

國立臺灣大學科際整合法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

以盧曼系統論觀察期待可能性之機能

— 以社會抗爭運動為例

A Second-order observation on the Concept of Zumutbarkeit : A  
perspective of Luhmann's Social

System Theory -Taking the Social Movements in Taiwan as Core  
Material

周廷諺

Ting-Yen Chou

指導教授：李茂生 博士

Advisor: Mau-Sheng Lee, Ph.D.

中華民國 104 年 7 月

July, 2015



# 謝辭



這本論文的完成與題目的選定，都與我的指導老師李茂生老師息息相關。回想大學時首先即是被李茂生老師豐富多元，自由又充滿哲思的刑法課程給引發了興趣，才一路的往刑法的主題走去。而這條路確實越走越感覺到世事的艱難，熱情與理想、現實與冷漠的人心障蔽、防衛的必要與對人道的關懷，其中的每一個界線都難以劃分，每一個選擇的都給定的有得有失，因此如何判斷或者加以指引確實十分困難。究竟應該用什麼樣的立場去判斷或分析？個人的意見又為何可以凌駕於眾人之上呢？這個問題始終縈繞在我的寫作過程之中。我們畢竟是人不是神啊。

對於這個問題，李老師始終不會給予學生直接的答案的。如果要比喻的話，我想這十分像是禪宗的一門開悟技術。換言之，就像老和尚出給一休小和尚機智問題一樣，你自己想出來的答案才是你自己親手獲取的，同時也可以避開填鴨、威權等問題……。談遠了，現階段的回答其實就是本論文的回應，要如何改變世界？如何影響他人？雖然研究盧曼的最初，是因為常常看不懂李老師的系統論論述，但今年初全力開始研習盧曼後，自己確實覺得越來越喜歡這個觀察方法，到後來也孤注一擲的決定運用盧曼的觀點貫徹到論文的結論上，試圖去融合一個系統外與系統內的對話可能。當然很慚愧的我想限於能力，這樣的作法充滿了瑕疵與不完美之處。但受限於種種狀況與時間的壓力，我想我對於這樣的嘗試已經算是滿足自己的小小心願了。仍然很遺憾的是沒有辦法回應老師始終問我的「如何讓實務看懂」的問題，在結論方面雖然增加了綜合性的說明，但要如何讓人看懂系統論，一方面受限於本文編寫、詮釋能力，另一方面從溝通的困難性本身看來，不論如何想要達到有效的溝通又不被恣意的詮釋我想總是非常困難的。也許這個問題只能用接下來的人生慢慢解答吧。

最後真的要感謝李老師對我的悉心指導，老師確實是非常公平的人，作為學

生難免會有一些想撒嬌的心情吧，但老師確實是一個非常關懷的人。本論文也是向老師致敬的一種表示，不論是系統論、正反文、尼采式的翻轉思考。學生知道什麼都是從老師那兒來的。僅以此段話向老師致敬：



「.....知識分子是具有能力向公眾以及為公眾來代表、具現、表明訊息、觀點、態度、哲學或意見的個人。而且這個角色也有尖銳的一面，在扮演這個角色時，必須意識到其處境就是公開的提出令人尷尬的問題，對抗而非產生正統與教條，不能輕易被政府或集團收編，其存在的理由就是代表所有那些慣常被遺忘或棄置不顧的人們的議題。」

接著必須感謝從國考一路陪伴我至今的品蓁，不管是在北車的時光、放榜的喜悅、愛心便當、或者一起完成論文的現在，始終都在我身邊支持著，這些所有完成的一切都少不了妳的貢獻。也很感謝媽媽，生病前支持我國考，生病後依然支持我完成論文，讓我不用花時間兼小差生活，得以專心完成工作。

也要感謝師兄國華，每次出來吃飯都很有趣，聊天總是給予我新的啟發；感謝至鴻大學長幫我看大綱、解答許多問題；感謝致睿提供許多實用的發表講演經驗；感謝一直同研究室的小鹿的加油打氣；感謝研究室的建樺時常聊天的時光。最後也感謝來參加論文發表的所有所上同學，以及唯一來參加口試閒聊的家丞。

這七個月研究的時光即將告一段落，看看滿山滿谷的研究室書籍，總有許多留戀。在台大竟然也待了九個年頭，下一步是去接觸實務，或者追尋夢想，也一時難辨方向。希望無論如何，自己仍能保持著對於人的關懷。

# 中文摘要



台灣社會近年來社會運動抗爭紛起，直至 2014 年的 318 學運佔領行動時，達到高峰。大有呼應世界各地烽火傳遞的跡象，如承先的阿拉伯之春、茉莉花革命、到繼後香港的雨傘運動。然而對於政府治理而言，這樣的運動事件帶有政治不安定性，運動手段帶有秩序破壞性，如果不考慮其政治訴求，則政府的處理方式將會是一致的，維持秩序，保持安定。這點從各地的抗爭運動的政府對應策略可以觀察到。維持安定與秩序的手段首先就是警察人員，以及法律作為一種武器的方式。抗爭者即面臨一個有效抗爭則違法，合法則無效抗爭的兩難局勢。而最重要的社會問題所導致的政治或社會訴求反而被刻意忽視，或者隨時間拖延而消逝於輿論中。本論文因此選取了台灣近年來與社會議題息息相關之社會抗爭運動，並嘗試先剖析其社會原因以及政府於其中扮演的角色，再討論法律作為手段其運作之策略為何。本文於思考上放棄了「公民不服從」之概念，而採用「社會抗爭運動」，其理由在於取消公民不服從的限制性與收編性，而將問題回歸於社會不正義與政府責任之上。

接著在討論完司法系統對於運動行為之處置後，再探討刑法學說上對於抗爭行為應如何處理之文獻回顧。本文因此提出了一個更好的處理機制，亦即「期待可能性」概念。以下接著對於有責性的概念，以及期待可能性的起源、憲法意涵、概念、定位、標準以及我國實務操作情況做一個文獻回顧。

承繼本文前段系統內之討論，本文於第五章之後則運用盧曼的系統論，以二階觀察的方式對於法律系統的運作進行觀察，並且從中觀察到了其於有責性方面運作之弔詭與策略，從真相系統看來，法律系統毋寧是遮掩了許多無法處理卻假裝有在處理的情況。本文亦從觀察中於系統外了解期待可能性的運作標準之本體性為何，並且最後結合了二階觀察所獲取的結果，而從系統內提出一個可能運行的期待可能性標準。本文因此建議實務將處理類似社會抗爭事件，將焦點放置於

期待可能性概念上，較有利於彈性調整法律系統之壓力，並且可以有效對於政治情勢做一個策略上之有效對應。

**關鍵詞：**盧曼系統論、318 學運佔領事件、社會抗爭運動、公民不服從、太陽花學運、期待可能性、有責性、癖馬案



# 英文摘要



Recently, the social movements are growing in Taiwan. The essential cause is about Taiwan Government's economic policy and duty of supervise. However, the legal system in Taiwan can't aware this situation, even if they aware, they still don't have useful ways to solve this problem. Either arrest the people protested, or allow them to break the law. Arrest the people will bring more protest movements, and allow the break-law moves will effect social order. Therefore, the legal system is facing it's difficult position.

The research try to use Luhmann's social system theory to re-entry the legal system's observation and the concept of Zumutbarkeit, hoping to find a better way to solve the problem mentioned.

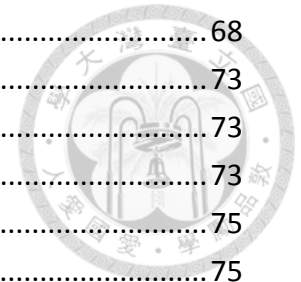
**Key Words:** Social movements, Social System theory, Zumutbarkeit, Luhmann

# 目錄



謝辭.....	i
中文摘要.....	iii
英文摘要.....	v
<b>第一章、緒言.....</b>	<b>1</b>
第一節 問題意識.....	1
第二節、方法論.....	2
<b>第二章、社會抗爭運動所引發之刑法犯罪.....</b>	<b>4</b>
第一節、社會抗爭運動之定義.....	4
第一項、何謂社會運動.....	4
第二項、與公民不服從之間的比較.....	7
第二節、我國社會抗爭運動的社會脈絡.....	8
第一項 318 學運之社會論述.....	8
第二項、楊儒門案，關廠工人案及苑裡反風車之社會論述.....	12
第二節、社會抗爭運動中之犯罪類型與主張.....	16
第一項、關廠工人案及苑裡反風車.....	16
第二項、318 佔領事件.....	18
第三項、法院判決與起訴書.....	21
第四項、小結.....	23
<b>第三章、社會抗爭運動於刑法檢驗步驟中之定位探討.....</b>	<b>25</b>
第一節、刑法檢驗步驟的機能.....	25
第一項、構成要件該當性.....	25
第二項、違法性.....	27
第三項、小結.....	31
第二節、社會抗爭運動於刑法檢驗步驟中之定位.....	31
第一項、學界見解回顧.....	31
第二項、社會抗爭運動於檢驗步驟中之定位分析.....	34
<b>第四章、期待可能性.....</b>	<b>37</b>
第一節、有責性之本質.....	37
第一項、有責性之概念.....	38
第二項、責任之諸基本理論.....	39
第二項、擺盪在決定論與非決定論之間.....	43
第三項、分析.....	46
第二節、期待可能性.....	49
第一項、期待可能性之概念.....	49
第二項、期待可能性的體系定位.....	62
第四項、期待可能性的判斷標準.....	65

第五項、小結.....	68
<b>第五章、盧曼系統論的基本觀點 .....</b>	<b>73</b>
<b>第一節、系統論中的核心要素 .....</b>	<b>73</b>
第一項、世界的複雜性.....	73
第二項、意義.....	75
第三項、溝通.....	75
第四項、系統的「觀察」.....	77
<b>第二節、系統論中的「期待」結構.....</b>	<b>80</b>
第一項、「期待」作為一種「結構」.....	81
第二項、雙重偶然性.....	81
第三項、期待的反身性結構.....	82
第四項、期待於社會系統中的一般化.....	84
<b>第三節、社會中的法系統.....</b>	<b>87</b>
第一項、作為社會系統的結構.....	87
第二項、法律系統實現封閉性之要素.....	88
<b>第四節、小結.....</b>	<b>93</b>
<b>第六章、以盧曼系統論之視野觀察刑法責任性之運作 .....</b>	<b>96</b>
<b>第一節、對於刑法有責性的觀察.....</b>	<b>96</b>
第一項 法律系統無法直接接觸心理系統.....	96
第二項 對於責任主義歷史脈絡的反文進行發掘.....	97
第三項 小結.....	100
<b>第二節、對於期待可能性之觀察 .....</b>	<b>101</b>
第一項 期待可能性之構造.....	101
第二項 重新觀察期待可能性之諸學說.....	104
第三項 對於期待可能性標準的觀察.....	106
<b>第七章、結論 .....</b>	<b>111</b>
第一節、三個方向的歸納.....	111
第二節、從系統論角度再觀察法秩序標準說.....	113
第三節、結語.....	115
<b>參考文獻.....</b>	<b>116</b>







# 以盧曼系統論觀察期待可能性之機能-以社會抗爭運動為例

## 第一章、緒言

### 第一節 問題意識

三月十八號，佔領立法院行動在電視機螢幕中幡然上映，全國的民眾皆為之震撼。學生團體，教師，各界人士，有的聲援有的反對，於我而言最大的感觸則在於公民意識的崛起，人民藉由社會運動進行自我反思，對於家園，土地，生活有了更多的了解與參與，對比於早期的台灣戒嚴時期，或者白色恐怖時代，則實為民主法治的更前進。若從古代希臘人的城邦生活為借鏡，希臘人愛好智慧，崇尚理性，並堅決反對受到支配，其護民官係由全體公民中每年抽籤而定，雅典政治體系是否完美縱先不論，其城邦公民高度認同城邦生活並高度參與城邦事務的生活態度，確實是現今台灣代議政治下難以想像的生活方式。民主需要更多的試煉，於試煉通過之後方能集成全民對價值的體悟與共識，本次一連串的學運事件正可能是這樣的公民意識崛起的契機。

然而，從事件中我們可以看到學運人士雖然強調和平抗爭，在現行法下仍以屬犯罪行為之方式進行抗爭(諸如妨礙公務，違反集遊法，聚眾施以強暴脅迫，侵入住宅等方式)，會使得我們一般人民感覺到一種矛盾，即對於學運的支持是否將等同於對犯罪行為之支持?以及是否真有意義之必要等疑惑，筆者於運動初期亦有此種反思。然而當事件所涉及的利害關係，政治經濟要素種種逐一揭開之後，想法上反而轉變成「如果不以此種方式，如何能表達期訴求呢」。而下一步，政治訴求是否是刑法所應/能考量的因素變成關鍵的問題。翻閱諸多文

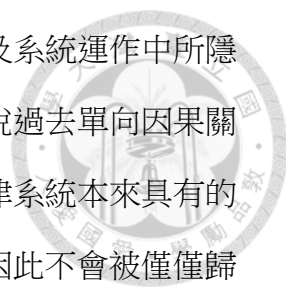
獻，學者對於是否得以避免對於學運人士發動刑罰大多持以肯定而同情的態度，惟較無一個全面性檢討的論述，是筆者進行本研究的最初動機。

學運人士刻意違反法律的方式表達訴求，在犯罪上會使人聯想到白米炸彈客一案所提到的之社會問題，其訴求在於明知違法而仍為之，就是要以此方式以喚起社會的注目，而其心中所想者，無非認為社會公益的保護遠大於刑法犯罪中的特定法益。若依刑法三階層加以檢驗，我們會發現行為人對於犯罪明知且有故意，無法定阻卻違法事由頂多尋找超法規阻卻事由，但又陷入法無明文且要件不明確的情況，於刑事訴訟上亦難以證明。可罰違法性雖有討論空間但依本次學運中妨礙公務的嚴重程度，亦難謂輕微。最後只能從有責性下手。而有責性的討論文獻少之，故亦為本文以下將著力檢討之部分。

冷靜的對於以上刑法脈絡進行反思，我們也可以赫然發現，為何對於一個明明是犯罪行為的行為，學界會如此一面倒的同情並予以脫罪？實務上又為何審慎又拖延？單純從刑法體系內完全無法理解，也無從納入前述公民意識等重要社會價值，難道刑法之判斷果真與社會是完全分離的，而無從感應社會的轉變與衝擊？此為筆者第二個接續的問題意識，亦即從刑法的內部觀點我們似乎無法理解刑法對於外部刺激所產生的反應與變化，是以本文於此採取了系統論的觀點，嘗試以系統的角度解析刑法系統與外在環境間之關係。

## 第二節、方法論

本文選取德國著名系統論學者 Nicalas Luhmann 的系統論的觀點，首先先闡明 Luhmann 的系統論基本觀點與預設，諸如溝通，一般系統觀點、意義，二階觀察之觀察角度等，以及所謂社會中的溝通之全新詮釋，進而以「社會中的法律系統」，此種觀點對於法律系統之運作進行觀察。本文認為以系統論的作為觀察方法至少有兩個積極的面向，其一是雖然系統總是自主自生的進行一階運作，然



而身為第三人亦可藉由二階再進入的方式，對於系統的運作以及系統運作中所隱藏的弔詭性加以觀察。其二，藉由系統論的觀點，我們得以擺脫過去單向因果關係的視角，將事物具有的集體性，關聯性給還原回來，使得法律系統本來具有的一體性，自主性得以重新呈現，法律系統所作出的每一個決定因此不會被僅僅歸因於某個要素，而得以與自身以及環境環環相扣。其三，藉由對於系統中的結構的了解，我們可以發現雖然一個系統的運作只有系統得以決定其如何運作，結構卻可以限制其運作之可能性。因此，一個系統究竟已經存在那些結構，以及一個系統正在如何的逐漸改變其結構，都會是我們得以觀察其決定之可能性被限制之方向。

此外，若參照 Luhmann 著作中之本意，其並未區分法律系統內部中之法律領域類型之不同，而認為係法律系統之不同類型，而採取法律系統中之遠近對於環境複雜度影響程度而為之分類。本文因此也未在論述中區分刑法系統以及法律系統。然而值得觀察的是，刑法體系具有的罪刑法定嚴格性，最後手段性，強烈要求法安定性以及與政治輿論、社會觀感緊緊相連之特性，確實具有單獨作為一個系統來探討之價值。

於第二章檢討法律體系的內部進行時，則純從法內部觀點進行判斷，而與系統論無關，係為了於第四五章之系統論觀點進行對比。而第三章的有責性分析則是為了透出刑法內部本身有可能與政治訴求相互媒介的管道，並且可以表露出國家與人民間的緊張關係。於第六章將以系統論之角度對於刑法系統之自生運作進行觀察，而於第七章綜合前六章之討論，提出一個綜合系統論觀點、期待可能性憲法內涵以及法系統內部觀點之新主張，並進一步觀察此種主張將可能帶來的優點。

# 第二章、社會抗爭運動所引發之刑法犯罪



## 第一節、社會抗爭運動之定義

### 第一項、何謂社會運動

#### 第一款、定義

所謂社會運動(Social Movements)，依據研究觀點之不同，可以分為四種看法：集體行為論(collective behaviour)，資源動員論(resource mobilization)，政治過程論(political process)，以及新社會運動論(new social movements)<sup>1</sup>。集體行為論係從結構功能主義而來，其主張靜態的社會次系統由於無法解決結構間所新生之緊張壓力，因此只能藉由重新塑造共享信念之方式來再次穩定結構<sup>2</sup>。而資源動員論則把焦點放在社會運動過程所需的資源上，換言之，將集體運動定義為「一種理性的，有意識的，以及組織化的行動」<sup>3</sup>，因此才呈現出精密之成本計算歷程。而政治過程論者則認為，社會運動必然存在一個於社會階層中意圖挑戰之階級或行動者，因此社會運動之重點應該在於研究「社會運動所處的政治體制與政治環境」上<sup>4</sup>。新社會運動論者則主張新社會運動已經與過去時代中之社會運動性質相去甚遠，勞資關係之比重已然不如過往般高，取而代之的是一種「針對現代主義和進步主義所發出一種批判的意識形態」<sup>5</sup>，換言之，即一種接近於後現代的反思，對於資本主義、官僚體制、傳統觀念所造成的不平等，提倡一種去中心化的訴求，以重新探求、定義個人生存之空間與價值。

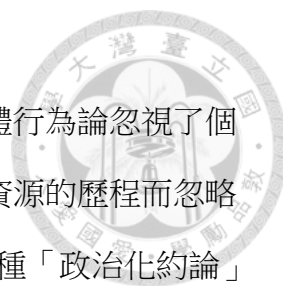
<sup>1</sup> Donatella della Porta/Mario Diani 著 (2002)，苗延威譯，《社會運動概論 Social Movements: An Introduction》，頁 4，台北：远流。

<sup>2</sup> 同前註，頁 5。

<sup>3</sup> 同前註，頁 10。

<sup>4</sup> 同前註，頁 11、12。

<sup>5</sup> 同前註，頁 14。



以上四種基本的觀點皆有各自遭到批評的主張，比如說集體行為論忽視了個人於行動中的意志與情緒展現、資源動員論則被認為過於重視資源的歷程而忽略了結構產生的根源性衝突問題、政治過程論則被批評為帶有一種「政治化約論」的色彩，而簡化問題。新社會運動說則具有將巧合作為新時代運動特徵之錯覺。

惟無論採何說，學者皆普遍同意一個社會運動至少具有以下四種特性：1.非正式的互動網絡 2.共享的信念和凝聚力 3.突顯衝突的集體行動 4.抗爭手段的運用。

所謂非正式的互動網絡即指可能同時包括傳統的運動組織與依靠網絡彼此可能不相熟識的一群網友們兩種極端的面向，可能是鬆散的也可能是緊密的。而共享的信念與凝聚力，則指以上互動網絡間，具有「一組共享的信念與一定程度的歸屬感」即可，包括共同的情感或者符號等連結因素。突顯衝突的集體行動則指運動者意識到文化或政治上之衝突，進而以集體行動使得衝突中之對立關係得以顯現。最後的一個特色則是抗爭手段的運用，並不區分暴力與否，反而有認為體制內之政治手段應屬於社會政治行動之環，而非社會運動，而將兩者分開。<sup>6</sup>

## 第二款、對於本文相關之社會運動進行分析

本文基於主題以及系統論論述之考量，在此同樣採取社會運動學理上最廣為接受的四點特徵做為以下社會運動之基本定義。本文以下為了寫作上之方便，將先對於本文所舉社會運動之例，包括楊儒門案、關廠工人案，苑裡反風車案以及 318 學運佔領事件，進行定義上之分析：

	楊儒門案	關廠工人案	苑裡反風車案	318 學運佔領
--	------	-------	--------	----------

<sup>6</sup> 同前註，頁 17、18 之整理。

非正式的互動 網絡	X 僅由個人進 行	V 由一群同樣 領不到退休金 之工人組成	V 由生活受到 影響的苑裡居 民組成	V 由串聯所組 成之學生團體 與網路號召之 學生所組成
共享的信念與 凝聚力	X 同上	V 同樣對於政 府未盡監督之 責以及出爾反 爾感到不滿	V 同樣對於政 府之環評過程 感到憤怒	V 同樣對於服 務貿易的簽訂 過程感到不滿
突顯衝突的集 體行動	X 同上	V 集體臥軌、 靜坐之方式	V 集體靜坐干 擾施工	V 集體佔領立 法院與行政院
抗爭手段的運 用	V 以放置炸彈 的方式引起社 會注意	V 以違法臥軌 方式與政府抗 爭、透過媒體 持續提出其訴 求	V 持續干擾施 工進行、持續 提出其訴求	V 以持續佔領 行動促使政府 與之協商、持 續的透過網路 與媒體提倡其 訴求

由以上表格可以看到除了楊儒門案之外，其餘應皆符合社會運動之定義。楊儒門案雖然因為僅由其個人行動，因此不具有集體性，然而其背後同樣具有一個重要的社會不正義現象，進而促使其進行此種吸引社會注意力之行為。在本文的脈絡之下，由於楊儒門本身並非由於身處於此種壓迫環境之中，從而不得不代表自己發聲，反而是以較旁觀而同情之立場，欲協助農民生活，因此本文認為楊儒門案較不適用本文後段關於期待可能性之討論。

惟本文以下依然保留了對於楊儒門案的討論，主要是考量到其作為以行動對於社會不正義之議題，爭取社會輿論注意之先河之重要性，並且在社會系統溝通

中確實產生了一定程度之波瀾。



## 第二項、與公民不服從之間的比較

### 第一款、公民不服從

所謂「公民不服從」，一般研究多認為係由美國哲學家梭羅、印度甘地、美國金恩博士此一不合作運動之脈絡而來<sup>7</sup>，並且雖然尚有許多不同意見，然而多數學者之共識為「指任何人基於政治道德良心之動機，以促使法律、政府政策或社會弊端變更為目的，單獨或與他人共同所為公開、非暴力之有意識觸犯法律規範的行為」<sup>8</sup>雖然學者間容有不同意見，但是多數在公民不服從運動是否應為非暴力的手段此點，皆採肯定說。此主要理由在於，主張公民不服從之人民，並未打算推翻整個現行法律體制，因此以非暴力之方式展現其訴求才能宣示其對於法體系之忠誠，否則即應歸於抵抗權之討論脈絡。另一方面，也與公民不服從運動觸法之後，應表現坦然面對法律制裁之要求相結合，否則即不足以展現對於現行法律的忠誠與尊重。

### 第二款、與社會運動之比較

公民不服從與前述社會運動最大的差異即在於公民不服從必須展現其對於法體制之忠誠性。也因此欲主張公民不服從者，即必須主觀上首先存在道德良心以及對於體制之尊重，繼而以非暴力的方式觸犯法律，並對於制裁坦然接受，方能符合要求。而社會運動則否，僅需有集體行動以及信念即屬之。

本文認為，觀公民不服從之主張要求，首先顯然是將人民展現其自身以吸引社會注意之管道限縮了，必須以一種文明且守規矩的方式才能進行，換言之，對

---

<sup>7</sup> 江文宗（2009），〈論市民不服從的正當化理論與實踐〉，頁 9-15，國立台北大學法律學系碩士論文。

<sup>8</sup> 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-〉，頁 18，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

於政府來說則是容易刁難並且容易控管、予以無視化的。並且藉由「公民不服從方式才是對的」此種宣稱，政府方更容易收編而合理化對於不符合公民不服從「文明的」要求所進行的抗爭之處罰，比如對於一般教育程度較低之勞工階層，要如何期待其進行如甘地式的抗爭方式？在情緒與環境之壓迫之下，更多是在生存邊緣中所爆發的吶喊，而此吶喊爆發的下一個瞬間，馬上即應不符合文明標準而送入司法系統之中加以制裁，遑論有何時間去爭取社會注意，最後只剩向法院乞求是否為非暴力之認定而已。

觀本文所列舉之社會運動脈絡，整個抗爭之中最重要的在於突顯出背後無數的人民受到不正義的對待之真相，意即於國家中存在的社會不正義之結構性問題。而不在於抗爭之人民是否有禮貌而有文明的「表達方式」上。因此本文亦認為採取公民不服從之認定方式尚有易於轉移焦點之缺點。

而「社會運動」之定義則首先可以藉由集體性、信念、抗爭手段以及互動等多方面，建構起一個社會現象所帶來的普遍影響，進而表徵了一個實存的社會問題真實的影響了許多人民的狀態，他們因此有意識的進行串聯，互相了解而最後只能不斷的以抗爭手段爭取注意的整個過程。當一整群的人民皆被迫只能採取某些特定且可能導致自己入獄風險之手段時，恰好也同時說明了該社會處境有多麼的惡劣。

綜上，本文以下即捨棄公民不服從之標準，而採取「社會抗爭運動」之形式來認定之。

## 第二節、我國社會抗爭運動的社會脈絡

### 第一項 318 學運之社會論述



## 第一款 輿論所呈現之事件經過

3 月 18 號，全國的民眾都目睹了震驚全國的佔領立法院事件。3 月 18 日晚間六點，學生正舉行著守護民主之夜晚會，不到數小時之間，400 名學生紛紛進入立法院議場外圍靜坐，於九點時突破院內警力，佔領議場內部並將內部支援員警驅逐於外。期間並有打破立院玻璃，闖入立院辦公室，翻閱文件，破壞議場內部等行為。

佔領議場之學生團體主張內政部委員會及張慶忠委員黑箱<sup>9</sup>通過服務貿易法案，犧牲台灣利益，並高舉「佔領 63 小時」、「拒絕服貿闖關」、「七成五台灣人民要求逐條審查」等布條<sup>10</sup>。

佔領之起源依照目前主流論述，原因在於 3 月 17 號內政部委員會於審查海峽兩岸服務貿易協議時，不顧朝野協商之共識，於 30 秒倉促之半分之間，由張慶忠委員宣布審查完成，遂引起公民團體，學生以及在野黨之齊聲抵抗。<sup>11</sup>

而在政府當局與佔領運動學生團體僵持了數日而不見成效後，學生團體遂於 3 月 23 日佔領行政院，行政院長江宜樺當即下令強制驅離，上演了流血抗爭的激烈反抗衝突。學生團體以桌椅，鐵鍊擋住門口，不讓警方攻堅，靜坐於外的自發民眾與政治人物<sup>12</sup>則手牽手臥倒於地，阻止警方的驅離行動。其後，警方於驅離不利之後，出動噴水車及警棍，多有民眾遭警棍打擊與強力噴水衝擊產生受傷等情形，並於電視機前的一般人民心中目睹了國家公權力的暴力展現，另一方面總統與行政院長也聲明<sup>13</sup>驅離行動為依法行政，並反對人民濫用暴力佔領國家機關

<sup>9</sup> 〈張慶忠「30 秒硬闖服貿」無效〉，東森新聞網，  
<http://www.ettoday.net/news/20140326/339205.htm>（最後瀏覽日期:07/25/2015）

<sup>10</sup> 〈反服貿衝擊戰:學生攻占立院主席台〉，蘋果新聞網，  
<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/politics/20140318/362423/1/>（最後瀏覽日期:3/31/2015）

<sup>11</sup> [http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%A4%AA%E9%99%BD%E8%8A%B1%E5%AD%B8%E9%81%8B#cite\\_note-18](http://zh.wikipedia.org/wiki/%E5%A4%AA%E9%99%BD%E8%8A%B1%E5%AD%B8%E9%81%8B#cite_note-18) 網路資料:維基百科。

<sup>12</sup> 〈綠天王聲援學生，謝遭水柱噴擊〉，中央通訊社，  
<http://www.cna.com.tw/news/aipl/201403240075-1.aspx>（最後瀏覽日期:07/25/2015）

<sup>13</sup> 〈馬英九早上 8 時召開因應會議 和府院高層討論應對方式〉，奇摩新聞，  
<https://tw.news.yahoo.com/%E9%A6%AC%E8%8B%B1%E4%B9%9D%E6%97%A9%E4%B8%8A8%E6%9>

之行為。

四月六日之後，僅剩立法院中以林飛帆，陳為廷代表之學生領袖等人堅守於立法院內，在政府拖延策略之下，社會輿論漸漸轉向希望學運事件落幕之情緒，四月七日，藉由企業家居中協助，學運代表同意與立法院長王金平協談，並於王金平院長承諾「兩岸協議監督條例草案完成立法前，不召集兩岸服務貿易協議相關黨團協商會議」<sup>14</sup>後，學生團體於翌日晚間和平自行撤出立法院。

於 318 學運事件之中，評論者與學運人士多傾向將學運的發動原因歸結於政府黑箱的作業，危及了台灣利益，也觸動了台灣人民統獨的深層紅線，比如學者張嘉尹：

「從此以後，清兵長驅直入。或者，再用一個比喻，在這一個重新到來的甲午年，黑箱服貿協議彷彿是另一個馬關條約，如果真的強行通過，台灣從此走向不歸路。如果上面的推論有道理，那麼台灣目前所面臨的就不只是憲政危機，還有滅國的危機。」<sup>15</sup>

學者林鈺雄亦認為「當獨裁成為事實，革命就是義務。當獨裁即將到來，抵抗才是正義。」<sup>16</sup>

然而亦有論者認為從社會運動的脈絡觀之，其實諸如黑島青，島國運動等運動團體，早在關廠工人案，苑裡反瘋車，陳為廷丟鞋案等中，即以其團體理念行動了餘年，而本次太陽花學運之決定佔領，據內部領袖林飛帆所言，僅為一次偶

