

# 民事調解理論與技巧— 100個重要問題

作者：古嘉謨、黃世芳、林怡芳、陳希佳、鄭曉如  
出版：2011年1月  
訂價：280元

在實踐法律文教基金會及中華民國仲裁協會所屬爭議調解中心的贊助及支持下，推出國內第一本關於民事調解理論與實務運用技巧的入門書。本書，以國際間調解的主流—促進式調解—為主軸，依序就「調解基礎知識」、「調解人的選任」、「調解人的角色」、「調解程序的進行」、「調解程序的結束」及「中華民國仲裁協會爭議調解中心的組織、功能及運作」等，以淺顯易懂的用語，整理出100個重要問題，並附有詳細的流程圖與檢查表，使讀者能一目瞭然，迅速掌握調解理論及實務運用技巧的全貌。

本書內容理論與實務兼備，除可提供有志擔任調解人之參考書籍外，對發生糾紛而考慮利用調解程序解決紛爭者，亦是一本必備的實用好書。

叢書系·寰瀛·本土法學系列

## 公司治理與董事高權

作者：陳錦隆  
出版：2011年6月  
訂價：350元

「董事高權」係以公司法為基礎之公司治理模型，建構一個金字塔式之階層結構組織，其頂端並非個人，而是一個小型之共同工作團隊。此模型導出本書各章探索之主題：公司之決策為何依授權，而非依共識行之？為何公司授權經由科層組織執行？換言之，大型公司藉由被建構成官僚式科層組織獲取甚麼剩餘利益？為何公司之最終決策者為集體，而不是個人？為何所有公司成員中，只准許股東擁有表決權與董事選任權？惟股東所享有之公司控制權為何受限制？又董事之決策為何受「股東財富最大化」規範？

此等公司治理之顯著特徵，乃為本書研析之對象，作者以「董事高權」模型解說此等特徵為何存在、提供其規範理由、並就治理實務未來之變化是否得以有效預測為論述。

## 特別企畫

# 靜坐與強制罪、妨害公務罪： 公民抗議的憲法保障與法律界線

### 【企畫說明】

2013年12月24日，「台灣苗栗地方法院檢察署檢察官聲請簡易判決處刑書」出爐，有20人被起訴，並且聲請簡易判決處刑，為的是被告在同年4月29日參與「苑裡反瘋車運動」，於通威公司預定的工地靜坐、抗爭。這樁靜坐抗議事件是否應以刑法的強制罪相繩，在法界引發熱烈討論與連鎖反應。台大科技整合法律學研究所在第一時間舉辦以「靜坐與強制罪、妨害公務罪：公民抗議的憲法保障與法律界線」為題的座談會，對於此項攸關台灣人權保障與憲政法治的議題，進行深度對話與探討，意義重大。本誌經得主辦單位的同意，將該次研討會的發言記錄，進行重點文字重現，以饗讀者，並供反思。

時 間：2014年1月7日

地 點：台灣大學法律學院霖澤館7樓第一會議室

主 持 人：黃昭元教授（國立台灣大學法律學院）

與 談 人：蔡宗珍教授（國立台灣大學法律學院）

許家馨助理研究員（中央研究院法律學研究所）

薛智仁助理教授（國立台灣大學法律學院）

主辦單位：國立台灣大學科際整合法律學研究所

主辦單位刊登說明：以下與談人蔡宗珍教授、許家馨助理研究員，及與會黃榮堅、謝煜偉教授的發言紀錄，是以當天發言為基礎整理後，經四位教授實質補充修正而成，並非逐字整理，而是更完整的意見陳述。薛智仁助理教授的發言，則經薛教授本人改寫成「淺論公民抗議的刑事法問題」專文一篇，置於本次座談會紀錄之後。謹此特別感謝五位教授的參與及用心。

黃昭元教授：

本場講座是由台大科法所主辦，討論的議題是靜坐與刑法強制罪和妨害公務罪之間的關係。副標題所表達的是，我們除了從刑法的角度切入外，也希望能加進一些憲法的思考。首先，請先容許我對本場會議做些背景簡介，並扼要介紹今天的與談人。我們之所以會選這個題目來探討，主要是因為國內社會運動與公民活動一直都會面臨刑責問題，只是在過去大多是以違反集會遊行法被起訴。但這幾年來，漸漸看到檢方以強制罪、妨害公務罪等起訴，甚至還有侮辱公務員或侮辱公署罪。但主要仍是以外強制罪及妨害公務罪較常見，這是我們今天以這個題目為主題舉行座談會的主要考量。之前在關於關廠工人臥軌案的研討會中，許澤天教授及林鈺雄教授也會針對相關的問題討論過，並已刊登在台灣法學雜誌上。我翻閱了一下，發現比較多是集中在刑法層次的討論，我們今天則希望能加入一點憲法上的思考，譬如憲法言論自由與刑法解釋間的關聯。以上是第一點說明。

第二點，我們今天的議題並不打算處理所有的公民抗議或公民不服從的手段，而是集中在「靜坐」。當然靜坐本身也有不同的態樣，進而產生不同的問題。靜坐做為公民抗議或公民不服從的手段，不只出現在我們國內，在國外也很常見。從上個世紀印度甘地的不合作運動開始，靜坐就已經是常被採取的手段。1950到1960年代的美國民權運動，尤其是馬丁路德金所領導的運動，乃至於1960至70年代時美國的大學生抗議運動（如柏克萊），大規模的靜坐都是經常出現的手段。近年以來，以德國來說，2010年出現的斯圖加特（Stuttgart）21，及前2年流行的佔領華爾街運動等，都是以靜坐作為抗議方式。在台灣早期的公民運動中，如1990年野百合的學生靜坐，2008年的野草莓，乃至於近兩年來，如

2013年818拆政府行動所發起的占領內政部行動，都有靜坐活動。在實務上，無論是大規模或零星個案，靜坐作為不服從的手段其實是相當常見的。而這個普遍出現的抗議手段在憲法以及相關法律間所引發的問題，應有進一步澄清之必要。

第三點說明是關於今天的與談人。今天在場有兩位是憲法學者，另一位是刑法學者。本來應該選有一位刑法學者，但最後因時間關係未能出席。如此安排的目的，是希望從憲法的觀點來談靜坐此一手段與言論自由、乃至於其他憲法權利的保障，及其相對應的刑罰解釋問題。從強制罪或妨害公務罪的角度出發，此一議題不會是法律本身違憲的問題，而是法律解釋與適用的問題。衆所皆知的是，在法律解釋上有所謂的合憲性法律解釋。普通法院在適用一般法律時，仍應做出符合憲法意旨或最接近憲法意旨的法律解釋。這正是今天研討會的主要目的所在。接下來扼要介紹今天的三位與談人。第一位是在我左手邊的蔡宗珍教授，她是台大法律學院教授，主要的教學及研究領域是憲法及行政法。再過去的左邊則是許家馨老師，他目前是中研院法律研究所助研究員，其主要研究領域是憲法、政治哲學，尤其是以言論自由為重點，這兩年也有做與刑法相關的研究。在我的右手邊是台大法律系新進的年輕老師薛智仁助理教授，其主要研究領域為刑法。蔡宗珍和薛智仁教授都留學德國，許家馨老師則是留學美國。因此他們如果從比較法的觀點切入，應該會從德國法與美國法的視野同時探討。

最後要特別提的是，今天很驚訝也很驚喜的看到黃榮堅老師及謝煜偉老師的到場，他們都是研究刑法的老師。等一下除了三位與談人以外，也很希望台下的先進，特別是黃老師，能給我們一些指教。

## 【與談】

蔡宗珍教授：

主席黃老師、在場各位先進大家好。如果「自由」不是口號，那麼自由的實踐就不會是輕鬆愉快的事。要享有自由，便得付出「容忍」的代價，只有容忍他人的自由，才能保有自己的自由。所以自由與多元價值、自由與容忍基本上其實是連體嬰，若其中自由沒有容忍，或光只有容忍而忽略自由的目標，都不可能足以成就一個自由與民主的社會。自由也得要有責任，要懂得為享受自由負責。真正的自由其實是相當奢侈的，得要人民擁有享受自由要承擔責任並尊重容忍別人的自由，才能有書本、口號以外的實踐的自由可言。也因此，我得容忍自己所不喜的聲音與主張：明明上班趕時間，也必須容忍並尊重示威遊行活動所造成的交通阻塞。這其實是自由很深沉的涵義：如果沒有多元的價值與聲音的存在，不可能有自由的開展。而自由與容忍也是民主社會中重要的基石，沒有一個以自由人為本質之精彩、多元乃至於對立的衝突與對話機制，是不可能成就自由，也不可能運作真正的民主制度。

自由與容忍的分際，最後不得不仰賴法制與司法來做理性的調節與個案界分。所以，沒有憲法意識、自由權認知的法曹人員，不會有真正自由的國度，自由兩字只會成為政權圈養的寵物，高興時叫出來溜一溜。尤其是涉及國家刑罰權之行使的檢察官與刑事法官，如果沒有充分的憲法與人權意識，沒有自覺地立於憲法之下解釋適用法律的基本認知與法治素養，那麼講憲政、講人權，恐怕都是緣木求魚。然而，很遺憾的是，雖然我們有大法官作為憲法的維護者，看起來似乎可以仰賴大法官護衛我們的憲法價值，但卻因為欠缺體制上的裁判違憲審查制度之故，我們法官在判決中所呈現的憲法意識與憲法認知狀況基本上是無法在體制上直接受到審查控制的。今天在此所要進行的

討論，正也跟法曹人員自外於憲法價值體系的困境有關。

表意自由作為自由人與民主制度最根本的前提，其意義與價值更應該是所有法曹人員應念茲在茲的重要憲法理念。一言堂、價值專斷、欠缺多元價值觀，不可能成就真正的自由與民主。凡是涉及表意自由之行使的行為，法曹人員均負有義務取向於憲法價值，在充分尊重憲法自由權之保障下為法律之解釋之適用。靜坐示威、拉布條等，用人身體語言、動作來表示意見，這是不折不扣、清清楚楚的言論表達行為，是典型的憲法言論自由所保障的範圍。不論是人身肢體語言、語言文字表達、人身行動表現等等透過人身肢體五官所為的單純言論表達，尤其是以人身為符碼來表現意志，如從頭到尾不發一語地靜坐於此，或用自身之身體來宣示某些理念，這當然是屬於受保護的表意行為的範疇。而這樣的表意行為的動態化表現，便是集會遊行；但集會遊行自由在我國因為——當今上位者喊口號喊得很多年，要修改這部惡法至今卻毫無動作，第二任都快做完了還是沒有任何修法行動——集會遊行法，其憲法上的意義不是憲法所明文的集會結社自由而已，而是集會遊行權／自由，它基本上保障的是一個動態的、集體地形塑人民意志的表意形式，故當然屬於表意自由中重要的一環。這些表意自由，無論是靜態的、動態的，透過肢體語言、透過文字符號所展現的表意活動，如果未使用任何器械工具，沒有使用物理性實力，縱使對他人造成心理上的負擔或道德上的壓力，這豈不是表意活動本來要有的效應？這本即是言論表達的效應所在，「一言興邦，一言喪邦」講的不就是這樣可以穿透銅牆鐵壁、睥睨庸碌的言論力量？如果表意行為展現下，立場對立者因此在心理上受到牽制，例如有人坐在車道中間不願撤離，車輛駕駛者如果不想要避過該人造成傷亡，或者只是不敢以人命作賭，因此停下車甚至主動退讓，這也正是該駕

