

中國文化大學法律學院法律學系

碩士論文

Master of Law Thesis

Graduate Institute of Law

College of Law

Chinese Culture University

論內亂行為之除罪化

—以危懼共感之存否為核心—

The Issue on Legalizing Uprising Against The Government  
-Base on The Existence of Collective Fear-



指導教授：陳友鋒 博士

Advisor : Yu-Feng Chen, Ph.D.

研究生：曾華嘉

Graduate Student : Hua-Jia Tzeng

中華民國 101 年 11 月

November 2012

## 謝 辭

對於我的 恩師，我實在是無話可說。某種意義上，這論文只是試圖攀附他思想的枝節末端而已；至於我，應該算是打字校稿之人。我想，先生確實對我影響至深-這一切從民國 87 年，我成為法律人開始。先生一路的提攜與教誨，使得我出發甚晚，但終於順利靠岸。願在法律的工作，以及學識追尋的路途上，我不會辱沒他。

出身於一個特殊的家庭，我由衷地感激那些曾在困境中，給予我精神上或物質上助力的人。沒有這些人，這論文沒有研撰者。

我感激陳啟君女士；她在我大學生涯中，不求回報地支持著我。

我感激我的妻子；除了感激，我無話可說。

碩士班生涯中，前期的凱翔、炳憲、宗晉與宗龍學長、曾為我校稿的語錚學妹、在論文發表會上替我準備 PPT 檔的旭芬學妹、口試前、中、後忙碌的峰齊學弟，以及最後校稿的楊思祺女士；多謝諸君。

最後，容我以例示提舉一人-我的前雇主莊國安先生。我在研究所入學課業最重之時，在莊先生的公司服務。我不只感激他讓我帶職進修；在莊先生手下工作近六年之久，我多次在金錢或利益的判斷上，受他的啟發。這說法習法之人聽來可能感到臭不可聞，但是，我卻因此更加真切地體悟到，人民對法律實際的需求；我在這論文沒說破的，正是這觀點。

法律應該避免不切實際地打高空，貼近人民實際生活，才是正道。

## 本文摘要

本文基於對台海兩岸政治現實之觀察，逐漸擴張視野而至於今日民主國家政治權力之取得前後情狀，認為刑法處罰內亂行為之立論基礎，並非有據。基於上開疑惑，本文分從歷史、政治與憲法等角度，觀察並分析內亂行為。

本文在歷史上彙整中外古今內亂之大約情狀。本文確認，內亂罪僅係人類由獨居進入群居後，由於群體有組織與領導之需求，而為確保統治者之地位，乃由統治者憑藉實力而設置。此外，統治者於藉助「神權」、「倫理」以及「法律」鞏固自身地位之外，且將「統治權威與尊嚴」之保障，亦植入內亂罪之要件中。其後，隨政治體制之變革，民主政體下，或囿於情感之糾葛，或懼於動當亂離，或堅信體制之精妙。總之，內亂行為亦非民主國家之所許。然則證諸歷史，內亂之所至，非僅國破家亡之禍害而已；新契機之附隨開展，當係不容輕忽之益處。觀史冊典籍所載，內亂之所由生，其遠因近由錯綜複雜，絕非「疵政」、「苛政」或「暴政」即可一語帶過；其天時、地利之絕巧配合固毋論矣，而人心之向背亦屬關鍵。本文歸結中外史例認為：「一、美國獨立，實乃內亂史上不可忽略者。蓋人類社會中，某一君主王朝之傾覆，無非另一君王興起代之。美國獨立係首次以共和取君主而代之者。二、中國史雖有「天命」之說，惟其虛無飄渺，難以確定。獨立宣言與將學說上之理論加以實踐，為內亂之合理性，作出確認。三、內亂之確行，必須倚賴實力。」因此，全般歷史考察之結果證實，內亂之起因，刑法無從防免；內亂行為之實力，刑法無以防範。一言以蔽之，依史證，刑法無從介入國事。

其次，就憲法自身之誕生史，本文對其亦屬內亂之結果，有所意識。基此，本文從憲法之角度，切入其產生「權力」之本質，以及此「權力」之目的。本文以為，憲法之功能在於組織政府，並維持政府與人民於力量不對等下之平衡。亦即，政府之權力在使政府發揮應有之效能，同時又應使人民受應有之保障。至於國家所有權力之目的，皆在於創造或促進人民全體之幸福。此概念下，刑法僅為實現憲法目的之工具，並非保護憲法體系之武器。直言之，所謂憲法保護之核心在於基本權，而非所謂國體或政體。從而，立於契約說所得來之國家刑罰權，一來無法推演出國家得據以防禦自身之存立；二來，國家刑罰權本身自有之權力缺陷，致使其應常持謙抑審慎之立場，不宜任意發動。此外，所謂憲法保護之核心不在於國體或政體，亦可依德國聯邦憲法法院對於人性尊嚴侵害之判斷，所創造之「客體公式」，加以點破。蓋「具體之個人被貶抑為客體、純粹之手段或是可任意替代人物」，倘即構成人性尊嚴之侵害，則妨礙或阻止人民對國家之未來作

抉擇，何得再謂非置人民猶如客體。

再者，本文以內亂罪之規範目的，與該目的之達成，其間之關聯為基點，分由歷史與法律二處觀察，並輔以古今中外內亂罪之條文為對照實際效益觀察。本文認為，內亂行為無論如何加以描述定義，皆無從還原至憲法層次，而求其符合法明確原則（罪刑明確）與法正當性原則（罪刑相當）此二大基本要求。進一步而言，內亂行為之入罪，根本不能與罪刑法定原則契合。此其因由在於，內亂之處罰過早；無論陰謀或預備，除無法精確鎖定行為之態樣，復有侵犯言論、思想自由或打擊異己之虞。至若必待內亂達於著手，縱使能為犯罪類型化，惟斯時之問題在於：1. 治安機關無處著力。2. 刑事訴訟程序無從開啟。3. 犯罪結果無從逆料。

此外，當部落、氏族乃至國家成立並發展後，人類對所謂「鞏固領導階層以維持安定繁榮」之心理狀態，乃委諸有惡害相加之刑罰制度。此其實由「黑社會」之幫規，亦得窺知端倪。事實上，社會團體之形成，彼此之間欲以「規範」互為約束，應是人同此心，心同此理。刑法對於特定行為之制裁，除必須符合群體之期待外，由於欠缺權力之實質正當性，故學說提出應刑性之要求。應刑性係刑法學上之命題，學術上已有相當研究，且提出若干判斷標準。但本文以為，應刑性之唯一支撐，自當立於民主原則。蓋現行學說所提出之標準，僅得作為國家刑罰權過度時予以節制之事由；至於實務動輒放任於立法之自由形成，亦有寬縱。二者之說理，均稍嫌不足。本文以為，感受純存乎於人之內心，共同感受則為群體意識之匯聚。共同感受之匯集形成，演進為共同需求者，政府自宜加以對應；在共同感受涉及危懼者，政府之回應即入罪處罰。此即將應刑之判斷，繫諸於社會意識之變動，即民主原則作為國家刑罰權之唯一依據。

本文以為，危懼共感固然反應國家主權者之意志，然問題卻於立法者回應之時發生扭曲。蓋人民之共同感受或需求，透過立法者之安排或建置，本來應有其適切之法律規範產生。但受制於立法者本身之學能不足，或出於政黨捭闔縱橫之分贓，或由於利益團體之遊說關說，又或沉浸於輿論媒體之渲染。立法之結果，竟與人民之共同感受，有所出入。此種不足以回應人民需求之法律，縱有使全民猶如服用安心丸一般之暫時效果，惟並非長久之計。此時自有修法之必要。

本文對現今自命民主法治之各國，均毫無例外將內亂行為董之以刑，認為可疑。易言之，古時之人所遺「危懼共感」固似有其緣由。惟物換星移下，對內亂行為之有「危懼共感」，恐僅存於政府當局。按藉暴動為內亂，人民對之有危懼共感，且已深植絕大多數國民之心，此本文並不爭執。本文之論其應除罪，良以，內亂行為之有其本質性問題，已非刑

法所能介入。此可見諸我國刑法第 100 條與第 101 條。刑法第 100 條，經民國 81 年修正後，已與第 101 條等同。此箇中因由厥為：「刑法第 100 條係一虛無飄渺之條文。」按修法以前，該條並無「強暴」、「脅迫」等要件；此其時，依執政當局之好惡隨心，任何人皆有觸法之虞。至民國 81 年修法，該條植入「強暴」、「脅迫」後，即與第 101 條相同。換言之，從統治者而言，處罰內亂之時機，當宜儘早；一旦面對質疑而應縮手，其退縮即無憑無據。從而，本文主張內亂行為之除罪，應從暴動內亂罪起，此伐木自本而塞水自源。

申言之，我國刑法上暴動內亂罪，其危懼共感係真實存在；蓋動亂顛沛終非人民所願，乃至必竭力予以防免。然則，暴動之起必有因，暴動之因可以防，但暴動內亂卻終非刑罰之力所能及者。此可見諸各國之內亂罪雖無如我國之分，惟其構成要件皆欠缺行為要素而失諸空洞，僅能藉助於暴動或相似之手段行為概念。蓋無論國體、國土、國憲或政府之變動更迭，此目的既非盡人皆唾之厭之，是其關鍵在於手段或方法行為，存有危懼共感。

至於普通內亂罪，本文必須點破者在於，其危懼共感縱然真實存在，惟此僅存於政府之危懼感，非國民之危懼共感，自不能以此危懼共感認作應刑性之基礎。應另陳明者，人民之共同感受係促成法律誕生之唯一理由，而危懼共感則為刑罰誕生之唯一理由；其後，法律之修正，亦應準此旨趣。本文以為，立法者應能精確掌握人民之真正需求而為法律之制定，避免回應民意之錯誤。蓋我國數十年來，每有藉事端或挾潮流而行立法、修法之舉，其最大之敗筆在於，人民之真正需求與感受根本係被錯誤解讀。

本文批判刑法第 100 條與第 101 條之存在必要，並提出刪除前開二罪之意見。良以，國家係人民之國家，國家之主權在於人民。因此，內亂行為之除罪，並非鬆動國家存立；刪除內亂罪最大之效益反而在於確定，天下乃天下人之天下-即國民主權。

# 論內亂行為之除罪化

## —以危懼共感之存否為核心—

### 簡 目

第一章 緒論	1-1
第一節 研究動機	1-1
第二節 研究目的	1-5
第三節 研究之範圍與順序	1-10
第二章 內亂行為之因與果	2-1
第一節 問題之提出-何謂內亂罪	2-1
第二節 中外歷史上內亂事件之歸納	2-4
第三節 發動內亂之要件-實力與時機	2-18
第四節 本文所見	2-21
第三章 內亂罪存在之合憲性檢驗	3-1
第一節 問題之提出	3-1
第二節 憲法之誕生與目的	3-2
第三節 國家刑罰權之運作	3-11
第四節 政治問題	3-17
第五節 本文見解之提出	3-22
第四章 內亂罪之規範錯亂	4-1
第一節 法制之列舉	4-1
第二節 內亂罪諸般問題之困境	4-27
第三節 本文所信-刑罰之不必與無能	4-36
第五章 內亂行為應刑性之檢驗	5-1
第一節 議題之沉澱與再提陳	5-1
第二節 應刑性與除罪或入罪	5-4
第三節 危懼共感之出現與對應	5-8
第四節 本文之立場	5-16
第六章 結論	6-1



# 詳 目

第一章 緒論	1-1
第一節 研究動機	1-1
第二節 研究目的	1-5
第三節 研究之範圍與順序	1-10
第二章 內亂行為之因與果	2-1
第一節 問題之提出-何謂內亂罪	2-1
第二節 中外歷史上內亂事件之歸納	2-4
第一項 我國清代以前內亂之扼要略述	2-4
第二項 歐美歷史上內亂之摘要	2-6
第一款 美國獨立	2-6
第一目 獨立宣言之中譯本	2-6
第二目 本文對獨立宣言之理解	2-8
第三目 內亂行為係民權之正當行使	2-9
第四目 內亂之實力與時機	2-10
第二款 法國大革命-內亂係不可逆之時勢	2-11
第三款 美國南北戰爭	2-13
第一目 生活方式不同所生之內亂	2-13
第二目 內亂之矛盾	2-14
第三項 我國共黨叛亂事例-政治立場不同之內亂	2-16
第三節 發動內亂之要件-實力與時機	2-18
第一項 普通內亂行為之無害	2-18
第二項 暴動內亂行為之彰顯民意	2-20
第四節 本文所見	2-21
第三章 內亂罪存在之合憲性檢驗	3-1
第一節 問題之提出	3-1
第二節 憲法之誕生與目的	3-2
第一項 憲法之誕生	3-2
第二項 憲法之目的	3-5

第三項 憲法自身之矛盾	3-7
第三節 司法權實際運作之觀察	3-11
第一項 司法權行使之設疑	3-11
第二項 司法權目的之確認	3-13
第三項 刑罰權目的之再確認	3-15
第四節 政治問題	3-17
第一項 政治問題之意義	3-17
第二項 政治問題之解決	3-20
第五節 本文見解之提出	3-22
第四章 內亂罪之規範錯亂	4-1
第一節 法制之列舉	4-1
第一項 前言	4-1
第二項 外國法制	4-2
第一款 澳大利亞刑法	4-2
第二款 奧地利刑法	4-3
第三款 法國刑法	4-6
第四款 希臘刑法	4-8
第五款 德國刑法	4-13
第六款 日本刑法	4-16
第七款 俄羅斯刑法	4-18
第三項 中國法制	4-20
第一款 民國-大陸時期	4-20
第二款 遷臺迄今之內亂罪	4-23
第三款 大陸地區(中華人民共和國)	4-23
第四款 澳門	4-25
第二節 內亂罪諸般問題之困境	4-27
第一項 困境之發現	4-27
第二項 構成要件行為之欠缺	4-29
第三項 手段行為之羅織過甚	4-30
第四項 立法模式之難題與騙局	4-32



第五項 意圖要件之紛亂	4-35
第三節 本文所信-刑罰之不必與無能	4-36
第五章 內亂行為應刑性之檢驗	5-1
第一節 議題之沉澱與再提陳	5-1
第二節 應刑性與除罪或入罪	5-4
第一項 對現有應刑性判斷標準之質疑	5-4
第二項 對實務觀點之回應	5-6
第三項 小結	5-7
第三節 危懼共感之出現與對應	5-8
第一項 共同感受與共同需求	5-8
第二項 危懼共感之意涵	5-11
第三項 立法者對共同感受為反應之檢驗	5-12
第一款 保險法第107條之例	5-12
第二款 道路交通管理處罰條例第68條之例	5-13
第三款 以刑法第185條之3為例	5-14
第四節 本文之立場	5-16
第六章 結論	6-1



# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

「國家統一前，為確保臺灣<sup>1</sup>地區安全與民眾福祉，規範臺灣地區與大陸地區人民之往來，並處理衍生之法律事件，特制定本條例<sup>2</sup>。」從臺灣地區與大陸地區人民關係條例「國家統一前」之用語可知，立法者於制定該法之時，當已承認我國處於分治之事實。

按民國 38 年<sup>3</sup>中華人民共和國成立、民國 39 年「中樞東渡」後，中華民國政府仍持續動員戡亂，視北京官方為「偽政府」。是以，民國 81 年公佈施行之臺灣地區與大陸地區人民關係條例，係中華民國政府解除戒嚴，終止動員戡亂後，實質承認所謂「匪偽政權」有官方地位之指標<sup>4</sup>。故雖該法刻意名之曰人民關係，甚至迂迴以透過公權力委託方式，迴避官方正式往來。然至少透過相關法規，中華民國政府對彼方之官方文書，甚且及於法院判決，皆已承認。

上揭事例，從市井小民以至達官貴人，似乎皆甚少留意內中涉及犯罪之問題。按「中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之。」此憲法第 4 條定有明文。該條雖經憲法增修條文第 1 條予以限制，惟其所限制者，僅係將國民大會之決議，換作公民投票複決而已。從而，我國主權之所及，自係包括大陸地區。若此說不謬，則參與制定「因應國家統一前之需要」者，不得謂無構成刑法 100 條犯罪<sup>5</sup>之可能。且依憲法之誠命，中央政府豈能不圖維護其對國家領域之權力行使，反更自我限縮一隅。

至於民主進步黨之台灣前途決議文，其謂：「……第一、台灣<sup>6</sup>是一主權獨立國家，任何有關獨立現狀的更動，必須經由台灣全體住民以公民投票的方式決定。第二、台灣並不屬於中華人民共和國，中國片面主張的「一個中國原則」與「一國兩制」根本不適用於台灣。第三、台灣應廣泛參與國際社會，並以尋求國際承認、加入聯合國及其他國際組織為奮鬥努力的目標。第四、台灣應揚棄「一個中國」的主張，以避免國際社會的

<sup>1</sup> 臺灣地區與大陸地區人民關係條例係使用「臺」字。

<sup>2</sup> 參臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 1 條。

<sup>3</sup> 此處用民國紀元應無不妥。蓋國軍歷史文物館展示之古寧頭戰役中，國軍所俘獲共軍之服裝，其兵籍名條上仍繡有民國年號。

<sup>4</sup> 參許惠祐，兩岸交流政策與法律，第 16 頁，華泰文化事業股份有限公司，2007 年 1 月 26 日初版，臺北。

<sup>5</sup> 當然，該等立法行為由於欠缺強暴或脅迫等手段，而尚未成立犯罪。

<sup>6</sup> 民主進步黨之台灣前途決議文，係使用「台」字。

認知混淆，授予中國併吞的藉口<sup>7</sup>。……」。該決議文認為台灣乃一主權獨立國家，進而否認中國<sup>8</sup>對台灣之主權，並尋求以台灣之名義加入聯合國或其他國際組織云云。從現行刑法而言，實難謂非內亂罪之意圖要件已經合致。蓋國名者，尚無問題。惟該決議文所指向者，其變更中華民國憲法所定之政治體制、排除中華民國對臺灣地區之治權，與中華民國固有疆域等意圖，自是昭昭明甚。

上開現實情狀，從兩岸民間往來之熱絡，與官方之願與賊為兩立，或民主進步黨種種立論，似乎均無視於刑法對內亂罪之規範。從而，刑法第 100 條與第 101 條之規定，無非聊備一格而已。究竟犯罪之何以為官民所共同無感？此本文動機一也。

「檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑者，應即開始偵查。」，此刑事訴訟法第 228 條第 1 項就偵查之發動所為之規定。蓋檢察官代表國家追訴犯罪，是凡被動的或主動的知悉有犯罪嫌疑發生，即應開始偵查，調查犯罪嫌疑人犯罪之情形及蒐集犯罪之證據，以確定犯罪之嫌疑人及事實是否存在，以決定應否提起公訴<sup>9</sup>。又「檢察官依偵查所得之證據，足認被告有犯罪嫌疑者，應提起公訴。」，此刑事訴訟法第 251 條第 1 項之規定，即採國家追訴主義屬行追訴主義及職權進行主義之結果。故檢察官依偵查所得，足認被告有犯罪嫌疑，即須屬行起訴，不能自由裁量<sup>10</sup>。前開屬行追訴主義之例外，即刑事訴訟法第 253 條之相對不起訴處分，與第 253 條之 1 第 1 項之緩起訴處分。簡言之，屬行追訴主義之例外，無非微罪或輕罪而已。

內亂罪，係以妨害國家內部存立條件為內容，所涉之法益乃國家之生存與安全，其侵害對象乃立國體制、國土與政府組織。<sup>11</sup>依刑法第 100 條與第 101 條之法定刑設置而言，自係重罪而非屬行追訴主義之例外。又依刑法第 80 條第 1 項第 2 款及同條第 2 項但書，犯最重本刑為三年以上十年未滿有期徒刑之罪者，其追訴權，因二十年內未起訴而消滅，且犯罪行為有繼續之狀態者，自行為終了之日起算。是以，現在中華民國實際控制領域內之民主進步黨固無論矣，縱使大陸大區之北京官方之「官員」，亦係犯內亂罪且犯罪行為仍在繼續之狀態。因此，從法律上而言，中華民國對彼等犯罪行為之追訴

<sup>7</sup> 參台灣前途決議文，1999 年 5 月 9 日於民主進步黨第八屆第二次全國黨員代表大會通過。

<sup>8</sup> 此稱之中國，無論係中華民國或中華人民共和國，依該黨之論述，係全盤否認。

<sup>9</sup> 參褚劍鴻，刑事訴訟法論(上冊)，第 368 頁，臺灣商務印書館股份有限公司，1999 年 8 月三次修訂版二刷，臺北。

<sup>10</sup> 褚劍鴻，前揭註 9，第 416 頁。

<sup>11</sup> 參韓忠謨，吳景芳增補，刑法各論，第 24 頁，韓聯甲，民國 89 年 9 月增補一版，臺北。

權仍未消滅<sup>12</sup>。

然難以想像者，職司犯罪偵查追訴之檢察機關對犯罪者從未依法發動偵查並提起公訴。更令人錯愕者，朝野有志一同或不約而同明白彰顯其犯罪意圖者，竟已如過江之鯽。雖刑法各罪中之有如內亂罪一般，被任意違反踐踏者，尚非少見。但違法者敢於公開自己行為，甚至自鳴得意且受稱頌，乃至於犯罪偵查機關不敢、不能或不願偵查、起訴者，應僅止於內亂罪。對於斯種犯罪追訴，是否有其特殊之障礙？此本文動機二也。

從歷史觀察，中國除有堯、舜、禹禪讓之美傳外，其朝代更替，率皆循暴動內亂之模式。申言之，即循恃實力為後盾，強使執政者遜位，或更以殺伐屠戮相加，形成不得不承繼之態勢。若再放眼全球各國，類似之情事，亦係比比皆是。

內亂罪之規範目的，既在國家存立之維護。國家之存立，在內無非控制得當。所謂控制得當，則政治昌明，社會富足，人民無改朝換代之想念。然控制得當，亦可能係董之以刑罰嚴峻，使管制疏而不漏。人類史上，前開兩種方式之擇一或併行，依實證結果顯示，單恃嚴刑峻罰，其國不足存立甚久。因此，以刑罰作為國家、領土、政權或政治制度之憑恃後盾，其有無必要，亦值深究。此本文動機三也。

某一行為落於刑法制裁效力之內，而成立犯罪者，除因未被發見成為犯罪黑數，至不能貫徹訴究；或係涉告訴或請求乃論，至不能為追訴審判。倘排除前開二者，是否有因刑罰之制定，根本係違背社會現實，且不涉及社會秩序之維護，致使人民處於無感之狀態。此時，該罪應有修正或刪除之必要。

內亂罪保護國家存立，而國家云者，係具備獨立人格之法人，有其主權與領土。對內藉統治力之維持而修明政治，並維持全民福祉<sup>13</sup>。內亂罪既保護國家存立，而有前開實益。惟內亂罪之對應於我國現實，除有犯罪行為多不勝數而被視作當然外，復有犯罪偵查機關不敢、不能或不願偵查、起訴之情事，則該等犯罪有無修正或刪除之餘地？自須詳加申論。此本文動機四也。

<sup>12</sup> 中華民國政府於民國 76 年 11 月 2 日開放臺灣人民赴大陸探親後，更於民國 80 年 3 月由行政院院會通過國家統一綱領，並於民國 80 年 4 月 30 日宣告終止動員戡亂。凡此，至多僅能謂中華民國放棄以武力戡定叛亂。至於所謂不再視中國共產黨為叛亂組織云者，應係政治口號，毫無刑法上之意義。蓋刑法內亂罪成立與否之判斷，應由法院依法判決，行政機關絕對無權僭越之。

<sup>13</sup> 參韓忠謨，前揭註 11，第 23 頁。

又法律乃規則，而規則之形成，應係出於需要。故而規則必須為因應需要而產生。無需求卻竟爾產生規則，應屬荒謬。荒謬不合理性，荒謬自亦不合邏輯。惟需求之存在，可能為假性。假性需求可能出於錯誤，亦可能係基於滿足特殊時空背景。無論如何，若法律經由歷史之長期觀察，且透過社會生活為驗證，已確定表明其不生絲毫拘束效果。此時，其除罪之標準應係如何？自宜有準據。此本文動機五也。



## 第二節 研究目的

傳說，夏代於禹之子啟受禪讓後，即傳位於子孫，成立傳說中第一王朝<sup>14</sup>。此後中國帝制歷史三千餘年<sup>15</sup>，皆以父死子繼，而將統治地位據為一家一姓所有。確保君主專制之權力及尊榮，除君權神授之思想以外，無非仰賴實力，始得遂行之。此保護君主專制之實力，即無非武力。又神權天命與武力以外，隨君主專制思想之醇化，亦裹之以法律為外衣。亦即，保護君王權力及榮耀，其在武力施展之前，既已有學術上之依據<sup>16</sup>；此中外皆然。雖說西方諸國於民主法治發展上超越中國，惟基於相同君主專制史，其確保君主利益之需要，殆無差異。

由於君主專制具有道統與法統的正當性，故凡與之對抗者，名之以叛亂或內亂。從歷史上觀察，叛亂通常有武力介入，蓋武裝行動始能排除現有君王之實力。內亂，後繼者無論藉「禪讓」之名，或「天命」之美稱，關鍵在於成敗；此正所謂成者王侯敗者賊，又所謂竊國者侯竊器者誅<sup>17</sup>。

刑法各罪中，依結果之存否作為犯罪成立判斷之依據，比比皆是。但依犯罪之結果作為除罪<sup>18</sup>之依據，僅內亂罪而已；蓋史載不絕者，其成者均以「弔民伐罪」名之，而敗者均謂「亂臣賊子」。從而，內亂罪於歷史上是否有何成因，致使「既遂不罰，未遂必罰」，且中外古今刑法，均設有相似之處罰規定。本罪在法制史上之地位，直如殺人罪般，被認為罪大惡極。然而，自從民主法治制度出現，內亂罪之存在必要，應即有所動搖<sup>19</sup>。

本文之目的在於藉內亂罪除罪之之題旨，從史實歸納為內亂罪係刑法上所不能罰、不必罰且無從罰之證明。

國家如何擁有刑罰權？學說上或以一言蔽之，或聚訟紛紜而莫衷一是。此影響所及，不但出罪入罪毫無標準，且類如內亂罪之處罰，直至與憲法之目的相扞格，亦如盲目般而無邊際。從政治學所據以判定國家成立之要素者，無非係「土地、人民、主權與

<sup>14</sup> 參林瑞翰，中國史，第13頁，三民書局股份有限公司，民國83年5月初版，臺北。

<sup>15</sup> 此係以信史而言，即從典籍中或考古上可信者，應從商代開始。參林瑞翰，前揭註14，第19頁。

<sup>16</sup> 如先秦諸子百家之言，甚或西方哲人柏拉圖，乃至馬基亞維里(1469-1527)之「君主論 IL PRINCIPE」，皆直接或間接教授王權之維護。

<sup>17</sup> 莊子胠篋篇謂：「彼竊鈞者誅，竊國者為諸侯，諸侯之門，而仁義存焉。」

<sup>18</sup> 在立法上，內亂罪之既遂犯，係不加處罰。

<sup>19</sup> 以美國二百餘年歷史而言，除南北戰爭，該國並無發生內亂。

政府<sup>20</sup>」。倘此定義不謬，則內亂縱使既遂，國家成立之要素幾無變動<sup>21</sup>。

國家之構成員是否真無反對國家體制之權力。反言之，本文以為此涉及國家是否有內亂罪所欲保護之法益之問題。按民主法治國之得否被推翻？又國家發生部分區域要求獨立，中央政府得否使用武力？此等問題，在堪稱憲政先進國家者，尚有爭論。如此，國家之構成員果真無反對國家體制之權力，應值討論。再者，所謂內亂，如已涉及多數人民之共識，則國家政體之存在正當性已堪疑慮，乃再執所謂之法律予以制裁，此容有議論空間。抑有進者，執行國家法律之武裝力量，係警察此一文官團體。警察力量如根本無力應付叛亂，必然以軍事力量以為因應；惟刑事法律之貫徹，竟恃軍隊以為其支持，應非法學上之論。

依釋字第 646 號解釋理由書之論述：「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。惟對違法行為是否採取刑罰制裁，涉及特定時空下之社會環境、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」。民主制度下是否無從容忍政權之更易。於茲所謂侵害國家存立之法益，究何所指？實值探討。

從另一角度而言，縱認國家存立係應以法律保護者。惟內亂罪，其條文雖巍峨屹立於分則之首，隱隱昭示斯罪之重<sup>22</sup>。但第 100 條之所用文字，乍視之下似謂條理分明，學說或實務亦絕少加以質疑，而多予肯定。然一旦對應適用於事實，卻又可謂包羅萬象，而時有輕重失衡之感。是其立法模式是否妥適？甚至內亂之是否係根本無從以文字描述而形成其規範？自值探討。蓋如單以「竊據國土」為例，已廢止之懲治盜匪條例，其第 2 條第 1 項第 1 款及第 2 款之「聚眾出沒山澤抗拒官兵者」與「強佔公署、城市、鄉村、鐵道或軍用地者」，對憑恃武力「竊據國土」之行為，已能加以規範。至若刑法第 320 條第 2 項之竊佔罪，對於「竊據國土」之犯罪，亦能有所制裁。再者，無論懲治盜匪條

<sup>20</sup> 呂亞力，政治學，第 74 頁，三民書局股份有限公司，民國 86 年 10 月三修訂再版，臺北。  
華力進，政治學，第 20 頁，五南圖書出版股份有限公司，民國 85 年 10 月三版三刷，臺北。

<sup>21</sup> 所變動者僅政府。甚至僅領導人而已。

<sup>22</sup> 參韓忠謨，前揭註 11，第 23 頁。

例第 2 條第 1 項第 1 款及第 2 款，或刑法第 320 條第 2 項，其用語明確，適用上亦稱無礙。是以，刑法第 100 條之「意圖竊據國土」云者，反將行為要件變成意圖要件。此是否純以「保護國家存立之法益」一語，即能於理論上昭信於世？本文乃有所疑。此外，類如刑法第 100 條之普通內亂罪及第 101 條之暴動內亂罪，於刑法學理上，實蘊含有極大之謬誤。蓋後者僅將前者之手段-即強暴、脅迫，改以暴動，並提高刑度，其餘要件尚無不同。是以，此強暴、脅迫與暴動間，究應如何區別？此三者是否皆屬必須？或純屬欲求周密萬全之蛇足？再者，刑法內亂罪除建置「意圖要件」與「手段行為」之外，就構成要件行為並無描述。是以，稱內亂罪自始即違反罪刑法定原則與行為刑法原則云者，應非無妄之說。

諸上所設疑處，即本文以「內亂行為之除罪化」為題旨之緣由。蓋法律無非規制人事之章則；既云規制，自然應循事理而為。如同追本溯源一般，從其顛末仔細端詳查考，然後始順理成章乃成規範。從而，規範既能合於人情事理，遵之既無困難，守之可保安寧。

刑法，乃維護社會秩序重要關鍵之一，故欲求刑法之能合乎人情事理，則目的與手段之合理與衡平，自應屬其必要成分。然則，人情事理之觀察剖析，已是人言言殊，歸納演繹乃自有反異。再者，刑法之起源，可能於人類群居生活中，純緣起於對某事物之恐懼；其後，政治組織出現，有主從統治秩序維持之必要；至其續行之發展，始有國家刑罰權之誕生<sup>23</sup>。無論如何，某事或物在感覺上被認為存有危險，為防免危險源，乃以刑罰加以鎮懾，應係刑罰之起因；至於人類智力開化以後，凡被群居社會所共同厭惡或排斥者，亦大量入之以罪。此其時，罪之出入自當考慮目的與手段之衡平。無論入罪加刑之起因為何，刑罰之目的-即藉由不利益之施加，而欲達規制約束之結果，應是同一。倘暫置法治國刑法應遵守之其他原則不論，至少亦應確認刑罰目的之正確與手段係有效。

惟如上述，刑罰之誕生係出於感覺-自然有可能純是幻覺或誤想，再加以歷史上刑罰乃統治階級維持之手段。刑罰之浮濫，非無端之說。此之謂浮濫，法條與處罰皆有之。實則，處罰內亂之能為古今中外法制所肯定者，似應另覓其依據。內亂行為之處罰，其奧妙之處如「國家組織為規範共營生活秩序之必要，復又緣起於對內亂行為之恐懼，乃

<sup>23</sup> 楊大器，刑法總則釋論，第 24 頁-第 30 頁，大中國圖書公司總經銷，民國 87 年 8 月修訂二十版，臺北。

以刑罰加以鎮懾」。謂其奧妙者，倘社會秩序安定人民生活美滿，國家自無須在各罪之中添入內亂罪；蓋斯時內亂無由生。又統治階層如對施政之無瑕有其自信，自無須恐懼內亂；蓋斯時內亂亦無由生。

本文擇內亂行為作研究，本罪之起源係動機之一。蓋內亂罪之起源倘能確定，該罪之目的與除罪之命題，始有倚靠。是以，刑罰條文之刪除，實應隨時代變遷而檢討。刑法係對於特定行為之制裁。惟人類社會之發展乃流動而有所變遷，並非無所變化。是以，某一行為之應否制裁，當然可能有「昨是今非」或「昨非今是」之輪迴。特定行為之出入於刑法規制，涉及社會觀念之演變與實際生活之需要。又刑法涉及人身自由之拘束，甚至生命之剝奪；行為之入罪，應有如何之要求？且刑法如同其他法律，在立法定制之過程中，必須在國會中形成多數之認同，則行為之出罪，應通過如何之檢驗？

現行刑法分則諸條，其除適應今日社會之需要，而有所增設。對於舊有之處罰，是否應予以檢驗刪廢，似乎是荒蕪的廢耕地。然則，現行刑法分則諸條中，果真均如泰山巍峨而不能撼動？又若果真能發現某一條文已經不符現實需求，而應予以廢除，則應提出如何之方法，用來作為爾後相同事件之判準？

法律無非規則，而規則之形成，純出自於需求。故規則必須從因應需要而生。無需求卻能產生規則，應屬荒謬。荒謬不合理性，荒謬自亦不合邏輯。法律向來重視理性與邏輯，然無適用需求之條文，卻於內亂罪中呈現。內亂罪，其需要性之存在，係假性而無所本據，縱將之刪廢亦不足惜。如此荒謬之法條，今日稱為是錯誤，但其特殊之錯誤背景，值得觀察。亦即，在立法過程中，因為錯誤所形成之法律，學術上應負批判之責。此等法律形成上之錯誤，有歷史上、社會上之溫床，必須被揭露挑明。

刑法上，無規範需求或不需科以刑罰制裁之行為，乃欠缺應刑性。應刑性，在目前主流學說或實務上，被視作擺設用之名詞，而非檢驗標準。罪之出入，其檢驗標準應由學界致力營造，使之漸成實務上可用之穩定基繩，而非如大法官於釋字第 646、617、554、517、509、476、129 等號解釋中，所提出比例原則之抽象化。

行為之先被立法者論以為罪，如復由司法者事後再為應刑性存否之判斷，事實上有其為難。蓋行為之受非難或非價既已幾成公論，則司法實務再欲翻覆，恐有移山填海般

之不能。是以，宜從立法論上建構其自身之判準。應刑性於既有學說上，已有以「危懼共感」作為檢驗標準。本文乃試將其套用於內亂行為之除罪化。換言之，本文研究的目的即在於，提出內亂行為之不具備危懼共感，並加以檢證。再者，將應刑性此一概念深化論證，作為除罪之共同檢驗標準，亦同為本文之目的。



### 第三節 研究之範圍與順序

本文之目的在於內亂罪之除罪，已見諸前述。然則，內亂罪之處罰，既如基因遺傳一般；無分古今中外，通說必罰。本文敢於逆鱗，自應反覆就必罰之無據，加以剖析。雖不能傾倒必罰之說，總期能使生動搖。依循此除罪之目的，本文於本章第二節提出內亂行為之不具備應刑性，僅因特殊因由而產生其必罰「普世價值」，甚至醞釀醇化為貫穿古今中外且歷久不衰之罪。從而，若率言刪廢，自足生極大之震撼。蓋此類行為之除罪，其法理之立論基礎必須堅實，固無論矣。惟此同時，亦須將涉及營共同生活之每一民眾之「情感」因素，予以挑明。

本文於第二章，先從內亂罪規範目的為追本溯源，即試圖從歷史發展之脈絡，尋覓民眾對國家存立情感之發生與維繫之意願。之所以有此不同於其他論文說理排列之順序，良以，內亂行為事實上造成人類社會之進步。但卻為倫理道德或法律規範所不容。故而，單從法律一面為論證，顯然不足。何如借助於歷史事件之演繹，推求還原內亂行為之原貌。於此，本文將舉內亂行為在歷史上之內亂事例為證。本章欲論述與證明者僅止有：(一)內亂罪之起源無非保障君主專制。(二)民眾對於內亂之過程雖然排斥，但就內亂之結果常有憧憬。(三)民主法治國制裁內亂行為不合邏輯，且無迫切必要。(四)內亂係人類社會中不可或缺者。(五)內亂係人類社會中無從逆轉壓制者。

至第三章，本文將從憲法角度，審視國家刑罰權之正當性，再逐步推論處罰內亂之合憲與否。此處，乃從民主國即源自內亂而誕生，是以，國家之構成員是否真無反對國家體制之權力。反言之，本章係以檢驗國家是否有內亂罪所欲保護之法益。例如，民主法治國之得否被推翻？又如，國家發生部分區域要求獨立，中央政府得否使用武力？此等問題，在堪稱憲政先進國家者，尚有爭論。如此，國家之構成員果真無反對國家體制之權力，應值討論。再者，所謂內亂，如已涉及多數人民之共識，則國家政體之存在正當性已堪疑慮，乃再執所謂之法律予以制裁，此容有議論空間。抑有進者，執行國家法律之武裝力量，係警察此一文官團體。警察力量如根本無力應付叛亂，必然以軍事力量以為因應；惟刑事法律之貫徹，乃以軍隊為其支持，應非法學上之的論。

本文於第四章除就我國<sup>24</sup>內亂罪之規範模式說明外，並擇舉外國刑法之內亂罪互為比對。本章之目的在於驗證以內亂罪制裁內亂行為之荒謬與不能。蓋一有數千年歷史之負面評價行為，欲使之成為中性無色-即除罪。其所面對之質疑與問難，應係「該罪有無修正之可能<sup>25</sup>」。本文既然主張內亂罪應當刪廢，自有舉證「無論如何以文字形塑堆砌，內亂行為皆無法被涵攝包括」之義務。準此，除立法例之據引外，實務上適用內亂罪之判例解釋等等，本章亦將之推陳比對。在本章之末，刑罰無效概念將被提出。

本文主張內亂罪應予刪除，並明言係「以危懼共感之存否為核心」。準此，本文於第五章即從危懼共感此一概念出發，討論內亂行為之應刑性有無。本章先就前人就危懼共感之形成，及此概念在刑法上之價值，予以整理。其後，第二章之所提出：「(一)內亂罪之起源無非保障君主專制。(二)民眾對於內亂之過程雖然排斥，但就內亂之結果常有憧憬。(三)民主法治國制裁內亂行為不合邏輯，且無迫切必要。(四)內亂係人類社會中不可或缺者。(五)內亂係人類社會中無從逆轉壓制者。」本文即可將之與危懼共感概念互為呼應，充實本文說理之立論基礎。

