

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

論侮辱、誹謗公署罪

On Criminal Insulting and Defaming Public Agencies

王綱

Kang Wang

指導教授：周漾沂 博士

Advisor: Yang-Yi Chou, Ph.D.

中華民國 108 年 6 月

June 2019



國立臺灣大學碩士學位論文  
口試委員會審定書

論侮辱、誹謗公署罪  
On Criminal Insulting and Defaming Public Agencies

本論文係王綱君（學號 R05A21066）在國立臺灣大學法律學系完成之碩士學位論文，於民國108年6月27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：

田淑娟

口試委員：

王皇玉

徐育安

田淑娟



## 謝辭

政大四年，臺大三年，在學院裡學習法律的日子終要隨著這篇論文的完成走向尾聲，接著，我將邁向人生的下一段旅程。

回顧這七年的日子，我想要先謝謝政大的謝如媛老師，是老師在大一時的鼓勵啟發了我對學習法律、學習刑法的興趣與信心，然後才有機會一路跌跌撞撞地走到這裡。我的指導教授周漾沂老師，則是在我更深入刑法世界的路上，給予了不少啟發，特別是老師清晰的邏輯思維、融貫的理論論述，一直是我追求的榜樣，同時，老師在論文寫作上給予的自由空間，也使我得以將自己對問題的思考完整呈現，雖不成熟，但它確確實實有著我努力過的痕跡。在此，要向老師表達誠摯的感謝。當然，對於這本論文的完成，也要感謝口試委員徐育安教授與王皇玉教授，他們深入且精闢的提問與建議讓我獲益良多，有些問題雖然我還未能得出解答，但在霖澤 1702 這九十分鐘腦力激盪的過程，將會是我學習生涯中最珍貴的回憶。

我始終覺得，從大學到研究所這段學習法律的路上，我收穫最多的並不是學士、碩士學位、律師資格，或任何實質的法律知識(資訊)，而是展開問題、分析問題，在任何有疑處駐足停留、深入思考的能力。疑惑可能終未有解答，但不斷思辨的過程確實豐富了我的視野，我由衷感謝且珍惜這些不同觀點在腦中碰撞出的火花。同時，我在這段路上逐漸認識到差異與多元的存在，並理解是每一個不同的個體，才能造就這美麗的整體。當自己有一天成為有權者時，願我仍能時時保有如此的認知與警醒。

這一路走來，要感謝我的父母二十五年來讓我過著衣食無虞的日子，擁有機會追求自己想要的生活。謝謝政大竹苗會與法律系的夥伴、臺大刑法組與科法所的同學，以及其他所有的朋友們，不論是在課堂上對於不同見解的激烈討論，還是星期三午後在球場揮汗的日子，或是某個把酒言歡無所不談的夜晚，都是我生活中不可抹滅的美好時光。謝謝你們，後會有期。最後，謝謝心婕這段日子以來的陪伴，與妳一起走過的日常，每一步都溫暖而踏實。

從大學開始，我慢慢喜歡上跑步，從一開始在操場與河濱慢跑，漸漸邁開步伐跑進山林之中，奔馳在由樹根、泥濘、碎石、青草組成的山徑上，我想，是跑步時的純粹吸引了我。當心中只剩下不斷前進的念頭時，所有雜亂的情緒與想法，

都將隨著身旁不斷掠過的風景被甩在身後，那才是一個人原本的、最單純的樣貌。面對未來，期許我的人生不會只知道工作，不會只剩下對名利、財富、權勢的追求，而是能真正活出自己想要的樣子，那種在山林中體驗到的——純粹、不斷前進的人生。

最後謝謝自己，王綱你很棒！未來也要繼續加油喔！

王綱

於臺大法學院萬才館

2019年6月27日

## 摘要

侮辱公署罪規範於我國刑法第 140 條第 2 項、集會遊行法第 30 條，誹謗公署罪則僅規範於集會遊行法第 30 條，二者之正當性皆存在高度疑義。從政治哲學的角度出發，本文否定霍布斯式的絕對國家，同時也認為人民對於國家的情感僅是一種自然現象而不具有規範上的意義。國家的出現是為了解決前國家狀態中個人行使權利的不便與衝突，其功能僅在保護個人權利的範圍內具有正當性。回到刑法應然理念的層次，本文認為法益概念具有體系內含及體系批判的功能，且為了保有批判可能性並避免其淪為區分與排除的工具，法益概念必須具備「普遍有效性」，在侮辱、誹謗公署罪相關的保護法益主張中，僅「國家公權力的正常運作」符合此要求。對於國家公權力的正常運作來說，侮辱公署的行為根本欠缺侵害可能性，誹謗公署的行為雖在特定情況下有可能造成侵害，但現行法仍屬欠缺正當性的犯罪前置化立法。從實證法的角度出發，本文認為侮辱、誹謗公署罪對於言論自由的限制無法通過比例原則「手段合比例性」的審查，應屬違憲。另外，參考人權事務委員會針對公政公約作成的第 34 號一般性意見，本罪恐有違反公政公約第 19 條的疑慮。為了緩和現行法下侮辱、誹謗公署罪的正當性疑慮，在構成要件層次，應該透過限縮解釋的方法，對構成要件行為增加「足以侵害公權力正常運作」的適性要求；在違法性層次，則應肯認刑法第 310 條第 3 項及第 311 條於本罪的適用，並進一步考慮個案中的實質違法性問題。

**關鍵字：**侮辱公署、誹謗公署、社會契約、法益、明顯而立即危險、公政公約

## **Abstract**

According to the Criminal Code of Taiwan Article 140 Paragraph 2 and the Assembly and Parade Act Article 30, insulting and defaming public agencies are criminal offenses in Taiwan. However, the legitimacy of such offences is highly controversial. Through the study of political philosophy, this article proposed that the only justifiable purpose of a state is to preserve the rights and liberty of its citizens. In the field of criminal law, this article argued that we can utilize the concept of legal good as a normative standard to analyze and criticize criminal legislations. General validity concerning interpersonal reality is the feature that makes the legal good to have the function of criticism and keeping away from excluding minorities. Among all legal goods proposed to be protected by the norm, “governmental function” is the only one that suffices the feature of “general validity”. Insulting public agencies has no risk of harming governmental functions. Defaming public agencies might interfere with governmental functions in certain circumstances; however, the scope of “defaming public agencies” in the current provision is too broad. As a consequence, this article considered offences of defaming public agencies is not a just criminal preposition. Also, this article proposed that offences of insulting and defaming public agencies disproportionately restrict freedom of speech and therefore is against Articles 11 and 23 of the Constitution and Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR). Accordingly, it is necessary to adopt limited explanation method to interpret the current provisions. This article suggested that the “capability of interference with public functions” should be taken into account as the key element when interpreting the term “insulting and defaming public agencies”. Furthermore, it is necessary to consider not only the justifications approved by the Criminal Code of Taiwan Article 310 Paragraph 3 and Article 311, but also the concept of “substantial illegality” established in recent judgments in Taiwan.

**Keywords: insulting public agencies, defaming public agencies, social contract, legal good, clear and present danger, ICCPR**

## 目錄

謝辭 .....	i
摘要 .....	iii
Abstract .....	iv
第一章 緒論 .....	1
第一節 研究動機 .....	1
第二節 研究範圍與現況 .....	3
第一項 研究範圍 .....	3
第二項 相關規範發展歷史 .....	4
第三項 學說與實務見解回顧 .....	7
第三節 問題提出 .....	12
第一項 立法論層次：侮辱、誹謗公署罪的規範正當性 .....	13
第二項 釋義學層次：現行法的解釋與適用 .....	14
第二章 侮辱與誹謗公署罪的規範正當性 .....	17
第一節 國家、政府與人民 .....	17
第一項 社會契約論與自由主義傳統 .....	17
第二項 對個人主義式的自由主義之質疑 .....	32
第三項 國家、政府與人民的具體圖像 .....	37
第二節 侮辱與誹謗公署罪的保護法益及其適格 .....	40
第一項 法益理論的功能 .....	40
第二項 本文採取的法益理論 .....	44
第三項 侮辱與誹謗公署罪的保護法益適格 .....	48
第三節 侮辱與誹謗公署罪的法益侵害路徑 .....	54
第一項 概說 .....	54
第二項 侮辱與誹謗的區分 .....	55
第三項 侮辱公署與國家公權力的正常運作 .....	58
第四項 誹謗公署與國家公權力的正常運作 .....	60
第四節 誹謗公署罪犯罪前置化之正當性 .....	67
第一項 誹謗公署罪屬於抽象危險犯的犯罪前置化規定 .....	67
第二項 誹謗公署罪作為抽象危險犯的正當性審查 .....	68
第五節 本章結論 .....	71
第三章 實證法下的除罪化策略 .....	72
第一節 概說 .....	72
第二節 侮辱與誹謗公署罪有違憲疑慮 .....	72

第一項 對刑法規範的違憲審查 .....	72
第二項 侮辱與誹謗公署罪的違憲審查 .....	82
第三節 侮辱與誹謗公署罪有違反公政公約之疑慮 .....	99
第一項 兩公約對於法律修訂之拘束力 .....	99
第二項 侮辱與誹謗公署罪違反公政公約之疑慮 .....	100
第四章 現行法下的限縮解釋策略 .....	105
第一節 實務上的限縮方式 .....	105
第一項 對於「公署」的特殊解釋 .....	105
第二項 欠缺侮辱公署的「犯意」 .....	106
第三項 合理評論原則與真正惡意原則 .....	107
第四項 不可避免的禁止錯誤 .....	108
第五項 小結 .....	110
第二節 現行法下的限縮解釋策略 .....	111
第一項 構成要件層次 .....	111
第二項 違法性層次 .....	117
第三節 欠缺正當性的刑度差異 .....	128
第五章 結論 .....	129
參考文獻 .....	131

# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

2014 年 3 月 18 日晚間，為抗議中國國民黨立法委員張慶忠在前日立法院內政委員會中，以三十秒時間宣布完成《海峽兩岸服務貿易協議》的委員會審查，抗議群眾在立法院外舉行「守護民主之夜」晚會，並進一步突破警方封鎖線佔領立法院議場，展開長達數十日的「太陽花學運」。3 月 23 日晚間，參與學運的部分抗議群眾轉往行政院，企圖佔領行政院以獲得政府對其訴求的正面回應，群眾與在場警方爆發流血衝突，成為學運期間衝突最為激烈的「324 佔領行政院事件」。4 月 10 日，抗議群眾撤離議場，太陽花學運正式落幕。但在 4 月 11 日，又因為臺北市政府警察局中正一分局驅離長期於立法院前集會的「公投護台灣聯盟」，並宣布對其日後所申請之集會將不予許可，引發群眾於晚間包圍中正一分局抗議，是為「411 包圍中正一分局事件」。

1987 年解嚴後，臺灣的公民社會逐漸顯露活力，上述 2014 年春季風起雲湧的運動更標誌了一個公民運動狂飆的年代，318 學運不僅是作為國會議場首次遭到佔領的抗議事件，更深深改變往後台灣社會與政治的發展。

然而，任何一個公民抗議活動都是向既有權威的挑戰，也都不免會受到既有權威的反撲與究責。隨著抗議事件的落幕，司法追訴也於焉展開。在「318 佔領立法院事件」中，檢方分別以刑法第 135 條妨害公務罪、第 136 條聚眾妨害公務罪、第 140 條第 2 項侮辱公署罪、第 153 條第 1 款煽惑他人犯罪罪起訴；在「324 佔領行政院事件」中，檢方分別以刑法第 135 條妨害公務罪、第 138 條損壞公務員職務上掌管物品罪、第 153 條煽惑他人犯罪罪、第 306 條第 1 項之侵入建築物及附連圍繞土地罪、第 321 第 1 項第 1 款加重竊盜罪起訴；在「411 包圍中正一分局事件」中，檢方分別以集會遊行法第 29 條聚眾不解散首謀罪、第 30 條侮辱罪、刑法第

135 條妨害公務罪、第 140 條第 1 項侮辱公務員罪起訴。儘管最終法院判決結果並未全盤接受檢方的起訴內容<sup>1</sup>，我們仍可由起訴法條窺知部分罪名在公民運動案件中的廣泛運用，諸如集會遊行法第 29 條聚眾不解散首謀罪、第 30 條侮辱罪，刑法第 135 條妨害公務罪、第 140 條侮辱罪等。

相應於司法機關的追訴行動，學術界同時也對公民運動相關法律議題展開極為廣泛與深入的討論，主要內容聚焦於公民抗爭行為實質違法性的判斷，諸如引入德國法上的「抵抗權」概念<sup>2</sup>、提出「類似緊急避難」<sup>3</sup>、援引日本法上的「可罰違法性理論」<sup>4</sup>，或主張以「基本權作為阻卻違法事由」<sup>5</sup>。另外，亦有嘗試從構成要件的解釋著手，限縮相關犯罪的處罰範圍<sup>6</sup>。不過，較為可惜的是，可能限於處理既有個案的傾向，多數文獻主要集中於實證法下的釋義學操作，而未觸及更上位的法理基礎。同時，在上述案件中反覆被引用的侮辱(公署)罪，在學界此次討論的熱潮中似乎未受重視。

不過，未曾受到重視，並不代表此議題就沒有深入研究的價值。2016 年 7 月 4 日，多名學生到教育部前抗議兼任助理納保爭議，要求教育部廢除「專科以上學校強化學生兼任助理學習與勞動權益保障處理原則」，回歸勞雇關係認定。其中一位學生高若想在出面接受陳情的教育部高教司專委王淑娟頭上捏碎一顆雞蛋，導

---

<sup>1</sup> 在「318 佔領立法院事件」中，二審維持一審全部無罪之判決(臺灣高等法院 106 年度矚上訴字第 1 號刑事判決)；在「324 佔領行政院事件」中，一審針對部分行為人涉犯刑法第 135 條妨害公務罪、第 138 條損壞公務員職務上掌管物品罪部分判決有罪，其餘均為無罪或不受理判決(臺灣臺北地方法院 104 年度原矚訴字第 1 號刑事判決)；在「411 包圍中正一分局事件」中，一審除集會遊行法第 29 條聚眾不解散首謀罪以外均判決有罪(臺灣臺北地方法院 104 年度原矚易字第 1 號刑事判決)，二審則針對部分行為人涉犯刑法第 135 條妨害公務罪部分維持一審有罪判決，其餘部分維持原無罪判決或改判無罪(臺灣高等法院 106 年度原矚上易字第 1 號刑事判決)。

<sup>2</sup> 陳志輝(2014)，〈抵抗權、公民不服從與刑事不法：論 318 進駐國會議場事件的刑法評價〉，《台灣法學雜誌》，255 期，頁 66-86。；黃榮堅(2014)，〈國家統治技術演進下的抵抗權概念：兼論其刑法評價上的作用〉，《台灣法學雜誌》，249 期，頁 105-118。

<sup>3</sup> 林鈺雄(2014)，〈基於憲法及公約之類似緊急避難：初探公民抗爭運動的刑法評價平台〉，《台灣法學雜誌》，247 期，頁 99-122。

<sup>4</sup> 謝煜偉(2014)，〈社會抗爭運動與實質違法性判斷〉，《全國律師》，18 卷 11 期，頁 4-16。

<sup>5</sup> 薛智仁(2015)，〈刑法觀點下的公民不服從〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 131-204。

<sup>6</sup> 盧映潔(2014)，〈丟鞋、潑漆＝妨害公務？〉，《台灣法學雜誌》，242 期，頁 123-126；林倍伸(2015)，〈法治國家中的公務概念：簡評四個狹義妨害公務罪判決〉，《法令月刊》，66 卷 9 期，頁 51-80。

致蛋汁沾黏在王淑娟頭髮、衣服及手上。事後，王專委並未針對第 309 條公然侮辱罪提出告訴，而台北地檢署則以第 140 條第 1 項侮辱公務員罪，對高若想提起公訴。2017 年 3 月 31 日，該案一審判決出爐，台北地院依侮辱公務員罪判處高若想拘役 20 日，得易科罰金。高若想在得知判決結果後，接受媒體訪問時質疑：「為什麼國家的神聖性不可侵犯？為什麼當公務員體現了國家的時候，我特別不可以去侮辱這個公務員？」<sup>7</sup>這個質疑，十分簡潔卻直指問題關鍵，也正是本文觀察近幾年公民抗爭活動後所產生的核心問題意識與研究動機。

## 第二節 研究範圍與現況

基於上述的研究動機，在本節中，將先特定研究的對象，接著分別考察相關規範的發展歷史，以及既有的實務與學說見解，作為下一節提出問題的思考基點。

### 第一項 研究範圍

刑法第 140 條規定「於公務員依法執行職務時，當場侮辱，或對於其依法執行之職務公然侮辱者，處六月以下有期徒刑、拘役或一百元以下罰金。對於公署公然侮辱者亦同。」集會遊行法第 30 條規定「集會、遊行時，以文字、圖畫、演說或其他法，侮辱、誹謗公署、依法執行職務之公務員或他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣六萬元以下罰金。」以上規範，基本上可歸納整理為侮辱公務員罪、侮辱公署罪、集會遊行侮辱/誹謗公署罪、集會遊行侮辱/誹謗公務員罪。由於公務員為自然人，與公署之特性有所不同，因此無論在探討規範正當性問題，以及現行法下的釋義學問題時，均有必要分別觀察與討論。由於篇幅的限制，本文以下將僅以刑法第 140 條第 2 項侮辱公署罪及集會遊行法第 30 條之集會遊行侮辱/誹謗公署罪為對象，進行更深入之研究。

---

<sup>7</sup> 公視新聞網，

[http://pnn.pts.org.tw/main/2017/03/31/%E5%AE%98%E5%93%A1%E9%A0%AD%E4%B8%8A%E6%8D%8F%E7%88%86%E9%9B%9E%E8%9B%8B-%E9%AB%98%E8%8B%A5%E6%83%B3%E4%B8%80%E5%AF%A9%E6%8B%98%E5%BD%B920%E6%97%A5/?utm\\_campaign=shareaholic&utm\\_medium=facebook&utm\\_source=socialnetwork\(最後瀏覽日：05/23/2017\)](http://pnn.pts.org.tw/main/2017/03/31/%E5%AE%98%E5%93%A1%E9%A0%AD%E4%B8%8A%E6%8D%8F%E7%88%86%E9%9B%9E%E8%9B%8B-%E9%AB%98%E8%8B%A5%E6%83%B3%E4%B8%80%E5%AF%A9%E6%8B%98%E5%BD%B920%E6%97%A5/?utm_campaign=shareaholic&utm_medium=facebook&utm_source=socialnetwork(最後瀏覽日：05/23/2017))

## 第二項 相關規範發展歷史

### 壹、刑法部分

我國現代化刑法的發展始於清朝末年的改革運動，在 1907 年的刑律草案第 154 條中，即已規定「凡值吏員施行職務時當場為侮辱，或雖非當場，而公然對其職務為侮辱者，不分有無事實，處……(第一項)其對公署公然為侮辱者，亦同(第二項)。」，而其立法理由在於「公然侮辱吏員之職務，如不加以制裁，往往一唱百和，虛實混淆，非惟損公務之威嚴，即於施行上亦諸多不便。」<sup>8</sup>值得注意的是，在當時的條文中明文「不分有無事實」，是以條文中所謂「侮辱」之定義似乎同時包含當代意義下的「侮辱」與「誹謗」。上述侮辱公署罪的規範內容在接下來的歷次法案中僅有條號與無害文義的文字修正<sup>9</sup>，值得一提的是，在 1912 年的暫行新刑律理由補箋中提及「對公署侮辱之罪，其成立要件，與非當場侮辱同，所當注意者，公署為無形之物，非指建築物言，乃指為該官廳之職務權限之主體而言。」<sup>10</sup>此說法也成為日後我國實務與學說長期引用之見解。

較為重大的變化發生在 1918 年的刑法第二次修正案，該案第 137 條規定「於公務員依法執行職務時，當場侮辱或對於其依法執行之職務公然侮辱者，處……(第一項)對於公署公然侮辱者，亦同(第二項)。」相較於先前歷次法案，本案在條文中刪除了「不論有無事實」的用語，刪除原因在立法理由中未見說明。不過，這樣的變化可能與本次法案首次出現「侮辱」與「誹謗」的區分有關。在過去歷次法案中，有關個人名譽保護的條文均係以「指摘／摘示事實公然侮辱」為要件，亦即對於藉由指摘事實妨害他人名譽者(現行法下的誹謗)始透過刑法處理，至於不指摘事實之單純謾罵(現行法下的侮辱)，則依違警律處理。直到本案始區分與事實無涉的「侮辱」以及有具體指摘事實的「誹謗」，立法理由並提及「各國刑法於妨害名譽類，皆

<sup>8</sup> 黃源盛(2010)，《晚清民國刑法史料輯注》，頁 110，臺北：元照。

<sup>9</sup> 歷次法案包含 1910 年修正刑律草案、1911 年欽定大清刑律、1912 年暫行新刑律、1915 年修正刑法草案，參見：黃源盛，前揭註 8，頁 203-608。

<sup>10</sup> 關於此補箋，學者指出似為當時北京政府司法部所作之箋注。參見：黃源盛，前揭註 8，頁 363。

分別侮辱及誹謗二罪。稱侮辱者，以言語或舉動相侵慢而言；稱誹謗者，以指摘或傳述足以毀損他人名譽之事而言。二者之區別，若侮辱則無所謂事之真偽，至誹謗則於事之真偽應有分辨者。原案依法律館草案理由，無侮辱罪，獨於妨害國交罪、妨害公務罪則有侮辱處罰之規定主義，似未能一貫，故本案擬仿外國立法例，增入本條。」合併觀察上開立法理由中「獨於妨害國交罪、『妨害公務罪』則有侮辱處罰之規定主義……」以及本案侮辱公署罪部分刪除「不論有無事實」的用語，應可認為當時的立法者不論在侮辱公署罪以及公然侮辱罪，均採納「侮辱／誹謗」二元區分的觀點，故侮辱公署罪僅涉及無關事實真偽的言詞或舉動，「誹謗公署」之行為似不在本條之規範範圍內。

1918年刑法第二次修正案刪除「不論有無事實」的內容後，即確定了現行侮辱公署罪的規範架構。在接下來的法案中值得關注的反倒是增訂其他侮辱相關犯罪的討論，因為這可能牽涉到侮辱公署罪規範目的之解釋。在1934年中華民國刑法修正案的立法過程中，司法行政部代表出席立法院刑法委員會口頭陳述要點(十)，提及妨害秩序罪章中應增加侮辱罪之規定，條文擬為「凡對於中華民族，中華民國政府，元首，陸軍，海軍，空軍，公然詆毀或侮辱者，處一年以上，三年以下有期徒刑」、「凡使中華民國受蔑視者，處六月以下有期徒刑，併科一千元以下罰金」。增訂理由在於應該維持相關保護客體的「尊嚴」，並認為國家法律是全國公意之表示，倘若任人加以詆毀或侮蔑，損害其尊嚴，實妨害法律之效力，及法治之進行，自宜將相關行為認為犯罪，處以刑罰。不過，此項提議最終並未成為法案內容，理由或許在於立法者認為上開客體的尊嚴並無透過刑法保障的必要，惟基於「侮辱公署」行為與「侮辱中華民國政府，元首，陸軍，海軍，空軍」及「使中華民國受蔑視」的相關性，另一種可能則是立法者認為相關行為已受侮辱公署罪規範所及，並無額外立法的必要。就以上不同的觀點出發，將導出對於侮辱公署罪規範目的之不同理解，而此也與本罪之規範正當性攸關，此部分將在下文再作深入討論。

## 貳、集會遊行法部分

在 1987 年 7 月 15 日解嚴之前，基於戒嚴法第 11 條第 1 項第 1 款之規定，人民集會、遊行的權利受到極大的限制。解嚴後，各式陳抗活動如雨後春筍般出現，為了保障人民集會遊行的權利，並調和集會遊行與社會秩序間的衝突，遂有增訂集會遊行法的呼聲出現。1988 年 1 月 11 日，立法院制定「動員戡亂時期集會遊行法」，而本法也是現今集會遊行法的前身，關於集會遊行法的立法過程應從本法開始探討。

動員戡亂時期集會遊行法第 30 條規定「集會、遊行時，以文字、圖畫、演說或他法，侮辱、誹謗公署、依法執行職務之公務員或他人者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科二萬元以下罰金。」在立法過程中，討論重點主要聚焦於本條與刑法相關犯罪的關聯，支持本條立法的委員認為，本條的法定刑之所以較刑法第 140 條、第 309 條、第 310 條第 1 項為高，是考量到集會、遊行的場合群眾聚集，相關行為對於公務員、公署將產生更大的損害，基於與刑法第 310 條第 2 項提高法定刑的同樣理由，本條的立法應屬正當<sup>11</sup>；反對本條立法的委員則認為相關行為既已受到刑法規範，自無重複立法的必要。另外，本條過高的法定刑勢必將造成集會遊行參與者人心惶惶，存有箝制言論自由的疑慮<sup>12</sup>。

值得注意的是，本法額外增設了刑法所無的「誹謗公署」罪，且不分侮辱與誹謗行為而一律賦予相同的法定刑，有委員即質疑二行為所造成的損害程度並不相同，刑法也因此對於公然侮辱罪與誹謗罪有不同的法定刑設計，本法不分誹謗與侮辱的行為態樣一律設計相同的法定刑並不妥適。另外，亦有明確指出本法增設了刑法所無的誹謗公署罪，質疑這是一種以保護國家公權力的尊嚴為藉口，實際上則是在壓抑集會遊行的退步立法<sup>13</sup>。

1992 年 7 月 14 日，立法院為因應動員戡亂時期的結束，將動員戡亂時期集會

---

<sup>11</sup> 李宗仁委員及饒穎奇委員之發言，見：立法院公報處(1988)，《立法院公報》，77 卷 3 期，頁 46；121；123-124，臺北：立法院。

<sup>12</sup> 張俊雄委員、尤清委員、王義雄委員之發言，見：立法院公報處(1988)，前揭註 11，頁 45；120-121。

<sup>13</sup> 朱高正委員之發言，見：立法院公報處(1988)，前揭註 11，頁 124-125。

遊行法修訂為集會遊行法。不過，在修法過程中儘管有委員以「與刑法重複規範」為理由而提案刪除第 30 條<sup>14</sup>，但是最後本條僅有在罰金的部分有所調整，實質規範內容並未有所修正。

### 參、小結

爬梳相關規範的發展歷史後，基本上可以發現以下值得深入關注的重點。

首先，在本罪之規範目的方面，存在有多元的理解可能。立法當時主要是考量到必須保障公署的威嚴，以及禁絕謠言，確保公務能夠正常運行。不過，在日後的修訂過程中，則可發現本罪之規範目的可能也兼有維護更上位的國家、民族尊嚴之意義。

其次，關於本罪規範之行為態樣，則在侮辱與誹謗間反覆游移。立法之初雖使用「侮辱」之語，但實際上同時規範當代意義下的侮辱及誹謗行為，在 1918 年之後，刑法則轉而僅規範侮辱公署之行為，直到集會遊行法的立法，誹謗公署罪卻又再次出現，形成現今刑法僅有侮辱公署罪，集會遊行法卻有侮辱、誹謗公署罪的特殊規範模式。

另外，集會遊行法中的侮辱公署罪與刑法侮辱公署罪的差異僅在「是否於集會遊行時為侮辱行為」，此差異是否足以合理解釋二罪法定刑的差異，立法上的討論也有再檢討的必要。

### 第三項 學說與實務見解回顧

就本文要探討的(集會遊行)侮辱公署罪與集會遊行誹謗公署罪而言，由於無論是學說見解，或是實務判決的內容均聚焦於前者<sup>15</sup>，因此在本項以下的內容中，也將以爬梳、介紹(集會遊行)侮辱公署罪的學說及實務見解為主。

---

<sup>14</sup> 立法院公報處(1992)，《立法院公報》，81 卷 55 期，頁 93，臺北：立法院。

<sup>15</sup> 就本文檢索的結果而言，僅有臺灣臺北地方法院 94 年度易字第 258 號判決，及其上級審臺灣高等法院 95 年度上易字第 775 號判決，有適用集會遊行法第 30 條的「誹謗公署罪」。

## 壹、規範目的

早期學說見解對本罪規範目的之論述取徑大致與立法理由相當，主要聚焦於侮辱公署的行為對於國家及公務機關威信的破壞，僅在論述細節上有所差異。有學者主張「公署為國家行使治權之處所，乃國權尊嚴，人民信仰之所寄託，倘竟輕蔑視之，則無異侮辱國家」，似較為強調國家尊嚴本身作為保護對象<sup>16</sup>。此外，亦有學者試圖將尊嚴與威信之保護連結至公務的順暢運行，與一般妨害公務罪之保護法益接軌<sup>17</sup>。較為特別的是，另有學者認為本罪乃在保護公務處理之信譽，似乎是從名譽、信用法益的角度立論者<sup>18</sup>。

近期學說見解則多將本罪之保護法益與一般妨害公務罪等同視之，認為係藉由保護公署之威信進而保護國家公權力之正常運行，已未見有強調國家或是機關尊嚴的神聖性者<sup>19</sup>。

實務見解對此問題通常著墨較少，較為清楚的說理則可參考臺灣高等法院 105 年度上易字第 509 號判決：「國家權力、制度與公任務順利運作之前提，必有賴於公務員的參與實行，並以公署之名義為之。對於公務員行使職務時，保護其不受強暴、脅迫，並保護公署不受侮辱，乃在於藉此維持公務員執行職務時的威信，間接而言，也是對於公務機關本身的威信，加以保障，藉此間接保障國家公權力之行使、法律制度之運行與公任務之達成。……公署固係為人民而存在，自身並非目的，並非不得予以批判，然對公署之侮辱、謾罵，倘已經足以引起一般人民對於公署、其循以運作之制度可靠性或可信賴性受到減損或破壞，而非出於客觀之

---

<sup>16</sup> 陳綱(1966)，《刑法分則實用》，頁 104，臺北：自刊；類此者如陳樸生強調「對公署公然侮辱，足以妨害國家作用之威信」，陳樸生(1956)，《刑法各論》，二版，頁 56，臺北：正中。

<sup>17</sup> 「公署乃公務員執行治權之場所，應保持其尊嚴，藉資執行公務，貫徹治權」，周治平(1968)，《刑法各論》，頁 149，臺北：三民；「公署為公務員執行治權之場所，有相當威嚴，若對之侮辱，有損威信，足妨公務」，俞承修(1956)，《刑法分則釋義》，頁 186，臺北：三民。

<sup>18</sup> 韓忠謨(1968)，《刑法各論》，頁 108，臺北：自刊。

<sup>19</sup> 僅參考：褚劍鴻(2000)，《刑法分則釋論》，三版，頁 157，臺北：台灣商務；蔡墩銘(2008)，《刑法各論》，六版，頁 657，臺北：三民；林山田(2005)，《刑法各罪論(下)》，五版，頁 137，臺北：元照；盧映潔(2013)，《刑法分則新論》，七版，頁 81，臺北：新學林；陳子平(2014)，《刑法各論(下)》，頁 656-658，臺北：元照。

批評，或指摘公務員或公職務之錯誤所在，或理性地表達公權力實行之不當，則應已逾越言論自由保障範圍而成立侮辱公署罪。」

## 貳、解釋適用

### 一、侮辱

關於「侮辱」要件的解釋，早年大理院見解曾指出裁贓官吏受賄的情形該當侮辱<sup>20</sup>，似認為侮辱要件兼及當代認為屬於「誹謗」的行為，然該見解作成於 1918 年修法刪除「不論有無事實」的要件前，應不能作為修法後「侮辱」要件的解釋依據。然而，早年部分學說文獻似乎沒有察覺到修法的問題，在修法後仍直接引用上述大理院見解<sup>21</sup>，此作法容有再商榷的必要。

就近年的學說與實務見解而言，侮辱的定義基本上已成定論，係指「未舉出具體事實，而以言語或舉動對他人為輕蔑之表示，足以貶損他人人格與評價者」。在這樣的定義下，有實務見解進一步指出刑法之所以僅規範「侮辱」公署的行為，是立法者為了賦予國民對於政府機關施政行為自由進行討論與批評的空間，而有意為之，相關誹謗行為僅得由名譽遭受損害之政府官員，依據刑法第 310 條之規定追究<sup>22</sup>。

儘管對於侮辱有清楚的定義，然而囿於口語表達往往兼有事實陳述與意見表達，呈現出「夾敘夾議」的樣貌，因此在個案適用上仍有部分不明確之處。例如，實務上曾有見解認為，行為人謊稱個人基本資料無端遭到法務部公開洩漏，並經由記者採訪後以新聞方式公開向全國播出的行為，嚴重影響法務部的名譽與對外之形象，行為人應論以侮辱公署罪之間接正犯<sup>23</sup>，此判決似乎將評價重點置於機關名譽與形象的受損，而未明確區別該行為究屬侮辱或誹謗。

<sup>20</sup> 大理院 4 年統字第 380 號解釋參照。

<sup>21</sup> 俞承修(1956)，前揭註 17，頁 189-191；俞叔平(1954)，《刑法分則大綱》，再版，頁 46-47，臺北：中國法學編譯社。

<sup>22</sup> 臺灣高等法院 96 年度上易字第 1082 號判決參照。

<sup>23</sup> 臺灣高等法院 96 年度上訴字第 1313 號判決參照。

## 二、公署

關於「公署」的解釋，早期有學說見解引用舊刑法第 18 條的立法解釋，認為其係指公務員執行職務之處所<sup>24</sup>，不過，其後學說與實務見解均一致認為「公署」係指執行職務公務員所屬之公務機關而言，並非指某一建築物或執行職務之處所<sup>25</sup>。另外，實務見解亦有指出公署不以法有明文規定的組織為限，只要是依法執行公務的組織體均屬之<sup>26</sup>。較為特別的見解是，有認為「公署」應是包含「執行公務之職權」、「公務人員」及其「建築物」等元素之組織體，若欠缺相關元素，即非公署<sup>27</sup>，惟此見解並未被上級審接受<sup>28</sup>。

## 三、本罪有無妨害名譽罪章特殊阻卻違法事由的適用

關於侮辱、誹謗公署罪的適用，另一個存在爭議的問題是該當本罪構成要件後，在違法性層次有無刑法第 310 條第 3 項或第 311 條的適用。關於此問題，學說與實務見解均存在爭議。

在較早期的討論中，韓忠謨教授是唯一有提及此爭議者，其認為本罪應有刑法第 311 條的適用<sup>29</sup>。近期亦有採此見解者，其認為本罪本質上也是對人民言論自由的限制，政府的抽象政令制度或是具體執行公職務的手段與內容，本屬人民得自由探討的公共議題，為了維護人民的言論自由，應認為對公署的侮辱若合於刑

<sup>24</sup> 陳樸生(1956)，前揭註 16，頁 56。

<sup>25</sup> 實務見解方面可參考最高法院 88 年度台上字第 2817 號判決、臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 1184 號判決；學說見解可見：褚劍鴻(2000)，前揭註 19，頁 204；蔡墩銘(2008)，前揭註 19，頁 672；陳子平(2014)，前揭註 19，頁 656。

<sup>26</sup> 臺灣臺北地方法院 95 年度易字第 2521 號判決參照。應說明者係，二審雖改判無罪，惟並未否定上開見解。

<sup>27</sup> 臺灣苗栗地方法院 103 年度易字第 146 號判決參照。

<sup>28</sup> 臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 1184 號判決：「至於原審以刑法第 140 條第 2 項所稱『公署』，應包含『執行公務之職權』、『公務人員』、『建築物』等元素之組織體，本件案發時縣政府大樓固有表徵縣政府之意涵，惟已缺少『執行公務職權』及『公務人員』等元素，非完整之公署組織體，群眾向該大樓丟擲雞蛋，不該當於侮辱『公署』之要件，與本院認『公署』係指就法定事務，有決定並表示國家意思於外部，而依組織法律或命令設立，行使公權力之組織機構，而非指機構的建築物或執行職務之處所不同，此雖有瑕疵而有未洽，然與本判決之結論並無不同，無予撤銷之必要，亦附此說明。」

<sup>29</sup> 韓忠謨(1968)，前揭註 18，頁 108-109。

法第 311 條之規定，也應予免除刑責<sup>30</sup>。反對見解則認為刑法第 311 條乃在調和名譽權的保障與言論自由的行使，侮辱公署罪之立法目的既在於保障公務順暢運作而非名譽權，自非本條的適用範圍。不過，其認為即便不適用刑法第 311 條，法院在審理時仍應將憲法第 11 條、第 16 條、第 22 條、第 23 條的精神納入考量<sup>31</sup>。

在實務見解方面，多數見解傾向認為侮辱公署的行為應有刑法第 310 條第 3 項、第 311 條的適用<sup>32</sup>，或至少認為可適用實務見解在妨害名譽犯罪中發展出的「真實惡意原則」及「合理評論原則」<sup>33</sup>，理由在於無論是集會遊行法第 30 條的侮辱、誹謗公署罪，還是刑法第 140 條第 2 項侮辱公署罪、第 309 條公然侮辱罪、第 310 條誹謗罪，皆屬法律對於言論自由依傳播方式所加之限制，其構成要件均應受憲法保障言論自由權及第 23 條的規範<sup>34</sup>。惟亦有見解認為，侮辱公署妨害的是國家公務之執行，並非侵害個人法益之犯罪，一旦有公然侮辱公署之行為，即應負有刑事責任，與保護人格法益之刑法第 310 條、第 311 條誹謗罪之成立，尚有不罰規定或免責要件有所不同<sup>35</sup>。

### 參、小結

在本罪規範目的之討論上，我們大致可以發現二種論述取徑。第一種較為強調公務機關或國家本身的尊嚴與不可侮辱性，不過這種說法呈現出一種循環論證的套套邏輯，並沒有指出公署或國家不能被侮辱的原因究竟何在。第二種論述取徑與第一種並非互斥，僅是將公務機關的尊嚴與威信本身連結至國家公權力的順暢行使與公任務的達成，亦即認為本罪的保護法益與一般妨害公務罪相當，不過就現有的文獻而言，侮辱、誹謗公署的行為如何對於公權力的行使產生實質影響，

<sup>30</sup> 王皇玉(2009)，〈侮辱公務員〉，《月旦法學教室》，78 期，頁 23。

<sup>31</sup> 曾淑瑜(2015)，〈元首蒞臨場合衍生滋（驚）擾或危害事件之法律責任探討〉，《軍法專刊》，61 卷 1 期，頁 23。

<sup>32</sup> 關於集會遊行法的部分可參考臺灣高等法院 97 年度上易字第 2757 號判決，刑法部分可參考臺灣高等法院臺中分院 103 年度上易字第 1184 號判決。

<sup>33</sup> 臺灣高等法院臺中分院 101 年度上易字第 1141 號判決參照。

<sup>34</sup> 臺灣高等法院 106 年度原矚上易字第 1 號判決參照。

<sup>35</sup> 臺灣高等法院 101 年度上易字第 2283 號判決參照。

其間的因果關聯仍未見有詳細的論證與說理。

在本罪的解釋與適用上，刑法第 140 條第 2 項僅處罰侮辱公署的行為，集會遊行法第 30 條則兼及侮辱與誹謗公署的處罰，關於侮辱與誹謗，在文義理解上爭議不大，然而在實際的個案中仍存在部分模糊地帶，其間的異同與對法益侵害的關係仍有探討必要。另外，實務見解雖嘗試說明刑法僅處罰侮辱公署罪的理由，然而此解釋卻在面對集會遊行法的誹謗公署罪規定時失去力道，刑法與集會遊行法的法定刑差異亦造成解釋上的難題。以上問題，有待釐清本罪規範目的後再加以解決。至於侮辱、誹謗公署罪與刑法第 310 條第 3 項、第 311 條的關聯，則涉及本罪與言論自由的衝突及上開二條文的定性，亦有必要做進一步的探討。

### 第三節 問題提出

關於刑法問題的提出與檢討，勢必奠基於對刑法的基本理解之上。就本文的基本觀點而言，刑法與刑罰涉及對個人基本權利的嚴重限制，因此僅有在必要時才能加以發動，而所謂「必要時」就是指此規範的存在具有正當性而言。一般認為，刑法規範的正當性來源即在於它能夠保護法益(儘管對保護法益的內涵有所爭論)<sup>36</sup>，僅當一個刑法規範是要保護一個應該保護的法益時才有存在的正當性，又所謂「應該保護的法益」，並不能僅取決於立法者的決定，否則刑法學將根本喪失批判刑事立法的功能。反之，必須透過一個外於「多數決」的標準來決定何謂「應該保護的法益」，並依此檢驗刑事立法<sup>37</sup>。

從規範正當性的探討出發，可能會得出許多不同的結果。若我們找不到任何一個值得透過該規範加以保護的法益，則在立法論上就應當傾向廢除該規範，在解釋論上則應嘗試透過各種方式減少甚或排除該規範的適用；若能夠找到一個值

---

<sup>36</sup> 「刑法條文不以法益保護為依歸的話，則這樣的刑法將不具有正當性」、「國家僅應也僅能就侵害法益的行為施加刑罰」，此為法益理論的基本立場。見：王皇玉(2016)，《刑法總則》，二版，頁 24，臺北：新學林；林鈺雄(2018)，《新刑法總則》，六版，頁 10，臺北：元照。

<sup>37</sup> 更詳細的討論請參考第二章第二節第一項及第二項的內容。

得該規範加以保護的法益，則此時應該檢討該規範所設定的法益侵害路徑是否適切，以及是否會有過度前置化處罰的問題，並依檢討的結果在立法論上提出修正建議，及修正前在解釋論上可能的解釋策略。

基於以上所回顧的相關規範發展歷史，以及對既有學說與實務見解的檢視，從上述基本立場出發，本文認為現有的侮辱、誹謗公署罪應有以下問題值得進一步研究。

### **第一項 立法論層次：侮辱、誹謗公署罪的規範正當性**

如同在本章第一節所述，「為什麼國家的神聖性不可侵犯？」是引發本文研究動機的核心問題意識。我們可以很容易地想像，殺人的行為侵害的是人的生命、傷害的行為侵害的是人的身體，但是對於國家機關的惡意批評或不實指控，究竟侵害了什麼而有必要加以禁絕，卻不是能透過直觀得出解答的。

在上文的回顧中，本文發現常見且流行於當代的一種說法是，侮辱或誹謗公署的行為將破壞政府機關的威信，進而間接侵害國家公務的運行，也就是說本罪同樣是要保護公務的正常運作，只是相較於在公務員依法執行職務時對其施強暴或脅迫，這種侵害方式是較為間接而隱晦的。若真是如此，那麼要證立本罪的正當性，就有必要先說明為什麼國家公務的正常運行有透過刑法加以保護的必要，接著再說明侮辱或誹謗公署的行為，為什麼會影響國家公務的正常運行，也就是要嘗試把那個「間接而隱晦」的法益侵害路徑給描繪出來。

不能忽略的是，在規範歷史的考察上，本文曾提及 1934 年有關新增侮辱罪的呼聲，並認為侮辱公署罪可能自身即蘊含了更上位的對國家與民族尊嚴的保護，因而最終立法者沒有再額外制定侮辱罪。這種保護國家尊嚴的想法，在早年學說文獻「公署為國家行使治權之處所，乃國權尊嚴，人民信仰之所寄託」<sup>38</sup>的說法中亦表露無遺。雖然這種說法在當代的學說與實務討論中已不復見，但不能排除的是，

---

<sup>38</sup> 陳綱(1966)，前揭註 16，頁 104。

其已或多或少根植在人們心中。因此，本文認為在本罪規範正當性的討論上，也有必要深入探討何謂國家尊嚴，其內涵與意義為何？是否可以作為刑法上獨立的保護對象？抑或國家尊嚴是公務正常運行不可或缺的條件，而有透過刑法保護的必要？

以上問題，涉及的毋寧是當代國家的任務與本質，以及國家與人民的關係，因此本文將嘗試透過政治哲學在此領域的討論作為切入點，建立理想上國家、政府與人民的圖像，並嘗試將相關研究成果與刑法學橋接，以之作為刑法學論述的背景，進而探討在刑法上侮辱、誹謗公署罪的規範正當性問題<sup>39</sup>。

除此之外，在較為技術性的層次，刑法作為實證法秩序的一環，其規範內容也必須相容於更上位階的法規範，因此亦有必要由此角度檢驗侮辱、誹謗公署罪的正當性。另外，就現實面而言，倘若已在刑法學的討論上否定其規範正當性，則此部分的討論將更有助於支持除罪化的主張。

## **第二項 釋義學層次：現行法的解釋與適用**

在規範正當性的討論後，將可以據此對本罪的解釋適用指出一個大致的方向。基於先前的討論，在此層次大略有以下問題需要處理。

### **壹、行為手段**

若把刑法與集會遊行法的規範發展合併觀察，可以發現本罪一開始同時規範侮辱以及誹謗公署的行為(儘管條文僅使用侮辱一語)，爾後於 1918 年修正為僅規範非指摘具體事實的侮辱行為，直到 1988 年制定動員戡亂時期集會遊行法時，立法者卻又將誹謗公署的行為納入處罰。直至今日，形成刑法僅規範侮辱公署，集會遊行法則兼及規範侮辱與誹謗公署的詭異現狀。然而，雖然條文文義上有所差異，但在實際的個案操作上，侮辱與誹謗的區分似乎不如想像般明確，至少我們

---

<sup>39</sup> 類似的作法，可見於黃榮堅教授從政治哲學的角度出發，深入分析妨害公務罪的「公務」內涵。參見：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 289-293。

可以發現，實務見解確有將顯然是「誹謗」的行為論以侮辱公署罪的先例<sup>40</sup>。

基於前階段對本罪規範正當性的理解，在此層次應該要討論的是怎麼樣的行為手段才符合規範的預設，具體而言，即是要釐清何謂對於「公署」的侮辱或誹謗？對於本罪的保護法益來說，侮辱或誹謗公署的行為將如何造成侵害？最重要的是，基於上述理解，對於現行法應如何解釋？

## **貳、本罪與言論自由的調和**

在既有文獻與實務見解的回顧中，已經可見對於侮辱公署罪有無適用妨害名譽罪章中第 310 條第 3 項、第 311 條特殊阻卻違法事由的討論。較為可惜的是，這些討論大多聚焦於較為技術面的層次，例如第 310 條第 3 項、第 311 條是否僅適用於妨害名譽罪章的犯罪，以及規定在刑法中的上開規定能否適用於集會遊行法。本文認為，這些討論背後的問題關鍵在於，由於本罪與言論自由的高度衝突，使得個案中實質違法性的判斷成為爭議核心，也就是說即使在技術上認定上開條文並不適用於侮辱、誹謗公署罪，仍必須面對個案中的實質違法性問題；又或者認為上開條文有適用空間，對於各款事由以外的情形，也有在違法性層次判斷其實質違法性的必要。

## **參、刑法與集會遊行法**

在刑法與集會遊行法均有規範的侮辱公署罪，卻在法定刑的設計上有所差異，這種差異的正當理由何在？是否如部分立法者所言「集會、遊行的場合群眾聚集，相關行為對於公務員、公署將產生更大的損害」而有加重的必要？此問題有待於確認本罪之規範目的及法益侵害路徑後再作處理。若認為這種差異不具正當性，也有進一步提出限縮解釋策略的必要。

## **肆、其他「合目的性」解釋**

---

<sup>40</sup> 臺灣高等法院 96 年度上訴字第 1313 號判決參照。

必須指出的是，以上所述只是從對既有實務與學說見解的回顧中所得出之疑問，其並非問題的關鍵與全貌。更重要且根本的是，在本文對於侮辱、誹謗公署罪的理解下，對於各該構成要件究應如何解釋，是有什麼漏洞可透過解釋的方法來填補？還是應該盡可能地限縮其適用？這點在此無法詳述，必須留待規範正當性之檢討後再做說明。

## 第二章 侮辱與誹謗公署罪的規範正當性

### 第一節 國家、政府與人民

#### 第一項 社會契約論與自由主義傳統

##### 壹、社會契約論作為討論起點

若要探討近代以來人民與國家的關係，社會契約論應當是論述的出發點。從現代國家成立的史實觀察，可以發現國家的成立往往是透過武力征服或篡奪，而非由人民之間或人民與國家締約而成，因此社會契約論的意義並非在於說明社會、國家、政府的歷史起源，而毋寧是在觀念上抽象說明政治權力的基礎及範圍<sup>41</sup>，其對於往後政治哲學的討論，有著深遠的影響。

現代國家的特徵之一，就在於它是一個具強制力的政治權威，而社會契約論的典型正在解釋為什麼人應該服從國家、法律或主權體<sup>42</sup>。這個在政治哲學上被稱作「政治義務」的問題其實可以追溯到西元前四世紀的雅典，在《對話錄》的〈克里多〉篇中，柏拉圖描述了蘇格拉底在面對即將被處死之時，選擇履行對雅典城邦的政治義務而放棄逃離雅典<sup>43</sup>。不過直到十七世紀開始，社會契約的觀念才真正提供了政治義務的古典解釋。在社會契約出現前，政治思想上固然有對於政治權威的說明，不過這些解釋基本上訴諸自然或神意，也就是從君權神授的觀點說明政治權威的起源<sup>44</sup>，當時的論者雖然也有觸及人民應如何面對「暴政」的問題，不過絕大多數的觀點傾向否定人民可以積極抵抗政治權威<sup>45</sup>，少數論者雖有主張對於暴

---

<sup>41</sup> 關於社會契約論的意義，參考：陳文政(1996)，〈政治義務論：政府的義務和人民的服從義務〉，《東海法學研究》，第10期，頁14；沈清松(1999)，〈導讀〉，Jean-Jacques Rousseau(著)，徐百齊(譯)，《社約論》，頁7，臺北：台灣商務。

<sup>42</sup> McClelland, J. S.(著)，彭淮棟(譯)(2000)，《西洋政治思想史》，頁172，臺北：商周。

<sup>43</sup> Plato., & Jowett, B.(1992). *The trial and death of Socrates :four dialogues*(pp. 43-54). New York: Dover Publications.