駛面對自己的情意理智所做的自主決定，這樣的表意與意志之相互作用，都應該是被接受與容忍的行為，這與暴力相向差去何止千萬里！言論自由之內涵，本身就蘊含了透過各種形式的言論表達去影響別人，並帶動心理上無論是認同或對立的辯證、思考的討論，而這也才能夠成就一個以自由為機制的民主社會。因此，言論活動所表現出來的，如果造成他人心理上的強制，譬如有人靜坐在通衢大道上，因為他坐／站在那邊，無法施以強力移動，通行車輛被迫必須在他之前停下來——這樣的情形不是一個人杵在馬路中央，拿著槍對著車輛——在這邊僅僅是一個精神作用互動的結果：所以今天駕駛者因為不敢輾過抗議者，不敢因此就拿人命作為賭注，因為不管出於教養或道德觀而認為他必須將車子停下來，乃至於必須要撤退。這個部分，我們必須好好深思，像如此我們所謂單純之靜坐示威的抗議形式，難道不是言論自由本然性的一個效應嗎？言論自由所追求的不就是這個心理上所產生的影響嗎？

我們可以來看看德國對此類的憲法思考。德國有三則皆針對這樣的公民抗議形式是否該當刑法強制罪處罰規定的問題所為的聯邦憲法法院判決。第一次的靜坐封鎖判決（BVerfGE 73, 206）是 1986 年時針對反核武設施的靜坐示威參與者遭以刑法強制罪判刑所的憲法訴訟所為，爭議的焦點在於德國聯邦最高法院歷來將刑法第 240 條第 2 項的「實力」（Gewalt）概念擴張解釋為包括幾乎不費體能的「心理性效應」（psychische Einwirkung）在內，也就是將「實力」意涵「賦予精神化意涵」（Vergeistigung）或「去實質化」（Entmaterialisierung），是否違反了基本法第 103 條第 2 項「行為之處罰，以行為時法律有明確處罰規定者為限」，尤其是司法實務的擴張解釋結果是否違反法明確性要求。當時聯邦憲法法官們對此因 4 票對 4 票而未能做出憲法法理上的判斷。1995 年德國聯邦憲法法院再度對

單純靜坐封鎖行為是否構成刑法強制罪之處罰要件作成第二次的靜坐封鎖判決（BVerfGE 92, 1），這一次聯邦憲法法院清楚的宣示，單純透過靜坐等肢體表現而無物理性實力所為的靜坐封鎖行為，並不構成強制罪中的行使實力的要件。刑事判決中將刑法第 240 條第 2 項的「實力」概念擴張解釋為包括心理性強制在內的法律解釋，違反了基本法第 103 條第 2 項的法明確性要求。2011 年第三次的靜坐封鎖判決（BVerfGE 104, 92）則是更細膩地進行類型化思考，結論上認為帶著鎗子去示威遊行，並用鎗子將示威者綁在一起，或者帶一大票人將車子開上高速公路，然後棄車而逃導致通衢大道嚴重回堵的情形，已不能說不具實力手段。從憲法法理上來看，德國聯邦憲法法院是以取向於憲法的合憲性解釋態度論斷單純靜坐封鎖行為是否該當於刑法強制罪中的實力概念，認定單純地透過肢體動作表達思想主張，例如靜坐於車道，這樣的心理性強制效應不會構成強制罪所欲處罰的「脅迫」手段，自不該當強制罪構成要件。可以為我國借鏡的，正是此種要求法官應取向於憲法價值體系的法律合憲性解釋義務！在憲法的優位之下，法官解釋與適用法律當然都是要取向於憲法規範，以憲法價值為依歸的法律合憲性解釋與適用：特別是在刑事法官，雖然不像行政權（或跟行政權有關的行政審判權之運作）那樣一路走來都是法治國的頭號敵人，但大家不能夠忽略的，刑事法官所掌握的，是國家權力中對人民最嚴厲也最強烈的制裁，尤其是在我們這個仍有死刑制度的國家還可以透過法官之手，以國家之名剝奪人民的生命，因此，刑事司法權更必須戒慎恐懼的認知到作為對自由民主社會重要之基礎的表意自由對於法律解釋的意義與應受到的拘束。

接著回過頭來看我國刑法第 304 條強制罪規定的要件，「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨礙人行使權利」。這條規定與德國刑法第 240 條的結構並未有太大不同，我們還講的

更清楚，是「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨礙人行使權利」，在此很清楚可以看到，立法者並不是對所有的「妨礙他人行使權利」或者是「使人行無義務之事」的行為態樣都要入罪，而是清楚地限定在以「強暴、脅迫」的手段，而致「妨礙他人行使權利」或「使人行無義務之事」才要入罪。何謂「強暴、脅迫」手段？一個站在法律適用最起碼的立場就可以看到，「強暴、脅迫」這個概念越廣導致可以適用的型態越多，那當然這種「妨礙他人行使權利」以及「使人行無義務之事」包天包地的可以涵蓋所有以法制為經緯，所有人與人之間的社會關係，也幾乎就可以無所不包了。換句話說，國家的刑罰權便可以操縱法治社會中所有與人之間的權利義務，乃至於各式各樣的互動行為。更何況，在此若將「妨礙他人行使權利」中的「權利」極小化或矮化，也即此所謂之「權利」是否包含憲法上之權利？這個是我國作為憲政國家的老問題，法律中所談的「權利」有沒有包含憲法上談到的基本權利？刑法第 304 條中所談的「妨礙他人行使權利」中的「權利」，有沒有包含憲法上明文各種各樣關於人的自由權利？這個問題如果不小心忽略了，而陷入一個矮化權利概念的狀態，認為這個「權利」只能是法律層次的權利，這個問題就很大了。各位就可以看到一個寬廣的，毫無界線可言的「強暴、脅迫」概念，配合一個縮小、矮化的，甚至是帶色彩所篩選出來的「權利」概念，那麼這條刑法規定即可能藉由無心乃至於無知的法官之手而扼殺民主自由憲政之精神層面的基石，憲法所保障的許多價值也有可能就因此葬送。

以我的觀點，從憲法的角度，無論如何也无法理解，「強暴、脅迫」這個刑法概念，可以毫無商榷餘地地擴張到純粹精神性的效應或心理強制。如果把「脅迫」理解成寬廣的，只要帶來精神上強制的效應或是影響相對立者的意志因而受到牽制，我們就認為是屬於刑法第

304 條「脅迫」行為的話：那我們便可以聲稱，所有的言論表達中曾經可以有的張力與渲染力，且能夠動人心魄的言論表達，只要言論所欲針對的對象享有被干擾的權利在，恐怕都可以以強制罪來相脅了。刑法強制罪的強暴脅迫手段作為構成要件，真的可以理所當然地為如此廣泛的理解嗎？如果真要支持這樣的觀點，難道不必有更深入、更精緻的論理來說明純精神性、心理性的牽制就足以該當強制罪構成要件嗎？

另外一個是在德國吵得很厲害，但在台灣也許會被輕輕放過的問題。如果立法者立法時用了「強暴、脅迫」這個要件，法律的操作者透過解釋的方式，在文字意涵中擴大了精神性、心理上層面的適用，請問這樣一個法律規定，還能夠該當我們——憲法雖未明文規定——但在刑法中有明文規定的「行為之處罰，以行為時法律有明文規定者為限」之要求嗎？這是人民可能預見的嗎？原來「脅迫」這個中文詞，可能去翻康熙字典還不夠，還得去揣測台灣獨有判例制度之司法字典來解讀什麼叫做「脅迫」。這是一個在憲政國家中可能支持的法律解釋之方法嗎？當然這部分稍後會有刑法專家為我們解惑，但我站在一個憲法學者的立場，我無論如何都沒辦法接受與認同，刑法的「強暴、脅迫」概念，可以「理所當然」地包含沒有任何工具、沒有任何外力憑藉、沒有任何物理實力之下，僅僅因為言論表達內容可能是肢體動作、言說表現，而造成相對立立場之人的精神上、心理上或道德性的牽制作用；我無論如何都沒辦法接受「脅迫」的概念「不言自明」地可以擴張到這種地步。請讓我們回憶一下當年六四天安門事件傳遍全世界的那張一位年輕學子站在坦克車面前，阻止坦克車前進的照片！這樣赤手空拳的面對坦克車的畫面，當時我們傳頌的價值是什麼？我們解讀的意義是什麼？像這類的赤手空拳言論表達表現，可能有些表意內容是你我所不喜的，可能那只是

小衆的意見，很可能它也是帶有挑釁性的意見，但是，沒有任何肢體衝突、拉扯或暴力相向的情況下，我們不應該承認這就是言論自由嗎？立場敵對者不是應該容忍這樣的非暴力、和平表意行為嗎？

順便要提一下的是我們法曹人員的心態。引發這個研討會的背景爭議，檢察官以一份極其簡略的起訴書聲請簡易判決處刑，這實在令人驚訝不已。首先，檢察官自己也指明，在發生爭議的工地現場並未發生任何肢體衝突或拉扯，但是檢察官仍舊以強制罪起訴一千在場示威靜坐者並且聲請簡易判決處刑，這個聲請書暗示了什麼？是說這件事太清楚了，法律爭議並不大，所以簡易判決處刑即可，程序一切從簡：法官甚至可以決定不用傳喚被告出庭逕為判決。我在想，天啊，在德國要用三次聯邦憲法法院判決長篇大論論述的問題，在我國，不但檢察官起訴書幾無理據可言，還認為簡易判決處刑就夠了？這是一個號稱自由、民主、法治的國家可以接受或容忍的態度嗎？再者，起訴書中，檢察官引用了最高法院 28 年上字第 3650 號判例，強暴手段無須以受害人達完全受壓制為必要云云，作為最主要的論述理由。姑且不說這個判例要旨是否真可以支持單純靜坐示威行為該當強制罪的強暴脅迫要件，我認為其中尚大有討論空間（該判例中並未談到強暴手段是否擴及於心理性強制效應），只以這個判例是源自民國 28 年、尚未有憲法年代的一個判決這一點來說，有多大能耐可以成為前面所談的靜坐示威作為言論表意形式所引發的刑法法律解釋適用問題的準據？不但是現在看得到的檢察官起訴書中的主要理由，說不定還會成為法官判決書中最主要的有罪判決依據。距離該判例 70 幾年後，當我們好不容易從威權、從不知憲法為何物的年代爬出來，當我們刑法在面對這麼這麼重要的憲法價值之思辨的時刻，我們竟然要用 28 年的這個判例，來論斷在 21 世紀的今天如果有人示威靜坐且未使用

任何暴力，是否該當於刑法所要處罰之行為？

最後想簡單談一下「妨害公務」這個概念。「妨害公務」這個帽子很容易就加諸於社會運動、異議者乃至於屬於人民這一方的表意活動者的身上：可是什麼叫做妨害公務罪？基本上刑法第 135 條的妨害公務罪，以及第 140 條的侮辱公務員及公署罪，其實很清楚是要「依法執行職務」為前提要件，而刑法 135 條如同強制罪般，亦限於施行強暴脅迫之行為。所謂「依法執行職務」，在警察，必須是正當行使警察權之情形，基本上應先該當於行政法上的危險防禦要件，絕不是警察到場即具有施行警察權的正當性，而可主張其乃執行職務，進而對為其所不喜之表意行為的人民，即可訴諸妨害公務罪。警察權的啓動有嚴格的法定要件，不是警察應一方的要求到場就算依法執行職務，必須要有正當執行職務之權限，此等要件也必須在妨害公務罪的脈絡下由個案刑事法官予以審查。

