提下，人民可以之為最後手段主張公民不服從：以公開、非暴力之形式，訴諸社會大眾之共通正義觀，而為政治性的違反法律行為，以求改變政府特定不正義之法律或政策。

第三目 羅納德·德沃金（Ronald Dworkin）

德沃金於 1977 年出版《認真對待權利》（Taking Rights Seriously）時，美國正處在政治、社會極為動盪的年代，而其作為一自由主義者，為維護自身信念，遂提出其對個人權利式自由主義主張。質言之，其認為與自由相較，平等係更為優先之價值理念，故以「平等關懷和尊重」（equal concern and respect）權利為其理論之核心論點，以此為基礎，當德沃金論及公民不服從時，亦認當政府侵害人民憲法保障之基本權利時，人民有違法不服從的權利，並以之為調整法律制度違反基本權利之方式。

其就公民不服從之相關討論係針對違反徵兵法之案例，按當時爆發越戰，許多人因道德良知因素拒絕徵召而違反徵兵法，衝突癥結為當道德與法律不相容時或法律規章違反人們的道德良心時，政府應如何處理這些憑依自身道德行事卻違

⁷¹ 許宗力，前揭註 4，頁 208-210；江文宗，前揭註 17，頁 48-50。



法的人民？


德沃金首先釐清面對一不明確、可疑的法律，公民應有的行動方針為何，並舉出三種可能模式為討論：模式一為完全地服從，即使認為行政機關係錯誤的仍不應反抗，只能透過行政程序試圖改變之，德沃金認為這樣的模式將使法律失去被檢驗的可能性，使法律成為一完全封閉、不容異議的體系，而無法藉由被挑戰漸趨正義或平等；模式二則是認當法律是可疑的，直至如法院等權威機構作出與其相反之判斷前，個人應可遵循自身判斷為適當行動，惟當一旦存在權威判斷，即使公民不贊成該結果亦應服從之，德沃金認為其錯誤出在忽略任一法院均有宣布自己決定無效而非錯誤之狀況，而一旦宣布為無效時，對模式一之論證亦可用於反對模式二；模式三則主張當法律是可疑的，個人應可依循自己的判斷，即使與權威機構見解相反亦然，因即使是最高法院的判決亦非終局或絕對正確，又若要求公民優先遵循法律，再嘗試以體制內手段改變見解，將等同迫使公民為違反自身道德良心之行為，將造成無法彌補的損害。

故就上述違反徵兵法之個人，因係本於道德良心為之，又採取非暴力之行動，在平衡考量不服從者意見與社會長遠利益後，應可認若其未過度侵害政策法律或其他社會成員，則肯認其有堅持自身判斷的權利，按其亦為追求一更為美好之社會。德沃金訴諸個人道德良心正當化不服從者之行動，惟仍不可免除標準過於抽象之批評，且將道德與法律問題合一討論，法實證主義者必有所質疑。⁷²

第四目 尤爾根·哈伯馬斯（Jürgen Habermas）

哈伯馬斯基本上認同羅爾斯觀點，亦從法哲學觀點為公民不服從尋求正當化根據，其認為法治的正當性不在形式法本身，而係應建立在法律與道德的內在關聯，單純形式性法律需要具道德內涵之原則加以填補，亦即只有法律同時具備合法性及正當性時，始可要求人民投以忠誠及服從。

⁷² 易珊如，前揭註 7，頁 51-60；高文琦，前揭註 63，頁 356-357。



而現實上形式之法律不可能盡善盡美，故必須承認法律有時會背離道德，形式合法但實質不正當的法律係可能存在的，為了矯正這樣的情況，則必須承認人民得基於道德理由從事違法的不服從行動。然其雖認可公民不服從之正當性，卻反對將其法制化，理由為一旦將其法制化，則將使訴求效果貶值、道德基礎被瓦解。

其見解與羅爾斯同樣受到標準不明確、欠缺客觀證明性之批評；又其反對將公民不服從法制化之觀點亦具爭議，按若不服從者行為有實證法上正當化可能性，則法院依法應加以審查，不受行為人主觀因素影響；又此處爭議與前述論及行為人是否應自願接受懲罰相同，本文認為其既已坦然面對法律追訴風險則已足，無使道德基礎喪失之虞。⁷³

第二款 「基層民主」的正當化理論

基層民主論者基於對間接民主之不信任，主張為基層民眾所同意者始為民主，要求國家意思必須獲得人民的普遍同意，而人民之所以對國家有服從義務亦源於此普遍共識，然所謂「基層」究指何人？論者認為由自認為屬於基層者自行決定，換言之任何人或任何團體只要認為國家制定的法律或政策與其意思不符即有權利不服從。

而就是否可以上述說法作為公民不服從之正當化依據，學者持反對見解，按自由民主國家重要前提之一即為容許異議之存在，所謂「全民共識」難以存在；又自詡為基層民主者常為少數人，其欲以較佳的「質」取代多數決「量」的優勢，然如此即成為菁英式、甚至寡頭式政治，與以多數決為基礎之民主原則不符；且間接民主固有其缺陷，然可透過罷免等制度加以彌補，難以據此即直接推導出人

⁷³ 許宗力，前揭註 4，頁 205-210；高文琦，前揭註 63，頁 364-365。

民有不服從法律的權利。⁷⁴



第三款 基本權利的正當化理論

上述主張超實定法正當化理論之論者，雖認公民不服從於道德上有其正當化基礎，惟並非均肯認於實證法層次亦可正當化；而以下採取基本權利正當化理論者，多認公民不服從本係自憲法明文規定之基本權利衍伸而來，故不僅在道德層次，其於實定法層次亦具正當化基礎⁷⁵，曾被援引為據之基本權相關規定如下。

第一目 人權擁護條款

西德基本法第 1 條第 2 項之規定⁷⁶被稱為「人權擁護條款」，論者有依據本條項規定，認為其所包含之實質正義已成為憲法之客觀價值秩序，故可以之審查政權之行為，判斷是否屬於不義政權，或個別政府行為是否屬於不正義的違憲行為；然亦強調對象必須為個別之國家機關違憲或重大不義行為，又現行法制並未提供行為人司法救濟途徑或行為人欠缺保護必要無法主張法律救濟，且手段必須符合比例原則之非暴力行為，符合此三要件後始可主張依據人權擁護條款為正當化。

然西德基本法本條項規定依德國通說應僅為強調人權為先於國家、超國家之存在，無待國家明文創設，亦即具高度宣示性意義，即使認為屬憲法所保障之客觀價值秩序，亦難認人民就此具主觀公權利而可據以向國家有所主張，難以逕將之作為公民不服從之正當化基礎；且在基本法同時訂有相對具體明確之基本權利條款時逕予援引人權擁護條款亦有不當。⁷⁷

⁷⁴ 許宗力，前揭註 4，頁 210-212。

⁷⁵ 周永勝，前揭註 36，頁 84。

⁷⁶ 「德意志人民承認不可侵犯與不可讓與之人權，為一切人類社會以及世界和平與正義之基礎。」，司法院網站，<http://www.judicial.gov.tw/db/db04/德意志聯邦共和國基本法.doc>（最後瀏覽日：05/22/2014）。

⁷⁷ 許宗力，前揭註 4，頁 212-214；周永勝，前揭註 36，頁 84。



第二目 良心自由

若干反核與環保運動者主張基於基本法第 4 條第 1 項⁷⁸之良心自由可從事公民不服從之行動，按其主張東西方之武器裝備競賽、核能電廠設立等對於人類及自然環境造成高度威脅，甚至危害到個人之價值態度，若繼續繳交電費則將使自己成為幫兇，本於自我良知可藉由拒繳電費為公民不服從行為。

然良心自由依德國通說為高度屬人性之個人權利，並非團體權，是否得依據此主張一「集體」拒絕繳費行動具正當性已有疑義；又即使保障個人得良心拒絕繳費，本條保障範圍亦不及於容許個人宣揚他人效法與參與之行為；另拒繳電費係侵害契約他方當事人權利，與良心自由之防禦權傾向不符。基於上述缺失，德國法學界幾無主張本條為公民不服從正當化基礎者。⁷⁹

第三目 言論自由與集會遊行自由

壹、違法行為是否可援引基本權利為正當化基礎

或有認為依據公民不服從定義，其為違法行為，則自始不符合基本權利之構成要件，無援引基本權利為正當化基礎之餘地。

然德國學者 Ralf Dreier 駁斥上述說法，認為應區分基本權利構成要件與界限之判斷二層次，按前者係判斷該行為是否為行使基本權，則公民不服從若為強調特定訴求而為集會遊行或靜坐等行為，應符合言論自由、集會遊行自由之要件，屬於基本權利保護範疇內。下一步始處理該行為是否超出保護之界限，而無法援引基本權利條款為正當化基礎，而判斷標準亦非一經違法評價即無正當化餘地，論者援引相互影響理論認為限制基本權利與基本權利行使間為雙向關係，故為決定行為人之行為是否屬於基本權利應保障範圍內，應就其行使的基本權利與違反

⁷⁸ 「信仰與良心之自由及宗教與世界觀表達之自由不可侵犯。」，司法院網站，<http://www.judicial.gov.tw/db/db04/德意志聯邦共和國基本法.doc>（最後瀏覽日：05/22/2014）。

⁷⁹ 許宗力，前揭註 4，頁 214-215；周永勝，前揭註 36，頁 84。

法律所造成的公益或第三人損害為利益衡量，依據利益衡量原則於個案判定。論者並就公民不服從發展出一套衡量標準，認為若符合抗議對象為重大不義及抗議手段合比例性之條件，則可認系爭公民不服從行為屬基本權利之正當行使。⁸⁰

貳、檢討與批評⁸¹

一、自始非基本法保障之「集會」

或謂集會自由應限於和平集會，典型公民不服從的靜坐等行為雖然未對人實施直接身體上強制，但依照德國法院見解既已造成心理上強制，與強制罪的「暴力」概念相當，則應自始被排除於基本法所保障集會的概念範疇外。惟德國聯邦憲法法院於 1990 年代後改變見解，將強制罪之強暴、脅迫概念限縮，認為不可包含心理作用之強制。⁸²

姑且不論德國法院見解是否為當，縱認刑法強制罪之「暴力」概念涵蓋僅造成心理強制的靜坐等行為態樣，亦不表示該行為態樣必然不得視為憲法所保障的集會行為，按基本權利係用以限制立法權限，若認立法者所訂法律理所當然可反之以填塞憲法概念，則不免陷於循環論證，且將使基本權利對立法者的限制蕩然無存，故於憲法與刑法領域各有不同意義的暴力概念於法理上無礙。又透過比例原則審查基本權利行使界線，則可免於對非和平集會將導致之社會動盪的疑慮。

二、非比例原則適用範圍

首需釐清者為，比例原則的適用對象從來不以其合法為前提，因合法與否的判斷係透過比例原則等審查「後」始可得出的評價，故違法的公民不服從行為仍有適用比例原則的空間。或謂比例原則的提出因係以保護人民基本權利為目的，應僅在國家干預人民權利時始可適用，而公民不服從係人民侵犯公益、私益之違

⁸⁰ 轉引自許宗力，前揭註 4，頁 215-219；周永勝，前揭註 36，頁 84-85。

⁸¹ 許宗力，前揭註 4，頁 219-224。

⁸² 吳耀宗（1996），〈一九九五年德國聯邦憲法法院一關於「靜坐示威不具有強制罪之可罰性」之判決〉，《刑事法雜誌》，40 卷 6 期，頁 76-86。



法行為，若逕予適用則將得出人民違法係基本權利行使的荒謬結論。

惟以比例原則審查公民不服從之手段，真正的目的係在對公民不服從設下合宜的界限，避免過度侵害公益或他人私益，實際上係在保護被不服從行為所侵害的法益，而非保護為干預行為者。

三、違反平等原則

批評者認為若將發自政治或道德動機的違法行為從法律觀點加以正當化，則將嚴重違反平等原則—任何人不得因政治觀點而受歧視或優待之要求；然以基本權正當化公民不服從之論者，並非主張行為人之訴求必定優越於所違反法律表徵之公、私益，而係著重在利益衡量之面向，故於此並不會有違反平等原則之問題，反而可說是落實了「就不同者為不同處理」的平等原則差別處理要求。

四、法安定性的破壞

因 Dreier 的見解中利益衡量占了舉足輕重的地位，則將使法律運作結果的可預測性與可預見性被削弱，不確定性提高將造成法安定性的破壞。惟法體系內因必然涉及不確定法律概念、利益衡量等之價值判斷，並非此獨有之問題，單以法安定性質疑此理論略嫌力道不足。

第四款 小結

就公民不服從的正當化理論基礎，論者或自超實定法層次切入，以傳統自然法為基礎，各自發展出不同路徑、更加細微的論述方式；或自實定憲法中明文規範的基本權利出發，尋求公民不服從之正當化基礎。

本文基本上肯認公民不服從行為之正當性，按公民不服從之行為人係本於一定政治、道德之動機，為抗議其認為不正義的特定法律或政策而公開觸犯法律的行為，質言之，係以自身公開甚至戲劇化的觸法，試圖喚起一般社會大眾就該特定議題的關心，雖不可否認於現存或過去憲法未明文保障人民言論、集會自由的

國家中，因憲政之發展尚未成熟，仍有訴諸自然法尋求公民不服從行為正當化基礎之必要；惟行為人之行為態樣多可劃歸入我國憲法第 11 條⁸³所保障之言論自由或同法第 14 條⁸⁴之集會自由，故應可以我國憲法基本權利相關規範為正當化基礎，而無求諸於超實定法之必要。

又是否應以具備最後手段性為正當化之前提要件，亦即公民不服從是否應具備最後手段性始可認具備正當性？就此羅爾斯採肯定之見解⁸⁵，惟本文既以憲法保障之基本權利為公民不服從行為正當化之基礎，則其就最後手段性之判斷自可吸納於比例原則之必要性判斷中，而毋庸另行列舉為正當化之前提要件。

第二節 抵抗權

第一項 概念起源與歷史發展

抵抗權係指「人民擁有權利，在必要時，可以對其由國家法律所產生之義務，採取不服從及抵抗之行為。」⁸⁶其概念起源於美國之憲政思潮，由法國大革命繼承並加以傳播，最後茁長落實於西德，現仍存於《德意志聯邦共和國基本法》第 20 條第 4 項之明文規定。⁸⁷

⁸³ 「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」

⁸⁴ 「人民有集會及結社之自由。」

⁸⁵ John Rawls (著)，黃丘隆 (譯)，前揭註 43，頁 363-369。

⁸⁶ 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。

⁸⁷ 「四、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。」司法院網站，<http://www.judicial.gov.tw/db/db04/德意志聯邦共和國基本法.doc> (最後瀏覽日：06/12/2014)。



第一款 美國憲政思潮之啟蒙

第一目 維吉尼亞權利法案（The Virginia Declaration of Rights）

於該權利法案第三節⁸⁸中明文提及，當政府與人民、公共的福祉背道而馳時，社會上的多數人即有當然、無可讓渡且斷然的權利來改變、更換或廢止該政府，以求滿足最大之公共福祉，亦即當政府成為暴虐政權時，社會上多數人即有不服從政府法令之抵抗權利。

第二目 獨立宣言（Declaration of Independence）

於 1776 年公布之美國獨立宣言中，基於天賦人權之思想，認為生命權、自由權與追求幸福的權利係造物者賦予的不可剝奪權利，而為了保護這些權利人們始建立政府，政府的正當權力需建立在被統治者的同意之上，亦即國民始為真正主權者。故當一個政府破壞上述保護基本權利之目標時，人民便有權利改變或廢除它，而創造一個新的政府。惟若原因輕微或只產生短期影響則不容許人民變更政府，僅應於可證明政府經由一連串措施試圖將人民置於專制統治下時，人民始有權利、義務推翻這個政府，並為自己的未來建立新的安全保障。⁸⁹

⁸⁸ 「Section 3. That government is, or ought to be, instituted for the common benefit, protection, and security of the people, nation, or community; of all the various modes and forms of government, that is best which is capable of producing the greatest degree of happiness and safety and is most effectually secured against the danger of maladministration. And that, when any government shall be found inadequate or contrary to these purposes, a majority of the community has an indubitable, inalienable, and indefeasible right to reform, alter, or abolish it, in such manner as shall be judged most conducive to the public weal.」The Charters of Freedom, http://www.archives.gov/exhibits/charters/virginia_declaration_of_rights.html（最後瀏覽日：06/12/2014）。

⁸⁹ 〈獨立宣言內容〉，美國在台協會網站，<http://www.ait.org.tw/zh/declaration-of-independence.html>（最後瀏覽日：06/12/2014）。



第三目 非法律意義之抵抗權

按美國於上述二重要的人權典範中均基於天賦人權、社會契約之思想，認為當政府無法達到初始組織的目的—保護基本權利時，人民自可起而抵抗之，然其當時主要是號召以革命方式推翻當時之英國殖民政府，與本文欲探究之現代民主法治國家框架下之抵抗權概念間有異。學者亦認為上述之推翻政府「權利」僅具崇高政治理念的政治作用，僅為政治意義上、而非法律意義上的抵抗權，惟仍不可否認其作為後續法國、西德抵抗權相關論述的重要啓蒙者角色。⁹⁰

第二款 法國大革命之繼承

第一目 人權宣言（Declaration of the Rights of Man and of the Citizen）

於 1789 年公布之人權宣言第 2 條⁹¹宣示了人民擁有抵抗暴政的權利，同時被視為係先於國家而存在的人權，人權宣言中的內容亦成為革命後法國憲法規範內容之重要參考。

第二目 成文憲法之規範

如 1791 年公布之法國憲法、1793 年吉倫特派（Girondins）與雅各賓派（Jacobin）所提出的憲法條文中均有抵抗權之明文規範⁹²，然自 1795 年後，法國憲法便未有相關之規定，或有認可透過肯認人權宣言之間接方式將其納入憲法保障範圍，法國學界亦多認為抵抗權與其他基本人權均於人權宣言規定後獲得全

⁹⁰ 陳新民，前揭註 86，頁 144-146。

⁹¹ 「一切政治結社的目的都在於維護人類自然的和不可動搖的權利。這些權利是自由、財產、安全與反抗壓迫。」聯合國/NGO 世界公民總會網站，<http://www.worldcitizens.org.tw/awc2010/ch/Declaration/1789.htm>（最後瀏覽日：06/12/2014）。

⁹² 魏培軒(2009)，《全球化時代下抵抗權之研究》，天主教輔仁大學法律學系碩士論文，頁 42-43；陳新民，前揭註 86，頁 146-147。

體民眾肯定，無再形諸明文必要。⁹³



第三款 西德之實踐

第一目 至威瑪憲法時期前

相較於美國、法國就抵抗權的深入探討與肯認，德國因 19 世紀已實施憲政，不論係學界或實務均盛行法律實證主義，就憲法未明文規範的抵抗權或持否定見解，或無太多著墨。直至一次世界大戰後的威瑪憲法立憲會議，抵抗權迄未成為重要議題，主要係因多數立憲者認為法治國家之法律救濟管道已足以完全吸納抵抗的概念，在法治的前提下毋庸提及抵抗權的概念。⁹⁴

第二目 醞釀契機

二次世界大戰後，德國因受納粹黨獨裁統治數年，發動侵略戰爭之結果使全國成為廢墟、國土淪喪，慘烈的後果催生人民應否擁有抵抗權的討論。其後亦有數邦憲法將抵抗權列入明文規範範圍，如 1946 年之黑森邦（Hessen）憲法第 2 章第 11 節列有「保護憲法」章節，146 條以下訂有當公權力違憲行使時國民有反抗之義務與權利等，但其義務僅及於向該管刑事法院告發之義務⁹⁵；1947 年布萊梅邦（Bremen）憲法第 19 條⁹⁶、1950 年柏林（Berlin）憲法第 23 條⁹⁷則從保障人權角度切入，分別規範人民抵抗之權利或義務。然西德聯邦基本法草案擬議時，雖亦有建議草案中應列入抵抗權相關規定，惟參與草案擬議者因唯恐抵抗權會被人民濫用，且認立法者無法透過訂立一項法律要求人民據之抵抗其他法

⁹³ 陳新民，前揭註 86，頁 147。

⁹⁴ 姚立明（1989），〈西德憲法上的自力救濟—抵抗權的觀念〉，《憲政思潮》，87 期，頁 30；陳新民，前揭註 86，頁 147-148。

⁹⁵ 轉引自陳新民，前揭註 86，頁 148-149。

⁹⁶ 「當公權力違憲的侵犯人權時，抵抗之是每位國民的權利與義務。」翻譯轉引自陳新民，前揭註 86，頁 149。

⁹⁷ 「當公權力違憲且公然的侵犯人民之基本權利時，抵抗是人民之權利。」翻譯轉引自陳新民，前揭註 86，頁 149。

律，亦即抵抗權本質上係超越國家主權、不成文的，最終並未接受將其成文化之主張，故聯邦層級的立法並未直接將抵抗權納入規範範圍。⁹⁸

然就實務見解部分，德國聯邦憲法法院於 1956 年 8 月 17 日所公布之「德國共產黨禁止案」(KFD) 判決全文⁹⁹，因原告德國共產黨的主張之一——於當時未明文規定抵抗權之西德基本法規範下，國民是否有抵抗權？憲法法院就此問題為論理及說明。首先其將抵抗權區分為針對極為明顯的「不法政權」與對合法政府違憲行為之抵抗兩種，就前者已有為數甚多之反抗此類政權的學說理論，且從納粹的經驗上可知係無法循正常法律救濟途徑加以矯正，故憲法法院認為人民當然可起而抵抗；但就後者因政權存在完全合法，故憲法法院認為人民對於公權力違憲的糾正，原則上必須依法定救濟管道而為之，然並未完全否認合法政權下人民仍有抵抗權存在之可能，僅因抵抗權本質上係一種維護及回復法秩序的緊急權，故需待政府公權力之不法情形已十分公然、法定救濟手段顯然少有希望時，人民始可例外行使抵抗權，憲法法院並藉此駁斥原告提出的抵抗權抗辯。而因受限於判決標的，聯邦憲法法院未進一步就不法政權的判斷、抵抗權具體的行使方式等為闡釋，使此概念仍留有不甚清晰之處，惟不減其宣告抵抗權雖無憲法明文規定仍存在之重要性。¹⁰⁰

第三目 基本法之增訂


西德於 1968 年公布第 17 次基本法修正案，增訂基本法第 20 條第 4 項¹⁰¹，使抵抗權正式成為基本法內容之一部份。惟抵抗權的增訂實際上為一種政治妥協的結果，係為取代增訂「政治罷工權」而為的替代規定，亦即對應於本次基本法修正案主要增訂之國家緊急權—賦予政府於國家遭遇緊急事故時更大的應變權

⁹⁸ 姚立明，前揭註 94，頁 30-31。

⁹⁹ 施啟揚（1971），《西德聯邦憲法法院論》，初版，頁 141-147，臺北市：臺灣商務印書館股份有限公司。

¹⁰⁰ 陳新民，前揭註 86，頁 150-151。

¹⁰¹ 前揭註 87。



限，工會及一般大眾擔心政府會濫用此條款，對人民權利形成壓迫，故主張一同增訂政治罷工權以維護憲政體制，然因政治罷工將對經濟、社會均形成巨大的不利影響，遂由抵抗權條款取而代之。¹⁰²抵抗權條款自此具德國憲法上明文依據，並擔負起人民維護憲政秩序最後一道防線的功能。

第二項 抵抗權之定義與要件

第一款 抵抗權之定義

承前述，抵抗權係指人民在必要時有權利抵抗違憲政府的作為，若將此概念為廣義的理解，則似可包含從古至今所有人民對政治領域統治者的反抗，或有基於類似理解認為廣義的抵抗權包含以獲得近代憲法為目的之革命權形態，及維護憲政秩序的抵抗權兩種，而以後者為狹義抵抗權。¹⁰³惟本文所欲探討的是現代民主法治國家下，人民就違憲政權或違憲的政府作為之抵抗權利，換言之，為立憲主義下經體制內化的抵抗權，係以回復憲政秩序為目的，而不包含廣義的革命權形態。

第二款 行使要件

現代民主法治國家下雖設有各種不同的法律救濟制度，然因仍無法保證個人基本權利不會因此受侵害，且從納粹的歷史經驗觀察可知，採行憲政體制並無法擔保其永久運行，必要時仍需外力加以介入、保護之，故有抵抗權存在之必要，即使欠缺實踐經驗僅係存而不廢，仍對統治者帶有一定之警醒作用。惟基於法安定性及對既存體制之尊重，若允許人民動輒主張抵抗權，將造成社會秩序動盪不

¹⁰² 陳新民，前揭註 86，頁 151-152。

¹⁰³ 楊敕熙（1993），《抵抗權理論之研究—以日本國憲法為中心—》，私立淡江日本研究所碩士論文，頁 49-50。

安；又抵抗權之行使因係對抗國家權力，勢必對法律秩序造成破壞，故行使抵抗權需受一定的要件限制，尤其在法律救濟管道愈為完善、有效的國家，人民因享有完備的合法體制內手段，故抵抗權行使的限制亦愈為嚴格。以下三要件即為學者立於民主法治國家之背景，就抵抗權的行使所歸納出之共通要件。¹⁰⁴

第一目 憲政秩序侵害

西德基本法 20 條第 4 項所指涉前 3 項之憲政秩序分別為確立西德為民主、社會之聯邦國家；主權在民、三權分立；分權制衡。¹⁰⁵基於本條項之規範方式，或有認為抵抗權的行使係以國家憲政秩序為保障目標，因此僅可為防衛國家整體民主憲政秩序而發動，不可因個人權利受侵害而行使；或有不同見解認為基本法 20 條前 3 項所提及的憲法原則已包含一定程度的人權保障理念，使基本權利的保障與實現成為國家憲政體制的一環，故人民實行抵抗權所實行的法益保障應包含國家憲政法益與個人基本權利兩大層次。¹⁰⁶

人民基本權利之保障與實現確實為憲政秩序的一環，無法將其斷然割裂，僅以抽象的國家憲政秩序受危害而抽離人權保障理念之抵抗權亦欠缺內涵，且主張保障範圍不包含基本權利者實為防止抵抗權之規範遭濫用，惟避免濫用應求諸於下述兩項要件，即侵害的嚴重程度及最後手段性，本文認為毋庸於前階段便將個人基本權利排除於保障範圍之外。

¹⁰⁴ 楊仁聲，前揭註 12，頁 45；陳新民，前揭註 86，頁 152-156；楊敕熙，前揭註 103，頁 74-76。

¹⁰⁵ 「一、德意志聯邦共和國（Bundesrepublik Deutschland）為民主、社會之聯邦國家。二、所有國家權力來自人民。國家權力，由人民以選舉及公民投票，並由彼此分立之立法、行政及司法機關行使之。

三、立法權應受憲法之限制，行政權與司法權應受立法權與法律之限制。」司法院網站，<http://www.judicial.gov.tw/db/db04/德意志聯邦共和國基本法.doc>（最後瀏覽日：06/14/2014）。

¹⁰⁶ 陳新民，前揭註 86，頁 152-154。



第二目 公然而嚴重的侵害

承前述，為免抵抗權遭濫用而造成法律秩序動盪不安，法院或學界紛紛就抵抗權的行使作出限制，其一便是就侵害程度所為的詮釋。¹⁰⁷

壹、公然的侵害

前述之柏林憲法及西德聯邦憲法法院於德國共產黨禁止案中所採之見解，均認定必須在違憲情況已達「公然」程度時，方可行使抵抗權，以避免僅以個人或少數人自我的認定為依據，動輒使社會秩序隨之動盪，此見解亦為德國學界通說所採。

貳、嚴重的侵害

鑑於抵抗權係對國家權力的反制，則國家權力就憲政秩序侵害之程度必須係十分嚴重的，或主張達「全面排除」憲政價值與體制時，方可行使抵抗權，若僅是個案性的侵犯而未達憲政危機程度則不可行使抵抗權，然侵害程度是否必須達到全面排除始可認為係嚴重的侵害而可發動抵抗權，學界通說就此雖仍未達成共識；本文基於應適度限制抵抗權行使之立場，又依據西德基本法明文規範之文義解釋，且抵抗權與公民不服從應有概念上區分必要，認為抵抗權之發動應限於國家權力對憲政秩序的侵害已達全面排除之程度。

參、後果成功？

此見解源於 1961 年聯邦普通法院在審理關於聯邦補償法之案件，聯邦法院基於維護法律安定性原則，就人民對納粹非法政權行使抵抗權為嚴格的解釋，認為判斷上應依抵抗行為的動機、目標及成功的希望來認定此行為是否係出於真誠嚴肅，並且就該非法狀態的排除係有意義的嘗試，能夠促成大眾改變該不法的結果。從上述可推知聯邦法院認為人民若無成功的希望則不應輕易嘗試訴諸抵抗權，

¹⁰⁷ 陳新民，前揭註 86，頁 154-155。



惟行使抵抗權係人民對抗違憲國家權力的最後手段，重點應為行為當下是否已有行使抵抗權之必要，而非以結果成敗論，將成功與否的要求加諸於被壓迫的人民身上亦過度苛刻，故此見解學界亦普遍反對之。

第三目 最後手段性

依據西德基本法第 20 條第 4 項¹⁰⁸之規定，抵抗權須至「別無其他救濟方法」時始可發動，學者多依據此明文規定，主張抵抗權係人民維護憲政秩序的最後手段，以保障既存法律秩序的安定，並避免人民濫用或誤用抵抗權，故抵抗權須待所有體制內合法救濟手段均已不存在或失效時始可發動，若國家仍提供公正、有效的司法體系供人民使用時，人民即無主張抵抗權之餘地。

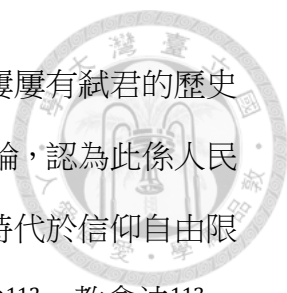
個案中如何認定「別無其他救濟方法」？尤其係當形式上仍存在國家司法機關時，應如何認定其是否實際上已失去效用或公正性？恐須待實際個案發生後具體衡量當下國家、社會情事始可知，亦僅能仰賴實際個案討論、累積後始能產生類型化之判斷標準，惟抵抗權行使於現代國家中十分少見，可說係例外情況，西德基本法自制定以來並無實際案例可供參考，目前恐僅有理論上的價值，欠缺實踐上之意義。

第三款 與其他概念之區辨

第一目 革命權

或有論者將抵抗權之概念為較廣義的理解—基於任何原因對政治場域統治者的反抗，因而將抵抗權概念之歷史最遠回溯至古希臘、羅馬時代的暴君殺害（Tyrannenmord），認為其乃係古代人們面對君主暴虐行為時，因恐懼或憎惡所為直接反抗行為的極端手段，而就國民所為暴君抵抗行為的評價往往係成王敗寇，

¹⁰⁸ 前揭註 87。



古希臘人常以財寶贈與刺殺暴君者為獎勵、而羅馬帝政時期亦屢屢有弑君的歷史記錄，然就統治者暴虐的認定標準與容許手段等並無進一步討論，認為此係人民對統治者最直接、原始的抵抗模式。¹⁰⁹其後並論及原始基督教時代於信仰自由限度內的被動抵抗權¹¹⁰；歐洲中古世紀日耳曼民族法¹¹¹、封建法¹¹²、教會法¹¹³、封建階級（Ständestaat）國家¹¹⁴所建構之主動抵抗權；宗教改革運動時期新教信徒們以神學為基礎發展出對世俗君王的反動論述¹¹⁵，並以喀爾文（Jean Calvin, 1509-1564）及其支持者胡格諾派等為代表¹¹⁶；而進入近代後，自然法理論下之抵抗權概念擺脫了神學的影響¹¹⁷，並為後續立憲主義國家之抵抗權奠定理論上的基礎。

惟上述概念之內涵實與本文立於現代民主法治國家框架下所欲探討的抵抗權概念不盡相同，而較為接近革命權之態樣，其反抗政治場域統治者的理由或為對抗暴政，或為爭取信仰自由等不一而足，雖與抵抗權同樣是對既存政府體制的反動，但其係企圖顛覆既存政府、以創造新的政府體制為目的，與抵抗權以恢復原有憲政體制為目的不同。

雖有學者認為抵抗權與革命權係密不可分的，且實行上因從事革命者往往訴諸自身之正當性而主張自身係在行使抵抗權，惟如前所述，革命以創建新秩序為目的，該新秩序亦不以現代民主憲政為限；抵抗權則被認為是憲政體制的最後防線，以恢復憲政體制為目的，二者本質上不同，所涉及之刑法上問題亦相異，按革命涉及刑法上內亂罪、政治上確信犯相關問題，與本文欲探討核心問題不同。

¹⁰⁹ 楊仁聲，前揭註 12，頁 28-29。

¹¹⁰ 楊仁聲，前揭註 12，頁 29-30；姚立明，前揭註 94，頁 29；楊敕熙，前揭註 103，頁 5-6。

¹¹¹ 楊仁聲，前揭註 12，頁 30-31；楊敕熙，前揭註 103，頁 6-7。

¹¹² 楊仁聲，前揭註 12，頁 31；姚立明，前揭註 94，頁 29；楊敕熙，前揭註 103，頁 7-9。

¹¹³ 楊仁聲，前揭註 12，頁 31-32；姚立明，前揭註 94，頁 29。

¹¹⁴ 楊仁聲，前揭註 12，頁 32-33；姚立明，前揭註 94，頁 29-30；楊敕熙，前揭註 103，頁 9-11。

¹¹⁵ 魏培軒，前揭註 92，頁 8-10。

¹¹⁶ 魏培軒，前揭註 92，頁 17-20。

¹¹⁷ 魏培軒，前揭註 92，頁 20-39。



第二目 公民不服從

公民不服從與抵抗權係關聯但相異的概念，二者雖均係本於道德或正義的信念，以違反實證法律之手段達成訴求，但在手段、目的上仍有不同之處，以下分別就學說討論及本文自行歸納數個區分標準為分析。

壹、對抗對象不同

公民不服從與抵抗權均係本於自身理念，面對違法、違憲國家權力而發動，惟前者行為人仍尊重整體法律秩序，僅係以「個別」不正義的法律或政策為抗爭對象；後者則係當國家憲政秩序遭到危害時始發動，亦即行為人對抗對象為現存的整體法律、政府體制，並認定其已違憲。換言之，亦可以違法、違憲國家權力造成侵害之程度為二概念之區分點，當其造成侵害較輕微，僅係出現個別不正義的法律或政策時，人民應主張公民不服從；當違憲程度已達整體體制的違憲，甚至可認為是不法政權時，人民可主張抵抗權。

貳、暴力與非暴力手段

學者或以公民不服從之特色為非暴力，抵抗權行使則容許暴力之手段為區分點¹¹⁸；惟承前述，本文基於抗爭手段的採擇重點應為比例原則等理由，認為並無將暴力手段一概排除之理，故不以之為區分之標準。

參、最後手段要求

抵抗權基於對既存法律體制的尊重，以最後手段為行使要件之一已如前述；而公民不服從論者如羅爾斯同樣基於法律安定性原則，主張應以體制內合法救濟手段為優先，惟並非僵化要求行為人必須完成所有合法救濟手段後始可為公民不服從，而係立於有效性的角度，實際評估個案中該合法救濟手段是否仍具效用而

¹¹⁸ 張嘉尹（2014），〈保衛共和國！——318 學運的憲法學詮釋〉，《臺灣法學雜誌》，245 期，頁 61。

決定¹¹⁹，惟本文結論上認為此判斷應吸納於比例原則之必要性判斷，則就其內涵為何應繫諸於個案情事，然抵抗權既針對排除憲政秩序始可發動，則因訴求對象範圍之落差及行為對社會秩序動盪影響大小之差異，可預見抵抗權之標準應較公民不服從為嚴格。

肆、法律效果

另亦有論者自法律效果層次切入，認為抵抗權因係憲法上權利，當符合要件時行為人可獲得正當性，亦即由憲法給予行為者免除刑責之阻卻違法事由；相對於此，主張公民不服從者因係明知故犯、以身試法，以求喚醒社會大眾輿論的關注，故行為人應對刑罰甘之如飴，其雖具道德上正當性，但法律上應如何評價容有爭議，多數仍贊同應依法處以相應刑罰。¹²⁰

