

國立臺灣大學法律學院法律學系

碩士論文

Department of Law

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis



論選舉不實訊息的刑事規制：以公共性原則之保護為
中心

**On Criminalization of Disinformation in Campaign:
Focusing on The Protection of The Principle of
Publicity**

韓昌軒

Chang-Hsuan Han

指導教授：周漾沂博士

Advisor: Yang-Yi Chou, Dr. iur.

2022 年 5 月

May, 2022

國立臺灣大學碩士學位論文
口試委員會審定書

論選舉不實訊息的刑事規制：以公共性原則之保護
為中心

On Criminalization of Disinformation in Campaign:
Focusing on The Protection of The Principle of
Publicity

本論文係韓昌軒君 (R07A21060) 在國立臺灣大學法律學系
完成之碩士學位論文，於民國111年5月3日承下列考試委員審查
通過及口試及格，特此證明

指導教授：

同濟

口試委員：

林煥坤

王皇玉

同濟

謝辭



如同所有具備創造性的力量必然來自互相矛盾之事物的碰撞，這本碩士論文如果蘊含任何一點見地，也只是由於它產生自身為一個在臺灣的法律人所必然體驗的一種矛盾：對這塊土地特殊的愛以及對普遍正義法則的尊崇。法所誠命的普遍原則制約了對這個自由國家的熱愛，或者說，這種熱愛必須以與普遍正義法則不相矛盾的方式來表達。這種抽象的愛的力量是人所獨有的：一種試圖藉由寄居於抽象思維形式來避免消亡或耗損的愛。願這塊土地與她的人民永遠享有自由。

在論文思考與撰寫上，感謝周樣沂老師的指導，雖然與老師討論機會不多，但每次討論必能有所啟發，而老師的學術風範更令人欽佩。感謝口試委員王皇玉老師，從大學時期即閱讀老師許多文章，奠定今日的法學基礎。感謝口試委員林倍伸老師，在口試中不厭其煩地與我討論哈伯馬斯學說與本篇論文挪用其概念的問題。感謝蘇慧婕老師，使我第一次接觸假訊息的法學問題。受限於我的能力，本篇論文必然存在論證的瑕疵與缺陷，這部分是作者個人的責任。

寫作這篇論文耗費許久，期間歷經思想與生命的重大轉折。在思想上，原先以為單純的法釋義學所能處理的問題，在閱讀與思考的過程中，誠實的學術態度要求我進入基本哲學文獻的探索。在生命經驗上，更是遭遇巨大且意料之外的變化，原本以為的平穩順遂變成充滿挑戰的未知。

所幸生命中總是有支持與寬容的臂膀。父母是我永遠的支柱，從小獲得的自由與愛是我一切成就的根源，這篇論文獻給他們。每個不離不棄的朋友則是我到台北後的重要支持，他們總是分享我的各種快樂與悲傷。最後，感謝我有機會感受生而為人的戀慕，使我個生活充滿許多可圈可點的細節。

感謝洵美、建廷與哲綸，分別在刑法種子論壇、論文研討會與學位考試時給予我必要的協助，也感謝庭懿、廷睿與周易協助校稿，沒有他們我沒辦法獲得碩士學位。

臺大十年，希望我們都能用青春換得屬於我們的舞台。



摘要

假訊息／假新聞對民主制度的危害已為世界主要民主國家所注意。不過，基於言論自由的保障，欲以刑罰加以制裁，仍有重重限制。相對於此，我國立法者卻早在民國 65 年即在《動員戡亂時期公職人員選舉罷免法》第 92 條即規定不實訊息的處罰。立法理由謂：「為端正選風，維護優良競選風度，公平競爭起見，特訂定本條，對散佈虛構之事實以使特定候選人當選或不當選為目的者加以處罰」。其後雖有增刪文字但規範結構大體不變。或謂我國立法者深謀遠慮，在假訊息／假新聞於網路時代開始肆虐前，即已設定處罰規定。不過，實務見解對之為保守解釋，亦即解為候選人名譽權保障之規定，而屬誹謗罪之特別規定。由此可見，立法者欲以該條文保護民主選舉之目的，因司法者之詮釋將之解為個人名譽保障而落空。此亦反應了最高法院在防衛民主制度上的謹慎，原無可厚非。但如後文所述，實務見解仍具形式上之矛盾與實質上之缺乏理據。

本文目的在試圖奠基或證成以刑法保護民主選舉免於假訊息／假新聞攻擊的正當性。研究客體即是現行有效的《公職人員選舉罷免法》第 104 條：「意圖使候選人當選或不當選，或意圖使被罷免人罷免案通過或否決者，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處 5 年以下有期徒刑」與《總統副總統選舉罷免法》第 90 條：「意圖使候選人當選或不當選，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑」。

首先，本文藉由對妨害投票罪章的體系性研究，將系爭二條文定位於超個人法益之保護，亦即建構民主選舉的自由論辯體制的公共性原則。公共性原則旨在確保政治共同體中的每個成員都有參與理性政治論辯的機會與權利。也只有保障了每個公民參與機會的政治論辯程序，方才能藉由言說論證的人際統合效果產生溝通權力，此種溝通權力由於是全民參與的產物，故有國民主權之地位。故系爭二條文因此即是對國民主權的刑事保護，而能嵌入於普通刑法的妨害投票罪體系



中。基此，不實訊息或謠言即是使信以為真之公民，由於與其他公民抱持不同事實信念，而無法開啟尋找共同行動之應然準則的政治辯論。此即使信以為真的公民被迫脫離作為價值辯論的理性政治辯論程序而侵害公共性原則。不過，本文立場並非對公共性原則之一般性保護，毋寧是支持線索保護架構民主選舉前階段政治論辯的公共性原則，亦即僅保護有民主選舉關聯性的公共性原則，故同時也是政治論辯合規則性意義下的投票結果正確性之保護。

再者，本文將散布行為定義為，在「質」上行為人已失去對於其不實言論或謠言傳遞範圍的掌控；在「量」上該等言論觸及各該選舉中並非不重要的公民數量。而事實陳述與價值論辯之差異即在於言說的客觀目的取向，亦即目的在描述性狀態或規範性狀態的共識形成。而法院作為事實辯論的場地，即是確認事實陳述不具備充分理據的場地，亦即由法院判斷是否具備行為人知識標準之人將認為行為人所掌握之證據不足支撐其事實陳述。最後，事實陳述內容必須具備政治上重要性，亦即法院依據政治社群的固有政治文化與歷史，及當前政治論辯動向，可以認為政治社群在意的價值命題奠基於該等言論所涉及的事實主題。

本文將系爭二條文定性為潛在危險犯。潛在危險犯乃是以禁止非容許風險之創設為規範目的，其具體規制對象則是狀態的具體危險性。在假訊息刑事規制的事實關係中，該作為判斷對象的狀態即是指不實訊息或謠言覆蓋為數足夠公民之狀態。再進而對此狀態判斷是否具備具體危險性，且超過法所容許的風險範圍。就具體危險性之判斷，本文亦提出具體的判斷標準。首先，應具備注意力吸引事實、可信性奠基事實，而不存在注意力轉移事實，且於相當期間內無有效的反對言論觸及接受不實訊息的公民。符合上述標準即具備對公共性原則侵害之具體危險，再進而為該等風險是否超過法的容許範圍之判斷，亦即檢驗是否逾越當前政治辯論中，可合理期待於公民個人查證的資訊範圍；以及是否逾越事實檢證機構現實上的即時查證與澄清能力範圍。若逾越上述二範圍，狀態所內含的具體危險性即屬於非容許風險。最後，仍須判斷是否在迫近的未來將產生一個奠基在不實



訊息或謠言所涉及的事實主題上的公共政治辯論，亦即法益客體進入非容許風險作用範圍。此時在時點上應根據行為結束時個案情況可以預測該等政治公共領域將在（被判斷為未在相當期間內呈現之）可及性反對言論呈現前產生。

在主觀構成要件上，本文認為系爭二條文之意圖規定屬於行為人動機，亦即立法者將公共性原則之刑事保護限縮於以「選人」為中心的選舉制度前階段之公共政治論辯程序。本文並且支持該等主觀要素要有對應的非成文客觀構成要件，亦即不實訊息或謠言之內容應具備候選人人身關聯性，亦即其內容應直接或間接地指涉到特定候選人的政治立場。本文並於最後為立法論上之建議。

關鍵字：假訊息、假新聞、公共性原則、危險犯、政治意志自由、審議民主理論、國民主權、正確投票結果、非容許風險、民主選舉、形式語用學規則。

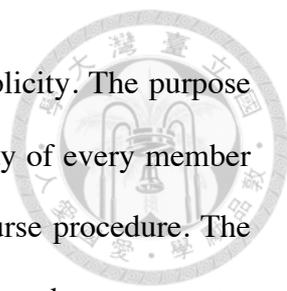
Abstract



The threat of Disinformation or fake news to democracy has come to notice of democratic nations. However, due to constitutional protection of freedom of speech, it is difficult for these nations to regulate the phenomenon through criminal law. In contrast, Republic of China (Taiwan) has already taken measure to punish the act of spreading rumors or disinformation during campaign. Article 92 of Civil Servants Election and Recall Act during National Mobilization of 1976 had already made it a crime to spread disinformation. The text of the law, although amended several times afterwards, remains mostly the same. The legislator's intention was to protect the integrity of democratic elections. But the Supreme Court interprets it in another way. The Supreme Court views it as the protection of the reputation of candidates.

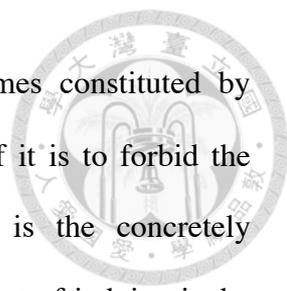
The purpose of this master thesis is to justify the regulation of spreading disinformation through criminal law. The object of this study are Article 104 of Civil Servants Election and Recall Act and Article 90 of Presidential and Vice-Presidential Election and Recall Act, which are both currently valid. The former states: "Anyone who disseminates rumors or spreads false sayings by text, picture, audio tape, video tape, speech or any other method for the purpose of making a candidate elected or not elected or making the proposal of recall adopted or vetoed and thus causing damages to the public or others shall be condemned to fixed-term imprisonment of not more than 5 years." The later states: "Anyone who diffuses rumor or spread false saying by text, picture, audio tape, video tape, speech or other method for the purpose of making a candidate elected or not elected and thus causing damages to the public or others shall be condemned to fixed-term imprisonment of not more than 5 years."

First, through systematic study of Chapter 6 of Criminal Code of Republic of China "Offenses of Interference with Voting", this thesis concludes that the two above



mentioned criminal articles as the protection of the Principle of Publicity. The purpose of the Principle of Publicity is to guarantee the right and opportunity of every member in the political community to engage in the rational political discourse procedure. The popular engagement in this rational political discourse procedure generates communicative power, which is the embodiment of Popular Sovereignty. Therefore, the two above mentioned articles are the protection of Popular Sovereignty and can thereby be integrated into the system of Chapter 6 of Criminal Code. The spreading of disinformation is an offense to the Principle of Publicity, because it robs the citizen who believes it off the opportunity of engaging in the rational political discourse procedure. It does so by making him share different factual belief from other citizens and thus the political discourse, which is based on factual consensus, as the procedure of reaching consensus about intersubjectively valid practical rules cannot begin. This affects the outcome of the election and therefore should be viewed as a crime.

Furthermore, this thesis qualitatively defines the act of spreading as the offender's losing control of the circulation of the factual information and qualitatively as the factual information reaching a non-trivial number of voters in each campaign. The difference between factual statement and opinion of value is the objective purpose of utterance: generating descriptive or prescriptive consensus. The court then acts as the venue of discourse to test facts. A factual statement is false if a rational citizen who is of the same intelligence and education level of the offender, taking into account of the evidence and information the offender has, also views the factual statement as void. And finally, the content of the factual statement must have political significance, which means by considering the history and political culture and the current political debate of the political community, the court may think the content of disinformation touches on the important concerns of the community.

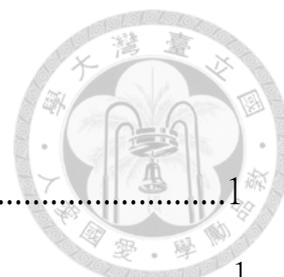


This thesis views the two above mentioned articles as crimes constituted by potential endangerment of legal interest. The regulative purpose of it is to forbid the generation of legally unpermitted risks. The regulative object is the concretely dangerous state. In the context of regulating disinformation, the object of judging is the state of disinformation reaching a non-trivial number of citizens. The standards of judging the existence of concrete endangerment are as following. First, the existence of attention attracting factors and the credibility grounding factors and the non-existence of attention distracting factors and accessible counterspeech for a significant length of time. Second, the issues that the disinformation touches overstep the scope of fact-check that can be legitimately expected from individual citizens and other fact-checking institutions. Finally, it is also necessary that a political discourse based on the factual issues on which the disinformation touches can be prognosed as imminent.

In subjective constituent elements, this thesis views the element of subjective intention as motive of the offender. And it corresponds to the unwritten objective constituent elements, which is that the content of disinformation should refer to the actual political stands of the candidates in the campaign. In the end of this thesis the legislative proposal is also made.

Keywords: disinformation, fake news, principle of publicity, crime constituted of endangerment of legal interest, freedom of political will, deliberative democracy, popular sovereignty, integrity of the outcome of voting, unpermitted risk, democratic election, formal pragmatics of communication.

目錄



第一章 緒論.....	1
第一節 背景介紹.....	1
第二節 問題意識與研究範圍.....	7
第三節 研究取徑.....	9
第二章 保護法益.....	11
第一節 立法沿革.....	11
第二節 實務見解及其批評.....	12
第一項 實務見解.....	12
第二項 從比較法觀點檢視我國實務見解合理性.....	16
第一款 德國刑法第 188 條概觀.....	16
第二款 對我國實務見解合理性之啟發.....	17
第三節 妨害投票罪的體系分析.....	19
第一項 選舉刑法之形式體系分析.....	19
第一款 德國刑法分則第四章「妨害憲法機關、選舉與表決 之犯罪」之體系分析.....	20
第一目 選舉前階段.....	21
第二目 選舉進行階段.....	22
第三目 投票結果確定階段.....	23
第二款 我國刑法分則第六章「妨害投票罪」之體系分 析.....	27
第二項 選舉刑法之實質體系分析.....	29
第三項 系爭二條文可能的法益定位.....	30



第四節 個人政治意志形成自由.....	31
第一項 被害人層面的自由概念.....	31
第二項 意志形成自由.....	33
第三項 政治意志形成自由.....	35
第四項 法益適格性.....	37
第五節 集體政治意志形成自由.....	38
第一項 國家法上對國民主權原則的詮釋與其反思.....	39
第一款 國家法上對國民主權原則的詮釋.....	39
第二款 對上述國民主權原則圖像在理念層次之反 思.....	42
第二項 鄂蘭的權力概念及其侷限.....	46
第一款 鄂蘭權力概念概論.....	46
第二款 鄂蘭權力概念的特徵與侷限.....	49
第三項 審議民主範式的國民主權圖像.....	53
第一款 論辯理論對法的重構.....	53
第一目 民主基本權與多數決原則的重構.....	53
第二目 政治辯論與公共領域的規範性意義.....	57
第三目 溝通權力與程序化的國民主權.....	59
第二款 審議民主的社會學理論.....	62
第一目 實定法的社會功能.....	62
第二目 公共領域及其危機.....	64
第三目 審議民主的實現條件.....	67
第四項 法益的擇定.....	69
第一款 審議民主概念在選舉刑法脈絡下的挪用.....	69
第一目 選舉脈絡下的政治辯論.....	69

第二目 民主選舉作為體制的兩個要素.....	70
第三目 民主選舉的自由論辯體制的兩個要素.....	71
第四目 政治辯論與事實性真理.....	73
第二款 法益的四種可能性.....	77
第一目 公共性原則及其刑事需保護性.....	77
第二目 信賴作為保護法益？.....	79
第三目 複數個別政治意志形成自由？.....	80
第四目 投票結果正確性與論辯合規則性.....	81
第三章 犯罪類型.....	85
第一節 實害、具體危險與抽象危險.....	85
第一項 實害犯或具體危險犯	85
第二項 抽象危險犯.....	87
第一款 方法上的進路.....	87
第二款 與所規制之事實關係之適合性.....	88
第二節 介於具體危險犯與抽象危險犯之間的犯罪類型.....	89
第一項 行為不法模式.....	89
第一款 抽象具體危險犯或抽象危險犯之子類型.....	89
第二款 Hoyer 的適性犯概念.....	91
第三款 初步評析.....	93
第一目 行為危險性的判斷基礎.....	93
第二目 一般化觀察之意義與其批判.....	95
第三目 法益客體在危險預測中的角色.....	96
第二項 潛在結果不法模式.....	98
第一款 具體危險性犯.....	98
第二款 潛在危險犯.....	99



第三款 初步評析.....	103
第一目 客觀歸責理論之批判.....	103
第二目 救援因素對具體危險性狀態認定之意義.....	105
第三項 非容許風險創設禁止：具體危險性犯與潛在危險犯之再詮釋.....	106
第一款 風險規制作為行為規範正當性依據.....	106
第二款 風險規制作為規範目的之界線.....	110
第三款 非容許風險實質內涵.....	114
第四款 具體危險性犯與潛在危險犯的再詮釋.....	121
第一目 具體危險性犯之再詮釋.....	122
第二目 潛在危險犯之再詮釋.....	123
第三目 救援因素.....	125
第四項 系爭二條文之犯罪類型定性.....	129
第一款 三種侵害路徑.....	129
第二款 系爭二條文之犯罪類型定性.....	132
第四章 構成要件解釋.....	135
第一節 散布之意義.....	135
第一項 簡述德國刑法上名譽權保障規定之相關問題.....	135
第二項 系爭二條文之散布行為.....	137
第三項 系爭二條文之行為客體與法益客體.....	139
第二節 不實訊息與謠言.....	140
第一項 事實宣稱與價值判斷.....	140
第二項 「不實」的判斷標準.....	141

第三項 謠言之意義.....	142
第四項 事實陳述內容之性質：政治上重要性.....	144
第三節 適性條款之解釋.....	145
第一項 公共性原則之實害、具體危險與具體危險性狀態....	145
第二項 對民主選舉的自由論辯體制之非容許風險.....	146
第三項 具體危險性狀態之認定.....	149
第一款 風險奠基因素.....	149
第二款 風險排除因素.....	150
第三款 救援因素.....	152
第四款 法益客體進入風險領域可能性.....	156
第四節 主觀構成要件.....	157
第一項 故意犯或故意過失結合犯.....	157
第一款 德國刑法第 186 條相關討論之啟發.....	157
第二款 系爭二條文之主觀構成要件內容與主觀歸責.....	159
第二項 主觀意圖.....	162
第一款 主觀不法構成要件或主觀處罰條件.....	163
第二款 意圖使人當選或不當選：目的或動機.....	164
第五節 立法論上建議.....	166
第五章 結論.....	169
參考文獻.....	175



第一章 緒論

第一節 背景介紹

假訊息對於民主選舉影響重大，其影響第一次受到關注是在美國 2016 年總統大選¹，而其嚴重程度從假訊息對比澄清訊息被轉傳之程度即可見一斑：前者有 86 萬 8 千人分享，後者僅有 3 萬 3 千人分享。其內容包含「柯林頓當選將發生內戰」、「教宗方濟各支持川普」、「歐巴馬出生於肯亞」等假新聞。而許多假新聞之來源是具備打擊美國民主制度意圖的俄羅斯。不過，除了政治意圖，商業利益亦驅使假新聞²之散布。BBC 記者追查假新聞來源發現，馬其頓小鎮 Veles 中一名 19 歲的少年為了增加網站的廣告收入，夥同許多少年共同經營農場新聞。³藉由改寫美國右翼網站的相關訊息，再加上聳動的新聞標題，此等文章大量獲得關注與點擊，從而增加了網站的廣告收益。該等假新聞的散布者並不關心美國選舉結果，而是純粹為了商業利益之考量，但其行為之結果卻對美國選舉造成深刻影響。而其選擇右翼網站資訊作為新聞內容，是因該等訊息容易激怒資訊接收者，而憤怒是假新聞轉傳之重要推力。

相對於此，我國則是直到 2018 年社會才逐漸重視假新聞之問題。2018 年 8 月〈正宗！鬼島狂新聞〉宣稱一名雲豹裝甲車駕駛員稱蔡英文總統南下勘災時下令：「陪同的救災甲兵荷槍實彈，槍枝都上膛」，其隨即被調查局以偽造文書及侮辱公署罪嫌逮補。⁴但不同陣營對假新聞來源立場分歧。一方面執政黨指稱假新聞許多來自中國，而不同陣營的臉書粉專則多宣稱執政黨以「假新聞」標籤作為政治鬥爭工具，並認為行政院「即時新聞澄清專區」僅是一種鎮壓反對言論的武

¹ 林照真（2020），〈假新聞類型與媒體聚合：以 2018 年臺灣選舉為例〉，《新聞學研究》，142 期，頁 113。

² 假新聞是以新聞形式呈現之不實訊息，而假訊息則不限呈現之方式，其區分在刑法學上並無特別意義。在此本文依論述脈絡予以使用。

³ 林照真，前揭註 1，頁 118-119。

⁴ 林照真，前揭註 1，頁 115。

器。⁵而在此期間最嚴重的毋寧是「關西機場事件」。其始末是原先由中國網友在推特發布假訊息宣稱中國大使館派巴士載運受困關西機場之中國旅客，且現場台灣民眾若承認自己是中國人也可上車；再由「觀察者網」製作成新聞加以報導，而後再由某中國帳號於 PTT 發文引發討論；隨後大眾媒體未經查證即跟進報導，名嘴更於政論節目攻擊大阪辦事處；國會議員亦在質詢台上以之作為質詢根據；最後我國外交官不堪壓力而自戕。⁶消息澄清後，我國社會方逐漸意識到假訊息／假新聞對個人與共同體之殺傷力。

由於各國逐漸意識到假訊息／假新聞對民主的傷害，故紛紛立法予以抗制。在美國掀起了是否廢除《通信端正法》第 230 條（Section 230 of Communication Decency Act）之爭議，後者使網路平台不因他人在平台上之言論負擔法律責任。⁷而隨後亦制定《反制外國宣傳與錯誤資訊法案》（Countering Foreign Propaganda and Disinformation Act），其規範目的在於整合國家資源培訓協助各地記者、非政府組織與民間社團，並結合學者專家共同合作對抗假新聞。⁸在德國則是制定以規制大型社群平台為主之《網路執行法》（Netzwerkdurchsetzungsgesetz）。不過其目的仍在於德國現行刑法在網路空間的有效執行，亦即授權平台業者在一定時間內

⁵ 林照真，前揭註 1，頁 116。

⁶ 林照真，前揭註 1，頁 114-115。

⁷ 相關爭議見，《關鍵評論》（2021/4/27），〈美國《通信端正法》第 230 條廢除爭議：社群媒體應不應該對用戶言論負責？〉，<https://www.thenewslens.com/article/150134>，（最後瀏覽日 2022 年 2 月 8 日）。

⁸ 相關報導 See, Washington Post, Effort to combat foreign propaganda advances in Congress, 2016.11.30, https://www.washingtonpost.com/business/economy/effort-to-combat-foreign-propaganda-advances-in-congress/2016/11/30/9147e1ac-e221-47be-ab92-9f2f7e69d452_story.html; Last view 2022.2.8.

刪除違反現行刑法之平台言論（明顯違法言論 24 小時；其餘違法言論 7 日）。⁹ 在法國亦通過《反資訊操縱法》，目的在規制競選不實言論。其一反於美國法傳統對於不實言論之規制以惡意侵害個人名譽為必要，承認選舉公正性之獨立保護地位，而得以由包含檢察官等公益代表人聲請法院命令平台業者停止假訊息之傳遞。¹⁰ 奧地利則有專門針對選舉不實訊息的刑事處罰條文，其刑法第 264 條：「公然於反駁言論無法有效傳遞之時散布不實訊息，其內容足使人不為投票或為一定之投票者，處有期徒刑六個月以下，或科至 360 日之罰金。」

我國在意識到假訊息／假新聞對個人與社群的傷害後，亦全面性地在各項法律中增修、制定反制假訊息／假新聞之規定¹¹。而根據行政院提出的因應對策，假訊息／假新聞之防制包含了「識假」、「破假」、「抑假」與「懲假」四個階段。¹² 識假與破假乃是指可以快速辨識假訊息／假新聞，並且予以有效回應，就此往往不是透過單純立法即可解決，而是涉及公私協力之閱聽人培力，例如 Line 之數位當責計劃¹³。就抑假而言，即是要抑制假訊息／假新聞之流通，此即後述中介者責任立法所欲處理者；而在懲假方面，即是追溯到假訊息／假新聞之始作俑者而予以刑事處罰，此即後述表意人責任之立法所欲處理者。

⁹ 詳細介紹與合憲性評析見，蘇慧婕（2020），〈正當平台程序作為網路中介者的免責要件：德國網路執行法的合憲性評析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，49 卷 4 期，頁 1915-1977。

¹⁰ 劉靜怡、羅秉成、林福岳、劉定基、黃銘輝、蘇慧婕、徐彪豪（2019），〈假訊息之規範途徑及其爭議〉，《月旦法學雜誌》，292 期，頁 65。

¹¹ 相關作為見，《關鍵評論》（2018/12/10），〈行政院為了「防堵假新聞」通過 7 個修法，最重可處無期徒刑〉，<https://www.thenewslens.com/article/109806>（最後瀏覽日 2022 年 2 月 8 日）。

¹² 劉靜怡等，前揭註 10，頁 61。

¹³ 此計畫亦包含利用人工智慧辨識可疑訊息，相關介紹見，《科技新報》（2019/7/22），〈Line 訊息查證平台正式上線，未來可望用 AI 輔助人類揪出固定模式的可疑訊息〉，<https://technews.tw/2019/07/22/line-launch-fact-checker-platform-officially-it-might-be-possible-to-use-ai-helping-human-fact-checkers/#more-489372>，（最後瀏覽日 2022/2/9）。

首先，有關表意者責任我國已在各部法律中增修刑事與行政處罰之規定，包含《社會秩序維護法》¹⁴、《災害防救法》¹⁵、《糧食管理法》¹⁶、《農產品市場交易法》¹⁷、《傳染病防治法》¹⁸、《食品安全衛生管理法》¹⁹、《保險法》²⁰、



¹⁴ 第 63 條：「有左列各款行為之一者，處三日以下拘留或新臺幣三萬元以下罰鍰：「五、散佈謠言，足以影響公共之安寧者。」

¹⁵ 第 41 條：「明知為有關災害之不實訊息而為第三十條第一項之通報者，科新臺幣三十萬元以上五十萬元以下罰金。（第二項）散播有關災害之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣一百萬元以下罰金。（第三項）犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑。（第四項）」

¹⁶ 第 15 條-1：「任何人不得故意散播影響市場糧食交易價格或主管機關執行糧食產銷、收購公糧計畫之謠言或不實訊息。」

¹⁷ 第 6 條：「任何人不得故意散播影響農產品交易價格之謠言或不實訊息」第 35 條：「違反第六條第一項、第十四條第一項規定者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰；其領有許可證者，並廢止許可證。（第一項）違反第六條第二項規定，足生損害農產品運銷秩序者，處新臺幣六萬元以上三十萬元以下罰鍰。（第二項）」

¹⁸ 第 9 條：「利用傳播媒體發表傳染病流行疫情或中央流行疫情指揮中心成立期間防治措施之相關訊息，有錯誤、不實，致嚴重影響整體防疫利益或有影響之虞，經主管機關通知其更正者，應立即更正。」第 63 條：「散播有關傳染病流行疫情之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，科新臺幣三百萬元以下罰金。」第 64-1 條：「違反第九條規定者，處新臺幣十萬元以上一百萬元以下罰鍰。」

¹⁹ 第 46 條-1：「散播有關食品安全之謠言或不實訊息，足生損害於公眾或他人者，處三年以下有期徒刑、拘役或新臺幣一百萬元以下罰金。」

²⁰ 第 166 條-1：「散布流言或以詐術損害保險業、外國保障夜之信用者，處五年以下有期徒刑，得併科新台幣一千萬元以下罰金。」



《農業信用法》²¹等法律。除此之外，《公職人員選舉罷免法》第 104 條與《總統副總統選舉罷免法》第 90 條長久以來即存在針對候選人之假消息散布之處罰（立法沿革詳見第二張第一節）。綜觀上述立法，其特點為以「惡」、「假」、「害」作為刑事處罰前提。亦即必須行為人有真實惡意，且所散布之訊息可以證明為虛假，必且對於法益造成侵害。

在中介者責任部分，依據我國目前法制狀況對於傳統媒體之管制較為嚴格，而欠缺對於數位通訊服務提供者之管制。就前者而言，過往《衛星廣播電視法》第 27 條第 2 項即規定：「製播新聞及評論，應注意事實查證及公平原則。」同法第 53 條並訂有罰則；而行政院亦通過草案依此修正《廣播電視法》。另《公職人員選舉罷免法》第 49 條²²、第 110 條亦有規定媒體對候選人、被罷免人公平報導之義務，且規定違反時有相關罰則。《總統副總統選舉罷免法》第 46 條、第 96 條亦有類似規定。

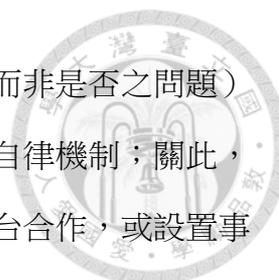
針對社群平台業者，問題在於其究竟是否是「媒體」或只是提供資訊流通之平台？前述美國《通信端正法》第 230 條即是從後者立場出發，從鼓勵網路發展之目的著眼之立法；惟有學者認為此種立法以不合時宜，不值得我國效仿²³。事

²¹ 第 38 條：「散布流言或以詐術損害信用部或全國農業金庫之信用者，處五年以下有期徒刑，得併科新臺幣一千萬元以下罰金。」

²² 該條規定：「廣播電視事業得有償提供時段，供推薦或登記候選人之政黨、候選人從事競選宣傳；供提議人之領銜人或被罷免人從事支持或反對罷免案之宣傳，並應為公正、公平之對待。

（第一項）公共廣播電視台及非營利之廣播電台、無線電視或有線電視台不得播送競選及支持或反對罷免案之宣傳廣告。（第二項）廣播電視事業從事選舉或罷免相關議題之論政、新聞報導或邀請候選人、提議人之領銜人或被罷免人參加節目，應為公正、公平之處理，不得為無正當理由之差別待遇。（第三項）廣播電視事業有違反前三項規定之情事者，任何人得於播出後一個月內，檢具錄影帶、錄音帶等具體事證，向選舉委員會舉發。（第四項）」

²³ 劉靜怡等，前揭註 10，頁 71 以下。



實上，多數民主國家皆在思考應課予平台業者「什麼程度」（而非是否之問題）之接受申訴、審查、刪除假消息之義務。首先要求的是平台的自律機制；關此，包含臉書在內的許多社群平台，或與第三方中立的事實查核平台合作，或設置事實查核機制。²⁴對此，行政院通過《數位通訊傳播法草案》試圖有條件課予數位服務提供者法律責任²⁵。不過，其僅包含「私權模式」亦即仍以假訊息或假新聞侵害個人法益為前提，而提供個人相關申訴、通知、移除及回覆機制²⁶，並在平台業者履行其法定義務後予以免責²⁷。

另外，行政院亦修法禁止包含不實資訊之政治廣告，分別在《公職人員選舉罷免法修正草案》第 51 條之 3²⁸與《總統副總統選舉罷免法修正草案》第 47 條之

²⁴ 聯合報（2021/8/27），〈臉書加速可靠訊息傳遞，納入台灣事實查核中心〉，<https://udn.com/news/story/7088/5703606>，（最後瀏覽日 2022/2/9）。

²⁵ 草案第 2 條定義之數位通訊傳播：「指以有線、無線、衛星或其他電子傳輸設施傳送數位格式之聲音、影像、文字、數據或其他訊息。」

²⁶ 草案第 11 條：「數位通訊傳播服務提供者應依其服務之性質，以得清楚辨識之方式公告其服務使用條款；其條款應包括下列事項：四、於使用之檢舉通報管道，供檢舉違反法律或服務條款之不當內容或行為。五、前款不當內容或行為之審查、移除、申訴及回覆機制。」

²⁷ 第 14 條：「數位通訊傳播服務提供者對其使用者之侵權行為，有下列情形者，不負賠償責任：一、所傳輸之資訊係由使用者所發動或請求。二、資訊之處理係經由自動化技術予以執行，且未就傳輸之資訊為任何篩選或改。」

第 15 條：「數位通訊傳播服務提供者對於第三人為供他人使用而儲存之資訊，於符合下列情形之一時，不負賠償責任：一、不知有違法行為或資訊，且於他人請求損害賠償時，就所顯示之事實或情況，亦不能辨別該行為或資訊為違法。二、於知悉行為或資訊為違法後，立即移除資訊或使他人無法接取之。（第一項）前項第三人如受數位通訊傳播服務提供者之指揮監督，不適用前項規定。（第二項）」

²⁸ 其規定：「報紙、雜誌、廣播電視事業、提供數位通訊傳播服務者、網際網路業者或其他媒體業者刊播之競選或罷免廣告，候選人或被罷免人認有散布謠言或傳播不實訊息之情事者，得檢具相關事證向管轄法院聲請移除內容、停止刊播或其他必要處置之緊急限制刊播令。（第一項）法院應於收到聲請之日起二日內為裁定。（第二項）法院為前項裁定前，得限時命報紙、雜誌、

3 為「緊急限制刊播令」之規定。惟根據學者之分析，其屬於「法國+美國模式」，亦即雖如法國以法院為判斷機關，但仍以不實訊息侵害候選人之名譽為前提，而未承認選舉公正性作為獨立法益之地位；且規範客體無理由地限制於政治廣告，似因廣告之商業性質而單獨受規制；聲請權人則限於候選人或被罷免人。

29

第二節 問題意識與研究範圍

在概觀我國為了抗制假訊息所採相關立法手段後，即可基此定位本文所欲研究之問題。本文作為刑事法論文，研究客體自然是「懲假」階段之相關立法，亦即在什麼條件下可以以刑罰回應假訊息之散布。但我國在許多法律中皆設有假訊息之處罰規定，亦非本文所能一一窮究，故本文研究範圍僅限於有關選舉之假訊息／假新聞散布之可罰性。本文之興趣在於，究竟假訊息／假新聞對民主制度與民主選舉造成什麼危害，以及在何種條件下得以刑罰回應造成此等危害的行為。

事實上，不同於前述許多假訊息／假新聞之處罰規定乃是在 2018 年後由於意識到假訊息之危害而增修者，在《公職人員選舉罷免法》與《總統副總統選舉罷免法》中之處罰規定由來已久。究竟這代表我國立法者早已體認到假消息對於民主制度之危害，抑或者是在尚未對於「假消息究竟如何侵害民主選舉」有澈底理解前即粗糙立法，並非無疑。不過，本文認為既然目前實定法上存在如此立法，亦銜接了目前世界各民主國家對於假訊息之疑慮。剩下之問題即是，應如何解釋

廣播電視事業、提供數位通訊傳播服務者、網際網路業者或其他媒體業者提出說明。（第三項）第一項聲請及第二項裁定，除本條另有規定外，準用民事訴訟法第五百二十四條至第五百二十六條、第五百三十二條、第五百三十三條、第五百三十五條、第五百三十八條第一項及第四項規定。（第四項）」

