

最高檢察署

檢察官補充理由書二
(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(109 年度台上字第 3695 號)，經貴院於 110 年 1 月 4 日行言詞辯論完畢。惟上開言詞辯論期日，尚有二名學者受邀就系爭法律問題提出法律意見，而當日學者之一張嘉尹副教授所陳述之法律意見，不乏其意見書中所未述及者，礙於時間限制，本署檢察官無法全部立即回應；且因結辯前之學者專家諮詢程序耗時甚長，辯論時間受到壓縮，本署代表結辯之檢察官不及完整陳述論點，爰再專就貴院所列「抵抗權」、「公民不服從」之要件及有無阻卻違法或減免刑責效果等法律爭點，補充理由如下：

一、再論公民不服從與抵抗權之分野

在名詞使用上，公民不服從（civil disobedience; Ziviler Ungehorsam），或被稱為「消極的抵抗」（passive resistance），或被稱為「輕型抵抗」（Widerstand light），或被稱為「小銅板的抵抗權」（Das Widerstandsrecht der kleinen Münze）。此等用語雖均使用「抵抗」或「抵抗權」等詞，但其實質內容，與公民不服從之公開、非暴力、出於良知、係在民主法治架構下所為，且不具阻卻刑事違法效力等特點，均與公民不服從如出一轍。故而可知，此等冠以「抵抗權」名稱之行動，在德國及英美等國，僅是公民不服從行動的別名，

而非德國憲法第 20 條第 4 項、希臘憲法第 120 條及捷克人權憲章所稱之抵抗權，不可不辨。

比較行使（典型的）抵抗權之行為與公民不服從活動，大約有 4 項基本差異，其一、公民不服從之活動必須以非暴力方式為之，抵抗權之行使則不排除暴力之使用；其二、公民不服從係在民主憲政體制尚能正常運作，大致公正之社會（a nearly just society）¹之下所為，對於現存的整體法治秩序並不否定；抵抗權則係在民主憲政體制已無法正常運作，原有的自由法治體制已被架空，而成為極權專制體制後，人民不得已對現有體制之反抗行為，性質上已接近革命之概念²；其三、公民不服從抗爭的對象係政府的特定措施、政策或法令，以及為了保護民主憲政正常運作，在憲政體制出現失序徵兆時，防微杜漸，而採取的小規模抗爭行為；由於不具暴力性，故在民主國家的日常生活之中，容許經常不斷為此等小型抗爭；抵抗權則不得僅以反對民主國家政府所採的特定措施、政策或法令為由，即主張行使該權利，僅能在民主憲政業已遭受破壞，而無法期待其恢復之不得已的情況下，所從事的全面反抗現行體制及政權之作為，具有最後手段性（last resort）；其四、公民不服從並非法律概念，更非法定權利，不得作為阻卻違法事由；而抵抗權乃憲法所規定之權利（特別在憲法或人權憲章有特別規定之國家），行使憲法上規定之權利，自然具有阻卻刑事違法之效果。

前述的「消極的抵抗」、「輕型抵抗」或「小銅板的抵抗權」，雖有抵抗權之名，然無抵抗權之實。而張教授所提出的抵抗權理論，

¹ John Rawls, A Theory of Justice, 319. (Revised Edition, 1971). Rawls 同時認為：「一個大致公正的國家必須採行民主政體」（“a state of near justice requires a democratic regime”）。出處同前。

² 1789 年法國人權宣言（Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789）第 2 條所標示「反抗壓制的抵抗權」（le droit de la résistance à l'oppression），可說為期長達 10 年（1789-1799）的法國大革命提供了法律基礎。這也可能是大都數國家未將抵抗權定於憲法或人權憲章的主要原因。該宣言第 2 條全文為「任何政治組織之目標皆在保護自然而不可抑制的人權。此等權利為自由權、財產權、安全權及抵抗壓制之權。」（Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.）。比較諷刺的是，安全之權利（la droit de la sûreté）也定於同一條。

則係具有可以使用暴力或強制力，得以阻卻違法等特點，屬不得已之手段，確實屬於抵抗權而非公民不服從之概念；僅強調小規模、小型、輕型等概念與典型的抵抗權有所不同，而其行使時機為出現憲政「危機」之時，二者與典型抵抗權有異而已。