惟本文認為上述見解稍嫌速斷，暫不論抵抗權在我國憲法未明文規範的狀況下是否有存在空間，即使肯認抵抗權確實為憲法所保障基本權利之一環，亦無法由此直接導出可作為刑法上阻卻違法事由之結論，按憲法之法位階雖為最高，基於法律優位原則應以其為最高指導原則，惟其規範內容相對抽象，而需要下位階法規加以填充、具體化，直接以基本權利為刑法體系內阻卻違法事由之論述似過於簡化。又基於前述，公民不服從至多僅要求行為人坦然接受司法追訴，並未以其概括承受刑罰為要件，刑法體系內要如何處理此種特殊之違法類型為本論文後段欲處理之中心問題。結論上本文認應無法自法律效果就二者為截然區分。

伍、量差之概念

綜上，本文認為二者間實為量差概念，主要之差異為二者欲對抗對象範圍之不同，可推知實際實行後所帶來結果嚴重性的落差，亦連帶影響了對最後手段性判斷標準的寬嚴。質言之，二者係人民面對國家權力不同嚴重程度之違憲的反動

¹¹⁹ John Rawls (著)，黃丘隆 (譯)，前揭註 43，頁 363-369。

¹²⁰ 陳新民，前揭註 86，頁 167。參照同文頁 156，係將“civil disobedience”譯為「和平反抗權」，本文為避免混淆及行文方便，論述中仍採與前文同之翻譯—「公民不服從」。

手段，故其間差異實際上係比例原則及法益權衡考量後的結果。



第四款 小結

綜上所述，抵抗權係發源於美國憲政思潮，後由法國大革命繼受、傳播，至西德於二戰後透過基本法的規定將其成文化並落實。而本文區分革命權與抵抗權二者，僅以後者為探討之標的，且應於國家權力就憲政秩序已為公然、嚴重的侵害，達全面排除、廢棄憲政秩序之程度，又別無其他救濟方法時，人民方可行使抵抗權，與針對個別不正義法律或政策之公民不服從為量差之概念，又抵抗權作為現代民主法治國家下人民防衛憲政秩序的最後手段，有其存在必要性。


第三項 我國適用可能性

我國憲法雖無抵抗權之明文規定，無法直接援引憲法規定作為權利基礎，惟是否可作為不成文之基本權利而適用？學者多認抵抗權為任何具有自我防衛能力的民主憲法所必須蘊含的權利，故可認定屬於不成文的基本權利，於我國亦具適用可能性。¹²¹

第三節 本章結論

綜上所述，公民不服從與抵抗權為相近但不同的二概念，均為現代民主法治國家中監督國家權力不可或缺的一環，並多基於維護既存法制而發動，然因對抗對象之不同，使實際實行結果影響範圍有落差，亦連帶影響了對手段判斷標準的寬嚴。二者承前述在現代社會均仍具重要意義，惟本文因擬聚焦於人民抗爭行為的刑法評價，抵抗權因限於就完全排除憲政秩序之違憲政權始可發動，可想見其行為之評價結論上高度仰賴抵抗結果是否成功，亦即政治現實上的成王敗寇將影

¹²¹ 張嘉尹，前揭註 118，頁 61。



響評價結論；或謂即使當下抵抗失敗，仍可參酌納粹政權之歷史經驗，透過嗣後司法判決矯正對抵抗行為的法律評價，惟該情況下之法律評價所涉問題即非本文所欲探討之問題核心——人民為抗爭行為的刑法評價，重點毋寧係轉型正義等其他議題，故為求論文聚焦，以下將僅討論公民不服從行為之刑事責任，而不論及抵抗權之部分。

承前所述，公民不服從之概念始於梭羅，經甘地、金恩付諸實踐而發揚光大，然學界就其之定義仍多有爭論，迄今尚無一固定之通說見解；而就其道德、法律上正當性亦百家爭鳴，難見一致之共識。惟若回歸個案，參與公民不服從行為者不得不面對實際具體法律適用的問題，即使完美符合上述公民不服從之定義，且肯認其為憲法所保障之基本權利行使，則就具體法律適用又產生如何之效果？就此學者亦係眾說紛紜，如德沃金主張在衡量行為人違法之原因動機後，可適當給予不起訴之寬容對待；同時法官審理個案時，亦可將其動機納入考量，於適當時機給予無罪判決或不追究刑責¹²²。哈伯馬斯雖反對公民不服從之法制化，然主張行為人縱然觸犯法律規範，亦不宜由司法機關追訴處罰，理由為公民不服從係以不具正當性的法律為抗議對象，而欠缺正當性之法律即代表代議民主制度於此之失靈，連帶使國家機關正當性受到質疑，自無追訴處罰人民之資格。¹²³

然上述學者均未植基於刑法體系內部觀點為闡述，本文並非欲主張為公民不服從行為就等同於刑事免責，然應可認公民不服從與一般違法行為不同，係一特殊之違法類型，惟目前實務上是如何處理此種特殊違法形態？學說就此又有如何的討論？在刑法體系中是否確實存在評價此特殊性的空間而可為不同評價？若有另行處理必要則在刑法內部何層次處理為當？此為本文於後續章節所欲處理之議題。

¹²² 易珊如，前揭註 7，頁 54。

¹²³ 許宗力，前揭註 4，頁 206-207。



第三章 實務見解與文獻回顧

第一節 實務見解

為釐清實務就公民不服從行為刑事責任之見解為何，以下將舉數例探究實務上係如何解讀此類行為、法律上如何處理以及結果為何，並歸納為《集會遊行法》中刑罰規定與普通刑法二部分分別進行評析。

第一項 違反《集會遊行法》

第一款 《集會遊行法》規範

第一目 條文規定

壹、立法史考察

1987 年蔣經國總統正式宣布解嚴後，就人民示威抗議之法制歷經約半年法律空窗期後，於隔年始公布施行《動員戡亂時期集會遊行法》¹，作為保障與規制人民集會遊行之專法。然當時甫經解嚴，雖在野黨立委與法學者均傾向較開放之立場，惟除法規名稱仍保留「動員戡亂」外，綜觀當時規範內容，就集會遊行採用事前許可制²，並以各地警察分局為主管機關³；於第 4 條重複制定國安三原則⁴；第 6 條規範禁制區⁵；並訂有相關刑罰規定⁶，顯見執政黨挾多數立委席次

¹ 總統府公報 4877 期，總統府網站，

<http://www.president.gov.tw/Default.aspx?tabid=84&lctl=view&itemid=4200&ctid=96&q=>（最後瀏覽日：06/24/2014）

² 參《動員戡亂時期集會遊行法》第 8 條至第 17 條規範。

³ 「本法所稱主管機關，係指集會、遊行所在地之警察分局。

集會、遊行所在地跨越二個以上警察分局之轄區者，其主管機關為直轄市、縣（市）警察局。」

⁴ 「集會、遊行不得違背憲法或主張共產主義，或主張分裂國土。」



之絕對優勢下，通過一以如何防止集會遊行危害社會秩序、方便警方介入為主要核心之法律。⁷

1991 年因應總統廢止動員戡亂時期，本法亦出現修法契機，除將法規名稱變更為《集會遊行法》外，就規範內容部分則刪除第 4 條規範之國安三原則之一⁸；增列對集會、遊行負責人清理廢棄物等要求，並對違反者處以行政罰鍰⁹；另將貨幣單位由銀元改為新臺幣。然雖在野黨立委大聲疾呼，本次修法就事前許可制、刑罰規定等仍未修正，換言之，政府就人民集會遊行之限縮與管制態度並未改變。¹⁰

1998 年司法院釋字第 445 號宣告本法第 9 條與第 11 條 1 至 3 款違憲，再次帶動 2002 年之修法，因應釋字 445 號之要求，本次修正刪除原第 9 條對偶發性集會許可期限的要求；切斷不予許可規定與第 4 條國安原則之連結，避免事前審查言論內容；並修改第 11 條 2、3 款不確定法律概念，使其較為明確等。惟僅消極針對釋字內容作出相應修正，並未就集會、遊行自由為進一步的保障，在立法過程中甚至未就迭生爭議之許可制、刑罰規定為積極討論，論者將其歸因於當時之政治環境變遷，政黨輪替的結果使過去致力於爭取街頭權利的在野黨轉換為管制者之立場。¹¹

2014 年 3 月司法院大法官作出釋字第 718 號解釋，就緊急性及偶發性集會依現行法仍應申請許可之規定，認為係對人民集會自由不必要之限制，抵觸憲法

⁵ 「集會、遊行不得在左列地區及其週邊範圍舉行。但經主管機關核准者，不在此限：

一、總統府、行政院、司法院、考試院、各級法院。

二、國際機場、港口。

三、重要軍事設施地區。

前項第一款、第二款地區之週邊範圍，由內政部劃定公告；第三款地區之週邊範圍，由國防部劃定公告。但均不得逾三百公尺。」

⁶ 參《動員戡亂時期集會遊行法》第 29 條至第 31 條規範。

⁷ 劉人豪（2012），《集會無理？遊行有罪！—集會遊行管制的歷史形塑與法律實踐—》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 52-64。

⁸ 「集會遊行不得主張共產主義或分裂國土。」

⁹ 參《集會遊行法》第 18、22、27 條之規範。

¹⁰ 劉人豪，前揭註 7，頁 65-69。

¹¹ 劉人豪，前揭註 7，頁 69-90。



23 條比例原則及第 14 條保障集會自由之意旨。¹²此見解會對後續修法有何影響？是否係《集會遊行法》全盤修正的契機？亦或與過去相同，立法者僅會就釋字提及部分修訂？未來如何發展值得進一步的觀察。

貳、刑事責任規範

《集會遊行法》第 29 條至 31 條訂有刑事責任之規範，其中第 31 條¹³係針對妨害合法集會之行為¹⁴，與本文欲探究國家對人民集會之管制面向不同，在此不贅。

一、《集會遊行法》第 29 條

「集會、遊行經該管主管機關命令解散而不解散，仍繼續舉行經制止而不遵從，首謀者處二年以下有期徒刑或拘役。」

依據同法第 25 條¹⁵，主管機關在符合要件之情形下有命令解散集會、遊行之權力，若經主管機關命令解散而仍不解散者，首謀者應負刑事責任。

二、《集會遊行法》第 30 條

「集會、遊行時，以文字、圖畫、演說或他法，侮辱、誹謗公署、依法執行職務之公務員或他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣六萬元以下罰金。」

¹² 司法院釋字第 718 解釋理由書。

¹³ 「違反第五條之規定者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣三萬元以下罰金。」

¹⁴ 《集會遊行法》第 5 條：「對於合法舉行之集會、遊行，不得以強暴、脅迫或其他非法方法予以妨害。」

¹⁵ 「有左列情事之一者，該管主管機關得予警告、制止或命令解散：

一、應經許可之集會、遊行未經許可或其許可經撤銷、廢止而擅自舉行者。

二、經許可之集會、遊行而有違反許可事項、許可限制事項者。

三、利用第八條第一項各款集會、遊行，而有違反法令之行為者。

四、有其他違反法令之行為者。

前項制止、命令解散，該管主管機關得強制為之。」



第二目 引發爭議

《集會遊行法》施行至今 20 餘年，或因外在政治環境改變，或因司法院釋字而有修法契機，惟始終並未改變自 1988 年制定以來對集會、遊行嚴格管制的立場，原本的在野黨在獲得政權後即變更原本開放的態度，擱置修法議題，使本係用來保障人民基本權利之《集會遊行法》深陷政治泥淖中，遲遲無法達到去管制化的目的。

而此種規範之方式開始與民間力量產生衝突，解嚴後隨著民主思想逐漸深入人心，人民在上街頭爭取權利的同時開始感受到來自《集會遊行法》的掣肘，漸有主張廢除或修改《集會遊行法》之民間呼聲，如 1993 年之「廢惡法行動聯盟」、2006 年成立之「集遊惡法修法聯盟」；2002 年修法後於立法院共有兩波由特定事件引發之修法熱潮，分別為 2006 年底紅衫軍事件與 2008 年底爆發之野草莓學運¹⁶，然迄今未有法律之相應修正，檢警仍依法追訴參與者之刑事責任，故以下便以此二事件為例，檢視我國司法實務就此類事件在法律上係如何加以處理。

第二款 紅衫軍事件

第一目 事件背景

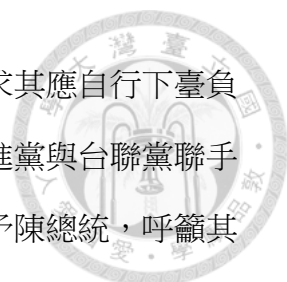
2005 年起，時任總統之陳水扁面對一連串政治風暴，如其女婿趙建銘經立法委員邱毅爆料後，深陷台灣土地開發公司內線交易弊案（下稱台開案）¹⁷；而陳水扁本人更是與其夫人吳淑珍、幕僚馬永成等人被指稱涉及以假發票報帳，兩人被認為係共犯，僅因總統具刑事豁免權¹⁸而暫不起訴¹⁹（下稱國務機要費案）²⁰，

¹⁶ 劉人豪，前揭註 7，頁 91。

¹⁷ 〈邱毅：趙建銘炒台開 獲利 3 億〉，聯合新聞網，http://mag.udn.com/mag/news/storypage.jsp?f_ART_ID=33691（最後瀏覽日：06/25/2014）。

¹⁸ 中華民國憲法第 52 條：「總統除犯內亂或外患罪外，非經罷免或解職，不受刑事上之訴究。」

¹⁹ 〈國務費案／520 後扁遭境管？ 陳瑞仁：一直相信他涉案〉，今日新聞網，<http://rumor.nownews.com/2008/05/16/10844-2275843.htm>（最後瀏覽日：06/25/2014）。



一連串的弊案使在野黨及輿論對陳水扁展開強烈抨擊，紛紛要求其應自行下臺負責，2006 年國民黨立委亦一度在立法院提出罷免案，惟因民進黨與台聯黨聯手抵制，未能通過表決。2006 年 8 月前民進黨主席施明德致函予陳總統，呼籲其應勇於認錯、自行請辭²¹，在未獲正面回應的情況下，施明德於同年 9 月發起「百萬人民反貪倒扁行動」，號召人民前往總統府前集會逼迫陳水扁下台，並要求群眾著紅衣，故該次行動又被稱為紅衫軍事件。²²

反貪腐運動總部發起一連串靜坐、抗議行動，於 2006 年 9 月 9 日首次發起倒扁靜坐²³，其後並於 9 月 15 日晚間發動倒扁螢光圍城遊行²⁴等，事件高潮為總部於 10 月 7 日下達天下圍攻動員令，號召民眾於 10 月 10 日早上於臺北市東、西、南、北四個定點集結，其於事前雖曾向中正第一分局申請許可然遭駁回²⁵，活動進行中並經警察舉牌警告、命令解散及制止而未解散，臺北地檢署嗣後以違反《集會遊行法》29 條為由，以施明德等 16 人為系爭集會遊行之首謀並提起公訴。²⁶

此事件係源自於一連串以陳水扁為核心之貪污弊案的爆發，民眾以改變政治現況與要求其負起政治責任為目的，公開地在明知未獲主管機關許可的情況下進行集會、遊行，事後總指揮施明德並表示一定會出庭，且若一審判決有罪將不會

²⁰ 〈阿扁執政實錄：國務機要費案話說從頭〉，聯合新聞網，http://mag.udn.com/mag/abian/printpage.jsp?f_ART_ID=46154（最後瀏覽日：06/25/2014）。

²¹ 〈施明德致函陳水扁促下台〉，香港大紀元網，<http://www.epochtimes.com.hk/b5/6/8/10/29030.htm?p=all>（最後瀏覽日：06/25/2014）。

²² 劉人豪，前揭註 7，頁 91-92。

²³ 〈靜坐首日湧進 30 萬人 相約明天再來〉，中國評論新聞網，<http://hk.crntt.com/doc/1002/0/5/8/100205886.html>（最後瀏覽日：06/25/2014）。

²⁴ 〈圍城之戰 30 萬螢光照亮臺北〉，中國評論新聞網，<http://hk.crntt.com/doc/1002/1/0/3/100210395.html>（最後瀏覽日：06/25/2014）。

²⁵ 臺北地方法院 96 年矚易字第 1 號刑事判決：「…惟主管機關即中正第一分局以王雅馨及劉淑玲之申請，未獲得管理人即臺北市政府之同意，違反《集會遊行法》第九條、第十一條之規定，均不予許可，此有該局核定集會遊行通知書二份附卷供參（見本院卷三第五七、五八頁）。則臺北市政府以總統府周邊本為集會遊行之禁制區，而當時國慶籌備委員會在該區域附近籌辦國慶活動，考量工程期間，暫停准許總統府周邊集會遊行活動因此不予許可…」

²⁶ 〈紅衫軍天下圍攻涉違法 16 首謀被訴〉，聯合新聞網，<http://city.udn.com/54543/2344814>（最後瀏覽日：06/25/2014）。

上訴，並希望可在有生之年服完刑期²⁷，充分表現其主觀上係自願接受懲罰，符合公民不服從之概念定義。



第二目 實務見解

本案經臺北地方法院 96 年矚易字第 1 號刑事判決、高等法院 98 年度矚上易字第 1 號判決判決無罪確定，法院論理大致相同，整理如下：

壹、地院判決

一、客觀構成要件不該當

(一)「首謀」

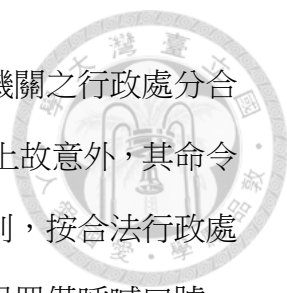
法院參照最高法院 85 年上易字 193 號判決之見解，認為共同正犯不限於事前有協議，行為當時基於相互認識以共同犯罪意思參與者亦為共同正犯，故本罪所稱之「首謀」並不限於首倡謀議之人，凡係於集會現場參與指揮群眾，並居於領導地位之人均應屬之。然法院以本次集會參與人數眾多，縱被告人等姓名均被登載於倒扁總部製作之十月十日天下圍攻工作手冊之人員清單中，又參與或規劃事前的記者會，並於集會時在場且被員警認出，仍不可直接推斷被告等人就天下圍攻之活動為首謀，客觀構成要件不該當。

(二) 命令解散行政處分有重大明顯瑕疵

就《集會遊行法》第 29 條規定之適用，法院均認定個案中主管機關所為命令解散、制止之行政處分為本罪構成要件之一部份，刑事法院應可實質審查，而非形式上存在行政處分即可認定構成要件該當。²⁸

²⁷ 〈扁當局起訴施明德 紅衫軍揚言再起〉，中國評論新聞網，
<http://hk.crntt.com/doc/1004/2/3/1/100423111.html?coluid=7&kindid=0&docid=100423111>
(最後瀏覽日：06/26/2014)。

²⁸ 臺北地方法院 96 年矚易字第 1 號刑事判決：「…至於主管機關如何命令解散集會、遊行，以及用何種方式制止其繼續進行，涉及此項解散命令之當否，為事實認定問題。刑事法院於論罪科刑時，就犯罪行為之構成要件是否符合，應為確切之認定，尤其對於行為須出於故意為處罰之要件，亦應注意及之（參照司法院大法官會議釋字第四四五號解釋理由書）。…」



承上述，法院否定行政法上構成要件效力，實質審查行政機關之行政處分合法性，檢警除蒐證證明被告有消極聚眾不解散之不作為及主觀上故意外，其命令解散集會遊行時並應符合《集會遊行法》第 26 條²⁹之比例原則，按合法行政處分始有以刑事制裁加以保護必要。而本次集會遊行過程平和，民眾僅呼喊口號、比手勢，未有暴力行為；又其訴求並非毫無所本；且警方已充分掌握情況，並無明顯而立即之危險，僅輕微影響交通秩序；慮及集會遊行自由作為表現自由之一環，應給予其表達意見之空間，警方僅以該次集會事前未經許可即為命令解散之處分，不符合本法 26 條揭糞之比例原則，具重大明顯瑕疵，臺北地院並據此判定客觀構成要件不該當，被告等應不成罪。³⁰

二、主觀構成要件不該當

法院經勘驗各項現場蒐證錄影帶光碟後，認為當時因情況混亂、人聲鼎沸且噪音吵雜，員警三次舉牌之行政處分是否確為被告所知悉甚為可疑；又根據在場蒐證員警之證詞，均指出因人數過多舉牌時無法得知被告等人位置，故認定被告等人應無違反行政處分而故不解散之犯意，換言之，被告等人不具故意，主觀構成要件不該當。

貳、高院判決

高等法院論理大抵上與地方法院並無二致，同樣認為並無行政法上構成要件效力，法院應就行政處分合法性為實質審查；認為公訴人就被告為首謀之舉證不足，客觀構成要件不該當；審諸現場情況，無法使法院建立被告已知悉行政處分的確信，亦即難據此認被告有故意不解散之故意，因此為無罪判決。又本案為不

²⁹ 「集會遊行之不予許可、限制或命令解散，應公平合理考量人民集會、遊行權利與其他法益間之均衡維護，以適當之方法為之，不得逾越所欲達成目的之必要限度。」

³⁰ 臺北地方法院 96 年矚易字第 1 號刑事判決：「…查本件既乏積極明確之證據，可資證明主管機關所為舉牌『警告』之行政通知，及『制止』及『命令解散』之行政處分，符合《集會遊行法》第二十六條有關比例原則之規定，難認此舉已該當於該罪之客觀構成要件要素，被告申○○等前揭所辯，應屬可採。從而公訴意旨僅以被告申○○等前揭聚眾集會遊行之行為，業經主管機關舉牌為解散命令，仍未遵從，即遽認其等所為已該當於《集會遊行法》第二十九條之罪名，而未衡酌比例原則，似嫌速斷。」



得上訴三審案件，故無罪判決確定。

第三目 小結

觀察紅衫軍事件之實務見解可知，結論上法院作出了無罪判決，在理由構成部分除嘗試以限縮解釋方式縮減刑罰適用範圍外，亦對個案中警方不予許可及解散命令處分均為實質審查與檢討。其結論就保障人民集會遊行基本權利角度而言雖值贊同，惟理由構成學理上實有爭議，按行政法學理上有「構成要件效力」之討論，係指行政處分對其他機關、法院或第三人之拘束效果³¹，就法院而言，若憲法或法律授權其審查行政處分效力，則無構成要件效力之適用，此為學說共識所肯認；惟若涉及憲法與法律並未授權法院進行審查時，法院是否可就行政處分為實質審查即迭生爭議。

學者有認為基於權力分立原則，普通法院必須承認行政機關下達之既有行政處分效力，在行政機關自行撤銷廢止或有管轄權之行政法院撤銷前，應將其納為自身判決的基礎構成要件事實，僅能審查系爭行政處分是否成立以及有效，就有效成立之「違法」行政處分人民仍應遵守，若拒不服從刑事法庭則應處以相應的刑罰。³²換言之，法院僅可審查行政處分形式合法性，不可就實質判斷置喙，否則刑法上如妨礙公務等罪將完全被排除適用可能性。³³就此實務迄今亦尚無定見³⁴，雖亦有法院採取類似本案判決見解作出無罪判決者³⁵；然亦不乏基於上述構成要件效力見解者作出有罪判決之法院。³⁶

基於上述，本文認為本案判決結論雖值贊同，然在理由構成上有所不足，綜觀法院判決理由，其一再強調集會遊行自由在民主法治國家的重要性，就集會遊

³¹ 吳庚（2001），《行政法之理論與實用》，七版，頁 353，臺北市：自版。


³² 陳敏（2004），《行政法總論》，四版，頁 448，臺北市：自版。

³³ 林山田（2005），《刑法各罪論（下）》，五版，頁 140，臺北市：自版。

³⁴ 劉人豪，前揭註 7，頁 159-164。

³⁵ 如臺北地方法院 95 年度易字第 617 號、臺灣高等法院 97 年度上易字第 659 號判決。

³⁶ 如臺灣高等法院 95 年度上易字第 1336 號判決。



行造成交通秩序等損害則輕輕帶過，似欲從事利益衡量的判斷；判決中並均強調紅衫軍集會之訴求具一定程度之正當性，以加強人民行動之正當性。按將利益衡量判斷置於構成要件層次已有未合，又如此的判斷模式使憲法集會遊行自由、言論內容正當性等欠缺被直接、正面衡量的機會，僅在理由構成中扮演輔助加強的旁論角色，使法院見解無從展現憲法意識的落實，亦無法建立公民不服從行動的類型化判斷標準，結果便是使相似案件在法律評價上得到截然不同的後果，破壞法律安定性並使法院判斷有恣意的空間。又若允許法院就行政機關所為行政處分為實質合法性的判斷，則將使行政事務窒礙難行，刑法上相應之妨礙公務等罪亦難以落實；若係為兼顧公務執行與人民集會自由的保障，則應可於後續犯罪審查中尋求利益衡量之空間，毋庸於最前階段之構成要件層次即為判斷。

第三款 野草莓學運

第一目 事件背景

2008 年中國海協會會長陳雲林來台，鑑於之前張銘清訪台遭抗議民眾推倒受傷之事件³⁷，警方採取許多事前預防措施，諸如機場淨空、限制人民舉國旗、對其居住的圓山飯店大規模封閉管制等；警方甚至在無搜索令狀的情況下進入上揚唱片國際股份有限公司，要求其停止播放特定音樂³⁸，然而這些不當限制基本人權的措施更加激怒了抗議份子，引發民眾徹夜包圍晶華酒店之圍城行動。³⁹

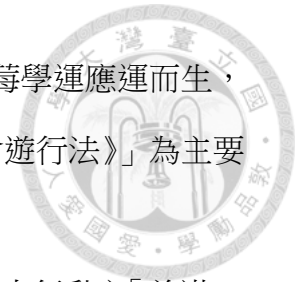
而針對這次政府過度維安之事件，臺灣大學等學生在網路上展開串聯，為表達抗議集結於行政院前，以穿黑衣、戴口罩之方式表達自己的沈痛與抗議，隨後

³⁷ 〈推倒張銘清 王定宇判 4 月〉，蘋果日報網，
<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20090922/31959614/>（最後瀏覽日：06/25/2014）。

³⁸ 〈李漢卿獲不起訴 上揚嘆沒正義〉，自由時報電子報，
<http://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/298217>（最後瀏覽日：06/25/2014）。

³⁹ 〈晶華衝突 火爆圍堵 陳雲林狼狽脫困〉，蘋果日報網，
<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20081107/31119959/>（最後瀏覽日：06/25/2014）。

經警方舉牌三次後抬離，學生們轉往自由廣場持續訴求，野草莓學運應運而生，以「總統、院長道歉；國安局長、警政署長下台；修改《集會遊行法》」為主要訴求⁴⁰，並展開一連串後續抗議行動。⁴¹



其後臺灣大學社會系助理教授李明璁因被認為係行政院靜坐行動之「首謀」，經檢方以違反《集會遊行法》29 條起訴並聲請簡易判決處刑⁴²；4 名核心幹部學生則因於 12 月 7 日所發起之「自願報備制」野草莓會師大遊行亦被警方依違反《集會遊行法》函送法辦。⁴³

綜上，野草莓學運導因於政府一連串罔顧法治、侵害人民基本權利的作為，為表達對這些舉措的不滿及呼籲政府出面道歉，參與者首先在網路上展開串聯，就行政院前集會靜坐並未向主管機關提出申請⁴⁴，係以公開違法的方式希能吸引社會大眾對此事件的注意⁴⁵，可視為間接公民不服從；而就嗣後之野草莓會師大遊行，參與學生更是刻意不向主管機關申請許可，希望能藉由實際演練其所主張之「自願報備制」集會遊行，凸顯現行法治之荒謬之處⁴⁶，為直接公民不服從之典型案例。

⁴⁰ 〈野草莓：三目標未成 運動絕不終止〉，自由時報電子報，<http://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/258840>（最後瀏覽日：06/25/2014）。

⁴¹ 楊宗澧（2010），〈野草莓學運大事記〉，《司法改革雜誌》，69 期，頁 70。

⁴² 〈李明璁被起訴 野草莓抱不平〉，自由時報電子報，<http://news.ltn.com.tw/news/politics/paper/310353>（最後瀏覽日：06/25/2014）。

⁴³ 自由時報（12/08/2008），〈警方函辦 4 名野草莓遊行主辦者〉，A3 版。

⁴⁴ 司法改革雜誌編輯部（2010），〈為何控訴警察？—兼論《集會遊行法》修正草案〉，《司法改革雜誌》，69 期，頁 52-54。

⁴⁵ 〈野草莓案開庭 五證人「自首」抗議集遊惡法〉，香港大紀元網，<http://www.epochtimes.com/b5/10/1/8/n2779805.htm>（最後瀏覽日：06/25/2014）。

⁴⁶ 〈1207，讓我們演練一次自願報備制的遊行〉，野草莓網誌，http://action1106.blogspot.tw/2008/12/1207_06.html（最後瀏覽日：06/25/2014）。



第二目 實務見解

壹、行政院靜坐

就行政院靜坐部分，綜觀檢方針對李明璫之起訴書內容⁴⁷，無非以當時學生聚集於行政院外之集會，經警方數次舉牌命令解散而不從；又以其擔任行動之新聞聯絡人、在場發表演說等認定其立於領導地位，而該當本罪之「首謀」要件，並以之為起訴依據。

惟臺北地院於 99 年 9 月 9 日基於《集會遊行法》第 8 條、第 9 條 1 項、第 25 條、第 29 條等規定有牴觸憲法第 14 條、第 23 條之疑義，裁定停止審判並聲請司法院大法官解釋⁴⁸；後經司法院大法官於 2014 年 3 月作出釋字第 718 號解釋，就緊急性及偶發性集會依現行法仍應申請許可之規定，認為係對人民集會自由不必要之限制，抵觸憲法 23 條比例原則及第 14 條保障集會自由之意旨⁴⁹；臺北地院亦隨之於同年 4 月 11 日作出繼續審判之裁定，而於日前作出無罪之判決⁵⁰，判決理由中認定系爭集會為緊急性集會，亦即本案集會活動如非即刻舉行將無法達到目的，且難以期待同時作為被訴求對象之中正一分局會於海協會會長陳雲林離臺前核可該集會活動之申請，故依司法院釋字第 718 號解釋意旨，認定應排除於《集會遊行法》第 8 條第 1 項適用範圍之外；又本案中警方所為之舉牌命令解散因未取得主管機關首長之同意或授權，且集會現場平和並無緊急或急迫情事存在，故行政處分難認為合法；又依卷內證據難認被告係本案集會活動之首謀，故為被告無罪之判決。

⁴⁷ 〈李明璫老師起訴書影本〉，野草莓網誌，http://action1106.blogspot.tw/2009/06/blog-post_8155.html（最後瀏覽日：06/25/2014）。

⁴⁸ 臺灣臺北地方法院 98 年度易字第 1707 號刑事裁定。

⁴⁹ 司法院釋字第 718 號解釋理由書。

⁵⁰ 臺灣臺北地方法院 98 年度易字第 1707 號判決。



貳、野草莓會師大遊行

就野草莓會師大遊行部分，警方雖當場未進行驅離，惟蒐證後隨即將核心參與數名學生以違反《集會遊行法》函送法辦，後均經檢方以不起訴處分結案。⁵¹

參、小結

就野草莓事件，行政院靜坐部分觀察檢方起訴書，顯然其仍僅是形式操作《集會遊行法》第 29 條之條文，於起訴書中僅論及集會、舉牌解散命令等之事實，未論及人民集會遊行自由、公民不服從等，而一審法院之判決理由中，大抵上不脫司法院釋字 718 解釋之範圍，雖注意到集會自由之保障，惟就公民不服從未置一詞；遊行部分因不起訴處分書並未對外公開，故無從得知檢方就此之見解為何。

第二項 違反普通刑法

第一款 關廠工人二次臥軌案

第一目 第一次臥軌

壹、事件背景

於 1996 年至 1998 年數家工廠接連惡意倒閉，負責人潛逃海外，許多勞工拿不到應得的薪資、退休金與資遣費，政府機關亦長期未盡到監督雇主提撥退休準備金的責任，導致勞工求償無門，關廠工人們組成「全國關廠工人連線」自救，展開一連串的抗議行動，主要訴求係政府先支付退休金與資遣費予失業勞工，再以國家力量向企業主為代位求償，當時的勞委會為弭平爭議，訂定《關廠歇業失業勞工促進就業貸款實施要點》等法令，在 100 萬的額度內，依雇主積欠勞工

⁵¹ 民報網站，<http://www.peoplenews.tw/news/b948eb3c-9de6-4bb3-8db8-cb5b81f38fe6>（最後瀏覽日：06/26/2014）。

的金額以「貸款」的形式發放給勞工，使抗爭行為暫時告一段落。⁵²

其間最激烈的抗議行動即為 1996 年聯福公司員工為抗議當時負責人惡意倒閉且未依法發給員工資遣費、退休金等，組成「聯福公司員工自救會」，於同年 12 月 20 日舉辦協商說明會，惟當時受邀出席的行政院勞委會主委謝深山竟公開表示無法以勞保基金處理此件糾紛，以「職權有限，能力不足」回應勞工的訴求。聯福勞工在求助無門的狀況下，於說明會中提議靜坐鐵軌攔火車抗議，以迫使政府正視此事，經表決通過後，自救會成員在時任全國自主勞工聯盟榮譽會長之曾茂興的帶領下，共同前往桃園縣某地之鐵路平交道，以拉抗議布條並靜坐於鐵軌之方式表達訴求，致使當日南下列車停駛 58 分鐘。⁵³

聯福勞工係以臥軌方式表達對政府作為的不滿，按當時公司負責人將工廠關閉後資產外移，勞工眼睜睜看著其繼續在大陸與東南亞設廠，卻無法獲得應有的給付，政府不但未盡到法定的監督責任，在事件發生後亦未主動處理，甚至表明無法協助，自勞工訴求可知，其係以促使政府政策改變為目的；而雖其係為爭取自身權利，惟如前所述，只要不是為了榨取或敲詐不合理的利益，就不能否認其抗議具有足以引起公眾關心的公益導向性質⁵⁴；又其臥軌前為達到吸引政府與社會大眾注意的目的，實際上有通知各界，換言之係公開地以違反法律方式表達自身訴求；應符合公民不服從之定義。

貳、實務見解

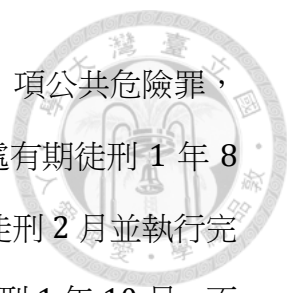
此次臥軌行動經桃園地檢署偵查後，以違反刑法第 184 條第 1 項之公共危險罪⁵⁵為由，起訴聯福勞工、曾茂興及其他協助者共 82 人。桃園地方法院以聯

⁵² 〈歷史債務不清 討債倒積極〉，苦勞網，<http://www.cooloud.org.tw/node/69492>（最後瀏覽日：06/26/2014）。

⁵³ 〈專題一：無悔勞工路——工運傳奇人物曾茂興的故事〉，財團法人民間司法改革基金會網站，http://www.jrf.org.tw/newjrf/rte/myform_detail.asp?id=1655（最後瀏覽日：06/26/2014）。

⁵⁴ 許宗力（1988），〈試論民主法治國家的「市民不服從」〉，《臺大法學論叢》，18 卷 1 期，頁 201。

⁵⁵ 「損壞軌道、燈塔、標識或以他法致生火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機往來之危險者，處三年以上十年以下有期徒刑。」