<sup>44</sup> Jones, Tudor(著)，張明貴(譯)(2005)，《現代政治思想史》，頁51，臺北：五南。

<sup>45</sup> 例如中世紀的阿奎那認為：「虔誠的殉道者們會欣然承受死亡，卻不會服從於褻瀆神明的暴君命令，也不會主動抵抗」，即是認為人民應當採取「被動不服從」的方式面對；宗教改革初期的馬丁路

政可加以反抗，不過此時反抗者其實是基於上帝代理者的身分而非政治共同體的成員，也就是說其著眼點並非人民對政治權威的政治義務問題，而是上帝與其在此世俗世界的化身(即統治者)之間的關係<sup>46</sup>。據此。論者甚至有認為在宗教改革以前，沒有人真正地為「不服從」政治權威提出過論據<sup>47</sup>。

另一方面，對於支配當代政治社會的個人主義與自由主義，雖然其出現包含了多重因素的交互影響，例如封建制度的瓦解、資本主義的出現等，但從對「社會契約」最為概括的角度來觀察，由於「締約」的根本理念必須立基於個人在相當程度上是自主的這個想法上<sup>48</sup>，因此社會契約可謂是為往後的個人主義與自由主義論述，在哲學上立下根基。在文獻上，基本上已有指出霍布斯從當時的自然科學研究中獲取靈感，是一位原子論的個人主義者<sup>49</sup>，亦有指稱霍布斯與洛克的理論為占有性個人主義的政治理論(The Political Theory of Possessive Individualism)<sup>50</sup>。至於洛克與盧梭，也分別被視為當代廣義自由主義(Liberalism)概念下的自由主義(Libertarianism)與社群主義(Communitarianism)的啟蒙者。

相應於過去，社會契約論嘗試為世俗世界國家的權威提出依據，並處理了人民與國家的關係，對於其後的思想而言，社會契約論也可以說是支配當代政治社會的個人主義與自由主義的奠基者，因此在有限的篇幅下，以社會契約論作為探討國家與人民關係的出發點應是最為適切的選擇。

---

德與喀爾文也主張對於世俗領域應抱持逆來順受的態度，喀爾文即指出：「讓我們以最大的能耐警惕自己，千萬不要對行政官員的完整權威抱持任何藐視態度，或侵犯意圖，他們的威嚴是值得我們景仰的……，即便這項權威淪落在一個不夠資格的統治者手中，並且竭盡褻瀆之能事在無惡不作。我們無從得知，這種膽大妄為的暴政行徑是否出自自主上帝對我們的懲罰，但我們都必須一體承受。」以上內容參考自：Morrow, John(著)，李培元(譯)(2004)，《政治思想史》，頁 352；357-361，臺北：韋伯文化國際。

<sup>46</sup> Morrow, John(著)，李培元(譯)(2004)，前揭註 45，頁 354。

<sup>47</sup> McClelland, J. S.(著)，彭淮棟(譯)(2000)，前揭註 42，頁 173。

<sup>48</sup> McClelland, J. S.(著)，彭淮棟(譯)(2000)，前揭註 42，頁 222。

<sup>49</sup> Levine, Andrew(著)，張明貴(譯)(2004)，《打開政治哲學的門窗：從霍布斯到羅爾士》，頁 11，臺北：五南。

<sup>50</sup> Macpherson, C. B.(1962). *The political theory of possessive individualism : Hobbes to Locke* (pp.263-271). Oxford: Clarendon Press.

## 貳、霍布斯與絕對國家

社會契約論的論述，大抵要從契約前的自然狀態(the State of Nature)開始談起，藉由對於自然狀態的描述，才能開展關於為何要訂立社會契約，及社會契約的內容應當如何的說明。

自然狀態指稱的是一群人在政治權威出現以前，未受到任何強制前的狀態，因此對於自然狀態的理解，自然與對於人的本性的理解有關。對於人性，霍布斯的主張一言以蔽之即是：「趨利避害」。所謂的「利」就是「欲望」，無論是對於食物、對於財富、對於名譽，凡是意向指向某個對象時均可稱為欲望。他認為：一個人對於時常想望的事物能不斷取得成功，也就是不斷處於繁榮昌盛狀態時，就是人們所謂的福祉<sup>51</sup>。而要滿足自身欲望，對於權勢的追求即不可避免，依據霍布斯的定義，權勢是「一個人取得某種未來具體利益的現有手段」<sup>52</sup>，無論是先天即具有的相貌、體力，後天的才獲得的技藝、聲譽均是其權勢。霍布斯最後給了追逐利益與權勢一個貼切形容：權力的特性就跟名譽一樣，愈發展愈大；也似重物的運動，走得愈遠速度愈快<sup>53</sup>。總而言之，在其對人性的理解下，人類的欲望乃在追求利益最大化，為得欲望之物，便會生出更多的欲望<sup>54</sup>。至於所謂的「害」意義為何呢？基本上，任何人所憎惡的對象即是惡害，而最大的惡害即是死亡，因為生命是滿足欲望、獲取權力的前提，死亡使得一切歸於消滅，是人類最應避免的惡害。

每個趨利避害的個人在缺乏最高權威的情況下共同生活時，即是霍布斯筆下所謂「每個人對每個人的戰爭」的自然狀態。基於人趨利避害的本性，可能會為了滿足欲望或保全自己而試圖摧毀或征服對方，相對的，處在隨時可能被侵犯的疑懼中的個人，亦會為了保全自己而先發制人，於是自然狀態事實上就是一個戰爭

---

<sup>51</sup> Thomas Hobbes(著)，黎思復、黎廷弼(譯)(1997)，《利維坦》，頁 45，北京：商務。

<sup>52</sup> Thomas Hobbes(著)，黎思復、黎廷弼(譯)(1997)，前揭註 51，頁 62。

<sup>53</sup> Thomas Hobbes(著)，黎思復、黎廷弼(譯)(1997)，前揭註 51，頁 62。

<sup>54</sup> 李戊球(2016)，《「絕對主權」與「公民自由」：霍布斯的政治科學研究》，頁 19，國立清華大學哲學研究所碩士論文。

狀態，在這個狀態下，產業無法發展，因為成果屬於誰是不確定的；凡土地的培植、航海、國際貿易、寬敞的建築物、移動物體的工具、地理知識、歷史記載、藝術、文學、社會都將不存在，最為糟糕的是人們不斷處於暴力致死的危險和恐懼中，人的生活孤獨、貧困、齷齪、殘酷、短壽<sup>55</sup>。

面對人人相互爭戰的自然狀態，同樣基於趨利避害的本性，對死亡的恐懼與理性計算會促使人們離開自然狀態，而解決之道就在於進入一個具有法律的公民社會。不過，要每個人相互協調制定法律是不可能的，因為人們會害怕每個趨利避害者間的算計，又即便相互制定出法律，彼此相互猜忌的個人仍無法面對「誰要第一個服從法律？」以及「誰來執行法律？」的難題<sup>56</sup>。因此霍布斯主張若要離開自然狀態，就必須由眾人同意選出一個制定並執行法律的人(或一群人)，由他來擔任主權者：人人都向每一個其他的人說：我承認這個人或這個集體，並放棄我管理自己的權利，把它授與這人或這個集體，但條件是你也把自己的權利拿出來授與他，並以同樣的方式承認他的行為<sup>57</sup>。

值得注意的是，霍布斯的社會契約是存在於人民之間，而非人民與主權者之間，主權者僅是由該契約授予代理權之人。這是因為一方面在主權者出現之前，人民並無從形成統一的集體，因此主權者不可能與眾人訂約。另一方面，在自然狀態中，彼此猜忌的個人間也不可能相互訂定讓渡權利予對方的契約，因此(可能的)主權者也無法與人民個別締約。以上特點，構成主權者權力不受限制的形式理由：因為主權者並非契約當事人，因此並無違反契約的問題存在<sup>58</sup>；又由於主權者是由社會契約授權的每個臣民的代理人，行為直接歸屬於臣民，因此縱然其行為違背上帝的命令而屬「不義」，亦不構成對於臣民的「傷害」，因為這個行為本質上

---

<sup>55</sup> Thomas Hobbes(著)，黎思復、黎廷弼(譯)(1997)，前揭註 51，頁 94-95。

<sup>56</sup> McClelland, J. S.(著)，彭淮棟(譯)(2000)，前揭註 42，頁 229-230。

<sup>57</sup> Thomas Hobbes(著)，黎思復、黎廷弼(譯)(1997)，前揭註 51，頁 131-132。

<sup>58</sup> Thomas Hobbes(著)，黎思復、黎廷弼(譯)(1997)，前揭註 51，頁 132。

是該臣民自己所為<sup>59</sup>。

至於主權者權力不受限制的實質理由，則在於主權者同樣是理性計算的趨利避害者，因此，即便進入公民社會後的人民集體欲與其立約限制他的權力，主權者亦不可能接受。退一步言，假使真有這樣限制主權者權力的契約存在，當主權者違反契約時，仍必須訴諸另一個權威(另一位主權者)來加以評斷，當二者發生爭論，可能又需要第三個權威介入評斷，以此類推，無疑將回到自然狀態之中，而此正是每個人民都避之唯恐不及的<sup>60</sup>。

從上述內容可以得知，在霍布斯的基本思想中，主權者對於臣民應當要有不受限制的權力。在比較具體的面向上，霍布斯提出了十二種不可分割及讓渡的主權者的權力，而在本文主題下值得一提的是「言論審查」的權力，霍布斯表示：人民的行動來自於意見，為了他們的和平與協調起見，良好地管理人們的意見就是良好地管理人民的行為<sup>61</sup>。因此，主權者有權決定哪些言論有害於和平，並加以禁止，此乃維持一個和平、有秩序的社會所必需。論述至此，我們會發現，霍布斯筆下一個專制的、任意的、無限制的絕對國家觀點已悄然浮現<sup>62</sup>。

### 參、洛克與有限國家

在論述取徑上，洛克與霍布斯採用了相同的方式。他首先描繪出人的形象，接著指出在這樣的人類形象中，前國家的自然狀態的樣貌，最後再說明何以人民會訂立社會契約建立國家。不過，洛克與霍布斯在對人的理解上就已經產生不小的差異，因此在往後的討論上也走向不同的方向。

---

<sup>59</sup> Thomas Hobbes(著)，黎思復、黎廷弼(譯)(1997)，前揭註 51，頁 136。

<sup>60</sup> McClelland, J. S.(著)，彭淮棟(譯)(2000)，前揭註 42，頁 231-234，

<sup>61</sup> Thomas Hobbes(著)，黎思復、黎廷弼(譯)(1997)，前揭註 51，頁 137。

<sup>62</sup> Tarlton, C. (2002). The Despotical Doctrine of Hobbes, Part II: Aspects of The Textual Substructure of Tyranny in Leviathan. *History of Political Thought*, 23(1), 61. 必須指出的是，這個對於霍布斯觀點的一般說法難免有些「以今非古」之感，若置於當時的歷史脈絡來看，相較於其他絕對主義者，霍布斯主張的絕對主義可能是一個相對較弱的政治權力，且其是否真的毫無任何限制，亦不無疑問。詳細的討論參見：周家瑜(2016)，〈馴服《利維坦》？霍布斯與絕對主義〉，《政治與社會哲學評論》，59 期，頁 59-68。不過，本文認為，對於霍布斯作如此指摘在現代觀點下應是可以接受的。

洛克對於人的形象以及自然狀態的理解出自於他的基督宗教信仰。他認為上帝將世界賜給人類時，即是要使人類能夠透過世界上的一切資源獲取生活的最大好處，一切自然資源為人類所共有，而沒有人一開始即對特定資源有排他的權利<sup>63</sup>。然而，既然自然資源是為了人類利益的最大化而存在，則自然資源不能永遠處於世人共有的狀態，而不允許特定人的利用以帶來更大的利益(例如在土地上種植作物)<sup>64</sup>。因此，勢必要尋求一種將自然資源妥善分配的方式，並允許私有財產的出現。洛克接著從每個人對自己身體所享有的所有權出發，衍伸出自身勞動的結果也應當歸屬於自己的結論：勞動是勞動者無庸置疑的財產，所以只有他本人有權享有滲透著他的勞動的那個東西，起碼在還有足夠的、同樣好的東西留給其他人共同享用的情況下，更是如此<sup>65</sup>。因此，在政治社會尚未組成的自然狀態下，每個人基於對美好生活的追求皆享有生命、身體、自由、財產等自然權利。同時，每個人也受到自然法——也就是理性——的支配，藉此他能理解到「每個人都是平等和獨立的，所以任何人一個人都不得侵犯他人的生命、健康、自由和財產<sup>66</sup>。」簡言之，在洛克的自然狀態下，人並非是擁有無限慾望、只求趨利避害的生物，其基本上仍會遵循自然法的行為規範。

不過，自然狀態中的人仍然是已經墮落的人，仍有侵犯他人自然權利的可能，因此為了保護自己的自然權利，自然狀態下的每個人皆擁有二種權力，其一是在自然法許可的範圍內做任何他認為適合保全其個人及他人的行為；其二是懲罰違反自然法的犯罪<sup>67</sup>。簡單來說，自然狀態中的每個人皆可以是自然法的裁判者與執行者。

既然自然狀態並非全然是人人相征戰的血腥場面，那麼人們為何會願意犧牲

---

<sup>63</sup> John Locke(著)，楊思派(譯)(2007)，《政府論》，頁 333-335，北京：九州。

<sup>64</sup> John Locke(著)，楊思派(譯)(2007)，前揭註 63，頁 343。

<sup>65</sup> John Locke(著)，楊思派(譯)(2007)，前揭註 63，頁 335。此引述內容後段為洛克對財產權的二個限制中的其中一個，即「充足性」限制，因與本文主題無關在此不予深入討論，詳細說明可參：蔡珮菱(2006)，《論洛克的財產理論與社會契約論的關係》，頁 27-28，東吳大學哲學系碩士班碩士論文。

<sup>66</sup> John Locke(著)，楊思派(譯)(2007)，前揭註 63，頁 307。

<sup>67</sup> John Locke(著)，楊思派(譯)(2007)，前揭註 63，頁 465。

自然狀態下的自由而願意進入政治社會呢？洛克的回答是這樣的：儘管他在自然狀態中享有那樣的權利，但這種享有是不穩定的，經常受到他人的侵犯。因為每一個人都和他一樣是國王，每一個人和他都是平等的，而且大部分人並不嚴格遵守公平和正義的原則，所以他在這種狀態中享有的財產權<sup>68</sup>很不安全，很沒有保障<sup>69</sup>。這些問題基本上出於在自然狀態中的三個缺陷，即缺乏確立、固定的法律(人們往往為了自身的利益而曲解或拒絕接受自然法)、缺少一個公正的裁判者(每個人都是自然法的裁判者，但人們往往會偏袒自己)、缺少一種權力作為正確判決的支持與後盾(凡是受到違法行為侵害的人皆僅依憑自身的力量來彌補其損害)<sup>70</sup>。

因此，儘管在自然狀態下每個人皆享有自然權利，然而在上述諸多不利的條件下，人們將決定組成政治社會：透過與其他人達成一致意見，加入並聯合組成一個共同體，以便實現他們彼此間的舒適、安全、和平的生活，安全地享用他們的財產，並且有更可靠的保障來抵禦共同體以外的任何人的侵犯<sup>71</sup>。

洛克版本的社會契約是一種二階段式的契約<sup>72</sup>，亦即於政府存在之前，人們即透過一致同意而聯合組成政治社會此一共同體<sup>73</sup>，而這個共同體再透過信託委付的方式將權力交給政府。透過這種二階段契約的論述，可以引申出政府的有限權力與人民的反抗權。在政府的權力方面，洛克主張在上帝造人之目的中，本就欲使人們可以享受自然權利，因此人們並無從永遠且全部地讓渡其自然權利，僅能有條件地借給政府，因而從締結社會契約的目標出發，政府的一切行為皆僅能以保護社會成員的生命、身體、自由與財產為目的，它不能是一種絕對、專斷的權力，蓋人民組成政治社會並授權政府之目的僅在進一步強化其自然權利的實現，自不

---

<sup>68</sup> 洛克此指的是廣義的財產權，包含生命、身體、自由、財產。

<sup>69</sup> John Locke(著)，楊思派(譯)(2007)，前揭註 63，頁 461。

<sup>70</sup> John Locke(著)，楊思派(譯)(2007)，前揭註 63，頁 461-463。

<sup>71</sup> John Locke(著)，楊思派(譯)(2007)，前揭註 63，頁 425。

<sup>72</sup> Jones, Tudor(著)，張明貴(譯)(2005)，前揭註 44，頁 66。

<sup>73</sup> 與霍布斯不同的是，洛克顯然認為自然狀態中的個人有互訂契約的能力，而他也嘗試在現實世界中尋找佐證。他指出語言的存在先於國家，但眾人仍能共同議定以某種聲音指稱某種事物；此外，黃金的價值也是眾人所賦予，而它的價值並不會因為國家的滅亡而喪失，甚至在國家搖搖欲墜之際其價值反而會上升。參見：McClelland, J. S.(著)，彭淮棟(譯)(2000)，前揭註 42，頁 274。

可能反讓手段吞噬目的。至於在反抗權方面，他認為在某些情形下人民甚至有推翻政府的權利，而且推翻政府可能沒有霍布斯所設想的那麼可怕，因為在二階段的社會契約下，政府的解體並不同於政治社會的解體，推翻政府的共同體仍可再次授權給新政府，以求其成員之生命、自由、財產獲得確保<sup>74</sup>。

#### 肆、盧梭的公共意志(*general will*)與有限政府

盧梭在社會契約論中，一開始即很明白地說明他要談的不是一個社會出現的歷史事實，而是證立其正當性<sup>75</sup>。

盧梭假定在自然狀態中，由於危及人們生存的威脅強過個人為維持其生存所作的努力，因而必須透過眾人的結合來加以對抗。不過難題在於，這種結合似乎無異於要求個人放棄其原先所擁有的自由，為何人們會願意接受呢？這正是盧梭社會契約論的關鍵，他認為其能指出一種人類組合的形式，其中存在著媲美自然狀態的自由<sup>76</sup>。

盧梭認為，社會契約可以簡述為「我們每個人都把自身和一切權力交給公共，受公共意志(*general will*)的最高指揮，我們對於每個分子都作為全體不可分的一部分看待<sup>77</sup>。」在此種結合的形式之下，人的權利並未受損，因為每個人是將自己讓與公共而非特定人，他對於組成公共的每個分子都可以取得自己讓與出去的相同權利，在集體的結合下個人毋寧獲得更多保障<sup>78</sup>。另外，人的自由也未因為從自然狀態進入國家而受損，因為在訂立社會契約後個人雖然喪失了從心所欲的自然自由，但他能獲得的是社會與道德的自由，也就是說個人將不再是受制於慾望的奴隸，而是能依從自我立法的自由人<sup>79</sup>。這種觀點近似於當代學者柏林(Isaiah Berlin)

---

<sup>74</sup> John Locke(著)，楊思派(譯)(2007)，前揭註 63，頁 573。

<sup>75</sup> Rousseau, Jean-Jacques(著)，徐百齊(譯)(2000)，《社約論》，頁 3，臺北：台灣商務。

<sup>76</sup> McClelland, J. S.(著)，彭淮棟(譯)(2000)，前揭註 42，頁 259。

<sup>77</sup> Rousseau, Jean-Jacques(著)，徐百齊(譯)(2000)，前揭註 75，頁 20-21。

<sup>78</sup> Rousseau, Jean-Jacques(著)，徐百齊(譯)(2000)，前揭註 75，頁 20。

<sup>79</sup> Rousseau, Jean-Jacques(著)，徐百齊(譯)(2000)，前揭註 75，頁 26-27。

提出的二種自由觀點，亦即不受外在阻礙的「消極自由」與追求自我立法的「積極自由」<sup>80</sup>，對於盧梭來說，後者毋寧才是他所要強調的重點。

在盧梭的社會契約中，他提出一組重要的概念，亦即公共意志與個別意志、集體意志(will of all)的區分，這也正是其政治哲學的爭議所在。他認為，公共意志的實質與目的皆必須是公共的，必須能夠出自於全體而適用於全體，而非傾向於個別、特定的事務<sup>81</sup>，如此的公共意志是不會發生錯誤的<sup>82</sup>。相對於此，個別意志則傾向於私人的個別利益，而集體意志無非僅是個別意志的總和，集體意志與公共意志並非相等，由此可知公共意志的判斷並不能僅以多數決為依歸。有爭議處在於，在盧梭的論述中，國家、主權者、公共意志是可以代換的三組概念<sup>83</sup>，也因此在其社會契約論中出現許多被後世認為矛盾或有極權主義傾向的論述<sup>84</sup>。例如，他一方面主張每個人依照社會契約，只須讓出部分必要的權利、財產與自由，卻又說何謂「必要」，唯有主權者才能判斷<sup>85</sup>。另外，他也強調如果有人不遵守公共意志，可以由全體強迫其遵守<sup>86</sup>，因為遵循公共意志而非自己的慾望者才是真正地擁有自由，此即所謂的「強迫自由」論述。究竟盧梭的論述中，是否存在一種極權主義的傾向，關鍵在於他所說的「公共意志」內涵為何，這點他並沒有說得很清楚，本文將在之後再加以探討。

雖然盧梭強調公共意志是不會發生錯誤的，並認為人民對於公共意志必須絕對遵守，但這並不代表他是霍布斯式的絕對國家論者，因為對於他來說，公共意志(即主權者／國家)與政府是不同的，政府只在公共意志的指導下負責實施法律與

---

<sup>80</sup> 必須指出的是，柏林雖然提出盧梭的自由觀作為其「積極自由」概念的例證，但也同時指出盧梭的自由觀是危險的，因為他對公共意志的強調會大量侵蝕個人的消極自由。見：Berlin, I., Hardy, H., & Harris, I. (2002). *Liberty: incorporating four essays on liberty* (pp.209-211). Oxford: Oxford University Press.

<sup>81</sup> Rousseau, Jean-Jacques(著)，徐百齊(譯)(2000)，前揭註 75，頁 43。

<sup>82</sup> Rousseau, Jean-Jacques(著)，徐百齊(譯)(2000)，前揭註 75，頁 43。

<sup>83</sup> Bosanquet, Bernard(著)，汪淑鈞(譯)(2009)，《關於國家的哲學理論》，頁 12，北京：商務。

<sup>84</sup> 質疑與批判可參考：Jones, Tudor(著)，張明貴(譯)(2005)，前揭註 44，頁 112-114；Talmon, J. (1960). *The origins of totalitarian democracy* (pp.46-49). New York: Praeger.

<sup>85</sup> Rousseau, Jean-Jacques(著)，徐百齊(譯)(2000)，前揭註 75，頁 42。

<sup>86</sup> Rousseau, Jean-Jacques(著)，徐百齊(譯)(2000)，前揭註 75，頁 420。

維持自由，它僅能行使主權體委託給它的權力，且人民對於這種權力有任意加以限制、修改，或收回的權利<sup>87</sup>。甚而，他在社約論第三編第十章〈政府之妄為及其墮落之傾向〉中，明白地指出由於個別意志會不斷違反公共意志，因而政府的行為也會有不斷違反主權體的傾向，必須藉由定期或不定期的公民大會來防止政府濫權<sup>88</sup>。

由上述內容可知，盧梭所謂的國家／主權體本身是不會發生錯誤的，因為它即是公共意志的展現，人民不存在反對國家的權利<sup>89</sup>，因為國家表彰的公共意志才是人在真正自由狀態下的意志，剩下的問題就在於「公共意志」的內涵為何。不過，政府與國家不同，它僅僅是一個工具性的角色，且因為政府終究是由部分人所組成的，難免會因為個別意志的影響而偏離公共意志，使其發生錯誤，故人們必須時時警醒以防止政府濫權，盧梭仍是一位有限政府的論者。

## 伍、本文的基本立場與疑問

### 一、對霍布斯絕對國家的質疑

霍布斯從對人性「趨利避害」的假設推導出「人人相征戰」的自然狀態，並據此強調國家的絕對權力。關於他的論述，可以分別從其體系內部指出部分問題，亦可從外於其體系的角度，對整體論述的架構提出批判。

#### (一)體系內的問題：值得懷疑的預設與推論

在此部分，我們可以先立於霍布斯的論述邏輯當中，去思考個別觀點的正確性。

乍看之下，人類傾向「趨利避害」似乎毋庸置疑，不過我們應該只能說它是支配人類行為模式的重要動機之一，而非如霍布斯般將所有行為歸結於人類的自利，

---

<sup>87</sup> Rousseau, Jean-Jacques(著)，徐百齊(譯)(2000)，前揭註 75，頁 76。

<sup>88</sup> Rousseau, Jean-Jacques(著)，徐百齊(譯)(2000)，前揭註 75，頁 110-112；130-132。

<sup>89</sup> McClelland, J. S.(著)，彭淮棟(譯)(2000)，前揭註 42，頁 315。

因為我們仍然能輕易舉出「趨利避害」的反例，例如為了援助他人而從事高風險的活動者，甚而有為救助他人而犧牲自己的生命之人。關於人類的憐憫與同情等情緒，同樣也顯示出人性並非僅有自利的層面，雖然霍布斯主張這些情緒源自於擔心自己遭遇與他人相同的惡害，因而同屬出於自利的動機<sup>90</sup>，但事實上對於某些我們永遠不可能親身遭遇的情境，人們仍能產生同理與憐憫，例如男性對於女性生產時的疼痛也可能產生同理與憐憫，因而霍布斯的主張並不具有說服力<sup>91</sup>。

抱持著與霍布斯相類的基本假設，部分功利主義者也嘗試為人類「利他」的善行提出「自利」的依據。他們認為，人之所以會作出諸如捐款行善、擔任志工等外觀上看似利他的行為，並非真的是出於什麼高尚的動機，其理由無非就是因為做這些行為能夠讓行為人覺得快樂，如此而已<sup>92</sup>。對於這種說法的批評則是，此類功利主義者其實並沒有真正回答到問題的關鍵，因為他們僅僅說出人們做出利他行為是因為這樣做會讓自己感到快樂，卻沒有再進一步地探討這個快樂從何而來，使人們感到快樂的原因毋寧才是問題關鍵，而這個問題在上述說法中仍然被擱置了。由此可知，儘管趨利避害可能支配了大多數的人類行為模式，但仍有部分人類行為是不能由此得到合理解釋的。

退一步言，就算我們承認人類完全受到趨利避害的法則所支配，能否如霍布斯般推導出國家不受限制的絕對權力仍有疑問。如前述，霍布斯認為主權者權力不應受限的實質理由在於，判斷主權者是否越權時必須訴諸另一權威，如此將導致內戰狀態的發生並再次回到自然狀態。霍布斯似乎認為，當二個權威發生衝突時，不可能透過戰爭以外的方法達成共識，不過觀察當今的政治運作，當不同權威，例如立法權與司法權發生衝突時，並不盡然會演變為無止盡的衝突，除了訴諸某一權威的絕對權力外，理性深思後的折衝與妥協在人類的實際經驗中仍能提

---

<sup>90</sup> Raphael, D. (2004). *Hobbes: morals and politics* (p.65). London: Routledge.

<sup>91</sup> Raphael, D. D., *supra note 90*, at 65.

<sup>92</sup> 此類功利主義者認為應以快樂與痛苦的感受作為界定「效益」的方法，一般也被稱作享樂主義的功利主義。參考：Kymlicka, Will(著)，劉莘(譯)(2003)，《當代政治哲學導論》，頁 15-16，臺北：聯經。

供解決問題的另一個方式<sup>93</sup>。另外，霍布斯在此也假定人類最要避免的惡害即是陷入內戰狀態(其象徵的就是死亡)，卻忽略有些人認為其他價值遠超過自己的生命，例如因為名譽受損而以死明志者，或是為了保護孩子而犧牲生命的父母。總而言之，正如洛克所諷諭的：「人們竟然愚蠢到這樣的地步，努力避免狸貓或狐狸可能對他們造成的騷擾，卻心甘情願被獅子吞噬掉，還認為這是安全的。」<sup>94</sup>即便接受霍布斯對人性的基本預設，也無法推導出國家權力應不受限制的結論。

## (二)體系外的問題：描述性觀點推導出規範性觀點

霍布斯關於絕對國家的論述，其更大的問題其實並非在於上述體系內被挑戰的基本假設與推論，而是在其自身體系外，關於論述的邏輯方法上存在重大的瑕疵。

霍布斯嘗試要作的事，應該是在「應然」層次上說明為何人民應當(should)締結社會契約並絕對臣服於主權者，而不是去指出「實然」層次上我們之所以會(do)臣服於主權者的原因。不過，他的論述其實僅完成了後者。從對於趨利避害本性的描繪到締結社會契約、讓渡所有權力予主權者的過程，他指出一條必然的因果歷程，然而有無因果關係與有無義務之間是不具有推導關係的，也就是說「義務」不會出自於因果關係，但霍布斯卻混淆了一件事之所以會發生背後的「原因」，與應該要去作這件事的「原因」，使他的論述從事實上因果歷程的描繪一下子跳躍到規範上政治義務的證立，此是其論述的重大瑕疵所在<sup>95</sup>。

關於霍布斯的說法，其實還存在一個邏輯上的悖論。當我們論及一個人「應不應該」去做某件事的時候，事實上預設了他是具備自由意志而存在選擇可能的，蓋若他根本不具備自由意志，也就沒有討論他應該去做 A 事而不是去做 B 事的必要，因為他會做 A 事早就由前一段因果歷程所確定。然而，在霍布斯的論述中，趨利

<sup>93</sup> Raphael, D. D., *supra note 90*, at 72.

<sup>94</sup> John Locke(著)，楊思派(譯)(2007)，前揭註 63，頁 421。

<sup>95</sup> Raphael, D. D., *supra note 90*, at 62.

避害的個體為了自保而締結社會契約，進而讓渡所有權力予主權者，是一個可以藉由「前因後果」間的因果關聯說明的過程，呈現出一種決定論(Determinism)的世界觀<sup>96</sup>，也因此霍布斯再額外主張人民有義務絕對服從國家，只是顯得多於又不必要<sup>97</sup>。霍布斯的論述方式或許是因為他受到當時盛行的自然科學的影響所致，但不論原因為何，這仍是對其理論重要且致命的批評。

## 二、以人作為主體的國家觀

在提出上述對於霍布斯絕對國家觀點的質疑與批判後，以下將先闡述本文的初步觀點。除了在上開對霍布斯的批判中，已經有不少論者質疑的其對人性的預設之正確性外，本文認為更值得進一步說明的是，我們對人的理解並不必然僅能依附在自然科學的研究成果上，身為自然個體，人類屬於感官界的一份子，行為受到自然法則及因果法則的支配決定，這是人類可由物理學、生物學以及神經科學描述的面向，但人類同樣存在獨立於自然法則之外，而擁有自主能力的理性個體面向，這個面向應是觀念上的，非屬科學能夠證明或證偽，在這個面向上，我們才能理解到我們的道德生活<sup>98</sup>。事實上，如果我們只能從自然科學的角度來詮釋人類行為，可能很難抗拒導向決定論的觀點<sup>99</sup>。本文認為，在探討規範性概念的時侯固然應該考量在經驗上人是什麼、人的決定如何做成等等，但更重要的是理念上我們相信人可以是什麼。身而為人，我們應當相信在感官界以外，自己同樣屬於理智界的一份子，擁有自主決定的能力<sup>100</sup>，這樣的觀念使得我們必須以主體的立場看待自己，而非客體，人自身即是目的，而非達成其他目的之手段。

---

<sup>96</sup> 關於對霍布斯決定論的深入討論，可參考：Mintz, S. (1970). *The hunting of Leviathan: seventeenth-century reactions to the materialism and moral philosophy of Thomas Hobbes*(pp.30-31;111-133). Cambridge [Eng: University Press.

<sup>97</sup> Raphael, D. D., *supra note 91*, at 62.

<sup>98</sup> 此觀點參考自 Sandel 對 Kant「理智界相對於感官界」概念的說明。Sandel, Michael J.(著)，陳信宏(譯)(2018)，《正義：一場思辨之旅》，頁 221-224，臺北：先覺。

<sup>99</sup> 黃榮堅(2012)，《基礎刑法學(下)》，四版，頁 609-610，臺北：元照。

<sup>100</sup> 這種對意志自由的預設，也是刑法上可以歸責的前提。參見：王皇玉(2016)，前揭註 36，頁 311-312；黃榮堅(2012)，前揭註 99，頁 615-617。

在以人作為主體的思考下，使本文傾向於接受洛克式「自我所有權」的預設，在此前提下，個人的權利構成他人行為的限制，沒有個人的同意，他們不能被犧牲或被利用來達到其他目的<sup>101</sup>。同時，個人權利不能為了較大的「社會利益」而被犧牲，因為事實上並不存在一種有自身利益的社會實體，只有個別的、各有其生命的個人存在<sup>102</sup>。由此可知，個人權利也構成國家行為的界線，既然國家狀態的出現是為了解決前國家狀態中個人行使權利的不便與衝突，因此國家的功能也就僅在保護個人權利的範圍內，方不致於侵害個人權利而具有正當性<sup>103</sup>，也僅有在此範圍內，必須透過適當的方式確保國家及政府的功能運作。總結而言，本文認為國家與政府僅僅只是為了個人而存在的手段，其本身並非目的。在當代看來，這個觀點並不新穎，但事實上並非人人皆能把握，尤其在侮辱、誹謗公署罪規範目的之討論中，有些說法仍不時流露出以國家或政府本身為目的之思維，藉由上述對於國家與政府角色的初步定位，我們可以暫且對於這些規範目的之說法抱持懷疑的態度，待下一階段關於保護法益的討論再作進一步的處理。

### 三、盧梭「公共意志」留下的疑問

如前所述，洛克與盧梭的有限政府觀與本文的觀點相符。然而，在前文對於盧梭的討論中尚留有一個疑問，也就是在其有限政府的觀點以外，他強調每個人皆必須服膺、且絕不會發生錯誤的「公共意志」究竟指的是什麼？盧梭自己對於公共意志並沒有說的很清楚，他時而強調公共意志不等同於多數人的集體意志<sup>104</sup>，有時又認為在特定條件下的多數決定即能表彰公共意志<sup>105</sup>。後世的盧梭研究者，對於他的觀點也有分歧的理解，有認為所謂公共意志指的是構成國家最根本的基礎，他的說法不可避免地傾向國族的概念(the idea of nationality)，並認為他是當代

---

<sup>101</sup> Nozick, Robert.(著)，王建凱(譯)(1996)，《無政府、國家與烏托邦》，頁 35，臺北：時報文化。

<sup>102</sup> Nozick, Robert.(著)，王建凱(譯)(1996)，前揭註 101，頁 36-37。

<sup>103</sup> Nozick, Robert.(著)，王建凱(譯)(1996)，前揭註 101，頁 163。

<sup>104</sup> Rousseau, Jean-Jacques(著)，徐百齊(譯)(2000)，前揭註 75，頁 39。

<sup>105</sup> Rousseau, Jean-Jacques(著)，徐百齊(譯)(2000)，前揭註 75，頁 40。

民族國家的理論始祖<sup>106</sup>。亦有認為他的觀點將導向極權主義的結論，例如 Watkins 認為所謂「公共意志」就是指特定社群自身的傳統，盧梭對於小國寡民的強調就是要使特定社群統一為極權主義的單元<sup>107</sup>；Talmon 則指出盧梭的說法可能會使得政治的力量涉入人類活動的所有領域，進而消滅個人的空間，被指示的真理將透過「公共意志」的外衣強迫人民依循，終至極權國家的出現<sup>108</sup>。另一方面，亦有認為「公共意志」不必從超個體的精神實體來認定，「公共意志因而只是每一個人抽象且超越時間的本質的具現……內在於個人良心中的本質，……它是內在於每個人良心的理想法理的理性。」<sup>109</sup>，持此觀點的論者遂有更進一步指出公共意志即是存在於個人心中的「理性意志能力」，並認為其具體內涵可由康德哲學中理性主體自我立法的概念加以補充<sup>110</sup>。

在上述的不同說法中，我們大致可以歸納出對於盧梭的公共意志概念有二種不同的解讀方向，其中一種認為它指涉的並不是某種特定的集體意識或精神，而僅僅是以之做為公共領域的人性基礎，也就是理性主體自我立法的相互承認關係，另一種則認為它是一種集體意識或精神，或可能是源於先天的歷史，也有可能來自於後天的建構。本文認為，後面一種觀點提出一個重要的問題：是什麼把一個國家凝聚在一起？在此可以進一步引申的是，如果真的有什麼集體精神或意識把國家凝聚在一起，我們是否還能稱國家與政府僅僅是手段而非目的？又縱使其只是一種手段，這種集體意識或精神是否也是手段運作不可或缺的條件，而必須加以維護？釐清這個提問，有助於更進一步建構本文對於國家、政府與人民間關係的概念，因此，以下將透過對於個人主義式的自由主義提出過批評的相關理論，對此問題作更深入的探討。

---

<sup>106</sup> Cobban, A. (1964). *Rousseau and the modern state* (2nd ed.) (pp.104-105). Hamden, Conn: Archon Books.

<sup>107</sup> Watkins, Frederick Mundell (著), 李豐斌(譯)(1999),《西方政治傳統:近代自由主義之發展》,頁 77-78, 臺北:聯經。

<sup>108</sup> Talmon, J. L., *supra note 84*, at 47-48.

<sup>109</sup> Gurvitch, G. (1932). *L'Idee du Droit Social* (p.264). 轉引自沈清松, 前揭註 41, 頁 19。

<sup>110</sup> 沈清松, 前揭註 41, 頁 19。

## 第二項 對個人主義式的自由主義之質疑

### 壹、問題概述

在前文中，本文透過對於社會契約論的探討，說明本文的基本觀點是以人為核心的，同時主張國家與政府應是協助個人自我實現的手段而非目的，這樣的觀點可以稱作是「個人主義式的自由主義」。如後世對於盧梭「公共意志」討論的不同說法所呈現的，對於這樣的觀點容有不少質疑。個人主義式的自由主義試圖對人類需求或人類理性作出普遍、抽象地理解，接著再以此理解去評價現存的社會和政治結構，在此基礎上，平等的人們應當同屬一個共同體，也就是說其對於國家與政府的理解應當是世界主義(Cosmopolitanism)式的，對於當代社會中的民族國家形式、共同體成員間相對於非成員的特殊情感，個人主義式的自由主義並不能提出貼切的詮釋，巴里對洛克《政府論》的描述生動地點出了這種把共同體的認同視作理所當然的傾向：「人們『不知怎地』(somehow)結合起來，形成了政治社會，而這個政治社會並進而建立出一個特定的政府型態<sup>111</sup>。」據此，一般對個人主義式的自由主義的質疑，就在於認為它設想的是一種原子式的個人，忽略個人必然是鑲嵌在特定的歷史與群體中的，對於普遍、抽象的個人的追尋可謂走錯了方向，因為人們根本就無從跳出自身所處的共同體之外。或者，即便肯認個人權利與自主性的重要，也不應該忽視共同體具有相當的重要性<sup>112</sup>。在這方面的批評中，部分被歸類為國族主義 (Nationalism)<sup>113</sup>、愛國主義(Patriotism)與保守主義(Conservatism)的理論較為仔細地處理了相關問題，以下將擇要簡述分析，並緊扣在國家、政府與人民關係的相關論述上。

### 貳、集體意識的意義

---

<sup>111</sup> Barry, B. (1990). Self-Government Revisited. In Miller, D., & Siedentop, L. (Eds.), *The nature of political theory* (pp. 126-127). Oxford: Clarendon Press.

<sup>112</sup> 批評可參考：Kymlicka, Will (著)，劉莘(譯)(2003)，前揭註 92，頁 274-277。

<sup>113</sup> 關於 Nationalism 的中文翻譯，有譯作民族主義，亦有譯作國族主義，就本文探討的面相而言，主要聚焦在國家、政府與人民的關係，並且採納部分學者對於國家建構共同體的說法，因此選擇採用「國族主義」的譯名，以凸顯「國家」在此處的重要性。

直觀而言，每一個人對於特定群體都存在一定的認同，這種認同區分出「我們」與「他們」之間的差距，使得自身對屬於「我們」的群體中的事物有更多的關照，對於「我們」這個群體也會有更多的忠誠。小至家庭，大至民族、社會與國家，人類都很自然地流露出這種偏私的傾向，也因為這種傾向，使得特定群體能夠凝聚再一起。

當代的保守主義者史庫頓認為，就如同子女與父母間的關係不是契約式的，而是出於天性使然的紐帶，人民與社會、國家的關係，也是奠基於這種超出個人選擇範疇的紐帶。人無法選擇自己的出身，且並非活在真空之中，他的自主其實根植於自己的語言、文化與歷史，人之所以為人的前提在於：個人在作為自主的存在物生存和活動的同時，能夠首先把自身看作是社會、集團、階級、國家或民族的一份子<sup>114</sup>。也就是說，單純擁有自由是沒有意義的，人們無法單純從選擇概念得出行為的目標，選擇的前提在於擁有對事物價值的敏銳感知能力，而這種感知能力並非來自選擇，而是源自於自我對他人及對社會秩序的認識，人的自由必以歸屬於特定群體為前提<sup>115</sup>。

除了作為個人自由的前提外，還存在一種較為工具性的觀點主張集體意識的重要性。部分民族主義者指出，對共同體的認同是當代國家完善地實現民主與社會正義等目標的必要條件<sup>116</sup>，共享的國族認同不僅可以產生一個穩定的民主社會運作所需的互信，還可以產生作為分配正義前提的集體團結 (Collective Solidarity)<sup>117</sup>，就如同慈悲是從家中開始一樣，我們傾向於優先促進我們「自己的」社會成員的福祉<sup>118</sup>。例如，現代國家為了自我防衛，皆會透過募兵或徵兵的制度建立軍隊，此時對於國家的認同即是國民願意從軍甚而「為國捐軀」的基礎，此外，

---

<sup>114</sup> Scruton, Roger(著)，王皖強(譯)(2006)，《保守主義》，頁 39-44，臺北：立緒文化。

<sup>115</sup> Scruton, Roger(著)，王皖強(譯)(2006)，前揭註 114，頁 117-118。

<sup>116</sup> Miller, D. (1995). *On nationality*(p.162). Oxford: Clarendon Press.