張教授雖另提及其主張之抵抗權的行使必須符合比例原則，然而，是否符合比例原則之衡量，一般多指事後之評量而言，而難以作事前之預估。事後之評量，乃執法者或審判者之工作；而事前之預估，則必須委諸於行為人。眾所皆知，要求行為人在行為之前須注意或衡量其行為是否符合比例原則，乃是不切實際的期待。事件既已發生，對社會的重大傷害往往已經造成，評量其符合比例原則與否，只是事件善後工作的一部分，雖非毫無意義可言，但對於事件的預防，已然無濟事。

二、張教授所提理論之邏輯謬誤

依張教授之邏輯，由於公民不服從「未設定民主失靈之境境」³，故太陽花學運即應認係「抵抗權」之行使，而「超越公民不服從運動」。然而，由於我國憲法並無抵抗權之規定，張教授乃為此特別創造一個「我國憲法所蘊含的抵抗權」概念。

「X不是A，所以X是B」的推理，其邏輯謬誤極為明顯。因為，X不是A，有可能是C或D，或任何其他事物項目...而未必是B。張教授有關「太陽花學運屬於抵抗權行使」的論斷，即具有此種謬誤。此一論斷不但說理過於跳躍，且已超出正常的邏輯範圍。

張教授雖在貴院開庭詢答中表示，「微型抵抗權」理論並非其個人獨創，但在提出此一理論之書面意見及前此提及此一理論之「學術論文」「公民不服從或抵抗權：——318學運的憲法學詮釋（二）」

³ 其實更重要的恐怕是公民不服從運動，必須具有「非暴力」的特徵，而本案號召在場群眾攻占行政院之舉，根本不符此一公認的公民不服從特徵。

一文⁴，均未提及此一理論之最初來源或學術依據為何⁵。檢方當時曾詢及此一問題，亦未獲張教授正面回答，故迄今僅能推定此一理論乃張教授個人所獨創。惟此並非有關此一理論的唯一問題，更大的問題在於，張教授此說，似係為了因應本件個案需求所特別創造的理論。此由貴院係就抽象化後之法律問題：「抵抗權之要件為何？能否阻卻違法或減免刑責」提問，並未要求受徵詢意見之學者充當認定個案事實之專家證人，張教授卻未經要求，逕在意見書中認定「太陽花運動」（按本案侵入行政院之事實係坊間所稱「太陽花運動」之一部分）即係「抵抗權之行使」一事，即可得知。足見張教授之學說創見，已經不是許家馨副研究員在其意見書所稱的「太過針對個案而剪裁」⁶而已，已然是專為特定個案量身訂作的理論。

三、辯方或學者對檢方辯論意旨之質疑與回應

1. 「不清不楚」的德國基本法第 20 條第 4 項規定與更不清楚的法無明文抵抗權「規定」

被告辯護律師模仿張教授之說法稱：德國基本法第 20 條第 4 項之規定「不清不楚」，所指縱然屬實，但在法學理論先進的德國，此一條文之內容及涵意，迄未發生重大爭議，亦從未遭到學界嚴重的挑戰，可見該條的規範在德國並未發生問題。反而是張教授所主張「任何具有自我防衛能力的民主憲法所必須蘊含的」的「更小型更輕微的抵抗權」⁷，因為完全沒有條文，而難以窺知其實際內容為何。眾所周知，沒有條文的權利「規定」，當然比有明文規定者，更難確認其權利成立要件及行使時機為何，適用時不免陷入各說各話的情況，每位憲法學者（甚或非憲法學者）可能都有自己的「無明文規定抵抗權」版本，究竟應以何一版本為準，必然發生極大爭議。我們固然不

⁴ 載於台灣法學雜誌，250 期，74-89 頁。（2014 年 6 月 15 日）

⁵ 張教授在意見書中雖曾引用德國憲法學者 Ralf Dreier 之論文，但引註處非在說明其「微型抵抗權」之出處，而係在闡釋「古典的抵抗權」及德國基本法第 20 條第 4 項之規定。據吾人瞭解，Dreier 從未主張有德國基本法第 20 條第 4 項所定抵抗權以外型態的抵抗權存在。