福員工等人共同靜坐致生火車往來之危險，犯刑法第 184 條 1 項公共危險罪，惟因其犯罪情狀可憫恕，依刑法第 59 條⁵⁶規定減輕其刑，判處有期徒刑 1 年 8 月，緩刑 4 年；曾茂興則因先前另一勞資爭議案已被判處有期徒刑 2 月並執行完畢，依據當時刑法 47 條⁵⁷之規定為累犯而加重其刑，處有期徒刑 1 年 10 月，不得緩刑。⁵⁸高等法院就聯福勞工臥軌之行為認定成立刑法 184 條 5 項妨害火車行駛安全未遂罪，惟可依當時刑法第 26 條⁵⁹減輕其刑，各判處有期徒刑 9 月，緩刑 2 年；曾茂興因係累犯，加重其刑後處有期徒刑 10 個月。⁶⁰

曾茂興於 2000 年 9 月入獄服刑，惟於同年 12 月 10 日國際人權日當天，獲得前總統陳水扁之特赦出獄。⁶¹

第二目 第二次臥軌

壹、事件背景

前述抗爭本已告一段落，惟事隔多年後，2012 年 6 月開始勞工們陸續接到法院支付命令，要求他們償還對勞委會所積欠之貸款本利，在勞工依法提出異議後，勞委會在各地民事法院提起共計 600 多件償還貸款的民事訴訟，為此 16 年前上街抗爭的勞工又再次走上街頭。⁶²勞工主張當時會同意「貸款」，係因政府告知他們後續僅會向雇主代位求償，痛批政府為逼債喪失誠信；就此勞委會官方則表示其係貸款性質而非社會救助，係就業安定基金的一部份，目的僅是安置當

⁵⁶ 「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」

⁵⁷ 「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」

⁵⁸ 臺灣桃園地方法院 86 年度訴字第 188 號判決，轉引自：彭雪玉（2000），〈臺灣勞動者爭議行為正當性的反思—評聯福勞工臥軌事件〉，收於：李洙德（編），《勞動法裁判選輯(三)》，初版，頁 315，臺北：元照。

⁵⁹ 「未遂犯之處罰，得按既遂犯之刑減輕之。但其行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，減輕或免除其刑。」

⁶⁰ 臺灣高等法院 86 年度上訴字第 4824 號判決，轉引自：彭雪玉，前揭註 58，頁 315。

⁶¹ 〈關廠工人怒！1996 年首見工運臥軌 曾茂興入獄獲特赦〉，東森新聞雲網站，<http://www.ettoday.net/news/20130206/162061.htm>（最後瀏覽日：06/26/2014）。

⁶² 〈關廠工人案：不誠信的國家機關?!〉，財團法人法律扶助基金會網站，http://www.laf.org.tw/tw/b3_1_2.php?msg1=39&msg2=451（最後瀏覽日：06/26/2014）。

時勞工的生活。⁶³雙方各執一詞，當年關廠工人再度集結展開一連串抗爭，要求勞委會應主動撤告，並輾轉於立法院、總統府官邸外靜坐表達不滿；並曾於凱達格蘭大道以普渡大劈棺方式抗議⁶⁴，桃園縣產業總工會理事長毛振飛嗣後因違反《集會遊行法》而被判處拘役 20 日⁶⁵；後續並再度爆發臥軌事件。

2013 年 2 月 5 日關廠勞工因不滿勞委會當天提出之關廠勞工貸款案解決辦法，於當日下午蛋洗勞委會抗議後，於晚間 8 點 25 分近百名勞工躍下月台臥軌抗議，因臺鐵事先通報列車減速進站未造成傷亡，惟臺鐵第三月台處於被癱瘓狀態，警方隨即開始抬離、勸離，前後歷經約半小時始將鐵軌淨空。⁶⁶

此次臥軌導因於政府一連串冷漠或漠視的措施，按關廠勞工處境政府本就難辭其咎，在承諾勞工以代位求償方式解決後，卻因求償未果數年後再度向勞工興訟，使當年的追債的勞工反轉為被迫債者，甚至編列千萬預算欲聘請律師向勞工追討；當年的失業勞工與其後代除法律途徑外，亦積極與勞委會尋求協商可能性，勞委會並一度承諾會暫停訴訟以緩和抗議情勢，惟嗣後卻食言；其向各界陳情未果後，始採取臥軌之激烈方式期能製造更多輿論壓力，同樣係以吸引公眾關心的公益為目的，透過公開違反法律的方式希望能促使政府政策的改變，為公民不服從的體現。

貳、實務見解

警方於 2 月 5 日當場於火車站內逮捕關廠工人連線之 8 名幹部，送往警局，後檢察官至警局訊問後釋放，檢方就是否涉犯公共危險罪展開偵查，其可能需面

⁶³ 〈當年承諾「代位求償」如今向勞工逼債〉，苦勞網，<http://www.cooloud.org.tw/node/69235>（最後瀏覽日：06/26/2014）。

⁶⁴ 〈3 分鐘看懂 關廠工人抗爭路〉，蘋果日報網，<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20140310/357801/>（最後瀏覽日：06/26/2014）。

⁶⁵ 臺灣臺北地方法院 102 年度易字第 1162 號判決。

⁶⁶ 李惠宗（2013），〈臥軌抗議，該當何罪？—兼論公務員之「守經事應知其宜」原則〉，《月旦法學教室》，128 期，頁 63。

對後續司法追訴。⁶⁷



第三目 小結

就第一次臥軌事件中的實務見解，學者解讀法院雖對被告行為在動機與目的上有所體諒，但定罪時所引據之刑法條文仍不予放寬⁶⁸，此觀之判決理由中僅於量刑階段以情可憫恕予以減輕可知，亦即法院認為被告之行為雖值得同情，但並無法律上正當性；而其中曾茂興雖嗣後透過總統特赦方式出獄，依《赦免法》第3條⁶⁹前段規定免除其刑，然並未一併宣告罪刑無效⁷⁰，同樣宣示了其行為終究是有罪的。顯然法院或政府面對人民公民不服從的行為仍然站在「憐憫」或「同情」的立場，並未正面考量其行為合法的可能性。而第二次臥軌行動檢方或法院是否可能突破此窠臼，就被告行為作出不一樣的法律評價值得進一步觀察。

第二款 苗栗苑裡反瘋車事件

第一目 事件背景

此事件導因於苗栗縣苑裡鎮居民反對英華威風力發電集團在苑裡鎮西平里設立二組發電機組，除因其施工預定地距離民宅過近，遠低於國際相關標準外，在他地已運轉風車所產生的低頻噪音使附近居民無法安眠，甚至產生失眠、高血壓等情況，手機或第四台訊號亦受干擾，苑裡居民因此組成「苑裡反瘋車自救會」展開反風機行動⁷¹，除採取相關法律措施外，亦積極訴諸媒體與社會輿論，能源局一度介入協調變更施工地點，惟協調破局，2013年4月初英華威公司再度動

⁶⁷ 〈全國關廠工人連線臥軌抗爭即時報導〉，苦勞網，<http://www.cooloud.org.tw/node/72746>（最後瀏覽日：06/26/2014）。

⁶⁸ 彭雪玉，前揭註 58，頁 318。

⁶⁹ 「受罪刑宣告之人經特赦者，免除其刑之執行；其情節特殊者，得以其罪刑之宣告為無效。」

⁷⁰ 前揭註 53。

⁷¹ 〈守工地 6 千小時 苑裡人自救反瘋車全記錄〉，蘋果日報網，<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/politics/20140416/380164/守工地6千小時%E3%80%80苑裡人自救反瘋車全記錄>（最後瀏覽日：06/27/2014）。

工，居民展開強烈阻擋抗爭，多人遭警方逮捕，被以違反強制罪、妨礙公務等罪名移送法辦，居民後續以絕食、靜坐方式持續抗議。⁷²

此次事件雖以「苑裡反瘋車」之名稱為人所知，乍看之下僅是當地居民與英華威公司私人間糾紛，與公益無涉；惟其間除當地居民利益外，其實背後牽涉到政府對再生能源政策的規劃與環評制度的不足，按英華威公司之所以得以在如此的情況下「合法」施工，實際上就是導因於目前臺灣欠缺嚴謹的風機規範，而自救會的訴求除停工、重啟環評外，並擴及於呼籲經濟部應訂定風機安全距離，以保障人民安全並健全臺灣再生能源發展⁷³，故仍可認活動參與者係本於促使法律、政策改變之目的，以發自公益導向之動機公開的從事有違法之虞的行為，符合公民不服從之要件。

第二目 實務見解

在阻擋英華威施工的過程中，抗議的居民與聲援學生迭遭檢方以強制罪、妨礙公務等罪起訴，其中又以強制罪為大宗⁷⁴，因個別案件情況不同，分述如下：

壹、2013 年 4 月 22 日

一、林清金案

苑裡居民林清金為阻擋風車基座施工，在必經道路上靜坐，阻擋怪手進入工地施作，經檢方以違反強制罪起訴⁷⁵，一審苗栗地方法院認其成立強制未遂罪，判處拘役 10 日，目前被告仍在上訴中。⁷⁶


⁷² 〈風車太近 苑裡居民絕食滿一週〉，苦勞網，<http://www.coolloud.org.tw/node/73678>（最後瀏覽日：06/27/2014）。

⁷³ 〈舒適、健康、安全分三環 苑裡反瘋車提風機距離草案〉，環境資訊中心，<http://e-info.org.tw/node/99338>（最後瀏覽日：06/27/2014）。

⁷⁴ 參「自救會成員與學生遭『強制罪』起訴一覽表」，苦勞網，<http://www.coolloud.org.tw/node/77140>（最後瀏覽日：06/27/2014）。

⁷⁵ 〈「反瘋車」開庭 自救會盼司法救苑裡〉，自由時報電子報，<http://news.ltn.com.tw/news/local/paper/729986>（最後瀏覽日：06/27/2014）。

⁷⁶ 〈苑裡反瘋車自救會鄉親林清金，強制罪二審開庭記者會〉，苦勞網，<http://www.coolloud.org.tw/node/77396>（最後瀏覽日：06/27/2014）。



綜觀一審法院判決理由⁷⁷，法院首先依據經濟部核發之工作許可認定英華威公司具合法施工權利，而就訴訟中辯護人為論證工程本身對居民的侵害、程序不合理處等所聲請調查之證據，法院均以與本案犯罪事實無涉而不予調查；又法院以被告知曉本案告訴人具合法施工權利，仍以肉身阻擋怪手前進，雖時間短暫，然係以肉身阻擋為脅迫方法，使推土機操作者不敢施作，已著手於妨害告訴人之施工權利，惟經警方即時排除，顯未造成告訴人不得施工結果，構成強制未遂罪，又慮及被告行為係為使當地居民不受風機運轉噪音干擾，具公益意涵，於量刑階段予以減輕，綜合所有情事考量後，判處拘役 10 日。

二、李育嫻、李茂財案

苑裡反瘋車自救會成員李育嫻、李茂財姊弟於是日亦手持抗議布條，在施工必經道路上阻擋貨車前進，嗣後亦被檢方依強制罪起訴，惟經苗栗地方法院判決二人無罪。⁷⁸

綜觀地院判決理由⁷⁹，法院首先釐清強制罪中「強暴、脅迫」構成要件應達使對造內心之意思自由受到相當影響始足當之，並質疑本案被害人應係不詳之貨車司機，在欠缺被害人指證下難以認定其意思自由是否為被告侵害；又衡諸本案情況，法院勘驗現場蒐證光碟後發現，現場警力處於絕對優勢地位，兩名被告與其餘支持民眾除手持抗議布條靜坐或站立於貨車前外，並無其他暴力或要脅行為，工地內施工亦未因被告行為而暫停；另該貨車雖確實於被告等人前停下，然其停止之左側實際上仍有足夠空間可使其通過，又約 2 分鐘後警察便將兩人架離、拉到路旁，司機所受自由妨害程度甚輕，故法院認定本案被告行為不該當「強暴」或「脅迫」，客觀構成要件不該當，難以其和平抗議行為造成施工不便即以刑法相繩。

⁷⁷ 臺灣苗栗地方法院 102 年度易字第 397 號判決。

⁷⁸ 〈「反瘋車」姊弟阻路擋車 判無罪〉，自由時報電子報，<http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/778661>（最後瀏覽日：06/27/2014）。

⁷⁹ 臺灣苗栗地方法院 102 年度易字第 413 號判決。



貳、2013 年 4 月 27 日

反瘋車自救會成員於是日集結抗爭，突破在場保全的阻擋，30 多名成員一同直衝工地，爬上風車基座高喊口號，警方調派大批警力到場，其中 11 人因不願離開被警方強制拖離、上銬逮捕後均依強制罪嫌移送法辦，惟一審苗栗地院就 11 人均為無罪判決。⁸⁰

綜觀一審法院判決理由⁸¹，法院首先敘明本案 11 名被告就當日在場從事抗議活動、警方解除抗議場合等並無爭執，故將判決理由聚焦於被告之行為是否足以被評價為刑法上強制罪。而法院透過勘驗蒐證光碟以重建事發過程，因在場工人無視抗議繼續施工，而被告除呼喊口號外無進一步的行動，得出「全程工人無妨於表現已意持續施工，絲毫沒有侷束意思決定之具體舉措橫互其中。」之結論，亦即被告之行為雖可能造成在場工人情緒不滿、警察資源耗費等，而有該當民事侵權行為、違反《社會秩序維護法》之可能性，惟刑法作為最後手段，其違法判斷應謹守份際，本案中工人既無意思自由受侵害，被告之行為自不成罪。

參、2013 年 4 月 29 日

為阻止英華威公司灌漿施工，地方居民與聲援學生以施工妨礙安寧為由進入工地，其中兩位里民以鐵鏈將自己捆綁於施工發電基座上，聲援學生則手勾手坐在施工工地車輛必經道路，工程因而停工，警方動用大批人力將民眾抬離，苗栗地檢署認定抗爭者舉動已妨礙工程進行，依強制罪偵查終結，並向法院聲請簡易判決處刑⁸²，目前全案仍在一審法院審理中。⁸³

⁸⁰ 〈反瘋車阻施工 自救會長等 11 人全數無罪〉，自由時報電子報，<http://news.ltn.com.tw/news/life/paper/776132>（最後瀏覽日：06/27/2014）。

⁸¹ 臺灣苗栗地方法院 102 年度易字 371 號判決。

⁸² 〈聲援苑裡反瘋車 18 學生遭起訴〉，自由時報電子報，<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/742419>（最後瀏覽日：06/27/2014）。

⁸³ 〈苑裡反瘋車法庭旁聽聲援行動〉，苦勞網，<http://www.coolloud.org.tw/node/79170>（最後瀏覽日：06/27/2014）。



第三目 小結

就林清金案，法院與前述關廠工人第一次臥軌事件判決持類似見解，就被告行為所具有的公益意涵僅在量刑時予以減輕；而就李育嫻、李茂財案與 4 月 27 日發生之事件，法院均係自刑法 304 條強制罪規範本身構成要件出發，或以被告行為非強暴、脅迫，或以未造成意思自由受侵害之結果為由，認定客觀構成要件不該當，為無罪之判決，並均以無調查必要駁回辯護人就此次事件背景相關之證據調查。本文認法院應係因犯罪審查之結構，未正面審查該爭議事件本身，按構成要件既已不該當，無就違法性等為進一步論述之必要。然此三案件係源自於同一事件，被告亦採取類似抗議手段，同一法院之不同法官就構成要件之論述卻不相同，此應係導因於強制罪「強暴、脅迫」要件之學說爭議，連帶使被告受有不同之法律評價；本文認為此三案件真正的關鍵應為背後之利益權衡，在討論是否構成犯罪時應具體衡量、評價被告所為公民不服從行為所帶來利弊，而非採斷裂、抽離式的行為評價方式。

第三項 實務現況

綜上所述，我國司法實務就社會抗爭事件過去向來習慣以《集會遊行法》相繩，惟可能係源自於本法長久以來引起的侵害人民集會遊行自由爭議，以及來自立法委員或民間龐大的修法呼聲及壓力，近年來有回歸適用普通刑法的趨勢⁸⁴，人民表達意見也不再拘泥於單純的遊行，而有如臥軌、佔領行動等層出不窮的方式，連帶影響了可能涉犯的刑事罪名。而觀察上述數例之實務見解，不論係適用《集會遊行法》或普通刑法、結論是否有罪，法院在處理此類公民不服從案件時，顯然將其與其他違法案件等同視之，並未為任何特殊的處理，即使判決書行文中

⁸⁴ 許玉秀、林鈺雄等（2013），〈社會抗爭與刑法的極限—關廠工人臥軌刑事案件〉，《臺灣法學雜誌》，237 期，頁 114。

提及人民憲法上集會遊行自由或言論自由應予以保障或其訴求之正當性，亦僅作為判決理由的旁論或量刑減輕的原因，並未正視公民不服從行為類型之特殊性，自無從就其行為利弊為具體衡量，而失卻了落實憲法保障人民基本權的機會。

第二節 文獻回顧

而就近年來層出不窮的公民不服從案例，學理上就刑法應如何評價其行為亦有各種不同的見解，如德國通說及實務見解均認公民不服從僅可作為刑罰裁量要素⁸⁵，按其主要理由係因公民不服從之對象為經由民主程序多數決所產生之法律或政策，而在法秩序追求民主及法和平性之前提下，難以想像抗爭目的必須透過對抗多數決的犯罪行為始可完成。⁸⁶此與前述我國實務以刑法第 59 條將其作為量刑事由見解相同，本文就公民不服從之法律評價擬尋求量刑事由之外的其他可能性，故上述見解於此不贅，以下將諸家學說依犯罪結構之階層分別析述之。

第一項 構成要件層次

公民不服從行動因參與者之行為態樣不同，可能違犯之犯罪亦不同，學者為使人民集會遊行、言論自由等基本權利確實受到保障，就構成要件亦紛紛提出限縮解釋之見解。


特別法部分如就《集會遊行法》第 29 條，該法採取事前許可制又以警察分局為主管機關，迭生對人民集會、遊行自由過度箝制與警察球員兼裁判之批判已如前述，而就本條「首謀」之要件應如何詮釋，亦成為法庭上攻防重點之一。⁸⁷

就普通刑法部分，則可能涉及如第 304 條之強制罪、第 135 條妨害公務罪、第 140、141 條侮辱公務員或公署罪、第 354 條毀損罪，甚至相關公共危險罪章

⁸⁵ 許恒達（2014），〈服貿抗爭的刑法議題〉，《臺灣法學雜誌》，245 期，頁 63。

⁸⁶ 林鈺雄（2014），〈公民抗爭與不服從運動的刑法評價—兼評三一八運動的占領議場行為〉，《月旦法學雜誌》，230 期，頁 124。

⁸⁷ 劉人豪，前揭註 7，頁 149-159。



等，而學者就個案之法律適用，亦根本性的質疑行為欠缺構成要件該當性，而無成立犯罪之可能。⁸⁸以強制罪為例，學者或主張強制罪之「強暴、脅迫」要件應不可擴張及於純粹精神性的效應或心理強制，理由除使人民無法預見而有違罪刑法定主義外，其自憲法觀點出發，認為靜坐示威、拉布條抗議之行為係憲法保障言論自由之展現，若造成他人心理強制的結果，亦為言論自由本然性的效應，按言論自由本就在追求對他人心理上所產生的影響⁸⁹；或自比較法觀點出發，參考德國法強制罪規定之三要件—強暴、脅迫行為手段；使他人作為、忍受或不作為之目的；可受責難的手段目的關係，認為雖我國條文未明文規定應就手段目的關係為一整體的不法評價，惟若不如此評價則社會生活中強制罪將無所不在，而抗議行為之整體不法評價，應就抗議行為是否公告周知、抗爭造成的規模與影響、物理障礙的時間久暫與排除難易、是否有替代手段等為綜合評價。⁹⁰而就妨害公務罪，雖條文同樣以「強暴、脅迫」為構成要件，惟因人民係面對擁有巨大資源與暴力的國家機器，對個人可能形成強制的手段難認對國家會有同樣效果，因此其概念意涵自應較強制罪更為嚴格，否則將產生國家機關公權力獨大之弊。⁹¹亦有自刑罰最後手段性出發，就毀損罪構成要件作出限縮性演繹。⁹²

誠然，在公民不服從的個案適用上，構成要件層次上仍有許多尚待釐清的問題，除牽涉到刑法分則各條文本身固有爭議外；學者見解中不乏因欲在前階段的構成要件層次即處理公民不服從行為之特殊性，而變更對法條要件詮釋者，惟依據後者之見解，條文在其他案例類型的適用上恐生扞格，以強制罪為例，在公民抗議之案型，立於國家與人民實力差距前提下，將心理強制一律排除於「強暴」


⁸⁸ 林鈺雄（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—〉，《臺灣法學雜誌》，247期，頁118-121。

⁸⁹ 黃昭元等（2014），〈靜坐與強制罪、妨害公務罪：公民抗議的憲法保障與法律界線〉，《臺灣法學雜誌》，240期，頁3-6。

⁹⁰ 許玉秀、林鈺雄等，前揭註84，頁112-119。

⁹¹ 黃昭元等，前揭註89，頁14-15；許恒達，前揭註85，頁64-65。

⁹² 顏榕（2014），〈由刑罰最後手段性論毀損罪之構成要件——從文林苑都更事件談起〉，《臺灣法學雜誌》，246期，頁6-11。



要件外似不無道理，惟本罪亦適用於一般私人間，若亦為相同解釋則有不合理之處。基於刑法檢視犯罪成立與否之結構，無法逕略去構成要件層次不談，惟公民不服從可能涉及行為態樣眾多，一一檢視有事實上之困難；又公民不服從之刑事責任判斷，真正問題的關鍵應係在其行為利益衡量之價值判斷⁹³，非構成要件層次所能完全包含，故就其餘可能涉犯罪名之構成要件討論本文於此不贅，僅於後續案例檢討中以實際涉及之行為態樣為相關討論。

第二項 違法性層次

第一款 超法規阻卻違法事由

就公民不服從行為之刑事責任於違法性層次的判斷，多數學者認與法定阻卻違法事由要件不符；僅少數見解認當民主憲政面臨重大危機時，因係維護全民賴以生存之基本價值，故可成立法定阻卻違法事由一緊急避難⁹⁴，惟此見解忽略公民不服從欠缺緊急避難情狀，又難以符合利益權衡⁹⁵，且此見解將架空刑法 24 條 1 項就法益列舉之規定，故本文不採之。學者就此認應成立超法規阻卻違法事由，惟主張事由成立之基礎與來源不同，分述如下：

第一目 類似緊急避難

壹、適格法益之放寬

論者自傳統阻卻違法事由之侷限性出發，認為緊急避難的關鍵應為法益權衡與手段相當，並未概括排除何種法益之避難適格性，惟我國刑法第 24 條明文列舉「生命、身體、自由、財產」等四種個人法益，規範顯有不足，按非列舉之個

⁹³ 黃昭元等，前揭註 89，頁 12-14。

⁹⁴ 黃常仁（2014），〈理路何處尋—學生攻占立法院的正當性—〉，《臺灣法學雜誌》，247 期，頁 1-2。

⁹⁵ 林鈺雄，前揭註 86，頁 124-125。



人法益與超個人法益亦有存在危難情狀之可能，而就此規範漏洞其援用學說見解——將適格法益放寬⁹⁶，承認就其他法益成立超法定緊急避難之可能性，且因係有利於行為人不會違反罪刑法定原則。

貳、危難之急迫性

惟承認超個人法益可能成立緊急避難仍不足以使公民抗爭行為有阻卻違法可能性，學者以針對環境污染與健康威脅之抗爭為例，認因傳統緊急避難以「危難之現在性」為要件，個案中公民不服從行為難以適用。又綜觀刑法發展史，已從過去形式違法性演變至實質違法性，使超法規阻卻違法事由之續造獲得發展空間，而學者認為因系爭情狀與緊急避難最具類似性，且其最具包容性，又可借用已發展成熟之現有緊急避難檢驗架構，而主張以「類似緊急避難」作為我國憲法及公約價值進入刑法評價體系之平台。

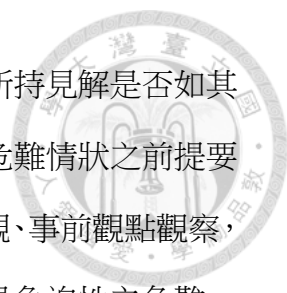
而所謂類似緊急避難原則上與緊急避難大致相同，不論是效果可分為阻卻違法或減輕罪責；依對象可分為攻擊型或防禦型，而影響手段目的關聯性的判斷等均無二致，最大的區別為就危難情狀，學者以危難「急迫性」取代「現在性」之要件，評價重點改為由客觀、事前觀點判斷若非立即實施避難行為則不足以有效保護法益，其主張應以此較寬泛的要件使公民不服從等抗爭行為有阻卻違法之可能性，而就其餘要件，如主觀上應具救助意思、避難行為之必要性與利益權衡均無更動。⁹⁷

參、本文見解

此說立基於利益權衡與手段相當之思考，除與主張超法規緊急避難者相同，將避難法益放寬至超個人法益外，並試圖藉由修改既存之緊急避難要件，使公民抗爭運動得以阻卻違法，惟緊急避難基於其法理，就適格法益與配合手段為限縮

⁹⁶ 蔡墩銘（2005），《刑法精義》，二版，頁 211，臺北市：自版。

⁹⁷ 林鈺雄，前揭註 88，頁 101-118。



性解釋，是否容許如此恣意修改其權衡標準已有疑義；又論者所持見解是否如其所主張，可使公民抗爭運動得以被納入刑法體系考量，而非於危難情狀之前提要件即被排除？若檢視本文所舉之環境抗爭事例，確實若改以客觀、事前觀點觀察，則很有可能因環境污染具一定科學驗證性等特徵，認為可該當具急迫性之危難，而得以繼續適用類似緊急避難體系為進一步之檢驗；然公民不服從行為態樣種類繁多，若係涉及複雜困難的政策與價值觀取捨之個案，即使改為客觀事前判斷，恐亦難以肯認其係具急迫性之危難，而將之納入刑法評價範圍內，本文認為其見解於環境抗爭外之個案適用結果恐將與現況相同，無法達到預定之目的，故結論上本文認為此說應不可採。

第二目 以憲法規範之基本權利為阻卻違法事由


壹、基本權利作為阻卻違法事由

學者或參考德國法合憲性審查觀點，認為與其於各別罪承認法無明文之不法要素，不如承認法官在適用法律時，得直接適用憲法的基本權規定作為阻卻違法事由，一方面法官本有適用憲法之義務，且相較於比較法，法官應更有意願直接援用憲法明文規定；另一方面亦可避免個案的有罪判決對被告構成違憲的基本權利侵害，可使適用範圍更為全面，亦使法官有機會在個案中突破《集會遊行法》及主管機關對集會遊行自由過度箝制之現況，換言之，使法官於個案中可直接適用基本權利規範，並以比例原則為衡量標準。⁹⁸

貳、象徵性言論之事例

或有自個案出發，因抗爭行為多涉及言論自由範疇，其參考美國法就言論自由之管制，首先確立言論自由內容應受最大限度之維護，應原則禁止國家對言論內容為審查或管制，而判斷是否係就內容管制並非拘泥於文義解釋，而是進一步

⁹⁸ 薛智仁（2014），〈淺論公民抗議的刑事法問題〉，《臺灣法學雜誌》，240期，頁29-30。



觀察政府立法或行政管制措施目的，是否係以限制特定言論的傳播效果或傳播影響而定。又公民不服從行為多半為象徵性言論，亦即透過言語文字以外的表達方式，以特殊的旗幟、臂章、布條、裝飾，甚或肢體動作或行為等各種象徵，傳達表意者的主張，雖常構成形式上違法行為，但因具溝通性質仍為言論自由保護範圍內。而與語言文字的管制相較，政府對以行為呈現之象徵性言論採取管制措施時享有較寬廣空間，然而仍應遵守憲法保障言論自由的要求，故結論上美國法院多基於憲法保障言論自由意旨，限縮系爭法律適用範圍，使其不適用於象徵性言論的處罰上，換言之，象徵性言論因言論自由之憲法保護地位得以構成超法規阻卻違法事由，或可說是法院針對系爭法律的合憲性解釋。⁹⁹

而就我國法律之適用，學者認為司法院釋字 509 號、656 號解釋均係採用合憲解釋方式，間接達成保護言論自由之目的，則法官在個案法律適用上，亦應基於憲法保障言論自由的意旨，就系爭規定為目的性限縮而產生阻卻違法效果。

參、本文見解

按以憲法明文規範之基本權利直接作為阻卻違法事由，雖積極意義上可使法官於個案中落實憲法價值，甚至某程度糾正不當立法後果，惟因憲法基本權規範十分抽象不明確而實際上窒礙難行¹⁰⁰，論者雖謂基本權內容已逐漸透過憲法裁判與學說某程度地具體化¹⁰¹，惟若交由各法官於個案適用時自為解釋，則不可避免地將嚴重影響法安定性，使人民難以預見裁判之結果。又學者主張立法者的決定在邊緣案件可能產生不當結果，此時允許法官立於補充地位直接適用基本權規範，不但可避免個案的不正義後果，對權力分立傷害亦不大¹⁰²；惟立法者就基本權利之實現應有立法形成空間，若由各個法官直接適用則將使司法權凌駕於立法權之

⁹⁹ 劉靜怡 (2014)，〈用丟鞋和辦公祭傳達政治抗議訊息，該受處罰嗎？〉，《臺灣法學雜誌》，245 期，頁 132-135。類似見解參李惠宗，前揭註 66，頁 64-66。

¹⁰⁰ 林鈺雄，前揭註 86，頁 125-127。

¹⁰¹ 薛智仁，前揭註 98，頁 30。

¹⁰² 薛智仁，前揭註 98，頁 30。

上，違反權力分立原則，亦使現行體制內法官可裁定停止審判聲請釋憲之管道被實質架空。故本文認為誠然基本權利於違法性利益權衡中扮演極為重要的角色，惟應否認直接以基本權利作為刑法體系內阻卻違法事由之見解。



第三目 公民不服從作為超法規阻卻違法事由

或自公民不服從係位於道德位階與哲學層次的概念，為公民對政府個案上不遵守民主程序等不正義的作為，為表達抗議而造成法秩序短暫混亂的一種行動，係超越法律規範本身的，其本質上具有超實證法性質，因此公民不服從基本上可作為超法規阻卻違法事由來理解。¹⁰³亦有引介德國學界討論，認公民不服從因個案情事不同，不一定違反民主國家基礎之多數決原則，故認有阻卻犯罪成立之可能。¹⁰⁴

然公民不服從雖確實具超實證法性質，惟若因此即認其可作為刑法體系內超法規阻卻違法事由則稍嫌速斷，如前章所述，公民不服從自始並非於法律領域被探討，其無論是要件或論理基礎均自外於法律體系之外，若直接援引作為阻卻違法事由則不免與刑法體系產生扞格，故本文認此見解亦不可採。

第四目 優越利益衡量

壹、違法性本質—利益權衡

按刑法目的為保護法益¹⁰⁵，則刑事違法之本質即為法益侵害，而刑法保護法益應以憲法規範之基本權為來源，亦即受憲法價值秩序肯定之利益應均可被刑法所採納，論者或謂若行為所保護法益與所侵害法益經利益權衡後，認前者大於後

¹⁰³ 許玉秀等（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-I〉，《臺灣法學雜誌》，247 期，頁 129-130。

¹⁰⁴ 許玉秀等，前揭註 103，頁 136。

¹⁰⁵ 詳細論述參黃榮堅（2012），《基礎刑法學（上）》，四版，頁 13-41，臺北市：元照。

者，則應可得出阻卻違法結論。¹⁰⁶蓋違法性階層中利益衡量具重大意義，所有的阻卻不法事由，不論是經法律明文規定，或是經學說實務目前廣泛承認之不成文阻卻事由，實際上背後之思考均為利益衡量，則利益衡量本身亦應可作為阻卻事由之一¹⁰⁷，則下一步之關鍵即為應如何衡量？

貳、利益權衡方式—優越利益衡量

當法益相衝突時，衡量方式並非抽象地比較法益位階之高低，而應視具體個案中相衝突法益間，何者之保護必要性較為優越，換言之，法益間價值順位係流動且相對的，必須置於個案情事中為實質、具體衡量，考量諸如法益順位、保全法益遭受危險程度、保全法益與侵害法益間法益的量與範圍、侵害手段的必要性、手段的方法樣態所具法益侵害危險性的程度等因素，即應為優越利益衡量。¹⁰⁸

參、本文見解

按過去形式違法性之主張無法釐清刑法目的已如前述，而應肯認實質違法性之存在；而自行為反價值與結果反價值之論爭衍伸而來的是一法規範違反說與法益侵害說之爭論，本文認為結論上應以法益侵害說為當¹⁰⁹；而若認違法實質為法益侵害或危殆化，又構成要件該當行為並不一定會產生實質法益侵害，此時應就阻卻違法之一般原理為進一步之討論。

學說上就此有目的說、社會相當性說、法益衡量說與優越利益說四種見解，其中目的說認為只要是基於正當目的而採取相當手段均可阻卻違法，惟將主觀目的納入客觀違法判斷似有不當；社會相當性說則以行為具有社會相當性為阻卻違法基礎，惟社會相當性標準與內涵均不明確；法益衡量說則係主張犧牲價值較小法益以挽救價值較大之法益的行為得以阻卻違法，惟法益應如何排列價值大小順

¹⁰⁶ 黃宗旻（2008），〈我國勞工抗爭行為阻卻刑事違法問題簡介〉，《軍法專刊》，54卷6期，頁82。

¹⁰⁷ 黃昭元等，前揭註89，頁14。

¹⁰⁸ 黃宗旻（2010），〈再探勞工抗爭行為阻卻刑事違法問題〉，《軍法專刊》，56卷2期，頁78-79。

¹⁰⁹ 此之論述與本文核心問題無直接關聯性，於此不贅。

序、排列標準為何等迭生爭議；故應以具體衡量法益保護必要性之優越利益說為當，按除法益抽象化順序外，亦應將圍繞於侵害法益具體事件周圍之所有客觀事態納入考量，結論上應以之為違法性階層中所有阻卻違法事由之理論基礎。

故本文贊同前述學說就違法性本質之闡述—優越利益衡量，而其既作為所有成文或不成文阻卻違法事由之理論基礎，則邏輯上無法否認其自身可作為超法規阻卻違法事由之一種，即前述學說以優越利益衡量作為公民不服從行為之超法規阻卻違法事由見解應為可採。

惟上述見解因欠缺進一步明確化之標準，適用結果將高度繫諸於個案法官之權衡，使結果欠缺可預見性，且增加事後分析、驗證的困難性。故本文認為若係符合前章定義之公民不服從要件行為，因本身具一定之特殊性，則是否有可能就此案件類型進一步形塑出一定之框架或標準以供之後類似個案適用？亦即雖同樣係以優越利益衡量作為基礎，本文認為應針對公民不服從此種案例類型為下位衡量標準之精細化。¹¹⁰

第二款 可罰違法性理論

按可罰違法性理論係指行為雖具違法性，然基於刑罰本身為強烈惡害施加、司法資源的耗費等，若僅造成「輕微」法益的損害，則應認未達可罰的程度，以不具可罰違法性為理由否定犯罪之成立。日本法中發展出針對法益侵害本即輕微之「絕對輕微型」；與法益侵害本身雖不輕微，然經優越利益衡量結果僅殘餘輕微侵害之「相對輕微型」二類型¹¹¹，而本文欲探討之行為態樣原則上應聚焦於後者。

可罰違法性理論之相對輕微型理論重心同樣為利益權衡，就公民不服從行為之刑事責任而言，在權衡的過程中就必須觸及其行為正當性，亦即必須正面評價

¹¹⁰ 許玉秀等，前揭註 103，頁 137。

¹¹¹ 黃宗旻，前揭註 108，頁 79。

其訴求的正當與否與其實際造成的影響效應¹¹²，雖我國實務目前仍未承認此種類型¹¹³，惟學說曾就關廠工人第一次臥軌案為分析，其將公民不服從解讀為以憲法保障之言論自由與集會自由為基礎，因個案中波及無辜第三人就手段必要性及均衡性應較嚴格，又考量當時勞工走投無路之處境等情狀，結論上認為縱使利益權衡結果為侵害法益大於保護法益，仍可因兩者相抵後違法性輕微而否定犯罪的成立。¹¹⁴而日本實務與學界因應諸多不同類型之事件就法益權衡方式與標準發展出十分豐碩之成果，應可資以參考。