第六章係收尾。此處本文引據刑法謙抑思想為支持；該學說與實務所共同承認之刑法重要原則，應可用於結合危懼共感，復搭配本文所整理之觀點。

本文以為危懼可能純屬主觀感受，且因輿論媒體之渲染，甚至政府之推廣散布而竟致人民共同感受之形成。此本來虛無，卻遭虛擬之危懼共感。縱使認為應以法律介入規範，使全民猶如服用定心丸一般感受安全；惟刑法此時應維持謙抑立場而讓諸其他法律，即毫無介入之必要。

---

<sup>24</sup> 其實，本文於用語上，一直處於兩難。如「我國」、「中國」究竟是否同一？此難題本文於寫作伊始曾試圖加以區隔，以免涉及政治敏感議題。其後則放棄強加分割。若謂本文因之而有瑕疵，不如直將之與內亂罪之錯亂同視可矣。

<sup>25</sup> 即已故林山田教授發起「行動100聯盟」之時，亦僅指向刪除刑法第100條，而非將內亂罪全部刪除。

## 第二章 內亂行為之因與果

### 第一節 問題之提出—何謂內亂罪

民國 24 年我國舊刑法第 100 條之立法理由認為，內亂罪之目的，係根本推翻國家，為各罪之最重者。其實，所謂根本推翻國家，依刑法第 100 條<sup>1</sup>，無非有「破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府」之意圖而已，縱使復置入「強暴或脅迫著手實行」等手段或方法行為，亦非有何實質危害結果。究竟，此等純粹內藏於人心之目的指向有何危險？將之實行所能造就之後果又係如何？今人除能於歷史刊物中形成論斷，或從新聞媒體之片面描繪而為觀察感受。於內亂之起因、形貌與後果，則幾無可能有全面之理解。

蓋無論歷史刊物或新聞媒體，其多數有歸於官方主流思想價值之傾向；縱使治史之人學識淵博、洞悉事理又敢於直言，亦難免於流俗。此可試舉近代中國史為例，大清宣統三年十月十日，駐防湖北之新軍攻襲楚望台軍械庫劫奪械彈，並進佔湖廣總督府。清未亡，新軍之集體行為稱之為叛變；清亡以後之歷史典籍，俱順勢將「叛變」美稱為「起義」。「叛變」或「起義」，一貶一褒，其箇中深意自不待言。惟何稱「叛變」？何為「起義」？無非官方定義而已；所謂史家之言，亦初無二致。

本文認為，欲理解內亂此一犯罪行為，自須先對國家有所認識。

國家組織之雛形，在上古時代之希臘、波斯、埃及或中國之夏朝，無論其團體係名之為城邦或帝國，總以其必須形成「統治階級、統治組織及統治範圍」之存在，始能謂之構成國家。今日政治學上對「國家」之定義，其有「領土、人民、政治制度與主權<sup>2</sup>」此四大要素，即與前述意義相若。

人類初為團體之組成，原始目的自然是基於共營生活之需求。所謂「共營生活」，簡言之，乃以各盡所能合作生產，使相互共同為勞力之提供，而獲得生活必需之種種。此際，團體之一切權利，自歸團體構成員所共有<sup>3</sup>。然而，隨謀生型態之改變，單純為共同勞作而結合，已經不能滿足團體構成員之所需。因此，團體必須擴大。稱其擴大，非單以人數而言；類如組織之擴大，分工類型之擴大均屬之。此時，團體領導者之存在即

<sup>1</sup> 民國 81 年我國刑法第 100 條。

<sup>2</sup> 呂亞力，政治學，第 74 頁，三民書局股份有限公司，民國 86 年 10 月三修訂再版，臺北。華力進，政治學，第 20 頁，五南圖書出版股份有限公司，民國 85 年 10 月三版三刷，臺北。

<sup>3</sup> 參蔡樞衡，中國刑法史，第 28 頁，廣西人民出版社，1983 年 2 月一刷，廣西南寧。依此說，初民生活係原始共產時代，且團體構成員係自由而彼此平等。

十分必要；又團體之存續亦因結合關係之趨於緊密，而有不容分割顛覆之勢。質言之，為求單純溫飽而組成之勞作團體，一旦因物質需求提高而再度緊密結合，當即發生質變。此種質變下，團體必須有領導者；團體不能侷限於勞力共用，而必須細部分工；集體安全之下，被領導者應當犧牲其自由。

顯然，上述之團體進化，應當是依憑藉實力以取得土地，控制人民並組織政府之國家雛形。為維持統治階級之固定不變與階級利益之確保，除須有實力作支柱，終不若尋求其統治地位之正當性。此時，除假託神權天命外，倘再以法律規範繩之<sup>4</sup>，應可收前呼後應之效。是內亂罪之由生，應從斯時。從此而言，法律-特別是刑法，無非出於統治者之需求。故而，內亂云者，即「奪取統治權」及「以奪取統治權為目的而危害統治者」；甚至，消極地不接受命令，亦為內亂<sup>5</sup>。因此，稱內亂罪者，係以統治階級之穩固為核心<sup>6</sup>，佐以保護階級利益為附隨。反面言之，內亂行為即以推翻統治階級為意圖，基於此意圖所採行之一切方法或手段均是。

以法律維繫統治者之地位與利益，似乎已經悖離組成團體乃為基於共營生活之初衷。然無論如何，以法律應介入統治權之維護，已成定局。其後隨歷史演進，君主專制雖逐漸由民主法治取代，不必再以刑罰維繫皇權。然而，內亂行為之制裁，卻如經淬鍊之鋼鐵，鍛就出不容摧破之定理。

今日之學者或謂：刑法之內亂罪者，係以妨害國家內部存立條件為內容，所涉之法益乃國家之生存與安全，其侵害對象乃立國體制、國土與政府組織<sup>7</sup>。然僅摘舉我國近代史之一二，前開學說論述即有破綻。例如，孫逸仙舉事反清而肇建民國後，除各國承認中華民國以外，民國政府隨即立於「中國合法政府」之地位，繼續履行前清與各國媾結之各條約。換言之，即清室固屋亡矣，然中國未亡；此何能謂內亂妨害國家之內部存立？究其實質，學說所稱「國家之生存法益」，除混淆「國家」與「政府」之概念外，更將「國家之生存」與「政權之存續」，逕行化約為等同。此說之立論，實在係忽略內亂罪乃以確保皇權為基礎之歷史事實。緣國家者，無非係人所組織之團體。故直接以民商法之概念視之，則國家如同公司，政府如同董事會；內亂行為，相若於董事之改選或公司

<sup>4</sup> 原始共產社會並無禁止與命令-即法律之雛形，蓋禁止或命令乃以統治者之出現與存在為前提。蔡樞衡，前揭註3，第40頁。

<sup>5</sup> 參蔡樞衡，前揭註3，第148頁。

<sup>6</sup> 參孔慶平，「從謀逆到內亂-近代以來國事罪的艱難歷程」，華東政法大學學報，第4期，第124頁，2010年，上海。

<sup>7</sup> 參韓忠謨著，吳景芳增補，刑法各論，第24頁，韓聯甲，民國89年9月增補一版，臺北。另參山口厚著，王昭武譯，刑法各論，第618頁，中國人民出版社，2011年10月一版一刷，北京。

之改名，只須其人格之同一性未有改變，實難謂有侵害法人之「存續」。直言之，謂內亂罪之妨害者，係排除國家現有統治者之統治權；至其法益云者，實在空洞無已。

本文定義內亂罪之保護對象為已不存在之君主皇權-即統治階級，且質疑本罪於今日存在之正當性，惟既有之學說立論煌煌，終不許本文之逕以三言兩語即將之動搖，而論述上仍應舉證以實其說。是以，本章將中外內亂史摘要歸納，試圖尋覓處罰內亂行為根源，以及內亂之特徵與態樣，然後論證內亂並未侵害國家之存立，以為後續各章之論述奠基。

繇是，本文以下擬依我國史、外國史及我國近代最大規模之內亂史；採由內向外，由古迄今之敘述方式，最後以我國共黨叛亂史收尾，試圖求得共同相似之處，作本章立論之鞏固。

茲先敘明者有二：

法律乃對應人類社會生活之需要而存在。因此，無社會事實即無法律。從而，本章雖乍視之下似與題旨無大牽涉，但本文之立場以為，內亂史即內亂罪之犯罪事實。研究內亂罪自宜從諸犯罪事例而為發端。

本文係以追求刑法上內亂罪之刪除為目的，故本章之提出，無非藉歷史事件而為論證斯類犯罪無處罰之必要與可能。是以，資料之搜集與引用，僅求信實可稽而不求其詳盡，以免徒增篇幅。

## 第二節 中外歷史上內亂事件之歸納

### 第一項 我國清代以前內亂之扼要略述

自秦<sup>8</sup>以降，中國變封建為郡縣，遂成大一統之帝國。帝制型態持續至孫逸仙革命而清室屋亡。此等帝國時代之所謂內亂，舉其事例則略有：(一)陳勝、吳廣以遷徙之徒，躡足行伍之人數百，斬木為兵，揭竿為旗，使天下雲集而響應；此應係平民不堪壓迫致內亂之首例。此後，漢、明二代皆循此模式取前朝而代之。(二)趙高矯詔賜死扶蘇而代之以胡亥，此應係殺害君主或其繼承人<sup>9</sup>，但未直接取而代之之著例。此類事例中外皆有。大略言之，著手於殺害君主之人，其身分地位可能無法服眾，自須另行扶植他人而加以操控。(三)王莽篡漢，此係權貴階級殺害君主且奪取皇位者；但在斯時，王莽並無陳勝、吳廣之被壓迫，卻以多項改革方案之推動，顯示其「國事犯<sup>10</sup>」之特質。(四)魏、晉、南北朝、隋、唐、五代十國、宋、元、清<sup>11</sup>之實力興起類型。

民國肇建前二千餘年間，上述各種情形不斷反復發生。但應再次強調者，謀朝篡位之事雖於國史屢見不鮮，但王莽篡漢之興利除弊，而有實質政治上理想抱負者，在帝制時期卻係空前絕後。

上開我國君權時代之內亂，可歸納為：(一)弑君篡位型、(二)逼退<sup>12</sup>型、(三)順勢而起型。本文為此區分之目的在於指出：

1. 現今我國刑法第 100 條第 1 項，多數論述認為，該條項所規定之意圖要件有四，即破壞國體、竊據國土、變更國憲，以及顛覆政府等四者。惟學者陳友鋒先生主張，國體與國土二者，皆屬國憲之要者，是破壞國體與竊據國土，當解作係以非法方法變更國憲之二例示為妥適；因而，應認本條所定之意圖僅有「以非法方法變更國憲」或「顛覆政府」二者。
2. 上述多數說所認為之四項意圖要件，純粹從法條文字而來，忽略刑法第 100 條民國 24 年之立法理由，以及實質上該等要件彼此間可能之包攝關係，自非可採。陳友鋒先生之主張，以本條所定之意圖要件僅有「以非法方法變更國憲」或「顛覆政府」，

<sup>8</sup> 當然，秦以前之歷史即有內亂罪行，但本文於此擬加以限縮。

<sup>9</sup> 相似者，如唐代玄武門之變。惟不同處在於，唐太宗弑兄弟而逼父，最後自行登基。

<sup>10</sup> 國事犯，即政治犯罪(délit politique)，係指侵害國家政治秩序，參森下忠，刑法總論，第 38 頁，悠悠社，1993 年版第 1 刷。

<sup>11</sup> 漢與明則頗為特殊，其平民出身類同陳勝之流。但起事之模式則非一致，即並非直接當場，而係循序漸進之方式。除此之外，中國史上最多內亂之發起者，多為貴族或文武官員；春秋戰國以降，迄至滿清均屬之。

<sup>12</sup> 宋太祖之黃袍加身。參林瑞翰，中國史，第 242 頁，三民書局股份有限公司，民國 83 年 5 月初版。

應係基於憲法上之理由，以及法條規範上之整理而來，深具說服之力。

3. 然則，從君主制轉向共和制之進化過程而為觀察。憲法，乃近代之產物。從而，破壞國體或政府，均由國憲而生，是國憲可以包括國體及政府。至於國土者，以中國而言隨歷朝國力之強衰而變異；甚至南北對峙、諸國併起之勢，亦非無見。是以，倘以歷史發展而言，將刑法第 100 條第 1 項之意圖要件歸納為二；以顛覆政府、破壞國體，作為非法變更國憲之例示，再將竊據國土視作另一要件，似亦可行。
4. 如上所陳，弑君篡位型與逼退型之意圖均在於國家統治權力之奪取，以今日刑法內亂罪而言，二類型之意圖均係非法變更國憲。不同處在於，後者並無殺人行為，無須另為數罪或一罪之判斷。
5. 順勢而起型，以今日刑法內亂罪而言，其意圖須視行為之進展而定。例如，宇文文化及弑殺隋煬帝後，隋並未即亡；李淵雖擁立傀儡皇帝，但從罪刑法定而言，仍不能謂為成立內亂罪。
6. 偶發動亂中，起事者竊據部份國土，但無顛覆政府之雄心壯志。此竊據國土範圍極小者，如梁山泊好漢之盤據山川水澤抗拒官兵，僅能視作土匪草寇，並非今日刑法上之內亂罪。

本文於此簡要介紹我國歷史內亂事例，不作深入陳述。緣我國內亂史所呈現者，與今日「國事犯」之概念，頗有不同。惟其可供參考之點有：(一)確認我國古代處罰內亂係確如本文所言，乃為確保君主皇權之萬年永固。(二)內亂之事成，天朝仍係天朝，亡者乃前代帝王一家，絲毫無涉於國。(三)謀權篡政之係仰賴實力，祖宗家廟之永享奉祀亦憑實力，與法律規範之輕重或有無係全然無關。(四)實力固然重要，惟時機始為關鍵；例如滿清入關，八旗勁旅並非決勝關鍵<sup>13</sup>。(五)內亂行為從著手至既遂，從起事至終了，有時歷十數載，有時卻在旦夕之間，但治安或司法機關均無從施力。

---

<sup>13</sup> 參林瑞翰，前揭註 12，第 360 頁。

## 第二項 歐美歷史上內亂之摘要

### 第一款 美國獨立

#### 第一目 獨立宣言之中譯本

西元 1776 年 7 月 4 日大陸會議發表之美國獨立宣言<sup>14</sup>：「大陸會議（一七七六年七月四日）美利堅合眾國十三個州一致通過的獨立宣言

在有關人類事務的發展過程中，當一個民族必須解除其和另一個民族之間的政治聯繫並在世界各國之間依照自然法則和上帝的意旨，接受獨立和平等的地位時，出於對人類輿論的尊重，必須把他們不得不獨立的原因予以宣布。

我們認為下面這些真理是不言而喻的：人人生而平等，造物者賦予他們若干不可剝奪的權利，其中包括生命權、自由權和追求幸福的權利。為了保障這些權利，人類才在他們之間建立政府，而政府之正當權力，是經被治理者的同意而產生的。當任何形式的政府對這些目標具破壞作用時，人民便有權力改變或廢除它，以建立一個新的政府；其賴以奠基的原則，其組織權力的方式，務使人民認為唯有這樣才最可能獲得他們的安全和幸福。為了慎重起見，成立多年的政府，是不應當由於輕微和短暫的原因而予以變更的。過去的一切經驗也都說明，任何苦難，只要是尚能忍受，人類都寧願容忍，而無意為了本身的權益便廢除他們久已習慣了的政府。但是，當追逐同一目標的一連串濫用職權和強取豪奪發生，證明政府企圖把人民置於專制統治之下時，那麼人民就有權利，也有義務推翻這個政府，並為他們未來的安全建立新的保障—這就是這些殖民地過去逆來順受的情況，也是它們現在不得不改變以前政府制度的原因。當今大不列顛國王的歷史，是接連不斷的傷天害理和強取豪奪的歷史，這些暴行的唯一目標，就是想在這些州建立專制的暴政。為了證明所言屬實，現把下列事實向公正的世界宣布：

他拒絕批准對公眾利益最有益、最必要的法律。

他禁止他的總督們批准迫切而極為必要的法律，要不就把這些法律擱置起來暫不生效，等待他的同意；而一旦這些法律被擱置起來，他對它們就完全置之不理。

---

<sup>14</sup> 有認為此並非美國獨立宣言，美國獨立宣言應係指西元 1776 年 6 月 7 日維吉尼亞代表團所提出者。參 CARL BECKER 著，楊宗翰譯，獨立宣言，第 1 頁，今日世界社出版，1966 年 1 月初版，臺北。此外，美國在台協會之官方網站，亦於美國立國基本文件獨立宣言中，有如下說明：「英國與其美洲殖民地之間的戰爭於一七七五年四月開始。隨著戰爭的延續，和解的希望逐漸消失，完全獨立已成為殖民地的目標。一七七六年六月七日，在大陸會議的一次集會中，維吉尼亞的理查·亨利·李提出一個議案，宣稱：「這些殖民地是自由和獨立的國家，並且按其權利必須是自由和獨立的國家。」六月十日大陸會議指定一個委員會草擬獨立宣言。實際的起草工作由湯瑪斯·傑佛遜負責。七月四日獨立宣言獲得通過，並分送十三州的議會簽署及批准。」

他拒絕批准便利廣大地區人民的其他法律，除非那些人民情願放棄自己在立法機關中的代表權；但這種權利對他們有無法估量的價值，而且只有暴君才畏懼這種權利。

他把各州立法團體召集到異乎尋常的、極為不便的、遠離它們檔案庫的地方去開會，唯一的目的是使他們疲於奔命，不得不順從他的意旨。

他一再解散各州的議會，因為它們以無畏的堅毅態度反對他侵犯人民的權利。

他在解散各州議會之後，又長期拒絕另選新議會；但立法權是無法取消的，因此這項權力仍由一般人民來行使。同時各州仍然處於危險的境地，既有外來侵略之患，又有發生內亂之憂。

他竭力抑制我們各州增加人口；為此目的，他阻撓外國人入籍法的通過，拒絕批准其地鼓勵外國人移居各州的法律，並提高分配新土地的條件。

他拒絕批准建立司法權力的法律，藉以阻撓司法工作的推行。

他把法官的任期、薪金數額和支付，完全置於他個人意志的支配之下。

他建立新官署，派遣大批官員，騷擾我們人民，並耗盡人民必要的生活物質。

他在和平時期，未經我們的立法機關同意，就在我們中間維持常備軍。

他力圖使軍隊獨立於民政之外，並凌駕於民政之上。

他同某些人勾結起來，把我們置於一種不適合我們的體制且不為我們的法律所承認的管轄之下；他還批准那些人炮製的各種偽法案來達到以下目的：

在我們中間駐紮大批武裝部隊；

用假審訊來包庇他們，使他們殺害我們各州居民而仍然逍遙法外；

切斷我們同世界各地的貿易；

未經我們同意便向我們強行徵稅；

在許多案件中剝奪我們享有陪審制的權益；

編造罪名押送我們到海外去受審；

在一個鄰省廢除英國的自由法制，在那裏建立專制政府，並擴大該省的疆界，企圖把該省變成既是一個樣板又是一值得心應手的工具，以便進而向這裏的各殖民地推行同樣的極權統治；

取消我們的憲章，廢除我們最寶貴的法律，並且根本上改變我們各州政府的形式；

中止我們自己的立法機關行使權力，宣稱他們自己有權就一切事宜為我們制定法律。

他宣布我們已不屬他保護之列，並對我們作戰，從而放棄了在這裏的政務。

他在我們的海域大肆掠奪，蹂躪我們沿海地區，焚燒我們的城鎮，殘害我們人民的生命。他此時正在運送大批外國傭兵來完成屠殺、破壞和肆虐的勾當，這種勾當早就開始，其殘酷卑劣甚至在最野蠻的時代都難以找到先例。他完全不配件為一個文明國家的元首。他在公海上俘虜我們的同胞，強迫他們拿起武器來反對自己的國家，成為殘殺自己親人和朋友的劊子手，或是死於自己的親人和朋友的手下。

他在我們中間煽動內亂，並且竭力挑唆那些殘酷無情、沒有開化的印第安人來殺掠我們追撞的居民；而眾所周知，印第安人的作戰規律是不分男女老幼，一律格殺勿論的。在這些壓迫的每一階段中，我們都是用最謙卑的言辭請求改善；但屢次請求所得到的答覆是屢次遭受損害。一個君主，當他的品格已打上了暴君行為的烙印時，是不配作自由人民的統治者的。

我們不是沒有顧念我們英國的弟兄。我們時常提醒他們，他們的立法機關企圖把無理的管轄權橫加到我們的頭上。我們也曾把我們移民來這裏和在這裏定居的情形告訴他們。我們曾經向他們天生的正義感和雅量呼籲，我們懇求他們念在同種同宗的份上，棄絕這些掠奪行為，以免影響彼此的關係和往來。但是他們對於這種正義和血緣的呼聲，也同樣充耳不聞。因此，我們實在不得不宣布和他們脫離，並且以對待世界上其他民族一樣的態度對待他們：和我們作戰，就是敵人；和我們和好，就是朋友。

因此，我們，在大陸會議下集會的美利堅合眾國代表，以各殖民地善良人民的名義，並經他們授權，向全世界最崇高的正義呼籲，說明我們的嚴正意向，同時鄭重宣布；這些聯合一致的殖民地從此是自由和獨立的國家，並且按其權利也必須是自由和獨立的國家，它們取消一切對英國王室效忠的義務，它們和大不列顛國家之間的一切政治關係從此全部斷絕，而且必須斷絕；作為自由獨立的國家，它們完全有權宣戰、締和、結盟、通商和採取獨立國家有權採取的一切行動。為了支持這篇宣言，我們堅決信賴上帝的庇佑，以我們的生命、我們的財產和我們神聖的名譽，彼此宣誓<sup>15</sup>。」

## 第二目 本文對獨立宣言之理解

美國獨立宣言，依美國在台協會官方網站所發表之中譯本，其前言部分稱：「獨立宣言包括三個部分：第一部分闡明政治哲學——民主與自由的哲學，內容深刻動人；

---

<sup>15</sup> 引自美國在台協會網站資料。<http://www.ait.org.tw/zh/declaration-of-independence.html>

第二部分列舉若干具體的不平事例，以證明喬治三世破壞了美國的自由；第三部分鄭重宣布獨立，並宣誓支持該項宣言。」

然依本文所見，美國獨立宣言除將人民革命之權力予以闡明外，實無其他高明之處。蓋獨立宣言所云：「他宣布我們已不屬他保護之列，並對我們作戰，從而放棄了在這裏的政務。他在我們的海域大肆掠奪，蹂躪我們沿海地區，焚燒我們的城鎮，殘害我們人民的生命。他此時正在運送大批外國傭兵來完成屠殺、破壞和肆虐的勾當，這種勾當早就開始，其殘酷卑劣甚至在最野蠻的時代都難以找到先例。他完全不配作為一個文明國家的元首。他在公海上俘虜我們的同胞，強迫他們拿起武器來反對自己的國家，成為殘殺自己親人和朋友的劊子手，或是死於自己的親人和朋友的手下。他在我們中間煽動內亂，並且竭力挑唆那些殘酷無情、沒有開化的印第安人來殺掠我們追撞的居民；而眾所周知，印第安人的作戰規律是不分男女老幼，一律格殺勿論的。」實則，此段文字所描述者，應當係獨立戰爭已經爆發，兩方立於交戰狀態時所採取戰略或戰術原則而已。設若有就中外戰史稍作研究者，即可想像，立於戰爭狀態之下—無論內亂外患，各方採用之手段，必然只作勝利之考量而絕無他想。本文並非對慘無人道之戰爭手段加以肯定，只是揭露該等事實，用以闡明內亂時之不理性，以及刑法無介入之可能性，如此而已。

至於美國獨立宣言有無「內容深刻動人」或所「列舉若干具體的不平事例」，足以「證明喬治三世破壞了美國的自由」，倒可由「周鄭交質」、「王孫滿對楚子問鼎」、「賈誼治安策一」、「阿房宮賦」、「為徐敬業討武曌檄」、「深慮論」、「復多爾袞書」等文章，而得梗概。

### 第三目 內亂行為係民權之正當行使

英國史上，除查理一世於西元 1649 年 1 月 30 日被處死，以及西元 1688 年 6 月詹姆士二世被罷黜外。英國自斯圖亞特王朝、漢諾瓦王朝至溫莎王朝，其皇室統治基礎並未受動搖<sup>16</sup>。雖然，美國獨立宣言指摘英王喬治三世之種種非行。但應注意者，自七年戰爭(1756 年至 1763 年)以後，法國在加拿大之勢力由英國繼之；英國於北美洲之殖民版圖雖然擴張，惟因應戰事致使國庫支絀而負債。另外，為防止印地安人攻擊，北美殖

<sup>16</sup> 各王朝名稱之更替，僅係無子嗣而依王位繼承法選擇近親繼承，並非如中國之爆發內亂。

民地需要增加軍隊。凡此，無不亟待富庶的殖民地予以支應<sup>17</sup>。由是可知，英王喬治三世何恨於北美十三州子民？實有不得不之勢，而遂採不得不之法也。

依本文所見，美國獨立係對立之兩方皆無可奈何之行動。至其對後世之影響，即因美國獨立宣言之明白指出：「政府之正當權力係出從被統治者之同意。被統治者之同意政府有統治權，無非基於被統治者對其自身之生命、自由及財產權之保障需求。是以，政府之形式為何均不論，只當其對前開組織政府之目的有所損害時，人民便有權將之改變或廢除<sup>18</sup>。」

美國脫離英國而獨立，對英國而言，自屬內亂；此事件於本文之啟發在於，內亂取決於民權之說已然成形。蓋於中國史，內亂之多起於民不聊生；起事而不遂，乃「周德未衰，而天命猶存」。反之，其志竟成，實乃「名正言順，天與人歸」。至於將內亂之合理性歸諸於人民正當權利，其濫觴應係起於美國。歷史上，美國革命乃第一次將內亂之合理<sup>19</sup>性建構於民權而為立論；其在背景上無論採「天賦人權說」，或謂「大英帝國論」<sup>20</sup>。至少，其對嗣後之法國大革命，以迄於席捲歐陸之革命風潮，已非止於星火而直成燎原之勢。



#### 第四目 內亂之實力與時機

思想之質變需要時間為醞釀，然而思想之能化作現實，則非但需要時間，亦需要實力與時機。否則，思想只能飄流於腦海，或寄語於典籍。一般而言，美國獨立之導火線，被認為係波士頓茶黨(Boston Tea Party)事件後，英國國會通過「不可容忍法」，強力懲罰波士頓人民<sup>21</sup>。惟其易燃品之堆積，則可遠溯自五月花號之離開英國<sup>22</sup>。

<sup>17</sup> 參徐應勳，美國革命戰爭史，第2頁，實踐學社，民國47年10月印行，臺北。值得玩味者，此書係中華民國政府於遷臺後，為圖反攻大陸而聘請日籍軍官籌組「白團」，所編印之軍用刊物。若云美國革命，英國自係反革命；同理，國民政府亦係反革命，蓋共黨係革命。反革命者藉助革命事例，為反革命鬥爭之理論基礎，實在有趣。

<sup>18</sup> 參許世楷編，世界各國憲法選集，第44頁(陳隆志解說)，前衛出版社，1995年6月初版一刷，臺北。

<sup>19</sup> 參前揭註14，CARL BECKER著，第7頁。

<sup>20</sup> 參前揭註14，CARL BECKER著，第13頁以下。簡言之，二說係獨立宣言之哲學上議題。採天賦人權說係以自然法上之理性為基礎，認為革命乃自然規律，是上帝之巧妙安排。至於大英帝國論，則是側重於殖民地與母國權利義務之釐清。

<sup>21</sup> 陳靜瑜，美國史，第62頁，三民書局股份有限公司，2007年10月初版一刷，臺北。

<sup>22</sup> 蓋自清教徒離開英國，遠赴北美新大陸時，由於兩地疏遠，各自形成各自之利害關係時，即無怪乎「我們也沒有忘記我們的英國同胞。我們屢次通知他們，他們的議會企圖把他們的管轄權毫無根據地擴展到我們的身上。我們也曾把我們移居到這裏和在這裏居住的情況告訴他們。我們向他們天生的正義感

不容忽略者，美國獨立成功，實有其得天獨厚之處；即內亂與外患之併行。蓋英軍所對付者除叛軍外，尚有第三勢力之介入。

按北美十三州殖民地由於防禦印地安人襲擊，原已有民兵組織，其人數計一萬三千六百人<sup>23</sup>。英軍雖是久經戰陣，裝備精良。但由於尚未實施徵兵制度，士兵無論自願或強迫入伍，多係窮困潦倒、作奸犯科之受刑人。除士兵素質低劣，英軍軍官可以買官受爵，亦非可堪為國之干城<sup>24</sup>。

法國與英國係世仇。自開戰以來，法國忍受自身財政困難，仍然派遣陸軍六千七百人以及一支艦隊，協助美方<sup>25</sup>。此外，在加勒比海，法軍除牙買加(Jamaica)、巴佩道斯(Barbados)及安地瓜(Antigua)島外，盡奪英國殖民地<sup>26</sup>。又英軍於大西洋之補給線，亦飽受法國威脅。西班牙則在地中海攻下米諾卡(Minorca)島，威脅直布羅陀海峽之通暢。荷蘭雖未奪英國寸土，但於海上仍予英國以打擊<sup>27</sup>。易言之，英國在美洲應付戰事已是捉襟見肘；其在歐陸，甚至亞洲，復立於四面受敵之窘境。

## 第二款 法國大革命-內亂係不可逆之時勢

「人們將會認識到，有的時候，君主的恩賜具有暫時性，有的情況下，君主的賞賜卻具有永恆性。有一次由於朝廷試圖收回它曾經給予人們的恩賜，全國上下因而產生了普遍的不滿。不久革命便產生了……<sup>28</sup>」。西元1748年，法國思想家孟德斯鳩(Baron de Montesquieu)於日內瓦出版「論法的精神」，此書雖云「論法」，惟多數之章節卻用於論述政治體制，分析政治與法律之關係，以及自由等等。

史學家之說則頗具玄機：「奄奄一息的路易十三成立了一個攝政團隊，除了王后以外，還有加斯東·奧爾良，以及國王指定的攝政官，包括孔代親王、馬薩林首相、掌璽大臣塞吉埃和兩個國務大臣，決策採取多數決。路易十三於西元一六四三年五月十四日

---

和雅量陳訴，我們懇求他們念在同文共種淵源，不承認這些迫害行為，因其最後必將妨害彼此間的關係和交往。他們對於正義和同胞的呼聲充耳不聞。我們是以不得不宣佈和他們脫離關係……」。

<sup>23</sup> 徐應勳，前揭註17，第11頁。

<sup>24</sup> 徐應勳，前揭註17，第12頁。

<sup>25</sup> 參 HUGH BROGAN 著，李銓譯，美國史，第279頁，財團法人陽明管理發展中心，民國79年6月初版，臺北。

<sup>26</sup> 徐應勳，前揭註17，第82頁。

<sup>27</sup> 參 HUGH BROGAN 著，李銓譯，前揭註25，第275頁。

<sup>28</sup> 參孟德斯鳩著，彭盛編譯，論法的精神，第511頁，華立文化出版，2003年11月初版，臺北。1909年，嚴復譯此書為中文，名為「法意」，係由上海商務印書館出版。

去世，五天以後的羅克華大捷，為死後的李希留戴上榮耀的光環，但戰爭依舊，國家疲倦不堪。國家在國王因年幼而無法執政的時期總是特別微妙與困難，再加上戰爭和貧窮，局面就更加艱困了。<sup>29</sup>」

上述二家之言乍視似與法國大革命無關，尤其後者。蓋革命係發生於路易十三死後一百四十餘年，其中更歷經 72 年之路易十四輝煌統治。然此說不免偏歸功於漢武帝，而忽視文景之庇蔭；又似是僅記乾隆之十全武功，而無視其蔑視英夷之惡果。歷史之果，其前因通常鏈結甚廣，且積因極久。

繼美國脫離英國而自立，革命之於歐陸亦是風起雲湧。西元 1788 年，法國因支應美洲戰爭導致財源枯竭，而葡萄酒生產過盛與旱災，亦加深農民之不安<sup>30</sup>。法國宮廷固然花費頗鉅，惟只佔全國預算之極小部分。易言之，法國財政之窘境，實肇因於，其承平時所需支出之軍費，已達全年預算 74%<sup>31</sup>。法國政府對此問題之解決，採借貸度日。

另外，資產階級要求依照啟蒙運動時期思想家之觀念，就法國之舊制度予以改變；此如自由、平等與君主立憲<sup>32</sup>。資產階級思想之翻騰，添以窮困工農階級所引發之社會不安，君主專制之法國，其統治階級之威信，已經鬆動。

西元 1789 年 5 月 5 日，三級會議之開幕式上，法皇路易十六之未置一詞於改革諸事。惟法國人民之不滿，正因之而高漲。此其時，第三階級除預備制憲外，已經與饑民結合，並為武裝。同年 7 月 13 日，資產階級所成立之民兵部隊，即「國民衛隊」，更使法國人民對自己對抗法皇之實力，更具信心。隔日，巴士底監獄 (Bastille) 被攻破，暴動群眾取得更多槍枝及火砲<sup>33</sup>。至此，統治法國達兩世紀之波旁王朝，其顛覆已成定局。

自 18 世紀起，透過洛克、盧梭、孟德斯鳩等思想家之傳播散布，歐陸早已興起對宗教或皇室等傳統威權之挑戰於反抗。斯時，資產階級於自身財富累積之餘，自然也有提升自身地位之想。可以想見，民主取代專制之風暴，已經釀成。惟法國大革命後，史學論述受制於「引商刻羽，雜以流徵」之曲高和寡；世人皆將矛頭指向瑪麗皇后，其言行甚至被比諸晉惠帝之「何不食肉糜焉」。然而，法國宮廷開銷只佔全國預算之極小部分，法國除天然災害造成民怨，又支應協助美國獨立之軍費致使國庫空虛，其關鍵應在

<sup>29</sup> 參劉增泉，法國史，第 213 頁，五南圖書出版股份有限公司，2010 年 4 月初版一刷，臺北。

<sup>30</sup> 參吳圳義，法國史，第 214 頁，三民書局股份有限公司，中華民國 84 年 9 月初版，臺北。

<sup>31</sup> 參吳圳義，前揭註 30，第 215 頁。

<sup>32</sup> 參劉增泉，前揭註 29，第 276 頁。

<sup>33</sup> 參吳圳義，前揭註 30，第 218 頁-第 220 頁。

於思想之啟蒙。此種思想啟蒙所埋下之內亂種子，乃時勢之必然，係歷史上之不可逆轉者。從而，與本文所述文詞似乎相反，但卻若合符節之說：「我們所講的革命是什麼意思？是戰爭？戰爭不是革命的一部分；戰爭只是革命的一個結果和後果。革命是發生在人們的思想中的。這在一七六〇至一七七五年十五年間在列克星敦(Lexington)還未流一滴血之前即已在進行<sup>34</sup>。」似是蘊有深意。

### 第三款 美國南北戰爭

#### 第一目 生活方式不同所生之內亂

如回顧本章對美國獨立事例之敘述，當不難發現，內亂除為人民之正當權利外，時機與背景實乃必要且需充分者。北美十三州之拓殖，部分肇因於宗教問題之政治化；此後遂形成「新英格蘭的拓殖」<sup>35</sup>。英美之分離，實乃歷史之必然與偶然。若以此觀點視諸美國南北戰爭，結論應無不同。

按美國憲法第1條第2款第3句：「眾議員人數及直接稅稅額，應按聯邦所轄各州的人口數目比例分配，此項人口數目的計算法，應在全體自由人民——包括訂有契約的短期僕役，但不包括未被課稅的印第安人——數目之外，再加上所有其他人口之五分之三。」、第1條第9款第1句；「對於現有任何一州所認為的應准其移民或入境的人，在1808年以前，國會不得加以禁止，但可以對入境者課稅，惟以每人不超過十美元為限。」以及第4條第2款第3句：「凡根據一州之法律應在該州服役或服勞役者，逃往另一州時，不得因另一州之任何法律或條例，解除其服役或勞役，而應依照有權要求該項服役或勞役之當事一方的要求，把人交出。」共同構成「五分之三條款」、「奴隸貿易條款」及「逃奴條款」。此等憲法規定，應係針對蓄奴為妥協之辦法。現實上，由於南北各州爭議不斷，西元1820年國會通過一系列法案，合稱(密蘇里妥協方案 Missouri Compromise)。據此法案，緬因州准予加入聯邦，密蘇里州可有奴隸而加入聯邦，但在此後購買的路易斯安那北緯36度30分線以北地區則禁止蓄奴。密蘇里妥協方案並未解決問題，但維持美國和平達十年<sup>36</sup>。

<sup>34</sup> John Adams 所言；引自 HUGH BROGAN 著，李銓譯，前揭註 25，第 205 頁。

<sup>35</sup> HUGH BROGAN 著，李銓譯，前揭註 25，第 44 頁。

<sup>36</sup> HUGH BROGAN 著，李銓譯，前揭註 25，第 447 頁。

奴隸制度之伊始僅為獲得廉價勞動力<sup>37</sup>，然而，此後所形成之問題，卻分歧轉化為「她也怨恨很多南方婦女不得不假裝沒有注意到她們的孩子和種植園上一些黑孩子很像<sup>38</sup>」之類的複雜情況<sup>39</sup>。但無論情況如何複雜糾葛，既得利益之南方各州，縱使感受到奴隸制之缺點，終究不願面對或解決。

西元 1857 年，南北對立已是引而未發，但有二事件之發生，為戰爭之爆發投入確定因素。美國最高法院宣稱，國會通過或執行密蘇里妥協方案並無憲法根據。最高法院誤以為其判決能影響對立之雙方，然而組成審判庭之法官七之有四皆是南方人，根本無法昭公信於北方<sup>40</sup>。同時，該年經濟危機重創北方，卻無損於南方。南方各邦深信，縱使退出聯邦，南方依賴棉花產業足可富有與獨立，無須有何畏懼<sup>41</sup>。

## 第二目 內亂之矛盾

西元 1776 年 7 月 4 日大陸會議所發表之獨立宣言，其闡明美洲人民脫離英國之天賦權利於先，復歷數英王喬治三世之罪狀，再進而為獨立之宣告。嗣後，此擲地有聲之章句，成為寰宇共認之經典。然而，西元 1860 年亞伯拉罕·林肯 (Abraham Lincoln, 1809—1865) 當選美國第 16 任總統後，獨立宣言所倡言之人民權利，卻無法獲得北方之承認。

南卡羅來納、喬治亞、阿拉巴馬、路易西安納、密西西比與德克薩斯等七州，其宣布成立美利堅聯盟國 (Confederate States of America)，乃有公民投票之結果為依據。是以，邏輯上或法理上應被認為毫無瑕疵才是。

然而，北方「合法政府」此時顯然認為，聯邦之完整方屬關鍵。「當我的眼睛最後一次轉向注視空中的太陽，不要讓我看到它所照的是過去曾是光榮的聯邦的破碎的不光彩斷片上；照在分裂的、不和的、敵對的各州上；照在一個因內部鬥爭四分五裂，或者也許浸透在兄弟的血液中的國家上！而讓我的眼睛的最後而孱弱的留連的眼光看到這個共和國的燦爛旗幟……仍然高高地飛揚……上面沒有寫著這樣糟糕的問句作為其格言；例如，這一切的價值如何？也沒有這類欺騙和愚蠢的話：自由第一，聯邦其次；而