---

[9%82%E5%8F%AC%E9%96%8B%E5%9B%A0%E6%87%89%E6%9C%83%E8%AD%B0-%E5%92%8C%E5%BA%9C%E9%99%A2%E9%AB%98%E5%B1%A4%E8%A8%8E%E8%AB%96%E6%87%89%E5%B0%8D%E6%96%B9%E5%BC%8F-200542240.html](http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201404065002-1.aspx)（最後瀏覽日期：07/25/2015）

<sup>14</sup> 〈王金平進入議場 探視學生〉，中央通訊社，

<http://www.cna.com.tw/news/firstnews/201404065002-1.aspx>（最後瀏覽日期:07/25/2015）

<sup>15</sup> 張嘉尹(2014)，〈保衛共和國!—318 學運的憲法學詮釋〉，《台灣法學雜誌》，第 245 期，頁 59。

<sup>16</sup> 林鈺雄(2014)，〈基於憲法及公約之類似緊急避難-初探公民抗爭運動的刑法評價平台〉，台灣法學雜誌，第 247 期，頁 99-100。

然的決定<sup>17</sup>。就其背後原因，更應該說近年來台灣經濟蕭條，政府又無妥善對策，加上諸多社會事件的爆發，使得人民的不滿情緒轉向於政府本身，而強烈的不信任感，承繼洪仲丘虐待事件之後，至服貿黑箱之爆發，更是達到了高峰。包括 BBS 平台上網民爆量的討論與爆料，還有許多所謂懶人包的大量流傳於各式網路論壇所產生之網路連帶，也促使了本次事件人民的高度認知與參與。而學運團體則於「本來沒想到會這麼多人參與遊行」的情況下，藉此高漲民意遂進行了本次展領行動。

## 第二款 本文見解

自從 1996 年我國施行總統直選以來，實際上已經是獨立主權運作之主體，此點國內多數亦肯認之。然而係爭海峽兩岸服貿協議，卻藉由我國與對岸非屬國家對國家之關係認定，因而認為兩岸簽署之協議即使涉及國內重大事項，仍然無須送交立法院實質審議之漏洞，強行以行政命令之程序方式宣告協議通過，自然挑起國內統與獨的心理死線。換言之，如果我國與對岸所簽之重要協定，概皆可以行政明令方式簽屬，則我國與對岸確實已經非國與國之關係，毋寧更像是國內事務之處理關係。因此，如上討論所呈現的社會輿論的激烈，抗議事件之規模以及法律學者的憲法危機的宣告，其核心皆來自敏感的國家存亡之問題。從公平正義的角度，國家之主權係從人民而生，因此國家之存立自應由人民共同決定未來前途，本文認為倘若掌權者欲藉由暗渡陳倉的方式，避開全國人民的共同監督與意見表達時，則反抗行為的發生無疑的是與此種社會不正義政府作為緊密相關聯的。

而討論完最近的占領事件後，本文接下來要對於過去台灣近年來所發生之重要社會抗爭運動做一回顧，以進一步了解整個社會運動之潛在脈絡。

---

<sup>17</sup> 〈佔領運動 當仁不讓 — 專訪台灣學運領袖林飛帆、施懿倫〉，佔中專訊，  
[http://oclp.hk/index.php?route=occupy/article\\_detail&article\\_id=131](http://oclp.hk/index.php?route=occupy/article_detail&article_id=131)（最後瀏覽日期:07/25/2015）

## 第二項、楊儒門案，關廠工人案及苑裡反風車之社會 論述



### 第一款 楊儒門案件

2003 年 11 月 13 日，在大安森林公園出現遭人刻意置放的炸彈，上面清楚註記「此為炸彈」，並且以字條表達「反對進口稻米」，「政府應照顧人民」之標語。此即為社會對於白米炸彈客事件之認識開端。隨後，警方逮捕楊儒門，並以恐嚇公共以及製造炸彈之罪名將其起訴<sup>18</sup>。作為一個法律事件，也許到此故事即應結束，然而本事件對社會輿論卻造成了極大的正反討論，最後也導致了楊儒門日後的特赦發生。

楊儒門之訴求在於，WTO 降低農產品進口關稅嚴重影響國內農業市場結構，農業發展條例之通過也造成了農地大量出售與改建，最後形同對台灣農業宣告死刑。也因此楊儒門決定以此方式引起社會對於農民生活之重視。加入 WTO 固然帶來物價下跌、容易進口以及消費者有更多選擇之好處，然而對於傳統產業將造成極大的衝擊亦為不爭之事實。不僅農業首當其衝，造成大幅上升之農田休耕率，以及初期的十萬農民失業結果，其他如紡織、食品，以及造紙業亦同受衝擊。政府未如歐盟、美國先做好國內產業轉型之配套使加入關稅降低，反而是先加入之後，再談逐步之配套措施。結果自然不會太理想。這是楊儒門刑法案件中看不到卻最重要之背後社會因素。

本起社會事件，進入法律程序操作處理後，台北地方法院判處楊儒門有期徒刑 7 年 6 個月<sup>19</sup>，上訴後台灣高等法院改判 5 年 10 個月<sup>20</sup>。最後於 2007 年總統陳水扁簽署特赦令，釋放楊儒門。

<sup>18</sup> 〈白米炸彈犯被起訴〉，自由時報，<http://news.ltn.com.tw/news/society/paper/8230>（最後瀏覽日期 2015/0710）。

<sup>19</sup> 台北地方法院 94 年重訴字第 3 號判決

<sup>20</sup> 台灣高等法院 94 年矚上訴字第 7 號判決

## 第二款、關廠工人臥軌案



90年代後，台灣開始產生製造業大幅移轉產業至勞力低廉國家之現象，於1996年全台各地紛紛爆發傳統產業工廠惡性倒閉之消息。其中聯福紡織之惡性關廠，積欠了400多名工廠工人將近約1.4億之資遣費、工資與退休金。突然失業之工廠工人於1996年12月於桃園火車站臥軌抗議，認為政府監督不周<sup>21</sup>，以及希望政府實現社會正義。參與臥軌之工人隨後遭警方以集遊法及刑法規定起訴。

在輿論之下，勞委會出面以訂定「關廠歇業失業勞工促進就業貸款」條例，以「貸款」方式「代替」業主給付欠款，並承諾向業者追討，以及主委口頭向勞工承諾不會追討該筆「貸款」，使得抗議行動暫時平息。而本次臥軌事件中，其中臥軌之82人遭到檢方以刑法184條1項起訴。

於16年後的2012年6月，勞委會卻委請律師發函，向當年之勞工追討「貸款」，工人們痛批政府違背誠信，無視當年政府承諾將代位清償之事實。於與勞委會溝通、官邸外靜坐皆無效後，只能再次走向街頭，重回當年之地以及台北火車站臥軌抗議<sup>22</sup>。

法律學者林明鏘、林明昕、林佳和，認為當年之關廠歇業失業勞工促進就業貸款其法律性質應為公法契約，請求權應早已罹於時效，縱解釋為私法契約，其性質亦應為贈與契約。<sup>23</sup>輿論亦多同情關廠工人，遂成為一社會事件。

2014年3月7日，台北高等行政法院就本案上訴作出判決<sup>24</sup>，認為：

「本件原告基於就業安定基金管理機關之地位，對於85年9月15日關廠歇業之聯福公司失業勞工即被告洪林遍，撥給國家所給與之有因性補償給付（無論要

<sup>21</sup> 勞退提撥辦法第10條：「當地主管機關得派員查核企業提撥狀況。」

<sup>22</sup> 〈關廠工人怒！1996年首見工運臥軌 曾茂興入獄獲特赦〉，東森新聞網，<http://www.ettoday.net/news/20130206/162061.htm#ixzz3fTEwj8zd>（最後瀏覽日期：2015/0710）。

<sup>23</sup> 法扶會訊第44期，2014年7月，頁33、34。

<sup>24</sup> 參臺灣高等行政法院102年訴字第1635號判決。

不要償還)，既係基於社會國精神、就業服務法、就業安定基金收支保管及運用辦法、貸款實施要點等公法規範而來，則其權利義務關係自應受此等公法之規範。」

判決中尤其明確肯認國家保護法制之不健全與主管機關未盡法定監督義務，國家對於本案當事人自然負有依憲法社會國原則所來之社會補償責任。行政法院做出此判決後，勞動部即宣布不再上訴。其後，刑事法院亦陸續宣告毛振飛無罪，以及 2013 年 2 月之北車臥軌案被告不起訴。

### 第三款、苑裡反風車案

由於再生能源之提倡，英華威公司提出苗栗苑裡風場計畫，計畫於苑裡海邊建設風力發電機具，並已通過環評。然而，居民隨後踢爆，該環評通過已三年，卻未進行再次重新評估之程序，另外，對於居民應召開之公聽會，亦未向七千多位居民為通知，僅以里長以及十餘名人士到場參加及聲稱完成程序。居民更不滿的是，該風場計畫中之風力發電機具離住宅過近，僅保持不到 250 公尺之距離，與國際上 500 公尺之建設安全距離有極大落差，恐將對於居民之聽力健康造成損害。因此，苑裡居民遂成立「苑裡反瘋車自救會」進行抗議活動。

2013 年 4 月開始，陸續爆發嚴重衝突，包括 4 月 22 日被告等人因靜坐、手持抗議布條遭到強制罪起訴，以及 4 月 27 日自救會成員衝入工地高喊口號之行為亦遭強制罪起訴。4 月 29 日，為了阻止施工強制進行，二十餘名大學生及自救會成員，再次以現場靜坐及鐵鍊網綁之方式，使得建設無法進行<sup>25</sup>，其後隨即遭警方以強制罪罪名逮捕起訴<sup>26</sup>。

<sup>25</sup> 〈風車與民宅距離 苑裡人要求訂安全規範〉，公視新聞網。

<http://pnn.pts.org.tw/main/2013/07/11/%E9%A2%A8%E8%BB%8A%E9%9B%A2%E6%B0%91%E5%AE%85%E5%A4%AA%E8%BF%91%E9%BC%9F%E8%8B%91%E8%A3%A1%E4%BA%BA%E8%A6%81%E8%83%BD%E6%BA%90%E5%B1%80%E8%A8%82%E5%AE%89%E5%85%A8%E8%A6%8F%E7%AF%84/>，  
(最後瀏覽日期:2015/07/10)。

<sup>26</sup> 〈反瘋車被控妨害自由 20 被告一審全無罪〉，蘋果新聞網，

<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20150702/639989/> (最後瀏覽日期 07/26/2015)



進入法院程序之後，其中四案被告僅有林清金遭到判決定讞，判處拘役 10 天，其餘皆無罪<sup>27</sup>。英華威公司並於 2014 年 9 月拆除其最受爭議之 18-1 風車，並撤回民事求償。

#### 第四款、小結

縱上社會論述之分析可以發現，抗爭活動之起源多來自一社會通念認為不正義之事件。而該事件皆由於政府政策失當、監督不慎所造成。如楊儒門案中的政府對於開放 WTO 後的國內受衝擊產業未進行完整之配套規劃，放任其失業、關廠工人案中政府先未盡對中小企業之監督責任，後又對於其當年所為之補償行為，出爾反爾的改宣稱為貸款，並重新向其以司法機器加以追討、苑裡反風車事件則亦凸顯政府對於環評程序與評估方面的草率與輕忽，以及欠缺對於風機距離認定之監督管理，實際上更因為開發案背後隱藏著龐大的開發利益，最終犧牲了居民的居住權與健康權益。

於損害造成、人民上街後，政府又未給予人民適當救濟與協助，甚至繼續掩飾其錯誤。最後，形成了一個「救濟只能靠自己」，「社會正義只能靠抗爭」的外殘酷事實。當事人往往在這種悲憤，無力的情況下，靠著自己赤裸的身體以集會、靜坐等方式讓外界看到「他們的悲慘狀態」。而最後的結局就是遭到檢警起訴，進而可能判刑或予以處罰。

以上觀察隱含了一個不正義的社會事件可能呈現的光譜。首先當事人如果隱忍，則得不到任何媒體社會之關注，最後消失在歷史正文之中，而選擇相信正義存在的當事人，則即將面對政府息事寧人的策略圍剿，以及司法系統之逮捕起訴。而倘若運氣好得到輿論同情，再加上必須年復一年的捨棄正常生活，堅持抗議，

---

<sup>27</sup> 〈「反瘋車」自救 肉身擋怪手判拘役定讞〉，蘋果新聞網，<http://www.appledaily.com.tw/realtimenews/article/new/20141029/496379/>（最後瀏覽日期 07/26/2015）；參臺灣苗栗地方法院 102 年度易字第 397 號判決、苗栗地方法院 102 年度易字第 413 號判決、苗栗地方法院 102 年度易字第 371 號判決。

才有可能得到多年後遲來的正義。當事人最後落下的淚，已經不僅僅是勝利的快樂，而更多是對於白白耗去的人生的嘆息。

事實上，若欲獲得正義，只有招喚更多的注意才有勝利的可能性。而招喚更多的注意的方式便是將自己置於違法的交界口，以吸引國家的動員與關注。則當事人事實上已然形同毫無選擇，只能冒險違法以獲取社會注意。

## 第二節、社會抗爭運動中之犯罪類型與主張

### 第一項、關廠工人案及苑裡反風車

#### 第一款、犯罪類型

##### 第一目、強制罪

刑法第 304 條規定：「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。前項之未遂犯罰之。」

觀地方法院之判決，皆將焦點放置強制罪中「強暴、脅迫」要件認定，以及係爭行為究竟有無妨礙他人內心自由上。學說上多數認為強制、脅迫行為只要對於本罪所保護的個人意思自由產生妨礙，使得被害人無法自主決定即屬之，不以對於他人身體或物施用暴力為必要。少數有力見解則認為如此將導致強暴概念的過度擴張。實務上對於強暴脅迫是否必須對人或物施用暴力則似無穩定見解<sup>28</sup>。

此類案件中，行為態樣有以肉身阻擋怪手、靜坐、闖入喊口號、以鐵鍊固定自身於機座等方式，是否構成本罪，皆看實務上如何認定強暴脅迫是否以對人或物施用暴力為必要，如果採否定見解，則所有之行為態樣，皆可能使得建築單位

---

<sup>28</sup>盧映潔（2011），《刑法分則新論》，四版，頁 528-531，台北：新學林。



無法自由的進行施工，可能成立本罪。而若採肯定說，則即要視係爭行為是否有客觀上對於被害人或物施用暴力為斷，惟無須達到無法抗拒之程度。而以肉身阻擋怪手之行為，即可能構成本罪。

在反風車案中，大多數被宣告無罪的案件，法院皆係採取客觀上無物理對他人身體施用暴力之看法來判斷本罪，而唯一被宣告有罪的林清金則因為以肉身阻擋工程怪手，因此法院認定其具有施用暴力之行為而判決其有罪。可以發現法院在此採取了限縮強暴脅迫範圍的看法。

## 第二目、妨害交通往來安全罪

刑法第 184 條 1 項規定：「損壞軌道、燈塔、標識或以他法致生火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機往來之危險者，處三年以上十年以下有期徒刑。」同條 5 項規定：「第一項之未遂犯罰之。」本罪通說認為屬於具體危險犯，因此認定之關鍵即在於系爭行為究竟是否客觀上創造出具體之風險，而非僅僅只是具有行為危險而已。實務上亦認為，刑法 184 條之危險，應與刑法 183 條所導致之傾覆、破壞相當，始符合本罪要求，蓋本罪刑度甚重，其所欲保護之法益必須具有相當重大的公共危險性。然而關廠工人案中之臥軌行為，究竟是否會引起火車翻覆之危險呢？首先依照人體的脆弱性，工人臥軌之下場應該是被火車輾過，是否會導致翻覆，不無疑問。實務上其實已經對於人體「非剛性」物品有許多的肯定見解，如台灣高等法院台南分院 98 年度上訴字第 100 號刑事判決、台灣基隆地方法院 99 年度易字第 415 號刑事判決等<sup>29</sup>。

其次，按其臥軌行為情節，火車司機於五百公尺之外已然可以觀察到其高舉布條，而仍有充分時間得以停止火車，旁觀之站長，站務人員亦早已知道抗議之情事發生，亦有充分時間通知各火車司機，則似難謂係爭臥軌行為已經客觀上產生造成火車翻覆之危險存在。

---

<sup>29</sup> 曾威凱（2013），〈刑事法庭上的關廠工人〉，收於《法扶會訊》，第 41 期，頁 26、27。

關廠工人案之臥軌行為，最後地方法院以往來公共危險罪判決被告有罪，於上訴後高等法院則改以往來危險之未遂罪判決。



## 第二項、318 佔領事件

### 第一款、犯罪類型<sup>30</sup>與可能實務操作

#### 第一目、侵入立法院與行政院

刑法第 306 條規定：「無故侵入他人住宅、建築物或附連圍繞之土地或船艦者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。無故隱匿其內，或受退去之要求而仍留滯者，亦同。」

本次學運事件中，學運團體於 3 月 18 日侵入立法院，3 月 23 日侵入行政院並佔領之行為，可能該當刑法 306 條之侵入住宅罪。首先從構成要件來說，立法院與行政院雖然是國有建築，惟依實務見解，本罪係在保護有支配權人之支配自由法益，而立法院與行政院由國家管理，人民無權任意進入即使用，仍然該當本罪住宅之要素。另外所謂無故，實務見解認為此為違法性之提示，視有無正當理由而斷。本案中由於服貿事件係屬於政治問題，應由立法權為合理解決，難認為佔領立法院與本次服貿事件有相當關連性，另外亦難認為政治事件可以作為任意進入國家機構之正當事由。

#### 第二目、妨礙公務行為

刑法第 140 條規定：「於公務員依法執行職務時，當場侮辱，或對於其依法

<sup>30</sup> 〈太陽花學運 3 大案偵結 北檢起訴 119 人〉，新頭殼網，<http://newtalk.tw/news/view/2015-02-10/56796>（最後瀏覽日期：07/24/2015）

「台北地檢署今天一口氣將 318、324、411 共 3 大案偵結。總計在 318 佔領立法院部分，起訴林飛帆、陳為廷等 22 人、在 323 佔領行政院部分，起訴魏揚等 93 人，411 路過中正一部分，起訴洪崇晏等 4 人，總計共有 119 人被起訴。318 部分，北檢表示，中研院研究員黃國昌等 8 人因為煽動群眾佔領立法院，有「煽惑他人犯罪」罪嫌，林飛帆則因衝撞警察和妨礙警察執行議場驅離，多加一條「妨害公務罪」。而立法院正門衝突的蔡丁貴則涉嫌「聚眾妨害公務之首謀罪」、「煽惑他人犯罪」。至於律師賴中強等 30 多人涉嫌妨害公務、毀損公物等罪嫌則處以不起訴處分。」  
「324 行政院部分，北檢表示指魏揚等人違反「煽惑他人犯罪」及「無故侵入他人建築無罪嫌。」

執行之職務公然侮辱者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。對於公署公然侮辱者亦同」。同法第 135 條規定：「對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。同法第 136 條規定：「公然聚眾犯前條之罪者，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，處一年以上、七年以下有期徒刑。」

本次學運事件中，於 3 月 24 日行政院下令依法強制驅離佔領學生時，學生以院內桌椅，物件，圖畫等固定以擋住大門，並且在警方驅離時有激烈對抗，甚至丟擲物品，毆打，咒罵等行為，可能剛當以上所稱數罪之構成要件。

而有問題者在於上述行為是否具備違法性？關於阻卻違法事由之判斷，實務上除了以法定阻卻違法事由(如刑法 20 條至 24 條之規定)為判斷，亦承認存在實質阻卻違法事由。惟目前僅公開承認容許信賴此種類型。本案中由於難以認定是否存在現在不法之危難發生，難以認定有正當防衛或緊急避難之情狀，另外亦不具備其他法定阻卻違法事由，故難以否認其違法性。

### 第三目、毀損公物

刑法 138 條規定：「毀棄、損壞或隱匿公務員職務上掌管或委託第三人掌管之文書、圖畫、物品，或致令不堪用者，處五年以下有期徒刑。」刑法 354 條規定：「毀棄、損壞前二條以外之他人之物或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金。」

本次學運事件中，學生團體於佔領立法院，行政院期間，發生有破壞院內事物，如大門，桌椅，以及發生有於院內便溺，飲食等情形，可能該當本罪。

本案中，於院內之破壞行為若毀棄了公務員執掌之物或文書，如行政院佔領期間有官員之辦公室遭打開，翻動桌內事物，則可能該當刑法 138 條之罪。而於破壞院內事物，大門桌椅等，則可能該當刑法 354 條之毀損罪。另外本案中亦無法定阻卻違法事由，僅可能符合學理上所稱“可罰的違法性”之實質違法行判斷。

於實務上，僅承認絕對輕微型之可罰違法性事由<sup>31</sup>，而未承認相對輕微型。故於本案中，由於總計造成立法院之損失 285 萬元，難稱輕微，應無法符合絕對輕微型之可罰違法性事由，僅可能於補償損失後，而立法院方不為告訴。



#### 第四目、小結

綜上，可以發現若依實務見解操作，則學運所涉及之犯罪問題，原則上無法阻卻行為之違法性，頂多只能從有責性中之量刑，即刑法 57 條，59 條中之社會因素予以考量。惟無論如何，其行為在刑法體系中將被宣告為犯罪行為係無可避免。

#### 第二款、318 佔領事件行為人之主張

「我的態度從未改變：坦然面對，勇敢承擔。我如果真的有什麼煽惑行為的話，我煽惑的不是犯罪、而是請人民勇敢對抗馬政府的濫權、共同站出來挽救台灣幾乎墜崖的民主。」

「檢察官錯的，不單只是拘泥在犯罪構成要件的機械涵攝之上，檢察官錯的，更是在於未能站在憲政民主的高度，思考 2014 年 3 月的佔領行動，對於維護台灣得來不易的民主法治的重要意義，對於拯救已然陷入險境的台灣民主憲政秩序的合理必要性與高度正當性。」

「在過去一段時間，已經有學者開始討論「公民不服從」(civil disobedience) 與「形式上違法行為」彼此間的關係。我相信，這也將成為這場審判在法律操作面上的攻擊防禦重心。我想，比較深入的細緻討論，可以留待後續的審判期日。不過，必須先嚴肅指出的是，在「公民不服從」的脈絡中，所謂「必要手段原則」(doctrine

---

<sup>31</sup>許恒達，〈服貿抗爭的刑法議題〉，《台灣法學雜誌》，第 245 期，頁 63。

of necessity)，無論是奠基在憲政價值的高度，還是立於刑事司法保護法益目的之視野，都應該獲肯認為一個合法有效的阻卻違法事由，同時，這個「必要手段防禦」更早已在其他法治先進國家中獲得法院肯認。」<sup>32</sup>

黑色島國青年陣線成員陳廷豪則認為：

「我的行為是公民不服從的展現，我不認為我有罪」、「所謂公民不服從，是指人民可以用遊走法律邊緣的方式、抗爭的手段，和平地表達政治訴求。」<sup>33</sup>

從以上當事人之宣稱，可以發現黃國昌教授與黑色島國青年成員陳廷豪皆認為其所為之行為皆係本於挽救憲政民主，而為之公民不服從行為。並且因為公民不服從，所以其所為之行為應為合乎法秩序之保護民主之正當行為，自不應受刑法處罰。

### 第三項、法院判決與起訴書

#### 第一款、楊儒門案，關廠工人案及苑裡反風車案

##### 第一目、楊儒門案

「因認政府及社會大眾長期漠視農民及兒童權益，致使農民貧窮及兒童照護問題益發嚴重，乃蒙生集結大眾力量認養一萬名兒童之念；遂自92年6月間起，向臺灣世界展望會認養二名貧童，並陸續向行政機關與媒體表達其就進口稻米政策之看法，然始終未獲重視，因而心生不滿，認一己之力甚微，理性之抗議亦非有效，為代農民及兒童爭取權益，凸顯前開訴求，喚醒政府及社會大眾關注弱勢

<sup>32</sup> 本案被告黃國昌之開庭答辯詞，網路資料，

<https://www.facebook.com/kchuang2013/posts/1691736091053570>（最後瀏覽日期：0724/2015）

<sup>33</sup> 〈佔領行政院被訴 陳廷豪：公民不服從無罪〉，自由時報，

<http://news.ltn.com.tw/news/society/breakingnews/1253264>，（最後瀏覽日期:07/24/2015）

農民及兒童權益，而為前開犯行等情，迭據其供明，此乃被告犯罪之動機與目的。」

「被告之行為固已引起社會之不安與恐慌，手段、作為亦不值鼓勵，惟本院審酌上開事項，認被告犯本案之罪有其前揭特殊原因與環境等情節，在客觀上已引起公訴人及部分大眾之同情，而有聲援者，可認足以引起一般同情（容有部分反對意見者），本院認為即予宣告自首減輕後之法定最低度刑期猶嫌過重，適用刑法第59條始罪刑相當，並得以達到個案分配正義之最適當結果，爰依刑法第59條規定再遞減輕其刑。」<sup>34</sup>

## 第二目、關廠工人案

1996年由曾茂興帶領於桃園火車站之臥軌抗議行動，地方法院依刑法 184 條 1 項規定，判決臥軌被告 82 人有罪，有期徒刑 1 年 8 個月，後於高等法院則改認定係爭行為該當刑法 184 條 5 項之往來危險之未遂罪，並經量刑減輕為有期徒刑 9 個月。最高法院亦維持高等法院之判決，而駁回上訴，曾茂興最後則於 2007 年時由陳水扁總統予以特赦<sup>35</sup>。

2013 年 2 月 5 日由前工會理事長毛振飛帶領之臥軌抗議行動，亦涉及違反刑法 185 條：「損壞或壅塞陸路、水路、橋樑或其他公眾往來之設備或以他法致生往來之危險者，處五年以下有期徒刑，拘役或五百元以下罰金。」之罪。台北地檢署最後做出不起訴處分。

## 第三目、苑裡反瘋車案

「被告阻擋告訴人施工，其若能成功，可帶給當地居民之反射利益，係當地

<sup>34</sup> 參台灣高等法院 94 矚上訴 7 號判決

<sup>35</sup> 參照最高法院 89 年 4668 號判決、臺灣高等法院 86 上訴字 4824 號判決與桃園地方法院 86 年訴字 188 號判決；〈關廠工人怒！1996 年首見工運臥軌 曾茂興入獄獲特赦〉，東森新聞網，<http://www.ettoday.net/news/20130206/162061.htm#ixzz3fTe6Pzd9>（最後瀏覽日期：2015/7/10）

居民得以排除受風機運轉噪音干擾之虞；惟告訴人若設立風機成功，則可以生產不需排碳之電能，亦有其環保上之正面功能。本院綜合考量上開事項，認為被告行為之公益內涵，尚不足以作為除罪之要件，惟可作為量刑之參酌事項。<sup>36</sup>

必須說明者為，依本案之事實認定，由於本案被告確有以「肉身阻擋」告訴人施工，故認定其有強制罪之著手。

然而在同院 102 年易字第 371 號判決中，其被告因為僅僅「發起演講表露心聲」，故不構成強制行為。<sup>37</sup>另外，102 年易字第 434 號則以舉證不足之理由宣判無罪。<sup>38</sup>

## 第四項、小結

從以上可以發現對於社會抗爭運動法院之處理，主要係藉由構成要件的有意的解釋，再加上量刑減輕，或者重大時用總統特赦方式來處理。然而構成要件的有意圖的解釋方向，無法統一而合理的處理此類事件。比如說反風車之靜坐行為，雖然由同一批居民，基於同一訴求對於施工行為加以抵制，同樣的使得施工無法繼續進行，結果卻造成以手持布條阻擋之被告無罪、靜坐於地妨礙施工的被告無罪，而面對面僅僅以肉身擋在怪手前面九秒鐘的被告有罪的奇異情形。一來無法解釋同樣手無寸鐵卻可以施加物理性的有形強暴，二來既然法院認為本次社會抗爭運動尚在社會容忍的範圍內，無須以刑法手段加以隔離，(此點可以從多數無罪判決可見)，然而卻由於構成要件的解釋方式，不可避免的將使得肉身抵擋的被告仍然構成要件該當，而無法完美的化解此次社會運動的壓力，蓋將該被告判決入獄，也將使得社會上的輿論反動、抗爭運動的再次到來劃下預告。

<sup>36</sup> 參照台灣苗栗地方法院 102 年易字 397 號判決

<sup>37</sup> 參台灣苗栗地方法院，102 年易字第 371 號判決：「惟本院調查事證並勘驗全案蒐證錄影結果僅發現：上開抗議活動係成群民眾結隊前來，被告 11 人乃參與成員之一，期間群眾輪流發起演講、表露心聲，向工地工人偶發吶喊、直呼口號要求停工，但除此外，別無施加實力之具體舉措，觀諸「工人同時間仍可來回走動、顧自施工，群眾甚至配合讓路、給予工人空間搬運鋼筋」等情即明。」

<sup>38</sup> 參台灣苗栗地方法院，102 年易字第 434 號判決

另一方面，在臥軌案件中，臥軌行為在構成要件解釋上很難說已經構成具體危險存在，畢竟抵擋火車的是單純的肉身，形同雞蛋擋石頭，法院此時卻仍然判決其構成法益危險。一方面顯示了司法體制無法容忍係爭行為之態度，無法容忍之下僅能使用有意圖的解釋構成要件的方式，不惜違反過去相同判決對於人體非剛性物品的見解，也要認定係爭被告為有罪。另一方面於第二次臥軌事件發生後，由於輿論同情以及行政法院認定係爭契約為行政契約之見解下，最後同樣的以臥軌方式進行抗爭的行為卻以不起訴處分收場。在在顯示了刑法作為工具性措施來使用的任意性與不安定性。

最後，在學運佔領事件中，由於行為人明確的以符合構成要件之行為，來進行社會抗爭，因此雖然法院判決尚未出爐，也已經很難想像法院繼續使用構成要件的解釋方式來處理所有相關的佔領事件刑事判決，則是否應如行為人之宣稱來使用公民不服從作為阻卻違法事由？恐怕又將生出更多適用上的難題，本文於第三章將繼續進行討論。

