國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law
College of Law
National Taiwan University
Master Thesis

集會遊行的刑事責任與實質平等--解開集會自由的枷鎖

Criminal Liability and Substantive Equality of Demonstrations—Breaking the Shackles on Freedom of Assembly

郭印山

Yin-Shan Kuo

指導教授：周漾沂 博士

Advisor: Yang-Yi Chou, Doctor of Law.

中華民國 108 年 7 月

July 2019

doi:10.6342/NTU201901943

謝辭

從大學時期真正參與社會運動起，至今已歷經 7 年。時而振奮，時而失落。論文的題材和發想，多來自社運中勇敢的人們。自忖沒有辦法總是站在第一線，只好透過法律論述支持勇於挑戰體制的人。

高中至研究所漫長的求學生涯中，最感謝的人是遠在大韓民國的太妍（태연）。如果不是她撫慰人心的歌聲，沒有辦法撐到今天。無論是歌或是稱自己為太妍腦公，都是生命中重要的部分。

研究的過程中，蘇凱平老師給我實務經驗及實證研究的衝擊，並且在生活及助理工作上多方協助。蘇慧婕老師在德文及憲法基本權的研究上，給予我極大的幫助。而指導教授周漾沂老師則開明地讓我寫我寫想要的題目，以及寫與老師極為不同的論點。

7 年間，憤世嫉俗的學生變得願意傾聽不同意見。社運的激情，研究的恬淡，論爭的火爆，最後都煙消雲散了。寧靜的夏夜，一本書，一盞茶，一整個世界。「喜樂悲愁，皆歸塵土」。

doi:10.6342/NTU201901943

摘要

集會遊行刑事責任的實質平等問題，尤其是不法性的階層，向來未受到注意。偵查、審判等刑事程序的實質平等，也僅有部分在實質有效辯護等議題上討論。因此，本文主要著重將實質平等的想法，與現行刑事司法結合。首先，本文論述刑法和實質平等表現自由的相容性。也就是表現自由是否為刑法保護的範圍。其次，本文分析集會遊行法中公法概念如何影響刑法適用。例如：事前限制與程序保障，或是積極、保護義務，或是提供集會場地等問題。進而討論國家未履行前述義務時，刑事責任的判斷。接著，就刑事司法實踐結果，闡述弱勢者承受訴訟不利風險的現狀。進而凸顯在刑事程序中，不平等的現狀。就實體法部分，聚焦在不法性階層，探討實質平等應該如何適用。最後，就現行集會遊行相關的刑法規範，提出犯罪成立的標準。同時，提出立法論的批判；並就現行法分析，提出合理處罰範圍的解釋策略。

關鍵詞：　平等原則、平等權、階級、集會自由、言論自由、聚眾不解散、公民不服從。

doi:10.6342/NTU201901943

Abstract

The issue of substantive equality in criminal liability of demonstration, especially on the level of illegality (Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit), has long been ignored. Substantive equality in criminal procedure is only mentioned when discussing effective assistance of counsel. Therefore, the main purpose of this thesis is to combine substantive equality with criminal justice. Firstly, this thesis examines compatibility of Criminal Law with freedom of speech and assembly. Secondly, this thesis explores whether the application of Public Law has impact on the application of Criminal Law in Assembly and Parade Act, such as prior restraint, procedural safeguard, positive obligation, protection obligation and providing adequate places for assembly. Moreover, this thesis discusses the results if the state failed to comply these obligations. Thirdly, this thesis identifies the unacceptable risk of the underprivileged in criminal procedure, which outlines inequality in criminal procedure. Fourthly, this thesis discusses how to apply substantive equality in criminal law. Lastly, this thesis focuses on crimes of Assembly and Parade Act, Criminal Code and the related laws. This thesis criticizes the laws, and gives reasonable explanations of positive laws.

Keywords: substantive equality, strata, freedom of assembly, civil disobedience.

doi:10.6342/NTU201901943

目錄

謝辭 I

摘要 II

ABSTRACT III

目錄 IV

圖表目錄 XI

第一章、緒論 1

第一節　研究動機及問題意識 1

第一項　研究動機 1

第二項　問題意識 1

第一款　刑事責任的實質平等 1

第二款　集會遊行法公法與刑法的連結 2

第二節　研究問題及研究方法 3

第一項　建構刑事法的實質平等 3

第二項　釐清集遊法公法連結刑法的法律適用 4

第三項　研究方法及限制 5

第三節　章節構成 6

第二章、刑法涵納實質平等及表現自由 8

第一節、刑法的任務－實質平等的方式保護法益 8

第一項　挑戰現狀的集會自由與節制刑法的法益 8

第二項　受制於社會脈絡的行為 11

第三項　透過判決調整不平等結構 12

第二節　刑法與實質平等的表現自由 13

第一項　表現自由理論殊途同歸 13

第二項　表現自由屬於的刑法核心法益 15

第三項　實質平等不牴觸民主多數決 16

第三節、刑法容納社會衝突的功能 17

第一項　衝突的價值 18

第二項　衝突是社會的常態 19

第三項　表現自由與衝突 20

第一款　表現自由的衝突促進社會進展 20

doi:10.6342/NTU201901943

第二款　表現自由的衝突支撐民主正當性.....21
第三款　表現自由的衝突整體有利社會.....21
第四節　小結.....22

第三章、集會遊行法與刑法關聯的基本問題.....23
第一節 集會自由的保護範圍與內涵.....23
第一項 集會自由的內涵.....23
第一款 集會的概念.....23
第二款　集會自由與言論自由併行.....24
第二項　和平性的問題.....24
第一款　集會須具有和平性.....24
第二款　沒有積極行為但造成他人自由妨害？.....26
第三款　違反其他法律或刑法未必屬非和平集會.....26
第四款　蒙面集會不當然屬於非和平.....28
第五款　防衛性裝備仍具有和平性.....28
第六款　部分參與人員為不法行為仍為和平集會.....29
第三項　和平集會與刑事責任的關係.....30
第二節、事前限制－集會解散處罰的形式要件.....31
第一項　概觀言論自由之事前限制.....31
第二項　事前許可制違憲.....32
第三項　充分程序保障.....34
第一款　事前限制的程序保障內涵.....34
第二款　程序保障與法規的內容中立無關.....35
第四項　其他集會遊行法事前限制相關概念的必要性.....36
第一款　室外／室內集會區分.....36
第一目　區分正當性.....36
第二目　本文見解.....37
第二款　緊急／偶發／一般性集會區分.....38
第三款　禁制區.....39
第一目　禁制區的概念內涵.....39
第二目　禁制區目的.....40
第三目　全面封鎖的禁制區.....41
第五項　集會遊行事前限制及刑事處罰的前提.....42
第三節　明顯而立即之危險－集會解散處罰的實質要件.....43
第一項　明顯而立即之危險原則的內涵.....43
第二項　我國現行法體系下無引進此原則之必要.....44

第四章、集會遊行法與刑法關聯的特殊問題.....46
第一節　集會遊行團體與聽眾或反制團體之衝突.....46

doi:10.6342/NTU201901943

第一項　激烈反對者的否決權（Heckler's Veto）.....46
第一款　Heckler's Veto 原則的內涵.....46
第二款　贊成 Heckler's Veto 原則論理.....47
第三款　反對 Heckler's Veto 論理.....48
第四款　被俘虜的聽眾（captive audience）.....49
第五款　本文觀點.....50
第一目　不應採取 Hecklers veto.....50
第二目　歸責角度.....50
第三目　解決與反制團體的衝突.....51
第二項　反制團體衝突解決與歸責.....53
第一款　國家未提供場所集會及未盡保護義務.....53
第一目　案例事實.....53
第二目　判決理由.....53
第二款　協調雙方的案例.....54
第一目　案例事實.....54
第二目　判決理由.....55
第三款　綜合評析.....56
第一目　合作義務與風險預測.....56
第二目　可歸責國家的義務不履行.....56
第三目　不得妨害他人集會.....57
第二節　對於時間、地點、方式類型化管制密度的疑義.....58
第一項　雙軌理論.....59
第一款　雙軌理論之內涵.....59
第二款　雙軌理論的正當性基礎.....59
第三款　對雙軌理論的質疑.....60
第二項　公共論壇理論.....60
第三項　綜合評析.....62
第一款　雙軌理論類型化的弊病.....62
第二款　欠缺正當性基礎的公共論壇.....64
第三款　逐漸消失的公共論壇.....64
第四款　言論內容與時間、地點、方式相關.....65
第五款　中立規範可能造成差別影響.....67
第六款　適於集會場所的新詮釋.....69
第一目　機關的有效運作.....69
第二目　機關功能角度無法實現集會自由.....70
第三目　以人民主觀集會功能實現角度.....71
第四項　國家積極、保護義務與集會遊行刑事責任的關係.....72
第一款　國家保護義務.....73

doi:10.6342/NTU201901943

第二款　國家積極義務.....75
第三款　集會場所提供與實質平等.....76
第四款　連結保護、積極義務與公共論壇之實務見解與評析.....78
第一目　案例事實.....78
第二目　法院就公共論壇部分之論理.....79
第三目　本文見解.....79

第五章、階級與不平等的訴訟.....83
第一節　正視結構壓迫的實質平等.....84
第二節　階級刑罰.....86
第一項　教育再製不平等.....86
第二項　住居隔離的不平等.....87
第三項　不平等的追訴現況－誰被追訴？教育程度與年齡分析.....89
第四項　程序開始到執行的各種不平等.....94
第一款　犯罪標誌與階級不平等.....94
第二款　訴訟程序結構與階級不平等.....96
第三款　判斷的偏見與階級不平等.....97
第四款　量刑與階級不平等.....98
第五款　刑罰執行與階級不平等.....98
第五項　階級不平等在司法程序中必須解決.....100
第三節　階級與公平訴訟程序.....102
第一項　階級平等與基本權救濟的關係.....102
第二項　憲法及刑事訴訟的依據.....104
第三項　公平審判實際與規範的落差.....105
第一款　關注規範正當性外的實踐問題.....106
第二款　極高訴訟風險的司法實踐違反實質平等.....107
第一目 McCleskey v. Kemp 案的正反意見.....107
第二目　本文見解.....108
第四項　訴訟上考量階級的操作.....109
第四節　小結.....112

第六章、實質平等觀下的集會自由與刑事責任.....113
第一節　事實上不平等與刑事責任的實質平等.....113
第一項　正當法律程序.....114
第二項　間接歧視或事實上不平等.....115
第一款　事實上不平等.....115
第二款　歧視的主觀意圖不應作為要件.....118
第三項　刑事責任成立與適用應考量實質平等.....120
第一款　法院弭平結構不平等的必要.....120

doi:10.6342/NTU201901943

第二款　顯而易見的不平等現狀.....121
第三款　重視結果面的救濟.....123
第二節　實質平等納入不法性的判斷.....126
第一項　構成要件層次解決－社會相當性與容許風險.....127
第一款　實質平等與社會相當性.....127
第二款　實質平等與容許風險.....129
第二項　實質平等與違法性判斷.....130
第一款　違法性的功能.....130
第二款　違法性也有量差.....131
第三款　超法規阻卻違法事由不須具有補充性.....132
第四款　刑法中可以適用憲法基本權作為阻卻不法事由.....133
第三節　不法性階層處理實質平等的意義.....135
第一項　宣示弱勢族群非不法.....135
第二項　實質平等刑事責任的事例及標準.....136
第一款　警察執法態度影響個案中不平等.....136
第二款　許可制下隱藏的權力不平等.....137
第三款　違法執行驅離歸責國家.....138
第四款　跳脫主流價值觀.....139
第四節　檢視公民不服從理論.....140
第一項　有疑義的和平或非暴力.....140
第二項　無替代手段.....141
第三項　集體權或是個人權利？.....142
第四項　公民不服從的適當性問題：衝突本身即為功能？.....142
第五節　小結.....143

第七章、現行集會遊行相關刑事法規解釋與適用.....146
第一節　犯罪成立的考量因素.....146
第一項　重大侵害法益.....146
第二項　必須集會整體上評價為犯罪.....147
第三項　噪音.....148
第四項　一般行為自由妨礙.....148
第一款　一般問題.....148
第二款　交通的阻塞.....150
第三款　高風險場所的阻塞.....151
第五項　大眾情緒的不安.....151
第六項　合法的解散命令.....152
第七項　實質平等的考量.....152
第二節　集會遊行法第 29 條、刑法第 149 條、150 條的法益適格性與前置化處

doi:10.6342/NTU201901943

罰正當性.....153
第一項　保護法益適格性.....153
第一款　保護法益是否適格之判斷標準.....153
第二款　集遊第 29 條、刑法第 149、150 條保護法益.....154
第三款　集遊第 29 條、刑法第 149、150 條均不具法益適格性.....156
第一目　國家權威性.....156
第二目　國家公權力行使功能完整.....157
第三目　法益侵害的危懼感（主觀安全感）.....157
第四目　公共危險（客觀安全狀態）.....158
第二項　刑罰前置化的正當性檢討.....160
第一款　預備犯設計欠缺正當性.....160
第二款　抽象危險犯的設計欠缺正當性.....161
第三款　未遂責任追究之現實上困難？.....163
第三節　集會遊行法第 29 條、刑法第 149 條、150 條的解釋論.....163
第一項　抽象危險犯限縮解釋.....163
第一款　抽象危險犯合理的處罰範圍.....163
第二款　未通知主管機關？.....165
第二項　對於法益侵害重大.....166
第三項　集會公開性.....167
第四項　支持並為暴力行為.....168
第五項　對外施加源自集會的強暴行為.....168
第六項　不安全感與實質利益侵害連結.....168
第七項　舉牌三次的解散命令.....169
第八項　首謀的解釋.....170
第一款　服從權威的心理機制.....171
第一目　服從權威的意義.....171
第二目　電擊實驗.....172
第三目　史丹福監獄實驗（SPE）.....174
第四目　其他實驗的應用.....176
第五目　服從權威的因素.....176
第六目　服從權威的法律評價.....178
第二款　對於首謀限縮解釋的影響.....179
第九項　解散命令—刑法的行政從屬性.....181
第一款　刑事法院不得審查行政處分合法性？.....181
第一目　權力分立與功能最適.....181
第二目　行政處分違法仍有效，維持行政秩序.....182
第二款　對解散命令行政從屬性相關問題的批判.....182
第一目　刑法不可能是配角.....182

doi:10.6342/NTU201901943

第二目　不得審查行政處分合法性違反平等原則.....183
第三目　權力分立並非拒絕刑事法院審查行政處分的正當理由.....184
第四目　審判權區分並非權力分立之問題.....185
第五目　行政秩序崩潰是假議題.....186
第六目　行政處分合法性不影響執行效力.....187
第七目　解散命令（行政處分）是刑法構成要件.....187

第八章、結論 189

參考文獻 190

doi:10.6342/NTU201901943

圖表目錄

圖表 1 刑事責任與實質平等的關係 4
圖表 2 禁制區的範圍 42
圖表 3 新入監受刑人自認家庭經濟狀況比例 90
圖表 4 新入監受刑人入監前教育程度比例 91
圖表 5 新入監受刑人入監時年齡比例 92
圖表 6 十五歲以上人口教育程度比例 92
圖表 7 十五歲以上教育程度依照年齡區分比例 92
圖表 8 六十五歲以上受刑人平均教育程度比例 93
圖表 9 六十五歲以下受刑人平均教育程度比例 93
圖表 10 新入監受刑人無職業比例 94
圖表 11 明德外役監獄受刑人教育程度比例 99
圖表 12 明德外役監獄受刑人年齡比例 99
圖表 13 自強外役監獄受刑人教育程度比例 99
圖表 14 自強外役監獄受刑人年齡比例 100
圖表 15 八德外役監獄受刑人教育程度比例 100
圖表 16 八德外役監獄受刑人年齡比例 100
圖表 17 各地不識字人口比例 110
圖表 18 各地高等教育人口比例 111
圖表 19 各地低收入戶數 111
圖表 20 各地低收入戶占總戶數比例 112

doi:10.6342/NTU201901943

第一章、緒論

第一節　研究動機及問題意識

第一項　研究動機

2014 年為抗議「半分忠」通過服貿協定，所促成 318 太陽花學運，就發生在我所住的台大男四舍附近的立法院。學運猶如警鐘，敲醒那個世代的人們。我們發現國家如何濫用公權力，侵蝕前人努力所取得的自由。一般人常會將集會遊行形容成暴民。但是，只有持續地挑戰不平等的「暴民」存在，才能獲得自由權利。如何在法秩序下，讓表現自由所生的衝突與刑法相容，就是重要的課題。

第二項　問題意識

第一款　刑事責任的實質平等

對於集會遊行抗爭行動的刑事責任評價，文獻上有許多討論集中在是否將公民不服從（或市民不服從）、抵抗權與刑法結合。進而，提出在阻卻違法或罪責層次，排除犯罪成立，或是量刑減輕[1]。也有為了提高實務適用的可能性，提出類似緊急避難的法理，而嘗試將抗爭行動的刑事責任判斷，類推適用緊急避難的規定阻卻違法[2]。針對前述問題，最具有代表性且論述最詳盡的文獻則是認為，

[1] 許宗力，試論民主法治國家的「市民不服從」，18 卷 1 期，頁 193-226（1988 年）；許恒達，服貿抗爭的刑法議題，臺灣法學雜誌，245 期，頁 63-64（2014 年）；法思齊，美國刑法中的公民不服從（Civil Disobedience），月旦法學雜誌，235 期，頁 149-166（2014 年）；蔡聖偉，法治國的太陽花，臺灣法學雜誌，248 期，頁 2-3（2014 年）；許玉秀等（座談會），「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，臺灣法學雜誌，248 期，頁 68-100（2014 年）；楊智傑，公民不服從作為阻卻違法事由：評台北地方法院 104 年度矚訴字第 1 號刑事判決，臺灣法學雜誌，333 期，頁 65-77（2017 年）；陳志輝，抵抗權、公民不服從與刑事不法－－論 318 進駐國會議場事件的刑法評價，臺灣法學雜誌，255 期，頁 66-86（2014 年）；陳清秀，市民不服從與抵抗權問題探討，臺灣法學雜誌，255 期，頁 87-100（2014 年）；胡博硯，後太陽花運動的憲法議題，臺灣法學雜誌，255 期，頁 101-104（2014 年）；王乃彥，從太陽花運動談公民不服從，臺灣法學雜誌，255 期，頁 105-108（2014 年）；黃榮堅，國家統治技術演進下的抵抗權概念－兼論其刑法評價上的作用，臺灣法學雜誌，249 期，頁 105-118（2014 年）；張嘉尹，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（2014 年）；張嘉尹，法律系統中的常態與異例－展開 318 學運的法律意涵，中研院法學期刊，19 期，頁 183-202（2016 年）。

[2] 林鈺雄，基於憲法及公約之類似緊急避難－初探公民抗爭運動的刑法評價平台，臺灣法學雜誌，247 期，頁 99-122（2014 年）；林鈺雄，公民抗爭與不服從運動的刑法評價－－兼評三一八運動

doi:10.6342/NTU201901943

公民不服從不適合作為法律概念。不過，可以直接援引憲法言論自由或集會自由阻卻不法[3]。前述文獻固然都努力為公民抗爭找到出路，內容則主要依循阻卻不法事由的基本架構。但是，本文認為既有文獻都忽略刑事法中一個重要問題：**刑事責任的實質平等**[4]。實質平等的議題主要是在憲法中討論。但是，憲法所討論的實質平等主要著重男女平等或是經濟議題。僅有司法院釋字 666 號解釋許宗力大法官協同意見書觸及社會秩序維護法處罰的平等問題，將男女實質平等與社會秩序維護法裁罰連結。刑法僅有在刑度討論罪刑相當或是比例原則的問題[5]。因此，有必要進一步深化刑事責任中，實質平等扮演的角色。

中立規範的差別影響也是本文關注的議題。中立、公平法律所適用結果，也應該受到實質平等的檢驗。法律強調公平正義。其中，中立的法律更是多數人所讚揚的價值。然而，中立規範看似公平，卻造成差別影響[6]，甚至是複製社會結構上的不平等。就此，法律反而成為鎮壓反抗主流價值的利器。集會遊行對於弱勢者而言是最便利、最能有效運用對抗主流的武器。但是，中立法規適用上，常常造成弱勢者被排除。規範上的平等，在現實上卻是空中樓閣。為避免集會自由變成超現實的神話，法院應該如何肩負起促成實質平等的義務，是重要的問題。

第二款　集會遊行法公法與刑法的連結

就公法[7]與刑法法律適用層次問題而言，集會遊行法（下稱集遊法）目前的討論，多為和平集會內涵、許可報備制度之爭，至多提及集會遊行法第 29 條聚

的占領議場行為，月旦法學雜誌，230 期，頁 119-139（2014 年）。

[3] 薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，17 期，頁 131-204（2015 年）。

[4] 薛智仁（註 3），頁 163-164、187-188；薛智仁，刑法、基本權與公民不服從，中研院法學期刊，19 期，頁 240、244、248（2016 年）有意識到對弱勢階級，應有較高容忍的程度，但非該文的主軸。

[5] 司法院釋字第 662 號第 3 段；司法院釋字第 669 號第 1 段；司法院釋字第 775 號解釋第 12 段。

[6] 對於集會遊行，有注意到此問題者例如 Geoffrey R. Stone, *Content-Neutral Restrictions*, 54 U. CHI. L. REV. 46, 65-67, 81-86 (1987)； Kenneth L. Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, 43 U. CHI. L. REV. 20, 20-68 (1975)；蘇慧婕，言論管制的中立性－－美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析，收於：李建良編，憲法解釋之理論與實務第九輯，頁 243-244（2017 年）；劉靜怡，臺灣民主轉型的「人權保障」未竟志業－－「言論自由」和「集會遊行自由」往何處去，臺灣民主季刊，6 卷 3 期，頁 22-25（2009 年）。

[7] 刑法固然本質上屬於公法的一環，但是本文為了讓刑法與憲法、行政法簡單區別，採取較為口語的區分方式。

doi:10.6342/NTU201901943

眾不解散罪名違反比例原則，或是集會明顯而立即之危險問題[8]。文獻上未見注重**公法與刑事法接軌**的部分。然而，這些橋接問題在法條解釋及實務運作上至關重要，有必要加以討論。

第二節　研究問題及研究方法

第一項　建構刑事法的實質平等

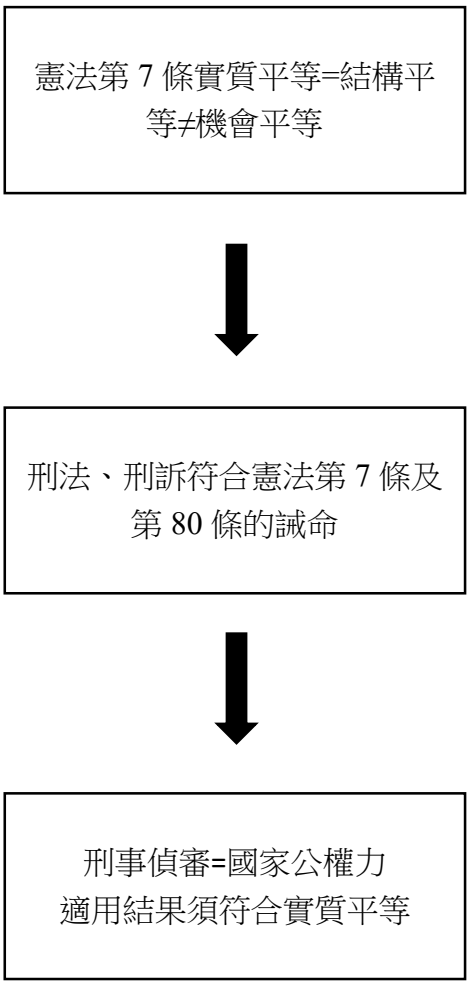
基於前述問題意識，本文認為憲法所要求實質平等的問題是貫穿刑事程序偵查、審判，以及實體法上構成要件、違法性、罪責及量刑判斷。依照憲法第 7 條、第 80 條，法院有必要將實質平等納入刑事責任之判斷，避免弱勢因為刑罰而更惡化其地位。我們必須在程序與實體上注意階級、實力差距等問題，將實質平等的精神納入刑事法中，藉以避免刑事法成為打壓弱勢的工具。實質平等不只是機會平等，而是關注既存不平等結構的問題，並且注重對於**法律適用結果、執行面的救濟**。尤其，集會自由是弱勢挑戰主流的重要武器，特別應該注意社會結構不平等與消除的問題。因為社會學、犯罪學、以及臺灣監獄的統計可以發現階級造成的訴訟不利風險；所以，不能只在罪責或量刑考量此問題。在不法性層次，也應該判斷實質平等，宣示弱勢者有權利集會遊行，而非給予負面評價。圖表 1 展現本文關注實質平等適用的層次。

透過實質平等，在刑法中涵納表現自由及其衝突的功能。如此才能維繫弱勢對抗多數的命脈。本文最重要的目的就在於透過理論及敘述統計的方式，凸顯現

[8] 文獻汗牛充棟，僅例示：法治斌、董保城，憲法新論，6 版，頁 249-254（2014 年）；法治斌，集會遊行之許可制或報備制：概念之迷思與解放，收於：法治國家與表意自由，頁 343-364（2003 年）；張維容，德、日、韓集會遊行法制之研究，警學叢刊，44 卷 3 期，頁 85-124（2013 年）；李震山，民主法治國家與集會自由，收於：人性尊嚴與人權保障，頁 281-335（2009 年）；李震山，論集會自由之事前抑制，收於：吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，政治思潮與國家法學－－吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，頁 207-226（2010 年）；李震山，民主法治國家與集會自由－－從言論自由及行政刑罰觀點探討，中央警察大學法學論集，3 期，頁 89-104（1998 年）；許志雄，集會遊行規制立法的違憲審查基準－－司法院釋字第 445 號解釋評析，收於：人權論－－現代與近代的交會，頁 243-284（2016 年）；許志雄，表現自由之界限與違憲審查基準－－司法院釋字第 105 號解釋評析，收於：人權論－－現代與近代的交會，頁 207-242（2016 年）；蔡庭榕，論集會遊行權利與規範，月旦法學雜誌，173 期，頁 218-231（2009 年）；蔡震榮，論釋字第七一八號有關緊急性及偶發性集會遊行之解釋，月旦法學雜誌，230 期，頁 102-118（2014 年）；蔡震榮，簡評釋字第七一八號解釋與修法方向之探討，月旦裁判時報，29 期，頁 55-65（2014 年）；蔡震榮，集會遊行法修法之探討與建議，警察法學，9 期，頁 203-233（2010 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

行法不合理之處。尤其，**理論、規範**層面與**司法實踐**的不一致是本文關心的重點。**本文所稱實質平等主要指涉訴訟不利風險，以及中立法規所生差別影響的結果**。其內涵主要第五章討論。



圖表 1 刑事責任與實質平等的關係

第二項　釐清集遊法公法連結刑法的法律適用

關於公法中集會遊行法概念區分及法律適用，本文針對其中影響刑事法適用的部分進行探討。和平集會、事前限制與救濟、反制團體，以及集會場所等問題，看似與刑事法脫節；其實，這些概念會影響違反集遊法時，所生的刑責與歸責對象。**這些問題也與前述實質平等相關**。除就集會遊行法相關規範討論，與刑法做連結外，本文也將公法中保護義務等理論作為論證集會刑責依據。並且，本文認

doi:10.6342/NTU201901943

為國家未盡相關義務，人民將不可歸責。最後，就現行法下，如何解釋適用與集會遊行的相關刑事規範，本文主要從符合法益的解釋方式，減少前置處罰極不合理的處罰範圍。同時，援用心理學實驗的結果，作為正當化刑罰的理由。

第三項　研究方法及限制

除了一般釋義學的解釋方法運用外，本文嘗試採取敘述統計的量化實證研究，更進一步細緻化實質平等的圖像。另外，也取材社會心理學的相關研究，就集會遊行相關現行法解釋，提出新的詮釋方向，以證立處罰的正當性。藉此，也能在規範或理論研究之外，以實證或其他學科的觀點，充實法學研究。

另外，本文也相當程度採取比較法研究的取徑。比較法真正的目的在提供我們更豐富觀點，來檢視我國法 [9]。使用比較法時，不能夠忽略法律的社會文化，及非成文的規範 [10]。其中，功能性比較（functional method），在比較法上佔有非常重要的地位。功能性比較著重在結果，以問題、目的為導向。也就是研究對於相同問題，不同國家的法律適用或解決方式，及差異形成的原因。即便有不同的法律體系，或多或少也可能有相同之處 [11]。當然，功能性比較也不可能切除該國的法律存在的脈絡，如社經或歷史背景等 [12]。實際上臺灣法律學界已經習慣援用比較法，作為解釋或批判我國法律制度的論證方法。臺灣最高法院也在解釋法條時，援引外國法例作為論證或解釋的依據 [13]。本文在討論問題時，也藉助外國法，例如美國法有關集會場所管制的理論，或是解釋條文時參酌繼受法條的德國法等。討論上，也是以問題、功能為導向，探討我國現行法解釋論或立法論妥適的解決方式。當然，也不能脫離臺灣的法律制度及社會脈絡。

---

[9] Edward J. Eberle, *Comparative Law*, 13 ANN. SURV. INT'L & COMP. L. 93, 101 (2007).
[10] *Id*, at 96-101.
[11] 黃舒芃，比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例，月旦法學雜誌，120 期，頁 186-189（2005 年）；Mark Van Hoecke, *Methodology of Comparative Legal Research*, Law and Method, Dec 2015, 1, 10, 16-18 (2015)。
[12] *Id*. at 10, 16-18.
[13] 最高法院也使用外國立法例或精神，用以解釋我國的條文。例如：最高法院 106 年度台抗字第 842 號刑事裁定（再審准否）；最高法院 105 年度台抗字第 1012 號刑事裁定（聲請再審請求交付筆錄等影本）；最高法院 107 年度台上字第 4888 號刑事判決（刑訴第 159-5 條傳聞例外）。

doi:10.6342/NTU201901943

本論文的研究限制，在於採取的統計研究，目前只針對全部刑案，只能得知整體趨勢，有概括化的問題。還有待更進一步，分析個別犯罪的研究。另外，針對刑事責任實質平等問題，最佳的研究方式是最耗費時間及金錢的縱貫性研究，但是並非本論文所能夠處理的問題。退而求其次，本文以目前最詳細的監獄受刑人特性，來進行分析。此外，集會遊行並非弱勢者才會行使的權利。但是，本文關注的重點，在於弱勢者在集會遊行刑事責任中的問題。

本文所稱表現自由、言論自由、集會自由，因為在集會遊行脈絡下，都是相關而沒有太大差異的。違法性、不法性也不會刻意區分。因此，如果沒有在本文中同時出現的話，原則上會相互代用。又就刑事程序問題，只會聚焦在關注的議題上，而不會逐條分析刑事訴訟法適用問題。

第三節　章節構成

第一章「緒論」指出問題意識、研究問題及研究方法等。

第二章「刑法涵納實質平等及表現自由」旨在闡述如何界定刑法的功能，以避免刑法被用來鎮壓試圖挑戰現狀的集會遊行者。接著闡釋這樣的認識上，刑法如何與實質平等的表現自由，及衝突的功能相容。

第三章「集會遊行法與刑法關聯的基本問題」則是研究現行集會遊行法相關的（公法）規定如何與刑法接軌。探究前端的公法規定，衍生至後面的刑法問題應該如何判斷刑事責任。

第四章「集會遊行法與刑法關聯的特殊問題」則是更進一步探討集會遊行中最重要的集會地點提供與國家保護，或是與反制團體間的衝突如何影響集會遊行的刑責判斷。

第五章「階級與不平等的訴訟」及第六章「實質平等觀下的集會自由與刑事責任」都是在探討如何避免現行社會結構不平等，在刑事司法中再次複製。其中，第五章整體性地觀察從刑事偵查的起始到審判、監獄呈現的不平等，探究刑事訴訟上弱勢者的不利風險。第六章則是將重心放在集會遊行脈絡，如何讓實質平等

doi:10.6342/NTU201901943

在刑法犯罪三階層操作。

第七章「現行集會遊行相關刑事法規解釋與適用」則是針對現行法集會遊行相關規範，提出合適的犯罪成立標準，並特別針對刑法第 149、150 和集會遊行法第 29 條提出立法論批判及解釋論的限縮方式。

最後，第八章為結論。

doi:10.6342/NTU201901943

第二章、刑法涵納實質平等及表現自由

本章首先探討在集會自由的脈絡下，刑法功能如何界定，始能避免結構不平等，以及避免司法程序中複製不平等。其次，從法益的角度出發，論述表現自由與刑法關係。最後，討論表現自由中重要的衝突功能，如何與刑法相容。

第一節、刑法的任務－實質平等的方式保護法益

本節探討宣稱中立的現狀及處罰，其實是反映優勢群體的價值觀，而鎮壓挑戰現狀的弱勢。行為雖然受制於社會結構；但是，如果將憲法基本權及注重結構的實質平等納入考量，可以透過法院判決削減刑法的破壞性。

第一項　挑戰現狀的集會自由與節制刑法的法益

現代社會不平等的結構加上國家縮減福利政策，以及強調懲罰的作為，導致依賴社會福利及邊緣的族群被認為是侵害社會利益的人，也違背自由市場的規則[1]。被隱藏的貧窮、被厭惡的犯罪，使社會更不願意承擔弱勢者的責任。犯罪與貧窮的交織下，國家採取社會排除機制，以監獄取代縮減的社會福利機構，形成惡性循環[2]。盛行的新自由主義的刑罰觀將成功者與失敗者區分，將犯罪歸因個人，無視社會結構及社會福利[3]。這樣的潮流下，刑法極容易成為國家順應或操縱民意的社會排除工具。即便在現代社會，刑法唯一的功能就在於鎮壓異己以及宣示國家的威信。但是，這些理由不能夠明講。所以，要透過形諸法律的文字，讓人民有一個勉強可以依循的規範。刑法可能不是代表所有人的利益，而是一連串階級鬥爭後的成果。也就是現階段社會中多方折衝後，形成暫時性的共識。這個共識必須能夠變更以避免壓迫。同時，必須考量社會結構不平等所生規範適用的懸殊結果，以避免法律變相成為主流意見的打手。

集會自由是社會結構中弱勢，少數能挑戰現狀，對抗壓迫的工具。甚至，還

[1] 卓雅苹，貧窮、犯罪與社會排除：新自由主義全球化下臺灣少年犯罪治理之研究，犯罪與刑事司法研究，23 期，頁 111-112（2015 年）。
[2] 卓雅苹（註 1），頁 114-115。
[3] 卓雅苹（註 1），頁 134-135。

doi:10.6342/NTU201901943

有可能動搖或形成主流的共識。司法院釋字第 445 號解釋理由書第 7 段釋示：「…**其中集會自由主要係人民以行動表現言論自由…，對於一般不易接近或使用媒體言論管道之人，集會自由係保障其公開表達意見之重要途徑。**」現代社會雖然有便利的網路傳媒，但是網路等軟硬體對於缺乏資源的弱勢群體造成阻隔。本來弱勢應該是運動的主體，但是卻被排除在外[4]。經濟、網路弱勢，欠缺網路近用權，也更難成為網路使用者的關注對象[5]。相反地，行使集會自由的人民，不必具有龐大資本，且某程度上能與壟斷言論市場的大眾傳媒對抗[6]。然而，對於集會時間、地點、方式及相關刑罰中立的規範，看似沒有抑制集會或是限制言論的動機，實際上卻產生差別影響（disparate impact）。非針對言論內容的集會遊行管制，也就是所謂中立或合理性代表大多數人、一般人以及優勢價值。關於時間、地點以及方式的合理管制標準，造成偏斜地維持現狀。而且，是傾向主流群體對於秩序的需求。大多數合理性、權衡的結果系統性地維持現狀。現存規定限制人們創造新的現狀，造成現在的多數主宰將來可能的多數[7]。但是，抗爭正是對於主流價值的挑戰，脫離常態，「合理性標準」應該質疑。權衡也沒有幫助，因為集會自由應該保障對於主流觀點的現存秩序而言，不合理的行動[8]。一體適用的法律，在現實上對於依賴特定場所或表達言論方式的群體，無法實現集會自由。文獻上已經有指出，時間、地點、方式具有言論內涵，忽視弱勢群體在社會結構中不利地位，會造成弱勢族群無法發表言論[9]。

上述討論凸顯法律靜態的預設，以及社會實踐未必是共識。例如認為交通規

---

[4] 林鶴玲、鄭陸霖，台灣社會運動網路經驗初探：一個探索性的分析，台灣社會學刊，25 期，頁 119-120（2001 年）。

[5] 林鶴玲、鄭陸霖（註 4），頁 122、135、138。

[6] 蔡進閱，論溝通基本權與集會自由權，警學叢刊，23 卷 4 期，頁 133（1993 年）。

[7] C. EDWIN BAKER, HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH 129-31, 136 (1989).

[8] *Id*, at 143. 即便是支持 TPM 限制區分者 Geoffrey R. Stone, *Content-Neutral Restrictions*, 54 U. CHI. L. REV. 46, 79-80 (1987) 也指出個案利益權衡的風險會歸諸人民。法院應該有更系統的分析。法院也必須注意到 TPM 限制對言論產生嚴重箝制效果時，應該提高審查標準。同文頁 98-99 認為如果過度強調傳統、既存言論的保障，容易箝制非典型或新型的言論。

[9] 蘇慧婕，言論管制的中立性－－美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析，收於：憲法解釋之理論與實務第九輯，頁 259-261（2017 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

則的便利性或者乾淨的環境，就是公平。實際上我們的交通規則不利於盲人，而公共建築則是禁止異議人士塗鴉[10]。同時，交通法規也會排除使用道路的陳抗者。其實，中立性的背後都預設了某些價值觀。因此，社會體制如果預設的某些價值觀受到挑戰，則應該對挑戰進行回應，而非壓迫。

因此，我們有必要節制國家透過刑法，避免更進一步維繫既得利益者以及優勢群體的特權，或是藉以壓制挑戰現狀的陳抗者。唯一的取徑，就是透過對於刑法規範的正當性提出正確批判，並且要求刑法的任務必須包含容許社會衝突的功能。如此，才能避免暫時性的結論，無法推翻。此外，刑法具有事後補足社會化的功能。刑法此處讓其他社會學科進入，例如社會學或社會心理學等，而能透過實證方法事後審查。刑法在此意義下，「帶有操控功能的行為規範」[11]。實證研究的意義，就在於檢視國家宣稱的規範，是否真正達成目的，或是法規範實踐的結果是否符合實質平等。如果刑法在規範正當性上，或是實踐意義上違反實質平等，則該規範就是違憲的。就此，刑法規範必須同時受到規範正當性及結果適用兩方面的檢驗。

在現行刑法的解釋上，有必要將其任務定位在保護法益，以避免國家將法律規範恣意地訂定或解釋。法益侵害的行為代表破壞刑法所保障的共同生活秩序[12]。法益侵害始終與行為規範禁止的範圍相關，行為規範不可能忽略結果[13]。行為規範理論的優點在於刑法的可預見性，實現一般預防的功能。然而，行為規範影響受規範者的意思形成，具有家父長主義的特徵，有濫用的問題。行為規範也未釐清違反規範與施加制裁之間的落差，同時未必有實證基礎。所以，回應實際損害的應報功能也應該共同建構不法。從而，結果不法有限制刑罰的功能[14]。

---

[10] 陳妙芬，文化國的原則與實踐，收於：蕭高彥主編，憲政基本價值，頁 161（2009 年）。

[11] 井田良著，薛智仁譯，刑法上行為非價與結果非價之未解爭議，月旦法學雜誌，277 期，頁 212-214（2018 年）。

[12] 許恒達，「行為非價」與「結果非價」－論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論，114 期，頁 249-252（2010 年）。

[13] 許恒達（註 12），頁 235-236。

[14] 井田良著，薛智仁譯（註 11），頁 212-213。不過，許恒達（註 12），頁 39-40 認為將結果不法作為限制功能的看法會導致法益侵害的實現的制裁，只是一般預防作用，而非不法的核心。同時

doi:10.6342/NTU201901943

第二項　受制於社會脈絡的行為

我們希望藉由行為及結果不法共同構築刑法法益保護的合理範圍，以避免法律成為鎮壓工具，壓抑挑戰現狀的集會遊行。不過，行為與結果的理解受制於社會語意。其實，更宏觀的來看，人類行為的本身沒有意義，而是在社會、文化的脈絡下才產生意義[15]。規範是文化的一環，是人行為的信念；規範相較於價值，更進一步將信念與對社會產生的結果連結。也就是說，要了解行為產生的社會結果，必須從社會體系的文化理解；規範同時也劃定了體系的疆界，具有人參與、歸屬的特質[16]。但是，規範也不是單純多數壓制少數這麼簡單。強勢的異性戀、種族主義等文化信念，違背其他重要的價值（公平、寬容、自由等），價值間緊張與衝突產生了改變的壓力[17]。在同質性高的社會中，任何相異的思考與行動都會嚴格限制，共享的情感越高，懲罰也會隨之增強；相反地，現代社會交織著不同的信念，在此有機連帶的社會中，**法律的功能不是壓抑差異性，而是回復差異性**[18]。適用集會遊行法時，也應該注意社會語意中，集會遊行的抗爭行為所傳達的意義。象徵性言論的認定就是很好的例子。對於集會遊行應該注意整體的意義，避免透過刑法壓抑社會多元的差異性。

同時，意識是在在社會實踐（Praxis）中形成的[19]。在社會與歷史建構而成感知、評價上，人主動積極地做決定。自我決定是由各種既定的感知與評價所形成的，所以可以說**自我決定的時候，同時才被社會條件限制**[20]。人受制於社會機

頁 70-76 認為不法涉及的是法益與意志行為的關連，行為非價不具有獨立的功能，而重點在行為時的客觀事實，該行為會對法益產生一般性危險。但是本文認為，從其見解觀察，可以發現意志行為及行為時的客觀事實，都必須由行為人主觀的觀點出發才能夠描述，可見仍然無法割離行為非價的判斷。

15 Luke Eric Lassiter 著，郭禎麟、吳意琳、黃宛瑜、金家琦、呂環延、方怡潔、黃恩霖譯，歡迎光臨人類學，頁 60（2010 年）。

16 Allan G. Johnson 著，成令方、林鶴玲、吳嘉苓譯，見樹又見林：社會學作為一種生活、實踐與承諾，2 版，頁 66-70（2001 年）。

17 Allan G. Johnson 著，成令方、林鶴玲、吳嘉苓譯（註 16），頁 140。

18 E. C. Cuff, W. W. Sharrock & D. W. Francis 著，林秀麗、林庭瑤、洪惠芬譯，特新社會學理論的觀點，頁 84-86（2006 年）。

19 Anthony Giddens 著，簡惠美譯，資本主義與現代社會理論：馬克思涂爾幹韋伯，頁 82-84（2017 年）。

20 Pierre Bourdieu & Loic J. D. Wacquant 著，李猛、李康譯，布赫迪厄社會學面面觀，頁 211（2008

doi:10.6342/NTU201901943

制，同時也可以形塑社會機制，不能用決定論與自由二分思考[21]。犯罪學、心理學理論將人描述成具有有限自由意志（許多外在、內在因素限制了人的選擇）而人的行為被部分決定論（soft causal determination）制約。也就是偶然的變數影響行為的結果，但是不完全決定該結果，與刑法學的預設雷同[22]。個人無法外於結構，身為主體的人在運作，依然受到制度和意識形態的影響[23]，同時限制個人的行動[24]。藉由上述說明，我們可以描繪出刑法中人的圖像，人在既定的條件下，有機會做出決定與行動。

但是，這樣的既定條件，如社會、文化、規範等常常是被操作的。社會學中有道德企業家（moral entrepreneurs）的概念，在說明對於破壞規範者被社會控制的面向，制定規範者是為了自身的利益，而執行者則關注如何讓規範執行更順利[25]。然而有權勢者才對犯罪的定義有話語權[26]。所以實際上，既存社會中的法規範是反映結構上的不平等，並進而再製不平等的現況；他方面，卻又透過法律中立的假象宣稱自身的正當性。進而，即便考量法益也會受制於社會結構，造成司法程序複製社會上的不平等。

第三項　透過判決調整不平等結構

為了避免社會結構不平等，繼續在司法程序中複製，必須注意刑法法益，並在訴訟中凸顯結構不平等問題。除了解釋法條時依循法益保護範圍作合理的限縮，也應該削減中立法規所生差別影響的破壞力。集會遊行的脈絡中，更不能將集會的行為切割成一個個客觀的犯罪構成要件。而應該要在社會語意下，理解集會遊行所要傳達的意義。

年）；Anthony Giddens 著，簡惠美譯（註 19），頁 109-201、367-368。

[21] Pierre Bourdieu & Loic J. D. Wacquant 著，李猛、李康譯（註 20），頁 255、260-261。

[22] J. MITCHELL MILLER, CHRISTOPHER J. SCHRECK & RICHARD TEWKSBURY, CRIMINOLOGICAL THEORY： A BRIEF INTRODUCTION 20 (2011). 刑法學的預設似乎是偏向修正的的非決定論，也就是認為人被環境影響，但是仍有自由意志。參見王皇玉，刑法總則，4 版，頁 319-320（2018 年）。本文認為雖然兩種說法的出發點不同，但實際上也只是個案中量的問題而已。

[23] 沈伯洋，法律社會學 50 年回顧，月旦法學雜誌，279 期，頁 189（2018 年）。

[24] 沈伯洋，媒體意識轉換以及言論管制，月旦刑事法評論，9 期，頁 81-82（2018 年）。

[25] E. C. Cuff, W. W. Sharrock & D. W. Francis 著，林秀麗、林庭瑤、洪惠芬譯（註 18），頁 178。

[26] LARRY SIEGEL, CRIMINOLOGY: THEORIES, PATTERNS, AND TYPOLOGIES 14 (11th ed. 2013).

doi:10.6342/NTU201901943

法院判決只是社會結構的一環，但是法院可以透過實質平等的思考，宣告在這個不平等結構下弱勢的犯罪人無罪，以改變社會關係。進而，改變整個社會體系。正視實質平等的刑法圖像宣示了一件事情，也就是拒絕社會上歧視利用刑法作為歧視的工具。固然法院沒辦法阻止所有歧視，但也不能容忍歧視，任由歧視透過法律直接或間接的實現[27]；同時，讓優勢族群體認到他們認為理所當然的特權，其實是透過犧牲弱勢才能享受的。透過扭轉實質平等的理解，正視社會結構的不平等。進而，允許弱勢群體可以藉由集會遊行所生的衝突挑戰現有法秩序。如此，才能夠真正達成刑法的維繫共同體秩序與保護法益任務。綜上，對於刑法功能的理解除了傳統的法益外，還必須跳脫主流價值觀，關注結構性實質平等的問題。

第二節　刑法與實質平等的表現自由

刑法應依循前述以實質平等方式來保護法益。於保護法益的同時，集會遊行相關刑法規定涉及對於人民表現自由的限制。從而，保護第三人與表現自由形成緊張關係。因此，應該先釐清表現自由的內涵，及其保護的範圍。本節首先，討論表現自由理論的內涵。其次，論述表現自由屬於刑法我保護的核心法益。最後，在討論實質平等與表現自由的相容性。

第一項　表現自由理論殊途同歸

集會自由屬於表現自由之一。要了解表現自由內涵及保護範圍，可能需要先勾勒出此權利的特殊性。表現自由（包含言論自由、集會自由等）[28]理論中，有追求真理、健全民主以及自我實現等說法試圖區別表現自由權利的特殊性。但是，這些說法看似對立，最後都殊途同歸。部分真理理論反對客觀真理，認為人無法脫離於結構存在，而需要與他人有共享的事實（shared reality）而且這些社會文化、脈絡是知識的前提[29]。即便與聽眾較為無關的自主理論，仍有學說認為自主

[27] Palmore v. Sidoti, 466 U.S. 429, 433 (1984).
[28] 由於這幾個自由都是幾乎差不多的，以下用詞代換都代表同樣的意思。
[29] SUSAN WILLIAMS, TRUTH, AUTONOMY, AND SPEECH: FEMINIST THEORY AND THE FIRST

doi:10.6342/NTU201901943

不可能脫離社會脈絡，而能夠超然獨立的自主。毋寧是需要與他人溝通，在社會中行使自己的自主。這個看法與前述的共享事實十分近似。只有在主體之間的交流，才有可能認識到自主，所以自主是指與他人相關聯的自主（relational autonomy）[30]。社會心理學也指出人需要透過與他人溝通，來發現自己與他人的區別，進而發展自我[31]。社會建構也不代表會推導出決定論，自我是社會中重要的成員，而可以參與改革[32]。人被社會賦予能力，同時也被社會限制空間[33]。關聯的自主所強調的言論自由，是自己與社會關係一起持續進行的發展[34]。此觀點與民主理論中，擁有平等的自主，而參與形塑公眾討論看法一致[35]。此外，近來民主理論將關注焦點放在表意人及聽眾，不區分公益或私利的言論，注重程序的（process-based）平等自主。其中，對抗式民主（adversary democracy）正視自利與衝突是不可避免的。而此理論也關注參與者的平等機會影響決策結果，避免多數暴政，讓個人的自主得以實現[36]。因此，實際上可以和關連自主合流[37]。反而，部分民主理論試圖區分公眾討論領域與否（public discourse）[38]，或是是否有公眾審議的動機及貢獻[39]而有不同保障，反而大幅限縮言論自由的討論範圍。而且，因為沒有保障公平「進入」公眾討論，會導致既得利益者的不公平結構延續[40]。

AMENDMENT 96-107 (2004).

30 Stephen M. Feldman, *Postmodern Free Expression: A Philosophical Rationale for the Digital Age*, 100 MARQ. L. REV. 1123, 1162-75 (2017); Paul Benson, *Feminist Commitments and Relational Autonomy*, *in* AUTONOMY, OPPRESSION, AND GENDER 87, 87-88, 110-13 (Andrea Veltman & Mark Piper eds., 2014).

31 ELLIOT D ARONSON, ROBIN M. AKERT & TIMOTHY D. WILSON, SOCIAL PSYCHOLOGY 121-24 (8th ed. 2013); Robert A. Baron、Donn Byrne Nyla R. Branscombe 著，梁家瑜譯，社會心理學，頁 169-170（2009 年）。

32 Feldman, *supra* note 30, at 1129.

33 Feldman, *supra* note 30, at 1164.

34 Feldman, *supra* note 30, at 1166-68; Stephen M. Feldman, *The Return of the Self, or Whatever Happened to Postmodern Jurisprudence*, 9 WASH. U. JUR. REV. 267, 288-92 (2018).

35 Robert Post, *Participatory Democracy and Free Speech*, 97 VA. L. REV. 477, 482-85 (2011).

36 MARTIN H. REDISH, THE ADVERSARY FIRST AMENDMENT: FREE EXPRESSION AND THE FOUNDATIONS OF AMERICAN DEMOCRACY 6-7, 17-27 (2013).

37 *Id*, at 70-73, 177-81.

38 Robert Post, *supra* note 35, at 485-86, 489. 但是 Post 又例外認為公眾討論領域外的言論有時會有助於公眾討論，本文認為理論並不一貫。

39 Cass R. Sunstein, *Free Speech Now*, 59 U. CHI. L. REV. 255, 304-07 (1992).

40 JOHN CHARNEY, THE ILLUSION OF THE FREE PRESS, 76 (2018).

doi:10.6342/NTU201901943

Hurley 案中，法院採取自主理論，認為表意人擁有自主的權利，決定其言論之內容[41]。*Hurley* 的案例事實中涉及的就是有不同意見的人想要加入遊行，在社會脈絡以及語意下，可能會讓第三人認為這是表意人的意見，可見自主與社會的脈絡息息相關。關聯的自主也回應了對於自主理論的批評[42]，自是主會與他人起衝突的。言論自由相較於其他自由權的**特殊意義就在溝通功能**（象徵性言論也是要在社會語意下才能理解），同時在也會考慮言論可能侵害的對象的身分（公眾人物或私人）。

表現自由保護可以同時形塑社會與個人自主的聯繫，幫助人們創造開放的社會，挑戰或接受現存的社會規範。拒絕規範也不代表從社會脈絡中切除，而是來自於自我與既存的文化、社會規範以及他人間的互動[43]。本文認為從關聯自主的觀點，可以解釋表現自由所代表的意義，並以此作為表現自由的判斷標準。

第二項　表現自由屬於的刑法核心法益

從前述討論，我們可以了解表現自由具有溝通功能的特殊自由權。表現自由也是刑法保護的核心之一。學說認為法益必須在生命、身體、自由、名譽及財產範圍，才是具有「法益質」的核心法益[44]。惟本文認為，這五種法益其實都可以歸類為自主決定（自由法益）。例如生命法益，就代表著法主體可以決定他自己的生命應該如何發展，本文也認同甚至人也應該可以處分自己的生命[45]。依照本文的思考邏輯，其實所有的法益，都屬於個人自主決定的範圍，也就是自由法益。如此，才能夠說個人是真正的法主體，依照自主決定實現自我，而非服務於社會或國家。

表現自由具有使人民參與決策的自我統治（self-government）以及人格健全

[41] Hurley v. Irish-Am. Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc., 515 U.S. 557, 573 (1995).
[42] *See* Cass R. Sunstein, *supra note* 39, at 303-04; Robert Post, *supra* note 35, at 479-82.
[43] Stephen M. Feldman, *supra* note 30, at 1169-71.
[44] 陳志龍，刑法之法益概念（下），臺灣大學法學論叢，18 卷 1 期，頁 141（1988 年）。
[45] 周漾沂，論被害人生命法益處分權之限制－以刑法父權主義批判為中心，臺北大學法學論叢，88 期，頁 209-260（2013 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

發展的自我實現（self-fulfillment）的功能[46]。表意自由理論中，表現自我的論證，認為言論自由價值是保障表意人自我表現的自由，及尊重表意人自我決斷。因此，言論自由是保障表意人本身的價值，而非增進公眾的利益[47]。此看法尊重個人獨立存在的尊嚴（dignity），以及自主權利（autonomy），而非他人達成目的之工具[48]。表意自由保障者，不是意見的宣稱，而是該行為所代表的主體性[49]。**法的關係本質上是平等關係**，平等的法主體代表，每個人都不會非自願的從屬於其他群體[50]。因此，對於平等個人法主體性，表現自由具有普遍有效性，屬於刑法的法益。同時，必須要如前述討論，強調實質平等的觀點。即便可以透過教育來治癒言論的弊害，也不能認為國家採取中立的立場，任由自由競爭宰割弱勢族群。必須透過實質平等的觀點，讓弱勢也能有平等的地位來行使自主，才能真正達成平等且自主的法主體。從本文所認同的表現自由中，關聯自主理論出發，關注重點是在於**個人自主的自由權利實現，以及實質平等的保障**。

第三項　實質平等不牴觸民主多數決

本文一再強調，於自由權為主的基本權中適用實質平等。這樣主張可能與自由的想法產生衝突。因為實質平等保障弱勢的想法，必須在平等前提下行使自由，與不問背景的中立規範可能有所牴觸。所以，強調實質平等可能會受到違反多數決訂定法規的質疑。不過，多數決是為了進行決策的程序所必要，但是**民主是指全體人民所統治，而非多數人的統治**[51]。必須要讓少數也可以參與決策，且具有

---

[46] 許志雄，集會遊行規制立法的違憲審查基準－－司法院釋字第 445 號解釋評析，收於：人權論－－現代與近代的交會，頁 250-251（2016 年）；司法院釋字第 744 號解釋許志雄大法官協同意見書。

[47] 林子儀，言論自由之理論基礎，收於：言論自由與新聞自由，頁 8-9（2002 年）。

[48] 林子儀（註 47），頁 35。

[49] 蘇慧婕，第三帝國陰影下的言論自由保障：論德國聯邦憲法法院在政治極右言論案件中的立場演變，國立臺灣大法學論叢，45 卷 2 期，頁 400（2016 年）。

[50] 周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，臺灣大學法學論叢，41 卷 3 期，頁 1010（2012 年）。

[51] *Norbert Ullrich*, Das Demonstrationsrecht, 2015, S. 413.

doi:10.6342/NTU201901943

改變決策的可能性，才能稱為民主[52]。主流如果讓暫時性言論成為永遠的結論，就會使弱勢永無翻身，或是沒有挑戰的權利，如此會違反民主原則[53]。除了民意機關外，其他憲政機關，例如法院的功能，就需要提供促進相互對抗的資源[54]。憲法法院的存在的任務是保證國會促進多數和少數妥協的功能[55]。然而，本文認為促進多數與少數溝通的責任，在各個法院都有該職責及功能。實然面上法院不是被動、機械地運作，法院也是政治運作的一環[56]；某程度上，我們也應該承認應然層次上，法院也應擔負政治運作的角色。

具有正當性的多數決，必須確保言論自由及集會自由，才能維繫自由開放的意見形成；同時，避免多數喪失開放性，壓制少數喪失成為多數的管道[57]。對於欠缺發聲管道及媒體的弱勢者而言，集會遊行就是非常有效，而能夠表達言論的手段。儘管對於公共意見形成的影響力可能不大，但是集會遊行至少提供合法且有力的表達形式，並且避免阻絕的意見演變成極端的暴力行為[58]。因此，表現自由與實質平等，其實是相輔相成的，透過表現自由反而促成更強的民主正當性，而非侵害其他人的自由。所以，引入表現自由與實質平等，不會與其他自由權利及背後的多數決產生牴觸。

第三節、刑法容納社會衝突的功能

---

52 *Ullrich* (Fn. 51), S. 83, 414 f.

53 黃舒芃，多元民主中的自由保障－Hans Kelsen 的多元主義民主觀暨其對議會與憲法法院的證立，收於：民主國家的憲法及其守護者，頁 71-75（2009 年）；黃舒芃，德國法上違憲審查權限爭議的歷史軌跡－－從 H. Kelsen 與 C. Schmitt 的辯論談起，收於：民主國家的憲法及其守護者，頁 149（2009 年）；薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，17 期，頁 146-147（2015 年）；V Blasi, *Holmes and the Marketplace of Ideas*, 2004 SUP.CT. REV. 1, 24-44 (2004); REDISH, *supra* note 36, at 71-73.

54 Philip Pettit, *Democracy, Electoral and Contestatory*, *in* DESIGNING DEMOCRATIC INSTITUTIONS 105, 126-127 (Ian Shapiro & Stephen Macedo eds., 2000).

55 黃舒芃（註 53），頁 82。Hans-Jürgen Papier 著，蔡宗珍譯，人性尊嚴之保護－對於法律實務之影響，臺灣法學雜誌，200 期，頁 45-46（2012 年）指出需要「防禦性民主法治國」以絕對的界線抗制多數決及違反人性尊嚴之行為，過於中立的國家反而會失敗。

56 葉俊榮，東亞法院的形貌初探：三種模式的浮現，收於：轉型中的東亞法院：基本形貌、紛爭解決與行政治理，頁 55（2014 年）。同書頁 49-51 指出臺灣與韓國都具有繼受及轉型的特色，法院著重在解決實際紛爭，而容易積極涉入政治問題。

57 楊日然，法理學，頁 309-311（2005 年）；*Ullrich* (Fn. 51), S. 87 ff., 92, 415.

58 *Ullrich* (Fn. 51), S. 84 f.

doi:10.6342/NTU201901943

確立表現自由與刑法的相容後，接著要指出衝突也是刑法所保障的價值。集會遊行的表現自由，其中一個目的就在於引起社會的關注。或者直白地說，是在製造衝突，促成社會結構的轉變。在關注結構的實質平等的觀點下，更有必要承認刑法必須具有容納衝突的功能，如此才能促成少數影響多數的民主功能。本節先說明衝突所具有的價值，其次指出衝突是社會的常態，最後討論衝突與表現自由之間的關聯。

第一項　衝突的價值

集會遊行的表現自由會產生衝突。衝突雖然未必會對政策產生影響[59]。但是衝突行為本身就在進行自我的實現，程序機能就能夠達成使命，而非得到終局的價值觀或決定。衝突某程度上會造成社會的動盪，然而比起僵化的社會，衝突的社會更能宣洩不滿。何況，穩定的社會，也可能是因為各方衝突角力後的結果，未必是沒有衝突的[60]。沒有僵固的價值觀，看似無秩序。然而，實際上則是容許價值觀的流動，注重「當下」，能夠容忍多元的衝突，以創造當代意義的共識。本文站在衝突論的觀點，認為所有的社會共識都是經過不斷地衝突達成的。所以，本文所認知的共識，是具有「當代」的普遍性，並且透過社會的衝突加以修正。或有人會認為，不斷的衝突就會造成永無寧日，然而比起僵化的社會，衝突的社會反而才是能夠因應變動中的當代社會。如果社會系統足夠彈性，可以在系統內調整衝突；如果系統無法調適，將會累積衝突，可能危及社會的共識。整合性好的（well-integrated）社會能夠忍受系統本身團體的衝突，只有整合性不佳的社會才會畏懼衝突[61]。衝突與合作同樣具有社會功能[62]。衝突有清淨空氣的功能（clears

[59] 例如太陽花學運要求立法訴求就未實現。

[60] LEWIS A. COSER, FUNCTIONS OF SOCIAL CONFLICT 77, 85 (1956) 指出鬆散社會中的穩定性，通常誤解為沒有衝突。但是，可能因為持續而多樣的衝突在其中交錯，才形成穩定。沒有衝突本身，不能認為是穩定及緊密關係的標準。穩定的關係可能是衝突的行為所組成，而緊密關係會造成經常衝突的情境。如果關係中的人，認為關係很脆弱，就會避免衝突；相反地，如果緊密關係是經常衝突，而非積聚敵意，可以認為因為衝突不會危及基本共識。所以，經常的衝突反而是關係穩定的指標。

[61] Lewis A. Coser, *Social Conflict and the Theory of Social Change*, 8(3) BR. J. SOCIOL. 197, 204-05 (1957).

[62] *Id*, at 31.

doi:10.6342/NTU201901943

the air），人們藉由自由地表達自己，消除聚積的敵意[63]。有彈性的系統，藉由發生衝突，避免基本共識崩解。藉由衝突表達和釋放敵意的感覺，可以產生單方或互相的調適[64]。

僵固社會所謂的共識可能是強制性，或者是以社會契約等教條形塑社會共識，然而卻是掩飾社會的不平等以及階級差異[65]。同性戀、黑人、少數族群等被迫接受主流價值觀，沒有容身之處，被社會所排除。刑法作為公權力中最嚴厲的手段，自然更是國家宣稱共識的場域。正是上層階級為了維持自身利益，所以才以刑法對下層階級進行鬥爭。同時，透過公權力、媒體等掌握話語權，灌輸人民遵法意識。然而，事實上不過是特定利益團體的權益受到維護而已。因此，衝突價值的展現，就是表現自由所生衝突，成為打破壓迫的契機。

第二項　衝突是社會的常態

表現自由所形成的衝突，並不是把自由和人民的基本權利當作代價。相反地，衝突正是社會的常態，也是社會的正常調節功能。Karl Marx/Friedrich Engels（Manifest der Kommunistischen Partei, 1872）就已指出「至今所有的歷史都是階級鬥爭史」[66]犯罪行為在社會中必然存在，對於犯罪的寬容不代表社會產生失範（Anomie）或者犧牲個人的自由。有人認為如果沒有服從，將會導致暴力犯罪。然而，實際上這個看法是欠缺基礎的。有些社會承認極為廣泛的自由，容忍偏差行為，但是暴力犯罪率卻是低的；相反的，有些國家的自由極度受限，卻有很高的暴力犯罪率[67]。

權力場域中的各種功能，是來自於衝突和競爭，而非自身固有的發展[68]。民

---

[63] *Id*, at 39.
[64] *Id*, at 79.
[65] Ralf Dahrendorf, *Out of Utopia: Toward a Reorientation of Sociological Analysis*, 64(2) AM. J. SOCIOL. 115, 115-27 (1958).
[66] „Die Geschichte aller bisherigen Gesellschaft ist die Geschichte von Klassenkämpfen. “
[67] ANTHONY GIDDENS, SOCIOLOGY 153 (2nd ed. 1993). 由於 Giddens 的新版教科書這個段落被刪除，所以本文仍然選擇其早期的版本。
[68] Pierre Bourdieu & Loic J. D. Wacquant 著，李猛、李康譯（註 20），頁 166-167。

doi:10.6342/NTU201901943

主的誕生與發展需要激烈的對抗[69]。當許多勢力之間可能因長期的鬥爭而疲憊，或是害怕失去支持，會相互妥協[70]。所以，衝突的民主社會反而可以透過相互對抗中，學習、習慣與實踐，有意或無意地解決許多衝突問題。這是不斷變動，一步步建立共識的過程[71]。**現代多元主義不是因為存在基本價值的廣泛共識才出現，而是互相威脅的團體，不得已承認無法獲得支配權**[72]。文化是共享且經過協商的過程，是由各種體系重疊、競爭所形成的[73]。具有多重身分的社會參與者，促使多面向，且錯綜複雜的衝突，這形成社會平衡機制[74]。同時，衝突可以挑戰既存秩序，促成新的規範、制度或秩序，而得以調整關係[75]。無可否認的，社會必須具有最小限度的共同性[76]，否則必然導致社會的裂解。問題是，威脅社會結構平衡的，不是衝突，而是來自於使敵意累積的僵化結構[77]。

第三項　表現自由與衝突

第一款　表現自由的衝突促進社會進展

最後，將衝突聚焦在表現自由的脈絡。在言論管道暢通的環境下，才能提供自我實現的機會。言論自由提供人民宣洩不滿的管道，這些異議聲音才能確保民主社會的健全。言論固然會衝擊既有秩序，不過歷史也無數次顯示，一旦和平討論的途徑被截斷後，必然會以其他不為他人接受的方式表達[78]。透過社會運動的集會、言論可以促使執政者、公眾思考忽略的事物[79]。社會運動本身未必要得到

---

[69] Dankwart A. Rustow, *Transitions to Democracy: Toward a Dynamic Model*, 2 COMP. POLITICAL STUD. 337, 355 (1970).
[70] *Id*, at 357.
[71] *Id*, at 358-60, 362-63.
[72] Albert O. Hirschman 著，吳介民譯，反動的修辭，頁 229-231（2013 年）。
[73] Luke Eric Lassiter 著，郭禎麟、吳意琳、黃宛瑜、金家琦、呂環延、方怡潔、黃恩霖譯（註 15），頁 51-54。
[74] COSER, *supra* note 60, at 153-54. 同書 80 頁指出鬆散社會和開放社會容許衝突的存在，是避免基本核心共識破裂的防護機制。透過交錯的衝突相互抵銷，將社會系統融合在一起，避免危及基本共識。
[75] COSER, *supra* note 60, at 128.
[76] COSER, *supra* note 60, at 93.
[77] COSER, *supra* note 60, at 152, 157.
[78] 許志雄等（陳銘祥執筆），現代憲法論，4 版，頁 139（2008 年）。
[79] 王振寰等（何明修執筆），社會學與臺灣社會，4 版，頁 371-374（2014 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

物質利益，而是參與公共本身的快樂，以及建立嶄新文化[80]。社會抗爭的表現自由，在產生衝突時，同時促進了社會的變革以及個人自主的自由權利。

第二款　表現自由的衝突支撐民主正當性

此外，衝突也為民主多數決提供正當性基礎。多數意見所形成決策，仍需要有其正當性；必須要以少數意見不會受到威脅，且有實際機會改變多數意見的決策為前提[81]。而容忍保集會與言論自由所生的衝突，正是具有使少數意見免於威脅的功能，也保留變更多數意見的機會。此外，集會遊行不只是民主程序的補充，而是直接民主的體現[82]。集會遊行的功能在代議民主的體制更顯重要，也有助於維繫代議民主的運作[83]。因為集會遊行並非行使國家權力，所以此處的直接民主其實是指，透過意見的表達形塑公共意見，影響民主決策[84]。保障集會自由的重要理由就是讓少數人聚集，共同發表意見，影響公共意見的形成與決定[85]。

第三款　表現自由的衝突整體有利社會

社會學研究指出政治機會較多的國家，社會運動較為溫和；而政治參與管道封閉的國家，則可能採取較為激進的手段[86]。如果國家採取高壓、極權等方式控制社會，對社會運動反而可能成為「不行動」的成本，反而會促成激烈的抗爭[87]。抗爭者的資源會影響抗議的手段，如果有體制內的管道，較傾向溫和的手段；反之，如果資源較少者，會傾向激烈的手段[88]。所以，當社會衝突出現時，應該要反思政治參與管道的封閉性，以及政府對待社會或是集會運動的方式。臺灣憲法增修條文第 4 條 1、2 項阻止未達 5%比例選票的政黨，自始不可能為該族群體發聲，政治參與管道嚴重受到限縮。此時，就應該更加容忍集會遊行或發表言論的

---

80 王振寰等（註 79），頁 390。
81 BVerfGE 5, 85 (197 ff.); BVerfGE 69, 315 (347).
82 *Otto Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 84. Aufl., 2018, Art. 8 Rn. 31.
83 BVerfGE 69, 315 (347).
84 *Depenheuer* (Fn. 82), Art. 8 Rn. 34 ff.
85 法治斌、董保城，憲法新論，6 版，頁 248（2014 年）。
86 王振寰等（註 79），頁 381。
87 王振寰等（註 79），頁 382。
88 陳韻如、沈幼蓀、陳雅綦，街頭抗爭的暴力邏輯，臺灣社會學刊，46 期，頁 178-179（2011 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

社會衝突形式。不願意涵納社會衝突的社會，必然需要面對更激烈衝突的抗爭手段。所以，無論依據憲法、刑法容許人民社會運動的基本權利，或是效益主義式的社會福祉，都應該認為，在法治國家中容許表現自由所帶來的社會衝突。

刑法本身不是外於社會的產物，而是既有社會脈絡下隨時間發展的法律制度。就此而言，社會衝突既然是社會變遷都必須面對的現象，而且憲法也明文保障集會自由及言論自由，刑法也必然要容納社會衝突。因此，與社會學從社會現象定義社會運動為「體制外」改變現狀的集體行動[89]不同。因為規範層面從憲法到刑法本身，都內建容納社會衝突、社會運動的機制與誡命，同時也是人民具有的基本權利；所以，法學上必須認為社會運動是「體制內」改變現狀的手段。

第四節　小結

人類的行動受制於社會結構，刑法上犯罪行為的判斷也是如此。然而，管制集會的相關規範卻會在宣稱中立的表象下，實際上，產生差別影響的結果。必須透過注重結構問題，以達成實質平等的刑事責任。從而，避免壓制弱勢透過集會遊行挑戰現狀的機會。從刑法的法益出發，核心概念就是保障人自主決定的自由。當然，也就包括表現自由。因此，刑法同時也保障人的表現自由。而表現自由其中一個重要的功能，就在於製造衝突，促進社會的變革。藉由涵納實質平等、表現自由，刑法不但符合憲法平等的誡命，也不違反多數決的原理，反而是促成民主。前述價值都是刑法自身的功能，而非體制外或是外於刑法的異物。

[89] 王振寰等（註 79），頁 374。社會學與法學的任務畢竟不同，本文認為從社會現象觀察或是規範面觀察得出不同的定義，是可以接受的。

doi:10.6342/NTU201901943

第三章、集會遊行法與刑法關聯的基本問題

談論完表現自由與刑法間的關聯後，接下來將問題聚焦在集會自由上。本章先就集會自由的保護範圍也就是和平集會與刑法的關係討論。其次，就集會解散或處罰的形式要件（事前限制、許可制等）以及實質要件（明顯而立即之危險）與刑法之間的關係討論。

第一節 集會自由的保護範圍與內涵

多數學說和實務上認為和平集會始受到集會自由保障。如果不符合要件，則自始與集會遊行相關刑事犯罪的判斷無關。本節將探討對於集會自由內涵、集會和平性的爭議，及和平性要件與刑法接軌的問題。

第一項 集會自由的內涵

第一款 集會的概念

集會自由是言論自由的特別規定，集會自由本質上屬於象徵性言論，由多數人共同為言論的主張[1]。集會遊行本身是言論的其中一種手段，特殊性在於集體的行動[2]。依集會遊行法第 2 條第 1 項，集會客觀上有多數人於公共場所的物理空間聚集；主觀上，必須有共同集會行為的內在意志連結[3][4]。集會的內在意志連

[1] 許育典，憲法，7 版，頁 277（2016 年）。

[2] *Köhler/Dürig-Friedl*, Demonstrations- und Versammlungsrecht, 4. Aufl., 2001, S. 14.