²⁹ 劉靜怡等，前揭註 10，頁 78 以下。



方得以正當化如此之立法？從憲法學觀點言之，若政府欲對言論為事後管制，則應區分是對內容或對表意之時間、地點或方式為管制而區別對待，若屬後者，大法官往往採取較寬鬆之審查標準；若是對內容之管制，則區分高價值言論（如政治言論）或低價值言論（如猥褻言論）而區別對待。³⁰由此可知，對於選舉不實訊息之刑事管制乃是落在針對政治言論之內容管制，且是以刑法加以管制，其效果必定是推定違憲，而必須由政府證成管制之正當與必要性。欲為回答此問題，僅僅訴諸「惡」、「假」、「害」之公式實屬不足。

在此面對之問題有二：首先是，究竟假訊息如何侵害民主制度，亦即規制選舉假訊息之刑事規定究竟欲保護何種法益？如前所述，如依據美國模式，往往必須緊扣在惡意侵害他人名譽方得以正當化言論的處罰，而如後所述，此即我國最高法院對《公職人員選舉罷免法》與《總統副總統選舉罷免法》中假訊息處罰規定之解釋。有疑問者乃是，若僅以名譽法益作為規範目的，如此立法是否能回應假訊息／假新聞對民主制度之傷害？易言之，是否不能定位出受假訊息侵害之超個人法益？此即本文第二章所欲回答者。

再者，從可罰性觀點言之，僅僅確立正當的保護法益仍有所不足。蓋刑法所規制者是人之行為，故而除了說明該受侵害或危害之利益狀態具備法益之適格之外，仍應說明在什麼條件下導致該等侵害或危害之行為是可罰的，在此涉及刑法學上的歸責理論。而在行為並未導致實害之情形，涉及在何種條件下可以認為其具備刑事不法，即所謂犯罪類型（Deliktstypen）之問題。此即本文第三章所欲討論者。

最後，如何將前二問題之答案，具體落實於《公職人員選舉罷免法》第 104 條與《總統副總統選舉罷免法》第 90 條之解釋中，則是第四章欲探討者。由於

³⁰ 此即我國繼受美國言論自由法制之雙軌與雙階理論，相關大法官解釋見釋字第 414 號、第 445 號解釋；基礎文獻見劉靜怡（2005），〈言論自由：第二講—言論自由的雙軌理論與雙階理論〉，《月旦法學教室》，第 28 期，頁 42-51。

立法當時並未對假消息／假新聞對民主制度之傷害有透澈之掌握，故對於構成要件之設定仍有過於模糊之處，強加適用恐有違法律明確性之要求，故本文於第四章亦提出立法論上之建議。



第三節 研究取徑

在第二章中，本文首先檢視目前實務見解對系爭二條文之理解。由於在傳統刑法中，對不實言論之規制目的在於保護個人名譽法益，實務見解也無法避免地將《公職人員選舉罷免法》第 104 條與《總統副總統選舉罷免法》第 90 條作相同解釋。不過，如後述將顯示者，如此解釋有著無法達成立法目的保障選舉公正性之缺點，且亦有判決在適用上發生邏輯矛盾之問題。既然本文試圖將法益定位在超個人法益，故而本文即轉向普通刑法中妨害投票罪之體系性研究。而由於我國妨害投票罪章繼受德國刑法，故在檢視德國法上文獻後，本文認為妨害投票罪章規範中獨缺對於集體政治意志形成自由之保障。基此，本文即確認《公職人員選舉罷免法》第 104 條與《總統副總統選舉罷免法》第 90 條之保護法益方向乃是作為超個人法益的集體政治意志形成自由，剩下問題即是如何精確掌握集體政治意志形成自由之概念內涵。由於刑事法文獻上對此著墨不多，本文即轉向基礎政治與法律哲學文獻之閱讀。最後，立基於哈伯馬斯之審議民主學說，本文認為民主選舉中存在自由論辯體制，而建構該體制之公共性原則即是《公職人員選舉罷免法》第 104 條與《總統副總統選舉罷免法》第 90 條之保護法益。

在確認保護法益之後，本文在第三章中試圖找出與此二條文相適應之犯罪類型。由於傳統上實害犯、具體危險犯與抽象危險犯皆無法合適地作為公共性原則保護之犯罪類型，即必須檢視文獻上其他可能的中間犯罪類型。在此，本文取徑一方面著眼於該二條文「足生損害於公眾或他人」之立法文字以及該二條文所欲規範之事實關係，一方面藉由德國法上基礎刑法學文獻之閱讀，尋找合適之犯罪類型。本文並且在檢視文獻上諸犯罪類型架構之過程，同時檢討通說關於客觀歸

責理論與以利益衡量模式作為容許風險判斷之問題。最後，藉由對文獻上諸犯罪類型的檢視與挪用，本文將《公職人員選舉罷免法》第 104 條與《總統副總統選舉罷免法》第 90 條之犯罪類型定位為潛在危險犯。

藉由上述研究之所得，本文即可在第四章中開始《公職人員選舉罷免法》第 104 條與《總統副總統選舉罷免法》第 90 條之構成要件解釋。在此研究取徑雖有借鏡德國法上妨害名譽罪之相關解釋，但其功能主要是提示可能問題。主要研究取徑仍是試圖將立基於審議民主理論的公共性原則保護立場，落實於構成要件之解釋中。最後本文並於第五章作出結論。

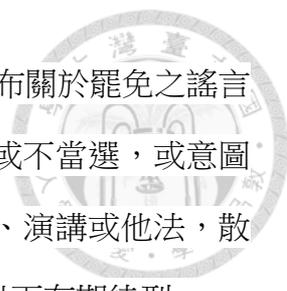


第二章 保護法益

本章之目的在於確定《公職人員選舉罷免法》第 104 條與《總統副總統選舉罷免法》第 90 條（下稱系爭二條文）之法益為何。在第一節中將介紹系爭二條文之立法沿革。第二節則是檢討實務見解對系爭二條文之解釋。在否定現行實務見解將其解釋為誹謗罪之特別規定後，本文於是轉向超個人法益以定位系爭二條文。故在第三節中，本文將體系性地分析現行普通刑法中妨害投票罪之諸規定，並發現在該等保護國民主權原則之刑事保護規定中，雖有保護個別公民政治意志形成自由之規定，但尚未有保護公民集體形成公意程序之規定。基於第三節之結論，在第四節中本文首先探討系爭二條文是否適合作為保護個別公民政治意志形成自由之規定。在得出否定之結論後，在第五節目的即在於探討如何將系爭二條文之法益定位為保護公民集體形成公意過程之自由。

第一節 立法沿革

《公職人員選舉罷免法》脫胎於民國 65 年 5 月 6 日制定同年 5 月 14 日公布之《動員戡亂時期公職人員選舉罷免法》，前者第 104 條之規定乃是從後者第 92 條修正移列而來，後者條文為：「意圖使候選人當選或不當選，以文字、圖畫或演講，散布虛構事實，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」其立法理由謂：「為端正選風，維護優良競選風度，公平競爭起見，特訂定本條，對散佈虛構之事實以使特定候選人當選或不當選為目的者加以處罰」。迨民國 72 年 6 月 28 日修正，將本條所定「散佈虛構事實」修正為「散布謠言或傳播不實之事」，並增列「錄音、錄影或他法」以應需要，其理由為：「為端正選風，避免以傳聞不實之謠言，以訛傳訛，或故意歪曲事實，致生損害於公眾或他人」。動員戡亂時期結束後，於民國 80 年 7 月 16 日之修正刪除法規名稱中「動員戡亂時期」之文字。又迨至民國 96 年 11 月 6 日全文修正將其移列於第 104 條。而後



又於 105 年 12 月 14 日修正公布，並於同年月 16 日施行，將散布關於罷免之謠言或不實之事亦納入處罰。目前條文規定：「意圖使候選人當選或不當選，或意圖使被罷免人罷免案通過或否決者，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處 5 年以下有期徒刑」。

至於《總統副總統選舉罷免法》第 90 條，乃源自於民國 84 年 7 月 20 日所制定之《總統副總統選舉罷免法》第 81 條，其立法理由謂：「本條參照公職人員選舉罷免法第九十二條規定，對散佈虛構之事實以使特定候選人當選或不當選為目的者加以處罰，以端正選風，維護優良競選風度。」而後於民國 92 年 10 月 9 日全法修正時，移列於第 90 條，內容未修正，且其並無處罰散布關於罷免之不實之事或謠言之規定，故目前條文為：「意圖使候選人當選或不當選，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人者，處五年以下有期徒刑。」

第二節 實務見解及其批評

第一項 實務見解

最高法院就系爭二條文之法益定位曾有不同見解，此見諸於對《公職人員選舉罷免法》第 104 條（舊法第 92 條）與刑法第 310 條誹謗罪罪數之爭論。有見解認為該條與誹謗罪乃是法規競合關係，採此說即認為該條與誹謗罪均為個人名譽之保護。³¹另有見解認為該條文在於保障公共利益，故與誹謗罪之規定乃屬想像競合關係。³²

³¹ 「意圖使候選人不當選，以文字散布虛構事實，足以生損害於公眾或他人之行為，雖同時又觸犯刑法第三百十條第二項之誹謗罪，但此乃法規競合，依特別法優於普通法之原則，應擇一適用動員戡亂時期公職人員選舉罷免法第九十二條論處，原第一審依想像競合犯將上述兩罪按刑法第



就此爭論，最高法院於民國 87 年作成決議認為：「刑法上所謂法規競合，係指一個犯罪行為，因法規之錯綜關係，致同時有數符合該犯罪構成要件之法條可以適用，爰依法理擇一適用者而言。公職人員選舉競選期間，意圖使某候選人不當選，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於該候選人之名譽時，雖同時符合刑法第三百十條第一項或第二項之誹謗罪與公職人員選舉罷免法第九十二條之意圖使候選人不當選散布虛構事實罪之犯罪構成要件，因係法規之錯綜關係，致一個犯罪行為，同時有數符合該犯罪構成要件之法條可以適用，應依法規競合法理，擇一適用公職人員選舉罷免法第九十二條規定論處」³³至此已經明確表示上開條文與誹謗罪皆在於保障個人名譽法益。而系爭二條文既然法條文字雷同，《總統副總統選舉罷免法》第 90 條自應為相同解釋。高等法院雖有認為《總統副總統選舉罷免法》第 90 條應與誹謗罪為想像競合之判決³⁴，但為最高法院所廢棄³⁵。

五十五條從一重處斷，其適用法則，不無違誤。」最高法院 72 年度台上字第 1442 號刑事判決參照。

³² 「公職人員選舉罷免法第九十二條之罪，係以意圖使候選人當選或不當選，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人為其構成要件，故祇須所散布之謠言或傳播不實之事，足以生損害於公眾或他人即為已足，而不以毀損他人名譽為必要。原判決謂該條之罪與刑法第三百十條之誹謗罪為法規競合，所持法律見解，非無可議。」最高法院 84 年度台上字第 4693 號刑事判決參照。

³³ 87 年第 6 次刑庭決議（一）

³⁴ 「按總統副總統選舉罷免法於 93 年 4 月 7 日修正施行，其中原第 81 條改列為第 90 條，第 89 條改列為第 99 條，條文所規定之構成要件及法定刑均未作修正，被告行為後，法律有變更，依刑法第 2 條第 1 項前段規定，應適用裁判時之新法。核被告所為，係犯刑法第 310 條第 2 項，總統副總統選舉罷免法第 90 條之罪，被告以一散布文字行為，同時侵害丙○○個人名譽及公共利益，

由此可知，依據實務見解，系爭二條文乃是用於保護各種類型之選舉中候選人之名譽。而實務上，不論是里長選舉³⁶、議員選舉³⁷、鄉、鎮長選舉³⁸、縣長選舉³⁹、立法委員選舉⁴⁰或總統副總統選舉⁴¹（適用《總統副總統選舉罷免法》第 90 條），只要對該選舉中之候選人散布不實訊息或謠言，即有成立本罪之可能。

不過，實務見解認為系爭二條文在於保護各種類型選舉中候選人之名譽，是否合理，似值商榷。首先，從立法理由中並未見到對於候選人名譽權保護之意旨。再者，就本條構成要件文字而言，「足生損害於公眾或他人」之立法模式並未見諸於普通刑法妨害名譽及信用罪章⁴²。最後，當涉及「意圖使人當選」而散布不實訊息或謠言時，實務見解即自我矛盾。以最高法院 107 年度台上字第 2549 號判決為例。本案事實乃是臺中市第一選區（大甲、大安、外埔區）市議員候選人楊永昌意圖使自己當選，而偽造相關機關之公文書作為自己政績的佐證資料。⁴³最

觸犯上開二個罪名，為想像競合犯，應從一重之總統副總統選舉罷免法第 90 條之罪處斷。」臺灣高等法院 94 年度上更(一)字第 644 號刑事判決參照。

³⁵ 最高法院 96 年度台上字第 3384 號刑事判決參照。

³⁶ 近期判決：106 年度台上第 899 號、108 年度台上字第 1806 號、108 年度台上字第 3320 號、109 年度台上字第 4103 號

³⁷ 107 年度台上字第 2549 號

³⁸ 100 年度 2157 號、84 年度台上字第 4693 號

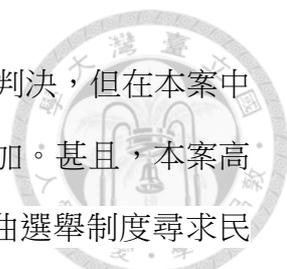
³⁹ 106 年度台上字第 1158 號

⁴⁰ 108 年度台上字第 2131 號

⁴¹ 97 年度台上字第 5358 號

⁴² 雖然德國刑法第 186 條有「足以減損其在公共意見中之評價」、第 187 條有「足以減損其在公共意見中之評價或危害其信用」之字眼，但皆僅限於被害人而非足以對「他人」或「公眾」造成危害。

⁴³ 「楊永昌為民國 103 年 11 月 29 日「103 年直轄市長、縣（市）長、直轄市議員、縣（市）議員選舉」之臺中市第一選區（大甲、大安、外埔區）市議員候選人，因競選期間選情激烈，為求能順利當選，明知各相關公務機關並無發函覆其如附表所示公文所述相關議題，竟與胞妹楊秀



高法院維持二審適用《公職人員選舉罷免法》第 104 條之有罪判決，但在本案中並無人之名譽權受到減損，反而是被告本人之名譽有不正之增加。甚且，本案高等法院之判決⁴⁴於不論知緩刑之理由中屢次強調被告等人「扭曲選舉制度尋求民意之真實性」、「無視民主政治公平競選之重要性」、「破壞選舉之公正性」等語，更令人懷疑將本罪之保護法益定位為候選人名譽保障之正確性。

女及姓名年籍不詳之人共同意圖使楊永昌當選，而基於行使偽造公文書以及以文字傳播不實之事之犯意聯絡，由姓名年籍不詳之人負責製作公文，偽造如附表所示之覆函公文共 9 份，再由不諳電腦的楊秀女負責將上揭偽造之公文影本、楊永昌肖像畫面及看板原手稿，委託不知情之十全廣告公司業務高夙慧掃描成電子檔，編排製成大型競選看板廣告，廣告完成後，分別將「戶政、地政業務進駐日南服務中心」主題之廣告看板（含有附表編號 1 至 3 之偽造公文書）架設在臺中市大甲區經國路與臨江路口；將「日南慈德宮取得合法宗教專用區」主題之廣告看板（含有附表編號 4 至 6 之偽造公文書）架設在經國路；將「大甲體育場風雨操場建設」主題之廣告看板（含有附表編號 7 至 8 之偽造公文書）架設在大甲區大安港路跟經國路口；及將「大甲聯合運動中心」主題之廣告看板（含有附表編號 9 之偽造公文書）架設在大甲區大安港路與新政路口（大甲體育館前）等人潮車流較多之地點，誤使選民認同競選廣告看板公文所述之內容，藉以爭取選民之支持，足以生損害於公眾。經民眾檢舉，嗣由臺灣臺中地方法院檢察署向附表所示之機關逐一函詢查證，發現楊永昌上揭競選廣告看板所刊登之公文皆屬偽造，於 104 年 2 月 5 日為法務部調查局臺中市調查處持本院核發之搜索票執行搜索，始悉上情。」臺灣臺中地方法院 104 年度訴字第 932 號刑事判決參照。

⁴⁴ 臺灣高等法院臺中分院刑事判決 106 年度上訴字第 498 號

第二項 從比較法觀點檢視我國實務見解合理性

第一款 德國刑法第 188 條概觀



如前所述，實務見解將系爭二條文定位為候選人名譽權之保障規定，而與之最相似者於德國法上即是德國刑法第 188 條。故本文欲從比較法之觀點，藉由檢視分析德國刑法第 188 條對政治人物名譽權保障之規定與相關學說見解，深入檢討實務見解之合理性。

德國刑法第 188 條「對政治人物之誹謗或詆毀罪」⁴⁵規定：「對於在人民之政治生活中有地位之人，意圖減損其於公共生活中之地位，公然、於集會中或以散布文書之方式為誹謗，足以嚴重影響其公共影響力（*öffentliches Wirken*）者，處三月以上五年以下有期徒刑。（第一項）犯詆毀罪而有前項情形者，處六月以上五年以下有期徒刑。」

首先是本條之規範目的。由於政治人物在公共生活中特殊的地位，其名譽更容易成為他人攻擊之目標且受侵害之程度亦鉅，故本條在於提供政治人物更高度的名譽保護，並藉由此種保護防止「政治生活之劣化」（*Vergiftung des politischen Lebens*）。⁴⁶而本條直接保護之對象雖是該承擔政治權力之個人，但亦間接保護了該個人所承擔的角色功能（*Funktionen*）。⁴⁷

再來就保護主體而言，為了符合法律明確性，故應嚴格解釋「在人民之政治生活中有地位之人」，僅只是積極參與共同體的政治決定過程並不足夠⁴⁸。依據

⁴⁵ 參考：李聖傑、潘怡宏（編），王士帆（等譯）（2019 年）。《德國刑法典》，2 版。台北：元照。後續德文刑法典翻譯亦有參照。

⁴⁶ Regge/Pegel, in: Erb/Schäfer, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 4. Auflage, 2021, §188 Rn. 1.; Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 5. Auflage, 2017, §188 Rn. 1.

⁴⁷ Fischer, Strafgesetzbuch, Band 10, 62. Auflage, 2015, §188 Rn. 1.; Regge/Pegel, a.a.O. (Fn.46).

⁴⁸ Lenckner/Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage. 2019, §188 Rn. 2.



被廣泛引用的帝國法院時期之見解，必須限於「持續地承擔根本性或與國家、其憲法、立法、行政、國際關係直接相關之事務，且基於其角色功能而對政治生活有重大影響者」⁴⁹。較無爭議者包含聯邦總統、內閣成員、聯邦或邦之議員、邦的行政首長與憲法法院法官、主要反對黨領袖等。⁵⁰較有爭議的是工會等利益團體之主席。⁵¹而就鄉鎮市等初級地方自治團體政治人物（Kommunalpolitiker）多數採反對見解，蓋其只有地域性的政治影響力，並非在「人民的」（des Volkes）政治生活扮演有重要影響力之政治人物。⁵²少數見解亦有認為可以適用在候選人之案例者。⁵³

就行為態樣而言，不同於實務認為只需要有損害名譽的事實陳述，學說多認為必須要行為人之陳述「足以」（geeignet）使公眾對該政治人物之誠信或品德產生不信任，而此種不信任將影響其角色功能的運作。⁵⁴

第二款 對我國實務見解合理性之啟發

如上所述，德國通說認為德國刑法第 188 條目的在於針對特定政治人物之名譽法益提供特別保護。然而，是否能僅因為政治人物之名譽較易受到攻擊，即以加重處罰行為人之方式保護之，不無疑問。首先，政治人物雖較易成為名譽侵害的被害人，但同時也較之於一般人更能接近使用媒體，面對足以侵害名譽之言詞指控，更能夠有效地澄清。再者，政治人物名譽往往牽涉於公共議題之辯論中，嚴刑峻罰恐對於公共辯論有不利影響，對於參與辯論之公民有動輒得咎之虞。

⁴⁹ RG 58, 415 zitiert in, Lenckner/Eisele, a.a.O. (Fn.48).

⁵⁰ Lenckner/Eisele, (Fn.48), §188 Rn. 3.; Zaczyk, (Fn.46), §188 Rn. 4.

⁵¹ 肯定說見 Lenckner/Eisele, a.a.O. (Fn.50).; 反對意見 Zaczyk (Fn.46), §188 Rn. 5.

⁵² Regge/Pegel, (Fn.46), §188 Rn. 9.; Lenckner/Eisele, a.a.O. (Fn.50).

⁵³ Zimmermann, Die Wahlfälschung im Gefüge des strafrechtlichen Schutzes der Volkssouveränität, ZIS, 2011, 982, 988.

⁵⁴ Zaczyk, (Fn.46), §188 Rn. 6.; Fischer, (Fn.47), §107a Rn. 3a.

事實上，政治人物基於其於公領域之地位，本來就由於其所承擔之職責而應接受公眾之檢驗。基此，德國學說多認為德國刑法第 188 條除了政治人物之名譽權之外，仍間接保障了其所在公共生活中扮演的角色功能，且更強調行為人之事實陳述必須足以妨害此種角色功能之運作。易言之，政治人物之名譽本身並非較一般人更有保護價值，所需保護者是與此名譽相聯繫的公共角色之順利運作。而正是後者正當化了其較一般妨害名譽罪更高之刑度。⁵⁵

姑不論形式上《公職人員選舉罷免法》第 104 條與《總統副總統選舉罷免法》第 90 條作為個人名譽法益保護規定，其構成要件太過簡陋，實質上亦乏理據。若依我國實務見解，則系爭二條文與德國刑法第 188 條，皆在於保護政治人物之名譽。然而，在我國系爭二條文之保護主體，並非已經具有行政、立法、司法職權、政黨職位或利益團體領袖之人，而是各類型——從里長到總統——選舉之候選人。在此可以為二點批評。首先，如前述，法律上不應認為候選人之名譽較一般人更值得保護，蓋其同樣有較容易使用媒體之優勢與在合理範圍內忍受公評之義務。⁵⁶再者，姑不論將里長與總統候選人實質上適用同一條文加以保護亦乏合理性，其既然僅為「候選人」則尚未承擔在公眾政治生活中重要之功能角色，對其名譽之損害亦難以損害公眾之公共或政治生活，故德國學說上用以正當化加重處罰之事由在此並不存在。

⁵⁵ Fischer, a.a.O. (Fn.47).

⁵⁶ 例如「又立法委員職權重大，為公眾人物，於民主社會，本應接受外界監督其人格、品行、素行、操守、甚至私德。於選舉時，候選人以各種文宣宣傳，就公共事務辯論，以期選民對候選人有充分之認識，俾選民資訊充足，為適當之選擇。因此，各候選人文宣關於可受公評之事項，應嚴格認定是否確有誹謗或侮辱之惡意，以免在選舉中之批評，動輒得咎，產生寒蟬效應，從而，若無積極證據足證行為人確係出於誹謗故意或未必故意，即應推定係以善意為之。」參最高法院

103台上字第2121號號刑事判決

就結論言，若採實務見解認為系爭二條文之法益是候選人之名譽，將面臨二大問題。首先此種法益見解將無法解釋「意圖使人當選」而散布不實訊息或謠言之行為態樣如何侵害法益。第二，此種見解無法正當化系爭二條文較之於其他名譽法益犯罪更高之刑度。

而若欲重新定位該等條文之法益，前所引用之臺灣高等法院臺中分院 106 年度上訴字第 498 號刑事判決已經提供線索。在該判決中，法院在「意圖使人當選」之案例類型中，將行為之可罰性定位在其足以「扭曲選舉制度尋求民意之真實性」、「無視民主政治公平競選之重要性」及「破壞選舉之公正性」。以下將藉由分析妨害投票罪章之相關規定，在超個人法益層次尋找系爭二條文可能的保護法益選項。

第三節 妨害投票罪的體系分析

本節重點在對「選舉刑法」（Wahlstrafrecht）——亦即德國刑法第四章第 107 條以下與我國刑法第六章「妨害投票罪」——從形式與實質方面進行體系分析。在形式分析方面，主要著重在各該條文在「何選舉階段發生作用」之討論（第一項）。在實質分析方面，則是探討選舉刑法在保護「個別／集體政治意志形成自由」的體系分配（第二項）。最後，本文試圖從上述分析中，找出系爭二法條的可能保護法益方向（第三項）。

第一項 選舉刑法之形式體系分析

在此先概觀德國法上選舉刑法的體系分析（第一款），再以之為基礎理解我國妨害投票罪章（第二款）。

第一款 德國刑法分則第四章「妨害憲法機關、選舉與表決

之犯罪」之體系分析



《德國基本法》（Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland）第 20 條第 2 項第 1 句：「所有國家權力來自人民」即是國民主權原則之明文。而國民主權原則要求國家行為與人民意志之間具備正當性連結（Legitimationskette），亦即人民意志透過一轉化的過程具體化為各別的国家行為。⁵⁷而此轉化過程在德國憲政體系即是透過人民選出聯邦眾議院議員（第一階段：直接民主），再由其選舉出代表行政權的內閣（第二階段：間接民主），最後透過行政權將人民意志具體施展（第三階段）。⁵⁸

而德國刑法第四章可以分為兩部分，第 105、106、106b 條乃是第二階段保護間接民主順利運作之條文，在此不擬討論。而從第 107 條至 108d 條則是直接民主的刑事保護條文，此即德國選舉刑法的相關規定。而從其第 108d 條亦可以明確認知其選舉刑法的適用範圍僅限於人民直接選舉的直接民主階段。⁵⁹

在人民直接選舉之階段又可以分成三個子階段，分別是投票前階段（Abstimmungsvorfeld）、圈選行為/選舉進行階段（Wahlausübung）與投票結果確定/計票階段（Wahlergebnisfeststellung/ Auszählung）。⁶⁰以下即從此三階段探討國民主權原則的刑事保護。

⁵⁷ Zimmermann, (Fn.53), 982.

⁵⁸ Zimmermann, a.a.O. (Fn.57).

⁵⁹ 該條規定：「第 107 條到第 108c 條之規定，適用於議會選舉、歐洲議會議員選舉、其他聯邦、各邦、地方政府之公民選舉與投票，區域性之邦、地方政府的公民選舉與投票，以及社會保險之初選。提名聯署或公投提案連署與選舉或投票，準用之。」

⁶⁰ Zimmermann, (Fn.53), 987.

第一目 選舉前階段

本階段除了選舉刑法之外，亦有行政法上的許多保護規定。例如《聯邦選舉法》中基於平等原則不得在選舉期間公布民調⁶¹、《政黨法》中政黨財政透明之要求⁶²等。前者是為了避免部分尚未投票之選舉人獲得不公平之資訊優勢對於已經投票之人產生不平等⁶³；後者則是使選民可以自由決定是否使用選票制裁與大企業過度掛勾之政黨。⁶⁴

就選舉刑法而言，在此階段最重要者是強制選舉人罪（§108）⁶⁵與賄選罪（§108b）⁶⁶。前者是為了使選舉人意志不受不正之扭曲，其保護法益是個別投票權人之意思決定自由⁶⁷（但其實亦兼有實現自由）；後者保護法益則是保護選舉人政治意志決定之客觀性（Sachlichkeit）⁶⁸。

⁶¹ §§49a, 32 Bundeswahlgesetz.

⁶² §31d Parteiengesetz.

⁶³ 例如原本支持落後的候選人或政黨的投票人，在得知其所支持之政黨並未跨越 5%可以分配國會議席次之門檻時，為了避免自己之選票無法發揮作用而改變自己的投票意向。Zimmermann (Fn.23), 987.

⁶⁴ Zimmermann, (Fn.53), 987f.

⁶⁵ 該條規定：「違法以強暴、脅迫施以重大惡害、濫用職務或經濟上之隸屬關係，或其他經濟上壓力之方式、強制或妨害他人行使其選舉權，或以一定方式行使者，處五年以下有期徒刑。情節重大者處一年以上十年以下有期徒刑。（第一項）未遂犯罰之。（第二項）」

⁶⁶ 該條規定：「對有投票權之人，行求、期約或交互賄賂或其他不正利益，以使其不行使其投票權或為一定之行使者，處五年以下有期徒刑或罰金。（第一項）有投票權之人，要求、期約、收受賄賂或其他不正利益，而許以不行使其投票權或為一定之行使者，亦同。（第二項）」

⁶⁷ Kargl, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, Bd.2, 5. Auflage, 2017, §108 Rn. 1.

⁶⁸ Kargl, a.a.O. (Fn.67).; Zimmermann, (Fn.53), 988.



第二目 選舉進行階段

規制此階段的選舉刑法是第 107 條干擾選舉罪⁶⁹、第 108 條強制選舉人罪、第 108a 條詐欺選舉人罪⁷⁰與第 107c 條侵害選舉秘密罪⁷¹。第 107a 條所規範之行為態樣較為複雜，其「使選舉產生不正確結果」即包含選舉進行階段之行為，例如無權投票。但其主要規制對象仍屬於選舉結果確定階段，故於後再詳述。

就第 107 條而言，其保護法益是自由選舉之進行之公共利益。⁷²其主要處罰例如封鎖選舉地點、毀損選舉文件之行為。⁷³

第 108 條在此階段主要是處罰行為人以強制手段使有投票權人無法為投票之行為（例如於選舉期間監禁之）。⁷⁴

第 108a 條規範對選舉人為詐欺，其保護法益如同第 108 條是個別選舉人投票權行使不受關於投票權事項之詐欺⁷⁵；其並非保護選舉人形成特定政治意思（是否支持某候選人或某政黨）之過程中不受虛偽資訊之影響。本條主要是適用在需要輔佐人的情形。⁷⁶「使選舉人誤認意思表示內容」之行為例如輔佐人施用詐術使不識字之投票人對選票上的候選人序列產生錯誤。「使選舉人違反其意志不為投票或為無效之投票」之行為例如對投票的時間地點為詐欺使行為人未為投票、

⁶⁹ 本條規定：「以強暴、脅迫施以強暴之方式，阻礙或妨害選舉或投票結果之確定者，處五年以下有期徒刑或罰金。情節重大者，處一年以上有期徒刑。（第一項）未遂犯罰之。（第二項）」

⁷⁰ 本條規定：「施用詐術使選舉人於投票時誤認其意思表示之內容，或使選舉人違反其意志不為投票或為無效之投票者，處二以下有期徒刑或罰金。（第一項）未遂犯罰之。（第二項）」

⁷¹ 本條規定：「意圖為自己或他人刺探第三人投票之內容，而違反保護秘密投票之規定者，處二以下有期徒刑或罰金。」

⁷² Kargl, a.a.O. (Fn.67).

⁷³ Zimmermann, (Fn.53), 989.; Kargl, a.a.O. (Fn.72).

⁷⁴ Zimmermann, a.a.O. (Fn.73).

⁷⁵ Kargl, a.a.O. (Fn.67).; Müller, in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.2, 3. Auflage, 2017, §108a, Rn. 1.

⁷⁶ §14 Abs.5 BWG

或欺騙其該次投票之意義（例如欺騙投票人使其以為該選票是關於是否要興建腳踏車道，其實是聯邦眾議院選舉）。

第 107c 乃是空白刑法之規定，必須從《聯邦選舉法》（Bundeswahlgesetz）⁷⁷與《聯邦選舉規則》（Bundeswahlordnung）⁷⁸中找到相應的選舉秘密原則之規範。其典型行為例如在選舉人圈選時窺視其投票內容。⁷⁹

第三目 投票結果確定階段

在此階段主要發揮作用的是第 107 條，其保護投票結果確定階段之程序不受外力不正干擾，亦即保護投票結果確定過程的框架性條件。⁸⁰典型行為例如從投票箱中偷走選票或者撕毀選票。

而第 107a 條⁸¹也是在投票結果確定階段發揮作用，多數學說認為其保護法益乃是「合規則性選舉之公共利益」，亦即「透過合規則之選舉保障民主意志形成過程不受操弄之公共利益」⁸²；但亦有強調本條主要是保護「投票結果正確性」而僅間接保護民主的意志決定⁸³。且依通說，本罪為實害犯。⁸⁴

但究竟何謂本條之「投票結果正確性」？首先應先區辨所謂的「投票結果」（Wahlergebnis）及其「不正確性」（Unrichtigkeit）。如文獻指出，投票結果乃是

⁷⁷ §§33,34 BWG

⁷⁸ §§6 Abs.3, 45,46,50,51, 57 Abs.3, 89 BWO

⁷⁹ Zimmermann, (Fn.53), 990.; Kargl, (Fn. 67), §107c Rn. 4.

⁸⁰ Zimmermann, (Fn.53), 991.

⁸¹ 本條規定：「無權投票或以其他方式使投票發生不正確之結果或變造投票結果者，處五年以下有期徒刑或罰金。（第一項）對於投票結果，為不正確之宣布或使人為不正確之宣布者，亦同。（第二項）未遂犯罰之。（第三項）」

⁸² Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage. 2019, §107a Rn. 1.; Kargl, (Fn. 67), §107a Rn. 1.

⁸³ Müller, a.a.O. (Fn.75).; Zimmermann, a.a.O. (Fn.80).

⁸⁴ Müller, (Fn.75), §107a Rn.3.

行為客體（Angriffsobjekt）而其不正確性則是行為結果（Taterfolg）。⁸⁵依通說，所謂的投票結果即是「票數關係」（Stimmenverhältnis），亦即候選人或政黨之間的票數分配關係，而不以影響當選與否為必要。⁸⁶之所以強調票數關係而非當選結果，乃是由於本條是在規範個別人選舉人之行為，故所謂的不正確結果應從單獨之投票行為來考量。⁸⁷而就不正確性而言，通說將其聯繫到選舉合規則性的概念，其最經典的表述即是「若依法規進行的選舉將產生的票數關係與現況之票數關係不同，即可認定不正確結果存在」。⁸⁸故投票結果的「正確性」即是將事實上的票數關係與應然（合法規）狀態進行下之選舉所將產生的票數關係作比較，若有偏離即屬不正確。

不過，若仔細檢視通說與實務咸認為應適用本條處罰之案例，則將發現票數關係實未扮演關鍵地位。

第 107a 條主要是適用在通信投票之情形（Briefwahl）。⁸⁹在濫用他人名義投票（Missbrauch des Namens des Wahlberechtigten）的案例類型中，依據聯邦最高法院見解，被告並未詢問有投票權人的意思而逕行說服（überreden）其於通信投票的選票上圈選特定候選人與政黨，該當第 107a 條之罪。在此爭議源於帝國法院時代的兩種不同見解，其一認為不正確性在於被告說服選舉人圈選或替其為圈選之人與選舉人本人原所欲圈選之人不同（RG63, 382（386））；其二較早的判決認

⁸⁵ Zimmermann, a.a.O. (Fn.80). 其清楚區辨此二概念，雖然其對於投票結果與不正確性之理解皆不同於通說。

⁸⁶ Müller, (Fn.75), §107a Rn. 16.; Kargl, (Fn. 67), §107a Rn. 6.; Eser, (Fn.82), §107a Rn. 5.

⁸⁷ Eser, a.a.O. (Fn.82). 此外也是受到其舊條文規定「投票行為的不正結果」（ein unrichtiges Ergebnis der Wahlhandlung）之影響。

⁸⁸ Müller, a.a.O. (Fn. 86); Fischer, (Fn.47), §107a Rn. 2.; Kargl, a.a.O. (Fn.86). 此即帝國法院見解 RGSt 20, 420（422）

⁸⁹ 「愈寬鬆的選舉程序規定（允許在投票日前或在投票所外投票），則違反該程序規定的行為其刑事不法性即愈嚴重。」 Oehler, JR 1981, Heft 12, 517, 519.

