

最高檢察署

檢察官補充理由書  
(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

被	告	魏揚	年籍詳卷
		陳廷豪	年籍詳卷
		林建興	年籍詳卷
		江昺崙	年籍詳卷
		劉敬文	年籍詳卷
		柯廷諭	年籍詳卷
		許順治	年籍詳卷
		李冠伶	年籍詳卷

上列被告等因妨害公務等案件，經貴院定於 110 年 1 月 4 日行言詞辯論(109 年度台上字第 3695 號)，茲補充理由如下：

#### 壹、補充言詞辯論理由緣起

緣本署於 109 年 12 月 23 日接獲貴院轉送之本案「法律意見書」4 份。本署認為，其中若干學者所出具之法律意見，非無尚待斟酌之處。同年 1 月 25 日言詞辯論期日，復接獲辯方所提出之刑事補充上訴理由狀 2 份，其中部分法律觀點，亦有應予回應之處，爰藉此一機會提出補充言詞辯論理由書一份，以補足先前本署所提言詞辯論意旨書未及陳述之意見。敬請卓參。

#### 貳、本署補充言詞辯論理由

##### 一、刑法第 153 條第 1 款之規定是否違憲部分

中原大學財經法律系副教授徐偉群應貴院之委託所提出之「刑法第 153 條煽惑罪合憲性問題意見書」，並未精確針對貴院所詢「刑法第 153 條第 1 款規定是否合憲性」之問題予以回應，而以大量篇幅討論未經貴院詢問之「刑法第 153 條第 2 款」是否合憲之問題，並將討論重點置於後者，所陳意見非無文不對題之嫌，是其論述內容值否斟酌，已滋疑義。其次，德國刑法之中，相當於我國刑法第 153 條之規定，乃德國刑法第 111 條之煽動罪規定；此二條刑法相應條文，均未

就行為人煽惑或煽動他人所犯之罪的範圍設限，亦均未定明成立犯罪之時間地點境況等要件。其唯二不同，僅德國刑法就煽動罪之處罰，同於教唆犯且不以被煽動者之犯罪行為是否既遂為其處罰條件而已。而徐副教授前揭意見書所大量引用之德國學者 Thomas Fischer 所撰之單一論文 Die Eignung, den öffentlichen Frieden zu stören -Zur Beseitigung eines “restriktiven” Phantoms，經查本係針對德國刑法第 126、130、140、166 等條規定中之「破壞公共和平」（或「破壞公共安寧」（Störung des öffentlichen Friedens））概念所為之評論，基本上與德國刑法第 111 條之煽惑罪並無關係；且該德文論著之正文中並未出現與德國刑法第 111 條有關之論述，僅於該文之註腳 23 曾經一度提該條文而已。足見該論文之論述內容與德國刑法第 111 條無關，更與該條是否違憲之判斷無涉，徐教授亦未指出德國學者對該國刑法第 111 條有何（違反該國基本法之）違憲論述或主張，竟乃遽而得出我國刑法第 153 條應屬違憲之結論，誠不知其論述依據何在？令人十分困惑！

## 二、公民不服從與抵抗權部分

### （一）公民不服從

有關公民不服從（civil disobedience）之意義，除了美國法律哲學家 John Rawls 在其名著 A Theory of Justice 所下之定義外；大英百科全書（Encyclopaedia Britannica）對該等活動所為之定義與敘述，亦值參考。以下簡述該百科全書網路版對公民不服從之定義如下：

「公民不服從，又稱「消極的抵抗」（passive resistance），係指拒絕遵守政府或占領者政權之法令、政策或措施之要求或指令，但不訴諸暴力或積極的反對手段，以迫使政府或占領者政權讓步作為其通常目的的作為。」<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> “Civil disobedience, also called passive resistance, the refusal to obey the demands or commands of a government or occupying power, without resorting to violence or active measures of opposition; its usual purpose is to force concessions from the government or occupying power.” 引述自「大英百科全書網路版」網址：<https://www.britannica.com/topic/civil-disobedience>（最後瀏覽日期：2020 年 12 月 30 日）

「公民不服從活動者所從事者，殆為象徵性或形式上的違法行為，而非全面拒絕接受整體法制。此等活動者因為發現正當的改變管道，或被封鎖，或不存在，認為應該訴諸更高而超越法律的原則，而違反特定的法律規範。<sup>2</sup> 由於作為抗議手段之公民不服從行為，通常被認為已構成犯罪，行為人與公眾亦均知悉此等行為應受處罰；公民不服從活動者希望藉由接受處罰，立下榜樣，俾能激發群眾甚或政府本身，為此進行有意義的政治、社會、經濟改革<sup>3</sup>。此外，為了樹立道德榜樣，公民不服從的領導人堅持其採取的不法行動，必須不使用暴力。」<sup>4</sup>

由此可見，典型的公民不服從活動者，除了係基於良知，進行公開而非暴力性之違法抗爭行為外，往往故意以犧牲個人權益的方式，在活動之後，坦然接受法律制裁，通常亦不作無罪抗辯，目的係為引起社會更大的關注和討論。

因此，公民不服從運動者，可謂深具雅士風範與烈士精神。國外的著名案例，如大衛·梭羅（Henry David Thoreau）、（Martin Luther King）金恩博士、印度聖雄甘地（Mohandas Karachand Gandhi），南非民運領袖曼德拉，均屬此種類型，堪稱公民不服從運動者的典範，彼等所收到的迴響與支持程度亦屬最大。這是公民不服從運動者常被稱為「良心犯」的主要原因之一。

張嘉尹教授在其提出於貴院之「最高法院 109 年度台上字第 3695 號魏揚妨害公務等罪案件」法律意見書中，就公民不服從的議題，固曾介紹 John Rawls 及 Ralf Dreier 等人所提出的公民不服從之公開、出於良心、非暴力、違反法律之政治行動等概念，及為人熟知的

---

<sup>2</sup> “Civil disobedience is a symbolic or ritualistic violation of the law rather than a rejection of the system as a whole. The civil disobedient, finding legitimate avenues of change blocked or nonexistent, feels obligated by a higher, extralegal principle to break some specific law.” 出處同前註 1。

<sup>3</sup> “By submitting to punishment, the civil disobedient hopes to set a moral example that will provoke the majority or the government into effecting meaningful political, social, or economic change.” 出處同前註 1。

<sup>4</sup> “It is because acts associated with civil disobedience are considered crimes, however, and known by actor and public alike to be punishable, that such acts serve as a protest. Under the imperative of setting a moral example, leaders of civil disobedience insist that the illegal actions be nonviolent.” 出處同前註 1。

幾則外國案例，卻未提及公民不服從活動的一個很重要的概念，即公民不服從運動者「自願受罰」（submitting to punishment）的精神；張教授對於公民不服從行動不得作為刑法阻卻違法事由之法律上限制，在其意見書中亦未提及，合先說明。