[3] 許育典（註 1），頁 277；法治斌、董保城，憲法新論，6 版，頁 247-248（2014 年）；*Jörn Ipsen*, Staatsrecht II, 16. Aufl., 2013, Rn. 562; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 30. Aufl., 2014, Rn. 749; *Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 2), S. 17 f.; *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 13. Aufl., 2014, Art. 8 Rn. 3; *Otto Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 84. Aufl., 2018, Art. 8 Rn. 44, 46 ff.; *Norbert Ullrich*, Das Demonstrationsrecht, 2015, S. 221 ff.

[4] 至於集會是否需要以共同參與公共意見形成為要件，則有爭議。固然大多數集會目的是訴諸公眾注意，並促成公共意見形成，但是有些集會未必是為了政治目的，而且文義上也沒有此限制。Dazu *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 750 ff.; *Depenheuer* (Fn. 3), Art. 8 Rn. 39, 43, 49 f.; *Ullrich* (Fn. 3), S. 95-101 指出集會不限於保障促成公共意見形成的集會，不過政治性集會可能會受到較高的保障。法治斌、董保城（註 3），頁 247；BVerfGE 69, 315; BVerfGE 104, 92 (104) 另認為集會的特徵是影響公共的決定，所以與公共政策無關的集會應該是由一般行動自由所保障。BVerfG NJW 1991, 91 (92) 針對言論自由也指出應該是為了形成公共意見。

doi:10.6342/NTU201901943

結，不必對於意見的內容有相同意見，而是有共同集會的意思已足[5]。當單純聚集與集會難以分別，而有懷疑的話，應盡量為有利人民的解釋[6]。

第二款　集會自由與言論自由併行

在集會遊行的脈絡下，言論自由及集會自由兩者都扮演著重要的角色。言論自由也保障集體的意見，因此集會自由的特色在於提供意見交流的平台[7]。集會遊行、示威強化言論表達的力量，透過占據物理空間和出現，賦予意見更大的實現機會[8]。集會遊行的危險性比較與表達內容無關，而主要是來自集會中可能的暴力行為[9]。比起言論自由，集會自由更需要依賴集會的時間、地點、方式，以完整傳達意見。而且，與言論內容無關的這些條件，更可以說是集會的核心，如果加以限制，可能會直接扼殺集會的生命。形式上，言論自由規範的核心在言論的內容;集會自由的核心則是表達的形式。然而，兩者在現實上集會遊行事件中，都是並存的。透過兩種自由權的內涵完善保護集會傳達的意見（言論自由）及以物理行動強化意見的傳播（集會自由）[10]。

第二項　和平性的問題

第一款　集會須具有和平性

我國憲法及集會遊行法均未規定集會需和平進行。但制定兩公約施行後與內國法有相同效力之公民與政治權利國際公約第 21 條第 1 項規定「和平集會的權利」（right of peaceful assembly）及司法院釋字第 718 號解釋認為：「**憲法第十四條規定人民有集會之自由，旨在保障人民以集體行動之方式和平表達意見**」。因為集會自由和言論自由相同，在民主國家中是精神上的議論和爭執之手段，如果

[5] BVerfGE 84, 203 (209); *Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 2), S. 3, 21; *Depenheuer* (Fn. 3), Art. 8 Rn. 56.
[6] 許育典（註 1），頁 277。
[7] *Depenheuer* (Fn. 3), Art. 8 Rn. 182.
[8] *Ullrich* (Fn. 3), S. 29 f.
[9] *Ullrich* (Fn. 3), S. 45, 204.
[10] *Ullrich* (Fn. 3), S. 274 ff.

doi:10.6342/NTU201901943

使用暴力行為，則不受保障[11]。對於集會遊行定義，多認為和平是集會自由受保障的內在限制，欠缺和平性的集會自始不受集會自由保障[12]。例如德國文獻一般認為聚眾破壞公共秩序罪無法以集會自由和言論自由阻卻違法[13]。

然而，和平/非和平之界分，並不容易。文獻有指出和平集會是暴力集會的相對概念。此處的暴力規範目的與強制罪的規範目的不同，較強暴行為更限縮。所以，只包含攜帶武器、對人身進行攻擊、破壞車輛、投擲危險物品（不包含雞蛋）[14]。暴力指可能對人或物（積極且非輕微）的影響，煽動則是以顛覆為集會目的，或是集會中對合法執行職務的公務員為暴力抵抗。違反刑法可以初步認為屬於非和平。但是，不能將非和平與刑法的違法性畫上等號，還是要是具體個案判斷[15]。有認為即便是單純站立、靜坐或橫躺，雖非積極攻擊的行為，但是對他人產生心理的強制作用，是暴力行為。但反對者認為僅造成心理上的制作用，以致妨害他人的行動自由，仍具有和平性[16]。還有見解認為毀損可以屬於象徵性言論保障範圍[17]。然而，同時又認為如果集會是暴力或打架的，就自始排除適用集

---

[11] 헌법재판소 2014 헌가 3, 2016.9.29; *Ullrich* (Fn. 3), S. 437 f.; 蘇慧婕，第三帝國陰影下的言論自由保障：論德國聯邦憲法法院在政治極右言論案件中的立場演變，國立臺灣大學法學論叢，45 卷 2 期，頁 402（2016 年）。

[12] 美國聯邦憲法增修條文第 1 條：「國會不得剝奪人民和平集會的權利」（Congress shall make no law …abridging …the right of the people peaceably to assemble…）；德意志聯邦共和國基本法第 8 條第 1 項：「所有德國人均有和平及不攜帶武器集會之權利」（Alle Deutschen haben das Recht, sich ohne Anmeldung oder Erlaubnis friedlich und ohne Waffen zu versammeln.）德文翻譯取自司法院，德國聯邦憲法法院裁判選輯（十五），頁 340（2014 年）；*Depenheuer* (Fn. 3), Art. 8 Rn. 78.; 許育典（註 1），頁 221。大韓民國憲法裁判所헌법재판소 2014 헌가 3, 2016.9.29：「雖然憲法並未明確規定，但是受集會自由所保障者，應限於和平集會」。

[13] 僅例示 *Jürgen Schäfer*, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2017, § 125 Rn. 41; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 125 Rn. 28.

[14] 林鈺雄，強制罪之整體不法判斷－－從彰化台電施工抗爭案的判決談起，月旦法學雜誌，232 期，頁 52（2014 年）。

[15] 吳信華，憲法釋論，2 版，頁 368 註 8（2015）。同書頁 368 註 9 舉番茄或雞蛋是否屬於使用武器的非和平集會，應該考量攜帶的目的，是否用於以攻擊他人，出於計劃或是偶發事件等因素。

[16] 許宗力，試論民主法治國家的「市民不服從」，18 卷 1 期，頁 200（1988 年）。但是，許宗力，談言論自由的幾個問題，收於：法與國家權力（二），頁 196-197（2007 年）一文卻認為焚燒或踐踏旗幟等象徵物品，又或者丟擲雞蛋或穢物等行為，應該從寬列入保護的範圍。這與一開始認為言論自由自始僅止於保障精神鬥爭，倘若逾越精神層次鬥爭，進入物理強制力，也就是暴力之使用，就不屬於保障範圍的見解，有所矛盾。

[17] 許育典（註 1），頁 221 指出如果原住民認為吳鳳像是種族歧視，而加以破壞，這是標達抗議的言論自由。此處的毀損是象徵言論的表達方式，受言論自由之保障。

doi:10.6342/NTU201901943

會自由。相反地，因靜坐是消極抵抗手段，仍受集會遊行自由保障[18]。有認為和平非暴力行為，不是以刑法第 304 條的強暴、脅迫為限。集會遊行是否和平的標準，需要考量憲法基本權保障。非和平指示威者明知（bewusst）並有意（gewollt）阻礙另外一群人的行動自由。單純靜坐示威（Sitzblockaden）不該當刑法第 304 條強暴脅迫，不會造成集會遊行變成非和平。但是，刻意占據重要或緊急出入口就是暴力行為，而不受集會自由之保障[19]。

從上述文獻上可以大致描繪出和平集會之圖像，是不得有積極攻擊性，不得攜帶攻擊性武器等。但是其定義仍有許多爭議，甚至多有矛盾，最後結論都還是視具體個案而定。

第二款　沒有積極行為但造成他人自由妨害？

一般認為，集會要有積極地對人或物攻擊，才屬於非和平集會[20]。靜坐雖然可能是平和的，也沒有積極攻擊，但是所造成的阻礙效果可能很大，例如包圍他人的工廠，或如關廠工人臥軌，而使捷運停擺等。這樣情形是否屬於非和平集會容有疑義。有認為如果是有意識、有意圖的阻礙第三人，而非集會必然的附帶效果的話，就不受到集會自由保障[21]。德國法上雖然認為靜坐成立強制罪，多數認為集會只要沒有積極的攻擊行為，仍然屬於和平集會[22]。必須完全使他人無法行動，才是不受保障的非和平集會[23]。所以，集會須具有積極攻擊行為或是完全阻絕他人行動可能性，才會評價為不具有和平性。

第三款　違反其他法律或刑法未必屬非和平集會

即便認為靜坐、臥軌等可以成立強制罪，或者違反其他法律諸如違反事前報備或許可申請之義務，又或是道路交通管制條例、社會秩序維護法等，都不能代

[18] 許育典（註 1），頁 279 作者舉例身體暴力、棍棒衝突或是槍炮刀械的使用等屬於暴力。
[19] 法治斌，董保城（註 3），頁 254；*Ullrich* (Fn. 3), S. 152.
[20] *Depenheuer* (Fn. 3), Art. 8 Rn. 84; *Ullrich* (Fn. 3), S. 259.
[21] *Depenheuer* (Fn. 3), Art. 8 Rn. 65 f., 163.
[22] BVerfGE 73, 206 (248); BVerfGE 87, 399 (406); *Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 2), S. 8, 34.
[23] *Ullrich* (Fn. 3), S. 327.

doi:10.6342/NTU201901943

表是非和平的集會。並非每個和法律牴觸的行為，都成為非和平集會[24]。即便成立刑法的強制罪，亦不代表成為非和平集會[25]。

參酌大韓民國集會及示威法第 6 條 1 項申告制（신고）[26]，憲法裁判所認為不能單純以未申告就解散集會，而是該集會會招致明顯而立即危險，才有解散的實質理由[27]。該國學說有認為申告只是行政程序上之合作義務，如果未申告就認定為不法，顯然違反申告制的法理基礎，有違憲嫌疑[28]。德國聯邦憲法法院及學說對於違反報備義務的集會，認為不當然可以解散集會[29]，而只是國家介入的門檻可能降低[30]。文獻上認為未報備或違反其他附款的集會只有形式不法，而非實質不法。所以，必須集會實質上對於公共安全產生直接危險時，才能加以解散[31]。正當化解散集會的直接危險是指，有很大的可能性立刻發生觸犯刑法的情形，且無法透過其他方法避免[32]。直接危險的判斷不能出於臆測，且鑑於集會自由保障的憲法要求，風險預測的門檻必須比起一般警察法更嚴格[33]。歐洲人權法院指出集會未通知主管機關，是屬於非法的集會[34]。但是沒有證據顯示集會對公共秩序造成危害，除了可能影響交通，集會約從 12 點開始，在半小時內就因為被逮捕而結束。如果沒有暴力行為，政府就應該有相當程度的容忍[35]。在前述情

---

[24] 李震山大法官提出之部分不同意見書，葉百修、陳春生及陳碧玉大法官加入，頁 27；*Jarass* (Fn. 3), Art. 8 Rn. 8.

[25] BVerfGE 73, 206 (248); *Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 2), S. 8.

[26] 類似報備制。室外集會或示威舉辦者在以下各種情況必須在集會開始前 720 到 48 小時前向警察機關首長提出申告。
집회 및 시위에 관한 법률 제 6 조（옥외집회 및 시위의 신고 등）
ϕ 옥외집회나 시위를 주최하려는 자는 그에 관한 다음 각 호의 사항 모두를 적은 신고서를 옥외집회나 시위를 시작하기 720 시간 전부터 48 시간 전에 관할 경찰서장에게 제출하여야 한다.

[27] 헌재 2016. 9. 29. 2014 헌바 492.

[28] 李寬熙著，朱源葆、金衡睦譯，韓國「集示法」之法理探討，警學叢刊，19 卷 2 期，頁 122、124（1988 年）。

[29] BVerfGE 69, 315 (351); BVerfGE 87, 399 (404); *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 775.

[30] BVerfGE 69, 315 (359).

[31] BVerfGE 69, 315; *Pieroth/Schlink/Kniesel,* Polizei- und Ordnungsrecht: mit Versammlungsrecht, 7. Aufl., 2012, § 21 Rn. 5, § 23 Rn. 4; *Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 2), S. 70; *Jarass* (Fn. 3), Art. 8 Rn. 22.

[32] *Depenheuer* (Fn. 3), Art. 8 Rn. 156 f.

[33] BVerfGE 69, 315 (353 f.).

[34] Eur. Court HR, Oya Ataman v. Turkey judgment of 5 December 2006, paragraph 39.

[35] Eur. Court HR, Oya Ataman v. Turkey judgment of 5 December 2006, paragraph 41-42; Eur. Court HR, Balçik and Others v. Turkey judgment of 29 November 2007, paragraph 51-52.

doi:10.6342/NTU201901943

況下進行解散、驅離的行為不符合比例原則[36]。另外，集會者在繁忙的地點進行抗議，想要引起大眾的關注，並無暴力行為，而是在國家快速地以極大的警力驅離集會者，造成緊張提升，進而產生衝突。在沒有暴力時，國家進行干預而沒有容忍集會遊行，違反集會自由的保障[37]。臺灣文獻也認為「違法但和平」（包含被解散）的集會，未經許可，也不改變該集會應受憲法和公政公約保障。如果構成刑法犯罪或違反集會遊行法第 8、9 條事前許可的義務，屬於可以被解散之集會，也不代表成為非和平集會[38]。總而言之，違反法規、刑法與否，都應與集會和平性判斷無關，而是要實質判斷集會是否已經造成暴力的風險。

第四款　蒙面集會不當然屬於非和平

有認為蒙面造成他人心生恐懼，有心理上強制作用，屬於非和平的集會[39]。社會心理學研究指出因為蒙面之匿名去個人化，使個人隱身於其中，責任較為分散，較容易誘發反社會行為。所以，蒙面可能有較高的暴力及參與非和平集會的傾向[40]。但是，蒙面也可能會與集會表現之方式有關，或是少數族群不願意在公眾鎂光燈下出現。文獻上指出如同性戀不願曝光，感冒戴口罩，抗拒不當蒐證，或是藝術上表現自由，避免成為攻擊對象等，都不能認為是非和平[41]。而且蒙面本身也尚未有立即、直接的危險[42]。解釋上，應該將以蒙面避免警方偵查與潛在暴力、危害公共安全的風險連結，而非單純蒙面即可禁止集會[43]。

第五款　防衛性裝備仍具有和平性

---

[36] Eur. Court HR, Oya Ataman v. Turkey judgment of 5 December 2006, paragraph 43; Eur. Court HR, Balçik and Others v. Turkey judgment of 29 November 2007, paragraph 53.

[37] Eur. Court HR, Nurettin Aldemir and Others v. Turkey judgment of 18 December 2007, paragraph 45-46.

[38] 林鈺雄（註 14），頁 49-53。

[39] 法治斌，董保城（註 3），頁 255。

[40] 李震山，集會遊行之和平原則與集會自由權之保障，警學叢刊，23 卷 1 期，頁 59（1992 年）；林漢堂，聚眾活動防處之重要情境因素及其對策探討，警學叢刊，40 卷 5 期，頁 164（2010 年）；Philip Zimbardo 著，孫佩妏、陳雅馨譯，路西法效應：好人是如何變成惡魔的，頁 287（2008 年）；*Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 2), S. 78.

[41] *Ullrich* (Fn. 3), S. 257, 366 ff.; 李震山（註 40），頁 59-60。

[42] *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 762. 禁止蒙面還有比例原則的問題，不過非本文討論主題。可參見 *Roland Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 295 ff.

[43] *Ullrich* (Fn. 3), S. 257, 369 ff.

doi:10.6342/NTU201901943

文獻上有認為防衛性裝備與集會遊行目的無關，且使用者目的是針對警方，會影響公權力的執行[44]；相反見解認為，防衛裝備並非攻擊物品[45]，而且可以用來防禦暴力的反制集會。若使用者的身分為達到不可辨識，應該允許。而且，危險物品的認定，要探究使用目的，例如遇到反示威人士，要用來保護自己，或是屬於藝術表現自由、象徵物品，就應該允許[46]。攜帶防衛性裝備，也須積極利用裝備攻擊他人，才會變成非和平的集會[47]。

本文贊同從客觀上根本無從區分甚麼東西會被當作攻擊他人的工具，實務見解以客觀危險性為區分是一個無效的嘗試[48]，所有的東西都可能拿來攻擊他人，端視使用者之目的[49]。例如：集會遊行進行中，本來的標語牌不會為任何傷害，但當我的目的是要打其他人時，標語牌就刀械一樣是傷人的工具。因此，護胸、護膝、盔甲等都應視其使用目的判斷是否為非和平的行為。

第六款　部分參與人員為不法行為仍為和平集會

文獻上認為少數個人為暴力行為，不能代表集會遊行就成為暴力的集會。不能因為少數人的不法行為，就剝奪其他多數和平集會遊行的參與者之集會自由[50]。除非多數人或集會領導者使集會為非和平行為，或支持暴力行為，才能評價為非和平集會[51]。

本文贊同此見解，又司法院釋字第 445 號解釋指出「國家為保障人民之集會自由...並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行」基於國家保障集會自由之保護義務，國家應先對於少數暴力的分子逮捕，而非見獵心喜，將整個集會認為是非和平的，進而予以解散。同樣的，暴力行為如果來自於第三者，符合激烈的

---

44 蔡進閱，論我國集會遊行法之執行以協商為例，警學叢刊，23 卷 2 期，頁 12（1992 年）。
45 *Ullrich* (Fn. 3), S. 266; 李建良，集會自由與群眾運動的憲法保障－釋字第 718 號解釋，臺灣法學雜誌，246 期，頁 25（2014 年）。
46 李震山（註 40），頁 56、58；*Köhler/Dürig-Fried* (Fn. 2), S. 79.
47 *Depenheuer* (Fn. 3), Art. 8 Rn. 170 f.
48 最高法院 79 年台上 5253 號刑事判例認為客觀上對人之生命、身體、安全構成威脅，是危險性兇器。
49 類似觀點：法治斌，董保城（註 3），頁 255。
50 林鈺雄（註 14），頁 52；李震山（註 40），頁 56。
51 *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 761; *Depenheuer* (Fn. 3), Art. 8 Rn. 94 f., 97; *Ullrich* (Fn. 3), S. 256.

doi:10.6342/NTU201901943

反對者（Heckler's Veto）情形時，也不能認為集會是非和平。

第三項　和平集會與刑事責任的關係

集會欠缺和平性，刑事責任判斷會自始不受憲法集會自由的限制，影響甚鉅。不過，誠如文獻已經指出，靜坐示威、蒙面、穿戴防衛裝備等，都不能斷定違反和平性[52]。更進一步，本文認為所謂「和平」只有**推定、初步權衡判斷**的功能，和平在規範上的意義必須極度的限縮，僅能排除對於顯然是暴力行為的情形[53]。集會自由和平性的要求是為了保障生命、身體、財產或自由等法益，且國家負有保護義務[54]。程度上，必須是重大侵害法益之情形（例如：直接侵害他人生命、身體完整性、行動自由、財產[55]等）。攜帶武器如槍砲彈藥、刀械（本身即超越容許風險[56]）可以推定屬於非和平。以槍枝為例，絕大多數犯罪是出於衝動，所以犯罪學研究嚴格的槍枝管控，有助於減少犯罪[57]。因此管控攜帶武器具有實證及規範意義的正當性。

蒙面不能當然認為屬於非和平，必須待其實質上造成群眾混亂失控之惡害，亦即有法益失控風險的著手時，才能認為非和平。其次，攜帶防衛性裝備，也要探究使用者目的。如果只是為防衛自己，則非屬攻擊性武器。即便攜帶是為了暴力行為，也必須有法益失控風險，才能說是非和平。非和平的要件而不能無限上綱，否則會浮濫認定集會自始不受保障，反而成為國家箝制集會自由的藉口。更何況，即便就實證法，**刑法上亦有許多阻卻不法事由，諸如第 23 條正當防衛、第 24 條緊急避難等，其手段亦允許以暴力、武力反擊。**而且還必須考量實質平等問題，不能直接認為暴力、非和平就不得阻卻違法。

因此，就國際公約或比較法、政治哲學公民不服從上所承認之「和平性」要

---

52 李震山（註 40），頁 56。

53 John D. Inazu, *The First Amendment's Public Forum*, 56 WM. & MARY L. REV. 1159, 1169 note 30 (2015) 指出和平性之限制可能顯示一小部分公共利益之概念，惟其只排除集會參與暴力行為。

54 *Ullrich* (Fn. 3), S. 296 ff., 349.以德國刑法第 125 條為例，參見 *Ullrich* (Fn. 3), S. 310 ff.

55 本文認為名譽是否具有普遍有效性而有法益適格尚有疑義，故暫且先不列入。

56 黃榮堅，基礎刑法學（下），4 版，頁 481（2012 年）。

57 Tom Gash 著，堯嘉寧譯，被誤解的犯罪學：從全球數據庫看犯罪心理及行為的十一個常見偏誤，頁 115-116（2018 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

件，不能夠僵硬的適用，**毋寧是只能將其作為警察執法或訴訟法上「推定」之功能**。重點並不在和平、非和平、暴力、非暴力等文字遊戲，重點在於為該行為的正當性。因此，我們不能夠將和平性作為集會成立刑事責任的判斷標準[58]。

第二節、事前限制－集會解散處罰的形式要件

談論完集會自由保護的範圍與刑事責任間關係後，本節將探討現行法下事前限制對集會遊行的影響。準則許可制的事前限制，使未申請集會成為不法集會，面臨解散，進而連結到刑事處罰的效果。因此，在現行法存在前提下，應該如何合理的限縮解釋，避免處罰過於寬泛，就是重要的議題。本節概述事前限制的內涵（第一項），接著論述現行集遊法許可制違憲（第二項）。對於事前限制的情形，也必須具有充足的程序保障（第三項）。並探究其他與事前限制相關概念的必要性（第四項）。最後提出事前限制正當性與刑事處罰的前提（第五項）。

第一項　概觀言論自由之事前限制

言論自由事前限制，可說是對於言論自由之全面破壞[59]。釋字第 445 號解釋認為如果符合明顯而立即的危險，就可以對集會不予許可（稱事前抑制或）。但是，在美國法上的明顯而立即危險原則，並非用來當作事前抑制之標準，而是事後追懲之標準[60]。在臺灣極權統治的時期事前審查就是政府打壓異己、控制社會的規訓工具。即使是現代民主時代，仍然要避免家父長的心態，而將鎮壓暴力，轉變為規訓工具[61]。對於言論事前限制，必須採取極其嚴格之態度。尤其，在刑事法領域中，以預測未來發生之可能，就加以處罰都會面臨正當性基礎的挑戰，例如預備犯就是很好的例子。

司法院釋字第 744 號解釋認為事前審查，只有防免人民遭受直接、立即及難

---

58 至於將和平性作為行政法上避免暴力蔓延的風險預防，則是另一個問題，礙於篇幅本文此處不再處理。

59 司法院釋字第 744 號解釋湯德宗大法官協同意見書。

60 許志雄，集會遊行規制立法的違憲審查基準－－司法院釋字第 445 號解釋評析，收於：人權論－－現代與近代的交會，頁 280（2016 年）；司法院釋字第 744 號解釋黃昭元大法官協同意見書。

61 司法院釋字第 744 號解釋黃昭元大法官協同意見書。

doi:10.6342/NTU201901943

以回復危害之特別重要之公共利益目的才會合憲。應該注意的是，該標準與司法院釋字第 445 號解釋與第 644 號解釋所說的明顯而立即之危險原則，並不相同。事後管制的目的審查時所使用的「明顯而立即危害」，並不要求危害需達「難以回復」的程度[62]。司法院釋字第 744 號解釋正視事前審查會完全破壞言論自由，因此提高審查的密度。必須弊害與言論有時間上的密切關聯，無法以其他言論避免弊害發生；且弊害發生無法藉由事後金錢賠償等手段回復原狀，或是追懲消除已發生的弊害[63]。

司法院釋字第 756 號解釋理由書第 13 段認為，國家對一般人民言論之事前審查，原則上應為違憲。然而，為達成監獄行刑與管理之目的，監獄對受刑人事前審查言論，不會採取推定違憲的立場。此種立場實值商榷，因為政府可以主張各種安全或秩序的空泛說詞，作為降低司法審查的依據。另外，也讓人質疑因為受刑人之身分而為之不合理差別待遇[64]。對於受刑人與一般人的處境更為惡劣，照理來說，更不應該降低審查密度。

第二項　事前許可制違憲

如果依照前述司法院釋字第 744 號解釋的意旨現行集會遊行法的許可制就有違憲的可能[65]。內政部曾主張集會遊行法採準則許可制，對於集會遊行只有依法為准駁處分，不得違法不予許可。事前許可制讓集會者有寬裕的準備時間，也可以讓主管機關即時了解情況[66]。又行政院主張以釋憲當時近 5 年來警察機關受理集會遊行申請案資料統計，不准許比例甚低[67]。另外，以臺北市為例，近年關於臺北市集會遊行 93 年至 100 年 10 月相關統計，警察機關不予許可集會遊行

62 司法院釋字第 744 號解釋黃昭元大法官協同意見書；司法院釋字第 644 號解釋林子儀大法官協同意見書。
63 司法院釋字第 744 號解釋黃昭元大法官協同意見書。
64 司法院釋字第 756 號解釋詹森林大法官部分不同意見書。
65 司法院釋字第 744 號解釋許宗力大法官協同意見書；司法院釋字第 744 號解釋黃昭元大法官協同意見書。
66 司法院釋字第 445 號解釋理由書內政部主張。
67 司法院釋字第 445 號解釋理由書行政院主張共受理申請 31725 件，不准許者僅 108 件，約佔 3.4‰。

doi:10.6342/NTU201901943

案件的比率甚低[68]。

本文認為這樣的統計數據毫無意義，因為它並沒有辦法呈現為何駁回申請，或者因為程序繁複等所事前抑制言論的黑數[69]。而且此數據，反而坐實了主管機關針對少數案件，可能是因為少數較不受歡迎的言論而予以駁回。這根本是對於觀點的歧視，針對言論內容所為的事前限制。因為只要法律制度留有空間，就無論是否「實質上」為報備制（準則性許可制），都無法證立其正當性。行政機關可以藉此漏洞濫權，而不受法院之監督。所謂實質上報備制更是維護既得利益，昧於現實的作法。即便是同一處所有他人申請，也可以保障雙方的集會，而非排斥後申請者，否則有抑制不受歡迎言論的嫌疑。另外，要求期限內提出聲請，也嚴重限縮人民的集會自由。如果法律欠缺合理的程序規定，則申請者可能放棄遵守法律，逕自進行集會[70]。

研究指出每年均有 10%~50%（內政部，警察機關處理集會遊行發生數）屬於「未申請」，也就是並未取得許可但仍然舉辦的集會遊行[71]。「未申請」的案件，顯示所謂極低比例「不許可」的假象。未申請的案件，可能就是在現行許可制被排除的集會遊行，但是未為行政處分，卻歸類在「未申請」，而在統計上被忽略。即便取得許可，也可能是為了獲得許可，而被迫符合機關或主流價值。所以，討論許可制、禁制區的效果時，受影響者並不是如同行政機關所主張的，僅有「不許可」不到 1%；而是有許多的抗爭在實務的操作下被排除、或弱化[72]。

即便集會遊行未經許可，並無證據顯示會立即失控，對於他人生命、身體、自由、財產等法益為造成直接、立即之威脅。所以，依照司法院釋字第 744 號解釋意旨，集會遊行事前許可制應屬違憲。更進一步，恐怕正是因為國家故意駁回

---

[68] 臺北市政府法規委員會，臺北市人權保障白皮書，頁 6（2012 年）統計警察受理集會遊行未核准案件計 179 件，占總件數 2.62%；不核准原因是違反集會遊行法第 11 條第 4 款：「同一時間、處所、路線已有他人申請並經許可」或第 6 款規定：「未依申請時效內，於 6 日前提出申請」。

[69] 許志雄（註 60），頁 270 註 38。

[70] 許志雄等（陳銘祥執筆），現代憲法論，4 版，頁 151（2008 年）。

[71] 許仁碩，臺灣「警察處理抗爭」之法制的考察及省思－－以政黨輪替時代的警察策略及其反制為核心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 107（2015 年）。

[72] 許仁碩（註 71），頁 110。

doi:10.6342/NTU201901943

人民之許可，才是造成集會遊行演變成為暴亂的首因。如果真的要事前限制，恐怕應該先限制國家的駁回行為！如同多數對於集會遊行法提出質疑之研究者，本文認為不應採許可制，而應該採自願報備制[73]。

第三項　充分程序保障

第一款　事前限制的程序保障內涵

如果事前限制欠缺程序保障，而無法有效或即時的進行救濟，也會使集會自由實質被掏空。人民也會因為未取得許可，而面臨解散及處罰。司法院釋字第744號解釋理由書第3段提及，公權力為事前限制同時，必須賦予人民獲立即司法救濟之機會，始為合憲。立即司法救濟就是在說明如果要賦予行政機關事前審查言論的權力，應該要提供充分的程序保障配套設計[74]。司法救濟是指法院所提供救濟[75]。僅有向行政機關訴願等程序，並非充分保障，而是要由法院裁判來加以制衡。**立即的司法救濟，代表在人民預定發言日前，法院必須做出裁判**[76]。有立即司法救濟，才能符合具實效性的憲法訴訟權保障，也就是在適當時間內裁判及賦予暫時權利保護[77]。類如行政訴訟法第237-10條以下關於收容即時之司法救濟以及提審法相關規定可以作為參考。不過，仍然**應該在言論預定發表前由法院為裁判，才符合充分程序保障的要求**。

前述的詮釋，受到*Freedman v. Maryland*[78]案的影響。*Freeman*案有要求三項

---

[73] 僅例示黃國昌，關於集會遊行法之修正－法律專業團體版的緣由，全國律師，12卷12期，頁67-86（2008年）；法治斌，董保城（註3），頁251-252（2014年）指出報備制對人民行使集會遊行較為方便，不必政府同意的程序。不過，所謂許可/報備制區分，毋寧是十分化約的說法。惟本文不欲細究行政法上區分意義，故直接採取本文所認為最合適者。其他細緻討論詳參法治斌，集會遊行之許可制或報備制：概念之迷思與解放，收於：法治國家與表意自由，頁343-364（2003年）；張維容，德、日、韓集會遊行法制之研究，警學叢刊，44卷3期，頁85-124（2013年）。另外，日本國最高法院認為主管機關除了團體在直接危害和公共秩序之維持外，都應予許可，實質上等同報備制。參見蘆部信喜著，李鴻禧譯，憲法，頁176-177註2（1995年）。

[74] 司法院釋字第744號解釋黃昭元大法官協同意見書。

[75] 司法院釋字第744號解釋黃昭元大法官協同意見書；*Ipsen* (Fn. 3), Rn. 885.

[76] 司法院釋字第744號解釋黃昭元大法官協同意見書。

[77] *Ipsen* (Fn. 3), Rn. 886; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 3), Rn. 1109-1110; *Depenheuer* (Fn. 3), Art. 8 Rn. 129 f.

[78] 380 U.S. 51 (1965).

doi:10.6342/NTU201901943

程序保障[79]，1.事前限制者負擔舉證責任（burden of proving），2.其必須在最短時間（shortest period）內為決定，在司法審查前維持現狀（status quo）。另外，還需要 3.立即由司法為最終的決定（a prompt final judicial determination）[80]。符合上述要件的事前限制始為合憲。

第二款　程序保障與法規的內容中立無關

不過，美國聯邦最高法院自 2002 年起，不再認為初次的行政機關決定有時間限制（time limit）。這導致 *Freeman* 案所建立的核心要素被掏空，容許政府以內容中立的法規鎮壓不喜歡的言論[81]。在 *Thomas v. Chicago Park Dist.*[82]案中，美國聯邦最高法院認為因為內容中立的法規並沒有針對言論的內容、排除特定的溝通[83]，所以 *Freeman* 案的標準不適用在內容中立的法規。法院認為不同於 *Freeman* 案，集會遊行許可制度只是行政、警政的例行程序，以調整市民的權利，保護他人安全以及便利性[84]。換言之，內容中立的言論限制，無須 *Freeman* 案建立的程序保障。然而，單純仰賴內容中立性，就能避免不當的言論事前限制是不可能的[85]。過度強調內容中立的判斷原則忽略了事前審查的問題[86]。我國司法院釋字第 445 號解釋認為：「有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無牴觸。」單純以內容中立性解決，顯然迴避了事前限制之問題。表面中立規定，實質歧視上歧視仍應該被禁止。不能只把重點放在中立與否，要注意是事前審查。更何況，臺灣的集會遊行法第 8 條本身就已經不是內容中立的限制。

---

[79] Edward L. Carter & Brad Clark, *Death of Procedural Safeguards: Prior Restraint, Due Process and the Elusive First Amendment Value of Content Neutrality*, 11(2) COMMUNICATION LAW AND POLICY 225, 230 (2006).
[80] Freedman v. Maryland, 380 U.S. 51, 58-59 (1965).
[81] Edward L. Carter & Brad Clark, *supra* note 79, at 226, 239-44, 252.
[82] 534 U.S. 316 (2002).
[83] *Id*, at 320-23.
[84] *Id*, at 323.
[85] Edward L. Carter & Brad Clark, *supra* note 79, at 253.
[86] ORSOLYA SALÁT,THE RIGHT TO FREEDOM OF ASSEMBLY: A COMPARATIVE STUDY 70-71 (2017).

doi:10.6342/NTU201901943

因此，程序保障要求，與內容中立與無關。即便是非針對言論內容所為之管制，仍然必須有程序保障。*National Socialist Party of America v. Village of Skokie*[87]案進一步認為如果沒有提供 *Freeman* 案所建立的程序保障，法院就必須允許中止執行（stay）[88] 值得參考。本文認為如果國家未給予充足的程序保障，同時也代表國家沒有提供適當的集會場所，所衍生的刑事責任不能歸責人民。

第四項　其他集會遊行法事前限制相關概念的必要性

集會遊行法中還有以下室內外、緊急偶發集會或是禁制區的區分存在。這些概念，與許可制或事前限制的概念息息相關，也會影響到解散及刑事處罰的問題。而區分是否有實益，本文接著進行探討。

第一款　室外／室內集會區分

第一目　區分正當性

世界各國多有室外/室內集會的規範上區分[89]，我國集會遊行法第 8 條第 2 項也規定「室內集會無須申請許可。但使用擴音器或其他視聽器材足以形成室外集會者，以室外集會論」。至於室外/室內集會區分之理由，有認為因為室外集會遊行對他人生活安寧與安全、交通秩序、居家品質或環境衛生常有不良影響，而在室外舉行比較容易出現混亂或衝突，難以預估。所以室外集會遊行原則上應該採事前許可制[90]。至於特定類型室外集會遊行，不必向主管機關申請許可[91]或報備（申告[92]），也是基於影響他人基本權以及公共的安寧秩序侵害的危險極少，

---

87 432 U.S. 43 (1977).

88 *Id*, at 44.

89 德國基本法第 8 條 2 項「…室外集會...」（…Für Versammlungen unter freiem Himmel…）；德國集會與遊行法第 14 條 1 項「…舉辦室外公開集會或遊行...」（…eine öffentliche Versammlung unter freiem Himmel oder einen Aufzug zu veranstalten…）；大韓民國集會及示威法第 6 條「…室外集會...」（…옥외집회…）。

90 司法院釋字第 718 號解釋；蕭文生，呼籲設立天體營河岸之集會，月旦法學教室，144 期，頁 7-8（2014 年）。

91 如我國集會遊行法第 8 條第 1 項所列學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動、宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動。

92 大韓民國集會及示威法第 15 條規定對於學術、藝術、宗教、儀式、親睦、娛樂、冠婚喪祭、國慶行事相關的集會排除適用集會示威法第 6 條第 1 項規定，也就是排除對室外集會主催者（主辦者）課與之事前申告義務。（학문, 예술, 체육, 종교, 의식, 친목, 오락, 관혼상제 및

doi:10.6342/NTU201901943

所以無須事前準備措施。因此，無須事前許可或報備的集會，即便未知會主管機關，也不能處罰[93]。

第二目　本文見解

然而，只因為「可能」有較大安寧秩序的影響，就區分室外/室內集會，而區分截然不同的效果，並非妥當。如果是室內集會，未事先知會主管機關，不會受到行政法或刑法處罰。但是，一旦屬於室外集會，則不經許可或報備，立刻屬於不法行為。首先，室內集會不良影響會較小的觀點，非常值得商榷。例如關廠工人於臥軌、318 學運或梨花女子大學抗議學制改變而學生衝入辦公室[94]，這些室內型的集會也造成很大的外部影響。甚至集會遊行法第 8 條第 2 項但書還認為擴音、視聽器材足以構成室外集會的情形，視為室外集會，更是使室內外難以區分。文獻上認為要看空間的開放性程度決定室內或室外。並且認為其所舉的案例，在議會出入口及其周邊道路附近開放空間，所舉辦的活動主要在遮雨棚內進行，但因為可以任意進入遮雨棚內，所以還是室外集會[95]。最後這些規定，不過是使實務工作者[96]成天玩說文解字的遊戲，毫無意義。

再者，我國集會遊行法第 8 條第 1 項所規定不必經過許可的室外集會，如學術、藝文、旅遊、體育競賽、宗教、民俗、婚、喪、喜、等慶活動，所造成之影響其實也和其他室外集會相同。例如臺灣常見之婚喪喜慶，常常造成交通阻塞。而且，如此區分反而是認為其他言論價值比婚喪喜慶還低[97]。

最後，這樣的區分將會造成被認定為室外集會，又不符合法條所列各種類型的活動，即便集會是和平進行，仍然要履行事前許可或報備之義務。否則，就是

국경행사에 관한 집회에는 제 6 조부터 제 12 조까지의 규정을 적용하지 아니한다.）

93 대법원 2013. 10. 24. 2012 도 11518

94이대 경찰 투입 사태， 학생 폭력만 부각한 http：//www.ohmynews.com/NWS_Web/View/at_pg.aspx?CNTN_CD=A0002231581（最後瀏覽日：2019 年 5 月 13 日）。

95 蕭文生（註 90），頁 8；*Ipsen* (Fn. 3), Rn. 570; *Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 2), S. 19 指出不是以有無天花板決定室內或室外，而是視開放程度而定。

96 대법원 2013. 10. 24. 2012 도 11518 此判決長篇大論何謂室外，並以其法條其憲法裁判所之定義如是否四面封閉或有無天花板為論述。

97 廖元豪，敵視集會遊行權的集會遊行法，月旦法學教室，58 期，頁 6（2007 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

不法行為，可能面臨解散，或者被認定為不合和社會常規[98]、社會相當性而不能阻卻不法。本文一再強調，集會是否和平與違反法律與否無關。**即便違反事前許可或報備制度，也不當然認為可以解散集會，而仍然需要在具體個案中去判斷是否風險失控**[99]，只有在參與該集會對於法益侵害已經風險失控，始得加以解散或處罰。因此，我們可以認為，所謂室外/室內之區分不過是事實上的區分，並沒有規範上的意義。規定只是提醒我們在室外集會時比較有可能會造成較大的影響，作出初步衡量的判斷。至於是否成為刑法意義上之不法集會，仍需視其是否著手於犯罪。

第二款　緊急／偶發／一般性集會區分

司法院釋字第 718 號解釋區分緊急性集會（事起倉促）及偶發性集會（未經召集）而前者仍須經報備，後者不須報備亦不須許可[100]。至於一般性集會，仍須經事前許可。本號解釋提出緊急偶發一般性集會，只是事實上區分，仍然不具有規範上的意義。緊急性集會與偶發性集會之區別在於有無主辦者。但是，不能說明何以二者可免除報備或仍須報備，而一般性集會卻仍然要經許可。更進一步，緊急性或偶發性的原因，通常代表所面臨之情形比起一般性集會更為嚴重，例如銀行擠兌、地震、水災等。如果嚴峻的情形還容許緊急性（仍須報備）或偶發性集會（無須報備），承平時期的一般集會反而卻要經過許可，前後價值判斷有所矛盾。再者，也有大法官承認緊急及偶發集會逐漸變成集會的常態[101]。這樣的說法根本自打嘴巴，因為既然這樣的集會是常態，應該宣告規定違憲，使一般集會「正常化」[102]。如果不將偶發或緊急性集會正常化，會導致人民需要承擔未經

---

98 대법원 2013. 3.28. 2011 도 2393、2009. 7. 9. 선고 2007 도 1649
판결認為即便主管警察機關掌握室外集會情況，而且集會是和平且正當表達意見的，仍然無法免除法律上申告的義務。未申告的集會，不屬於合於社會常規之正當行為。

99 即便是認為應區分室內或外的學說也認為未申請許可不代表會危害安全或他人權益。參見蕭文生（註 90），頁 8。

100 司法院釋字第 718 號解釋理由書第 2 段；蔡震榮，論釋字第七一八號有關緊急性及偶發性集會遊行之解釋，月旦法學雜誌，230 期，頁 111-112（2014 年）。

101 司法院釋字第 718 號解釋蘇永欽大法官協同意見書。

102 李建良（註 45），頁 25。

doi:10.6342/NTU201901943

許可的解散及相關刑事處罰風險。

第三款　禁制區

第一目　禁制區的概念內涵

在集會遊行法裡，以地點為由限制集會遊行自由最大者，莫過於集會遊行法第 6 條的禁制區規定[103]。禁區內集會，立即面臨解散及刑事處罰的後果。禁制區起源的是保護議員人身免於受攻擊，維護議會自由與議事不受街頭運動之影響。因為德國曾在議會發生流血事件，導致數十人之死亡的歷史，促成禁制區的出現[104]。我國規定參考德國法，但是，我國並沒有歐洲國家的歷史背景，直接繼受禁制區的立法目的[105]，有商榷之餘地。

禁制區幾乎剝奪人民在該場所的集會自由。在文獻上認為禁制區是抑制性的禁止，但保留有免除禁止之可能（特許制、創設權利）[106]。相對而言，則為預防性的禁止，但保留有許可之可能（許可制、暫時受限制權利回復），其為暫時性的管制手段[107]。從集會遊行法第 6 條「准許」的文義，是特許制，原則上禁止人民於禁制區集會遊行，賦予主管機關對於例外核准極大的裁量權。即便集會並非針對禁制區內的機關，人民仍然沒有請求權[108]。司法院釋字第 445 號解釋並未對於禁制區之存在有所質疑，也對於該限制為何不至於違反比例原則未置一詞。人民沒有請求於禁制區內集會遊行的權利，等同於絕對禁止集會。如此所造成的對立與危害相對也極大[109]。學者認為劃定區域可達 300 公尺有違比例原則，甚

---

103 「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。二、國際機場、港口。三、重要軍事設施地區。四、各國駐華使領館、代表機構、國際組織駐華機構及其館長官邸。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。第四款地區之週邊範圍，由外交部劃定公告。但不得逾五十公尺。」

104 蔡震榮，從江陳會論民主自由與法治的界限，臺灣法學雜誌，117 期，頁 59（2008 年）。

105 應注意的是，臺灣的特色是立法院並非禁制區。

106 程明修，集會遊行法禁制區規定的合憲性，法學講座，6 期，頁 70（2002 年）；*Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 2), S. 74; *Depenheuer* (Fn. 3), Art. 8 Rn. 160; *Volkhard Wache*, in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, 222. Aufl., 2018, VersammlG § 16 Rn. 3.

107 程明修（註 106），頁 71。

108 *Wache* (Fn. 106), VersammlG § 16 Rn. 3.

109 程明修（註 106），頁 70。

doi:10.6342/NTU201901943

至是違憲的疑慮[110]。

值得注意的是，大韓民國憲法裁判所於 2018 連續宣告國會、國務總理官邸及各級法院的禁制區限制的範圍過廣，規範與處罰皆違反比例原則而違憲。固然禁制區保障上述機關的功能運作及相關人員的人身安全有其正當性，但是規定限制所有集會，限制過當。應該解除限制者，例如小規模集會，或是非針對這些機關，而經過機關附近的集會。又或是未影響機關功能的集會等情形[111]。

第二目　禁制區目的

針對禁制區的規定，司法院釋字第 445 號解釋文認為「係為保護國家重要機關與軍事設施之安全、維持對外交通之暢通」。文獻上認為禁制區的目的在於維繫有關機關的功能正常運作，相關人員的人身安全及心理不受侵害，及避免輿論影響有關機關的決定[112]。即使因為參與集會遊行之人民過於激烈，而可能產生違法情事，也應視個案發展情形為判斷，更可以由在場員警即時制止。況且，只要保護國家重要機關與軍事設施建築本身，就能確保安全性。如果是為了避免衝突影響機關功能的運作，則視實際情形，劃定安全距離就已經足夠了。而不必事前授權 300 公使如此寬廣的距離。至於維持對外交通之暢通更不必劃定禁制區，只要維持出入口之交通動線順暢即可。此外，認為集會遊行必然影響機關功能運作或人員的心理，似乎欠缺實證基礎。

集會遊行法第 6 條賦予禁制區寬廣的形成範圍，讓人民無法以和平集會自由意見表達給有關的機關，剝奪集會自由所保障的核心內涵[113]。行使集會遊行其中一個目的在於主動提供政府意見，參與國家意思形成，是人民與政府間的重要

---

110 程明修（註 106），頁 70；劉靜怡，我可以在法院前廣場抗議嗎？，月旦法學教室，165 期，頁 8（2016 年）；蔡庭榕，論集會遊行權利與規範，月旦法學雜誌，173 期，頁 230（2009 年）；蔡震榮（註 104），頁 60（2008 年）；蔡震榮，集會遊行法修法之探討與建議，警察法學，9 期，頁 226（2010 年）。

111 헌재 2018. 5. 31. 2013 헌바 322 등；헌재 2018. 6. 28. 2015 헌가 28 등；헌재 2018. 7. 26. 2018 헌바 137.

112 *Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 2), S. 72-73; OVG Münster NVwZ-RR 1994, 391 (392); 程明修（註 106），頁 69；李震山，民主法治國家與集會自由，收於：人性尊嚴與人權保障，頁 312（2009 年）。

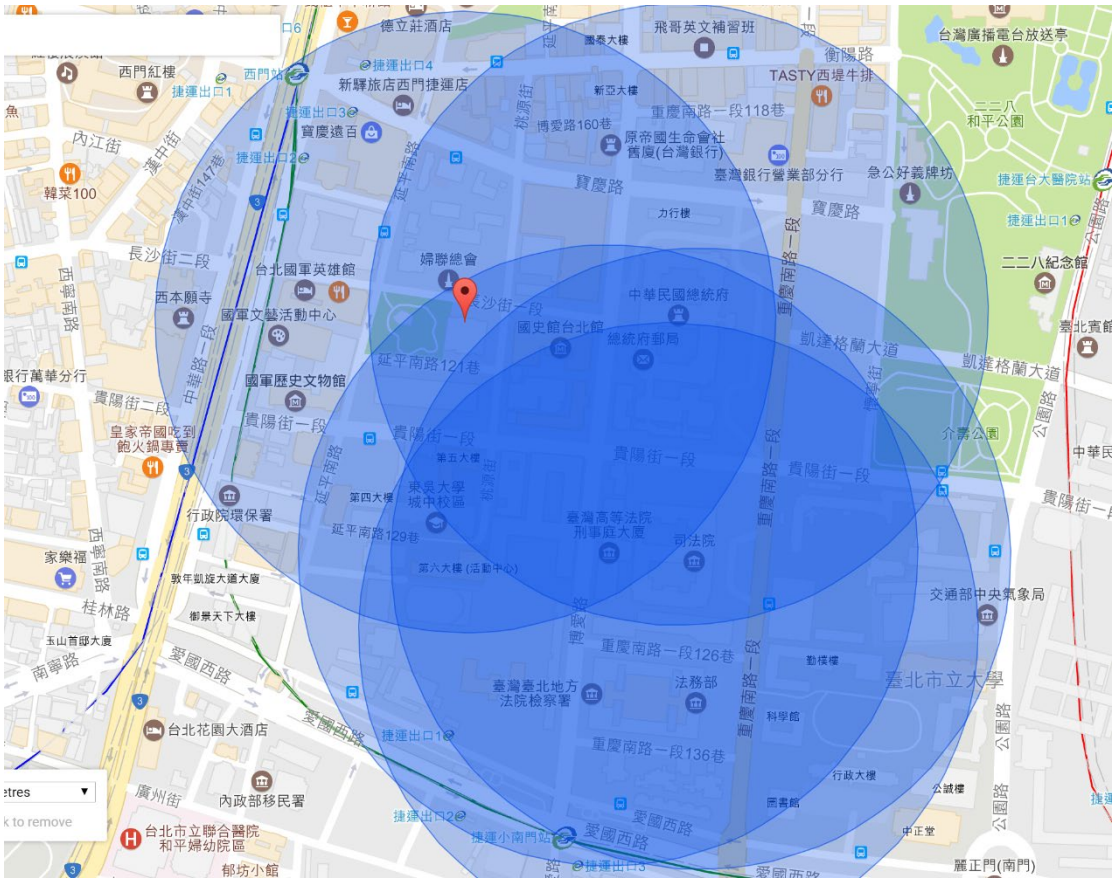
113 蔡震榮（註 104），頁 60。

doi:10.6342/NTU201901943

溝通方式[114]。尤其「總統府、行政院」在民主政治中是行政權核心的機關，本來就應直接向人民負責，以落實責任政治要求，卻將周邊劃為法定禁制區，不允許人民在該區域內表達意見，與民主政治的體制有所扞格[115]。

更進一步，即便影響機關功能，或造成機關內人員心理壓力，本來就是集會遊行所欲達成效果。藉此傳達人民的想法，以促進政府能正視而與人民溝通。這同時涉及言論自由實現自主權利以及促進民主的功能。法定禁制區的機關經常是人民訴求對象，在這些機關周圍發表言論，更能最大程度發揮言論自由溝通的功能。在此意義下，集會遊行法第 6 條之目的，與其說是維繫各該機關運作能力及機關內人員心理作用的完整，恐怕實際上是為了使人民聲音無法表達，透過拒絕、迴避或冷處理的態度，來弱化議題的討論。

第三目　全面封鎖的禁制區



114 程明修（註 106），頁 66。
115 劉靜怡（註 110），頁 7。

doi:10.6342/NTU201901943

圖表 2 禁制區的範圍

經筆者在 Google 地圖上以 300 公尺為半徑繪圖[116]，我國禁制區呈現高度重疊的情形，完全封鎖於該地區附近的集會遊行。禁制區如總統府、司法院等都是人民重要的訴求對象，這樣根本使集會遊行形同虛設。尤其，全面性禁止，可能會對於特定群體、觀點者造成不成比例的限制[117]。例如：法務部認為縱然依工會法舉行罷工，仍然不能逕自在禁制區內舉行[118]。此見解根本無視罷工本質是在對資方行使爭議權，同時為了取得輿論支持，以施加壓力在資方身上。對於勞工如果想對於行政院抗議，就會全面受到封鎖。進而，本文認為即便未經核准在禁制區內為集會，未必能解散及處罰。

第五項　集會遊行事前限制及刑事處罰的前提

本文爬梳了我國破敗卻被大法官敝帚自珍的集會遊行法。已經腐朽發臭的集會遊行法唯有棄置，才能浴火重生。而事前抑制與本論文最重要的關聯之處在於：如果未依集會遊行法向主管機關申請許可，則集會則自始是不合法之集會。許可制是原則禁止，例外許可[119]。而不合法的集會將會面臨解散之命運，不解散者會受到刑法第 149 條或集會遊行法第 29 條的刑事處罰。但是，不合法的集會遊行，無論是違反刑法或是其他法律，未必是非和平集會，也未必一定要解散。因此，唯有在該集會已經對於他人生命、身體完整性、自由、財產有法益失控之風險，著手犯罪時，才能解散集會，或以刑法處罰。

Hill v. Colorado 案法院認為在病患進出診所之處，8 呎的禁止言論之緩衝區是可以被接受的。法院認為緩衝區是為了保護希望進出診所的人，其中許多人有著心理或物理上的病痛，在物理上遠離示威者才能避免影響[120]。*Hill* 案雖限制了

[116] 圖中僅使用總統府、司法院、最高法院、高等法院刑事大廈、臺北地院簡易庭等法律授權可劃定禁制區的最大範圍。

[117] Geoffrey R. Stone, *Content-Neutral Restrictions*, 54 U. CHI. L. REV. 46, 65-67, 81-86 (1987).

[118] 法務部法律字第 10503512340 號。

[119] 法治斌（註 73），頁 349。

[120] Hill v. Colorado, 530 U.S. 703, 715-18, 729-30 (2000). Aaron E. Schwartz, *Honk to Remove this Demonstration: The Eighth Circuit Adopts a Hecklers Veto* ,70 MO. L. REV. 583, 596 (2005) 認為系爭法規並非避免潛在聽眾聽到特定言論，而是在保護尋求醫療救助且已經在易受傷害的物理、心理

doi:10.6342/NTU201901943

表意人發表言論的區域，但是以距離而言不是太遠，也不是禁止抗議者發表言論，不會讓言論自始凍斃。雖然是事前限制，但只是畫下緩衝區，避免病患受到無可回復的損害[121]。就此而言，本文認為如果要事前限制言論，唯有如同 *Hill* 案例中，重大無可回復之情形下，才能正當化國家的干預。而且，也不能完全禁絕表意人的言論，只能在必要時，以拉長距離等方式限制。同時，必須給予程序保障，讓人民有立即司法救濟的機會。如果國家未給予充足的程序保障，同時也代表國家沒有提供適當的集會場所，所衍生的刑事責任不能歸責人民。所以，即便依照我國集會遊行法現行的許可制（事前限制），也必須如本文一樣嚴格解釋。

第三節　明顯而立即之危險－集會解散處罰的實質要件

暫且承認實證法下，即便集會許可申請為要件，也不能單純以是否許可作為解散及處罰的標準。否則將會完全箝制集會自由。實務見解以集會有明顯而立即危險事實，依集遊法第 25 條得予以解散或是處罰的標準[122]，進而影響到可否以第 29 條處罰的問題。就此，明顯而立即危險（clear and present danger）可能作為集會解散及成立犯罪的實質標準，而非以形式許可與否為標準。本節將探討以明顯而立即之危險是否足以作為刑事責任判斷的實質標準。

第一項　明顯而立即之危險原則的內涵

美國聯邦最高法院大法官 Holmes 一開始和主流意見相同，認為政府可以因為言論具有惡意傾向（bad tendency），為保護公共利益而限制言論。然而，後來為了對抗在戰時（in wartime）一面倒地訴諸公共利益，Holmes 訴諸尋求真理的推論，並與明顯而立即危險原則結合。當言論會讓意見交換失效的時候，也就是

狀態下，避免他們受到粗鄙、不雅言論之潛在傷害。

[121] 司法院釋字第 744 號解釋認為事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的始為合憲。

[122] **論及未經許可集會**：臺灣高等法院 103 年度上易字第 1223 號刑事判決 參、四、(一)；臺灣高等法院 98 年度矚上易字第 1 號刑事判決五、(五)。**論及未經許可集會**：臺灣高等法院 102 年度上易字第 1235 號刑事判決 貳、三、(一)；臺灣高等法院 97 年度上易字第 1741 號刑事判決二、(四)；司法院釋字第 445 號解釋理由書。

doi:10.6342/NTU201901943

有明顯而立即的危險，而成為違法具傷害性行為時，才可以禁止[123]。經過案例之發展，美國聯邦最高法院大致上認為明顯而立即危險須具備「表意人以該言論來達成煽動或產生立即之非法行為之目標」，代表表意人有故意的主觀要件。這也代表重點是在言論內容，而非客觀的危險性，表意人僅須為其所預見的範圍負責。而且，言論對不法行為產生須具有「立即性」及「可能性」。「立即性」是指弊害有急迫危險時，無法以言論治癒弊害[124]。所以，只有故意的言論會立即且可能發生實質嚴重的弊害，且無法透過理性、更多的言論治癒時，才能禁止[125]。

第二項　我國現行法體系下無引進此原則之必要

明顯而立即之危險原則要件，是行為人主觀上有故意，而不法行為對於法益侵害具有立即性、可能性，且弊害有重大急迫，無法及時以更多言論治癒。問題在於，其實這個標準對於我們判斷言論是否應該禁止，似乎並沒有幫助。其次，要件包含主觀上之故意，又判斷對於法益侵害立即且可能的危險，則定位似乎與刑法著手時點判斷相當，甚至可以說是重複。有認為在光譜上從最前置抽象危險犯到具體危險犯，再到最後明顯而立即的危險[126]。然而，本文認為這樣在文字意義上區分固然有可能，但是在規範並沒有畫出有意義的界線。況且具體危險犯與抽象危險犯之區分已有問題[127]。例如有認為「致生公共危險」之類的要件都是空的。因為行為人本來就應該對於行為的實害要有所認識，這也只是容許風險的應用而已，無論是具體危險犯或是抽象危險犯都應該如此[128]。更遑論抽象危

---

123 Stephen M. Feldman, *Postmodern Free Expression: A Philosophical Rationale for the Digital Age*, 100 MARQ. L. REV. 1123, 1132-38 (2017).

124 林子儀，言論自由與內亂罪－－「明顯而立即危險原則」之闡釋，收於：言論自由與新聞自由，頁 218-219（2002 年）。

125 林子儀（註 124），頁 221-226（2002 年）；司法院釋字第 644 號解釋林子儀大法官協同意見書。

126 司法院釋字第 644 號解釋許宗力大法官協同意見書。

127 黃榮堅（註 56），頁 582 認為具體危險犯，密接或偶然等審查標準，欠缺最低限度的標準明確性。

128 黃榮堅，論危險故意－評最高法院九十三年度台上字第一一五五號及九十一年度台上字第六三六八號判決，月旦法學雜誌，118 期，頁 234-235（2005 年）；林裕凱，從危險犯論放火罪之可罰性基礎，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 99、102（2006 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

險犯本身存在正當性[129]根本已經受到強烈的抨擊。

又從 Holmes 大法官對於未遂犯（attemps）之論述，可以看到他認為法律只處理行為（conduct），他將未遂犯區分為：

1.在該情況下自然且可能（natural and probable）形成實質的犯罪，此時無須判斷行為人的意圖（intent），例如：對人群開槍。

2.還需要其他行為介入才會發展成犯罪，必須確認行為人有意圖。例如：行為人舉著火炬[130]。

Holmes 大法官所處理的未遂犯問題，其實與我國十分類似，也就是未遂犯客觀上、主觀上危險之問題。而且從中，也可以更集會自由與群眾運動貼近地了解 Holmes 大法官所提出明顯而立即危險原則，與上述標準十分類似[131]。因此，本文認為明顯而立即之危險原則於我國無適用之餘地，引進該原則根本水土不服。只會使我國法體系更加混淆。況且，該原則是屬於「事實判斷方法」，本質上為法律之解釋而已[132]。最終，我們仍然應該要判斷的是不法的時點，也就是行為人主觀上認知期當時行為會導致不法利益侵害的失控，則行為人行為具備故意，並且已經著手[133]，只有行為人著手時，才可以對於集會加以禁止及處罰。

---

129 僅例示王皇玉，論危險犯，月旦法學雜誌 159 期，頁 240 以下（2008 年）；司法院釋字第 623 號解釋許宗力大法官部分協同與部分不同意見書。

130 WENDELL HOLMES, THE COMMON LAW 65-67 (Rev. ed. 1923). Stephen M. Feldman, *supra* note 123, 1132-34 (2017) 指出 Holmes 的 clear and present danger 並不是新的標準。

131 本文依循的研究方法，參見謝佳穎，明顯而立即危險原則之回顧與前瞻，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 19-20（2014 年）。

132 謝佳穎（註 131），頁 44。

133 黃榮堅（註 56），頁 481、494-496；黃榮堅，論行為犯，收於：刑罰的極限，頁 224-225（2000 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

第四章、集會遊行法與刑法關聯的特殊問題

討論完集會本身形式、實質要件與刑事責任之間的關聯後，本章進一步探討集會與刑責的特殊問題。首先，就引起反制團體或反對者所生的刑責討論。其次，就集會自由常常被忽略的核心，也就是對時間、地點、方式限制。特別是對場所限制與刑責之間的關聯為研究。

第一節　集會遊行團體與聽眾或反制團體之衝突

本節將討論，暴力的危險源自於集會以外的第三人，與刑事責任之間的關係。司法院釋字第 445 號解釋認為：「國家為保障人民之集會自由，應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行」。為了避免暴力衝突可能來自警察或反示威者），國家負有積極義務（positive obligations of the state），保護集會遊行和平進行[1]。國家唯有積極保障人民集會，而且不得妨害人民和平的集會（無論是合法還是非法的），才能貫徹積極義務及保護義務。然而，一方面要求國家有消極不介入集會的義務；他方面要求應積極保障集會，則如有反制團體或聽眾激烈的反對，國家應該如何應對？如果國家已經盡其保護義務，仍無法保障人民集會；此時，應該解散雙方，還是解散原來的表意人，抑或是解散反制團體[2]？就此，本文先從 Heckler's Veto 開始討論，再就實務上發生雙方衝突案例解決方式，進行探討。

第一項　激烈反對者的否決權（Heckler's Veto）

第一款　Heckler's Veto 原則的內涵

Heckler's Veto 原則是指因為激烈反對第三人可能的反應，國家採取禁止表意人言論的措施或處罰。該原則認為聽眾對表意人敵意的回應，可以作為禁止表

[1] 林鈺雄，強制罪之整體不法判斷－－從彰化台電施工抗爭案的判決談起，月旦法學雜誌232期，頁 52（2014 年）；*Otto Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 84. Aufl., 2018, Art. 8 Rn. 113, 175; *Norbert Ullrich*, Das Demonstrationsrecht, 2015, S. 153.

[2] 最容易理解的例子就是法輪功以及愛國同心會。

doi:10.6342/NTU201901943

意人發言的理由[3]。簡單而言，激烈反對者有否決言論的權利。Heckler's Veto 問題之雛形在 *Terminiello v. Chicago*[4]案例事實中展現。多數意見認為第三人造成混亂時，不能禁止表意人之言論。不同意見的大法官對此強力抨擊（可認為採取 Heckler's Veto 的觀點），認為法院是處理受言論刺激而產生敵意暴民，還有暴力行為發展可能性等失序的問題。如果言論會對激化的情況火上加油，所造成的威脅將超出警察所能夠掌控的範圍，應該以破壞和平的罪名處罰。案例事實中，Terminiello 了解緊張的事態，並進行長時間的演講，而演講也造成聽眾群情激憤。有認為基於現實的理由，國家必須避免其街道成為敵意的意識形態戰場，而對公共秩序造成破壞及損害[5]。因此，如果如果言論引起反對，對公共的和平、秩序造成破壞，是禁止言論的理由。

第二款　贊成 Heckler's Veto 原則論理

聯邦上訴巡迴法院有部分見解採取 Heckler's Veto 的論理。*Frye v. Kansas City Missouri Police Department* 案例事實[6]為數名反對墮胎的抗議者在交通繁忙的十字路口集會，舉著胎兒的圖片抗議。Kansas 警方收到路經該處者的抱怨，認為那些是令人感到冒犯的標誌。此外，警方認為示威已經妨礙交通秩序。警方要求只要抗議者移去具冒犯性的標誌，就可以繼續集會、示威。然而，抗議者拒絕，其中 5 名被逮捕，其他則被指控在街道上徘徊阻礙交通（loitering）。*Frye* 案多數意見認為表意人刺激道路使用者，有引起造成交通事故的實質危險。*Dariano v. Morgan Hill Unified School District* 案案例事實[7]為白人學生穿著印有美國國旗之襯衫，數名學生包含墨西哥裔的學生向副校長表達關切，認為那些襯衫將招致與幫派暴力的行為以及種族間的緊張。因此，副校長要求這些學生將衣服反過來穿，或者脫掉，或者以事假回家一天。穿襯衫的白人學生也在事後收到大量的威脅。

[3] Dariano v. Morgan Hill Unified School District, 767 F.3d 764, 766-67 (9th Cir. 2014) (O'Scannlain, J. dissenting).
[4] 337 U.S. 1 (1949).
[5] *Id*, at 13-37 (Jackson, J., dissenting).
[6] 375 F.3d 785, 788-89 (8th Cir. 2004).
[7] 767 F-3d 764, 767 (9th Cir. 2014), cert. denied, 2015 WL 1400871.

doi:10.6342/NTU201901943

針對高中禁止在墨西哥慶典穿著與美國國旗相關服飾，*Dariano* 案法院使用了 Heckler's Veto 的概念而允許部分學生透過政府公權力限制其不同意的言論。*Dariano* 案多數意見認為有證據顯示在該校中，在日漸緊繃的種族關係及幫派暴力情境下，有正在醞釀與升高的暴力。學生的襯衫構成實質失序狀態的危險，限制該言論是因為察覺到威脅的嚴重性。*Frye* 以及 *Dariano* 案件都是近期實務發展，雖未明言採取 Heckler's Veto，但是巡迴上訴法院考量第三人激烈反對所會造成的可能結果，作為禁止表意人的理由，顯然是採取該原則。

第三款　反對 Heckler's Veto 論理

Terminiello 案案例事實[8]為在受到大眾矚目的的聚會中，Terminiello 牧師向數量龐大的觀眾發表演說。在演講廳外，有反對聚的群眾。Terminiello 指責外面群眾，並談論政治及種族的議題。雖然警察努力以警戒線維持秩序，仍無法避免群眾的混亂。法院認為言論自由本質是在引起爭論，甚至是激起憤怒來達成其作用，所以認為警察將 Terminiello 帶離現場，並且予以處罰的行為是違反言論自由保障的[9]。

巡迴上訴法院也有反對此原則者。*Hedges v. Wauconda Community Unit School Dist. 118*[10]案認為在不受歡迎言論使秩序處於危險時，警察應該維持秩序。警察必須允許言論表達並且控制群眾[11]。有激烈的反對者，不代表政府可以禁止表意者發表言論。*Startzell v. City of Philadelphia*[12]案認為政府不能只因為社會上覺得意見是具冒犯性的或無法同意的，就禁止意見的表達。因為預期言論會引發失序或暴力反應，所以 Heckler's Veto 是針對言論內容限制[13]。有認為從判決先例可以得知故意、惡意激發暴力行為，即使不可能造成實際的暴力行為，仍受到較低或甚至沒有憲法之保障。相反的，表意人如果只是偶然激發暴力行為，而非

[8] *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. at 1.
[9] *Id*, at 5.
[10] 9 F.3d 1295 (3rd Cir. 1993).
[11] *Id*, at 1299-1300.
[12] 533 F.3d 183 (3rd Cir. 2008).
[13] *Id*, at 200.

doi:10.6342/NTU201901943

故意引起者，將受到言論自由之保障[14]。此外，*Frye* 案法院的見解可能造成，對於他人侵害的輕率心態及故意的暴力行為，並以此為手段禁止表意者發言[15]。*Frye* 案中當事人並沒有故意製造暴力，他們並非在物理上阻礙交通，攻擊經過的人或威脅他人[16]，所以就應該允許發表言論。另有認為 *Dariano* 案在學生被遣送回家之前，並沒有顯示出任何暴力行為，而學習也沒有因為學生穿的服飾而被干擾。**憲法不允許因為** Hecklers Veto **而限制言論。在敵意反應之情形，政府必須保護表意人，而不是限制言論。***Dariano* 案例事實中，應該認為學校主管機關有義務保護學生免於暴力行為，而不是禁止言論。因為學校禁止言論原因，是對於混亂的臆測，所以判決違反言論自由保障[17]。*Dariano* 案不同意見也認為使用 Hecklers veto 原則，違反言論自由保障。並認為 *Tinker* 案實際干擾的標準只能適用在言論本身是暴力行為，而**不包含來自發表言論者以外人的暴力行為反應**[18]。*Darian* 案中法院未要求學校主管機關制止威脅的來源，反而禁止受威脅的學生不可以發表言論，是不正確的。德國法上針對反制團體的討論，也認為即便擔心合法、和平的集會可能導致暴力衝突，也不能解散該集會；如果反制團體是妨害人（Störer），則應該解散反制團體[19]。

第四款　被俘虜的聽眾（captive audience）

因為每個人都有拒絕接收資訊的自由，所以如果言論俘虜聽眾，使聽眾被逼迫聽取表意人的言論，可能是禁止言論發表的理由。不過，原則上如果可以輕易地避開不想接收的言論，應該容忍表意人的自由。但是，如果要付出很大代價才能回避，或是受到強迫時，此時應該優先保障聽眾權利[20]。*Cohen v. California*

---

[14] Aaron E. Schwartz, *Honk to Remove this Demonstration: The Eighth Circuit Adopts a Hecklers Veto*,70 MO. L. REV. 583, 592 (2005).
[15] *Id*, at 607-08.
[16] *Id*, at 601-06.
[17] Comment, *Constitutional Law - First Amendment Gives Way to a Heckler's Veto - Dariano v. Morgan Hill Unified School District, 767 F.3d 764 (9th Cir. 2014)*, 48 SUFFOLK U. L. REV. 991, 992-95 (2015).
[18] Dariano v. Morgan Hill Unified School Distric 767 F-3d 764, 769 footnote 5 (9th Cir. 2014), cert. denied, 2015 WL 1400871. (OScannlain dissenting).
[19] *Köhler/Dürig-Friedl*, Demonstrations- und Versammlungsrecht, 4. Aufl., 2001, S. 184 f.
[20] 司法院釋字第 617 號解釋林子儀法官部分不同意見書；林子儀，言論自由導論（第 4 章），收

doi:10.6342/NTU201901943

案中，法院認為大眾如果看到 Cohen 身上 Fuck the Draft 夾克而被冒犯，應該是轉移對於冒犯性言論的目光[21]。*Frye* 案不同意見也認為該案中的駕駛者也非被俘虜的聽眾，因為他們可以不要看那些反墮胎的標誌[22]。

第五款　本文觀點

第一目　不應採取 Hecklers veto

本文認為行為人非故意招致第三人為暴力之行為（也就是，如果僅是因為其言論具有冒犯性，而引發他人反制或暴力），則應對第三人制裁，而非剝奪表意人的言論自由。否則，其實就是在針對表意人的言論進行審查，可以說是言論自由大忌中之大忌。禁止表意人發表言論，會侵害想要聽聞言論的人自主決定與判斷的權利。如果可以由第三人決定聽眾可以聽到什麼樣的言論，這是對於言論討論的極大的戕害。文獻正確地指出 Hecklers veto 操作結果，將會使具冒犯性少數觀點被禁止，但是冒犯者是多數時卻被允許[23]。因此，如果非故意引起他人暴力行為或激烈的反對，就不能禁止言論。客觀上引發激烈反應，應該先保護表意人免於傷害。再就受俘虜聽眾問題而言，只要他人可以轉頭不看，表意人非以強迫的方式要求他人必須聽聞者，就不得禁止言論。至於 *Terminiello v. Chicago* 案 Jackson 大法官不同意見書，先撇開其二戰、冷戰之歷史背景[24]，其盲點在於 Terminiello 之言論固然引發他人不滿，且已經造成暴力或動亂，但是刑法上討論歸責，並不會因為客觀上有結果之發生，就必然可以歸責給行為人。

第二目　歸責角度

從刑法歸責的角度而言，表意人只要非故意讓集會遊行參與者與聽眾、反制團體鬥毆，就不應將易怒的第三人、反制團體可能造成的混亂，作為限制表意人

於：李鴻禧等合著，台灣憲法之縱剖橫切，頁 113-114（2002 年）。

[21] Cohen v. California, 403 U.S. 15, 22 (1971).

