

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

論妨害公務罪

——以法治國家中的公務概念為核心

On Offenses of Interference with Public Functions

- Based on The Concept of “Public Functions” in a
Rule-of-Law State

林倍伸

Bei-Shen Lin

指導教授：周漾沂 博士

Advisor: Yang-Yi Chou, Dr. iur.

中華民國 105 年 1 月

January 2016

國立臺灣大學（碩）博士學位論文
口試委員會審定書

論妨害公務罪—以法治國家中的公務概念為核心

On Offenses of Interference with Public Functions
- Based on The Concept of “Public Functions” in
a Rule-of-Law State

本論文係林倍伸君（學號 R01A21060）在國立臺灣大學
法律學系完成之碩士學位論文，於民國 104 年 07 月 13 日承
下列考試委員審查通過及口試及格，特此證明

指導教授： 

口試委員：





謝辭

在這個資訊載具高度發達的現代社會裏，要安安靜靜地把一件事情做好又做滿，似乎也變得不太容易。寫論文也一樣。一本論文，從發想到完稿，除了作者本身的努力以外，若非一切因緣和合，再精闢的構想也可能成為夢幻泡影。在此，我要感謝一些人，是他們讓這本論文成為可能。

首先要感謝的是我的指導教授周濛沂老師，研究所三年半的時間裡，從理論基礎到思維邏輯，無一不受老師的引導與啟蒙，更重要的是，周老師身體力行地實踐著自由主義的理念，對我這個在很多時候都跟老師唱反調的學生，全然予以包容。作為老師的學生，我看到的是一個將學術視為志業，並且知行合一的典範。其次，要感謝另外兩位口試委員，王皇玉老師與蔡聖偉老師。從大一的第一次導生會開始，就感受到王老師的熱心親切與真誠溫暖。我也始終記得，在某次導生會後，老師神采飛揚地談起留學德國的往事，並鼓勵我們到德國念書，讓我第一次有了繼續研究刑法學的念頭。雖然不是王老師的指導學生，但老師對我視如己出，並不時關心我的近況，進而給予非常實用的建議，在此致謝。蔡老師在口試時溫文儒雅且循序漸進的提問方式，緩和了我緊張的情緒，也在與老師的問答中，理解了改進論文的方法；而老師在口試時以及口試後所不吝提出的建議，更是大大提升了這本論文的可讀性，非常感謝老師。

其次，也必須感謝鐘文斌老師和李嘉慧老師分別在小學與中學時期對於法律知識的熱情教學，開啟了我習法的興趣。黃榮堅老師無疑是我學習刑法的啟蒙者。每一次聆聽老師講課、閱讀老師的著作，每一次都感受到刑法學的奧妙，以及研究刑法不能只懂刑法。因此，循著老師的腳步，我讀了一點社會學、犯罪學、哲學，也讀了達賴喇嘛的書。後來我慢慢理解了，原來，我們如何看待這個世界，就會如何看待刑法。大學時期分別修習李茂生老師的少事法以及刑罰學專題，進而閱讀李老師的著作，往往對老師的博學多聞與對理論的運用自如感到震懾不已，並深深佩服；也感謝老師對於閱讀後現代文本以及出國留學所給予的一切建議。

感謝簡潔老師與何任遠老師，如果沒有參與過兩位老師開設的德文課程，這本論文的内容大概只剩兩萬字。謝謝你們讓我有閱讀德文文獻的能力。而兩位老師在課程中分享的關於德國的小故事，也讓我對於往後的日子有了小小的憧憬。感謝王皇玉老師、林明昕老師與周漾沂老師所開設的德文法學名著課程，讓我能夠充分地掌握德文的法學文獻。另外，要特別感謝林明昕老師的是，在我一開始對論文題目與架構猶豫不決時，以及在論文寫到我不熟悉的行政法相關概念時，都願意花很多時間與我討論、給我建議並指引文獻；在為人處世的應對進退上，也受教於老師甚多，非常感謝老師。

另外，也要感謝歷任的刑事法中心主任：林鈺雄老師、黃榮堅老師以及王皇玉老師。謝謝三位主任願意信任我並持續讓我擔任中心的助理，不僅讓我有一份穩定的收入，更學習到了許多做事的方法。而林老師在 318 學運時期的積極投入，也讓我明白了，除了講學與著述以外，改革社會也是學者的任務之一。因為，學者首先也是個公民。也感謝薛智仁老師在刑事法論壇時對我提出的建議以及會後仍不吝與我討論。與謝煜偉老師幾次的討論，讓我受益良多之外，也感謝老師不吝出借藏書與提供國內難以取得的文獻，讓我順利地進行研究。

謝謝許恒達老師，兩次冒昧地與幾位朋友找您討論，從刑法理論到留學生活的必備資訊，您不僅知無不言，言無不盡，更提出了許多重要且有幫助的建議，在此致謝。也感謝宜寧學姊，在我尚未動筆前，妳就大方地說有問題可以和妳討論，但我生性疏懶，未能和你討教，希望以後能有更多機會相互討論。也感謝學姊幫我掃描德文文獻，以及提供很多關於留學的經驗與意見。

謝謝文愷、嘉文、奐忱，大學以來，一起修課，一起嬉鬧，一起旅行，一起辦活動，一起聊未來、談理想，一起分享各個階段的歡悲喜苦，真的謝謝你們。佛說：緣起緣滅，于我們，我任性地希望，沒有緣滅。

謝謝讀書會中的所有朋友：小郭學長、詩涵學長、種甲、彥麟、靖安、淙源、惟安、慶昌、曾緯、祖灝。我何其幸運可以遇見你們，認真時一起讀書，耍廢時

嘻笑怒罵。如果可以，我希望我們可以一直這樣下去，不論相隔多遠，不論多久聚一次，沒有解散的一天。

感謝 2309 辦公室裏曾與我共事過的朋友們，阿吉學長、佳妤、幸紋、于真、筱棋、丞晏和琪禎。這間辦公室是我研究所期間最常窩居的地方，在裏頭的每個片刻，點滴成永恆。謝謝你們。

最要感謝的莫過於我的家人。我的父母、阿嬤以及弟弟。從小，我的父母總是給我最好的環境，最多的愛，以及最自由的成長空間。這本論文所展現出的，對於自由的熱愛與追求，都應該歸功於他們。阿嬤對我無微不至的照顧，教我做人處事的道理，對我的愛與關懷與包容，是我最幸福也最幸運的事。謝謝芷菁，有妳的陪伴，讓我的研究生生活不再苦悶，有妳的相知相惜，我也才有辦法在所選擇的路上繼續堅持下去，謝謝妳。

在我構思這本論文的期間，發生了 318 學運。曾經離我們這一代人很遙遠的，關於國家暴力的印象，赤裸地在眼前發生。自由民主的血路，取代了自由民主的理路。這也表示了，空口白話漫談自由民主，除了塑造虛幻的光環以外，斷無可能創造實現自由的條件；只有不斷復返自由的根基，反思自由的意義，並且建構一個自由理念得以實踐的國家體制，並且提出適當的改革策略，方始自由不會成為虛妄。從而，也就是《我的自由年代》裏，藉由主角之口所說的：「對自由有多大的理解，就有多大的自由。」

2016/1/20

林倍伸

于萬才館 2309 刑事法學研究中心

摘要

本文的目的在於透過自由法治國理念之導引釐清刑法妨害公務罪中所謂公務的確切內涵。不同於公法領域中僅從形式的觀點或是欠缺實質上位基礎的法治國原則，本文採取的是一種以主體與生俱來的自由為基礎證立的法治國原則，藉由深入分析並釐清自由主體—法規範—國家體制之間的內在關聯，重新詮釋妨害公務罪的公務概念。

第貳章藉著分析與批判德國法與我國法在妨害公務罪方面有關形成歷史、法益定位與公務內涵之既有見解進一步深化與開展本文的問題意識。值得批判者為，德國法上對於妨害公務罪的討論，由於過度依賴與強制罪之間的比較，致使少有文獻能適切說明妨害公務罪保護國家體制功能性運作的意義何在。而這個問題當然也對於解釋妨害公務罪的公務要件產生了不良的影響。因為，法益的定位不明必然將連帶地讓構成要件的解釋流於恣意。這點也從德國學說近乎完全接受實務上未必合理的「強制可能性」公務判斷標準上可以看出。雖然，強制可能性的說法合乎一般對於國家權力特徵的想像，不過，如果這個說法背後是以 **Hobbes** 的社會契約論為基礎，則，一方面，在邏輯上未必能夠導出公務必然具有強制可能性的結論；另一方面，本文也不認同 **Hobbes** 只將主體的能力限縮在趨利避害的工具理性，而忽略了更高層次的實踐理性。我國法對於本罪的論述與德國法有高度的重疊性。實務上幾乎承認所有公法規範賦予公務員的職權皆屬妨害公務罪。對此，學說上除了援引類似上述強制可能性基準的「公權力色彩」作為限縮公務要件射程範圍的見解外，黃榮堅老師上溯自政治哲學的高度思考國家正當性的來源，並由此導出公務必須是效益主義觀點下的「國家任務」之見解，當屬國內外論理最融貫與最獨特的說法。

第參章為本論文的核心。首先，透過法益概念內涵之爬梳，具體呈現了法益概念工具化的後果，並且認為，只有重新構建一套從自由主體出發的法與國家體制論證，以及藉由這套論證詮釋法益，才能讓法益概念重新取得批判構成要件與

導引構成要件解釋的能力。其次，本文進入 Kant 自由法哲學的脈絡中，先從道德哲學的層次確立主體具有不同於其他生物的實踐理性能力，能夠藉由定言令式程序，決定符合可普遍性道德法則的行為準則。接著，再從較閉鎖於主體內部的道德觀點過轉至使自由主體在現實上的共存成為可能的法體制觀點，得出正當法體制的抽象標準：一、以自律為核心；二、涉及的是多數人之共存事項；三、不涉及主體動機；四、以普遍性為其特徵。在此脈絡之下，國家成為了以超克主體有限理性為目的之功能性體制，並且，由於國家仍舊以法權原則為基礎，故國家行為之正當性判準與正當法體制之判準並無二致。基此，妨害公務罪的意義毋寧就是確保作為個人權利能夠實現之必要環節的國家功能性體制不被破壞。而公務的一般性特徵即可順利導出：國家擔保自由法主體之法權的任務。在提出此特徵後，本文進一步提出「事務分配」與「手段形成」兩個審查步驟，並具體檢證我國憲法乃至於其他公法規範所授予公務員之特定權限是否屬於妨害公務罪之公務。

關鍵字：自由法治國、自由、妨害公務罪、公務、主體。

Abstract

The goal of this article is to clarify what “public functions” are in the Offenses of Interference with Public Functions via the concept of liberal rule-of-law state.

Some views on “public functions” have long depended on the interpretation of positive law, lacking substantive reasoning. Some views limit the ability of human being only to the standard of instrumental reason.

This article proposed, through the concept of liberal rule-of-law state, the definition of public functions should be, “the state’s tasks to provide liberal legal subjects protections of their rights.” On this basis, any governmental function denoting the civilians as dangerousness to society that require prevention is not a public function. Also, maximizing utility for society is not a justifiable governmental function because every legal subject in a liberal rule-of-law state should enjoy intact domain of personal legal goods.

Keywords: liberal rule-of-law state, freedom, Offenses of Interference with Public Functions, public functions, subject.

詳目

第壹章 緒論.....	1
第一節 問題提出：何謂公務？	1
第二節 論述取徑	2
第一項 刑法作為獨立的規範系統.....	2
第二項 刑法哲學與刑法釋義學的必要關聯	4
第三節 概念定位：「自由法治國家」	9
第一項 形式法治國.....	9
第二項 實質法治國.....	10
第三項 本文見解：自由理念下的實質法治國概念.....	11
第四節 幾個具體案例	12
第五節 小結.....	15
第貳章 妨害公務罪之構成要件分析與罪質—德國法與我國法的批判性比較....	17
第一節 德國法	17
第一項 形成歷史與反省	17
壹、 形成歷史.....	17
第二項 妨害公務罪之法益分析	22
壹、 多數見解：二元論	23
貳、 少數見解：一元論	25
一、 個人法益傾向之一元論	26
二、 國家法益傾向之一元論	28
參、 小結	30
第三項 公務概念的特徵與具體內涵.....	31
壹、 一般性特徵.....	31
一、 強制要素	32
二、 具體要素	38
三、 時間要素	39
第四項 小結	40
第二節 我國法	41
第一項 形成歷史	41
壹、 妨害公務罪在中華民國法制中的形成	42
貳、 妨害公務罪在日本殖民法制中的形成	45
參、 小結	46
第二項 妨害公務罪的法益定位	48
第三項 妨害公務罪的「公務」內涵.....	53
第參章 自由法治國家中的公務概念	59
第一節 作為刑法規範正當性基礎的法益概念	60

第一項 從 Birnbaum 到 von Liszt	61
第二項 實證憲法導向的法益理論.....	64
第三項 個人法益學說.....	69
第四項 Feuerbach 的主觀權利侵害說	71
第二節 自由法治國理念：主體—法權—國家之關係.....	75
第一項 先驗觀念論（tranzendentale Idealismus）的視角	78
第二項 在實踐上的自由主體如何可能：Kant 的道德哲學	81
壹、 善意志與義務的概念	81
貳、 定言令式作為道德性的判斷標準	85
參、 「自律」使得道德成為可能.....	90
第三項 法權：將抽象的自由落實於經驗界域的必要條件	93
壹、 自律作為不可撼動的法的基礎	93
貳、 法權原則的確立：定言令式在法領域的作用	96
第四項 國家：主體共同生活在法權法則下的整體關係	100
壹、 法治國家的正當性	101
貳、 自由法治國的實踐策略.....	106
第三節 自由法治國家中的妨害公務罪.....	109
第一項 法與國家理念在刑法體系中的具體化	109
壹、 個人法益.....	109
貳、 國家法益.....	111
第二項 妨害公務罪在自由法治國家中的意義	112
第三項 自由法治國家中的公務概念.....	116
壹、 公務的一般特徵：國家擔保自由法主體之法權的任務.....	116
貳、 以自由法治國家的觀點檢視我國國家機關之權限與行為..	118
一、 總統.....	122
（一） 公布法律權.....	123
（二） 赦免權	123
（三） 授與榮典權.....	124
（四） 院際調節權.....	125
（五） 統帥權	126
（六） 締約宣戰權.....	126
二、 立法.....	128
（一） 制定法律權.....	131
（二） 預算議決權.....	132
（三） 行政監督權（質詢、備詢與調查權）	133
三、 司法.....	134
（一） 民事訴訟	137
（二） 刑事訴訟	139

四、 行政.....	148
(一) 行政權在自由法治國家中的意義	148
(二) 警察行為在自由法治國家中的容許性	152
(三) 以自由法治國為基礎的社會國思考	162
第肆章 結論.....	172
參考文獻	174

Denn es ist nicht von etwas Beliebigen die Rede,
sondern davon,
auf welche Weise man leben soll.

Platon, Politeia, 352 d.

第壹章 緒論

第一節 問題提出：何謂公務？

本文的目的在於透過自由法治國理念的導引釐清刑法妨害公務罪中所謂公務的確切內涵。

刑法¹第 135 條第 1 項規定：「對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」換句話說，本罪的構成要件除了必須對公務員施強暴脅迫之外，尚且以該公務員依法執行職務為必要。不過，實務與學說上對於本罪的討論多半僅集中在解釋何謂「依法」以及行為人於個案中主觀上所認知該公務員執行公務之適法性與實際上有所落差時的解決方式，也就是所謂「公務執行適法性錯誤之問題」²。除了適法性錯誤的處理方式外，由於本罪與強制罪的構造具有高度的相似性，（尤其是德國）學說與實務上也花相當大的篇幅討論兩者之間的適用關係，例如：兩罪的強暴脅迫手段程度是否相同³、兩罪之間孰為加重或減輕要件以及同時構成兩罪的競合關係等⁴。令人遺憾的是，學說與實務對於何謂本罪中的公務，除了極抽象的判例文字⁵或是描述性的界線劃定⁶以外，並沒有進一步論證何以具有某種一般性特徵的國家行為就有本罪的

¹ 若無特別註明，本文所稱之刑法皆為我國刑法典。

² 這點可以從教科書或是註釋書對於本罪的論述篇幅以及研究論文題目的集中度得出。Vgl. Wessels/Hettinger, BT I, 36. Aufl., Rn. 632 ff.; Rengier, BT II, 13. Aufl., Rn. 12 ff.; LK-Rosenau, § 113 Rn. 27 ff.; NK-Paeffgen, 4. Aufl., § 113 Rn. 32 ff. 中文碩士論文尤其如此，例如：顏漢文（1991），《妨害公務罪之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文；劉萬基（1993），《公務執行妨害罪適法性錯誤之研究》，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文；吳培菁（2009），《從司法實例論妨害公務罪》，中國文化大學法律學研究所碩士論文。相反的，唯一與本文相同，著重於公務概念之研究者：廖其偉（2006），《刑法上職務行為之研究—以妨害公務罪為探討核心》，國立臺北大學法律系碩士論文。

³ 例如，黃榮堅老師於「靜坐與強制罪、妨害公務罪：公民抗議的憲法保障與法律界線」研討會上的發言，對此請參該研討會之會議紀錄，刊載於《台灣法學雜誌》，240 期，頁 15。

⁴ Vgl. nur NK-Paeffgen, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 3 ff. (Deliktsstruktur und Rechtsgut usw.), Rn. 90 ff. (Konkurrenzen).

⁵ 例如：最高法院 24 年上字第 3063 號判例：「所謂職務云者，必須屬於該公務員或仲裁人權限範圍內之事項，始足以當之。」

⁶ BGHSt 25, 313; BGH NJW 82, 2081.

公務適格性。從而，本文將在後續的論述中回答這個問題，亦即：奠基在一個穩固的理論基礎上劃定妨害公務罪中公務的內涵與外延。

第二節 論述取徑

第一項 刑法作為獨立的規範系統

要達成劃定公務範圍這個目的，有多種路徑可供採擇。首先，單純從實證法的角度切入，以法秩序的一致性（*die Einheit der Rechtsordnung*）⁷為原則，凡是憲法、行政法中賦予公務員之權限都可以作為公務的內涵。然而，本文認為，單純強調實證法秩序的一致性並無太大的實益，因為，實證法在現實上就是政治權力相互折衝下的產物，而政治場域的運作不但從來都不以一致性為目標，反而受到眾多現實因素的支配：或許是回應民意、抑或許為中飽私囊者亦有之。總之，如果試圖只從實證法本身所劃定的形式框架達成法秩序的一致性，不僅是事倍功半，更可能是緣木求魚。說得更白話一點：實證法作為政治性的產物所具有的唯一一種一致性就是「沒有一致性」。此外，這種將刑法及其概念的內涵完全委由其他法領域加以填充的做法，已經在基礎上就完全忽略了刑法本身的獨立性。基此，一種折衷的說法即被提出，也就是：在不破壞刑法基本原則的前提下盡量維持法秩序的一致性。這種做法可以說是多數人所接受的，因為，這表面上看似同時兼顧了刑法的獨立性與實證法體系的一致性。在這種方法下，解釋者先在刑法的領域內樹立一些不可破毀的原則，進而在這些原則的基礎上追求與其他法領域——尤其是憲法⁸——的一致性。在這種進路中首先會被提出來作為刑法基本原則的是所謂的法益保護原則⁹。對此，最抽象的說法是：刑法應該保護法益¹⁰。藉由這

⁷ Vgl. nur Rütters/Fischer/Birk, *Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts*, 5. überarb. Aufl., Rn. 14.

⁸ Wessels/Beulke/Satzger, AT, 43. Aufl., Rn. 4, 11. 林山田（2008），《刑法通論（上）》，10版，頁61，台北：自版；王皇玉（2014），《刑法總則》，頁94以下。

⁹ Wessels/Beulke/Satzger, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 6 ff.; Roxin, AT I, 3. Aufl., § 2 Rn. 2 ff.; krit. Jakobs, AT, 2. Aufl., 2/1 ff.; ders. Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts. 國內代表性專論：陳志龍（1997），《法益與刑事立法》，3版，台北：自版；周滢沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41卷3期，頁981-1053。

¹⁰ Vgl. nur Wessels/Beulke/Satzger, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 7 ff.

個抽象的判準，學說上認為這個原則首先具有一種批判功能（kritische Funktion），也就是說，至少可以排除那些沒有保護任何法益的實證刑法條文，例如，單純保護道德的刑法條文¹¹。除此之外，法益保護原則尚且還有一種內於刑法體系的解釋導引功能，亦即在不質疑現行實證刑法條文正當性的前提下，藉由先行給定的法益作為引導進而做出各該構成要件要素的解釋¹²。不過，無論是第一種全然實證主義式的解釋方式抑或第二種折衷的解釋方式，首先會面臨的問題就是：無法與政治脫勾。對主張第一種解釋方法者來說，由於刑法與其他實證法規範同屬政治性的產物，其中每個概念的解釋都必然服膺於來自政治現實的要求，刑法從而不是獨立於政治，而是從屬於政治；對第二種解釋方式而言，乍看之下具有源自特定規範預設的絕對原則護衛著一條國家不可跨越的紅線，不過，由於法益概念的模糊性，使得刑法的禁區愈畫愈小，造成的結果就是廣泛承認既成實證刑法的正當性，刑法系統也就因此愈發喪失了它的獨立性。然而，刑法作為獨立於政治系統的規範系統，除了有專屬的運作邏輯與符碼之外，更重要的是，本文認為，刑法規範有其特定的預設：實現自由，這個預設是作為權力折衝場域的政治系統所無並且無法達到的。如果無法保持刑法的獨立性，來自政治系統權力便會不斷地干擾刑法實現自由，若果如此，刑法的正當性基礎即大幅降低。

基於對於上述兩種解釋方式的疑慮，本文將以自由法治國理念作為導引來劃定妨害公務罪的公務範圍。因為，只有藉由「主體—自由理念」之導引證成的法權國家，才能正當化本罪的規定。更重要的是，只有站在這個基礎上，作為刑法基礎的法益以及作為本文關注焦點的公務概念才能取得一個清楚的內涵。此外，「刑法作為規範」的觀點，亦即，透過貫徹規範所預設的理念取得對於實證刑法的批判性，也讓刑法學得以獨立於政治現實而存在；從這個角度來說，法秩序的一致性就不再只是為了遵循法治國原則中法律之可預見性這個要求下，一種努力

¹¹ Vgl. nur Wessels/Beulke/Satzger, a. a. O. (Fn. 8), Rn. 9 ff.

¹² 上述兩種功能可參 NK-Hassemer/Neumann, 4. Aufl., Vor § 1 Rn. 113.

解釋矛盾立法的技術，毋寧說，法秩序的一致性是在法理念的推導、演繹與實踐中所造成的必然結果，也就是說，重視一致性，並非只涉及現實效應的考量，而是論理方法上的必然¹³。

第二項 刑法哲學與刑法釋義學的必要關聯

在前段的討論中，本文以自由作為刑法規範的預設並認為刑法是實現自由所不可或缺的必要環節，這亦表示：本文採用的是一種能夠貫穿刑法哲學與刑法釋義學的自由法概念，也就是說，先在刑法哲學的層次上透過對於規範預設的開展與演繹從而確立法法的正確性判準之後，再以該判準作為詮釋框架，將實證刑法的各個構成要件要素詮釋成符合該判準的樣貌。這種對於刑法釋義學的定位當然不是毫無爭議的。不過，這些爭議其實都衍生自對於「法是什麼」或者「法應該是什麼」乃至於「刑法（應該）是什麼」等問題的不同思考。所以我們可以說，對於法是什麼的回答有幾種，刑法的基礎理論就有幾種。但無論如何，沒有一種刑法釋義學是無須經由特定的刑法哲學立場導引的。從這個角度出發，接下來的討論意在指出本文此種研究取徑的合理性，亦即，何以在從事刑法釋義學的工作之前，必然要先有一幅來自刑法哲學中「刑法應該是什麼」的圖像作為解釋的指引，否則，釋義學就算不是毫無運作可能，也是完全恣意的文字填充。

與本文相反的一種典型反對連結哲學與刑法釋義學的說法是由 Roxin 所提出的。他認為，「刑法是社會控制的工具」¹⁴。刑法既然是工具則只能夠被利用而無正確與否可言。他也反對將哲學上的討論成果作為刑法釋義學的導引，因為，刑法釋義學涉及的只有刑法保護法益的任務。¹⁵不過，有趣的是，縱然 Roxin 不

¹³ 對於此種釋義學方法的論述請參 Zaczek, Was ist Strafrechtsdogmatik?, FS-Küper, S. 723 ff.; ders, Strafrecht, Rechtsphilosophie und der untaugliche Versuch, FS-Maiwald, S. 885 ff.; ders, Über Theorie und Praxis, FS-Dahs, S. 33 ff.; Pawlik, Strafrechtswissenschaftstheorie, FS-Jakobs, S. 469 ff.; Hruschka, Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?, JZ 1985, S. 1 ff.

¹⁴ Roxin, Selbstständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie, Moral und Religion, FS-Küper, S. 489.

¹⁵ Roxin, a. a. O. (Fn. 14), S. 496.

斷強調刑法必須盡量與哲學脫鉤，但他為刑法所劃定的任務範疇仍然是一種哲學式的說法：「刑法必須確保國家中的市民得以和平地共存，並同時保護市民之人權與行動自由，最後則必須將這些任務與『確保和平』的要求整合起來。¹⁶」而他也自承，上述對於刑法目的的設定也是來自於啟蒙以來的哲學思想¹⁷。然而，令人不解的是，為什麼哲學對於刑法的影響只能及於目的設定的層次，而不及於解釋適用刑法構成要件的層次呢？事實上，根本的問題在於，即使 Roxin 宣稱哲學的影響範圍僅應及於刑法保護法益、確保共存之設定刑法目的的層次；然而，當哲學影響了刑法的目的設定，而刑法釋義學又必須依附於系爭來自哲學的設定作為解釋的實質基礎，那麼，我們還真的能夠說哲學只影響了刑法目的設定的層次嗎？因此，Roxin 所稱反對哲學與刑法釋義學的連結，或許仍有值得斟酌的餘地。

從這樣的懷疑出發，本文認為，哲學應該同時影響刑法理念／目的設定與刑法釋義學兩者。具體一點來說，如果不先在哲學的基本論理中說明人與自由以及人與他人的關係為何或者應該為何，我們又如何能理解刑法的任務在於保障人的自由與權利以及確保人的共存？也就是說，哲學正是提供人、自由等關鍵概念之基礎內涵的根本學科。至此，可以確定的是，哲學的內容提供了刑法的正當性來源。不過，哲學並非只有證立刑法的理論性作用，因為，空有理論的正當性卻沒有被正確地實踐，這樣的理論正當性也只有裝飾的作用，再有道理的理論辭令，倘無實際落實的機會，只會更坐實了一般人對於哲學是純屬玄想的批評。從而，只有同時將哲學理念當作理論正當性的基礎以及實踐的導引，刑法學才可能成為

¹⁶ Roxin, a. a. O. (Fn. 14), S. 490 f., „[D]ass das Strafrecht die Aufgabe hat, den Bürgern eines Staates ein friedliches Zusammenleben zu sichern, ihnen gleichzeitig aber die Menschenrechte und so viel Handlungsfreiheit zu garantieren, wie dies mit dem Erfordernis der Friedenssicherung zu vereinbaren ist.“

¹⁷ Roxin, a. a. O. (Fn. 14), S. 494..

一個具有融貫性的體系¹⁸。這也正是本文的取徑。刑法不僅不應與哲學脫鉤，哲學上所預設的理念內容反而應該同時支配刑法的理論與實踐。

檢視上段論述，我們除了討論到哲學對於刑法的意義以外，也導入了兩組對張：「刑法哲學／刑法釋義學」以及「理論／實踐」。一般而言，（刑）法哲學所探問的即是前面曾經提到過的：（刑）法應該是什麼？¹⁹刑法應該保護什麼？不過，對於這些問題的回答卻不能阻止我們進一步追問：為什麼刑法應該是這樣？又為什麼刑法應該保護這些事項？到最後，如果沒有一個讓我們的思考得以立其上的最終證立觀點，就會面臨思考的無限退後。而這樣的最終證立觀點往往只能從哲學的思辯中得出一這與哲學所涉及的問題範疇有關。哲學的基本課題首先在於回答「我能認識什麼？」以及「在什麼條件下我能認識世界？」等認識論層次的問題；其次在於「我應該做什麼？」亦即倫理學層次的問題；最後是「我能希冀什麼？」也就是宗教與歷史哲學的層次。²⁰不過，這三個問題其實可以收束成唯一的問題，亦即：「人是什麼？」²¹，換句話說就是最終對於人類圖像（Menschenbild）的基本預設問題。也由於對人類圖像的預設是一切問題的最根本，所以，倘對於該預設採取不同觀點，對於其他派生問題的解答也將南轅北轍。具體而言，本文認為人是自由的主體，這種對於人類圖像的預設相信人並非完全受制於自然法則而能夠積極地創造一個獨立的因果法則並且具有自由的意志。從這個觀點出發，我們之所以能夠認識世界是因為我們主觀上具有特定的規整客觀

¹⁸ 這也正是理念引導的重要性，因為，倘若沒有理念作為包含刑法哲學與刑法釋義學在內的整體刑法學的支點，刑法作為一門學科將難以保持其體系的一貫性，從而沒有資格被成為一門學科（這裡的「學科（Wissenschaft）」是 Kant 與 Hegel 意義下的概念，請參 Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, B 862; Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, Dritter Teil, § 379 Z.），而如果在沒有理念之下的刑法學竟然具有一貫性，這也只是偶然的現象，基此也可以說，刑法學透過理念的引導而能克服偶然性。此外，本文所引用之 Kant 著作，除了《純粹理性批判》與《道德形上學基礎》係援引 Weischedel 所編之版本外，其餘著作皆引自普魯士學院版，引用方式為：著作名，普魯士學院版冊數，頁數。

¹⁹ Vgl. Köhler, AT, S. 9 ff.; 長谷部恭男著，郭怡青譯（2012），《法律是什麼？法哲學的思辨歷程》，頁 1 以下，台北：商周。

²⁰ 這三個問題是由 Kant 所提出的。Kant, a. a. O. (Fn. 18), B 833.

²¹ Kant, *Logik*, IX, S. 25.

經驗的能力；我們知道行為的正確判準並非因為後天的學習與規訓而是源於先天的能力。也是從這樣的觀點出發，才能夠推導出前面提到過的對於（刑）法的應然面貌：使得人類得以在現實上自由且和平地共存（詳參下述第參章）。

其次，本文的觀點是，（刑法）釋義學的內涵已經不能單純被理解為一種對於客觀既存實證法的文字詮釋，而必須被理解為在一個特定的自由理念引導之下的體系性解釋。換句話說，釋義（*Dogmatik*）一詞具備如下的意義：「從確定的原則中論證而出²²。」正因為釋義的結果都是由原則所演繹，抽象的原則與具體的解釋結果之間也就呈現了一種上下位階的結構關係。一方面，透過抽象原則的指引，實證法規範將獲致正確的詮釋；另一方面，這些具體的詮釋也能夠毫無斷裂地上溯至上位的原則。基此，原則與釋義結果之間、自由法治國原則與妨害公務罪的公務之間，就能夠建構起一個融貫的體系。值得注意的是，**Kant** 雖然是在討論理論理性相關問題時提出上述對於釋義一詞的說法，惟法之應然的構建所涉及的人類能力是實踐理性²³，從而，法釋義學的內涵，除了必須是從特定的原則論證而出之外，更重要的是，從事法釋義學工作的任何人都必須在現實中落實這種論證的方法；當然，也因為法釋義學涉及的是有關法的釋義學，所以任何悖離法之應然的法釋義結論，都是錯誤的。

從上一段的論證中，我們除了從刑法哲學談到了刑法釋義學以外，在最後也提到了人的理論理性與實踐理性兩種不同作用領域的能力。基此，我們可以進一步來討論理論／實踐這個對張。一般而言，理論與實踐是一組相反詞，理論所探問的是事物存在的基礎，從而不涉及經驗；與之相反的則是實踐，涉及的就是經驗與現實的存在，做名詞使用時與行為同義，當動詞使用時則是意指惹起結果或

²² *Kant*, a. a. O. (Fn. 18), B XXXV.

²³ 關於「理論理性」與「實踐理性」的區別請參黃振華（2005），〈論康德哲學中「理性」一詞之涵義〉，李明輝編，《論康德哲學》，頁 349 以下，台北：時英。

者造成某種狀態等²⁴。這組由 Aristotle 提出的對於理論與實踐的定義長久影響著人們對於這組詞語的理解。然而，理論這種獨立於經驗的性質與實踐的涉及經驗的特徵在邏輯上並不必然排除兩者可能具有的相互指涉關係。抽象來說，沒有實踐的理論是空洞的，而沒有理論的實踐是盲目的²⁵。具體來說，本文援用的「理論」內涵，指的是「一組包含實踐規則的概念。這些實踐規則是在確定的普遍性中作為原則被思考的，從而是被從一些對於行為有必要作用的條件中被抽象出來的。」²⁶姑且不論這個內涵當中各該詞語的具體意義為何，這種理論概念在定義面就已經把實踐的層次納入考量了。也就是說，理論要探究的事項就是那些具有普遍性的實踐規則。在這個觀點下，法作為實踐理性的產物，也可以在理論層次被思考，並且透過具有普遍性的「正義」建構出關於法的內涵的上位概念。不過，理論的作用也就僅止於此，將正確的法適用於個案當中，並非理論性的工作，而是實踐。也就是說，「並非所有行為都能稱作實踐，毋寧只有那些遵守確定的普遍原則的行為才是所謂的『實踐』。」²⁷從而，在本文的觀點下，唯有正確地將自由法治國理念落實在公務解釋中的刑法釋義學，才是正確的刑法釋義學。

到此，本文已經揭示了前面提出「刑法哲學／刑法釋義學」以及「理論／實踐」兩組對張的意義，事實上，後者只是前者的抽象說法，刑法哲學涉及的是理論的思索與探究，刑法釋義學則是將哲學式的理論實踐到現實當中，兩者相互指涉，不可偏廢。可以這麼說：法的理論性作用在於將生活化為概念，而法的實踐性作用則是在將概念化為生活。²⁸一言以蔽之，理論與實踐，刑法哲學與刑法釋義學是不可切割的。

²⁴ Schmidt, Praxis, in: Krings/Baumgartner/Wild (Hrsg.), Handbuch Philosophischer Grundbegriffe. Studienausgabe. Bd. 4, S. 1107 f.

²⁵ Zaczek, a. a. O. (Fn. 13), FS-Dahs, S. 41.

²⁶ Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, VIII, S. 275.

²⁷ Kant, a. a. O. (Fn. 26), S. 127.

²⁸ Zaczek, a. a. O. (Fn. 13), FS-Küper, S. 42.

第三節 概念定位：「自由法治國家」

在闡述本論文最核心的問題意識以及研究取徑以後，接著，有必要初步說明本論文的副標題：法治國家之意義。法治國家（*Rechtsstaat*）或稱法治國原則（*Rechtsstaatsprinzip*），通常是歐陸法系國家在討論憲法／國家法之基本原則時羅列出的子原則之一，從最抽象的層次來說，其中心思想在於認為國家行為應受法律所拘束。不過，根據對於法之認知的不同，法治國家主要又可大別為形式與實質兩個層面。²⁹

第一項 形式法治國

形式法治國強調的是有法律的狀態，也就是說，國家（或是在其理論初始背景下的國王或其他具有統治權力者）遂行統治權力干預人民權利時必須遵守事先公布的法律，國家也只有在符合法律所規定的具體要件之下才能行使其統治權。如此看來，形式法治國的指導原則就是可預見性（*vorsehbar*），亦即，人民在開展社會生活時得以事先將法之內涵納入行為成本之考量，如果行為合法即屬於效益，從而趨向於實踐該行為；反之，如果行為不合法，即屬於損害，應該盡量避免該行為。形式法治國對於人民的意義也就僅止於此：只要國家行為有法律拘束，人民就得以計算行為之損益。形式法治國由於只關注法之形式面向，法之實質內涵為何，在這樣的標準下也就完全不重要，套一句 *Luhmann* 的話來說就是：「法是普遍化的規範性行為期待。³⁰」亦即，法的功能只在於讓以期待為前提的社會交往能夠持續不輟。然而，這種過於形式的標準之闕漏是顯而易見的，因為，國家／社會中存有特定的法律作為國家與人民行為之指引只是人類共同生活的必要條件而已，倘若只注重法之形式而完全不考慮法的實質內容，仍舊可能造成一些明顯的問題。例如，號稱自己是法治國家的中國，縱然有事先公布的法律讓人民得以預見自己的行為將伴隨何種後果，然而，人民卻連想要行使生而為人最基

²⁹ 法治斌，董保城（2006），《憲法新論》，3版，頁49以下，台北：元照。

³⁰ *Luhmann, Rechtssoziologie, 4. Aufl., S. 40 ff.*

本的言論自由表達自己對特定政治議題的主張都會觸法並遭到羈押。³¹這樣一來，形式法治國的問題立即昭然若揭：空有法律而不實質判斷法律內涵的正當與否，可能有所不足。

第二項 實質法治國

正是由於形式法治國有徒法不足以自行的缺點，實質法治國之觀點便應運而生。所謂實質，指的就是不僅要求國家執行權力時須有法律授權；該法律在內容上更需具備實質上的正確性。不過，由於正確性判準的內涵人言言殊，使得實質法治國原則即使受到大多數國家學說實務之肯認，目前的發展也多僅限於在不明確定義何謂正確之法的前提下羅列出許多實質法治國的子原則。我國憲法實務上亦採取相同的做法。例如，釋字第 503 號解釋文及解釋理由書中即提到：「…不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。」；釋字第 577 號解釋理由書：「…符合法治國家比例原則之要求，…」；釋字第 636 號解釋之解釋理由書中亦提及：「…基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則。」上述提及的各項原則只是學說實務上提出有關實質法治國之子原則當中的一小部分而已³²。然而，這種只有提出各種子原則而沒有給予實質法治國概念一個確定內涵的做法，是否能夠達到法治國原則初始所欲達成的節制國家權力行使之目的，本文抱持相當懷疑的態度。原因在於，一個必須委由下位原則填充的實質法治國概念必定是空洞的；想要以一個空洞的概念拘束國家統治權之行使，力道恐怕有所不足。

³¹ 魏國金，〈中媒狂批佔中 與全球輿論對幹〉，《自由時報》，2014/10/05。網址：<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/819031/print>。最後瀏覽日：2014/10/05。

³² 各種原則之綜合整理請參 Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf(Hrsg.), GG, Einl. Rn. 127.; Schmidt-Aßmann, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., § 26 Rn. 18 f.

第三項 本文見解：自由理念下的實質法治國概念

本文便從這樣的懷疑出發，希望能以自由理念重新詮釋實質法治國原則，藉此使該原則能夠取得實質的內涵，從而能夠作為法之內涵正確與否的判準。本文所採取的自由理念³³首先是一種人的自我決定（*Selbstbestimmung*）能力，其次，此種自我決定並非恣意，而是人類作為理性生物所特有的「設置符合可普遍法則之行為準則³⁴」的能力。至此，自由作為一種人類的自我導引能力固然闡述了倫理學層次上個別主體所具有之為所應為的能力；然而，倘若只顧及主體內部的面向，這樣的自由理念恐怕忽略了人的理性的有限性以及世界上仍有無數個與我相同的自由主體存在。從而，自由若要能夠落實，則必須在僅閉鎖於主體內部的侷限觀點以外再導入「主體間（*interpersonal*）」的觀點³⁵，亦即，倫理學層次所討論的自由理念能夠落實在現實當中即必須在主體與主體之間透過法畫出界線使得所有主體的共存成為可能。換句話說，法是將自由理念實踐於現實之中的必經環節，其所涉及的事項也因此自主體內部的倫理誠命轉換為主體之間如何共存的問題。如果從這個角度理解自由與法之間的關係，就能進一步重新詮釋法治國原則。從最抽象的角度來說就是：法是自由理念實踐的必要條件，從而法的設置以自由為其界限，任何足以否定、抹消或侵蝕自由的法都不是正當的法。在具體的層次上，法治國原則中的各個子原則除非能夠與自由法理念相容，否則皆不應作為法

³³ 自由概念的內涵至今沒有定論。有認為自由應該由消極的面相給予定義：沒有來自他人的干預。換句話說，自由就是在沒有他人阻礙之下的「隨心所欲」；相反的，從積極的面相定位自由概念者傾向於以另外的角度切入，他們認為，自由不是一種純粹自然的概念，更不應將人與其他自然界的生物同視，成天只想著滿足欲求。自由應該有更積極的意味，亦即：自我決定。消極／積極自由的區分方式首先由 Issah Berliln 在其傳世之作 *Two Concepts of Liberty* 中所提出。這組區分固然提供我們理解自由概念的途徑，但仍不夠充分。原因在於，每一個自由概念內涵所涉及的絕非僅止於定義問題而已，在背後支撐每個定義的理論基礎毋寧才是賦予自由概念以生命之所在。也就是說，自由概念的類型化至多只有初步梳理的意義而已。要真正理解甚而進一步批判各種自由概念，最終仍然必須從各該概念被提出的脈絡、推論方法來檢視理論證立的合理性，倘合理性沒有疑問，剩餘的就只是單純的立場問題了。由於本論文的目的並非專門研究自由概念，從而，我只會在對於處理本文核心問題必要時討論自由的相關問題。如前文所述，在此導入自由理念的目的在於給予法之內容一個實質的正確性判準，從而充實「實質法治國」原則所欠缺的實質內容。

³⁴ Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, BA 37.

³⁵ 周濂沂，前揭註 9，頁 1000。

治國原則之內涵³⁶。至此，本文完成了對於「自由法治國理念」的初步說明，至於進一步的論證以及如何以自由法治國理念為導引以釐清妨害公務罪中的公務概念，都會在後續的章節仔細處理。

第四節 幾個具體案例

在抽象且概略地說明本文的核心議題，亦即：以自由法治國理念為導引廓清妨害公務罪的公務概念以後，以下將透過我國實務中的幾個案例使問題意識能夠更具體地呈現出來。而本文伊始拋出的這幾個案例，將幫助我們在處理核心議題的每一個層次上不斷反思抽象概念一旦實踐於具體個案中將造成何種結果。而本文也將在第參章中以我們所提出的對於公務內涵的標準來審視這些判決的正確性。

案例一：【妨害偵查案】³⁷

甲與乙係兄弟，某晚，兩人於卡拉 OK 店內，酒後在店內因細故發生爭執，互相叫囂、打架，甚至丟擲椅子，經老闆娘報警後，員警丙、丁據報前往處理。到場後，先規勸兩人離開店內，其等均不肯，員警依據報案及現場所見情節，認兩人已有危害他人及自己生命、身體之具體情狀，欲依法查證甲身分，甲消極不配合，乙則在一旁鼓譟有阻擋動作，員警丙即持手機欲進行蒐證。乙因不滿員警其持手機攝影蒐證，竟持打火機點火燒烤該手機鏡頭，丙感到手部一陣灼熱，手機瞬間掉落而中斷蒐證，兩人旋即發生身體拉扯，員警丁在一旁亦執行蒐證見此情狀，即欲從中拉開兩人，乙又以肩膀及手推擠員警。其後，兩位員警擬將甲帶回派出所查證，甲即用手推打、腳踢之方式一再抗拒，致丙受有右手第三指挫傷、

³⁶ 由於探討各個法治國原則的子項目是否屬於本文意義底下的「自由法治國」並非本文的寫作目的，此部分先略去不談。

³⁷ 臺灣高等法院 103 年度上易字第 1395 號判決。

腳部痛，另員警丁亦受有腰部痛之情形。甲被依妨害公務罪起訴，並經有罪判決確定。

案例二：【喝醉勸導案】³⁸

甲飲酒後帶有醉意，搭乘丙所駕駛之營業用小客車，惟因其酒醉嘔吐，丙要求應另行支付新臺幣 500 元之清潔費，甲拒絕配合並要求開車前往派出所由警員處理。嗣丙駕車前往派出所報案，經員警乙受理後對甲進行勸導協調，此舉引發其不滿，出手毆打乙之左胸並使其受有胸壁挫傷之傷害。

案例三：【申請謄本案】³⁹

甲至戶政事務所申請戶籍謄本。因申請戶籍謄本對象僅限於三親等內，櫃檯承辦人員乙於受理填載戶籍謄本申請書申請後，僅列印三親等內之親屬戶籍資料，交予其確認，欲確認後再用印製作戶籍謄本，甲因不滿黃偉民未准其全部申請，將戶籍謄本申請書及該紙戶籍列印資料撕毀，同時將撕毀之紙張擲至乙身上。甲被依妨害公務罪起訴，並經法院判決有罪確定。

案例五：【你是壞人案】⁴⁰

甲前因違反懲治盜匪條例、麻醉藥品管理條例、竊盜、違反職役職責、妨害自由等案件而被判刑有罪確定並已執行完畢。於 2011 年 10 月 20 日 1 時許，將自用小客車停放在桃園縣平鎮市某戶民宅前，適有身著制服之警員乙、丙及丁三

³⁸ 臺北地方法院 103 年度審簡字第 941 號判決。

³⁹ 臺灣高等法院 102 年度上訴字第 2780 號判決。

⁴⁰ 桃園地方法院 102 年度易字第 36 號判決。

人查覺該車輛為警察先前稽查不停而逃逸之車輛，且車主甲有多筆重大刑案前科記錄，遂守候在現場等待甲出現，嗣甲出現欲上車之際，警員即趨前進行盤查，甲立即上車關閉車門並發動引擎欲逃離現場，警員乙見狀即駕駛警備車向前阻止，甲所駕駛車輛於兩度前進後退間，均遭警員乙所駕駛警備車緊貼車身封鎖阻擋，並撞及前方之電線桿，難以逃脫，而後，甲強行倒車衝撞警備車及站立於警備車後之警員丙、丁，將上開車輛行駛至警備車之後方，並造成警備車之車後保險桿右側及後葉子板毀損，警員丙、丁則因閃避成功而未受傷，警員丙、丁並於空檔間持槍對甲所駕駛車輛之輪胎開槍射擊，然仍遭甲駕車趁隙逃脫。其後仍被警方尋獲，並移送檢方以妨害公務罪名起訴，經法院判決有罪確定。

案例六：【強制拆遷案】⁴¹

甲於 2011 年 10 月 6 日上午，在桃園縣龍潭鄉某房屋前，因桃園縣政府工務局執行「龍潭鄉縣道 113 線（北龍路口至中正路 161 巷口）道路改善工程」乙案，而欲強制拆遷逾通知期限未自行拆遷、位於上開改善工程範圍內之房屋部分，對於執行系爭拆遷職務之該局工程科技士乙，先後接續三次徒手拉扯其胸前衣領。案經檢察官以妨害公務罪名起訴，經法院有罪判決確定。

綜觀上述幾個案例，我們可以發現，縱然在印象中被視為妨害公務罪最大案件來源的警察執行職務情境，也並非想當然爾地必定構成本罪，因為除了必須判斷行為人之手段是否構成強暴或脅迫之外，警察在具體個案中所執行的職務是否屬於公務，更是本文關注的重點。首先，在【妨害偵查案】中，由於以限制甲人身自由的方式進行蒐證之行為不僅是刑事訴訟法與警察職權行使法明確授權警察之職權，也涉及國家強制力之適用，也與國家確保人民權利不受侵害之核心任

⁴¹ 臺灣高等法院 102 年度上易字第 2191 號判決、桃園地方法院 101 年度易字第 64 號判決。

務相符，從而屬於所謂公務內涵較無疑義。然而，雖然同樣屬於警察執行職務，但【喝醉勸導案】中的勸導行為應該如何定位，該等行為是否有法律授權基礎，即有疑問。此外，如果既與國家強制力之貫徹無關，又不涉及保護人民權利之事項，是否能夠被包攝進公務之內涵中，亦不無疑義。在其次的幾個案例中，雖與一般所認為的妨害公務情境相去較遠，個案中的「被害人」卻也至少因為法律而有特定職務權限，並且該特定職務或多或少涉及國家強制力的使用，如此一來，對於這些執行法定職務中之人施以強暴脅迫是否該當妨害公務罪抑或僅該當強制罪即有疑問。從以上的提問脈絡可知，本文的基本立場在於否定我國與德國實務上所採取的公務的形式判準，換句話說，具公務員身分者所執行之職務是否符合本罪之公務內涵，除了（我國實務所採取之見解）有法律授權基礎⁴²或（德國實務所採取之見解）在必要時得使用強制力⁴³這種形式判準之外，更重要的問題毋寧是該職務的「實質內涵」究竟為何，也就是說，唯有在具備公務員身分者所執行的職務符合本文後續所提出之公務之一般性特徵，該等職務才該當本罪之公務。

第五節 小結

綜上所述，本文最核心的問題意識就是要為妨害公務罪的公務要素劃定界線。惟劃定界線的方法並非全然實證主義式地將所有法領域中的國家行為都視為公務，亦非如一般通說的做法，只要不逾越刑法的基本原則即廣泛承認公務的內涵。本文的做法是：透過來自（刑法）哲學所證立的法概念作為導引貫穿刑法釋義學，藉此做出符合整體刑法體系融貫性的公務概念解釋。此外，抽象的理論探究固然重要，理論上的標準如何適用於具體個案同樣必須考慮，從而，在本章所提出的幾個案例，也將幫助我們在下述的理論辯證中不至於流於形式。

⁴² 例如，最高法院 24 年上字第 3488 號裁判要旨：「…故公務員所執行者，若非法令內所應為之職務，縱對知施以強暴脅迫，……，亦即無犯罪之可言。」

⁴³ BGHSt 25, 313, 315.

以下，本文首先將在第貳章針對本罪的形成歷史、保護法益與公務概念內涵做一番有系統的考察並批判既有的學說與實務；接著，先在第參章一開始證立本文所採取的法（益）概念，並同時說明何謂自由法治國理念，其後，便以該理念劃定國家任務的具體範圍。到此，抽象的理論建構即已完備，具體化到公務要素上的結果就是：只有符合國家任務的國家行為，才是妨害公務罪中的公務內涵。第參章的最後一部份則是將本文所提出之公務的一般性判準適用在我國各種國家行為上，並審視這些國家行為是否屬於本文意義下的公務；在這個部分，也會一併評析上述提出的具體案例。第肆章則為結論。

第貳章 妨害公務罪之構成要件分析與罪質—— 德國法與我國法的批判性比較

在上一章提出本論文的問題意識以及揭示研究方法以後，本章的目的在於進一步深化與開展問題意識的架構與內容。如前所述，本文最主要的工作是要說明何謂公務的具體內涵。這個提問的起源，很明顯的，正是因為學說與實務遲遲無法給予公務一個明確的定義，以及在本罪之罪質與構成要件之間未有一個融貫的理解。為了展開本文後續的論述，有必要在本章先行檢視既有的見解並開啟批判之路。本文將分別從本罪的形成歷史、保護法益與公務的解釋三個角度立體地檢視並批判學說與實務上的既有見解，並且指出以自由法治國理念重新理解公務概念的合理性。最後要說明的是，基於討論清晰性的考量，上述提到的三層結構將再區分為德國與我國兩部分來書寫。

第一節 德國法

第一項 形成歷史與反省

壹、形成歷史

德國刑法第 113 條為妨害公務罪（Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte）之規定，內容如下：

對於公務員或聯邦國防軍依法律、命令、裁判或處分而執行職務時，透過強暴或帶有強暴意涵之脅迫以抵抗，或以物理力（tätlich）攻擊者，處三年以下有期徒刑或罰金刑。

1. 加重妨害公務者處六月以上、五年以下有期徒刑。
2. 加重妨害公務者係指下列情形：
 - (1). 行為人或其他參與犯基於行為時使用而攜帶武器或其他危險工具；
 - (2). 行為人之行為有使公務員陷入死亡或嚴重健康損害之風險。

第一項之執行職務行為不合法者，不罰。行為人誤認不合法之執行職務行為為合法者，亦同。

行為人於行為時誤認執行職務行為不合法，但可避免者，法院得減輕其刑（第 49 條第 2 項）或基於其輕微之罪責免除其刑。行為人無法避免前項之錯誤或基於其認知之情狀無法期待其以異議之方式抵抗想像上違法之執行職務行為者，不罰；若可期待者，法院得減輕（第 49 條第 2 項）或免除其刑。⁴⁴

德國刑法的規定相對於我國來說複雜了許多。該條四項的規定主要由兩部分所組成，第一部分也就是第 1 項係妨害公務罪的基本構成要件，本文所關注的公務（執行行為）概念即在其中；第二部分，即第 2 項到第 4 項，都在處理行為人對於本罪的「適法性錯誤」問題，也就是，當行為人主觀上的想像與客觀上公務執行行為的適法性有落差時的處理方式。就本罪的形成歷史而言，第 1 項的基本構成要件最早見諸法典。雖然在德意志普通法時期尚未有本罪之規定⁴⁵，而將妨害公務之行為與暴行罪（*crimen vis*）同視；不過，在 1871 年的帝國刑法典（RStGB）中，妨害公務罪的基本構成要件已經成形，與現行條文不同之處只在於帝國刑法

⁴⁴ § 113 StGB:

- (1) Wer einem Amtsträger oder Soldaten der Bundeswehr, der zur Vollstreckung von Gesetzen, Rechtsverordnungen, Urteilen, Gerichtsbeschlüssen oder Verfügungen berufen ist, bei der Vornahme einer solchen Diensthandlung mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt Widerstand leistet oder ihn dabei tätlich angreift, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn
 1. der Täter oder ein anderer Beteiligter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, um diese oder dieses bei der Tat zu verwenden, oder
 2. der Täter durch eine Gewalttätigkeit den Angegriffenen in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.
- (3) Die Tat ist nicht nach dieser Vorschrift strafbar, wenn die Diensthandlung nicht rechtmäßig ist. Dies gilt auch dann, wenn der Täter irrig annimmt, die Diensthandlung sei rechtmäßig.
- (4) Nimmt der Täter bei Begehung der Tat irrig an, die Diensthandlung sei nicht rechtmäßig, und konnte er den Irrtum vermeiden, so kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder bei geringer Schuld von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen. Konnte der Täter den Irrtum nicht vermeiden und war ihm nach den ihm bekannten Umständen auch nicht zuzumuten, sich mit Rechtsbehelfen gegen die vermeintlich rechtswidrige Diensthandlung zu wehren, so ist die Tat nicht nach dieser Vorschrift strafbar; war ihm dies zuzumuten, so kann das Gericht die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen.

