

# 最高檢察署

檢察官言詞辯論意旨書

(最高法院 109 年度台上字第 3695 號)

檢察官 朱朝亮

陳瑞仁

吳巡龍

黃則儒

林俊言

蔡秋明

# 目錄

壹、本件程序問題.....	1
貳、本署有關本件法律爭點之意見.....	2
一、刑法第 153 條第 1 款是否違憲？得否為目的性限縮的合憲解釋？.....	2
(一) 司法院大法官對限制言論自由之法律的審查標準.....	2
1. 我國法律規定對於言論內容事前審查者，應屬違憲.....	2
2. 關於事後處罰特定言論行為之法律，推定合憲.....	5
3. 刑法第 153 條之煽動罪規定，為事後處罰特定言論的法律，無被推定為違憲之空間.....	5
(二) 對照外國法，刑法第 153 條第 1 款之規定亦不違憲.....	6
1. 德國立法例.....	6
(1) 德國刑法第 111 條煽動罪之規定.....	6
(2) 德國刑法第 111 條煽動罪與教唆犯之關係.....	7
(3) 煽動罪的保護法益.....	8
(4) 煽動罪與關聯犯罪的追訴條件.....	9
(5) 煽動罪的處罰.....	10
(6) 小結.....	11
2. 日本立法例：處罰政治性言論的煽惑罪規定.....	11
(1) 破壞活動防止法的煽動罪.....	13
(2) 日本最高法院就煽動罪處罰之判決先例.....	14
(3) 破壞活動防止法的煽動罪合憲案.....	14
(4) 小結.....	15
3. 英國法(英格蘭與威爾斯).....	16
(1) 2007 重大犯罪法之規定.....	16
(2) 其他成文規定.....	17
(3) 小結.....	18
4. 美國法.....	19
(1) 聯邦法之暴力犯罪之挑唆罪(18 U.S. Code § 373. Solicitation to commit a crime of violence)..	19
(2) 聯邦法之煽惑暴動罪.....	20
(3) 美國各州規定.....	21
5. 我國刑法第 153 條規定之正當性.....	23
(三) 刑法第 153 條第 1 款是否應為目的性限縮解釋？.....	26
1. 刑法第 153 條有無為合憲性限縮解釋之必要？.....	26
2. 刑法第 153 條第 1 款縱為限縮解釋，被告魏揚等人所為仍然構成該條之罪.....	27
3. 美國 Brandenburg v. Ohio 案的啟示.....	28
(四) 公開發表煽惑他人犯罪之言論可能不受言論自由保障.....	30
1. 並非任何言論皆受憲法言論自由規定之保障.....	30
(1) 美國違憲審查的標準.....	30

(2) 美國言論自由之界限.....	32
2. 小結.....	36
二、被告鼓動眾人攻占行政院之言行，係以以言語、文字鼓動他人侵入行政院、對抗執行職務員警之犯罪行為，已違反刑法之規定，構成犯罪，必須擔負刑責，不受憲法言論自由之保障.....	37
(一) 抵抗權可否於個案阻卻違法、阻卻或減免罪責？.....	37
1. 抵抗權概念之起緣.....	37
2. 我國憲法或法律並無抵抗權之規定.....	38
(1) 外國立法例有關抵抗權之規定.....	38
①德國基本法.....	38
②希臘憲法.....	41
③捷克基本權利與自由憲章.....	41
④抵抗權概念在美國法中的發展.....	42
(2) 本案行政院院會決議與中國大陸簽訂服貿協議，並由立法院未依正常議事程序「通過」服貿協議審查之事實，並未造成憲政秩序被排除，或民主法治失能的憲政危機，不符任何國家所定之抵抗權行使要件.....	44
①我國的抵抗權規定何在？所謂由自然法所產生的抵抗權，其內涵到底如何？.....	44
②日本的抵抗權案例—主張抵抗權不得作為超法規阻卻違法事由的實例.....	45
3. 小結.....	47
(二) 公民不服從可否於個案阻卻違法、阻卻或減免罪責？.....	48
1. 公民不服從為政治行為，並非法定權利或自由，無符合「公民不服從要件」與否之問題.....	48
2. 公民不服從行為不得主張阻卻違法或阻卻責任.....	50
3. 本案被告所為之抵抗權或公民不服從主張，均不具適法性，不構成任何阻卻違法或阻卻責任事由.....	52
參、本署結論.....	56
一、刑法第 153 條第 1 款之規定並不違憲.....	56
二、被告等煽惑犯罪之言行不受言論自由之保護.....	57
三、本案無主張抵抗權之餘地.....	57
四、公民不服從之主張不足以構成阻卻違法等免責事由.....	59
五、總結.....	60



被 告 魏 揚  
陳廷豪  
林建興  
江昺崙  
劉敬文  
柯廷諭  
許順治  
李冠伶

上列被告等因妨害公務等罪案件，經貴院定於 109 年 12 月 25 日行言詞辯論(109 年度台上字第 3695 號)，茲就本案爭點與本署意見及理由分述於後：

## 壹、本件程序問題

本案法律爭點涉及兩大憲法議題，一為刑法第 153 條之規定本身是否違憲；二為我國憲法之基本權規定，是否蘊含抵抗權概念在內。對於前一問題，若認刑法第 153 條規定有違憲之虞，自應聲請司法院大法官解釋；若認並無違憲情事，而有進行「合憲性限縮解釋」之必要時，亦宜先交由貴院之大法庭立案進行言詞辯論，作成裁定，統一法律見解，以供貴院各小法庭及下級審法院作為審理相關案件之準據。對於後一問題，若憲法規定本即蘊含抵抗權之觀念甚或權利，則在何種條件、時機或境況之下始得主張或行使抵抗權，攸關在無明文規定情況下，憲法精神內涵之詮釋；我國既有具憲法法院功能的大法官制度，此等事關憲法內涵的重要詮釋，似應由大法官行使解釋權，不宜逕由普通司法機關

為之。臺灣高等法院本案判決認為，本案情形並非別無其他救濟方法，故不存在行使抵抗權之問題，此一見解符合憲法規定文義現狀，並未涉及憲法明文規定所無內涵之銓釋。貴院若有不同見解，似應先予聲請大法官釋憲，俾先闡明依我國憲法，抵抗權是否本即蘊含於憲法之中而屬人民之基本權；若是，其成立要件為何？權利範圍為何？行使限制為何？均有闡明必要。若大法官釋憲結果承認我國憲法賦予人民抵抗權，則貴院就本案是否存在行使抵抗權的正當事由、是否別無其他救濟方法、抵抗之手段是否必要、是否符合比例原則等問題，始有審酌之依憑。

## **貳、本署有關本件法律爭點之意見**

### **一、刑法第 153 條第 1 款是否違憲？得否為目的性限縮的合憲解釋？**

按刑法第 153 條所定之煽惑罪，其最常見之行為方式為語文煽惑，此等言詞，不論係以口頭表達或以文字表達，性質上均屬言論。將特定言論行為規定為犯罪，以達限制此等言論目的之作法，是否有悖憲法規定或其精神，即有先予討論之必要。以下爰就我國審查限制言論自由之法律有無違憲之法制，先作簡介，再就上開刑法規定有無違憲之問題，接續進行探討。

#### **(一) 司法院大法官對限制言論自由之法律的審查標準**

##### **1. 我國法律規定對於言論內容事前審查者，應屬違憲**

憲法第 11 條、第 14 條均是關於表意自由的規定，除符合憲法第 23 條所列為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之。

法律對於表意自由的限制，有事前審查與事後處罰。觀諸司法院大法官解釋，釋字第 414 號、第 445 號、第 718 號、第 744 號解釋均係對於事前限制表意自由法律所為之違憲審查。

司法院大法官釋字第 414 號解釋就藥事法第 66 條第 1 項規定：「藥商刊播藥物廣告時，應於刊播前將所有文字、圖畫或言詞，申請省（市）衛生主管機關核准」，大法官固認係對於商業性言論之事前審查，然藥事法第 66 條第 1 項規定為依照憲法第 23 條所制定之法律，無侵害人民受憲法第 11 條保障之言論自由。

司法院大法官釋字第 744 號解釋就化粧品衛生管理條例第 24 條第 2 項：「化粧品之廠商登載或宣播廣告時，應於事前……申請中央或直轄市衛生主管機關核准……。」同條例第 30 條第 1 項規定：「違反第 24 條……第 2 項規定者，處新臺幣五萬元以下罰鍰……。」進行違憲審查，變更釋字第 414 號解釋對於商業性言論事前審查的違憲審查標準，解釋認定「就化粧品廣告所為之事前審查，限制化粧品廠商之言論自由，已逾越必要程度，不符憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 11 條保障人民言論自由之意旨有違。」

司法院大法官釋字第 445 號及第 718 號解釋，均涉及對集會、遊行表現自由之事前審查「許可制」的違憲審查，關於集會自由之事前審查，釋字第 445 號解釋認為：「…集會遊行法第 8 條第 1 項規定室外集會、遊行除同條項但書所定各款情形外，應向主管機關申請許可。同法第 11 條則規定申請室外集會、遊行除有同條所列情形之一者外，應予許可。其中有關時間、地點及方式等未涉及集會、遊行之目的或內容之事項，為維持社會秩序及增進公共利益所必要，屬

立法自由形成之範圍，於表現自由之訴求不致有所侵害，與憲法保障集會自由之意旨尚無牴觸」、「集會遊行法第 11 條第 1 款規定違反同法第 4 條規定者，為不予許可之要件，乃對「主張共產主義或分裂國土」之言論，使主管機關於許可集會、遊行以前，得就人民政治上之言論而為審查，與憲法保障表現自由之意旨有違；同條第 2 款規定：『有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者』，第 3 款規定：『有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者』，有欠具體明確，對於在舉行集會、遊行以前，尚無明顯而立即危險之事實狀態，僅憑將來有發生之可能，即由主管機關以此作為集會、遊行准否之依據部分，與憲法保障集會自由之意旨不符，均應自本解釋公布之日起失其效力。」釋字第 718 號解釋補充釋字第 445 號解釋關於「時間、地點及方式」的限制，認為：「集會遊行法第 8 條第 1 項規定，室外集會、遊行應向主管機關申請許可，未排除緊急性及偶發性集會、遊行部分，及同法第 9 條第 1 項但書與第 12 條第 2 項關於緊急性集會、遊行之申請許可規定，違反憲法第 23 條比例原則，不符憲法第 14 條保障集會自由之意旨…」。

綜觀釋字第 445 號及第 718 號解釋，如事前審查係屬於以「內容為基礎」之限制規定者 (content-based regulation)，固應推定其為違憲，但如其限制規定與集會遊行之內容無涉，而係以集會遊行之「時間、地點及方式」 (content-neutral regulation, or time, place and manner restrictions) 為基礎者，則該限制規定屬於立法自由裁量空間，應推定其為合憲<sup>1</sup>。

<sup>1</sup> 詹森林大法官釋字第 744 號解釋協同意見書，第 5-6 頁，<https://reurl.cc/3LgOEL> (最後瀏覽：2020 年 12 月 17 日)。

另外，由於商業性言論之事前審查，已被司法院大法官釋字第 744 號解釋認定違憲，由該號的外溢效果，「政治性言論之事前審查，除非政府部門能依照本號解釋之要件舉證證明事前審查之合憲性，否則未來將難以在憲法面前站得住腳<sup>2</sup>。」

## 2. 關於事後處罰特定言論行為之法律，推定合憲

司法院大法官分別在釋字第 407、617 號解釋就處罰已發表之猥褻性言論之法律、釋字第 509 號解釋針對處罰已發表之誹謗性言論的法律、釋字第 577 號解釋就處罰已標示之菸品廣告(商業性言論)的法律、釋字第 623 號解釋就處罰已發表之促使人為性交易之訊息(商業言論)，進行違憲審查，上述解釋在法律推定合憲之下進行審查，亦認定各該涉及法律合憲。而上述解釋依循之方法論為：憲法第 11 條保障人民有積極表意之自由，及消極不表意之自由，其保障之內容包括主觀意見之表達及客觀事實之陳述。猥褻性言論、商業性言論，亦受言論自由之保障，惟於憲法第 23 條所列目的所必要，仍得立法採取合理而適當之限制。

## 3. 刑法第 153 條之煽動罪規定，為事後處罰特定言論的法律，無被推定為違憲之空間

上揭司法院大法官解釋，並無針對煽動他人犯罪之所謂煽動性言論，建立其法律違憲審查標準。如對照上揭違憲審查標準，以法律(限制)本身觀察(即事前審查或事後審查)，刑法第 153 條第 1 款屬於事後處罰之法律(限制)，依上揭司法院大法官解釋所建立之標準，法律推定合憲，於憲法第 23 條所列目的所必要，仍得立法採取合理而適當之限制；從言

---

<sup>2</sup> 許宗力大法官釋字第 744 號解釋協同意見書，第 3 頁，<https://reurl.cc/k0x15G>(最後瀏覽：2020 年 12 月 17 日)。

論性質觀察，煽動性言論如偏向政治性言論，由於刑法第 153 條第 1 款屬於內容之事後處罰(限制)，煽動性言論往往涉及危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞或危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞，或有適用釋字第 445 號解釋所建立之判斷標準的空間，如言論造成明顯而立即危險之事實狀態，即應受罰。然而，刑法第 153 條第 1 款規定並非事前審查之制度，故無釋字第 744 號解釋之推定違憲適用空間。

## (二) 對照外國法，刑法第 153 條第 1 款之規定亦不違憲

我國刑法第 153 條第 1 款之規定，以煽惑他人「犯罪」為其犯罪成立要件，而何等行為構成煽惑者促使他人從事之犯罪，其構成要件及違法、有責要件如何，刑法及相關刑事特別法均分別定有明文，並無不明確之處。又依前說明，該條規定雖對言論自由構成限制，惟其性質並非事前審查，而係事後處罰，故無推定為違憲之餘地。被告雖主張號召他人攻占行政院之言詞為政治性言論，然此主張為吾人所無法認同。

我國刑法第 153 條之立法模式，與其他國家或略有不同，然其禁止煽動他人從事犯罪行為，以維社會和諧及法秩序安定之用意均無不同，揆其立法意旨，完全符合憲法第 23 條所稱，係為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序而設，其規範之必要性極高，殊無違憲可言。茲舉若干外立法例，並稍作比較，以明此理。

### 1. 德國立法例

#### (1) 德國刑法第 111 條煽動罪之規定

德國刑法第 111 條規定：「(第 1 項)公開、或於集會中，或以散布文書【第 11 條第 3 項】之方式，煽動違法行為者，

依教唆犯【第 26 條】規定處罰之。(第 2 項)煽動不成時，處五年以下有期徒刑或罰金。刑罰不得比若煽動成功應處之刑罰【第 1 項】為重；第 49 條第 1 項第 2 款之規定適用之。<sup>3</sup>」

本條所稱的煽動(Auffordern)，是表達單純的主張，而該表達可讓其他不特定多數人或不特定多數人中任一人辨識出，要求彼等為特定之作為或不作為<sup>4</sup>，此等被告煽動行為人要求之作為或不作為，一般以「關聯犯罪」(Bezugstat)稱之。

而煽動之公開性(Öffentlichkeit)的認定，除了公開煽動以外，在集會中煽動，或是以散布文書的方式煽動皆屬之。前述集會縱非公開為之，但屬多數人之聚集，且人數須多到無法符合德國刑法第 26 條教唆犯的前提要件，即對象為特定人或特定多數人時，仍應論以教唆。又依德國刑法第 11 條第 3 項之規定，聲音及影像載體、資料儲存物、圖像及其他表現形式，均以文書論。是以，散布文書的方式，也包括散布聲音及影像、檔案、圖像等形式。

## (2) 德國刑法第 111 條煽動罪與教唆犯之關係

德國刑法另於第 26 條及第 30 條第 1 項分別規定教唆犯及其未遂犯之處罰。本條煽動罪與德國刑法第 26 條教唆的區別在於，煽動並非促使特定人或特定多數人犯罪，而是其行為對不特定人群產生了影響<sup>5</sup>。依德國通說，德國刑法第 111 條乃是同法第 26 條所定教唆犯、第 30 條所定未遂教唆之補充、攔截構成要件(ergänzende Auffangtatbestände)<sup>6</sup>，其作用係表現在可罰行為的補漏功能，亦即若無法依教唆犯之

<sup>3</sup> Strafgesetzbuch (StGB) § 111 Öffentliche Aufforderung zu Straftaten

(1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§ 11 Abs. 3) zu einer rechtswidrigen Tat auffordert, wird wie ein Anstifter (§ 26) bestraft.

(2) Bleibt die Aufforderung ohne Erfolg, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe. Die Strafe darf nicht schwerer sein als die, die für den Fall angedroht ist, daß die Aufforderung Erfolg hat (Absatz 1); § 49 Abs. 1 Nr. 2 ist anzuwenden.

<sup>4</sup> Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 111 Rn. 3.

<sup>5</sup> Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 111 Rn. 6.

<sup>6</sup> Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 111 Rn. 1.