[22] Frye v. Kansas City Missouri Police Department 375 F.3d 785, 796-97 (8th Cir. 2004). (Frye Beam, J., dissenting).

[23] Schwartz, *supra* note 14, at 601.

[24] 其不同意見書處處可見對於共產主義的無可容忍性，而其還指稱 Terminiello 是法西斯獨裁者。

doi:10.6342/NTU201901943

的理由。畢竟，風險的源頭不是表意人，而是第三人。所以，如果是偶然導致反制團體與己方鬥毆，禁止或處罰表意人，是違反歸責的原則。行為人所想像的事實並非引發雙方團體鬥毆，不能以客觀第三人此恣意的說詞[25]，就說可以歸責表意人。個案中，如果表意人是蓄意引起聽眾的憤怒，甚至進而攻擊表意人，在法律上就要看表意人是否違反規定（例如：傷害罪、恐嚇罪等）或是有挑唆防衛法理的適用。總之，我們必然要面對表意人主觀層面究竟想要做甚麼的問題，否則無法從客觀結果充分評價其責任[26]。另外，站在一個務實的立場，絕大部分集會其實都帶有著抗國家性，在這些具體個案當中，警方宣稱已提供足夠保護是十分令人懷疑的。畢竟，從現實上來看，警察常常為國家當權者的打手。警方最中立的做法，可能就像是學運期間，在白狼與公民團體、學生之間分隔雙方。儘量不要將雙方一開始就劃在不同抗議區，否則對於集會遊行之實現會有所箝制（如同本文所說的集會自由自始就和 TPM 密不可分）。警方不應該選擇驅離雙方[27]的雙輸局面。如果警察沒有提供足夠的保護，讓人民行使集會自由，則不得解散集會。如果作成解散命令，也無法作為處罰的基礎。就此，警察是否提供保護會影響刑責的歸責。

第三目　解決與反制團體的衝突

文獻正確指出自 *Terminiello* 案以後，Hecklers Veto 並不是限制言論的理由。但是，某些情形無法限制激烈反對者時，僅僅拒絕適用 Hecklers Veto 也沒有提供足夠的標準處理事件，進而不能同時保護言論及表意人[28]。因此，我們即使拒絕使用 Hecklers Veto 原則，也應該提出解決的標準。本文認為如果警方真的無

---

[25] 更多詳細討論可參見周漾沂，從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構，國立臺灣大學法學論叢，43 卷 4 期，頁 1469-1532（2014 年）。

[26] Dan T. Coenen, *Freedom of Speech and the Criminal Law*, 97 B.U. L. REV. 1533, 1556, 1585 (2017).

[27] 社會中心，走了愛國同心會　信義分局再驅離法輪功、獨派團體，三立新聞網，2015 年 03 月 09 日，http://www.setn.com/News.aspx?NewsID=64613（最後瀏覽日：2019 年 5 月 30 日）。

[28] Note, *First Amendment - Student Speech - Ninth Circuit Denies Motion to Rehear En Banc Decision Permitting School Suppression of Potentially Violence-Provoking Speech - Dariano v. Morgan Hill Unified School District, 767 F.3d 764 (9th Cir. 2014), cert. denied, 2015 WL 1400871.*, 128 HARV. L. REV. 2066, 2070-71 (2015).

doi:10.6342/NTU201901943

法控制場面的混亂，則應視該集會是否有經自願報備，且集會進行前後有無與警方合作等情形觀察。

從德國聯邦憲法法院的重要判決可以作為參考。*Brokddorf* 案說明互相合作義務是指警察和集會遊行領導者雙方必須在集會儘早接觸，在交換資訊，建立互相信任的合作基礎下，共同確保集會遊行和平進行。互相合作義務一方面可以讓集會遊行參與者和平地實現集體表達言論自由；另一方面，也因為和警察互信合作，防止第三人滋事干擾集會遊行或是集會中的暴力份子[29]。如果集會者與警察合作，建立信賴，警察因為公共秩序被危害而介入的門檻就必須提高[30]。相反地，警察越積極合作，解散命令等決定就越容易受到法院支持[31]。

因此，自願報備為資訊提供外（非必要，端視集會者是否認為有需要較多警方保護），本文認為如果該集會是經自願報備，顯見與警方有合作之意願，又在過程中如持續與警方合作，則可以獲得較優先的保障。在與反制團體有所衝突時，在警方可能就必須選擇先解散反制團體[32]。反之，如果未經自願報備，未與警方合作，則警方預測危險結果可能發生，而要求表意人停止集會遊行或發表言論，其預測就較容易受到法院的支持。但是，如果雙方皆是都經自願報備的，且皆與警方合作，本文殊難想像會有暴亂發生。即便真的發生雙方的激烈打鬥，警方也應該先將著手於犯罪之行為人先行驅離、逮捕，而不是將雙方的集會整個都予以解散。又如果在溝通過程當中，人民或是警察有詐欺取得他方同意時，為構成權利濫用（Mißbrauch），會違反行政程序法第 8 條：「**行政行為，應以誠實信用之方法為之**」。同時也違反憲法上合作溝通之義務，人民或警察的地位將處於較不利的判斷。

然而，要特別注意的是，合作義務應該為最狹義解釋。個人權利要透過「討

[29] BVerfGE 69, 315 (354 ff.); *Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 19), S. 60 f.; 董保城，西德對集會自由法律的保障與限制，憲政時代，12 卷 4 期，頁 53-56（1987 年）。

[30] BVerfGE 69, 315; *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 13. Aufl., 2014, Art. 8 Rn.14, 23; *Depenheuer* (Fn. 1), Art. 8 Rn. 118 f.; 司法院釋字第 718 號解釋李震山大法官部分不同意見書。

[31] BVerfGE 69, 315 (356).

[32] 但是仍然是該反制團體已經著手於犯罪始可，刑法可罰性的始點不會因此而退縮。

doi:10.6342/NTU201901943

價還價的技巧」才能行使[33]，造成人民行使基本權需要經過國家同意，與權利之本質有悖。另外，這個合作的雙方並非平等的。警察對於未為報備集會可以追訴的裁量權，最終可能導致不受歡迎的集會受到特別嚴格審查，但是對於傳統型、被接受的集會類型很寬容[34]。

第二項　反制團體衝突解決與歸責

集會自由並非只有禁止或允許的兩種零和結果。以下介紹的案例是本文認為可以提供實務上執法參考，既可平衡集會自由，也能提供刑責成立的判斷標準。關鍵在於，國家必須提供適當的場所，以及保護集會者不受第三人的傷害。如果國家為提供場地或未盡保護義務，就不能將衍生的刑責歸責給人民 。

第一款　國家未提供場所集會及未盡保護義務

第一目　案例事實

未提供適當集會場所

Bible Believers v. Wayne Cnty.[35]案事實為活動的第一天政府將 Bible Believers 到劃為言論自由表達區（free speech zone）的區域，但是第二天就沒有言論自由表達區了，所以 Bible Believers 就往人群移動。

未履行國家保護義務

Bible Believers 宣揚上帝，並詆毀 Islam。Bible Believers 引起人群的叫罵，並被人群丟擲物品及推擠。丟擲物品的人被警察逮捕，然而 Bible Believers 仍繼續被攻擊。警察試圖驅散群眾，但是警察告訴 Bible Believers 警察人手不夠，要求 Bible Believers 停止傳教。Bible Believers 要求進入保護區，但是警察告訴他們這次沒有 free speech zone 了。其後警察護送 Bible Believers 離開，Bible Believers 的宣教時間不道 1 小時[36]。

第二目　判決理由

[33] ORSOLYA SALÁT, THE RIGHT TO FREEDOM OF ASSEMBLY: A COMPARATIVE STUDY, 74 (2017).
[34] *Id*.
[35] 765 F.3d 578 (6th Cir. 2014).
[36] 整理自 *Id*, at 583-85 (6th Cir. 2014). 案例事實的標題為本文為凸顯爭點所加。

doi:10.6342/NTU201901943

Bible Believers 第一次判決認為警察控制失控的危險，是內容中立的管制，而未針對 Bible Believers 的言論內容[37]。但是第二次判決認為警察除了給予滋事者口頭警告外，沒有更進一步的執法。在驅逐 Bible Believers 之前，現場不但有充足的警力，也可以提供 Bible Believers 場地發表言論。同時，也可以逮捕滋事者及請求警力支援。**法院認為警察沒有盡最大努力保護表意人的義務**[38]。警察沒有保護 Bible Believers，也沒有逮捕滋事者，反而將 Bible Believers 驅離會場，是採取 Hecklers' Veto，違反言論自由的保障[39]。

第二款　協調雙方的案例

本案關於國家積極介入協調觀點雙方的方式，保障雙方言論自由、集會自由基本權利之行使，在實務上極具啟發性，本文就此案探討解決雙方衝突的可能性。

第一目　案例事實

踐行與國家進行合作義務

Startzell v. City of Philadelphia, Pennsylvania[40]案事實為 Philly Pride 舉辦 OutFest 慶祝國家出櫃節（National Coming Out Day），Philly Pride 取得 Pennsylvania 市政府的允許封閉街道，以舉辦活動。該活動是對公眾開放的。Philly Pride 通知市政府，他們有志願者（稱為 Pink Angel）會組成人牆緩衝區（human buffer）以區隔活動的參與者和反同團體的抗議，但是市政府回覆會再考慮其安全性與妥當性，未予同意。

國家保護並提供表意人集會場所

當反同團體 Marcavage 等人抵達活動現場時，Pink Angel 組成人牆阻擋他們的進入，Marcavage 等向警察抱怨。數分鐘後警察命令 Pink Angel 移動，否則就會逮捕。警察在告訴 Marcavage 等不希望看到愚蠢的行為後，警察讓 Marcavage

[37] *Id*, at 587-88.
[38] Bible Believers v. Wayne Cnty. 805 F.3d 228, 252-55 (6th Cir. 2015).
[39] *Id*, at 255, 261.
[40] 533 F.3d 183 (3rd Cir. 2008).

doi:10.6342/NTU201901943

等得以進入 OutFest 活動區域。進入以後，Marcavage 等在距離主舞台大約 20 公尺處開始唱歌、彈奏樂器、高舉巨大的標語，並使用擴音器和喇叭。Pink Angel 為了避免聽到反同團體傳教，他們用塑料板圍住 Marcavage 等並且吹口哨。

不妨礙另一方的集會

直到音樂節目即將於主舞台上演時，因為 OutFest 是被允許在舞台上舉辦活動的，所以警察要求 Marcavage 等移動到旁邊的街區，避免阻擋主舞台及其上的活動。Marcavage 等移動了一個街區後，和 Pink Angel 相互叫囂。警察和法律顧問告訴 Marcavage 等如果站在街道中央的人必須在移動，因為已經阻礙到前往攤位的道路。所以，警察要求 Marcavage 等再移動到一個 Gay 酒吧旁邊（在活動允許的區域但是在邊緣）。Marcavage 等拒絕遵守警察的命令，反而帶領隊伍前往主舞台的方向。警察警告 Marcavage 等拒絕遵守將會被逮捕，但他仍然拒絕移動，其後警察就將 Marcavage 等人逮捕[41]。

第二目　判決理由

地方法院依照認為本案不是針對言論內容所為的限制，也不是 Heckler's Veto。依照 *Hurley* 案中，最高法院認為言論自由保障自我決定，控制自己言論的權利，有權利排除自己不想傳達的意見[42]。*Hurley* 案不允許強制的表意。所以法院認為 Philly Pride 有權利在表意和被允許的活動中，排除上訴人 Marcavage 等人和他們的相反意見。如果 Marcavage 等人是要在舞台表達意見或是擺攤，則會被誤認為是 Philly Pride 的言論[43]。

然而巡迴上訴法院認為本案主要的問題是，*Hurley* 案是否在「私人贊助，而在對公眾開放公共論壇舉辦的 OutFest」的情形，賦予排除的權利，拒絕 Marcavage 等人參加。雖然 *Hurley* 案的遊行是舉辦在主要道路上，但是並沒有認為該案的反對意見者，在遊行通過後仍然會被排除使用街道。相反地，最高法院認為他們

---

[41] 案例事實整理自 *Id*, at 189-91 (3rd Cir. 2008). 案例事實的標題為本文為凸顯爭點所加。

[42] Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian and Bisexual Group of Boston, Inc., 515 U.S. 557, 572-81 (1995).

[43] *Startzell v. City of Philadelphia, Pennsylvania*, 533 F.3d at 194.

doi:10.6342/NTU201901943

可以申請自己遊行的許可。所以，*Hurley* 案並非認為在傳統公共論壇，得到允許而舉辦活動，可以長時間的排除其他人進入[44]。*Startzel* 案巡迴上訴法院認為地方法院擴張 *Hurley* 案，Marcavage 等人是在街道上（公共論壇）反對意見者，不能禁止他們發表言論；而且本案中也沒有 Marcavage 和 Philly Pride 言論混淆的危險[45]。不過，*Startzell* 案巡迴上訴法院的結論認為，政府有權力避免受允許的表意人不被反對意見的抗議者所干擾。因此，**當干擾被允許的活動時，利益衡量上會偏向有受到許可的表意人**。Marcavage 等人在舞台近處用大聲的喇叭，直接與跨性別者衝突，並阻礙了前往攤位的道路。警察所針對的是他們的行為而不是言論內容。Marcavage 等人用大聲的喇叭在舞台近處傳教，直接對 OutFest 的參與者起衝突，並阻礙的前往攤位的道路[46]。

第三款　綜合評析

第一目　合作義務與風險預測

Startzell 案中可以看到通知政府處理衝突方式，可以認為集會者有意願與政府合作，避免不法行為。**如果踐行合作義務，使風險預測判斷上，有利於合作的集會者**。因為政府可能來不及調派警察，所以有沒有通知政府會影響歸責。但是，不能要求人民一定要通知國家。另外，如果只需動用例行維安警力，與常態一樣，不得為不利判斷。若人民選擇自我承擔警力不足的風險，則也不能用許可制或報備制強制人民一定要通知國家。*Startzel* 案也應用已受到許可的集會，可能受到較優先的地位。這部分本文認為，不能因受有許可的集會，地位必然高於未許可集會。只是合作義務的踐行與否，影響風險預測門檻而已。

第二目　可歸責國家的義務不履行

從 *Bible Believers* 及 *Startzell* 案中可以看到，如果警察如果具有足夠警力，就應該先保護表意人免於反對者的攻擊，而非直接解散表意者。**政府倘若未盡保**

[44] *Id*, at 194-95.
[45] *Id*, at 195-96.
[46] *Id*, at 197-201.

doi:10.6342/NTU201901943

護義務，或未提供適合集會的場所，會導致可以歸責給國家的結果，不能讓人民負擔責任。過去在 *Feiner v. New York*[47]案中，限制表意人不是因為他言論的內容，而是他所造成反應的危險。法院認為因為言論引發群眾的激烈反應，管制表意人是允許的[48]。不同意見認為**警察在為維持秩序限制表意人言論之前，警察必須先盡一切合理的努力，先保護表意人發表言論**[49]。文獻上有認為這意味著只有在這個前提下的手段都失效時，限制表意人的言論才是合憲的[50]。示威者和平表達反於主流意見的言論，以吸引群眾，此時需要警察的保護[51]。而且，因為聽眾反應而限制表意人言論，是針對言論內容所為的限制[52]。遇到意見衝突的團體，也不應禁止兩個團體都解散。國家的任務不是去除造成緊張的來源，**而是確保意見衝突團體相互容忍**[53]。

第三目　不得妨害他人集會

固然與集會者意思不同是允許的，但是**妨害他人集會則非集會自由保障範圍**[54]。所以，heckler 的言論也要保障，除非 heckler 發表言論會妨害表意人時才不被允許[55]。*Startzell* 案法院也注意到 *Hurley* 案言論是否會被混淆，作為禁止言論與否的標準。不過關於排除他人權利與否的論述，仍然受制於公共論壇理論，此部分本文認為應以人民主觀適於集會為標準，而非區分地點不同用途（詳見第二節第二項公共論壇理論討論）。

要強調的是，國家對於集會及反制集會雙方，都同時有保護義務。從 *Startzell* 案例事實中，我們也可以看到言論表達與觀眾、反制團體間並非零和遊戲，而是可以透過先由警察肩負保護雙方表達意見的義務。只有在場面真的無法控制時才可以限制集會。不應該讓國家看到雙方激烈爭執的一開始，就任意解散或處罰一

---

47 340 U.S. 315 (1951).
48 *Id*, at 319-20 (1951).
49 *Id*, at 326-27 (Black J., dissenting).
50 SALÁT, *supra* note 33, at 137.
51 Edwards v. South Carolina, 372 U.S. 229, 237 (1963).
52 Forsyth County v. Nationalist Movement, 505 U.S. 123, 134 (1992).
53 Eur. Court HR, Barankevich v. Russia judgment of 26 July 2007, paragraph 30.
54 BVerfGE 84, 203; *Jarass* (Fn. 30), Art. 8 Rn. 10; *Depenheuer* (Fn. 1), Art. 8 Rn. 159; *Ullrich* (Fn. 1), S. 244, 248 f.
55 SALÁT, *supra* note 33, at 139-40.

doi:10.6342/NTU201901943

方的集會，這完全違反集會自由的保障。

第二節　對於時間、地點、方式類型化管制密度的疑義

集會自由的核心就在於透過物理空間的聚集，而發表意見。所以，集會自由除言論的內容外，也會容易因為非言論內容管制而受到侵害。此外，還可能因為欠缺集會場所，而選擇會被解散和處罰的場所進行集會。本文認為國家如果沒有提供適當的集會場所，衍生的刑責不能由人民承擔，而是可歸責於國家。所以，有必要探討國家在甚麼情況下，必須提供人民集會的場地。本節將探討現行實務及理論區分針對言論內容/非針對言論內容管制，或是區分不同場所而有不同密度的管制，也就雙軌理論（第一項）或公共論壇理論（第二項）是否具有正當性。並就前二項討論提出本文見解（第三項）。最後提出，由人民主觀認定適於集會的場所，結合國家積極及保護義務，建構適於發表言論的場所（第四項）。

臺灣司法院大法官在對於言論自由案件處理時，受到美國審查的模式影響甚深，例如類似雙軌理論的第 445 號解釋[56]、類似雙接理論的第 414 號解釋，以及似乎想引入公共論壇理論的第 734 號解釋[57]等。臺灣表現自由的討論中，受到雙軌理論很深的影響[58]。美國的發展上，美國聯邦最高法院一開始以公共論壇理論處理限制言論地點的問題，其後又發展雙軌理論區分是否針對言論內容限制的審查標準。因此，本文將以雙軌理論以及密切相關之公共論壇理論內涵，進行探討。

---

[56] 「...有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無牴觸...」

[57] 「...而公共場所於不妨礙其通常使用方式之範圍內，亦非不得為言論表達及意見溝通。系爭公告雖非為限制人民言論自由或其他憲法上所保障之基本權利而設，然於具體個案可能因主管機關對於廣告物之內容及設置之時間、地點、方式之審查，而否准設置，造成限制人民言論自由或其他憲法上所保障之基本權利之結果。...」

[58] 國內所最常援用的雙軌理論者汗牛充棟，僅例示司法院釋字第 445、718 號解釋；劉靜怡，言論自由：第二講－言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室，28 期，頁 42-51（2005 年）；劉靜怡，用丟鞋和辦公祭傳達政治抗議訊息，該受處罰嗎？，臺灣法學雜誌第，245 期，頁 131-135（2014 年）；廖元豪，愛國、燒國旗，與言論自由的雙軌理論，月旦法學教室，21 期，頁 8-9（2004 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

第一項　雙軌理論

第一款　雙軌理論之內涵

Police Dept. of City of Chicago v. Mosley [59]案是雙軌理論的開端，以針對言論內容所為的管制（content-based regulations），和非針對言論內容所為的管制（content-neutral regulations）區分不同密度的審查標準。除針對言論所表達的思想或資訊本身外 [60]，應該進一步從限制的目的，判斷是否是為了限制言論的傳播效果（communicative impact）。如果與言論的傳播效果有關，也是針對言論內容所為的限制，應適用較嚴格的審查標準 [61]。至於非針對言論內容的限制，如果所為的附帶限制未過度，且充足的替代管道可以溝通資訊（alternative channels of communication, open ample alternative channels）則屬合憲 [62]。

總結美國聯邦最高法院見解，對於言論表達的時間、地點或方式之限制（以下行文脈絡有時會以 TPM 稱之），必須符合 1.不涉及言論表達之內容 2.可以增進實質的政府利益 3.尚留有甚多其它的管道供該言論表達使用，限制才能合憲 [63]。

第二款　雙軌理論的正當性基礎

針對言論內容/言論內容中立性區分，背後最終的目的是確保不會「因為政府認為言論是可以被接受的，允許表達言論；同時，卻拒絕較不受喜愛及爭議性言論的表達」[64]。有認為將區分是否針對言論內容的限制的理由，是為了避免政府扭曲公眾討論，防止政府不當的動機，以及避免家長主義的心態，或不能容忍異見等因素 [65]。TPM 限制較無個人偏見扭曲的空間 [66]。另有認為 TPM 的限制，

---

[59] 408 U.S. 92 (1972).
[60] 林子儀，言論自由之理論基礎，收於：言論自由與新聞自由，頁 155-156（2002 年）。
[61] 劉靜怡（註 58），頁 132。
[62] Ward v. Rock Against Racism 491 U.S. 781, 802-03 (1989); Madsen v. Women's Health Center, Inc. 512 U.S. 753, 814 (1994); Clark v. Community for Creative Nonviolence 468 U.S. 288, 293 (1984).
[63] 司法院釋字第 644 號解釋林子儀大法官協同意見書。
[64] *Police Dept of Chicago v. Mosely*, 408 U.S. at 96.
[65] 林子儀（註 60），頁 180；Geoffrey R. Stone, *Content-Neutral Restrictions*, 54 U. CHI. L. REV. 46, 54-57, 73 (1987).
[66] *Id*, at 75.

doi:10.6342/NTU201901943

言論對於實際惡害結果發生間的因果關係通常不明確；相反地，針對言論內容限制與惡害的因果關係較明確[67]。

第三款　對雙軌理論的質疑

然而，政府限制言論自由時，不會直接承認是不贊成、不喜歡言論的內容。而常會藉口追求其他的公共利益，進行管制[68]。如果政府完全禁止某些言論表達方式，也同時會直接限制言論表達。如果人民因為經濟因素，而必須採取被限制的表達方式，就形成不公平的待遇。例如政府禁止所有人都不可以在公共場所發傳單，就會對於無法承擔大眾傳媒費用者，形成實際的限制以及不公平的待遇。所謂的非針對言論內容限制的「中立性」，實際上是有利於既得利益者，對於經濟弱勢，產生很大的限制效果[69]。而且，表意內容必須在特定時間、場所或以特定方法表達，才能發揮效果或彰顯意義。表達手段與內容實際上無法切割[70]。*Schneider v. State*[71]案中指出，不能僅僅因為有其他地方可以發表言論，就禁止表意人的言論自由[72]。TPM 限制，前提要有足夠的（adequacy）替代場所。法院通常認為有其他公眾場所可以替代，但是忽略物理、社會、表達的替代性是否足夠[73]。可見法院要求走上街頭的人民有其他替代管道，常常是不切實際，或是出於臆測的。

第二項　公共論壇理論

公共論壇理論是美國法上，對於限制集會場所法規或措施的審查密度標準，與雙軌理論發展有所關連。文獻上認為公共論壇原則是根據政府財產性質的不同，

---

67 許志雄，集會遊行規制立法的違憲審查基準－－司法院釋字第 445 號解釋評析，收於：人權論－－現代與近代的交會，頁 274（2016 年）。
68 林子儀（註 60），頁 172。
69 林子儀（註 60），頁 191。
70 許志雄（註 67），頁 273。
71 308 U.S. 147 (1939).
72 *Id* , at 163.
73 TIMOTHY ZICK, SPEECH OUT OF DOORS 57, 231 (2008).

doi:10.6342/NTU201901943

而有寬嚴不同的司法審查基準[74]。從釋字 445 解釋理由書提及「積極方面應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行」有認為積極提供適當集會場所，可以解釋為包含傳統公眾表達意見的公共場合，具有公共論壇理論的雛形[75]。司法院釋字第 734 號解釋隱諱地提到公共場所在不妨礙通常使用方式的範圍內，可以供言論表達，文獻認為是引進公共論壇理論[76]。因此，我們可以從美國法的角度來探討此問題。

Hague v. CIO[77]案被認為是之公共論壇原則（或稱為公共場域理，public forum doctrine）的開端。後來經過判決累積，最後於 *Perry*[78]案，確立三種公共論壇的類型區分，並予以不同的審查密度。區分為：

1.傳統公共論壇（traditional public forum），依照 *Hague v. CIO* 案提出的標準，無論何種名稱的街道或公園，自古以來（immemorially），不知從何時開始（time out of mind），目的就是提供人民集會，以交換思想、討論公共議題。

2.有限制、指定（limited, designated）的公共論壇，是指該地點雖然並非很久以前，就作為表達意見的場所。但是，當政府自願地將場所開放給大眾作為表達意見的場所時，依平等原則，只要允許某些人民進入，就不能拒絕其他人民進入的申請[79]。這類公共論壇包含國家劇院廳[80]、學校委員會會議[81]、大學提供的集會場所[82]在內。

3.非公共論壇（non-public forum），是指公共場所並非基於傳統或經政府指定作為提供表達意見的場所。美國聯邦最高法院判決先例，認為監獄通道[83]、郵局入

---

[74] 李劍非，公共論壇／場域理論與言論事前限制－－未竟其功的釋字第 734 號解釋，月旦裁判時報，47 期，頁 75（2016 年）。
[75] 李劍非（註 74），頁 76。
[76] 李劍非（註 74），頁 76。
[77] Hague v. Committee for Industrial Organization, 307 U.S. 496 (1939).
[78] Perry Educators' Association v. Perry Local Educators' Association 460 U.S. 37 (1983).
[79] *Id.*at 45.
[80] Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad, 420 U.S. 546 (1975).
[81] City of Madison, Joint School Dist. No. 8 v. Wisconsin Employment Relations Commission, 429 U.S. 167 (1976).
[82] Widmar v. Vincent, 454 U.S. 263 (1981).
[83] Adderly v. Florida, 385 U.S. 39 (1966).

doi:10.6342/NTU201901943

口處人行道[84]、軍事基地[85]、機場航站[86]等皆為非公共論壇。

依照*Perry*案，在傳統公共論壇中，政府如果對針對言論內容（content-based）進行管制，管制必須滿足重大迫切政府利益（compelling government interest），且必須是嚴密剪裁（narrowly drawn）手段，也就是嚴格審查基準。如果對時間、地點、方式等與言論內容無關（content-neutral）的管制，也必須滿足重要政府利益（significant government interest），並且是切合（narrowly tailored）的手段，還要留有充足替代管道。在指定的公共論壇中，針對「言論內容」的管制必須接受與傳統公共論壇同樣的嚴格審查基準；至於針對時間、地點、方式的合理管制（reasonable time, place and manner regulations），則是允許的。在非公共論壇中，政府的限制只要是合理的且不是單純為壓制反對的觀點，就是合憲，也就是低密度的審查基準。在此情況下，政府就如同私有財產的所有人一般，有權利控制並依其目的使用財產[87]。

本文認為美國固然藉由判決，類型化不同的公共論壇。但是審查基準，仍不脫以*Mosley*[88]雙軌理論與 *OBrien*[89]案，區分針對言論內容（content-based）或內容中立（content-neutarl），而有寬嚴不同的審查基準。同時，聯邦最高法院只有提出區分審查基準，卻未說明區分的正當性基礎。只有 *Hague* 案以歷史傳統為基礎立論，其餘判決都只引用 *Hague* 案，並未加說理。

第三項　綜合評析

第一款　雙軌理論類型化的弊病

關於集會遊行的案件，最常見的處理方式就是以雙軌、雙階理論探討[90]。但

[84] United States v. Kokinda, 497 U.S. 720 (1990).
[85] Greer v. Spock, 424 U.S. 828 (1976).
[86] International Society for Krishna Consciousness v. Lee, 505 U.S. 672 (1992).
[87] Perry Educators' Association v. Perry Local Educators' Association, 460 U.S. at 45-46.
[88] Police Dept. of City of Chicago v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972).
[89] United States v. OBri en, 391 U.S. 367 (1968).
[90] 廖元豪，以憲法之表現自由處理「公民不服從」爭議，中研院法學期刊，19 期，頁 218-225

doi:10.6342/NTU201901943

是，所有類型化操作的問題在於，以高低價值區分言論附有爭議。另外，合理、中度、嚴格審查基準都流於主觀[91]。類型化的操作容易脫離具體個案事實，甚至造成公式化[92]。即使是侵害低價值言論，如果侵害程度很大，就不應該降低審查密度[93]。此外，雙軌、雙階理論，在基本權競合時，難以操作[94]，例如關廠工人向政府抗爭，同時涉及工作權以及集會自由、言論自由，無法單純用雙軌、雙階理論加以解決。另外，**雙軌或雙階理論只是一種初步的價值判斷**[95]，並不影響在個案中衡酌其他情形而為不同的結論（例如雙軌審查時，也有審查規範表面中立等實質判斷標準）。更何況，我們也常常發現，在適用這些理論的時候，實際上是已經先下結論，才套用理論的。而且，類型化的操作，一開始的目的應該是為了法安定性，然而從適用理論的結果和案例類型來看，並無助於法安定性，仍然人言人殊[96]。再者，一味強調法安定性而導致個案正義無法實現，一樣破壞了法治國原則[97]。有認為不採取雙軌理論審查的方式，會侵越立法權[98]。但是，問題在於論述權力分立者，預設立法者的價值就應該尊重，卻未探討更進一步的問題，尊重的正當性基礎為何。更何況雙軌理論從來也不是立法者的決定，更非給予立法形成空間的標準[99]。部分大法官亦注意到區分的不合理，對於言論行使的時間、地點及方式等事前管制，可能會根本阻絕言論表達，效果上與言論內容的事前管

（2016 年）；廖元豪，今天佔立院，明天衝法院？－修辭多於論證的台北地方法院 104 年度矚訴字第一號案判決，臺灣法學雜誌，323 期，頁 13-14（2017 年）。

91 吳信華，憲法釋論，2 版，頁 328（2015 年）。

92 吳信華（註 91），頁 329。

93 司法院釋字第 617 號解釋林子儀大法官部分不同意見書。林子儀大法官認為針對猥褻言論內容所為之限制仍應採取嚴格審查標準。

94 吳信華（註 91），頁 329 註 27。

95 薛智仁，刑法、基本權與公民不服從中研院法學期刊，19 期，頁 247-248（2016 年）。

96 例如廖元豪（註 90），頁 225 認為：「占領行動的「傳播－表達」成分，就算有，也遠低於「燒徵兵卡」、「配戴臂章」，或「焚燒國旗」等明顯有特定主張的行為。」但是，其並未說明為甚麼佔領行為之表意成分即較低，讓人有恣意判斷之懷疑。

97 吳耀宗，德國強制罪可非難性條款與明確性原則，收於：犯罪與法之抗制（一），頁 190（2000 年）。

98 陳宗憶，言論自由違憲審查模式的變遷－－釋字第 744 號解釋之微言大義，月旦裁判時報，63 期，頁 52-54（2017 年）。

99 因為針對言論內容所為的限制，會受到嚴格審查。又前述文獻認為司法院釋字第 744 號解釋推翻雙軌理論，惟本號解釋是針對事前言論的管制做出違憲的見解，並未推翻雙軌理論。

doi:10.6342/NTU201901943

制並無分別[100]。有認為應參考司法院釋字第 744 號解釋之方法，放棄雙軌理論之區別，而一律採取嚴格審查標準[101]。

第二款　欠缺正當性基礎的公共論壇

公共論壇原則是為了確保人民可以利用政府的財產，以表達意見。但是美國聯邦最高法院至今對於公共論壇，仍然沒有明確內涵的闡述[102]。觀察法院的判決可以發現，公共論壇與非公共論壇的差異，是依照歷史事實或特定政府作為的有無區分。如果特定公共資源自古以來，就是公眾表意的場所，就會成為「傳統的公共論壇」。即便不是傳統的公共論壇，也可能透過政府向公眾開放的行為，而使特定場所成為「指定的公共論壇」。

這些標準有一定的模糊空間。以人行道為例，在 *United States v. Kokinda*[103]案中，多數意見認為，從停車場通往郵局建築的人行道，並不具有如公共人行道般開放給表意活動的傳統特性。該通道只有單純提供需要辦理郵政業務者通行，所以不是公共論壇。不同意見則認為通道是否專為提供通往郵局建築所建，不是重點。而且，人行道或公園等傳統公共論壇，也不是政府專為提供表達言論建造的。相反地，郵局人行道是開放給一般大眾進出，可以認為是公共論壇[104]。本文認為形式上都是開放給公眾的公有人行道，卻基於對所謂「傳統」的理解差異，同樣在人行道上所為的言論，就可能受到不同程度的保護。其間的正當性基礎，有商榷的餘地。

第三款　逐漸消失的公共論壇

即便不質疑公共論壇理論正當性，也可能因為私有財產的擴張，導致人民的表現自由無法完整的實現。除了以言論自由表達區大幅限縮的方式外，公共論壇

---

100 司法院釋字第 734 號解釋葉百修大法官協同意見書。
101 司法院釋字第 744 號解釋黃昭元大法官協同意見書。
102 Robert C. Post, *Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum,* 34 UCLA L. REV. 1713, 1715 (1987).
103 497 U.S. 720 (1990).
104 *Id.* at 740 (Brennan, J., dissenting).

doi:10.6342/NTU201901943

本身也因不斷私有化而縮小 [105]。觀諸美國的案例，社會學者發現美國法院所承認的公共論壇一步步的被侵蝕。原因是門禁社區（gated community），使私人財產阻擋其他人進入公共論壇，或對集會遊行者徵收清潔費用。私有化的街道、公園只有 1/6 為公共所擁有 [106]。成為非公共論壇的道路，使抗議者進入該場所不再受到保護，甚至是觸犯法律的行為 [107]。此外，警察濫用權限變更抗議者的位置，例如將抗議者置於抗議區，或限制抗議者行動的區域 [108]。研究並指出 1996 年在華盛頓區只有 10%在公共論壇的抗爭被報導，代表有 90%的抗爭被忽視。在縮小的公共論壇以及前述各種理由，將會使這些言論更不容易被他人所聽見 [109]。

第四款　言論內容與時間、地點、方式相關

應該注意的是，言論內容和表達的地點是密不可分的。集會場所的選擇常常是有意識的，藉此得到更大的曝光度，而地點的本身也會傳達象徵的意義[110]。社會心理學關於社會知覺的討論，發現人很注意非口語的線索，而非口語都通也是我們理解別人非常重要的管道，例如情緒的感染、肢體語言等[111]。在限制行為的同時，事實上也限制了言論。所以區分言論與行為，立論的基礎就值得商榷。更根本的問題是，表現自由的意義，應該是以自己喜歡的時間、場所及方法，將自己想要傳播的資訊加以表達的自由。表達的形式其實都與言論本身密切相關，不能隨意切割。對手無寸鐵的人民而言，走向街頭集會遊行就是最佳的表達言論管道。例如國道收費員在國道上以「六步一跪」及靜坐等方式抗議，臺灣桃園地院法院行政訴訟庭104年度交字第33號判決部分論理以該抗議行為屬於象徵性言論，受到言論自由保障，不應處以行政罰。何況司法程序中，抗爭的內容不可能和手

---

105 ZICK, *supra* note 73, at 194, 200-02, 278-79 (2008).
106 John McCarthy and Clark McPhail, *Places of Protest: The Public Forum in Principle and Practice*, MOBILIZATION 229, 232-33 (2006).
107 *Id*, at 243.
108 *Id*, at 235-36.
109 *Id*, at 243-44.
110 ZICK, *supra* note 73, at 10.
111 Robert A. Baron、Donn Byrne Nyla R. Branscombe 著，梁家瑜譯，社會心理學，頁 74-79（2009 年）。Saul Kassin、Steven Fein、Hazel Rose Markus 著，洪光遠、程淑華、王郁茗譯，社會心理學，頁 130-131（2017 年）指出電子郵件因為欠缺非語言線索，導致溝通十分困難。所以，各個軟體公司反而開始在新興的媒體中加上表情符號。

doi:10.6342/NTU201901943

段分割檢驗的。如果忽視抗爭行為背後的目的正當性，造成國家刑罰權壓制人民基本權的行使，則該有罪判決可能違反正當法律程序。而且，這個考量是貫串所有犯罪成立要件，甚至是量刑層次的[112]。如果不考慮目的的話，根本無法討論手段的正當性，正是因為有目的存在，才能夠進一步探討目的與手段之間的關聯。

有認為過於依賴所謂的時間、地點以及方式限制的中立性，使現代言論自由理論抹殺了公共論壇的重要性 [113]。事實上，內容中立性之法律仍然可能摧毀表達的內容。例如：內容中立之時間限制 在執行死刑時封鎖監獄外的公眾道路，投票時封鎖立法機構的外部，或是下判決時封鎖法院周邊。內容中立之地點限制使個人想要參與言論、集會及請願活動無法實現。國家有多樣的限制手法，包含建立言論自由區（speech zone），或是意見表達區 [114]。政府透過空間管制，達到規訓的作用，有效將異議團體隔離在大眾的視野之外。而且，法院也因為言論自由沒有完全剝奪，會允許這種管制方式 [115]。這將導致公眾集會要得到大眾關注的目的完全喪失 [116]。空間管制不但本身就具有對於異議者言論內容的歧視；鎮暴警察、柵欄、鐵絲等更使其中立性蕩然無存，並逼迫異議者維持現狀，並汙名化表達意見的人 [117]。所以，我們必須意識到空間管制不是內容中立的，至少是

---

112 陳運財，脫下高貴的公民不服從的外衣－簡評〈刑法觀點下的公民不服從〉，中研院法學期刊，19 期，頁 171、180（2016 年）。

113 John D. Inazu, *The First Amendments Public Forum* , 56 WM. & MARY L. REV. 1159, 1180 (2015). 本文認為這個批評同樣適用在雙軌理論上。

114 劉靜怡，臺灣民主轉型的「人權保障」未竟志業－－「言論自由」和「集會遊行自由」往何處去，臺灣民主季刊，6 卷 3 期，頁 19-20（2009 年）；Tabatha Abu El-Haj, *The Neglected Right of Assembly*, 56 UCLA L. Rev. 543-89 (2009) 舉例 2004 年民主黨在 Boston 舉辦全國大會，Boston 市劃分大會附近為兩個區域，一區為集會及示威者無須經許可，另一區則須經許可。前者可以發傳單，而示威者需在 20 名之內並以定點不動的方式為之；後者則是示威者在 21 至 50 名之間。Boston 市利用此種方式規劃「指定的示威區域」，也就是受鐵路軌道所限制，而由相連的圍籬及有刺的線所構成的區域。地方法院審理時認為「指定的示威區域」如同一個拘留所，惟於 Boston 市上訴時，上級法院忽略了集會自由，而支持 Boston 之規劃。臺灣也有相同的執法方式，參見蘇欣儀，大觀居民抗議蔡英文被拖進「意見表達區」 怒喊「是關狗嗎？」，https://www.upmedia.mg/news_info.php?SerialNo=45583（最後瀏覽日：2018 年 5 月 13 日）。
呂欣憓，總統維安 警設 3 公尺高意見表達區，https://www.cna.com.tw/news/aipl/201709030035.aspx（最後瀏覽日：2018 年 5 月 13 日）。
管中祥，「媒體採訪區」是保護記者還是矇上記者監督之眼？，https://www.civilmedia.tw/archives/25807（最後瀏覽日：2018 年 5 月 13 日）。

115 ZICK, *supra* note 73, at 223-26, 234-39.

116 *Id.* at 244-45.

117 *Id.* at 248, 250.

doi:10.6342/NTU201901943

內容相關（content-correlated）[118]。

再如 *Frisby v. Schultz*[119]案中抗議墮胎者站哨是有秩序且和平的，而且抗議的公共道路是傳統公共論壇。但是。法院以 *Perry* 的 TPM 限制為由，認為限制仍留有其他足夠替代管道得以傳達訊息。這造成即便是和平集會，且在公共論壇舉辦，也會被所謂內容中立的法規所扼殺。國家並非只有在集會確實破壞了公共和平，才會介入。相反地，國家全面地管制所有集會，包含那些同時是和平且未造成不便利的集會。現代國家透過舉辦之前的許可制加以限制，這個轉變使和平集會的權利受到限縮 [120]。現代國家利用許多看似中立的法規大量地箝制人民之集會自由。其說詞甚多，交通阻礙、安寧秩序、路線規劃等不一而足。文獻指出依照美國現行標準，國家不禁止人民在公共論壇行使言論自由的權利。但是，可以經由法規授權行政機關裁量權，限制時間、地點、方式。只要正當化的理由並非針對言論內容，且符合重要政府利益，並留有足夠替代的資訊交換管道即可。但是所謂維持秩序，避免交通阻塞，及保護安全皆會被認為是重要政府利益 [121]。假設國家真的是內容中立，種種多如牛毛的限制，也使得集會自由被架空。

第五款　中立規範可能造成差別影響

中立的規範，我們只能說「通常」是中立的。無法否認的是，表面中立的規定仍然可能被濫用，而實質上是不中立的。以刑法第 100 條內亂罪為例，就曾經被國家用以鎮壓臺灣獨立的言論。文獻也指出忽略時、地、方式具有言論的意涵，忽視弱勢族群有結構上溝通能力的不利處境，造成將弱勢族群的言論被排除[122]。即便是形式上中立的規定，也會造成對於內容歧視的效果，這樣歧視無論是否出於意圖，都是違憲的。例如禁止學校周圍一切的集會，會造成學生難以找到其他

[118] *Id.* at 249.
[119] 487 U.S. 474 (1988).
[120] 更多案例詳參：Tabatha, *supra* note 114, *at* 574, 575, 579, 587.
[121] *Id.* at 553.
[122] 蘇慧婕，言論管制的中立性－美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析，收於：憲法解釋之理論與實務第九輯，頁 259-261（2017 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

有效及替代的抗爭地點 [123]。形式中立的規定，會隱藏不平等的實質，這也會同時破壞公共論壇原則 [124]。

美國學說及實務也有意識到，中立規範會對於不同人產生不同程度的限制，而可能宣告規範適用上違憲。這與適用的脈絡與結構息息相關 [125]。德國法上，如果目的為了交通的道路使用是一般使用，而集會目的的使用則需要特殊使用許可（Sondernutzungserlaubnis）[126]。然而，街道常常用於交通運輸，不代表交通運輸就必然是優先的。交通法規只能用於交通的脈絡，交通規則不能排除將街道用於表達。一旦交通法規排除集會與表達的功用就是違憲的 [127]。

法院應該要注意行為在脈絡中所表達的意義，可能形成言論，而非只關注在規範的解釋上 [128]。此外，因為有言論的內涵，主管機關固然需要去管制可能產生的風險或保障第三人的權益，但是不能完全禁絕該象徵性言論的表達 [129]。法院應該對於表面上中立 TPM 管制保持懷疑的態度。即使規範者的動機不是為了限制言論，規範也常常造成差別影響（disparate impact），而使表意人無法透過其他管道發表言論 [130]。散布傳單、街頭示威、佔領等就是「我們是 99%」的重要溝通工具，而非如有錢人可以透過其他許多的管道 [131]。例如 *Martin v. City of Struthers*[132]案，法院就注意到挨家挨戶（door-to-door）發送傳單是窮人重要的表

[123] Kenneth L. Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, 43 U. CHI. L. REV. 20, 35-37 (1975).
[124] *Id.* at 38, 40.
[125] Stone, *supra* note 65, at 46, 59-63, 110-11.
[126] *Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 19), S. 10; *Depenheuer* (Fn. 1), Art. 8 Rn. 162; 李震山，論集會自由與公物使用間之法律問題－以集會遊行場所選用為例，東海大學法學研究，9 期，頁 102（1995 年）。
[127] C. EDWIN BAKER, HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH 147 (1989). 廖元豪，集會遊行權及罷工集會，收於：王惠玲等著，勞資爭議行為論文集，頁 826-827（2007 年）建議回歸道路交通管理處罰條例處理，認為有「妨礙交通」才要求報備、許可。這個看法仍然落入交通優先的迷思。
[128] Sarah Kunstler, *The Right to Occupy—Occupy Wall Street and the First Amendment*, 39 FORDHAM URB. L.J. 989, 999-1007, 1014 (2012).
[129] *Id.* at 1009-10.
[130] 廖元豪（註 127），頁 814-815 也曾經同樣注意到內容中立規定會對不同階層的人、群體造成影響。
[131] Kunstler, *supra* note 128, at 1017.
[132] 319 U.S. 141 (1943).

doi:10.6342/NTU201901943

達言論管道[133]。

本文認為，在尊重個人自主決定、表現自我、自我實現之前提下，對於非針對言論內容之限制降低審查，並沒有強力的正當性基礎。尤其，在司法院釋字第445、718 號解釋及世界各國大力鼓吹集會自由之重要性下，更是難以難想像。從前述被架空的公共論壇以及雙軌理論發展中，我們發現國家可以輕易地用廉價的交通或安寧秩序，恣意限制人民的集會自由。進一步解散集會，並可予以處罰。尤其，集會自由是言論自由之特別規定，應優先適用集會自由。照理來說，應該對於人民之自由有更高的保障。應注意的是，**集會自由與單純言論自由最大之不同就在其所表現之時間、地點、方式，而** TPM **也與集會遊行是否能將其理念完整的傳達給聽眾有其大的關係。甚至我們可以認為時間、地點、方式是集會自由密不可分的。如此一來，對於內容中立的限制，依然應該受到嚴格的審查。**因此，本文認為不能以人民非在公共論壇或違反主管機關所設下所謂內容中立法規，就直接認為違反集會遊行法而解散。標準一樣是要在集會中對於法益侵害有失控風險，著手於犯罪時，才可以對人民之集會遊行加以禁止及處罰。

第六款　適於集會場所的新詮釋

本文認為前述公共論壇及雙軌理論，或是內容中立規範可能會實質剝奪人民集會自由。人民可能必須冒更大法律風險，於禁止集會場所發表言論。進而，承受被解散和處罰的風險。以下本文將提出適合解決集會場所問題的方式。如果國家未提供足夠集會，所衍生的刑責不能歸責人民。

第一目　機關的有效運作

公共論壇理論基於某地點特定歷史事實或政府行為的有無，區別對於發表於個別場所言論的保護。然而，隨歷史偶然所做的恣意選擇，並非堅強的的正當化

[133] *Id*, at 146.

doi:10.6342/NTU201901943

基礎。地點自古以來就是人民表達意見場所的事實本身，不能夠合理說明為何在此發表的言論，就應該受到較高度的保障。實際上，也只能認為該地點，具有十分適於發表言論的特徵 [134]。此外，文獻分析在公眾場所分發傳單以及挨家挨戶分發傳單，兩案件都是限制的法規違憲。但是，問題不在於該場所的言論是否保護，毋寧是保障該種發傳單形式的言論與否。又如 *Terminiello* 案主要著重在保障私人大禮堂發表的言論類型。所以，從上述案件可以得知，公共論壇不是論理的主要內容，言論發表的地點並非上述案件重點。此外，*Hague* 案雖然強調公園和街道，但是比較 *Schneider* 案可以知道，對於在私人場所的保障也是相同的 [135]。再者，*Cornelius v. NAACP Leg. Def. Fund*[136]案是政府可以允許某地成為公共論壇，也可以廢止。如此將形成惡行循環，使得傳統共共論壇與指定的公共論壇無從區分 [137]。因此文獻提出，如果言論在該處發表將影響機關運作，言論可以被禁止。如果該場所屬於機關功能運作必要的領域，法院可以將某地認定為非公共論壇。同時，提出「尊重原則」（Deference Analysis），依憲法原則在機關運作時，適合由主管機關執行者，法院應該予以尊重。在此，尊重預設了法院與機關間的相互信任。法院於機關欠缺注意或善意（good faith），可以介入。此尊重不能單單以法院不具有專業就成立，否則會造成法院總是以此為由拒絕審查。也就是說，司法審查有助於擔保機關有效運作時，可以介入 [138]。不過，限制仍然必須是觀點中立的 [139]。

第二目　機關功能角度無法實現集會自由

從上述看法可以發現，學者似乎是以權力分立的角度出發，以類似功能最適理論的角度論述。也就是說，以機關的功能是否能夠完滿達成其憲法義務為標準，

[134] Stone, *supra* note 65, at 92-94. 指出公共論壇區分本身混淆了焦點。傳統上屬於公共論壇，只是代表言論自由的利益通常比公益更高，國家更應該容忍言論而已。也就是說，這只能利益權衡參考的因素之一。
[135] Post, *supra note* 102, at 1713, 1720-21(1987).
[136] 473 U.S. 788 (1985).
[137] Post, *supra note* 102, at 1758.
[138] Post, *supra note* 102, at 1172-74, 1810-12.
[139] Post, *supra note* 102, at 1824.

doi:10.6342/NTU201901943

而司法審查則是在機關違背其目的時介入。只是，權力分立之最終目的仍然在於人民權利之保障，權力分立是手段，而本身並非目的，無法以權力分立為由拒斥法院對於人民基本權之保障。任何國家公權力行為，都應該受到司法權之監督。只是，法院可能要對於行政機關之專業性予以一定之尊重[140]，而非拒絕審查。以 *Brown v. Plata*[141]案為例，涉及法院限制行政權是否越權的問題。但是，法院認為權力分立不是拒絕基本權保障的理由。另以死刑量刑為例，基於避免殘酷刑罰或是平等權問題，司法機關不能置之不理，而完全交由其他機關恣意決定[142]。功能最適理論、權力分立不能當作是一個教條。尤其是權力分立理論，從來沒有說明清楚，司法對於資源分配較不適合的原因為何。即便學者原先用意不是權力分立的角度，其過度強調機關組織的目的及功能，也使達成人民集會自由保障的功能無法彰顯。

第三目　以人民主觀集會功能實現角度

從人民達成集會功能的觀點出發，在特定地點發表言論，其目的往往在於對特定公共議題表達意見（往往是較為弱勢的意見），並進而影響公共議題走向。表意人在選取表達意見的地點時，並不必然會選擇公園、街道等法院認定為傳統公共論壇的場域，而是選擇與其陳抗對象有所連結或更易引人注目的地點。在人民達成集會功能的觀點下，對於公共論壇的認定即應更具彈性。也就是說，人民集會的場所，不能取決於當權者對該地點功能的解釋，否則無異於迫使人民僅得在國家劃設的牢籠內乞求言論自由，才能獲得較高度的保障。尤其，集會遊行往往出於對抗當權者之目的，如果交由當權者詮釋適於發表意見的公共論壇，將使得人民的聲音更難以被聽見。**表意者本身才是界定地點是否能發揮最佳表意效果的人**。沒有表意者希望自己的聲音受到漠視，所以他們會選擇與議題相關且又能

140 司法院釋字第 553 號解釋理由書。
141 563 U.S. 493 (2011).
142 McCleskey v. Kemp, 481 U.S. 279, 339 (1987) (Brennan, J., dissenting) 指出這是關於美國憲法增修條文第 8 條不得施以殘酷刑罰的問題。該文頁 346 指出還涉及了憲法平等權保障的問題。

doi:10.6342/NTU201901943

發揮最大表意效果的地點[143]。針對立法院「半分鐘」倉促審議的行為抗議時，想要最大化陳抗的效果，立法院就是適合的場所；要針對政府「修惡勞基法」的政策抗議時，總統府、行政院就是適合的地點。言論的保護不能取決於偶然的歷史事實或政府是否有意開放。在這樣的觀點下，是否有必要硬是劃分出傳統公共論壇、指定的公共論壇及非公共論壇就值得商榷。事實上，公共論壇的劃定是不必要的。

若要堅守公共論壇的用語，**我們可以說只要人民主觀上認為在某公共地點集會有助於其主張的達成，則該地點就是適於表達意見之公共論壇。也就是說，任何公共地點都可以是公共論壇**，政府之管制行為是否合憲都應以嚴格基準審查。否則，例如白玫瑰運動對司法院進行抗議（以機關功能的角度而言，應該要對最高法院才正確），就會因為對於正確機關打擊錯誤而可能受到限制。反之，從白玫瑰運動的參與者而言，只要他們認為司法院是適合的抗議對象、地點，就應該認為是公共論壇。我們從人民自己認為最適合達成集會功能的角度出發，可以給予人民最大程度的集會自由保障。例如高速公路客觀功能與集會可能無法相符。但是。對於失業的收費員主觀上而言，卻是最能達成訴求，實現集會自由的場所。

第四項　國家積極、保護義務與集會遊行刑事責任的關係

不過，如果採取人民主觀認為最有效地點集會的觀點，同時將會面臨完全不受限制的集會自由問題，勢必要有其他要件。所以，本文會藉由連結國家保護義務及積極義務的觀點，論證國家協助人民實現集會自由。在國家負有保護義務及積極義務時，未保護或未提供適於集會場所，會使相關衍生的刑責不可歸責給人民。

---

[143] Adderley v. Florida, 385 U.S. 39, 49-51 (1966) (Douglas, J., dissenting) 指出監獄就如同官邸、議會、法院或州政府，都是政府的一部分。當關押政治犯或認為受到不正對待的囚犯時，就成為明顯的抗議對象。對於並未控制廣電媒體，或無法負擔在報紙刊登廣告等人民，僅有極其有限的管道接觸公職人員，只要他們的陳抗是和平的，這些手段不應認為是妨害與騷擾。

doi:10.6342/NTU201901943

第一款　國家保護義務

法治國原則具有保障人民自由和安全的意義[144]。國家要確保國內安全、和平，禁止人民以自力救濟方式回復自己的權力。國家以公權力行為，消除私人間權力衝突。「公權力獨占」(Gewaltmonopol)是「國家獨占實力」(Gewahmonopol)與「國民和平義務」(Friedenspflicht)的基礎；同時，國家有義務，應積極保護人民的權利，使個人間關係處於和諧的狀態[145]，以滿足基本的安全需求[146]。保護義務是人民接受國家公權力獨占，及人民負有和平義務的補償[147]。非歸因於國家高權所形成的風險，就是保護義務處理的領域[148]。不同於源自社會國請求給付功能，保護義務是源自法治國原則，是維繫現狀及防禦危險的要求[149]。所以「國家有義務處理私人間權利衝突，對權利受損的私人加以保護，此乃國家保護義務概念建構的基礎」[150]。行政、立法、司法都受到保護義務的拘束[151]，藉由履行保護義務，完整地維持基本權利保護[152]。一般認為有關公權力機關，特別是立法者對於保護義務的履行，有一定裁量空間。只有在完全不作為，或是所採取的措施顯然無法達成最低限度的保護時，才會違憲[153]。此外，國家原則上只要履行**最低限度的保護**。只有在涉及重大法益時，才會受到較嚴格的檢驗[154]。

---

144 *Christian Calliess*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, S. 321 (322).

145 李建良，基本權利與國家保護義務，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務第 2 輯，頁 333(2000 年)；*Hans-Jürgen Papier*, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, NJW 2017, 3025（3025 f.)。

146 Hans-Jürgen Papier 著，李建良、蔡宗珍譯，從憲法觀點看自由與安全間之緊張關係，臺灣法學雜誌，200 期，頁 64（2012 年)。

147 *Calliess* (Fn. 144), S. 321, 326 ff.

148 *Joachim Suerbaum*, Die Schutzpflichtdimension der Gemeinschaftsgrundrechte, EuR 2003, 390 (392).

149 許育典，憲法，7 版，頁 119（2016 年)；*Papier* (Fn. 145), S. 3030.

150 謝榮堂、周佳宥，論國家保護義務，軍法專刊，55 卷 3 期，頁 22（2009 年)。

151 *Calliess* (Fn. 144), S. 322 f., 328.

152 謝榮堂、周佳宥（註 150)，頁 25。

153 BVerfGE 92, 26 (46); BVerfGE 125, 39 (78 f.); *Papier* (Fn. 145), S. 3029 f.; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 84. Aufl., 2018, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1 Rn. 41; *Oliver Klein*, Das Untermaßverbot - Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichterfüllung, JuS 2006, S. 960 (962); *Calliess* (Fn. 144), S. 323, 328. 法治斌，董保城，憲法新論，6 版，頁 138-139（2014 年)；許育典（註 149)，頁 119。

154 *Klein* (Fn. 153), S.961.

doi:10.6342/NTU201901943

一般認為國家的保護義務功能，人民無相對應的請求權。然而，基本權目的在於完整保障個人自由，不應該限縮在防禦權。既然國家獨占權力，國家就是唯一可以維護人民安全的組織。防禦國家干預，以及保護免於來自私人侵害都屬於基本權作用內涵。為完整維護基本權，這兩個面向都是主觀權利，這是保護義務憲法基礎[155]。國家有建置基本權救濟程序的義務，使人民得以藉此維護自己基本權。這樣才能確保人民擁有最大限度自我實現的保障[156]。權利就應代表人民得以主張，以概念區分基本權客觀功能，課與國家義務就認為人民不得主張，容有商榷之餘地。況且，權力分立一開始的理念即是藉由相互制衡，達到保障人民權利之目的。不能反過來以權力分立阻礙人民權利之主張。至於保護請求權的落實，不應認為司法凌駕立法，而是要探究司法自制的問題。人民具有主觀的保護請求權，可以完整保障基本權，也可以避免保護義務只是不具拘束力的誡命而已。保護之效力、範圍是個案中行使要考量的問題，不應在一開始完全否定人民主觀請求權[157]。至於保護的程度，則是「保護權原則上僅能請求國家為無瑕疵之裁量或最低限度的保護，除非有裁量收縮至零之情形，才能要求國家為特定之行為」[158]。保護義務也是國家積極義務的一環[159]。其實，保護義務與主觀請求權就是基本權一體兩面。

本文承認，憲法的實現必須藉由行政、立法、司法完善運作始能達成。但是其他權力如有失靈，交由司法救濟是不得已的，也應該是必要的管道。代議民主所擬制的國民總體意志與個別人民意志之間的落差，必須讓每一個人都有機會讓少數意見變成多數意見，才能確保個人自由的實現。而現在多數決所訂立的法律，要認為是一種多數與少數妥協的暫時性結論[160]。主流、多數也不應該以法律豎

[155] 楊承燁，論國家之基本權保護義務－以德國憲法法學之發展為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 166、407（2017 年）；許宗力，基本權的功能與司法審查，人文及社會科學研究彙刊，6 卷 1 期，頁 28-29（1996 年）。
[156] 許育典（註 149），頁 94。
[157] 楊承燁（註 155），頁 344。
[158] 楊承燁（註 155），頁 347、407；*Suerbaum* (Fn. 148), S. 414 f.
[159] *Suerbaum* (Fn. 148), S. 404.
[160] 黃舒芃，多元民主中的自由保障－Hans Kelsen 的多元主義民主觀暨其對議會與憲法法院的證

doi:10.6342/NTU201901943

立正統（orthodoxy）。同時也不能決定何種意見，才可以對主流進行挑戰[161]。憲法法院的存在的任務是保證國會促進多數和少數妥協的功能[162]。然而，本文認為促進多數與少數溝通的責任，在各個法院都有該職責及功能。因此，就保護的程度是否不足以及保護請求的問題，應屬於刑事法院判斷犯罪成立時，得以審查的範圍。

第二款　國家積極義務

藉由上述說明，如果證立國家具有保護義務，也就同時導出國家的積極義務。而保護請求權原則上請求最低限的保障。至於積極義務的具體內涵，以噪音為例，歐洲人權法院於 *Oluić v. Croatia* [163]案中，認為以噪音是否達到「最低傷害標準」（minimum level of severity）[164]作為締約國違反積極義務與否的審查基準。而達到最低害標準與否需要依照環境有所不同，例如持續的時間、強度，以及噪音對於生理、心理的影響等判斷[165]。本案調查顯示噪音已經超越世界衛生組織集許多歐洲國家的標準[166]，所以達到最低傷害標準。因此，使 Croatia 國負有積極義務，採取行動來保護人民免於噪音[167]。從 *Oluić v. Croatia* 中可以發現，法院試圖從人民所受到實際損害來論證國家介入以保護人民的義務。噪音在短期內不會造成立即危險。但是，長期潛藏的風險，也是國家履行保護義務，減少實害實現的義務範圍[168]。又如美國聯邦最高法院 *Hill v. Colorado* 案法院認為在病患進出診所之處，8 呎的禁止言論緩衝區是可以被接受的。法院認為限制言論表達的緩

立、德國法上違憲審查權限爭議的歷史軌跡－從 H. Kelsen 與 C. Schmitt 的辯論談起，收於：民主國家的憲法及其守護者，頁 71-75、149（2009 年）；薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，頁 146-147（2015 年）。

161 V Blasi, *Holmes and the Marketplace of Ideas*, 2004 Sup.Ct. Rev. 1, 24-44 (2004).

162 黃舒芃（註 160），頁 82。

163 Eur. Court HR, Oluić v. Croatia judgment of 20 May 2010.

164 此翻譯係依照廖福特，國家積極義務與私人生活保障－歐洲人權法院 2010 年相關判決之檢視，臺灣法學雜誌，180 期，頁 53（2011 年）。

165 Oluić v. Croatia, paragraph 49.

166 Oluić v. Croatia, paragraph 60.

167 Oluić v. Croatia, paragraph 62.

168 楊承燁（註 155），頁 100。

doi:10.6342/NTU201901943

衝區，是為了保護希望進出診所的人，其中許多人有著心理或物理上的病痛，在物理上遠離示威者才能避免影響[169]。*Hill* 案雖限制了表意人發表言論的區域，但是以距離而言不是太遠，也不是禁止抗議者發表言論，不會讓言論自始凍斃。雖然是事前限制，但只是畫下緩衝區，避免病患受到無可回復的損害[170]。同時也讓表意人仍然可以集會表達意見。司法院釋字第 469 號解釋理由書中提到：「法律規範之目的係為保障人民生命、身體及財產等法益」、「斟酌人民權益所受侵害之危險迫切程度、公務員對於損害之發生是否可得預見、侵害之防止是否須仰賴公權力之行使始可達成目的而非個人之努力可能避免等因素」，由此可見於我國，如果危險迫切、非個人所能避免等情事時，可以請求國家介入，也展現國家積極以及保護義務增加，以及裁量權限收縮至零等想法。司法院釋字第 718 號解釋釋示：「人民有集會之自由...為保障該項自由，國家除應提供適當集會場所，採取有效保護集會之安全措施外，並應在法律規定與制度設計上使參與集會、遊行者在毫無恐懼的情況下行使集會自由」更進一步指出，集會遊行脈絡下，國家有提供場所和保護的積極義務。

因此，我們可以用是否有對於人民生命、身體等法益產生侵害的實質迫切危險，作為國家積極義務的建構來源。況且，只要人民有基本權主觀公權利，釋義學上當然可以導出請求國家保護的請求權[171]，這也代表權利對應國家積極履行保護的行為。就集會遊行而言，國家不但要積極提供集會場所，還要採取有效的保護措施。

第三款　集會場所提供與實質平等

從前述討論我們知道應提供集會場所，並且保護集會。提供集會場也與集會

[169] Hill v. Colorado, 530 U.S. 703, 715-18, 729-30 (2000); Schwartz, *supra* note 14, at 596.
[170] 司法院釋字第 744 號解釋認為事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的始為合憲。
[171] *Jörn Ipsen*, Staatsrecht II, 16. Aufl., 2013, Rn. 102.

doi:10.6342/NTU201901943

自由的實質平等習習相關，同時也影響到刑責問題。現代多元、專業分工、衝突的社會中，消極自由所具有防禦、免於國家侵害的功能，已經無法因應；相反地，積極自由的概念更顯重要[172]。其中，社會國原則（Sozialstaatsprinzip）就是實現積極自由的重要關鍵之一。自由權和社會國緊密結合，國家必須消除自由權行使的障礙；透過自由權行使的實現，同時也實現民主原則[173]。國家不只要維護自由，也要實現、確保自由的條件[174]。社會國原則有限縮立法者裁量空間的功能[175]。立法者固然負有具體化和實現的義務，但是無法推導出人民有給付請求權請求[176]。不過，司法解釋憲法或法律時，也需要將社會國原則納入考慮[177]。社會國原則並非限縮自由權，而是在確保自由的前提之下，作為自由行使的界限[178]。集會場所的提供，涉及人民請求國家給付的問題，也就與社會國原則有所關連。雖然國家保護措施的提供主要是法治國原則的要求，而集會場所的提供則與社會國原則相關。不過，依照本文見解，如果國家為提供足夠的集會場所，又未積極盡保護義務，導致集會可能的刑事責任，風險應該由國家承擔。就此，社會國原則和法治國原則在這個層面上同時作用。

司法院釋字第 445 號解釋理由書第 7 段：「‧‧‧至於講學、著作、出版自由係以言論或文字表達其意見，對於一般不易接近或使用媒體言論管道之人，集會自由係保障其公開表達意見之重要途徑。‧‧‧積極方面應提供適當集會場所，並保護集會、遊行之安全，使其得以順利進行。」

由「應保護集會、遊行安全，使其得以順利進行」，可以得知國家保護義務在於確保人民行使基本權之條件，並排除來自他人的干擾。司法院釋字第 718 號解釋理由書第 1 段甚至強調「採取有效保護集會之安全措施」。從中應可推導

172 *Christoph Gusy*, Der Freiheitsschutz des Grundgesetzes, JA 1980, S. 78 (78 ff.).
173 *Gusy* (Fn. 172), S. 81.
174 *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher,* Grundrechte. Staatsrecht II, 30. Aufl., 2014, Rn. 95 f.
175 *Jarass* (Fn. 30), Art. 20 Rn. 123.
176 *Jarass* (Fn. 30). Art. 20 Rn. 112 ff., 124 f.; *Gusy* (Fn. 172), S. 81 ff.
177 *Jarass* (Fn. 30), Art. 20 Rn. 127.
178 *Gusy* (Fn. 172), S. 83 f.

doi:10.6342/NTU201901943

出國家於人民於公開場合表達意見時之作為義務。國家介入之目的，並非要使得表達言論之人民停止集會。反而。是要使得其陳抗活動更能順利進行。據此，透過國家之介入、維持秩序，使得任何公共空間皆得成為適於發表意見，能夠與社會溝通交流的言論公共空間。同時從「**應提供適當集會場所**」亦可以看出，國家負有提供公共空間的義務。

又平等權除具有禁止歧視的防禦權外，如果只有透過給付才能消除歧視的話，則可以導出請求給付的權利[179]。有錢人無須使用街頭來抗爭，但是對於弱勢族群卻是不可替代的管道。基於實質平等的角度，只有透過提過弱勢族群場所才能消除這樣利用街頭的結構性不平等。因此，必須認為抗爭群體有請求提供場所的給付請求權。就算認為國家沒有積極給付的義務[180]，至少國家有避免人民集會不受妨害的最低限度義務[181]。不過，本文認為不妨礙集會的義務，還包括國家不得妨害集會場所形成，以及不得任意解散集會的義務。所以，當集會場所不足，而人民自行選擇場所集會遊行，國家不得解散及會。反而有可能因為負有積極及保護義務，協助人民開展集會自由，而非散散或處罰集會。如此，才能讓無法利用其他大眾傳媒，結構性不平等的弱勢，能夠透過在公共場所集會的方式，達到實質平等的境地。

第四款　連結保護、積極義務與公共論壇之實務見解與評析

基於上述討論，本文接著藉由觸及此議題的實務見解進行討論。

第一目　案例事實

國道收費員相關案件的實務見解中，毛振飛等人抗議交通部及遠通公司對於

---

179 *Ipsen* (Fn. 171), Rn. 854.

180 *Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 19), S. 6; *Ipsen* (Fn. 171), Rn. 569; BVerwG NJW 1993, 609; *Depenheuer* (Fn. 1), Art. 8 Rn. 114; Stone, *supra* note 65, at 86-87 均認為集會自由沒有請求國家給付、實現的權利。

181 ZICK, *supra* note 73, at 211. 這項義務從臺灣刑法第 152 條及集會遊行法第 5 條就可以導出。

doi:10.6342/NTU201901943

國道收費員資遣事件，事後處理不當。他們動員約 100 輛小客車、2 輛遊覽車，大約 400 人，計畫以慢車速到交通部陳情抗議。經過國道一號輔助車道時，因警察進行交管，並有警察的前導車於外側車道緩慢行駛，領隊毛振飛於是當場停車，造成所有車輛原地停車。毛振飛等人就地以「六步一跪」方式表達訴求。國道警察舉牌，民眾不聽從而遭到解散[182]。

第二目　法院就公共論壇部分之論理

法院認為毛振飛等從中壢休息站北上，他們行駛車道為機場系統輔助車道，並非高速行駛內外車道，且警察機關於事前已掌握並全程監控。

…高速公路在警察機關的嚴密交管「保護」下，所占據停車的路段，已**暫時停止其供車輛高速行進的功能，毋寧恰為一處適於發表意見，與社會溝通交流的言論公共空間**。尤其國道收費員一輩子的工作場域就在高速公路收費站，其等抗議表達的象徵性言論，還有比高速公路更為適切表達其等心聲之處所嗎？…**在公共論壇對其等嚴重不足情形下**，所為應受憲法保障的象徵性言論表意行為[183]。

第三目　本文見解

一、人民實現集會功能觀點的公共論壇

如果從傳統，或機關功能（集會影響交通），都無法得出國道高速公路為公共論壇的結論。進而會否定人民得以於該處發表言論。援引公共論壇理論通說，以所謂「自古以來即為公眾表意的場所」作為分類標準，在此也凸顯其荒謬。對於新的公共地點，無所謂自古以來即為公眾表意的特性。然而，這些場所未必不適於人民發表言論。實際上，從未有公共空間目的，本來就是為了公眾表意而建立。傳統公共空間的概念反而箝制了人民於他處表達意見之可能，使得人民僅能

[182] 臺灣桃園地方法院行政訴訟庭 104 年度交字第 33 號判決。不過此判決在二審被撤銷。另外刑事部分事實臺灣新北地方法院 104 年度訴字第 870 號刑事判決四、（二）1-4 與行政法院認定事實差異不大。

[183] 臺灣桃園地方法院行政訴訟庭 104 年度交字第 33 號判決。粗體為本文所加。

doi:10.6342/NTU201901943

卑微地在國家所同意之地點中，向國家跪求集會自由。

本文從人民實現集會功能性的觀點出發，認為只要公共地點集會有助於人民主張的達成，那麼該地點就是處適於表達意見之公共論壇。毛振飛等人之所以選擇以國道高速公路作為其意見表達之地點，就是因相關人員身為國道收費員，高速公路為長久以來的工作場域。而收費員所欲表達的意見內容是解雇後續處理不當問題。他們選擇國道高速公路作為集會地點，最能發揮其訴求最大效果，所以國道高速公路應可成為公共論壇。同時，透過國家積極行為之介入，區隔來往高速通行之車輛與抗議群眾，**保護國道收費員得以在路肩以和平之方式表達訴求。國家並不是要為人民選擇抗議的地點，而是要在其選擇抗議地點後盡到維持秩序與安全並調和衝突等積極義務。**雖然本案中警方介入主觀上並非為了「協助集會」而是要「取締不法」；但是，不論警察主觀意圖為何，我們至少看到了國家積極介入在形成適於集會空間的可能。**足夠的警力及措施，不但能同時保護集會者，還能讓行車者能繼續使用道路**[184]。當時的高速公路在警方的「保護」下，收費員等占據停車的路段，已暫時停止供車輛高速行進的功能。此時，恰好成為適於發表意見，與社會溝通交流的言論公共空間。由此可見，對於公共論壇，國家的角色不在限縮其範圍，而是應該努力協助開展。

於本案中，毛振飛等人雖可能因此造成國道高速公路使用者之不便。但是，他們並未對於第三人造成生命、身體上之緊急危害（於路肩進行陳抗行為，並有於來車處放置三角錐以防免後方汽車追撞）。國家不應選擇以排除之方式回復國道高速公路之秩序，完全剝奪陳抗者之言論、集會自由。反而是高速行進的車輛會對於人民的生命、身體法益造成實質而且迫切的危險。從前述 *Oluić* 案、*Hill* 案、司法院釋字第 469 號解釋意旨以及 718 號解釋理由書第 1 段要求國家提供集會場所及有效保護措施，**本文認為國家於此際負有積極的保護義務，應該介入保**

[184] 臺灣新北地方法院 104 年度訴字第 870 號刑事判決 四、（二）5.；四、（三） 2.；臺灣高等法院 106 年度上訴字第 620 號刑事判決 三、（二）1-4；四、（一）法院指出警察配置足夠的警力及措施，而且讓交通沒有完全被阻絕。

doi:10.6342/NTU201901943

障收費員之集會遊行。因此國家除了依照司法院釋字第 445 號解釋積極提供集會場所的義務外，還有在人民選擇集會場所後，保護其順利進行之義務。人民選擇集會的地方，就是最適合集會的場所。

二、即便屬私人所有場所仍得為集會的場所

同樣重要的是，人民能否選擇地點的問題，**與是否屬於私人所有無關**。例如抗議企業恣意關廠，選擇到私人所有的辦公場所進行抗爭 [185]。因為言論、集會自由之保障應該具有積極的面向。國家負有積極的義務，促進人民在適合發表言論的地方集會 [186]。言論、集會自由保障個人可以對抗實力強大的私人。即便是私人擁有的場所，對言論、集會自由之管制也會受到憲法的限制 [187]。政府讓私人提供人民便利生活，私人從中獲利，得到政府稅金減免或公共建設資助，政府與私人是相互依存的 [188]。有時國家甚至牽連並間接參與，賦予私人限制言論自由的權力，並對於進入私人土地者執行處罰。因此，國家實質上與該私人相結合，有限制人民言論自由的權力（power）[189]。私人擁有的財產自願開放使用，也因此從中獲利。所以，同時也不能侵害他人於該公開場所言論自由的權利 [190]。例如美國聯邦最高法院允許人民在 Chicago 市長住宅附近的集會 [191]。更進一步，本文甚至認為，財產權制度本身就是一種國家制度，不能因為公私而有差異。人民不但可以對於行使財產權者主張言論自由，還可以要求國家負有積極義務，使人有機會利用該公開場所。所以，不能因為民事法上形式區分私人以及國家，而對於言論自由、集會自由之保障有不同之待遇，何況私有財產權也是國家的一種

---

185 即時新聞，Hydis 聲援團體　再赴永豐餘股東會抗議，自由時報，2015 年 6 月 30 日，https：//ec.ltn.com.tw/article/breakingnews/1363715（最後瀏覽日：2019 年 5 月 13 日）。

186 DAWN C. NUNZIATO, VIRTUAL FREEDOM: NET NEUTRALITY AND FREE SPEECH IN THE INTERNET AGE 41-42, 45 (2009).

187 *Id*, at 50; Schneider v. State, 308 U.S. 147, 163 (1939); BVerfGE 128, 226 (253 ff.); *Ullrich* (Fn. 1), S. 438.