<sup>117</sup> Miller, D. (2000). *Citizenship and national identity*(p.32). Cambridge, UK: Polity Press.

<sup>118</sup> Tamir, Yael., *supra note 111*, at 120

現代國家尚且透過稅收或社會保險等制度進行所得重分配的任務<sup>119</sup>，其之所以可能，也正是國民之間對於同胞的認同。總結而言，民主政治是社會建構的產物，而集體意識則是特定社會制度能否獲得支持與建立的基本條件，一旦欠缺集體意識，民主政治的運作將無法正常發揮功能<sup>120</sup>。

至此，反對個人主義式的自由主義的觀點已經指出被原子式的個人觀所忽略的「集體意識」的意義及其重要性，不過尚待進一步釐清的是，這樣的重要性與本文的主題有何關聯，也就是集體意識與國家及政府的關係何在。

### 參、集體意識的建構與維繫

談到集體意識，就不得不先探討認同的對象究竟為何。在國族主義的討論上，對於何謂「國族」存在許多分歧的見解，有些觀點傾向一些客觀可辨的特徵，例如種族、血緣、語言、共同的歷史傳說等，在這類觀點下國族是一個非自願的共同體，其成員並沒有選擇所屬國族的餘地，也有觀點認為國族除了客觀的面向外，更重要的是其成員內心對於該群體的歸屬與認同<sup>121</sup>。較為批判性的觀點更直指國族其實是被建構出來的，安德森認為，國族中的個人在現實生活中能真正有所互動的對象僅是國族中的一小部分，個人卻能對整個國族產生認同感，就代表這種認同其實是建立在想像上的<sup>122</sup>，隨著中世紀以來「神聖的」、「層級的」、「與時間終始的同時性」的世界觀的沒落<sup>123</sup>，再加上近代以來資本主義、印刷科技與人類語言宿命的多樣性這三者的巧妙結合，使得一個想像的共同體成為可能<sup>124</sup>。霍布斯邦則指出是「民族主義」創造了「民族」，而非「民族」創造了「民族主義」，在其馬克思

---

<sup>119</sup> 就我國而言，我國憲法即有賦予國家建立社會安全制度、將社會資源適度重分配的權力。參見：台灣社會法與社會政策學會(編)(2015)，《社會法》，頁 69，臺北：元照。

<sup>120</sup> 石中山(2015)，〈憲政愛國主義：探尋一個國族認同的理性概念〉，《政治與社會哲學評論》，52 期，頁 91。

<sup>121</sup> 關於國族定義的進一步討論，可參考：Özkırım, U. (2005). *Contemporary debates on nationalism: a critical engagement*(pp.15-25). Basingstoke (Hampshire); New York: Palgrave Macmillan.

<sup>122</sup> Anderson, Benedict R. O'G.(著)，吳叡人(譯)(2010)，《想像的共同體：民族主義的起源與散布》，二版，頁 41-42，臺北：時報文化。

<sup>123</sup> Anderson, Benedict R. O'G.(著)，吳叡人(譯)(2010)，前揭註 122，頁 71-72。

<sup>124</sup> Anderson, Benedict R. O'G.(著)，吳叡人(譯)(2010)，前揭註 122，頁 89。

主義的觀點下，民族主義其實是統治階級藉由效忠國家的號召來對抗社會革命威脅，把工人階級圍困在現有權力結構中，繼續穩固既有的資本主義結構的工具<sup>125</sup>。

就當代的國家而言，由於人民的異質性，集體認同的對象已不再能夠依恃共同的種族血統、共同的宗教信仰或價值觀，據此，「建構的國族觀」似乎較能貼切地掌握當代國家的集體認同問題。在此觀點下，國族的基礎必須仰賴一種歸屬感，使公民們覺得自己共同歸屬於一個特定的社會，擁有一些共同的歷史座標和共同的未來。也就是說，必須使得公民使用同一種語言，擁有同一部歷史，並運用共同的語言一起參與社會和政治制度，隨著制度的運作又再次彰顯和固化這種共同的歷史，國族的觀念便藉此被不斷形塑與強化<sup>126</sup>。集體意識與國家及政府的關聯於此便浮上檯面，因為國家與政府正是集體意識的形塑者，同時也是其象徵者。

為了要凝聚在現實上可能充滿異質性的人民，國家必須去形塑某種集體意識。而在具體的實踐上，的確處處皆可見到這樣的痕跡，例如使用官方的語言<sup>127</sup>、制定「國定」假日與紀念日<sup>128</sup>、實施義務教育(尤其是歷史教育)<sup>129</sup>、訂定象徵國家的標誌如國旗國徽國歌、升旗典禮，乃至義務役制度等等<sup>130</sup>。在另一方面，國家在某程度上也會介入破壞集體意識的行為，此往往表現在對於特定國家象徵的保護上，例如中國所制定的《中華人民共和國國歌法》，明顯是針對香港獨立運動者「噓國歌」的行動而來，企圖透過制裁「不當演唱國歌」的行為來維護「一個中國」的認知不被破壞<sup>131</sup>。就臺灣而言，刑法第 160 條「侮辱國旗、國徽及國父遺像罪」同樣也是企圖透過保護國家象徵來介入破壞集體意識的行為。

同時我們可以發現，作為充滿異質性的個人的「最大公約數」，國家與政府本

---

<sup>125</sup> Hobsbawm, E. J.(著)，李金梅(譯)(1997)，《民族與民族主義》，頁 14；171，臺北：麥田。

<sup>126</sup> Kymlicka, Will(著)，劉莘(譯)(2003)，前揭註 92，頁 352。

<sup>127</sup> 例如國民政府遷台後的「國語運動」。

<sup>128</sup> 例如 329 青年節即在紀念黃花崗起義的「民族」歷史。

<sup>129</sup> 例如 2015 年鬧的沸沸揚揚的「課綱微調案」中的一大爭執點即在於「台灣史」史綱的調整。

<sup>130</sup> Kymlicka, Will(著)，劉莘(譯)(2003)，前揭註 92，頁 350。

<sup>131</sup> BBC 中文網，<http://www.bbc.com/zhongwen/simp/chinese-news-39801805>(最後瀏覽日：05/23/2017)

身不僅在形塑集體意識，其自身往往也成為了集體意識的對象與象徵。那麼，對於國家或政府的攻訐與非難，可否被視作破壞集體意識的行為，而由國家介入處理呢？有論者認為，凡是會破壞對於國家的忠誠的行為都有必要介入處理<sup>132</sup>。不過，也有另一種說法指出，無論是對於社群感到驕傲、興奮、悲傷，或憤怒，其實都是「認同」的展現<sup>133</sup>，據此，批判政府並不同於破壞對國家的忠誠或所謂的集體意識，反倒是彰顯出這種認同。在具體的實踐上，土耳其刑法第 301 條第 1 項及第 2 項明文禁止公然詆毀「土耳其民族、土耳其共和國、土耳其大國民議會、土耳其政府及司法、軍事及維安機關」之行為，並處以六個月以上，二年以下之有期徒刑<sup>134</sup>，可謂藉由保護國家與政府機關免於批評而維繫集體意識的具體適例。這個問題，又更進一步地將集體意識與本文的主題「侮辱及誹謗公署罪」連結在一起，至少在先前對本罪立法過程的探討中(第一章第二節第二項壹、)，本文指出本罪確有可能存在這類規範目的。因此，在接下來對於本罪規範正當性的討論中，必須對相關問題有所回應。

#### 肆、小結

面對個人主義式的自由主義將國家與政府視作實現個人自由之工具的看法，反對見解有認為個人主義式的自由主義對自由的想像是虛幻的，自由不是真空的存在，國家或是國族毋寧才是個人行使自由的前提，因而國家並不僅僅是工具，其自身必須被視作目的而被保護。相較於此，也有反對見解從比較工具性的觀點切入，指出「集體意識」是當代社會及體制運行的重要條件，而在個體的血緣、種族、文化等客觀因素充滿異質性的當代社會中，必須透過國家來形塑某種集體意

---

<sup>132</sup> Scruton, Roger(著)，王皖強(譯)(2006)，前揭註 114，頁 121；130-132。必須指出的是，Scruton 在此並沒有具體指出要透過什麼方式介入，因此手段不一定是刑事制裁。

<sup>133</sup> Tamir, Yael., *supra note 111*, at 98.

<sup>134</sup> 譯自歐盟提供之英文版條文：「A person who publicly degrades Turkish Nation, State of the Turkish Republic, Turkish Grand National Assembly, the Government of the Republic of Turkey and the judicial bodies of the State shall be sentenced a penalty of imprisonment for a term of six months to two years. (第一項) A person who publicly degrades the military or security organisations shall be sentenced according to the provision set out in paragraph one. (第二項)」值得注意的是，為限縮本罪之適用，同條第三項規定「意圖批評而為意見之表達不構成本罪」，第四項則規定「本罪之開始調查應得法務部長之許可」。

識。同時，國家作為人民間的最大公約數，其自身也將被視作集體的象徵而受到某程度的保護。儘管論者間對於維繫集體意識的手段存在不同看法，並非一致主張應該透過刑罰介入，不過，在此我們至少可以發現這種對於集體意識的強調，導致其對國家、政府與人民的關係有不同的理解，甚而也不排除可以作為以刑罰禁止對於國家與政府的批評之切入點，這正是與本文主題切身相關之處。因此，在接下來的內容中，本文必須對此問題有所回應並架構出國家、政府與人民之間的具體圖像。

### **第三項 國家、政府與人民的具體圖像**

#### **壹、對於批評的回應**

##### **一、國家作為個人自主的前提？**

個人行使自主的前提是歸屬於特定國家或社會的說法之所以容易被人們接受，是因為它很符合我們直覺感受到的現實情況。當我們以為自己在作「選擇」時，其實是透過早已被給定的「標準」在作價值判斷。例如，我總是以台灣人、漢人、男性這樣的視角在作選擇，且在現實上我似乎無法擺脫這樣的角色。然而，現實上歸屬於特定國家或社會並在此既成條件下進行選擇，並不意味我們就必須把這些既成條件當作不可質疑的前提，個人主義式的自由主義觀點並不否認每個人在作選擇時有其既定脈絡與條件，也承認人無法單從「自由」的概念就得出自我目的，但它強調個人不僅僅是在「發現」被給定的自我目的，而是保有「選擇」自我目的之可能性，自由的價值不在於自由本身，而是在於允許個人選擇其認為有價值的目標並隨時保持修正的可能性<sup>135</sup>。據此，即便在現實上個人總是在歸屬於特定社會與國家的既成條件下進行選擇，但這並不意味我們就有必要把特定社會與國家視為其行使自由的前提，對於過去的選擇所仰賴的脈絡與條件，個人仍應保有修正的可能性，在此觀點下，前述認為應將國家視為目的而非工具的說法並不具有說

---

<sup>135</sup> Kymlicka, Will(著)，劉莘(譯)(2003)，前揭註 92，頁 294。

服力。

## 二、集體意識是當代社會及體制運行的重要條件？

接下來，有必要仔細檢討「集體意識是當代社會及體制運行的重要條件」的觀點。如同前述，此觀點結合以國家或政府作為集體象徵的想法後，將可成為介入管制對國家與政府的攻訐及批評的切入點，對於國家、政府與人民關係的理解勢將有所影響。

現有文獻對此觀點已有所批評。首先，就目前的證據而言，廣泛共享而強烈的國族認同並不一定就相應於完善的重分配或社會正義，也不等同於熱烈的政治參與。有論者舉例，即便美國社會有著廣泛共享的國族認同與強烈的愛國主義，但其在社會正義的實踐上卻遜於集體認同較為分歧的加拿大或比利時社會<sup>136</sup>。另外，相較於國族認同沒那麼強烈的加拿大人來說，美國人的政治參與程度也是較低的。論者指出，公民是否願意投身政治活動，取決於是否有良好發展的公共精神或強烈的公民素養等因素，共享的國族認同僅僅是可能的原因之一，但並不具有支配性<sup>137</sup>。其次，並沒有清楚的證據指出強烈的國族認同必然會產生強烈的同胞之情(*fellow feeling*)或為同胞作出犧牲的意願，它頂多使得人們傾向將同胞的利益置於「外人」之上，但並不代表能產生將同胞的利益擺在「自己」之上的利他主義<sup>138</sup>。據此，以國族認同作為社會正義不可或缺的前提之說法是值得懷疑的，因為單純的國族認同無法得出使人們願意損己利人的結論。退一步言，在肯認團結與互信作為社會重分配之基礎的前提下，縱使國族認同可能是建構團結與互信的有效方法，但它也僅只是眾多方法之一，當代社會中的跨國企業、區域性國際組織，

---

<sup>136</sup> Moore, M.(2001). *The ethics of nationalism*(p.82).Oxford :Oxford University Press.

<sup>137</sup> Parekh, B.(1999). The Incoherence of Nationalism. In Beiner, R. ed., *Theorizing nationalism*(p.318). Albany, NY : State University of New York Press. as cited in Özkırımlı, U., *supra note 121*, at 79.

<sup>138</sup> Parekh, B.(1999). The Incoherence of Nationalism. In Beiner, R. ed., *Theorizing nationalism*(p.315). Albany, NY : State University of New York Press. as cited in Özkırımlı, U., *supra note 121*, at 80.

以及國際機構都顯現出互信的建立其實不必仰賴對於國族的認同<sup>139</sup>。

除了上述文獻已經提及的批判外，本文認為不斷強調集體意識／國族認同對於民主政治運作或社會重分配的重要性之觀點忽略了一個重要的事實：國家的強制力。一場慈善活動的成功與否，有必要仰賴人們出於同情、憐憫、團結等各種動機主動參與，然而國家任務並不是慈善事業，其之所以被賦予強制力，正是令其在執行應行的任務時能夠排除阻礙，不受制於個人的認同與否。舉例而言，一位主張中華民國政權是外來殖民政權，不認同中華民國的「中華民國國民」，仍然必須面對要納稅的事實，他如果拒絕納稅，那麼中華民國政府仍可透過各種強制執行的手段使其履行。國族認同在此面向上其實被過度強調了。

## 貳、維護個人權利的國家與政府

從社會契約論的傳統出發，本文回顧霍布斯、洛克，與盧梭的理論，並從以個人為主體的觀點出發，接受洛克式「個人所有權」的預設，並據此推導出國家的功能僅在保護個人權利的範圍內，方不致於侵害個人權利而具有正當性。此觀點強調國家或政府的存在毋寧只是一種工具，它僅僅為了保護與協助個人而存在。接著，受學理上對於盧梭的「公共意志」概念的各種討論啟發，本文嘗試介紹並且回應了強調集體意識／認同的重要性，並且以之批評個人主義式的自由主義的各種說法，總結而言，本文認為其批評均不具有說服力。

在本文看來，特定人對於特定國家或政府的認同與情感，就僅是一種人類心理再自然不過的現象，就如同一個從小在新竹長大的人，會對新竹存在一種特殊的認同，或是吃滷肉飯長大的人，會對滷肉飯具有特別的情感一樣。將國家與政府的功能界定在保護個人權利，確實沒有辦法合理解釋特定人對於特定群體的情感，或是國家(族)的疆界是如何形成的，但這本來就不是其任務，描述或解釋這些

---

<sup>139</sup> Tamir, Y.(2000). Who's afraid of a global state. in Goldmann, K., Hannerz, U. & Westin, C. Eds, *Nationalism and internationalism in the Post-Cold War era*(p.245). New York ; London : Routledge.

現象本身並不具有規範性意義。在以人為核心的觀點下，重點在於怎樣的制度設計可以有效確保與幫助個人實現自由，甚而，在想像上也不排除超越現有的國家體系，透過建立在人類共同體的基礎之上的世界政府來實現此目的<sup>140</sup>。

世界主義是可能的一種選項，但我們不必急著走到那一步。回到多數國家並存的現實情況，每個國家與其人民之間，皆應該是手段與目的之關係。據此，我們就不應該將盧梭所謂的「公共意志」，理解為因各國而異的特定集體意識或情感，而應將其看作是理性主體自我立法的相互承認關係，也就是在無數個主體共存的世界中，每個主體都會被視作與其他主體相同者而被承認<sup>141</sup>，在此相互承認關係下，才能確保多數人的和平共存成為可能，也才會符合盧梭所設想「絕對不會發生錯誤」的「公共意志」<sup>142</sup>。至於國家與政府存在的意義，正是要實現公共意志，也就是要使得這樣的關係獲得確保。除了確保與幫助個人實現自由以外的其他目的，都不應該是理念上的國家的任務。

至此，本文已經指出理念上的國家、政府與人民之間的關係，這個觀點可謂是本文的核心思想，也將成為接下來討論的基礎。

## 第二節 侮辱與誹謗公署罪的保護法益及其適格

### 第一項 法益理論的功能

---

<sup>140</sup> Bull 將關於國際社會的思想歸類為三種傳統，霍布斯主義(Hobbesian)或現實主義傳統(realist tradition)、康德主義(Kantian)或世界主義傳統(universalist tradition)、格勞秀斯主義(Grotian)或國際主義傳統(internationalist tradition)。其中，康德主義即強調國際政治的核心在於超越於國家體系外的人類共同體的聯合，並認為其是國際政治最高的道義目標。不過，應注意的是，Bull 也指出康德對於是否應建立一個「世界政府」的觀點，在其論述中並不一致。見：Bull, H. (2002). *The anarchical society: a study of order in world politics* (3rd ed.) (pp.23-25). Houndmills, Basingstoke, Hampshire.

<sup>141</sup> Zaczyk, R.(著)，廖宜寧、林倍伸(譯)(2018)，《自律與法權》，頁 90-91，臺北：五南。

<sup>142</sup> 當然，這樣的理解是基於本文的基礎觀點所作的推導與引申，應非盧梭本意。因為他的公共意志概念是經驗性的，公共意志源自個體的經驗性意志，必須訴諸特定的文化、歷史和社會建制，然而也因此使得公共意志概念必須面對社會文化愛國情感所帶來的危險性。見：劉岫靈(2018)，《自由與共和：盧梭與康德政治理論之比較》，國立臺灣大學國家發展研究所博士論文，頁 185-190；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 202-212。

一般認為，刑法的任務在於保護法益<sup>143</sup>，而法益理論具備有體系內含與體系批判的功能，前者是指個別刑法規範的解釋適用必須以其保護法益作為依據，是直接預設該法益合理存在作為推導前提，後者則是指透過法益概念，從外於實證法的角度檢證實證法設定的法益是否具有法益適格，也就是判斷個別刑法規範的正當性問題<sup>144</sup>。

關於在承認現有實證法之前提下，透過法益概念作為解釋導引的體系內含概念，學說上並無太大的爭議，在文獻上也可見其廣泛地運用<sup>145</sup>。不過，對於從外於實證法的角度，以法益概念檢驗刑事立法正當性的體系批判概念，學說上則存在不少質疑(詳下述)，因此，在說明本文採取的法益觀點，並以之檢驗侮辱及誹謗公署罪的規範正當性前，有必要先回應對於法益概念體系批判功能的質疑。

第一種說法，可稱為實證憲法導向的法益理論<sup>146</sup>。就形式而言，其並未否定可以透過法益概念批判刑事立法的正當性，不過其認為法益概念並非來自於超實證法的基礎，而應溯源於更上位階的憲法(基本法)，將法益概念與基本權作連結，

---

<sup>143</sup> 僅參考林鈺雄，前揭註 36，頁 10；王皇玉，前揭註 36，頁 24。相對於此，Jakobs 則認為刑法所保護的並非法益，而是刑法規範效力的本身，至於傳統被稱為法益的種種利益，例如生命、身體、自由、財產等，則只是規範的動機與目標想像而已。關於 Jakobs 規範論的詳細介紹，參見：王效文(2015)，〈刑罰目的與刑法體系：論 Günther Jakobs 功能主義刑法體系中的罪責〉，《成大法學》，30 期，頁 151-222。然而，若放棄關於刑法規範實質內涵的討論，無異於承認任何存在的規範皆具有正當性，透過這種規範所導引及確保的社會生活，是否真為人類所欲，不無疑問。

<sup>144</sup> 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 983。

<sup>145</sup> 常見的例子如，從對於刑法第 185 條之 4 肇事逃逸罪的不同法益主張，推導出對於「肇事」、「逃逸」等構成要件的不同解釋，相關討論可參考：周漾沂(2017)，〈2016 年刑事法實務見解發展回顧：食品安全、交通安全，與抽象危險犯〉，《臺大法學論叢》，46 卷特刊，頁 1465-1491；薛智仁(2017)，〈變遷中的肇事逃逸罪：評最高法院 104 年度臺上字第 2570 號刑事判決〉，《政大法學評論》，149 期，頁 221-281；陳志輝(2017)，〈論肇事逃逸罪之保護法益：兼淺論本罪之合憲審查〉，收於：春風煦日論壇編輯小組(編)，《刑事法與憲法的對話：許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集》，頁 585-626，台北：元照；薛智仁(2013)，〈肇事逃逸罪之保護法益：最高院 99 台上 4045 判決〉，《台灣法學雜誌》，236 期，頁 182-193；吳耀宗(2010)，〈肇事逃逸罪：第二講——各個要素的解析〉，《月旦法學教室》，98 期，頁 82-91；吳耀宗(2010)，〈肇事逃逸罪：第一講——保護法益〉，《月旦法學教室》，94 期，頁 32-39；盧映潔(2004)，〈論刑法第一八五條之四「肇事致人死傷逃逸罪」的法益保護：兼評最高法院 92 年度台上字第 5372 號、92 年度台上字第 4552 號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，112 期，頁 234-245。

<sup>146</sup> 用語參考：林倍伸(2016)，〈論妨害公務罪：以法治國家中的公務概念為核心〉，頁 64，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

例如主張對於個人開展自由、實現基本權，以及為達成此二目的而建構的國家體系功能所必要者皆為法益<sup>147</sup>，或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<sup>148</sup>。如此作的理由，在於所有的基本權利都是人性尊嚴的具體化，刑法(罰)作為國家干預基本權最強烈的手段，自應受到憲法的限制，另一方面，相較於訴諸超實證法的法益概念，將刑法正當性的判準訴諸更高位階的憲法及其背後的違憲審查機制，較不會產生民主正當性的疑慮<sup>149</sup>。

第二種說法，則根本性地否定法益理論的體系批判功能，其認為刑事立法的正當性僅受憲法所拘束，運用外於民主考量的形上學等概念建構的法益理論欠缺正當性<sup>150</sup>，刑法學中關於法益的討論，至多僅有指導法政策的功能。釋憲實務的運作邏輯，基本上即為這種主張的具體事例。例如，德國聯邦憲法法院在處理德國刑法第 173 條血親性交罪的合憲性爭議時，多數見解即指出法益論不具有憲法層次的立法批判功能，立法正當性僅受憲法所拘束，法益保護的概念僅供法政策及釋義學之用<sup>151</sup>。就我國而言，在歷來大法官解釋中雖然也曾論及法益概念，但多只是為了敘述立法目的，例如通姦罪是要「維護婚姻、家庭制度及社會生活秩序」<sup>152</sup>、處罰未辦理營利事業登記而經營電子遊戲場業者是要保護「社會安寧、公共安全、兒童及少年身心健全發展」等法益<sup>153</sup>，在說明完各該規範保護的「法益」之後，大法官未曾進一步提及法益概念的體系批判功能<sup>154</sup>，系爭規範正當性的檢驗仍舊須要回歸憲法與比例原則的操作。

---

<sup>147</sup> Roxin, AT I, 2/7 ff. 轉引自：林倍伸，前揭註 146，頁 66。

<sup>148</sup> Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, S. 61 f. 轉引自：林倍伸，前揭註 146，頁 66。

<sup>149</sup> Swoboda, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen, ZStW 122, S. 44 ff. 轉引自：林倍伸，前揭註 146，頁 65。

<sup>150</sup> Gärditz, Strafbegründung und Demokratieprinzip, Der Staat 49(2010), S.351ff.，轉引自：林育賢(2018)，《情感、冒犯與刑事立法：論冒犯行為之可罰性界線》，頁 5，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

<sup>151</sup> 關於此部分的說明參考：林育賢，前揭註 150，頁 6。

<sup>152</sup> 司法院釋字第 554 號參照。

<sup>153</sup> 司法院釋字第 646 號參照。

<sup>154</sup> 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〉，收於：黃舒芄主編，《憲法解釋之理論與實務》，頁 275-277，臺北：中央研究院法律學研究所。

本文認為，上述第一種說法與第二種說法雖然在形式上有別，但在實質上是相同的，亦即二者均否定超實證的法益觀點具有體系批判的功能，並認為刑事立法正當性的檢驗必須以憲法為依歸，僅是第一種說法在形式上將法益概念與憲法上的基本權橋接，使得法益理論仍具有體系批判功能的外觀。二種說法最主要的立論基礎就在於超實證的法益理論欠缺民主正當性，且基本權限制合憲性檢驗中的比例原則操作，即足以處理刑事立法正當性的問題。

對於上述主張，本文認為並不具有說服力。首先，在討論違憲審查制度時，一般均會論及其「抗多數決困境」(counter-majoritarian difficulties)<sup>155</sup>，也就是在探討何以職司違憲審查的少數人得以推翻經過多數人同意的法規範，由此可知，即便是從憲法上基本權限制的觀點來討論刑法法規範正當性的問題，亦無法迴避可能涉及的民主正當性問題，從民主正當性的觀點來批判超實證的法益概念，可能也同時攻擊了違憲審查制度。本文認為，只要我們還打算討論法規範的正當性問題，就必須承認有一些價值優先於「多數人的決定」，其並非由民主所賦予，而是作為民主的前提(例如基本人權)，否則無論是違憲審查制度，或是超實證的法益概念，都無法在「民主獨大」的情形下取得正當性，對於經由合法程序通過的法規範，將不存在介入檢討的空間。其次，連結法益與基本權的作法並沒有處理到問題的核心，而只是將「法益為何」的爭論轉移到「哪些價值是憲法所賦予的基本權利」，以及為維護這些基本權利尚須哪些制度等問題上，特別是在我國憲法第 22 條所謂「概括基本權條款」的規定下，這樣的連結並無法明確化法益的內涵，而只是以憲法領域的爭論取代刑法領域的爭論<sup>156</sup>。其三，就算完全放棄法益概念的體系批判功能，而僅透過憲法上的比例原則檢驗刑事立法的正當性，在審查之初，即必須進行規

---

<sup>155</sup> 此用語為 Bickel 教授所提出。參見：Bickel, A. (1962). *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*(pp.16-17). Indianapolis, N.Y.:Bobbs-Merrill.國內關於抗多數困境理論的相關介紹與評析，見黃昭元(2003)，〈司法違憲審查的正當性爭議：理論基礎與方法論的初步檢討〉，《臺大法學論叢》，30 卷 6 期，頁 103-151；黃舒芃(2005)，〈從普通法背景檢討美國司法違憲審查正當性的問題〉，《臺大法學論叢》，34 卷 2 期，頁 63-122。

<sup>156</sup> 有論者則進一步指出，憲法上的概括基本權條款可能產生「對基本權利的廣泛承認成為刑事立法擴張的共犯」之弔詭現象，見：林倍伸，前揭註 146，頁 68。

範「目的正當性」的檢驗，亦即判斷該規範是否符合憲法第 23 條所稱「防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序、增進公共利益」等正當目的，對於此類具有高度抽象性的概念，仍必須透過理論進一步具體化其判斷標準，否則無異於敞開大門任由立法恣意決定<sup>157</sup>，即使論者否定法益概念指引目的正當性之功能<sup>158</sup>，單從憲法上的比例原則切入仍無法迴避價值判斷的難題。

綜合上述，本文認為除非我們接受「多數同意即為正當」的結論，否則若仍欲對刑事立法保有一絲批判的可能，就必須從外於刑事立法本身的觀點提出檢驗標準，不論這個標準在形式上被包裝成憲法所規範的「正當目的」，或是刑法上的「法益概念」，都無法迴避價值判斷的難題<sup>159</sup>。仔細思考後可以發現，上述二種說法無非只是將刑法學上的難題推給憲法學來處理，並未能明確提供檢驗刑事立法正當性的判準，同時也忽略了憲法學與刑法學二者可能存在的差異。因此，本文認為有必要從刑法學本身的觀點出發，提出一套先於實證法的法益概念，並藉此在體系外批判實證法，同時在體系內發揮解釋導引的功能，這是本文在接下來的討論中所採取的論述徑路。

## 第二項 本文採取的法益理論

### 壹、現有法益概念的問題

從法益概念的發展起點來看，不論是費爾巴哈(Feuerbach)一方面透過「權利侵害說」將刑法的保護客體限於「權利」，而試圖將宗教、風俗、特定道德觀點排除於

---

<sup>157</sup> 許宗力教授即指出，憲法第 23 條所揭示的四大公益目的，皆屬極度空泛、概括的不確定概念，其語意的涵蓋面與吸納能量既廣又大，因此幾乎很難有見諸檯面上的立法目的不被涵攝與捕捉，殊難想像存在立法目的無法通過合憲性審查的情形。參見：許宗力(2003)，〈基本權利：第六講——基本權的保障與限制(下)〉，《月旦法學教室》，14 期，頁 51-52；另外，林子儀大法官在釋字第 617 號解釋所提出的部分不同意見書中亦指出，若如多數意見般接受多數人的性道德情感與社會風化得合憲地成為刑法保護的對象，無異於意謂著立法目的部分完全無須審查，因為只要有系爭法律存在之事實，就已經足以證明了有正當立法目的之存在。

<sup>158</sup> 相對於此，Hassemer 在德國聯邦憲法法院處理德國刑法第 173 條血親性交罪的合憲性爭議時，所提出的不同意見即指出在憲法上比例原則的操作中，法益可以確認正當目的。參見：林育賢，前揭註 150，頁 6。

<sup>159</sup> 林育賢，前揭註 150，頁 15-16。

刑事制裁之外，另一方面卻又接納以維護社會風氣及人倫秩序為理由的「違警罪」<sup>160</sup>，或是比爾保(Birbaum)直接透過「益(Gut)」<sup>161</sup>的概念解消上述費爾巴哈的權利侵害說面臨的矛盾問題，承認值得動用刑罰保護的多數人共同利益即可能成為法益的實質內容，大方接納不道德或反宗教行為的可罰性<sup>162</sup>，我們可以發現法益概念在誕生之初就沒有發揮其批判立法的功能，甚至有研究指出，將法益論與刑事立法結合的說法是從二戰後才開始的，這種將法益理論認定為啟蒙主義的成果並藉此限制國家刑罰權的想法，乃是德國刑法學界對法益概念歷史的普遍誤解<sup>163</sup>。而在日後的發展過程中，法益概念有時也確實成為刑事立法擴張的中介，亦即透過法益概念的正當性外觀，將任何具有政策上管制必要的社會需求納入刑法的保護體系之下<sup>164</sup>。本文認為，上述理論史的觀察確實有其重要性，其明確指出法益概念有可能被濫用而成為當權者的工具或規訓機制，並不是任何冠上「法益」名稱的概念就想當然地能夠發揮批判立法的功能。然而，我們不必就此將視野侷限在法益概念被創設的歷史背景、或日後被濫用的發展上，而完全否定其存在批判立法功能的可能性，更重要的應該是，指出法益概念過去何以未能發揮批判立法的功能，並加以修正。

首先，從常見的法益概念或對其特徵的描述來看，例如比爾保納入宗教或社會倫理作為法益內涵<sup>165</sup>，或是賓丁(Binding)所稱，「法益是立法者眼中作為法共同體健全生活條件的事物」<sup>166</sup>，還是近代駱克信(Roxin)所稱「凡是對個人開展自由、

---

<sup>160</sup> 詳細的介紹與說明參見：高志明(2002)，〈刑法法益概念學說史初探：以德國學說為主〉，頁 16-26，國立台北大學法律學研究所碩士論文。

<sup>161</sup> 將 Gut 翻譯為「益」，參考自：許恒達(2011)，〈刑法法益概念的茁生與流變〉，《月旦法學雜誌》，138 期，頁 138；林倍伸，前揭註 146，頁 68。除此之外，另有翻譯為「財」者，如：高志明，前揭註 160，頁 33；鍾宏彬(2012)，〈法益理論的憲法基礎〉，頁 5-6，臺北：元照。或是翻譯為「利益」者，如：林育賢，前揭註 150，頁 12。

<sup>162</sup> 許恒達，前揭註 161，頁 142。

<sup>163</sup> 黃宗旻(2019)，〈法益論的侷限與困境：無法發展立法論機能的歷史因素解明〉，《臺大法學論叢》，48 卷 1 期，頁 164-165。

<sup>164</sup> 許恒達，前揭註 161，頁 147。

<sup>165</sup> 高志明，前揭註 160，頁 40-41。

<sup>166</sup> 高志明，前揭註 160，頁 57-58。

實現基本權以及為達成此目的而建構的國家體系功能所必要者，皆為法益<sup>167</sup>，其概念往往十分模糊，且內容不設限制地任由立法者(社會多數)的價值決定填充<sup>168</sup>，很容易想像的結果是，當批判標準是由被批判的對象自己決定時，將難以發揮其批判的功能。另一方面，儘管已經有不少學說嘗試以法益必須回歸個人／與個人產生關連的論述方式<sup>169</sup>，限縮空泛的法益概念，然而亦因為「個人關連性」的判準模糊而使其批判失去力道。舉例而言，當某種宗教、道德觀或社會禁忌為社會成員廣泛接受而與其生活方式緊密相連的時候，也很難說其不具有「個人關連性」，納粹象徵帶給多數德國民眾的負面感受，也能以此方式「還原至個人」，而使得德國刑法第 86a 條「使用違反憲法組織之符號標誌罪」具備法益適格<sup>170</sup>。除了標準模糊外，或許更為核心的問題在於，在盛行的利益理論(Utilitarianism)之下，所謂「法共同體健全生活條件的事物」、「對個人開展自由所必要」，以及「個人關連性」等概念其實都取決於「絕大多數人」或「過半數人」的意志，因而使得法益的概念會隨著社會上優勢群體的想法而恣意變動，少數人的偏好與選擇將可以透過利益衡量的觀點而被犧牲<sup>171</sup>。如此一來，在人際之間進行利益衡量的結果就是，法益概念不可避免地成為區分與排除的工具，它確保了多數人的偏好與選擇，同時卻以犧牲少數人的選擇作為代價<sup>172</sup>。

## 貳、以「普遍有效性」為要件的法益概念

如果不能夠接受上述法益概念成為鞏固多數人偏好並以少數人為代價的工具，就必須採納一個足夠具體的法益概念，且其內涵必須能夠與「所有」個人產生關連，

<sup>167</sup> 林倍伸，前揭註 146，頁 66。

<sup>168</sup> 依循法益概念之發展歷程提出的批判可見：許恒達，前揭註 156，頁 136-151；指出 Roxin 以基本法為導向的法益理論過於空洞化且未能指明法益具體內涵的批評見：林倍伸，前揭註 146，頁 66-67。另外，本文認為從 Roxin 接受「保護未來世代的生活基本基礎」以及「保護自然」作為法益的觀點而言，亦呈現其法益觀點的空洞與模糊，參見：Roxin, C.(著)，許絲捷(譯)(2012)，〈法益討論的新發展〉，《月旦法學雜誌》，211 期，頁 277-279。

<sup>169</sup> 關於法益一元論與二元論的爭議，可參考：鍾宏彬，前揭註 161，頁 227-249。

<sup>170</sup> 周濛沂，前揭註 144，頁 991-992。

<sup>171</sup> 政治哲學上對利益理論在此方面的批評，參見：Kymlicka, Will(著)，劉莘(譯)(2003)，前揭註 92，頁 49-60；Sandel, Michael J.(著)，陳信宏(譯)(2018)，前揭註 98，頁 94-110。

<sup>172</sup> 周濛沂，前揭註 144，頁 1007-1008。

亦即它必須具備「普遍有效性」。然而眾所皆知的是，作為自由的對象者，例如宗教信仰、道德觀點，必然會因人而異，甚或就同一個人而言也會隨著時間而改變，是以此必然不能夠符合普遍有效的要求，這使我們必須上溯「自由的對象」的共通前提，亦即自由本身來尋求這種普遍有效性，因為每個人的偏好與選擇必然存在差異，但使這些偏好與選擇成為可能的自由本身則是每個人皆具備的。因此，法益無非就是使所有人能夠和平共存的最低限度條件集合，亦即人的外在自由領域的具體化條件<sup>173</sup>，而其特徵與判準就在於，這些條件必須對每一個人的現實存有而言都是普遍有效的<sup>174</sup>。

在上述抽象層次的法益概念下，我們可以指出具體的法益內容，例如生命作為人的現實存有的基本前提，身體作為人的意志與外在世界的連結，一般行動自由使得個人可以按照有關自我狀態的想像而驅動身體改變外在事態，對物質的利用與歸屬得以確保人的存活，凡此皆是每個人的現實存有之必要條件，所形塑出地是屏除掉所有具體個人差異性後的最抽象人類形貌，符合普遍有效性的要求。

除了上述被歸類為古典個人法益的法益類型外，適格的集體法益也同樣必須具備普遍有效性的規範性特徵，這意味著集體法益必須是為了使外在自由領域的確保成為可能，而以非歸屬於個人的型態呈現的必要條件。反面而言，並非任何可能擴大個人任一方面的自由，或增加其特定生活規劃實現可能性的條件即為適格的集體法益，因為這些條件並非被全部人所需要，而是以侵害少數人的自由為代價來滿足多數人的偏好，不能符合普遍有效性的要求。舉例而言，由於人類是有限的理性存有者，因而沒有能力創設為所有人承認的外在自由領域界限<sup>175</sup>，同時也會因為經驗性條件的限制而違反理性行為準則<sup>176</sup>，因而透過國家的存在與其功能性運作來創設實證法秩序與貫徹其效力的體制，對於人類的和平共存而言即

---

<sup>173</sup> 周濛沂，前揭註 144，頁 1017。

<sup>174</sup> 周濛沂，前揭註 144，頁 1018。

<sup>175</sup> 周濛沂，前揭註 144，頁 1033。

<sup>176</sup> 周濛沂(2016)，〈刑罰的自我目的性：重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147 期，頁 297-300。

屬必要，國家的存續與其功能性運作乃屬確保人的外在自由領域的必要條件<sup>177</sup>，因而符合普遍有效性的要求<sup>178</sup>。反之，由於所謂的「性道德感情」與「社會風化」無非只是多數個別主觀意見的加總，僅是主體行使自由的結果，而與使其行使自由成為可能的必要體制條件無關，因此以「維護社會多數共通的性價值秩序」為理由而進行的刑事管制，將因為欠缺法益適格而不具正當性<sup>179</sup>。

由於本文並非法益理論的專論，相關論述僅是為展開對侮辱及誹謗公署罪的批判而奠基，因此除指出本文所採的法益理論及其判準並舉例說明外，將不再就個別法益的適格性討論。總結而言，在本文所採的法益概念下，所謂個人法益指的是「外在自由領域的具體化條件」，而「集體法益」則是指那些無法歸屬於個人，卻同為使外在自由領域的確保成為可能的必要條件，簡言之就是「法的關係之護衛性體制」<sup>180</sup>，而二者均以「普遍有效性」為其特徵及判準。

### **第三項 侮辱與誹謗公署罪的保護法益適格**

在前文中，本文已經指出刑法上的法益概念必須存在體系批判的功能，並說明本文所採法益概念之定義及其特徵與判準。以下，本文將依此標準檢視侮辱與誹謗公署罪可能的保護法益之適格性。

#### **壹、國家與政府機關的尊嚴**

在第一章所回顧的文獻中，可以發現早期學說見解確實有認為本罪的規範重點在於維護國家尊嚴，而就本文梳理相關規範發展歷史後得出的結論來說，也認為本罪可能蘊含 1934 年時立法者欲增訂「侮辱罪」來保護國家尊嚴之目的，是以，在此即有必要檢視所謂的「國家尊嚴」是否為刑法上適格的保護法益。

---

<sup>177</sup> 應注意的是，並非任何在現實上被歸類為「公務」的國家行為均屬此處所稱之國家功能性運作，其尚必須是確保個人的外在自由領域所必要者，詳細的說明參見：林倍伸，前揭註 146，頁 120-171。

<sup>178</sup> 周漾沂，前揭註 144，頁 1033-1034。

<sup>179</sup> 周漾沂，前揭註 144，頁 1035-1038。相對於此，釋字第 617 號解釋則肯定以「維護社會多數共通的性價值秩序」為理由的刑事規範之合憲性。

<sup>180</sup> 用語參考：周漾沂，前揭註 144，頁 1033。

首先，就說明本罪規範目的時，常出現的「威信」、「威權」、「國權尊嚴」等用語觀之，似可將文獻所稱的「國家尊嚴」理解為國家或是政府與人民之間的上下位階關係<sup>181</sup>，所謂保護國家尊嚴，正是指保護這種「國家／政府——人民」的上下位階關係。類似於上述想法，在英美法上對於「誹謗政府罪(Seditious Libel)<sup>182</sup>」的討論中，也有論者指出可從「榮譽(honor)」觀點的名譽概念來理解該罪，亦即該罪是在保護「社會上關於位階秩序的共識(the consensus of the society with regard to the order of precedence)」<sup>183</sup>。對此主張的反駁則是，首先，如前文所述，國家與政府相對於人民的關係並非一種上對下的階層關係，其無非只是為協助人民實現自由而存在的工具，也僅在此範圍內國家與政府的存在及運作才有意義。因此，從政治哲學的角度來看，既然根本不存在國家／政府相對於人民的上下位階關係，自然也不存在透過刑法規範加以保護的可能。其次，從法益理論的角度出發，除非我們接受霍布斯的觀點，否則實在很難說國家／政府高於人民的位階關係，是每個人實現自由不可或缺的條件，這種位階關係無非只是過去從神權到君權神授，再到威權統治的遺留，儘管可能還存在於當代部分人的心中，但其並不具備法益概念所必須的「普遍有效性」，因而不具法益適格。

另一種對於「國家尊嚴」可能的理解，則不是上述客觀面國家／政府優先於人

---

<sup>181</sup> 這種國家優先於人民的觀點，從我國刑法分則「國家法益—社會法益—個人法益」的排序亦可窺知。

<sup>182</sup> 一般認為 Seditious Libel 的發展源於英國普通法在 1605 年於誹謗(libel)概念下發展出的次類型「誹謗官員」(libel of magistrates)，並於十七世紀後半葉逐漸擴及適用於誹謗政府的行為，以之作為對批評政府言論的規制手段。在美國法的發展上，除在殖民地時期英國政府即以 Seditious Libel 作為控制殖民地人民的手段，於獨立後不久的 1798 年亦制定「危害治安法(sedition act)」，規範「凡直接或間接藉著述、出版或流通發行虛妄、誹謗及惡意中傷之作品，而意圖侮蔑反對政府、國會、或總統，或煽動人民憎恨政府，抗拒法律或總統履行法律之措施，或協助他國以對抗美國人民或政府者，得處二千元以下罰金及二年以下徒刑」(該法於 1801 年因有效期間屆滿而不再適用)。鑑於上述規範與我國法上的侮辱與誹謗公署罪皆是在規制人民批判政府的表意行為，具有相似性，故本文認為相關討論亦可置於我國法的脈絡下加以檢視。關於英國法上 Seditious Libel 的發展參見：Hamburger, P. (1985). The Development of the Law of Seditious Libel and the Control of the Press. *Stanford Law Review*, 37(3), 698-759；美國法上的發展可參考：Wells, C. E. (2011). Lies, Honor, and the Government's Good Name: Seditious Libel and the Stolen Valor Act. *UCLA Law Review Discourse*, 59, 149-152；張福建(2004)，〈政治言論自由與社會正義：羅爾斯的觀點〉，《政治與社會哲學評論》，9 期，頁 44-49。

<sup>183</sup> Post, R. C. (1986). The social foundations of defamation law: Reputation and the constitution. *California Law Review*, 74(3), 702-703.