為不正確性在於被告行為使係爭選票無效，但卻被計入為有效票（RGRspr7, 168）。

就此爭議，聯邦最高法院認為前者判決並無實質改變後者的見解，蓋其引述的另則判決表示「若投票結果並非未受變造的選舉人合法表達的意志，則屬不正確」（RG 37, 233 (237)），而濫用他人名義投票即非選舉人「合法」表達的意志，而此行為將使不合法的無效票被記為有效票。故不正確性仍在於無效票被計為有效票，所圈選之人是否符合本人意思僅是補充的理由。不過，聯邦最高法院最後改變帝國法院時代之見解，認為縱使行為人確定若本人親自投票仍將為相同圈選，故而無票數關係之改變，仍舊該當第 107a 條之罪。⁹⁰

學者評釋該判決認為，投票結果之不正確性不在於無效票被計為有效票，而在於被告違反《聯邦選舉法》第14條第4項投票權一身專屬性之一般規定以及第36條第2項通信投票之內容應符合有投票權人明示之意思之特別規定，而使選舉人受到不正影響。⁹¹另有支持此看法之實務見解認為，在通信投票之情形不顧他人意思而替他人圈選，不論是否無效票被計為有效票、或因其無效被拒絕計入，由於選舉人皆受有不正影響施（違反投票權之一身專屬性原則與選舉秘密原則），故可認定不正確之投票結果。⁹²

我國學者曾舉例如下：行為人甲將選民 A 投給 X 候選人之選票變造為投給 Y 候選人，而將選民 B 投給 Y 候選人之選票變造為投給 X 候選人。其認為若無程序合法性之概念，將認為票數關係並未受到影響，不成立本罪；而在強調程序合法性之思考下，則會認為選民 A B 之政治意志都受到非法之改變，故皆成立本罪。

⁹³故若真正堅持票數關係作為行為結果，則在其為無效未被發覺之情形，票數關係實未改變，本案之行為人應不可罰。故本文認為，投票結果是否正確已經不繫

⁹⁰ BGHSt. 29, 380.

⁹¹ Oehler, a.a.O. (Fn. 89).

⁹² OLG Zweibrücken, Urteil vom 06.05.1986 – 2 Ss 67/86

⁹³ 薛智仁（2009），〈虛偽遷徙戶籍而投票之可罰性〉，《法學新論》，7 期，頁 85。



於現實票數關係是否偏離應然的票數關係，而在於投票結果是否是在合乎選舉程序法規的情況下所產生。

另外，本條與第 108、108a 條之關係亦有爭論。由於第 108 與 108a 條皆會使投票結果發生不正確，故有認為本條是基礎構成要件（Grundtatbestand）⁹⁴。但第 108 條與第 108a 條保護對象是個別投票權人，而本條則是公共利益的保護，且原則上基礎構成要件之刑度應較低（但本條卻高於§108a），故本條應為獨立構成要件。⁹⁵

第 107a 條所規範之行為態樣較為複雜，跨越投票結果進行階段與投票結果確定階段。其行為態樣有三，分述如下。

第一種行為態樣乃是選舉仍在進行時之「使投票發生不正確結果」票。通說認為「無權投票」為其例示。⁹⁶無權投票包含未達投票年齡、在選區無戶籍、未為選民登記、被褫奪公權等形式或實質條件欠缺而仍為投票之情形；另外，重複投票或冒名投票亦屬之。⁹⁷其他使投票發生不正確結果之方法包含取走已經投入票匭之選票、加入其他選票；而在投票結果需要考慮總選舉權人數之情形，亦包含變造選舉人名冊。⁹⁸第一種行為態樣之既遂在投票行為完成時，而非計票時；而第 107b 條⁹⁹則是本罪之實質預備犯，故本罪著手時點應限縮為領票時。¹⁰⁰

⁹⁴ Müller, a.a.O. (Fn.86).

⁹⁵ Kargl, (Fn. 67), §107a Rn. 1.; Zimmermann,(Fn.53), 991.

⁹⁶ Kargl, (Fn. 67), §107a Rn. 2a.; Müller, a.a.O. (Fn.86).

⁹⁷ Zimmermann, (Fn.53), 993.

⁹⁸ Zimmermann, a.a.O. (Fn.97).

⁹⁹ 本條規定：「實施以下行為之一，而無重於本條規定之刑罰者，處六月以下有期徒刑或一百八十日額單位之罰金：1. 提供虛偽資料而使自己被登記於選舉人名冊者，2. 明知他人無選舉權，而將其登記於選舉人名冊者 3. 明知他人有選舉權，而避免將其登記為選舉人者 4. 無候選人資格而使自己登記為選舉之候選人者。（第一項）將選舉人登記於選舉人名冊之規定，於社會保險初選所製作之選舉文件，準用之。（第二項）」

¹⁰⁰ Zimmermann, (Fn.53), 995.

第二種行為態樣乃是在選舉結束後之計票階段「變造投票結果」。包含在選舉結束後取走或加入選票、錯誤地計算或紀錄選票。¹⁰¹

第三種行為態樣是計票結束後、宣布投票結果過程中之「不正確地宣布已經確定之投票結果或使之被宣布」。本罪為身份犯，限於具有公布投票結果權限之公務員方能成罪。¹⁰²

第二款 我國刑法分則第六章「妨害投票罪」之體系分析

我國《憲法》第 2 條規定：「中華民國主權屬於全體國民」亦為國民主權原則之明文。綜觀我國刑法第六章妨害投票罪，與德國刑法第四章第 107 條以下高度相似。不過，是否適用於議會民主階段有爭論。¹⁰³以下即以上述形式分析體系探討我國《刑法》妨害投票罪章於直接民主階段之定位。

首先在選舉前階段，同樣有保護選舉人意志客觀性之第 143、144 條¹⁰⁴賄選罪與維護選舉人意思決定自由之第 142 條強制選舉人罪¹⁰⁵。另外，我國法第 145 條¹⁰⁶誘惑選舉人罪之規範目的，應也是在投票前階段維護選舉人之意志決定自由。¹⁰⁷

¹⁰¹ Zimmermann, (Fn.53), 994.

¹⁰² Zimmermann, a.a.O. (Fn. 100).

¹⁰³ 參許澤天（2020），《刑法分則》，二版，頁 626 註 33，新學林。多數見解認為適用於間接民主階段。但無論如何，本章之罪適用於直接民主階段並無疑問，故在此不擬處理此爭議。

¹⁰⁴ 第 143 條：「有投票權之人，要求、期約或收受賄賂或其他不正利益，而許以不行使其投票權或為一定之行使者，處三年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金。」第 144 條：「對於有投票權之人，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益，而約其不行使投票權或為一定之行使者，處五年以下有期徒刑，得併科二十一萬元以下罰金。」

¹⁰⁵ 本條規定：「以強暴脅迫或其他非法之方法，妨害他人自由行使法定之政治上選舉或其他投票權者，處五年以下有期徒刑。（第一項）前項之未遂犯罰之。（第二項）」

在選舉進行階段，除了第 142 條繼續發揮規範效力外（如施強暴使人無法前往或進行投票），亦有第 147 條之干擾選舉¹⁰⁸與第 148 條妨害投票秘密罪¹⁰⁹。

在投票結果確定階段，主要發揮作用的即是第 146 條妨害投票結果正確罪¹¹⁰。在此應予澄清，本條之「詐術」並非德國刑法第 108a 條之詐欺選舉人罪，而是如其刑法第 107a 條之無權投票行為。蓋無權投票之行為人若欲取得投票權，往往必須施用詐術（例如德國刑法第 107b 條第 1 項第 1 款之行為或我國法已經明文化之本條第 2 項之虛偽遷徙戶籍之行為）。¹¹¹

¹⁰⁶ 本條規定：「以生計上之利害，誘惑投票人行使其投票權或為一定之行使者，處三年以下有期徒刑。」

¹⁰⁷ 德國刑法第 108 條中「濫用職務或經濟上之隸屬關係，或其他經濟上壓力」乃是脅迫施以重大惡害之例示。聯邦最高法院認為必須達到構成「無可迴避的行為指引」；但學說認為如此解釋已經模糊強暴與脅迫之界線，故僅需要使一理性之人基於冷靜的利益計算改變投票意向即可。Vgl. Kargl, (Fn. 67), §108 Rn.3 我國法第 145 條之「誘惑」應是未達到強暴或脅迫程度，故其刑度較低，而德國法上的「濫用職務或經濟上之隸屬關係，或其他經濟上壓力」應解釋為第 142 條之「其他非法方法」。

¹⁰⁸ 本條規定：「妨害或擾亂投票者，處二年以下有期徒刑、拘役或一萬五千元以下罰金」。不同於德國刑法第 107 條，本條無干擾「投票結果確定」之規定。

¹⁰⁹ 本條規定：「於無記名之投票，刺探票載內容者，處九千元以下罰金。」相比於德國刑法第 107c 條，本條規定之行為態樣遠為限定，但刑度差異過大。

¹¹⁰ 本條規定：「以詐術或其他非法方法，使投票發生不正確之結果或變造投票之結果者，處五年以下有期徒刑。（第一項）意圖使特定候選人當選，以虛偽遷徙戶籍取得投票權而為投票者，亦同。（第二項）前二項之未遂犯罰之。（第三項）」

¹¹¹ 參薛智仁，前揭註 93，頁 85。



第二項 選舉刑法之實質體系分析

上述的形式分析雖有助於了解選舉刑法的法律適用，但無從對其保護法益之間的關係有更深層的掌握。故本文認為，從實質觀點而言，選舉刑法之規範目的就在於體系性地保護政治意志自由。刑法對於意志自由的保護可以大別為二類，有以意志自由之保護為手段來保護其他法益者，例如財產犯罪；亦有逕以意志自由為法益內容者，例如侵害他人性自主之犯罪。在此分類下，應認為選舉刑法屬於後者。

而政治意志從其主體方面可以區分為「個別投票權人／人民整體作為主權者」。而意志自由就其創生到實現之過程可以區分為「意思形成自由」以及「意思實現自由」。以下即從此二分類視角對選舉刑法進行實質體系分析。

對比德國刑法第 107（干擾選舉）、107a（妨害投票結果正確）條與第 108（強制投票權人）、108a（對投票權人詐欺）、108b（賄選）條（或我國刑法第 146、147 條與第 142、143、144、145 條）可知，選舉刑法分別保護了「個別投票權人的政治意志」以及「公民集體的意志」，但其保護方式容有不同。從強制投票權人、對投票權人詐欺與賄選罪可知，就個別投票權人的政治意志而言，選舉刑法同時保護其「政治意志形成自由」（德國刑法第 108 條中的脅迫、第 108a 條的詐欺、我國刑法第 142 條的脅迫）以及「政治意志實現自由」（德國刑法第 108 條的強暴、我國刑法第 142 條的強暴），甚至旁及與意志自由無關的「意志形成之客觀性」¹¹²（賄選罪）。

就公民作為主權者的集體政治意志之保護而言，則是僅保護已然形成之集體意志實現為投票結果之「意志實現自由」。集體的意志唯有透過投票程序才能實體化或實證化（亦即呈現為候選人間得票數多寡之票數關係），故相關選舉

¹¹² 由於賄選並非對意思形成與實現自由的妨害，在此不擬繼續討論。賄選並未破壞投票權人政治意志形成之自由，反之，投票權人正是基於其意志自由而作出接受賄賂而改變投票行為之決定；賄選亦不是在於阻止投票權人實現已然形成的政治意志。相關討論見張益昌（2017），《賄選行為之可罰性研究》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。



刑法及著重在對「投票程序」之保護。德國刑法第 107 條與我國刑法第 147 條干擾選舉罪保護投票過程不受外力介入而中斷，即是在保護集體政治意志實現自由的「外在條件」。而德國刑法第 107a 條與我國刑法第 146 條妨害投票結果正確罪處罰踐行投票之過程違反程序規則之行為，則是確保了集體政治意志實現自由的「內在條件」。

從以上分析可知，刑法典內的選舉刑法中，單獨缺少對於「集體政治意志」的「意思形成自由」之保護。或者毋寧說，立法者的設計是藉由保護個別投票權人的意思形成自由而保護集體之意思形成自由。但果若如此，此種立法設計乃是基於一項假設：人民總體作為主權者之政治意志乃是個別的個人的政治意志的疊加。

第三項 系爭二條文可能的法益定位

藉由上述體系分析，可以提示系爭二條文可能的保護法益定位。首先，從選舉階段的形式面向看來，系爭二條文應是在選舉前階段發揮其作用，亦即規制在開始投票前散布不實訊息或謠言之行為。由於選舉前階段投票權人尚未為投票行為，故規範重點往往在於確保投票權人政治意志形成自由。不過，問題在於係爭二條文是在保護個別的或集體的的政治意志形成自由？

若系爭二條文目的在保護個別投票權人之意思自由，則似乎有可能是在保護個別投票權人在選舉前階段形成支持何候選人或政黨時，其意思決定之基礎不摻雜不實訊息，而可以基於事實形成其政治意志。¹¹³就此可能的保護法益，本文將在第四節討論「個別投票權人之政治意志形成自由」是否適合作為係爭二條文之法益。

¹¹³ 相較於此，賄選罪之規定則可以認為是刑法規範上不允許選舉人考慮某些事項（投給某人可以換得私下的金錢或利益），亦即強制意思形成之基礎排除某些要素。

而若系爭二條文在於保護集體的政治意志，則將面臨的問題較為複雜，亦即立法者在《公職人員選舉罷免法》第 104 條與《總統副總統選舉罷免法》第 91 條之制定上，是否一反其在普通刑法典內的預設立場，而認為集體的政治意志形成自由得以作為刑法保護的對象？對於此問題，本文將在第五節中討論。

第四節 個人政治意志形成自由

本節目的在於正面描述政治意志形成自由。首先先從文獻上考察被害人層面的自由概念（第一項）。再來，從自由的概念中分析出意志形成自由之概念內涵（第二項）。而後考察政治意志形成自由作為特殊的意志形成自由與一般意志形成自由之關係（第三項）。最後探討個別投票權人之政治意志形成自由是否適合作為系爭二條文之保護法益（第四項）。

第一項 被害人層面的自由概念

所謂被害人層面的自由概念乃是相對於行為人層面的自由概念而言，其分別扮演不同功能。討論行為人在從事不法行為時是否是自由的，其目的在正當化刑事不法的歸責，以避免不正當的刑罰；而討論何謂被害人層面的自由，則是試圖釐清何種自由圖像適合作為保護法益（例如強制罪即直接保護自由法益），或藉由保護被害人之自由而達成保護其他法益之目的（例如恐嚇取財與詐欺取財）。

114

從刑法體系上觀察，涉及到被害人之自由之行為態樣包含強暴、脅迫、恐嚇與詐欺。而藉由探討該等行為之內涵，間接地可以得出意思形成自由的定義，亦即個人不受脅迫、恐嚇或詐欺之狀態。然而此種定義方式是消極的，若去除對於

¹¹⁴ Amelung, Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm, GA, 1999, 182, 185f.

該等行為類型之理解，此種方法並無法增進我們對於被害人之自由本身的認識。此種方法並無法正面描述被害人層面之自由。¹¹⁵

然而，也不能將自由描述為僅是追求某一特定目的之自由，因為這種狀態正好就是不自由。例如極權國家往往只有閱讀符合特定政治意識形態書籍的「自由」。故自由必然包含不追求某目的、不擁抱某種價值之自由。不過，若僅將自由定義為說「不為特定行為」的自由，這也無法滿足被害人層面自由概念所欲扮演的功能，蓋如此一來，只要行為人並未強迫被害人為特定行為，而僅是阻止、妨害被害人為特定行為，即無侵害被害人之自由可言。故完整的自由概念，必須同時包含對目的或價值之追求與放棄。而所謂目的或價值，即主體所設想之應然（sein soll）的狀態，其可能是已經為其所享有的利益（Gut）或一個其所欲達成的未來狀態；而不同的目的與價值之間優劣順序關係即稱為「價值體系」（Wertesystem）。¹¹⁶而主體正是依據此種價值體系來決定是否犧牲某一價值而追求另一價值。故學者 Amelung 認為積極的自由是一種「支配自由」（Dispositionsfreiheit）。所謂支配乃是對一利益的使用（Einsatz）、犧牲（Preisgabe 或譯出售）或使危殆化（Gefährdung）。¹¹⁷而支配自由即是主體之一種狀態自由，在此狀態中其可以利用、犧牲或拿自己的利益冒險，進而追求依據其價值體系更重要的價值，例如病患願意截肢以防止疾病蔓延，即放棄身體完整性而維持生命之利益。故支配自由本質上即一種交換自由（Tauschfreiheit）。¹¹⁸

¹¹⁵ Amelung, (Fn.114), 186.

¹¹⁶ Amelung, (Fn.114), 188.

¹¹⁷ Amelung, a.a.O. (Fn.116).

¹¹⁸ Amelung, a.a.O. (Fn.116).



第二項 意志形成自由

在主體捨棄、犧牲某一利益或價值以追求另一利益與價值之過程，必然涉及兩個階段：意志形成階段與意志實現階段。所謂意志形成階段，乃是主體在其所處的現實環境中，依據其價值體系進行利益取捨，而後產生應犧牲何種利益以換取何種價值之意志。而意志實現階段乃是主體依據其意志而採取各種行動，以使客觀世界符合其主觀意志的過程。例如一位上班族得知自己罹患末期癌症，在其意志形成過程，其必須考慮其罹患癌症與其有限存款的現實處境，而後根據其價值體系（考慮接受治療將造成其生活品質下降與治癒可能性等諸般因素）形成——例如——犧牲財產與生活品質而追求較長之生命的決定；而後再根據其所形成的意志採取去醫院治療、簽署各種文件等等行動，以期使客觀狀態（即將結束的生命）服膺於其主觀意願（獲得延長的生命）。以下即討論何謂意志形成與實現階段之自由，以及其自由如何被侵害。不過，由於系爭二條文與意志決定自由較相關，對意志實現自由本文僅略述之。

從上例可知，在意志形成過程有兩項決定性的因素：主體的價值體系以及客觀現實處境。故意志形成自由的描述也必須包含此兩項因素。首先就客觀現實處境的層面而言。第一，在積極層面，為了達成某種目的或價值之追求，主體必須要能夠充分獲得關於現實處境的資訊，以作為其判斷素材。第二，就消極層面而言，不論主體是否欲追求某種利益或價值，但其現實處境必須不受「人為的」不利變更，進而迫使其作出某些價值取捨判斷。所謂不利變更乃是指在其支配領域內之利益不受侵害或威脅。而之所以強調「人為」，是因為法律僅能對人發生作用，對於自然狀況所產生的不利變更法律無能為力（否則上例中癌症也是一種現實狀態的不利變更）¹¹⁹。

積極層面的自由是以主體正在行使支配或交換自由以追求特定目的（Zielsetzung）為前提。在此對應的自由侵害即是詐欺。所謂詐欺即是阻止主體獲

¹¹⁹相對地，行為人層面的自由概念則應考慮到自然狀況下產生的不自由狀態。a.a.O. (Fn. 114)

得關於現實狀態的真實資訊，使主體縱使於後成功現實化其主觀意志，仍舊無法獲得其藉由支配或交換自由所欲獲得之利益。例如行為人欺騙被害人其所欲購買之汽車有若干價值實則並無，則縱使被害人實現購買該車之意志，其仍未獲得該等價值。

在消極層面的自由則不以主體已經有目標設定為前提，在此對應的自由侵害即是脅迫或恐嚇。所謂脅迫或恐嚇即行為人告知被害人其支配範圍內之利益可能受到不利變更，而行為人預期被害人依據其價值體系其會採取某種特定之行動。例如行為人持槍威脅被害人交出錢財否則開槍，即是人為地迫使被害人面對生命受到威脅的現實情境，而預期被害人依據其生命重於金錢的價值體系，會犧牲財產而保全生命。¹²⁰

就主觀價值體系層面而言，自由的意思決定即是可以依據「自己的」價值體系決定如何面對現實處境。在此問題在於人是否可能有「自己的」價值體系。蓋人並非獨立於其所處之社會而存在，每個人必然屬於某個階級、性別、族群等更大的社會範疇之中，亦必然分享這些社會範疇共通的文化或心態。假設今天選民甲支持提倡雙語教學的候選人，因為其認為學會英文可以獲得「國際觀」、「走出去的能力」。此種價值觀正好吻合新自由主義全球化時代下，操持雄厚資本的企業或專業知識的白領菁英可以在各國間流動，而藍領階級如佃農般受困本地而欠缺議價能力。¹²¹與其說是甲選擇擁抱此價值觀，毋寧說有此價值觀之人較能適應當前社會經濟現狀，故其實是整體社經結構強迫參與其中的大眾擁抱此種價值觀。

¹²⁰ Vgl. Amelung, (Fn.114), 195f. 其在此區分絕對強制與相對強制，相對強制即是利用被害人價值體系使其為行為人所欲之行為。

¹²¹ 關於經濟全球化對勞工造成的應想，見林昭禎（2009），〈經濟全球化對臺灣勞工權益之影響（2000年至2008年）〉，<https://www.npf.org.tw/2/6323/>（最後瀏覽日 2022.3.3）。



不過，人類並不只是受限於其在社會結構中的功能角色，其存在的不同面向仍提供其能批判、檢視、評價其自身所擁抱的價值體系的可能性。蓋個人除了扮演龐大的社會分工中的某個零組件之外，其作為理性存在者仍舊可以超脫其具體的結構位置而為以普遍的理性進行思考。¹²²而法律的功能在此不是禁止或處罰擁抱符合社會經濟結構之意識形態之公民，亦不應該——也無法——處罰個人接受此種意識形態過程中的協力者（例如家庭、學校、主流媒體）。反之，法律之功能在於提供個人批判、反省其價值體系的外部框架性自由，例如憲法上之言論、媒體與出版自由可以使主體接受到各種不同立場與意識形態的價值體系；而行為自由的保護則是使個人有權利依憑己意接受或拒絕各種言論或影響。¹²³而刑事法則是在於保護這種外部框架性自由不受恣意變更，例如以內亂罪保護自由民主憲政體制。

最後，在意志實現階段，主體必須透過身體上的各種行動（包含言說）將主觀上設想的應然價值實現在現實世界。故意志實現之自由即是主體在此過程中不受他人人為妨害（同樣排除受到自然因素妨害之狀態）之狀態。而強暴即是行為人在被害人意志實現的階段，排除其可能的行為選項以阻止其實現其主觀意志。

¹²⁴

第三項 政治意志形成自由

由於在《公職人員選舉罷免法》第 104 條與《總統副總統選舉罷免法》第 90 條所規範的行為態樣是不實資訊與謠言的散布行為，其與詐欺行為之本質較為相似（所不同者在於詐欺是針對個人為之），在此著重在意思形成自由的討論。

¹²² 此即「理性的公開運用」。康德（著）何兆武（譯）（2019），〈答覆這個問題：「什麼是啟蒙運動？」〉，《歷史理性批判文集》，頁 30 以下，五南。

¹²³ Ramm, Die Freiheit der Willensbildung—ein Grundprinzip der Rechtsordnung, NJW, 1962, 465, 465f.

¹²⁴ Amelung, (Fn.114), 195.



政治意志形成自由是否有與一般的意志形成自由不同之處？政治的意志形成過程中，主體是否只在意現實處境中某些政治／公共相關的事實，或在此過程中僅有與政治／公共相關的價值體系發揮作用？在此困難之處在於如何界定「政治」的範疇。

在系爭二條文之脈絡下，所謂政治意志形成乃是選舉人形成支持某候選人與否或同意罷免某公職人員與否（限於《公職人員選舉罷免法》第 104 條）之意思決定。但在當前社會，當選舉人在思考是否支持某候選人時，並非只考慮到候選人在公共議題上的立場或其在公共領域所展開的行動。選民往往更在意亦候選人所呈現的個人人格形象，例如與妻子兒女之關係、平素消費之奢侈節儉等等。這類原本人們在私領域所尋求的特質——其中最重要的就是真誠性（authenticity）——如今人們開始在公領域中尋找。而這種私領域在公領域上的疊加正是當代社會的重要特徵：公共領域的表達變成了私人的再現（personal representation）。¹²⁵

從此角度觀之，在當代社會並無與私領域無關的公共或政治範疇。故在系爭二條文的脈絡下，所有與特定選舉罷免之候選人相關之資訊——不論是否具備公共性——皆是選舉人的政治意志形成過程所考量的現實處境。且選舉人決定選舉罷免事項時可能會運用許多其在私領域中的價值觀。故政治意志形成與一般的意志形成，在系爭二條文的脈絡下僅能為粗淺的劃分，亦即前者是關於某特定選舉或罷免的意志形成過程。

基此，所謂選舉人政治意志形成的自由狀態，積極層面即是充分獲得關於選舉罷免相關之現實狀況的真實資訊。在消極層面即是確保選民在形成政治意志的過程中，其既有的利益狀態不受不利變更之威脅，進而被迫在該受脅迫的利益狀態與其政治意願間做出價值取捨。而不實資訊或謠言的散布，則是一種侵害積極層面的政治意志形成自由的行為。

¹²⁵ Sennet（著），萬毓澤（譯）（2007），《再會吧！公共人》，頁 19-35，群學。



另一個問題是，是否在規範上應設定一種應然的政治意志形成自由，而認為其才是值得保護的狀態？例如是否應該認為值得保護的政治意志，是那些形成過程僅考慮屬於公領域事項之意志？例如選民甲基於勞工勞動條件的考量而決定支持某候選人，選民乙則因為某候選人有規律運動習慣，而認為其將成為可靠的領導人故決定予以支持。本例中是否僅甲的政治意志值得保護？

雖說許多公共議題與牽涉其中政治人物的私德往往密不可分，但這還能透過考量言論整體脈絡加以確定；且政治人物在選舉時本來就應該就其操守品行甚至私德接受外界之監督¹²⁶。但真正的問題在於國家不應該決定人民在選舉時應考量或不該考量之事項。既然選舉是人民對於統治正當性的授權過程，即不應該反過來由國家決定人民在此授權過程應如何為其意志形成。故就結論言，在刑法上不應僅保護應然的政治意志形成自由。

第四項 法益適格性

但若將系爭二條文保護法益設定為個別選民之政治意志形成自由，恐有處罰過濫之嫌。蓋其規範結構乃是「足生損害於公眾或他人」，故犯罪之成立不以實害為必要，亦即不需要散布不實資訊之行為真的導致某個個別選民政治意志的改變。如此一來，一般民眾隨手轉發內容農場의假新聞、或 Line 群組的不實訊息，客觀上即「足以」侵害他人的積極層面的政治意志形成自由；若主觀上若有故意（且僅需「可能影響他人選舉資訊接收的真實性」間接故意）且具備支持特定候選人的意圖，即成立五年以下有期徒刑之罪。縱使採取釋字第 509 號解釋僅需依行為人所提證據資料，認為其有相當理由確定該言論為真實即可出罪，但如此一來即是普遍地課與一般民眾不論在何種情境下傳遞選舉資訊時的查證義務。總而言之，如此系爭二條文將處罰在當前選舉實態中頻繁出現的、一般人習以為常之行為。在比較法上，奧地利刑法第 264 條雖然可以認為是個人政治意志形成自由

¹²⁶ 最高法院 106 年台上字第 1158 號判決、高等法院 106 年上易字第 1326 號判決

之保障，但其不僅更有「於反駁言論無法有效傳遞時散布」之限制，其刑度最高僅有六個月，與我國五年之刑期有天壤之別，故我國條文不應為相同解釋。

甚且，如前述，政治意志與一般意志並無本質區別，故對政治意志的保護即變成以刑法對一般意志形成自由為普遍保護，此違反傳統以來刑法對意志形成自由斷片式保護的體系架構。若系爭二條文以個別投票權人之政治意志形成自由作為保護法益，即可能對在隱私領域之政治言論內容進行審查，結果將是違憲地侵害隱私權與言論自由。蓋本罪所規範的行為態樣並非與言論內容品質無涉之強暴脅迫，是否散布不實訊息本質上就預設對於言論內容品質的審查。而當把保護法益設定在個別投票權人之意志自由，即無法避免對隱私領域中的政治言論內容進行審查（例如家長在餐桌上對有投票權子女灌輸含有不實訊息的政治觀點）。若以比例原則之觀點言之，達成選舉公平性雖屬正當目的（甚至應認為是特別重要的公眾利益），但在去除私人對私人的不實資訊傳遞方面，由於私人對私人之間通常不具備壟斷性的資訊地位，僅需訴諸於資訊開放的社會中資訊開放性與多元性，即可滌除不實訊息對選舉公平性的不利影響。¹²⁷故以刑法作為規制手段不具備比例原則中的必要性，蓋將過度限制憲法保障的隱私權與言論自由。

第五節 集體政治意志形成自由

欲探討公民集體的意志形成自由是否適合作為選舉刑法的保護客體，應先對國民主權原則之內涵有更深刻之理解。在本節中，首先將考察國家法學上對國民主權原則的詮釋，並提出相關理念層次的反省（第一項）。藉由此等反省將引入漢納·鄂蘭的權力概念（第二項）以及哈伯馬斯所提倡的審議民主理論對公民論辯的強調，在理念的層次上重新理解國民主權原則（第三項）。最後將從對

¹²⁷ Rostalski, „Fake News“ und die „Lügenpresse“ - ein (neuer) Fall für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht?, RW 2017, 437, 446.

哈伯馬斯的審議民主理論與民主社會學（sociology of democracy）的批判性挪用中
得出系爭二條文確定的法益定位（第四項）。



第一項 國家法上對國民主權原則的詮釋與其反思

第一款 國家法上對國民主權原則的詮釋

在國家法（Staatsrecht）文獻上，國民主權原則（das Prinzip der Volkssouveränität）在最古典的意義上，僅要求國家權力的「來源」（Ursprung）是人民，並不要求國家統治權力之「施展」（Ausübung）必須由人民為之，例如人民可以將統治權力授與某個階級或君主，由其施行統治；但這種授權必須是可以撤回的（rücknehmbar），故德國基本法第 20 條第 2 項第 1 句規定：「所有國家權力來自人民」。而在國家法上，即認為人民是藉由施展制憲權力（Verfassunggebende Gewalt；Pouvoir constituent）在憲法的框架下將統治權力授與統治者。且人民作為制憲權力的承擔主體，其本身的權力不因為憲法的制定而一次性地消耗，而是持續地承擔著此權力，而正是因此憲法可以不斷地宣稱其規範上的效力。¹²⁸

但民主國原則不僅是要求統治者的權力來自人民，更要求人民自己施展統治權力。在這個意義上民主作為國家與政府的形式（Demokratie als Staats- und Regierungsform）其內涵即多於國民主權原則。但人民作為集體並無法行使權力，必須透過國家機關為之。故德國基本法第 20 條第 2 項第 2 句規定：「國家權力由人民在選舉與投票中並且透過行政、立法與司法的特殊機關來施展。」而國家法上即要求終端的具體國家權力施為，必須透過「不間斷的民主正當性鎖鏈」（ununterbrochene demokratische Legitimationskette）回溯於人民的決定。¹²⁹藉由層層

¹²⁸ Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd.1, 2 Aufl., 1995, §22. Rn. 1.

¹²⁹ Böckenförde, (Fn.128), Rn. 11.

確保國家權力的民主正當性，即可以認為人民透過國家機關進行統治。例如警察對民眾開罰單，其所依據的是由人民直接選舉產生的國會所通過的法律為之（事務—內容上之民主正當性），且警察之選拔也是通過具直接民主正當性的國會所制定的考試與養成法定程序為之（組織—人事上之民主正當性）。¹³⁰

國民主權原則要求國家權力來自人民，而民主作為國家的構成形式要求國家權力的施展要回溯到人民的決定，其本質上就是在確保人民得以「自我統治」（Autonomie）。自我統治即是自由的概念內涵，即人的自我規定（Selbstbestimmung）能力之肯認。自我規定展現在個人層次就是個人可以依據實踐理性為自己立法，從而肯定道德人的存在；在集體的層次上即是肯定人民作為主權者可以替自己立法，從而達到政治上的自主。而為了嫁接個人層次的自由與集體層次上的自由，亦即確保進入政治社群的個人仍舊可以享有自由，即必須賦予每個個人人民平等的影響國家權力的權利，故國家法上即稱此為公民對政治的「參與自由」（Mitwirkungsfreiheit）。¹³¹此等自由不僅包含積極與消極的參政權，也包含了言論自由與集會結社自由等。此等參與自由確保在集體層次上，人民集體作為主權者對於政治與法律秩序的支配權（Verfügbarkeit der politischen und rechtlichen Ordnung）。由此形成之政治與法律之所以具備支配性，在於集體意志是通過奠基於參與自由與各種民主基本權之民主程序而產生的。就此而言，民主程序是無內容的（Inhaltlos），而可以由屬於該政治社群的人民全體自由填充。¹³²

¹³⁰ 另一種民主正當性是「功能—體制上的民主正當性」指的是制憲者將行政立法司法（我國還有考試、監察）設計為互相具備自己獨立內涵的權力，而使人民得以透過該等分權實行統治。Vgl. Böckenförde, (Fn.128), Rn.15-22.

¹³¹ Böckenförde, (Fn.128), Rn. 37.

¹³² 雖然民主國原則重視的是共同意志產生的程序，但憲法除了民主國原則之外還有例如法治國原則等，故雖然民主國原則無法導出集體意志必須要具備特定內容，不代表其他憲法原則不會對集體意志的內容形成構成界線。Vgl. Böckenförde, (Fn. 97), Rn. 38.

透過人民集體對其所構成的政治社群之政治與法律的完全支配，個人層次的自由即轉變為集體—自治的自由（kollektiv-autonomen Freiheit）。¹³³

不過，所謂的「人民」（das Volk）自我統治，必須是人民作為國民全體（Das Staatsvolk als Gesamtheit），而不是部分甚至是多數的國民。亦即國民主權原則與民主作為國家—政府形式，要求的是國家權力來自人民全體，且由人民全體施展。在這個要求之下，部分人民行使結社自由而結合，不論其所依據者是職業類型、經濟利益或政治或社會文化，無論其在民主的意見／意志形成中有多大的事實權力（pouvoirs de fait），在法理上都無法取代人民全體，亦無法認為是全體的代表。¹³⁴不過，如此一來即面臨應如何正當化民主程序中以多數決達成對全體有拘束力的決定。就此而言，國家法文獻上認為，多數決原則不僅是使民主程序能夠產生決定的技術上解方，更是契合於民主的結構中。國家法上從自我決定原則與民主上的平等兩個層面來正當化多數決原則。就每個公民的自我決定（即自由）方面而言，若每個公民都應該享有相同的共同作用自由，則欲達成一個對全體有共同拘束力的決定即必須以多數決為基礎，蓋若認為可以不用到達多數決門檻即可產生對全體有拘束力的決定，則反對該項內容者將受到不利益；反之，若要求高於多數決的門檻，則支持該內容者即受到不利益。¹³⁵就平等方面而言，由於每個公民都只能有「相同」的參與自由，故不能考慮個別公民所為決定的內容品質，而只能計算支持與反對的人數。不過，多數決原則既然以民主的自由與平等為其原則，則仍有其界線，最重要的就是不能以多數決顛覆公民的參與自由等民主基本權，而使得少數永遠無變成多數的公平競爭機會。¹³⁶

故在國家法文獻上認為，雖然不能認為實行統治者與被統治者是無分別的，但其並無質的分別。亦即統治者（多數公民）與被統治者（少數公民）都享有相

¹³³ Böckenförde, a.a.O. (132).

¹³⁴ Böckenförde, (Fn.128), Rn. 27.

¹³⁵ Böckenförde, (Fn.128), Rn. 52.

¹³⁶ Böckenförde, a.a.O. (Fn.135).