#### 黃昭元教授：

謝謝蔡教授的精彩發言，她剛剛主要是從憲法上表意自由的保障說起，然後連結到刑法強制罪「強暴、脅迫」要件的解釋。蔡教授認為如果對「強暴、脅迫」擴張解釋到包括單純的心理上影響之強制，會是一種違憲的法律解釋。這和美國憲法上所謂的法律涵蓋範圍「過廣」(overbroad) 的概念類似。這裡涉及的不是法律明確性的問題，而是解釋適用之射程範圍過廣的問題。最後蔡教授也提到了妨害公務罪在過去的實務操作上，經常忽略了「依法執行職務」中的「依法」必須要做實質檢驗，並不是警察在場就必然是依法執行職務。借用她剛剛所舉的例子，六四天安門事件的那位 Tank Man、擋坦克的人，在台灣就會被用妨害公務罪起訴了。雖然用妨害公務罪起訴應該是比後來失蹤好一點，但從法治國家的角度來講，我們的期待應該不會這麼低。

許家馨助研究員：

謝謝黃昭元老師的邀請，讓我得以在這邊以很短的時間內拼湊一些不成熟的想法。就我的理解，這場座談會主要是針對通案，也就是公民抗議的憲法保障與法律界線，儘管我們今天這個主題是從個案當中去引發出來的。我剛剛在聽蔡宗珍老師報告的時候，就不禁想到一句話，這句話傳頌很久，是一百年前美國 Louis D. Brandeis 法官引用當時芝加哥大學教授 Charles Henderson 的話：「如果律師不研究經濟學和社會學的話，那他很容易就成為全民公敵」(One can hardly escape from the conclusion that a lawyer who has not studies economics and sociology is very apt to become a public enemy.)。這句話我們稍微引申一下，律師、法官、檢察官乃至於所有的法律人，牽涉到所有可能侵犯人民財產、自由保障的人，如果不一個更高的意義上，也就是白紙黑字的法條以及平常學習法律的機構之外，若無法以一個更高的角度綜觀全局——特別是從憲法的角度——來思考問題的話，便很容易會做出一些不合時宜的判斷。我可以理解這位檢察官所為之事，但我並不認同這件事情應該要這樣處理，也就是起訴；但是我也知道他在做什麼，譬如說靜坐本身構不成強暴、脅迫？我覺得在某些情況下它當然有可能構成，今天如果我不爽我的鄰居，一天到晚開著車到處跑，因此我就把我們家的盆栽通通放在他們家的門口，讓他的車開不出來或是不小心車胎被刺破，或者說我就天天坐在他家前面，讓他的車開不出來，這當然有可能構成強暴、脅迫！那問題是在於說，如果你把這種一日常生活中一般刑法權行使，直接套用在今天我們所要談公民抗議之情況的話，就會出問題。所以撇開點似乎不是說檢察官不想遵守憲法，他事實上也想遵守法律，問題是如果你對法律的理解是這麼的狹窄，背後沒有一層更豐富的思考的話——就如

同我剛剛說的那句名言一樣——，你可能就會成為全民公敵而不自知。因為我的理解今天的研討會並非針對個案，所以我要做一些法哲學家可能比較討人厭的事情，我要從政治理論（也牽涉到一些憲法理論）中，推導出一些想法。我認為這件事情並非這麼非黑即白理所當然的，這也是為什麼一開始德國聯邦憲法法院還有 4 比 4 的可能性。但是我覺得，當我們走過一遍後，我看到這件事情確實不該用我們現在所看到的簡易處刑的方式處理。因此，就結論而言，我贊同蔡教授的想法。所以我把我今天所要處理的課題，做這樣的界定：面對公民不服從的行動，如果該行動妨礙他人正當行使法律權利，那麼國家除了透過行政的手段（如警察當場將其帶開），是否可以透過刑事的追訴，以刑罰權介入事後懲罰公民不服從的行動者？若加以起訴則法院應該如何處理？當然我並非刑法的專家，因此我期待有很多精細的問題能由薛老師來處理。因此，我想要處理的，是一些政治理論上比較基本的問題。而跟此一問題息息相關的另一個問題是：公民不服從的行動於何時會取得正當性？因此整理一下，我有兩個大問題，其一為，面對不正或不治的法律或政策所採取的公民不服從行動何時是正當的；其二則是，面對公民不服從國家應如何面對。

在討論這兩個問題之前，我必須先討論一個先決的問題，即作為憲法基本權的言論自由。我認為言論自由的作用不只是作為一個基本權，它在很多地方可能會滲透到我們對法律的解釋與適用，因此當我說作為憲法基本權的言論自由時，乃是指如果公民抗議行動屬於憲法言論自由的保障範圍的話，就表示公民抗議是公民的權利；權利即意味著國家不得加以干涉、處罰，甚至應該要加以保護。但是，我們可以設想一種狀況：我們或許不認為（譬如說反風車事件裡頭）國家應該進行追訴，但可以把抗議民眾架走，或者是以其他方式排除對於其他人之影響，這也意味著說事實上此處它

並不是一種基本權：不過我們對於言論自由的思考，有可能會滲透到事後我們應不應該將其以刑事追訴，或者是滲透進刑法的解釋適用中。因此我先暫時處理這個先決問題，因為如果抗議行動屬於言論自由基本權的話，我們便無需討論公民不服從的問題。因為它就是基本權且國家應積極的介入保障。

今天的題目是所謂的公民抗議，但公民抗議顯然是比公民不服從還要更廣的一個概念。而公民抗議當然可以包含合法的抗議活動以及刻意違法的抗議活動（也即公民不服從），如果是合法的話也就不用多談；因此重點即在於刻意違法的公民抗議活動與言論自由間，才會產生我們所謂討論的張力。而一個最基本也最廣為人知，對於公民不服從的定義，就是 John Rawls 的定義：「出於良心違反法律，以公開非暴力的方式傳達特定政治訊息的行動」。而憲法言論自由所保障的對象，當然是言論，但是言論只包括口語或文字嗎？當然不是！我們今天完全可以想像說，不只透過口語跟文字，乃至於透過某一行動來表達我的意思；但問題是任何行動不因為它有效傳達特定的政治訊息就自動受到最強烈的言論自由之保障，因為如果這是可行的話，那所有的政治恐怖活動（如暗殺活動）都可以受到言論自由的保障；但這顯然是行不通的。而這是一個極端。另外一個極端則在於，其言論是否會因為搭配某種政治行動就因此不受保障？當然也不是啊！所以我們今天所要談的，就是這個問題：真理往往在這兩個極端之間，而我們在這之間該如何去劃出這條界線？而我比較熟知的美國憲法，主要就是透過象徵性言論的脈絡，來處理這一相關議題。這裡有兩個面向應該考慮的：其一為，被違反的法律它本身的性質，是不是對言論自由造成過多的限制？在這個問題上面最著名的案子是 *United States v. O'Brien*，這個案子主要是牽涉反越戰人士燒毀其徵兵卡，而此一行為在當時屬於違法行為。而這個案子美國聯邦最

高法院認為：如果一個法律它所行使的權力是在憲法所容許的範圍之內，且該法律之規範並非針對言論之內容而設，象徵性的行動既含有行動的成分也含有言論的成分，若其規制目標並非針對言論而來的，且並不會對言論造成過多的壓抑，則是可以合憲的；所以剛剛黃昭元老師也提到說，如果強制罪或妨害公務罪本身抽象來看的話，或許並沒有違憲的問題。而另一個應被考量的面向是象徵性言論的行為態樣，最主要是在 *Tinker v. Des Moines School District* 案子中，在這案子中學生違反學校規定穿戴抗議臂章，像這樣子的言論法院認為應該受到保障，因為它基本上是被動地在表達其意思，並無妨礙到他人之自由或造成任何公共秩序上的打擾，所以法院認為這樣子的限制是違憲的。所以，會管制到象徵性言論的法律，本身的合憲性牽涉到兩個問題，一個是法律本身的性質，另一個是象徵性言論本身的行為態樣。就算法律本身抽象的看合憲，但是在美國憲法的脈絡下，如果行為態樣被定位是受保障的言論表達，也有可能該法規被判斷「適用違憲」（unconstitutional as applied）。當然，台灣的制度不容易操作「適用違憲」。如果我們今天只是把重點放在被違反的抽象法規本身的話，言論自由的取逕並無法直接去推翻我們現在所牽涉到被違反的法律之合憲性。但我晚點會提到，言論自由可能會從其他面向滲透進來。

接下來我要先暫時離開言論自由，討論公民不服從。我們先來假定，抗議者都是違法的，但從政治道德或很基本的憲法價值中，該如何看待這種違法行動？我們之所以這種行動需要受到討論，是因為在任何自由民主憲政秩序之下，公民基本上有遵守法律的義務，如果沒有這個義務，或者面對的是像中共那般的政權，我們也就無需進一步深究，那個就是革命權或抵抗權：直接拿槍桿子去抵抗，或許未必能成功，但在那種政權底下我是覺得一定是有抵抗權或革命權的。我們今天問題之所以會如

此棘手，是因為我們大致上是生活在一個還算正義的一一儘管在個別法律不見得沒有問題的一一法律體系之下，這時便有守法義務與道德信念之間的衝突，我們究竟該如何看待這件事情？

基本上，我要用德沃金的一段話為思考的起點，這段話是德沃金在發展其公民不服從理論時一段極有意義的話：「如果我們想要一個堅強而非空洞的公民不服從理論，那我們就不能夠妄想採取捷徑。公民不服從是我們政治經驗裡頭重要的特色，不是因為某些人的道德特別高尚而他人特別邪惡，也不是因為某些人特別有智慧而其他人特別無知：公民不服從的發生是因為我們會產生歧見，我們會彼此不同意，對事情有不同的看法。而這些歧見有時候可以是很深刻的，正如所有具備獨立思考且有正義感之人在重大的政治道德與策略上，自然也會產生歧見一樣。一個公民不服從理論如果很天真的就告訴我們：人們可以不服從於其所認為愚蠢或邪惡的法律及政治決策，而公民不服從之正當性若由此而來，則此一理論是無用的」。所以，德沃金的重點是在於，我們需要一套可以保障多元社會不同發聲的需要，但同時又可以不干涉彼此（特別是言論的自由），而這之間的分際到底該如何劃定？所以關鍵在於我們應跳出當事人的觀點，以第三人的觀點客觀的界定公民不服從的性質。我在這邊簡化了德沃金的理論，也同時參考了其他學者的想法，因此我區分了兩種型態的公民不服從：一種我稱之為傳統的公民不服從，另一種我則稱之為民主抵抗。