第三項 責任層次

第一款 不法意識

學者有認公民不服從行為參與者，若主觀上堅信自身是在捍衛比法律更高位階之憲法，亦即係在維護憲政體制，則因其主觀上不會認為其行為與整體法秩序有所抵觸，即會欠缺不法意識形成禁止錯誤，應依刑法第 16 條¹¹⁵之規定阻卻罪責。¹¹⁶

不法意識又稱為違法性認識，意指行為人對於其行為法禁止之認知，而所謂禁止錯誤係指行為人雖就自身行為事實本身無認知錯誤，但針對法律就自己行為是否有禁止一事卻產生認知錯誤，例如不知自身行為為法律禁止等情況即屬之。又不法意識應非要求行為人對自己所觸犯之特定法條文字有所知悉，行為人只要認識到其行為在法律上可能係被禁止的已足；且因他人無法得知行為人之內心世界，故不法意識之具體判斷方式僅可由外在事實推論；而不法意識之欠缺是否可

¹¹² 許玉秀等，前揭註 103，頁 139-140。

¹¹³ 許恒達，前揭註 85，頁 63。

¹¹⁴ 黃宗旻，前揭註 108，頁 83-85。

¹¹⁵ 「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」

¹¹⁶ 蔡聖偉（2014），〈法治國的太陽花〉，《臺灣法學雜誌》，248 期，頁 1-3。許玉秀等，前揭註 103，頁 136-137。

避免，必須依據個人的年齡、經驗、職業等條件在現實環境下所可能形成的反應為判斷。¹¹⁷

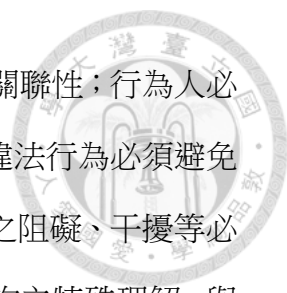
而公民不服從之行為人可否如學說所闡釋，主張其係本於對更高位階憲法規範的保護，主觀上欠缺對自身行為為法律禁止之認識？此應區分為二層次分別檢視，首先是行為人是否就其行為確實欠缺不法意識；若答案為肯定，則進一步檢視其不法意識之欠缺有無正當理由，而有適用刑法第 16 條予以免責之空間。

就前述情況行為人是否可主張欠缺不法意識，本文認應採否定見解，按憲法雖為最高位階之法規範，理論上下位階法規範均應受其拘束，惟為涵蓋所有下位階之規範，其規範方式亦最為抽象，而現行法並未容許以抽象的基本權利規範或憲法體制本身作為阻卻違法事由，故行為人只要對自身行為可能違反刑法既有規定有所認知，即使自認係在保護憲法體制，仍不可否認其具不法意識。退萬步言，即使認為行為人欠缺不法意識，似亦難認為其欠缺不法意識係不可避免的。

第二款 超法定之寬恕罪責事由

學者自比較法觀點出發，引介德國學者 Roxin 之見解，其主張公民不服從可能構成超法定之寬恕罪責事由或排除責任性之事由，此見解導因於其對罪責階層之非傳統理解，按 Roxin 將有責性之第三階層區分為欠缺狹義罪責與欠缺責任性二種，前者為欠缺責任能力或不可避免之禁止錯誤，後者則為欠缺預防必要性的一般寬恕罪責事由。而就公民不服從 Roxin 除認為行為人不得阻卻違法外，亦認行為人因具他行為可能性，具非難性而不得阻卻狹義罪責，惟因罪責顯著降低且欠缺一般與特別預防必要性，不具責任性而不構成犯罪。於此 Roxin 本於對個人與社會法益的權衡，進一步舉出排除刑法責任性之公民不服從應符合的諸要件，分別為：違法示威行為必須針對現存、涉及全民利益的相關問題；行為人動機為

¹¹⁷ 黃榮堅（2012），《基礎刑法學（下）》，四版，頁 652-661，臺北市：元照。



出自關心全體利益；違法行為須與示威對象間具有可得認識的關聯性；行為人必須明確支持國會民主；革命者不得藉由公民不服從之名開脫，違法行為必須避免一切暴力行為，並避免積極對抗維持秩序者；抵抗行為中產出之阻礙、干擾等必須輕微且僅持續有限時間。¹¹⁸惟此見解立基於 Roxin 對責任層次之特殊理解，與我國通說實務見解有差異，故應不可採。

第四項 小結

綜上所述，公民不服從行為可能涉犯的刑法罪名依其行為態樣而異，而就各罪之構成要件部分，除可能涉及該罪本身既有的爭議問題外，學者基於對公民不服從行為價值的肯定，主張就構成要件為目的性限縮以使其出罪者亦所在多有，惟如此之解釋方式恐將使該罪適用於其他案例類型時產生規範漏洞，故就此議題本文認為關鍵應為行為侵害與保護法益間的利益權衡，非構成要件層次可完整處理，故將論述重點置於違法性層次。

多數學說就此議題均主張應適用超法規阻卻違法事由，惟來源與基礎各不相同，或有主張類似緊急避難，為涵蓋公民抗爭行為而放寬適格法益與危難情狀之解釋，並適用緊急避難其餘要件以資判斷，惟本文認為其是否可達目的頗有疑問；或逕以憲法規範之基本權利為阻卻違法事由，惟無法免除因憲法規定過於抽象，而使標準不明確且有破壞權力分立之虞的質疑；或主張將公民不服從作為阻卻違法事由，惟如此強將一外於法律領域之概念置於刑法體系中，除欠缺法理基礎外，恐將與既有刑法體系產生扞格；或以優越利益衡量為阻卻違法事由，誠然優越利益衡量為違法性階層之背後思考基礎，惟若逕以之為阻卻違法事由，則個案權衡標準仍將無跡可循，而有不明確及欠缺可預見性之弊端。又即使行為人自認係在保護憲法體制而違法，仍難以否認其知悉自身行為可能為法所禁止，應無法主張

¹¹⁸ 林鈺雄，前揭註 86，頁 127-128。



其欠缺不法意識。

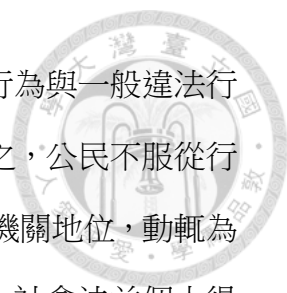
故結論上本文肯認公民不服從行為刑法評價的重點應為其侵害法益與保護法益間之優越利益衡量，且就此特殊之案例類型應可形塑出一定程度明確化之下位標準供其後類似個案參考並適用，而日本法中可罰違法性理論之相對輕微型已針對不同事件發展出許多利益權衡之下位標準，應可供我國法作為參考。

第三節 本章結論

就涉及公民不服從之個案，多涉及人民與政府間自始力量的不對等，誠如學者所說，不論結論採取何種路徑，重點應係民主秩序下對異議者政府之態度，當不服從者係針對國家不正義之法律、政策而發時，其本於公益之行為應以寬容的態度處理，此正是現代多元社會及民主精神的實踐。¹¹⁹

而綜觀我國實務見解可知，其目前仍傾向將公民不服從行為視為一般違法行為，就其行為之法律評價並未為特殊之處理，即使於判決中提及憲法保障人民言論自由與集會遊行自由之基本權利，亦僅作為判決理由之補充或旁論，或係於量刑時慮及行為人係本於公共利益考量而予以減輕，甚至係事後以特赦等特殊方式寬容行為人，然此解決方式除必須依賴政府無可預期之寬容外，亦將使人民公民不服從的權利自降位階，按其正當性須以政府之「赦免」為憑依，故現行實務處理方式就其行為之實際效果，亦即相對於侵害法益之保護法益以及手段之相當性等，均未正面予以評價，使現代國家層出不窮的公民抗爭行動價值無法進入刑法評價體系之核心。又過去人民抗爭以立法、修法為主要訴求，然《集會遊行法》至今未改，顯然成效不彰，又於近期政府多以普通刑法相繩的情況下，無法從根本解決問題，故本文認為公民不服從行為之評價應回歸刑法體系本身，尋求可將其完整評價之位置。

¹¹⁹ 許恒達，前揭註 85，頁 64。



學說則本於對公民不服從行為之肯定，已注意到此類型之行為與一般違法行為不同，紛紛自相異觀點提出見解，其立論各有利弊，綜合言之，公民不服從行為多無法適用既有的阻卻違法事由，按為免使個人自居於國家機關地位，動輒為公共利益為防衛或避難而造成社會秩序動盪，通說否認就國家、社會法益個人得適用正當防衛或緊急避難等法定阻卻事由，故公民不服從行為無法藉由法律規定阻卻違法；而本文下一步探究超法規阻卻違法事由之適用可能性，如前所述，學者所主張之類似緊急避難、基本權利等均有其立論上之缺失，本文不擬採之。

而本文認為各說背後之核心思考實相同，均係在刑法領域中尋找可完整評價公民不服從行為之體系位置，重點為違法性階層之優越利益衡量，本文就此亦加以肯認，惟在現行法律規定與學說提出見解均無法完整解決此問題的情況下，又為求權衡標準進一步之明確化，以使適用結果可於事後加以分析、檢驗，不淪於法官個人的恣意或獨斷，本文於下文章節擬從比較法觀點出發，以日本法發展經年之可罰違法性理論之相對輕微型為中心，參考其就不同事件形塑出之下位階判斷標準，並引介其中可資參考者，作為公民不服從行為刑事責任評價體系中之類型化標準。



第四章 可罰違法性理論

第一節 日本理論發展與實務現況

第一項 理論定義

就可罰違法性理論為定義前，首先要釐清的是「可罰違法性」之內涵究竟為何？學者就此指出「可罰違法性」係指值得作為犯罪加以科處刑罰程度之違法性；而「可罰違法性理論」則是指行為在形式上雖該當犯罪構成要件，但因未具可罰違法性致犯罪不成立，理論之目的係為使輕微之違法行為免受刑罰制裁。¹亦即，可罰違法性理論欲處理之對象為一雖該當形式構成要件，且不存在阻卻違法事由，有處罰的質但不具值得處罰的量，結論上認為欠缺可罰違法性進而否定犯罪成立的理論。²

第二項 日本法之發展

可罰違法性理論係實務提出問題，學說加以發展之適例³，其可追溯至明治 43 年大審院之「一厘事件判決」，而正式因可罰違法性欠缺而作出之無罪判例於昭和 30 年代後半至 40 年代間出現，於此十數年間被判例集所登載的就超出百件，最高法院亦維持札幌市電事件判決等原審之無罪判決；惟約於昭和 50 年代間，最高法院連續廢棄了 5 件以欠缺可罰違法性為理由之下級審無罪判決，對實務見解此後之發展造成極大的影響，在這之後至今幾乎無明確採用可罰違法性理

¹ 甘添貴（1992），〈可罰的違法性之理論（上）〉，《軍法專刊》，38 卷 6 期，頁 2。

² 前田雅英（2000），《現代社會と實質的犯罪論》，初版，頁 102，東京都：東京大学出版会。

³ 劉育琳（2007），《可罰違法性之理論與運用—以集會遊行法第二十九條與配偶抓姦竊錄為例》，國立臺灣大學法律學院法律系碩士論文，頁 16。

論的無罪判例。⁴



第一款 一厘事件之開端

一厘事件判決之案件事實係關於一菸草耕作者，其將原先應繳納予政府之菸草私自吞沒並使用，雖其侵吞數量甚少，換算為當時價格僅值日幣一厘，惟仍因違反菸草專賣法被起訴，大審院就原審法院所為被告有罪判決認為失當，予以撤銷後改判無罪，判決意旨略為：「就零碎輕微的違法行為，限於認定犯人具危險性的特殊情況下，亦即共同生活觀念下之刑法保護法益被侵害時，始以刑罰加以制裁。」⁵。

法院於本判決中首先闡明以物理學上觀念與依國民共同生活秩序觀念觀察事物未必常能一致，當解釋刑法法規時，應以共同生活觀念為準；而人之瑣碎違法行為，在無特別可認定惡性或危險性限度內，因影響社會極輕微，依一般共同生活觀念，應不認為係違法行為，故此判決之中心思想應為當違法性極為微弱未達到法所預定程度時，不成立犯罪，並非凡屬輕微行為均可不罰。⁶此判決見解後為學者宮本英脩所援用，作為可罰的違法性理論發展之基礎。

第二款 適用類型

可罰違法性理論適用之類型，於戰前集中於類似前述一厘事件之輕微類型，惟二戰後日本社會權利意識高漲、多元價值觀互相衝撞的情況，產生許多爭議事件，以勞動事件與公安事件為代表，故為因應之，不論是學說或實務見解均就可罰違法性理論之適用類型為擴張⁷，而學者就適用類型之分類方式無一致見解，

⁴ 前田雅英，前揭註 2，頁 103。

⁵ 大審院明治四三·十·十一，第一刑事部判決，刑錄一六輯，頁 1620。轉引自：佐伯千仞(1978)，《刑法講義（總論）》，三版，頁 177-179，東京都：有斐閣。

⁶ 洪福增(1976)，〈可罰的違法性之理論〉，《刑事法雜誌》，20 卷 3 期，頁 7-9。

⁷ 莊政達(2007)，《爭議行為於刑事上免責之研究—以日本勞動組合法第一條第二項為中心—》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 94-95；前田雅英，前揭註 2，頁 109-113。



以下以學者內藤謙之分類方式為論述基礎。

第一目 絕對輕微型

以前述之一厘事件為代表，僅於法益損害極輕微的情況可適用⁸，學者或以摘取路邊的一朵花或使用竊盜之情形為例，認為雖均侵害他人所有權，惟因被害法益價值非常輕微，因此被認為不構成竊盜罪。⁹更為清楚地詮釋為學者關哲夫就立川自衛隊宿舍事件（立川反戦ビラ配布事件）所為之檢討¹⁰，分述如下。

首先，此事件背景事實為以監視立川自衛隊為目標之「帳幕村」(テント村)，其以反戰和平為訴求，持續進行情報宣傳等活動，而作為其構成員的被告人等，於平成 16 年 1 月 17 日及同年 2 月 22 日上午 11 時 30 分，除進入宿舍用地外，並藉由建物共用部分到達各宿舍前，將載有「反對自衛隊向伊拉克派兵」等記載的傳單投遞至當時防衛廳立川宿舍各號棟的各居室玄關大門處，其行為嗣後被依違反日本刑法第 130 條¹¹住居侵入罪而起訴；一審以欠缺可罰的違法性判決無罪；惟二、三審均為有罪判決。

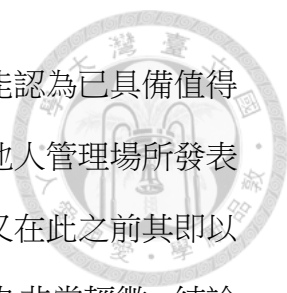
而綜觀一審判決意旨，大抵係考慮行為動機的正當性、行為態樣的相當性、被害程度等諸種情事後，從法秩序全體的觀點出發，認為沒有到達具備值得刑事處罰的程度而不成立犯罪。亦即法院認為本案例中被告行為係表達就自衛隊出兵之非暴力政治性意見，動機應為正當。又基於其進入頻率不高，且非於晚間、清晨偷偷進入，又並未使用粗暴手段或凶器；僅進到玄關投遞傳單後隨即離開，並無長時間逗留等行為情狀，認定其行為對立川宿舍正常的管理及居住者的穩妥的日常生活大體上並未帶來實害，且對居住者所造成的隱私侵害程度相當的低，故雖

⁸ 內藤謙（1991），《刑法講義總論（中）》，初版，頁 654-655，東京都：有斐閣。

⁹ 佐伯千仞，前揭註 5，頁 178-179。

¹⁰ 關哲夫（2012），《続々.住居侵入罪の研究》，初版，頁 123-154，東京都：成文堂。

¹¹ 「無正當理由侵入住居或有人看守之邸宅、建造物或船艦，或受退去的要求而不退去者，處三年以下有期徒刑或十萬日元以下罰金。」，原文為：「正当な理由がないのに、人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船に侵入し、又は要求を受けたにもかかわらずこれらの場所から退去しなかった者は、三年以下の懲役又は十万円以下の罰金に処する。」




該當住居侵入罪的構成要件，但從法秩序全體的觀點出發，不能認為已具備值得刑事處罰程度的違法性。然二、三審認為任何人均無私自侵入他人管理場所發表自己政治意見的權利，且其進入行為對居住者造成不愉快感，又在此之前其即以每月一次的時間間隔反覆進行，對管理權者之法益侵害不可謂為非常輕微，結論上認為被告構成要件該當之行為，不可因欠缺可罰的違法性而阻卻違法。

就本案學者關氏認為本件被告進入之行為，對居住者住居權或住居平穩之侵害程度為「明顯的輕微」，並進一步主張即使不認為是明顯的輕微，亦是「相對的輕微」，與保全法益一表現活動自由、政治意見等情報流通自由比較衡量後，至少應考量「被害法益相對輕微性」。惟觀察本案中被告之行為，自時間久暫、進行方式、進行頻率等考量，對管理權者均僅造成極度輕微的損害，且刑事責任應僅考量單一行為，不可將之前反覆進行之情事納入考量；又自其僅到達玄關處，未真正進入個人生活隱私之核心領域，對居民亦難謂造成何種程度之隱私侵害，即使情緒上產生不愉快感亦難謂為重大，故結論上本文認為本案應係屬於被害法益明顯輕微之絕對輕微型。

第二目 相對輕微型

此類型為當法益發生衝突時，法益侵害程度雖非極度輕微，然將法益侵害行為與保全之利益衡量後認為係相對的輕微，進而否定可罰違法性之類型，雖無法完全阻卻違法性，惟因未達可罰的違法程度故阻卻違法。此類型係因應二戰後日本社會新舊價值觀之衝突而生，並於實務判決中逐漸成為多數，取代過去絕對輕微型之地位，於勞動、公安事件中此類型之案例繁多，以大阪學藝大學事件之高等法院判決（大阪高判昭和 41 年 5 月 19 日・下級刑集 8 卷 5 號 686 頁）為適例。

被告均為大阪學藝大學之學生，本案起因於警察接近該大學的學生欲從事警備情報之搜集，而對於該警察之行為，學生強烈要求其到大學之內部為釋明，被



該名警察拒絕後，數名學生便抓住其雙腕、壓制其背部，將其押送至相隔約 100 公尺外的學藝大學天王寺分校，嗣後因違反暴力行為相關處罰之法律而被咎責。一審法院依據超法規之阻卻違法事由判決無罪，惟高等法院認為被告等人的行為，作為要求釋明的方法欠缺相當性，因此不採原審之見解；惟其認定自作為警備情報活動對象的學生立場而言，學生集會與個人思想動向被調查，其感覺學術自由與個人尊嚴被侵害並非無理，又其完全未行使毆打等惡質的暴力，僅行使帶離被害人必要最小限度之有形力，法益侵害程度非重大等，將其綜合判斷後，法院認定本件之暴力行使未達可罰評價的程度，自法律秩序整體觀點出發不將其入罪始為合理，亦即以欠缺可罰違法性為由，維持一審所為無罪判決，此判決嗣後並未被最高法院廢棄。¹²

第三目 違法的相對型

此係基於違法一元論與違法相對性之論爭所生之分類¹³，就此理論上爭議本文擬於本章後半討論，於此先不詳論。簡言之，此類型係指行為在其他法領域為違法，而於刑法領域中被認為並非違法之案例，以東京中郵事件（最大判昭和 41 年 10 月 26 日・刑集 20 卷 8 號 901 頁）為經典案例，係日本戰後就公務員等違反禁止爭議之行為於刑事領域界限的探討¹⁴，本案係關於郵政職員所為罷工行為，因違反《公共企業體勞動關係法》第 17 條規定—禁止公共企業體之職員為一切爭議行為，而產生是否該當《郵政法》第 79 條規範之「特意不處理郵件」罪之爭議。¹⁵


依據最高法院之判決意旨，其認定禁止公務員等的爭議行為是違憲的，且憲法之勞動基本權應僅能於最小必要程度予以限制，尤其是刑事制裁，應僅能在不

¹² 內藤謙，前揭註 8，頁 655-656。

¹³ 內藤謙，前揭註 8，頁 657-658。

¹⁴ 林永謀（1992），〈可罰違法性之實務運用〉，收於：最高法院學術研究會（編），《可罰違法性理論與司法實務》，初版，頁 230-233，臺北：最高法院學術研究會。

¹⁵ 洪福增，前揭註 6，頁 18-23。



得已的情況為之；又為《公共企業體勞動關係法》上違法的爭議行為不一定為刑事法規預定之違法行為，肯認本案違法之爭議行為仍可以《勞動組合法》第 1 條 2 項¹⁶為正當化基礎。此判決明確採取違法相對論，認為《公共企業體勞動關係法》上縱為違法，刑法上也有正當化的可能，應以法益侵害、行為態樣違法性、反社會性等為斷，若認已達具備系爭犯罪預定之違法性程度，始可科以刑罰，同判決的補充意見並以「可罰違法性」表達刑罰法規中的違法性，最高法院採用之，結論上認為本案被告行為不成立犯罪。¹⁷

第四目 合憲解釋限定型

此說係針對將刑法條文依文義解釋可能導致違憲結果時，基於憲法上規範或價值為合憲性解釋，並藉此認定該行為欠缺可罰違法性，進而阻卻犯罪之成立，此類型之案例多牽涉到人民之憲法上基本權利，以都教組事件（最大判昭和 44 年 4 月 2 日・刑集 23 卷 5 號 305 頁）為例，此案件係關於東京教職員組合（簡稱都教組）為表達對政策的抗議，而決定行使休假戰術，亦即透過集體申請帶薪休假方式使學校陷入停頓，本案 6 名被告為都教組之幹部或成員，均直接或間接對成員呼籲或傳達前述計劃，嗣後經檢察官以違反《地方公務員法》第 61 條第 4 款一禁止地方公務員煽動違法爭議行為為由提起公訴。¹⁸

審諸最高法院判決意旨，其認為系爭之規定依文義解釋，係禁止地方公務員一切的爭議行為，惟若將共謀、教唆、煽動爭議行為遂行者均納入處罰範圍的話，違反前述憲法對公務員勞動基本權保障之意旨，對爭議行為的禁止超出必要之限度，且無視限於最小必要程度的要求，系爭規定將超出限度的行為作為處罰對象，

¹⁶ 「工會所進行之團體協商或其他行為，若係為了達到前項目的且可被認為正當，有刑法 35 條之適用。但不論在何種情況，暴力的行使無法被解釋為工會的正當行為。」原文為：「刑法（明治四十年法律第四十五號）第三十五條の規定は、労働組合の団体交渉その他の行為であつて前項に掲げる目的を達成するためにした正当なものについて適用があるものとする。但し、いかなる場合においても、暴力の行使は、労働組合の正当な行為と解釈されてはならない。」

¹⁷ 前田雅英，前掲註 2，頁 104。

¹⁸ 洪福增，前掲註 6，頁 29-30。

則有違憲之疑慮。¹⁹因此就地方公務員法 61 條 4 項為合憲性解釋，認為僅以「爭議行為自身違法性強烈」且「並非通常伴隨於爭議行為」之煽動行為為處罰對象，亦即最高法院於此發展出雙重限制理論，若無法符合上述二要件則欠缺可罰違法性，不成立犯罪。²⁰

第五目 小結

綜上所述，學者內藤氏將可罰違法性理論之適用類型分為四種，惟細究其內容，若以衡量方式與利益衝突態樣為切入點，本文認為實分為絕對輕微與相對輕微二類型已足。就違法相對型而言，其強調違法的相對性，使刑法上違法評價不為其他法領域所拘束，而應回歸刑事法本身，惟觀察實際上衡量方式仍係取決於行為之侵害法益、保護法益之權衡，輔以行為態樣等為斷，故實屬相對輕微型；又合憲解釋限定型亦同，其強調憲法層次上思考，亦即個案中侵害或保護法益之一方為憲法上基本權利，然並未改變衡量方式，充其量僅係提醒審判者應關注行為蘊含之憲法上價值，故結論上應認為可罰違法性理論之適用類型分為絕對輕微型與相對輕微型已足，本文後續之討論將以之為前提開展。

第三款 實務現況

日本最高法院自昭和 48 年後，以全農林警職事件（最大判昭和 48 年 4 月 25 日・刑集 27 卷 4 號 547 頁）為轉捩點，對可罰違法性理論之態度轉趨消極、保守，接連廢棄下級審以可罰違法性理論判處無罪之判決²¹，此後幾乎不存在以可罰違法性理論判處無罪之案例。

¹⁹ 佐伯千仞（1974），《刑法における違法性の理論》，初版，頁 422-423，東京都：有斐閣。

²⁰ 內藤謙，前掲註 8，頁 656-657。

²¹ 甘添貴（1992），〈可罰的違法性之理論（下）〉，《軍法專刊》，38 卷 7 期，頁 3-4。



第一目 全農林警職事件

全農林警職事件涉及當時日本內閣向眾議院提出警察官職務執行法之修正案，因其內容可能導致警方濫用權限對勞動者團體活動造成過度壓抑，為表達對該修正案之不滿，被告等人身為農林省東京本部之工會幹部，要求工會成員參加職場大會，而後有二千多人因遵照其指令離開工作崗位，檢方以被告行為該當「煽動」要件，依國家公務員法規定提起公訴。雖一審法院判決無罪，惟二、三審均為有罪判決。²²

本案係日本實務見解之轉捩點，強化了就可罰違法性理論適用領域之限制，法院首先自公務員職務公共性及地位特殊性出發，認因與國民全體共同利益相關，故承認國家禁止公務員爭議行為之廣泛合憲性，認為對公務員違法所為爭議行為之處罰有必要性及合理性，而否定先前宣告為違憲之先例；惟其並未根本性否定可罰違法性理論之存在，就煽動等行為是否具備可罰違法性之判斷模式為依照具體情形，本於法秩序全體的精神認為可容許者，亦可能阻卻刑法上違法性²³；然就煽動行為部分採取傳統之「原動力論」，認為煽動者係賦予爭議行為原動力之人，相較單純參加爭議者應負較重社會責任，故煽動行為應具較高違法性，則其不應因爭議行為本身違法性強弱、煽動是否伴隨爭議行為產生等影響可罰性，於此否定了前述都教組判決所發展出的雙重限制合憲性解釋。²⁴

第二目 昭和 48 年以降

自前述全農林警職事件判決後，最高法院對可罰違法性理論之適用轉趨保守，或謂係因下級審過度廣泛採用致使價值標準混亂，顯著妨害法安定性，為收拾此動亂，其對於判斷標準愈加嚴格，以致陸續駁回下級審之判決，個案中或基於全

²² 劉育琳，前揭註 3，頁 48。

²³ 林永謀，前揭註 14，頁 234-235。

²⁴ 劉育琳，前揭註 3，頁 48。

體法秩序的觀照，不認不具可罰的違法性；或斟酌犯罪之動機、目的、所為具體態樣、周圍客觀情事及其他諸般情事後，認為具有實質違法性，而相繼撤銷下級審之無罪判決。惟其並未否定可罰違法性理論本身，而僅就標準為嚴格化的解釋適用，企圖遏止下級審過度輕易適用之傾向。²⁵



第二節 日本學說見解

第一項 概述

可罰違法性理論學理上首倡者為宮本英脩，其就前述一厘事件法院見解給予高度評價，作為構成其所謂「被害法益極輕微」之阻卻可罰性類型事由之基礎，其作為可罰違法性理論之學說開端，對之後學者見解影響重大，而可罰違法性理論之實際構成得以學者佐伯千仞及藤木英雄為代表。²⁶惟二者建構理論之重心不同，且就違法性實質內容、違法一元論或相對性，甚至可罰違法性理論之體系位置均有不同理解，以下分別分析檢討之。

第二項 可罰違法性之質與量

學者佐伯氏即認為所謂的可罰違法性，係指行為的違法性以刑罰如此強烈手段作為對策係必要的，而且具備適合於此之違法性的質與量，並就違法性之質與量二者之內涵分別為分析討論²⁷，亦即刑法的違法性不僅應斟酌刑罰的強力對策，更應具備適合刑罰之質與量始得賦予刑罰效果²⁸。就此學者藤木氏基本上持相同見解，並基於可罰違法性之「量」建構違法性輕微之判斷標準，且為回應佐伯氏就其忽略「質」之面向的批判，主張「質」的問題彰顯於其所主張之社會相當性

²⁵ 甘添貴，前揭註 21，頁 3-4。

²⁶ 洪福增，前揭註 6，頁 3。

²⁷ 佐伯千仞，前揭註 5，頁 177。

²⁸ 甘添貴（1996），《刑法之重要理念》，初版，頁 117-118，臺北市：瑞興。

理論與違法相對性中，詳見本文後述之相關討論。²⁹



第一款 違法性之「量」

首先就可罰違法性之量的問題，此問題意識係源自於前述之一厘事件，法院就此認定：「就零碎輕微的違法行為，限於認定犯人具危險性的特殊情況下，亦即共同生活觀念下之刑法保護法益被侵害時，始以刑罰加以制裁。」已如前述。而所帶來的後續影響為就各個犯罪類型，均預定一定程度之違法性，亦即行為人之行為雖構成要件該當，但屬於零碎的違法行為時，因違法性非常輕微致未達法所預定的程度，則應不成立犯罪。³⁰就此部分之探討因與前述絕對輕微類型相同，故不再贅述。

第二款 違法性之「質」

除前述「量」的問題外，佐伯氏亦就可罰違法性之「質」為相關探討，其以近親相姦與日本國內昭和 23 年除罪化之通姦行為為例，按將此種行為作為犯罪並科予刑罰的立法例雖多，惟日本刑法典並不將之作為犯罪，然佐伯氏認為系爭行為並不因此被認為係適法的。亦即系爭行為仍應被認為係違法的，僅因屬於親族內部或私人間之私密性生活，慮及國家以刑罰權介入干涉之不當與欠缺實效性，國家始不加以處罰。

上述情況中，雖然違法性未必輕微，但其違法行為的「質」不適合處以刑罰故不入罪，與此相同，性質相異的刑事犯與行政法規違反之區別；又關於禁止為爭議行為的公務員，違反該禁止參加爭議的職員本身不處罰，僅處罰其共謀、教唆、煽動等；同樣被禁止為爭議行為的公共企業體之職員，則不處罰其共謀、教

²⁹ 藤木英雄（1975），《可罰的違法性》，初版，頁 92-93，東京都：學陽書房。

³⁰ 佐伯千仞，前揭註 5，頁 177-179。

唆、煽動等情況，亦係本於類似之思考。³¹



第三項 違法一元論與違法相對性

此涉及其他法領域被認為是違法的行為，是否可作為刑法上「正當行為」而為無罪判決的問題，如係基於違法性就全體法秩序應為單一、一致的「違法一元論」，則答案應為否定；惟與此相對，若係基於「違法相對性論」，或稱為「違法多元論」，則因認為刑法上違法性與其他法領域之違法性相異，則系爭行為有正當化之餘地。³²就上述二立場之爭議，後續並發展出柔軟的違法一元論試圖加以折衷；而學者因就此議題之理解不同，亦影響其對可罰違法性理論之詮釋與見解，分述如下。

第一款 嚴格的違法一元論

此說源自於法秩序一致性之要求，按法律應不得同時呈現命令與不命令，或是禁止與不禁止的規範，亦即法秩序應不可為自相矛盾之規範，違法一元論之發展即係受此影響³³，學者木村龜二基於此，認定違法性之判斷全體法秩序應為統一，因此刑法與其他法領域就違法與否的判斷不可相異。其將「違法性」與「不法行為」加以區分，認為所謂違法性係指行為自法律觀點來看之無價值性，亦即係指涉「無價值的判斷」；而不法行為則係指被法規範判斷為無價值的「行為」；基於違法與不法的區辨，其進而認為刑法領域之不法行為，以構成要件所制約之行為被認為違法為特色，並以此與私法及其他法領域為區別，換言之，刑法領域的不法行為為構成要件該當行為，自法律觀點來看其違法性的判斷係成立的，自全體法秩序觀點出發亦同；因此「違法性」並非刑法領域中所特有的，而係法秩

³¹ 佐伯千仞，前揭註 5，頁 179-180。

³² 前田雅英，前揭註 2，頁 102。

³³ 王容溥（2008），〈法秩序一致性與可罰的違法性〉，《東吳法律學報》，20 卷 2 期，頁 74-77。

序中作為一般性本質的存在，且全體法秩序均應為一致。³⁴

日本實務亦有採取類似見解者—檜山丸事件判決，按昭和 30 至 40 年代間，勞動刑事事件案例最大爭點之一，即為公務員等人依勞動法相關法令被禁止之爭議行為及伴隨行為，是否可援引《勞動組合法》之規定於刑事領域予以正當化。檜山丸事件本於嚴格的違法一元論，認為系爭爭議行為既已在勞動法領域被認為違法，則為求法秩序之一致性，於刑法領域自無正當化餘地，採取徹底的違法一元論。³⁵

基於嚴格的違法一元論，因認為「違法性」之判斷於全部法領域應為同一、一致，因此就主張刑法領域中具特殊違法性，進而論及刑法領域的違法性、或是可罰的違法性等見解均認為係不妥當的。³⁶亦即，基於貫徹法秩序一致性之見解，其他法領域所為合法、違法判斷，於刑法領域應獲致相同結果，作為刑法特殊違法性之「可罰的違法性」概念自無存在餘地。³⁷

第二款 違法相對性論

違法的相對性，又可稱為違法的多元論，與前述嚴格的違法一元論立於完全相反之立場，認為各法領域間因目的相異、法律效果多樣，違法性的判斷自然亦有差別，故其他法領域即使判斷為違法，亦僅可作為刑法領域之參考，不得直接得出於刑法領域中亦為違法之結論。³⁸

此說為學者藤木氏所採取，其認為所謂法秩序全體觀點認為是違法的，僅是單純用以表彰法秩序中該行為必須受到何種不利益的效果而已，各法領域間就違法、適法與否判斷不同之案例俯拾皆是，其以刑法領域中得阻卻違法之緊急避難


³⁴ 木村龜二（2004），《刑法總論〔增補版〕》，初版，頁 236-237，東京都：有斐閣。

³⁵ 前田雅英，前揭註 2，頁 103-104。

³⁶ 木村龜二，前揭註 34，頁 237。

³⁷ 王容溥，前揭註 33，頁 81。

³⁸ 王容溥，前揭註 33，頁 78-79。



為例，日本法於民法領域中就對物緊急避難之行為人仍規範其應負損害賠償之違法責任；又於行政取締法規中，除直接以刑事罰作為違反行政規則效果之規範外，產生行政法領域之不法時，期待藉由行政上的進入檢查、勸告、命令等強制力行使而更正，而不直接科以刑事處罰之立法例極多，因此結論上藤木氏認為法秩序上違法效果係如何產生，依據規範各生活關係的法規範應為個別的理解，行為於單一法規上被認為違法，不代表規範同樣生活關係的其他法律亦因同樣的不法而產生不利益效果，此違法之相對性除適用於解釋論外，於立法階段亦同。³⁹實務見解部分日本最高法院於前述之東京中郵事件（最大判昭和 41 年 10 月 26 日·刑集 20 卷 8 號 901 頁）為適例，認為系爭爭議行為於《公共企業體勞動關係法》上縱被認為係違法，於刑法領域也有正當化的可能。

此說因承認刑法領域之特殊違法性，以此為前提自有可罰違法性理論存在之空間，與前述基於嚴格違法一元論完全否定之見解相反。

第三款 柔軟的違法一元論

此說係前述二見解之折衷，希望在法秩序一致性之前提下融入違法性相對判斷的因素，佐伯氏雖認為違法性乃全法領域所共通、統一，因此於其他法領域被判斷為適法之行為，刑事領域中之違法判斷不被容許，惟鑑於刑罰之嚴苛性，基於刑法謙抑性之思考，即便認為行為違法，仍應在具備可罰性時始加以處罰，亦即於具備適合於刑罰之「質」與「量」時始成立犯罪⁴⁰，其基於刑法謙抑主義就違法一元論作出修正，取代原先僵化、形式之判斷方式。並將「一般的違法性」與「刑法的違法性」區別並為二階段式判斷，主張所謂刑法的違法性即係指可罰的違法性，故可能存在「雖具有一般的違法性但不存在可罰違法性」的情況，此時因違法的「質」或「量」未達到刑法預定之程度故不成立犯罪；其並將阻卻違