<sup>37</sup> 陳靜瑜，前揭註 21，第 131 頁。HUGH BROGAN 著，李銓譯，前揭註 25，第 427 頁。

<sup>38</sup> HUGH BROGAN 著，李銓譯，前揭註 25，第 433 頁。該段意指婦女之丈夫或兄弟曾與女性黑奴有過性關係。

<sup>39</sup> 陳靜瑜，前揭註 21，第 133 頁。

<sup>40</sup> HUGH BROGAN 著，李銓譯，前揭註 25，第 465 頁。

<sup>41</sup> HUGH BROGAN 著，李銓譯，前揭註 25，第 466 頁。

是在它們飄過海面和陸地時，在整個天空每一陣風中，到處都散佈著發光的字體，閃耀著在它的所有寬褶層上，那種每一個忠實的美國人心中所熱愛的感情-自由和聯邦，現在和永久，統一而不可分的<sup>42</sup>！」

在愛國主義之風席捲下，美國獨立宣言所述：「人類纔在他們之間建立政府，而政府之正當權力是從被治者的同意中產生出來的；任何形式的政府，當它對於這些目的有損害時，人民便有權利將它改變或廢除，以建立一個新的政府」，確實已經無關宏旨！從而，內戰已是無可避免。



---

<sup>42</sup> Daniel Webster 之演說，引自 HUGH BROGAN 著，李銓譯，前揭註 25，第 486 頁。Daniel Webster 倘若九泉有知，應當感嘆；西元 2012 年美國總統大選後，僅因候選人羅姆尼失利落選，美國有分布於二十州超過 25000 人連署，要求脫離聯邦獨立。參 <http://tw.news.yahoo.com/%E7%BE%85%E5%A7%86%E5%B0%BC%E9%81%B8%E8%BC%B8-20%E5%B7%9E%E9%80%A3%E7%BD%B2%E7%8D%A8%E7%AB%8B-194300868.html>。搜尋日期，民國 101 年 11 月 14 日下午 6 時 2 分。

### 第三項 我國共黨叛亂事例-政治立場不同之內亂

「鍾山風雨起蒼黃，百萬雄師過大江。虎踞龍盤今勝昔，天翻地覆慨而慷。宜將剩勇追窮寇，不可沽名學霸王。天若有情天亦老，人間正道是滄桑<sup>43</sup>。」歷經遼瀋、及徐蚌及平津此三大會戰後，代表中國而受舉世承認之國民政府，已經陷入美國發表對華政策白皮書<sup>44</sup>、精銳軍隊喪失殆盡，以及金圓券銀圓券崩潰等等絕境。

自民國 34 年日本投降後，中國共產黨違反國民政府之命令，擅自強行接收日軍之投降與繳械<sup>45</sup>。此後，國共雙方歷經重慶談判<sup>46</sup>並簽署雙十協定，惟兩黨之間仍不斷發生軍事衝突。民國 36 年 1 月，中華民國憲法公布後，由於中國共產黨不願承認憲法之合法性，兩黨談判破裂已成定局，國民政府遂於同年 7 月開始動員戡亂<sup>47</sup>。從民國 36 年 7 月至民國 38 年 4 月 23 日南京陷落，擁有數量、裝備與訓練優勢，處處占盡上風之國民政府，竟被劣勢共軍逐次擊破；縱使自民國 34 年 8 月中旬起算，中國共產黨席捲神州所耗用之時間，亦不足四年。在互稱對方為「匪」，各自宣稱正統而否認對方合法之時期，國民黨身為失敗之一方，每每宣稱共黨之成功係：「趁日本侵華而坐大、欺騙裹脅無知群眾、利用學運、美國坐視、蘇聯干預，以及軍隊、政府皆被滲透」，作為理由。

然而，李大釗、陳獨秀等中國共產黨創辦人，與其他五四運動中抱持向「德先生」與「賽先生」學習，探索並追求強國之路者，並無不同。至若從國共兩黨之內亂模式觀察，國民黨於起事反清之時，已有自行建立武裝力量或滲透新軍之思想與作為；反觀共產黨，其係於民國 13 年黃埔建軍以後，始自國民黨取得軍事資源。

所謂中國共產黨自中國國民黨取得軍事資源，即民國 12 年，基於孫逸仙與蘇聯國際共黨代表協議，共產黨人得以個人身份加入國民黨。嗣民國 13 年黃埔建軍，周恩來即出任黃埔軍校政治部副主任，而蘇聯國際共黨除派遣鮑羅廷於軍校擔任要職，更提供大量軍火資助孫逸仙領導之廣州政府。換言之，國民黨亦透過共產黨而獲得唯一外國支持。

然而，單純國共合作尚非共黨起家之原因。蓋自清雍正年間禁教以來，中國與西方之科技、思想或文化上交流，已經逐漸斷絕。至乾隆年間，歷順治、康熙、雍正三朝所

<sup>43</sup> 民國 38 年 4 月 21 日，中國共產黨以毛澤東、朱德名義，發出「向全國進軍的命令」給中國人民解放軍，同年 4 月 23 日，南京「陷落」於共黨之手。此七言律詩即彼時毛澤東意氣風發之作。

<sup>44</sup> 參邵宗海，美國介入國共和談之角色，第 338 頁，五南圖書出版有限公司，民國 84 年 3 月初版一刷，臺北。

<sup>45</sup> 林瑞翰，前揭註 12，第 524 頁。另參邵宗海，前揭註 45，第 178 頁。

<sup>46</sup> 參邵宗海，前揭註 44，第 179 頁。

<sup>47</sup> 林瑞翰，前揭註 12，第 527 頁。

積累之國力，已在十全武功中耗盡。彼時之中國，唯一保留者，僅餘天朝盛世之幻影；馬戛爾尼使華後，已向英政府詳述中國之衰敗。此後，道光朝開啟外患之端，咸豐朝之太平天國起事，至光緒朝之事態糜爛而不可收拾，自是天命。稱天命者，即本章所稱內亂之時機。蓋本文絮絮叨叨所欲陳明者，即內亂與一般犯罪之不同；從而，以刑罰欲就內亂加以鎮壓，自宜分明異同之處。

民國繼清，或為強化自身內亂之正當性，每每有醜化晚清改革之說。然則，晚清，至少已經為中國建立名列全球八強之海軍；縱至甲午戰敗，清廷亦已籌建新式武衛軍<sup>48</sup>，其海軍之實力亦在恢復。倘欲深入清末革命成功緣由之探尋，不妨可由「留學生」三字開始。自同治年間，清廷為圖自強，乃分向各國派遣官費留學生。清廷派員留洋，係出於捍衛皇權與愛新覺羅之祖宗家業；惟適得其反者，留學生於法政經濟科學外，竟將革命之火併行帶回。



---

<sup>48</sup> 參劉鳳翰，武衛軍，第163頁以下，中央研究院近代史研究所，民國67年6月初版，臺北。

### 第三節 發動內亂之要件-實力與時機

#### 第一項 普通內亂行為之無害

內亂之既遂與否先毋論，其發起無非憑恃實力。上舉事例所突顯者，即軍事力量或相當於軍事力量之為內亂之必要條件。古今中外之內亂史，幾無差異之通例均顯示，有意發起內亂者，若非自身握有軍隊，或即勾串結交武人；又或先為群眾之鼓動，然後奪取軍械裝備自身，再或說服駐軍配合行動。

內亂行動之必須有武力為後盾，其實無須從史實印證；蓋史例之提出僅係加深論證之確實與強度而已。吾人可以試想，內亂之攻擊目標，即國家統治者。國家統治者既有文官系統遂行其統治工作，則一旦事變發生，文官系統已不足提供穩定環境時，統治者另有軍事力量足以弭平變亂。在承平之日，軍隊之任務固僅止於宣示或象徵統治者之威權，若然變亂突起，統治者唯一且最為可恃者，無非軍隊而已。從而，美國獨立戰爭之建立民兵，法國大革命之依賴國民衛隊，雙十起義由新軍發動，民國初年之軍閥割據，中國國民黨之北伐，中國共產黨之八一南昌暴動。凡此種種，皆足印證「槍桿子裡出政權」，實為普世真理。

軍事力量始為政權鞏固之基石，亦始足為改朝換代之憑藉，已如上述。因此，民國 81 年修正前刑法第 100 條之被修正，應係合理。然則，該條除刪除第 2 項陰謀內亂之處罰，又於第 1 項植入可罰性較高之「強暴」、「脅迫」二種行為<sup>49</sup>，其修正之動機與所能達成之結果間，究竟能否接合？

依本章從史實歸結所得，內亂罪之原始目的，確實係以統治階級之穩固為核心，佐以保護階級利益為其附隨。因此，內亂罪從頭至尾乃不折不扣之專制遺毒。要言之，只有君主專制之帝王，將國家全部視作其一家一姓之財產，始有以內亂罪為保護之需求。至於民主國家，其國事等諸般大權均依民意為依歸，則想像中可初步推定者，內亂應不致發生於民主國家。

刑法第 100 條於本章之問題在於，歷史事實已經證明，內亂必須有軍隊或相當於軍隊之力量為其必要條件。但中華民國之立法者，仍舊延續前清、前明甚至亡元之觀念，冀圖於刑法條文中固守「君權神授不可易」之封建思想。於是乎，民國 24 年立法者稱：「此罪之目的，係根本推翻國家，為各罪之最重者，在國家方面，無所謂既遂、未遂。故英國派及歐洲大陸派對於此罪，凡著手實行者，不問其目的達否，其內亂罪即成立」

<sup>49</sup> 強暴脅迫並非構成要件行為，詳參第四章

之立法論據既經確立，則刑罰防禦線之向前推移，自不必言。民國 24 年新刑法之立法者已然確立內亂罪之必罰，則猶如自縛手足般，此後之修法，亦必受限於當年之立法精神與意旨。然而，所謂「以強暴或脅迫著手實行」，其與「著手實行」，在文字上固然增加「強暴」與「脅迫」四字。惟一旦具體適用，卻可能倚輕倚重而輕重失衡<sup>50</sup>。

本文於此借重歷史而強調者在於，內亂之側重實力。因此，從刑罰相當性而言，刑法第 100 條，即普通內亂罪，其強暴脅迫之要件，無論如何解釋，不但與軍事力量所去甚遠，且係文官系統-警察，所能隨時控制者。其實質上僅能使人側目而已，毫無能力導致地方陷於不安。換言之，該條所指之強暴脅迫於民主國家中，其實同於示威遊行而已，根本不足以發生任何危險，更遑論實害。如果立法者為求確保政權不致更易，而強將與內亂相去甚遠之「手舞足蹈」行為，認作內亂，則刑法第 100 條因為規範對象係屬虛擬，自然不能符合法明確原則（罪刑明確）與法正當性原則（罪刑相當）之二大要求。



---

<sup>50</sup> 此於第四章再為詳述。

## 第二項 暴動內亂行為之彰顯民意

暴動，依最高法院 22 年上字第 2292 號判例與司法解釋，係指多數人不法結合，加以腕力或脅迫，使地方人心陷於不安之行為而言。從而，暴動云者，似乎與本文觀察所得，內亂之必有「軍事力量或相當於軍事力量」要件，若合符節。惟暴動之態樣，已經彰顯推翻統治者之實力。但若對照史實，人民之揭竿起暴動，多有其不忍苛責之社會背景或事件為誘因。

春秋時代，楚莊王伐陸渾之戎而至雒水，陳兵於周畿。楚莊王問周鼎小大輕重，王孫滿答以：「在德不在鼎」、「天所命也。周德雖衰，天命未改。鼎之輕重，未可問也」。王孫滿所稱之「德」或「天命」，其實無非「勢」之反面。換言之，盱衡春秋全局，單憑楚一國之「勢」，絕難動搖周天子。是周德未衰，而天命猶存。

至於民主國家，上開天命之謂則無非民意；民主國家之人民透過選舉，可以決定國家未來。從楚莊王之問鼎失敗可知，未有天命為依歸者，斷難成大事。同於斯理，未有人民意志支持之內亂，亦無成功之可能。惟局部性、區域性之動亂，究應如何視之？

關此，本文以為，內亂必側重實力，凡能聚合與軍隊實力相等而起暴動者，其訴求於當時，必有高度民意為後盾。此種動亂具有高度政治性格<sup>51</sup>，自須以政治手段解決。蓋君主國之天命或民主國之民意，實為等義詞。

---

<sup>51</sup> 詳參第三章

## 第四節 本文所見

本章整理中外內亂史例，目的在於透過真正內亂事實，追本溯源而為其原貌之呈現。要言之，內亂之危害，透過一般教育或社會氛圍之感染，使世人認其若同於核爆；只需經由中子撞擊原子，即得以複數裂變而發生鏈式反應。從而，內亂所生之禍之害，既非智力所能想像，亦非社會國家得以承受。是以，內亂係可罰，且應加之以最重最厲之刑罰。

惟透過本文上舉諸事例可知，歷史上內亂之模式，無非由內而外，或由外向內。前者，如弑殺君主或以軍力控制君主，然後傳檄而定天下。後者事起於地方，再因風雲匯聚形成不可抗之勢，終入中原而問得鼎。內亂之成，既如細水涓流之匯為江河，或可謂之時勢所趨而不可當。然北美十三州之叛離英國，波士頓茶葉事件僅止點火，至於其後燎原之勢，乃多重且複雜因素之互相作用。內亂之相對於外患，以其亂或患乃出之於內；一言之，物已自腐即內亂<sup>52</sup>。內亂在朝代更迭之中，其實純屬事實狀態，甚至無可挽回之宿命；其醞釀絕非一朝一夕可成，其收拾則是一種實力的展示與結果。稱其宿命而無可挽回，此可以明清遞嬗、民國肇建及共黨興起為證。

農民起義固然直接導致明亡，但深析乃可知，明自萬曆年間已種下腐敗之惡因。又孫逸仙領導革命以前，清已歷經太平天國、捻亂及白蓮教亂等等。至於國民政府在大陸時期，其敗亡原因甚多，絕非簡短文字可以說明。本文是稱內亂形成之多重複雜因素為宿命；且單一之因皆不足導致共同之果，故謂之無可挽回。

「朕欽奉隆裕皇太后懿旨：前因民軍起事，各省響應，九夏沸騰，生靈塗炭。特命袁世凱遣員與民軍代表討論大局，議開國會、公決政體。兩月以來，尚無確當辦法。南北睽隔，彼此相持。商輟於途，士露於野。徒以國體一日不決，故民生一日不安。今全國人民心理，多傾向共和。南中各省既倡義於前，北方諸將亦主張於後。人心所向，天命可知。予亦何忍因一姓之尊榮，拂兆民之好惡。是用外觀大勢，內審輿情，特率皇帝將統治權公諸全國，定為共和立憲國體。近慰海內厭亂望治之心，遠協古聖天下為公之義。袁世凱前經資政院選舉為總理大臣，當茲新舊代謝之際，宜有南北統一之方。即由袁世凱以全權組織臨時共和政府，與民軍協商統一辦法。總期人民安堵，海宇又安，仍合滿、漢、蒙、回、藏五族完全領土為一大中華民國。予與皇帝得以退處寬閑，優遊歲

<sup>52</sup> 當然，我國史之外患與內亂之間常有因果關係，以其非本文之範圍，爰割棄之。

月，長受國民之優禮，親見郵治之告成，豈不懿歟<sup>53</sup>！欽此。」前開文字之引用並非為強擴版面，蓋其實具理解內亂行為之意義。蓋立於彼時，內亂已近功成，逆賊將成王侯已是定局。此順天應人之舉，其正反評價只能依其結局託附於神意、人倫與道德。是以明清二帝，除自認天命人心之向背外，對於法律，當無從復有何等期待。

倘若深思清帝遜位詔書之餘，再對照英文字典中「revolt」、「revolting」、「revolution」、「revolutionary」等諸單字之連貫，可以又得如下觀點。英語中「re」為字首者，通常有重行、重新或重來之意，「volt」或「lution」，則有環繞或渦漩之意；將「re」套置於「volt」或「lution」之前而成新字，雖……。然而脫逸字義而謂之「輪迴」，似亦不謬。



---

<sup>53</sup> 清宣統三年2月12日，年僅六歲的大清宣統皇帝，仍由隆裕太后臨朝稱制。因此，大清遜位係由皇帝承太后懿旨而昭告中外。

# 第三章 內亂罪存在之合憲性檢驗

## 第一節 問題之提出

西元 1911 年 10 月 10 日武昌新軍「叛變」，各省紛紛「附逆」後，由於「南中各省既倡義於前，北方諸將亦主張於後。人心所向，天命可知。」清帝旋於次年 2 月 12 日宣布退位。由於時間匆促，民國政府未及制定法律，卻窘於社會需求，臨時大總統遂於是年 3 月公布令文宣布：「現在民國律未經議定頒布，所有從前施行之法律及新刑律，除與民國國體抵觸各條，應失效力外，餘均暫行援用，以資遵守。」至 4 月 3 日，南京臨時政府參議院接受司法總長伍廷芳之建議，將「大清新刑律」在內，清末起草或頒布之法律，除與民主國體抵觸之處，應行廢止外，其餘均准暫時適用。同日，經刪除大清新刑律分則第 1 章侵犯皇室罪全章 12 條，及其他涉及封建君主專制之條款與字句，並取消其原律所附「暫行章程」5 條，分為總則、分則之「暫行新刑律」於北京被正式公布<sup>1</sup>。

中華民國之政權嬗受於清。基於民主共和之思想，自不容封建君主專制之法律如幽靈般飄盪飛旋。然而，民主共和之權力既可以內亂為手段而革天命，何以有權拒絕他人再興革之？此於邏輯自是不通。蓋本文依循前章整理歸納之所得，以為「內亂罪之原貌，即維護君主統治之工具」；然後，隨君主皇權之需求，內亂罪之規範效力，亦漸次擴散。是以，君主專制一旦消逝於世間，該罪由於欠缺「市場需求」，自應隨同「下架」才是。

當然，設若君主專制雖被民主立憲制度取代，然民主國仍有受保護之需求時，則生以下命題：

- 一、民主國是否可能被「推翻」或「革命」？
- 二、倘上題持正面論點，刑罰是否應當介入？換言之，民主國是否得同於君主國，專恃刑法為統治權之倚靠？

本章擬以上述設疑作支點，逐步從「憲法本身」向「憲法與刑法之關係」為論述。目的在於，證明「刑法係用於實現憲法上之價值」，而非「用於保障憲法本身」。

<sup>1</sup> 參何勤華、殷嘯虎主編，「中華民國刑法」，收於華東政法學院珍藏民國法律名著叢書（第二輯），第 7 頁，中國方正出版社，2006 年 7 月 1 版北京 1 刷。

## 第二節 憲法之誕生與目的

### 第一項 憲法之誕生

西元 1215 年英國大憲章被認為係立憲運動之始祖<sup>2</sup>，此後，該國復有西元 1628 年之權利請願書(The Petition of Right)及西元 1688 年之權利宣言(The Bill of Rights)。前開三項文件之誕生，均起因於政治衝突<sup>3</sup>。一言之，動搖君權實為憲法之濫觴。

對於上述「動搖君權」之說，我國憲法學者似少論及。蓋僅「基本權」或相類之詞彙，即足使之精疲力盡矣。惟本文既係鎖定內亂罪為論述核心，終不得解免此議題之說明責任。內亂，其君主帝位之爭，在中國史不絕於冊；以歐洲而言，內亂無非貴族與君主之爭。隨歷史洪流之奔騰，統治地位之爭奪，與權貴階級間之利益分配等問題，遂移轉至平民百姓之權利保障云云。是故，論憲法之誕生，當無由排除內亂行為之貢獻。

人民之有憲法保障，乃推翻專制而來。然推翻有「神權」為後盾之君主，則憲法制度之能生效力，又有何依據？

此一問題，可從我國憲法序言：「中華民國國民大會受全體國民之付託，依據孫中山先生創立中華民國之遺教，為鞏固國權，保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利，制定本憲法，頒行全國，永矢咸遵。」，以及美國憲法序言：「We the people of the United States, in order to form a more perfect union, establish justice, insure domestic tranquility, provide for the common defense, promote the general welfare, and secure the blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.」，得其梗概。

西元 1620 年，英國清教徒移居(Massachusetts New Plymouth)。其後，南遷之人於西元 1639 年 11 月 14 日，公佈(Fundamental Orders of Connecticut)；即此殖民地之管理，應經全體移民同意<sup>4</sup>。斯種方式，應與霍布斯(Thomas Hobbes, 1588—1679)、洛克(John Locke, 1632—1704)與盧梭(Jean-Jacques Rousseau, 1712—1778)之闡述契約論有關。但霍布斯似非契約論之創造者，蓋英國反國教派之教友結合與組織，已有類似之概念<sup>5</sup>。

<sup>2</sup> 鄒文海，政治學，第 169 頁，三民書局股份有限公司，民國 85 年 2 月二十四版，臺北。

<sup>3</sup> 鄒文海，前揭註 2，第 171 頁。另有認為權利宣言(The Bill of Rights)係作成於西元 1689 年，陳新民，中華民國憲法釋論，第 11 頁，自版(三民書局總經銷)，民國 86 年 9 月修訂二版，臺北。

<sup>4</sup> 陳新民，憲法學釋論，第 8 頁，自版(三民書局總經銷)，民國 97 年 9 月修訂六版，臺北。

<sup>5</sup> 呂亞力，政治學，第 90 頁，三民書局股份有限公司，民國 86 年 10 月三修訂再版，臺北。

契約論，依霍布斯之見解，由於戰爭狀態中每個人力量相等，弱者亦能殺死強者，此自然狀態下，人人皆有盡力使自己免於遭受他人侵犯之自然權利。由於自然狀態下所產生之恐懼、慾望與組織之需求，理性之人遂提出自然法則。此一法則下，人必須放棄其本性所欲之權利、遵守並履行與他人之契約，並在不危及其人身下互相幫助，不得羞辱或蔑視他人，且同意由仲裁者解決紛爭；霍布斯稱之為永恆不變的法律<sup>6</sup>。

盧梭於西元1962年之著作「社會契約論」，乃進一步主張，人民自願以簽訂契約之方式，限制自己之自由而委託政府管理，倘政府之施政背棄造福人民之約定，人民自可推而翻之<sup>7</sup>。

美國從獨立宣言：「我們認為下面這些真理是不言而喻的：人人生而平等，造物者賦予他們若干不可剝奪的權利，其中包括生命權、自由權和追求幸福的權利。為了保障這些權利，人類才在他們之間建立政府，而政府之正當權力，是經被治理者的同意而產生的。當任何形式的政府對這些目標具破壞作用時，人民便有權力改變或廢除它，以建立一個新的政府」，以迄憲法：「We the people of the United States,」，雖無隻字片語涉及「契約」。然「consent」或「people」二字，卻深蘊其義<sup>8</sup>。我國制憲者雖未明言是否從社會契約論獲得啟示，惟「受全體國民之付託」一語，至少證明制憲者承認其僅係受「委任」，且其權力之正當亦出自於此。

社會契約論固係今日憲法誕生之重要理論，但是其亦明顯地有絃外之音。亦即，當國家行使權力違反人民之委託時，此種義務之違反，遂造成委託關係之消亡；亦即，人民同時可以主張反抗權<sup>9</sup>。

雖然，反抗權並無實定法上之依據，但美國憲法增修條文第2條：「A well regulated militia, being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms, shall not be infringed.」之「備有及佩帶武器之權力<sup>10</sup>」之規定，以及秦始皇「收天下之兵，聚之咸陽，銷鋒鋦，鑄以為金人十二，以弱天下之民」，二者間之對比，則頗值深思。其實，無論從社會契約論，或憲法誕生之歷史過程，

<sup>6</sup> E. 博登海默著，鄧正來譯，法理學法律哲學與法律方法，第58頁以下，漢興書局有限公司1999年11月初版一刷，臺北。

<sup>7</sup> 陳新民，前揭註3，第8頁。

<sup>8</sup> 相似但不同之見解，參前揭註6，E. 博登海默著，鄧正來譯，第69頁以下，1999年。

<sup>9</sup> 參陳慈陽，基本權核心理論之實證化及其難題，第26頁，翰蘆圖書出版有限公司，2000年5月初版二刷，臺北。政治學上的論述，參鄒文海，自由與權力-政治學的核心問題，第41頁-第53頁，鄒淑班發行，三民書局總經銷，民國83年4月初版，臺北。

<sup>10</sup> 一般皆謂擁槍權；實則，該條係各州得擁有武裝力量之明文。

皆可以證明「反抗權為憲法誕生之核心思想」，此一概念。蓋北美十三州之能脫英而自立，所憑恃者即民兵力量。是其建國伊始，雖未及時於憲法明文，惟其隨後即為補足；此或係基於政治角力，或係基於歷史經驗。總之，上開美國憲法增修條文之意義，依本文之理解，係對憲法之誕生與再誕生，埋下伏筆。換言之，其真正意義即在於確保反抗權之實現。



## 第二項 憲法之目的

憲法之目的，其實即憲法之所以誕生之理由；二者實互為表裡。在君主專制時期，從對外關係至內國庶政，率皆以帝王一言一念為準據。是以「朕即國家(L'etat, c'est moi)」，自然「朕即法律」。然此觀念一旦發揮而淋漓盡致之時，人民自是揭竿而起。故從憲法誕生之原因可知，國家與政府組織始為制憲者關切之重心。蓋君主為國家統治者，人民起暴動而推翻君主後，其首要工作自係重建政府。此可從美國憲法條文之順序<sup>11</sup>，獲得印證。自法國大革命發表人權宣言( Déclaration des Droits de l' Homme et du Citoyen )後，保障人權始成為各國憲法之內容。我國憲法本文反其道而行，從第二章起，即進入平等權與自由權之保障，應係承襲上述先例而來。

保障人權或國家政府組織，亦是互為表裡。人民起暴動而推翻君主既為自身權利，而人民權利之實踐，又端視國家政府之權力分配、安排而來<sup>12</sup>。是以，其孰先孰後之論，或有哲理上之意義，惟實際運行則如二律背反，並無區別實益。從而，本文以為憲法之目的，即在於建立「好的政府<sup>13</sup>」。「好的政府」，即無非「保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利<sup>14</sup>」。其應有如何之體制結構，乃至於法律秩序之設計，雖人言言殊，但「好的政府」之目的，既在於「保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利」，並因人民之幸福與依戀，而達「鞏固國權」。是以，除憲法有此唯一目的以外，其下位階之法律自無不循該目的而行。

「保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利」既是憲法之目的。從而，當某一憲法所建構之國家體制發生不能「保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利」之時，且現行之法救濟程序用盡，或不能得到人民信賴。此時，倘若猶執「國憲不得非法變更、政府不得顛覆」之詞，未免不切實際，且與立憲之初衷大有違背。

是以，美國憲法增修條文第 2 條之有：「A well regulated militia, being necessary to the security of a free state, the right of the people to keep and bear arms, shall not be infringed.」之規定，即應可推論：「憲法，其目的在於人民之幸福；凡

<sup>11</sup> 美國憲法制定之初，尚無專條明列「人權」，引起極大爭議。嗣後，始以修憲方式增入。參呂亞力，前揭註 5，第 102 頁。

<sup>12</sup> 權力分立，在消極方面乃確保人民無受國家權力侵害之可能，積極方面則達成國家服務人民 與促進人民福祉。參陳慈陽，人權保障與權力制衡，第 57 頁，「論權力分立原則在自由民主憲法秩序中之意義與定位」一文，陳慈陽，神州文法工商專業主題書店書局總經銷，2001 年 初版。

<sup>13</sup> 參鄒文海，前揭註 2，第 209 頁以下。

<sup>14</sup> 此說除我國憲法有之，日本學者吉野造作亦採此說。參黃自進，「吉野造作對近代中國的認識 與評價」，收於中央研究院近代史研究所專刊(75)，第 33 頁，中央研究院，民國 84 年 1 月出版，臺北。

人民幸福之所在，即憲法目的之所在。當憲法目的不能達成，且人民之權利受迫害時，人民有權反抗，甚或推翻之。」從而，憲法在其目的上，自無不得被變更終結之說。法國大革命時，Emmanuel-Joseph Sieyès(1748—1836)認為，憲法係限制政府，而非限制國家主權之主體，公民自得隨時修正憲法而不受憲法之拘束。18世紀瑞士國際法學者Vattel亦認為，憲法之修正應得全民同意，不同意者可以自國家退出。我國政治學者有認為，倘憲法之修正得由公民隨時創議，且不同意者可以自國家退出，則國家將走向滅亡<sup>15</sup>。就此，本文不以為然；蓋國家主權之主體係人民，人民之存在即國家之存在，至於憲法之存廢，與國家之存滅實非等義。



---

<sup>15</sup> 參鄒文海，前揭註2，第181頁以下。惟依羅馬法諺：「無論何人不負違反其個人之意思，留於團體中之義務。」引自王澤鑑，民法實例研習-民法總則，第144頁，王慕華，1998年9月出版，臺北。

### 第三項 憲法自身之矛盾

憲法為顛覆君主專制而生，以保障人民基本權利為目的。然而，憲法之本身即蘊含重大衝突。申言之，憲法具有高度政治性；其誕生之遠因在於政治思想之醞釀與變化，近因則出於政治實力之展現與妥協。從而，憲法上之價值，無非即政治價值之取捨而已。

政治價值之取捨，成文憲法中已存在明文。然而，取捨之後是否不容再取捨？而不容再取捨之規範，又該如何因應現實上必須取捨之需求？此即成問題。應先陳明者，本文受自身命題之拘束，僅能作出與自身有關之論證。是以，以下並非作設問之答應，而為問題之點破而已。

民國 34 年，國共達成雙十協定，承認和平建國並迅速結束訓政，實施憲政。次年，於重慶召開政治協商會議，對國民大會等問題進行商討；其目的在制定憲法。政治協商會議結束後，「政協憲草」產生，同時決定國民大會代表席次，計 2050 名。由於中國共產黨與民主同盟退出，前開國民大會代表有 1701 人報到；民國 35 年 12 月 25 日，中華民國憲法完成三讀<sup>16</sup>。

無論雙十協定、政治協商會議或國民大會開會期間，國共兩方軍隊反覆爭奪佔領區域，擴大地盤。國共之所爭，政治價值之取捨而已。政治價值之取捨，若不以軍事實力，而訴諸裁判，可乎？

按憲法之所以被認為係「政治法」，而欠缺「法」之性格，源之於其呈現較弱之規範效力，亦即其對政治力之一定程度退讓，或於違憲審查時對特定之高度政治行為領域有所退縮<sup>17</sup>。換言之，縱使有違憲審查制度，憲法仍僅具政治與道德之拘束，而欠缺制裁力。違憲審查制度，已經是憲法制裁力之極致。然而，價值之取捨，釋憲者得否全然中立，而毋須參考「政治」？而其後果又係若何？

西元 1857 年，美國最高法院判決認為，國會通過或執行密蘇里妥協方案並無憲法根據；換言之，最高法院認為密蘇里妥協方案係違憲。美國最高法院之違憲宣告，並無形成公信，反而成為南北戰爭之導火線。因之，美國最高法院何瀾法官(Justice John M. Harlan)所謂：「……本院為既無財力且無權力之機關，因此本院之權威，終究仰賴於一般人民，能對本院所為乎道德正義底判斷，寄予永恆不渝之信賴。為尋求獲得人民之此種信賴底感情，法院不但事實上及形成上都要完全與政治鬥爭絕緣隔離，而且在處理政

<sup>16</sup> 參陳新民，前揭註 4，第 36 頁-第 42 頁。

<sup>17</sup> 參許宗力，憲法與法治國行政，第 4 頁，元照出版公司，1999 年 3 月初版一刷，臺北。

治問題中產生政治勢力競爭時，法院要避免捲入漩渦。<sup>18</sup>」，實非無端之言。蓋政治價值之取捨，無非政治上之捭闔縱橫，法律之理性，實無從介入。然而，民意(Volkisch)的概念，就好像宗教性一詞一樣的，漫無限制，解說分歧。這兩個名詞，都含有某種基本的信仰<sup>19</sup>。是以，無論法治國原則支配下，權力應如何分立、相互制衡，又如何訴諸公斷，政治問題終非單純之「利益衡量」或「價值判斷」。

事實上，世界各民主法治國家之安定，乃植其於今日民主制度下，人類生活係處於歷史上最完善之狀態。但此係「歷史上」而已，至於此後是否有更美好之制度產生，應無可以斷言者。再者，民主代議制度推陳後，其疵議不斷；有認為：「各黨的黨綱，屢次的加以修改。在這時候，一切卑劣的動機，往往就反映了出來，這是我們必須切記的。通常各政黨所以採用新黨綱，或者是改變舊黨綱的，他們的動機之一，便是顧慮到下屆的選舉而已。議會的選舉結束後，議員獲得了任期五年的高薪。他們便每天早晨赴醫(議)院去。議員未必入內辦公，可是簽名畫到，那是天天如此的。議員如果是為民宣勞，天天簽到，那麼，他所領的薄俸，實在是應得的報酬。天下事情的最令人懊惱的，莫過於親眼見到議會辦事的真相，以及他們層出不窮的欺騙。這議會制度，決不能增加了小資產階級的實力，來抵抗馬克思主義的有力的組織。那些議員們，對於這一點竟未曾熟慮到。凡是傾向於小資產階級的政黨，他們政治鬥爭的目的，純粹是為了各人奪取國會中的議席，至於信仰和原則，那是可以隨時拋棄的。<sup>20</sup>」

對於民主制度之批判，其實並非上述而已<sup>21</sup>。此觀諸西元 2011 年以來，歐洲各國財政問題，肇因於法律制度上之偏頗，與政策設計上之不當，可以驗證。

若有提問：「一十一之和」，其正解自應為：「二」。然而，有戲謔而謂：「王」，此固足詫異，但仍可理解其義。當然，一般社會生活，多數之事與物皆已有共通概念。所以，「一十一為王」，並非常態；「一十一等於二」，才是正解，且在絕大多數人之理解範圍以內。由上例可知，任何尋常不過之事例，皆可能有出人意表之回答。故而，藉由提問試圖得到答案者，自宜儘可能精確鎖定提問之內容與方式。蓋有效提問能獲致合於事理之解；有漏洞之提問，若獲致戲謔之回應，乃屬意料之中。

<sup>18</sup> 轉引自李鴻禧，違憲審查論，第 174 頁，元照出版公司，1999 年 12 月元照初版一刷，臺北。

<sup>19</sup> 希特勒 (Adolf Hitler, 1889-1945)，陳式譯，我的奮鬥，第 133 頁，文國書局，2002 年 10 月一版一刷，臺南。

<sup>20</sup> 希特勒 (Adolf Hitler, 1889-1945)，陳式譯，前揭註 19，第 132 頁。應提請注意者，該文「他們便每天早晨赴醫院去」，本文以為應係錯誤，緣以(議)字附旁，以供對照。

<sup>21</sup> 呂亞力，前揭註 5，第 193 頁。

本文以為，類如德國基本法第 79 條第 3 項：「本基本法之修正案凡影響聯邦之體制、各邦共同參與立法或第 1 條與第 20 條之基本原則者，不得成立。」此之所謂憲法核心<sup>22</sup>，並據以認為憲法修正亦有其界限云者，應係制憲者情感上之自信而已。蓋如同本文第二章第二節，就美國南北戰爭所為之評述，南卡羅來納州等七州，基於公民投票之結果而宣布成立美利堅聯盟國，邏輯上或法理上應被認為符合美國獨立宣言才是。然而，事實之發展卻非如此。故而，德國基本法第 79 條第 3 項之形成之憲法不可破棄之核心云者，其能憑恃依賴之處，端在於實力而非法律<sup>23</sup>。

是以，設有立法者不願面對內亂之本質，反爾執著於「核心」不容變更，則恰似上舉「一十一為王」之戲言，實屬無聊至極。蓋國家組織之出現，於人類史已有數千年，此數千載間，無數國家或類似國家之組織，無論以內亂或外患之方式發生更替或吞併，皆出自於暴力。又國家最高權力操持於君主專制歷數千年，係歷經無數次「內亂」，此權力乃始漸次移轉至公民普選之國會。國家統治權由獨夫轉移至人民，其描述最詳盡而簡潔者，厥為國際歌<sup>24</sup>所吟誦之「起來，饑寒交迫的奴隸！起來，全世界受苦的人！滿腔的熱血已經沸騰，要為真理而鬥爭！舊世界打個落花流水，奴隸們起來，起來！不要說我們一無所有，我們要做天下的主人！……國王用煙霧來迷惑我們，我們要聯合向暴君開戰。讓戰士們在軍隊罷工，停止鎮壓，離開暴力機器。如果他們堅持護衛敵人，讓我們英勇犧牲；他們將會知道我們的子彈，會射向我們自己的將軍。……」。一言以蔽之，民主之路，向皆鮮血四野，且屍臭不堪。

民主制度既生之於血肉槍火，故基於理性思考，自然人人有「不忍復見且不願再見」之念。是所謂民主制度，乃今日多數國家所適用，而為世人認係最適當者。然「壓迫的國家、空洞的法律，苛捐雜稅榨窮苦；富人無義務獨逍遙。窮人的權利只是空話，受夠了護佑下的沉淪。平等需要新的法律，沒有無義務的權利，平等！也沒有無權利的義務<sup>25</sup>！」直言之，民主制度是否真係毫無瑕疵，無人能肯定；民主制度是否果然無從質疑，亦無人敢斷言。事實上，法政規制本非自然科學之有所謂「定律」。

<sup>22</sup> 憲法學理上就此問題之深入討論，參陳慈陽，憲法規範性與憲政現實性，第 1 頁-第 130 頁「論憲法核心部分理論之實證化及其難題」一文，翰蘆圖書出版有限公司，2000 年 12 月一版二刷，臺北。

<sup>23</sup> 對憲法內亂罪，其概念解釋，德國聯邦最高法院曾沿襲帝國法院之見解。參盛子龍，西德刑法內亂罪之研究，律師通訊，第 146 期，第 51 頁，民國 80 年 11 月。此處非為說明「對憲法內亂罪之概念」而引用。本文用意在於提出聯邦最高法院與帝國法院；蓋後者成立在先，其後德國幾經革命動亂，前者對後者之意義，只剩概念之沿襲，至於內亂罪所保護之憲法體制，早已消亡。

<sup>24</sup> 國際歌 (L'Internationale) 是國際社會主義運動中最著名之歌曲。

<sup>25</sup> 同前揭註 24。

民主制度被推陳上市後，乃透過所謂國民共同締結之契約-憲法，作為國家與人民權利義務關係之基本規範。然而，「法律的目的是和平，而達到和平的手段則為鬥爭。法律受到不法的侵害之時-這在世界上可能永遠存在-鬥爭是無法避免的。法律的生命是鬥爭，即是民族的鬥爭，國家的鬥爭，個人的鬥爭<sup>26</sup>」。由於，法律的鬥爭中，「一方有擁護的人，同時又有反對的人，兩相對立，必引起一場鬥爭。在鬥爭中，勝負之數，不是決定於理由的多少，而是決定於力量的大小。不過人世的事常不能循著直線進行，多採取中庸之道，兩道力量成平行四邊形的兩邊垂直線，兩力互相牽制，終則新法律常趨向對角線的方向發展。一種制度老早就廢止，而卒不能廢止著，並不是由於歷史的惰性，而是由於擁護著的抵抗力<sup>27</sup>」。從而，「當和平繼續之時，人們均深信永久和平能夠現，然而砲聲一響，美夢醒了。以前不勞而得的平時代已成陳跡，接著而來的則為面目全非的混亂時代<sup>28</sup>」。