關於公民不服從在刑事法上的定位，國內學者多數認為並非刑法上的阻卻違法事由，甚至不是法律概念。其中，陳志輝教授認為，公民不服從是抗議合憲產生的多數決定，法治上不應將嘗試規避多數決的行為解釋為合法，以公民不服從為由在量刑上應有產生減刑效果<sup>5</sup>。廖元豪教授認為：公民不服從與抵抗權均非實證法能操作的理論，也無法正當化違法行為，立法院仍得審查，且大法官解釋可以解決紛爭<sup>6</sup>。公民不服從不是法律概念，不可以阻卻違法<sup>7</sup>。陳清秀教授認為：公民不服從與抵抗權均無憲法與法律明文，導入台灣有所疑慮，本案應以聲請大法官解釋之方式為之<sup>8</sup>。陳運財教授以為：對於堅信所謂公民不服從是指非暴力、良心但違反法律，且願意承擔法律責任的行動者而言，（若）刑法評價上可阻卻違法，在道德層面怎麼不會減低其行動所要表達的深層信仰和良心的聲音呢？<sup>9</sup>薛智仁教授也在一篇長文中表示：公民不服從不是一個法律概念，其所指涉的個案事實也可能相當多元複雜，對於公民不服從的不同刑法評價，某程度上源自於其所關照的不服從情節有別；在法律與道德分離的基本立場下，不法判斷係以法律系統本身的標準來運作，一個行為具有道德正當性不當然保證其阻卻違法，欠缺道德正當性也不當然證成其不法性。<sup>10</sup>

---

<sup>5</sup> 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，74、84-85 頁。

<sup>6</sup> 廖元豪，太陽花學運與公民不服從——值得「不服從」或「抵抗」嗎？，台灣法學雜誌 255 期，2014 年 9 月 1 日，109-113 頁。

<sup>7</sup> 廖元豪，今天佔立法院，明天衝法院？--修辭多於論證的臺北地方法院 104 年度囑訴字第一號案判決，台灣法學雜誌 323 期，2017 年 7 月，11 頁。

<sup>8</sup> 陳清秀，市民不服從與抵抗權問題探討，台灣法學雜誌 255 期，2014 年 9 月，99-100 頁。

<sup>9</sup> 陳運財，脫下高貴的公民不服從的外衣——簡評〈刑法觀點下的公民不服從〉，中研院法學期刊，19 期，2016 年 9 月，頁 173。

<sup>10</sup> 薛智仁，刑法觀點下的公民不服從，中研院法學期刊，17 期，頁 141。

或許為了避開公民不服從自願受罰及不得阻卻違法之問題，張教授在其法律意見書中並未積極主張太陽花運動應該適用公民不服從的理論。有關非暴力（non-violent; gewaltlos）行為之概念，張教授先則引述 Dreier 所述「非暴力指的是沒有對人的傷害與對物的毀損，而不包含對於第三人製造心理壓力或阻止他的行動自由。」對於議題，張教授自承，對於「太陽花學運」的佔領行動，進入立法院與行政院，自然無法避免對於物品的損害，如果堅持非暴力的概念內涵一定要排除對於物品的毀損，「有時候可能會錯失一些重要的公民不服從案例」<sup>11</sup>，因此又在文中改稱：「Dreier 的定義並非沒有調整的可能」。後來，張教授也許發現，即使更改了 Dreier 有關非暴力行為的定義，風險仍然太大。因為，張教授自知，必須「先不要太嚴格的看待非暴力概念」，才能「暫時還是可以將『太陽花學運』的佔領行動視為一種公民不服從行動」。然而，揆諸事實，太陽花運動主事者在抗爭現場或透過社交媒體煽動群眾，在重重警力護衛加上層層拒馬鐵絲網圍繞行政院院區的情況下，要「衝入行政院」、「進攻行政院」，若不施加一定程度之物理強制力（即一般所稱之施用暴力），根本無能達成；此等活動因此被認為不符公民不服從活動之「非暴力」特徵的機會實在太大，更不必談何成立阻卻違法事由。換言之，若主張公民不服從，則被告等人在群情激昂的情況下號召群眾侵入行政院之舉，必難脫免妨害公務與煽惑罪之罪責。張教授因此不再主張公民不服從，而在討論暴力問題之前，即逕宣稱「『太陽花學運』的意義超越了公民不服從的層面」，<sup>12</sup> 不再討論公民不服從問題。

## （二）抵抗權

臺灣是一個自由的國家。學者本有創造學說或學術理論的自由，但該等理論是否經得起邏輯的考驗？是否合理可行而可採為個案裁判

---

<sup>11</sup> 此一理由本身即相當不可思議：為何學者可以為了不「錯失重要案例」，不惜更改權威學者對公民不服從運動的「非暴力」重要特徵定義？

<sup>12</sup> 張嘉尹，法律意見書（最高法院最高法院 109 年度台上字第 3695 號魏揚妨害公務等罪案件），頁 5，2020 年 11 月 17 日。

的參考或支持依據？仍有進一步商榷的空間。正如臺灣人民也有反對政府與外國簽訂特定協議的政治思想自由和意見表達自由，但此等意見的表達方式，仍須合於憲法與法律之規範，始受言論自由的保護。因為，臺灣除了是一個民主自由國，也是一個民主法治國。

張教授在其法律意見書中，提出一種號稱具有憲法正當性，而有阻卻違法效力的「微型抵抗權」<sup>13</sup>。此一概念，與已故當代德國法哲學大師 Authur Kaufmann 教授的「小銅板的抵抗權」（Widerstandsrecht der kleinen Münze; small-coin right of resistance）理論<sup>14</sup>，名稱十分接近，但內容卻頗有差異。在討論 Kaufmann 教授的「小銅板的抵抗權」之前，我們不妨再次檢視 John Rawls 對公民不服從（civil disobedience）一詞的定義，Rawls 認為，公民不服從是「一種公開、非暴力、出於良知而違反法律的政治性行動，其目的通常係為了導致法律或政府政策的改變。」（"a public, non-violent, 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"）。Kaufmann 對於此一公民不服從的「非暴力」（non-violence）特徵，曾經再三致意。Kaufmann 認為，甘地及金恩博士等人所主張的消極的、非暴力的和平抵抗行動模式，可以極為有效運作。施用暴力並非抵抗行動的基本特點。（Martin Luther King and his model Gandhi pleaded for passive, non-violent resistance. They have shown that pacific resistance can be absolutely effective. The use of force is not an essential characteristic of resistance）<sup>15</sup>。因此 Kaufmann 也贊同不使用暴力的抵抗（Similarly, Kaufmann was in favor of resistance.）<sup>16</sup>，可見 Kaufmann 不但不反對 John Rawls 對公民不服從的定義，更贊成公民不服從應以

---

<sup>13</sup> 張嘉尹，前揭意見書（註 12），頁 4。

<sup>14</sup> Arthur Kaufmann, *Das Widerstandsrecht der kleinen Münze*, in: W. Karwietz, *Objektivierung des Rechtsdenkens, Gedächtnisschrift für Ilmar Tammerlo*, 1983, 91. 轉引自 José-Antonio Santos, *The Basis of the Right to Resistance in the Legal Thought of Authur Kaufmann*, 353-358, *Archiv für Rechts-und-Sozialphilosophie*. 95. (2009)

<sup>15</sup> Prüfungsgespräch über das Widerstandsrecht, in: *Wahlfach Examinatorium. Rechtsphilosophie*, ed.