民的位階關係，而是主觀面人民對於國家、國族的情感，此點可由早期文獻所述「公署為國家行使治權之處所，乃國權尊嚴，『人民信仰之所寄託』」<sup>184</sup>得到印證。所謂保護國家尊嚴，也就是在維護人民對於國家以及國族的情感，亦即將「公署」理解為國家的象徵，藉由禁絕對於公署的誹謗及侮辱行為，達到確保人民之國家／集體意識之目的。這種對於「國家象徵」的保護，在本文前述關於政治哲學的討論中已有提及(見第二章第一節第二項參、)，在刑法方面，部分文獻在討論刑法第160條侮辱國旗罪的合憲性時亦曾論及，較為可惜的是，可能囿於現行違憲審查的實務運作，其要不是不經實質說理就逕認「維護國家象徵」可作為基本權限制的「重大利益」<sup>185</sup>，就是不積極否定其屬「重大利益」，而將合憲與否的重點置於「手段必要性」的審查<sup>186</sup>。本文認為，這正顯示出僅以憲法比例原則來審查刑事立法正當性的不足，欠缺一個前實證的法益概念，將導致對立法者／多數人的價值判斷毫無保留的接納，進而形成對於少數的壓迫<sup>187</sup>。

在先前對於集體意識的討論中(第二章第一節第三項壹、二、)，本文已經指出「集體意識是當代社會及體制運行的重要條件」的說法並無合理的根據，相關體制得否順利運行，真正仰賴的是國家透過強制力完成其任務，集體意識或國族認同的功能無非是被過度強調。誠如學者所言，「人民愛不愛國，繫乎國家可不可愛」<sup>188</sup>，所謂的憲政認同，是民主國家中人民行使政治自由的結果，而不是前提<sup>189</sup>。人民對於國家、國族的認同與情感可能是多元而分歧的，此規定本質上就是透過刑罰

---

<sup>184</sup> 陳綱，前揭註16，頁104。引號為筆者所加。

<sup>185</sup> 林孟皇(2017)，〈侮辱國旗罪合憲性問題初探〉，頁13。載於：[https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt\\_article.aspx?AID=D000023740](https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000023740)(最後瀏覽日：06/27/2019)。關於「國家象徵」的意義，僅論及：「國旗作為一個象徵，可以團結人民、彰顯愛國情操，而且國旗作為憲法上所明定的國家象徵，本於國家尊嚴的維繫，固然應享有一定的尊榮性。」前段的「團結人民」勉強可以稱作理由，後段以「國家尊嚴的維繫」來肯認「國家象徵的尊榮」，則只是循環論證。

<sup>186</sup> 謝佳穎(2014)，〈明顯而立即危險原則之回顧與前瞻〉，頁198，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。其對侮辱國旗罪合憲性的論述如下：「縱算刑法第160條『維護國家象徵』之目的或可稱為重大利益，但其手段絕非『必要』，用強制、刑罰的手段，來建立『正統價值觀』，是民主多元國家所不容的，故該法應屬違憲無效。」

<sup>187</sup> 詳細說明可參考本節第一項。

<sup>188</sup> 李惠宗(2000)，〈拒絕向國旗敬禮的小子：愛國與表現自由〉，《月旦法學雜誌》，59期，頁17。

<sup>189</sup> Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter, S.357 f. 轉引自：鍾宏彬，前揭註169，頁287。

來保障社會上多數人對於國家或國族的想像，不會因為作為國家象徵的公署受到侮辱或誹謗而被影響，被保護的其實是多數人行使自由後的選擇與偏好，並非使每個人的自由成為可能的條件。據此，將上述內容連結到本文所採的法益概念，可以發現第二種理解「國家尊嚴」的說法，也會因為不具備「普遍有效性」而欠缺法益適格。

## 貳、公署的名譽

如前文(第一章第二節第三項壹、)所述，亦有學者認為本罪乃在保護公務處理之信譽，似乎是從名譽、信用法益的角度立論者<sup>190</sup>，因而在此有必要探討所謂「公署的名譽」是否具有刑法上的法益適格。

所謂名譽，學說一般將其分為內部名譽(感情名譽)與外部名譽，前者係指一個人對於社會就其人格價值評價的主觀感受或反應，後者則指社會對於一個人的人格價值所為評價<sup>191</sup>。雖然目前對於妨害名譽罪章的犯罪所保護的「名譽」內涵存在歧異，有認為無論是公然侮辱罪或誹謗罪，均係以複合內部名譽與外部名譽的「名譽法益」作為保護對象<sup>192</sup>，亦有認為公然侮辱罪與誹謗罪係分別保護內部名譽與外部名譽的規範<sup>193</sup>，不過，至少多數觀點均認為內部名譽僅有「自然人」得以享有，而不及於法人或非法人團體<sup>194</sup>。因此，此處所稱「公署的名譽」，應該僅可能是指社會大眾對於公署的評價，或者，也可被理解為人民對於公署及公務體制的信賴。

---

<sup>190</sup> 韓忠謨，前揭註 18，頁 108。

<sup>191</sup> 盧映潔，前揭註 19，頁 567-575。

<sup>192</sup> 林山田(2005)，《刑法各罪論(上)》，五版，頁 256，臺北：元照；高金桂(2002)，〈論刑法對個人名譽保護的必要性及其界限〉，收於：甘添貴教授祝壽論文集編輯委員會(編)，《刑事法學之理想與探索：甘添貴教授六秩祝壽論文集》，頁 185，臺北：學林文化。實務見解亦採此說，臺灣高等法院高雄分院 103 年度上易字第 495 號判決謂：「刑法為保護個人之名譽，設妨害名譽罪章，對於侵害個人名譽者，科以刑責，用以保護被害人之名譽。而所謂名譽者，係指個人人格在社會生活上所受之尊重，乃社會客觀上對於個人之肯定與尊崇，以及個人主觀上榮譽感之複合概念。」

<sup>193</sup> 盧映潔，前揭註 19，頁 567-575；謝庭晃(2005)，《妨害名譽罪之研究》，頁 132-136，輔仁大學法律學研究所博士論文。

<sup>194</sup> 盧映潔，前揭註 19，頁 571；謝庭晃，前揭註 193，頁 169-171。應說明的是，雖有見解認為法人亦得作為公然侮辱罪的行為客體，不過這是因為其將本罪所保護的「名譽」理解為複合內部名譽與外部名譽所致，參見：廖正豪(1976)，〈妨害名譽罪之研究(上)〉，《刑事法雜誌》，20 卷 4 期，頁 19。

就本文所採的法益概念而言，個人名譽之所以要受到保護，是因為他人對於一個人的認同與評價，是其參與社會溝通與交往的前提<sup>195</sup>，亦即名譽是個人實現自由的具體化條件。然而，「公署的名譽」則無法從這個角度加以理解，因為公署終非個人，其自身並非目的，故僅能從集體法益的角度加以觀察。如前所述，「集體法益」指的是那些無法歸屬於個人，卻使外在自由領域的確保成為可能的必要條件。然而，有疑問的是「公署的名譽」究竟與「個人外在自由領域的確保」有何關聯？可以想像的是，「公署的名譽」絕不是直接指向使個人自由成為可能的條件，侵害公署的名譽，也就是破壞他人對於公署的評價或信賴的行為，並不當然就會侵害確保個人自由的必要體制，這中間仍必須透過一些因素加以連接，而這個因素無非就是國家公權力的運作，僅當侵害公署名譽的行為足以影響國家公權力的正常運作時，才會發生確保個人自由的必要條件的破壞<sup>196</sup>。這涉及的是人民對於公署的評價及信賴和公務運作之間的關聯，本文將於稍後再作進一步的討論(見本章第三節第四項壹、)。論述及此，我們會發現著墨於「公署的名譽」其實是不必要的，因為真正的關鍵還是在於公權力的正常運作。「公署的名譽」本身並非確保個人自由的必要條件，因而不具法益適格，更重要的是，對於它的關注會使得集體法益概念的內涵變得模糊，這種「公署名譽」的說法存在著將政府機關與個人相提並論的隱喻，一旦我們忽略二者的區別，就有可能會誤以為保護「公署名譽」與保護「個人名譽」具有類似性，且可享有相同的正當性基礎。本文認為，必須揚棄此說法，才能使我們脫離以國家或政府為主體的思考，進而更專注於以個人為核心的思考，並正確掌握集體法益應該如何「歸屬於個人」。

### 參、國家公權力的正常運作

如本文先前所述(見本節第二項貳、)，由於人類僅是有限的理性主體，個人無

---

<sup>195</sup> 周濛沂，前揭註 144，頁 1019。

<sup>196</sup> 相同觀念：鍾宏彬，前揭註 169，頁 286。

法創設為所有人承認的外在自由領域界限<sup>197</sup>，同時也會因為經驗性條件的限制而違反理性行為準則<sup>198</sup>，因而透過國家的存在與其功能性運作來劃定個人的外在自由領域界線並加以確保，對於人類的和平共存而言即屬必要。具體而言，可以從目前憲政思想上流行的「三權分立」觀點來理解公權力運作與個人自由之間的關聯<sup>199</sup>。首先，「立法權」透過制定實證法劃定個人的外在自由領域界線，「行政權」則在具體情狀中適用抽象的實證法，使得其效力得以被真正貫徹，「司法權」則透過適用實證法化解人際間外在自由領域的衝突，三種權力彼此之間透過互相合作來完成協助個人實現自由的任務<sup>200</sup>。

應予說明的是，無論是行政權、立法權，或是司法權，其有效運作之所以被認為具有法益適格，乃是因為各該具體的權力內涵屬於個人實現自由不可或缺的條件，因此並非任何在政治上，或者行政法上被歸類為該等權力者，均屬刑事法應加以保護的對象<sup>201</sup>。反面而言，以「個人實現自由不可或缺的條件」為內涵的集體法益，並不當然會推導出刑法上設想的國家僅能是自由至上主義者(Libertarianism)筆下的「守夜者國家(night-watchman state)」，因為個人自由能否實現，在現實層面上仍要考量到相關經驗性條件的限制。白話而言，一個三餐不繼，連生命都危在旦夕的人是談不上自由的，因而被歸類在社會國理念下的社會救助制度，同屬個人實現自由不可或缺的條件，就算非屬「守夜者國家」的任務，仍屬刑法上的「公務」<sup>202</sup>。

綜上所述，就最簡要的方式而言，我們可以說，「國家公權力的正常運作」具

---

<sup>197</sup> 周濛沂，前揭註 144，頁 1033。

<sup>198</sup> 周濛沂，前揭註 176，頁 297-300。

<sup>199</sup> 雖然我國採行行政、立法、司法、考試、監察五權分立的「五權憲法」，惟一般認為「考試權」為行政權的一環，「監察權」則為司法權的一環，因此在本質上仍得以三權分立的觀點來理解。

<sup>200</sup> 林倍伸，前揭註 146，頁 119-120。

<sup>201</sup> 例如，論者即指出我國憲法第 42 條賦予總統的「授與榮典權」僅是在人人平等的社會中標示出某些人的功勳，使其高人一等，與確保人民權利無關，故「授與榮典權」應非自由法治國家中的「公務」。此例以及其他從我國憲法上對於國家權力的規範出發，探討是否屬於刑法上的公務概念者，參考：林倍伸，前揭註 146，頁 122-171。

<sup>202</sup> 林倍伸，前揭註 146，頁 167-170。

備刑法上的法益適格。不過，在個案上，究竟哪些國家任務得以透過刑事立法加以保護，仍必須具體判斷其是否屬於「確保個人實現自由的必要條件」而定。

#### 肆、小結

在上文中，本文首先指出無論是從「國家／政府對人民的位階關係」，或是「人民對於國家／國族的情感」之觀點來理解「國家與政府機關的尊嚴」，其皆不具備法益適格。其次，「公署的名譽」誤認國家與政府本身得以作為目的，忽略其功能運作對於人民實現自由的必要性才是應受保護的關鍵，亦不具備法益適格。最後，本文指出僅有「國家公權力的正常運作」才是具備法益適格的主張。因此，接下來關於侮辱及誹謗公署罪規範正當性的討論，只要進一步探討相關行為對於「國家公權力的正常運作」會有何影響即可，具體而言，即是要探討侮辱或是誹謗公署的行為，是否真的會對此法益造成侵害，以及該等行為與法益侵害間的路徑為何。

### 第三節 侮辱與誹謗公署罪的法益侵害路徑

#### 第一項 概說

相較於同樣以「國家公權力的正常運作」作為保護法益的妨害公務罪(刑法第135條第1項)，行為人是透過強暴脅迫的方式，「直接」干預公務員正在依法執行的公務，本罪所涉及的侮辱及誹謗公署行為，與國家公權力的運作間似乎沒有明顯的關聯。不過，實務見解曾經指出本罪之規範目的係透過對公務機關本身的威信，加以保障，藉此間接保障國家公權力之行使、法律制度之運行與公任務之達成，且認為當對於公署之侮辱、謾罵，已經足以引起一般人民對於公署、其循以運作之制度可靠性或可信賴性受到減損或破壞時，即應認已逾越言論自由保障範圍而成立本罪<sup>203</sup>。據此，我們可以大略描繪出本罪可能的法益侵害路徑：行為人對於公署的侮辱或誹謗行為，可能造成人民對於政府機關以及公權力運作的非難

---

<sup>203</sup> 臺灣高等法院 105 年度上易字第 509 號判決參照。

與不信賴，並進而使得國家公權力的正常運作受到影響，亦即「侮辱／誹謗公署——對公署的非難與不信賴——公權力無法正常運作」的間接侵害路徑。在接下來的討論中，則應進一步檢討此法益侵害路徑的預設是否正確，亦即侮辱與誹謗公署的行為是否確實會影響人民對於政府的評價或信賴(階段一)？若人民不信賴政府或評價不佳，是否確實會造成公權力無法正常運作(階段二)？

此外，由於本文所要探討的侮辱及誹謗公署罪所涉及的行為態樣，分別為刑法第 140 條關於「公然侮辱公署」的行為，以及集會遊行法第 30 條「集會、遊行時，以文字、圖畫、演說或他法，侮辱、誹謗公署」的行為，簡而言之，即是包含「侮辱」與「誹謗」二種行為態樣在內。因此，在依循上述步驟檢驗本罪的法益侵害路徑前，有必要先探討侮辱與誹謗行為個別的內涵為何。以下將先說明侮辱與誹謗的區分，再分別檢驗侮辱公署行為與誹謗公署行為是否契合上述的法益侵害路徑。

## 第二項 侮辱與誹謗的區分

關於侮辱與誹謗的區分，首先可從立法歷程切入觀察。如前文(第一章第二節第二項壹、)所述，在立法過程中，雖然在 1918 年以前「侮辱」具有指摘事實妨害他人名譽之意，不過在 1918 年妨害名譽罪章仿效外國立法例區分侮辱與誹謗後，很明顯地顯示出立法者有意區別二者，立法理由對其區別有如下說明：「稱侮辱者，以言語或舉動相侵慢而言；稱誹謗者，以指摘或傳述足以毀損他人名譽之事而言。二者之區別，若侮辱則無所謂事之真偽，至誹謗則於事之真偽應有分辨者。」

在實務見解方面，基本上採取司法院院字第 2179 號解釋所樹立的標準，認為誹謗乃指摘或傳述具體事實的行為，侮辱則是未指摘具體事實而為的抽象謾罵<sup>204</sup>。

---

<sup>204</sup> 司法院院字第 2179 號解釋：「刑法上之公然侮辱罪。祇須侮辱行為足使不特定人或多數人得以共見共聞。即行成立。(參照院字第二〇三三號解釋)不以侮辱時被害人在場聞見為要件。又某甲對多數人罵乙女為娼。如係意圖散布於眾而指摘或傳述其為娼之具體事實。自應成立刑法第三百十條第一項之誹謗罪。倘僅謾罵為娼。並未指有具體事實。仍屬公然侮辱。應依同法第三百零九條第一項論科。」其他採相同見解的判決如：最高法院 86 年度台上字第 6920 號判決、臺灣高等法院高雄分院 98 年度上易字第 686 號判決、臺灣高等法院 100 年度上易字第 611 號判決。

就學說見解而言，則在細節上有所不同，有認為應以「事實真偽之可驗證性」為標準，亦即侮辱的內容並無事實驗證的必要與可能性，而對於誹謗的內容則有驗證真偽之必要與可能<sup>205</sup>；有認為侮辱是意見表達，而誹謗則為事實陳述<sup>206</sup>；有認為侮辱係行為人不指摘具體事實而為抽象謾罵，而誹謗則是指摘傳述足以毀損他人名譽的具體內容<sup>207</sup>；有認為應以「是否涉及事實」加以區分，亦即凡是行為人的言論中涉及事實者即應歸類於誹謗，言論中完全無涉事實者則屬侮辱。採此說的論者並主張，所謂涉及事實只要能從言論的內容中嗅出背後存有事實者，即為已足。例如，形容他人是「黃鼠狼給雞拜年(不安好心)」，其實是行為人透過此俗諺隱喻的意涵來取代事實的指陳，因此亦應歸於誹謗的規範範圍內<sup>208</sup>。另外，與多數見解不同的是，亦有少數見解認為「侮辱」泛指的是踐踏他人尊嚴的行為，包含各種辱罵、譏諷以及其他令人難堪之言語舉動，並未排除以「指摘事實」的方式進行<sup>209</sup>。

本文認為，上開大多數的學說見解與實務見解並未存在根本的對立，僅是從不同視角提出區別侮辱與誹謗的具體標準而已。最抽象而言，我們可以將侮辱的內容稱作意見表達，而誹謗的內容則為事實陳述。具體而言，意見表達是一種非指摘具體事實的言論，其本身固然可能是基於行為人對特定事實的理解而發，或本身所陳述的內容在形式上也可檢證其真偽，不過就該語境下並無檢證的必要或可能。反之，事實陳述則是對於在語境下有必要與可能檢證真偽的事實，所為的具體指摘。舉例而言，稱他人是「黃鼠狼給雞拜年」，縱然其隱喻他人的作為是「不安好心」的，不過由於無從得知是哪個作為「不安好心」，且究竟怎麼樣的行為才是「不安好心」人言言殊，因此可謂沒有檢證真偽的必要與可能，該言論應歸類為侮辱。又如，稱某公務員「辦事沒有一件合法」，即便在形式上有可能檢證其真偽，

---

<sup>205</sup> 林東茂(2007)，《刑法綜覽》，五版，頁 2-85-89，臺北：一品。

<sup>206</sup> 林鈺雄(2003)，〈誹謗罪之實體要件與訴訟證明：兼評大法官釋字第五〇九號解釋〉，《臺大法學論叢》，32 卷 2 期，頁 72。

<sup>207</sup> 林山田，前揭註 192，頁 253。

<sup>208</sup> 張志隆(2005)，《公然侮辱與誹謗罪規範之適用與區辨》，頁 152-153，國立成功大學法律學研究所碩士論文。

<sup>209</sup> 徐育安(2015)，〈公然侮辱與事實指摘〉，《月旦法學教室》，153 期，頁 28。

但事實上並無可能對該公務員經辦的「每一件事」個別檢驗其合法性，故該言論無非只是抽象指陳該公務員違法亂紀的侮辱行為而已。至於，院字第 2179 號解釋及學說上常討論的「指稱他人為娼妓」的言論，則必須視陳述當時的語境為斷，院字第 2179 號解釋以具體指摘或抽象謾罵作為區別的方式，基本上可資贊同<sup>210</sup>。由上述內容可知，本文否定論者以「是否涉及事實」作為區分的方式，因為若採論者所謂「只要能從言論的內容中嗅出背後存有事實者，即屬誹謗」的標準，縱使如「納粹」、「狐狸精」等用語，仍可以基於其之所以作此評價的背後事實，而將之歸類為誹謗行為<sup>211</sup>，在難以想像有何侮辱行為背後沒有事實作為基礎的情況下，侮辱的行為態樣將會完全被架空。

在形式的區分問題背後，更重要的毋寧是區分侮辱與誹謗的實質基礎何在。一般認為，刑法上構成要件的設計與解釋，無非就是將對於保護法益的侵害行為加以類型化，因此有學說指出刑法上公然侮辱罪與誹謗罪的根本差異，其實在於保護法益的不同，前者是對於「感情名譽」的保護，而後者則是對於「外部名譽」的保護<sup>212</sup>。由此主張可以進一步推知，上述對於「侮辱」與「誹謗」的各種定義，僅是在嘗試盡可能地將侵害感情名譽與外部名譽的行為類型化並標示出來，與其在定義上打轉，不如關注表意行為造成的效果而區分其應適用公然侮辱罪或誹謗罪即可。本文認為，暫且不論感情名譽是否具備法益適格的爭議<sup>213</sup>，上述說法對於現行法中的公然侮辱罪及誹謗罪，確實屬於正確的理解方向。不過，若要將這種對於個人法益妨害名譽罪章的討論直接移植到侮辱及誹謗公署罪，恐怕不是一個適切的作法。理由在於，在先前的討論中，本文即已指出非屬自然人的「公署」是不

---

<sup>210</sup> 若是抽象謾罵他人為娼妓，在當前的社會語境下應是作為「淫蕩」的代稱，對於該他人究竟是否為娼妓並無檢證的必要，若是具體指摘他人為娼妓，則該他人為娼妓與否即有檢證的必要。

<sup>211</sup> 這並非本文對該說法的進一步引申，而是論者在文中有舉出的例子。參見：張志隆，前揭註 208，頁 154-155。

<sup>212</sup> 黃東熊(1998)，《刑法概要》，頁 414，臺北：三民；甘添貴(2001)，《體系刑法各論(第一卷)》，頁 328，臺北：瑞興；謝庭晃，前揭註 193，頁 157-161。

<sup>213</sup> 吳耀宗(2013)，〈「可恥」VS.「操你媽的 X」：評臺灣高等法院臺南分院一〇一年度上易字第二四二號刑事判決及臺南地方法〉，《月旦裁判時報》，19 期，頁 49；蔡惟安(2018)，《法治國的人與神：褻瀆祀典罪之正當性與解釋適用》，國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文，頁 94-100。

具有「感情名譽」的，公署的名譽無非就是指社會大眾對於公署的評價(外部名譽)<sup>214</sup>，因此，若依上述見解而主張侮辱公署罪是在保護其感情名譽，誹謗公署罪則在保護其外部名譽，無異於完全否定侮辱公署罪存在的可能性。基於同樣的道理，少數見解著眼於「侮辱」是對他人「尊嚴」的踐踏，而認為此概念並不排除事實指摘的說法，在公然侮辱罪的討論上雖有其見地，卻不能直接套用至侮辱、誹謗公署罪的討論，因為，如同本文先前已經指出的，公署的「尊嚴」並非本罪的規範重點所在。據此，本文認為在以下關於法益侵害路徑的討論中，仍應依循上開多數見解關於侮辱及誹謗的區分方式，分別探討該行為對於「國家公權力的正常運作」會有何影響，不過上述侮辱與誹謗分立係表彰不同法益侵害的觀點，也值得作為分析時的參考。

### 第三項 侮辱公署與國家公權力的正常運作

侮辱公署的行為係指針對國家機關的意見表達或抽象謾罵，而不具有驗證真偽的必要與可能。例如在法院與地檢署門口的機關名銜石碑上噴漆「社會人渣、吃案」<sup>215</sup>、在縣政府上班時間朝縣府辦公大樓扔擲雞蛋<sup>216</sup>、將折疊椅砸向分駐所大門<sup>217</sup>，或在網站上刊登「淫賤營建署」、「在財團面前不可一世的主管機關首長包括警分局長都像吃狗飼料長大的」等文字<sup>218</sup>，均在實務上被認定為侮辱公署之行為。

如同在前文中所述，在公然侮辱罪中對侮辱行為的界定，其本質上是在描繪出侵害感情名譽的行為類型，而與外部名譽的侵害不太具有關聯。舉例而言，辱罵他人三字經，在一般的社會脈絡下，並不會對於被辱罵之人有何負面評價，反倒是對於口出惡言之人，一般人皆會給予其不好的評價<sup>219</sup>。實務見解亦曾正確地指出，被指摘者不會因為幾句粗俗言詞就受到社會上負面評價，毋寧反是說出此

---

<sup>214</sup> 必須再次重申，在本文的觀點下，公署的名譽並非刑法上適格的保護法益。

<sup>215</sup> 臺灣高等法院花蓮分院 92 年度上易字第 170 號判決參照。

<sup>216</sup> 臺灣高等法院臺中分院 95 年度上易字第 1421 號判決參照。

<sup>217</sup> 臺灣高等法院 101 年度上易字第 339 號判決參照。

<sup>218</sup> 臺灣高等法院 101 年度上易字第 2283 號判決參照。

<sup>219</sup> 謝庭晃，前揭註 193，頁 132-133。

類粗俗言詞的被告，會被社會評價為品位不佳、人品不良者，而遭致人格貶低的社會評價<sup>220</sup>。藉此觀點來觀察上述侮辱公署的行為，我們會發現，儘管地檢署的銜牌上多了「吃案」字樣的噴漆，一般人也不會就此認為該地檢署吃案；看見縣政府遭到抗議民眾蛋洗，一般人也不會因而確信縣府必然是作了什麼貪贓枉法的勾當，上開行為無非只是當代自由民主社會的日常。簡而言之，侮辱公署的行為與人民對於政府機關的負面評價之間，並不存在合理的因果關聯，與其說侮辱公署的行為會破壞人民對於政府的評價與信賴，不如說對於政府的不滿才是侮辱公署的起因。

由此可知，欲透過規制侮辱公署的行為來維護國家公權力的正常運作，可能根本是奠基於對法益侵害路徑的錯誤想像上。本文認為，這可能是因為立法者對本罪原初的想像，自始就不是以「國家公權力的正常運作」作為保護對象，而是著眼於已被本文否定具備保護法益適格的「國家尊嚴」之上，侮辱公署的行為雖然不會真正影響到公權力的正常運作，卻會侵害立法者心中想像的「國家尊嚴」。值得說明的是，曾有實務見解指出刑法第 140 條第 2 項之所以未將具體指摘政府機關的「誹謗公署」行為納入規範，是立法者有意賦予國民對於政府機關施政的自由討論空間<sup>221</sup>，然而若就維護公權力的正常運作而言，相較於個人主觀意見的表達，傳述具體指摘政府機關的不實事項，應該較有可能影響人民對於政府的評價，進而更有可能影響公權力的運作，且若欲賦予國民自由評論的空間，立法者一方面禁止僅是較為粗鄙的主觀意見，另一方面卻又容許可能根本非屬事實的具體指摘，亦顯失衡平。本文認為，實務見解在此的左支右絀更凸顯出，禁止侮辱公署的行為與維護公權力的正常運作間並無關聯，而僅透露出立法者對於「國家尊嚴」的虛幻想像而已。

綜上所述，對於可能且唯一適格的保護法益「國家公權力的正常運作」而言，

---

<sup>220</sup> 臺灣桃園地方法院 100 年度簡上字第 398 號判決參照。

<sup>221</sup> 臺灣高等法院 96 年上易字第 1082 號判決參照。

侮辱公署的行為與其侵害或危險並不具有合理關聯，故在立法論上應廢除本罪，即現行刑法第 140 條第 2 項、集會遊行法第 30 條關於侮辱公署罪之部分。

#### 第四項 誹謗公署與國家公權力的正常運作

誹謗公署的行為係指針對國家機關「不實」的具體指摘，而其內容具有驗證真偽的必要與可能，且所誹謗之事實必須要使一般人有信以為真的可能性始足當之<sup>222</sup>。應說明者係，我國刑法誹謗罪之成立並不以所誹謗之事係屬「不實」為限，僅在非屬私德而與公益有關的事項上，指摘「真實」內容而侵害他人名譽的行為才能阻卻違法<sup>223</sup>，此是因為誹謗罪之目的在於保障一個人事實上的外部名譽，亦即包含非基於事實的「虛名」在內<sup>224</sup>。然而，國家或政府機關的名譽並非適格的保護法益已如前述，自然也不存在其「虛名」應否受到保護的問題，從自由法治國的角度觀之，除了已受到刑法第 109 條、第 132 條保障的公務秘密外，指摘或傳述公務上的真實資訊，能增進人民對公共事務之瞭解、信賴及監督，並促進民主參與，同時也確保人民知的權利，應非法所不許<sup>225</sup>。據此，本文認為基於保護法益不同，對於本罪「誹謗」的解釋也不必與保護個人法益的誹謗罪相同，而應以指摘的內容「不實」為其要件。在具體案例中，可能該當誹謗公署的行為如在集會遊行接受記者訪問時聲稱「國防部有人在立法院裡頭，拿錢直接收買立委」<sup>226</sup>、或聲稱其個人基本資料「無端遭到法務部公開洩漏」<sup>227</sup>等。

相較於前述侮辱行為僅是個人抽象意見的表達，誹謗行為則具有對於特定具

---

<sup>222</sup> 在誹謗罪的討論上作此主張者見：謝庭晃，前揭註 193，頁 180-181。

<sup>223</sup> 關於刑法第 310 條第 3 項規定的性質，通說認為是法定之特別阻卻違法事由，惟學說上亦有認為是客觀處罰條件者，詳細的說明參見：謝庭晃，前揭註 193，頁 196-209。

<sup>224</sup> 陳子平，前揭註 19，頁 301。

<sup>225</sup> 事實上，為達成政府資訊公開，保障人民知的權利之立法目的，我國業已於民國 94 年制定政府資訊公開法。

<sup>226</sup> 臺灣臺北地方法院 94 年度易字第 258 號判決參照。應說明者係，本判決雖肯認上開言論該當集會遊行法第 30 條之「誹謗公署」要件，惟以行為人主觀上欠缺誹謗之實質惡意為由作出無罪判決。另外，本判決及維持本判決的上級審(臺灣高等法院 95 年度上易字第 775 號判決)係本文查詢到，實務上唯一適用集會遊行法第 30 條誹謗公署罪之判決。

<sup>227</sup> 案例事實參考臺灣高等法院 96 年度上訴字第 1313 號判決，惟本判決認為上開行為是該當刑法第 140 條第 2 項「侮辱公署」的行為，與本文的觀點不同。

體事實的不實指摘，確實有可能造成接收訊息者對於事實產生誤認，進而影響其對於政府機關的評價。例如，前述在接受媒體訪問時，指稱「國防部有人在立法院裡頭，拿錢直接收買立委」的行為，行為人指證歷歷、煞有介事的言論透過媒體的放送而由一般民眾接收，就有可能使得民眾誤以為國防部確實有派員收買立委，並因此使其對國防部產生負面的評價。

然而，應注意的是本罪並非以國家或機關的名譽作為保護法益，因此縱使誹謗公署的行為有造成國家或機關名譽之實害或危險，仍應進一步說明此實害或危險與本罪的保護法益——「國家公權力的正常運作」之關聯。直觀而言，對於政府機關的評價不佳，的確會影響人民配合或主動參與公權力運作的意願，進而對公權力的運作產生影響，然而並非任何現實上的影響皆有必要透過刑法介入，重點毋寧在於先釐清規範上哪些影響是國家機關必須自我調適的，而又有哪些是有必要透過刑法介入的，亦即公權力的運作在什麼情況下會由「正常」變為「不正常」。若不能明辨這點，那麼看似再微不足道的謊言，皆可能被濫行劃設出一條對於「公權力正常運作」的法益侵害路徑，例如在美國聯邦第九巡迴上訴法院 *U.S. v. Alvarez*<sup>228</sup>一案中，政府方即主張謊稱獲頒榮譽勳章(Medal of Honor)<sup>229</sup>的行為，玷汙了該勳章所表彰的榮譽與尊嚴，且進一步侵害曾獲頒該勳章之人的榮譽，並透過對於士氣的打擊潛在地影響軍事活動，因而處罰該行為係基於合理的理由<sup>230</sup>。

為了避免上述那種恣意且擴張的法益侵害連結，在以下內容中，本文將嘗試針對「對公署的非難與不信賴——公權力無法正常運作」之法益侵害路徑，作更為細緻的分析與討論，以期能釐清在何種情況下，誹謗公署的行為將會真正造成公權力正常運作的侵害。

#### 壹、評價／信賴之於公權力運作的關聯

<sup>228</sup> *U.S. v. Alvarez*, 617 F.3d 1198 (9th Cir. 2010).

<sup>229</sup> 由美國政府頒發的美國最高軍事榮譽，授予那些「在戰鬥中冒生命危險，在義務之外表現出英勇無畏」的軍人。

<sup>230</sup> Wells, C. E., *supra* note 182, at 156-157.

一般而言，個人對於事物的評價或信賴將會成為其行動準據的一部分，例如看到烏雲密布的天空，就會決定帶著傘出門，或是曾經在某間餐廳吃到臭酸的料理，便從此將該餐廳列為拒絕往來戶<sup>231</sup>。同理可知，個人對於政府機關的評價當然也會成為其與政府機關往來，或參與近用公務時的行動準據。然而，這並不意味著這種「評價／信賴」本身就應該一般性地成為刑法保護的對象，除非我們能夠說清楚這種「評價／信賴」之於「公權力運作」的意義，否則這種評價或信賴就僅具有事實上的意義而不具有刑法上的規範性<sup>232</sup>。

有鑑於公務及組織的多元性與複雜性，在涉及不同公務類型的情形，人民對於政府機關的評價與信賴，對於「公權力運作」而言亦應存在不同的意義。基本上，我們可以將各種不同的公務類型，以其是否「以人民的主動參與近用作為運作的必要條件」為標準區分為二種類型。

在公務體制係以人民的主動參與近用作為其運作的必要條件之情形，若人民對於政府機關的評價不佳或缺信賴，可能因此而不願意近用該公務體制，進而造成整個公務體制功能性運作的毀敗<sup>233</sup>。舉例而言，司法體制就以人民的參與利用為其運作的必要條件，若社會上的大多數人皆不相信遇有紛爭時可以透過司法程序獲得公平的處理，因而拒絕參與利用司法體制，則整套國家透過司法權適用實證法化解人際間外在自由領域衝突之制度目的將會落空<sup>234</sup>。再舉一例，對於一個民主法治國而言，透過選舉制度決定執政者與民意代表，以及經由公民投票實現人民的創制、複決權，均屬確保國家運作符合民主原則的重要一環，而無論是選舉或公民投票，勢必皆有賴於人民的主動參與。因此，如果多數人民對於舉辦

---

<sup>231</sup> Luhmann, Niklas (著)，瞿鐵鵬、李強(譯)(2005)，《信任：一個社會複雜性的簡化機制》，頁 31-32，上海：上海人民。

<sup>232</sup> 觀念參見周濛沂(2017)，〈對賄賂罪保護法益的反思〉，《月旦刑事法評論》，5 期，頁 116-119。不過，在我國關於貪瀆犯罪的討論上，亦不乏有一般性地接受「對國家公務公正運作的信賴」作為保護法益的論者。見：李茂生(2002)，〈新修公務員圖利罪芻議〉，《月旦法學雜誌》，91 期，頁 163；許恆達(2014)，〈主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省〉，《臺大法學論叢》，43 卷 3 期，頁 738。

<sup>233</sup> 周濛沂，前揭註 232，頁 118-119。

<sup>234</sup> 周濛沂，前揭註 224，頁 119。

選務工作的機關不信賴，因而不願意參與投票，勢必將造成民主原則的危機，此時雖然形式上選務機關的「公務」內容未受影響(仍依法成功舉辦選舉)，但就該機關透過舉辦選舉實現民主原則的實質意義而言，該項公務之目的已然落空。

相較於上述的情形，某些公務類型僅是在單向實現法律規定的任務，無需人民的參與利用，其功能將不會因為人民的評價不佳或不信賴而毀敗<sup>235</sup>。舉例而言，警察基於警察職權行使法第 6 條第 1 項第 1 款及第 7 條第 1 項的規定，得在公共場所對其合理懷疑有犯罪嫌疑之人進行攔停及查證身分之任務，則無論受攔停人對於警察機關的評價如何、是否信賴，皆不會影響該項公務的實現。又例如，依據勞動檢查法第 14 條的規定，勞動檢查員為執行檢查職務，得隨時進入事業單位，由於勞檢制度無待雇主的主動參與利用，因此不論雇主對於勞檢機構的評價如何，都不會影響此項公務的實現。在此類情形，人民對於此類公務或公務機關的評價與信賴，可能就僅有事實上的意義，而欠缺刑法的規範性。

由上述分析可知，對於多元而複雜的各種公務類型而言，並不是所有對政府機關不信賴或評價不佳的情形均會導致公權力無法正常運作，而是要依據公務的類型作區分。當特定公務體制是以人民的主動參與近用作為其運作的必要條件之情形，透過對於公務機關「不實」的具體指摘，造成人民對於該機關的評價不佳或不信賴，因而拒絕參與利用該項公務，就有可能造成公權力無法正常運作。回到先前所舉的二個例子，在司法體制的情形，若行為人於集會遊行時基於誹謗公署的故意，誣指某地方法院長期以來均存在收賄的陋習，並具體提出捏造的書面資料作為佐證，可能造成人民對於該地方法院的評價或信賴減損，因而遇有紛爭時選擇透過私力救濟解決，而非尋求司法體制的協助，將會產生該項公務因為欠缺人民主動參與利用而崩潰的危險；在辦理選舉或公民投票的情形，若行為人於集會遊行時基於誹謗公署的故意，誣指某地方選委會早就把票作好了，並提出捏造的證據取信於人，呼籲大家不必浪費時間前往投票，可能造成人民對於該選委會

---

<sup>235</sup> 周漾沂，前揭註 224，頁 119。

的信賴減損，因而不願參與投票，將使透過選舉或公民投票實現民主原則之目的落空<sup>236</sup>。在這二個例子中，「誹謗公署——對公署的非難與不信任——公權力無法正常運作」的法益侵害路徑，似乎確實是可以被連結起來的。

## 貳、公務體制毀敗的累積特性

除此之外，雖然在日常生活中我們常常說「信賴度」有多少百分比，但實際上有意義的僅有「信賴／不信任」的二元區分，因為僅當「信賴度」跌破閾值而由「信賴」轉變為「不信任」時，才可能造成個人行為模式的轉變<sup>237</sup>。不過，究竟什麼時候人民對於政府機關的信賴度會跌破閾值，使得特定公務體制因為欠缺人民的主動參與利用而毀敗，並無法輕易的被確認。可以想見的是，除非在極端情形下，否則單一次的誹謗公署行為應該很難造成公務體制毀敗的結果，這就如同行使一張偽鈔也不至於造成整個貨幣制度毀敗、投放少量污染物不至於造成河川環境的崩解一樣。對於這種特性的理解，學說上關於「累積犯」的概念有深入的說明。累積犯的概念來自 1980 年代關於環境犯罪的討論<sup>238</sup>，主要源自於環境汙染問題中所謂的「集合性效果」，亦即環境媒介中存在著多重的有害物質而導致一定的效果，而此種效果正好是符合個別之環境利用行為在集合狀態下所發揮的作用<sup>239</sup>。事實上，此概念不僅僅是在環境汙染問題中才會出現，在前文所述的貨幣體制、公務體制等情形中，同樣也存在這種「單一行為僅會造成微量影響，但是累積大量同類行為突破『閾值』之後將會量變產生質變，造成制度的崩解」的情形<sup>240</sup>，這種微量風險聚積終致侵害結果出現的法益侵害路徑，即是累積危險行為的特性。

---

<sup>236</sup> 必須說明的是，此行為可能該當公職人員選舉罷免法第 104 條「意圖使候選人當選或不當選，或意圖使被罷免人罷免案通過或否決者，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人」的要件(公民投票法則無類似規定)，主要是著眼於此行為對於「選舉權」的侵害，此並不排除本文從「選務」此項公務背後實現民主原則的實質意義出發，而認為此情形可能也構成對於「公權力正常運作」的侵害。

<sup>237</sup> Hefendehl 關於信賴的說明，參考：郭智安(2014)，〈累積危險行為於犯罪構成上的意義〉，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 25。

<sup>238</sup> 鍾宏彬，前揭註 161，頁 251。

<sup>239</sup> 古承宗(2018)，〈評析 2018 年新修正之刑法第一九〇條之一：以抽象危險犯與累積犯之辨證為中心〉，《中正大學法學集刊》，61 期，頁 194。

<sup>240</sup> 蔡惟安，前揭註 213，頁 106-107。

由於體制的崩解將帶來的是不可回復且巨大的損害，不可能等待實害結果出現才加以介入<sup>241</sup>，因此，有論者即基於對上述累積危險行為特性的認識，指出應該以「假設性的行為總體」作為開啟不法歸責的基礎，即便個別行為不足以直接導致損害，但為避免其與其他同類型的行為共同作用後產生「潰堤效應」，造成無法回復的體制毀敗，禁止個別產生微量風險的行為即屬必要<sup>242</sup>。然而，基於累積危險行為的特性，是否必然能夠推導出處罰「累積犯」的正當性，特別是針對僅產生微量風險，甚或是根本不具危險性但可能引起他人製造風險的行為之管制<sup>243</sup>，本文認為恐怕不盡然如此。理由在於，如果僅著眼於個別行為與其他行為共同作用後產生的潰堤效應，而忽略個別行為與「法益侵害或危險」的距離，進而肯認一切在累積危險歷程中的微量風險行為或無風險行為的可罰性，恐將使得刑法規範偏離法益保護之目的，實質上淪為反覆確認規範效力的工具<sup>244</sup>。另外，如果僅僅因為無法確知累積危險歷程轉變為法益侵害的閾值，就將此歷程中「微不足道的影響」與「重大貢獻」相提並論，指為單一且抽象化的可罰「累積危險行為」，顯然也有失衡平。

本文認為，累積危險行為的特性並不必然能夠推導出處罰「累積犯」的正當性，不過關於此概念的討論提醒我們的是，在單純的「行為——結果」的法益侵害路徑之外，尚存在這種「單一行為僅會造成微量影響，但是累積大量同類行為突破『閾值』之後將會量變產生質變，造成制度的崩解」的情形，且由於此閾值的不可測性<sup>245</sup>以及制度崩解的嚴重性，使得我們不太可能等待實害結果出現才加以介入，因

---

<sup>241</sup> 王皇玉(2008)，〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159期，頁241。

<sup>242</sup> Kuhlen 關於累積犯的討論，見：古承宗，前揭註239，頁195-208。

<sup>243</sup> 例如將自家廚餘廢水排放進入小溪，雖然該廢水可以因為生物性分解而無害於水體的品質，但在人類自私利己的功利計算下，此行為即可能引起他人仿效而順勢排放廢水，藉此降低廢水處理的成本與被揭露的風險，而在後續排放的廢水中，即有可能帶有會造成水體有害變更的物質。見：古承宗，前揭註239，頁195-206。

<sup>244</sup> 古承宗，前揭註239，頁209-211。

<sup>245</sup> 舉例而言，根據天下雜誌於2016年所作的「台灣社會信任度調查」，僅28.4%的民眾表示對「法官」感到信任、25.9%的民眾表示對「司法體系」感到信任，「信賴度」看似已經跌到谷底，但我國的司法體制在運作上也未見有重大障礙，甚或是瀕臨崩潰的情形。見：天下雜誌網站，<https://www.cw.com.tw/article/article.action?id=5076475> (最後瀏覽日：05/13/2019)。

而所謂的「累積犯」，本質上是「抽象危險犯」的一種下位類型<sup>246</sup>。如果我們回到作為抽象危險犯正當性條件的「典型危險」的要求，那麼即便我們承認要找到對制度信賴崩毀的絕對閾值是一件不可能的事，必須容忍此概念存在一定的模糊性，但我們仍有必要盡量去探求此閾值的大致邊緣，將重點放在那些可能會「壓垮駱駝的最後一根稻草」上，而非累積危險歷程中無關緊要的行為。也就是說，並不是在累積危險歷程上的每個點都應該被同等對待，我們仍有必要檢驗某個特定行為是不是建立在既存的風險結構上，利用該結構達成侵害<sup>247</sup>。關於這點，在判斷上必須要考量到行為當時的眾多因素，特別是以下幾點：

(一)社會時空環境：個人身處的環境會影響其對於資訊的判斷能力，在戰爭或重大災害期間，一般人民可能會因為恐懼、慌亂、資訊不對等等因素而對錯誤資訊的判斷及識別能力較差，更容易因為誤信錯誤資訊而影響其對於政府機關的評價與信賴。因此，在判斷個案中誹謗公署行為是否會影響到公務的正常運行時，即必須將當時的社會時空環境納入考量。

(二)人民對於政府機關的信賴程度：既然公務體制毀敗的過程具有累積特性，不太可能因為單一次的誹謗公署行為即造成公務無法正常運行的效果，在判斷個案中誹謗公署行為的效果時就必須將既有的信賴程度納入考量。例如在高度信賴政府的社會中，個別誹謗公署言論就不太可能使信賴度跌破閾值，反面而言，若人民已經因為各種因素而幾乎喪失對於特定政府機關的信賴，此時再傳述指摘關於該機關的不實資訊，即可能使信賴度跌破閾值而對其公務的正常運作造成侵害。

(三)個別誹謗公署言論的影響與傳播能力：誹謗公署言論是透過影響人民對於政府機關的評價與信賴來達成對公務正常運作的侵害，因此在考量侵害是否可能

---

<sup>246</sup> 周漾沂(2014)，〈風險承擔作為阻卻不法事由：重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14期，頁177。

<sup>247</sup> 蔡惟安，前揭註213，頁109。

發生時，就要將個案中誹謗公署言論的影響與傳播能力納入思考，視其能否影響足夠多人的評價與信賴。具體的判斷，則與行為人的身分、行為的場合、誹謗公署言論的內容等因素有關。例如：政府官員、電視民嘴，或是特定領域的專業人士就該領域的發言，其影響可能就遠較一個普通人來的大；在數萬人聚集且有媒體在場的集會遊行場合發表誹謗公署言論，其影響也遠較在僅有數十人且無媒體在場的場合來的大；誹謗公署言論的內容越是鉅細靡遺，甚至提出資料佐證，相較於隨意空泛指摘，同樣也會有較大的影響。

### 參、小結

綜合上述分析，與侮辱公署行為不同的是，本文認為並不能完全排除誹謗公署行為侵害國家公權力正常運作的可能，不過其法益侵害路徑是十分曲折而隱晦的：對國家機關不實的具體指摘，使得人民基於錯誤的事實認知而對該機關產生不良評價，這種不良評價結合行為時的其他社會因子持續作用，進而造成人民不願參與利用特定公務，同時該公務體制又以人民的實際參與利用為其有效運作的必要條件，其正常運作將因為人民的不願參與利用而受到侵害。

值得注意的是，在上述法益侵害路徑中，誹謗公署的行為與公權力正常運作的侵害間，尚有相當的過程，介入管制誹謗公署的行為，雖不能如侮辱公署般在法益侵害路徑層次即直接否定與保護法益的關聯，惟仍有必要在下一階段進一步釐清是否有過早介入管制，亦即犯罪前置化的正當性問題。

## 第四節 誹謗公署罪犯罪前置化之正當性

### 第一項 誹謗公署罪屬於抽象危險犯的犯罪前置化規定

一般認為，刑罰是最嚴厲的國家制裁手段，因此原則上只有現實上造成法益侵害的行為，才會被刑罰制裁<sup>248</sup>，將此範圍之外的抽象危險行為、預備行為，乃