這兩種公民不服從大致上都是在自由民主憲政底下所產生的，但兩者間第一個差異在於其所欲達成之目標與性質不同，第一種的傳統公民不服從比如說馬丁路德金恩與民權運動，其處理的乃牽涉到民主憲政秩序底下基本的平等及自由權利。我所謂很基本的也就是很核心的領域，你可以想像到如基於種族、宗教或性別所為的歧視，這些皆是很根本的自由／平等

權的違反。而傳統公民不服從的目標，便是要挑戰這種在自由民主憲政秩序下很根本且嚴重的瑕疵。另外一種所謂的民主抵抗，則是針對這些基本平等自由權以外的公共事務，或非屬基本權的一般性權利，抑或是並非牽涉到個人的基本權利而是關乎國家政策，如服貿協議、核四興建或反對全球化、反對全球性的資本流動、經濟上的新自由主義等；基於此種重大公共政策目標所產生的抵抗行為，我稱之為民主抵抗。而之所以會產生民主抵抗，是因為我們對民主都會有一種特別的想像，這種想像不僅僅只是我們透過一套代議的程序——當然這套代議程序裡可能牽涉到其他問題——但是，我們之所以能夠說他有問題，那是因為在這些民主程序架構出來的也即表達人民集體意志的過程當中，我們有可能忽略某些東西，包括程序不夠完備、社會結構不夠公平，弱勢的、偏鄉的、邊緣的聲音很容易被忽略，所以這個民主體制建構本身可能便有一些問題，至於說我們所產生出來的集體決策，其民主正當性也可能有極大的問題，這些問題，我簡稱為「民主赤字」。基於這個問題，儘管不是牽涉的個人基本權利，我們仍舊可能站出來抗議。

而這兩者的區別，也牽涉到說社會對於不服從的手段之容忍可能會有所差異。我們可以大致上將不服從的手段分成兩種，第一種是德沃金所稱的「非說服手段」（non-persuasive approach），而以我直白的說法即為「直接到位法」；第二種手段則是「說服法」（persuasive approach），我則稱之為「促進審議法」。「直接到位」的意思是說，今天所採取公民不服從的行動，其目標便是要讓政府及多數人感到麻煩，基本上不需要訴求對話，比如說民權運動裡頭 Rosa Parks 就是要坐在白人公車的座位上，就是要直接矯正民主憲政秩序裡頭很根本的問題，而且就是要一步到位，做得好像你對我的限制不存在一樣；至於多數者要不要對話，則是另外一件事情。另外一種公民不服從

的目標所採取的手段，我稱之為「促進審議法」，這手段指的是我的目標並非一步就要到位（如動保人士以裸體之方式主張禁用皮毛），其目的在於吸引大眾之目光，並促使社會重新思考這個議題；至於之後思考的結果為何？基本上抗議者還是有服從的義務。所以這兩者的差別，當然是個概念上的區分，只是理念型，在實務上當然會有交叉混合使用不同之手段，但基本上我們必須要掌握，當我們常常很快速地去類比民權運動，和我們今日所碰到的民主抵抗行動時，我們必須要很小心，因為如果我們使用到錯誤的手段的話，很有可能即會傷害公民不服從的正當性。這個論點雖然在美國很多人支持公民不服從，但很多理論家在嘗試畫那個界線時，這都是一個很重要的區分。所以如果未能釐清這兩者，便可能以 Rosa Parks 的方法運用在民主抵抗裡頭，有時候手段可能會用過了頭。而這是我認為當我們在思考公民不服從時所應思考的一些問題。

接下來我要談的是，政府到底應該要如何應對？這個問題剛剛蔡老師其實也講很多了，我基本上認為：一、妨礙公務是一個很危險的法條，相當程度我是非常反對以這條規定去應對無論是民主抵抗乃至於傳統的公民不服從；因為妨礙公務（譬如警察）國家要站在哪一邊是國家可以決定，我如果選擇站在某一邊，則另一邊就是妨礙公務。所以這給了國家很大的空間去操縱這個法條以打壓反對者，而我覺得這個是很危險的<sup>1</sup>。二、強制罪則是一個稍微比較值得討論的東西，因為即便是德沃金在討論公民不服從的界線時，都會談到一個問題是：可能要以侵害他人權利為界線。假設強制罪真的是在處理「妨礙他人行使權利」這個問題，但是在這裡我覺得有一個很強的理由（當然還有其他很多理由），也即我一開始便擱置的問題：言論自由作為滲透進解釋刑法與理解

<sup>1</sup> 這個論點源於李建良老師，在此要感謝他的指教。

刑法時，我們需要做整體、全盤的考量；整體、全盤的考量是指：基本上我們行使刑法權，其實在大多數的情況，我們都預設了在這件事情上這個法益是需要被保護的，這件事情上的對錯基本上是清楚的，雖然所有做壞事的人都會有一些理由，但這些理由基本上我們都會認為說無法凌駕國家刑法使用之正當性。但是公民不服從卻是一個很弔詭的東西，他事實上超越了我們原先要行使刑法權的場合。今天我們之所以會發生公民不服從，是因為我們社會基本上是多元的，我們對與某些事情該如何處理有根本對錯不同的看法，若直接將刑罰權加諸於這類事情之上，其實根本無濟於事。其實很多朋友知道，我自己的刑罰理論其實是某種「溝通應報論」，而「溝通應報論」的意思是：今天面對一個犯罪行為，國家之所以要適用刑法權，是因為這件事情基本上是錯的，所以我們按照其過去之所為，課與應得之刑罰；而在這個過程當中最重要的是要透過刑法，去傳達國家／社會對他的譴責之意。但在公民不服從的行動裡，基本上是國家的正當性於某些情況下受到質疑，而最根本的問題即是社會中對彼此的不信任，以及紛爭解決機制的欠缺，或我們缺乏一個良好有效的機制去吸收各方的意見，而執行手段上又存有許多瑕疵。這些問題完全不是可以透過刑法解決的。

今天很遺憾會看到檢察官為起訴之處分，事實上在很多普通法系的國家如美國很多州，在其刑事追訴機制裡頭，有個很重要的觀念即是：prosecutorial discretion，就是檢察官享有是否起訴的裁量權；而這個裁量權不只包括考量犯罪事實是否微罪，事實上有時也會包含一些重要的政策考量，而我認為這種政策考量在我們國家事實上也會存在，並非因為我們不是普通法國家而就沒有這些考量。我們事實上可以看到這幾年以來，不論是集遊法或其他的抗議事件，即使牽涉公民不服從，也不是所有的人都被起訴。不過在此我要註明，我認為集遊

法相關條文很多是違憲的，加以抵抗有很高的正當性。侮辱公署、侮辱公務員等我覺得那個也都違憲所以我不想談了。今天之所以值得談是因為還有不違憲法律，但卻被違憲的適用。所以這時如果不能夠回到最根本的問題思考，言論自由基本上是一一正如蔡老師剛剛所提——民主憲政重要的基石，而言論自由權有一個很重要的面向，不只是能言所欲言、實現自我；我認為言論自由還有另一個重要的公共功能，也就是能夠建立一個公共論域／言論市場，在其中我們得以形成公共之決策。在面對很多時候我們可能會面臨到民主赤字，也即在某些公共政策上，程序有問題、參與者不夠時，我們便更需要越堅強的公共論域來討論這些問題，如果捨此途不走，而直接去行使刑法權；說老實話，我實在看不出來國家到底有什麼好譴責這些人民的。我們就是有歧見，這個歧見就是要坐下來談，我們就是要用更完備的行政程序來處理這個問題，我真的不知道有什麼好譴責這些人的。所以基本上我不認為這件事情是這麼非黑即白，但是如果將視野提升至足夠的高度，如果法律人願意用腦筋的話，願意將自身視野開啟的話，我們會看到說這個問題根本不應該用刑罰權來解決，而我認為應該要透過其他的機制。

黃昭元教授：

謝謝許教授的與談。許教授談的不只是靜坐，而是更廣泛的公民不服從的理論基礎、類型還有手段。許教授跟蔡教授所談的有點不同，蔡教授的重點是將靜坐放在人民針對國家之抗議，而許教授則是在一開始就有提到，有些靜坐抗議是發生在人民跟人民間，例如人民與公司、企業間的勞資糾紛或其他爭議。強制罪基本上是要保護個人性法益，而妨害公務罪則在人民對於國家的抗議上比較會用到的。但警察在處理私人間糾紛時，是否應保持中立立場？亦即蔡老師所提到的「依法執行勤務」究

竟應該如何解釋的問題，人民中有一方去叫警察來，此時是否即屬「依法」？警察如果理所當然的站在某一方，替其維持秩序，而另一方是否就當然有妨害公務罪的問題？這兩個罪名其實會連結到的靜坐所出現的不同脈絡，同樣的靜坐，在憲法保障、刑法解釋或法律界線上是否會有所不同？等一下可以進一步討論。

薛智仁助理教授：

薛教授當天發言內容經事後補充修正，請另見本期〈淺論公民抗議的刑事法問題〉一文。

黃昭元教授：

謝謝薛教授剛剛的與談。他提到德國法上手段與目的關聯性的實質合法性問題，法院可以直接引用基本權在阻卻違法事由這邊進行審查。如果從這裡進一步逼問，就是蔡教授剛才所提到的，靜坐抗議一方面是表意人的言論自由，但另方面也會涉及到被抗議對象的財產權、營業自由等基本權，在私人間的基本權衝突時，如果根據蔡教授剛才的意見，表意自由這時候是否仍具有其優先地位？還是這時要進入個案衡量？這是兩種不太一樣的思考方式。

蔡宗珍教授：

我補充一下，我講的言論自由是針對法官，法官人員有義務遵守法律、受憲法保障基本權的拘束，這是所有自由權防禦面向，而非客觀規範面向，刑事法院法官與行政法院法官是直接受到基本權的拘束，民事法院法官則還要取道於特殊的第三人效力理論，這是第一個前提。

在刑法第 304 條不違憲的前提下，法官的認事用法必須站在憲法之下，對於法律進行合憲性的解釋，言論自由是用來拘束法官的，法官在解釋強暴、脅迫時，不可能外於憲法的價值決定來做刑法法律規定的解釋適用。德國聯

邦憲法法院三次對於強制罪進行裁判違憲審查，其重心也在於此。第一次的憲法判決形成 4 比 4，關鍵的憲法問題是，如果聯邦最高法院對於德國的強制罪之強暴脅迫解釋包含單純的心理上強制，這樣的擴張解釋法律的規定是否抵觸德國憲法明文規定之「刑事行為之處罰以行為時法律有明文規定者為限」，核心的問題其實在這裡，即法官可不可以擴張合憲法律的構成要件意涵？第二次的聯邦憲法法院判決就正式的澄清，單純的肢體表意行為不會構成強暴；第三次的憲法判決就更為有趣，聯邦憲法法院不斷的在做類型化的工作，像示威者用鐵鏈串起自身綁在大門上必須動用大剪才能排除，或是將車輛棄置在馬路上人即離開，聯邦憲法法院認為聯邦最高法院認為這些行為構成強制罪是合憲的。

這裡的重心是法官必須於法律的解釋上取向於憲法，言論自由不是人民與人民間對抗的工具，因此我跟薛老師思考上有兩個很不一樣的地方。第一個是，我不贊成單純在違法性審查的階段來處理示威靜坐，我認為要先進行類型化，必須清楚的面對強暴、脅迫的概念，而不能夠當作理所當然，目前我看過的刑事判決都沒有對這個概念進行對話的，如果是單純示威靜坐的類型，法院應該要說明為什麼這樣是構成要件該當，必須作合憲性的解釋。第二個，在憲法基本權的保障之下，利益衡量是最後於用盡所有保障手段之後不得已才使用，這是受到德國影響下公法學者的一個基本認知。利益衡量之前必須要先做完所有憲法對於法官之限制，法律的解釋並沒有涉及利益衡量的問題。