A. Kaufmann et al., 1976, 144. 轉引自 José-Antonio Santos 前揭論文（註 14），頁 355。

<sup>16</sup> José-Antonio Santos 前揭文（註 14），頁 355。

非暴力方式為之。只是他對一般習稱的「公民不服從運動」(civil disobedience)，有他自己的稱呼，此一稱呼即前述的「小銅板的抵抗權」(Also he echoes the definition put forth by Rawls, he has adapted his own term to speak of civil disobedience: small-coin right of resistance (Widerstandsrecht der kleinen Münze))<sup>17</sup>。換句話說，Kaufmann 的「小銅板抵抗權」只不過是公民不服從的異名。他主張的抵抗權，既然本質上是一種公民不服從，對其公認特點如非暴力等，自亦表示認同，已如前述。

Kaufmann 是一位親身經歷納粹統治的前輩學者，雖然德國後來於 1968 年已經在其基本法第 20 條設了抵抗權的規定，但是他認為此一規定所指稱的抵抗權，旨在對抗法紀無存的專制政權 (lawless state) 是一種「大規模的抵抗權，一經行使，勢必帶來重大的犧牲，甚至可能造成人命傷亡」(Dieser große Widerstand erfordert große Opfer, er kostet möglicherweise das Leben.)<sup>18</sup>，所以不可輕言行使，除非已經別無選擇 (wenn andere Abhilfe nicht möglich ist)<sup>19</sup>。可是，即使在民主國家，也不保證統治者所做的決定都正確無誤，所以即使在文明社會，人民的抵抗仍有其必要<sup>20</sup>。依照 Kaufmann 的見解，這種小規模的抵抗權，並非對抗已經完全濫權之政權的最後手段 (not primarily the last resort against a completely abusive state)<sup>21</sup>，而是必須恆常進行，以免有朝一日被迫非得實施大規模的抵抗權不可 (Der kleine Widerstand muss beständig geleistet werden, damit nicht eines Tages der große Widerstand erforderlich wird.)<sup>22</sup>，既然是可以數數為之的抵抗活動，顯然是一種前述非暴力的消極抵抗 (passive resistance)，或

---

<sup>17</sup> 同前註 14。

<sup>18</sup> 原文引轉自 Bayern Radio 2017 年 1 月 4 日 Bildweisse 評論短文 Das Recht auf Widerstand *Widerstand light - belebend für die Demokratie* 網址 <https://www.br.de/radio/bayern2/sendungen/radiowissen/ethik-und-philosophie/widerstand-wehren-demokratie-100.html> (最後瀏覽日期：2020 年 12 月 31 日)

<sup>19</sup> 此為德國基本法第 20 條第 1 項之用語。

<sup>20</sup> “Auch in Demokratien sind Fehlentscheidungen der Herrschenden möglich. Dann ist Widerstand der Bürgergesellschaft geboten.,”

<sup>21</sup> José-Antonio Santos 前揭文(註 14)，頁 356。

<sup>22</sup> 同註 14。

近來流行於德國的所謂「輕型抵抗」(Widerstand light)，其實即公民不服從(德文譯為 Ziviler Ungehorsam)之別稱，與德國基本法第20條第4項所規定的抵抗權，在性質上實有天壤之別。

此一理論與張教授不排除施加暴力的「微型抵抗權」，顯然不同。其次，Kaufmann 雖然認為此種小規模的抵抗，在道德上具有一定程度的正當性，但並未主張其有阻卻刑事違法的效力。張教授則力主其「微型抵抗權」乃是合法權利的行為，當然可以阻卻違法，此一差異更為懸殊。吾人因認張教授的主張，亟有斟酌之必要。

張教授在其法律意見書中，坦承「『太陽花學運』所行使的『抵抗權』，與古典的超實證法抵抗或德國基本法第20條第4項的合法抵抗權仍有差異」，但仍鏗而不捨地追問：「在我國憲法秩序下，是否存在另一種更小型更輕微的合法抵抗權？」<sup>23</sup>張教授認為「『太陽花學運』的佔領行動至少有一部分屬於抵抗權的行使」。而依照張教授自己的定義，此種「更小型更輕微的合法抵抗權」是一種「在憲政危機即將發生時，為了保衛與回復憲政秩序所行使的抵抗權，雖然我國憲法並未明文規定，但是仍可以詮釋為任何具有自我防衛能力的民主憲法所必須蘊涵的權利」，至於為何憲法中蘊含有此種「微型抵抗權」？有何嚴肅的學理依據或外國有力學說可以支持？此種抵抗權究係當今各國憲法所同有，或僅中華民國憲法包含了此種權力？張教授並未作深入說明，而僅提出一個簡單而奇特的類比理由：「在司法院解釋中，許多基本權利並未明文規定在憲法之中，仍受到大法官的肯認，同樣的，有些憲法原則也沒有明文的寫在憲法文本裡，卻無法否定其具有憲法原則的地位」<sup>24</sup>。

依張嘉尹教授的定義，他所主張的「更小型更輕微的合法抵抗權」，其行使之要件為「一、存在著緊急狀態或防衛情境，這意味著憲政秩序已經開始遭到破壞，而且可以預期，如果不及時阻止，破壞

<sup>23</sup> 張嘉尹，前揭法律意見書(註12)，頁11。

<sup>24</sup> 同上意見書(註12)，頁11-12。

將繼續擴大，乃至於受到摧毀，換言之，存在著發生憲政危機的急迫性。二、別無其他手段可以救濟，尤其是所面對的是民主制度失靈，難以透過正常的民主機制來解除此危機，因此抵抗權的行使將成為挽救憲政秩序所不得行使的手段。三、所採取的手段可以是違法的手段，但是必須考慮比例原則，這一點是德國的合法抵抗權所未規定的，但是作為比較微型的抵抗權，卻必須考慮到手段的合乎比例性。」<sup>25</sup>

依張教授的解釋，其行使要件遠較典型的抵抗權更為寬鬆，此一「抵抗權」雖稱微小，然較諸行使要件極度嚴謹的「典型抵抗權」，其為害尤烈。茲析論之，首先，依照張文的第一個要件，「憲政秩序已經開始遭到破壞」，至於必須破壞至何程度，才可（或即可）行使抵抗權，作者並未解釋。此一要件雖然加上「可以預期，如果不及時阻止，破壞將繼續擴大，乃至於受到摧毀」的條件，然而，此種「預期」，可以想見，往往充滿個人的主觀判斷，言人人殊，並無客觀標準可言。在其第二個要件當中，張教授特別提出一個更寬泛的概念，稱之為「民主制度失靈」，並主張只要「難以透過正常的民主機制來解除此危機」時，即可解為「別無其他手段可以救濟」，卻完全不提此種「民主失靈」的狀態，究係個案性？還是通案性？係暫時性？抑或永久性？是結構性、實質性？還是程序性、形式性？是否不管依現行法制究竟有無法律上的解決途徑，但有國會議事程序失序情事發生，即可一概認係民主制度失靈？而所謂「民主失靈」云云，到底應由何人或何機關判定，簡單講，到底誰說了算？現今政府決定由美國進口含有萊克多巴胺的豬肉，可能有損害國民健康之虞，行政機關和立法機關硬要通過此案，反對者可否主張民主失靈？某電視台頻道被關台，無法透過民主機制尋求解決之道，是否也可主張臺灣的新聞自由已死，而民主制度業已失靈，而行使張教授所主張的抵抗權？以上這些問題均值得深入探討。因此，所謂的「憲政危機」，或「民主失靈」之情況，必須在社會上，至少在法律界得到普遍的共識，認為非群起抗，否則

---

<sup>25</sup> 同上意見書(註 12)，頁 12。

無法解除此一國家重大危機，始可予以認同，否則只要少數人或團體出而主張，即可行使可以施用暴力的抵抗權，除非逾越見仁見智的比例原則，否則根本不必承擔法律責任。如此一來，只會製造更多的政治對立與社會問題，甚至造成重大國安危機，其危害極大，不可不慎。