或有認為，上開言論無非係革命時代之聳動言論。依現今各民主國家之憲法觀察，人民與政府之關係，受諸如法治國原則之保障；但此亦僅表面。惟依本文之觀察，民主制度所粉飾之太平盛世，仍有資源分配愈趨集中於少數、法律修正傾向保障特殊階級，以及權力世襲成為常態等缺陷。若本文所疑者乃無謬，則問題厥為：「倘今日之憲政已經無法保障構成國家之多數人民，則該制度得否修正」與「若和平修正已成絕望，暴力是否斷不可取」。在第一命題，憲法學者態度似有保留；是以，第二命題即值注意。簡言之，當無法以和平手段解決問題時，暴力通常為人類之唯一行為模式。例如，在君主專制時代，倘若桀紂當道，不行仁政，則自有商湯周武承天命以替之。商湯周文之替桀紂，其當然挾武力為後盾；古今中外朝代之更迭，莫非以暴力成其事。民主憲政體制之取代君主專制，並無兩異。於茲似可肯定者厥為，設若民主政體出現腐化、鈍化，致使民不聊生時，何強求暴力推翻之不得行。本文由是率然推論，民主國實同於君主國；彼恃暴力之替人，卻不許人以暴力代之。此外，憑藉暴力達成目的之事例，憲法發展史亦屢見不鮮。世人屢屢稱頌英國大憲章與權利法案，卻有意無意將其血腥背景置而不論，殊不知暴力正是憲法之母。本文於是稱有內亂罪乃民主國憲法上之矛盾。

<sup>26</sup> 法律的鬭爭，Rodolf von Jhering 原著／薩孟武教授譯，轉引自王澤鑑，前揭註 15，第 I 頁。

<sup>27</sup> 同前揭註 26。

<sup>28</sup> 同前揭註 26。

### 第三節 司法權實際運作之觀察

#### 第一項 司法權行使之設疑

民國 17 年 5 月 9 日，最高法院解字第 81 號解釋謂：「(甲)項所稱北廷偽公文書，自係專指行政訴訟之裁決而言。如裁決日期在該省隸屬於國民政府領域以後者，此項非法裁決當然無效。(乙)查偽平政院裁決執行規則第二條，行政訴訟事件經評事審理裁決後，由平政院長呈報大總統批令，主管官署按照執行等語，即令裁決日期在該省隸屬於國民政府領域以前，如果未經核准蓋印批行之程序，仍無執行之效力。(丙)原裁決主文與理由有無衝突，既係屬於特定案件之質問，本院自未便予以解答。」民國 17 年 5 月 19 日，最高法院解字第 90 號解釋復謂：「就國民政府命令而言，凡在十六年三月以後，北廷大理院判決之案一概無效，該平政院之裁決係在十六年五月，更不能拘束我革命區域內之人民，惟有仍照普通債務另行起訴庶得司法上獨立之裁判。」

依上開最高法院解釋可知，最高法院原本以為，「北廷」之裁判，應作區分，倘作成於該省隸屬於國民政府領域以後，即屬非法裁決而當然無效。換言之，判決作成於該省隸屬於國民政府領域以前，且已經核准蓋印批行之程序者，仍屬適法之裁判。惟數日後，最高法院依國民政府命令，將「北廷」裁判之合法性，律定為民國十六年三月以後，即不合法。

統治者之權力包括司法權；其正當性，於神權或君權時代，係毋庸深論者。如史可法復多爾袞書所言：「今上非他，神宗之孫，光宗猶子，而大行皇帝之兄也。名正言順，天與人歸。」神權固無論矣；君權無非神授，從而，君主對所牧之民有刑罰權，自亦名正言順。

然如南京臨時政府參議院可以將「大清新刑律」在內，舉凡清末起草或頒布之法律，除與民主國體牴觸者，概行廢止外，其餘均准暫時適用。此際，民國之法與前清之法，幾乎不同；且可以想見者，職司審判之機關，於事起倉皇之下，殆無更替之可能。既然如此，同為民國司法機關，「北廷」與「南廷」又有何異？何以「北廷」之判決應一概無效？

我國憲法就司法權之規定，計有第 77 條：「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判，及公務員之懲戒。」、第 78 條：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權。」、第 79 條：「司法院設院長、副院長各一人，由總統提名，經監察院同意任命之。司法院設大法官若干人，掌理本憲法第 78 條規定事項，由總統提

名，經監察院同意任命之。」、第 80 條：「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」、第 81 條：「法官為終身職，非受刑事或懲戒處分或禁治產之宣告，不得免職，非依法律，不得停職、轉任或減俸。」，以及第 82 條：「司法院及各級法院之組織，以法律定之。」

當然，民國初年軍閥混戰，與今日之台灣已非同年可語。但憲法就司法權之運作，倘遇南北廷對峙之場合，確實無有規定。

司法權之運作，我國分作普通法院與行政法院；前者，復區分民、刑二庭。承平之日固無論；以本章提舉之疑問，係擬從國家分裂狀態下，兩府相持且均自命合法時，其相互否認對方之觀點為切入，試圖再對處罰內亂之合憲性，作出分析。因此，本章論述並非在於刑罰權之本質或正當，而是著重在其運作與實行。



## 第二項 司法權目的之確認

君主所擁有之刑罰權，其正當性無須再論；至其目的，則無非維護統治地位。然而，民主制度下，憲法授予國家刑罰權之目的，究竟何在？按「保障民權，奠定社會安寧，增進人民福利」既是憲法之目的，從而，下位於憲法之法律—如刑法，自應係為實現憲法目的而存在。

因此，於我國憲法第1條及第2條：「中華民國基於三民主義，為民有民治民享之民主共和國」、「中華民國之主權屬於國民全體。」框架之下，依憲法第62條：「立法院為國家最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之，代表人民行使立法權。」、第63條：「立法院有議決法律案，預算案，戒嚴案，大赦案，宣戰案，媾和案，條約案及國家其他重要事項之權。」由國會所通過之法律，只須經總統依法公布，而有審判機關依法審判，應即屬合法。問題在於，立法機關之成立，與司法機關之設置，是否合於法律？

此問題可以借用民國初年之案例，加以修改，而作分析。假設條件如下：1. A法律作成於國家分裂以前，亦即，A法律係國會所通過者，且已經總統依法公布。2. B、C二法院之設置與法官之派任，均國家分裂以前，換言之，均係合法。

上開B、C二法院，於國家發生類如民國初年之情況，如果仍能執行公務，自然，各該法院仍應續行受理審判。至於各該法院依法判決之結果，縱使國家其後統一，亦無須被否認。蓋民主法治國家，既以實現人民福利之最大化為其任務；人民既有訟爭糾紛解決之需求，司法機關自應依法加以適當處置。此時關鍵應只在於，判決有無瑕疵可指，有無另行救濟之必要。

然而，最高法院前開二號解釋之所斤斤者，其實在於「國民政府命令」。「暫行反革命治罪法為刑法內亂罪一章之特別法，如為特別法所未規定者，仍得適用刑法處斷。本案被告等陰謀招收胡匪攻遼寧省會，攜帶委任多件，各處奔走聯絡，其有以暴動方法僭竊土地之故意，已甚明著，惟其是否有顛覆中國國民黨及國民政府或破壞三民主義之企圖，原確定判決之事實既未為積極之認定，且其犯罪行為正在準備之中，尚未達於著手暴動之實行，核與暫行反革命治罪法第二條構成之要件不符，原判決不引用刑法第104條第2項，而引用暫行反革命治罪法第2條第1項第2款分別論罪科刑，自屬違法。<sup>29</sup>」此判例作成之年代，於中國國民黨推翻滿清後未及二十載。以邏輯而言，反革命之對應詞即革命。是此判例所可演繹推論者，似蘊有「革命乃中國國民黨之專有，自不容他人復

<sup>29</sup> 參最高法院19年非字第74號判例要旨。

為反革命」之意。從而，武漢軍官分校學生，依陸海空軍刑法第6條視同軍人。其因寧漢分裂<sup>30</sup>，加入漢口陣營，經討逆軍第二路總指揮部移送，應按陸海空軍審判法第十六條歸軍法會審審判之<sup>31</sup>。

本文前面推論，憲法出自代表全國各階層國民之人之手，凡人民幸福之所在，即憲法目的之所在。憲法本身之目的上，已無不得被變更終結之說，更何況政府。然而，彼當時司法權竟爾唯行政權馬首是瞻。

之所以發生前開謬誤，即肇因於內亂罪。蓋內亂罪之存在，使全國機關人員均存有「孰為正統」之迷思，乃忘卻憲法之付託。按法治國原則支配下，國家刑罰權之劃定，係應受憲法之制約；所謂受憲法之制約者，即不許國家任意侵犯人民之基本權利。如此一來，國家刑罰權既依據憲法而生，則刑罰權之授與國家，其範圍自不包括國家得據之以「自我防衛」。亦即，將國家刑罰權用於制裁人民反對國家，應屬不當。換言之，民主國家，自無以內亂罪保護國家存在之必要。

本文確認，憲法本身之目的，僅在於造福人民，所謂國家組織或制度，無非皆恃造福人群此一目的而來。因此，刑法之於憲法，只當為憲法之目的提供服務，此服務範圍，早有其目的上之限制。



<sup>30</sup> 即中國國民黨誓師北伐後，因「容共」問題，導致南京與武漢各有一「國民政府」。有認為寧漢分裂肇因於國民黨右派於上海「清黨」。但遠因可能為民國 15 年 3 月之「中山艦事件」。參黃仁宇，從大歷史的角度讀蔣介石日記，第 37 頁以下，時報文化出版企業有限公司，1995 年二版二刷，臺北。

<sup>31</sup> 參最高法院 19 年非字第 197 號判例。此判例所適用之「法律」，係依中央政治會議第一百六十四次議決之取銷特種刑事臨時法庭辦法第 1 條。換言之，實係政治決定而非法律。

### 第三項 刑罰權目的之再確認

法制史上，民法早於憲法而存在，其法理之發達與完備，若謂優於憲法，諒非虛言。在民法，自由係不得拋棄，其限制以不背於公共秩序或善良風俗者為限；有民法第 17 條為依據。換言之，締結契約本即寓有拘束當事人自由之可能，則不背於公共秩序或善良風俗之契約，當然得限制自由。至於自由之拋棄，則非法之所許。對於符合公共秩序或善良風俗之契約，如當事人之一方有所違反，則視其態樣，相對人有契約法上甚至侵權行為法上之請求權以資保護。然無論如何，以剝奪生命、身體自由為約束之作違約處罰，縱見諸白紙黑字，法律亦不承認。

公司法第 1 條對公司之定義，明白定曰：「本法所稱公司，謂以營利為目的，依照本法組織、登記、成立之社團法人。」，如對照於憲法第 1 條：「中華民國基於三民主義，為民有民治民享之民主共和國。」，及第 2 條：「中華民國之主權屬於國民全體。」，該二法皆可謂之「目的明確」。本文稱「目的明確」之意，緣公司成立為求營利，國家組織之目的在人民之生活幸福。易言之，公司或國家，其存在之本身並非目的，而僅僅係手段而已。

國家之存在既非國家存在之目的，何以刑法制裁內亂行為之保護法益在於確保民主憲政體制。此誠令人不解。承上開國家目的之說明，復可以另作推演者在於，法人構成員與其機關構成員之區辨。國家組成之要素，人民與政府各據其一。人民除死亡或遷移至他國外，無從滅絕。至政府云者，對內為提供服務之機關，對外則係本國之代表。換言之，國家之構成員係人民，政府組織僅屬國家機關之構成員；此同公司一般，可以想像公司董事會改選，而公司由股東構成之組織體，並未變動。所謂顛覆政府，其實僅僅將國家機關之構成員予以更動，其以合法、和平行之，固無不可；其憑恃以暴力而作變更，可受非難者厥為暴力，而非更換。政府係機關，係構成統治體之要素，蓋無政府之國家，實難以想像其如何成立，更難以想像應如何維持。但應注意者，政府組織之建制，仍在於穩定群居秩序、追求人民共同福祉，而非為國家之存在服務。

從上述可知，依民法，契約不能剝奪生命或身體自由；此說置於憲法，理論上應無不同。因此，國家之依據法律，得對人民擁有刑罰權，其實非出自法理上之演繹，而純為事實上與實力下之結果。要言之，由於人類對於痛苦之畏懼，則基於維護人民生命、身體及財產安全與公共秩序之需要，國家勢必應有足夠對抗破壞者之實力。故而，最高法院 71 年台上 8219 號判例雖謂：「國家之統治權係以獨立性與排他性行使於其領土之

內，此不因領土之一部分由於某種事實上之原因暫時未能發揮作用而有異。茲我國大陸領土雖因一時為共匪所竊據，而使國家統治權在實際行使上發生部分之困難，司法權之運作亦因此有其事實上之窒礙，但其仍屬固有之疆域，其上之人民仍屬國家之構成員，自不能以其暫時之淪陷而變更其法律上之地位。」但事實上刑罰權之運作終歸依恃實力。



## 第四節 政治問題

### 第一項 政治問題之意義

我國立法院自民國 74 年 7 月開始，規劃立法報章資料之彙集編纂。民國 88 年 2 月至 93 年 10 月，於中國時報、自由時報及中央日報等十餘種報紙，收錄社論、專欄與專家評論等。其與本文相關之議題，共計 393 篇文章。主題範圍包括：「統獨爭議、國家定位、國家認同、九二共識、一中各表、兩岸統合、一中原則、一國兩制、邦聯模式、台獨意識、主權獨立、兩國論、一邊一國、兩岸和解<sup>32</sup>。」觀諸上議題可知，立法院正在蒐集「分裂國家」之資料，為「破壞國體」、「竊據國土」、「非法變更國憲」與「顛覆政府」之暴動內亂犯，謀得合法之地位。同時，亦在為政府不能貫徹動員戡亂，規復神州國土，執行刑罰正義之無能，取得法律上之理據。然而，擁有法統與道統之合法性，何以「中央政府」甘心自我矮化，使叛逆不必引頸就戮，反倒安坐而笑擁江山？是否，法統與道統之上，更有上位概念？此似可由「政治問題」此一概念，獲得理解。

司法機關於聯邦制國家，依司法審查權之行使，而成為重要政治角色；亦即，司法機關透過政治紛爭之解決，而具有政治上之重大影響力。西元 1803 年，美國聯邦最高法院於 *Marbury v. Madison* 案中，John Marshall(1755—1835) 法官宣稱，1789 年司法法規違憲。此後，美國聯邦最高法院獲得司法審查權。依政治學學者觀察，美國司法審查權有如下問題：「1. 基於政策推動理念之配合，統決定大法官時，有其政治考慮。2. 法院之判決引發政治爭議。3. 法院行使此項權力可能於保守與革新之兩端，有所偏頗。<sup>33</sup>」

透過上開政治學學者之論述，復對照 *Marbury v. Madison* 案之背景事實可知，司法審查此一權力之來由，即為解決政治問題而生。然而，是否全般政治問題皆得以司法審查而解決？美國實務運作上迭生困難。美國聯邦最高法院在 *Baker v. Carr* 一案，於是建立六項政治問題不審查之標準：「1. 憲法已明文規定將議題交由與法院平行的某一政治部門決定。2. 欠缺法院可以發現並操作的解決標準。3. 未作對明顯涉非司法性裁量之初步政策決定前，無法作成決定者。4. 如由法院獨立解決，必然會對其他平行政府部門造成不尊重。5. 因情勢特殊需要，法院必須無異議支持一已經作成之政治決定。6.

<sup>32</sup> 參「統獨議題」上、中、下三輯，立法報章資料專輯，第 102 至第 104 輯，立法院國會圖書館，民國 94 年 2 月，臺北。

<sup>33</sup> 參呂亞力，前揭註 5，第 225 頁。

法院如就該問題表示意見，將可能形成政府不同部門就同一問題發表不同聲明的尷尬局面<sup>34</sup>」。由此可知，所謂政治問題此一概念，乃認為「重大政治問題係依據權力分立之憲政原則，不應由行使司法權之釋憲機關予以解釋<sup>35</sup>」。就此，我國法學界對於司法者得否任意訴諸政治問題，作為司法消極或不予審查之理由，係抱持著較為審慎之態度，率多認為政治問題原則並非司法者所能輕易援用<sup>36</sup>。

本文擬藉政治問題此一概念，與「刑法謙抑」、「最優先手段<sup>37</sup>」，併同論述，以說明刑法何以不適於介入內亂。

按內亂罪被稱之謂國事犯，國事無非內國政治<sup>38</sup>之事。如以美國 Baker v. Carr 案所建立之標準檢驗內亂，則臺海兩岸分治及臺灣獨立等事實問題，可得如下結論：(1) 我國憲法已明文將變更國土交由國民大會決定<sup>39</sup>；(2) 法院可操作之解決標準甚為空洞<sup>40</sup>；(3) 我國現狀，法院未作對明顯涉非司法性裁量之初步政策決定前，無法作成決定<sup>41</sup>；(4) 由法院獨立解決，必然對其他平行政府部門造成不尊重<sup>42</sup>；(5) 因情勢特殊需要，法院必須無異議支持一已經作成之政治決定<sup>43</sup>；(6) 法院就該問題表示意見，必然形成政府不同部門就同一問題發表不同聲明的尷尬局面。此際，司法機關已經不適合於表達立場，則刑法由其操作，自更不適於植入規範。再者，倘立於刑罰有效性而言，制止內亂自應追本溯源，於思想階段即予鎮懾，當無由任令蔓延。是以，法制上當如德國刑法第 84 條與第 85 條，將維護違憲政黨以及違反禁止結社等行為，以抽象危險犯之模式，為儘早防範才是。蓋內亂之危害既如洪流，豈可有所瞻顧？因此，不防即不防，果直欲防之而後快者，當以刑罰為最優先手段；然此豈仁智者所當為？

緣內亂之處罰過早，每每有羅織之嫌，自屬浮動而不宜由司法機關解釋者。不宜由司法機關解釋之概念，若充當限制人民基本權利，乃至處罰人民之構成要件，其結果若非強行執法，使自由權利遭受侵奪之人民因司法機關無權解釋，以致救濟無門，即因立

<sup>34</sup> 參大法官釋字第 632 號解釋，余雪明大法官部分不同意見書。

<sup>35</sup> 參大法官釋字第 644 號解釋，許宗力大法官協同意見書。

<sup>36</sup> 參大法官釋字第 632 號解釋許宗力、廖義男大法官協同意見書。

<sup>37</sup> 將刑罰作為優先使用之手段，縱使君主專制時代，亦無斯說。此係本文獨創之概念。

<sup>38</sup> 此種犯罪通常出於改革政治之動機，與一般自然犯之概念不同。是以，一旦行為人逃亡，外國政府通常不願為引渡。參孫嘉時，「內亂罪之探討(上)」，軍法專刊，第七卷，第十期，1961 年 1 月。

<sup>39</sup> 但應注意憲法增修條文第 1 條第 1 項。

<sup>40</sup> 詳見第四章。

<sup>41</sup> 例如台灣獨立或兩岸統一之抉擇。

<sup>42</sup> 同前揭註 29。

<sup>43</sup> 同前揭註 29。

法從嚴，執法從寬，導致欠缺實效性而淪為具文<sup>44</sup>。繇是可知，雖政治問題係處置釋憲者是否受理案件之概念，惟亦得作為檢驗某一問題得否由法律介入之準繩。

簡單以言，以刑事制裁維繫憲法核心價值或國家存立，其妥適與否固無論矣。惟刑法係最後手段，實乃國家處罰「常事」之最後手段；「國事」者，係以實力為最後手段，而非刑法。又刑法面對無力處置之「國事」，使之「謙抑」，實乃保全刑法，乃至於全般法律體面之最佳方式。



---

<sup>44</sup> 同前揭註 30，許宗力大法官協同意見書。

## 第二項 政治問題之解決

我國內亂罪之意圖要件涵攝所及，凡「破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府<sup>45</sup>」皆能入於罪。細繹此段文字可解讀如下，即「客觀上有強暴或脅迫之著手實行，而主觀上有破壞國體，竊據國土之意圖者，既足成罪」；但「客觀上有強暴或脅迫之著手實行，必主觀上其變更國憲，顛覆政府之意圖，係非法者，始足當之」。稱國體，指國家政治體制或政治權力行使之結構型態；更改憲法內容者，即屬變更國憲；至顛覆<sup>46</sup>政府，乃破壞國家行使統治權之政府組織；而竊據國土，則係以實力排除國家統治權。雖此四者文字排列似是涇渭分明，但實質上可能互相包括。例如，中國共產黨政權之成立，即是破壞民主共和國體、竊據神州大陸、毀棄中華民國憲法並顛覆合法之國民政府。經此簡單分析可知，我國刑法之內亂罪，除竊據國土，刑法第 320 條第 2 項已設明文<sup>47</sup>。關於破壞國體、非法變更國憲及顛覆政府，實皆屬政治問題<sup>48</sup>。

先敘明者，依我國多數憲法學者論證，我國憲法亦有其核心所在。此憲法之核心，自有其不容變更者；此時縱使依合法修憲程序，亦不許之。憲法學上之論證自有所本，世局變遷能否果如學者所言，憲法核心不容碰觸，實未可知。本文此時對之牽扯，乃為後續論述為開啟而已。本文論證之目的既係「內亂行為之除罪化」，自應嚴守其範圍。是雖有所意識但不予處置。

列寧謂：「恩格斯在總結他所作的歷史的分析時說：國家決不是從外部強加於社會之一種力量。國家也不像黑格爾所斷言的是「倫理觀念的現實」，「理性的形象和現實」。毋寧說，國家是社會在一定發展階段上的產物；國家是表示：這個社會陷入了不可解決的自我矛盾，分裂為不可調和的對立面而又無力擺脫這些對立面。而為了使這些對立面，這些經濟利益互相衝突的階級，不致在無謂的鬥爭中把自己和社會消滅，就需要有一種表面上站在社會之上的力量來抑制衝突，把衝突保持在「秩序」的範圍以內；這種從社會中產生但又居於社會之上並且日益同社會相異化的力量，就是國家<sup>49</sup>。」

本文提舉政治問題此概念，而必欲澄清者；政治問題並非如美國 *Baker v. Carr*

<sup>45</sup> 本文對於我國內亂罪主觀要件之論述，詳見第四章。

<sup>46</sup> 顛覆之中文意思，本可能有非法之意；例句，他顛覆了大家的想法-沒有不法的意思。但刑法第 100 條之顛覆政府則必然不法。

<sup>47</sup> 深入分析詳見第四章。

<sup>48</sup> 參林山田著，論政治犯罪，收錄於氏著刑事法論叢(二)第 441 頁以下，台大法律系發行，1997 年 3 月初版，臺北。

<sup>49</sup> 列寧(Владимир Ильич Ленин, 1870.4-1924.1)，國家與革命。提出此說之意義在於，強化對國家此一概念不同面向之理解；以及確認國家之目的。

案所建立之標準，亦非其後學說之闡述所能充實。蓋革命、叛亂或顛覆云者，除手段上係五花八門，其因果關係之互動或互為表裡，均極其複雜。近年以來，兩岸關係趨向和平且交流頻繁，諸多陳年禁忌之議題亦隨而形諸文字刊印散布。例如，國共雙方於重慶談判並簽署雙十協定後，基於猜忌或力量之懸殊，國府決心以武力盪平中共。倘彼時國府果真開誠布公，不恃軍力而取之於公心，中共當能真心對應？是以，此種政治問題亦非單純之政治問題而已。所謂政治問題之政治解決，觀諸中外，恐亦僅屬無藥可醫之唯一續命丹。更何況刑法於此際之無力。



## 第五節 本文見解之提出

刑法之意義，無非從公共秩序之確保及團體安全之鞏固<sup>50</sup>，漸次演變，趨向於保護個人。故無論在氏族、部落或國家，其團體內部之行為規範，自應有其準繩而一一定其分際。應注意者，在法律出現之前，統治階級或統治組織當已先行存在。蓋法律之效力如無強制力作其後盾，恐怕只能流於空談。是以，強制力之取得、整合與施展，邏輯上及事實上自均係先於法律規範而存在。惟反向思考之，倘法律只側重團體安全與公共秩序，則個人安全之保障因受忽略，難免至於離心離德。各國刑法於章節排列上，多傾向於國家、社會乃至於個人之順序。此或出於「覆巢之下無完卵」。然究竟「巢」係指何？

在自然界，新陳代謝實事理之當然而毋庸爭辯。此如購買電腦之時，即可預見其將有不堪用之日。蓋無論如何維護，物乃終有一日必須因不堪用而被棄。於社會科學，試圖尋覓可長可久之制度，乃學者所殫精竭慮者；其謬誤觸即是，所謂新陳代謝猶如「二律背反」，即人人欲其新而始終求其不可替。法律，乃社會科學、人文科學以及哲學之混合體，惟其創之由人。以有限之智慮所創設者，若強令永恆存在，應屬無妄之自信。

自秦起，始皇帝即以「至萬世」為盤算。然「其心以為周之亡，在乎諸侯之強耳。變封建而為郡縣，方以為兵革可不復用，天子之位可以世守；而不知漢帝起隴畝之中，而卒亡秦之社稷。漢懲秦之孤立，於是大建庶孽而為諸侯，以為同姓之親，可以相繼而無變；而七國萌篡弑之謀。武宣以後，稍剖析之，而分其勢，以為無事矣；而王莽卒移漢祚。光武之懲哀平，魏之懲漢，晉之懲魏，各懲其所由亡而為之備，而其亡也，蓋出於所備之外<sup>51</sup>。」

本文以為，純由歷史典籍文書之記載；即無須剖析推理當可知：「慮天下者，常圖其所難，而忽其所易；備其所可畏，而遺其所不疑。然而禍常發於所忽之中，而亂常起於不足疑之事。豈其慮之未周歟？蓋慮之所能及者，人事之宜然；而出於智力之所不及者，天道也。」憲法學者肯定民主制度係當今之世最優者，甚至認為「民主不能自殺」，其實只能於今時今日擲地有聲。

本文寫作之動機計有：（一）內亂罪之起源無非保障君主專制。（二）民眾對於內亂之過程雖然排斥，但就內亂之結果常有憧憬。（三）民主法治國制裁內亂行為不合邏輯，

<sup>50</sup> 論者或疑，此謂「交易安全之維護、公共秩序之確保及團體安全之鞏固」，似乎無視於「個人」之安全與權利等。惟僅從中國法制發展可知，刑法乃先於任何法律。因而，謂對「個人權利」之為保護，至少於中國法制史上，並非優先。參夏永孚，「我國古代刑法的發展沿革及其主要的內容是怎樣的」，收錄於中國古代法律三百題，第312頁，陳鵬生主編，1998年3月初版二刷。

<sup>51</sup> 見明代方孝孺，深慮論。

且無迫切必要。(四)內亂係人類社會中不可或缺者。(五)內亂係人類社會中無從逆轉壓制者。其「(一)內亂罪之起源無非保障君主專制，及(二)民眾對於內亂之過程雖然排斥，但就內亂之結果常有憧憬。」，係於中外史可得驗證。惟「(三)民主法治國制裁內亂行為不合邏輯，且無迫切必要。(四)內亂係人類社會中不可或缺者，及(五)內亂係人類社會中無從逆轉壓制者。」於本章已可見其端倪。

法律-尤其是刑法，只適合於維持社會秩序，至於內亂罪，由於已逸脫執法者之能力範圍，法律自是無從介入。內亂-無論普通或暴動行之，從歷史之結果而言，前開說法應該不謬。然除結果外，在觀察歷史事件後可知，內亂猶如天災，乃法律之力所不及。毛澤東之能有百萬雄師橫渡長江天險、武昌起事後竟能各省響應而南北睽隔，吳三桂開山海關後區區二十萬清兵能底定華夏。其足啟深思者，當時的刑法制度對內亂行為是如何制裁？何以竟無一般或特別預防效果？

緣曩昔之內亂罪實非為社會生活之安定，而是為一家一姓統治基礎，故內亂罪之規範目的實不存在。法律介入處罰內亂行為，係純從保障君主威權而發觴。其規範目的、效力及效果云云，自非當時之立法者所關心。依本文之所信，內亂罪之存有本章所舉問題，係猶如天生畸形之殘缺，欲在後天謀為補救，自如女媧補天一般困難。

然則，國家發生內亂後，其應受制裁之對象，或其應受之評價，俱隨內亂之結果而生成王敗寇之顛覆。是以，內亂此一政治性格極高之問題，非僅止於理論上不受司法審查，實務上亦復如此。內亂者，應係政治問題而非法律問題。政治問題應政治解決，是否為政治問題，可由可司法性判斷。可司法性欠缺而法律之力所不及，即政治問題；此法律之力之極限。

本文於斯所欲直言者，即倘權力之取得已非全無瑕疵，則該權力之施用，自有其界限。如上所陳，法治國之根本大法，其概念上之來源乃全國國民之總意。惟法理上，根本無從推導出「權利之絕對拋棄」。是以，為營共同群居社會之利益，以刑罰此一不利益作為壓迫工具，使個人及公共安全得以確保，實屬萬般無奈卻不得不為之舉。從而，刑事立法上應始終確立之概念乃「刑法謙抑」與「最後手段」。所謂「刑法謙抑」與「最後手段」，二者乃互為表裡之概念。以本文所論之題，刑法在面對內亂時，應注意該內亂所涉及之複雜處。此如本章已經論述者：「1.內亂純係歷史之必然。2.內亂實屬人類法律、政治進步之推進器。3.法律邏輯上無從肯定國家刑罰權之正當。」

於刑法上堅守罪刑法定原則，其實隱含一個意義，即此時係常態秩序而非變態動盪

之社會。從而，刑事訴訟法建立之追訴方式，亦有此意涵。故而，內亂或應為刑罰放棄干涉之地帶。

依現今觀點，刑法制裁內亂行為，其蘊含之「重大法益」在於確保民主憲政體制；此「確保民主憲政體制」與秦始皇之「至萬世」，其動機一致而意圖相侔。誠然，專制政體與民主法治猶如雲泥，併舉之似非恰當。但本文必欲強調者：「世局演變在天不在人」。

民主憲政體制之為最佳，或乃不容替代，應屬過度自信之說。蓋法律從制定完成，其被修正或廢止，皆能想像。何以某一政治體制係渾然不可改。一言之，制度之形塑。無論係由武力或由法律為其基石，皆非無可改。二十世紀初，德國憲法學說或實務所宣稱，民主國制度不能被改變，或基於廢棄君主專制之喜悅，或肇於對極權主義之厭惡，乃將斯種說法奉為主臬。此時倘若回憶過往；無論秦代始皇帝「至萬世」之偉業，或法王路易十四「朕即國家」之豪語，無一非為不容更張之鐵律，但又無一曾經實現。

秦始皇或路易十四之「理想與現實不一致」，實在肇因於統治者對「國家」此一組織或制度之誤會。按「民為貴，社稷次之，君為輕。是故，得乎丘民而為天子，得乎天子而為諸侯，得乎諸侯而為大夫。諸侯危社稷，則變置。犧牲既成，粢盛既潔，祭祀以時；然而旱乾水溢，則變置社稷。」又「民為邦本，本固邦寧」。雖諸聖賢已經一語道破箇中玄機，然隨政體國體之有所更易，惟誤會卻歷久而彌新。

# 第四章 內亂罪之規範錯亂

## 第一節 法制之列舉

### 第一項 前言

我國刑法內亂罪之規定，從民國元年之暫行新刑律第 101 條第 1 項：「意圖顛覆政府、僭竊土地及其他紊亂國憲而起暴動者」，經民國 17 年舊刑法移列第 103 條第 1 項，並修正為：「意圖以非法之方法顛覆政府、僭竊土地或紊亂國憲，而著手實行者」，至民國 24 年新刑法列為第 100 條第 1 項，再修正作：「意圖破壞國體、竊據國土，或以非法之方法變更國憲、顛覆政府，而著手實行者」，迄民國 81 年該條項復修正為：「意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行者」。以國事犯係必罰之長遠歷史而言，類此之頻繁異動，實值玩味；蓋凡淵遠流長之事物，必累積充足豐厚之經驗，即如強盜罪、殺人罪等中外古今皆罰者，其各該條文幾無可堪變動之處才是

<sup>1</sup>。然該條數歷修正，本文以為，宜研求立法者之深意而為比較，始為恰當。

又本文「內亂行為之除罪化」為題。於第二章就內亂之「不可罰」與「不能罰」，而由歷史為分析。惟內亂之處罰，中外古今皆予重刑，是本文仍應儘可能就各國法律規範為引介析述。再者，以下臚列數種法律規定之用意，良以內亂罪各國皆有，本文貿然主張刪廢，實驚世駭俗之舉。為求立論有據，本文應負證明之責；即列舉古今各國內亂罪之條文，說明針對內亂行為之無論如何描述，皆無從以文字形成足以「符合罪刑法定原則」之條文。

本文指出，法律介入處罰內亂行為，純發觴於保障君主威權，既如前章所述，惟此是否僅我國史所獨有，又或係整理歸納不足導致之無端妄語，或當今外國已有較為進步之立法例，仍值設疑；是本節之始，自宜從外國法制觀察。本章，本文係先就中外各國法律條文為臚列整理，次後得出本文所質疑處之共同點；再能從所得各處試行推演，企盼釐清內亂罪錯亂之因由。

<sup>1</sup> 簡單說，亙古恆常的犯罪，根本無須修改；如殺人、傷害等犯罪是。舉例而言，殺人罪，自民國 17 年迄今，除增加第三項處罰預備犯，並將第 2 項未遂罪改為未遂犯，第 1 項則文風不動。至於強盜罪，除民國 91 年為法定刑之提高外，亦無修正。反觀內亂罪，自大清新行律開始，即不斷修正；民國沿用之際，先刪除侵犯皇室罪，以示民主。惟其後之幾經更動，則可見諸以下各節。

## 第二項 外國法制<sup>2</sup>

### 第一款 澳大利亞刑法

澳大利亞刑法就內亂罪之規定，實饒富趣味及參考價值。首先，該國係一聯邦，同時復為大英帝國之自治領。從而，其刑法第五章雖名之為「聯邦的安全」，然條文中構成要件之行為客體，卻包括「君主、君主的法定繼承人、君主的配偶、總督或者首相」。又應先陳明者，澳大利亞刑法第 80 節中之叛國罪者，僅該條第 1 項之 a、b、c 及 d 四款係用以規範內亂行為，其餘皆為外患罪之相關規定。以下僅就內亂部分之規定加以提示：

#### 一、條文：

#### 第 80.1 條 叛國罪<sup>3</sup>

1. 行為人符合以下情形者，為叛國罪：
  - a. 導致君主、君主法定繼承人、君主之配偶、總督或者首相<sup>4</sup>之死亡；或
  - b. 導致對君主、總督或者首相之傷害，並由此導致君主、總督或首相死亡；或
  - c. 導致對君主、總督或者首相之傷害，或關押、監禁君主、總督或首相；或
  - d. 發動反對聯邦之戰爭，或實施任何行為以準備發動反對聯邦之戰爭；

#### 二、分析：

依上開條文可知，凡有下列行為者，均足以成立澳大利亞刑法第 80.1 條第 1 項之叛國罪：

1. 君主、君主之法定繼承人、君主之配偶、總督或首相之死亡，與行為人之行為具有刑法規範上所要求之前後連鎖關係，而行為人主觀上有故意。
2. 傷害君主、總督或首相並因而發生行為客體死亡之重結果，行為人就傷害行為主觀上有故意。
3. 傷害君主、總督或首相。

<sup>2</sup> 本項各款中，各國刑法條文以外，凡本文之評述者，不問各國罪名如何，均逕稱「內亂」。

<sup>3</sup> 參張旭、李海澄、李綦通、蔡一軍譯，澳大利亞刑法典，第 55 頁，北京大學出版社 2006 年 12 月一版一刷，北京。

<sup>4</sup> 在英國，危害國家安全之犯罪，稱(offences against the crown and government)，即反對王權與政府，從而，行為客體除國王以外，擴及於其配偶、繼承人與政府首腦。西元 1351 年之英國叛逆罪法，甚至將褻瀆(即與之合意性交)王后、未婚之國王長女或國王繼承人之妻子，均論以叛國。斯種考量，無非類如中國君王家天下之觀點，自不容外姓之紊亂皇室血胤。參趙秉志主編，英美刑法學第 478 頁-第 483 頁，科學出版社，2010 年 7 月二版一刷，北京。

4. 關押或監禁君主、總督或首相。
5. 發動反對聯邦的戰爭。
6. 為發動反對聯邦之戰爭，實施任何可能引發戰事之準備行為。

若以該國條文扣合本文於第二章之判定，內亂者，實乃「奪取統治權」及「以奪取統治權為目的而危害統治者」。然則，依澳大利亞刑法，本文之說顯較之更為狹隘。蓋上開條文除(d)款外，並不要求對國家存立之立即危害。

另外，對君主、君主之法定繼承人、君主之配偶、總督或首相之攻擊，係以致死為條件。若對象為君主、總督或首相，雖僅為傷害，亦足成罪。又發動戰爭，與準備發動戰爭，而實施之任何行為，其評價均為叛國。

由是可知，澳大利亞係大英帝國之成員；大英帝國雖已君主立憲而非專制，但其孺慕君主與鞏固君權之用心，倒是屹立不搖而令人嘆為觀止。

## 第二款 奧地利刑法

奧地利刑法分別於第十四章及第十五章規定「叛逆及其他對國家之攻擊」，以及「對國家最高機關之攻擊」。應提請注意者，該國刑法第248條之侮辱國家及其象徵罪，雖包攝於該國刑法前二章內，但其規範內容終歸為內亂罪之外延地帶，即與本文所敘述核心無關。是該條即不收錄之。以下條文，即奧地利刑法就內亂罪之規定：

一、條文：

### 第十四章 叛逆和其他對國家的攻擊<sup>5</sup>

#### 第242條 叛逆

1. 著手以暴力或暴力威脅，改變奧地利共和國憲法或州憲法，或使屬於奧地利共和國之領土分離者，處10年以上20年以下自由刑。
2. 行為處於未遂階段者，即構成第1款所述之犯罪。

#### 第243條 主動悔罪

1. 主動放棄行為之實施，或在數人共同實施犯罪情況下，阻止他人繼續實施犯罪，或主動避免結果發生者，行為人不因叛逆罪受處罰。
2. 如果沒有行為人之努力，行為也未實施終了或結果被避免，只要行為人在不知

<sup>5</sup> 參徐久生譯，奧地利聯邦共和國刑法典，第94頁以下，中國方正出版社2004年1月一版北京一刷。

情之情況下主動且真誠努力阻止行為之實施或避免結果發生者，同樣不因叛逆罪受處罰。

#### **第 244 條 叛逆之準備**

1. 與他人約定共同實施叛逆者，處 10 年以下自由刑。
2. 以其他方式準備叛逆的，因此造成準備實施叛逆行為的危險，或危險被明顯擴大的，或與外國共同準備叛逆者，處與本條第 1 款相同之刑罰。