⁶ 許家馨，最高法院刑事第一庭 109 年度台上字第 3695 號案件法律意見書，頁 2。

⁷ 張嘉尹，法律意見書，頁 11。

反對基於國民主權原理，在民主憲政秩序受到嚴重破壞時，人民有起而抵抗之權利，但由於此一權利並未見諸明文，其內容及行使時機為何，勢須由有權解釋憲法之大法官依法行使釋憲程序，始能認定，不宜由普通法院逕行肯認此一抵抗權之存在及其內容，遑論直接以之適用於司法個案，作為刑事犯罪的阻卻違法事由。

（二）「憲政危機」初現徵兆之際即得行使抵抗權主張之不當

辯方律師又稱，抵抗權應該在憲政危機剛剛出現之際，就讓人民行使抵抗權才有作用，否則等到憲政秩序全面破壞，要行使抵抗權就來不及，人民只能革命，革命也不用定什麼法律了。此一質疑固然不無道理，然而其中亦潛藏著嚴重的用詞定義問題，亦即此種在「憲政危機即將發生時」即可行使的「抵抗權」⁸，其實質內容及行使條件為何？又所謂的「憲政危機即將發生」，其實際判準為何？均是極易引起爭議的問題。

吊詭的是，既然認為在「憲政危機即將發生時」，「為了避免發生憲政危機」⁹，即可行使「抵抗權」，又如何認定此際已屬「緊急狀態」，而且已經「別無其他手段可以救濟」？對此問題，張教授並未說明其理由。¹⁰

相對的，同樣使用抵抗權一詞，Authur Kaufmann 的「小銅板抵抗權」，雖亦主張在國家初現濫權徵兆時，即可行使（its first function is to oppose the state at the first sign of abuse），但認此一權利並非對抗已達完全濫權狀態之國家的最後手段（not primarily the last resort against a completely state），也不是大規模或英雄式的反對運動，無寧是針對每天實際發生之問題所發的行動（we do not see the right to resistance as a grand and heroic act, but rather as an act that arises from practical, everyday reasons, a small-coin right to resistance...），所對

⁸ 同上註。

⁹ 張嘉尹，法律意見書，頁 11、13。

¹⁰ 在所謂憲政危機即將發生之際即可行使抵抗權，其行使又須別無其他手段可以救濟且須在緊急狀態始得為之，則此二要件之間即存有難以相容的條件矛盾（condition contradiction），道理十分明白。

付的儘是「對國家或法秩序恆常發生的問題與危險」（constant problem and danger to both the state and judicial order）¹¹。與張教授所主張的「微型抵抗權」須達「民主失靈」或有「發生憲政危機急迫性」之境況始得行使，大不相同。由於此一差異，Kaufmann 氏的「小銅板的抵抗權」（Widerstandsrecht der kleinen Münze; small-coin right of resistance）特別強調不得使用暴力¹²；而張教授之「微型抵抗權」，則明白主張可以採取暴力性「違法手段」，就此而言，二者亦具有重大差別。換言之，Kaufmann 的「小銅板的抵抗權」，雖然名為抵抗權，其實質內容其實僅是公民不服從行動而已；而張教授的「微型抵抗權」則是貨真價實的抵抗權，具有典型抵抗權的多數特點，對於國家法治及社會安定的衝擊極大。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，此一差異亦是兩者之間的重大懸殊之處。

（三）名詞不重要，實質才重要

張教授於陳述專家意見及詢答之中，一再強調名詞不重要，實質才重要。其實我們質疑的，正是張教授所提出理論的實質內容。其中之一，即此種「抵抗權」是否可以使用暴力或強制力？不論其名稱為「微型抵抗權」「小型抵抗權」、「輕型抵抗權」或「小規模抵抗權」都無妨，重點是張教授所提倡的抵抗不排除施用暴力，而且可以阻卻違法。張教授雖稱「『太陽花學運』行使的抵抗權，與古典的超實證法抵抗權或德國基本法第 20 條第 4 項的合法抵抗權仍有差異」，但仍堅持認為，較諸公民不服從，「太陽花學運」的佔領行動，仍然比較接近「合法抵抗權行使」¹³。再者，張教授在法律意見書中雖然很技巧地避免明言行使抵抗權可以使用暴力，但由張教授意見書中所

¹¹ José-Antonio Santos, *The Basis of the Right to Resistance in the Legal Thought of Arthur Kaufmann*, 356.