---

<sup>248</sup> 林東茂(1994)，〈危險犯的法律性質〉，《臺大法學論叢》，23卷2期，頁268。

至陰謀行為犯罪化，皆會落入所謂「犯罪前置化」的問題領域<sup>249</sup>，有必要進一步檢討其正當性。

我國現行法關於誹謗公署罪之構成要件係集會遊行法第 30 條所稱「集會、遊行時，以文字、圖畫、演說或他法，誹謗公署」，其並未以該行為對「國家公權力的正常運作」產生實害或危險為要件，顯示本罪本質上是以「對國家機關『不實』的具體指摘」可能對公權力正常運作產生的危險為其入罪化依據，係屬以「抽象危險犯」的立法形式來前置化處罰的規範，基於上述說明，有進一步檢視其正當性的必要。

## 第二項 誹謗公署罪作為抽象危險犯的正當性審查

抽象危險犯，係指立法者將一些被認為對法益具有「典型危險」的行為描述為犯罪構成要件，此危險是由立法者所擬制，個案中符合構成要件描述的行為是否確實對法益製造了危險，並不影響抽象危險犯的成立<sup>250</sup>。古典的抽象危險犯是如公共危險罪章中的放火燒燬現供人使用之住宅建築物罪(第 173 條第 1 項)，其設置是有鑑於在個人的有限能力下，可能難以認知與掌控放火行為對於不特定多數人生命、身體、財產的危險，因而立法者選擇直接禁絕個人的實質風險判斷，以防止個人因無知或過度自信所產生的危險<sup>251</sup>。相對於此，與本文主題更為相關的是運用在前置化保護集體法益的抽象危險犯設計，例如保護傳統國家法益的偽證罪或公務員收賄罪<sup>252</sup>，或是近年來逐漸興起討論的對於環境法益及食品安全的保護<sup>253</sup>。對於此類集體法益，一般認為透過抽象危險犯前置化保護的理由除了行為人

<sup>249</sup> 至於「未遂犯」的設計是否屬於犯罪前置化，則有所爭論。採肯定見解者如林東茂，前揭註 248，頁 269。採否定見解者如黃榮堅，前揭註 99，頁 476-477；周濛沂(2015)，〈未遂犯可罰性基礎及著手實行概念：風險輸出理論的建構與應用〉，《臺大法學論叢》，47 卷 1 期，頁 407。由於此爭議與本文主題無涉，因此將不再作進一步的說明與探討。

<sup>250</sup> 王皇玉，前揭註 241，頁 235；我國實務見解亦採此看法，最高法院 105 年度第 18 次刑事庭會議決議即謂：「只要在食品中攙偽或假冒或添加未經中央主管機關許可之添加物，即有立法者擬制之危險，法院毋庸為實質判斷。」

<sup>251</sup> 黃榮堅(2005)，〈論危險故意〉，《月旦法學雜誌》，118 期，頁 231-233。

<sup>252</sup> 王皇玉，前揭註 241，頁 240。

<sup>253</sup> 從抽象危險犯角度探討環境法益保護的中文文獻可見：惲純良(2018)，〈抽象危險犯作為對抗環

難以認知與控管其行為的風險外，更在於不易認定行為是否造成法益實害<sup>254</sup>，或不可能等待實害出現。例如，內線交易等干擾證券市場交易的行為，若要等候實害出現，指涉的可能是整個資本主義市場經濟制度的消滅<sup>255</sup>。

在學說的討論上，對於抽象危險犯存在的正當性存有不少質疑。有從罪責原則出發，認為這種建立在立法者所擬制之危險上的處罰規定，即使個案中完全不具有危險性存在，仍要處罰行為人，是無可反駁地推定與羅織行為人之罪責，與罪責原則有違<sup>256</sup>。此外，抽象危險犯不需審查因果關係與歸責的問題，使得犯罪構成要件的人罪與歸責結構可以被簡單化，更使得犯罪行為階段的認定變得模糊不清，恐淪為不當擴大刑法的處罰範圍之工具<sup>257</sup>。而在近年來刑法的發展上，抽象危險犯之立法模式結合許多新興而定位不明的集體法益(例如環境法益)，更展現其成為當權者用以鞏固、宣揚特定意識形態，或形塑規範接收者特定價值觀與感受之工具的潛能<sup>258</sup>。更為根本性的質疑則是，立基在「法益保護最佳化」的工具性思維下之抽象危險犯立法，將市民視為潛在的法益危險源，將以犧牲個人的法主體性及自我負責原則為代價<sup>259</sup>。除上述學說的質疑之外，本文認為若以難以掌握集體法益的實害為由而採取抽象危險犯的立法模式，也不是一個允洽的作法。模糊的實害概念會導致曖昧不清的危險概念<sup>260</sup>，若無法先確認欲保護的法益為何，及何時、乃至於是否會發生實害，也就無法決定刑法在哪一時點要介入管制、甚

---

境犯罪的基本制裁手段：以污染水體行為為例》，《月旦刑事法評論》，8期，頁30-67。探討食安相關立法的中文文獻可見：謝煜偉(2016)，〈風險社會中的抽象危險犯與食安管制：「攙偽假冒罪」的限定解釋〉，《月旦刑事法評論》，1期，頁70-90；周漾沂，前揭註145，頁1467-1479。

<sup>254</sup> 林東茂，前揭註248，頁277。

<sup>255</sup> 王皇玉，前揭註241，頁241。

<sup>256</sup> 王皇玉，前揭註241，頁243；林東茂，前揭註248，頁291。

<sup>257</sup> 王皇玉，前揭註241，頁243。

<sup>258</sup> 王皇玉，前揭註241，頁243。在風險社會下，抽象危險立法即為一種回應大眾恐懼之「儀式性的安全保證」，見：古承宗(2017)，〈風險社會與現代刑法的象徵性〉，氏著，《刑法的象徵化與規制理性》，頁63-76，臺北：元照。

<sup>259</sup> 周漾沂(2019)，〈重新理解抽象危險犯的處罰基礎：以安全性理論為中心〉，《臺北大學法學論叢》，109期，頁178。必須說明的是，論者雖否定通說關於抽象危險犯正當性的說明，其並未完全否定抽象危險犯的正當性，而是取徑於法權理論及安全性理論，主張抽象危險犯之正當性基礎在於穩定權利行使的心理性條件，避免行為人實行改變權利行使之心理性條件的行為，透過影響被害人的認知穩定性，影響被害人行使權利的意願，進而達到侵害被害人權利的效果。

<sup>260</sup> 謝煜偉(2012)，〈交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略〉，《月旦法學雜誌》，210期，頁119。

或要介入管制與否，在此概念下的抽象危險犯立法，並非前置化保護法益的手段，而是淪為反覆鞏固與確認規範效力的工具(且其並不在乎規範的實質內容)，與本文對於刑法的基本理解不同。當然，這並不意味著本文昧於現實地認為規範性的概念有可能如同自然科學一般被清楚界定及描述，只是如同本文先前的說明(本章第三節第四項貳、)，盡可能地探求集體法益的實害為何，及其何時可能發生仍是重要的，尤其是賦予立法者此項說理義務，才能避免刑罰權恣意擴張，淪為鞏固統治權威、貫徹意識形態、形塑社會氛圍的工具<sup>261</sup>。

在本文的理解下，誹謗公署罪作為抽象危險犯，其正當性自然免不了上述對於抽象危險犯本身之正當性的質疑。然而，即便不從根本否定抽象危險犯之正當性，單從抽象危險犯立法的內部邏輯出發，亦足以否定誹謗公署罪存在之正當性。承前所述，一般認為抽象危險犯之構成要件行為，必須係對法益具有「典型危險」的行為，亦即該行為模式與法益侵害間要具備一種統計上的高或然率<sup>262</sup>，例如在人口密集的集合式住宅放火的行為，即被認為有很高的可能性會造成他人生命、身體的危險，因而立法者認為並無於個案中再具體判斷有無危險產生的必要，而係基於這種危險發生的高或然率而一概禁止該行為。又基於前述累積危險行為的特性，在判斷此類型抽象危險犯的「典型危險」時，尤其必須注意構成要件行為與既存的風險結構的交互作用關係，所謂「典型危險」，指涉的是構成要件行為加上既存的累積危險後，將存在造成法益侵害的高或然率的情形<sup>263</sup>。然而，在先前對於誹謗公署行為的法益侵害路徑分析中，本文已經指出，只有少數在特定條件下的誹謗公署行為可能符合這種「典型危險」的要求(見第二章第三節第四項)，立法者毫無限制地將一切誹謗公署行為納入本罪之構成要件，難謂具備抽象危險犯最根本的正當性條件，存在過度擴大刑罰範圍的疑慮。另一方面，若從少數見解否定

---

<sup>261</sup> 關於抽象危險犯被應用於上述任務的分析，見：周濛沂，前揭註 259，頁 200。

<sup>262</sup> 周濛沂，前揭註 145，頁 1472。

<sup>263</sup> 事實上，在判斷抽象危險犯的典型危險時，本來就必須考量行為以外的其他環境因素，這也是為什麼刑法第 173 條會有「現供人使用或現有人所在」的要件，只是在累積危險行為的情形，既存累積危險的特性被特別強調。

抽象危險犯旨在前置化保護法益，而是著眼於穩定權利行使的心理性條件，避免行為人藉此達到侵害被害人權利的效果之觀點出發，具有正當性之抽象危險犯立法，應僅限於保護與個人權利相關並影響個人權利行使的心理性條件，而不及於諸如鞏固統治權威的穩定化，或貫徹意識形態的穩定化之情形<sup>264</sup>。然而，誹謗公署罪顯然也不符合此要求。據此，本文認為在立法論上應廢除本罪，即集會遊行法第 30 條關於誹謗公署罪之部分。

## 第五節 本章結論

本章旨在檢討侮辱與誹謗公署罪之規範正當性，並先從政治哲學上的討論出發，確立本文對於國家、政府與人民關係的理解，主張國家與政府僅是幫助人民實現自由的工具，本身並不具有先於個人的地位，且個人對於國家或政府的情感也不具有規範上的重要性(第一節)。其次，說明本文欲透過先於實證法的法益概念來批判刑事立法的基本立場，並主張本文採取以「普遍有效性」為要件的法益概念，據以檢驗侮辱與誹謗公署罪可能的保護法益主張，認為僅有「國家公權力的正常運作」具有保護法益適格(第二節)。接著，本文嘗試分別描繪侮辱公署行為、誹謗公署行為對於「國家公權力的正常運作」之法益侵害路徑，發現侮辱公署行為與該法益之侵害間並無關聯，因而處罰該行為欠缺正當性，而誹謗公署行為在特定情況下則的確有侵害該法益的可能(第三節)。最後，本文指出現行法關於誹謗公署罪的設計係透過抽象危險犯的立法方式來前置化保護「國家公權力的正常運作」，然而因為誹謗公署的行為本身欠缺抽象危險犯所要求的「典型危險性」，因而此立法亦欠缺正當性，應加以廢除(第四節)。總結而言，本文在檢驗侮辱與誹謗公署罪正當性的不同討論層次中，分別否定侮辱公署罪與誹謗公署罪的正當性，並主張現行刑法第 140 條第 2 項及集會遊行法第 30 條關於侮辱與誹謗公署罪之部分應予刪除。

---

<sup>264</sup> 周漾沂，前揭註 259，頁 198-200。

## 第三章 實證法下的除罪化策略

### 第一節 概說

在前一章中，本文從刑法應然理念的角度主張應廢除現行法關於侮辱及誹謗公署罪的規定，然而一來上述從應然理念出發的推導過程並非為每個人所接受(例如有論者即不同意超實證的法益概念)，二來相關理念層次的論述也沒有為除罪化的目標指出一條具體實踐的道路。因此在以下內容中，本文將嘗試從實證法的角度出發，分別指出侮辱與誹謗公署罪有違反我國憲法，以及公民與政治權利國際公約的疑慮，藉此強化本文除罪化主張的力道，並為理念的實踐指出一條可行的道路<sup>265</sup>。

### 第二節 侮辱與誹謗公署罪有違憲疑慮

#### 第一項 對刑法規範的違憲審查

##### 壹、違憲審查體系概說

憲法第 7 條至第 22 條雖保障人民各項基本權利，惟該等權利均非絕對，而得受到一定程度的限制，且現實上國家對人民基本權利的行使也確實存在各種限制，這種限制的正當性，必須取決於其是否符合憲法第 23 條的要求。此種透過憲法控制國家公權力，防止其過度侵害人民基本權利的「違憲審查制度」，儘管在細節上存在差異，但大致上是當代自由民主國家共通的特徵。

不過，由於憲法第 23 條的規定相當簡略且抽象，因此就如同在刑法上為檢驗犯罪成立與否而發展出的犯罪階層理論一般，憲法釋義學也發展出各種違憲審查模式，透過審查標準的體系化，促使違憲審查的操作程序與結論更為精確、細緻<sup>266</sup>。

---

<sup>265</sup> 必須說明的是，違憲審查上的利益衡量模式與本文採取的法權理論存在本質上的衝突，因而以下的討論是在承認既有實證法秩序的前提下所作的策略性論述。

<sup>266</sup> 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(編)，《民主、人權、正義：

大致來說，在操作涉及限制自由權的違憲審查時<sup>267</sup>，可以依序進行「基本權的保護領域」、「基本權的限制」、「基本權限制的合憲要件」的三階段審查，亦即先判斷各該基本權的保護範圍，過濾掉根本不受基本權保障的行為，再判斷涉及基本權行使的國家行為，是否構成對基本權的限制，若構成限制，最後再判斷此限制是否合憲<sup>268</sup>。在第三階段，亦即基本權限制合憲與否的判斷上，一般又會再區分為形式合憲性與實質合憲性的審查，前者即為法律保留原則的要求，後者則為對規範內容的實質審查。

針對實質合憲性的審查，透過法律的繼受與學者的引進，我國學界至少存在「德國模式」與「美國模式」二種具影響力的審查標準<sup>269</sup>，此外，亦有學者曾引介過歐洲人權法院的審查模式<sup>270</sup>。所謂的「德國模式」，是指「目的正當性——手段適合性——手段必要性——手段合比例性」的層層審查程序，亦即要求對基本權的限制是出於合憲的正當目的，且所採限制手段必須適合達成目的，並且是達成目的之有效手段中對於基本權限制最小的，最後，達成目的所獲致的利益必須大於對基本權所造成的損害<sup>271</sup>。「德國模式」的特點在於，其是以同一抽象的審查程序適用於各類案件，因此也受到「抽象空洞公式」的批評<sup>272</sup>。不過，事實上在德國聯邦憲法法院著名的「藥房判決(Apothekenurteil)」中，對於「目的正當性」層次之公益目的內涵已發展出「一般公益(Gemeinwohl)」、「重要公益(wichtige Gemeinschaftsgüter)」，以及「極端重要公益(überragend wichtige Gemeinschaftsgüter)」的三階理論<sup>273</sup>，另外，

---

蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 368-369，臺北：元照。

<sup>267</sup> 至於涉及基本權的給付請求權、保護義務、組織與程序保障等功能，或平等權的違反，一般認為不適用以下的審查程序。參見：許宗力(2003)，〈基本權利：第六講——基本權的保障與限制(上)〉，《月旦法學教室》，11 期，頁 64-65。關於平等權違憲審查標準的討論，可參考：黃昭元(2008)，〈平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能〉，《臺大法學論叢》，37 卷 4 期，頁 253-284。

<sup>268</sup> 許宗力，前揭註 267，頁 64。

<sup>269</sup> 黃昭元(2004)，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《臺大法學論叢》，33 卷 3 期，頁 52-57。

<sup>270</sup> 許玉秀，前揭註 266，頁 370

<sup>271</sup> 許宗力，前揭註 157，頁 51。

<sup>272</sup> 黃昭元，前揭註 269，頁 82。

<sup>273</sup> 許宗力，前揭註 157，頁 52。

在手段目的間關於立法事實的調查與判斷上，彼邦也發展出「明白性審查(Evidenzkontrolle)」、「可支持性審查(Vertretbarkeitskontrolle)」，以及「強烈內容審查(intensive Inhaltskontrolle)」等不同密度的認定標準<sup>274</sup>。由此可知，德國模型雖由一般人所理解的「比例原則」作為審查的基本流程，但事實上其內涵仍會因為個案情形而有所不同，一味指摘德國模式形式化、空洞化、單一標準，並非有力的批評<sup>275</sup>。至於「美國模式」，則是依照不同的基本權領域，發展出不同的審查基準<sup>276</sup>，在審理具體個案並決定審查基準時，最主要的一般性參考指標即是所謂的「三重審查基準」<sup>277</sup>：「合理審查基準(Rational Review Test)」認為基本權的限制只要有「正當利益(legitimate interests)」，且手段與目的間具有「合理關聯(reasonable relation)」即可，此為最寬鬆的審查基準，一般用於非基礎性權利的社會與經濟立法，以及低價值言論的內容管制等案件；「中度審查基準(Intermediate Scrutiny Test)」則要求限制的目的必須出於「重要利益(important interests)」，且手段目的間必須具有「實質關聯(substantially related)」，一般用於「準嫌疑分類」(例如性別、非婚生子女)的平等權案件，或商業性言論的內容管制等；「嚴格審查基準(Strict Scrutiny Test)」要求限制的目的必須是「重大迫切利益(compelling interests)」，且手段目的間必須具有「嚴密剪裁(narrowly tailored)」關聯性，一般用於「嫌疑分類」(例如種族、膚色)的平等權案件，以及言論自由的事前限制、高價值言論內容的管制等案件，在此嚴格的審查基準下，很多案件均難逃被宣告違憲的命運。當然，在一般性的三重審查基準外，美國法院在個案上仍進一步發展出一些更細緻的區分與論述，例如在言論自由領域的雙軌理論(two-track theory)與雙階理論(two-level theory)、適用於象徵性言論的O'Brien Test，以及在政治性言論的領域中所強調之「明顯而立即危險(clear and

---

<sup>274</sup> 許宗力，前揭註 157，頁 53。

<sup>275</sup> 許玉秀，前揭註 266，頁 383。

<sup>276</sup> 許宗力，前揭註 157，頁 59。

<sup>277</sup> 也就是說，這三種審查基準是美國法院最常使用，或用以作為出發點的基準，而不是僅有的三種。詳細說明可參考：黃昭元，前揭註 269，頁 60-61；82。

present danger)』<sup>278</sup>等均屬之。

至於我國的釋憲實務，則是在第六屆大法官的任內開始繼受德國模式之「比例原則」，並於司法院釋字第 414 號解釋(下稱釋字第○號解釋)的解釋理由書中首次提及憲法上的比例原則，在釋字第 428 號解釋中首次引用「憲法第二十三條之比例原則」宣告系爭法律合憲，而大法官第一次適用比例原則宣告系爭法律違憲的解釋，則是釋字第 436 號解釋<sup>279</sup>。不過，在上述「比例原則」逐漸被引進我國釋憲實務的三號釋字裡，皆係簡略地一筆帶過，而未論及比例原則的意義與實質內涵。直到釋字第 471 號解釋，才首次在解釋理由書中以「最小侵害手段」，以及手段目的間應具「合理適當之關係」等概念來說明比例原則的內涵<sup>280</sup>，而在釋字第 476 號解釋中，則又更具體地提出「目的正當性」、「手段必要性」、「限制妥當性」作為比例原則的內涵，並為其後的釋字第 544、551 號解釋所重申<sup>281</sup>，接著，釋憲實務引入學說上所稱之「手段適合性」原則，使比例原則的內涵由上述三個次原則擴張為四個<sup>282</sup>，並成為我國現行違憲審查的基本模型。值得一提的是，在此基本原則之外，我國釋憲實務亦在個案中分別繼受了美國法或德國法上的特定見解，例如釋字第 414 號解釋強調依照言論的性質而予以不同程度的保護<sup>283</sup>，顯係採取美國法上「雙

---

<sup>278</sup> 黃昭元教授即指出，在嚴格審查基準下對於政治性言論的管制必須是基於「重大迫切利益」，而在此類案件中，法院又再將其進一步具體化為「避免或防止『明顯而立即危險』」，可以說是對於類型化審查標準的再一次類型化。參見：黃昭元，前揭註 269，頁 59。

<sup>279</sup> 黃昭元(2013)，〈大法官解釋審查標準之發展(1996-2011)：比例原則的繼受與在地化〉，《臺大法學論叢》，42 卷 2 期，頁 218-219。

<sup>280</sup> 許宗力，前揭註 157，頁 50-51。應說明者係，在釋字第 471 號解釋的解釋理由書中，其實並未明文提及「最小侵害手段」，許宗力教授應是基於理由書中「對於人身自由之處罰，有多種手段可供適用時，除應選擇其最易於回歸社會營正常生活者外……」的文字而認為該號解釋有使用「最小侵害手段」的「概念」，而本文也接受此一說法。

<sup>281</sup> 許宗力，前揭註 157，頁 51。

<sup>282</sup> 此點可觀釋字第 646 號解釋理由書：「人民身體之自由與財產權應予保障，憲法第八條及第十五條定有明文。如以刑罰予以限制者，係屬不得已之強制措施，具有最後手段之特性，自應受到嚴格之限制。如為保護合乎憲法價值之特定重要法益，且施以刑罰有助於目的之達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小之手段可資運用，而刑罰對基本權之限制與其所欲維護法益之重要性及行為對法益危害之程度，亦合乎比例之關係者，並非不得為之（本院釋字第五四四號、第五五一號解釋參照）。」；釋字第 669 號解釋理由書同旨。

<sup>283</sup> 釋字第 414 號解釋理由書節錄如下：「言論自由，在於保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會，包括政治、學術、宗教及商業言論等，並依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。」

階理論」的觀點，而在釋字第 445 號解釋中，大法官又引入美國法上的「雙軌理論」，區分「針對言論內容」與「無關言論內容」的管制而採取不同的審查基準，同時該號解釋也引進美國法上的「明顯而立即危險原則」，強調僅憑集會遊行將來有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞即於事前加以管制，係侵害憲法所保障集會自由之權利。另一方面，在涉及職業自由的案件中，釋字第 584 號解釋則引進德國發展自「藥房判決」的三階理論，指出對於從事職業之方法、時間、地點、對象或內容等「執行職業之自由」，基於公共利益即得為必要限制，至於若欲限制「選擇職業之主觀條件」，則必須有更為重要的公共利益存在始得為必要限制，而釋字第 649 號解釋也因為涉及「選擇職業之客觀條件」的限制，而要求其目的必須是保護特別重要的公共利益，係採德國法上最嚴格的審查基準<sup>284</sup>。

觀察我國釋憲實務從過去到現在的發展，可以發現大法官雖然時而使用美國的論述方式，時而使用德國的論述方式，但顯然已逐漸採取類型化的審查基準<sup>285</sup>，並有融合美國與德國二種模式的傾向<sup>286</sup>，形成以憲法第 23 條作為違憲審查的依據，並依循「一個比例原則，三種審查基準」的方法進行具體操作<sup>287</sup>。

## 貳、刑法規範的違憲審查

由於本文要處理的是侮辱與誹謗公署罪的合憲性爭議，因此在考察完違憲審查的基本架構後，有必要進一步檢視在針對刑法規範的違憲審查上，有無較一般的審查架構特殊之處，而這分別又可從過往大法官解釋的實務運作與學說見解的觀點切入。

### 一、釋憲實務的運作

在過往的大法官解釋中，涉及特定罪刑合憲性爭議的解釋分別有 194 號(煙毒

---

<sup>284</sup> 黃昭元，前揭註 279，頁 234。

<sup>285</sup> 許玉秀，前揭註 266，頁 373-374。

<sup>286</sup> 必須指出的是，二種模式在方法、規範性質、用語、適用對象上仍存在相當爭議。詳細說明參見：黃昭元，前揭註 279，頁 235-237。

<sup>287</sup> 黃昭元，前揭註 279，頁 237-241。

條例販賣毒品處死刑)、263 號(懲治盜匪條例擄人勒贖唯一死刑)、476 號(毒品條例之死刑、無期徒刑規定)、509 號(刑法誹謗罪)、517 號(兵役條例就遷居致召集令無法送達者處刑罰規定)、544 號(麻醉藥品條例、煙毒條例,對施用者處自由刑規定)、551 號(毒品條例誣告反坐之規定)、554 號(刑法通/相姦罪)、594 號(商標法侵害標章處刑罰之規定)、617 號(刑法散布猥褻物品罪)、623 號(兒童及少年性交易防制條例散布性交易訊息罪)、630 號(刑法準強盜罪)、646 號(電子遊戲場業管理條例處罰未經登記而經營電子遊戲場業)、669 號(槍砲條例關於空氣槍之處罰規定)、777 號(刑法肇事逃逸罪)。

其中,在受違憲審查對象的選擇上,多數解釋是以刑罰法律效果所涉及的生存權(死刑)、身體自由(無期/有期徒刑、拘役)、財產權(罰金)為對象<sup>288</sup>,少數解釋則是以刑法規範禁制(誡命)的行為本身所涉及之基本權為對象<sup>289</sup>。這樣的差別,固然可能是因為受限於聲請人聲請解釋的範圍<sup>290</sup>,或因為有些刑法規範禁制的行為很難被認為與人民的基本權有關<sup>291</sup>,不過,釋憲實務至今對受違憲審查對象的選擇多未有清楚的說理,而從其部分論述中,也可以發現大法官經常混淆上述二者。例如,在釋字第 509 號及第 623 號解釋中,大法官先是指出所涉及的基本權是系爭規定對於言論自由的限制,卻又在必要性與相當性的討論上提及刑罰作為限制的手段,這樣的論述忽略了限制言論自由的手段應是對於特定言論全部/部分,或其發表方式/時間/地點的規制,而刑罰所限制的基本權其實是人民的生存權或身體自由或財產權,而與言論自由無涉。無獨有偶,釋字第 554 號解釋先

---

<sup>288</sup> 例如釋字第 476 號、第 544 號、第 551 號、第 594 號、第 646 號、第 669 號、第 777 號均有明文提及系爭規定所涉及之基本權為生存權/身體自由/財產權,而第 194 號、第 263 號、第 630 號解釋雖未明文提及所涉及之基本權,惟從其論述方式亦可發現,其是從刑罰效果對於個人基本權之限制為觀察重心。

<sup>289</sup> 例如,釋字第 509 號解釋涉及的是誹謗罪限制言論自由、第 554 號解釋涉及的是通/相姦罪限制性行為自由、第 617 號解釋涉及的是散布猥褻物品罪限制言論及出版自由、第 623 號解釋涉及的是兒童及少年性交易防制條例禁止散布性交易訊息限制言論自由。

<sup>290</sup> 例如釋字第 646 號解釋的聲請人僅聲請宣告電子遊戲場業管理條例第 22 條(對「未經登記而經營電子遊戲場業」之行為課以刑罰的規範)因違憲而無效,而未爭執課予登記義務之規範的合憲性。

<sup>291</sup> 例如,對於釋字第 263 號解釋涉及的擄人勒贖行為,一般均不會討論其是否屬於憲法第 22 條一般行動自由的範圍。

是指出系爭規定涉及的是禁止通／相姦行為對於人民性行為自由的限制，卻又接著在理由書中同時處理「配偶之一方與第三人間之性行為應為如何之限制」以及「違反此項限制應否以罪刑相加」二個問題，顯然忽略後者尚涉及對於人民身體自由及財產權的限制。值得注意的是，在釋字第 517 號解釋中，大法官則有區分妨害兵役治罪條例課予後備軍人遷居之申報義務，以及違反該規定的刑罰效果，並認為前者未限制人民之居住遷徙自由，後者也尚符合比例原則<sup>292</sup>，似有注意到二者之區分。

至於在審查標準方面，雖然釋憲實務察覺到刑罰涉及對於人民財產權、身體自由，乃至於生存權的重大限制，但其審查標準卻相當浮動，並未針對刑罰一律採取較為嚴格的標準，與實體法強調身體自由重要性的價值判斷似乎不盡一致<sup>293</sup>。暫且不論較為早期作成的釋字第 194 號、第 263 號解釋，對於嚴重侵害生存權的「唯一死刑」規定僅以寥寥數語即肯定其合憲性，在釋字第 544 號解釋中，大法官先是指出自由刑涉及對人民身體自由之「嚴重限制」，卻又接著表示何種行為構成犯罪，應處以何種刑罰，刑罰是否為達成立法目的之適當且必要手段，以及判斷相關行為對個人或社會是否造成危害，屬於「立法者自由形成之範圍」。在具體的審查過程中，更在已經指出刑罰的施用「未按行為人是否業已成癮為類型化之區分，就行為對法益危害之程度亦未盡顧及」，眼看就要宣告違憲之際，卻又話鋒一轉地說「但究其目的，無非在運用刑罰之一般預防功能以嚇阻毒品之施用，補偏救弊，導正社會於頹廢，與首揭意旨尚屬相符。」由此可知，儘管涉及對人民身體自由的嚴重限制，大法官仍選擇了十分寬鬆的審查標準，完全傾向尊重立法者的決定。在釋字第 646 號解釋中，大法官先是表示若欲以刑罰限制人民之身體自由與財產權，必須受到「嚴格的限制」，且其目的必須是為了保護「合乎憲法價值之特定重要法益」始足當之，卻又接著稱「對違法行為是否採取刑罰制裁，涉及特定時空下之

---

<sup>292</sup> 不過，大法官在此未提及系爭刑罰規範所限制的基本權為何。

<sup>293</sup> 黃昭元，前揭註 279，頁 245。

社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等諸多因素綜合之考量，而在功能、組織與決定程序之設計上，立法者較有能力體察該等背景因素，將其反映於法律制度中，並因應其變化而適時調整立法方向，是立法者對相關立法事實之判斷與預測如合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重，傾向採取「可支持性審查」的寬鬆基準，也同樣透露出釋憲實務對於刑罰規範審查標準的搖擺與矛盾<sup>294</sup>。

綜合觀察上述各號解釋，僅有釋字第 551 號<sup>295</sup>、第 669 號<sup>296</sup>、第 777 號解釋<sup>297</sup>因為系爭規範嚴重違反手段合比例性原則而被宣告違憲，其餘各號解釋雖然有的針對系爭規範採取合憲性解釋的途徑<sup>298</sup>，有的就部分規範內容要求立法者「允宜檢討」<sup>299</sup>，但就結論而言均作出合憲宣告，可見釋憲實務目前在刑法規範合憲性的審查中，採取較為寬鬆的標準並傾向尊重立法者的決定，且比例原則中之目的正當性、手段適合性，以及手段必要性均未在實際的審查過程中發揮作用，僅手段合比例性在最後階段把關刑事立法之正當性。

## 二、學說見解

在關於刑法規範違憲審查的學說見解中，基本上也注意到釋憲實務選擇受違憲審查對象的問題，並主張應該區分「行為規範」與「制裁規範」而為更細緻的審查，

<sup>294</sup> 釋字第 646 號解釋許玉秀大法官不同意見書參照。

<sup>295</sup> 釋字第 551 號解釋(節錄)：「有關栽贓誣陷或捏造證據誣告他人犯該條例之罪者，固亦得於刑法普通誣告罪之外，斟酌立法目的而為特別處罰之規定。然同條例第十六條規定：『栽贓誣陷或捏造證據誣告他人犯本條例之罪者，處以其所誣告之罪之刑』，未顧及行為人負擔刑事責任應以其行為本身之惡害程度予以非難評價之刑法原則，強調同害之原始報應刑思想，以所誣告罪名反坐，所採措置與欲達成目的及所需程度有失均衡；其責任與刑罰不相對應，罪刑未臻相當，與憲法第二十三條所定比例原則未盡相符。」

<sup>296</sup> 釋字第 669 號解釋(節錄)：「其中以未經許可製造、販賣、運輸具殺傷力之空氣槍為處罰要件部分，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，對違法情節輕微、顯可憫恕之個案，法院縱適用刑法第五十九條規定酌減其刑，最低刑度仍達二年六月以上之有期徒刑，無從具體考量行為人所應負責任之輕微，為易科罰金或緩刑之宣告，尚嫌情輕法重，致罪責與處罰不相對應。首揭規定有關空氣槍部分，對犯該罪而情節輕微者，未併為得減輕其刑或另為適當刑度之規定，對人民受憲法第八條保障人身自由權所為之限制，有違憲法第二十三條之比例原則。」

<sup>297</sup> 釋字第 777 號解釋(節錄)：「102 年修正公布之上開規定，一律以 1 年以上 7 年以下有期徒刑為其法定刑，致對犯罪情節輕微者無從為易科罰金之宣告，對此等情節輕微個案構成顯然過苛之處罰，於此範圍內，不符憲法罪刑相當原則，與憲法第 23 條比例原則有違。」

<sup>298</sup> 例如釋字第 509 號解釋、第 617 號解釋、第 623 號解釋、第 630 號解釋。

<sup>299</sup> 例如釋字第 263 號解釋、第 544 號解釋。

理由在於二者涉及到不同的基本權干預，因而可能必須採取不同的審查標準<sup>300</sup>。具體而言，所謂「行為規範」即是上述刑法中禁制(誡命)特定行為之規定，其單純的禁制或誡命，已屬獨立的基本權干預，例如誹謗罪禁止人民指摘或傳述足以損害他人名譽的事實，即屬干預人民之言論自由。至於制裁規範，則是附加在違反行為規範後的制裁效果，其在本質上可以選擇因應不同的強度而採取行政罰或刑罰等措施，只是在刑法中選擇以刑罰作為制裁規範的效果，所干預的是人民的生存權(死刑)、身體自由(無期／有期徒刑、拘役)，以及財產權(罰金)<sup>301</sup>。據此，在針對刑法規範進行違憲審查時，必須先審查行為規範的合憲性，若確認行為規範違憲，則制裁規範即失所附麗而根本無庸審查；倘若認為行為規範合憲，則並不代表制裁規範必然合憲，因而有必要進一步檢驗制裁規範的合憲性。舉例而言，單純禁止人民發表與共產主義相關的言論，可能在行為規範的層次即被認為違憲，因而也無庸再探討違反系爭規定所受到的制裁效果合憲與否，然若是禁止人民指摘或傳述足以損害他人名譽的事實，則可能在行為規範的層次通過違憲審查，惟若違反系爭規定的效果是處死刑或無期徒刑，即可能在制裁規範的審查上無法通過比例原則的檢驗，而被認為違憲。

不過，即便皆採取區分行為規範與制裁規範的二階段審查，學說上對於具體的審查內容似乎有所分歧。有認為在行為規範層次，只要進行目的審查即可，因為合憲的立法目的，已足以證立行為規範的必要性，其並且認為所謂目的審查也就是對法益的審查<sup>302</sup>，至於在制裁規範的層次，則要進行目的審查、有效性審查，並通過最後手段原則與罪刑相當原則的檢驗，而後二者即是因應刑法規範的特殊性而對傳統審查體系中的手段必要性與手段合比例性所作之修正<sup>303</sup>。不過，也有

---

<sup>300</sup> 許澤天，前揭註 154，頁 266-267；許玉秀，前揭註 266，頁 393-394；雖非從違憲審查的角度出發，但同樣認為刑法的正當性基礎應分成「行為規範」的正當性與「制裁規範」的正當性而為討論者，參見：蔡聖偉(2008)，〈評 2005 年關於不能未遂的修法〉，氏著，《刑法問題研究(一)》，頁 75-76，台北：元照。

<sup>301</sup> 許澤天，前揭註 154，頁 268-270。

<sup>302</sup> 許玉秀，前揭註 266，頁 395；釋字第 594 號解釋許玉秀大法官不同意見書參照。

<sup>303</sup> 許玉秀，前揭註 266，頁 396-399。

論者在行為規範與制裁規範的審查中，皆分別就目的正當、手段適宜性、手段必要性、手段與目的之均衡性切入而為討論，與上述作法有所不同<sup>304</sup>。

至於在審查標準方面，相對於釋憲實務所顯示出的寬鬆審查傾向，學說上有提出不少質疑與批判，此特別可見於學界出身的大法官之不同／協同意見書當中。例如，在行為規範方面，釋字第 509 號解釋蘇俊雄大法官提出之協同意見書中，即認為針對限制言論自由(特別是言論內容)之法規範的違憲審查，應採取最為嚴格的審查標準，並遺憾多數意見未能於解釋理由中適切闡明這點。在制裁規範方面，釋字第 646 號解釋許玉秀大法官提出之不同意見書中，先是質疑多數意見對於刑罰規範搖擺不定的審查態度，可能來自於對刑罰盲目或不負責任的迷信，並具體指出針對刑罰中限制人身自由的部分，應採嚴格的審查基準，限制財產權部分則可採取中度審查基準，而多數意見若僅因為承認立法者較有能力評估特定時空下的社會環境、犯罪現象、群眾恐懼與盛行的犯罪理論等背景因素，即選擇尊重其立法選擇，則顯然未進行嚴格的審查。許宗力大法官在釋字第 669 號解釋提出的協同意見書中，則似乎是從事務領域與機關功能最適的觀點，肯認針對普通刑法的審查應適度尊重立法者而採合理審查標準，但對於設有重刑規定的特別刑法規範，則認為應將審查標準提高至嚴格審查。

### 參、結論：本文採取的審查模型

首先，對於刑法規範的違憲審查，本文認為有必要區分行為規範與制裁規範二階段而為審查，亦即先就行為規範的合憲性進行審查，當行為規範合憲時，才有進一步審查制裁規範的必要。這樣的審查結構符合邏輯推理的順序，且有助於釐清各該規範所涉及的基本權，並據以決定應該採取的審查標準。

其次，在審查標準的選擇上，則應視行為規範與制裁規範所涉及的基本權內容與限制手段等因素而分別決定，例如，若行為規範係禁制發表特定內容的政治

---

<sup>304</sup> 許澤天，前揭註 154，271-309。

性言論，則應採較為嚴格的審查標準，若制裁規範係限制人民身體自由之徒刑規定，亦應採較為嚴格的審查標準。對於過去釋憲實務在審查刑法規範時的寬鬆審查傾向，必須有所警覺，不能放任立法者的恣意決定成為憲法基本權利保障的破口<sup>305</sup>。

最後，在審查的內容上，不論是行為規範與制裁規範均應分別進行目的正當性、手段適合性、手段必要性，以及手段合比例性的審查，因為單純通過目的正當性的檢驗並不足以證立行為規範的正當性。舉例而言，即使是為了追求合憲的公益目的而限制人民為一定行為，國家介入限制的時點在必要性或合比例性的層次仍須受到檢驗，將限制的時點選在對公益發生明顯而立即危險的時點實施，相較於在有發生危險可能時即予以介入，就屬侵害較小的手段<sup>306</sup>。由此可知，單就行為規範的設計而言，也有探討手段必要性與合比例性之必要。

以下，本文將依循上述的審查模型，具體檢驗侮辱與誹謗公署罪之合憲性。

## **第二項 侮辱與誹謗公署罪的違憲審查**

本文要審查的對象是刑法第 140 條第 2 項的侮辱公署罪，與集會遊行法第 30 條的侮辱及誹謗公署罪，基於二者的類似性且為求行文方便，以下將合併二者進行討論，並先從行為規範的審查出發，於肯定行為規範的合憲性時，才有必要進一步對制裁規範進行審查。

### **壹、所涉基本權與審查標準之決定**

刑法第 140 條第 2 項之規定禁止人民對於公署公然侮辱，集會遊行法第 30 條則禁止人民在集會遊行時以文字、圖畫、演說或他法，侮辱、誹謗公署，是限制人民發表以侮辱或誹謗政府機關為內容的言論，構成對於憲法第 11 條所保障之言

---

<sup>305</sup> 在此應指出的是，從近來釋字第 775 號解釋關於累犯一律加重本刑違憲，以及第 777 號解釋關於肇事逃逸罪刑度違反罪刑相當原則的結論來看，釋憲實務對於刑法規範的審查似有較為嚴格的傾向，未來的發展值得觀察。

<sup>306</sup> 許宗力，前揭註 157，頁 56。

論自由的限制。

依照系爭規範的意旨觀之，其並非僅針對發表言論的時間、地點及方式等形式要件而為規定，而係涉及該等言論之目的與內容，且所禁制的是侮辱或誹謗政府機關的言論，應屬攸關公意形成的政治性言論之一環，依照釋字第 445 號解釋所引入之「雙軌理論」，以及第 414 號解釋引入的「雙階理論」，對於系爭規範合憲性之審查應採嚴格審查標準。

## 貳、目的正當性

在目的正當性的層次，必須審查系爭規範是否具有重大迫切之公益目的存在。應注意的是，學說上有認為對刑法規範之目的審查即是對「法益」的審查<sup>307</sup>，不過此說法有效的前提，在於其認為刑法上的法益即是憲法上基本權的具體化，因此保護法益可與合乎憲法之公益目的劃上等號。然而，如同本文先前所述，本文對於刑法法益概念的基本立場，並不相容於立基在利益理論之上的憲法基本權保護體系，因此若要貫徹本章在實證法上尋求除罪化可能的嘗試，就不宜也不應將目的正當性的審查訴諸於刑法上的法益概念，況且無論是德國聯邦憲法法院或我國司法院大法官，也皆未承認刑法上的法益概念得以作為目的正當性之判準<sup>308</sup>。

系爭規範訴諸國家與政府機關的尊嚴、機關名譽、公權力的正常運作等各種規範目的，雖然在本文的觀點下僅有公權力的正常運作具有刑法上的法益適格，但其他目的在利益理論的視角下也確實可以是一種「利益」，亦即使多數人感到愉悅的事態，且立法者通過多數決制定系爭規範的過程本身，即展現出這些利益是受到多數人的認可及保護的，難謂其非屬由多數觀點所建構出來的「社會秩序」或「公共利益」，而得以成為憲法第 23 條中限制基本權的合憲目的<sup>309</sup>。又即便是採取

<sup>307</sup> 許玉秀，前揭註 266，頁 394-396。

<sup>308</sup> 許澤天，前揭註 154，頁 274-276。

<sup>309</sup> 對於此點的批評可參考釋字第 617 號解釋林子儀大法官不同意見書：「從違憲審查的觀點來看，此意謂著立法目的部分完全無須審查，因為只要有系爭法律存在之事實，就已經足以證明了有正當立法目的之存在。」本文認為，林子儀大法官的批評確實指出問題的關鍵，不過這卻是在利益衡量

最嚴格的審查標準，而認為系爭規範所追求的必須是「一般公認獨立於社會共同體當時的政治氛圍之外，且先於立法者存在的公共價值」之「極端重要公益」<sup>310</sup>，或「重大而迫切的政府利益」，不過由於這些判準與立法者訴諸之規範目的皆具有高度抽象與模糊的特性，因此在欠缺具有操作可能性的具體化標準下<sup>311</sup>，何謂極端或重大迫切的公益終究淪為各說各話的局面，面對具有高度民主正當性的立法者所作出之價值判斷，逕自斷言其並非「重大迫切」或「極端重要」而欠缺目的正當性，似乎都欠缺堅實的理由。

值得注意的是，繼釋字第 445 號解釋首次在言論自由案件中引入美國法上的「明顯而立即危險原則」後，釋字第 744 號解釋更進一步將「防止人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害」作為嚴格審查標準下目的正當性之具體判準，且許宗力大法官在協同意見書中亦指出，本號解釋係因案件之原因事實而將特別重要之公共利益設定在防止「生命、身體、健康」之直接、立即及難以回復之危害，並不排除在其他案件的審查上擴及於「社會秩序、公共安全」之直接、立即及難以回復之危害。據此，對於本案中系爭規範之目的正當性審查，似乎可以從侮辱、誹謗公署行為是否會造成社會秩序或公共安全直接、立即及難以回復之危害為斷<sup>312</sup>。不過，本文對於這種作法仍有所懷疑與保留，理由之一在於，無論是釋字第 445 號解釋或第 744 號解釋，我國釋憲實務引用「明顯而立即危險原則」時均係在處理對於言論進行「事前審查」之情形，在審查「事後追懲」制度之合憲性時，並未採用此標準<sup>313</sup>，由於侮辱、誹謗公署罪涉及的是對於言論內容的事後管制，因此能

---

的觀點下必然會出現的結果，為了論證「即使從違憲審查的角度而言，侮辱及誹謗公署罪亦不具有正當性」，本文以下將依循多數意見的觀點討論。

<sup>310</sup> 許宗力，前揭註 157，頁 52。據許宗力教授本文的整理，被德國聯邦憲法法院列為「極端重要公益者」約有國民健康、市民生命與安全、交通安全、減低失業與促進就業等。

<sup>311</sup> 黃昭元大法官在釋字第 744 號解釋之協同意見書中即指出，過去釋憲實務雖有提出不同的審查標準，不過仍未發展出具有操作可能性的具體標準。

<sup>312</sup> 對於侮辱國旗罪的合憲性問題，林孟皇法官即援引釋字第 744 號解釋，認為「重大迫切利益」已在我國法上具體化為避免或防止「明顯而立即危險」，又因為沒有證據顯示行為人侮辱國旗的行為會產生直接、立即及難以回復的動亂，因此該罪之立法目的欠缺正當性，應屬違憲。參見：林孟皇，前揭註 185，頁 8-12。

<sup>313</sup> 例如釋字第 509 號解釋關於誹謗罪之違憲審查。

否援引釋字第 744 號解釋所樹立的標準不無疑問<sup>314</sup>。其次，更為根本的問題在於，美國法上的「明顯而立即危險原則」毋寧是進行利益衡量時的具體操作標準之一，在尚未檢討限制基本權之手段強度前，事實上根本難以進行衡量，縱然釋字第 744 號解釋可能基於事前審查制對於基本權的高度干預，而透過類型化的方式預先進行利益衡量，因而在目的正當性的審查上設定極高的門檻，然而對於言論自由的其他限制而言，似乎就沒有這麼早介入的必要。將「明顯而立即危險原則」引入必要性或合比例性的審查，透過該原則的具體操作來細緻化利益衡量的過程，應該更能兼顧個案的情形，而這也是本文的立場。