張教授又進一步闡述其「微抵」理論，聲稱：「它所要對抗的並非公然的、幾乎是運用武力的政變或戰爭，或外國的侵略<sup>26</sup>，而是一種累積性的、柔性的、甚至批著合法外衣的政治運作」。「合法」可以理解，但「批著合法外衣的政治運作」是何概念？竟連對於合法的政治運作也可以主張抵抗權？張教授繼續闡釋：「這種表面上看似合法的政治運作可能會結合暗地裡或明白的違法行為，以致於跨越憲政主義的底線，破壞基本的憲法原則。」由此得出其獨到的結論：「依其性質，這一種抵抗權可以說是一種為了避免憲政危機發生而行使的抵抗權。」如此說來，只要為了避免可能發生所謂的「憲政危機」，就可以堂而皇之行使「這一種抵抗權」了。

張教授接著毫不避諱，直接套入具體個案：「『太陽花學運』面臨的正是這樣一種憲政危機發生的急迫性，而且別無他法可以救濟，」  
「詳言之，在當時，台灣面臨的不是一個單一事件的服貿爭議，台灣面臨的是一場即將發生的憲政危機。」至於為何服貿爭議是「一場即將發生的憲政危機」，張教授巧妙帶過，並未詳細說明所持理由。

在此我們必須強調，我們質疑此一理論，並非因為此等見解或為張教授「只弟個人所獨見創獲」，而是其中隱藏著重大的法治危機。這種似乎是張教授個人「研發」的抵抗權理論，其危險之處，在於只要有主觀上認為有發生「憲政危機」之虞，任何人即可毫無懸念地出面行使「抵抗權」，甚至不排除暴力的使用<sup>27</sup>。所謂的「微型抵抗權」，其「微型」，微在權利發生要件上的輕微，微在行使時機及條

---

<sup>26</sup> 按這才是典型抵抗權行使的主要時機。

<sup>27</sup> 張教授在其意見書(註 12)談論公民不服從問題的章節，直接將德國法理學者 Ralf Dreier 對於「公民不服從必須是非暴的(gewaltlos)」的定義加以更改，認為「Dreier 的定義並非沒有調整的可能」。

件的輕微；但在得以施用暴力，可生阻卻違法效力方面，則一點都不「微型」。我們必須嚴正指出，憲法中沒有這種只要聲稱即將發生憲政危機，即可公然「合法行使」的所謂微型抵抗權，也不該有這種東西。在臺灣這個民主政治逐漸成熟，法治觀念日漸深入人心，現有司法機關及大法官會議（或曰憲法法院）<sup>28</sup>恆常而有效發揮解決各種法律紛爭的國家，根本不需要這種定義說不清，內容講不明的「微型抵抗權」？

我們甚至不反對我國憲法精神中可能蘊含有如同德國基本法第20條第4項所規定之抵抗權，只要其發生要件及行使條件之嚴格程度，與有抵抗權規定之各國憲法或憲章定者相同。較諸張教授的「微型抵抗權」，此種典型的抵抗權，其正當性更高，但因其成立要件極為嚴格，故在類如我國之法治國家中，其危害反而更小。因為，真正的抵抗權，其實要對付的，正是張教授所提到的「幾乎是運用武力的政變或戰爭，或外國的侵略」所造成的獨裁專制體制，並且已經別無選擇，不得不奮而抵抗，否則民主憲政法治將萬劫不復，始得行使。此時抵抗不僅是權利，更是義務。除此以外，絕不可輕言行使所謂的抵抗權，不論名稱如何可愛無害。

### 三、憲政危機問題部分

為了抗爭運動者得以主張抵抗權，張教授在意見書中，有技巧地將「憲政危機」的概念定義得非常寬泛：「憲政危機指的是，危及憲法原則的存續，使作為憲政秩序核心的憲政主義瀕臨破壞與瓦解。」對於此種見仁見智的定義，我們在此不擬評論。我們想問的是：2014年3月18日在立法院發生的服貿協議審查程序瑕疵的爭議，是如何「破壞憲政秩序」？如何「危及憲法原則的存續」？又是如何使「憲政主義瀕臨破壞與瓦解」？究竟此一立法院的議事程序違規事件，是否果為無任何法令可資依循處理，且無任何法律救濟途徑存在的「憲政危機」？亟有深入探究之必要。

---

<sup>28</sup> 尤其大法官解釋之標的議題，常常涉及公權力行使及政治性之爭議，乃眾所皆知之事。

## （一）服貿協議的法律性質

作為本案前階段爭議焦點的「海峽兩岸服貿協議」（簡稱服貿協議），其法律性質為何？應該先予確認。在此，我們必須回顧與服貿協議的簽訂及送請立法院備查的程序。服貿協議在 2013 年 6 月 21 日經協議雙方代表簽訂完成。臺灣方面，由財團法人海峽交流基金會（海基會）董事長林中森代表；中國大陸方面，由海峽兩岸關係協會（海協會）會長陳德銘代表簽訂完成。服貿協議係依「海峽兩岸經濟合作架構協議」（一般簡稱 ECFA）<sup>29</sup>第 4 條第 1 項「雙方同意，在第八條規定的『服務貿易早期收穫』基礎上，不遲於本協議生效後六個月內就服務貿易協議展開磋商，並儘速完成。」之約定所簽訂；服貿協議之前言，亦載有「依據『海峽兩岸經濟合作架構協議』及世界貿易組織「服務貿易總協定」……，達成協議」等語，換言之，服貿協議本係「海峽兩岸經濟合作架構協議」之子協議。對於服貿協議之法律定位為何，本署並無定見。由法律位階理論而言，由於其為另一架構性經濟合作架構協議之下位性子協議，服貿協議較有可能被認為係不具法律性質的非條約性行政協議，亦即其位階相當於行政命令；但若依其對國內服務業可能產生重大衝擊之角度性言之，亦非不可能被解為具有法律性質的條約性協議，是則其位階即相當於法律。依臺灣地區與大陸地區人民關係條例（以下簡稱兩岸條例）第 5 條第 2 項規定：「協議之內容涉及法律之修正或應以法律定之者，協議辦理機關應於協議簽署後三十日內報請行政院核轉立法院審議；其內容未涉及法律之修正或無須另以法律定之者，協議辦理機關應於協議簽署後三十日內報請行政院核定，並送立法院備查」。依中央法規標準法之規定，1. 憲法或法律有明文規定，應以法律定之者、2. 關於人民之權

---

<sup>29</sup> 依全國法規資料庫之記載，海峽兩岸經濟合作架構協議，於中華民國九十九年六月二十九日簽署；九十九年七月一日行政院第 3202 次院會核定，同日以院臺陸字第 0990099988 號函送立法院審議；九十九年八月十七日立法院第 7 屆第 5 會期第 2 次臨時會第 1 次會議照案通過，次日函復行政院；九十九年九月十一日財團法人海峽交流基金會與大陸海峽兩岸關係協會以書面相互通知雙方業已完成相關法定程序及配套準備作業，依雙方協議生效條款規定自同年九月十二日起生效。」