⁴⁵ 參顏漢文，前揭註 2，頁 7 以下。

典直接在系爭構成要件中要求公務的合法性；至於行為人適法性錯誤的處理方式，實證法並沒有明確地表明立場。下一階段的重要修法是 1953 年第三次刑法修正法案（*Strafrechtsänderungsgesetz, StrÄ G*）中的若干變革：首先，此修正法案聲稱為了避免納粹時期的意念刑法（*Willensstrafrecht*）而刪除了本罪行為處罰未遂犯的規定⁴⁶；其次，該法案也刪除了加重妨害公務罪等規定。相對於早已見諸成文法典的本罪基本構成要件之規定，一直到 1970 年的第三次刑法改革法案（*Gesetz zur Reform des Strafrechts, StrRG*）才將本罪適法性錯誤的解決方式予以實證法化，不過，可以想見，實證刑法中所選擇的解決模式必然受到採取不同見解者的嚴厲批評，但無論如何，本罪現行法的樣貌與結構在此已大致定型，後續的兩次修法都只是對本罪的擴張適用而已。1998 年的第六次刑法改革法案將本條第 2 項原先的嚴重身體傷害（*schwere körperverletzung*）用語更替為嚴重健康損害（*schwere Gesundheitsschädigung*），使得本來只有在身體的（嚴重）具體傷害才符合加重妨害公務罪之要件被放寬為只要「健康」狀態的嚴重受損即可。此為第一次擴張。2011 年的第四十四次刑法修正法案中，立法者基於妨害公務行為不斷增加，提高了執法人員執行職務的危險性，因此將舊法的二年以下有期徒刑提高為三年以下有期徒刑⁴⁷，希望以此有效降低妨害公務行為的數量；另外，也

⁴⁶ Vgl. NK-Paeffgen, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 1, in der Fn. 7.

⁴⁷ Zopfs, Das 44. Strafrechtsänderungsgesetz – der „gefährliche Eingriff“ in § 113 StGB?, GA 2012, S. 261. 立法文書中支持提高本罪刑度的重要論據是，從 2000 年以來，妨害公務行為的發生次數大約上升了 30%（Vgl. polizeiliche Kriminalstatistik, PKS, Tabelle 1 Schlüsselnummer 6210: 21366 Fälle im Jahr 2000; 26344 Fälle im Jahr 2009），是以，為了能夠更周全地保護第一線的執勤員警免於受到強暴脅迫等不法行為的威脅，有必要提高本罪刑度以產生更具強度的威嚇作用。在此，姑且不論以威嚇作用作為刑罰的理由是否正確（vgl. nur Hörnle, Straftheorien, S. 24; 王皇玉（2009），《刑罰與社會規訓——台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，頁 22 以下。），如果更仔細的審視立法文書中所援引的數據，我們可以發現上開統計年度區間的選取是有玄機的，因為，倘若將系爭區間往後挪移一年，也就是選取 2001 年至 2010 年妨害公務行為的提高率作為觀察對象，數字立即從上述的 30% 驟降至約 9%（polizeiliche Kriminalstatistik, PKS, Tabelle 1 Schlüsselnummer 6210: 21379 Fälle im Jahr 2001; 23372 Fälle im Jahr 2010）。從此即可看出，在沒有多筆資料相互對照與比較的情況下，單純從某一個統計區間妨害公務行為的提升率直接推導出本罪刑度應該提高的結論是非常盲目的。此外，縱使統計數字上呈現了在某一時點以後妨害公務行為不斷上升的趨勢，也並不當然就可以推論出第一線執勤員警的被攻擊率提高，從而必須提高本罪刑度以收嚇阻之效。執勤人員被施以強暴脅迫的案件數量增高，並不必然表示人民的攻擊性提高或妨害公務行為的發生率增加，因為，該等案件數的提昇可能的因素有無限多種，尤其是警察執法密度的提高：單位時間中出動三名員警執勤與因執行某某專案而出動三千名員警相比，後者遭遇妨害公務行為的數量較高也就不足為奇。換句話說，在沒有排除其他

是基於類似的理由，將原本無法被本條第 2 項的「武器」概念所包含的「危險工具」納入加重妨害公務罪的情狀要件之中。此為第二次擴張。

然而，提高本罪刑度破壞了本罪與其他犯罪，尤其是強制罪（德國刑法第 240 條）的體系關係，也使得立法歷程中對於本罪罪質的論述與實證化之後的刑度產生了無可挽回的斷裂。妨害公務罪與強制罪在現象上並沒有任何差別，亦即，如果只透過肉眼來觀察，兩罪同樣都是行為人對於行為客體施以強暴脅迫而妨害其自由，然而，看似相同的兩罪卻在最近一次的修法之前在刑度上有著若干差異：妨害公務罪的二年以下有期徒刑較輕、強制罪的三年以下有期徒刑較重。如此一來便衍生了一個最基本的問題：這種對於同樣行為在刑度上的差別待遇是基於何種理由可以說不至於違反憲法上的平等原則？對此，在立法歷程當中被提出並且受到學說廣泛承認的理由是：人民在面對國家執行公務時往往會因為公務執行行為的性質而產生較強烈的情緒⁴⁸，致使其不為攻擊行為的期待可能性降低，是以，雖然妨害公務罪與強制罪在不法的量上並無不同，但在有責性的考量上，前者是後者基於責任減輕而來的減輕構成要件（*privilegierter Tatbestand*）⁴⁹。在最近一次的修法之前，立法歷程中所提出的減輕理由可以輕易地自兩罪的刑度差異中解

因素的干擾之下，妨害公務行為數量提升根本無法說明警察值勤的危險性提高；以此作為提高刑度的主要論據，顯然只是愚弄人民的做法。另外一個也是屬於犯罪統計學上的問題在於妨害公務行為數量這個統計數字本身做成的過程就相當可疑。首先，這個數字並非妨害公務罪之確定有罪判決數，而是由警察機關根據自己的判斷所認定「可能構成妨害公務行為的某一特定事實的數量」，是以，除了警察機關的判斷餘地過於浮動之問題（*Singelstein/Puschke, Polizei, Gewalt und das Strafrecht – Zu den Änderungen beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, NJW 2011, S. 3476.*）以外，更深層的疑慮是，由於在這些案件當中作為統計者的警察本身就是被統計的對象，從而警察本身的利益狀態也想當然耳的會牽涉其中，如此一來，該統計數字的客觀、中立性便相當值得懷疑（*Singelstein/Puschke, Polizei, Gewalt und das Strafrecht – Zu den Änderungen beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, NJW 2011, S. 3476.*）。立法文書中以犯罪統計學的資料作為支撐提高刑度的理由，使用的數據卻又不符犯罪統計學中基本的價值中立（*Kunz, Kriminologie, 6. Aufl., S. 251 ff.*）原則，所以這些理由當然都是無效的論據。

⁴⁸ BT-Drucks. VI/502, S. 3, 4.; Schönke/Schröder-Eser, 29. Aufl., § 113 Rn. 3; SK-Horn/Wolters, 8. Aufl., § 113, Rn. 2; LK-Rosenau, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 5; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 113 Rn. 1; Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 113 Rn. 1; Wessels/Hettinger, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 621.; Blei, JA 1973, S. 208; Backes/Ransiek, Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, JuS 1989, S. 624; Deiters, Rechtsgut und Funktion des § 113 StGB, GA 2002, S. 259.

⁴⁹ 林山田，前揭註 8，頁 244。

讀出來，然而，在修法之後，本罪的刑度被提高至與強制罪相同的三年以下有期徒刑，則兩罪之間的關係為何，即成難題，因為，如此一來便無法解釋：何以上述的減輕基礎仍在，刑度卻毫無差異？為了要合理地回答這個問題，學說上努力地從刑度以外的構成要件要素來試圖肯定或否定本罪是強制罪的減輕構成要件這個說法。⁵⁰

學說上針對提高本罪刑度將無法準確反映妨害公務罪是強制罪的減輕構成要件所提出的批判固然有其道理，然而，本文認為比較兩罪究竟孰輕孰重實際上並不重要，理由在於，這裡所謂輕與重之內涵與定位全然不明；兩罪雖然基本上都是「對行為客體施以強暴脅迫致使妨害其行使權利／力」為構成要件，然而，強制罪尚須符合妨害公務罪所無的可非難性條款⁵¹，而妨害公務罪也有強制罪所欠缺的特殊行為情狀：執行公務以及適法性錯誤處理條款；如此一來，我們可以明顯看出，在欠缺一致的比較基準底下，要終局地確認誰是誰的減輕要件根本就是一件不可能的任務。更何況，就算最終有了定見，我們仍會發現，這個結論對於犯罪構成與否的檢驗絲毫沒有影響。從而可以說，耗費精神討論本罪究竟是不是強制罪的減輕構成要件，並沒有實益。此外，即使本罪的刑度仍然維持原狀，以行為人面對國家公權力之際經常產生強烈情緒從而減低其罪責作為論證本罪罪質之說法仍舊不妥。因為，一般而言，罪責高低之判斷乃繫於具體案例中特定行為人於系爭行為時的身心狀態，也就是說，一律減輕面對公務執行情狀者的刑度，恐怕悖離了罪責層次的設計目的。尤其在邏輯上也可能有不少行為人可以相當冷靜地面對國家執行公務的情狀，但這些人仍會因為符合立法者所設定的要件而能夠獲得相對於強制罪而言較輕微的對待。如此一來，刑法的法律效果即無法

⁵⁰ 具體而微的論證請參 NK-Paeffgen, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 6 ff. 相反見解（妨害公務罪是強制罪的加重構成要件）請參 Schönke/Schröder-Eser, a. a. O. (Fn. 48), Rn. 4.

⁵¹ Schulz, Widerstand gegen die Staatsgewalt – Bemerkungen zur Kozeption des § 113 StGB, in: Bemann/Zwiehoff (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, S. 114.

對應於這類行為人已實施的有責之不法，從而破壞了刑法最基礎的罪刑相當原則。是以，本文並不認為行為人期待可能性降低是支撐本罪正當性的論據。

整體而言，學說上實在耗費太多力氣在討論妨害公務罪究竟是不是強制罪的減輕構成要件，從而長久以來顧此失彼地忽略了獨立討論本罪正當性基礎的重要性。因為，如果不斷從妨害公務罪是強制罪的減輕構成要件之角度討論本罪，則本罪的相關論述在很大程度上就只能是附隨於強制罪的。然而，就刑法體系上來說，妨害公務罪背後所保護的國家法益與強制罪所保護的個人自由法益並不完全相同，倘若如此，僅從上述那種附隨性的論述方式去探究妨害公務的正當性，至多也只足以說明本罪與強制罪本質上相互重疊的部分；至於，為什麼國家及其派生的各種功能性制度應該成為刑法保護的對象，仍無法獲致完整的回答。當然，那些討論對於公務內涵的闡明也是一點助益也沒有。為了回答這個根本的問題，亦即：妨害公務罪的正當性基礎何在，就必須從根本上檢視本罪所保護的法益為何。基此，下個部分我們就要來看看在德國學說與實務上究竟提出了哪些對於本罪保護法益的見解。

第二項 妨害公務罪之法益分析

誠如上述，要釐清本罪與他罪間的關係以及公務概念的具體內涵，就必須先思考本罪的保護法益為何。德國法上的學說與實務多數見解認為本罪具有雙保護法益（二元論），亦即，本罪除了保護國家意志具體執行之國家法益外，亦同時保護執行公務之公務員之個人法益。不過，有少數採取一元論之意見認為，本罪只以執行職務之公務員或者國家意志之具體執行為保護法益。以下，本文將有系統地梳理德國法上學說與實務對於本罪法益所提出的見解，並提出批判。

壹、多數見解：二元論

雖然在具體的用語上有些許不同，但德國實務與學說多數意見皆認為妨害公務罪之保護法益有二：國家意志之具體執行以及執行公務者之個人法益。⁵²例如，德國聯邦最高法院即認為：「本罪的立法目的在於保護國家職務行為與執行之公務員。」⁵³亦有論者將前者更具體地稱為「國家合法執行權力之保護」⁵⁴、「國家執行行為之保護」⁵⁵，或將後者稱為「對於公務執行之有權機關」⁵⁶等。至於進一步詳細論證為何採取此種二元保護法益之見解者，並不多見。大抵而言，支持二元論者理由有四。首先涉及的是本罪兩種構成要件行為之型態，亦即，本罪既然名為妨害公務罪，則保護國家執行公務一事可以說是無庸置疑的；然而，由於本罪在第一種構成要件行為（強暴或帶有強暴意涵的脅迫）之外又設計了第二種構成要件行為，攻擊（*tätlicher Angriff*），似乎表達出了除了保護公務執行本身以外亦保護執行公務者之立場。基此，論者即認為，倘若不將執行公務者之個人法益當作本罪的保護法益，則無法解釋第二種構成要件行為在本罪的意義。⁵⁷其次，學說上亦有站在反駁國家法益一元論所提出之「執行公務者之個人法益透過傷害、強制等罪予以保護已足」觀點，進而認為前述看法忽略了立法者在本罪執行公務之特殊情狀下減輕行為人責任的態度，從而將本罪解釋為兼及保護執行公務者個人法益之犯罪仍屬必要。⁵⁸第三個支持二元論的理由是來自德國聯邦最高法院的見解，法院認為，由於執行公務者遇到不法攻擊的頻率相當頻繁，從而必須透過本罪加強對於執行公務者的保護。⁵⁹最後，也有論者認為，本罪最主要的目

⁵² BGHSt 21, 334, 365; Wessels/Hettinger, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 620; LPK-StGB-Kindhäuser, § 113 Rn. 1; Schönke/Schröder-Eser, a. a. O. (Fn. 48), Rn. 2; LK-Rosenau, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 3 ff.; Rengier, a. a. O. (Fn. 2), 53/1; Lackner/Kühl, a. a. O., (Fn. 48), Rn. 1. 有趣的是，Fischer 的刑法註釋書卻將「公務執行之權威以及國家之權力壟斷」當作本罪保護法益之通說。在把「通說」界定為「多數說」的前提下，Fischer 這個說法是錯誤的。Vgl. Fischer, a. a. O. (Fn. 48), Rn. 2.

⁵³ BGHSt 21, 334, 365.

⁵⁴ Wessels/Hettinger, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 620.

⁵⁵ LPK-StGB-Kindhäuser, a. a. O. (Fn. 52), Rn. 1.

⁵⁶ BGHSt 21, 334, 365; Schönke/Schröder-Eser, a. a. O. (Fn. 48), Rn. 2.

⁵⁷ LK-Rosenau, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 3.

⁵⁸ LK-Rosenau, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 3.

⁵⁹ BGH GA, 1955 244.

的是要保護透過執行公務者所貫徹的國家權力的壟斷性（staatliches Gewaltmonopol）⁶⁰。

對於學說與實務所提出用以支持二元論立場的理由，本文略作以下批判。首先，尚若不將本罪之保護法益擴張至執行公務者的個人法益將導致無法合理解釋本罪第二種行為態樣的說法，事實上完全顛倒了法益與構成要件（要素）之間的上下位關係。如同前一章所曾述及者，法益具有構成要件解釋之導引功能，是以，在解釋各種刑法分則構成要件時必須先行理解系爭要件所保護之法益為何，才能作出符合該保護法益框架的構成要件解釋。換句話說，抽象的法益是藉由構成要件被具體化的。從而，試圖正確地解釋構成要件的前提是先理解本罪的保護法益為何，而非從具體的構成要件逆推出系爭罪名所要保護之法益。也就是說，如果將本罪的法益設定為國家公務的執行會影響第二種構成要件行為態樣在解釋上的融貫性，則應該調整的是無法達成具體化法益之任務的構成要件設計本身，而非反過來調整法益的設定。否則，法益之構成要件解釋導引功能將倒置成「構成要件解釋導引法益設定之功能」，作為刑法基礎的法益保護原則也將因此被澈底改寫。其次，關於二元論者對一元論忽略立法者在本罪中基於特殊情狀考量下的減輕之批評，本文亦認為並不足採。理由在於，上開批評其實已經將立法者在本罪中基於特殊情狀考量下的減輕預設為正確，然而，立法者這種做法反而才是忽略了有責性應當個別判斷的原則，所以是錯誤的。從而，二元論者為了維持立法者的錯誤論述而導出的二元保護法益結論，自然也是不正確的。也就是說，即使不將本罪之保護法益擴及執行公務者之個人法益，使得行為人於公務執行時對執行公務者的強暴脅迫或攻擊行為與傷害、強制等罪在競合上成為想像競合的關係而必須從較重之傷害罪處斷，也仍然可以透過有責性的具體判斷考量行為人之期待可能性是否降低而給予相對應的量刑。這樣的判斷模式，毋寧才能正確地只將

⁶⁰ NK-Paeffgen, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 3; Paeffgen, Allgemeines Persönlichkeitsrecht der Polizei und § 113 StGB, JZ 1979, S. 522.

減輕責任的效果留給真的在執行公務的行為情狀中被過度激起情緒致使行為控制能力降低之人。最後，德國聯邦最高法院所提出之執行公務者受到攻擊之頻率高從而需要本罪之特別保護的說法，同樣也禁不起檢驗。第一，執行公務者受攻擊頻率高的成因為何，德國聯邦最高法院並未說明；倘若這種高頻率是來自於如立法者所設想的人民面對國家公權力時的高昂情緒，正確的應對方式是在進行個別犯罪檢驗時於有責性層次處理，而非從法益的設定層次調整。第二，涉及執行公務者個人法益之保護，已有其他個人法益犯罪能夠處理，並無擴張本罪法益範圍的必要性。德國聯邦最高法院這種以為「多一條罪名就多一份保障」的心態，只要懂一點刑法競合論的人都明白，這毋寧只是一種自欺欺人的做法。因為，即使將本罪解釋為兼及保護個人法益，在結論上仍舊是從傷害罪（重罪）來處斷。不過，值得注意的是最後一個說法：國家權力壟斷。這個見解正確地帶出了國家及其貫徹權力所必須的各種功能性制度在刑法上的重要性；然而，為德不卒者在於，此論者只從現象上觀察並得出國家壟斷權力的結論，卻沒有進一步說明為什麼以刑法來保護國家（功能）是正當的。而這一點，亦即國家（法益）存立的正當性，正是本文在下一章將具體而微探究的重點。

綜上，二元保護法益論者並沒有提出足以說服人的理由去證立其命題。

貳、少數見解：一元論

在上述多數說所採取的二元論立場以外，學說上也有從單一法益保護的角度出發去理解本罪之法益內涵。不過，在一元論的立場之中，仍有兩個全然相反的立場相互對立，有認為本罪僅保護執行公務者之個人法益，也有認為本罪只保護國家（意志之具體執行）法益者。以下，本文首先分別介紹這兩種說法然後反思這兩種說法內部論證的合理性。

一、個人法益傾向之一元論

學說上從單一保護法益的角度理解妨害公務罪者，有部分傾向於認定本罪僅保護執行公務者的個人（身體完整性、健康以及行動自由等）法益，亦即，本罪與傷害罪、強制罪之保護法益相同，惟本罪之立法乃著眼於執行公務者與被執行者之間的特殊衝突情境使得被執行者相較於傷害、強制等罪得以獲得減輕的對待⁶¹。論者認為，這種個人法益傾向之一元論說法的優點在於其可以融貫地解釋立法者在立法歷程中將本罪視為一種減輕構成要件的設定⁶²。而本罪之所以給予被執行公務者特定的減輕優惠，除了立法者已提及的減輕罪責之理由外，也有學說詮釋一元論者的立場後認為另一個理由可能來自於「執行公務者在執行公務時基於其在必要時得行使國家所賦予的強制力，從而比起一般個人法益犯罪的行為客體更有自我保護的能力，也就是『須保護性』降低」⁶³，論者認為，此從本罪要求相較於強制罪而言更嚴格的脅迫概念可以看出。

對於上述論點的批評主要仍是著重於構成要件射程範圍的比較，例如：未遂處罰之有無、中止未遂的處理方式等等；而這些問題的起源皆可指向本罪不真正企行犯（*unechte Unternehmendelikt*）⁶⁴的特性。企行犯指的是系爭犯罪在著手的同時也已經終了（*Vollendung*），從而沒有未遂犯或中止未遂等得減輕其刑的適用可能。⁶⁵「不真正」指的則是這類構成要件必然具有一種特殊的行為情狀（*Besonderheit einer beschriebenen Tatsituation*），並且唯有在該情狀下實施的構成

⁶¹ SK-Horn, 6. Aufl., § 113 Rn. 1 ff. 要進一步說明的是，由於最近一次的修法已將妨害公務罪的刑度提升至與強制罪相同的三年以下有期徒刑，所以，除了在本罪與傷害罪之間仍能較明顯透過刑度（三年以下 v. 五年以下）比較得出本罪的減輕立場以外，本罪與強制罪間只能透過更精細的構成要件射程範圍比較以得出本罪的減輕立場，例如，本罪的脅迫概念比強制罪嚴格、適法性錯誤的處理方式等。將這種比較「技能」發揮到極致的論述請參照 Küper, Tatbestandsgrenzen des Widerstandsdelikts (§ 113 I StGB) in dogmatischer Analyse, FS-Frisch, S. 985 ff.

⁶² Deiters, a. a. O. (Fn. 48), S. 265.

⁶³ Backes/Ransiek, a. a. O. (Fn. 48), S. 629.

⁶⁴ 「企行犯」的翻譯參考自黃榮堅（1999），《刑罰的極限》，頁 224，台北：元照。對此，作者感謝王皇玉教授在口試中對此提出的建議。

⁶⁵ Wessels/Beulke/Satzger, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 41.

要件行為才能符合本罪的不法構成要件⁶⁶。簡單來說，真正企行犯的犯罪構成只要求行為人實施了構成要件行為，而在不真正企行犯中，除了實施構成要件行為以外，尚且客觀上要有特定的行為情狀存在，才能算是構成要件該當。學說上認為，如果從保護個人法益的觀點得出本罪是傷害罪、強制罪的減輕構成要件，則為何相較於後兩者的未遂有獨立的規定並且得適用減輕其刑之規定，前者卻將著手行為予以既遂化？此外，如果本罪真的是後兩罪的減輕規定，則對於錯誤的處理方式應該要相同，何以本罪有特殊的規定？

上述的批評雖然不無道理，卻仍過度受制於實證法的結構，而無法從更根本的角度思考法益的相關問題。正如同前已提及者，是法益的設定導引構成要件解釋而非構成要件之間的射程範圍比較牽制法益的理解。也就是說，如果透過刑法貫徹國家（執行公務）法益的保護是正當的，而實證刑法卻沒有保護該法益的具體規定，則屬於法律的缺漏，應予補正，是以，將本罪解釋為單純保護執行公務者之個人法益所面臨的最大問題或許不是體系上的斷裂，而是可能造成應罰行為的處罰漏洞。另外，所謂執行公務者之須保護性較低的說法似乎某程度援引了被害者釋義學⁶⁷的說法，亦即，認為被害人擁有較高的自我保護能力可以減輕行為人行為的不法內涵。由於此涉及被害者學的複雜討論，本文無意深入抽絲剝繭，不過，根本上值得懷疑的是，當國家壟斷了刑事制裁的權力之後卻又反過頭來要求被害人自我保護，並且以之為降低對行為人究責的理由，似乎是一種保護義務的倒置，與國家存立之正當性有著邏輯上的矛盾，從而這樣的說法並不可採。⁶⁸

⁶⁶ Jakobs, a. a. O. (Fn. 9), 25/7.

⁶⁷ Vgl. nur Schünemann, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 1986, S. 439 ff. 中文文獻僅參王梅英、林鈺雄（1998），〈從被害者學談刑法詐欺罪〉，《月旦法學雜誌》，35期，頁98以下。

⁶⁸ 同此批評請參 Roxin, a. a. O. (Fn. 9), § 14 Rn. 18 ff.

二、國家法益傾向之一元論

對於妨害公務罪的法益理解的最後一種說法是，本罪僅以國家公務之具體執行行為保護法益而不包含執行公務者之個人法益。雖然同樣是支持國家法益一元論的命題，學說上對於本命題的論證卻相當分歧而複雜。首先，較為直觀的理由是，執行公務者的個人法益固然應該保護，但傷害罪、強制罪已經提供足夠的保護⁶⁹；更何況，從未遂處罰與否的角度來看，傷害與強制罪比妨害公務罪更多了未遂的處罰規定，勢必能提供更完整的保護。⁷⁰縱然在實際的統計數字上顯示，法院在妨害公務罪的量刑普遍高於強制罪，似乎也可以說本罪對於執行公務者的保護仍屬較佳，然而，學說上認為這種量刑偏高的現象仍然只是保護國家法益的反射而已⁷¹。其次，採取一元論立場者多認為，執行公務者在本罪中的角色只是「國家意志的中介⁷²」從而只是次要的⁷³，因此本罪應解釋為只保護國家法益之罪。此外，也有論者從二元論見解的內在矛盾為由而採取一元論的觀點，其認為，同時承認本罪保護雙法益與本罪是強制罪、傷害罪的減輕要件是矛盾的。因為，將本罪定位為減輕要件意味著各該罪名的保護法益完全相同，但二元論者並不這麼認為；不過，一旦將本罪保護法益二元化，則減輕關係就不復存在。⁷⁴不過有趣的是，該論者一方面主張本罪僅保護國家法益，另一方面又不認為本罪是其他任何罪名的減輕構成要件。相較於其他說法而言，此見解頗具啟發性，值得在此深入介紹。他認為，雖然對執行公務者施以強暴脅迫似乎在現象上壓縮了執行公務者的自由，然而，如果從「規範的觀點」來說，由於執行公務者在具體事實符合了公務執行之要件時，就產生了必須執行的義務；此際，執行公務者作為國家意志的中介者已沒有私人的自由可言，從而可以說，或者執行公務者並非強制罪中的

⁶⁹ NK-Paeffgen, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 7; Maurach/Schroeder/Maiwald, BT II, 9. Aufl., § 70 I.

⁷⁰ MüKo-Bosch, § 113 Rn. 2.

⁷¹ NK-Paeffgen, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 7.

⁷² Hirsch, Zur Reform der Reform des Widerstandsparagraphen, FS-Klug II, S. 240; Schroeder, NJW 1985, S. 2392 f.

⁷³ Otto, JR 1983, S. 74.

⁷⁴ Deiters, a. a. O. (Fn. 48), S. 259.

他人（anderen），或者因為他沒有私人的自由可被強制，從而不會構成強制罪。⁷⁵在此觀點下，本罪與強制罪的關係就不是減輕關係，而是排除關係（Exklusivität），亦即，只可能構成其中之一而不可能同時構成兩罪。至於本罪之第二種行為態樣，攻擊執行公務者，論者也同樣透過本罪保護國家法益的觀點予以再詮釋：雖然攻擊執行公務者同時侵害了國家公務執行法益以及執行公務者的個人法益，然而，這並不代表兩種法益的破壞都必須透過妨害公務罪來處理，正確的解決方式是，同時透過妨害公務罪與傷害罪去清算行為人透過侵害公務執行者之身體完整性的方式來妨害公務執行的不法內涵，也就是說，兩罪之間為犯罪單數／想像競合的關係。⁷⁶

對於上開論點，本文的批評仍然是：無法跳脫實證法的制約從而欠缺一個更實質的法之證立觀點來說明本罪的法益為何。無論是其他個人法益犯罪已提供妨害公務者足夠之保護或者強調在本罪中國家公務的執行才是主要保護對象等說法顯然都過於表面。因為，前者只是從技術層次透過反面論證說明二元論的法益理解並無必要，後者更僅止於重述了本罪保護國家法益的立場而已；然而，仍待解決的問題依舊存在：為何國家（執行公務）法益應該被保護？相較於前兩種論點，Deiters 的各項論證雖然已經更加細緻，並且引進了規範的視角來解讀構成要件之間的體系關係與競合關聯，不過，Deiters 的見解顯然也只侷限在為實證法找出一個最融貫的解釋方法而已，至於這種解釋方法背後所預設的妨害公務罪保護國家法益這項命題的正當性基礎何在，他也沒有說明，從而可以說，問題只解決了一半。換句話說，Deiters 看似是從本罪保護法益的基礎觀點出發以釐清本罪與他罪的若干關係，但是，在沒有說明何以本罪保護國家法益是合理的之前，仍然無法擺脫對於本罪保護國家法益的理解只是為了服務解釋上的必要性而創設，也就是仍舊犯了以構成要件解釋導引法益之理解之謬誤。基此，我們可以看到，如

⁷⁵ Deiters, a. a. O. (Fn. 48), S. 269 ff.

⁷⁶ Deiters, a. a. O. (Fn. 48), S. 273 f.

果無法從根本上回答國家（執行公務）法益之正當性來源何在，要避免上述的方法論錯誤就是不可能的。並且，如果不從法益的證立層次下手，則可以想見的，在沒有其他罪可以對照的情形下，本罪其他構成要件要素（如：公務）之解釋會有多恣意。

參、小結

綜上所述，我們發現，對於本罪法益的各種見解，其內部論證都有所欠缺，從而無論是一元論或二元論的說法，都沒有提出足以說服人的論據，所以，無論本文之後要採取何種立場，勢必都要提出自己的論證。事實上，如果法益概念要真正發揮它的構成要件解釋導引功能，那麼，單純宣稱某個刑法構成要件背後所要保護的法益為何尚不足夠，更重要的毋寧還是實質地理解該法益的內涵為何。具體來說，單純宣稱妨害公務罪保護國家法益或者個人法益，只是解釋本罪構成要件的第一步而已，如果沒有更進一步地論證所謂國家法益或個人法益的實質內涵是什麼，則本罪的公務要素之內涵也就只能恣意地被認定，這樣的不良後果，我們可以很明確地從德國聯邦最高法院對於公務要素所提出的判準以及個案中解讀出來。而要了解上開法益的內涵，法益正當性的證立過程就不能被排除於討論視野之外，從而，引入本文前述所採取的能夠貫穿法哲學與法釋義學的「實質法概念」觀點，是相當必要的。因為，只有從這個觀點出發，法益才有辦法取得實質的內容，從而發揮導引構成要件解釋的功能。

第三項 公務概念的特徵與具體內涵

上述兩個小節都是屬於比較抽象的探討。從第一部分對於本罪形成歷史以及學說上理解本罪的切入點之批判性爬梳，我們可以看出：既有的論述並無法充分說明本罪保護國家法益的證立基礎何在。第二部分關於本罪保護法益見解的系統性考察，得出的結果也是相當消極的，亦即，無論是一元論或者二元論，都可以說是反其道而行之將本罪的保護法益當成構成要件解釋的結論，而非導引構成要件解釋的基礎。於是，由於沒有實質理解本罪保護法益的內涵，本罪各該構成要件要素的解釋就只能是訴諸恣意。尤其是在沒有如同強暴、脅迫概念一樣尚有其他罪名得以相互對照的情況下，本論文的核心問題，也就是公務的解釋，就變得愈加困難。以下就藉著具體而微地呈現學說實務上對於公務二字所提出來的各種概念內涵，說明上述所稱的解釋困難與恣意是真實存在的；此外，本文也將對下述各種說法提出批判。

壹、一般性特徵

德國法在學說與實務上對於公務（*Vollstreckungshandlung*）⁷⁷的一般性特徵已經有了固定的見解：「為了在特定個案事實中執行根據法律所賦予的權限或者在本罪中所具體規定的事項，而在必要情形下得行使強制力的行為，且該行為必須已經開始或者將立即開始並尚未結束。此外，單純的偵查行為（*bloße Ermittlungstätigkeit*）並不屬之。」⁷⁸基此，所謂的公務必須具有下列要素。首先是具體要素。公務員所做的國家行為必須是為了具體地規制一個特定的個案事實⁷⁹，也就是說，如果只是公務員因法律或其他事由而擁有某抽象權限，但未面臨個案適用的情況，則尚不能該當本罪的公務要素，例如單純的偵查行為⁸⁰即為適

⁷⁷ *Vollstreckungshandlung* 直接對應於中文的翻譯應該是「執行行為」，不過，在以討論本罪為基礎的情形下，執行的內容就是公務，從而，為了方便起見，直接將該字義譯為公務。

⁷⁸ BGHSt 25, 313; NJW 1974, 573; NStZ 1989, 121; MüKo-Bosch, a. a. O. (Fn. 70), Rn. 11; Fischer, a. a. O. (Fn. 48), Rn. 7; Schönke/Schröder-Eser, a. a. O. (Fn. 48), Rn. 13 ff; LK-Rosenau, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 18.

⁷⁹ LK-Rosenau, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 18.

⁸⁰ BGH NStZ 1982, 328.

例。其次是強制要素，亦即，公務員為了貫徹國家的意志，當其在個案中從事國家行為而不遂時，得基於國家所賦予的強制力，以違反執行相對人意願的方式強力地貫徹國家的意志。要進一步說明的是，公務員所從事的行為只要有在必要時行使強制力的可能性即為已足，該行為本身不需自始就是具有強制力的行為。再其次是時間要素，也就是要認定具有強制與特定要素的國家行為的始期與終期，只有在國家行為已經開始且尚未結束的情形下進行妨害行為，才符合本罪的構成要件。以上所述只是將學說實務上對公務一般性特徵的理解呈現出來，以下將更具體地討論上述抽象判準適用於個案中的結果以及對系爭判準與個案適用的反思。

一、強制要素

公務內涵中，強制要素確立得非常早，最為人所知的德國聯邦最高法院 BGHSt 25, 313 判決尚不是最早導入強制要素者。早在德國帝國法院時期就已經在公務內涵中要求了強制要素。正確的判決順序應該是：從 RGSt 14, 259 到 RGSt 41, 82（下稱【執行送達案】）再至 BGHSt 25, 313（下稱【交通管制案】）。在這三個判決以後，強制要素作為公務內涵的必要條件即成定見。不過，強制一詞所指涉的範圍究竟有多廣，並非毫無爭議：亦即，是否只有本身已經具有強制性的國家行為才是此處所謂的公務（如刑事訴訟法中的各種強制處分），或者，應當採取較廣義的解釋而認為，只要該國家行為「在必要時得對被執行人施以強制力」即可被包攝入公務一詞的射程範圍內？這個爭議在德國帝國法院時期即已產生。帝國法院一開始選擇的是較為限縮的見解：只有該國家行為本身是強制性地實現國家意志或者人民處在國家的強制程序（Zwangsverfahren）⁸¹當中時，才是本罪所稱的公務⁸²。不過，這個見解在【執行送達案】中被擴張了，本判決的法院認

⁸¹ 所謂的「強制程序」，判決中並沒有精確的定義；不過，對照後來帝國法院在【執行送達案】的判決理由中刻意拿民事程序來比較，所謂的強制程序，指的應該就是刑事程序。

⁸² RGSt 14, 260.

為，只要該國家行為在必要時得對被執行人施以強制力即可被包攝入公務一詞的射程範圍內。為了要理解何以法院在此改變了見解，研究本案的事實是有必要的：

執達員甲為了送達原告律師的訴狀給被告乙直接進入了乙未關上門的公寓。乙一開始並不知道甲是為了送達原告的訴狀而來，因此開門讓他進入其房間。然而，就在甲表明來意後，乙即刻下了逐客令，要求甲以郵寄的方式送達訴狀並且離開房間。甲則為了省事，希望乙收下該訴狀。乙在逐客不成的情況下，竟然就奪門而出並將房門鎖上。甲最終只能爬窗而出。乙因此被起訴妨害公務罪。⁸³

德國帝國法院在結論上認為甲的送達行為屬於公務，乙成立妨害公務罪。值得注意的是法院對此結論的論證。首先，帝國法院認為，在本案之前的判決將「以強制的方式實現（*zwangsweise Verwirklichung*）」當作公務的要素只是表達了使用強制力的可能性（*Anwendbarkeit von Zwang*），而非只有具備強制力的國家行為才是公務。其次，本判決強調，使用強制力的可能性，也就是公務員使用強制力的權利乃是國家高權行為的本質，這種權利主要表現在當公務執行遇到被執行人或第三人之阻撓時，公務員得以違背被執行人或第三人意願的方式排除執行障礙。最後，回到本案，縱使實證法中並未明確賦予執達員必要時行使強制力的權利，然而，這並不代表執達員的送達行為並非公務，從而，送達行為屬於公務。

84

透過【執行送達案】被擴大的強制要素，德國聯邦最高法院在【交通管制案】完整地承繼。【交通管制案】的事實相當單純：

⁸³ RGSt 41, 82 f.

⁸⁴ RGSt 41, 88 f.

甲喝了一點小酒之後開車前往某飯店，沒想到竟在途中被正在執行一般交通管制（allgemeine Verkehrskontrolle）的警察攔停。甲因為害怕自己酒駕的事實曝光，而加速駛離現場，並且差點撞上警察，幸好警察閃躲得快才未受傷。法院判決甲構成妨害公務罪。⁸⁵

德國聯邦最高法院援引了帝國法院的見解認為，因為警員得在駕駛人不遵守攔停指示時施以符合比例原則的強制手段，從而，在本案中警察執行一般交通管制時的攔停行為係屬公務。⁸⁶對於此一標竿性的判決，學說上贊同與反對的聲音皆有。贊同者事實上並沒有說出任何理由，只說如同本案中根據德國《道路交通秩序法（Straßenverkehrs-Ordnung, StVO）第 36 條第 1 項與第 5 項⁸⁷的攔停行為屬於公務，這個見解在學說實務上無人反對⁸⁸；反對者主要以具體要素為切入點認為：泛泛的攔停行為尚不足夠具體而符合公務的內涵，只有在對特定駕駛人執行國家行為時，例如，為了逮捕或者有具體嫌疑而攔停，才是本罪的公務。此外，反對者也批評法院在判決中援引帝國法院的見解來說明上開秩序法的適用屬於公務，可能會造成凡是公務員依法執行的所有行為都屬於本罪之公務的後果⁸⁹。

在肯認強制要素作為公務概念一般性特徵的前提下，實務上認為，刑事訴訟當中的訊問（Vernemung），因為要求被告與證人之自願性，所以並不屬於公務。⁹⁰另外，值得注意的是公立學校教師在學校中的各種行為是否屬於本罪的公務。

⁸⁵ BGHSt 25, 313.

⁸⁶ BGHSt 25, 314 f.

⁸⁷ § 36 I StVO: „Die Zeichen und Weisungen der Polizeibeamten sind zu befolgen. Sie gehen allen anderen Anordnungen und sonstigen Regeln vor, entbinden den Verkehrsteilnehmer jedoch nicht von seiner Sorgfaltspflicht.“

§ 36 V StVO: „Polizeibeamte dürfen Verkehrsteilnehmer zur Verkehrskontrolle einschließlich der Kontrolle der Verkehrstüchtigkeit und zu Verkehrserhebungen anhalten. Das Zeichen zum Anhalten kann auch durch geeignete technische Einrichtungen am Einsatzfahrzeug, eine Inkerkelle oder eine rote Leuchte gegeben werden. Mit diesen Zeichen kann auch ein vorausfahrender Verkehrsteilnehmer angehalten werden. Die Verkehrsteilnehmer haben die Anweisungen der Polizeibeamten zu befolgen.“

⁸⁸ Krause, JR 1975, S. 118 f.

⁸⁹ Ehlen/Meurer, NJW 1974, S. 1776 f.

⁹⁰ Bay JR 1963, S. 67.

在實務上經過帝國法院數個判決的一再重申之後，比較沒有疑問的是，當公立學校教師（包含普通學校及職業學校）在合於法所容許的限度內行使其對於學生的懲戒權時，係屬本罪之公務⁹¹；不過，對於懲戒以外的其他教學行為是否屬於公務，上述的幾個判決中並沒有說明清楚。因為，雖然這兩個判決的原因事實都只涉及動用懲戒權，但法院在判斷公立學校教師在教學現場的行為是否屬於公務時，都只訴諸相當抽象的標準：經合法聘用者（*ordnungsmäßig angestellt*）⁹²；倘若從這個比較抽象的角度切入，似乎只要是經過合法聘用之公立學校教師在教學現場所做的任何行為都屬於公務。

本文認為，上述的種種說法都相當有問題，而德國帝國法院在【執行送達案】中的論述更是邏輯不清。該案中的「被害人」執達員在法律上並沒有任何必要時得動用強制力的授權規定；惟帝國法院訴諸國家高權行為的本質，似乎是說凡是透過國家法律授權公務員去從事的任何行為，就必然包含了必要時得動用強制力的內涵，即使在沒有明文規定的情形下也同樣是如此。從而，法律上即使毫無授權執達員動用強制力的實證規定，也會因為執達員是法院此一國家機關之一員，其代表國家所做的送達行為即屬公務。不過，在此首先很清楚的，什麼是國家高權行為的本質，法院根本未置一詞。如此一來，適用上的恣意就無法避免。而判決在沒有進一步論證何以國家高權行為即必然具有如此本質的情形下，直接搬出本質一詞來說明公務行為的強制性也可能造成循環論證的結果，亦即，當我們質疑為何國家高權行為具有強制色彩時，帝國法院在本判決的脈絡下大概也只能再重複一次既有的答案：高權行為就是有強制色彩。此外，本判決以本質論述替代法律規定作為公務員得動用強制力的基礎，已經全然違背了法治國家中最根本的法律保留原則，啟蒙時代以來節制國家權力濫用的思維也因此蕩然無存。再其次，由於帝國法院只表達了送達行為是國家行為而未進一步說明其是否同時屬於國

⁹¹ RGSt 25, 90; 35, 183.

⁹² RGSt 25, 89; 35, 183.

家的高權行為，從而，即使同意國家高權行為等同於強制內涵的說法，也不能推論出送達行為即具備強制的色彩。換句話說，因為在邏輯上，國家高權行為具有強制的內涵並不代表「所有的國家行為都具有強制內涵」，是以，在帝國法院的有限論證之下，送達行為仍可能屬於不具高權色彩的國家行為而不具有強制性。總而言之，帝國法院竭盡所能地想放寬強制要素的界線致使送達行為能夠被涵攝進公務範圍內的做法只說明了一件事：強制要素或許不是公務的必要條件。

平心而論，國家的公務帶有強制色彩在直觀上似乎沒有太大的疑慮，而這個說法在以 **Hobbes** 的社會契約論作為國家正當性基礎的論述下也沒有太大的問題，因為，人們就是為了要避免自然狀態下「萬人對萬人的戰爭」而授予君王以外在的強制力來確保人類的共存⁹³，是以，國家透過強制性的公務去貫徹人民所賦予的任務似乎也是沒有問題的。不過，在邏輯上同樣很清楚的是：國家得以強制力確保共存並不代表國家的行為必然是強制性的。因為，在 **Hobbes** 式的國家統治技術之考量下，如果統治者能以不干預人民自由的方式維持社會生存的基本秩序，就無須施以成本較高的具有強制色彩的統治行為。當然，更根本的問題其實是，本文並不贊同 **Hobbes** 將人類與豺狼虎豹⁹⁴同視的人類圖像設定，亦即，我認為人的能力並非僅限於以成本效益分析模型算計行為可能招致的後果來設定行為準則而已（也就是與其他動物相同的、本能性的趨利避害行為模式）。在第壹章已經表明，本文認為人尚具有特定的理性能力，能夠超越生物的趨利避害法則與因果法則的完全控制並能反過來操控因果法則，也就是自我決定的能力。在「人是自由主體」的人類圖像設定下，或許就能夠跳脫單純以外在強制的視角，而重新詮釋並且釐清公務的內涵。我們將會在下一個章節處理這個複雜的工作。

⁹³ *Hobbes, Leviathan, chap. XIII, p. 63.*

⁹⁴ *Hobbes, On the Citizen, p. 3.*

德國帝國法院在【執行送達案】的論證中所具有的眾多問題已如上述。然而，德國聯邦最高法院卻可以說是在完全沒有反思該案論理正確性的情形下就貿然地在【交通管制案】中援引了該案所提出的公務判定標準。不過，即使不質疑系爭判準，本案對於攔停構成公務的論證過程也頗為怪異。本案法院以交通道路秩序法第 36 條第 1 項與第 5 項規定了「道路交通參與者必須遵守警察的交通指示」為理由，推論出了警察在參與者不遵守指示的情況下「得動用合於比例原則的強制力以要求遵守」⁹⁵。這樣的推論很顯然過度擴張了上開法條的文義範圍而違反了法律保留原則，因為，根據法律保留的邏輯，只要沒有明文的法律依據作為國家機關干預人民基本權的基礎，系爭國家干預行為就是不合法的。這點與反對本判決的學說意見所稱可能使得所有國家行為都會構成本罪的公務的說法大致相同。令人不解的是，尤其在本案原因事實已經涉及了干預特定駕駛人行動自由之攔停處分的情形下，何以最高法院不直接以攔停干預自由所以具有強制性為由來論述攔停處分屬於公務，反而繞了一大圈從擴張法條文義下手，以致違背了法律保留原則。然而，這個聯邦德國對於公務判準的標竿性判決，仍舊全然沒有說明：為何強制要素是公務概念的內涵？從後見之明的角度來看，倘若德國聯邦最高法院在判決當時能夠更細緻地發掘帝國法院在【執行送達案】中對於公務之強制要素的論理是多麼捉襟見肘，則很可能的，德國聯邦最高法院會捨棄強制要素也說不定。至於上述對本案表示贊同的學說意見，由於沒有實質論理，沒有討論價值。

此外，對於訊問是否屬於本罪的公務內涵，是值得思考的。固然，訊問必須以被告或證人在不被強制的情況下自願做成才得做為證據來使用，然而，如果從被告往往是因為被逮捕而進入被訊問的狀態中，或者，被告與證人在受到傳喚之後始終未去報到即可能遭到拘提的角度切入，由於逮捕與拘提皆涉及強制力的（可能）運用，從而也可以說符合強制要素而構成本罪的公務。事實上，更根本

⁹⁵ BGHSt 25, 315.

問題還是強制要素作為公務內涵的基礎何在。而這個問題的解答，或許可以透過公立學校教師之教學行為的幾個案例中所提出的標準來看出些許端倪：合於法律的聘用。這個標準使得公務核心內涵的判斷視角轉移到了合於法律，而非原本的強制。這個判斷標準的視角移轉是相當有啟發性的，因為，如前所述，強制要素作為公務的一般性特徵的說法並沒有說服力，反倒是，以合於法律作為切入點正確地導入了法律與公務之間的關係。不過，應該要先說明的是，所謂合於法律的標準並非片面地以實證法為準，毋寧應該從實質法概念的觀點來理解這裡的合於法律。然而，這並不代表實證法在本文的脈絡中沒有任何的重要性，而是，如果要完整說明實質法概念與實證法的關係，則「（作為理念的）國家」證立就應該被仔細論述。也就是說，繞了這麼一大圈下來，我們可以確認的是：只有完整地確定了「人—規範（實質法概念）—國家—實證法」之間的關係以後，我們才能正確、而非流於表面地理解妨害公務罪的公務概念。

二、具體要素

所謂公務的具體要素指的是，公務員雖然具有職務上的抽象權限，但在尚未面臨符合其抽象權限所設定的事實情狀以致其得以實際運用其職權前，都不屬於妨害公務罪的公務範圍。換句話說，只有在公務員的執行職務行為指向特定或可得特定的執行相對人／物時，才代表著國家意志的具體實現，從而得以被稱作本罪的公務。⁹⁶從而，尚未將職務具體化的單純的偵查行為⁹⁷、一般職務義務的滿足（*die bloße Erfüllung allgemeiner Dienstplichten*）⁹⁸以及警察的預防性措施（*polizeilich-präventive Maßnahmen*）⁹⁹都不算是本罪的公務。

⁹⁶ NK-Paeffgen, a. a. O. (Fn. 2), Rn. 18; SK-Horn/Wolters, a. a. O. (Fn. 48), Rn. 5; Schönke/Schröder-Eser, a. a. O. (Fn. 48), Rn. 13 f.

⁹⁷ BGH NStZ 1982, 328.

⁹⁸ BGH GA 83, 411.

⁹⁹ Stree, Probleme der Sachbeschädigung – OLG Frankfurt, NJW 1987, 389, JuS 1988, S. 192.

進一步來說，實務上已經透過判決確認具有具體要素的公務行為有以下種類：一、對於特定道路交通參與者的攔停處分¹⁰⁰。二、對特定嫌疑人進行的各種強制處分（例如強制抽血¹⁰¹等）。三、對特定欠稅人所為的財產扣押¹⁰²。四、民事程序中對特定被告的送達行為¹⁰³。相反的，實務上認為下列行為僅具有「抽象性」、尚未具體化而不屬於本罪的公務：一、警察為防止他人干擾或者失序而對於集會遊行的觀察行為¹⁰⁴。二、警察在沒有鎖定特定對象之前的一般偵查行為¹⁰⁵。三、警察或聯邦國防軍的巡邏行為¹⁰⁶等。

事實上，所謂具體要素的要求不過是本罪構成要件中執行（*Vollstreckung*）要素的換句話說而已，從而，並沒有太大的問題。

三、時間要素

時間要素涉及的是公務的開始與結束。也就是說，只有在執行行為已經開始但尚未結束¹⁰⁷的前提下對於公務員強暴脅迫，才有可能該當本罪。從技術性的層面來說，這段區間的認定並不是訴諸全然的形式，然而，對於要認定公務已經開始但尚未結束的標準，學說實務上提出了數種說法。第一種說法是從帝國法院時期就發展出來的「直接即將來臨（*unmittelbar bevorstehende*）」說，從而，倘若行為人之行為與公務執行在時間上欠缺了直接關聯，則不屬於本罪的處罰範圍¹⁰⁸。不過，或許是這個標準仍然太過形式，德國聯邦最高法院在另一個標竿性的判決當中提出了更實質的看法：行為作用說。這個說法的意思是，本罪的處罰重點並不在於妨害行為與公務執行行為在時間上的前後關係，毋寧應該從妨害行為的作用是否持續到公務執行當時來判定本罪的公務是否存在，例如，在本案中，行為

¹⁰⁰ BGH 25, 313 f.; Celle NJW 1973, 2215.

¹⁰¹ BGH 24, 125.

¹⁰² Hamburg NJW 1984, 2898.

¹⁰³ RGSt 41, 82 ff.

¹⁰⁴ KG NStZ 1989, 121 f.

¹⁰⁵ Zweibrücken NJW 1066, 1086 f.

¹⁰⁶ Frankfurt NJW 1974, 572 f.

¹⁰⁷ RGSt 41, 181.

¹⁰⁸ RGSt 14, 259.

人雖然是在公務執行前即已架設路障，但該路障在公務執行時仍未撤除而確實影響了公務執行。¹⁰⁹另外，實務上也有更進一步延伸了帝國法院時期的直接關聯說法而認為，所謂的直接關聯，必須從自然生活歷程（*natürliche Lebensauffassung*）的角度來觀察，只要從這個角度觀察而能夠與執行行為被視作一個整體者，皆屬於公務的範圍¹¹⁰。對於這個標準的更具體化的說法是所謂的（被執行者）可觸及之處（*Kontaktbereich*），在此觀點下，公務員為執行逮捕而進入犯罪嫌疑人的家中已經算是公務的開始。比較有爭議的問題是公務執行前後的車程是否算入公務的範圍。通說的見解是：去程不算而回程算。¹¹¹

整體而言，時間要素屬於公務的內涵也是沒有問題的。由於這個要素涉及了非常技術性的個案認定，容許一定程度的恣意性也就無法避免。唯一比較有問題的地方是，並非所有公務執行後的回程都應該納入公務的範圍，因為邏輯上也有可能存在一種個案態樣，亦即，公務已經完全執行完畢（如，違建已被拆除、對集會遊行的保護觀察而集會遊行已解散者）。在此情形下，本罪的保護法益已經不存在，是以這之後的回程並不能算是公務的範圍。

第四項 小結

經過上面的討論以後，我們在此先簡單地整理一下德國法上對於妨害公務罪之罪質、法益以及公務概念的既有見解所呈現的問題。首先，德國法上過度依賴傷害、強制等保護個人法益的犯罪作為理解本罪性質與各該要素的基礎，無法充分解釋本罪保護國家法益的特性。其次，既有的論述對於本罪保護法益的見解也同樣只專注於在釋義學的層次上釐清本罪與傷害、強制等罪的關係，而忽略了必須進一步地從刑法哲學層次先取得對國家法益的實質理解才有可能使法益概念發揮導引構成要件解釋的功能，也才有可能對本罪的公務取得正確的理解。由於

¹⁰⁹ BGHSt 18, 133.

¹¹⁰ BGH NStZ 1982, 328.

¹¹¹ RGSt 41, 84; AG Tiergarten NJW 1988, 3218; BGH NJW 1982, 2081.