總結上述，系爭規範之立法目的是為了保護國家與政府機關的尊嚴、機關名譽，以及公權力的正常運作等利益，即便在嚴格審查標準下，亦尚符合目的正當性之要求。

### 參、手段適合性

在手段適合性的層次，必須要檢討為了追求公益目的所採取的基本權限制手段，是否確實有助於該公益目的之達成。適合性的檢驗不可避免地會涉及相關經驗事實的調查，參考德國法上的見解，此時應考量「所涉及事務領域的性質」、「形成有足夠把握之決定可能性的大小」，以及「所涉相關法益之重要性」來決定司法介入審查的標準<sup>315</sup>。本文認為，考量到系爭規範涉及針對言論內容的管制，已觸及言論自由的核心領域，故在適合性的審查上不能僅排除「完全不適合達成目的之手段」，然而也必須考量到，對於系爭規範能否達成立法者所設定之公益目的，欠缺進行實證研究的可能<sup>316</sup>，因此也不應要求立法者必須舉證提出科學上完全可靠的

---

<sup>314</sup> 不過，許志雄大法官在釋字第 744 號解釋所提出的協同意見書中則指出，雖然在形式上屬於事後制裁，但若制裁方式是禁止販賣或其他嚴苛之處罰，實質上已將一定之思想或書籍阻絕於自由市場外，此時應認定構成事前抑制。採此標準而認為侮辱國旗罪屬於對言論內容的事前審查之文獻，可參：林孟皇，前揭註 185，頁 4。

<sup>315</sup> 許宗力(2005)，〈違憲審查程序之事實調查〉，國際刑法學會台灣分會(編)，《民主、人權、正義：蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，頁 357，臺北：元照。

<sup>316</sup> 因為對於國家與政府機關的尊嚴、機關名譽、公權力的正常運作等公益目的之侵害，並無法加以量化計算，另一方面，也無法在控制其他條件不變的情況下比較系爭規範存在與否的差異。

證據才能通過審查，當立法者的判斷未忽略既有的事實資訊而濫用其評價優先權限<sup>317</sup>，且具有一定之正確性時，即可通過適合性的審查。

在適合性的審查上，必須先判斷系爭規範禁止的行為是否確實會對立法者所設定之公益目的造成危害，若連危害的可能性都無法被證立，則禁止該等行為根本就是無的放矢，遑論是否有助目的之達成<sup>318</sup>。基於本文先前的分析(見第二章第三節第三項)，「侮辱」公署的行為根本不至於影響公權力的正常運作，似乎即屬上述不存在危害可能性之情形，然而不能忽視的是，在違憲審查的視角下所謂國家與政府機關的尊嚴仍可通過目的正當性之審查，因此侮辱公署的行為仍可能被認為將危害此項公益目的，因而在此階段尚不能逕自排除侮辱公署罪之合憲性。

即便在科學上無法證明或以量化的方式呈現立法者設定之規範目的會受到如何的危害，不過若從一般事理的角度出發，將國家與政府機關的尊嚴理解為一種「國家／政府——人民」的上下位階關係，或是人民對於國家的崇敬情感(見第二章第二節第三項壹、)，則禁絕侮辱及誹謗等不利政府的言論確實有助於達成目的，因為禁止批評本身正表現出一種上對下的位階秩序，同時也能防止多數人的情感因為耳聞批評者的言論而受到影響。至於在機關名譽與公權力的正常運作方面，雖然不是所有侮辱及誹謗公署的行為均會對其造成危害，不過透過一律禁絕的方式確實有助於排除那些有危害可能的言論，因此尚可通過適合性的檢驗，至於手段與目的間的衡平，則非此層次所要處理，而是下個階段才要考量的問題。

#### **肆、手段必要性**

手段必要性要求立法者應在所有同樣適合達成目的之限制基本權的手段中，選擇對私人基本權限制最小者為之<sup>319</sup>，具體而言，此處應該判斷二個層次的問題，其一，是否存在較輕微的干預手段；其二，即便存在較輕微的手段，該條款是否

---

<sup>317</sup> 許澤天，前揭註 154，頁 286。

<sup>318</sup> 釋字第 669 號解釋許宗力大法官協同意見書參照。

<sup>319</sup> 許宗力，前揭註 157，頁 54。

也能如現行立法般地有效達成目的<sup>320</sup>。

為了達成上述的立法目的，確實存在相當多的手段，而且其中也不乏許多較輕微的干預手段。舉例而言，同樣採取介入管制的手段，介入管制的時點與範圍就與干預程度的判斷有關<sup>321</sup>，選擇在公益產生明顯而立即危險時介入，就比在更前階段介入來的侵害較小<sup>322</sup>；另一方面，僅管制對於公益有高度危害可能的侮辱及誹謗公署言論，例如涉及前文(第二章第三節第四項)所稱，以人民的主動參與利用為體制運作必要前提的公務類型，相較於一律禁止任何侮辱及誹謗公署的言論，管制的範圍較小，因而也屬於對基本權侵害較小的手段。

在確認存在侵害較小的手段後，接著要進行各種手段是否同等有效的檢驗。在此必須指出的是，對於相關言論的管制，並不是在越前階段介入，或管制的範圍越大即有越好的效果，因為這種管制措施可能額外禁絕許多與公益危害無關或僅有低度關聯的行為，禁止這些行為對於公益的追求並無助益<sup>323</sup>。據此，與其採取擬制任何侮辱或誹謗公署的行為皆會造成公益危害的「抽象危險」立法模式，考量具體個案的情形將管制範圍與時點限縮在有具體危險產生時，或是針對構成要件行為增加一些足以侵害法益的「適性要求」，例如在條文中加入「(足以)致生損害於國家尊嚴」、「(足以)致機關名譽受損」、「(足以)致公權力難以有效運作」等內容，將會是同等有效且侵害較小的手段。

本文認為，在手段必要性的檢驗上，系爭規定已顯露出被宣告違憲的高度可能。不過，基於以下幾點疑慮，仍有必要進行手段合比例性的審查，而不能逕自宣告系爭規定違憲。一方面，通說認為在比較不同手段時，必須將手段的成本耗費因素納入考量，即便存在同等有效且侵害較小的手段，倘若該手段須耗費更大

---

<sup>320</sup> 許澤天，前揭註 154，頁 287。

<sup>321</sup> 單麗玟(2015)，〈抽象危險犯的必要性審查〉，《月旦法學雜誌》，238 期，頁 176。

<sup>322</sup> 許宗力，前揭註 157，頁 56。

<sup>323</sup> 單麗玟，前揭註 321，頁 181。

的公益成本，則仍不能任意指摘系爭手段違反必要性<sup>324</sup>。因此，即便透過個案判斷的方式可以使得介入管制言論的時點較晚且範圍也較小，而屬於同等有效且侵害較小的手段，但可能也會因此支出較高的人力、物力成本在個案上，在無法將各個手段的成本清楚量化比較下，難以在此即否定系爭手段的必要性。另一方面，由於系爭規範所標舉的公益目的具有高度抽象的特性，因此在判斷公益是否陷於危險時往往也存在困難，進而可能導致限制較小的手段也被認為是較無效的手段，因而也無法否定系爭手段的必要性<sup>325</sup>。

## 伍、手段合比例性

在手段合比例性的層次，要審查的是手段與所追求之目的是否合乎比例，具體而言，即是要判斷限制基本權的手段所追求或增進之公益，是否大於對私人所造成之損害或不利益<sup>326</sup>，僅當利益大於損害時，手段才屬合憲。在利益衡量的具體操作上，基於美國法上的「明顯而立即危險原則」之原型即是在處理涉及政治性言論之言論自由案件，且其內涵正是在進行言論限制與公益目的間之利益衡量<sup>327</sup>，又該原則已經由學界的討論及釋字第 445 號、第 744 號解釋的援用而在我國有一定影響力，因此透過對此原則的詳細梳理，應該更有助於系爭規範手段合比例性的審查。據此，本文以下將先簡述美國法上「明顯而立即危險原則」的內涵，再藉此具體檢驗系爭規範的手段合比例性。

### 一、美國法上明顯而立即危險原則的誕生與發展

在第一次世界大戰期間，為免日益增多的反戰言論影響戰事的進行，美國國會遂於 1917 年通過間諜法(the Espionage Act of 1917)，針對戰爭期間，意圖妨害美

---

<sup>324</sup> 許宗力，前揭註 157，頁 56-57；單麗玟(2008)，〈最小侵害性是事實預測？還是價值衡量？：從釋字第 584 號解釋談起〉，《憲政時代》，33 卷 4 期，頁 444-447。

<sup>325</sup> 關於這點，黃昭元教授曾經批判性地指出，立法目的如果沒有講清楚說明白，則對於手段的審查將容易流為恣意的認定。參見：黃昭元，前揭註 269，頁 126。

<sup>326</sup> 許宗力，前揭註 157，頁 57。

<sup>327</sup> 林子儀(1993)，〈言論自由與內亂罪〉，氏著，《言論自由與新聞自由》，頁 189，臺北：月旦。

軍作戰或助長敵人戰果，而故意製作或傳播不實言論的行為，及其他企圖在軍中引起反抗、不忠、叛變或拒絕履行職務，或妨害兵役徵集的行為課予刑事制裁。其後，美國國會更通過叛亂法(the Seditious Act of 1918)，擴大入罪範圍及於以言論、印刷、寫作、出版方式，發表任何不忠、褻瀆、粗暴或辱罵言詞，企圖造成對美國政府、憲法或國旗蔑視的行為；或任何支持敵軍、反對美軍，以及妨礙戰爭進行之言論。在此後的數年之間，多達二千人因為上開犯罪遭到起訴，其中更有超過半數被判決有罪<sup>328</sup>。

一般認為，「明顯而立即危險」正是誕生於此時期的 *Schenck v. U.S.*(1919)<sup>329</sup>一案。在該案中，被告 *Schenck* 向受徵召的役男寄發反對徵兵的文宣，煽動役男應該維護自身權利，抵制徵召，因而被控違反 1917 年的間諜法。在本案由 *Holmes* 大法官執筆的多數意見中，指出：「在各個案件判斷系爭言論是否受到憲法保障時，問題的關鍵在於，依照系爭言論發表當時所處的客觀環境及該言論的性質，對於實際弊害的發生是否具有明顯而立即的危險。這是一個危險是否迫切及其程度如何的問題。」不過，即便在此標準下，多數意見仍就肯認了處罰 *Schenck* 的合憲性，且也未具體指出系爭言論所造成的危險是如何迫切及其程度為何<sup>330</sup>。

相對於此，「明顯而立即危險」限制國家壓抑言論自由的潛能，則於不久之後 *Abrams v. U.S.*(1919)<sup>331</sup>一案 *Holmes* 大法官的不同意見中才出現。本案事實類似於 *Schenck v. U.S.*(1919)一案，被告為反對美國政府派出遠征軍赴俄，因而散發傳單抨擊美國政府為資本主義政府，派軍赴俄旨在屠殺俄國人民，並煽動用罷工手段阻礙美國出兵，因而被控違反間諜法，而多數意見也肯認此見解。*Holmes* 大法官則在不同意見中指出：「沒有人可以假設一個無名小卒秘密印製散發一張可笑的傳單，僅此而已，就足以產生妨礙國家戰爭的成功，或有相當的可能性發生如此結

---

<sup>328</sup> Krotoszynski, R., Wells, C., Lidsky, L., & Gey, S. (2013). *The First Amendment: cases and theory* (Second edition)(pp.30-31). New York: Wolters Kluwer Law & Business.

<sup>329</sup> 249 U.S. 47 (1919)

<sup>330</sup> 張福建，前揭註 182，頁 63。

<sup>331</sup> 250 U.S. 616 (1919)

果的立即危險……我認為，我們必須對於管制那些我們所厭惡而深信其充滿危險之言論的企圖永保警覺，除非該等言論對於合法且迫切之目的構成立即的威脅，以致於若不立即加以抑制即無法拯救國家。」

必須說明的是，論者指出此時期 Holmes 大法官筆下的明顯而立即危險原則，若結合其對於未遂犯之法律見解加以觀察，會發現其是以言論造成的「明顯而立即危險」作為佐證，以之推定行為人具有造成客觀上某種實害危險結果的實際意圖，也就是說，此原則是用在行為人主觀意圖之推定<sup>332</sup>。直到 *Whitney v. California*(1927) 一案<sup>333</sup>，在 Brandeis 大法官協同意見的運用中，「明顯而立即危險」則成為藉由客觀上的行為階段，判斷針對言論發動刑罰權制裁之時點的標準。在本案中，Brandeis 大法官似乎是為了回應主筆本案多數意見的 Sanford 大法官，在先前的 *Gitlow v. New York* 一案中所持「國家為了自保，立法者有權在推翻政府的倡議出現時即加以禁絕，而毋庸等待該倡議已經演變成明顯而立即危險之時」<sup>334</sup>的主張，而於其協同意見中強調「明顯而立即危險」的意義及其可操作性。就此原則對於確保言論自由的意義而言，他指出「僅是畏懼嚴重的傷害，並不足以正當化對於言論與集會自由的限制。在過去，人們也曾因畏懼女巫而燒死她們。言論的功能正是將人們從非理性的恐懼中解放出來。如欲正當化對於言論自由的限制，就必須要有合理的依據，證明一旦容許言論自由，將會導致嚴重的禍害。必須要有合理的根據，證明危險是迫切的，且禍害是嚴重的。」<sup>335</sup>至於判斷的具體標準為何，Brandeis 大法官則認為，所謂危險的「迫切性」必須是迫在眉睫的，以至於在其發生前沒有機會可做充分的討論。若有時間經由徹底的討論來暴露言論的虛假及錯誤，以及可經由教育過程來避免危害，那麼應採取的方法是更多的言論自由，而非強制大眾緘默<sup>336</sup>。又即便危險已迫在眉睫，也必須該危險具有相當的「嚴重性」才能作為限制言論自

---

<sup>332</sup> 謝佳穎，前揭註 186，頁 18-27。

<sup>333</sup> 274 U.S. 357 (1927)

<sup>334</sup> 268 U.S.652, at669.

<sup>335</sup> 274 U.S. 357, at376.

<sup>336</sup> 274 U.S. 357, at377.

由的正當基礎，因為這是一個極為嚴厲的手段<sup>337</sup>。

至此，早期「明顯而立即危險原則」的發展已臻於完備，即以危險發生的迫切性及弊害的嚴重性作為介入管制言論與否的標準，而論者也有認為透過 Brandeis 大法官的闡明，此原則背後所蘊含保障言論自由的精神終被充分地揭露出來<sup>338</sup>。在接下來的數十年間，此原則逐步發展成為美國聯邦最高法院處理言論自由案件的檢驗標準，並適用於各式各樣的案件中<sup>339</sup>。然而，隨著冷戰緊張情勢的發展，最高法院的態度也漸趨保守，自 1950 年代開始，轉而傾向限縮言論自由而擴大對於「國家安全」的保護。其中，最著名的案例即是 *Dennis v. U.S.* (1951)一案<sup>340</sup>，主筆的 Vinson 大法官在當時對於共產黨極端恐懼的氛圍中，實質改變了「明顯而立即危險」的內涵，主張若法律擬防止的弊害極為嚴重，則此時急迫性的要求就可放寬，只要言論具有「明顯而可能的危險(clear and probable danger)」，即得予以限制和處罰<sup>341</sup>。結合冷戰當時的政治環境與社會氛圍，如此的主張無異使得言論自由的保護出現了一道破口。

直到冷戰的恐懼氛圍逐漸褪去，「國家安全」與言論自由的天平才逐漸擺盪回到言論自由這端，1969 年的 *Brandenburg v. Ohio* 一案<sup>342</sup>，即被認為是對早期明顯而立即危險原則的精緻化<sup>343</sup>，或其演化發展的頂點<sup>344</sup>，而屬近代美國聯邦最高法院處理言論自由案件之指標性案件。該案涉及的是 3K 黨領導人 Clarence

---

<sup>337</sup> 274 U.S. 357, at 377-378.

<sup>338</sup> Kalven, H., & Kalven, J. (1988). *A worthy tradition : freedom of speech in America* (pp.156-163). New York: Harper & Row.

<sup>339</sup> Krotoszynski, R., Wells, C., Lidsky, L., & Gey, S. (2013), *supra note 328*, at 52.例如 *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940); *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940); *Bridges v. California*, 314 U.S. 252 (1941); *Schneiderman v. United States*, 320 U.S. 118 (1943); *Taylor v. Mississippi*, 319 U.S. 583 (1943)。其中 *Bridges v. California* (1941)及 *Taylor v. Mississippi* (1943)分別涉及侮辱法庭及散布言論造成不尊重政府及國旗的犯罪，與本文的主題較為相關，將於稍後詳述。

<sup>340</sup> 341 U.S. 494.(1951)

<sup>341</sup> 荊知仁(1993)，《美國憲法與憲政》，三版，頁 182-183，臺北：三民。

<sup>342</sup> 395 U.S. 444.(1969)

<sup>343</sup> Healy, T. (2009). *Brandenburg in time of terror. Notre Dame Law Review*, 84(2), 711.

<sup>344</sup> Smolla, R. A. (2000). Should the brandenburg v. ohio incitement test apply in media violence tort cases. *Northern Kentucky Law Review*, 27(1), 12.

Brandenburg 在一次公開演說中的言論，「我們不是一個復仇的組織，但是如果我們的總統、國會、最高法院，繼續地壓迫白人，也就是高加索民族，那麼我們很有可能採取一些復仇的行動<sup>345</sup>」，被控違反俄亥俄州關於禁止鼓吹犯罪及暴力的刑事規範<sup>346</sup>。聯邦最高法院在本案中指出，對於此類言論的限制必須符合以下三個要件始得為之：第一，表意人具有鼓吹非法行為的故意；第二，表意人的言論依其正常合理的用法，可理解為就是要煽動或產生立即的非法行為；第三，表意人的言論確有引致立即的非法行為之可能<sup>347</sup>。簡而言之，即是「主觀故意」、「急迫性」、「可能性」等三項要件。就本案的事實而言，聯邦最高法院認為系爭規範本身及其適用結果均不符合上述要件，過度限制言論自由之範圍，因而宣告廢棄 Brandenburg 的有罪判決。

## 二、Brandenburg 標準之要件分析

明顯而立即危險原則，本質上就是一個在言論自由的保護，與惡害對國家所產生的危險性之間的衡平過程<sup>348</sup>，因此，透過對其要件的分析，可以幫助我們掌握此原則進行利益衡量的過程與結果，以供作接下來對系爭規範進行合比例性審查之參考。

首先，關於急迫性的要件，是指言論與危害間的時間關係。參考 Holmes 大法官及 Brandeis 大法官過去的主張，可發現其背後的基礎在於「言論自由市場」的概念，亦即強調公眾自由論辯本身即具有極高的價值，且錯誤及虛假的言論亦可藉由更多的言論加以排除<sup>349</sup>，因而僅在言論出現與危害發生間，幾無言論自由市場

---

<sup>345</sup> 395 U.S. 444, at446

<sup>346</sup> Ohio Criminal Syndicalism Act. 所涉條文內容如下：

"advocating……the duty, necessity, or propriety of crime, sabotage, violence, or unlawful methods of terrorism as a means of accomplishing industrial or political reform"; "voluntarily assembling with any society, group or assemblage of persons formed to teach or advocate the doctrines of criminal syndicalism."

<sup>347</sup> 林子儀，前揭註 327，頁 190。

<sup>348</sup> Redish, M. (1982). Advocacy of Unlawful Conduct and the First Amendment: In Defense of Clear and Present Danger. *California Law Review*, 70(5), 1180.

<sup>349</sup> 250 U.S. 616, at630; 274 U.S. 357, at377.

運作的可能時，才能介入管制。不過，這種「真理」終會戰勝「虛偽」的想法多少有點一廂情願<sup>350</sup>。本文認為，在此之外，之所以要透過急迫性要件盡可能地保障言論自由，或者更具體地說，允許該案中鼓吹非法行為的言論，更在於其有機會激發不同意見而帶來討論與反省<sup>351</sup>、促使公眾監督政府，以及抒發民怨以作為社會卸壓閥的功能<sup>352</sup>，使其在利益衡量的天平上具有不小的分量。基此，在急迫性的要件上也要考慮若政府尚有時間透過其他手段防止危害發生，就不需要動用到箝制言論的強烈手段<sup>353</sup>。

至於可能性要件，則是指言論所鼓吹的非法行為發生的可能性，其與急迫性要件享有相同的理論基礎，因而在判斷上也具有連動的關係存在。急迫性越高，代表言論與危害間可能介入的情事越少，可能性也越高，因而介入管制言論的正當性也就較為充足。然而，問題在於所謂的「可能性」終究是一個區間，究竟要達到多高的可能性才符合此原則的要求並不清楚。有論者指出，此時或可參考同樣基於具有某些危害的可能性，而限制憲法上基本權利的法律規定，是否有提出類似的判斷標準<sup>354</sup>。以我國為例，參考為了偵查犯罪或防止危害發生而限制基本權利的規範，刑事訴訟法上有明文以「相當理由」作為發動搜索的要件<sup>355</sup>，釋字第535號解釋也使用「相當理由」作為發動臨檢的實質要件，此時或可藉由比附援引的方式，以「相當理由」作為可能性要件的參考依據，又考量到在犯罪偵查或危害防止的情形應有較大的彈性，而與應否入罪化有所差異，故可能性的門檻應較上述「

---

<sup>350</sup> Redish, M., *supra note 348*, at 1181.

<sup>351</sup> 早在 1859 年，Mill 即已強調縱然是錯誤的言論，也具有透過碰撞而凸顯真理的功能，且若欠缺不同意見的碰撞，對於所抱持的意見也就無從深度的理解與體認，而淪為一種成見。見：Mill, J.(著)，孟凡禮(譯)(2018)，《論自由》，三版，頁 74，臺北：五南。據此，即便就短期而言「真理」並不一定能夠戰勝「虛偽」，「虛偽」能引發的思考與論戰也具有高度的價值。

<sup>352</sup> 張福建，前揭註 182，頁 48-49；我國實務見解亦有肯定言論在此方面之功能者，如臺灣桃園地方法院 100 年度簡上字第 398 號判決：「保障言論者以最有效之語言表意，原本就是言論自由的核心範圍，而語言、文字之選用，本來除了客觀意思之傳達溝通外，還有情感表述的成分在內，特別是『有力的表述未必是文雅的』，強迫一個人在情緒激動時不得『口出惡言』以發洩情緒，無異於強令行為人找尋其他宣洩出口，反而另滋生毀損、傷害或其他更嚴重的無可挽回的犯行發生。」

<sup>353</sup> 謝佳穎，前揭註 186，頁 72。

<sup>354</sup> Healy, T., *supra note 343*, at 714.

<sup>355</sup> 刑事訴訟法第 122 條第 2 項、第 131 條第 2 項參照。

相當理由」還高，而至少達到百分之五十以上<sup>356</sup>。

另應說明的是，雖然在 **Brandenburg** 案中，並未提及早期 **Whitney** 案建立的「弊害嚴重性」要件，不過多數學者均認為此要件是該原則的內涵之一，應可透過解釋方法加以補充，使此原則更能保護言論自由<sup>357</sup>。在此要件的要求下，限制言論自由的一方必須盡可能具體地說明弊害的嚴重性，也就是所追求公益的重大性，以通過利益衡平的審查，由此觀之，越是抽象模糊的公益訴求，在此要件的審查上就會面臨越大的挑戰。另應注意的是，當規範同時訴諸多個弊害的防止時(追求多個公益目的)，往往會使得弊害的嚴重性(公益的重大性)過度膨脹，忽略在個案情節上，系爭規範往往僅能達成多個目的之一<sup>358</sup>，或是這些目的彼此之間本來就存在相互重疊、依存的關係，而不能以單純相加的方式計算弊害的嚴重性。最後，在利益衡量的視角下，弊害嚴重性要件必然會與前述急迫性及可能性要件有所互動，亦即越是嚴重的弊害，在急迫性或可能性的要求上即可稍加放寬。不過，若我們還記得在 **Dennis** 案及當時的其他案件中，於過度恐懼的社會氛圍下誇大弊害嚴重性，使得言論自由緊縮的歷史，就必然要對此主張保持警覺。至少，要基於弊害格外嚴重而調整急迫性或可能性的要求時，必須能夠具體地說明弊害為何及其影響如何重大，而不能如同過去一般，透過抽象模糊的弊害或威脅，僅僅基於不具事實基礎的恐懼，就大幅度地限縮言論自由的範圍。在具體的操作上，有論者提出僅在所鼓吹的是「極端嚴重的犯罪類型」，例如會造成大規模的傷亡、巨大的財產損失時，可將「可能性」的要求調降至「合理懷疑」或「單純懷疑」的門檻，而在「急迫性」的門檻上，則要求危害可能於「三年之內」發生始足當之，以期能兼顧言論自由的保障及避免極端重大的危害，誠值參考<sup>359</sup>。

---

<sup>356</sup> 謝佳穎，前揭註 186，頁 68。關於「相當理由」的量化標準，我國有文獻介紹美國法上的研究，其量化結果約略為 46%。見：王兆鵬、張明偉、李榮耕(2013)，《刑事訴訟法(上)》，二版，頁 140，臺北：承法。

<sup>357</sup> 林子儀，前揭註 327，頁 187-188。

<sup>358</sup> 觀念參考自：薛智仁，前揭註 145，頁 231-232。

<sup>359</sup> 謝佳穎，前揭註 186，頁 93-94。

總結而言，前述三個要件的内涵正展現出(適用此原則的)言論自由的保護與其可能造成的弊害間的利益衡量結果。當然，基於利益衡量的本質，這個原則仍有可能因應個案情形而有所微調，不過藉由這三個要件的把關，已經使得此原則相較於一般的利益衡量過程更為體系化而具可預測性。簡單來說，將現代的明顯而立即危險原則套用於手段合比例性的審查上，其意義即是指，對於(適用此原則的)言論自由之於公共及個人的各種利益而言，僅當對其的限制是基於一個足夠嚴重，且具備急迫性與可能性的危害時，才能通過手段合比例性的檢驗。

### 三、Brandenburg 標準適用於侮辱／誹謗公署罪的可能

縱然明顯而立即危險原則在 Brandenburg 案已出現更為清楚的内涵，然而，有疑問的是，其樹立的標準究竟可以適用到何種類型的言論自由案件<sup>360</sup>？Brandenburg 案的個案事實涉及的僅是鼓吹非法行為的言論，因而若本文欲取其實質內涵在手段合比例性層次進行操作，勢必要交代這個標準在(類似)侮辱或誹謗公署之犯罪也有適用的可能。

事實上，明顯而立即危險原則能否適用於此類案件，確實存在不少爭議。有認為，此一原則不適用於政府利益係抽象的情況，因為要求提供對於政府之抽象利益有具體威脅的證據十分困難，言論出版縱無加諸國會或法院明顯而立即之危害，只要內容涉及蔑視國會或藐視法庭，則不問是否有「明顯」而「立即」之「危險」，仍可加以禁止或處罰<sup>361</sup>。另外，也有認為此原則就只能適用於政治顛覆性言論的案件，此原則跟孩童是否需要對國旗敬禮，或是老師是否需要使用英文教學的案件是沒有關係的<sup>362</sup>。

本文認為，尋找在美國法上，有無於類似侮辱或誹謗公署的案件適用此原則，

---

<sup>360</sup> 謝佳穎，前揭註 186，頁 83。

<sup>361</sup> 整理自李鴻禧(1999)，〈言論出版自由之民主憲政意義〉，氏著，《憲法與人權》，頁 362，臺北：元照。

<sup>362</sup> Mendelson, W. (1953). The Degradation of the Clear and Present Danger Rule. *The Journal of Politics*, 15(3), 350.

會是探討此問題的第一步。在 1941 年的 *Bridges v. California* 一案中，被告 *Bridges* 因為對州法院的一件勞動案件予以批評，並表示將以罷工表示抗議，而被控觸犯藐視法庭罪，主筆的 *Black* 大法官於判決理由中特別引述 *Schenck* 案的「明顯而立即危險」原則，強調僅當言論之於法庭秩序與獨立審判，具有造成實際而嚴重之「明顯而立即危險」時，才能加以介入限制<sup>363</sup>，因而撤銷州法院的有罪判決<sup>364</sup>。此案件涉及的是批評司法的言論，與侮辱、誹謗公署罪同屬對於批評政府機關之言論管制，具有相當之類似性。另有一案，作成於 1943 年的 *Taylor v. Mississippi*，其中一位被告 *Taylor* 因為主張總統出兵參戰是一個錯誤，以及「人們越快停止對政府及國旗的崇敬，我們就越快獲得和平」等言論，而被控違反密西西比州禁止鼓動對聯邦及州政府不忠，以及鼓動拒絕向國旗致敬或不尊重政府之刑事規範<sup>365</sup>，主筆的 *Roberts* 大法官，同樣也以系爭規範在本案的適用上使得對於政府機關並無任何「明顯而立即危險」的言論被處罰，而認其違憲<sup>366</sup>。本案所涉的密西西比州法，旨在確保人民對於聯邦及州政府尊重與忠誠，不因「不當」的言論而被破壞，與本文前述侮辱及誹謗公署罪之立法目的有所相關，因而也具有參考的價值。由此二個案例出發，我們會發現，早期「明顯而立即危險原則」即有適用在類似侮辱或誹謗公署的言論類型，*Brandenburg* 案自早期原則發展而來的細緻化標準，似乎沒有理由不能援用至此類案件以填補或精緻化其論理。

從較為實質的角度而言，*Brandenburg* 案涉及的是鼓吹犯罪的言論，相較於其他非鼓吹犯罪的言論類型，例如批評司法或政府的言論，其可能帶來的危險性顯然較高，既然此類言論可以適用對於言論自由採取高度保護的標準，則沒有理由否定此標準在其他危險較低的言論類型適用的可能。另外，回顧過去的歷史，禁止侮辱或誹謗政府的犯罪往往是政府把持權力，壓抑異議分子的工具，較

---

<sup>363</sup> 314 U.S. 252, at 262-263.

<sup>364</sup> 其他因為批評法院的言論而被控藐視法庭罪，後由聯邦最高法院基於「明顯而立即危險」原則撤銷有罪判決的案件如：*Pennekamp v. Florida*, 328 U.S. 331 (1946); *Craig v. Harney*, 331 U.S. 367 (1947).

<sup>365</sup> 319 U.S. 583, at 586.

<sup>366</sup> 319 U.S. 583, at 589-590.

Brandenburg 案而言更是有過之而無不及，為確保社會的生機及糾錯機制，確有必要採取高度保護言論自由的標準。

至於上述論者的批評，則值得再加以商榷。誠然，要提出對於政府之抽象利益有具體威脅的證據有一定困難，但這正彰顯出此原則防止國家透過抽象而模糊的利益主張，恣意限制言論自由的功能。本文認為，不能夠因為不易舉證就放棄對國家及政府說理義務的要求，而排除本原則的適用，另外，本文也不免大膽揣測，上述批評可能是受當時的社會氛圍影響所致，在思考其論點時，也應將這點謹記在心<sup>367</sup>。

#### 四、系爭手段合比例性的檢驗

承前所述，明顯而立即危險原則事實上是一個經過體系化、細緻化的利益衡量過程，藉由此原則的適用，可以避免人言言殊的衡量結果而提高其可預測性。在此原則下，若限制言論自由的時點不是要防免一個足夠嚴重，且具備急迫性與可能性的危害，就不能謂其保全的利益大於所造成的損害。

首先，就嚴重性要件而言，必須注意的是所謂國家與政府機關的尊嚴，具有一定的抽象性，掌權者或多數人的偏好是否就足以支撐其「嚴重性」，不無疑問。比較前述 *Bridges* 案中的藐視法庭犯罪，*Black* 大法官也僅將危害限於較具體的法庭秩序與獨立審判，而非空泛的「法庭尊嚴」，可見上述「尊嚴」的危害在嚴重性的評價上應有所折扣。另外，在國家與政府機關的尊嚴、機關名譽，以及公權力的正常運作等各個公益目的彼此之間，存在一種部分交疊的關係，維護某項公益之目的往往指向另一公益的確保。例如，人民對國家或政府的評價不佳(名譽)，可能

---

<sup>367</sup> 本文作此揣測的基礎在於，Mendelson 教授的意見發表於 1953 年，即 *Dennis* 案過後二年，是前述因為冷戰而對於言論自由較為限縮的時期。其基本想法認為，*Holmes* 大法官與 *Brandeis* 大法官主張的明顯而立即危險原則之基礎不在於個人主義，而在於藉由保護公共討論而維繫民主社會的自治運作，因而凡是與此無關的言論均無此原則的適用，自不能謂 *Dennis* 案揚棄了明顯而立即危險原則。除註 362 之文獻外，另可參見：Mendelson, W. (1953). *Clandestine Speech and the First Amendment: A Reappraisal of the Dennis Case*. *Michigan Law Review*, 51(4), 553-559.

進一步影響其被動配合或主動參與公權力運作的意願，因此在計算嚴重性時，並不能採取單純累加的方式，以免產生過度評價的結果。整體而論，由於所涉及的部分危害概念過於模糊，再加上其彼此之間存在的交疊關係，系爭規範所欲防免的危害可能未有想像上嚴重，不過其能否通過合比例性的審查，仍有待急迫性與可能性的檢驗。

在可能性要件的審查上，可以確認的是，由於系爭規範所欲防免者並非涉及大規模傷亡或鉅額財損的「極端嚴重危害」，因而並無必要降低門檻至「合理懷疑」或「單純懷疑」的程度。就所謂的機關名譽及公權力的正常運作而言，由於無論是侮辱或是誹謗公署的言論，一經發表後往往會引發熱烈的討論，並帶來許多不同意見，被批評的政府機關也會適時提出反駁與澄清，在各種意見與說法交互折衝下，系爭言論能否真的造成人民對政府機關的評價下滑，甚至侵害公權力的正常運作，是很值得懷疑的。以「816 拆大埔抗議晚會事件」<sup>368</sup>為例，當圍觀的群眾見到抗議者蛋洗政府而拍手叫好時，對於機關的評價與信賴並非在此時才受到破壞，毋寧是這群圍觀者對該機關早有不滿及負面評價，透過此一侮辱公署的行為而得以彰顯。相較之下，政府之支持者也未曾因侮辱公署的行為而立場丕變痛罵政府，反倒是為政府抱屈，認為政府正在往對的方向前進<sup>369</sup>。在此類事件中，機關的名譽、公權力的運作，似乎都沒有因為侮辱公署之行為而受到影響。另外，從急迫性要件的角度觀察，由於侮辱或誹謗公署的言論發表與危害出現間往往仍相距一段時間，有待諸多因子的作用，這也使得危害是否會發生顯得不太確定。總結而

---

<sup>368</sup>本文所欲討論者係此事件中關於「侮辱公署」之部分：檢方以被告向苗栗縣政府辦公大樓之方向或平行或拋物線丟擲生雞蛋、及往地上丟擲油漆包及灑冥紙，造成上開縣政府辦公大樓地板、牆壁等處呈現散發惡臭、污穢不堪等情狀，足以貶抑對於苗栗縣政府之評價為由提起公訴。苗栗地院最終則以被告向縣府大樓丟擲雞蛋之時，係在當日 22 時許，雖建築物固有表徵縣政府之意涵，惟此時已缺少「執行公務職權」及「公務人員」等元素，並非完整之公署組織體，不該當於侮辱公署罪中關於「公署」之要件，以及在違法性之層次認其言論表達之方式，尚屬刑法第 311 條第 3 款之「適當」一義所擴張之範疇內，施政機關宜予容忍為由判決被告無罪。詳細事實及判決參見：臺灣苗栗地方法院 103 年度易字第 146 號刑事判決。

<sup>369</sup>如時任大埔里長鄭文進於 2013 年 8 月 23 日接受媒體訪問時表示：「抗議大埔開發案的群眾沒有一個是本地人，開發案在當地是『叫好又叫座』。」時任竹南鎮代表會主席林樹文則表示：「拆遷戶超過 98% 的居民都認同，如果真的不好，為何有這麼多人贊成？」

參見：大紀元，<http://www.epochtimes.com/b5/13/8/23/n3948120.htm> (最後瀏覽日：02/21/2019)

言，本文認為殊難想像侮辱或誹謗公署的言論，會有百分之五十以上的機會造成上述危害。退一步言，縱然將所謂「國家與政府機關的尊嚴」理解為「人民不能批評政府」的狀態，而得以肯定可能性要件的存在，單就此項公益目的來說，可能也會因為這種對「尊嚴」的理解無法相容於自由民主國家的基本理念，而被認為欠缺嚴重性，不符明顯而立即危險原則的要求。

最後，是急迫性要件的檢驗。事實上，系爭規範所欲防免的危害，其實都是侮辱或誹謗公署的言論在外發酵後，可能產生的結果。這意味著，在言論發表後，仍要經過一段「發酵」的過程，危害才有可能出現，例如行為人謊稱個人基本資料無端遭到法務部公開洩漏，此言論可能會藉由新聞媒體的報導由閱聽人所接收，然而幾乎同時法務部的澄清與說明也會經由媒體發布出去，在不同意見與資訊的衝撞後，閱聽人最後會對法務部有一定的評價，而(可能)影響其名譽，在此之後，這些評價才(可能)會影響人民參與利用公務運作的意願，而對公權力的正常運作產生影響。在這個發酵的過程中，其實正是言論自由市場運作的期間，同時該等言論激起討論、促使公眾監督政府，以及抒發民怨等功能，也在此過程展開。另外，在此期間，政府也能夠透過對於事實的澄清或相類的公關行為來削減該等言論的影響，以防止危害的發生。由此可知，系爭規範所欲防免的危害並不符合急迫性的要求。

總結而言，就算肯定侮辱及誹謗公署罪所欲防範的危害具有嚴重性，但該等言論與危害發生間仍欠缺急迫性與可能性，不符明顯而立即危險原則的要求，在本文的立場下，這也代表系爭規範所追求的公益，並未大於其所造成的損害，不符手段合比例性原則，應屬違憲。

### **第三節 侮辱與誹謗公署罪有違反公政公約之疑慮**

#### **第一項 兩公約對於法律修訂之拘束力**

1966年，聯合國大會通過《公民與政治權利國際公約》(International Covenant on Civil and Political Rights，簡稱公政公約、ICCPR)，以及《經濟社會與文化權利國際公約》(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights，簡稱經社文公約、ICESCR)(以下合稱兩公約)，並於1976年生效，確立相關人權的基本保護框架，並敦促各國積極落實，期使人人於經濟社會文化與公民政治權利上，享有自由及保障。我國雖於1967年簽署兩公約，並於2009年批准，將批准書交聯合國秘書長存放，然而有鑑於我國並非聯合國會員國且國際處境特殊，聯合國勢將拒絕批准書的存放，使我國無法完成締約程序，進一步使該公約在我國法上無法依循憲法第38條、第58條第2項、第63條之規定及釋字第329號解釋之意旨，產生與法律相同之效力，因此在批准兩公約的同時，立法院亦通過「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」(以下簡稱「兩公約施行法」)，透過該法第2條之規定，直接揭示兩公約保障人權之規定具有國內法律的效力。此外，同法第8條更賦予各級政府機關應依兩公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，並應於該法施行後二年內，就不符兩公約規定者完成法令之制定、修正或廢止及行政措施之改進的義務。由此可知，雖然立法者對於當內國法與兩公約牴觸時司法應如何審判的法位階爭議未有明確表示<sup>370</sup>，不過至少在立法論的層次，立法者已明確指出應以公約內容作為修正方向，此即兩公約對於法律修訂的拘束力。

## 第二項 侮辱與誹謗公署罪違反公政公約之疑慮

在兩公約中，與侮辱及誹謗公署罪較為相關的內容見於公政公約第參編第十九條：「一、人人有保持意見不受干預的權利。二、人人有發表自由之權利；此種

---

<sup>370</sup> 關於國際法條約與我國內國法的法位階關係，最高法院23年上字第1074號判決曾謂：「國際協定之效力優於國內法」，法務部(72)法律字第1813號函釋亦曾指出：「從憲法第一百四十一條精神以觀，條約與國內法牴觸時，似宜優先適用條約。」，似乎均認為條約之法位階優先於內國法。不過，釋字第329號解釋僅表示「依上述規定所締結之條約，其位階同於法律」，兩公約施行法也僅指出公約內容具有國內法之效力(第2條)，並要求各級政府機關行使職權應符合兩公約有關人權保障之規定(第4條)，是故本文認為此法律適用上的法位階問題尚有爭議，而立法者對此爭議則未有明確表示。本文此部分僅在處理立法論上應否參照公約內容修正的問題，對上述爭議暫不作深入研究。

權利包括以語言、文字或出版物、藝術或自己選擇之其他方式，不分國界，尋求、接受及傳播各種消息及思想之自由。三、本條第二項所載權利之行使，附有特別責任及義務，故得予以某種限制，但此種限制以經法律規定，且為下列各項所必要者為限：(一)尊重他人權利或名譽；(二)保障國家安全或公共秩序，或公共衛生或風化<sup>371</sup>。」由此觀之，侮辱與誹謗公署罪是否牴觸公政公約，關鍵毋寧在於該規定是否為「尊重他人權利或名譽」或「保障國家安全或公共秩序，或公共衛生或風化」所必要，然而基於公約內容的高度抽象性，單從其文義實難以作出判斷。因此，兩公約施行法第 3 條即指出，適用兩公約規定應參照其立法意旨及兩公約人權事務委員會之解釋，亦即依公政公約第 28 條所設人權事務委員會(Human Rights Committee)，根據公約第 40 條第 4 項之規定所作成的「一般性意見(general comments)<sup>372</sup>」。

事實上，一般性意見早期的功能僅是在協助締約國撰寫並提出國家報告，至多針對公約中有疑義的條文作出簡短且保守的解釋。直到 1980 年代中、後期開始，為面對當時前共產政權的轉型，全球展開新興的人權與憲政秩序，才逐步解放過去趨於保守的一般性意見，使得闡釋公約權利之法律論述更形豐富。直到 1990 年代，人權事務委員會在「個人申訴(individual communications)<sup>373</sup>」的決定及審查締約國國家報告的「觀察結論(concluding observations)<sup>374</sup>」之中，所表示的法律見解，也開始被引入作為一般性意見的內容，使得公約所保障的權利內涵，透過個案呈現出更清楚的樣貌<sup>375</sup>。總結而言，在人權事務委員會的實務運作下，一般性意見已

---

<sup>371</sup> 關於公政公約之繁體中文版，參考自：法務部網站，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/mp-200.html> (最後瀏覽日：02/22/2019)。

<sup>372</sup> 在公政公約之繁體中文版中，譯作「一般評議」，本文則依循國內多數譯法使用「一般性意見」。

<sup>373</sup> 「個人申訴」制度規範在公政公約的第一任擇議定書(First Additional Protocol)，要求加入該議定書的締約國，允許其人民在受公約所保障權利受侵害、用盡內國救濟程序後，向人權事務委員會提出申訴，而委員會可認定該締約國是否確有違反公約權利保障之情形。

<sup>374</sup> 依照公政公約第 40 條第 1 項規定，公約締約國有就其實施公政公約所確認的權利而採取之措施，及在享受各種權利方面所獲得的進展提具報告書的義務。「觀察結論」即係人權事務委員會針對上開國家報告審查的結論。

<sup>375</sup> 張文貞(2012)，〈演進中的法：一般性意見作為國際人權公約的權威解釋〉，《台灣人權學刊》，1 卷 2 期，頁 29-38。

成為當前對於公約內容的權威解釋<sup>376</sup>，而其所引用委員會在「觀察結論」與「個人申訴」中的法律見解，同屬一般性意見的一部分，在解釋公約時具有重要的參考價值。因此，本文以下將針對與公政公約第 19 條之內容相關的一般性意見作進一步的說明與分析。

針對公政公約第 19 條的內容與侮辱及誹謗公署罪的衝突，第 34 號一般性意見有深入的說明，在該號意見的第 38 段文字中指出：「委員會認為，在涉及政治領域和公共機構公眾人物的公開辯論情況下，《公約》尤其高度重視不受限制的言論。因此，儘管公眾人物也享有《公約》條款規定的權益，但不認為有辱社會名人的言論表達形式足以成為實施的處罰理由。此外，所有公眾人物，包括國家元首和政府首腦等行使最高政治權力的人也應受到合理的批評和政治反對。因此，委員會對涉及不敬、冒犯、不尊重當局、不尊重國旗和標誌、藐視國家元首和保護公共官員名譽等事項的法律表示關切，並且法律不能僅僅依據受到攻擊者的個人身份而給予更嚴厲處罰。締約國不得禁止對軍隊或行政管理部門等機構提出批評<sup>377</sup>。」其中委員會所提出涉及「不敬」、「冒犯」、「不尊重當局」，以及「禁止對軍隊或行政管理部門等機構提出批評」的規範，與我國的侮辱及誹謗公署罪較為類似，有進一步研究的必要。以下，本文將說明論及各項規範時一般性意見所引用的「個人申訴」或「觀察結論」內容，藉此進一步釐清我國的侮辱及誹謗公署罪是否違反公政公約第 19 條：

#### (一)不敬：

在論及「不敬」的法律規範時，一般性意見係引用「Aduayom 等人訴多哥(Togo)」<sup>378</sup>一案的個人申訴決定，在該案中數名申訴人分別因為持有或傳播批評政府之言

<sup>376</sup> 關於一般性意見確立其權威解釋地位的詳細論述，參見：張文貞，前揭註 375，頁 39-40。

<sup>377</sup> Human Rights Committee(2011). *General comment No. 34, Freedoms of opinion and expression(Article 19)*. Retrieved from [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FGC%2F34&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FGC%2F34&Lang=en).