³⁹ 藤木英雄，前揭註 29，頁 107-121。

⁴⁰ 佐伯千仞，前揭註 5，頁 176-177。佐伯千仞，前揭註 19，頁 20-24。

法事由區分為「正當化事由」與「可罰的阻卻違法事由」二種，前者係指一般之阻卻違法事由，後者則專指因欠缺可罰違法性而阻卻違法性之事由。⁴¹

此說折衷於前述二見解間，因無法否定法秩序一致性之要求，惟認為若嚴格適用則過於僵化，觀察其理論架構可說係為了容納可罰違法性理論所發展出之見解。

第四款 小結

綜觀上述見解後，可發現無論係嚴格或柔軟的違法一元論均係本於整體法秩序一致性之要求出發，惟所謂法秩序一致性之要求是否必然可帶出違法一元論之結論？亦即此一致性之內涵究竟為何？觀察各法領域之規範，可發現其就同一行為違法與否之判斷多有不同，主要原因係因不同法律領域之規範目的相異，且賦予之法律效果亦有落差，因此所謂法秩序一致，應非指涉違法判斷之結論必須形式上相同，毋寧應係指涉全體法領域規範所蘊含之價值判斷應實質上一致，故法秩序一致性與違法一元論應非必然結合。⁴²

又嚴格違法一元論因主張各法領域之違法判斷結論應相同，適用結果過於僵化，且與現實法律體系之規範顯不相符，應不可採；而細究柔軟的違法一元論之判斷方式，實際上已接受刑法領域與其他法領域之間，因基於不同之目的與法律效果應有不同之違法性概念，則實際上與違法相對性論相差無幾，若堅持維持一元論之見解，僅使自身理論產生曖昧性⁴³，就佐伯氏之理論而言，其就前述違法性「質」之相關見解既已肯定刑法違法性之存在，惟又同時否定違法相對性論，有矛盾之虞。⁴⁴故本文結論上認為應以違法相對性論為當。

⁴¹ 前田雅英（2000），《可罰的違法性論の研究》，初版，頁 91-92，東京都：東京大学出版会。

⁴² 王容溥，前揭註 33，頁 85-88。

⁴³ 前田雅英，前揭註 41，頁 176。

⁴⁴ 前田雅英，前揭註 41，頁 164-168。



第四項 違法之實質內容

一行為若該當於法定之構成要件，則可認具違法性之表徵，而違法性可進一步區分為形式違法性與實質違法性，前者僅從法律形式規定判斷違法性，亦即一行為若構成要件該當，又無法定阻卻違法事由，則可認具形式之違法性；惟違法性並非形式判斷已足，就整體法規範的價值體系出發觀察行為之實質內涵，經刑法判斷後所認定具有的違法性為實質的違法性。⁴⁵可罰違法性理論以實質違法性之存在為前提，按依形式違法性論，違法性之判斷僅以明文規範為依歸，則法無明文之可罰違法性理論自無適用餘地。⁴⁶然就刑法實質違法性之內涵為何學界仍無一致見解，亦即就違法之實質內容為何未有定見，為求討論聚焦，以下僅分別就佐伯氏及藤木氏就此之主張為檢討，並進一步分析其對可罰違法性理論之影響。

第一款 法益侵害說

第一目 客觀違法論與結果反價值

佐伯氏基本上主張客觀違法論，認為違法的判斷僅以人之行為為對象，將行為自行為人人格、主體性等切離觀察，若可認與作為客觀生活秩序的法律規範產生矛盾，亦即對法益產生侵害或威脅則係違法，在此意義下違法之判斷為客觀的；與責任層次將違法行為及行為人人格結合，並就行為人人格為非難之價值判斷有別。⁴⁷

基於客觀違法論，佐伯氏自結果反價值立場出發，認為違法性之實質為法益之侵害或危殆化，而不應求諸於行為人本身的義務違反，並就行為反價值論者之

⁴⁵ 林山田（2008），《刑法通論（上冊）》，十版，頁 307-309，臺北市：自版。林鈺雄（2004），〈刑法總則：第八講—違法性總論〉，《月旦法學教室》，19 期，頁 51-53。

⁴⁶ 洪福增，前揭註 6，頁 49-50。

⁴⁷ 佐伯千仞，前揭註 19，頁 32-33。

主張提出反駁，認為就行為態樣之相關審查並非獨立存在於利益侵害之外，而仍應回歸至法益本身思考。⁴⁸



第二目 法益侵害說內涵

基於前述客觀違法論與結果反價值之主張，此說認為違法性之實質乃對法益之侵害或危殆化，係源自啓蒙時期刑法學者所主張權利侵害說之擴張，認為違法性之本質並非對權利之侵害，而係對法益所為之侵害或威脅。⁴⁹

第二款 社會相當性說

第一目 行為反價值

此為 1930 年代德國學者 Welzel 所提出，其認為單純將違法性理解為法益侵害之客觀違法論係不妥當的，認為不法的觀點應從法益侵害面移轉至人的行為面，並將此見解稱為「行為反價值」。⁵⁰按並非所有法益侵害對社會均為有害，隨著現代社會生活之複雜化，利害衝突亦日益頻繁，結果反價值見解顯有不足之處。藤木氏基於前述見解，認為就違法性之實質，並非單純具備法益侵害性已足，毋寧應重視法益侵害態樣之面向，亦即犯罪中違法性之判斷，除法益侵害性外，應以該惹起法益侵害之行為是否逸脫社會常軌為評價重心，若自社會倫理觀點觀察可認為已逸脫相當之範圍，則肯定其違法性；按藤木氏之見解與初始之行為反價值論者主張以全體主義思想為內涵者已不同，惟其主張立於現代社會下，應以社會相當性為中心之違法性判斷始為妥當。⁵¹

⁴⁸ 佐伯千仞，前揭註 5，頁 174-175。

⁴⁹ 甘添貴（1992），《刑法總論講義》，二版，頁 110-111，臺北市：瑞興。

⁵⁰ 黃國瑞（2009），〈實質違法性概說—結果反價值與行為反價值〉，《法學叢刊》，216 期，頁 136-137。

⁵¹ 藤木英雄，前揭註 29，頁 77-80。

第二目 社會相當性理論

Welzel 就「社會相當性」或「社會的相當行為」所為定義為「稱社會的相當行為者，乃係某種行為在吾人社會生活中之倫理秩序範圍內已被容許之行為。簡言之，即不脫逸社會生活上的常規之行為，或依據健全的社會通念予以容許之行為。」⁵²此係以前述行為反價值之思考為基礎，主張不應將一切之法益侵害均認定為違法而加以禁止，因此若行為人之行為係在社會生活中歷史所形成之社會倫理秩序範圍內，亦即具有社會相當性之行為，縱其侵害法益亦非違法，故違法性之判斷除法益侵害結果外，諸如行為種類、方法、主觀要素等行為態樣相關情事亦應納入考量範圍。⁵³

藤木氏認為所謂社會相當性係在今日價值觀多元化的社會中，社會大多數成員所肯認之價值觀，故藉由健全的社會通念下，一看即知不具不法性之行為或被認為係社會上通常行為者，如醫療行為、與相撲等運動競技行為等原則上應具社會相當性，惟若係故意破壞規則，將超出該競技中通常被預想之危險程度加諸於對方；或是假藉競技、醫療的機會，故意傷害對方等則為例外。⁵⁴

第三款 小結

佐伯氏基於前述客觀違法論以及結果反價值之立場，主張法益侵害說，認為違法性之實質內容為對法益造成之侵害或危殆化，而此見解就其對可罰違法性理論之論述亦生影響，亦即因重視法益侵害觀點，故以被害法益之輕微作為未達可罰程度違法性之判斷標準⁵⁵，此與前述佐伯氏就違法性之「量」的相關論述間有高度關聯性；而相對於佐伯氏，學者藤木氏除結果反價值外，更重視行為反價值

⁵² 洪福增，前揭註 6，頁 53。

⁵³ 藤木英雄（1967），《可罰的違法性の理論》，初版，頁 23-24，東京都：有信堂。

⁵⁴ 藤木英雄，前揭註 53，頁 24-28。

⁵⁵ 林永謀（1992），〈可罰違法性〉，收於：最高法院學術研究會（編），《可罰違法性理論與司法實務》，初版，頁 214-218，臺北：最高法院學術研究會。

之部分，此除影響其就可罰違法性判斷標準之形塑外，亦對後述其就體系位置之見解有重大意義。

而就此部分本文認為行為反價值論之理由雖具一定道理，惟若如藤木氏以社會相當性理論為判斷標準，則不免因所謂「社會通念」之不明確性與無可檢證性，使本應客觀判斷之違法性滲入過多之主觀判斷，故結論上仍應以結果反價值為基礎，肯認佐伯氏之見解，認為即使就行為態樣等為考量，亦僅限於與法益侵害高度關聯之客觀面向。

第五項 體系位置

於此作為前提之犯罪理論結構，本文擬以學界通說所確立之三階層理論為基礎，亦即構成要件該當性、違法性及責任三層次，而可罰違法性理論於刑法理論中之體系位置究竟為何？適用該理論而得以阻卻犯罪成立時，究竟係阻卻構成要件該當性；抑或係阻卻違法性？此為學者藤木氏與佐伯氏見解之最大差異點之一，前者主張可罰違法性理論應係構成要件層次問題，後者則主張基本上係屬於違法性之層次，究以何者為當以下分別析述之。

第一款 構成要件層次

藤木氏就可罰違法性理論定義之論述，指涉當行為外觀該當刑罰法規之構成要件形式，惟其行為欠缺該構成要件所預想可罰程度之實質違法性時，應否定其構成要件該當性。⁵⁶明確將可罰違法性理論置於構成要件層次，主張欠缺可罰違法性之效果為阻卻構成要件該當性，而其論述脈絡如下。

⁵⁶ 藤木英雄，前揭註 53，頁 3。



第一目 構成要件與違法性

傳統的構成要件理論為使其具備犯罪定型化之功能，將之理解為獨立於違法性、有責性之純粹記述性概念，使構成要件成為純粹客觀行為類型之分類，根本性否認規範性要素之存在；惟另有論者主張犯罪之類型化與定型化，僅憑記述概念係無法遂行的，無法排除價值概念、違法性概念的混入，因此將構成要件解釋為可罰違法行為之類型，使其內涵包含價值判斷之因素，藤木氏即以後說為基礎，發展其理論。

首先其澄清自身理論並未對既存之犯罪論體系造成破壞，雖或有認為將可罰違法性理論置於構成要件層次，將使犯罪理論轉變為「違法性—構成要件—有責性」之結構，惟藤木氏主張其一方面仍維持既有之犯罪結構，亦即「構成要件—違法性—有責性」之判斷模式；另一方面基於犯罪類型中為構成要件該當性判斷時，實質上無法完全排除行為相關實質違法性之評價，亦即必須某程度滲入實質違法性之判斷始能確定行為類型性及構成要件該當性，因此本於刑罰法規之保護目的，就社會生活中應被忽視、且違法性程度輕微不值得處罰之行為，應以未達系爭構成要件該當行為處罰所預想之程度，否定其構成要件該當性。而於此所謂實質違法性之判斷並不及於一般違法性之有無，僅係在判斷構成要件該當性前，先行判斷是否具備該構成要件所預想程度之違法性，若肯定可罰違法性之存在，則嗣後仍應回歸既有之三階層體系，分別判斷是否具構成要件該當性及是否該當正當防衛、緊急避難等阻卻違法事由。⁵⁷

第二目 構成要件與社會的相當性

承前述，藤木氏將構成要件理解為違法行為之類型化，又鑑於構成要件蘊含之違法性推定機能不一定係當然自明的，就此機能存否有疑義之行為態樣，藤木

⁵⁷ 藤木英雄，前揭註 53，頁 20-23。

氏主張應以 1930 年代 Welzel 提出之社會相當性理論為論據，結論上主張一行為若具有社會相當性，則當然欠缺違法性行為定型，應阻卻構成要件該當性。

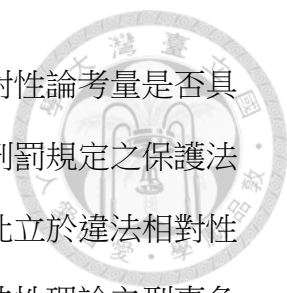
又參照前述藤木氏就社會相當性理論之說明，其認為就一般醫療、運動競技之行為，暴行罪與傷害罪等構成要件的判斷於具體的行為中失卻違法性表徵的機能，如運動競技中造成死亡事故的情況，乍看之下或許滿足殺人或傷害致死之構成要件，惟不只是是否違法尚不明朗，毋寧會因其屬於正常的運動競技範圍而受有合法的推定；醫療事故亦應為相同之思考。這些具社會相當性之行為乍看之下似該當構成要件，然藉由實質違法性判斷的先行，應使違法行為之類型化得以完成。其並進一步舉出數個構成要件中蘊含違法性要素之例子，如住居侵入罪、開拆書信罪之「無故」與逮捕監禁罪之「不法」等，主張這些犯罪類型所描述之行為態樣不足以達到所預定處罰之違法性程度，因此必須加上「無故」、「不法」之要件加以輔助判斷，而以是否具備社會相當性為判斷標準。

因此結論上藤木氏主張雖有必要維持「構成要件—違法—有責」之犯罪論體系基本構造，惟作為例外，實質違法性之判斷應先行於構成要件該當性，亦即先行判斷構成要件預想程度可罰性所蘊含之違法性，形成「實質的違法性—構成要件—違法性—有責性」這樣的判斷模式。⁵⁸

第三目 可罰違法性理論與社會相當性理論

社會相當性理論之內涵如前所述，而就其與可罰違法性理論之關係，藤木氏主張兩者理論基礎雖為共通，惟社會相當性理論大體上根據行為欠缺實質違法性以否定構成要件該當性；可罰違法性理論則係自法秩序全體之觀點，以實質上雖十分微弱，但仍具有違法性之行為為對象，認為其違法性未至可罰程度，而不成立犯罪。然而於可罰違法性理論，具體判斷系爭行為之實質違法性程度時，仍應依據社會通念判斷之，因此二者可謂互為表裏。

⁵⁸ 藤木英雄，前揭註 53，頁 23-28。



其並進一步透過與違法相對性論之結合，主張透過違法相對性論考量是否具備社會相當性時，因不受限於全體法秩序之觀點，而可依各該刑罰規定之保護法益及規範目的為實質審查，就是否具備可罰違法性為判斷，因此立於違法相對性論之基礎，透過社會相當性理論，藤木氏進一步擴大了可罰違法性理論之刑事免責範圍。⁵⁹

第四目 藤木氏之見解

綜上所述，藤木氏就可罰違法性理論之體系地位採取構成要件阻卻說，按構成要件該當與否之判斷因犯罪類型不同，為確定行為之類型性無法完全排除實質違法性之評價，亦即構成要件之判斷不僅係形式、外觀之判斷，而應以社會相當性理論為評斷標準，形成實質違法性判斷先行於構成要件之特殊犯罪結構，故行為在形式上雖該當於刑罰法規構成要件，然若未具系爭犯罪類型所預想值得處罰程度之實質違法性，則應阻卻構成要件該當性。

第二款 違法性層次

相對於基於維持構成要件規範機能、人權保障機能等，而主張不應使具體、非類型、實質價值判斷滲入抽象、類型、形式的構成要件判斷，進而認為可罰違法性理論應屬純粹違法性階層問題之見解⁶⁰；佐伯氏就可罰違法性理論體系位置之見解並未如此絕對，而就所生法律效果區分為阻卻構成要件及阻卻違法性二種類型。

⁵⁹ 藤木英雄，前揭註 53，頁 28-31。

⁶⁰ 大谷實（2006），《刑法總論》，三版，頁 135，東京都：成文堂。

第一目 「可罰的違法類型」與「可罰的違法阻卻事由」區分

佐伯氏於昭和 43 年以降，就欠缺可罰違法性的情況，區分為構成要件不該當；與具構成要件該當性但違法性未達可罰程度、或違法性之質不適於處以刑罰二種態樣，就前者主張係不該當於「可罰的違法類型」；後者則係具備「可罰的違法阻卻事由」。⁶¹

惟就二者應如何區分？亦即何時認定係欠缺構成要件該當性，何時係違法減輕之問題？就此佐伯氏主張為個別法條構成要件解釋之問題，惟此見解之內涵十分不明確，故學者前田氏進一步檢視其就「可罰的違法類型」所舉之具體案例，以釐清其何時主張應為構成要件不該當，與違法性層次之案例又有何區分。

就欠缺構成要件該當性之案例，佐伯氏以摘取他人樹籬邊一朵花之行為為例，認為就此行為可解釋為自始不該當竊盜罪之構成要件；惟此並不表示其就所有輕微財物之竊取均認屬於構成要件該當性欠缺之層次，此觀之佐伯氏就一厘事件之詮釋可知，按就此私吞價值輕微菸草之行為，其係以違法性減少原因之概念加以說明，而非主張其行為欠缺構成要件該當性。又其就「可罰的違法類型」未曾揭示其他具體案例為說明，因此前田氏認為佐伯氏之可罰違法性理論中，認定為構成要件該當性欠缺之情況係非常限定的。

相對於此，佐伯氏就正當化事由與可罰的違法阻卻事由揭示了許多具體案例為說明，並區別為違法性之「質」與「量」之問題為檢討，可認為其理論係以可罰的違法阻卻事由為中心，因此論者仍多將佐伯氏作為違法性阻卻說之代表學者。前田氏並認為就佐伯氏之理論內涵，可罰違法性理論於犯罪論中之體系位置其僅為形式的議論，並不認為係十分重要的爭議，與前述藤木氏將其作為理論構成之重要基礎可為對比。

⁶¹ 前田雅英，前揭註 41，頁 171-172。



第二目 違法性阻卻說

此說認為並非所有違法行為均會成立犯罪，按犯罪僅為違法行為之一部份，犯罪類型應為值得處罰之違法行為的類型化，可罰之違法類型應帶有刑法之特殊違法性。⁶²故行為若不具此刑法領域特殊之可罰違法性，亦即其行為未具備一定質與量之違法性，則因欠缺可罰的違法性，阻卻違法性而不成立犯罪。⁶³

第三款 分別解消說

此說為學者前田雅英所採，以絕對輕微型與相對輕微型之分類為基礎，就前者主張應解消於實質構成要件解釋；後者則藉由實質違法阻卻事由解決，亦即揚棄可罰違法性理論之形式，將其解消後融入既存之犯罪論體系中。⁶⁴

第一目 實質構成要件解釋

前田氏以日本實務見解為基礎，就輕微財物之竊盜與其他輕微案件為分析，首先就竊盜之部分，雖有一厘事件之存在，戰前日本實務就輕微竊盜抱持嚴格的態度，曾就民法上無效的證書、神社內的木像與石塊認定成立竊盜罪；惟戰後裁判基於竊盜罪與警察犯處罰令的比較，認為應達一定程度以上始可該當犯罪，此後法院裁判出現「因價值微少，未值以竊盜罪客體之財物保護之」的見解。而就強盜傷人罪、建造物毀損罪等基於相同思考方式，亦出現因傷害輕微認為「不該當傷害」或「不該當損壞」之見解。

又其基於判決統計結果認為可罰違法性概念具消極作用，亦即強調可罰違法性概念時，必須注意反而會擴大處罰的範圍，尤其在法定刑輕微之犯罪類型最為明顯；又考量到自昭和 50 年代以來實務就可罰的違法性概念之適用極度消極；

⁶² 佐伯千仞，前揭註 5，頁 176。

⁶³ 甘添貴，前揭註 1，頁 5。

⁶⁴ 前田雅英，前揭註 2，頁 107、112-113。

且近來藉由對構成要件為實質解釋而為無罪之判決十分顯眼，結論上主張就絕對輕微型之案例改採實質構成要件解釋之方式處理。⁶⁵



第二目 實質違法阻卻事由

前田氏認為可罰違法性理論標準曖昧化之主要原因為違法性層次中判斷模式之不明確，而為釐清相對輕微型之判斷基準，首要之務便是必須釐清其與超法規阻卻違法事由、實質違法阻卻事由間之關係，以檢討其間區別與可罰違法性理論之存在必要性。

其以日本實務見解統計整理為基礎，認為實務見解有採用實質違法阻卻事由之潮流，且其判斷方式與可罰違法性理論十分相近，雖學說多強調二者僅係相近但相異，惟前田氏認為其區別十分困難又欠缺實益，按自判決論述之方式可知，其採用實質違法阻卻之說理並非即認為系爭行為係完全正當的，毋寧認為僅係不值得加以處罰，與可罰違法性理論實質上相近；又雖無法否認違法性阻卻與欠缺可罰違法性間仍有差異，即可罰的違法阻卻事由具有之可罰範圍限定機能，惟基於可罰違法性概念之曖昧性與實務見解就此之消極態度，其主張不如使相對輕微性之類型解消於實質違法性判斷中，並充實其內涵，以達與可罰違法性理論相同機能。⁶⁶

第四款 小結

綜上所述，就可罰違法性理論之體系位置學說見解各異，惟前田氏之見解實際上可說係為了解決日本實務就可罰違法性理論之消極態度，而於既存犯罪結構中另闢蹊徑，希望能使此理論之實質適用範圍擴大，惟其就理論之內容並無超出前述二位學者之創見，僅為一種妥協性之思考，然理論之採擇應不考量此種策略

⁶⁵ 前田雅英，前揭註 41，頁 468-479。

⁶⁶ 前田雅英，前揭註 41，頁 508-520。

性之原因，故本文不採其見解。

而就構成要件層次之主張，或謂基於實務運用之明確性，應以此說為當⁶⁷，惟構成要件之判斷應為形式與類型之判斷，而僅具犯罪之形式與類型意義，雖有規範構成要件要素與開放構成要件之存在，時有為實質判斷之必要，惟此實質判斷應僅限於認定行為類型意義之必要範圍內始可為之⁶⁸，具體之可罰違法性判斷仍應係屬於違法性層次之問題；又藤木氏之見解實際上將行為實質違法性之判斷移至構成要件該當性之判斷前，確有倒轉既存犯罪結構之疑義，且以社會相當性理論為前階段之判斷，有標準過於抽象、不明確之弊，故結論上本文認為可罰違法性之體系位置仍應以違法性層次為當，於欠缺時生阻卻違法效果，不成立犯罪。

第六項 學說總結

承前述，可罰違法性理論之建構主要以學者佐伯氏與藤木氏為中心，前者基於客觀違法性理論及結果反價值，本於柔軟的違法一元論，主張當行為構成要件該當，但不具備值得處罰「質」或「量」之違法性時，應認定為雖為違法惟不具可罰性，阻卻違法而不成立犯罪；後者則本於違法相對論，著重於行為反價值及社會相當性理論，主張行為雖形式該當構成要件，惟實際上欠缺構成要件所預想可罰程度之實質違法性時，應阻卻構成要件該當性。而本文基本上肯認佐伯氏之主張，惟觀察其柔軟違法一元論之內涵，認為實質上已與違法相對性論相同，基於法秩序一致性應為實質、評價上一致性，而非機械式或形式之一致，認為應採違法相對性論；又就體系位置部分承前述主張應以違法性阻卻為當。

⁶⁷ 林永謀，前揭註 55，頁 224。

⁶⁸ 甘添貴，前揭註 1，頁 5。



第三節 我國實務與學說見解

前述為可罰違法性理論於日本法之發展與內涵，而此理論於我國是否具適用可能性？適用範圍又為何？以下分別介紹並分析我國實務及學說就此之相關論述。

第一項 實務見解

我國實務見解雖未明確使用可罰違法性之名稱，惟學者認為其已將此理論運用為實際案例之判決基礎，並以最高法院 74 年台上字第 4225 號判例為代表，此案例中上訴人擅自使用他人之空白信紙一張，最高法院之判例要旨⁶⁹如下：

行為雖適合於犯罪構成要件之規定，但如無實質之違法性時，仍難成立犯罪。本件上訴人擅用他人之空白信紙一張，雖其行為適合刑法第三百三十五條第一項之侵占罪構成要件，但該信紙一張所值無幾，其侵害之法益及行為均極輕微，在一般社會倫理觀念上尚難認有科以刑罰之必要。且此項行為，不予追訴處罰，亦不違反社會共同生活之法律秩序，自得視為無實質之違法性，而不應繩之以法。

學說進一步分析此判例，認為其見解呈現了構成要件之違法性表徵機能，並肯認實質違法性之存在，惟此案例中法益侵害與行為均極為輕微，應屬於前述之絕對輕微型類型，故我國實務目前僅承認此種單純微罪類型之可罰違法性理論適用。⁷⁰

⁶⁹ 司法院網站，<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>（最後瀏覽日：07/20/2014）。

⁷⁰ 甘添貴，前揭註 21，頁 4-5。



第二項 學說見解

就可罰違法性理論之適用我國學者多立於保守之立場，至多與實務持相同見解，認為僅於絕對輕微型之案例可為適用⁷¹，並基於下述理由就可罰違法性理論提出嚴厲之批判。

第一款 混淆立法論與解釋論

日本學者木村氏認為「違法性」應為「可罰性」之前提要件之一，亦即可罰性係法律效果層次問題，違法性則為其前提的犯罪成立要件之一，應作為約制可罰性者，然可罰違法性理論使可罰性反可限制違法性之判斷，將法律效果與其前提要件混同，使立法論與解釋論產生混淆，故應不可採。⁷²我國學者亦有本於相同思考，認為違法性乃為刑罰必要性之前提，而非刑罰必要性為違法性前提，因此主張可罰違法性理論於刑法論理學上有所不當。⁷³

惟就此可能侵犯立法權之批判，支持者主張可罰違法性係為確認構成要件所預定之違法性實質與內容而生，目的在於限制刑罰權並實質解釋刑法旨趣，並無使立法論與解釋論混同之虞。⁷⁴

第二款 未區分違法與不法

學者基於違法一元論之立場，就「違法」與「不法」概念為區分，認為前者係指行為與法規範間對立衝突之價值判斷，不容許程度差異之判斷，僅可為有無之判斷，亦即僅會存在「違法」或「適法」之二種判斷結果；而後者則係指經由行為顯現於客觀可見而為法規範否定之「負的價值判斷」之行為，亦即不法係指

⁷¹ 甘添貴，前揭註 21，頁 5。

⁷² 木村龜二，前揭註 34，頁 237。

⁷³ 林山田（1992），〈評可罰的違法性理論〉，《刑事法雜誌》，36 卷 6 期，頁 7-9。

⁷⁴ 佐伯千仞，前揭註 19，頁 386-387。

被評價具有違法性的行為本身，屬於層升之概念，有程度輕重不等之現象，故所有不法領域中，依不法程度可分為民事、行政、刑事不法等，縱同樣屬於刑事不法領域，亦因不同程度之不法性有不同法定刑之規範。學者本於此違法性之二分價值判斷，主張不存在「可罰的違法性」與「不可罰的違法性」之區分可能性，概念上並無可罰違法性理論之存在空間。⁷⁵

承上述，論者係本於認定違法性之判斷應放諸全法領域皆準之一元論思考，認為「違法」僅為有無問題，而不容許程度差異之判斷，並進一步導出可罰違法性概念上無法存在；惟違法一元論理論之疑義已如前述，又自各法領域之法律目的與效果來看，違法是否確無程度輕重之可能？不法概念之創設或可某程度解釋此問題，按各法領域本於相異之目的所賦予之不同法律效果，本文認為恰可說明其違法內涵之相異，並無堅持違法為二分判斷之必要，故應有可罰違法性理論存在之空間。

第三款 判斷標準不明確

此為歷來學者就此理論採取批判立場之主因，亦使實務見解傾向保守、消極，按學者雖紛紛提出相關之判斷標準，惟因基本上均係就實質違法性之判斷，不免存在主觀、恣意空間，而有招致濫用之可能性。

惟刑罰法規作為社會生活之規範，不免蘊含價值判斷之空間，通說承認之實質違法性理論即為適例，且學者所舉出之判斷標準內涵與可罰違法性理論極為相近⁷⁶；又刑法中不明確之概念亦所在多有，故應不可單以其判斷標準之不明確性為由否定該理論之價值，毋寧應將重點置於如何就判斷標準為進一步之細緻化、具體化。⁷⁷

⁷⁵ 林山田，前揭註 73，頁 9-11。

⁷⁶ 林山田，前揭註 45，頁 308-309。

⁷⁷ 甘添貴，前揭註 21，頁 2。



第三項 小結


綜上所述，我國實務見解僅承認法益侵害輕微之絕對輕微類型之適用，且並未正面使用可罰違法性理論之用語；又學說見解或基於違法一元論之思考，根本否定理論存在可能性；或雖積極肯定該理論之正面價值，認為可使刑法適用更具彈性，惟基於其輕微性判斷基準之曖昧與不明確性，應謹慎運用以避免濫用，且參考日本實務見解之發展，結論上認為應僅於絕對輕微類型始可適用，實際上與實務見解相同。⁷⁸故我國無論係實務或學說見解就可罰違法性理論之適用基本上均持較保守、消極之看法，至多僅承認絕對輕微型之適用，惟此類型於實務上甚為少見，因此大幅限縮了可罰違法性理論之適用空間。

而本文就學說針對可罰違法性理論所提出之批判回應如上，結論上認為並無混淆立法論與解釋論之虞，且違法與不法概念之區分應非必然；然本文亦無法否認此理論存在判斷標準不明確之弊，惟審諸既存之刑法規範或通說理論內容，可知法律作為人類社會生活之規範，無法超脫於價值判斷，故不應僅以此為由否定可罰違法性理論之適用或將其大幅限縮於絕對輕微型之案例，反應致力於其標準之明確化。

第四節 本章結論

本文於此章藉由可罰違法性理論於日本實務、學說之發展，試圖釐清其理論內涵與基礎。按此理論起源於日本實務見解，以一厘事件為開端，由學者宮本氏加以深化並發展，嗣後則因戰後社會現代化、價值觀多元化之衝擊，頻生利害衝突之案例，以勞動事件、公安事件為大宗，因應此趨勢，學說與實務發展出數種不同之適用類型，惟若以衡量模式及背後利益衝突之形態觀察，本文認為分為絕對輕微型與相對輕微型已足；又日本實務見解自昭和 48 年以降，以全農林警職

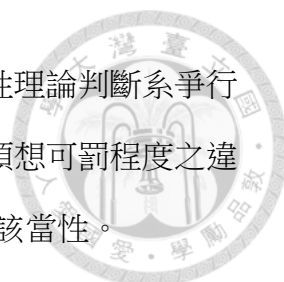
⁷⁸ 甘添貴，前揭註 21，頁 5。



事件為起始，就可罰違法性理論採取限縮之態度，雖未根本否定理論之適用，惟最高法院之適用結果均認定個案中具可罰違法性，並用以推翻下級審法院所為之無罪判決，此導致可罰違法性理論於後續實務見解幾乎銷聲匿跡，亦連帶影響學者就此理論之研究。

而日本學界以宮本氏就一厘事件之發展為開端，後續以佐伯氏及藤木氏之理論為主軸，前田氏於近代就上述二者學者見解為分析檢討後，就理論體系位置及審查標準提出見解，試圖重構可罰違法性理論。佐伯氏主張客觀違法論，並自結果反價值立場出發，認為刑事違法之實質為法益的侵害或危殆化；又採取柔軟的違法一元論，認為違法性之評價雖為全法領域所共通，應為統一之評價，惟鑑於刑罰之嚴酷性，基於刑法謙抑性之思考，即使被評價為違法行為於刑事領域應僅於具備「可罰性」時始成立犯罪，並將阻卻違法事由分為正當化事由與可罰的阻卻違法事由；而就如何判斷違法行為之可罰性，其認為應具適於刑罰之「質」與「量」時始可科以刑罰，並分別就二者為進一步之探討；而就否定可罰違法性之效果部分，其雖區分「可罰的違法類型」與「可罰的違法阻卻事由」二者，亦即有時生阻卻構成要件該當性、有時生阻卻違法之效果，惟細究其理論論述，可發現其就前者僅以摘取他人所有之一朵花為例，又將一厘事件歸屬於違法性層次問題，因此可認其就前者之適用十分限縮，又並未將之作為理論重心，毋寧僅係為回應藤木氏之理論始加以論述之。

相對地，藤木氏採取違法相對性論，且較關注行為反價值之立場，認為於現代利害關係複雜、迭生衝突之社會中，單純的法益侵害已不足以涵蓋違法性之概念，並以社會相當性理論為依歸，認為所謂的違法應為逸脫社會相當性之法益侵害；就其所詮釋之可罰違法性理論定義可知，其理論之特色與重心為就理論體系位置之見解，按其將構成要件解釋為違法行為之類型，亦即應係就違法行為之類型化而非單純記述性之概念，又社會相當性既為違法層次問題，則理論上一行為若具備社會相當性，自可阻卻構成要件該當性，並以醫療行為與運動競技行為為



例說明之，認為於構成要件該當性判斷前，應先行以社會相當性理論判斷系爭行為是否具備實質違法性，若審查結果認為行為不具構成要件所預想可罰程度之違法性，亦即可認定係具社會相當性之行為，則應阻卻構成要件該當性。

前田氏則以上述二者之學說為基礎，主張應將絕對輕微型與相對輕微型分別解消於實質構成要件解釋與實質違法阻卻事由中，惟其實質上係基於日本實務就可罰違法性理論之消極態度而為主張，並未提出不同於上述二者之創見。

本文基於既存之犯罪結構，為求構成要件機能之維持與避免主觀與抽象判斷過度涉入客觀違法性之層次，否定藤木氏之見解；而結論上以佐伯氏之見解為基礎，僅就其所謂柔軟的違法一元論與標準不明確之可罰的違法類型、可罰違法阻卻事由類型之區分為批判。

而就此理論於我國之適用可能性及適用範圍，我國實務及學說見解均趨於消極、保守，雖曾於 1992 年就可罰違法性理論舉辦最高法院學術研究會⁷⁹，企圖擴展此理論於司法實務之適用可能性，惟與會人士就此少有積極性見解，學者亦紛紛就輕罪類型之處理提出訴訟法或立法上之替代方案。⁸⁰惟其就可罰違法性理論之批判，無論係指摘其混淆立法論與解釋論或係認定其概念無存在可能性，本文如前述認為均無可採，且可罰違法性理論之適用實際上以相對輕微型為大宗，僅就輕罪類型提出之替代方案無法完全替代此理論之存在價值。然就可罰違法性理論判斷標準不明確之批判，因其涉及價值判斷故似無法免於此缺陷，尤其係就利益衝突類型之相對輕微型更是如此，惟刑法既為人類社會生活之規範，自無法完全免於價值判斷，於此更重要的毋寧係應如何形塑出較為明確之判斷標準以供參考，而非因此即根本性否定理論之適用或大幅限縮其適用空間，故本文擬於下個章節就可罰違法性理論之判斷標準為進一步之分析與檢討。

⁷⁹ 最高法院學術研究會（1992），〈最高法院學術研究會主辦可罰違法性理論與司法實務研究討論會議記錄〉，收於：最高法院學術研究會（編），《可罰違法性理論與司法實務》，初版，頁 7-135，臺北：最高法院學術研究會。

⁸⁰ 林永謀，前揭註 55，頁 225-227；林山田，前揭註 73，頁 17-24。



第五章 相對輕微型之判斷標準

第一節 學說見解

如前所述，可罰違法性理論因標準不明確、有流於恣意判斷的可能性而迭受批判，學者就此紛紛進一步提出較明確化之判斷基準，期可改善此理論缺陷，而因公民不服從相關案件主要涉及可罰違法性之相對輕微型，以下僅介紹學者就相對輕微型所提出的判斷標準，又學者佐伯氏就可罰違法性理論論述著重於違法性「質」與「量」之相關問題，並以之為判斷是否具備可罰性之基礎，惟未另行提出明確之判斷標準，故以下僅以藤木英雄及前田雅英二者之見解為主。