既有論述對於本罪法益實質理解的缺乏，使得德國法上對於本罪公務概念之理解失之片面，也就是，除了較技術性的具體、時間要素外，為何強制要素是公務概念的內涵，學說與實務就無法提出足以說服人的說理。事實上，上面這幾個論述缺陷大抵都可以歸結到一個問題上，亦即：法益證立基礎以及導引作用思維的嚴重欠缺造成了本罪法益與公務一般性判準之間的論證斷層。也就是鑒於此種缺漏，本論文在下一章就要先從（本罪）法益的證立開始談起，再進一步給公務概念一個清楚的輪廓。

第二節 我國法

在上述的討論中，我們已經完整地回顧並批判了德國法上妨害公務罪的發展歷程、學說與實務對於本罪法益的見解以及本論文最核心的問題：公務的內涵。接續著上一階段的討論，本節要將探究的焦點從外國拉回到我國，系統性地梳理並進一步地批判我國法上妨害公務罪的立法歷程、學說與實務對於本罪法益所提出的說法以及公務的解釋。以下的論證脈絡就依照立法歷程、本罪法益的說法以及公務的解釋循序漸進地進行；批判的工作會緊接著既有論述的闡釋後進行。

第一項 形成歷史

理解我國妨害公務罪形成歷史的最基本方式當屬回顧其立法理由以及歷次修法的理由。不過，如果想要更深入地探求本罪立法理由之所以形成的抽象脈絡，就有必要理解我國刑法典，亦即中華民國刑法的成型過程；當然，本論文並非以我國刑法史為研究主題，所以對於刑法史的論述皆以與本文的問題意識有關連性者為前提，並且以清末到民國建立後的這段現代國家建構的過程為主。擷取這段歷史區間的理由在於，本文對本罪形成歷史的關注是因為想試圖從這段期間的法事實中解讀出「人—法律—國家」關係的圖像是否有所更迭，而這段期間正好是從傳統帝制中國到現代共和中華民國政治體制的重大轉捩期。其次，與前述對於德國法的討論較為不同的是，由於中華民國及其現實法秩序的形成伊始尚未涵蓋台灣在內，而台灣人民在經歷了清朝的帝制統治以後尚有來自日本的殖民支配；

中華民國法制則一直要到 1949 年第二次世界大戰結束以後才開始適用於台灣，也就是說，縱然中華民國及其法秩序在 1912 年已經建立，但臺灣真正繼受與適用該法秩序的時間卻延遲了超過 30 年，中間的斷裂在現實上是由日本殖民者的法秩序所填充。這樣的斷裂說明了我們不能僅從中華民國法制的角度理解妨害公務罪以及本罪背後所涉及之「人—法律—國家」觀的形成背景，而必須將日治時期的台灣法制一併納入考察的範圍，如此一來才能夠忠實地反映出我國在法律史上「多源且多元」的脈絡。¹¹²

壹、妨害公務罪在中華民國法制中的形成

刑法第 135 條規定：

對於公務員依法執行職務時，施強暴脅迫者，處三年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。

意圖使公務員執行一定之職務或妨害其依法執行一定之職務或使公務員辭職，而施強暴脅迫者，亦同。

犯前兩項之罪，因而致公務員於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑。致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。

本罪的規範模式相當清楚，第 1 項是妨害公務罪的基本構成要件，強調了必須要在公務員依法執行職務時予以強暴脅迫方得該當本罪；惟第 2 項擴張了基本構成要件在行為情狀上的射程範圍，亦即，不論行為人之強暴脅迫行為是否在公務員依法執行職務時所做，只要行為人主觀上有法條所規定的各種意圖存在，即該當本罪；至於第 3 項則是加重結果犯的相關規定，與本論文所欲探討者較無關係。

¹¹² 參王泰升（2009），《台灣法律史概論》，3 版，頁 7 以下，台北：元照。

從中華民國法制以及其受傳統中國法所影響的觀點來說，本罪的制定沿革至少可以追溯到唐朝的唐律，其中規定：

諸抗拒州縣以上使者，杖六十；毆者，加二等；傷重者，加鬥傷一等（謂有所徵攝，權時拒捍不從者）。即被禁掌，而拒捍及毆者，各加一等。¹¹³

明律中亦對此有類似規定：

凡官司差人追徵錢糧、勾攝公事，而抗拒不服，及毆所差人者，杖八十。若傷重至內損吐血以上，及本犯重者，各加二等，罪止杖一百、流三千里；至篤疾者，絞；死者，斬。

清律之妨害公務罪規定基本上與明律同，只不過透過實務判例更具體地類型化了幾個典型案例。¹¹⁴單純就法條本身的文字來看，相較於現行法以行為人積極地施以強暴脅迫為要件，唐律、明律與清律三者所規定之妨害公務罪的犯罪行為類型更包含了消極抗拒公務執行，如唐律中的「抗拒」、明律中的「抗拒不服」等，說明了在傳統中國帝制時期對於妨害公務罪的處罰範圍更加廣泛。不過，這種情形到了清朝末年有了重大的改變。在清末光緒年間，清朝為了因應列強入侵所發動的一連串現代化思想與措施也反應到了法律的改革上，1907 年（即清光緒卅三年）由修訂法律館在日籍修律顧問岡田朝太郎協助之下所提出的大清刑律草案，已經刪除了傳統上固有之消極型態的妨害公務罪。當然，這在該草案大幅度參考歐陸國家立法的情形下是可以理解的¹¹⁵。而此草案中關於妨害公務罪的規

¹¹³ 參黃源盛纂輯（2010），《晚清民國刑法史料輯注（上）》，頁 109，台北：元照。另外，若干古籍原無新式標點者，本文亦以此書所標註之標點為準。

¹¹⁴ 參考黃源盛，同前註 113，頁 109。

¹¹⁵ 參考黃源盛，同前註 113，頁 35。

定與現今的法條文字並沒有太大的差異，可以說，中國法中現代國家版本的妨害公務罪，在此已經成形：

凡當吏員施行職務時加暴行或脅迫者，處四等以下有期徒刑、拘留或三百圓以下罰金。

其出於使吏員為一定處分，或不為一定處分，或使辭職之意，加暴行或脅迫，或用偽計者，亦同。

從比較巨觀的角度來說，該草案在當時的時空背景下固然表現出了相當自由且進步的觀念，然而，這並不代表堅守中國傳統禮教、風俗等價值之保守意見已經全面潰敗，反而是，從後續幾個針對該草案所提出的修正案，正展示了新舊觀念在立法場域的嚴重衝突。稍堪可喜的是，妨害公務罪的實證法規範並沒有走向保守、擴張的立場，不過，這也僅止於立法層面而已，司法實踐上是否能堅持「自由的底線」，從下述章節的分析中得出的可能會是否定的結論。

由於中華民國是在偶然的機運下透過武裝革命所建立的，從而，一時之間也只能暫時沿用清朝帝制時期的舊立法與舊體制，莫可奈何地形成一種「新國家、舊體制」的荒謬現象。不過，1912年民國初建時就任大總統的袁世凱，於就職同日即發布總統令：「民國法令未經議定頒布，所有從前施行之法律及新刑律，除與民國國體牴觸各條應失效力外，餘均暫行援用。」¹¹⁶十天後，當時的北京政府即根據該令，刪修了欽定大清刑律當中與民國國體相牴觸的條文。¹¹⁷欽定大清刑律中妨害公務罪的規定，除了將「吏員」改成「官員」、「偽計」改成「詐術」以外，全都完整地沿用下來，從而可以說，當時的政府認為妨害公務罪的具體規定與中華民國的共和國體沒有違背之處。無論中華民國實際的領土範圍如何變更，

¹¹⁶ 參考黃源盛，同前註 114，頁 361。

¹¹⁷ 參考黃源盛，同前註 113，頁 361。

也無論刑法典往後又歷經了多少次立場歧異的修正，這樣的見解都一直繼續存在。

以上的討論一方面從抽象的歷史進程與脈絡呈現出妨害公務罪形成與轉變的各種背景因素，另一方面也具體地檢視了從唐律以來本罪的幾個重要版本。可惜的是，歷次的立法理由或修法理由中對於本罪的說明往往流於表面，對比較法上不同立法立場的採擇，也只用沒有實質論理的三言兩語帶過。這使得我們無法從立（修）法理由中獲得對於本罪更細緻的理解。

貳、妨害公務罪在日本殖民法制中的形成

一般而言，日治時期的法律體制可以 1923 年為分界點劃為兩個階段：特別統治法制時期與內地延長法制時期。¹¹⁸1895 年清朝割讓台灣至 1923 年以前，台灣人民動輒以相當強烈的武裝手段抗拒日本殖民統治，使日本深刻體認到台灣與日本之間在各方面都有極大的差距，而應以不同的方式統治兩地，故在台灣的法體制上形成一種兼有日本法、傳統中國法與台灣固有舊慣的混合體。這種情形在 1923 年日本的民商法以及許多行政法規直接適用於台灣後完全改變。¹¹⁹相較於上述一般法秩序的兩階段發展，值得注意的是，日本刑事實體法在統治初期的 1896 年即已直接適用於台灣。不過，如果以日本將這部參考法國的刑法典適用於台灣，就認為較之清朝統治時期的傳統中國法制而言要來得進步的話，顯然就觀察得過於表面。因為，即使日本已將刑法典適用於台灣，但以嚴刑峻罰以及處罰範圍廣泛著稱的匪徒刑罰令¹²⁰和作為嚴密控制社會秩序的治安警察法，與後來的治安維持法等特別刑法，仍然呈現出了台灣作為殖民地的特殊地位。具體而言，

¹¹⁸ 參考王泰升，前揭註 112，頁 110 以下；氏著（2014），《台灣日治時期的法律改革》，2 版，頁 85-86，台北：聯經。

¹¹⁹ 參考王泰升，前揭註 112，頁 111 以下。

¹²⁰ 對於匪徒刑罰令的深入分析請參小金丸貴志（2012），〈匪徒刑罰令與其附屬法令之制定經緯〉，《台灣史研究》，19 卷 2 期，頁 31-98。

當時日本刑法典的妨害公務罪與我國刑法現行條文並沒有太大的差距，在刑度上也相同，只有職務行為適法性未明文訂入構成要件此點不同而已：

於公務員執行職務之際，對之加以暴行或是脅迫者，處三年以下懲役或是禁錮。¹²¹

匪徒刑罰令等特別刑法固然沒有完全對應於本罪的規定，然而，匪徒刑罰令第1條對於匪徒的浮濫定義與苛酷之刑度¹²²，讓聚眾妨害公務行為的刑度一下子提高非常多。在法規範的面向以外，日本政府以警察體系配合台灣既有的保甲制度，讓國家的統治意志能夠被強力且有效地貫徹到台灣的每一個角落，也讓「警察大人」成為台灣人民直到現在都還不時掛在嘴邊的稱呼。當然，這種從法律規範面（刑法典與特別刑法中的各種關於妨害公務罪的立法）與生活事實面（警察與保甲要求每個人在日常生活中具體而微的規訓）的雙管齊下，造就了台灣人民至今都還難以翻轉的「人民服從國家權力」的圖像。¹²³

參、小結

論及至此，首先，我們可以發現：無論在歐洲抑或亞洲，妨害公務罪的存在可以說是源遠流長，至少在德國，本罪的出現已經超過百年；而在傳統中國法上，與本罪同質的犯罪規定更是可以追溯到千年以前。然而，存在未必即屬正確，因此，我們進一步要問的是，在這段漫漫的時光裡，何以妨害公務罪不但能夠禁得起時間的考驗，而且能在不同的國家政治體制裡被完整地保留下來？關此，最直觀的答案當是：無論是在哪個時期、身在何種體制、持何種價值觀的統治者，希

¹²¹ 參考西田典之（著），劉明祥、王昭武（譯）（2007），《日本刑法各論》，3版，頁326，北京：中國人民大學出版社。

¹²² 「不問主存何意或行暴舉或行脅迫願遂其意糾合聚眾者，均為匪徒罪分按左開處辦：一、首魁即教唆者處以死刑；參與同謀或為指揮者處以死刑…。」翻譯參考小金丸貴志，前揭註120，頁56。

¹²³ 對於日治時期警察制度的深刻分析請參江玉林（2010），〈後藤新平與傅柯的對話〉，《中研院法學期刊》，7期，頁41-79。

望強而有力地貫徹自己的意志這點都是共通的。從而，傳統中國法乃至於現代各國的刑法典中幾乎沒有例外地都有妨害公務罪的具體規定。不過，用刑法貫徹統治者／國家的意志，在帝制時代或威權體制等強調國家與人民是上對下的命令服從關係之統治模式裡固然司空見慣，但對於強調「國家是為人民而存在」的現代自由法治國家而言，人民與國家的關係既已翻轉，何以妨害公務罪尚且仍有存在的正當性？在上述爬梳了我國關於本罪的形成歷史以後，本文認為，許多進一步思考本罪證立基礎以及解釋方針的契機被錯失了。尤其是在費盡千辛萬苦後所換得的「從帝制到民國」那段期間，袁世凱既已下令通盤檢討並刪修各種不符合中華民國共和政體的法規範，修法者卻未能把握機會更深入地思考本罪在現代國家中的意義以及共和的實質內涵，實在太過可惜。類似的契機也曾經出現在我國解嚴後的民主化風潮中。相較於民國初年尚未有憲法作為參照之文本，解嚴初期人們不斷強調「轉型正義」以及透過數次修憲確立了自由民主的國家體制，這些來自公民社會風風火火的能量，卻似乎難以撼動對於本罪的既有思路。從而，我們看到了，國內對於本罪的研究論著仍舊相當缺乏，實務對於本罪的適用也鮮有反思，造成的結果就是：自由民主與法治的理念難以落實，人與國家關係的圖像也難以翻轉。也正是因為如此，本文在下一章所做的工作就是要將自由法治的理念，透過本罪公務的正確解釋予以實現，並希望藉此使人們重新釐清人與國家的關係。

第二項 妨害公務罪的法益定位

我國的學說與實務對於妨害公務罪的法益定位與說理大致上不脫德國法上已經提出的見解。實務上曾有認為本罪同時保護國家公權力之執行以及執行公權力之公務員，亦即採取所謂二元論的見解；相反的，我國學說上幾乎可以說是一面倒地認為本罪僅以國家公權力的貫徹作為保護法益。

司法院曾在其所作成的函釋中提到：「妨害公務罪屬侵害國家權力之罪，公務員必也依據法令執行公法上之行為，始具實行國家權力之性質，亦因此際公務員之地位特殊，而有特加保護其執行行為之必要。苟若所執行者為私法上之行為，則國家係與該私法行為之相對人立於相對等之法律地位，並非實行國家權力之屬，縱對執行該行為之公務員施以強暴脅迫，亦不構成妨害公務罪，僅能依妨害自由罪章論處。」¹²⁴司法院在文字中雖無明確提到法益二字，不過，從「妨害公務罪屬侵害國家權力之罪」一句可以知道，本罪的目的是在防止國家權力受到侵害，從而也可以說本罪以國家權力為其保護法益；此外，本函釋也認為「公務員之地位特殊，而有特加保護其執行行為之必要」，基此可以說，本函釋表達了實務上對於本罪保護法益二元論的見解，亦即，本罪除了保護國家法益以外，尚且具備保護公務員個人法益的功能。

相較於實務上二元論的見解，學說上率皆認為妨害公務罪僅止於保護國家法益，只不過此國家法益的內涵與名稱為何，用語略有不同。多數學說對於此國家

¹²⁴ 司法院 70. 3. 18 (70) 廳刑一字第 253 號函。

法益的描述是所謂「國家權力之（合法）行使」¹²⁵抑或「國家事務順利進行」¹²⁶等，總而言之，就是國家所具有的任務能夠透過權力的行使獲得實現。雖然在本罪保護法益的見解上學說趨近一致，然而，對於此種法益主張提出較完整的論證者卻是少之又少。一種比較初步的論證是：「保護國家權力之行使是為了防止政府的信賴遭到破壞」¹²⁷，亦即，公權力執行背後所涉及的是「國家的公信力」¹²⁸。更進一步的論述則認為，人們開展生活有賴於國家透過公權力所維持的安全秩序狀態，一旦國家的公務無法順利遂行，仰賴其所穩定的社會秩序就難以存在，終將導致人民的具體生活關係無法存續。是以，藉由刑法保護國家意志之貫徹，等於是間接地保護人們生活的條件。¹²⁹學說上對此議題最為深入的探討當屬黃榮堅老師，他站在本罪保護國家法益的見解之基礎上，進一步追問：「國家的任務為何？」¹³⁰事實上，探問國家的任務為何也就等同於去思考「國家存在的目的是什麼」¹³¹。對此，黃老師從政治哲學的角度提到了 Aristotle、Hobbes、Locke 以及 Rousseau 等人的理論，並認為雖然個別的論證有或多或少的歧異，但國家存立的目的以及其派生的國家任務大抵上就是要填補自然社會狀態下所欠缺的問題解決機制¹³²，也就是說，國家這個體制之所以被創設出來，乃是因為有一些問題如

¹²⁵ 如韓忠謨（1968），《刑法各論》，頁 94，台北：自刊；周治平（1968），《刑法各論》，頁 129，台北：三民；褚劍鴻（1983），《刑法分則釋論（上）》，頁 176，台北：臺灣商務印書館；林山田（2006），《刑法各罪論（下）》，修訂 5 版，頁 139，台北：自刊；盧映潔（2009），《刑法分則新論》，2 版，頁 81，台北：新學林；周治平（1969），〈妨害公務員執行職務罪〉，《軍法專刊》，15 卷 10 期，頁 4；梁恒昌（1988），〈狹義公務罪之探討〉，《法令月刊》，39 卷 11 期，頁 3；甘添貴（1998），〈刑法上公務之內涵〉，《月旦法學雜誌》，43 期，頁 21；曾淑瑜（2007），〈妨害公務罪之保護客體是「公務員」？還是公務？〉，《台灣本土法學雜誌》，91 期，頁 87 以下；黃惠婷（2008），〈妨害公務員執行職務之行為〉，《月旦法學教室》，73 期，頁 18；廖其偉，前揭註 2，頁 13。另外，黃榮堅老師雖然沒有明確表達自己的見解，但從其文章援引之說法以及他建立在該理解之上進一步地探問「國家任務為何」的論述方式，他應該也是贊同此一見解的，對此請參黃榮堅（2009），〈刑法上個別化公務員概念〉，《臺大法學論叢》，38 卷 4 期，頁 288。

¹²⁶ 如蔡墩銘（2008），《刑法各論》，6 版，頁 659，台北：三民；陳子平（2014），《刑法各論（下）》，頁 618，台北：元照。

¹²⁷ 林山田，前揭註 125，頁 137。

¹²⁸ 周治平，前揭註 125，頁 129。

¹²⁹ 韓忠謨，前揭註 125，頁 94。

¹³⁰ 黃榮堅，前揭註 125，頁 288 以下。

¹³¹ 黃榮堅，前揭註 125，頁 289。

¹³² 黃榮堅，前揭註 125，頁 291。

果沒有國家出面是無法被解決的。不過，這裡所稱的「問題」，並不是穩定不變的概念，而是在考量「社會整體利益」¹³³之後的產物，從而，國家為了達成解決問題之任務而介入人民生活的範圍，並不是一個「純粹理念的問題，而是涉及事實上國家主觀意志的問題」¹³⁴，也就是效益主義的邏輯下，整體利益如何最大化的問題。¹³⁵

實務採取二元論的理由過於薄弱，只在公務員在執行公務時的須保護性提高這一點上提出了實質一點的論據。不過，須保護性提高的原因何在，仍舊不見說明。就此點而言，與前述德國聯邦最高法院的見解有高度雷同，批評也已見前述。簡單來說就是，如果這裡的須保護性提高指的是公務員執行公務時相較於一般情形遭遇反抗的機率提高，那麼，將公務員的個人法益納入本罪保護範圍的做法實際上並不會加強對於公務員的保護，因為，至少在刑度上，不論是傷害罪抑或強制罪的法定刑都與本罪相同，行為人在競合上不會因為多被冠上一條妨害公務罪就被課與更高的刑責。而如果這裡的須保護性指向的是公務員的尊嚴，則這種尊嚴概念應該要被破除。因為，作為貫徹國家意志工具的公務員，如果有所謂的尊嚴，指的應該只是他／她能夠不辱使命地在合法的限度內完成其被賦予的任務，正如同任何一個在每個職業裏頭兢兢業業工作的人。也就是說，從作為國家功能載體的面向來說公務員的所謂尊嚴，指的並非多於公務概念的什麼，而毋寧是公務本身，是以，對於公務的保護就完全等同於公務員尊嚴的保護；如果要從作為「人」的面向來說公務員的尊嚴，則刑法體系中其他保護個人法益的罪章已經足以擔負維護其尊嚴的任務。如果司法院主張的是一種超越上面兩種說法以外的尊嚴概念，那無非就是在刑法的適用上主張一種職業有貴賤之分的不平等關係。這在強調自由平等的現代國家中自然是不被允許的。

¹³³ 黃榮堅，前揭註 125，頁 292。

¹³⁴ 黃榮堅，前揭註 125，頁 293。

¹³⁵ 明確地以效益主義觀點討論妨害公務罪之罪質者亦見於陳子平，前揭註 126，頁 618；廖其偉，前揭註 2，頁 100。

至於保護人民對國家的信賴或公信力的說法，似乎有本末倒置之嫌。因為，所謂信賴或公信力，應該是建立在國家能夠順利地貫徹人民所賦予的各種國家任務，當國家越能貫徹公務，便展現了越高的執行能力，人民自然而然會產生對於國家的信賴；相反的，如果國家動輒以各種藉口迴避執行其任務，還反倒要求人民要繼續保有對國家的信心，這可能已經是對於人與國家關係的一種重返威權式的理解。事實上，根本的問題是：人民在主觀上對於國家的信賴與否往往只是一種恣意的情緒，而在刑法應該建構在理性之上的理解下，人民的信賴抑或是國家的威信便不應是刑法保護的內容。

相對於上述幾種未經說理的說法，韓忠謨與黃榮堅兩位老師可以說是洞悉了問題之所在。不過，韓老師所謂保護國家法益的目的在於使國家能夠發揮維持人民開展生活所必需之安全秩序的機能，或許也值得更進一步深思。首先，如果我們把秩序做比較廣義的理解，則很清楚的，即使在一個沒有國家的自然狀態裡，也不必然就會失序；因為，當人們都理解了弱肉強食的道理之後，在自然狀態裡的每個人也就可以依賴著以弱肉強食建立起的遊戲規則開展生活。所以，如果不進一步說明所謂的「秩序」應該有什麼特徵，以及這樣的秩序相較於自然狀態中強凌弱、眾暴寡的秩序有什麼不同，國家對於人們開展生活所需秩序的確保一說便不具說服力。其次，鑒諸歷史，我們也可以看到太多極權國家以維護秩序為由而壓縮人民開展生活空間的事例。事實上，號稱自由民主燈塔的我國政府及其培養出的各級警察，對於本應屬於人民權利的集會遊行抗爭所採取的極盡打壓之能事¹³⁶，在在說明了：如果不從人民的自由與權利之角度來定位國家、秩序等概念，則「保護國家、社會要安定」等口號就反倒會成為迫害人民的理由。

¹³⁶ 例如，2014 年因高速公路收費電子化而遭到資遣的國道收費員為抗議國家未能確保勞退制度之公正性使得工人的年資被一筆勾消，在總統馬英九為台北市長候選人連勝文站台時拉起布條並喊口號，竟隨即被警察撲倒在地，並遭連勝文支持者毆打，馬英九竟然在台上指責抗議者破壞秩序且「不懂言論自由」，還在現場帶起口號為警察加油，著實令人傻眼錯愕。事實上，

黃榮堅老師追問國家法益的保護目的是什麼，等同直搗問題核心。不過，黃老師先說「國家存在的目的在於填補人們在自然狀態下所欠缺的問題解決機制」，卻又在後續的論述中將「問題化」的權力完全交給國家，如此造成的結果很可能會造成判斷標準的移位。申言之，如果人們創造出國家這個功能性體制的意義在於解決某些困難的問題，例如：追訴、處罰犯罪人、造橋鋪路與興建公共工程等，那麼，凡是人們自己無法解決的「所有問題」都應該落入國家介入處理的範圍。然而，黃老師卻表示：「所謂國家任務並非純粹理念的問題，而是涉及事實上國家主觀意志的問題。」這樣一來，原本人們無法自行解決，從而需要國家出面的時刻，卻可能因為國家（以及事實上掌握統治權力者）不認為這是個問題，或甚至是刻意迴避該問題而不予處理。更糟糕的結果是，如果讓國家／主權者掌握了詮釋何謂問題的權力，則掌權者將有可能基於為了鞏固自己政權等各種並非出於滿足人民需求的原因，把不是人民之間待解決的問題硬是詮釋為問題，進而動用其所壟斷的權力。而當掌權者不是完全以人民利益的最大化為原則在使用權力時，國家作為自然狀態下問題解決機制欠缺的補強體制這個功能設定就有被破壞的危險。事實上，國家解決問題的能力有其極限，是以，期待國家能夠為人們處理所有問題，要不是期望落空，就是讓國家取得不斷擴張權力的藉口。我們認為，正確的視角應該是先界定哪些問題是應該由國家出面處理的，而這些屬於國家應該出面處理的問題領域，就是所謂的國家任務，也只有國家貫徹其任務時，刑法才有介入保護的正當性。而要劃定國家任務的範圍，一個基於主體自由的觀點構築出的「人—規範—國家」關係就必須被詳盡地說明。也就是說，國家作為主體的產物，透過制定、執行規範的方式進而擔保主體的自由能夠實現。就是因為將自由當作一切論述的出發點，才能免去某些實務見解主張之公務員與一般人民

當「秩序」等於「穩定」並成為一切的指導原則時，個人的自由非但不會因此而更能展開，反而是將無限制地往後退縮。相關報導請見：葉瑜娟報導（2014/11/21），〈助選遭勞工嗆聲 馬英九：反對暴力干擾〉，《風傳媒》，網址：<http://goo.gl/3wH6Le>。最後瀏覽日：2014 年 11 月 21 日。

不平等的上下關係，以及不讓所謂「秩序與穩定」成為侵蝕個人自由的藉口，當然，將自由當成基點，我們才有辦法為國家任務畫出明確的界線並避免國家濫權。

第三項 妨害公務罪的「公務」內涵

在討論完我國學說與實務上對於妨害公務罪保護法益的見解以後，我們要再往更具體的層次檢視，也就是本文的核心問題意識：何謂公務。我國實務上對此從未做出仔細的論證，至多提出一個非常抽象且形式的判準。學說上雖多有論及，但有深入討論者也相當稀少。學說上的見解約有三類：第一類：凡是在實證法上屬於公法上的職務者皆屬公務；第二類：所謂公務指的是公法上具有公權力性質的職務；第三類：屬於國家任務者，原則上即屬公務。

實務上最高法院判例有言：「（按：舊）刑法第一百四十二條之妨害公務罪，以對於依法執行職務之公務員或其佐理人有該條一、二兩項所定之妨害行為為成立要件，若其執行職務軼出法律範圍之外，甚且憑藉所持之公用物品，以便利其犯罪，此種行為，既非基於其職務上之合法行動，則排除或制止之者，除視其情形如何得論以他罪外，要難認為妨害公務。」¹³⁷、「刑法第一百三十五條第一項之妨害公務罪，以公務員依法執行職務時加以妨害為要件，若超越職務範圍以外之行為，即不得謂為依法執行職務，縱令對之有所妨阻，要無妨害公務之可言。本件告訴人以硝磺分局長身分，率領緝私員赴上訴人家查緝私硝，固難謂非依法執行職務，但於查獲私硝後，因上訴人向其有所爭執，竟令毆打，實已軼出執行職務範圍之外，因此引起上訴人之反擊，自難據妨害公務之律以相繩。」¹³⁸此外，法院往往以包含刑事訴訟法、警察法以及相關行政命令在內之公法上的實證規定為職務範圍之判斷標準，若某一事態合乎系爭公法規所訂職務之構成要件，則該當本罪之公務：「公務員所執行之職務，固不以具有強制力為限，然必在其職權範圍內，始足當之；若所執行者，並非法令所應為之職務，縱對之施以強暴、脅

¹³⁷ 最高法院 23 年上字第 4217 號判例。

¹³⁸ 最高法院 30 年上字第 955 號判例。

迫，除其程度足以構成其他罪名，得論以他罪外，仍難以妨害公務罪論處。原判決認定上訴人對於程建人委員執行職務時施強暴，惟依八十四年一月二十日總統令修正公布之立法院組織法第十九條規定『立法院各委員會委員人數，以十八人為最高額。』，八十一年二月二十二日總統令修正發布之立法院各委員會組織法第五條規定『各委員會會議，須有各該委員會委員五分之一出席，方得開會。』，第二十條規定『各委員會會議，除本法規定者外，得準用立法院組織法及立法院議事規則有關條文之規定。』，再準用八十三年十一月十日立法院會議修正之立法院議事規則第六條規定『本院會議出席者及列席者，均應署名於簽到簿。』，第二十三條規定『秘書長於每次會議，報告已足法定人數，主席即宣告開會。已屆開會時間，不足法定人數，主席得延長之；延長兩次，仍不足法定人數時，主席即宣告延會。』，程建人委員固依議程排定為八十四年四月二十四日上午十時三十分立法院第五會期外交及僑政委員會之會議主席，該次會議是否有足額之該委員會委員署名出席會議？程建人委員擔任會議主席是否於不足法定人數時予以延長？攸關該委員會之會議是否開始，或程建人委員是否已經著手執行其主席職務之認定，原判決未進一步查證清楚，逕為不利上訴人之判斷，同有調查未盡之可議。」¹³⁹

¹³⁹ 最高法院 92 年台上字第 4041 號判決。最高法院 95 台上第 5908 號判決同其意旨。警察法以及刑事訴訟法上的案例非常多，但法院在論述上卻往往以「警察所為逮捕行為，自屬執行職務」等語直接帶過此爭點，有未交代理由或過於簡略之嫌；難得一見較為深入討論的判決是臺灣高等法院臺南分院 98 年度上易字第 803 號判決：「警察任務為依法維持公共秩序，保護社會安全，及防止一切危害及促進人民福利，警察法第二條著有明文。而其為履行法定任務而為一切必要之行為，均不失為其依法令執行公務之內容，自屬執行其維持公共秩序之法定任務所必要。本案警員乙○○於接獲線報，安排勤務與警員丙○○前往可疑處所查緝毒品，行為之目的在於查緝毒品，保護社會安全及防止一切危害，其本質符合警察法規定之任務。乙○○、丙○○二人，依據警察勤務表排定之時段，於報告所長後，執行勤務前簽立員警出入及領用槍枝彈藥登記簿，於執行完畢後則簽立員警工作紀錄簿，其等行為外觀及內涵均符合警察職務之行為，該二人依法執行警察職務，應堪認定。」不過，本文認為，並非所有屬於警察任務的行為都具有本罪公務的適格性，還必須實質審查這些警察任務的內涵是否屬於（本文意義下的）國家任務範疇，這個部分將在下一章說明。

許多學說上對於本罪公務的認定方式，其實與實務的做法無異，也就是，只要是公務員的行為能夠在公法領域的實證規定中找到授權基礎，即該當公務。¹⁴⁰另外，也有不少學說在上述說法以外，更進一步從公務員所為之公法行為之性質是否具備「公權力色彩」，作為公務的要件。¹⁴¹依此說法，國家機關內部之單純事務，如，發放薪餉與遞送公文等，因為只在機關內部發生而無影響一般人民之外部效應，從而不屬於本罪之公務。即使系爭國家行為有影響一般人民之外部效應，但是該行為是公務員基於私權地位所為者，如，興建辦公廳舍、購買電腦等，亦因不具備公權力色彩而非屬公務之內涵。對此，論者在將妨害公務罪的保護法益定位在國家行政效率的基礎上，認為將公務要件詮釋為僅具公權力色彩者，一方面符合系爭法益的定位，另一方面也可排除較輕微的、未達強暴脅迫程度的公務騷擾行為落入本罪的範圍¹⁴²。其次，如果公務要件要與現代法治國家所要求的法治國原則、明確性原則與比例原則等限制國家權力不過度擴張之思考相融貫¹⁴³，也必須採取此種說法。此外，行政法中行政處分的概念既然也以公權力為要素，概念上即與公務要素相去不遠，從而，採取公權力行為說也就幾乎等同於將公務要素與行政處分同視。¹⁴⁴最後，該論者也認為，只有採取公權力行為的說法，才可能讓妨害公務罪的故意在現實中可能存在，否則會讓主觀與客觀要素無法協調¹⁴⁵。黃榮堅老師則異於上開論點認為，無論是德國法上的強制要素抑或學說所說的公權力色彩，皆未必是對於公務內涵的適切判準。黃老師所採取的說法是與其法益論述一貫的國家任務（公共事務）說，也就是，只有在公務員所執行的職

¹⁴⁰ 韓忠謨，前揭註 125，頁 95；褚劍鴻，前揭註 125，頁 177；周治平，前揭註 125，頁 130；梁恒昌，前揭註 125，頁 4；林山田，前揭註 125，頁 139。據陳子平老師書上所言，這也是日本實務上判例與通說的立場，請參陳子平，前揭註 126，頁 619。

¹⁴¹ 甘添貴，前揭註 125，頁 21；曾淑瑜，前揭註 125，頁 92；黃惠婷，前揭註 125，頁 18；陳子平，前揭註 126，頁 619。廖其偉，前揭註 2，頁 79 以下、99 以下。

¹⁴² 廖其偉，前揭註 2，頁 99。

¹⁴³ 廖其偉，前揭註 2，頁 100。

¹⁴⁴ 廖其偉，前揭註 2，頁 79。

¹⁴⁵ 廖其偉，前揭註 2，頁 75 以下、頁 101 以下。

務是屬於那些「人民必須仰賴國家介入處理的事項」時，才是本罪所謂的公務。

146

如果回頭檢視上述各種公務判準，首先很清楚的是，實務上的兩個判例除了將本罪「執行職務」之構成要件反過來說以外，完全沒有多說出些什麼。令人感到匪夷所思的是：「公務員必須在執行職務，行為人方能構成本罪」，因此，「逸脫職務範圍不構成本罪」，這個在邏輯上再簡單也不過的推論，原來對於最高法院是這麼困難而重要的問題，以至於必須用至少兩個判例來闡釋，而下級法院竟也很捧場地不斷援用。不過，也正因為這兩號毫無內容的判例，使得下級審法院在面臨審查個案中公務員之行為是否為本罪之公務時，必須發展出自己的一套標準；從實務上習於依賴實證法的作風而言，從各公法實證規範中導出本罪公務之做法，是可以預料的；這種推論方式甚且獲得不少學說的支持。然而，如同學說上所批評的，將公法規範中賦予公務員之所有權限直接視為本罪之公務，是一種全然忽略刑法法益思維的解釋方法。基此，批評者從本罪保護國家公權力之法益導出公務必須以具有公權力色彩者為前提，公務員所為之私權行為以及機關內部不對外發生作用之內部行為率皆不屬於公務。不過，本文認為，公權力色彩說相較起實務的做法已經從更實質的層面理解公務，且重視法益作為構成要件解釋導引的做法也是正確的，但為德而不卒者仍有二：即使將本罪之保護法益定位成國家公權力，也不必然表示「所有」涉及國家公權力之公務員行為皆屬本罪的公務，亦即，國家公權力在此也可能只是公務的必要條件而已，此其一。更重要的是，倘若不進一步說明國家公權力（或者，國家壟斷權力／強制力）透過刑法保護的正當性何在，則先將保護法益定位於國家公權力，再以此理解公務內涵的做法，事實上就僅僅是公權力一詞的複製與貼上而已，此其二。事實上，將國家壟斷公權力的現象與刑法應該保護國家公權力兩者直接連結，已經混淆了實然與應然之

¹⁴⁶ 黃榮堅，前揭註 127，頁 293 以下。

間的區分，倘若再將此論理上的謬誤繼續貫徹在公務的解釋上，顯然就是亡羊不補牢。進一步來說，倘若實證公法規範上有某些賦予公務員的權限不符合刑法規範的應然理念預設，則正確的做法應該是，將那些不符刑法預設的公務員權限排除在刑法本身的保護範圍以外，如此一來，刑法規範的系統完整性才不至於出現破口。從這個基礎上，除非論者能提出刑法上的公務概念與公法上的公權力概念之間全然相容的充分論證，否則，直接以公權力概念來理解公務，毋寧是一種無視刑法規範性的做法。

此外，論者認為透過將公務要素詮釋為僅限於公權力色彩者，一方面合乎本罪保護國家行政效率法益的定位，另一方面可以維持刑法最後手段性、法治國原則、比例原則之說法，本文認為在邏輯上有檢討的空間。首先，論者除了主張本罪保護法益如上，以及公務員執行具有公權力色彩之職務是為有效管理國家事務，提升人民與社會的總體資源外，對於為何公務員一定只有在執行具有公權力色彩的職務時，才能夠對應到行政效率與社會資源提升之保護法益一事，基本上是未置一詞。因為，在邏輯上也可以想見的是，即使是機關內部的發放薪資，或是行政機關非基於公權力地位所為的各種私經濟行為，也是提升行政效率的方法之一。從而，未經充分論證即做出上述主張，毋寧有過於武斷之嫌。其次，既然該論文討論的是如何透過妨害公務罪的保護法益推導出公務要素的具體內涵¹⁴⁷，則以不相干的強暴脅迫要素作為佐證，似乎欠缺論理上的關聯性。如果同意本文的看法，那麼，除了論者能夠適切地說明公權力色彩說與提高行政效率的充要關係何在，否則附隨於上述說法下，將公務要素與行政處分同視的說法，即顯不足採。最後，也是最令人百思不得其解的論證是，本文無法理解為什麼論者會認為，在公務要素的一般理解下，行為人將幾乎不可能構成妨害公務罪的故意。因為，一般意義下的故意，指的是行為人對於構成要件事實的主觀認知，在妨害公務罪

¹⁴⁷ 廖其偉，前揭註 2，頁 99 以下。

的框架下，指的可能是：行為人知道警察正在抓小偷，或是，行為人知道法官正在辦案。而行為人基於這種認識，進而對公務員（警察、法官等）強暴脅迫，則行為人即有故意。從而，論者的說法不知根據何在。

黃榮堅老師對於公務的理解可以說兼具理論的深度與法益論述的一貫性。不過，黃老師一方面認為國家存在的目的在於彌補人們在自然狀態下所欠缺的問題解決機制，另一方面卻又認為國家可以決定什麼是它要解決的問題，在理論層次的說明略顯矛盾，此已如前述。不過，如果從黃老師一貫的效益主義立場來理解國家存在目的的話，將國家任務理解為一種相較於人民自行處理而言成本較低而使得社會的總體利益得以提升的選項，似乎也頗具有說服力。從這個角度來說，國家任務（公務）的判斷就必須以經濟分析等成本效益計算的模型在個案中具體認定。確實，如果真要貫徹效益主義式的刑法觀，引進更精密的效益計算方法就是必要的。然而，本文既然已經在根本上採取了以自由為基礎的刑法觀，與上述效益主義式的刑法觀所推導出的見解相互歧異就是必然的結果。也就是說，這裡涉及的未必是論理的正確性，而是對於最初人類圖像預設的選擇。這說穿了也正是我們對於人生觀與世界觀的選擇。然，一旦如同本文採取了將人視為自由主體的預設，自然就會與純粹效益主體的預設有所不同。當然，這個理念預設層次的選擇，也會將刑法、國家乃至於公務概念的內涵導向不同的理解。然而，如果我們仍然在乎人性尊嚴，並且認為沒有任何一個人能夠單純地被當作其他人的工具來對待，那麼，就代表著「自由主體」的預設是唯一的選擇；從具體的角度來說，如果我們不認同苗栗縣政府可以為了某些企業家的利益，不顧土地所有人的反對而強制徵收其農田；如果我們不認同國家可以為了虛幻的社會秩序、交通順暢而動輒漠視人民的集會遊行與言論自由，那麼，以人的自由及其實現作為國家任務（公務）的內在限制，就是唯一的選擇。這也是本文的選擇。

第參章 自由法治國家中的公務概念

經過前兩個章節的論述，本文大抵上已經完成了開展問題意識以及回顧／批判既有見解的工作。而前兩個章節的工作，無非都是為了要能夠順利地重新建構出一套對於公務內涵的詮釋——這也將會是本章的主要任務。不過，在以自由法治國理念全面翻新公務的內容之前，我們仍然需要從比較抽象的層次去回顧、批判並重構從概念被創生伊始據今已經超過兩百年的法益概念。因為，如同本文一開始所述，法益作為刑法正當性基礎的說法固然是普遍地被刑法學界接受，但是，法益概念的內涵以及其證立的基礎為何一直以來都有莫大的爭論，以至於開始有一種放棄法益論述的消極說法產生¹⁴⁸。而德國聯邦憲法法院雖然沒有完全否定法益概念的作用，卻也明確指出：什麼是刑法應該保護的利益，立法者有其形成的自由，在一個民主的國家中，來自刑法學的法益概念對於刑事立法的批判，至多只有建議的作用而已，法院不能因為特定學說基於法益概念的應用而宣稱某刑事立法無正當性就不去適用系爭有效的法律¹⁴⁹。至此，法益外於體系的批判功能似乎已經備受忽視；而學說上對於法益概念內涵的莫衷一是，也讓法益概念僅存的構成要件導引功能逐漸喪失。這種法益概念已死的學說傾向，也反應在刑法學術界不斷在為刑法正當性找尋出路的嘗試上：現今最流行的說法似乎是將法益概念與實證憲法文本連結，使得法益概念得以從純粹學術性的領域藉由憲法的嫁接成為一個能夠被實務家援用的概念¹⁵⁰。另外，也有學者從傷害原則（Harm Principle）出發，試圖在法益以外為刑法的正當性找到基礎¹⁵¹。然而，學說上選擇將刑法學的理論與法律實務的實踐全然區分，並且往往將法益概念與實證法掛勾的法實證

¹⁴⁸ Insbe. *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 9), 2/1 ff.

¹⁴⁹ 近幾年來很熱門的【血親性交案】就是這種立場的忠實反映。Vgl. BVerfGE 120, 224 ff. Krit. *Hörnle*, Das Verbot des Geschwisterinzepts – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik, NJW 2008, S. 2085 ff.; *Roxin*, Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzepts – Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafvorschriften –, StV 2009, S. 544 ff. *Jakobs*, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts, S. 24.

¹⁵⁰ Z. B. *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte; *Stächelin*, Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat; *Hefendehl*, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht; *Hörnle*, Grob anstössiges Verhalten.

¹⁵¹ *von Hirsch*, Das Rechtsgutbegriff und das „Harm Principle“, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, S. 13 ff.

主義傾向，本文並不贊同。如同本文第壹章已經說明過的，理論與實踐共享著相同的原則，所謂的學術也必須兼具有理論與實踐的面向。而德國聯邦憲法法院訴諸「民主原則」，將（刑）法規範的正當性來源全面委由民主制度決定的做法，在根本上就忽略了民主其實是以自由作為前提¹⁵²。從最抽象的角度來說，一個與自由理念迥不相侔的實證法規範，其正當性就值得懷疑，從而在法律實踐上就應該極力限縮其適用空間¹⁵³。而從具體的層次來說，透過自由理念的詮釋，就可以有效彌補法益概念的空洞化。導入自由作為法益概念的支撐點，即能同時滿足並充實法益的體系批判功能以及解釋導引功能。

當然，上述將自由與法益連結起來的說法，也會對集體法益的論述產生影響。而本文所處理的妨害公務罪背後所指涉的國家法益，其作為集體法益的正當性基礎，也能夠透過自由理念得到較以往的說法而言更實質的論證。也就是說，自由理念能夠將人、規範、國家整合成一套融貫的系統，而妨害公務罪的公務概念，也可以在這個系統中被具體化。以下，我們首先適度地爬梳法益概念理論史，藉此呈現當代法益概念所面臨的問題，也就是前面提到的模糊性、去批判性、工具性以及法實證主義傾向等。在反省完這些問題以後，我們就要進一步以自由法治國理念去重新建構主體／規範／國家／實證法之間的抽象關係，並以此重新理解法益的概念。接著再對於公務提出一些抽象的判準。最後，再以此判準檢視我國實證（憲）法中的各種國家行為，並且評析第壹章所提出的幾個個案。

第一節 作為刑法規範正當性基礎的法益概念

¹⁵² Dazu vgl. insbe. Zaczyk, Demokratieprinzip und Strafbegründung. Eine Erwiderung auf Klaus Ferdinand Gärditz, Der Staat 50, S. 295 ff.

¹⁵³ 一個不具正當性的實證法規範在法律實踐上應如何處理，是個極具爭議且非常重要的問題。不過，由於系爭問題與本文較無直接關係，我在行文上就先粗略地以「限縮適用」的說法帶過。

從歷史的面向來看，以法益概念作為刑法正當性來源的說法，是從神的世界觀過渡到人的世界觀之後的產物¹⁵⁴。在神的世界觀中，世界的起源與運作的規則都來自於神。在這種觀點之下，國家與法律乃至一切秩序機制背後的動能與正確性都與神有關。一方面，國家統治者的權力是神所授予的；另一方面，實證法若與神法牴觸則失其效力。然而，在世界的基礎從神轉為人之後，就必然需要有另一套論證以取代上面那套「神論述」。一般而言，一個以人為基礎的世界觀會以社會契約來說明秩序／國家的起源¹⁵⁵。基此，國家是由一群人透過其自主意思與統治者成立契約，以放棄完全的行動自由為代價，達到這一群人得以和平且安全共存的目的。從這個角度出發，個人被當作一種僅依循趨利避害行為模式的生物，所謂的自由指的是人的外在行動自由，刑法的作用則是一種權力配置（Machtapparat）¹⁵⁶，藉由刑罰所賦予人的惡害去引導人遠離刑法所禁止的領域。在這樣的思考脈絡下，凡是足以讓人感到愉悅（Lust）的任何事態（Zustand）、對象（Gegenstand）或客體（Objekt），都是刑法應該保護的法益。

第一項 從 Birnbaum 到 von Liszt

一般認為，Birnbaum 率先提出了一個刑法應保護對象之統一說法¹⁵⁷。他認為，犯罪是對於「益（Gut）」的侵害。其次，「益是在法律上被賦予人們的」，也就是「益是法條（Gesetze）所保護的」¹⁵⁸。此外，益可能存在於個人也可能指涉到整體。而所調整體，Birnbaum 描述得非常空泛：「（整體）是一種普遍被確保的民族之共同益，也是對於宗教、倫理想像的總和。¹⁵⁹」這種空洞的論述，與完全承認實證刑法的正當性並無二致，因為，在這種說法底下，沒有什麼是不能被包攝進去的。從而，即使他強調自己所提出的益的概念是一種前於實證法即存在的，

¹⁵⁴ Amelung, Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, S. 18 ff.; Hefendehl, a. a. O. (Fn. 150), S. 9 ff.; Jakobs, a. a. O. (Fn. 149), S. 7 f.

¹⁵⁵ Amelung, a. a. O. (Fn. 154), S. 19 f.

¹⁵⁶ Vgl. Zaczek, Das Unrecht der versuchten Tat, S. 191.

¹⁵⁷ Swoboda, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW 122, S. 27.

¹⁵⁸ Birnbaum, Über das Erfordnis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, Neues Archiv des Criminalrechts 15, S. 172.

¹⁵⁹ Birnbaum, a. a. O. (Fn. 158), S. 178.

也無法讓這個益的概念發揮任何批判實證法的功能。啟蒙對於如何在刑法的界域內限縮國家權力的嘗試，才剛起步就栽了跟頭。學說上對於 Birnbaum 這種實證主義傾向從而幾乎棄守批判功能的益概念也多有批評與反思¹⁶⁰。但不可否認的是，Birnbaum 這種「對象取向（gegenstandbezogene）」的法益概念對於現代刑法釋義學之形構有著深遠的影響¹⁶¹。

Birnbaum 這種宣稱自己是前實證，實際上與實證主義相距甚微的（法）益概念，也相當程度影響了後世的學說。法益概念從原本作為證立刑法正當性基礎的根本，質變成了一種形式邏輯的產物，其內容為何已經不是重點，它最主要的作用只在於讓法律實務者在解釋構成要件和進行犯罪行為的體系分類上有一個邏輯上的基礎。從而，法益概念便成為了 Honig 所說的：「以一種最簡潔的方式描述了立法者在個別刑法構成要件中所設定的目的。」¹⁶²這種法實證主義式的思維也可以從 Binding 對於法益概念的定義中解讀出來（事實上，Binding 在其所著之教科書中也自承受到 Birnbaum 相當大的啟發¹⁶³）。一方面，Binding 揚棄了 Birnbaum 將法益歸屬者區分為個人與整體的模組，認為所有法益的共同淵源都來自於法共同體（Rechtsgemeinschaft），所有的犯罪行為，無論針對的是個人、社會或國家，都是對於法共同體利益的侵害¹⁶⁴。更重要的是，只有立法者有權力決

¹⁶⁰ Amelung, J.M.F Birnbaums Lehre vom strafrechtlichen „Güter“ Schutz als Übergang vom naturrechtlichen zum positivistischen Rechtsdenken, in: Klippel (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert, S. 349 ff.

¹⁶¹ Swoboda, a. a. O. (Fn. 157), S. 28.; Amelung, a. a. O. (Fn. 160), S. 353.

¹⁶² Honig, Die Einwilligung des Verletzten, Teil 1 : Die Geschichte des Einwilligungproblems und die Methodenfrage, S. 94. 事實上，這個 Honig 提出已經將近一世紀的說法，可能也是當今實務界人士所深信不疑的見解。此外，在釋憲實務上，我國大法官也是以「立法目的」來理解法益概念的，以至於推導出「高度尊重立法者形成自由」的說法，這種做法似乎也讓刑法規範成為違憲宣告的禁區。例如，大法官釋字第 617 號解釋理由書中即直接將刑法第 235 條散布猥褻物品罪的保護法益（社會風化）理解為「（刑法）管制的目的」：「是性資訊或物品之閱聽，在客觀上足以引起普通人羞恥或厭惡感而侵害性的道德感情，有礙於社會風化者，對於平等和諧之社會性價值秩序顯有危害。侵害此等社會共同價值秩序之行為，即違反憲法上所保障之社會秩序，立法者制定法律加以管制，其管制目的核屬正當。」

¹⁶³ Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 4. Aufl., S. 359.

¹⁶⁴ Binding, a. a. O. (Fn. 163), S. 358

定哪些利益是刑法所要保護的法益¹⁶⁵。從而，「(法益是)在立法者的眼中對於在法共同體中健全生活有價值的一切事物。」¹⁶⁶與 Binding 這種從整體(法共同體)到個體、普遍到特殊的法益思考進路相反的是 von Liszt。他認為：「所有的法都是為了人而存在。法的目的則是要保護人類的生存利益。」¹⁶⁷不過，這並不代表 von Liszt 否定個人法益以外的法益正當性，也就是說，他也承認所謂社會法益的存在，只是，不同於 Binding 一開始即從法共同體的面向切入將個人與整體法益都指涉到共同體這個外於個人的最高基礎，von Liszt 則是從微觀的個人視角去建構社會乃至國家法益的正當性。不過，縱然兩者對於法的來源有相異的見解，卻奇妙地在誰有權力決定刑法保護的對象一點上獲得辯證的整合，因為，他們都認為，只有立法者才有權決定刑法保護的對象是什麼，也就是說，「不法是什麼，只有實證法知道」¹⁶⁸。

Birnbaum 以降的法益概念也讓個人法益以外的集體法益的正當性獲得廣泛的認可。一般而言，所謂的集體法益指的是那些法益持有者並非個人的法益，例如：國家功能與社會安全等等¹⁶⁹。Birnbaum 在其法益概念當中，便已經透過上述的民族共同益(Gemeingut des Volkes)的說法，將任何現實上對於整體民族有益的事態都納進刑法保護的對象範圍，從而，維繫民族存續的國家及其體制，乃至於作為人際連帶的宗教與倫理等元素，都可以在民族的名稱下找到正當性的來源。類似的說法也見於 Binding 的論述中，因為，既然所有法益的共同來源都是法共同體(Rechtsgemeinschaft)，再加上其明確的法實證主義立場，則所有實證刑法背後所涉及的實質價值，都是立法者經過立法程序所選擇出之有益法共同體的對象。最後，試圖去區分個人與集體法益的做法也顯得相當多餘，因為，這兩

¹⁶⁵ Amelung, a. a. O. (Fn. 154), S. 78.

¹⁶⁶ Swoboda, a. a. O. (Fn. 157), S. 29.

¹⁶⁷ von Liszt, Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft, ZStW 8, S. 141.

¹⁶⁸ Jakobs, a. a. O. (Fn. 149), S. 15.

¹⁶⁹ NK-Hassemer/Neumann, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 117.

者皆可溯源自法共同體。Honig 的說法也大抵不脫上述，亦即將法益的基礎建立在共同體而非個人之上。這些將法益來源訴諸相對於個人的公共性事務（Allgemeinheit）並且具有強烈（法）實證主義色彩的說法，自然與當時的（法）哲學思潮有高度的關聯¹⁷⁰。不過，歷史關聯性的考掘並不能阻止我們繼續探問上述那些說法的合理性。最直觀的質疑即在於，這種共同體至上的法益論述，難保不會成為抹消個人特殊性的理論依據，尤其在納粹德國時期，為了配合納粹政權的種族清洗等政策，國家優先於個人的說法又不斷被提出，上述的法益概念，竟成了納粹刑法正當性的論據，而這也是後人在批評這種見解的根本理由。只將個人法益當作法共同體的反射利益，事實上就是將共同體與個人做了優先劣後的排序，是以，如果不先確立個人在共同體當中的地位，個人仍可能成為共同體利益的犧牲品。而這也只能在一種以個人為優先的法益理論中才有可能。法益概念的實證主義化除了在批判實證刑法面向的自廢武功外，釋義學層次的解釋導引面向也將無以為繼，因為，正如第一章已經提到的，實證法本身只是政治場域各種權力折衝權衡後的產物，而且立法者在制定實證法時也往往非以實證法體系的一貫性為優先考量，倘若如此，實證刑法中各該構成要件要素的扞格與矛盾就是必然結果，當然，依附在這種實證法下的法益概念也就無能引導構成要件之解釋。

第二項 實證憲法導向的法益理論

經過納粹德國的黑暗經驗以後，刑法學者警覺到，上述法益概念的實證化以及去批判化，很可能也是納粹號稱依法統治卻無時不戕害人權的幫兇¹⁷¹。從而，在第二次世界大戰結束以後，如何讓法益概念重新取得對於實證刑法的批判能力，成為了學者之間討論的重點議題。然而，這些學者讓法益概念重新恢復其批判功能的方式，並非直接上溯啟蒙時期的理性自然法，而是試圖將刑法的基礎與德國基本法連結。這個關聯性其來有自，一方面，德國在二戰以後，為了防堵納

¹⁷⁰ 詳細分析請參 Amelung, Der Einfluß des südwestdeutschen Neukantianismus auf die Lehre vom Rechtsgüterschutz im deutschen Strafrecht, in: Alexy (Hrsg.), Neukantianismus und Rechtsphilosophie, S. 353 ff.

¹⁷¹ Amelung, a. a. O. (Fn. 154), S. 273.

粹殺戮的再發生，制定了德國基本法作為該國的憲法，並且將人性尊嚴的理念入憲。一般也咸認，所有的基本權利都是人性尊嚴的具體化，國家只有在符合比例原則的前提之下，才能夠干預人民的基本權，而刑法（罰）作為國家基本權干預行為當中最強烈的手段，當然只能夠在相當限縮的範圍內始得動用。另一方面，也正因為德國基本法當中明確宣示了國民主權與民主原則，刑法學者也意識到，如果貿然提出一個超實證法的法益概念，就能夠任意推翻經過民主立法程序所產生的實證刑法，似乎與民主原則有違，所以，將刑法的正當性判準訴諸一個更高層級的實證法——基本法，以及其背後的德國聯邦憲法法院違憲審查機制，或許是更符合基本法價值秩序的做法。也就是說，與其試圖從莫衷一是的抽象理念推導出人言言殊的法益概念而後被指摘有違民主體制，透過作為最高實證法位階的基本法及其已經明文化的價值秩序來決定何謂法益，應該是最妥適的進路¹⁷²。

德國聯邦憲法法院基本上就是採取上述的立場，亦即，排斥法益概念並且寬泛地承認實證刑法的合憲性。該法院認為，只要立法者制定實證刑法的目的是在保護「與共同體有關的重要或基礎利益（*gewichtige oder elementare Gemeinschaftsbelange*）」，即屬合憲¹⁷³。而只有在立法者所採取的刑罰手段與上述保護利益的目的間有完全不適當（*schlechthin ungeeignet*）或完全無法忍受（*schlechthin untragbar*）的情況，才有可能宣告實證刑法規範違憲¹⁷⁴。也有判決更進一步地發展出較精細的審查基準，也就是將實證刑法規範區分為行為規範與制裁規範，並且由於這兩種規範所涉及的基本權有所差異，從而適用寬嚴不同的比例原則審查基準¹⁷⁵。這種分別審查的做法，也影響了我國的學說。¹⁷⁶

¹⁷² Swoboda, a. a. O. (Fn. 157), S. 44 ff.

¹⁷³ BVerfGE 90, 145, 175.

¹⁷⁴ BVerfGE 16, 147, 181; 17, 306, 317; 19, 119, 126 f. usw.

¹⁷⁵ BVerfGE, 27, 18, 29; 25, 269, 286; 88, 203, 258. etc. 學說請參 Lagodny, a. a. O. (Fn. 150), S. 79 ff.; Appel, a. a. O. (Fn. 150), S. 433 ff.