188 ZICK, *supra* note 73, at 164-165.

189 *Id*, at 51; Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501, 505-07 (1946).

190 SALÁT, *supra* note 33, at 263-264; International Society for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee, 505 U.S. 672, 701 (Kennedy, J., concurring).

191 Gregory v. City of Chicago, 394 U.S. 111 (1969).

doi:10.6342/NTU201901943

制度，國家無從脫免其責任。

三、未提供場所、未盡保護義務的法律效果

本文認為就刑事責任而言如果肇因於國家未提供足夠有意義的集會場所，（例如前述國道收費員的的案件），而且也有足夠警力可以提供保護。如未提供足夠、適當場所，或未盡保護義務所生的刑責，可歸責於國家。相關人員不具不法性，或是在有責性層次排除其責任。

doi:10.6342/NTU201901943

第五章、階級與不平等的訴訟

因為，弱勢者承擔訴訟上較高不利風險，且會在中立法規較容易成立犯罪；所以，前章提及保護義務及集會場所提供與刑責的判斷，實際上與實質平等息息相關。接下來**第五章**及**第六章**本文將就實質平等在刑事法程序與實體應該如何評價與適用進行討論。實質平等在刑事程序中展現很大的重要性。然而，實質平等的問題，例如就業歧視、男女平等，或是本文所關注的刑事責任問題，常需要透過統計或是其他非法律理論的工具，才能揭露。所以，於本章嘗試從監獄受刑人的特性分析，揭露刑事程序對於經濟弱勢所生的極高不利訴訟風險。這與集會遊行的刑責的連結在於，如果我們的刑事程序不利於弱勢族群，則當弱勢被刑事追訴時，也會承擔更不利的訴訟風險。這樣會造成憲法所保障的集會自由，在刑事程序層面被剝奪殆盡。所以，必須透過國家關注階級平等，履行保護義務消除歧視和偏見的風險，才能達到實質平等的刑事責任及集會自由保障。

平等權或平等原則是憲法的重要原則。實證研究顯示貧窮與犯罪之間沒有當然關係[1]。然而從刑事程序觀察，無論是執行層面，或是訴訟實際層面都明顯背離平等原則，呈現「竊鉤者誅，竊國者侯」的情形。簡單來說，**訴訟會因為身為下層階級，而承擔更高有罪、量刑更重的風險**。必須將實質平等重新詮釋，並套用到司法程序中，才能勉強消弭極端不平等的現狀。雖然社會文獻上已經將階級不平等當作預設且接受的前提，但是在法學上卻沒有足夠的研究指出不平等的現狀是否會影響法律的判斷。此外，實務工作者往往對此議題只有模糊的印象，能否在法律操作中避免不均等的結果，容有疑義。因此，本章旨在透過注重結構的實質平等觀，討論階級對訴訟結果的影響。

所稱階級，主要連結到經濟層面（教育與住居與其相關）。另外，泛稱訴訟，主要是指出訴訟並非如法學預設呈現公平審判，不會細部討論每一個刑事訴訟法條文所造成的不平等現狀。本文探究重點在於經濟弱勢所承擔的訴訟不利風險，

[1] Tom Gash 著，堯嘉寧譯，被誤解的犯罪學：從全球數據庫看犯罪心理及行為的十一個常見偏誤，頁 199-223（2018 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

研究限制在於所選擇客觀經濟指標，可能無法反映滿意、幸福等主觀因素。且統計是針對全部刑案，個別犯罪特性需要其他研究來補足。

本章先論述壓迫結構與實質平等的關係（第一節），接著討論階級對整體訴訟所產生的不利影響（第二節）。並針對階級不平等現狀的審判程序，所衍生刑事程序的處理問題及法律效果（第三節）。

第一節　正視結構壓迫的實質平等

法學針對平等的討論多認為達到機會平等，即符合實質平等[2]。並認為國家沒有消除事實上不平等的積極義務[3]。然而結構促使工作、地位以及性別等的隔離[4]。社經不平等的結構產生了宰制[5]，結構不會因為分配，而有所改變，結構會不斷再製不平等[6]。結構不平等是日常發生且與大屠殺同樣可怕[7]。所以，不平等的解決需要從結構的觀點切入[8]。以性別平等為例，性別不平等的結構，各

[2] 許育典，憲法，7 版，頁 182-184（2016 年）；林騰鷂，中華民國憲法，5 版，頁 65-66（2014 年）；吳信華，憲法釋論，2 版，頁 274-275（2015 年）；法治斌、董保城，憲法新論，6 版，頁 259-261、266（2014 年）；就業服務法第 5 條第 1 項「為保障國民就業機會平等…」。*Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 13. Aufl., 2014, Art. 3 Rn. 71, 73; BVerfGE 33, 303 (345-348, 354-357); *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 30. Aufl., 2014, Rn. 462; BVerfG NJW 2013, 1293; *P. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 84. Aufl., 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 228. 司法院釋字第 750 號解釋許志雄大法官協同意見書是少數有注意僅強調實質的機會平等，仍會使弱勢處於不平等地位。李惠宗，憲法要義，7 版，頁 143（2015 年）另外認為實質平等是取向結果平等。

[3] *Jörn Ipsen*, Staatsrecht II, 16. Aufl., 2013, Rn. 795; *Jarass* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 12. 德國法上僅有特定領域，例如憲法明文要求男女平等的部分，會認定壓倒性適用在女性的法律，無論立法是否有意歧視，都屬於違憲。同時，國家負有消除既存事實上不平等之義務。不過，仍然限於機會平等。參見 *Ipsen* (Fn. 3), Rn. 834, 838, 856, 866; *Jarass* (Fn. 2), Art. 3 Rn. 87 ff., 97a; *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 84. Aufl., 2018, Art. 3 Abs. 2 Rn. 28 f., 35 ff.

[4] IRIS MARION YOUNG, RESPONSIBILITY FOR JUSTICE 56-59 (2011).

[5] K. Sabeel Rahman, *Constructing and Contesting Structural Inequality*, 5 CRITICAL ANALYSIS OF LAW 103-04 (2018).

[6] Iris Marion Young, *Five faces of oppression*, *in* FEMINIST THEORY: A PHILOSOPHICAL ANTHOLOGY 91, 92-93, 96 (Ann E Cudd & Robin O. Andreasen eds., 2005).

[7] IRIS MARION YOUNG, RESPONSIBILITY FOR JUSTICE 92-93 (2011).

[8] Rahman, *supra* note 5, at 106, 125. 許春金等（許華孚執筆），刑事司法與犯罪學研究方法，頁 368-371（2016 年）；Martin D. Schwartz & Henry H. Brownstein, *Critical Criminology*, *in* THE HANDBOOK OF CRIMINOLOGICAL THEORY 301, 301-05 (Alex R. Piquero eds., 2015) 均指出批判犯罪學重心不在探究犯罪的原因，而是將重點放在犯罪與社會衝突等的社會脈絡上，這些脈絡是分配、生產、再生產等結構的關係。除了經濟層面如階級外，壓迫宰制的不平等權力及分配，也是關注的重點。郭秋永，社會正義、差異政治、以及溝通民主，人文及社會科學集刊，24 卷 4 期，頁 534-539、545-550（2012 年）指出所謂的分配正義的典範，正是預設了中立國家、中立分配者的角色，也因此忽略了結構。由此可見，政治學、法學、犯罪學均已經對現狀提出反省，而提醒大家必須注意隱而不顯的結構問題。

doi:10.6342/NTU201901943

個機關就有人民防免基於性的壓迫。並且重點不是找出差異性（形式平等），而是在發現宰制的現實，並加以改變，而非中立地維持不平等的現狀[9]。實質平等的解釋不在於既存法律平等的詮釋，而是在辨認不平等的現實[10]。

機會平等（opportunity structure）只著重公平競爭，區分貧窮是否應得（deserving），但是此區分忽略了消弭貧窮的重點，而只探討美德與否[11]。因為優勢群體實際上將自己的想法抽換為中立規範[12]，進而使結構所形成的歧視不斷再製，維持既得利益者的優勢。機會平等無法解決結構的壓迫。壓迫部分展現在習慣、無意識假定與刻板印象等[13]。犯罪的認定更是常常受到主流文化影響。因為犯罪追訴都是集中在下層階級，所以傳統犯罪學的採樣有嚴重的偏誤。因為追訴會影響損害賠償的取得，所以即便證據十分明確，大部分的白領犯罪都不會被起訴。此外，因為階級的偏見，以及有權勢者影響刑法的訂定，以及法律的執行，還有影響法院所為的判決先例，都使白領犯罪者可以免於法律的制裁[14]。從媒體敘事的角度分析，可以發現消費者詐欺相關案件報導，大量使用犯罪的用語；相反地，會計詐欺則多以醜聞，而非犯罪描述[15]。所以，我們必須注意結構對人造成的影響，才能正確評價刑事責任，也才符合實質平等。

文獻上指出實質平等要考慮弱勢的結構性的地位[16]。平等理論的重點在於如

---

[9] CATHARINE A. MACKINNON, ONLY WORDS, 97-98 (1993).

[10] Catharine A. MacKinnon, *Substantive Equality: A Perspective*, 96 MINN. L. REV. 1, 12-17, 26-27 (2011).

[11] Rahman, *supra* note 5, at 105.

[12] Young, *supra* note 6, at 100-02; Iris Marion Young 著，陳雅馨譯，正義與差異政治，頁 118、214-215、343-344（2017 年）；國內文獻針對所謂中立法律可能是客觀化的男性標準。參見：陳昭如，國會和法院的快慢之間：從比較觀點思考臺灣婦運的法律改革策略，發表於「性別平等訴訟運動：內國與跨國的實踐」，收於：收於性平等論爭－－麥金儂訪臺演講集，頁 176（2015 年）；陳昭如，踐行的法學：凱瑟琳˙麥金儂的女性主義理論與行動，收於：性平等論爭－－麥金儂訪臺演講集，頁 42（2015 年）。

[13] Iris Marion Young 著，陳雅馨譯（註 12），頁 255-258。

[14] Edwin H. Sutherland, *White-Collar Criminality*, 5 AM. SOCIOL. REV. 1, 1-12 (1940) 指出只有低於 2%的上層階級被關在監獄。不同於一般犯罪，白領犯罪的追訴對象常常止於一個犯罪人，並且常常只是失去執照，在極端的案例才會面臨徒刑和罰金。白領犯罪看似高尚、無害，實際上所造成的傷害是普通的財產犯罪數千、數萬倍。

[15] 沈伯洋，媒體意識轉換以及言論管制，月旦刑事法評論，9 期，頁 83-87（2018 年）。

[16] 許玉秀等（座談會陳昭如發言），私法自治 vs.性別平等－從釋字 728 論祭祀公業條例之合憲

doi:10.6342/NTU201901943

何調整「權力差異」，而非著重差異存在與否。只從分配、機會平等討論，都忽略平等的民主參與，也可能無法改變不平等[17]。另有認為任由機會優勢者的自主選擇對機會弱勢者產生不利的效果，是強化對弱勢者的歧視[18]。也有指出群體特殊權利並非特權，而是讓特定群體，也可以享有與社會主流相同的權利[19]。另有提到，受害者是女性加上有色人種，使得他們的地位更為弱勢，更難受到重視。必須透過平權的法律，消弭社會上既存的宰制所生的不平等。我們不能夠把這種平權法律視為異常的，而是在不平等社會中是必要的[20]。因此，也凸顯揭露不平等與宰制現存結構的重要性。

第二節　階級刑罰

為了看出社會結構中的宰制與不平等，接下來本文將分析結構不平等所帶來階級差異刑罰結果，以及可能的成因。本文就經濟、教育與住居之間的關聯，指出現狀不平等情況。接著，結合教育、年齡及受刑的統計，揭露刑事程序追訴對象的特性。

第一項　教育再製不平等

臺灣貧富差距[21]、教育、住居隔離之間互為因果[22]。財富不均影響居住空間，

性，臺灣法學雜誌，第 270 期，頁 64（2015 年）。

[17] 陳昭如，從義務到權利：論母性保護制度的轉向與重構，收於：追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐，頁 232（2018 年）；陳昭如（註 12），頁 174。

[18] 莊世同，論平等與法治：評司法院釋字第 728 號解釋女子不得為祭祀公業派下成員案，收於：追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐，頁 156（2018 年）。

[19] 石忠山，多元民主共和的平等與差異：原住民族特殊群體權利的若干思考，收於：追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐，頁 188（2018 年）。

[20] Catharine A. MacKinnon, *Reflections on Sex Equality under Law* , 100 YALE L.J 1281, 1298-1326 (1991).

[21] 臺灣現狀專業與非專業階級之間的流動很低、產業外移、企業資本集中化、臺灣與中國貿易分配不均、臺灣本地多得分配不均擴大，提高失業率及貧富差距。吃苦就會成功的功績式思想也弱化，受到民眾的質疑。臺灣所得最高 5%與最低 5%的倍數比變化，可明顯發現貧富不均現象日趨明顯，由 1998 年的 32.74 倍，增加至 2012 年的 96.56 倍。至 2012 年受雇人員占 GDP 比重 46.17%，低於 30 年前的水準，而且下跌速度很快，代表臺灣經濟所創造的收益沒有公平分配給社會多數的受雇階層。相反地，企業及大股東所占的比例卻不斷上升，且減稅的政策有非常有利富人。形成「凍薪的人繳稅、有資產的人減稅」的現象。此外，臺灣稅制使擁房成本低，炒房有利，導致不利整體經濟法展，以及房價飆漲。臺灣依賴中國貿易，產業外移等影響也導致貧富差距擴大。並非所有菁英階層的後代都會成為高收入的經理人，認為但是其他階層的人只有有能力就能向上流動也非事實。職位高低決定性的因素不是能力，而是出身，這徹底違反市場經濟所謂的績效社會（Leistungsgesellschaft）。這樣結構的形成，不是刻意的，而是直覺下的選擇，尤其

doi:10.6342/NTU201901943

兩者又同時影響了教育的不均等。反過來，教育不均等又會再次複製階級的差距，影響財富的差距。雖然階級的區分很有爭議，但是單單從教育程度的指標就可以看到極大的落差[23]。**以高等教育的指標衡量家戶平均所得很可靠**[24]。教育體制在中立性的外表下，製造和再製既有階級的權力關係。教育行動目的在維持既有秩序，強制灌輸宰制階級文化的正當性，並讓被宰制的階級內化，再製文化並維持宰制地位[25]。臺灣的研究指出大量增加的高等教育未弭平階級不平等，只有改善私立技職大學入學率的階級影響因素。公立大學的考試或多元入學仍是選出好家庭背景的學生，繼續複製階級不平等[26]。

第二項　住居隔離的不平等

以居住位置可以判斷社經地位。因為鄰里代表社經地位及其他相關條件的同質性，在相同城鎮或街區的經濟程度，甚至是種族，不會有太大差異[27]。現代社會從社區就可以觀察到不平等的現象。因為住居的隔離，可以清楚劃分貧窮與富裕，事實上有階級隔離的效果。臺灣在都市中心的居民收入及教育程度等平均高

是在有壓力時。唯有禁止員工任意壓低出售自己的勞力，國家規範無限制自由的契約，勞動市場才能運作，否則只會任由企業宰制。即便個人願意接受競爭，對於整體而言也不是有利的。整體社會的員工教育水準極高，但是實質薪資平均卻下降。個人只關注自己的成就，而未注意集體的損失，而且權力極度偏向雇主。參見：林宗弘，臺灣階級不平等擴大的原因與後果，臺灣經濟預測與政策，45 卷 2 期，頁 47-48、50-56（2015 年）；許嘉猷、黃毅志，跨越階級界限？：兼論「黑手變頭家」的實證研究結果及與歐美社會之一些比較，臺灣社會學刊，27 期，頁 41-43（2002 年）；林宗弘，失落的年代：臺灣民眾階級認同與意識形態的變遷，人文及社會科學集刊，25 卷 4 期，頁 704、706-707、720-722（2013 年）；朱敬一、康廷嶽，經濟轉型中的「社會不公平」，臺灣經濟預測與政策，45 卷 2 期，頁 9-13（2015 年）；Ulrike Herrmann 著，賴雅靜譯，資本的世界史：財富哪裡來？經濟成長、貨幣與危機的歷史，頁 97、100-102、278（2018 年）。

[22] Facundo Alvaredo、Lucas Chancel、Thomas Piketty、Emmanuel Saez、Gabriel Zucman 著，劉道捷譯，世界不平等報告 2018，頁 359-363（2018 年）指出即便貧富不均程度較低的國家，教育也可能很不均。成因包括富裕、貧窮社區間的空間隔離，以及私立學校排斥低所得家庭學生等。

[23] Robert D. Putnam 著，李宗義、許雅淑譯，階級世代：窮小孩與富小孩的機會不平等，頁 334（2016 年）。

[24] 「高等教育程度與家戶平均所得之間的相關係數為 0.82（2001 年）與 0.90（2006 年）」參見王佳煌、李俊豪，臺北都會區居住模式之研究 （1980-2010）：隔離、分殊、群聚或階層？，都市與計劃，40 卷 4 期，頁 334（2013 年）。

[25] PIERRE BOURDIEU & JEAN CLAUDE PASSERON, REPRODUCTION IN EDUCATION, SOCIETY AND CULTURE 40-42, 46-47, 54-67 (1990); Young, *supra* note 6, at 99-100.

[26] 參見張宜君、林宗弘，臺灣的高等教育擴張與階級複製：混合效應維續的不平等，臺灣教育社會學研究，15 卷 2 期，頁 111-113、117（2015 年）。

[27] JAMES ALAN FOX, JACK A. LEVIN & DAVID R. FORDE, ELEMENTARY STATISTICS IN CRIMINAL JUSTICE RESEARCH 4 (3rd ed. 2009).

doi:10.6342/NTU201901943

於外圍居民[28]。臺灣以臺北的實證研究對象的研究發現，臺灣高低收入者尚未達到隔離程度。不過，**高房價與高家戶所得、高等教育程度群聚地區有許多重合**[29]。以原住民為例，臺灣的研究也指出都市生活圈、都市化程度以及平均區段地價等因素，可以發現原住民在空間及程度上的住居隔離，與社經地位弱勢密切相關[30]。

經濟情況也會依照所居住環境發展[31]並延續既有不平等的結構，所以不能只關注個人階級的流動[32]。即便經過金融風暴衝擊，優勢族群及階級的人很少因而有社會及住居的流動；相反地，少數族裔及貧窮者則更容易暴露在不好的社區環境中[33]。社區物理及社會的公共建設會影響社區的福祉。社區的環境與集體效應（collective efficacy）[34]習習相關。集體效應越強的社區，犯罪率越低，這項指標很穩定，能夠預測未來的犯罪率[35]。

法律、建築及都市計畫等因素摻雜下，結構性地演變成事實上的種族、階級

---

[28] 王振寰等（章英華執筆），社會學與臺灣社會，4 版，頁 438（2014 年）。

[29] 王佳煌、李俊豪（註 24），臺北都會區居住模式之研究（1980-2010）：隔離、分殊、群聚或階層？，都市與計劃，40 卷 4 期，頁 334-337、349-350（2013 年）。

[30] 胡志平、陳皇仁，都市化與居住隔離之探討-以台北縣原住民為例，建築與規劃學報，12 卷 1 期，頁 75-91（2011 年）；王佳煌、李俊豪（註 24），頁 341-344。

[31] Robert J. Sampson, Stephen W. Raudenbush & Felton Earls, *Neighborhoods and Violent Crime: A Multilevel Study of Collective Efficacy*, 277 SCIENCE 918, 918-924 (1997); Robert J. Sampson, *Neighborhood Inequality and Public Policy: What Can Milwaukee Learn from Chicago and Boston?*, MARQUETTE LAWYER SUMMER 9, 9-13 (2016).

[32] Robert J. Sampson, Jared Schachner & Robert D. Mare, *Urban Income Inequality and the Great Recession in Sunbelt Form: Disentangling Individual and Neighborhood-Level Change in Los Angeles*, 3(2) RSF 102, 102-104 (2017); Robert J. Sampson, *Individual and Community Economic Mobility in the Great Recession Era: The Spatial Foundations of Persistent Inequality*, *in:* ECONOMIC MOBILITY: RESEARCH & IDEAS ON STRENGTHENING FAMILIES, COMMUNITIES & THE ECONOMY 261, 261-287 (Federal Reserve Bank of St. Louis and the Board of Governors of the Federal Reserve System eds. 2016). 同文頁 280 研究甚至還發現，種族之間，高所得黑人比起低所得白人更容易生活在貧窮社區。

[33] Sampson, Schachner& Mare, *supra* note 32, at 102-28.

[34] 集體效應是指活化或轉化鄰里的社會連結，進而達成集體目標的過程。此概念用於衡量社會控制、社會凝聚力及信賴。概念應用於自於犯罪學以及社會學的社會解體理論（Social Disorganization Theory），但是集體效應進一步指出單純社會連結無法減少犯罪，而必須將社會資本這項潛在的資源加以運用。集體效應建立在相互信賴以及積極參與的意願。參見Robert J. Sampson, *Collective Efficacy Theory*, *in* ENCYCLOPEDIA OF CRIMINOLOGICAL THEORY 802, 802-05 (Francis T. Cullen & Pamela Wilcox eds., 2010)。另有從心理學角度出發討論，參見巫博瀚、賴英娟、張盈霏，集體效能理論之探究，研習資訊，25卷2期，頁93-99（2008年）。

[35] Sampson, *supra* note 31, at 13-15.

doi:10.6342/NTU201901943

隔離[36]。人類學家發現，人會想要移居門禁社區（gated community）或其他形式封閉的場所，通常是為了避免種族及文化多樣性的接觸（公共生活真實的樣貌）[37]。但是如此將會破壞公共場所最根本的民主功能。社會心理學研究顯示，接觸可以有效降低偏見與歧視[38]，社會的分隔會造成歧視與不平等持續加深。住居分隔涉及暴力、貧窮、健康以及不成比例的監禁[39]。經濟、教育、住居的劣勢還可能展現在犯罪上。實證研究顯示，失業率越高，會使財產犯罪增加[40]。而所得分配不均與整體刑案犯罪率有正相關，但是不能完全解釋各種犯罪類型[41]。不過，要注意的是經濟與犯罪間是複雜的，不能單純以線性方式理解。所以，不能說貧窮就會導致犯罪，而是要注意背後教育、社區、家庭等因素[42]。這些研究促使我們反思整體環境、階級對被告的影響，而非只著重在個人責任的追究。

以上經濟、教育、住居都是造成弱勢階級不斷惡化的循環，本文再來藉由敘述統計的方式分析現行法實行下追訴的現況。

第三項　不平等的追訴現況－誰被追訴？教育程度與年齡分析

本文主要由教育與經濟的連結，再加上影響教育程度的年齡，揭露現在刑事追訴的主要對象。臺灣的實證研究發現，父母教育程度以及家庭收入對於學業成就有顯著的影響[43]，也能從教育程度推估經濟程度[44]。從統計資料受刑人教育程

---

[36] Rahman, *supra* note 5, at 113-115; Robert D. Putnam 著，李宗義、許雅淑譯（註 23），頁 113-117。

[37] Setha M. Low, *The Edge and the Center: Gated Communities and the Discourse of Urban Fear*, 103 AM. ANTHROPOL. 45, 45-58 (2001); TIMOTHY ZICK, SPEECH OUT OF DOORS 160 (2008).

[38] ELLIOT D ARONSON, ROBIN M. AKERT & TIMOTHY D. WILSON, SOCIAL PSYCHOLOGY 386-88 (8th ed. 2013); Saul Kassin、Steven Fein、Hazel Rose Markus 著，洪光遠、程淑華、王郁茗譯，社會心理學，頁 228-230（2017 年）；Elliot Aronson、Timothy D. Wilson、Robin M. Akert 著，余伯泉、陳舜文、危芷芬、李茂興譯，社會心理學，頁 551-556（2015 年）。

[39] Sampson, *supra* note 31, at 9-13.

[40] 林明仁、劉仲偉，失業真的會導致犯罪嗎？以臺灣 1978 年至 2003 年縣市資料為例，經濟論文叢刊，34 卷 4 期，頁 445-482（2006 年）。

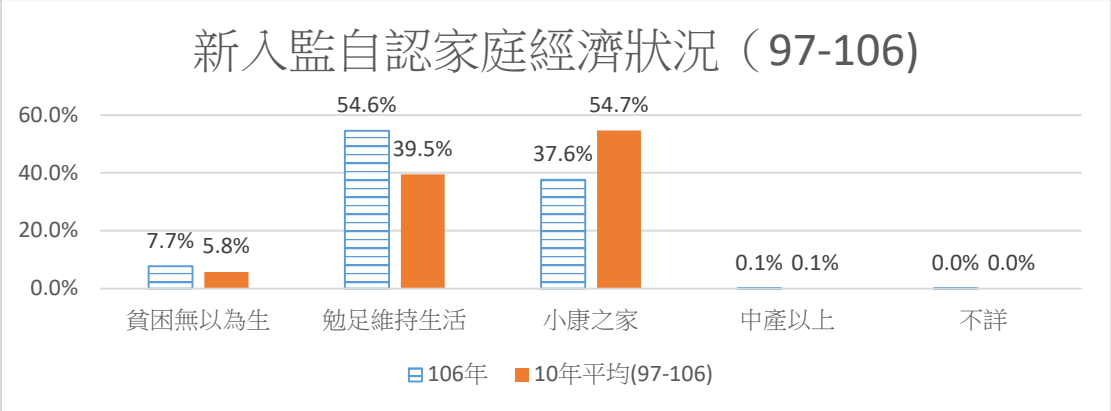
[41] 劉孟奇、盧敬植，所得分配不均與犯罪：臺灣縣市動態追蹤資料分析，經濟論文叢刊，39 卷 2 期，頁 243-276（2011 年）；呂素蓮、施泰彬，從犯罪類型探討所得分配不均程度與刑案發生率相關性研究，犯罪與刑事司法研究，30 期，頁 1-44（2018 年）。

[42] LARRY SIEGEL, CRIMINOLOGY: THEORIES, PATTERNS, AND TYPOLOGIES 51 (11th ed. 2013); JEFFREY REIMAN & PAUL LEIGHTON, THE RICH GET RICHER AND THE POOR GET PRISON 210-11 (10th ed. 2012); Tom Gash 著，堯嘉寧譯（註 1），頁 216-223。

[43] 林俊瑩、吳裕益，家庭因素、學校因素對學生學業成就的影響－－階層線性模式的分析，教育研究集刊，53 輯 4 期，頁 122-129（2007 年）；黃芳玫、吳齊殷，台灣國中學生個人特質、家庭背景與學業成績－追蹤調查資料之研究，經濟論文叢刊，38 卷 1 期，頁 82-86（2010 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

度綜合分析可以得知，臺灣國內主要追訴受刑人的教育程度，國中小以下就超過一半。上述案件類型以及教育程度的統計，連結經濟能力的研究後，大略可以窺知，其對象主要都是下層階級。雖然相關性本質上是機率，不能和因果關係畫上等號[45]，但是所訴訟程序本身本來也都是機率問題。具有光譜性質的階級也是一樣的，經濟、教育程度交織間的相關性，大略可以判斷階級。至少我們可以看到一些線索。



圖表 3*新入監受刑人自認家庭經濟狀況比例（資料來源：106 年法務部統計手冊）

圖表 3 是以自己認定為標準。不過，階級或階層化不只依照客觀情況，同時受到人主觀認知的影響[46]。

實證資料顯示，臺灣大多數人以經濟基礎來認定階級，大部分自認是勞工階級，而非中產階級。另外，工作中的權威以及自主性對於階級的認同影響不大，主要是取決於職業地位[47]。即便加入人際網路以及教育程度討論，仍呈現階級認同主要仍然是受到職業位階影響（收入高低以及客觀階級[48]）[49]。當月收入超過

---

44 王佳煌、李俊豪（註 24），頁 334。

45 Saul Kassin、Steven Fein、Hazel Rose Markus 著，洪光遠、程淑華、王郁茗譯（註 38），頁 36-39。

* 筆者詢問法務部統計處後獲得答覆，他們表示這個統計是以受刑人的主觀感受為標準。

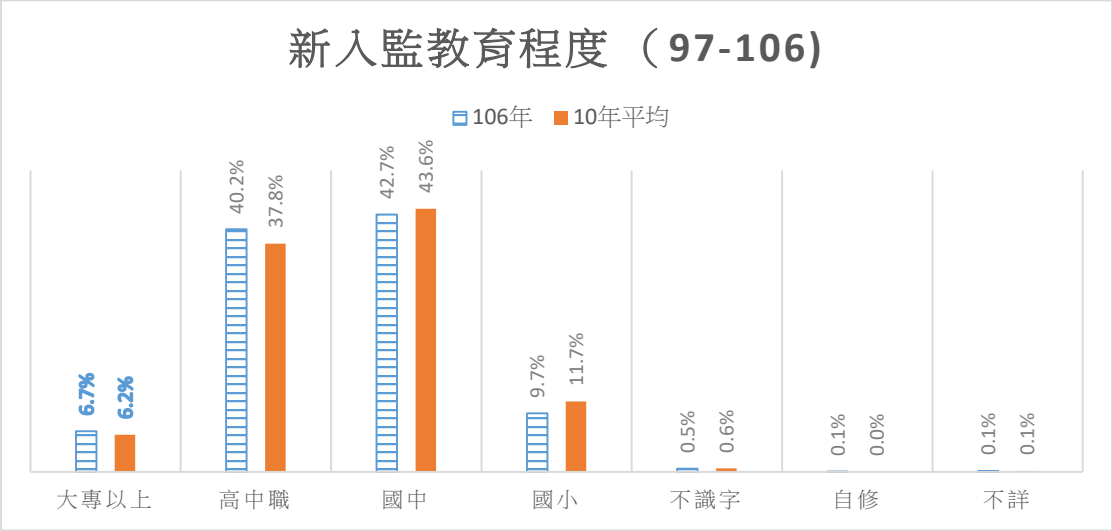
46 王振寰等（蘇國賢執筆），社會學與臺灣社會，4 版，頁 128-129（2014 年）。

47 吳乃德，階級認知和階級認同：比較瑞典、美國、臺灣，和兩個階級架構，收於：許嘉猷編，階級結構與階級意識比較研究論文選集，頁 109-148（1994 年）。

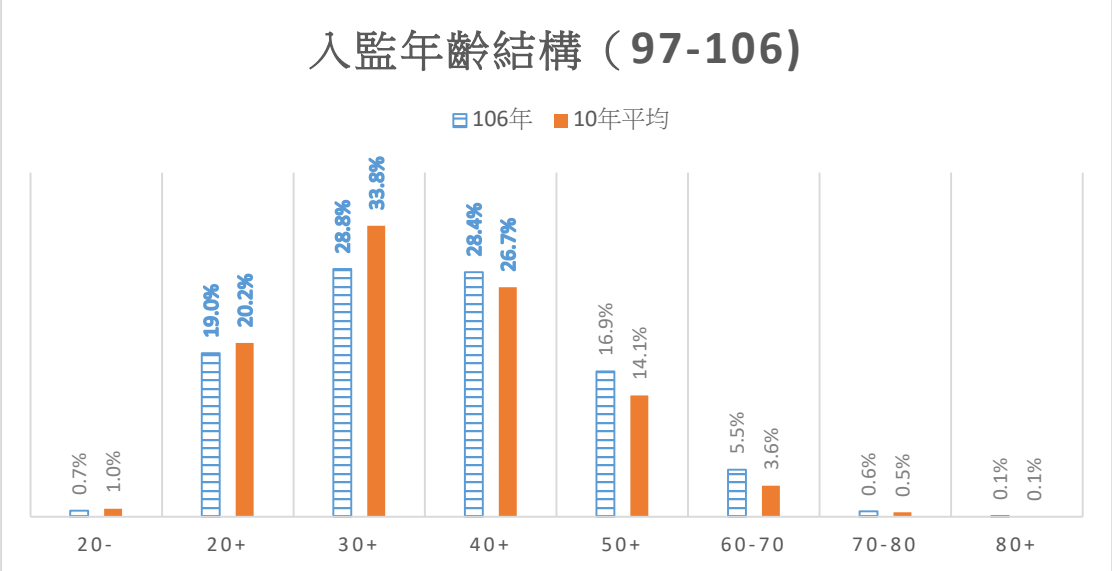
48 客觀階級以 EGP 階級分類的標準。依個人職業、是否為自營作業、以及雇用人數多寡將民眾分成五大階級類別，分別為「管理階層」、「白領階層」、「小資產階級」、「藍領階級」及「勞工」。參見楊宜錚，人們如何看自己的社會地位？－影響台灣民眾階級認同因素之探討，天主教輔仁大學社會學系學士論文，頁 12（2014 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

7 萬時，較容易認為自己是中層而非偏下階級；而超過 16 萬時，較容易認為自己是偏上階級[50]。從階級意識的研究，可以輔助司法機關認定被告或受刑人主觀自認經濟地位高低。從上述研究我們可以得知，階級的分野主要是取決於客觀所處的階級，以及收入多寡。這些標準都是十分容易就能夠調查到的客觀資料。至少從圖表 3 我們可以初步認知受刑人自認社經地位，可能有一定的指標性，不單單只是恣意的主觀標準而已。就此，我們發現自認經濟程度 106 年新入監有 62.3%，10 年平均有 45.3%，有將近一半的人是不到小康經濟程度。



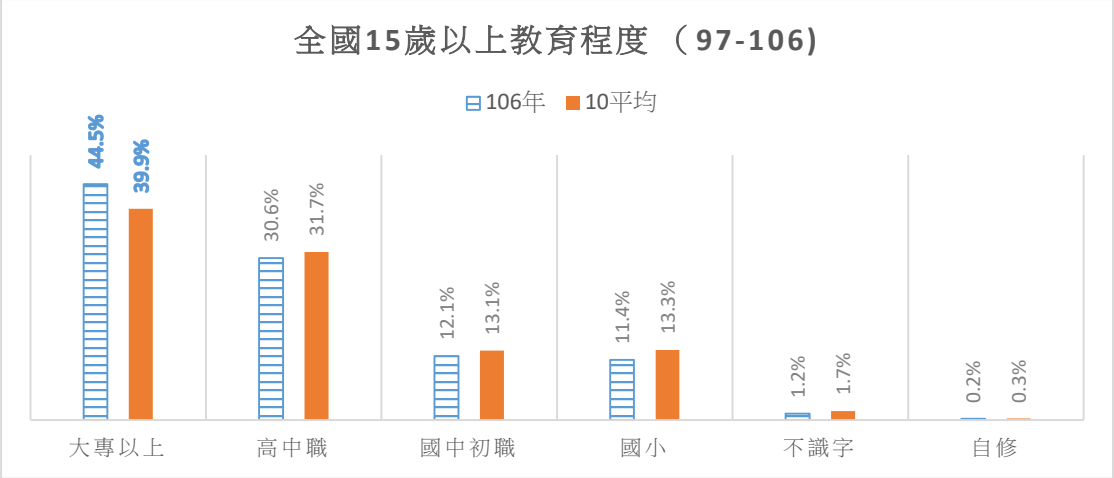
圖表 4 新入監受刑人入監前教育程度比例（資料來源：106 年法務部統計手冊）



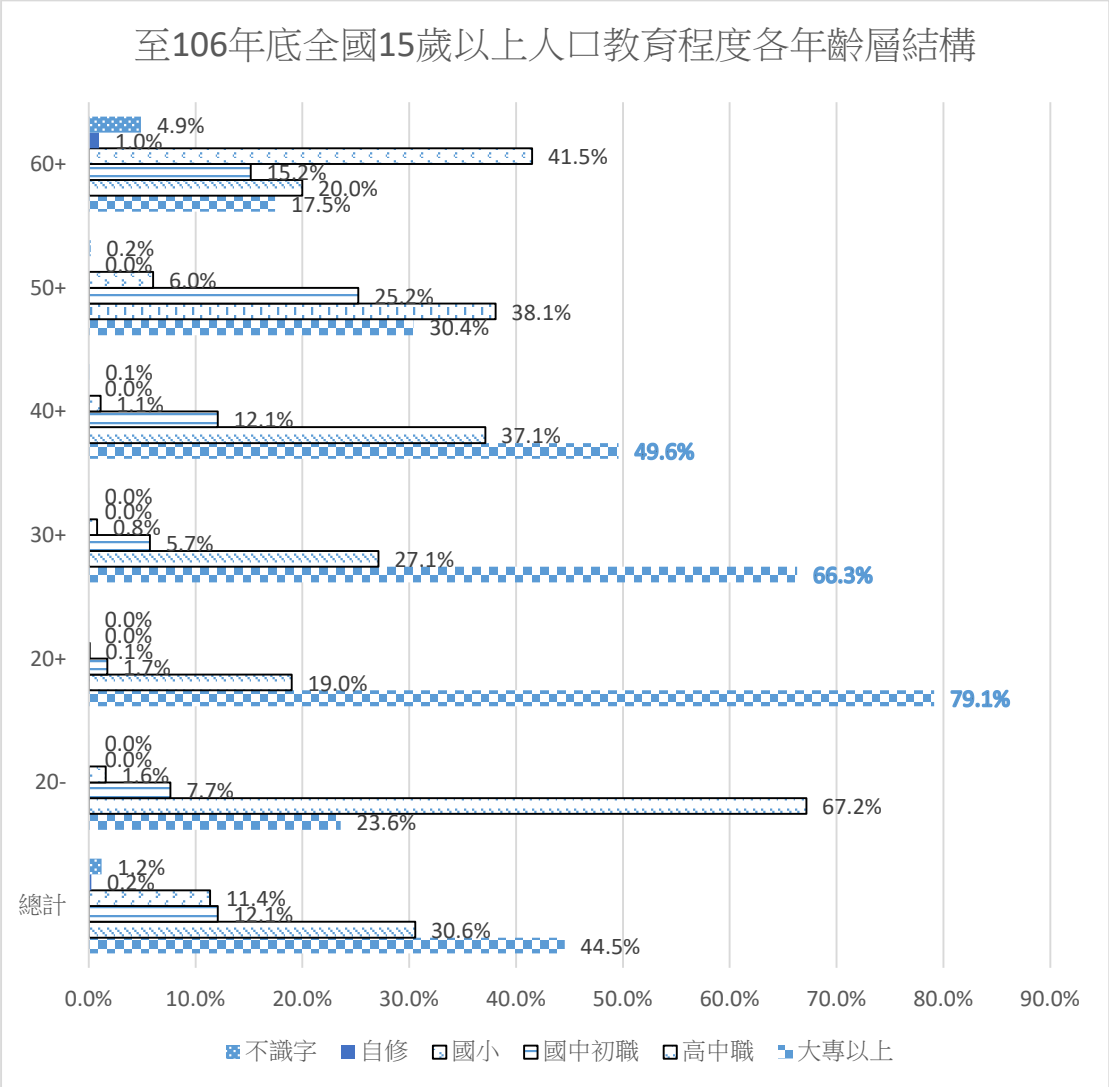
[49] 楊宜錚（註 48），頁 21。
[50] 楊宜錚（註 48），頁 24。

doi:10.6342/NTU201901943

圖表 5 新入監受刑人入監時年齡比例（資料來源：106 年法務部統計手冊）



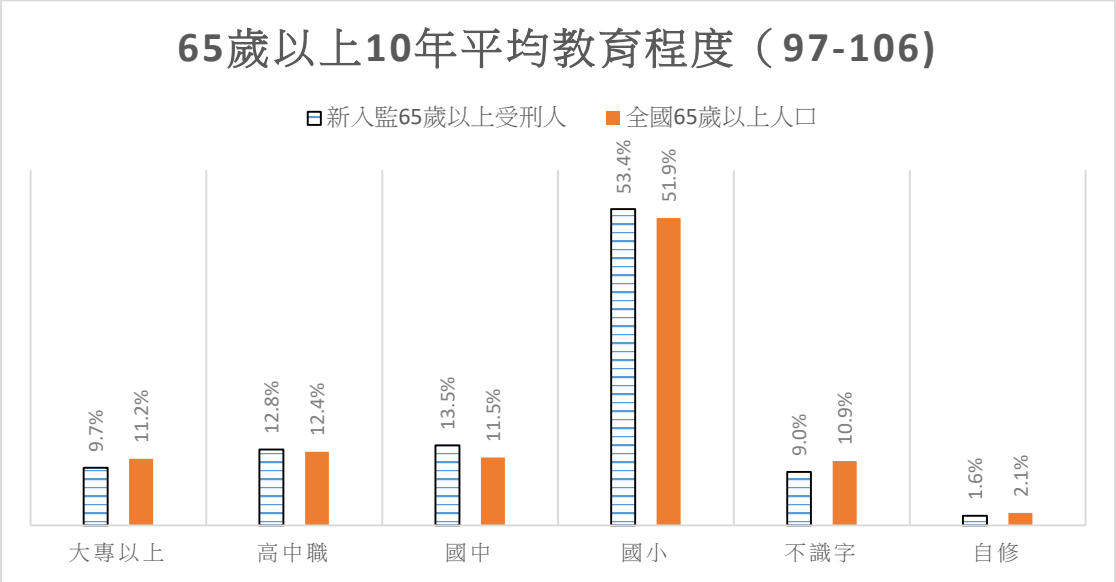
圖表 6 十五歲以上人口教育程度比例（資料來源：106 年內政部統計年報）



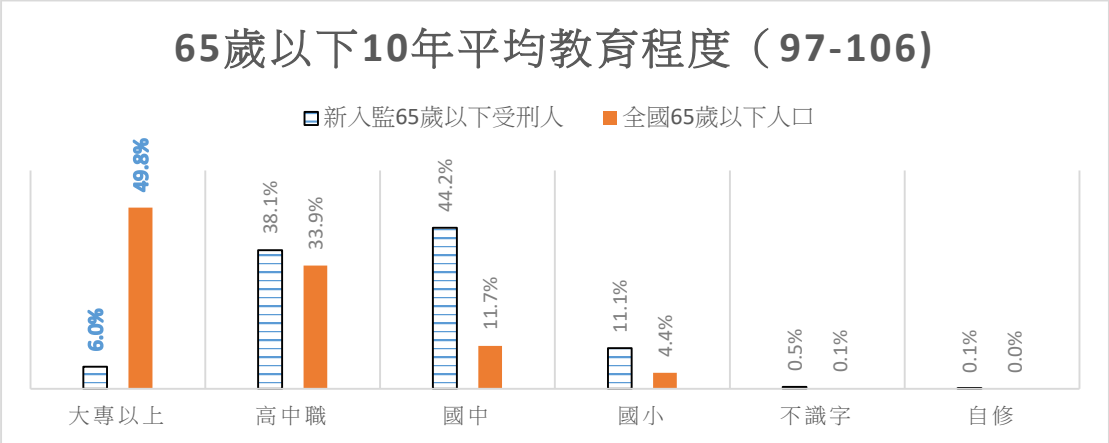
圖表 7 十五歲以上教育程度依照年齡區分比例（資料來源：15 歲以上人口教育程度查詢網頁）

doi:10.6342/NTU201901943

綜合比較圖表 4 至圖表 7 可以發現，監獄主要組成是年齡 20 至 50 歲以下之間[51]。而這個年齡區間，至 106 年底全國有大專以上教育程度 20 歲以上占 79.1%，30 歲以上占 66.3%，40 歲以上占 49.6%。但是，在 106 年新入監大專以上整體平均只有 6.7%[52]。不考慮年齡，全國大專以上教育程度 10 年平均 39.9%也是遠高於新入監大專以上 10 年平均 6.2%。



圖表 8 六十五歲以上受刑人平均教育程度比例



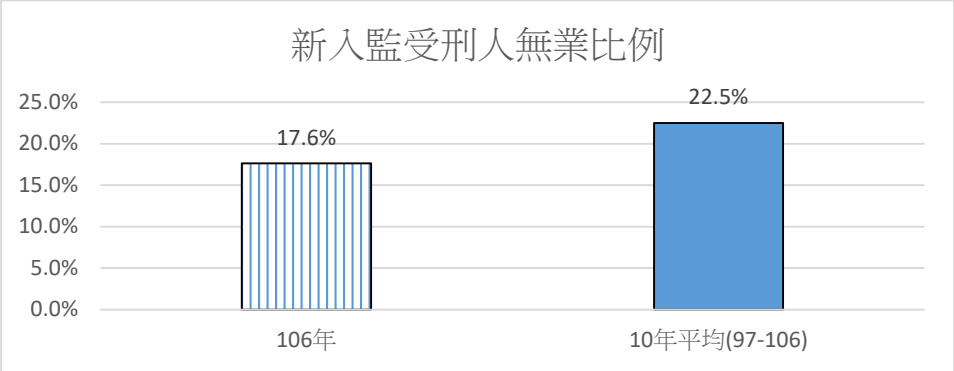
圖表 9 六十五歲以下受刑人平均教育程度比例

[51] 林明仁、劉仲偉（註 40），頁 474 統計全國刑案後指出，25-39 歲的青壯年是犯罪年齡結構的主力，比例增加對所有類型的刑案發生率都有正的顯著影響。這部分的研究與受刑人主要年齡結構相符。

[52] 目前監獄的統計數據沒辦法呈現各個年齡層的教育程度，所以只能以主要構成監獄人口的年齡層之教育程度做推估與比較。

doi:10.6342/NTU201901943

目前搜尋所得法務部統計最佳的資料，是以 65 歲為年齡的分界的教育程度統計[53]。從圖表 8 及圖表 9 中可以以發現 65 歲以上監獄與全國人口沒有很大的差異。但是 65 歲以下則是呈現全國 10 年平均 49.8%遠高於 6.0%。我們目前可以肯定臺灣關在監獄 65 歲以下的人教育程度遠低於全國標準，結合前述教育與經濟關係的分析，這背後代表我國刑事追訴的對象是下層階級，呈現極端不平等的追訴現況。



圖表 10 新入監受刑人無職業比例（資料來源：106 年法務部統計手冊）

單純從新入監的受刑人職業分析每年均有約 20%，10 年平均 22.5%，也就是 1/5 的受刑人是沒有職業的。對於職業的客觀階級也展現了不平等的追訴。

第四項　程序開始到執行的各種不平等

第一款　犯罪標誌與階級不平等

第三項所討論追訴現況，可能是來自於刑事程序及執行的種種不平等。各種原因所形成階級，造成弱勢族群容易被標誌。經濟、階級與犯罪之間沒有必然關連性，然而被監禁者卻不成比例的貧窮或特定族群。可能原因是在於配置較多警力在貧窮、恐懼（種族）衝突的區域，而且較容易起訴下層階級的人[54]。以酒駕案件為例，統計數據上呈現警察取締的酒後駕車數量上，機車遠大於汽車。由於取締汽機車的點數相同，導致警察偏好取締較容易、較無危險性的機車。騎機車

[53] 法務部矯正統計摘要分析《106 年 11 月》高齡受刑人統計分析 http://www.rjsd.moj.gov.tw/RJSDWEB/common/WebListFile.ashx?list_id=1545

[54] SIEGEL, *supra* note 42, at 55-59.

doi:10.6342/NTU201901943

的人，經濟實力往往沒有汽車駕駛好，使他們遭受到階級刑罰[55]。而且，這樣的階級透過監禁的不斷惡性循環持續加深[56]。而監獄超收可能原因之一，就是監禁為導向的刑事政策。這造成貧窮、無資力或弱勢地位而容易遭受監禁[57]。

美國的研究指出即便使用販賣毒品者各族群間並無差異，少數族群卻不成比例地被逮捕及起訴。因為種族、中上或上層社會地位使有錢人、白人不會受到司法和行政機關的注意[58]。針對少年犯罪的研究指出，即便犯罪嚴重程度及前科相同，警察比較容易將低階層的青少年送進法院，而對於家境好的年輕人採取非正式的解決方式，例如置留在警察局等待家長帶回。此外，有錢家庭的青少年也更容易受到緩刑的處遇[59]。相同的犯罪在貧窮的社區比起富裕社區青少年更容易留有前科[60]。法院也因為認為可以提供青少年紀律和教育，更有意識且積極的將低收入家庭的青少年送進司法體系[61]。都會區中相同嫌疑的犯罪，失業者比起有工作者更容易被逮捕[62]。在前科及犯罪嚴重程度相同情況下，無工作的被告被監禁機率比起有工作者高出 3.2 倍[63]。針對酒駕的案件，越低的教育程度（低社經地位的指標），越容易被送進監獄且越難受到緩刑的宣告[64]。

又例如縉紳化（gentrification）社區，完全無視原居住者的弱勢地位，成為一種隱微的種族隔離手段，並驅離原居住者。社區提高安全的措施，不成比例地

---

[55] 吳志強，想看開名車的少爺被鞭的人要失望了！統計數據告訴你，酒駕和你想的不一樣，報橘，2017 年 11 月 16 日，https：//buzzorange.com/2017/11/16/drunk-driving-punish-poor/（最後瀏覽日：2019 年 5 月 13 日）。

[56] 臺灣本土的實證研究也顯示，透過提供社會支持、就業機會以及替代藥品的療法，才是減少毒品再犯的解方。參見陳泉錫、詹中原、季延平，台灣地區毒癮者接受美沙酮替代療法後再犯毒品之成因探討，犯罪防治研究專刊，8 期，頁 9-11（2016 年）。然而，現在臺灣人天真地以監禁可以解決這一切的問題。另外，103 年監獄新入監受刑人有前科比率前五罪名依序為毒品危害防制條例、竊盜罪、公共危險罪、贓物罪和妨害自由罪（共占 69.63%）。可見我們追訴的對象不但特定，而且不斷地監禁同一批人。參見許春金、陳玉書、蔡田木、呂豐足、洪千涵、白鎮福，103 年犯罪狀況及其分析 1－－2014 犯罪趨勢關鍵報告，刑事政策與犯罪防治研究專刊，15 期，頁 9（2017 年）。

[57] 鄭添成，監獄超額收容問題之國際觀察─有效策略與解決方案，收於：刑事政策與犯罪研究論文集（18），頁 47-48（2015 年）。

[58] REIMAN & LEIGHTON, *supra* note 42, at122, 127-28.

[59] *Id*, at 125.

[60] *Id*, at 125.

[61] *Id*, at 125-26.

[62] *Id*, at 126.

[63] *Id*, at 135, 138.

[64] *Id*, at 138.

doi:10.6342/NTU201901943

將有色人種作為標誌對象[65]。即便客觀數據並非如此，也會因為刻板印象，而無意識地將貧窮、有色族群居住的社區，認為是處於失序狀態的[66]。而警力的配置主要功能在保護上層階級，避免與鎮壓危險階級（dangerous classes）的犯罪。相較於其他階級，警察的存在對於菁英們最有利。犯罪越多，配置越多警力的假設從實證研究上顯示是錯誤的。反而是越多對於菁英感到恐懼的犯罪、混亂地區會配置較多的警力。當貧富差距加劇，菁英越傾向於採取高壓統治，以維繫既得利益[67]。

第二款　訴訟程序結構與階級不平等

在執法的前端容易被標誌外，在訴訟中還會受到不利待遇，例如研究指出貧窮在民、刑、行政訴訟受到律師協助的劣勢。在時間及效率的壓迫下，公設辯護人及檢察官傾向於快速處理證據明確、簡單的案件，此類型案件又多由貧窮者（包含無辜的人）涉案。另外，無論案件的結果如何，訴訟程序對於窮人都顯示不成比例的負面效果[68]。或有人認為最後律師可能都因為既存訴訟制度[69]，都採取協商的策略，是否有公設辯護人或較佳律師沒有差異。即便如此，多次參與訴訟者（repeat player）仍然藉由控制進入法院的案件，形塑法律。進而維護法律的解釋偏向他們的利益。甚至影響法律最後的意義[70]。多次參與訴訟者多為有錢、有權勢者。他們有足夠的背景知識與協商能力，也有立即取得專業協助的管道。因此，他們相較參與一次訴訟者有更多資源和機會，追求長期利益。例如規則與判

---

[65] Melissa Archer Alvaré, *Gentrification and Resistance: Racial Projects in the Neoliberal Order*, 44 (2/3) SOC. JUSTICE 113, 116-18, 120-25 (2017).

[66] Robert J. Sampson & Stephen W. Raudenbush, *Seeing Disorder: Neighborhood Stigma and the Social Construction of "Broken Windows"*, 67(4) SOC. PSYCHOL. Q. 319, 319-42 (2004).

[67] David Jacobs, *Inequality and Police Strength: Conflict Theory and Coercive Control in Metropolitan Areas*, 44 AM. SOCIOL. REV. 913, 914-16, 922-23 (1979).

[68] Spencer Headworth & Shaun Ossei-Owusu, *The Accused Poor*, 44(2/3) SOC. JUSTICE 55, 55-82 (2017).

[69] Marc Galanter, *Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9(1) LAW & SOC Y REV.95, 97-104, 118-19 (1974) 指出律師在單次訴訟參與者的案件中，無法克服結構性的弱勢問題，只能能在既有架構中為當事人的利益服務，對於法律變遷的影響很小。

[70] Catherine Albiston, *The Rule of Law and the Litigation Process: The Paradox of Losing by Winning*, 33 LAW & SOC Y REV. 869, 870-71 (1999).

doi:10.6342/NTU201901943

先例的建立，而非單次訴訟的勝利[71]。司法機關超載，及法院制度遵循既有框架，都反映優勢階級利益的規則等結構性問題，使訴訟有利多次參與訴訟者（通常為有錢或權勢者）[72]。

第三款　判斷的偏見與階級不平等

研究指出歐裔美國人組成的陪審團，對於低社經地位、非法墨西哥移民者，會更容易認定有罪，更難假釋，刑度更重等等不利的結果。去除種族的因素，較低社經地位者也有上述不利的結果。由此可見，**低社經階級有可能在訴訟上產生較差的結果**[73]。心理學研究顯示社會文化會影響人心理的認知的模式[74]。更進一步，許多研究指出工人階級較注意社會環境的歸因，而非偏重個人的歸因。認知心理學證實階級也會影響到人認知思維的方式（研究針對歸因的心理）[75]。回到司法機關的層次，司法官本身的社會階級屬於中產階級以上。如果出身有又因為經濟與教育交織的結果，使貧困家庭無法進入司法官的階級；可以想見檢察官或法官判斷時，會將犯罪的因素主要歸咎給個人，而非社會整體的情境。這會導致即便法官認真考量刑法 57 條的各量刑因素後，仍然使社會結構不平等的問題被隱藏，讓被告受到不合理的重刑。有認為如果經濟越不平等，對於上層階級的獎酬越高，同時會造成懲罰越嚴重。因為在講求個人成功的觀點下，這是一種對於成功者的獎賞。刑事司法體系體現了類似公司經營的模式[76]。並透過實證研究比較數國所得前 5%及後 20%的人口，發現所得越集中的國家，刑度也越高[77]。針對侵權行為賠償的研究指出人會察覺社會分配的背景，也就是實驗中財富、形成

---

[71] Galanter, *supra* note 69, at 98-104.
[72] Galanter, *supra* note 69, at 95, 119-24, 135-39.
[73] Russ K.E. Espinoza, Cynthia Willis-Esqueda, Suzette Toascano & Jennifer Coons, *The Impact of Ethnicity, Immigration Status, and Socioeconomic Status on Juror Decision Making*, 13(3) JOURNAL OF ETHNICITY IN CRIMINAL JUSTICE 197, 197-216 (2015).
[74] Michael E. W. Varnum, Igor Grossmann, Shinobu Kitayama & Richard E. Nisbett, *The Origin of Cultural Differences in Cognition: Evidence for the Social Orientation Hypothesis*, 19(1) CURR DIR PSYCHOL SCI. 9, 9-13 (2010).
[75] Michael E W Varnum, Jinkyung Na, Asuka Murata & Shinobu Kitayama, *Social class differences in N400 indicate differences in spontaneous trait inference*, 141(3) J EXP PSYCHOL GEN. 518, 518-26 (2012).
[76] Leslie T. Wilkins & Ken Pease, *Public Demand for Punishment*, 7 INT. J. SOCIOL. SOC. POLICY. 16, 21-22 (1987).
[77] *Id*, at 26-28.

doi:10.6342/NTU201901943

貧富差距及保險與否。然而，因為主導的思考仍是損害填補的矯正正義(corrective justice)，所以只有在極端不公平或有其他制度填補損害的條件下，貧窮者故意或過失的行為才能夠免除責任[78]。實驗同時有將侵權行為懲罰功能納入考量[79]，所以我們合理推斷該實驗結果部分能夠對應到刑事處罰的考量[80]。因此，在貧富差距的極端巨大的情況下，懲罰才會正視責任的問題。不但為時已晚，而且實效性可能也很差。在此之前，刑罰可能都是非常不公平的。

第四款　量刑與階級不平等

訴訟結果還可能因為被害者身分，而得到不同的刑度。嚴重汙染的地區集中在低社經地位和少數族群的社區[81]。但是，研究顯示針對環境污染犯罪的執行面上，對於少數族裔居住區汙染受到的處罰金額，少於對白人、富裕社區污染的金額[82]。種族的階級也在訴訟中顯露無遺，檢察官比較會對被害者身分是白人的案件求處死刑，而被害人是黑人的情況下則否[83]。

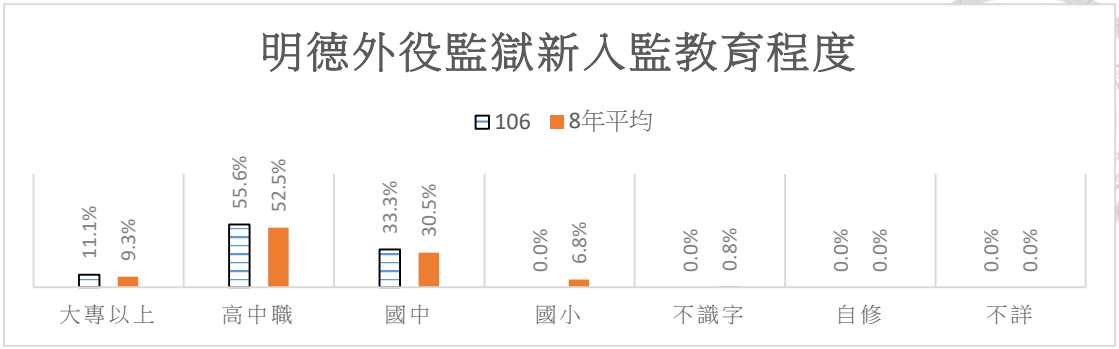
第五款　刑罰執行與階級不平等

最後，展現在刑罰執行階段，弱勢者還會受到更差的監禁環境的伺候。以外役監為例，可以看到大專以上以及國小教育程度明顯與一般監獄受刑人結構有異，再次展現階級刑罰[84]。以資料最多的明德外役監為例，8 年平均的大專程度以上占 9.3%，高於一般監獄 10 年平均 6.2%；然而 8 年平均國小程度 6.8%低於一般監獄 10 年平均 11.7%。（參見圖表 11 至圖表 16）

---

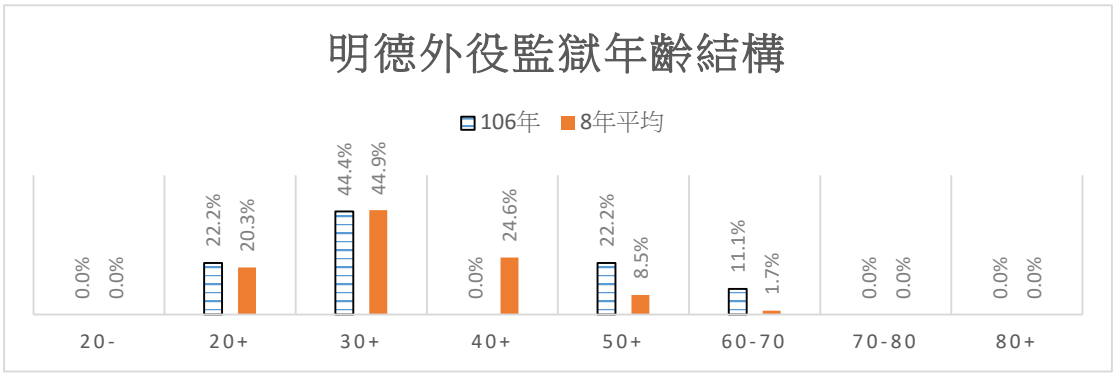
[78] Gregory Mitchell & Philip E. Tetlock, *An Empirical Inquiry into the Relation of Corrective Justice to Distributive Justice*, 3(2) J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 421, 421-66 (2006).
[79] *Id*, at 434-35, 440-50.
[80] 例如刑度、刑事附帶民事的審判等。
[81] REIMAN & LEIGHTON, *supra* note 42, at 96; Raid Amin, Arlene Nelson & Shannon McDougall, *A Spatial Study of the Location of Superfund Sites and Associated Cancer Risk*, 5(1) STATISTICS AND PUBLIC POLICY 1, 1-9 (2018).
[82] SIEGEL, *supra* note 42, at 461.
[83] John Blume, Theodore Eisenberg & Martin T. Wells, *Explaining Death Row's Population and Racial Composition*, 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 165, 167, 199-200 (2004).
[84] 其他關於外役監運作的討論可以參見民間司法改革基金會，監所小百科：「外役監」揪竟是什麼？台灣外役監的現狀與問題，財團法人民間司法改革基金會，2018 年 4 年 25 日，https：//www.jrf.org.tw/articles/1496（最後瀏覽日：2019 年 5 月 13 日）；林瑋婷，拆解監所中的特權問題，財團法人民間司法改革基金會，2018 年 1 月 26 日，https：//www.jrf.org.tw/articles/1450（最後瀏覽日：2019 年 5 月 13 日）。

doi:10.6342/NTU201901943



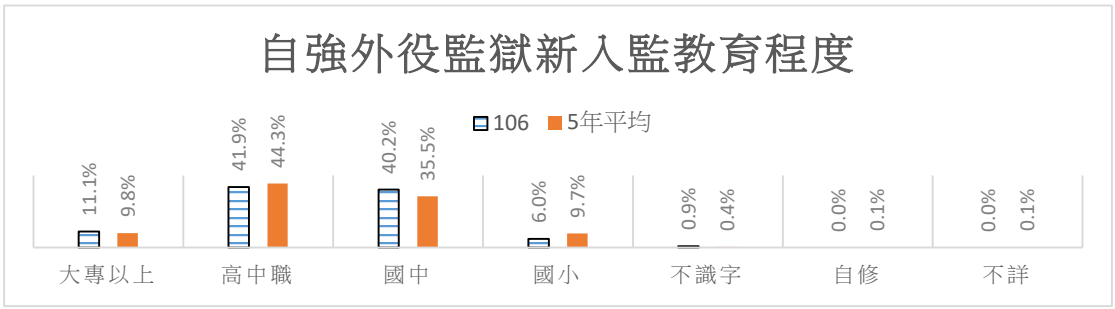
圖表 11 明德外役監獄受刑人教育程度比例

（資料來源：https://www.mtp.moj.gov.tw/13536/13664/13668/13670/Lpsimplelist）



圖表 12 明德外役監獄受刑人年齡比例

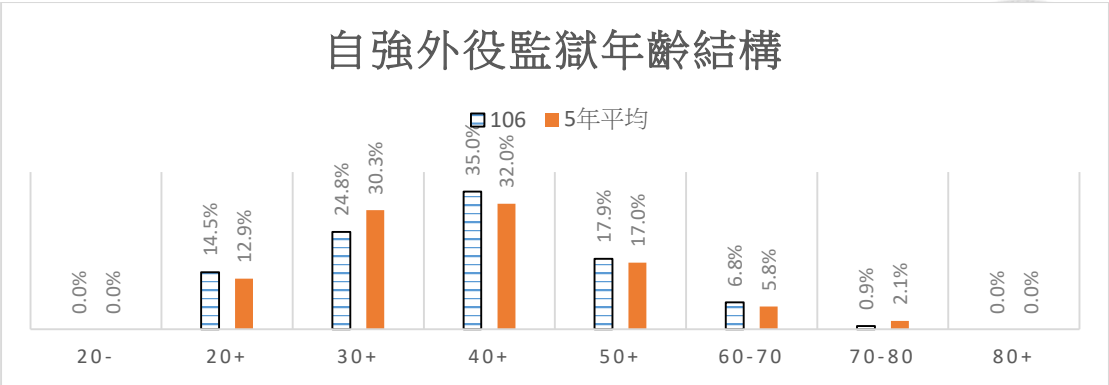
（資料來源：https://www.mtp.moj.gov.tw/13536/13664/13668/13670/Lpsimplelist）



圖表 13 自強外役監獄受刑人教育程度比例

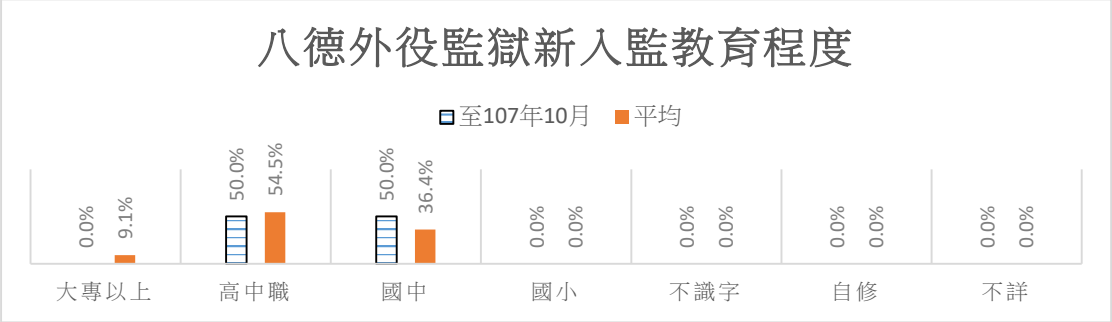
（資料來源：http://www.jcp.moj.gov.tw/lp.asp?CtNode=12917&CtUnit=779&BaseDSD=7&mp=063）

doi:10.6342/NTU201901943



圖表 14 自強外役監獄受刑人年齡比例

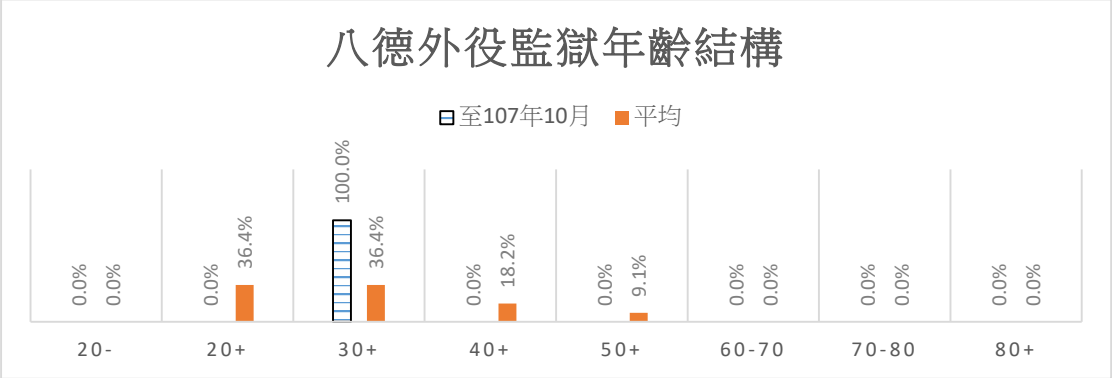
（資料來源：http://www.jcp.moj.gov.tw/lp.asp?CtNode=12917&CtUnit=779&BaseDSD=7&mp=063）



圖表 15 八德外役監獄受刑人教育程度比例

（資料來源：

http://www.bdo.moj.gov.tw/lp.asp?CtNode=41611&CtUnit=17067&BaseDSD=7&mp=201）



圖表 16 八德外役監獄受刑人年齡比例

（資料來源：

http://www.bdo.moj.gov.tw/lp.asp?CtNode=41611&CtUnit=17067&BaseDSD=7&mp=201）

第五項　階級不平等在司法程序中必須解決

doi:10.6342/NTU201901943

或有論者會質疑，造成不平等的原因多端，不能單純從結果論斷是出於經濟或階級等原因所造成。這可能要透過縱貫性的時間序列或追蹤的研究，才能達成。本文認為固然也會有有錢人犯毒品犯罪或是財產犯罪，但是我們從經驗上可以很明顯地察覺，這樣的有錢人只是少數。從執行的角度而言，下層階級、有色人種就是比較容易受到檢警的關注，且容易定罪[85]。反之，臺灣實證研究上，有權勢的人就較容易得到無罪判決，可能是關係及資源較多的因素[86]。法律上，當我們遇到疑似弱勢階級案件，應該推定他們是不平等結構下的受害者。再者，時間劃定及效果推遲，造成統計上的困難，此方法論如同全球暖化議題，因果關係具有不確定性，但是如果等到弄清楚時，已經為時已晚[87]。

另外，或有人會質疑，即便實證結果顯示出監獄呈現階級差異，不違反憲法的平等原則。本文認為實質平等的憲法誡命，必須弭平社會的及結構不平等。固然社會上種種差異並非司法機關所能消除。但是，如果司法機關在操作訴訟時將不平等的結構現狀複製到訴訟中，就立刻違反平等原則。進而屬於違法、違憲的偵查或是判決，該國家行為都是無效的。關鍵在於這些行為都牴觸了實質平等的核心內涵，也就是必須消除結構不平等。而且，上述敘述統計資料是受刑人，他們都是受到有罪刑事判決。也就是說有國家公權力干預的行為存在，可以據以認為該國家干預屬於違法、違憲。至於訴訟個別行為，與階級差異影響結果間的因果關係，可能難以證明。但是，不平等的執行或判決結果本身，就是司法機關必須弭平的。同時也是實質平等中，消除結構複製不平等的憲法誡命，而不能託辭因果關係模糊了事。

---

[85] Traci Burch, *Skin Color and the Criminal Justice System: Beyond Black-White Disparities in Sentencing*, 12(3) J EMPIR LEG STUD. 395, 395-99, 400-02, 408-13 (2012) 指出美國黑人不成比例成為監禁的對象。固然種族歧視會影響身心、社經地位，但是研究進一步指出，即便是相同社經地位或是前科，膚色深淺也會影響刑度。吸引力會影響到刑度高低，而證據顯示膚色淺者會被認為較具吸引力。無論是種族或是膚色都對於刑度高度有顯著差異的影響。

[86] Chung-li Wu, *Do the "Haves" Come Out Ahead? Resource Disparity on Public-Land Usurpation Litigation in Taiwan*, 100 SSQ 1, 15-21 (2019); 黃楷元編，司法與政治間的「流言終結者」－－吳重禮的實證研究，研之有物，http：//research.sinica.edu.tw/charge-me-if-you-can-wu-chung-li/（最後瀏覽日：2019 年 5 月 13 日）。

[87] Robert D. Putnam 著，李宗義、許雅淑譯（註 23），頁 290。

doi:10.6342/NTU201901943

法律固然無法改變現狀，但是司法機關不能作為這個歧視現狀的打手[88]。法院處於社會爭議的末端，只能避免自己成為歧視結構的助手。至於社會的推進，還需要全民及國家的努力。所以本文主張，刑事訴訟必須正視既存結構不平等，所造成弱勢被告的不利風險，進而課予法院更高的訴訟所有應盡的義務。否則即屬違反憲法、法律以及平等原則的訴訟程序。

第三節　階級與公平訴訟程序

上述討論帶出符合公平訴訟的法源依據，以及法院應該如何具體操作的問題。本文將證立為符合平等原則誡命的判決，應該注意階級的憲法、法律依據及其正當性，並說明可操作的方向。

第一項　階級平等與基本權救濟的關係

國家基本權救濟程序的義務，使人民得以藉此維護自己基本權。這樣才能確保在憲政國家中，擁有最大限度自我實現的保障[89]。在訴訟中，因為身處較低階級者會承擔更高的訴訟不利風險。我們可以將更不利風險，理解為檢警與法官所為的國家干預。不過，如果認為無意識的偏見，是不可歸因於高權所生的風險[90]。也就是屬於保護義務的範圍的話，必須容許法院審查。國家必須藉由履行保護義務，消除偏見和歧視。

權利就應代表人民得以主張，以概念區分基本權客觀功能，課與國家義務就認為人民不得主張，容有商榷之餘地。況且，權力分立一開始的理念即是藉由相互制衡，達到保障人民權利之目的，不能反過來認為權力分立阻礙人民權利之主張。其次，在權力失衡、不作為的時候，依照權力分立的理念，也正應該是司法

[88] 黃源盛，晚清民國刑法春秋，頁 567（2018 年）提到民國初年大理院認為奴婢的人口買賣，並非刑事法律可以解決，而是需要社會的救貧制度設立，才能夠解決。就此，法院很早就已經認知到自己的極限了。但是不代表法院只能夠隨波逐流，而是至少基於符合平等原則的憲法誡命，避免結構性不平等現狀所生的惡害。

[89] 許育典（註 2），頁 94。

[90] *Joachim Suerbaum*, Die Schutzpflichtdimension der Gemeinschaftsgrundrechte, EuR 2003, 390 (392). 指出非歸因國家的風險，屬於保護義務討論的範疇。

doi:10.6342/NTU201901943

權介入的時候。例如在司法院釋字第 748 號解釋聲請人祁家威為同志婚姻奔走，而被所有憲政機關冷眼相待，就是法院介入的時機[91]。論者認為何謂「最低限度」難以明確界定，然而這並非拒卻司法權審查的理由。法官不能因為事實或判斷所涉及問題的困難性，就拒絕審查。否則，就是容許國家以專業或其他冠冕堂皇的理由，架空司法權。司法權審查的主要功能，在於使審判公開，使程序公開透明，加強公眾檢驗的機會[92]。不能因為概念不明確，或者案件難易等語，認為法院不適合介入保障人民之權利。國家及其機關在履行保護義務時，享有廣泛形成空間。但同時也不排除司法機關在國家裁量具有瑕疵時，介入審查。如果以基本權客觀法規範為由，限制人民提起訴訟救濟，是對於訴訟權核心的侵害。學者認為，國家保護義務的概念是課予國家保護的法律義務，但是個案如果涉及基本權保護必要的機制時，應允許以憲法基本權為主張。否則基本權會產生重大的缺漏，進而違反權利無漏洞保護的要求[93]。如果立法有重大漏缺漏而使保護不足，司法應適時填補漏洞，使人民權利得以透過法院救濟[94]。

此外，經濟社會文化權利國際公約第 9 號一般性意見指出，經濟、社會及文化權利與公民與政治權利有司法救濟都是必要的。公約權利在制度下，應都具可訴訟性。有認為資源的分配應該交由政治部門，而非法院。然而，不同政府部門的權限固然必須受到尊重，但也要承認法院已經全面參與和資源有重大關係的事務。拒絕訴訟，會嚴重破壞為了保護社會中最脆弱、最貧困群體權利的法院功能[95]。而且依照兩公約施行法第 2 條，我國已經將兩公約的人權規定內國法化，法

---

[91] 司法院釋字第 748 號解釋理由書第 8 段「祁家威向立法、行政、司法權責機關爭取同性婚姻權，已逾 30 年。」；第 10 段「茲以立（修）法解決時程未可預料，而本件聲請事關人民重要基本權之保障，本院懍於憲法職責…應就人民基本權利保障及自由民主憲政秩序等憲法基本價值之維護，及時作成有拘束力之司法判斷。…」

[92] 林俊益，刑事訴訟法概論（下），12 版，頁 231（2016 年）；許士宦，口述講義民事訴訟法（下），頁 70-71（2017 年）；林鈺雄，刑事訴訟法（下冊），8 版，頁 268-269（2017 年）。*Bodo Pieroth*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 13. Aufl., 2014, Art. 20 Rn. 14 指出公開審判是民主原則、法治國原則的要求。

[93] 李惠宗，從國家保護義務談監獄受刑人的健康權－－談前總統陳水扁保外就醫事件，月旦法學教室，152 期，頁 63（2015 年）。

[94] 程明修，基本權各論基礎講座（15）－－訴訟權（上），法學講座，31 期，頁 6-7（2005 年）；李惠宗（註 2），頁 126-127。

[95] 法務部，公民與政治權利國際公約經濟社會文化權利國際公約一般性意見，頁 181-182（2012

doi:10.6342/NTU201901943

院得以依其法律效力審理違反核心義務之案件[96]。因此，法院不得權力分立等形式上理由，拒絕人民進行救濟。即便是各種原因交織下所產生的階級不平等問題，也必須在法院進行刑事訴訟程序中，充分考量。否則就是違反平等原則，違反法院公平審判的義務，並且阻礙人民進行有實益的訴訟救濟。

第二項　憲法及刑事訴訟的依據

階級、弱勢地位的平等也有法源依據。有認為司法院釋字第 485 號解釋「注意與一般國民間之平等關係」注意到階級平等的問題[97]。由此可見，階級平等也是平等原則所應專注的對象。刑事訴訟法有建立公平程序的重要目的，並涉及憲法第 7 條平等原則，應該弭平訴訟地位的事實上不平等[98]。符合平等的訴訟程序始符合憲法第 16 條訴訟權之保障[99]。反之，即屬不公平且無實效性的救濟途徑[100]。刑事程序中，證據禁止的主要功能在保障個人權利，發現真實和導正偵查機關紀律則是重要的附帶功能[101]。從憲法保護義務的角度出發，法院進行證據禁止或證據排除，是刑事訴訟程序有有效保護個人權利或法益的手段之一。如果個案中立法者所提供法律制度還不足保護被告的話，法院就必須透過證據使用禁止來履行憲法的保護義務[102]。以貧窮被告為例，倘若國家違反平等原則，致使被告有重大不利益，除刑事訴訟法可能違憲外，被告可主張因為違反平等原則，所為陳述**依刑訴法第 156 條無證據能力**[103]。又例如為「預防」非任意的自白，在

年）。

96 法務部（註 95），頁 248、285、289。

97 許宗力，大法官解釋與社會正義之實踐，收於：許宗力主編，追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐，頁 84、112（2018 年）。

98 王兆鵬、李榮耕、張明偉，刑事訴訟法（上），4 版，頁 575-578（2018 年）。

99 李惠宗（註 2），頁 330-335。

100 訴訟須迅速，不只要有管道，還要有救濟實益。訴訟具有實效性，這也是訴訟權的核心，但常常被忽略。參見司法院釋字第 736 號解釋蔡明誠大法官協同意見書；*Ipsen* (Fn. 3), Rn. 886 f.; *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher* (Fn. 2), Rn. 1109-1110; *Jarass* (Fn. 2), Art. 19 Rn. 50; BVerfGE 101, 397 (407); BVerfG NVwZ 2003, 856 (857).