利、義務者、3.關於國家各機關之組織者、4.其他重要事項之應以法律定之者等 4 種事項，皆應以法律定之。另依條約締結法第 3 條第 1 項第 3、4 款之規定，內容涉及人民之權利義務，或內容涉及國防、外交、財政或經濟上利益等國家重要事項之國際書面協定，即該條所稱之「條約」；而依同條第 2 項規定，所謂「協定」，係指條約以外，內容對締約各方均具有拘束力之國際書面協定。然該條之立法理由又稱「依司法院釋字第三二九號解釋，憲法所稱之條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締約之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言；其中內容直接涉及國家重要事項者，係指涉及國防、外交、財政或經濟上利益等國家重要事項。又倘國際書面協定內容與國內法律內容不一致或涉及國內法律之變更者，亦應屬憲法第六十三條所稱之條約案」。可見，條約之名稱並無一定，國際或兩岸協定<sup>30</sup>中，除名稱為條約（treaty）者必為條約外，名稱為協定（agreement）或協議（arrangement）者，只要內容涉及人民權利義務事項或國家重要事項者，在位階上均屬條約，而不受其名稱之影響。服貿協議是否屬於內容涉及人民權利、義務，或屬應以法律定之重要事項，可能見仁見智，難以一概而論，有權決定該協議所涉事項是否「應以法律定之」者，殆為主管行政機關、立法院；該協議訂定生效之後，若生法規性質、解釋或適用上之爭議，則應依司法院大法官審理案件法第 2 條及第 7 條之規定，聲請大法官為統一解釋。

依憲法第 63 條及立法院職權行使法第 7 條之規定，立法院有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案、條約案及國家其他重要事項之權；立法院所議決之議案，除法律案、預算案應經三讀會議決外，其餘均經二讀會議決之。至於行政機關所訂定的行政

---

<sup>30</sup> 廣義的國際協定，當然包括兩岸協議（迄今未見以「協定」之名簽訂之兩岸協定）在內。但因兩岸關係特殊，兩岸間協議之法律定位問題，主要應依循兩岸條例之規定，條約締結法之規定僅作參考而已。

命令，則應依立法院職權行使法第 60 條之規定，應提報立法院會審議。出席委員若認該等行政命令違反、變更或牴觸法律，或認應以法律規定之事項而以命令定之者，如有 15 人以上連署或附議，即交付有關委員會審查。同法第 61 條接續規定：「各委員會審查行政命令，應於院會交付審查後三個月內完成之，逾期未完成者，視為已經審查。但有特殊情形者，得經院會同意後展延；展延以一次為限。若「行政命令經審查後，發現有違反、變更或牴觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者」，則依立法院職權行使法第 62 條<sup>31</sup>之規定，「應提報院會，經議決後，通知原訂頒之機關更正或廢止之。」而依同法第 61 條第 1 項「視為已經審查或經審查無該條項情形之行政命令」，第 62 條第 2 項規定「由委員會報請院會存查」。但經依第 62 條第 1 項通知更正或廢止之命令，則該條第 3 項規定：「原訂頒機關應於二個月內更正或廢止，逾期未更正或廢止者，該命令失效。」此外，由於該法對於各委員會審查行政命令的規定未盡詳備，因此，同法第 63 條規定「得準用法案之審查規定」。以上規定關乎服貿協議之法律性質及送立法院審查程序，故有詳予舉述之必要。

## （二）服貿協議的法律爭點

有關兩岸之間所簽訂的各類協議，何者應由行政機關送請立法院審議，何者應送請立法院備查（或審查），原則上應依前述兩岸條例第 5 條第 2 項規定，而所謂的「備查」程序，對照上述立法院職權行使法之規定，應係指依該法第 60 條至第 63 條規定審查之意<sup>32</sup>。依前

---

<sup>31</sup> 立法院職權行使法第 62 條之規定，對本案十分重要，因此再將本條條文完整臚列於後：

第 62 條：

行政命令經審查後，發現有違反、變更或牴觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者，應提報院會，經議決後，通知原訂頒之機關更正或廢止之。

前條第一項視為已經審查或經審查無前項情形之行政命令，由委員會報請院會存查。

第一項經通知更正或廢止之命令，原訂頒機關應於二個月內更正或廢止；逾期未為更正或廢止者，該命令失效。

<sup>32</sup> 所謂的備查，其實本是事後知會的意思，意即行政機關依其職權所訂定的行政命令，或所簽署的非條約性協定等，因為尊重立法機關的立法權權限，在形式上以及禮貌上備函知會立法院，意思即英文的 FOR YOUR INFORMATION，連事前報備都不是。不過，對照立法院職權行使法第 10 章「行政命令之審查」的規定，也可解釋為「函送立法院，以備審查」。然而，並非必須踐行該法第 2 章所定的法案「審議」程序。

述說明，作為兩岸經濟合作事宜母協議之「兩岸經濟架構協議」，顯係被認為是依該兩岸條例第 5 條 1 項所定，視為「應以法律定之」的「條約」或「條約性協定」（條約締結法第 3 條第 1 項參照），故經行政院函送立法院審議；但作為子協議的服貿協議，則係被當時的行政院認係依兩岸條件第 5 條第 2 項，屬於「其內容未涉及法律之修正或無須另以法律定」之「協定」（下稱「非條約性協定」）（條約締結法第 3 條第 2 項參照）。故而前者經函送立法院「審議」，由立法院依立法院職權行使法第 2 章即該法第 7 條至第 15 條之規定進行審議；而後者則僅以函送立法院「備查」之方式，由該院依立法院職權行使法第 10 章即該法第 60 條至第 63 條之規定進行審查。

對於服貿協議的性質是否為「應以法律定之」的條約性協議？以及對於行政院函送備查之該協議，立法院應以何種方式審查及處理的問題，當時的朝野兩大黨國民黨與民進黨顯然採取完全不同的政治立場。國民黨主張服貿協議為「非應以法律定之」的非條約性協定，因此行政院只要送立法院備查即可；而民進黨則為相反主張，認為服貿協議之性質為「應以法律定之」的條約性協定，而必須送立法院審議。但雙方對於其實質理由何在，即何以服貿協議為涉及或不涉及人民權利義務事項、關乎或非關國家重大利益之事項？均未提出清楚之說明。是則，服貿協議之法律性質為何？應如何踐行何種立法程序，即應送立法院審議或僅送備查？此為第一組法律問題。其次，函送立法院備查之服貿協議案若為條約性協定，其審議程序應依立法院職權行使法第 2 章（第 7 條以下）規定進行，固無問題，但若認屬非條約性協定，究應該如何審查？能否逐條審查？須否經過一讀、二讀程序，則為另一組法律問題。此二組問題，基本上是立法院職權行使法規定不夠清楚以及立法委員堅持各自政治立場所生的結果。

如前所述，立法院職權行使法第 60 條規定，行政機關送備查的行政命令案或非條約性協定案，經過立法委員提案，雖可以送委員會審查，然依同法第 61 條之規定，前述委員會如果不予審查，或者經

過三個月仍未完成審查者，該行政命令案或者非條約性質之協議案即「視為已經審查」而自動生效。惟立法院審查結果，若認為該協議「有違反、變更或牴觸法律者，或應以法律規定事項而以命令定之者」，即可依該法第 62 條之規定提報院會，於經院會議決之後，通知原訂頒機關更正或廢止之。而依同法第 63 條規定，對於該協議，「原訂頒機關應於二個月內更正或廢止，逾期未更正或廢止者，該命令失效。」合先說明。