¹² 有關 Kaufmann 該學說主張非暴力行為之說明，請參見本署本署 109 年 1 月 4 日本案補充理由書第 7、8 頁。

¹³ 同註 7。

提及，古典的抵抗權行使手段「包含暴力抵抗，甚至作為最後手段時，還包含殺人」¹⁴、德國基本法第 20 條第 4 項的抵抗手段，¹⁵「可以解釋為包含違法的手段」；以及張氏對德國教授 Dreier 所設公民不服從必須符合非暴力之條件的質疑與調整等論點；我們不得不認定張教授所提倡，「所採取的手段可以是違法的手段」之抵抗權¹⁶，即是可以使用暴力的抵抗權，否則何必定之為「不得已之手段」？又何必加上比例原則之限制？

我們所質疑的實質內容之二，是張教授所主張之抵抗權可以「合法行使」而阻卻刑事違法之問題。按得否阻卻刑事違法，乃公民不服從行動與抵抗權行使的最大差異之一：前者不阻卻違法，而後者可以阻卻違法。只要能阻卻違法，相信被告不會在意將其抗爭行動稱為行使抵抗權或從事公民不服從活動（也就是張教授講的名詞不重要，實質才重要）。我們在言詞辯論意旨書及補充理由中必須屢屢提到「微型抵抗權」，主要係用以指涉張教授所提倡的抵抗權內容：只要發現所謂憲政危機的徵兆，人民即可起而行使抵抗權，不排除暴力使用，可以合法地從事違法行為等等實質內容。簡單講，我們反對的這個名詞所指涉的內容，而非對於此一名詞本身有何不同意見。

四、本案的立委違規議事程序是否造成憲政危機？

（一）張教授所定義之憲政危機，似與民主政治原則有違

憲政危機（constitutional crisis）一詞，並非法律概念，故其含意本極寬泛。張教授在其意見書中，對憲政危機的定義亦屬模糊不清。依其定義，憲政危機係指「危及憲法原則的存續，使憲政主義瀕臨瓦解」的情況¹⁷。但張教授接下來的說明，卻令人十分不解。張教授指出，「如果行政權可透過黨機器侵奪立法權，導致權力分立憲政體制的崩解，造成黨紀凌駕民主原則，架空了憲法對於行政權與立法權的

¹⁴ 同前註。

¹⁵ 張嘉尹，法律意見書，頁 10。

¹⁶ 張嘉尹，法律意見書，頁 12。

¹⁷ 張嘉尹，法律意見書，頁 13。

權力劃分，那麼憲政危機就迫在眉睫了。」¹⁸乍看之下，似乎不無道理。但對此論述，我們不解的是，身為國會議員的從政黨員聽從政黨指示，在國會議案審議或審查程序中，採取與提案的執政黨行政機關相同的政治立場，乃是政黨政治的常態，世界各民主國家的立法運作無不如此。我國自民主化以來，所有執政黨例皆在立法院審議重要法案時，對黨籍立法委員祭出甲級動員令，若有不從者，即可能面臨黨紀處分¹⁹，此種政黨運作模式，在我國從未被認為是憲政體制崩解的徵兆。竟被張教授指為「黨紀凌駕民主」、「行政權可透過黨機器侵奪立法權」，認為業已破壞權力分立原則，「民主失靈」而形成「憲政危機」。張教授與辯方律師，又將國家元首兼任黨揆，執政黨在國會握有多數席次的政治結構，稱為「黨政合一、行政權與立法權合一」的「新黨國體制」。殊不知此乃握有國會多數席次之執政黨運²⁰行政務的民主政黨政治常軌。所有內閣制國家的政治運作模式無不如此，現今我國執政黨之政治運作模式亦然。若依張教授之見解，此等制度豈非均屬「導致憲政體制崩解之憲政危機」的政治體制？是以張教授有關「憲政危機」之定義，亦難令人苟同。