因此本文認為，如果欲以更好的方式處理社會帶給司法系統的壓力，則其解答之方式不會在於藉由構成要件的解釋上，因為構成要件是一個客觀劃定的行為態樣範圍，對其進行恣意解釋，將造成法立即的不安定。同樣的，藉由阻卻違法的方式也會產生此種問題，最好的辦法毋寧是在個案中認定，個案中對於國家與人民的緊張關係予以考量，一來不會有馬上必須面對的法安定性以及上訴之問題，二來藉由責任的認定，法效果上的選取有更大的考慮空間，既可以免除責任也可以視其處境減輕責任，甚至對於社會問題由法院給予一個社會性的司法回應，以宣告係爭案件真正問題之所在。



# 第三章、社會抗爭運動於刑法檢驗步驟中之定位探討



## 第一節、刑法檢驗步驟的機能

要探討社會抗爭運動於刑法中可能的適用階層，首先必須先了解刑法檢驗步驟之意涵與機能。所謂檢驗步驟，其詞意即代表了一種「有時間序列的多重篩選」，亦即各要素之間有優先性之間之差異，以及存在各種不同的篩選標準，否則不諱重複檢驗。

至於刑法為何需要有檢驗步驟，學者曾指出<sup>39</sup>，刑法有三個危險，第一一旦發生人生衝動的案件，感情上就會產生強烈的處罰願望。第二，一旦行為人的主觀惡性嚴重，即不充分調查客觀上之事證。第三，一旦被害結果重大，即不問主觀上行為人之心態如何。

而此三種危險也將危害刑法上的罪刑法定主義、法益機能以及責任主義。換言之，刑法的檢驗步驟目的即在於秉持刑法基本原則之立場，防止以上基於人性情緒所產生的刑法實施者本身所具有的風險。亦即亦具備司法自我節制之效用。也因此，系爭要素應置於何步驟處理，即有區分實益。若先進行主觀標準之篩選，則不符合者根本不需經過客觀標準；若先進行違法性標準，則不符合者亦不需再進行責任性之檢討。若先後順序不清，則篩選出的結果即可能違反上述刑法本身的原則性要求。故本文以下將概要回顧關於構成要件該當性、違法性與有責性之區別之傳統見解。

### 第一項、構成要件該當性

<sup>39</sup> 張明楷（2002），《刑法的基本立場》，頁 95，北京：中國法制。



首先必須要先說明的是，所謂構成要件該當性，學理上有廣義與狹義之分，前者泛指一切符合犯罪所具有之要素，而後者則僅指犯罪檢驗步驟中之第一步驟之構成要件該當性檢驗。本文以下之構成要件該當性，將專指狹義之定義者。

另外，從刑法的發展來看，構成要件並不是一個必然存在的概念，在貝林之前，刑罰僅為違法且有責之行為<sup>40</sup>。惟本文受限於能力，無法對整個刑法發展歷程做完整的介紹，因此，以下僅從貝林之後有關構成要件之發展簡要回顧之。

## 第一款、構成要件說

學理上首先將構成要件該當性列為刑法檢驗步驟者，係德國學者貝林(Beling)。其本於前期舊派之精神，認為刑法若欲恪守罪刑法定之要求，則必然需要一個定義明確嚴格之構成要件。其主張構成要件為犯罪類型之外部輪廓，且構成要件乃「從犯罪類型中去除違法性、有責性以及客觀處罰條件後剩餘之統一觀念形象」<sup>41</sup>。而此種統一觀念即類似一種人類犯罪型態之概念化作業，亦即蘊含某某種哲學上形而上之思想。也因此其主張構成要件應具有客觀記述性，而不包含評價要素，否則即無法概念化而成為一種指導形象。另一方面，此種客觀記述性之要求，其優點即在於標準清楚明確，亦有助於實現刑法罪刑法定主義之機能。從刑法檢驗步驟本身之需求觀之，則由於貝林認為刑法之各要素應加以分類區分，其認為主觀要素屬於責任之內容，規範的要素屬於違法性之內容，而構成要件則是純客觀記述的。這三個分類可以涵蓋所有檢驗而無重複檢驗之弊。然而構成要件與違法性之關係為何呢？其認為構成要件指示了違法性，構成要件是違法性之「表徵」<sup>42</sup>。惟二者仍為相互獨立的。

<sup>40</sup> 張明楷，前揭註 39，頁 95。

<sup>41</sup> 蔡墩銘（2009），《刑法總論》，頁 136、137，台北：三民。

<sup>42</sup> 張明楷，前揭註 39，頁 97。



## 第二款、違法類型說

繼貝林後，德國學者梅耶(M.E.Mayer)提出了新構成要件論。其認為構成要件實為「決定違法性要素之類型化」，亦即構成要件「不僅為違法性之認識事由，毋寧成為其存在事由」<sup>43</sup>。也因此在新構成要件論中，構成要件該當性逐漸與違法性相融成一體，蓋兩者間依前述即具有一種概念推衍關係，則其二者本質上即已為相同。依據本說則構成要件之判斷，即具有推定違法性之機能。德國學者Welzel所主張之構成要件與容許構成要件之說法，亦於此種推定關係上相類同，為其僅主張大部分之構成要件具有此種推定性，而於少數開放性構成要件則否<sup>44</sup>。

## 第二項、違法性

關於違法性與構成要件該當性之差異，我國通說肯定兩者皆源於違法性，然而在檢驗步驟上仍有區別之實益。有學者即指出<sup>45</sup>，「構成要件該當性限於刑法上之構成要件判斷以及刑法分則之判斷。違法性則係不限於刑法上之判斷以及不限於刑法分則之判斷，而毋寧是刑法總則之判斷。」且此二者操作上尚有先後順序之互補篩選功能。

而仍需探討的是，究竟什麼是違法性之本質、以及判斷內容為何呢？

## 第一款、形式違法性與實質違法性

所謂形式違法性，係指當行為具備構成要件該當性時，即稱為已有形式違法

---

<sup>43</sup>蔡墩銘，前揭註 41，頁 138。

<sup>44</sup>張明楷，前揭註 39，頁 100。

<sup>45</sup>蔡墩銘，前揭註 41，頁 152。

性<sup>46</sup>。亦即當行為人之行為已經違反既存規範與法規時，其行為因為構成要件推定之效果，已然具備「法所不容許之行為」之性質。因此，當形式上發現行為違反法規時，即可認為具備形式違法性。

然而這樣的觀點並不足以說明所謂違法性之內容究竟為何，另外對於許多雖然違反法規，但吾人皆認為不需要處罰之情形，亦無法進行說明，蓋此種形式違法性之判斷並無實質內容能夠說明自身。因此，學理上遂誕生了實質違法性說，以正面闡明違法性之內容。

關於實質違法性之意義，學者間雖有多種看法，有採違法乃侵害法所保護的社會生活利益者，有採違法乃違反國家所承認的文化規範者，亦有認為違法乃違反法秩序之精神與目的者<sup>47</sup>。最後可以概略歸類為兩大立場，其一為法益侵害說，另一為規範違反說。前者即認為，違法行為是導致法益的侵害或危險產生之行為。而法益則為刑法應保護之利益。後者則謂違法性之本質在於違反法規或法秩序。而所謂法秩序之精神，即「國民生活的道義與倫理」。<sup>48</sup>兩者之對立主要產生於違反社會倫理卻未侵害法益之情形，比如吸毒行為。法益侵害說論者本於個人自由之保障，即主張吸毒行為未侵害何等法益，應不具違法性。規範違反說則會認為吸毒行為嚴重違反國家倫理，將使得國民淪陷於毒癮之中，完全喪失社會之倫理秩序，具有違反性而應予以禁止。我國學者林山田似採規範違反說<sup>49</sup>，我國學者蔡墩銘則似採折衷說<sup>50</sup>。

惟我國多數學說皆肯認實質違法性在於補充形式違法性之不足，兩者非對立概念<sup>51</sup>。意即當一行為符合構成要件該當性時，即具備形式違法性，而若該行為具備阻卻違法事由時，才需進一步以實質違法性檢驗之。

<sup>46</sup> 蔡墩銘，前揭註 41，頁 155。

<sup>47</sup> 蔡墩銘，前揭註 41，頁 156。

<sup>48</sup> 張明楷，前揭註 39，頁 154、155。

<sup>49</sup> 林山田（2002），《刑法通論(上)》，增訂八版，頁 261，台北:自版發行。

<sup>50</sup> 蔡墩銘，前揭註 41，頁 156、157。

<sup>51</sup> 蔡墩銘，前揭註 41，頁 156、157；林山田，前揭註 46，頁 261。



## 第二款、客觀違法性與主觀違法性

客觀違法性與主觀違法性之討論，主要在於辨明評價客體為何之問題。主觀的違法性認為法規範之發揮其作用之前提在於行為人具有理解法規範之能力，亦即責任能力，因此主張該見解者認為「僅具有責任能力之人始能實施違法行為」<sup>52</sup>。此種觀點最終將使得違法與責任之間之界線漸趨模糊，也使得刑法各檢驗步驟間之篩選機能喪失。

客觀違法性則認為刑法規範為一超越人主觀上理解與否之客觀存在規範<sup>53</sup>。也因此即使是無責任能力人亦可具有違法性。而客觀違法性又可分為傳統客觀違法論與晚近之新客觀違法論<sup>54</sup>。傳統客觀違法性論將法規範區分為具有評價功能之「評價規範」與具有決定功能之「決定規範」<sup>55</sup>。因此，只要行為人違反客觀上之評價規範，即具有違法性，而當行為人違反主觀上之決定規範時，則具有責任性。並且依此觀點，則即使是動物、自然災害之侵害行為，亦具有違法性。如此方屬於超越主觀理解與否之客觀存在。

晚近產生之新客觀違法性論，則認為傳統之客觀違法性說大致正確，然而在評價規範與決定規範間之先後關係認定上，則有不同見解。其主張不論是違法性或有責性，皆同時發生評價規範與決定規範之作用，蓋所謂評價規範亦即行為人違反以一般人為對象之「當為(Sollen)規範」<sup>56</sup>，而此種當為規範不僅包括客觀要素，亦包含主觀要素。而對於行為人「違反以具體行為人為對象之可能規範」<sup>57</sup>時，則具有有責性，而此種可能規範亦係源於一般人之當為規範。我國通說<sup>58</sup>則

<sup>52</sup> 陳子平（2005），《刑法總論(上)》，頁 212，台北:元照。

<sup>53</sup> 陳子平，前揭註 52，頁 213。

<sup>54</sup> 陳子平，前揭註 52，頁 213、214。

<sup>55</sup> 陳子平，前揭註 52，頁 213。

<sup>56</sup> 陳子平，前揭註 52，頁 214。

<sup>57</sup> 陳子平，前揭註 52，頁 214。

<sup>58</sup> 林山田，前揭註 49，見頁 257，「構成要件該當行為因一方面違背評價規範.....另一方面則違背指示規範。因此，乃具有違法性。」蔡墩銘，前揭註 38，頁 158，「另須注意者，違法性之認定，雖以客觀違法說為妥，惟非謂將違法性評價對象之範圍限於構成要件該當行為之外部客觀側面，而對於其主觀或心理要素，全然不予顧及。」

似採新客觀違法論。



### 第三款、阻卻違法之法效果

一但在違法性之判斷上認為具有阻卻違法事由時，其效力通說皆認為係完全排除構成要件由形式違法性所推定之違法性。易言之，「符合阻卻違法事由的構成要件該當行為與不具構成要件該當之行為，其在犯罪判斷上同樣不構成犯罪。」

59

而通說認為此種完全排除違法性之效力，將產生三個伴隨之實益<sup>60</sup>。第一是容許規範將賦予行為人干涉他人之權利。第二係阻卻違法將使得教唆與幫助行為無從依附。第三則為保安處分之適用應以行為具有違法性為前提。

本文首要關注之點在於容許規範將賦予行為人干涉他人權利之正當性基礎。換言之，行為人具有合法違反構成要件表徵具有違法性之行為之權利。比如說阻卻違法事由中之正當防衛行為，其前提在於行為人遭受「現在不法侵害」，則違法侵害者對於防衛者遭到侵害後所為之反擊行為，刑法上一方面不容許其對之主張正當防衛，另一方面，防衛者縱然對侵害者造成法益侵害，亦不具違法性，蓋防衛者之防衛行為係合法之權利行為，亦可認為係因為防衛者具有刑法上賦予之「防衛權」之緣故。也由於此種合法權利行為行使上保護強度甚高，刑法上對於其發動要件有嚴格之要求。

因為此種阻卻違法之效力影響甚大，依據罪刑法定主義，原則上固應以具有法定阻卻違法事由者為限。惟我國通說<sup>61</sup>、<sup>62</sup>本於肯認實質違法性之立場，認為刑法條文不足以涵括所有阻卻違法事由，且對於超法規阻卻違法事由之肯認，亦有利於行為人，而不違反罪刑法定主義中之類推禁止原則，因此通說普遍承認「超法規阻卻違法事由」之存在。比如得被害人承諾之行為。然而應不可誤會超法規

<sup>59</sup> 林山田，前揭註 49，頁 267。

<sup>60</sup> 林山田，前揭註 49，頁 268。

<sup>61</sup> 林山田，前揭註 49，頁 266。

<sup>62</sup> 林鈺雄（2011），《新刑法總則》，三版，頁 235，台北：元照。

阻卻違法事由係得以自由創造之物<sup>63</sup>，尚有是否違反明確性原則之問題存在<sup>64</sup>，我國目前實務上亦僅承認「得被害人之承諾」與若干義務衝突之情形。



### 第三項、小結

綜上簡要爬梳，我們可以知道刑法首先因為貝林而有了構成要件該當性之檢驗步驟，雖然其本意係主張構成要件屬於客觀記述性質，惟其後之學者多認為就其本質而言，構成要件無法脫離違法性，也因此我國通說亦多肯認構成要件該當性具有推定違法性之功能，惟於刑法檢驗上仍有其功能。而違法性與有責性之間，多數仍肯認違法性係超越主觀認知之客觀存在，因此即使是無責任能力之人之行為亦具有違法性。惟依晚近思想，此種客觀違法性並非完全不考慮主觀因素。與之相對比的有責性，則係屬於個人性的，由決定規範所指引之行為人心理狀態之要求。雖然晚近學說已較不嚴格區分違法屬於客觀，責任屬於主觀之傳統觀點，惟結果大致上仍呈現了這樣的思考於檢驗步驟之標準分類上，比如違法性之本質仍為「行為」與「法秩序」或「社會法益」之關係，責任性之本質(參第四章一，(一)之討論)則仍為「行為人」與「規範」之間之關係。

## 第二節、社會抗爭運動於刑法檢驗步驟中之定位

### 第一項、學界見解回顧

<sup>63</sup>比如實務承認之被害人承諾之行為，仍須受到本於自主權存在之嚴格要求，如受保護法益之可處分性、具有處分權、有承諾能力、出自自由意思以及行為前明示同意等要件。

<sup>64</sup>黃榮堅（2006），《基礎刑法學(上)》，頁 19，台北：元照。



## 第一款、抵抗權存在說

德國基本法 20 條 4 項明文規定，針對作為國家憲政基礎的民主法治原則受到破壞時，人民有權抵抗<sup>65</sup>。黃榮堅教授認為行使條件關鍵在於國家體制內符合民主的矯正機制已實質上的失靈<sup>66</sup>，以及抵抗者之抵抗手段為必要<sup>67</sup>。而德國多數學說則認為由於抵抗權將嚴重破壞現有法秩序，因此抵抗手段被要求為具有絕對的備位性<sup>68</sup>，另一方面，憲政民主之失靈，亦必須達到「對於合憲秩序的全面攻擊」之程度<sup>69</sup>。由於係憲法上賦予之抵抗權，行使之效力為阻卻不法<sup>70</sup>。

對於我國情形，學者張嘉尹認為我國憲法雖無明文規定，但可能從憲法的自我保衛能力中推導出此項不成文之權利。<sup>71</sup>

## 第二款、可罰的違法性說

依據可罰的違法性理論，可以區分為相對輕微型與絕對輕微型之違法行為，本案情形屬於相對輕微型，於法益衡量上憲政價值高於法律規範，故應認為屬於可罰的違法性除罪事由。惟我國實務目前僅承認法益低微的絕對輕微型除罪事由。

## 第三款、超法規之類似緊急避難說<sup>72</sup>

本說首先表明，其所提出之主張係為了探討抗爭運動「違法性之共同檢驗框架和體系」所設計，因此不限於某場社會運動。另外，由於學運事件中存在憲法

<sup>65</sup> 黃榮堅（2014），〈國家統治技術演進下的抵抗權概念--兼論其刑法評價上的作用〉，收於：《台灣法學雜誌》，第 249 期，頁 106。

<sup>66</sup> 黃榮堅，前揭註 65，頁 107。

<sup>67</sup> 黃榮堅，前揭註 65，頁 113。

<sup>68</sup> 蔡聖偉教授之發言，〈收於公民不服從 I 抵抗權的啟動及界限—解析 318 進駐國會議場事件學術研討會〉，《台灣法學雜誌》，第 247 期，頁 135。

<sup>69</sup> 蔡聖偉，前揭註 68，頁 135。

<sup>70</sup> 蔡聖偉，前揭註 68，頁 135。

<sup>71</sup> 張嘉尹，前揭註 15，頁 61。

<sup>72</sup> 林鈺雄，前揭註 16，頁 99 以下。



上欲保護的民主價值，以及法律欲保護的國家社會法益，此種須為法益衡量之評價階段，自然屬於違法性階層處理之問題。按所謂違法性即為行為是否評價上與法秩序相對立。因此將問題定位於違法性階層上。

其次，蒐羅法定違法事由後發現，僅正當防衛與緊急避難與學運中之抵抗行為較具類似性，蓋同樣皆係為了維護更高之利益(憲政，社會公益)，而犧牲較小利益。而正當防衛要件嚴格，難以通過<sup>73</sup>，因此考慮緊急避難。我國法定之緊急避難要件，首先明文規定須以保護「生命、身體、自由、財產」之個人法益為目的，始得為避難行為，蓋緊急避難之法目的在於社會個人互助之精神。因此本說為了主張超個人之集體法益，僅能轉而朝向超法規的阻卻違法事由，而類推適用「超個人法益」<sup>74</sup>。

對於緊急避難所要求之「現在性」要件，通說未包括「反覆發生」，以及「將來危難」此二類型，本說認為傳統之現在性之要求具有侷限性與矛盾性，加上我國刑法 24 條並無明文規定「現在」二字，因此應可以「急迫性」取代之。<sup>75</sup>

至於「必要性」及「利益權衡」要件，對於前者，本說認為「現實上的難題就是，最小侵害之手段往往就是較無效之手段」，也因此既然無法找到同等有效之條件相比較，則根本無法認為何者之侵害較小<sup>76</sup>。對於後者，本說則認為所謂優越利益本質上是整體法秩序的規範綜合評價，不可能訴諸單一之參考指標，只能例示一些規範綜合評價之參考因素<sup>77</sup>。

#### 第四款、量刑說

學說較少提及，惟多數皆普遍認為退萬步言，本案行為人皆應於量刑時考慮社會相當性，而予以減輕刑度。

<sup>73</sup> 林鈺雄，前揭註 16，頁 102。氏認為首先即難以符合「現在不法」之防衛情境要件。

<sup>74</sup> 林鈺雄，前揭註 16，頁 103、104。

<sup>75</sup> 林鈺雄，前揭註 16。頁 106、114。

<sup>76</sup> 林鈺雄，前揭註 16，頁 115。

<sup>77</sup> 林鈺雄，前揭註 16，頁 116、117。氏之舉例，參考因素如憲法以及兩公約。



## 第二項、社會抗爭運動於檢驗步驟中之定位分析

### 第一款、問題之定位

究竟社會抗爭運動應如何於刑法檢驗步驟中定位呢?文獻焦點多集中在 318 學運佔領事件,換言之,由於 318 佔領事件涉及為了保護憲政利益而侵害國家法益之利益權衡目的觀,因此學說多數認為此問題應係法秩序中之價值衝突問題,而應置於違法性討論。本文並不反對這樣的理解,然而此種觀點較符合公民不服從或抵抗權之思考方式,對於一般的社會抗爭運動,比如說如反風車之靜坐抗議、關廠工人之臥軌行為,由於並無明顯之法秩序衝突,因此也只能回歸到構成要件本身去思考究竟有無法益侵害。本文認為,依本文對於社會運動脈絡之理解,其核心要素乃在於存在一個國家不正義之情狀,以及在此情狀下只能以身體展現之方式進行抗爭之個人。而此種個人處境與吶喊,其實如果從個人之角度予以設身處境為考量,更能夠突現其所遭遇之社會處境與其心路歷程。因此,就刑法檢驗步驟機能而言,違法性階層所著重者在於客觀法秩序的一般性價值觀,而有責性則著重於個人境況與心理決意得否非難之考量,故本文認為於有責性考量社會抗爭運動似更能對於社會事件背後的脈絡引起社會以及法院的深化思考。

### 第二款、法適用上之問題

首先對於抵抗權說,由於我國並無如德國基本法上有明文規定,縱使基於我國憲法中之自我防衛精神得以導出此項權利,惟其內涵之建構尚有待學界形成共識,欲對於目前之事件達到法適用上之功效,恐尚不能及。且縱使依照德國法上之標準,我國憲政是否已達憲政全面崩壞,僅剩下最後之佔領手段之情狀,不無疑問,尤其對於受審法院而言,既然還能向其主張抵抗權之抗辯,則司法體系即

尚有救濟功能，更難認為憲政已然全面崩毀。

另外，一方面由於抵抗權說係本於正當防衛之思考方式，則當警察強制驅離佔領群眾時，由於係依法保護社會、國家法益之合法行為，縱使衝突中有過當之情形，比如拉扯、推擠、流血等，基於正當防衛係正對不正之思考方式，似亦無法於此等保護國家、社會法益之「保護行為」中主張正對不正而阻卻不法。另一方面由於抵抗權所應主張之對象應為「侵害憲政之行為」，最多亦僅能於可能具有必要性之「佔領行為」中主張之，其於靜坐、保護自己之身體之抵抗行為、損毀等，皆難以主張。

其次對於可罰的違法性說，本文認為雖然實務目前僅承認絕對輕微型之可罰違法性事由，而社會抗爭運動多屬於相對輕微型之類型，可能不為實務所採。然而就刑法實質違法性內涵觀之，此種由於侵害法益尚屬輕微，並且又具法益權衡性質之行為，本即有不違反社會生活利益之空間，因此本文認為主張可罰的違法性就法理而言，應係可能的一種思考方式。且此種主張並不僅限於公民不服從之類型，亦可適用於一般社會抗爭運動上。惟遺憾之處在於，主張可罰的違法性以阻卻違法，或者認為係爭行為根本不具違法性，將直接對於法秩序之一般性發起挑戰與衝擊，一旦開啟，將使得相同類型之抗爭方式皆為合法行為，此主張可以想像將遭到國家權力之大舉抵制。

而關於超法規之類似緊急避難說，本文認為其思考與可罰的違法性接近，亦本於實質違法性而主張超法規阻卻事由，由於有利於當事人，通說亦肯定此種超法規阻卻違法事由之存在。類推適用緊急避難確實具有操作上及思考上之便利性，然而也必須受其已存在之要件與標準之限制。本說不僅在保護法益要件上進行於超個人法益之類推適用工作，對於通說認為之「現在性」要件亦進行目的性解釋，另外於「必要性」上則認為無法找尋所謂同種效果卻較低侵害之手段，使得「必要性」之限縮功能趨於無效化，另一方面於「法益權衡」上亦尚未提出明確之判斷標準。本文認為此即套用緊急避難法理之缺點，亦即被限縮在「緊急情況下的正

當行為」此種框架下，則要對於一般社會抗爭運動解釋具備急迫性，更形困難。比如靜坐抗議之抗爭方式，通常之策略在於持續不斷地造成政府壓力，則如何解釋其靜坐行為具有急迫性，不無疑問。退步言，縱使具備了急迫性，一般社會不正義事件多存在其他形式上之司法救濟管道，則是否能順利認定具有必要性亦為問題。最後，縱使是超法規阻卻事由，仍須回頭面對刑法明確性之要求。

本文更擔憂的是，當法院與學界掉入上述繁複要件爭論之後，本來藉由社會抗爭希望彰顯的社會不正義問題之焦點，即可能被轉移掉。惟無論如何，本文並非反對此說，作為法院可能採納之方案，以及類似緊急避難進一步精緻化之發展，本文仍然樂見其成，僅提出一些遺憾之處與可能問題。

最後，雖然學說率多同意量刑作為最後之方式，然而量刑也只能做為最後之方式了。蓋於量刑階段，即代表行為人之行為已經具備構成要件該當、違法、有責，而成立犯罪行為，僅於刑事政策上予以憐憫與寬恕，如此一來則本案件中關於法秩序價值對立與否之重要問題，以及背後所隱藏之個人處境與社會結構，將全部遭到忽視，而使所有當事人之努力如同煙霧，完全消散在空氣之中，此亦即目前實務常常採取之作法。

# 第四章、期待可能性



## 第一節、有責性之本質

有責性這一概念所指為何呢?參照傳統通說見解，有責性為：

「罪責乃指就刑法規範的觀點而對行為人與其行為的公開譴責或責難。罪責的形成係以人類具有決定自由適法或非法的能力與自由為基礎，故刑法唯有對於具備決定自由的行為人，加以刑罰的制裁與責難，才有刑法上的意義。」

「行為人以違法行為表現其對於法律規範的禁止或誡命的有瑕疵的價值思維，這種有瑕疵且可責難的價值思維，即為罪責非難的對象。因此，罪責乃意思形成的可非難性，係指行為人與其行為的可責的內在關係。」<sup>78</sup>

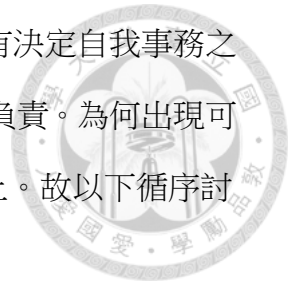
從這兩段文字我們可以掌握的是，首先行為人必須具有自由決定的能力為基礎，其次，當行為人展現出不法行為時，其自由決定之思維必須在法規範上評價為可非難。易言之，行為人雖然具有自主決定的意志，其行為亦為刑法所評價之不法行為，但卻僅有法規範認為“可非難的”行為態樣，始有刑罰之適用。本定義亦可延伸出刑法上的罪刑相當原則，即有罪責始有刑罰，罪刑應該相當，而與刑法體系具有連結功能。

然而究竟何謂“可非難”呢?從傳統學說之定義上僅能得知所謂可非難性就是法規範上認為可以非難的，或者所謂“良知非價”<sup>79</sup>，如果繼續對於何謂良知非價進行追問，將發現出現循環論證之情形。換言之，從邏輯上的角度，以上定義並

<sup>78</sup> 林山田，前揭註 52，頁 323。

<sup>79</sup> 林山田，前揭註 52，頁 323。

沒有真正回答究竟有責性的概念內涵核心為何。如果行為人具有決定自我事務之自由與能力，則於民主法治社會中，即應對於自己所為之行為負責。為何出現可以不被刑罰所制裁之情形呢？即牽涉到人究竟有無自由的問題上。故以下循序討論之：



## 第一項、有責性之概念

責任之概念意涵為何，在刑法上有多元之意義。在德文中，亦有非難可能性(Vorwerfbarkeit)、答責性(Verantwortlichkeit)以及歸責性(Zurechenbarkeit)三種不同之詮釋。非難可能性(Vorwerfbarkeit)係指對於違法侵害法益之行為，認為其行為違反社會倫理性所為之價值非難。答責性(Verantwortlichkeit)以行為者因曾實行違法行為，故必須對受害者以及一般社會負責，從而將責任解為“答責”。歸責性(Zurechenbarkeit)則以行為者因基於某種意思而為行動，並進而造成結果，此種結果可以歸因回行為人之意思決定或性格因素，故將此種關係稱為歸責性。<sup>80</sup>

刑事責任之概念亦有所謂廣義與狹義之分<sup>81</sup>，廣義的刑事責任係指何種情形下，行為人將處於應受刑法處分之地位；而狹義者，則僅指於刑法檢驗步驟中之有責性(Schuldhaftigkeit)而言。須說明的是，此種廣狹義之刑事責任分類，與前述責任概念之內涵並不相同。如以非難可能性為例，當行為人之心理狀態受到社會倫理之非難(Vorwurf)後，始能認為該行為人具有狹義之刑事責任(Schuldhaftigkeit)。

以上定義之不同，根本上關乎於論者採取何種責任之立場，前述傳統通說之見解，定義上即接近於非難可能性(Vorwerfbarkeit)。然而如果希望進一步知道為

<sup>80</sup> 洪福增（1982），《刑事責任之理論》，頁 1-2，台北：刑事法雜誌。

<sup>81</sup> 洪福增，前揭註 80，頁 3。

何採取某種責任立場，仍然必須先深入責任理論的探討之中。本文限於主題與能力，以下將就立論邏輯較明確的基本典範做探討：



## 第二項、責任之諸基本理論

### 第一款、道義責任論

早期古典學派之道義責任論主張責任就是對於實施違法行為者所做的個人倫理上之非難<sup>82</sup>。其論理基礎建立在人有絕對之自由上<sup>83</sup>，因為人有自主而不受環境或素質所影響之自由決定能力，所以其所為之行為既然出自其身，責任自然亦應歸責於其身上，以彰顯人應該自我負責的法精神。亦言之，人既然具有意志自由，即應該對於其行為自我負責。當人生理上成熟而具有完整之自我決定能力後，即應該根據其辨識不法之能力，意思之自由，以及對於犯罪之知與欲來判斷其所應負之罪責。<sup>84</sup>

本說所受到之批評在於人是否真有意志自由之存在？於自然科學之興起後，越來越多之研究指出，人受到環境與基因之支配，無法簡單認為人具有完整之意志自由，儼然變成今日之更多數之共識，將於後詳述。值得一提的是，道義責任論現今仍有許多學者主張。