<sup>378</sup> Human Rights Committee(1996). *Communications Nos. 422-424/1990, Aduayom et al. v. Togo*. Retrieved

論的文件(例如批評政府與其把錢浪費在政治宣傳上，不如拿來改善多哥的高等教育環境)而被逮捕，雖然在後來的程序中被釋放，但要求復職均未成功。委員會在決定中指出，資訊與意見的自由表達是任何一個自由民主社會的基石，公民能夠認知到當權者將會輪替，以及在公約第 19 條第 3 項的限度內他們可以公開評價他們的政府並免於被處罰的恐懼，是此類社會的基本要件。就該案的情況而言，委員會認為申訴人閱讀或傳播批評多哥政府的資訊，並不構成對他人權利、名譽，或國家安全、公共秩序的威脅，因而多哥政府的行為有違公政公約第 19 條。

## (二)冒犯：

關於「冒犯」的法律規範，一般性意見則係引用 2001 年所作成，對於多明尼加共和國第四次國家報告的觀察結論<sup>379</sup>，在該結論的第 22 段中，較為簡略地提及委員會注意到該國仍存在「冒犯罪」，藉以規制對當局不尊重的行為(*disrespect of authority*)。委員會並明確指出該罪違反公約第 19 條，多明尼加政府應採取措施予以廢除。

## (三)不尊重當局：

關於「不尊重當局」的法律規範，一般性意見引用的是 2006 年所作成，對於宏都拉斯初次國家報告的觀察結論<sup>380</sup>。在宏都拉斯的初次國家報告第 176 段中，說明針對該國刑法第 345 條「任何人透過語言、行為或文字，威脅、誹謗、侮辱，或其他任何方式侵犯機關(*public authority*)尊嚴者，處二到四年有期徒刑」的規定，已

---

from

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f57%2fd%2f423%2f1990&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f57%2fd%2f423%2f1990&Lang=en).

<sup>379</sup> Human Rights Committee(2001). *Concluding observations on the Dominican Republic (CCPR/CO/71/DOM)*, para.22. Retrieved from

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FCO%2F71%2FDOM&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FCO%2F71%2FDOM&Lang=en).

<sup>380</sup> Human Rights Committee(2006). *Concluding observations on Honduras (CCPR/C/HND/CO/1)*, para.17. Retrieved from

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FHND%2FCO%2F1&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FHND%2FCO%2F1&Lang=en).

經因為侵犯思想與表達自由而有違憲之虞，由該國最高法院進行違憲審查中，且直至 2005 年 2 月提交審查報告當時尚未作出裁判<sup>381</sup>。直到同年 5 月，該國最高法院宣告系爭規定違憲，因而在 2006 年作成的觀察結論第 17 段中，委員會即表示肯定宏都拉斯最高法院最終認定「『不尊重當局罪』違反憲法」的結論，足認委員會亦認為該規定不符合公約第 19 條第 3 項的例外限制條件。

#### (四)禁止對軍隊或行政管理部門等機構提出批評：

在此部分，一般性意見係引用委員會對突尼西亞第五次國家報告的觀察結論<sup>382</sup>，委員會指出，突尼西亞的媒體法(The Press Code)第 51 條透過監禁等方式禁止包含對於公眾人物、軍隊，以及行政機關在內的誹謗行為，違反公約第 19 條的規定。委員會並建議突尼西亞應逐步廢除對於表意自由直接以及間接的限制。

由上述內容可以發現，保護政府機關免於侮辱、誹謗的規範皆被認為是對表意自由的限制，且不符合公約第 19 條第 3 項所示的例外限制條件，因而被委員會認為違反公約並予以關切或要求修正。本文認為，我國的侮辱及誹謗公署罪亦僅以「對於公署公然侮辱」或「集會、遊行時，以文字、圖畫、演說或他法，侮辱、誹謗公署」為要件，與上述被認為違反公約的規範十分類似，因此也存在違反公約的高度疑慮<sup>383</sup>，基於前述公約內容對於法律修訂之拘束力，在立法論上應廢除侮辱及誹謗公署罪。

---

<sup>381</sup> Human Rights Committee(2005). *Initial report on Honduras (CCPR/C/HND/2005/1)*, para. 176. Retrieved from [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FHND%2F2005%2F1&Lang=zh](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FHND%2F2005%2F1&Lang=zh).

<sup>382</sup> Human Rights Committee(2008). *Concluding observations on Tunisia (CCPR/C/TUN/CO/5)*, para. 18. Retrieved from [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/TUN/CO/5&Lang=En](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/TUN/CO/5&Lang=En).

<sup>383</sup> 國內同樣認為侮辱公署罪違反公政公約第 19 條的文獻參見：黃帝穎(2013)，〈「侮辱公署罪」抵觸憲法違反兩公約〉，《新社會政策雙月刊》，28 期，頁 3-5。

## 第四章 現行法下的限縮解釋策略

在先前的章節中，本文已經指出，無論從刑法應然理念的角度，或是從實證法下憲法及兩公約施行法對於刑事立法的拘束性出發，侮辱及誹謗公署罪的正當性均存在高度疑慮。因此，接著有必要說明的是，在現行法仍然存在侮辱及誹謗公署罪的情形下，於釋義學層次應該如何透過限縮解釋的方式，使成罪範圍僅限於可能產生法益侵害的情形，以盡可能地緩和其正當性的疑慮，而本文先前所指出現行法下對於本罪解釋與適用的各個問題(見第一章第三節第二項)，也應該依循上述限縮解釋的原則加以處理。

### 第一節 實務上的限縮方式

事實上，我國實務見解似乎也已察覺本罪在正當性方面存有高度疑義，因而曾經出現許多不同的限縮方式，在提出本文的想法前，我們有必要先考察一下這些在實務上既已出現過的方法。

#### 第一項 對於「公署」的特殊解釋

在實務嘗試限縮侮辱公署罪適用的判決中，曾經出現過一個曇花一現的解釋方法，即有別於多數見解認為「公署」係指執行職務公務員所屬之公務機關，並非指某一建築物或執行職務之處所，而認為其應包含「執行公務之職權」、「公務人員」及其「建築物」等元素在內，並於個案中據此認為行為人於晚間十點向縣府大樓丟擲雞蛋抗議的行為，因為已缺少「執行公務職權」及「公務人員」等元素，並非完整之公署組織體，因此不該當於侮辱「公署」的要件<sup>384</sup>。

從本件判決對於「公署」的狹義解釋，誠然可以看出其嘗試限縮本罪成立的用心，然而，如此解釋並不能相容於本罪保護國家公權力正常運作之規範目的，我們難以想見，為什麼侮辱或誹謗行為必須要同時指向「執行公務之職權」、「公務

<sup>384</sup> 臺灣苗栗地方法院 103 年度易字第 146 號判決參照。

人員」，以及「建築物」等要素才足以影響公權力的正常運作。事實上，行為人可能在深夜時刻慵懶地坐在電腦前，輕輕敲打著鍵盤，並透過無遠弗屆的網際網路將有關國家機關的不實資訊發送出去，其對於公務正常運作的危害可能性，並不亞於那些在上班時間朝著縣府大樓丟擲雞蛋的抗議者。據此，本文認為這並不是一個適切的限縮解釋方式。事實上，此見解也確實沒有被其他實務見解所採納。

## 第二項 欠缺侮辱公署的「犯意」

除了上述對於客觀構成要件要素的限縮解釋，也有部分實務見解嘗試從主觀面出發，限縮本罪的成立。其中，有部分判決區分針對特定事件的具體批判指摘，與未針對特定事件的抽象謾罵，並認為於前者的情形中，難認為行為人具有侮辱公署之「犯意」<sup>385</sup>。例如，行為人因為認為調查局北機組偵查其所揭發之弊案進度緩慢，而在談話性節目中指稱該機關「卑躬屈膝、下賤、不適格」，即被認為其陳述是對於法務部調查局北機組辦案方式及態度做出具體指摘，非屬抽象謾罵之侮辱性言詞，因而難認為行為人有侮辱公署之犯意<sup>386</sup>。反之，若非針對特定事件，僅是單純發洩個人情緒之抽象侮辱性、謾罵性言詞及舉措，則較有可能被認為具有侮辱公署之犯意。

然而，有疑問的是，實務見解此處所稱之「犯意」所指為何？一般認為，作為刑法上主觀構成要件要素的「故意」，是指行為人在認知所有客觀構成要件情狀之下，實現該構成犯罪事實之意欲，而與其行為背後之目的或動機無關<sup>387</sup>。據此，

---

<sup>385</sup> 臺灣高等法院 96 年度上易字第 1082 號判決、臺灣高等法院高雄分院 96 年度上易字第 1088 號判決參照。

<sup>386</sup> 臺灣高等法院 96 年度上易字第 1082 號判決參照。

<sup>387</sup> 林鈺雄，前揭註 36，頁 185-190。實務見解同旨，如最高法院 99 年度台上字第 166 號判決：「犯罪故意乃行為人對於實現客觀構成犯罪事實之認知與實現不法構成要件之意欲，動機則指引致外在行為的內在原因。一行為可能由一個或數個動機所引起；不同行為亦可能起於同一動機。又意圖乃行為人基於特定犯罪目的，而實現不法構成要件，以達其犯罪目的之主觀心態。行為人在主觀上，如對客觀不法構成要件中之所有客觀行為情況，如：行為主體、客體、行為及結果等有所認知，即具備故意之認知要素。至行為人主觀內心狀態之動機及實現構成要件行為目的之意圖，除於將意圖作為主觀不法構成要件，如竊盜、詐欺等罪外，因非屬客觀之行為情況，均與行為人是否具有犯罪故意無關。」

當行為人認知到其侮辱的言論或舉措(行為)，以及該言論或舉措的對象為公署(行為客體)，而仍意欲為之時，即應認為具有侮辱公署之「故意」。具體而言，無論是因為不滿政府機關的特定作為或施政，還是單純出於發洩情緒之目的，行為人侮辱公署之動機並不會影響本罪故意的判斷，這就如同無論是為情、為財，或是單純以此為樂而殺人，均不會影響到殺人故意的判斷一樣。部分實務見解在此區分針對特定事件的具體批判指摘，與未針對特定事件的抽象謾罵，並依此區分而作出行為人有無侮辱公署「犯意」的判斷，疑似是將行為人犯罪的動機偷渡進入主觀構成要件的層次，混淆刑法主觀歸責的結構，在欠缺實質說理的情況下，此作法固然能夠某程度地限縮本罪的成立，惟本文認為仍有待商榷。

### 第三項 合理評論原則與真正惡意原則

在部分判決中，對於上述判決區分具體指摘與抽象謾罵，而就行為人之「犯意」為不同評價的作法，似乎提出了更進一步的說理。此類見解首先指出為保障人民之言論自由，刑法第 311 條第 3 款之「合理評論原則」，及實務發展自刑法第 310 條第 3 項及釋字第 509 號解釋之「真正惡意原則」，亦應適用於侮辱公署罪。接著，其具體指出若表意人係就公共事務，對於具體事實有合理之懷疑或推理，而依其個人主觀之價值判斷，公平合理提出主觀之評論意見，且非以損害政府機關名譽為唯一之目的者，不問其評論之事實是否真實，即可推定表意人係出於善意，而不得以本罪相繩<sup>388</sup>。有疑問的是，在此原則下，究竟是於犯罪階層理論中的哪一個層次排除行為人的刑事責任，各個判決的見解仍有分歧。其中，有依循多數學說及實務見解，而認為該當「合理評論原則」者，係具有刑法第 311 條第 3 款之「阻卻違法事由」<sup>389</sup>；不過，亦有判決認為此時行為人係因欠缺「犯意」而不成立犯罪<sup>390</sup>，似乎是在主觀構成要件的層次即否定犯罪的成立，與前述的部分判決相同。

<sup>388</sup> 臺灣高等法院 106 年度原矚上易字第 1 號判決；臺灣高等法院臺中分院 107 年度原上易字第 10 號判決參照。

<sup>389</sup> 臺灣高等法院 106 年度原矚上易字第 1 號判決參照。

<sup>390</sup> 臺灣高等法院 97 年度上易字第 2757 號判決；臺灣臺北地方法院 100 年度易字第 869 號判決參照。

本文認為，相較於使用不甚明確的「犯意」概念，將行為人犯罪的動機偷渡進入主觀構成要件的層次，混淆犯罪故意的內涵，上述將「合理評論原則」與「真正惡意原則」定位在違法性層次的見解毋寧較為可採。不過，此類見解仍會面臨到不少質疑，就形式面而言，至少在實務與學說上均有認為，刑法第 310 條第 3 項及第 311 條均規範於保護個人法益之妨害名譽罪章，因此不適用於保護國家法益的侮辱公署罪<sup>391</sup>。此外，針對公然侮辱罪，近期最高法院亦有見解明確指出，刑法第 311 條係就誹謗罪特設之阻卻違法事由，於公然侮辱行為，並無適用餘地<sup>392</sup>。據此，則侮辱公署罪得否適用本條阻卻違法，適將面臨質疑<sup>393</sup>。除此之外，本文認為更根本的問題在於實質面，亦即為什麼當行為人並非出於「善意」，而僅僅是為單純發洩情緒，或其他「非公益」的動機時，其侮辱或誹謗公署行為就必然要受到較為不利的評價，特別是其行為根本不至於侵害公權力的正常運作之情形。

#### 第四項 不可避免的禁止錯誤

除了上述限縮方式外，實務上還出現過一個較為特殊的判決。其先是說明言論要符合「合理評論原則」，必須要具備以下要件：(1)其為一種意見之表達，而非事實之陳述；(2)所評論者必為與公眾利益有關之事項；(3)評論之根據，或所評論之事實必須隨同評論一併公開陳述，或已為公眾所週知；(4)陳述人為該評論時，其動機並非以毀損被評論人之名譽為唯一目的。接著，在涵攝本案事實的過程中，該判決指出行為人朝臺東市公所及臺東縣政府大門玻璃丟擲雞蛋、漆彈（廣告顏料）之行為，係為抗議政府的公墓遷葬政策與其原住民文化相衝突，當屬對於「可受公評之事」而為評論。然而，其隨即話鋒一轉地指出，行為人採取「丟擲雞蛋（漆彈）」的激進手段，與臺東市公所與臺東縣政府所為公墓遷葬政策聯結性甚低，毋

<sup>391</sup> 學說見解見：曾淑瑜，前揭註 31，頁 23；實務見解則可參考：臺灣高等法院 101 年度上易字第 2283 號判決。

<sup>392</sup> 最高法院 107 年度台上字第 3116 號判決參照。應說明者係，實務上對此問題向來正反意見都有，不過，囿於過去刑事訴訟法第 376 條的限制，相關見解的層次僅停留於高等法院，106 年修法開放此類案件有條件上訴第三審後，最高法院對此問題終有機會於本判決表示意見。

<sup>393</sup> 在近期的判決中，已有援引該最高法院見解而認為侮辱公務員罪並無刑法第 311 條之適用。見：臺灣臺北地方法院 108 年度易字第 128 號判決。

寧是行為人不滿上開二公署行政作為所為之情緒發洩，難謂其不具有惡意，該等行為自非「合理、適當之評論」，無從援引刑法第 311 條規定主張有阻卻違法事由而不罰。最後，法院卻又以「行為人見先前之抗爭活動毫無效果，面臨傳統領域、祖靈文化將受侵害，為表達上開二公署未尊重該部落最中心思想之初衷外，並獲取媒體、社會大眾關注、認同，進而協助，而升高抗爭強度，所採取之『丟擲雞蛋、漆彈（廣告顏料）』行為雖非出於善意，但確實無以貶損上開二公署為主要之目的，且此之抗爭方式相較於卡（大）地布部落昔日以『出草』（即取敵人首級）排除祖靈地侵擾之手段顯然緩和，所侵害之法益亦較小，屬無可避免之情形。」為理由，而認為「被告等人應有合理及相當之理由，信其等行為為法律所容許，基於刑法立基於「責任原則」，其等有正當理由而屬無法避免之違法性錯誤，應不具有法的非難性，阻卻其等犯罪之成立。」<sup>394</sup>簡言之，本判決認為行為人雖不能依刑法第 311 條之「合理評論原則」而阻卻違法，惟其仍因為發生「不可避免的違法性錯誤」而不成立犯罪。

本判決的特殊之處，在於其援用「無法避免之違法性錯誤」作為限縮本罪成立的理由，然而，若細究其論理，會發現其對刑法第 16 條的解釋適用容有再商榷的空間。一般認為，刑法第 16 條是關於不法意識(違法性認識)的規範，指涉的是行為人對於其行為之不法性的意識或意識可能性，乃獨立的罪責要素，依照本條之規定，僅當行為人係因正當理由而無法避免地未認識到其行為之違法性時，始得以排除其罪責<sup>395</sup>。不過，在本判決中，法院僅是強調行為人於本件集會、遊行前，曾數次與政府機關陳情、協調及抗爭無效，在面對文化將遭侵害之焦急心情下，才會認為集會、遊行過程中應有更激烈之手段(朝臺東市公所及臺東縣政府大門玻璃丟擲雞蛋、漆彈)，以表達對於政府政策之不滿、批評，並藉由此舉吸引媒體報導，喚起社會大眾之關注，且此抗爭方式相較於部落昔日以「出草」（即取敵人首

---

<sup>394</sup> 臺灣高等法院花蓮分院 104 年度原上易字第 27 號判決參照。

<sup>395</sup> 林鈺雄，前揭註 36，頁 304-305。

級) 排除祖靈地侵擾之手段顯然緩和, 所侵害之法益亦較小, 屬「無可避免」之情形。仔細觀察此判決, 我們會發現法院描述的毋寧是何以行為人「無可避免地」選擇侮辱公署的手段來彰顯其訴求, 而非行為人是「無可避免地」誤認其行為為合法。在本案中, 行為人可能清楚地了解該激烈的抗議手段係屬非法, 但為了凸顯訴求, 仍不得不這麼做, 對於這種「無法避免」的情形, 應該要討論的是有無「期待可能性」的問題, 而非不法意識的欠缺, 本件判決的論理似有混淆二者之嫌<sup>396</sup>。

本文認為, 此判決更明確地顯示出上述「合理評論原則」所面臨的困境, 亦即在某些情形中, 它無法有效限縮本罪的適用。在本案的情形中, 雖然客觀上行為人丟擲雞蛋、漆彈(廣告顏料)抗議的行為, 可能根本不致於影響公務的正常運作, 卻因為其被認為僅是出於「發洩情緒」之動機而無法符合「合理評論原則」的要求, 因而無法適用此原則來阻卻犯罪的成立。然而, 法院或許也察覺到將此類對於法益毫無危險之行為入罪化的正當性疑慮, 因而只好再想盡辦法嘗試從其他面向阻卻本罪的成立, 最後的結果卻是如同本案中所呈現的, 以扭曲既有的刑法學理為限縮本罪成立的代價。

## 第五項 小結

透過對於既有實務見解的觀察與分析, 我們會發現目前實務上亦有察覺到侮辱、誹謗公署罪之正當性疑慮, 並在個案中提出一些限縮解釋的策略。不過, 多數的見解似乎皆是從主觀上行為人無「犯意」, 或其言論是否係為「發洩情緒」或「以損害政府機關名譽為唯一目的」出發, 作為限縮的方式, 使得部分行為儘管在客

---

<sup>396</sup> 若從本案所涉及的原因事實, 即國家政策與原住民傳統文化相衝突, 因而導致原住民犯罪的面向切入思考, 則可能會牽涉到學說上所討論的「文化抗辯(cultural defense)」問題。關於文化抗辯, 指的是行為人主張其所為的行為是出於傳統慣習或文化而來, 有可能是基於行為人對於傳統文化的遵守, 而對主流法律規範根本欠缺「不法意識」的類型; 亦有可能是即便知道自己的行為與法律規範抵觸, 仍然選擇站在傳統文化這邊的「期待可能性」類型。仔細觀察本案判決, 其運用不少篇幅說明卑南族的殯葬文化與漢人不同, 遷葬政策將與其殯葬傳統文化相衝突, 影響部落之生命、文化命脈, 似乎是在說明行為人為了捍衛傳統文化而侮辱公署的行為, 可能符合上述「期待可能性」的類型, 可惜的是, 法院最後卻錯誤地得出了行為人「欠缺不法意識」的結論, 混淆上述文化抗辯的二種可能類型。關於原住民犯罪文化抗辯的深入說明, 參見: 王皇玉(2016), 〈原住民犯罪的文化抗辯及其實踐〉, 《臺灣原住民族法學》, 1卷1期, 頁31-44。

觀上不致於造成公權力運作的實害或危險，於現行實務見解下仍會成立本罪。另外，亦有部分見解嘗試從其他層次阻卻本罪的成立，卻在論理上存在明顯瑕疵。由此觀之，現行實務見解中的限縮方式仍有很大的進步空間，因此，接下來的重點就是試圖提出一套妥適的限縮策略，在符合既有刑法學理的前提下，盡可能地將與法益侵害無關的行為排除在本罪的適用範圍外。

## 第二節 現行法下的限縮解釋策略

### 第一項 構成要件層次

透過先前對於本罪法益侵害路徑的說明，我們發現立法者所設計的構成要件將大量與法益侵害無關的行為納入處罰範圍，而目前實務上單從行為人主觀面出發的限縮方式亦無助於改善此情形。面對此種立法者制定的構成要件過於鬆散，無法切合規範目的而有浮濫之虞的情形，負責解釋適用該構成要件的司法即有必要進行事後的補救措施<sup>397</sup>，也就是針對立法者制定的構成要件，採取合目的性之限縮解釋。在以下內容中，本文將針對構成要件層次可能採取的二種解釋方法作進一步的分析與討論。

#### 壹、法益具體危殆狀態的要求？

既然問題出在立法者原先的構成要件設計過於浮濫，而可能波及與法益侵害無關的行為，一個最為直觀的限縮方式，就是要求在個案中不僅要具備符合立法者所描述的構成要件行為，尚且必須該罪之保護法益因而陷於具體危殆狀態，該行為才能成罪。一個常見的例子，即是部分學說及實務見解對於刑法第 293 條無義務遺棄罪與第 294 條有義務遺棄罪的解釋。雖然本罪並未標明「致生危險」的要素，且無義務遺棄罪的法定刑僅六個月以下，有義務遺棄罪的立法理由又明文「本罪以不履行義務而成立，雖被害者無何等危險，亦不得以本罪論」，使得部分見

---

<sup>397</sup> 李茂生(2016)，〈食品安全衛生管理法下的攙偽、假冒：一個比較法上的省思〉，《法令月刊》，67卷 10 期，頁 37。

解主張本罪應為抽象危險犯<sup>398</sup>，不過，仍有不少見解強調，本罪的成立應以個案中行為客體的生命陷於危險狀態為必要，否則將會因為本罪的構成要件網羅過廣，而過度地干預人民的生活自由<sup>399</sup>。在早期有關有義務遺棄罪的實務見解中，亦曾提及「若負有此項義務之人，不盡其義務，而事實上尚有他人為之養育或保護，對於該無自救力人之生命，並不發生危險者，即難成立該條之罪」<sup>400</sup>，同樣是透過法益具體危殆狀態的出現，來限縮犯罪的成立，避免一旦符合法條中違反扶養義務的要件即被入罪。由此例可知，即便條文中並無「致生危險」的明文，在解釋上也並非不能進行法益危殆狀態的實質判斷，並以此來限縮犯罪的成立。

由上述思考出發，對於本罪可能的限縮解釋方法之一，即是將這種對個案中「法益具體危殆狀態」的要求移植過來，此意味著並不能僅以行為人有符合構成要件所述的「侮辱」或「誹謗」行為，即認定其犯罪之成立，尚必須該侮辱或誹謗的行為，已經造成人民對於政府機關的評價或信賴減損，使得公權力的正常運作處於危殆狀態始足當之。對於侮辱公署的行為而言，由於此類行為根本不致於影響人民對於政府機關的評價或信賴(見第二章第二節第三項)，因而此種解釋方法可謂實質凍結了本罪的適用。對於誹謗公署的行為來說，這種解釋方法則將大幅地限縮成罪的範圍。舉例而言，若行為人在集會遊行時基於誹謗公署的故意，誣指法務部非法洩漏其個人資訊，此時一方面這種毫無來由的控訴可能不會影響人民對於法務部的評價或信賴，另一方面，即便人民對於法務部的評價或信賴因而受到影響，

---

<sup>398</sup> 甘添貴，前揭註 212，頁 180；許玉秀(2001)，〈被利用人之禁止錯誤與墮胎加重結果罪〉，《台灣本土法學雜誌》，27 期，頁 101-102；陳志輝(2006)，〈無義務遺棄罪的法律性質〉，《月旦法學教室》，43 期，頁 23；王榮聖(2007)，〈論遺棄罪之危險屬性〉，《興大法學》，7 期，頁 275-279；陳子平(2014)，《刑法各論(上)》，頁 69，臺北：元照。

必須注意的是，即便認為本罪屬抽象危險犯的論者，多亦認為被害人必須陷於危險狀況才能符合「遺棄」的文義，因此仍適度限縮了本罪的適用。至於陳子平教授，則是認為抽象危險犯的「抽象危險」，並非「擬制的危險」，而是「具體危險的危險」，因此在個案中必須存在具體危險的可能性才能成罪。

<sup>399</sup> 許澤天(2017)，《刑法各論(二)：人格法益篇》，頁 90，臺北：新學林；盧映潔，前揭註 19，頁 523；林山田(2005)，《刑法各罪論(上)》，五版，頁 101，臺北：元照；王皇玉(2008)，〈刑法總則專題研究系列二：論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159 期，頁 238。

<sup>400</sup> 最高法院 29 年上字第 3777 號判例參照。不過，近年來最高法院似乎逐漸傾向以「扶養義務違反」作為本罪的處罰依據，而不以個案中出現具體的生命或健康危險為必要。詳細的說明，參見：徐偉群(2007)，〈論遺棄故意與遺棄罪的立法作用〉，《中原財經法學》，19 期，頁 29-32。

由於其誹謗言論所涉及之相關公務亦非以人民的主動參與利用為運作的必要條件，因此實難謂公務運作已處於危殆狀態。反之，若行為人在集會遊行時基於誹謗公署的故意，誣指某地方法院長期以來均存在收賄的陋習，並具體提出捏造的書面資料作為佐證，若確實造成人民對於該地方法院的評價或信賴減損，因而遇有紛爭時選擇透過私力救濟解決，而非尋求司法體制的協助，將會產生該項公務因為欠缺人民主動參與利用而崩潰的危險，誹謗公署罪所欲保護的法益即可能已陷於具體危殆狀態。

然而，如同前文(見第二章第三節第四項貳、)所述，究竟什麼時候人民對於政府機關的信賴度會跌破閾值，使得特定公務體制因為欠缺人民的主動參與利用而毀敗，並無法輕易的被確認，也就是說相較於上例中遺棄罪所涉及的個人法益，對於何謂集體法益的「具體危殆狀態」往往存在更大的模糊空間，其判斷恐淪為恣意<sup>401</sup>。況且，集體法益的危殆狀態指涉的可能是整套體制即將崩解的時刻，要求刑法直到此時才能介入的想法並不實際<sup>402</sup>。再者，以侮辱或誹謗公署的行為之後，法益具體危殆狀態的出現與否作為本罪成立的要件，無異於使得本罪的成立取決於行為後行為人無法掌握的偶然因素，白話而言，意味著該行為的可罰性純然繫於行為人的運氣<sup>403</sup>。最後，在司法權與立法權的分際上，也有論者指出立法者透過構成要件的设计，即顯示出其未賦予法院在具體個案中判斷客觀危險存在與否的權限，法院在個案中增加此限制，恐會面臨「顯然違反立法者原意」的批評<sup>404</sup>。基於上述理由，我們發現藉由「法益具體危殆狀態的要求」來限縮本罪成立的嘗試有其困難，因此，似乎有必要在維持本罪抽象危險犯的定性，於個案中不作實質風險判斷的前提下，尋找有無其他可能的限縮解釋途徑。

## 貳、行為適性的要求

<sup>401</sup> 即便是針對個人法益，也有論者指出這種「密接危險」的概念欠缺最低限度的明確性。見：黃榮堅，前揭註 99，頁 582。

<sup>402</sup> 王皇玉，前揭註 241，頁 241。

<sup>403</sup> 對於事後危險觀點的批評，見：周濛沂，前揭註 249，頁 435-437。

<sup>404</sup> 薛智仁(2002)，〈參與群毆行為之處罰基礎與立法〉，頁 69，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。

本文認為，即便在個案上不作實質風險判斷，我們仍可藉由對本罪的「侮辱」、「誹謗」等行為要件增添一些資格限制，來限縮本罪的成立。這種作法，基本上可參考學說上所稱的「適性犯」概念<sup>405</sup>。一般認為，適性犯是抽象危險犯的一種下位類型<sup>406</sup>，相對於具體危險犯，其仍是著眼於行為本身的危險性，而非個案中的危險結果；相較於抽象危險犯，其則是強調僅依特定的行為方式之描述並無法完全表現出該行為的不法內涵，在構成要件中尚有一個「適格性」的要求，即「行為在客觀上能夠以客觀可歸責的方式引起實害結果」<sup>407</sup>，在個案中，法院須審查相關的具體案情，判斷行為人之舉止是否適足以造成法律所不欲見的風險，這種「適性條款」在條文中通常以「足以生……」的型態出現，例如德國刑法第 325 條污染空氣罪，即要求對於空氣的影響須足以造成動植物之健康一定程度上的傷害，我國刑法偽造文書罪章中「足生損害於公眾或他人」的要件，或是 2012 年修正的第 286 條妨害幼童發育罪之「以他法足以妨害其身心之健全或發育」，亦是採取類似的結構<sup>408</sup>。

不過，若我們暫且拋開適性犯應有如何的構成要件設計，或是否有「足以生」結構的條文即屬適性犯的形式爭議，這個概念提醒我們的是，即便面對的是抽象危險犯的立法設計，在解釋適用構成要件時，仍必須注意其與法益侵害間的關聯。據此，即便本罪未透過適性條款的設計對於「侮辱」、「誹謗」的要件加以限縮，在解釋上仍不排除有採取適性犯概念的空間。舉例而言，規範於《食品安全衛生管理法》的「食品攙偽或假冒罪」<sup>409</sup>，並未明文以摻偽或假冒的內容物「足以危害人體健康」為要件，不過，仍有不少學說見解透過目的解釋、歷史解釋、體系解釋，以及比較法研究等方法指出，本罪應以所摻偽或假冒的內容物足以危害人體健康為

---

<sup>405</sup> 「適性犯」的用語出自於德國學者 Hoyer，學者 Hirsh 則將類似的概念稱作「具體危險性犯」。相關介紹請見：蔡蕙芳(2000)，〈從危險理論論不能安全駕駛罪〉，頁 140-151，國立臺灣大學法律學研究所博士論文；憚純良，前揭註 253，頁 43-52。

<sup>406</sup> 不過，提出「適性犯」概念的 Hoyer 則認為其是介於抽象危險犯與具體危險犯間的一種中間類型，見：憚純良，前揭註 253，頁 46。

<sup>407</sup> Hoyer, *Eignungsdelikte*, S. 61 f. 轉引自：憚純良，前揭註 253，頁 47。

<sup>408</sup> 徐育安(2017)，〈傳統刑法理論與現代風險社會：以我國食安法爭議為核心〉，《臺北大學法學論叢》，104 期，頁 101；李聖傑(2013)，〈親愛的小孩〉，《月旦法學教室》，131 期，頁 30-32。

<sup>409</sup> 食安法第 15 條第 1 項第 7 款、第 49 條第 1 項參照。

限<sup>410</sup>。此外，也曾經有實務見解參考上述觀點，採取目的性限縮解釋，認為必須混充之內容物成分，客觀上有造成人之生命、身體、健康危害之虞，始得論以本罪<sup>411</sup>。另外，實務見解關於刑法第 168 條偽證罪及第 169 條誣告罪的解釋，亦採取類似的解釋方法，將各該罪名保護法益的侵害可能性，納入犯罪成立與否的判斷上<sup>412</sup>。

另一方面，值得注意的是，在與「誹謗公署」相關且近期討論度頗高的「假訊息管制」議題中，行政院通過的相關修正與新增條文，即是針對應予管制的假訊息所具有的「惡意」、「虛假」、「危害」等三要素，採取「故意散播……之謠言或不實訊息，足生損害於……」的模板增修<sup>413</sup>，同樣是採取上述適性犯的立法方式。例如，核子事故緊急應變法第 31 條之 1 修正草案規定，「散播有關核子事故之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣一百萬元以下罰金。犯前項之罪，因而致人於死者，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」，就是以謠言或不實訊息必須具備「足生損害於公眾或他人」的適性作為處罰前提，其他包含《災害防救法》第 41 條，《食品安全衛生管理法》第 46 條之 1，《糧食管理法》第 15 條之 1、第 18 條之 3、《農產品市場交易管理法》第 6 條、第 35 條，《傳染病防治法》第 63 條、第 64

---

<sup>410</sup> 曾淑瑜(2014)，〈從食品攙偽之類型論入刑化之必要性〉，《台灣法學雜誌》，241 期，頁 68-69；蕭宏宜(2014)，〈攙偽假冒的刑事爭議問題〉，《台灣法學雜誌》，242 期，頁 67-74；古承宗(2017)，〈刑法作為保障食品安全之手段：兼評彰化地方法院 100 年度矚易字第 1 號判決、台灣高等法院台中分院 101 年度矚上易字第 295 號判決〉，氏著，《刑法的象徵化與規制理性》，頁 173-176，臺北：元照。

<sup>411</sup> 臺灣彰化地方法院 103 年度矚訴字第 2 號判決、104 年度訴字第 314 號判決參照。較為可惜的是，最高法院 105 年度第 18 次刑事庭會議決議並未採取此見解，而是認為只要行為人有攙偽或假冒之行為，即成立本罪，不論其行為是否確有致生危害人體健康之危險存在。

<sup>412</sup> 最高法院 71 年度 8127 號判例：「按刑法上之偽證罪，不以結果之發生為要件，一有偽證行為，無論當事人是否因而受有利或不利之判決，均不影響其犯罪之成立。而該罪所謂於案情有重要關係之事項，則指該事項之有無，足以影響於裁判之結果者而言。」；最高法院 20 年度上字第 1700 號判例：「刑法上誣告罪之成立，在主觀方面，固須申告者有使人受刑事或懲戒處分之意思，在客觀方面，尤須所虛構之事實足使被誣告人有受刑事或懲戒處分之危險，若申告他人有不法行為，而其行為在刑法上並非構成犯罪，則被誣告者既不因此而有受刑事訴追之虞，即難論申告者以誣告之罪。」。

<sup>413</sup> 行政院(2018)，《防制假訊息危害專案報告》，載於：  
<https://www.cy.gov.tw/File/5E45C50A967D755E?A=C>(最後瀏覽日：06/27/2019)。

條、第 64 條之 1、第 65 條、第 66 條等修正草案，也都是採取類似的條文結構<sup>414</sup>。由此可知，近期的立法方向也已經察覺到，應該透過條文中的適性條款防止刑罰外溢到與法益侵害無關的行為上，既然誹謗公署言論亦屬「假訊息」的一種，在解釋「誹謗」要件時就不妨參照上述立法模式，加入「足以影響公權力正常運作」的適性要求，限縮本罪的成立。

綜合上述，本文想要說明的是，即便本罪條文中欠缺「足以」的形式要件，也無礙於我們針對其構成要件透過適性犯概念的解釋方式予以操作<sup>415</sup>，另外，在近期關於「假訊息」管制的修正草案中，我們也發現適性犯概念確實被使用在類似本罪的行為上，因此，透過行為適性的要求對本罪進行限縮解釋，應是一個可行的作法。將此概念套用至侮辱、誹謗公署罪，意味著在個案中的侮辱或誹謗行為，結合行為時的其他環境事實，必須有足以造成公權力正常運作受到侵害的可能，始得成立犯罪。對於侮辱公署的行為來說，由於其根本不致於影響人民對於政府機關的評價或信賴，也不會進而影響到公務運作，因此無論如何該等行為皆無法符合行為適性的要求，侮辱公署罪的適用將被實質凍結。就誹謗公署的行為而言，則必須考量個案中所涉及的公務類型、誹謗言論的內容，以及行為當時的其他環境事實，尤其是考量到前述(第二章第三節第四項貳、)累積危險行為的性質，行為當時人民對於該政府機關的信賴程度也要納入考量，綜合判斷該行為有無影響公務運作之潛能。例如，若行為人發表言論的「集會遊行」場合，僅有約莫六、七人在場，現場亦無新聞媒體，行為人隨口提出沒有書面資料佐證的不實資訊，實難以廣泛地影響人民對於政府機關的評價與信賴，並進而使得公務運作受到影響，自不符合行為適性的要求。此外，若所涉及的公務型態不以人民的主動參與利用為運作前提，則即便誹謗公署的行為確實減損人民對於政府機關的評價或信賴，於公務運作亦不生影響，此類誹謗公署行為同樣不符行為適性的要求。反之，若

---

<sup>414</sup> 應注意的是，後三者是採取行政罰而非刑罰。

<sup>415</sup> 蕭宏宜，前揭註 410，頁 73-74。

在人民對於司法信賴度已極低的情況下，身為律師的行為人仍在大型集會遊行場合與眾多媒體面前公布捏造的證據資料，謊稱某地方法院有百分之十至二十的法官都在收錢，考量到行為當時人民的司法信賴度、行為人之特殊身分、言論內容，以及傳播能力等因素，在此極端情況下，即可能認為行為人的行為有導致司法體制毀敗的潛能，因而已該當誹謗公署的要件。由上述幾個案例可知，藉由適性犯的概念，亦得以有效限縮本罪的成立。

### 參、小結

在此部分，本文基於對現行實務見解過度偏重行為人主觀面之限縮方式的反省，具體考察在客觀構成要件層次可能採行的二種限縮方式，即在個案中以「法益具體危殆狀態」的結果出現，作為犯罪成立的要件，或是針對構成要件行為，增加足以造成法益侵害的適性要求。本文認為，前者之限縮方式將面臨若干問題，相較之下，針對本罪的構成要件行為增加一些適性要求，應是一個較為允洽的做法，而此限縮解釋策略將能夠實質凍結侮辱公署罪的發動，並將誹謗公署罪的成立範圍限縮至足使公權力無法正常運作的情形。

## 第二項 違法性層次

### 壹、討論違法性層次限縮的必要性

在通說所採取的三階犯罪階層論中，違法性是針對「與法規範對立之行為」所作的整體否定評價，一個該當立法者所創設之構成要件的行為，僅被「推定」具有違法性，在違法性層次仍必須將該行為置於整體法規範秩序的天平下衡量，以判斷其是否為整體法規範秩序容許的行為<sup>416</sup>。如此作的理由在於，立法者就通案所設計的犯罪構成要件，無可避免地可能波及應為整體法秩序所容許的個案行為，此時就有必要在違法性層次，從整體法秩序的觀點阻卻犯罪的成立。

---

<sup>416</sup> 林鈺雄，前揭註 36，頁 224-225。

有疑問的是，上述違法性的內涵本來就必須適用在分則中各個犯罪成立與否的判斷上，似無必要在此特別討論。況且，既然透過本文前述的限縮解釋方法，已經能夠有效限縮本罪的成立，則再討論違法性層次限縮的必要性就不免令人懷疑。不過，基於以下理由，本文認為在違法性層次限縮本罪成立的主張，仍有討論的必要。首先，無論在實務判決或學說見解關於本罪的討論中，均有提出以刑法第 311 條第 3 款之「合理評論原則」，及發展自刑法第 310 條第 3 項及釋字第 509 號解釋之「真正惡意原則」來阻卻違法的主張，同時對此主張也存在不少質疑(見第一章第二節第三項貳、三、)，在本文前述主張尚未被接受，實務主要仍在違法性層次援引上述原則阻卻本罪成立的現況下，基於現實面的考量，對相關見解作進一步的討論仍有其必要。另一方面，即便在構成要件層次即採取前述限縮解釋方法，仍無法排除在極端個案中，存在構成要件該當的行為仍應為整體法秩序所容許的情形，特別是侮辱、誹謗公署的行為，往往牽涉到與公益高度攸關的政治活動，個案中構成要件該當的行為對於民主政治或其他相關公益的價值，與(可能)受到侵害的公務運作間，究竟孰輕孰重，乃至於應該如何衡量孰輕孰重，似乎都有進一步討論的必要。

據此，本文認為有必要在構成要件層次的限縮解釋途徑外，另行討論於違法性層次限縮本罪成立的可能，而探討此問題的出發點，就在於釐清並解決實務與學說上關於合理評論原則與真正惡意原則在本罪的適用爭議。

## **貳、「合理評論原則」與「真正惡意原則」於本罪的適用可能性**

刑法第 310 條第 3 項前段規定，對於所誹謗之事，能證明其為真實者，不罰。司法院大法官會議第 509 號解釋並指出，此規定非謂行為人必須自行證明其言論內容確屬真實，始能免於刑責。行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩。實務見解更據此引進美國法上的「真正惡意原則」，認為行為人必須於發表言論時

明知所言非真實，或因過於輕率疏忽而未探究所言是否為真實，其誹謗行為始具可罰性<sup>417</sup>。刑法第 311 條第 3 款則規定，以善意發表言論，對於可受公評之事而為適當之評論者，不罰，此即實務見解所稱之「合理評論原則」。關於「真正惡意原則」與「合理評論原則」的適用，實務見解多認為前者係用於「事實陳述」，後者則係用於「意見表達」<sup>418</sup>，不過在侮辱或誹謗公署罪的適用上，實務見解往往會混用二者，將各該原則的內涵與標準綜合適用於個案中<sup>419</sup>。因此，在以下的討論中，將不會依據侮辱或誹謗公署罪的不同，而分別討論「合理評論原則」與「真正惡意原則」，而是在合併觀察二者的前提下，將重點置於此原則得否適用於侮辱、誹謗公署罪的討論上。

觀察否定上述原則得適用於本罪的見解<sup>420</sup>，基本上可歸納為以下理由：首先，就形式面而言，該原則的相關條文係規範在妨害名譽罪章(刑法第 310 條第 3 項、第 311 條)，因此於保護國家法益之犯罪並無適用餘地。其次，就實質面而言，由於該原則旨在調和人民「言論自由」與「名譽權」的衝突，故無法涵攝及於「言論自由」與「公務運作」發生衝突的情況。在此，我們有必要依序檢驗上述二個理由是否合理。

否定說所採取的形式理由，基本上就是透過「體系解釋」的方法，而認為該原則僅適用於相關條文所在的妨害名譽罪章中，然而，體系解釋固然是進行釋義學操作時的方法與指標之一，不過其並不存在支配性的地位，特別是這種單以條文

---

<sup>417</sup> 最高法院 94 年度台上字第 5247 號判決參照。

<sup>418</sup> 臺灣高等法院 97 年度上易字第 2757 號判決參照。必須說明的是，近期的最高法院見解已明確指出，刑法第 311 條係關於事實之「意見表達」或「評論」，就誹謗罪特設之阻卻違法事由，於公然侮辱行為，並無適用餘地。見：最高法院 107 年度台上字第 3116 號判決。

<sup>419</sup> 如此作的理由，可參考臺灣臺北地方法院 94 年度易字第 258 號判決的說明：「至某一言論之內容，究係陳述事實或表達意見，即如何區別「事實」與「意見」，為法院須處理之法律問題，尤其表達意見之評論，通常係針對具體事實而發，所以許多案件上，強要區分事實陳述或表達意見，實有困難。是以在事實與評論糾葛而無法釐清之案件，應兼採真正惡意原則及合理評論原則加以檢驗，方不致使刑法誹謗罪及侮辱罪之處罰過於擴張，而侵害人民之言論自由。」；臺灣高等法院臺中院 101 年度上易字第 1141 號判決同旨。

<sup>420</sup> 學說見解可參：曾淑瑜，前揭註 31，頁 23；實務見解可參：臺灣高等法院 101 年度上易字第 2283 號判決。

所在位置所作的解釋，顯然不具有說服力。舉例而言，在妨害電腦使用罪章保護法益的討論中，即有學者指出不應該因為該罪章是規範在個人法益之後，就將其保護法益從財產法益或隱私法益等個人法益的面向加以理解，其指出雖然罪章是考量重點，但仍應從各罪的實質保護內涵來認定其保護法益<sup>421</sup>。由此說法出發，本文認為究竟該原則得否適用於本罪，應視其實質意義與內涵是否與本罪相容，而不必過度拘泥於相關條文的規範位置。

其次，就合理評論原則與真正惡意原則的實質意義而言，觀察司法院釋字第509號解釋，其中指出「惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制」，我們會發現言論自由不僅僅會與個人的「名譽權」發生衝突，而也與「隱私權」乃至於其他「公共利益」存在著緊張關係，為了達成解釋中「最大限度維護言論自由」的目標，我們就有必要在解釋適用涉及言論自由之限制的條文時，調和其與其他利益的衝突，這種合憲性解釋的義務不會僅僅存在於妨害名譽罪章當中，而是貫穿整部刑法典。據此，本文認為，儘管規範於分則的特定罪章之中，合理評論原則與真正惡意原則應當被認為是具有總則性質的規範，屬於在違法性層次考量言論自由時的利益衡量指標，在其文義最大可能的範圍之內，得適用於包含妨害名譽罪章在內的所有案件。不能否認的是，對於某些犯罪而言，囿於條文內容的侷限性，上述原則可能無法發揮調和言論自由與其他衝突利益的功能。例如，散布猥褻物品的行為所涉及言論自由「實現自我」的利益與「性道德感情」間的衝突，可能就無法在第310條第3項或第311條各款事由中尋得調和的標準。不過，至少在本文所討論的侮辱、誹謗公署罪中，第310條第3項「對於所誹謗之事.....」的文義，應可及於「『誹謗』公署」的情形，第311條第3款「可受公評之事」、「適當評論」等用語，亦與多數侮辱、誹謗公署案件所涉及言論自由「溝通意見」、「監督各種政治或社會活動」的利益相關，而有適用的

---

<sup>421</sup> 許恒達(2011)，〈資訊安全的社會信賴與刑法第三五九條的保護法益：評士林地方法院九十九年度訴字第一二二號判決〉，《月旦法學雜誌》，198期，頁237-238。