（二）服貿協議在立法院之審查過程與結果不構成憲政危機

張教授對「憲政危機」的定義，不乏違反現代政黨政治運作原則的嚴重瑕疵，姑暫不論；在意見書中，張教授更鐵口直斷服貿協議事件已經構成憲政危機；然在言詞辯論專家詢問過程，卻不願意正面回答：到底是通過服貿協議一事構成「民主失靈」的憲政危機，還是前立委張慶忠具有重大瑕疵的違規議事程序一事構成憲政危機的問題。如果張教授認為服貿協議只要在立法院通過或生效，就是「民主失靈」或構成「憲政危機」，則任何被反對黨反對而與兩岸事務有關的議案，只要在立法院被通過或生效，都可以被解釋成發生憲政危機。

¹⁸ 同上註。

¹⁹ 近日立法院有關萊豬議案之表決，民進黨事後處分三名跑票立委，即是著例。

²⁰ 在採總統制或類似總統制的國家如我國，執政黨可能在國會掌握多數席次，亦有可能未握有多數國會席次。

此種奇特主張，顯然違反多數決的現代民主政治原則，殊難令人贊同。如果認為前立委張慶忠的違規議事程序構成憲政危機，則係過份誇大該議事瑕疵之作用，況此議事瑕疵業經立法院及外界一致認定為不待事實調查而無效；即使此一議事程序未經反對黨立法委員提案認定為無效，亦無任何影響服貿協議之效力。蓋經當時行政送備查之服貿協議，若認屬於條約性協定，而應依立法院職權行使法第 2 章第 7 條以下審議始能通過生效，茲該協議案既未完成審議程序，自無生效可能²¹，則前述議事危規事件，單屬單純之程序瑕疵而已，在法律上毫無法作用可言。若認為服貿協議在性質上僅屬當時行政院送請立法院備查之非條約性協定，因逾 3 個月未經審查完畢，業已自動生效，亦係由於立法院職權行使法第 61 條之規定所致，而與張前委員的瑕疵議事程序無何直接關聯，是該議事瑕疵自亦不構成所謂的民主失靈或憲政危機，其理甚明。

五、結論

臺灣沒有發生大規模動亂或長期動盪的本錢。行政機關的施政及立法機關所通過的法令，不應招來社會動亂，固是政府行政及立法部門的要務。獨立行使職權之司法機關，在重大司法個案法律見解的採酌，亦應小心從事，千萬不可因為任何特定立場或個人因素，而有特殊考量。若司法機關在個案上承認人民擁有要件過度寬泛、可以施用暴力，又可阻卻違法的積極性反抗權，對於未來政府的公權力行使，必將造成前所未見的鉅大衝擊，斯時打著抵抗權旗號從事暴力抗爭活動者，將因此取得合法化理由；只要以避免發生憲政危機或民主失靈作為藉口，即可展開暴力抗爭行動，則占領政府機關之行動，必然一波接一波，難以斷絕，所謂國無寧日之境況，絕非難以想像。此等情狀，無異為隨時覬覦併吞臺灣的鄰國強權製造犯臺藉口，非不可能因此陷國家於瀕臨覆亡之險境。本案裁判，關乎今後臺灣的社會安定與國家安全，所採法律見解攸關民命國祚，所涉非同小可；其可怖畏

²¹ 服貿協議迄今之效力狀態，確係處於「本協議尚待完成相關程序後生效」之狀態。

處，即使張教授本人，亦或未曾思及。因請貴院以永續法治命脈、長保維護社會和平為念，妥為抉擇決斷是盼。在此關鍵時刻，本署不憚煩勞，本於應對歷史負責之立場，指陳該理論之不當、不妥、不合邏輯，與其可能帶來的潛在鉅大危害，爰提出結辯補充理由如上，尚祈貴院卓予審酌。

此致

最高法院

中 華 民 國 110 年 1 月 6 日

檢察官 朱朝亮
陳瑞仁
吳巡龍
黃則儒
林俊言
蔡秋明