規定處罰，例如，在觀看、聽聞或閱讀行為人促使實施某一犯罪或某數犯罪言論之人數雖然特定，但因人數過多，已無法被認定係該犯罪的教唆而予處罰時，本規定即可發揮補充性攔截之補漏作用，對該促使他人犯罪之行為論以煽動罪。

其次，本罪處罰主要的理由，在於其犯罪方式的特殊危險性；亦即，本罪係透過公開煽動他人犯罪的方式，致使不特定人或不特定多數人有遂行關聯犯罪之危險，因此本罪被定位為抽象危險犯<sup>7</sup>，此亦為煽動與教唆犯之另一差別所在。在抽象危險犯的意義下，刑罰處罰的主要依據，既係煽動行為可能造成不特定人從事關聯犯罪的特別危險性，則後者之既遂與否，即不影響煽動罪責的成立。

本條犯罪所謂的特殊危險性，一方面亦源於煽動行為在形態或方式上的公開性，亦即構成本條所謂煽動他人犯罪之舉，必須是以公開方式為之，或係在集會中所為，或係透過特定溝通工具的傳播，始有成罪之可能，已如前述。由於經由此等方式可能產生大規模犯罪的危險，因此將德國刑法第111條歸入德國刑法第六章「反抗國家權力罪」之中<sup>8</sup>。

依前所述，煽動罪與其他犯罪之教唆犯在性質上確有顯著不同。

### (3) 煽動罪的保護法益

德國刑法第111條規定，除了保護所煽動之關聯犯罪所威脅的法益之外，也一併保護社會的內部和平(*innere Friede der Gemeinschaft*)，亦即社會整體的安定性或公共生活的平和性。換言之，煽動者攻擊的不僅威脅到關聯犯罪所保護的法益本身，也侵害社會生活安全及法秩序的安定等超個人法益。對社會內部和平的影響，是指該煽動行為對公共生活所

<sup>7</sup> Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018, StGB § 111 Rn. 1.

<sup>8</sup> Schönke/Schröder/Eser, 30. Aufl. 2019, StGB § 111 Rn. 1-2.

造成的不確定性，必然會影響一般民眾的安全感。因此在某種意義上，煽動他人犯罪的行為乃是「對法律適用的挑釁式的攻擊」、「對法秩序實證適用的攻擊」或「對規範信賴的認知基礎的攻擊」<sup>9</sup>。我國學者周漾沂主張煽惑罪的保護法益應訴諸「規範效力之可信賴性」，想必亦本於相同的理由。

#### (4) 煽動罪與關聯犯罪的追訴條件

德國通說認為，煽動罪與關聯犯罪的追訴條件，二者相互獨立，不相影響，即使所煽動的關聯犯罪以有告訴為必要或有追訴的特別公共利益為其前提才能追訴，本罪亦不以經告訴或具有有追訴的特別公共利益為必要<sup>10</sup>。換言之，本罪的追訴條件獨立於所煽惑之關聯犯罪以外，其追訴不受關聯犯罪之影響，不論關聯犯罪是否為告訴乃論之罪，屬告訴乃論之關聯犯罪是否經提起告訴，均得對其煽動行為予以追訴。基於同一理由，告訴乃論之關聯犯罪經提出告訴後又撤回告訴，自亦不影響煽動罪本身之追訴。這是因為如前所述，煽動的對象為不特定人，而本罪所保護的法益，除了關聯犯罪所威脅的法益之外，另外也保護了社會的內部和平與法秩序的安定有以致之。此外，德國刑法第 111 條於煽動「違法行為」即已處罰，而非煽動「違法、有責從而可罰的行為」

<sup>9</sup> 其原文分別為「provokatorische Angriff auf die Rechtsgeltung」、「Angriff auf die empirische Geltung der Rechtsordnung」、「Angriff auf die kognitive Basis des Normvertrauens」。MüKoStGB/Bosch, 3. Aufl. 2017, StGB §111 Rn. 1-2.

<sup>10</sup> OLG Stuttgart, Urteil vom 06.03.1989 – 3 Ss 638/88, NJW 1989, 1939. 原文為：「4. Ein Strafantrag oder die Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung sind nicht erforderlich, auch wenn zu Straftaten aufgefordert wurde, die ihrerseits nur bei Vorliegen einer dieser Voraussetzungen verfolgbar sind (vgl. Dreher-Tröndle, StGB, 44. Aufl., § 111 Rdnr. 8) Dies ergibt sich bereits daraus, daß der Schutz des § 111 StGB sich nicht nur auf das durch die Straftat (zu der aufgefordert wurde) bedrohte Rechtsgut bezieht, sondern auch auf den inneren Frieden der Gemeinschaft (vgl. v. Bubnoff, in: LK, § 111 Rdnr. 5). Zudem stellt § 111 StGB bereits die Aufforderung zu einer rechtswidrigen Tat und nicht erst die zu einer rechtswidrigen, schuldhaften und auch sonst strafbaren Tat unter Strafe. Und schließlich ist die öffentliche Aufforderung zu Straftaten nach Abs. 2 dieser Vorschrift auch dann strafbar, wenn die Aufforderung ohne Erfolg geblieben ist.」MüKoStGB/Bosch, 3. Aufl. 2017, StGB § 111 Rn. 40. 原文為：「Nach hM bedarf es mit Rücksicht auf das zusätzliche Rechtsgut des inneren Friedens eines Strafantrags oder der Bejahung des öffentlichen Interesses selbst dann nicht, wenn die Tat, zu der aufgefordert wurde, ihrerseits nur auf Antrag verfolgt werden kann (etwa §§ 123, 223, 303).」

才處罰。最後，依德國刑法第 111 條第 2 項之公開煽動犯罪，當煽動無結果時，也是可罰<sup>11</sup>。以上均為煽動罪之追訴條件獨立於所煽動之關聯犯罪的理由。

是以，縱使德國刑法第 111 條第 1 項有依教唆犯處罰的規定，煽動罪之追訴條件仍係獨立於所煽動之關聯犯罪。

### (5) 煽動罪的處罰

本條規定，成功的煽動，也就是造成違法的關聯犯罪行為者，其處罰同於教唆(德國刑法第 26 條)。這是我國刑法第 153 條所無的處罰模式。在此必須說明，就煽動罪與教唆犯的關係而言，本項規定的規範效力射程僅止與刑度有關部分而已，而不及其他。此二犯罪型態的要件本有不同，前已述之，不應因為有此規定，致將二者等同視之。

設若煽動未成，德國刑法第 111 條第 2 項仍然規定應予處罰，只是其刑度不得超出煽動成功(同條第 1 項)的刑度範圍。因為煽動成功之處罰同於教唆，而依德國刑法第 26 條，教唆犯之處罰與正犯同，所以這也表示刑度不得超出關聯犯罪的刑度範圍；此外也應依德國刑法第 49 條第 1 項第 2 款減輕其刑，即最重刑度的四分之三<sup>12</sup>。

德國煽動罪之處罰，性質上屬於所謂的抽象危險犯處罰模式，且為透過德國刑法第 26 條、第 30 條所無法處罰者。因為教唆行為或未遂教唆，依其行為之定性，本須針對特定的個別對象或特定的多數對象為之，所教唆的犯罪亦具體指向某一特定的主要犯罪行為(Haupttat)<sup>13</sup>。然而，煽動罪之煽動對象並不特定，此點與教唆犯大不相同，已如前述。

<sup>11</sup> 同上註。

<sup>12</sup> 先以關聯犯罪的刑度確定最重刑度後，再依德國刑法第 49 條第 1 項第 2 款，減輕為最重刑度的四分之三，但仍要注意德國刑法第 111 條第 2 項第 1 句五年以下有期徒刑之限制。是以，若關聯犯罪的最重刑度為五年以下，就依該刑度之四分之三以下來定刑；但若關聯犯罪的最重刑度超過五年，因為本條項規定對刑度之限制，與德國刑法第 30 條相較，有學者認為本條規定的刑度太輕。MüKoStGB/Bosch, 3. Aufl. 2017, StGB § 111 Rn. 39.

<sup>13</sup> Schönke/Schröder/Eser, 30. Aufl. 2019, StGB § 111 Rn. 1-2.

從另角度言之，本條第 2 項之規定，本是作為即成犯之抽象危險犯的當然結果。我國第 153 條雖無類似規定，但其為抽象危險犯與即成犯之性質，與德國的煽動罪並無二致，自應作相同之解釋。

## (6) 小結

煽動罪與其他犯罪之教唆犯在性質上確有顯著不同，煽動罪除了保護所煽動之關聯犯罪所威脅的法益之外，也一併保護社會的內部和平，是以，即使所煽動的關聯犯罪以有告訴為必要或有追訴的特別公共利益為其前提才能追訴，本罪亦不以經告訴或具有有追訴的特別公共利益為必要。然則，本件被告林建興等人所主張，無故侵入住居罪業經行政院撤回告訴而欠缺訴訟條件，被煽惑之群眾既不成立侵入住居罪，被告自不成立煽惑罪云云，即使在德國法的脈絡下，亦無從成立。何況我國刑法第 153 條，並無如同德國刑法第 111 條第 1 項依教唆犯處罰的規定。

## 2. 日本立法例：處罰政治性言論的煽惑罪規定

日本並未在普通刑法中規定類似台灣刑法第 153 條之煽惑罪，而係在若干特別刑法，就犯罪或違反行為之煽動，有「煽動罪」(せん動罪)之處罰規定，如破壞活動防止法第 38、39、40 條<sup>14</sup>、特定秘密保護法第 25 條<sup>15</sup>、國稅通則法第 126

<sup>14</sup> 破壞活動防止法(昭和 27 年法律第 240 號)，<https://reurl.cc/D65qWj>，(最後瀏覽：2020 年 12 月 8 日)。

第 38 条(内乱、外患の罪の教唆等)

(第 1 項)刑法第 77 条、第 81 条若しくは第 82 条の罪の教唆をなし、又はこれらの罪を実行させる目的をもつてその罪のせん動をなした者は、7 年以下の懲役又は禁こに処する。

(第 2 項)左の各号の一に該当する者は、五年以下の懲役又は禁こに処する。

一 刑法第 78 条、第 79 条又は第 88 条の罪の教唆をなした者

二 刑法第 77 条、第 81 条又は第 82 条の罪を実行させる目的をもつて、その実行の正当性又は必要性を主張した文書又は図画を印刷し、頒布し、又は公然掲示した者

三 刑法第 77 条、第 81 条又は第 82 条の罪を実行させる目的をもつて、無線通信又は有線放送により、その実行の正当性又は必要性を主張する通信をなした者

(第 3 項)刑法第 77 条、第 78 条又は第 79 条の罪に係る前二項の罪を犯し、未だ暴動にならない前に自首した者は、その刑を減輕し、又は免除する。

第 39 条(政治目的のための放火の罪の予備等)

條<sup>16</sup>、地方税法第 21 條<sup>17</sup>、自衛隊法第 122 條<sup>18</sup>、公職選挙法第 234 條<sup>19</sup>等。關於政治性言論及其相關政治活動之煽動

政治上の主義若しくは施策を推進し、支持し、又はこれに反対する目的をもつて、刑法第 108 条、第 109 条第 1 項、第 117 条第 1 項前段、第 126 条第 1 項若しくは第 2 項、第 199 条若しくは第 236 条第 1 項の罪の予備、陰謀若しくは教唆をなし、又はこれらの罪を実行させる目的をもつてするその罪のせん動をなした者は、5 年以下の懲役又は禁こに処する。

第 40 条(政治目的のための騒乱の罪の予備等)

政治上の主義若しくは施策を推進し、支持し、又はこれに反対する目的をもつて、左の各号の罪の予備、陰謀若しくは教唆をなし、又はこれらの罪を実行させる目的をもつてするその罪のせん動をなした者は、3 年以下の懲役又は禁こに処する。

一 刑法第 106 条の罪

二 刑法 125 条の罪

三 檢察若しくは警察の職務を行い、若しくはこれを補助する者、法令により拘禁された者を看守し、若しくは護送する者又はこの法律の規定により調査に従事する者に対し、凶器又は毒劇物を携え、多衆共同してなす刑法第 95 条の罪

<sup>15</sup> 特定秘密保護法(特定秘密の保護に関する法律、平成 25 年法律第 180 号)、<https://reurl.cc/Q3Qaap>(最後瀏覽：2020 年 12 月 8 日)。

第 25 条

(第 1 項)第 23 条第 1 項又は前条第 1 項に規定する行為の遂行を共謀し、教唆し、又は煽動した者は、5 年以下の懲役に処する。

(第 2 項)第 23 条第 2 項に規定する行為の遂行を共謀し、教唆し、又は煽動した者は、3 年以下の懲役に処する。

<sup>16</sup> 国税通則法(昭和 37 年法律第 66 号)、<https://reurl.cc/2gqQeO>(最後瀏覽：2020 年 12 月 8 日)。

第 126 条(不納せん動に関する罪)

(第 1 項)納税者がすべき国税の課税標準の申告(その修正申告を含む。以下この条において「申告」という。)をしないこと、虚偽の申告をすること又は国税の徴収若しくは納付をしないことを煽動した者は、3 年以下の懲役又は 20 万円以下の罰金に処する。

(第 2 項)納税者がすべき申告をさせないため、虚偽の申告をさせるため、又は国税の徴収若しくは納付をさせないために、暴行又は脅迫を加えた者も、前項と同様とする。

<sup>17</sup> 地方税法(昭和 25 年法律第 226 号)、<https://reurl.cc/v1NLZA>(最後瀏覽：2020 年 12 月 8 日)。

第 21 条(不納せん動に関する罪)

(第 1 項)納税義務者又は特別徴収義務者がすべき課税標準額の申告(これらの申告の修正を含む。以下本条において「申告」と総称する。)をしないこと、虚偽の申告をすること、税金の徴収若しくは納付をしないこと、又は納入金の納入をしないことをせん動した者は、3 年以下の懲役又は 20 万円以下の罰金に処する。

(第 2 項)申告をさせないため、虚偽の申告をさせるため、税金の徴収若しくは納付をさせないため、又は納入金の納入をさせないために、暴行又は脅迫を加えた者も、また、前項の懲役又は罰金に処する。

<sup>18</sup> 自衛隊法(昭和 29 年法律第 165 号)、<https://reurl.cc/bRpmMy>(最後瀏覽：2020 年 12 月 8 日)。

第 122 条

(第 1 項) 第 76 条第 1 項の規定による防衛出動命令を受けた者で、次の各号のいずれかに該当するものは、7 年以下の懲役又は禁錮に処する。

一 第 64 条第 2 項の規定に違反した者

二 正当な理由がなく職務の場所を離れ 3 日を過ぎた者又は職務の場所につくように命ぜられた日から正当な理由がなく 3 日を過ぎてなお職務の場所につかない者

三 上官の職務上の命令に反抗し、又はこれに服従しない者

四 正当な権限がなく又は上官の職務上の命令に違反して自衛隊の部隊を指揮した者

五 警戒勤務中、正当な理由がなく勤務の場所を離れ、又は睡眠し、若しくは酩酊して職務を怠つた者

(第 2 項)前項第 2 号若しくは第 3 号に規定する行為の遂行を教唆し、若しくはその幫助をした者又は同項第 1 号若しくは第 4 号に規定する行為の遂行を共謀し、教唆し、若しくは煽動した者は、それぞれ同項の刑に処する。

<sup>19</sup> 公職選挙法(昭和 25 年法律第 100 号)、<https://reurl.cc/Gr0GVx>(最後瀏覽：2020 年 12 月 8 日)。

罪，規範在破壞活動防止法第 39、40 條。該 2 條作為表意自由的規制，日本最高法院也曾在判例宣示其審查基準，以下分述之。

### (1) 破壞活動防止法的煽動罪

破壞活動防止法第 39 條及第 40 條規定：以政治上之主義或實施策略之推進、支持或反對為目的，而煽動他人以(以下第 39 條)實行刑法 108 條(現住建造物等放火罪)、109 條第 1 項(非現住建造物等放火罪)、第 117 條第 1 項前段(引爆爆裂物罪)、第 126 條第 1 項、第 2 項(火車等翻覆及致死罪)、第 199 條(殺人罪)、第 236 條第 1 項(強盜罪)、(以下第 40 條)第 106 條(聚眾施強暴脅迫罪)、第 125 條(往來危險罪)、或對檢察官、警察及受其補助之人或依法看守、護送被拘禁之人、或依法從事調查之人，攜帶凶器或劇毒與公眾共同犯刑法第 95 條(妨害公務及職務強要罪)之罪，科處有期徒刑 7 年、3 年之有期徒刑。

煽動罪規定係對於表意內容限制的立法<sup>20</sup>，學說上的有力見解認為，美國法之「明白而立即之危險」(clear and present danger)基準(①表意行為在不遠的將來，有惹起實質惡害的蓋然性已臻明白②其實質惡害極其重大，且其重大惡害的發生時間已迫切③該規制手段對惡害之避免係屬必要不可欠缺)應有適用，若干下級審之判決也採納之，但日本最高法院在煽動罪並未採用此基準。

---

第 234 條 演說又は新聞紙、雜誌、ビラ、電報、ポスターその他いかなる方法をもつてするを問わず、第 221 條、第 222 條、第 223 條、第 225 條、第 228 條、第 229 條、第 230 條、第 231 條又は第 232 條の罪を犯させる目的をもつて人を煽動した者は、1 年以下の禁錮又は 30 万円以下の罰金に処する。

<sup>20</sup> 芦部信喜(著)、高橋和之(補訂)、憲法，2011 年 3 月第 5 版，有斐閣，200 頁。

## (2) 日本最高法院就煽動罪處罰之判決先例

就特別刑法中之煽動罪是否違憲，日本最高法院曾在 1949 年(昭和 24 年)5 月 18 日之大法庭，指出戰前所制定之「食糧緊急措置令」於戰後繼續有效，並為該煽動罪之刑罰合憲的認定。