#### **第 245 條 主動悔罪**

1. 主動放棄準備行為，或在數人共同準備犯罪情況下，阻止叛逆的實施者，行為人不因準備叛逆而受處罰。
2. 應適用第 243 條第 2 款之規定。

#### **第 246 條 對國家有害之結社**

1. 建立一社團，以違法之方式動搖國家獨立、憲法規定之形式、奧地利共和國或其州之憲法機關者，處 6 個月以上 5 年以下自由刑。
2. 在此等社團中起主要作用，為建立此等社團招募成員，或給予社團以資助，或以其他方式予以支持者，處與本條第 1 款相同之刑罰。
3. 參加此等社團，或以本條第 2 項所述方式以外之方式給予社團以支持者，處 1 年以下自由刑。

#### **第 247 條 主動悔罪**

在有關機關(第 151 條第 3 款<sup>6</sup>)知曉其罪責前，主動向該機關揭發自己就社團及其尚處於秘密階段計畫之所知內容者，行為人不依第 246 條處罰。

### **第十五章 對最高國家機關之攻擊<sup>7</sup>**

#### **第 249 條 對聯邦總統之暴力和危險之威脅**

著手(242 條第 2 款)對聯邦總統實施暴力或以暴力相威脅，或用此等手段之一，強制或阻礙聯邦總統行使其職權，或以特定方式行使其職權者，處 1 年以上 10 年以下自由刑。

#### **第 250 條 對憲法代表機構、政府、憲法法院、行政法院或最高法院之暴力威脅 (第 242 條第 2 款)**

<sup>6</sup> 該款係有權進行刑事追訴機關之定義。

<sup>7</sup> 參徐久生譯，奧地利聯邦共和國刑法典，第 96 頁，中國方正出版社 2004 年 1 月一版北京一刷。

對國民議會、聯邦議會、聯邦大會、聯邦政府、州議會、州政府、憲法法院、行政法院或最高法院實施暴力或以暴力相威脅，強制或阻礙上述機關行使其職權，或以特定方式行使其職權者，處1年以上10年以下自由刑。

### 第 251 條 對憲法代表機構、政府、憲法法院、行政法院、最高法院成員、總會計署的署長、副署長之暴力威脅

以暴力或危險之威脅，強制或阻礙國民議會成員、聯邦議會成員、聯邦大會成員、聯邦政府成員、州議會成員、州政府成員、憲法法院成員、行政法院成員、最高法院成員或對總會計署署長、副署長行使其職權，或以特定方式行使其職權者，處6個月以上5年以下自由刑；

在嚴重強制情況下(第106條<sup>8</sup>)處1年以上10年以下自由刑。

## 二、分析：

奧地利刑法就內亂行為之規範，值得注意者有三：

1. 奧國刑法於第15條及第16條分別規定未遂與中止，卻復於第242條第2項、第243條及第245條，為未遂與中止之重複規定。又第247條亦有自首之不罰。此無非係基於，第242條第1項與第244條，均係陰謀犯或預備犯之體例，此觀第242條第1項與同條第2項，及第249條與第250條，均援引第242條第1項自明。又第246條所欲防範之危險<sup>9</sup>，距離實害之發生亦遠。
2. 行為客體雖然特定，但未免羅織過甚。蓋第250條規定之「行為」，與其稱之為叛逆之未遂前階段行為，實則，僅止於預備階段之「行為」實施而已。
3. 第251條之行為客體，均係行政或司法機關之官員個人，該條又無載明行為人超越其對構成犯罪事實之認知，而為實施該犯行所擬達成終局目的之「意圖」要件。如此一來，充其量不過係個人自由法益或公務妨害之危害行為，實與國事犯之體例不合。

<sup>8</sup> 該條係強制罪而發生重結果之加重明文；相當於我國加重結果犯之規定。

<sup>9</sup> 茲先提請注意者，民國80年間，刑法學者林山田教授發起「一00行動聯盟」，主張廢除刑法第100條；立法院隨即提出修法。此期間，有謂「綜觀美國、加拿大、英國、日本、泰國、韓國、西德、奧地利等民主先進國家，均無類似我國刑法第一百條思想、言詞、文字叛亂之規定……」，而認為「……不應對並「無明顯而可能的危險」之政治上不同意見者加以處罰……」；參立法院公報第七十九卷第二十二期院會紀錄，第12頁以下。惟究其實際，各國雖名無類如我國刑法第100條之罪，卻將刑罰更為前置；如奧地利刑法第246條，即屬之。

### 第三款 法國刑法

法國刑法於第二章係以「其他危害共和國之各種制度或危害國家領土完整罪」為章名。本章下轄三節，分別為：第一節謀反罪與策劃謀反罪、第二節暴動罪，以及第三節篡奪指揮權、徵召武裝力量以及煽動非法武裝罪。以下列述各該條文<sup>10</sup>：

一、條文：

#### 第一節 謀反罪與策劃謀反罪

##### 第 412-1 條

實施<sup>11</sup>一項或多項足以危及共和國各項制度或危害國家領土完整之行為，為謀反。謀反罪，處 30 年自由刑併科 450000 歐元罰金。

行使公安司法權力之人員實行謀反者，刑罰加重為無期徒刑併科 750000 歐元罰金。

##### 第 412-2 條

多人之間做出謀亂之決定，在此項決定以一項或多項實際行為具體落實時，成立策畫謀反罪。

策畫謀反罪，處 10 年自由刑併科 150000 歐元罰金。

行使公安司法權力之人員犯策畫謀反罪者，刑罰加重為 20 年拘押併科 300000 歐元罰金。

#### 第二節 暴動罪

##### 第 412-3 條

任何足以危及共和國各項制度或危害國家領土完整之集體性暴力行為，構成暴動罪。

##### 第 412-4 條

參加暴動，有下列行為者，處 15 年自由刑併科 225000 歐元罰金：

<sup>10</sup> 參羅結珍譯，法國新刑法典，第 134 頁-第 135 頁，中國法制出版社，2003 年 12 月一版，北京。

<sup>11</sup> commettre，動詞，可以解作犯或做，但均指罪行或錯誤。至於第 412-2 條之 concrétisée，動詞，即 concrétiser 同義，係具體化之義。然而，並非因此二條文之實施或具體落實之文義，即可率然推定其構成要件中有行為要素。以第 412-2 條之「謀亂之決定，在此項決定以一項或多項實際行為具體落實」為例，其謀亂之決定，設若係指前條之「足以危及共和國各項制度或危害國家領土完整」，然則，何種行為始稱「足以」，亦屬價值判斷。一言之，某一概念如不能予以特定，即屬不能特定。亦即，倘立法者就「足以危及共和國各項制度或危害國家領土完整」係不能確認者，透過實施或具體落實加以敘述，亦無法使此模糊概念更加特定。此即類如具體結果犯一般。

1. 構置街壘、防禦工事，或者構築旨在阻止或阻擋公共力量採取行動之任何工事；
2. 公然使用強力或者採用詭計，占據或摧毀任何建築或設施；
3. 為暴動者負擔運輸、給養或擔任通訊聯絡；
4. 採用任何手段，煽動暴動集會；
5. 本人攜帶武器；
6. 取代合法權力當局。

#### **第 412-5 條**

參加暴動，有下列行為者，處 20 年自由刑併科 300000 歐元罰金：

1. 借助暴力或威脅，或者借助劫奪或解除公共武裝力量，奪取武器、輜重、爆炸品或危險品或任何種類的物資者；
2. 為暴動者謀得武器、輜重、爆炸品或危險品者。

#### **第 412-6 條**

領導或組織暴動者，處無期徒刑併科 750000 歐元罰金。

#### **第三節 篡奪指揮權、徵召武裝力量以及煽動非法武裝罪**

#### **第 412-7 條**

下列行為，處 30 年自由刑併科 450000 歐元罰金：

1. 無權或未經允許，奪取任何軍事指揮權，或者倚兵恃重，對抗合法當局之命令者；
2. 無合法當局之命令或批准，徵召武裝力量者。

#### **第 412-8 條**

煽動拿起武器，對抗國家權力，或者對抗一部分民眾者，處 5 年自由刑併科 75000 歐元罰金。

煽動產生效果者，刑罰加至 30 年自由刑併科 450000 歐元罰金。

通過文字或視聽新聞渠道進行此種煽動之情形，並於確定有責任人員，適用有關法律之特別規定。

## **二、分析：**

法國刑法內亂罪規定之特色如下：

1. 第 412-1 條第 1 項之「危及共和國各項制度」，其內容雖係涉及政治而有國事犯之特質，惟失諸明確。
2. 「公安司法權力之人員實行謀反」云者，若謂公安權力人員係警察，由於警察具有武裝，尚能理解。但司法人員之為「謀反」，其加重理由何在？頗耐人尋味。
3. 第 412-2 條第 1 項雖有「實際行為具體落實」之用語，惟以其刑度對照前條之規定可知，本條項仍係陰謀犯之處罰規定。
4. 有關軍事力量之指揮、調用或徵召，如有對抗合法當局或未受合法命令者，即為內亂。我國內亂罪並無類似規定。
5. 第 412-4 條、第 412-4 條之要件設置，諸如「構置街壘、防禦工事，或者構築旨在阻止或阻擋公共力量採取行動之任何工事」，或「劫奪或解除公共武裝力量，奪取武器、輜重、爆炸品或危險品」云云，係各國刑法所無。此似係從法國大革命中，暴民攻陷巴士底監獄所獨獲創見。就此，本文以為純屬蛇足。此可見諸明代方孝孺大作深慮論，「光武之懲哀平，魏之懲漢，晉之懲魏，各懲其所由亡而為之備；而其亡也，皆出其所備之外。」、「蓋智可以謀人，而不可以謀天。良醫之子，多死於病；良巫之子，多死於鬼；彼豈工於活人而拙於活己之子哉？乃工於謀人而拙於謀天也。」
6. 第 412-8 條第 1 項就煽動拿起武器，對抗國家權力，認為係非法武裝，固無問題。惟非法武裝係為對抗一部分民眾，其態樣頗似於早年台灣漳泉械鬥或閩粵械鬥等。此種聚眾鬥毆是否宜認作內亂？  
又同條第 3 項，實有贅文之虞。蓋既已有「有關法律之特別規定」，本來即應循之。是倘非另設處罰，實在無庸重申之。

#### 第四款 希臘刑法

希臘刑法第二編(即分則)第一章章名係侵害憲法罪，本章從第 134 條至第 137 條 D。第二章章名為叛國罪，此章類似我國刑法外患罪章，但第 138 條部分規範及於內亂罪。以下即收錄希臘刑法關於之內亂罪規定<sup>12</sup>：

<sup>12</sup> 參陳志軍譯，希臘刑法典，第 58 頁-第 62 頁，中國人民公安大學出版社，2010 年 6 月一版，北京。  
4-8

一、條文：

### 第 134 條 重大叛國罪

1. 有下列行為者，處無期徒刑或自由刑：
  - a. 力圖<sup>13</sup>以任何方式剝奪希臘共和國總統或者代行總統職權之人依據憲法所享有之政治權力者；
  - b. 以身體暴力或者實施身體暴力相威脅：
    - i. 阻止他人行使憲法權力或者強迫他人實施源於憲法權利之行為；
    - ii. 改變國家憲法。
2. 對不符合前款規定的下列行為，處無期徒刑或自由刑：
  - a. 以暴力或暴力威脅手段或者以濫用其所擔當之國家機關職位之方式，力圖將建立在人民主權、根本原則和政治體制基礎上之民主憲法予以廢除、修改、永久或者暫時地使之不實行者；
  - b. 使用前項所提到之手段或者利用其受委託負責憲法正常運作之便利，力圖剝奪或者妨礙議會、政府、總理行使憲法所賦予之權力，或者強迫或放棄實施其權力範圍內之行為者；
  - c. 行使或者享有由自己或者他人以本條所規定之方式和手段所佔據之權力者。
3. 力圖殺害希臘共和國總統或者代行總統職權之人，處無期徒刑。

### 第 134 條 A 根本原則和政治體制

前條所指之根本原則和政治體制是指：

- a. 以選舉方式任命國家元首；
- b. 人民享有的在憲法規定之時間範圍內以普遍、直接、自由、平等、秘密投票之方式選舉議會的權利；
- c. 議會制；
- d. 多黨制原則；
- e. 憲法確定之權力分立原則；
- f. 立法依據憲法進行、行政與司法依據憲法和法律進行之原則；
- g. 司法獨立原則；以及

<sup>13</sup> 此稱力圖，對照我國之意圖，或德國法之(versuch)，語意或法律概念是否相同，受限於語文能力，本文無法斷言。但可以肯定者，其無非係主觀上之意向，或客觀上之著手而已。蓋以內亂罪而言，至多僅能是危險犯模式而已。又第 137 條稱行為意圖，提請參照。

h. 憲法所規定的個人權利之通常範圍及其保護。

### 第 134 條 B

公務員或者公務雇員在人民主權被篡奪期間或者民主被非法地破壞、改變、停止期間履行其職責，如果該職責只是國家繼續運轉所必需並且不以維持篡奪者之權力為目的者，不適用第 134 條規定之行為參加者而追究刑事責任。

### 第 135 條 重大叛國罪之預備行為

1. 公然地或者以散發文書、圖片、聲明之方式，有意地引起或者試圖煽動他人力圖實施第 134 條規定之行為者，處自由刑。
2. 就實施第 134 條規定之行為與他人共謀或者與外國政府協商之人，對這些行為之實施進行預備者，處自由刑。
3. 出於第 134 條規定之任一目的實施其他預備行為者，處不少於 3 個月之自由刑。
4. 兩個或者兩個以上之人共同地決定實施重大叛國行為或相互地承諾實施這種行為者，視為共謀。

### 第 135 條 A 殺害國家機關負責人罪

力圖殺死總理、議長或者議會規則所認可之合法代理人或者政黨領袖者，處無期徒刑。

### 第 136 條

對第 135 條規定之案件，法院在適用自由刑之同時，可以附加第 61 條<sup>14</sup>規定之政治權利。如犯罪人為外國人者，法院得宣告第 74 條規定之驅逐出境。

### 第 137 條

1. 對實施第 134 條第 1 款、第 2 款和第 135 條規定之案件，如行為人自動阻止其行為意圖導致結果發生者，免除處罰。
2. 對第 134 條規定之案件，行為人對恢復民主作出決定性之貢獻者，可以減輕刑罰。但法官得於考慮所有情節之基礎上自由裁量予以免除刑罰。

### 第 137 條 A、第 137 條 B (略<sup>15</sup>)

### 第 137 條 C 從刑

因第 137 條 A 和第 137 條 B 規定之行為被認定有罪時，在沒有其他規定對之 處以

<sup>14</sup> 希臘刑法第 61 條相當我國刑法之褫奪公權。參陳志軍譯，前揭註 12，第 17 頁。

<sup>15</sup> 該二條係酷刑之禁止與加重規定，與內亂毫無關係。

更重剝奪政治權利之情況下：處無期徒刑者，剝奪政治權利終身；處有期徒刑者，剝奪政治權利不少於 10 年；處監禁者，剝奪政治權利不少於 5 年。同時剝奪獲得第 63 條第 1 款規定身分之資格：處監禁者，剝奪該資格 10 年。

#### 第 137 條 D 一般規定

1. 緊急避險在任何情況下，都不能阻卻第 137 條 A 和第 137 條 B 所規定行為之違法性。
2. 上級命令在任何情況下，都不能阻卻第 137 條 A 和第 137 條 B 所規定行為之違法性。
3. 第 137 條 A 和第 137 條 B 規定之行為是在篡奪人民主權的狀態下實施者，其時效期間，自合法權力被恢復之日開始計算。
4. 第 137 條 A 和第 137 條 B 所規定行為之被害人，得要求行為人和國家對其所遭受之損失、精神折磨或者精神傷害負連帶賠償責任。

#### 第 138 條

1. 以身體暴力或者實施身體暴力相威脅之手段，力圖獲取希臘的領土或者將希臘領土併入其他國家者，處無期徒刑。
2. 第 135 條和第 137 條之規定，適用於本條。

## 二、分析：

希臘刑法就內亂罪之處罰，可以分析如下：

1. 第 134 條之重大叛國罪，由其第 1 項 a 款可知，該條項 b 款之行為客體應係類如奧地利刑法第十五章之國家最高機關；即該條項 a 款以外，而同為國家最高機關之構成員。至行為人之目的，必須係剝奪總統或其代理人依據憲法所有之政治權力；或使其他國家最高機關之構成員，就其憲法上之權力或源於憲法之權利，為行使或不行使，或使之改變憲法。此可謂就國事之範圍明確描述。同條第 2 項亦有相似之優點。

問題在於同條第 3 項。論者或謂，希臘刑法第 134 條之第 1 項與第 2 項，均以剝奪、阻止或強迫最高機關之政治權力(利)之行使或不行使，為其要件。是殺害元首，自因其死亡之結果，而致剝奪其行使政治權力(利)之目的達成。惟此說則有以下問題：「蓋本條第 1 項 a 款已經表明「任何方式」，殺人自應包括在內；是本條第 3 項應係累贅。又本條第 3 項並無若前二項「政治」目的之建

置；解釋上應認為係獨立以「殺人」為唯一要件，無須更有其他意圖指向。」準此，本文以為，希臘刑法第 134 條第 3 項純係君主帝制法律之餘孽，而如同澳大利亞刑法一般。

2. 第 134 條 B 將內亂期間公務員之「附逆」，以一定條件而為阻卻違法，此獨創確實有其實質上之意義。然而，其他未有此立法模式之國家，其內亂期間公務員之「附逆」是否即成為必罰？本文以為，希臘刑法第 134 條 B 應只具理論上之宣示意義。至於實務運作上，有無類似本條之規定，並無差別。蓋公務員云者，高階者人數少而低階者人數多。故「合法且理性」之政府弭平叛亂後，幾無可能採「瓜蔓抄」而趕盡殺絕，以免激起反彈。再者，該條之意旨無非「犯罪參與者刑事責任之排除」。但是，低階公務員之職務運行，本來即與「附逆」無甚牽扯；反之，高階公務員之「政務」推動，則毫無「避嫌」之可能。如此一來，縱使無此規定，高階與低階公務員之入罪與出罪，似已隱有其定局。是本條之規定，無非立法者「寬仁」之宣示而已。
3. 第 134 條重大叛國罪之第 1 項與第 2 項，雖有範圍明確之優點。然第 135 條隨即將重大叛國之預備行為，予以包攝。如此一來，該國立法者唯恐掛一漏萬，其必悉數翦除之決心，實昭然若揭。蓋第 134 條之條文結構，雖未明言係處罰預備犯之體例。然則，從「力圖以任何方式剝奪……，以身體暴力或實施身體暴力相威脅阻止……，以身體暴力或實施身體暴力相威脅強迫……，以身體暴力或實施身體暴力相威脅改變……」之立法模式以觀，其無結果要件，自可能係罰及「未遂」而已。但從第 135 條「散發文書、圖片、聲明」、「試圖煽動」、「共謀」或「承諾實施」等用語可知，於茲第 135 條所罰之「預備」者，實係陰謀；再推而論之，第 134 條之所指，當為預備<sup>16</sup>。
4. 該國刑法第 135 條 A 之殺害國家機關負責人罪，其行為客體將「總理、議長、議會規則所認可之合法代理人或政黨領袖<sup>17</sup>」，均予以包括，自可謂滴水不漏。但是，毫無政治動機之殺人，竟能搖身而為侵害憲法罪章之一部，確實是耐人尋味之舉。

<sup>16</sup> 犯罪流程上，陰謀、預備、著手、未遂乃至既遂。如果本文判讀希臘刑法第 135 條係陰謀犯之規定，邏輯上第 134 條自屬預備犯之規定。然此「邏輯」仍應從法條意旨，重複推演。本文推演後認為，確實如此。

<sup>17</sup> 殺害清流之士，已足招致社會動盪，而況乎殺害政黨領袖。但此時依殺人罪究辦，非有不足，又何必皆以國事犯視之，而疊床架屋。

## 第五款 德國刑法

德國刑法分則第一章下轄四節，依序從第 80 條至第 92 條 b，即：危害和平、叛亂、危害民主法治國家及共同規定。危害和平罪固有其德國歷史上之淵源，惟與本文論述無關，以下僅提舉該第二節與第三節(部分<sup>18</sup>)之規定<sup>19</sup>：

一、條文：

### 第 81 條 針對聯邦之叛亂

(1)以暴力或暴力相威脅實施下列行為之一者，處終身自由刑或 10 年以上自由刑：

1. 妨礙聯邦德國存在<sup>20</sup>，或
2. 改變以聯邦德國基本法為基礎之憲法秩序。

(2)情節較輕的，處 1 年以上 10 年以下自由刑。

### 第 82 條 針對州之叛亂

(1)以暴力或暴力威脅實施下列行為之一者，處 1 年以上 10 年以下自由刑：

1. 將某州之全部或部分領土併入聯邦德國其他州或將某州之一部與該州分離，或
2. 改變以聯邦德國基本法為基礎之憲法秩序。

(2)情節較輕者，處 6 個月以上 5 年以下自由刑。

### 第 83 條 叛亂行為之預備

(1)預備實施針對聯邦之特定叛亂行為者，處 1 年以上 10 年以下自由刑；情節較輕者，處 1 年以上 5 年以下自由刑。

(2)預備實施針對州之特定叛亂行為者，處 3 個月以上 5 年以下自由刑。

### 第 83 條 a 主動悔罪<sup>21</sup>

(1)行為人主動放棄行為之實施，或對他人繼續實施犯罪之危險加以防止或基本減輕，或主動阻止行為實行終了者，在第 81 條和 82 條情形下，法院得依其裁量

<sup>18</sup> 德國刑法分則第一章第三節自第 86 條「散發違憲組織宣傳品罪」、第 86 條 a「使用違憲組織標誌罪」、第 87 條「以破壞為目的之諜報活動罪」、第 88 條「違憲之破壞活動罪」、第 89 條「對聯邦國防軍和公共安全機關之違憲影響罪」、第 90 條「誹謗聯邦總統罪」、第 90 條 a「詆毀國家及其象徵罪」，至第 90 條 b「對憲法機關之違憲性詆毀罪」，或為內亂罪之預備，或為妨害公共秩序等，已非本文所指涉之內亂。是未一一臚列之。

<sup>19</sup> 參徐久生、莊敬華譯，德國刑法典，第 51 頁-第 58 頁，中國方正出版社，2004 年 1 月一版北京一刷。

<sup>20</sup> 妨礙聯邦德國存在，依德國刑法第 92 條第 1 項，尚包括使外國統治而喪失德國主權。換言之，德國刑法第 81 條亦屬外患罪之規定。

<sup>21</sup> 德國立法者就著手犯為節制其嚴厲，多設有行為悔悟之規定。參林東茂，危險犯與經濟刑法，第 8 頁以下，五南圖書出版有限公司，民國 88 年初版二刷，臺北。

減輕處罰(第 49 條第 2 款)或根據規定免除其刑罰。

(2)行為人主動放棄其計畫，且對由其引起之他人繼續預備或實施行為之危險，加以防止或基本減輕，或主動阻止行為實行終了者，在第 83 條情形下，法院得依第 1 款規定處理。

(3)上述危險非因行為人之行為而被防止、基本減輕或阻止行為實行終了者，只要行為人為達到此目的主動作出真誠的努力，視為主動悔罪。

#### **第 84 條 維護被宣布為違憲之政黨**

(1)1 以黨魁或幕後籌畫者之身分，在本法空間效力範圍內維護下列有組織的團體聯合的：

1. 被聯邦憲法法院宣布為違憲之政黨，或
2. 被聯邦憲法法院確認為作為被禁止政黨之替代組織，處 3 個月以上 5 年以下自由刑。

2 本罪之未遂犯，罰之。

(2)以第 1 款所列政黨之成員身分參與其活動或支持其有組織之團體聯合者，處 5 年以下自由刑或罰金刑。

(3)1 違背聯邦憲法法院依照基本法第 21 條第 2 款或政黨法第 33 條第 2 款規定之程序所作之判決，或違背在依此程序而為之判決執行中所作之可能執行之措施者，處 5 年以下自由刑或罰金刑。2 基本法第 18 條所規定程序和前句規定的程序同等看待。

(4)在第 1 款第 2 句和第 2 款、第 3 款第 1 句情形下，共犯如責任輕微，且其行為不起主要作用，法院得依其裁量減輕處罰(第 49 條第 2 款)或依規定免除其刑罰。

(5)行為人主動並真誠努力阻止該政黨繼續存在者，在第 1 款至第 3 款第 1 句情形下，法院得依其裁量對其減輕處罰(第 49 條第 2 款)或依規定免除其刑罰；行為人實現了該目標或該目標即使沒有努力也能實現者，行為人均不受處罰。

#### **第 85 條 違反禁止結社**

(1) 1 以黨魁或幕後策畫者之身份，在本法空間效力範圍內維護列有組織之團體聯合者：

1. 某一政黨或社團；依政黨法第 33 條第 3 款之規定確認為被禁止政黨之替代組織，或

2. 某一社團，因違反憲法秩序或違反國際協調的思想而被無可辯駁地被禁止，或者被無可指責地確認為此種被禁止的社團之替代組織者，處 5 年以下自由刑或罰金刑。

2 本罪之未遂犯，罰之。

(2) 以第 1 款所列政黨或社團成員之身分參與其活動或支持其有組織之團體聯合者，處 5 年以下自由刑或罰金刑。

## 二、分析：

德國刑法就內亂處罰所設之規定，可理解如下：

1. 所謂對聯邦或邦之叛亂，依該國刑法第 81 條及第 82 條，均以「改變基本法為基礎之憲法秩序、妨害聯邦存在、使州之全部或一部併入聯邦之他州，或將某州之一部與該州分離」，為其構成要件行為。可謂要件明確。
2. 第 83 條就叛亂行為之預備設規定，並以「預備實施針對聯邦或州之特定叛亂行為」，就文字上而言，亦稱妥適。然而，「改變基本法為基礎之憲法秩序、妨害聯邦存在、使州之全部或一部併入聯邦之他州，或將某州之一部與該州分離」，尚需「以暴力或暴力相威脅」之方法或手段相結合，始足成立犯罪。是以，預備實施針對聯邦或州之特定叛亂行為，其「預備實施」究竟何指？若係指針對聯邦或州之特定叛亂行為，此應純屬思想而已。至若單指暴力手段之預備，則尚無特定叛亂行為與之結合。若謂二者同時之預備，則從內亂之危險防禦角度觀察，此之謂預備，實則為未遂矣。
3. 依德國刑法第 23 條第 1 項，重罪之未遂係一律處罰，但依同法第 24 條第 1 項第 1 句，已意中止或為防果行為，即不罰之。第 83 條 a 之主動悔罪與第 84 條第 5 項之中止，僅重申總則之規定？或另有寓意？此類疑點，於奧地利與希臘二國刑法，本文已有部分論述。於茲，容以「內亂罪非結果犯<sup>22</sup>，自應於分則另行規定」，一語帶過。其後，本文將另行彙整申述之。
4. 第 84 條之維護被宣布為違憲之政黨罪，與第 85 條之違反禁止結社罪，其立法緣由，似與德國納粹時期之經歷有關。亦即，德國立法者懲彼時創痛之鑑，乃將刑罰前置以求周延。惟如此一來，是否使刑罰介入思想，並非無疑。

<sup>22</sup> 參林東茂，刑法綜覽第 1-225 頁以下，一品文化出版社，民國 95 年 2 月最新修訂版，臺北。

## 第六款 日本刑法<sup>23</sup>

### 一、條文：

#### 第 77 條

以破壞國家之統治機構，或者在其領土之內排除國家主權以行使權力，以及其他破壞擾亂憲法所確定的基本統治秩序為目的而實施暴動者，為內亂罪。

按下列各款分別處斷：

(1)首謀者，處死刑或無期禁錮。

(2)參與謀議或指揮群眾者，處無期或者 3 年以上禁錮，其他從事各種職務者，處 1 年以上 10 年以下禁錮。

(3)附和隨行以及其他僅參與暴動者，處 3 年以下禁錮。

前項之未遂犯，罰之。但同款第 3 項所規定之人員，不在此限。

#### 第 78 條

預備或者陰謀內亂者，處 1 年以上，10 年以下禁錮。

#### 第 79 條

提供武器、資金或糧食，或以其他行為幫助前二條之罪者，處 7 年以下禁錮。

### 二、分析：

日本刑法內亂罪，其用字簡潔扼要，重點如下<sup>24</sup>：

1. 本罪係目的犯，必須以破壞或擾亂憲法所確定之基本統治秩序為目的，而實施暴動行為，始足成罪。
2. 顛覆政府，指廢止憲法所定之民主制度與議會內閣等基本制度。至於具體以內閣為對象而攻擊之<sup>25</sup>，並非本罪之所指；此如日本最高裁判所之認定，擊斃首相僅帶來內閣閣員之更迭並未破壞內閣制度<sup>26</sup>。值得注意之處在於，日本政府於第

<sup>23</sup> 參山口 厚著，王昭武譯，日本刑法各論，第 618 頁以下，中國人民大學出版社，2011 年 10 月一版一刷，北京。

<sup>24</sup> 參西田 典之著，劉明祥、王昭武譯，日本刑法各論，第 319 頁，中國人民大學出版社，2007 年 3 月一版，2009 年 1 月二刷，北京。另參山口 厚著，王昭武譯，前揭註 23，第 618 頁。

<sup>25</sup> 五・一五事件（ご-いち-ご じけん）。昭和 7 年（西元 1932 年）5 月 15 日，日本海陸軍將校與右翼人士，襲擊內閣官邸，殺害首相犬養毅。

<sup>26</sup> 轉引自孫嘉時，內亂罪之探討（上），軍法專刊第七卷第十期，第 8 頁。

二次世界大戰戰敗以前，基於軍事政變通常僅涉及派系鬥爭，而非否定現行政治體制。是以，皆採寬大對付之政策<sup>27</sup>。

3. 暴動，指多數人之集團暴行、脅迫行為，此行為必須達到有害地方平穩之程度。又日本內亂罪暴動意義下之暴行、脅迫行為，同我國刑法第 100 條，係指最廣義之強暴、脅迫<sup>28</sup>。
4. 因暴動而構成之殺人、放火，均為本罪所吸收<sup>29</sup>。



---

<sup>27</sup> 參黃自進，北一輝的革命情節：在中日兩國從事革命的歷程(中央研究院近代史研究所專刊 (85))，第 290 頁，中央研究院近代史研究所，民國 90 年元月初版，臺北。

<sup>28</sup> 孫嘉時，內亂罪之探討(下)，軍法專刊第七卷第十二期，第 5 頁。

<sup>29</sup> 孫嘉時，前揭註 28，第 6 頁。

## 第七款 俄羅斯刑法

俄羅斯刑法第十編之章名係反對國家政權的犯罪<sup>30</sup>。該編第十章侵害憲法制度基本原則和國家安全的犯罪，即俄國相當於我國內亂罪之規定，茲陳敘如下：

### 一、條文：

#### 第 278 條 暴力奪取政權或暴力掌握政權

違反俄羅斯聯邦憲法，實施旨在暴力奪取政權或暴力掌握政權之行為，以及旨在暴力改變俄羅斯聯邦憲法制度之行為者，處 12 年以上 20 年以下自由刑。

#### 第 279 條 武裝叛亂

意圖推翻或暴力改變俄羅斯聯邦之憲法制度、或為破壞俄羅斯聯邦領土完整而組織武裝叛亂或積極參加武裝叛亂者，處 12 年以上 20 年以下自由刑。

#### 第 280 條 公開號召暴力改變俄羅斯聯邦憲法制度

公開號召暴力奪取政權、暴力掌握政權或暴力改變俄羅斯聯邦憲法制度者，處數額最低為勞動報酬 500 倍至 700 倍或被判刑人 5 個月至 7 個月工資或其他收入之罰金，或處 4 個月以上 6 個月以下拘役，或 3 年以下自由刑。

利用大眾信息媒體實施上述行為者，處數額最低為勞動報酬 700 倍至 1000 倍或被判刑人 7 個月至 1 年工資或其他收入的罰金，或處 5 年以下自由刑。

### 二、分析：

從上開俄羅斯聯邦刑法規定可知：

1. 其係以俄羅斯聯邦憲法規範制度，及俄羅斯聯邦之領土完整，為保護核心。暴力為實施該行為之手段。至於「奪取或掌握政權」、「武裝叛亂或積極參加武裝叛亂」、「號召」以及「以大眾信息媒體為號召」，仍為其意圖要件。此似同於我國危險犯之立法例。
2. 依俄羅斯實務工作者之說，俄國刑法第 278 條之暴力施用，造成生命之法益之侵害，應依其目的或動機，成立該國刑法第 105 條之故意殺人罪或第 277 條之恐怖行動罪<sup>31</sup>。

<sup>30</sup> 參黃道秀譯 俄羅斯聯邦刑法典釋義(主編 俄羅斯總檢察院-俄羅斯聯邦總檢察長 斯庫拉托夫、俄羅斯聯邦最高法院院長 列別捷夫) 第 777 頁-第 782 頁，法制出版社，1996 年 11 月，北京。

3. 衡量今日電子媒體傳輸之迅速便捷，俄國立法者可謂思慮周延。



---

<sup>31</sup> 參黃道秀譯，主編 俄羅斯總檢察院-俄羅斯聯邦總檢察長 斯庫拉托夫、俄羅斯聯邦最高法院院長 列別捷夫)，前揭註 30，第 777 頁。

## 第三項 中國法制

### 第一款 民國-大陸時期

民國元年暫行新刑律，係以大清暫行新刑律為本，並將不合共和國體之第一章侵犯皇室罪均予刪除<sup>32</sup>。應予注意者，內亂罪，無論迄民國元年暫行新刑律，至民國 81 年修正公布者，皆列於分則之首。此其受重視固可見於一般，且立法者不改君王封建思想<sup>33</sup>，仍以國家重於個人，亦非難以察覺。以下依序臚列之：

民國元年：

#### 第 101 條

意圖顛覆政府、僭竊土地及其他紊亂國憲而起暴動者，為內亂罪。依左例處斷：

- (一)首魁，死刑或無期徒刑。
- (二)執重要事務者，死刑、無期徒刑或一等有期徒刑。
- (三)附和隨行者，二等至四等有期徒刑。

意圖內亂，聚眾掠奪公署之兵器、彈藥、船艦、錢糧及其他軍需品，或攜帶兵器公然佔據都市城寨及其他軍用之地者，均以內亂既遂論。

#### 第 102 條

第一百零一條之未遂犯罪之。

#### 第 103 條

預備或陰謀犯第一百零一條之罪者，處一等至三等有期徒刑。

#### 第 104 條

知預備內亂之情而供給軍器、彈藥、船艦、錢糧及其他軍需品者，處無期徒刑或二等以上有期徒刑。

#### 第 105 條

暴動者違背戰鬥上國際成例，犯殺傷、放火、決水、掠奪及其他各罪者，援用所犯各條依第二十三殺之例處斷。

#### 第 106 條

<sup>32</sup> 即刪除第 89 條至 100 條。

<sup>33</sup> 當然，這也可能是沿襲日本刑法體例順序之結果。

犯本章之罪宣告二等有期徒刑以上之刑者，褫奪公權，其餘得褫奪之。

### 第 107 條

犯第一百零二條至第一百零四條之罪，未至暴動而自首者，免除其刑。

### 民國 17 年舊刑法<sup>34</sup>：

#### 第 103 條

意圖以非法之方法顛覆政府、僭竊土地或紊亂國憲，而著手實行者，為內亂罪，處七年以上有期徒刑，首謀者，處無期徒刑。

預備或陰謀犯本條之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑。

#### 第 104 條

以暴動犯內亂罪者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑，首謀者，處死刑或無期徒刑。

預備或陰謀犯本條之罪者，處一年以上七年以下有期徒刑。

### 民國 24 年新刑法

#### 第 100 條

意圖破壞國體、竊據國土，或以非法之方法變更國憲、顛覆政府，而著手實行者，處七年以上有期徒刑，首謀者，處無期徒刑。

預備或陰謀犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑。

### 立法理由或說明：

查第二次修正案理由謂原案起暴動三字，係採諸日本解釋，多數人為強暴脅迫，方謂之暴動，而犯內亂罪方法，除暴動外，尚有其他非法之行為。德國規定暴力二字，學者謂暴力應包含各種非法行為而言，法國無明文規定，而學說上亦以非法方法，犯內亂即構成本罪。若荷蘭、挪威則逕規定非法方法為犯罪之手段矣，故本案以非法之方法構成內亂罪，而以暴動犯之者，於次條科以較重之刑。

犯罪目的，原案規定有三：一、顛覆政府。二、僭竊土地。三、其他紊亂國

<sup>34</sup> 習慣上，民國 17 年之刑法稱舊刑法，民國 24 年公布者，稱新刑法。

憲。修正案刪併為紊亂國憲一項，蓋政府乃依據國憲所組織，國憲可以包括政府，故本案擬從修正案，將顛覆政府句刪去。至土地與國憲本為兩事，變更國憲者，非必僭據土地，而僭據土地者，亦非必變更國憲，故本案擬仍從原案。原案於內亂罪之既遂及未遂分別規定，但既遂與未遂，學說上頗多爭論，蓋謂內亂既遂，則無從處罰。況此罪之目的，係根本推翻國家，為各罪之最重者，在國家方面，無所謂既遂、未遂。故英國派及歐洲大陸派對於此罪，凡著手實行者，不問其目的達否，其內亂罪即成立。故本案擬將原案第一百零一條第二項，及第一百零二條刪去，而以著手實行者，為犯罪之成立。原案第一百零一條，科刑分三款：一、首魁。二、執重要事務者。三、附和隨行者。比之第一百零三條預備及陰謀罪、輕重失均，蓋以實行犯罪其情節重於預備及陰謀，而原案實行附和內亂者，處二等至四等有期徒刑，預備及陰謀者則處一等至三等有期徒刑故也。本案科刑擬分首謀與非首謀兩項，至犯人與內亂之關係，於法定刑內，酌情定奪，庶免事前強定之失。

#### 第 101 條

以暴動犯前條第一項之罪者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；首謀者，處死刑或無期徒刑。

預備或陰謀犯前項之罪者，處一年以上、七年以下有期徒刑。

#### 立法理由或說明：

暫行新刑律第一百零一條補箋稱暴動之內容有三：一、多數協同。二、加以腕力或脅迫之行為。三、不法，缺一則非暴動。

#### 第 102 條

犯第一百條第二項或第一百零一條第二項之罪而自首者，減輕或免除其刑。

## 第二款 遷臺迄今之內亂罪

民國 81 年，由於刑法第 100 條之適用有諸多疑義，經林山田教授等人發起「行動 100」後，刑法第 100 條<sup>35</sup>修正如下：

### 第 100 條

意圖破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府，而以強暴或脅迫著手實行者，處七年以上有期徒刑；首謀者，處無期徒刑。

預備犯前項之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑。

#### 立法理由或說明：

- 一、第一項著手實行之行為態樣，宜明確規定，爰明定可罰性較高之「強暴」、「脅迫」二種行為，並與現行刑法第一百零一條之暴動內亂罪有所區別。
- 二、第二項之陰謀犯，對於國家法益尚無明顯而立即之危害，可罰性較低，爰刪除陰謀內亂之處罰規定。

## 第三款 大陸地區(中華人民共和國)

### 一、條文<sup>36</sup>：

#### 第 103 條

組織、策劃、實施分裂國家、破壞國家統一的，對首要分子或者罪行重大的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑；對積極參加的，處三年以上十年以下有期徒刑；對其他參加的，處三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利。

煽動分裂國家、破壞國家統一的，處五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利；首要分子或者罪行重大的，處五年以上有期徒刑。