同的共同作用自由，而前者只是在「維持著的人民的相同性中」與後者相區別，故其否定卡爾·施密特所認為的民主乃是「統治者與被統治者的同一」；亦即基於競爭（Konkurrenz）所形成的統治多數與被統治少數並無「質的區分」，少數與多數處於隨時可以改變的狀態。¹³⁷在法律制度上確保這點的是基於「競爭」的選舉程序，公務員與人民代表可以透過定期的選舉不斷改選，而形成「限時的統治」（Herrschaft auf Zeit）。¹³⁸不過，如在本項第二款中所將討論的，此種自由主義觀點對多數決的看法是否與國民主權原則所要求的以「人民全體」作為國家權力正當性的聯繫點（Bezugspunkt）相一致，不無疑問。

第二款 對上述國民主權原則圖像在理念層次之反思

國家權力之形成與施展及其與個人的關係為何，在政治哲學上可以大別為二陣營，亦即自由主義與共和主義。在此本文將概略地探討不同立場對於國民主權原則與公民的參與自由的詮釋差異及其不足。本款之目的在於從理念層次上反省國民主權原則之意義，並藉由批判自由主義與共和主義不足之處，提出引入下述審議民主理論的必要性。

盧梭乃是近代國民主權原則之濫觴，其在《社會契約論》中欲解決的問題就是進入政治社群（political society）的公民如何保有如同在自然狀態下的自由。¹³⁹由於存在對於政治社群全體成員皆為善的共善（相對於只對部分或個別成員為善的個別善），則相對於個別成員意欲個別善的個別意志，也存在全體成員都必然擁有（但可能被個別意志蒙蔽、取代）之普遍意志（general will）。¹⁴⁰而若每個公民都參與、融入普遍意志中，而此普遍意志再以普遍（universal）的形式表現為

¹³⁷ Böckenförde, (Fn.128), Rn. 49.

¹³⁸ Böckenförde, (Fn.128), Rn. 50.

¹³⁹ Rousseau（著），李平滙（譯）（2011），《社會契約論》，一版，頁 18 以下，商務出版社（簡體字）。

¹⁴⁰ 盧梭，前揭註 139，頁 33。

法律，則此表現為普遍法律形式的普遍意志不可能服務個人的私利。¹⁴¹此種個人為全體立法、全體也為個人立法的情況下，基於「自願不生損害」之原則，普遍意志不可能侵害個人權利／自由。在此種共和主義的解讀下，便不可能接受國家法上對於「不間斷的民主正當性鎖鏈」的想像。由於「每個人都希望得到幸福，但總是不知道如何得到幸福」¹⁴²，盧梭的立法者（lawgiver）的任務也只是讓人民知道什麼是共善，但只有代表人民全體的普遍意志才是法律的制定者。¹⁴³既然人民作為主權者，其主權是無法代表的也無法讓渡的，則當代民主國原則下認為具備直接的民主正當性而普遍接受的代議士統治即無正當性。¹⁴⁴

不過，盧梭的普遍意志在當代被認為是一個陳義過高的要求，蓋其雖然認為存在每個人都擁有的普遍意志，但認為每個公民都可以施展意欲共善的意志卻是預設了一個高度同質性的（homogeneous）社會（盧梭所想像的是在社會經濟地位上無過度差距的一群農夫坐在樹下，在三言兩語中就達成什麼是屬於他們的共善的共識）¹⁴⁵。其所強調的每個公民都可以意欲共善的公民道德（civil virtue），但在當代社會高度功能分化為眾多子系統、強調個人主義且欠缺共同拘束的道德、宗教規範的情況下，此理想毋寧說不具備實現的可能性。

在自由主義的詮釋下，國民主權原則即呈現為不同的圖像。相對於共和主義認為公民集體的普遍意志是國家權力的構成（constitutive）要素，自由主義則認為民主程序下所形成的決定賦予國家權力之運作以正當性（legitimation）。¹⁴⁶在自由

¹⁴¹ 盧梭，前揭註 139，頁 42。

¹⁴² 盧梭，前揭註 139，頁 32。

¹⁴³ 盧梭的立法者嚴格來說是負責草擬法律的人，蓋只有普遍意志才能批准法律。在古希臘立法的起草工作是由與城邦無利害關係的外邦人為之。斯巴達的立法者萊格古士也是退位之後才為斯巴達立法。見盧梭，前揭註 139，頁 46。

¹⁴⁴ 盧梭，前揭註 139，頁 29 以下、頁 106。

¹⁴⁵ 盧梭，前揭註 139，頁 115。

¹⁴⁶ S. Benhabib, “Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas”. in: C. Calhoun (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, (The MIT Press 1992), p.81.

主義的觀點下，國民主權即體現在憲法以及其所要求的權力分立與個人自由權利之保障之中。自由主義對於政治的圖像，乃是具備多元而分殊的利益、價值觀點的公民，在個人自由權利的保護之下，可以保有自已的政治信念，彼此就必須解決的共同問題為折衝妥協，進而形成國家權力。不過，這些問題應只涉及可普遍化為法律的正義問題，而不涉及對於什麼是「善」（the good）的倫理想象。易言之。若無法對於什麼是「好的」規範性前提形成共識，則根本不應該去辯論、去尋找共同可接受的標準；但這不排除個人在私人脈絡下任意地討論這些問題。¹⁴⁷

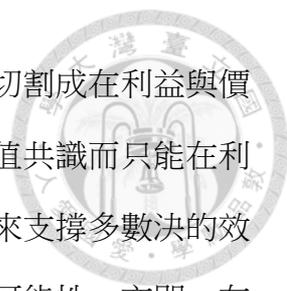
自由主義者認為，此折衷妥協中所形成的國家權力應限縮在於保護私領域（主要是指市場）之運作並維持個人的自由權利，使個人得以自由於國家／政治之外地追求個人幸福、實現人生計畫。¹⁴⁸而所謂多數決之所以會被遵守，則是因為多數決乃是一種展現權力的方式，亦即多數對不同立場的少數宣稱若其不遵守其決定，則多數隨時可以撤回拒絕使用暴力的承諾：多數決不過就是一部分人對另一部分之人的暫時統治；而多數之所以不願意侵害少數的基本權利，乃是今日之少數可能成為明日之多數。¹⁴⁹

由上可知，國家法文獻所預設的理念立場較接近自由主義。在本文脈絡中，其主要問題有二：首先是無法企及國民主權原則要求權力正當性基礎來自於全體人民的規範性期待。雖然自由主義對於國民主權、國家權力與個人自由以及多數決的看法較貼近當代社會的普遍意識；不過，如在本項第一款所言，在國家法上能夠提供國家權力正當性的聯繫點（Bezugspunkt）乃是「人民全體」而非部分的

¹⁴⁷ Ackerman, “Why Dialogue?”, *Journal of Philosophy*, Jan. 1989, Vol. 86, No.1, pp. 16-17.

¹⁴⁸ 貢斯當對比現代人的自由與古代人的自由。前者在私人領域充分享有各種權利，但在公共領域卻依賴代議士作政治決定，而只是表象的主權者；後者在公共領域是主權者，享有至高的權力，可以在公共廣場辯論戰爭或和平、討論是否通過法案、做出宣判，並監督檢視官員，但在私領域卻毫無權利可言。古代人的自由是藉由參與共同體而實現，現代人的自由則在於逃離它。See Constant, “The Liberty of The Ancients compared with that of The Moderns”, trans. B. Fontana, in: Fontana (ed.), *Political Writings*, (Cambridge University Press, 1988), pp.309-313..

¹⁴⁹ Becker, *Die Freiheit, die wir meinen: Entscheidung für die liberale Demokratie*, (Munich, 1982), p.77 cited in Habermas, *Between Facts and Norms*, trans. Rehg, (Polity Press, 1996), p.292.



（縱使是大部分）的人民。但自由主義的政治圖像將人民全體切割成在利益與價值上分殊且固化的群體，而認為彼此之間無法相互溝通形成價值共識而只能在利益上互相妥協，在不能妥協時則是回到多數所掌握的事實權力來支撐多數決的效力，其本質上即否定了國家權力由人民全體提供正當性基礎的可能性。亦即，在自由主義的國民主權圖像下，選舉只是不同利益團體與社會權力（social power）透過「數選票」來展現其力量大小進而影響國家權力的運作而已。在此觀點下，即忽視了人類理性當中所蘊含的溝通能力，而在理性的公共辯論中個人的價值偏好有改變的可能，甚至可以發現原本被意識形態所蒙蔽的真實需求。¹⁵⁰

再者，國民全體作為主權者應可以自我決定什麼是「政治的」，亦即自行決定公／私領域與正義／倫理的劃分¹⁵¹。但自由主義者否定不同利益與觀點之公民之間透過溝通形成共識的可能性，轉而強調程序的中立性（neutrality），從而將倫理的價值問題摒除於公領域的討論之外，將導致社會邊緣族群或少數的權利被忽視：蓋所謂的中立與不討論，其實就是支持現實狀態下的權力分配。¹⁵²例如，若女權運動者主張家暴問題是政治問題而需要公權力介入，即屬需改變既存的「公／私領域劃分」的價值問題。其在自由主義圖像下即有可能被摒除於公共討論之外，從而導致國家缺乏動機介入解決。自由主義亦忽略並無先於公共論辯的政治知識範疇可以決定什麼是關於正義、什麼是關於倫理（好的生活），這些問題劃分亦是政治社群藉由公共論辯自我定義的；如社會通念上的公私領域劃分，

¹⁵⁰ Benhabib, “Models of Public Space”, pp.81-83.

¹⁵¹ 當然社會學範疇的公私領域不同於哲學上的正義與倫理劃分。例如前述自由主義者認為，普遍道德規範無法在公領域形成共識時即應閉嘴不談而轉向私領域討論；又或者財產權保障雖是正義的問題但卻是屬於私領域的。不過，例如兩性在家庭的角色、女人的家務勞動、家暴問題等等卻在過往被定義為倫理的以及私領域的；或者勞工職業災害在十九世紀被劃歸為營業秘密的私人領域，而無法進入公共討論。Ibid., pp.90.

¹⁵² Ibid., pp.83-85.

正義／倫理劃分也僅是過去歷史權力鬥爭的結果，並不能阻止公民在公共論辯中對此劃分進行再定義。¹⁵³

從上述討論中可知，共和主義對於國民主權原則之詮釋缺點在於不具備實現可能性，而自由主義詮釋之缺點則在於規範性不足。基此，在第三項中本文將引入第三種可能的圖像，即哈伯馬斯之審議民主理論。

第二項 鄂蘭的權力概念及其侷限

第一款 鄂蘭權力概念概論

雖然共和主義的圖像在上一項中為本文所拒，但其對於國家權力產生的來源仍有其洞見。故在此將探討政治哲學家漢娜·鄂蘭對權力（power）概念的理解，並以之為基礎理解國民主權原則的基本命題：人民全體（而非多數的人民）才是權力的正當來源。

在進入權力概念前應先概略介紹鄂蘭的行動概念。實踐的生活（viva activa）有三：勞動（labour）、工作（work）與行動（action）。行動與前二者不同之處在於，人可以迫使他人為自己工作來滋養自己的生命，也可以使用其他人工作所產生的各種器物來促進效率，但人若不自己行動／言談而主動介入世界並且向他人揭露自己是誰，他就不能以人的姿態活著。¹⁵⁴而行動與話語（speech）的條件是人的多元性（plurality）以及新生性（natality）。不同於單純的、在無機物中也存在的他者性（otherness），多元性是指這世界上存在複數的、且殊異的個人。而嬰兒的出生就顯示人有開啟無法預測的新事物的能力。¹⁵⁵行動與話語不同於消耗自然滋養身體的勞動，其所預設的是自然（nature）的存在；亦不同於以技藝為基礎建立人造世界的工作，其所預設的乃是世界（world）的存在。行動就其最廣

¹⁵³ Ibid. pp.92ff.

¹⁵⁴ H. Arendt, *The human condition*, 2. ed., (University of Chicago Press, 1998), p. 176.

¹⁵⁵ Ibid., p. 178.



泛的意義而言就是「倡議、去開始、去讓某事物運轉」¹⁵⁶，而話語則是能夠揭露那獨特的行動主體，亦即顯示是「誰」在行動。雖然行動比言語更接近新生性，而言語比行動更接近多元性，但行動與言語時相伴相隨的——不同於勞動者對自然的消耗不能夠揭露勞動者自身之獨特性，也不同於工匠的作品的價值獨立於工匠本身，不能揭露行為主體身分的行動沒有意義。這種揭露是面對其他複數且獨特的他人的。這種行動與言語的**公共性**，使得其具有「榮耀」（glory）：「行動與言語的揭露特性只有在人與其他人在一起（with）時才能出現，而不能是為了（for）或對抗（against）他人」¹⁵⁷。在人是為了或對抗他人時，行動與話語的功用就是達成另一個目的（例如戰爭或宣傳），則暴力可以取代行動而符號可以取代語言。¹⁵⁸行動與言談不同於勞動與工作——後兩者分別藉由消耗自然與製造器物而貢獻於生命的延長與效率的促進；而行動與言語則是藉由產生人的故事而貢獻予人以意義。行動與言談是目的自身（entelechia）。¹⁵⁹

鄂蘭認為古希臘人建立城邦的目的是超克人生命的有限性（mortality）而追求不死（immortality）。¹⁶⁰不同於人類依據自然律則駕馭、消耗自然的勞動（在此過程中人也就是自然的一部分），作為行動與言談的受眾，每個不同的人都可以是自發的原因，因此開啟難以預測的、無邊際的因果聯繫。這種人事的無邊際性與不可預期性，使得人的行動的意義往往必須蓋棺論定——行動者往往不清楚自己的行動的意義，而是事後由歷史學家、詩人加以捕捉。而政治作為人的聚集——例如城邦——則確保故事可以在其主角（hero）死後繼續流傳在人們的記憶之中。

¹⁵⁶ Ibid., p. 177.

¹⁵⁷ Ibid., p. 80.

¹⁵⁸ Ibid., p. 179.

¹⁵⁹ Ibid., p. 206.

¹⁶⁰ 鄂蘭在此談及城邦的兩個功能：給予公民贏得永恆名譽的機會，以及使偉大的行徑不被遺忘。
Ibid., p. 197.



權力作為潛能（potential；dunamis）乃是行動作為實現（actuality；erenegeia）的初始條件；而權力的產生與維持，也依靠人持續的聚集而共同行動。¹⁶¹而人之所以能夠聚集在一起，則是因為人有承諾的能力。¹⁶²權力是不能被儲存起來的，它隨著人的共同生活而產生，隨著人喪失交任意願而瓦解：

首先顛覆並殺死政治社群的正是權力的喪失與政體最終的無力；權力無法像暴力的工具被儲存起來以供緊急時使用，而是只在他的實現中存在。…權力的實現只在話語與行動尚未分離時，且當話語不是空洞而行動不是野蠻時；只有當言語不是用來遮蔽意圖而是**揭露真實**時；也只有當行動不是用來違犯與破壞而是用來**建立關係**與創造新現實時。¹⁶³

而唯有在人們聚集起來而使得權力潛在地存在時，公共領域（public realm）才會出現，而只有在這種基於人的多元性所產生的多元視角的交會空間中，個人的行動與言談才能夠揭露主體的獨特性。¹⁶⁴行動與權力互為條件。

而所謂的暴政（tyranny）——其極端形式則是當代所見證的極權主義（totalism）對於私人無時無刻的監控，目的在於阻礙、取消私人之間行動與言談的可能性——其根本不是一種政府形式，而是最反政治的（apolitical）。¹⁶⁵而事實

¹⁶¹ Ibid., p. 200.

¹⁶² Ibid., p. 243. 鄂蘭認為主權（sovereignty）與承諾緊密相關：「主權存在於它所形成的、有限的對於無法計算的未來的獨立性中，而主權的限制就如同那些內在於人的承諾——且信守承諾——能力的限制。當一群人民不是因為某個同一的意志神奇地將他們聯繫在一起，而是因為某個彼此同意的目的——而只有為了這個目的他們的承諾才是有效且能維持的——而結合，他們的主權就清楚地顯示自身於一種無疑的優越性中，亦即優於那些完全自由、不受到任何承諾拘束也不被任何目的給綑綁的人。他們的優越性在於他們能駕馭未來如同它是現在，如此也就把權力能作用的時間次元極大地且真正是神蹟般地放大了。」

¹⁶³ Ibid., p. 200. 重點是本文所加。

¹⁶⁴ Ibid., p. 204.

¹⁶⁵ Ibid., p. 203-204.

上，暴政得以維持，也是依賴自願與暴君或獨裁者共同行動之人（不只是聽命行事的軍隊、官員等，蓋僅是履行命令的行為不是「行動」，故無法產生權力）；但由於極權主義本質上就在於取消權力，故其在誕生之初就包含了毀滅的種子。

鄂蘭批評政治科學對於權力的經驗性理解，認為該種理解將喪失對權力規範性面向的評價。其認為「權力（power）對應於複數的人的共同行動（to act in concert）的條件」¹⁶⁶。相對於權力，鄂蘭更區分了暴力（violence）與力量（strength）。¹⁶⁷韋伯式的權力是個人在面對其他人時可以遂行自己的意志，這種對於權力的看法在鄂蘭只能是暴力手段（means of violence）（例如暴君利用軍隊鎮壓反抗者）或者力量（個人在身體上或心智上的卓越）。鄂蘭意義下的權力如同行動都是**目的自身**，人的共同行動縱使有共同的動機與原因，但其之共同行動與共同生活本身往往在時空上超越任何具體的政府任務。¹⁶⁸**但這種權力也不是無功效的，它正是法律與體制（institution）來源。**¹⁶⁹不同於暴力的行使要求的是證成或合理化（justification），權力所要求的是正當性（legitimation）：前者指向未來的目的，例如正當防衛正是行為人用暴力阻止可能造成的法益侵害；而後者則是指向過去的原因，亦即探問人們為何聚集起來共同行動。¹⁷⁰

第二款 鄂蘭權力概念的特徵與侷限

權力作為潛能有兩個重要的特徵。首先，權力只有透過人與人的共同與一致行動才能再生產或維持，而不在人與人的對抗或人對他人的服從中產生。再者，權力是不能被實體化的，它是不能被「貯存」的，必須不斷地被再生產。本文認

¹⁶⁶ H. Arendt, *On Violence*, (Harcourt Brace Javanovich, 1970), p. 44.

¹⁶⁷ 鄂蘭區分了權力、暴力、力量與權威。See *ibid.*, p. 44-46.

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 51.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 48-49.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 52.



為，運用鄂蘭對權力概念對自由主義加以批判，能更好地理解國民主權與多數決之意義。

首先，在自由主義觀點下，多數決是多數對少數展現其實力的恫嚇。在其中並非人的共同行動，而是利益的碰撞與妥協，而妥協的原因也是不得不妥協，蓋擁抱某利益的一方人數較多，而若不聽從即有回復暴力／實力狀態的可能性。但在鄂蘭觀點下，權力只能誕生於共同行動，只有在人與人一起時，而非服從他人或對抗他人時產生。故自由主義式的大多數決無法產生權力；或者更精確地說，無法產生以全體國民為範圍的權力即國民主權，而只能是多數人的權力與少數人的權力的對抗。

或謂若要產生國民主權必須要求全體國民之共同行動，則必然是不可能。不過，首先，對於憲法的基本建制，例如民主自由的憲政秩序，必然是可以期待生活在某政治社群的成員，不分利益與價值差異而共同支持者。事實上，公民持續地自願共同生活在這種憲政秩序之下，並以行動行使各種民主基本權，即是在以共同行動支持此種憲政體制：在實然層面不斷地給予此體制權力，在應然層面亦不斷肯定此種體制的正當性。再者，在憲政框架下的具體政策形成，固然不可能要求全體公民一致的同意，但是否完全無任何程度的共識形成的嘗試，亦將影響由此產生的政治決定或法律的正當性。關此，將顯示於後述哈伯馬斯的審議民主理論中。

再者，鄂蘭觀點下的權力是不能貯存的，而必須不斷藉由公民的共同行動再生產。國家法文獻上區分國民主權與民主國原則作為政府形式，前者要求國家權力的產生來自全體國民，且認為此種權力體現在憲法的制定。但既然權力是不能貯存而必須依靠人的不斷的共同行動維持，則必然在憲法創生之後，國家仍必須不斷地向人民汲取權力，而此權力若要是正當的，只能由「全體」人民賦予。而自由主義亦否定有不同倫理價值與利益的公民之間的藉由理性溝通而形成價值共識的可能性，則如何產生正當的即來自全體人民的國民主權，以在制憲之後仍不



斷地支撐民主政府，即有疑問。更重要者，自由主義的消極性格強調公民在個人自由領域內不受國家干預的權利，忽略公民全體不斷（而非四年一次）參與政治意志形成過程才能產生能支撐民主政府的權力。

故在應然層面，公民全體在制憲之後仍然要有統合的可能性，否則基於國民主權的正當政府形式即是空談。在事實層面，國民全體作為主權者亦並非僅在選舉時才出現，而必然是任何公民願意聚集在一起以對公共事務才取行動的時候即出現，例如政府實施有爭議的公共政策時，公民自發的集會抗爭等等。當然，什麼條件下的公共辯論（例如有辯論品質而非民粹謾罵的論辯）可以創生國民主權意義下之權力，正是哈伯馬斯的審議民主理論所欲回答者。

接下來討論鄂蘭的權力概念的兩個侷限性。首先是鄂蘭行動理論（theory of praxis）的侷限。在政治中完整的權力圖像除了權力的創生（engendering）階段之外，亦有權力的分配（allocation）與行使階段。¹⁷¹鄂蘭在《人的條件》中所討論的三種行動（勞動、工作與行動）前二者都是屬於非社會性的（asocial），亦即個人可以獨立於他人之外完成的，且都具有目的理性的工具性質。因此在鄂蘭的權力圖像中並不存在內在於政治領域的社會性的、但不是指向人與人間共識的形成的而是指向個人成功的策略行動（strategic action）。¹⁷²但在權力的分配過程——例如政黨或社會團體企圖影響選民的投票意向——指向個人成功的策略行動往往是常態。除此之外，在權力的行使階段，例如行政機關執行法律，由於其目的理性的工具性質，也被排除在鄂蘭的政治圖像中。不過，縱使有上述缺失，鄂蘭的權力理論仍舊提醒我們，政黨、政治菁英或如何有影響力的社會團體，並不能生

¹⁷¹ Habermas, “Hannah Arendt: On the Concept of Power”, in Habermas, *Philosophical-Political Profiles*, trans. F. Lawrence (MIT Press, 1983), p. 179ff.

¹⁷² 不同於鄂蘭《人的條件》中的勞動與工作都是可以個人單獨完成的目的性行為，哈伯馬斯的策略行動與溝通行動都是社會互動下的互斥的行為類型，其必然預設複數的行為主體。其分類見 Habermas, “What is Universal Pragmatics?”, in Habermas, *Communication and the Evolution of Society*, trans. T. McCarthy (Heinemann, 1979), p. 208-209 fn. 2.

產其以策略行動試圖爭取的權力——權力只存在於人民彼此的交往所形成的共識與行動之中；強者只能從弱者中「借得」（borrow）權力。

鄂蘭權力觀點的第二個弱點乃是其依從古典哲學將政治與真理完全分割，從而也否定了藉由理性辯論連結不同立場的公民的可能性。¹⁷³在柏拉圖哲學中，真理或知識（episteme）與意見（doxa）相對。真理之為真理只因為它是正確的，不論有多少人支持它或反對它，在這個意義上真理是一種非強制的強迫（uncoerced coercion）。¹⁷⁴相對於哲學真理的孤獨，意見的力量始終來自有多少人持有相同的意見，故政治體制在其本質上就是依賴於大眾的意見（public opinion）。¹⁷⁵如前所述，使人與人聚集而共同行動的也不是人理性的論證能力，而是人的承諾能力。雖然鄂蘭也認為，存在較為無偏私（impartial）的意見，而這種意見可以透過個人想像其他人可能的立場，進行比較衡量來獲得，亦即政治思考是再現性的（representative）；但此種擴大的意見（enlarged opinion）仍舊不是真理。¹⁷⁶鄂蘭也認為，欲以論證活動（argumentation）使人意識到自己長期利益是不切實際的。每個人都希望立刻實現自我利益（self-interest），因為自我（self）會隨著時間不斷的變化甚至死亡，故人所顧慮的利益註定是現時的、狹隘的。¹⁷⁷而如後述，哈伯馬斯的形式語用學（formal pragmatic）即欲反駁鄂蘭認為理性論證無人際統合效力的觀點。

¹⁷³ Arendt (1967), “Truth and Politics”, <https://idanlandau.files.wordpress.com/2014/12/arendt-truth-and-politics.pdf> (last viewed 2021/5/9), p. 3ff.

¹⁷⁴ Ibid., p. 8. 鄂蘭引用格勞秀斯，當後者要限制專制主義時說：「連上帝都不能使二乘以二不是四」。

¹⁷⁵ Ibid., p. 5.

¹⁷⁶ Ibid., p. 9.

¹⁷⁷ Arendt, *On violence*, p.77ff.



第三項 審議民主範式的國民主權圖像

審議民主理念反映了一種關懷，即公民對民主程序的參與具備一種理性特徵。例如，投票不是只是既有的偏好的疊加而是充滿思辯的互動與意見形成過程，在這個過程中公民可以被告知較佳的論證以及更普遍的利益。¹⁷⁸

上述文字呈現了審議民主理論的基本信念。本項中將引入哈伯馬斯的審議民主學說，此主要見於《規範與事實之間：法律與民主的論辯理論》一書。首先，本項將著重在論辯理論對於法體系的重構，以及從該視角理解公共事務論辯的規範意義。所謂重構即是從論辯理論（discourse theory）的觀點重新理解既有的基本權體系的意義，故此部分將充分顯現論辯理論的規範性面向，亦即試圖論證從論辯理論的觀點，什麼是正當的法與可欲的民主政治圖像（第一款）。但縱使同意該等規範性論證的有效性，仍舊必須審視在當前多元觀點、功能分化的多重中心（polycentric）社會中，審議民主理論的實現可能性，亦即在什麼條件下可以認為審議民主在當前社會是可能的（第二款）。

第一款 論辯理論對法的重構

第一目 民主基本權與多數決原則的重構

哈伯馬斯強調法律有效性（validity）的雙重面向，其展現出內在於法律的事實性（facticity）與有效性的衝突。¹⁷⁹一方面法律作為伴隨著強制／制裁（sanction）的行為規範同時也是一個社會事實（social fact），故行為者可以從將客觀化（objectivating）的角度來理解「為什麼要遵守法律」：因為若不遵守則必須承受

¹⁷⁸ W. Rehg, Translator's Introduction, in Habermas, *Between Facts and Norms*, p. ix. 就審議民主理論重要中文文獻見林遠澤（2012），〈論規範遵循之可期待性的理性基礎—試從對話倫理學的應用問題論道德、法權與政治責任的規範效力差異與作用互補〉，《人文及社會科學集刊》，24 卷 3 期，頁 285-330。

¹⁷⁹ Habermas, *Between Facts and Norms*, sec. 1.3.1.



相伴隨的不利益。就此層面而言，行動者是在其被法律所賦予的自由與權利範圍之內，行使其以個人成功為導向的策略行動。另一方面，法律的強制目的在於「去除對於自由的阻礙」，亦即法律同時宣稱其強制是正當的。就此層面而言，法體系邀請（invite）主體出於義務自主地遵守法規，亦即期待主體之所以遵守法律是因為他認為法律所宣稱應該遵守它的理由是有效的。就法體系保障了個人在其自由權利範圍之內的策略行動而言，法律確保了個人的**私人自主**（private autonomy）亦即**人權**（human rights）；而就其對受規範者是正當的而言，法律必須確保受規範者的**公共自主**（public autonomy），亦即受規範者必須同時被視為是法律的作者，此即**國民主權**（popular sovereignty）。哈伯馬斯認為，自由主義由於其對私人自主的強調，導致其偏重正義問題（什麼是符合所有人的利益的）；相對地，共和主義對公共自主的強調導致其偏重倫理問題（我們是誰、我們想要怎樣的生活）。而其論辯理論則欲同時調和人權與國民主權、私人自主與公共自主。¹⁸⁰

法律的規範性既然要求受規範者認為其理據是正當的，則必須是受規範者在法律制定過程可以拋棄其被規範的私人身份，以政治社群的公民成員之身份參與法律的制定。而哈伯馬斯調整了其論辯倫理學中的**論辯原則**（Discourse Principle）

¹⁸¹作為一切規範正當性的標準：

¹⁸⁰ Ibid., p. 99ff.

¹⁸¹ 當然，這是基於哈伯馬斯的哲學基本預設，亦即在後現代社會缺乏共同的價值準則的情況下，其亦拒絕以**意識哲學**（philosophy of consciousness）從超驗的實踐理性中反省出行為規範，而是轉向於主體間的（intersubjective）、內在於語言之中溝通理性（communicative reason），以此尋求有效的共同規範。See Ibid., p. 1-8.



論辯原則：只有這樣的行為規範是有效的，也就是當所有可能受影響之人作為理性辯論程序的參與者都可以同意它。¹⁸²

哈伯馬斯強調此論辯原則表達的僅是無偏私的行動準則是可能的，論辯原則不能被視作只是道德原則，其在法律作為行為規範的領域中也適用，亦即論辯原則具備相對於道德與法律的中立性。而當論辯原則適用在一個欲以實定法規範成員之間的權利義務的法律社群時，其即轉變為**民主原則**（principle of democracy），亦即民主原則就是論辯原則以法律形式（legal form）¹⁸³呈現：

民主原則：只有這樣的法律是正當的，亦即當它可能得到所有參與立法的論辯程序的公民同意時。

故正當的法是基於受規範者藉由指向共識的**溝通行動**所形成的。

應予注意者，民主理論不是要回答「政治事務是否可以以及如何透過論辯的方式決定」，其所欲回答的是「已經被預設成為可能的理性的意見／意志形成過程如何被**體制化**」（institutionalize）。¹⁸⁴民主原則既然在回答法律社群如何透過實定法規範自己，則我們就可以由兩個視角從該原則中導出一個**確保政治事務理性論辯的體制**，亦即權利體系（system of rights）。¹⁸⁵從非參與者的客觀化視角，哲學家基於民主理論可以告訴一個欲以實定法自我規範的法律社群：首先，每個公民都要有盡可能最大的、與其他人相同的自由；伴隨此一權利的是另外二權利：自

¹⁸² Ibid., p. 107. 關於哈伯馬斯將對話／論辯原則適用於倫理學領域，見林遠澤（2003），〈意義理解與行動的規範性－試論對話倫理學的基本理念、形成與限度〉，《人文及社會科學集刊》，15卷3期，頁401-429。

¹⁸³ 法律形式的三種特徵：首先，相對於預設人的依據純粹實踐理性行動的自由意志（Wille），法律只預設人有趨利避害的選擇能力（Willkür）。再來，法律考慮社會行動者彼此間的外部關係。最後，法律不顧行為者出於什麼理由來遵守它。See *ibid.*, p. 112.

¹⁸⁴ Ibid., p. 110.

¹⁸⁵ 哈伯馬斯權利體系的詳細推導，見 *ibid.*, sec. 3.3.



願地成為實定法所拘束的共同成員以及權利的可訴訟性以及法律保護。而從社會成員的參與者視角，既然正當的法律必須得到每個參與立法的論辯程序的成員的同意，則可以導出每個社群成員要有參與影響立法的政治意見／意志形成過程的平等機會，亦即公民的公共自主。亦即從參與者視角，民主原則必須表現為民主基本權，而後者即為**溝通自由**¹⁸⁶公共運用的法制化（juridification；Verrechtlichung）。由於從客觀視角導出的只是基本權**範疇**，尚不具備具體內涵，仍需要法律社群的成員形成公共自主來填充其內涵：人權與國民主權互為條件。

不過，另一個問題即產生，亦即此種對於共識的高度要求似乎與以多數決與代議政治為主的當代民主運作圖像不符。此即促使哈伯馬斯從論辯理論的觀點重構當代民主政治中的各項既有建制。從論辯理論的角度，多數決原則要獲得正當性必須考慮「多數是如何形成的」。在高度功能分化、欠缺共同規範與極端個人化的社會中，不同公民對特定事項皆有其既定的價值偏好與利益取向，若多數的形成只是相同偏好者的疊加，則此種多數並無正當性形成可以拘束全體的政策或法律。多數決原則的正當性在於多數是經過充分的公開辯論，儘可能地窮盡各種對於議題的理據、貢獻之後所形成的——在此過程中，個人的既有的價值偏好可能改變，甚且發現原本隱蔽的真實需求——但由於政治決定的時間壓力，故仍舊必須暫時以多數決的方式決定什麼是較好的論證，並以之形成對全體有拘束力的決定¹⁸⁷。對少數而言，其仍舊繼續保留以較佳論證來成為多數的可能性。故多數決搭配民主基本權，即是在確保政治意志／意見的**合理性**（rationalization）。

故論辯理論並未否認當代憲法中的民主基本權與多數決原則的重要性。但在其進行理論「重構」的意義上，論辯理論提供了不同於自由主義的視角。對論辯理論而言，在公民間平等地分配參政權並非為了反映既定的社會權力結構，而是

¹⁸⁶ 所謂溝通自由是對他人所提出的有效性宣稱採取肯否立場的自由。

¹⁸⁷ Ibid., p.179ff

為了使公民能夠參與一個指向於共識形成的論辯程序。而多數決原則的正當性在於以多數暫時作為較佳論證的標準，但政治論辯仍可以隨時開啟。

最後談及其與自由主義與共和主義的比較。審議民主的理想是政治決定的**合理化**。¹⁸⁸其在規範性要求上高於自由主義，亦即政治決定（例如法律、選舉結果等）的正當性並非僅僅來自依據憲法程序、透過利益的妥協而形成多數——正當性必須是來自基於指向共識的、窮究各項理據的公開論辯過程。但其在規範性上的要求低於共和主義。後者是假定一個同質性的社會中能形成欲求共善的普遍意志，但該普遍意志仍舊不是靠著理性論辯產生的。不論自由主義或共和主義，若集體意志的形成只是偏好的疊加而非經過論辯的共識，哈伯馬斯稱為**非公共意見**（nonpublic opinion）。¹⁸⁹

第二目 政治辯論與公共領域的規範性意義

如前所述，民主原則並未試圖回答政治事務是否可以以及如何通過理性論辯來決定，欲回答此一問題我們需要論證理論（theory of argumentation）。哈伯馬斯將政治事務區分為三種議題——實用的（pragmatic）、倫理的（ethical）與道德的（moral）——並分別對應三種內在邏輯不同的論辯類型。¹⁹⁰而法律與道德的不同之處即在於其可以被道德以外的辯論證成。不過，如下所述，不同的政治事務論辯類型仍舊會直接或間接聯繫到道德論辯。

首先，實踐的議題乃是在決定應採取何種手段才能最有效率地達成既有的價值偏好下設定的目的；在實踐的辯論中決定論證好壞的標準是手段的有效性（efficacy）。倫理的議題則是在政治社群反思其據以設定目標的價值偏好是否真

¹⁸⁸ Ibid., p.300

¹⁸⁹ 此名稱是哈伯馬斯用來批評盧梭的普遍意志。而在這個意義上除非民調所調查的是經過討論程序所形成的民意，否則民調並不能呈現公共意見。See Habermas, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, trans. T. Burger, (Cambridge Mass, 1989), sec. 12

¹⁹⁰ 以下就三種論辯類型的論述見 Habermas, *Between Facts and Norms*, 4.2.2-4.2.3



的「對我們是好的」；在倫理的辯論中政治社群將辯論其對自我的理解，並形成更真實的（authentic）自我認識。而道德的議題則是關於什麼是對的，在此應考慮的（同時也是應參與辯論的）利益主體已不侷限在時空特定的政治社群成員，而是所有可能受到影響之人，並依據可普遍化準則（principle of universalizability）探討什麼是符合全體的利益的規範性標準。

在一個政治爭議中，其往往同時涉及三種不同的論辯形式，以是否在鄰近藻礁保育地興建火力發電廠為例。興建火力發電廠是否能夠有效改善台灣目前電量短缺的問題，乃是實踐問題，在實踐問題的辯論中需要的往往是專家知識來決定何種手段最有效率。但台灣是否真要繼續發展耗電量大的工業、在工業發展與生態保育之間如何抉擇，這則是台灣作為具體時空下的政治社群所應探討「我們是怎樣的國家，我們想要怎樣的生活」的倫理問題。最後，興建與否可能涉及的空氣污染可能導致部分地區人民肺部疾病發生率提升，則屬於道德問題，應透過可普遍化法則作出符合所有受影響者的利益的決定。事實上，所有既定政策一定是依據某些價值判斷或正義考量¹⁹¹而制定，故政治事務的辯論無法只停留在實踐層次的辯論，往往會上升到倫理或道德層面。當然，在政治事務中並非所有事項都可以藉由論辯達成共識，可以想像存在利益結構過於分裂導致無法獲得符合共同利益的決定，或者沒有一個倫理價值可以說服其他採取不同價值者，這時即進入到談判（bargain）的層面，但縱使是談判也必須先以道德論辯決定談判的程序是否公平。¹⁹²

而從內在於上述論辯的邏輯中可以得出議會與**政治公共領域**（political public sphere）的**應然關係**。如上所述，政治事務甚少可以停留在單純的仰賴專家知識的實踐論辯層次，而倫理議題乃是具體時空下的政治社群對於「我們是誰」的存

¹⁹¹ 哈伯馬斯認為正義不是一種價值，而是不論何種價值都不能與之有齟齬的、設定價值時應予考量的標準，就此而言倫理的論辯不能逾越道德論辯的結論：「正義是表達概括道德規範的普遍規範性語句有效性的謂詞」。Ibid., p. 153.