該案為時任日本農民組合北海道聯合會的常任書記 Y，於 1946 年 11 月 25 日在北海道之農民大會，對約 250 人之與會者，以拒絕供出所生產之米發表演說，經認定為該當「食糧緊急措置令」第 11 條的拒絕出售主要食糧與政府的煽動罪，而遭科處 6 月有期徒刑<sup>21</sup>。被告認為上揭處罰規定，違反戰後之日本國憲法第 21 條，上訴最高法院。

日本最高法院認為，國民對政府政策的批判，攻擊政府失政，其方法於無害公安之範圍，始受言論自由保障。於今貧困食糧情事下，國家為確保國民全體之食糧，遂行該目的而有對於拒絕出售主要食糧與政府而有煽動罪規定，被告煽動拒售，慫恿國民就其所負擔之法律上重要義務不為履行，有害於公共福祉，逸脫言論自由之界限<sup>22</sup>。

## (3) 破壞活動防法的煽動罪合憲案

1970 年代日本政治運動風起雲湧。直至平成 2 年(1990 年)9 月 28 日，日本最高法院第 2 小法庭終對於破壞活動防止法第 39 條、40 條的煽動罪，做出合憲的認定。

該案犯罪事實大致如下：中核派全學運之中央執行委員長 Y，在 1971 年 10 月 21 日及 11 月 10 日為阻止沖繩返還協定批准為目的之集會，對多數聽眾發表演說，談及為上揭目的而武裝鬥爭之必要，主張應殲滅機動隊，其演說行為經以

<sup>21</sup> 犯罪事實引自，戶松秀典、初宿正典編著，憲法判例，2010 年 3 月第 6 版，有斐閣，184 頁。

<sup>22</sup> 昭和 24 年 5 月 18 日之最高裁判所大法庭判決，刑集第 3 卷 6 号 839 頁，<https://reurl.cc/OqW3qy>(最後瀏覽：2020 年 12 月 4 日)。

違反破壞活動防止法第 39、40 條遭到起訴。第一審及第二審均為違反破壞活動防止法第 39、40 條之有罪判決，被告以破壞活動防止法第 39、40 條有違日本國憲法第 19 條(思想及良心自由不得侵犯)、第 21 條第 1 項(集會、結社、言論、出版及其他一切表達之自由，均保障之)、第 31 條(非依法定程序，不得剝奪任何人之生命或自由，或科其他之刑罰)，上訴第三審<sup>23</sup>。

日本最高法院第 2 小法庭於 1990 年 9 月 28 日判決，仍依循上揭昭和 24 年 5 月 18 日之最高裁判所大法庭判決的見解，認為破壞活動防止法第 39、40 條無違反憲法第 21 條第 1 項言論自由保障的規定。其主要理由是：

破壞活動防止法第 39 條及 40 條之煽動行為，具有表意活動之性質，係抱持政治目的，並以各該條所定犯罪之實行為目的，透過文書、圖畫或演說之刺激，使他人產生有實行犯罪行為之決意，或助長其已生實施犯罪行為之決意。然而，法律並不容許絕對無限制的表意活動，違反公共福祉，逸脫表意自由界限，應受有限制。涉案之煽動行為，威脅公共安全，屬於有惹起重大犯罪可能性之社會性的危險行為，違反公共福祉，不值表意自由保護<sup>24</sup>。

#### (4) 小結

關於煽動罪之合憲性審查，日本最高法院未採明白而立即危險基準<sup>25</sup>，反而從公共福祉論的角度，強調煽動罪的可罰性，在於懲法律上重要義務之不履行<sup>26</sup>。

<sup>23</sup> 犯罪事實引自，戶松秀典、初宿正典編著，憲法判例，2010 年 3 月第 6 版，有斐閣，185 頁。

<sup>24</sup> 平成 2 年 9 月 28 日最高裁判所第二小法庭，刑集第 44 卷 6 号 463 頁，<https://reurl.cc/Y6K4pn>(最後瀏覽：2020 年 12 月 4 日)。

<sup>25</sup> 芦部信喜(著)、高橋和之(補訂)，憲法，2011 年 3 月第 5 版，有斐閣，188、200-201 頁。

<sup>26</sup> 奧平康弘，「煽動罪」解体を試みる序説，收錄於樋口陽一、高橋和之編，現代立憲主義の展開—芦部信喜先生古稀祝賀〈上〉，1993 年，有斐閣，623-625 頁。

### 3. 英國法(英格蘭與威爾斯)

#### (1) 2007 重大犯罪法之規定

英格蘭與威爾斯以 2008 年 10 月 1 日起生效的 2007 重大犯罪法(Serious Crime Act 2007)第 59 條規定，廢止普通法上的煽動罪(the common law offence of incitement)。但煽動罪實質上仍以成文法的方式繼續存在於英格蘭與威爾斯，只不過用字由比較嚴肅的「煽動」(incite; incitement)，改成比較不會引起反感的「鼓動」(或「鼓勵」)(encourage; encouragement)而已。例如重大犯罪法第 44 條至第 46 條，即仍保留鼓動犯罪及幫助犯罪(二者同時規定)的條文，茲簡介如下：

#### 第 44 條 故意鼓動或幫助犯罪

(1)(a)進行得以鼓動或幫助實施某罪之行為，而(b)故意鼓動或幫助該罪之實施者，成立犯罪。

(2)但不得僅因此種鼓動或幫助，係其行為之可預見結果，而認定其有故意鼓動或幫助犯罪之故意。<sup>27</sup>

#### 第 45 條 相信某一犯罪將被實施而鼓動或幫助犯罪

任何(a)進行得以鼓動或幫助實施某罪之行為，且(b)相信

(i)該犯罪將會被實施；且

(ii)其行為將鼓動或幫助該罪之實施者，

成立犯罪。<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup>Serious Crime Act 2007

Section 44 Intentionally encouraging or assisting an offence

(1)A person commits an offence if—

(a)he does an act capable of encouraging or assisting the commission of an offence; and

(b)he intends to encourage or assist its commission.

(2)But he is not to be taken to have intended to encourage or assist the commission of an offence merely because such encouragement or assistance was a foreseeable consequence of his act.

<sup>28</sup> Serious Crime Act 2007

Section 45 Encouraging or assisting an offence believing it will be committed

A person commits an offence if—

(a)he does an act capable of encouraging or assisting the commission of an offence; and

(b)he believes—

(i)that the offence will be committed; and

(ii)that his act will encourage or assist its commission.

第 46 條 相信一件或多件犯罪將被實施而鼓動或幫助犯罪

(1) 任何(a)進行得以鼓動或幫助實施多數犯罪中之一件或多件之行為，且(b)相信

(i) 一件或多件犯罪將被實施(但無法確信何件犯罪將被實施)；且

(ii)其行為將鼓動或幫助其中一件或多數犯罪之實施者，成立犯罪。

(2)該人是否確信何件犯罪將被實施，對於(1)項(b)款(ii)目之判斷，無關重要。

(3)若某人以觸犯(1)項之罪而被追訴時，則

(a)在起訴書中應表明所指訴犯該項(a)款所稱「多數犯罪」之數目；但

(b) 該項(a)款並不要求指明可能構成該多數犯罪之所有犯罪。

(4)起訴書所指訴，與本條有關而規定於本章之犯罪，應以本條第(3)項(a)款所指明者為限。<sup>29</sup>

## (2) 其他成文規定

另外，部分在 2008 年即已制定，迄今仍然有效適用的某些英國成文法，例如「1997 藥物不當使用藥物法」(Misuse

---

<sup>29</sup> Serious Crime Act 2007,

Section 46 Encouraging or assisting offences believing one or more will be committed

(1)A person commits an offence if—

(a)he does an act capable of encouraging or assisting the commission of one or more of a number of offences; and

(b)he believes—

(i)that one or more of those offences will be committed (but has no belief as to which); and

(ii)that his act will encourage or assist the commission of one or more of them.

(2)It is immaterial for the purposes of subsection (1)(b)(ii) whether the person has any belief as to which offence will be encouraged or assisted.

(3)If a person is charged with an offence under subsection (1)—

(a)the indictment must specify the offences alleged to be the “number of offences” mentioned in paragraph (a) of that subsection; but

(b)nothing in paragraph (a) requires all the offences potentially comprised in that number to be specified.

(4)In relation to an offence under this section, reference in this Part to the offences specified in the indictment is to the offences specified by virtue of subsection (3)(a).

of Drug Act 1997)」第 19 條，即有煽動他人犯不當使用藥物罪之罪的規定：「企圖觸犯、煽動他人或企圖煽動他人犯本條以外其他條文所定之罪者，亦成立犯罪。」<sup>30</sup>而仍保留 incite; incitement 之類用語的使用。

### (3) 小結

英國至今尚保留有關處罰煽動行為之規定，多數煽動罪規定散見於各個特別(個別)刑事法之中，普通法之煽動罪固不論矣，其成文法中之煽動規定中，迄今仍不乏明文使用煽動(incite; incitement)之用語，蘇格蘭尤為明顯<sup>31</sup>。

---

<sup>30</sup> Misuse of Drug Act 1997

Section 19 Attempts etc. to commit offences.

It is an offence for a person to attempt to commit an offence under any other provision of this Act or to incite or attempt] to incite another to commit such an offence an offence under any other provision of this Act to incite another to commit an offence under any other provision of this Act.

<sup>31</sup> 例如蘇格蘭刑事整合法(Criminal Law (Consolidation) (Scotland) Act 1995) 第 16 條即有性犯罪之煽動犯的規定“16A Conspiracy or incitement to commit certain sexual acts outside the United Kingdom.

(1) This section applies to any act done by a person in Scotland which would amount to the offence of conspiracy or incitement to commit a listed sexual offence but for the fact that the criminal purpose or, as the case may be, what he had in view is intended to occur in a country or territory outside the United Kingdom.

(2) Where a person does an act to which this section applies, the criminal purpose or, as the case may be, what he had in view shall be treated as the listed sexual offence mentioned in subsection (1) above and he shall, accordingly, be guilty of conspiracy or, as the case may be, incitement to commit the listed sexual offence.

另外，蘇格蘭的刑法典草案 Draft Criminal Code for Scotland 第 19 條更將煽動罪適用於所有犯罪之煽動行為，而訂定該法典草案第 19 條：

19 Incitement (in Draft Criminal Code for Scotland)

(1) A person who— (a) incites another person to act in a way which would involve the commission of an offence by that other person; and (b) intends that the offence will be committed by that other person or is reckless as to whether the incitement will have that result, is guilty of incitement to commit the offence.

(2) A person is not guilty of incitement to commit an offence by reason only of anything done as a member of a class of persons for whose protection the law creating the offence was enacted.

(3) A person is guilty of incitement to commit an offence although the person incited— (a) could not commit that offence because of — (i) the lack of criminal capacity by that person; (ii) the lack of some mental element on the part of that person; or (b) would have a defence (other than lawful authority, self defence or necessity) which is personal to that person.

#### 4. 美國法

##### (1) 聯邦法之暴力犯罪之挑唆罪 (18 U.S. Code § 373. Solicitation to commit a crime of violence)

美國聯邦法典 18 U.S. Code 第 373 條將挑唆他人遂行暴力性重罪之行為，規定為獨立犯罪，內容如下：

(a)項：

意圖使他人從事構成涉及違反美國法律對他人之財物或人身使用、企圖使用或威脅使用物理強制力量之重罪，而在強烈支持形成此等意圖之情狀下，挑唆、命令、引誘或以他法竭力說服該他人從事此等行為者，應或科以其挑唆觸犯之罪之最高度自由刑的一半刑度或最高額罰金的一半額度；或併科之。若其挑唆觸犯之罪為可處死刑或無期徒刑之罪，挑唆者應處以 20 年以下有期徒刑。<sup>32</sup>

(b)項：

被起訴犯本件之罪者，得提出積極抗辯，指出：在得以表現自願且完全放棄此一犯罪意圖之情狀下，被告已經避免其所挑唆之犯罪的實施。全部或部分意在延遲其其他時間實施該挑唆之罪，或替代以其他受害人或以其他類犯罪標的之決定，並非上述「自願且完全」之放棄。若上述積極抗辯係於審判中提出，被告就該抗辯事由之存在，負有優勢證據之舉證責任。<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> 18 U.S. Code § 373.Solicitation to commit a crime of violence:

(a)

Whoever, with intent that another person engage in conduct constituting a felony that has as an element the use, attempted use, or threatened use of physical force against property or against the person of another in violation of the laws of the United States, and under circumstances strongly corroborative of that intent, solicits, commands, induces, or otherwise endeavors to persuade such other person to engage in such conduct, shall be imprisoned not more than one-half the maximum term of imprisonment or (notwithstanding section 3571) fined not more than one-half of the maximum fine prescribed for the punishment of the crime solicited, or both; or if the crime solicited is punishable by life imprisonment or death, shall be imprisoned for not more than twenty years.

<sup>33</sup> 18 U.S. Code § 373.Solicitation to commit a crime of violence:

(b)

(c)項：

被挑唆之人因為欠缺犯罪所需具備之心智狀態，或無行為能力或無責任能力，或得以豁免起訴或得不受起訴等，皆非本條所指，得以對抗起訴之抗辯。

## (2) 聯邦法之煽惑暴動罪

美國聯邦法煽惑暴動罪之條文係規定在一般暴動罪(18 U.S. Code § 2101 Riots)之條文的(a)項(1)款，即 18 U.S. Code § 2101 (a)(1)；其罪名定義見於同條(b)項，即 18 U.S. Code § 2102(b)，茲譯介如下：

A.18 U.S. Code § 2101 (a)：於州際或國際商務旅行時，或使用州際或國際商務設施(包括但不限於郵件、電信、無線電或電視)時<sup>35</sup>，意圖：(1)煽動暴動；或(2)組織、促進、鼓勵、參與或實施暴動；或(3)從事任何足以促進暴動之暴力行為；或(4)幫助任何人煽動、參與、實施暴動或從事任何足以促進暴動之暴力行為，而在旅行或使用之時或之後，有從事或企圖從事為達本項(1)至(4)之目的之外顯行為者，處本章所定之罰金，或處五年以下有其徒刑，或併科罰金。

36

---

It is an affirmative defense to a prosecution under this section that, under circumstances manifesting a voluntary and complete renunciation of his criminal intent, the defendant prevented the commission of the crime solicited. A renunciation is not “voluntary and complete” if it is motivated in whole or in part by a decision to postpone the commission of the crime until another time or to substitute another victim or another but similar objective. If the defendant raises the affirmative defense at trial, the defendant has the burden of proving the defense by a preponderance of the evidence.

<sup>34</sup> 18 U.S. Code § 373.Solicitation to commit a crime of violence:

(c)

It is not a defense to a prosecution under this section that the person solicited could not be convicted of the crime because he lacked the state of mind required for its commission, because he was incompetent or irresponsible, or because he is immune from prosecution or is not subject to prosecution.

<sup>35</sup> 本條條文之所以限於州際或國際商務有其適用，是因為聯邦主義下之管轄權要件使然，與本罪之本質無關。

<sup>36</sup> 18 U.S. Code § 2101. Riots

(a) Whoever travels in interstate or foreign commerce or uses any facility of interstate or foreign commerce, including, but not limited to, the mail, telegraph, telephone, radio, or television, with intent—

(1) to incite a riot; or

(2) to organize, promote, encourage, participate in, or carry on a riot; or

B. 18 U.S. Code § 2102(b)：本章所稱之「煽惑暴動，或組織、促進、鼓勵、參與或實施暴動」，包括但不限於慫恿或促成他人暴動。但不包括未涉及宣揚暴力行為，或為主張該等行為之正當性或權利而單純以口頭或文字(1)宣揚理念或(2)表達信仰之行為。<sup>37</sup>

### (3) 美國各州規定

有關美國各州的相關規定，因為數量眾多，在此僅舉蒙大拿州與加州兩州法律為例，二者分別代表與煽動暴動無關及與煽動暴動有關的法例。

#### A. 美國蒙大拿州有關煽動罪之規定(不限於暴動之煽動)

美國蒙大拿州法典(Montana Code)對於刑事上的煽動罪有明文規定，而且明確使用煽動(煽惑)(incite; incitement)之用語，但在所煽動或所製造之犯罪的發生時機上，設有「立即發生」等即時性的限制，若不符此一時機要件，縱有煽動行為，亦不為罪。其規定如下：

##### 45-8-105. 刑事煽動罪

1) 刑事煽動係指鼓吹犯罪、對財物之惡意毀損或暴力之行為。

2) 故意或明知而鼓吹犯罪，而其鼓吹行為，

(a) 指向煽動或製造立即的非法犯罪行為；且

---

(3) to commit any act of violence in furtherance of a riot; or

(4) to aid or abet any person in inciting or participating in or carrying on a riot or committing any act of violence in furtherance of a riot; and who either during the course of any such travel or use or thereafter performs or attempts to perform any other overt act for any purpose specified in subparagraph (A), (B), (C), or (D) of this paragraph— 1

Shall be fined under this title, or imprisoned not more than five years, or both.