101 *Werner Beulke*, Strafprozessrecht, 12. Aufl., 2012, Rn. 454.

102 楊雲驊，賠了夫人又折兵？私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理，臺灣法學雜誌，41 期，頁 15-21（2002 年）。

103 王兆鵬，刑事訴訟法講義，5 版，頁 423-429（2010 年）。王兆鵬、李榮耕、張明偉（註 98），頁 578 則是認為違反平等原則，**推定無證據能力**。

doi:10.6342/NTU201901943

拘捕後的警詢程序，事實上有強迫陳述的不平等的環境，應該推定該陳述為非任意性自白 [104]。需要透過告知義務、辯護權（貧窮者應由國家為其聘請律師）等措施消除公權力產生的事實上不平等，例如強迫的環境因素或是其他重大不利，以確保平等原則及公平審判 [105]。

法官在審判中，必須關注到階級等不平等在訴訟上之問題，避免做出偏斜的判決。這是平等原則的憲法誡命，也是法官依憲法第 80 條依法審判之義務，同時是憲法課與法官履行保護義務的要求。本文認為未考量被告階級的的刑事程序，違反憲法平等原則、公平審判及法官依法審判的誡命 [106]，可以認為刑事偵查及審判者的訊問為刑訴法第 98 條之不正方法，依照第 156 條無證據能力。或者依第 158-4 條嚴重違反法定程序，無證據能力 [107]。所為的有罪判決依照第 379 條 10 款，未調查應調查弱勢階級的必要證據，判決當然違背法令。因為正當法律程序要求貫串犯罪要件，直到量刑層次 [108]，未考量階級的判決在訴訟各個階段全部違反刑事訴訟法。

第三項　公平審判實際與規範的落差

傳統法學討論的重點在於理論與邏輯推演。因此，針對訴訟權的問題，可能只要規範或是理論上，賦予人民程序保障的制度已足。但是，本章討論各種有意識、無意識地行為都會造成弱勢承擔更高的訴訟風險。揭露這個事實後，就不能再託辭制度上有足夠的程序保障。這裡，我們看出當時實踐與規範產生裂縫時，

---

104 王兆鵬、李榮耕、張明偉（註 98），頁 449-452。

105 王兆鵬、李榮耕、張明偉（註 98），頁 496-504、566-570、575-580。刑事訴訟法討論上重心是賦予實質有效的辯護權保護，避免貧富差距所生的司法程序差別待遇。

106 「基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容。」參見司法院釋字第 396 號、第 574 號、第 653 號、第 752 號解釋。公民與政治權利國際公約第 14 條：「一、人人在法院或法庭之前，悉屬平等。…」兩公約施行法第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」公民與政治權利國際公約第 32 號一般性意見第 8 段指出須保證相關訴訟當事人不受任何歧視。參見法務部（註 95），頁 94、100。

107 另參照最高法院 93 年台上字第 664 號刑事判例。

108 陳運財，脫下高貴的公民不服從的外衣－簡評〈刑法觀點下的公民不服從〉，中研院法學期刊，19 期，頁 171、180（2016 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

正是法院得以介入的時機。此處將討論傳實踐與規範落差評價，與不利訴訟風險違反實質平等的問題。

第一款　關注規範正當性外的實踐問題

法實證可以處理法律規範（law-in-books）和司法體系實踐（law-in-action）間的空白狀態 [109]。在各種法律解釋中，例如文義解釋、歷史解釋等，常常需要與經驗性陳述相結合 [110]。單純應然的設定無法指引如何行動，也無法告訴我們如何有效達成規範的目的。學者提出「**具有規範重要性的事實**」（normatively significant facts），說明有些經驗事實雖屬實然層面，但是可以支持規範的主張理由。如果採取行為會對結果的發生與否或發生機率造成差異，這樣的差異事就具有指引行動，以及如何實現目的之功能 [111]。這個差異只在了解行動與結果間的關聯，可以是結果發生與否或**機率** [112]。藉由實證研究觀察，我們可以從差異製造事實，說明應該採取行動去達成目的或避免結果。原因不是論證的理由，因果事實才是；差異製造事實才是我們需要探究的 [113]。

文獻上指出實證研究在立法扮演重要角色。實證研究例如犯罪學探究政府針對犯罪採取措施的有效性，進而影響到立法政策；同時這也是立法能夠通過違憲審查的重要說理依據 [114]。實證研究的任務在於精確地檢驗理論，賦予理論推論的重要基礎，並了解實踐與規範的落差 [115]。以公開播送制度為例，如何確保公

---

[109] 蘇凱平，再訪法實證研究概念與價值：以簡單量化方法研究我國減刑政策為例，臺灣大學法學論叢，45 卷 3 期，頁 992（2016 年）。

[110] 王鵬翔、張永健，經驗面向的規範意義－論實證研究在法學中的角色，中研院法學期刊，17 期，頁 225-226（2015 年）。

[111] 王鵬翔、張永健（註 110），頁 232-234。

[112] 王鵬翔、張永健（註 110），頁 235-236、241-242。

[113] 王鵬翔、張永健（註 110），頁 238-239。文中舉例，如果找到「『白人法官會導致作出不利於非裔族群的判決』差異製造事實，此事實將可以支持規範主張。」

[114] *Adán Nieto Martín*, A Necessary Triangle: the Science of Legislation, the Constitutional Control of Criminal Laws and Experimental Legislation, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege: Erinnerung an Joachim Vogel, 2016, S. 123 ff.

[115] Michael Heise, *The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism*, 2002 U. ILL. L. REV. 819, 827-28 (2002); Gregory Mitchell & Philip E. Tetlock, *An Empirical Inquiry into the Relation of Corrective Justice to Distributive Justice*, 3(2) J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 421, 421-66 (2006).

doi:10.6342/NTU201901943

平審判，不是純粹言論自由理論研究的問題。而是涉及到實證、制度具體實施安排的問題。同樣抽象制度，可能會在此案件公平，但他案件不公平[116]。而且，如果只有思考改變應然規範，卻沒有改革其他層面，只會使應然規範與實然的運作更加脫節。如此，極為容易使規範的變更被既有權力結構所吸收，進而無法達到改革的目的[117]。

第二款　極高訴訟風險的司法實踐違反實質平等

第一目 *McCleskey v. Kemp* 案的正反意見

美國聯邦憲法法院一則涉及死刑量刑案件，統計上呈現黑白有懸殊差異的案件，非常適合用來檢驗規範與實際落差的問題。*McCleskey v. Kemp*[118]案中，實證資料指出被害人是白人比起被害人是黑人，有極為顯著比例的殺人被告會被判處死刑。本案中，黑人被告主張他因此受到歧視。但是，法院認為被告僅指出這樣的情況並不足夠，而必須證明在被告自己的案件中，量刑者有歧視意圖，否則國家未違反憲法平等的保障[119]。相關死刑的**法律中立且無歧視的意圖**，因此不能主張立法者違反平等[120]。而且，該法律已經**提供足夠的程序保障**[121]。另外，法院認為統計數據只能代表某些因素**可能影響決定**，司法體系也有許多**程序保障機制可以避免偏見**，所以尚未達到違憲的程度[122]。陪審團是針對個案且適當的組成，整體制度的統計數據所顯示的差別待遇，在個案中不會對於陪審團判斷產生太大的影響[123]。最後，憲法也未要求國家必須要消除所有造成差異的因素[124]。

反對意見則指出，既然實證研究已經發現被告黑人，而被害人白人的情形下，

---

116 蘇凱平，憲法權利的交鋒：言論自由與刑事法庭程序之公開播送，月旦刑事法評論，9 期，頁 46-49（2018 年）。
117 Galanter, *supra* note 69, at 146-50.
118 481 U.S. 279 (1987).
119 *Id*, at 292-97.
120 *Id*, at 297-99.
121 *Id*, at 303-02. 判決舉例限縮死刑適用的範圍、區分認定犯罪及量刑程序、死刑的自動上訴、法院要審視是否有偏見介入等。
122 *Id*, at 308-13.
123 *Id*, at 294-95.
124 *Id*, at 319.

doi:10.6342/NTU201901943

被告極可能會處以死刑。這已經使被告暴露在不可接受的風險中[125]。這等於被諮詢律師應該告訴被告，即便種族會成為重要的因素，司法體系也是合憲的[126]。只要**制度運作產生實質風險**，有恣意的可能就應屬違憲，而**不必證明已經成為事實。重點是整個制度，已經受到不允許因素的影響。與是否具有歧視的意圖無關**[127]。既然運作**事實上產生差別效果**，也應屬違憲[128]。而且，本案被告 McCleskey 不只是證明制度可能的運作，甚至據以主張的實證研究證明了制度實際上運作[129]，還有該州長久存在歧視的歷史[130]。雖然最高法院認為已經提供足夠的程序保障避免偏見，但是**實證研究對於該程序保障有效性也提出強而有力的質疑**，就不能再認為程序保障已經完備[131]。又最高法院認為陪審團組成是適當的，這忽略檢察官主導求處死刑的許多重要程序[132]。從舉證的角度，實證研究結果已經建立形式證明（prima facie，或稱為表面證據）歧視存在，此時應該由國家舉證程序是中立而未受到歧視因素的影響[133]。

第二目　本文見解

本文認為即便法官公正，陪審團組成是適當的，也無法避免人無意識的偏見與歧視。心理學已經證實人無意識的偏見與歧視是無法避免的，只能透過不斷地提醒與警惕才能夠減緩[134]。國家履行保護義務所採取的手段，包含規範和實際的手段。措施必須有效，才能達到最低程度的保障，才不會因保護不足而違憲[135]。然而從上述案件可以看到，如果某特定種族或階級，有較高機會被判決有罪或較重的量刑，該差異影響就是應該面對的不平等現狀。這個不利待遇的訴訟風險，如果沒有足夠的保護措施，判決即屬違法、違憲。不能推託已經有足夠程序、制

125 *Id*, at 366-67 (Stevens, J., dissenting).
126 *Id*, at 321-22 (Brennan, J., dissenting).
127 *Id*, at 322 (Brennan, J., dissenting).
128 *Id*, at 355-56 (Blackmun, J., dissenting).
129 *Id*, at 322-24, 341-42 (Brennan, J., dissenting).
130 *Id*, at 358-59 (Blackmun, J., dissenting).
131 *Id*, at 338 (Brennan, J., dissenting).
132 *Id*, at 362 (Blackmun, J., dissenting).
133 *Id*, at 351-53 (Blackmun, J., dissenting).
134 參見註 137。
135 *Peter Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 84. Aufl., 2018, Art. 6 Rn. 162.

doi:10.6342/NTU201901943

度可以避免該風險。因為**規範上**即便具有極高正當性，但是**實際上**執行卻偏離公平審判，洽好就是司法權應該介入調整的時機。

依照憲法第 7、16 條及公政公約第 14 條，法官負有公平審判，保障人民平等權的誡命。然而，從本文的分析可以看到實然的執行層面與應然的實質平等有極大的落差。司法實踐上，出現不成比例的下層階級受刑人。此時我們發現**規範與實踐的落差，呈現階級刑罰**。據此，我們可以**推論出規範的主張**，也就是我們要求刑事司法體系，從警察、檢察官偵查開始，到審判、執行階段都必須嚴格接受平等原則的檢視。而且，從憲法平等原則及有實效性救濟的訴訟權等角度，都可以導出司法機關負有積極義務，消弭這個結構不平等所生結果。如果沒有達成要求，則判決即屬違法、違憲。

第四項　訴訟上考量階級的操作

證立階級屬於符合平等原則及訴訟權保障的範圍後。為避免訴訟程序違反憲法及刑事訴訟法，本文將說明實際上可能操作的方式及其有效性。

研究發現賦予法官較為廣泛的裁量權，反而有助於減少種族的差異影響。強制量刑的規定反而因為歧視性的追訴，導致種族差異擴大 [136]。這對於臺灣的啟示在於，階級的概念透過跨學科整合的研究可以得出一些標準。即便個案適用上有模糊的地方，而課與法院注重階級的義務，也有裁量權限擴大的疑慮，但不必過度擔心。

再者，心理學研究也指出，透過避免刻板印象的提醒例如種族等，可以有效減緩人歧視的無意識影響和衝動 [137]。足見應該透過法律上課與檢警及法官注意

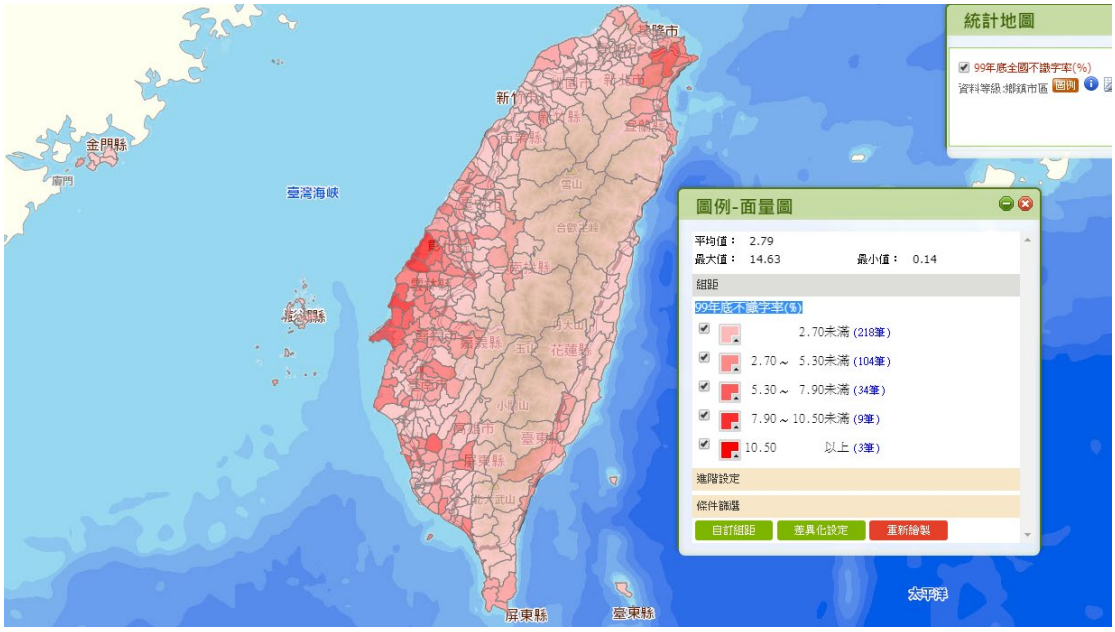
[136] Joshua B. Fischman & Max M. Schanzenbach, *Racial Disparities Under the Federal Sentencing Guidelines: The Role of Judicial Discretion and Mandatory Minimums*, 9(4) J EMPIR LEG STUD. 729, 729-64 (2012). 同文頁 738 指出研究不只討論受監禁者而已，還包含刑期為零者，數據更為準確。

[137] John Bargh 著，趙丕慧譯，為什麼我們會這麼想、那樣做？耶魯心理學權威揭開你不能不知道的「無意識」法則，教你利用「無」的力量自動達成目標，解決所有問題！，頁 328（2018 年）；Heather Rose Rees, Andrew Michael Rivers & Jeffrey W. Sherman, *Implementation Intentions*

doi:10.6342/NTU201901943

階級因素的義務，更可達成符合平等的訴訟結果。此外，透過法院判決理由呈現階級的關照，使得法官必須將其論證表達出來，促使透明化，有利於外部的監督。

受判決人的財產和所得本來就是向國家揭露的事項，保護必要可以降低。而且，這也非屬於不得干預的隱私領域[138]。開放讓司法機關調閱相關財產資料，使檢警便利偵查，也可以增加法官參考的依據[139]。被告、受刑人其居所也是檢警偵查階段就可以快速取得的資料，也能夠從居住地評估其經濟能力。除此之外，司法機關還可以參考社會經濟分析統計圖的資料。從戶籍地這項立即可得的資料，大致了解被告居住區域的經濟程度或教育程度等。（參圖表 17 至圖表 20）



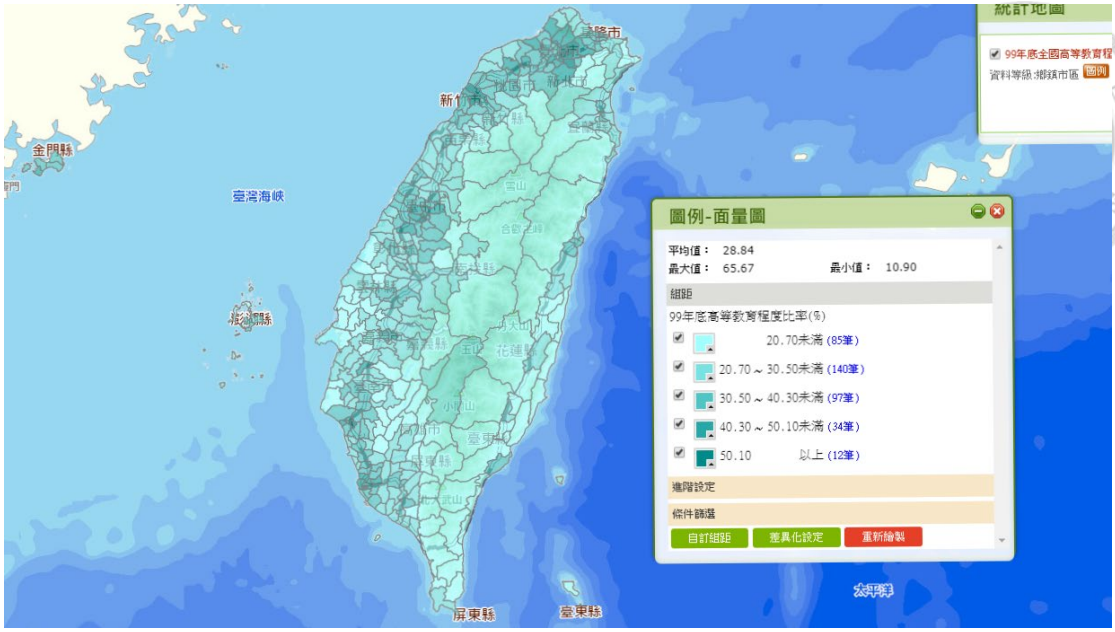
圖表 17 各地不識字人口比例（資料來源：內政部社會經濟統計地理資訊網）

Reduce Implicit Stereotype Activation and Application, 45(1) PERS. SOC. PSYCHOL. BULL. 37, 37-53 (2019). 此文章於線上 2018 年先出版。另外，又例如針對扮演警察是否射擊的實驗，消除刻板印象的偏誤訓練可以減緩一些種族偏誤的執法。參見 Saul Kassin、Steven Fein、Hazel Rose Markus 著，洪光遠、程淑華、王郁茗譯（註 38），頁 225-228。

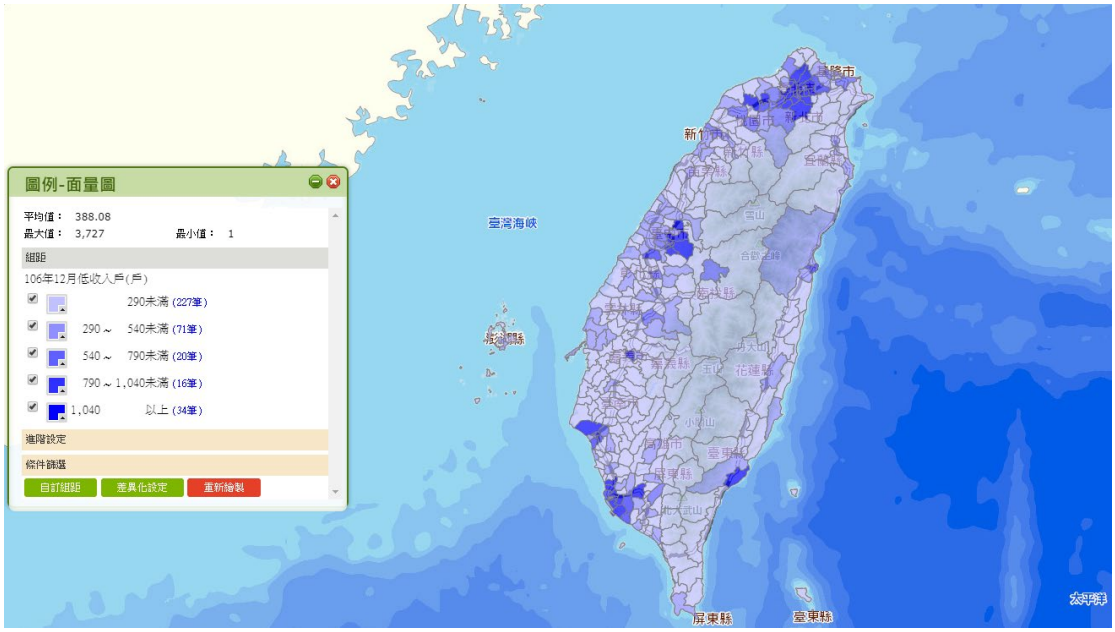
[138] 另外，內授警字第 1030890706 號認為偵查機關執行刑訴法或偵查，而取得「教育程度」或「家庭經濟狀況」等資料，符合蒐證的必要，資料使用與目的有正當關聯，不違反個資法。

[139] 薛智仁，罰金刑體系之改革芻議，臺灣大學法學論叢，47 卷 2 期，頁 808-811（2018 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

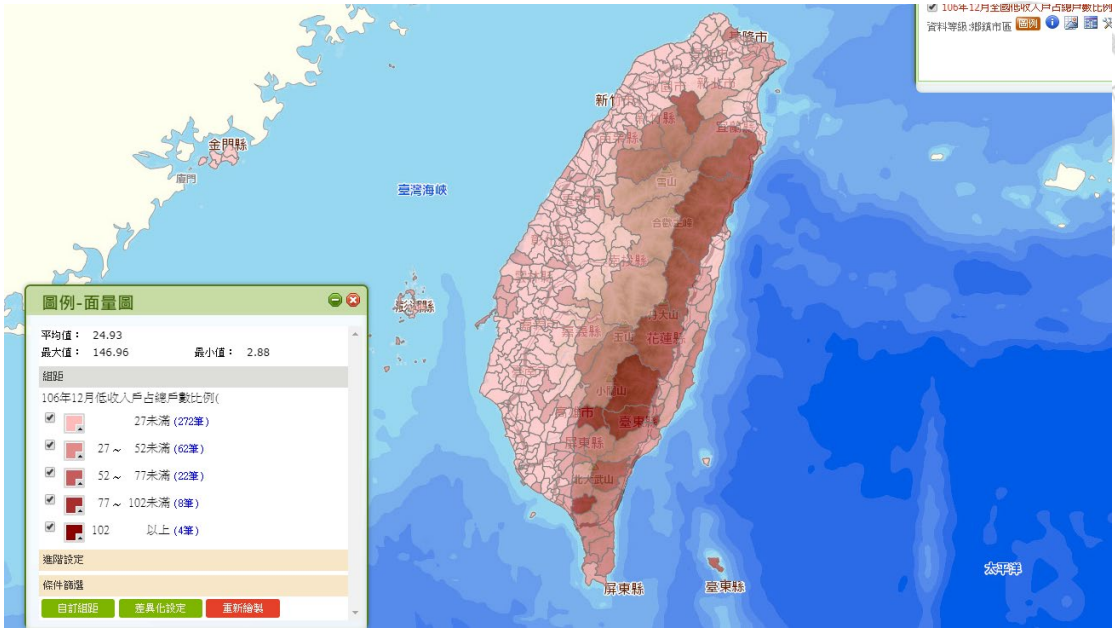


圖表 18 各地高等教育人口比例（資料來源：內政部社會經濟統計地理資訊網）



圖表 19 各地低收入戶數（資料來源：內政部社會經濟統計地理資訊網）

doi:10.6342/NTU201901943



圖表 20 各地低收入戶占總戶數比例（資料來源：內政部社會經濟統計地理資訊網）

第四節　小結

本文認為實質平等必須關注結構不平等的問題，否則只會繼續再製不平等結構。從理論探討和實際統計上可以發現，階級不平等確實在訴訟進行及最後結果造成影響。公平審判的規範與執行出現的落差。也就是因為階級而造成訴訟的不利風險，必須受到正視。對階級不平等現狀的審判程序，如果未考量階級問題，整個程序都會違反實質平等。本章主要指出經濟弱勢在訴訟程序中的不利風險。跳脫理論或以字義形容實質平等，而以敘述統計凸顯實質平等的樣貌。

doi:10.6342/NTU201901943

第六章、實質平等觀下的集會自由與刑事責任

討論完階級與訴訟不平等的關係後，本章聚焦在將實質平等運用在集會自由相關刑責的判斷上。集會自由照理來說應該是可以自由行使的權利。但是在現行法下，卻要乞求國家的施捨。受憲法保障的表意自由，如果是使用街道者，必須要申請許可。但是目的非為表達意見者，就不用經申請許可（例如辦喪事、開車等），這是許可制的差別待遇本質。另外，在抗爭現場主管機關以刑事罪名移送即使無法成立，然而因為抗議者被帶離現場，也使其言論自由之權利變得毫無意義[1]。中立的時間、地點、方式的限制，也展現了階級歧視，也剝奪弱勢者集會遊行之權利。近來許多文獻熱烈地討論公民不服從理論，卻使討論失焦。真正要注重的是，集會自由本身實質平等的問題。在所有的社會脈絡下，集會遊行是弱勢者的最後手段，也是唯一手段。在民主國家、代議國家中（尤其臺灣還有 5% 的政黨門檻，有些人自始無法利用代議制度）都是如此。只有走出公民不服從的表象與迷霧，我們才能看到現行法下掩蓋的階級歧視。否則，空言人權保障，不過是法治國的幻象和遮羞布罷了。

本章先討論訴訟中以事實上不平等概念，協助法院判斷結構不平等存在（第一節）。接著概述實質平等與刑事責任間的關係。然而，將問題聚焦在現行刑法不法階層處理實質平等的問題（第二節）。接著，再就不法階層討論實質平等的意義與案例進行討論（第三節）。最後檢驗公民不服從概念的缺漏，而只須透過憲法基本權及實質平等即可解決（第四節）。

第一節　事實上不平等與刑事責任的實質平等

刑事責任要考慮實質平等，有正當法律程序的考量，也有調整社會不利結構的意義。要如何凸顯不平等，除前章所討論訴訟不利風險外，還可以借助理論上討論事實上不平等的判斷標準。法院藉由不平等結果面的救濟，積極調整不平等

[1] Tabatha Abu El-Haj, *Defining Peaceably: Policing the Line Between Constitutionally Protected Protest and Unlawful Speech*, 80 MO. L. REV. 961, 973-74 (2015).

doi:10.6342/NTU201901943

的社會結構。至少可避免偏見與歧視利用司法程序大行其道。

第一項　正當法律程序

平等無歧視訴訟程序在刑事程序中至關重要。藉此，確保人民不因階級而受到不利的待遇。這也涉及正當法律程序的問題。基本權需要程序以實踐權利的內涵，所以基本權都具有程序保障的功能。各基本權的客觀功能課與公權力踐行正當法律程序的義務，也就是公正、公開、參與等民主程序[2]。這要求國家履行程序義務，以防止基本權實害發生[3]。基本權利功能中包含國家負有保護義務（Schutzpflicht），當權利解釋為具有主觀功能時，可以作為請求權基礎[4]。當程序保障不足（或根本沒有保障），可以主張已經主觀化的「程序基本權」[5]。無論是類推適用正當程序保障，或是建構程序基本權，至少可以肯定，正當法律程序的保障是具有普遍有效性，具有權利的保護適格。此外，要注意的是，國家的保護義務不會因為是行政、民事案件[6]之差異而免除。刑罰是國家高權對人民最強烈的干預，國家保護義務自然更不得解除。在訴訟中，應該注意被告的弱勢地位，履行保護義務，避免被告受到歧視或偏見的不公平待遇。

平等對於每個權利主體的尊重，可以得知平等原則是程序原則的要求。平等原則包含保障程序主體的意涵。審查平等原則就是在審查權利主體是否受到不合

---

[2] 李震山，程序基本權，月旦法學教室，19 期，頁 32（2004 年）。

[3] 許宗力，基本權程序保障功能的最新發展－－大法官釋字第四八八號解釋評析，收於：法與國家權力（二），頁 250-251（2007 年）。

[4] 李震山，多元、寬容與人權保障－以憲法未列舉權之保障為中心，2 版，頁 301-302（2007 年）。

[5] 李震山（註 4），頁 302 指出國家保護義務是以基本權利存在為前提，人民要求國家保護，需具有主觀公權（subjektives öffentliches Recht）。

[6] 最高法院 104 年度台上字第 2118 號民事判決（具參考價值裁判）認為自辦市地重劃為民事爭議。即便如此，司法院釋字第 709、第 739 號解釋還是分別就民辦都更、民辦市地重劃有正當行政（法律）程序適用做出解釋，足見仍有公權力的介入。學說上有認為應適用公法之原理，而應該適用行政程序法，或者即便不認為是行政委託，也應類推適用行政程序法。**即便由私人主導的都更程序，仍須保障第三人正當法律程序，肩負國家的擔保責任**。如此才能避免國家藉口都更程序私法化，掏空基本權保護的實效性。參見：辛年豐，自辦市地重劃中重劃會執行職務的法律性質／最高院 104 台上 2118 判決，臺灣法學雜誌，313 期，頁 179-180（2017 年）；陳英鈐，國家對民辦都更的程序擔保責任，月旦法學教室，118 期，頁 6-7（2012 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

理的差別待遇[7]。在經濟行政法領域，有以憲法第 15 條職業自由以及第 7 條平等權推導出無歧視程序形成請求權[8]。本文認為，相同地在刑事訴訟程序上，被告依照第 7 條、第 15 條財產權（罰金刑）或第 8 條（人身自由拘束），亦得主張無歧視程序形成請求權，以保障訴訟參與者不會因為是階級不平等下的弱勢，而受到較劣等的訴訟待遇。其他關於階級與訴訟風險的分析，參見第五章。

第二項　間接歧視或事實上不平等

第一款　事實上不平等

要在訴訟中審視階級、平等原則的情況，本文認為要從事實上不平等的角度觀察。例如司法院釋字第 760 號解釋所涉及者，正是間接歧視、事實上平等的問題[9][10]。司法院釋字第 760 號解釋第 1 段釋示：

警察人員人事條例第 11 條第 2 項[11]未明確規定考試訓練機構，**致實務上**...未具警察教育體系學歷人員無從取得職務等階最高列警正三階以上職務任用資

[7] 許玉秀，論正當法律程序原則，頁 154-155（2011 年）。

[8] 詹鎮榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障－評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決，月旦法學雜誌，138 期，頁 48-51（2006 年）。

[9] 司法院釋字第 760 號解釋林俊益大法官協同意見書；司法院釋字第 760 號解釋陳碧玉大法官協同意見書。

[10] 司法院釋字第 760 號解釋黃昭元大法官協同意見書「所謂事實上歧視，在概念上可能包括以下四種次類型：(1) 表面中立的國家法令之實際適用結果，發生系統性的差別影響，例如本案之情形。(2) 過去的國家歧視行為雖然已經結束，但其歧視後果（consequence）或影響（impact）（指事實性後果，而非規範效果）仍延續至今，例如過去曾存在的歧視女性或原住民法令雖然早已經廢除，甚至當初的被害人已經不復生存，但所造成的結構性不利影響（包括外溢至非實際被害人、跨世代的不利影響），至今猶然。(3) 私人所為之社會性歧視，因此對於某些群體人民造成長期、固定性的不利影響。(4) 先天或後天原因所致個人或群體的不利地位，例如身心障礙、貧窮、城鄉差距等因素所致之政經社地位的結構性不平等。本號解釋所認定的事實上歧視即屬上述第（1）種情形，也應該是爭議較小的類型。至於上述第（3）及（4）種類型，基於權力分立之考量，原則上應該先由政治部門（立法及行政機關）透過立法或預算等手段為第一次規制或救濟，較難由法院直接依據憲法平等權進行調整。至於上述第（2）種類型，則屬灰色空間。立法先行固然較妥，但仍有透過憲法解釋予以調整的空間。受限於原因案件事實，本號解釋先僅承認上述第（1）種類型。」另可參見黃昭元，平等權與自由權競合案件之審查－－從釋字第 649 號解釋談起，月旦法學雜誌，法學新論，7 期，頁 29-31（2009 年）。

[11] 警察人員人事條例第 11 條第 2 項規定：「警察官之任用，除具備前項各款資格之一外，職務等階最高列警正三階以上，應經警察大學或警官學校畢業或訓練合格；職務等階最高列警正四階以下，應經警察大學、警官學校、警察專科學校或警察學校畢業或訓練合格。」

doi:10.6342/NTU201901943

格，致其等應考試服公職權遭受**系統性之不利差別待遇**，就此範圍內，與憲法第7條保障平等權之意旨不符。

司法院釋字760號解釋理由書認為規定雖然在表面上沒有差別待遇（表面中立，facially neutral或稱apparently neutral），但是長年行政實務上的運作造成警大及警官學校的畢業生永遠有利；對一般生永遠不利規範效果。這樣仍然是差別待遇，必須受到平等原則的審查[12]。又如司法院釋字第666號解釋涉及表面中立的規定，事實上卻懸殊地適用在女性上，這也涉及公權力複製加深對女性有害的刻板印象及不平等，屬於間接的差別待遇[13]。

無論立法者是否有意識地讓一方受益，而排除他方受益，或只是純粹未規範；只要在規範上出現差別待遇的結果，而不具備正當化事由，就違反憲法的平等原則[14]。所以，表面中立的法律規定，如果因為適用結果，形成差別待遇時，都要審查是否符合平等原則[15]。間接歧視重點是審查規範或措施的**效果層面**。另外，間接歧視著重在處理，**由結構性因素引起的群體不利益**。直接歧視則是處理規範本身，所造成個體差別待遇的不利益。社會中普遍接受的傳統，表面上是普遍適用、沒有偏見的。但是，**實際上產生了排斥弱勢群體的不利效果，就是間接歧視關注的重點**[16]。從結果或效果層面觀察的差別影響歧視理論，可以發覺隱藏在表面中立規範下的偏見，或是矯正明顯偏頗的意外後果（unintended consequences）[17]。

結構性的不平等是源自於一連串人為的決定，將人置於不同的階層，形成宰制結構。不是因為個人德行、運氣或他人的惡意，而是社經不平等的結構產生了

[12] 司法院釋字第760號解釋理由書第7段、第10段。
[13] 司法院釋字第666號解釋許宗力大法官協同意見書。
[14] 司法院釋字第455號解釋翁岳生大法官協同意見書。
[15] 司法院釋字第760號解釋陳碧玉大法官協同意見書。
[16] 陳靜慧，歐洲人權法院及歐洲法院對於間接歧視概念之適用與實踐，收於：憲法解釋之理論與實務第九輯，頁395（2017年）。
[17] 黃昭元，論差別影響歧視與差別對待歧視的關係－評美國最高法院Ricci v. DeStefano (2009)判決，中研院法學期刊，11期，頁52-53（2012年）。

doi:10.6342/NTU201901943

宰制[18]。所以，不平等的解決需要從結構的觀點切入[19]。機會平等（opportunity structure）只著重公平競爭，區分貧窮是否應得（deserving），但是此區分忽略了消弭貧窮的重點，而只探討美德與否[20]。人透過社會關係連結，產生社會生活，要改變社會關係，才能改變社會體系[21]。社會體系和個人式的思考，偏廢其一都無促進改變[22]。

文獻上提出，具有：

1.「政治結構或程序上的弱勢地位」（a status of political powerlessness）：指向那些難以循正常民主程序爭取或維護自身權利，而容易淪為正常民主程序的局外人或經常失利者；

2.「對該群體存在有歷史或社會性的歧視」（a history or social existence of class-based discrimination），致其成員處於結構性的次級地位：不論是源自刻板印象、敵意或偏見等，屬於結構性的歧視，而不只是個人性的偏好

案例中如果出現這些特徵，則可以認為可能是弱勢群體，需要探討結構性歧視問題[23]。至於不可改變的不利特徵[24]，則認為此特徵不一定導致弱勢地位，未必可當成弱勢群體的界定特徵[25]。差別影響或間接歧視披著中立的外觀，需透過統計論證實際上造成歧視性的效果[26]。然而，過度仰賴比較基礎也會無法處理多

[18] K. Sabeel Rahman, *Constructing and Contesting Structural Inequality*, 5 CRITICAL ANALYSIS OF LAW 99, 103-04 (2018).
[19] *Id*, at 125.
[20] *Id*, at 105.
[21] Allan G. Johnson 著，成令方、林鶴玲、吳嘉苓譯，見樹又見林：社會學作為一種生活、實踐與承諾，2 版，頁 34（2001 年）。
[22] Allan G. Johnson 著，成令方、林鶴玲、吳嘉苓譯（註 21），頁 38。
[23] 黃昭元，從平等理論的演進檢討實質平等觀在憲法適用上的難題，收於：憲法解釋之理論與實務第九輯，頁 295（2017 年）；司法院釋字第 748 號解釋理由書第 15 段。
[24] 司法院釋字第 748 號解釋理由書第 15 段認為性傾向屬難以改變之個人特徵（immutable characteristics）。
[25] 黃昭元（註 23），頁 295 註 41。
[26] 傅柏翔，美國與臺灣就業歧視法制之舉證責任與適當比較基礎問題初探，法令月刊，69 卷 9 期，頁 76（2018 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

重或結構性歧視的問題[27]。因此，法院應該探究案件的一切背景，而非僅著重在比較基礎上。應引進專家將跨學科的研究引入，例如刻板印象等，提供法院判斷的依據[28]。另外，應該考量先天結構不對等，調整舉證責任的輕重[29]。

第二款　歧視的主觀意圖不應作為要件

有認為司法院釋字第 760 號解釋採取與美國聯邦最高法院相同見解，也就是必須能證明具有歧視的意圖。因為平等權是保障機會平等（equal opportunities），而不是確保結果平等（equal outcomes），所以單純差別影響（disparate impact）不成立法律上的差別待遇[30]。

然而，主觀歧視意圖，本來就不是發展間接歧視概念所要解決的問題。間接歧視概念更著重解決結構問題。也就是會導致特定群體成為遭受不利益的「結構」問題。即便可以證明非出於歧視的動機，也不能推翻間接歧視推定[31]。數據是認定「受顯著不利影響者」主要依據，但不是唯一標準。間接歧視推定，不只從受不利影響者的「量」（比例高）加以觀察；如果受不利影響的「質」影響程度高，即使受不利影響者占特定群體的比例不高，也可能成立間接歧視的推定[32]。例如：受影響的其間很長、受到影響的強度很強等。德國聯邦憲法法院及文獻對此問題認為，無論具有給予不利待遇意圖或單純附帶效果，都不影響差別待遇存在[33]。

司法院釋字第 760 號解釋的原因個案可以明顯發現法律執行者有明顯的主觀意圖（經監察院糾正、考試院訴願決定仍不修改其行政作為）[34]。但是，不能解釋為大法官認為事實上不平等的要件應該具有主觀歧視意圖。而且，從實質上

---

[27] 傅柏翔（註 26），頁 84-85。
[28] 傅柏翔（註 26），頁 88-89、92-93。
[29] 傅柏翔（註 26），頁 98-99。
[30] 司法院釋字第 760 號解釋湯德宗大法官部分協同意見書。
[31] 陳靜慧（註 16），頁 399；黃昭元（註 17），頁 52-53。
[32] 陳靜慧（註 16），頁 406-407 。
[33] *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 13. Aufl., 2014, Art. 3 Rn. 88, 131; BVerfGE 97, 35 (43); BVerfGE 114, 357 (364).
[34] 司法院釋字第 760 號解釋黃昭元大法官協同意見書。

doi:10.6342/NTU201901943

人民的侵害而言，**無論立法者或執法者有無主觀意圖，所造成不平等的傷害是相同的**。最重要的是，間接歧視概念，就是在凸顯隱藏在形式上的中立規範中，實質平等的問題。如果採取美國法式的嚴格標準，會嚴重限縮間接性差別待遇的成立可能，無法貫徹平等權的保障[35]。另外，形成差別待遇者多為掌握權力的階級，要求原告必須證明有被告有歧視的主觀意圖，是極為沉重的舉證責任。造成差別待遇者當然得享受既得利益，無需舉證；同時，卻要求弱勢原告舉證，顯失公平。尤其，應該注意的是，歧視通常都是無意識的（unconscientious）。縱然概念上仍須保留此主觀要件，也必須容許從客觀情況綜合推斷主觀意圖[36]。

有政治學者認為，優勢群體、優勢文化常常認為自己是中立，但實際上已經將自己的想法灌注到所謂的中立規範之中，將自身經驗投射成普遍人性[37]，進而使結構所形成的歧視不斷生產、再製，維持既得利益者的優勢。壓迫的維持及再生產的行動者也常常是不自覺的[38]。無論有無意識，都代表參與的社會體系以及參與者是有歧視存在的[39]。壓迫部分展現在習慣、無意識假定與刻板印象，及群體緊張、憎惡感受，而持續存在於社會中。群體壓迫主要是在非正式，經常是無意識的日常言談、互動、常規實踐、刻板印象等中實現[40]。如果無意識地再生產了某些群體的壓迫，則應認為是不公正的[41]。歧視重點不是心理狀態如何，而是社會性的存在[42]。

因此，探討間接歧視、事實上不平等的問題時，著重點是在於分析結構性的

---

35 司法院釋字第 760 號解釋詹森林大法官協同意見書。
36 司法院釋字第 760 號解釋詹森林大法官協同意見書。
37 Iris Marion Young 著，陳雅馨譯，正義與差異政治，頁 118、214-215、343-344（2017 年）；國內文獻針對所謂中立法律可能是客觀化的男性標準。參見：陳昭如，國會和法院的快慢之間：從比較觀點思考臺灣婦運的法律改革策略，發表於「性別平等訴訟運動：內國與跨國的實踐」，收於性平等論爭－－麥金儂訪臺演講集，頁 176（2015 年）；陳昭如，踐行的法學：凱瑟琳·麥金儂的女性主義理論與行動，收於：性平等論爭－－麥金儂訪臺演講集，頁 42（2015 年）。
38 Iris Marion Young 著，陳雅馨譯（註 37），頁 91。
39 Allan G. Johnson 著，成令方、林鶴玲、吳嘉苓譯（註 21），頁 194。
40 Iris Marion Young 著，陳雅馨譯（註 37），頁 255。
41 Iris Marion Young 著，陳雅馨譯（註 37），頁 257-258。
42 陳昭如，從猥褻言論到裸露的權利－非道德問題，也非相同待遇問題，臺灣法學雜誌，271 期，頁 15（2015 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

壓迫，而不是試圖標誌個案是否形成不平等的原因。否則不但轉移了焦點，也忽視結構性造成的壓迫。況且，即便立法者或執法者不具有主觀意圖，所造成的差別待遇效果對於機會平等的斲傷同樣地劇烈。保障機會平等與具備主觀意圖有何因果關係，令人難以理解。除了規範實際執行結果，所造成懸殊差別待遇效果以外，不必要求立法者或執行者有造成差別待遇效果的主觀意圖。

第三項　刑事責任成立與適用應考量實質平等

第一款　法院弭平結構不平等的必要

因為在社會現實中，弱勢者被主流文化和資產階級所排除，所以訴訟中需要正視階級上的不平等，避免法律成為壓迫下層階級的利器。對於弱勢的人民應予以較為寬廣的言論自由、集會自由空間。既然如此，主張權利的行為自始就是合法，無所謂主張「不法之平等」[43]可言，不可不辨。因此，如果個案中人民因為財力、人力等問題，只能選擇走上街頭抗議時；因為他們地位事實上與被訴求對象不平等，所以表現自由的保護範圍需要更廣，才符合實質平等[44]。尤其，我們必須注意的是，常常隱藏在公共利益華麗的外衣下，正是既得利益者為了排除他人的實質，也就是赤裸裸的歧視。第五章論述階級與訴訟的關係，實質平等展現在削減人民因為階級所生的不利訴訟風險。藉由各種手段消除不利訴訟風險，始能達成實質平等而有實效性的救濟。除了第五章種種消除歧視與偏見措施外，法院還可以從實體法構成要件或是阻卻不法事由等層面，將不平等現狀納入考量。

有提出「體制正義」作為阻卻不法事由的根據，而體制正義是指民主憲政的健全以及人權保障。法律與司法都應對於憲政價值展現忠誠。進而認為以公民不

[43] 最高行政法院 93 年判字第 1392 號判例。

[44] 劉冠廷，集會自由作為社會運動之保障—以基本權保障之觀點檢討事前許可制，國立成功大學法律學研究所碩士論文，頁 31-32、65（2011 年）指出同樣注意到對於弱勢群體社會運動，不得動輒以公共利益（代表主流價值）加以限制。必須對於權力關係敏感，否則實際上弱勢者無法獲得平等保障。魏蕙沁，刑法責任問題的思考，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 171（1997 年）注意到在刑事責任部分要考量實質平等。

doi:10.6342/NTU201901943

服從維護體制正義，避免國家與民主憲政偏離，可以主張體制正義來阻卻不法[45]。體制正義的內涵十分廣闊，也會遭受到內容模糊的質疑。但是，本文試著將之延伸。將體制、以及法律形式上、事實上的不平等作結合，以作為阻卻不法事由。如何處理間接歧視、事實上不平等，或者說是刑法執行層面上所產生的不平等問題？本文認為，體制不正義、不平等，可以藉由主張統計數據上法律執行結果，作為追訴不平等的判斷標準[46]。例如，依照統計美國監獄內 4 分之 1 是暴力犯罪，其他 4 分之 3 是財產及毒品犯罪入獄[47]，而監禁的人數不成比例的由少數族群構成，尤其是黑人男性[48]。這些都呈現追訴程序中，弱勢承擔的不利風險，而應該加以調整。或者在個案當中考量雙方地位的不平等、結構上形成的弱勢群體等理由，而在違法性判斷時可以阻卻不法。法官因此可以調整不平等的結構，其背後的思考類似於反階級、反壓迫的實質平等，也類似於優惠措施（或稱為積極優惠措施、優惠性差別待遇、積極平權措施，positive action），只是將其效果套用到刑法犯罪成立的解釋上而已。如此也可以符合合憲性解釋，以及憲法正當法律程序公平審判[49]的誡命。

第二款　顯而易見的不平等現狀

「平等」向來是法學解釋的大哉問。其實，不平等不會像字面感覺的那麼模糊，而是十分實際的。例如移工、移民、性別、性傾向等，都是很明顯可以看到差異的地方。階級會與其他偏見並存，並且彼此加強[50]。我們可以發現臺灣人將

[45] 徐偉群（座談會財團法人民間司法改革基金會主辦），公民不服從七要件－318 判決評析座談會：公民不服從法律化的起步，臺灣法學雜誌，323 期，頁 47-49（2017 年）。

[46] 例如以地方法院檢察署主要罪名起訴比率及定罪率之統計數據，大量對於毒品犯罪之追訴以及高定罪率。我們也可以發現，檢警機關對於下層階級的犯罪充滿興趣，卻畏懼或不願意追訴傷害更大的金融犯罪，正符合莊子說的：竊鉤者誅，竊國者侯。

[47] C. Haney & P. Zimbardo, *The Past and Future of U.S. Prison Policy. Twenty-Five Years After the Stanford Prison Experiment*, 53 AM. PSYCHOL. 709, 713 (1998).

[48] *Id*, at 714.

[49] 「基於有權利即有救濟之憲法原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容」（司法院釋字第 396 號、第 574 號、第 653 號、第 752 號解釋參照）。

[50] 曾嬿芬，誰可以打開國界的門？移民政策的階級主義，收於：跨界流離（上冊），頁 157-158

doi:10.6342/NTU201901943

移工視為野獸，以漢人優越的地位自居[51]。在外貌吸引力的權力不平等相關研究中，發現有些外貌確實較具優勢。例如：白皙的皮膚、高佻的身材，或對肥胖者的污名化等。因此，偏見也在許多層面上複製、維繫這些權力不平等的結構[52]。歷史中形成的傾向（disposition）使被支配者陷入其中，與世界的客觀上已形成的結構成為同一，被支配者使不平等的根基被隱藏[53]。被支配者實際上鑲嵌的社會的結構之中，成為統治者利用的工具[54]。例如遊民被認為是個人所造成。因而造成對於遊民採取懲罰措施，以維護秩序以及公眾的觀瞻。社會逐漸合法化對於遊民的暴力，並在政治辭令下，逐漸侵蝕社會福利的措施。同時，使用各種非人化的用詞，讓遊民無形中被非人化[55]。當習以為常正確的事情，內含在言語中，會將系統性的暴力自然化。例如譴責遊民為遊手好閒的社會問題，可以避免大眾注意到系統性的暴力，使不平等不斷地再製。

或許有人認為，階級形成的原因多端，我們無法確定是何種原因所形成，例如：女性、外籍移工、教育資源多種原因形成弱勢階級。造成個人不成功的可能成因千千百百，但是從整個結構而言，還是壓迫式的。從結果、影響面觀察才是正確的。而歧視性執行層面問題[56]，可以從「實效實然」可以推導出特定「應然」[57]，而且司法也應該盡力縮小規範實踐的縫隙[58]。即便嚴守應然、實然絕對二分，法官仍要解決現在不平等的現實。

（2008 年）。

[51] 藍佩嘉，階層化的他者：家務移工的招募、訓練與族化，收於：跨界流離（上冊），頁 121-123（2008 年）。

[52] 李仲昀，台灣職場「以貌取人」的不平等－－就業「外貌」歧視的法律史考察（1945-2016），國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 11-15（2016 年）。

[53] PIERRE BOURDIEU & LOIC J. D. WACQUANT, AN INVITATION TO REFLEXIVE SOCIOLOGY 24 (1992).

[54] Etienne de La Boetie 著，孫有蓉譯，自願為奴，頁 56-58（2016 年）。

[55] Dawn L. Rothe & Victoria E. Collins, *The Integrated Spectacle: Neoliberalism and the Socially Dead*, SOC. JUSTICE 43(2) SOC. JUSTICE 1, 7-8 (2016).

[56] 例如選擇性的依法行政，參見林立青，臺灣版清除低端人口？身障街賣團體新巨輪協會：「社會本就沒有我們活命的地方。」，公益交流站，2018 年 5 月 13 日，http：//npost.tw/archives/43307（最後瀏覽日：2019 年 5 月 13 日）。

[57] 顏厥安，論證、規範縫隙與法的論述概念，法令月刊，55 卷 3 期，頁 91（2004 年）；顏厥安，公共理性與法律論理，政治與社會哲學評論，8 期，頁 15（2004 年）。

[58] 顏厥安（註 57），頁 29。

doi:10.6342/NTU201901943

理解人的行動，從身分、位置探討，會更有實益。身分、位置處於巨大、複雜的結構。擁有身分、位置的權力同時，也受制於結構[59]。佔據優勢地位者固然可能有不同行動。但是，他們在結構中自始就是不平等的。不能因為個人有不同行動，或形成原因不同就否認階級存在的問題。因為社會學是在探討社會環境如何影響人，而非預測人的行為[60]。社會體系的運作，無法告訴我們處於體系中的個人會如何行動。不過，文化與結構因素的影響，更甚於個人因素[61]，文化錯雜著意識形態、規範、信念等。單單改變態度、要求容忍，無法終結歧視。唯有改變社會結構脈絡（social fabric）才能根除歧視[62]。有以高風險複雜系統（High-Risk Complex System）理論出發，認為臺灣刑事司法系統具有交互作用複雜性以及緊密相依性，並非單一結果導致刑事司法系統失靈。既然屬於複雜系統，則自然會有無從預期的錯誤產生[63]。該理論給予法律的價值是要建立不同的偵審文化。執法者必須認知到刑事程序中會受到許多環境因素的影響，例如外表等因子，而沒有所謂的鐵證如山[64]。反映在訴訟上，法官就應該考量弱勢地位的被告可能是在許多不平等結構所產生，不應該死硬地為「依法審判」。本文認為，法院所需正視的，正是各種原因交織下，所形成不平等結構之「結果」。這就是法院所需要調整的對象。至於前端問題解決，只能冀求透過法院的宣告，讓其他機關能夠意識到此問題，並進行改革。以形式平等、中立規範，而認為刑法應該一體適用，沒有例外作為託辭，是無效的辯護。權力差異、宰制所造成的不平等，不能拒絕對於弱勢族群的保護。

第三款　重視結果面的救濟

法院必須在訴訟中肩負起保護弱勢的責任，尤其是針對不平等結果的救濟。

---

[59] Allan G. Johnson 著，成令方、林鶴玲、吳嘉苓譯（註 21），頁 102-105。
[60] Allan G. Johnson 著，成令方、林鶴玲、吳嘉苓譯（註 21），頁 119。
[61] Allan G. Johnson 著，成令方、林鶴玲、吳嘉苓譯（註 21），頁 112。作者舉例大多數家暴與性侵加害人是男性，該事實本身就是關鍵性的結構現象。
[62] Allan G. Johnson 著，成令方、林鶴玲、吳嘉苓譯（註 21），頁 127。
[63] 蘇凱平，以「高風險複雜系統理論」探討刑事司法系統中的「不可避免錯誤」－－以冤案與死刑案件為中心，月旦法學雜誌，278 期，頁 245-251（2018 年）。
[64] 蘇凱平（註 63），頁 252-253。

doi:10.6342/NTU201901943

如果多數決是壓迫少數，使結果對少數人而言是不可逆的，而不只是暫時性的共識的話，少數的反抗不會違反多數決原則[65]，弱勢族群可以透過衝突來表達反壓迫的訴求，這也是社會本身應該容忍的。本文認為無論法律的理論如何建構，釋義學上如何解釋，都必須接受執行層面的檢視。如果法律的執行，竟然造成司法體系中絕大多數是由下層階級成為被起訴[66]、定罪的被告，則**無論法律理論、解釋如何完美，不平等的法律，就是不正義的法律，就是違憲的法律執行現狀，進而導致整個國家違反保護義務。所以，重視結果面的救濟，而非探究原因面，較符合實質平等。讓差別影響歧視橋接實質平等觀與法律實踐**[67]。不平等的本質，是在階級制度下所產生的。這不是道德上判斷對與錯的問題。最主要的，這是一個事實。法院的功能就是在發現這個事實。例如性別不平等的結構，各個機關就有人民防免基於性的壓迫[68]。實質平等的解釋不在於既存法律平等的詮釋，而是在辨認不平等的現實[69]。

以集會遊行法為例，現行法採取許可制，造成主管機關實質上可以恣意審查言論之內容而不予許可，其所造成的結果就是，掌權者所不喜歡的言論隨時有可能被排除。因此，倘若因為主管機關利用許可制阻止集會時，國家不採取合作溝通，而單方面拒絕人民集會之申請時，將立即違反正當法律程序。而且，此時所造成的權力不對等結果，也是因為多數或權力結構不平等下產生的結果。如果人民走上街頭抗爭，可以主張憲法第 11 條言論自由以及第 14 條集會自由，阻卻違法。

另外，以土地徵收為例。在臺灣，升斗小民的財產權不是財產權而是公共利

---

[65] 薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，第 17 期，頁 146-147（2015 年）。

[66] Gene Grabiner, *Who Polices the Police?*, 43(2) SOC. JUSTICE 58, 58 (2016). 指出英國警察的起源於菁英階級用以控制危險階級的工具。危險階級主要是在城市中的工人階級。同文頁 75 指出維持治安過度地指向貧窮和工人，並且與種族因素特別相關。警察的功用似乎是用來保護有錢人。

[67] 黃昭元（註 17），頁 35。

[68] Catharine A. MacKinnon, *Substantive Equality: A Perspective*, 96 MINN. L. REV. 1, 12-17, 26 (2011).

[69] *Id*, at 27.

doi:10.6342/NTU201901943

益，資產階級的財產權才是財產權（或許憲法第 15 條應該理解為資產有 1 億元以上者，財產權應受保障）。兼併土地形成新的權貴階級，正是明顯的不平等地位。需地機關於辦理協議價購，或以其他方式取得公共事業所需土地時，如果只是徒具形式，沒有實質上的協議討論過程，諸如協議價購程序前，即先行評定徵收價格，已違反法律所定程序[70]。或者在臺灣數次發生強制驅離的問題，如果國家恣意地以都市更新[71]、區段徵收[72]、市地重劃[73]等理由驅逐不同意的人民，其中欠缺合理通知或者溝通、協商等，或徒具形式。又或者如同最近外國的案例，中國驅逐強制驅離前未給予適當的住居所，使被驅離人無家可歸。這將會違反經濟社會文化權利國際公約一般性意見所提出，經濟社會文化權利國際公約第 11 條第 1 項規定[74]之義務[75]。臺灣本國中常見資本家與國家串通，濫用公權力徵收圖利財團的現況。上述案件國家違反保護義務，而且違反平等權。國家既然心甘情願作為資產階級的走狗，人民如果因此而進行抗爭例如文林苑都更案、拆大埔案衝行政院等，受壓迫的人民都可以主張集會自由及言論自由阻卻違法。

再以警力與人民實力差距為例。優勢警力在短時間內快速地排除抗爭者，法院是從社會相當性、實質違法性的角度切入，認為侵害微小而不成立犯罪[76]。本文認為也可以從警察的警力強大、為數眾多的保全以及巨大工程機具等脈絡下判斷。而抗爭者的力量弱小形成的權力不對等，可以作為法官調整的切入點[77]。

---

[70] 最高行政法院 101 判字第 953 號判決、最高行政法院 96 年度判字第 1442 號判決。

[71] 司法院釋字第 709 號解釋。

[72] 司法院釋字第 732 號解釋。

[73] 司法院釋字第 739 號解釋。

[74] 「**本公約締約國確認人人有權享受其本人及家屬所需之適當生活程度**，包括適當之衣食住及不斷改善之生活環境。締約國將採取適當步驟確保此種權利之實現，同時確認在此方面基於自由同意之國際合作極為重要。」

[75] 雖然國際條約與內國法的互動，在臺灣國的處境中十分尷尬，但是我國既然已經通過「**公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法**」，則至少在臺灣在國內具有法律的地位。詳細參見：林明昕，基本國策之規範效力及其對社會正義之影響，國立臺灣大學法學論叢，第 45 卷特刊，頁 1342-1344（2016 年）；林鈺雄，2013 年刑事程序法發展回顧：從國際人權公約內國法化的觀點出發，臺灣大學法學論叢，第 43 卷特刊，頁 1296（2014 年）。法務部，公民與政治權利國際公約經濟社會文化權利國際公約一般性意見，頁 172-173（2012 年）。

[76] 臺灣苗栗地方法院 102 年度易字第 413 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 951 號刑事判決。

[77] 相同見解：許仁碩，臺灣「警察處理抗爭」之法制的考察及省思－－以政黨輪替時代的警察

doi:10.6342/NTU201901943

應予注意者，無論國家有無立法，都不會影響司法審查的介入。至於國家在立法層面上直接違反、或因立法不作為，依照司法院釋字第 737 號、第 742 號、第 748 號解釋意旨[78]，立法不作為也是違憲。又或者是在行政機關執行上違反，都會違反國家保護義以及正當法律程序原則[79]。平等權的內涵如果只有享受權利平等，效果十分有限。所以必須重新建構為「以平等為內容之權利」，才能強化平等權的主觀權利保護[80]。也就是賦予人民請求為平等的對待之權利。展現在訴訟中，法院就應該在結果救濟時，考量人民在結構中的弱勢。

從上述討論可以得知，本文認為不平等結構可能是政府惡法或執行的遠因，也可能是包括在抗爭、集會現場的權力結構不對等。**總之，只要是不平等的結構出現，法官即負有積極介入，調整的結果救濟義務。**再依兩公約施行法第 2 條規定：「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」，並參酌公民與政治權利國際公約第 32 號一般性意見第 8 段，認為在法院和法庭前一律平等的權利還保障平等機會和權利平等原則，並保證參與訴訟當事人不受歧視[81]。因此，法官在審判中，必須關注到階級等不平等在訴訟上之問題，避免做出偏斜的判決。這是平等原則的憲法誡命，也是法官依憲法第 80 條依法審判之義務。

第二節　實質平等納入不法性的判斷

在現行法下，要將實質平等與刑事責任判斷融合，可以從社會相當性及容許

策略及其反制為核心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 170-171（2015 年）。此外，盧映潔，肉身抗議與強制罪－簡評苗栗地方法院一○二年度易字第三九七號刑事判決與彰化地方法院一○一年度易字第一○一號刑事判決，月旦裁判時報，27 期，頁 86-87（2014 年）特別強調在雙方都是私權時，刑法應該保護弱勢，而非幫助強勢鎮壓。

[78] 司法院釋字第 737 號解釋：「有關機關應於本解釋公布之日起一年內，基於本解釋意旨，修正刑事訴訟法妥為規定。逾期未完成修法，法院之偵查中羈押審查程序，應依本解釋意旨行之。」司法院釋字第 742 號解釋：「如逾期未增訂，自本解釋公布之日起二年後發布之都市計畫（含定期通盤檢討之變更），其救濟應準用訴願法及行政訴訟法有關違法行政處分之救濟規定。」；司法院釋字第 748 號解釋：「逾期未完成相關法律之修正或制定者，相同性別二人為成立上開永久結合關係，得依上開婚姻章規定，持二人以上證人簽名之書面，向戶政機關辦理結婚登記。」

[79] 法務部（註 75），頁 172-173。

[80] 許志雄等（蔡茂寅執筆），現代憲法論，第 4 版，頁 107（2008 年）。

[81] 法務部（註 75），頁 94。

doi:10.6342/NTU201901943

風險出發或是阻卻不法事由出發。或有人認為不平等問題可以在罪責或是量刑層次解決。但是，本文認為，應該在構成要件或是違法性的不法階段解決。這樣的意義在於宣示人民言論、集會的行動是權利，而不能評價為不法。特別注意的是，本文雖認為集會遊行相關刑法規定不具正當性，但是本節提出解決方案，是在現行法存在前提下，本文認為最適合的解釋方式。

第一項　構成要件層次解決－社會相當性與容許風險

構成要件本身就有對於法益侵害的評價存在，所以有實質平等可以運用的空間。論者認為構成要件是形式客觀的判斷，無法處理抗爭議題行為背後的利益衡量[82]。然而，刑法上所規定之不法構成要件並沒有純然的敘述性構成要件，只不過依賴價值判斷者有多有少而已。例如：人或動產都不是單純的事實問題（例如胚胎與人的分別）[83]。所以，構成要件的判斷並非價值中立的。因此，本文認為可以將實質平等納入構成要件的解釋，而可以從社會相當性或容許風險的角度切入。

第一款　實質平等與社會相當性

社會相當性可以作為現行法刑事責任判斷，納入實質平等的橋接點。大韓民國將社會相當性理論規定在實證法上，行為符合社會常規可以阻卻違法。社會常規是指法秩序整體的精神或其背後社會倫理，也就是在社會通念標準下，可以容忍的行為[84]。社會常規是國家的法秩序，全體基本國民的社會生活中，健全倫理

---

[82] 張嘉婷，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，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 159（2014 年）。

[83] 黃榮堅，基礎刑法學（上），第 4 版，頁 205（2012）。同樣認為描述性要素也需要價值判斷的見解，參見：吳耀宗，德國強制罪可非難性條款與明確性原則，收於：犯罪與法之抗制（一），頁 188（2000 年）；*Heinrich Jescheck/Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 130, 273.