第一項 藤木英雄

第一款 違法性的輕微性

就違法性之「量」的問題，亦即判斷違法性之輕微性的標準建構，藤木氏未區分絕對與相對輕微型而異其標準，始終主張以被害的輕微性與逸脫的輕微性二者為欠缺可罰違法性之判斷基準，以下分別析述之。

第一目 被害的輕微性

首先為被害的輕微性，屬於結果無價值或結果不法之領域；其成為阻卻可罰性之主要原因，最早係源自學者宮本英脩之主張，其以行人經過路邊樹籬摘取他人所有之盛開花朵為例，主張因被害法益輕微而不成立犯罪，此案例亦迭為學者

佐藤氏引用。¹藤木氏認為此之實害輕微概念，明顯與殺人罪此種涉及生死的犯罪類型不同，而應適用於如人格法益、危險犯或行政法規違反等犯罪類型；又為了成立犯罪必須存在一定對法益的惡害，因此被害的輕微性無疑應成為阻卻可罰性之標準之一。²

第二目 逸脫的輕微性

惟藤木氏主張違法性之輕微性係無法完全客觀化為物理學的存在概念，因此為了畫出可罰違法性的界限，除了前述被害輕微性的要件之外，必須加上以惹起被害的行為態樣為中心的判斷標準，其重視行為反價值，亦即行為不法的相關問題；因此在其判斷架構下，造成法益侵害之行為態樣即具重要性，該手段之激烈程度、毒辣性等均會影響判斷結果，又其係以社會相當性為建構可罰違法性理論之核心³，因此以行為未顯著逸脫社會相當性為標準之一。⁴

第三目 門司信用金庫事件

藤木氏亦提出日本福岡高等法院於昭和 42 年 3 月 6 日所為維持一審無罪之「門司信用金庫事件」判決（判例時報，487・66）⁵，作為實務見解支持其判斷標準之佐證。

本案涉及門司信用金庫分行的勞資糾紛，該分行部分加入工會之職員向該分行經理要求進行勞資糾紛之團體交涉惟被拒絕，該經理並欲起身回家，工會成員為阻擋之而有拉扯、推擠、包圍等行為，事後被檢察官以暴行罪⁶提起公訴，第

¹ 宮本英脩（1934），《刑法大綱》，初版，頁 126，東京都：弘文堂。轉引自：藤木英雄（1975），《可罰的違法性》，初版，頁 94，東京都：學陽書房。

² 藤木英雄，前揭註 1，頁 94-95。

³ 藤木英雄，前揭註 1，頁 77-89。

⁴ 藤木英雄，前揭註 1，頁 95-97。

⁵ 轉引自：藤木英雄，前揭註 1，頁 97。

⁶ 日本刑法第 208 條：「施加暴行於人而未成傷者，處 2 年以下有期徒刑或 30 萬日元以下罰金、拘留或罰款。」原文為：「暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったときは、二年以下の懲役若しくは三十万円以下の罰金又は拘留若しくは科料に処する。」

一審法院以被告等行為違反社會性極為輕微，適用超法規阻卻違法事由之法理宣告被告等人均無罪；檢方則以本案欠缺超法規阻卻違法事由必要的補充性要件為由提起上訴；而後高等法院援用可罰違法性理論維持被告之無罪判決，其詳細判決理由如下所述。

首先判決中明確指出以「所侵害的法益程度輕微」與「行為態樣依其目的等在社會通念上認為可容許」二者為判斷標準；並針對檢方之上訴理由回應，認為超法規阻卻違法事由因主要以具緊急行為性格之法益侵害行為為對象，故要件上自應比照緊急避難、正當防衛等嚴格化，而應要求以補充性為要件，亦即行為必須係保全法益之唯一方法；然可罰違法性理論並非以「將具有緊急行為性格之行為予以正當化」為目的，因此毋庸同樣要求補充性之要件。

審諸其判斷架構，其係以侵害法益輕微；行為亦未具備特別刺激社會處罰感情的顯著惡劣性、粗暴性、無恥性為審查標準。又回歸個案調查之事實，被告等之所以對被害人加以辱罵、拉扯係因其未適切回應被告等之團體交涉要求；其肢體動作僅造成被害人足部移動不足半公尺的距離；當被害人要求鬆手，被告人等隨即鬆開，且並未追趕離開的被害人等。可知被告人等行為態樣與典型暴行罪毆打或腳踢之行為有別，而個人之身體自由雖為所有基本人權之基礎而具重要性，惟其法益受侵害程度與工會所蒙受團體交涉權侵害程度相較，不可謂為重大。

結論上法院認為被告之行為因欠缺刑法暴行罪所預想處罰程度之違法性，認定不該當暴行罪之構成要件，因此維持原審所為無罪判決，駁回檢方之上訴。⁷

第四目 綜合判斷模式

綜上所述，藤木氏並不否認無法益侵害或危殆化之行為不應成立犯罪之原則，因此亦肯認結果反價值要素為違法性不可或缺的；然而其認為僅以之作為違法性

⁷ 洪福增（1976），〈可罰的違法性之理論〉，《刑事法雜誌》，20卷3期，頁12-14；藤木英雄，前揭註1，頁97-100。

的實質並不足夠，按在生活關係複雜化的今日，私人利益與公益間利害衝突錯綜複雜，一般性的判斷法益間優劣順序十分困難，且在價值觀多元化的現代社會未必明智，毋寧應在具體個案中納入諸般情事考量，將結果反價值與行為反價值綜合考量，亦即將被害輕微性與逸脫輕微性總和判斷，亦即當其中之一極度輕微時，即使另一較強亦有可能達到欠缺可罰違法性的結果。⁸

第二款 勞動刑事案件類型化標準

按可罰違法性理論並非為勞動刑事事件所特別存在的理論，而係廣泛適用於所有犯罪類型；勞動爭議行為為工會組織或勞動者團結的結合體，勞方團結在一起對於資方施加一定壓力，以作為要求資方的手段，因往往涉及勞資雙方間利益衝突，而有適用相對輕微型的空間，故藤木氏以之為例期能形塑出事件類型化之標準。

第一目 利益衝突

其首先點出日本憲法明文保障勞動基本權⁹，勞工從事爭議行為的權利，亦即團結權、團體交涉權、團體行動權等均被保障，《勞動組合法》第 1 條 2 項¹⁰亦承繼憲法精神，規定工會的正當行為可依照刑法 35 條¹¹正當行為之規定阻卻刑法上違法性；惟其不表示勞動基本權必然較同樣受到憲法保障的其他國民基本權利優越，且該權利亦不可避免地受到公共福祉的限制，並非所有工會行動均可被

⁸ 藤木英雄，前揭註 1，頁 96、100-102。

⁹ 「保障勞動者的團結權、團體交涉權與其他團體行動的權利。」原文為：「勤労者の團結する權利及び團體交渉その他の團體行動をする權利は、これを保障する。」

¹⁰ 「工會所進行之團體協商或其他行為，若係為了達到前項目的且可被認為正當，有刑法 35 條之適用。但不論在何種情況，暴力的行使無法被解釋為工會的正當行為。」原文為：「刑法（明治四十年法律第四十五号）第三十五条の規定は、労働組合の団体交渉その他の行為であつて前項に掲げる目的を達成するためにした正当なものについて適用があるものとする。但し、いかなる場合においても、暴力の行使は、労働組合の正当な行為と解釈されてはならない。」

¹¹ 「依法令且為正當業務行為，不罰。」原文為：「法令又は正当な業務による行為は、罰しない。」

認為是正當合法的，故爭議行為的正當性範圍就是勞動刑事案件必須處理的首要問題。

亦即，當工會為爭議行為時，無可避免地有侵害他人被刑法保護的財產權、企業管理權、私生活平穩與生命、身體安全等憲法上基本人權的可能性，產生勞資雙方間、甚至是與第三人的利益衝突；而在考量是否可刑事免責時亦同，將勞動基本權保障所能達成的利益與資方乃至於一般公眾所受損害為比較，應如何進行利益衡量？資方及一般社會大眾就何種程度的侵害應為忍受？此為藤木氏於此欲釐清的問題。¹²

第二目 違法的相對性

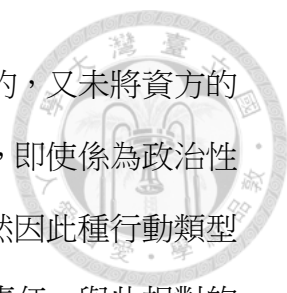
又藤木氏採取違法相對性觀點已如前章所述，因此在論及工會爭議行為與刑法間的關係時，即使從勞動法觀點來看其行為已逸脫正當範圍而被判斷為違法，惟其勞動法上的違法並不同於刑法上的違法，判斷上仍應回歸到該行為是否侵害到刑事法欲保護的法益；換言之，違反勞動法規定之行為，若無法與刑法規定之構成要件合致；或是乍看之下具備構成要件該當性，卻與刑法為防止惡害所訂立之犯罪類型不合時，則就結果而言，係刑法所放任的行為，甚至可說是合法的行為。藤木氏於此並非欲對爭議行為正當性界限為一般性的詳細考察，而係擬針對實際個案中被理解為逸脫正當爭議行為範圍的爭議手段、集團行動類型等，以其應如何討論刑事上責任，而可罰違法性理論又扮演何種角色等為討論核心。¹³

第三目 爭議行為類型與可罰違法性

就勞動爭議行為而言，大抵上被肯認為合法的限於以停止供給勞動力為手段的類型，可稱為同盟罷工或怠業，按自勞方的觀點來看，怠業是將自身所有物——

¹² 藤木英雄，前揭註 1，頁 165-167。

¹³ 藤木英雄，前揭註 1，頁 167-168。




勞動力為集團性的處分以對抗資方，此手段係不作為的、消極的，又未將資方的財產權置於其支配下，且未積極妨害資方遂行事業活動的努力，即使係為政治性目的而為罷工，一般而言不認為屬於勞動基本權保障範圍內，然因此種行動類型社會通念普遍認為不相當於「威力」概念，因此應不成立刑事責任。與此相對的是，超越停止供給勞動力的範圍，對資方企業活動遂行積極的妨害，或是對企業方所屬企業設施、原料或其他財產權排除其支配，進一步使勞動者直接支配等爭議行為態樣，而就此普遍被認為違法的行為類型，藤木氏舉出數典型行為類型與案例，以檢討可罰違法性理論如何於此直接或間接地適用。¹⁴

首先其以「生產管理」為例，此行為態樣為昭和 20 年間被頻繁使用的爭議手段，今日已較為少見，然工會以實力將企業設施的管理權納入其支配下，並立於經營者相同立場進行企業活動，從此點觀察係工會所能掌握最強力之爭議手段；而此應與資方為迴避與勞方交涉而一時間自行放棄管理支配權，工會成員僅為日常業務行為，並為日常交易的事務管理行動區別。生產管理雖從勞動法觀點係違法的，惟刑法並無相應罪名，故就刑事責任的檢討應詳細檢視其中各個行為，例如，販賣資方所有的材料以作為資金、或支付職員薪水之用可能構成竊盜罪；又排除經營者一方之回復占有，可能成立威力業務妨害罪；又排除資方閉廠而開始生產管理，可能成立建造物侵入罪；而若是以從前資方支配管理下的就業形態繼續承接，並拒絕資方管理職員的入場，則可能成立不退去罪。

而以涉及不退去罪的行為態樣為例，藤木氏主張就此種行為是否成立不退去罪，端視資方之退去要求是否具正當性，以及勞方未回應退去要求而留下狀態之實質，就後者其認為可罰違法性理論具發揮作用之空間。按一般來說，完全形態的生產管理中，工會方完全排除資方對企業設施的支配權，自己取代為經營者進行生產，以有效侵害財產權為目的持續占領企業設施，其實質不法性很強，此情況下資方的退去要求具合理性，不回應此要求則應構成不退去罪；惟若工會方係

¹⁴ 藤木英雄，前揭註 1，頁 168-170。



單純以在企業設施內團結一致為目的，以確保抗議據點的意義佔據企業設施的全部或一部，此佔據雖為民法上不法佔據，然若立即以未回應退去要求一事認為成立不退去罪則稍嫌速斷。尤其係在企業方若因應罷工已自行停止作業，而勞方繼續留下的舉動不一定會對企業設施管理上產生重大損害時，資方為了排除此民事不法佔據狀態，應可致力於自主占有回復或是藉由民事法上手段以圖回復，換言之藤木氏認為此時應解為未達構成刑法上不退去罪始為妥當，並進一步認為這樣的理論構成同時與警方不介入爭議行為之原則合致。¹⁵

除生產管理外，藤木氏另就具業務管理色彩的諸爭議行為¹⁶、於企業設施內張貼傳單¹⁷等典型爭議行為態樣作出分析，結論上認為若將爭議行為態樣置於一般市民相互間日常生活互動脈絡上，則很有可能該當刑法上暴行、脅迫等罪，惟在勞動爭議的情況下，基於勞資雙方利益衝突的本質，以及若將事件往往導因於資方怠於與勞方為協商、解決的背景納入考量，即使無法積極將之認定為正當行為，追究其刑事上的責任亦為不妥，在此意義下，可罰違法性理論就暴行、脅迫、逮捕、監禁等罪構成要件之解釋上扮演重要的角色；例如在交涉中對於欠缺具備誠意合理說明的資方以相當激烈的語調逼問之的行為，即使稍微帶有脅迫的意味，亦不認為該當脅迫之構成要件；另因交涉超出預定時間而整夜繼續時，雖有無法使資方離開的氛圍，亦不可以之為由直接認為成立不法監禁罪。¹⁸

第三款 小結

綜上所述，學者藤木氏以被害輕微性及逸脫輕微性為抽象的通案適用標準，並以社會相當性理論為核心，批判單以結果反價值為違法實質見解之不足，主張應正視行為反價值理論之重要性。其亦進一步嘗試就實務上頻繁應用可罰違法性

¹⁵ 藤木英雄，前揭註 1，頁 170-173。

¹⁶ 藤木英雄，前揭註 1，頁 173-174。

¹⁷ 藤木英雄，前揭註 1，頁 175-177。

¹⁸ 藤木英雄，前揭註 1，頁 178-179。



理論之案件為進一步之類型化分析，其中著墨最多的就是勞動刑事案件，就勞動爭議諸行為類型綜合實務與學理見解為詳細地檢證，以釐清可罰違法性理論於其中的效用。

第二項 前田雅英

前田氏則以實務判決分析出發，整理日本實務下級審與最高法院曾採用可罰違法性理論之判決，自下級審判決中歸納出五個相對輕微性的判斷基準，分別為目的正當性、手段相當性、法益衡量、輕微性、手段必要性及緊急性，並認與日本最高法院所採用之自全法秩序觀點所為實質違法性判斷無扞格，故以之為建構自身理論中相對輕微型判斷標準之基礎¹⁹，惟雖自判決中摘錄出五項基準，實際操作上僅將其化約為三項判斷基準，檢驗順序並如下所述。

第一款 輕微性

第一目 犯罪類型輕微性

如同前述，其主張相對輕微型之檢驗應解消於實質的違法阻卻事由檢驗中，而為分別相對輕微型與其餘實質違法阻卻事由，其主張以「輕微性」為區分特色；又自實務案例結果統計出發，認為應限於一定之犯罪類型始可適用，按採用可罰違法性理論判處無罪之個案均不包含殺人罪、放火罪等伴隨重大結果的犯罪²⁰，並進一步舉出威力業務妨害罪、傷害罪、暴行罪、公務執行妨害罪、住居侵入罪、逮捕監禁罪等為輕微犯罪類型之典型例子。²¹

¹⁹ 前田雅英(2000)，《可罰的違法性論の研究》，初版，頁 531-532，東京都：東京大学出版会。

²⁰ 前田雅英，前揭註 19，頁 532，表 13。

²¹ 前田雅英，前揭註 19，頁 532-533。



第二目 法益侵害輕微性

以前述可容許之輕微犯罪類型為基礎，進一步主張應限於輕微法益侵害始可該當輕微性之要件，並就代表犯罪類型為檢驗。

前田氏首先以傷害罪為例，藉由實際案例法院見解的整理，發現 5 日內痊癒的傷害應係以絕對輕微型為處理；相對輕微型的案例則集中在 14 日內治癒的傷害²²，故適用傷害罪的個案中，其主張以「14 日內痊癒」作為相對輕微型之實質違法性形式認定標準，亦即必須是 14 日內可治癒的傷害始可認定為具備法益侵害輕微性，而有繼續適用其他要件進一步檢驗是否該當相對輕微型、阻卻實質違法性的可能性；然其亦不否認個案情事中可能因目的重大、緊急程度較高等影響，使更嚴重程度的傷害亦有阻卻實質違法性的可能性，此 14 日的標準僅是為了使實質違法性的判斷明確化所設定之形式標準，仍保留法官就個案為實質審酌的空間。另就其他犯罪類型，亦藉由相同之法院見解分析及統計方式，分別形塑出相對輕微型的形式標準，以貼傳單行為與毀損建物罪之關係為例，其主張以 1000 張為形式標準。²³

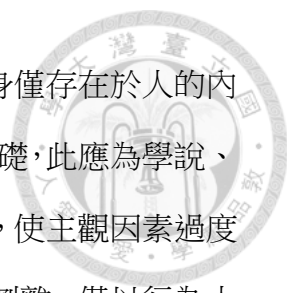
第二款 目的正當性

第一目 目的正當性的客觀理解

前田氏首先點出就「目的正當性」之標準有三種理解可能，亦即被告行為所蘊含的客觀價值；被告對該價值的主觀認識；被告行為時之動機或心情。觀察判決行文可知斟酌「動機」者多，似多以後兩者意義理解此一要件，使主觀因素在實質違法性判斷中似佔據重要地位；惟若觀察行為具備客觀價值而動機欠缺正當性的個案，可發現僅以動機的毒辣性認定違法的案例是極為例外的。又自理論建

²² 前田雅英，前揭註 19，頁 534，圖 26。

²³ 前田雅英，前揭註 19，頁 533-535。



構角度出發，將目的正當性解為主觀因素誠有疑義，按動機本身僅存在於人的內心，無法造成他人法益侵害或危殆化，自無法作為科予刑罰的基礎，此應為學說、實務之共識；又如此可能導致違法與責任階層機能分擔的混亂，使主觀因素過度滲入違法階層的判斷，故將目的正當性的判斷與行為客觀價值割離，僅以行為人主觀內容為違法性判斷的基礎自非無疑。結論上前田氏主張目的正當性的判斷應為客觀理解，亦即實際上係對「被告行為所蘊含客觀價值」的判斷。²⁴

第二目 過篩之機能

目的正當性作為基礎判斷要件，自案例整理結果雖可發現與實質違法性有無的決定相關，惟行為即使具目的正當性，仍有可能因其他原因招致違法結論，故目的正當性作為外圍的基準，具有過篩之判斷機能，亦即先判斷有目的正當性後始進行後續實質之衡量。

承前述此要件應為客觀之理解，而就目的是否正當，亦即行為是否蘊含客觀價值之實際判斷，學者以正當的抗議、一般經濟目的的罷工等為具正當目的的適例；而認為純粹政治性的罷工是欠缺正當性的。惟其亦承認現實的裁判中，雖存在正當性判斷十分明確的案例，如針對差別待遇、不當寫真攝影的抗議等，惟亦同時存在未必明確的案例，例如對萬國博覽會的抗議等。甚至多數的個案情況因涉及如以張貼傳單為目的的侵入行為、對國會強行表決的抗議等，均屬於灰色地帶而難以決斷，而若欲實際測量其行為所蘊含價值的大小，亦即獨立測量其行為的正當性，因必須個別衡量具體的利弊而十分繁瑣，不如藉由後續手段相當性之要件將正當化程度為相對化的衡量，故主張就目的正當性層次應僅判斷「是否具備」已足，換言之，就整體實質違法性的判斷「目的正當性」的要件僅承擔「入口確認」的過篩機能。²⁵

²⁴ 前田雅英，前揭註 19，頁 536-541。

²⁵ 前田雅英，前揭註 19，頁 536-541。



第三款 手段的相當性與必要性

前所論及之五項標準，其中就法益衡量、手段相當性、必要性與緊急性於實際檢驗時均是針對手段之檢討，且後二者雖為獨立的判斷基準，實質上卻會互相影響²⁶，故以下置於同一層次討論之。

第一目 衡量型之手段相當性

首先，個案中法院見解就手段相當性的判斷模式可大別為兩大類型，一為獨立型，亦即獨立判斷行為人侵害行為自身相當性的類型，典型考量方式為「不論目的為何，大體上均不容許以實力的行使為手段」；另一則為衡量型，係藉由行為與目的之比較以判斷相當性，亦即衡量侵害行為與行為所蘊含價值後，以「為實現該目的，應容許何種程度之實力行使」為判斷結構。

採用獨立型判斷模式的法院所在多有，其中最明顯的為就日本《勞動組合法》1 條 2 項但書²⁷之適用，就「暴力行使」的要件的適用，許多判決認為只要超出平和的說服、勸導方式即該當，學者亦認若形式地解讀本條項但書，則應無任何暴力手段可被正當化，應無法避免這樣的文義解釋結果滲透進阻卻實質違法性事由的討論。

惟獨立型的相當性判斷模式，對於現實相對輕微型案例的處理是非常僵化的，亦即相對輕微型本以無法該當絕對輕微型的行為為判斷對象，亦即係以藉由實質構成要件解釋仍無法阻卻可罰性的行為為對象，而若僅關注這些行為本身的相當性，則結論上可能必須全部判斷為違法，成為事實上無正當化餘地之判斷方式，如此將失去討論實質違法性標準的意義。因此前田氏主張應採衡量型的判斷模式，採取「暴力的行使雖然是違法的，但相對於目的是在相當的範圍內則欠缺可罰違

²⁶ 前田雅英，前揭註 19，頁 546。

²⁷ 「但不論在何種情況，暴力的行使無法被解釋為工會的正當行為。」原文為：「但し、いかなる場合においても、暴力の行使は、労働組合の正当な行為と解釈されてはならない。」

法性」之主張。²⁸



第二目 法益衡量

上述衡量型之手段相當性判斷，與一般學說所謂「法益衡量」要件之內容相同，前田氏認為「法益衡量」在理論說明、分析上雖然是重要的，惟在實質的檢驗上並未帶有太多實質的機能，法院行文亦少正面使用其為檢驗之要件。按處於此激烈的價值觀對立現代社會中，直接衡量行為侵害法益與蘊含價值本身是十分困難的，具體而言應是以「為達成此具體的目的，何種程度的侵害為相當的？」的形式為判斷，亦即「法益衡量」僅是指出形塑實質違法性明確化判斷標準的方向，以形成「這樣的情況下應容許何種程度的侵害」的具體標準，實際判斷上係被吸納於手段相當性之要件內，因此實踐上並無過度重視此要件之必要。²⁹

第三目 必要性與緊急性

前田氏認為於此大致可區別為必要性與緊急性二種判斷標準，前者為該行為是否係達成目的之必要行為的判斷，亦即手段之適合性問題；後者則為個案情況中是否不得不為該行為的判斷。就前者適合性的判斷，未有欠缺而仍肯認正當化的案例，因此為相對輕微型中不可或缺的要件之一。

而就緊急性的判斷應有程度上的區別，最徹底的要求即為學說上所稱之「補充性」要件，學說所主張之其他超法規阻卻實質違法性事由，均嚴格地要求補充性，此導因於欲主張欠缺法律明文規定之阻卻違法事由，應較法律明定事由更加慎重且嚴格檢視的思考；然而前田氏認為所有的阻卻實質違法事由均適用補充性要件係錯誤的見解，至少就可罰違法性理論的相對輕微型為不妥當的。其主張於一定程度以下的輕微事例中，當行為人有一定的權利，且係針對對造的不正行為

²⁸ 前田雅英，前揭註 19，頁 543-544。

²⁹ 前田雅英，前揭註 19，頁 544。



抗議時，因並非完全為正對正的情況，應緩和緊急性要件的要求始與社會通念合致，亦即相對輕微型雖同樣為阻卻實質違法性的一環，但立基於其輕微性，應緩和緊急性的要求。³⁰

第四款 具體檢討

前田氏選擇實務案例中就相對輕微型迭生爭議的數個犯罪類型，以前述的判斷基準與過去法院判決見解為基礎，就個別犯罪類型進行分析、檢討，試圖形塑出個別相當性的具體標準，使合理的可罰範圍得以明確化。

如就威力業務妨害罪，其以涉及鐵道運輸妨害行為態樣之案例為基礎，以運輸被妨害時間、是否使用有形力等為參考要件，認為原則上妨害 1 小時的運輸仍可被認定為具相當性；就建造物侵入罪將爭議行為與抗議行動獨立出來討論，並以行為態樣、參與人數、場所等為基準，其中就不退去之行為態樣形塑出明確標準，認為 10 分鐘內不退去為絕對輕微型處理範圍，而相對輕微型之相當性標準則為 3 小時；就監禁罪則以行為態樣與監禁時間為標準，認為 1 小時內否定可罰性的可能性極高。³¹

第五款 小結

如前所述，前田氏係以判決分析為研究方法，就實務上適用可罰違法性理論之法院見解為分析整理後，提出以輕微性、目的正當性、手段相當性為主要要件之審查模型，作為可罰違法性理論之相對輕微型審查標準，綜合前述其就可罰違法性理論體系位置之見解，可認此係前田氏就實質違法性之判斷所形塑之標準；其並就實務常適用之犯罪類型為歸納，就各罪均提出一明確的相當性形式標準以供後續實務學說參考，惟同時亦強調個案中仍有實質審查並反轉之空間。

³⁰ 前田雅英，前揭註 19，頁 544-546。

³¹ 前田雅英，前揭註 19，頁 546-553。




第三項 本文見解

綜上所述，可罰違法性理論因欠缺明確化標準迭受批評，尤其是相對輕微型之適用因多半涉及複雜之利益衝突或價值權衡，抽象之標準造成法官有恣意判斷的可能性，對應於此，學者紛就各自觀點提出進一步細緻化之判斷基準。

其中藤木氏除提出通案之判斷標準外，以實務上常涉及相對輕微型之勞動刑事案件為例，自事件類型出發，試圖釐清該事件類型下各該典型行為之刑事責任判斷上，相對輕微型之直接或間接適用。惟其所提出之抽象標準，首先就被害的輕微性，觀察其所提出之範例，似仍係針對絕對輕微型之案例，或可透過解釋方式將其擴大至相對輕微型之案例；然就逸脫之輕微性，因係以社會相當性理論為判斷核心，亦即以在個案情況下該行為是否為社會通念所容許為判斷，而社會通念之內涵究竟為何？以此為判斷標準恐怕仍無法擺脫恣意之陰影，且相對輕微型常用於勞動爭議等涉及地位不平等之案件，如此之判斷標準將使多數已處於優勢之價值觀極易滲透進來，使已處於劣勢之少數群體之爭取權利行為更易受到責難。

而就前田氏所提出之標準，其專就相對輕微型提出較為明確之抽象判斷標準，並進一步就實務經常適用之犯罪類型為解析，惟其係以日本法院之判決為基礎，本質上已有侷限。而就輕微性之要件，誠然輕微性係可罰違法性理論之重要特色之一，故本文亦認此要件確實有存在之必要，惟其內涵究竟為何？如前所述，前田氏自犯罪類型及法益侵害二角度切入，首先認為犯罪類型應以排除對法益帶來重大侵害可能之犯罪為前提，而僅以較輕微之犯罪為限；而就法益侵害之輕微性則以法院見解之統計結果為基礎，就各典型涉犯犯罪訂定一形式基準。惟本文認為此之輕微性之要件應係指涉相對輕微，誠然就個案之適用，結果上難以想像會容許對個人法益造成重大侵害後，仍認定不具可罰違法性之案例，惟此理論既以利益衡量為立論基礎，應無在前階段概括排除犯罪類型之必要，如此亦可免除就



犯罪類型一一區分輕重之困難，且於個案中若謹慎進行利益衡量亦無使相對人或第三人受有過度法益侵害之疑慮；又就法益侵害之輕微性，以實務過去之見解為基礎，抽離個案具體事實背景而僅就判決結果為統計，如此形成之標準雖十分明確，然於不同事件類型中一體適用的可能性與實效性非無疑義。

另就手段相當性部分，本文認為前田氏所形塑出之標準，實際上大致係依循比例原則之判斷方式，於利益衝突時就行為人手段之適合性、必要性及衡平性分別論述，誠如其所述，法益衡量實際上已被吸納於手段相當性的判斷中，故本文結論上就其判斷模式頗為贊同；惟觀察其具體檢討之部分，仍同樣以統計既存法院判決見解方式為論述基礎，並以罪名為切入點個別形塑出相當性之標準，雖就個案仍保留實質判斷空間，惟統計法院判決見解之研究方式恐有其侷限性，又抽離案件事實背景，而以適用罪名為基礎所統計出之結果，是否能夠確實反映前田氏前述主張之判斷模式亦非無疑義。

因此結論上本文雖大體肯認前田氏所提出之判斷模式，然就其內涵認應可大致化約為比例原則之審查，惟就其以統計判決見解為論述基礎及僅以犯罪類型為切入點之研究方式存疑，因此僅借用其所提出之架構，實質判斷內涵仍以佐伯氏之見解為依歸。就可罰違法性之相對輕微型判斷標準，本文認為抽象標準之存在係必要的，惟應再為進一步論述及細緻化，且應有因應事件類型化之必要，下文便以此為基礎，試圖形塑出公民不服從類型案件之判斷標準。



第二節 公民不服從之類型化標準

第一項 理論接軌

按可罰的違法性理論並非專為公民不服從所形成、發展之理論，亦即一般而言可罰違法性理論係置於更廣泛的脈絡下被理解或討論，適用之事件類型亦包羅萬象，如前述之勞動爭議案件或公務員之權利爭取案件，故無法直接以公民不服從之要件作為是否具備可罰違法性之審查標準係理所當然的，因此於此本文下一步必須要面對的問題就是，應如何將可罰的違法性理論接軌至公民不服從事件中，且應如何形塑出相當之審查基準？

按相對輕微型為利益權衡後僅殘餘輕微的侵害已如前述，故參考前述學者就相對輕微型審查標準所提出之見解，本文擬以前田氏所提出之判斷標準為基礎，並輔以藤木氏之案件類型化思考模式，將公民不服從事件作為一特定之案件類型，並試圖就此種特定形態之事件為類型化思考，就其間涉及之利益衝突，採取優越利益衡量觀點下之比例原則審查方式，並就優越利益衡量後之結果為輕微性之判斷，而詳細之論述內容如下所述。

第二項 利益衝突

第一款 侵害利益

因公民不服從係以公開違反法規方式進行，試圖引起社會輿論之注意，以達成吸引大眾關注，進而形成改革助力之目的，因此在實踐上行為人往往採取較具可見性或具一定力道的手段，而捨棄單純和平勸說或傳統集會呼口號、遊行等方式，而在此過程中，不免就他人之權利或公眾利益形成一定之妨害，以靜坐抗議為例，因行為人常以抗議對象之機關所在地為靜坐場所，而刻意不申請集會遊



行許可者亦所在多有，故對機關內部人員等往往形成自由之妨礙。

按公民不服從行為究竟侵害何種權利或利益，端視其所採取之行為類型與態樣，亦即一定程度仰賴個案之判斷，故本文擬於後續分析行為類型時始一併就其侵害利益為檢討，於此僅先簡略介紹，詳參後述。

第二款 保護利益

公民不服從行為如本文第二章所述，係人民發自公益導向之政治、道德或良心上動機，藉由公開觸犯法規方式以求促使法律、政府政策或社會弊端改變之行為，而就其行為之正當化根據，因其表達之方式及作為訴求手段之傾向，本文認為可以憲法上明文保障之言論自由、集會遊行自由作為其行為之憲法上基礎，已如前所述。

惟本文認為，以言論自由或集會、遊行自由作為公民不服從行為之正當化基礎，並不代表其行為所保護之利益亦僅及於言論自由或集會、遊行自由，按如以此為限，恐無法完整反映公民不服從行為在現代社會所具有之價值。以言論自由為例，在與其他利益產生衝突時，公民不服從行為僅能以象徵性言論之方式作為言論市場之一環，雖憲法學理上就言論自由範疇內亦有類型化之理解，甚至就不同類型之言論有價值高低之判斷共識，亦即參考美國聯邦最高法院之見解，採取雙階理論（the two-level theory），將言論分為高價值（high value）言論與低價值（low value）言論，於審查政府就高價值言論所為限制時，採用嚴格之審查標準，而使其獲得較完善的保障，此理論為我國司法院釋字第 414、623 號解釋所採³²，然即使將公民不服從作為具極高價值之言論表達，仍無法完整涵蓋其行為所表彰之公益性、所蘊含之現代民主法治社會下人民就多數暴力反抗可能性等利益；且在審查方式上，受限於既有的言論自由限制審查模式，依據司法院釋字第

³² 翁乙仙（2012），《從憲法言論自由之保障論仇恨性言論之管制》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 49-50、69-72。

445 號解釋，係引用美國法上之雙軌理論（the two-track theory），以是否涉及言論表達內容之管制為區分，將政府之限制作為分為兩類，一為「針對言論內容的規制」（content-based regulations），另一則為「非針對言論內容的規制」（content-neutral regulation），分別以平等保障原則或言論自由之理念為基礎，而主張就前者應採取較為嚴格的審查標準³³，與本文欲形塑之就個案情事有利益衡量空間之審查模式顯然不同。故結論上本文認為言論自由或集會遊行自由並無法完全承載、表彰公民不服從行為所蘊含之利益。

承接第二章就公民不服從定義之釐清與正當化基礎之討論，可知公民不服從行為於現代民主社會仍具備存在之價值，按即使係具備最完善法律體制的民主國家，亦無法確保其永無民主體制失靈之時³⁴；而目前世界上現存且被認為係威權體制之國家，若僅從制度面向切入觀察，可說與健全民主國家之制度相差無幾，但若進一步檢視可發現其存在一定之模糊空間，因此必須仔細觀察其實質運作與實際生活在其中的人民。³⁵亦即，民主體制是否失靈，不應僅以國家形式、法律體制或規範方式為準，而係應觀察執政者對人民統治行為中一切實質作用³⁶，而從人民之觀點出發，不論是面對失靈之民主體制，或是徒具民主外衣之獨裁政權，當其認為法律、政府作為或政策不正義時，為促使其改變而採取一定之行為，彰顯了人民對於民主體制的保護與追求。

又於具體個案中，事件之產生往往導因於政府顛預作為，實際上已侵害了立於弱勢地位的人民之權利，或是就公益性有重大妨害，因此公民不服從之行為所蘊含之利益，除了本身作為言論自由所表彰之價值外，更重要的毋寧是個案中就公共利益或特定群體權利之維護，以及就民主體制的保護與追求。

³³ 翁乙仙，前揭註 32，頁 48-49、68-69。

³⁴ 黃榮堅（2014），〈國家統制技術演進下的抵抗權概念—兼論其刑法評價上的作用—〉，《臺灣法學雜誌》，249 期，頁 109-110。

³⁵ William J. Dobson（著），謝惟敏（譯）（2014），《獨裁者的進化—收編、進化、假民主》，初版，頁 12-14。新北市：左岸文化。

³⁶ 黃榮堅，前揭註 34，頁 110-111。



第三款 小結

於公民不服從案例中，因其事件類型之特色，必定會產生某程度之利益衝突，亦即其具有利益衝突之本質，而其所涉及之保護利益與侵害利益已如前述，下一步之問題即為其間的衡量應如何進行？本文雖肯認前述前田氏所提出之判斷模式，將法益之衡量實際吸納於手段相當性之判斷，惟仍認為其標準有進一步細緻化之可能性，參考學者內藤謙之見解，本文擬以下述優越利益衡量之觀點為基礎，就其標準為進一步之討論分析。

第三項 審查標準

承上所述，本文參考學者內藤氏之見解，以優越利益衡量觀點就可罰違法性相對輕微型之判斷標準為進一步細緻化，故以下擬先就優越利益衡量說之內涵為釐清後，再以自前田氏見解化約出之比例原則判斷模式為基礎，就個別審查標準內涵為分析、檢討。