立委張慶忠自行於 102 年 3 月 17 日服貿協議案委員會審查會議中決定「送院會備查」之議事程序，因有未經宣布開會亦未經討論即作成決定之嚴重程序瑕疵，在法律上之可能結果有二，其一認為朝野雙方協商結論尚未履行，「送院會備查」之議事程序復有重大瑕疵，不應適用立法院職權行使法第 61 條所定，經過三個月仍未完成審查即自動生效之規定，故服貿協議尚未生效。若採此說，則張慶忠委員主持審查會之會議瑕疵，即無任何可資引發「民主失靈」或「憲政危機」之可能性存在，蓋其議事決定對於服貿協議之效力狀態（即未生效力之狀態），根本不生影響。其二認為，服貿協議案既以非條約性協定案送請立法院備查，無從進行條約性協定案（即條約案）之審議程序，該案亦未經立法院依同法第 62 條、第 63 條規定，退回原訂頒機關將該協議於二個月內更正或廢止，故無從發生「逾期未更正或廢止」而告自動失效之結果。若果如此，則該協議已依同法第 61 條之規定自動生效，此一結果，雖為在野黨所無法接受，然此為政治實力懸殊的結果，在野黨若有不服，除可於立法程序中設法翻案外，尚有請求大法官為統一解釋等救濟途徑，非可因此逕行解為已經造成現行法制所無法解決的「憲政危機」，在此情形，張委員主持會議之瑕疵對於該協議生效之結果既無影響，即非屬造成「憲政危機」之實質因素甚明。

據上所述，此一立法程序所生之爭議，在法律上並非毫無解決途徑。問題是民進黨當時在立法院為少數黨，以民進黨彼時在立法院的

政治實力，事實上無法就該協議為「通知原訂頒機關更正或廢止」之作為，從而該協議案即無從因為原定頒機關逾 2 個月未予更正而致自動失效之結果。該法律爭議於是演變為政治問題。

### （三）服貿爭議的政治癥結及立法院的「政治解決」

服貿協議案在立法院審查過程中，曾經兩黨黨團協商決定送委員會審議，此一協商承諾，執政的國民黨後來不願遵守<sup>33</sup>。在本協議案的審查過程中，執政黨與在野黨各有盤算。執政黨認為，這個協議案基本上既然只是行政命令性質的非條約性協議，所以只要依照立法院職權行使法第 10 章的規定審查即可；不須依同法第 2 章規定進行審議，因此認為這個案子只要送立法院備查即可，沒有審議程序的逐條審查之問題，更沒有二讀三讀的問題。民進黨等在野黨則認為，這個案子是必須以法律定之的條約性協定，所以必須走委員會審議，並進行逐條審查的條約案二讀程序。因此，這個有關服貿協議應該適用何種立法程序的見解分歧，主要是因為政治立場不同，而對服貿協議的法律性質解讀分歧所致。在野黨認為服貿協議必須經過審議的程序，從嚴格的法律意義而言，其實未必有堅強的依據。因為如前所述，服貿協議是兩岸經濟架構協議的子協議，母協議本身已經通過立法院的審議程序，何以其子決議仍須再經過立法院的審議？而非只是函送備查即可完成其生效程序？相似案例之「海峽兩岸海關合作協議」，同樣係依據兩岸經濟架構協議（第 6 條）簽訂之協議，亦僅係由行政院函送立法院備查，即完成其生效的程序要件，是否該協議事項與人民之權利義務無關，且非屬涉及國家重要利益之事項？對於此等問題，當時在野黨的立法委員並未說出一個令人信服的道理。退一步言，若依當時在野黨之主張，服貿協議是具有類似法律性質的條約性協定，則張慶忠委員所為不依議事程序逕行送院會的決定，由於具有嚴重的程序上瑕疵，自應認為無效，然則，此一「不待調查事實，當然無效」的議事程序，如何能影響服貿協議案的「條約性協定」性質？又

<sup>33</sup> 這當然也是單純的政治問題，未必有何法律爭議存在。因為朝野的黨團協商，在法律上本無拘束力。

如何能對未曾生效之服貿協議帶來影響，而造成「憲政危機」？果不其然，在野黨委員後來即在 103 年 3 月 24 日的內政等委員會聯席會議中的提案中，認定張慶忠委員所行的議事程序，因為「具有重大瑕疵」，「該會議自始當然無效」<sup>34</sup>，則服貿協議自未效。既然一個立法院委員會的提案即可解決這個程序違規問題，又有何等依當時法制無法解決的「憲政危機」存在？

#### （四）本件政治爭議並非憲政危機

依法論法，認為服貿協議為非條約性的行政協議之見解，其實未必不當。另一方面，當時的主要反對黨認為服貿協議係條約性的重要協議，雙方又有黨團協商共識在先，理應走完「審議」程序，亦非毫無理由。<sup>35</sup>問題是在野黨本為少數黨，對於執政黨以函送立法院「備查」而非函送立法院「審議」的程序處理服貿協議，在野黨不論在政治上或在法律上都無力反制。所以，服貿協議案真正的問題，並不在當時執政黨的張慶忠委員所做送院會的決議的議事具有重大瑕疵之問題本身。而是朝野兩大政黨政治實力不相當，又各自堅持本身的政治立場，因為雙方無法妥協所生的政治性問題。

簡而言之，此一爭議本是政治爭議，而非真正的法律問題，更不是憲政危機。政治人物把本質上屬於政治爭議的問題，認為非要以法律程序得到對己方有利的解決結果不可，進而有意無意地將它描述為憲政危機，終至引發大規模的「太陽花運動」。換言之，服貿協議案固與立法程序規定不夠明確有關，更主要的原因是對於敏感性案件的

---

<sup>34</sup> 103 年 3 月 24 日，立法院於內政等第 8 屆第 5 會期第 4 次聯席會議中，由立法委員吳秉叡等人提議，以「103 年 3 月 17 日之會議主席張慶忠並未在主席台上主持議事，且未進行宣布開會、發言討論、審查議決等法定議事程序，即逕自宣布違法決定，嚴重違反 102 年 6 月 25 日所為之院會決議、立法院職權行使法與立法院議事規則第四章至第六章所定之開會法定程序，立法院程序實有明顯重大瑕疵，依據大法官釋字第 342 號與釋字 499 號解釋所揭，立法程序有不待調查事實即可認定為牴觸憲法之重瑕疵者實屬違憲無效」等理由，議決 103 年 3 月 17 日之會議無效，且先前函復議事處之審查報告係無效，議事處應立即予以退回，此一提案並經全體在場立法委員無異議通過。若依此一決議，則被臺灣高等法院 106 年度矚上訴字第 1 號判決視為解決之道無法期待的問題，其實在現實政治運作上，也非真的「無法解決」，何憲政危機之有？

<sup>35</sup> 至於原本由行政院送請備查之非條約性協定案（性質相當於行政命令），能否直接在立法院變更為條約性協定案（即條約案，某程度相當但不等同於法律案），或須退回移送機關行政院，另行送請審議，則係另一立法程序問題。

政治主張分歧，執政在野兩大黨各持己見，在政治上堅不讓步的結果。然而此等事態原是我國的政治常態，本即應依多數決的民主政治常規處理，並非嚴重的法律問題，更不是憲政體制出了無法解決大問題，根本不是所謂「民主失靈」的「憲政危機」，反對者亦無行使任何型態「抵抗權」之理由。

#### 四、不論是否對刑法第 153 條第 1 款採限縮解釋，本案被告鼓動眾人攻占行政院之言行，均構成該條之煽惑罪，不受憲法言論自由規定之保障

本案被告等人反對與中國大陸簽訂服貿協議之言論，固得認為政治言論，而可認屬美國司法實務上所稱的政治性言論（political speech），在我國亦應作相同認定，而受到憲法有關言論自由規定的保護。但被告魏揚等人在群眾包圍行政院現場或透過網路社交媒體，鼓動群眾攻占行政院之言詞，是否亦可認屬政治性言論？在我國並非毫無爭議。退而言之，即使將被告等人煽動他人未經允許侵入行政院辦公場所等處所之言論，亦視為政治性言論，該言論亦係在發表之後，始經認定觸犯刑法第 153 條第 1 款之煽惑罪，嗣遭起訴並經法院決有罪，此等言論發表之前並未經事前審查，是刑法第 153 條即不受違憲（違反言論自由保障）之推定；而其鼓動他人攻占行政之言論內容，在發表之際已造成當時包圍行政院群眾非法強行衝入行政院之明顯而立即之危險，故應受依憲法第 23 條所制定之刑法的處罰。此等涉及煽動他人犯罪之言行，縱使在對言論自由採取全世界最高保護標準之美國，亦認不得主張言論自由而免責。以下簡介美國聯邦法院判決所揭示的言論自由標準，以資檢驗本案被告上述煽惑他人犯罪之言行是否可以通過美國司法實務上所認定之言論自由保護門檻。

##### （一）Brandenburg v. Ohio<sup>36</sup>案判決

Clarence Brandenburg 為美國激進反對有色人種團體三 K 黨（Ku Klux Klan）的首領，因公開發表其煽動性的種族仇視言論，並於演

---

<sup>36</sup> 395 U.S. 444 (1969).