[84] 형법제 20 조 （정당행위）
법령에 의한 행위 또는 업무로 인한 행위 기타 사회상규에 위배되지 아니하는 행위는 벌하지 아니한다.；대법원 2004.6.10, 선고, 2001 도 5380, 판결.

doi:10.6342/NTU201901943

感情，乃至於法規範意識[85]。臺灣實務見解也將社會相當性作為實質違法性的內涵，只有逾越歷史形成倫理秩序的社會相當性，法益侵害行為才具有違法性[86]。如果行為在正常歷史所形成的社會共同生活秩序的範圍內，即為容許之行為[87]。人會創造自己的歷史，但是無法完全自由選擇。而是在從先前存在的，承繼下來的情況下創造的。「人們依歷史上已經形成的社會體制，以行動的實踐將自己整合於體制中。於既有的社會體制中，按照社會運作模式之行為，就是刑法容許的行為」[88]。以集會為例，集會或言論都不應侵害公共秩序，而應該在共同體生活所必要的主流社會倫理限度內[89]。集會阻礙他人活動空間，如果尚屬輕微，是社會相當的附帶效果（sozial-adäquate Nebenfolg），則應該容忍[90]。

固然既存制度的維護，幫助個人實現自由的制度。而最低限度的共識是社會運作的前提。但是，維護既存制度會遇到循環論證的質疑。所以現行法下，必須更進一步說明制度正當性。也就是對於社會中個人實現自由的必要性，以及其背後所保障的人民權利。社會體制劃定主體間最低限度的共同性，以利個別法權主體自由之實現。雖然體制劃定人際權利界限，受到社會現實條件的限制；但是隨著歷史變動，這些條件限制也會隨之變動。如果社會體制存在，不是因物質、經濟等條件限制使法權主體得以並存，而是壓縮抽象法權為目的，就不具有存在正

---

85 정영일,형법총론, 10 판, 2010, 272 면.
不過，同書頁 274 認為社會相當性是阻卻構成要件，與社會常規是刑法明文規定阻卻違法不同。然而本文認為實際上適用並無差異。

86 最高法院 107 年度台上字第 1774 號刑事判決（具參考價值裁判） 裁判要旨（一）；最高法院 96 年度台上字第 1436 號刑事判決；臺灣高等法院臺南分院 105 年度上易字第 657 號刑事判決。另參見余振華，論違法性之本質，收於：刑法違法性理論，頁 84（2001 年）。

87 *Hans Welzel*, Studien zum System des Strafrechts, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 120 (141 f., 151); *Hans Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 55 f.; 林佳和，抗議、抵抗或公民不服從，臺灣法學雜誌，323 期，頁 38-39（2017 年）。井田良著，薛智仁譯，刑法上行為非價與結果非價之未解爭議，月旦法學雜誌，277 期，頁 212（2018 年）指出 Welzel 社會相當性的概念所表達的是，成為歷史現實的社會行為規則，該規則承擔協調社會生活的任務。以該實踐的規則，而非數學式利益衡量，為刑法上的判斷。

88 周漾沂，反思信賴原則的理論基礎，收於：法學與風範：陳子平教授榮退論文集，頁 57（2018 年）。

89 BVerfGE 111, 147 (155 f.); *Otto Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 84. Aufl., 2018, Art. 8 Rn. 154 f.

90 BVerfGE 73, 206 (250).

doi:10.6342/NTU201901943

當性，應該被拋棄[91]。

以社會相當性解決抗爭運動，是法院實務時常運用的概念[92]。然而，必須注意到的是，抗爭正是對於現行體制的反對。如果單純以歷史發展中，屬於在社會相當之行為當作判斷標準，面臨到維繫既有體制的問題[93]。因此，即便要運用上會相當性的概念，法官也必須跳脫既有社會價值觀，以歷史推進的眼光看待每一次的社會運動。如此也才符合公平審判以及正當法律程序之要求。

第二款　實質平等與容許風險

從容許風險的角度，也能將實質平等納入現行法刑事責任的判斷。這展現**對於弱勢族群較高的容忍程度**。其實在集會遊行的問題中討論雙軌、雙階、公共論壇或是事前限制等都只是表象。真正的重點在於容許行為的界線。也就是說，實際上這是在民主國家，對於集會遊行容忍度大小的問題。集會遊行在哪裡不重要，重點是社會需要容忍成本的問題。臺灣的法院對於社會秩序維護法中的解釋，就有考量到集會、言論自由。而在解釋法條時，以容許風險的角度思考此問題。法院指出藉端滋擾必須要破壞社會安寧，始得處罰。如果是以下情況就不得處罰：

行為人所為言行，係具備**法律上正當性之原因**之請求或表態，或其因特定事端在前述場所之言行，**尚未逾越一般大眾觀念中容許的合理範圍**，或其言行對場所秩序之影響未達難以維持或回復者[94]。

---

[91] 周漾沂（註 88），頁 58。

[92] 涉及集會遊行法聚眾不解散罪者，臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 1184 號刑事判決。類似判決如臺灣臺北地方法院 104 年度易字第 361 號刑事判決 五、考量集會規模的大小，以及解散時間，認為約 30 分鐘後解散符合社會相當性。涉及強制罪者，臺灣彰化地院 101 年度易字第 101 號刑事判決；臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 315 號刑事判決。

[93] 대법원 2013. 10. 24. 2012 도 11518.
本件中之集會**舉辦在停車場**，而且**避開公司區域中業務時間**，**每次限定 40 分鐘之時間內舉辦集會**，該集會的目的只是勞組（公會）活動及相關對公司的要求、主張。要在符合上述嚴格的情狀，才會被大法院認為是社會常規的行為。

[94] 臺灣高雄地方法院 104 年度易字第 387 號刑事判決 六、（二） 1.（1）福建連江地方法院 105 年度秩字第 4 號刑事裁定二、；臺灣桃園地方法院 106 年度桃秩字第 23 號刑事裁定 二、（一）2-4；臺灣桃園地方法院 106 年度桃秩字第 77 號刑事裁定。粗體為本文所加。臺灣臺北地方法院行政訴訟庭 104 年度交字第 188 號判決關於交通裁決案件五、（二），法院也有意識到此問題。

doi:10.6342/NTU201901943

因此，當國家未盡保護義務，或者是怠於讓人民得以行使集會自由之憲法上權利[95]**，則在刑事責任中，容許風險（**erlaubtes Risiko**）判斷上，對於人民的容忍程度就應該較高。國家未履行義務時，最後所造成的社會成本應歸責給國家。**我們必須注意群體不平等，需要積極改變現狀，而非中立的不介入，維持現狀。弱勢群體現在是在追求平等的權利（相反地，優勢族群享有特權卻視為理所當然!），而不是特權[96]。容許風險屬於社會相當性的概念之一[97]。因此，如同本文前述，應該要將推進歷史的衝突與抗爭，納入社會相當性或容許風險的一環。否則維繫現狀，只會更加深化已經鑲嵌在宰制結構中的權力不平等。

第二項　實質平等與違法性判斷

實質平等還能適用在成文和非成文的阻卻不法事由上。首先，阻卻不法事由並非中立、普遍適用，而是如同構成要件一樣有量差。所以，可以將社抗爭中實質平等的考慮納入考量。其次，假如社會抗爭要使用超法規阻卻違法事由，不應要求補充性，否則事實上根本沒有適用的餘地。最後，刑事追訴是國家干預，憲法基本權可以直接作為阻卻不法事由。即便不能直接作為阻卻不法事由，也應透過合憲性解釋，使法條不至於過度限制人民基本權。

第一款　違法性的功能

違法性的功能是遇到利益衝突時，從整體法秩序觀點加以調整[98]。「整體法律秩序」包含法律、習慣法、公序良俗、宗教禮儀[99]、社會生活常規、法律秩序之精神或目的等[100]。如果行為是社會共同生活必要的，即使符合構成要件，也

[95] 例如未在言論發表預定日前給予許可。
[96] 陳昭如（註 37），頁 177。
[97] *Welzel* (Fn. 87), S. 143.
[98] 余振華（註 86），頁 2；黃常仁，刑法總論：邏輯分析與體系論證，2 版，頁 47（2009 年）；林山田，刑法通論（上），10 版，頁 307（2008 年）。
[99] 黃常仁（註 98），頁 5 註 3。
[100] 蔡墩銘，刑法總論，8 版，頁 156（2009）。

doi:10.6342/NTU201901943

不具備違法性[101]。因此，違法性就是將該當構成要件的行為，放在整體法秩序下衡量。經過價值判斷，認定行為是否與整體法秩序相對立、衝突[102]。

第二款　違法性也有量差

實質平等可以藉由違法性的量差納入判斷。有認為在違法性不考慮到行為人的個別差異性。例如禁止偷竊的法律價值，同樣適用於貧窮者與富有者[103]。也就是說，違法性沒有量差的問題。然而，基本權侵害極輕微者，人民無法主張其基本權受侵害[104]。也有認為，違法性不只是有無問題，也有程度大小問題[105]。文獻上認為，可罰違法性分為絕對輕微（法益侵害本身輕微）及相對輕微（法益侵害本身不輕微，但經優越利益衡量[106]後僅殘餘輕微的侵害）[107]。相對輕微必須考慮到行為本身彰顯價值與所侵害的利益之間的權衡關係[108]。有認為此概念乃從行法謙抑思想所產生[109]。基於刑法謙抑性，刑法只有補充性的角色。因此，違法性的程度，質量上比起民法或行政法等所要求的程度高。要達到值得刑罰程度的違法性，才可以成立犯罪。其實質內涵則是優越利益衡量[110]。可罰違法性須具備以下 2 個要件，才可阻卻違法。1.侵害法益輕微 2.行為違反規範程度輕微。

對於法益及行為侵害的輕微性，不是基於物理學的角度，而是以可罰的違法性理論[111]。以倫理觀念衡量是否違反社會共同生活的法秩序為準，與所犯法條是否輕微無關[112]。最高法院 74 年台上字 4224 號刑事判例不但承認實質違法性的概念，也同時在其內涵上兼顧法益侵害，以及行為是否違反社會共同生活的法

101 林山田（註 98），頁 302。
102 林鈺雄，新刑法總則，4 版，頁 224-225（2014）。
103 林山田（註 98），頁 305-306。
104 吳信華，憲法釋論，2 版，頁 229（2015 年）；司法院釋字第 755 號解釋文第 1 段。
105 甘添貴，可罰的違法性理論，收於：刑法之重要理念，頁 106（1996 年）。
106 此說認為優越利益衡量惟所有法規及超法規阻卻違法事由的共通原理。
107 黃宗旻，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 113（2010 年）。
108 謝煜偉，社會抗爭運動與實質違法性判斷，全國律師，18 卷 11 期，頁 11（2014 年）。
109 邱忠義，刑法通則新論，3 版，頁 247（2015 年）。
110 甘添貴（註 105），頁 107；謝煜偉（註 108），頁 11-16；顏榕，論超法規阻卻違法事由－－以實質違法性為中心，全國律師，18 卷 11 期，頁 17-26（2014 年）；黃宗旻（註 107），頁 106-120。
111 甘添貴（註 105），頁 122-123。
112 邱忠義（註 109），頁 122-123。

doi:10.6342/NTU201901943

秩序。

因此，在通說犯罪三階層的前提下，無論是構成要件，或者是違法性都有法益侵害的量差。因此，在社會運動中，違法性可以考量不同情事，而予以不同的評價。相同地，也可以將實質平等的概念，適用於違法性的判斷。

第三款　超法規阻卻違法事由不須具有補充性

法定阻卻違法事由，似乎沒有直接與集會遊行相關。如果認為社會抗爭運動不符合成文的阻卻違法事由，可以考慮超法規阻卻違法事由。一般認為超法規阻卻違法事由須具有補充性。但是，侵害法益目的及手段具有相當性時，補充性應該只是判斷的標準之一，不是要件。補充性不應該成為要件。否則，超法規違法阻卻事由沒有存在的可能 [113]。此外，從公民不服從討論，須具備最後手段性的角度觀察 [114]，更可以看出該要件的荒謬。因為我國政黨門檻高達 5%，造成許多少數意見根本無法在代議制度下展現。更何況，國家在代議民主的外衣下變成具有普遍性的，但是實際上仍存在分化的階級，並且被資本家所控制 [115]。要求所有人透過代議制度乞求權利實現未果後，才能為抗爭，實在是令人匪夷所思。與其遵循毫無動搖可能的代議制度，走上街頭抗爭才是最後也是最有效的手段。正是因為體制內無法容納衝突，才需要透過衝突來改變。要求最後手段或補充性根本是悖於現實，也是悖於規範的評價。可以參照前述韓國法上的關於社會相當性的討論，正當行為的概念。判決先例要求必須具有無其他手段的補充性 [116]，此要件僵硬地維繫社會既存體制，且忽視抗爭行動本就在民主體制中也屬於最後手段的特性。如果要求補充或最後手段性，會違反實質平等。

---

[113] 甘添貴，超法規的阻卻違法事由之理論，收於：刑法之重要理念，頁 64（1996 年）。

[114] 臺灣臺北地方法院 104 年度矚訴字第 1 號刑事判決 五、5.（3）; Bernard D. Lambek, *Necessity and International Law: Arguments for the Legality of Civil Disobedience*, 5 YALE L. & POL Y REV. 472, 482-483 (1986); 法思齊，美國刑法中的公民不服從（Civil Disobedience）－以 Necessity 抗辯為中心，月旦法學雜誌，235 期，頁 153-161（2014 年）。

[115] MARK POSTER, FOUCAULT, MARXISM, AND HISTORY: MODE OF PRODUCTION VERSUS MODE OF INFORMATION 56 (1985).

[116] 대법원 1999. 2. 23. 선고 98 도 1869 판결；대법원 2000. 4. 25. 선고 98 도 2389 판결.

doi:10.6342/NTU201901943

第四款　刑法中可以適用憲法基本權作為阻卻不法事由

另一個問題是，人民得否直接援引基本權作為正當化的事由[117]？憲法基本權是否能作為阻卻不法事由，容有爭議。不過，整個刑事程序從偵查到審判，或是執行等，都是國家高權的干預行為，應該受到憲法基本權的限制。刑罰的出現遠遠早於憲法。刑罰可以說從有人類社會誕生時開始發展。憲法卻是近百年的產物。本文認為，憲法的基本權利，之所以能夠用於刑法的不法性、有責性等判斷；是因為改從憲法意識的視角，也就是典範轉移的結果。我們可以說，憲法的出現在於限制國家的權力。除了在刑法罪刑法定主義之外，再以近代人民權利抗爭所得的憲法基本權，限制國家刑罰權的發動。所有權力的行使，包含發動刑罰，必須來自憲法的基礎，否則就是非法的國家權力行使[118]。何況，所有的法律都是變動中的概念，無論何種價值都是暫時性的決定，我們不知道終極的真理。但是，我們可以透過不斷地衝突、溝通以及磨合來找到具有當代性的價值。憲法如此[119]，刑法的法益也是如此。刑法為了兼顧個案與社會變遷的需要，而有概括性規定或不確定法律概念，才能促使刑法與時俱進[120]。

所有的規定都是需要經過評價的，犯罪構成要件的成立與否，不會是價值中立的。例如：刑法第 304 條強暴的要件成立[121]，或是否構成應該解散的集會（集會遊行法第 26 條比例原則問題）[122]就需要考量雙方的實力大小，才能決定。雖然論者認為考量國家與人民實力差距，將心理強制排除於強暴要件之外合理，但是如果適用於私人間則不合理[123]。但是本文認為，現在權力的壓迫，已經不僅

117 薛智仁（註 65），頁 165-190 有詳盡的分析。
118 余振華（註 86），頁 2-3。
119 司法院釋字第 392 號解釋理由書第 21 段。
120 林山田（註 98），頁 148。
121 臺灣苗栗地方法院 102 年度易字第 413 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 951 號刑事判決。
122 臺灣高等法院 104 年度上易字第 1889 號刑事判決；臺灣新北地方法院 102 年簡上字第 400 號刑事判決（臺灣高等法院 103 年度上易字第 1223 號刑事判決維持原判決）。
123 張嘉婷（註 82），頁 76。

doi:10.6342/NTU201901943

僅是來自於國家。許多公司、企業挾其經濟優勢，剝削勞工，甚至綁架國家，於私人間適用相同標準，非常合理。再者，將言論自由、平等權的憲法精神融入違法性判斷，而得以阻卻不法；因為引進憲法基本權並非使犯罪成立，不違反罪刑法定主義中禁止類推適用[124]之原則（未創設或擴張刑罰權）。文獻上也有認為可以將基本權，如同司法院釋字第 509 及 656 號解釋對法律進行目的性限縮解釋。例如丟鞋是象徵性言論，個案中法院應考慮言論自由作為阻卻不法事由，對法律進行目的性限縮的解釋，以避免違憲[125]。

另有認為憲法上基本權，如集會自由等，無法作為刑法上的阻卻違法事由。因為對於基本權干預應由國家正當化其行為；但是，阻卻不法事由則是由人民舉證。而且，對於刑法構成要件、違法性的解釋，或是刑事程序微罪不舉的判斷（比例原則）都會受到基本權的影響，但是基本權並非獨立的阻卻不法事由[126]。不過，刑罰權是國家干預行為之一，本應由國家正當化對於人民基本權干預的行為，並不會因為人民提出基本權作為阻卻不法事由，而改由人民舉證。再者，既然基本權對於構成要件或違法性的解釋都有影響[127]，則與基本權作為阻卻不法事由實質上相同。不如承認基本權可以作為阻卻不法事由。

最後，即便認為刑法的體系是閉鎖的，無法套用合憲性解釋，也不能用憲法上基本權利阻卻不法，而只能在刑法本身體系討論此問題。那麼或許可以考慮刑法第 311 條，將其作為所有言論自由相關案件的阻卻不法事由。而該條文作為憲法第 14、11 條的具體化，引介憲法精神的解釋該阻卻違法事由。合憲性解釋

---

124 蔡墩銘（註 100），頁 41；林鈺雄（註 102），頁 42；彭美英，罪刑法定原則與阻卻違法事由，月旦刑事法評論，11 期，頁 10-15（2018 年）；*Rudolf Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2017, § 4 Rn. 34.

125 劉靜怡，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 134-135（2014 年）。

126 *Norbert Ullrich*, Das Demonstrationsrecht, 2015, S. 378 ff.

127 陳志輝，以言論自由作為阻卻違法事由／臺南地院 103 易 373 判決，臺灣法學雜誌，255 期，頁 177-178（2014 年）則認為運用言論自由中的相互影響理論（Wechselwirkungslehre），對於限制基本權的刑法，必須考量價值一致性。如果權衡後言論自由有優越利益，可以阻卻違法。黃昭元等（座談會蔡宗珍發言），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 11-14（2014 年）認為言論自由拘束法官，作為解釋法條時的限制。

doi:10.6342/NTU201901943

（verfassungskonforme　Auslegung）是指法律條文有多種解釋可能時，應選擇與合於憲法的解釋結果。也就是說合憲性解釋是解釋法律條文時，運用憲法精神的思考 [128]。在刑法上，合憲性解釋是將罪刑法定主義實質解釋，對處罰範圍為合於憲法的解釋 [129]。有認為集會自由是保障和平的集會，但是和平性本身不容易定義。所以，例如集會遊行法第 29 條、刑法第 149、150 條等規定的解釋，（對構成要件及不確定法律概念）必須注意人民集會遊行基本權的保障 [130]。

第三節　不法性階層處理實質平等的意義

第一項　宣示弱勢族群非不法

至於本文為甚麼主張要將弱勢結構的實質平等的問題，在社會相當性、容許風險或在阻卻不法等階層探討，而非在罪責層次解決的理由，則是在於：一般認為不法或違法性階層是對於行為為負面的判斷，而罪責則是是否應該承擔刑事責任的問題 [131]。因此，**本文認為對於事實上不平等的人民，對於其表意自由之保護範圍需要更廣，始符合實質平等**。必須在法律上宣示，我們對於弱勢者的容忍程度較高，容許風險的程度也要更大 [132]。不能認為他們的行為是不法。否則，仍然落入主流價值觀將他們負面評價的邏輯。以德國刑法第 130 條煽動民族罪為例，文獻上有認為該犯罪的正當性基礎在於，少數群體越弱小，保護必要就越高；相反地，主流群體較能夠透過社會力量對抗攻擊，國家保護的必要就較低 [133]。由此可見，相同的構成要件，也可能因為保護對象的強弱程度，而予以高低不同的保障。這樣才是符合刑事責任上的實質平等。或有認為這樣保障弱勢，類似積極平權措施，可能反而導致弱勢被標誌與烙印，惡化歧視。但是，本文認為透過

[128] 吳信華（註 104），頁 33-34。
[129] 余振華（註 86），頁 51。
[130] 吳信華（註 104），頁 369。
[131] 黃榮堅（註 83），頁 177；林山田（註 98），頁 303-305、376；*Rengier* (Fn. 124), § 24 Rn. 1.
[132] 薛智仁（註 65），頁 184-185 的論理則是行為未逾越憲法，且優越於刑法保護法益，所以非不法。
[133] *Ullrich* (Fn. 126), S. 351.

doi:10.6342/NTU201901943

判決書的論理，將實質平等的關懷帶入刑事責任的論述中，不至於惡化歧視與偏見。

行使集會自由自始屬於人民的權利，所以符合刑法的正當化事由，同時推導出他人的容忍義務（Duldungspflicht）[134]。即便逾越權利範圍，由於阻卻不法事由中，蘊含有社會國中社會連帶（Solidarität）的意義[135]，可以主張阻卻不法。因為我們之所以可以富足且穩定的生活在社會之中，是大家共同努力的結果。所以，如同**社會連帶中，較有能力者應該有繳稅的義務**[136]。

因此，我們對於**弱勢族群的陳抗行為也要較為容忍，認為他們在面對壓迫，有反抗的權利，是合法的行為，應該予以正面評價。**並且人民以社會衝突的方式挑戰既有秩序，也是刑法的功能與任務所包含的固有價值，沒有違反刑法秩序。**也就是說，表現自由所生社會衝突本身就是刑法要保障的權利之一。**

第二項　實質平等刑事責任的事例及標準

第一款　警察執法態度影響個案中不平等

警察對於陳抗者的態度，也會影響事實上不平等的判斷。例如警察在處理紅衫軍[137]，以及反年改團體出乎意料溫和的態度，可能會造成評價上容許風險程度較低。然而，如果反年改團體中果真有真正弱勢的老兵，仍應個別判斷其結構性弱勢。總而言之，我們必須注意該行為人在社會結構中的情事，以及當下警察

---

134 *Urs Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2011, § 15 Rn. 1 f.; *Kristian Kühl*, in: Lackner/Kühl (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2018, § 15 Rn. 1 f.

135 *Rengier* (Fn. 124), § 19 Rn. 52; *Kindhäuser* (Fn. 134), § 15 Rn. 4, § 16 Rn. 46; *Jan C. Joerden*, Solidaritätspflichten und Strafrecht, in: Andreas von Hirsch/Ulfrid Neumann/Kurt Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 49 (50 ff.); *Ulfrid Neumann*, Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands" auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip, in: Andreas von Hirsch/Ulfrid Neumann/Kurt Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, 2013, S. 155 (165 f.)尤其是關於緊急避難的討論。不過 Joerden 也指出以社會國（Sozialstaat）為論證基礎的社會連帶，在非屬於社會國典型的國家，例如美國，該基礎可能受到質疑。

136 林柔孜，論強制罪－以抗爭行為為中心－，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 49（2015 年）正確地指出，個人間為社會連帶的存在，沒有人有權利毫不忍受他人的行為。

137 許仁碩（註 77），頁 179。

doi:10.6342/NTU201901943

處理陳抗的態度，以達到實質平等的境地。例如媒體將支持紅衫軍者描述成中產階級、和平的集會，而反對紅衫軍者則是基層的、暴力的[138]。或者警察藉由不平等的媒體近用權力，片面性報導警民衝突，將抗爭者塑造為殘暴的群眾，降低社會大眾對抗爭的同情，同時提升警察鎮壓的正當性[139]。這些情形都會因為權力不平等的地位，而影響抗爭者容許風險的判斷。

第二款　許可制下隱藏的權力不平等

準則許可制所賦予警察機關的權力，迫使人民必須進入權力不平等的協商程序[140]。即便司法院釋字第 718 號解釋強調協商，但是在警方擁有的各種優勢下，缺乏協商能力的弱勢團體，仍容易被封殺，並且予以排除[141]。警察有時會顯露隱藏在協商下的鎮壓實力，對抗爭能力較弱的運動者進行鎮壓[142]。警察會透過柔性管制，達到控制與分化；另一方面保有以剛性鎮壓群眾的鎮壓力量[143]。然而，弱勢群體在此極度不平衡的權力結構下，欠缺與警察協商的能力。只能選擇較為激進的手段，更難成為合法的集會遊行，更難正當化其行動。即便警察容許未經許可的集會，警察還是可以隨時將該集會認定為違法（未許可），警察握有回應與否的裁量權，也有較優勢的協商地位[144]。即便認為警方協商是善意的，警民協商模式會導致集會的科層化及高度地組織化，會削弱社會關注度及效果；同時會造成集會的機動性降低[145]。政府也要求集會要有主辦者，這造成集會的制度科層化，溝通也只有透過此單一管道[146]。主管機關與舉辦者間詳細地事前規劃，大型的集會幾乎只是照本宣科地進行[147]。因為影響社會日常生活的集會

---

138 簡立欣，媒體時代的群眾運動：試論倒扁運動的框架演變，臺灣大學政治學研究所碩士論文，頁 90-102（2008 年）。
139 許仁碩（註 77），頁 49、56。
140 許仁碩（註 77），頁 190。
141 許仁碩（註 77），頁 115、167、193。
142 許仁碩（註 77），頁 186。
143 許仁碩（註 77），頁 186-187、227。
144 C. EDWIN BAKER, HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH 150 (1989).
145 TIMOTHY ZICK, SPEECH OUT OF DOORS 60 (2008).
146 *Id*, at 198.
147 *Id*, at 190.

doi:10.6342/NTU201901943

都會被排除，合作的人必須改變其主張，使得本質上是挑戰現狀的集會失去意義[148]。而且，申請許可反而可能無法達成預期的效果，例如被警察隔離而無法達成引起公眾注意之目的[149]。

應該要注意的是，不取得本身就是一種對於集會遊行或國家的不服從。就如同不向國旗行禮，也是一種象徵性言論。要求人民尋求許可，甚至是強制集會遊行者放棄他們的信念[150]（本應有集會遊行權利，而非尋求政府的恩賜的特權）。許可制存在權力不平等還可能衍生更多的暴力。因為抗爭者的資源會影響抗議的手段，所以如果有體制內的管道，較傾向溫和的手段；反之，如果資源較少者，會傾向激烈的手段[151]。而警察採取舉牌或驅離的手段，也與暴力產生密切相關[152]。最後，**其實政府機關均有例行的維安措施。即便未報備或未經許可就抗爭，主管機關多能即時得知、及時因應，也沒有甚麼實害**[153]。

綜上，在許可制底下，如果國家濫用其裁量權，同樣會導出，抗爭集會者的行為必須容許的結果。而**如果是弱勢族群選擇上街頭抗爭，容忍的程度也要提高，始符合實質平等。而且，同時這也是因為國家採取許可制下，未盡到提供適合集會場所的積極義務，必須要容忍的成本。**

第三款　違法執行驅離歸責國家

警方採取驅離集會遊行（即便是合法解散），如果是違法執行，會導致可歸責給國家。人民如有反抗，或是暴動必須評價為合法。例如：警察驅離時可以採用抬離，卻採用水車、催淚瓦斯等攻擊性較高的工具；或者，警察驅離時不配戴

148 *Id*, at 196-98.
149 劉靜怡，歐洲人權法院近年主要集會遊行相關判決評析，臺灣法學雜誌，204 期，頁 57（2012 年）；許仁碩（註 77），頁 108-109。
150 許仁碩（註 77），頁 152-155。
151 陳韻如、沈幼蓀、陳雅蓁，街頭抗爭的暴力邏輯，臺灣社會學刊，46 期，頁 178-179（2011 年）。
152 陳韻如、沈幼蓀、陳雅蓁（註 151），頁 195、198。
153 許仁碩（註 77），頁 190-191。

doi:10.6342/NTU201901943

顯示個人身份的標誌，都是違法執行的類型。在上述情形，警察執行導致的後續人民反抗可能產生的傷害、妨害公務等，都必須評價為無罪。

第四款　跳脫主流價值觀

必須注意的是，將實質平等納入刑責判斷，最重要的誡命在於跳脫主流支配的價值觀。避免主流價值抑制所謂的「異類」，同時允許衝突形成現行體制下的破口。藉以避免僵化社會所造成壓力無處宣洩，而鬱積過大的破壞力。尤其，意識形態國家機器、主流價值所造成的虛偽意識（false conscientiousness）是最難發覺的。刑事司法的正當法律程序以及實質平等可以警惕法官，必須脫離主流價值的觀察角度。如此才能認知到現實上的宰制結構，以避免成為國家機器的打手。也許法律未必能讓現實的不平等結構因此而改變。但是要改變現狀，法律也有其重要的地位。「法律是壓迫的來源，卻也提供了解放的可能」[154]。本文也是期盼立法者能夠將這些實質平等的內涵納入刑責考慮，並且要求國家提供適當的集會場所。

學者指出「放棄美麗的謊言，認清自己就是很噁心的事實，這樣才能夠從深淵的底部一步一步往上爬，最終達到真正的自由境界。...當一個人透過社會結構享有資源的同時，其必須記起同樣的社會結構會造成另一個個人的不幸。」[155]如果其他國家機關漠視其應盡之義務，身為法官也是十分的無奈。因為整個大環境下，大家都摀上了眼睛，任由資產階級與國家宰割。所以，最後能做的，就是看清自己站到這個位子上，是沾滿許多人的鮮血。而以贖罪的心態，力圖調整不平等的社會結構。容許風險、社會相等性、違法性，以及符合正當法律程序的無歧視訴訟程序，正是法官能為弱勢族群築起的防衛。

---

154 陳昭如（註 37），頁 179。

155 李茂生，推動少年司法的心理深層動機－愛、憐憫與贖罪間的交錯，收於：少年事件處理法論文集，頁 9-11（2018 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

第四節　檢視公民不服從理論

近年來許多重要的抗爭運動後，法律界有許多見解嘗試以公民不服從作為阻卻不法或罪責的論述，其問題已經有文獻提出詳盡的分析[156]。然而，公民不服從的概念除了未考量前述實質平等的概念外，還有許多缺漏。本節將一一指出，並進行討論。

臺灣臺北地方法院104年度矚訴字第1號刑事判決曇花一現地出現公民不服從的論述，從創新的角度值得讚賞。於上訴後，高等法院程序上認為檢察官並未起訴佔領立法院，規避了公民不服從理論之適用。而高等法院判決在煽惑罪討論時，以言論自由納入實質違法性的判斷[157]。實際上已經採取基本權作為阻卻不法事由的方向（雖然範圍很限縮），而此種論述方向是本文所贊同的。採取公民不服從理論只會失去焦點。直接以憲法言論、集會自由，即足以解決社會運動所衍生的刑責問題。佔領立法院也應該以此方向解釋才是正確的，而非程序上不處理，規避深化理論的契機。

第一項　有疑義的和平或非暴力

文獻多認為主張公民不服從需以和平、非暴力為前提[158]。但是，這個要求是有疑義的。

從社會學的角度，行動者採取直接行動或是暴力，其象徵效果在於將無形的社會支配權力顯現出來[159]。當社會結構中阻擋流動的管道，暴力會提供一條達成成就的替代管道。透過暴力，可以在被壓迫、自卑的心態中，找到自尊[160]（例

156 薛智仁（註65），頁131-204（特別是頁138-150）。
157 臺灣高等法院106年度矚上訴字第1號刑事判決 六、(一)。
158 臺灣臺北地方法院104年度矚訴字第1號刑事判決 五、5.（3）；楊智傑，公民不服從作為阻卻違法事由：評台北地方法院104年度矚訴字第1號刑事判決，臺灣法學雜誌，333期，頁72-73（2017年）；法思齊（註114），頁149-151；許宗力，試論民主法治國家的「市民不服從」，18卷1期，頁199-200（1988年）。
159 安藤丈將著，林彥瑜譯，新左運動與公民社會：日本六○年代的思想之路，頁138（2018年）。
160 Lewis A. Coser, *Patterns of Violence*, 364 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. SCI. 8, 10-11 (1966).

doi:10.6342/NTU201901943

如弱弱相殘）。只有在極端挫敗以及自尊受到破壞的環境壓力下，才可能會有暴力行為。暴力作為一種警訊，讓有權者感受到社會疾病的存在。暴動不只是抗議，而是要求被注意。只要尚未造成全面的失序狀態，暴力可以指出社會上何處需要立即的修復[161]。

從法學的角度，從刑法第 21 條依法令之行為，例如刑事訴訟法第 88 條之現行犯逮捕，業務上正當行為或第 23 條正當防衛、第 24 條緊急避難，在在顯示實證法上刑法是允許暴力的。學說普遍承認的超法規阻卻不法事由中，得被害人承諾，也是允許對於被害人施加暴力的（例如強制行為、傷害行為[162]）。要求公民不服從的非暴力，屬於不合理之差別待遇。因為在阻卻不法事由或稱正當化事由（Rechtfertigungsgründe），從來沒有排除暴力的行為，重點在於是否有正當化的基礎[163]。也因為重點是行為的正當性，從這邊也看出公民不服從沒有獨立存在的意義。

第二項　無替代手段

文獻上提及公民不服從，常會討論手段是否沒有其他有效替代方式[164]。但是如同在超法規阻卻違法事由，要求最後手段性一樣，是不必要的要件。否則，反而造成永遠不可能主張公民不服從。基本權的行使從未以窮盡其他管道為前提[165]。而且，對於弱勢而言，走上街頭就是唯一且最有效的管道。臺灣憲法增修條文第 4 條 1、2 項使未達 5%比例選票的政黨，自始無法反映民意。如果還要求人民必須先經立法的恩賜，才能上街，不合理之處顯而易見。尤其，已經在體制內

161 *Id*, at 13-15.
162 雖然實證法上有加工自殺、加工自傷（重傷）等罪名，但是沒有疑義的是，至少未達重傷之傷害，是得以阻卻不法的。
163 黃榮堅，國家統治技術演進下的抵抗權概念－兼論其刑法評價上的作用，臺灣法學雜誌，249 期，頁 107-108（2014 年）；黃榮堅，問題不在暴力，問題在正當性！，臺灣法學雜誌，117 期，頁 7-8（2008 年）認為重點不在暴力、和平的區分，而是行為的正當性。
164 臺灣臺北地方法院 104 年度矚訴字第 1 號刑事判決 五、5.（3）（6）；法思齊（註 114），頁 160-161；楊智傑（註 158），頁 74-75。
165 薛智仁（註 65），頁 165。

doi:10.6342/NTU201901943

多次苦苦要求國家的垂憐。卻還要求集會遊行衝撞不公不義時，公民不服從必須無其他替代管道，令人費解。

第三項　集體權或是個人權利？

當討論「公民不服從」似乎是討論一個集體、涵括的權利。也就是類似於公民訴訟的類型，將整個抗爭行動視為一個人。進而將公民不服從作為，阻卻整個抗爭行為的不法性。但是，基本權利原則上是個人的自由權利，而非集體自由。基本權應該是由個人主張。就如同集會自由並非集體權利，而是個人的自由權利[166]。只是透過集會的方式，實現參與者的個人權利[167]。

況且，抗爭行動當中，每個人在集會中的行為程度不同。例如部分人為傷害行為，另一部分的人為強制行為。既然每一個人的行為不盡相同，仍應該個別判斷是否能阻卻不法。退步言之，即便要概括地以公民不服從，阻卻整個抗爭行動的不法性；法官在個案中，仍然必須逐一檢驗參與者是否具有不法性。就訴訟經濟的角度而言，將公民不服從作為集體權利，並無助於訴訟經濟。而且，集會本身常常包含不同意見，例如：318 學運當場就有同時宣揚警察組工會、同志婚姻合法化等議題。所以，本文認為仍應以言論自由、集會自由作為阻卻違法事由，逐一個別檢驗抗爭行動的參與者之不法性。

第四項　公民不服從的適當性問題：衝突本身即為功能？

文獻上討論公民不服從的適當性問題時，出發點常常是該抗爭行動是否能夠達成其訴求。例如停止服貿協議、監督條例成功立法或遏止濫權的立法程序。但是，前述討論忽略一個根本的問題。公民不服從就是表意自由所生衝突，本身即為達成目的之手段。社會以衝突模式相互磨合、溝通，避免壓抑所生的仇恨。這

166 *Depenheuer* (Fn. 89), Art. 8 Rn. 56 f., 69, 96.
167 *Ullrich* (Fn. 126), S. 237.

doi:10.6342/NTU201901943

些達成健全民主的程序或是發表言論者所達到的自我實現，就是達成目的之手段[168]。透過衝突即已經促成社會的運轉。至於其事後是否果真達成阻止國家濫權或要求國家積極介入目的，不應該作為適當性的唯一標準。否則，就是過於窄化適當性的判斷。

而且，我們必須注意的事，因為弱勢的族群不能符合資產階級高級法律的品味。所以解釋法律者如果對於法律阻卻不法要件斤斤計較，自我滿足於法學能力的精湛，常常犧牲的是弱勢的族群。例如對於資產階級可以創造出商業判斷法則以繁複的要件阻卻 CEO 的刑責。卻對於力圖改變社會不公義結構，而手無寸鐵的人民斤斤計較，價值判斷顯有矛盾。

第五節　小結

集會遊行之限制，將會涉及到實質平等之問題。也就是說，會討論集會自由以及平等權之競合。就集會自由之限制而言，我們可以發現，上層階級的根本不需要採取街頭抗爭。因為他們可以利用金錢控制住媒體，控制住大眾的主流思想。對於人民選擇走上街頭，在實質平等角度下，應該享有衍生的請求權。政府的遊說和對於政黨的資助，常常都未受到公眾的監督。而集會遊行本身促使權力的運作更加透明化，「人民可以透過第一時間量測言論自由的程度」[169]。

所謂的「中立法規」，如果都是用來阻止一般人民上街頭的話，就會違反實質平等。更何況，臺灣集會遊行法本身就是內容歧視的規定[170]!另外，當小黨發

---

168 菜市場政治學共同編輯群（沈智新執筆），菜市場政治學：選舉專號，頁 314（2018 年）也指出社會運動帶來屢行公民義務的成就感，產生切身的感受，也是社交活動，即便成功機率不大，該社會運動本身就是功能。

169 ZICK , *supra* note 145, at 18.

170 集會遊行法第 8 條：「室外集會、遊行，應向主管機關申請許可。但左列各款情形不在此限：
一、依法令規定舉行者。
二、學術、藝文、旅遊、體育競賽或其他性質相類之活動。
三、宗教、民俗、婚、喪、喜、慶活動。
室內集會無須申請許可。但使用擴音器或其他視聽器材足以形成室外集會者，以室外集會論。」

doi:10.6342/NTU201901943

展受到政黨門檻嚴重制約時，代議失靈就可能成為常態。非主流多元意見欠缺發聲管道後，較會採取走上街頭或採非體制抗爭[171]。在我國政黨門檻 5%的情形下造成本屬於小黨的票流向大黨，形成「劫貧濟富」的現象[172]。進而嚴重制約少數意見的發聲。值得借鏡的是，室外集會至今仍然是一項重要政治參與管道。尤其黑人在美國一生有 30%的機率被監禁，而且有越來越高被褫奪公權的趨勢，以及許多投票上的限制[173]。對臺灣的啟示是，當我們國家的法律追訴的對象，幾乎針對弱勢族群以及下層階級的現狀存在。我們在許多層面剝奪弱勢的政治參與管道，無論是政黨門檻或是監禁、褫奪公權等。**少數意見的發聲管道受到極大的限縮，則集會遊行的容許性就應該更高，這樣才能達到實質的平等，才算是平等的參與使用街頭**。因此，在表面中立的法規，也有可能因為**執行上所造成的事實上不平等、間接歧視（無論有無主觀意圖），而應該被審查。**這是國家無從拒絕的義務，也是法官適用法律需要特別注意的地方。否則即有判決違背法令之違法（因為未考慮合憲性解釋、未為目的性限縮）。法官必須斟酌集會遊行參加者的弱勢地位，在構成要件或阻卻不法事由以實質平等的角度判斷。如此才符合憲法第 7 條平等原則之誡命，以及正當法律程序。

本文主張出現不平等結果時，可以透過社會相當性或阻卻不法事由排除行為人之不法。藉此宣告行為人是刑法上容許的行為，做出正面的評價（不僅是在罪責排除）。並且，在不法的判斷上，如果可以歸責給國家，所產生的風險不得由行為人承擔（例如國家未盡保護義務、未適時做出許可的處分、救濟等）。生活的富足不是單純來自於個人的努力和獲得，反而是因為有穩定的社會才能安逸地享受財富。因此，憲法、刑法容許弱勢族群抗爭，是社會容納衝突的一種展現。

從上開規定可以發現宗教、學術等集會無須許可，但是一般最常見的政治性集會卻需要得到許可。

171 司法院釋字第 721 號解釋李震山大法官協同意見書。

172 司法院釋字第 721 號解釋李震山大法官協同意見書:「『廢票』應產生的席次仍可改分配給其他獲政黨票逾 5%門檻之政黨，愈大的政黨『不勞而獲』的機率愈大，擷取組織結構上的利益愈多『劫貧濟富』的結果，使貧者幾乎一無所有。」

173 Tabatha, *supra* note 1, at 973-81.

doi:10.6342/NTU201901943

既是人民權利，同時也是社會共同體也有相應的容忍義務。刑事責任中的實質平等不只是展現在犯罪成立及量刑而已，而是貫穿整個刑事訴訟程序。另外，公民不服從不適宜作為法律概念，應該直接援引憲法言論自由及集會自由解決相關問題。

doi:10.6342/NTU201901943

第七章、現行集會遊行相關刑事法規解釋與適用

最後，就集會遊行法及相關刑法應該如何解釋，本文提出犯罪成立的判斷標準（第一節），然後再聚焦與集會遊行直接相關的聚眾不解散等罪，就法益、刑法前置化立法論的問題討論（第二節），最後，就釋義學、社會心理學等方式提出限縮解釋的策略（第三節）。

第一節　犯罪成立的考量因素

在現行集會遊行法及相關刑法規定存在下，本節嘗試提出犯罪成立的考量因素。集會遊行對於第三人的影響，必須連結到刑法所保護的核心個人法益，始能成罪。也就是說，**不應以公共秩序或安全的集體法益判斷，而應該回歸個人法益作為犯罪成立的標準**。

集會遊行對於第三人主要的影響，有生命身體的傷害、物的損害、一般行為自由的妨礙等。此外，合法解散命令以及實質平等也是必須考量的因素。

第一項　重大侵害法益

刑事法領域中，有輕微原則（Geringfügigkeitsprinzip），除了在程序上檢察官的微罪不舉外，於實體法上，因爲輕微的損害或危險，欠缺實質意義的社會損害，所以不成立構成要件[1]。由於行為對於法益干擾非常輕微，從刑事政策的角度，無須處以刑罰。因此，應認為不可罰或犯罪不成立[2]。學說並舉實例，短暫瞬間妨害行動自由、造成他人輕微皮傷痛、竊取或侵占他人所值無幾的財物[3]。如果法院以判決所為之刑事制裁（有罪判決，或類似刑罰之制裁）過度干預而不符合比例原則，即應宣告無罪[4]。否則，即屬於違憲之判決。基於合憲性解釋之理由，

[1] 陳志龍，法益與刑事立法，頁 181 註 23（1990 年）；林鈺雄，強制罪之整體不法判斷－－從彰化台電施工抗爭案的判決談起，月旦法學雜誌，232 期，頁 47（2014 年）。

[2] 吳耀宗，輕微性原則在刑法上關於不法確立的解釋適用－－從可罰的違法性理論談起，收於：甘添貴教授祝壽論文集編輯委員會編，刑事法學之理想與探索：甘添貴教授六秩祝壽論文集－第一卷，頁 124（2002 年）。

[3] 吳耀宗（註 2），頁 124。

[4] 黃榮堅，從容許風險概念看和平內亂罪，收於：刑法問題與利益思考，頁 250（1999 年）；薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，17 期，頁 179（2015 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

應將輕微原則作為解釋刑法構成要件之不成文要件。至於有無動用刑罰必要（刑罰最後手段性或謙抑性）的看法[5]，實際上與比例原則是一體兩面。實務上解釋法條時，也會將法益侵害輕重納入考慮，如：集會遊行法聚眾不解散罪、刑法強制罪均有適用[6]。

可見的物理傷害，已經重大侵害生命、身體法益，已經屬於暴力集會。在行政法上得以解散集會，且刑法上也可能成立第 150 條聚眾施強暴脅迫、第 271 條殺人或第 177 條傷害等罪，此部分的判斷較為容易。至於物的損害，則須重大侵害，而非僅有輕微的價值減損[7]。因此，必須考量損害物品的質及量。例如取走他人廢棄的紙箱，當作坐墊，進而造成該紙箱的利用價值減低，刑法上就不應該成立犯罪。另外，法院有以行動未公告周知，而沒有其他替代交通道路，導致抗爭不符合輕微原則[8]。固然公告與否確實與集會影響的大小有關，但是不能說未申請許可或未公告，就可以處罰[9]。

第二項　必須集會整體上評價為犯罪

文獻上認為少數個人為暴力行為，不能代表集會遊行就成為暴力的集會。不能因為少數人的不法行為，就剝奪其他多數和平集會遊行的參與者之集會自由[10]。除非多數人或集會領導者使集會為非和平行為，或支持暴力行為，才能評價為非和平集會[11]。心理學指出攻擊行為會來自學習，也可能來自服從，所以集會領導

---

[5] 顏榕，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 7（2014 年）。

[6] 臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 1184 號刑事判決；臺灣彰化地方法院 101 年度易字 101 號刑事判決；臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 315 號刑事判決）。

[7] *Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 62. Aufl., 2015, §125a Rn. 8; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 125 Rn. 5, § 125a Rn. 14; *Jürgen Schäfer*, in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2017, § 125 Rn. 20, § 125a Rn. 32.

[8] 臺灣臺北地方法院 104 年度訴字第 43 號刑事判決 二、（三）、3.（2）。

[9] 許玉秀、林鈺雄，社會抗爭與刑法的極限－－關廠工人臥軌刑事案件法律研討會，臺灣法學雜誌，237 期，118-119（2013 年）。

[10] 林鈺雄（註 1），頁 52；李震山，集會遊行之和平原則與集會自由權之保障，警學叢刊，23 卷 1 期，頁（1992 年）。

[11] *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 30. Aufl., 2014, Rn. 761; *Otto Depenheuer*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 84. Aufl., 2018, Art. 8 Rn. 94 f., 97; *Norbert Ullrich*, Das Demonstrationsrecht, 2015, S. 256.

doi:10.6342/NTU201901943

者或多數人支持或促進暴力，處罰具有正當性。相反地，如果只是少數個人犯罪，只能追究個人責任。必須集會整體評價為暴力，才能認為集會整體為犯罪。

第三項　噪音

噪音是公害主要陳情事由，歷年來居於第一、第二名的案件量[12]。而且，越大分貝的噪音，會造成程度不同的身體健康傷害[13]。因此，噪音如果達到一定分貝以上，就會使集會具有可罰性。不過，應該注意的是行政機關的噪音管制標準僅能作為參考，不能直接援引作為刑事責任成立的標準。以噪音管制法所授權的噪音管制標準第 7 條為例，有規定擴音設施的管制標準。該分貝數固然可以作為集會噪音是否超標的準據，但是超標只代表集會噪音應該降低，而非成立刑事責任。只有集會者故意製造超出造成身體健康傷害的噪音，才會成立犯罪。就此，噪音所造成的生理或心理的傷害，必須藉由實證的科學數據證明，才能成立犯罪。

第四項　一般行為自由妨礙

第一款　一般問題

一般行為自由的法益，可能涉及強制罪等犯罪。應該注意的是，雖然留有通道使他人不便，但如果還可進出，就不應成立強制罪。除非包圍場所到「完全」使他人無法離開，才會被評價為物理上之強暴行為，可能會成立強制罪或甚至剝奪行動自由罪。如果雙方實力極端懸殊（例如有優勢警力），抗議人士所樹立的障礙實際上可突破，**只是造成心理壓力**，而非強暴行為[14]。必須被強制者無法突

---

[12] 行政院主計總處綜合統計處，國情統計通報（第 149 號），107 年 8 月 8 日。

[13] 余仁方，你的聽力受損了嗎？：台灣將近 10%人口聽力受損！！，2 版，頁 35-47（2017 年）；黃乾全、董貞吟，噪音振動，頁 6-17（2004 年）指出噪音對於生理及心理上都已很大的影響，聲音超過 60 分貝可將人吵醒（大約是一般人說話的聲音）；聲音超過 70 分貝（擴音器的聲音）會使消化系統運作減緩，唾液分泌減少，還會造成血壓上升；超過 85 分貝（大卡車通過的聲音）會傷害耳蝸內的毛細胞；暴露 90 分貝（火車通過的聲音）下 8 小時會造成永久性的聽力傷害；在 100 分貝（火車通過的聲音）下 10 分鐘，就會造成腎上腺素增加，2 小時會造成永久性的聽力傷害；超過 115 分貝會震破耳膜。

[14] 林鈺雄（註 1），頁 26；許澤天，刑法各論（二）：人格法益篇，頁 176-177（2017 年）；臺灣苗栗地方法院 102 年度易字第 371 號刑事判決、臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 951

doi:10.6342/NTU201901943

破行為人的封鎖限制，或突破會產生自身危害才成立強制罪[15]。此外，例如刑法第 304 條強暴的要件成立，或是否構成應該解散的集會（集會遊行法第 26 條比例原則問題）就需要考量雙方的實力大小。集會如果迅速被警力排除，除不具有實質違法性外[16]，同時也代表雙方勢力懸殊，不應成立犯罪。臺灣法院認為「**靜坐、站立發表訴求或展現理念，行為人雖有身體之動作，惟客觀上如無對人之身體或物品為攻擊或強烈影響行為，即難認有何不法力之行使而認已為強暴行為，並遽以強制罪相繩**」[17]。所以基本上沒有積極的攻擊行為，不符合強暴構成要件[18]。因此，集會使否成立犯罪必須考量集會持續的時間，積極攻擊行為否，以及雙方實力的差距。

德國聯邦最高法院法院認為強制罪暴力的概念為用身體行為之實施及壓制對方的反抗[19]。不過，在 Laepple-Urteil 案認為為了抗議電車漲價而靜坐在電車軌道上，雖然只造成司機不敢撞人的心理強制，而非物理障礙，很快可以被警察排除；但是仍屬於強暴手段，構成強制罪[20]。臺灣法院注意到不能將強暴要件的解釋過度精神化[21]。不過，以鐵鍊綑綁身體，將自己上鎖固定在路的兩側，造成雙向車道完全阻擋而且道路用路人無法通行，與單純靜坐不同。設置物理障礙的行為產生物理壓制效果，完全封鎖雙向車道，造成用路人內心之意思自由受到影響，導致無法通行，屬於強暴行為[22]。此實務見解不採取精神化的強制，而要求

號刑事判決認為優勢警力對付少數人民不成立強制罪。

15 許澤天（註 14），頁 176-177；*Ullrich* (Fn. 11), S. 332f.

16 臺灣高等法院 105 年度上訴字第 768 號刑事判決 四、（一）4. 此處高等法院理由與地方法院不同，參見臺灣臺北地方法院 104 年度訴字第 43 號刑事判決、二、（二）2.。

17 臺灣臺北地方法院 104 年度訴字第 43 號刑事判決；臺灣高等法院 105 年度上訴字第 768 號刑事判決。

18 臺灣高等法院 105 年度上訴字第 768 號刑事判決 四、（一）2.。另外臺灣高等法院 106 年度上訴字第 620 號刑事判決 三、（三）1-3 關於刑法第 185 條壅塞陸路罪是否造成公眾往來安全之危險，也有以是否推擠攻擊為判斷。

19 李震山（註 10），頁 60。

20 林鈺雄（註 1），頁 37。更多強制罪及德國聯邦法院之案例，詳參：薛智仁，淺論公民抗議的刑事法問題，臺灣法學雜誌，240 期，頁 25 以下（2014 年）；盧映潔，肉身抗議與強制罪－－簡評苗栗地方法院一○二年度易字第三九七號刑事判決與彰化地方法院一○一年度易字第一○一號刑事判決，月旦裁判時報，27 期，頁 82-87（2014 年）；林鈺雄（註 1），頁 28-57。

21 臺灣高等法院 105 年度上訴字第 768 號刑事判決 四、（一）3.。

22 臺灣高等法院 105 年度上訴字第 768 號刑事判決 四、（一）2.。

doi:10.6342/NTU201901943

須積極攻擊或是完全封鎖才屬於強暴行為，值得贊同。

本文為認為將刑法第 304 條強制罪解釋包含精神化強暴，根本是違反罪刑法定之明確性原則，在法未明文的情況下，不當的擴張刑罰權。從文義上來看，強暴與脅迫相區隔，強暴應該是物理行為，而脅迫則為心理上的壓制。因為人在社會中本不可能恣意決定任何事情，所以意思決定自由並非無限度的保護。因此，如果非物理上不法腕力之強暴行為，壓制意思決定自由，就不能論以強制罪。更何況，不安全感、心理壓力就是一種情緒波動。然而，我們不會認為「美的令人窒息」、「帥到分手」、「不分手就自殺」的情緒波動是強暴行為。精神化強暴，是一個逾越文義以及社會通念的解釋。如靜坐或 Laepple-Urteil 案臥軌案例事實，行為人以自身生命迫使他人行動自由受到一定限制時，不是行為人物理上積極對被害人為強暴行為，不能認為成立強制罪。另外，在德國刑法第 125、125a 條破壞公共秩序罪的討論上，單純消極的舉止，不屬於該條強暴行為[23]，至少要有突破警察防線或是潑灑易燃物品如汽油等，才能認為是積極的暴力行為[24]。固然不同法條立法目的不同，而有不同解釋是可以接受的。但是，本文認為即便區分強制罪保護個人自由法益，而破壞公共秩序罪則是保護超個人的公共秩序，也不能理解為甚麼要積極行動才能破壞公共秩序，而強制罪則不必有積極行動，如此區分是恣意的差別待遇。所以強制罪的強暴也應該以積極行為前提。

此外，集會可能侵害的自由，還會展現在交通的阻塞上，以下就此問題進行探討。

第二款　交通的阻塞

因為集會遊行為訴求公眾注意，常選擇重要的政府機關或交通要道進行抗爭，所以常造成交通的阻塞與不便。然而，交通不便本身還無法連結法益的侵害，所以不能成立犯罪。而且，街道常常用於交通運輸，不代表交通運輸就必然是優先

[23] *Schäfer* (Fn. 7), § 125 Rn. 20 ff.; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 7), § 125 Rn. 5; *Harro Otto*, Grundkurs Strafrecht: die einzelnen Delikte, 7. Aufl., 2005, § 63 Rn. 5；BGHSt 23, 46.
[24] *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 7), § 125 Rn. 5

doi:10.6342/NTU201901943

的使用。交通法規只能用於交通的脈絡，交通規則並不能排除將街道用於集會遊行。街道的使用功能多樣，如果排除集會與表達的功用就是違憲的[25]。也就是說，街道功能本來就不限於交通使用，不能因集會造成交通阻塞，就說集會成立犯罪。相反地，因為集會者本來就有同等的權利，街道其他交通使用者必須讓集會者也能使用街道。

因為一般的交通阻塞只是同時行使權利（用路人的一般行動自由與集會者的集會自由）下必然的結果，所以無法評價為犯罪。除非集會完全封鎖道路，造成他人重大法益的侵害，才成立犯罪。以有組織大型集會為例，通常集會會留有醫療通道。如果集會封鎖緊急救助的道路，這與他人生命身體法益連結，可能就會評價為犯罪。

第三款　高風險場所的阻塞

集會遊行的案件中，還有在高速高路或是火車軌道舉辦的情形。在高風險場所可能有特殊保護的利益，例如上述的交通特別重視便利性，而且相對一般道路也比較危險。然而，在特殊場所集會，不代表立刻就侵害第三人的法益。以國道收費員案例為例，收費員佔據高速公路路肩，藉由警察區隔車道，履行保護義務，讓車輛仍然能通過，則不能成立犯罪[26]。因此，在高風險場所是否會成立犯罪的關鍵，就在於人民集會是否能證立國家的保護義務。如果國家負有保護義務，則人民未受到保護，所生的刑事責任可歸責國家，人民不成立犯罪。國家如果沒有保護義務，人民集會就可能會成立犯罪。不過，該集會如果有前述雙方實力差距極大，或是輕易、快速被排除的話，仍然不成立犯罪。以關廠工人臥軌為例，雖然集會者臥軌完全阻塞火車、捷運鐵軌，但是集會快速地被排除，不具有刑責。

第五項　大眾情緒的不安

一旦有集會出現，常常佔據媒體新聞版面，造成大眾感到社會動盪。然而，

[25] C. EDWIN BAKER, HUMAN LIBERTY AND FREEDOM OF SPEECH 147 (1989).
[26] 臺灣高等法院 106 年度上訴字第 620 號刑事判決 三、（二）1-4；四、（一）。

doi:10.6342/NTU201901943

如同所有犯罪都會造成人民對於治安滿意度的下降，不能單單因為造成不安情緒，就處罰集會者。就此，大眾情緒的不安感如果要保護，必須連結到生命、身體、財產、自由等實質利益的侵害。也就是說，必須在社會脈絡下，集會的行為會造成其他人行使基本權利的條件被破壞或威脅他人的法益。例如：集會有許多暴力犯罪的行為，造成大眾不敢出門。簡單來說，大眾情緒不安本身不具有可罰的正當性，而需要連結到刑法所保護的法益。

第六項　合法的解散命令

雖然以解散命令為要件的法條僅有刑法第 149 條及集會遊行法第 29 條，但是解散命令在集會遊行脈絡下，是正當法律法律程序的展現[27]。尤其，為了避免國家透過刑法第 304 條強制罪[28]、第 135 條妨害公務罪、第 185 條壅塞陸路等罪，規避集會自由的保障，應該要求各罪成立以合法解散命令為前提。即便是現行法下未經許可的集會，也可能因為沒有合法解散命令存在，而不成立其他與集會相關的犯罪。同時，本文先前已經指出，如果集會雖然未經許可，或是其他的形式要件為具備，不當然可以解散。只有在有著手於犯罪時，或是有暴力蔓延可能時，解散命令才合法。如果國家恣意解散，所衍生的犯罪歸責國家。人民不成立犯罪。

第七項　實質平等的考量

如**第五章**論述，弱勢階級可能面臨不利的訴訟風險，以及結構上不平等的地位。就此，法院必須將弱勢的訴訟風險與不利地位納入考量。實質平等考量不僅是在罪責或量刑層次，而是要貫穿所有程序及實體的判斷，始符合正當法律程序。當有必要宣示弱勢者更有保護必要時，必須在不法的階層宣告無罪。而國家是否怠於履行積極、保護義務，或未提供適當、足夠的集會場所、警民實力差距也會影響實質平等及犯罪的判斷。

---

[27] 李寧修，保護抑或箝制？集會遊行之強制解散及其效果／桃園地院 98 簡上 111 判決，臺灣法學雜誌，276 期，頁 145（2015 年）。

[28] 黃昭元等（座談會薛智仁發言），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 18（2014 年）已經指出即便是非法集會，以可能因為沒有合法解散命令，而不成立強制罪。

doi:10.6342/NTU201901943

第二節　集會遊行法第 29 條、刑法第 149 條、150 條的法益適格性與前置化處罰正當性

提出犯罪成立需要考量的因素後，本文最後聚焦與集會聚眾直接相關的法條，也就是集會遊行法第 29 條及刑法第 149、150 條等規定。本節將討論法益適格性，以及前置處罰的正當性進行探討。

第一項　保護法益適格性

第一款　保護法益是否適格之判斷標準

文獻提出「無法益的犯罪」，意指雖然有法條的存在，但是就法益而言，並無刑法保護的必要[29]。又因為實證法只是立法者的規範目的，不能從實證法理解法益[30]。有認為在超個人與個人法益間，如果具有「推論的關係」，也就是可以從個人法益推導到超個人法益。也就是說，只有能夠還原為個人法益的超個人法益，才具有正當性[31]。不過直接或推論關係的個人關聯性標準也不明確[32]。有認為「建構法的關係就是創造了平等關係，而破壞法的關係就是創造了不對等關係。...法的內容即為一個使所有人和平並存的條件集合...」[33]。適格的法益，需要具有人際現實相關的普遍有效性[34]。承認他人法主體的現實存在，就是不侵害他人的生命、身體、財產、行動自由、名譽等；否則，就是侵害法益[35]。集體意識可能來自於偏見、權威或偏好。因為有道德觀念與社會風化的存在，社會中的人才會受到灌輸，接受這些既存的觀點。因此，這些觀點是主觀、相對的觀點。即使是多數人承認的觀點，也只是多數主觀的總和而已[36]。簡單來說，判斷法益

[29] 陳志龍，刑法之法益概念（上），臺大法學論叢，16 卷 1 期，頁 125（1986 年）。
[30] 周漾沂，從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，臺大法學論叢，41 卷 3 期，頁 987-988（2012 年）。另參見陳志龍（註 29），頁 130-131 對於 Binding 學說之批評。
[31] 陳志龍，刑法之法益概念（中），臺大法學論叢，17 卷 2 期，頁 134（1988 年）；陳志龍，刑法之法益概念（下），臺大法學論叢，18 卷 1 期，頁 165、166、172（1988 年）。
[32] 周漾沂（註 30），頁 993-994。
[33] 周漾沂（註 30），頁 1010。
[34] 周漾沂（註 30），頁 1018。
[35] 周漾沂（註 30），頁 1026-1027。
[36] 周漾沂（註 30），頁 1037。

doi:10.6342/NTU201901943

是否有適格性，以普遍有效性為標準。這代表的是，必須是對「每一個人」都是普遍有效的保護法益，才是具有正當性的法益。所以，只要有一個人不符合、不同意，就不可以用多數強迫少數，依照多數所設定的準則生活。就此而言，除了自主決定外[37]，別無其他權利具有普遍有效性。但是**自我決定的時候，同時被社會條件限制**[38]。因為我們的自主決定是建立在社會提供條件的框架下，所以我們也必須重視社會的條件。

第二款　集遊第 29 條、刑法第 149、150 條保護法益

集會遊行法第 29 條[39]與刑法第 149 條[40]、150 條[41]系出同源，從立法理由並不知道其所保護之法益為何。不過，從罪章章名而言，都是保護所謂的公共安寧秩序[42]。法條是繼受自日本法的騷亂罪。

日本關於騷亂罪的保護法益，判決先例及學說認為是公共的靜謐或平穩。但是，這個解釋使集團暴力行為，或是對於政府的抗議行為，都可以成立騷亂罪。所以有以騷亂罪屬於公共危險罪為由，認為只有產生危害他人的生命、身體、財產的危險，才可以成立犯罪[43]。我國學說也只有簡單說明妨害公眾秩序罪章所要保護的法益乃社會的公共秩序與和平（公共安寧）[44]，有稍微細緻描述者認為多數聚眾騷亂過程中，重點在於對憲警的反抗，而不是對國家對內主權或功能（國

---

[37] 自主決定才能推導出自我決定財產、生命、身體等。

[38] Pierre Bourdieu & Loic J. D. Wacquant 著，李猛、李康譯，布赫迪厄社會學面面觀，頁 211（2008 年）。

[39] 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。」

[40] 刑法第 149 條：「公然聚眾，意圖為強暴脅迫，已受該管公務員解散命令三次以上，而不解散者，在場助勢之人處六月以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。首謀者，處三年以下有期徒刑。」；立法理由：「原案受解散命令而不解散者，罪即成立，本案以彈厭群眾操之過急，反足釀成大變，且人數擁擠時，命令一下，雖欲即行解散，勢或不能，故擬外國立法例，增入三次以上句。」

[41] 刑法第 150 條：「公然聚眾，施強暴脅迫者，在場助勢之人，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金，首謀及下手實施強暴脅迫者，處六月以上五年以下有期徒刑。」；立法理由：「前條係未實施者，本條係已實施者，故處罰之輕重不同，然前條以受命而不解散為要件，雖未嘗實施強暴脅迫，而既公然抗命，則不謂之未遂。」

[42] 刑法在修正的歷史中，該罪性質與妨害秩序罪相同，因此合併。參見黃源盛，晚清民國刑法春秋，頁 233、265（2018 年）。

[43] 西田典之著，王昭武、劉明祥譯，日本刑法各論，頁 371-372（2012 年）。

[44] 盧映潔，刑法分則新論，6 版，頁 125（2013 年）；林山田，刑法各罪論（下），5 版，頁 183（2006 年）；陳樸生、洪福增，刑法總則，3 版，頁 165（1985 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

家法益）的反抗，保護的是公共生活平穩的社會法益[45]。暴徒化的多數人侵害治安或公眾平穩，造成不安，因此與公共危險罪應有區別，重點是在於危及生命、身體、財產等的危懼感[46]。進而對於刑法第 150 條強暴脅迫的解釋，認為只要使附近的人有生命、身體或重要財產的不安感就會成立本罪[47]。這個看法對於公共秩序的破壞，是以大眾對於法益侵害的「感覺」為基礎。也就是行為撼動大眾對於生活安寧狀態，且維持生活安寧免於恐懼的信賴[48]。簡而言之，可以分成主觀上的不安全感，或是客觀法益的安全狀態，解釋上類似放火罪保護不特定多數人的人身及財產。

另有認為妨害秩序，是侵害共同生活的和平與安謐，而認為社會公安維持是依賴國家權力運作。所以，妨害社會治安秩序，同時也是妨害國家權力運作，妨害秩序罪與妨害公務執行罪本質類似[49]。甚至有進一步認為，破壞法律秩序或反抗國家權力，即便沒有影響全國的社會秩序，公共安寧秩序的侵害，已經造成對國家安全抽象危險[50]。刑法第 150 條聚眾施強暴脅迫罪與第 101 條暴動內亂罪，都以暴動的行為為要件，差別在於第 101 條需具有內亂的目的[51]。此見解似乎在將社會秩序與國家存續連結，且其也認為處罰注重行為人的公開反抗行為[52]。本文推測此見解所認為的保護法益實際上是國家權威性（以及其背後所代表之國家

---

45 陳子平，刑法各論（下），2 版，頁 750（2018 年）；이재상/장영민/강동범, 형법각론, 10 판, 2017, 492 면.

46 陳子平（註 45），頁 749-750。作者所引用的日本學說認為與公共危險罪不同，而作者對於我國刑法的解釋上可以看到受到日本學說影響。因此，本文將該日本學說內涵納入對作者看法的闡釋。

47 陳子平（註 45），頁 757；*Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 7), § 125 Rn. 11.

48 *Roland Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 284 f., 288 f.; *Otto* (Fn. 23), § 63 Rn. 7; *Rolf Schmidt*, Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 16. Aufl., 2016, Rn. 1031; *Graf von Schlieffen,* in: Leipold/Tsambikakis / Zöller (Hrsg.), Anwalt Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2015, § 125 Rn. 7; *Köhler/Dürig-Friedl*, Demonstrations- und Versammlungsrecht, 4. Aufl., 2001, S. 141; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 7), § 125 Rn. 2; *Schäfer* (Fn. 7), § 125 Rn. 19; 이재상/장영민/강동범, 형법각론, 10 판, 2017, 492 면.
本文將同時保護客觀安寧狀態及主觀信賴該狀態延續的安全感，都列入主觀。因為同時保護的論述，通常討論集中在安全感、危懼感。

49 韓忠謨、吳景芳增補，刑法各論，增補 1 版，頁 94-96（2000 年）；韓忠謨，妨害國家法益及社會公安之罪的比較研究（下），法學叢刊，12 卷 1 期，頁 19（1967 年）。

50 蔡墩銘，刑法各論，6 版，頁 685（2008 年）。

51 蔡墩銘，暴動內亂罪與聚眾施強暴脅迫罪，收於：蔡墩銘、甘添貴編，刑法爭議問題研究，頁 401-407（1999 年）。

52 蔡墩銘（註 50），頁 686。

doi:10.6342/NTU201901943

存續）。如果從刑法第 150 條立法理由[53]觀察，本文認為國家權威性的法益可能是最靠近立法者意思的。

總結我國保護法益的討論，大致上可以分為保護公共秩序和平性（也就是公共安全，可能是指主觀安全感或客觀安全狀態）、國家公權力的運作、國家權威性（存立基礎）

第三款　集遊第 29 條、刑法第 149、150 條均不具法益適格性

集會遊行法第 29 條的行為只有不遵守解散命令，刑法第 149 條加上意圖為強暴脅迫，第 150 條則要施強暴脅迫。集會遊行法第 29 條、刑法第 149 條單純以不解散（人民不服從解散的處分）為構成要件。本文以下就集遊第 29 條、刑法第 149、150 條可能的法益適格性進行討論。

刑法第 150 條至少強暴、脅迫可以連結到生命、身體、自由等法益危險；而第 149 條意圖施強暴、脅迫也要從客觀行為加以證明[54]。如果刑法第 149、150 條不屬於下述任何集體法益，而只保障個人法益的話；則刑法第 149、150 問題在於無獨立保護法益存在，而主要問題是刑法前置化（見**本節第二項**討論）

集遊法第 29 條只要不服從解散命令，甚至無強暴、脅迫意圖也會成立犯罪。有認為集遊法第 29 條可以截堵不符合刑法第 149 條的構成要件，例如不具意圖強暴脅迫等要件的情況；同時，可避免公共秩序被破壞的危險[55]。然而，集遊法第 29 條則是屬於無法益侵害之危險[56]，純粹只要不遵令解散的不作為就成立犯罪。但是，單純不服從本身無法證立其可罰性[57]。在法益上也無法找到適當的保護對象。

第一目　國家權威性

---

[53] 「前條（第 149 條）以受命而不解散為要件，雖未嘗實施強暴脅迫，而既**公然抗命**，則不謂之未遂。」

[54] 陳志龍（註 1），頁 305 註 4、310。

[55] 司法院釋字第 718 號解釋蔡清遊大法官部分協同意見書。

[56] 鄭昆山，從「法治國原則」論集會遊行刑事罰之「行政從屬性」－兼論司法院大法官會議釋字第四四五號解釋，律師雜誌，222 期，頁 17-19（1998 年）；陳志龍（註 1），頁 305。

[57] *Depenheuer* (Fn. 11), Art. 8 Rn. 122.

doi:10.6342/NTU201901943

從前面法益討論，我們得到可能的說詞是國家權威性（存續基礎），國家公權力之行使，危及生命、身體、財產等法益之主觀安全感，以及客觀法益安全狀態的公共秩序。如果就國家權威性而言，本文根本無法理解其所保護者為何。權威性可以用任何廉價的文字遊戲加以代換，民族尊嚴、國家安全、民族感情等等，根本不值一哂。簡單來說，其實就是在保護當權者與執法者的面子，因為不服從解散之命令，所以使得面子被侵害，感覺很丟臉，這才是血淋淋的真正理由。這樣的規定根本是在處罰人民抗命，而以行政處分的公定力貫徹極權統治順民[58]。歷史經驗也告訴我們，國家的權威性、威信之所以會喪失，都是來自於處事不公、鎮壓人民而造成。而非不服從命令所造成的結果。

第二目　國家公權力行使功能完整

就國家公權力行使功能完整[59]而言，必須質疑的是，在賦予國家以民事上強制執行、行政執行以及刑事訴訟強制處分等外；又在規範上，加上另外一個規範加以強化，而不是貫徹原來規範，其間關係有待商榷。如果再加上本罪相繩，恐已違背雙重評價禁止，且欠缺處罰之正當性。再者，不服從解散命令，現實上也沒有直接侵害公權力之行使，充其量是不聽命令而已。不服從沒有做出抵抗公務員之公務之執行，並沒有影響國家公權力行使。

第三目　法益侵害的危懼感（主觀安全感）

再就所謂對於法益侵害危懼感，文獻已經正確地指出，此種對於公共和平性的詮釋本質上是指不安全感。然而，在集體中發生與否、強度以及在群體中擴散的範圍，在經驗上都無法確定。沒有行為所生具體損害，會造成行為人為不可歸責的不安情緒負責[60]。更尖銳的問題是，在此情形最容易發生執法者選擇性執法。有指出在道德恐慌情境下，少數群體就會成為當權者的箭靶。因為大眾容易認為少數族群會對社會造成嚴重的危險。但是，這種危險很大程度是被建構出來的，

---

58 司法院釋字第 699 號解釋李震山大法官不同意見書。

59 基於篇幅，本文無法再就妨害公務罪進行探討，細緻討論可參見林倍伸，法治國家中的公務概念－簡評四個狹義妨害公務罪判決，法令月刊，66 卷 9 期，頁 51-80（2015 年）。

60 周漾沂，論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由，臺大法學論叢，37 卷 4 期，頁 362-363（2008 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

所謂具有危險的特質也是如此。例如即便客觀統計與認知相反，但是因為刻板印象，而無意識地將貧窮、有色族群居住的社區，認為是處於失序狀態的[61]。又例如其實是一群玩樂的年輕人，卻在媒體的渲染下，成為一群無惡不作的暴徒[62]。再例如中天電視利用剪輯，故意扭曲發言者之原意，造就暴徒形象也是很好的例子。況且，即使客觀上實質利益受到確保，主觀上的安全感仍未必會減低[63]。臺灣整體犯罪率近年明顯下降，但是調查仍然顯示多數人對於治安不滿意[64]。

因此，本文認為將保護繫諸虛無縹緲的安全感或公共和平性根本沒有法益適格，而且也是違反歸責的。本文贊同需有實質利益的侵害或危險性[65]或具體法益[66]才是適格的保護法益。本文也認為破壞公共和平、秩序的危懼感其實就是當權者用來誣指他人為暴民的說詞而已。任何犯罪之發生都會造成公共秩序被破壞，而其實只要回歸各罪，為相應之處罰，即可達成其所謂公共和平或秩序之目的。

最後，即便承認不安全感的法益適格，臺灣人只對於全國整體治安不滿意外，在實際居住的縣市或是居住社區的治安滿意度從102年到106年都各別穩定維持在7成至8成以上[67]。從實際的社會脈絡下，也難以證明人民會容易感到不安全或恐懼。所以法條實際上可以運用的範圍也極為有限。

第四目　公共危險（客觀安全狀態）

最有可能具有法益適格者，是將聚眾不解散罪理解為侵害不特定或多數人的

---

[61] Robert J. Sampson & Stephen W. Raudenbush, *Seeing Disorder: Neighborhood Stigma and the Social Construction of "Broken Windows"*, 67(4) SOC. PSYCHOL. Q. 319, 319-42 (2004).