第一款 優越利益衡量觀點

第一目 修正法益衡量說

按學者就違法性之實質有不同之見解存在已如前述，其中法益衡量說係自客觀違法性及結果無價值觀點出發，將違法性之實質解為法益之侵害或危險，認為在法益產生衝突時，若為犧牲小法益而成全大法益則可阻卻違法，惟就法益大小應如何判斷？若僅以抽象價值順位排列，則在實際個案中可能產生極大問題，如一般而言認為人之生命身體法益應大於財產法益，惟當重大財產法益與輕微身體法益產生衝突時，若嚴守前述之抽象價值比序，恐將產生使人難以接受之評價結

果，故為修正此種僵化而易生矛盾之判斷方式，優越利益衡量說便應運而生。³⁷

或謂「法益衡量說」已非法益之抽象衡量比較，實際上係保全法益的要保護性與侵害法益的要保護性於具體的狀況下之比較衡量，按若將「法益」為擴張性價值的、包括的理解，則所謂「法益」可包含行為的方法、態樣與行為必要性程度等，而使「法益衡量說」亦具實質衡量的可能。惟學者內藤謙將「法益」之概念作為事實基礎之客體，又考量到就概念應盡可能為明確且限定的理解，故前述要素應無法被包含於「法益」之概念內，而應以「優越利益衡量說」作為「法益衡量說」之延伸理論。³⁸

第二目 法益要保護性之判斷

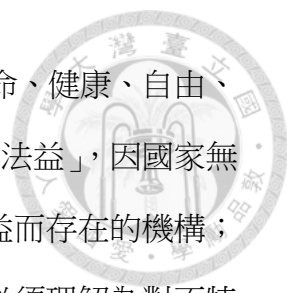
內藤氏認為違法性的實質係對於具優越要保護性法益之侵害或危殆化，因此就法益發生衝突時之違法性認定，其認為應就相衝突法益的具體要保護性為釐清，亦即比較各法益之保護必要性，並進一步主張應就全部有利、不利之客觀、外部情事為實質、具體的衡量。在此意義下，應以一般價值順位中法益價值的衡量作為基本出發點，並具體衡量保全法益所面臨危險的程度；保全法益與侵害法益的量、範圍；為保全法益所為行為之手段必要性程度；前述手段的方法、態樣及法益侵害的危險程度等因素。亦即將與衝突法益要保護性相關之所有客觀情事均納入考量，並藉由實質、具體的利益衡量，結論上如認為保全法益的要保護性比侵害法益為大時，亦即保護利益較侵害利益為大時，應可阻卻違法，內藤氏將此意義下之利益衡量作為違法阻卻的一般原理，本文將之稱為優越利益衡量說。³⁹

又於前述優越利益衡量說之立場下，所謂一般價值順位中法益的大小應如何衡量？此不只是法律價值判斷的問題，而必須依據憲法基本原理構造所展現的價

³⁷ 劉育琳(2007),《可罰違法性之理論與運用—以集會遊行法第二十九條與配偶抓姦竊錄為例》，國立臺灣大學法律學院法律系碩士論文，頁 67。

³⁸ 內藤謙(1991)，《刑法講義總論(中)》，初版，頁 314-315，東京都：有斐閣。

³⁹ 內藤謙，前揭註 38，頁 313-314。



值來判斷，結論上內藤氏認為刑法應優先保護是「個人」的生命、健康、自由、財產等「個人法益」；而就國家基本政治組織或作用等之「國家法益」，因國家無法超越個人而為自己目的存在，故應被理解為係為保護個人法益而存在的機構；「社會法益」同樣因不存在超越個別人類的「社會」利益，而必須理解為對不特定多數「個人」集合的「社會」利益。⁴⁰

因此就法益間於個案中之優先劣後評價，應認清其原則上係流動、相對的，並無一絕對的價值順位存在，充其量認為於現行刑法典中因已明文規範侵害他人生命、身體、自由、財產、名譽等犯罪，就其間蘊含之利益可評價為係在刑法領域價值體系中地位較為穩固者，並可以刑度為觀察切入點，大致探知其體系地位之優劣，而作為一粗略之參考標準。惟所謂「優越利益衡量」便係在強調法益價值之高低並非抽象地比較法益位階，而係在具體狀況中衡量相衝突法益之保護必要性，透過實質、具體的衡量評斷何者較為優越，而保護必要性之審查因素範圍涵蓋甚廣，僅有在保護利益之保護必要性較為優越時，始可阻卻違法。⁴¹

第三目 優越利益衡量說之優點

內藤氏認為優越利益衡量說之判斷方式，就衝突法益與其要保護性相關客觀諸情事的價值判斷過程係可能被分析或檢證的，因此較其他考量方式更為妥當。按當違法阻卻判斷中行為的方法、態樣成為問題時，不委由單純的「為了正當目的所為相當手段」或「社會的相當性」之高度直覺性判斷，而是還原為一為了法益保全所為行為，其手段侵害法益之必要性程度；其手段所帶來法益侵害的危險性程度等事實性判斷，亦即違法阻卻判斷係以事實、客觀情事為基礎，使價值判斷盡可能精確，亦使違法阻卻判斷過程的分析、檢證成為可能。⁴²

⁴⁰ 內藤謙，前揭註 38，頁 316。

⁴¹ 黃宗旻(2010)，〈再探勞工抗爭行為阻卻刑事違法問題〉，《軍法專刊》，56卷2期，頁78-79。

⁴² 內藤謙，前揭註 38，頁 316-317。

第四目 批判與回應

或謂保護必要性之審查範圍涵蓋行為態樣等因素，已背離法益衡量說及結果反價值之思考，使行為反價值得以偷渡進入；惟內藤氏主張其優越利益衡量說係以一般的價值順位之法益價值衡量為基礎出發點，考量行為態樣等客觀、具體的情事及保全、侵害法益間關係相關之客觀情事，並未採取行為反價值論者自社會相當性等觀點切入之論述方法，因此並未背離結果反價值之思考邏輯。⁴³

第二款 目的正當性

如學者前田氏之主張，目的正當性之要件可被理解為客觀行為價值、行為人主觀上對客觀行為價值之認識或單純存在於行為人內心之動機或情緒，而其就此要件採取客觀理解，以避免對於他人不可知主觀的評價等弊端，本文亦認其見解甚為可採已如前述。惟依據本文第二章就公民不服從行為要件之論述，可發現係以行為人「發自公益導向之政治、道德或良心上動機」為必備要件之一，應如何處理乍看之下為矛盾之二對立主張？

就結論而言，本文認為此二見解為相容而不生矛盾的，按公民不服從以「發自公益導向之政治、道德或良心上動機」為要件，其意義係為彰顯公民不服從行為之公益性質，並藉此與一般圖謀私利之違法行為作出區隔，然因事實上無法得知他人主觀內心與動機究竟為何，亦無法全然以行為人之自我宣稱為憑依，因此實際判斷上仍係仰賴就其所為行為所帶來或蘊含之客觀價值為斷，亦即形式上雖以主觀之動機為要件，實質上仍係採取如同前田氏般之客觀判斷方式，故本文認為兩見解間事實上並不存在矛盾之處。

⁴³ 內藤謙，前揭註 38，頁 315。



第三款 比例原則之適用

第一目 適合性

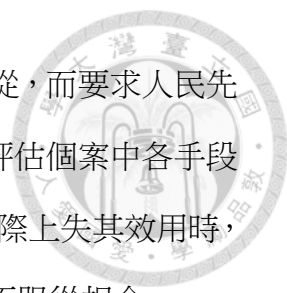
適合性原則，或可稱為妥當性原則，係指採取之行為必須達到所欲追求之目的，亦即行為人所採取之措施必須是適合於該目的，並可有效達成之手段，實際上亦可以該行為是否有助於目的之達成為判斷方式，故若採取與目的達成無關之手段，即不合於此要件。⁴⁴

就此要件前田氏將其解為手段必要性之判斷標準之一，惟意義上與前述學說慣稱之適合性原則相同，故於此仍以適合性原則為檢驗，以避免名詞使用上之混淆；而落實於公民不服從事件類型中，判斷對象即為個別公民不服從行為是否確實有助於其所追求目的之達成，惟並非要求行為必須百分之百達成目的始該當此要件，按公民不服從行為之特質之一，即藉由自身故意觸法的行為，吸引社會輿論以促使僅憑一己之力無法撼動的法律或政府政策改變，若要求必須達成終局目的始可應係過度苛求，故只要能夠吸引社會輿論關注，或是某程度有助於終局目的之達成即可；又應非自事後觀點觀察行為人之行為是否確實有助於達成目的，毋寧應係立於事前觀點，若認為行為人採取之行為客觀上就目的達成有產生一定助力之可能性已足。

第二目 必要性

就手段之必要性，除前述之適合性原則外，前田氏另以緊急性作為判斷標準，究其內涵係判斷是否不得不為此行為，或可稱為最後手段性或補充性原則，惟其又基於可罰違法性理論相對輕微型之輕微性特質，主張於此應緩和緊急性之要求，亦即不須具備補充性之要件，則實際判斷上與本文第二章就公民不服從行為定義

⁴⁴ 陳新民（2008），《憲法學釋論》，六版，頁 181-182，臺北市：自版。許育典（2009），《憲法》，三版，頁 162-163，臺北市：元照。



之討論相同，雖有學者主張應限於最後手段始可行使公民不服從，而要求人民先遂行其他體制內管道，惟亦強調並非僵化的要求，毋寧應具體評估個案中各手段之實質有效性，若可認為其餘手段均無效用，或因情況急迫而實際上失其效用時，則可遂行公民不服從之行為⁴⁵，故前田氏於此之判斷恰與公民不服從相合。

惟一般意義下之必要性原則係指，如為達成目的而有兩個以上符合適合性原則之手段可以選擇時，應選擇對對造利益侵害最小之手段，亦即就同等有效手段具選擇可能性時，應選擇權益侵害最小者，又稱為最小侵害手段原則，考量的重點為手段間的取捨，或謂我國諺語「殺雞焉用牛刀」恰可比擬之⁴⁶，而公民不服從行為是否亦應以此為可罰違法性判斷基準之一？本文認為在同等有效的前提下，應選擇最小侵害手段可表彰行為人對於既存法秩序之尊重，故應以之為判斷標準之一。

第三目 衡平性

或稱為合比例性原則或均衡原則，可以德國諺語「不可以砲擊麻雀」為代表，亦即不可為追求渺小的利益而犧牲重大的利益，行為人手段所造成的損害與欲達成目的的利益間不得失其均衡，於此應為合比例性之利益權衡，又可稱為狹義的比例原則。⁴⁷

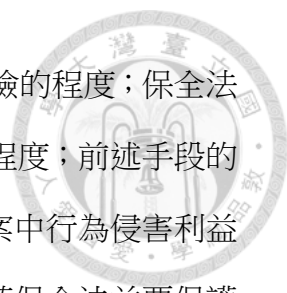
壹、優越利益衡量觀點下之細緻化

就相衝突利益間的衡量，前田氏將法益衡量判斷吸納於手段相當性之要件中，認為應釐清的是就特定情況下應容許何種程度之利益侵害，本文認此見解應值贊同，惟本文參內藤氏之見解，自前述優越利益衡量觀點出發，認應有將判斷標準再為細緻化之可能性，如前所述，進行衡平性之審查時，應以一般價值順位中法

⁴⁵ John Rawls (著)，黃丘隆 (譯) (1990)，《正義論》，初版，頁 363-369。臺北：結構群。

⁴⁶ 陳新民，前揭註 44，頁 182-183。許育典，前揭註 44，頁 163-164。

⁴⁷ 陳新民，前揭註 44，頁 183-184。許育典，前揭註 44，頁 164-165。



益價值的衡量作為基本出發點，並具體衡量保全法益所面臨危險的程度；保全法益與侵害法益的量、範圍；為保全法益所為行為之手段必要性程度；前述手段的方法、態樣及法益侵害的危險程度等客觀情事。亦即就實際個案中行為侵害利益與保護利益為實質衡量，具體權衡兩者間保護必要性之優劣，若保全法益要保護性與侵害法益要保護性相較後，認為法益侵害行為未達值得處罰的程度，亦即侵害利益為相對輕微時，應認定欠缺可罰違法性而阻卻違法。⁴⁸

貳、衡平性之標準

而衡平性標準之寬嚴又應如何決定？或謂相對輕微型之案例中，占多數的為勞資爭議、公安事件等，除帶有強烈利益衝突特性外，行為人之行為往往係導因於對造之不正行為，亦即相對輕微型以正對不正之立場為特色，故不需採取如同緊急避難般之嚴格衡平性標準；而正當防衛與自救行為則係因前階段存有緊急性等要件限制，於後階段法益均衡部分始予以放寬，前者原則上不考量衡平性，後者則考量到法安定性需求而較為嚴格。綜上，其認為相對輕微型因緊急性要件之放寬，於法益均衡部分應採低於緊急避難、高於自救行為之審查標準⁴⁹，其分析本文大致上認為可採。惟就公民不服從之案件類型，本文認為應該區分其行為侵害法益之對象與抗議對象是否同一而定，於部分案例中行為人係針對訂立系爭法律或政策之行政機關而發動；惟亦有為爭取社會輿論壓力而將行為訴諸於外者，如本文第三章所述關廠工人臥軌案即為適例。於侵害法益與抗議對象同一時，或可因其具某程度正對不正之性質，而將標準較為放寬；然當兩者非同一時，因會波及至無辜第三人，致其利益受損，因此標準應較為嚴格。惟不論係何種情況，因相對輕微型之輕微性與公民不服從事件之公益性特質，應較緊急避難之衡平性原則放寬，而較自救行為嚴格為當。

⁴⁸ 內藤謙，前揭註 38，頁 685-686。

⁴⁹ 劉育琳，前揭註 37，頁 69-70、73。



第四款 輕微性判斷

於相對輕微型之輕微性應指涉經前述優越利益衡量觀點下之比例原則適用後，殘餘之違法性十分輕微的情況，而此之輕微性究竟蘊含何種內涵？前田氏就此判斷分為犯罪類型與法益侵害輕微性二層次，惟就犯罪類型部分，本文認為或許實際審查結果確實無法容許重大法益侵害之犯罪，惟此理論之重心既為利益權衡，則應無於前階段即將特定犯罪類型適用可罰違法性理論相對輕微型之可能性排除之理，如此亦可免去對某些介於中間之犯罪類型分類的困難；或自個別犯罪類型應有特殊之違法性，未達可罰程度則應不可罰，不能否認在重罪情況下亦有藉由此理論獲致無罪判決可能性⁵⁰，而與本文為相同之主張。故此之輕微性要件應係單指法益侵害輕微性，且如前所述，應不採僅以實務判決見解統計為基礎之前田氏見解，毋寧應繫諸於特定事件類型下，個案情事的具體判斷。

第五款 小結

綜上所述，公民不服從事件類型下可罰違法性理論之相對輕微型審查標準，首先應先就第二章形塑出之公民不服從要件加以檢驗，確認其係屬於此種案件類型，而目的正當性事實上已被吸納於其成立要件之一，雖名為動機然實際上係繫諸客觀情狀之檢驗，亦即係就其行為所蘊含之客觀價值為斷；嗣後應釐清其行為所欲保護之利益與侵害利益各自為何，並於個案實質背景中，立於優越利益衡量觀點就公民不服從之行為為比例原則之檢視，若認為合於前述標準後可認為僅殘餘輕微的侵害，則可援引可罰違法性理論之相對輕微型阻卻違法，不成立犯罪。

⁵⁰ 劉育琳，前揭註 37，頁 70-71。



第四項 行為類型與相對輕微型之應用

以下便例示二種公民不服從事件類型中常見之行為態樣，以實際說明可罰違法性之相對輕微型之應用，而就相關事件於犯罪結構各層次實務學說之見解已於本文第三章為介紹，於此假設個案均已該當構成要件，僅論及可罰違法性理論之相對輕微型應用，合先敘明。

第一款 靜坐抗議

靜坐抗議為公民不服從事件類型中十分常見之行為態樣，行為人往往運用自身肉體為工具以阻擋他人之進出，或在未申請許可的情況下進入公家機關所在場所進行靜坐表達抗議而不願離去；就此行為態樣嗣後往往經檢警以觸犯刑法第 304 條 1 項⁵¹強制罪、同法 306 條⁵²侵入住居、不退去罪或第 135 條 1 項⁵³之妨害公務罪展開偵查。

以作為野草莓學運發源之行政院靜坐為例，其係針對陳雲林來臺後，政府採取一連串枉顧人權之管制措施，為表達對此之抗議，臺灣大學等校學生在網路上展開串聯，於 2008 年 11 月 6 日在未經許可的情形下集結於行政院前靜坐抗議，除以促使政府執法改變為目的外，亦訴求《集會遊行法》之修改，為發自公益導向動機所為公開觸法行為，且因應當時情況之急迫，應認可符合最後手段性，而合於公民不服從之要件。

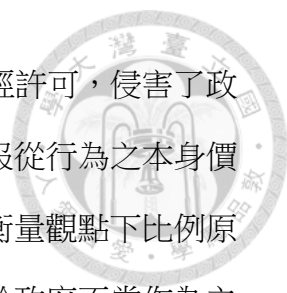
首先就構成要件層次部分，其事前未申請許可；經在場警察機關舉牌三次未解散，符合《集會遊行法》29 條規定之構成要件，構成要件該當。

⁵¹ 「以強暴、脅迫使人無義務之事或妨害人行使權利者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」

⁵² 「無故侵入他人住宅、建築物或附連圍繞之土地或船艦者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。

無故隱匿其內，或受退去之要求而仍留滯者，亦同。」

⁵³ 「對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」



而其靜坐地點係集會遊行禁制區之行政院⁵⁴，又事前並未經許可，侵害了政府就集會活動之管制利益；然其行為之保護利益除前述公民不服從行為之本身價值外，依據其訴求至少尚包含人民之集會自由。而就優越利益衡量觀點下比例原則之適用，首先就適合性的判斷，因其係希望藉此吸引大眾對於政府不當作為之注意，藉由不申請許可之集會方式表達抗議，就此目的而言係具備適合性；而其行動過程中僅以和平靜坐方式進行，並未造成他人之法益侵害，可認係最小侵害手段；另就衡平性之考量，其雖妨害政府就集會活動之管制利益，惟本案中系爭管制法律本身已有正當性疑慮，又此行動係針對政府一連串過度維安行為而發動，係對於政府罔顧法治執法之譴責，就國家法治原則之確保與集會自由之保障具相當重要性，且行為人僅以和平靜坐方式進行抗議，面對警方之抬離亦採取不反抗之策略，雖持續一段時間並耗費一定人力處理，惟就管制上利益並未形成重大侵害，故本案經優越利益衡量後，應可認行為人之行為係合於比例，且未造成法益之重大侵害，應可以可罰違法性理論之相對輕微型為阻卻違法之事由。

第二款 占領運動

自 2008 全球金融風暴，到 2011 年世界各地爆發之反抗運動，資本主義和民主受到根本的質疑與挑戰，其中占領運動蔚為風潮，又以 2011 年發生於美國之占領華爾街運動最為人所知，自一則雜誌上的廣告開始，以「我們是百分之九十九」(We are the 99 percent) 建構其身份認同，最後並成功蛻變為受到全球矚目的公民運動⁵⁵，占領行為人藉由占領與訴求相關聯或特定之物理性的空間以表達意見，甚至進一步以之作為後續活動的據點，而具體個案中實際占領期間長短、態樣各不相同，無法一概而論；惟就刑事責任而言，至少均會有成立刑法 306

⁵⁴ 《集會遊行法》第 6 條 1 項 1 款：「集會、遊行不得在左列地區及其週邊範圍舉行。但經主管機關核准者，不在此限：一、總統府、行政院、司法院、考試院、各級法院及總統、副總統官邸。」

⁵⁵ David Graeber (著)，楊淑君、李尚遠、陳雅馨 (譯) (2014)，《為什麼上街頭？新公民運動的歷史、危機和進程》，初版，頁 72-219。臺北市：商周。

條侵入住居罪之可能性，並於公權力進行驅離時，因反抗不願離去可能適用同法 135 條 1 項之妨害公務罪，以下將以 318 學運中參與者占領議場並停留 24 天之行為⁵⁶為例，試運用前述形塑之可罰違法性理論相對輕微型判斷模式。



第一目 318 學運事件背景

318 學運，又稱為太陽花學運，主要係為反對《海峽兩岸服務貿易協議》（Cross-Strait Service Trade Agreement, CSSTA）（以下簡稱為服貿協議）而生，惟此事件實際上並非始於 2014 年 3 月 18 日，按系爭服貿協議於 2013 年 6 月即已簽署，就此部分團體、組織組成反黑箱民主陣線，並陸續於政府召開之公聽會等積極表達反對立場，本預計於 2014 年 3 月 17 日舉辦為期五天的守護民主 120 小時之活動與晚會⁵⁷，惟於同日下午立法院於內政等八個委員會聯席會時召開審查服貿協議之會議，以國民黨籍召委張慶忠為主席，其於在野黨杯葛之混亂狀況下，離開主席台後以耳機擴音器於 30 秒內宣布完成《兩岸服務貿易協議》之審查⁵⁸，並送院會存查及宣布散會，此舉成為嗣後抗爭行動之導火線⁵⁹，而以學生為主體之抗議群眾為表達抗議，於 3 月 18 日晚間趁警方不備衝入立法院後佔據議場⁶⁰，揭開後續長達 24 天風起雲湧的公民運動序幕。

⁵⁶ 318 學運因時間極長，參與組織與人員眾多，涵蓋數種不同行為態樣，所涉及之刑事責任亦不可一概而論，於此僅單純以進駐議場並停留其中者之行為為探討對象。

⁵⁷ 許玉秀等（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-I〉，《臺灣法學雜誌》，247 期，頁 125-126。

⁵⁸ 〈張慶忠 30 秒闖關服貿 連「開會」都不算〉，風傳媒網站，

<http://www.stormmediagroup.com/opencms/news/detail/bbe4b30c-b3d5-11e3-a29c-ef2804cba5a1/?uuid=bbe4b30c-b3d5-11e3-a29c-ef2804cba5a1>（最後瀏覽日：07/16/2014）。

⁵⁹ 張嘉尹（2014），〈公民不服從或抵抗權？—318 學運的憲法學詮釋（二）—〉，《臺灣法學雜誌》，250 期，頁 78-79。

⁶⁰ 〈黑島青抗議學生：18 日下午醞釀占領立院，絕非暴力抗爭〉，ETtoday 新聞網，<http://www.ettoday.net/news/20140319/336563.htm#ixzz37ccFlsnG>（最後瀏覽日：07/16/2014）。



第二目 屬於公民不服從事件類型

壹、符合公民不服從之定義

按觀察占領議場行為人之行為及隨後召開之記者會⁶¹，參與者係以將服貿協議退回行政院、先建立兩岸協議監督機制再審查為主要訴求，後續因情勢發展訴求陸續增加，如兩岸協議監督機制應符合公民能參與、人權有保障、資訊公開、政府負義務、國會要監督等要件；召開公民憲政會議；立委應傾聽民意而非黨意，並要求政黨不要以黨紀控制、處分該黨所屬之立法委員。⁶²除對前述張慶忠立委之作為表達不滿外，事實上係以執政黨處理系爭協議過程中彰顯之罔顧法治為抗議對象，按其不僅協議前未向立法院報告，並無視國會「報告同意後始得簽署」之決議逕為簽署，嗣後並撕毀朝野就逐條審議的協商結果，不惜動用黨紀要求立法院照單全收⁶³，可能使此一嚴重牽動臺灣整體社會經濟結構的規範草率被通過，而被影響最大的人民卻無可置喙，行為人基於阻止其通過目的而進入議場，可認係本於公益導向之政治上動機而為之，且其並呼籲訂立兩岸協議監督法制，係以促使法律及政策之改變為目的。又其於夜間進入未開放之立法院議場，顯然有違法之虞，嗣後即有召開記者會表達訴求等行為，係以事後公開觸犯法規範之方式為之。

貳、非抵抗權之行使

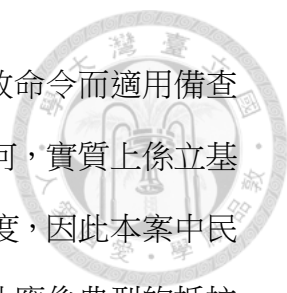
學者或主張本案情況應已達對民主憲政秩序之全面攻擊，而非僅針對個別不正義法律、政策之公民不服從，亦有主張係介於兩者之間之形態，分述如下。

首先，學者有主張 318 學運雖以前述 30 秒事件為導火線，惟在此之前執政黨一系列撕毀朝野協商、動用黨紀拘束立委表意自由，並將影響臺灣社會經濟結

⁶¹ 〈【攻佔立法院】學生提出四點訴求，要求馬英九王金平明中午前回復〉，關鍵評論網，<http://www.thenewslens.com/post/30652/>（最後瀏覽日：07/17/2014）。

⁶² 張嘉尹，前揭註 59，頁 79-80。

⁶³ 蔡聖偉（2014），〈法治國的太陽花〉，《臺灣法學雜誌》，248 期，頁 2。



構甚巨之服貿協議，事先定位為行政機密，事後又定義僅係行政命令而適用備查程序，使國會無實質審查之機會，因此不論人民訴求之口號為何，實質上係立基於現存民主機制失靈的狀況下，期望能重建實質的民主監督制度，因此本案中民主機制既已失靈，應可認為係民主國家最重大的憲政危機，因此應係典型的抵抗權案例。⁶⁴亦有認 318 學運之訴求對象係針對馬政府一連串強行通過服貿協議之行為，已超越個人行為、集體行為，並超出法律或政策之層次，到達憲政秩序之層面，因此至少部分屬於抵抗權，性質上介於公民不服從與抵抗權之間，是在憲政危機即將發生時，為保衛與回復所行使的抵抗權，為我國憲法蘊含的未成文抵抗權。⁶⁵或將本案情況與德國威瑪共和時期授權法案相類比，認為均為行政權凌駕於立法權之民主憲政危機，而有到達抵抗權程度之可能性。⁶⁶

惟本文承接前述第二章之說明，認為抵抗權之行使應以完全排除憲政秩序之違憲政權為對象，而觀察本案中行為人訴求，雖一再呼籲當權者應為改正處理，卻始終並未挑戰其政權之正當性，因此本文仍傾向將其歸於係針對個別法律、政策而發動之公民不服從。

第三目 侵害利益與保護利益

壹、侵害利益

其於 3 月 18 日進入議場至 4 月 10 日離開之期間內，除當夜與隔日清晨均與意圖驅離之警方發生數次肢體衝突⁶⁷；期間並因防堵⁶⁸等需求對於立法院公物

⁶⁴ 黃榮堅，前揭註 34，頁 114-115。

⁶⁵ 張嘉尹，前揭註 59，頁 81-89。

⁶⁶ 林鈺雄（2014），〈公民抗爭與不服從運動的刑法評價—兼評三一八運動的占領議場行為〉，《月旦法學雜誌》，230 期，頁 136-139。

⁶⁷ 〈激烈攻防！學生佔議場 警 3 度驅離失敗〉，奇摩新聞網，<https://tw.news.yahoo.com/激烈攻防-學生佔議場-警3度驅離失敗-060900564.html>（最後瀏覽日：07/16/2014）。

⁶⁸ 〈加高「椅子山」 學生死守議場〉，蘋果日報網，<http://www.appledaily.com.tw/appledaily/article/headline/20140325/35723469/加高「椅子山」學生死守議場>（最後瀏覽日：07/17/2014）。



形成一定之破壞⁶⁹。故除刑法第 306 之侵入住居罪外，亦對政府公務之執行與財產法益造成侵害，有成立刑法第 135 條 1 項妨害公務罪與第 354 條⁷⁰毀損罪之可能性。⁷¹

貳、保護利益

本案例中行為人等係為表達對政府一連串罔顧法治、架空國會審查作為之不滿而採取行動，審諸其訴求及行為模式，應可認其行為除表彰言論自由與集會自由外，亦可作為公民不服從行為價值之最佳例證，因服貿協議本身有利有弊，應可認其維護了可能因服貿協議受害人民之經濟利益，而更重要的是對民主制度之價值與體系的重新確立，若置於臺灣內部長期兩黨內鬥及兩岸關係之政治脈絡下觀察，其行為之價值可能更為清晰。318 學運賦予了整個社會一個重新檢視服貿協議之契機，不論是實質內容或是相關程序均因此得到進一步討論的機會，而就臺灣公民意識的啓蒙亦貢獻良多，所帶來的後續效益不可勝數。

第四目 審查標準之運用


承前述，318 學運因後續引發驚人的社會效應與反饋，實際上涵蓋範圍甚廣，牽涉到的行為態樣繁多，為求聚焦本文僅以進駐議場之相關行為為討論對象，惟仍涵蓋了進駐並停留在議場內本身、與進行驅離警方之肢體衝突與防守過程中毀損物品等行為態樣，因其屬於同一事件脈絡下，共享相同之行為目的及保護利益等；然刑法領域中係採取個人責任與單一行為之論斷方式，實際上犯罪審查結構之運作，應以一行為態樣為限而分別適用下述審查標準。惟為求行文之簡便與論述之清晰，本文擬不分別行為論述，合先敘明。

⁶⁹ 〈議場公物損壞報告 出爐〉，工商時報網，

<http://ctee.com.tw/LiveNews/Content.aspx?nid=20140408005737-260401&ch=ex>（最後瀏覽日：07/17/2014）。

⁷⁰ 「毀棄、損壞前二條以外之他人之物或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」

⁷¹ 許恒達（2014），〈服貿抗爭的刑法議題〉，《臺灣法學雜誌》，245 期，頁 62-65。



就構成要件層次部分，行為人進駐議場之行為符合刑法第 306 條 1 項侵入建築物之行為態樣，且不符合法定阻卻違法事由應屬無故，構成要件該當；又其在防守過程中與警察發生肢體接觸與衝突，警察係依法排除進駐議場者，為依法執行職務，惟行為人行為是否該當刑法 135 條 1 項之「強暴」要件，端視個案中行為人之實際作為，若除消極抵禦外與警方有積極肢體衝突，則應可認為構成要件該當；另就毀損物品之行為，若已至毀壞或致令不堪用之程度，則該當 354 條毀損物品罪之構成要件。而就法定阻卻違法事由，因本案行為人訴求並非訴諸於個人法益之保護，在通說實務不承認就國家、社會法益可為正當防衛、緊急避難之現況下，並無主張法定阻卻違法、不成立犯罪之餘地。故以下嘗試運作本文基於前述章節所建立之可罰違法性理論相對輕微型判斷標準於此個案中。

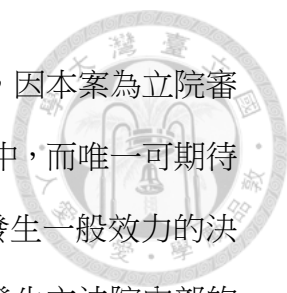
壹、適合性

觀察本案具體情事，可發現妨害公務與毀損罪之涉犯均係為了達到停留在議場內之目的而為之，故審諸本案，行為人係藉由進駐議場之相關行為，除表達對現行失能國會之不滿外，亦透過此具高度戲劇化的手段成功引發後續的討論動能，可認係有助於達成目的之手段，而具備適合性。

貳、必要性

於此應審查進駐議場之相關行為就其目的是否為最小侵害手段？關鍵在於是否存在一就目的達成同等有效，而對相對人、第三人或是公共利益侵害較小之手段，惟於此引發爭議的為，本案中是否可認已具備最後手段性而認定為公民不服從之行為，亦即是否存在其他同等有效的合法替代途徑？就此有學者認為制度內既然仍存在可能救濟途徑，如可聲請大法官解釋或暫時性處分，且在憲政機關尚未顯著失靈時，應先訴諸體制內手段進行⁷²，故難認人民進駐議場之行為已具

⁷² 謝銘洋等(2014)，〈公民抗爭與不服從運動的法律評價 I〉，《臺灣法學雜誌》，249 期，頁 145。



備最後手段性⁷³；惟多數學說見解傾向認定其已具最後手段性，因本案為立院審議程序之瑕疵，若寄望國會自律則再度陷入內部多數決的陷阱中，而唯一可期待的司法院大法官解釋又受限於釋憲客體必須是一個已經對外發生一般效力的決議行為，而本案僅涉及從內政委員會到院會的決議行為，只能發生立法院內部的程序效果。⁷⁴且審諸過去釋憲實務就國安三法之處理，其事件背景與 318 學運相似，然司法院釋字第 342 號解釋仍係基於國會自律原則，認為未達重大明顯瑕疵而不影響法律效力，在此情況下應可認該救濟途徑就本案係無效的，故已具備最後手段性。⁷⁵學者並援用歐洲人權公約之見解，強調不可僅以形式上存有該救濟途徑為據，而應認定內國運作該程序的法律與政治脈絡，並兼及申訴人之個人情況來判斷是否確實存在有效之救濟途徑⁷⁶，故本案中司法院大法官釋憲因前述說明應可認非有效救濟途徑。

而在 318 學運之前，反黑箱民主陣線與黑色島國青年陣線亦屢次透過合法方式表達訴求，諸如於國慶日號召抗爭遊行，藉由媒體力量傳達聲明⁷⁷、並出席數次服貿協議之公聽會以提出相關建議⁷⁸、或利用海協會會長來臺機會進行抗議⁷⁹等，這些合法行動與進駐議場行為相較雖為較小侵害手段，惟就客觀結果觀察可知上述手段係顯然無效的，至少非與進駐議場同等有效，按在進駐議場之前即

⁷³ 〈又回到非常時期？〉，中時電子報，<http://money.chinatimes.com/news/news-content.aspx?id=20140406000630&cid=1206>（最後瀏覽日：07/16/2014）。

⁷⁴ 〈專家評析：正當程序箴言：愈緊急愈要遵守〉，風傳媒網站，<http://www.stormmediagroup.com/opencms/review/detail/b9cea800-bc5f-11e3-a617-ef2804cba5a1/?uuid=b9cea800-bc5f-11e3-a617-ef2804cba5a1>（最後瀏覽日：07/16/2014）。

⁷⁵ 〈占領國會 前大法官許宗力：佔立院具最後手段性〉，自由電子報，<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/982594>（最後瀏覽日：07/16/2014）。

⁷⁶ 林鈺雄，前揭註 66，頁 133-135。

⁷⁷ 〈黑手染國慶 結束三日抗爭 黑島青籲全民倒馬反服貿〉，苦勞網，<http://www.coolloud.org.tw/node/75885>（最後瀏覽日：07/17/2014）。

⁷⁸ 可以逐字稿為證，黑色島國青年陣線官方 Facebook，<https://www.facebook.com/notes/黑色島國青年陣線/黑色島國青年陣線海峽兩岸服務貿易協議公聽會發言逐字稿-20131219/210013122515275>（最後瀏覽日：07/17/2014）。

⁷⁹ 〈反服貿 黑島青機場堵陳德銘 挺服貿 六大工商團體立院施壓〉，苦勞網，<http://www.coolloud.org.tw/node/76455>（最後瀏覽日：07/17/2014）。



使相關團體如何大聲疾呼，政府仍執意推動服貿協議，就其訴求不為所動；社會輿論亦未曾予以過多之關注。故應可認並無其他同等有效之更小侵害替代手段存在，本案例中行為人之行為可認具必要性。


參、衡平性

衡平性標準之判斷已如前述，本案因侵害法益對象與抗議對象均為政府機關，因蘊含正對不正之性質，而就衡平性之標準可予以適當放寬，而本案例中行為人進駐議場並停留 20 日以上，就警方執法為抵抗，且對議場內外物品形成破壞，雖涉犯侵入住居、妨害公務、毀損等罪而侵害相關法益；與其保護之利益一行為所彰顯之言論自由、集會自由權；其阻擋程序不正當、內容尚待研究的服貿協議草率通過所帶來的實際上效益；以及其行動蘊含之民主精神的價值相較後，立於優越利益衡量觀點分別為比較。