### 第二款、心理責任論與規範責任論

心理責任論基於古典不法為客觀，責任為主觀之分類，認為所謂有責即等同

---

<sup>82</sup> 陳子平，前揭註 52，頁 290。

<sup>83</sup> 陳子平，前揭註 52，頁 291。

<sup>84</sup> 吳建昌（2000），《刑法責任能力之研究，法學與精神醫學之交錯》，頁 38，國立台灣大學法律學系碩士論文。

於心理事實之評價性，亦即幾乎平行於故意與過失。<sup>85</sup>故藉由觀察行為人行為之結果與行為人之心理要素間是否具有因果關係，而視行為人對於其行為主觀上是否具有知與欲，或者不知與不欲，即可依此心理事實之程度來認定其罪責之程度。學說間對此說最大之批評在於無法充分說明無認識過失之情形，如何認定心理罪責，以及於實定法中存在同樣具有故意卻減免罪責之犯罪規定<sup>86</sup>。

規範責任論則為心理責任論的反思結果，由德國刑法學者佛蘭克(R. Frank, 1860~1934)所創，其將罪責概念規範化，認為罪責的本質乃在於意思決定與意思活動的可責性或可非難性。<sup>87</sup>本說與傳統學說所主張者相當，反省於心理責任論的缺失而重新賦予有責性獨立的定義與判准，即規範上的可非難與不可非難。藉由規範上的評價，我們可以在一般法秩序的要求中，再以個人標準將評價上認為個人難以達到的事態類型與以排除，為其優點。然而如前述，因為所謂法規範的可非難性為何並沒有清楚的定義，對於自由與否的討論也形同迴避，結果自然使得所謂有責性概念變為一個集合概念<sup>88</sup>。學說多認為其缺點明顯在於並沒有建構一個明確的有責性概念。<sup>89</sup>

綜上，可以知道規範責任論之核心在於於罪責中引進規範評價之要素。其內容仍然著重於判斷對象之定位上，並沒有直接回答意志自由與否之問題。從道義責任論、心理責任論到規範責任論，可以看到一種本於人的意志自由的價值觀的展現，過渡到對於人的意志自由需要一個更上位的規範概念予以導引的信念，最直接的結果就反射在司法系統的核心即法院上。法院原本基於人的意志自由，肯定其心理所思所想，並依此內容予以行為評價，然而這樣的責任評價方式應付不了近代風險社會中大量存在的過失犯規範需求，也因此學說在集體意志下誕生了規範責任論的思潮。以規範凌駕於純粹心理事實後，人的世界觀即再次退

<sup>85</sup> 參考黃榮堅，基礎刑法學(下)，2006，元照出版，頁 639。

<sup>86</sup> 林山田，前揭註 49，326 頁。

<sup>87</sup> 林山田，前揭註 49，頁 327。

<sup>88</sup> 亦即把責任理解為責任形式，責任能力，特別責任要件以及不法意識等下位概念的集合體。參黃榮堅，前揭註 85，頁 641。

<sup>89</sup> 黃榮堅，前揭註 85，頁 641。



後於一個擬制的規範共識。從系統論的角度，這是系統適應環境演化後的結果，社會系統以及心理系統本來即是兩個運作上封閉而獨立自我再製的系統，社會系統無法真正了解心理系統的真實，所存著僅有擬制後的溝通斷片，也因此，心理主義的潰敗是必然的結果。有問題者在於，對於此種規範性的凌駕存在以及擬制之後的溝通斷片應做何種解釋為當。

### 第三款、社會責任論與新社會防衛論

社會責任論從決定論之立場著手，認為人的意志自由是被創造出來的，虛擬的想像，基於近代生物科學的研究，基因組已然構成人行為與個性的決定因素之一，另一方面環境與文化亦全面的支配著人們的思想生活，如果以意志自由作為刑罰的前提，刑罰根本就要喪失其正當性基礎。<sup>90</sup>若以決定論的觀點，則人雖然沒有自由，但不代表刑罰就需廢除，畢竟古往今來刑罰一直都存在，僅是改以社會防衛的觀點去看這個問題，亦即世界存在對於社會來說性格危險與性格不危險的二類行為人，而對於性格危險的行為人基於防衛社會的角度，自然應該以刑罰手段予以控制。

此種觀點固然奠基於近代科學研究，然而有問題者在於，近代研究之結果實際上僅具有對整體中之部分的統計推論效力，亦即人與社會與基因有很大的關連性，但不能說人僅受基因與社會支配。另一方面從邏輯上的角度，如果人全然無自由，則依照基因與社會文化自然會推導出刑罰應該如何，根本沒有有效與否的論證必要，僅僅會呈現出一個被決定的答案而已，人的存在已經如同為社會服務的工具而已。從刑法的角度，也喪失了為何要要求人為正當的行為，以及尊重人的自由的必要性。結論將導致刑法的工具化。

新社會防衛論(doctrine modern de la Defense Sociale)為二戰後由法國學者

---

<sup>90</sup>黃榮堅，前揭註 85，頁 643，651 以下。

Marc Ancel 在「人道的社會防衛理念」下所提出的新社會責任理論。其認為犯罪行為係由於多種複合因素所構成之結果，僅僅將之歸因於人格或社會危險性展現並不正確，因此應以行為者之具體人格為研究之對象為當<sup>91</sup>。方法論上則認為應在「道德的基礎上設立使犯人回歸於社會之政策」，以及「應以科學的方法調查犯人之體質及心理反應及社會環境」<sup>92</sup>，以選擇對於犯人個人而言正確之治療方式，使其能再回歸社會。

其特色在於不以邏輯上之形式決定人的形象之前提，而係對於從實證研究上所發現的被決定現象以及人們普遍的自由自主信念予以肯定，認為用科學客觀方法將所有關涉人類行為之諸因素皆包括進應研究範圍內。並且由於對於人的自由予以肯定，即展開了其人道關懷之觀點<sup>93</sup>。觀其見解似認為在諸因素下擺盪的人們，其道德性是可以予以回復的，僅僅是在諸因素效果中暫時被「遮蔽」。

從系統論的角度，社會系統無法真正了解心理系統之內部，已如前述。而在人的形象僅能由溝通中不斷再製的前提下，個人的自主是被壓縮的，個人的價值論述是無法展開的，也因此如果忽視此點，僅由國家由社會責任論的角度進行評估，勢將產生人道精神喪失之結果。新社會防衛理論首先肯定了人道主義的立場，並且希望能夠更加深入徹底的了解行為人的處境與心理狀態，毋寧類似於系統論中法律系統肯認不可直接觸碰的心理系統之價值與自主性之看法<sup>94</sup>。並且由於客觀科學方法本身的自我涵蓋性與測不準原理，人的處境是無法完全窮盡的，此點將成為基本之認識。也因此，縱使法律系統將盡力擬制行為人之處境，最後亦將於失敗中肯認人的自主性與自體論述性。此後，若能盡力給予行為人適當之回歸社會之處遇，並且肯認其曾遭遮蔽之狀態以及重新再給予自身出發之價值此點，則也許本說是可以採納的方式。

綜上，學說僅有對於自由意志存否，給予信念上之答案，並未深入其中探討。

<sup>91</sup> 洪福增，前揭註 80，頁 19。

<sup>92</sup> 洪福增，前揭註 80，頁 20。

<sup>93</sup> Marc Ancel 著（1990），盧建平譯，《新刑法理論》，頁 31、50、51，香港：天地圖書。

<sup>94</sup> 亦即系統內部僅能間接察覺外部性，然而進行自我指涉的系統本身卻能認識到其他系統之存在。

因此本文以下將續從哲學與實證之角度，對於自由意志本質性之問題進行討論。



## 第二項、擺盪在決定論與非決定論之間

人究竟有無意志自由?這個問題究竟可否被回答，以上罪責本質之理論並沒有告訴我們，因此本文以下將接著進入哲學上所謂決定論與非決定論之討論，嘗試以哲學分析方式進行探討。

### 第一款、決定論與自由論(非決定論)

嚴格決定論者認為，所有事件的出現都有原因，每一個事件的發生我們都可以回頭找到一個引發他的原因。換言之，當特定的原因發生時，特定的結果必會發生，決定論承認普遍的因果性(universal causation)<sup>95</sup>。史賓諾沙的決定論論證亦指出，我們自以為自由，那僅是由於我們不知道我們的行為已經被決定了。由於無知，我們才會選擇。而即使我們有選擇，其實也只是選擇了那個已被決定的行為。<sup>96</sup>

我們可以將決定論的論證主張整理如下：

前提 1：一切都被普遍因果性決定。

前提 2：假若一切都被普遍因果性決定，則沒有自由行為。

結論 3：人沒有自由行為。

決定論者承認以上三點，但自由論(非決定論)者則否定前提 1，因此當然也得不出結論 3。相容者則肯定前提 1，但反對前提 2，因此也得不出結論 3。

而若繼續基於基本定義，法不可強人所難，而給定前提 4 為“只有從事自由

<sup>95</sup> 陳榮華 (2013)，《形上學理論與批評》，頁 73，台北：五南。

<sup>96</sup> 陳榮華，前揭註 95，頁 76。

行為的人需要為自己的行為負責”，則承繼上述之結論 3，可以得到“因為人沒有自由行為，則人無須為自己之行為負責”之結論。因此，若採取決定論，則結論上人是不用為自己的行為負責的。

自由論者則主張，人是具有自由意志的，無論人在環境中遭遇什麼壓力，或者內心有甚麼強烈慾望，人仍然可以進行抉擇，而可以選擇超過一種的行動方式。自由論的第一論證就是所有人都具有自由信念(the belief of freedom)。其認為只要每個人稍微自省一下，都會同意自己可以控制自己的下一個行為決定，比如說往前走，往後走，或者想開電視，想關電視，我們於世界中確實可以感覺到我們具有自由的信念，而這種信念的證據就是自由論的第二論證，亦即自省的普遍感受。

同樣根據前述，由於自由論者否定前提 1，自然也不能得出結論 3，再依據自由論的第一論證，則人即具有自由行為，而可以得出應為自己之行為負責之結論。

## 第二款、相容論者之主張

相容論者則認為，自由論與決定論兩者並不互斥，兩者可以共存，亦即人的行為確實是被原因所控制，但人也確實是自由的。

相容論者的第一論證為：原因是行為的構成因素。其認為行為不能沒有動機，基本上人先有動機，而動機再決定行為，所以行為是被決定的。可是被動機決定的行為仍然是自由行為。<sup>97</sup>

對於動機，相容論者主張行為是被理由決定的。人僅應該為其能去考慮的行為而負責，而能加以理性考慮，才能以理由決定行為之方式。而相容論者認為，人是不能控制理由是如何在心中浮現的，我們無法預測，也不能使它消失，因此理由是超出人的控制的。然而即使理由是被決定的，人依據其所考量的理由加以

---

<sup>97</sup> 陳榮華，前揭註 95，頁 99。

行動一事，其內心是不受強迫的，比如說一個想要搶銀行的行為人，當他的內心浮現了一個搶劫的理由時，雖然這個理由是不受控制出現的，而其也因為這個理由而為殺人行為，但是他的內心卻是無比歡愉的，而不受任何強迫或強制，因此我們也可以說他的內心是自由的。

我們可以發現，相容論者同樣是接受前提 1 的，但是其卻主張拒絕結論 3，如果一切行為皆是被原因所決定，那人如何能夠具有自由行為呢？自由論者否定之正是因為當行為被原因所決定時，則人於行為時根本沒有其他種行為可能存在，因此人無法為自由行為。然而這裡相容論者所主張之自由行為，其實已經與自由論者所謂的自由行為定義不同了，這裡自由論者所稱的自由行為，是指“人不受強迫的情況下為行為”，而由於其不感到強迫，甚而覺得此種理由相當好，而愉快的進行該行為，此時仍可說該人是“自由”的。

而如果接受相容論者之說法，則人是否應為自己之行為負責？結論上應該是要的。因為依照世界中人們的信念，我們很難接受當人們不加以抵抗而樂意進行行為時，卻不須為其所為之行為負責之結論。其次，既然已經肯定人有自由行為的結論，則人就應該為其自由行為負責。

### 第三款、心理學上的科學研究—以雙生子研究為例

著名的雙生子研究室指以遺傳上基因型幾乎相同之同卵雙生子或相近之異卵雙生子為對象，以了解遺傳以及環境因素對人類發展之影響，最早是由 19 世紀之高爾頓(F.Galton)所首先採用。本文以下將舉著名之明尼蘇達雙生子研究<sup>98</sup>為例：

其實驗方法為區分 MZT、DZT、MZA、DZA 四組測試，而以 MZA 與 DZA、DZT 為控制組，MZT 為對照組，觀察其成年後性格、行為、成就量表上之異同。

---

<sup>98</sup> 楊照崑 (1995)，〈遺傳環境與基因〉，《數學傳播》，第 19 卷 2 期，頁 6。轉引自 Tellegen, A. et al.,(1988) Personality similarity in twins reared apart and together, J. Personality Soc. Psycho., 54, 1031-39.



MZT = 同卵雙生，同處長大。

DZT = 異卵雙生，同處長大。

MZA = 同卵雙生，異地長大。

DZA = 異卵雙生，異地長大。

統計結果:

表一. 雙生子間性格之相關性

項目	MZT	MZA	DZT	DZA
生活品質	0.58	0.48	0.23	0.18
成就	0.51	0.36	0.13	0.07
對抗外在壓力	0.52	0.61	0.24	0.27
自我控制	0.41	0.50	-0.06	0.03
保護自己	0.55	0.49	0.17	0.24
樣本大小	MZT=217,		MZA=27,	
	DZT=114,		DZA=27	

統計結果可以發現，從相關性來看，同卵雙生異地而養，其性格關聯性要比異卵同地而養要大的多(幾乎都兩倍以上)，可以發現同卵的影響遠勝過同地之影響。而同卵同地與同卵異地則可以發現僅略有差異。因此我們至少可以得出先天基因之影響程度極高，而環境因素則存在但僅略有影響。

其他研究亦指出，大體而言，在類似之環境下，一個人的性格養成，遺傳佔 50%，同養育地佔 5~10%，而另外 40~45%則為不可測知的變異。<sup>99</sup>

### 第三項、分析

<sup>99</sup>楊照崑，前揭註 98，頁 7。轉引自 Waller, N.G. and Shaver, P. R., (1994) The importance of onogenetic influences on romantic love styles: A twinfamily study, *Psycholo. Sci.*, 5, 268- 274.



## 第一款、邏輯是否一致之檢驗

回顧道義責任論，我們可以發現其之主張就是基於自由論者之主張，而認為人有自由可以進行抉擇，故對於其自由行為即應負責，姑不論人是否真的自由，此種主張其邏輯上至少是一貫的。而社會責任論呢，則採取相反的決定論者之立場，認為人沒有意志自由，但是卻認為人仍須對於社會負擔責任。如果按照決定論者之立場，則既然人無自由，則人即不需為其行為負責，蓋行為皆被原因所決定。然而社會責任論者卻認為人仍應為其危險性負社會責任，此種說法並未清楚交代人應負社會責任之論理，倘若所依據之理由係為了防衛社會，則人僅僅是為了防衛社會之目的所使用之手段而已，根本談不上“負責”之概念，

而關於心理責任論，雖然其主要重點在於認定責任之性質，但如果認為行為人心中之因素是其負責之核心要素，則此種心理事實或者心理要素，必定具有意志自由存在之預設，如果按照決定論之觀點，行為人之心理因素只能找到無數個相互鏈結之原因 1，原因 2...等，無法進行歸責之判斷。故其本質上應是接續著道義責任論之立場，而貫徹自由論。

最後是規範責任論，規範責任論於責任認定上，加入了規範評價要素，等於對於什麼是責任之問題，回答為“規範上認為有責任的即有責任”，實質上變成套套邏輯，而迴避了自由問題。而由規範來評價之結果，其實與道義責任論，心理責任論相去不遠。對於前者，規範責任論操作之結果其實相當於以道義責任論為主，輔以一些實證法上的限制(如責任能力)，而相去不遠;對於後者，則是將法官純粹心理之判斷加入規範評價，其好處在於能夠更多的考量評價上無法形成適法動機之情形，而其缺點則可能再於使得相當於規範的道德，國家評價引渡進去。

當然，如果採取相容論者之看法，則相關之折衷說或許可以成立，但我們應該注意到相容論者所主張之“自由”，與自由論者所主張之“自由”，其定義是不同的，前者僅僅具有一個不感到強迫的感受性而已。然而，本文仍然傾向於人的自

由在於能夠創造其自身此種見解。否則僅有不感到強迫的意願，也可以說即使想為他行為也事實上不可能，那這種自由要如何論以責任呢。

總結以上，最邏輯一貫的見解會是道義責任論與社會責任論。然而其對於人自由與否的基礎，尚皆僅來自於人類應然面的信念。



## 第二款、納入實證觀點?

如果我們暫時先肯定前述實證研究結果，則我們可以加入人之性格表現至少有 50%是由基因所影響決定之思考前提。邏輯上雖然沒有辦法否定人有自由，或者否定人無自由，但可以肯定的是人之行為至少有近乎一半之程度受到基因所決定。因此，如果採取傳統之道義責任論歸屬責任之方式，如果邏輯一致的話，其責任量即應該予以減半，方為合理。而如果採社會責任論的話，前述實證結果邏輯上雖然沒有否證的效果，因為剩下的一半也可能是由種種環境因素，重要他人，因果關係所影響決定，當然也有可能具有因為意志自由存在而無論如何不會完全相同的可能，我們並不曉得。但是一旦全面採行社會責任論之觀點，刑事政策上並非完全放棄，反而是因為無須考慮意志自由，直接逕依行為所表徵的危險性格來判斷。那結論上如果其實存在著無論如何不會完全相同之意志自由之事實，則屆時人類的自由與人權，早已破壞殆盡。自由派論者有一個論證是這樣的，”就算人有意志自由，也得人們自己相信有自由才行”，當人們自己不覺得自己有抉擇的可能與能力時，他們確實可以過著被決定的生活，比如說完全順從慾望，或者完全聽從他人。因此如果我們根據前述研究結果，大膽採取社會責任論，則雖然邏輯上並無辦法予以否證，但卻可能使得人們再也不相信自己有抉擇能力，進一步，縱或人真的有意志自由，也已經不可能有動機再去進行此種研究。

而新社會防衛理論之前提預設即為採納實證研究後之結果，因此其較無前述邏輯不一致之問題，另一方面，由於肯認人部分受到環境影響，並不等於否認人有自由意志，所以人的自由信念也不致因此喪失。或有論者認為，此種說法根本是



非決定論之換句話說，亦即於自由論中本即有高強度慾望大幅度影響意志自由之討論，也因此自由意志就是存在的，而非被決定的。惟本文認為此應為解釋上的誤解，從科學方法的討論中，可能出現的前提假設是：a.由情境區分人的自主可能性—亦即某些情境中人完全無法自主抉擇，某些情況則可 b.在各種情境中，意志自主的可能性具有一個閾值，如果環境的遮蔽超過此閾值，則自主意志即全無掌握之可能。本文認為 b 之想法可能更接近新社會防衛說所說的恢復行為人受到的遮蔽此種說法，即使是 a 種的想法之前提預設亦與自由論相互排斥，因此前述批評應只是一種誤會。

## 第二節、期待可能性

### 第一項、期待可能性之概念

#### 第一款、定義與起源

所謂期待可能性，指「存在外在特殊情況，導致行為人即便有抗拒動作之形成，卻因心理壓迫而不得不實施違法行為。此時由於(評價上)無法期待抗拒動機之抑止作用，因此對於行為人所實施之違法行為無法加以責任之非難。」<sup>100</sup>此種概念之核心精神，在於肯認人性有其所能期待守法之極限，而存在人性之弱點。又所謂有責性，正是在於考慮行為人個人的景況，而認定其所應負起之責任範圍。然而，所謂人性弱點究為何呢？又是在何種契機之下孕育出此種理論，國內資料以學者陳友鋒之著作較為完整，本文以下將主要參考之：

---

<sup>100</sup> 陳子平，前揭註 52，頁 337，。

期待可能性概念之發展起源有三重因素<sup>101</sup>，其一是責任概念之理解，由於十九世紀以來德國刑法責任體系係由心理責任論領導，即主張罪責之內容應是行為人之心理因素與結果之發生間之關係而定，然而對於過失之概念，特別是對於無認識過失無法完全的解釋，蓋無認識過失既然對於構成要件事實之發生並無預見，則如何說明其內心之無認識狀態本身須負有刑法上之責任？不無疑問。遂漸出現反思心理主義之聲浪<sup>102</sup>。其二是關於緊急避難之法律地位之論爭，於緊急狀態下救助自己或他人之行為，不為犯罪，其種阻卻要素之性質為何，當時責任阻卻說逐漸佔據主流地位，因此對於「緊急狀態」所生之阻卻責任要素之性質，亦採取進一步的探討態度<sup>103</sup>。其三則為關於量刑標準之再檢討風潮興起，<sup>2</sup>當時的實證學派以及部分學者，認為心理責任無法提供量刑之具體標準，僅僅只依憑責任能力與責任條件二者。也因此後續實證學派提出了之犯罪表徵說，學者 Frank 則提倡期待可能性客觀外部性理論。<sup>104</sup>

而更關鍵的論述助長契機，則是德國帝國法院於 1897 年對於癖馬案所作之判例。癖馬案之事實略為：

「被告 A 受雇於馬車主人 B，而其所駕御之馬，時常以馬尾繞韁，並用力以尾壓韁繩之習慣。而被告 A 與馬車主人 B 皆深知此馬有上述缺點，A 曾向 B 反應該馬有此种癖性，不適合於路上駕駛，惟 B 不為所動，仍命其繼續為其駕駛。而後果然於 A 駕駛途中，因為馬之癖性發作，而撞傷鐵工 C，造成其腳部骨折受傷。」<sup>105</sup>

檢察官以過失傷害罪起訴，下級法院為無罪判決，檢察官遂上訴於帝國法院。帝國法院則認為，「被告固已意識將有伴隨傷害他人身體之危險性；他方面亦認被

<sup>101</sup> 陳友鋒（1993），〈期待可能性-刑法上地位之回顧及展望〉，頁 32，私立輔仁大學法律學系碩士論文。

<sup>102</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 33。

<sup>103</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 34。

<sup>104</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 35。

<sup>105</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 202，轉引自下村康正（1988），〈期待可能性之歷史理論〉，收錄於《犯罪論の基本的思想》，頁 136，東京都：成文堂。

告雖知悉該馬之癖性，然其乃遵守雇主之指令而執行駕車業務。原審併此二點對照比較，考量被告是否可期待因預見駕馭該馬有傷及他人之可能而寧可違背雇主之命令，甘冒失業之事實……，此種期待，恐於事實上不可能。因此，原判決採取無期待可能性之見解而作無罪之判決，應無不當之處。」<sup>106</sup>

從本判例可以看到下級審法院與帝國法院皆明文採取期待可能性理論，而認為雖然被告確實對於傷害他人之事實有所預見，但由於當時之情況無法期待一般人能承受失去工作之巨大經濟、生活上損失，因此認為不具有期待可能性，並依此判決被告無罪。自此，各種學說如雨後春筍般茁壯成長。

另一方面，日本亦有相類似之發展。以第五柏島丸事件為例：

「自昭和七年六月起受雇於經營航運業之甲，擔任第五柏島丸之船長…明知該船僅能載定額 24 名之乘客，卻於昭和年九月十三日搭載超過定額五倍之一百二十八名乘客，導致該船過重而覆沒，造成二十八名乘客溺斃。

大審院主要認為，第五柏島丸之航運經費，需搭載超過定額數倍之旅客，其收支始能平衡，此為實情。且船長甲乙對於被告再三提出超載危險之警告，其仍不予採納。…倘將責任完全歸於被告，亦有失公平。且被告收入微薄。結果判決予以減輕責任。」<sup>107</sup>

大審院主要依據兩個事實，一為第五柏島丸號之航運費用，確實需招收超過定額數倍之乘客，始能達到收支平衡；且被告亦確實曾向船主再三提出超收乘客之翻覆風險。二為被告確缺乏資產，收入菲薄。<sup>108</sup>可以發現其理由與前述帝國法院之論理有類似之處。惟日本學說實務雖係承繼德國期待可能性而來，其適用範圍卻更廣而活躍，不僅僅適用在過失犯上，甚至擴及於故意犯。而德國法院則未

<sup>106</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 203，轉引自瀧川幸辰（1981），〈期待可能性論の回顧〉，收錄於《瀧川幸辰刑法著作集》，第五卷，頁 401，京都市：世界思想社。

<sup>107</sup> 洪福增（1988），《刑法之理論與實踐》，頁 105，台北：刑事法雜誌。轉引自昭和 8 年 11 月 21 日大審院第 4 刑事部判決。刑事判例集第 12 卷第 22 號，第 2072 頁以下。

<sup>108</sup> 洪福增，前揭註 107，頁 106。

明文肯認於故意犯上之適用。<sup>109</sup>



期待可能性理論能夠於彼時盛行，一個重要的原因也在於當時的德國處於一次大戰後之殘破經濟局勢，而日本則是處於二戰後，兩國之經濟情況同樣困難，人民亦窮困，也因此氛圍上對於經濟困難而犯罪一事，社會上自然有相當強烈之同感。

回頭觀察我國實務，我國實務判決僅有極少數明確提到期待可能性理論，如最高法院 86 年台上字 1108 號判決<sup>110</sup>、台南高分院 92 年上訴字第 1369 號判決<sup>111</sup>，惟僅曇花一現，後皆遭上級審廢棄，學界對於期待可能性理論亦未有過多著墨，多數僅認為係量刑之原則之一。

介紹完期待可能性的定義、起源後，接下來要對於德國癖馬案所引起之德國學界討論進行回顧，以更深入了解期待可能性概念之性質與內涵，另外，由於期待可能性之概念之興起，源於德國學界之思潮，故以下將以德國法上之脈絡為主要討論。

## 第二款、文獻回顧:

### 第一目、Frank 之附隨情狀論:

Frank 反對當時之通說，其認為心理責任論主張責任能力為責任之前提，而所謂責任，僅理解為行為人之心理因素與其行為、結果間之關係，已然忽視責任

<sup>109</sup> 洪福增，前揭註 107，頁 104。

<sup>110</sup> 參最高法院 86 年台上字 1108 號判決：「遭大陸漁船攔阻、脅迫而接載蒜頭及董公酒，依強制行為欠缺期待可能性理論，應阻卻責任……。」

<sup>111</sup> 參台南高分院 92 年上訴字第 1369 號判決：「…面對地方勢力龍頭鄉代會主席即被告知施壓，要其身家性命及用以維生之工作職位與被告等人龐大地方勢力周旋，誠屬欠缺期待可能性。」此判決後遭最高法院廢棄。

之真正本質，其實體法上主要之反對理由有以下數點<sup>112</sup>：

- a.以一般人之生活常識判斷，處於不同處境犯同樣罪名之人不應處相同之罪<sup>113</sup>。
- b.就法院量刑之慣例而言，亦會考慮附隨情事。
- c.實定法中存在考慮附隨情事而調整刑度之責任減輕事由，如義憤殺人罪。
- d.反對責任能力為故意之前提看法，按對於構成要件事實之預見或認識，即使是無責任能力人亦可具備。因此邏輯上不具前提關係。
- e.認為責任本身應具有其獨特之內涵。

因此其遂主張，責任除了故意過失外，尚應有「責任能力」以及「附隨情狀」兩者，為一複合之概念。並且主張為了統合其複合性，而另創一「非難可能性 (Vorwerfbarkeit)」之概念代之。<sup>114</sup>而傳統上之心理要素故意過失與責任能力，其內涵相同，區別在於責任能力已非僅僅作為前提，而實質變為責任內涵之一部分。而所謂「附隨情狀之正常性要素 (normale Beschaffenheit der begleitenden Umstände)」係指行為人於行為時，不存在緊急或強制之異常附隨情狀，而處於正常之狀態。此種附隨情狀正常與否之判斷，係從客觀之觀點來觀察外在情況而言<sup>115</sup>。另外，Frank 對於期待可能性之應用，是否擴及至故意犯之問題，採取保守之否定態度。<sup>116</sup>

Frank 的學說受到的批評，最主要也是最重要的一點就是，學者多認為將附隨情狀之客觀狀態解為可直接左右責任判斷之因素有所謬誤。蓋左右責任輕重者，不可能僅係單純客觀存在之外在情狀，必該客觀附隨情狀確曾對行為人之心理狀態產生影響，且該影響程度確實反應於行為人之行為決定時，始生影響責任輕重

<sup>112</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 37、38 之整理。

<sup>113</sup> Frank 之舉例如富有之銀行員為了玩樂侵占公款，對比貧窮之郵差為了養家活口而侵占公款，兩者不應等同視之。見前註，頁 37、38。

<sup>114</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 39。

<sup>115</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 39。

<sup>116</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 40。

之判斷。比如說同樣身處貧困處境，有些勞工卻未挺身走險，或者同樣鋌而走險，卻並非因為身處貧困處境，而僅僅是出於其他心理動機或慾望。

對於此項批評，Frank 後來也承認純粹的客觀外在情狀作為責任要素之一，有所錯誤，因此其後於其著作中變更見解，將「附隨情狀之正常性」，改為「正常之動機狀態(normale Motivierung)」<sup>117</sup>，顯然重新將動機形成之參數考慮進去。

## 第二目、Goldschmidt 之義務規範論

Goldschmidt 即為前述支持緊急避難為阻卻責任事由之一員，而倘若緊急避難為阻卻責任事由，該行為人於緊急避難行為之時，通常亦有責任能力及故意過失，則此種緊急避難之阻卻責任因素，必定係於原本之責任內容以外之新責任內容。Goldschmidt 遂提出了「義務違反性」這個概念來詮釋。

其認為癖馬案被告之所以無責任的原因不在於客觀上附隨情狀如何，而根本性的在於被告心理動機之形成是否合於規範上所要求之義務性。因此，Goldschmidt 區分「法律規範(Rechtsnorm)」與「義務規範(Pflichtnorm)」二者，前者係指外部要求行為人行止之法律規範，後者則係命令個人必須於內心採取合於法律規範之態度要求，而此二者為「全然個別存在且同時相互對應」之關係。義務規範之判斷標準則為「主觀上是否具有優越且正當之動機」。<sup>118</sup>Goldschmidt 認為此種觀念可以更完美的解釋為何刑法對於絕對不能犯與過失犯仍有處罰之正當性，蓋其違反義務規範也。而如按照其論理，癖馬案之情形之所以得以阻卻責任，則應係因為行為人因為外部情狀所生之犯罪動機，由於主觀上無法期待其不為此種行為，因此其具有優越而正當之動機而阻卻責任。