[62] MARTHA C. NUSSBAUM, HIDING FROM HUMANITY: DISGUST, SHAME, AND THE LAW 250-54 (2004).

[63] 謝煜偉，群眾恐慌下的恐嚇公眾危安罪：北捷隨機殺人案後續事件解析，月旦法學教室，143期，頁73（2014年）。就此，許多專家利用數據所計算出的風險，多數人卻置之不理，例如嬰兒在家中風險比起車禍風險小，但是我們常常認為後者可以掌握，所以還是會帶出門。或是大多數人因為看新聞，而有錯誤的直覺認為龍捲風致死率比氣喘高。這種風險的「感覺」常常是不精準的。參見：David S. Moore 著，鄭惟厚譯，統計學的世界，頁 466-467（2002 年）；Seth Stephens-Davidowitz 著，陳琇玲譯，數據、謊言與真相：Google 資料分析師用大數據揭露人們的真面目，頁55（2017年）。

[64] 許福生，犯罪學與犯罪預防，2版，頁315-316（2018年）。

[65] 謝煜偉（註63）頁76。

[66] 陳志龍（註1），頁300。

[67] 警政署統計室，警政統計通報107年第15週（106年「民眾對治安滿意度調查」摘要分析），頁1-3（2018年）。

doi:10.6342/NTU201901943

生命、身體、重要財產的公共危險罪[68]。這個看法將公共安全與公共秩序畫上等號。保護法益是客觀上法益的安全狀態[69]，而連結到生命、身體、重要財產個人法益，似乎具有普遍有效性。然而，這可能是表象的可普遍性，只是形式上的集體法益。也就是公共安全、秩序的集體法益，其實是可以拆解、還原成多數個人法益的集合體[70]。因為公共秩序的法益如果和「規範事實上效力」相同，其內容就與刑法或其他法令的功能重複[71]。所有的犯罪都會破壞刑法秩序，如果只是重複妨害秩序、國家權力的描述，與其他犯罪無法區分[72]。

況且，針對德國刑法第 125 條破壞公共秩序罪，無論是主張保護主觀安全感或是客觀法益安全狀態者，都認為同時保護條文涉及的生命、身體、財產之個人法益[73]。這樣的看法，其實也是將判斷標準著重在個人法益是否有遭受破壞。因此，問題在於如果已經有刑法各罪，諸如殺人罪、傷害罪、毀損罪等可以運用，就不必動用公共安全處理。獨立為所謂保護公共安全法益的集體法益並無必要，只要以原來具普遍有效性的個人法益條文處理即可。其實，也有明確指出不能單單依靠保護公共和平證立正當性，而是應該從增強保護個人法益，進而達到維繫公共和平、秩序的角度出發[74]。也就是說，公共秩序本身是次要的，目的是為了間接保護個人法益的前置措施[75]。

---

[68] 陳子平（註 45），頁 749。

[69] *Fischer* (Fn. 7), § 125 Rn. 2.

[70] 周漾沂（註 30），頁 1039-1041。

[71] 周漾沂（註 60），頁 362-365。林山田，刑法各罪論（下），5 版，頁 183（2006 年）也有指出任何犯罪，無論是針對個人、團體、社會或國家，均會破壞公共秩序。但其並未對於保護法益有所質疑。

[72] 周靖安，犯罪結社罪之可罰性基礎及解釋策略，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 26-27（2017 年）。

[73] 僅例示 *Schmidt* (Fn. 48), Rn. 1030; *Fischer* (Fn. 7) § 125 Rn. 2.

[74] *Hefendehl* (Fn. 48), S. 286, 296; *Schäfer* (Fn. 7), § 125 Rn. 1 f., § 125a. 雖然公共秩序與公共危險（安全）在德國警察法領域討論上有所區別，但是事實上公共秩序與公共安全分界十分模糊，絕大多數也有重疊，在其他法制上如歐盟、法國均未加以區分。而且在憲法要求及各種法律規範存在下，保護不成文利益的公共秩序也喪失實際上的作用。此外，公共秩序也容易造成警察無節制地擴張權力。本文也認為不需加以區分，公共秩序與公共安全在本文是代表相同意思。關於公共秩序的討論參見 *Ullrich* (Fn. 11), S. 404 ff., 416 ff.; 陳英淙，警察法公共安全與公共秩序之探討，軍法專刊，62 卷 2 期，頁 16-18（2016 年）；李震山，警察行政法論：自由與秩序之折衝，4 版，頁 217-218（2016 年）。

[75] *Heribert Ostendorf*, in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 5. Aufl., 2017, § 125 Rn. 2, 5 f., 19. Vgl.

doi:10.6342/NTU201901943

也有認為，所謂公共安全如果是指客觀上法益不受威脅的安全狀態，則意義只有保障個人法益如生命、身體、財產等法益。這樣的解釋造成公共秩序、安全沒有獨立的內涵[76]。所以，必須將公共秩序、安全理解為：不受威脅的安全狀態，但是與個人法益侵害無關。破壞公共秩序罪就是在保護個人法益，公共秩序本身不是法益，也無關個人法益，而是為了**區別以暴力侵擾公眾或僅是私人間的鬥毆**。該罪存在的正當性基礎則是解決舉證問題以及多數人透過團體動力，加強犯罪的風險[77]。

所以，本文認為這種本來就有個人法益保護法條的集合，要獨立為一個**保護公共安全的犯罪**，理由在於刑罰之前置。也就是說，為了**有效保護法益而設。**因此，本文接下來就預備犯及抽象危險犯的前置化問題探討。

第二項　刑罰前置化的正當性檢討

第一款　預備犯設計欠缺正當性

預備犯是刑法前置的類型之一。臺灣刑法第 149 條、第 150 條與日本、韓國多眾不解散、騷亂罪條文結構類似。日韓二國學說認為不解散是騷亂行為的預備階段[78]。然而，預備行為的意義並不清楚。所謂預備犯的預備，是指行為人於犯罪著手前，有助於不法構成要件實現的行為。也就是說，任何提高不法實現風險的行為，都是預備行為[79]。除了前置行動有後行為意圖之外，客觀上要與法益侵害有重要關聯性，才屬可罰的預備行為；處罰預備行為之目的是為了有效保護法益[80]。但是，這個看法，無法說明預備犯的正當化基礎。如果真的要有效保護法益，應該處罰世界上所有行為。將所有行為都認定是犯罪，最為有效。打一個比方，如果感冒的話，吃藥到讓人死掉才是最有效的方法。但是，同時刑罰也毫無

Sternberg-Lieben/Schittenhelm (Fn. 7), § 125 Rn. 2.

[76] *Ullrich* (Fn. 11), S. 313, 396.

[77] *Ullrich* (Fn. 11), S. 313 ff.作者另認為公共安全包含國家的存續，不過這不在本文討論範圍，就此可參見 *Ullrich* (Fn. 11), S. 400 ff.

[78] 西田典之著，王昭武、劉明祥譯（註 43），頁 377。이재상/장영민/강동범, 형법각론, 10 판, 박영사 2017, 500-501 면.

[79] 黃榮堅，冰水有毒，月旦法學雜誌，65 期，頁 16-17（2000 年）。

[80] 林東茂，刑法綜覽，8 版，頁下篇 220-221（2016 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

意義了。此外，預備也違反構成要件明確性[81]而有違罪刑法定原則。

真正問題在於不法的時點。有指出：「處罰一個人，是因為，而且也必須是因為他實現利益侵害的不法意志。因此除非一個人製造失控的風險，否則就欠缺刑罰的正當性基礎」[82]。因此，所有的處罰都應以風險失控為界線，才具有正當性。如果不以風險失控為處罰正當化基礎，則依照我國實務見解對於集遊法第29 條及第 149 條之操作，只要行為人不遵守解散命令就成立犯罪。但是，行為人甚至沒有對於法益有任何侵害之可能性，或甚至也沒有侵害法益之故意。最後，預備犯的成立，仍然只是在維護國家的權威而已。不論侵害的法益如何重大，如果以刑罰對付沒有不法意志的人，是對於人格的歧視[83]。對行為人下解散命令，而行為人不解散即以預備犯處罰；這是在還沒有辦法確認行為人犯罪的意志，就加以處罰，是對於對於集會遊行強力的箝制及歧視。本文仍然認為即便是刑法第149 條、集遊法第 29 條預備犯的規定，都應於利益侵害失控，且行為有故意時，才能加以處罰。如此才符合明確性，也才具有刑罰正當性。

第二款　抽象危險犯的設計欠缺正當性

抽象危險犯也是刑法前置類型之一。文獻上認為妨害秩序罪的正當化基礎在於秩序的妨害，會造成國家安全的抽象危險[84]。抽象危險犯的設計，通常是為了避免犯罪行為破壞制度運作的利益，所以擬制特定行為有潛在的危險[85]。有認為抽象危險犯的正當性基礎在於避免舉證的困難。例如舉證預備殺人的故意很困難。所以在立法上對威脅生命安全的槍械，擬制對多數人造成威脅，不得反證推翻，才可以完整保護法益。而且，有些行為無法描述與實際侵害間的關係，抽象危險犯才能描述[86]。前述理由最大的問題在於，當舉證困難時就以抽象危險犯加以處罰，根本是透過法律，降低刑事訴訟法對於犯罪事實嚴格證明的舉證要求。而且，

[81] 黃榮堅（註 79），頁 16。
[82] 黃榮堅（註 79），頁 16；黃榮堅，刑罰的極限，頁 273（2000 年）。
[83] 黃榮堅，基礎刑法學（下），4 版，頁 479（2012 年）。
[84] 蔡墩銘（註 50），頁 685；陳樸生、洪福增（註 44），頁 164-165。
[85] 王皇玉，刑法總則，4 版，頁 165-167（2018 年）。
[86] 林東茂（註 80），頁上篇 65-66。

doi:10.6342/NTU201901943

抽象危險犯設計的選擇是十分恣意的，非常容易成為形塑特定價值觀或感覺的工具[87]。文獻也指出處罰抽象危險犯，是代表禁止實害發生機率很低，不是有更好的保護法益效果[88]。有認為如果同時會成立實害、抽象危險犯時，僅承擔實害犯的刑事責任，抽象危險犯的存在無法預防行為人犯罪的決策[89]。以法律經濟學的方法分析的角度，抽象危險犯的基礎，也就是「典型危險」，在風險極大化時，沒有對危險行為預防的效果[90]。至少，在典型危險極大的情形下，我們必須充新檢視抽象危險犯的正當性[91]。此外，針對前置處罰來完整保護法益的說法，以實害犯的執行效率作分析[92]，發現抽象危險犯的存在可能是為了填補司法執行欠缺效率的工具[93]。

最高法院認為危險犯立法是為了提前處罰，以預防犯罪，又認為「**風險社會裡，刑法已不再耐心等待社會出現損害之結果，而是著重行為非價之判斷，以刑罰制裁帶有社會風險之行為，使得刑法最後手段之規範邏輯被迫重新調整，不再僅以處罰實害結果及保護個人法益論斷危險行為**」[94]判決對於風險社會有所意識，但是同時認為最後手段性應該調整，其間邏輯令人費解。因為即便是在風險社會，也未必需要動用刑罰，更無所謂刑法沒有耐心的推論。法益適格性要以普遍有效性判斷，而刑罰具有處罰正當性的起點在著手（風險失控以及容許風險的判斷）。前述所有支持抽象危險犯的見解拋棄了法益適格性的判斷。同時，也放棄了刑事訴訟舉證責任，成為掩飾司法功能不彰的說詞。

---

87 王皇玉（註 85），頁 167-168。

88 盧映潔，論危險前行為的成立要件－以德國聯邦最高法院判決見解為說明，月旦法學雜誌，78 期，頁 121（2001 年）；單麗玟，抽象危險犯的必要性審查，月旦法學雜誌，238 期，頁 178-179（2015 年）。

89 張瀚中，論抽象危險犯典型危險矛盾~從法律經濟分析出發~，國立臺灣大學科技整合法律研究所，頁 1-2（2010 年）。

90 張瀚中（註 89），頁 30-36。

91 張瀚中（註 89），頁 39。

92 張瀚中（註 89），頁 39-40。作者是從實害犯的執行效率及危險犯抑制效果間，計算邊際效果。

93 張瀚中（註 89），頁 40-41、48。

94 最高法院 105 年度台上字第 3433 號刑事判決。其中關於刑法沒有耐心之說，顯然是抄襲我國學者翻譯德國學說的看法，參見林東茂，抽象危險犯的法律性質，收於：蔡墩銘、甘添貴編，刑法爭議問題研究，頁 180（1999 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

第三款　未遂責任追究之現實上困難？

另有認為抽象危險犯正當化理由，在於未遂責任追究的障礙。因為不確定法益侵害的實害範圍，現實上很難將個人法益侵害結果歸責給行為人。不過行為本身具有危險性，未發生實害純粹是偶然而已。行為人對於多數人有法益侵害的故意，為了完整評價不法意志，應該以抽象危險犯追究相當未遂罪的刑責[95]。

然而，此見解仍將訴訟無法證明事項當作刑法正當化的理由，欠缺依據。而且，我們在處理行為人對於實害範圍故意時，本來就不是行為人恣意想像就可以作為歸責的內容。而是要看行為人所想像的內容，是否具有規範上的意義。至於實害範圍不確定，所造成技術性無法評價，就是無法成功舉證證明。這樣就應該依照罪疑唯輕原則，認為行為人沒有其他部分的故意。所以，聚眾不解散罪都要回歸最終的標準，可處罰的時點就是不法。也就是行為人主觀上認知期當時行為會導致不法利益侵害的失控，則行為人行為具備故意，並且已經著手[96]。

第三節　集會遊行法第 29 條、刑法第 149 條、150 條的解釋論

本文所討論這 3 個條文都不具獨立的保護法益，而是可以回歸個人法益解決。同時，立法論上，本文認為預備犯、抽象危險犯無刑罰的正當性。

解釋論上，本文在現行法框架下，提出合理的限縮解釋方式，特別是透過社會心理學實證支撐處罰正當性。最後，針對解散命令所涉及刑事法的行政從屬性進行討論。應該注意的是，因為本罪涉及人民憲法第 11 條言論自由及第 14 條集會自由的保障，關於條文解釋不可以輕易地將眾人集會行為認為成立犯罪。否則，會違反透過集會達成促進變遷及共識的民主原則[97]。

第一項　抽象危險犯限縮解釋

第一款　抽象危險犯合理的處罰範圍

---

[95] 黃榮堅，論行為犯，收於：刑罰的極限，頁 223-227（2000 年）。
[96] 黃榮堅（註 83），頁 496。
[97] *Ostendorf* (Fn. 75), § 125 Rn. 2.

doi:10.6342/NTU201901943

本文討論刑法第149條及集遊法第29條都是抽象危險犯。妨害秩序罪章中，抽象危險犯的設計，是因為依一般經驗法則，特定行為對公共秩序有造成實害或具體危險的潛在可能性。只要行為人認知構成要件事實的行為，無須對於法益侵害結果有所認知，就具有抽象危險罪的故意。設計抽象危險犯的或然率，需要是統計上的高或然率，以及行為人個人難以認知或控管，而會判斷失準的高或然率。難以認知、控管或判斷失準可能性，是將特定行為模式類型化的正當化基礎。如果只有統計上高或然率，只要回歸個人法益犯罪處理就可以了，例如：殺人行為[98]。集會遊行的參與者通常都不是欠缺故意，就是有故意對於行為對安寧秩序的影響，極少有過度自信造成判斷失準的情形存在。集會遊行法刑事責任的相關條文欠缺抽象危險犯所欲規制的事實關係，而無獨立構成要件的正當化基礎。立法者政治性決定不能夠逾越刑法學預設的基本框架，所以從刑法基本原則欠缺正當性的犯罪，應容許限縮解釋[99]。

本文認為現行法下最佳處理方式，以個案事實中，行為的實質作用來判斷行為危險性。非容許風險輸出就是侵害他人的權利，只有他人自願承擔風險才是容許風險。但是，社會的實踐（廣泛性社會交往），可以用經驗法則或一般人的觀點來加以解釋。「如果超出社會交往風險範圍，則屬於非容許風險」[100]。如果行為時，欠缺實行行為本身具備的類型上危險（立法者所設定的經驗法則）[101]，以抽象危險犯實質解釋的觀點，排除構成要件該當性。單純行為符合構成要件就不足以成立犯罪，還必須與明確保護法益範圍相連接。因此，要在個案中檢驗的是否符合預設的經驗法則，行為對於法益侵害是否有類型危險。最高法院刑事庭會

98 周漾沂，2016 年刑事法實務見解發展回顧：食品安全、交通安全，與抽象危險犯，臺大法學論叢，46 卷特刊，頁 1472（2017 年）。
99 周漾沂（註 98），頁 1474 註 21。
100 周漾沂（註 98），頁 1477-1479。
101 謝煜偉，風險社會中的抽象危險犯與食安管制－「攙偽假冒罪」的限定解釋，月旦刑事法評論，1 期，頁 70-90（2016 年）；謝煜偉，交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略，月旦法學雜誌，210 期，頁 107-130（2012 年）；謝煜偉，論金融機構特別背信罪，臺大法學論叢，45 卷 4 期，頁 2059、2063（2016 年）；謝煜偉（註 63），頁 74（2014 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

議決議認為行為有立法者擬制之危險，法院不必實質判斷[102]。這是完全忽視法益侵害，處罰正當性的錯誤見解；相反地，最高法院判決正確認知到：「惟若行為時確定**排除法律預設之抽象危險存在**，亦即**確定無發生具體危險或實害之可能性時，因無危險即不具刑罰正當性，自不構成該抽象危險罪。**」[103]實值贊同。

舉例而言，甲喝醉酒，開一台小噗噗車在家裡玩耍，就不符合立法者預設醉態駕駛致人死傷的經驗法則。回歸到集會遊行法，立法者預設的經驗法則是會造成動亂的集會[104]。若要解散集會，必須該集會的行為已經符合即將失控（行為類型是強暴脅迫），會達到破壞公共安寧秩序的程度，才可以解散集會。而該安寧秩序必須與不特定多數人的個人法益相連結才可以正當化處罰。

第二款　未通知主管機關？

未通知主管機關，不能立即解散處罰。也就是說，不能以通知主管機關作為集會有法益侵害的表徵。德國學說上，不同見解認為報備義務未違反基本法的文義解釋，且非干預集會自由之核心。況且，現實上，多數集會的目的就是在影響公共意見的形成，國家機關遲早會知道集會發生。事先報備的集會有許多好處，例如：增強警方與集會的合作，國家可以提供足夠的警力，避免潛在暴力，減少衝突等[105]。因為沒有讓有關機關到現場降低危險的機會，未報備的集會本身就已經具有抽象危險，無須具備實質風險，已經具有可罰性。至於小型和非常和平的即會則可以透過目的性限縮解釋排除抽象危險[106]。

然而，大型集會組織鬆散反而有可能不易凝聚暴力的意識；相反地，小型集會可能因為較為團結，而容易形成暴力行為。其次，未通知主管機關也未必可以連結到法益侵害的抽象危險。通常情況下，警察都有例行的維安措施。而且，絕

---

102 最高法院 105 年度第 18 次刑事庭會議。

103 最高法院 105 年台上字第 142 號刑事判決裁判要旨（具參考價值裁判）。

104 從刑法第 149 條中可以看到端倪。立法理由：「原案受解散命令而不解散者，罪即成立，本案以彈厭群眾操之過急，反足釀成大變，且人數擁擠時，命令一下，雖欲即行解散，勢或不能，故擬外國立法例，增入三次以上句。」立法者擔心立即解散集會衍生更大暴亂，所以在一定情形下，還允許不要太快解散集會。

105 *Ullrich* (Fn. 11), S. 357 ff.

106 *Ullrich* (Fn. 11), S. 365 f.

doi:10.6342/NTU201901943

大多數集會本身也不會造成暴亂，而是在警察粗暴干預後才會衍生暴力[107]。臺灣實務見解有指出集會未經許可，但是沒有明顯而立即之危險，也有足夠的警力，尚在容忍範圍而無須處罰[108]。因此，不能以未通知主管機關（許可或報備等）作為抽象危險的判斷標準。應該將重點置於警察的防衛措施，而非放任警察對於集會為解散。只要集會者尚未著手於犯罪，即不容許警察對於集會解散。而且，我們不要忘了，警察常常才是造成暴動與交通阻塞之原因[109]，實際上大部分的集會原來是不會產生嚴重後果的[110]。

第二項　對於法益侵害重大

從法益侵害程度可以限縮法條的適用。有指出除了具體個案中要判斷破壞和平的暴力行為，只有危害出現已經快要達到具體行為時，才會排除集會自由的保障，並非只要有暴力行使跡象就可以禁止集會[111]。所以，不可以單純只依照條文有強暴脅迫的意圖就可以解散集會，也不可以因為未取得事前許可，或在禁制區內為集會遊行，就逕以違法為由解散集會。少數人所為輕微犯罪，因為個案中輕微的行為不符合立法經驗法則，不能解散或處罰整個集會。單一個人犯罪或是多數人只是無關緊要的「背景」（Kulisse）時，不成立犯罪[112]。

侵害他人財產應該要達到重大的程度，也就是必須價值大或是數量多，單一物品或低價值物品的損害，或是對高價值物品很小損害等輕微損害[113]，未達破

---

107 陳韻如、沈幼蓀、陳雅蓁，街頭抗爭的暴力邏輯，臺灣社會學刊，46 期，頁 195、198（2011 年）。

108 臺灣臺北地方法院 103 年度易字第 942 號刑事判決；臺灣高等法院 105 年度上易字第 1259 號刑事判決 五、（四）。

109 司法院釋字第 445 號解釋聲請人聲請書。

110 TIMOTHY ZICK, SPEECH OUT OF DOORS 254-55 (2008) 指出提到升高層級作戰反而造成更大的暴亂。Eric J. Hobsbawm，吳莉君譯，霍布斯邦看 21 世紀：全球化，民主與恐怖主義，頁 182-183（2008 年）指出警察將特地族群當作潛在暴動者，而進行搜查行動，反而造成更大的暴動，且惡化與居民間的關係。Eur. Court HR, Nurettin Aldemir and Others v. Turkey judgment of 18 December 2007, paragraph 45-46 指出國家干預使本來的和平集會，衍生為衝突。林志潔、陳圓元，逮捕、丟包與陳抗，臺灣法學雜誌，335 期，頁 21（2018 年）指出警察包圍群眾，反而讓人潮無法散去。

111 陳慈陽，司法院大法官會議有關「集會遊行法」相關規定合憲性問題行言詞辯論鑑定報告書，收於：「集會遊行法有否牴觸憲法」等釋憲案相關資料輯要，頁 321（1999 年）。

112 *Fischer* (Fn. 7), § 125 Rn. 8; *Schäfer* (Fn. 7), § 125 Rn. 18.

113 *Fischer* (Fn. 7), § 125a Rn. 8; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 7), § 125 Rn. 5, § 125a Rn. 14;

doi:10.6342/NTU201901943

壞公共秩序的程度。

另外，文獻指出短時間內無須國家權力介入，或是維安部隊、人員充足都不會破壞公共秩序 [114]。臺灣的實務見解也認為，優勢的警力短時間內快速地排除抗爭者不成立強制罪 [115]。此情形代表維繫公共秩序者如果可以快速排除侵擾，所以非立法者預設的類型化風險，不足以達到侵害公共秩序的程度。如果適用輕微原則（Geringfuegigkeitsprinzip），短暫、象徵的佔領，沒有實質的損害，不應成立犯罪 [116]。雖然已經為解散命令三次以上，但聚眾者最後已解散 [117]，或時間短暫 [118]，或者危害地方秩序的安寧程度輕微 [119]，都不成犯罪。

第三項　集會公開性

從集會公開與否，也就是影響程度大小，可以限縮法律的適用。因為集會無法任意參加，對公共秩序或第三人的影響較小 [120]，所以聚眾人數無法隨時增加 [121]，不成立犯罪。或是，只針對特定被害人，屬於私人間的鬥毆，未危及公共安寧秩序，也不成立犯罪 [122]。上述情形可以認為是危險性的表徵。也就是必須在人數

Schäfer (Fn. 7), § 125 Rn. 20, § 125a Rn. 32. 固然的德國刑法第 125a 條是破壞公共秩序罪的加重條款，但是本文認為從所有罪名都有輕微原則適用的情形，及連結抽象危險犯經驗法則等理由，都應該限縮在侵害重大財產才會成立犯罪。

114 *Ostendorf* (Fn. 75), § 125 Rn. 25. 臺灣臺北地方法院 103 年度易字第 942 號刑事判決；臺灣高等法院 105 年度上易字第 1259 號刑事判決 五、（四）也以大腸花論壇舉辦處，有部署警力論證未破壞秩序，沒有明顯而立即之危險。

115 臺灣苗栗地方法院 102 年度易字第 413 號刑事判決；臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 951 號刑事判決；臺灣高等法院 105 年度上訴字第 768 號刑事判決 四、（一）4.。

116 *Ullrich* (Fn. 11), S. 341 f.

117 司法院（76）廳刑一字第 1669 號，刑事法律問題研究彙編第 5 輯，頁 56。司法院第二廳研究意見認為因為解散而回復公共秩序，即便超過三次解散命令，也無處罰必要。

118 臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 1184 號刑事判決。

119 最高法院 20 年上字第 440 號刑事判例。

120 *Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 48), S. 18, 21, 178; *Hans D. Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 13. Aufl., 2014, Art. 8 Rn. 17; *Depenheuer* (Fn. 11), Art. 8 Rn. 133 f., 151 f.; *Ullrich* (Fn. 11), S. 392 ff. 德國法上是將公開性（Öffentlichkeit）當作集會遊行的定義。如果不具有任何人可得參加的公開性，也原則上不受到集會法的管制。

121 最高法院 22 年上字第 15 號刑事判例；最高法院 28 年上字第 2000 號刑事判例。

122 28 年上字第 3428 號判例從故意角度出發：「刑法第一百五十條既屬妨害秩序之一種犯罪，則在實施強暴脅迫之人，自須具有妨害秩序之故意，始與該條之罪質相符，**如實施強暴脅迫，僅係對於特定之某人或其家族為之，縱令此種行為足以影響於地方上之公共秩序，仍以缺乏主觀的犯意，不能論以上述罪名。**」; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 7), § 125 Rn. 11; *Schäfer* (Fn. 7), § 125 Rn. 19. *Ullrich* (Fn. 11), S. 313 f.則是將公共安全的內涵詮釋為影響公眾，與私人間鬥毆區別。

doi:10.6342/NTU201901943

可以隨時增加，或是針對公眾的暴力，才顯示集團暴力的集會無法控制。暴力極可能擴大蔓延，才符合立法者預設的公共秩序破壞的抽象危險。

第四項　支持並為暴力行為

行為人必須對於犯罪有助長，才能成立犯罪。即便在產生暴力行為的集會中，除非能證明是為了支持或強化集體暴力行為，否則消極逗留本身不會成立犯罪[123]，也不能認為是心理上的幫助行為[124]。上述情況都未達到立法者預設破壞公共安寧秩序的程度。相反地，如果參與者贊同暴力集會者的行為，並採取一致的行動，就成立犯罪。

第五項　對外施加源自集會的強暴行為

從歸責的角度可以限縮法律的適用。當集會強暴行為的對象是針對集會內部成員，或是當外部第三人支持或反對集會所為的強暴行為，都不能算是施加強暴破壞秩序的行為。也就是說必須源自群眾（aus der Menschenmenge），並對外為強暴行為[125]。源自群眾的要件是德國刑法第 125 條的明文規定。與相似臺灣刑法第 150 條比較，因為集會針對內部人的行為，無法引發集會以外之人法益被侵害的可能；而外部第三人支持或反對的行為都不能歸責集會本身。所以，從法益侵害路徑及歸責角度，都應該在解釋時納入這個要件。至於該第三人是個人或組成另一個集會的暴力行為，則應該另外處理，而非歸責給原來的集會。例如愛國同心會毆打支持法輪功者的集會，應該追究愛國同心會，而非解散或處罰支持法輪功的集會。

第六項　不安全感與實質利益侵害連結

如果堅持以生命、身體及財產的不安感作為保護法益，就必須探究在社會脈

123 *Fischer* (Fn. 7), § 125 Rn. 13 f., 18；*Ostendorf* (Fn. 75), § 125 Rn. 22; *von Schlieffen* (Fn. 48), § 125 Rn. 10; *Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 48), S. 139; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 7), § 125 Rn. 14; *Schäfer* (Fn. 7), § 125 Rn. 30 ff.

124 *Christian Fahl*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 125 Rn. 7.

125 *Fischer* (Fn. 7), § 125 Rn. 7; *von Schlieffen* (Fn. 48), § 125 Rn. 5; *Ostendorf* (Fn. 75), § 125 Rn. 13; *Fahl* (Fn. 124), § 125 Rn. 4; *Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 48), S. 138; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 7), § 125 Rn. 10; *Schäfer* (Fn. 7), § 125 Rn. 15.

doi:10.6342/NTU201901943

絡下，是否有些資訊的散播，會迅速地造成恐懼感轉為實害。進而導致社會陷入失序狀態。社會心理學的觀點認為人對於現實的詮釋有所反應，而非客觀的現實[126]。學者對於刑法煽惑的闡釋，認為應該要在社會整體環境下，讓他人相信會有違反規範的行為產生，才可以說安全性認知受到影響[127]。在集會遊行情形，也需要結合社會語境，判斷集會是否會造成秩序崩潰的危險或實害。此時必須審慎檢視個案中，是否有實質利益侵害[128]。所稱實質利益侵害，必須要使人民行使基本權利的條件被破壞或是威脅他人的法益，例如因為集會產生許多暴力犯罪，或是集會本身處在火藥庫等危險地區，會威脅他人生命、身體等。

或有認為上述關於抽象危險犯的限縮，會造成未遂犯與抽象危險犯實質上相同，產生競合的問題。將刑罰限縮在具有正當性的範圍，固然可能癱瘓部分實證法條文，但是如此解釋才屬於合憲性解釋。這樣刑法條文解釋才不會違反憲法，有其正當性。未遂犯與抽象危險犯產生的競合問題，是刑罰具有正當性必然的附帶結果。

第七項　舉牌三次的解散命令

舉牌三次的要件，除程序必須要讓所有人都能看見外，不能只在一處舉牌。此外，警察適當舉牌後只代表警察有踐行告知義務，也就是程序合法而已，只具有正當法律程序的意義[129]，不代表集會就立刻不受到集會自由的保障。仍應該要視具體個案中，是否已經為不法行為，才能決定集會是否能禁止，以及受到刑法處罰。

應該注意的是，在合法解散後，人民仍然享有集會自由。德國聯邦憲法法院

---

[126] Lee Ross & Donna Shestowsky, *Contemporary Psychologys Challenges to Legal Theory and Practice*, 97 Nw. U. L. Rev. 1081, 1088 (2002).

[127] 周漾沂（註 60），頁 373-381。

[128] 謝煜偉（註 63），頁 73-74 指出煽惑罪中，有關公眾安全感受侵害，必須從生命身體等實質利益的危害程度作為判斷依據。

[129] 李寧修（註 27），頁 145（2015 年）。
대법원 2015.12.10,2014 도 13641 大韓民國大法院亦認為程序應嚴格解釋，警察需踐行告知義務。

doi:10.6342/NTU201901943

雖認為在合法解散集會後，就不受到集會自由之保障[130]。不過，文獻上認為法院只是要強調要以合法的解散命令限制集會自由，而非要排除基本權的保障。也就是說，合法解散是正當化事由的討論，而非自始排除基本權之保障[131]。

另外，犯罪的成立，在通說脈絡下，在構成要件該當後，仍必須檢驗阻卻不法事由。就此，集會自由仍有可能作為阻卻不法事由，不能一概認為合法解散的集會就不受集會自由的保障。否則，任何符合得解散事由的集會，都會立刻喪失基本權的保障，這將會引起國家恣意剝奪基本權的危險。

第八項　首謀的解釋

傳統學說及多數實務認為首謀是首先策畫聚眾者，居於指揮領導地位，不必親自參與[132]。首先倡議策畫者無論事前計劃，或是臨時起意都是首謀[133]。不過，現代集會遊行未必有主辦者，有些是因為網路上串聯所舉辦，未必能對於首謀處罰。在實務上，警察機關浮濫執法認定首謀，甚至是在看報紙才知道林佳範教授上台演講，而將其以首謀移送[134]。現代行集會多透過網路號召形成[135]，多半已經無傳統上所謂的「首謀」。國家如果仍然以傳統心態面對，恐怕無法解決這些問題。

有文獻已經將法律的解釋及正當性基礎與社會心理學結合，指出處罰聚眾的規定目的在於避免團體動力（影響）促成無法控制，跟隨眾人所生暴力的行為[136]；集會的發起人對於集會有維持和平性，避免暴力行為滋長的義務[137]。增加聚眾

---

130 BVerfGE 73, 206 (250); BVerfGE 104, 92 (106).

131 *Ullrich* (Fn. 11), S. 248, 344 f.

132 褚劍鴻，刑法分則釋論，頁 232（2000 年）；最高法院 96 年度台上字第 1436 號刑事判決要旨（一）。

133 褚劍鴻（註 132），頁 187-188。研究者就集會遊行歷史有詳盡蒐集，首謀有更多區分，惟本文不欲就法制史研究，僅簡單帶過，詳細可參見劉人豪，集會無理？遊行有罪！－集會遊行管制的歷史形塑與法律實踐，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 149-159（2012 年）。

134 黃國昌，關於集會遊行法之修正－法律專業團體版的緣由，全國律師，12 卷 12 期，頁 67-86（2008 年）。

135 僅例示臺灣高等法院 107 年度上易字第 1393 號刑事判決 三、（四）；（五）。

136 *von Schlieffen* (Fn. 48), § 125 Rn. 6f. Vgl. *Schäfer* (Fn. 7), § 125 Rn. 14 質疑現代科技進步，可以遠距離聯絡，用群眾心理學角度解釋有疑義。

137 *Depenheuer* (Fn. 11), Art. 8 Rn. 82 f., 93.

doi:10.6342/NTU201901943

而施加暴力的風險，同時隱藏在眾人之下受匿名保護的情形，應該歸責給指揮者（Anführern）及引發暴力者（ausbrechenden Aktiviste）[138]。常見對於集會活動的質疑在於，如果許多人聚集，依照團體極化、團體動力論，可能造成集體的暴徒化，採取攻擊的冒險行為[139]。但是，團體極化理論（group polarization）認為，可能趨向兩個極端，過於保守或過於激進[140]。因此實際上有可能是聚集群眾，但是決策趨向保守。此外，集會是否就會造成暴徒化，可能只是對於風險的臆測，然而此種不安全感很難認為是適格的法益。

其中心理機制詳細情形，及正當基礎為何，需要進一步說明。所以，本文嘗試從心理學角度，勾勒出對於群眾具有實質支配性者始能成立首謀。

第一款　服從權威的心理機制

第一目　服從權威的意義

談到多數人的犯罪，本文認為應該從心理學服從權威的概念[141]開始著手。人有找尋正確答案以及希望被接受的需求，因而會順從（conformity）[142]。這裡所指的順從對象，廣泛包含所有社會影響（social influence）。人順從以避免被排擠，或是不想吸引目光。服從權威是生物演化的先決條件，因為用道德等抑制自主的個體的衝動，才能協調組群體，讓群體生存[143]；但是，在階序組織中，抑制機制在於不能與領導者目的衝突，上下階序的服從，逐層而上，貫穿整個系統[144]。

實驗發現，即便答案顯然錯誤，而且都是陌生人，受試者仍然會順從多數人

138 *Ostendorf* (Fn. 75), § 125 Rn. 12 f., 21.
139 林漢堂，聚眾活動防處之重要情境因素及其對策探討，警學叢刊，40 卷，5 期，頁 176（2010 年）。
140 Robert A. Baron、Donn Byrne Nyla R. Branscombe 著，梁家瑜譯，社會心理學，頁 459-461（2009 年）；梁庚辰等（蘇珍頤執筆），心理學：身體心靈與文化的整合，頁 463（2018 年）。
141 一般性論述參見 ELLIOT D ARONSON, ROBIN M. AKERT & TIMOTHY D. WILSON, SOCIAL PSYCHOLOGY 224-32 (8th ed. 2013).
142 *Id*, at 200-05.
143 Stanley Milgram 著，黃煜文譯，服從權威：有多少罪惡，假服從之名而行？，頁 218-220（2015 年）。
144 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 227。

doi:10.6342/NTU201901943

的行動，選擇錯誤的答案，避免顯得愚蠢。尤其在情況緊急或不明確，以及有權威存在時，更容易服從[145]。當實驗者的權威以及不明確情境存在時，受試者會為了獲取資訊，及避免實驗者失望或生氣，進而服從權威[146]。服從權威是社會共同生活的要素，此心理機制是佔優勢的行為傾向，凌駕於倫理、同情、道德等之上[147]。服從權威是加入權威系統後，把自己視為執行他人期望的工具，認為無須為自己的行為負責（代理人心態）[148]。人服從權威的對象可以是表象，未必是真實的，只要權威宣稱自己是權威就能產生效果[149]。下就服從權威重要的電擊實驗及監獄實驗介紹，並探討服從權威的因素及法律上的意義。

第二目　電擊實驗

服從權威研究的起源就是電擊實驗。此實驗的目的在探討人面對內心的道德誡命，何時以及會如何反抗權威[150]。實驗證實了正當性權威是行為的關鍵，人與權威的關係重要性大於道德誡命。也就是說社會結構具有關鍵的影響力[151]。實驗的重點是探討人每天慣常服從權威所造成的破壞[152]。實驗設計透過測試者（權威）下達違背一般人良知的電擊命令（越來越殘酷的處罰）。並藉由受試者執行電擊，測試受試者對於權威反抗的程度。

實驗的環境，沒有軍隊的強制權限，也沒有戰時的緊急情況[153]。這顯示了服從傾向的力量，**實驗者既沒有強制受試者的權限，受試者也不會因為拒絕而受到任何處罰，但大多數人都選擇服從權威的命令**[154]。即便受試者在服從並操縱高伏特電擊時表現出極度的焦慮，流汗、顫抖及緊張的笑，仍然持續按下 450 伏

---

145 ARONSON, AKERT & WILSON, *supra* note 141, at 207-09.
146 ARONSON, AKERT & WILSON, *supra* note 141, at 226-27.
147 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 34。
148 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 25、232-233。
149 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 242-243。
150 Stanley Milgram, *The compulsion to do evil*, 1 Patterns Prejudice 3, 4 (1967); Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 38。
151 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 298。
152 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 302。
153 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 38-39。
154 S. Milgram, *Behavioral Study of Obedience*, 67 J. ABNORM. PSYCHOL. 371, 377-78 (1963).

doi:10.6342/NTU201901943

特的最高電擊上限[155]。緊張的感受代表人還未完全進入代理人心態[156]。但是，許多影響力強大的體制，使其成員完全身陷在權威系統角色之中[157]。代理人心態使自己的責任感喪失，由權威取代自己做決定[158]。道德感的焦點則轉為適當執行權威所交付的任務[159]。服從者將自己當成外在於權威的人，並認為只是奉命行事[160]；這不只是薄弱的辯詞而已，而是所有處於從屬結構中的人都有的說法[161]。人們認為 Eichmann 是邪惡的化身，但是從鑑定的結果來看，他甚至比一般人都還要正常[162]。Milgram 電擊實驗中，看到數百名普通人屈服於權威，所以 Milgram 認為 Hannah Arendt 所提出平庸的邪惡（banality of evil）之概念，極為貼近事實[163]。一般人執行自己工作，心中即便未懷抱惡意，沒有攻擊傾向，甚至對於行為會造成毀滅十分了解，仍會成為為摧毀過程的幫兇[164]。這與是否處於壓力情境沒有太大關連[165]。只要讓受試者與受電擊者間拉開心理距離[166]，就可以降低緊張感。因為人們認為自己不是實際從事行動者，且具正當性權威背書[167]，所以使科層組織造成嚴重後果。在組織中，因為多數人都未直接參與行動，所以未產生過多焦慮感。有文獻質疑願意參加實驗者的性格通常傾向權威性格，較容易有虐待的行為，所以才會得出實驗的結果，如果是一般人就未必如此[168]。

---

155 *Id*, at 376.
156 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 268。
157 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 268。
158 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 42-43；Erich Fromm 著，劉宗為譯，逃避自由：透視現代人最深的孤獨與恐懼，頁 180-181、265-266、285-289（2015 年）。
159 Milgram, *supra* note 150, at 6；Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 252-254、252。
160 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 42-43、46-47。
161 Milgram, *supra* note 150, at 6.
162 Hannah Arendt 著，施奕如譯，平凡的邪惡：艾希曼耶路撒冷大審紀實，頁 40（2013 年）。
163 Milgram, *supra* note 150, at 5; Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 40。
164 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 41、284-285。同書頁 286 指出實驗的證據顯示，當試驗設計為受試者可以自由選擇強度時，幾乎所有受試者都選擇對低的電擊強度。如果真有毀滅傾向，應該要選擇更高強度才合理。此外，其他心理學家的實驗也顯示，激怒受試者對於採取電擊強度差異不大。
165 Milgram, *supra* note 150, at 5.
166 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 271 舉例如砲擊殺 1 萬人的心理壓力會比用石塊殺 1 人心理壓力小。軍艦岸轟和飛機轟炸，執行者幾乎不會產生心理的緊張與意志
167 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 215-216、270-271。
168 T. Carnahan & S. McFarland, *Revisiting the Stanford Prison Experiment: Could participant self-selection have led to the cruelty?*, 33 PERS. SOC. PSYCHOL. BULL. 603, 603-14 (2007).

doi:10.6342/NTU201901943

但是研究指出，自願參加實驗的人也比非自願者更不服從權威[169]，所以上述質疑並不成立。實驗也排除環境的影響因素，從令人敬畏耶魯大學研究室移至一個簡陋、不知名的的商業大樓，也沒有實質減少服從[170]。命令內容本身不是重點[171]，而是主宰系統的權威本身；如果變成一般人下命令，而非源自權威的命令，服從就會降到 3 分之 1[172]。另外，當離被害人空間距離越近時，越可能產生不服從[173]。

近年許多實驗結果顯示服從的比例與 Milgram 實驗沒有顯著差異[174]，**甚至擁有服從權威實驗相關的知識，也會在具體情境下選擇服從**[175]。大多數人都傾向極度低估服從的比例[176]。Burger 在 2006 年的實驗改善了 Milgram 實驗的相關倫理以及設計的問題[177]。實驗設計**更利於受試者反抗權威**[178]**，甚至設計反對者，但是多數人仍然選擇服從**[179]。Burger 從實驗結果認為這是情境的力量驅使人服從，凌駕於個人差異，**性別、教育、年齡、族群都未對實驗結果有所影響**[180]。我們必須反思個人主義式心理觀的問題，也就是將偏差、毀滅歸咎於特定人的缺陷，而忽略情境和社會所帶來的影響[181]。

第三目　史丹福監獄實驗（SPE）

---

169 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 291。

170 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 129-134。堅持到最高強度電擊者，商業大樓的比例是 48%，耶魯則是 65%。見頁 133-134。

171 實驗設計受害者為下達電擊要求者，而權威則是禁止電擊者。

172 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 171-179、190-191。

173 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 79-94。

174 Thomas Blass, *Obedience to authority: Current perspectives on the Milgram paradigm*, *in* OBEDIENCE TO AUTHORITY: CURRENT PERSPECTIVES ON THE MILGRAM PARADIGM 50-51 (Thomas Blass ed., 2000); Jerry M. Burger, *Replicating Milgram*, 64 AM. PSYCHOL. 1, 8 (2009). 此外，甚至還有更高達 85%的實驗存在。參見 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 292。

175 Blass, *supra* note 174, at 52-53.

176 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 74-77；Blass, *supra* note 174, at 44-47.

177 為了改良 Milgram 實驗的相關問題，Burger 將實驗電擊的最高上限設在 150 伏特，也至少告知受試者 3 次，可以隨時退出實驗，而且仍然可以獲得報酬。另外，透過審慎的評估，排除可能因為造成負面影響的受試者；在實驗結束立即告知受試者其實演員沒有遭受電擊，並當面讓他們確認。實驗者同時也是臨床心理師，在實驗後立即確認受試者沒有負面的心理影響。詳細說明參見 Burger, *supra* note 174, at 1, 2, 6.

178 實驗者不斷告知告知受試者 3 次，可以隨時退出實驗，而且仍然可以獲得報酬；受試者也可以看到同儕受到實驗者同樣的保證。

179 Burger, *supra* note 174, at 9-10.

180 Burger, *supra* note 174, at 10.

181 P. Zimbardo, C. Maslach & C. Haney, *Reflections on the Stanford Prison Experiment: Genesis, transformations, consequences*, *in* OBEDIENCE TO AUTHORITY: CURRENT PERSPECTIVES ON THE MILGRAM PARADIGM 229-30 (Thomas Blass ed., 2000).

doi:10.6342/NTU201901943

SPE也是服從權威的重要實驗之一。相較Milgram探討個人服從權威，SPE實驗較著重組織內的所造成的服從社會情境[182]。該研究的作者認為與前述電擊實驗室互補的，Milgram電擊實驗室權威直接施加權力；監獄實驗則是系統權力所生的情境，對所有對象間接施加權力[183]。SPE研究的目的在探討情境的力量，對人類行為的影響。實驗設計模擬監獄的情境，測試原本是所謂「正常人」，如何在監獄情境因素的影響下，變成殘酷的獄卒。而且，這個轉變主要是受到情境影響，而非受試者的個人特質。這個從好轉壞的過程，又被稱為路西法效應（Lucifer effect）。

情境的力量十分強大，好人光有善意是不夠的，好人會在情境的引導下做出毀滅性的行為[184]。系統可能包含歷史、政治、經濟的基礎。系統推動情境，創造行為的脈絡。每一個系統創造自己的文化，許多系統加起來就是社會文化[185]。情境的因素中，規則是一個關鍵。規則（rules）是正式、簡化的方式控制複雜的行為。規則以外顯的規定（regulations），劃分可以得到獎賞或懲罰的行為。隨時間經過，即便規則已經與一開始不相關、模糊或被執法者改變，規則也擁有自己的生命以及合法的權威。實驗中，規則成為正當化傷害行為的託辭[186]。制度性的環境期待人有一致性的集體反應，避免不可預期的行為[187]。情境力量可能是直接刺激做出壞事，也可能是創造出「自由」，讓成員不受到社會規範的約束[188]。系統提供制度性支持，權威則允許人從事違反法律、道德規範的行為[189]。外於系統的旁觀者都接受權威創造的情境，看不清真相，消極地不出手[190]。從實例中，我們

---

182 C. Haney & P. Zimbardo, *The Past and Future of U.S. Prison Policy. Twenty-Five Years After the Stanford Prison Experiment*, 53 AM. PSYCHOL. 709, 710-12 (1998).

183 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 20。

184 Zimbardo, Maslach & Haney, *supra* note 181, at 204-11.

185 Philip Zimbardo 著，孫佩妏、陳雅馨譯，路西法效應：好人是如何變成惡魔的，頁 237（2008 年）。

186 PHILIP ZIMBARDO, THE LUCIFER EFFECT: UNDERSTANDING HOW GOOD PEOPLE TURN EVIL 212 (2007). 此處因為翻譯比較不好理解，所以參酌原文重為翻譯。

187 Philip Zimbardo 著，孫佩妏、陳雅馨譯（註 185），頁 293。

188 Philip Zimbardo 著，孫佩妏、陳雅馨譯（註 185），頁 424。

189 Philip Zimbardo 著，孫佩妏、陳雅馨譯（註 185），頁 296-297。

190 Philip Zimbardo 著，孫佩妏、陳雅馨譯（註 185），頁 308。此外實驗也指出，一個人時間是否充裕，會影響到救人的決定，更顯示針對旁觀者的不作為，應該審視情境因素，而不是單純用

doi:10.6342/NTU201901943

也可以知道，揭發惡行的成員，會受到許多報復，無論是名譽、職位，甚至是生命[191]。

第四目　其他實驗的應用

其他實驗也與服從權威的心理機制有關。研究證實對於規範的服從確實存在，即便**沒有明確的正當化基礎**，受試者也有選擇的空間，而且**沒有經濟誘因**，60%的受試者仍然服從於規範[192]。有許多心理學文獻都會提及，發生無數次的速食店服從案例。許多人服從於陌生、匿名權威，對於自己的店員拘禁、搜身，甚至是搜索極度隱私的部位，並做出許多不堪的行為[193]。或是教師Ron Jones模仿教條、極權體制，而輕易地將學生變成類似納粹的青年軍的教學實驗[194]。關於醫生與護理師的實驗也發現，即便違反許多規定，例如過量的藥劑等，護理師絕大多數仍然會服從權威（即便知道有害）[195]。真實的監獄研究結果也支持Zimbardo的結論，會造成後果的不是監獄人員本身的特質，而是監獄的權威情境所致[196]。在公司中，領導者對於公司文化的形塑有關鍵的地位。如果老闆要求對職者種族歧視（通常是潛在歧視），即便有學習過心理學相關知識，多數人仍會遵從[197]。

第五目　服從權威的因素

歸納實驗的結果，以下是造成服從權威的因素。首先，**匿名**降低個人責任歸屬，使反社會行較容易出現。如果情境允許衝動、服從等會加強反社會行為。研

漠不關心、冷血等理由一筆帶過。參見頁 387-389（2008 年）。

[191] Philip Zimbardo 著，孫佩妏、陳雅馨譯（註 185），頁 539-543。

[192] Alexandros Karakostasa & Daniel John Zizzo, *Compliance and The Power of Authority*, 124 J. ECON. BEHAV. ORGAN. 67, 67-80 (2016).

[193] Philip Zimbardo 著，孫佩妏、陳雅馨譯（註 185），頁 346-348。快餐店霸凌事件（Compliance）將這些社會事件作為電影內容。

[194] Philip Zimbardo 著，孫佩妏、陳雅馨譯（註 185），頁 349-351。惡魔教室（Die Welle）將此作為電影題材。

[195] Hofling CK, Brotzman E, Dalrymple S, Graves N, Pierce CM, *An experimental study in nurse-physician relationships*, 143 J NERV MENT DIS. 171, 171-80 (1966).

[196] S.H. Lovibond, Mithiran & W.G. Adams, *The Effects of Three Experimental Prison Environments on the Behaviour of Non-Convict Voluneteer Subjects*, 14 AUST PSYCHOL. 285, 285-87 (1979).

[197] Michael D. Guttentag, Christine L. Porath, & Samuel N. Fraidin, *Brandeis' Policeman: Results from a Laboratory Experiment on How to Prevent Corporate Fraud*, 5(2) J. EMPIRICAL LEGAL STUD. 239, 249 (2008); Arthur P. Brief, Joerg Dietz, Robin Reizenstein, Cohen S. Douglas Pugh & Joel B. Vaslow, *Just Doing Business: Modern Racism and Obedience to Authority as Explanations for Employment Discrimination*, 81(1) ORGAN. BEHAV. HUM. DECIS. PROCESS 72, 72–97 (2000). 同文頁 79 提到參與者都具有心理學知識。

doi:10.6342/NTU201901943

究顯示，去個人化助長了暴力、破壞、偷竊等行為[198]。實驗證實透過匿名，再加上去人性化的描述，可以提升受試者所為的電擊強度及時間[199]。再者，人需要被**社會認可**，所以行為要符合社會期待。這導致人會服從陌生人所說的正確行為，即使行為不合乎常理[200]。渴望被接納的歸屬感等社會生活的基本需求，在SPE實驗中卻變成服從不正當規範，進而造成虐待囚犯。另外，道德和行為不一致的認知失調，可能會合理化自己的行為，以暴力對待同儕[201]。社會情境的作用超乎一般人的預期[202]。透過實驗，發現系統、情境行為環環相扣。多數人常常因為從眾之意願，希望被群體接受，或過度追隨主流價值，而願意暫時放棄自己過去的善惡價值判斷。揚棄自己對不義行為之懷疑，最終導致惡行出現。個人的良知或良心會因為集體面具的掩飾而被抑制，能更大膽地犯下平時不敢觸擊的罪刑與屠殺。接著，社會環境如果提供**說服人的意識型態**，就可以提供權威為控制的正當性。同時，意識形態也是取得自願服從的要素[203]。高舉意識形態[204]的大旗，內化為個人生活基本準則，其中可能包含許多將他人去人性化之口號[205]，使人毫無懷疑地聽從權威並執行指令。藉由加入權威系統的自願性，可以創造出義務感與承諾。進而，使自願者服從有內化的基礎，而非外在的來源[206]。因此，權威的權力是源自於被控制者的同意[207]。情境對人產生的義務，如同其他不成文的社交禮儀。不服從者會打破某社會原先秩序，而被認為是逾越道德，或產生衝突[208]。固然，參與者會有許多小手段避免自己的壓力與緊張[209]。但是，降低衝突到最低程度，目

198 Philip Zimbardo 著，孫佩姣、陳雅馨譯（註 185），頁 287。
199 Philip Zimbardo 著，孫佩姣、陳雅馨譯（註 185），頁 369-371、378-381。
200 Philip Zimbardo 著，孫佩姣、陳雅馨譯（註 185），頁 289。
201 Philip Zimbardo 著，孫佩姣、陳雅馨譯（註 185），頁 302、329。
202 Philip Zimbardo 著，孫佩姣、陳雅馨譯（註 185），頁 278。
203 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 246-248。
204 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 241-248。
205 Philip Zimbardo 著，孫佩姣、陳雅馨譯（註 185），頁 378。在臺灣的歷史中，我們也可以看到國民黨政府在極權統治時期，將許多政治異己塑造成暴徒、匪諜等形象，也是一種意識形態的灌輸，以利屠殺的行動。
206 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 244-245、300。
207 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 248、252。另外，人會傾向接受具正當性權威提供行動的定義，雖然自己才是行動者，但是，人允許權威定義自己行動的意義。
208 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 259-262、279-281。
209 例如謊報電擊強度、異議等。

doi:10.6342/NTU201901943

的是為了維持與權威關係之間的原狀[210]。最後，與權威接近、同儕接近、受害者接近的**時空距離**等，也會影響是否服從指令[211]。灌輸優越種族、道德觀、階級等意識形態或隔開時空距離等方式，可以降低自己下手傷害受害者的心理門檻[212]。

第六目　服從權威的法律評價

引介心理學研究後，有必要將其結果與現行法律制度做結合。現行法律制度過度強調個人的自由意志，將人簡化成善惡。但是，忽略社會情境的因素也會造成人行為的改變，這樣是不正確的[213]。監獄制度的失敗，也顯示原先關注的重點，根本無法抵抗環境壓力的問題，無助於改善刑事司法體系[214]。因此，我們應該對於屈服於社會情境因素的犯罪人更加寬容[215]。要澄清的是，SPE研究並不是要作為找藉口的心理學，而是要提醒司法實務必須注意以往被忽略的，卻很重要的情境因素[216]。Abu Ghraib虐囚事件的後續判決顯示，判決忽略了情境因素，只將親手實行或怠忽職守的人處以重刑。但是，在其他類似或更嚴重的罪刑，卻沒有與本案被告相同的重刑[217]。Zimbardo在「讓系統接受審判」一章中詳述虐囚事件、越戰屠殺、美國反恐戰爭、允許刑求等議題中，**應用SPE的理論，認為究責的對象應該著重在利用系統，創造出情境的領導人。**領導人利用鬆綁法規，御用律師、學者等曲解法律，創造意識形態，導致各種違反人權的行徑，**應該將高層當作追訴的主要對象**[218]。關於聚眾破壞公共秩序問題，法律的文獻也有指出依照群眾心理學，應該對於發生從眾效應者減輕刑罰，犯罪主要歸責給指揮者及引發暴力者

---

[210] Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 279。

[211] Dave Grossman 著，霍大譯，論殺戮：什麼是殺人行為的本質？，頁 176-193（2016 年）；Saul Kassin、Steven Fein、Hazel Rose Markus 著，洪光遠、程淑華、王郁茗譯，社會心理學，頁 346-349（2017 年）。

[212] Dave Grossman 著，霍大譯（註 211），頁 194-210、226-235。

[213] Ross & Shestowsky, *supra* note 126, at 1092-99 ,1101-06.

[214] *Id*, at 1100, 1112-13.

[215] *Id*, at 1101.

[216] Philip Zimbardo 著，孫佩妏、陳雅馨譯（註 185），頁 443。

[217] 例如屠村、強暴等。參見 Philip Zimbardo 著，孫佩妏、陳雅馨譯（註 185），頁 444-446。

[218] Philip Zimbardo 著，孫佩妏、陳雅馨譯（註 185），頁 451-514。Jerry M. Burger, *Situational Features in Milgram's Experiment That Kept His Participants Shocking*, 70(3) J. SOC. ISSUES 489, 499 (2014) 也指出應該要追究個人責任，讓責任無法在階層結構中被任意卸責。Burger 進而贊同 Sarbanes-Oxley Act 所課予高階企業負責人的相關法律責任。

doi:10.6342/NTU201901943

219

我們從前述心理學的實驗可以反思，我們法律思維確實過度強調個人責任，而忽略整個系統、文化、大環境對於人的影響。團體及集體的脈絡中，更應該處理領導者與文化的形塑，意識形態的灌輸，或是透過多人集團所造成的卸責心理。我們應該將上述心理機制納入刑事責任的考量。因此，本文認為應該重新導向，將追訴的對象轉向有影響整體群眾的領導者，才符合實證研究及法律的目的。

第二款　對於首謀限縮解釋的影響

藉由上述心理學的介紹，可以為首謀解釋與處罰提供正當性基礎。必須要有相當影響力的主導地位才會成立首謀[220]。文獻認為即便籌備者、指揮者不在場，也可以成立聚眾破壞秩序罪，例如提供進行暴力行為計畫的幕後者[221]。不過，權威需要在社會情境下居於特定位置，且重點在於階序地位[222]。Milgram 實驗發現權威與受試者的空間關係會影響服從的程度，權威是否出現在面前至關重要[223]。因此，對於首謀的解釋，至少應該要求有出現在當場，**而不包含只有參與規劃，而沒有實際參與集會或行動者**。

又關於司法院釋字第 718 號解釋理由書第 2 段提及沒有發起人或負責人之偶發性集會（Spontanversammlung）。文獻上指出此種集會遊行沒有計畫，也沒有發起人，與群體的社會心理學機制無關，且與意見形成的集會之文義不符，自始不應該適用集會的概念[224]。就此，沒有發起人的聚集，既然沒有社會心理學服從權威的機制，也就沒有爆發大規模暴動的典型危險，應該排除本罪的適用。

另外，服從權威重要的因素，就是降低個人責任感的匿名狀態。法律文獻有

---

219 *Ostendorf* (Fn. 75), § 125 Rn. 12.

220 臺灣臺北地方法院 104 年度易字第 929 號刑事判決 甲、五、(三) 1；臺灣高等法院 105 年度上易字第 24 號刑事判決 六、(一)；最高法院 96 年度台上字第 1436 號刑事判決要旨（一）。

221 BGHSt 32, 165 (178 f.); BVerfG NJW 1991, 91 (94 f.); *Fischer* (Fn. 7), § 125 Rn. 12; *von Schlieffen* (Fn. 48), § 125 Rn. 7; *Sternberg-Lieben/Schittenhelm* (Fn. 7), § 125 Rn. 13 f.

222 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 171-179、201、241。

223 Stanley Milgram 著，黃煜文譯（註 143），頁 119-121。

224 *Jörn Ipsen*, Staatsrecht II, 16. Aufl., 2013, Rn. 566.

doi:10.6342/NTU201901943

指出處於暴力風險攀升人群中的匿名保護，是刑罰前置的正當化基礎[225]。因為集會失控風險主要是有權威的指揮者所生，所以追訴對象，應該促成匿名保護的權威，也就是主辦者為主。本文認為這個以心理學實證為基礎的看法比較能夠支撐正當性不足的本罪。

集會要求和平的正當性基礎，可能在於避免集體攻擊學習，這涉及服從權威的心理機制。攻擊的行為可能透過社會、文化、他人學習得來，並進而組成攻擊的腳本，在情境中依循習得的腳本引發攻擊行為[226]。如果在情境中有人表現攻擊的反應也會傳染給其他人[227]。除了受害者外，看到攻擊行為者也會學習攻擊的反應[228]。此外，人可能基於與社會整合的獎酬因素，不只是消極遵從，還可能積極從眾，甚至改變自己原本的信念和行為。根據這個發現，學者推論暴力也可能被滿足人從眾的需求，進而內化成人的信念與行為[229]。攻擊行為的傳染是情境因素、知覺攻擊和從眾的交互作用[230]。甚至，攻擊行為的傳染是橫跨影響各種類型的暴力，例如團體間衝突、家庭暴力等。因此，當集會的舉辦者是支持或促進暴力的話，容易造成攻擊行為的學習與服從。此時，才可以將舉辦者認定為首謀。

我們從實驗結果，能夠想像到的案例，可能會是一個具有高度影響力的領導者，使其他參與集會的個人隱匿入團體之中，失去自我、責任感分散、分工細緻、具某種意識型態之集會。其實，服從權威實驗的初衷，其實是針對大型團體，或者更明確的說，是針對國家。因此，在集會遊行中，要因為匿名化或者從眾、服從權威等因素而造成實害者，實務上可能大部分的案件都會來自以暴力驅散人民

---

225 *Ostendorf* (Fn. 75), § 125 Rn. 13f.

226 Saul Kassin、Steven Fein、Hazel Rose Markus 著，洪光遠、程淑華、王郁茗譯（註 211），頁 547-548；Elliot Aronson、Timothy D. Wilson、Robin M. Akert 著，余伯泉、陳舜文、危芷芬、李茂興譯，社會心理學，頁 476-477、489-496（2015 年）；INSTITUTE OF MEDICINE AND NATIONAL RESEARCH COUNCIL, CONTAGION OF VIOLENCE: WORKSHOP SUMMARY 19-20, 107 (2013); LARRY SIEGEL, CRIMINOLOGY: THEORIES, PATTERNS, AND TYPOLOGIES 59 (11th ed. 2013).

227 *Id*, at 107.

228 *Id*, at 18, 100.

229 *Id*, at 21-22.