#### 第 104 條

組織、策劃、實施武裝叛亂或者武裝暴亂的，對首要分子或者罪行重大的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑；對積極參加的，處三年以上十年以下有期徒刑；對其他參加的，處三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政

<sup>35</sup> 至於第 101 條，由於並未修正，爰不贅列。

<sup>36</sup> 中華人民共和國刑法分則第一章章名係危害國家安全罪；其第 102 條為外患罪、第 106 條為加重規定，第 108 條以下分別為軍人、公務員之違反職務，或間諜、助敵等，茲不贅列。

治權利。

策動、脅迫、勾引、收買國家機關工作人員、武裝部隊人員、人民警察、民兵進行武裝叛亂或者武裝暴亂的，依照前款的規定從重處罰。

### 第 105 條

組織、策劃、實施顛覆國家政權、推翻社會主義制度的，對首要分子或者罪行重大的，處無期徒刑或者十年以上有期徒刑；對積極參加的，處三年以上十年以下有期徒刑；對其他參加的，處三年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利。

以造謠、誹謗或者其他方式煽動顛覆國家政權、推翻社會主義制度的，處五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利；首要分子或者罪行重大的，處五年以上有期徒刑。

### 第 107 條

境內外機構、組織或者個人資助境內組織或者個人實施本章第一百零二條、第一百零三條、第一百零四條、第一百零五條規定之罪的，對直接責任人員，處五年以下有期徒刑、拘役、管制或者剝奪政治權利；情節嚴重的，處五年以上有期徒刑。

## 二、分析：

中華人民共和國刑法第 14 條第 1 項規定，明知自己的行為會發生危害社會的結果，並且希望或者放任這種結果發生，因而構成犯罪的，是故意犯罪；此類同我國刑法第 13 條。二者相異之處在於，我國刑法於分則條文中，基於「處罰故意為原則，過失成立犯罪乃屬例外」，乃從簡潔不贅之模式，不再逐條指明故意，而僅特別標誌過失；至於超過故意之目的或意向，亦另外表明。中華人民共和國刑法則不然，其各罪中多見故意一詞。例如，第 232 條之故意殺人、第 234 條之故意傷害他人身體；但是，於第 236 條，卻只有「以暴力、脅迫或者其他手段強姦婦女」，不再表明故意。依本文之理解，中華人民共和國刑法分則中用故意一語，純係蛇足。至於意圖，僅第 243 條第 1 項以及第 305 條有之。

如上所陳，中華人民共和國刑法於主觀要件中，絕少使用意圖犯之概念。然論證上，要不得逕謂其「分裂國家、破壞國家統一、武裝叛亂、武裝暴亂、顛覆國家政權，以及推翻社會主義制度」，並非意圖要件。

蓋其第 103 條至第 105 條，皆在第 1 項將行為階段從組織、策劃，迭次層昇至實施。但此組織、策劃、實施之目的者，無非指向「分裂國家、破壞國家統一、武裝叛亂、武裝暴亂、顛覆國家政權，以及推翻社會主義制度」，斷非如常事犯之陰謀、預備、著手一般，係實行行為之前階段。

直言之，中華人民共和國刑法，從第 103 條至第 105 條，雖依次將分裂國家、破壞國家統一、武裝叛亂、武裝暴亂、顛覆國家政權，以及推翻社會主義制度，作為內亂罪之要件。惟其應係意圖而已；至於欠缺構成要件行為，要無疑問。

#### 第四款 澳門<sup>37</sup>

澳門刑法第五編以「妨害本地區罪」為名，該編第一章妨害政治、經濟及社會制度罪，即內亂罪。緣澳門係中華人民共和國之特別行政區，是以「地區」名之。又其未如其他國家係以憲法體制等為保護核心，遂以「已在澳門確立之政治、經濟或社會制度」代之。以下提舉其規定：

##### 一、條文：

##### 第 297 條（暴力變更已確立之制度）

一、以暴力或以暴力相威脅，試圖破壞、變更或顛覆已在澳門確立之政治、經濟或社會制度者，處三年至十年徒刑。

二、如以暴力作出上款所敘述之事實，而其中係有使用武器者，行為人處五年至十五年徒刑。

三、在上款所規定之情況下，如行為人無擔任指揮職務，且在當局作出警告前或緊接在作出警告後，不反抗而投降又或交出或拋棄武器，得特別減輕刑罰，或得不處罰該事實。

##### 第 298 條（煽動以暴力變更已確立之制度）

一、公然煽動作出上條所指之行為者，處一年至八年徒刑。

二、如上款所敘述之事實，係附有武器之分發者，行為人處三年至十年徒刑。

<sup>37</sup> 參 <http://bo.io.gov.mo/bo/i/95/46/codpencn/codpen0201.asp>。查閱日期，101.4.8。另應註明者，為求本文編排順暢，該版條號原係以中文表明，本文改以阿拉伯數字。

### 第 299 條（破壞）

意圖破壞、變更或顛覆已在澳門確立之政治、經濟或社會制度，而將交通或通訊工具或交通通道、公共事業之設施，又或供應或滿足居民根本需要之設施，確定性或暫時全部或部分破壞，又或使之確定性或暫時全部或部分不能運作或偏離正常用途者，處三年至十年徒刑。

### 第 300 條（煽動集體違令）

意圖以暴力破壞、變更或顛覆已在澳門確立之政治、經濟或社會制度，而在公開集會中，或以任何與公眾通訊之工具，煽動集體違抗公共秩序法律者，處最高二年徒刑，或科最高二百四十日罰金。

存有上款所指之意圖，而在公開集會中，或以任何與公眾通訊之工具，作出下列行為者，處相同刑罰：

- a. 散布虛假或別有用心之消息，而其係有可能令居民受驚或不安者；
- b. 以上項所指手段，引起或試圖引起保安部隊內部分裂，或保安部隊與立法機關、執行機關或司法機關之間分裂；或
- c. 煽動以暴力進行政治鬥爭。

## 二、分析：

澳門刑法之規定，基於特殊歷史因素，並非立於國家存立之保護，而是將破壞已在澳門確立政治、經濟或社會制度，作為規範對象。此際，值得注意之處在於，設若妨害地區已確立之政治、經濟或社會制度，得為處罰對象，則其應刑罰之基礎，自非國家存立之侵害。易言之，斯類侵害者之所以應受處罰，並非攻擊對象之得否或應否受保護，而共同生活秩序之安寧，始為刑法所應關切者。

## 第二節 內亂罪諸般問題之困境

### 第一項 困境之發現

民國 80 年 9 月 18 日，刑法學者林山田教授發起「一〇〇行動聯盟」<sup>38</sup>，以「反閱兵、廢惡法」為號召，提出廢除刑法第 100 條、修正刑法第 101 條與第 102 條之主張。林教授此舉，於中外皆可謂前無古人後無來者；蓋內亂罪之於學術或實務，本來即無足輕重矣。此或因政治上之禁忌，或因案件數量之不足，總之，內亂罪於刑法上，實乏使人探索追尋之機。

林教授之論述內亂罪，其主觀思想如何，係不得而知<sup>39</sup>。惟客觀上，依「抗爭 100-廢除刑法第 100 條抗爭札記」之目次，當可發現與台灣獨立之主張，有極大牽連。果然，依立法院院會紀錄，無論立法委員陳水扁等 21 人之提案<sup>40</sup>、趙少康等 28 人之提案或黃主文等 47 人之提案<sup>41</sup>，黃華等涉及台灣獨立之叛亂犯，始終在討論之列。

本文第二章，就中國共產黨叛亂史已有粗略介紹，此際，當不妨以「共黨叛亂」與「台獨叛亂」作對照。依本文所見，二者之不同僅止於「實力」。按民國 12 年，共黨已經透過聯俄容共、國共合作之方式，使共產黨員得以個人身分加入國民黨<sup>42</sup>。自民國 13 年黃埔建軍始，共黨逐步依賴國民黨而取得對抗國民黨之軍事力量。然而，台灣獨立運動，始終缺乏武裝實力。或因如此，使得後者必須訴諸法律；前者則無此問題。

本文認知如上，但林山田教授或受限於國民黨於彼時仍然勢大，或僅以刑法第 100 條之刪廢作為手段。將刑法第 101 條為保留而修正<sup>43</sup>之，成為林氏之主張。

「一〇〇行動聯盟」確實為內亂罪之困境開啟方向，惟主張或支持者之謬誤，亦非少見。例如：「綜觀美國、加拿大、英國、日本、泰國、韓國、西德、澳地利等民主先進國家，均無類似我國刑法第一百條思想、言詞、文字叛亂之規定……<sup>44</sup>」；其執筆者似乎漏未注意，其所謂之民主先進國家-泰國，正因軍方發動軍事政變而使首相下台，次

<sup>38</sup> 參林山田著，抗爭 100 - 廢除刑法第 100 條抗爭札記，第 149 頁 - 第 163 頁，1992 年 1 月再版，自立晚報社文化出版部，台北。

<sup>39</sup> 林氏就內亂罪最清晰之表態，亦僅止於「防制」；即視之為政治問題，期待以政治手段，透過民主憲政的良好制度而解決之。參林山田著，論政治犯罪，收錄於氏著刑事法論叢(二)，第 441 頁以下，台大法律系發行，1997 年 3 月初版，台北。

<sup>40</sup> 參立法院公報第七十九卷第二十二期院會紀錄，第 12 頁以下、第八十卷第四十二期院會紀錄，第 17 頁以下。

<sup>41</sup> 參立法院公報第八十卷第四十二期院會紀錄，第 17 頁以下。

<sup>42</sup> 參郭恒鈺，共產國際與中國革命 - (「第一次國共合作」)，第 80 頁，東大圖書股份有限公司，民國 80 年 4 月再版。

<sup>43</sup> 參林山田，前揭註 38，第 52 頁。

<sup>44</sup> 參立法院公報第七十九卷第二十二期院會紀錄，第 12 頁。

年(即西元 1992 年)，軍方為維持軍人政府，更以武力鎮壓民眾。

「一〇〇行動聯盟」確實為內亂罪之困境開啟方向，惟其未有本文之時空背景，致未能意識「刑法第 101 條無論如何修正皆無用」之困境。渠徒留敗筆之處在於，國內學界普遍存有「外國立法例不罰內亂罪之陰謀犯」、「和平內亂無罪」或「言論內亂無罪」之錯誤印象。



## 第二項 構成要件行為之欠缺

通謀外國或其派遣之人，意圖使該國或他國對於中華民國開戰端者，處死刑或無期徒刑；通謀外國或其派遣之人，意圖使中華民國領域屬於該國或他國者，處死刑或無期徒刑。依前開刑法第 103 條第 1 項及第 104 條第 1 項條文可知，刑法對外患罪之構成要件。於該二條項，凡「意圖使外國對於中華民國開戰端」或「意圖使中華民國領域屬於外國」者，必須有「通謀外國或其派遣之人」之行為，始足成立各該罪名。

刑法第 100 條之所以能構成本文緒論之所質疑者，蓋其與刑法分則各條，確實有所不同。蓋基於罪刑法定原則，刑法處罰之對象雖係行為人，但處罰之依據，應始終鎖定於行為人之行為<sup>45</sup>。是以，分則各條所形成之構成要件，在行為刑法之拘束下，莫不以行為之描述或定義為核心。

行為乃一人類活動。其呈現於客觀外在，且為立法者認為有害，而欲以刑罰相繩時，必先就行為事實之形象，為類型性之描述<sup>46</sup>。此類型性描述，即刑法各罪之構成要件。例如。刑法第 320 條第 1 項：「意圖為自己或第三人不法之所有，而竊取他人之動產者……」；此竊取，即於違反他人意願之客觀情形下，就他人對動產原有之持有狀態加以瓦解，並另行建立一嶄新支配管領力之行為。簡言之，某一行為是否為竊盜罪，乃以該行為為評價客體，透過法律規範而為客體評價。此評價關係之形成，實乃出於竊盜此一行為，係侵害財產權利，而此侵害係構成對人類群體共營生活之基礎，即個人財產保護之重大破壞；因此應以刑法加以非難。是以，立法者試圖先行描述竊盜之行為與攻擊法益之方式。其後，竊盜行為發生時，始有規範足作客體評價之依據。

惟刑法第 100 條「破壞國體，竊據國土，或以非法之方法變更國憲，顛覆政府」云者，實為意圖此一主觀要件，而非行為；至於「強暴、脅迫」者，無非係方法或手段行為，亦不屬於構成要件行為<sup>47</sup>。基於「行為刑法原則」，是以，欠缺行為此一要素，內亂罪因自始欠缺足為評價客體之依據，自無從為客體評價。

<sup>45</sup> 因此，從文字嚴謹而言，民國 17 年舊刑法第 1 條：「行為時之法律無明文科以刑罰者，其行為不為罪」之用語，即較民國 24 年新刑法第 1 條：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」，來得精確。

<sup>46</sup> 參林東茂，前揭註 22，第 1-106 頁。

<sup>47</sup> 參最高法院 27 年滬上字第 54 號判例：「刑法上之未遂犯，必須已著手於犯罪行為之實行而不遂，始能成立，此在刑法第二十五條第一項規定甚明，同法第三百二十一條之竊盜罪，為第三百二十條之加重條文，自係以竊取他人之物為其犯罪行為之實行，至該條第一項各款所列情形，不過為犯竊盜罪之加重條件，如僅著手於該項加重條件之行為而未著手搜取財物，仍不能以本條之竊盜未遂論。」簡言之，僅已著手於犯罪行為之實行而不遂者，始能成立未遂犯；如著手於加重條件之行為，仍不能以未遂論罪。另參立法院公報第七十九卷第二十二期院會紀錄，第 13 頁。

### 第三項 手段行為之羅織過甚

刑法於民國 81 年修法時，懷於民國 24 年本條第 1 項「意圖破壞國體、竊據國土，或以非法之方法變更國憲、顛覆政府，而著手實行者」之有干涉思想或言論之虞，乃以可罰性較高之「強暴」、「脅迫」為限縮，並欲藉之與第 101 條之暴動內亂罪有所區別<sup>48</sup>。

立法者心存寬仁，固已見諸典章而當傳諸萬世。此後，最高法 81 年度台上字第 2343 號判決即謂：「修正後之刑法第一百條普通內亂罪，明定以行為人客觀上須以「強暴」或「脅迫」之方法著手實行為其構成要件之一，而所稱「強暴」，乃指一切有形力即物理力之行使而言，不問其係對人或對物為之均包括在內；所謂「脅迫」，則指以侵害生命身體、自由、名譽、財產之不法為目的之意思，通知對方足使其生恐怖不安之心之一切行為而言。是行為人意圖破壞國體、竊據國土、或以非法之方法變更國憲、顛覆政府，而著手實行，或預備犯之者，倘若不具備以「強暴」或「脅迫」之手段實行或預備犯之者，均應認其欠缺犯罪構成要件之該當性，而不在處罰之列」。

惟此模式是否足可獲致排除干預思想或言論，而止於可罰性較高之強暴、脅迫，似非無疑。按強暴者，指施用有形之物理力，形成對於他人意思或行動之制壓或妨害。刑法上之強暴概念，隨各個犯罪要件之不同而有相異之涵義，學說著述上，對之有區分為四類者，亦有僅作二分者。再脅迫者，指以言語、舉動之手法，通知或預告行將加諸強暴之內容，而形成對於他人意思或行動之妨害。學說分類上，脅迫區分為三：1、廣義之脅迫，凡一切惡害通知行為均屬之；如第 150 條聚眾脅迫罪或第 135 條妨害公務罪。2、狹義之脅迫，指以對人身施加攻擊為其內容之惡害通知行為；如第 304 條強制罪。3、最狹義之脅迫，指惡害內容足以使人無法抗拒之通知行為；如第 328 條強盜罪。

無論區隔強暴為四級<sup>49</sup>或二分<sup>50</sup>，本條均採最寬鬆者<sup>51</sup>；此在脅迫亦同。惟如此一來，

<sup>48</sup> 依大理院統字第 75 號解釋：「私放票布若其行為之目的與意思為預備或陰謀內亂者依內亂罪處罰私放票布其行為之目的與意思若係妨害秩序應按照刑律妨害秩序罪辦理。」可知，民國 81 年以前，私放票布（即秘密結社），若其行為之目的與意思，為預備或陰謀內亂者，依內亂罪處罰。

<sup>49</sup> 1、最廣義之強暴，泛指一切有形力之施用，不論對人或對物施之，均屬之，例如刑法第 150 條聚眾強暴罪。2、廣義之強暴，指對人施用有形物理力之行為，但不以直接對身體實施為必要，例如第 135 條妨害公務罪。3、狹義之強暴，指直接對人之身體所實施之有形力，例如第 329 條準強盜罪。4、最狹義之強暴，指對人身體且足以壓制反抗力之有形力行使，例如第 328 條強盜罪。

<sup>50</sup> 1、直接強暴，指直接對於被害人施加之有形力行使。2、間接強暴，指對於被害人以外之第三人或物施用有形力而間接形成對於被害人意思或行動妨害之情形。

<sup>51</sup> 按我國刑法雖繼受自日本，惟日本無類如我國刑法第 100 條，但因彼邦學說或實務均將「暴動」解作「強暴」與「脅迫」，我國於 81 年修正刑法第 100 條時，加入「強暴」、「脅迫」。本文推論，或因出於限縮第 100 條之成罪，學說及實務乃從日本。參西田典之著，劉明祥、王昭武譯，前揭註 24，第 320 頁。另參山口厚著，王昭武譯，前揭註 23，第 619 頁。孫嘉時，前揭註 28，第 5 頁。

刑法第100條，其罪之有，即不免生錯愕。蓋於第101條之暴動內亂罪，依判例解釋，暴動者，指多數人不法結合，加以腕力或脅迫，使地方人心陷於不安之行為而言。此等解釋之結果，暴動內亂罪之暴動，與第100條普通內亂罪之強暴脅迫，幾乎無所區別。從而，第100條與第101條已生重疊。再者，先置該二條之重複規定而不論，亦不問字義上強度較低之強暴、脅迫。單從暴動係「多數人不法結合，加以腕力或脅迫，使地方人心陷於不安」之解釋而言。試問，多數人之不法結合，鎮日揮舞旗幟，招搖於鬧市大街，動輒向路人厲聲叫喊「推翻無能政府」；此難道非「腕力或脅迫」，難道不能「使地方人心陷於不安」。但究其實際，此等「暴動」之手段，究竟仍距侵害國家存立之法益甚遠。



#### 第四項 立法模式之難題與騙局

刑法第 100 條第 1 項係以意圖破壞國體、竊據國土，或以非法之方法變更國憲、顛覆政府，而著手實行作為其構成要件<sup>52</sup>。依其條文可知，其無非係危險犯之立法。蓋本文已經陳明者，刑法第 100 條本無就行為之為描述，其僅鋪陳意圖要件於前，而將著手實行置於強暴或脅迫等手段之後。申言之，但凡行為人有所意圖，而著手實行強暴或脅迫者，即足成罪。

行為犯係相對於結果犯之概念。犯罪之「既遂」，倘以一定行為為要件，而非必須有行為以外之結果者，即行為犯<sup>53</sup>。至於著手犯，則指刑法於構成要件中，將既遂與未遂視為一體<sup>54</sup>。二者無論德語單字不同，概念上亦似各有指涉，惟於案例之摘舉，均含有內亂罪。

換言之，學理上，內亂罪有稱行為犯，亦有認為係著手犯。前者，似從法益概念出發<sup>55</sup>；後者，或立足於構成要件之定義<sup>56</sup>。本文無力對之加以剖析，惟著眼於內亂罪之立法模式而為剖析，應認為內亂罪之問題在於：「立法者對犯罪行為之不確定」，進而其「構成要件不穩定」，從而「實務操作發生不安定」。

著手犯之提出，其在內亂罪之意義厥為，本文前稱「內亂罪欠缺行為要素」，成為空談。蓋既云「既遂與未遂視為一體」，似乎，手段或方法行為一旦實行，欠缺構成要件行為之著手，即無要緊。

確實，此推論尚非無據。然則，以之對應德國刑法，即有破綻。按該國刑法第 81 條及第 82 條，似以「改變基本法為基礎之憲法秩序、妨害聯邦存在、使州之全部或一部併入聯邦之他州，或將某州之一部與該州分離」，為其構成要件行為。但細繹其文義，須以「暴力或暴力相威脅」之方法或手段行為相加，顯然，同於我國刑法第 100 條，德國刑法第 81 條及第 82 條，亦無構成要件行為。從而，德國刑法第 83 條就叛亂行為之預備為處罰，其「預備實施」云者，竟係「著手犯之預備犯」？若然，第 84 條之維護

<sup>52</sup> 稱著手實行，或稱實行之著手，指開始實行構成要件所描述之行為或密接於該構成要件行為而言，乃用以區隔故意犯行中，其預備或陰謀與未遂階段之分水嶺，並為國家發動刑罰權以制裁犯罪行為之起點標誌。至於同條第 2 項之所謂預備，指未達著手程度之前，為便利將來實行行為之遂行而實施之各種準備行為。型態上，不論係籌備犯罪工具或練習犯罪手法、勘查或出發接近犯罪場所、於預定犯罪地等候下手時機、排除犯罪時之可能障礙、為日後脫罪進行準備或預作犯罪利益之確保行為等等。

<sup>53</sup> 參黃榮堅，論行為犯，收錄於氏著「刑罰的極限」，第 213 頁，元照出版公司，1999 年 4 月元照初版，臺北。

<sup>54</sup> 參林東茂，前揭註 22，第 1-76 頁。

<sup>55</sup> 參黃榮堅，前揭註 53，第 220 頁。

<sup>56</sup> 參林東茂，前揭註 22，第 1-76 頁。

被宣布為違憲之政黨罪，與第 85 條之違反禁止結社罪，自應解作「著手犯之預備犯之預備犯」。亦即，德國立法者之將刑罰前置以求周延，竟至天羅地網？本文於此設疑。

刑法之前置，法理上並無問題。例如，刑法第 271 條之殺人罪，罰及未遂與預備。為求生命法益保護之確實，槍砲彈藥刀械管制條例第 13 條第 4 項將「未經許可，持有、寄藏或意圖販賣而陳列槍砲、彈藥之主要組成零件」，亦加以處罰。然而，刑法第 296 條之 1 第 2 項「意圖使人為性交或猥褻之行為而犯前項之罪」，必行為人有同條第 1 項「買賣、質押人口」之行為。此際，立法者能否將「意圖使人為性交或猥褻之行為而買賣、質押人口」，再予以前置？又如第 297 條「意圖營利，以詐術使人出中華民國領域外」，則為法益保護之周延，立法者得否再為前置？。另外，刑法第 304 條第 1 項「以強暴、脅迫使人行無義務之事或妨害人行使權利」，立法者又應如何將之前置？

內亂罪之行為要件欠缺，致使成為著手犯之模式，除內亂方式多端，難於訂定於法條之外。良以其目的，係根本推翻國家，為各罪之最重者，且內亂既遂，則無從處罰。從而，自不得不使刑罰防禦提前。

有認為，內亂罪係危險犯，按現行法體例，有區分為抽象危險犯與具體危險犯二類。抽象危險犯，乃於其構成要件之內容中，並不以描述危險之具體存在為構成要件要素，故僅須行為對法益形成一般的、潛在的、抽象的危險，即足成立之犯罪，例如本法第 173 條、第 174 條第 1 項所定之放火罪是。抽象危險犯乃立法者於制立之時，藉由構成要件所描述之全體事實，即抽象地預定某法益危險之已存在，因而，法官根本無庸為危險有無之審查。檢驗上，一旦確認構成要件所描述之全體事實皆已實現在外，即可判為係屬典型之危險行為而構成犯罪。具體危險犯者，指在構成要件之設計上，將行為對法益所造成之現實危險明定為構成要件要素之犯罪，例如本法第 174 條第 2 項、第 175 條所定之放火罪是；以公共危險罪章為例，大凡於條文內定明有「致生公共危險」要件者，即為具體危險犯之標記。具體危險犯之設計，考其用意，當係立法者於制法之初，就某類行為之是否必然產生危險，在時空事物尚未具體之情況下，並無確切把握，遂不得不以「法益危險」作為其構成要件要素，將該危險存否之判斷任務，委由法官於個案裁判中，針對各別情節進行具體之審查。準此，於具體危險犯之案例，裁判官對危險有無被惹起，必須為確實之判斷。

據上說明，復對照內亂罪之法條文字與立法理由可知，內亂罪之屬性，應是傾向抽象危險犯。蓋本罪之設，既云係各罪最重，自宜以構成要件所描述之全體事實顯現，其所抽象預定某法益危險之即已存在，始足稱保護周延。換言之，立法者於制立內亂罪之

時，藉由構成要件所描述之全體事實，即抽象地預定國家法益危險之已存在，法官根本無從為危險有無之審查。一旦審判中確認構成要件所描述之全體事實皆已實現在外，即可判為係屬典型之危害國家存立的危險行為，進而成立犯罪。

然而，國家存立之受危害，其行為強度究應達於何種程度，能否無分軒輊而以手段—強暴、脅迫或暴動，作為判準？此種判準是否過於抽象，而無從捉摸？依學者論述，創設危險構成要件係基於下列理由<sup>57</sup>：

1. 處罰實害犯的預備及未遂，保護仍然不足。
2. 行為之侵害結果無法描述，但不能坐視結果發生。
3. 行為人責任難以認定。
4. 掌握未生實害的僥倖危險行為。
5. 防禦危險。

然而，對應上開學說見解，刑法第 100 條第 1 項之文字，又有下列矛盾：

1. 本罪之處罰對象，已屬未遂：並非就既遂為提前防禦。
2. 本罪之結果可以描述，但不能坐視結果發生。
3. 本罪並非行為人責任難以認定。其若人數甚少，即易認定；人數過多，則司法機關恐難一一充分認定。
4. 本罪皆屬故意違犯；過失犯之甚難想像，無掌握之必要。
5. 本罪之危險，刑法無從防禦。

針對上開矛盾，可以結合本章第一節所述，加以說明。蓋行為乃行為刑法之核心，法官之認事用法，所認定者係行為，所適用者係行為與構成要件之合致。此無論行為犯或實害犯，危險犯或結果犯，並無不同。換言之，欲以無行為之條文防禦危險，必然發生矛盾。

<sup>57</sup> 林東茂，前揭註 21，第 15 頁以下。

## 第五項 意圖要件之紛亂

意圖，指行為人超越其對構成犯罪事實之認知而為實施該犯行所擬達成之終局目的<sup>58</sup>。刑法於少數犯罪之主觀要件上，除構成要件故意外，並明定以一定之意圖為其要件，乃用以確認法益攻擊行為之方向而凸顯行為整體不受容許之特質，如第 100 條所規定之意圖要件、第 157 條挑唆包攬訴訟罪之「漁利」意圖、第 195 條偽造貨幣罪之「供行使之用」意圖，或第 320 條竊盜罪之「為自己或第三人不法之所有」意圖。

多數主張認為，第 100 條之「破壞國體、竊據國土、以非法之方法變更國憲、顛覆政府」，係四種意圖要件<sup>59</sup>。國體，即國家政治體制，或政治權力行使之結構型態；依憲法規定，我國乃主權屬國民全體而為民有、民治、民享之民主共和國，故凡變動民主共和國之體制者，即謂破壞國體。竊據國土者，乃占據領土、領海、領空之全部或一部，而排除中央政府對該領域之權力行使。所謂以非法方法變更國憲，凡不依正當修憲程序而達更改憲法內容者，均屬以非法方法變更國憲。至於以非法方法顛覆政府，係指不依憲法所定之程序而破壞國家行使統治權之政府組織。

多數見解依法條文字排列方式為推演，將「破壞國體」、「竊據國土」、「以非法之方法變更國憲」及「顛覆政府」，認作四種不同攻擊方向之意圖，固非無憑。惟按，民國 24 年本條立法理由既云：「……犯罪目的，原案規定有三：一、顛覆政府。二、僭竊土地。三、其他紊亂國憲。修正案刪併為紊亂國憲一項，蓋政府乃依據國憲所組織，國憲可以包括政府，故本案擬從修正案，將顛覆政府句刪去。至土地與國憲本為兩事，變更國憲者，非必僭據土地，而僭據土地者，亦非必變更國憲，故本案擬仍從原案。……」是以，本條意圖要件雖似有四，但破壞國體與顛覆政府，即無非非法之方法變更國憲之例示而已。從而，本條意圖要件只有二種：1. 「竊據國土」與 2. 「以非法之方法變更國憲」。

<sup>58</sup> 林山田，刑法通論(上冊)，第 210 頁，林山田發行，臺大法學院經銷，2000 年 10 月增訂七版一刷，臺北。

<sup>59</sup> 實務見解，如最高法院 81 年度台上字第 4015 號判決：「修正前刑法第一百條第一項之普通內亂罪，係以行為人有破壞國體、竊據國土，或以非法之方法變更國憲、顛覆政府等不法目的之意圖……同條第二項之預備普通內亂罪，自以行為人具有上述四種不法犯罪目的或有其一之意圖……」。

### 第三節 本文所信-刑罰之不必與無能

整理各國立法例後，本文首先發覺者，即各國果然不約而同，將內亂視作洪水猛獸，必以恢恢之網，求其疏而不願漏。基於上開整理，必須先行排除者，乃古代君主制度下，內亂罪難免與侵犯皇室牽扯不清。應再強調者，內亂其實是無定向攻擊；諸如襲擊官署、盤據軍政機關、劫奪軍械彈藥、殺害政府首腦等等。其手段既五花八門而包羅萬象，自然而然，立法者的描述定義即黔驢技窮。又民主國較諸君主國多出「國憲」，乃立法者即將重心再往之偏移，試圖重新包裝上市。此時所衍生之問題在於，民主國家之國憲，是否足為內亂罪之保護核心，並進而賦予內亂罪新生命。

暴動內亂罪，此一罪名應是討論內亂罪應否存在的關鍵。緣暴動這二字，在語意上的確相當負面；如殘暴、強暴或暴亂是。法律構成要件之設計上，「暴」所蘊含者，不論稱作不法腕力之施用或至使不能抗拒，皆是無罪與有罪轉化之玄機，或為低度罪名層升為高度罪名之關鍵。從立法論，此無疑是因力量施用，通常足已帶來身體或生命法益之危險，自然須以法律為禁止。以刑法第 328 條之普通強盜罪而言，客觀上行為人有下列 1. 取財或使之交付的行為，2. 腕力的施用行為，3. 腕力施用之傷害結果，4. 被害人意思決定受壓制之結果。設強盜罪被刪除，行為人仍可論以刑法第 321 條的竊盜罪、第 284 條的傷害罪及第 304 條的妨害自由罪。

從而，縱使刑法未設強盜罪，強盜行為亦不至於無法可管。立法者將強盜行為之特質自各罪中抽離解析，而後重新制定出另罪，可能之理由在於：「強盜行為有其特殊罪質，以多數罪名相互涵攝，仍不足以充分描述，自然應該另行評價」。此須指出者，強盜罪之所以為強盜罪，並非只以「取財+不法腕力=強盜」而為理解；強盜罪之所以是強盜罪，其實是「被害人的財產法益與自由法益均被行為人侵害，而此侵害因手段強度增加，其身體法益被害之危險持續升高」。

內亂二字之前，若然加上暴動二字，成敗逆轉竟有如此不同。暴動，綜觀我國刑法，僅第 101 條有之。依民國 24 年立法理由「暫行新刑律第一百零一條補箋稱暴動之內容有三：一、多數協同。二、加以腕力或脅迫之行為。三、不法，缺一則非暴動」。此際，應細予思量者，依循前開立法理由，最高法院 22 年上字第 2292 號判例與司法解釋，均解釋暴動為多數人不法結合，加以腕力或脅迫，使地方人心陷於不安之行為。惟所謂人心之不安，其實判斷匪易。蓋糧食短缺、刑事案件屢起、車禍肇事不斷、失業率突升、物價上漲或政策驟然推動，無一不足為人心不安之因素。惟第 101 條之解釋上，只須有

多數人之不法結合為既足，如此一來，狂徒十餘人於街頭巷尾，施以拉扯而圖顛覆政府者，即該當斯罪。立法論上，可謂當乎？

本文以為，刑罰之目的，係在維護人類營共同生活之秩序。茲以刑法第 271 條為例；本條之處罰殺人者，其誠命在於不得殺人。刑法第 271 條之保護法益，通說均認為係個人之生命法益。然而，與其認為係保護法益係刑法之目的，不若認為法益僅係刑法規範效力之確認方式，以及刑罰權之控管設限方式；如此而已。

雖然通說皆以刑法之首要任務係在保護法益，並認為立法者將某一特定行為，透過法條之類型化而為犯罪之認定。其前提在於該行為可能侵害法益，乃須藉由刑罰加以規範並預防。然通說終究未能闡明，何以其論述終究未能逃避「有害社會之行為」，以及「維護社會共同生活秩序」等類似之字眼。本章係以內亂罪之規範錯亂，為其題旨。是自應以其如何錯亂，為論述核心。惟本文於此驟行突襲，其原因在於，對向來刑罰浮濫之無奈與反擊。按法益此一概念興起於德國，並藉學說導入我國。對此一命題描述最是清晰者，國內迄今當無過於法益與刑事立法一書。從前揭論著之提出時期，以及論者於該書所附之另文可知，作者應係對於我國彼時之特別刑法肥大症，有欲建之言。特別刑法之去除，我國已有成效。惟大量「有害且具有重大社會意義之行為」，每藉由社會法益概念，而輕騎突入刑罰領域，則為不爭之事實。本文是以擬提陳「刑罰無能概念」，藉之補充。

按法益之說乃以個人法益之保護為其核心，並認為並非所有生活利益皆須以法律保障，且只當非以刑法保護不足以達到保護目的時，刑法始為保護該法益而發動。惟如上述，此說終究未能逃避「有害社會之行為」，以及「維護社會共同生活秩序」等類似之字眼。是以，如內亂罪之以國家存立為法益者，縱將法益限縮為與個人法益有關，亦難逃順藤摸瓜之牽扯。

次以，若將刑法之目的認作保護法益，雖有刑法最後手段與刑法自我謙抑之優點。但刑法最後手段與刑法自我謙抑，若換角度切入，亦未必不能達到。就上開問題，本文將於第五章詳細說明。此處本文欲強調者在於，「刑罰無效概念」。縱使認為刑法之目的係保護法益，然刑法規範效力之維持，終究倚仗國家為其維持主體。直言之，國家實力即刑罰權確認與執行之唯一憑藉。因此，國家存立實與刑罰權之存在，有密切關聯。若從此而言，刑罰保障效力之延伸範圍，即難謂不及於國家存立之保護。此應即「覆巢之下無完卵」。

然而，刑法規範效力應只能應付對國家常態秩序之破壞；至於發生內亂已非國家之

常態<sup>60</sup>情狀。此可從刑事訴訟法將內亂罪之第一審，置於高等法院<sup>61</sup>，可以窺知。大理院統字第 401 號解釋解釋文謂：「補充條例之監禁處分與刑罰不同，應分別執行官吏。於緝獲盜匪或內亂罪人，未經長官核准即行鎗斃，均應以殺人罪論……<sup>62</sup>」。本文乃認為，該號解釋即刑法無力規範非常態事件之例證。蓋於「實然」與「應然」，「存在」與「當為」之間，本來即有其無奈與難言。前開解釋，依本文所查並無年月日。但可推論者，此係作成於北洋政府時期；蓋民國 16 年，國民政府奠都南京，改大理院為最高法院，隔年公布國民政府最高法院組織法，即以最高法院為全國終審法院。

北洋政府自民國元年，迄民國 17 年，係代表中國之唯一合法政府。雖然，國民政府於其後代之，且每於官方教科書醜化北洋。惟北洋軍閥控制下之大理院，仍然堅持正當法律程序。亦即，內亂罪案件惟大理院有管轄權，且未經長官核准即行鎗斃，均應論以殺人罪。事實上，北洋政府所稱之內亂，即可能係南方孫逸仙之軍政府，更可能為直系、奉系或皖系軍閥。此其時，大理院所堅持之正當法律程序，雖值後世稱頌。然不得不直言者，大理院彼時究竟靠直系、奉系或皖系之實力庇護，方能維持審判；或者，每次內戰所執獲之行為人<sup>63</sup>，究竟如何解往北京。凡此，皆屬難題。

本文所稱刑罰之無能，於此可以點破。一言之，國家刑罰權之效力所及，應以警察或類似警察之文官，其能力範圍為準。倘如「犯罪」已經是治安機關無力控制者，司法機關已是自顧不暇；此二機關人員之生死，或其「權力」之授與，皆須待新舊「政府」之角力結果，方能肯定。斯種情勢，國家刑罰已不存在<sup>64</sup>。

<sup>60</sup> 另外，於國家非常態之情況，訴訟程序之發起恐怕亦成問題。如美國南北戰爭後，Ulysses S. Grant 將軍下令，投降之南軍官兵只需遵守假釋條件，聯邦政府不加以干預。此時，只見行政權，又何司法權之有。參 HUGH BROGAN 著，李銓譯，美國史，第 526 頁，財團法人陽明管理發展中心，民國 79 年 6 月初版。

<sup>61</sup> 另參大理院解釋統字第 1348 號解釋文：「內亂罪案件惟大理院有管轄權非軍民長官能越俎代謀」。由司法院法學檢索系統下載。應提請注意者：1. 原文並無標點符號。2. 「均」似應係均。

<sup>63</sup> 參民國 37 年 6 月 23 日司法院院解字第 4067 號解釋，江蘇高院首席檢察官原呈：「……懲治盜匪係屬特種刑事案件第一審管轄權應屬各地方司法機關審級不同程序各異審理將感困難況在匪區供職人員犯罪事實多屬強暴脅迫無異盜匪如部令之指示審理權限動輒混淆究應如何劃分敬請核示者一旦匪區供職人員除極少數之個別主犯意圖顛覆政府者外其他多屬盲從暴動助紂為虐意在強掠財物實同盜匪倘以內亂罪追訴未免過認匪類之身價職意除個別首謀主犯外其餘匪黨事實明確悉由各地方司法機關以盜匪罪論處較為簡捷可否之處應請核示者二抗戰軍興國步多艱共匪乘機騷擾東勦西竄致匪區廣泛無如民眾多為威脅利誘參加匪黨如竟以內亂罪追訴則第二審法院之承辦人員原有名額因不敷支配即二審法院所在地之監所容量有限一旦令其收押大批匪犯如何容納又有一大問題……」。

<sup>64</sup> 縱使存在，亦相當混亂。如司法院民國 17 年 1 月 9 日解字第 8 號解釋：「查當事人不服法院決定自得控告惟內亂罪訴訟屬於反革命案件範圍依特種刑事臨時法庭組織條例第二條應歸該法庭受理本案如經檢察官控告原裁決尚未確定即應仍由該法庭審判。」，以及民國 22 年 1 月 30 日司法院院字第 844 號解釋：「查反省院條例第五條第一款所謂受反革命罪刑之執行一語。依刑法內亂條文處斷之案件。如其實質與反革命罪相當者。亦包括之。」。究竟在當時，誰為革命，誰為反革命，恐怕無非由實力定之。