### 【綜合討論】

黃榮堅教授：

主持人、各位在場先進好，我僅提供個人對這一個問題的看法供參考。剛剛提到的德國

聯邦憲法法院，很顯然希望透過強暴、脅迫這個構成要件的概念本身去限制強制罪的適用範圍，特別是針對靜坐示威、阻擋交通的這類型行動。這個技術符合蔡教授所說的，在進入利益衡量之前，有些具體的東西可以作為過濾的標準。基本上沒有錯，就刑法問題的解決而言，由於利益衡量涉及抽象價值判斷問題，所以有相當的難度，因此如果可以透過犯罪構成要件在文字上清楚的過濾作用來過濾犯罪，是最直接的處理問題的一種方式。不過刑法個別入罪問題是否都可以順利透過這樣的方式來做處理，可能並非一定。以我們今天所談的靜坐與強制罪的關係來看，德國聯邦憲法法院的解釋，其效應如何，以及對我國實務可能影響如何，我們可以再觀察與分析。

關於傳統對於強暴、脅迫的解釋，強暴是指身體的暴力行為，脅迫則包括心理上的強制作用。聯邦憲法法院在 1990 年代之後的解釋，作成不能將強暴、脅迫概念擴張為包含心理作用之強制的解釋（參考 BVerfGE 92, 1ff.），之後德國聯邦最高法院就把單純的精神上或心理上的強制手段排除到強制罪的範疇之外。不過很有趣的是，後來實務應用上產生了一個結果，就是剛剛薛教授所提到的「第二行理論」：靜坐者對於車隊中行駛於第一行的車輛不構成強制罪，因為靜坐者對於車隊中行駛於第一行的車輛只是產生心理障礙而已，意思是，第一行的車輛所面臨的強制並不是受制於物理或生理因素而沒有辦法往前行駛，而是心理上受制於一旦撞死人時所帶來的種種麻煩問題與心理上的疙瘩，換句話說，僅僅是駕駛人心理上的壓力，所以按照聯邦憲法法院的標準，靜坐者不構成強制罪。可是接下來的問題是，對於第二行的車輛而言，因為被第一行的車輛所擋住，發生物理上的關係，造成第二行車輛無法往前開的結果，所以靜坐者間接對於第二行的車子構成強制罪（參考 BGHSt. 41, 182）。我們可以發覺，在聯邦憲法法院的解釋

底下，實務於此只是繞個圈圈，最後仍然對靜坐者論以強制罪。我們固然可以理解聯邦憲法法院的用意，只是此一處理問題的技術，從結果來看，我的感覺是，聯邦法院跟聯邦憲法法院有點在玩文字遊戲，以致於聯邦憲法法院解釋的原始用意，某程度也落空了。這是第一個後續效應。

第二個，在聯邦憲法法院把強暴中的心理上強制排除在強制手段之外後，發生了許教授所講的那個問題，亦即強制罪這個條文事實上適用於示威靜坐，卻也用在一般私人間的關係。聯邦憲法法院對於心理上強制的排除，這一原則如果適用在私人關係中的強制罪論罪，可能就會產生問題。譬如說，甲跟乙兩個人是男女朋友，有一天女生要跟男生分手，並準備開車離去，但男生躺在車子前面，不讓女生離去，這樣子會不會構成強制罪？如果我們在構成要件的解釋上把心理強制的手段拿掉，說它不符合強制罪中的「脅迫」，不構成妨害自由，那就變成，雖然這個女生走不了，但是男生不會構成妨害自由罪。問題是，想要分手的女生，果真自由沒有被妨害？以及不想分手的男生，果真可以用這種手段拒絕分手？這個個案跟剛剛講的六四天安門事件中坦克車前面的那個人的情況好像一樣，都是一個人擋在一部車輛的前面，問題是我們的感覺卻是完全不一樣。所以我認為，這裡的根本問題可能不是出在，強制罪構成要件所稱強暴、脅迫的定義要不要排除心理脅迫，而是在那個最難的部分，就是利益衡量的價值判斷問題。事實上，在 1990 年代的憲法解釋之前，對於強制罪和言論自由或集會自由之間的緊張關係，所採取的途徑可以說就是利益衡量的概念，換句話說，德國刑法第 304 條強制罪的規定本身已經明白要求，對於強制罪之不法的認定，必須符合可非難性條款（Verwerflichkeitsfeststellung），亦即手段目的關係的平衡性（可以參考 BVerfGE 73, 247, 252 ff. 當中認為，甚至強暴行為的採

取，也不當然構成強制罪，而是主要必須考量可非難性的問題）。對於上面的第二行理論所討論的問題情形，假設我們是用利益衡量作為排除不法的途徑，那麼靜坐者無論是對車隊第一排的車輛，或是對車隊第二排的車輛的阻擋，總之都是基於言論自由或民主價值的考量而排除不法。我們可以知道，1990 年代的憲法解釋是希望比舊有的利益衡量模式更進一步的，更強有力的，直接從作為構成要件的強暴、脅迫文字本身的解釋當然導出排除不法的效果，只不過從上面所說的種種解釋結果，這種構成要件上的處理模式似乎對於整體自由法益的保護，有時太過，有時不及。

我認為，德國聯邦憲法法院所以捨棄形式上比較保守的利益衡量的排除不法的途徑，相當程度也是為了揭示民主政治體制下言論自由與集會自由的高度價值，所以直接確認，靜坐抗議的活動即使有妨害交通的情形，在民主社會裡是不可能該當於強制罪所謂的強暴或脅迫要件。因此，對於靜坐抗議是否構成強制罪的問題，理論途徑上應該可以作如下的理解。首先，對於強制罪的構成，如同先前聯邦憲法法院（BVerfGE 73, 247, 252ff.）所揭示，即使是在出現暴力行為的情況，並不當然構成強制罪，而是必須考慮利益衡平原則，也就是手段目的關係上的可非難性問題。舉例言之，為正當防衛而行使暴力強制的情況，即使不引用正當防衛作為排除不法事由，在強制罪構成要件本身的解釋上，也已經可以直接用可非難性條款阻卻強制罪的構成。其次，到了 1990 年代的聯邦憲法法院，則是依據上述原則做了進一步的延伸，亦及特別針對人民不滿國家公共政策而進行靜坐抗議的情況，在利害衡平關係的思考下，無論如何不可能該當於強制罪所謂的強暴、脅迫手段。換句話說，在人民面對國家機器的靜態抗議行動的問題上，是把利益衡平思考原則進一步具體化為構成要件本身的限制。為什麼要做這種具體化的構成要件限制

呢？根本道理一方面是在民主的機制，亦即民主國家的公共政策本來就有接受人民檢驗與批判的義務。另一方面是現實上國家與人民之間資源強勢與弱勢的對立關係，亦即國家機關擁有了巨大的實力資源，因此面對人民時不可能僅僅因為人民所製造的心理壓力而產生畏懼，以至於無法推行公務。所以概念上，後來的憲法法院的說法也不是在反對舊有解釋的基本原則，而是一個具體情況下進一步的的界線確認。因此，不管對於私人間強制行為之利益衡平的考量是否也可以一概把心理強制手段排除在強制罪構成要件的範圍之外，至少，針對此處所處理的人民靜坐抗議的問題，德國聯邦憲法法院的標準與結論無疑是對強制罪構成合規也合憲的解釋。

接下來看我國的情形。當然我們知道，我國刑法的強制罪條文並不像德國強制罪條文包括有可非難性條款的文字規定。問題是，我國的強制罪的解釋因此就沒有利益衡量作為排除不法事由的問題了嗎？對於這一個問題，如果說我國的強制罪的解釋因此就沒有利益衡量思考的問題，那麼結果是無法想像的。例如做老師的以成績來警告（脅迫）學生用功唸書，也可能構成強制罪，因為法律上，學生並沒有用功唸書的義務，因此邏輯上，誰說老師可以用成績來脅迫學生的？問題是，這樣的結論有誰能接受？只是我們知道，法律人的一個通病是，不喜歡不確定的概念，不喜歡需要做價值判斷的概念。我們也知道，法律文字意義的明確性和法律關係，特別是刑法法律關係之安定性的要求是有密切關係。但是不幸的是，法律文字這東西肩負人間利益衡平，也就是價值判斷的任務，先天不可能盡如人意的讓文字意義絕對清楚。正相反的，文字意義具體界線不清楚的情形是十之八九，換句話說，價值判斷是法律問題思維永遠的宿命。面對此一困境，特別是刑事法的解釋，最可能的怠惰就是，即使是有利於被告的思維與概念，只要法律沒有明

文規定，一概視為不存在的問題。這樣的毛病其實很清楚的，甚至出現在犯罪結構的基本理論上。對於排除不法事由，條文上出現正當防衛、緊急避難等等的文字，法官的判決書裡就可能出現這些文字，至於條文上沒有出現的文字，則除了高層實務慣例所出現過的文字，例如信賴原則，否則法官的判決書裡就不可能出現這些文字。其實說穿了，這些全部的排除不法事由，不管是成文的或是不成文的，背後基本原則就是利益衡量，那麼為什麼利益衡量本身不是一個排除不法事由呢？相類似的情況也出現在罪責概念的理解上。對於排除責任事由，除了責任年齡、精神狀態或是不法意識之欠缺等等的法定排除責任事由之外，其基本概念，亦即期待可能性本身可否作為排除責任事由？念過法律的人都知道，對於這樣的問題，很無趣的學理依然出現肯定說與否定說。說實話，我對這樣的問題已經沒有甚麼興趣了，因為真正的問題應該是，甚麼時候該肯定，與甚麼時候該否定？（類似剛剛許家馨教授所談的，不是要不要市民不服從概念的問題，而是界線在哪裡的問題）不過另一方面，要說利益衡量概念本身不得作為排除不法事由，或是說期待可能性概念本身根本不能作為排除責任事由，我也很難接這樣的說法。當然法律的安定性也是一個重要的利益，但是那一個利益的重量有多重，以至於甚至必須以公平正義為犧牲？至少，基於憲法對人性尊嚴的基本尊重，以及比例原則所導出的刑法謙抑性原則，當我們判斷一個人的行為價值時，為什麼對作為這一個人行為動力基礎的利益關係思維可以憑空消失？因此總結來看，基於上述對於民主社會基本精神以及國家機關強勢資源的地位關係，對於不滿公共政策靜坐抗議的人民，即使阻礙交通，也沒有理由論以強制罪。