230 *Id*, at 22-24; 另外 *Id*, at 78-82 指出監禁可能惡化暴力的蔓延，而非隔絕或減緩暴力。

doi:10.6342/NTU201901943

的警察人員了。然而，他們所適用的法條應該是刑法第 152 條妨害集會罪。又例如妨害集會者的黑幫 [231]最有可能成立聚眾不解散罪者，種種去人性化的行為，是最容使人成為平庸邪惡一分子的。解釋上，首謀與在場助勢者，均應該本於上述原則，只有在已經造成團體極化，服從權威而喪失責任個人感時，才能以刑法第 149、150 條或集會遊行法第 29 條之罪相繩。

第九項　解散命令—刑法的行政從屬性

刑法第 149 條或集會遊行法第 29 條處罰均以有解散命令存在為前提。解散命令定性上為行政處分，這涉及刑法行政從屬性的議題。行政從屬性（Vewaltungsakzessoritat des Strafrechts）指行政法對刑法的規範作用，或刑法的行政從屬性，也就是透過刑法的制裁，以確保執行，行政法規或行政處分課與的具體義務 [232]。本文主要聚焦在刑事法院是否得以審查行政處分合法性的問題。

第一款　刑事法院不得審查行政處分合法性？

第一目　權力分立與功能最適

雖然刑法第 149 條或集會遊行法第 29 條處罰均以有解散命令存在為前提，但是行政法學通說認為刑事法院不得審查行政處分之合法性。其理由在於刑事制裁只有輔助功能，主要目的是為了確保行政法的義務被遵守，刑事法不能從被配角變成到主角。又從功能最適的角度，刑事法院相對於對具有專業知識的行政機關，對於依法律授權所訂定法規命令，是否符合授權目的等問題，更難以做出「正確」的判斷。所以，刑事法院只有形式或程序審查的權限，而不具有實質審查權 [233]。行政法學基於權力分立所衍生的行政處分的構成要件效力，主張除非行政處分具重大明顯瑕疵，否則法院應受拘束，不得審查行政處分的合法性 [234]。如果刑事法院介入審查行政處分合法性，就無法有效保護脆弱或不具可回復性的法益。

---

[231] 陳慧云、黃敦硯、余衡、王定傳，帶頭追打黃之鋒　四海幫堂主收押，自由時報，2017 年 1 月 11 日，http：//news.ltn.com.tw/news/focus/paper/1070175（最後瀏覽日：2019 年 5 月 13 日）。

[232] 許宗力，行政法對民、刑法的規範效應，收於：行政法實務與理論（一），頁 90-92（2003 年）。

[233] 許宗力（註 232），頁 94。

[234] 許宗力（註 232），頁 97。

doi:10.6342/NTU201901943

例如交通秩序與環境法益等，要求人民無條件及時遵守，並服從行政機關的決定，才能有效達成目的。所以，立法者依照上述考慮，以對行政機關決定的不服從作為抽象危險犯的處罰要件。無論行政機關決定的合法性，就處罰不服從行為；雖然表面上目的只是維護國家權威與秩序，但其實是為了維護背後的實質法益[235]。這個判斷帶有濃厚政策考量色彩[236]。所以，應交由有直接民意的立法者決定，不應由司法權判斷[237]。以刑法第 135 條妨害公務罪為例，必須法條明文規定「依法執行公務」，以行政機關行為的合法性作為構成要件，法院才得以對於合法性審查[238]。最後，還有從法律有無規定行政處分專屬管轄為判斷者。因為，從權力分立國家的功能分配出發，如果職務有專屬性，則該管機關的行政處分，就事實確認及法律效果而言，其他機關及普通法院都要受到拘束，除非有其他法律上的正當理由[239]。

第二目　行政處分違法仍有效，維持行政秩序

另有認為，如果刑事法院自行判斷行政處分的合法性，否定其構成要件該當，將會違反行政處分違法但是仍然有效的法理。行政處分可能違法態樣多元，並非一般行為人可以判斷。透過處罰確保法規被遵守，有重大公益考量，如果容許人民判斷，行政秩序無法維持。因此，對違法而有效的行政處分，人民必須遵守。違反處分，則會成立有關規定的違章或犯罪行為[240]。不過，主張此看法者仍認為，個案中可能依照無期待可能性的法理免除處罰[241]。

第二款　對解散命令行政從屬性相關問題的批判

第一目　刑法不可能是配角

---

235 許宗力（註 232），頁 99。
236 許宗力，行政處分，翁岳生編，行政法（上），3 版，頁 520（2006 年）。
237 許宗力（註 232），頁 103-104。
238 許宗力（註 232），頁 99-100。
239 李惠宗，行政法要義，頁 378（2016 年）。作者舉例如：依憲法規定，考試院係國家最高之考試機關，則就有關國家考試是否及格的事實，完全應以考試院（考選部）之認定為準，其他機關不得為相反之認定。
240 陳敏，行政法總論，9 版，頁 450（2016 年）。
241 陳敏（註 240），頁 450。

doi:10.6342/NTU201901943

對於前述通說看法，本文進而提出批判。關於主角配角的論述有循環論證之嫌。因為行政從屬性以刑罰是輔助行政目的達成的手段，所以認為刑法是配角，根本是套套邏輯。因為，問題正是憑甚麼刑罰是配角[242]？此外，法學的通說認為刑法有最後手段性、刑法謙抑性，刑法既然出動，即應最嚴格程序加以檢視，邏輯上就不可能認為刑法是配角。

第二目　不得審查行政處分合法性違反平等原則

實務既然承認行政規則也是法院對於行政規則可以拒絕適用[243]，則差別只是在程序上法律授權（法規命令）的問題，就拒斥法官對行政處分的審查，並無差別待遇的正當理由。而且，司法院釋字第 137 號解釋提到「法官於審判案件時，對於**各機關就其職掌所作有關法規釋示之行政命令**，固未可逕行排斥而不用，但仍得依據法律表示其合法適當之見解」，其中機關所為的行政命令，並未區分法規命令或行政規則[244]。

至於學者以是否有法律明文規定（例如前述妨害公務罪）而有不同的認定，恐怕屬於不合理之差別待遇，而違反平等原則。令人質疑的點在於，同樣都是行政行為，為甚麼只因為法條規定依法執行，就有法院得否審查的差異？實務見解長期認為執行公務之合法性是依照形式外觀判斷[245]，而不論其是否真正合法。關於執行公務採取形式合法性認定，如果公務員表徵為違法的執行公務，則對於公務員之強暴、脅迫不會構成刑法第 135 條的妨害公務罪[246]。以 324 的驅離行動而言，警察未配戴足資顯示身分的標誌[247]，又隨意使用警棍，違反警械使用

---

[242] 何況學者反而認為民法功能在衡平私人利益之衝突，非輔助性的制裁法，其間區別卻並未更進一步說理。參見許宗力（註 232），頁 95、103。

[243] 許宗力（註 232），頁 96；司法院釋字第 407 號解釋。

[244] 從王之傑大法官不同意見書、金世鼎大法官不同意見書討論中，亦可發現本號解釋多數意見的大法官並未區分法規命令或行政規則。

[245] 司法院院字第 2496 號。

[246] 最高法院 23 年上字第 4217 號刑事判例；最高法院 24 年上字第 3488 號刑事判例；最高法院 28 年上字第 2000 號刑事判例；最高法院 30 年上字第 955 號刑事判例。

[247] 司法院（76）廳刑一字第 1669 號，刑事法律問題研究彙編第 5 輯，頁 53 司法院第二廳研究意見：「**巡邏警員穿警服，取締在路旁燃放沖天炮之張三，以維護道路交通安全，在客觀上已足使人認識其係公務員依法執行職務之行為，即不能謂非依法執行職務。張三縱有不服或對其執行公務之合法性發生懷疑，亦僅能依合法之程序請求救濟。**」粗體為本文所加。

doi:10.6342/NTU201901943

條例，可以認為形式上屬於不合法。即便事後法院認為警察行使職權合法，人民對於警察當下的反抗也不會構成妨害公務罪。無論執行合法與否，行政目的可能都已經達成，與是後是否要刑事制裁無關。因此，論者所謂審查行政處分實質合法性審查，會導致行政事務窒礙難行、妨害公務罪難以落實等[248]，根本是毫無依據臆測。況且，學者也認為法院得以審查妨害公務罪行政行為的合法性時，將會遇到公務合法性判斷的問題[249]。實際上認定的困難並未解決，不如承認法院皆得審查。

第三目　權力分立並非拒絕刑事法院審查行政處分的正當理由

通說提出權力分立拒絕刑事法院審查行政處分的合法性。但是權力分立最終目的仍然在於人民權利之保障[250]。權力分立本來就只是手段，而本身並非目的，不得以權力分立為由，拒斥法院對於人民基本權的保障。反之，拒斥才是主客易位。更何況，權力分立並非絕對，權限重疊才是憲政的常態[251]，權力分立不是有說服力的依據。

所謂脆弱、不具可回復性的法益的選擇極度恣意，且沒也提出明確的標準。況且，無論遵守不遵守行政機關的決定，都不是拒絕人民進行訴訟的理由。任何國家公權力行為，都應該受到司法權的監督。只是司法要對於行政機關的專業性予以一定程度的尊重[252]，而不是拒絕審查。誠如司法院釋字第 690 號解釋許宗力大法官部分不同意見書關於法官保留的討論：「**法官保留具有透明、公開、客觀、迅速介入等特性，有防止行政可能濫權的作用**」[253]。前述論點雖然只就法官保留為討論，然而本文認為在法院審查行政行為時也有適用。不能單憑行政機關有專業或有法律規定管轄，就拒卻法院審查。法院的主要功能就是透過公開的公

248 張嘉婷，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，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 62（2014 年）。
249 許宗力（註 232），頁 100 註 48 也承認適法性判斷仍有爭論。
250 許育典，憲法，7 版，頁 54（2016 年）；吳信華，憲法釋論，2 版，頁 64（2015 年）。
251 許育典（註 250），頁 55。
252 司法院釋字第 553 號解釋理由書：「事件之性質影響審查之密度，單純不確定法律概念之解釋與同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，對原判斷之尊重即有差異。又其判斷若涉及人民基本權之限制，自應採較高之審查密度。」；*Jarass* (Fn. 120), Art. 19 Rn. 69 ff.
253 司法院釋字第 690 號解釋許宗力大法官部分不同意見書。

doi:10.6342/NTU201901943

平審判[254]，以達到監督行政濫權之目的。

從權力分立的角度，司法權具備的重要功能，就是制衡其他權力的濫用；同時，透過司法審查的制衡，達到人民訴訟權的保障[255]。權力分立功能除權力相互制衡，避免公權力之濫用之外，還有將事務分配給適當的機關履行。但是權力分立不能牴觸憲法條文規定，或侵害個憲法機關權力的核心領域，或是對其他憲法機關造成實質妨礙[256]。藉由法院審查行政處分違法與否，來決定是否成立犯罪，才能達到有實效性的訴訟救濟，這也是司法權的核心。這如同檢察官、警察的強制處分需要經法官審查的理由，不是懷疑檢警等行政機關的專業性或中立性，而是基於法官的角色更適合保障人民基本權不受侵害[257]。

第四目　審判權區分並非權力分立之問題

審判權也是另一個拒絕刑事法院審查的理由。但是就法院中行政法院、刑事法院的審判權區分，並非基於權力分立，而是基於司法權專業分工、效率以及資源配置的考慮。各審判權法院不應將法律與適用之程序作出壁壘分明的劃分[258]。行政法院對於行政處分得以審查，不受行政處分構成要件效力的限制。既然牽涉到犯罪成立與否，而行政處分屬於犯罪構成要件一部分，刑事法院自然更可以為審查。如果檢察官或被告認為行政處分違法與否問題重大，應交由行政法院處理，

---

254 公開審理原則，可謂現代訴訟法普世之共同價值。各該精神早已落實於國際公約，歐洲人權公約第 6 條第 1 項：「在決定某人的公民權利與義務或在決定對某人的任何刑事罪名時，任何人有權在合理的時間內受到依法設立的獨立與公正的法庭之公平與公開的審訊（fair and public hearing）」公民權利和政治權利國際公約第 14 條第 1 項即規定「所有的人在法庭和裁判所之前一律平等。在判定時對任何人提出的任何形式指控或確定他在一件訴訟案中的權利與義務時，人人有資格由一個依法設立的合格的、**獨立的和無偏頗的法庭進行公平的和公開的審訊。**」美國憲法增修條文第 6 條規定「公開審判權」（public trial）賦予被告有受公開審理的權利。司法院釋字第 482 號解釋理由書指出「憲法第十六條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且**包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等。**」

255 *Bernd Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 84. Aufl., 2018, Art. 20 Rn. 16 f. *Jarass* (Fn. 120), Art. 19 Rn. 30 指出行政法院對行政權控制與訴訟保障關係。*Jarass* (Fn. 120), Art. 19 Rn. 34 則指出刑事法院監督檢察官和警察公權力的功能。最高法院 107 年度台上字第 4215 號刑事判決（具參考價值裁判）指出法院基於保障人民之權利，可以對檢察官的緩起訴處分效力作適度的司法審查。足見刑事法院對於行政權監督的情形也是存在的。

256 司法院釋字第 613 號解釋理由書第 5 段。

257 王兆鵬、李榮耕、張明偉，刑事訴訟法（上），4 版，頁 182-183、189-192（2018 年）。

258 林明昕，論剝奪人身自由之正當法律程序：以「法官介入審查」機制為中心，臺大法學論叢，46 卷 1 期，頁 77（2017 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

則依行政訴訟法第 12 條第 2 項停止審判，待行政法院確定。但是，該案件如果未經行政法院審判，檢察官及被告均認無必要在進行行政訴訟，則作為刑事不法構成要件的行政處分所構成的侵害，自應由刑事法院認定其合法性。

此外，或有認為認定歧異而產生裁判矛盾，而且在訴訟法上，多認為裁判矛盾是對於訴訟制度的傷害。但是，本文認為這是法院審判權、管轄權劃分下必然的缺陷，不可能完全防免。更何況，國家制度缺陷可能會造成裁判矛盾，不能將風險轉嫁到人民身上，進而拒絕人民的救濟。基於憲法第 16 條訴訟權，有權利受到侵害，即有救濟的法理，不能因為行政法院及刑事法院認定可能產生歧異，就拒絕刑事法院審查行政處分。

第五目　行政秩序崩潰是假議題

從行政效率的角度觀察，要求行為人先服從違法但有效的行政處分在行政法領域固然有道理。但是，這無法導出如果容任人民自行判斷是否違法，行政秩序無法維持的結論。因為，不遵守行政處分，已經有行政法上行政執行、行政罰得以處理。所以，不會導出刑事法院介入審查，當法院認為不成立犯罪時，就認為行政秩序會因此崩潰的結論。由此可見，行政法學者的滑坡式推論，顯然有重大明顯的瑕疵。或許有認為，缺少了刑罰最為後盾，會使人民任意違反行政機關所做成之處分。然而，現實上行政機關強大的公權力，以行政執行、行政罰通常都已使人民難以抗拒。服從權威的實驗也顯示只要有權威的法令，即便沒有處罰或經濟誘因，絕大多數人都會遵從。再者，如果行政秩序僅能由刑罰最為後盾的話，顯然國家公權力早已失其作用。邏輯上亂世用重典，代表已經是亂世，重典不過是產物，公權力無效、無權威不過是已成的事實。行政法學者將人民遵法的期待，徒然寄託於刑罰。這不但是昧於現實，更是對於刑罰有效性的幻想。

因此，最終的問題是，人民違反解散命令所侵害實質法益。從上述討論得知，從對於解散命令的抗命，就推導出有侵害法益的抽象危險，顯然是不負責任而且粗暴的推論。更何況，抽象危險犯在刑法理的正當性早已岌岌可危了，更無法作為前述討論的堅強依據。

doi:10.6342/NTU201901943

第六目　行政處分合法性不影響執行效力

法院審查行政處分合法性，不會影響行政的執行效率。因為行政處分違法並不會影響其執行的效力[259]，所以即便法院認為行政處分違法，以致犯罪不成立，也未妨礙行政權的執行。基於風險預測，行政機關進行風險的預防行為並未因此而失效。只是法院事後更仔細確認，認為行政處分違法，進而判決被告不成立犯罪。所以，法院審判時，同時認定行政處分的合法性並未違反權力分立。

第七目　解散命令（行政處分）是刑法構成要件

德國聯邦憲法法院指出未考慮解散命令合法性而處罰集會者，違反憲法集會自由的保障[260][261]。解散命令的執行和是否要處罰是不同的問題，解散命令不用等到確認其合法或違法就能執行，但是處罰就有必要釐清合法性，否則會侵害集會自由。有些情形下，甚至無法經過行政法院審查，刑事法院有必要審查解散命令的合法性，以符合集會自由保障的憲法誡命[262]。此外，條文並未規定「違法解散命令」可以處罰，如果處罰此種情形違反處罰法定原則[263]。

臺灣實務見解有基於憲法基本權保障、公約的精神，認為法院對於行政機關所為之行政處分是否合法可以實質審查。不會受到其構成要件效力所拘束。刑事法院除認定該行政處分有效之外，仍應該就處分是否合法為審查。必須經法院依正當法律程序為審判才足夠。因為行政處分已經成為刑法構成要件，只有合法行政處分，刑法出動才符合最後手段性[264]。又依司法院釋字第 445 號解釋理由書所述：

---

259 BVerfG NVwZ 1999, 290 (292).

260 BVerfGE 87, 399.

261 德國未遵守解散命令是處以行政罰鍰，與我國集會遊行法第 28 條相同。但是，**我國集遊法第 29 條還有刑罰的規定存在，本條與德國刑法第 125 條的關鍵差異在於，我國集遊法不要求有強暴或脅迫之行為，單純不解散即成立犯罪**。*Köhler/Dürig-Friedl* (Fn. 48), S. 103 指出法律適用上，當相關條文規定刑罰違反比例原則時，則應依德國集會遊行法第 29 條處以行政罰鍰。不過，德國違法秩序罰案件也是在刑事法庭中進行。此外，NJW 1990, 1103 (1103) 指出基本法第 103 條第 2 項的處罰法定等要求也適用在罰鍰的要件上。

262 BVerfGE 87, 399 (408 ff.); *Depenheuer* (Fn. 11), Art. 8 Rn. 123.

263 BVerfGE 87, 399 (411).

264 臺灣高等法院 105 年度上易字第 1259 號刑事判決；臺灣高等法院 104 年度上易字第 1889 號刑事判決；臺灣臺北地方法院刑事判決 104 年度易字第 929 號刑事判決 甲、五、(四) 1。

doi:10.6342/NTU201901943

…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…

由此可見，法院有義務對於構成要件進行審查。行政處分效力或合法性，皆是刑法構成要件成立的前提，也應該是法院審查的範圍。無論是刑法第 149 條，或者集會遊行法第 29 條，解散命令都是刑事責任的構成要件。無論是行政處分無效或違法而得撤銷的情況，刑事法院都無從迴避審查。

另有文獻指出，解散命令的行政訴訟也通常因為已經執行完畢，且無從回復原狀，只能提確認違法訴訟。同時，必須舉證有確認利益存在。所以，刑事法院審查解散命令的處分合法性，**同時是構成要件成立，以及人民權利無漏洞保護的重要問題** [265]。此見解實質贊同，因為即便在行政法上行政處分罹於瑕疵而僅得撤銷，也不阻斷刑事法院認定該處分不合法，進而認為不構成犯罪。也就是說，行政管制與刑罰構成與否，是不同的規範的目的，不同的兩件事。可能有人會從法秩序一體性的角度反駁，但是要注意的是，法秩序一體通常是偶然，並沒有獨立的規範意義 [266]。

[265] 李建良，公法類實務導讀（最高行政法院 102 年度裁字第 1676 號裁定等 2 則裁判之說明），臺灣法學雜誌，248 期，頁 137（2014 年）；李建良，公法類實務導讀，臺灣法學雜誌，261 期，頁 153（2014 年）。臺灣臺北地方法院 104 年度易字第 929 號刑事判決 甲、五、（四）1 的論理則是合法解散命令違反之制裁，才符合刑法最後手段性。

[266] 林倍伸，論妨害公務罪－－以法治國家中的公務概念為核心，頁 2-4（2016 年）。

doi:10.6342/NTU201901943

第八章、結論

本文認為刑法必須透過實質平等的角度，涵納表現自由及其衝突功能。避免僵化的中立規範，複製社會結構上的不平等。（第二章）

就集會的和平性，在刑責判斷上必須極度限縮，且只能將暴力、非和平當作訴訟上推定的功能。就集會的事前限制絕對不允許。為了保障他人重要法益可以區隔出距離，但是不能禁絕言論，且須有足夠程序保障。就明顯而立即之危險的概念無須引進，可以直接以未遂犯的法理解決刑責判斷問題。（第三章）

就反制團體造成衝突的刑責判斷，必須考量國家是否已盡提供集會場所及保護的義務。又時間、地點、方式的管制與國家是否提供適當及足夠的集會場所有關。場所是否適於集會，應從人民的主觀認為最大化集會效果的角度出發。當國家具有積極及保護義務時，如果國家未盡義務，無法促成人民集會自由實現；同時就代表未提供適當集會場所，會使衍生的刑責不可歸責於人民。（第四章）

實質平等還會展現在訴訟上。從統計上觀察，可以發現司法實踐上，下層階級的人民在訴訟上承擔不利的風險。如果國家未關注階級的結構不平等，違反公平審判，判決違法、違憲。（第五章）

實質平等應該納入刑法不法性的判斷。不法階層代表譴責、做錯事的判斷。但是，本文認為弱勢者應該有更大的集會自由權利，並非錯事，而是權利。藉此，避免中立刑法適用上，產生差別影響的不平等。（第六章）

就現行集會遊行法及相關刑法規定，本文提出各種判斷標準例如重大侵害法益、噪音大小等。並對於欠缺法益適格、欠缺前置處罰正當性的聚眾不解散罪提出限縮解釋。而且，從社會心理學中擷取可以正當化處罰首謀的解釋策略。最後，就行政從屬性，認為刑事法院必須考量行政處分合法性，以判斷刑事責任。（第七章）

doi:10.6342/NTU201901943

參考文獻

1. 中文部分

Albert O. Hirschman 著，吳介民譯（2013），反動的修辭，新北：左岸文化。[Hirschman, A. O. (2004). *The rhetoric of reaction: Perversity, futility, jeopardy.* Cambridge, MA: Belknap Press.]

Allan G. Johnson 著，成令方、林鶴玲、吳嘉苓譯（2001），見樹又見林：社會學作為一種生活、實踐與承諾，2 版，新北：群學。[Johnson, Allan G. (1997). *The Forest and the Trees: Sociology As Life, Practice, and Promise*. Philadelphia: Temple Univ Press.]

Anthony Giddens 著，簡惠美譯（2017），資本主義與現代社會理論：馬克思涂爾幹韋伯，臺北：遠流。[Giddens, A. (1971). *Capitalism and modern social theory: An analysis of the writings of Marx, Durkheim and Max Weber.* Cambridge [U.K.]: Cambridge University Press.]

Dave Grossman 著，霍大譯（2016），論殺戮：什麼是殺人行為的本質？，臺北：遠流。[Grossman, D. (1996). *On killing*. Boston: Little, Brown.]

David S. Moore 著，鄭惟厚譯（2002），統計學的世界，臺北：天下。[Moore, D. S., & Notz, W. I. (2001). *Statistics: Concepts and controversies*. New York: W.H. Freeman and Company.]

E. C. Cuff, W. W. Sharrock & D. W. Francis 著，林秀麗、林庭瑤、洪惠芬譯（2006），特新社會學理論的觀點，新北：韋伯。[Cuff, E. C. (1999). *Perspectives in sociology*. London: Routledge, Taylor & Francis Group.]

Elliot Aronson、Timothy D. Wilson、Robin M. Akert 著，余伯泉、陳舜文、危芷芬、李茂興譯（2015），社會心理學，新北：揚智。[Aronson, E., Wilson, T. D., & Akert, R. M. (2012). *Social psychology: Pearson new international edition*. Harlow: Pearson.]

Eric J. Hobsbawm，吳莉君譯（2008），霍布斯邦看 21 世紀：全球化，民主與恐怖主義，臺北：麥田。[Hobsbawm, E. J. (2008). *Globalisation, democracy and terrorism*. London: Abacus.]

Erich Fromm 著，劉宗為譯（2015），逃避自由：透視現代人最深的孤獨與恐懼，新北：木馬文化。[Fromm, E. (1972). *Escape from freedom*. New York: Avon.]

Etienne de La Boetie 著，孫有蓉譯（2016），自願為奴，臺北：想像文化。[De, L. B. (1922). *De la Servitude volontaire ou le contrun: Etienne de La Boétie*. Paris: Jou et Bosviel.]

Facundo Alvaredo、Lucas Chancel、Thomas Piketty、Emmanuel Saez、Gabriel Zucman 著，劉道捷譯（2018），世界不平等報告 2018，新北：衛城。[Alvaredo, F., Chancel, L., Piketty, T., Saez, E., & Zucman, G. (2018). *World inequality report 2018*. Cambridge, MA: The Belknap Press.]

Hannah Arendt 著，施奕如譯（2013），平凡的邪惡：艾希曼耶路撒冷大審紀實，臺北：玉山社。[Arendt, H. (2010). *Eichmann in Jerusalem: A report on the banality of evil*.

doi:10.6342/NTU201901943

Brantford, Ont.: W. Ross MacDonald School Resource Services Library.]

Hans-Jürgen Papier 著，李建良、蔡宗珍譯（2012），從憲法觀點看自由與安全間之緊張關係，臺灣法學雜誌，200 期，頁 63-72。[Papier, H. (2008). „Der Zweck des Staates ist in Wahrheit die Freiheit“ Das Spannungsverhältnis von Freiheit und Sicherheit aus verfassungsrechtlicher Sicht". *Glanzlichter Der Wissenschaft 2008*. doi:10.1515/9783110505061-015]

Hans-Jürgen Papier 著，蔡宗珍譯（2012），人性尊嚴之保護－對於法律實務之影響，臺灣法學雜誌，200 期，頁 45-56。[查無德文原文（演講）]

Iris Marion Young 著，陳雅馨譯（2017），正義與差異政治，臺北：商周。[Young, I. M., & Allen, D. S. (2011). *Justice and the politics of difference*. Brantford, Ontario: W. Ross MacDonald School Resource Services Library.]

John Bargh 著，趙丕慧譯（2018），為什麼我們會這麼想、那樣做？耶魯心理學權威揭開你不能不知道的「無意識」法則，教你利用「無」的力量自動達成目標，解決所有問題！，臺北：平安文化。[Bargh, J. A. (2017). *Before you know it: The unconscious reasons we do what we do*. London: Windmill Books.]

Luke Eric Lassiter 著，郭禎麟、吳意琳、黃宛瑜、金家琦、呂環延、方怡潔、黃恩霖譯（2010），歡迎光臨人類學，新北：群學。[Lassiter, L. E. (2009). *Invitation to anthropology*. Lanham, Md: Rowman & Littlefield.]

Philip Zimbardo 著，孫佩妏、陳雅馨譯（2008），路西法效應：好人是如何變成惡魔的，臺北：商周。[Zimbardo, P. G. (2007). *The lucifer effect: Understanding how good people turn evil*. New York: Random House.]

Pierre Bourdieu & Loic J. D. Wacquant 著，李猛、李康譯（2008），布赫迪厄社會學面面觀，臺北：麥田。[Bourdieu, P., & Wacquant, L. J. (1992). *An invitation to reflexive sociology*. Cambrige: Polity Press.]

Robert A. Baron、Donn Byrne Nyla R. Branscombe 著，梁家瑜譯（2009），社會心理學，新北：心理。[Baron, R. A., Byrne, D. E., & Branscombe, N. R. (2007). *Mastering social psychology*. Boston: Pearson/Allyn and Bacon.]

Robert D. Putnam 著，李宗義、許雅淑譯（2016 年），階級世代：窮小孩與富小孩的機會不平等，新北：衛城。[Putnam, R. D. (2015). *Our kids: The American Dream in crisis*. New York: Simon et Schuster.]

Saul Kassin、Steven Fein、Hazel Rose Markus 著，洪光遠、程淑華、王郁茗譯（2017），社會心理學，臺北：雙葉書廊。[Kassin, S. M., Fein, S., & Markus, H. R. (2016). *Social psychology*. Belmont, CA: Wadsworth, Cengage Learning.]

Seth Stephens-Davidowitz 著，陳琇玲譯（2017），數據、謊言與真相：Google 資料分析師用大數據揭露人們的真面目，臺北：商周。[Stephens-Davidowitz, S. (2017). *Everybody lies: What the Internet can tell us about who we really are*. London: Bloomsbury Publishing PLC.]

Stanley Milgram 著，黃煜文譯（2015），服從權威：有多少罪惡，假服從之名而

doi:10.6342/NTU201901943

行？，臺北：經濟新潮社。[Milgram, S. (1975). *Obedience to authority: An experimental view*. New York: Harper & Row.]

Tom Gash 著，堯嘉寧譯（2018），被誤解的犯罪學：從全球數據庫看犯罪心理及行為的十一個常見偏誤，臺北：臉譜。[Gash, T. (2016). *Criminal: The truth about why people do bad things*. London: Penguin Books.]

Ulrike Herrmann 著，賴雅靜譯（2018），資本的世界史：財富哪裡來？經濟成長、貨幣與危機的歷史，新北：遠足。[Herrmann, U. (2016). *Der Sieg des Kapitals: Wie der Reichtum in die Welt kam: Die Geschichte von Wachstum, Geld und Krisen*. München ; Zürich: Piper.]

井田良著，薛智仁譯（2018 年），刑法上行為非價與結果非價之未解爭議，月旦法學雜誌，277 期，頁 211-218。[查無日文原文（演講）]

王乃彥（2014），從太陽花運動談公民不服從，臺灣法學雜誌，255 期，頁 105-108。

王兆鵬（2010），刑事訴訟法講義，5 版，臺北：元照。

王兆鵬、李榮耕、張明偉（2018），刑事訴訟法（上），4 版，臺北：新學林。

王佳煌、李俊豪（2013），臺北都會區居住模式之研究（1980-2010）：隔離、分殊、群聚或階層？，都市與計劃，40 卷 4 期，頁 325-354。

王皇玉（2008），論危險犯，月旦法學雜誌，159 期，頁 235-244。

——（2018），刑法總則，4 版，臺北：新學林。

王振寰、瞿海源（2014），社會學與臺灣社會，4 版，新北：巨流。

王鵬翔、張永健（2015），經驗面向的規範意義－論實證研究在法學中的角色，中研院法學期刊，17 期，頁 205-294。

司法院大法官書記處（2014），德國聯邦憲法法院裁判選輯（十五），臺北：司法院。

甘添貴（1996），可罰的違法性理論，收於：刑法之重要理念，頁 101-123，臺北：瑞興。

——（1996），超法規的阻卻違法事由之理論，收於：刑法之重要理念，頁 53-70，臺北：瑞興。

石忠山（2018），多元民主共和的平等與差異：原住民族特殊群體權利的若干思考，收於：許宗力編，追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐，頁 165-218，臺北：國立臺灣大學。

安藤丈將著，林彥瑜譯（2018），新左運動與公民社會：日本六○年代的思想之路，新北：左岸文化。[安藤丈將（2013），ニューレフト運動と市民社会―「六〇年代」の思想のゆくえ，京都：世界思想社。]

朱敬一、康廷嶽（2015），經濟轉型中的「社會不公平」，臺灣經濟預測與政策，45 卷 2 期，頁 1-22。

西田典之著，王昭武、劉明祥譯（2012），日本刑法各論，臺北：元照。[西田典之（2012），刑法各論　第六版（法律学講座双書），東京：弘文堂。]

doi:10.6342/NTU201901943

余仁方（2017），你的聽力受損了嗎？：台灣將近 10%人口聽力受損！！，2 版，臺北：新自然主義。

余振華（2001），論違法性之本質，收於：刑法違法性理論，頁 63-87，臺北：瑞興。

吳乃德（1994），階級認知和階級認同：比較瑞典、美國、臺灣，和兩個階級架構，收於：許嘉猷編，階級結構與階級意識比較研究論文選集，頁 109-150。

吳信華（2015），憲法釋論，2 版，臺北：三民。

吳耀宗（2000），德國強制罪可非難性條款與明確性原則，收於：犯罪與法之抗制（一），頁 173-206，桃園：中央警察大學。

——（2002），輕微性原則在刑法上關於不法確立的解釋適用－－從可罰的違法性理論談起，收於：臺灣刑事法學會祝壽論文編輯委員會編，刑事法學之理想與探索：甘添貴教授六秩祝壽論文集－第一卷，頁 121-152，臺北：新學林。

呂素蓮、施泰彬（2018），從犯罪類型探討所得分配不均程度與刑案發生率相關性研究，犯罪與刑事司法研究，30 期，頁 1-44。

巫博瀚、賴英娟、張盈霏（2008），集體效能理論之探究，研習資訊，25 卷 2 期，頁 93-99。

李仲昀(2016)，台灣職場「以貌取人」的不平等－－就業「外貌」歧視的法律史考察(1945-2016)，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

李建良（2000），基本權利與國家保護義務，收於：李建良、簡資修編，憲法解釋之理論與實務第 2 輯，頁 325-375，臺北：中央研究院。

——（2014），公法類實務導讀（最高行政法院 102 年度裁字第 1676 號裁定等 2 則裁判之說明），臺灣法學雜誌，248 期，頁 123-139。

——（2014），公法類實務導讀，臺灣法學雜誌，261 期，頁 145-153。

——（2014），集會自由與群眾運動的憲法保障－釋字第 718 號解釋，臺灣法學雜誌，246 期，頁 13-26。

李茂生（2018），推動少年司法的心理深層動機－愛、憐憫與贖罪間的交錯，收於：少年事件處理法論文集，頁 5-22，臺北：新學林。

李惠宗（2015），從國家保護義務談監獄受刑人的健康權－－談前總統陳水扁保外就醫事件，月旦法學教室，152 期，頁 54-67。

——（2015），憲法要義，7 版，臺北：元照。

——（2016），行政法要義，臺北：元照。

李寧修（2015），保護抑或箝制？集會遊行之強制解散及其效果／桃園地院 98 簡上 111 判決，臺灣法學雜誌，276 期，頁 141-146。

李劍非（2016），公共論壇／場域理論與言論事前限制－－未竟其功的釋字第 734 號解釋，月旦裁判時報，47 期，頁 65-82。

李寬熙著，朱源葆、金衡睦譯（1988），韓國「集示法」之法理探討，警學叢刊，19 卷 2 期，頁 121-124。

李震山（1992），集會遊行之和平原則與集會自由權之保障，警學叢刊，23 卷 1

doi:10.6342/NTU201901943

期，頁 55-65。
——（1995），論集會自由與公物使用間之法律問題－以集會遊行場所選用為例，東海大學法學研究，9 期，頁 79-112。
——（1998），民主法治國家與集會自由－－從言論自由及行政刑罰觀點探討，中央警察大學法學論集，3 期，頁 89-104。
——（2004），程序基本權，月旦法學教室，19 期，頁 32-36。
——（2007），多元、寬容與人權保障－以憲法未列舉權之保障為中心，2 版，臺北：元照。
——（2009），民主法治國家與集會自由，收於：人性尊嚴與人權保障，頁 315-372，臺北：元照。
——（2010），論集會自由之事前抑制，收於：吳庚教授七秩華誕祝壽論文集編輯委員會編，政治思潮與國家法學－－吳庚教授七秩華誕祝壽論文集，頁 207-226，臺北：元照。
——（2016），警察行政法論：自由與秩序之折衝，4 版，臺北：元照。
沈伯洋（2018），法律社會學 50 年回顧，月旦法學雜誌，279 期，頁 185-201。
——（2018），媒體意識轉換以及言論管制，月旦刑事法評論，9 期，頁 79-88。
辛年豐（2017），自辦市地重劃中重劃會執行職務的法律性質／最高院 104 台上 2118 判決，臺灣法學雜誌，313 期，頁 179-184。
卓雅芊（2015），貧窮、犯罪與社會排除：新自由主義全球化下臺灣少年犯罪治理之研究，犯罪與刑事司法研究，23 期，頁 105-145。
周靖安（2017），犯罪結社罪之可罰性基礎及解釋策略，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
周漾沂（2008），論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由，國立臺灣大學法學論叢，37 卷 4 期，頁 347-389。
——（2012），從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎，國立臺灣大學法學論叢，41 卷 3 期，頁 981-1053。
——（2013），論被害人生命法益處分權之限制－以刑法父權主義批判為中心，臺北大學法學論叢，88 期，頁 209-260。
——（2014），從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構，國立臺灣大學法學論叢，43 卷 4 期，頁 1469-1532。
——（2017），2016 年刑事法實務見解發展回顧：食品安全、交通安全，與抽象危險犯，國立臺灣大學法學論叢，46 卷特刊，頁 1465-1491。
——（2018），反思信賴原則的理論基礎，收於：陳子平教授榮退論文集編輯委員會編，法學與風範：陳子平教授榮退論文集，頁 51-62，臺北：元照。
林子儀（2002），言論自由之理論基礎，收於：言論自由與新聞自由，頁 1-60，臺北：元照。
——（2002），言論自由與內亂罪－－「明顯而立即危險原則」之闡釋，收於：言論自由與新聞自由，頁 197-228，臺北：元照。

doi:10.6342/NTU201901943

——（2002），言論自由導論（第 4 章），收於：李鴻禧等合著，台灣憲法之縱剖橫切，頁 103-179，臺北：元照。
林山田（2006），刑法各罪論（下），5 版，臺北：三民。
——（2008），刑法通論（上冊），10 版，臺北：元照。
林志潔、陳圓元（2018），逮捕、丟包與陳抗，臺灣法學雜誌，335 期，頁 20-23。
林佳和（2017），抗議、抵抗或公民不服從，臺灣法學雜誌，323 期，頁 36-43。
林宗弘（2013），失落的年代：臺灣民眾階級認同與意識形態的變遷，人文及社會科學集刊，25 卷 4 期，頁 689-734。
——（2015），臺灣階級不平等擴大的原因與後果，臺灣經濟預測與政策，45 卷 2 期，頁 45-68。
林明仁、劉仲偉（2006），失業真的會導致犯罪嗎？以臺灣 1978 年至 2003 年縣市資料為例，經濟論文叢刊，34 卷 4 期，頁 445-482。
林明昕（2016），基本國策之規範效力及其對社會正義之影響，國立臺灣大學法學論叢，第 45 卷特刊，頁 1305-1358。
——（2017），論剝奪人身自由之正當法律程序：以「法官介入審查」機制為中心，國立臺灣大學法學論叢，46 卷 1 期，頁 1-86。
林東茂（1999），抽象危險犯的法律性質，收於：蔡墩銘、甘添貴編，刑法爭議問題研究，頁 175-185，臺北：五南。
——（2016），刑法綜覽，8 版，臺北：一品文化。
林俊益（2016），刑事訴訟法概論（下），12 版，臺北：新學林。
林俊瑩、吳裕益（2007），家庭因素、學校因素對學生學業成就的影響－－階層線性模式的分析，教育研究集刊，53 輯 4 期，頁 107-144。
林柔孜（2015），論強制罪－以抗爭行為為中心－，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
林倍伸（2015），法治國家中的公務概念－簡評四個狹義妨害公務罪判決，法令月刊，66 卷 9 期，頁 51-80。
——（2016），論妨害公務罪－－以法治國家中的公務概念為核心，臺北：元照。
林裕凱（2006），從危險犯論放火罪之可罰性基礎，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
林鈺雄（2014），2013 年刑事程序法發展回顧：從國際人權公約內國法化的觀點出發，國立臺灣大學法學論叢，第 43 卷特刊，頁 1265-1298。
——（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。
——（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。

doi:10.6342/NTU201901943

——（2014），強制罪之整體不法判斷－－從彰化台電施工抗爭案的判決談起，月旦法學雜誌，232 期，頁 28-57。
——（2014），新刑法總則，4 版，臺北：元照。
——（2017），刑事訴訟法（下冊），8 版，臺北：元照。
林漢堂（2010），聚眾活動防處之重要情境因素及其對策探討，警學叢刊，40 卷，5 期，頁 161-179。
林騰鷂（2014），中華民國憲法，5 版，臺北：三民。
林鶴玲、鄭陸霖（2001），台灣社會運動網路經驗初探：一個探索性的分析，台灣社會學刊，25 期，頁 111-156。
法治斌（2003），集會遊行之許可制或報備制：概念之迷思與解放，收於：法治國家與表意自由，頁 343-364，臺北：正典。
法治斌、董保城（2014），憲法新論，6 版，臺北：元照。
法思齊（2014），美國刑法中的公民不服從（Civil Disobedience），月旦法學雜誌，235 期，頁 149-166。
法務部（2012），公民與政治權利國際公約經濟社會文化權利國際公約一般性意見，臺北：法務部。
邱忠義（2015），刑法通則新論，3 版，臺北：元照。
胡志平、陳皇仁（2011），都市化與居住隔離之探討-以台北縣原住民為例，建築與規劃學報，12 卷 1 期，頁 75-91。
胡博硯（2014），後太陽花運動的憲法議題，臺灣法學雜誌，255 期，頁 101-104。
徐偉群（座談會）（2017），公民不服從七要件－318 判決評析座談會：公民不服從法律化的起步，臺灣法學雜誌，323 期，頁 47-49。
張宜君、林宗弘（2015），臺灣的高等教育擴張與階級複製：混合效應維續的不平等，臺灣教育社會學研究 15 卷 2 期，頁 85-129。
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。
——（2016），法律系統中的常態與異例－展開 318 學運的法律意涵，中研院法學期刊，19 期，頁 183-202。
張嘉婷（2014），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，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
張維容（2013），德、日、韓集會遊行法制之研究，警學叢刊，44 卷 3 期，頁 85-124。
張瀚中（2010），論抽象危險犯典型危險矛盾~從法律經濟分析出發~，國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文。
梁庚辰等（2018），心理學：身體心靈與文化的整合，臺北：國立臺灣大學。
莊世同（2018），論平等與法治：評司法院釋字第 728 號解釋女子不得為祭祀公業派下成員案，收於：許宗力編，追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐，頁 127-164，臺北：國立臺灣大學。

doi:10.6342/NTU201901943

許士宦（2017），口述講義民事訴訟法（下），臺北：新學林。
許仁碩（2015），臺灣「警察處理抗爭」之法制的考察及省思－－以政黨輪替時代的警察策略及其反制為核心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
許玉秀（2011），論正當法律程序原則，臺北：軍法專刊社。
許玉秀等（2015），私法自治 vs.性別平等－從釋字 728 論祭祀公業條例之合憲性，臺灣法學雜誌，第 270 期，頁 57-84。
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，臺灣法學雜誌，248 期，頁 68-100。
許玉秀、林鈺雄（2013），社會抗爭與刑法的極限－－關廠工人臥軌刑事案件法律研討會，臺灣法學雜誌，237 期，104-119。
許志雄（2016），表現自由之界限與違憲審查基準－－司法院釋字第 105 號解釋評析，收於：人權論－－現代與近代的交會，頁 207-242，臺北：元照。
——（2016），集會遊行規制立法的違憲審查基準－－司法院釋字第 445 號解釋評析，收於：人權論－－現代與近代的交會，頁 243-284，臺北：元照。
許志雄等（2008），現代憲法論，4 版，臺北：元照。
許育典（2016），憲法，7 版，臺北：元照。
許宗力（1988），試論民主法治國家的「市民不服從」，18 卷 1 期，頁 193-226。
——（1996 年），基本權的功能與司法審查，人文及社會科學研究彙刊，6 卷 1 期，頁 24-34。
——（2003），行政法對民、刑法的規範效應，收於：林明鏘、葛克昌編，行政法實務與理論（一），頁 77-106，臺北：元照。
——（2007），基本權程序保障功能的最新發展－－大法官釋字第四八八號解釋評析，收於：法與國家權力（二），頁 247-266，臺北：元照。
——（2007），談言論自由的幾個問題，收於：法與國家權力（二），頁 195-228，臺北：元照。
——（2018），大法官解釋與社會正義之實踐，收於：追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐，頁 61-124，臺北：元照。
許恒達（2010），「行為非價」與「結果非價」－論刑事不法概念的實質內涵，政大法學評論，114 期，頁 215-300。
——（2014），服貿抗爭的刑法議題，臺灣法學雜誌，245 期，頁 62-68。
許春金、陳玉書、蔡田木、呂豐足、洪千涵、白鎮福（2015），103 年犯罪狀況及其分析 1－－2014 犯罪趨勢關鍵報告，刑事政策與犯罪防治研究專刊，7 期，頁 3-15。
許春金等（2016），刑事司法與犯罪學研究方法，臺北：五南。
許嘉猷、黃毅志（2002），跨越階級界限？：兼論「黑手變頭家」的實證研究結果及與歐美社會之一些比較，臺灣社會學刊，27 期，頁 1-76。
許福生（2018），犯罪學與犯罪預防，2 版，臺北：元照。
許澤天（2017），刑法各論（二）：人格法益篇，臺北：新學林。

doi:10.6342/NTU201901943

郭秋永（2012），社會正義、差異政治、以及溝通民主，人文及社會科學集刊，24 卷 4 期，頁 529-574。
陳子平（2018），刑法各論（下），2 版，臺北：元照。
陳妙芬（2009），文化國的原則與實踐，收於：蕭高彥編，憲政基本價值，頁 151-185，臺北：中央研究院。
陳志輝（2014），以言論自由作為阻卻違法事由／臺南地院 103 易 373 判決，臺灣法學雜誌，255 期，頁 173-178。
——（2014），抵抗權、公民不服從與刑事不法－－論 318 進駐國會議場事件的刑法評價，臺灣法學雜誌，255 期，頁 66-86。
陳志龍（1986），刑法之法益概念（上），國立臺灣大學法學論叢，16 卷 1 期，頁 125-140。
——（1988），刑法之法益概念（下），國立臺灣大學法學論叢，18 卷 1 期，頁 117-173。
——（1988），刑法之法益概念（中），國立臺灣大學法學論叢，17 卷 2 期，頁 117-138。
——（1990），法益與刑事立法，臺北：自版。
陳宗憶，言論自由違憲審查模式的變遷－－釋字第 744 號解釋之微言大義，月旦裁判時報，63 期，頁 52-54（2017）。
陳昭如（2015），國會和法院的快慢之間：從比較觀點思考臺灣婦運的法律改革策略，收於：性平等論爭－－麥金儂訪臺演講集，頁 170-188，臺北：國立臺灣大學。
——（2015），從猥褻言論到裸露的權利－非道德問題，也非相同待遇問題，臺灣法學雜誌，271 期，頁 13-16。
——（2015），踐行的法學：凱瑟琳·麥金儂的女性主義理論與行動，收於：性平等論爭－－麥金儂訪臺演講集，頁 1-72，臺北：國立臺灣大學。
——（2018），從義務到權利：論母性保護制度的轉向與重構，收於：許宗力編，追尋社會國：社會正義之理論與制度實踐，頁 219-291，臺北：國立臺灣大學。
陳泉錫、詹中原、季延平（2016），台灣地區毒癮者接受美沙酮替代療法後再犯毒品之成因探討，犯罪防治研究專刊，8 期，頁 4-16。
陳英淙（2016），警察法公共安全與公共秩序之探討，軍法專刊，62 卷 2 期，頁 1-33
陳英鈐（2012），國家對民辦都更的程序擔保責任，月旦法學教室，118 期，頁 6-8。
陳敏（2016），行政法總論，9 版，臺北：新學林。
陳清秀（2014），市民不服從與抵抗權問題探討，臺灣法學雜誌，255 期，頁 87-100。
陳慈陽（1999），司法院大法官會議有關「集會遊行法」相關規定合憲性問題行言詞辯論鑑定報告書，收於：內政部編，「集會遊行法有否牴觸憲法」等釋憲案相關資料輯要，頁 309-366，臺北：內政部。

doi:10.6342/NTU201901943

陳運財（2016），脫下高貴的公民不服從的外衣－簡評〈刑法觀點下的公民不服從〉，中研院法學期刊，19 期，頁 167-182。
陳樸生、洪福增（1985），刑法總則，3 版，臺北：五南。
陳靜慧（2017），歐洲人權法院及歐洲法院對於間接歧視概念之適用與實踐，收於：李建良編，憲法解釋之理論與實務第九輯，頁 385-436，臺北：中央研究院。
陳韻如、沈幼蓀、陳雅蓁（2011），街頭抗爭的暴力邏輯，臺灣社會學刊，46 期，頁 167-205。
傅柏翔（2018），美國與臺灣就業歧視法制之舉證責任與適當比較基礎問題初探，法令月刊，69 卷 9 期，頁 73-105。
單麗玟（2015），抽象危險犯的必要性審查，月旦法學雜誌，238 期，頁 172-198。
彭美英（2018），罪刑法定原則與阻卻違法事由，月旦刑事法評論，11 期，頁 5-19
曾嬿芬（2008），誰可以打開國界的門？移民政策的階級主義，收於：夏曉鵑、陳信行、黃德北編，跨界流離：全球化下的移民與移工（上冊），頁 135-164，臺北：臺灣社會研究雜誌。
程明修（2002），集會遊行法禁制區規定的合憲性，法學講座，6 期，頁 64-71。
——（2005），基本權各論基礎講座（15）－－訴訟權（上），法學講座，31 期，頁 1-18。
菜市場政治學共同編輯群（2018），菜市場政治學：選舉專號，新北：左岸文化。
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。
黃芳玫、吳齊殷（2010），台灣國中學生個人特質、家庭背景與學業成績－追蹤調查資料之研究，經濟論文叢刊，38 卷 1 期，頁 65-97。
黃昭元（2009），平等權與自由權競合案件之審查－－從釋字第 649 號解釋談起，月旦法學雜誌，法學新論，7 期，頁 17-43。
——（2012），論差別影響歧視與差別對待歧視的關係－評美國最高法院 Ricci v. DeStefano (2009) 判決，中研院法學期刊，11 期，頁 1-63。
——（2017），從平等理論的演進檢討實質平等觀在憲法適用上的難題，收於：李建良編，憲法解釋之理論與實務第九輯，頁 271-312。
黃昭元等，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 11-14（2014）
黃乾全、董貞吟（2004），噪音振動，臺北：財團法人中興工程科技研究發展基金會。
黃國昌（2008），關於集會遊行法之修正－法律專業團體版的緣由，全國律師，12 卷 12 期，頁 67-86。
黃常仁（2009），刑法總論：邏輯分析與體系論證，2 版，臺北：新學林。
黃舒芃（2005），比較法作為法學方法：以憲法領域之法比較為例，月旦法學雜

doi:10.6342/NTU201901943

誌，120 期，頁 183-198。
——（2009），多元民主中的自由保障－Hans Kelsen 的多元主義民主觀暨其對議會與憲法法院的證立，收於：民主國家的憲法及其守護者，頁 55-98，臺北：元照。
——（2009），德國法上違憲審查權限爭議的歷史軌跡－從 H. Kelsen 與 C. Schmitt 的辯論談起，收於：民主國家的憲法及其守護者，頁 141-178，臺北：元照。
黃源盛（2018），晚清民國刑法春秋，臺北：犁齋。
黃榮堅（1999），從容許風險概念看和平內亂罪，收於：刑法問題與利益思考，頁 231-254，臺北：元照。
——（2000），冰水有毒，月旦法學雜誌，65 期，頁 16-17。
——（2000），論行為犯，收於：刑罰的極限，頁 211-242，臺北：元照。
——（2005），論危險故意－評最高法院九十三年度台上字第一一五五號及九十一年度台上字第六三六八號判決，月旦法學雜誌，118 期，頁 225-239。
——（2008），問題不在暴力，問題在正當性！，臺灣法學雜誌，117 期，頁 6-9。
——（2012），基礎刑法學（上），4 版，臺北：元照。
——（2012），基礎刑法學（下），4 版，臺北：元照。
——（2014），國家統治技術演進下的抵抗權概念－兼論其刑法評價上的作用，臺灣法學雜誌，249 期，頁 105-118。
楊日然（2005），法理學，臺北：三民。
楊宜錚（2014），人們如何看自己的社會地位？－影響台灣民眾階級認同因素之探討，天主教輔仁大學社會學系學士論文。
楊承燁（2017），論國家之基本權保護義務－以德國憲法法學之發展為中心，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
楊智傑（2017），公民不服從作為阻卻違法事由：評台北地方法院 104 年度矚訴字第 1 號刑事判決，臺灣法學雜誌，333 期，頁 65-78。
楊雲驊（2002），賠了夫人又折兵？私人違法取得證據在刑事訴訟的證據能力處理，臺灣法學雜誌，41 期，頁 1-22。
葉俊榮（2014），東亞法院的形貌初探：三種模式的浮現，收於：轉型中的東亞法院：基本形貌、紛爭解決與行政治理，頁 13-64，臺北：國立臺灣大學。
董保城（1987），西德對集會自由法律的保障與限制，憲政時代，12 卷 4 期，頁 46-55。
詹鎮榮（2006），競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障－評最高行政法院九十五年度判字第一二三九號判決，月旦法學雜誌，138 期，頁 38-54。
廖元豪（2004），愛國、燒國旗，與言論自由的雙軌理論，月旦法學教室，21 期，頁 8-9。
——（2007），集會遊行權及罷工集會，收於：行政院勞工委員會編，勞資爭議行為論文集，頁 811-833，臺北：行政院勞工委員會。
——（2016），以憲法之表現自由處理「公民不服從」爭議，中研院法學期

doi:10.6342/NTU201901943

刊，19 期，頁 203-228。
——（2017），今天佔立院，明天衝法院？－修辭多於論證的台北地方法院 104 年度矚訴字第一號案判決，臺灣法學雜誌，323 期，頁 9-15。
廖福特（2011），國家積極義務與私人生活保障－歐洲人權法院 2010 年相關判決之檢視，臺灣法學雜誌，180 期，頁 45-68。
褚劍鴻（2000），刑法分則釋論，新北：台灣商務。
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。
劉孟奇、盧敬植（2011），所得分配不均與犯罪：臺灣縣市動態追蹤資料分析，經濟論文叢刊，39 卷 2 期，頁 243-276。
劉冠廷（2011），集會自由作為社會運動之保障—以基本權保障之觀點檢討事前許可制，國立成功大學法律學研究所碩士論文。
劉靜怡（2005），言論自由：第二講－言論自由的雙軌理論與雙階理論，月旦法學教室，28 期，頁 42-51。
——（2009），臺灣民主轉型的「人權保障」未竟志業－－「言論自由」和「集會遊行自由」往何處去，臺灣民主季刊，6 卷 3 期，頁 1-46。
——（2012），歐洲人權法院近年主要集會遊行相關判決評析，臺灣法學雜誌，204 期，頁 45-62。
——（2014 年），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 114-135。
——（2016），我可以在法院前廣場抗議嗎？，月旦法學教室，165 期，頁 6-8。
蔡庭榕（2009），論集會遊行權利與規範，月旦法學雜誌，173 期，頁 218-231。
蔡進閱（1992），論我國集會遊行法之執行以協商為例，警學叢刊，23 卷 2 期，頁 3-29。
——（1993），論溝通基本權與集會自由權，警學叢刊，23 卷 4 期，頁 115-138。
蔡聖偉（2014），法治國的太陽花，臺灣法學雜誌，248 期，頁 1-4。
蔡墩銘（1999），暴動內亂罪與聚眾施強暴脅迫罪，收於：蔡墩銘、甘添貴編，刑法爭議問題研究，頁 401-407，臺北：五南。
——（2008），刑法各論，6 版，臺北：三民。
——（2009），刑法總論，8 版，臺北：三民。
蔡震榮（2008），從江陳會論民主自由與法治的界限，臺灣法學雜誌，117 期，頁 56-65。
——（2010），集會遊行法修法之探討與建議，警察法學，9 期，頁 203-233。
——（2014），論釋字第七一八號有關緊急性及偶發性集會遊行之解釋，月旦

doi:10.6342/NTU201901943

法學雜誌，230 期，頁 102-118。
——（2014），簡評釋字第七一八號解釋與修法方向之探討，月旦裁判時報，29 期，頁 55-65。
鄭昆山（1998），從「法治國原則」論集會遊行刑事罰之「行政從屬性」－兼論司法院大法官會議釋字第四四五號解釋，律師雜誌，222 期，頁 15-32。
鄭添成（2015），監獄超額收容問題之國際觀察－有效策略與解決方案，收於：司法官學院編，刑事政策與犯罪研究論文集（18），頁 31-65，臺北：法務部司法官學院。
盧映潔（2001），論危險前行為的成立要件－以德國聯邦最高法院判決見解為說明，月旦法學雜誌，78 期，頁 111-123。
——（2013），刑法分則新論，6 版，臺北：新學林。
——（2014），肉身抗議與強制罪－－簡評苗栗地方法院一○二年度易字第三九七號刑事判決與彰化地方法院一○一年度易字第一○一號刑事判決，月旦裁判時報，27 期，頁 82-87。
蕭文生（2014），呼籲設立天體營河岸之集會，月旦法學教室，144 期，頁 6-8。
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 23-34。
——（2015），刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，17 期，頁 131-204。
——（2016），刑法、基本權與公民不服從，中研院法學期刊，19 期，頁 229-251。
——（2018），罰金刑體系之改革芻議，國立臺灣大學法學論叢，47 卷 2 期，頁 761-838。
謝佳穎（2014），明顯而立即危險原則之回顧與前瞻，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
謝煜偉（2012），交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略，月旦法學雜誌，210 期，頁 107-130。
——（2014），社會抗爭運動與實質違法性判斷，全國律師，18 卷 11 期，頁 4-16。
——（2014），群眾恐慌下的恐嚇公眾危安罪：北捷隨機殺人案後續事件解析，月旦法學教室，143 期，頁 69-76。
——（2016），風險社會中的抽象危險犯與食安管制－「攙偽假冒罪」的限定解釋，月旦刑事法評論，1 期，頁 70-90。
——（2016），論金融機構特別背信罪，國立臺灣大學法學論叢，45 卷 4 期，頁 2031-2092。
謝榮堂、周佳宥（2009），論國家保護義務，軍法專刊，55 卷，3 期，頁 16-42。
韓忠謨（1967），妨害國家法益及社會公安之罪的比較研究（下），法學叢刊，

doi:10.6342/NTU201901943

12 卷 1 期，頁 12-28。
韓忠謨著、吳景芳增補（2000），刑法各論，增補 1 版，臺北：自版。
簡立欣（2008），媒體時代的群眾運動：試論倒扁運動的框架演變，國立臺灣大學政治學研究所碩士論文。
藍佩嘉（2008），階層化的他者：家務移工的招募、訓練與族化，收於：夏曉鵑、陳信行、黃德北編，跨界流離：全球化下的移民與移工（上冊），頁 87-132，臺北：臺灣社會研究雜誌。
顏厥安（2004），論證、規範縫隙與法的論述概念，法令月刊，55 卷 3 期，頁 89-92。
顏厥安（2004），公共理性與法律論理，政治與社會哲學評論，8 期，頁 1-46。
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。
——（2014），論超法規阻卻違法事由－－以實質違法性為中心，全國律師，18 卷 11 期，頁 17-27。
魏蕙沁（1997），刑法責任問題的思考，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
蘆部信喜著，李鴻禧譯（1995），憲法，臺北：元照。[蘆部信喜（1992），憲法，東京：岩波書店。]
蘇凱平（2016），再訪法實證研究概念與價值：以簡單量化方法研究我國減刑政策為例，國立臺灣大學法學論叢，45 卷 3 期，頁 979-1043。
——（2018），以「高風險複雜系統理論」探討刑事司法系統中的「不可避免錯誤」－－以冤案與死刑案件為中心，月旦法學雜誌，278 期，頁 230-256。
——（2018），憲法權利的交鋒：言論自由與刑事法庭程序之公開播送，月旦刑事法評論，9 期，頁 27-49。
蘇慧婕（2016），第三帝國陰影下的言論自由保障：論德國聯邦憲法法院在政治極右言論案件中的立場演變，國立臺灣大學法學論叢，45 卷 2 期，頁 395-453。
——（2017），言論管制的中立性－－美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析，收於：憲法解釋之理論與實務第九輯，頁 201-269，臺北：中央研究院。

2. 英文部分

Albiston, Catherine. 1999. The Rule of Law and the Litigation Process: The Paradox of Losing by Winning. *Law and Society Review* 33: 869-910.
Alvaré, Melissa Archer. 2017. Gentrification and Resistance: Racial Projects in the Neoliberal Order. *Social Justice* 44 (2-3):113-136.
Amin, Nelson and McDougall. 2018. A Spatial Study of the Location of Superfund Sites and Associated Cancer Risk. *Statistics and Public Policy* 5(1):1-9.
Aronson, Akert and Wilson. 2013. *Social Psychology.* 8th ed. London: Pearson.
Baker, C. E. 1989. *Human liberty and freedom of speech.* New York: Oxford University Press.
Benson, Paul. 2014. Feminist Commitments and Relational Autonomy. Pp. 87-113 in

doi:10.6342/NTU201901943

Autonomy, Oppression, and Gender, edited by Andrea Veltman and Mark Piper. New York: Oxford University Press.

Blasi, V. 2004. Holmes and the Marketplace of Ideas. *The Supreme Court Review* 2004:1-46.

Blass, Thomas. 2000. *Obedience to authority: Current perspectives on the Milgram paradigm*. New Jersey: Lawrence Erlbaum.

Blume, Eisenberg and Wells. 2004. Explaining Death Row's Population and Racial Composition. *Journal of Empirical Legal Studies* 1(1):165-207.

Bourdieu and Passeron. 1990. *Reproduction in education, society and culture*. Thousand Oaks, CA, US: Sage Publications, Inc.

Bourdieu and Wacquant. 1992. *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: The University of Chicago Press.

Brief, Dietz, Reizenstein, Pugh and Vaslow. 2000. Just Doing Business: Modern Racism and Obedience to Authority as Explanations for Employment Discrimination. *Organizational Behavior and Human Decision Processes* 81(1):72–97.

Burch, Traci. 2012. Skin Color and the Criminal Justice System: Beyond Black-White Disparities in Sentencing. *Journal of Empirical Legal Studies* 12(3):395-420.

Burger, Jerry M. 2009. Replicating Milgram, *American Psychological Association* 64:1-11.

—— 2014. Situational Features in Milgram's Experiment That Kept His Participants Shocking. *Journal of Social Issues* 70(3):489-500.

Carnahan and McFarland. 2007. Revisiting the Stanford Prison Experiment: Could participant self-selection have led to the cruelty?. *Personality and Social Psychology Bulletin* 33(5):603-614.

Carter and Brad. 2006. Death of Procedural Safeguards: Prior Restraint, Due Process and the Elusive First Amendment Value of Content Neutrality. *Communication Law and Policy* 11(2):225-254.

Charney, John. 2018. *The Illusion of the Free Press.* Oxford, UK: Hart Publishing.

Coenen, Dan T. 2017. Freedom of Speech and the Criminal Law. *Boston University Law Review* 97:1534-1605.

Coser, Lewis. 1956. *Functions of Social Conflict*. Glencoe, Illinois: The Free Press.

—— 1957. Social Conflict and the Theory of Social Change. *The British Journal of Sociology* 8(3):197-207.

—— A. 1966. Patterns of Violence. *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* 364:8-18.

Dahrendorf, Ralf. 1958. Out of Utopia: Toward a Reorientation of Sociological Analysis, *American Journal of Sociology* 64(2):115-27.

Eberle, Edward J. 2007. Comparative Law. *Annual Survey of International &*

doi:10.6342/NTU201901943

Comparative Law 13(1):93-108.

El-Haj, Tabatha Abu. 2015. Defining Peaceably: Policing the Line Between Constitutionally Protected Protest and Unlawful Speech. *Missouri Law Review* 80(4):961-986.

Espinoza, Willis-Esqueda, Toascano and Coons. 2015. The Impact of Ethnicity, Immigration Status, and Socioeconomic Status on Juror Decision Making. *Journal of Ethnicity in Criminal Justice* 13(3):197-216.

Feldman, Stephen M. 2017. Postmodern Free Expression: A Philosophical Rationale for the Digital Age. *Marquette Law Review* 100(4):1123-1192.

—— 2018. The Return of the Self, or Whatever Happened to Postmodern Jurisprudence. *Washington University Jurisprudence Review* 9(2): 267-294.

Fischman and Schanzenbach. 2012. Racial Disparities Under the Federal Sentencing Guidelines: The Role of Judicial Discretion and Mandatory Minimums. *Journal of Empirical Legal Studies* 9(4):729-764.

Fox, Levin and Forde. 2009. *Elementary Statistics in Criminal Justice Research.* 3rd ed. London: Pearson.

Galanter, Marc. 1974. Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. *Law & Society Review* 9(1):95-160.

Giddens, Anthony. 1993. *Sociology.* 2nd ed. Cambridge: Polity Press.

Grabiner, Gene. 2016. Who Polices the Police?, *Social Justice* 43(2):58-79.

Guttentag, Porath, and Fraidin. 2008. Brandeis' Policeman: Results from a Laboratory Experiment on How to Prevent Corporate Fraud. *Journal of Empirical Legal Studies* 5(2):239-273.

Haney and Zimbardo. 1998. The Past and Future of U.S. Prison Policy. Twenty-Five Years After the Stanford Prison Experiment. *American Psychologist* 53(7):709-727.

Headworth and Ossei-Owusu. 2017. The Accused Poor. *Social Justice* 44(2/3):55-82.

Heise, Michael. 2006. The Past, Present, and Future of Empirical Legal Scholarship: Judicial Decision Making and the New Empiricism. *University of Illinois Law Review* 2002(4):819-850.

Hofling, Brotzman, Dalrymple, Graves, Pierce and Chester. 1966. An experimental study in nurse-physician relationships. *The Journal of Nervous and Mental Disease* 143(2):171–180.

Holmes, Wendell. 1923. *The Common Law. Mineola*. New York: Dover Publications.

Inazu, John D. 2015. The First Amendment's Public Forum. *William & Mary Law Review* 56(4):1159-1197.

Institute of Medicine and National Research Council. 2013. *Contagion of Violence: Workshop Summary*. Washington, D.C.: The National Academies Press.

Jacobs, David. 1979. Inequality and Police Strength: Conflict Theory and Coercive Control in Metropolitan Areas. *American Sociological Review* 44(6):913-925.

doi:10.6342/NTU201901943

Karakostasa and Zizzo. 2016. Compliance and The Power of Authority. *Journal of Economic Behavior & Organization* 124:67-80.

Karst, Kenneth L. 1975. Equality as a Central Principle in the First Amendment. *University of Chicago Law Review* 43(1): 20-68.

Kunstler, Sarah. 2012. The Right to Occupy—Occupy Wall Street and the First Amendment. *Fordham Urban Law Journal* 39(4):989-1019.

Lovibond, Mithiran and Adams. 1979. The Effects of Three Experimental Prison Environments on the Behaviour of Non-Convict Volunteer Subjects. *Journal Australian Psychologist* 14(3):273-287.

Low, Setha M. 2001. The Edge and the Center: Gated Communities and the Discourse of Urban Fear. *American Anthropologist* 103(1):45-58.

MacKinnon, Catharine. 1991. Reflections on Sex Equality under Law. *The Yale Law Journal* 100(5):1281-1328.

——— 1993. *Only Words*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

——— 2011. Substantive Equality: A Perspective. *Minnesota Law Review* 96(1):1-27.

Martín A.N. 2016. A Necessary Triangle: The Science of Legislation, the Constitutional Control of Criminal Laws and Experimental Legislation. Pp. 351-384 in *Towards a Rational Legislative Evaluation in Criminal Law*, edited by Nieto Martín A. and Muñoz de Morales Romero M. Switzerland: Springer, Cham.

Comment. 2015. Constitutional Law - First Amendment Gives Way to a Heckler's Veto - Dariano v. Morgan Hill Unified School District, 767 F.3d 764 (9th Cir. 2014). *Suffolk University Law Review* 48: 991-998.

McCarthy and McPhail. 2006. Places of Protest: The Public Forum in Principle and Practice. *Mobilization: An International Quarterly* 11(2):229-247.

Milgram, S. 1963. Behavioral Study of Obedience. *The Journal of Abnormal and Social Psychology* 67(4):371-378.

Miller, Schreck andTewksbury. 2011. *Criminological Theory: A Brief Introduction.* London: Pearson.

Mitchell and Tetlock. 2006. An Empirical Inquiry into the Relation of Corrective Justice to Distributive Justice. *Journal of Empirical Legal Studies* 3(2):421-466.

Note. 2015. First Amendment - Student Speech - Ninth Circuit Denies Motion to Rehear En Banc Decision Permitting School Suppression of Potentially Violence-Provoking Speech - Dariano v. Morgan Hill Unified School District, 767 F.3d 764 (9th Cir. 2014), cert. denied, 2015 WL 1400871. *Harvard Law Review*128: 2066-2073.

Nunziato, Dawn C. 2009. *Virtual Freedom: Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age.* Redwood City, California: Stanford University Press.

doi:10.6342/NTU201901943

Nussbaum, Martha C. 2004. *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law.* Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

Pettit, Philip. 2000. Democracy, Electoral and Contestatory. Pp. 105-144 in *Designing Democratic Institutions,* edited by Ian Shapiro and Stephen Macedo. Washington, D.C.: American Society for Political and Legal Philosophy.

Post, Robert. 1987. Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum. *UCLA Law Review* 34(5-6):1713-1836.

—— 2011. Participatory Democracy and Free Speech. *Virginia Law Review* 97(3):477-489.

Poster, Mark. 1985. *Foucault, Marxism, and History: Mode of Production Versus Mode of Information.* Oxford: Blackwells Publishing.

Rahman, K. Sabeel. 2018. Constructing and Contesting Structural Inequality. *Critical Analysis of Law* 5(1):99-126.

Redish, Martin H. 2013. *The Adversary First Amendment: Free Expression and the Foundations of American Democracy*. Redwood City, California: Stanford Law Books.

Reiman and Leighton. 2012. *The Rich Get Richer and the Poor Get Prison.* 10th ed. London: Pearson.

Ross and Shestowsky. 2002. Contemporary Psychologys Challenges to Legal Theory and Practice. *Northwestern University Law Review* 97(3):1081-1114.

Rothe and Collins. 2016. The Integrated Spectacle: Neoliberalism and the Socially Dead. *Social Justice* 43(2):1-20.

Rustow, Dankwart A. 1970. Transitions to Democracy: Toward a Dynamic Model. *Comparative Politics* 2(3):337-363.

Salát, Orsolya. 2017. *The Right to Freedom of Assembly: A Comparative Study*. Oxford, UK: Hart Publishing.

Sampson and Raudenbush. 2004. Seeing Disorder: Neighborhood Stigma and the Social Construction of "Broken Windows", *Social Psychology Quarterly* 67(4):319-342.

Sampson and Raudenbush. 2004. Seeing Disorder: Neighborhood Stigma and the Social Construction of "Broken Windows". *Social Psychology Quarterly* 67(4):319-342.

Sampson, Raudenbush and Earls. 1997. Neighborhoods and Violent Crime: A Multilevel Study of Collective Efficacy. *Science* 277:918-924.

Sampson, Robert J. 2010. Collective Efficacy Theory, in *Encyclopedia of Criminological Theory* Pp. 802-806 (Francis T. Cullen & Pamela Wilcox eds., 2010) SAGE Publications, Inc.

Sampson, Robert J. 2016. Individual and Community Economic Mobility in the Great Recession Era: The Spatial Foundations of Persistent Inequality. Pp. 260-287 in *Economic Mobility: Research & Ideas on Strengthening Families, Communities & the Economy*, edited by Federal Reserve Bank of St. Louis and the Board of Governors of the Federal Reserve System.

doi:10.6342/NTU201901943

Washington, D.C.: Federal Reserve Bank of St. Louis and the Board of Governors of the Federal Reserve System.

—— 2016. Neighborhood Inequality and Public Policy: What Can Milwaukee Learn from Chicago and Boston?. *Marquette Lawyer Summer* :9-20.

Sampson, Schachner and Mare. 2017. Urban Income Inequality and the Great Recession in Sunbelt Form: Disentangling Individual and Neighborhood-Level Change in Los Angeles. *The Russell Sage Foundation Journal of the Social Sciences* 3(2):102-128.

Schwartz and Brownstein. 2015. Critical Criminology. Pp. 301-317 in *The Handbook of Criminological Theory,* edited by Alex R. Piquero. New Jersey: Wiley-Blackwell.

Schwartz, Aaron E. 2005. Honk to Remove this Demonstration: The Eighth Circuit Adopts a Hecklers Veto. *Missouri Law Review* 70(2):583-608.

Siegel, Larry. 2013. *Criminology: theories, patterns, and typologies.* 11th ed. Belmont, California: Wadsworth Publishing Group.

Stone, Geoffrey R. 1987. Content-Neutral Restrictions. *University of Chicago Law Review* 54: 46-118.

Sunstein, Cass R. 1992. Free Speech Now. *University of Chicago Law Review* 59:255-316.

Sutherland, Edwin H. 1940. White-Collar Criminality, *American Sociological Review* 5:1-12.

Varnum, Grossmann, Kitayama and Nisbett. 2010. The Origin of Cultural Differences in Cognition: Evidence for the Social Orientation Hypothesis. *Current Directions in Psychological Science* 19(1):9-13.

Varnum, Grossmann, Kitayama and Nisbett. 2010. The origin of cultural differences in cognition: The social orientation hypothesis. *Current Directions in Psychological Science, 19*(1):9-13.

Varnum, Na, Murata and Kitayama. 2012. Social class differences in N400 indicate differences in spontaneous trait inference. *Journal of Experimental Psychology: General* 141(3):518-526.

Van Hoecke, Mark. 2015. Methodology of Comparative Legal Research. *Law and Method* 12:1-35.

Wilkins and Pease. 1987. Public Demand for Punishment. *International Journal of Sociology and Social Policy* 7(3):16- 29.

Williams, Susan. 2004. *Truth, Autonomy, and Speech: Feminist Theory and the First Amendment.* New York: New York University Press.

Young, Iris Marion. 2005. Five faces of oppression. Pp. 91-104 in *Feminist theory: a philosophical anthology*. edited by Ann E Cudd and Robin O. Andreasen. Hoboken, New Jersey: Wiley-Blackwell.

—— 2011. *Responsibility for justice*. Oxford, UK: Oxford University

doi:10.6342/NTU201901943

Press.

Zick, Timothy. 2008. *Speech Out of Doors*. Cambridge, England: Cambridge University Press.

Zimbardo, Maslach and Haney. 2000. Reflections on the Stanford Prison Experiment: Genesis, transformations, consequences. Pp. 193-237 in *Obedience to Authority: Current Perspectives on the Milgram Paradigm,* edited by Thomas Blass. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates.

Zimbardo, Philip. 2007. *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*. New York: Random House Trade Paperbacks.

3. 德文部分

Adán Nieto Martín (2016), A Necessary Triangle: the Science of Legislation, the Constitutional Control of Criminal Laws and Experimental Legislation, in: Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski (Hrsg.), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege: Erinnerung an Joachim Vogel, Baden-Baden: Nomos, S 97-140.

Badura, Peter (2018), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2, München: C. H. Beck, Art. 6.

Beulke, Werner, Strafprozessrecht (2012), 12. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.

Calliess, Christian (2006), Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ, S. 321-330.

Depenheuer, Otto (2018), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 2, München: C. H. Beck, Art. 8.

Fabio, Di (2018), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, München: C. H. Beck, Art. 2 Abs. 2 Nr. 1.

Fahl, Christian (2014), in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, Köln: Carl Heymanns, § 125.

Fischer, Thomas (2015), in: Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München: C. H. Beck, §125a.

Grzeszick, Bernd (2018), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3, München: C. H. Beck, Art. 20.

Gusy, Christoph (1980), Der Freiheitsschutz des Grundgesetzes, JA, 78-85.

Hefendehl, Roland (2002), Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, Köln: Carl Heymanns.

Ipsen, Jörn (2013), Staatsrecht II, 16. Aufl., München: Vahlen.

Jarass, D. Hans (2014), in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, München: C. H. Beck, Art. 3, 8, 19, 20.

Jescheck, Heinrich/Thomas, Weigend (1996), Lehrbuch des Strafrechts: allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.

Joerden, Jan (2013), Solidaritätspflichten und Strafrecht, in: Andreas von Hirsch/Ulfrid Neumann/Kurt Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, Baden-Baden: Nomos, S. 49–60.

Kindhäuser, Urs (2011), Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos.

doi:10.6342/NTU201901943

Kirchhof, Ferdinand (2018), in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, München: C. H. Beck, Art. 3 Abs. 1.

Klein, Oliver (2006), Das Untermaßverbot - Über die Justiziabilität grundrechtlicher Schutzpflichterfüllung, JuS, S. 960-964.

Köhler, Gerd/Dürig-Friedl, Cornelia (2001), Demonstrations- und Versammlungsrecht, 4. Aufl., München: C. H. Beck.

Kühl, Kristian (2018), in: Lackner/Kühl (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, München: C. H. Beck, § 15.

Langenfeld, Christine (2018) in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 1, München: C. H. Beck, Art. 3 Abs. 2.

Neumann, Ulfrid (2013), Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands“ auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip, in: Andreas von Hirsch/Ulfrid Neumann/Kurt Seelmann (Hrsg.), Solidarität im Strafrecht, Baden-Baden: Nomos, S. 155–175.

Ostendorf, Heriber (2017), in: Urs Kindhäuser/Ulfrid Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, Baden-Baden: Nomos, § 125.

Otto, Harro (2005), Grundkurs Strafrecht: die einzelnen Delikte, 7. Aufl., Berlin: de Gruyter.

Papier, Hans-Jürgen (2017), Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, NJW, S. 3025-3031.

Pieroth, Bodo (2014), in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), GG Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, München: C. H. Beck, Art. 20.

Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard / Kingreen, Thorsten / Poscher, Ralf (2014), Grundrechte. Staatsrecht II, 30. Aufl., Heidelberg: C. F. Müller.

Rengier, Rudolf (2017), Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München: C. H. Beck.

Schäfer, Jürgen (2017), in: Wolfgang Joecks/Klaus Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, München: C. H. Beck, § 125.

Schmidt, Rolf (2016), Strafrecht Besonderer Teil I: Straftaten gegen die Person und die Allgemeinheit, 16. Aufl., Grasberg: Rolf Schmidt.

Sternberg-Lieben, Detlev / Schittenhelm, Ulrike (2019), in: Schönke/Schröder (Hrsg.), Strafgesetzbuch Kommentar, München: C. H. Beck, § 125.

Suerbaum, Joachim (2003) Die Schutzpflichtdimension der Gemeinschaftsgrundrechte, EuR, S. 390-416.

Ullrich, Norbert (2015), Das Demonstrationsrecht, Baden-Baden: Nomos.

von Schlieffen, Graf (2015), in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar zum Strafgesetzbuch, Heidelberg: C. F. Müller, §125.

Wache, Volkhard (2018), in: Erbs/Kohlhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München: C. H. Beck, VersammlG § 16.

Welzel, Hans (1969), Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., Berlin: de Gruyter.

—— (2011), Studien zum System des Strafrechts, in: Abhandlungen zum Strafrecht und zur

doi:10.6342/NTU201901943

Rechtsphilosophie, Berlin: de Gruyter, S. 120-184.

4. 韓文部分

정영일,형법총론 (3 판), 서울:박영사 2010.

이재상/장영민/강동범, 형법각론 (10 판), 서울:박영사 2017.

doi:10.6342/NTU201901943