按：條文中之(A), (B), (C), or (D)係修法時漏未修改之文字，其意是(1)(2)(3)or(4)，請參：

<https://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title18/part1/chapter102&edition=prelim>

<sup>37</sup> 18 U.S. Code § 2101. Riots

(b) As used in this chapter, the term "to incite a riot", or "to organize, promote, encourage, participate in, or carry on a riot", includes, but is not limited to, urging or instigating other persons to riot, but shall not be deemed to mean the mere oral or written (1) advocacy of ideas or (2) expression of belief, not involving advocacy of any act or acts of violence or assertion of the rightness of, or the right to commit, any such act or acts.

(b)可能煽動或製造非法犯罪行為者，  
犯刑事煽動罪。

3)本條所稱「立即」，係指在時間上馬上發生、即將發生、  
或瀕臨發生之意。

4) 經判認觸犯刑事煽動罪者，處 10 年以下有期徒刑(州  
監獄監禁)。<sup>38</sup>

## **B. 加州刑法典(the Penal Code of California)有關煽動罪之 條文(限於暴動之煽動)**

美國加州刑法典有關煽動之條文訂於該法典第 2 編第  
11 章「有關侵害公共和平之犯罪」(TITLE 11. OF CRIMES  
AGAINST THE PUBLIC PEACE)的第 404.6 條，法條用語中  
雖無煽動(煽惑)(incite; incitement)之用詞，但一般仍習稱為  
incitement to riots 煽惑暴動罪，該條規定內容如下：

(a)意圖引起暴動而行促使暴動、促使他人為施加強制力或暴  
力之行為，或燃燒或破壞財物之行為，而在一可生明白、  
現存、立即可生施加強制力或暴力或燃燒或破壞財物危  
險之時間、地點、境況下所為者，犯煽動暴動罪。

(b)犯煽動暴動罪者，處 1000 美元以下罰金或科或併科 1 年  
以下郡所監禁。

(c)在州監獄或郡監所煽動暴動，而導致嚴重肢體傷患者，處  
1 年以下郡所監禁，或依第 1170 條(h)規定監禁之。

---

<sup>38</sup> Montana Code, 45-8-105  
Criminal incitement.

- (1) "Criminal incitement" means the advocacy of crime, malicious damage or injury to property, or violence.
- (2) A person commits the offense of criminal incitement if the person purposely or knowingly advocates the commission of a criminal offense and the advocacy is:
  - (a) directed to inciting or producing that imminent unlawful, criminal action; and
  - (b) likely to incite or produce that unlawful, criminal action.
- (3) For purposes of this section, "imminent" means immediate in time, impending, or on the verge of happening.
- (4) A person convicted of the offense of criminal incitement shall be imprisoned in the state prison for a term not to exceed 10 years.

(d)指控某人涉犯本條(c)項之罪者，其相關事實須經載明於輕罪起訴書、重罪起訴書或大陪審團起訴書中，並經被告於公開法庭中自認，或由負責聽審是否成立犯罪之陪審團，或由法院依被告之有罪答辯或不爭執犯罪答辯，或由無陪審團聽審之法院，發現為真實者，始判處該項之罪刑。<sup>39</sup>

## 5. 我國刑法第 153 條規定之正當性

由上述外國上法例可知，多數民主先進國家迄仍保留煽惑罪或類似犯罪類型的規定。我國刑法第 153 條有關煽惑罪的規定，並非被告所宣稱落後的戒嚴時期遺跡。不論從德國法的侵害社會內部和平之抽象危險犯模式，美國法、英國法的對他人人身或財物施加強制力模式，或日本法之慫恿他人不履行法律上重要義務模式，煽動他人犯罪的言論都具有可罰性基礎，可見煽惑行為應受非難的正當性，迄今仍然普遍受到各國的承認。

我國刑法第 153 條之立法模式，與其他國家或有不同，然其禁止煽動他人從事犯罪行為，以維社會和諧及法秩序安定之用意均無不同，揆其立法意旨，符合憲法第 23 條所稱，係為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序而設，

---

<sup>39</sup> Penal Code of California  
Article 404.6.

- (a) Every person who with the intent to cause a riot does an act or engages in conduct that urges a riot, or urges others to commit acts of force or violence, or the burning or destroying of property, and at a time and place and under circumstances that produce a clear and present and immediate danger of acts of force or violence or the burning or destroying of property, is guilty of incitement to riot.
- (b) Incitement to riot is punishable by a fine not exceeding one thousand dollars (\$1,000), or by imprisonment in a county jail not exceeding one year, or by both that fine and imprisonment.
- (c) Every person who incites any riot in the state prison or a county jail that results in serious bodily injury, shall be punished by either imprisonment in a county jail for not more than one year, or imprisonment pursuant to subdivision (h) of Section 1170.
- (d) The existence of any fact that would bring a person under subdivision (c) shall be alleged in the complaint, information, or indictment and either admitted by the defendant in open court, or found to be true by the jury trying the issue of guilt, by the court where guilt is established by a plea of guilty or nolo contendere, or by trial by the court sitting without a jury.

前已言之。由今日網路社交媒體發達之態勢以觀，各種煽惑他人犯罪之言論其實極易在網路上發表傳播，煽動他人犯罪之行為，較諸以往，更容易達到目的；而可能被煽惑進行犯罪之型態極其多樣，甚至可能出現諸如暴動、恐怖主義、性侵兒童、種族憎恨……等任何國家均無法忍受之被煽動犯罪類型，各國不可能視而不見而不予規範此等犯罪的煽動行為。質是之故，各國有關煽動犯罪之刑事處罰甚多，未聞有何國家無類似煽動罪之規定者，是本條之規範必要性極高，殊惟違憲可言。

關於本條規定的正當性基礎，學者周漾沂教授認為，周教授以為：法律「規範具有效力」這件事，是影響一般市民規劃自己社會生活的重要因素。周教授論稱：「在法律狀態之中，法規範確立了外在自由的界限，使得多數人自由的行使可以取得合致，人一方面可以期待，他人身為一個理性主體能夠透過遵守形諸於外的實證法而承認自己是一個同樣具有絕對價值而得以開展自由的主體，不會有意的為了擴張行動範圍而侵入自己的自由領域。另一方面，在某些需要建立快速且有效率之社會交往模式的情形下，也可以只利用規範建立行為的可預測性，使得他人的行為成為自己的行為計算中可以預測的因素，自己行為也成為他人行為計算中可以預測的因素。」<sup>40</sup>而「受規範保護之信賴的建立，是貫徹規範效力的當然結果」，換句話說，關聯犯罪之法律之規範效力的被貫徹，固然是規範可信賴性得以建立的原因，但是，周教授認為「並不能因為基礎信賴的維持主要是建立在行為規範效力的貫徹之上，就全然否定以獨立犯罪規定保護規範效力之可信賴性的必要。」因為，法律規範效力可信賴性的

---

<sup>40</sup> 周漾沂，論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由，臺大法學論叢第 37 卷 4 期，頁 372。

受損，原因未必只有規範效力未被貫徹<sup>41</sup>，「也有可能透過其他特定行為方式而破壞。刑法第 153 條所要規範的情形，就屬於這種破壞的典型：行為人非以一般規範違反方式，而是以公開釋放鼓勵犯罪或違背法令訊息的方式破壞法規範效力之可信賴性。」<sup>42</sup>「行為人藉由公開鼓動他人犯罪或違背法令，向公眾主張可以不理會規範效力，呼籲公眾回歸到自然狀態，雖然所涉及的問題並不是可能會引發的犯罪或是法益損害，但是如果刑法放任這種宣告，規範效力的可信賴性仍然可能因為此一煽惑行為傳達給公眾的訊息而減損煽動他人犯罪，即是鼓勵他人違反法規範，有更多人犯罪，一般人之不安全感即隨之增加，因為難以正常期待法律具有規範他人行為之效力，則法規範之可信賴度自然會因此減損。」<sup>43</sup>周教授因此主張，刑法煽惑罪之規定，應以規範效力之可信賴性作為其保護法益。

周教授的大作，分析深入完整，說理透澈順暢，令人敬佩。教授認為刑法第153條所保護之法益係「規範效力之可信賴性」，其見相當具有說服力，應是支持本條規定確實具有規範正當性之重要理論依據之一。惟刑法第153條的處罰理由，除了周教授所洞見，對規範效力可信賴性之破壞或減損之外，關聯犯罪(即被煽惑違犯之罪)發生的機率，因為煽惑行為，特別是周教授所指，「會影響公眾對規範效力之信賴的鼓動行為」的出現而增加，從而該犯罪之受害者或該犯罪原本保護之法益受到侵害的機會亦隨之提高，應是合乎邏

<sup>41</sup> 周教授的原文是「規範效力之可信賴性，並不一定因一般不法行為的發生而受損，」惟不法行為的發生，固然有違「受規範者均會遵守規範」的期待，但此是一般社會正常的現象，未必會嚴重減損規範效力的貫徹，因為誠如周教授所言，受規範保護者對對規範的信賴，也建立在「透過刑罰強制對於規範違反行為的回應」上，也就是有罪必罰的信然性之上。因此，由於某種因素(特別是欠正常社會可以接受的原因，例如政府公權力不張、執法或司法人員腐化)，有罪不罰，違反受規範保護之期待，制裁規範無法確保行為規範的落實，行為規範效力無法被貫徹，才是規範效力減損的主要原因。

<sup>42</sup> 周漾沂，論「煽惑他人犯罪或違背法令」之處罰理由，臺大法學論叢第 37 卷 4 期，頁 374。

<sup>43</sup> 同上註。

輯與社會常態之推論。據此而論，不可謂煽惑行為與所煽惑行為保護之法益無關，亦難謂社會共同生活和平之秩序不因煽惑他人犯罪而遭受更大之衝擊。是刑法第153條所保護之法益，除周教授所倡導之「規範效力之可信賴性」外，亦宜加入因為煽惑行為之出現而致侵害壓力大增之所煽惑犯罪所涉法益之保護，以及維護共同生活和平之公共秩序的維持法益二者。

### (三) 刑法第 153 條第 1 款是否應為目的性限縮解釋？

與本案有關之刑法第 153 條第 1 款規定，並無欠缺明確之問題，合先敘明。

#### 1. 刑法第 153 條有無為合憲性限縮解釋之必要？

如前引述，德國刑 111 條煽動罪之規定，在煽動行為與教唆犯之關係、處罰條件及刑度方面，固與我國規定有異，但在構成要件及社會法益保護之旨趣，則與我國 153 之規定則相當類似。迄今未聞彼邦學界或司法實務界有對該條規定須作所謂合憲性限縮解釋之提議或裁判。

關於限縮解釋之議題，我國學者周漾沂教授在前揭論文中曾經提出相關建議，或可作為本件法律適用之參考。周教授基於刑法第153條之保護法益為「規範效力可信賴性」之理論，認為：「鼓動公眾犯罪或違背法令的行為，必須在現時整體社會環境條件之下，足以讓潛在被害人相信真的會因此有規範違反行為發生，才會減損該規範之效力可信賴性而符合本罪的煽惑概念。本罪構成要件之文義顯然牽連過廣，因而有限縮解釋的必要。」<sup>44</sup>周教授認為，由於煽惑要件文義牽連甚廣，因此主張「只有那些真的會影響公眾對規範效力之信賴的鼓動行為，才是本罪的煽惑。於此必須考慮到行

---

<sup>44</sup> 周漾沂，前揭文，頁 378。

為時的整體社會環境背景條件，以及鼓動他人違反之規範的性質及內容。」所言不無參考價值。

## 2. 刑法第 153 條第 1 款縱為限縮解釋，被告魏揚等人所為仍然構成該條之罪

萬一貴院認為我國刑法第 153 條第 1 項所定煽惑犯罪之標的罪名包含所有犯罪在內，範圍過於寬泛；或認本條規定對於行為時機、地點、境況等(time, place, or circumstances)條件欠缺合理之限制，而堅認在本案的適用上有予限縮解釋之必要，基於對法官審判職權的尊重，本署亦不便表示反對。然而，吾人以為，即使對第 153 條採取相當程度的限縮性解釋，對本案煽罪之成立，仍然不生影響。蓋依原審判決認定之事實，即「魏揚於同日晚間 8 時許抵達行政院，在行政院區內 A 棟中央大樓大門等處持續以擴音器(大聲公，下同)、麥克風(以上擴音器、麥克風均未扣案，無證據證明係魏揚所有)向在場參與者呼喊：『一、...各位，我今天身為現場指揮，...如果有一切法律責任，有任何流血，我當然會一切，我們所有發起這些行動的人，我們都會承擔。...二、...我們還會持續的佔領、佔領更多的行政機關...三、(帶領群眾持續喊「退回服貿<sup>45</sup>」)。...我跟大家宣布...我要請各位有一個準備，就是，就是這是一場革命，這是一場戰爭，警察不是跟我們玩嘉年華的，...他們會攻堅，所以各位請有一個準備，請各位一方面請更多人來支援，...如果警察要抬我們就呈一灘爛泥...一個人要被 3 個人、警察才抬得動，大家相信自己好不好？(群眾：好)...請各位、請各位就是，若一旦警察攻堅，就把大門關起來，如果現場各個門的指揮可以聽到我說的話，警察攻堅的時候就把大門關起來』」等語，另於同日晚間 8

<sup>45</sup> 坊間習稱的「服貿協議」，其正式名稱為行政院大陸委員會授權財團法人海峽交流基金會與大陸海峽兩岸關係協會簽署之「海峽兩岸服務貿易協議」。

時13分透過網際網路登入可供不特定多數人共見共聞之個人臉書張貼：「抱歉我知道這樣動員很不負責，但請願意的朋友來行政院聲援，多來一人，就必須逼警方多派三個人來清場，之所以佔領行政院，除為立法院伙伴舒減壓力，更是讓馬政府看見人民的決心」。林建興於同日晚間8時許，在行政院周圍對往來群眾大喊『進來坐，衝啊！進來坐，衝啊！馬英九不理我們，我們自己來。衝啊！靠你了，進去。門已經開了、門已經開了。』等語；被告柯廷諭則於同日晚間8時39分以網際網路登入可供不特定多數人共見共聞之個人臉書張貼『《正確消息請轉》我強烈建議大家攻行政院，立法院要有足夠人留守。其他行政機關不要去！！會分散！！』、『《純個人建議》我強烈建議大家攻行政院，立法院要有足夠人留守。其他行政機關不要去！！會分散！！』」（二審判決書事實欄二、(一)4.）等語觀之，本件被告魏揚等人係在包圍行政院之現場以及現場群眾情緒極度高昂之下所為上開言論，已足以造成在場及附近群眾產生衝入行政院之立即非法行動的衝動，此舉自然會讓一般人相信社會規範之可信賴性已遭破壞而產生不安，何況後來果發生群眾非法侵入並佔領行政院之本案犯行。

換言之，本件被告魏揚等人的行為，即使在刑法第 153 條經限縮釋後，仍然構成該條所定煽惑罪。

### 3. 美國 *Brandenburg v. Ohio* 案的啟示

即使認為刑法第 153 條應作限縮解釋，加設現法律原本所無的時間、地點、境況要件，或限縮所煽惑之犯罪限於與施用強制力有關行為之範圍，被告魏揚等人煽動群眾攻占行政院之行為，亦應成立該罪，已如前述。有關此一議題，美

國聯邦法院有關言論自由的重要判決 *Brandenburg v. Ohio*<sup>46</sup>，似可在此一併引介，以供參考。

*Brandenburg* 為美國激進反對有色人種團體三 K 黨的首領，因為公開發其煽動性的種族仇視言論，觸犯俄亥俄州的犯罪組織條例(Criminal Syndicalism Statute)而被檢察官起訴。該法係禁止「以提倡犯罪、破壞、暴力或不法恐怖主義的責任、必要性或正當性，作為實行產業或政治改革的方法者」及「自願參與為教導或提倡犯罪組織教條之任何協會、團體或人員聚會者。」但不論檢方的大陪審團起訴書或法院對陪審團法律引導文書(instruction)皆未就單純的倡導行為，是否與煽動立即的非法行動之行為間有亦區別，而構成該法的犯罪一事有作進一步的闡述。<sup>47</sup>判決要旨如下：

「依系爭法律文義及適用實務所示，單純倡導起訴書所述不當作為的行為，乃受到該法禁止而得科處刑罰的犯罪行為，是此規定違反聯邦憲法增修條文第 1 條(言論自由)及第 14 條。言論自由及新聞自由不許各州禁止倡導使用暴力或宣揚違反法律之行為，除非此種提倡行為導致煽起或產生立即性的非法行動且可能煽起或產生此種行動。」<sup>48</sup>

法院以上揭理由撤銷俄亥俄州對被告的有罪判決。此即 *Brandenburg v. Ohio* 案判決就發生煽惑性言論所創設的「立即非法行動」標準 (“imminent lawless act” test)。

---

<sup>46</sup> 395 U.S. 444 (1969).

<sup>47</sup> Neither the indictment nor the trial judge's instructions refined the statute's definition of the crime in terms of mere advocacy not distinguished from incitement to imminent lawless action

<sup>48</sup> “Since the statute, by its words and as applied, purports to punish mere advocacy and to forbid, on pain of criminal punishment, assembly with others merely to advocate the described type of action, it falls within the condemnation of the First and Fourteenth Amendments. Freedoms of speech and press do not permit a State to forbid advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.”