¹⁷⁶ 許玉秀（2005），〈刑罰規範的違憲審查基準〉，國際刑法學會台灣分會（主編），《民主・人權・正義：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 365 以下，尤其頁 394 以下，台北：元照；許澤天（2010），〈刑法規範的基本權審查——作為刑事立法界線的比例原則〉，黃舒芃（主編），《憲

在學說上，Roxin 及其弟子與再傳弟子的著作相當程度推廣了這種憲法導向的法益概念。雖然在法益概念如何與基本法取得連結的論證上或多或少有些差異，但基本的說理模式並沒有不同。Roxin 本人一開始是以德國基本法第 20 條第 1 項第 1 句的國民主權原則導出刑法的任務領域在於維持人民的和平共存，並認為在一個世俗化的國家中，道德不能成為刑法保護的對象¹⁷⁷。後來，他又放寬了對於法益一般性特徵的定義：「凡是對於個人開展自由、實現基本權以及為達成這兩個目的而建構的國家體系功能所必要者，皆為法益。」然而，這個擴張過後的法益概念，也必然會遭遇到 Birnbaum 時期即已出現過的問題，這也讓法益概念重新取得批判能力的期待落空。這個過於空洞的法益概念，也讓 Roxin 必須導入更具體的判斷標準，以負面排除的方式，說明哪些類型的實證刑法不具正當性¹⁷⁸。Roxin 的弟子與再傳弟子也不乏有進一步論述法益與基本法／權利之關係者。例如 Schünemann 即藉由基本法與社會契約的論證模組去討論法益的內容¹⁷⁹。Schünemann 的學生 Hefendehl 則認為：「法益概念是建構在一個透過基本法所建構出來的自由國家概念之上，在其中，憲法與國家行為皆依循著人性尊嚴而形構與實行。」¹⁸⁰此外，Hefendehl 也將比例原則當作刑事立法的負面限制要素，也就是說，一旦刑事立法逾越了比例原則的界線，就失去其正當性。他也從這個角度出發，深入開展一套犯罪類型（行為犯／結果犯等）與保護法益之間的對應關係。¹⁸¹很明顯的，這一系列見解所強調的並非基本法本身能夠提供什麼具體的篩選標準使我們知道，究竟哪些基本權利能夠成為實證刑法構成要件所保護的對象，因為，這種基本法導向的法益論述，往往只能以負面排除的方式，將不合於

法解釋之理論與實務（第七輯，上冊）》，頁 259 以下，台北：中央研究院法律學研究所籌備處。

¹⁷⁷ Roxin, Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S. 377 ff.

¹⁷⁸ Roxin, AT I, 2/7 ff.

¹⁷⁹ 詳請參 Schünemann, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 151), S. 133 ff.

¹⁸⁰ Hefendehl, a. a. O. (Fn. 150), S. 61 f.

¹⁸¹ Hefendehl, a. a. O. (Fn. 150), 全書。

比例原則的實證刑法規範逐出刑法典，至於法益的內涵為何，論者也未能具體指明。事實上，如果我們進一步分析何以這種法益論述遲未能建構一幅清晰的法益圖像，答案或許不是論者的怠惰，而是同樣來自基本法的限制，亦即民主原則。前已論及，無論是學說¹⁸²抑或德國聯邦憲法法院¹⁸³本身，都不乏有以民主原則否定法益概念批判實證法之功能的見解。從這個角度來說，基本法中已經言明的眾多原則，反倒成為了學說發展的限制。縱然學說上有認為，行為規範中所保護的法益都可以在憲法上找到相對應的基本權利¹⁸⁴，如此一來，刑法的法益概念與憲法即可熔於一爐；不過，一則，這種說法仍舊沒有提出法益適格性的標準；二則，即使認為所有憲法上的基本權利都有作為刑法法益的適格性，這也只是將問題轉移到了基本權利的適格性之上而已。所以，到目前為止，這種憲法導向的法益概念，既無法重新培力法益概念的批判性—甚至，民主原則已經成為了放棄法益概念的關鍵理由，亦無法為法益概念畫出一個比較清楚的輪廓。然而，這些問題事實上都跟這種憲法導向的法益概念太過依賴實證法以及對於自由的理解失之片面有關。

在此脈絡下的集體法益理解，事實上也是相當寬泛。雖然憲法中的基本權利清單往往只指涉到個人，然而，對於個人概念的實質掌握將會直接影響我們認定憲法中究竟要求刑法保護哪些集體法益。德國聯邦憲法法院對於基本法中的個人概念採取的是一種社會性的理解，也就是說，個人並非全然原子式地逸脫於外在社會而存在，而是自始存在於共同體當中並且在其中被賦予了眾多義務¹⁸⁵。這種人類圖像的設定意味著個人如果要開展其生活即必須利用個人法益以外的其他事物。這當然是很容易理解的。因為，人類畢竟在絕大多數的情況下都是生存在一個與他人相互聯繫的社會關係中，如果設定了一個全然漠視人類社會性的人類

¹⁸² Lagodny, a. a. O. (Fn. 150), S. 143 ff.; Stächelín, a. a. O. (Fn. 150), S. 67.

¹⁸³ BVerfGE 120, 224, 241 f.

¹⁸⁴ 許玉秀，前揭註 176，頁 401。

¹⁸⁵ BVerfGE 12, 45, 51; 28, 175, 189.

圖像，毋寧全然忽略了人類的實存姿態。不過，問題就在於，設定正確的人類圖像只是證立（集體）法益的必要條件而已，如何判定哪些個人以外的事物屬於個人開展生活所不可或缺者才是最終的關鍵。可惜的是，實務上不僅從未提出清楚的標準，甚且廣泛承認集體法益的正當性，尤其在所謂制度性保障的說詞底下，有些在基本法制定前即存在卻未必合理的制度仍被保存了下來，甚至，在曾經有過納粹種族清洗政策夢魘的德國，號稱憲法守護者的聯邦憲法法院竟仍認為優生學可以是血親性交罪存立的正當理由¹⁸⁶。

如同本段一開始所述，二戰結束以後，刑法學者開始重新思考法益概念批判功能的重要性。然而，如果試圖從實證法當中演繹出一個用以批判實證法的概念，失望就是必然的結果。即使論者以實證憲法／基本法在法位階上高於法律，藉此期待基本法的各種原則成為刑事立法的界線，然而，一方面，基本法中的基本權利與刑法法益之間的具體關聯為何，已經頗費思量，更遑論德國基本法第 2 條第 1 項與我國憲法第 22 條對於基本權的概括承認，將可能引發一種弔詭的現象，亦即，憲法上對於基本權利的廣泛承認竟然是刑事立法擴張的共犯。更核心的問題在於另一個側面，也就是，如果欠缺一種先於實證憲法的前導理解，我們又要如何詮釋憲法中的各種詞句語彙，從而能夠如學說上所期許的為基本法描繪出一個價值框架？¹⁸⁷當然，如果我們依舊相信所謂的人性尊嚴是一切基本權利的根本，那麼，就更應該深入探討該理念被提出的脈絡以及整體哲學思維。如果我們仍將人性尊嚴當作一回事，則這個基礎之上的自由／權利或法益，就必然蘊含一種本質上的絕對性，從而不得被當作天平上的砝碼相互衡量，也就是說，在自由、權利與法益皆與人性尊嚴相同並具有絕對性的前提下，將基本權利當作砝碼衡量

¹⁸⁶ BVerfGE 120, 224, 247 f.

¹⁸⁷ 許玉秀，前揭註 176，頁 402 以下。相反的，雖然承認基本權有其框架拘束力，但更為強調議會民主程序作為法正當性來源的根據者請參 Hwang(黃舒芃), *Demokratische Willensbildung vor grundrechtlicher Rahmenordnung – verfassungsrechtliche Überlegungen zur Auseinandersetzung von Gärditz und Zaczyk*, *Der Staat* 51, S. 233 ff., 251 f.

的比例原則，就沒有適用的餘地¹⁸⁸。此外，在這個脈絡之下，民主原則更不能被理解為法正當性的最重要判準¹⁸⁹，毋寧是，我們必須將「自由」理解為民主的前提¹⁹⁰，換句話說，實證法必須在承認每個人都是（法）主體的條件下，才具有最初步的正當性，反之，如果有任何實證法規範是以少數人的權利為代價以成就多數人的利益，即使系爭規範獲得絕大多數人民同意，也是錯誤的立法。自由與人性尊嚴，在此成為了權利／法益的基礎、民主原則的前提以及詮釋基本法的制高點。從這個角度來看集體法益的正當性基礎，則個人與個人為了開展其生活所必須的各種現實條件之間的關係就不是全然平行的，因為，個人乃是先於各種外在制度而存在，而這些外在的制度都是個人為了實現其自由所創建的產物。從而，我們可以知道，無論是個人法益抑或集體法益，其正當性基礎都是個人，是以，德國聯邦憲法法院前述訴諸制度性保障或優生學等說法動輒放棄宣告實證規範的違憲性，顯然忽略了個人以外的制度以及所謂的公共利益，實際上都以個人為其內在限制，亦即，當某些持著公共利益大纛的實證規範是以個人的權利為代價時，便是將這些權利被犧牲的個人當作多數人的工具，也就是抹消了其人性尊嚴。總結來說，如果這種憲法導向的法益概念要有意義，則對於人性尊嚴理念的實質掌握就是最重要的第一步。

第三項 個人法益學說

比起上開憲法導向的法益概念，Hassemer 與 Marx 所主張的個人法益學說，或許更有批判實證刑法的潛力。Hassemer 認為：「法益必須以個人為基礎。」¹⁹¹這種見解尤其對於集體法益與個人法益的關係有著關鍵的影響，因為，如果任何宣稱保護集體法益的實證刑法無法與個人取得關聯，則該實證法不具正當性。不過，何謂以個人為基礎，Hassemer 並沒有提出更精確的標準，或者我們可以說，

¹⁸⁸ 在自由法的理解下對於比例原則的批判，請參 Chou（周漾沂），Zur Legitimität von Vorbereitungsdelikten, S. 80 f.

¹⁸⁹ Eg. Gärditz, Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der Staat 49, S. 331 ff.

¹⁹⁰ Zaczyk, a. a. O. (Fn. 152), S. 295 ff.

¹⁹¹ NK-Hassemer/Neumann, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 132 ff.

他對此事有意忽略。因為，他認為，基於法益對象複雜性的考量，與其提出一個始終一致的標準，不如「由下而上」地具體化（*von unten materialisiert*）各種法益的形貌¹⁹²，而這些個別的法益概念，都會因為歷史的演進而發展¹⁹³。是以，雖然他認為自己的法益學說是一種規範性的理解（*normative Verständigung*）¹⁹⁴，但此處規範性的來源既非普遍亦非亙古不變，毋寧說，這裡的所謂規範性是由社會所決定的¹⁹⁵。除此之外，在近期的文獻中，Hassemer 比以往更強調了法益概念與基本法之間的交互關係¹⁹⁶。Marx 對於法益的說法與 Hassemer 約略等同，只不過，Marx 對於所謂「個人」的理解，明確的訴諸德國基本法第 1 條第 1 項的人性尊嚴理念，其說法也沒有如同 Hassemer 那麼強烈的社會現實導向，反而，Marx 強調，法益概念如果要有其批判力，就必須從前於實證法的觀點被導出，而這種觀點到最後就是國家目的的問題¹⁹⁷。

個人法益學說的見解固然比上述寬泛承認實證刑法正當性的憲法導向法益概念更具批判力，不過，由於個人法益學說對於其理論中最關鍵的問題：「個人是什麼？」的回應依舊過於含糊，也讓此等見解的批判能力大打折扣¹⁹⁸。縱使 Marx 援引基本法中的人性尊嚴理念作為闡述個人概念的出發點，但從其仍將法益理解為一種現實的、外在於個人的對象¹⁹⁹這點即可得知，在 Marx 理解下的人性尊嚴，很可能只是為了讓整體法益學說有一個解釋上基礎的工具性概念，從而偏離了人性尊嚴理念的原始意涵以及其與個人、自由的內在關聯。此外，Hassemer

¹⁹² NK-Hassemer/Neumann, a. a. O. (Fn. 12), Rn. 145.

¹⁹³ Hassemer, Buchbesprechung von Amelung, Knut: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, ZStW 87, S. 163 f.

¹⁹⁴ Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 25 ff., S. 151 ff.

¹⁹⁵ Hassemer, a. a. O. (Fn. 194), S. 221 ff.

¹⁹⁶ Hassemer, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 179), S. 59.

¹⁹⁷ Marx, Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, S. 24 f.

¹⁹⁸ 批評已見 Amelung, Buchbesprechung von Marx, Michael: Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, ZStW 84, S. 1023. 對於何謂「個人」法益學說的深刻反省請參 Günther, Die Person der personalen Rechtsgutslehre, in: Neumann/Prittwitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, S. 15 ff.

¹⁹⁹ Marx, a. a. O. (Fn. 197), S. 62.

所採用的「社會的、由下而上具體化的」法益概念方法論，也令人難以苟同。一方面，在沒有一個上位原則的前提下以類型化的方式統整法益概念，事實上就是對於法益適格性標準的恣意選取，從而也無從對於選取的基準做出合理說明。另一方面，如果將法益的適格性判準全然訴諸社會現實，則法益概念作為刑法正當性基礎之命題將完全喪失意義，因為，一個實證刑法規範的存在，必然有來自社會現實的因素，然而這些因素卻未必符合理性刑法的標準，也就是說，試圖將屬於應然的規範性標準訴諸實然的社會現實，最終的結果即與主張「存在即合理」沒有差別，法益的批判能力也就完全被架空。當然，上述本文對於憲法導向法益概念的批判，也同樣適用於越來越依附基本法的個人法益學說，在此即不再贅述。

第四項 Feuerbach 的主觀權利侵害說

不同於前述從 Birnbaum 開始即往實證法與經驗界域傾斜的法益概念，Feuerbach 很大程度上承繼了 Kant 的自由法學說，以先驗的自由理念貫穿道德與法／權利的實質內涵。他認為，「自由等同於有能力去做道德上正確的行為以及擁有權利。」²⁰⁰此外，他主張：「實現道德是世界的最終目的」²⁰¹；「遵循道德法則是理性生物的最高目的，人的理性則會賦予意志實現道德的義務。」²⁰²從這個脈絡中，Feuerbach 導出了法／權利的功能，也就是：服從道德法則的必要條件。從而，法不再（只）是一種限縮個人行動自由的外在強制，相反的，法／權利使得自由成為可能²⁰³。確立了自由、道德與法／權利之間的關係以後，Feuerbach 進一步地具體化刑法上的犯罪行為具有何種特徵：「侵害透過國家契約所賦予以及透過刑法所保障之自由者，即為犯罪；從最廣義的角度來說，這就是一種對於刑法內容的侮辱，或者是對於他人權利的侵害。」²⁰⁴簡單來說，犯罪就是侵害權利。

²⁰⁰ Feuerbach, Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und die Zwangsrechte der Bürger gegen den Oberherrn, S. 14.

²⁰¹ Feuerbach, Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte, S. 276.

²⁰² Feuerbach, a. a. O. (Fn. 201), S. 253 f.

²⁰³ Feuerbach, a. a. O. (Fn. 201), S. 84.

²⁰⁴ Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., § 21.

不過，應當注意的是，在他的理論中，除了個人得以作為權利主體以外，國家也同樣擁有特定的權利²⁰⁵，不過，創設國家權利的目的是要確保個人的自由，這也是國家法益在其理論中的正當性基礎。至於部分後世學者所提出的所謂社會法益，在這套理論的脈絡之下並沒有存在的基礎。另外，對於權利的內容，Feuerbach 也提出了一些抽象的判準，除了上述的使道德實現成為可能之外，最重要的當屬不得損害他人的權利作為個人權利的內在限制。²⁰⁶

可惜的是，Feuerbach 整套以自由為基礎的（刑法）哲學觀，卻在後續的論述中出現了多個體系斷裂。首先是違警罪的寬泛承認——這點早已被批評得體無完膚。雖然，Feuerbach 上開的論述似乎傾向於否定既非侵害個人權利亦非侵害國家權利行為的犯罪化（亦即，社會法益不應存在），然而，他卻又認為這些行為可以構成廣義的犯罪行為，亦即違警罪，這也像是為他的權利侵害說開了一道後門，使得國家對於非侵權行為也可以施加刑罰²⁰⁷。不過，這個不一致事實上只要在論述上將違警罪的小辮子去掉就足以應對，從而尚不至於成為大問題。比較嚴重的斷裂在於 Feuerbach 對於（刑）法學與法實踐的關聯採取非常保守的看法，也就是說，他認為，法學的作用僅在於填補立法漏洞、對立法提出建議，但不得介入審查實證法是否合理²⁰⁸。換句話說，法學的研究領域僅止於對實證法的釋義，不包含批判實證法在內。更明白的說法是：「哲學與法學必須從屬於實證規範。」²⁰⁹此外，Feuerbach 對於刑罰的看法更是迥異於 Kant 而採取一種被 Hegel 貶低為「拿棒子嚇狗²¹⁰」的消極一般預防理論。當然，之所以採取這種見解，與 Feuerbach 對於自由與犯罪的理解有關，因為，他認為，犯罪是理性被蒙蔽時的一種純粹出

²⁰⁵ Feuerbach, a. a. O. (Fn. 204), § 23.

²⁰⁶ Feuerbach, a. a. O. (Fn. 200), S. 41.

²⁰⁷ 批評早已見 Hassemer, a. a. O. (Fn. 194), S. 36.

²⁰⁸ Feuerbach, Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft, S. 33 ff.

²⁰⁹ Feuerbach, a. a. O. (Fn. 208), S. 16.

²¹⁰ Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 99, Zusatz.

於自然的產物²¹¹，從而，犯罪人並不能被當作理性者對待而是被當作一般趨吉避凶的生物對待，此際，犯罪人與狗便沒有差別，既然如此，主人可以拿棒子嚇狗使他不敢再犯，國家也可以用相同的方式對犯罪人進行威嚇。然而，本文並不認同這種將哲學上的思維與人類行動的實踐面全然切斷的做法，因為，如此一來，Feuerbach 一開始對於以自由為基礎所建構的一套整全道德／法哲學論述都將成為毫無批判現狀、調整現實能力的空中樓閣。正如同本文在第一章即揭櫫的立場，理論與實踐必然是相互指涉的，一個欠缺實踐能力的理論必然是空洞的，而沒有理論基礎的實踐則是恣意的。基此，如果 Feuerbach 要承襲 Kant 之先驗自由學說當作其出發點，那麼，他應該在作為實踐哲學之一的法學領域中一貫地堅持自由理念以及法理念之批判性，而非大幅向實證立法妥協。同樣的，對於人類圖像的設定也必須一以貫之地適用在刑罰理論當中，而非僅在一般情形下才將人預設為自由的主體，犯罪者則淪為得以被恣意對待的客體，這種做法，毋寧是一種自我悖反。總而言之，Feuerbach 最初的論述，本文相當贊同，但可惜的是他未能將那些說法持續地貫徹到（刑）法學中，而這也是我在後續的論證中要補足的部分。

總結來說，從 Birnbaum 將法益概念與經驗界域中實存的客體相連結以後，法益就難以維繫其對於實證刑法的批判能力，也無怪乎會有如 Binding、Honig 等人只將法益概念當作刑法解釋的工具性概念之法實證主義式的說法。此後，學說上就算試圖從憲法中導出法益概念，也會因為對於民主原則過於片面的理解，而誤以為法的正當性主要或甚至是全然來自於多數決的民主程序，卻忽略了自由與民主之間的先後次序。除此之外，這種憲法式的法益理解，也會因為比例原則的相對主義立場，而讓所謂的人權成為了可以被衡量的利益。而 Feuerbach 的論述，也因為不夠堅持自由理念的緣故，使其對於 Kant 的承繼淪為一種畫虎不成的尷尬

²¹¹ Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts II, S. 107, 118 ff.

尬。到最後，法益就只剩下一個柔軟的空殼，他的殘餘功能就只是讓實證刑法能夠盡量被視為一個整體來看待的工具而已。從而，如何擺脫法益概念被工具化、實證化以後的上述各種缺點便成為本文所關注的重點之一。

第二節 自由法治國理念：主體—法權—國家之關係

從上一節的論述中可以得知，法益概念被嚴重的工具化與實證化，導致系爭概念原本被期待能具備的批判實證刑法以及導引構成要件解釋的功能無從發揮。而如果我們將法益概念視作法概念的具體化²¹²，法益概念的上述問題事實上就等同於法的工具化之問題。固然，從最直觀的角度來說，這樣的說法並沒有錯，（尤其是刑）法作為一種社會規範，其功能即在於處理人類社會交往中所引發的各種問題，也就是說，法體制（*Rechtsinstitut*）只是一種讓社會秩序能夠繼續存在的工具。基此，法與個人是相互對立的，刑法上所規定的各種犯罪構成要件毋寧都是對於個人行動自由的框限，在個人逾越刑法所預先畫定的行動界線之際，作為外在強制機制的刑罰就會透過國家行使的公權力來威嚇個人——一如馴獸。在這種理解底下的法體制其實就是一種他律（*Heteronomie*）機制，一方面將人類圖像單純設定為精於計算利弊得失的工具理性主體，另一方面則將法的正當性與法的有效性同視，亦即，整個法律體系的設置基礎到最後無非就是希望以最小的統治成本換取解決社會問題之最大效益。舉例而言：今天如果擴大臨檢是降低酒駕肇事率成本最小、效益最大的手段，則法律上就應該擴大臨檢；而某一天精算以後突然發現原來最有效的手段其實是禁酒令，那麼法律上就應該要頒布禁酒令。在這種將人單純視為工具理性主體並且將法體制只理解為他律機制的說法底下，自由，無非只表示了人在不受強制的情況下，能夠將自己在意識中所設定的行為模式付諸實現而已；至於這個在意識中所設定之行為模式的正確性以及將這個行為模式付諸實現後對與我同時共存於這個社會中的他人有何種正面或負面的效應，未必是我在做成系爭行為時所考量的因素，除非這些因素能夠轉化為我在決定是否做成行為時利弊得失計算的衡量因子。建立在這個人類圖像以及自由概念之上的國家概念，就會是一種上述已經提到過的，人們為避免相互殘殺而透過社會契約所建構之壟斷暴力並穩定秩序的巨靈。同樣的，在這種「一切皆可共量」的世

²¹² Z. B. Zaczek, a. a. O. (Fn. 156), S. 165 ff. 周漾沂，前揭註 9，頁 987 以下。

界觀下，憲法中以多數決為基礎的民主原則以及將成本效益分析公式具體化的比例原則，都可以找到存在的合理性。而在這種觀點下的自由法治國，毋寧只是社會總體效益最大化的代名詞，亦即，國家透過作為社會控制機制的法律體系使得全體公民在現實中的行動領域得以最大化。當然，其中所謂的公務，也就只是上開整體利益衡量結構下的某個參數而已，從而，也沒有什麼事務是絕對可以或絕對不能成為公務的。

本文認為，究其實際，上述這一系列問題的根源毋寧可以收束成這個提問：個人與他者的關係應該是什麼？這個提問顯然可以再拆解成兩個元素：個人以及他者。在此我們首先要思考的是：人具有哪些能力，更精確地說就是：人是否在聰慧（klug）地判斷行為的利害關係以外尚存在一種更高層次的能力？其次，由於我們都不是各自生存於毋需與他人往來的孤島上，從而，在考量人的存有狀態及其能力時，不可能只封閉在個人的觀點而忽視這個世界上尚且有他人存在的這個現實，而如果認為人具有相較於一般生物而言更高層次的能力，那麼個人與他者的關係就有了在趨利避害之外的另一個選項，也就是以道德觀點形塑相互關係的可能性。然而，如此一來便會衍生出下一個疑問，亦即：徒道德是否足以自行？尤其，現實是，每個人終究會因為自己認識能力無法窮盡客觀上實存的一切條件，而只能閉鎖於主體內部的侷限觀點做出各種判斷，因此，即使每個人都心存善念地與他人往來，仍不免有侵害他人的可能性。²¹³此際，一種可能的建議就是建立體制，例如：國家與法律體制。然而，必須嚴格區別的是，這裡所說的是作為理念的國家與法律體制，與前面提到的人類為了避免相互殘殺基於利大於弊的考量而成立的國家概念並不相同。最根本的差別在於，後者的國家概念，由於是基於現實利益衡量下的結果，所以，倘若某日因為某些衡量參數的更動使得摧毀國家與法體制成為利大於弊的選項，則系爭體制就只能落得被解消的命運，也就是說，

²¹³ 參周濛沂，前揭註 9，頁 1006。

在僅以利益衡量作為國家、法體制存立基礎的理解底下，它們的存在只能是偶然的。相反的，如果我們試圖從理念，亦即「理性概念（*Vernunftbegriff*）」的角度來分析國家與法律體制，則會因為上述已經提過的閉鎖於主體內部觀點的侷限性，使得仰賴一個雖然外於主體卻又是主體基於其實踐理性的誠命而建構出的體制成為實踐上的必然²¹⁴（詳後述）。如果從這個角度出發，我們就會發現，認為工具理性是人類能力全貌的說法顯然失之片面。固然，在一般的生活經驗當中，人類是以工具理性衡量行為的代價與收益作為決定行為模式的基礎，然而，這並不排除人類有相較於工具理性而言更高層次的能力。正因這種特殊的能力方才標示出了人的主體性（*Subjektivität*），藉此得以與其他生物與客體相區別。當然，工具理性式的世界觀之所以蔚為主流，與人的思維慣性具有高度的關聯，亦即，如果我們習慣僅從感官所能及的經驗界域中觀察人類的行為模式，當然就只能夠擷取到人類作為生物的存有片段。相反的，倘若我們嘗試在上開那種直的意象（*intentio recta*）之思維方式以外，應用彎的意象（*intentio obliqua*）²¹⁵之思維方式反思自我存有的本質，乃至於設定行為準則的基準，那麼，我們就會發現人類在生物性的趨利避害行為模式以外，尚還有一種人作為理性主體所特有的，與生俱來的能力。不同於直的意象之思維方式以經驗世界中的感官刺激作為一切認識的起始點，反思的思維方式則是全然抽離經驗世界的限制，純粹以自己的意識為對象進行思考。這種反思能力也標示出了人類不同於其他生物思維方式之處，同時也使得人可以在工具理性的生物性行為模式以外，亦具有一種得以透過設定符合道德法則的行為準則彰顯出實踐理性之必然性的能力。

以上所論述的，無非是想指出：無論是最具體的公務概念應如何理解，或法益概念的內涵為何以及（刑）法的作用與正當性何在，乃至於國家體制及其任務

²¹⁴ 參周漾沂，前揭註9，頁1013。

²¹⁵ 「直的意象」／「彎的意象」這組相當有助於理解何謂「反思」式思維的比喻來自於 Nicolai Hartmann，對此請參照 Nicolai Hartmann（著），根瑟·馬庫斯、劉貴傑（譯）（2011），《哲學概論》，頁34，高雄：復文。

為何等諸問題，毋寧都是人的能力以及人與他者的應然關係，從而也就是「人是什麼（Was ist der Mensch）²¹⁶」這個問題的具體化而已。而如果要在把人與其他生物同視的觀點之外另闢蹊徑妥適地回答這些問題，則導入 Kant 整套自由哲學的思維就是必要的。自由法治國在這個脈絡下的理解，也就是 Kant 在《道德形上學（Die Metaphysik der Sitten）》一書中所述的這句話：「主體共同生活在法權法則下的整體關係。」²¹⁷

第一項 先驗觀念論（transzendentaler Idealismus）的視角

要理解 Kant 自由法哲學的核心內涵，就必須同時對他的世界觀（Weltanschauung），亦即，對於世界是如何被建構出來的這個問題的基本設想，以及他所欲批判與對話的對象有一些最低限度的理解。一般認為，Kant 對世界的基本構想是所謂觀念論（Idealismus）²¹⁸式的理解。而觀念論式的世界觀，從最抽象的角度來說，即認為「意志建構了整個世界」²¹⁹。也就是說，我們之所以得以認識這個世界，以及基於對於世界的各種認識而做出的各種行動判斷，並不是因為我們被動地讓這個世界現實中所存在的種種因素驅動所使然，而是作為主體的我們透過意志的主動參與²²⁰才讓對於世界的理解與行動的判斷成為可能。換言之，採取觀念論世界觀視角者原則上都認為：一切包含對自然或道德之認識的基礎在於主體的意志本身。存在於主體以外之世界上的萬事萬物都只是主體認知的對象，也就是客體。²²¹

²¹⁶ Kant, a. a. O. (Fn. 21), S. 25.

²¹⁷ Kant, Die Metaphysik der Sitten, XI, S. 313: „Ein Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen.“

²¹⁸ 這個頗具代表性的說法來自 Kroner，對此請參照 Kroner（著），關子尹（譯）（1985），《論康德與黑格爾》，頁 3，台北：聯經。不過，一方面，由於一般所認為的德意志觀念論者，即 Kant、Fichte、Schelling 與 Hegel 等人之學說基礎預設都不盡相同，從而，為了要做學說傾向上的分類而硬是要從這些複雜的理論中抽繹出共同的基礎恐怕有以文害義之嫌。另一方面，不同於後三者都試圖從「單一的」理念演繹出整體哲學體系，Kant 哲學體系的基礎並不是單一的，因此，是否將 Kant 納入德意志觀念論者的範圍中，容有爭議。

²¹⁹ Bodenheimer（著），結構群（譯）（1990），《法理學—法哲學及其方法》，頁 83，台北：結構群。

²²⁰ Vgl. Zaczyk, Selbstsein und Recht, S. 43.

²²¹ Baur, Artikel Idealism, in: Horowitz (ed.), New Dictionary of the History of Ideas, Bd. 3, p. 1078.

除了最基本的觀念論世界觀以外，我們還必須對 Kant 的哲學方法有個最初步的理解，才能比較沒有障礙地進入他的批判哲學系統中。一般而言，如果我們眼前要探討的問題是關於人的認識能力或人的道德能力之問題，十之八九都會這麼提問：人是否真的有認識／道德的能力？也就是說，先設定一個命題（如：人有認識能力），在各種分析與論證之後得到一個支持或反對這個命題的判斷，最後做成該命題為真或不為真的結論。然而，Kant 的哲學方法並非如此。同樣是思索人的認識與道德能力，Kant 從未質疑人類具有系爭能力，從而，提問的方式就不是人是否有認識與道德能力，而是人的認識與道德能力「如何可能」？基此我們可以知道，Kant 最著名的著作，三大批判中的「批判（Kritik）」二字所指的就不仅是一般語意下的表達反對之意，而是上面提到的哲學分析方法，即：「先肯定普遍客觀的知識與道德法則之存在是既與的事實，再分析這種既與事實之所以存在的條件究屬為何。²²²」除此之外，更重要的是，由於這裡所說的知識與道德法則是具有普遍性（Allgemeinheit）的知識與道德法則，從而，使得這些具有普遍性的知識與道德法則成為可能的各該條件，就不能是僅具有特殊性的條件而必須是同樣具有普遍性的條件。基此，Kant 的批判哲學方法試圖探究的並不是任何僅具特殊性的來自經驗世界的具體現象，而是那些先於經驗而存在並且使得這些具體現象得以被認識的先天（a priori）條件，也就是前面所提到的，所有認識與道德的最後基礎。事實上，這個標示出 Kant 批判哲學最重要特徵的先驗性（Tranzendentalität），乃是 Kant 反思英國懷疑論與經驗論哲學家 David Hume 的說法之後，所得出的一種能夠擺脫被 Hume 批評為獨斷（dogmatisch）的傳統歐陸理性論的方式。也就是說，Kant 一方面反對 Hume 等人所認為的「一切知識都必須從人類的感覺而來」這種經驗論的說法；另一方面卻也認為從 Descartes 以來的歐陸理性論認為人類透過理性與邏輯的演繹即可認識任何包含經驗與非經

²²² 黃振華，〈康德道德哲學原理之分析——從康德的哲學方法分析他的道德哲學的根本原理〉，收於李明輝（編），前揭註 23，頁 83。

驗層次在內的一切知識，顯然是過於獨斷的說法。²²³因此，他一方面回應 Hume 而主張：經驗必須透過人類與生俱來的先驗認識能力方可被認知；另一方面則與 Descartes 等人對話而主張，人類所能認識的對象僅包含「現象」而不包含「物自身（Ding an sich）」。

從先驗性的這兩個起源中，我們必須銘記在心的是，首先，以下要開展之 Kant 的道德哲學、自由法哲學與國家哲學，都不是在談論任何現存於經驗世界中的任何一種道德誡命（如：不要隨地吐痰）、任何一部實證法規範或是任何一個國家及其統治形態，而是在談論這些道德誡命、實證法與國家形態「應該如何」被設定的基礎。其次，人的理性能力與從其所出的各種理念（如：國家理念、法理念）有其作用的範圍限制，從而，國家／法體制應該介入處理的事項也就因此有其界域。

論述及此，本文已概略呈現出了 Kant 哲學的世界觀、其基本的哲學方法以及想要批判與對話的對象，也看到他為人類理性能力劃定的界限。Kant 的自由法哲學，也同樣必須放置在這種先驗的批判哲學方法體系中理解，才不至於產生錯誤的解讀。以下，將以 Kant 實踐哲學中的第一步驟—道德哲學作為展開後續論述的起點，其後，再承轉至第二步驟：法與國家哲學。²²⁴必須先予以說明的是，從道德到法與國家的論證步驟絕非主張一種將道德帶入法律之中的見解；而是，一方面，從文本分析的角度來說，Kant 關於實踐哲學的重要著作，《道德形上學基礎（Die Grundlegung zur Metaphysik der Sitten）》、《實踐理性批判（Die Kritik der praktischen Vernunft）》、《道德形上學（Die Metaphysik der Sitten）》等，先是在前兩部著作中揭櫫了道德的形式與基礎，然後才在《道德形上學》當中推展至法與國家哲學；另一方面，從 Kant 整體實踐哲學的內部構造來說，道德性（Moralität）與合法性（Legalität）的概念最終都必須溯源至「作為自律的自由理念」找到基

²²³ McCormick, "Immanuel Kant: Metaphysics", The Internet Encyclopedia of Philosophy, available at: <http://www.iep.utm.edu/>, latest visit: 2015/1/28.

²²⁴ 這種論證進路參考 Wolff, Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97, S. 806 ff.; Zaczek, a. a. O. (Fn. 156), S. 141. Chou, a. a. O. (Fn. 188), S. 100 ff.

礎，從而，以論證自律之必然性的道德哲學為論述的起點，才能正確地指出自律在 Kant 實踐哲學的不同層次中階扮演重要角色一事。而這組概念毋寧都是人類展現其實踐理性的不同形式。²²⁵

第二項 在實踐上的自由主體如何可能：Kant 的道德哲學

一言以蔽之，Kant 的道德哲學所要說明的是：作為主體的人類如何藉由先天的自我立法能力去設定符合道德法則的行為準則並且付諸實踐。進一步分析這段論述，我們可以大致上拆解成幾個元素。首先，要如何理解 Kant 的「道德」概念？其特徵是什麼？其次，作為主體的人類與道德的關係是什麼？亦即，主體要透過什麼樣的程序才能認識到自己所設定的行為準則是否合乎道德法則？最後，所謂的自我立法能力，也就是實踐理性、自律（*Autonomie*）應該如何理解，更重要的是，自律對於後續的法與國家哲學的討論有什麼重要的啟示？回答了這些問題以後，也就等同於理解了 Kant 整體道德哲學所要處理的主要任務。²²⁶

壹、善意志與義務的概念

和 Kant 在《純粹理性批判（*Kritik der reinen Vernunft*）》開頭即闡明所謂真實的知識必須是普遍與客觀的且預設這種真實的知識是存在的一樣²²⁷，他在《道德形上學基礎》伊始即強調道德法則之絕對的必然性²²⁸。同樣的，如果我們試圖探討具有絕對必然性的道德法則之基礎，則必須回溯至先天的理性概念中而不能直接從經驗中找尋。而這個基礎就是該書開頭的第一句話：「在世界之內，甚至根本在它之外，除了一個善的意志之外，我們不能設想任何事物，它能無限制地被視為善的。」²²⁹換句話說，Kant 認為，道德性的基礎即來自於這個「無限制的善的意志（*ein unbeschränkte gute Wille*）」²²⁹。而從最抽象的角度來說，無限制的就

²²⁵ Dazu vgl. Zaczek, Einheit des Grundes, Grund der Differenz von Moralität und Legalität, in: Byrd/Hruschka/Joerden (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik 14, S. 312.

²²⁶ Höffe, Immanuel Kant, 5. Aufl., S. 175.

²²⁷ Kant, a. a. O. (Fn. 18), B 29.

²²⁸ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 389.

²²⁹ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 393: „Es ist überall nichts in der Welt, ja überhaupt auch außer derselben zu denken möglich, was ohne Einschränkung für gut könnte gehalten werden, als allein ein guter Wille.“

代表著它不是相對的，而是絕對的²³⁰，亦即，善的意志不是因為什麼它自己以外的原因所以是善的，而是因為它本身就是善的。²³¹接著，Kant 透過一連串負面表列的方式，去說明無限制的意義是什麼。也就是說，我們可以藉由先行理解何謂有限制的之後，在反面理解何謂無限制的。他認為，無論才能（Talent）、氣質（Temperament）抑或是幸福（Glücksellichkeit）等人類的特質或是渴望的目標在以往的倫理學當中如何被重視，甚至被當作道德的唯一判準，都稱不上是無限制的善²³²；因為，例如某人的智商高達 180，我們可以說他相當有才能；然而，當他將此才能運用在犯罪上，這個才能無論如何都沒有辦法被稱作是善的。同理，雖然大多數時候一個人的勇敢會被看作是正面的人格特質，但是，一旦當他將這種特質運用於錯誤的場域，勇敢就再也不是優點。基此，我們可以了解到，只要是善的意志以外的一切人的存有特質與目的，都是有限制的。同樣的，這裡所說的善也與任何功能性的考量、服膺社會的需要或是風俗習慣無關。²³³

為了更進一步說明何謂善的意志，Kant 提出了義務（Pflicht）的概念²³⁴。事實上，善的意志與義務兩者是一而二、二而一的概念；之所以有必要討論義務概念，其實是考量到人是作為有限理性者（endliches Vernunftwesen）而存在的。基此，善的意志固然是無限的，但正如同 Rousseau 的名言：「人生而自由，卻無時不活在枷鎖中」²³⁵所說的，人的存有畢竟還有生物性的，從而也是有限的面向。是以，義務概念其實是善的意志為了要主體去克服現實世界當中的限制與障礙而來的一種誠命。換言之，如果今天人類是一種無限理性的存有，就沒有必要討論義務的概念，因為我在現實上並不會有任何的限制與障礙使得善的意志無法被貫徹——不過，這當然是不可能的，因為現實就是人無時無刻都受制於經驗性的條

²³⁰ Höffe, a. a. O. (Fn. 226), S. 176.

²³¹ Kant, Kritik der praktischen Vernunft, S. 64.

²³² Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 393 f.

²³³ Höffe, a. a. O. (Fn. 226), S. 176.

²³⁴ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 397 ff.

²³⁵ Rousseau, The Social Contract and Other Later Political Writings, Gourevitch (ed.), p. 41.

件。綜上，一方面，義務／誠命等概念是由善的意志所生成；另一方面，它也必須與人所會經受之各種自然傾向（*Neigung*）的刺激對立觀察。再一次強調，這也是考量到人作為有限理性者的當然結果。從後續的論述可以知悉，人的存有狀態的雙重性，也正是 Kant 在其實踐哲學中除了道德以外尚必須建構法哲學的原因。不過，必須說明的是，這裡所說的從善的意志中所生成的義務／誠命，從來都不是外於主體的過程，亦即，善的意志並非來自上帝也非來自社會，而是主體本身的善的意志；而義務，也只能夠透過主體的自我反思而認識。這也就是前面所提及的「主體意志的積極性」。

在討論完義務本身的意義之後，Kant 開始說明人們履行這些義務的可能原因，最重要的就是合於義務（*Pflichtgemäß*）與出於義務（*aus der Pflicht*）兩者的區別，前者標示了合法性（*Legalität*）的概念，後者則是 Kant 道德哲學底下真正的道德性（*Moralität*）。這兩者的界分點在於，人究竟是基於何種動機去做出合於義務之行為：只有我是基於遵守義務的動機而做出合乎義務的行為時，才是道德的；反之，倘若我是基於遵守義務以外的動機作為我的行動理由而做出合於義務的行為，我至多只能被評價為合法的，但不是道德的。²³⁶舉例來說，我在捷運站出口跟老婆婆買夜來香的行為，不論我是因為想要每個看到我從事此善行的人都認為我是個大善人而去買花；或者我是本於與生俱來的對於老者的同情心；抑或是我早已經習慣每個禮拜固定跟老婆婆買兩串夜來香，突然不買反而覺得彆扭，只要不是我基於履行幫助他人這個義務的動機去買夜來香，我就不能算是在從事一個道德的行為。必須再予以說明者有二，首先，區分合法性與道德性並不代表兩者是互斥的概念。因為，合法性與道德性指涉的是人類從形成動機到設定行為準則乃至於將行為準則付諸實行的不同階段；合法性涉及的只是主體實現於外部的行為是否合於義務的問題，道德性則是判斷主體的動機與設定行為準則之間的關係。從而，兩個涉及人類行為不同領域的價值判斷基準，便不會有互斥的問題。

²³⁶ Kant, a. a. O. (Fn. 217), S. 214.

舉例而言，我基於幫助他人的動機而向老婆婆購買夜來香的行為，就是一個既合法又道德的行為。在此，如果我們回想一下 Kant 的先驗哲學方法，以及其所不斷強調的客觀性與普遍性，則他將道德性的判準設定在主體內部而非受經驗條件限制的外部世界，就是很容易理解的。其次，Kant 將道德性與主體設定行為準則的理由相互連結，並不代表道德概念是一種玄虛於主體內部的空想。因為，Kant 在談到主體有設定一個符合道德法則之行為準則的能力的同時，也預設了人有將此準則付諸實踐的能力，只是因為這種將自己所設定的行為準則實踐於外部的能力根本與道德無涉（這涉及的其實就是前面已經提過的工具理性），所以他沒有太多的著墨，畢竟，在《道德形上學基礎》與《實踐理性批判》兩書中的重點，是要在實踐理性中找尋道德的最終基礎，而不是主體要如何在現實中有效地達成自己所設定的道德目標。

以上探討的是無限制的善意志與有限理性主體之間的關係，以及道德法則的特徵與何謂道德的行為的判斷基準。不過，主體究竟是透過何種方式去設定一個符合道德法則的行為準則？Kant 透過「定言令式（kategorische Imperativ）」來說明。

貳、定言令式作為道德性的判斷標準

定言令式的提出讓我們得以理解主體是透過什麼樣的程序去判斷自己所設定的行為準則是否符合道德法則，也就是說，定言令式是 Kant 道德哲學中何謂道德的最高判斷標準。²³⁷在進一步展開 Kant 所提出的各種形式之對於定言令式的說法之前，應該先行理解定言令式本身的最抽象定義。定言指的就是不附條件」亦即，表達其絕對的性質。令式，意味著一種命令、要求。因此，定言令式就是一種絕對的、不附條件即有效的命令。

Kant 為了說明定言令式的絕對性質，提出了定言令式與假言令式這組對張：「一切令式或是假言地（*hypothetisch*）或是定言地（*kategorisch*）發出命令。前者表明一個可能行為之實踐的必然性，而這個行為是達成我們所意願的（或是可能意願的）另一事物的手段。定言令式則是這樣的令式：它表明一個行為本身（無關乎另一項目的）在客觀方面是必然的。」²³⁸也就是說，假言令式永遠無法脫離一個外於令式本身的目的而存在，從而假言令式的構造只能是一種手段與目的之間的工具理性式關係，亦即，「如果要達到 X 這個目的的話，就必須採取 Y 這個手段」這種表述方式。從這個角度來說，當我們過問 Y 這個手段何以具有價值時，評斷的對象就不是 Y 這個手段本身而已，而必須將 Y 這個手段所欲達成的 X 目的一併納入考量，才能看得出 Y 這個手段的價值。簡單來說，Y 這個手段的價值只有在先確立了一個外於 Y 的 X 目的才足以顯現，所以，Y 的價值就是附條件的。相反的，定言令式本身則與其他的目的無關。換言之，定言令式的有效性不受任何條件的限制，它是絕對的／不附條件的，從而，也只有定言令式配得

²³⁷ Höffe, a. a. O. (Fn. 226), S. 181.

²³⁸ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 414: „Alle Imperativen nun gebieten entweder hypothetisch, oder kategorisch. Jene stellen die praktische Nothwendigkeit einer möglichen Handlung als Mittel zu etwas anderem, was man will (oder doch möglich ist, daß man es wolle), zu gelangen vor. Der kategorische Imperativ würde der sein, welcher eine Handlung als für sich selbst, ohne Beziehung auf einen andern Zweck, als objectiv-nothwendig vorstellte.“

上道德的這個性質。²³⁹而令式的命令性質，如前所述，則與人的有限理性存有狀態有關，因為，人類縱然有（實踐）理性而具有作成道德行為的能力，但人類也有其身為自然生物的存有面向，從而即使我們知道應該去作符合道德之事，也常常由於各種來自於經驗的刺激與誘惑而無法達成。基此，令式以應然（Sollen）的表達形式要求主體在設定行為準則時務必作成符合道德的那一個²⁴⁰。在此，我們應該要有一種很強烈的既視感，因為，這與上一段談到善意志以及義務的概念完全相同：善意志的無限制從而是絕對的特徵，反應在定言二字之上，而義務的命令性質，無非就是令式的同義詞。是以，我們可以說，如果純粹從最形式的角度來看，定言令式的運作其實不過就是善意志／義務的詞語代換。不過，如同本段一開始所提到的，Kant 提出各式各樣定言令式的目的在於說明主體作成道德判斷的過程，從而，定言令式的內容為何，就成為了這裡的關鍵。

Kant 在《道德形上學基礎》與《實踐理性批判》中提出了對定言令式的不同說法，不過，根據以下的論證我們將會發現，這些在內容上看似不太相同的定言令式，不過是在《道德形上學基礎》一開始即提出的說法的進一步衍生以及在道德與法兩個不同領域中的重述而已。²⁴¹而這個最基本的定言令式即：「只根據你同樣意願它成為普遍法則的那一個行為準則而行動。」²⁴²在此涉及了兩個重要的概念：普遍性以及行為準則（Maxime），正是這兩個概念說明了人類透過何種方式去做出合乎道德的行為。根據 Kant 自己的說法，所謂的行為準則，指的是相對於行動客觀原則之實踐法則（道德法則）的主觀原則（Princip），也就是主體據以行動的原理（Grundsatz），不過，主體對於行動原則的設定往往是出於無知

²³⁹ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 416 f.

²⁴⁰ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 412 ff.

²⁴¹ Harzer, Über die Bedeutsamkeit des Kategorischen Imperativs für die Rechtslehre Kants, in: Byrd/Hruschka/Joerden (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik 14, S. 223 ff. 具體討論這些不同定言令式型態所展現的意義者，請參賴賢宗（2001），〈從「道德」到「法權」——從康德的令式倫理學到康德的法權哲學〉，《思與言》，39 卷 2 期，頁 165 以下。

²⁴² Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 402: „[H]andle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.“

(Unwissenheit)或是自然傾向。²⁴³ 基此，我們首先可以確認的是，主體具有一種依其設定的行為準則而行動的能力；其次，這個行為準則的設定依據往往是來自於經驗世界的條件，亦即，主體之所以設定這些行為準則是受到外於主體的其他因素所驅動的，從而是被動的。不過，這種對於準則的解讀並不夠充分，因為，我們並不能忽略在同一個段落當中 Kant 對於準則之性質的另一段敘述：「行為準則包含了理性根據主體的不同條件決定實踐規則。」²⁴⁴ 換言之，即使主體時常依據非理性的基礎設定其行為準則，然而，這並不排除主體具有設定符合理性標準，也就是合乎道德法則之行為準則的能力。至於，主體如何確認自己的行為準則符合理性標準，就牽涉到上述的普遍性的門檻。這也就是說，當我所設定的行為準則具有普遍性的時候，我就能說我的行為是道德的。此際，主觀的行為準則即與客觀的道德法則全然一致。而使得這種合致性成為可能的是主體的反思能力，亦即，當我要設定行為準則從事某行為時，我必須先行確認：我所設定的行為準則是具備普遍性的，也就是，所有和我相同之具備實踐理性者，在這個情況下都能夠思索到這個行為準則並且也願意被如此對待。²⁴⁵ 反面來說或許更容易理解，只要是涉及到經驗性條件的，就不會是普遍的，從而，一個依據個人的對於幸福的想像所設定出來的行為準則，便會因為對於幸福的想像是一種來自於經驗的感受而人言言殊，也就不會是普遍性的，這樣的行為就無法稱作是道德的。綜上所述，這個最基礎的定言令式的意義即在於提供對於道德行為之判斷標準，而這個標準是行為準則的普遍性。然而，這個標準畢竟還是過於抽象，是以，Kant 又提出了數個不同表達形式的定言令式。而透過這些不同的表達形式，我們方能較容易地理解主體之道德行為的判斷標準。

²⁴³ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 420 f. Anm. 7.

²⁴⁴ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 420 f. Anm. 7: „Jene (案：Maxime) enthält die praktische Regel, die die Vernunft den Bedingungen des Subjects gemäß ... bestimmt,

²⁴⁵ Vgl. Höffe, a. a. O. (Fn. 226), S. 189 f. 中文文獻請參鄭芷人（2004），《康德倫理學原理》，頁34，台北：文津。不過，鄭芷人教授認為「普遍性」的判準與《論語》中孔子所說的「己所不欲，勿施於人」相近，本文認為並不正確。因為，所謂的「不欲」，其理由並不排除任何來自經驗的理由，也就是說，我可能是因為「害怕」別人以我所對他做的行為回過頭來對付我，所以我選擇不去做那件事。然而，果真如此的話，就與 Kant 所強調的「普遍性的判準必須抽離一切經驗」不符。

另一個型態的定言令式為：「應如此行動：將包含你自己在內的人們隨時都同時當成目的來對待，而不可單純地作為工具來利用。」²⁴⁶相較於上述最基礎型態的定言令式重視的是單一主體觀點下，如何設定一個符合客觀道德法則之行為準則的問題；這個型態的定言令式顯然有了一個重要的視角轉移，亦即，將我以外的、同樣作為主體的人們也納入了定言令式的討論範疇之內，也就是，從主體的視角擴張到了主體間（Intersubjektivität）²⁴⁷。雖則在第一個定言令式的普遍性內涵中已經藉由主體內部的反思程序隱約透露出了主體間的觀點，不過，藉由「將人們隨時都同時當成目的來對待，而不可單純地作為工具來利用」這個誠命，我在具體上應如何與他人相處方才合乎普遍性的標準就變得更为明確。另外，在給出這個定言令式的型態之前，Kant 先行確認了一件重要的事實²⁴⁸：人類能夠透過其行動而獲得的對象，都是有條件的；這些對象的價值是相對的，因為，他們的價值必然只連結到某些自然傾向（Neigung）。一旦這些自然傾向不存在了，這些對象的價值也就跟著消滅。這些有條件存在的客體就是所謂的「物（Sachen）」，它們僅能夠被當作手段／工具來使用。相對於此，人的存有是不附條件的，也是有能力獨立於任何自然傾向的，從而，人的價值是絕對的，也不能夠僅被當成手段來使用，這是人之所以被稱為人（Personen）的原因。²⁴⁹是以，如果把「目的自身（Zweck an sich selbst）」等同，則這個定言令式就可以用最簡單的方式表述：「務必把人當人看，不要把人當物看」。

主體反思自己的行為準則是否符合定言令式的誠命，也等於在反思自己是否在做一個出於義務，從而是道德的行為。回到之前提到過的我購買夜來香的例子，一切就會更容易理解。倘若我是基於沽名釣譽的動機而向老婆婆購買夜來香，那

²⁴⁶ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 429.

²⁴⁷ 參考周漾沂，前揭註 9，頁 1000。

²⁴⁸ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 428.

²⁴⁹ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 428.

麼，我就是將老婆婆當作是增加我的名聲的工具而已。如果，我是本於同情她的心態而向她買花，這仍舊不是 Kant 意義下的道德行為，而毋寧只是將老婆婆當作平復我身為中產階級之子內疚感的工具而已。唯有在我是基於幫助他人的動機而向老婆婆買花的情形下，我才是把她當人看，也就是不將她僅作為手段來利用。而這裡所謂的「不能僅將自己與他人當作手段來利用」之誡命，也就是為人所熟知的德國聯邦憲法法院對於何謂違反人性尊嚴（*Menschenwürde*）之法律的判準的基礎，也就是所謂的客體公式（*Objektformel*）²⁵⁰。而關於人性尊嚴之用語，Kant 在下述的第三種定言令式型態中正式提及。

第三種定言令式型態的內涵是：「按照一個完全可能的目的王國中一個制定普遍法則的成員的格律而行動。」²⁵¹我們在此不妨將目的王國視作一個由理性主體所構築成的道德共同體²⁵²，在其中，每個理性主體透過服從理性所給予的道德法則而行事，從而能夠將自己與他人同時當作目的，而不單純作為手段來利用。Kant 提到，「在這個目的王國中，一切事物若非有一項價格，就是有一項尊嚴。具有價格者能被另一個具有同等價格者所取代。反之，超乎一切價格，從而沒有其他等價物能取代者即具有尊嚴。」²⁵³顯然，在目的王國中的每一個作為目的自身而存在的人，都因為其絕對性而無法被其他任何事物給取代，從而，也都具有尊嚴。基此，如果我們是在這個脈絡之下理解所謂的人性尊嚴，以及從其所派生出的各種基本權，那麼，將基本權只視為相對價值並且將這些權利當作天秤兩端的砝碼予以衡量的比例原則，完全就是相反邏輯之下的產物。這也是本文何以在重視人性尊嚴的立場下反對比例原則作為刑事立法正當性判準的根本因素。此外，本文在前面所提的在 Kant 的自由法哲學體系下的自由法治國理念，與這裡

²⁵⁰ Z. B. BVerfGE 50, 205, 215.

²⁵¹ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 439: „[H]andle nach Maximen eines allgemein gesetzgebenden Gliedes zu einem bloß möglichen Reiche der Zwecke, ...“

²⁵² 鄭芷人，前揭註 245，頁 40。

²⁵³ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 434: „Im Reiche der Zwecke hat alles entweder einen Preis, oder eine Würde. Was einen Preis hat, an dessen Stelle kann auch etwas anderes als Äquivalent gesetzt werden; was dagegen über allen Preis erhaben ist, mithin kein Äquivalent verstattet, das hat eine Würde.“

的目的王國可謂是一體之兩面。如前所述，目的王國型態的定言令式為：「按照一個完全可能的目的王國中一個制定普遍法則的成員的格律而行動。」²⁵⁴而 Kant 對於自由法治國的表述則是：「主體共同生活在法權法則下的整體關係。」²⁵⁵兩者毋寧都在揭示一種主體之間的共存秩序，唯一不同的只在於前者是從道德主體的觀點建構的道德王國，後者則是從法主體視角所構築出的國家理念。而兩者所共通的主體性之所以可能，亦即，建構出道德關係與法權關係（*Rechtsverhältniss*）的支點²⁵⁶，就是主體的自律（*Autonomie*）能力。

參、「自律」使得道德成為可能

「自律」是一種自我決定（*Selbstbestimmung*）的能力。而這種自我決定的能力又可以區分為數個不同的層次。首先，就消極的意義而言，自律意味著我作為主體有能力獨立於來自經驗上的感官刺激做成決定；同時，我也可以在沒有他人的強制之下做成決定。不僅如此，自律也標示著我不需要服從任何外在權威所設定的行為模式。也就是說，消極意義的自律理念講的是一種與他律相對的內涵，而這裏所謂的他律，指的毋寧就是除了作為主體的我自己所設定的行為標準之外的一切目的。換句話說，如果我是基於生理上的需求、心理上的滿足、幸福的追求乃至於他人的強制而做成了某個行為，都不具備自律的特徵，而只能說是他律，因為，系爭行為的價值只存在於這些特定需求、滿足或是幸福條件成立的情況當中，然而，這些特定條件卻又都是被其他原因所決定的，也就是在某條特定因果鏈之下的一個環節，而不具有任何的自發性。由此可知，有資格稱得上「自律」者，唯有意志本身而已，因為，只有意志能夠不受任何經驗性條件的限制，也就能夠不再成為被其他原因決定的結果，此即表示意志能積極地自己設定自己應該遵循的法則，也就是自我立法（*Selbstgesetzgebung*）。從而，Kant 說：「除了自律，亦即，意志的『自己作為自己的法則』之特質以外，意志自由還能夠是什麼呢？

²⁵⁴ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 439.