¹⁹² Ibid., p. 167.

在主義式探問，依據其內在邏輯自需所有屬於該政治社群的成員參與；道德議題乃是依據可普遍化原則求得共同利益，其所要求的參與者甚至不限於政治社群內部，而是所有可能受影響者。故任何涉及道德與倫理議題的政治事務，**議會中的正式（有拘束力）論辯應該保持對公民在政治公共領域中的非正式論辯開放**。故在此政治公共領域獲得了依據論辯理論所產生的規範性地位，哈伯馬斯稱此為「公共領域的規範性概念」：

作為國家的立法權的政治意志形成過程將會摧毀自我的根基，如果它阻礙了自主公共領域的自發素材，或者拒絕接受從與國家分離的市民社會中產生的、各種自由流動的議題、貢獻、資訊與論證。¹⁹³

第三目 溝通權力與程序化的國民主權

公民在政治公共領域中的行使其對他人提供的有效性宣稱採取肯否立場的**溝通自由**（communicative freedom），一方面具備認知上的（cognitive）功能，亦即可以提供特定議題以各種資訊、觀點、貢獻與論證，使得經過論辯後得出的結果可以被認為——但不一定是——合理的。另一方面，在這種論辯與交往的過程也可以發揮其**驅動的**（motivational）功能，亦即透過作為語言行動（speech act）的溝通行動，公民與公民之間的關係得以建立，進而就達成共識的結論採取共同行動。¹⁹⁴這種公民之間透過兌現有效性宣稱（validity claim）¹⁹⁵而產生的作為行動可能性的權力，哈伯馬斯稱為**溝通權力**（communicative power）。¹⁹⁶溝通權力產生於自主的、不受國家控制的且植基於自由結社所形成的**市民社會**的政治公共領域。

¹⁹³ Ibid., pp. 183-184.

¹⁹⁴ Ibid., p. 151.

¹⁹⁵ 所謂兌現有效性宣稱白話文就是聽眾接受了表意者的主張。哈伯馬斯將理由（reason）比喻為貨幣，而貨幣欲發揮功能就必須要他人接受，故稱為兌現。Ibid., p.35

¹⁹⁶ Ibid., p.147ff

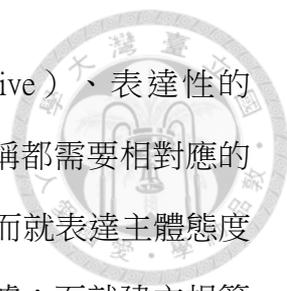


但溝通權力要成為**政治權力**，必須通過民主建制的立法程序成為法律，進而影響行政官僚系統。

哈伯馬斯的溝通權力概念乃是對鄂蘭權力概念的挪用，但其將後者的權力概念予以**理性化與去主體化**。不同於鄂蘭將人與人聚集以產生權力——亦即行動可能性——的條件聯繫到主體的承諾能力，哈伯馬斯將權力定位在**主體間（intersubjective）**的溝通形式中。亦不同於鄂蘭認為政治與真理／知識的全然斷裂，哈伯馬斯將溝通權力的產生繫諸人理性論辯的能力，亦即主體承擔了提供足以正當化其有效性宣稱的理據的**言內／履踐行為義務**（illocutionary obligation）。根據哈伯馬斯〈何謂普遍語用學？〉一文，其認為所有話語行動（utterance 相對於語義學分析對象的 sentence）中除了「**陳述性要素**」（propositional component）外，更包含「**言內／履踐要素**」（illocutionary component）；而所謂言內／履踐要素即表現在言語行為的表現性動詞（performative verb）。¹⁹⁷而就非體制制約（institutionally unbound）¹⁹⁸的話語行為而言，其言內／履踐效力（illocutionary force）則基於內在於該話語的有效性宣稱之可接受性（acceptability）。任何話語行為中皆存在三種不同的普遍有效性宣稱，但依據所欲產生人際統合效力而在不

¹⁹⁷ 哈伯馬斯從奧斯丁（Austin）的言語行動哲學理論中提取此概念。奧斯丁原本區分表意行為（locutionary act）以及履踐行為（illocutionary）。但哈伯馬斯認為所有語言行為都包含表意（陳述性要素）與履踐要素。除此之外 perlocutionary（言後行為）指該語句在聽者上的作用。例如「不要碰那個東西！」就其表達了「不要碰那個東西」的**意思**而言是以言表意的；而就其表現為一種**警告**而言是言內行為，其使（接受此宣稱的）聽眾與表意者產生了不要碰觸那個東西的共識；而就聽眾在理解該語句後確實不去碰觸而言，則屬於言後行為的效力。Habermas, „What is Universal Pragmatics?“ p. 50. 概略介紹見，W. Outhwaite, *Habermas: A Critical Introduction*, (Cambridge: Polity Press, 1994), p. 46ff.

¹⁹⁸ Habermas, „What is Universal Pragmatics?“, p. 34ff. 相對於體制制約的言語行為乃是將語言行為的履踐效力繫於一個特定的體制（例如在上級軍官對下級軍官下命令），故其欲發揮效力其實仰賴一個外在於言語行為的規範體系是否事實上有效；非體制制約的言語行為並未將其履踐效力繫於一個特定的體制，故其履踐效力必須是以**內在於言語行為的有效性宣稱被兌現**為條件。不過，縱使是非體制制約的言語行為時仍舊預設一個普遍化的脈絡（generalized context），此即生活世界。



同的語言行動中被主題化（thematize）：記敘性的（constative）、表達性的（expressive）以及規範性的（normative）。而不同的有效性宣稱都需要相對應的理據，就斷言事實的有效性宣稱而言，其需要經驗性的理由；而就表達主體態度的有效性宣稱，其必須有足以證明主體真摯性的（truthful）理據；而就建立規範的有效性宣稱，其亦必須提出共同認為正確的（right）的理據。¹⁹⁹但不論是何種有效性宣稱，其目的都在指向於共識的形成——關於客觀事態的共識、關於主體態度的共識或關於共同有效規範的共識。

溝通行動具備言內（illocutionary）的效力，此種效力就是**建立主體之間的關係**——話語具備**關係創生**的效力，而此種主體間關係創生效力在於聽者可以相信表意者將會做出與其（事實斷言的、表達主體的、互動規範的）語言行為相對應的投入（engagement）與付出（commitment），亦即聽者相信表意者的投入的真摯性，此種表意者對其投入的真摯性必須在所有語言行動中存在，稱為**真摯原則**（sincerity rule）。²⁰⁰而且此種真摯性是可以在認知上被檢證的，故而關係創生效力即連結到在理性上可被兌現的有效性宣稱。²⁰¹由此可見，哈伯馬斯認為人與人的結合可以靠著理性論證達成，而不是訴諸於既存的利益或價值的相似性。

基於上述，哈伯馬斯提出所謂**程序化的國民主權**（proceduralized popular sovereignty）：

¹⁹⁹ Ibid., p. 58.

²⁰⁰ 例如在互動規範的有效性宣稱中（例如某個**建議**：你生病應該要吃藥），聽者對接受表意者的宣稱，即代表聽者相信表意者在相同情境中也會採取相同作為。

²⁰¹ Ibid., p.62-63：「因此，可被接受的語言行為的言內行為效力在於這個事實：聽者可以被驅動於依賴表意者的、對應於該語言行為的付出（commitment）」...「分析到最後，表意者可以用語言影響聽者以及反是，是因為對應於言語行動的付出聯繫到認知上可被檢測的有效性宣稱」。對照上述鄂蘭認為行動能夠創造人與人間的關係。



…主權呈現於那些無主體的溝通形式之中，這些溝通形式規範了論辯的（discursive）意志／意見形成的流動，而使得它們的具備可錯性的結果可以宣稱實踐理性與它們同在。²⁰²

由於話語具備建立主體間關係的能力，在公民動員起來參與政治辯論的過程中，國民主權即體現於公民由於儘可能提供各種不同的觀點、資訊與論證而產生盡可能合理的議題特定的公共意見的過程。

第二款 審議民主的社會學理論

第一目 實定法的社會功能

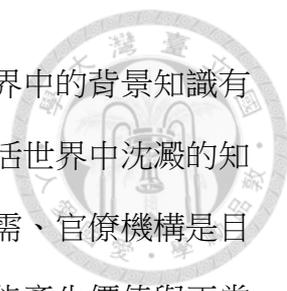
首先應先了解在當代功能分化的社會中實定法所扮演的角色，亦即如何連結生活世界與系統，使前者的規範與價值在滿足一定條件下有可能藉由法律作為媒介而作用於後者。

哈伯馬斯跟隨盧曼認為社會可以分為各種功能分化的、自我生產（autopoiesis）的子系統，但其與後者不同之處在於，其認為社會中也存在所謂生活世界（lifeworld）。生活世界是各種未被主題化的（unthematic）、不受質疑的知識的貯存地。²⁰³不同於在系統統合的過程中溝通行動並不扮演重要角色（例如例如在市場中進行買賣時，雖然可以認為是買賣雙方就價格與商品達成共識，但這個共識背後的驅力乃是與行動者個人意願無關的市場供需法則），在社會生活的許多層面仍須以指向共識的溝通行動作為人與人建立關係的方式。但若社會成員完全沒有共享不被質疑的、或甚至沒有進入到意識層面的背景知識²⁰⁴，則欲以溝通行

²⁰² Habermas, “Popular Sovereignty as Procedure”, in *Between Facts and Norms*, p. 486.

²⁰³ 關於生活世界與溝通行動的關係，見 J. Habermas, “Actions, speech acts, linguistically mediated interactions and the lifeworld”, in G. Fløistad (ed.), *Philosophical Problem Today*, vol.1, (Kluwer Academic Publishers, 1994), p. 45-75.

²⁰⁴ 例如中午十二點朋友之間互相詢問要吃什麼，其實也預設了中午十二點要吃飯的背景知識或文化。



動達成共識之成本將非常高，甚至成為不可能。而不僅生活世界中的背景知識有助於共識的形成，以溝通行動達成的共識也可以強化、改變生活世界中沈澱的知識。在此最重要的是，相對於服從自我邏輯的系統（市場是供需、官僚機構是目的達成的效率），只有生活世界中以人與人之間的溝通行動才能產生價值與正當性；而若生活世界被系統的功能誠命侵蝕，則產生所謂生活世界殖民化（colonization of lifeworld）。²⁰⁵

在上述的社會圖像下，實定法有效性的雙重面向即發揮兩個重要的功能：卸除溝通行動過大的社會統合壓力以及使系統維繫與生活世界（價值與正當性）的關聯。

首先，實定法一方面維持了溝通行動的社會統合功能；另一方面又卸除了溝通行動在功能分化的社會中過大的社會統合壓力。²⁰⁶因共同價值與規範的崩解，生活世界的背景知識開始動搖，共同規範的形成更仰賴溝通行動達成共識，導致後者的社會統合壓力過大。但由於生活世界中的溝通行動是唯一正當性的來源，亦不能放棄溝通行動作為社會統合的角色。實證法即是在兩個層面一方面減緩溝通行動的社會統合壓力，一方面維持其作為價值與正當性來源：一方面實定法伴隨國家權力的強制力，在其尚未被廢除之前社會成員不能質疑其效力；另一方面由於實定法宣稱其是具備正當性的，必須持續向公眾辯論開放，而權利體系正是法系統反身性地建構使持續的辯論成為可能的體制。

再者，實定法一方面容許行動者從客觀化的面向與之互動，一方面亦邀情行動者基於其正當性自願遵守。實定法的此二面向正好對應了當代多元分化社會的兩個結構差異：系統與生活世界。在社會功能分化的系統中，行動者主要是以個人成功為導向的策略行動與他人互動。在此層面，實定法乃是行動者追求自我成功的框架（對應到私人自主）。而另一方面，實定法的規範性與正當性只能來自

²⁰⁵簡介見 Outhwaite, *Habermas: A Critical Introduction*, p.82ff

²⁰⁶ Habermas, *Between Facts and Norms*, sec. 1.3.2



生活世界中主體的溝通行動。正是藉由公民在植基於生活世界的公共領域中行使公共自主，使公開論辯中形成的溝通權力得以進入建制的民主程序（國會議事程序），進而成為法律而駕馭行政權力。而透過行政權力的運作，政治系統即可能調節其他系統所產生的外部性問題。²⁰⁷故若來自公共領域的溝通權力可以轉化成法律而產生正式的政治權力，則藉由行政權的運作其即有可能矯正系統的外部性問題。至於在什麼條件下其可能實現，將在第三目討論。

第二目 公共領域及其危機

前述曾提及公共領域在論辯理論中的規範性地位，但究竟什麼是公共領域？在社會學的意義上，體制（institution）乃是使社會成員可以預測在什麼情況下他人應會如何行動；體制聯繫到規範性的期待。故應予強調，公共領域不是一個體制，而是「資訊與觀點的溝通網路」²⁰⁸。每當公民聚集而以溝通行動試圖建立共同關切的規範時，公共領域作為一種語言互動的情境就產生了：

當參與者對他人的言語行動要約（speech act offer）採取立場並且承擔言內行為責任（illocutionary obligation）時，其即建立了主體間的關係，此時主體間分享的語言情境空間就敞開了。²⁰⁹

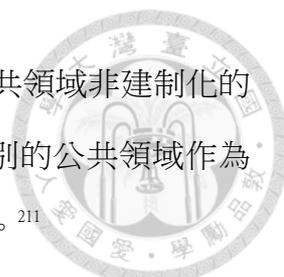
根植在溝通行動的公共領域依據**溝通的密度**可以區分為不定期的（episodic）公共領域，例如酒館、咖啡店中陌生人聚集討論政治事務；偶然的（occasional）或被安排的公共領域，例如搖滾演唱會、劇院表演；甚至是**抽象的公共領域**，例如大眾傳播媒體連結彼此無法見面的閱聽人的多元觀點。但也可以依據**主題**區分公共領域，例如關注居住問題的公共領域與關注科學發展的公共領域。²¹⁰不過，

²⁰⁷ Ibid., sec. 8.3.5.

²⁰⁸ Ibid., p. 360.

²⁰⁹ Ibid., p. 361.

²¹⁰ Ibid., p. 373.



這不代表分化的公共領域彼此之間有明確的疆界，正是由於公共領域非建制化的特點，公共領域彼此之間是互相**滲透的**（porous）：對每個個別的公共領域作為「文本」（text），其他公共領域都是它的「脈絡」（context）。²¹¹

公共領域何時何地產生是不能被體制化的，蓋每當公民有以溝通行動處理共同事務的意願而聚集時，公共領域即存在。不過，哈伯馬斯在《公共領域的結構轉變》如此描述公共領域的三點體制化標準（institutional criteria）²¹²：首先，公共領域的參與者卸除其在社會階級中的地位而**平等**的聚集，只有最佳論證勝出；再者，其就涉及公共利益的共同關切事項加以討論；最後公共領域是包容性的（inclusive），任何有意願的公民都可以參與其中。故應可以為以下理解：公共領域雖非體制，但一旦出現眾人聚集起來討論、解決共同關切的問題時，是否可以認為其屬於公共領域，仍應符合上述三點體制化標準。而依本文看法，其所謂的公共領域的體制化標準即被作為體制的民主基本權給體制化。²¹³

就公共領域的功能而言，兩項特點使之能夠察覺並且將影響社會整體的問題（encompassing social problem 此乃是相對於系統內部的問題而言）主題化：公共領域的基礎在生活世界的私人經驗，且在公共領域中參與者不需使用系統語言而是日常語言。²¹⁴首先，就前者而言，公共領域雖然是私人聚集起來討論共同規範的社會空間，但其與私領域甚至隱私領域仍具備連續性；其差異在於公共領域的言論具備公共性，而後者則受隱私權保護。例如工廠生產導致的污染使得附近居民產生疾病，一開始這些系統造成的外部性必須由私人所吸收，但這些沈澱在生活世界中的個人經驗，卻能夠在公共領域的公開對話過程發聲。再者，就後者而言，由於公共領域掌握作為關於個人存在的（existential）日常語言（相對於系統語言只在意系統功能的達成），其有足夠的語彙捕捉這種私人經驗。

²¹¹ Ibid., p. 374.

²¹² Habermas, *The Structural Transformation*, pp. 34-35.

²¹³ 關於民主基本權作為體制見第五節第四項第一款第一目。

²¹⁴ Habermas, *Between Facts and Norms*, pp. 375-376.



在公共領域中具備不同的行動者，哈伯馬斯將公共領域中的行動者區分為「從公眾中產生者」（actors who emerge from the public）與「出現在公眾面前者」（actors merely appearing before the public）。²¹⁵相較於前者需要「依賴『贊助者』的支持來提供相應的資金、組織、知識與社會資本」，後者一開始就「具備自己的支持基礎」。²¹⁶相對於前者是植基於作為與國家及市場相分離的**市民社會**（civil society），後者則根植於其他既有的社會系統的行動者（例如大企業、利益團體與大型政黨），其往往藉由**公關工作**（public-relations campaigns）試圖從公共領域中榨取（extract）大眾支持，再以此影響政治系統。²¹⁷區分此二種行動者的基準正是「如何可以辨識該行動者的身份」（how they can be identified）：相較於後者往往可以見到其與特定功能系統的連結，前者往往需要主動創造自己的身份。²¹⁸例如，在爭取婚姻平權的運動中，同志運動者一方面爭取平等結婚的政策目標，一方面**反身性**地追求一種**身份政治**（identity politics）以追求同志社群的自我認識以及他人的承認（recognition）。

這種從大眾中出現的行動者其行動的雙重特性——一方面其追求特定政策目的，一方面亦反身性地塑造自我認同並要求他人承認——正對應了公共領域的自我指涉（self-referential）特性。²¹⁹作為人與人溝通行動產生的社會空間，公共領域本身就蘊含有鄂蘭意義下的權力。如前所述，權力是人行動的條件，也因人的共同行動而維持／再生產。從公眾中出現的行動者，就其行動中所蘊含的主體揭露與身份塑造特性，正對應了鄂蘭意義下的行動，而可以驅動（motivate）、再生產公共領域以及蘊藏在其中的權力——公共領域並非體制，故其之維持也只能透過實踐（practice）。相較於此，植基於其他社會系統中的行動者，僅僅是「使用」

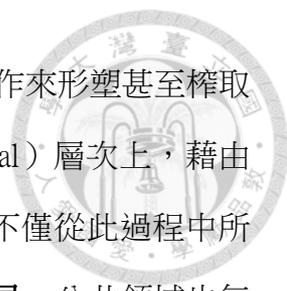
²¹⁵ Ibid., p. 376ff.

²¹⁶ Ibid., p. 375.

²¹⁷ 哈伯馬斯對於政治公關工作、文化工業使公共領域從批判到受操弄的描述，見 Habermas, *The Structural Transformation*, sec. 20.

²¹⁸ Habermas, *Between Facts and Norms*, p. 376.

²¹⁹ Habermas, “Popular Sovereignty as Procedure”, sec. 4.



了公共領域，而藉由政治行銷（political marketing）般的公關工作來形塑甚至榨取大眾支持。這種政治行銷往往是在社會心理（social-psychological）層次上，藉由符號的使用驅動既存的偏見／偏好，來獲得受眾的認同。²²⁰而不僅從此過程中所產生的、未經理性論辯的意見只能是源於偏好疊加的非公共意見，公共領域也無法透過這種政治行銷來維持／再生產。²²¹

第三目 審議民主的實現條件

接下來要處理的問題就是，審議民主理論的理想——公民在政治公共領域中的透過公開辯論所形成的溝通權力，進入建制的民主程序成為法律進而影響行政權力——在什麼條件下可以在當代社會中實現？

首先應點出在當代社會圖像下國家所面臨的雙重危機。從系統論的觀點，所謂政治體制也僅是一個社會系統，而不存在統合整體社會的國家。但系統與系統之間欠缺相同的語言以互相溝通，只能把彼此當成環境（environment）來觀察，再依據系統自身的邏輯與語言自我生產。故而一方面政治系統在這種多元中心的（polycentric）的功能分化社會中，將難以產生對其他系統（如市場）的導控（steering）能力。另一方面，政治系統的獨立運作使得政黨或利益團體只是依據自身利益以政治行銷手段試圖從公眾中榨取政治忠誠，而公民積極批判的參與政治逐漸淪為不可能；而日趨脫離國會掌控的行政機關與大型利益團體、企業的合作甚至反過來影響立法過程。凡此皆使政治系統產生正當化危機。²²²

如前述，哈伯馬斯社會學與系統論不同之處正在於其認為系統之外另有生活世界的概念。而政治系統內正式的民主建制，應保持對植基於生活世界的公共領域中的公民論辯開放。但比起正式的權力流動方向——公民在公共領域的溝通權

²²⁰ Habermas, *The Structural Transformation*, p. 221.

²²¹ Habermas, *Between Facts and Norms*, p. 364.

²²² *Ibid.*, pp.332-333



力流向立法程序成為法律再轉化為行政權力——在社會實態上仍舊可以見到**非正式**的權力流動——行政權與大型利益團體以政治行銷動員公眾回頭影響立法程序——存在。雖然憲政國家的憲法建制（公民的參政權、新聞自由、言論自由、集會結社自由、法律優位、法律保留原則等等）就是一個試圖緩和、抵抗非正式權力流動的體制，但哈伯馬斯也承認非正式的權力流動才是常態。不過，這種非正式權力流動方向在**危機**（crisis）產生時有逆轉的可能。在社會問題激起公民的危機意識時，市民社會中的行動者若團結起來形塑、戲劇化（dramatize）相關議題並在公共領域中進行倡議，則其行動很有可能會成功。蓋縱使是在平時（相對於危機時）利益團體或大型政黨欲從公共領域榨取正當性，其亦是不斷地在肯定公共意見的正當化地位，故而當公眾因為危機而動員自身時，大眾媒體與其他公共領域的參與者即不得不正視其訴求——「觀眾才是在競技場中的競爭者的影響力的來源」。²²³

如前述，植基於生活世界的公共領域特別地適合發現系統的外部性問題，亦即其是處於發現的脈絡（context of discovery）；而建制的國會民主程序，則是適合尋找正當的手段以解決該等問題，亦即處於證成的脈絡（context of justification）。²²⁴而由於在當代社會中，功能系統的分化日趨明顯，而每個系統並無適合的語言來理解、捕捉自己造成的外部性，故而系統失能進而影響社會成員的情況將持續發生。而每當該等問題嚴重到公眾產生危機意識，進而自主地在公共領域中進行倡議進而形成**議題特定的公共意見**，其即可以成功影響處於政治核心（相對於邊緣的公共領域）的國會立法程序。再藉由國會立法形成法律，進而駕馭可以影響其他社會系統的行政權力。正是藉由上述過程，系統才能維持與生活世界中的價值與正當性的關聯。

²²³ Ibid., sec. 8.3.4

²²⁴ 此即雙軌制的政治系統 see *ibid.*, p. 307.



第四項 法益的擇定

第一款 審議民主概念在選舉刑法脈絡下的挪用

第一目 選舉脈絡下的政治論辯

哈伯馬斯的民主原則是關於「怎樣求得正當的法」的問題，但在選舉脈絡中主要是關於「如何產生正當的權力承擔者」的問題。在此首先面臨的是規範性上的問題，亦即在選舉脈絡下公民的政治論辯是否也是規範上可欲的？其規範性如何導出？再者，選舉脈絡下的政治論辯是否有別於非選舉脈絡下的政治論辯的特徵，亦即是否只有後者是議題導向的？

就第一個問題而言，應從民主原則作為思考起點。民主原則要求正當的法必須建立在公民得以行使民主基本權影響立法過程。但我們仍舊必須承認，公民並非隨時隨地、就任何國家事項都能夠積極參與議會的政治意志形成。基此，選舉脈絡下的論辯的規範性意義即是在確保公民就日常國家事項（相對於爭議事項）已具備最低程度的論辯品質。亦即，公民在選舉脈絡中就候選人的政治理念、價值、利益代表性與人格品質等諸議題的辯論，使其可以認為當該候選人當選而成當權力後，就國家日常事項為決定時，該等決定是經過公民同意的。當然，人民作為主權者仍舊有隨時要求重啟辯論的權力。

就第二個問題而言，在非選舉脈絡下的論辯，公民是就爭議議題進行審議論辯，進而產生議題特定的公共意見（例如政府欲開放含有萊克多巴安的美國豬肉進口，引發相關圍繞在此主題的公眾辯論）。但在選舉脈絡下的政治論辯是關於「誰適合被授與某職位與權力」。究竟選舉脈絡下的政治論辯與非選舉脈絡下的政治論辯關係為何？本文認為，基於理性辯論的本質，縱使選舉脈絡下的政治論辯也應該是議題導向的。蓋「某位候選人的某某作為、政績如何」相較於「你認為某候選人如何」，前者比起後者更能引發理性辯論。本文認為這是基於理性辯論的本質使然。理性辯論本質上就是運用概念去捕捉、切割世界，並設定清楚的



討論邊界以使各種相關的證據、資訊與論證有匯聚的焦點。相對於此，對某人全人格的評價往往使之流於情緒反應的討論議題。在事實層面上，縱使要抹黑某個候選人，如果要有可信度而不只是流於立場的謾罵，也往往是就其特定行為或事件為之，空泛的人格抹黑並不能引起多數選民的興趣。在應然層面上，空泛的謾罵與立場宣稱並無法藉由兌現有效性宣稱以達成人際統合效力，亦即無法在論辯程序中產生國民主權。故在應然上與實然上，**議題關聯**的公共辯論與公共意見形成在以「選人」為核心的選舉制度中仍具備重要地位。當然，這不代表選舉脈絡下不能產生**候選人關聯**的政治論辯，亦即我們仍舊可以想像——甚且有經驗——在選舉脈絡下，就某候選人與他候選人作綜合性的討論與評價。不過，該等討論要具備理性論辯的性質，仍應該是以諸多的議題關聯的辯論為基礎：候選人關聯的政治論辯仍預設了議題關聯的政治論辯。

第二目 民主選舉作為體制的兩個要素

我們可以設想一個情境，在人與人自由的溝通與交流被秘密警察、受國家控制的媒體與灌輸官方價值觀的國民教育等等完全或幾乎完全阻斷的情況下，縱使舉行過程完全合乎自由國家選舉法規的選舉，該等選舉所產生的結果不難想像仍是有利既有政權的，而該等選舉結果也不能夠正當化極權主義的國家權力。只有當公民與公民之間有自由的溝通與論辯，公眾才能以作為質的統合的公意而存在，而非僅是私人與私人之間立場上量的疊加。在實然層面上，也只有這種公眾才是國民主權的持有者（鄂蘭的權力概念）；在應然層面上，也只有這種公眾才能宣稱具備主權者的地位（憲法上國民主權原則）。

故而民主的選舉體制應包含二者：首先，言論自由、出版自由等民主基本權作為確保理性的政治意志／意見得以形成的體制，亦即透過平等分配參與自由而使不同立場、觀點與價值的公民皆可以儘可能地參與政治辯論。再者，積極與消極參政權的民主基本權以及平等、普通等投票原則，則確立了以多數決為核心的

選舉制度，其在時間壓力下篩選在前階段的辯論程序結束後的最佳論證。前者可以稱為**民主選舉的自由論辯體制**，後者可以稱為**民主選舉的多數決體制**。



第三目 民主選舉的自由論辯體制的兩個要素

民主選舉的自由論辯體制即是在民主選舉的前階段扮演至關重要的角色。從公民參與者的主觀視角，言論自由、新聞自由等表達自由乃是主觀公權利；而從客觀體制化視角，民主基本權作為體制，其即是藉由將公共性原則（principle of publicity）制度化以確保理性政治論辯的可能性。有鑒於公共性原則對於政治社群建立的重要性，康德曾稱「公共性原則」為公共權利的先驗原則：「凡是關係到其他人權利的行為而其準則與公共性不能一致者，都是不正義的」。他解釋道：

因為一條一經洩漏就會因而破壞我自己的目標的準則，如果它要能夠成功，就必須澈底加以隱瞞，而且我又不能公開承認它而不因之不可避免地會激起大家都來反對我的企圖；那麼大家這種必然而普遍的，因而是先天就可以洞見到的對我的反抗，除了是由於它藉以威脅每一個人的那種不正義之外，就不會是由於什麼別的了。²²⁵

此概念應用在審議民主理論中，即是認為民主基本權作為體制即在確保公共事務（res publica）應由全體公民共同決定，且任何人提出關於公共事務的主張，其他任何公民都有權加以檢驗：每個政治社群成員都有參與理性政治論辯的權利與機

²²⁵ 康德（著）何兆武（譯）（2019），〈論永久和平：一部哲學的規劃〉，《歷史理性批判文集》，頁 30 以下，五南。不過，康德還是將政治／法律問題依附於道德問題，而著重於建立政治／法律與實踐理性的關聯性；相對於康德，哈伯馬斯則是認為道德只是政治／法律論辯中的一環，而以內在於主體間語言的溝通理性取代單一意識主體的實踐理性。



會。而既然政治事務的理性辯論是可能的（基於論證理論）且是可欲的（基於民主原則），則使每個公民都有權參與此種政治辯論的程序意義即在於，確保最終形成（指向於共識的）多數的原因是因為較佳的論證，此即是對於公共意見合理性（rationalization）之追求。

不過，不應將此處所言之「公民論辯」設想為「大型的研討會」。在現實社會，公共領域的論辯是抽象（非面對面）且不平衡的（asymmetrical），亦即菁英（政治人物、利益團體、企業、知識份子等）掌握較大的話語權而欲「使用」公共領域。不過，縱使如此，只要菁英仍舊是以符合形式語用學規則的方式參與論辯，公眾即可以反思菁英在公共領域發表的意見（published opinion），並對之加以反思後採取肯否的立場（亦即溝通自由）。²²⁶抽象且不均衡的公共領域並未消除公眾參與政治辯論的可能性。

除了公共性原則之外，欲使理性的共識形成成為可能，論辯參與者仍須遵守特定規則。根據**形式語用學**，指向於共識的溝通行動之所以可能，在於主體間預設了彼此提出可以被兌現的有效性宣稱，並在其受質疑時提供證成的理據，依此過程形成的即是理性的共識。雖然此種指向共識的溝通行動的先驗條件（transcendental condition）——如同公共領域——本身不需要被制度化，其可以僅是一般人際交往規則，但在民主基本權將公共性制度化之後，其即成為政治事務的理性論辯之前提條件，成為**體制運作規則**。在此，本文以「形式語用規則」指稱者，乃是公民為了在理性政治論辯程序中產生溝通權力，所必然採取的「以理服人」的溝通方式，而非以之相反的單純立場宣稱或完全不具溝通意願的謾罵。

從上述分析可知，**民主選舉的自由論辯體制**包含兩個不可或缺的原則：**公共性原則**以及**形式語用學規則**。前者乃是由民主基本權作為體制予以制度化，亦即使全體公民皆有權參與公共事務，可以稱為民主體制的**體制建構原則**；後者則是

²²⁶ Habermas (2006), "Political Communication in media Society: Does Democracy Still have an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research." Retrieved from http://200.6.99.248/~bru487cl/files/1-Habermas_Deliberation2006.pdf/ (Last viewed 2021.5.25) .



論辯參與者應遵守的、使理性共識成為可能的形式語用學規則，可以稱為民主體制的體制運作規則。不過，民主選舉的自由論辯體制仍舊只是保障了理性的政治論辯的可能性，蓋人民在何時、何地欲以符合形式語用規則的方式展開關於政治事務的共識形成——亦即公共領域的出現——仍舊屬於人民的自由。故民主體制的良好運作仍舊必須有自由的政治文化作為基礎。

第四目 政治論辯與事實性真理

政治在其最樸素的意義上，就是複數人對於公共事務（res publica）展開共同行動。故我們可以從政治的概念中分析出跨主體的共同世界概念，以及複數主體以實踐態度面對此共同世界或公共事務之意義。而既然人在政治的範疇中必然是作為行動者而非理論思考者而存在，則對作為行動者的人而言，必然預設了實在論式的客觀世界；而既然政治是複數、多元的男男女女的共同行動，政治必然預設了跨主體的客觀世界概念。

本文認為政治預設了跨主體的客觀世界概念並不代表本文支持符應論的真理觀，蓋從古老的哲學論辯可知，無法直接認為人能直接認識事物自身。但亦不代表本文認為應取消真理概念，毋寧是跟隨哈伯馬斯放棄從知識論範疇理解真理的意義，而轉向真理的實踐內涵。以下即概述哈伯馬斯的真理共識論及其實踐轉向。

哈伯馬斯原先認為，真理與「合理的可主張性」（rationale Behauptbarkeit）等同，亦即所謂真理即是在討論（discourse）中可以為聽者所接受的有效性宣稱。不過，若真理只是討論所獲致之共識，但任何人類所能提出的主張都是具備可錯性的，此即與真理超越脈絡的中效性（Gültigkeit）（真理是總是真的）相齟齬。甚至，若真理的超越脈絡性被完全化約為陳述在某一討論群體的合理可接受性，



也將使得討論成為不可能：蓋既無真理概念即無法開啟對陳述「是否是真的？」的質疑。²²⁷

哈伯馬斯由此轉向從真理的實踐意義重新理解真理的脈絡超越性，此即真理共識論的實踐轉向。在溝通行動（*Kommunikative Handlung*）中，由於作為意義理解的先驗條件的有效性宣稱受到聽者質疑，故而必須進入討論的溝通形式。主體間藉由在討論中兌現有效性宣稱以修補破損的背景共識，使得主體得從反思態度（*Reflexive Einstellung*）重新回到形式上預設了客觀獨立世界的實踐態度（*Performative Einstellung*）。在此，真理與合理的可主張性之間的矛盾及轉化為溝通者必須在「討論」與「溝通行動」之間進行觀點轉換的學習過程。此即「真理的去除疑慮論」（*Entsorgungstheorie der Wahrheit*）。²²⁸

本文認為此種真理的去除疑慮論正好適合於解釋為何政治論辯必然是價值論辯，且必然奠基於事實性真理（*factual truth*）之上。如前所述，政治乃是多元的男女對共同事物採取實踐態度，而非理論思考的態度。而如前述，在主體間就（事實性）真理進行討論而試圖兌現記敘性的有效性宣稱時，其彼此之間乃是採取反思的理論態度。在政治論辯中，主體間乃是就「應如何行動」進行討論而試圖達成關於「意見」（*doxa*；*opinion*）的共識，在此涉及行為應然規範的標準，例如道德或倫理辯論——縱使是關於如何行為才能有效達到目的的效率辯論仍然預設了「為何要達成此目標」的價值命題。故政治辯論中關於價值命題的討論目的不在於求得真理，而在於獲得共同體應然行為規範的意見共識。我們可以想像不同政治社群間對於「什麼是對我們好的」倫理命題有不同看法；而縱使是道德命題，政治共同體共同行動的必要條件仍只是意見的一致，而非該等命題無可反駁地為真。不過，該等涉及應然行為規範的價值性辯論仍預設了事實性真理。蓋主體間若無法獲得對事實性真理的確信，即無法從反思的理論態度回到實踐的施

²²⁷ 林遠澤（2005），〈真理何為？——從哈伯馬斯真理共識理論的實用轉向論真理的規範性涵義〉，《歐美研究》，35卷2期，頁368以下。

²²⁸ 林遠澤，前揭註227，頁391以下。

為態度。事實性真理是實踐的前提或必要條件；價值意見的一致則是共同行動的充分條件。

不過，我們仍舊可以在現象上看到政治領域的行動者以實踐的施為態度面對事實。例如，面對政治共同體外的敵人或共同體內的不同派系時，以欺騙的手段誤導其關於現實狀態的認識，從而獲得政治利益。政治是關於人的共同行動，而事實性真理是人的共同行動的結果，其本質即是政治的；但這並不代表其屬於政治，或事實根據其本質適合於由政治決定。鄂蘭指出，當代的謊言與傳統政治謊言有三點不同：首先，傳統謊言是導向共同體外的敵人，但當代謊言是針對共同體內不同政治立場者；再者，傳統謊言試圖單點式地竄改、增補事實，但當代的謊言則是欲以一個完整的虛構故事代替（substitute）真實，亦即當代謊言試圖竄改的是人盡皆知的事件，而非如傳統謊言僅就少數人知道的秘密針對敵人撒謊；最後，如此大規模地竄改事實的結果是，不若傳統謊言的說謊者仍自己保留了真實的認識，當代謊言的說謊者自己亦相信自己所杜撰的虛構故事。²²⁹不過，縱使如此，事實在本質上是無法代替的，權力無法強迫事實向它服務：

事實雖然是無力的且永遠在與權力的迎頭對撞下被打敗，但事實仍舊保留了自己的力量：不論掌權者如何嘗試，他們都無法發現或發明一個可行的事實替代品。²³⁰

此乃由於事實具備一種作為行動者的人無法理解的混濁性（opaqueness）：事實之所以是事實是無理由的。縱使理論理性可以在因果解釋上說明事實之發生，但對在政治中的行動者而言，造成此結果的許多原因是人力無法支配的，故從行動者視角是源於偶然的。此種事實的偶然性與難以解釋性使說謊者面對陳述真實者佔盡優勢：前者總是能任意編造故事以使故事聽起來更合理、更能被理解。但這種

²²⁹ Arendt, "Truth and Politics", p. 12ff.