換言之，如果倡導犯罪之言論，係用以且可能產生煽動或產生立即的非法行為者，即不受憲法言論自由的保護。本件被告等人，在大批群眾包圍行政院，群情激昂的情況下，在現者或在網路社交媒體上鼓動他人攻入行政院，確有立即發生非法行為之可能，事實上也確實發生非法侵入行政院之結果。即使採取上開美國聯邦法院判決的「立即非法行動」標準，其行為亦不應受憲法言論自由之保護，而應成立第 153 條之煽惑罪。

#### **(四) 公開發表煽惑他人犯罪之言論可能不受言論自由保障**

##### **1. 並非任何言論皆受憲法言論自由規定之保障**

按美國司法機關對於保護言論自由的先進程度，一向領先全球；我國大法官進行憲法解釋，及各級法院審理與言論自由相關之案件時，亦常參考美國聯邦法院之判決。本件被告亦主張彼等煽惑他人攻占行政院之言論，應受言論自由之保護，本署爰在此簡介美國司法實務上有關言論自由爭議所確立之基準，以供本案判斷之借鑒。

##### **(1) 美國違憲審查的標準**

美國法院審理案件涉及人民基本權利是否被行政機關或立法所不當侵犯時，有違憲審查權；但因個案牽涉之基本權類型、限制目的及限制手段均不相同，法院因而有三種不同的審查標準。

聯邦最高法院首先在 1938 年 *United States v. Carolene Products Co.* 案<sup>49</sup> 判決註腳 4 中提出「雙重基準」審查標準，法院原則上應尊重國會依民主程序所為之決定，只有在立法機關的決定涉及民主制度之缺失時，法院才應加強審查，導正民主制度本身的不公與不健全。基此，在審查與民主程序

---

<sup>49</sup> 304 U.S. 144 (1938).

無關之經濟性基本權利或社會福利立法時，應採寬鬆之「合理審查標準」(Rational Relationship Test)。亦即，限制基本權之目的須追求合法的政府利益(legitimate interests)，手段與目的應具有合理關聯(rational relationship)。倘若政府之立法(或其他行政措施)涉及與民主程序運作有關之基本權利(政治性基本權利)，則應以「嚴格審查標準」(Strict Scrutiny Test)予以審查。亦即，限制基本權之目的須追求極為「重大迫切的利益」(compelling interests)，手段須屬必要且以侵害最小方式(necessary and narrowly tailored)。此外，與社會大眾分離的少數族群因無法在多數決的民主程序中獲得公平參與機會，故凡屬此等社會少數者的基本權利，不論是經濟性基本權利或政治性基本權利，法院均應以嚴格審查標準予以審查。

是以，法院採「合理審查標準」時，應先就政府立法或行政措施之目的加以審查是否「追求合法的利益」，再審查限制人民權利之手段與該目的是否具有合理關聯。只要所選擇之手段確實能達到該目的，不論是否存在其他侵害較小的限制手段，該立法或行政措施即與憲法無違。美國聯邦最高法院審查有關經濟性或者社會福利的立法或政府措施時，原則上採「合理審查標準」。因「合理審查標準」屬於違憲審查的最低審查標準，政府之作為或不作為的合憲機率極高，以示沒有民意基礎之法院對代表民意之立法與行政機關職權之尊重。

反之，法院採「嚴格審查標準」時，係先就政府立法或行政措施之目的加以審查是否「重大迫切的利益」，再審查限制人民權利之手段與該目的是否「必要且從嚴限縮」；亦即，須無其他侵害較輕微的方式可達此一目的，始能被認定

合憲。美國聯邦最高法院於著名的 *Brown v. Board of Education* 案<sup>50</sup> 審查「隔離但平等」(separate but equal)的政策時，即採「嚴格審查標準」。

「中度審查標準」是美國聯邦最高法院最晚建立的違憲審查標準，1976年 *Craig v. Boren* 案<sup>51</sup> 涉及性別平等，聯邦最高法院認為該案情形採「嚴格審查標準」將過於苛刻，採「合理審查標準」又過於寬鬆，故建立「中度審查標準」(Intermediate Scrutiny Test)。「中度審查標準」係要求目的須追求重要政府利益，手段與目的須具有實質關聯性。亦即，法院先審查系爭立法或行政措施之目的是否為追求「特定重要利益」(specific important interests)，限制手段與該目的是否有「實質關聯」(substantially related)。若二者皆為肯定即與憲法無違。採此標準之案件，法院有比較大的個案權衡空間。

## (2) 美國言論自由之界限

美國聯邦憲法增修條文第1條規定人民有言論自由、出版自由、和平集會權利及向政府請願之權利<sup>52</sup>。倘政府立法或行政措施涉及對於廣義言論自由之限制(即包括狹義言論自由、出版自由、和平集會權利)，依是否「針對言論內容的限制」(content-based regulations) (雙軌理論)及對社會是否屬於「高價值言論」(雙階理論)而使用不同違憲審查標準。對於「針對言論內容的限制」中「高價值言論」之審查，採用嚴格審查標準；對於「針對言論內容的限制」中「低價值言論」之審查，採用「中等審查標準」或「合理審查標準」；

<sup>50</sup> 347 U.S. 483 (1954).

<sup>51</sup> 429 U.S. 190 (1976).

<sup>52</sup> U.S. Constitution, Amendment I, "Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances."

「非針對言論內容的限制」(content-neutral regulations)，原則採用「中等審查標準」，但也有採「合理審查標準」之情形。

美國聯邦最高法院於 1972 年在 *Chicago Police Dept. v. Mosley* 案<sup>53</sup>表示：政府原則上不能基於言論自由的內容，而對該言論加以限制。美國法界並據此發展出雙軌理論<sup>54</sup>。例如禁止機密外洩、禁止宣揚共產主義均屬於「針對言論內容的規範限制」，為避免政府不當干預言論自由，妨害公共議題之辯論，原則上適用「嚴格審查標準」。

至於「非針對言論內容的限制」係指立法或政府措施限制言論自由並不考慮言論之實際內容為何，例如對於「言論表達時間、地點、方式」之管制(例如晚上 10 時後不得在公園演講、禁止在住宅區懸掛廣告)，依規範目的及限制方式之不同，採用「中等審查標準」<sup>55</sup>或「合理審查標準」<sup>56</sup>，若是為了追求正當利益，且未以不合理方式限制其言論表達管道，即與憲法無違。

然而並非所有「針對言論內容的規範限制」均適用「嚴格審查標準」，美國聯邦最高法院在 *Chaplinsky v. New Hampshire* 案<sup>57</sup>判決指出：猥褻、褻瀆神明、誹謗、侮辱或攻擊性言詞(fighting words，指會造成傷害或引起破壞治安行為之言論)對意見表達並無貢獻，就追求真理而言亦無甚社會價值，即使這些言論能給社會些許利益，其利益也小於限制此等言論對社會秩序及道德規範所產生之利益。後來美國法界據此將言論內容分為二階，上開猥褻、褻瀆神明、誹謗、侮辱或攻擊性言詞與商業性言論、揭露隱私、虛偽陳述、種族

<sup>53</sup> 408 U.S. 92 (1972).

<sup>54</sup> 林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於「言論自由與新聞自由」，133 頁，154 頁。

<sup>55</sup> Geoffrey R. Stone, Content-Neutral Restrictions, 54 *University of Chicago Law Review* 46, 52-53 (1987).

<sup>56</sup> Geoffrey R. Stone, Content-Neutral Restrictions, 54 *University of Chicago Law Review* 46, 50-52 (1987).

<sup>57</sup> 315 U.S. 568 (1942).

歧視言論被歸類為低價值言論(low value)，低價值言論依其類型而採不同審查標準，例如猥褻性言論、色情書刊之限制規範以「合理審查標準」審查；一般商業廣告之限制規範以「中等審查標準」審查；若涉及廣告不實或以非法交易為目的，法院以「合理審查標準」審查。

低價值言論除外之言論均屬於高價值言論(high value)，其限制規範均採「嚴格審查標準」，政治性言論當然屬於高價值言論，受高階層的言論保護，但其言論內容仍非完全沒有限制<sup>58</sup>。美國聯邦最高法院在 1919 年於 *Schenk v. United States* 案<sup>59</sup>曾提出煽動言論是否受到憲法保障應考量是否有「明顯而立即危險」(clear and present danger)，但當時並未成為美國法界處理此類型案件之依循標準。美國直到 1969 年聯邦最高法院在 *Brandenburg v. Ohio*<sup>60</sup>案才具體化「明顯而立即危險」標準並被遵循至今。該案被告為三 K 黨首領，彼涉嫌於演講時向黨員表示：「如果我們的總統、國會議員或最高法院繼續壓抑白人，可能將會發生復仇行動。」因而涉犯 Ohio 州犯罪組織條例之煽動罪<sup>61</sup>，事實審判決被告有罪，並被 Ohio 州最高法院維持。被告上訴至聯邦最高法院，聯邦最高法院認為：政府不能限制或處罰主張暴力之煽惑性言論，除非「煽動者主觀上有煽動立即違法行動之意欲，且客觀上其煽動有導致該違法行動之可能性」<sup>62</sup>，Ohio 州犯罪組

---

<sup>58</sup> 本書狀僅討論高價值言論內容限制之審查標準，而不及於與本案無關之言論事前限制的實體要件(重大、立即、不可回復的損害)及程序要求(及時的司法救濟)。

<sup>59</sup> 249 U.S. 47 (1919).

<sup>60</sup> 395 U.S. 444 (1969).

<sup>61</sup> Ohio Rev. Code Ann. § 2923.13, "advocat[ing] . . . the duty, necessity, or propriety of crime, sabotage, violence, or unlawful methods of terrorism as a means of accomplishing industrial or political reform" and for "voluntarily assembl[ing] with any society, group, or assemblage of persons formed to teach or advocate the doctrines of criminal syndicalism."

<sup>62</sup> 395 U.S. 444, 447-48 "These later decisions have fashioned the principle that the constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action.."

織條例相關條文因未作此區別過度限制言論自由違憲，因而推翻下級法院之有罪判決。此後，此類煽動內亂或違法行為案件，美國法院均依 Brandenburg 案所確立之標準作為判斷準則。亦即高價值言論內容限制規範之目的必需出於「重大迫切利益」，而煽動內亂或違法行為之政治言論，必需有「明顯而立即之危險」，否則對其限制或處罰之規範違憲<sup>63</sup>。

憲法言論自由不僅保障演講、文字、圖畫及錄影，有些行動也具有言論性質，例如「象徵性言論」(symbolic speech)以燒燬國旗表達對政府特定政策之不滿，或燒燬徵兵卡表達反戰或對徵兵制之不滿。聯邦最高法院於 1968 年在 U.S. v. O'Brien 案<sup>64</sup>建立「象徵性言論」的審查標準，該案被告與 3 位夥伴公開燒燬他們的徵兵卡表示反對越戰，被告因而被起訴 50 U.S.C. § 462(b)(3)毀損徵兵卡罪，一審認定有罪。本件後來上訴至聯邦最高法院，聯邦最高法院認為：毀損徵兵卡罪並非限制行為人之反越戰之言論自由，而係制止毀損政府徵兵卡之行為，對此等行為之立法限制於符合下列 4 要件時合憲：(1)政府基於憲法所賦予之權限制定限制規範；(2)限制規範制定之目的在增進重要利益；(3)政府所採增進利益之方式與限制言論自由內容無關(按：以 content-neutral 方式限制)；(4)限制方式對言論自由之附帶限制並無其他侵害較輕微的方式。此案政府就維持徵兵之順暢有其重大利益，所以必須禁止徵兵卡被損毀，其對反戰言論之限制效果是附隨的(incidental restriction)，毀損徵兵卡罪之規定符合上開要件，應無違憲，被告有罪確定。

---

<sup>63</sup> 林子儀，言論自由與內亂罪，收錄於「言論自由與新聞自由」，199-228 頁。

<sup>64</sup> 391 U.S. 367 (1968).

另外，在 Texas v. Johnson 燒國旗案<sup>65</sup>，被告帶領不滿政府政策的群眾遊行示威，被告並拿出國旗，將煤油倒在上面，由另一人將其點燃，群眾喊著口號：「美國，紅、白、藍，我們對你吐口痰，你的立場是搶奪，你的下場是地獄。」被告因而被起訴涉犯德州褻瀆受崇敬物體罪(deseccration of a venerated object，此項法律禁止「褻瀆」國旗、公共紀念物、墓地等「受崇敬的物體」)，一審判決有罪。本案後來上訴至聯邦最高法院，聯邦最高法院認為：言論自由的保護並不僅局限於一個人說的話或寫下的文字，非言論類的行為也有可能受到第一修正案的保護，「象徵性言論」包含二要件：(1)行為人主觀上是否藉其行為傳達意見；(2)觀眾是否得以瞭解其意見。<sup>66</sup>本案被告焚燒國旗的行為應被視為是一種意見表達，本案並無「明顯而立即危險」情形，被告無罪確定。

## 2. 小結

與上開美國法相較，我國刑法 153 條第 1 款規定或稍嫌寬鬆，或有侵犯言論自由之虞；但刑法 153 條第 1 款煽惑罪是否應限於有「明白且立即危險」或足以或可能造成「立即之非法行動」等條件之限縮解釋，應屬貴院之職權。由本案事實觀之，本件被告之煽惑行為，依案發當時情況判斷，確實具有「明白且立即導致非法行為之危險」，然則，是否就刑法 153 條第 1 款作限縮解釋，其實並不影響本案犯罪之成立。而本條款其餘要件均相當明確，最高法院就此部分應不必聲請釋憲。至刑法 153 條第 2 款雖可能有違反明確性原則之問題，但與本案無關。

---

<sup>65</sup> 491 U.S. 397 (1989)。

<sup>66</sup> 491 U.S. 397, 404 (1989) "an intent to convey a particularized message was present, and [whether] the likelihood was great that the message would be understood by those who viewed it."

二、被告鼓動眾人攻占行政院之言行，係以以言語、文字鼓動他人侵入行政院、對抗執行職務員警之犯罪行為，已違反刑法之規定，構成犯罪，必須擔負刑責，不受憲法言論自由之保障

(一) 抵抗權可否於個案阻卻違法、阻卻或減免罪責？

### 1. 抵抗權概念之起緣

抵抗權源自社會契約的概念，源自近代著名英國哲學家及政治思想家 John Locke 於 1689 年到 1690 年寫成《兩篇政府論》(Two Treatises of Government)，他主張每個人都擁有自然權利，他們有權保護自己的權利、並且尊重其他人的同等權利。透過理性概念，人們就能理解為何他們必須尊重其他人的權利，包括尊重他人的財產。由於實踐上自然法經常被忽略，因此政府的保護是必要的，然而政府的統治也必須經過被統治者的同意，因此所有的政府都只是人民所委託的代理人，政府只有在取得被統治者的同意，並且保障人民生命、自由、和財產的自然權利時，社會契約才會成立，其統治才有正當性。當立定的法律被違反、或是代理人濫用權力時，政府便是背叛了其人民，人民便有權對抗政府的不正當權威，甚至再建立一個新的政府，這種情況稱為「革命」。John Locke 的思想對於後代政治哲學的發展產生巨大影響，也影響美國開國元勳，他的理論被反映在美國獨立宣言及世界人權宣言上。

依世界人權宣言序言，抵抗權係為確保其他人權而存在。然而，目前國際法對「抵抗權」並無明確規範，不僅各國憲法有「抵抗權」規定者尚屬少數；即使有規定，不僅名稱不一(right to resist, right to rebellion, right to self-defense)，內容及要件有別，它究屬個人權利或集體權利，也有不同。

一般而言，抵抗權概念包括「不使用暴力之公民不服從」以及「使用武力抵抗」二種方式。抵抗權要件包括：1.政府有違法、不公平且違反人權之政策或行為；2.出於防衛或避免危難之目的；3.需有相當人數之認同。另外，當不使用暴力之公民不服從無效時，面對政府有系統地嚴重侵害人權之情事，且無其他救濟方式，才可訴諸暴力。

## 2. 我國憲法或法律並無抵抗權之規定

### (1) 外國立法例有關抵抗權之規定

#### ① 德國基本法

德國基本法第 20 條<sup>67</sup>規定：「(第 1 項)德意志聯邦共和國(Bundesrepublik Deutschland)為民主、社會之聯邦國家。(第 2 項)所有國家權力來自人民。國家權力，由人民以選舉及公民投票，並由彼此分立之立法、行政及司法機關行使之。(第 3 項)立法權應受憲法之限制，行政權與司法權應受立法權與法律之限制。(第 4 項)凡從事排除上述秩序者，如別無其他救濟方法，任何德國人皆有權反抗之。」

德國基本法第 20 條第 4 項之規定，係 1968 年所新增。行使抵抗權的前提是出現抵抗事件(Widerstandsfall)。抵抗事件是指，「有人從事排除基本法第 20 條所規定之憲法秩序」的情形，且已別無其他救濟方法。而所謂「排除基本法第 20 條規定之秩序」，究應依文義及體系解釋，須至排除「基本法第 20 條第 1 項至第 3 項所建立的秩序」？或僅指「自由民主的基本秩序」即屬該當該條第 4 項所定之要件？德國學

<sup>67</sup> GG Artikel 20

(1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat.

(2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

(3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.

(4) Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.