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。」被認涉犯 Ohio 州犯罪組織條例之煽動罪，該法禁止「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」之行為及「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」之作為<sup>37</sup>。經俄亥俄州的檢察官提起公訴，事實審法院判決被告有罪，該有罪判決後來並被 Ohio 州最高法院維持。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，與煽動立即的非法行動之行為間有無區別，而構成該法的犯罪一事有作進一步的闡述。<sup>38</sup>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>39</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向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>40</sup>

---

<sup>37</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>38</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>39</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.."

<sup>40</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."

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），又稱「布蘭登堡標準」“Brandenburg test”。

美國聯邦最高法院在 1919 年於 *Schenk v. United States* 案<sup>41</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>42</sup>案才具體化「明顯而立即危險」標準並被遵循至今。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>43</sup>。

換言之，如果倡導犯罪之言論，係用以且可能煽起或導向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，群情激昂之情況下，在現場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 條第 1 款之煽惑罪。

## （二）「象徵性言論」（symbolic speech）

美國憲法言論自由，除保障演講、文字、圖畫及錄影以外，有些行動也被認為具有言論性質，而同受言論自由之保障。例如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等之「象徵性言論」（symbolic speech），亦以言論視之。美國聯

---

<sup>41</sup> 249 U.S. 47 (1919).

<sup>42</sup> 395 U.S. 444 (1969).

<sup>43</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。

邦最高法院於 1968 年在 U.S. v. O'Brien 案<sup>44</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，以華倫為首席大法官（Chief Justice Earl Warren）的聯邦最高法院認為：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所制定（“if it is within the constitutional power of the Government (to enact)”）；(2)其目的在增進重要利益（“if it furthers an important or substantial governmental interest”）；(3)政府所採促進利益之方式與限制言論自由內容無關<sup>45</sup>（“if the governmental interest is unrelated to the suppression of free expression”）；且(4)限制方式對言論自由之附帶限制並無其他促進此一利益所必需而侵害較輕微的方式（if the incidental restriction on alleged First Amendment freedoms is not greater than is essential to the furtherance of that interest）。聯邦法院根據上述標準，判認：美國政府就維持徵兵制度之順暢運作有其重大利益，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。

本件被告或主張，被告魏揚等人號召群眾進入行政院，其行為係象徵性言論，亦應受言論自由之保障云云。然查，本件被告等人號召群眾衝入有重重警力護衛之行政院之言詞，確係言論，並無解為象徵性言論之必要，蓋後者所享受之言論自由保障，並無理由應該高於言詞性言論 (verbal speech)。縱認被告所主張之象徵性言論，且其言論具有政治性之說法可採，亦應受到法律規範之限制。對照上述 U.S. v. O'Brien 案判決所建立之判別標準，我國刑法第 153 條之煽惑罪規

---

<sup>44</sup> 391 U.S. 367 (1968).

<sup>45</sup> 此一標準的另一種說法為「內容中立」(content neutral)。

定，(1)係基於我國憲法第 23 條所賦予之權限所制定之限制性規定；(2)該條制定之目的，在於促進維持社會秩序及公共生活安寧之國家重要利益；(3)該條規定並未針對特定言論種類予以限制，而係一般性地限制煽動他人犯罪之言論，作為促進上述重要利益之方法，而與限制言論之種類或內容無關，符合內容中立原則；(4)刑法第 153 條所定之罰則輕微；特別就煽惑他人實行重罪之罰則部分，遠較諸美國法或德國法所規定之刑度更輕（請參見本件辯論意旨書有關美、德兩國相類規定刑責之介紹），應認其對言論自由之附帶限制，已屬為促進前述重大利益所必需，而其侵害相對輕微之限制方式。由此可見，刑法第 153 條第 1 款之規定，應認無違反我國憲法規定之情事；縱依被告所主張之象徵性言論說法，被告之言行亦無解免該條所定罪責之餘地。

### （三）小結

我國刑法 153 條第 1 款所規定之犯罪構成要件，以煽惑他人「犯罪」為其構成要件，該要件或稍嫌寬鬆；但刑法 153 條第 1 款煽惑罪是即使限於有「明白且立即危險」或足以或可能造成「立即之非法行動」等條件始足成立，本件被告之煽惑行為亦構成犯罪。蓋依案發當時情況判斷，就群眾可能非法衝進行政院院區及附連土地一事，確實具有「明白且立即導致非法行為之危險」，是則，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。

## 五、對被告所提刑事補充上訴理由狀及刑事補充上訴理由二狀論點之回應

### （一）回應刑事補充上訴理由狀（下稱一狀）部分

1. 關於上訴人主張臺灣高等法院適用其主張違憲之刑法第 153 條第 1 款部分(回應一狀第 2-3 頁)

審理本案之臺灣高等法院適用刑法第 153 條第 1 項作為判決被告魏揚等人無罪之依據，自以認定該條並無違憲問題為其前提。因為在採集中違憲審查制的我國，法官縱為與案件有關之法律有違憲情事，

亦無拒絕適用法律之權力，僅得聲請司法院大法官解釋憲法(司法院大法官釋字第 371 號解釋參照)。

因此，辯護人主張臺灣高等法院適用其主張違憲之刑法第 153 條第 1 項為判決，係違背法令，顯無可採。

2.關於上訴人主張刑法第 153 條第 1 項違憲部分(回應一狀第 3 頁以下)

(1)一狀第 3 頁以下，通篇均主張刑法第 153 條第 1 項違憲，既然如此，則應聲請司法院大法官解釋，而非在最高法院爭執其合憲性。

(2)一狀第 3-10 頁，引用司法院大法官解釋，卻未探究該號解釋之標的，亦即，此等援引並非就基本權性質有相關者所為之引用，而係純憑己方所好之濫行援引，以下均其著例：

(3)一狀第 3、5 頁引用釋字第 791 號解釋，然釋字第 791 號解釋係針對人民的性自主權議題所為，其處理的主要問題乃通姦法律(刑法第 239 條)是否違憲，並非言論自由部分。

(4)一狀第 4-5 頁引用釋字第 775 號解釋，然釋字第 775 號解釋所涉及的者，乃是累犯加重規定是否違憲之問題，與憲法所保障之基本權有關部分，係對於人身自由得課予何等限制的問題，與言論自由之保護程度議題無關。

(5)一狀第 5、9 頁引用釋字第 777 號解釋，惟該解釋處理者為肇事逃逸罪是否合憲的問題，與言論自由問題無涉。

(6)一狀第 6-7 頁引用釋字第 656 號解釋，然釋字 656 所涉及者為民法第 195 條第 1 項後段由法院為回復名譽適當處分是否合憲之問題，與本案問題全然無關。