以上所說的，其實也同時在處理妨害公務罪的論罪正當性問題。我國的強制罪和妨害公務罪，字面顯示固然都是以強暴或脅迫為手

段，問題是，兩個條文底下的行為人，所面對的是不同的客體。前者行為人面對的是個人，後者行為人面對的是擁有巨大資源與巨大暴力能力的國家機器，因此行為人對國家機器形成強制力所需的現實基本條件也不同。析言之，國家概念內含著高度的理念，除了正直與民主之外，也包含了國家心理上的堅強與無懼。既然如此，一個民主國家，一個正直的國家，反過來面對人民不滿的靜坐抗議時，如何能夠說出口：「我害怕！害怕得無法執行公務」？簡單講，國家機關有那麼脆弱，脆弱到面對人民席地的嗆聲，因此就感覺自己不行了？基於此一基本概念，在妨害公務罪裡所謂的「強暴、脅迫」要件，其意涵必然比強制罪的「強暴、脅迫」概念又更嚴格。為此，德國刑法條文文字本身對於兩個犯罪類型有不同嚴格程度的要件規定。妨害公務罪構成要件所稱之脅迫，限制必須使用強暴為內容來脅迫，例如我要殺死你或傷害你等等，而不包括靜坐阻街等等靜態形式所形成的心理壓力。可是針對一般的強制罪，它的脅迫在字面上是包含任何惡害所形成的脅迫（當然這一點在後來的憲法法院也為了合憲另作限縮解釋），不限於暴力的施加，所以構成要件本身就不是一樣。構成要件規定的不同，是反映出背後的立法思考：所謂妨害公務當中的人民，所面對的是國家這個最可怕的怪獸，那麼人民怎麼可能因為靜坐抗議等心理壓力的手段就把國家給強制了？即使不論此一立法例上的參照，回過頭來檢視強制罪的規範解釋：既然法院將非攻擊性的靜態方式抗議認定為該當強制罪構成要件的強制手段，其法律之適用已屬違憲，那麼舉輕以明重，將靜態抗議認定為該當妨害公務罪構成要件的強制手段，顯然更屬無法想像之重大違憲。我國司法及檢察實務近年來大量的、通案的對於嗆聲的人民論以妨害公務罪，表現出來的已經不是一個民主國家的格局，甚至應該說，是給自己難看，因為事實上所透露出來的訊息已經是執政者面對人民時內心的畏懼。

接下來我想談一下社會學觀點的問題。無論我們要談的是市民不服從概念，或是從憲法基本原則來看刑法解釋問題，現實上都會有很大的困難。這兩個概念在我看來，實質上是量差的關係，在現實上的困難，也是量差的關係。我要說，越是在一個需要有市民不服從概念，或是越需要有憲法基本原則作用的國家，就是市民不服從概念與憲法精神越不可能被接納的國家，這是一個政治上的現實。拿我們剛才所講的 Sitzblockade 的問題來說，當事件發生時，德國政治平台上的主張很清楚的呈現歧異立場。綠黨很明確的認為那是公民的基本權利，SPD 基本上也持相同的立場，但是 CDU 和 FDP 也很清楚的認定，Sitzblockade 絕對不見容於一個法治國家。為什麼立場差這麼多？說穿了也不奇怪，執政者怎麼會高興面對 Sitzblockade？說到市民不服從，更是如此。市民不服從概念的意思用白話來講，是人民對抗不義政權（執政者的嚴重不法行為）時的權利與手段，並且其手段也必須符合比例原則。問題是，所謂不義政權要由誰來界定？比例原則的界線由誰說了算？一個執政者可能自己接受不義政權的名號嗎？事實上這是成者為王、敗者為寇的道理。孫中山先生的革命是最極端的市民不服從，當然理論上就是不構成犯罪，但是現實上的前提是，必須革命成功，否則甚麼都不是。再往低層次的角度看，國家行為本身有沒有違法或違憲，其認定權責也是操控在國家機關手上，因此憲法精神能不能被貫徹，基本人權能不能得到保障，最後要看的還是執政集團的道德人格，而不是法律本身。用台灣與中國 ECFA 的簽署為例，法律上，對於如此全面性牽涉台灣人民生計的經濟結構基礎的變動協定，沒有不可以由人民公投的理由，不過事實上，你也可以看到，人民能不能公投，實際上是決定於執政者自身的心情。

蔡教授剛剛所說的，當我們可以用已經存

在的憲法內容去形成刑法條文的合憲解釋時，就不需要動用到市民不服從等等的概念。我是完全認同這樣的說法的，甚至我們也很清楚，如果在刑法的構成要件本身就可以有一個過濾機制，就像上面德國聯邦憲法法院對強制罪構成要件的解釋一般，那麼效果更直接。只是現實上的難題也的確如蔡教授所提的，實踐是痛苦的。對於我們上面所講的全部理論，所要求的僅僅是對強制罪的一個合憲解釋而已，但是現實上可能實現嗎？法官可不可能用憲法概念來思考刑法問題？答案是很難，因為法官看到的是條文文字和判決文字慣例，所以除非個別法官有心和有勇氣，否則法官看不到真正的問題事實，或者根本不想去看真正的問題事實。並不是只有蔡教授剛剛所說的，苗栗地檢署檢察官居然用一張 A4 紙的篇幅，就可以對妨害自由案件聲請簡易判決處刑的問題，好像這個國家都不需要有講道理的實質，甚至也不需要有講道理的模樣，就把人民判妨害自由罪、抓去關，是一件輕輕鬆鬆而且理所當然的事情。我必須說，實務的操作經常如此，以至於人民也很無奈，好像講理這種東西，在法律程序上也沒有用。我前兩天在部落格上才談到，一個騎單車綠燈時過斑馬線，和橫向機車發生擦撞，卻被判過失致死罪的案件。裡頭倒不是結論能不能判過失致死罪的問題，而是在國內歷來相類似事件的刑事判決上，我永遠看不到例如規範保護目的關係上的說理，也看不到容許信賴原則，或是最基本的預見可能性或因果關係概念的實質討論，而是永遠說被告疏於注意交通狀況等等，因此就構成過失致人於死罪。說實話，我到現在還想不出來，為什麼這樣也會構成犯罪？

在這樣的氛圍底下，我常常在思索，我們談理論的意義是甚麼？如果司法和檢警實務處理低位階的法律文字時連講道理的樣子都沒有，那麼就更別說憲法概念的法律詮釋態度了。何況如同上面所說，無論是市民不服從，

或者是憲法內容的尊重，不是要不要的問題，因為理論上，刑法作為公法的一部分，還能夠說處理刑法問題可以沒有憲法意識嗎？只不過問題在個案中的界線劃定，是利益衡平的高度價值判斷的問題。對於這種傷腦筋的事情，我們現實上可能有所期待嗎？

不用說市民不服從概念，因為事實上，市民不服從的極致就是革命，所以其實也沒有甚麼好說的。至於要不要主張做合憲解釋，要不要主張民主制度或言論自由的利益價值，甚至要不要引用文獻學理等等，在現實裡，例如對辯護律師和被告而言，不能一概而論，是極其個案化的技術問題。至少，沒有一個律師會赤裸裸的寫一個市民不服從作為主張被告無罪的理由。甚至講言論自由概念，可能也得不到法官的實質處理。因此個案中要如何主張，是個案的問題，我們也沒有辦法告訴律師們，那一個案子就是要怎麼處理。雖然在法理相通的背景下，我也希望我們的法院可以認同德國聯邦憲法法院的觀點，亦即靜坐抗議自始不該當於強制罪之強暴、脅迫的構成要件，如同剛才蔡教授一個樂觀的看法：法官的言論自由沒有那麼大，大到可以違背法律本身的規定。不過如果我們的法院無法接受德國聯邦憲法法院清楚與有力的認定標準，那麼如同剛剛薛教授所說的，每一個個案裡人數、場合、時間、事先是否公告、訴求議題、遠程目的、影響到誰、影響到甚麼等等的問題，這裡每個因素都具有高度的敏感性。舉例來說，關於關廠工人臥軌事件該怎麼解決的問題，我懷疑法院會不會接受字面上擺明憲法意識論述。因此很遺憾的，或許只能在犯罪結構體系內部的文字形式去做解決。雖然犯罪結構體系內部的原則背後也是憲法內原則的應用，但是好歹它是已經在低位階的法律當中被明白說到的東西，甚至是在法條可以讀得到的東西。關於臥軌事件，姑且不論，書面文字所說「借貸」的真意是甚麼？是公法關係行為或私法關係行為？甚至，此處國

家機關是否對人民行使詐術（以便利資本家脫身）等等的問題。此處關廠工人的財產權因國家機關廢弛職務而受到侵害，理論上對於臥軌行為刑事責任問題，除了所謂公共危險罪的論罪在最初階的構成要件檢驗上根本不可能構成不法以外，對於強制罪，可能有緊急避難的問題。當然我們也知道，臥軌事件不是發生在勞委會前面，也不是發生在關廠工廠前面，而是在台北車站，所影響到的是公共交通工具的乘客。乘客可能會認為，關廠工人領不到資遣費，跟我有什麼關係？這話聽起來有一些道理，但是我們不能忘記，這是國家機關的怠惰，沒有依法盡到保障勞工基本生存權的責任，是國家機關廢弛職務造成對特定人民的傷害。而，這個國家是我們每一個人的社會連帶關係所建構出來的，所以我們可以說這一件事情是和其他人沒有關係嗎？在這樣的認知下來看臥軌事件，即使保守態度可能不承認此處臥軌行為作為保護關廠工人財產權之手段的效益性、必要性與平衡性，並說說實話，只要國家對關廠工人的根本生計無感的話，這些行為客觀上的確是根本不可能有效益性、必要性和平衡性的，但是至少關廠工人是在走投無路的精神狀態下，猶基於對一個正直與正常國家概念的期待，誤認臥軌行為事實上的效益性、必要性與平衡性。換句話說，是誤想緊急避難，所以阻卻犯罪之故意。再不然，就當作是關廠工人畢生心血所寄望的家庭根本生計遭受國家與社會集體侵害時的情緒動搖，至少也不可能是欠缺期待可能性？

結論是，刑法作為公法的一部份，解釋刑法時，憲法對於人民基本權利，包括言論自由或集會自由的保障當然應納入思考。關於強制罪的構成，取決於我們如何解釋強制罪這個條文。德國刑法的強制罪清楚寫出來可非難性條款為構成要件，即強制罪的構成必須考慮行為人強制手段之目的關係。德國聯邦憲法法院更認為遠程目的也應該在利益衡量時考慮進去。

也因此，德國聯邦憲法法院對於靜坐抗議事件，強有力的認定其根本不該當強暴、脅迫要件之文字上所揭示的明確界線。我們的法院對於強制罪的認定，如果可以謹守憲法對言論自由與集會自由保障的基本精神，則在詮釋構成要件的射程範圍時，理當也會得到相同的結論。當然最後是道德勇氣的問題，換句話說，是態度的問題。因此我在這裡要提一下 Sitzblockade 問題之爭辯在德國發展的一個經驗。德國 1990 年代對於公共政策的靜坐阻街活動，曾經也有一批法官與檢察官參與其中。對此，社會保守意見批評其知法犯法。不過反駁意見則認為，基於利益衡量與比例原則，低位階法在對應高位階法時應退讓，因此並不是每一個法規範的抵觸都是對整體法原則的傷害，而是正相反的，這種利益衡量的取捨才能貫徹高位階法，才有整體法上的合法性（Küchenhoff 的說法，見 Werner Offenloch, Erinnerung an das Recht, 頁 31）。當然我們知道，現實上這種爭論最後會是一個各說各話的局面，因為歷史上最嚴重的違憲或違法，就是執政者不承認自己違憲或違法，也因此人類歷史上會有革命。所以最後我要說，對於法官與檢察官參與靜坐阻街的示威活動，當中有已卸任德國聯邦憲法法院法官 Martin Hirsch 回應社會時所說的一段話一直停留在我心裡。他說「今天這些上街頭的法官與檢察官所作所為，是對於德意志第三帝國（納粹德國）法官之所作所為的一個修復」（Werner Offenloch, Erinnerung an das Recht, 頁 27）。反觀我們自己的社會，我個人不敢期望太多，只希望我們的法律人在法律工作的本身可以想到憲法上人民基本權利的保障，甚至，就僅僅是認真去看待刑法犯罪構成要件在人性之合理原則下應有的界線。我希望，至少我們還有一個窗口。