首先就法益之順位，保護之利益均可回溯至憲法價值秩序中，與侵害之住居自由、公務圓滑執行之國家利益與財產法益相較應較為優先。而就保護利益遭受危險程度部分，如前述事件背景所述，立法委員張慶忠草率宣布將系爭服貿協議送院會存查，在執政黨同時掌握國會多數席次又表達強力推行態度的情況下，可預期服貿協議必定會順利通過，而因此保護利益可說係已達岌岌可危的程度。

而就侵害利益之量與範圍，首先其於議場內停留達 24 天，且事前未獲管理權者之同意，可謂就法益形成相當程度之侵害，雖管理權者當下未馬上動用警察權進行清場、且嗣後進入議場探視學生⁸⁰等，自其行為或可認其嗣後已某程度默許行為人之行為，然亦無法倒轉進駐議場時就法益侵害之評價，故就此法益應形成相當程度之侵害；而與警方之肢體衝突，議場內部行為人均係立於防守立場為消極阻擋，而未積極攻擊警察，學者或進一步主張因本條係保護國家秩序，為免產生使國家權力獨大之後果，若僅係消極使其執行公務面臨阻礙應以不符合「強

⁸⁰ 〈王金平進入議場 探視學生〉，大紀元網，
<http://www.epochtimes.com/b5/14/4/6/n4124618.htm>（最後瀏覽日：07/17/2014）。



暴」構成要件而不予入罪⁸¹，本文退萬步言，即使認定行為人行為具備構成要件該當性，就公務執行圓滑性產生之侵害非為重大；而就毀損之部分，依據嗣後估算金額達 285 萬元⁸²，就法益亦形成相當程度之侵害，故結論上就法益之侵害應不可謂為輕微。而就保護法益言，除經濟上利益外，其藉由占據物理空間以及服貿協議之議題，對於現行黨政體制提出最深刻的反省，其所表徵之對民主體制的維護與追求已達憲法價值體系層次。而其手段於具體情事下可認具備必要性已如前述。

綜合上述之論述，雖對法益仍形成相當程度之侵害，惟因所保護之法益十分重大，不僅在法益順位上優先於侵害法益，於個案中實質衡量結果應亦可肯認較具保護必要性，又手段亦具必要性，故結論上應肯認行為人之行為具備衡平性。

肆、相對輕微性


此之輕微性判斷實質上係指涉相對輕微性，亦即與保護利益兩相比較衡量後，所剩餘之違法性係十分輕微的，而判斷標準應為法益輕微性不及於犯罪類型之輕微性。本案例中行為人所造成之法益侵害不可謂為輕微如前所述，惟經與保護利益權衡後，應認其所殘存之違法性已十分輕微，未達可罰之程度，具備相對輕微性。

第五目 小結

318 學運之進駐議場相關行為，觀察行為人之行為態樣與訴求，其本於促使制定兩岸協議監督法制、反對執政者對於服貿強渡關山的政策等目的而發動，係發自公益導向之政治上動機，且以公開觸犯法規範之方式為之，又審諸其他合法途徑不具實效性，進駐議場應具備最後手段性，而應肯認為公民不服從之行為；惟因非針對一徹底排拒憲法體制之違憲政權而發動，故應未至抵抗權之程度。

⁸¹ 許恒達，前揭註 71，頁 64-65。

⁸² 〈台立院修繕經費 285 萬元〉，大紀元網，<http://www.epochtimes.com/b5/14/4/18/n4134450.htm> 台立院修繕經費--285 萬元.html（最後瀏覽日：07/17/2014）。



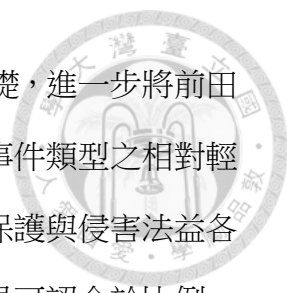
又其行為除以言論自由、集會自由為基礎外，阻擋服貿協議生效可保護因此協議受害群體之經濟利益，更重要的是本案中行為所展現出的對民主精神與價值的確保；然不可否認其行為仍涉犯侵入住居、妨害公務、毀損等罪，並侵害相關法益。惟審諸其手段，其行為有助於達成目的，又現實上無同等有效更小侵害手段存在，且衡量二法益之順位與量、範圍後，另就保護利益遭受危險程度、侵害手段必要性等情狀為考量後，可肯認行為人手段具衡平性，且本於二法益間之權衡可認具相對輕微性。

故可認 318 學運之進駐議場行為符合可罰違法性理論之相對輕微型，結論上應生阻卻違法之效果，不成立任何犯罪。

第三節 本章結論

綜上所述，為回應反對者對可罰違法性理論之批判，學者雖立於不同立場惟相繼提出較明確之判斷標準以供參考、適用，其中藤木氏除採取傳統結果反價值觀點建構之被害輕微性標準外，更著重於行為反價值觀點，故提出逸脫輕微性之標準；另並就實務頻繁適用可罰違法性理論之勞動刑事案件為分析，試圖建構事件類型化之判斷基準。而前田氏則以日本實務判決統計整理為基礎，發展出一以輕微性、手段相當性與必要性為核心的審查模型，並就實務較常適用之犯罪類型，提出相關之具體檢討以期建立相對明確之判斷標準。

惟藤木氏之見解因以社會相當性理論為核心，而有判斷恣意之虞；前田氏之見解則受限於日本實務判決具本質上侷限性，又提出之審查模式雖為可採，然具體檢討部分又回歸判決歸納與統整，並未實際操作其所提出之審查模型，且抽離案件事實背景之判決結果統計參考價值亦非無疑義。而為使可罰違法性理論得順利接軌適用於公民不服從之事件，本文以前田氏之審查模式為基礎，參考藤木氏之事件類型化思考，嘗試就公民不服從之案件類型提出一可行之審查模式。



觀察公民不服從之成立要件，並以優越利益衡量觀點為基礎，進一步將前田氏之審查基準拆解為比例原則後，本文結論上認為公民不服從事件類型之相對輕微型審查標準，應先確認成立公民不服從行為，並釐清其行為保護與侵害法益各自為何後，以優越利益衡量觀點下之比例原則加以審查，若結果可認合於比例，且殘餘侵害係具輕微性，則可認系爭行為依據可罰違法性理論之相對輕微型，行為蘊含之違法性未達可罰的程度，可主張阻卻違法而不成立犯罪。本文並進一步以公民不服從常見之行為類型為基礎，舉例說明可罰違法性理論相對輕微型審查標準應如何運用，以使其標準內涵透過實際運用可進一步被釐清而更加明確化。




第六章 結論

第一節 本文見解之總結

本文以 318 學運為研究契機，就學說上迭以公民不服從或抵抗權為抗爭行為尋求正當化基礎之見解為進一步之檢討，就公民不服從與抵抗權概念內涵、我國實務與學說就公民不服從行為之見解、可罰違法性理論之內涵與適用於我國之可能性為分析，最後就可罰違法性理論之相對輕微型形塑出一粗淺的判斷標準，並試將其運用於實際案例，釐清實際個案中公民不服從行為之刑事責任。

首先就公民不服從之概念內涵，以美國政治哲學家梭羅為開端，後經甘地及金恩博士付諸實踐，而形塑出初始之概念輪廓；而因其自始並非法律領域中概念，故無一明確之定義，學者基於目的性思考，分別就其提出不同之定義，本文以學者許宗力歸納之學者共識¹為分析之基礎。就觸犯法規範之部分基於概念之實益與實效性認為應包含間接公民不服從之態樣；又自願接受懲罰之要件僅係為彰顯行為人對整體法秩序之忠誠態度，則自應僅及於要求其坦然接受後續司法追訴已足，若強要其放棄司法程序中權利，反係罔顧法治之作為；而就非暴力之要件存否，本文基於法律體系內部亦容許合法之有限度暴力、近代國家公民之立場，又爭取大眾之同情應僅為策略性思考，評價重心應為比例原則之審查等，認為公民不服從不應自始以非暴力為限；而就公開地以發自公益導向之政治、道德或良心上之動機，本於促使法律、政府政策或社會弊端變更之目的之要件本文肯認之，故結論上本文以「任何人基於政治道德良心之動機，以促使法律、政府政策或社會弊端變更為目的，單獨或與他人共同所為公開之有意識觸犯法律規範的行為」

¹ 許宗力(1988)，〈試論民主法治國家的「市民不服從」〉，《臺大法學論叢》，18卷1期，頁196。



為公民不服從之定義。而就其行為之正當化理論，論者或自超實定法之角度切入，以傳統自然法或自身哲學思考為基礎；或以實定憲法中明文規範之基本權利為基礎，本文就各該理論為詳細檢證後，結論上認為立於我國憲法有明文規範基本權利保障之前提，又公民不服從行為之態樣往往可被歸類於我國憲法所保障之言論自由或集會自由，故應以我國憲法基本權利相關規範為正當化基礎，而無求諸於超實定法之必要；又學者所謂正當化基礎要件之最後手段性，應可被吸納於比例原則中必要性之判斷，毋庸另行列舉為正當化前提要件。

而就抵抗權之部分，其概念起源於美國之憲政思潮，由法國大革命繼受並加以傳播，最後茁長落實於西德，現仍存於《德意志聯邦共和國基本法》第 20 條第 4 項之明文規定；而觀察美國維吉尼亞權利法案（The Virginia Declaration of Rights）與獨立宣言（Declaration of Independence）後可發現於此應僅為政治意義上之抵抗權，而不具法律上之意義；而法國人權宣言（Declaration of the Rights of Man and of the Citizen）與成文憲法規範亦曾將抵抗權列為明文；惟近代現存之抵抗權明文規範中較著名的僅有西德基本法之相關規定，其係本於對納粹時期獨裁政體之反思，於 1968 年增訂，使人民擔負起維護憲政體制最後一道防線的功能。而就抵抗權之定義，或有廣義與狹義之爭執，惟本文欲探討之行為為保護現存憲政體制、法律秩序之態樣，與訴諸於推翻既存體制之創造性革命權概念不相容，故應採狹義之理解。而就抵抗權行使之要件，學者就此形成高度之共識，首先就憲政秩序侵害部分，雖有是否應包含基本權利之爭議，惟本文基於人民基本權利作為憲政體制保障重心之一環，又為防止濫用應求諸於其他標準，認為仍應涵蓋人民之基本權利；而為防止抵抗權受到濫用，就憲政秩序受侵害之程度應為限縮，且為與公民不服從區分，應認為抵抗權之限於憲政秩序被全面排除時始可發動；基於同樣思考，就抵抗權自應要求至「別無其他救濟方法」之最後手段性。而抵抗權與革命權概念之區別已如前述，與公民不服從概念之區別則應以對抗對象與最後手段性為切入點，結論上認為二者係為量差之概念。

而因本文所欲釐清者係為公民體制內抗爭行為之刑事責任，與抵抗權之態樣已有未合，且抵抗權行為之評價很可能為成王敗寇式思考，亦欠缺討論之實益，因此本文僅以公民不服從之行為為討論之標的，開展後續之論述。

為釐清我國實務見解對於公民不服從行為之立場為何，本文接續前章之結論，以符合公民不服從定義之實際上案例為觀察切入點，整理並歸納實務對其行為之刑事責任應如何論斷之見解。於此首先就違反之具體條文區分為《集會遊行法》與普通刑法二類型，按此係因前者有其特有之法律上爭議與問題。而就前者舉紅衫軍事件與野草莓學運二案例為分析，首先均自事件背景之介紹出發，並套用前章就公民不服從形塑之定義，得出其行為符合公民不服從之結論，而後分析具體個案中檢方作為與法院之判決結果；就後者則以二次關廠工人臥軌事件與苗栗苑裡反瘋車為例，就其抗爭運動中被追訴刑事責任之個別行為為分析，肯認可劃歸於公民不服從行為類型後，進一步就司法實務之見解為檢討，綜合以上之分析，可歸納出我國實務見解對於公民不服從行為類型之刑事責任論斷，不論結論是否有罪、判決輕重，基本上法院均將之與一般違法行為等同視之，並未為任何特殊之處理，即使判決行文中提及其訴求具正當性或憲法上集會遊行自由的保障，亦僅作為判決理由之旁論或減輕量刑之理由，並未正面衡量其行為之利弊得失，未就公民不服從行為類型之特殊性為處理。

而就學說見解部分，本文整理歷年來學界針對公民抗爭行為刑事評價所形塑出之見解，為文獻之回顧，並以通說之三階層理論為討論之基礎脈絡。首先就構成要件層次部分，學者為保障人民之基本權利就構成要件層次紛紛提出限縮之解釋，如就強制罪之「強暴、脅迫」要件或毀損罪之構成要件，誠然在公民不服從之案件中，其適用法律之構成要件本身即具有很多尚待釐清之問題，惟不論就刑法分則條文固有爭議的延伸，或是本於此特殊案型就向來之構成要件解釋為變更，均有可能在其餘案型之適用上產生不當之後果，故問題之關鍵應為其行為背後之利益衡量，非形式客觀判斷之構成要件層次所可容納，故就個別犯罪類型構




成要件之相關問題本文不擬細究。

而就違法性層次之部分，因與法定阻卻違法事由之要件無法合致，學者自不同基礎提出超法規阻卻違法事由。或參考緊急避難事由創設出類似緊急避難之概念，僅就緊急危難情狀之適格法益與緊急性為放寬，其餘要件與法定緊急避難要件相同，惟緊急避難本於其自身法理基礎始就適格法益為限縮，並發展出後續之審查標準，是否容許按照案例類型恣意修改已非無疑，即使依此見解為放寬，就涉及政策性面向之案例仍可能無法處理，亦即無法達到其理論提出之目的；或逕以憲法規範之基本權利為阻卻違法事由，並以言論自由為實際案例，參考美國法之見解，認為應透過合憲性解釋及對法條之目的性限縮，阻卻個案中行為人之刑事責任，惟此見解雖有其積極意義，然直接以內容抽象之基本權利規範為刑事領域中阻卻違法事由，不免招致影響法律安定性與人民預見可能性之批判，又使個案中法院代表之司法權有凌駕於立法權之上之危機，侵害權力分立原則；或以公民不服從為阻卻違法事由，惟將此非法律領域之概念直接拉入刑法體系之判斷，不免產生扞格；又主張違法性本質為優越利益衡量，因此可以優越利益衡量作為阻卻違法事由，惟本文雖肯認其對違法性本質之見解，然此見解欠缺下位判斷標準，應為進一步之細緻化始為妥當。而就責任層次部分，學者主張因參與行為人主觀上係基於維護憲法體制，因此可基於刑法第 16 條之規定，認為其因欠缺不法意識形成禁止錯誤，應阻卻責任，惟本文認為行為人如於個案中已清楚認識可能觸犯較具體之刑事規範，則不可主張本於對憲法規範之保障而欠缺不法意識。

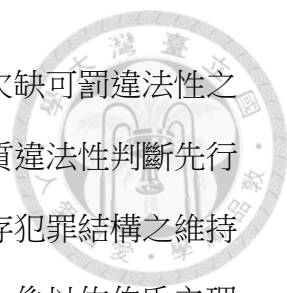
綜合學說見解後，本文結論上認為違法層次既為優越利益衡量，諸家學者之見解亦僅為提出一可行之判斷模式，則應可參考日本發展經年之可罰違法性理論，試圖形塑出下位之衡量標準，故其後就可罰違法性理論為進一步之探討。

可罰違法性理論本身於日本實務與學界之發展與內容均十分複雜，本文擬先提出欲採擇之理論形態後，始就下位標準為進一步釐清。首先探究此理論於日本之開展——厘事件，參考學說見解後可知該判決之中心思想應為當違法性極為微



弱未達到法所預定程度時，不成立犯罪，後被歸類於絕對輕微型之類型；而參考學者內藤謙之論述，可將實務曾適用之案例類型分為絕對輕微、相對輕微、違法的相對型與合憲限定解釋四類型，其中絕對輕微型之內涵已如前述，相對輕微型則係著眼於行為人與被害人間之利益衝突，並可以大阪學藝大學事件為代表；違法的相對型則係本於違法一元論與違法相對性之理論上爭議，以東京中郵事件為適例，法院結論上認為勞動法領域中被評斷為違法之行為不代表在刑法上必為違法，採取違法相對性之見解；而合憲限定解釋類型則係就個別刑法條文為合憲性之解釋，以都教組事件為代表，法院基於憲法保障之基本權利，就系爭地方公務員法發展出雙重限制理論。惟綜觀四類型中具體衡量方式與利益衝突態樣，本文結論上認為採擇絕對輕微與相對輕微二類型已足。而日本實務以昭和 48 年之全農林警職事件為轉捩點，對可罰違法性理論之適用轉趨消極。

就學說見解部分，以學者宮本英脩為開端，可罰違法性理論之主軸分為佐伯千仞及藤木英雄二派，二者建構理論之重心大不相同，雖均同樣採取就違法性之質與量之分析方式，惟背後之基礎思想各異，如就應採違法一元論或多元論之部分，佐伯氏基本上肯認違法一元論，認為在法秩序一致性之要求下，違法性判斷於各法領域應為一致，惟因刑罰之嚴苛性，應另為可罰性之判斷，採取柔軟的違法一元論；而藤木氏則認為所謂法秩序全體觀點認為是違法的，僅是單純用以表彰法秩序中該行為必須受到何種不利益的效果而已，各法領域間就違法、適法與否判斷不同之案例俯拾皆是，故採取違法相對性論；本文本於法秩序一致性的要求應係指涉評價上實質的一致，而非形式上的同一性，故認為以違法相對性為可採。又就違法性實質內容之詮釋二者亦不相同，佐伯氏本於客觀違法論與結果反價值立場，認為違法性之實質即為法益侵害或威脅；藤木氏則基於行為反價值立場與社會相當性理論，認為應將行為態樣等相關主、客觀情事均納入考量；本文則基於判斷標準明確性之要求，認為即使就行為態樣等為考量，亦僅限於與法益侵害高度關聯之客觀面向，以佐伯氏之見解為當。又就可罰違法性理論之體系位



置，佐伯氏基本上可作為違法性阻卻說之代表；藤木氏則主張欠缺可罰違法性之行為應阻卻構成要件該當性，形成以社會相當性理論對行為實質違法性判斷先行於構成要件該當性之判斷架構；本文基於構成要件之機能、既存犯罪結構之維持與標準明確之理由，認為應以違法阻卻說為當。因此本文基本上係以佐伯氏之理論為基礎，僅就其中部分主張提出批判。

而就可罰違法性理論之適用，下一步應釐清的係我國實務與學說見解之態度，實務見解部分以最高法院 74 年台上字第 4225 號判例為代表，僅肯認絕對輕微型之適用；學說部分則大致上採取保守、消極之立場，並就理論提出嚴厲之批判，其中僅以就標準欠缺明確性之批評有理，惟本文認為不應僅因此就主張不應適用該理論，反而應致力於明確標準之形塑。

故於下一章節，本文即擬以公民不服從行為適用之相對輕微型為對象，參考學說見解後試圖提出公民不服從事件類型化之具體衡量標準。而參酌藤木氏就勞動刑事事件提出之事件類型化判斷標準，與前田氏相近於比例原則之抽象衡量標準後，本文首先參考學者內藤謙之見解，基於優越利益衡量觀點就前田氏提出抽象衡量模式為進一步細緻化，而後就公民不服從事件中通常涉案之行為類型—靜坐抗議與占領運動為分析，並分別舉出案例為審查標準之實際運作，結論上認為野草莓學運開端之行政院靜坐與 318 學運中進駐議場行為，均可援引可罰違法性理論之相對輕微型為依據，於刑事責任論斷上產生阻卻違法效果而不成立犯罪。

第二節 未來展望



如果一個體系宣稱自己是民主體制，
但是它對成員的訴求沒有認真回應，
那麼抗議是有正當性的，
哪怕是暴力的抗議。
那個抗議正當性的多寡，
就與體系麻木不仁的程度成正比。²

近年來或因經濟發展的惡化，或因社會貧富差距之極大化，種種因素導致社會中弱勢族群之權利迭受侵害，而本應代表公正公權力、保障弱勢的政府，在實際個案中或作為造成侵害的根源、或作為不義財團的幫兇，一再扮演令人失望的角色，基於這樣權力失衡的狀態，人民為表達自身的訴求一一走上街頭，惟傳統的集會遊行對當權者而言似乎不痛不癢，無法形成足夠的壓力迫使其改變，在這樣求助無門的情況下，被壓迫的人民往往訴諸更為激烈的手段，其中有些成功了，但大多數之結果除了無法達到訴求外，嗣後參與者更必須面臨國家以刑事司法所為之秋後算賬。

在公民權利意識逐漸高漲的今日，多少不公不義之案件係透過這群勇於不服從的公民才被看見，進而透過社會輿論的關注壓力，在具體個案中達成少許的成就，這些微的成就或如黑夜中的星光，微小但不容忽視，無法否認其行為蘊含之正面價值；然而回歸現實的法律評價，司法實務往往扮演最不討喜的角色，以專業領域中的法律文字堆砌，至多僅能立於「憐憫」的角度「寬恕」他們，而無法

² 黃文雄等（2005），〈「抗議、暴力與民主政治」座談會〉，《政治與社會哲學評論》，12期，頁283。



將其行為之價值納入法律體系中考量。

然而若要追求一個真正保障公民權利的國家，一個不任意壓迫弱勢族群，使其可自由發聲的社會，我們不能總是期待少數具有面對後續司法追訴勇氣的義士，要求他們捨身取義，以自身犧牲提醒社會大眾公義之所在，毋寧應轉而期待喚醒每個人的公民意識，使人人均可作為監督政府之一環，而首要之務便是應於司法體系內部發展具體衡量其行為價值的空間，使其所保護之利益得被正面衡量，惟當然並非肯認只要主張公民不服從即可一應免責，故應以比例原則之審查為基礎，避免其行為對他人造成過度之利益侵害。

本文基於上述之思考就公民不服從行為之刑事責任審查基準提出自身粗略的看法，惟根本性的觀察此問題，以何種方式將其納入評價體系均無絕對之對錯，重點僅在就其背後之利益衝突應如何權衡。受限於寫作時間與自身能力，本文仍有許多不足之處，然仍殷切期待當權者應牢記自身所代表之國家權力，就人民所為公民不服從之行為應更為寬容，容納異議並避免自身的麻木不仁；司法機關則可具體衡量其行為的利弊，而非僅為憐憫，忽視公民不服從行為所蘊含之正面價值。



參考文獻

外文文獻

英文文獻

Hugo Adam Bedau (ed.), *Civil Disobedience in Focus*, London : Routledge ,1991 .

日文文獻

專書

大谷實（2006）。《刑法總論》，三版。東京都：成文堂。

木村龜二（2004）。《刑法總論〔增補版〕》，初版。東京都：有斐閣。

佐伯千仞（1978）。《刑法講義（總論）》，三版。東京都：有斐閣。

佐伯千仞（1974）。《刑法における違法性の理論》，初版。東京都：有斐閣。

關哲夫（2012）。《続々.住居侵入罪の研究》，初版。東京都：成文堂。

内藤謙（1991）。《刑法講義總論（中）》，初版。東京都：有斐閣。

藤木英雄（1975）。《可罰的違法性》，初版。東京都：学陽書房。

藤木英雄（1967）。《可罰的違法性の理論》，初版。東京都：有信堂。

前田雅英（2000）。《可罰的違法性論の研究》，初版。東京都：東京大学出版会。

前田雅英（2000）。《現代社會と実質的犯罪論》，初版。東京都：東京大学出版会。



中文文獻

專書

- 甘添貴（1992）。《刑法總論講義》，二版。臺北市：瑞興。
- 甘添貴（1996）。《刑法之重要理念》，初版。臺北市：瑞興。
- 吳庚（2001）。《行政法之理論與實用》，七版。臺北市：自版。
- 林山田（2005）。《刑法各罪論（下）》，五版。臺北市：自版。
- 林山田（2008）。《刑法通論（上冊）》，十版。臺北市：自版。
- 施啓揚（1971）。《西德聯邦憲法法院論》，初版。臺北市：臺灣商務印書館股份有限公司。
- 許育典（2009）。《憲法》，三版。臺北市：元照。
- 陳敏（2004）。《行政法總論》，四版。臺北市：自版。
- 陳新民（2008）。《憲法學釋論》，六版。臺北市：自版。
- 黃榮堅（2012）。《基礎刑法學（上）》，四版。臺北市：元照。
- 黃榮堅（2012）。《基礎刑法學（下）》，四版。臺北市：元照。
- 蔡墩銘（2005）。《刑法精義》，二版。臺北市：自版。

專書（合集中篇章）

- 林永謀（1992）。〈可罰違法性〉，收於：最高法院學術研究會（編），《可罰違法性理論與司法實務》，初版，頁 207-227。臺北：最高法院學術研究會。
- 林永謀（1992）。〈可罰違法性之實務運用〉，收於：最高法院學術研究會（編），《可罰違法性理論與司法實務》，初版，頁 229-245。臺北：最高法院學術研究會。
- 段重民（1992）。〈可罰違法性理論與司法實務－兼論英美法上之相當規定－〉，



收於：最高法院學術研究會（編），《可罰違法性理論與司法實務》，初版，頁 193-206。臺北：最高法院學術研究會。

高文琦（1997）。〈論市民不服從在道德上的正當化基礎〉，收於：江玉林等（編），《法理學論叢—紀念楊日然教授》，初版，頁 345-366。臺北：月旦。

彭雪玉（2000）。〈臺灣勞動者爭議行為正當性的反思—評聯福勞工臥軌事件〉，收於：李洙德（編），《勞動法裁判選輯(三)》，初版，頁 313-319。臺北：元照。

最高法院學術研究會（1992）。〈最高法院學術研究會主辦可罰違法性理論與司法實務研究討論會議記錄〉，收於：最高法院學術研究會（編），《可罰違法性理論與司法實務》，初版，頁 7-135。臺北：最高法院學術研究會。

褚劍鴻（1992）。〈可罰違法性理論之實踐—寫於最高法院學術研究會主辦「可罰違法性理論與司法實務研究討論會」之後—〉，收於：最高法院學術研究會（編），《可罰違法性理論與司法實務》，初版，頁 137-154。臺北：最高法院學術研究會。

蔡墩銘（1992）。〈犯罪之實質判斷與形式判斷〉，收於：最高法院學術研究會（編），《可罰違法性理論與司法實務》，初版，頁 155-161。臺北：最高法院學術研究會。

譯著

Arthur Kaufmann（著），劉幸義等（譯）（2000）。《法律哲學》，初版。臺北市：五南。

David Graeber（著），楊淑君、李尚遠、陳雅馨（譯）（2014）。《為什麼上街頭？新公民運動的歷史、危機和進程》，初版。臺北市：商周。

Henry David Thoreau（著），劉粹倫（譯）（2012）。《公民，不服從！》，初版。臺北：紅桌文化，左守創作。

Herbert M. Levine (著), 王業立、郭應哲、林佳龍 (譯) (2007)。《政治學：議題與爭辯》，初版。臺北：韋伯文化國際。

John Rawls (著), 黃丘隆 (譯) (1990)。《正義論》，初版。臺北：結構群。

Martin Luther King Jr. (著), 何懷宏 (譯) (2001)。《寄自《伯明翰監獄的信》及其它》，初版。長春：吉林人民。

Schloredt & Brown (著), 李敞 (譯) (1993)。《金恩》，初版。臺北：東華書局。

William J. Dobson (著), 謝惟敏 (譯) (2014)。《獨裁者的進化—收編、進化、假民主》，初版。新北市：左岸文化。

期刊論文

王容溥 (2008)。〈法秩序一致性與可罰的違法性〉，《東吳法律學報》，20 卷 2 期，頁 71-95。

王韻茹 (2014)。〈國會的民主義務—從兩岸服貿協議審查談起〉，《臺灣法學雜誌》，245 期，頁 45-50。

司法改革雜誌編輯部 (2010)。〈為何控訴警察？—兼論集會遊行法修正草案〉，《司法改革雜誌》，69 期，頁 52-56。

司法改革雜誌編輯部 (2010)。〈警棍是用來打手無寸鐵的人嗎？—晶華酒店警民衝突個案訪談〉，《司法改革雜誌》，69 期，頁 57-60。

甘添貴 (1992)。〈可罰的違法性之理論(上)〉，《軍法專刊》，38 卷 6 期，頁 2-7。

甘添貴 (1992)。〈可罰的違法性之理論(下)〉，《軍法專刊》，38 卷 7 期，頁 2-5。

吳耀宗 (1996)。〈一九九五年德國聯邦憲法法院—關於「靜坐示威不具有強制罪之可罰性」之判決〉，《刑事法雜誌》，40 卷 6 期，頁 76-91。

宋明潭 (2010)。〈人民的即時表達意見權不該被限制—警察執法過當義務律師團薛欽峰律師專訪〉，《司法改革雜誌》，69 期，頁 61-64。



- 李惠宗（2013）。〈臥軌抗議，該當何罪？—兼論公務員之「守經事應知其宜」原則〉，《月旦法學教室》，128期，頁63-70。
- 周永勝（1999）。〈論公民不服從〉，《法制與社會發展》，5卷5期，頁80-85。
- 林山田（1992）。〈評可罰的違法性理論〉，《刑事法雜誌》，36卷6期，頁1-31。
- 林鈺雄（2004）。〈刑法總則：第八講—違法性總論〉，《月旦法學教室》，19期，頁51-57。
- 林鈺雄（2014）。〈公民抗爭與不服從運動的刑法評價—兼評三一八運動的占領議場行為〉，《月旦法學雜誌》，230期，頁119-139。
- 林鈺雄（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—〉，《臺灣法學雜誌》，247期，頁99-122。
- 邱麗玲（2010）。〈雨過總會天晴—野草莓學運側記〉，《司法改革雜誌》，69期，頁67-69。
- 姚立明（1989）。〈西德憲法上的自力救濟—抵抗權的觀念〉，《憲政思潮》，87期，頁29-36。
- 洪福增（1976）。〈可罰的違法性之理論〉，《刑事法雜誌》，20卷3期，頁1-67。
- 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〉，《臺灣法學雜誌》，245期，頁35-37。
- 徐振雄（2001）。〈服從法律的義務與不服從權利〉，《萬能學報》，23期，頁333-352。
- 翁裕峰、尤素芬（2006）。〈緊急防疫與極端狀態下之市民不服從：以SARS期間和平醫院封院為例〉，《臺灣政治學刊》，10卷2期，頁149-208。
- 高仁川（2014）。〈從權力分立原則談《兩岸服務貿易協議》—以美國總統與國會之間的涉外事務為例〉，《臺灣法學雜誌》，245期，頁38-44。
- 張嘉尹（2014）。〈公民不服從或抵抗權？—318學運的憲法學詮釋（二）—〉，《臺灣法學雜誌》，250期，頁74-89。



- 張嘉尹(2014)。
〈保衛共和國！——318 學運的憲法學詮釋〉，《臺灣法學雜誌》，
245 期，頁 51-61。
- 許玉秀、林鈺雄等(2013)。
〈社會抗爭與刑法的極限—關廠工人臥軌刑事案件〉，《
臺灣法學雜誌》，237 期，頁 108-119。
- 許玉秀等(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－I〉，《臺灣法學雜誌》，247 期，頁 123-140。
- 許玉秀等(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－II〉，《臺灣法學雜誌》，248 期，頁 69-100。
- 許宗力(1988)。
〈試論民主法治國家的「市民不服從」〉，《臺大法學論叢》，18
卷 1 期，頁 193-226。
- 許恒達(2014)。
〈服貿抗爭的刑法議題〉，《臺灣法學雜誌》，245 期，頁 62-67。
- 陳宜中(2007)。
〈公民不服從與自由民主：倒扁紅潮下的一些省思〉，《思想》，
4 期，頁 41-61。
- 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。
- 陳樸生(1990)。
〈可罰的違法性〉，《軍法專刊》，36 卷 5 期，頁 2-5。
- 程明修(2014)。
〈318 學運之憲政爭議〉，《臺灣法學雜誌》，247 期，頁 13-17。
- 黃文雄等(2005)。
〈「抗議、暴力與民主政治」座談會〉，《政治與社會哲學評論》，
12 期，頁 235-295。
- 黃宗旻(2008)。
〈我國勞工抗爭行為阻卻刑事違法問題簡介〉，《軍法專刊》，54
卷 6 期，頁 70-82。
- 黃宗旻(2010)。
〈再探勞工抗爭行為阻卻刑事違法問題〉，《軍法專刊》，56 卷 2
期，頁 72-86。
- 黃昭元等(2014)。
〈靜坐與強制罪、妨害公務罪：公民抗議的憲法保障與法律
界線〉，《臺灣法學雜誌》，240 期，頁 1-22。

黃國瑞（2009）。〈實質違法性概說—結果反價值與行為反價值〉，《法學叢刊》，216期，頁129-162。

黃常仁（2014）。〈理路何處尋—學生攻占立法院的正當性—〉，《臺灣法學雜誌》，247期，頁1-2。

黃榮堅（2014）。〈國家統制技術演進下的抵抗權概念—兼論其刑法評價上的作用—〉，《臺灣法學雜誌》，249期，頁105-118。

楊宗禮（2010）。〈野草莓學運大事記〉，《司法改革雜誌》，69期，頁70。

詹文凱（1990）。〈法律正當性及對法律的不服從〉，《憲政時代》，15卷4期，頁30-50。

劉靜怡（2014）。〈用丟鞋和辦公祭傳達政治抗議訊息，該受處罰嗎？〉，《臺灣法學雜誌》，245期，頁131-135。

潘淑琴（2010）。〈網路學運、集遊法、責任〉，《司法改革雜誌》，69期，頁65-66。

蔡聖偉（2014）。〈法治國的太陽花〉，《臺灣法學雜誌》，248期，頁1-3。

薛智仁（2014）。〈淺論公民抗議的刑事法問題〉，《臺灣法學雜誌》，240期，頁23-33。

謝銘洋等（2014）。〈公民抗爭與不服從運動的法律評價 I〉，《臺灣法學雜誌》，249期，頁119-145。

謝銘洋等（2014）。〈公民抗爭與不服從運動的法律評價 II〉，《臺灣法學雜誌》，250期，頁105-134。

顏榕（2014）。〈由刑罰最後手段性論毀損罪之構成要件——從文林苑都更事件談起〉，《臺灣法學雜誌》，246期，頁5-12。

學位論文

江文宗（2009）。《論市民不服從的正當化理論與實踐》，國立臺北大學法律學系



碩士論文。

易珊如（2005）。《論公民不服從在代議民主下的合理性》，國立中央大學哲學研究所碩士論文。

洪銘國（2011）。《教育要有夢 — 馬丁路德金恩生命典範》，臺北市立教育大學教育學系碩士論文。

翁乙仙（2012）。《從憲法言論自由之保障論仇恨性言論之管制》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

莊政達（2007）。《爭議行為於刑事上免責之研究—以日本勞動組合法第一條第二項為中心—》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

許弘宜（2005）。《認真對待正義—羅爾斯論公民不服從》，東吳大學哲學系碩士論文。

陳彥穎（2000）。《由契約論的角度論民主政治下之公民不服從》，國立中央大學哲學研究所碩士論文。

曾思堯（2007）。《論犯罪構成要件之實質解釋—以不實廣告是否構成詐術為例—》，國立臺北大學法律學系碩士論文。

楊仁聲（1988）。《公眾抗議行為之研究》，私立中國文化大學法律學研究所碩士論文。

楊昀芝（2010）。《羅爾斯論公民不服從：以 SARS 期間和平醫院封院抗爭事件為例》，佛光大學哲學系碩士論文。

楊敕熙（1993）。《抵抗權理論之研究—以日本國憲法為中心—》，私立淡江日本研究所碩士論文。

劉人豪（2012）。《集會無理？遊行有罪！—集會遊行管制的歷史形塑與法律實踐—》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

劉育琳（2007）。《可罰違法性之理論與運用—以集會遊行法第二十九條與配偶抓姦竊錄為例》，國立臺灣大學法律學院法律系碩士論文。

魏培軒（2009）。《全球化時代下抵抗權之研究》，天主教輔仁大學法律學系碩士論文。

羅卓雄（2008）。《非暴力抗爭之研究－以馬來西亞「白小保校事件」為例》，中國文化大學中山學術研究所碩士論文。