²³⁰ Arendt, "Truth and Politics", p. 16.



依據權力者的利益而任意創造的「事實」最終將導致事實／真理範疇的取消，其結果是毀滅性的，蓋共同體即無一個其可以在其上共同行動的客觀世界：「在專制主義下，人們感覺到所有我們依賴以獲得方向感與現實感的事物都令人恐懼地崩毀」；政治是人類唯一自由的領域，但此種自由必須以事實為界線——事實「是人們頭上的天空與腳下的大地」。²³¹

除事實在本質上無法由政治權力產製外，若跨主體間真誠地欲與他人採取共同行動，則可靠的事實資訊在民主體制中的產製往往交給中立、獨立的組織與機構，例如關於過去發生了什麼事我們求教於歷史學家、關於工業發展對環境可能的影響我們求助於科學家、關於即時的訊息我們依賴（理論上或理想上）專業中立的媒體，或者就涉及權利事項的真實仰賴法院依據訴訟程序決定（本文下稱該等機構為中立的事實產製／檢驗機構）。**政治論辯的目的在於篩選較佳的價值，而不在於篩選真實。**

附帶論及者，政治論辯本質不涉及也不應涉及事實性真理，此亦反應在言論自由法制中。美國學者 Federick Schauer 指出，言論自由法制的歷史發展乃是基於對政治、宗教等價值性命題應自由發表的確信。而唯一能夠（部分地）建立言論自由法制與事實性真理的關聯性的理論即是「意見市場理論」（Marketplace of ideas），但學界普遍認為其站不住腳。該理論認為，若儘可能使各種不同意見可以獲得表達，真實言論即能在言論市場中勝出。不過，以意見市場作為篩選真理的工具的觀點忽略言論之所以被接受往往不是因為其為真，而是由於例如表意者與聽者的關係、命題重複的次數或命題是否有利於聽眾的立場等等。Schauer 並指出，傳統的「追尋真理」理據已然整合進（fold into）「促進民主」的言論自由理據，理由是不同於知識論的真理，「政治的真理」即是政治共同體達成共識的事項。²³²

²³¹ Arendt, "Truth and Politics", p. 16,19.

²³² 學者研究美國言論自由法制發現其對於具備可錯性的虛假事實陳述問題「幾乎無話可說」。See, F. Schauer, *Facts and The First Amendment*, 57 UCLA L. Rev. 897 2009-2010；對真理的與公民的意



或謂，政治辯論中仍舊存在事實性主張的討論兌現，故不應斷然將其排除於政治辯論範圍。就此而言，本文認為，政治辯論確實仍舊存在事實性主張的討論兌現，否則亦無法以之為基礎展開共同行動所應遵守的實踐規則之討論。然而，縱使認為政治辯論中包含事實辯論，本文觀點仍是，在事實性共識存在之前，該等共同實踐規則之討論無法開始；而政治辯論主要的部分就是關於這些共同實踐規則的共識追求，故只要事實共識無法形成，即無法開始（與事實辯論在同一政治辯論中的）追尋共同行動意見共識的辯論，而既然唯有後者是政治（亦即共同行動）的充分條件，即是政治辯論的必要、主要部分無法開始。在此可以區分二種情形：在政治論辯中是否將事實性主張主題化。首先，在政治辯論中往往事實性主張尚未被主題化，而僅是隱然地被主張，此時公民即欠缺修補事實性共識漏洞之契機。而在事實性主張被主題化之情況，本文承認政治辯論即轉向以事實性共識修補為目的，但在修補完成前並無展開實踐規則討論之可能。在此種情形仍舊可以發現事實共識之破壞造成共同行動的充分條件——應然行動規則的價值共識——之成就成為不可能。在後述行文中，本文所稱「政治辯論」即是以共同行動的應然實踐規則之討論為取向之政治辯論。

第二款 法益的四種可能性

第一目 公共性原則：保護法益基礎

在同一政治社群之中，若社群成員無法對「事實是什麼」形成共識，則無法開展道德與倫理等核心政治辯論。故若社群成員缺乏對於事實是什麼的共識，即可先驗地（指在未經實際參與個別、具體的政治辯論前）認定自由論辯體制的體制目的——關於共同價值規範的理性共識形成——成為不可能。相對於此，雖然一個政治社群成員抱持極端不同的價值判斷／意見，則很有可能使自由論辯體制

見市場理論介紹以及其現象與概念層次之失靈，見楊劭楷（2021），《社群媒體假訊息管制之言論自由分析》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁 59 以下。為



的體制目的無法達成。但民主選舉的自由論辯體制其體制功能就是在一個有著不同價值立場、利益與偏好的政治社群中，藉由論辯參與者遵守形式語用規則，儘量就拘束全體社群成員的共同規範形成共識。**不能**僅因為成員抱持分殊的價值判斷，即先驗地認定其無法藉由理性論辯形成關於共同規範的理性共識。但抱持不同事實者，即無法參與同一價值論辯，亦即無法達成公共性原則之目的：全體公民皆有權利參與某一公共事務之共同價值形成之辯論。**對於理性參與政治論辯的公民，藉由使之誤不實以為真實，即是使之非自願地脫離於理性政治論辯程序、剝奪其參與理性政治論辯之機會；此即是對於自由論辯體制中作為體制建構條件的公共性原則之侵害。**

網路時代的公共辯論特徵與過往有別，主要特徵有三：首先，當代的網路生態環境乃是將政治資訊商業化，亦即完全以商品行銷的邏輯在餵養政治資訊。在商業思維中，演算法應該要依據消費者既有的消費模式來預判消費者未來可能會購買的商品，而政治資訊中所謂的消費者偏好就是政黨取向。故而依據商業邏輯的演算法將餵養既有政黨色彩者更多更極端政黨傾向資訊，且在統計上愈不具中立性的政黨傾向資訊愈有可能含有假消息，故而在同溫層（filter bubble）中形成客製化真理（customized truth）²³³，而使其中的論辯參與者愈難接觸反對言論（counterspeech）²³⁴。再者，不同於過往廣告業主知道自己的廣告將在何時何地出現，當今網路上的廣告投放完全依據演算法。而由於具備政黨傾向的資訊愈容易被分享，故而（立場極端故更可能是）假消息的產製具備經濟誘因且其流通更為容易。²³⁵最後，傳統大型媒體式微，其過往扮演的守門人角色已經轉而由平台業者、搜尋引擎或社群媒體取代，但後者往往聲稱其純商業平台特性不願意承擔言

²³³ 關於客製化真理，see Magarian, *Forward into the Past: Speech Intermediaries in the Television and Internet Ages*, 71 OKLA. L. Rev. 237(2018).

²³⁴ 關於反對言論（counterspeech）與意見市場（marketplace of idea）以及其在網路科技影響下逐漸喪失作用，see Napoli, *What If More Speech Is No Longer the Solution? First Amendment Theory Meets Fake News and the Filter Bubble*, 70 Fed. Comm. L.J. 55 (2018), pp. 77ff.

²³⁵ Ibid., pp. 68ff.

論平臺守門人角色。²³⁶欠缺受到廣泛媒體法規拘束的中立性媒體，愈多具政黨傾向、卻又無財力做事實查證的新聞網站大量出現，其結果即是不實訊息的氾濫。

而上述三種因素中最重要的是第一種，蓋其導致公共領域的破碎化。²³⁷公共領域彼此之間原本應是互相滲透的，但由於基於商業邏輯的演算法導致個人只能同溫層中獲得資訊，而導致公共領域間的資訊流動的困難。在公共領域破碎化的社會結構條件之下，原先依據憲法民主基本權所欲建構的公共性原則受到不實訊息侵害之可能性、頻率極顯著上升，而受侵害後藉由散布真實資訊而回復之可能則降低。在其他民主制度（獨立的、專業的大型媒體與憲法上的民主基本權作為體制）逐漸無力抗制不實資訊對民主選舉中自由論辯體制之破壞時，即有思考是否應以刑法介入的必要。不過，本文認為公共性原則欲獲得完整的刑法法益適格，仍須考慮其與民主選舉結果的關係（詳後第四目）。

第二目 信賴作為保護法益？

首先應討論者，若以信賴作為保護法益，則不實訊息究竟是破壞人民對於何種制度或程序的信賴？如前述，政治論辯非產製事實的體制，而人民亦無權信賴自由論辯體制本身可以確保所有政治論辯皆奠基於真實。人民所有權信賴者毋寧是事實產製／檢驗機構將產製真實或檢驗公共政治論所需的事實資訊之真實性。是以不實訊息充斥公共領域所破壞者似乎是人民對該等中立的事實產製／檢驗機構之信賴。不過，事實上不實訊息充斥的現象僅是該等機構早已無力產製、檢驗事實的反射結果。真正破壞人民對中立的事實產製／檢驗機構信賴者其實是該等機構成員未盡事實調查、平衡報導等義務之行為。處罰不實訊息的散布並無法保護或回復人民對該等機構的信賴。

²³⁶ Ibid., pp. 71ff.

²³⁷ 不過，此種破碎化的公共領域仍是公共領域，蓋其並不如私領域或隱私領域有明顯封閉的溝通邊界。



不過，不實訊息充斥確實也會使公民不再願意參與政治論辯。蓋如前所述，不實訊息藉由使部分公民信以為真而迫使之脫離政治論辯程序，若長此以往任由不實訊息裂解政治社群，則公民自然無參與政治論辯的興趣。但這並非代表即應以人民對民主體制順利運作的信賴作為保護法益。既然人民對體制的失望與不信任來源於體制運作受阻，刑法即應避免個別的、使體制運作受阻的行為，而以體制本身的順利運作為保護法益，而如此即可以反射性地保護人民對體制運作的信賴。亦即藉由處罰使公民理性論辯無法展開的不實訊息散布行為，人民對於民主體制的信賴即獲得確保。既然可以直接以體制本身之順利運作為保護法益，即無保護信賴作為精神化中間法益的必要性。²³⁸若待公民完全喪失政治論辯的意願方才發動刑法，應屬對國民主權保護不足。

第三目 複數個別政治意志形成自由？

再來應討論者，是否應以不特定或特定多數公民的政治意志形成自由作為保護法益。若以此為保護法益，其本質上乃是個別政治意志形成自由的疊加，故關於第四節第四項的批評仍舊可以適用。除此之外，在此應提出另外兩點考量。

首先，立基於審議民主理論的規範性立場，體現國民主權而具備賦予政治權力正當性的乃是經過論辯程序後的公民意志。誠然，在選舉開始後，仍然仰賴個別公民基於其政治意志為投票。不過此時公民個別的政治意志，是其參與共同論辯後所形成的，或者是對經此論辯程序產生的慎慮的公共意見（considered public opinion）加以反思所形成的。若只是前論辯的價值與利益的疊加，本質上並無正當化政治權力的效力，從規範性觀點而言欠缺保護價值；有保護價值的是使理性論辯的民主體制成為可能的條件。故而，在演算法依據商業邏輯餵養符合個別公民既有的價值偏好與政黨傾向的政治資訊之情況下，刑法規制不實訊息的重點應

²³⁸ 關於信賴作為法益的適格性，見周濛沂（2017），〈對賄賂罪保護法益的反思〉，《月旦刑事法評論》，5期，頁112-120。



是保持破碎的公共領域間公民溝通的可能性，而非保護易受不實訊息影響、但仍只是基於前論辯的價值與立場所形成的政治意志。

另外，比較以不特定或特定多數的個別政治意志形成自由作為保護法益，與本文以民主選舉的自由論辯體制之體制建構原則作為保護法益，即可凸顯本文立基於審議民主立場所強調的規範性：能理性論辯的公民圖像。認知心理學的經驗研究指出，縱使已經存在具備優勢經驗證據之反對言論，原先接受不實訊息的公民仍舊會持續相信該不實訊息。故在以不特定或特定多數的個別政治意志形成自由作為保護法益的立場，此時保護法益仍受侵害，而有動用刑法的必要性。²³⁹但從本文觀點言之，此情形應認為是公民**自願**的決定不參與理性的論辯程序。蓋如學者指出，立基於自我決定自我負責的自主原則僅要求最低門檻，亦即具備一定程度的認知與判斷能力，而只有在被害人欠缺此種最低要求時，國家才有介入的必要性。²⁴⁰心理認知限制並不**剝奪**公民的理性反思能力，僅是說明了一種心理的認知傾向。故而在面對不實資訊與呈現真實的反對言論時，從審議民主角度出發，公民應可以被期待自行運用理性判斷真偽，無以刑法對其加以保護之必要。

第四目 投票結果正確性與論辯合規性

奠基於公共性原則與形式語用規則的政治辯論程序並不僅存在於以「選人」為核心的選舉前階段，要屬當然。例如，在政府欲推動廣受爭議的立法時，人民自主地集結進行示威抗議，而各種與政府不同立場之論證與資訊廣泛地在不同公眾溝通領域受到討論，即是適例。不過，以「選人」為核心的選舉制度乃是當前

²³⁹ vgl. Hoven, Zur Strafbarkeit von Fake News-de lege lata und de lege ferenda, ZStW 129(3) 2017, 718, 741 Fn.89. 其認為奧地利刑法典第 264 條：「公然於反對言論無法有效傳遞之時散布不實訊息，其內容足使人不為投票或為一定之投票，處有期徒刑六個月以下，或科至 360 日之罰金。」關於反對言論的限制條款不足採，蓋反對言論的效果有限已經為心理學研究證實。

²⁴⁰ 關於軟性父權主義的重構見周漾沂（2013），〈論被害人生命法益處分權之限制—以刑法父權主義批判為中心〉，《臺北大學法學論叢》，88 期，頁 209-260。



臺灣民主制度之核心，亦屬當然。故而嵌入於該等選舉前階段之公共政治辯論，即具備特別之意義，亦即若作為其體制建構原則之公共性原則受侵害，同時即是投票結果正確性之侵害。

在此問題即是，何謂此處的投票結果正確性。首先，其是否是指應當選之候選人實際上當選，應予探究。若認為所謂投票結果正確性指應當選之候選人與實際上當選之候選人相同，則必須能判斷若無不實訊息與謠言之散布，受眾之投票行為將為如何之改變。不過，本文認為此種判斷殆無可能。蓋有可能某選民誤信該等不實資訊或謠言但仍舊堅持原本之選舉意向，此可能源於其有更在意的議題或單純其無論如何就是欲支持該候選人；或選民雖相信該等不實訊息或謠言而對原本投票意志有所影響，但此等影響仍未改變其原本支持某候選人之決定；亦有可能選民雖接受某一不實資訊而確實改變原本欲支持某候選人之決定，但又受到另一不實資訊之影響而回復支持某候選人之決定。易言之，根本無從探知不實資訊對於選民心理之真實作用，故難以判斷若無不實訊息或謠言之散布，選民之投票行為是否且如何改變。

或謂，在審議民主理念下假定選民皆為理性論辯參與者，即可解決此一問題而精確定位投票結果正確性，蓋可以藉由取消個別公民的多元性而估量不實訊息或謠言對於公意形成之影響，例如從理性公民角度判斷不實訊息所涉及之主題具備高度政治重要性，且亦容易為一般理性公民所相信，且依據一般理性公民觀點認為有利於某陣營候選人，則屬對投票結果正確性之非容許風險。不過，如此即屬於對於審議民主理念之誤解，蓋所謂公民作為理性論辯參與者，並非取消不同文化背景、族群、階級或性別等特性所導致之公民多元性，而是預設不同利益與價值立場之公民仍有能力進行價值交流的辯論程序。故而不同價值與利益之公民將如何「理性地」評估不實訊息與謠言所涉主題對其自身之重要性，仍非能直接假定為同一。



再者，是否投票結果正確性可解釋為現實票數關係與應然票數關係之合致，應予考慮。立基於前述（第二章第一節第一項第一款第三目）對通說之批評，本文認為票數關係之正確性在妨害投票結果正確罪（德國刑法第 107a 條、我國刑法 146 條）中並無獨立之意義，蓋在現實上並未影響票數關係但嚴重破壞選舉程序規定之情形，法院亦認為投票結果不正確。故所謂投票結果正確性，在妨害投票結果正確罪之脈絡下，即是指合於選舉進行階段與選舉結果確定階段之法規所產生的選舉結果。

若從程序合規則性角度理解投票結果正確性，即可以正確地理解系爭二條文脈絡下投票結果正確之意義。在理性政治論辯參與者由於相信不實訊息或謠言而被迫脫離政治論辯程序時，當然存在投票結果不正確之情況，蓋部分應參與論辯之公民被迫退出，此即政治論辯程序並非以合於公共性原則之方式進行。公共性原則是憲法民主基本權利體系客觀效力所誡命之政治論辯原則，若藉由散布不實訊息或謠言對公共性原則加以侵害，在以「選人」為核心的選舉脈絡下，同時即是使投票結果不正確，其效果一如脅迫選舉人不為投票。如此意義下之投票結果正確性即是呼應普通刑法中妨害投票罪章對於投票結果正確性之理解：亦即藉由保障投票進程序之合法確保投票結果之正確。

將以「選人」為核心的民主選舉脈絡下之公共性原則侵害理解為投票結果正確性之侵害，亦可以了解系爭二條文在作為國民主權刑事保護之妨害投票罪章中之體系定位。在此分二點言之：首先，在網路時代由於公共溝通網路結構性變化導致公共領域破碎化，集體政治意義形成自由方具備刑事需保護性，而系爭二條文即是該等自由之保護規定，而可以恰當地歸類於妨害投票罪章之中。再者，系爭二條文屬於最重本刑五年有期徒刑之罪，與妨害投票結果正確罪之刑度相同，故其所保護之法益與對民主選舉之重要性亦應相當。相對於妨害投票結果正確罪（參德國刑法第 107a 條；我國刑法第 146 條）是藉由保障選舉結果確定階段之合規則性以保障選舉結果正確性，系爭二條文乃是藉由確保每個公民皆有參與選舉



前階段之論辯程序之權利，進而保障投票結果之正確。故而如同妨害投票投票結果正確性完全即是投票進行或結果確定階段之程序合規則性，在系爭二條文中，結果正確性即為選舉前階段之政治辯論進行合乎自由民主憲政秩序下所要求之公共性原則。

而存在於民主選舉前階段的政治論辯較之於其他時期的政治論辯，其刑事需保護性亦更高，在此可以分為二點言之。首先，蓋選舉期間不同陣營之間政治立場的較量、檢驗更為激烈，更容易蘊含不實訊息或謠言的傳播。故而在**應罰性**層面，亦將認為存在於民主選舉前階段的政治論辯，較之其他時期的政治論辯，更有作為刑法上法益加以保護之必要。再者，相對於其他時期的政治辯論，選舉前階段的政治辯論更具備重要性，蓋其直接牽涉到目前民主制度中最重要的政治授權機制。就結論言，對於其他時期架構政治論辯程序的公共性原則之侵害，是否具備保護法益適格，不無疑義；但選舉前階段建構政治論辯的公共性原則，其更脆弱卻也同時更重要，更同時影響投票結果之正確性，故本文認為其得作為刑法上的法益。

當然，此時亦面對如何清楚劃分具備民主選舉關聯之政治辯論以及因此直得受刑法保護的公共性原則。蓋如前述，政治辯論不限於選舉前階段，國民主權之體現也並非僅四年一次。但如前述，本文立場是，將政治辯論建構原則的公共性原則之刑事保護，限於直接架構選舉前階段之政治辯論者，即必須說明如何辨識該等政治辯論。在此，本文認為，**選舉前階段的政治辯論即是直接或間接聯繫到不同候選人陣營之間公開的政治立場競爭，其時間上始於能確定各該選舉候選人時，而終於選舉日開始時。**具體構成要件解釋上自然亦應將上述觀點納入考量，此即第四章之任務。



第三章 犯罪類型

本章任務在於為系爭二條文之犯罪類型定性。首先將在第一節否認系爭二條文可以解釋為傳統上的實害犯、具體危險或抽象危險犯。在第二節中，則轉向其他文獻上所提出的介於具體危險犯與抽象危險犯之間的中間類型，並在經過對文獻的批判檢討後，將系爭二條文之犯罪類型定性為潛在危險犯。

第一節 實害、具體危險與抽象危險

第一項 實害犯或具體危險犯

系爭二條文在形式上具備適性條款，但此並不排除其仍舊可以作為實害犯或具體危險犯。舉例言之，我國毀損罪之規定亦有用語相同之適性條款，而仍屬於實害犯。部分文獻上亦支持將某些具備適性條款之刑法條文解釋為具體危險犯。²⁴¹故而，仍應從實質觀點予以決定，是否係爭二條文適合解釋為實害犯或具體危險犯。

首先，拒絕將系爭二條文解釋為實害犯之理由，即在於若刑法之發動必須以實害發生為前提，在保護法益是涉及國家根本存續或政府之政治組成之情況下，將發生邏輯上的矛盾。例如在內亂罪，若國體、憲政已然變更，又如何可能發動預設了該等國體與憲政之存在之刑法？而系爭二條文如上所述，在本文立場下乃是作為保護民主選舉的自由論辯體制之體制建構原則（公共性原則），在該等原則乃是國民主權形成所必要，故在其受到實質侵害時，可能已經使一切國家權力來源的國民主權無法形成。所謂國民主權無法形成，即是當一個政治社群由於部分公民受到不實訊息的影響，使得整體社群因相信不同事實而陷入極端分裂之狀態，而由於該等事實通常具備高度政治爭議性，將導致系爭二條文之發動陷入困

²⁴¹ Gallas, Abstrakt und konkrete Gefährdung, in: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, 1972, S. 171, 182.

難，蓋此際刑罰的發動將被認為是政治迫害。此種內在於刑法的國家保護（Staatschutz）前置化必要性，不同於風險社會（Risikogesellschaft）中所強調者。

242

再者，由於保護法益的高度價值，亦應提早於實害階段發動刑事保護。自由的論辯體制與多數決體制共同構成民主選舉制度之核心已如上述，公民在自由論辯體制中參與共同體意志的形成，藉由價值的辯論共同決定涉及共同體的道德、倫理與實踐事項。在此種辯論中所形成的國民主權乃是一切國家權力的正當化來源，若坐等其受侵害方才發動刑事保護，應認為對其保護有所不足。

而相同理由亦可以適用於拒絕將系爭二條文解釋為具體危險犯。雖然具體危險概念在文獻上紛雜繁多，但其共同點皆是將具體危險設定為一個與實害狀態非常接近的危險狀態，亦即必須法益客體進入行為作用領域（Wirkungsbereich）但僅是基於偶然而未發展為實害。²⁴³蓋從預防理論的通說立場言之，立法者之所以將制裁規範與具體危險的產生連結——亦即制裁的發動繫諸偶然因素——其原因在於具體危險作為一種結果非價可以展現規範破壞（Normbruch）的嚴重性（Signifikant）與外顯性（Expressivität）。易言之，規範之所以禁止某行為，即透過結果的出現而清楚地呈現，故有助於一般預防上的規範內化（Norminternalisierung）與特別預防上的犯罪人再社會化，最終有助於法益保護。

244

²⁴² Vgl. Bützler, Staatschutz mittels Vorfeldkriminalisierung, 2017, §1.

²⁴³ 除了德國實務見解認為具體危險乃是實害之發生可能性大於未發生，而未要求行為客體進入行為作用領域外，文獻上率皆支持。文獻整理見 Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, 1998, S. 43-51.

²⁴⁴ Hoyer, Die Eignungsdelikte, 1987, S. 81-83.



第二項 抽象危險犯

第一款 方法上的進路

所謂抽象危險犯乃是規範僵化地規制某類行為態樣，無論其在個案中是否具備法益關聯（Rechtgutsbezug），亦即規範禁止某類行為之原因乃是基於行為自身之典型危險性，亦即將行為之危險性脫離於——相對於具體危險犯之法益客體是現實存在的（vorhanden）——法益客體而為認定。因此易產生與要求主觀實害關聯（對法益侵害具備故意過失）之罪責原則（Schuldprinzip）之齟齬。²⁴⁵ Schünemann 認為抽象危險犯在本質上應可以區分出三種子類型（過失未遂犯、大眾行為與精神化中間法益），而各依據不同原則獲得其正當性。²⁴⁶ 而此種分類觀點也為其他學者所接受。²⁴⁷ 不過，在此本文目的並非一般性地探討抽象危險犯之正當性，目的僅是在確定系爭二條文所適合的犯罪類型。故而在邏輯順序上，首先應先確認系爭二條文所規範的行為是否符合抽象危險犯描述上的特徵，亦即先確認系爭二條文所欲規制的事實關係，是否具備典型的危險性。僅有在認為肯定地回答此描述性之問題後，方有必要進一步探討正當性問題：為何行為典型危險性可以建構可罰性；以及何以立法者選擇某類行為而以構成要件加以定型化，而取消行為人對於實質法益侵害風險的判斷可能。²⁴⁸

²⁴⁵ Hoyer, (Fn. 244), S. 34ff.

²⁴⁶ Schünemann, *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte*, JA 1975, 435, 798.

²⁴⁷ 整理見 Wohlers, *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts-zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte*, 2000, S. 299ff.

²⁴⁸ 抽象危險犯之正當性的提問模式見周漾沂（2019），〈重新理解抽象危險犯的處罰基礎——以安全性理論為中心〉，《臺北大學法學論叢》，109 期，頁 171。危險犯一般概念見，王皇玉（2008），〈論危險犯〉，《月旦法學雜誌》，159 期，頁 235-244。

第二款 與所規制之事實關係之適合性



所謂典型的危險性，根據學者的分析可以區分為兩種概念：一般的實害關聯與抽象的實害關聯。²⁴⁹若規範基於行為的一般實害關聯而禁止該行為，則並非是因行為具備侵害或危害特定利益之特徵，而是行為因其特徵而屬於某類行為，而該類行為在統計上或經驗法則上有顯著較高的法益侵害頻率。²⁵⁰而所謂行為之抽象危險性，則是指從實害的特定充足最小條件（hinreichenden Minimalbedingung）中，透過實踐觀點選取可被行為人之行為支配的條件，並藉由禁止該行為而使實害不發生。由此產生的行為之實害關聯之所以是抽象的，乃是由於行為危險性認定抽象於特定因果場域（kausales Feld），而該等因果場域之存在乃是該類行為可以成為損害發生原因之前提。而之所以抽象於該等因果場域或框架條件，乃是禁止規範預設該等因果場域或框架條件在經驗上通常（üblicherweise）會存在。²⁵¹

故在此問題即是：是否不實訊息的散布在經驗上或統計上通常會侵害公共性原則或者使不實訊息之散布能造成公共性原則侵害之框架條件通常存在？在此應予否定。蓋當代自由民主憲政秩序所建構的資訊自由流通的社會中，通常可以預期針對不實訊息的反對言論（counterspeech）存在。而在本文預設的理性論辯公民圖像下，反對言論之存在即可滌除不實訊息對於公共性原則的威脅；亦即公共性原則有其自身對於不實訊息的抵抗力。因此，由於反對言論通常存在，經驗上即無法認為不實訊息的散布通常會導致公共性原則的破壞，亦即不具備一般實害關聯；而亦無法認為使不實訊息之散布得以侵害公共性原則之框架條件——反對言論之不存在——通常會存在，亦即不具備抽象實害關聯。

²⁴⁹ Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, 1989, S. 240ff.

²⁵⁰ Kindhäuser, (Fn.249), S. 229.

²⁵¹ Kindhäuser, (Fn.249), S. 239.

既然系爭二條文所欲規制的事實關係不具備典型危險性，即應否認其適合解為抽象危險犯而僵化地處罰所有不實訊息之散布。由此目光應轉向其他可以顧慮個案情狀的犯罪類型。



第二節 介於具體危險犯與抽象危險犯之間的犯罪類型

第一項 行為不法模式

行為不法模式之中間犯罪類型，乃是指將行為危險性脫離於具體法益客體而為認定之解釋策略。在此部分將介紹與評析 Schröder、Gallas 與 Hoyer 之學說。

第一款 抽象具體危險犯或抽象危險犯之子類型

對於適性犯之研究由 Schröder 開始，並稱為抽象具體危險犯。其認為在進行具備適性條款的刑法條文之解釋時，若非法條文字明確表明在個案中法官就具體危險的認定只能考慮特定事項，則根據個案正義的原則，應該要考慮所有可以掌握的事實狀況，亦即解釋為具體危險犯。²⁵²前者例如德國舊 308 條，因考慮放火客體的「特性與位置」是否可以使火勢延燒至 306 條之客體，此時即是「具體與抽想危險要素的結合」。但由於在此種情形行為危險性之認定仍聯繫到特定法益客體，故仍非「抽象具體危險犯」而是特殊的具體危險犯。而所謂「真正的抽象與具體危險要素之結合」，則是構成要件要求行為具備導致某結果的適合性，但並未具體表明危險所針對的特定法益或特定客體。²⁵³其具體危險要素在於：仍要求法官在具體個案中審酌危險存在，而非由法律擬制；其抽象危險要素在於：法官不能考量所有可以掌握的具體情境，而是依據法律要求考量一般的適合性，而其無法考量所有具體情境的原因，即是在行為時尚無法特定可能對之造成影響的

²⁵² Schröder, Die Gefährdungsdelikt in Strafrecht, ZStW (81) 1969, 7, 18f.

²⁵³ Schröder, (Fn.252), 22.

法益客體。²⁵⁴例如大量製造藥物時不知道何人會加以服用，故僅能審查該等藥物一般的危險性。但同時這種抽象具體危險犯也面臨與抽象危險犯相同的批評，亦即在具體個案中依其事態可以保證無危險，故仍要容許個案中反證推翻一般而言存在的危險。例如某藥物設計來給特定體質、疾病之患者，對於一般健康者有危險之情形，法官若在特定情境下判斷無危險，則可忽視一般性標準（generellen Maßstab）。²⁵⁵

但 Gallas 認為，若欲說抽象具體危險犯同時具備抽象與具體危險概念要素，必須其同時滿足兩者的概念核心（Begriffskern）。然而，抽象具體危險犯中的危險概念要素乃是要求法官在個案中認定行為的一般危險性，其本質上與立法者直接基於某類行為對某類法益的一般危險性而以傳統的抽象危險犯規定加以禁止，並無不同，故抽象具體危險犯應屬於抽象危險犯的子類型。²⁵⁶雖然抽象危險犯的第二種子類型與具體危險犯具備共通點，亦即其危險元素（Gefahrmoment）皆屬於具備價值填充需求（wertfüllungsbedürftig）的構成要件要素，但前者僅要求其所欲規制之行為具備一般危險性，亦即行為可能導致某類法益（Rechtsgütern einer bestimmten Art）的實害。

至於行為的一般危險性應如何判斷，Gallas 認為在此涉及的是危害禁止的侵害（Verstoß gegen Gefährdungsverbot）——此即抽象危險犯的行為非價——故應具備支配地位的應是行為人可以認識的、事前給定的材料。²⁵⁷不過，其又認為該等危險性判斷應納入法院程序中可獲得的、需被檢證的要素之審查（nachträglicher Überprüfung zugängliches und bedürftiges Moment）。而這種事後判斷性質使其認為可以說行為具備潛在的結果或危害非價（potentiellen Erfolgs-oder Gefährdungsunwert der Handlung）。²⁵⁸例如法官可以依據程序中獲得的較佳科學知識判定，依據行為

²⁵⁴ Schröder, (Fn.252), 22.

²⁵⁵ Schröder, (Fn.252), 22f.

²⁵⁶ Gallas, (Fn.241), S. 174-175.

²⁵⁷ Gallas, (Fn.241), S. 181.

²⁵⁸ Gallas, (Fn.241), S. 181.

時之知識本以為無危險的食品添加劑其實對人體有危險性；不過縱使在程序中得知具體消費者自始因其個人體質關係對其免疫，仍不影響行為危險性之認定。²⁵⁹然而，並非所有被害人層面之因素都不予考慮，若該等因素可以事前一般化觀察知悉，仍可以改變行為危險性之判斷。²⁶⁰

第二款 Hoyer 的適性犯概念

Hoyer 在《適性犯》之論文中對適性概念進行深入的研究。其從憲法上罪責原則之要求出發，認為刑法對於某行為的禁止誡命必須是基於該行為與法益的具體關聯性，且此種具體法益關聯性必然只能是實害關聯性。蓋縱使肯定對於法益造成的危險是一種法所不欲的狀態變動，但此種危險其不法性仍舊來源於實害（相對的、傳來的不法）。不過，此種法益實害關聯性只要求主觀關聯性，無需客觀上、現實上造成法益侵害或具體危險。詳言之，只要行為人依據其主觀上所認知的事實，規範上可期待行為人認識其行為有法益侵害可能性，而其仍未依據法律的禁止誡命形成行為意志，而將法益是否遭受侵害或發生危險委由其所無法掌控的偶然，其行為即具備可罰性，亦即可以正當化對一般行為自由的限制。²⁶¹基於此項原則，其認為適性條款之意義在於，使聯繫到它的故意過失滿足實害過失的最低條件。亦即當行為人行為時認識到行為的適性或當盡注意義務時可以認識到行為的適性時，其行為必然至少具備實害過失。²⁶²而所謂過失，即是從規範標準判斷行為人主觀想像所立基事實（ontologisch）與因果法則（nomologisch）推論，可以認為存在合邏輯的、規範應予重視的結果發生可能性，且此可能性超過法所容許之風險。²⁶³而此種當行為人意識到其行為與伴隨情境時，將產生（至少）

²⁵⁹ Gallas, (Fn.241), S. 181.