提問人一（律師）：

剛才老師們報告的幾個案件本身我有參與

到，有個問題我一直很想問：在我面對司法程序時，尤其面對法官要花很多力氣，像第 304 條構成要件部分就要跟法官解釋清楚，為什麼不該當；有資性的部分就要跟法官解釋我們正在作市民不服從。可不可以請各位老師就一般刑法三段論法，構成要件、違法性、有資性部分，整理出一些論點可以用來說服法官，這是第一個問題。第二個問題，剛許老師有提到，今天我們面對靜坐，苑裡反風車、文林苑、占領內政部等狀況，很大的問題其實是很前端的。許老師提到，當人民對政府不信賴或是有失序的狀況時，我們只能用靜坐這個手段跟政府進行溝通，但是行政機關不肯跟我們溝通。其次，警察常常是唯命是從，上面告訴他怎麼做就怎麼做。當時徐世榮老師丟雞蛋的案件我是實習律師全程跟他在警察局裡面，警察竟然是帶到了警局，才開始翻法條，你可能涉嫌哪一法條。在這種狀況下，第一，行政機關不肯跟我們溝通，第二個是警察，在法律上我們跟警察完全是在不同的平台上對話，這種狀況下我要怎麼保護我的當事人以及我自己？請問公民不服從到底要如何有效的進行下去？

#### 提問人二（實習律師）：

請問薛老師一個問題。剛剛提到在判斷強暴脅迫有沒有落入強制罪這部分，好像是說不合法的集會遊行之後被警察舉牌認定違法集會遊行，這時候就有可能依強制罪來處理靜坐抗議的人民。在實務上，依現在的集會遊行法，根本不可能有合法的集會遊行，合法抗議的門檻非常非常高，必須事先申請許可才可以。大部分的集會遊行都是非法，就有可能警察舉牌認定你是違法集會遊行，因此就可以直接用強制罪來處理。這樣的類型化標準在實務上似乎沒有幫助？

#### 薛智仁助理教授：

第一位提問人的提問，這個問題基本上只

能去看怎麼去解釋構成要件，尤其強暴脅迫的概念，目前學術界也沒有定見，實務或許可以引用德國法的觀點。在違法性層次上，除了個別探討法定阻卻違法事由以外，按照我的想法，可以直接引用憲法的基本權規定來當成阻卻違法事由。

關於警察唯命是從要如何跟他對話，怎麼跟警察對話，事實上我也不知道該怎麼跟警察對話，這不是我能夠回答的問題。

實務上大多數的集會遊行都是違法的集會遊行，但是依照我的看法，只有當非法的集會遊行由警察依法命令解散時，才可能認定行為構成強制罪。當然，警察常常會很快很隨便地解散。不過，依照集遊法的規定，命令解散必須考量人民集會自由的權利和其他利益的權衡，如果在個案裡面，警察解散的命令本身未善盡考量這些利益的義務，這解散命令在法律上可以被評價是違法的。從這個角度去觀察，仍然可以為非法的集會遊行創造出不構成強制罪的空間。另外，縱使警察解散命令是合法的，按照我剛才的說明，只是說行為人造成強制結果而已，仍要看他有沒有使用強暴脅迫手段，有沒有阻卻違法的事由，法院在違法性層面應該充分考量到集會自由，以及言論自由的保障。當然這都是理論上的建議，但是我很難說他在實際上真的會發生什麼樣的效果，如果我們檢察官、法官是如此沒有憲法意識的話，我們這樣說也真的只是狗吠火車而已。

#### 蔡宗珍教授：

我簡單回答，也不是針對剛剛兩個問題，因為剛才兩個問題我都有點難以理解。基本上在我的憲法思維之下，在這些問題脈絡中，我不會用市民不服從，基本上我認為在我的憲法理論中，在憲法之中就可以論辯這些問題。我基本上的主張，一個真正的法治國家，要有能力去面對問題進行論辯，所以我才會強烈質疑

28 年的判例是否有辦法支配 90 年後的法治國家，恐怕就有大問題。剛剛黃老師所講的那些問題，我都同意，所以法學必須透過不斷的論辯，去類型化去進行各式各樣的討論，才能走出自己法學的生命。回過來說，第一位來賓所問，不就是作為法律人必須要一起來做的嗎？今天你是學者、律師、檢察官、法官，都要面對那些問題，那些問題不是任何一個人可以去回答，我要問的是說，今天我們看到的，法院的判決不只是刑事判決，但是我覺得現在行政法院的判決會好一點點，如果我們暫時不管行政訴訟庭，本來有一點點成就，因為這個行政訴訟庭水準直直落。其實行政法院作為成立最晚，或者是現代化最晚的法院，它原本在判決理性會作得比較好，可是刑事判決一直做不到，這是不是也應該成為一個大家反思批判的重點。然後律師，我要說的是，今天我們在場很多人包含黃老師所講得很多重要法學見解，到現在為止律師真的都有表達了嗎？法官真的都不聽嗎？我要講的就是包含我自己在內，作為什麼樣角色的法律人，都有義務去真誠面對憲法和法治兩個字，而要耕耘。今天不是只是一句政治、泛政治化，法官都已經預設成見，就可以解釋。刑法第 304 條，這個法理上面的解釋空間，已經都全部走過了嗎？真的嗎？我們需要拉出實證法體系，拉不出來的東西進行論辯了嗎？所以我才說，我的脈絡之下，我不用市民不服從，因為在這脈絡下根本不需要動用到，對我來說是帶有絕望性質的主張，所以在真誠的面對憲法價值，而不是當作一個門面或一個寵物，在這最高的規範之下，我覺得我們有很大的論辯討論空間。包含提問人二所問的問題，因為那個問題我聽不太懂，但是那個問題是不是可以說實務上根本作不到？還是必須更細緻去把梳譬如集會遊行法的問題？我曾經有寫過一篇集會遊行法的文章，提到我們是不是太快放棄耕耘、去對話的可能性呢？所以已經覺得絕望，非修法不可呢？一

切都已經無可挽救。這不就是法律人很重要的任務，不就是在這樣一個場域之下，修法遙遙無期之下，透過論辯、透過法學上面的各種各樣對話，去帶來一些新的生機的可能性，這是我最主要想要回應的東西。

#### 提問人三（社會系）：

我想再補充一下剛才那個提問人講的狀況，警察亂七八糟舉牌已經不是個案。我遇到的是，在苗栗縣政府前面，警察在 8 分鐘內舉完四次牌。在這個狀況，以後抗議就只能當快閃族。還有一次我們要去總統官邸前面唱歌，我們沒有跟警察發生很激烈的衝突，後來警察說要疏導我們離開，我們就答應。剛離開總統官邸，走到菸酒公賣局的時候，警察對我們舉牌。這是一個很奇怪的現象，舉牌的人還不是分局長，因為舉牌只有分局長才有權限。他卻找一個拒絕說他是誰的警員，對承諾要離開的群衆進行舉牌的動作。這類亂七八糟的警察執法現象還是會繼續發生，在這種狀況下，法律要如何更實質、更具體或者更有效的對話，其實是很難的。很多官員、單位拒絕跟你對話，想要跟大家分享這個經驗。

#### 謝煜偉助理教授：

言論自由與刑法解釋的問題絕對不是只有強制罪，而存在於毀損罪、侵入住宅罪、剝奪人身自由罪等等，在日本甚至還有「暴力妨害業務罪」。在違法性階層裡處理這種基本權衝突的問題，就等於是硬碰硬去進行利益衡量，這未必行不通，但很不穩定，也非常可能便成一種選擇性的、恣意性的法適用結果。相對的，如果要考慮直接在構成要件階層裡就放入保障言論自由的考慮，則限定解釋的手法則是大問題。目前刑法圈的趨勢是盡量在構成要件階段處理掉（像是得被害人同意這個概念，早期區分同意或承諾之不同，前者在構成要件中

後者在違法性中解決，但晚近學說都逐漸不分種類悉數放入構成要件裡解決了，雖然台灣多數都還在沿用傳統的二分說法），但是解釋構成要件的時候，如果脫離系爭要件保護法益的關連性，則根本欠缺統一的限縮標準，而會變成加上一個不成文的目的要件（以表達某種審判者認為應值得保護之言論為目的）來進行隱性的篩選。

日本最高法院在國家公務員散發傳單是否成立「公務員從事政治行為罪」的案例當中，揚棄了二審法院「法令合憲、適用逾憲」的特殊操作手法，改採合目的性限縮解釋，認為若形式上雖符合政治上行為的定義，但在實質上具體個案中的行為若根本沒有辦法產生足以撼動保護法益的危險性時，那麼按照抽象危險犯的實質限定理論，應推翻立法者事前所擬制的抽象危險性（實質無不法），其結論便是構成要件不該當。

這是一種常見的限縮手法，但這與「言論自由」的價值權衡無關，而是必須要去看每一個可能涉及的構成要件中，究竟有沒有可以運用作為實質限定論的舞台，像是「強暴脅迫」之行為手段或者「致生公共危險」之狀態等等。戰場是遍地開花，而且每一項都不見得容易，例如，我覺得妨害公務罪、公共危險罪最簡單，而保護個人法益的犯罪較難。到最後，就會龜縮變成僅是一種審判態度：將言論自由的保障放在審判者的心中，而非想辦法放入要件裡進行解釋。如果所謂具有憲法意識的法解釋與適用，所謂的「具有某某意識」只是作為一種後設的審判態度的話，這樣的論述其實也太廉價了一點。這也就是為什麼我覺得無論是構成要件論中的限縮解釋，抑或是違法論中的利益衡量，這兩階段都有值得進行理論細緻化的迫切性。但無論如何，都應避免用憲政版的目的要件，來做為無罪的理由。因為這些東西將會成為選擇性執法與恣意認定的溫床。台灣法院學細緻化的論述功夫並不在行，但對於選

擇性執法卻非常有一套。

**林三加律師：**

我有幾個想法想與大家分享。第一點是在談靜坐跟強制罪或妨害公務罪時，案件事實通常是民眾在抗議某一公共政策或公共工程，重點就在行政機關在為行政行為時，要選擇何種方式處理公共事務或選擇何種方式處理民眾抗議的問題。我認為這些抗議行動不一定是刑法應該要管轄的範圍，刑法應該是其他方法都無法處理時的一種最後選擇手段，而不是任意地動用警察權、由檢方起訴審判。第二點，現在行政法院跟刑事法院對於類似案例，在判決邏輯的取向上，似乎在民主化的思考層次上有點差別。行政法院近幾年來做出許多希望民眾參與的判決，例如對環境有重大影響之案件應進入二階環評，目的就是要提供民眾可以參與公共事務的管道。目前我們國家面臨一個很大的問題是，民眾參與沒有法制化，沒有一個提供人民參與的充分法治基礎，導致各地抗爭不斷，問題仍沒辦法解決；又因為民眾沒有法律上的支撐點，大多只能私下抱怨這些政治問題，而沒辦法真正把意見納入公共政策的決策裡。