界尚有爭議。一般而言，所謂「排除憲法秩序」，應於合憲秩序的核心要素之一已經喪失時，即告成立。單純的「影響」固然不算，單純的個別違法或違憲作為，也還未滿足此一要件。

抵抗權可針對任何從事「排除基本法第 20 條所規定秩序之人」行使(Adressat des Widerstandsrechts)。不僅包括由上往下的政變，也包括由下往上的政變。所以對象可能是私人，也可能是公務員、本國人或外國人、個人或有組織的團體。此外，特別要考量，抵抗權以「國家權力已開始喪失其功能，到了非常情況而面臨崩潰」為前提。最後一個要件是「如別無其他救濟方法」。這是以「補充性條款」來理解抵抗權的限制規定，把抵抗權當作一個例外且最後的緊急手段。如果沒有滿足上開要件，就不存在抵抗權。該限制抵抗權的背景是，國家的權力獨占是現代國家的基石，僅於國家已然無法充分保障合憲秩序時，私人才可合法使用暴力<sup>68</sup>。

抵抗的行使應達到阻止合憲秩序被排除以及依情形建立合憲秩序之目的。此外，抵抗權的行使應受比例原則之拘束，因為人民在此例外地取代國家的位置，人民在要防衛的秩序的範圍也受比例原則拘束。原則上抵抗權不受其他一般法律規定的限制，基本法第 20 條第 4 項的抵抗權因此具有阻卻違法的功能<sup>69</sup>。因為德國基本法第 20 條第 4 項有人民抵抗權的明文規定，如果某行為已符合基本法第 20 條第 4 項

<sup>68</sup> 德國基本法第 20 條第 1 項至第 3 項所揭櫫之「憲政秩序」，包括第 1 項之德國是一個民主、社會之聯邦國家；第 2 項之主權在民以及三權分立之原則；第 3 項之立法必須依憲法之原則、行政權和司法權之行使必須依循法及法律之原則。這三項規定所確立的原則，可說是德國立國精神及基本的立國原則。排除憲政秩序之行為不限定於威脅所有的憲法原則，只要威脅其中一項原則，就已經足夠。陳志輝，抵抗權、公民不服從與刑事不法—論 318 進駐國會議場事件的刑法評價，台灣法學雜誌，255 期，2014 年 9 月 1 日，69 頁。亦即，抵抗權在三個原則之一欠缺即可行使，再由補充性原則、最後手段性來控制，也就是如果法院或其他國家機關還能發揮功能，有希望被請求做出保護憲政的決定或行動時，就不能主張行使抵抗權。陳志輝，抵抗權、公民不服從與刑事不法—論 318 進駐國會議場事件的刑法評價，台灣法學雜誌，255 期，2014 年 9 月 1 日，71 頁。

<sup>69</sup> Maunz/Dürig/Grzeszick, 86. EL Januar 2019, GG Art. 20 IX. Rn. 1-27.

行使抵抗權的要件，即憲政基本秩序受到全面攻擊且系爭抵抗行為屬最後必要手段，會產生全面阻卻違法效果<sup>70</sup>。

在德國基本法尚無有關抵抗權之明文規定前，聯邦憲法法院關於抵抗權之行使要件，於 1956 年 8 月 17 日在「禁止德國共產黨案」之判決(BVerfG, Urteil vom 17.08.1956 - 1 BvB 2/51, KPD-Verbot)中提到：「基本法並未提到抵抗權。但在基本法秩序中，應否承認這樣的抵抗權的疑問，並非自始就否定<sup>71</sup>。特別是，針對顯然不法政權之抵抗權，在新的法律概念下已不再陌生。經驗上已顯示，針對這樣型態的政權，通常的法律救濟是無效的。<sup>72</sup> .....針對個別違法事件的抵抗權，僅能在保守意義下存在，亦即，作為防護或重建法秩序的緊急法。此外，以抵抗來對抗之不法必須是顯然可見，且所有從法秩序提供之法律救濟，其所給予之有效救濟必須前景不大，而行使抵抗權是保存或重建『法』之最後剩下的

---

<sup>70</sup> 林鈺雄，公民抗爭與不服從運動的刑法評價—兼評三一八運動的占領議場行為，月旦法學雜誌，第 230 期，2014 年 7 月，第 120 頁。另參照李仁淼援引之札幌地判昭和三十七年一月十八日判決中所提出關於抵抗權的行使要件：「一、不法之重大性：在民主主義之基本秩序受到重大之侵害，憲法存在本身受到否認之情況；二、不法之明白性：國家之不法在客觀上已經非常明確；三、補充性原則：由憲法、法律所規定之所有法律救濟手段均已無達到有效目的之可能，作為法律秩序重建之最後手段，為發動抵抗權之要件。」轉引自林鈺雄，公民抗爭與不服從運動的刑法評價—兼評三一八運動的占領議場行為，月旦法學雜誌，第 230 期，2014 年 7 月，第 123 頁。陳清秀，市民不服從與抵抗權問題探討，台灣法學雜誌，第 255 期，2014 年 9 月，第 11 頁至第 12 頁。又一般的公民抗爭運動、公民不服從及公民行使抵抗權之概念應予區別。一般的公民抗爭運動往往是民主法治國家之意見表達或集會遊行自由的實現型態，受憲法、國際人權公約之明文保障。而公民不服從及公民行使抵抗權之強度有別，公民不服從又稱為「小(型)抵抗權」，指某一公開、非暴力、信念明確但有意識的法令違反行為，目的為改正法令或政府政策，係針對個別的、重要的國家決定，認為該決定為災難性的、倫理上不正當的決定，並進行示威性的、具象徵性的抗議，甚至達到引人側目的違法法令程度。林鈺雄，公民抗爭與不服從運動的刑法評價—兼評三一八運動的占領議場行為，月旦法學雜誌，第 230 期，2014 年 7 月，第 120 頁至第 122 頁。審查順序上，先界定行為的性質是一般抗爭活動、公民不服從還是行使抵抗權，行為有無該當任何一種刑法構成要件，有無違法性，有無罪責。

<sup>71</sup> 原文為：「Das Grundgesetz erwähnt ein Widerstandsrecht nicht. Damit ist aber die Frage, ob ein solches Widerstandsrecht in der grundgesetzlichen Ordnung anzuerkennen ist, nicht von vornherein verneinend entschieden.(Rn. 1440)」

<sup>72</sup> 原文為：「Vor allem ist ein Widerstandsrecht gegen ein evidentes Unrechtsregime der neueren Rechtsauffassung nicht mehr fremd. Daß gegen ein Regime solcher Art normale Rechtsbehelfe nicht wirksam sind, hat die Erfahrung gezeigt..... (Rn. 1441)」

手段。<sup>73</sup>」一再強調已然無法仰賴法律救濟的迫不得已及最後手段性。

## ②希臘憲法

希臘現行憲法制定於 1975 年，在憲法前言中銘記：「希臘曾經歷長達 7 年的強人專制統治(號稱 the colonels' dictatorship)，在此期間，民主制度為之瓦解，直至 1974 年此一專制統治始告結束。」翌年，希臘國會制定新憲法，其第 5 條第 1 項規定：所有都有發展自身人格，參與國家的社會、經濟、政治生活，只要不侵害他人之權利或違反憲法或善良習俗；其第 120 條第 4 項，亦即該憲法最後一條的最後一項，並賦予希臘人民抵抗權(right to resist)，但依該條規定，抵抗權行使的時機只限於「當有人以暴力方式推翻憲法及憲法所保障的民主體制時」，人民始可起而抵抗，此際，人民甚至有抵抗之義務(the Greeks who shall have the right and the obligation to resist by any means anybody who tries to subvert (the Constitution) violently)。

由此規定，可見希臘憲法對行使抵抗權的要件(即條件與時機)，有非常嚴格的限制。該條旨在強調對憲法的尊重(Respect for the Constitution)及對民主與祖國的忠誠(allegiance to the motherland and Democracy)，該條並將此二事規定為所有希臘人的根本義務(the fundamental obligation of all the Greeks)(同條第 2 項)。

## ③捷克基本權利與自由憲章

經歷共產黨極權統治的捷克，在天鵝絨革命成功之後

---

<sup>73</sup> 原文為：「Ein Widerstandsrecht gegen einzelne Rechtswidrigkeiten kann es nur im konservierenden Sinne geben, d.h. als Notrecht zur Bewahrung oder Wiederherstellung der Rechtsordnung. Ferner muß das mit dem Widerstande bekämpfte Unrecht offenkundig sein und müssen alle von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Rechtsbehelfe so wenig Aussicht auf wirksame Abhilfe bieten, daß die Ausübung des Widerstandes das letzte verbleibende Mittel zur Erhaltung oder Wiederherstellung des Rechtes ist. (Rn. 1444)」

制定的新憲法中雖未規定抵抗，但在其「基本權利與自由憲章中則規定，人民有權抵抗任何意圖去除該憲章所建立，人權與基本自由之民主秩序之人。但強調抵抗權之行使，必須在憲法機關或有效法律手段已經無法處理此等狀態時，始得為之。<sup>74</sup>

值得一提的是，捷克憲法第2條第4項前段<sup>75</sup>，對人民自由的界限作了一個簡單而明白的闡釋：每人都可以做法律所不禁止的事(Every citizen may do whatever is not prohibited by law)。自由的界限就是法律規範。這也是為什麼法律可以定紛止爭的主要理由。茲將該條全文附錄於本文註腳中，以供貴院參考。

#### ④抵抗權概念在美國法中的發展

美國雖有部分州憲法規定人民於人權被政府持續、嚴重侵害、別無其他救濟方法時，有革命權(right of revolution，指推翻政府之權利)<sup>76</sup>，但美國聯邦憲法及州憲法並未賦予人民抵抗權。因此人民發生抵抗政府政策事件並因而違法時，並非主張抵抗權，而係主張其行為係出於公民不服從之觀念，屬於言論自由範圍，或有緊急避難(necessity)之阻卻違法事由。然而，不論係直接挑戰所抗議之法律或命令(直接公民不服從)，或以其他違法方式抗議某法律或命令(間接公民不

---

<sup>74</sup> Article 23

Citizens have the right to resist anybody who would do away with the democratic order of human rights and fundamental freedoms, established by this Charter, if the actions of constitutional bodies or the effective use of legal means have been frustrated.

<sup>75</sup> Article 2 [Power](of the Constitution of the Czech Republic)

(1) All state power derives from the people; they exercise this power by means of their legislative, executive, and judicial bodies.

(2) A constitutional law may stipulate the cases when the people exercise state power directly.

(3) The state power serves all citizens and can be exercised only in cases and within the scope stipulated by law, and by means specified by law.

(4) Every citizen may do whatever is not prohibited by law, and no one may be forced to do what the law does not enjoin.

<sup>76</sup> New Hampshire Constitution, Article 10; Pennsylvania's Constitution, Article 1, Section 2; Tennessee Constitution, Article I, Section 1; Texas Constitution, Article 1, Sect 2.

服從)，法院審理結果絕大多數案件都被認為不成立緊急避難，行為人仍構成犯罪。

United States v. Schoon 案<sup>77</sup>為其中較著名之案例，該案被告與 30 位抗議群眾因不滿美國政府將納稅人的錢用在干涉薩爾瓦多共和國內政，助長該國流血事件，因而進入 Arizona 州 Tucson 市占領國稅局之地方辦公室，在辦公室大廳灑假血抗議美國之薩爾瓦多政策，聯邦警察命令彼等解散而不從，因而逮捕並被起訴被告不服從警察命令罪、妨害(國稅局)公務罪。被告主張彼等行為是為了避免薩爾瓦多共和國更多的流血事件，有緊急避難事由。一審認為本案被告之行為確實出於人道精神，但不得主張緊急避難，被告成立上開 2 罪；被告提起上訴。美國聯邦第九巡迴法院認為：如果人民可以自行決定避免何種損害可以主張緊急避難，法律將失去功能<sup>78</sup>；美國之薩爾瓦多政策係美國國會依其職權所通過，民眾可以向國會請願，除非被告可以證明該政策違憲或違法執行，否則「間接公民不服從」(indirect civil disobedience)不能成為法院考量是否有緊急避難之阻卻違法事由<sup>79</sup>。被告因而有罪確定。

---

<sup>77</sup> 939 F.2d 826 (1991).

<sup>78</sup> 939 F.2d 826, 828 (1991), "While our prior cases consistently have found the elements of the necessity defense lacking in cases involving indirect civil disobedience, see, e.g., Dorrell, 758 F.2d at 431-34; United States v. Lowe, 654 F.2d 562, 567 (9th Cir. 1981); United States v. May, 622 F.2d 1000, 1008-10 (9th Cir.), cert. denied, 449 U.S. 984, 101 S. Ct. 402, 66 L. Ed. 2d 247 (1980), we have never addressed specifically whether the defense is available in cases of indirect civil disobedience. Indeed, some other courts have appeared doubtful. See, e.g., United States v. Seward, 687 F.2d 1270, 1276 (10th Cir. 1982) ("[Necessity] is obviously not a defense to charges arising from a typical protest."), cert. denied, 459 U.S. 1147, 103 S. Ct. 789, 74 L. Ed. 2d 995 (1983); United States v. Kroncke, 459 F.2d 697, 701 (8th Cir. 1972) ("None of the cases even suggests that the defense of necessity would be permitted where the actor's purpose is to effect a change in governmental policies which, according to the actor, may in turn result in a future saving of lives."). Today, we conclude, ... that the necessity defense is inapplicable to cases involving indirect civil disobedience."

<sup>79</sup> 939 F.2d 826, 829-830 (1991), "The El Salvador policy does not violate the Constitution. Appellants have never suggested as much. There is no evidence that the procedure by which the policy was adopted was in any way improper; nor is there any evidence that appellants were prevented systematically from participating in the democratic processes through which the policy was chosen. See United States v. Carolene Products Co., 304 U.S. 144, 152-53 n.4, 82 L. Ed. 1234, 58 S. Ct. 778 (1938) (implicitly reserving special solicitude for discrete and insular minorities). Under these

(2) 本案行政院院會決議與中國大陸簽訂服貿協議，並由立法院未依正常議事程序「通過」服貿協議審查之事實，並未造成憲政秩序被排除，或民主法治失能的憲政危機，不符任何國家所定之抵抗權行使要件

① 我國的抵抗權規定何在？所謂由自然法所產生的抵抗權，其內涵到底如何？

我國憲法並無有關抵抗權的規定(遑論公民不服從)，退萬步言，即使如某些學者所稱，抵抗權係「任何具有自我防衛能的民主憲法所必須蘊含的權利」<sup>80</sup>，我國憲法既無明文規定，如何認定此一未見規定「條文」的構成要件？例如：何謂抵抗權？何人擁有抵抗權？可以行使抵抗權之原因為何？可對之行使抵抗權之對象為何？由誰認定？須符何種條件、在何時機始行使，擁有抵抗權之人始能行使抵抗權？行使抵抗可至何等程度？須否遵守最後手段原則？由誰、如何決定？抵抗權人之具備與否、如何才能行使之判斷，有無客觀標準？是否只要宣稱行使抵抗權，任何事都可做？有無任何限制，是否任何法律都不用遵守？須否遵守比例原則？抵抗權是否如同數國家規定，只有民主法治的憲政秩序已經無運作，才能行使？在一個民主法治原則普遍被遵守，人民擁有言論、集會、新聞、政治自由，司法機關功能正常運作的國家，是否應容許人民主張並行使抵抗權？臺灣社會是否已到人民必須主張抵抗權的境地？本案是已符前述三國家所規定的行使抵抗權要件？在一個民主法治社會，動輒行使抵抗將會帶來何種後果？……凡此都是問題。如果這些問題都

---

circumstances, as a matter of law, whenever Congress has decided a matter exclusively within its constitutionally-delineated realm of authority, its decision, be it in the form of policy or law, cannot constitute a cognizable harm. If there is no cognizable harm to prevent, the harm resulting from any criminal action taken to prevent it necessarily outweighs any benefit.”