²⁶⁰ Gallas, (Fn.241), S. 183ff.

²⁶¹ Hoyer, (Fn. 244), S. 34f.

²⁶² Hoyer, (Fn. 244), S. 45ff.

²⁶³ Hoyer, (Fn. 244), S. 60ff.

實害過失之行為，即是具「過失傳遞能力」(fahrlässigkeitsvermittlungsfähig)之行為。²⁶⁴其接下來探究，何種行為具備此過失傳遞能力？

在考察引致實害與具體危險之行為後，其認為過失傳遞能力行為首先的條件必須行為人根據客觀歸責理論創造法所不容許之風險。²⁶⁵不過，適性犯不限於行為與結果之間存在具體危險或實害引致關係。問題是，行為與具體危險之間的危害關係(Gefährdungsverhältnis)中哪些要素可以去除，仍不妨害行為具備過失傳遞能力？Hoyer 認為具體危險可以拆分為三組概念加以理解：實害引致適合性事實、否定因素與適當的法益客體進入行為作用領域。所謂實害引致適合性事實乃是在某一框架條件存在之情形下可以導致實害之事實；否定因素則是可以使實害引致適合性事實引發損害之伴隨情境之不存在。²⁶⁶而基於上開過失實害關聯之要求，必須行為人行為時認識(或可得認識)其行為之實害引致適合性事實達到可以評價為具備實害過失之程度，且認識(或可得認識)伴隨的否定因素並不使行為無法達到實害過失之程度。

然而，法益客體的特性、在場性(亦即是否存在於行為作用領域)或單純存在是否可以歸類於上述二者？Hoyer 認為法益客體之屬性、在場性與存在並無法解釋(erklären)行為作用在法益客體上加諸之變化，僅是使之成為可能。²⁶⁷故被害人領域的不存在亦非否定因素，蓋其不存在僅是使實害引致適合性事實無可作用的客體，無法使之被取消。故而具體危險具備三要素：首先就積極要素而言，需有足夠程度之實害引致適合性事實；再者，就消極要素而言，應不存在否定因素可以在足夠的程度上取消實害引致適合性；最後，必須具備急迫、具體的被害人接觸性(Opferbetroffenheit)要素，亦即法益客體與行為作用之間之接觸再無足夠的否定因素可以阻止。在此所謂的足夠，皆是以行為人若在認識該等事實之情

²⁶⁴ Hoyer, (Fn. 244), S. 50-57.

²⁶⁵ Hoyer, (Fn. 244), S. 57-72.

²⁶⁶ Hoyer, (Fn. 244), S. 83ff.

²⁶⁷ Hoyer, (Fn. 244), S. 83ff

況下為行為，是否可以認定具備實害過失關聯。²⁶⁸而在具體危險三要素中，實害引致適合性事實之存在與不具備足夠的否定因素，由於涉及行為最低歸責標準之實害過失關聯而無法被取消。故而應討論的是迫近與具體接觸之要素是否可以捨棄。

首先，迫近（akut）接觸之要求即是法益客體與行為設定的危險源之間的時空密接關係。此要素之要求乃是源於具體危險作為結果犯之特性，事實上此種事後偶然因素並不影響行為之實害過失關聯，故毋須納入適性概念中。²⁶⁹不過，具體接觸（Betroffenheit）之要求，亦即法益客體需存在於行為作用領域（Wirkungsbereich）則可能影響行為之實害過失關聯。詳言之，一方面若行為人自始即藉由防護措施或事實調查確認無適當的法益客體將存在於其行為之作用領域，則無法認定其在認識所有伴隨情境下實行行為具備實害過失關聯；不過，另一方面，若行為人使法益客體是否存在於作用領域繫諸偶然，則縱使法益客體不存在亦不影響行為之過失實害關聯。²⁷⁰故在客觀上被害人領域不存在或客觀上存在主觀上認為不存在，若欲認定行為不具備適性，則行為人必須隨時掌控、確保合適的被害人領域不存在，而所要求的注意強度應與其創造的由危險源及周遭情境共同作用後產生的危險相當。²⁷¹

第三款 初步評析

第一目 行為危險性的判斷基礎

如 Schröder 認為若事後實害發生則應肯定行為危險性²⁷²，Gallas 亦表示原則上應以行為時的事實為基礎，但可以納入程序中所知悉的事實，而彰顯了所謂抽

²⁶⁸ Hoyer, (Fn. 244), S. 94f.

²⁶⁹ Hoyer, (Fn. 244), S. 95f

²⁷⁰ Hoyer, (Fn. 244), S. 95ff.

²⁷¹ Hoyer, (Fn. 244), S. 100f.

²⁷² Schröder, (Fn.252), S. 11ff.

象危險犯子類型的潛在結果非價。不過，究竟行為危險性之判斷適不適宜納入事後才能被認知（ex post erkennbar）的事實，並非無疑。

首先，本文並不認為規範所禁止的內容（Verbotsmaterie）限於必須事前即可被確認者，蓋例如結果是否發生不可能在行為時即加以確定，但並不妨害規範禁止行為人為某引致實害之行為。行為人是否認識或可以被期待認識其行為創造導致結果之非容許風險，乃是歸責層次之問題。前者涉及行為是否構成規範違反（Normwidrigkeit）而可以作為歸責客體（Zurechnungsgegenstand）；後者則是行為人是否違反刑法上之義務（Pflichtwidrigkeit），所涉及的則是歸責標準（Zurechnungskriterium）之問題。²⁷³而行為是否違反規範，即是法官應以事後觀點加以確認行為是否顯示出構成要件要素；此與行為人在行為時是否認識其行為具備該等要素而可被歸責，分屬不同層次之問題。²⁷⁴

Kindhäuser 批評目的行為論者之人的不法論學說，認為其將規範所禁止之內容主觀化，亦即定位在侵害目的性（Verletzungsfinalität），在個案中將導致刑法規範之自我矛盾。其舉例，一位護士欲以注入過量藥劑謀殺其照顧的病人，但現實上因特殊情形該病人確實需要如此多的藥劑。在此，護士毋寧具備故意殺人之意圖；但若其盡注意義務亦將給予如此多的藥劑。此時一方面禁止故意殺人的刑法規範禁止其行為，一方面禁止過失致死之規範又要求其行為。刑法規範之間此時即出現矛盾。故而 Kindhäuser 認為是否有規範違反乃是應客觀認定之歸責客體問題，而不得繫諸行為人主觀面，蓋行為人有認識錯誤之可能。²⁷⁵

若規範所禁止者乃是具備危險性之行為，則在此涉及行為作為歸責客體應如何認定之問題。在此問題即不是在決定行為人是否違反刑法上義務時，應否納入事後才可認識之事實。蓋行為義務只能在行為時決定，所有在行為時無法被認識

²⁷³ Kindhäuser, (Fn.249), S. 50ff.

²⁷⁴ Kindhäuser, Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt, Jahrbuch für recht und Ethik, 2005, 527, 530.

²⁷⁵ Kindhäuser, (Fn.249), S. 16ff.

之事實皆對行為義務之設定無影響。但在行為作為禁止內容時其即是作為歸責客體而被認定，亦即仍是必須由法院依據程序中所得支配之知識判斷行為客觀上是否對法益有危險。而在此問題即在於法院為此判斷時，應以行為時或事後一切事實為判斷基礎（Urteilbasis）。

學說上認為涉及歸責客體的認定時事後觀點是必然的（*zwingend*）。²⁷⁶本文認為此限於以行為之外之狀態為歸責客體之情形。蓋行為之危險性與行為導致之狀態之危險性（*Gefährlichkeit*）或危害（*Gefährdung*）應區別看待。²⁷⁷若在認定行為客觀危險性時亦將事後之事實納入判斷基礎，則將使獨立規制行為之意義喪失，蓋其已轉化為實害犯。故本文認為，若規範所禁止者是對法益有危險性之行為，行為客觀危險性之判斷必然是以行為時之事實為判斷基礎。

第二目 一般化觀察之意義與其批判

所謂一般化觀察即是抽離個案情況之觀察。不過所謂抽離個案情況之意義為何，以及應抽離至什麼程度，仍待說明。Gallas 宣稱被害人層面的特性若可以藉由一般化觀察而得亦得以納入行為危險性之判斷，其舉例被害人的年齡性別屬之，但就個案中被害人是否有特殊防護措施，則不屬之。不過，為何有部分的屬性可以被一般化，而部分之屬性即不得被一般化，其區別之標準為何，並未見說明。

Zieschang 分析一般（*generell*）危險可能的三種意義²⁷⁸：首先，一般危險性可以指行為總是導致實害結果，顯然若如此理解，適性規範將失去其適用範圍（*Anwendungsbereich*），蓋總可以想像在某框架條件下，行為不具備造成實害之可能性。再者，一般也可以指任何一次適合於（*überhaupt einmal einschlägig*）導致實害。但如此適性概念又將成為無邊際之概念，蓋例如糖在某條件下（被害人

²⁷⁶ Kindhäuser, *Der subjektive Tatbestand im Verbrechenbau Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung*, GA 2007, 447, 452.

²⁷⁷ Zieschang, (Fn.243), S. 91.

²⁷⁸ Zieschang, (Fn.243), S. 197ff.

嚴重糖尿病) 仍有造成生命侵害之可能。但如此寬泛的刑法條文即違反罪刑法定原則，故而 Zieschang 支持將一般危險解釋為依據一般經驗法則將導致實害。

不過，本文在此對規制一般經驗法則上有危險之行為有兩個批評：首先，在客觀層面，Zieschang 所未說明者毋寧是，規制一般經驗法則上具備法益侵害之危險性之行為的目的為何，亦即正當性之問題。亦即，依據一般經驗法則有法益侵害可能性之行為，在具體個案中可能因為能導致實害的框架條件不具備，而無法法益侵害可能性。故若堅持以保護法益免受侵害之攻擊範式理解危險犯，似乎即難以正當化此種規制。再者，縱使行為客觀上具備一般危險性，在主觀層面，若依據行為人行為時對伴隨事實、行為與因果法則之掌握，無法預見可能存在與行為所創造之風險相適應之法益客體，主觀上對實害即無過失，則「行為人對實害必須具備過失」之罪責原則要求亦落空。

第三目 法益客體在危險預測中的角色

Hoyer 認為法益客體之特性、在場性與存在皆不影響適性 (Geeignetheit) 的判斷²⁷⁹。若從條件關係視角觀察，自可以認為若無法益客體的存在即無法益侵害，故其屬於侵害結果之原因。但條件關係的設想前提是已經知道某條件基於如何的法則導致了結果，亦即某事實 u 可以被認為是某作用 w 的原因，取決於可以在 u 與 w 之間確立一個法則，而 u 滿足該法則的前提部分。而所謂作用 (Wirkung) 是發生在某客體上的變化 (Veränderung)，故其以作用客體的存在為前提。但是客體的現在性 (Vorhandensein) 並無從解釋 (erklären) 在其上發生的因果變化，毋寧只能描述 (beschreiben) 這種待解釋的變化的起點。再者，此亦適用於客體的特徵，其只是具體化了客體的抽象存在，無法解釋發生在客體上的變化過程。最後，從客體錯誤的事例可知，行為人若只是對於客體的性質認識有誤，但事實上的因果發展歷程正如此主觀上所欲達成者，並不否定故意。故法益客體空間上

²⁷⁹ Hoyer, (Fn. 244), S. 83-94.

的在場性 (räumliche Befindlichkeit) 也與因果歷程解釋無關。而適性判斷不是關於適宜的作用客體是否遭受源於危險源的變化 (實害或具體危險)，而是「若」適宜的作用客體與危險源接觸，是否適於產生此種變化。²⁸⁰

不過，如前述 Hoyer 所言，若行為人已確保法益客體不會出現在風險作用領域，即欠缺罪責原則所要求之行為人對實害之過失關聯，而不滿足可罰性最低要求。亦即依照行為人於行為時對於伴隨事實、行為與因果法則之認識，若不能認為具備法益客體存在之可能性，縱使得認為該等認識已足以支撐非容許風險，行為人之行為仍因欠缺過失而不可罰。

不過，若依據 Hoyer 之立場，縱使客觀上法益客體不可能存在於風險領域，在具備實害過失關聯之條件下，仍不影響行為之不法。不過，過失作為歸責標準仍必須以具備應受歸責之客體為前提；歸責客體必然是從客觀上認定是否存在。故在此問題毋寧是，法益客體存在於風險領域之可能性，除將影響歸責標準外，是否在客觀層面亦影響歸責客體是否存在之判斷。

本文認為既然危險必然是指實害的危險，而實害之產生又以法益客體受行為作用之影響為前提。故而本文不認為客觀上 (不論是行為或狀態之) 危險性之判斷應脫離法益客體之可能存在。Hoyer 認為在法益客體客觀上不可能進入風險領域時，應視行為人是否採取必要的事實調查或防護措施來決定行為之適性，亦即若行為人未盡此種注意義務，則仍肯定行為之危險性。不過，本文認為，在此 Hoyer 毋寧是混淆歸責客體與歸責標準，亦即判斷依據行為人主觀掌握之事實是否無法排除法益客體進入風險領域之可能性，乃是以歸責客體存在為前提之歸責標準判斷。故本文認為，縱使法益客體僅是風險作用之對象而不影響風險是否產生之認定，但在不具備法益客體的在場可能性時，即不存在對於受害客體而言的風險或危險，故即不存在風險或危險。

²⁸⁰ Hoyer, (Fn. 244), S. 95-110.



第二項 潛在結果不法模式

相對於行為不法模式之中間類型，文獻上仍存在要求行為危險性認定不能脫離法益客體之潛在結果不法模式之中間類型。在此即將介紹與評析 Zieschang 關於具體危險性犯與潛在危險犯之學說。

第一款 具體危險性犯

相對於危害（Gefährdung）乃是對於法益客體之存在狀態之威脅，危險性（Gefährlichkeit）則是行為之行為不法內涵。而所謂具體危險性，乃是指行為之危險性必須以個案具體情況判斷危險，而非一般、正常、典型危險。Zieschang 認為，由於刑法必須在行為人行為時（事前）劃定行為義務範圍，故行為具體危險性的判斷應是行為開始時的行為人視角之事前判斷（ex ante-Beurteilung vom Standpunkt des Täters zu Beginn der Tathandlung）。²⁸¹但此並非代表應以行為人之認識能力判斷危險。

Zieschang 根據兩個觀點結論應採平均人標準²⁸²：首先，如前所述，具體危險性判斷應立於行為人角度；再者，在規範中所描述的行為應成為「每個人」行為之準則。故後者要求以一個理智的、謹慎的平均人為最低標準。再納入第一個觀點考量，故應使此第三人立於行為人之處境。故即應以行為人所屬的交往領域（Verkehrskreis）之理智第三人之標準為判斷；若行為人是某領域之專家，則應是以該領域之平均專家標準。另外，若行為人有特別認識與能力亦需考慮。

而 Zieschang 之具體危險性犯與上開適性犯最大之差異及在於，其認為行為具體危險之判斷雖然不涉及法益客體是否進入具體危險，但仍應具備法益關聯，故仍無法脫離所指涉之客體。故相對於具體危險要求法益客體現實地存在於在行為

²⁸¹ Zieschang, (Fn.243), S. 29ff.

²⁸² Zieschang, (Fn.243), S. 56.

影響範圍內，行為具備具體危險性則要求從事前角度可判斷法益客體可能在行為影響範圍內。²⁸³

危險性必然是一種關於實害之預測（Prognose），而必然涉及程度之問題。Zieschang 認為得認定行為之具體危險性之預測強度（Prognosestringenzgrad）是：根據行為人所屬交往領域的理性觀察者於行為開始時之判斷，在考慮所有個案情境之條件下應認為無法排除（nicht ausgeschlossen）實害之發生。蓋其認為行為人只要知道有法益侵害可能性即應停止其行為。²⁸⁴

就結論言，Zieschang 反對藉由以下方法判斷行為具體危險性²⁸⁵：首先，反對以「假設法益客體存在，行為是否能造成損害」之方式判斷危險性，蓋其違反具體判斷要求顧慮個案情形，亦即法益客體是否有可能進入行為作用領域。再者，反對以行為是否違反注意義務決定具體危險性，蓋仍須審查違反注意義務的行為是否從事前角度可以認為有法益侵害可能。最後，反對不判斷法益客體影響可能性即認定行為具體危險，蓋危險必然是實害之危險，而不存在不聯繫到法益客體之實害。

第二款 潛在危險犯

相對於具體危險性犯乃是處罰具備具體危險性之行為，潛在危險犯則處罰行為人創設了一個獨立於行為的危險源，即具體危險性狀態（konkret gefährlichen Zustand）。其認為具體危險性狀態是具體危險之前階段（Vorstudium），其作為具體危險性行為所引致之結果即是指發展成具體危險之可能性。而由於具體危險性狀態是具體危險性行為所導致、但獨立於具體危險性行為的狀態，關於該狀態是否具備具體危險性，其認定視角並非行為人觀點而是從法益客體角度考量。故

²⁸³ Zieschang, (Fn.243), S. 31.

²⁸⁴ Zieschang, (Fn.243), S. 61-62.

²⁸⁵ Zieschang, (Fn.243), S. 33.

其判斷基礎（Beurteilungsbasis）不同於具體危險行為：關於具體危險性狀態判斷只能在行為結束時開始。²⁸⁶

雖具體危險性狀態之具體危險性乃是指具體危險之可能性，但具體危險可能性即是實害可能性。蓋具體危險即是法益客體已經進入行為作用範圍，而實害之不發生繫諸偶然之狀態，故在具備具體危險之可能性時，同時即具備實害之可能性。²⁸⁷

程序中的事後觀點只有在確定行為後之實害或具體危險結果是否發生時才有意義，但縱使無實害或具體危險結果，仍可以認定存在具體危險性狀態，否則後者就不具備獨立意義。故具體危險性狀態的判斷仍應事前為之（ex ante），但非如具體危險性行為之判斷乃是於行為開始時為之，而是在行為完成後（Abschluss）預測該時點之後的因果流程發展。而採此判斷是在審判程序中由法院為之，故屬於程序中的事前判斷（nachträglich ex ante-Urteil）。²⁸⁸

應予決定者乃是，在什麼樣的實害發生可能性程度（Wahrscheinlichkeitsgrad）上可以說存在具體危險狀態？首先，不能認為縱使是遙遠的、渺小的實害可能性亦屬於具體危險性狀態存在，而非危險狀態則是完全不具備實害可能性。蓋遙遠的實害發生可能性正是實害發生的不可靠（unwahrscheinlich）。再者，具體危險性狀態相對於具體危險與實害犯已經是一種前置化處罰，而若認為任何實害可能性都該當具體危險性狀態，則將造成第二次擴張。如同在具體危險結果的討論中所呈現的，具體危險並非僅是實害的可能性。故具體危險性狀態乃是只存在此種可能性：若事件進程的推進不受干預，可以認為損害即將發生（naheliegen），亦即具備實害的鄰近可能性（naheliegende Möglichkeit des Schadenseintritts），而是否

²⁸⁶ Zieschang, (Fn.243), S. 66-67.

²⁸⁷ Zieschang, (Fn.243), S. 68-71.

²⁸⁸ Zieschang, (Fn.243), S. 74.



具備此種可能性亦非取決於時間空間上的近接性，只要是必須嚴肅對待（*ernstlich gerechnet*）即可。²⁸⁹

且 Zieschang 認為如同具體危險不會因為實害因為偶然而未發生即不存在，具體危險性狀態也不會因為有可靠的、可預期的、防止具體危險發生的防果措施而不存在。²⁹⁰亦即在行為結束時，縱使是可被預期之被害人或第三人之積極介入（*eingreifend*）之救助行為亦不影響具體危險性狀態之認定。蓋其認為具體危險性狀態屬於具體危險的前階段，且行為人不能正當地依賴被害人或第三人對風險的控制。²⁹¹

其舉一案例來明救援因素（*Rettungsursachen*）為何不包含在具體危險性狀態之認定中：在平交道五公里前有一標誌，若平交道閘門打開即顯示「停」。A 操弄此標誌，使得縱使閘門打開其亦不顯示「停」。一輛列車經過該標誌而朝平交道的方向駛去，同時一汽車駕駛人 B 亦朝該方向開來。第一種情境：若就從行為結束時所為之事前判斷，認為依據汽車與列車在個案中的速度將發生碰撞，事實上也發生碰撞。肯定具體危險性狀態。第二種情境：因為汽車駕駛人在最後一刻反射地踩煞車，而在距離火車幾公分前停下。肯定具體危險性狀態，因為行為結束時所為之事前判斷無法考慮此種偶然情況。第三種情境：由於地勢平坦開闊，故從行為結束時所為之事前判斷，可以認為駕駛人在距離平交道甚遠之處即能看見火車接近，而在距離平交道仍有一段距離處已煞車停止。在此雖無具體危險，但肯定具體危險性狀態：此種情況涉及可靠的、可預期的防果措施，故不屬於偶然；但由於 A 所創造的因果流程在不存在被害人方面的積極介入的情況下仍可以導致實害，故仍肯定具體危險性結果。第四種狀況：從事前判斷可以認為，軌道

²⁸⁹ Zieschang, (Fn.243), S. 74-76.其舉洪水案為例，在離村莊數公里之遙的水壩堤防破裂時，村民性命之侵害即是實害鄰近可能性，故已存在具體危險性狀態，但由於洪水尚未到達村莊附近，法益客體尚未進入作用領域，故不具備具體危險。

²⁹⁰ Zieschang, (Fn.243), S. 78-84.。

²⁹¹ Zieschang, (Fn.243), S. 85-86.



管理員會在列車來之前的正確時間點關起閘門。此種情形如上例處理，所不同者只有前例是救援手段來自被害人，本例來自第三人。第五種狀況：從行為結束時的事前視角可以判斷，閘門會因為火車經過距離平交道兩公里處時觸發緊急機關而關閉。仍舊肯定具體危險性狀態存在。科技裝置與人為的救援手段因無評價上的差異，兩者都有出錯的可能性，重點是兩者都是對於既存的因果流程的介入（Eingreifen）。既然需要救援手段介入，代表A所創造的因果流程就其自身有導致實害的高度可能。第六種狀況：在幾天前鐵路在平交道前早已封閉，故碰撞不可能發生。應否定具體危險性狀態的存在。與前述三到五例不同，在本案中的「鐵路關閉」並非須被啟動的（auslösen）救援措施，其並非對於本不受干擾的事件流程之介入（eingreifen）。在須被啟動的救援措施案例中，涉及兩個問題，第一是裝置是否被啟動；第二是該等措施是否能有效地防止結果。但在本案例中防止結果發生的因素（鐵路封閉）不需要被啟動，其僅涉及是否能防止結果發生之問題。兩者的差異在於，前者是基於行為人的行為而首先需要被激化（aktiviert）。

最後，於行為結束時存在但在審判程序中才被認知之事實，是否應在判斷具體危險性狀態中考慮？首先，若考慮該等事實相較於未考慮時，將得出存在危險的結論，則代表立於行為開始時判斷的行為具體危險性不存在，根據客觀歸責理論不受歸責。再者，若是行為結束時已存在但直到程序中才被認識，而考慮該等事實將得出危險不存在的結論，則應在具體危險性狀態判斷中納入。蓋具體危險性狀態是脫離行為的結果事實（Erfolgssachverhalt），故應容許納入該等事實，以求最大程度地接近真實狀態（Maximum an Wahrheitsgarantie）。²⁹²應予注意者，後者情況並非指尚待啟動、介入因過歷程的救援手段。²⁹³而若是行為結束時不存在

²⁹² Zieschang, (Fn.243), S. 90-93.

²⁹³ 關於救援手段，若是在行為結束時尚未存在，則對於從行為結束時向未來判斷的具體危險性狀態認定無影響；若是行為結束時已存在，若是積極干預之救援手段，亦不影響具體危險性狀態之認定。總結而言，救援手段對於具體危險性狀態的判斷皆不重要，不論其從事後觀點是否是有效防果手段。此乃是內在於此種犯罪類型的獨特的、對「最接近真實狀態」的限制。Zieschang, (Fn.243), S. 95ff.

但在事後程序中呈現，則不應考慮。蓋如此一來若最終損害未發生則應否定具體危險性狀態，將使之成為實害犯，喪失此犯罪類型的意義。具體危險狀態作為一種風險創設（Risikoschaffung）乃是獨立的處罰理由，不論事件後續是否造成具體危險或實害。²⁹⁴

第三款 初步評析

第一目 客觀歸責理論之批判

Zieschang 在行為具體危險性之判斷標準抉擇上，跟隨客觀歸責理論，認為應以行為人所處交往領域之平均人之經驗與知識為準，並且其需裝備行為人所具備之特殊認識與知識，已如前述。

客觀歸責理論之目標，在於獨立於主觀構成要件確定客觀構成要件行為，其認為唯有行為創造法所不容許的風險、風險實現為結果且結果在構成要件效力範圍內，客觀法益侵害事件方為行為人之作品，而行為人之行為方為客觀構成要件行為。²⁹⁵而唯有在確認客觀構成要件該當後，再進一步為主觀構成要件之討論。客觀歸責理論對於是否創造法所不容許之風險，如同 Honig 對於客觀可操控性（Objektive Bezweckbarkeit）之認定相同²⁹⁶，皆是求諸於謹慎的第三人之觀點。不過，本文認為客觀歸責理論不足採，分述三點如下：

首先，客觀歸責理論之所以將行為是否創造法所不容許之風險求諸一般理性第三人之觀點，乃肇因於其目的理性功能體系。其認為行為客觀的危險性本身乃是歸責之基礎，蓋唯有一般人皆認為有危險之行為方應禁止，如此才能藉由負面

²⁹⁴ Zieschang, (Fn.243), S. 94.

²⁹⁵ 關於客觀歸責理論全面介紹，許玉秀（1994），〈檢驗客觀歸責的理論基礎——客觀歸責理論是什麼？〉，氏著，《主觀與客觀之間》，頁 219 以下，自刊。Roxin（著），許玉秀（譯）（1994），〈客觀歸責理論〉，《政大法學評論》，50 期，頁 11-38。

²⁹⁶ Roxin, Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht, in: Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, S.123ff. 關於其批評 vgl. Kindhäuser, (Fn.276), 451ff.

典範展示作用使一般人內化法忠誠。不過，如學者指出，縱使立於一般預防之觀點，唯有確定不法之行為後方有一般預防之問題。亦即應預防者是不法行為，該預防什麼必須取決於不法行為如何認定，故不應該在審查不法行為時即考慮是否該預防該等行為。²⁹⁷

再者，Zieschang 認為，若依據行為人標準判斷具體危險性，則規範所描述的應禁止行為無導引一般人行為的效力。²⁹⁸此見解應屬誤解規範邏輯。蓋規範之所以得以保護法益，乃是對具體之受規範主體（konkrete Normadressat）為禁止或誡命之訴求，而具體受規範主體唯有按照自身對於事實與因果法則之認識，依據自身能力達成規範之要求；一般經驗法則在此並不具重要性。²⁹⁹誠然，一般人對於事件流程發展的掌握應不會偏離一般經驗法則，但在行為人擁有特殊知識之情況下，依據一般經驗法則認定無危險之行為可能依據行為人之特殊知識得判斷已具備高度法益侵害可能性，此時行為人即應基於刑法上義務而放棄其法益侵害行為或積極為法益救助行為。此種情形按照客觀歸責理論，則又必須納入行為人所具備之特殊認知，而認定其行為具備客觀可歸責性，此又顯示真正發揮作用的乃是具體行為人之知識標準。

最後，客觀歸責理論以一般人觀點判斷行為是否具備法所不容許之風險而屬可歸責，乃是為了限縮得歸責於具體行為人意志之歸責客體，其處於主觀歸責之前階段。不過，客觀歸責理論是否得以發揮篩漏功能，誠有疑義。³⁰⁰在依據一般理性第三人認為行為具備法所不容許之危險，但依據行為人所認識之事實規範上無法認定此種危險時，行為人本不受歸責，第三人判斷亦無重要性；而依據行為人認識之事實得以認定此種危險時，行為人即應受歸責，第三人判斷純屬多餘。

²⁹⁷ 周漾沂（2014），〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《臺大法學論叢》，43 卷 4 期，頁 1481。

²⁹⁸ Zieschang, (Fn.243), S. 55.

²⁹⁹ Kindhäuser, (Fn.276), S. 467.

³⁰⁰ Kindhäuser, (Fn.276), S. 465f.



在依據第三人判斷認定行為不具備法所不容許之行為時，若依據行為人所認識之事實得以認定此種風險時（此即特殊認知情形），若認為行為人不受歸責則有法益保護漏洞，此時如上所述，客觀歸責理論又納入行為人特殊認知，復顯示第三人判斷純屬多餘；而在依據行為人所認識之事實亦無法認定此種危險時，行為人本即不受歸責，第三人判斷仍屬多餘。由此可知，客觀歸責理論欲以第三人判斷限縮主觀歸責之歸責客體，應屬篩漏功能失靈。

第二目 救援因素對具體危險性狀態認定之意義

如前述，Zieschang 明確表示潛在危險犯之成立，僅以行為人創造法益侵害的鄰近可能性狀態為必要，而無需考慮行為結束時存在的、可能積極介入的救援因素，或者其他任何行為結束時不存在而於事後可能介入之任何危險奠基或排除因素。其理由在於，具體危險性狀態乃是具體危險之前階段，故如同具體危險不會因為實害未發生即不成立，具體危險性狀態也不會因存在一般認為可資信賴的、可操控的，或存在相關危險防止機制即不成立。不過，僅以「具體危險性狀態是具體危險前階段」為由否定以任何形式考慮救援因素或事後可能介入之因素，是否妥當並非無疑。

綜觀 Zieschang 對於具體危險性犯與潛在危險犯之論述，可以發現其是藉由分析規範邏輯可能性之角度論述，但並未說明為何要禁止具體危險行為或引致具體危險狀態。其雖提及風險創設（Risikoschaffung）但亦未為詳細論述。此種忽略規制正當性的論述，即無法妥適回答應納入考量的風險因素範圍。

基於上述，本文認為應如何決定應納入考量的風險因素範圍，涉及規制正當性的理解。如下所述，本文認為具體危險性犯與潛在危險犯規制目的皆在於避免非容許的風險創設。而具體危險性狀態認定所應考量的風險因素範圍，即必須從非容許風險應如何認定之角度著手，方得為妥適之處理。

第三項 非容許風險創設禁止：具體危險性犯與潛在危險犯

之再詮釋

首先本文將論述具體危險性犯與潛在危險犯之規範目的在於禁止非容許風險創設，並探究其正當性（第一款）。第二，應予思考以風險規制作為規範目的是否有其界線？否則欲達到風險規制之目的，自可無限制地正當化前置處罰之設定（第二款）。再來，本文將探究非容許風險之內涵為何，在此涉及非容許風險一般性概論（第三款）。最後，基於前述所得結論，本文將再詮釋具體危險性犯與潛在危險犯之犯罪架構（第四款）。

第一款 風險規制作為行為規範正當性依據

在本款中所應討論者，則是刑法上禁止具體危險性行為或行為人創設具體危險性狀態的正當性依據何在。在此所涉及者毋寧是行為規範（Verhaltensnorm）的實質正當性³⁰¹問題。

刑法上往往將規範之實質正當性求諸其目的，亦即法益保護。而將此觀點用以解釋危險犯之行為規範正當性者，即是傳統上攻擊範式（Angriffsparadigma），其認為規制危險犯之原因是行為人的危害行為屬於對法益之攻擊。不過，Kindhäuser 批評此傳統上對於危險犯的理解。其問題在於，在行為並未造成法益侵害時，規範所規制的行為類型將大於為了保護法益所必須規制的行為類型。³⁰²此時行為規範即非自我目的規範（Selbstzwecknorm），後者則是行為之所以受禁止，乃是其造成了規範目的上所欲避免的狀態變化。但在危險犯的情形，危害行為縱使未造成法益侵害——此即規範目的所欲避免之狀態變化——仍受到禁止。

³⁰¹ 形式正當性則是刑法規範具備有效的法律形式，vgl. Kindhäuser, (Fn.249), S. 13.

³⁰² Kindhäuser, (Fn.249), S.14.



不過，刑法規範若非自我規範又有何正當性缺陷？在此必須轉向歸責的觀點加以理解。相對於行為規範確定什麼是法律上的應為，在制裁規範層次上則考慮行為人在何種條件下該為其規範違反行為負刑事責任：也就是在何種條件下行為人應意欲（wollen）法律上之應為（sollen）。行為規範乃是義務的基礎（Grund der Pflicht），而行為規範若欠缺正當性，在符合歸責條件的情況下，法律即是在要求行為人履行並無正當性的義務內容。故在非自我目的規範之情形，刑法即可能要求行為人履行對於規範目的達成毫無助益之行為。而由於規範目的並不屬於規範內容的一部分，毋寧是透過釋義學詮釋而得者，故釋義學即有必要為了責任內容之實質正當性，將各該刑法條文（在此即危險犯）詮釋為自我目的規範。³⁰³

上述對於危險犯的正當性問題，也同樣適用於具體危險性犯與潛在危險犯。在此，有兩種可能的方式面對 Kindhäuser 提出的問題：首先，是跟隨 Kindhäuser 對危險犯規範目的的重新理解為——在具體危險犯——對法益支配的客觀基礎之確保，或——在抽象危險犯——依據安全性理論，藉由刑法規範傳達對主體的法益支配可能性必要的無憂慮（Sorgelosigkeit）。³⁰⁴第二種方式，則是將規範目的定位於避免法所不容許的風險之創設，並論述其為行為規範之正當目的。在此本文採取第二種路線。在進入討論前，先簡略說明不採取安全性理論之理由。

本文不採取安全性理論並非該理論本身不可採，而是認為其無法適用於系爭二條文之解釋適用。首先，Kindhäuser 藉由安全性理論重新詮釋抽象危險犯——既然具體危險性犯與潛在危險犯皆未要求法益客體的具體危險，則在 Kindhäuser 之分類中仍屬於抽象危險犯——而認為其乃是在規範上確保法益支配者擁有對法益支配可能性而言必要的信賴或無憂慮：「安全是在利益支配時正當的無憂慮（berechtigte Sorgelosigkeit）」。³⁰⁵其認為，在考量憂慮是否是正當時，應考慮在進行某種類的法益支配時，某種損害無法由法益持有者自身排除；除此之外，此

³⁰³ Kindhäuser, a.a.O. (Fn.302).

³⁰⁴ Kindhäuser, (Fn.249), S. 282.

³⁰⁵ Kindhäuser, a.a.O. (Fn.304).