(7)一狀第 7-8 頁引用釋釋字第 644 號解釋，惟釋字 644 所涉及者為設立人民團體主張共產主義，而主管機關於設立之前行言論審查，故經認定違憲。本案無任何事前審查問題，是與該解釋案無從相提併論。

(8)一狀第 9-10 頁引用釋字第 792 號解釋，然釋字 792 號解釋所處理者為販賣毒品既遂罪，是否祇要以營利為目的，而有購入之行為，即足該當，與本案問題無何干涉。

綜觀本案辯護人所援引之大法官解釋，僅釋字第 644 號解釋與本案稍有關係，而釋字第 644 號解釋係針對言論之事前審查行為，因此大法官採嚴格審查標準，但如同吾人於言詞辯論意旨書所言，只有言論被事前審查，該法律才推定違憲(釋字 445、718、644、744)，否則事後處罰的法律均推定合憲(釋字 407、617、509、577、623)。煽惑罪屬於事後處罰的法律，不適用事前審查應予推定違憲的判準。以上所為引用，並無引供比較對照之合理基礎存在，實無足採。

### 3.有關煽惑罪主張之個別回應

- (1)回應一狀第 15 頁：煽惑之用語並無不明確，煽動罪係彌補煽惑不特定人犯罪時，無法以教唆犯處罰之補充、攔截構成要件。
- (2)回應一狀第 18 頁：煽惑罪在我國本即規定在妨害秩序罪章，我國刑法並無如同德國刑法設有反抗國家權力罪章。德國刑法第 111 條並未被刪除。德國刑法第 111 條之保護法益，可參考本署言詞辯論意旨書，並非僅因德國刑法第 111 條所在之章節名稱是抵抗國家權力，該罪保護的就僅是國家權力。
- (3)回應一狀第 21 頁：煽惑罪為抽象危險犯，處罰的理由之一在於，煽惑可能促使不特定的多數人犯罪，大規模的犯罪，有其處罰的理由，並非任意擴張刑法處罰範圍、亦非過度防衛。
- (4)回應一狀第 25 頁第 1 點：我國刑法第 153 條的法定刑規定二年以下有期徒刑，個案上也可依所煽惑之罪為量刑上的調整，並無過苛，應無適用上有時會比所煽惑之罪還重的疑慮。
- (5)回應一狀第 25 頁第 2 點：教唆犯與我國刑法第 153 條煽惑罪本來處罰的對象、範圍即不同，辯護狀中「煽惑犯之處罰要件遠比教唆犯嚴格」語焉不詳。與德國刑法不同，煽惑犯與教唆犯在我國刑法並沒有連結法律效果的規定。

#### (二) 回應被告所提刑事補充上訴理由二狀（下稱二狀）部分：

- 1.二狀第 2 頁至第 10 頁關於被告可主張抵抗權之論述部分：(1)本署言詞辯論意旨書貳、二、(一)已有說明。我國憲法並無抵抗權之規定，

況且本案亦不符合其他國家抵抗權規定所揭示之要件。

2. 二狀第 19 頁引述中研院研究員黃丞儀關於「協議」之論述，認為不可等同行政命令來審查：本署於本件補充理由書已有說明。

3. 二狀第 22 頁認為張慶忠的宣示僅是立法院內部的程序行為，無法成為釋憲客體：參照釋字 342 號解釋關於「立法院就國安會議等三法之審議程序得為釋憲機關審查？」，審議程序可成為釋憲客體。

4. 二狀第 28 頁提到即使有抵抗過當之情形，亦應有阻卻或減免罪責之效果：若承認有抵抗過當之事實，被告等人即係承認有罪。

### （三）所謂的「黨國體制」之說

黨國體制（party-state regime）是一個政治學名詞。所謂的黨國體制，通常存在於採行一黨專政（或稱一黨專制）的國家，由執政黨掌握絕對權力，主要特徵為黨政一體（黨政合一），黨即國家，代表國家行使主權，並而全面控制國家機器政體。因此，黨國體制與一黨專政，幾為同義詞，僅觀察角度不同而已：黨國體制一詞，重在黨與國合一，以黨治國；一黨專政一詞，重在其他政黨永遠無機會。黨國體制主要實行於由共產黨長期執政的國家實行，包括越南社會主義共和國、朝鮮民主主義人民共和國、中華人民共和國、古巴共和國、寮人民民主共和國等。

歷史上的黨國則多出現在戰爭間期，包括但不限於奉行納粹主義與法西斯主義的納粹德國、奉行法西斯主義的義大利王國、奉行軍國主義的大日本帝國、以及以上國家所屬傀儡國亦大多為黨政一體的行政體制，如今皆已不復存在。<sup>46</sup>

中華民國在前總統於蔣經國於 1987 年 7 月解除戒嚴、李登輝擔任總統之後繼之採行一系列的民主化措施，特別在 2000 年首次政黨輪替由民主進步黨執政後，即展開政黨和平輪替之民主歷程迄今。所

---

<sup>46</sup> 請參閱以下網頁資料：<https://www.wikiwand.com/zh-mo/%E9%BB%A8%E5%9C%8B%E9%AB%94%E5%88%B6>; <https://zh.wikipedia.org/wiki/%E9%BB%A8%E5%9C%8B%E9%AB%94%E5%88%B6>; <https://opinion.udn.com/opinion/story/10043/4692408>; Das Recht auf Widerstand Widerstand light - belebend für die Demokratie

謂的黨國體制已經走入歷史，臺灣已成功邁入由國民黨及民進黨為主的兩黨制體制。

對於國家元首兼任執政黨黨揆，且執政黨掌握國會多數席次之政治體制，不應一概稱為黨國體制，無寧是民主制度運作下的政治常態。只要一個國家有實質的在野黨存在，人民擁有充分的選舉、罷免等政治權及其他基本權，不論為兩黨制或多黨制，只要在野政黨有機會成為執政黨，即不致淪為黨國體制。內閣制國家的閣揆，通常由多數黨領袖擔任，且掌握國家多數席次，若採辯方主張之說法，則所有內閣制國家，豈非均為黨國體制國家？其理不通，甚為明顯。

### 參、結論

我們完全同意司法機關有守護憲法的職責，但司法機關更有維護國家法治的神聖使命。憲政秩序是整體法秩序（Rechtsordnung）的一部分，如果法律規定無法落實，則國家的法治體系（rule of law; Rechtsregel; Rechtsstaatsprinzip）將被架空，徒憲法不足以自行，這是很明白的道理。其實，我國憲法對於人民的基本權，已經設有周到的保護；但是，並非每種違法行為都該受到憲法的呵護；某些涉及犯罪的言論，縱與政治主張有關，亦非在任何情況下表達皆可免責。不是因為憲法有言論自由的規定，任何言論均皆無須負責，此理至明。如果任何言論行為都可以援用言論自由的憲法規定，甚至是憲法規定所無的所謂「微型抵抗權街理論，來主張免責，那麼，這不是護憲，而是害憲！因為，這是戕害憲法精神的作法，整體的法秩序與法治精神，終將受到嚴重腐蝕與破壞，必循致抗爭不絕，國無寧日，絕非國家人民之福。尚祈貴院深思！

此致  
最高法院

中 華 民 國 109 年 12 月 31 日

檢察官 朱朝亮  
陳瑞仁  
吳巡龍  
黃則儒  
林俊言  
蔡秋明