如現今通說，刑法以保護法益為目的，並從個人法益逐步外延推移而擴張。刑罰之擴張，其目的應是為法益保障之周全。因此，超個人法益遂有發展之餘地。然則，以超個人法益為目的的刑罰前置，雖有周全保護法益之優點，但其實已有處罰空洞內容之弊。舉例而言，刑法第 271 條係為保障生命法益，而處罰行為人；其處罰從既遂、未遂擴及預備，但不罰陰謀。立法者一面宣示不罰陰謀殺人，然卻於第 293 條與第 294 條，將殺人之處罰，從預備為立足點再作出發。純從邏輯推演，第 293 條與第 294 條實已罰及預備殺人之前階段矣。此從組織犯罪條例亦能有如上結論；亦即，我國之特別法亦有提前形成截堵的功能。本來，集會結社即憲法所保障之自由。組織犯罪條例之制定，限制人民此項自由，其目的當然在預防「犯罪」。犯罪之處罰，規定於刑法；犯罪的預防再又規定於特別法。純從邏輯推演而言，豈非形成刑法刑罰之再提前。從而，論者執堅守個人法益之立場，並非無據。

建築房屋首重地基，地基堅如磐石而屹立不搖，房屋自然巍峨聳立；法律條文之編寫亦同。刑法第 100 條，由於無法正面描述內亂並就行為加以定義，乃根本欠缺安定性與明確性，其後之第 101 條植基於斯而有發揮，自無可能。惟從民國 81 年的修法資料可知，刪除普通內亂罪，處罰暴動內亂罪，幾乎成為通說。

內亂罪之建置，除規範空洞而無適用餘地外，更可能違反刑法之保護目的。惟學說或實務肯定法益係多元，因而無可避免者，乃必須肯定內亂罪之存在。關此，本文於此僅設其疑，而將之留於第五章續陳。

# 第五章 內亂行為應刑性之檢驗

## 第一節 議題之沉澱與再提陳

刑罰施用之效果，無論生命刑、自由刑或保安處分，其之於受刑者，皆為痛苦。以痛苦加諸於同類，天演論上稱之為物競天擇；刑法上則無非為應報，或以惡害相加充作鎮壓、預警之工具。是以，從刑罰之結果而論，刑法確實有其工具性格。本文必須指明，刑法之工具性格，縱係立於民主法治國家，亦不應忽視。至於闡明刑法之工具性格，是否物化人民使之成為工具？本文以為不然，蓋立足今日，人類思想文明已歷經數千年之醇化，如大江東去；雖專制獨裁之陰影不遠，亦當不至於逆流反撲。

我國憲法第1條及第2條明文，「中華民國基於三民主義，為民有民治民享之民主共和國」、「中華民國之主權屬於國民全體」。此二條文盡人皆知，然而，刑法上之「除罪或入罪」，似甚少據為論述基礎。本文以為此乃一多重因素複合，所導致之窘境。在神權時代或君權時代，受制於統治階級之暴力，學者多不願正面說明國家刑罰權之由來。蓋君權神授，豈容隨意置喙。是宋代蘇軾藉「堯舜禹湯文武成康」等聖君明主為託詞，再以「賞疑從與，所以廣恩也；罰疑從去，所以謹刑也」作鋪陳，而指出「是刑之威，施於刀鋸之所及，而不施於刀鋸之所不及也。先王知天下之善不勝賞，而爵祿不足以勸也；知天下之惡不勝刑，而刀鋸不足以裁也。是故疑則舉而歸之於仁，以君子長者之道待天下，使天下相率而歸於君子長者之道」。刑賞忠厚之至論，據悉為蘇軾科舉進士及第之答題作品。於今可以想像者，蘇軾不能逕言君主應慎刑不濫，僅能期待統治階級有君子長者之忠厚。

近代學者透過長久經驗之累積，將人民恐懼遭受某些侵害，將造成共同生活之基礎受破壞，於是將有必要排除之侵害，分類歸結。然後，據而推導認為，人類生命、身體與健康、自由、名譽及財產，均屬共同生活下所不可欠缺者。此即法益概念；學者主張，法益係先於刑法而存在，並經由共同生活基礎而被發現。法益，係法律規範動機，乃規範制定之上位指導概念<sup>1</sup>。本文以為，此仍屬刑法學上為討論國家刑罰權之正當性，卻又必須迴避迎擊統治者權威所形成之思想。

本文以內亂行為之除罪為題旨，且逕謂以檢驗內亂行為之應刑性為核心。惟應刑性究係何指？其與「除罪或入罪」有何關係？學說上對於如何判斷「除罪或入罪」，是否

<sup>1</sup> 陳志龍，法益與刑事立法，第103頁-第105頁，臺灣大學法學院圖書部，民國86年三版，臺北。

提出何種準據？該等理論是否足為支持？凡此，均係本章所應續行論證探討者。既云「內亂行為之除罪」，顯而易見者，本文係建置於立法論上之命題；蓋我國刑法第 100 條與第 101 條之明文俱在。是以，本文乃是就刑法第 100 條與第 101 條之設置，予以否定。對於立法者所肯定者為否定，其應具備之條件或理由應係如何，此即本章所關心者。因此，本章之核心係「出罪」或「除罪」，至於偏鋒所及倘逕爾觸碰至「入罪」者，均因非關題旨而不深入。

又論述「除罪或入罪」此類命題時，論敘上每從「犯罪之意義」或「犯罪之概念」著手<sup>2</sup>。大致上之區分，則將犯罪區分為形式之犯罪定義與實質之犯罪定義。

形式之犯罪，指刑事實體法明文規定科處刑罰或保安處分之法行為；此定義即明示國家刑罰權之界線，使追訴與審判工作者有其依據。換言之，縱使民事或行政上之不法行為，或道德上被重大非難之惡行，倘無刑事實體法之明文，均非犯罪。

實質之犯罪，乃出於對前者之質疑。蓋形式之犯罪定義，不能說明何以刑事實體法所明文科處刑罰或保安處分者，即為犯罪。實質之犯罪定義認為，犯罪為複合概念，必須就其實質內涵觀之，犯罪乃具不法、罪責與應刑性(Strafwürdigkeit)等要素之刑事不法行為。有此三本質要素之具備，刑事立法上，始得加以犯罪化、即賦予刑罰之法律效果，使之成為犯罪行為<sup>3</sup>。反之，無上開三要素者，自應除罪。

不法與罪責，其與應刑性多有重疊<sup>4</sup>。是以，實質犯罪之意義，應只有應刑性。德語(Strafwürdigkeit)一詞，有譯作應刑罰性，本文稱應刑性。其理由在於，「懲」或「罰」，用於刑事不法之說明上雖無不妥，但終不若「刑」字之簡雅精確<sup>5</sup>。

其實，無論上開形式之犯罪意義與實質之犯罪意義，均在說明國家動用刑罰制裁人民時，應具備之條件<sup>6</sup>。但二者均無法說明國家刑罰權之正當性。此謂之正當，如同民法上所謂「有權占有」之「權源」。有權占有之人，必當有其權源可據。然現今之學理，縱立於實質犯罪意義，其所據引之論點仍僅止於說明「行為之品質於何種態樣下，國家可以處罰」，而未能精準鎖定於「國家刑罰權之來源」。因此，本文加以深入碰觸，並提出質疑，然後補充。另外，在內亂行為之除罪化而言，縱使前開章節已經分從歷史、憲

<sup>2</sup> 參王明偉，賭博行為應刑性之研究，第 113 頁以下，中國文化大學 98 年碩士論文。陳俊偉，入罪化與除罪化-刑事立法政策之基本思維-，第 7 頁以下，中正大學 93 年碩士論文。丁昱仁，獵捕保育類野生動物之可刑罰性研究，第 97 頁以下，臺灣大學 94 年碩士論文。

<sup>3</sup> 參林山田著，刑法通論，第 123 頁以下，自版，2000 年 10 月增訂七版，台北。

<sup>4</sup> 參陳俊偉，前揭註 2，第 14 頁，中正大學 93 年碩士論文。

<sup>5</sup> 參王明偉，前揭註 2，第 2 頁及第 113 頁。

<sup>6</sup> 當然，形式意義之犯罪定義側重於司法工作者，而實質意義之犯罪定義則為立法者奉行之圭臬。

法及各國刑法就處罰內亂之條文為分析，本文自認獲得除罪之理由。然而，刑法學就除罪問題，仍宜自有準繩。

是以，下節係從現有之除罪與入罪之學說上判斷標準，以及實務上之觀點為出發，復提出本文所提之標準為對照，試圖得出有效論證。



## 第二節 應刑性與除罪或入罪

### 第一項 對現有應刑性判斷標準之質疑

現今應刑性之判斷，學說彙整上認為，主要建構於「社會損害」與「法益侵害」二原則。<sup>7</sup>簡言之，某行為對法益之侵害，造成社會之重大損害時，該行為已經對於社會共同生活之秩序，造成破壞而無法為社會所無法忍受。此時，國家始能以刑罰加以規制。

本文雖論除罪，但不能忽略入罪化之結構而獨立進行；蓋二者實一體之兩面，前者係「從有到無」，後者乃為「從無到有」。因此，從反向操作，將入罪化之標準適用於除罪化，自可能使除罪化之基礎更形穩固<sup>8</sup>。

入罪化，有從分配正義為重心、延伸出法律正義與平均正義的結構，說明正當刑罰的基本結構；其認為，正當的刑罰化，應該能夠與正義的理念相契合。而在正義的內涵中，「分配正義」所強調的各得其份，直接說明了特別預防的觀點；「法律正義」則呼應了一般預防必須依照社會共同體的觀點給予刑罰的說法；「平均正義」則是為絕對刑罰理論提供了應報思想上的基礎。刑罰的來源首先是源自於正義的觀感，因此在刑事立法的影響上，正義原則仍然可能也應該是一個實質的依據準則，作為入罪與除罪、刑罰的運用上的指導方向<sup>9</sup>。從上述可知，與正義之概念不合者，可以為除罪之判斷依據。

此外，學說或從「時代背景」、「成本效率」、「監獄滿額」、「法益觀念之轉變」<sup>10</sup>等，亦提出除罪之分析模式。

首先，本文以為，從社會損害之角度，或就不法行為所破壞法益之價值與程度，無論合一或隔離觀察，均係學者之立場，而非人民之觀點。蓋損害或法益，均係學說論述，人民無從感知。

其次，所謂社會損害或社會重大損害，無法連結國民願意犧牲個人部分自由、權利，用以組合國家之初衷。蓋人民組成國家，或基於共營生活之所需，或為抵禦天然與人力災禍之所需；無論如何，乃以一己之私而為先決條件。故而，損害之角度，應從個人、社會，再層昇為國家，始稱妥適。

再者，法益概念之建構，固能使制定或操作法律之人，更精確掌握制定或操作之方

<sup>7</sup> 陳俊偉，前揭註2，第16頁。

<sup>8</sup> 陳俊偉，前揭註2，第144頁。

<sup>9</sup> 丁昱仁，前揭註2，第103頁。

<sup>10</sup> 蕭仲廷，從「法治國刑法」觀點探討婚外性行為之法律責任，第42頁 - 第53頁，東海大學92年碩士論文。類似之說，參陳俊偉，前揭註2，第34頁-第46頁。

向。然而，實證上之功能，法益卻常於操作之時，始被提出；立法之際，立法者毫無斯等意識，更遑論國家主權之擁有者。易言之，法益說或係刑罰節制之絕佳控制手法，但不足以作為國家刑罰權發動之基礎。

另外，涉及未來事態之預防，社會損害與法益侵害二原則，均有相同問題。蓋於無從估計損害程度或範圍下，預測純粹只能是預測。然而，預測者非正當權力之擁有者，其至多只能提供預測值，不容越位代行判斷。

此外，諸如學說就社會損害性所提出之行為非價、結果非價與良知非價<sup>11</sup>者，其實不脫於本文上開質疑；亦即，純屬學者就道德層次之解說，而非人民意志之體現。至於「時代背景」、「成本效率」、「監獄滿額」、「法益觀念之轉變」等說，亦同。

綜上所述，現有應刑性之判斷標準，似不失為論述國家刑罰權應循之路線或軌跡，但絕非其本質。依本文所信，國家刑罰權真正之來由，實乃國民意志之體現，除此以外，殊無他路。



---

<sup>11</sup> 參林山田著，前揭註3，第127頁以下。

## 第二項 對實務觀點之回應

實務就除罪所提出之意見，除大法官於解釋文、各自提出之協同或不同意見書外，台灣台北地方法院法官陳志祥於釋字第 476 號解釋所提之聲請書，所謂：「立法者形成自由不可違背各種憲法原則，孟子曰：「離婁之明，公輸子之巧，不以規矩，不能成方圓；師曠之聰，不以六律，不能正五音；堯舜之道，不以仁政，不能平治天下。」立法者在行使立法權時，固有相當程度自由形成法律之裁量（Ermessen）空間；惟仍須符合各種憲法原則始可，並非可以任意為之。申言之，立法者之立法裁量或立法形成，唯有在憲法原則之規範下，始有其自由可言，不能使其形成自由凌駕於憲法原則上；申言之，其裁量必須本於理性抉擇，始得謂其合憲法；否則，以為立法萬能而任意為之，乃裁量濫用（Ermessensfehlgebrauch），違背恣意禁止（Willkuerverbot）原則，自難免其為違憲之立法。」

換言之，基層法官之於除罪判斷，乃從憲法而來。從憲法之諸般原則，或從立法自由形成，於本文看來，並無不同。以後者而言，所謂立法自由形成，固可謂係對民意之尊重。惟立法者行使立法權，係國會就民意所為之表達，非民意之本體。至於從憲法角度云者，其實無異於前項之學說；二者自有相同瑕疵。



### 第三項 小結

本文以為，學說就應刑性所提之檢測標準無誤，但前提有問題。學者從法學上已經得出，「犯罪定義乃源于於社會契約之國家觀念，即人民授權國家以刑法來禁止或誡命某些特定行為。國家若未依據法定程序公佈施行之法律，則不可以剝奪或限制人民之行為自由。為使人民深知何種行為可為或應為，何種行為又是不可為，則須經由刑事立法程序，定出明確之刑罰界線，並加以公布施行。<sup>12</sup>」之概念。但是，卻旁徵博引其餘之輔助概念，權充主要概念。

從人性之本質而言，契約論亦難使人信服。人性趨利而避害，焉能謂有願以一身之生命身體安危，作契約之標的者！

我國憲法第 1 條及第 2 條謂：「中華民國基於三民主義，為民有民治民享之民主共和國」、「中華民國之主權屬於國民全體」。因此，從主權擁有者之感受，始能得出刑罰權之正當性。。

欲以全體國民共同行使權力，實際上殆無可能。從而基於代議政治，憲法第 62 條與第 63 條即規定：「立法院為國家最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之，代表人民行使立法權。」、「立法院有議決法律案，預算案，戒嚴案，大赦案，宣戰案，媾和案，條約案及國家其他重要事項之權。」

承襲本文前述所得，國家刑罰權即出於憲法目的，或可謂人民願意成立國家之目的。粗略而言，危懼共感之共同，或可謂類似契約說。但契約係意思表示之對向一致。精確而論，危懼共感較似於合同行為；集結合者之意思並非對立，而是方向共同。

<sup>12</sup> 林山田著，前揭註 3，第 124 頁。應敘明者，林教授原文有「形式之」三字為首，本文刻意略去。蓋本文以為，非但形式之犯罪定義係源于於社會契約，實質之犯罪定義亦同。

### 第三節 危懼共感之出現與對應

#### 第一項 共同感受與共同需求

人類係具有抽象思維與自我意識之物種，因此，人類內心對事物能有所感受，並就其感受有所表達。所謂內心，無非即透過感官知覺，將訊息傳遞回腦部，經由思考整理而得出之認知經驗。例如喜、怒、哀、樂，或如恐懼、驚慌、嫉妒、羞愧或滿足。由於，人類有語言表達等溝通能力，可以形成群體共營生活，就生存所需之之諸般問題，加以分工。因此，群體社會中，自有共同感受或共同需求。

需求乃基於感受而來，例如饑餓感為進食之動機，或基於喜愛而購置華麗服飾。群體之間倘若有共同感受，自然亦能形成共同需求。感受既是發自內心，自然純屬主觀而無評價上真偽、高低或好壞。蓋立於人性尊嚴之立場，人人皆有其價值，自不容加以品論。群體之共同感受，亦然。如同伊斯蘭世界之教義，係出自該族群之集體意識-即共同感受，同得出之共同需求。倘若有自命為救世主之外族妄加干預，或者予以嘲弄、非價，自有未妥。

人民單一之感受或群體之共同感受，於民主國之立場；前者，可能為全體國家機關之任務，後者，多屬立法機關之任務。申言之，一人之感受所生之需求，可能純為意見表達，亦或係有所請求；是謂之全體國家機關。至於多數人之共同感受，此種同一感受係集自各方，自然非常可能為現行法上所漏未規範者，乃有需求之缺乏而生共感；此應賴立法解決。

民國 80 年代，基於金融市場自由化之需求，我國政府開放銀行之設立。幾乎同時，為提高教育品質，我國政府將許多專科學校升格為技術學院；同時亦開放大學設立。民國 94 年，繼南韓之後，我國亦發生卡債風暴；立法院即通過消費者債務清償條例。

人之一生，縱依恃著理性思考與自我約束，惟類如杞人憂天的恐慌或畏怖，即便博碩鴻儒，也難免有之。於是乎，大廟小宮幾成「臺灣奇蹟」之一；逢廟必燒香，亦屬是臺灣人生活之一部<sup>13</sup>。宗教教義，乃人類社會維持秩序之一種力量。但充其量亦只能達成道德上約束，至多是昇華而成為心靈安寧之追尋而已。如果逾越前述範圍，希望能更有所得，則是迷信之開始。迷信，可能是一種循環。

民國 100 年 10 月初，統一、味全及光泉三大業者，幾乎同步調漲鮮奶價格，10 月

<sup>13</sup> 宗教信仰，各國各種族皆有。但國人信仰宗教與外國頗有不同。伊斯蘭教之激烈狂熱，我國無之；基督教以聖經或做禮拜達成心靈撫慰者，我國少見。

中行政院公平交易委員會介入調查並裁罰，至當月月底，立法院推動修法，準備將罰鍰調高至年營業額 10%。但是，「……顏太太說，發現薪水漲的速度趕不上生活開銷增加的速度，自然就會減少像是名牌包、保養品等奢侈品的支出。不過問題不在於物價高漲，是在於每樣都漲，因為現在每天出門，豆漿、奶茶、咖啡分別漲個五塊、十塊，漢堡、便當、炒飯漲個一、二十塊，飯又不能不吃、飲料也不能不喝，一氣之下，乾脆早餐在家裡吃、午餐在公司吃便當，晚上若是晚點下班，乾脆不吃晚餐當「減肥」。最令她無奈的是，過去每天至少要喝一杯星巴克咖啡，現在為了省錢，也改成一星期一杯，平常就勉強喝「難喝」的沖泡即溶式咖啡。她搞不懂的是，這種在美國被視為「藍領階級消費」的飲料，就像台灣廣告裡的「維 X 比」，身為中產階級的她，現在居然快喝不起……<sup>14</sup>」。

人性貪財好利，此無需諱言。因為貪財好利，買賣關係自屬買賣雙方對立的意思表示合致；對立，所以買方求物美價廉，賣方要超額利潤<sup>15</sup>。勞資關係亦同；企業主苦思降低人事成本，勞工圖謀高薪。此際，是非之評價係已非關鍵，重點在於「受苦之共同感受」莫名於茲誕生並滋長。「薪水不漲，物價飛漲」，此議題在臺灣一直被媒體關注著；依本文觀察，至少從民國 97 年到 101 年，似是民不聊生而哀鴻遍野。

金融市場自由競爭與高等教育普及，前者係「西方先進國家」所宣揚，後者恐怕僅止於傳說中「西方先進國家」始有之。公營行庫壟斷且不競爭，臺灣金融業需要注入活水，此為彼當時金融改革開放之理由，亦是事實。但金融改革後，銀行林立；立時發生之問題則為經營困難。於是乎，銀行業者強推信用卡；無論持卡人之財力。此後，卡債「危機」隨之爆發。我國官方對此問題反應非常迅速，消費者債務清償條例隨之制訂公布施行。本文並非否定此一法律之制定；本文乃是質疑：1. 此問題需要解決之處何在？2. 消費者債務清償條例果能解決問題？3. 是否因此又製造另一問題？設想，積欠卡債又無力清償，最「務實」之方法無非是不還。蓋無力清償，再怎麼想，還是還不了。形成制定消費者債務清償條例的社會輿論，站在極高的道德標準，試圖作到「有債必還，討債不逼債」，而求兼顧。雙贏乃絕妙好詞，然在卡債問題不同。消費者債務清償條例未施行之前，銀行依法必須取得執行名義，聲請強制執行直至債權滿足，若無可供執行之財產，銀行只能領債權憑證。有消費者債務清償條例，情況並無多大變化；欠錢仍需還錢，被欠錢者仍不能滿足。其實，只要欠債當還此一觀念還在，卡債問題就無解；既然

<sup>14</sup> 引自 2008 年 3 月 17 日中國時報第 A6 版。

<sup>15</sup> 事實上，刑法所追求的充分評價，除了「罪」的正確可能，「刑度」就很難充分；過高或過低，都是可能發生的。公平正義之學尚且如此，物美價廉只能是廣告慣用語，不會是事實。

無解，消費者債務清償條例即未解決問題。朝另一個方向思考，其實卡債問題在於發卡浮濫，發卡浮濫因為競爭激烈，競爭激烈出自銀行過多；亦即，消費者債務清償條例引發「他案」在於，破壞「金融改革」之美意。

據引上開事件之意義在於，共同感受一旦形成，政府所恃者只有法律。此其時，法律基於國民主權原則，師出有名；自然無顧忌、無躊躇。論者倘若疵議，認為不合於何種原則或何種精神，均無法阻止民主之洪流。換言之，國家全部機關應於早先洞燭，而非事後徒呼負負。



## 第二項 危懼共感之意涵

前項稱感受或共同感受者，所指萬端。然何種共感係指向「危」、「懼」，則必須說明。「危」、「懼」二字，於中文字義上，均已事態之極端；例如，危險、危害、危難，或如，恐懼、畏懼、驚懼。是以，凡群體社會發生之共同感受，竟出自於對某事物之「危」所生之「懼」，該事態之抑制，自當由國家以法律為經常性，持久性之規範。

一行為引發社會大眾對之有所感受，導致其日常社會生活秩序受波動與影響，此種波動與影響使共同生活之多數人民產生共同感受，且因此一感受涉及危害恐且影響人民生活，而民法、行政法等法律規範皆不足以平息人民之危懼感時。由於人民共同之意志之趨向，促使立法者必須動用刑法將該行為予以規制，以求得人民共同危懼感之平緩。此稱危懼共感。質言之，一個行為是否將其制定在刑法之中，必須以人民為本，並非是立法者隨意任為。

我國憲法第1條及第2條雖謂：「中華民國基於三民主義，為民有民治民享之民主共和國」、「中華民國之主權屬於國民全體」。然欲以全體國民共同行使權力，實際上殆無可能。從而基於代議政治，憲法第62條與第63條即規定：「立法院為國家最高立法機關，由人民選舉之立法委員組織之，代表人民行使立法權。」、「立法院有議決法律案，預算案，戒嚴案，大赦案，宣戰案，媾和案，條約案及國家其他重要事項之權。」準此，立法機關對於履行國家保護義務，享有廣泛之形成權，可依據人民基本權利遭逢危害之種類、程度而選擇採取不同的措施加以保護。又立法委員係由全國各地人民定期選舉產生，立法者須表達人民之心聲，此乃代議制度之使然。故人民對某行為之討厭、排斥程度是立法院行使立法權之唯一指標，亦須做到完全反應民意之要求。基於國民主權原則，人民作為國家之主人，人民之需求或好惡乃政府施政之唯一指標。

又國家有保護人民權益之義務，對於人民之基本權受國家以外第三人之侵害，國家必須採取一定之保護措施。然而以刑罰手段應係最後手段，必須其他法律規範難以被人民期待能夠達成保護效果時，始以此最後之手段，透過刑法來制裁此種來自第三人的基本權利侵害，以收有效之制止或威嚇效果<sup>16</sup>。

<sup>16</sup> 參王明偉，前揭註2，第116頁以下。

### 第三項 立法者對共同感受為反應之檢驗

立法院之議決法律案，是否均能忠實體察人民之需求或感受，並據以為正確之反應？以下，本文以下列三法之修廢過程試圖澄清之。

#### 第一款 保險法第 107 條之例

一、條文：

「以十四歲以下之未成年人，或心神喪失或精神耗弱之人為被保險人，而訂立之死亡保險契約無效。保險人或要保人故意違反前項之規定者，處一年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金。<sup>17</sup>」

「以十四歲以下之未成年人，或心神喪失或精神耗弱之人為被保險人，而訂立之死亡保險契約無效。保險人或要保人違反前項之規定者，處行為人一年以下有期徒刑、拘役或五千元以上、一萬元以下罰金；並處保險人一萬元以上、二萬元以下罰鍰。<sup>18</sup>」

「以十四歲以下之未成年人，或心神喪失或精神耗弱之人為被保險人，而訂立之死亡保險契約無效。<sup>19</sup>」

民國 86 年 5 月 9 日，本條刪除<sup>20</sup>。

民國 90 年 6 月 26 日，本條復活。其條文為：「訂立人壽保險契約時，以未滿十四歲之未成年人，或心神喪失或精神耗弱之人為被保險人，除喪葬費用之給付外，其餘死亡給付部分無效。前項喪葬費用之保險金額，不得超過主管機關所規定之金額。<sup>21</sup>」

民國 99 年 1 月 7 日，本條修正：「以未滿十五歲之未成年人為被保險人訂立之人壽保險契約，其死亡給付於被保險人滿十五歲之日起發生效力；被保險人滿十五歲前死亡者，保險人得加計利息退還所繳保險費，或返還投資型保

<sup>17</sup> 民國 52 年 8 月 20 日全文修正時之條文。

<sup>18</sup> 民國 63 年 11 月 19 日修正條文。理由：照黨政協商條文通過。

<sup>19</sup> 民國 81 年 1 月 16 日修正條文。理由：「一、第一項未修正。二、第二項罰則，移列第五章第五節第一百六十九條之一，俾資一致。」

<sup>20</sup> 理由：「一、本條刪除。二、現行條文對十四歲以下之未成年人、心神喪失或精神耗弱之人為被保險人，但該類事件之實際案例並不多見，爰將本條予以刪除。」

<sup>21</sup> 理由：「一、以未滿十四歲以下之未成年人、心神喪失或精神耗弱之被保險人，而訂立之保險契約，雖有戕害此類被保險人人身權益之可能，惟有關其死亡時所應支出之喪葬費用，乃人性尊嚴上所應給予之基本保障，並無禁止之必要，故以此類被保險人訂立之死亡保險契約，有關喪葬費用給付部分，仍應賦予其效力，爰為第一項之規定。二、人壽保險契約中死亡給付部分，一定保險金額之喪葬費用，由主管機關配合社會經濟及保險業經營情況訂定，即足以防止道德危險之發生，爰增訂第二項。」

險專設帳簿之帳戶價值。前項利息之計算，由主管機關另定之。訂立人壽保險契約時，以精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為或欠缺依其辨識而行為之能力者為被保險人，除喪葬費用之給付外，其餘死亡給付部分無效。前項喪葬費用之保險金額，不得超過遺產及贈與稅法第十七條有關遺產稅喪葬費扣除額之半。第一項至第四項規定，於其他法律另有規定者，從其規定。<sup>22</sup>」

## 二、本文簡評：

十四歲以下之人，或心神喪失或精神耗弱者，由於其自我保護之能力不足，每有圖謀高額保險金之徒，先以之為被保險人而訂立保險契約，再行製造死亡或傷害之事故，領取保險金。

此種事件，立於人民之觀點，自是厭惡不已，且不欲歹徒獲得不法利益。然而，此類事件畢竟為數不多，且十四歲以下之人，或心神喪失或精神耗弱者，對其有保險利益而有投保需求者，亦非少數。因此，人民之共同感受所形成之立法需求應當只有「應賠者賠」、「不應賠者不賠」，如此單純而已。從而，民國 52 年 8 月 20 日修正條文「保險人或要保人故意違反前項之規定者，處一年以下有期徒刑拘役或五百元以下罰金。」假設，要保人係有不法意圖，則人民對其危懼共感，已反應於殺人或傷害罪，至其故意投保者，應無之。反言之，無不法意圖之要保人，以及純為收取保險金之保險人，其危懼共感之不存，更是確定。

由於立法者未能精確捕捉人民之意志，民國 52 年以後，該法不斷修正，乃屬當然。

## 第二款 道路交通管理處罰條例第 68 條之例

### 一、條文：

「汽車駕駛人因違反本條例及道路交通安全規則之規定，受吊扣或吊銷駕駛執照處分時，吊扣或吊銷其持有各級車類之駕駛執照。<sup>23</sup>」

「汽車駕駛人，因違反本條例及道路交通安全規則之規定，受吊扣或吊銷駕駛執照處分時，吊扣或吊銷其持有各級車類之駕駛執照。<sup>24</sup>」

<sup>22</sup> 理由：「照黨團協商條文通過。」

<sup>23</sup> 民國 64 年 7 月 11 日全文修正之條文。

「汽車駕駛人，因違反本條例及道路交通安全規則之規定，受吊銷駕駛執照處分時，吊銷其持有各級車類之駕駛執照。<sup>25</sup>」

「汽車駕駛人，因違反本條例及道路交通安全規則之規定，受吊銷駕駛執照處分時，吊銷其執有各級車類之駕駛執照。

領有汽車駕駛執照之汽車駕駛人，除駕駛聯結車、大客車、大貨車外之非其駕駛執照種類之車輛，違反本條例及道路交通安全規則之規定，應受吊扣駕駛執照情形時，無因而肇事致人受傷或重傷者，記違規點數五點。但一年內違規點數共達六點以上或再次應受吊扣駕駛執照情形者，併依原違反本條例應受吊扣駕駛執照處分規定，吊扣其駕駛執照。<sup>26</sup>」

## 二、本文簡評：

道路交通管理處罰條例第 68 條，其最關鍵問題在於，反該條例及道路交通安全規則之規定，受吊扣或吊銷駕駛執照處分時，若吊扣或吊銷其持有各級車類之駕駛執照，是否符合人民之共同感受。

本文以為，受吊扣或吊銷駕駛執照處分之人，均係情節重大，其駕駛習慣之不當，極為明顯。以我國現今交通安全狀態而言，確實有同時吊扣或吊銷之必要。

身為民國 94 年版條文之「執筆者」，本文以為，該條之修正確實有必要。至於此後迭經修正，亦係民意之忠實反應。蓋共同感受或需求，由於純係主觀產物，自難免有其浮動性。此種浮動，係立法者於立法之後，仍應時時保持注意之處。

## 第三款 以刑法第 185 條之 3 為例

### 一、條文：

「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或三萬元以下罰金。<sup>27</sup>」

<sup>24</sup> 民國 75 年 5 月 13 日全文修正之條文。

<sup>25</sup> 民國 94 年 11 月 22 日修正條文。理由：依原法條文，文中「吊扣或」三字刪除。

<sup>26</sup> 民國 99 年 4 月 20 日修正條文。理由：鑑於本條例前已修正刪除受吊扣駕駛執照處分，吊扣各級駕駛執照之規定，為利明確汽車駕駛人駕駛非其駕駛執照種類之車輛，違反應受吊扣駕駛執照之處分處理，並在兼顧本條例立法意旨下，增訂第二項得緩即予吊扣而採記違規點數及駕駛人仍無改正仍再犯違規之應併原吊扣處罰之規定。

「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處一年以下有期徒刑、拘役或科或併科十五萬元以下罰金。」<sup>28</sup>」

「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物，不能安全駕駛動力交通工具而駕駛者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元以下罰金。因而致人於死者，處一年以上七年以下有期徒刑；致重傷者，處六月以上五年以下有期徒刑。」<sup>29</sup>」

## 二、本文簡評：

刑法第 185 條之 3，堪稱危懼共感之經典。自民國 88 年本條制訂後，修正在於罰金刑之加重，再漸次擴及於自由刑之加重。亦即，本條確實隨同民意而為修正。

問題在於，道路交通管理處罰條例第 86 條第 1 項：「汽車駕駛人，無駕駛執照駕車、酒醉駕車、吸食毒品或迷幻藥駕車、行駛人行道或行經行人穿越道不依規定讓行人優先通行，因而致人受傷或死亡，依法應負刑事責任者，加重其刑至二分之一。」立法者於忠實反應民意之時，似乎見未及此。

從而，具體適用之後，人民之共同感受如何？自有再次修正之可能。

<sup>27</sup> 民國 88 年 3 月 30 日增訂條文。理由：一、本條新增。二、為維護交通安全，增設服用酒類或其他相類之物過量致意識模糊駕駛交通工具之處罰規定，以防止交通事故之發生。

<sup>28</sup> 民國 96 年 12 月 18 日修正條文。理由：照黨團協商條文通過。

<sup>29</sup> 民國 100 年 11 月 8 日修正條文。理由：一、按原刑法第一百八十五條之三規定酒駕行為之處罰為，一年以下有期徒刑、拘役或科或併科二十萬元下罰金，若因而致人死傷，則另依過失殺人或傷害罪處罰，惟其法定刑度分別僅一年以下或二年以下有期徒刑，顯係過輕，難收遏阻之效，爰先將刑法第一百八十五條之三第一項規定有期徒刑一年以下之法定刑度提高為二年以下有期徒刑。二、增訂第二項。查有關公共危險罪章之相關規定，除有處罰行為外，若有因而致人於死或致人於傷，均訂有相關加重處罰之規定，次查道路交通管理處罰條例第三十五條有關酒醉駕車之處罰規定，除對行為人課以罰鍰外，若因而肇事致人受傷或死亡，亦另訂有較重之處分規定，爰參考刑法公共危險罪章相關規定及道路交通管理處罰條例，對於酒駕行為之處罰方式，增訂因酒駕行為而致人於死或重傷，分別處以較高刑責之規定。又酒駕肇事行為，屬當事人得事前預防，故雖屬過失，但仍不得藉此規避刑事處罰，考量罪刑衡平原則，爰參酌刑法第二百七十六條第二項業務過失致死罪，以及同法第二百七十七條普通傷害罪之處罰法定刑度，增訂因酒駕行為而致人於死者，處一年以上七年以下有期徒刑，致重傷者，處六月以上五年以下有期徒刑。以期有效遏阻酒駕行為，維護民眾生命、身體及財產安全。三、酒後駕車足以造成注意能力減低，提高重大違反交通規則之可能。行為人對此危險性應有認識，卻輕忽危險駕駛可能造成死傷結果而仍為危險駕駛行為，嚴重危及他人生命、身體法益。原依數罪併罰處理之結果，似不足以彰顯酒駕肇事致人於死或重傷之惡性。外國立法例不乏對酒駕肇事致人於死傷行為獨立規範構成要件之情形；如日本、香港、科索沃等。故增訂第二項加重結果犯之刑罰有其必要性。

## 第四節 本文之立場

本文寫作之時，偶見一新聞，以其與內亂行為淵源甚深、年代不遠而為人熟悉，且頗具啟發之意，爰抄錄全文：「政治大學創校八十五周年，今年校方首度頒發「傑出校友獎」，當選人名單中，赫然出現當年曾以留美學生身分，刺殺時任行政院副院長蔣經國未遂的新聞系系友黃文雄。政大校長吳思華表示，傑出校友由各學院自行推薦，個個都是政大人的榜樣，校方完全尊重。政大新聞系廿一屆校友黃文雄，一九七〇年曾以留美學生身分混入人群中，試圖槍殺當時赴美訪察的蔣經國。「四二四刺蔣案」雖然沒有達到黃文雄「阻擋蔣家接班計畫」目的，卻成了震驚中外的政治暗殺事件，全球各地的報紙皆以大篇幅報導。蔣經國返台後，更自此不再踏出國門。黃文雄也是政府海外黑名單解禁的最後一人。政大前身係國民黨考量革命建國人才需求迫切，於民國十六年設置短期訓練性質的「中央黨務學校」，由當時的總統蔣中正擔任首屆校長。民國十八年雖改組成為「中央政治學校」，依然是台灣早年培育政治人物的搖籃。黃文雄在五〇年代考上政大，新聞系畢業退伍後，緊接著考上新聞所，才念完碩一，隨即申請獎學金到美國匹茲堡大學攻讀社會研究所，之後再轉往美國康乃爾大學念博士。如今高齡七十五歲的他，仍不改當年犀利作風，曾任台灣人權促進會會長，現任台灣促進和平基金會董事長，堅持為捍衛台灣人權奮戰到最後一刻。黃文雄說，自己所剩的時日不多，只希望能將分分秒秒都用在對台灣人有意義的事情上。政大新聞系系主任林元輝說，黃文雄堪稱國內首屈一指的人權鬥士，台灣當前社會能享受自由風氣，完全是黃文雄等多位人權先驅革命換來的結果，因此黃文雄獲頒首屆傑出校友，絕對當之無愧。政大傳播學院副院長陳百齡說，早年在新聞系裡所有資料，曾有很長一段時間看不到黃文雄姓名，直到九〇年代初期系上網頁改版時，才在幾名老師建議下，替黃文雄找回歷史紀錄，導致許多人未曾聽聞黃是政大新聞系畢業。陳百齡表示，黃文雄與政大淵源，從被系上除名到成為首屆傑出校友，不僅代表著政大走過黨校時期的階段性任務，更見證台灣社會走向多元開放。參與黃文雄刺蔣計畫的留美生鄭自才，其胞弟鄭自隆目前也在政大廣告系任教，對於黃當選傑出校友，他也肯定校方心胸開闊。依照政大日前通過的「傑出校友遴選辦法」，傑出校友是由九個學院在院內組成遴選委員會，分別推選一到三名校友。林元輝表示，新聞系歷史悠久，值得被提名的校友人數很多，原先系上推薦三位，最後卻因其他兩位校友推辭，最後僅由黃文雄當選。」<sup>30</sup>

<sup>30</sup> 民國 101 年 5 月 18 日中時電子報，最後搜尋日期民國 101 年 11 月 14 日下午 6 時 37 分。

「四二四刺蔣案」之顛末，盡人皆知，自無須徒增言詞。此際，可以我國權威政治學者鄒文海先生之說為對照；其謂：「國家體制乃國家精神寄託之所在，不容野心家任意破壞。<sup>31</sup>」本文以為，所謂國家體制云者，君主制、民主制、立憲制或共產制均屬之。若謂野心家破壞，則各朝各代，萬國各制之更迭，孰為野心家？孰為救世主？實難明認矣！於今，為台灣獨立而刺殺蔣經國之黃文雄「內亂犯」，當選中國國民黨為革命建國設置「黨校」之「傑出校友」，當足為最佳例證。

本文自知，某行為之入於刑罰，倘若經歷數千年，並深烙人心者，縱南山可移，世人必罰之心，當無可改。此時，舉黃文雄之事例只為陳明「朝秦暮楚」之荒謬而已。蓋以我國而言，朝代更替本屬司空見慣；是倉皇辭廟或稱孤道寡之事，不絕於史。常人囿於識見之不足，每有吟下里巴人輒屬而和之者，竟至無視春秋；以為革命係逆天驚世之舉。本文以為，學者切不可作此想，特別在法界；蓋著書立說而傳諸萬世者，應常持理性，堅持正道。所謂正道，殺人者、偷盜者或詐騙取財者，立法定制使之入刑受罰，雖朝代更易或國家之間互為吞併，惟罰之無人反對；此謂正道。又以司法實務家而言；檢察官起訴內亂犯，法院為有罪判決後再由檢察官指揮執行，設數日、數月或數載後「革命」竟成，其訴追審判主理之人，當如何自處？