²⁵⁵ Kant, a. a. O. (Fn. 217), S. 313.

²⁵⁶ 參周漾沂，前揭註 9，頁 1008。

但是，『意志在所有的行為中自己作為一個法則』這個說法，僅標示出了這個原則：『只依據你的行為準則能夠被視為一個普遍法則的那個準則去行動。』而這個原則也就是定言令式的形式以及道德法則，從而，自由意志與服從道德的意志是同一件事。」²⁵⁷這也說明了自由（律）與道德法則的相互關係，也就是 Kant 所說的：「自由是道德法則存在的基礎，道德法則則是自由的認知基礎。」²⁵⁸換言之，如果沒有自由理念，則道德法則就不可能存在，因為，此時任何的人類行為都是被外在的因素所決定，從而就是被限制的，一個無限制的善的意志從此不再可能；不過，反過來說，自由也需要透過道德實踐才有其必然性。因此，在語言的層面上看似矛盾的兩件事：法則與自由，也就獲得了論理上的內在關聯，因為：「意志不只是服從法則而已，它更也要能被視為服從自己所設定的法則（因此可以將自己視為一個起源者）。」²⁵⁹也就是說，一方面，意志服從於道德法則，另一方面，意志又設定了這些道德法則，換言之就是，意志自己服從自己所設定的法則，此即自律。

事實上，Kant 主張的作為自律的自由明顯地承繼了 Rousseau 的發想²⁶⁰，亦即其在《社會契約論（Contrat Social）》中所說的：「自由就是服從自己所制定的法律。」²⁶¹不過，Kant 並沒有全然繼受 Rousseau 的整套思想，而毋寧是在自己的哲學體系下重新詮釋了自律的理念。Rousseau 的《社會契約論》也是在處理關於人的自由以及人與群體關係，亦即政治權力正當性的問題。正是在這個脈絡下，

²⁵⁷ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 446 f.: “[W]as kann denn wohl die Freiheit des Willens sonst sein als Autonomie, d. i. die Eigenschaft des Willens, sich selbst ein Gesetz zu sein? Der Satz aber: der Wille ist in allen Handlungen sich selbst ein Gesetz, bezeichnet nur das Princip, nach keiner anderen Maxime zu handeln, als die sich selbst auch als ein allgemeines Gesetz zum Gegenstande haben kann. Dies ist aber gerade die Formel des kategorischen Imperativs und das Princip der Sittlichkeit: also ist ein freier Wille und ein Wille unter sittlichen Gesetzen einerlei.“

²⁵⁸ Kant, a. a. O. (Fn. 231), A 5, Anmerkung: „(Die Freiheit ist) die ratio essendi des moralischen Gesetzes, das moralische Gesetz aber die ratio cognoscendi der Freiheit.“ Vgl. Zaczyk, a. a. O. (Fn. 156), S. 140.

²⁵⁹ Kant, a. a. O. (Fn. 34), S. 431: „Der Wille wird also nicht lediglich dem Gesetze unterworfen, sondern so unterworfen, daß er auch als selbstgesetzgebend und eben um deswillen allererst dem Gesetze (davon er selbst sich als Urheber betrachten kann) unterworfen angesehen werden muß.“

²⁶⁰ Vgl. Höffe, a. a. O. (Fn. 226), S. 197.

²⁶¹ Rousseau, *Id.* at. 235, p. 41.

Rousseau 提及了自我立法（自律）的理念，亦即，他認為，一個政治秩序只有在能夠讓人民「只服從自己，維持像以往的自由」的條件下，才是正當的。而對於何謂「只服從自己，維持像以往的自由」，後人的詮釋則莫衷一是²⁶²。不過，這裡的重點在於，如果只將自由視為一種經驗上的概念（學說上有以「自保」稱之²⁶³），也就是我們一般所理解的行動自由的話，那麼，不論一個政治的權威如何貫徹上開原則，到最後一定無法讓人民享有如同在 Rousseau 所設想的自然狀態（即沒有政治權威存在）下一般之無拘無束的自由。因為，只要有政治權力以及其對於個人行動所設定的界線存在，個人的行動自由便會或多或少受到限縮。為了進一步處理這裡所揭示的法則（亦即，個人行動的界線）與自由的矛盾關係，Kant 再度訴諸其先驗性的哲學方法。申言之，倘若我們只將自律視為一個經驗性的概念，那麼，即使我服從的是我自己制定的法則，仍無法排除我現實上的行動自由被壓縮了的事實，因此不能算是自由的；然而，如果這裡所說的自律是一種先驗的概念，則自律與自由就成為一體之兩面。因為，這裡所謂的自由，就不再是經驗上的行動自由，而是一種服從道德法則的先驗能力，從而，我只有在服從道德法則的情形下所設定出的行為準則，亦即，我所設定的行為準則符合定言令式的審查，才是自由的；反之，我就是不自由的。只有在這個脈絡下，才解消了法則與自由（律）的矛盾。

綜上所述，我們可以全然理解在道德上自由的主體是如何可能的。首先，道德指涉的無非就是一個善的意志，也就是無限制的意志。在此，一個對立於相對性的絕對性，以及相反於經驗性的先驗性，成為了我們思索道德問題最重要的概念。其次，義務的概念揭示了人類存有狀態的弔詭，亦即，一方面是理性的，另一方面卻又是有限的，這也使得善的意志必須透過義務去要求有限理性的主體必

²⁶² 陳嘉銘（2014），〈「創造出公民，要什麼就都有了」？論盧梭的自由、愛國主義和實現共和的弔詭〉，《人文及社會科學集刊》，26 卷 2 期，頁 179。

²⁶³ 陳嘉銘，前揭註 262，頁 178 以下。

須基於義務動機去從事行為。再其次，定言令式則提供了主體一個具體的行為準則決定程序，用以判斷自己所設定的行為準則是否與可普遍的道德法則相合致。最後，作為自律的自由理念成為了 Kant 整體（道德）哲學的最終證立觀點，這也讓前面所提的道德／義務／定言令式與自由取得了整合的契機，也讓法則與自由的矛盾得以解消。當然，最後也說明了道德性的判斷標準與判斷對象其實都是存在於主體內部的反思性思維當中，而非訴諸主體外部的任何權威。

不過，如果我們再將思考的視角轉回人的存有狀態的雙重性，那麼，道德哲學不斷地訴諸理性要求主體從事符合道德法則的行為，一方面較欠缺考量人的生物性存有面向，因此即使我自認為所設定的行為準則是正確的，仍無法避免因為我主觀上認識能力的低落，而讓一項明明是錯誤的行為準則落實在經驗當中。基此一個很現實的問題就是：在仍然承認人有理性的條件下，如何避免人的有限性所造成的錯誤行為？另一方面，因為道德性判斷的對象是人類所設定的行為準則，從而有閉鎖於主體內部的傾向。然而，人的現實存有面向就是，這個世界除了我以外，仍有無數個與我相同具有主體性並且必須被視為目的對待的人類存在。是以，如何將視域從主體內部過轉至主體之間，就成為了重要的議題。Kant 並沒有忽略這兩個問題，只是，他並沒有在《道德形上學基礎》與《實踐理性批判》中有太多的著墨，而是將這個問題留待《道德形上學》中處理。而這兩個問題的解方，毋寧就是必須建立一個法與國家之體制。不過，這絕非代表法與國家體制是一個與主體對立的外部強制機制；反之，人的實踐理性才是賦予法與國家之正當性的來源。

第三項 法權：將抽象的自由落實於經驗界域的必要條件

壹、自律作為不可撼動的法的基礎

人類除了在作為自然生物的存有面向以外，還有一種有別於其他生物的自我導引（Selbstorientierung）之自律能力。自律也使得道德成為可能。不過，由於

Kant 一方面多在其道德哲學的著作中提及自律的理念，在法哲學的文本中則鮮少著墨；另一方面，Kant 不斷強調合法性與道德性、法權與德行（Tugend）義務的不同，似乎也有可能基此作出一種「自律只是道德哲學的理念，法哲學中無須共享該預設」的推論。這種推論在學說上也不乏其支持者。²⁶⁴ ²⁶⁵不過，本文全然反對這樣的說法。因為，我們絕對無法將人類的存有狀態與法的實質概念割裂理解。²⁶⁶這首先涉及的當然是對於人類圖像的最終預設，而一旦決定了這個預設，即必須毫無斷裂地同時在道德與法的層次予以援用²⁶⁷，否則毋寧就是一種理論上的自我悖反。事實上，上文已經提過，Kant 哲學的最終目標無非在於回答「人是什麼？」這個問題，而對於這個問題的回答毋寧也正是在揭示人的存有狀態，亦即有限理性者。也正因為人既是理性卻又是有限的，才需要在談論道德時提及義務的概念；也是基於同樣的理由，Kant 在實踐哲學領域除了建構道德哲學以外，也必須論及法與國家哲學。此外，在 Kant 強調理論與實踐必須具有一貫性的哲學方法下，將道德哲學與法哲學中之人的形象做不同的預設，恐怕是錯誤的詮釋，除非，論者一開始便擺明了選擇放棄進入 Kant 的體系脈絡中理解其文本而樂於做一個斷章取義的康德主義者。除了從上開這個最抽象卻也是最基本的角度來說明何以人的自律在法領域中仍舊是不可撼動的以外，從 Kant 的原典中也可看出這個傾向：「因為法權是作為一種純粹卻又必須建立在實踐上的概念（適用在經驗上出現的案例），從而，法權的形上學體系必須考量到這些案例的多樣性。」

²⁶⁸也就是說，法權概念並非一個外於 Kant 整體（實踐）哲學體系的獨立部門，

²⁶⁴ 例如前面提到的 Feuerbach。

²⁶⁵ 這類的問題也出現在英美學界中，只不過是以「是否要將《道德形上學》中的論述獨立出 Kant 的道德哲學來詮釋」的方式呈現。對此可參周家瑜（2012），〈康德論政治自由：對政治式詮釋的修正〉，《政治與社會哲學評論》，43 期，頁 81 以下。

²⁶⁶ Vgl. Zaczyk, a. a. O. (Fn. 220), 1 ff.

²⁶⁷ Chou, a. a. O. (Fn. 188), S. 100 ff; Murmann, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, S. 167 ff.; Hoffmann, Über Freiheit als Ursprung des Rechts, Zeitschrift für Rechtsphilosophie. 2003, S. 16 ff.; Seelmann, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 8/11 ff.

²⁶⁸ Kant, a. a. O. (Fn. 217), S. 205 f.: „Da aber der Begriff des Rechts als ein reiner, jedoch auf die Praxis (Anwendung auf in der Erfahrung vorkommende Fälle) gestellter Begriff ist, mithin ein metaphysisches System desselben in seiner Eintheilung auch auf die empirische Mannigfaltigkeit jener Fälle Rücksicht nehmen müßte, ...“; „[W]eil sonst das, was hier Metaphysik ist, von dem, was empirische Rechtspraxis ist, nicht wohl unterschieden werden könnte.

而是必須整合進其「純粹」、也就是先驗的哲學方法當中，只不過因為法權所涉及的事項，亦即，「必須適用於經驗上出現的案例」，所以有獨立於道德哲學的討論價值。不過，目前也只說明了法權概念必須要從先驗的角度來理解，但，這對於說明自律理念同時作為法領域中的預設尚不充分。對此，最直接的說法莫過於此：「德行義務必須與法義務區分，前者只能以自我強制為基礎，但外在的強制在後者當中是道德上可能的。……對於有限神聖的生物來說，沒有所謂的德行論，只有道德論，也就是實踐理性的自律。」²⁶⁹在此，很清楚的，法體制的論證中首先涉及了國家強制力的正當性問題，**Kant** 不但沒有因為對於人類自律能力的信仰而立即否定強制力的正當性，甚且表示在法的領域中，來自外在的強制在道德上是可能的！更重要的是，這個讓法的外在強制在道德上成為可能的基礎，不是外在強制本身，而是自律。當然，如果只從經驗面向觀察國家強制力對於主體的作用，就很容易導出主體是受到強制力之他律機制所驅動才做出合法的行為；然而，本文認為，在 **Kant** 的視角下，關鍵毋寧在於質問這個強制力背後的正當性基礎為何。而從上述的引文很明顯可以看出，我們必須從道德的視角來思考這個外在強制的正當基礎。由於 **Kant** 對於道德的界定及其根源的探求最後便是定錨於自律的理念，從而可以說：國家強制力的正當性根源，還是出於自律。

²⁶⁹ *Kant*, a. a. O. (Fn. 217), Einleitung zur Tugendlehre, S. 383: „Die Tugendpflicht ist von der Rechtspflicht wesentlich darin unterschieden: daß zu dieser ein äußerer Zwang moralisch-möglich ist, jene aber auf dem freien Selbstzwange allein beruht. Für endliche heilige Wesen... giebt es keine Tugendlehre, sondern bloß Sittenlehre, welche letztere eine Autonomie der praktischen Vernunft ist, ...“

貳、法權原則的確立：定言令式在法領域的作用

確立了在法領域的思考中仍舊不可放棄自律理念的預設以後，接下來所要探討的問題是：法應該是什麼，也就是實質法概念的內涵。首先，即使我們一再重申人作為主體具有其他生物所無的自律能力，然而，由於人的理性是有限的，以致於會因為每個人本身主觀條件的限制而做出一個自認正確但其實是錯誤的行為。從這個角度出發，我們可以重新理解實證（刑）法的意義。一般認為，實證法律的存在無非是一種對於個人行動自由的限制，換句話說，實證法律形塑了一個個人行為模式容許與否的判斷系統，當法律規範所涉及的事項愈精細、愈廣泛，個人的行動選擇就愈趨減少。這種理解反應在刑法學當中成就了行為規範論²⁷⁰的興起。行為規範論者強調的是每一項刑法構成要件背後都揭示了一項誡命，要求個人不為抑或為特定行為。從而，當刑法構成要件的數量愈多，個人所能享有的行動自由便愈少。也正因為刑法中的行為規範代表了國家對於人民行動自由權的限制，因而必須通過比例原則的審查。然而，這一系列本文在前面的論述中已經不斷批判的說法，只將實證法理解為與個人對立的體制，終究是無視於人的自律能力。對本文而言，實證（刑）法的存在，不是某個外在權威用以鞏固人類和平共存秩序的技術性產物，而是主體透過反思以後認識到了個人認識條件的有限性之後，為了超克這個有限性所創造的產物。基此，實證法與自由就不再是互斥的概念，反倒是，主體的自由要求了實證法以及實證法所具有的在現實世界中導引主體之間理性地和平共存之功能。²⁷¹不過，本文對於實證法的這種理解，亦即，作為主體之間在現實中得以共存的必要條件，絕非主張一種法實證主義式的法理解。從而，我們必然要繼續思索的是：法的正當性判準為何？換句話說，作為所有現存實證法背後的立法指引是什麼？

²⁷⁰ Vert. Freund, AT, 2. Aufl., S.34 ff.; Krit. Zaczek, Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm, GA 2014, S. 73 ff. 國內文獻援引行為規範論者如蔡聖偉（2005），〈評 2005 年關於不能未遂的修法—兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉，《政大法學評論》，91 期，頁 339-410；強烈批判請參李茂生（2009），〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173 期，頁 145-153。

²⁷¹ 參考周漾沂，前揭註 9，頁 1014。

在思考實證法的正當性判準的同時，法的超克主體現實條件限制的意義必須一併納入討論的平台中。是以，我們可以理解，不同於道德所強調的是主體基於義務動機設定行為準則；法所關注的對象則是如何調和現實世界中多數有限理性主體的共存。從而，法的事項的外部性便可由此得出。申言之，法的事項涉及的不是主體到底是基於什麼樣的動機去決定他的行為模式，而是將判斷的對象轉移到每個主體依據他所決定的行為準則去從事的每個行為對其他主體的現實效應的問題。讓我們再回到向老婆婆買夜來香的例子。當我們在道德的層次討論這個例子時，我們問的是：我是不是基於幫助她的動機去買夜來香的？只有在我是基於該動機去從事該行為時，才能說我是道德的；相反的，在法的層次討論這個案例時，重點就成了：我向她買花的行為是否破壞了我們之間的理性共存關係？此際，判斷的重點就不是我的內心動機，而是買夜來香這個行為的現實效應。當然，在一般的情況下，這個行為並不會破壞我們之間的理性共存關係。然而，倘若我是以假鈔向老婆婆買夜來香的話，就會因為這個行為在現實上所伴隨的負面效應，使得我們雙方的共存關係被破壞了。簡單來說，相較於道德哲學關注的主要是人的理性面向，**Kant** 的法哲學更著重的是人的有限性／經驗性面向。現在的問題就在於，什麼叫做行為在現實上所伴隨的負面效應？尤其是，在 **Kant** 的先驗反思的哲學方法中，這個效應絕對不是片面地理解為對他人的利益侵害而已。要理解這裏所謂的負面效應，就必須進一步討論 **Kant** 所提出的「法權（*Recht*）」概念。

Kant 在《道德形上學》當中對於法權的定義是：「法權作為一種（道德的）能力，使他人負有義務。」²⁷²首先，由於法權是一種道德的能力，表示法權必然是從主體內部的自律能力建構出來的一這也再次印證了將自律排除在法權論證

²⁷² *Kant*, a. a. O. (Fn. 220), S. 237, 239: „Der Rechte als (moralischer) Vermögen Andere zu verpflichten, ...“

之外的謬誤。其次，由於法權是一種使他人負有義務的能力，表示法權不再是閉鎖於主體內部的侷限視角，而必須將與我同為主體的他人納入考量。再其次，也由於個人同時具有主體與他者的兩個面向，因此，法權必然要置於一個互為主體與他者的相互關係中才能獲得正確的理解。而這樣一種相互關係，具體來說即是要求每個主體在設定行為準則時，務必要考量到行為落實之後對他人可能造成的各種效應²⁷³，並且，只有在確認這個行為效應不會使得他人完全成為我為了實現行為的手段之條件下，我才能從事該行為，否則，就是破壞了上開所說的主體之間的相互關係。基此，上一段所說的行為對他人造成了負面效應，在這個脈絡下就轉化為一種「不可將他人單純當作我行為效應的手段」之誠命。而如果將這個誠命從正面的角度重述一次的話，便是：「在從事任何行為時，務必將與我共存在這個世界中的每一個人都當成目的來看待。」換句話說，法權關係也就是一種相互承認關係²⁷⁴，在其中，「主體透過行為的正確實踐，表達出對同樣作為主體之他者的承認。」²⁷⁵很顯然的，這個誠命的型態與 Kant 在道德哲學中所提到的定言令式的構造是相同的，只是由於道德與法個別所涉及的事項不同，所以在具體的內容上有著些許差異。道德所牽涉的是主體內部設定的行為準則合乎定言令式與否的問題；法所涉及的則是行為準則落實以後其效應的問題。基此，我們也無妨將上開誠命稱為「法的定言令式」²⁷⁶，也就是人的實踐理性在法領域的運用。事實上，這種定言令式的轉換，其實從《道德形上學》中也可以解讀出來：「我們只能透過道德令式來認識自由...，而後，法的概念也只能夠從中被開展出來。」²⁷⁷不僅如此，一旦透過定言令式的轉換解讀出了道德與法之間的關係，法權的基本原則也就可以透過道德定言令式的「普遍性」特徵獲得更進一步的確定：「如

²⁷³ 周漾沂，前揭註 9，頁 1006；周漾沂（2012），〈論攻擊性緊急避難之定位〉，《臺大法學論叢》，41 卷 1 期，頁 413。

²⁷⁴ Zaczyk, a. a. O. (Fn. 156), S. 154 ff; Chou, a. a. O. (Fn. 188), S. 102; Murmann, a. a. O. (Fn. 264), S. 163 ff.

²⁷⁵ 周漾沂，前揭註 9，頁 1004-1005。

²⁷⁶ Höffe, Kategorische Rechtsprinzipien, S. 125 ff; Chou, a. a. O. (Fn. 188), S. 101.

²⁷⁷ Kant, a. a. O. (Fn. 220), S. 239: „Wir kennen unsere eigene Freiheit ... nur durch den moralischen Imperativ, ..., d. i. der Begriff des Rechts, entwickelt werden kann.

此的行為是合法的：依據一個普遍的法則，行為人的意念自由與其他人的自由得以共存。」²⁷⁸不過，同樣因為道德與法所涉及的事項不同，從而上開法權原則／法定法令式的內容也從要求主體設定一個符合道德法則的行為準則，轉換成了要求主體設定一個與他人的意念自由得以共存的行為準則，亦即，一樣是從主體內部的觀點過轉到了主體相互間的觀點。這裡要予以說明的是，**Kant** 在《道德形上學》中首度對於意志（**Wille**）與意念（**Willkür**）的概念明確地在用語上做出區別，前者指涉的就是自由／自律本身（也是之前在道德哲學中所提到的無限制的善意志），因此它是整條因果鏈的開端，在它背後別無其他決定它的條件，當然，意志所涉及的是主體內部設定行為準則的基礎（動機）；而意念指的是「藉著行動產生客體的能力之意識」²⁷⁹，也就是一種選擇採取何種行為準則並且予以實踐之能力，意近於我們一般所謂的行動自由²⁸⁰。事實上，這個看似抽象的區分，可以藉由反思並解構我們自己的行為決定過程獲得更充分的理解。例如，當我們在思考是否跟老婆婆購買夜來香的同時，可能會有多個動機出現，有可能是為了滿足助人的快樂，也可能是為了彌補身為中產階級的內疚。當然，這時也會有來自意志的誡命：你應該只出於幫助他人的動機去買花。此際，我便開始進入一種掙扎的過程，也就是意念到底要聽從來自意志的誡命還是聽從來自感官的各種刺激去設定行為準則並且將它實現呢？正如上述所指出的，只有在意念服從來自意志的誡命去設定行為準則並予以實踐時，才能說我是道德的。從而，很清楚的，法權原則所關照的就只有行為準則的選擇以及將其實踐於外的面向，而不涉及主體究竟是基於何種動機去選擇行為模式。也因此，**Kant** 如此描述法權：「法（權）是一組條件的集合，在這個集合之下，個人的意念與他人的意念能透過一項普遍的

²⁷⁸ **Kant**, a. a. O. (Fn. 220), S. 230: „Eine jede Handlung ist Recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann.“

²⁷⁹ **Kant**, a. a. O. (Fn. 220), S. 213.

²⁸⁰ 為了避免用語所造成的理解障礙與混淆，亦不妨將此處的「意志（自律）」稱為「內在自由」，「意念（行動自由）」稱為「外在自由」，對此參考周濂沂，前揭註 9，頁 1006。關於意志與意念區別的詳盡論述請參盧雪崑（2009），《康德的自由學說》，頁 236 以下，台北：里仁；鄭芷人，前揭註 245，頁 112。

自由法則予以統一。」²⁸¹這裡的自由概念，一方面仍需以自律為核心，但也因為涉及的是法的事項，從而與意念自由相關聯，也是一種能夠在行為的實踐上「免於他人強制」的自由。在此，即可看出作為所有實證法之基礎的原則：一、以自律為核心；二、涉及的是多數人之共存事項；三、不涉及主體動機；四、以普遍性²⁸²為其特徵。這幾個原則，也將成為我們後續理解法益以及解釋公務的指引。

綜上，一方面我們重新理解了實證法的意義，另一方面，我們也找出了實證法的正當性判準。事實上，這也等於是重構了自由法治國的自由與法治這兩個要素。然而，現在的問題是，實證法是如何產生的？國家的理念又要如何被整合進這個脈絡中？也唯有回答了這個問題，自由法治國的最後一個要素，國家，才能取得一個實質的理解。

第四項 國家：主體共同生活在法權法則下的整體關係

論述及此，我們可以了解人類透過與生俱來的實踐理性能夠認識尊重他人、承認他人和我一樣都是主體之誠命，從而，在從事任何行為時，務必考量行為的現實效應是否將侵害他人的外在自由領域。同樣的，我們也理解了人類因為其主觀條件的有限性，從而不可能有能力全然掌握其行為所可能引致的所有效應。因此，一個超克此種有限性的體制—法體制於焉誕生。不過，前面的討論也僅說明了在 Kant 的自由法哲學脈絡下，實證法的必要性以及立法上的指引而已；然而，在此脈絡之下，整體實證法體系究竟是如何產生？又是透過何種機制、基於何種理念去引導這個實證法體系效力之貫徹？這一系列的問題，涉及的就是國家理念。

²⁸¹ Kant, a. a. O. (Fn. 220), S. 230: „Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“

²⁸² Seelmann, a. a. O. (Fn. 267), S. 61; Kühl, Naturrecht und positives Recht in Kants Rechtsphilosophie, in: Dreier (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, S. 77; Kersting, Kant's Concept of the State, in: Williams (ed.), Essays on Kant's Political Philosophy, p.152. 另請參周漾沂，前揭註9，頁1018（普遍有效性）。

壹、法治國家的正當性

「國家的任務在於實現自由與擔保自由。」²⁸³申言之，國家的主要任務在於制定整體實證法體系，協助主體超克個別的條件限制²⁸⁴；並且，徒法顯然不足以自行，因此，除了創造實證法提供個人行為選擇的導引之外，國家自然也必須擔負起貫徹實證法效力的任務。不過，這也衍生出了一個問題，也就是：為什麼必須仰賴國家來貫徹實證法，而不是主體藉由主張其法權即可正當地對侵越其外在自由之界線者行使其強制的權能，讓非法侵權者退出其法權領域呢？固然，Kant除了將法權定義為上述的「使他人負有義務」與「獨立於他人的強制」以外，也強調過法權與強制權能的連結²⁸⁵，例如：「這項嚴格的法權也能夠被設想為一個根據普遍之法則，與他人的自由相互協調的一般性、相互性強制的可能性。」²⁸⁶然而，一方面，主體擁有在特定條件之下的強制權能，在邏輯上並不排除將此項權能讓與國家來執行，更何況，國家作為主體實踐理性為了擺脫主體條件之有限性所建構出來的功能性體制，毋寧將因為其客觀性格而得以避免主體自己行使強制權能的各種問題。這些問題，當然也與主體的有限性有關。申言之，主體總因為各種經驗性條件的限制而無法對自己的行為效應全盤掌握，倘若將同樣的邏輯嵌入上開的強制權能當中，則很明顯的，主體對於判斷他人是否果真侵越了自己的法權領域，乃至於需要行使多少強制力以排除侵害，也將會出現無法避免的誤差，甚至讓自認為是合法的強制力行使反倒成為了他人權利的侵害。從這個角度來說，一個克服主體有限性限制的合法強制力行使體制（國家）就有其必然性。另一方面，如果堅持只有主體本身才能夠行使上開的強制權能，那麼，最終的結果可能會造成，主體之間相互強制的無限迴圈。因為，當某甲認為某乙侵越了自己的法權領域而對某乙施以強制力的同時，某乙可能也認為自己並沒有侵害某甲

²⁸³ Böckenförde/Enders, Freiheit und Recht, Freiheit und Staat, in: ders, Staat, Gesellschaft, Freiheit, S. 51 ff.

²⁸⁴ 關於此點的論證請參周漾沂，前揭註9，頁1013以下。

²⁸⁵ Kant, a. a. O. (Fn. 220), S. 231.

²⁸⁶ Kant, a. a. O. (Fn. 220), S. 232.

的權利，抑或是某甲所施用的強制力已經過當，某乙因此再以強制力回應某甲的強制力。如此一來，甲乙乃至於個別主體相互間的相互強制迴圈，長此以往，可能會造成整體外在自由的抹消。²⁸⁷從而，國家體制除了透過制定實證法提供有限主體關於行為效應的充分資訊，也必須進一步擔保實證法效力之實現，才能真正確保每個人的外在自由。然而，一定要再次強調的是，這裡的實證法及其效力之（強制）貫徹，絕不可片面地理解為一種與主體對立的外在強制機制而已，而毋寧應該理解為主體之間為了在不逾越他人法權領域之條件下和平共存所自行構築出的功能體制。並且，在 Kant 的先驗哲學方法架構下，所稱自行，指的也不是個人在現實上對於國家體制的同意表述，而是一個來自（法）實踐理性的誡命。而這也涉及了 Kant 既承繼卻又顛覆了傳統自然狀態與社會契約論的論證方式。

在 Hobbes 的《利維坦（Leviathan）》一書中，自然狀態被設想為一場萬人與萬人的戰爭，其中，人類不外乎就是另一種趨利避害的生物而已。而每個人為了力保自己不受他人侵害，必須時時刻刻防備著他人，隨時準備逃跑或反擊，從而，「在這種狀況下，產業是無法存在的，因為其成果不穩定。這樣一來，舉凡土地的栽培、航海、進口商品的運用、舒適的建築、移動與卸除須費巨大力量的物體的工具、地貌的知識、時間的記載、文藝、文學、社會等等都將不存在。²⁸⁸」很顯然的，Hobbes 式的自然狀態所標示的毋寧是一種「恐懼的總和」。而為了從這個雖然有無限的自由卻充滿恐懼之殺戮狀態，進入一個讓多數人得以和平共存的秩序狀態，人們相互間同意以放棄各自的自由為代價，簽訂社會契約，並賦予國家絕對的權力，避免再度回到自然狀態中。²⁸⁹具有絕對權力的國家透過強制力鞏固了社會秩序，個人權利則形同主權者施予的恩惠。基此，個人權利清單的制定、改變乃至於全然取消，皆是主權者說得算，人民只能祈禱主權者的施捨。Hobbes

²⁸⁷ Kühl, Eigentumsordnung als Freiheitsordnung, S. 163.

²⁸⁸ Hobbes, *Id.* at 93, chap. XIII, S. 63.

²⁸⁹ Hobbes, *Id.* at 93, chap. XVII.

式的社會契約因此只是一項證立國家權力的契約，而非限制國家權力的契約²⁹⁰。相反的，在 Kant 的想像下，人類因為其與生俱來的理性，所以，即使在一個沒有國家、法律存在的自然狀態底下，人們仍然不會因此進入萬人與萬人的戰爭而彼此殺戮。甚至，主體在自然狀態中所擁有的權利與過渡至國家／法律／市民狀態後所擁有的權利，在內容上也沒有差異。²⁹¹對主體而言，在自然狀態中與市民狀態中的差別只在於權利的「穩固性」，亦即，只有在脫離自然狀態並且進入了市民狀態以後，才有國家的公共法庭以實證法秩序為依歸做出主體之間權利義務界線的最終裁決。²⁹²事實上，這也就是前面所說的，為了超克人的有限性而建構出的國家法律體制。除了自然狀態的預設與 Hobbes 天差地別以外，Kant 基於其一貫的先驗哲學方法，克服了社會契約論的弔詭。這項弔詭出自於一個很直觀的疑問：歷史上根本從未出現過一份真正的社會契約，那麼，是否世界上所有國家的統治機制，都是不正當的？事實上，倘若在 Hobbes 經驗主義、效益主義導向的思想脈絡下提出這個問題，或許自古以來果真沒有任何統治秩序能夠被評價為正當的。不過，對 Kant 而言，無論是社會契約，抑或是基於此契約而來的普遍意志（*allgemeine Wille*），全都不是經驗性的概念，而是一組先驗的理念。因為，只要是經驗性的事物，就只能不斷的面臨變動，從而就不可能是普遍的²⁹³，基此，在邏輯上，所謂的普遍意志，就必然只能來自於非經驗性的事物，也就是先驗的理念。同樣的，作為普遍意志基礎的社會契約，以及離開自然狀態並進入市民狀態的要求，也必然與經驗無關，而是來自於先驗實踐理性的產物。

這個普遍意志，也成為了整體實證法秩序與國家強制力的正當性基礎。另外，普遍意志，也同時證立了所有權（*Eigentum*）體制。必須先行說明的是，這個所有權的內涵，並不只是現代民法物權法脈絡下的所有權概念，而應該理解成每個

²⁹⁰ Kersting, Kant über Recht, S. 101.

²⁹¹ Kant, a. a. O. (Fn. 220), S. 307.

²⁹² Kant, a. a. O. (Fn. 220), S. 305 ff.

²⁹³ Höffe, a. a. O. (Fn. 226), S. 210.

人的外在行動領域（*Aktionssphäre*）²⁹⁴，從而，這裡討論的所有權體制，除了說明了個人私有財產之正當性來源以外，更是再一次重申「必須透過普遍意志所形成的國家與法律，才得以劃定並且確保『外在的我的與你的（*äußeres Mein und Dein*）』²⁹⁵，亦即，每個人的外在自由領域²⁹⁶。」在此，我們無須鉅細靡遺地檢視 Kant 在《道德形上學》中對於所有權證立的全部論證以及後世研究者對這些論證的詮釋；本文只是試圖指出，這些論述仍舊與主體間之外在自由的共存有關。也就是說：我如何宣稱某物是我的而又能夠不侵害他人之自由？²⁹⁷首先，在 Kant 的設想下，自然狀態中的一切事物原本都是所有人所共同占有的，因此，一如民法中的共有概念，倘若共有人之一在沒有經過所有其他共有人的同意之下即去使用收益該共有物，就是對其他人自由的侵害。可以想見，在這種萬物皆共有的情況下，沒有人能夠不侵害他人的自由以展開生活。因為，就連對人的生物性存而言最重要的空氣與飲水，以及我的存有所必然佔據的某一部份的地球表面，都必須要經過所有人的同意以後個人才能夠利用。當然，在邏輯上一個現實存在的相互同意使用共有物的契約也是有可能存在的。不過，這種訴諸經驗的說法，只會讓所有權乃至於外在自由的確保成為偶然、暫時的事實。因此，為了解決這個難題，Kant 同樣訴諸了普遍意志的理念，一方面，在主體內部，實踐理性將下達一個進入市民狀態的誡命，而主體相互間也得以強制彼此進入市民狀態，如此，所有權體制即得以證立。另一方面，也因為進入市民狀態以後，就有了國家及其各項功能性體制能夠對於所有權之歸屬做出終局且有效的裁決，基此，外在自由

²⁹⁴ Zaczyk, Freiheit und Recht, JuS 2004, S. 99.

²⁹⁵ 用語請參 Kant, a. a. O. (Fn. 220), S.247 ff., insbes. S. 248 f. „Das äußere Meine ist dasjenige außer mir, an dessen mir beliebigen Gebrauch mich zu hindern Läsion (Abbruch an meiner Freiheit, die mit der Freiheit von Jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann) sein würde. (外在的我的就是在我之外的東西。妨礙我隨意使用它，就會是一種對於我可與每個人依據一個普遍法則之自由並存的損害。)

²⁹⁶ 周漾沂，前揭註 9，頁 1012。

²⁹⁷ 周家瑜（2005），《財產權與統一性—康德社會契約論之研究》，國立政治大學政治研究所碩士論文，頁 26。

也就能夠被確保。也就在進入了市民狀態以後，以往只有偶然性的所有權與外在自由，才成為永久的（*peremptorisch*）²⁹⁸。

這個以先驗的社會契約以及普遍意志所形構的國家，就是所謂的法權國家／法治國（*Rechtsstaat*）。在其中，自由與平等是最根本的原則。²⁹⁹然而，這兩個根本原則早已不是新的論述，而是在討論 Kant 的自由法哲學時就已經明確揭櫫的理念。首先，自由原則一方面指向的是主體的內在自由，亦即，自我導引的自律能力（Kant：「除了自己決定的法律以外，他（案：市民）不服從任何其他法律。」³⁰⁰）；另一方面，如同前述，透過定言令式在法的領域之運用所得出的正當性判準（Kant：「法（權）是一組條件的集合，在這個集合之下，個人的意念與他人的意念能透過一項普遍的自由法則予以統一。」³⁰¹），揭示了任何不具普遍性的實證立法都是不正當的。從而，國家不得透過法律強制個人接受僅具有相對性的意識形態、宗教信仰等。更重要的是，自由法治國家理念拒斥了任何以具體幸福（*Glückseligkeit*）為導向的國家行為。因為，幸福也好，福祉（*Wohl*）也罷，都是每個人在主觀的層次基於各種經驗性動機而來的想像，因此，我認定的幸福是聽古典樂與你認定的幸福是搖滾樂就有所差異。而以這種來自經驗而不具普遍性的素材作為法的內容與國家行為的目的，不啻一個專制的政府³⁰²。簡單來說：每個人作為自由的法主體，只有自己才能決定幸福的標準。也因為每個人都被當成自由的法主體來對待，並且國家不會強制個人接受不具普遍性的幸福或福祉，也沒有人會因為國家與法律而享有特權³⁰³，這使得每個人在國家與法律的擔保下，都擁有相同的、抽象的法權框架，在其中，沒有人會因為其他人的法權行使而喪失其法權。基此，自由與平等是一體之兩面³⁰⁴，而不是相互排斥的。

²⁹⁸ Kant, a. a. O. (Fn. 220), S. 267.

²⁹⁹ Kersting, *Id.* at 282, pp. 150-153.

³⁰⁰ Kant, a. a. O. (Fn. 220), S. 314.

³⁰¹ Kant, a. a. O. (Fn. 220), S. 230.

³⁰² Kant, a. a. O. (Fn. 220), S. 318.

³⁰³ Kersting, *Id.* at 299, p. 152.

³⁰⁴ Kersting, *Id.* at 299, pp. 152-153.

貳、自由法治國的實踐策略

當一個國家符合上述各種原則時，就是所謂的自由法治國，也是「憲政共和國」³⁰⁵。當然，現實上存在的各個國家，或多或少有不符合上開原則之處，尤其是，在立法層次政治權力的各種算計與運作下，偏離法權原則的實證法屢見不鮮，司法者基於各種現實的考量而不願透過違憲審查等機制，試圖在不改變實證法的情況下為個案正義找尋出路，行政權墨守官僚體制的成規，只自顧自地按照既有的實證法去執行公權力。那麼，Kant 的憲政共和國理念，是否就永遠是個玄想，成為一種虛妄？不是的！我們必須理解到，自由法治國作為一種理念，它雖然因為來自於理性而無從擴張我們的知識；然而，正因為理念來自於理性，所以擁有一種規制性的作用，能夠作為「準繩 (Richtschnur)」引導現實前往理性所設定的應然狀態³⁰⁶。也就是說：「理念中的國家，一如其依據純粹的法權原則之所應是的、作為任何現實上的統一體朝向一個共同體發展時所應遵循的(從而是內在的)準繩。」³⁰⁷從而，即使從古至今多數國家的建立仰賴的毋寧是「暴力」，國家的各種體制與實證法體系也總是不符合自由法治國家的理念，但這些事實在此都不重要。重要的是，國家的任何作為皆須以自由法治國理念為準繩。換言之，倘若某國的政府體制不符三權分立的設計，則除了可以透過修憲的方式澈底解決系爭問題外，在尚未修改憲法以前，政府體制內的每個公務員都應該先行思考自己正在執行的各該事務究竟屬於三權之中的何種權力，並心心念念地不斷反思自己是否總是依據自由法治國理念實行公權力。

更具體來說，在本文的脈絡下，何謂妨害公務罪的公務概念，也必須做合於自由法治國理念的解釋。尤其是，在我國實務解釋本罪公務概念多僅墨守判例文

³⁰⁵ 參江玉林 (1994)，《作為法理念的自由：以康德與黑格爾的法哲學為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 77。

³⁰⁶ 周家瑜，前揭註 297，頁 42。

³⁰⁷ Kant, a. a. O. (Fn. 220), S. 313: „[D]er Staat in der Idee, wie er nach reinen Rechtsprincipien sein soll, welche jeder wirklichen Vereinigung zu einem gemeinen Wesen (also im Inneren) zur Richtschnur (norma) dient.“

字的情況下，要求法官與檢察官檢視自己的法律論理實質上是否合乎自由法治國的內涵，可以說是實現這個理念最重要的策略。此外，所有握有國家權力的各級公務員，在執行其公務時，也都必須審度自己的行為是否在於保護人民的權利，而非侵害其權利。這樣的要求表面上似乎會增加基層公務員的負擔，因為，如此一來，許多既有的執行慣例就必須被重新檢討、翻修。然而，即使從最現實的層次來說，當第一線的基層公務員皆勉力遵循自由法治國的內涵執行公務，勢必就能夠降低人民的反抗事件以及國家因公務員違法執行職務而付出的賠償成本。其次，如果如本文一樣肯認了每個人都有能力尊重他者，則硬是要求公務員遵循違反法治國原則的執行規則，無非是讓基層的執行者時常身陷「究竟是要依照良心的要求尊重他人的自由，還是要遵循執行規則」的兩難處境，因此，根本的解決之道仍就在於，以合乎自由法治國內涵的方式翻修舊有的執行規則。當然，公務員的訓練也須一併納入考量，訓練的內容不應僅侷限在技術性的事項，而應包括公務員要如何在其所負責的事務範疇內，以合乎法治國家的方式執行公務。

以上所述者，其實只是現存的國家應如何「自由法治國化」的策略之極小部分。不過，這已足以說明了，本文所援引並予以詮釋的 **Kant** 這種理念導引現實的改革方式，毋寧是相當實用的；它不強求任何特定的政府體制，也不急於畢其功於一役式的變動，甚至，即使現實上的統治秩序再不正當，他仍舊反對任何足以顛覆既有秩序的革命。但無論如何，這種法治國化的政治改革方針，確實提供了我們一種詮釋實證法的重要觀點。

至此，我們已經將 **Kant** 哲學體系下的自由法治國理念詳盡地論證過。「自由」預設了人的內在自由，即自律的能力，人不再只是服從於特定的外在權威，藉由趨利避害法則經營生活的生物，而是能夠自我導引，自我決定正確行為模式的理性存有者。哲學作為一貫的知識整體，這個自我導引、自我決定的能力不僅支配著道德哲學，也同樣作為法哲學的根基。而「法治」的理念，毋寧應該理解

為依法權原則而治，亦即，（刑）法只涉及了主體之間具有普遍性之外在自由的共存事項。惟，徒法不足以自行，國家作為貫徹法效力，從而也是實現自由的體制，各種行為無一不指向主體法權之擔保。基此，我們可以很清楚地看到，無論是在道德哲學、法哲學乃至於國家哲學，自由始終是論證的焦點，也是 **Kant** 整體哲學的「拱心石」³⁰⁸，從而，當我們試圖在這個思想脈絡中思索問題時，起手式往往就是：系爭問題是否與自由理念之準繩相合致？

³⁰⁸ Kant, a. a. O. (Fn. 231), S. 3. Dieter Henrich (著)，彭文本（譯）（2006），《康德與黑格爾之間》，頁 61 以下，台北：商周。

第三節 自由法治國家中的妨害公務罪

第一項 法與國家理念在刑法體系中的具體化

縱然上開論述已盡可能詳實地說明 Kant 的法哲學體系，然而，對於刑法學體系來說，或許還是有些抽象。因此，勢必需要將刑法學既有的重要概念與 Kant 的法哲學體系相互接榫。其中，法益概念當然是第一個選項。因為，如果我們理解何謂法益，當然必須先理解法是什麼。也就是說，法益概念作為法（權）的具體化³⁰⁹，讓 Kant 的法哲學體系能夠以更具體的面貌呈現在刑法學當中。而之前本文所批判的法益概念之工具化、實證法化等問題，也能夠因此獲得解決。尤其是，法權原則來自先驗並與經驗接軌的特質，調和了理念與現實之間的差距，一方面，法益概念得以藉由法權原則取得對於實證刑法的批判力；另一方面，在解釋適用現行實證刑法時，也能透過對照法權原則，獲得正確的構成要件解釋。也就是說，將法益理解成法的具體化，同時能夠滿足法益的批判與解釋功能，既可審視實證刑法的正當性，又可在現行法的框架下正確地適用刑法。以下，我們將具體說明在這樣的理解下的個人法益與國家法益有什麼內涵。

壹、個人法益

首先，個人的內在自由，即自律是法的關係不可抹滅的基礎，從而，任何反於自律理念的實證刑法都是不正確的立法。其次，Kant 既然如此描述法權：「法（權）是一組條件的集合，在這個集合之下，個人的意念與他人的意念能透過一項普遍的自由法則予以統一。」³¹⁰則可以確定的是，法益作為法的具體化，也必定以涉及意念（外在自由）的普遍性為其特徵，並且，法（益）也是使得外在自由及其普遍性成為可能的必要條件。此外，法的關係也必然與所謂的法定言令式共享相同的特徵，亦即，只涉及形式而不涉及實質。換言之，法的作用只在於維

³⁰⁹ 周漾沂，前揭註 9，頁 1018。

³¹⁰ Kant, a. a. O. (Fn. 220), S. 230.

繫每個主體具有相同的、使其外在的行動自由成為可能之法權領域³¹¹，至於其內所要填充的具體內涵，並非法所能干涉的事項。也就是說，除了消極地要求主體不得侵越與他人之間的外在自由共存關係之外，法不得積極地為個人建構幸福的人生，因為，如前所述，幸福不但只具有主觀性並且涉及的是實質的內容，從而沒有普遍性，因此不得作為法之事項。綜上，一言以蔽之，法益作為法的具體化，其特徵就是「使外在自由得以普遍地共存之必要條件」³¹²。

在這個抽象的判準之下，生命當然是首要的法益。這個道理也相當容易理解，因為，沒有了生命，主體也不可能行使其外在自由以開展其生活。所以，生命法益毋寧是主體外在自由框架的根本條件。從比較抽象的層次來說，人作為有限理性的存有，必然有其生物的面向，自由，也必須透過活著的主體藉由行動方才可能實踐。³¹³其次，身體法益也是主體連結客觀世界的必要條件。事實上，我們也很難想像一個有生命卻無法支配其身體的人要如何能夠透過其外在自由形塑與他人的互動關係。因此，生命與身體法益是主體外在自由的標準配備。另外，一般的行動自由與財產法益，也是建構主體外在自由的必要條件。因為，當我們說法的關係是一種實踐關係時，就必然包含了主體必須透過在現實世界中在特定的時空環境中支配特定事物與他人互動³¹⁴。也就是說，如果排除了主體的行動自由與財產，毋寧就是抹消了主體實踐其自由的可能性，最終，自由真的就只是一個虛幻的空想而已。至此，我們至少確定了個人的生命、身體、行動自由與財產應是刑法上的法益，但不以此為限³¹⁵。不過，如果法益只有個人面向，則同樣會面臨主體有限性之問題。從而，如同法權需要國家來貫徹一樣，刑法在個人法益以外，也應該建構國家法益。

³¹¹ 周漾沂，前揭註 9，頁 1017。

³¹² 周漾沂，前揭註 9，頁 1016。

³¹³ Vgl. Zaczek, a. a. O. (Fn. 156), S. 166.

³¹⁴ 周漾沂，前揭註 9，頁 1017。

³¹⁵ 更仔細地討論可參周漾沂，前揭註 9，頁 1016 以下。

貳、國家法益

人的有限理性，讓法權的貫徹有流於主觀恣意的危險，從而，為了避免主體之間相互強制的無限迴圈最後可能造成的外在自由的抹消，國家的建置成為了實踐理性上的必然。不過，如同 Kant 對於國家理念的經典定義——「主體共同生活在法權法則下的整體關係。」³¹⁶一樣，最終指引國家行為的原則仍舊是法權原則，也就是，維繫主體之間外在自由之普遍並存關係。是以，法與國家實際上就是一體之兩面。國家因此不是存在於法律之上，而是正好置身在法律之中³¹⁷。也就是說，國家縱然因為其客觀性而能超克個別主體經驗性條件之限制，讓法權得以被穩固地確保；然而，國家也只有在擔保法權方面具有其存在的正當性，所以，一旦國家在事實上的行為逾越了這個界限，甚至是反過頭來成為侵害法權的元兇時，就和非法的暴力團體沒有區別。當然，也因為國家仍然是以法權原則為其準繩，國家法益作為國家與法的具體化，最終的正當性判準仍是在於只涉及主體之間外在自由之普遍共存。在這個抽象的判準底下，首先，國家之存續自然是整體國家法益系列中最優先被考量者。因為，一旦國家體制不再存在，則指引主體行為選擇的實證法規範以及貫徹規範效力之各種機制也會一同消滅，人與人之間的共存就會再度回歸侷限在主體有限性的狀態，而難保不會抹消整體的外在自由關係。現行刑法中的內亂罪與外患罪代表著這種思維的具體化。其次，在國家存續之條件下，國家所擁有的各種功能，如立法、司法、行政等權力（Gewalt）體制，也必然是國家法益的內涵。因為，一個只存在但毫無功能的國家，與一個空殼並無二致，也無法履行其擔保法權的任務。是以，涉及立法、司法與行政權的各項實證刑法，正是國家（功能）法益的具體化，妨害公務罪的正當性，也就在此取得合理的詮釋，其所保護的法益，毋寧就是國家擔保法權之功能，並且，此功能並不只侷限在行政權力之行使，而是包含了任何合乎國家擔保法權功能之具體行

³¹⁶ Kant, a. a. O. (Fn. 217), S. 313: „Ein Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen.“

³¹⁷ von Gierkes, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. I, S. 831; Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, S. 247.

為³¹⁸。不過，必須強調的是，本文絕非在主張一種存在即正當式的極端刑法實證主義論調，也並不是在宣揚國家機關在現實上的任何作為都有其正當性。因為，到最後，刑法實證規範以及國家機關的實際行為是否正當，其基準仍然在於法權原則，亦即，涉及主體之間外在自由的普遍共存。這個基準當然也同時適用於妨害公務罪之正當性論述以及構成要件之解釋上。從而，所謂的公務，從最抽象的面向來說就是上開所述的：任何合乎國家擔保法權功能之具體行為；反面來說，國家行為倘若違反了這個基準，就不是妨害公務罪之公務的內涵。

第二項 妨害公務罪在自由法治國家中的意義

從前面的論述中，至多我們可以明白，在一個由自由主體所組成的共同體中，國家的作用何在；然而，這並不代表可以不去討論「為什麼刑法要保護國家體制」這個問題。因為，在邏輯上也並不當然能夠排除，國家體制縱然有上述的各種功能，但刑法並不介入保護的情形。基此，進一步論證刑法透過妨害公務罪保護國家功能得以獲致實現是正當的，即屬必要，否則，本文的結論就不應該是解釋公務的內涵，而是「廢除妨害公務罪」。

本文認為，要理解刑法透過妨害公務罪保護國家功能得以獲致實現之正當性基礎，就必須進一步分析刑法與國家體制這兩個關鍵概念。正如之前所提到過的，刑法的作用在於確保人與人之間在現實當中的相互共存，而且，這裡的共存指的並不是任何一種在經驗上有可能出現的群體關係，例如，僅依循著「強凌弱，眾暴寡」等叢林法則的相互關係，抑或是存在著人有貴賤之分的階級關係。這裡所指的共存關係，是一種自由而平等的共存關係。不過，刑法所涉及的自由，不可能只是單純存在於理念上，從而近乎於口號式的自由而已，更重要的是，刑法所關注的是這個在理念上自由，在真實的世界中，必須透過哪些具體的條件才得以

³¹⁸ 基此，廖其偉（前揭註 2，頁 79 以下）主張以行政法上行政處分的概念來理解刑法妨害公務罪的公務概念，忽略了行政權以外的國家權力也具有相同的擔保法權之功能。從而，此種見解頗有值得商榷之處。

實現，而這些具體的條件，正是刑法要保護的對象，也就是法益。關於這些自由的條件，首先我們可以想見的，就是人的生命、身體與財產等個人法益。除此之外，非以個人為持有者的某些集體法益，也是擔保自由得以真正落實的必要條件，因為，理念上的自由要求在現實當中能夠實現，並非只是要求偶然的實現，而是必然的實現。然而，人類卻又可能基於各種原因使得自由的實現繫於偶然，以至於在上述那些個人法益以外，更需要一些實現自由的制度性條件存在，讓自由的實現能夠更趨近於必然³¹⁹。國家，就是這些制度性條件（集體法益）的其中一個。國家透過制定實證法作為人類行為的導引，建構司法程序解決人與人之間的紛爭，執行各種公務使得主體之間的自由共存可能實現。從而，如果刑法的作用在於使得人類的自由共存關係成為可能，那麼，除了個人法益以外，也必須保護以國家及其功能為首的這些實現自由的制度性條件，也就是國家法益。一部拒絕保護國家法益的刑法，縱然因為對人民的行為選擇限制較少，看起來似乎比較自由；然而，這其實是無視於人類能力有限性的做法，並且最終可能會讓一個共同體成為只有共存而沒有自由的群體關係。

當然，或許有論者會認為，何以不是以刑法以外的法領域保護國家法益？尤其是，在一般所謂「刑法之最後手段性（*ultima ratio*）」³²⁰的原則下，除非能夠說明以民法或行政法確保國家功能是不足的，或是，否證最後手段性的說法，否則，以刑法中的妨害公務罪保護國家公務之遂行的理由，恐怕尚不充分。首先，刑法之最後手段性的說法，背後預設了刑法與民法、行政法在本質上並無區別，三者的不同只在於法律效果的強弱：民法最輕，行政法次之，刑法最重，因此，只有在民法與行政法的效果皆不足以達成目的時，國家才得以對人民施以刑罰。這種說法，一方面認為刑法、民法與行政法具有相同的本質，另一方面，也將刑法視

³¹⁹ 之所以仍然只會是「趨近於」必然，那是因為這些制度性的條件終究只是存在於現實當中，而驅動這些制度者也仍舊是人類，所以只會是「趨近於」必然，而不是必然。不過，這並不影響系爭制度性條件被創造出來的目的。

³²⁰ 對此僅參林山田，前揭註 8，頁 60。

為工具，本文認為皆有斟酌的餘地。本文認為，三個法領域之間，因為功能與任務的區隔，而在本質上有所不同，沒有相互替代的可能性，因此也並不認同「民行不成，刑法來扛」的最後手段性論述。在本文的理解之下，刑法所處理的是所有人的普遍共存，因此與國家體制相同，具有公共性的特徵；相反的，民法所處理的則是特定人之間的私法關係，因此並不具有公共性。而與刑法相同，皆在處理公領域事務的行政法，則可以透過所特有的危險預防色彩予以區別。觀察三個法領域的法律效果，則三者之間的特徵即更為明顯。以損害賠償為例，民法中的法律效果重視的是私人之間權利狀態之變動與調整，從而，當某人的權利被侵害時，民法介入處理的方式可能是，要求侵害者將他人權利回復原狀，也可能要求他填補受損者之損害。至於系爭行為可能涉及的公共性，民法並不過問。相反的，無論是刑罰或者行政罰，從最直觀的角度來說，因為皆須由國家機關發動，其公共性沒有太大的疑問。然而，即使如此，刑罰所著重的是已發生之不法事件的應報，與行政法／罰在現代風險管制國家中不斷強化的預防色彩，仍舊有區別的餘地。不過，必須說明的是，本文對於三者之間任務範域所做的劃分，是一種「理念型（Idealtypus）」³²¹式的劃分。也就是說，這裡涉及的並非現實上三者之間是怎樣的關係，而是，倘若我們想要在理論上區分這三者，進而規整錯綜複雜的實證法時，一種可用的分類。放在本文的脈絡中，或許更能凸顯出三個法領域之間的不同。國家體制的特徵在於其公共性，也就是說，他所處理的事項與擔負的任務並非閉鎖在特定主體或某些主體之間而已，而是與所有公民共存有關的事務，因此，只關注在私人之間的民法，就不足以對應國家的公共性特徵。無論如何，既然刑法要保護的是每個人開展自由的必要條件，則作為人與人之間和平共存之條件的國家體制，當然也屬於刑法必須保護的法益。至於行政法是否透過其特有的預防措施，前置保護國家體制，則是另一回事。

³²¹ 對於「理念型」在社會科學研究中的進一步說明請參 Max Weber 著，顧忠華譯（1993），《社會學的基本概念》，頁 10 以下，臺北：遠流。

另外，德國文獻上討論妨害公務罪時，往往不斷拿強制罪（德國刑法 240 條；我國刑法 304 條）作為參照比較的對象³²²，其實是有道理的。因為，同樣是以強暴脅迫的手段妨害他人自由，何以今天當行為人面對的是一個執行職務之公務員時，不但會構成強制罪，還會另外構成妨害公務罪？本文認為，從上述的角度切入來說，當我強暴脅迫的對象是一個一般人時，我所侵害的只是他個人的行動自由而已；然而，當我強暴脅迫的對象是一個執行公務的公務員時，我不僅侵害了他個人的行動自由而已，更阻斷了他在當下所擔負之國家所賦予的擔保人民權利之公務的遂行。因此，從不法的總量上來看，我以強暴脅迫的手段使得公務員無法執行公務，除了妨害他的個人自由屬於不法以外，讓他的公務無法執行，從而間接地使該公務所要保護的法權無法及時被確保，也屬於不法的內涵。而這兩者因為分別屬於個人法益與國家法益的侵害，也就必須分別透過強制罪與妨害公務罪的構成要件予以清算。

總結來說，在刑法典中設置妨害公務罪的意義，並不意味著由於公務員代表國家履行其意志，就具有某種居於一般市民之上的權威地位要求人民必須全面服從；也不是因為公務員作為一種特殊的身分，而比其他職業更多了某種更高貴的尊嚴。在一個自由法治國家中，公務體制充其量只是一種功能性的存在，一如傳道授業解惑的教師或是辛勤種植作物的農夫，或許在社會生活中有著不同的角色分工，但是都絕對不妨礙他們同樣作為人的平等關係，唯一的不同點只在於因為公務員的職業內涵指向了作為一切社會生活前提之自由的擔保，所以刑法才將這種特殊的職業內涵納入保護。事實上，刑法作為一種實現自由的法制度，如果在現實上沒有任何足以貫徹刑法法律效果—刑罰—的公共體制存在，那麼刑法也不過就是一條又一條以文字堆砌出來的無用規範而已。基此，我們也可以說，刑法

³²² Vgl. nur Küper, a.a.O. (Fn. 61), S. 985 ff.