<sup>80</sup> 張嘉尹，保衛共和國——318 學運的憲法詮釋，頁 11。

無法解決，盲目倡導抵抗權到底會有何後遺症？思之令人不安。

同樣屬於無抵抗權規定的國家，吾人不妨參考一個實際發生過的實際司法案例，藉以探討抵抗權行使的要件與限制。

## ②日本的抵抗權案例－主張抵抗權不得作為超法規阻卻違法事由的實例

1960年(昭和35年)10月13日，一群學生未經許可之集會遊行並發表政治言論，包圍北海道警察本部並踏入其中之案件，部分被告被起訴，被告主張日本國憲法中具有未規定之抵抗權，主張以此作為其非法集會遊行的超法規阻卻違法事由，作出不符合抵抗權構成要件的判斷。日本北海道札幌地方裁判所於1962年(昭和37年)1月18日作出判決<sup>81</sup>。事實概要及法院判決及其理由大致如下：

案例事實略以：被告為北海道學藝大學札幌分校之學生，時任北海道學生自治聯合會之委員長，與100多名學生，未經北海道公安委員會之許可，為抗議在社會黨淺沼委員長殺害事件中，池田內閣及警察之責任，先於1960年(昭和35年)10月13日下午2時7分左右，至2時34分為止，在札幌市大通大道西六丁目廣場集會抗議，而後於2時35分許左右往廣場行進移動，至同日下午3時55分左右，在市區遊行，集會遊行中發表演說「...打倒右翼恐怖主義之內閣與追究其警察幹部的責任」...在路上呼喊口號「打倒池田內閣」、「打倒殺人內閣」、「將警察幹部免職」，嗣至北海道警察本部，「我們要直接面見署長抗議，大家一起進去」，

---

<sup>81</sup> 札幌地裁昭和37年1月18日(LEX/DB 文献番号1962WLJPCA01180006)。

而踏上北海道警察本部入口處之樓梯。經檢察官以違反札幌市集會遊行條例<sup>82</sup>起訴。

札幌地方裁判所認定被告有罪，關於被告以其係行使作為超法規阻卻違法事由的抵抗權主張，法院的判決理由是：「...抵抗權為用盡一般合法手段，亦無法除去之，為對極端不法所最後殘存的自然法上權利，其本質為基本人權及政治性權利的主張。因國家權力之濫用致侵害受法律保障之權利，而行使抵抗權，可謂現代之國民權利。然而，應以何形式行使抵抗權...抵抗權至之行使，伴隨有其內在之危險性。即抵抗權之行使，是對現在權力之支配者，以實力抵抗之，本質上對於秩序有所危害。日本國憲法對於抵抗權無明文規定，然而日本國憲法是基於自然法思想，以基本人權為其構造，抵抗權為其內在之物，惟抵抗權之行使，既有如前所述之內在危險性，即不得不對其附加嚴格之限制。亦即不得僅以違反憲法各條項之規定為據，尚須對民主主義基本秩序有重大侵害性，而否認憲法秩序之存在，且其不法有客觀明白之性格者，始得主張抵抗權。若僅以個人主觀之立場判斷，由於每個人都有不同世界觀，最後將會落入無政府狀態。客觀之標準乃依照國民集體之睿智而行使之抵抗權，始為合法。此外更須用盡憲法、法律所定一切法的救濟手段，均無法有效達成目的，抵抗作為法秩序再建的最後手段，始有必要性。以此觀諸本案學生等人所欲達成目的之當時的社會情勢，是否有明白而急迫危險、憲法是否瀕於存在與否的危難、是否僅存以實力為抵抗作為容許的最後手段、或抑為渠等主觀的獨斷，無其他合法救濟手段等，均無法得到其行使的抗權的合法基礎。輕率的認定為實力與實力間的對抗，反

---

<sup>82</sup> 札幌市集會、集團行進及び集團示威運動に関する条例（昭和二五年札幌市条例第四九号）

而是破壞法秩序，而喪失民主主義之根本存立基礎。因認抵抗權之超法規的違法阻却事由的主張無法採用。」

上開判決雖僅為地方裁判所之判決，但其立論沈穩，說理清楚，分析精闢，深值參考。「抵抗權之行使，既有如前所述之內在危險性，即不得不對其附加嚴格之限制。亦即不得僅以違反憲法各條項之規定為據，尚須對民主主義基本秩序有重大侵害性，而否認憲法秩序之存在，且其不法有客觀明白之性格者，始得主張抵抗權。」等語，點出抵抗權本身所具內在危險性，並清楚指明其行使限制。「若僅以個人主觀之立場判斷，由於每個人都有不同世界觀，最後將會落入無政府狀態。」等語，則適度標舉依主觀認定行使抵抗權的可能可怕後果，殊值吾人警惕。「客觀之標準乃依照國民集體之睿智而行使之抵抗權，始為合法。」等語，乃該判決獨到之洞見，極有智慧，令人敬佩。

### 3. 小結

本案部分被告主張：彼等行為係出於行使抵抗權(魏揚)及公民不服從(陳廷豪、江曷崙)，而有阻卻違法事由(公民不服從並非法律概念，詳見下述)。

實則，本件抗爭所涉議題，究其本質，乃立法機關個別立法程序出現重瑕疵，導致所為議案審查無效之議題。遠非憲政秩序遭到排除、民主法治已然失靈、出現獨裁專制體制等等誇大其詞之「憲政危機」無關，依任何國家之規定或判決先例，均不得允許行使所謂的抵抗權(right to resist; right to resistance)，何況我國憲法並無有關抵抗權之規定，無從引作犯罪行為之合法化依據。而目前明文規定抵抗權屬於人民基本權的國家尚屬少數，且要件未必完全相同，但均要求：1. 政府有重大違憲行為而致憲法秩序已被排除或民主法治體

制已經失靈的地步；2.捨此以外，已別無其他救濟方法；3.抵抗手段為必要且符合比例原則。揆諸以上說明，被告魏揚等人所為抵抗權主張，完全不符以上其他國家抵抗權規定所揭示的要件，自無可採。

## (二) 公民不服從可否於個案阻卻違法、阻卻或減免罪責？

### 1. 公民不服從為政治行為，並非法定權利或自由，無符合「公民不服從要件」與否之問題

依當代法律哲學大師 John Rawls 的定義，所謂的公民不服從(civil disobedience)，是一種為圖改變政府的法律或政策，公開、非暴力、出於良知的違法政治行為(a public, nonviolent, conscientious yet political act contrary to law usually done with the aim of bringing about a change in the law or policies of the government)<sup>83</sup>。本質上屬於一種公民抗爭的型態，其政治義意或社會意義遠大於法律意義，絕非法定權利。<sup>84</sup>換言之，公民不服從實際上是一種為了表特定政治理念或政治主張，明知違法仍然為之的政治性活動。<sup>85</sup>這種為了某種政治理念或政治主張不惜「以身試法」的公民不服從運動，之所以能被告法治社會接受，除了其核心政治理念可能受到相當數量民眾的支持以外，其正當性主要來自它的非暴力性(non-violence)與自願受罰(willingness to be punished)的性格。與文獻上較被廣為認可之定義為：公民不服從乃基於公共、非暴力、本於良知，但違反法律之行為，而在政治

<sup>83</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, at ; See as well Michael Patrick Wilt, *Civil Disobedience and the Rule of Law: PUNISHING LAWBREAKING IN A NEW ERA OF PROTEST*, Reporter 28 Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 43

<sup>84</sup> 廖元豪教授與薛智仁教授也提出類似的見解：「就「公民不服從」這個概念，我認為它是一個政治修辭或道德包裝，基本上不是法學上有操作意義的概念。」「所謂「公民不服從」本身並不是法律上有意義的概念。它是政治與道德語言，使用它來談法律問題徒增困擾。」(後者為廖教授引述薛教授之見腔)見廖元豪，以憲法之表現自由處理「公民不服從」爭議——評薛智仁教授〈刑法觀點下的公民不服從〉一文，中研院法學期刊，19期，2016年9月，203、205頁。

<sup>85</sup> 廖元豪教授正確地認為：「某個『外觀上違法』的行為，在審判時是否應判決其無罪或減刑，還是要回到法律上的各種規範與原則來判斷。」

上期望引起特定法律之修正，或政府政策之變更。政治抗爭者以此種違反法律之行為，對於社會多數所認同之法律或政策，表達異議。其要件包含：對多數人之正義觀念表達不同意見之政治行為，且對象通常必須限於對抗重大明顯違反正義之情形。又公民不服從必須已經本於誠信原則，進行通常之合法救濟途徑，但無效果，且不得導致對遵守法律及憲法之破壞。以本案為例，服貿協議通過審查程序是否屬重大明顯違反正義，尚非毫無疑義，且非無救濟方法，即使逕改交由立法院院會存查，仍非不得經由黨政協商、立法院會，乃至聲請大法官釋憲之方式解決，詳如下述。乃魏揚等煽惑群眾犯罪，難認屬非暴力手段，與上述條件不合。

因此，真正的「公民不服從」運動是實行者願意接受違反之效果，而且基本上不會去否定整個法律與政治體系。<sup>86</sup>

本件高院判決認為：「基於憲法上之平等原則<sup>87</sup>，任何人不得因為其政治觀點而受優待，甚且因而賦予違法行為之特權。<sup>88</sup>我國採取國會代議政治，以多數決進行運作，倘若公民不服從可以合法化，無異對民主多數決之破壞，亦將嚴重傷害國家公權力運作之可預見性與可預測性，對於執法人員與行使公民不服從者，政府何種作為屬於重大不義而得加以抵抗、不服從，欠缺明確標準可資遵循，以致於執法人員與人民必須自行判斷得否抵抗、不服從，並承擔可能判斷錯誤

---

<sup>86</sup> Michael Patrick Wilt, *Civil Disobedience and the Rule of Law: PUNISHING LAWBREAKING IN A NEW ERA OF PROTEST*, Reporter 28 Geo. Mason U. Civ. Rts. L.J. 43 (When he does so, he is accepting certain consequences for his actions, such as a fine, jail, physical pain, monetary expense, economic retaliation, and social stigma. Typically, the actor does not believe that the legal or political system in general is unjust.)

<sup>87</sup> 誠如德國大儒康德 Immanuel Kant 所言：「公平的憲法以調和每個個人和他人的自由為其目標」。(A just constitution aims at harmonizing each individual's freedom with that of everyone else.) 憲法所定之自由(權)，本係人人皆得平等享有，非僅為特定人而存在，此乃當然之理。康德此言，引述自 Michael J. Sandel "JUSTICE, What's the Right Thing to Do", p.138, 2009, FSG.

<sup>88</sup> John Rawls believes that two principles of justice would emerge from the *hypothetical contract* (the concept that Kant had raised to establish his justice theory). The first provides equal basic liberties for all citizens, such as freedom of speech and religion..., recited from Michael J. Sandel, *Supra note*, p. 142.

之後果。依上開所述，公民不服從之概念，在學理上已不明確，法律亦無規定，在有爭議之情形下予以適用，將削弱刑法一般預防之作用，而有害法治。」所持理由，實有相當見地，殊值肯定。

## 2. 公民不服從行為不得主張阻卻違法或阻卻責任

德國學者 Frankenberg 對於主張以自然法作為公民不服從正當性依據(甚至是合法性依據)者，所提出「由誰以何種方法來確定自然法之存在與內容」的質疑；再者，如果承認人民有權依據自然法的道德正義理念來決定法律之正義或不正義，並對被認定為不正義的法律不予服從，實際上無異於置所有實定法律於所謂「自然法之保留」(Naturrechtsvorbehalt)束縛上，從法律政策觀點來看，難以令人接受。令以及另一名德國學者 Esensee 所指出，如果承認人民主觀上認為個別之法律或政策不公不義就有權可以不服從，不啻主張人民對法律規範有所謂「選擇性之服從」(selektiver Gehorsam)的自由，易言之，是否服從法律，任由人民依自己的公平正義理念來決定，僅合乎(自己主觀所認定的)正義者才服從，不合法者即拒絕服從。然法律是否合乎公平正義，乃高度主觀的個人價值判斷問題，無法以客觀標準來檢證，因此若遽然採納此種自然法的正當化理論，不僅法安定性無法維持，嚴重者更將導致整個國家法律程序趨於癱瘓、崩潰。<sup>89</sup>

吾人認為，以上德國學者的批評，正是自然法法源論者所無法克服的理論問題所在，也是本件被告所提出抵抗權或公民不服從之「權利」來自自然法之主張，無法採納的主要原因。何況本案為間接不服從的案例，被告們不僅僅是不服

---

<sup>89</sup> 許宗力，試論民主法治國家的「市民不服從」，臺大法學論叢，207，208 頁，

從當時決定簽訂的服貿協議本身，更以挑唆施加暴力的方式挑戰刑法規範，連所剩無幾的正當性也幾乎蕩然無存了。

美國是現代公民不服從運動的發源地，美國各地主張公民不服從的活動也無日無之，但傳統實務上一向認為公民不服從不應成為無罪抗辯之事由(a separate defense to a crime)，也無法置於緊急避難(necessity)或迫不得已(duress)抗辯的保護傘之下，對此學者 Michael Patrick Wilt 也表示支持。<sup>90</sup>Wilt 甚至表示：「公民不服從的始祖們若知道現今的公民不服從者想追求無罪，應會大吃一驚。」<sup>91</sup>因為，公民不服從運動本是被作為社會變革的工具，其目的無非為了成就一個更美好的社會，此種手段既然違法，原本多少具有殉道色彩的公民不服從運動者，應該不會也不宜因自己的主張具有較高的道德或正義價值，硬要將明明違法的行為辯稱為不違法。此種辯解不免減損自己主張的正當性，也降低民眾的認同感。唯有自願違法者應接受處罰以表示對法治之尊重，才能彰顯其理想性與正當性。<sup>92</sup><sup>93</sup>

綜觀上述外國學者見解，所謂的公民不服從，性質上自始至終都是一種政治行為，實際上本是進行某種違法作為，而以喚起民眾及政府對於行為人所主張政治理念或政府政策或施政措施意見的重視為目的，而其違反的法律規定，則常與其政治主張無直接關聯，甚至毫無關係(即所謂的間接公

---

<sup>90</sup> The current legal status of civil disobedience should remain the same as it currently is: civil disobedience should not be made a separate defense to a crime, nor should civil disobedience be placed under the umbrella of a necessity or duress defense.

<sup>91</sup> Michael Patrick Wilt, 前揭文, 17 頁。原文: The "fathers" of civil disobedience would be shocked to learn that those who profess to use civil disobedience as a tool for social change could seek to escape the lawful punishment that they deserve for their conduct

<sup>92</sup> Those who willingly violate the law to serve a greater good should accept the consequences of their actions and in turn, express their respect for the rule of law. 見 Michael Patrick Wilt, 前揭文, 18 頁

<sup>93</sup> 同文作者也提醒，政府也應該注意到不要處罰過重而產生對未來社會運動的寒蟬效應。(The government should seek to punish lawbreakers in a just, efficient, and effective manner, rather than chill future socially-necessary activism through excessive, draconian punishment and restrictions on protest.) 見 Michael Patrick Wilt, 前揭文, 18 頁。

民不服從)。姑且不論本案事實與典型公民不服從運之非曝力性與自願受罰等特性不服；依照「目的不能美化手段」「目的不能社聖手段」的基本倫理學原則，亦不能因為從事所謂「公民不服從」之違法活動者宣稱其行為且有道德上的正當性，而認為其行為得以阻卻違法，而為法律所接受的合法行為。

### 3. 本案被告所為之抵抗權或公民不服從主張，均不具適法性，不構成任何阻卻違法或阻卻責任事由

我們先來觀察civil disobedience概念的美國，如何處理公民不服從活動的法律關係。在一個法治社會，儘管人們對許多政府的施政措施、政策或法律並不認同，但他們對於這個容許人民自由表達不同意見，人人在法律之前一律平等的民主政治架構和法治體系，基本上仍然是支持的。因此整體而言，公民不服從活動者並不認為他們身在其中的法律政治結構是不公平的(Typically, the actor does not believe that the legal or political system is unjust.)這也是先前所述，公民不服從運動者自願接受其行為果(When he does so, he is accepting certain consequences for his actions)的原因。這些不利的後果即這些活動者違背法律規定(亦即所謂的不服從)的結果，可能包括被科罰金或罰鍰，被處監禁或徒刑，肢體之苦、金錢花費、經濟報復或社會污名。公民不服從具有三大特點：訴諸社會良知、公開而非暴力、自願接受後果，這三大特點顯示公民不服從者的理想性與和平性，也是他們的政治或社會訴求可以得到大眾認同的主要理由(自願受罰、活動者本於良知的特定政治、社會訴求，公開、非暴力的和平手段)。面對法律追訴，美國的公民不從活動者最常主張的阻卻違法抗辯(defense)是所謂的必要性(necessity)抗辯，意即其行為係

為避免另一更大損害，「不得已而為之」的較輕損害<sup>94</sup>，概念上類似但不等於我國的「緊急避難」阻卻違法事由。美國司法實務上，多數州法院均認為，公民不服從的活動，不構成上述的阻卻違法抗辯事由。根據學者的統計，除了紐約州以外，其他州(包括有案例可按的Alabama, California, Arkansas, Alaska, Connecticut, Georgia, Illinois等州)及聯邦法院都認為公民不服從行為不能構成necessity抗辯。在此我們要舉聯邦Gaetano v. United States<sup>95</sup>案判決要旨加以闡釋。被告數人為了反對墮胎，事先規劃，未經許可進入某華盛頓特區的一家墮胎診所後，分頭纏住櫃檯人員、阻擋手術室入口、佔據手術檯等方式，進行抗議；被診所方報警逮捕，嗣經控告非法入(unlawful entry)<sup>96</sup>，均被判有罪科處罰金。被告在該案中提出兩項抗辯，一為前述的必要性抗辯，一為「善意相信」抗辯("bona fide belief" defense)，法院認為兩項抗辯都無證據足以支持。關於必要性抗辯，該判決指出：上訴人即被告所提出的證據(墮胎會終止嬰兒胚胎的生命)儘管正確，卻無法支持採取立即行為去違反有關土地屋宅法律的規定(While correct, such evidence does not support an immediate call to action in violation of the law of the land)，該判決並表示：「「善意相信」抗辯("bona fide belief" defense)並非為了免除，亦未免除自己相信有權、甚至有義務違法、以現實一個道德上、社會上或政治上的目的之人的法律責任；不論此

<sup>94</sup> 此即下述的「兩害相權取其輕」(competing harms)抗辯。比較接近我國緊急避難抗辯的英美法阻卻違法抗辯概念應該是 duress 抗辯。

<sup>95</sup> 406 A.2d 1291 (D.C. 1979)

<sup>96</sup>按照當年的特區法律，未經合授權進入私人或公家房宅或建築物，均構成犯罪，但罰則甚輕：Any person who, without lawful authority, shall enter, or attempt to enter, any public or private dwelling, building or other property, or part of such dwelling, building or other property, against the will of the lawful occupant or of the person lawfully in charge thereof, or being therein or thereon, without lawful authority to remain therein or thereon shall refuse to quit the same on the demand of the lawful occupant, or of the person lawfully in charge thereof, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and on conviction thereof shall be punished by a fine not exceeding \$100 or imprisonment in the jail for not more than six months, or both, in the discretion of the court. [D.C.Code 1973, § 22-3102.]