然而這樣的阻卻責任是否有實定法上之依據? Goldschmidt 亦承認無法由現行法

<sup>117</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 42。

<sup>118</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 45-47。

中導出，而僅可能為一超越實定法之法理依據<sup>119</sup>。

學者間對其論述有數點批評，第一是指謫其分離「法律規範」與「義務規範」之不當。如果此二規範確實如 Goldschmidt 所述為全然個別之存在，則解釋上必然必須面對雖然未違反法律規範但卻違反義務規範之行為之情形。則可能出現無法正當防衛之矛盾狀況<sup>120</sup>。其二，學者 E.Schmidt 則認為 Goldschmidt 規範二元分離之主張，忽視了「法之二重機能(Doppelfunktion der Rechts)」之構造<sup>121</sup>，亦即法律規範本來即有兩作用，一為評價作用，二為命令作用，兩者為同一規範所發揮之不同作用，僅在時間上有先後順序，但並非本質上可截然二分。因此 Goldschmidt 之區分並為真正掌握規範之特性。最後，亦多有學者批評其見解將混淆了法律與道德之界線，蓋於法之世界，倘一行為業經評價為適法，則應無論其動機於道德上之評價。

### 第三目、B.Freudenthal 之倫理的責任要素論

氏之思想與一戰後德國經濟破碎，人民陷入極度貧困之處境密不可分。其敏銳的感覺到法之要求與人民實際所能做到的，二者間存在過於理想性的落差。因此其主張「刑法上之責任，不論解之為非難可能性或義務違反性，均無不可，但所謂之義務必以行為人之能力為前提，不可能之事絕無義務可言；法之於國民，僅於可能之範圍內，要求其遵守法律上所規定之價值規準以為決議，倘無此可能性，法律即不應認其有責任而加以非難。」<sup>122</sup>Freudenthal 並稱此適法行為之期待可能性為「倫理的責任要素(ethisches Schuldmoment)」<sup>123</sup>。

若按 Freudenthal 之見解，此種倫理的責任要素即為責任之本質內容，亦即

<sup>119</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 47。

<sup>120</sup> 如過失犯之可罰基礎若在於違反義務規範，則對於過失行為即可能無法正當防衛。

<sup>121</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 48。

<sup>122</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 50、51。轉引自木村龜二（1969），《犯罪論ノ新構造（上）》，四四版，頁 449，東京都：有斐閣。

<sup>123</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 51。

構成要件該當、違法性以及具倫理的責任因素方為犯罪行為，易言之，故意過失亦為倫理的責任因素之下位概念，也因此即使是故意犯罪，自然亦有期待可能性之適用。此點自然遭受當時學界多所批評。另外，對於人所能期待之極限如何予以具體認定、有無辦法形成客觀化標準一事，Freudenthal 亦僅認為應就個案具體判斷。最後，學者多認為其主張之倫理的責任因素，將導致確信犯之無罪化現象，而使得刑法弱體化，開啟一脫逸刑法之非常口。

#### 第四目、Eberhard.Schmidt 之規範論與責任論

以期待可能性概念對於責任構造之再檢討，歷經前述數位學者，已然逐漸理出方向，Eberhard.Schmidt(以下簡稱 E.Schmidt)即為集大成者。其主要之見解在於修正 G.Schmidt 見解中之錯誤，其認為法規範具有時間先後上之二作用，而可分為「評價規範(Bewertungsnorm)」與「命令規範(Bestimmungsnorm)」二者。前者是法秩序於客觀上之行為要求，後者則為對行為人行為形成之心理動機所給予之命令，此種命令必以「具自行制約能力之人」為對象<sup>124</sup>。因此並不存在可以個別獨立存在之二規範。E.Schmidt 繼而認為，倘欲使命令規範發生作用，行為人必須具備二條件，其一為具有責任能力，其二為「就行為當時之全體情事，依吾人之經驗率觀察，行為人之意識領域出現義務觀念或該義務觀念對行為人之動機過程發生作用乃屬可能。」<sup>125</sup>

綜合其主張，可以認為其認為成立有責性之前提(即使命令規範發生作用)，必須首先具有責任能力，其後再由規範要素判斷是否行為人當時之心理狀態，得以形成規範所要求之適法動機。因此責任之構造是由規範要素與心理要素共同形成的，也確立了取代心理責任論之基礎。另一方面主張規範本身具有兩種作用，也

<sup>124</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 58、59。

<sup>125</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 59。轉引自木村龜二，(1969)，《犯罪論ノ新構造(上)》，四版，頁 289，東京都:有斐閣。



消除了規範義務論可能承認適法但有責類型之批評。

最後，對於規範要素之判斷標準，E.Schmidt 則認為應採「平均人標準說」為宜。本文認為可能係由於行為人標準說學界多所批評，有「理解越多，即寬容越多」之譏，另一方面實務判決上亦難以操作。因此在規範上採取能夠合理期待一般人形成適法動機之平均人民之形象為依據。然而不免與期待可能性考量個人處境與人性弱點之出發點有所背離，蓋一般人之處境能否套用至個案中之某個人，邏輯上不無疑問。惟 E.Schmidt 之見解最終得到多數學者之肯認，而形成日後之主流責任論述，回顧我國傳統見解對於期待可能性之定義，正是與 E.Schmidt 的規範責任論如出一轍。

#### 第五目、目的行為論之觀點-Welzel

除了上述主流之規範責任論，曾經大力提倡之目的行為論亦有對於責任之友力主張。目的行為論由於強調人的行為必基於其行為目的而生，因此在構成要件之評價上，不可避免的應包含評價性要素，而得以對於行為人之動機，目的等進行考量。也因此，目的行為論者主張應將故意過失移至不法階層，方能正確的對於刑法應涵蓋的不法行為進行篩選。責任方面自然就不再如過去心理主義者考量故意過失。則責任內涵為何？目的行為論者認為認為規範責任論之主張有誤。責任為「對象之評價」，而心理要素則為「評價對象」，倘將此二者並置於責任之內，將產生概念上之混淆。<sup>126</sup>責任構造應僅有「期待可能性」與「違法性意識」。責任能力則為責任非難存在之前提。而對於期待可能性之概念是否得以適用於故意犯之問題，Welzel 則認為故意犯既然本即對於不法行為與繼之而起之犯罪事實有所認識，則法可以期待其選擇適法行為之期待程度顯然強烈於過失犯，蓋過失犯對於不法行為之認識既然已低落，則能期待其為適法行為之程度自然較低。

---

<sup>126</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 67。

按我國實證法亦有受到目的行為論者之影響，如今我國絕大多數刑法學者，皆已採取主觀不法之見解<sup>127</sup>



### 第三款、我國通說與實務

對於期待可能性概念，學說上較少探討，少數見解有認為於過當防衛與過當避難時，可依期待可能性阻卻責任<sup>128</sup>、有積極肯定期待可能性作為責任內容之一部分，並且作為限制刑罰的理由<sup>129</sup>者、亦有採取規範責任論立場而肯定期待可能性者<sup>130</sup>。惟多數見解率多認為由於期待可能性概念模糊，「充其量只能夠被當作一個調節性原則，藉以指示法官必須詳細的去考量與罪責有關的個別情形。」<sup>131</sup>或者類似見解「期待可能性概念過於模糊...，若作為一般性的寬恕罪責事由，無異為法之不安定性敞開大門。...學說對此有所保留，最多僅容許在極其稀有之特殊案例中，將無期待可能性當成是調節原則。」<sup>132</sup>

而我國法院早期判決幾乎未正面提及期待可能性，僅學者認為某些判決判例寓有期待可能性之涵義爾。如最高法院 26 年渝上字第 849 號判例<sup>133</sup>：

「...刑法第三百零二條第一項之犯罪，以其剝奪人之行動自由，出於不法為前提。若逮捕現行犯後，因事實上之障礙，未能依照刑事訴訟法第九十二條，即時解送該管機關，而以防止現行犯脫逃之意思，暫予留置者，即難以不法剝奪人之行動

<sup>127</sup> 如林山田、林鈺雄、黃榮堅、陳子平、許玉秀教授等。國內僅李茂生教授尚採故意過失置於有責判斷之見解。

<sup>128</sup> 蔡墩銘，刑法總論，2009 年 9 月修訂八版，三民書局，頁 220、221。

<sup>129</sup> 黃榮堅，前揭註 85，頁 661、648 以下。

<sup>130</sup> 陳子平，前揭註 52，頁 337。

<sup>131</sup> 林山田，前揭註 49，頁 345。

<sup>132</sup> 林鈺雄，前揭註 62，頁 308。轉引自 Vg1. Gropp, AT, 7/106, 11/50ff., 12/113; Wessels/Beulke, AT, Rn. 451f。

<sup>133</sup> 陳友鋒（1994），〈期待可能性-實務見解之巡禮(四)〉，收錄自《軍法專刊》，第 40 卷，頁 28。

自由論。」



觀察本判例，其用語僅指出難以不法論斷，似未意識到責任問題，更難說到潛藏有期待不可能之意涵<sup>134</sup>。

晚近的實務見解，依照學者張麗卿的研究<sup>135</sup>，可以分為三種運用：1.視為加重注意義務的要素 2.視為一般用語的語詞 3.視為阻卻罪責的事由。惟真正可能蘊含著期待可能性者，僅有第三種而已，前二種明顯為不同含意。然而直接明文引用期待可能性理論作為阻卻罪責之判決，文獻指出僅有台南高分院 92 年上訴字第 1396 號<sup>136</sup>而已：

「參酌當時臺灣地方自治文化之生態，黑金政治充斥，以被告身為民政課課長，負責承辦採購設計事項，面對地方勢力龍頭鄉代會主席即被告之施壓，要其全部身家性命及用以維生之工作職位與被告等人龐大地方勢力周旋，誠屬欠缺期待可能性。」

本判決除了明文使用期待可能性之文字外，觀其內容，係認為被告面臨地方勢力施壓此種外部情狀時，難以期待其不形成違法之動機，並且法院亦認為此種情形不應非難之，實質上亦以期待可能性理論操作。惟後亦遭最高法院廢棄<sup>137</sup>。綜上，雖然通說認為期待可能性尚可作為調節性原則使用，然而我國實務上幾乎未意識到期待可能性理論，縱有單一判決曇花一現，亦馬上遭到上級審廢棄，可以認為實務幾乎完全未意識到本概念，即使意識到亦不採納。

<sup>134</sup> 同此見解。陳友鋒，前揭註 133，頁 29。

<sup>135</sup> 張麗卿(2008)，〈期待可能性在刑法的運用〉，收於：《東海大學法學研究》，第 29 期，頁 74-77。

<sup>136</sup> 張麗卿，前揭註 135，頁 77、78。86 臺上字第 1108 號則間接承認期待可能性之法理。

<sup>137</sup> 93 年度臺上字第 4511 號。



#### 第四款、小結

對於上述期待可能性概念的脈絡整理，可以發現所謂期待可能性其基本之結構，根據 E.Schmidt 集大成後具有以下性質：

- (1)個案中存在一個特殊情勢之外部情狀
- (2)此種外部情狀與所產生之行為心理動機具有因果關係
- (3)規範上無法期待行為人於此種外部情狀中產生適法行為之心理動機

首先所謂的外部情狀概念，背後的邏輯已經假設了人在某些社會情境中，將不具有意思自主之能力，換言之，由於在那個狀態下法律無法期待行為人形成其他適法動機，也就代表行為人其實只能形成一種動機，也就是違法動機。這種說法其實已經涉及了前開關於決定論與非決定論之討論。而期待可能性理論就此點作為責任與否之區分，也代表了其可能預設了「人於部分情境中有自主能力，而於部分情境中沒有自主能力。」之前提。然而不管是參照決定論或非決定論，人要不是有意思自由，要不就是沒有，相容論者之自由亦僅是一種「意願上之自由」，因此邏輯上如何解釋人可以有時候有自由有時候沒有，即成一個問題。若按照本文肯定實證研究之見解，則人若受先天基因至少 50%之決定的話，則確實有可能人於某些被決定之情境中是沒有意志自由的。然而這樣的說法必然必須肯認實證上之研究結果與詮釋。

本處期待可能性理論可能還可以有幾種詮釋，第一是按照決定論，人有意志自由，僅僅是於某些慾望太強烈之情況下將難以決定，而刑法認為這種難以決定之情境不應科與行為人刑法上之責任。其二，人是沒有意志自由的，然而於某些情境之中人的行為，刑法認為其性格之表徵較不危險。也因此得以免除刑罰。第一種說法，尚難以說明的是如何區分哪些慾望太強烈，而得以免除責任？要求人不能違法一事，本身即須與違法之慾望對抗，而如果又認為某些違法慾望難以抵抗，有自相矛盾之虞。而第二種說法實際上與社會責任論相去不遠，雖然可以較

合理的解釋免刑之理由，然而卻又與期待可能性基於「法不可強人所難」之人道精神，相去甚遠。另外若就期待可能性概念之脈絡看來，其源頭似乎僅是對於貧困人民入獄一事感到不能接受而已，似無說明背後哲學式理念。

其次，關於規範要素(或者命令規範)應如何具體判斷，仍然是個問題。期待可能性概念於刑法體系中之定位亦尚有討論空間。

最後綜上德國法之脈絡，可以發現戰爭導致貧困之社會處境，有利於期待可能性概念之茁生。而從心理責任論之責任構造典範移至規範責任論，也代表了國家、社會通念的更進一步深入判斷基準之中，一方面可能係因社會局勢紛亂，另方面也可能因為學者希望藉由國家規範的力量，來減少當時其認為不應置貧民入獄之現象。然而，時過境遷之後的今日，福特主義極端助長了資本主義狂飆發展之近代社會，人民多較往昔富裕，或有社會保障，現今之德國刑法學界亦早已轉向故意二重構造之見解，而認為「期待可能性概念過於模糊...最多僅容許在極其稀有之特殊案例中，將無期待可能性當成是調節原則。」<sup>138</sup>則早已經失去當時曾經需要的「國家應加強排除個人阻卻責任之論述」，現今既已無必要，卻早已忘記其當初所一併帶入的規範力量，是否反而變為今日國家深入人民內心進行規訓之手段。

當時期待可能性之核心概念，亦即法律應不可強人所難之人道關懷理念，於今日果真已無需要了嗎?在後福特主義興起，新自由主義橫行的現今，巨大無可弭平的貧富差距、各處可見去彈性化後的派遣勞工族群、尼特族等問題，其所造成的極端貧窮、困頓、以及冷漠的社會處境，最後導致的犯罪問題，是否即屬可以期待其形成適法行為之動機?本文強烈的懷疑。

---

<sup>138</sup> 林鈺雄，前揭註 62，頁 308。林山田，前揭註 46，頁 345。同此見解。



## 第二項、期待可能性的體系定位

探討完期待可能性之緣由以及核心意涵後，接下來若要實際進行概念之操作，尚必須對於期待可能性於刑法體系中之定位進行說明。

對於期待可能性體系上定位問題，學理上可以分為五種見解<sup>139</sup>、<sup>140</sup>：

1. 將期待可能性視為與故意、過失及責任能力並列之第三責任要素
2. 將期待可能性視為故意、過失之上位概念
3. 將期待可能性之不存在視為阻卻責任事由者<sup>141</sup>
4. 責任之要素為期待可能性與不法意識
5. 獨立的責任阻卻事由說

第一種見解如同本文肆、二、(一)節之回顧，Frank 從癖馬案中得出除了故意、過失及責任條件外，尚存在第三種責任要素，亦即外部情狀之存在。Goldschmidt 則本於緊急避難阻卻責任說，而認為尚存在有第三種責任要件，亦即義務規範所發出之命令要求。既然主張為未發現之第三種責任要素，也就代表著這三種責任要素係平等並列之意思。若採此說，則在進行實定法律適用時，為了符合刑法上罪刑法定主義之要求，必須說明適用期待可能性之法律依據。學說上則以超法規阻卻責任事由主張。即有違反罪刑法定之批評。

第二種見解，則如 B.Freudenthal 之主張，氏認為法律所發出之命令，附有一但書條件，亦即人民必須有能力做到其要求方受其誡命。換言之，如果人民無能力為法所要求之行為，即使為違法行為，亦不應受罰。而此種能力之要求為心

<sup>139</sup> 洪福增，前揭註 107，頁 117。

<sup>140</sup> 內藤謙（1991），《刑法講義總論(下)I》，初版，頁 1204-1206，東京都：有斐閣。

<sup>141</sup> 洪福增，前揭註 107，頁 117。「有將期待可能性之不存在，視為阻卻責任事由者，如佐伯千仞博士是。」。

理要素之故意、過失之上位概念，蓋如果不能期待其為適法行為，則此種違法之事實認識亦無罪責可言。因此，不管行為人是故意、過失也好，只要其個人行為欠缺期待可能性時，即欠缺責任性。E.Schmidt 在規範責任論下，亦認為法規範所產生之命令規範作用，其發揮之前提為行為人具有責任能力，並且具有期待可能性，因此結論上亦認為若無期待可能性，則亦無故意、過失罪責可言。若採此種見解，於實際法律適用時，得直接適用刑法十二條：「行為非出於故意過失者，不罰」條文，認為行為人無故意、過失而不罰。操作上較方便。惟學說多數反對之，理由在於將使刑法弱體化，使確信犯形同脫免於法律，而開啟非常口。

第三種見解，以日本學者佐伯千仞為代表，氏認為應將責任能力與故意及過失視為責任之原則要素，而以期待可能性之不存在，視為例外之要素。此種說法固然有實際運用上之便利性與有效降低非常口之批評之優點，然而如何說明此種推定效果，即成問題。日本學者大塚仁即認為，由於構成要件與違法性之型態有相當強烈之關聯性，因此得以由構成要件該當推定行為之違法性。然而責任是個人的內心態度與所處之處境考量，構成要件與責任類型間僅低度相關，如何可以產生推定之效果？<sup>142</sup>另外對於法適用之問題，則同第一種見解。

第四種見解則從目的行為論者而來，以 Welzel 之主張為例，氏將故意、過失移至不法性中判斷，責任之要素僅剩下期待可能性與不法意識，則若欠缺期待可能性，自然將阻卻行為責任。法適用上則接近第一種見解。

第五種見解則係日本法上之見解，學者內藤謙認為，日本刑事訴訟法 335 條 2 項規定，「經主張法律上有阻卻犯罪成立之理由或加重減免其刑之理由之事實時，應明示對其所為之判斷。」，係期待可能性可作為獨立責任阻卻事由之法律依據。

<sup>143</sup>惟我國刑事訴訟法第 271 條審判章節並未有相類似之規定。刑法 57 條規定：「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重

<sup>142</sup> 大塚仁著，馮軍譯（1993），《犯罪論的基本問題》，初版，頁 184-185，北京：政法。

<sup>143</sup> 日本刑事訴訟法第 335 條 2 項：「法律上犯罪の成立を妨げる理由又は刑の加重減免の理由となる事実が主張されたときは、これに対する判断を示さなければならない。」網路資料：<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S23/S23HO131.html>，（最後瀏覽日期 2015/0705）。

之標準」係可能較為接近之我國規定，可依刑法 59、61 條予以免刑。然而，此等條文於我國法中之定位，屬量刑規定，換言之，行為人確有犯罪行為，但在量刑上予以憐憫之意。此種想法與期待可能性顧及人性弱點，認定無期待可能性之行為欠缺責任而無罪之想法，可說大相逕庭。

以上見解，可以整理成以下表格：

	主張者	優點	缺點
並列說	Frank、 Goldschmidt、大塚	論理一致	僅能主張超法規 阻卻責任
故意過失上位概 念說	B.Freudenthal、 E.Schmidt	論理一致、得以直 接適用刑法 12 條 1 項	恐開啟非常口、使 刑法弱體化、使確 信犯脫逸刑法
消極要素說	佐伯千仞	操作上便利、較無 弱體化之顧慮	論理未能合理說 明推定效基礎
目的行為說	Welzel	論理一致	同並列說
獨立之阻卻責任 要素說	內藤謙	論理一致、較無法 適用問題	我國無類似日本 法上之規定

本文認為，依據我國通說與實務見解，皆採故意過失置於不法性之判斷，因此縱然採取所謂雙重故意說，亦難解釋期待可能性能同時為故意、過失不法與故意、過失罪責之上位概念。又既然通說未於責任性中判斷故意過失，則我國情形較接近目的行為理論下之處境。亦即若肯認期待可能性為責任要素之一，即可能以超法規阻卻責任事由予以實際操作。雖然批評者多認為超法規阻卻違法事由有違罪刑法定主義，惟既然刑法中存在數法規蘊含阻卻責任之思考，且解釋上亦同



於期待可能性之法理<sup>144</sup>，又本於憲法人權保障之最高要求，應可認為期待可能性概念為責任之實質內容之一，法不能強人所能之法理，應為刑法之原則。另一方面我國刑法中亦未明文規定所有之阻卻違法及責任事由，通說實務普遍承認一些超法規阻卻違法事由，如推測的承諾<sup>145</sup>，則應非完全不可進行超法規之類推適用。最後，罪刑法定原則中之類推適用禁止原則，其精神在於禁止國家以法未明確規定之法律規定置人民入獄，亦禁止司法人員任意擴張/減縮法律適用範圍，使不應受罰者受罰，使應受罰者不罰，以保障人民之自由與權利。然而此精神是否同樣禁止不應受罰者不受罰呢？從憲法保障人權之角度觀之，結論是不應包含此種禁止。通說亦認為，類推適用禁止僅適用於不利當事人之法律類推<sup>146</sup>。因此本文認為即使是超法規阻卻責任說，亦非完全不可操作。

## 第四項、期待可能性的判斷標準

在定位完期待可能性之體系定位之後，最後應討論的是具體操作層面的問題，亦即期待可能性之判斷標準。學理上一般有三說：

### 第一款、行為人標準說

認為本於期待可能性寬容人性弱點之思想，應以行為人當時所處情狀、其內心態度，是否得以形成適法動機觀之。德國學者 Freudenthol 與我國學者蔡墩銘皆採之。<sup>147</sup>

其主要批評可分幾點：第一，若貫徹行為人標準說，將導致「理解越多則寬容越多，理解全部即寬容全部」，導致刑法無效化。第二，行為人標準說將導致刑法極端之個人化，使得同一犯罪結果有極大之刑罰差異。第三，確信犯將形同

---

<sup>144</sup> 如刑法 273 條義憤殺人罪。

<sup>145</sup> 林山田，前揭註 49，頁 319。

<sup>146</sup> 林山田，前揭註 49，頁 82。

<sup>147</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 170。

脫逸於刑法。<sup>148</sup>



## 第二款、平均人標準說

認為應以國民之平均反應為期待可能性之標準，亦即視通常人於係爭情狀之中，是否皆無法期待其形成適法動機而定。日本學界以此說為通說，我國支持者亦眾。<sup>149</sup>

其主要批評為：第一，依期待可能性之源頭思想，在於法律不應強人所難，因此應於個案中考量行為人之個人處境。若考量者為「平均人」，則平均人之反應當然無法比擬當事人特殊之心情、處境，則此種標準已然偏離期待可能性之精神，形同以他人之處境，論當事人之責任。第二，所謂平均人之概念具體而言應如何取得？近代個人主義社會每個人都被賦予獨一無二的生長背景與教育，如何求取平均，以及如何將不同人之思考模式予以統計上量之平均化，不無疑問，此種作法統計上是否合理，亦難以同意。

## 第三款、國家標準說

本說認為期待可能性，「乃就期待者(國家)與被期待者(行為人)間之對立緊張關係而由期待主體所作之判斷。故其標準，不應於行為人或通常人等被期待之一方求之，而應求諸國家法秩序。」<sup>150</sup>從期待可能性之內涵來看，所謂無法合理的期待系爭外部情狀將造成心理形成適法行為之動機，首先已經潛藏了某個主體正在為期待之預設。蓋「期待」之意涵，本身即包含了某主體對於未來事實的預期或盼望。因此所謂期待可能性之判斷標準，倘若未正確掌握由何人之觀點來進行判斷，即難謂對此問題結構為完整之認識。就此層面而言，國家標準說從期待者

<sup>148</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 171。

<sup>149</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 173。

<sup>150</sup> 陳友鋒，前揭註 101，頁 176。

與被期待者之對立關係切入，毋寧是較正確的。

另外，國家標準說論者亦以實證法規定為立論依據，比如我國刑法第 161 條 1 項脫逃罪規定：「依法逮捕，拘禁之人脫逃者，處一年以下有期徒刑。」通說認為凡受合法之公權力拘束或監督之人，均屬本條之規範主體<sup>151</sup>，實務判決亦認返家探視之受刑人逾期未歸，亦以脫逃罪論之。<sup>152</sup>對比刑法第 274 條生母殺嬰罪因負罪感、經濟因素所造成之心理緊張、刑法 273 條義憤殺人罪因當場極度憤怒所造成之殺人行為，通說皆認為係減輕罪責之規定。然而同樣的，欲期待受刑人或被逮捕之行為人不因恐懼，緊張而企圖脫逃<sup>153</sup>，顯然亦同為無期待可能之例，我國法律卻未同此標準給予責任減輕。其理由相當可能係因為國家由於其他更高之社會秩序目的，而可以決定某些即使符合期待可能性要求之例子，仍應予以處罰。再觀察刑法 165 條湮滅刑事證據罪之規定，通說亦認為本條之規範主體限於刑事被告以外之「他人」，而不包括「被告」本身。即使是教唆他人湮滅自己之證據亦不受罰<sup>154</sup>。比較刑法 163、165 條之對刑事嫌疑犯為規範之規定，可以發現差異也來自於偵查階段性，在偵查前段國家所耗費之司法資源較少；然而在逮捕嫌疑犯歸案後，整個搜索調查已然耗損大量檢警人力、心力，若對於嫌犯之脫逃予以容忍，則難以想像司法界將如何一再進行搜查，以及面臨社會輿論之壓力。因此，解釋上或許亦可合理解釋為，在偵查前段由於尚未耗費太多司法資源，即可寬容犯嫌之人性行為，然而等到偵查主要行為結束，已經耗費大量司法資源、兼及維護社會安全感後，國家即不再寬容人性行為。換言之，寬容人性之上限由國家決定之。此不諱為國家標準之明證。

<sup>151</sup> 盧映潔，前揭註 28，頁 146。

<sup>152</sup> 參 88 年上易字第 346 號判決。

<sup>153</sup> 犯罪者多半心存僥倖，即犯罪只要不被抓就好。因此當遭逮捕時，其處境之下最好的策略仍為逃跑，蓋脫逃之罪多半輕於其所犯之罪。

<sup>154</sup> 盧映潔，前揭註 28，頁 163。司法院第二、四期司法業務研究會法律問題：犯人教唆他人湮滅關係自己刑事事件之證據，應否負刑責？

乙說：此種場合之利用他人，乃自行湮滅證據之一態樣，無期待可能性，自不成立犯罪。座談結論採乙說。

本說亦受到相當之批評<sup>155</sup>：第一是認為期待可能性之核心思想，在於切身考量行為人之處境，予以人性弱點之寬容，國家標準說顯然偏離期待可能性之理論。其二，對於期待可能性之標準探討，僅答以標準即為國家標準，形同以問代答，循環論證。其三，國家標準說抱有濃厚之國家主義色彩，恐將造成國家濫用權力之疑慮。比如說戰爭時國家可以合理期待人民皆奮勇作戰。另一方面也可能使得人民主體地位下降，僅為被要求者、被命令期待者。

## 第五項、小結

### 第一款、期待可能性之憲法意涵

重新反思「法不能強人所難」之法諺，其道理究竟為何？如果法律經過正當程序制定，為何不能強人所難呢？所謂強人所難，其意思應為要求一個人超過其能力範圍之行為要求，換言之，行為人具有基本能力，亦知道該要求所代表之意義，但卻無足夠能力完成。進一步，如果法律強國民之所難，其結果將會是將全部國民區分成兩類人，一類的人做的到法之要求，而另一類的人客觀上不能完成要求，而這不能完成要求的一類人之代價就是必須接受刑法之處罰。若以現代民主的基礎社會契約說觀察，社會契約說之精神即在於權利之轉讓，以法公平的賦予國民平等之地位，以消除人類先天之不平等性。若再加以民主法治國之主權在民原則，則法律為國民所制定，並用以治理國民自己，因此符合自我治理之精神。按以民主法治國之多數決精神，則以少數服從多數為原則，多數不得恣意壓迫少數為界線。最後，對於具有一定能力之人，應在其能力範圍內進行要求，始具有有效性，強人所難之法律不具手段有效性，亦違反比例原則，對國民之基本權將產

<sup>155</sup> 陳友鋒（1994），〈期待可能性-判斷標準之再檢討(上)〉，《軍法專刊》，第38卷第5期，頁23。

生違憲之侵害。

則若按前述強人所難之法律，形同多數之人制定少數人無法完成行為要求之法律，而予以壓迫。既違反民主精神，也不符合社會契約求取國民平等之正當性基礎。依此，本文認為法不可強人所難其實也代表了憲法多數決精神、平等權之基本要求以及憲法之人權保障。

## 第二款、對於諸標準之檢討

就行為人標準說而言，其以個案之環境、心理因素、經濟等條件與以考量是否個人具有期待可能性之做法，實務上的確不易操作，如何認定是最困難之點。惟其論理與標準確實較符合期待可能性之原初精神，即對於人性弱點予以寬容。本文認為，此種精神，由於與憲法上人權保障之要求相符，因此若因為不易操作而放棄，實為以實然面錯誤推導應然面，將使得價值倒退。另外，對於「認識全部，即寬容全部」之批評，本文認為如果回到邏輯角度，此種批評已然預設了決定論之觀點，亦即人是沒有自由意識的，因此了解越多，則越會發現人是完全不由自主地。然而，期待可能性之最初觀點係在於對於人性弱點之寬容，如關馬案中之受雇被告，其係「知道會傷害到別人，但無法抵抗經濟上龐大之損失」，因此吾人無法期待其形成適法動機。如果這種論述是採決定論觀點，則從一開始即沒有什麼是「可以期待的」，只有「必定發生的」。因此應係依非決定論之論調而生。當然持決定論角度者仍可以期待可能性應用於社會責任論上，但行為人標準說既然較接近原初觀點而採非決定論，則以決定論立場批評顯然既不合理又毫無力道。