毋寧也需要透過妨害公務罪以及其他保護國家法益之犯罪來確保自己的效力能夠被落實，亦即，妨害公務罪的存在是刑法的自我保護機制。

在論證了妨害公務罪在自由法治國家中的意義後，接下來就要更進一步地說明妨害公務罪的公務概念應該如何理解。

第三項 自由法治國家中的公務概念

本段要處理的是更具體的問題，亦即，提出一個自由法治國家中公務概念的一般特徵，再以此特徵檢視我國個別實證法部門中有哪些國家行為屬於本文意義底下的公務，哪些應予以排除。而檢視的方法，將會以我國憲法中的權力分立政府體制為基礎，進而審視憲法以及各種具有事務分配性質的實證法規範所授予各機關的權限是否合乎自由法治國原則。當然，第一章所提出的幾個實務判決，也會整合在上述的脈絡中一併檢討。

壹、公務的一般特徵：國家擔保自由法主體之法權的任務

在自由法治國理念導引之下，公務概念的一般特徵，就是：國家擔保自由法主體之法權的任務。這個特徵還能夠進一步拆解為兩個重要的要素：自由與法權。雖然這兩個要素內涵，本文在前面的論述中已經詳盡地說明過，但自由與法權要如何導引我們去檢視實證法規範以及實務上國家機關所為各式各樣國家行為的正當性，仍舊有必要進一步說明。首先，一旦接受了自由法治國理念，這就代表我們預設了人類除了擁有生物性的存有特徵以外，更具有一種屬於人類所特有的存有姿態，亦即，擁有理性的能力，也就是說，我們能夠在不受任何外在強制的情形下設定自己的行為準則，從而，我們是自律的，不是他律的，所以是自由的。

（內在）自由作為人類圖像的基礎預設，是一個全稱命題，也就是，所有的人都有內在自由。基此，無論我在現實上的所作所為如何讓人無法將我看成一個人，都不妨礙我是一個具有內在自由的人。從而，任何無視人類這種理性特徵而將人類全然視為他律生物的實證法規範與國家行為，都不屬於自由法治國中的公務。

其次，如前所述，法權所涉及的是多數主體外在自由的並存關係，這也代表著法權關係是一組抽象條件的集合，亦即，法權只是主體行使外在自由的必要條件，至於主體行使其外在自由以後所選擇的具體／實質的事項，就不是法的管轄範圍；同樣的，也由於法權涉及的僅是外在自由的共存，從而，主體基於何種動機以行使其外在自由，也不是法所管轄的領域。基此，一方面，至少在以自由為基礎的刑法觀底下，國家的任務只在於擔保每個主體在現實上都有相同的、能夠行使外在自由的權利領域，至於主體在行使其權利以後所開展的具體生活模式，是否對主體自己或者多數主體而言是最幸福的或最有效益的，國家毫無置喙的餘地。另一方面，由於法的事項所關注的焦點僅在於主體所設定的行為準則及其實踐是否正確，基此，國家的任務也不及於透過強制力要求良善動機的履行。

不過，如果國家機關所做的行為是屬於擔保人民權利的行為，那麼，人民就具有配合公務執行的義務。而這個義務則是從主體的法實踐理性中所推演出來的，以下說明之。**Kant** 在《道德形上學》中提到，個人有與他人共同從自然狀態進入法律狀態的義務³²³。首先，由於 **Kant** 是在該書的法權部分談到這個義務，所以這個從自然狀態過渡到法律狀態的義務是一個法義務。事實上，從 **Kant** 的法哲學基本設想出發，也不難想像這個法義務的存在，因為，法既然以人為基礎，那麼，在觀念上，倘若不是所有被系爭法律所規範的人都進入了法律狀態，就呈現了一個規範與主體割裂的情形，如此一來，又怎麼能說法律是以它的被規範者為基礎？其次，法是以人為基礎，法體制是人的實踐理性基於共存的需求而創造出的必然體制，那麼，這個從自然狀態過渡的義務也就不是一個外於主體的，而是源自主體內部以及相互之間的義務。更重要的是，**Kant** 在此處所稱的法律狀態，並不只是如同 **Hobbes** 或 **Kant** 自己在早先的文獻當中一樣泛指一種有實證法

³²³ *Kant*, a. a. O. (Fn. 217), S. 307.

的狀態而已³²⁴。實證法存在只是這個法律狀態的必要條件而已，其他舉凡實證法制定程序的公開性、法適用體制（如，司法、行政權）的創制等要素，也都屬於這個法律狀態的內涵³²⁵。基此，這裡的法律狀態，除了相對於沒有實證法之自然狀態以外，更具有公法狀態³²⁶（*öffentliches Rechtszustand*）的內涵，唯有在其中，個人的權利方能透過公共的體制，以符合實質法權原則的方式獲得恆常的確保與分配³²⁷。從這樣的角度理解一開始提到的進入法律狀態的義務，一方面，主體應服從國家所為之合乎法權原則之行為；但，另一方面，人民既不可能也不應該導出一種無限上綱的實證法服從義務。因為，既然我應該進入的法律狀態是上述那個具有特定內涵的，而非以有實證法為已足的法律狀態，那麼，國家體制的法制定與法適用行為如果不合上開的各種要素—尤其是實質的法權原則，就不在我的過渡義務與服從義務的範圍之內。具體來說，如果今天檢察官以不符刑事訴訟法規範的方式搜索，抑或是行政機關強制執行一個以多數決而非一致決為基礎的都市更新，人民對這些行為都沒有配合／服從的義務。

貳、以自由法治國家的觀點檢視我國國家機關之權限與行為

在上述討論完一個自由法治國家中，刑法上的公務有何一般性的特徵，以及人民是基於何種理由而對這樣的公務具有配合／服從的義務之後，這個階段要處理的問題是，我國實證憲法以及實證法律中賦予國家機關的各種權限，是否與上述的公務基準具有可融貫性。更重要的是，是植基於什麼樣的理由，我們可以說有，並且主張人民必須配合這種公務的執行；若果沒有，又是為什麼沒有，並且主張國家從事系爭行為並不屬於妨害公務罪的公務？當然，實證法賦予國家機關的公務幾乎可以說是無窮無盡的，而筆者自不可能以有涯之生討論無窮之事，所

³²⁴ 關於 Hobbes 與 Kant 「法律狀態」一詞的討論與區辨請參照 *Hruschka, Kriterien eines bürgerlichen Zustandes in Kants Rechtslehre*, FS-Küper, S. 183 ff.

³²⁵ 此即 Kant 所謂「法律狀態之可能性的形式原則（*das formale Prinzip der Möglichkeit eines rechtlichen Zustandes*）」，對此參照 *Kant, a. a. O. (Fn. 217), S. 306*.

³²⁶ 必須注意的是，Kant 所使用的私法／公法這組對張並非我們現代意義底下，前者為規範私人間、後者為規範國家與人民間之法律關係的用法。

³²⁷ *Kant, a. a. O. (Fn. 217), S. 306.; Köhler, Iustitia distributiva: Zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit*, ARSP 79, S. 457 ff.

以，本文以下的論述並非要為每一種國家行為定性，而是要指出一條論述取徑，用以原則性地說明各個國家機關，包含，總統、立法權（院）、司法權（院）與行政院（及其轄下特定部會）的特定職權是否以及為何符合自由法治國家的內涵；至於本文沒有談論到的國家行為，則有待後人繼續努力論述。

其次，由於上面的論述取徑勢必會涉及自由法治國家當中對於立法權、司法權與行政權的理解³²⁸，而這三個權力個別的內涵又必須放置在一個共同的平台上相互參照，才能取得比較清楚的理解。因此，在進入探討各個權力的內涵之前，先在此說明自由法治國家當中的權力分立概念應該如何理解。**Montesquieu** 認為，人類有一種不良的天性，這種天性讓掌權者習於不斷擴張自己的權力，終至創造出了掌權者與人民之間的不平等關係，人民的自由也會因此備受壓縮³²⁹，因此，各種權力之間必須能夠相互抗衡以及相互節制，才足以解決人類掌權之後的劣根性。「權力必須制衡才不會過度專擅」的思想，深深地影響了當代政治哲學與國家學在國家權力體制設計上的構想，尤其是行政權與立法權相互之間制衡與負責關係的具體規劃，幾乎可以說是整個國家體制設計的關注焦點。相對於此，**Kant** 自由法治國理念下的三權分立，就不是以相互制衡為目的，而是在功能分化的前提下，一種透過彼此合作而達成個人權利實現的關係。³³⁰ 這三種乍看之下具有不同功能的權力，如果我們進一步仔細分析的話，其實也可以看出背後是由一個普遍意志所統一。其中，在概念的開展上，立法權毋寧居於三權當中的起點，因為，正是透過立法權的法律制定行為，方使得普遍意志得以具體化成為實證法，也讓共同體中的每一個成員知悉其舉措的界線，亦即，如何不侵害別人地將自己的行為準則付諸實現。有了實證法，行政權與司法權才具有遂行權力的準據³³¹。基此，無論是創設實證法的立法權，抑或透過適用實證法以解決紛爭的司法權，乃至於

³²⁸ 在此本文先略去監察與考試二權。

³²⁹ *Montesquieu, The spirit of the laws*, pp. 156-166.

³³⁰ *Kersting, Wohlgeordnete Freiheit*, 3. Aufl., S. 308 ff.

³³¹ *Kersting, a. a. O. (Fn. 330)*, S. 307.

藉由在具體情狀中適用抽象的實證法使得實證法的效力得以被真正貫徹的行政權，都可以直接或間接地回溯到普遍意志，即以個別的主體為基礎所建構出的統一意志。如此一來，一方面，立法、行政、司法三種國家權力即不會因為功能的分殊性而破壞共同體的統一性³³²；另一方面，也因為普遍意志是以主體為核心所建構出來，從而，當我服從一部以普遍意志為依歸的實證法時，我服從的就不是——一個外部的權威，而是我自己的意志。而這個作為一切國家權力之最高起源的普遍意志，也因為其「普遍性」的特徵，讓派生自它的其他國家權力，有了最初步的內在限制，而這也符合本文前面已經提到過的法權原則的特徵。此外，必須再次重申的是，**Kant** 是在自由法治國家作為理念的脈絡下論述具有上述特定內涵的三權分立構造，因此，即使我國憲法採取五權分立，也不影響上開論述的可適用性。因為，一個國家實際上是否採取三權分立並不重要，關鍵在於，**Kant** 為了能達成個人權利實現之目的而賦予三種國家權力的各該功能，在我國的五權憲法中是否能夠找到相對應的位置，並且藉由現存的五權分立體制分別達成理念上的三個權力所要達成的功能，藉由這種模式，最後還是能夠走出一條通往自由法治國的道路。

最後，為了清楚地呈現下述問題的論理步驟以及明確化討論的構造，本文將區分為兩個層次討論目前實證法所劃定的公務範圍是否合於本文所提出的公務基準。首先是「事務分配」的層次。這個層次要處理的是，現實上的公務範圍是否與自由法治國家所應該貫徹的公務範圍相合致，倘若對照的結果有所落差，則要不是現實上的公務範圍有所不足，就是過度擴張；而在本文的脈絡下較關注的當是後者的情形。因為，當現實上的公務範圍相較於一個自由法治國家的公務範圍來得大，表示我國的公務系統管了不應該管的事，從而，當公務員執行的是這種表面上具有特定法律授權，但實質上是國家不應該介入的事項時，就不能算是

³³² Kersting, a. a. O. (Fn. 330), S. 307.

妨害公務罪中的公務，相對的，人民就沒有配合的義務。至於何謂自由法治國家的公務，判斷的基準仍舊是回歸前述的法權原則，也就是要去具體分析系爭公務是否屬於確保人民權利的行為。舉例來說，社會秩序維護法第 64 條第 2 款之規定：「有非供自用，購買運輸、遊樂票券而轉售圖利者，處三日以下拘留或新台幣一萬八千元以下罰鍰。」，也就是警察用於取締黃牛票的法律依據，在黃牛票買賣雙方都是你情我願，甚至是買方往往除了買黃牛票以外別無其他管道能夠取得票券的情況下，這個規定至多只能說是在保護某種不特定的善良風俗而已。然而，如此一來，這個條文就只是在保護某種僅具有主觀性的，從而無關於個人權利的道德感情，而這並不是一個自由法治國家應該介入的事項。基此，在事務分配的層次，就足以認定基於上述條文而來的警察取締行為，不算是妨害公務罪中的公務。不過，即使通過事務分配層次的檢驗，進而表示現實上的公務屬於確保法權的事項，也不代表就能夠終局地確認系爭公務必然屬於妨害公務罪中的公務，而必須進一步審查達成系爭公務的「手段形成」是否符合自由法治國原則以及「比例原則」。雖然，本文在之前的討論中明確地表示：因為權利具有絕對性，從而，以利益衡量為基礎的比例原則不能正當化國家對人民的權利侵害。不過，上開的結論是在目的設定的層次做成的，而不是在手段形成的層次做成的。也就是說，國家固然不能以某甲的權利小於某乙的權利為由就直接證立干預某甲權利的正當性；但如果已經確立了國家是基於確保某乙的權利，或其他合於法權原則的理由，而干預甲的權利，那麼，接下來的問題就是，要以什麼樣的手段干預甲的權利。難道真的只要理由正當，國家就能以任何手段干預人民的權利？事實上，一方面，本文認為，自由法治國概念的射程範圍不僅涵括了事務分配，尚且支配了國家干預人民權利的手段選擇框架；另一方面，比例原則背後隱含的成本利益考量，也恰好提供了國家在手段形成上的誡命，也就是，如果有侵害更小的手段能夠達成相同之確保人民權利的目的，就不應選擇侵害較大的手段。舉例而言，司法權藉由裁判及其執行以終局解決人與人之間的紛爭，從而釐清兩造間的行動自由界線，這固然屬於確保人民權利的事項；然而，這並不代表司法權可以恣意

地以任何手段去完成它的任務；從自由法治國的觀點來說，法院不得將被告當作隨時都有再犯可能的人來看待，從而以羈押的方式確保他的危險不再擴散。因為，作為一個具有實踐理性的主體，他不能夠被區區當作一個危險份子來看待，也因為，在他真的再度做出犯罪行為前，沒有人有資格先預斷他是個壞人。基此，即使預防性羈押的目的的確是在保護人民的權利，但系爭制度背後隱含的將人民視為危險源的思考，仍舊違反了自由法治國所能運用手段的原則，因此不屬於本文意義底下的公務³³³。此外，從比例原則的觀點來說，警察為現行犯逮捕時，如果沒有選擇一個侵害較小的手段，則縱然逮捕現行犯是確保被害人權利的行為，從而會屬於自由法治國家應該介入的事項，也會因此而質變為非法的公務行為，而不屬於妨害公務罪的公務。

在說明完檢視公務的構造以後，接下來我們將循著總統、立法權、司法權與行政權的順序，實際審查我國實證（憲）法所構築出的公務內容是否以及如何與自由法治國取得相容性，並藉此做出該公務是否屬於妨害公務罪之公務的判斷。

一、總統

總統為我國元首。雖然，在制憲伊始，因為政府體制之設計比較偏向內閣制，致使總統的實權甚少，甚至擁有一些明顯是帝制思想餘緒的權力。不過，在歷次修憲逐漸確立了行政院院長與總統的雙首長制以後，總統至少在國防與外交方面取得了實質的權力。雖然在名義上，總統並非立法、司法或行政權之中的其中一種國家權力，不過，在本文的脈絡下，形式上的權力分配方式並非重點，實質判斷這些現實上分配給各種機關的權限在功能上屬於三權之中的哪一種權力，抑或是完全不屬於自由法治國家應介入的事項，才是本文關注的焦點。以下，本文將從這樣的角度出發，審視總統事實上的權力是否能夠整合進自由法治國的脈絡中。

³³³ 對於這類「敵人法典」與自由法治國的不相容性，詳請參下述司法權與行政權中的論述。

（一）公布法律權

按憲法第 37 條等規定³³⁴，總統擁有公布立法院通過之法律案的權力，而總統公布法律的行為也是法律案生效的必要條件³³⁵。如前述，在自由法治國家中，實證法本身縱然不是人民守法義務的最終來源，但卻具有不可或缺的「客觀化」功能。也就是說，人類的認知能力是有限的，因而即使費盡千辛萬苦想要以不侵害他人權利的方式開展社會生活，也仍舊會造成他人權利的侵害。因此，實證法的頒布提供了人民一個客觀的，並且是賴以依歸的行為尺度標準，讓人民能夠實際地理解具體上究竟應該怎麼做才不會侵害他人的權利。基此，總統的公布法律行為屬於自由法治國家的公務，從而也是妨害公務罪中所稱的公務。

（二）赦免權

憲法第 40 條賦予總統赦免權，亦即，大赦、特赦、減刑與復權的權力。一般而言，赦免權的意義在於避免司法冤錯案件的產生³³⁶，也就是說，在經歷了普通司法訴訟三級三審的程序以及如再審、非常上訴等特殊救濟程序以後，仍舊無法獲得平反的冤錯案件，只能寄望總統的赦免權。司法程序的功能在於確認人民的權利界線，而錯誤的司法程序不但無法確定權利界線，反而會造成當事人的權利侵害。因此，對於司法的糾錯機制無疑是一種確保人民權利的國家行為，從而，從事務分配的角度來說，赦免權是總統擔保人民權利的行為。不過，本文認為，在「手段形成」的層次，赦免權不宜存在。一來，從功能最適³³⁷的角度來說，總統並不以具備法律專業為其被選舉資格，而就算是具備法律專業的總統，也會因為種種現實上的因素，例如，久未執業（或根本不具律師資格而無從合法執業）

³³⁴ 憲法第 37 條：「總統依法公布法律，發布命令…。」；第 72 條：「立法院法律案通過後，移送總統及行政院，總統應於收到後十日內公布之。」；第 170 條：「本憲法所稱之法律，謂經立法院通過，總統公布之法律。」

³³⁵ 中央法規標準法第 4 條：「法律應經立法院通過，總統公布。」

³³⁶ 法治斌，董保城，前揭註 29 書，頁 327。

³³⁷ 所謂「功能最適」指的是「依照各事務領域的屬性進行權限分配」，對此請參黃舒芃（2006），〈「功能最適」原則下的司法違憲審查權與立法權的區分〉，《政大法學評論》，91 期，頁 100、頁 116 以下。

而較其他既有的冤錯案救濟制度更不適合於平反冤案。其次，總統在現實上也不具有指揮辦案的權力，甚至在司法獨立的原則之下，總統根本不應擁有干涉司法的權力，因此，總統單是要判斷某特定案件是否果真屬於冤錯案件，就已經顯得左支右絀了，更何況是要以系爭案件屬於冤錯案件為前提，進一步地做成赦免的決定，最後的結果很可能就是，要不是司法無法獨立，就是恣意赦免，案件事實更加模糊。此外，自由法治國以人人皆自由平等為基本原則，但赦免權所具有的強烈威權色彩³³⁸，代表的是一種前現代帝制國家的恩給思想，這種思想其實也正好說明了何以總統在沒有指揮辦案與調查事實的權力之條件下，卻仍可以做成赦免決定。因為，這一方面表達出了以往國王／皇帝不受法所拘束的特權，另一方面也因為此特權而形塑出了皇帝與人民之間不平等的階級關係，而這恰好就是自由法治國思想中所特別反對者。基於上述的考量，本文認為總統的赦免權並非自由法治國家的公務，從而也非刑法妨害公務罪中的公務。

（三）授與榮典權

憲法第 42 條賦予總統有權授與特定有功於國家者象徵性獎勵，如頒授勳章等³³⁹。如前所述，我國憲法本文制定時，比較傾向內閣制的設計，因此，對照內閣制的標竿國家—英國的政府體制來看，該國保留皇室並且以國王或女王作為虛位國家元首的設計，以及對於王室的特殊階級地位的想像，從而能夠授予一般人所不能授予之「榮典」的制度，或許也挪移到了我國制憲者的思想中。尤其在制憲當時中華民國脫離帝制時期未遠，古代中國皇帝對於臣民論功行賞的做法，說不定仍制約著制憲者的思維。然而，在自由法治國家中，國家及其元首充其量只是一個功能性的制度，也就是說，總統作為國家的統治者，除了他的工作內容較一般人不同以外，不會也不應因為他是國家元首而享有比起一般人而言更隆崇的地位抑或權威，以及伴隨著這個權威而來的特殊獎賞權。從事務分配的角度來說，

³³⁸ 同此見解：法治斌，董保城，前揭註 29 書，頁 327。

³³⁹ 許育典（2009），《憲法》，3 版，頁 360，台北：元照。

授予榮典的行為，除了在人人平等的國家中標示出了某些人的功勳，使他們似乎高人一等以外，別無其他功能，更遑論是確保人民權利？基此，授予榮典權並非自由法治國家中的公務，亦非妨害公務罪中的公務。

（四）院際調節權

按憲法第 44 條，總統有權調停五院之間的衝突³⁴⁰。學說上認為，此權力在比較憲法上未必找得到相對應的制度，很可能是我國制憲者所獨創³⁴¹。從事務分配的角度觀之，總統調節五院之間的衝突是否屬於擔保人民權利的行為，並不清楚。因為，很明顯的，弭平衝突本身只是為了使得各院原先所擔負的事務能夠順利運行，從而，調節權作為一種手段，他的正當性也就完全取決於所要達成的目的。基此，要說明調節權是否屬於自由法治國家的事務範圍，就必須進一步探討解決衝突的具體目的是什麼。抽象來說，如果院際衝突是因為與人民權利確保有關的事項而起，則此時的調節權就合乎事務分配的審查標準。舉例而言，死刑作為一種全然抹消個人存在的刑罰，基本上已經背離了以個人為基礎的自由法治國理念，因此，廢除死刑，也就等同於避免人民的權利受到國家執行死刑的不當侵害，也就是確保人民權利的行為。假設今天為了是否要廢除死刑，行政院法務部與司法院之間出現了意見上的衝突，則總統介入調節，就是在處理與確保人民權利相關的事項，從而屬於公務。另外，在手段形成的層次，即使與形成跟人民權利有關之政策最密切的行政與立法兩院，已經有覆議、解散國會等機制能夠解決可能的衝突；不過，從成本效益分析的角度來說，如果能透過成本較低的總統召集兩院院長與相關人士交換意見就能夠解決衝突，比起可能會造成龐大政治動盪的前開手段，或許會是一個更符合效益的手段。基於上述，院際調節權是否屬於公務，必須從衝突解決所指向的目的來判斷，從而無法一概而論。

³⁴⁰ 憲法第 44 條：「總統對於院與院間之爭執，除本憲法有規定者外，得召集有關各院院長會商解決之。」

³⁴¹ 許育典，前揭註 339 書，頁 360。

（五）統帥權

憲法第 36 條賦予總統統帥全國三軍的權力。為了落實統帥權，另訂有國防法具體形塑我國三軍軍隊的制度。參考國防法第 8 條，我們即可理解統帥權的內涵：「總統統率全國陸海空軍，為三軍統帥，行使統帥權指揮軍隊，直接責成國防部部長，由部長命令參謀總長指揮執行之。」也就是說，統帥權之核心即指揮軍隊達成防衛國家外部安全的目的。如果確認了統帥權指向的是國防功能，則肯認統帥權從事務分配的角度屬於國家公務則屬當然。因為，防止外國侵略我國以保衛國家，是國家能夠維持存在的必要條件，也只有一個現實上存在的國家，才能夠發揮其確保人民權利的功能。從而，總統行使統帥權達成國防的目的，是在執行自由法治國家中的公務。

（六）締約宣戰權

按憲法第 38 條，總統有權締結條約、宣戰與媾和。這些權力涉及的是總統的外交權力，無論是透過和平的締約或是非和平的戰爭手段，處理的都是本國與他國之間的關係。事實上，如果我們將自由法治國的整體理論架構作為理解「國與國之間」外交行為的框架，就可以很快地聯想到外交關係與主體之間的關係的類同性。如前所述，人永遠無法避免與其他人一起共存在有限的領域之內，從而，建構一個能夠確保在這個領域內所有人自由而平等共存的法與國家體制，就是必要的。同理，國家與國家之間同樣也共享著有限的世界，因此，建構一個讓國家之間得以自由平等共存的某種體制，也是必要的。從這個角度來說，國與國之間締結條約，其實就是個人之間簽訂契約的擴大版，不過，由於這裡除了涉及國與國之間的關係以外，人民與國家之間的關係也必須被考量在內。如前所述，國家的正當性來自於確保人民權利的功能，而這項功能也就成為了國家之間條約內容的限制，也就是說，唯有在條約的內容指向的是確保人民權利的情況下，總統的締約權，才算是自由法治國家中，妨害公務罪的公務。舉例而言，我國與他國所簽訂的引渡條約，目的在於使適用我國刑法卻潛逃海外的犯罪嫌疑人能夠在我國

的刑事程序中在場，讓程序能夠順利進行。而只有在刑事程序得以遂行的條件下，才能達到釐清權利界線與（或）國家刑罰權之執行的作用。這也正是在確保人民的權利。基此，如果簽訂的是這種內容的條約，則總統的締約行為就算是在執行公務。

其次，從主體間的關係開始推導，也會得出並非所有宣戰行為皆屬公務的結論。在主體之間，別人在沒有我同意的情況下，不得任意更動我的狀態，否則就是侵害權利，我有權以強制的手段排除他人恣意的干預；在國家之間也是如此，當他國任意以武力侵略我國時，我國得以相對應的武力反擊以自我防衛。基此，本文奠基於自由法治國之上，對於總統有權宣戰的前提，其實與個人主張正當防衛的要件相同，亦即，宣戰以他國的現在不法侵害為前提，此際，國家為確保人民的權利不受侵害，只好以相對應的武力自我防衛。從而，國家不得主動宣戰以武力侵犯他國，因為，這不但是侵害他國的主權以及人民，也是將國內的人民無故送上戰場，陷入隨時可能死亡的險境。另外，自我防衛的手段也受到限制。如同個人權利一樣，國家主權所導出的強制權限只說明了國家有權發動自我防衛，卻不代表能夠恣意地以各種手段防衛。手段的採擇，也應該符合刑法正當防衛中，以能夠達成同等效果中最小侵害的手段之要件。只有符合上開要求的宣戰行為，才是本文意義下的公務。

最後，媾和是讓戰爭狀態回復為正常狀態的行為，一方面，這使得外國的侵略停止，另一方面，這也讓國內的人民無須在暴露在戰爭的風險之中。因此，總統之媾和權應該屬於自由法治國家中的公務。

二、立法

立法院，顧名思義，即是我國職司制定實證法律的機關，從而，立法院的權力都應以此為特徵獲得解釋。關於實證法體制對於具有自我決定能力之個人的意義，本文已在前開論述中詳細說明。這裡要進一步處理的問題是，如何在本文以自由法治國為基礎的脈絡下，理解憲法第 63 條以降所賦予立法院的各種權力，例如，議決法律案、預算案之權；質詢與備詢之權等。除了立法院的職權行使以外，人民藉由投票選出立法委員作為實際執行立法權之人，背後代表的毋寧是一種自我統治，也是個人的自我決定能力在政治層面的展現。不過，在 Kant 的法哲學中，賦予國家立法權限的普遍意志從來不是來自人民事實上的授權行為³⁴²。因此，以下我們也將試著詮釋如何從 Kant 的自由法治國家理念中，導出真正的「自由民主的理路」。

如同前述，基於人類理性的有限性，創造一個客觀的、從而是可以突破個人主觀恣意的實證法體制，對於維繫共同體內部的共存就是必須的。而國家體制中的立法權正是負責落實這個任務的機關。不過，這並不意味著只要是出自立法權的任何實證法都是正確的，因為，立法權從來不是因為它的存在就取得了正當性，它的正當性是來自於構成國家整體的各個主體在觀念上所形塑出來的「普遍意志」，因此，主體的權利與普遍意志的特徵也就成為了立法權行使的界線。首先，法所涉及的只能是個人之間行動自由的劃分，而與個人內心所持的行動理由與動機無關；其次，既然立法權來自於共同體人民的普遍意志，從而，法所涉及的事項就必須只能是具有與該意志相同特徵的普遍性事項。因此，任何落入特殊性領域、從而可能破壞這種普遍性的立法，就是悖於普遍意志的錯誤立法；最後，由於所有人的權利都是自人性尊嚴中導出，基此，實證法也就不應將任何人的權利相對化，也不能讓任何人的權利成為其他人追求更大利益的代價。

³⁴² Kersting, a. a. O. (Fn. 330), S. 313.

不過，接下來的問題就是，如果實證法的正當性判準已經這麼清楚了，為什麼還需要立法院中各種公開（*öffentlich*）的程序以形成立法呢，甚至連 **Kant** 自己也認為，「公開性（*Publizität*）」是在抽空了法的一切內容以後所剩下的形式呢³⁴³？這主要涉及了法權的特性、個人的自決能力在公共領域的運用、普遍意志的特徵以及理念與現實的關係。首先，法權作為 **Kant** 法哲學中的重要概念，具有一個中介的地位。一方面，法權以個人與生俱來的理性為基礎，也因此具有先於經驗的性質；但另一方面，法權的意義也在於讓個人得以在現實當中主張，從而也有作用於經驗的面向。倘若法權擁有這種中介的性格，則以保護法權為其功能的實證法體制也就必須同時照應到法權的這兩種特徵。從而，除了法制定的結果必須合乎由先驗的角度所推導出的實質判準以外，也應該透過公開的法制定的過程引入作為實證法規制對象的社會現實，才能適切地反映出所欲規制對象的真實情況。以刑法為例，財產權固然是刑法保護的對象，然而，財產權在現實當中的具體內涵，也會受到歷史、社會與科技條件的影響。因此，原本不保護電能的刑法，考量到這種能量也具有歸屬於特定人的排他性，所以，也增訂了保護準動產的條文。此種來自於現實的因素，便需要一個公開的立法程序來反映。

其次，自律作為 **Kant** 哲學最核心的概念，不僅適用在屬於個人內在領域的道德層次，也同樣適用於個人與他人相互交往的外在領域。這個外在領域，不僅包含了微觀的個人層次，也包含了巨觀的國家體制層次。在微觀的個人層次，所謂的自律指的是我可以在不受他人強制、也不強制他人的情形下，自己決定想做什麼。將這個自律的構造推廣到巨觀的體制層次，就是，人民有權參與制定約束自己行為的實證法，最終達到自我統治的結果，也就是在政治層次上的自律。不過，這個自我統治只是一種在觀念上有可能的概念，因為，現實上並不可能讓共

³⁴³ *Kant, Zum ewigen Frieden*, XIII, S. 381 ff.

同體中的每個構成員都進入立法程序表達自己的意願，一來，這將使得實證法的產生曠日廢時；二來，即使讓所有人都參與法制定的過程，也很難想像有意見一致的可能性。這也是為什麼 **Kant** 一方面談個人的自律，卻又在另一方面主張議會代表制的原因。不過，自律與議會代表制能夠相互融貫，仍舊需要普遍意志與「理念／現實」二元世界觀概念的導入。

所謂的普遍意志，並不是共同體中所有構成員的事實上同意，而是從先驗的角度，透過實踐理性要求每一個人都必須進入法律狀態的誠命去達成的普遍性。普遍意志是一種理念，既然是一種理念，就表示普遍意志在經驗性的現實世界中沒有完全相對應的事物³⁴⁴。不過，理念對於現實具有規制作用，能夠調整現實，使之成為趨近理念的狀態。也就是說，普遍意志縱然無法在經驗中找到完整的對應物，卻可以透過其規制作用，為現實設定條件，使現實中的實證法以及法制定的過程盡量趨近於合乎普遍性的狀態。這些條件，可能是實質的（例如，法權原則），也可能是形式的。法制定過程的公共性，以及透過人民自行選出的立法委員組成的立法院，就是一組普遍意志要求落實的形式條件。人民透過選舉行為以及在公共論域表達意見協助形成政策，也就表彰了個人的自我決定能力也可應用於政治的領域。

以上，本文論證了立法權在 **Kant** 自由法哲學中的意義，以下，則以上述對於立法權的前理解進一步分析我國憲法上所賦予立法院的職權是否具有相互融貫的可能。

³⁴⁴ *Kant*, a. a. O. (Fn. 18), B 575/A 547.

（一） 制定法律權

從事務分配的層次來說，實證法作為一個具有客觀性的體制，為的就是要協助個人克服有限的理性能力下所可能產生的不利於人民共存之諸多問題，從而，也是確保人民權利的必要條件，屬於本文意義下的公務。在本文的意義下，實證法是現實上存在的個人行動界線，提供個人在決定是否為特定行為的參考指標，因為，個人的知識終究有其極限，從而即使擁有判斷行為正確與否的能力，也可能因為對於事實的掌握有所不足或其他經驗性條件而產生錯誤的判斷。基此，實證法透過構成要件的設定以及該當構成要件以後伴隨而來的法律效果，使個人產生或協助其理解他的行為在現實上的效應與對於他人的意義何在。例如，刑法第185條之3的醉態駕駛罪，就是透過構成要件的設計促使人們能夠理解：縱然我自認為是一個酒國英雄，以往酒後開車都沒有出過紕漏，但這卻可能是因為我還沒有認知到酒精對於準確判斷路況的影響有多大，抑或是我在這幾次「成功」的酒醉駕車經驗中，還沒有遇到真正需要非醉態駕駛所需的精神力來應對的道路交通情況，從而沒有導致意外，從而，無論我自以為酒量多好，仍舊不應該醉態駕駛。³⁴⁵基此，我們即可理解，實證法的目的就是在使個人更能掌握自己的行為可能對其他人所產生的效應為何。事實上，不僅是人民之間開展社會生活需要實證法體制作為確認自己的行為有無逾越行動自由的界線，國家體制中的司法權與行政權，也無一不以實證法為依歸解決紛爭與依法行政。這是因為，一方面，人民的意志與權利保護的需求構成了國家的正當性，而作為人民普遍意志現實化的實證法，也就成為了國家動用權力的準繩；另一方面，國家權力最終仍就只能透過自然人（即公務員）遂行，基此，有實證法作為公務員執行公務的準則，才能避免公務執行的恣意性，以及逾越干預人民權利的容許範圍。

³⁴⁵ 關於醉態駕駛罪的新近立法與判決評析請參王皇玉（2014），〈2013年刑事法發展回顧：酒駕與肇逃之立法與實務判決〉，《臺大法學論叢》，43卷特刊，頁1227-1263。

雖然，為了某些技術性的考量，立法院將法律案的制定與審查程序細分為三個讀會³⁴⁶，並且憲法也賦予立法院得設立專業委員會的權限³⁴⁷，不過，這都不妨礙系爭程序與委員會的設置背後都是為了要制定出更妥適之法律的目的，從而也都沒有逸脫上述從事務分配角度所建構出立法權的正當性範疇。

（二）預算議決權

依憲法第 63 條，立法院有議決國家預算權。預算是國家實際上能夠真正發揮功能的必要條件。簡單來說，就算鉅細靡遺地擘劃國家對人民的生活是多麼重要，沒有實際的預算可供支應，一切也就只是空談，因為，使國家功能得以實現的一切事項都需要付出相對應的經濟成本。不同於隸屬於行政權的預算編列權，審查預算即意味著代表人民意志集合的立法院必須從人民的角度控制所編列預算的用途必須合理。在本文的意義下，所謂的合理，也就是指向國家所擔負的確保人民權利之任務。控制預算編列的合理性，背後的道理一方面是在保護人民的財產權不受不當的侵害，另一方面，倘若行政院所編列的預算，在涉及的面向或數額上有不足之處，立法院也應該透過議決程序要求行政院補足預算，讓國家在下一年度履行其確保人民權利之任務時，有足夠的預算。綜上所述，預算議決權屬於妨害公務罪中的公務。

³⁴⁶ 請參照立法院職權行使法第 7 條以下之規定。

³⁴⁷ 憲法第 67 條規定：「立法院得設各種委員會。」

（三）行政監督權（質詢、備詢與調查權）

依憲法第 57 條第 1 款、增修條文第 3 條第 2 項第 1 款之規定，立法院有權透過質詢的方式監督行政院院長與行政院各部會首長。另外，憲法第 67 條第 2 項，立法院得邀請上開人等以外之人進入立法院備詢。此外，釋字第 325³⁴⁸、585³⁴⁹ 號解釋做成之後，也明確化了立法院對於其他行政機關的調查權限。立法院所擁有的上述三種看似不同之權力，不僅是監督行政權的方式，在本文的理解下，其實也具有立法院與行政院及其轄下各部會共同形成實證法該如何制定之準繩的意義，也就是說，立法權與行政權之間，除了一般所說的相互制衡與監督之外，也能夠協力形成政策決定，而從本文對於權力分立的論述來看，立法權與行政權之間彼此協力，制定法律與形成政策，最後達成保護人民權利的任務，毋寧才是更重要的。基此，我們應該從立法與行政之間的不同功能，來重新詮釋立法院所擁有的上述三種權力。這其實也跟之前提到過的法權之特性有關。

固然，立法院透過遵守實質上的法權原則即可制定出具有正當性的實證法，不過，到底具體上要如何以構成要件與法律效果的文字形塑出處理人民現實共存之普遍性條件的實證法律，由於涉及的是事實性、經驗性以及專業性的各種問題，只不斷地反思法權原則的外在性、普遍性等特徵，恐怕仍舊無助於形成正當且正確的實證法。因此，透過質詢與備詢權的運用，即可借助具備處理具體、現實與專業事項經驗之行政官僚，或是徵詢其他與特定立法事項有關者的意見，使立法

³⁴⁸ 「立法院為行使憲法所賦予之職權，除依憲法第五十七條第一款及第六十七條第二項辦理外，得經院會或委員會之決議，要求有關機關就議案涉及事項提供參考資料，必要時並得經院會決議調閱文件原本，受要求之機關非依法律規定或其他正當理由不得拒絕。但國家機關獨立行使職權受憲法之保障者，如司法機關審理案件所表示之法律見解、考試機關對於應考人成績之評定、監察委員為糾彈或糾正與否之判斷，以及訴訟案件在裁判確定前就偵查、審判所為之處置及其卷證等，監察院對之行使調查權，本受有限制，基於同一理由，立法院之調閱文件，亦同受限制。」

³⁴⁹ 「立法院調查權行使之方式，並不以要求有關機關就立法院行使職權所涉及事項提供參考資料或向有關機關調閱文件原本之文件調閱權為限，必要時並得經院會決議，要求與調查事項相關之人民或政府人員，陳述證言或表示意見，並得對違反協助調查義務者，於科處罰鍰之範圍內，施以合理之強制手段，本院釋字第三二五號解釋應予補充。」

者得以理解，如何透過實證法，正確地將法權原則運用在現實當中。只是，行政官員並非無時不刻都樂於提供意見，尤其是當制定特定實證法將與其利益有所衝突時，基於維護自己利益考量而不願提供意見或甚至是阻撓立法的情形，在邏輯上也是可以想像的。因此，此時就必須透過國會主動的調查權取得立法所需的相關事實。綜上所述，立法院所擁有的質詢、備詢與調查權，都是本文意義下的國家公務。

三、司法

司法權的目的主要在於透過公共的法院程序終局解決人民之間有關權利的紛爭，並且透過強制執行的手段貫徹紛爭解決的結果。司法權終局解決權利爭執的功能，在自由法治國家中也是絕對必要的體制。Kant 提到，在自然狀態與法律狀態中，每個人所擁有的權利內涵沒有任何的差異，只是在前者當中，權利皆僅具有暫時性；一直要到進入法律狀態時，才有一個公共的權利紛爭解決機制，也就是法院的存在，因此，只有在法律狀態中，每個人的權利才會是永久的³⁵⁰。這個使得個人的權利能夠從暫時跨度到永久的法院體制，因為是透過確認權利歸屬與強制執行系爭歸屬判斷的方式讓人們可以確保其應得的權利³⁵¹，從而，司法權也被 Kant 稱為「分配正義（*iustitia distributiva*）」³⁵²。從司法權屬於公共體制之一環，以及只有在具有公共性的法律狀態中，個人的權利才得以真正獲得確保的論述中，我們可以將司法權的內容與國家體制產生的必然性取得連結。因為，倘若沒有國家體制，當契約不被履行、土地被他人占用、身體完整權被侵害時，個人就只能憑一己之力強制他人履行契約、強制排除占用以及以強制的手段防衛他人的侵害。然而，一方面，個人能力的限制，讓判斷契約是否真的沒有被履行、或是要透過何種手段才適合於其強制他人履行契約，都成為只具偶然性的事實；另一方面，如無權占用土地與侵害身體完整權等事件，涉及的往往不是只有民事

³⁵⁰ Kant, a. a. O. (Fn. 217), S. 306, 312.

³⁵¹ Kant, a. a. O. (Fn. 217), S. S. 317.

³⁵² Kant, a. a. O. (Fn. 217), S. 306. Vgl. Byrd/Hruschka, *Lex iusti, lex iuridica, und lex iustitiae in Kants Rechtslehre*, ARSP 91, S. 484, insbes. S. 485 ff.

法的問題，尚且也是刑事法中的犯罪行為。如此一來，只透過私人之間強制權限的運用，至多只能算是處理了（Kant 法哲學意義下）私法的問題，卻無法適當地回應犯罪行為的公共意涵³⁵³。從這兩個面向來說，一個公共的權利分配體制，即司法權，在達成自由法治國家擔保權利與實現權利的任務上，就是不可或缺的。基此，從事務分配的層次，我們可以抽象地肯認司法權屬於妨害公務罪的公務內涵。不過，本文仍需進一步從手段形成的觀點，去審視各種司法行為的容許性，此其一；另外，本文也應該盡可能地具體說明各種司法行為在自由法治國家中所代表的意義為何，此其二。這也代表著，不同於本文在本章一開始所討論的實質法概念，著重的是法的應然性格，也就是「什麼樣的法律是正當的」這個議題；本段對於司法權的論證，關注的是法／權利實現的程序面向，也就是，在一個自由法治國家中，具體上可以容許透過何種公共的方式以實現權利。因此，在此所要討論的，主要是我國現行的各種訴訟程序與訴訟行為。

抽象來看，不論是哪一種訴訟程序，基本上都包含了下列數個階段：起訴、言詞辯論、證據調查、判決以及後續的強制執执行程序。起訴行為開啟了使用司法程序解決紛爭的大門；言詞辯論與證據調查兩階段可以說是整個訴訟程序最重要的內涵，因為，在這兩個階段中，訴訟當事人以及法院將藉由各種強制的與非強制的訴訟行為，協力釐清整個事件的經過，讓法院能夠形成心證以做成判決，使得當事人之間權利義務的歸屬能夠被正確的分配。最後，透過強制執执行程序，讓判決所釐清的權利義務界線能夠確實實現。不過，由於訴訟法的目的最終還是為了實現實體法上的權利，從而，訴訟法作為實現實體法的手段，必然會因為實體法權利的特性不同，而在程序的設計上有一定程度的差異，在訴訟行為的容許判斷上，也可能會有所不同。例如，為了解決民事財產法上爭議的民事訴訟程序，

³⁵³ 犯罪行為的公共性，請參 Kant, a. a. O. (Fn. 217), S. 331. 以此為由證立刑事程序的公開原則（öffentlichkeitsgrundsatz）者請參 Gierhake, Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, S. 1030 ff., insbes. S. 1034 ff.

與為了確定國家對於特定嫌疑人是否具有刑罰權而開啟的刑事訴訟程序，前者基本上能容許在被告缺席之下的一造辯論判決³⁵⁴，相反的，後者則是以被告在場為訴訟進行之要件，並且，刑事訴訟法也賦予法院以拘提、羈押等強制處分作為確保被告在場的手段³⁵⁵。不過，即使訴訟法擁有上述的工具性特徵，而可能讓人產生民事訴訟程序由於涉及的只是當事人之間私人的權利義務關係，所以沒有公共性的印象，從而，似乎只要是當事人之間彼此合意的訴訟行為，甚至是私人之間為交易行為時所可以預見到的訴訟行為，都應該被號稱以自由為基礎的法治國家給容許；然而，正好就是因為法治國家必須以自由為基礎，因此，即使是看似僅涉及私權糾紛的民事（財產權）訴訟程序中之紛爭解決手段，也必須受到自由法治國原則的限制。因為，究其實際，民事訴訟程序仍舊是在國家的公共體制—法院當中進行，從而，與其他訴訟程序同樣具有公共性。基此，國家權力所具有的種種限制，也應同時適用在民事訴訟程序當中。其實在一般的程序法學中，訴訟程序公共性之討論，也是隨處可見。總結來說，本文固然也認同程序法對於實體法具有依賴性的見解，然而，訴訟程序作為國家司法權之一部，終究有其公共性的特徵。唯有透過這樣的角度，我們才能正確的理解為何即使是在民事訴訟法中，當事人之間的訴訟行為，也並非只要合意，即可完全被容許。至於刑事與行政訴訟，由於本身所涉及的訴訟標的法律關係就不是僅存於私人之間，從而其中的各種訴訟行為都必須與自由法治國原則取得相容性，則自不待言。

以下，本文將探討民事與刑事訴訟中的訴訟行為之意義。另外，由於本文並非以各種程序法作為研究之核心，因此，一方面只以民事與刑事訴訟為討論焦點；另一方面，則只選擇特定具有代表性的訴訟行為作為討論的素材。因為，開展這

³⁵⁴ 參照民事訴訟法第 385 條第 1 項之規定：「言詞辯論期日，當事人之一造不到場者，得依到場當事人之聲請，由其一造辯論而為判決；不到場之當事人，經再次通知而仍不到場者，並得依職權由一造辯論而為判決。」

³⁵⁵ 參照刑事訴訟法第 77 條以下之規定。

些論述的主要目的，並非在於判斷每一種訴訟行為的容許性，而是要指出本文所提出之公務判準的可適用性與適用方法。

（一） 民事訴訟

民事訴訟程序以及判決確定之後的強制執执行程序，前者透過言詞辯論與法院的證據調查階段，釐清訴訟標的法律關係之存否與權利的歸屬，後者則基於確定判決的判斷，讓權利歸屬能夠真正獲得實現，這兩者共同構成了民事訴訟程序保護人民權利的功能。民事訴訟程序作為一種國家體制中的紛爭解決機制，其公共性，亦即，涉及的不只是原告與被告之間實體法上的私法爭執，更涉及了這宗爭執在具有公共性的訴訟制度中被解決的面向，也讓法院不能完全置身事外，完全聽任雙方當事人的舉證活動就認定事實與適用法律。因為，訴訟制度存在的意義，本來就包含了國家作為客觀中立、並且克服個人能力之不足的第三者，可以透過其特殊的地位，以個人所不欲或不能的手段，確定原被告之間的關係。這點，從民事訴訟法第 199 條以下，審判長的各種權力，甚或是義務中可以看得出來。例如，審判長有義務促使雙方當事人為適當完全之辯論（民事訴訟法第 199 條第 1 項），並且在釐清事實與法律關係必要時，審判長亦應發問或曉諭（民事訴訟法第 199 條第 2 項）。此外，審判長為釐清訴訟關係，得命當事人或代理人到場（民事訴訟法第 203 條第 1 款），甚至是親自依職權調查證據（民事訴訟法第 288 條第 1 項）。其實，賦予法院具有發現真實的權力與義務，也說明了即使是民事訴訟程序，紛爭之解決關係到的不僅是原被告之間，也包含了原被告以外的所有人。這是因為，司法權透過釐清權利義務關係以保護權利，除了在當事人之間以「我得到應屬於我的」之方式呈現以外，其他人也得以藉由法院的終局判斷，知悉權利的歸屬狀態，並以此作為進行社會交往的根據，才更能在不跨越他人權利界線的情形下與他人相處，達成和平共存的目標。從這個角度切入，民事法院的上開行為，屬於本文意義下的公務。

然而，這並不意味著民事訴訟法上的各種訴訟行為都能夠符合本文所提出的公務標準。舉例而言，民事訴訟法第 508 條以下的督促程序（支付命令），以及同法第 522 條以下的保全程序（假扣押、假處分等暫時權利保護機制）與隨之而來的執执行程序，就不是本文意義下的公務，以下說明之。首先，雖然在發動要件上有所差異，不過，無論是督促程序抑或是保全程序，都是一種在本案程序確定從而取得終局判決前，即先行限制債務人權利的行為。前者為的是讓債權人能夠更快速、簡易地獲得債務人的清償，並同時具有節省訴訟資源之功能³⁵⁶；後者則是為了要讓債權人的權利得以真正地實現³⁵⁷，才不至於讓債權人辛苦走完訴訟程序之後，只拿到一張確定判決證明書，卻無法真正受到清償。然而，我們認為，債權人能夠簡便受清償固然重要，但是，單憑債權人的自圓其說為根據³⁵⁸，就限制了債務人的財產權，這將使得督促程序淪為一種毫無確認權利歸屬功能、甚至是侵害人民權利的「司法」制度³⁵⁹；而保全程序，則是另外創設了債務人原先所無須擔負的義務。如前所述，司法權確定權利歸屬的任務，不僅確保了權利人能夠得到其應得的，也讓其他人都夠依循該界線以行事，但這些在督促程序／支付命令中盡皆付之闕如，最終所導致的結果可能就是，紛爭繼續持續，訴訟資源浪費，權利界線依舊不明，卻付出了債務人權利受侵害的結果，這樣的司法體制，不僅沒有保護人民的權利，反倒是侵害了人民的權利。而在保全程序的情形，債務人除了判決確定後的清償義務以外，卻又多擔負了一個在本案程序進行中不能行使特定權利的義務。債權人的權利能夠實現固然重要，但如果是要透過司法程序確保權利的實現，那就勢必要經過釐清事實的階段，判斷這個主張自己是債權人者真的為債權人之後，才幫助實現其權利。而如果判決確定後有難以實現權利的情事，這是經濟行為所必然伴隨的風險，債權人應自行承擔，而不是透過國家

³⁵⁶ 楊淑文(2014)，〈民事訴訟法研究會第一百二十二次研討紀錄〉，《法學叢刊》，236 卷，頁 199。

³⁵⁷ 陳榮宗，林慶苗（2006），《民事訴訟法（下）》，4 版，頁 879 以下，台北：三民。Walker, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, S. 52 ff.

³⁵⁸ 民事訴訟法第 512 條甚至規定，法院應不訊問債務人。

³⁵⁹ 例如詐騙事件，對此可參民間司改會之新聞稿所做的整理，網址：http://www.jrf.org.tw/newjrf/index_new2014.asp?id=4333，最後瀏覽日：2015/6/19。

的司法制度預先干預（可能）債務人之權利，否則等同於將債權人本應自己承擔的風險，轉嫁到了債務人身上。基於上述理由，無論是督促程序或者保全程序，都不是自由法治國家中，妨害公務罪中的公務概念。

（二） 刑事訴訟

司法權轄下的刑事訴訟程序所涉及的功能以及各訴訟行為所可能產生的問題，其實與上述的民事訴訟沒有太大的差異。雖然，從訴訟標的法律關係的內容看來，這兩種訴訟程序所要實現的權利，一個屬於私法領域，另一個則屬於確認國家刑罰權是否存在之公法領域；然而，一方面，司法權作為國家體制內的紛爭解決制度，將使得所有的訴訟程序都具有公共性的特徵，因此，在訴訟行為與程序架構的容許性上，也必須將國家之性質與限制考慮在內。另一方面，現今法律用語中所謂的「私法」與「公法」兩者的區分，大略是以法律關係當中之當事人是否至少有一方為公權力主體為標準³⁶⁰，但這與本文所援引之 Kant 法哲學脈絡下的私法（private Rechte）與公法（öffentliche Rechte）之內涵全然不同。如同前述，在本文之脈絡下，私法與公法的區別，只在於形式而不在於內容，公法（權）是私法（權）進入國家法律狀態後，具有公共紛爭解決機制的權利狀態。從這個角度來說，不僅解決紛爭的司法體制具有公共性，進入法律狀態以後，縱然看似只涉及私人之間的契約關係，也會因為契約的本質是「具有支配他人特定行動自由（亦即，債務人有清償債權的義務）之權利」³⁶¹，從而解決有關契約的紛爭也是在確認權利界線，也就與刑事訴訟中，要確認究竟行為人有無逾越他人的權利界線之功能無異。也就是說，各種訴訟程序，在功能上都具有相同的，確定權利界線的特徵。不過，觀察現行的訴訟法制，我們可以發現，只有刑事訴訟當中的原告，也就是檢察官，具有若干的強制處分權限，能夠動用強制力蒐集證據；刑事訴訟也與接受被告缺席審判之民事訴訟不同，必須以被告在場作為訴訟進行的要件，法院也具有強制被告在場的權限。所以，整體來說，即使民刑事訴訟的功

³⁶⁰ 僅參陳敏（2007），《行政法總論》，5版，頁33以下，台北：自版。

³⁶¹ Kant, a. a. O. (Fn. 217), S. 271.