等相信的真實性為何，也不論此一目的受到何等支持。(The "bona fide belief" defense was not meant to, and does not, exonerate individuals who believe they have a right, or even a duty, to violate the law in order to effect a moral, social, or political purpose, regardless of the genuineness of the belief or the popularity of the purpose.)。被告在此案的審理中，主張他們的行為「有理而適當」(justified and proper),他們企圖舉證證明「他們的行動對於拯救人命有其必要」(their acts were necessary to save human life) 也提出了一個有力論點，即「兩害相權取其輕(雖然輕害構成犯罪)」("public policy favors the commission of a lesser harm (the commission of what would be otherwise a crime) when this would avoid a greater harm)的說法，而且引經據典，來支持他們提出的兩個抗辯理由，但不為審理該案的聯邦上訴法院所採，理由有二，其一，就被告主張的善意相信抗辯部分，被告所稱的「輕害」行為，僅係基於其主觀的道德主張<sup>97</sup>，而無法提出客觀上足以支持其法律抗辯事由(即前述的善意相信)的證據<sup>98</sup>。其二，就被告主張的必要性抗辯部分，本件判決引用 State v. Dorsey<sup>99</sup>一案判決，以類似權利保護權衡的理論，認為被告基於其道德訴求所主張之必要性抗辯，還不到類如醫療必要或其他緊急性必要事由(亦即為避免他人遭受危難的緊急避難事由)那般重要而急切；而不受犯罪侵擾的權利(the right to be free from criminal interference)，則為人民的基本權之一，兩權相權，自以後者的保護為重，因此犯罪所造

<sup>97</sup> 即其保護未出生人類胚胎生命之反墮胎主張。由墮胎合法化的緣故，被告自知一主張但能作道德訴求，而無直接的積極法定權利可資援用，僅能以此作為或免責抗辯事由，因之亦未要求法院判斷其道德信仰之當否，即使提出，必遭駁斥。此節請參下述法院的相關說理。

<sup>98</sup> 就此理由，本件判決的表達方式如下：But, the defendants do not ask to be judged on their moral belief. What they asked the trial court was to permit them to produce extrinsic evidence which would establish a reasonable and objective, not a moral, basis for their belief.

<sup>99</sup> 395 A.2d 855,856 (N.H.1978)

成之侵害，自然大於拒絕被告道德性訴求無法實現所生的損害，後者無法成立被告所宣稱的competing harm，因而拒絕採納被告必要性(necessity)抗辯，而認被告並無解免刑責的的免責事由(excuse)。此判決一出，各州法院判決紛引用。  
100

上開判決雖非直接針對本件煽惑罪所為，該案被告之主張乃是典型的公民不服從行徑，甚值主張公民不服從運動者深思。又者，該案被告在案件審理中，絕口不提 civil disobedience 的字眼，或係自知該主張本身根本不可能被法院採為阻卻違法或免責事由之故。

本案臺灣高等法院判決認為：「國民主權原則、民主原則與權力分立原則所確立之自由民主制度，為我國之基本憲法秩序。本案發生時，總統兼任國會多數黨黨主席，然國會即立法院並未因而喪失監督行政權之功能，立法委員仍得依法執行審查法律案、預算案等職權。雖國民黨立法委員張慶忠有前述於立法院委員會開會時宣示服貿協議法案依法視為已經審查，並改交由立法院院會存查事由，但依立法委員職權行使法第68條之規定，反對服貿協議送存查之立法委員所屬黨團仍得透過黨團協商解決此爭議。時任總統馬英九縱於兩岸事務上以黨紀令為國會多數黨之國民黨籍立法委員貫徹其政策，但民主原則與權力分立原則仍有效運作，難認當時代議政治已失靈。反對者倘若認為立法院委員會審查服貿協議之程序有違憲之虞，亦非不得藉由釋憲程序救濟之。當時國民黨固為國會多數黨，但所占席次為65席，而立法委員聲請大法官釋憲之門檻為3分之1(即38席)，反對服貿協議

---

<sup>100</sup> 根據 Court Listener 網站的統計，計有 SIGMA REPRO HEALTH CEN. v. State (1983)  
• Cleveland v. Municipality of Anchorage (1981)；State v. Brechon (1984)、Buckley v. City of Falls Church (1988)、People v. Stiso (1981)

之立法委員人數只需達此門檻，即得聲請釋憲，抗議者亦得督促聲請釋憲。大法官守護憲法之最後一道防線，無證據顯示本案發生時大法官受總統或行政權掌控，不宜武斷認定聲請釋憲非有效之救濟手段。且依司法院大法官釋字第599號解釋所創「暫時性處分」，亦得暫時停止服貿協議之效力。我國政治民主化多年以來，經由黨政協商完成立法，或於發生憲政爭議時經由釋憲解決爭議之情形，所在多有，不得僅因立法委員張慶忠宣布服貿協議視為已經審查並改交由立法院院會存查即認係對憲政秩序之全面攻擊而必須癱瘓立法權或行政權之運作。又縱使國會審議與大法官釋憲不能解決爭議，於我國民主體制下，仍可透過選舉，藉由總統與立法委員大選，由人民決定是否支持服貿協議，非必須採取「佔領行政院」之手段(不可)。「我國憲法與法律俱未賦與人民抵抗權或公民不服從之權利。且綜上所述，本案人民(被告)無以妨害公務、侵入行政院佔領之正當性，人民之犯罪行為不能被鼓勵，刑法第153條第1款煽惑罪是對言論自由的合理限制，魏揚等之行為已經踰越言論自由界線，而煽惑他人犯罪，不受言論自由之保護，應受非難制裁而負刑事責任。」所為論述，立論正確，持之有故，斷人所不能斷，言人所不敢言。本署敬表認同。

## 參、本署結論

### 一、刑法第 153 條第 1 款之規定並不違憲

如前所述，我國刑法第 153 條第 1 款之規定，以煽惑他人犯罪為該罪之成立要件，而何等行為構成煽惑者煽惑他人所犯之罪，其構成要件及可罰條件如何，刑事法律均有明文規定，無何不明確之處。又該條規定雖對言論自由構成限制，

惟其性質並非事前審查，而係事後處罰，故無推定為違憲之空間。被告所稱，號召他人攻占行政院之言詞亦為政治性言論之主張，令人難以苟同；此一主張縱使成立，該言論亦不受憲法言論自由規定之保護，理由已見前述。

我國刑法第 153 條之立法模式，雖與其他國家規定未必相同，然其禁止煽動他人從事犯罪行為，以維社會和諧及法秩序安定之用意並無二致。揆其立法意旨，完全符合憲法第 23 條所稱，係為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序而設，其規範之必要性極高，與其他國家的規範模式亦大抵相同，並無違憲之問題。

## **二、被告等煽惑犯罪之言行不受言論自由之保護**

被告等人在大批群眾情緒激昂包圍行政院之際，出言煽惑「攻占行政院」「衝入行政院」等語之言詞內容，實難認屬何等「高價值言論」或「政治言論」；退而言之，姑認該言論屬於「高價值之政治言論」，然在本案事發之際，亦確有必須對其煽動性言論予以限制的「重大迫切利益」存在，應係無爭之論。況被告等人之煽惑言行，以當時之時間、地點及相關境況觀之，已有造成他人侵入行政院之「明顯而立即造成非法行動之危險」，自應予以限制，不應受言論自由之保障，其理至明。

## **三、本案無主張抵抗權之餘地**

被告在本案主張的抵抗權，在多數國家憲法中均無規定，我國亦然。所以如此，其中一個重要原因，乃是抵抗權本身就具有反對、反抗現行整體法制的意涵，抵抗權對抗的對象，甚包含整個民主法治的制度，抵抗權的行使，已經接近「打掉重練」的概念。必是原有民主憲政制制已經無法運作，政府立法、司法機關已經癱瘓，人民基本權利無法獲得

保障之境地，始可主張行使抵抗權，而與暴政或專制政權對抗。

現今有抵抗權規定的國家，多是曾經經歷獨裁專制統治，後來有幸革命轉型成功，或者再度恢復為民主法治國家，唯恐再回到極權專制體制的統治，為了預防發生此種境況，方始規定，如果再發生現有民主法治制秩序，也就是憲法秩序遭到排除或根本性的破壞，可以例外允許人民起而反抗，此時才具有行使抵抗權的正當性與合法性。因此這些國家對於所定抵抗權行使的時機、必要性、最後手段性等，例皆在法律上設下嚴格的限制。必須遇國家處於「民主法治的憲法秩序已被排除或架空」的極端政治社經狀態，也就是因故出現極權專制統制，若不任由人民抵抗，已無其他方法可以解決此一問題，才可允許人民行使抵抗權。

在本案服貿協議在立法院被個別立法委員宣布徑送院會備查時，立法機關的議事程序仍可有效運作，立法院雖被當時的執政黨控制，在野黨仍可發揮相當的制衡作用，被告等人反對的服貿協議，亦因在野黨的提案，將其本有重大瑕疵之議事程序宣告無效，因而自始未生效力。可見當時我國的民主法治機制仍可正常運作，立法機關不因個別立法委員之違規脫序之主持議行為而告停擺。而各級司法機關含行政法院系統及大法官會議之審理功能均可如常運行，包括提請大法官解釋在內的法律爭訟機制仍可正常使用，毫無滯礙之處，實無所謂民主法治失能之情事存在。萬一服貿協議簽訂之後，遇有非常情勢或不得已之事由，亦仍有機會可循一般條約協定締結實務常規，依條約締結法第 16 條之規定，為協議之修正、變更、停止或終止，亦非毫無救濟管道，不應稱為憲政危機。與一般有抵抗權規定國家所設之抵抗權行

使時機，即憲政秩序遭到排除、民主法治完全失能之情狀，仍有十分遙遠的距離。

至於被告提到的自然法上權利，其實都已經落實而被明文定在包括我國憲法在內的憲章或人權公約之中。退萬步言，縱如某些學者主張，我國憲法中蘊含類明文所無抵抗權概念，被告等人所宣稱的所謂「憲政危機」卻仍遠遠不符定有此一權利之國家憲章所設抵抗權規定之要件。

#### **四、公民不服從之主張不足以構成阻卻違法等免責事由**

公民不服從，本是為了突顯政府某一項法律、政策或措施的不義或不當，以和平方式，故意做出違法的舉動或行為，行為人也準備接受法律制裁。該違法行為可能構成刑事犯罪，也可能沒有刑責，僅有民事或行政責任。後果如何，端視該行為是否與刑事犯罪所定要件相當。在行政院被大批反對服貿協議民眾包圍之際，本件被告魏揚等人出而鼓吹在現場及附件之民眾「進攻行政院」，當時在重重警力保護及拒馬鐵絲網保護行政院院區之情形下，若不施用一定程度的強制暴力，斷不可能達成在重重包圍下進入院區內部，此事應是作為高級知識份子的被告等人所明知。雖然使用暴力並非成立刑法第 306 條侵入住宅或有人所在建築物罪的構成要件要素，但施用暴力與否，以及施用暴力的程度，卻是衡量侵入罪可非難性高低的重要決定因素。

如前所述，「攻占行政院」之舉動本身固屬施用暴力之行為；在此之前，號召民眾包圍行政院，致相關駐守院區之公務人員及在下班時間仍有出入行政院院區或辦公室人員之出入及使用院內設施之自由，受到限制或受排除，嚴格說來，已經構成一定程度之施用暴力，惟偵查機關對此部未加追訴而已。

剋實言之，被告等人得否主張其抗爭行為係國外稱之 civil disobedience 的所謂「公民不服從」，並非本案重點。因為，所謂的公民不服從，既非法所不禁、亦非阻卻違法事由，尤非法定權利，甚且被認為根本不是法律概念。即使被告之行為成功被定位為「公民不服從行動」，其行為既然該當刑法所規定犯罪構成要件，即應成立犯罪，公民不服從之定位，並不能成立阻卻違法事由，僅得列為從輕量刑的考量因素，這是中外許多學者及法律實裁判一再指陳的。被告等人號召聚集在週群眾，施加強制力攻占行政院，遂行無權侵入公務機關建築物的行為，並不符西方先哲曾經倡議或實行的所謂 civil disobedience。尤其被告等人之行為，明知當時行政院周圍的民眾，情緒極其激動高亢，現場氣氛緊崩，只要有人喊衝，將會發生無法控制的後果，由其使用之手段觀之，在道德上不應得到認同，在法律上已經構成犯罪，不應到受到言論自由保護，必須接受法律之制裁。

## 五、總結

在此，我們要引用在本件學運發生之 30 年前，當時尚在臺大法律系任教授之許宗力教授，在其著作「試論民主法治國家的「市民不服從」一文結語中，引述德國學者 Ralf Dreier 教授對其擁護的抵抗權與公民不服從思想的一段提醒：「正如 Dreier 自己所言，以法學者身分鼓吹市民不服從，將是一種極不負責任的舉動，因任何人一旦以市民不服從方式進行抗議，均須面臨司法機關追訴的風險，且由於基本權正當化模式所要求的正當化要件極為嚴格，故追訴後果如何，猶未可知。另一方面也由於市民不服從至少具有違法的外觀，勢必對公益與他人私益造成相當程度不利之影響，因此在提出此一正當化模式的同時，反而有義務提醒所有熱衷於

和平抵抗運動的『甘地子民』，抗議動機再如何高超，『目的不能使手段神聖的箴言仍須時刻秉記在心，切莫讓激情壞了理智，畢竟法律的和平是人類最高也最容易受到傷害的成就之一，不得輕易碰觸。』<sup>101</sup>對於此一苦口婆心的提醒，亟望司法界有識之士能夠深思。<sup>102</sup>

作為年輕的民主國家，臺灣自由法治的發展與成就，是華人世界的驕傲，也是亞洲地區甚至全世界的模範；臺灣社會在法治架構下的和諧安定，亦是許多外國友人爭相推介的對象。此一成果得來不易，守成維艱；先哲先賢不惜性命建立的民主法治，值得國人共同珍惜呵護。

我們認為，沒有任何國家，最高行政機關遭人煽動以強制力占領既遂，只因主其事者行為動機高尚勇氣可嘉，即可不負任何刑事責任。今天我們追求的，不是被告受到嚴厲的處罰，而是最低法治尺度的堅持和基本正義價值的維護。這是民主法治社會的底線，已無退讓空間。臺灣社會目前雖曰和諧安定，但法治體質仍然脆弱。本案的判斷涉及法治命脈的延續茁壯，也攸關臺灣社會的和諧穩定。我們不希望，因

---

<sup>101</sup> 學者李建良教授在一篇隨筆中的段文字，也對此一事件表達極深的憂慮：「不談人民踐踏代表自己的議場，讓民主空轉，火『攻』佔立法院一事，憑的如果是『智取』，運用具說服力的高言宏論『征服』立法院，那是國家之福、民主之幸、學術之光；反之，靠的如果是『武奪』，動用無由分說的體力，且不說這些人其實已經脫掉學生或教授的外衣（凡有體力者皆可為之），接下來上演的『擄物勒贖』，到底要傳遞什麼樣的憲政訊息？表達什麼樣的民主聲音？學生們真得自詡為了『正義』可以『奪下』國會、『拆踹』招牌？老師們難道要藉此鼓吹『抵抗有理』、『暴力無罪』？目的如果可以正當手段，究竟要置台灣的民主法治於何地！」見李建良，筆與劍，臺灣法學雜誌（討論區），2014年4月2日。李教授在同文中，亦提出一個一針見血的問題：（進行占領政府機關的肢體抗爭之前，）「可用的法律抗爭途徑是否已經耗盡？」一語點出本案的關鍵法律問題所在。

<sup>102</sup> 如果以暴力占領政府機關的作法不構成犯罪，不須擔負刑責，任何人都可以群起效尤，則公權力廢馳，社會失序，循致出現無政府狀態的擔心，並非杞人憂天。名記者王健壯為此作了以下的預測和評論：「假設哪天民進黨執政，行政權卻片面宣布廢止兩岸已簽訂之各項協議，但支持兩岸協議的民眾（姑且就說是藍營群眾吧），也以協議廢止攸關台灣生死存亡、行政權違反正當程序、立委沒有能力執行人民授權的任務、現有憲政機制已無糾正可能等理由，占領國會或其他政府機關，今日主張占領國會有正當性的人，是否也會同意反廢止兩岸協議民眾的占領行為具備最後手段性？另一個假設是，如果反服貿都可正當化占領國會，日後若簽訂任何政治性協議，豈非更是占領有理？事實上，這兩個問題並非假設問題，而是可能即將面對的問題，此刻不得不預作思考。」見王健壯，一個不能停止思考的問題，2014年04月14日，載於余紀忠文教基金會網頁。

為司法個案的個別考量，而讓臺灣最終陷於萬劫不復之境。決定權在貴院手中，衷心期望臺灣人民，因為尊重法治，得享永續的自由、安全與和平。也希望我們有機會向全世界證明：臺灣是一個既有自由也有法治的國家(a free country governed by the rule of law)。

爰依刑事訴訟法第 386 條提出言詞辯論意旨書。

此致

最高法院

中 華 民 國 109 年 12 月 21 日

檢察官 朱朝亮  
陳瑞仁  
吳巡龍  
黃則儒  
林俊言  
蔡秋明