對於平均人標準說，本文認為的確在操作上較為便利，然而對於為何採取「平均人」作法以及人可否平均一事，皆未有邏輯一致之解釋。另外，以平均人作為標準實質上亦形同以多數為標準，則對於前述無能力完成法要求之少數人，同樣還是存在壓迫，不符合比例原則之問題。

對於國家標準說從期待者與被期待者之結構關係出發，本文認為毋寧是正確的，蓋所謂期待，必有一期待主體以及期待對象之預設，多數學者對於此點亦不否認。因此，倘若僅從被期待者之角度探討期待可能性，前提上既然不正確，邏輯上結論亦難正確。而就國家標準以問代答此點批評，本文認為雖然由國家決定，但並非毫無界線。國家之行為仍需在憲法拘束之下，方為合憲，國家對人民之拘束，仍要以憲法 23 條比例原則為門檻。因此，對於國家主義之恐懼此種說法，似有過度擔憂之虞。

綜上討論，行為人標準說對於期待結構未為完整考慮，平均人說亦同、且尚有不合憲法原則之虞，國家標準說則未考慮憲法原則。本文認為期待可能性之討論，各說對於問題結構之認識，似皆有未完整囊括之憾。

### 第三款、本文見解

承前述，本文嘗試重新把期待可能性之結構重組為：

- (1)個案中存在一個特殊情勢之外部情狀
- (2)此種外部情狀與所產生之行為心理動機具有因果關係
- (3)規範上無法期待行為人於此種外部情狀中產生適法行為之心理動機
- (4)存在期待者(國家)與被期待者(人民)之結構關係
- (5)期待可能性之源頭應為憲法多數決原則之界線

我們可以發現，結構重整後，顯示之圖樣為天秤之兩端，一端為被期待者之外部情狀與心理動機之形成，另一端則為國家規範上之期待而受到憲法原則之拘束。既然憲法拘束國家，則國家所形成之標準，一方面可依其維持社會等公益之需求為強人所難之要求，惟此種要求必須依照比例原則檢驗之；另一方面，所謂外部情狀，亦即人可能出現之自我控制之極限狀態之情境，比如有極度貧窮、極度

氣憤、極度恐懼，所產生之無法不選擇違法動機之情形。可以發現其核心皆為無法抵抗的情緒，並進一步產生違法之慾望。而此種情緒，又與外部情狀密不可分。除了較狹義之國民於社會中所面臨之社會情境，如生母殺嬰，義憤殺人外，亦包括較廣義的社會環境。比如關馬案，除了受僱人之經濟因素之外，又豈能忽略當時之時代係在戰爭之後凋零之社會經濟？而戰爭又無非是國家所引起的。

因此所謂外部情狀狹義來說可認為是一種個人遭遇之社會情境，廣義來說則為一種客觀社會環境。而對於社會環境之維護，國家亦有責任，蓋有權利者必有義務伴隨。倘若該外部情狀之產生與國家行為具相當之因果關係，而使得該外部情狀無法期待國民為適法行為，人民並在此種外部情狀之下形成違法動機，國家繼而予以處罰，豈非形同國家構陷人民入獄？

因此本文認為縱使國家標準說於正面方式較難認定期待可能性之判斷標準，惟從負面之角度即國家不可對於外部情狀之產生負有責任來觀察，並非不能定出一定標準。故對於外部情狀之成因為何，國家是否負有責任，即有探究必要。另外，就標準之形成而言，實定法中亦尚有相當之參考依據。如刑法 167 條之配偶、血親犯藏匿脫逃人犯罪、湮滅證據罪之免除其刑。刑法 324、328、351 條之共居親屬間犯竊盜罪、侵占罪或贓物罪(351)之免除其刑，或者刑法 288 條 2 項，懷胎婦女為防止生命上危險之必要，而犯墮胎罪等規定。皆可觀察立法者於衡量阻卻責任條件之外部性質程度。

本文因此認為，重新整理後之期待可能性標準，應以實定法中之減輕/阻卻責任要素為參照，以進行期待可能性標準正面之類型化工作。另一方面，從憲法保障人權之角度，此種國家強人所難之要求必須重新考慮少數之基本權保障，而進行比例原則之考量與說明。最後，以對於外部情狀之成因分析，作為期待可能性標準之負面列表，方不致使得國家將維護社會秩序失敗之責任，錯置於國民身上。



正面列表	負面列表
參照實定法中之阻卻/減免責任之規定進行期待可能性外部情狀之類型化，並以等者等之之方式補充之。	分析外部情狀之成因，該情狀不可與國家行為具有相當因果關係。



# 第五章、盧曼系統論的基本觀點



## 第一節、系統論中的核心要素

### 第一項、世界的複雜性

盧曼的一般系統理論的嘗試，揚棄了派深思的結構功能主義，而轉向以功能為主的功能結構觀點。功能分析的最高關聯問題，即在於世界，因為系統與環境這一組新系統論的區分，其統一之不可區分的最高關聯即為世界。而世界是充滿複雜性的，與因此複雜性與系統的自我指涉是互為條件的。並且這樣的複雜性視野也是基於系統/環境這組區別而來，如果採取傳統原因/結果或者規範性的主體思考方式是不會被呈現的。以下即對於複雜性做進一步的說明。

所謂「複雜性」，盧曼在其一九六九年發表之《通過程序的正當化》中，曾如此加以說明：「一個系統的最重要標誌是它同世界的複雜性的一種關係。所謂複雜性，就是把它理解成可能性的總體性；這種可能性的總體性是實際的歷程—不管它是在世界之中，還是在一個系統之中—呈現出來的。每一個系統的建構總是只包含世界的一個部分，只能讓各種可能性中的一個有限數量得到實現。系統是在同一種複雜性相區分的意義上，建構起其內和外的區別，也就是建立起秩序」

156

可能性的總體性，也就是指可能事件與狀態的全部，<sup>157</sup>可能性並非全部皆可轉化為實現性，也因此可能性也可以說是一種實現性的潛藏，另一方面，在時間軸

<sup>156</sup> 高宣揚(2002)，《魯曼社會系統理論與現代性》，頁 105，台北：五南。轉引自 Legitimation durch Verfahren. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989:41。

<sup>157</sup> Georo Kneer/Armin Nassehi 著，魯貴顯譯，《盧曼社會系統理論導引》，頁 52，台北：巨流。

上可能性必須被實現，但僅在有限數量之中實現，不實現也能說是一種實現。而系統內之秩序即是就由複雜之化約以及複雜之維持來限制這種複雜性之呈現，

在社會系統中即有效的建立了許多溝通情境，比如在速食店內進行購買與販賣的需求對話，但不會出現哲學思想或者搖滾歌手；速食店的收銀機之中會有鈔票而不會有蔬菜、昆蟲，從而限制了可能性的出現。另外系統也藉由提高系統內之複雜性之方式，以使得系統內存在足夠多的可能性以應付隨時變動的環境<sup>158</sup>。而此種複雜性之維持，也變成系統結構中之一環。系統的運作正是在系統進行自我指涉時，依據動態的結構排列，來進行自我生產的運作。

而所謂的系統如前述也就是一種組織了的複雜，而與未組織的複雜相區別，系統正是藉由對於複雜性的簡化與維持才成立了自身存在的條件。在系統內經自我指涉與結構運作，使可以被允許的複雜遠低於世界存在的無限的複雜性，才能不斷維持其同一性。也因此系統始終處於不確定的可能性與實現性之間，不斷對於環境進行自我同一性調整，否則一旦其無法再對於環境的複雜進行簡化時，系統也將消失。

以上說明似乎將使人認為，環境對於系統而言，如同一種威脅。然而盧曼更強調系統對應於環境所做出的選擇與自我調整，正是凸顯出系統本身的相對主動性與自律性<sup>159</sup>。比如盧曼指出，系統有時為了達到其期望中的化約，甚至採取欺騙自己和欺騙環境因素的途徑，以達到置環境多種複雜性因素而不顧之目的<sup>160</sup>。故此種系統之主動性亦更加強化系統自身的複雜性，使得其選擇亦充滿了不可預測性。

不同於傳統中系統的靜態性，盧曼認為系統是主動的，自生的，這點這是功能結構論所欲反轉的特點。系統如同生命一樣，能夠選擇、決定自身，並且依系統自身建立之複雜度秩序來理解世界，而擁有系統自己的世界觀。就此點而言，

---

<sup>158</sup> 魯貴顯，前揭註 157，頁 54。

<sup>159</sup> 高宣揚，前揭註 156，頁 110。轉引自 *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989:41。

<sup>160</sup> 高宣揚，前揭註 156，頁 110。

在盧曼系統論之觀察中重要的是系統與環境此組區別，而非人與人所面對的世界，也因此帶有反人本中心主義之色彩。



## 第二項、意義

盧曼認為，僅有心理系統與社會系統使用意義之形式以進行運作，而所有其他的類型，則不會使用意義<sup>161</sup>。「意義」之概念，在盧曼的用語中係指「實現性與可能性之統一」，並由實現性與可能性之區分所建構。由於實現之事件會消失，而產生無聊，系統必須從可能性關聯中選擇出新的可能性實現化為實現性，而此種強迫之選擇，也可以說是一種對於實現性與可能性之統一，亦即所謂「意義」。由於意義之形式，心理系統中的思想與社會系統中的溝通都帶有意向結構，亦即每一個當下的意向都指向關聯的下一個可能的意向上。比如說

「有沒有什麼好吃的東西」就關聯的指向可能的「食物」以及「店鋪」等意義上。

而意義的出現正是一種更佳的簡化複雜性的形式，意義可以保持複雜性，意義使得系統可以選擇性的使用意義。並且由於意義具有的意向性結構，意義不斷的指向意義自身，正符合系統的自我再製性的要求，意義無論如何指向最終不會離開意義本身。

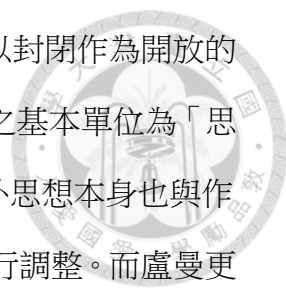
盧曼並認為意義有三個面向:事物、社會與時間。這三種面向可以幫助系統避免掉入循環的弔詭之中，而可以更進一步的供系統選擇並化簡複雜性。

## 第三項、溝通

盧曼從科學上生命系統的研究結果得到靈感，嘗試進行社會學上的典範轉移，

---

<sup>161</sup> 魯貴顯，前揭註 157，頁 95。



此種典範主要包括生命系統的自我指涉性、自我再製性、以及以封閉作為開放的條件之特性。盧曼首先對於心理系統進行觀察，認為心理系統之基本單位為「思想」，而思想的組成部分由思想自我生產，而非腦部組織，另外思想本身也與作為環境的腦呈現相互獨立之狀態，僅接受腦的激擾而自主的進行調整。而盧曼更進一步的認為，「溝通」與「思想」為不同屬性的東西，思想僅在意識之中運作，無法脫離意識，而所謂溝通則是由兩個人進行對話所生之產物。盧曼因此認為溝通屬於一種茁生(emergent)現象，亦即無法由下層結構解釋之新的性質，而屬於社會系統。從而擺脫了傳統社會學上以人的主體性相互了解所呈現的一種「溝通」。在盧曼重新的詮釋之下，溝通作為社會系統的基本單元，與心理系統中的「思想」，是無法直接接觸的，僅能互相激擾而已。換言之思想產生對話之後，溝通即脫離而成為一個獨立的現象。因此溝通係由溝通生產，也僅能由「溝通進行溝通」，而非「人」在溝通。

溝通作為社會系統之基本單位，並與社會系統互為存在之條件，如前述與心理系統同樣以意義作為簡化複雜之形式。因此溝通本身亦具有意向結構，溝通總是指向下一個關聯的可能溝通，也因此溝通是自我指涉的，無法脫離社會系統。並且藉由意義形式的幫助，溝通可以自己遞迴的形成新的溝通，將溝通不斷的銜接起來，以實現自我再製。

盧曼認為溝通具有三個階段的選擇(Selektion)，包括了訊息(Information)、告知(Mitteilung)和理解(Verstehen)<sup>162</sup>。所謂的選擇，依然必須回到前述意義的形式脈絡下來理解，由於可能性實現的不確定性，在溝通之中同樣必須藉由可能性的選取，才能使得溝通的各階段發生。訊息經過選取之後，接下來同樣必須選擇告知，比如說用手語、用文字，以手部動作配合口說之方式等，最後，訊息本身必須在溝通中被理解，意即下一個銜接之溝通包含了對於上一個溝通之理解。此處之理解並非如傳統上主體之間的心理互相可以直接輸入以獲得理解之意，在盧曼

---

<sup>162</sup>魯貴顯，前揭註 157，頁 102。

的系統論架構下，社會系統僅僅是對外認知上開放的，也因此心理系統與社會系統彼此皆為封閉而獨立的運作著，而理解是溝通的一環，而存在於社會系統中，任何兩個意識間是不可能互相深入而碰觸的。所以是溝通在進行溝通，同時也是溝通在理解溝通。比如說在醫院問診的情形，「你怎麼了」是一個選擇而實現的訊息，並以眼神手勢方式明示了告知之指向途徑，此時不論心理系統是如何思考，「我肚子痛」是在溝通中可以被理解而銜接的「理解」，但「我今天過得不錯，下午要出去玩」這個溝通則是無法與上一個溝通相理解的訊息告知。盧曼並不認為溝通總是完美的，無法互相銜接的情況毋寧是經常發生的。而於社會系統中，如果溝通無法順利的化約複雜性，則社會系統將面對環境的極大壓力，甚至將出現「失望」。溝通因此必須更進一步更有彈性與複雜性的面對「雙重偶然性」之問題，這也是法律次系統分化的起源。

最後，溝通作為社會系統的最小單元，也是一種「事件(Ereignis)」<sup>163</sup>，而每一個事件只能短暫出現，而需要下一個事件的出現才能實現溝通的過程。因此，如果溝通的下一個銜接事件無法出現，系統即停止運作。系統停止運作也代表了系統已經無法處理環境的複雜，最後導致自身同一性維持之運作停止，也代表了系統的消失。換言之，對於系統的主動性與維持自身的存否之關鍵，在於其所具有的自我指涉與生產上，而非「結構」。當然結構的重要性與對於複雜性發揮限制之作用仍然十分重要，但並非如派深思理論那裏般，比系統本身的功能更為重要。

## 第四項、系統的「觀察」

盧曼在史班瑟布朗(George Spencer Brown)的差異邏輯基礎上，得到觀察對於

---

<sup>163</sup>魯貴顯，前揭註 157，頁 114。

系統來說的定義，意即「藉由一個區別所進行的標示」<sup>164</sup>。所謂區別，首先就是要選取出事物的兩面，比如男/女，美/醜，有錢的/貧窮的，並且這兩面之中的一面將因此被「標示」出來。反過來說，進行「標示」選取的同時，區別的兩面亦將清楚的展現出來，未被標示的一面之存在，是被標示的一面能被標示的條件。

另外，觀察是不可能同時標示出區別的兩面的，因為無論如何都需要時間上的一秒才能進行下一個標示，否則差異邏輯下的世界無法因為差異存在而展開。但在上一個時間點被標示為某一面性質的事物，在下一個運作標示中是可以再被標示為對反的一面性質的，也就是此種跨越(crossing)<sup>165</sup>在布朗跟盧曼的理論中是成立的。但必須要經過兩次之運作，仍然無法同時標示。而標示與區別即為溝通運作的兩個元素。

從以上觀察之定義，我們可以在盧曼之系統認識論上得到幾點特性：

- (1.)觀察不僅僅存在於使用意義形式的社會、心理系統。
- (2.)觀察與環境並沒有直接的接觸，觀察始終是系統的建構產物，而僅在系統內部中運作。
- (3.)每一個觀察都不可能在觀察的同時觀察自己，因而產生盲點。此即二階觀察的概念來源。
- (4.)二階觀察使得世界呈現多元脈絡
- (5.)在對系統的二階觀察中，可以發現存在「弔詭」與「去弔詭化」的現象

關於第一點，由於一般系統的運作以觀察來進行，而觀察僅要求區別與標示，不包括「意義」，因此縱使是一般系統仍可以以運作之觀察來進行自我指涉，以維持系統同一性。比如恆溫控制器，可以以溫度高於標準值/低於標準值來進行觀察。第二點，系統於運作中進行觀察，但觀察與運作並非相同的。對於運作進

---

<sup>164</sup> 魯貴顯，前揭註 157，頁 120。

<sup>165</sup> 魯貴顯，前揭註 157，頁 121。

行之觀察能夠呈現的是過程，而對於觀察進行之觀察則呈現區別與標示，兩者不可混為一談。而系統藉由觀察在環境中進行自我參照此事，容易被誤解為系統與環境可以「直接接觸」。然而，所謂觀察始終是存在於系統內部的，系統藉由觀察以在認知上觀察到環境，此即為「異己指涉」，而於標示的過程中，同時對於自己進行「自我指涉」，而建構出系統自身。也因此，系統僅僅是認知上藉由區別<sup>166</sup>觀察到了環境，但是其運作僅僅係於內部建構起系統自己本身的。

此種觀點也是一種認識論上的「建構」觀點，意即系統藉由自己的建構來了解世界，系統的世界觀是其自身建構出來的。因此，也可以說不同的系統就存在著不同的世界觀。從而也排斥了傳統上主體可以共同認識世界之想像。

第三點，由於前述系統無法同時對於區別的兩面進行標示，其同樣的也無法在觀察的同時觀察自身之觀察。換言之，就以一組 A 與 -A 的區別而進行之對 A 之標示而言，系統於標示出 A 之一面之同時，無法對於自身採取 A/-A 此組區別本身進行觀察，也即無法對於(A/-A)進行標示<sup>167</sup>。因此，這就造成了系統本身的「盲點」，系統僅能於下一個運作觀察時，才能回頭對於前次觀察進行觀察，從而發現自身的盲點。盧曼稱此種對於「觀察的觀察」為「二階觀察(Beobachtung zweiter Ordnung)」<sup>168</sup>。

第四點，承第三點特性，二階觀察本身也無法觀察到自身的觀察盲點，因此，又可以由第三觀察者再次進入觀察以發現其盲點。就此意義而言，二階觀察者是沒有較優越的地位的，二階觀察對於一階觀察的觀察，就其本身亦為一階觀察，而得由其他觀察者再次進入。如此系統的世界觀便呈現一種多元脈絡 (polykontextural)，而所謂脈絡(Kontextur)則係指「標示出一個被某區別撐開的領域」<sup>169</sup>在一個由單一脈絡區別開來的世界中，其實是由無數個脈絡由外部包圍住的。換言之，任何藉由差異而生的脈絡都具有盲點，而不能宣稱其具有優越性。

---

<sup>166</sup> 藉由系統/環境此組區別。

<sup>167</sup> 亦言之，無法以 B/-B 此組區別對於(A/-A)=B，進行同時之觀察。

<sup>168</sup> 魯貴顯，前揭註 157，頁 126。

<sup>169</sup> 魯貴顯，前揭註 157，頁 128、129。

盧曼藉此排拒了傳統主張主體至上或者絕對的單一真理觀點。然而，雖然任何觀察都不具有優越性，但是觀察本身卻並不是「任意的」。因為觀察者是「運作上封閉的系統，並且是由結構決定的系統」<sup>170</sup>，由於系統仍要被其結構所限制而決定，而結構正是由系統不斷的自我參照運作過中，所排列成的一種複雜性維持，因此任何系統自然皆不能任意的進行觀察，而在進行觀察前已然受到其自身結構的簡化選擇。

最後，第五點，所謂弔詭(Paradoxie)，係指一種循環擺盪於兩種值間，無法排除其一之狀態。如一個台灣人宣稱：「所有的台灣人都是說謊者」，則這句話本身是否為真？如果這句話為真，則這個宣稱著的台灣人也是一個說謊者，也因此其之宣稱又應該為假。如果這個宣稱的台灣人是說謊的，則其所陳述的內容卻又是真的。可以發現在弔詭中我們無法藉由區別來標示出其中的一面，因為弔詭的形式為一個全稱命題，而這個全稱命題會將發言者本身納入其中，然而這個區別卻無法同時標示這個區別的本身以及這個區別的一面，從而將導致矛盾的結果。由於系統具有自我指涉性，其自我參照之對象亦包含其自身，因此如果系統對於其自身所採用之區別，以同一區別標準欲加以標示時，即可能發生弔詭<sup>171</sup>。系統如果容許弔詭發生，其結果將是觀察與觀察將失去銜接的能力<sup>172</sup>，系統之運作也將因此停止。並且如前所述，每一個觀察都必然包含一個弔詭的盲點，因此系統如果想要維持其自身繼續進行觀察的話，必須解消此盲點或者隱藏之，後者亦即「去弔詭化」之概念。而既然經由觀察，我們可以發現系統仍然可以繼續的進行運作，意味著其確實有效的進行了去弔詭化。而究竟其如何進行？我們必須透過二階觀察的方式，對於系統的一階觀察加以觀察，便可以發現其去弔詭化的「技術」。

## 第二節、系統論中的「期待」結構

<sup>170</sup> 魯貴顯，前揭註 157，頁 130。

<sup>171</sup> 如對於(A, -A)進行以 A/-A 的區別進行的觀察。欲以 A 加以標示，仍然會得到(A, -A)之結果，無法與-A 做出區別。

<sup>172</sup> 惟導致系統無法自我銜接之情形，尚包括套套邏輯之形式，參魯貴顯，前揭註 154，頁 133。





## 第一項、「期待」作為一種「結構」

「結構」亦即在持續的生產過程中，各組成部分的個別順序與銜接——因此是可以改變的。只要還活著，自我再製系統就是組織上恆定的，而結構上可變的系統。系統的具體運作是由當下系統運作的狀態來決定的，也就是說，是由系統的具體結構來決定的。」<sup>173</sup>

所謂結構，如上述引文，就是一種系統組成部分的動態圖樣，系統的當下進行運作時，由於自我指涉的進行，將由當下的具體結構來決定甚麼是自身之同一性。另一方面，運作的過程中系統又不斷封閉的進行自我再製，新生產出的組成部分又在每個當下變動結構的組成方式。從功能的角度來看，系統一方面觀察自身以及環境，並化簡複雜性並增加內部可能性以適應環境，因此而形成的結構即具有幫助系統化約複雜性之機能，亦即藉由結構來限制可能性。

而期待結構即是在社會系統茁生之際，漸漸在適應雙重偶然性下形成的系統結構，以使得溝通成為可能。否則沒有社會系統，也即沒有人類存在的可能。而期待結構於系統演化之下於今日我們可以觀察到什麼樣貌，即是本文於此所主要關心的。以下將繼續對於期待的起源與結構進行進一步的說明。

## 第二項、雙重偶然性

承襲偉伯、派森斯對於社會秩序如何可能問題之探討，盧曼本於其反人本

---

<sup>173</sup>魯貴顯，前揭註 157，頁 64。

主義之觀點，反對以主體性交流所產生之規範性秩序觀點，而將問題回歸到世界的複雜性本質上進行剖析。當二行動者相遇而「交流」時，世界的複雜性要比單一對象的期待來的更加複雜而不可掌握。單一對象的期待，比如說白天之後接著會是黑夜，是較可以以系統本身的建構與化約來進行掌握的。然而當與另一個行動者相遇時，由於雙方各自建構其自身之同一性與對環境的化約，此時一方若欲對另一方之行為加以預期，將形同一個無限的可能性乘上另一個無限的可能性，盧曼即稱此種極端複雜而不可預測之可能性狀態為「**雙重偶然性(double contingency)**」。

而雙重偶然性是在這充滿可能性而複雜的世界中，對於行動者而言唯一能確認的。兩個行動者不論於何時相遇，他們能確定的就是必須面對雙重複雜性。兩個行動者在溝通的階段中，藉由不斷的期待對方的反應並觀察自身以進行自我調整，另一方面也受到對方的激擾與滲透，而嘗試進行理解銜接。此一過程本身即是一個不斷化約複雜性的反思，一方面調整自己與對方的期待的期待趨近，一方面自己之運作亦滲透到對方的自我參照之中。最終在雙方各自不同的期待方向之下，一個新的茁生的社會系統即可能在「充滿高度複雜和偶然性的世界中，秩序可能根據機遇呈現出來」<sup>174</sup>。此即盧曼參考噪音的渾沌理論而得出之想法。秩序因此與偶然性密不可分，而非由於一個先驗的規範而來。

盧曼藉由對雙重偶然性的分析，將問題的焦點從傳統的行動分析轉移到行動者的「交流」上，使得更多於相遇時有關於複雜性的、自主性的互相滲透的、以及從中茁生的現象因此得以被重新發掘，而回歸實存之社會本身，擺脫規範的觀點以探求社會秩序的產生過程。

### 第三項、期待的反身性結構

---

<sup>174</sup> 高宣揚，前揭註 156，頁 173。

一個新的社會系統的秩序，其結構為何？如果從兩個心理系統相遇此角度觀察，彼此意識是自我指涉的，僅能以異己指涉的方式觀察另一個心理系統，因此始終只能以其自我建構之方式來認識與期待對方行為之可能性。此時如果希望找尋一個穩定而限制住其他可能性的方式，除了必須期待對方之行為反應之外，尚需考慮藉由「對方如何期待自己」之異己觀察，方能較正確的進行溝通的銜接，而此種對於對方如何期待的考慮，盧曼稱之為「對期待的期待(expectation of expectation)」<sup>175</sup>。

然而複雜性與偶然性始終是龐大而無法掌握的，也因此茁生的社會系統仍然常常必須面對期待失敗的「失望」，「失望」會帶給溝通極大的壓力，甚至可能中斷溝通。因此系統必須提供期待的結構更多的可能性與複雜性以適應失望。

盧曼因此進一步將期待結構分為兩種：一者為「認知的期待」，另一則為「規範的期待」。前者表現出歷經失望之後準備學習的態度。比如以為下午 4 點垃圾車會來，結果沒來，因此對自身之期待加以修正為 5 點垃圾車才會來。後者則指即使面對失望也不準備學習之態度。比如說傷害別人是不好的行為，即使被傷害了或者傷害了別人，也不因此而學習進而改變此種不應該傷害或被傷害的期待。而此種所謂規範上的期待，盧曼也稱為「反事實的穩定的行為期待(counterfactually stabilized behavioral expectations)」<sup>176</sup>。

此二種分類給予了期待結構更多的可能性以調節失望，然而所謂結構畢竟只是對於可能性的限制，無法完全避免失望的產生。認知之期待也並不代表肯定會學習，規範之期待也不代表必定不會學習，前者比如對於喜歡的用餐方式縱使被餐廳糾正也不一定改變，而後者則如在一個丟棄滿滿的垃圾的禁止置放垃圾的標語旁，縱使可能會被罰錢，人們仍然可能跟隨著丟棄垃圾。因此，社會系統仍

---

<sup>175</sup> 杜建榮（2012），《盧曼法社會學理論研究—以法律與社會的關係問題為中心》，頁 109，北京：中國法律圖書。

<sup>176</sup> 杜建榮，前揭註 175，頁 111。

然必須要再對於失望，給予更多更一般的調節途徑。



## 第四項、期待於社會系統中的一般化

承前述，於心理系統固然可以於期待環境失敗後，呈現一種失望的情緒而藉由反省、冷靜、否認或以他種情緒覆蓋等方式來處理(coping)。然而由溝通為基本單位組成之社會系統中，對於失望則需藉由一種一般化的形式，以持續性的進行調節。盧曼藉由意義的三個維度來進一步的闡明期待的一般化形式<sup>177</sup>：

### 第一款、時間

藉由意義在時間維度上得以區分之前/之後之特性，期待與失望得以在時間軸上加以分割，而重新歸因其中之因果關係歷程。因此，縱然失望產生了，時間維度的一般化可以藉由區分並重新歸因的方式疏導失望。比如說將期待失敗的原因歸因於天氣、第三人干擾、超自然現象或者怪罪於對方等方式<sup>178</sup>，從而將失望與期待失敗之事件相分離，即不會在社會系統中累積龐大的失望壓力。

### 第二款、社會

社會維度相對於事物維度，所關乎的是客體與主體之間的關聯，即「關於某一客體在不同的人之間有可能形成的共識或異議。」<sup>179</sup>在期待的一般化用途上，社會維度所呈現的即是一種期待者與被期待者以及「第三方」(the third party)在場之情境狀態<sup>180</sup>，而這第三方為一種虛擬的、除了期待與被期待者，任何第三人

<sup>177</sup> 杜建榮，前揭註 175，頁 114。

<sup>178</sup> 杜建榮，前揭註 175，頁 114、115。

<sup>179</sup> 杜建榮，前揭註 175，頁 64。

<sup>180</sup> 杜建榮，前揭註 175，頁 115。

都可能參與社會系統的可能性，換言之，當行動者考慮期待與期待的期待結構時，可以因為一種第三方之共識，得以在情境中找到理解溝通之基礎。比如說行動者期待其法國人朋友不要遲到，卻遲到了一事，可以藉由理解法國人普遍認為不喜歡被時間束縛住，來化解其對於該法國人遲到所產生之失望。而此種「法國人之普遍」，盧曼認為不應誤解為一種主體間真實產生之共識，而僅是溝通系統中為了使期待結構一般化為產生之擬制在場形式，以降低複雜性並調節失望，人們可以藉由擬制之在場共識來給予對個人的失望以合理性。事實上誰都沒有真正去驗證過人們常常說的「大家都這樣」的「大家」，是否真的存在以及真有此事，此即為在社會維度一般化後足以調節溝通中龐大的失望之方式。

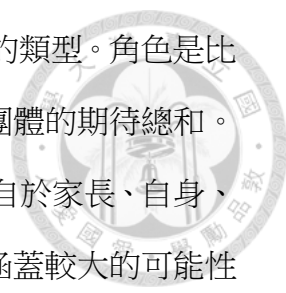
### 第三款、事物

事物領域所關乎的則是客體之間的關聯。盧曼認為期待在事物維度中，將因為其語意所能容納可能性之程度，而可分為四類：A.「個人」B.「角色」C.「程式」D.「價值」<sup>181</sup>。這四種期待於事物領域之分類，對於系統中所能排除的失望程度也與系統的演化階段息息相關。「個人」係最具體的，但也因此較無法形成一般化的理解基礎，比如說對小美的期待將是完全不同於小明的，而只有透過直接接觸小明或小美之方式，才能理解對此事物的期待與期待的期待，也因此個人是較難理解的，但又是最易確定對象的。個人的一般化調節，在過去較緊密結合的部落式生活，或者小村莊中毋寧是發達而有效的，因為小而緊密的生活，每個個人都易於了解，因此即使發生失望，也可以因為對於該個人之理解而以「他有時候就是這樣」等方式排解。