比如開發案可能牽涉到該行政處分是違法的，必須要打行政訴訟去確認開發行為違法。在做此種主張時，依照行政訴訟法第 12 條規定，民事法院跟刑事法院依法必須要停止審判。但這個問題提給刑事法院的時候，法官並不是非常在意行政訴訟法第 12 條的規定。但如果行政訴訟案在進行，刑事法院真的可以不用理睬嗎？真的可以照刑事法院的法官所言，等行政訴訟判決勝訴後再提再審或非常上訴等。若真的如此，行政訴訟法第 12 條規定的意義到底在哪？

另外，有關刑法第 304 條強制罪的客體，是否應該要侷限在自然人？強制罪的客體能否包含法人？亦即「使法人行無義務之事，或妨

礙法人行使權利」？因為現在大部分的靜坐抗議者，往往牽涉到的是法人而不是自然人的權利。若去爭執法人的權利，則可能會牽涉到公共事務是否妥當之判斷，讓抗議民眾在此同時又被以強制罪追訴審判，這樣到底合不合理？最後，是有關強制罪的條文，第 304 條第 2 項還有未遂犯的規定。強暴、脅迫既然是那麼開放性的構成要件，若有構成使法人行無義務之事，或妨礙法人行使權利，結果卻沒有真正造成法人權利的妨礙時，還是可以用強制未遂罪來對抗議者做審判。若如此，是不是很多場合的抗議，不管有沒有達到抗議的目的，都會面臨強制未遂罪的追訴審判此種風險？

**薛智仁助理教授：**

我非常贊同林三加律師的看法，刑法應該作為一種最後手段，尤其抗議民眾是在體制內的管道求助無門，而被迫要做這些行為的情況。如同剛才提過的，會產生這種警察跟抗議民眾之間的衝突，主要是來自於這些警察對於抗議民眾所實施的社會運動，是站在比較敵對的角度。所以，院檢應該要認識這個事實，而在適用強制罪或妨礙公務罪時，特別的謹慎，而且必須了解到，對抗議人士適用這些罪名起訴或判決有罪，絕對都不是最好的衝突解決管道，最好的管道應該是警察了解，如何為這些抗議民眾保留他們從事合法集會跟表達言論的權利空間。

此外，按照通說見解，強制罪的客體的確一直都是自然人，因為自然人才有意思決定與實現的自由。所以，在苑里反風車案的簡易判決處刑聲請書，被告是針對在場的司機與施工人員構成強制罪，而不是對英華威公司構成強制罪。所以假若群衆抗議時，現場並沒有任何自然人的行為受到干擾，如此只可能構成強制未遂犯。不過就像我反覆強調的，強制罪的成立仍然必須在個案裡考量阻卻違法事由，不管是德國法上所稱之手段目的關聯之可

非難性，有無法定阻卻違法事由，甚至援引憲法基本權作為一種阻卻違法事由。當然，這些做法都沒有排除我們仍然必須去思考，在構成要件上如何去限縮強制手段的要件，只不過這問題在刑法學上非常困難，以致於短時間內，很難為這問題找到解答。所以我對這問題一直很保留，並不是完全否定限縮適用的可能性。

**蔡宗珍教授：**

關於行政訴訟法第 12 條的規定要怎麼用的問題，並不是所有跟該案件有關的民事或刑事訴訟程序適通都會進入該條所稱之範圍。所以在此前提下，我只想提醒大家一件事，針對像我們所談的強制罪、集會遊行法裡的一些刑責規定，還有妨害公務罪要件規定，到底有無相應的行政訴訟存在呢？就我的認知，法律人其實還是必須要嚴謹面對這個法制，而不是抱持著講這些都沒用、法官都不去思考，或講再多也只是狗吠火車這些想法。有可能現狀真是如此，可我們作為一個專業法律人，面對自己專業倫理的第一要目，是不是應該就算知道這可能只是狗吠火車，但仍然積極去面對這個制度，盡到法律人的責任。這中間同時會涉及到，法律人很多深化法學的工作，其實並沒有做到。比如說，在有很多公共議題爭議的行政訴訟案件中，我們應該去思考我們是否已經竭盡全力在法制體制內，積極設法為人民權利或是為對話機會的爭取呢？在英華威此案，公司取得經濟部的許可，那有沒有曾經有任何的利害關係人去提訴願或是撤銷訴訟呢？法律人所謂應有的義務跟責任，是否意謂應該在這種情況為一般沒接觸過法律的民眾，去運用自身擁有的專業武器，做好這個工作呢？雖然大家總是在遇到事情時，再去事發地點抗議，這當然也是一種做法，但若是那樣，我會覺得自己作為一個法律專業者是否有一點不太對得起自己的角色。這是我自己的反省。因此，我想問我們是否可以花更多心力，在專業領域內去深化

所有的可能性，是否可以為健康法制慢慢打下一些根基，是否除了譏罵之外，仍有一些血汗成果可以留下。

許家馨助研究員：

各位的發言都讓我學習很多，我想回應黃榮堅老師所提到的難題。我們想辦法要在這些相當完備且要求高穩定性的刑法法律解釋裡，弄出一些解釋空間，但我還是想從政治理論的角度來看，這些問題背後其實都代表我們不斷地思考公民不服從或言論自由的界限到底在哪裡？我們心裡都有一個心證，我們覺得某種形態的表達、示威或集會遊行是可以被容許的，但可能某種形態會超出我們的界限。重點即在於，我們心裡那種說不出來的價值判斷到底是什麼？如果我們捫心自問，從憲法或政治道德的角度來看，有沒有辦法可以嘗試去畫出那條界線？我剛剛也一直在思考，所謂的違法其實有很多種態樣，重點是違法對他人權益所造成妨礙，也會有不同的狀況。我們雖處在一個民主的社會，但仍有很多問題例如我所提過的民主赤字，很多人的聲音沒有辦法被聽到，像苑里鄉親的聲音，往往在過程裡，這些聲音就被淹沒了。所以我們如何去糾正這個民主赤字，我認為應該盡可能去擴大界限的範圍，比如我今天靜坐擋到某人的路，妨礙到他人上班，讓他上班遲到幾分鐘，但這不是不可回復的傷害，我覺得我們這個社會應盡可能的去寬容。但若有一天，有些社會運動者他選擇一些更激烈的方式，比如直接去破壞機具，或是真的拿著刀去強制他人、妨礙別人的自由，這可能就是跨越界限了，因其直接對他人進行身體或人身自由上的威脅或危害。但只要沒達到這程度，即便是臥軌的工人，我覺得這個社會都應該要盡可能去容忍。我想試圖提出一個界限，也就是不能對他人之重要法益造成侵害，換句話說，堅持非暴力的路線，只要在一定的範圍裡，這個社會就應該嘗試開放，這就是言

論自由最基本的精神。我們面對一個不可能完美的社會，但我們要想辦法讓各種不同的聲音去激盪，讓弱勢的聲音被聽到，如果我們心裡都秉持著這個界限，接下來就只剩下各種操作上的問題。

或許今天問題並沒有解決，但我覺得法律人沒有悲觀的權利。剛剛發問者有提到警察執法的問題，我看到美國像加州的地方政府，他們有在網路上公開當警察執法時碰到公民不服從或示威狀況時的一些基本法則，我看了之後發覺，警察的教育裡不只是關於聽命行事而已，還需要很多關於價值的教育。就像我們法律人想辦法要去思考價值衡量的問題，這些複雜的價值衡量的問題是沒有辦法迴避的，我們必須要不斷地進行思考。任何一個體系號稱要追求穩定，但穩定同時也代表僵化與封閉，因此我們的社會永遠都是處在這種穩定與不穩定之中，我們要習慣去接受這個狀況，那也希望社會可以盡可能把界限範圍擴大，達到某種程度的寬容。

黃昭元教授：

將強制罪適用到靜坐抗議，到目前為止，確實還有很多的解釋上難題。這除了是刑法議題外，也是憲法問題，因為涉及言論自由的保障。但我國因為採取抽象法令進審查，又沒有裁判進審查制度，多半只能也必須期待普通法院及行政法院的法官，在面臨此種涉及憲法權利保障的高度爭議問題時，能透過更精細的合憲解釋方法，將各個憲法價值納入一般法律的解釋適用。這是法治的要求，也是法院的挑戰。站在學界立場，希望能透過今天的座談會，對於這類問題提出一些檢討，並有助於實務之解決問題，進而提升人權保障。

## 淺論公民抗議的刑事法問題\*

薛智仁

(台灣大學法律學院助理教授)

### 壹、前言

台灣在 1980 年代開始社會運動的風潮<sup>1</sup>，1990 年代起逐漸沈寂，直到 2008 年二次政黨輪替之後，社運風潮再現。至少在近兩年就有苗栗大埔、反風車、反媒體壟斷、反核四、反服貿、關廠工人抗議等事件，引起社會對於土地、環境、勞工、兩岸等議題的關注。不過在這些公民抗議事件裡，幾乎都有參與抗議的人士被警方逮捕、移送或檢方起訴。以 2013 年為例，2 月初，關廠工人在台北車站臥軌，臥軌的工運人士被警方依公共危險罪及強制罪移送；7 月底，政大地政系徐世榮教授在馬總統座車行經管制區時，高喊「今天拆大埔、明天拆政府」口號，即遭警方以公共危險罪及妨害公務罪之現行犯逮

捕；10 月初，中研院法律所黃國昌副研究員與許多黑色島國青年陣線成員聚集在總統府前靜坐抗議，亦被警方違反集遊法移送；年末，苗栗地檢署以強制罪起訴苑裡反瘋車靜坐抗議的 19 個人<sup>2</sup>。

在上述公民抗議事件裡，檢警的司法處置妥當與否，有待個案事實的釐清，在此無法妄下論斷。至少確定的是，如果抗議人士必須承擔越高的刑事追訴風險，憲法保障的言論自由與集會遊行自由將越是形同虛設。因此，在公民抗議事件頻繁的現在，如何在達成刑法任務與保障憲法基本權之間尋求平衡，是刑事司法無可迴避的任務。不過，公民抗議經常是以國家的不義政策或施政為對象，具有高度的政治敏感性，上述價值權衡的結果是偏向刑法任務的貫徹，保護受抗議影響之公益或私益，或是偏向抗議公民之憲法基本權的維護，現實上最終是決定於社會對刑法的期望，而這會隨著政治體系跟社會價值觀而

\* 本文係以作者參與「靜坐與強制罪、妨害公務罪：公民抗議的憲法保障與法律界線」座談會之發言稿為基礎，事後補充部分內容及註脚而成。承蒙諸多與會先進的發言及提問，我才能充實此篇不成熟短文的內容，在此致謝忱。

<sup>1</sup> 見胡慧玲，百年追求 台灣民主運動的故事——卷三 民主的浪潮，2013 年，頁 237-262。

<sup>2</sup> 台灣苗栗地方法院檢察官薛智仁簡易判決處刑書 102 年偵字第 2681 號。