提出應刑性之本質即危懼共感，實本文之關鍵。蓋司法實務上，國家刑罰權渾如天成，只須符合比例原則即足。學說上，則以社會損害及法益侵害二原則為支柱。然則，無論針對內亂此種古典犯罪或新型態之犯罪，任何學說或實務之立場，根本無從說明國家刑罰權之由來。其實，國家刑罰權之由來，學說與實務之論據並無異見；即直接肯定之。就此，本文以為係迴避問題。更遑論剖析內亂行為何以必須除罪。

內亂之相對於外患，以其亂或患乃出之於內；一言之，物已自腐即內亂<sup>32</sup>。內亂在朝代更迭之中，其實純屬事實狀態，甚至是無可挽回之宿命；其收拾則是一種實力的展示與結果。稱其宿命而無可挽回，可以共黨興起、民國肇建及清、明遞嬗為證。客觀上，明末農民起義直接顛覆了皇朝，但深析之可知，明自萬曆年間已種下惡因。又孫逸仙領導革命以前，清已歷經太平天國、捻亂及白蓮教亂等等。至於國民政府在大陸時期，其敗亡原因甚多，絕非簡短文字可以說明。然而，實力終歸係內亂之關鍵，實力導致之動亂，厥為應刑性-即危懼共感之所在。

---

<http://tw.news.yahoo.com/%E5%88%BA%E8%94%A3%E6%A7%8D%E6%89%8B-%E9%BB%83%E6%96%87%E9%9B%84%E7%8D%B2%E6%94%BF%E5%A4%A7%E5%82%91%E5%87%BA%E6%A0%A1%E5%8F%8B-213000772.html>

<sup>31</sup> 參鄒文海，政治學，第167頁，三民書局股份有限公司，民國85年2月二十四版，臺北。

<sup>32</sup> 當然，我國史上之外患與內亂之間常有因果關係，以其非本文之範圍，爰割棄之。

暴動內亂係依靠實力，因此，暴動內亂罪始稱內亂之典型。然而，吳三桂開山海關後區區二十萬清兵能底定華夏、武昌亂起後竟能各省響應而南北睽隔，以及共匪之百萬雄師橫渡長江天險，此皆是武力角逐之場合，非刑法規範效力之範圍。是以，暴動內亂罪具有危懼共感，但非刑法問題，而是政治問題。

普通內亂罪者，猶如今日臺北市街頭，統獨各有其宣傳車，橫行於道路，以高音喇叭遂行強暴脅迫之手段。然而，民眾各自從事自身事務，毫無阻礙。此種著手實行強暴脅迫之行為，又何有危懼共感可言？

從而，進行危懼共感概念之說明可以清晰理解應刑性，以及刑法之效力範圍。如此一來，本文附隨效力所及，可以作為檢驗其他犯罪是否有正當國家刑罰權之基礎。至於，以危懼共感作為應刑性之標準，是否有可能變成集體暴力，使國家權力之運作，猶如共黨或納粹一般。本文以為，政府於承平之際，原即握有話語權。是此等疑問，實乃政府與人民互動之問題。一言之，理性溝通是否常存於政府與人民之間。



## 第六章 結論

內亂行為之入於刑罰，已經歷數千年，並深烙人心。是以，雖南山可移，惟世人必罰之心，卻似無可改。此無非常人之囿於識見不足，每有吟下里巴人輒屬而和之。本文以為，內亂行為於今，已無應刑性。蓋殺人、竊盜或詐欺取財者，立法定制使之入刑受罰，雖朝代更易或國家之間互為吞併，惟斯類行為之處罰，無人反對。但是，檢察官起訴內亂犯，法院為有罪判決後再由檢察官指揮執行，設數日、數月或數載後「革命」竟成，其訴追審判主理之人，當如何自處？關此，學說上是否可以改弦更張，而無須自陷於朝秦暮楚之困窘？

對內亂行為之評價，如齊宣王問孟子：「湯放桀，武王伐紂，有諸？」孟子對曰：「於傳有之。」齊宣王又問：「臣弑其君可乎？」孟子再曰：「賊仁者謂之賊，賊義者謂之殘；殘賊之人，謂之一夫。聞誅一夫紂矣。未聞弑君也。」戰國時代，周天子對於諸侯根本無力管束制約。此其時，齊宣王之問桀紂事，其問鼎之心，不言可喻。然孟子終非等閒之輩；孟子先將桀紂定義為賊仁賊義之徒，使湯武脫免竊弑之惡名。同時，孟子弦外之音則可解作「君非一夫者，即為弑君」。

孟子倡言「民為貴，社稷次之，君為輕」。從此以後，內亂行為之發起，只須合乎解生民於水火，再將統治者定性為桀紂，除道德上即無可非難，孟子亦為內亂行為覓得阻卻違法事由。從因果關係之鏈結而言，孟子亦搖身而成為歷史上諸多內亂之煽惑者。因此，純從犯罪防治而言，欲禁絕內亂，當從思想箝制始。蓋思想可以傳萬世，其影響不容小覷。如此說來，民國81年刑法第100條第1項修正前之規定，似非無據。但對照諸各國史，內亂終究為新時代開展之必然；此可從人類透過內亂，由君主專制轉為民主共和，而證明之。是以，破壞國體、竊據國土、變更國憲或顛覆政府等思想，終非如毒蛇猛獸，必防之禁之。

單純之思想，縱使精醇至極，倘無加以試煉推行，終歸為書生之見，毫無用處。又思想之推行，亦非一人一時可以成就。因此，時機之搭配，當是必要條件。早於孟子與齊宣王之問答，楚莊王伐陸渾之戎，至于雒，且於周疆閱兵耀武，並問周鼎之大小輕重。楚莊王之舉動，其不臣之心昭然若揭；且依今日刑法回顧之，彼亦係著手於暴動矣。惟身為天下共主，周定王之作為，亦僅止於遣王孫滿慰勞之。王孫滿對楚莊王之問鼎，雖說理直氣壯，但真正使楚退兵者，在於時機與實力。因此，類如刑法第101條暴動內亂

罪之規定者，毫無適用之餘地。

本文之全般指涉，無論於古今中外，實為智者所深諳。是以，明代方孝儒於所著深慮論乃謂：「古之聖人，知天下後世之變，非智慮之所能周，非法術之所能制；不敢肆其私謀詭計，而唯積至誠、用大德，以結乎天心；使天眷其德，若慈母之保赤子而不忍釋。故其子孫，雖有至愚不肖者足以亡國，而天卒不忍遽亡之，此慮之遠者也。夫苟不能自結於天，而欲以區區之智，籠絡當世之務，而必後世之無危亡，此理之所必無者，而豈天道哉！」

承本文所分析各國內亂罪之規範模式可知，縱使歷經數千年，內亂罪之行為模式仍然難以具體描繪勾勒，使之成為符合刑法所要求之構成要件。此箇中之困難，亦如方孝儒之於深慮論所謂：「慮天下者，常圖其所難，而忽其所易；備其所可畏，而遺其所不疑。然而禍常發於所忽之中，而亂常起於不足疑之事。豈其慮之未周歟？蓋慮之所能及者，人事之宜然；而出於智力之所不及者，天道也。」

刑法上之不法構成要件(Unrechtstatbestand)，德語係 Unrecht 與 Tatbestand 二字組成；前者直譯作「錯誤」，後者直譯為「事實」。從 Tatbestand 所指事實之意為衍伸，則立於行為刑法之基礎上，無非指行為諸般情狀而言。是以，行為主體、行為客體、行為與其附隨情狀、因果關係，以及行為結果，即不法構成要件之客觀部分。至於不法構成要件之主觀，殆指行為人違反法秩序之意思或義務。要言之，不法構成要件係立法者為保護法益，而透過抽象、類型與概念化之方式，將所欲羅織之行為，以條文形式展現。內亂罪之不法構成要件，無論中外，皆因基點錯誤，導致其展延後之羅織範圍或大或小，竟爾難以兩全。本文所稱基點錯誤，即立法者以保護國家存立此一法益係屬錯誤。蓋國家存立云者，縱置本文所採否定之立場而不論；如肯定國家存立係必須保護，則國家安全之動搖或危險之發生，當以何時之有何行為，作為基點？

按刑法就法益之保護，於個人法益中係從生命法益、身體法益、自由法益而逐次展延至財產法益。此從司法實務而言，侵害個人法益之犯罪，始終為訴追審理之多數，應可參照驗證。故而，國家所欲以刑法保護之法益，自應集中於個人法益；至若不得已而必須擴張，亦須以個人法益為圓心，而密切貼近。惟立法者捨近求遠，放棄民主國家誕生以來刑法之目的，而反向追覓君主國之政權維繫目的，試圖冠國家存立之名以為保護對象。果不其然，於不法構成要件之建置，立法者即無法精確定義。對於無法精確描述定義之內亂行為，立法者惟恐禍常發於所忽之中，而亂常起於不足疑之事，遂選擇以抽象危險犯之模式，加以規範。

抽象危險犯，係用於實害不能預先估計；換言之，即客觀上可能發生之危險無法容忍，且危險發生之可能性極高，始為抽象危險犯所對應者。然而，縱係抽象危險，總必以危險行為作為不法構成要件，始足當之。刑法上欲將歷史上隨時局變化，所導發之無可防免事態，而必然致生之政府輪替更迭，欲求防患周延而以抽象危險犯之模式加以規範。其必然之結果，除有「備右則左寡，備左則右寡，備前則後寡，備後則前寡，無所不備則無所不寡」之闕漏，更可能因其「無所不備」，而致侵害人民權利，顛覆人民組成國家之原始目的。蓋如學說所見，「基於處罰實害犯之預備及未遂，保護仍然不足；又因行為之侵害結果無法描述，但不能坐視結果發生；且慮及行為人責任難以認定，以及掌握未生實害之僥倖危險行為，而以防禦危險為出發，係抽象危險犯之基本概念。但抽象危險犯所能防禦者，仍同於刑法，係以多數防禦少數而立論。深言之，常態社會之生活中，危險行為之操縱者係少數中之少數，且其操控之危險行為，乃社會所厭惡唾絕者。從而，實害犯固無論矣，即危險犯、著手犯等犯罪類型，終必須以危險行為為處罰依據。

危險行為之被人類所厭惡，而必加以防免杜絕者，應從營共同群居生活之人類集體意識出發—即危懼共感。在本文所論之內亂行為，群體之厭棄，絕非「破壞國體、竊據國土、變更國憲或顛覆政府」。蓋生活安定與幸福，實係國民內心之所趨所向。以「美麗島事件」為例：該事件之發生地，即高雄市，高雄市民甚或全臺人民對此事件若有危懼共感者，應在於地方是否因而產生動盪不安。至於主導事件之人所倡議之事，恐為市民國民所樂見樂聞者。由此可知，內亂罪，乃純係君主專制時代為永續皇權所設計之經典鎮壓工具而已。刑法第 100 條或第 101 條與君主專制時代唯一不同之處，在於加入國體國憲等民主色彩。然則，隨民主國家之誕生，此類以反對政府為目的之行為，其處罰規定，本應隨君主帝制一般，為歷史洪流所淹沒。

誠然，內亂行為之發起與擴大，確實必然造成地區之動盪，甚至全國人心之不安。故而，刑法不法構成要件之建置，自應著眼於暴動行為。暴動，依實務見解，係多數人不法結合，加以腕力或脅迫，而足以造成地方人心之不安。此種闡釋，從文義上為理解並非困難。惟倘臨機而欲適用於實際案例，則頗見倚輕倚重之失。蓋暴動之發起，其理由不一；足球敗北、警察執法過當，均足誘引。暴動之結果，輕則交通秩序、常態生活無法維持；重則生命、身體及財產不保。因此，純從個人法益為展延，立於社會秩序安定之確保，對暴動行為之欲威嚇或處罰，直可於社會法益章節明訂「起暴動罪」，而以「起暴動者，處 XX 年以上，XX 年以下有期徒刑」，更並不必再有任何意圖要件。良以，

暴動之首謀與附和隨行者眾，對所發生之侵害事實，難為適足之證明，更遑論評價，因此，起暴動之處罰，容或有其必要。至於起暴動倘涉及政治爭議，國家領導人亦有緩衝之餘地，可以行使赦免。

本文以為，上述單純之起暴動罪與刑法第 100 條普通內亂罪，二者之差異，最為關鍵者，即刑法對著手之判斷。按著手之判斷，係以構成要件行為之存在為其前提；無構成要件行為者，自無從為著手之認定。是以，現行刑法第 100 條所謂以強暴或脅迫著手實行云者，由於構成要件行為空洞廣泛，根本不足作為不法構成要件。再者，純以抽象危險犯之立法模式而言，其客觀構成要件之設置，本不以所描述危險之具體存在為構成要件要素；是以，其既未遂之判斷，亦不以危險「結果」之實現為憑據。從而，民國元年暫行新刑律第 101 條第 2 項只能謂「論以內亂既遂」；民國 24 年新刑法則根本否定處罰內亂既遂之可能。

刑法第 101 條之暴動內亂罪，與上述單純之起暴動罪，其差異亦只有內亂之意圖。內亂之意圖，如本文所指，純為君主帝制之餘孽，無關乎人民結合而成國家之目的，更無關於人民之危懼共感。基上所陳，設若內亂罪之要件，係如同刑法第 271 條「殺人者」般簡略，而以「起暴動者」，本文之質疑立時大部消散。然則，立法者執國家之存立不可侵害為由，從民國 17 年、民國 24 年至民國 81 年，歷三次修正而不改初衷。非但民國元年暫行新刑律第 101 條之暴動內亂而已，必欲再加入普通內亂始足稱心，反而進退失據。

中華人民共和國重大慶典之一，即八一建軍節。緣隸屬國民革命軍作戰序列之賀龍等部，由九江開赴南昌，與朱德部結合後，於民國 16 年 8 月 1 日凌晨，猝然襲擊友軍而發起叛變。此次叛亂之結果，中國共產黨已非寄託附生於中國國民黨之政治夥伴，而係有獨立控制之地盤，管轄相當數量之人口，且有軍事力量之政府組織。當其時，參與叛變之首謀，依民國元年暫行新刑律第 101 條第 1 項，係成立內亂罪；由於係軍隊叛變，自係攜帶兵器公然佔據都市城寨及其他軍用之地，更有聚眾掠奪公署之兵器、彈藥、船艦、錢糧及其他軍需品之事實，依同條第 2 項，均論以內亂既遂。值得注意之處在於，南昌暴動之事實上結果，係聽命於中國共產黨之叛軍，因受圍剿故，隨即撤離南昌。自民國 16 年 8 月 1 日南昌暴動起，迄民國 38 年 10 月 1 日北京開國大典止，中國共產黨總計耗費二十二年又二月，始以佔國土比例上之絕大部分，而構成歷史上內亂既遂—即改元開國。

論者倘執此事例，質疑本文上述單純之起暴動罪，又應如何回應？本文以為回應尚

非困難。蓋說明是否適當、充足，而能服人，有時在心不在理。眾所周知，清季太平天國起事歷時十餘載，攻略數省，最後仍能為清廷勘定。此並非刑法條文之規範完整足用。蓋此亦即本文所謂，刑法之效力端在於警察之職權範圍，而不及於警察之力所不及者。是以，國民政府之受共黨顛覆而退據台海一隅，自然與刑法無關。

由於刑法之功能，在於透過法益之保護而維護生活秩序。是以，無庸諱言者，刑法確實附隨而生鎮壓或警告之色彩。從而，刑法各罪之存在，縱非經常可以適用，但總有當為或不當為之誡命作用。惟憑恃實力與時機而發端之內亂；其實力者，已非治安機關能壓制；其時機者，常繫諸執政當局，甚至不可測知之天災人禍。於是乎，以刑罰制裁內亂，確實有多重困難。或有認為，刑法建置內亂罪，至少可以使僥倖之輩知所忌憚，而不敢輕啟禍端。倘遽爾輕言刪廢，則可能引發無可挽回之禍難。本文以為，此等質疑仍宜從提出危懼共感概念，加以理解。

基於社會共同生活之集體意識，人民產生共同感受，而有立法需求。此即危懼共感之發端，亦即本文所認定之應刑性概念。某一行為入之為罪，即立法者以刑罰作為人民危懼感之回應與平撫。當然，刑罰具有威嚇、鎮壓或警告之功能。然而，共同感受究竟是否涉及危懼，立法者自應為適當之判斷。另外，縱使危懼共感確實產生，刑罰規定如何設計，始稱適切，亦係重心所在。一言之，立法者應正確區別人民之共同感受，辨別箇中是否涉及應刑性之存在，並設計正確之刑罰條文。然後，因此產生之刑罰規定，才能安穩立足於刑法典，並昭昭明甚而有威嚇、鎮壓或警告之功能。否則，僅有威嚇、鎮壓或警告功能之刑罰條文，只是單純之威嚇、鎮壓或警告工具，無法發生應有之規範功能。

以刑法第 185 條之 3 為例；人民之危懼共感，應鎖定於「不能安全駕駛動力交通工具而駕駛」之行為，至於「服用毒品、麻醉藥品、酒類或其他相類之物」，只是「不能安全駕駛」之原因。然而，當立法者將重心置於「酒後」，或人民因法條適用之結果每每指向「酒後」，則該條之威嚇、鎮壓或警告功能，即錯誤地被導往「酒後」。如此一來，該條對「不能安全駕駛即應斷然放棄駕駛」之誡命，反而無法發揮其應有之威嚇、鎮壓或警告功能。

又如刑法第 185 條之 4，民國 88 年之立法目的，係在於加強救護以減少被害人死傷。然而，立法者卻將本條設計為「不得逃逸」。該條之威嚇、鎮壓或警告功能，即錯誤地被導往「逗留於現場」即足。甚至被不法者用以「威嚇」離去-而非逃逸者。

本文以為，改朝換代實乃歷史之必然。對內亂行為之危懼「感」僅存於君主；人民

之危懼「共感」，係存於動盪不安之時局。因此，民主時代之正確立法，應該正確回應人民厭惡棄絕者-即暴動。蓋過度強調國家存立不容顛覆之立法，其附隨而生之威嚇、鎮壓或警告功能，亦將被著重於國家法益；至於人民對安定生活之需求，反而被輕視。是以，本文以為，刑法條文中不應有「妨害國家存立之內亂罪」，而應有「破壞安寧安定之暴動罪」。此外，國家於內亂之際，其本身與內亂實施者之關係，如同訴訟程序中對立之當事人。以當事人之地位，復具有訴追者之身分，法理上亦非妥當云云。此以「起暴動罪」亦足解決。蓋此際國家仍係立於客觀第三者之公正立場，認定加害人對被害人之侵害事實。

另一問題在於，危懼共感之概念，頗有納粹或共黨之集體暴力色彩。本文以為，此確實為關鍵問題。水能載舟自能覆舟，因此，世間斷無萬善而無一惡之物之理。民主共和既為今日普世推崇之政治體制，則涉及限制或剝奪自由、生命之法律，自應發自民意。倘若行為之入罪或出罪，不從多數民意而為取捨，其更應出於何處？故而，以危懼共感作為應刑性之基礎，應係不證自明。至於集體暴力之疑，本文認為仍屬政府之責任。按國家主權雖稱屬於人民，惟權力則操於政府。政府之權力萬般，不需一一列舉；政府握有國家教育政策，可以造就培養理性人民、政府透過各種政策施行，可以影響輿論。僅此二點，應足破除集體暴力之質疑。

本文以為，刑法之效力範圍，應止於警察權能施展之範圍。此有政治學者呂亞力先生對「群眾運動之政治解決或武力解決」所說，似可印證。蓋內亂之起事，倘係一人或極少數之人，刑法對於殺人、傷害、強盜、竊盜、公共危險、妨害秩序或妨害公務等罪之規範，已足形成法益之保護。從而，現行刑法第 100 條及第 101 條縱予刪除，使其各種侵害行為直接還原於各罪，應已足為充分之評價。

本文分從歷史、法學等角度批判刑法第 100 條與第 101 條之存在必要，並提出刪除前開二罪之意見。最後再贅一語，聊作結語：「國家係人民之國家，國家之主權在於人民。因此，內亂行為之除罪，並非鬆動國家存立；刪除內亂罪最大之效益反而在於確定，天下乃天下人之天下-即國民主權。」

---

<sup>1</sup> 參呂亞力，政治學，第 362 頁，三民書局股份有限公司，民國 86 年 10 月三修訂再版。

# 參考文獻

## 壹、中文部分

### 一、書籍

1. 丁后盾 刑法法益原理 中國方正出版社 2000年一版。
2. 王伯琦 王伯琦法學論著集 三民書局股份有限公司 1999年初版。
3. 王澤鑑 民法實例研習-民法總則 王慕華 1998年9月出版。
4. 王泰升 日治時期刑事司法的變遷與繼受西方法 = Criminal Justice in Colonial Taiwan, 1895-1945 1997年 國立臺灣大學法學論叢第27卷1期。
5. 王燕飛 恐怖主義犯罪立法比較研究 中國人民公安大學出版社 2007年一版。
6. 尤爾根哈伯瑪斯 事實與格式 童世駿譯 臺灣商務印書館股份有限公司 2003年初版。
7. 安賽爾姆·里特爾·馮·費爾巴哈 德國刑法教科書-第十四版 徐久生譯 中國方正出版社 2010年一版。
8. 卡爾·施密特著(CARL SCHMITT, 1888年—1985年), 憲法的守護者(DER HÜTER DER VERFASSUNG), 李君韜、蘇慧婕譯, 出版左岸文化事業有限公司, 2005年7月初版。
9. 李登輝 台灣新憲法 財團法人群策會 2005年 初版。
10. 李震 中國政治國防史 臺灣商務印書館股份有限公司 1986年 初版。
11. 李恩涵 近代中國史事研究論集 臺灣商務印書館股份有限公司 1982年 初版。
12. 李鴻禧 違憲審查論 元照出版公司 1999年 元照初版。
13. 李鴻禧等 台灣法律史研究的方法 學林文化事業有限公司 2000年 一版。
14. 李斯特 德國刑法教科書 徐久生譯 法律出版社 2006年一版。
15. 希特勒 我的奮鬥 陳式編譯 文國書局 2002年一版。
16. 林桶法 從接收到淪陷-戰後平津地區接收工作之檢討 東大圖書股份有限公司 1997 初版。
17. 林恩顯 清朝在新疆的漢回隔離政策 臺灣商務印書館股份有限公司 1988年 初版。
18. 邵宗海 美國介入國共和談之角色 五南圖書出版有限公司 1995年 初版。
19. 林山田 論刑事制裁法體系的改革 2000年 法令月刊 第51卷10

期。

20. 林山田 刑罰學 台灣商務出版 民國 64 年初版。
21. 林山田 刑法各罪論 林山田發行 2004 年增訂四版。
22. 林山田 刑法特論 三民出版 民國 77 年再修訂再版。
23. 林山田 刑法的革新 學林文化 2001 年初版。
24. 林山田 刑法通論 林山田發行 2002 年增訂八版。
25. 林山田 刑事法論叢 林山田發行 民國 86 年版。
26. 林東茂 一個知識論上的刑法學思考 五南出版 民國 90 年二版。
27. 林東茂 刑法綜覽 一品文化 民國 93 一版。
28. 美濃部達吉 法之本質 林紀東譯 臺灣商務印書館股份有限公司 1998 年二版三刷。
29. 家永三郎 戰爭責任 何思慎譯 臺灣商務印書館股份有限公司 2006 年初版。
30. 馬基雅維里 君主論 閻克文譯 臺灣商務印書館股份有限公司 1998 年初版。
31. 馬克昌主編 近代西方刑法學說史 中國人民公安大學出版社 2008 年一版。
32. 許宗力 法與國家權力 元照出版公司 1999 年 元照初版。
33. 陳志軍譯 希臘刑法典 中國公安大學出版社 2010 年一版。
34. 陳慈陽 基本權核心理論之實證化及其難題 翰蘆圖書出版有限公司 1997 年 初版。
35. 陳慈陽 憲法規範性與憲政現實性 翰蘆圖書出版有限公司 2000 年 一版。
36. 陳慈陽 人權保障與權力制衡 陳慈陽 2001 年 初版。
37. 張存武 清代中韓關係論文集 臺灣商務印書館股份有限公司 1987 年 初版。
38. 陳儀深 近代中國政治思潮-從鴉片戰爭到中共建國 稻鄉出版社 1997 年 初版。
39. 陳志龍 法益與刑事立法 1992 年二版。
40. 陳興良 刑法哲學(上、下) 中國政法大學出版社 2009 年一版。
41. 張正隆 雪白血紅(上、下) 風雲時代出版有限公司 1991 年初版。
42. 黃榮堅 基礎刑法學 楊雅惠出版 元照總經銷 民國 95 年三版。
43. 黃榮堅 刑法與審判 國立臺灣大學出版 民國 91 年初版。
44. 黃榮堅 刑法問題與利益思考 元照出版 民國 88 年初版。
45. 黃榮堅 刑罰的極限 元照出版 民國 88 年初版。
46. 黃煌雄 人民的力量：蘭陽平原的兩月四十八天 玉山社出版事業股份有限公司 2006 年初版。
47. 曾明生 刑法目的論 中國政法大學出版社 2009 年一版。

48. 童德華 外國刑法學導論 中國法制出版社 2010年一版。
49. 黃仁宇 從大歷史的角度看蔣介石日記。
50. 鄒文海 自由與權利-政治學的核心問題 鄒淑班 1994年初版。
51. 趙秉志主編 英美刑法學 科學出版社 2010年二版。
52. 劉士心 美國刑法中的犯罪論原理 人民出版社 2010年一版。
53. 漢斯·海因裏希·耶賽克等 德國刑法教科書 徐久生譯 中國法制出版社 2001年一版。
54. 羅結珍譯 法國新刑法典 中國法制出版社 2003年一版。
55. 羅賓遜 刑法的分配原則-誰應受罰,如何量刑? 中國人民公安大學出版社 2009年一版。
56. JI·B·伊諾加莫娃-海格主編 俄羅斯聯邦刑法(總論)-第二版(修訂和增補版) 黃芳、劉陽、馮坤譯 中國人民大學出版社 2010年一版。
57. 韓忠謨 刑法各論 吳景芳增補 韓聯甲 民國89年9月增補一版
58. 黃道秀譯 俄羅斯聯邦刑法典釋義(主編 俄羅斯總檢察院-俄羅斯聯邦總檢察長 斯庫拉托夫、俄羅斯聯邦最高法院院長 列別捷夫)
59. 許惠祐 兩岸交流政策與法律 華泰文化事業股份有限公司 2007年1月26日初版。
60. 褚劍鴻 刑事訴訟法論(上冊) 臺灣商務印書館股份有限公司 1999年8月三次修訂版二刷。
61. 韓忠謨 吳景芳增補 刑法各論 韓聯甲 民國89年9月增補一版。
62. 林瑞翰 中國史,三民書局股份有限公司 民國83年5月初版。
63. 馬基亞維里 君主論 (IL PRINCIPE)。
64. 呂亞力 政治學,三民書局股份有限公司 民國86年10月三修訂再版。
65. 華力進 政治學,五南圖書出版股份有限公司 民國85年10月三版三刷。
66. 楊大器 刑法總則釋論 大中國圖書公司總經銷 民國87年8月修訂二十版。
67. 蔡樞衡 中國刑法史 廣西人民出版社 1983年2月一刷。
68. 山口厚著,王昭武譯 刑法各論,中國人民出版社 2011年10月一版一刷。
69. CARL BECKER 著 楊宗翰譯,獨立宣言 今日世界社出版 1966年1月初版。
70. HUGH BROGAN 著 李銓譯 美國史 財團法人陽明管理發展中心,民國79年6月初版。
71. 徐應勳 美國革命戰爭史,實踐學社,民國47年10月印行。
72. 許世楷編 世界各國憲法選集 (陳隆志解說) 前衛出版社,1995年6月初版一刷。
73. 陳靜瑜 美國史 三民書局股份有限公司 2007年10月初版一刷。

74. 孟德斯鳩著 彭盛編譯 論法的精神 華立文化出版 2003年11月初版。
75. 劉增泉 法國史 五南圖書出版股份有限公司 2010年4月初版一刷。
76. 吳圳義 法國史 三民書局股份有限公司 中華民國84年9月初版。
77. 邵宗海 美國介入國共和談之角色 五南圖書出版有限公司 民國84年3月初版一刷。
78. 劉鳳翰 武衛軍 中央研究院近代史研究所 民國67年6月初版。
79. 何勤華、殷嘯虎主編 「中華民國刑法」 華東政法學院珍藏民國法律名著叢書(第二輯) 中國方正出版社 2006年7月1版北京1刷。
80. 鄒文海 政治學, 三民書局股份有限公司 民國85年2月二十四版。
81. 陳新民 中華民國憲法釋論 自版(三民書局總經銷) 民國86年9月修訂二版。
82. 陳新民 憲法學釋論 自版(三民書局總經銷) 民國97年9月修訂六版。
83. 呂亞力 政治學, 三民書局股份有限公司 民國86年10月三修訂再版。
84. 陳慈陽 基本權核心理論之實證化及其難題 翰蘆圖書出版有限公司 2000年5月初版二刷。
85. 陳慈陽, 憲法規範性與憲政現實性 翰蘆圖書出版有限公司 2000年12月一版二刷。
86. 鄒文海 自由與權力-政治學的核心問題 鄒淑班發行 三民書局總經銷, 民國83年4月初版。
87. 陳慈陽 人權保障與權力制衡 陳慈陽 神州文法工商專業主題書店書局總經銷 2001年初版。
88. 黃自進 「吉野造作對近代中國的認識與評價」 中央研究院近代史研究所專刊(75) 中央研究院 民國84年1月出版。
89. 「統獨議題」上、中、下三輯 立法報章資料專輯 第102至第104輯, 立法院國會圖書館, 民國94年2月。
90. 郭恆鈺, 共產國際與中國革命-(「第一次國共合作」), 東大圖書股份有限公司, 民國80年4月再版。

## 二、學位論文

1. 丁昱仁獵捕保育類野生動物之可刑罰性研究 臺灣大學 94 年碩士論文。
2. 王明偉 賭博行為應刑性之研究 中國文化大學 98 年碩士論文
3. 陳凱翔 肇事逃逸行為之犯罪化依據-自「應罰性」角度出發 中國文化大學 97 年碩士論文
4. 陳俊偉 入罪化與除罪化-刑事立法政策之基本思維- 中正大學 93 年碩士論文
5. 曾炳憲 偽造犯罪之研究-以抽象危險犯進行統一規制之可行性評估- 中國文化大學 99 年碩士論文
6. 廖震宇 論公務員圖利罪-以應刑實體要件之展現為中心-
7. 蕭仲廷 從「法治國刑法」觀點探討婚外性行為之法律責任 東海大學 92 年碩士論文

## 三、期刊

1. 盛子龍 西德刑法內亂罪之研究 律師通訊 第 146 期。
2. 陳志祥 評大法官第四七六號解釋 2000 年 律師雜誌 第 251 期。
3. 孫嘉時「內亂罪之探討(上)」 軍法專刊，第七卷，第十期 1961 年 1 月。
4. 孔慶平 「從謀逆到內亂-近代以來國事罪的艱難歷程」 華東政法大學學報 第 4 期 2010 年。

## 四、網路資料部分

1. 中國文化大學華岡圖書館，<http://www.lib.pccu.edu.tw>。
2. 司法院法學資料檢索系統 <http://nwjirs.judicial.gov.tw>。
3. 立法院國會圖書館網站，<http://npl.ly.gov.tw>。
4. 全國法規資料庫，<http://law.moj.gov.tw>。
5. 全國博碩士論文資訊網，<http://etds.ncl.edu.tw>。
6. 法源法律網，<http://www.lawbank.com.tw>。
7. 國家圖書館全球資訊網，<http://www.ncl.edu.tw>。

## 貳、日文部分(依作者姓氏筆畫次序)

### 一、書籍

1. 大谷 實，刑法講義各論(新版第2版)，成文堂，2007年4月
2. 大塚 仁，刑法概論(各論)，有斐閣發行，1977年改訂版。
3. 大塚 仁，刑法概論(總論)，有斐閣發行，1990年改訂版第12刷。
4. 大塚 仁，刑法要論，成文堂發行，昭和61年全訂版第4刷。
5. 三原憲三，刑法各論，成文堂，2006年9月，第5版第1刷。
6. 山中敬一，刑法總論I，成文堂發行，1999年版第1刷。
7. 中山研一，刑法各論，成文堂發行，昭和59年出版。
8. 木村龜二，刑法總論，有斐閣發行，昭和53年增補版第2刷。
9. 木村龜二，刑法の基本問題，有斐閣發行，昭和54年版第1刷。
10. 平野龍一，刑法總論，有斐閣發行，昭和54年出版。
11. 伊東研祐，法益概念史研究，成文堂發行，昭和59年版第1刷。
12. 吉川經夫，刑法總論，法律文化社發行，1993年版第4刷。
13. 西原春夫、藤木英雄、森下忠，刑法學6(各論の重要問題Ⅲ)，有斐閣，昭和53年6月初版。
14. 佐伯千仞，刑法總論講義，有斐閣發行，昭和45年版第2刷。
15. 佐久間修，刑法講義〔總論〕，成文堂，平成17年2月，初版第4刷。
16. 阿部純二、板倉宏、內田文昭、香川達夫、川端博、曾根威彥合編，刑法基本講座，第1卷，基礎理論/刑罰論，法學書院，1992年。
17. 前田雅英，刑法各論講義第4版，東京大學出版會，2007年1月。
18. 香川達夫，刑法講義(總論)，成文堂發行，平成元年版第2刷。
19. 莊子邦雄，刑法總論，青林書院發行，1991年版第12刷。
20. 堀內捷三，刑法各論，有斐閣，2003年11月初版。
21. 野村 稔，刑法總論，成文堂發行，平成2年版第2刷。
22. 植松 正等著，現代刑法論爭I，勁草書房發行，1990年版第7刷。
23. 曾根威彥，刑法各論(第3版補正3版)，弘文堂，平成19年2月。
24. 森下忠，刑法總論，悠悠社發行，1993年版第1刷。
25. 團藤重光，刑法綱要各論，創文社發行，1985年改訂版。

### 參、英文部分(依作者姓氏字母次序)

1. FOUNDATIONS OF CRIMINAL LAW 法律出版社(影印版) 2005年一版。



# 口試委員暨指導教授之意見彙整及回應

## 壹、余振華教授意見

一、本文於題學內論文很少，國內學術研究、專題研究等文獻，迄今之成果與進度，口試本未提供參考文獻，宜補充之。

研處說明：謹依指示辦理。

二、刑法第 100 條修正，廢除以後應該如何？近來法務部修法，就涉案甚少或應罰性不存在或輕微犯罪之條文，亦未為刪除。內亂罪是侵害國家法益，刑法有其威嚇功能？或者，看似無用之罪若予刪除，是否可能造成反效果？

研處說明：學生淺見，刑法確實有其威嚇效果，且刑法之威嚇效果，亦有穩定社會秩序之功能。然而，純從刑法最基本的應報目的而言，內亂罪之應報目的無法達成；其鎮壓威嚇之功能在需要之時不在，於不要之時則甚明顯。類如內亂罪之條文，其存在於法律正義無補，於法律秩序無益，卻反成法律人朝秦暮楚之恥。學生淺見，以內亂罪而言，其刪除於太平盛是無反效果；其保留，則於水深火熱之際無正效果。至於他罪，容學生他日學業精進時，另行研究。

三、提到危懼共感，沒有危懼共感是否即應除罪？除罪之後，恐怕將來有需用之時，即無法可用。討論除罪問題，應多面向思考。

研處說明：我國繼受他國法制，本應取長補短。除罪，在學說實務，其論述所舉之事，皆自外國。值得質疑之處在於，應刑罰與否，直接影響人民生命或自由。倘非有可以採擇逕用之說，而每引外國抽象觀點，似非良善。危懼共感看似抽象無邊，但至少係可透過公民直接投票或代議間接但絕對多數之方式，使之程序保障嚴謹；此基於國民主權而來之權，似非無端之說。

四、本文似多引用政治學之研究，應多加入刑法學專門著作之觀點。

研處說明：謹依指示辦理。

五、結論不要引用報章文獻，這應該是動機的部分。結論並非各章摘要而已，不要冗長，應該一氣呵成精確表達。

研處說明：謹依指示辦理。

六、本文有文句不易理解之缺點。

研處說明：謹依指示辦理。

七、從所引用文獻來看，應該引用最新版本。

研處說明：謹依指示辦理。

八、引註格式應統一；引註方式，不應於一段句子中。

研處說明：謹依指示辦理。

九、美國獨立宣言，有無必要全文照引？或消化後整理重點即可。

研處說明：論文之研撰，確如老師所提示，對引用資料應整理提舉，不能照抄全錄，致版幅無益擴張。但美國獨立宣言，依學生所見，其實絮絮叨叨，直如鬧市爭吵，就同一事件反覆陳敘。此種情形，正可點破內亂發生時之紛紜錯亂，倘能全文抄引，或有利於後來之人持續理解內亂之無奈。故乃方命而仍予保留。

十、你的論文從危懼共感出發。刑法第 185 條之 3 不能安全駕駛，喝酒的標準超過，現在因為有共感，內亂罪現在沒有。第 185 條之 4 肇事逃逸，因為現在有人被撞死討不到公道。兩條都是你說的社會有危懼共感。那內亂罪現在沒有危懼共感，如果刪除了，以後要用卻沒有了。會不會導致一大堆人出來內亂。這地方要再思考。

研處說明：謹依指示辦理。

## 貳、蔡佩芬教授部分

一、本文之結論應具體呈現，而非走馬看花，使結論失焦有點開花。

研處說明：謹依指示辦理。

二、題目是以危懼共感之存否為核心，那本文的目的似乎不只刪除內亂罪。存否二字看來像是討論存在不存在，而不是作為除罪標準。

研處說明：謹依指示辦理。

三、本文有文白夾雜不易理解之缺點，應該儘可能統一筆法。

研處說明：謹依指示辦理。

四、第四章第三節之名稱用語，可以研究改正。

研處說明：謹依指示辦理。

五、本文有多處缺註，引註方式亦須改善，格式多處錯亂，均應改正。

研處說明：謹依指示辦理。

六、前揭註這樣的用法，其實應該是同一頁中才用。

研處說明：謹依指示辦理。

七、在 2-18 及 2-19 頁，文意似乎沒有充分寫完。本文之參考文獻，宜補充之。

研處說明：謹依指示辦理。

### 叁、指導教授陳友鋒先生指示

內亂其實是背景的因素，就是人民感受到不拚不行了。從美國法提出「立即而明顯的危險」，可以發現，循暴力取得政權者，通常有防範的憂慮。

本文應試圖：

- 一、尋找內亂罪法益所在。
- 二、尋找能有效攻擊國家安全手段的可能。
- 三、如此思考後可以發現，刑法第 100 條僅係幽靈或空靶，蓋其並無構成要件行為。
- 四、型塑內亂罪之不法構成要件後，可以發現刑法第 101 條才是重點，才能有效攻擊國家安全。
- 五、但是，刑法第 101 條所描述之手段，超過刑法的能力，此時，刑法第 101 條除不除罪，已經不是重點。