另一方面，「價值」則是最抽象的，如愛與自由。大家都可以大致理解其詞義為何，但卻極難確認其具體所指。比如大家都熱愛自由，但每個人所認為的自

---

<sup>181</sup> 杜建榮，前揭註 175，頁 118。



由卻都是不一樣的。角色與程式則是在抽象與具體之間較平衡的類型。角色是比個人更為抽象化之後的事物類型，代表了對於該角色所有關聯團體的期待總和。比如說「老師」，有從學校角度來加以期待的角色形象，亦有來自於家長、自身、或者學生等不同關聯族群所產生的不同角色期待。其因為可以涵蓋較大的可能性而較容易理解，又不至於如個人般過於具體化。如老師、警察等角色類型，只要想到就可以大概了解一個老師的典型，有好的學歷、較嚴肅、頭腦好等等。而程式則係一種較抽象而便利理解之關聯性，又可分為目的程式與條件程式。目的程式係指一種為了滿足某個目的而生的手段與目的間之關聯性。如為了考上律師，必須每天念書八小時。或者為了防止火災的發生，住宅中必須具備滅火器以及通過防火安全標準。而條件程式則係描述兩個事件的發生關聯性，比如如果做違法的事就會遭到處罰，或者如果下雨地板就會變得潮濕。

可以發現程式之抽象性較角色為高，惟其具體性則較角色為低。由於近代社會必須面對更複雜的社會分化以及更複雜的環境，疏離的都市結構以及爆炸性的人口增長，使得人們不易了解彼此，價值雖然可以一定程度的維繫住最多的可能性，但在個人主義式的社會中其涵義有太多種理解基礎，因此角色與程式是現今社會系統中較發達之一般化期待之方式<sup>182</sup>。

#### 第四款、小結

透過以上討論我們可以知道雙重偶然性與期待與溝通之間的緊密關係，也了解了期待的基本結構形式與期待於社會系統中的一般化。結構一方面決定了運作，另方面也增加了系統內部的複雜性，而此種內部複雜性的增長必然成為系統日後必須加以調整之問題。期待於三個維度上之一般化也同樣呈現此種狀況，三個維

---

<sup>182</sup> 杜建榮，前揭註 175，頁 119。

度之間並非總是和諧的，毋寧是有許多衝突的。比如在功能分化的社會中，價值於社會維度中較容易予以制度化，但是回到事物維度則又因為過於抽象而無法使得期待穩定化<sup>183</sup>。反過來個人則不易於制度化，但卻更穩定。另外時間維度與社會維度之間亦常有衝突，比如說以時間歸因調節失望之方式，由於在各個溝通之中皆不相同，在社會維度中即不易予以制度化。最後，在近代社會中不同的社會中所產生之規範的期待亦不相同，而產生「規範的過度生產現象」<sup>184</sup>因此為了化約複雜性社會系統即可能需要一個能夠使三個維度之一般化整合起來的方式，那即是本文接下來所要探討的社會中的法系統。

### 第三節、社會中的法系統

#### 第一項、作為社會系統的結構

如本文前述，社會系統具有對於期待之一般化的更進一步尋求一致性的需求，盧曼在此點上即引伸出了法律的關聯性。從觀察中盧曼發現法律所強調的行為期待以及一種規範性的期待要求，正符合「規範的期待」的一般化需求。<sup>185</sup>所謂規範性的期待要求，亦即將原先反身性期待結構中的四種排列情形，認知-規範、認知-認知、規範-認知、以及規範-規範，採取於規範-規範此種組合予以強化，一方面可以有效降低規範的過度生產現象，另一方面亦可使得本來仍可能產生失望的規範性期待，更降低其失望可能，以限制使失望出現的可能性。

而在時間、事物以及社會維度上，法律則透過取得此三個維度的最大公因數

<sup>183</sup> 杜建榮，前揭註 175，頁 121。

<sup>184</sup> 杜建榮，前揭註 175，頁 120。

<sup>185</sup> 杜建榮，前揭註 175，頁 121。

來取得一致性，亦即在時間維度上排除抱怨而採用制裁，社會維度上則使用制度化，在事物維度上則使用角色與程式。<sup>186</sup>抱怨、冷漠、忽視的方式因為難以制度化的關係而被排斥，個人與價值則係因過於具體以及過於抽象的性質而不利於制度化。換言之，因為三個維度若欲更進一步一般化，首先在社會維度上取得制度化是最能限制可能性的，因此也可以想像成以制度化為基礎，再於時間與事物維度中尋找相容的條件。

進行至此，我們僅能認為法律是社會系統中，為了更進一步的化約複雜，而於內部形成的更高的複雜性維持，也就是在運作過程中逐漸穩定形成的新的結構圖式，進而可以將規範的期待於三個維度上予以一般化。但是我們尚不能認為法律本身，可以被認為為一個「系統」。

盧曼認為，由於以系統/環境這組區分視之，我們確實可以觀察到法律具有自我銜接與生產性，只有是法律的才能產生出法律，另一方面其運作亦具封閉性，氏認為藉由系統論的思考方式更可以觀察到法律系統與社會系統間之互動關係，並且能夠「提出一種更為豐富、具體的社會描述」。使我們能夠看到更多關於法律系統本身的自律性、自主性以及高度複雜性<sup>187</sup>。

然而縱然從此種觀點出發，作為一個系統仍然必須要符合以內在封閉作為外在開放性條件的特性，因此，以下繼續對於法律系統作為一個社會系統分化出的次系統，其具備哪些特性。

## 第二項、法律系統實現封閉性之要素

盧曼於尋找法律系統的自生性條件上，回歸到了系統論的重要觀點上，亦即「運作」，而非如法實證主義或派深思著重於結構之觀察。盧曼認為做為一個自

<sup>186</sup> 杜建榮，前揭註 175，頁 122、123。

<sup>187</sup> Niklas Luhmann 著(2009)，國立編譯館主譯，李君韜譯，《社會中的法》，頁 43，台北:五南。



我再製的系統，最重要的特性就是藉由運作於過程中確定其同一性並生產其組成部分，而此種運作是動態的，並且是「短暫的，作為一個事件，不斷產生並消失」<sup>188</sup>，也因此運作與運作之間亦必須具有相互理解與連接性。顯示了系統的自主性與自律性，而非靜態不動之結構。

因此我們可以藉由觀察法律如何區分自己與他者之方式，來確認其具有系統性的運作。

### 第一款、功能特定化

關於法律系統的功能性，盧曼認為首先法律系統只有一個功能，而且僅有一個功能。那個功能必須從與社會的關聯性來尋找<sup>189</sup>。盧曼並認為那些認為法律有許多功能的說法是混淆的法律的功能以及表現(performing)<sup>190</sup>。其認為法律的功能應該是與社會相關聯的，而法律的表現則是與其他系統間之問題。就社會中的法而言，法律確實應該是從對於社會的關聯性中所誕生的，因此，如果回歸到社會系統對於複雜性化約的需求，法律系統的功能即在於使得規範的認知(反事實的規範期待)得以穩定化，藉以使得人們的期待可能性得以穩定化，不會因為未實現而產生大量失望。以近代社會來講，犯罪一發生即代表秩序的破壞，不應殺人此種規範上的期待誠命在沒有法律的情況下，根本無法防止失望的發生。因此，作為一個穩定安全的象徵，法律的功能即在於穩定溝通中規範上的期待結構。法律系統藉由整合期待於社會系統中的三個維度來達成其功能，亦即選取時間維度上的制裁、社會維度上的制度化以及事物維度上的程式與角色來達成一般化的一致性。反過來說，所謂制裁，也僅是為了化約複雜性而生，並非如傳統上認為有其他諸如預防、應報等目的或功能。

法律系統功能的特定化還具有一個更重要的特性，亦即功能的特定化使得系

<sup>188</sup> 杜建榮，前揭註 175，頁 151。

<sup>189</sup> Niklas Luhmann，前揭註 187，頁 158、159。

<sup>190</sup> 杜建榮，前揭註 175，頁 155。。

統得以區分自己與環境，其功能特定化後所產生的差異化，可以以具有功能/不具有功能之區別運作自身之同一性，比如具有穩定規範功能者，即屬於法律系統，而非經濟系統。因此才實現了封閉運作之條件。



## 第二款、二元符碼

然而欲實現封閉的運作條件，僅有功能特定化還不夠，因為僅僅是否具有功能特定來進行法律對自身之標示，將過於不便利而複雜，且具有與穩定功能相關的東西牽涉太廣，不可能將全部包含於法律系統之中。因此，法律系統尚需要運作的符碼化作為一種識別機制，亦即以法與不法做為區別與標示，依照系統內複雜與環境中複雜之關係，進行自我指涉、自我再製。系統藉由「符碼化」(Codierung)才具有足夠的應付複雜性的能力。

盧曼並認為，符碼之性質屬於一種特別結構<sup>191</sup>。系統之運作由法與不法決定，但運作後所生之複雜卻不會改變符碼的結構。反之，一般性質的結構如法律學說，則會因為系統的自我再製而隨之改變排序。

另外，二元符碼此種區別形式，實際上解救法律系統於套套邏輯中之方式。亦即其藉由功能的特定化，法律系統實質上只能藉由「有法律功能的就是法律的」之方式辨識自身，但此種套套邏輯、循環論證卻令溝通難以忍受。因此，藉由二元符碼的方式，雖然法律系統不能理解「非法律的」東西，但藉由法/不法這組符碼進行運作，從而隱藏了前述套套邏輯的弔詭。換言之，藉由看不到的「不法的存在」，合理化法的標示。

## 第三款、法律系統與社會系統之間呈現認知上開放

---

<sup>191</sup> 杜建榮，前揭註 175，頁 160。

藉由符碼化的幫助，法律系統得以更加便利的辨識自身與隱藏套套邏輯所生的弔詭，而實現了系統的內在封閉性。然而符碼化後本身也帶來系統的新問題。由於符碼具有不可改變的特殊結構特性，將使得系統存在的問題變成雙面刃，另一方面，符碼化後法與不法此組區別仍需處理觀察本身具有盲點之弔詭，亦即(法，不法)是屬於法還是不法之問題<sup>192</sup>。。

盧曼即指出，一個藉由二元符碼分配之系統，由於符碼所具有之「雙元穩定性」<sup>193</sup>，已然成立做為一個系統運作的基本條件。然而這樣的法律系統在社會分化之中出現僅具有低概率。因為其面對環境複雜性時僅僅只能夠以給予正值與負值的方式予以處理。然而近代社會中，社會分化有許多次系統，其功能皆不同，歷史上亦指出<sup>194</sup>，有時候對於一個政治犯的不法標示，將可能帶來革命或動亂，對於社會系統來說並非好事。而所謂未必對社會是好事，也暗喻了應該選擇的值除了法與不法外，還有一個第三值，如「政治地位的穩定」的存在。二元符碼無法處理第三值，其只能忽略此種第三值的考量，法律系統因此將無法處理此種事態，這也是為何盧曼認為其出現概率甚低的原因。

換言之，即全社會中次系統間存在整合問題，而需要更多的彈性以分配正負值。盧曼認為，現今社會之所以普遍存在法律系統，是因為法律系統藉由「綱要化」(programmierung)的方式去指派正值與負值，以取得更多複雜性。所謂綱要化，也就是指能夠「進一步的提供觀點以宣稱，法與不法這些符碼是否被正確或者錯誤的分配了，此種補充語意」<sup>195</sup>換言之，對比於「不能變動」的符碼，綱要是「可以變動的」的結構。綱要可以因為環境的激擾而變更，如同法律規則可以以新汰舊一般，也因此可以時時刻刻觀察社會，以提供一個「正確」的「觀點」去分配法與不法。

<sup>192</sup> Niklas Luhmann, 前揭註 187, 頁 204。

<sup>193</sup> 雙元穩定性由於預設了可以互相銜接的兩面，已經可以使系統具有運作之能力，因此不必然需要適應於環境。參考 Niklas Luhmann, 前揭註 187, 頁 205。

<sup>194</sup> Niklas Luhmann, 前揭註 187, 頁 208。

<sup>195</sup> Niklas Luhmann, 前揭註 187, 頁 216。

因此，系統藉由符碼化與綱要化，從而可以一方面以正、負值辨識自身，另一方面於自我指涉、異己指涉觀察中對於環境與自身之關係進行考量，再藉由綱要化，進行甚麼時候應該偏重哪個側面的判斷。以更加的實現系統的認知上的開放性。

#### 第四款、法律與政治系統之「結構耦合」

從上述對於法律系統的觀察，我們也可以以相等的基礎去理解社會分化中的其他次系統。諸如道德系統、政治系統、經濟系統及宗教系統等。每個分化出的次系統都對於社會有著特定的功能，並且具有符碼化的特性，比如政治系統即以權力/非權力、經濟系統則以支付/非支付來辨識自身。然而當社會中存在諸多次系統時，一如自我再製系統的特性，簡化複雜的同時也增長了自身內部的複雜性，新的問題也隨之產生了一亦即次系統之間將具有進一步整合各功能需求之需要。

次系統如同我們前述的一般自我再製系統一般，具有以運作上封閉性為認知上開放之條件之特性。因此，社會以及該次系統以外之其他次系統，對於該次系統來說皆屬於環境的一環，該次系統無法直接接觸其他次系統，僅僅只能藉由激擾的方式，認知上感覺到其他系統或者使其他系統感覺到自身，而產生相互滲透之關係。

然而基於對現代功能分化社會的觀察，盧曼進而指出了次系統之間的另一種相互影響的方式，即所謂「結構耦合(Structural coupling)」。「結構耦合」係指系統藉由特定的結構形式來處理其環境中的特定狀態<sup>196</sup>，亦即該特定結構形式將優先接受特定環境的干擾訊息，從而使自身更有效的受到特定激擾。因此，結構耦合即具有雙重作用，一方面弱化系統對於環境中其他未受結構耦合之刺激，一方面增強因為結構耦合而來的特定訊息。必須強調的是，結構耦合僅僅是保證了接受

---

<sup>196</sup>杜建榮，前揭註 175，頁 180、181。

特定環境激擾的「同時性」，而非「同步化」<sup>197</sup>，各系統仍係由其自身特性來決定運作之速度。並且，此種激擾仍然僅是一種對系統刺激，而不具有輸入與輸出的單向因果關係，系統會如何調整自身仍然只有進行一階觀察的系統能夠決定。

法律系統與政治系統即具有此種結構耦合之關係。盧曼指出，法律與政治與歷史上曾經是密不可分的，而統一於主權者如君王、國王等身上。經由社會系統不斷的演化，「法治國」的概念被提出後，政治與法律才逐漸的分離。然而兩者間仍然存在緊密的關係，政治系統藉由法律提供其權力行為的正當性，而法律系統則藉由政治系統給與其存在上之基礎。也是在這樣緊密的關係之下，才形成了結構耦合的條件。盧曼認為「憲法」就是法律系統與政治系統結構耦合的重要機制<sup>198</sup>。憲法藉由其同一之結構，卻對於政治與法律兩方面產生各自不同的效用。憲法對於法律來講，代表了法規範的最高性，法律違反憲法者，無效。因此給予了法律系統一個最高的統一象徵，從而隱藏了法律的弔詭性，也使得可能性增高，法律系統得以紀錄政治系統之決定<sup>199</sup>。而憲法對於政治系統而言，則是一種政治工具<sup>200</sup>，藉由權力分立原則將政治系統區分出基本的結構，並且一方面限制了權力的行使方式，一方面給予權力的行使以正當性。就此部分而言，憲法也可以說是政治系統的輔助工具。

## 第四節、小結

基本回顧完盧曼系統論中的基本概念與盧曼如何從社會系統的產生繼而推

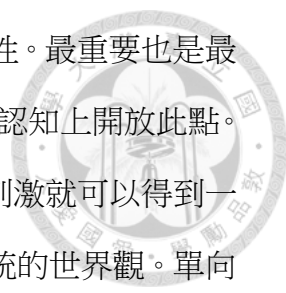
---

<sup>197</sup> Niklas Luhmann，前揭註 187，頁 492。

<sup>198</sup> Niklas Luhmann，前揭註 187，頁 196。

<sup>199</sup> Niklas Luhmann，前揭註 187，頁 513。

<sup>200</sup> Niklas Luhmann，前揭註 187，頁 196。

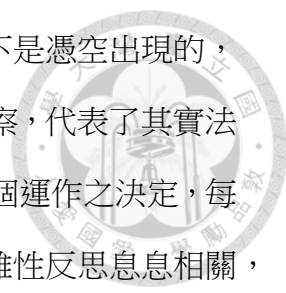


導出法律系統的誕生源頭，大致可以掌握幾個盧曼係統論的特性。最重要也是最基本的預設是自我再製系統的一般特性，即對內封閉運作，對外認知上開放此點。由於系統的封閉性以及自律性，我們無法如傳統一般給予一個刺激就可以得到一個固定的結果，換言之，無法以牽連因果關係之方式來理解系統的世界觀。單向的因果關係僅僅是存在於人類所建構出的世界中，其原因我們不清楚，但至少是有助於人理解與生存的。

而當我們重新確認法律具有系統性之後，對於傳統法學上的理解即可能產生很大的變化。以刑法為例，傳統上的行為因果關係認定將成為法律系統中的程式，而其功用在於化約複雜性。換言之，由於因果關係的認定實際上包含了龐大的偶然性與可能性，而呈現龐大的複雜度，在一個人想要詐害另一個人的情節中，更包括兩個心理系統所呈現的溝通中的雙重偶然性，也因此法律系統才需要一套程式以給予連結，讓法律語言的溝通可能性被有效的限制住。而法的效力，也不是在於虛擬的實體法身上，而應該回歸到法院的判決上，因為最終符碼化的結果在於法院以判決方式給定法與不法之正負值。法的功能，也不在於實現正義，而應該回歸於法律對於社會的功能上，意即穩定規範上之期待。

也許這樣的重新詮釋令人一時不易接受，然而如果肯定先有社會才有法律，二階觀察的盲點的論述，則我們確實可能身在法律系統結構裡而不自知。如同卡夫卡的小說「城堡」中的寓意一般，一個個人如何認識整個龐大的現代社會而不迷失呢？並且我們從第四章的法體系內責任的論述也可以清楚的看到，法理論的出現與環境因素時實具有密切關係，法律學者與其說是創造問題，不如說是被紛而繼起的問題所指引著前進。比如說心理主義的衰落正是由於無法符合現實上的需求，規範責任論藉由增加規範判斷之要素，從而增加了判斷彈性，才能對於更多現實上出現的個案類型進行進一步的區分與判斷。就此點而言，與系統論之思考其實毋寧是接近的。

並且，藉由系統論的思考，我們可以發現更多過去可能觀念上無法發掘的現



象。比如說「結構」的時間累積性。我們現在所應用的法體系都不是憑空出現的，而應是於系統運作中逐漸出現的結構排序。或者系統的異己觀察，代表了其實法律並非如我們傳統認為的與外界或者其他領域完全無關，每一個運作之決定，每一個法與不法的標示，都與環境的複雜度以及系統的內部的複雜性反思息息相關，這證明了法律是屬於社會的，而如果我們不以盧曼系統論的視角觀察，我們是很難發現這一點的。這也是本文採取盧曼系統論做為觀察視角的主要原因。

因此，對於刑法究竟如何去理解行為人的內心，如何以系統論的觀點再次審視所謂責任與期待可能性，此即為本文接下來打算進一步追問的問題。

# 第六章、以盧曼系統論之視野觀察刑法責任性之運作



## 第一節、對於刑法有責性的觀察

### 第一項 法律系統無法直接接觸心理系統

從前章對於盧曼系統論的探討，我們可以發現一個自我再製系統將具有以內在運作封閉為外在認知開放條件之特性。內在封閉運作，意即系統始終藉由觀察環境與自身之複雜性，於每一個事件的當下生產出屬於系統的元素。而此種自我再生產必須是由系統自主且自律的決定的，與環境或者外在其他系統並不存在一對一的輸入與輸出關係。以心理系統與社會系統為例，心理系統中的思想或思考，總是相互銜接，然而兩個心理系統相遇時始終無法真正接觸到對方內在的運作，僅僅是茁生的產生了一種新的溝通現象，而由溝通自己進行溝通。

將此種觀念對應於第四章中我們對於有責性的回顧探討，我們將會發現所謂的心理責任主義，即以行為人行為時心中的知與欲來論斷責任此種觀點，將產生一種矛盾，即既然法律系統無法直接接觸心理系統，則法律系統如何去了解行為人心中的想法並進而判斷其責任程度呢？

本文認為，從盧曼系統論的觀點進行觀察，應認為心理系統係法律系統不可直接探究的現象。一般而言，法律系統於刑事案件中所能接觸的素材，係警察與檢方調查之後的證詞與調查報告書，而證詞與調查報告書係一種以媒介方式承載意義的形式，藉由語言形式所呈現出來的個人形象，正是於溝通中所能被理解與銜接的對象，然而卻非心理系統當下所進行思考的一切運作。本文將這種溝通中所生產出來的人的片段簡稱為「人的影像」，蓋影像即非本體，且影像本身亦構



成了連續影像中的一個成分。

法律系統進行責任運作判斷的事件正是一種「人的影像」。並藉由綱要化與程式的結構幫助，與道義責任論中的道義應為之行為規範做一個對比，最後進行法與不法的決定。換言之，在系統運作的過程中存在著兩個擬制的影像，一者為「人的影像」，一者則為「道義(德)人的影像」，後者係由一種社會通念所擬制的第三方構成，所以其是相對較穩定的影像，但並非不會變動的，擬制的第三方本身就具有行動者加入參與的可能性。

## 第二項 對於責任主義歷史脈絡的反文進行發掘

回到責任主義的歷史脈絡，首先法系統基於對於人的自由此「價值」的高度尊重，而採取了心理責任論以及道義責任論之結構型態，企圖透過對人的心理世界的直接探詢，進而肯定其人的自主性與自由。然而人的心理世界是不可直接企及的此點真相即可能於觀察中暴露出來，而此暴露就形成了一個弔詭<sup>201</sup>，亦即如果人的心理世界是無法直接接觸的話，不論人究竟是有意志自由也好，沒有意志自由也罷，法律系統根本無法藉由心理狀態之深入之方式來判斷責任性之有無。結果責任結構將完全無法限制任何可能性，而只能借助「人的影像」此種擬制的產物，最後只能承認系統根本無法化約此種複雜性。因此可以想像的，系統於此部分只能藉由擬制的方式「隱藏」這個弔詭的問題。

本文認為，若從「真相與非真相」此組區別對於系統進行再進入之二階觀察，則我們可以發現採取心理主義為結構之法律系統，其結果反而使得系統認識到人的內心是無法直接碰觸的此點真相，也因此，對於心理系統的嘗試理解最終將導致失敗，而此種失敗反而肯定了人性的自生性與主動性。換言之，一種為失敗而失敗的肯定精神反而得以藉此昂揚。

---

<sup>201</sup> 亦即其實系統係以責任=責任的循環論證方式，決定是否歸屬責任。

而在系統的演進之下，責任主義陸續出現了由實證主義所帶來的社會責任論與本持著規範的觀點以增加系統彈性的規範責任論。

關於後者，我們從 Frank 為首一路的歷史脈絡可以得知，當時的德國處於戰爭後損失慘重，經濟凋零之環境中，複雜度大幅增加。而原初以「道義人的影像」對比「人的影像」此種隱藏盲點的作法，已經無法成功調節失望的大幅產生現象，其原因即根本的在於人的影像不能完全與心理系統對於自己之期望相符合。在承平時代人們或許必須從事違法行為的可能性較低，然而於貧困的時代中，則反之。因此，過多過重的「制裁」反而導致失望的過度增長，將使得法律系統應具備的穩定規範期待的功能喪失，進而失去其由社會系統中分化出來之理由，並且將導致溝通承受極大之壓力。因此法律系統便於異己指涉下，對於自己的結構進行調整，以增加更多可能性來應付環境的複雜性。此調整即是規範責任論的誕生。於「人的投影」與「道義的人的影像」以外，在新增了「期待可能性」結構，使得規範可以獲得一個第三要素進行彈性之篩選操作，也可以說是一種綱要化，即於處罰將導致其他系統過大的壓力時(如政治系統)，得以調整法律系統應偏重區別的哪一面之方式。因此，此種期待可能性之出現，毋寧是系統藉以隱藏其盲點而繼續增加的系統內複雜性維存。

另一方面，社會責任說的誕生，則係從另一角度切入，亦即既然心理系統是無法碰觸的，不如直接宣告心理自由不存在，以根本性的消除此法律系統中的盲點。這樣的作法的最大缺點即在於，將使得溝通中充滿失望。首先心理系統是無法直接碰觸的，但並非不存在的。心理系統仍然具備自我再製的主動性，即使在溝通中僅僅存在溝通中的人的影像<sup>202</sup>。

並且在溝通之中，個人作為溝通銜接的指認點具有極大的作用，各種有意

---

<sup>202</sup>論者可能會認為心理系統無法代表「人」此一概念，本文則認為的確人是由多個系統組成的複合物，但是關於「有意義」的世界觀，卻僅僅只存在於心理系統與社會系統中，就此點而言，自由應該可能存在的核心應係心理系統。

義的對話都必須發自於人，或者歸自於人。如果個人的自由遭到否定，則在每一個應該互相理解的溝通中將產生大量的「混亂」與「失望」，溝通將不斷產生「所以我其實是被決定的?」、「對，你是被決定的」、「所以我真的是被決定的?...」此種反覆循環的現象，將使得溝通產生停止運作之危險。

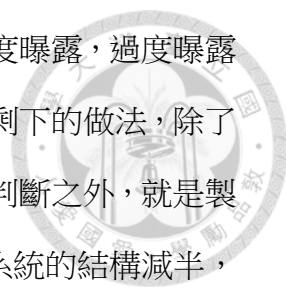
因此，最後極端的社會責任說未被法律系統採取應該是可以理解的，相較之下，藉由強化盲點隱藏以持續運作的規範責任論更具有穩定規範的作用。然而必須強調的是，是否採取某種措施，全然取決於系統自身之決定。因此採取與否僅是一種或然率高與低的問題，一階觀察之系統也有可能採取錯誤的手段最後導致自身的崩潰。

如果再次從真相與非真相的區分再進入的話，規範責任論採取繼續強化隱藏的策略處理，並且由於規範要素的出現，使得責任如何歸屬的問題轉移到「由規範決定責任的歸屬」之套套邏輯上，其優點在於擺脫了判斷心理系統所生的盲點，然而卻也使得人性的真相無法顯現。而社會責任論則承認了在社會溝通之中並不存在真正人性的產物，然而卻又進一步連心理系統之存在也予以否定，可以說其呈現了一部分的真相，卻又產生了新的隱藏真相的問題。

最後，新社會防衛理論採取承認人性存在之觀點，並且同時期望以全學科領域之知識整合方式對於人性的進行更深入的探詢與了解<sup>203</sup>。此部分重新回到了心理主義時代為了失敗而失敗的精神，從而再次的肯定了人性的不可探求的真相。而其主張人在環境中將受到遮蓋，從而失去自主決定之能力，法律應該重新恢復行為人之人性。此部分的主張，本文則認為亦產生了新的真相。由於社會系統的溝通中僅僅只能存在人的影像，因此無論如何重新挖掘，最終也無法予以恢復。另一方面，系統中所殘留的結構都是經過時間而累積產生的，無法瞬間改變而必須由整體的過程反思決定下一步，所謂擬制的人的影像，亦為如此的東西。因此縱然想在溝通中恢復人性，最終也將以失敗收場。

---

<sup>203</sup> Ancel，前揭註 93，頁 48-50。



本說的問題在於，雙方面的真相揭露將造成系統盲點的過度曝露，過度曝露無異於承認法律系統根本無從處理關於人的責任歸屬問題，則剩下的做法，除了單純改以一般法秩序的要求來判斷法與不法外，全面揚棄責任判斷之外，就是製造新的隱藏方式去隱藏前述盲點。然而前者之做法將使得法律系統的結構減半，僅僅以是否符合法秩序的行為或不行為之要求來處理規範之穩定問題，恐怕不足以適應複雜的現代社會。後者則可能導向於治療措施的結構建立上，如開放性的監獄、周末監禁等方式，以精緻化治療之可能性。然而當環境壓力過大時，犯罪行為產生之可能性自然大幅提高，治療之思考方式由於係針對個人，難以針對環境本身進行調整，也因此如何有效的處理犯罪率上升所產生的失望將變成最大的問題，換言之，當「疾病」來勢洶洶，病人數量大增又無法完全「痊癒」時，治療系統即可能癱瘓。本文因此認為此兩種系統結構的可能處理方式，皆容易使得系統處於不確定之風險中。

### 第三項 小結

綜上對於責任主義脈絡的再檢視，可以發現系統始終尋求的是當下最能有效處理其與環境的複雜性問題，也因此一個最能符合環境與系統自身功能的運作策略是系統最可能採取的。然而進行一階運作的系統是無法於當下發現自己的盲點的。從一個真相探求的二階觀察角度來說，本文之分析其實是外於法系統的，可能來自於一個真相/非真相的真相系統所作的觀察。而此種真相系統所作的觀察與運作，僅僅只能激擾法律系統而已。法律系統仍然自生的決定旗下一步的運作方式，仍然依其區別對於環境、自身以及時間來進行自我指涉。也因此，如果存在一種影響系統運作之可能策略，本文認為也許就是有意識的於溝通事件中給予系統壓力，因為壓力的存在仍然是系統認知上會感知到的。

此外，至少還需要一種有效的調整壓力的論述的出現。以關馬案為例，在當

時心理主義無法適應環境下，學界與實務界紛紛出現了關於規範性思考、本於人性的思考方式，最終在這些方式之中，系統採取了提供了更多可能性與操作彈性的規範責任主義。然而這樣的例子似乎象徵了系統只可能選取對其最有效解決辦法，而無任何所謂改變的、理想性的可能。