能都在釐清法權界線，但是對於被告權利干預的容許程度，刑事程序仍舊比較高。本文認為，這樣的結果與民事與刑事法律關係法律效果的不同有關：民事財產法律關係之法律效果，往往是以債權的滿足或是損害賠償為其典型；不過，刑事法律關係的法律效果，卻動輒剝奪行為人之人身自由甚或是生命的自由刑與死刑。從所涉及權利的「可回復性」之觀點來看，由於（行動）自由與生命權是毫無回復可能性的，因此，刑事程序就更有必要將案件事實調查清楚；從而，賦予檢察官與法院各種強制處分的目的，原則上就是為了要達成釐清事實的目的，否則，誤判的結果往往就是以被告不可回復的權利為代價。基此，例如刑事訴訟法第 75 條，法院或檢察官具有以強制力拘提被告到庭的權利，或是同法第 130 條以下賦予檢察官搜索的權力，都是為了要達成釐清被告與他人之間的界線，也就是，透過確定判決去確認被告所做所為是否侵害了他人的權利。不過，或許有人會質疑說，尤其在最終判決被告無罪的情況下，這些判決確定前的強制處分，是否也是多侵害了被告的權利？我們認為，表面上看起來，這些強制處分的確是侵害了被告的權利，然而，這個「侵害」背後其實可以藉由被告身為一個市民所需擔負的義務而被正當化。因為，當被告基於某些事實而進入了刑事程序或者被起訴了以後，代表著他與（所謂的）被害人之間的權利義務關係開始變得模糊，在此情形下，一方面，被告的行為究竟是否真的屬於犯罪行為，而須透過刑罰來重新分配與被害人之間的權義關係，已有疑問；而排除這樣的模糊狀態，正是市民建構出國家司法體制的理由，基此，市民就不能自我矛盾地去否定涉及權利紛爭時，我也必須進入司法體制協助釐清權利界線的義務；另一方面，法院的判決結果，也具有宣示某種行為模式在法律上是否被容許的作用，這可以讓被告，甚至是被告以外的其他人，在個人知識有限的情況下，多增加了特定行為模式是否在法律上被容許的知識，讓共同體之中的理性共存得以被確保，從這個角度來說，被告作為共同體中的一員，也有一個進入司法程序的義務，讓自己與他人理解特定行為模式對他人權利在現實當中的效應。倘若有人主張個人身為市民不應擔負上述的義務，就好像又要馬兒好，又要馬兒不吃草一般，一方面渴望司法體制的功能能

夠實現，另一方面卻又希望這個功能的實現不須付出任何代價，到最後，只會得到一個毫無交集的空集合而已。基此，本文認為，刑事訴訟中的強制處分行為，在事務分配的層次，屬於自由法治國家中妨害公務罪的公務。

在上述的說明下，刑事訴訟法第 75 條賦予檢察官及法官在被告經合法傳喚而無正當理由不到場時的（一般）拘提權力，也必須扣合在國家解明事證以釐清法權界線的思考上。因為，被告作為整起刑事案件最直接的關係人，理應對自己是否做過犯罪行為有最清楚的認識，而這也說明了被告作為法定證據方法之一的理由。如果被告缺席了涉己之刑事偵查或審判程序，則幾乎難以期待真相能夠水落石出，因此，國家在請求被告配合釐清事實而不遂後，以拘提的方式透過強制力促使被告出現，實是無可厚非之事。而這也屬於本文意義下的公務。然而，不同於上述的一般拘提，刑事訴訟法第 76 條另外賦予了檢察官與法官在特定要件下得不經傳喚逕行拘提的權力。觀其要件，除了第 1 款「無一定之住、居所」考量的是現實上沒有送達傳票的可能性以外，後續三款皆透過特定事實建構被告將拒絕配合刑事程序的理由，藉此合理化省略傳喚程序的做法。第 2 款「逃亡或有事實足認為有逃亡之虞者」，與第 3 款「有事實足認為有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人之虞者」，基本上都是將被告設想為隨時準備出逃或是湮滅證據之人，並且以此為由省去傳喚程序，直接對被告施以具有強制可能性的拘提處分。然而，值得懷疑的是，在強調科技辦案與各式監視器之佈署鋪天蓋地的今日，國家機關連某人違規停車都可以藉由監視錄影帶與（只辨識得出人民而辨識不出警察的）人臉辨識系統舉發並處罰了，豈可能找不出一個刑事案件的逃亡被告？抽絲剝繭到底，第 2 款事由的用意可能只在於讓國家機關降低偵審成本而已。不過，降低成本的代價卻是將被告視作一個僅因為拒斥刑事程序進行的不利益便不顧系爭程序對於自己與他人在社會生活上的意義即逃跑之人。其次，第 3 款事由的問題在於，在刑法已經處罰（教唆）偽證罪，並且不處罰未遂的前提下，承認本款作為發動逕行拘提的要件，等同於課予被告在不得（教唆）偽證之義務外，

又多課予他一個僅基於教唆偽證之可能性而來的忍受國家拘提行為的義務。但同樣值得思考的是，在一個以自由主體為基礎而建構出的法治國家裏，是否允許國家機關動輒將被告視作隨時會教唆偽證、湮滅證據而不願配合刑事程序者，甚且還以此為由干預人民的權利？而第 4 款「所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑五年以上有期徒刑之罪者」作為逕行拘提事由，更是令人匪夷所思。被告所犯為重罪，所以呢？究其實際，本款事由背後的思維大抵就是將所有可能涉犯重罪的被告都當成逃亡、教唆偽證或湮滅證據的預備犯，然而，是基於什麼樣堅強的實證統計數據或是推論嚴實的論證，足以讓我們相信所有犯重罪者都應該被如此對待，事實上也沒有人能夠提出佐證的資料。其實，上述三款事由的根本問題在於：只將人民視為單純依照趨利避害法則行動的工具理性主體。但是，在自由法治國家裏，每一個人民除了具有工具理性以外，都應該被當作有實踐理性的法主體來對待，否則，所謂的自由法治國便無法成立。基此，以本條後三款事由發動的逕行拘提，並非妨害公務罪的公務。

刑事訴訟法第 122 條以下的搜索處分，同樣也必須在自由法治國的框架下予以理解。搜索的目的在於發現被告、證據等與刑事訴訟程序有關之人事物，為的當然是希望藉此得以重構某一可能存在的犯罪行為事實，從而能確定被告是否有罪，倘若有罪，則科以刑罰；倘若無罪，則還其清白。有罪或無罪的判決結果最終也將成為每個人的行為基準。也就是說，搜索使得司法權釐清權利界線的事實基礎，也就是，呈現在法院中的證據資料更為精確。搜索在自由法治國中的發動基礎也就在於此。從這個角度來說，很明顯的，刑事訴訟法第 130 條所規定之附帶搜索，即不符搜索的目的設定。通常認為，附帶搜索的用意在於保護第一線執法人員的安全，因為，在拘捕或羈押之後，往往必須由執法人員將被告或嫌疑人解送至指定處所，此際，若被告或嫌疑人身上懷有足以危害執法人員安全之器具，

則有可能對執法人員不利³⁶²。基此，刑事訴訟法允許這個情境下的執法者，即使沒有搜索票，也可搜索。然而，單從事務分配的角度來看，一個與蒐集證據目的全然脫鉤的「搜索」行為，還能夠稱得上是具有釐清法權爭議效果，從而是自由法治國家當中所容許的權利干預行為嗎？不僅如此，問題也在於，在一個每個人都應該被當作自由法主體的國家中，難道可以容許法體制將所有被執行拘捕或羈押的相對人都當成隨時可能以危險物品攻擊執法人員的潛在犯罪人嗎？尤其是，在刑法已經有傷害罪、強制罪等個人法益犯罪存在的前提下，倘被執行人果真攻擊了執法人員，他都將因此受到刑法之制裁了，究竟基於什麼理由，法律能夠提前課予被執行人一個與事證解明完全無涉、所謂的危險又是完全繫諸臆測的國家侵害忍受義務？綜上所述，本文認為，附帶搜索並非妨害公務罪中的公務。

此外，如前所述，自由法治國理念導引下的公務概念，必然與自由／法權共同享有立論上的特徵，其中最基礎者，就是對於人類圖像的預設：所有人都是自律的主體。也因此，倘有任何實證法規範或者國家在現實中的行為背離了這個最根本的預設，就等同於否定了人的自由存有，並且將人視為與一般動物並無二致的客體，皆屬不正當的實證法與國家行為，從而不屬於本文意義底下的公務概念。德國刑法學者 Günther Jakobs 所提出的敵人刑法（Feindstrafrecht）概念，恰好提供了一個完全悖於自由法治國理念的適例，以至於可以說，凡屬於敵人刑法概念中的，甚至是共享著相同人類圖像預設的任何實證法，都是不見容於自由法治國理念的實證法，而基於系爭實證法而來的任何國家行為，原則上都不是妨害公務罪中的公務。以下，本文將先簡述敵人刑法概念的意涵及提出幾個依循該概念而來的具體規範，再提出本文觀點下的批判性見解，最後再將此見解運用於我國實務案例的評析中。

³⁶² 林鈺雄（2013），《刑事訴訟法（上）》，7版，頁418，台北：元照。

敵人刑法的概念，必須和市民刑法（*Bürgerstrafrecht*）相互參照。兩者之間最大的差異，即是對人類圖像設定的不同。在 *Jakobs* 的思想脈絡下，市民指的是具有理性的人（*eine vernünftige Person*）³⁶³。不過，從 *Jakobs* 的法哲學著作中可以得知，這裡所謂的理性者的概念與本文所援引的 *Kant* 式的理性概念並不完全相同，因為，相對於 *Kant* 所主張的理性概念乃至於在法領域中所談論的法權概念與法主體性之先驗性、絕對性以及普遍性，*Jakobs* 的 *Person* 概念則基於其對於法權／規範的證立所含有的歷史性與相對性觀點，是以，縱然在結論上 *Person* 與 *Kant* 式的法主體都是權利義務的載體³⁶⁴，也會因為兩者對於世界觀的理解不同而在理性的內涵上出現相異的見解。具體來說，與 *Kant* 所不斷追求的那種放諸四海皆準的普遍性不同，*Jakobs* 一方面承繼了 *Hegel* 的辯證思考³⁶⁵，另一方面也援引了 *Hans Kelsen* 所主張的「法的實效性有可能影響法效力」說法³⁶⁶，這就代表著他的理性與 *Person* 的概念具有一種特殊的動態性格與相對性（附條件性）。這也使得「人有理性並且擁有絕對的尊嚴」此一原先在 *Kant* 意義底下的全稱命題，弱化成了 *Jakobs* 思想脈絡中的特稱命題：「你必須先表現得像人，方才具有在規範上被視為人的資格。」³⁶⁷而那些在現實上表現得不像人的人，就是非人（*Unperson*）／敵人（*Feind*）。

非人或者敵人與市民有著全然不同的人類圖像設定。市民是權利義務的載體，也是透過應然規範所建構出來的理性角色。相反的，敵人則與權利義務的框架無關，他們是完全服從於愉悅（*Lust*）／不悅（*Unlust*）之趨利避害行為模式的生物性個體（*Individuum*）。³⁶⁸事實上，這種生物性的人類圖像設定，正是前述所

³⁶³ *Jakobs*, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, HRRS 3/2004, S. 88. 中文版請參徐育安譯（2003），〈市民刑法與敵人刑法〉，收於許玉秀編，《刑法的基礎與界限—洪福增教授紀念論文集》，頁17，台北：新學林。

³⁶⁴ *Jakobs*, *Norm, Person, Gesellschaft*, S. 29 ff.; *ders*, *Individuum und Person*, ZStW 117, S. 257.

³⁶⁵ *Hegel*, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse I*, S. 176; *ders*, ; *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 9), 1/9 ff.

³⁶⁶ *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 79 f.; *Jakobs*, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, S. 41.

³⁶⁷ *Jakobs*, *Terroristen als Personen im Recht?*, ZStW 117, S. 843.

³⁶⁸ *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 364), S. 1 ff.; *ders*, (Fn. 364), S. 256.

提過的 **Hobbes** 式的理解，也就是認為人在擁有計算行為利弊得失之工具理性之外沒有更高的實踐理性層次。如此一來，由於作為個體的敵人僅依照趨利避害的行動，也就未必能被期待穩定地去做符合規範的行為，從而，在從事社會交往時，他們隨時都有可能做出令一般人意外的行為。當然，這些令人出乎意料的行為也包含了侵害主體法權的行為。基此，當某人連履行最低限度尊重他人權利的基本義務都有顯著的困難時，他就沒有辦法被當作法主體來對待，而只能被視為市民社會裡的危險源、一頭野獸。³⁶⁹

提出了市民／敵人這組相反的人類圖像預設後，**Jakobs** 繼續開展基於這兩個不同預設而來的刑法究竟有什麼不同的作用。在市民刑法中，犯罪，意味著對於規範效力的否定；而刑法的作用即在於發動刑罰，以表達對於否定規範效力的再否定，其中，犯罪與刑罰都必須鑲嵌在社會溝通的脈絡下予以理解，兩者皆是社會交往的具體型態，而不是單純透過感官觀察後所得到的偶然現象³⁷⁰。然而，在敵人刑法中，刑法／罰的溝通性格被抹消了，取而代之的是對於危險源的隔離與防堵。因為，當一個人藉由反覆的犯罪等方式讓自己變得不再像是一個市民，並且連最低限度的尊重他人權利都無法做到，使得他人無法再將他視為一個具有權利義務的法主體時，規範以及其所架構出的社會為了維繫自己的持存與同一性，就必須將這個「非人」隔離或者排除到社會之外，成為社會系統的環境，方才不至於讓一般的市民誤以為這個非人所主張的行為模式才是正確的。如此一來，可想而知的是，原本屬於法治國刑法的各種原則，例如：罪責原則及其派生的罪刑相當等原則，在敵人刑法中都將被危險控管的有效性所取代。

承上所述，那些將（某些）人類設想成僅依循著趨利避害的行為模式去實踐社會交往之生物性個體的實證法，在自由法治國的理念底下，都是不正當的。必

³⁶⁹ *Jakobs*, a. a. O.(Fn. 366), S. 41.

³⁷⁰ *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 9), 1/9 ff.; *Jakobs*, a. a. O. (Fn. 363), S. 88 ff.

須再強調一次的是，人有（實踐）理性是一個全稱命題，換句話說，所有的人，無論他的所作所為如何偏離作為一個人應有的姿態，都不會因此影響理性人類圖像的預設。也唯有如此，我們才能夠理解何謂人性尊嚴的絕對性以及人權的普世性。一旦將人類的存有區分為二，我們就再也無法理解尊嚴為何物。事實上，人類作為有限理性的存有，本來就時常掙扎於應然與實然、理性與感性之間，而理性既然居於應然的層次，就意味著當我們因為主觀經驗條件的有限性而做錯事時，來自於理性的應然命令仍舊會一再堅持其正確的效力，並繼續導引我們的行為，而不是輕易地向現實妥協。但敵人刑法的思維卻是反其道而行，因為對 **Jakobs** 來說，行為人在實然上的行為，竟然具有顛覆應然規範的可能性；作為人與生俱來即應該擁有的各種權利，從此不再是每個人的標準配備，而是必須先符合特定的條件（你必須先像個人！）後，才配得上權利義務的遊戲規則。如此，應然不再是應然，而實然也不再是實然，從 **Hume** 以來即嚴格區分的兩個領域，在此變得混淆不清。在本文始終堅持自由／理性／尊嚴的基礎上，將一切都相對化的敵人刑法並不具備正當性。而這種不正當的實證法，除了在立法論上應該予以修正／刪除以外，在解釋論上，也應該透過自由法治國作為理念的規制性作用去限制系爭法律的適用。當然，必須說明的是，雖然 **Jakobs** 所使用的詞彙是敵人「刑法」，但是，從最根本的角度來說，不僅刑法，凡是使用 **Hobbes** 式的生物性人類圖像設定的任何實證法規範，都將因為不把人視為具有自律／實踐理性之權利義務載體而成為本文所謂的「敵人法典」。

上述的說法或許仍有些抽象，以下可以藉由幾個例子來說明何謂否定自律的敵人法典。首先是預防性羈押。1997 年我國的刑事訴訟法有了大幅的轉變，這個轉變呈現在強制處分制度上者，一方面是基於釋字第 392 號與憲法第 8 條之要求而重構了羈押制度，尤其是將偵查中的羈押處分決定權正確地移交到法官手中，完備了剝奪個人行動自由的法官保留制度；另一方面，卻也新增了備受爭議的預防性羈押，亦即，刑事訴訟法第 101 條之 1 第 1 項之規定：

被告經法官訊問後，認為犯下列各款之罪，其嫌疑重大，有事實足認為有反覆實施同一犯罪之虞，而有羈押之必要者，得羈押之：

一、刑法第一百七十四條第一項、第二項、第四項、第一百七十五條第一項、第二項之放火罪、第一百七十六條之準放火罪。

二、刑法第二百二十一條之強制性交罪、第二百二十四條之強制猥褻罪、第二百二十四條之一之加重強制猥褻罪、第二百二十五條之乘機性交猥褻罪、第二百二十七條之與幼年男女性交或猥褻罪、第二百七十七條第一項之傷害罪。但其須告訴乃論，而未經告訴或其告訴已經撤回或已逾告訴期間者，不在此限。

三、刑法第三百零二條之妨害自由罪。

四、刑法第三百零四條之強制罪、第三百零五條之恐嚇危害安全罪。

五、刑法第三百二十條、第三百二十一條之竊盜罪。

六、刑法第三百二十五條、第三百二十六條之搶奪罪。

七、刑法第三百三十九條、第三百三十九條之三之詐欺罪。

八、刑法第三百四十六條之恐嚇取財罪。

一般而言，羈押制度的目的在於確保被告在刑事程序中始終在場，使得刑事審判程序能夠遂行。³⁷¹然而，預防性羈押卻逸脫了羈押制度的原始目的，成為了一種預支刑罰的風險控管機制³⁷²。之所以說是預支刑罰，是因為執行羈押處分的時間點，都是在被告有罪判決確定以前，從而，無論是一般性的羈押制度抑或是預防性羈押制度，都會有將尚未確定的刑罰施加在被告身上的預支色彩。不過，相對於一般性的羈押制度原則上仍是透過被告本身讓程序無法進行的可能性來作為決定是否羈押的判準，預防性羈押則藉由「有事實足認為有反覆實施同一犯

³⁷¹ 僅參林鈺雄，前揭註 362，頁 362。

³⁷² 林鈺雄，前揭註，頁 363。

罪之虞」之要件，展現了系爭制度指向的毋寧是被告的危險性，也就是：被告對於社會上其他人的風險。在自由法治國的觀點下，一般性的羈押制度，或許仍可基於確保被告在場使得作為國家擔保法權任務之一環的刑事司法程序能夠遂行，而取得其正當性基礎；然而，當預防性羈押涉及的不再是被告過去所（可能）做過的侵害法權的行為，而是再犯之可能性時，便已經全然將被告預設為犯罪慾望的奴隸，並否定了他往後選擇不要為惡的契機，從而，也就是否定了他的自由。如此一來，自由法治國的基礎被連根拔起，取而代之的則是「風險管制國」³⁷³，國家的任務不再（完全）是消極地等到有侵權事件發生後才出面，而是積極地預先防範可能的風險實現結果。在其中，有些人基於某些原因而來的高風險性而成為了不定時炸彈，也就是前面提到的敵人。必須說明的是，之所以將風險管制國家與敵人刑法連結，主要是著眼於兩者同樣以預防取代治療，以及同樣將風險控管／隔離敵人之有效性作為最優先的考量。至於在自由法治國中的根本：「自由／人性尊嚴的絕對性與普遍性」，則早已成為昨日的黃花。與敵人刑法同理，當國家執行預防性羈押的同時，即意味著在行為人根本尚未做出下一次的犯罪行為前，就基於他過去的「戰蹟」而把他視為一個危險源，市民社會中的敵人。這樣的制度，既然連法治國的基礎，自由，都抹煞了，當然也就與自由法治國理念不相容。基此，本文主張，刑事司法中預防性羈押的審查與執行皆非妨害公務罪中的公務。

四、行政

（一）行政權在自由法治國家中的意義

行政權的意義在於透過各種國家行為之執行，使得抽象的國家意志得以獲致實現，最終達成確保人民權利的任務。不過，抽象的國家意志仍必須事先藉由立法權透過制定實證法的方式予以具體化以後，才間接地成為行政權執行行為的標

³⁷³ 對此，請參李佳玟（2005），〈風險社會下的反恐戰爭〉，《月旦法學雜誌》，118期，頁30-40；同作者（2005），〈預防性羈押〉，《月旦法學教室》，36期，頁57-68。

準。這也就是一般公法領域說明法治國原則時所必然會提及的依法行政原則³⁷⁴。而依法行政原則在本文脈絡下的意義在於，一方面，它確認了行政權相較於立法權的從屬性；另一方面，它也提供了同樣僅具備有限理性的公務員一個確認自己代表國家執行公權力時的客觀行為尺度。如前所述，立法權透過形式的民主機制以及實質的法權原則為基礎，形塑出了象徵著普遍意志落實在現實中的產物，也就是實證法。但空有實證法的存在並不足以達到調整現實的效果，因此，國家也必須具有促進法律實現的功能，也就是行政權。從這個角度來說，行政權在功能上既然是為了實證法律的實現而存在，則前者的行使要件、範圍與限制當然也就受到後者的制約。另外，行政權以及隸屬其轄下的各種制度，也必然需要透過公務員為中介才有可能運作，而公務員終究是人，也只具備有限的理性。在這樣的條件下，正如同個人必須仰賴實證法以確認自己的行為不會侵害他人權利一樣，公務員也必須對照實證法以確保自己在執行公務時不會逾越應執行的界線。

值得注意的是，學說上多認為，行政行為的多樣性與處理事項的複雜性³⁷⁵，使得難以明確地為行政權的範圍劃定界線，而只能訴諸類似於刑法上「截堵式構成要件」的方式負面定義行政權，也就是說，凡不屬於立法權與司法權的其他所有國家行為，都屬於行政權的領域。³⁷⁶行政事務的多樣與複雜，其實也正代表了社會生活的多樣與複雜。可以說，正是為了要能夠回應並且具體而微地處理多樣且複雜的人間交往，才必須有相應之多樣且複雜的行政行為，以及作為各種行政行為之基礎的行政法規。這樣的對應關係也再次顯示出了法權的本質，亦即：作

³⁷⁴ 黃舒芃（2004），〈法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵〉，《中原財經法學》，第13期，頁1-45。

³⁷⁵ 行政權的複雜性，其實也可以從行政院及其轄下各部會具體的管轄事項中看出，例如，行政員組織法第3條：「行政院設下列各部：一、內政部。二、外交部。三、國防部。四、財政部。五、教育部。六、法務部。七、經濟及能源部。八、交通及建設部。九、勞動部。十、農業部。十一、衛生福利部。十二、環境資源部。十三、文化部。十四、科技部。」；第4條：「行政院設下列各委員會：一、國家發展委員會。二、大陸委員會。三、金融監督管理委員會。四、海洋委員會。五、僑務委員會。六、國軍退除役官兵輔導委員會。七、原住民族委員會。八、客家委員會。」

³⁷⁶ Vgl. nur, Kloepper, Verfassungsrecht, Bd. 1, 22/4.

為理念上的自由順利貫徹到現實當中的介面。基此，法權除了必須回溯至經驗背後的先驗世界以取得其證立基礎以外，也必須關照到經驗世界的構造與特徵，也就是前面所提到的複雜與多樣。法權的這種本質，也必然被進一步推展到實證法以及附隨著實證法而來的行政權。本文認為，這層推展尤其顯現在行政法中所謂的「不確定法律概念」之上。

學說上對於實證法中的不確定法律概念通常都抱持著謹慎的態度，因為，從立法權與行政權相互分立與制衡，以及依法行政原則的角度，不確定法律概念的使用同時也意味著立法權降低了對於行政權的控制密度³⁷⁷，從而允許行政權擁有某程度的判斷餘地。當然，單純從防止行政權獨大，所以必須以彌天蓋地又鉅細靡遺的法律規制其權力行使的觀點來解讀不確定法律概念的意義，勢必會得出上述的結論。然而，正如本文之前所述，自由法治國家中的權力分立，目的並不在於讓各個權力之間相互牽制，而在於透過功能分工的方式彼此相輔相成地完成保護人民權利之任務。如果將權力分立的意義從制衡翻轉為相互協助，則不確定法律概念的使用，也同時會從法治國的威脅轉化為法治國實現的幫手。因為，立法權所創造的實證法固然構成了行政權動用公權力的界線，然而，行政權一方面因為其所處理事項的多樣性與複雜性，另一方面也因為行政權體制中對於公務員訓練的專業化取向，讓行政權更能貼近個人的社會生活的真實需求，並且獲知真正能夠確保人民權利的方式。也就是說，代表人民普遍意志的立法權透過不確定法律概念的運用，在系爭概念的文義範圍內的公權力形成權授予給行政權，使其能夠適當地處理各式各樣的具體案件。不過，這並不表示如 **Kelsen** 所主張的，只要行政權所為的行政行為合於上位規範的授權範圍，就一概是正確的³⁷⁸。本文認為，行政行為的發動合乎上位規範的授權範圍，至多只是行政行為正確性的必要

³⁷⁷ 黃舒玘（2010），〈法律授權與法律拘束：Hans Kelsen 的規範理論對德國行政法上「不確定法律概念」拘束功能的啟示〉，《政治與社會哲學評論》，33 期，頁 49 以下。

³⁷⁸ *Kelsen*, a. a. O. (Fn. 366), S. 84 ff.

條件而已；更重要的是，行政權作為國家權力之一部，行使權力時也當然要合乎本文意義底下的自由法治國原則，也就是，在行使行政權力時，不可否認每個人與生俱來的理性能力，也不可破毀每個主體與其他主體之間的自由平等權利關係等等。唯有如此，Kelsen 主張行政權的適用法律是一種意志行為（Willensakt）³⁷⁹，也才有其意義。正是因為動用行政權力的公務員也同樣是具有反思能力的主體，從而，每一個行政行為的執行，背後都是一個或多個人類意志所做出的判斷，這也代表著公務員們除了機械式地在上位規範的授權範圍內任意選擇之外，也必須時時刻刻地反省自己的選擇是否合乎自由法治國的實質內涵。結合行政行為作為意志行為以及不確定法律概念這兩個要素，即可展現出在本文意義底下的行政權應有的特徵。

如果同意了本文上述對於行政權的功能定位，以及這種功能定位與擔保人民權利之間的關係之見解，則我們可以進一步以此基準檢視本文一開始所提出的幾個案例。首先，就【申請謄本案】中核發戶籍謄本的職權而言，戶籍謄本作為國家戶籍制度之一環，其目的在於讓國家能夠清楚掌握其領土中人口的增減與流動，以便進行人口治理（demographic governance），使得國家課徵稅收、徵募兵役成為可能，甚至亦能作為政權自我鞏固並打擊異己的工具³⁸⁰。最後，透過人口學的研究，國家的治理能夠對於人民整體進行常態性的控管，開啟所謂的生命政治（bio-politics）治理術³⁸¹。由此可知，整體戶籍制度，無非都是指向國家便利統治與規訓人民的終極目標，而這個終極目標正表明了國家在現實上如何透過各種統治技術的運用，進而完成最有效率的權力配置，至於在自由法治國家理念下，國家僅在主體侵越他人法權領域時才應該介入的規制性原則，早已被統治技術最佳化的大蠹取代了。不過，值得進一步思考的是，雖然戶籍制度的發明與法權之

³⁷⁹ Kelsen, a. a. O. (Fn. 366), S. 107 ff.

³⁸⁰ 參考林宗弘、曾惠君（2014），〈戶口的政治：中國大陸與台灣戶籍制度之歷史比較〉，《中國大陸研究》，57 卷 1 期，頁 65 以下。

³⁸¹ Foucault, Security, Territory, Population: Lectures at the College de France 1977-1978, pp. 55-86.

擔保沒有太直接的關係，但是，對於申請戶籍謄本者的資格限制，事實上是為了防止私人資訊被不當利用，進而侵害個人之資訊自決權之危險。從這個角度來說，【申請謄本案】中的核發行為，仍是屬於法權擔保的國家任務行為。由此可知，我們在認定特定國家行為是否屬於公務時，不僅完全訴諸實證法規範的做法是錯誤的，只依憑系爭國家行為所隸屬的制度抑或做成該國家行為者的身分都是不充分的。換句話說，無論實證法的規範如何明確、特定國家行為是由具有公務員身分者所為、又或者該國家行為背後所涉制度的本質正是在履行國家擔保法權的任務，都不足以完全說明系爭國家行為就是妨害公務罪之公務。最後，勢必要回歸每個個案中去判斷具體的國家行為是否具備公務的適格性。唯有如此，現實上掌握國家權力者才有不斷反思自己的每個行為是否契合於自由法治國理念的機會，這也是自由法治國作為理念，其調整現實之規制性作用的展現。

（二） 警察行為在自由法治國家中的容許性

同樣的具體審查模式，也可以讓我們理解，何以同屬於警察制度下的各種警察行為，在自由法治國家的觀點之下，會有相異的容許性判斷。警察制度之發軔至今日，其目的與功能已有所更迭。從字源上來看，警察，*Polizei*，曾經以 *Policey*、*Pollucey*、*Pollucy* 等面貌出現，而他們的意涵大致上有兩種：第一種指的是「共同體的良善秩序狀態」。其中，每個人都應該遵守在共同體中被視為正確的規範，無論系爭規範是宗教的或道德的。基此，在 15 到 18 世紀之間，即有不少文獻將「協助人們遵守規範以維持共同體的良善狀態」列為警察的任務。這種可能是警察一詞在歐陸歷史中最原始的意義，與 *Aristotle* 的倫理學在 13 世紀時被翻譯為法文並在歐洲大陸上流通，有著相當程度的關聯³⁸²。另一個意涵，指的則是有權機關頒布的警察法規本身。³⁸³當然，具有實質意義的還是第一種的警察概念。如果將共善當作警察的任務，那麼，可以想見的，在沒有明確指出共善標準何在的情況下，警察在具體上的管轄範圍便幾乎涵括了所有與人的生活有關的事項。而

³⁸² Liskén/Denninger-Boldt/Stolleis, Handbuch des Polizeirechts, S. 4.

³⁸³ Liskén/Denninger-Boldt/Stolleis, a. a. O. (Fn. 382), S. 4.

之所以讓警察擔負如此廣泛的任務範疇，與 15 世紀中葉後歐陸各大城市之興起，使得城市人口爆炸、公共衛生條件低落、商業秩序不穩定乃至於犯罪等問題叢生，以至於需要一個處理這些問題的制度產生，有著莫大的關聯³⁸⁴。時至今日，雖然距離警察制度創生伊始已經又經過了數個世紀，但警察任務的廣泛性，仍舊流傳了下來，成為了現代警察法的古老遺跡。例如，我國規範警察制度最重要的兩部法律：警察法與警察職權行使法，分別對警察制度有所定位：「警察任務為依法維持公共秩序，保護社會安全，防止一切危害，促進人民福利。（警察法第 2 條）」；「為規範警察依法行使職權，以保障人民權益，維持公共秩序，保護社會安全，特制定本法。（警察職權行使法第 1 條）。」而學說上³⁸⁵對於警察任務的設定，也仍然依循著警察的「博理」³⁸⁶傳統，除了壓制性／回溯性的（*regressiv*）犯罪追緝任務以外，尚且包含了指向未來的危害防止（*Gefahrabwehr*）乃至於更抽象的危險預防（*Prävention*）任務³⁸⁷。不過，如此廣泛的警察任務設定也就代表著警察幾乎可以隨時隨地地介入人民的生活，而這當然也引發了國家權力過度干預人民的疑慮³⁸⁸。在自由法治國的觀點下，犯罪追緝無非就是國家擔保法權任務的具體化，亦即，（刑事）司法制度最終得以透過判決的方式釐清主體之間的法權界線，使侵權者經受刑罰；而犯罪追緝，正是使刑事程序之遂行成為可能的必要條件，因為，警察、檢察官與法官等國家機關的各種證據蒐集（犯罪追緝）行為，才能讓法院在審判程序中有充分的背景素材去決定主體間的關係，而這也正顯示出了

³⁸⁴ 江玉林，前揭註 123，頁 64 以下。

³⁸⁵ Liskén/Denninger-Denninger, a. a. O. (Fn. 382), S. 188 ff. 中文文獻請參李震山（2002），《警察法論：警察任務編》，頁 39 以下、頁 217 以下；林明鏘（2011），〈由防止危害到危險預防——由德國警察任務與權限之嬗變檢討我國之警察法制〉，收於：氏著，《警察法學研究》，頁 2 以下，台北：元照；梁添盛（2004），〈行政警察活動與司法警察活動〉，《中央警察大學法學論集》，9 期，頁 1 以下。

³⁸⁶ 翻譯參考自江玉林（2008），〈歐洲近代初期「警察」與「警察學」的考古〉，《刑與思：林山田教授紀念論文集》，頁 14 以下，台北：元照。

³⁸⁷ 無論是「危害防止」還是「危險預防」，都是著眼於負面事態在「未來」發生的可能性，只是，相對於危險預防的「危險」是抽象的與推測性的，「危害」則具有「明確性」、「可預見性」與「限制性」，從而是比較具體的。對此請參林明鏘，前揭註 385，頁 4、7。學說上也有從危險具體程度的不同而將危害防止稱為「第一預防（*Prävention I*）」，危險預防稱為「第二預防（*Prävention II*）」，請參 Liskén/Denninger-Denninger, a. a. O. (Fn. 382), S. 189。

³⁸⁸ 江玉林，前揭註 386，頁 17 以下。

國家作為一個為超克主體有限性而必要之制度的特性。然而，如果警察除了在犯罪追緝以外，更多擔負了以預防為導向的任務，那麼，這就已經從原先的自由法治國轉化成了風險管制國，而這也等同於否定了人的實踐理性並且將人當作一種風險變數來看待。果真如此，則在本文自由法治國的理念底下，無論是具體的危害防止任務抑或是危險預防任務，都不屬於妨害公務罪中的公務。

上述以自由法治國為框架對於警察行為所做的抽象詮釋，僅算是指出了一個整體的大方向而已。我國涉及警察制度的各種實證法，尤其是授權警察得以特定手段干預人民權利的警察職權行使法（以下或簡稱「警職法」），在本文的見解下應該如何理解，其個別的容許性判斷為何，則有待進一步的說明。不過，由於警職法授權警察之干預手段與事由相當繁瑣與複雜，從而，本文先行統計該法自2003年12月1日施行以來，法院在審理妨害公務罪章相關犯罪時較常援引的條文，並以這些條文為例予以說明。³⁸⁹統計結果顯示，法院在審理妨害公務罪章之

³⁸⁹ 本文以「妨害公務」為案由，並以「警察職權」為關鍵字，於植根法律網（<http://www.rootlaw.com.tw/>，最後瀏覽日：2015/8/10）之裁判檢索系統中，搜尋臺灣高等法院及其分院，以及臺北、新北、桃園、台中、高雄等五家地方法院所做成之判決，得出下列結果：共有162件判決，有援引下列四條文中任何一條者共130件，占80%；其中，援引第6條者共56件，第19條者共31件，第28條者共23件，第8條者共20件，整理成表格如下：

法條	案號
第6條	臺灣高等法院 103 年度上易字第 2683 號
警察於公共場所或合法進入之場所，得對於下列各款之人查證其身分：	臺灣高等法院 103 年度上易字第 1395 號
一、合理懷疑其有犯罪之嫌疑或有犯罪之虞者。	臺灣高等法院 103 年度上易字第 550 號
二、有事實足認其對已發生之犯罪或即將發生之犯罪知情者。	臺灣高等法院 102 年度上易字第 2670 號
三、有事實足認為防止其本人或他人生命、身體之具體危害，有查證其身分之必要者。	臺灣高等法院 102 年度上易字第 2331 號
四、滯留於有事實足認有陰謀、預備、著手實施重大犯罪或有人犯藏匿之處所者。	臺灣高等法院 102 年度上易字第 1806 號
五、滯留於應有停（居）留許可之處所，而無停（居）留許可者。	臺灣高等法院 102 年度上易字第 1467 號
六、行經指定公共場所、路段及管制站者。	臺灣高等法院 101 年度上易字第 1836 號
前項第六款之指定，以防止犯罪，或處理重大公共安全或社會秩序事件而有必要者為限。其指定應由警察機關主管長官為之。	臺灣高等法院 101 年度上易字第 226 號
	臺灣高等法院 100 年度上易字第 1799 號
	臺灣高等法院 100 年度上易字第 790 號
	臺灣高等法院 97 年度上易字第 107 號
	臺灣高等法院 96 年度上易字第 2551 號
	臺灣高等法院 94 年度上易字第 1186 號
	臺灣高等法院臺南分院 102 年度上訴字第 536 號
	臺灣高等法院臺南分院 98 年度上易字第 803 號
	臺灣高等法院高雄分院 102 年度上易字第 865 號

警察進入公眾得出入之場所，應於營業時間為之，並不得任意妨礙其營業。	臺灣高等法院高雄分院 101 年度上易字第 514 號
	臺灣高等法院高雄分院 99 年度上易字第 214 號
	臺北地方法院 103 年度易字第 661 號
	臺北地方法院 102 年度審易字第 1872 號
	臺北地方法院 102 年度易字第 706 號
	臺北地方法院 102 年度易字第 117 號
	臺北地方法院 99 年度易字第 1927 號
	臺北地方法院 97 年度簡字第 1487 號
	臺北地方法院 95 年度簡上字第 211 號
	臺北地方法院 94 年度易字第 1766 號
	臺北地方法院 95 年度易字第 222 號
	臺北地方法院 94 年度易字第 1406 號
	新北地方法院 103 年度簡字第 1388 號
	新北地方法院 103 年度簡字第 989 號
	新北地方法院 101 年度易字第 3644 號
	板橋地方法院 101 年度易字第 412 號
	板橋地方法院 100 年度易字第 6 號
	板橋地方法院 100 年度簡上字第 400 號
	板橋地方法院 96 年度易字第 1811 號
	板橋地方法院 93 年度簡上字第 274 號
	板橋地方法院 93 年度簡字第 1393 號
	桃園地方法院 104 年度桃簡字第 90 號
	桃園地方法院 102 年度簡上字第 309 號
	桃園地方法院 103 年度易緝字第 45 號
	桃園地方法院 102 年度交易字第 367 號
	桃園地方法院 101 年度簡上字第 40 號
	桃園地方法院 101 年度易字第 137 號
	桃園地方法院 99 年度簡上字第 492 號
	桃園地方法院 94 年度易字第 1187 號
	桃園地方法院 94 年度壟簡字第 1719 號
	臺中地方法院 103 年度易字第 2666 號
	臺中地方法院 104 年度審簡字第 236 號
	臺中地方法院 103 年度易字第 405 號
	臺中地方法院 103 年度審易字第 311 號
	臺中地方法院 102 年度易字第 2669 號
	臺中地方法院 98 年度易字第 1408 號
	高雄地方法院 104 年度簡字第 651 號
	高雄地方法院 103 年度易字第 657 號
	高雄地方法院 99 年度審易字第 3554 號
	合計：56 件
第 19 條 警察對於有下列情形之一者，得為管束： 一、瘋狂或酒醉，非管束不能救護其生命、身體之危險，或預防他人生命、身體之危險。 二、意圖自殺，非管束不能救護其生命。 三、暴行或鬥毆，非管束不能預防其傷害。 四、其他認為必須救護或有危害公共安全之虞，非管束不能救護或不能預防危害。 警察為前項管束，應於危險或危害結束時終止管束，管束時間最長不得逾二十四小時；並應	臺灣高等法院 103 年度上易字第 1469 號
	臺灣高等法院 103 年度上易字第 1747 號
	臺灣高等法院 98 年度上易字第 949 號
	臺灣高等法院 97 年度上易字第 3264 號
	臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 84 號
	臺灣高等法院高雄分院 104 年度上易字第 140 號
	臺灣高等法院高雄分院 104 年度上易字第 157 號
	臺灣高等法院高雄分院 99 年度上易字第 214 號
	臺灣高等法院高雄分院 98 年度上訴字第 1770 號
	臺北地方法院 104 年度易字第 29 號

即時以適當方法通知或交由其家屬或其他關係人，或適當之機關（構）或人員保護。警察依第一項規定為管束時，得檢查受管束人之身體及所攜帶之物。	臺北地方法院 103 年度易字第 1167 號
	臺北地方法院 103 年度易字第 599 號
	臺北地方法院 103 年度簡字第 1805 號
	臺北地方法院 100 年度易字第 2583 號
	臺北地方法院 95 年度易字第 1685 號
	臺北地方法院 95 年度易字第 222 號
	新北地方法院 103 年度易字第 18 號
	板橋地方法院 101 年度簡字第 7342 號
	板橋地方法院 101 年度簡字第 3190 號
	板橋地方法院 97 年度交簡字第 359 號
	板橋地方法院 95 年度簡上字第 146 號
	板橋地方法院 94 年度簡上字第 132 號
	臺中地方法院 103 年度易字第 837 號
	臺中地方法院 102 年度易字第 2712 號
	臺中地方法院 102 年度中交簡字第 1880 號
	臺中地方法院 100 年度中簡字第 2345 號
	臺中地方法院 100 年度易字第 1030 號
	高雄地方法院 103 年度簡上字第 225 號
	高雄地方法院 102 年度簡字第 478 號
	高雄地方法院 101 年度簡字第 2228 號
	高雄地方法院 99 年度簡字第 1684 號
	合計：31 件
第 28 條 警察為制止或排除現行危害公共安全、公共秩序或個人生命、身體、自由、名譽或財產之行為或事實狀況，得行使本法規定之職權或採取其他必要之措施。 警察依前項規定，行使職權或採取措施，以其他機關就該危害無法或不能即時制止或排除者為限。	臺灣高等法院 103 年度上易字第 1469 號
	臺灣高等法院 103 年度上易字第 1747 號
	臺灣高等法院 102 年度上易字第 1737 號
	臺灣高等法院 99 年度上訴字第 3664 號
	臺北地方法院 104 年度易字第 246 號
	臺北地方法院 101 年度審易字第 1822 號
	臺北地方法院 97 年度易字第 3127 號
	臺北地方法院 97 年度易字第 506 號
	新北地方法院 103 年度易字第 534 號
	新北地方法院 103 年度易字第 18 號
	臺中地方法院 103 年度中交簡字第 4671 號
	臺中地方法院 103 年度易字第 550 號
	臺中地方法院 103 年度中簡字第 1043 號
	臺中地方法院 103 年度中簡字第 826 號
	臺中地方法院 103 年度中簡字第 278 號
	臺中地方法院 103 年度中交簡字第 1303 號
	臺中地方法院 103 年度訴字第 418 號
	臺中地方法院 102 年度中簡字第 2295 號
	臺中地方法院 102 年度簡字第 724 號
	臺中地方法院 102 年度中交簡字第 1880 號
	臺中地方法院 101 年度中簡字第 2662 號
	臺中地方法院 100 年度易字第 1030 號
	高雄地方法院 95 年度簡上字第 1390 號
	合計：23 件
第 8 條 警察對於已發生危害或依客觀合理判斷易生危害之交通工具，得予以攔停並採行下列措施：	臺灣高等法院 104 年度囑上訴字第 1 號
	臺灣高等法院 102 年度上易字第 1737 號
	臺灣高等法院 101 年度上易字第 226 號
	臺灣高等法院 100 年度上易字第 1799 號

犯罪，並且案件事實與警察行為有關時，最常被援引之警職法條文依序為第 6 條、第 19 條、第 28 條與第 8 條。以下，本文將一一審視這四個條文是否合乎自由法治國家中，警察應該擔負的保障人民權利暨追訴犯罪之任務。

警職法第 6 條是警察查證身分行為的依據，而其具體內容則規定於同法第 7 條第 1 項：「一、攔停人、車、船及其他交通工具。二、詢問姓名、出生年月日、出生地、國籍、住居所及身分證統一編號等。三、令出示身分證明文件。四、若有明顯事實足認其有攜帶足以自殺、自傷或傷害他人生命或身體之物者，得檢查其身體及所攜帶之物。」現在的重點是，這兩個條文所共同形塑的查證身分處分，其發動基礎與發動方式是否指向保護人民權利與追訴犯罪，抑或逾越了這條自由法治國家中警察行為之界線？從這個角度來說來說，第 6 條第 1 款與第 2 款之發動事由應屬合理，因為，有犯罪嫌疑之人存在，已經構成了檢察官與警察機關應即開始偵查以及追訴犯罪的事由（刑事訴訟法第 228 條第 1 項），也就是說，這可能已經不是作為偵查輔助機關的警察可得任意決定查證與否，而是有義務要查證的情況。透過查證行為而知悉犯罪嫌疑人的個人資訊，也才有可能進行後續的偵查工作，例如，傳喚、搜索等。另外，知悉犯罪事實之人，除非是因為傳聞而

一、要求駕駛人或乘客出示相關證件或查證其身分。 二、檢查引擎、車身號碼或其他足資識別之特徵。 三、要求駕駛人接受酒精濃度測試之檢定。 警察因前項交通工具之駕駛人或乘客有異常舉動而合理懷疑其將有危害行為時，得強制其離車；有事實足認其有犯罪之虞者，並得檢查交通工具。	臺灣高等法院 100 年度上易字第 1741 號
	臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 1090 號
	臺灣高等法院高雄分院 102 年度上易字第 482 號
	臺北地方法院 100 年度易字第 1615 號
	臺北地方法院 98 年度易字第 3220 號
	桃園地方法院 104 年度廳簡字第 77 號
	桃園地方法院 103 年度交字字第 379 號
	桃園地方法院 102 年度簡上字第 290 號
	臺中地方法院 103 年度易字第 405 號
	臺中地方法院 103 年度審易字第 311 號
	臺中地方法院 103 年度中簡字第 1178 號
	臺中地方法院 103 年度易字第 958 號
	高雄地方法院 103 年度易字第 437 號
	高雄地方法院 99 年度審簡字第 1769 號
	高雄地方法院 96 年度訴字第 1646 號
	高雄地方法院 96 年度易字第 3442 號
合計：20 件	

知悉的情況，否則原則上都屬於刑事訴訟法意義上的證人。同樣的，偵查機關擁有系爭證人的基本資料，是嗣後能夠傳喚他進入訴訟程序的前提。因此，這兩款事由皆與警察所擔負之追訴犯罪／保護權利任務有關。第 4 款發動事由的詮釋方向與上述兩款類似，亦即，我們可以推論，滯留於重大犯罪現場者很有可能目擊了整個犯罪經過；不過，該款將犯罪的「陰謀」階段也納入，有過於前置之嫌，因為，陰謀只是一個單純的壞念頭而已，在以行為，也就是，已經現實化的人類行止為規制對象之自由刑法中，這個與現實無涉的陰謀，不應成為刑法評價與非難的對象。從而，警察若以某人滯留於某陰謀犯曾出沒之現場為由對其進行查證身分，並非本文意義下的公務。

其實，觀察第 6 條第 1 項的結構，我們會發現，前三款是以「特定人」為中心，後三款則是著重於「特定處所」的特徵，尤其，第 5、6 款事由有相當類似之處，兩款的區別僅在於劃定管制區界線者的不同，第 5 款的範圍原則上是由抽象法規範劃定，第 6 款則是由警察機關主管長官為之（參照同條第 3 項）。在這兩款之中的特定處所，無論是應有停／居留許可或特定公共場所、路段或管制站等，都必然與「保障人民權益，維持公共秩序，保護社會安全」之規範目的有關。不過，也由於這種規範目的實在相當空泛，附隨著系爭目的而來的場所管制與身分查證，勢必也會變得無邊無際，因此，本文認為，並非所有依照此二款而來的身分查證，皆屬妨害公務罪當中的「公務」，而是，必須回歸個案的脈絡中，檢視該查證的目的是否與擔保人民權利與追訴犯罪有關。例如，警察機關在某些提供酒精飲料的餐廳外面劃設管制區，以便對於有酒駕嫌疑之人進行酒測，即屬保護其他用路人之權利以及追溯構成醉態駕駛犯罪之任務，也就是說，以此為由的查證身分，屬於本文意義下的公務。最後，本條最有問題的應該是第 3 款事由。乍看之下，或許有人仍認為，對於可能傷害他人者進行身分查證，合於警察保護人民權利之任務範疇。不過，始終令人費解的是，究竟在什麼情況下，查證身分會有助於防免某人傷害他人？即使是在某人傷害他人以後，為了追訴所需而查證

其身分，這也已經被涵攝在第 1 款的事由中了，似乎也沒有援引第 3 款的必要性。另外，國家可否基於防免個人自我傷害，甚至是自殺為由干預其權利，長久以來即爭論不斷（參下述「管束」之相關討論）。不過，姑且不管這個爭論，查證身分處分要如何防免個人自傷或自殺，或許是個更令人費解的問題。也就是說，警察基於本款規定而發動的身分查證行為，根本是無效的，而一個無效的國家干預行為，除了多限制了人民一些權利以外，也沒有任何其他的正面效應存在，更遑論能夠達成保護人民權利的目的。基此，本文認為，依據第 3 款事由發動的身分查證行為，並非妨害公務罪中的公務。

警職法第 19 條涉及的是警察的管束行為。所謂管束，指的是警察為排除目前急迫危害而為之暫時拘束人身自由措施。³⁹⁰如果從「侵害原則」的角度來解讀這個條文，則我們可以將本條第 1 項的各款事由，依據危害指涉的對象分為兩類：第一類是危害指向他者，亦即，某人的行為可能侵害他人權利者，例如，第 1 款後段、第 3 款與第 4 款有關預防公共安全之危害等；第二類則是危害指向自己者，也就是說，某人的行為除了可能對自己造成傷害以外，並沒有侵害他人權利之可能性，例如，第 1 款前段、第 2 款與第 4 款中以救護為目的之管束等。首先，如果是基於某人可能侵害他人權利而將其管束，當然合乎警察保護人民權利的任務。不過，第一類各款事由中所使用的「預防」二字，在本文的理解下，必須適度的限縮解釋，亦即，只有在某人的行為已經至少達到了刑法上著手的階段時，才有警察藉由管束「預防」他人危害的餘地。事實上，這樣的解釋方法，目的即在於避免國家過早、過寬泛地介入人與人之間的社會交往。一般也認為，當某人的行為已經該當刑法上的未遂犯而無須一定要有客觀上的侵害結果發生，就已經算是刑法上的不法行為，在本文意義下，也就是侵越了他人權利領域的行為。此際，國家／警察機關就應該介入處理以保護人民權利。

³⁹⁰ 李震山（2014），《警察行政法論—自由與秩序之折衝》，3 版，頁 250，台北：元照。

而第二類，以避免個人自傷或自殺為目的之管束事由，本文認為頗有斟酌的餘地。國家是否得以避免個人自傷為由進行干預，涉及的是「法律家長主義 (Legal Paternalism)」的議題，也就是在問，國家得否在某些情境下否定個人出於其自願而來的選擇，並以國家的選擇來代替。³⁹¹在本條的脈絡下，就是國家可否直接否定個人想要喝個爛醉並自我傷害，甚至是自殺的選擇？確實，在一般社會通念上，喝得爛醉、自殺都不是太「理性」的選擇，總是有人會說，爛醉傷身，或者留得青山在，不怕沒柴燒，何必自殺？然而，在本文的理解下，所謂的理性，絕非泛泛地訴諸什麼外於個人的社會通念或社會觀感，而是，每個人都有決定自己要成為哪一種人的權利，當然，也包含成為一個醉漢，甚至是自我了斷的權利。因為，這些無非就是自我人格的獨特展現，更是人之所以為人，存在的價值。從而，如果警察可以恣意地管束任何酒醉而欲自傷者，或者意圖自殺者，事實上就是國家強硬地扭曲了個人的存有姿態，當然也逾越了國家所擔負的目的。綜上，本文認為，如果確認了某人確實選擇了要自傷或自殺，則警察的管束就並非國家之公務。也就是說，警察在尚未知悉個人真意時，可以藉由暫時的管束措施以確認個人的真正意向，這當是國家在面對攸關個人生命存續之議題時，應該有的審慎態度。

警職法第 28 條是警察行為的概括授權條款，也就是賦予警察在警職法所列舉之手段皆不足以面對複雜的個案事態時，針對其執法手段有特定的自由形成空間。³⁹²事實上，警察所面對之個案複雜性，也是其所隸屬之行政權的一般特徵。從而，授權警察一定的手段形成空間，當然是必要的。只不過，在本文的脈絡下，系爭手段也必須合乎保障人民權利之標準，其執行才屬於妨害公務罪中的「公務」。

³⁹¹ 參周漾沂 (2013)，〈論被害人生命法益處分權之限制—以刑法父權主義批判為中心〉，《臺北大學法學論叢》，88 期，頁 213。以此觀點討論施用毒品犯罪者請參王皇玉，前揭註 47，頁 132 以下。

³⁹² 李震山，前揭註 390，頁 200。

最後，第 8 條授權警察在客觀判斷特定交通工具有危害時，得攔停之並查證身分、檢查引擎與對駕駛進行酒測。當特定交通工具有危害時，將使得其他用路人之權利有被侵害的可能，從警察保護人民權利之任務來看，這些警察行為大致上是符合「公務」內涵的。不過，仔細一點觀察的話，同樣的，查證身分與防止危險交通工具可能致生之危害間，似乎仍舊欠缺關聯性。另外，這裡對於危害的判斷，在概念上也應該趨同於刑法第 185 條之 3 等罪的不法判斷標準，否則即有警察介入過於寬泛之餘。

我們可以進一步將上開較抽象的說法，具體適用在第一章所提出的幾個案例中。首先，在【妨害偵查案】中，甲乙兩人的叫囂、打架與丟擲椅子等行為，已可能造成彼此身體完整權、店主財產權之侵害，從而已經侵越了彼此的法權領域。此際，國家應該啟動其擔保法權之任務，一方面防止雙方行為的擴大與惡化，另一方面也應進行犯罪之追緝，以廓清責任歸屬，劃定雙方的法權界線。從這個角度來說，警察在本案中所執行的職務，例如攝影蒐證以及將兩人帶回派出所查證等，皆已蘊涵自由法治國中擔保法權之國家任務，從而屬於妨害公務罪之公務的內涵。然而，在【喝醉勸導案】中，警察介入調解計程車司機與乘客間之糾紛，縱然可說是符合警察職權行使法第 28 條，亦即所謂概括授權條款中的「其他必要措施」，惟司機與乘客間連形式意義的犯罪行為都付之闕如，更遑論實質的法權侵害，換句話說，在本案的情境下，並沒有國家擔保法權任務的介入點。基此，縱然警察行為有特定實證法律之授權，乘客攻擊警察之行為仍不屬於妨害公務罪之公務。最後，也是最離譜的是，在【你是壞人案】中，被告只因為其有多項前科以及曾經不願接受稽查之不良事蹟，在本案發生當下並沒有任何犯罪徵兆的情形下，就成為了警察盤查的重點對象。可以說，這已完全將被告視為市民社會中的危險份子來對待，而不顧任何自由法治國家行為的發動界線了。從而，本案其實也沒什麼好評析的，因為，這其中根本連可以被詮釋為犯罪的行為都沒有，更

何況是侵害法權的行為，因此，這裡並沒有所謂的公務可言。本案中的警察或許已經將自己返古成了歷史上的「道德警察」，或是還沉醉於日治時期「警察大人」的權威幻想中，更可能是因為如同本案被告一般的有前科者往往是警察大賺績效的來源，讓他們寧願守株待兔看看這個前科累累的壞份子是否又幹了什麼骯髒事而不願去做其他更有意義的行為。本文要再一次強調的是，無論出於何種理由，在自由法治國中，沒有一個人應該被當作危險源來對待。

（三）以自由法治國為基礎的社會國思考

接下來本文所要處理的是，自由法治國家與社會國理念的可相容性。雖然，這個議題的抽象程度，似乎應該擺放在緊接著前幾節對於自由法治國的證立之後即開始討論。不過，一方面，本文並非僅以自由／社會法治國作為展開論述的核心；另一方面，社會國的理念大部分最終還是必須藉由行政權的執行權力以獲得落實，從而，就本文所設定的題目在於叩問自由法治國家中，妨害公務罪的公務內涵來說，或許將這個議題放在行政權的脈絡下予以探討，會是比較適切的架構。

社會國（*Sozialstaat*），縱然在概念的細部內容上有一定的開放性，但仍舊至少共享著一個基本理念：社會連帶（*soziale Solidarität*）。這個社會連帶存在於共同體中的每一個主體之間，並且課予個人在某（些）人有難時，必須伸出援手相助的法律義務。也由於這種社會連帶義務是一種法律義務，從而國家可以透過強制力予以貫徹。社會國／社會連帶的思考，其實早已經顯現在我國各個部門的實證法當中，最為人所熟知者當如聞名國際的全民健保制度，正因為其相對於一般保險而言所特有的強制納保規定，讓全國納保率超過九成九³⁹³；除此之外，其他被冠上所謂社會法³⁹⁴名稱的各種社會安全制度，例如：犯罪被害人保護、就業保險以及社會救助等，也與社會國／社會連帶的理念直接相關。社會國理念在近代

³⁹³ 數據參考台灣社會法與社會政策學會（編）（2015），《社會法》，頁 271，台北：元照。

³⁹⁴ 台灣社會法與社會政策學會（編），前揭註 393，頁 25 以下。

的出現，其實是對於工業革命以後，崇尚自由競爭的資本主義經濟體制所造成的負面效果的修正，尤其是國家藉由針對弱勢族群提供一定的衡平措施，以矯正過度競爭所衍伸的各種不平等現象³⁹⁵。不過，顯而易見的，國家若要貫徹社會國原則，進而協助弱勢族群，則首先面臨的就是財政方面的問題，亦即：這些衡平措施的經濟來源，到頭來仍舊是由全體納稅人所繳交的稅金中支出。這也同時意味著，即使某些人不願意幫助他人，也必須繳納被用來實現社會國理念那部分的稅款，一來，個人基本上無從決定國家如何規劃稅負的運用，從而也不會知道自己拒絕繳納哪一種稅或者拒絕繳納多少比例，就能迴避自己的財產被挪為衡平措施之用；二來，就算個人能夠精算出上開稅款的種類與比例，也會因為將面臨國家對於納稅義務的強制執行，而在現實上無法拒絕納稅。這樣一來，國家可以基於社會國理念而剝奪人民財產權的正當性基礎何在，就成為了進一步要討論的問題。

個人自由因為國家強制貫徹社會連帶而被干預的正當性論證，絕大多數論者都選擇採取比例原則的論述取徑，進而認為，即使個人的自由權將因社會保險、社會救助等社會法體制的建立而被限制，也會因為相較於系爭基本權限制所造成的損失來說，這些體制的建立將能獲致更多的公益，所以合乎比例原則，從而具有合憲性。類似的論述結構，從我國³⁹⁶與德國的釋憲實務³⁹⁷，乃至於兩國的學說

³⁹⁵ Vgl. Kersting, Kant und das Problem der Sozialstaatsbegründung, in: Gerhardt/Horstmann/Schumacher (Hrsg.), Kant und die Berliner Aufklärung, Bd. 1, S. 151 ff. 陳愛娥（1996），〈自由—平等—博愛：社會國原則與法治國原則的交互作用〉，《臺大法學論叢》，26卷2期，頁125以下；蔡維音（2001），《社會國的法理基礎》，頁62，台南：正典；許育典（2003），〈社會國〉，《月旦法學教室》，12期，頁39以下。

³⁹⁶ 例如以全民健保強制投保制度為釋憲標的之釋字第472號解釋：「國家為謀社會福利，應實施社會保險制度；國家為增進民族健康，應普遍推行衛生保健事業及公醫制度，憲法第一百五十五條及第一百五十七條分別定有明文。又國家應推行全民健康保險，復為憲法增修條文第十條第五項所明定。……全民健康保險法即為實現上開憲法規定而制定。該法第十一條之一、第六十九條之一及第八十七條有關強制納保、繳納保費，係基於社會互助、危險分攤及公共利益之考量，符合憲法推行全民健康保險之意旨；同法第三十條有關加徵滯納金之規定，則係促使投保單位或被保險人履行其繳納保費義務之必要手段。全民健康保險法上開條文與憲法第二十三條亦無抵觸。」

³⁹⁷ BverfGE 10, 354; 29, 221.