餘地。

綜上所述，本文認為並無理由否定上開原則在本罪的適用<sup>422</sup>，尤其是在實務見解未針對本罪構成要件採取較為限縮之解釋的現狀下，援引此原則排除「表意人係就公共事務，對於具體事實有合理之懷疑或推理，而依其個人主觀之價值判斷，公平合理提出主觀之評論意見，且非以損害政府機關名譽為唯一之目的」<sup>423</sup>之情形，基本上可資贊同<sup>424</sup>。

## 參、本罪之實質違法性判斷

### 一、轉向實質違法性的討論

雖然在先前的討論中，我們指出應將合理評論原則、真正惡意原則解為總則性質的規定，藉此條款的文義最大可能範圍將憲法保障言論自由的意旨「媒介」進入刑法<sup>425</sup>，然而，如此一來是否即足以確保個案適用的結論能夠契合司法院大法官會議第 509 號解釋「最大限度保障言論自由」的要求，以及達成本文盡可能限縮本罪成立的策略目標，仍不無疑問。基於以下理由，我們有必要進一步討論本罪的實質違法性判斷問題。

#### (一) 列舉條款的侷限性

首先，違法性層次的任務在於將構成要件該當的行為置於整體法規範秩序的天平下衡量，以判斷其是否為整體法規範秩序容許的行為。參考發展自德國聯邦憲法法院的「互相影響學說」，限制基本權的刑法，必須在基本權的脈絡下進行解釋，以便將各自基本權所包含的價值意義考慮入內<sup>426</sup>。這意味著在本罪違法性的

<sup>422</sup> 同旨：韓忠謨，前揭註 18，頁 108-109；王皇玉，前揭註 30，頁 23。

<sup>423</sup> 臺灣高等法院 106 年度原矚上易字第 1 號判決。

<sup>424</sup> 必須說明的是，此類實務見解援引真正惡意原則與合理評論原則阻卻犯罪成立的侮辱公署案件，在本文見解下，會因為該等行為根本欠缺影響人民對於政府機關的評價或信賴，進而影響公務運作的潛能而「構成要件不該當」，自無繼續討論其違法性的必要。在本文見解下，只有誹謗公署的行為才有可能進入違法性層次，且也僅限於少數情形。

<sup>425</sup> 薛智仁，前揭註 5，頁 166-167。

<sup>426</sup> 陳志輝(2014)，〈以言論自由作為阻卻違法事由：臺南地院 103 易 373 判決〉，《台灣法學雜誌》，

判斷上，必須實質衡量行為人之言論自由背後所表彰的「實現自我」、「溝通意見」、「追求真理」、「健全民主」等各種利益，與其行為對於公務運作所造成的侵害，以取得個案中基本權的最適實踐。然而，刑法第 310 條第 3 項與第 311 條各款，僅是透過「列舉」的方式將立法者事前的利益衡量結論表達出來，可以想見的是，列舉的內容難免掛一漏萬，勢必會存在應該通過實質利益衡量，卻沒有任何列舉內容可資適用的窘境。

舉例而言，在一黨獨大的政治現實環境下，由於行政與立法皆為多數政黨把持、民意代表選制對小黨不利、公投與罷免制度因為過高的門檻而被實質凍結等因素，使得政府機關的施政未受到實質有效監督。行為人甲耳聞行政院已經組成「和平協議研議小組」，擔憂台灣主權遭到出賣，然而無論是向立委陳情，或是訴諸新聞媒體，甲皆被認為是在杞人憂天。心急如焚的甲，為促成媒體的報導並喚起社會大眾對此議題的討論與重視，遂舉辦了一場集會遊行活動，並在明知其為不實的情況下，在現場公布一份其捏造的和平協議研議小組「會議記錄」，並據此指稱兩岸已於近日展開「和平統一談判」。甲此舉果然引發社會大眾對於主權議題的重視，媒體與立法委員也因為甲的「爆料」與輿論壓力，展開對行政機關的監督與追蹤。事後確認，行政院並不存在「和平協議研議小組」，也當然沒有所謂的「會議記錄」與「和平統一談判」。不過，在追蹤的過程中卻意外發現，行政院內負責中國事務的官員竟然長期收受來自中國「統促會」的資金，引發更大的政治風暴。在本案中，甲在集會遊行時針對行政院為不實的具體指摘，該當集會遊行法第 30 條誹謗公署罪的要件<sup>427</sup>。然而，由於甲「明知」其所出示的「會議記錄」與言談中提到的「和平統一談判」皆非事實，並不符合第 310 條第 3 項的要件。此外，甲的言論屬於針對事實的「具體指摘」，而非「意見表達」，並不該當第 311 條第 3 款「合理評論原

---

255 期，頁 177。

<sup>427</sup> 在現行實務見解下，本罪構成要件該當並無疑義。若採本文見解，則尚要考量個案中所涉及的公務類型、誹謗言論的內容，以及行為當時的其他環境事實等因素，綜合判斷該行為有無影響公務運作的潛能。為討論方便，以下說明係以甲的行為已該當本罪構成要件為前提。

則」的「評論」要件。同時，甲誹謗公署的動機在於促成社會大眾對於主權議題的重視與討論，並形成一個有效的監督環境，這種有利於民主政治的「狀態」似乎也無法被解釋為甲「合法的利益」，而有第 311 條第 1 款的適用。總而言之，甲誹謗公署的行為並無法藉由現行法所列舉的各項事由阻卻違法。然而，若從實質違法性的觀點出發，即便肯認甲的行為已經侵害到國家公權力的正常運作，其言論對於重新喚醒公民對主權議題的重視、有效監督國家權力，乃至於避免一場可能的主權危機的利益，在利益衡量上仍可能存在較優越的地位。由此可知，即便肯認上述列舉條款在本罪的適用，個案中仍可能會出現行為應為整體法秩序容許，卻無任何條款可資適用的窘境。

## (二)現行實務見解下的務實考量

此外，深入討論個案中的實質違法性問題也有其現實上的必要。一方面，儘管本文認為刑法第 310 條第 3 項、第 311 條的適用範圍並不僅限於妨害名譽罪章的犯罪，然而現實上實務見解對此問題仍有所歧異，更重要的是，最高法院於近期明確指出，刑法第 311 條於公然侮辱行為並無適用餘地<sup>428</sup>，基於此見解對於下級審法院的事實上拘束力，在實務上占多數的侮辱公署行為，未來恐難以再藉由本條阻卻違法。對此，關於本罪實質違法性的討論，就是要在個案可能無法適用第 310 條 3 項、第 311 條等法定阻卻違法事由的情形下，指出應該如何進行實質的利益衡量，並藉此達成本文盡可能限縮本罪成立的目標。

## 二、個案實質違法性判斷的具體操作

在通說觀點下，實質違法性的核心在於優越利益衡量<sup>429</sup>，關於其具體的內涵，德國學說上有從「社會相當性」的概念加以詮釋，認為社會相當性的行為乃是在歷

---

<sup>428</sup> 最高法院 107 年度台上字第 3116 號判決參照。

<sup>429</sup> 在此必須指出的是，與在法益理論的基本立場上相同，本文認為這種在人際之間進行利益衡量的作法，將可能會使得少數人的權利為了多數人的偏好而被犧牲，並非妥適。然而，為了在現行通說實務的觀點下提出可行的限縮解釋策略，本文在此將接受利益衡量模式作為論述推導的前提。關於利益衡量模式的詳細介紹與批判，見：周濛沂，前揭註 246，頁 188-194。

史所形成之共同生活的社會倫理秩序範圍內所實施的行為，應屬規範上被認可的行為，因此不能認為是犯罪行為。日本學說上則是從實質違法性的概念，發展出「可罰違法性」的理論，主張行為的質與量必須要能符合刑事制裁的要求，始能加以處罰，若個案中符合「被害法益之輕微性」或「行為逸脫社會相當性程度之輕微性」，則可認定不具有可罰違法性<sup>430</sup>。

不過，既然本文討論的重點是現行法下的限縮解釋策略，那麼我們就不能忽略實質違法性概念在我國實務上的討論。在早期的實務見解中，關於實質違法性概念的運用主要涉及被害法益極輕微的案件，例如最高法院 74 年台上字第 4225 號判例認為，行為人擅用他人一張信紙的行為，侵害之法益及行為均極輕微，在一般社會倫理觀念上難認有科以刑罰之必要，且不予追訴處罰，亦不違反社會共同生活之法律秩序，自得視為無實質之違法性，而不應繩之以法。細究此判例之論理，基本上與日本法可罰違法性理論中「絕對輕微型」的概念十分類似，將欠缺實質違法性的要件限定在被害法益及侵害行為均極輕微之情形<sup>431</sup>。在近期的實務見解中，法院則似乎有擴大實質違法性概念運用範圍的傾向，例如 318 學運「佔領立法院行動」的一審判決，臺灣臺北地方法院 104 年度矚訴字第 1 號判決指出：「所謂實質違法性，應就刑法規範整體法律價值體系上觀察，符合構成要件之行為，究竟是否具社會相當性，即行為是否為達到正當目的之適當手段，或行為對社會之有益性遠超過社會損害性等以為衡量。同時此等實質違法性，亦應體認刑法之法律效果，乃係所有法律規範中最嚴厲而具痛苦性、強制性、殺傷性之法律手段，因此以刑罰作為規範社會生活共同秩序之時，應符合刑法之謙抑性與最後手段原則。」本判決在實質違法性的判斷上，就不再以被害法益與行為手段均極輕微為其要件，而是著眼於行為所追求之目的是否具有目的正當性、行為與目的間之相當

---

<sup>430</sup> 關於實質違法性概念的介紹，參見：王皇玉，前揭註 36，頁 243-246。應注意的是，日本法上欠缺「可罰違法性」的效果並非「阻卻違法」，而是指行為雖然違法，但並未達到值得動用刑罰的程度，詳細說明請見：謝煜偉，前揭註 4，頁 15。

<sup>431</sup> 關於可罰違法性理論中絕對輕微型的介紹，參見：謝煜偉，前揭註 4，頁 11-13。

性，以及行為之「社會有益性」與「社會損害性」間的利益衡量結果。據此，雖非被  
害法益與行為手段均極輕微之案件，在近期實務見解的發展下似乎也有主張欠缺  
實質違法性而阻卻違法的空間，在涉及高度利益衝突的案件中，例如勞資爭議或  
社會抗爭事件，此概念尤其關鍵。

在個案實質違法性判斷的具體操作上，就侮辱、誹謗公署罪來說，此類案件  
的發生背景往往涉及與公益高度攸關的政府機關運作，因而在判斷上，就必須特  
別注意個案中侮辱或誹謗公署言論促使公眾關注與討論特定議題、參與公共事務、  
監督政府權力等「健全民主程序」<sup>432</sup>的「社會有益性」，及其影響公務正常運行的「社  
會有害性」，並綜合其他一切因素而為判斷，例如抗爭活動中訴求的正當性、過去  
的抗爭歷程、執政當局的對應等都是應該考量的內容<sup>433</sup>。以前述(本項參、一、(一))  
案件為例，單就相衝突的法益位階而言，言論自由受憲法第 11 條所保障，而國家  
公務的正常運作亦屬憲法上法治國原則的落實，因此言論自由並不當然存在較為  
優越的地位。不過，若從較為實質的角度切入，在本案中，甲當時所面臨的是一  
個一黨獨大、國會喪失監督功能、第四權不彰的惡劣政治環境，在此情況下，透  
過較為極端的方式表達意見或凸顯議題——例如 318 學運中佔領立法院的行動或  
本文中誹謗公署的言論——才較有可能喚醒公眾的討論以及對國家權力的有效監  
督。因此，在本文中若認為甲的行為成立誹謗公署罪，實質上等於是剝奪了國民  
參與監督重大國家事務的可能性。從本案事後的發展來看，甲誹謗公署的行為確  
實成功引起對於國家權力的有效監督，更因此防止國家免於一場主權危機，其言  
論健全民主程序的效果在此個案中十分重要，也就是說，其行為的「社會有益性」  
極高。相對而言，縱然系爭誹謗公署的言論確實對於行政院公務的正常運作造成  
侵害，則除非該侵害程度幾乎已經癱瘓行政院全部或部分重要公務的運作，而可  
認為民主憲政危機已破在眉睫，否則相較於個案中言論自由的實踐對於民主政治

---

<sup>432</sup> 司法院釋字第 509 號解釋參照。

<sup>433</sup> 謝煜偉，前揭註 4，頁 14。

實質內涵的確保，以及防免國家主權危機的效果，公務正常運作的利益應較為退讓。畢竟，國家公務的運作必須以存在於健全的民主社會為前提，失去或脫離了民主的「公務」，毋寧僅是獨裁的代稱。綜上所述，甲誹謗公署構成要件該當的行為，有助於健全民主程序、促成對公權力的有效監督，以及防免國家主權危機等效果，其「社會有益性」遠超過「社會損害性」，欠缺實質違法性，不成立誹謗公署罪。

回到實際的案例，在我國過往所出現的侮辱公署案件中，其實也存在值得討論行為是否欠缺實質違法性的例子。例如，在前文(本章第一節第四項)曾經提到的臺灣高等法院花蓮分院 104 年度原上易字第 27 號判決中，法院先是認定行為人的行為是出於「情緒發洩」，難謂不具有惡意，故無從援引刑法第 311 條規定阻卻違法而不罰，卻又為了讓行為人出罪，而錯誤地援引「不可避免的禁止錯誤」阻卻行為人的罪責。然而，若我們換個角度思考，會發現判決中「行為人見先前之抗爭活動毫無效果，面臨傳統領域、祖靈文化將受侵害，為表達上開二公署未尊重該部落最中心思想之初衷外，並獲取媒體、社會大眾關注、認同，進而協助，而升高抗爭強度，所採取之『丟擲雞蛋、漆彈（廣告顏料）』……此之抗爭方式相較於卡（大）地布部落昔日以『出草』（即取敵人首級）排除祖靈地侵擾之手段顯然緩和，所侵害之法益亦較小，屬無可避免之情形」的說明，其實隱約可見法院在衡量個案中侮辱公署行為健全民主的價值，以及該侮辱公署行為對於國家法益的侵害，並認為個案中行為人升高抗爭強度以獲取媒體、社會大眾關注的行為應受到較優位的保障。整段論述比較類似前述實質違法性的利益權衡過程，反倒是與「禁止錯誤」的關聯性不大。總結而言，從法院論理的實質內容來看，在否定本案有刑法第 311 條的適用之後，或許認定行為人侮辱公署構成要件該當的行為欠缺實質違法性，才是符合法院真意且適切的結論，而非本案法院實際所援引的「不可避免的禁止錯誤」。透過此例，我們會發現對於目前實務上的侮辱或誹謗公署案件來說，確有透過實質違法性概念阻卻犯罪成立的可能性與必要性存在。

## 肆、小結

綜上所述，在本項中，本文首先說明規範於妨害名譽罪章的刑法第 310 條第 3 項、第 311 條之規定，本質上是在違法性層次考量言論自由時的利益衡量指標，是具有總則性質的規範，於侮辱、誹謗公署案件亦有適用餘地。接著，本文進一步指出，在個案中欠缺法定阻卻違法事由的情況下，參考我國實務見解的發展，法院仍必須考量系爭行為的實質違法性問題，藉由對該行為之「社會有益性」與「社會損害性」進行權衡，以判斷其實質違法性。上述內容，依循犯罪階層論的分類，可以被歸類為針對侮辱、誹謗公署罪的「違法性層次限縮」，而與「構成要件層次限縮」相對，其意義基本上可分為以下二個層次加以說明。

### 一、對於現行實務見解的意義

就現行實務見解而言，由於其對於侮辱、誹謗公署罪的構成要件，並未如同本文採取較為限縮的解釋方式，因此絕大多數的行為皆會通過構成要件的審查，限縮本罪成立的任務大部分落在違法性層次。在此情形下，主張本罪有刑法第 310 條第 3 項、第 311 條的適用，且在不符合上開條文列舉事由的情形，行為人仍可主張其行為欠缺實質違法性而阻卻無法，將可大幅地在違法性層次限縮本罪的成立。同時，即便實務見解近來有否定刑法第 311 條得適用於侮辱公署罪的傾向，透過實務上發展的實質違法性概念，排除侮辱或誹謗公署言論之「社會有益性」顯然超過「社會損害性」的案件，仍得有效限縮本罪的成立。

### 二、對於本文見解的意義

相較之下，如果已經在構成要件層次採取本文較為限縮的解釋方法，違法性層次限縮的重要性將會降低不少，因為大多數行為在構成要件該當性的層次就會被排除(詳見本節第一項貳、)。僅在類似前文(本項參、一、(一))所舉的案例中，行為人誹謗公署的行為足以造成國家公權力的正常運作受到侵害，但可能欠缺實質違法性的情形，才有討論違法性限縮的必要。

### 第三節 欠缺正當性的刑度差異

考察完既有的限縮解釋方法，並提出本文的想法後，在此我們可以回到一個先前曾經提過的問題，即有關刑法第 140 條第 2 項「侮辱公署罪」的「六月以下有期徒刑」，與集會遊行法第 30 條「集會遊行侮辱誹謗公署罪」的「二年以下有期徒刑」之間的刑度差異，而二罪之間的唯一區別，僅在於後者比前者多出「集會、遊行時」的行為情狀限制。雖然在立法當時，有認為此刑度差異的基礎在於集會、遊行的場合群眾聚集，相關行為對於公署將產生更大的損害<sup>434</sup>，不過若考量的是相關言論的傳播效果，在當代網路科技與媒體的發展下，透過網際網路或媒體所能造成的傳播效果，絕不亞於集會遊行的現場，況且，集會遊行的場合有大有小，是否能夠一律認定相關言論會有較強的傳播效果，容有疑問。更為關鍵的是，在本文的觀點下，那些傳播效果不強、影響不夠廣泛的言論根本沒有侵害公權力正常運作的可能性，因此，傳播效果足夠強烈應是本罪成立的前提，而非加重的要素。

綜上所述，本文認為上述二罪間的刑度差異並無合理的基礎。在本文見解下，由於(集會遊行)侮辱公署罪在適用上會被實質凍結(見本章第二節第一項)，因而此差異並不會有任何實質影響。然而，就現行實務見解而言，行為人將會因為其行為時是否處在集會、遊行的情狀而受到不合理的差別評價，而此問題在現行法下並無法獲得合理解決，只能留待修法處理。

---

<sup>434</sup> 李宗仁委員及饒穎奇委員之發言，見：立法院公報處，前揭註 11，頁 46；121；123-124。

## 第五章 結論

本文是受到 2014 年三一八學運，及其後風起雲湧的公民社會運動所啟發，從「國家為何神聖不可侵犯」的質疑出發，展開對於我國刑法第 140 條第 2 項侮辱公署罪，及集會遊行法第 30 條集會遊行時侮辱、誹謗公署罪的研究。

在第二章中，本文首先考察經典的社會契約論論述，並嘗試駁斥霍布斯式的絕對國家，接著再回應各方對於個人主義式自由主義的質疑，主張無論是以國家作為個人自主前提，或是強調國族認同之重要性的說法皆不具有說服力。從認為個人具有自主決定能力的理念出發，本文接受以人作為主體的預設，認為國家狀態的出現是為了解決前國家狀態中個人行使權利的不便與衝突，因此國家的功能也僅在保護個人權利的範圍內具有正當性，國家與政府僅僅只是為了個人而存在的手段，其本身並非目的。在本章接下來的內容中，則回歸到刑法學的相關論述，從法益理論批判立法的功能出發，指出「國家公權力的正常運作」是本罪唯一具備法益適格的保護法益，對此保護法益而言，侮辱公署行為根本欠缺侵害可能性，誹謗公署行為雖有可能造成侵害，但該罪仍屬欠缺正當性的犯罪前置化立法。

在第三章中，本文則是從實證法的角度出發，說明侮辱、誹謗公署罪有違反我國憲法及公政公約的疑慮。在違憲審查方面，本文嘗試在合比例性的層次，引入美國法上的明顯而立即危險原則作為利益衡量的具體化標準，並認為本罪所欲防免的公益危害欠缺急迫性與可能性，因此不符合比例性的要求，應屬違憲。在公政公約方面，本文參考人權事務委員會第 34 號一般性意見所引用的案例，發現類似我國侮辱、誹謗公署罪的規範，均被人權事務委員會認定違反公政公約第 19 條，因此本罪亦存在違反公政公約的高度疑慮。

在第四章中，本文首先考察我國實務見解對於本罪既有的限縮解釋策略，發現其未能有效將不至於造成法益實害或危險的行為排除在成罪範圍外。據此，本文指出在構成要件層次可能的二種限縮解釋途徑，並主張「行為適性的要求」是一

個較為妥適的限縮解釋策略。在此策略下，侮辱公署罪的適用將被實質凍結，誹謗公署罪的成立則限於涉及的公務型態是以人民的主動參與利用為運作前提，且考量個案中誹謗言論的內容，以及行為當時的其他環境事實，將足以造成人民不願參與利用而影響公務運作的情形。接著，在違法性層次，本文認為刑法第 310 條第 3 項、第 311 條之規定於本罪亦有適用餘地。同時，考量到部分實務見解否定上開條文於本罪的適用，以及條文中列舉條款的侷限性，本文認為應可參考近期實務見解擴張實質違法性概念運用範圍的趨勢，即便個案中被害法益與行為手段並非極為輕微，仍可考量侮辱或誹謗公署行為之「社會有益性」是否顯然超過「社會損害性」，因而不具有實質違法性。最後，本文指出刑法第 140 條第 2 項侮辱公署罪與集會遊行法第 30 條集會遊行侮辱公署罪之間的刑度差異欠缺合理基礎，且在現行法下並無法獲得合理解決，只能留待修法處理。

對於本文來說，其實很難想像在二十一世紀，一個號稱主權在民的自由民主法治國家的刑法典中，還存在著這種誕生於百年前威權思想下的條文。然而，對於某些人來說，可能基於人類崇尚權威的傾向<sup>435</sup>，使得他們對它的存在並不抱有什麼疑慮；對於另一些人，特別是法律社群來說，它的正當性疑慮、對於言論自由的侵害，則幾乎已經到了「不證自明」、「毋庸說理」的程度，最後的結果似乎就是：沒有人嘗試把這個問題說得清楚一些、講得明白一點。回顧全文，本文期許自己是把這個「簡單問題」展開梳理並提出解方的成功嘗試，特別是在這個歷史看似不會線性進步而有倒退可能，我們的民主、自由、法治、人權面臨內外交迫的時代，只有時時警醒、大聲疾呼、起身反抗，才有可能避免個人被國家無情吞噬。

---

<sup>435</sup> Fromm, Erich(著)，劉宗為(譯)(2015)，《逃避自由》，頁 167-202，臺北：木馬。

## 參考文獻

### 中文部分

#### 一般書籍

- 王兆鵬、張明偉、李榮耕(2013)，《刑事訴訟法(上)》，二版，臺北：承法。
- 王皇玉(2016)，《刑法總則》，二版，臺北：新學林。
- 古承宗(2017)，《刑法的象徵化與規制理性》，台北：元照。
- 台灣社會法與社會政策學會(編)(2015)，《社會法》，臺北：元照。
- 甘添貴(2001)，《體系刑法各論(第一卷)》，臺北：瑞興。
- 李鴻禧(1999)，《憲法與人權》，台北：元照。
- 周治平(1968)，《刑法各論》，臺北：三民。
- 林子儀(1993)，《言論自由與新聞自由》，台北：月旦。
- 林山田(2005)，《刑法各罪論(上)》，五版，臺北：元照。
- 林山田(2005)，《刑法各罪論(下)》，五版，臺北：元照。
- 林東茂(2007)，《刑法綜覽》，五版，臺北：一品。
- 林鈺雄(2018)，《新刑法總則》，六版，臺北：元照。
- 俞叔平(1954)，《刑法分則大綱》，再版，臺北：中國法學編譯社。
- 俞承修(1956)，《刑法分則釋義》，臺北：三民。
- 荊知仁(1993)，《美國憲法與憲政》，三版，臺北：三民。
- 許澤天(2017)，《刑法各論(二)：人格法益篇》，臺北：新學林。
- 陳子平(2014)，《刑法各論(上)》，臺北：元照。
- 陳子平(2014)，《刑法各論(下)》，臺北：元照。
- 陳綱(1966)，《刑法分則實用》，臺北：自刊。
- 陳樸生(1956)，《刑法各論》，二版，臺北：正中。
- 黃東熊(1998)，《刑法概要》，臺北：三民。
- 黃源盛(2010)，《晚清民國刑法史料輯注》，臺北：元照。

黃榮堅(2012)，《基礎刑法學(下)》，四版，臺北：元照。  
褚劍鴻(2000)，《刑法分則釋論》，三版，臺北：台灣商務。  
蔡聖偉(2008)，《刑法問題研究(一)》，臺北：元照。  
蔡墩銘(2008)，《刑法各論》，六版，臺北：三民。  
盧映潔(2013)，《刑法分則新論》，七版，臺北：新學林。  
鍾宏彬(2012)，《法益理論的憲法基礎》，臺北：元照。  
韓忠謨(1968)，《刑法各論》，臺北：自刊。

### 翻譯書籍

Anderson, Benedict R. O'G.(著)，吳叡人(譯)(2010)，《想像的共同體：民族主義的起源與散布》，二版，臺北：時報文化。  
Bosanquet, Bernard(著)，汪淑鈞(譯)(2009)，《關於國家的哲學理論》，北京：商務。(簡體字版)。  
Fromm, Erich(著)，劉宗為(譯)(2015)，《逃避自由》，臺北：木馬。  
Hobbes, Thomas (著)，黎思復、黎廷弼(譯)(1997)，《利維坦》，北京：商務。(簡體字版)。  
Hobsbawm, E. J.(著)，李金梅(譯)(1997)，《民族與民族主義》，臺北：麥田。  
Jones, Tudor(著)，張明貴(譯)(2005)，《現代政治思想史》，臺北：五南。  
Kymlicka, Will(著)，劉莘(譯)(2003)，《當代政治哲學導論》，臺北：聯經。  
Levine, Andrew(著)，張明貴(譯)(2004)，《打開政治哲學的門窗：從霍布斯到羅爾士》，臺北：五南。  
Locke, John (著)，楊思派(譯)(2007)，《政府論》，北京：九州。(簡體字版)。  
Luhmann, Niklas (著)，瞿鐵鵬、李強(譯)(2005)，《信任：一個社會複雜性的簡化機制》，上海：上海人民。(簡體字版)。  
McClelland, J. S.(著)，彭淮棟(譯)(2000)，《西洋政治思想史》，臺北：商周。

- Mill, J.(著), 孟凡禮(譯)(2018), 《論自由》, 三版, 臺北: 五南。
- Morrow, John(著), 李培元(譯)(2004), 《政治思想史》, 臺北: 韋伯文化國際。
- Nozick, Robert.(著), 王建凱(譯)(1996), 《無政府、國家與烏托邦》, 臺北: 時報文化。
- Rousseau, Jean-Jacques(著), 徐百齊(譯)(2000), 《社約論》, 臺北: 台灣商務。
- Sandel, Michael J.(著), 陳信宏(譯)(2018), 《正義: 一場思辨之旅》, 臺北: 先覺。
- Scruton, Roger(著), 王皖強(譯)(2006), 《保守主義》, 臺北: 立緒文化。
- Watkins, Frederick Mundell(著), 李豐斌(譯)(1999), 《西方政治傳統: 近代自由主義之發展》, 臺北: 聯經。
- Zaczyk, R.(著), 廖宜寧、林倍伸(譯)(2018), 《自律與法權》, 臺北: 五南。

### 書之篇章

- 高金桂(2002), 〈論刑法對個人名譽保護的必要性及其界限〉, 收於: 甘添貴教授祝壽論文集編輯委員會(編), 《刑事法學之理想與探索: 甘添貴教授六秩祝壽論文集》, 頁 177-210, 台北: 學林文化。
- 許玉秀(2005), 〈刑罰規範的違憲審查基準〉, 收於: 國際刑法學會台灣分會(編), 《民主、人權、正義: 蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》, 頁 365-413, 臺北: 元照。
- 許宗力(2005), 〈違憲審查程序之事實調查〉, 收於: 國際刑法學會台灣分會(編), 《民主、人權、正義: 蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》, 頁 337-364, 臺北: 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〉, 收於: 黃舒芃(編), 《憲法解釋之理論與實務》, 頁 259-323, 臺北: 中央研究院法律學研究所。
- 陳志輝(2017), 〈論肇事逃逸罪之保護法益: 兼淺論本罪之合憲審查〉, 收於: 春

風煦日論壇編輯小組(編)，《刑事法與憲法的對話：許前大法官玉秀教授六秩祝壽論文集》，頁 585-626，臺北：元照。

### 期刊論文

Roxin, C.(著)，許絲捷(譯)(2012)，〈法益討論的新發展〉，《月旦法學雜誌》，211 期，頁 257-280。

王皇玉(2008)，〈刑法總則專題研究系列二：論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159 期，頁 235-244。

王皇玉(2009)，〈侮辱公務員〉，《月旦法學教室》，78 期，頁 22-23。

王皇玉(2016)，〈原住民犯罪的文化抗辯及其實踐〉，《臺灣原住民族法學》，1 卷 1 期，頁 31-44。

王效文(2015)，〈刑罰目的與刑法體系：論 Günther Jakobs 功能主義刑法體系中的罪責〉，《成大法學》，30 期，頁 151-222。

王榮聖(2007)，〈論遺棄罪之危險屬性〉，《興大法學》，7 期，頁 239-284。

古承宗(2018)，〈評析 2018 年新修正之刑法第一九〇條之一：以抽象危險犯與累積犯之辨證為中心〉，《中正大學法學集刊》，61 期，頁 157-238。

石中山(2015)，〈憲政愛國主義：探尋一個國族認同的理性概念〉，《政治與社會哲學評論》，52 期，頁 63-122。

吳耀宗(2010)，〈肇事逃逸罪：第一講——保護法益〉，《月旦法學教室》，94 期，頁 32-39。

吳耀宗(2010)，〈肇事逃逸罪：第二講——各個要素的解析〉，《月旦法學教室》，98 期，頁 82-91。

吳耀宗(2013)，〈「可恥」VS.「操你媽的 X」：評臺灣高等法院臺南分院一〇一年度上易字第二四二號刑事判決及臺南地方法院〉，《月旦裁判時報》，19 期，頁 46-63。

- 李茂生(2002)，〈新修公務員圖利罪芻議〉，《月旦法學雜誌》，91期，頁160-176。
- 李茂生(2016)，〈食品安全衛生管理法下的攙偽、假冒：一個比較法上的省思〉，《法令月刊》，67卷10期，頁29-59。
- 李惠宗(2000)，〈拒絕向國旗敬禮的小子：愛國與表現自由〉，《月旦法學雜誌》，59期，頁16-17。
- 李聖傑(2013)，〈親愛的小孩〉，《月旦法學教室》，131期，頁30-32。
- 周家瑜(2016)，〈馴服《利維坦》？霍布斯與絕對主義〉，《政治與社會哲學評論》，59期，頁59-68。
- 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(2014)，〈風險承擔作為阻卻不法事由：重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14期，頁169-243。
- 周漾沂(2015)，〈未遂犯可罰性基礎及著手實行概念：風險輸出理論的建構與應用〉，《臺大法學論叢》，47卷1期，頁405-489。
- 周漾沂(2016)，〈刑罰的自我目的性：重新證立絕對刑罰理論〉，《政大法學評論》，147期，頁279-346。
- 周漾沂(2017)，〈2016年刑事法實務見解發展回顧：食品安全、交通安全，與抽象危險犯〉，《臺大法學論叢》，46卷特刊，頁1465-1491。
- 周漾沂(2017)，〈對賄賂罪保護法益的反思〉，《月旦刑事法評論》，5期，頁112-120。
- 周漾沂(2019)，〈重新理解抽象危險犯的處罰基礎：以安全性理論為中心〉，《臺北大學法學論叢》，109期，頁161-210。
- 林東茂(1994)，〈危險犯的法律性質〉，《臺大法學論叢》，23卷2期，頁267-304。
- 林倍伸(2015)，〈法治國家中的公務概念：簡評四個狹義妨害公務罪判決〉，《法令月刊》，66卷9期，頁51-80。
- 林鈺雄(2003)，〈誹謗罪之實體要件與訴訟證明：兼評大法官釋字第五〇九號解釋〉，

- 《臺大法學論叢》，32 卷 2 期，頁 67-104。
- 林鈺雄(2014)，〈基於憲法及公約之類似緊急避難：初探公民抗爭運動的刑法評價平台〉，《台灣法學雜誌》，247 期，頁 99-122。
- 徐育安(2015)，〈公然侮辱與事實指摘〉，《月旦法學教室》，153 期，頁 27-29。
- 徐育安(2017)，〈傳統刑法理論與現代風險社會：以我國食安法爭議為核心〉，《臺北大學法學論叢》，104 期，頁 73-135。
- 徐偉群(2007)，〈論遺棄故意與遺棄罪的立法作用〉，《中原財經法學》，19 期，頁 119-198。
- 張文貞(2012)，〈演進中的法：一般性意見作為國際人權公約的權威解釋〉，《台灣人權學刊》，1 卷 2 期，頁 25-43。
- 張福建(2004)，〈政治言論自由與社會正義：羅爾斯的觀點〉，《政治與社會哲學評論》，9 期，頁 39-77。
- 許玉秀(2001)，〈被利用人之禁止錯誤與墮胎加重結果罪〉，《台灣本土法學雜誌》，27 期，頁 96-104。
- 許宗力(2003)，〈基本權利：第六講——基本權的保障與限制(上)〉，《月旦法學教室》，11 期，頁 64-75。
- 許宗力(2003)，〈基本權利：第六講——基本權的保障與限制(下)〉，《月旦法學教室》，14 期，頁 50-60。
- 許恒達(2011)，〈刑法法益概念的茁生與流變〉，《月旦法學雜誌》，138 期，頁 134-151。
- 許恒達(2011)，〈資訊安全的社會信賴與刑法第三五九條的保護法益：評士林地方法院九十九年度訴字第一二二號判決〉，《月旦法學雜誌》，198 期，頁 233-249。
- 許恒達(2014)，〈主管職務圖利罪之罪質與犯罪結構的分析反省〉，《臺大法學論叢》，43 卷 3 期，頁 719-769。
- 陳文政(1996)，〈政治義務論：政府的義務和人民的服從義務〉，《東海法學研究》，

第 10 期，頁 3-15。

陳志輝(2006)，〈無義務遺棄罪的法律性質〉，《月旦法學教室》，43 期，頁 22-23。

陳志輝(2014)，〈以言論自由作為阻卻違法事由：臺南地院 103 易 373 判決〉，《台灣法學雜誌》，255 期，頁 173-178。

陳志輝(2014)，〈抵抗權、公民不服從與刑事不法：論 318 進駐國會議場事件的刑法評價〉，《台灣法學雜誌》，255 期，頁 66-86。

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。

單麗玟(2008)，〈最小侵害性是事實預測？還是價值衡量？：從釋字第 584 號解釋談起〉，《憲政時代》，33 卷 4 期，頁 443-463。

單麗玟(2015)，〈抽象危險犯的必要性審查〉，《月旦法學雜誌》，238 期，頁 172-198。

惲純良(2018)，〈抽象危險犯作為對抗環境犯罪的基本制裁手段：以污染水體行為為例〉，《月旦刑事法評論》，8 期，頁 30-67。

曾淑瑜(2015)，〈元首蒞臨場合衍生滋（驚）擾或危害事件之法律責任探討〉，《軍法專刊》，61 卷 1 期，頁 14-26。

黃宗旻(2019)，〈法益論的侷限與困境：無法發展立法論機能的歷史因素解明〉，《臺大法學論叢》，48 卷 1 期，頁 159-210。

黃帝穎(2013)，〈「侮辱公署罪」抵觸憲法違反兩公約〉，《新社會政策雙月刊》，28 期，頁 3-6。

黃昭元(2003)，〈司法違憲審查的正當性爭議：理論基礎與方法論的初步檢討〉，《臺大法學論叢》，30 卷 6 期，頁 103-151

黃昭元(2004)，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《臺大法學論叢》，33 卷 3 期，頁 45-148。

黃昭元(2008)，〈平等權審查標準的選擇問題：兼論比例原則在平等權審查上的適用可能〉，《臺大法學論叢》，37 卷 4 期，頁 253-284。

- 黃昭元(2013)，〈大法官解釋審查標準之發展(1996-2011)：比例原則的繼受與在地化〉，《臺大法學論叢》，42 卷 2 期，頁 215-258。
- 黃舒芃(2005)，〈從普通法背景檢討美國司法違憲審查正當性的問題〉，《臺大法學論叢》，34 卷 2 期，頁 63-122。
- 黃榮堅(2005)，〈論危險故意〉，《月旦法學雜誌》，118 期，頁 225-239。
- 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(2014)，〈國家統治技術演進下的抵抗權概念：兼論其刑法評價上的作用〉，《台灣法學雜誌》，249 期，頁 105-118。
- 廖正豪(1976)，〈妨害名譽罪之研究(上)〉，《刑事法雜誌》，20 卷 4 期，頁 1-39。
- 盧映潔(2004)，〈論刑法第一八五條之四「肇事致人死傷逃逸罪」的法益保護：兼評最高法院 92 年度台上字第 5372 號、92 年度台上字第 4552 號刑事判決〉，《月旦法學雜誌》，112 期，頁 234-245。
- 盧映潔(2014)，〈丟鞋、潑漆＝妨害公務？〉，《台灣法學雜誌》，242 期，頁 123-126。
- 蕭宏宜(2014)，〈攙偽假冒的刑事爭議問題〉，《台灣法學雜誌》，242 期，頁 66-78。
- 薛智仁(2013)，〈肇事逃逸罪之保護法益：最高院 99 台上 4045 判決〉，《台灣法學雜誌》，236 期，頁 182-193。
- 薛智仁(2015)，〈刑法觀點下的公民不服從〉，《中研院法學期刊》，17 期，頁 131-204。
- 薛智仁(2017)，〈變遷中的肇事逃逸罪：評最高法院 104 年度臺上字第 2570 號刑事判決〉，《政大法學評論》，149 期，頁 221-281。
- 謝煜偉(2012)，〈交通犯罪中的危險犯立法與其解釋策略〉，《月旦法學雜誌》，210 期，頁 107-130。
- 謝煜偉(2014)，〈社會抗爭運動與實質違法性判斷〉，《全國律師》，18 卷 11 期，頁 4-16。
- 謝煜偉(2016)，〈風險社會中的抽象危險犯與食安管制：「攙偽假冒罪」的限定解釋〉，

《月旦刑事法評論》，1期，頁70-90。

### 學位論文

李戊球(2016)，《「絕對主權」與「公民自由」：霍布斯的政治科學研究》，國立清華大學哲學研究所碩士論文，新竹。

林育賢(2018)，《情感、冒犯與刑事立法：論冒犯行為之可罰性界線》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

林倍伸(2016)，《論妨害公務罪：以法治國家中的公務概念為核心》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

高志明(2002)，《刑法法益概念學說史初探：以德國學說為主》，國立台北大學法律學研究所碩士論文，臺北。

張志隆(2005)，《公然侮辱與誹謗罪規範之適用與區辨》，國立成功大學法律學研究所碩士論文，臺南。

郭智安(2014)，《累積危險行為於犯罪構成上的意義》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

劉岫靈(2018)，《自由與共和：盧梭與康德政治理論之比較》，國立臺灣大學國家發展研究所博士論文，臺北。

蔡珮菱(2006)，《論洛克的財產理論與社會契約論的關係》，東吳大學哲學系碩士班碩士論文，臺北。

蔡惟安(2018)，《法治國的人與神：褻瀆祀典罪之正當性與解釋適用》，國立臺灣大學科際整合法律學研究所碩士論文，臺北。

蔡蕙芳(2000)，《從危險理論論不能安全駕駛罪》，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，臺北。

薛智仁(2002)，《參與群毆行為之處罰基礎與立法》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

謝佳穎(2014)，《明顯而立即危險原則之回顧與前瞻》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，臺北。

謝庭晃(2005)，《妨害名譽罪之研究》，輔仁大學法律學研究所博士論文，臺北。

## 政府公報

立法院公報處(1988)，《立法院公報》，77卷3期，臺北：立法院。

立法院公報處(1992)，《立法院公報》，81卷55期，臺北：立法院。

## 網路資源

林孟皇(2017)，《侮辱國旗罪合憲性問題初探》。載於：

[https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt\\_article.aspx?AID=D000023740](https://www.lawbank.com.tw/treatise/dt_article.aspx?AID=D000023740)(最後瀏覽日：06/27/2019)。

行政院(2018)，《防制假訊息危害專案報告》，載於：

<https://www.ey.gov.tw/File/5E45C50A967D755E?A=C>(最後瀏覽日：06/27/2019)。

## 外文部分

### 一般書籍

Berlin, I., Hardy, H., & Harris, I. (2002). *Liberty : incorporating four essays on liberty*. Oxford: Oxford University Press.

Bickel, A. (1962). *The least dangerous branch : the Supreme Court at the bar of politics*. Indianapolis, N.Y. :Bobbs-Merrill.

Bull, H. (2002). *The anarchical society : a study of order in world politics* (3rd ed.). Basingstoke : Palgrave.

Cobban, A. (1964). *Rousseau and the modern state* (2nd ed.). Hamden, Conn: Archon Books.

Kalven, H., & Kalven, J. (1988). *A worthy tradition : freedom of speech in America* (1st ed.). New York: Harper & Row.

Krotoszynski, R., Wells, C., Lidsky, L., & Gey, S. (2013). *The First Amendment : cases and theory* (Second edition.). New York: Wolters Kluwer Law & Business.

Macpherson, C. (1962). *The political theory of possessive individualism: Hobbes to Locke*. Oxford: Clarendon Press.

Miller, D. (1995). *On nationality*. Oxford: Clarendon Press.

Miller, D. (2000). *Citizenship and national identity*. Cambridge, UK: Polity Press.

Mintz, S. (1970). *The hunting of Leviathan : seventeenth-century reactions to the materialism and moral philosophy of Thomas Hobbes*. Cambridge [Eng: University Press.

Moore, M. (2001). *The ethics of nationalism*. Oxford : Oxford University Press.

Özkırmı, U. (2005). *Contemporary debates on nationalism : a critical engagement*. Basingstoke (Hampshire) ; New York : Palgrave Macmillan.

Plato., & Jowett, B. (1992). *The trial and death of Socrates : four dialogues*. New York: Dover Publications.

Raphael, D. (2004). *Hobbes : morals and politics*. London : Routledge.

Talmon, J. (1960). *The origins of totalitarian democracy*. New York: Praeger.

Tamir, Y. (1993). *Liberal nationalism*. Princeton, N.J: Princeton University Press.

## 書之篇章

Barry, B. (1990). Self-Government Revisited. In Miller, D., & Siedentop, L. (Eds.), *The Nature of political theory*(pp.121-154). Oxford:Clarendon Press.

Tamir, Y.(2000). Who's afraid of a global state. In Goldmann, K., Hannerz, U. & Westin, C. (Eds.), *Nationalism and internationalism in the Post-Cold War*

era(pp.242-263). New York ; London : Routledge.

### 期刊論文

Hamburger, P. (1985). The development of the law of seditious libel and the control of the press. *Stanford Law Review*, 37(3), 661-766.

Healy, T. (2009). Brandenburg in time of terror. *Notre Dame Law Review*, 84(2), 655-732.

Mendelson, W. (1953). Clandestine Speech and the First Amendment: A Reappraisal of the Dennis Case. *Michigan Law Review*, 51(4), 553-559.

Mendelson, W. (1953). The Degradation of the Clear and Present Danger Rule. *The Journal of Politics*, 15(3), 349-355.

Post, R. C. (1986). The social foundations of defamation law: Reputation and the constitution. *California Law Review*, 74(3), 691-742.

Redish, M. H. (1982). Advocacy of unlawful conduct and the first amendment: In defense of clear and present danger. *California Law Review*, 70(5), 1159-1200.

Smolla, R. A. (2000). Should the brandenburg v. ohio incitement test apply in media violence tort cases. *Northern Kentucky Law Review*, 27(1), 1-46.

Tarlton, C. (2002). The Despotical Doctrine of Hobbes, Part II: Aspects of The Textual Substructure of Tyranny in Leviathan. *History of Political Thought*, 23(1), 61-89.

Wells, C. E. (2011). Lies, Honor, and the Government's Good Name: Seditious Libel and the Stolen Valor Act. *UCLA Law Review Discourse*, 59, 136-161.

### 網路資源

Human Rights Committee(1996). *Communications Nos. 422-424/1990, Aduayom et al. v. Togo*. Retrieved from

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f57%2fD%2f423%2f1990&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f57%2fD%2f423%2f1990&Lang=en).

Human Rights Committee(2001). *Concluding observations on the Dominican Republic (CCPR/CO/71/DOM),para.22*. Retrieved from

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FCO%2F71%2FDOM&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FCO%2F71%2FDOM&Lang=en).

Human Rights Committee(2005). *Initial report on Honduras (CCPR/C/HND/2005/1),para.176*. Retrieved from

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FHND%2F2005%2F1&Lang=zh](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FHND%2F2005%2F1&Lang=zh).

Human Rights Committee(2006). *Concluding observations on Honduras (CCPR/C/HND/CO/1),para.17*. Retrieved from

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FHND%2FCO%2F1&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FHND%2FCO%2F1&Lang=en).

Human Rights Committee(2008). *Concluding observations on Tunisia (CCPR/C/TUN/CO/5), para. 18*. Retrieved from

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/TUN/CO/5&Lang=En](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/TUN/CO/5&Lang=En).

Human Rights Committee(2011). *General comment No. 34, Freedoms of opinion and expression(Article 19)*. Retrieved from

[https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FGC%2F34&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2FC%2FGC%2F34&Lang=en).