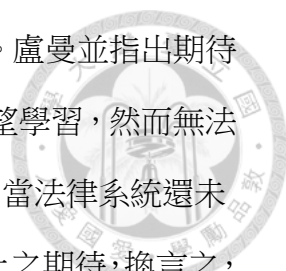
本文認為並不完全如此，以法國為例，同樣於二戰結束後凋零殘破的環境下，法國藉由人道主義精神的凝聚下，最後採取了更強調人本精神的新社會防衛說。這其中最重要而不可忽略的是，法國有其本於法國大革命一路流傳之人權意識之「結構」存在，而此種結構之存在與二戰期間的不人道行為之反省一結合，即成為「結構」決定運作的一種例子。這也提示了我們，系統對於一種主義的選取，固然與環境與自身之複雜性息息相關，然而由時間積累所呈現的結構本身也同樣限制了系統的運作可能性。因此，本文認為一種文化的提倡仍然是可能的積極的與系統認知上對話的策略，以在每一個運作中漸漸的形成結構的改變。

## 第二節、對於期待可能性之觀察

### 第一項 期待可能性之構造

所謂期待可能性，其概念之最初在於寬容人性弱點，換言之，因為無法期待人在某種情況下能夠克服其人性上之弱點，因此即使為違法行為，仍不應加以處罰。而此種期待若回到盧曼系統論上將呈現為何呢？

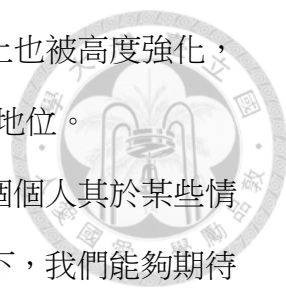
承第五章對於盧曼溝通與期待概念之分析，所謂期待為一種降低溝通中雙重偶然性之結構，並且係在社會系統與心理系統共同演化下所逐漸形成的一種反身性結構。期待係由兩個心理系統相遇，考量己身之期待以及對對方之期待之期待，互相滲透之下所形成之自我調整與相互理解進而亦於銜接形式，其功能在於降低



複雜性，有效限制過多之溝通可能性，以防止失望的過度產生。盧曼並指出期待結構可以再分為認知之期待與規範上之期待，前者準備對於失望學習，然而無法避免失望發生；而後者正是藉由不準備學習的心態以降低失望。當法律系統還未分化出來前，人們想要穩定的進行溝通即必須主要依靠著規範上之期待，換言之，一種一般化的共同信念。然而也此種規範上的期待在不同社會中即有完全不同的類型出現，因此也將面臨規範的過度生產化之現象。因此，法律系統的出現即是在對於多數的規範期待進行選取而給予法之標示，以大幅度的強化該規範期待的穩定性。比如說不得放火燒毀所有物，因為賦予了法之效力，此種行為將會穩定的受到制裁，而此種穩定制裁本身，即有效的穩定了規範上的期待。雖然犯罪行為還是不間斷的出現，然而他們必定會遭到制裁，因此不會危及到對於規範的信念，也因此亦不會產生失望。

然而，回到法系統對於規範期待的強化選取本身，系統仍然要不斷的進行異己指涉以觀察環境與自身，而選取對複雜性簡化有利之運作。並且當系統過去形成的結構不再能幫助簡化當下的複雜情勢時，法律系統亦可能進行一種跨越，換言之，將原先認定不法的變為法，或者原先認為法的變為不法。比如說過去的懲治盜匪條例，於現今人權意識上升的時代，其存在即可能反過來危害溝通的穩定性。因為對於規範上的期待本身也是會在溝通系統中不斷自我再製下而改變的。當社會系統隨著環境而調整自身時，其原本多數所秉持之信念亦會隨之改變，比如說部落文化即可能受到其他更強大的文化所影響甚至改變，如古代日本人即曾受到唐朝的漢族文化所影響、諸如行為舉止、音樂、制度等。因此，法律系統若未適時的進行自我調整，將溝通中亦不被普遍認為不妥的行為進行不法之標示，則失望仍然可能產生，法律系統的強化規範的功能並非只要進行強化即必然成功，仍然要進行當下妥適的決定。

回到「無法期待某人於某種情況下為某種行為」之意義分析，其前提首先必須是人，而不是別的生物。蓋在溝通中個人是一個重要的指涉點，溝通訊息必須



向人發送，也必須由人發出。而此種個人的重要性，甚至在憲法上也被高度強化，而給予法系統中最強的規範期待效果，幾乎是難以產生變動的地位。而無法期待一個人於某種情況下為某種行為，也同時表達了一個個人其於某些情況下，是無法被多數期待為某種行為的，換言之，於某種情況下，我們能夠期待的事就是某個人會為某個行為。比如說犯罪人湮滅自己之犯罪證據，此種行為即為現今溝通中所期待，因為「人都如此」。而「人都如此」此種溝通之產失，本文認為一方面由於近代法治國社會中憲法人權之結構已然對於政治與法律兩方面產生影響，社會系統由個人指涉點組成，而政治與法律系統皆服膺於應保障個人的憲法結構下，進而對於全社會也宣示了此意涵，意即溝通中已開始充斥著「國家應保障人民」、「我生為人應受到尊重」等溝通訊息。這種情況在二戰結束前由鄭成功、清朝、日本治理下之台灣社會是不存在的，因此可以說是台灣社會正在隨著環境逐漸調整自身之下的結構改變。另一方面，對於法律系統而言則是結構上被憲法限制了強化可能性，也因此某些縱然是能夠有效漸低複雜性之規範上期待，經過憲法結構之運作仍然無法將之標示為法律系統之一環。比如說曾經犯罪的人即應備持續隔離出社會，或者以晶片植入加以永久追蹤。

因此，當某個人在某個情況下為該違法行為是可以被期待的之共識成立後，也可以說是一種新的規範上的期待的成立，並且也揚棄了某個人於某情況下不應為該違法行為的規範期待。此種態勢之形成，必然是整個社會環境因素所促成的結果，而面對此種新的社會中期待結構的形成，如果法律系統沒有正確的隨之調整，其結果將是面臨大量的失望的產生。並且，系統之調整必須不影響先前法律系統對於穩定規範期待的結構過鉅，蓋畢竟期待可能性僅僅產生於「某些情況」下，因此對於這種「某些情況下」之定位與策略調整，即為系統必須進一步處理的問題。

本文因此將「期待可能性」之形成源頭定位為溝通中形成的新規範期待結構。然而法律系統如何隨之調整，還需以下進一步觀察。



## 第二項 重新觀察期待可能性之諸學說

### 第一款 關馬案與 Frank

從關馬案與 Frank 的學說開始，期待可能性的提出與環境因素息息相關，戰爭導致的經濟困頓、高失業率，都使得社會溝通之中開始形成新的對於人於某些情形之下的違法行為之合理期待。以關馬案為例，受雇馬車駕駛雖然明知該馬有癖性而可能傷人，卻仍然駕駛於路上，最後果然導致傷人，此種情形如果論以不法行為，則社會上普遍將難以接受而產生失望。Frank 的學說主張於責任要件中新增外部情狀要素，對應於法律系統來說，這是一個不需要以立法上新法代替舊法之手段，而得以直接以新增結構要素來化簡複雜性的做法，其優點在於反應時間較快，並且不至於影響其他次系統的運作，對於法系統本身的結構影響也較小。然而所謂外部情狀以客觀標準來操作，結果將難以穩定。因為客觀外部情狀愈加以操作，即必須加以類型化與量化，此種發展將導致使得於特定情境下，所有行為只能被標示合法之結果，將對於本來穩定的不應違法的期待造成過度的衝擊。

### 第二款 G.Schmidt

因此接著的 G.Schmidt 對於法律規範與義務規範之區分，隨即獲得更多的支持。蓋藉由法律規範與義務規範的區分，能夠於特定情境中以能遵守義務規範/無法遵守義務規範之區別加以篩選，而得以一方面控制對於其他法律結構之衝擊，一方面調整法規範的適用彈性以回應溝通中形成的新的期待共識。當環境轉變而溝通中不再堅持無期待可能性行為合法時，系統亦可策略性的限制義務規範的認定，從而安然度過當下的危機。



然而本主張的問題在於逕行將規範一分为二之作法，將使得法律內部之結構產生新的複雜性，換言之，如果承認法律系統中存在兩個獨立的規範結構的話，即將使得本來運作經過諸結構與程式，進而由綱要決定是否給予法與不法之方式，改變為法系統中存在兩個二元符碼的型態，意即由法律規範/非法律規範，與義務規範/非義務規範個別之標示選取，最後再由一個二乘二的四種組合中決定法與不法，其結果將使得原先無須判斷的(法律規範,非義務規範)亦需要重新加以判斷決定，對於系統資源可說是無端的浪費了。

### 第三款 Freudenthal

而 Freudenthal 的觀點所產生的問題與 Frank 相似，並且更加將問題突出了。其主張係基於人權保護之觀點，將所有法律誡命附加一個條件，即必須人能夠達成此要求方有遵守之義務。也可以說，法律系統的功能性，將被憲法結構所大幅限制，此結果固然可能穩定其它次系統或政治局勢，然而對於法律系統本身固有的穩定規範之功能即可能大打折扣。如果照此種主張進行法系統之調整，將取決於當下社會溝通中形成之規範上期待之分布，是否以達到整體上的反轉，換言之，即使充斥著犯罪行為不制裁之情況，人們也不會特別感到失望。如果反之，人們對於違法行為仍然無法太過容忍，則選擇此種方法進行調整將造成社會上巨大的失望可能。法律系統為了實現其分殊之特定功能，必然會取消此種結構。而從結果來說，德國社會的法律系統於自我參照後，的確並未採取此種措施。一方面也可能表達了，社會溝通上對於部分違法行為不予處罰之期待需求，毋寧是少量而容易滿足的。

### 第四款 Eberhard.Schmidt

最後，Eberhard.Schmidt 的主張，強調法規範之同一性，而發揮不同作用，具有與 G.Schmidt 主張之同樣之優點，卻沒有系統可能新增過度複雜的問題。換

言之，藉由先後繼行關係的排序，法律系統無須再考慮一個二乘二的排列組合，而回歸為二選一後再二選一之處理方式，結果仍可有效的以「規範因素」來適時的調整綱要化的傾向。法律系統於當時，也逐漸形成以此種方式為判斷之共識，而逐漸於法院判決中產生結構性的生成。

## 第五款 小結

綜上，我們可以看到觀察到法系統首先遭遇了多重壓力，一者是由於心理主義之結構運作不足以解決當前之複雜性問題，二者為溝通系統中出現了新的規範期待之共識，其三為經濟系統與政治系統的運作造成法律系統面臨調整其自身綱要以配合環境之處境。

而法律系統此時在前述 4 種可能解決複雜性的方案中選擇了最穩定自身且仍具有彈性之策略，以有條件的使得一些違法行為認定為合法之方式，來緩解系統面臨的多重壓力。

## 第三項 對於期待可能性標準的觀察

### 第一款 行為人標準說

行為人標準說認為期待可能性之判斷標準，應藉由了解行為人本身的能力、處境、心理狀態、理解程度等，個案中去具體的衡量個人於當下是否有形成適法動機的可能性。於系統論的觀點，如本章第二節第一項所述，法律系統無法直接的接觸心理系統，僅能憑藉其於溝通中創造的人的影像來加以擬制。因，對於真相/非真相的科學系統來說，此種探究方式最終的結果將是無疑的失敗，因此反而得以反過來肯定人性的自主性與不可掌握性。本文同樣的本於此理由認為行為人標準說對於真相系統來說是正確的選擇。

然而對於法律系統來說，採取行為人標準之判斷同樣的將曝露出其無法正確判斷行為人內心世界之事實，並且由於採取了以心理為中心之定位，當判斷不出來或者判斷結果與當事人之主張相矛盾時，對於所生之失望系統沒有其他的管道可以加以疏通，僅能反覆主張其所呈現的人之影像的正確性，然而無疑的此種說法是無法隱藏其無法判斷的真相的。因此，系統採取此標準之概然律應較低。

同樣的，如果在責任主義的問題上採取新社會防衛論的立場，其於探詢行為人責任為何時，同樣採取盡力探求行為人個人處境之觀點，並且加上各領域之知識共同以科學之方式挖掘之。結論上與行為人標準說有些接近，然而其更加強於排斥規範性的要素，完全的回歸於當事人之個人處境中，本文認為此種作法失敗的更徹底，因此更能將人性的真相曝露出來。然而採取新社會防衛說可能將導致法律系統的自我消滅化，換言之，雖然新社會防衛說仍然堅持罪刑法定主義，然而規範的排斥性將導致規範本身喪失正當性基礎，最後將由綜合知識來決定如何治療個案中之行為人，而非規範中之自我適用。我國法系統是否可能走到此步？觀我國法制的進展歷史，對於無反抗能力的運動學生予以噴強力水柱，警棍毆打，甚至連記者也強制逮捕，完全無視憲法上的人權保障。本文認為尚處於一種法律與政治未完全分離之狀態，換言之，政治依然習慣於向法律施壓，而使法律的自主性受到威脅。因此，以目前我國法系統之結構來說，採取新社會防衛說之概然律亦較低。

## 第二款 平均人標準說

平均人標準說由於主張將判斷的重心移至一般國民之形象上，因此得以避免前述行為人標準說無法判斷之窘境。並且若問以此「人的形象」與個案不符合時，可以答以「法律本來即非以個人形象判斷」，再追問以法律為何並非以個人形象判斷時，其內心雖然同樣答曰「我國法律即並非以個人形象判斷」，而成為套套

邏輯，然而實際上卻可以進一步類型化之方式，如一般國民可依族群特性分類，因為當事人屬於這個族群，所以應該可以合理期待其為適法行為，來隱藏此套套邏輯所生之弔詭。並且於希望適用時，亦可以綱要化的方式來予以調整，使得判斷上偏向合法來解決需求。

而此種作法，從真相揭露與否來看，自然是屬於隱藏真相的，然而從系統之結構來看，如果外界的新的期待以及對於真相的理解不足時，為了維持系統穩定確實較可能採取此種方式以化解當下之問題。

### 第三款 國家標準說

國家標準說認為，所謂期待必然具有一個期待者與被期待者之結構關係，而其主張該期待者實質上即為國家，而被期待者則為人民。其認為國家透過期待可能性得以彈性的調整國家與人民出現之緊張關係，換言之即由於規範所賦予之壓力過大所遭致之反撲。從系統論的觀點來看，法律系統應該採取何種方式來判斷法與不法之分配，完全皆是由法律系統的自生性、自律性，運作中所做出之決定，換言之，亦即參照其自身之整體結構、當下環境與自身之複雜性，而自我再製所做出之決定，因此對照之下，從系統內之角度來看，所謂期待者更接近於國家參照法秩序整體而做出之對於國民行為期待之判斷。

因為法律系統並非全然不受拘束的，其仍然受到其自身之結構以限制可能性的實現，其藉由結構耦合同步的感受到政治系統所傳來之壓力，而於自我指涉與異己指涉觀察下認識內外之複雜性，從而做出決定。國家亦同受憲法所拘束，在近代法治國、福利國原則下，國家縱使為一種實體，其角色亦僅為一種輔助地位。因此所謂國家標準說，其本質應為法整體秩序標準說。而其操作之標準即變為由當下法律系統的結構來尋找具有類似處理機能之手段，或者藉由立法之方式建立新的處理機制。

本說的優點在於藉由法律本身已然存在之類似於新產生於溝通中的期待共



識，以類推適用之方式來解決新產生之新規範上期待之問題，其對於法系統來說所花費於變動自身結構上之資源更加的少，而得以將重心放在其他需要重視之部分。然而缺點則在於有可能因為類推方式所涵蓋的可能性太少，應而無法完全的解決複雜性所帶來的壓力問題。

而本文於第四章所提出之修正版國家標準說之見解，亦即新增國家不應對於自己所創造之外部處境，要求人民負起違法之責任之負面列表條件。此負面條件可以使得系統面對溝通中所新形成之規範期待，並且針對社會系統中一連串失望所引起之社會動亂事件得以予以完整而一次性的撫平其失望。換言之，促使法律系統以外之其他系統隨之調整，以共同維持社會系統之穩定。本說之缺點則在於，次系統間之壓力可能無法順利整合，比如說法律系統對於社會抗爭運動之行為皆分配以法之標示，可能引起政治系統的大幅度動盪，各類的抗爭活動紛起，因此將使得政治系統陷入極大的壓力之中，而政治系統即可能為了防止此種狀況的發生，而給予法律系統強大的抵制壓力。最終，法律系統也可能因為全社會的各種功能需求而妥協。

然而從真相/非真相的角度觀察，本修正說同樣揭露了法律系統所面臨之壓力之方向，換言之，由於其他次系統運作失當，最後施加壓力於法律系統，藉以穩定秩序之企圖，法律系統縱然最後抵抗不住龐大的環境壓力而妥協，終究使得社會溝通中之不正義真相隨之揭露。

#### 第四款 小結

	行為人標準說	新社會防衛說	平均人說	國家標準說	憲法標準說
對系統之優點			使得系統得以增加化約之彈	使得系統得以視其自身需求	同左，並且得以將系統之壓力

			性，並且隱藏其自身之弔詭	以調整無期待可能性之程度	藉由憲法丟回其它次系統身上
對系統之缺點	難以操作，將使得其自身限於極大的壓力之中	同左，並且有排斥規範之傾向		操作標準不明，可能陷入套套邏輯。	其它次系統將給予強大力道的反撲壓力
揭露真相	對於心理系統之不可接觸一事予以揭露	同左，但是更為徹底的失敗	x	使得決定者為系統本身此事得以揭露	同左，並且可以將壓力來源於其它次系統(環境)一事揭露

# 第七章、結論



## 第一節、三個方向的歸納

首先，我們從第二章中對於社會抗爭運動事件的回顧可以發現，社會抗爭運動的核心在於一個社會不正義的現象發生，而身處於此處境中的人民，常常因為申訴無門或者得不到實質救濟，最後只能以身體上街不惜違法之方式，獲取社會的關注。而導致此種社會不正義現象的發生，我們從楊儒門案、反風車案、關廠工人案至 318 學運佔領事件中可以發現，未盡監督責任或者逃避責任的政府實應負起相當之責任。比如說對於環境評估標準的草率與未加認識，最後導致了英華威得到距離居民約 150 公尺距離的開發許可。或者關廠工人案中以勞動部允諾以代償性質給予工人貸款，卻於 16 年後出爾反爾，反過來以借款性質向工人們追討該筆貸款。而論當年中小企業爆發倒閉、捲款逃逸之風暴，又根本的係出自於政府未對於中小企業盡到監督之責任。

因此，從社會如何發生不正義的角度出發，我們可以發現該等社會抗爭運動事件的發生源頭，率皆由於政府失職、決策顛預之下，造成人民處於一個現行法制下責任未明的漏洞之中，而此漏洞將使得人民產生重大損害。最後人民在訴諸政府失效又救濟無門之下，便只剩下其唯一可能有效的手段，亦即社會抗爭以爭取注意。此為第一個面向。

其次，從期待可能性的憲法意涵來看，所謂「法不應強人所難」如果違反的話，也代表了即將課以人民可能「無法完成的要求」。此種可能無法完成的要求，一方面完全的違反了社會契約的目的，而侵害了在社會契約下應被法律同等保障之人性尊嚴，另一方面將產生一種劃分效果，使得一部分的族群客觀上有可能完成法之要求，而另一部分之族群則客觀上無法完成此法之要求，此種劃分，無疑的

亦違反了憲法平等權之保障。另外，對於前述的第二章所述及的社會不正義現象而造成人民違法狀態，國家以刑法將以處罰一事，本文認為從憲法角度，亦同樣違反憲法二十三條比例原則之保障，蓋對於因為政府失職或者缺乏誠信之行為，最後導致之人民違法行為之發生，其有效達成使該種行為不再發生之手段，應係將源頭亦即政府之失職行為予以消除方為答案，僅僅將處於此種處境中之人民一再的隔離，逮捕，並不能真正使得此種現象不再發生，換言之，即不具目的與手段之間的關聯性而不符比例原則之要求。此為第二個面向。

其三，從第五章及第六章之盧曼系統論之角度分析，我們可以發現「期待可能性」具有可以有效穩定法律系統之機能存在，當法系統意識到心理責任說將造成法律系統無法進行責任歸屬的真相與以揭露時，以新增期待可能性為責任要素之方式，在規範責任論的形式之下，可以有效的使得一些分配不法符碼將導致系統受到環境極大壓力之事件，可以藉由期待可能性，彈性的以綱要化的方式重新依據環境及自身的複雜性決定是否應該分配不法標示，而可以適時的調節系統之壓力。比如說在癖馬案之中德國帝國法院即可藉由期待可能性的調節機能，而將該案被告宣告無罪，一方面可以避免宣告有罪將帶來的社會龐大的抵制司法的聲浪，另一方面也可以保留對於在每一個個案之中仍然宣告有罪的權利。也可以認為係一種「藉由無期待可能性而無罪的存在，而給予因為有期待可能性而應有罪之正當性基礎」。

而從對於期待可能性標準的討論我們可以發現，國家標準說首先揭露了期待可能性的結構應由期待者以及被期待者二者組成之正確之觀點，此點從系統論的角度觀之，也可以由「期待」與「期待的期待」係一組反身性結構得到共鳴；另外從法系統的運作觀之，本來法系統的決定及係由其自我指涉以及異己指涉後之結果，換言之，其同時參考外部環境以及自身所具有的複雜性以及結構，而最終使得特定可能性實現，此種自我參照性，基本上也就是對於法秩序的全體進行參照，亦言之，國家標準說實際上應該是一種法秩序標準說，而由法院進行法秩序全體的判斷以決



定標準，所謂國家標準說會導致國家主義此種說法，應屬誤解。

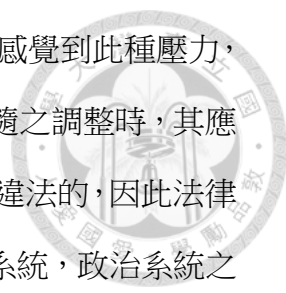
因此僅從一方出發的行為人說與平均人說固然也有其揭示真相（前者）或者調節複雜性（後者）之好處，然而國家標準說可說是兼具此二優點，一方面揭示了期待之結構之存在，使得邏輯較為一致，並且使得國家標準說真正之運作方式亦即法秩序全體參照性被得以被認識到，另一方面亦同樣具有由國家法秩序調節之二元符碼分配之好處。

承上三個方向的歸納，本文因此提出了期待可能性的新形態標準，亦即「法秩序標準說」之看法，其內涵主要係認為，期待可能性之標準應該回歸法秩序整體，而先正面由實證法中刑法分則之規定進行等者等之之操作，並且基於法秩序的最上位為憲法，且期待可能性本身亦具有憲法意涵，因此亦須參照前述期待可能性之憲法意涵加以判斷。因此，如期待可能性之中之外部情狀參數，亦應進一步探討是否符合憲法之要求。比如當外部情狀之產生與國家行為具有相當因果關係時，則國家若以刑法加以處罰將違反比例原則，則在刑法依照期待可能性之機能要求及應認為此種由國家行為所產生之外部情狀所生之違法行為應不具有期待可能性。可以整理如下：

外部情狀未受國家介入	外部情狀國家介入
參照實定法中之阻卻/減免責任之規定進行期待可能性外部情狀之類型化，並以等者等之之方式補充之。	分析外部情狀之成因，該情狀不可與國家行為具有相當因果關係。

## 第二節、從系統論角度再觀察法秩序標準說

從系統論的角度，所謂期待可能性，也可以說是一種新的規範上的期待的形



成，當新的規範上的期待形成之後，政治系統與溝通系統中已經感覺到此種壓力，因而可能藉由政治系統向法系統進行激擾，但是法系統卻尚未隨之調整時，其應如何調節此種壓力呢？比如說在過去的時代中罵總統的行為是違法的，因此法律系統依照其程式即將分配不法之標示。然而當環境改變，教育系統，政治系統之改變已經使得溝通中形成新的規範上的期待，亦即「罵總統是正當的行為」的新的期待產生後，法系統可能即無法察覺而依然編派不法的符碼。最後的結果將是溝通中的失望大增，甚至可能出現社會抗爭運動。因此，本文認為責任論具有考量個案之性質，並且通過新增期待可能性之結構將可以有效的去調節前述新產生規範上之期待卻無從藉由系統運作考量的情況。期待可能性本身就是使得綱要化重新排序的一種方式，使得系統可以去考量環境以及其他次系統給予的壓力，以在二元符碼之外更考慮第三值，及其他利益。

另一方面，藉由法秩序標準說的設立，憲法精神可以有效的被考慮進去期待可能性的判斷標準中，而重新將人權保障至於第一位。由於憲法屬於政治系統與法律系統間之結構耦合，也因此於期待可能性中可以更同步的認知到政治系統所傳來的激擾，而可能可以更快的使法系統對於此種壓力給予適當的反應，以避免失望的大量增長。

最後，由法系統所生產的具有法／不法性質的元素，其本質上仍然為一種溝通。當法系統中的溝通中包含了對於社會正義與否的判斷時，即可能在溝通系統中慢慢形成人權意識之「結構」，藉由「結構」一點一滴地在溝通中形成，法系統或社會系統中才更有可能性的產生更多對於人的形象的正確的描述與包容，進一步也才能使得系統中的行動者重新認知到其自主性，並且在溝通中去保有對於人性論述的自主空間。

### 第三節、結語



面對系統的自身運作性，以及社會系統必然必須面對的龐大複雜性，如果想要使得法律系統完全的與政治系統相分離，或者使得法律系統揭露並承認世界的真相，也許我們必須依靠那麼一點運氣。在每一次社會不正義的事件中，不斷的以社會運動的方式來發聲，製造溝通系統中之新訊息以促使其自我再製。並且促使政治系統與法律系統妥協而調整其自身之「結構」。

如果沒有楊儒門、反風車、關廠工人的揭開反抗的序幕，再到 318 學運事件爆發的佔領動亂，也沒有本論文的誕生。我們尚且可以從上述事件中發現，當我們越發清楚的認識到系統中的隱藏的弔詭與真相，而越加激烈的加以對抗時，我們招喚出更多的真相與弔詭性。當我們越來越散佈真實的思想於溝通社群中時，就可以招致更多的隱藏系統自身的論述出現。因此，本文認為，請全國人民起身反抗吧，並且在過程中越來越靠近真實，即使可能遭遇極度的暴力與不正義，那卻正是使我們引導出真相的最好的方式—使其自我揭露。人的一生是會結束、消逝的，然而意義在文字媒介的幫助下卻可以使得曾經揭露出的真相斷片永遠留存在溝通之中，直到某個契機出現為止。

## 參考文獻



## 外文文獻

### 日文文獻

### 專書

內藤謙（1991），《刑法講義總論(下)I》，初版，頁 1204-1206，東京都:有斐閣。

### 中文文獻

### 專書

林山田（2002），《刑法通論(上)》，八版。台北市:自版。

林鈺雄（2011），《新刑法總則》，三版。台北市:元照。

蔡墩銘（2009），《刑法總論》，八版，台北市:三民。

黃榮堅（2006），《基礎刑法學(上)》，三版。台北市：元照。

黃榮堅（2006），《基礎刑法學(下)》，三版。台北市:元照。

洪福增（1982），《刑事責任之理論》，初版。台北:刑事法雜誌出版社。

陳子平（2005），《刑法總論(上)》，初版。台北:元照。

張明楷（2002），《刑法的基本立場》，初版。北京:中國法制出版社。

陳榮華（2013），《形上學理論與批評》，初版。台北:五南。

洪福增（1988），《刑法之理論與實踐》，二版。台北:刑事法雜誌出版社。

盧映潔（2011），《刑法分則新論》，四版，台北：新學林。

高宣揚（2002），《魯曼社會系統理論與現代性》，初版。台北:五南。

杜建榮（2012），《盧曼法社會學理論研究—以法律與社會的關係問題為中心》，初版。北京:中國法律圖書出版社。



## 譯著

Donatella della Porta/Mario Diani(著)，苗延威(譯)(2002)，《社會運動概論 Social Movements: An Introduction》初版。台北:巨流。

Marc Ancel(著)，盧建平(譯)(1990)，《新刑法理論》，初版。香港:天地圖書。

大塚仁(著)，馮軍(譯)(1993)，《犯罪論的基本問題》，初版。北京:政法。

Georo Kneer/Armin Nassehi(著)，魯貴顯(譯)(1998)，《盧曼社會系統理論導引》，初版。台北:巨流。

Niklas Luhmann(著)，國立編譯館(主譯)，李君韜(譯)(2009)《社會中的法》，初版。台北:五南。

## 期刊論文

張嘉尹(2014)，〈保衛共和國!—318學運的憲法學詮釋〉，《台灣法學雜誌》，第245期，頁59。

林鈺雄(2014)，〈基於憲法及公約之類似緊急避難-初探公民抗爭運動的刑法評價平台〉，《台灣法學雜誌》，第247期，頁99-100。

- 許恒達，〈服貿抗爭的刑法議題〉，《台灣法學雜誌》，第 245 期，頁 63。
- 黃榮堅（2014），〈國家統治技術演進下的抵抗權概念--兼論其刑法評價上的作用〉，《台灣法學雜誌》，第 249 期，頁 106。
- 蔡聖偉，〈公民不服從 I 抵抗權的啟動及界限—解析 318 進駐國會議場事件學術研討會〉，《台灣法學雜誌》，第 247 期，頁 135。
- 陳友鋒（1994），〈期待可能性-實務見解之巡禮(四)〉，《軍法專刊》，第 40 卷，頁 28。
- 張麗卿（2008），〈期待可能性在刑法的運用〉，《東海大學法學研究》，第 29 期，頁 74-77。
- 陳友鋒（1994），〈期待可能性-判斷標準之再檢討(上)〉，《軍法專刊》，第 38 卷第 5 期，頁 23。
- 楊照崑（1995），〈遺傳環境與基因〉，《數學傳播》，第 19 卷 2 期，頁 6。

## 學位論文

- 江文宗（2009），〈論市民不服從的正當化理論與實踐〉，國立台北大學法律學系碩士論文。
- 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。
- 吳建昌（2000），《刑法責任能力之研究，法學與精神醫學之交錯》，國立台灣大學法律學系碩士論文。
- 陳友鋒（1993），〈期待可能性-刑法上地位之回顧及展望〉，私立輔仁大學法律學系碩士論文。