見解³⁹⁸，都具有極高的類同性。然而，本文前已提及，援用比例原則將本質上不可相互衡量之不同主體間的基本權利，本身就是一種邏輯矛盾的論證。因為，在本文意義下之自由法治國中的實質法概念並不能強制主體在非自願的情形下為他人犧牲。每個主體的生活形貌，都是他在行使屬於他個人的法權，而每個行為舉措，無非都代表了個人主體性的展現。倘若國家法律任意干預、限制主體選擇具體的生活模式，也正是部分地框限了主體對於歸屬於自己的法權支配權限。在這個意義上，「多元社會」將淪為空談。基此，很明確的是，在一個自由的國度裡，只要不侵害他人權利，主體要選擇什麼樣的生活，國家是毫無置喙的餘地的。

不過，並非所有主張「個人行使權利以不侵害他人權利為限」之自由主義者都接受上述的說法。其中，代表性的人物即是效益主義論者 Mill 以及 Bentham。Bentham 與 Mill 所身處的英國工業主義興起時代，使得他們所主張的自由主義，從以往重視人權與制衡國家權力的角度轉移到了「如何為資本主義自由競爭秩序辯護」之問題意識上。³⁹⁹也因此，對於人類圖像的預設，也從每個人都是人權承載者之天賦人權轉變成了憑藉著趨利避害效益計算以行事的工具理性主體。Bentham 在《道德與立法原則之導論（Introduction to Principles of Morals and Legislation）》一書之始即揭櫫了這個預設：「人類的本質使他服從於兩個主人的統治：痛苦與愉悅。這兩者指出了我們應該去做的事。」⁴⁰⁰此外，Bentham 也在《政府片論（Fragment on Government）》中提出了最為人所知的效益主義倫理學之應然公式：「最大多數人的最大幸福。」⁴⁰¹換句話說，對 Bentham 而言，在工

³⁹⁸ 德國學說僅參 Eichenhofer, Sozialrecht, 5. Aufl., Rn. 127. 我國學說請參吳全峰，黃文鴻（2001），〈從醫療人權之角度論全民健康保險強制納保制度之爭議〉，《月旦法學雜誌》，77 期，頁 112 以下，尤其頁 118 以下；蕭文生（1997），〈論全民健康保險法之強制納保制度及保險費之訂定〉，《法學叢刊》，24 卷 4 期，頁 43 以下，尤其頁 46 以下；鍾秉正（2002），〈社會保險中強制保險之合憲性基礎——兼論釋字第 472、473 號解釋〉，收於：黃宗樂教授祝壽論文集編輯委員會（編），《黃宗樂教授六秩祝賀——公法學篇（一）》，頁 255 以下，尤其頁 271 以下，台北：學林。

³⁹⁹ 顧肅（2006），《自由主義基本理念》，頁 323 以下，台北：左岸。

⁴⁰⁰ Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, p. 12.

⁴⁰¹ Bentham, Montague (ed.), A Fragment on Government p. 93.

業興起後凡事強調利益的歷史背景下，不僅個人被描繪成受利益驅動的個體，包含國家、法律在內等外於個人的各種體制，也只有在能夠促進利益最大化的前提下才具有正當性。也因此，如前所述，不同於本文所主張之自由法治國理念底下的國家、法律體制的存在是一個實踐理性上的必然，倘若完全貫徹效益主義的邏輯，那麼，舉凡個人的行為模式乃至於制度的存在，一切的一切都是偶然的。不過，這尚且不是效益主義最大的問題⁴⁰²。最大的問題毋寧在於，效益主義一方面將個人預設為按照趨利避害行為模式行動的純經驗主體，另一方面，卻又主張各種外於個人的體制之存在正當性來自於其能夠滿足最大多數人的最大幸福。如此一來便落入了一個深層的矛盾，亦即，那些不在系爭制度滿足利益範圍之內的、卻與最大多數人同樣都受利益驅動的少數人，他們的利益竟然就可以被正當地犧牲了？問題是，根據最初的預設，這些少數人也是計算利弊得失以行事者，究竟是基於什麼樣的理由能夠要求他們去遵循那些背離其利益的制度呢？從這個角度來說，效益主義對於個人作為工具理性主體的預設與外於個人之制度效益最大化的證立論述，在根本上就是矛盾的。⁴⁰³其次，難道只要不是主流價值，就只能落得被忽視的下場？果真如此，則到頭來人在現實中的行為模式就只會有「最符合效益計算的」那一種，然而，我們真的願意以存有姿態的多元性為代價，只為了滿足所謂的效益最大化？最後，其實也是本文最關心的層次是：你的利益和我的利益和他的利益，真的能夠置於同一個天平上相互衡量嗎？很顯然的，只要我們還記得人性尊嚴四個字，記得每一個人都必須被當成目的，而不能只被當成手段來對待這句話，那麼，每個人的權利，便都是不可共量的，從而，你的權利就始終是你的權利，絕不會因為我的權利比你的重要、比你的有價值就能夠命令你的權利必須讓位。也唯有如此，自由與尊嚴才能真正獲得確保。本文意義底下的

⁴⁰² 個別的問題細項可參 Will Kymlicka (著)，劉莘 (譯) (2003)，《當代政治哲學導論》，頁 11 以下，台北：聯經。與刑法／罰連結的論證與批判，請參 Bastelberger, Die Legitimität des Strafrechts und der moralische Staat, S. 33 ff.

⁴⁰³ 後世的效益主義論者為了消弭這個矛盾，發展出了更細緻的理論分支。例如：規則效益主義等。對此請參顧肅，前揭註 399，頁 44。

自由法治國理念，與效益主義的構想，是完全不相容的，是以，任何具有效益主義色彩的國家行為，都不屬於妨害公務罪的公務內涵。

雖然我國號稱是自由法治國家，但以效益最大化為基本設想的實證立法仍舊屢見不鮮。近年來常見的都市更新爭議，即是一例。都市更新條例第 1 條第 1 項即明訂：「為促進都市土地有計畫之再開發利用，復甦都市機能，改善居住環境，增進公共利益，特制定本條例。」而根據該法，都市更新的啟動到最後的強制執行，從來沒有一個階段需要位於系爭都市更新單元中的全體所有權人之同意。換句話說，有少數的所有權人，即使在不同意都市更新程序的一部或全部的情況下，仍無法避免被納入都更程序當中；實證法甚至賦予國家以強制力剝奪所有權以貫徹都市更新計畫的「義務」⁴⁰⁴。類似以多數利益（公益？）取代少數所有權人之同意而剝奪其所有權者又如土地徵收。土地徵收條例第 3 條即規定：「國家因公益需要，興辦下列各款事業，得徵收私有土地；徵收之範圍，應以其事業所必須者為限：一、國防事業。二、交通事業。三、公用事業。四、水利事業。五、公共衛生及環境保護事業。六、政府機關、地方自治機關及其他公共建築。七、教育、學術及文化事業。八、社會福利事業。九、國營事業。一〇、其他依法得徵收土地之事業。」然而，無論實證法如何規定，終究必須直面的問題就是：我的所有權就是歸屬於我的，何以在我行使所有權未必侵害他人權利的情況下，竟可僅透過別人的多數利益即更動我的所有權？在本文將自由與人性尊嚴同視，並且將兩者共同作為法權基礎的理解之下，國家動輒以公共利益為由干預主體權利，不僅已經逾越了擔保法權的任務，該等國家行為本身即構成了侵害主體權利的元

⁴⁰⁴ 參照同法第 36 條第 1 項：「權利變換範圍內應行拆除遷移之土地改良物，由實施者公告之，並通知其所有權人、管理人或使用人，限期三十日內自行拆除或遷移；屆期不拆除或遷移者，實施者得予代為或請求當地直轄市、縣（市）主管機關代為之，直轄市、縣（市）主管機關有代為拆除或遷移之義務；直轄市、縣（市）主管機關並應訂定期限辦理強制拆除或遷移，期限以六個月為限。其因情形特殊有正當理由者，得報經中央主管機關核准延長六個月，並以二次為限。但應拆除或遷移之土地改良物為政府代管或法院強制執行者，實施者應於拆除或遷移前，通知代管機關或執行法院為必要之處理。」

凶。基此，除非是由於所有權人行使權利已經逾越他人的權利界線，例如，房屋傾頽隨時有傷及他人之危險等，國家方才有介入並強制所有權人更動其所有權狀態之正當性，也才是在本文意義下的公務。是以，在【強制拆遷案】中，判決僅從形式的觀點，不斷強調被告所有之土地早已完成土地徵收程序，實證法也賦予國家機關強制拆除之公務；然則，對本文而言，對公務的判斷具有決定性意義者，永遠是實證法與個別國家行為背後的實質理據。也就是說，法院恆負有義務調查國家機關之行為是否具有國家擔保法權任務之特徵，否則判決即有未盡調查義務之違法。本案即有這個問題。從而，除非法院合理地說明本案中的道路拓寬工程與擔保法權相關，否則就不應草率認定強制拆除之行為屬於妨害公務罪之公務。

從上述的視角繼續延伸，本文認為，倘若要堅持人性尊嚴及其所派生之基本權的絕對性，那麼，尋找一個外於比例原則的社會國論證，就是必要的。

一般而言，**Kant** 自由法哲學的詮釋者往往基於對個人主體自由的尊重而傾向於主張一種最小限度的國家概念（**minimalist state**）。由於這種最小限度的國家觀只容許國家在極窄的範圍內干預人民自由，例如，保護個人自由、徵稅、擔保契約履行等，所以可以讓人民在現實上擁有最大程度的自由⁴⁰⁵。這種詮釋路徑，基本上就排除了社會國的整合空間，因為，國家只有在個人的自由被侵害時，才有介入的必要，而不包含積極地扶助行為在內。不過，近來不斷有論者嘗試在自由法哲學的基礎上，透過結合 **Kant** 各種文本的內容，整合社會國理念至自由法治國當中⁴⁰⁶。本文亦認為，**Kant** 的自由法治國概念，在一定的範圍內，與社會國有整合的可能性，這一方面涉及了自由理念要在現實當中實現的經驗性條件，另

⁴⁰⁵ 這種最小國家傾向的詮釋者例如：*Williams, Kant's Political Philosophy*, pp. 195-198.

⁴⁰⁶ 這些嘗試可參：*Kersting*, a. a. O. (Fn. 395), S. 151 ff.; *Köhler*, Immanuel Kants Begriff des ursprünglichen Erwerbs in seiner Bedeutung für eine Theorie des gesellschaftlichen Vermögenserwerbs, in: *Klaczewski/Müller/Neuhaus* (Hrsg.), *Die Idee des Sozialstaates*, S. 19 ff.; *Holtman*, Justice, Welfare and the Kantian State, in: *Gerhardt/Horstmann/Schumacher* (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 395), Bd. 4, S. 152 ff.; *Hawkins*, A Non-minimalist Kantian State, in: *Gerhardt/Horstmann/Schumacher* (Hrsg.), a. a. O. (Fn. 395), Bd. 4, S. 134 ff.

一方面，也涉及了主體的法實踐理性要求個人進入法律狀態這個義務的具體內涵。如前所述，**Kant** 的實踐哲學建構了一條實現自由之路，也就是說，透過道德哲學以及法與國家哲學的鋪陳，**Kant** 讓原先只是在理論上可能的自由理念，到最後能夠在人與人之間的現實社會中獲得實現。不過，也正因為自由終究是要落實在經驗界域當中，從而，在法與國家哲學的討論中，就不可能全然忽視個人的現實處境對於實現自由與權利的影響，尤其是，當這個現實處境已經惡劣到個人都已經無法活下去的時候，倘若還不斷地高舉先驗性的大纛，並且要求主體應該盡一切可能超越經驗的限制以完成自由之開展，這樣的做法，顯然只是自欺欺人；而罔顧自由與權利在實現過程當中所可能遭遇到的嚴重限制，到最後則可能讓權利的實現成為了僅具偶然性的事實。有鑑於此，**Kant** 也不可能完全不理會個人的艱難處境對於權利實現的影響，並且，除去艱難處境的任務不僅可以交由民間組織自發地完成，更重要的是，這也同時是一個國家任務。也就是說，客觀的國家體制協助個人超克經驗性條件限制的方式，未必只侷限在有人侵害他人權利時出面主持公道，也包含積極扶助現實上極弱勢者在幾乎無法實現其權利時，提供資源促使其能夠真正開展生活。而既然這是一個國家任務，則這也表示共同體中的每一個人都有法律上的義務間接地去除他人影響權利實現的某些經驗性事態。**Kant** 認為，國家／共同體是主體權利得以實現的必要條件，而這個共同體又是由每一個主體透過服從自身實踐理性所下達的進入法律狀態之誠命所構成，而為了讓這個共同體能夠繼續維繫下去，在其中的個人就必須擔負維繫某些有生存困難之共同體構成員的義務⁴⁰⁷。這樣的說法也呼應了 **Kant** 對於主體進入法律狀態義務的說法。因為，不僅是主體基於自己的實踐理性而來的誠命要求從自然狀態過渡到法律狀態，主體也有一個「與其他主體一起進入法律狀態」的義務。正是這個一起進入法律狀態的義務，建構了主體與他者的局部連帶性。不過，這並不代表法律上得以恣意地直接強制個人必須幫助他人；而是，透過徵稅等間接的方式，

⁴⁰⁷ *Kant*, a. a. O. (Fn. 217), S. 326.

讓國家具體地執行這個任務。當然，要鉅細靡遺劃定個人所面臨的艱難處境有多嚴峻，才是國家介入的時機，並非本文的焦點，在此只先提供一些抽象的大方向。本文認為，只有在個人的基本生存難以維繫，例如，生命有危險、重病或極度貧窮的狀態下，國家才應該介入提供積極的協助，也只有在此條件下，社會國才能與自由法治國取得相容性。因為，生命畢竟是個人作為自然生物能夠實現權利最根本的條件，所以，至少在個人的生命因為重病或其他原因而有危險，致使實現自由與權利的基礎都將要消滅時，共同體應當要出面提供協助；此外，個人也必須擁有最低限度的財產，才有可能在現實上與人來往以及維繫自己的生存。

基於上述的說法，我們可以知道，社會國理念只有在相當限縮的範圍內才能夠整合進自由法治國的思考中。接著，本文就要以上開的標準為框架，審視社會法的三個部門，即：社會預護（*soziale Vorsorgung*）、社會補償（*soziale Entschädigung*）以及社會救助（*soziale Hilfe*）⁴⁰⁸，哪些可以合乎自由法治國的基本設想，從而屬於本文意義底下，妨害公務罪的公務。必須先說明的是，由於這三者皆屬社會法的下位部門，所以當然都共享著一定程度的社會連帶思想。社會預護指的是，在特定風險發生前，預先由保險共同體繳交保費，俟系爭風險發生後，給予風險承擔者一定的給付⁴⁰⁹。僅以之前曾提及的全民健康保險為例。其社會連帶的思想毋寧展現在強制納保制度以及低收入戶免徵收保險費⁴¹⁰等措施上。不過，單就全民健保制度來說，由於所給付的範圍不僅包含危及生命之重病，亦包含輕症與一般的身體檢查等，已逾越了本文上述所建構的範圍。就此，本文認為可以分為兩個層次說明。首先是給付的層次，亦即，醫事人員基於全民健保法與其他醫事法規之規範而進行醫療行為時，倘若該醫療行為涉及的是除去低收入病患生命危險者，即屬於本文意義下的公務，反之則否。其次是強制徵收保費的

⁴⁰⁸ 台灣社會法與社會政策學會（編），前揭註 393，頁 37。

⁴⁰⁹ 台灣社會法與社會政策學會（編），前揭註 393，頁 37。

⁴¹⁰ 全民健康保險法第 10 條：「被保險人區分為下列六類：……。五、第五類：合於社會救助法規定之低收入戶成員。」第 27 條：「五、第五類被保險人，由中央社政主管機關全額補助。」

層次，如前所述，全民健保所給付的範圍已超越除去人民生命危險的界線，被徵收者又無法決定其保費只被運用於該範圍內，從而，全民健保之保費徵收並不屬於妨害公務罪之公務。

社會補償指的則是，即使在國家未違法行使公權力的情況下，仍然基於衡平與共同體責任的考量，以稅收為給付來源，給予人民因為戰爭、政治事件或公權力等所造成的（特別）損失予以補償。⁴¹¹然而，一方面，人民因上述事由受有損失的程度並不必然等同生命有危險或者陷入極度貧窮的處境；另一方面，社會補償背後某程度也代表了人民必須在特定條件下為了公共利益而放棄權利，例如，土地徵收而來的補償費等，後者這種利益衡量可以正當化權利侵害之觀點，在在與本文意義下之自由法治國的基本原則不符。基此，本文認為，社會補償並非妨害公務罪的公務。

社會救助不問人民基於何種原因無法維繫生活，係以確保人民最低生活水平為目標，而以國家稅收提供之特定給付。⁴¹²社會救助制度正好屬於本文前開所提及，著眼於個人開展社會生活、實現自由與權利之現實條件的國家制度。也就是說，無論是生活扶助⁴¹³、醫療補助⁴¹⁴、急難救助⁴¹⁵或災害救助⁴¹⁶，基本上都是基於扶助人民脫離因貧窮、嚴重傷病或其他事由所致之無法在現實中實現權利的狀態。因此，本文認為，社會救助當屬妨害公務罪之公務。

⁴¹¹ 台灣社會法與社會政策學會（編），前揭註 393，頁 42。

⁴¹² 台灣社會法與社會政策學會（編），前揭註 393，頁 37 以下。

⁴¹³ 參社會救助法第 10 條以下。

⁴¹⁴ 參社會救助法第 18 條以下。

⁴¹⁵ 參社會救助法第 21 條以下。

⁴¹⁶ 參社會救助法第 25 條以下。

將這個判斷標準適用到具體案例中，則板橋地方法院 101 年度簡字第 7415 號判決中，由於被告所攻擊的是辦理社會救助業務之公務員⁴¹⁷，所以其行為屬於妨害公務，洵屬正確；反之，在同院 102 年度簡字第 4108 號判決中，由於被告所攻擊者係為強制執行僅具社會保險性質之勞保費與健保費之人員⁴¹⁸，渠等所為之行為不屬於本文意義下的公務，因此，判決僅憑強制執行人員屬於公務員，即認定被告之行為屬於妨害公務，有流於形式之嫌。

⁴¹⁷ 個案事實如下：「被告於民國 101 年 10 月 12 日 15 時 15 分許，至新北市板橋區公所民政課，申請社會救助身心障礙補助時，因提供資料不完全，再次遭新北市板橋區公所民政課里幹事退件，而心生不滿，被告進而徒手揮拳毆打幹事之頭部一下……。」（參本案板橋地方法院檢察署檢察官 101 年度速偵字第 5769 號聲請簡易判決處刑書。）

⁴¹⁸ 個案事實如下：「被告係『沖利精密有限公司』（下稱沖利公司）負責人，緣因沖利公司積欠行政院勞工委員會勞工保險局（下稱勞保局）及行政院衛生署中央健康保險局（下稱健保局）勞保費及健保費，經勞保局及健保局向法務部行政執行署新北分署（下稱執行署新北分署）聲請強制執行，經執行署新北分署書記官羅仕銘偕同勞保局人員及健保局人員，於民國 102 年 4 月 10 日 14 時 42 分許，前往上址沖利公司欲就該公司之機具進行查封，被告於上開人員進入上址屋內現場為強制執行職務後，逕將現場電燈關閉，並將該處之鐵捲門拉下，將上開人員反鎖於屋內，致使其等無法自由出入……。」（參本案新北地方法院檢察署檢察官 102 年度偵字第 10037 號聲請簡易判決處刑書。）

第肆章 結論

本文的目的在於透過自由法治國理念之導引釐清刑法妨害公務罪中所謂公務的確切內涵。不同於公法領域中僅從形式的觀點或是欠缺實質上位基礎的法治國原則，本文採取的是一種以主體與生俱來的自由為基礎證立的法治國原則，藉由深入分析並釐清自由主體—法規範—國家體制之間的內在關聯，重新詮釋妨害公務罪的公務概念。

第貳章藉著分析與批判德國法與我國法在妨害公務罪方面有關形成歷史、法益定位與公務內涵之既有見解進一步深化與開展本文的問題意識。值得批判者為，德國法上對於妨害公務罪的討論，由於過度依賴與強制罪之間的比較，致使少有文獻能適切說明妨害公務罪保護國家體制功能性運作的意義何在。而這個問題當然也對於解釋妨害公務罪的公務要件產生了不良的影響。因為，法益的定位不明必然將連帶地讓構成要件的解釋流於恣意。這點也從德國學說近乎完全接受實務上未必合理的「強制可能性」公務判斷標準上可以看出。雖然，強制可能性的說法合乎一般對於國家權力特徵的想像，不過，如果這個說法背後是以 **Hobbes** 的社會契約論為基礎，則，一方面，在邏輯上未必能夠導出公務必然具有強制可能性的結論；另一方面，本文也不認同 **Hobbes** 只將主體的能力限縮在趨利避害的工具理性，而忽略了更高層次的實踐理性。我國法對於本罪的論述與德國法有高度的重疊性。實務上幾乎承認所有公法規範賦予公務員的職權皆屬妨害公務罪。對此，學說上除了援引類似上述強制可能性基準的「公權力色彩」作為限縮公務要件射程範圍的見解外，黃榮堅老師上溯自政治哲學的高度思考國家正當性的來源，並由此導出公務必須是效益主義觀點下的「國家任務」之見解，當屬國內外論理最融貫與最獨特的說法。

第參章為本論文的核心。首先，透過法益概念內涵之爬梳，具體呈現了法益概念工具化的後果，並且認為，只有重新構建一套從自由主體出發的法與國家體制論證，以及藉由這套論證詮釋法益，才能讓法益概念重新取得批判構成要件與導引構成要件解釋的能力。其次，本文進入 Kant 自由法哲學的脈絡中，先從道德哲學的層次確立主體具有不同於其他生物的實踐理性能力，能夠藉由定言令式程序，決定符合可普遍性道德法則的行為準則。接著，再從較閉鎖於主體內部的道德觀點過轉至使自由主體在現實上的共存成為可能的法體制觀點，得出正當法體制的抽象標準：一、以自律為核心；二、涉及的是多數人之共存事項；三、不涉及主體動機；四、以普遍性為其特徵。在此脈絡之下，國家成為了以超克主體有限理性為目的之功能性體制，並且，由於國家仍舊以法權原則為基礎，故國家行為之正當性判準與正當法體制之判準並無二致。基此，妨害公務罪的意義毋寧就是確保作為個人權利能夠實現之必要環節的國家功能性體制不被破壞。而公務的一般性特徵即可順利導出：國家擔保自由法主體之法權的任務。在提出此特徵後，本文進一步提出「事務分配」與「手段形成」兩個審查步驟，並具體檢證我國憲法乃至於其他公法規範所授予公務員之特定權限是否屬於妨害公務罪之公務。

參考文獻

中文文獻

- Dieter Henrich (著)，彭文本 (譯) (2006)，《康德與黑格爾之間》，台北：商周。
- Edgar Bodenheimer (著)，結構群 (譯) (1990)，《法理學—法哲學及其方法》，頁 83，台北：結構群。
- Günther Jakobs 著，徐育安譯 (2003)，〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀主編，《刑法的基礎與界限：洪福增教授紀念論文集》，頁 15-39。臺北：學林。
- Max Weber 著，顧忠華譯 (1993)，《社會學的基本概念》。臺北：遠流。
- Nicolai Hartmann (著)，根瑟·馬庫斯、劉貴傑 (譯) (2011)，《哲學概論》，高雄：復文。
- Richard Kroner (著)，關子尹 (譯) (1985)，《論康德與黑格爾》，台北：聯經。
- Will Kymlicka (著)，劉莘 (譯) (2003)，《當代政治哲學導論》，台北：聯經。
- 小金丸貴志 (2012)，〈匪徒刑罰令與其附屬法令之制定經緯〉，《台灣史研究》，19 卷 2 期，頁 31-98。
- 王皇玉 (2009)，《刑罰與社會規訓—台灣刑事制裁新舊思維的衝突與轉變》，台北：元照。
- 王皇玉 (2014)，〈2013 年刑事法發展回顧：酒駕與肇逃之立法與實務判決〉，《台大法學論叢》，43 卷特刊，頁 1227-1263。
- 王皇玉 (2014)，《刑法總則》，台北：新學林。
- 王泰升 (2009)，《台灣法律史概論》，3 版，台北：元照。
- 王泰升 (2014)，《台灣日治時期的法律改革》，2 版，頁 85-86，台北：聯經。
- 王梅英、林鈺雄 (1998)，〈從被害人學談刑法詐欺罪〉，《月旦法學雜誌》，35 期，頁 96-103。
- 台灣社會法與社會政策學會 (編) (2015)，《社會法》，台北：元照。
- 民間司改會之新聞稿，網址：
http://www.jrf.org.tw/newjrf/index_new2014.asp?id=4333，最後瀏覽日：2015/6/19。
- 甘添貴 (1998)，〈刑法上公務之內涵〉，《月旦法學雜誌》，43 期，頁 20-21。
- 江玉林 (1994)，《作為法理念的自由：以康德與黑格爾的法哲學為中心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 江玉林 (2008)，〈歐洲近代初期「警察」與「警察學」的考古〉，《刑與思：林山田教授紀念論文集》，頁 9-22。
- 江玉林 (2010)，〈後藤新平與傅柯的對話〉，《中研院法學期刊》，7 期，頁 41-79。

- 西田典之（著），劉明祥、王昭武（譯）（2007），《日本刑法各論》，3版，頁326，北京：中國人民大學出版社。
- 吳全峰，黃文鴻（2001），〈從醫療人權之角度論全民健康保險強制納保制度之爭議〉，《月旦法學雜誌》，77期，頁112-131。
- 吳培菁（2009），《從司法實例論妨害公務罪》，中國文化大學法律學研究所碩士論文。
- 李佳玟（2005），〈風險社會下的反恐戰爭〉，《月旦法學雜誌》，118期，頁30-40。
- 李佳玟（2005），〈預防性羈押：刑事程序中的風險管理〉，《月旦法學教室》，36期，頁57-68。
- 李茂生（2009），〈風險社會與規範論的世界〉，《月旦法學雜誌》，173期，頁145-153。
- 李震山（2002），《警察法論：警察任務編》，台南：正典。
- 李震山（2014），《警察行政法論—自由與秩序之折衝》，3版，台北：元照。
- 周治平（1968），《刑法各論》，台北：三民。
- 周治平（1969），〈妨害公務員執行職務罪〉，《軍法專刊》，15卷10期，頁4-6。
- 周家瑜（2005），《財產權與統一性—康德社會契約論之研究》，國立政治大學政治研究所碩士論文。
- 周家瑜（2012），〈康德論政治自由：對政治式詮釋的修正〉，《政治與社會哲學評論》，43期，頁81-116。
- 周漾沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41卷3期，頁981-1053。
- 周漾沂（2012），〈論攻擊性緊急避難之定位〉，《臺大法學論叢》，41卷1期，頁403-453。
- 周漾沂（2013），〈論被害人生命法益處分權之限制—以刑法父權主義批判為中心〉，《台北大學法學論叢》，88期，頁209-260。
- 林山田（2006），《刑法各罪論（下）》，修訂5版，台北：自版。
- 林山田（2008），《刑法通論（上）》，10版，台北：自版。
- 林宗弘、曾惠君（2014），〈戶口的政治：中國大陸與台灣戶籍制度之歷史比較〉，《中國大陸研究》，57卷1期，頁63-96。
- 林明鏘（2011），《警察法學研究》，台北：元照。
- 林鈺雄（2013），《刑事訴訟法（上）》，7版，台北：元照。
- 法治斌，董保城（2006），《憲法新論》，3版，台北：元照。
- 長谷部恭男著，郭怡青譯（2012），《法律是什麼？法哲學的思辨歷程》，台北：商周。
- 梁恒昌（1988），〈狹義公務罪之探討〉，《法令月刊》，39卷11期，頁3-5。

- 梁添盛（2004），〈行政警察活動與司法警察活動〉，《中央警察大學法學論集》，9期，頁1以下。
- 許玉秀（2005），〈刑罰規範的違憲審查基準〉，國際刑法學會台灣分會（主編），《民主·人權·正義：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，台北：元照。
- 許育典（2003），〈社會國〉，《月旦法學教室》，12期，頁38-43。
- 許育典（2009），《憲法》，3版，台北：元照。
- 許澤天（2010），〈刑法規範的基本權審查—作為刑事立法界線的比例原則〉，黃舒芃（主編），《憲法解釋之理論與實務（第七輯，上冊）》，頁259-323，台北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 陳子平（2014），《刑法各論（下）》，台北：元照。
- 陳志龍（1997），《法益與刑事立法》，3版，台北：自版。
- 陳敏（2007），《行政法總論》，5版，台北：自版。
- 陳愛娥（1996），〈自由—平等—博愛：社會國原則與法治國原則的交互作用〉，《臺大法學論叢》，26卷2期，頁121-141。
- 陳嘉銘（2014），〈「創造出公民，要什麼就都有了」？論盧梭的自由、愛國主義和實現共和的弔詭〉，《人文及社會科學集刊》，26卷2期，頁175-218。
- 陳榮宗，林慶苗（2006），《民事訴訟法（下）》，4版，台北：三民。
- 曾淑瑜（2007），〈妨害公務罪之保護客體是「公務員」？還是公務？〉，《台灣本土法學雜誌》，91期，頁87-95。
- 黃振華著，李明輝編（2005），《論康德哲學》，台北：時英。
- 黃惠婷（2008），〈妨害公務員執行職務之行為〉，《月旦法學教室》，73期，頁18-19。
- 黃舒芃（2004），〈法律保留原則在德國法秩序下的意涵與特徵〉，《中原財經法學》，第13期，頁1-45。
- 黃舒芃（2010），〈法律授權與法律拘束：Hans Kelsen的規範理論對德國行政法上「不確定法律概念」拘束功能的啟示〉，《政治與社會哲學評論》，33期，頁47-95。
- 黃源盛纂輯（2010），《晚清民國刑法史料輯注（上）》，台北：元照。
- 黃榮堅（1999），《刑罰的極限》，台北：元照。
- 黃榮堅（2009），〈刑法上個別化公務員概念〉，《臺大法學論叢》，38卷4期，頁273-334。
- 黃榮堅等，〈「靜坐與強制罪、妨害公務罪：公民抗議的憲法保障與法律界線」研討會會議紀錄〉，《台灣法學雜誌》，240期，頁1-22。

- 楊淑文（2014），〈民事訴訟法研究會第一百二十二次研討紀錄〉，《法學叢刊》，236 卷，頁 191-256。
- 葉瑜娟報導（2014/11/21），〈助選遭勞工嗆聲 馬英九：反對暴力干擾〉，《風傳媒》，網址：<http://goo.gl/3wH6Le>。最後瀏覽日：2014 年 11 月 21 日。
- 廖其偉（2006），《刑法上職務行為之研究—以妨害公務罪為探討核心》，國立臺北大學法律系碩士論文。
- 褚劍鴻（1983），《刑法分則釋論（上）》，台北：臺灣商務印書館。
- 劉萬基（1993），《公務執行妨害罪適法性錯誤之研究》，私立輔仁大學法律學研究所碩士論文。
- 蔡聖偉（2005），〈評 2005 年關於不能未遂的修法—兼論刑法上行為規範與制裁規範的區分〉，《政大法學評論》，91 期，頁 339-410。
- 蔡維音（2001），《社會國的法理基礎》，台南：正典。
- 蔡墩銘（2008），《刑法各論》，6 版，台北：三民。
- 盧映潔（2009），《刑法分則新論》，2 版，台北：新學林。
- 盧雪崑（2009），《康德的自由學說》，台北：里仁。
- 蕭文生（1997），〈論全民健康保險法之強制納保制度及保險費之訂定〉，《法學叢刊》，24 卷 4 期，頁 43-54。
- 賴賢宗（2001），〈從「道德」到「法權」——從康德的令式倫理學到康德的法權哲學〉，《思與言》，39 卷 2 期，頁 165-191。
- 鍾秉正（2002），〈社會保險中強制保險之合憲性基礎——兼論釋字第 472、473 號解釋〉，收於：黃宗樂教授祝壽論文集編輯委員會（編），《黃宗樂教授六秩祝賀—公法學篇（一）》，頁 255-287，台北：學林。
- 韓忠謨（1968），《刑法各論》，台北：自刊。
- 鄭芷人（2004），《康德倫理學原理》，台北：文津。
- 顏漢文（1991），《妨害公務罪之研究》，中國文化大學法律學研究所碩士論文。
- 魏國金，〈中媒狂批佔中 與全球輿論對幹〉，《自由時報》，2014/10/05。網址：<http://news.ltn.com.tw/news/focus/paper/819031/print>。最後瀏覽日：2014/10/05。
- 顧肅（2006），《自由主義基本理念》，台北：左岸。

外文文獻

- Amelung, K. (1972). Buchbesprechung von Marx, Michael: Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“, ZStW 84, S. 1015 ff.
- Amelung, K. (1972). Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft.

- Amelung, K. (1994). Der Einfluß des südwestdeutschen Neukantianismus auf die Lehre vom Rechtsgüterschutz im deutschen Strafrecht. In: Alexy R. (Hrsg.), Neukantianismus und Rechtsphilosophie, S. 353 ff.
- Amelung, K. (1997). J.M.F Birnbaum's Lehre vom strafrechtlichen „Güter“ Schutz als Übergang vom naturrechtlichen zum positivistischen Rechtsdenken. In: Klippel, D. (Hrsg.), Naturrecht im 19. Jahrhundert, S. 349 ff.
- Backes, O./Ransiek, A. (1989). Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, JuS 1989, S. 624 ff.
- Bastelberger, M. (2006). Die Legitimität des Strafrechts und der moralische Staat.
- Baur, M. (2005). Artikel Idealism. In: Horowitz, M. C. (ed.), New Dictionary of the History of Ideas, Bd. 3.
- Bentham, J. (1907). An Introduction to the Principles of Morals and Legislation.
- Bentham, J. (1960). A Fragment on Government (editor and introducer: Montague F. C.).
- Binding, K. (1922). Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 4. Aufl.
- Birnbaum, J. M. F. (1834). Über das Erfordnis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung, Neues Archiv des Criminalrechts 15, S. 149 ff.
- Blei, H. (1973). Anmerkung, JA 1973, S. 208
- Böckenförde, E.-W./Enders, C. (1991). Freiheit und Recht, Freiheit und Staat. In: Böckenförde, E.-W., Staat, Gesellschaft, Freiheit, S. 51 ff.
- Boldt, H./Stolleis, M. (2012). In: Denninger, E./Lisken, F. R. (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl.
- Bosch, N. (2003). In: Joecks, W./Miebach, K. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/2.
- Bundeskriminalamt. Polizeiliche Kriminalstatistiken der Bundesrepublik Deutschland (Jahr 2000, 2001, 2009, 2010).
- Byrd, S./Hruschka, J. (2005). Lex iusti, lex iuridica, und lex iustitiae in Kants Rechtslehre, ARSP 91, S. 484 ff.
- Chou, Y. Y. (周滢沂) (2011). Zur Legitimität von Vorbereitungsdelikten.
- Deiters, M. (2002). Rechtsgut und Funktion des § 113 StGB, GA 2002, S. 259 ff.
- Ehlen, K. W./Meurer, D. (1974). Anmerkung, NJW 1974, S. 1776 f.
- Eichenhofer, E. (2004). Sozialrecht, 5. Aufl.

- Eser, A. (2014). In: Schönke, A./Schröder, H. (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Kommentar, 29. Aufl.
- Feuerbach, P. J. A. (1796). Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte.
- Feuerbach, P. J. A. (1798). Anti-Hobbes oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und die Zwangsrechte der Bürger gegen den Oberherrn.
- Feuerbach, P. J. A. (1800). Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Bd. II.
- Feuerbach, P. J. A. (1804). Ueber Philosophie und Empirie in ihrem Verhältnisse zur positiven Rechtswissenschaft.
- Feuerbach, P. J. A. Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl.
- Fischer, T. (2012). Strafgesetzbuch: StGB mit Nebengesetzen, 60. Aufl.
- Foucault, M. (2007). Security, Territory, Population: Lectures at the College de France 1977-1978 (editor: Senellart, M.; translator: Burchell, G.).
- Freund, G. (2009). Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl.
- Gärditz, K. F. (2011). Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der Staat 49, S. 331 ff.
- Gierhake, K. (2013). Zur Begründung des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Strafverfahren, JZ 2013, S. 1030 ff.
- Günther, K. (2007). Die Person der personalen Rechtsgutslehre. In: Neumann, U./Prittwitz, C. (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung im Strafrecht“, S. 15 ff.
- Harzer, R. (2005). Über die Bedeutsamkeit des Kategorischen Imperativs für die Rechtslehre Kants. In: Byrd, S./Hruschka, J./Joerden, J. C. (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik 14, S. 223 ff.
- Hassemer, W. (1973). Theorie und Soziologie des Verbrechens.
- Hassemer, W. (1975). Buchbesprechung von Amelung, Knut: Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft, ZStW 87, S. 146 ff.
- Hassemer, W. (2003). Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?. In: Hefendehl, R./von Hirsch, A./Wohlers, W. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, S. 57 ff.
- Hassemer, W./Neumann, U. (2013). In: Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen H.-U. (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl.

- Hawkins, D. (2001). A Non-minimalist Kantian State. In: Gerhardt, F./Horstmann, R.-P./Schumacher, R. (Hrsg.), Kant und die Berliner Aufklärung, Bd. 4, pp. 134-142.
- Hefendehl, R. (2002). Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht.
- Hegel, G. W. F. (2013). Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse (Herausgeber: Holzinger, M.), 3. Aufl.
- Hegel, G. W. F. (2013). Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften. (Herausgeber: Holzinger, M.)
- Hegel, G. W. F., (2013). Grundlinien der Philosophie des Rechts (Herausgeber: Holzinger, M.).
- Hirsch, H. J. (1983). Zur Reform der Reform des Widerstandsparagraphen, Festschrift für Ulrich Klug II, S. 235 ff.
- Hobbes, T. (1991). Leviathan (editor: Tuck, R).
- Hobbes, T. (1998). On the Citizen (editor and translator: Tuck, R/Silverthorne, M).
- Höffe, O. (1994). Kategorische Rechtsprinzipien.
- Höffe, O. (2000). Immanuel Kant, 5. Aufl.
- Hoffmann, H. (2003). Über Freiheit als Ursprung des Rechts, Zeitschrift für Rechtsphilosophie. 2003, S. 16 ff.
- Holtman, S. W. (2001). Justice, Welfare and the Kantian State. In: Gerhardt, F./Horstmann, R.-P./Schumacher, R. (Hrsg.), Kant und die Berliner Aufklärung, Bd. 4, pp. 152-160.
- Honig, R. (1919). Die Einwilligung des Verletzten, Teil 1: Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage.
- Hopfauf, A. (2011). In: Hofmann, H./Hopfauf, A. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 11. Aufl.
- Horn, E./Wolters, J. (2012). In: Rudolphi, H.-J./Horn, E./Samson, E. [et.] (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl.
- Hörnle, T. (2005). Grob anstößiges Verhalten.
- Hörnle, T. (2008). Das Verbot des Geschwisterinzests – Verfassungsgerichtliche Bestätigung und verfassungsrechtliche Kritik, NJW 2008, S. 2085 ff.
- Hörnle, T. (2011). Straftheorien.
- Hruschka, J. (1985). Kann und sollte die Strafrechtswissenschaft systematisch sein?, JZ 1985, S. 1 ff.

- Hruschka, J. (2007). Kriterien eines bürgerlichen Zustandes in Kants Rechtslehre. In: Hettinger, M/Zopfs, J./Hillenkamp T. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, S. 183 ff.
- Hwang, S. P. (黃舒芃) (2012). Demokratische Willensbildung vor grundrechtlicher Rahmenordnung – verfassungsrechtliche Überlegungen zur Auseinandersetzung von Gärditz und Zaczek, Der Staat 51, S. 233 ff.
- Jakobs, G. (1991). Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl.
- Jakobs, G. (1997). Norm, Person, Gesellschaft.
- Jakobs, G. (2004). Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, HRRS 3/2004, S. 88 ff.
- Jakobs, G. (2004). Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck.
- Jakobs, G. (2005). Individuum und Person, ZStW 117, S. 247 ff.
- Jakobs, G. (2005). Terroristen als Personen im Recht?, ZStW 117, S. 839 ff.
- Jakobs, G. (2012). Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts.
- Kant, I. (1902). Die Metaphysik der Sitten. In: königlich preussischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kants gesammelte Schriften, Bd. 6.
- Kant, I. (1902). Kritik der praktischen Vernunft. In: königlich preussischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kants gesammelte Schriften, Bd. 6.
- Kant, I. (1902). Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis. In: königlich preussischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kants gesammelte Schriften, Bd. 8.
- Kant, I. (1902). Zum ewigen Frieden. In: königlich preussischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kants gesammelte Schriften, Bd. 8.
- Kant, I. (1923). Logik. In: königlich preussischen Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Kants gesammelte Schriften, Bd. 9.
- Kant, I. (1974). Grundlegung zur Metaphysik der Sitten. In: Weischedel, W. (Hrsg.), Immanuel Kants Werke in sechs Bände, Bd. 4.
- Kant, I. (1974). Kritik der reinen Vernunft, 2. Aufl. In: Weischedel, W. (Hrsg.), Immanuel Kants Werke in sechs Bände, Bd. 1.
- Kelsen, H. (1928). Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht.
- Kelsen, H. (2008). Reine Rechtslehre (Herausgeber/Einleiter: Jestaedt, M.).
- Kersting, W. (1992). Kant's Concept of the State. In: Williams, H. (ed.), Essays on Kant's Political Philosophy, pp.143-165.

- Kersting, W. (2001). Kant und das Problem der Sozialstaatsbegründung. In: Gerhardt, F./Horstmann, R.-P./Schumacher, R. (Hrsg.), Kant und die Berliner Aufklärung, Bd. 1, S. 151 ff.
- Kersting, W. (2004). Kant über Recht.
- Kersting, W. (2007). Wohlgeordnete Freiheit, 3. Aufl.
- Kindhäuser, U. (2013). Strafgesetzbuch: Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl.
- Kloepfer, M. (2010). Verfassungsrecht, Bd. 1.
- Köhler, M. (1993). Iustitia distributiva: Zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit, ARSP 79, S. 457 ff.
- Köhler, M. (1997). Strafrecht Allgemeiner Teil.
- Köhler, M. (2006). Immanuel Kants Begriff des ursprünglichen Erwerbs in seiner Bedeutung für eine Theorie des gesellschaftlichen Vermögenserwerbs. In: Kleszczewski, D./Müller, S./Neuhaus, F. (Hrsg.), Die Idee des Sozialstaates, S. 19 ff.
- Krause, F.-W. (1975). Anmerkung, JR 1975, S. 118 f.
- Kühl, K. (1984). Eigentumsordnung als Freiheitsordnung.
- Kühl, K. (1990). Naturrecht und positives Recht in Kants Rechtsphilosophie. In: Dreier, R. (Hrsg.), Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts, S. 75 ff.
- Kunz, K.-L. (2008). Kriminologie, 6. Aufl.
- Küper, W. (2013). Tatbestandsgrenzen des Widerstandsdelikts (§ 113 I StGB) in dogmatischer Analyse. In: Freund, G./Murmman, U./Bloy, R./Perron, W. (Hrsg.), Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag, S. 985 ff.
- Lackner, K./Kühl, K. (2014). Strafgesetzbuch: StGB Kommentar, 28. Aufl.
- Lagodny, Otto. (1996). Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte.
- Luhmann, N. (2008). Rechtssoziologie, 4. Aufl.
- Marx, M. (1972). Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut“
- Maurach, R./Schroeder, F.-C./Maiwald, M. (2005). Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl.
- McCormick, Matt. “Immanuel Kant: Metaphysics”. The Internet Encyclopedia of Philosophy, <http://www.iep.utm.edu/>, latest visit: 2015/1/28.
- Montesquieu, C. S. (1989). The spirit of the laws (translated by Cohler, A. M./Miller, B. C./Stone, H.).
- Murmman, U. (2005). Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht
- Otto, H. (1983). Anmerkung, JR 1983, S. 72 ff.

- Paeffgen, H.-U. (1979). Allgemeines Persönlichkeitsrecht der Polizei und § 113 StGB, JZ 1979, S. 516 ff.
- Paeffgen, H.-U. (2013). In: Kindhäuser, U./Neumann, U./Paeffgen H.-U. (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl.
- Pawlik, M. (2007). Strafrechtswissenschaftstheorie. In: Pawlik, M./Zaczyk, R. (Hrsg.), Festschrift für Günther Jakobs, S. 469 ff.
- Rengier, R. (2011). Strafrecht Besonderer Teil. 2, Delikte gegen die Person und die Allgemeinheit, 13. Aufl.
- Rosenau, H. (2006). In: Laufhütte, H. W./Saar, R. R./Tiedemann, K. (Hrsg.), Strafgesetzbuch: Leipziger Kommentar: Grosskommentar, Bd. 5, 12. Aufl.
- Rousseau, J. –J. (1997). The Social Contract and Other Later Political Writings (edited by Gourevitch, V.).
- Roxin, C. (1966). Sinn und Grenzen staatlicher Strafe, JuS 1966, S. 377 ff.
- Roxin, C. (1997). Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl.
- Roxin, C. (2007). Selbstständigkeit und Abhängigkeit des Strafrechts im Verhältnis zu Politik, Philosophie, Moral und Religion. In: Hettinger, M./Zopfs, J./Hillenkamp T. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, S. 489 ff.
- Roxin, C. (2009). Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests – Zur verfassungsrechtlichen Überprüfung materiellrechtlicher Strafvorschriften -, StV 2009, S. 544 ff.
- Rüthers, B./Fischer, C./Birk, A. (2010). Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 5. Aufl.
- Schmidt, Praxis, in: Krings/Baumgartner/Wild (Hrsg.), Handbuch Philosophischer Grundbegriffe. Studienausgabe. Bd. 4
- Schmidt-Aßmann, E. (2003). In Isensee, I./Kirchhof, P. (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl.
- Schroeder, F.-C. (1985). Anmerkung, NJW 1985, S. 2392 f.
- Schulz, J. (2007). Widerstand gegen die Staatsgewalt – Bemerkungen zur Kozeption des § 113 StGB. In: Bemann, G./Zwiehoff, G. (Hrsg.), Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, S. 111 ff.
- Schünemann, B. (1986). Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 1986, S. 439 ff.
- Schünemann, B. (2003). Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in:

- Hefendehl R./von Hirsch, A./Wohlers W. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, S. 133 ff.
- Seelmann, K. (2001). Rechtsphilosophie, 2. Aufl.
- Singelstein, T./Puschke, P. (2011). Polizei, Gewalt und das Strafrecht – Zu den Änderungen beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte, NJW 2011, S. 3473 ff.
- Stächelin, G. (1998). Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat.
- Stree, W. (1988). Probleme der Sachbeschädigung – OLG Frankfurt, NJW 1987, 389., JuS 1988, S. 187 ff.
- Swoboda, S. (2010). Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW 122, S. 24 ff.
- von Gierkes, O. (1868). Das deutsche Genossenschaftsrecht, Bd. I.
- von Hirsch, A. (2003). Das Rechtsgutbegriff und das „Harm Principle“. In: Hefendehl, R./von Hirsch, A./Wohlers, W. (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, S. 13 ff.
- von Liszt, F. (1888). Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht und in der Encyklopädie der Rechtswissenschaft, ZStW 8, S. 133 ff.
- Walker, W.-D. (1993). Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren.
- Wessels, J./Beulke, W./Satzger, H. (2014). Strafrecht Allgemeiner Teil, 43. Aufl.
- Wessels, J./Hettinger, H. (2012). Strafrecht, besonderer Teil, Bd. I, 36. Aufl.
- Williams, H. (1983). Kant's Political Philosophy.
- Wolff, E. A. (1984). Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität, ZStW 97, S. 786 ff.
- Zaczyk, R. (1989). Das Unrecht der versuchten Tat
- Zaczyk, R. (2004). Freiheit und Recht, JuS 2004, S. 96 ff.
- Zaczyk, R. (2005). Über Theorie und Praxis. In: Widmaier, G./Lesch, H./Müssig, B./Wallau, R. (Hrsg.), Festschrift für Hans Dahs, S. 33 ff.
- Zaczyk, R. (2006). Einheit des Grundes, Grund der Differenz von Moralität und Legalität. In: Byrd, S./Hruschka, J./Joerden, J. C. (Hrsg.), Jahrbuch für Recht und Ethik 14, S. 311 ff.
- Zaczyk, R. (2007). Was ist Strafrechtsdogmatik? In: Hettinger, M./Zopfs, J./Hillenkamp T. (Hrsg.), Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, S. 723 ff.
- Zaczyk, R. (2010). Demokratieprinzip und Strafbegründung. Eine Erwiderung auf Klaus Ferdinand Gärditz, Der Staat 50, S. 295 ff.

- Zaczyk, R. (2010). Strafrecht, Rechtsphilosophie und der untaugliche Versuch. In: Bloy, R./Böse, M./Hillenkamp, T./Momsen, C./Rackow, P. (Hrsg.), Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag, S. 885 ff.
- Zaczyk, R. (2014). Kritische Bemerkungen zum Begriff der Verhaltensnorm, GA 2014, S. 73 ff.
- Zaczyk, R. (2014). Selbstsein und Recht.
- Zopfs, J. (2012). Das 44. Strafrechtsänderungsgesetz – der „gefährliche Eingriff“ in § 113 StGB?, GA 2012, S. 259ff.