種憂慮是否適合以刑法加以規範上補償／抵銷（normative ausgleichen；normative Kompensation），應考慮此種損害發生的預防是否屬於法益持有者自身之事務，或該等損害預防若由其自為之將付出過大的成本，而基於社會的規範性共識（normative Verständigung der Gesellschaft）應由外部介入風險的管轄。³⁰⁶

但就此點而言容有批評餘地。如學者所正確指出³⁰⁷，對於法益支配可能性重要的無憂慮不是規範上的信賴，而是事實上的認知穩定性。抽象危險犯之目的在於確保現實中的法益持有者利用法益開展人格的可能性，此無法藉由在行為人創設一般或抽象危險時在規範上予以回應來加以確保。毋寧是行為人對於一般或抽象危險條件的創設為公眾所知，而後藉由發動刑法回復受到動搖的事實上認知穩定性。在此意義下，抽象危險犯必然是溝通犯（Kommunikationsdelikt）。

但本文認為，安全性理論意義下之抽象危險犯概念並不適合於系爭二條文之解釋：既然不實訊息之不實已為公眾所知，則在本文預設理性辯論公民圖像下，則已然不具備發動刑法之必要。另外，在不實訊息的刑事規制中採用安全性理論亦將造成規範上輕重失衡的結果：在較輕微的不實訊息之散布，由於其不實為公眾所知，而動搖理性政治論辯參與者參與該等論辯所必要的事實上認知穩定性——即其所參與的價值論辯奠基於真實的事實，此時應發動刑法平復參與者的認知穩定性；相對地，在較嚴重的案例中，由於不實訊息散布者擁有優越資訊地位，故其所散布之訊息之不實無法被公眾所察覺，此時既然事實上的認知穩定性並未受到動搖，自無發動刑法之理由。

故而，再來應考慮以風險創設（Risikoschaffung）避免作為具體危險性犯與潛在危險犯正當之規範目的。其實 Kindhäuser 在應用安全性理論正當化抽象危險犯之論述中，已內含了非容許風險創設的思考。安全性理論預設了理性的法益持有者圖像，故對法益支配可能性而言屬於必要的無憂慮——或反面而言，使法益支

³⁰⁶ Kindhäuser, (Fn.249), S.289.

³⁰⁷ 周漾沂，前揭註 245，頁 18 以下。

配可能性成為不可能的憂慮——必須具備正當的客觀基礎。³⁰⁸而本文認為所謂的非容許的風險創設即是正當憂慮的客觀基礎。在此可回顧 Kindhäuser 具體危險犯之相關論述。

Kindhäuser 提出實踐的具體危險概念，其不同於其他具體危險概念之處在於其從被害人作為行動者之視角定義具體危險。³⁰⁹從受危害客體之視角可以區分兩種危險：直接危險與有條件危險。前者關係到損害除去（Schadensabwehr），亦被害人無法在損害關聯條件具備之情況下，動用相關手段除去該等條件與損害的因果關聯，例如，被害人在面對樓上掉落的石頭時，無法確保自身可以閃躲成功。而有條件危險則是關係到損害預防（Schadensvorsorge），亦即被害人處於無法排除實害關聯條件發生之狀態，例如被害人無法排除這個可能性，即若石頭掉落其處於可能不能安全脫身之狀態。Kindhäuser 認為，直接危險即是具體危險，而此種定義之危險彰顯了法益處於具體危險時其存在確定性受到動搖，其作為人格自由開展手段之價值即降低，故其是一種獨立於實害的損害，並非實害之前階段或可能性。³¹⁰縱使被害人不認識此具體危險狀態，故而尚具備對其使用法益之行動計畫所必要之信賴，但並不影響此信賴已然欠缺客觀基礎的事實。對自身無能力為損害除去之認識在具體危險判斷中不重要，如同在實害認定中，法益持有人是否認識其法益價值之減低或喪失亦不重要。

從上述簡略概述 Kindhäuser 的具體危險概念後可知，其認為具體危險犯之規範目的在於避免使法益存在確定性受到動搖之損害條件創設，且該等損害條件創設乃是獨立於被害人主觀上對平穩支配法益之信賴之客觀狀態。相對於具體危險是被害人面對損害條件成就時無力除去損害而影響具體法益支配，附條件危險則是客觀上危害「某類法益支配可能性」，而刑法自可劃定其所不允許的附條件危險範圍，而認為屬於非容許風險。

³⁰⁸ Kindhäuser, (Fn.249), S.281ff.

³⁰⁹ Kindhäuser, (Fn.249), S.201ff. 其他具體危險概念見 Schünemann, (Fn.246), S. 793ff.

³¹⁰ Kindhäuser, (Fn.249), S.208.



雖然具體危險犯規範目的在保護對支配法益以開展人格所必要之信賴之客觀基礎，但卻無法將抽象危險犯之規範目的定位於保護法益支配可能性之客觀基礎。蓋仍會有符合構成要件描述之行為在個案中情境中無法認定非容許風險之存在。不過，此困難可以藉由從抽象風險關聯轉向實質風險關係判斷來解決。故本文認為，具體危險性犯與潛在危險犯之規範目的即個案中判斷行為是否創造非容許風險，而破壞刑法所欲保障的法益支配可能性之客觀基礎。

第二款 風險規制作為規範目的之界線

Wohlers 接續 Kindhäuser 而認為，行為人若創造一個其自己無法控制，且亦無法經由被害人或第三人之行為加以撲滅或減輕的危險源（Gefahrenquelle），即已然展現與普遍的法平等關係（allgemeinen Rechtsgleichheitsverhältnis）無法相容而因此屬於可罰的形成權力主張（Anmaßung von Gestaltungsmacht）。³¹¹故其認為具體危險性犯作為對於風險創設的刑事規制，其正當性（Legitimität）——相對於以往論者皆討論功能性（Funktionalität）——之審查應有兩步驟：首先經驗上（empirische）的問題，即審查行為人所創造之風險是否仍屬可控——此指除行為人自身之外，蓋若仍屬於行為人可控範圍內之風險，即非非容許風險；在第二步驟是規範性的審查，若風險不可控，則從規範性觀點考慮他人是否應容忍此種風險；若該風險仍可由被害人或第三人控管，則從規範性觀點考量是否可以期待其控管。³¹² Wohlers 學說最大的問題在於，並未說明應以何標準判斷規範上可期待被害人或第三人容忍或管控，就此問題本文將在下一款中加以討論。

Hefendehl 亦認為抽象危險犯之規定即是由於法益持有人無法依據自身能力抗制行為人之行為所創造的損害關聯條件：行為所創造的損害關聯條件是否由於其他框架性條件之存在而得以導致實害，全然繫諸偶然。故立法者即藉由規範該等

³¹¹ Wohlers, (Fn.247), S.314.

³¹² Wohlers, a.a.O. (Fn.311).



損害關聯行為以保護法益，此即透過支配偶然保護法益（Rechtsgüterschutz durch Zufallsbeherrschung）。³¹³

在此亦可以清楚看到二作者所強調之風險可支配性在危險犯立法中的正當化意義，亦即只有當風險已經全然逸脫行為人掌握，而其是否實現為實害從行動者角度觀之已全然繫諸偶然時，以風險規制作為規範目的方有正當性。以下，本文欲在藉由概覽 Jakobs 內在領域學說與我國學者周漾沂之風險輸出學說，進一步思考風險可支配性在劃定風險規制作為規範目的正當性之意義。

首先，Jakobs 之內在的市民領域（interne bürgerliche Sphäre）學說。其認為刑法規定中混雜著市民刑法與敵人刑法，前者指的是行為人作為市民享有不受國家介入的私人領域，此包含思想、財產、住居以及自願的結社等。而敵人刑法則是為了達到法益保護之目的，可以無限制地正當化犯罪的前置化（Vorfeldkriminalisierung）。相對於市民的處罰必須其行為喪失私人性而客觀上具備外在干擾性（externe Störung）為前提，敵人的處罰是可以直接藉由探究其主觀犯意而予以入罪，亦即將其視為潛在的法益危險源。³¹⁴相對於市民的處罰是一種事後的犯罪壓制，敵人的處罰則是一種事前的危害預防。³¹⁵但在一個自由的憲政國家中刑法必然以市民刑法為典範，故 Jakobs 認為犯罪之確認固然需要審究行為人主觀層面，但對於主觀層面之探知，必須作為市民的行為人其行為已經脫離內在領域而具備外部干擾性，或縱使尚未脫離於內在領域，但已可以顯示行為人放棄支配其所創造的風險。³¹⁶而所謂干擾（Störung）即是行為人試圖管領他人的組織領域；此種對於外在干擾性行為之要求即是犯行原則（Tatprinzip）之意涵。若在行為人之行為尚不具備外部性或雖是外在行為但由於合於「社會相當性」而非

³¹³ Hefendehl, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, S. 157.

³¹⁴ Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, ZStW 1985, 751, 755ff.

³¹⁵ 關於市民刑法與敵人刑法差異在法哲學上的基礎，見 Jakobs（著）徐育安（譯）（2003 年），〈市民刑法與敵人刑法〉，許玉秀（編），《刑事法之基礎與界限：洪增福教授紀念專輯》，頁 15-61，新學林。

³¹⁶ Jakobs, (Fn.314), 761.

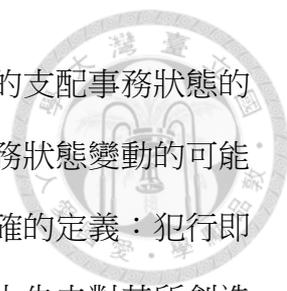
干擾時，國家即審究其主觀層面而認定其行為具備犯罪意義，則是剝除其作為市民的內在領域，而為了最佳化法益保護將其作為敵人對待。

Jakobs 的內在領域學說劃定了風險規制的最前沿界線：市民的內在領域。而此界線只有在市民自願放棄對風險的管制時方得介入：風險管制的放棄即是私人性的放棄。不過，其認為內在領域與外在領域的區分並非絕對的，而是依據社會的共識（Verständnis von Gesellschaft）而加以區分的。此即是因為個人首先是社會系統的一部分才具備人格（Person）而擁有自己的組織領域，而只有在自由民主的憲政秩序中的公民才有所謂的內在領域。故在其理論中無法先驗地——而是必須考察所處時代的社會共識——規定規範性的內在領域任何內容。相對於此，學者周漾沂即藉由主體性（Subjektivität）論述，先驗地規定具備特定內容與界線的法權領域（Rechtssphäre）。詳言之，主體性論述藉由意識的自我反思，發覺意識內容雖是變化的、相對的，但意識自身卻是絕對的、必然的，而此種絕對的意識也包含在各種具備內容的特定的、相對的意識之中。此種具備絕對性的意識即是人性尊嚴在觀念上的奠基，而其落實於現實即是各種確保人的絕對性的現實性條件，亦即個人權利；而此種個人權利在刑法上即是生命、身體、自由、財產與名譽等法益，其乃是個人法權領域的建構性條件。³¹⁷從實踐理性角度出發，則個人面對他人時在理性上必然承認必須尊重他人權利的定言令式，從而形塑出無數主體與主體之間的法權關係（Rechtsverhältnis），此種法權關係即是每個人皆不侵害他人其法權領域之中可以自由地支配其事務狀態的地位。³¹⁸與 Jakobs 的組織領域概念取決於歷史情境中的社會共識不同，法權領域概念乃是從主體的絕對性推導致人際法權關係的產物，其具備超越時空限制的具體內容。³¹⁹此種立基於主體

³¹⁷ 從法主體性論述理解法益概念見周漾沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41 卷 3 期，頁 982-1053。

³¹⁸ 詳細論述見周漾沂（2018），〈未遂犯可罰性基礎即著手實行概念：風險輸出理論的建構與應用〉，《臺大法學論叢》，第 47 卷第 1 期，頁 447 以下。

³¹⁹ 周漾沂，前揭註 317，頁 1022 以下。



絕對性的法權領域概念，表述了個人在其法權領域中擁有全然的支配事務狀態的自由，故不應允許行為人任意以其行為創造他人法權領域內事務狀態變動的可能性。若接受上述主體性論述，則犯行原則之意涵即可獲得更明確的定義：犯行即是個人從自身之法權領域輸出風險至他人的法權領域，而當個人失去對其所創造風險之支配時，即屬於輸出風險；而此風險輸出即是可罰性之起點。³²⁰

不過，風險輸出學說立基於人的不法論（personale Unrechtlehre），故而將風險輸出作為可罰性起點定位於行為人之主觀面。³²¹詳言之，若依據行為人主觀的現實認知，可以從規範觀點（非行為人主觀恣意判斷）判斷因果流程已達風險最終可逆轉時點，即屬於可罰性最前沿之著手行為。在此有二命題應展開：首先是以行為人主觀認知之事實為判斷基礎；再者，判斷標準並非行為人主觀恣意對風險的想像，而是從規範觀點判斷是否因果進程已達到風險最後可控制、可逆轉之時點。

首先，之所以將風險輸出的判斷基礎定位於行為人之主觀面，在於規範之遵守與違反乃是由主體意志驅動外在行為所為，只有行為人意志所驅使的行為可以違反或遵守規範。而基於其主觀現實認知之行為與背景風險因素，若從規範觀點已可以認定風險失控，即是可以期待行為人為了遵守規範而放棄其行為，在行為人仍為該等行為時即得認定行為不法；此即人的不法論之意義。³²²

再者，之所以從規範歸點判斷而非依據行為人主觀對風險進程想像為斷，乃是由於犯罪乃是刑法規範性之產物。刑事合法或不法乃是從規範觀點予以決定，而非行為人主觀上認為的合法或非法。刑法可正當地要求行為人放棄風險輸出之行為，理由在於從規範觀點評價行為人認知之事實，已可認為法益侵害風險已達

³²⁰ 周漾沂，前揭註 318，頁 455。

³²¹ 周漾沂，前揭註 318，頁 459 以下。

³²² 周漾沂，前揭註 318，頁 461。

到行為人無法操控之程度。僅是行為人主觀上認為風險已屬失控，若不疊合於規範性判斷，不一定具備若何之不法意義。³²³

不過，由於風險輸出的判斷基礎在於行為主觀面，勢必存在客觀上仍不具備風險輸出，但從規範觀點應認為主觀上已輸出風險之情形。在此，似乎存在國家刑罰權過早介入之情形。詳言之，Jakobs 提出內在領域學說之目的，即在於限制國家權力過早探究行為人主觀層面。犯罪意義雖不能脫離主觀層面而認定，但必須存在一個具備詮釋必要性（Interpretationsbedürftigkeit）之外在行為，國家方得探究行為人主觀面以認定其犯罪行為。而所謂具備詮釋必要性之行為即是客觀上（ex re）已具備外在干擾性之行為，此時國家方得探究行為人主觀層面以確定其行為是否具備犯罪意義。³²⁴

故而本文認為，風險輸出作為可罰性起點，仍必須定位於行為客觀層面：只有當客觀上存在對他人法權領域無法挽救的風險輸出，行為方具備部分的最低（或最前置的）刑事可罰性。此時方能進而探究行為人主觀現實認知。若可從規範觀點評價出風險輸出已達不可逆轉之時點，在主客觀不法重合之部分方具備完整的最低刑事可罰性。亦即，客觀風險輸出作為應被歸責之客體，創造國家得探知行為人主觀風險輸出作為歸責標準之契機。

基於上述，本文認為，以風險規制作為規範目的之界線，即在於客觀上行為人以行為向他人法權領域輸出風險，而所謂輸出即是風險已逸脫行為人客觀上之支配可能性。

第三款 非容許風險實質內涵

在此本文欲檢視文獻上相關的非容許風險內容詮釋，並最終採擇某一風險容許性標準以作為後續具體解釋的指導理論。在此本文亦無力窮究各家非容許風險

³²³ 周漾沂，前揭註 318，頁 460。

³²⁴ Jakobs, (Fn. 314), S.765ff.



學說，故首先討論在我國刑法法制中已然發揮高度影響力者，亦即社會相當性與利益衡量模式。在充分檢視上述二說之不足後，本文最後採擇被害人風險自願承擔作為風險容許性之標準。

首先是 Welzel 所提出之社會相當性概念，而容許風險僅為其下位類型。Welzel 將行為依據其社會意義加以歸類，而將被認為是社會相當之行為排除於刑法上重要的行為範圍之外。³²⁵亦即，「行為考量到其功能，若是位處已成為歷史的秩序中的話，這些行為都會排除於不法概念之外。」³²⁶根據學者解釋，社會相當性是指一個舉止的社會意義，此行為在社會評價下是正常的，故不是刑法上的不法；在此意義下，即是藉由社會共識的規範性決定刑法的規範性。³²⁷最明顯之事例即是動力交通工具在現代社會之使用，乃是基於科技與價值觀的發展與變化而出現在歷史進程中，至今已成為當前社會評價上正常的生活秩序之一環，故而縱使使用該等動力交通工具將提高人身傷亡之風險，仍屬於容許風險。而社會相當性觀點也為我國最高法院所接受。³²⁸

學者對於社會相當性之批評有二：首先是社會實然層面決定刑法上應然。³²⁹例如在現代社會中，年輕人在夜店中轉讓毒品之行為處處可見，已然成為當前社會生活秩序無法擺脫之部分，但若認為因此升高之人身傷亡風險即屬容許風險，顯然不可接受。不過，社會相當性應為規範性而非事實性之理解，亦即並非任何容納於歷史脈絡中而至今現存之社會活動皆具備社會相當性，毋寧是因此可以認

³²⁵ Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStw 58 (1939), 491, 518.

³²⁶ Welzel, (Fn.325), 516.

³²⁷ 反對將社會相當性解讀為事實性概念，見 Melia (著)，李立暉 (譯) (2019)，〈社會相當性〉，《科技法學論叢》，14 期，頁 96 以下。

³²⁸ 「故行為雖伴隨法益侵害或危險，但從社會倫理觀點，若在法益或行為侵害輕微、法秩序不完備、具有社會相當性或權利衡量之情形下，如合於歷史所形成的社會規範秩序，即應認為刑法所容許，亦即，必行為逸脫社會生活中為歷史所形成的社會倫理秩序的相當性時，始為違法。」最高法院 107 年度台上字第 1774 號刑事判決參照。

³²⁹ 周漾沂 (2012)，〈風險承擔作為阻卻不法事由——重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14 期，頁 179 以下。



為該等社會活動在社會評價上將認為是正常者，方屬社會相當。如此則此批評即不成立，蓋夜店轉讓毒品之行為並非在社會評價上認為正常者，否則從人類一出現即伴隨的殺人行為也具備社會相當性。

不過，如學者所正確指出，社會相當性理論真正問題在於，為何以社會規範性決定刑法規範性之理由不具備。³³⁰某行為是否在刑法上應予以禁止，應由刑法自身加以決定，而非以外於刑法之觀點規定刑法規範性。刑法作為人際交往社會規範之一種，自有權從自身觀點定義社會相當性；亦即應是社會相當性作為刑法規範性之產物。Jakobs 雖認為，如果一個具體社會不應該被刑法強暴的話，便不能忽視社會相當性此種具體秩序思維之觀點。³³¹縱使如此，亦不代表應直接以社會評價決定刑法評價，毋寧是應探尋社會評價可以正當地轉換為刑法評價、且為刑法規範所接受的中介。

再來本文欲討論居於通說地位的利益衡量模式。利益衡量模式認為，所為容許風險本質上就是理性冒險，亦即為了達成某種生活目的而必須接受伴隨之成本或不利益，而若行為所能達成的利益優於其所創造的不利益，該行為即為容許。利益衡量模式在操作上主要有兩個指標，一個是利益大小，一個是風險大小。在具體操作上必須考量所欲追求的利益之價值與其實現可能性，以及因此可能受侵害的利益其價值以及受侵害之可能性。³³²學說上亦有認為，不法構成要件之設定本身即是立法者衡量法益保護與行為人一般行為自由之利益衡量結果。³³³而既然立法層次的正當性依據就是利益衡量程序，則具體適用不法構成要件之層次亦不應跳脫利益衡量的思考。

³³⁰ 周漾沂，前揭註 329，頁 180 以下。

³³¹ Jakobs (著)，馮聖晏(譯)(2019)，〈Welzel 對當今刑法學的重要性〉，《科技法學論叢》，14 期，頁 274。

³³² 黃榮堅(2012)，《基礎刑法學上》，四版，頁 289 以下，元照。

³³³ 例如 Kindhäuser, (Fn.246), S.182f.; 另在周漾沂，前揭註 329，頁 189 以下亦有相關介紹。



此學說亦為客觀歸責論者所支持，依據客觀歸責第一原則「行為創造法所不容許之風險」，在風險容許性之判斷上，即是由裝備一般人知識與行為人特殊認知之法院，在利益衡量程序認為該等法益侵害行為屬於客觀上（即一般人觀點）可被當作目的（objektiven Finalität）者，亦即一般人是否將認為此時若處於行為人地位將為了保護法益而迴避行為。其在該等利益衡量程序所應考量者包含法益之價值、可能的侵害範圍與危險預防所需之成本等，唯有綜合考量後認為一般人無法信賴損害將不發生或將認為其不發生乃是由於偶然，方得認定非容許風險。³³⁴

利益衡量模式首先面對的問題是：應從誰的標準判斷是否存在優位利益。由於利益之價值高低乃是因人而異，蓋在多元社會中每個人之價值觀不可能全然一致，究竟應依據誰的標準來進行此衡量程序，不無疑問。首先，應不可能從行為人角度為此判斷，蓋行為人既然欲為此等行為，其主觀上通常即認為行為的保全利益優於侵害利益；故採行為人觀點可說即無成罪之可能性。同理，被害人作為不利益的承擔者，亦難以認為應從其角度為判斷。而客觀歸責論者即認為原則是依據一般經驗法則判斷，亦即從一般人之觀點來論斷行為是否具備優位利益。其理由是如此才能達到一般預防的刑罰目的。不過，如此則是將刑罰論過早引入不法的認定，其邏輯上之矛盾已如前述。

縱使認為，應依照制憲者或者立法者的角度判斷，亦即藉由憲法與刑法體系解釋確認法益位階之高低，仍有具體操作上的困難性問題。蓋如前所述，除了法益價值外，利益衡量模式仍應考量利益保全與侵害實現的可能性。如此即難以判斷——例如——生命法益侵害可能性 5%之行為同時具備自由法益保全可能性 90%，則其是否屬於容許風險。事實上，採利益衡量模式之論者也承認，由於不同價值涉及不同價值情緒，故無法事先給定一個機率數字表明容許界線，而只能個案判斷。³³⁵如此利益衡量模式在操作上很可能僅是流於權威當局的恣意。

³³⁴ Wolter, Objektive und personal Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, 1981, S.76 Fn.36.

³³⁵ 黃榮堅，前揭註 332，頁 291。



不過，由於植基於倫理學上的效益主義，利益衡量模式最根本的問題在於，其將享受保全利益的行為人與承擔侵害利益的被害人納入同一集體而通約共量其幸福與不幸。³³⁶如此一來，本質上即是以有權力者或社會上多數人決定什麼是利益的價值觀強行加諸於少數人或無權力者。此種哲學觀點忽略在自由法秩序下每個主體所享有的外在自由領域，此領域內的利益狀態只有其自身有權予以變更。蓋在此領域內的事務狀態是個人現實存有的條件，而個人即是藉由支配其自由領域的事務狀態具體地形成自我。刑法不應予許一人單向地、片面地決定他人外在自由領域內的事務狀態。³³⁷

基此，本文於下概述學者周漾沂所提出之風險承擔原則作為風險容許標準，並據此為本文之後在系爭二條文具體解釋的指導理論。

首先，被害人所自願承擔之風險即是容許風險³³⁸。基於人際間相互承認關係³³⁹，每個人都有權利要求他人以實際行動承認自己作為絕對的主體。此種落實於實際行為的承認關係必須指向架構個人現實存有的諸條件，該等條件即是生命、身體、自由、財產等法益。基於此種人際間相互承認關係，每個人都有權利在不涉及他人的情況下，在自己的外在自由領域中依據自我意願支配其事務狀態以具體開展自我。但個人行使其支配自由以開展自我時必然面對相對應的風險。但承認他人為自由主體的意義即在於，承認他人得主觀評價其所欲達成之目的結果狀態之正面價值與可能承擔的附帶結果之負面價值，並依據自我的理性計算後，決定是否為了追求目的結果承擔附帶結果可能實現之風險。在此所謂理性，並非一般人或任何除了風險承擔者以外之人之理性，縱使一般人與當事人之價值觀或對風險承擔之意願有所不同，並不能否認基於主體自由而做出的選擇是理性的。蓋個人行使外在自由以開展自我，在不涉及他人的情況下，只有其自身有權定義對

³³⁶ 詳細批評見，周漾沂，前揭註 329，頁 193 以下。

³³⁷ 周漾沂，前揭註 329，頁 195 以下。

³³⁸ 周漾沂，前揭註 329，頁 198 以下。

³³⁹ 詳細論述見，周漾沂，前揭註 317，頁 994 以下。



自身存在有價值／無價值之事物。因此，不論主體為了追求對其而言有價值之目的結果狀態所必須承擔的附帶結果風險來源是自然或者他人行為，只要是經過其自身的利益衡量程序後所願意承擔者，即屬於容許風險。此時不應因行為人創造針對行使自由之人之法益侵害可能性，而認為存在行為不法，蓋行為人此時乃是與行使自由之人處於合作關係，其行為是出於對主體現實存有的具體承認誠命所為，且整合於風險承擔者的外在自由行使之中。

再者，強迫他人承擔風險即是非容許風險。³⁴⁰相對於上段所述，若行為人所創造的風險關係是該承擔風險之人所不願意承擔者，即是創造非容許風險。蓋基於人際承認關係，只有主體有權改變其自由領域中的事務狀態，若行為人以其行為創造改變他人自由領域內事務狀態之可能性（即風險），他人即無義務忍受該等風險。開創風險者原則上應自我承擔風險，此即風險自我承擔原則。不同於利益衡量模式，在法益侵害可能性在統計機率上太過低落，則認為屬於容許風險；但問題在於，基於個人自由，他人並無義務承擔此種（縱使實現可能性低落）之風險。蓋風險容許與否並不取決於風險實現可能性高低，而在於風險承擔者的意願。此也顯現基於效益主義理念與基於自由理念之容許風險概念差異，前者乃是將行為人與被害人視為一個單一整體，而認為行為人所可能創造的利益優於被害人所可能承擔的不利益時，強制被害人承擔風險。

在確定風險容許性之標準在於具體風險承擔者之意願後，應回答二問題：首先是如何認定被害人願意承擔風險；再者，應如何確定被害人承擔風險之範圍。

就第一個問題而言，學者認為應區分個別社會交往活動與類體制之廣泛性社會交往活動。³⁴¹個別性社會交往活動的形態、內容與意義是基於具備直接溝通可能性之當事人所賦予並直接形成；而廣泛性社會交往活動之型態、內容與意義則是隨社會的歷史演進而產生，當事人唯有承認其既存性方得以參與且利用該等社

³⁴⁰ 周漾沂，前揭註 329，頁 203 以下。

³⁴¹ 周漾沂，前揭註 329，頁 212 以下。



會活動以開展自我。在個別性社會交往活動中，被害人與行為人有以直接溝通接觸確定其是否願意承擔風險之機會。例如被害人要求嚮導帶其登山，其即是承擔登山所附帶之生命與身體侵害風險，而嚮導藉由直接與被害人溝通而認知其欲承擔登山相關風險，則其以行為開創的法益侵害風險，即因被害人自願承擔而屬於容許風險。

而在廣泛性社會交往活動則涉及兩個層次，首先是該等類體制的社會交往活動本身的抽象容許性，再者是在參與該等社會交往活動後所需承擔之必然附帶風險之具體容許性。

在抽象容許性之層次，不同於 Jakobs 認為其在於歷史的正當性（historische Legitimation），亦即該等社會活動是社會演進的歷史所遺留者，即免除了正當性問題之討論。³⁴²不過，此觀點忽略正是由於每個時代人們以行動參與並維持了該等社會活動，而顯示人類同意該等活動繼續存在於每個時代中。亦即仍舊是人以其自由行使承認了該等活動的正當性。³⁴³

而在具體容許性之層次，由於廣泛性社會交往活動不具備行為人與被害人直接溝通以確認風險承擔意願之可能性，故而必須仰賴中介確定當事人風險承擔意願。此中介即是該等廣泛性社會交往活動中發揮認知導引作用之規則。³⁴⁴由於每個欲參與並利用廣泛性社會交往活動之參與者皆必須同意並遵守實際上在該等領域中作用的行為規則，故每個參與者皆可期待他人遵守該等規則，亦可以預期他人預期自己預期他人遵守該等規則。故例如在交通領域，汽車駕駛人透過速限之規定，即認知到其它駕駛在參與交通活動時亦已同意承擔在遵守速限時仍留存的剩餘風險。應予強調，具備該等認知導引力者乃是實際上支配廣泛性社會交往活動之行為模式，該等行為模式雖然通常是由應然規則所建構而成，但並不排除在具體情形實際上發揮支配作用的行為模式不同於該等應然規則所規定者。亦即各

³⁴² 周漾沂，前揭註 329，頁 214，註 63。

³⁴³ 周漾沂，前揭註 329，頁 214。

³⁴⁴ 周漾沂，前揭註 329，頁 215。



領域的行政規則若能整合進刑法容許風險之判斷中，並非由於其應然層面具備之效力（Geltung），而在於人們普遍遵守該規則而使之具備支配該等社會交往活動之實效性（Wirksamkeit）。³⁴⁵

就被害人所承擔之風險範圍而言，既然其欲以參與否個別性或廣泛性社會交往活動以具體開展自我，即必須承擔該等活動所必然產生的典型風險。蓋若允許被害人不承擔該等必然伴隨的典型風險而禁止創造典型風險之行為，實際上即是取消任何人利用相對應的社會交往活動以具體開展自我的可能性。³⁴⁶

最後應論及者，乃是風險承擔原則適用之前提。首先，被害人必須具備風險承擔能力，此能力即是傳統上被害人同意法理中的承諾能力。³⁴⁷被害人唯有具備理性評估風險高低之能力方得認為其自願承擔該等風險。再者，被害人必須認知具體情境中的風險因素，亦即具備風險意識。蓋若被害人基於資訊落差而無法掌握風險評估相關的因素，自不能認為其是經過自身理性的利益衡量程序後自願承擔該等風險。³⁴⁸最後，風險承擔作為容許風險標準，欲阻卻行為不法不僅是客觀上被害人現實地同意承擔風險，亦必行為人主觀上認知被害人具備風險承擔能力與風險意識且現實上願意承擔該等風險；只有在行為人具備該等認知下所為之風險創造行為，方為基於對他人具體承認誠命所為而得阻卻其行為不法。³⁴⁹

第四款 具體危險性犯與潛在危險犯的再詮釋

以下本文根據歸責客體與歸責標準相區別、主觀歸責理論、風險輸出理論與被害人風險承擔作為容許風險標準等基本立場再詮釋具體危險性犯與潛在危險犯。

³⁴⁵ 周漾沂，前揭註 329，頁 217。

³⁴⁶ 周漾沂，前揭註 329，頁 221 以下。

³⁴⁷ 周漾沂，前揭註 329，頁 229 以下。

³⁴⁸ 周漾沂，前揭註 329，頁 230 以下。

³⁴⁹ 周漾沂，前揭註 329，頁 207 以下、頁 231。



第一目 具體危險性犯之再詮釋

具體危險性犯規制目的在於禁止行為人以其行為創設非容許風險。如前述，本文跟隨 Jakobs 認為，在一個以市民刑法為典範的自由民主憲政體制下，必須存在一個具備外部干擾性之客觀行為，國家方得探究行為人主觀認知。故而首先應確認存在一個非容許風險輸出之客觀行為，再探究行為人主觀上之現實認知，以決定是否可以予以歸責。

就歸責客體而言，必須決定判斷基礎與判斷標準。就判斷基礎而言，既然所欲判斷者是行為之具體危險性，必然是立於行為時（*ex ante*）為判斷。但就判斷之知識標準，本文拒斥客觀歸責理論以一般人立於行為時所可以預見之事實限縮歸責客體，已如前述。既然規範所禁止者乃是客觀上非容許風險輸出，而非一般人所認為的非容許風險輸出，則必須由法院動用一切程序上可以支配之知識與科技（即專家知識標準），立於行為時點判斷行為與周邊伴隨情境之綜合作用，是否已屬非容許風險輸出。而就客觀非容許風險輸出，應探究者有二：首先是風險是否已逾越行為人控制範圍；再者，該等風險是否非被害人所願承擔者。

問題在於第二點，蓋在行為時不一定已可特定具體被害人，從而認定其是否具備風險承擔意願。在此應區分具體危險性犯所欲規制的事實類型而區別對待。在具體危險性犯亦適用於個別性社會交往活動時，由於在該等社會交往活動中容許風險之界線必須依據被害人與行為人直接磋商決定，故原則上行為人在行為時並無與個別被害人磋商風險範圍之機會，故而只要有風險輸出即具非容許性。不過，當然亦不排除個案中行為人於行為時已經確認被害人意願之情形。而若具體危險性犯專以廣泛性社會交往活動為規制對象，由於被害人欲利用並參與該等社會交往活動必須同意在其中具支配性的運作模式，故亦同時同意了遵守該等模式下之剩餘風險，故而即可一般性地判斷行為人所輸出之風險是否逾越參與該等社會活動必然伴隨之典型風險。在此「具體」危險性之意義即展現於，在個別性社



會交往活動中，行為在個案中的法益侵害可能性以及具體被害人承諾是否存在；在廣泛性社會交往活動中，則是行為在個案中的危險性是否超越具體情境中的剩餘風險。

再確認歸責客體存在後，即必須探究行為人主觀認知決定是否予以歸責，在此所涉及者毋寧是行為歸責。詳言之，必須以行為人行為時主觀上對伴隨事實、其行為與因果法則之認知為判斷基礎，並從規範觀點而非行為人自身評價判斷，是否具備非容許風險輸出。³⁵⁰在此亦涉及風險可操控性與風險容許性。就前者而言，必須從規範觀點可認定已超過風險最終可逆轉時點；在故意犯之情形，行為人主觀上必須認為其行為已使風險不可控，亦即風險輸出決意。³⁵¹就風險容許性而言，若欲阻卻行為不法，行為人必須認識到被害人欲承擔風險，在廣泛性社會交往活動即是認識所創造之風險尚在典型風險範圍內。

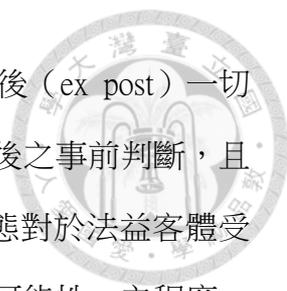
最後，行為之具體危險性必然指向法益客體，而非一般化觀察之危險，故在主客觀層面皆有必須要求此種法益客體關聯性。首先，客觀上立於行為時判斷存在法益客體進入非容許風險作用領域之可能性；再者，以行為人對行為與伴隨事實以及因果法則之掌握為基礎，可以認為存在法益客體進入風險作用領域之可能性，亦即達到規範所禁止的法益客體在場可能性程度；而在故意犯之情形，更必須行為人抱持對（不特定）法益客體的侵害因果流程想像，亦即具備風險意識。

第二目 潛在危險犯之再詮釋

首先，先扼要闡述本文支持 Ziescahn 學說之部分，包含判斷基礎、判斷標準選擇與對法益客體之危險預測程度要求。首先，潛在危險犯之規範目的在於禁止行為人設定內含非容許風險之狀態，由於其涉及獨立於行為之狀態，故非從行為人視角為危險預測，而是從法益客體視角為之。但其雖屬於獨立於行為之狀態，

³⁵⁰ 周漾沂，前揭註 297，頁 1498 以下、頁 1501 以下。

³⁵¹ 周漾沂，前揭註 318，頁 468 以下。



但其本質仍是危險預測 (Prognose) 判斷基礎之選擇仍非綜合事後 (ex post) 一切情狀判斷。故而具體危險性狀態之判斷基準時點應是行為結束後之事前判斷，且是由法院於程序中 (nachträglich) 為之。再者，具體危險性狀態對於法益客體受危害可能程度之要求亦不同於具體危險性行為「不可排除實害可能性」之程度，亦即必須由法院在程序中綜合行為結束時一切具體情狀判斷具備法益客體進入風險領域之高度可能性 (naheliegende Möglichkeit)。如前述，根據 Zieschang 此高度可能性雖不等同於時空密接性而僅需須嚴肅對待即可，但仍應排除時空距離過於遙遠之情形。最後，基於具體危險性狀態作為結果事實 (Erfolgssachverhalt)，應滿足最大真理保障之要求，故危險判斷之存有論與法則上之知識標準應以專家標準為之。

本文雖原則上支持 Zieschang 在判斷基礎之擇定，但由於本文對於歸責理論之看法與非容許風險之觀點，在以下二點仍與 Zieschang 有所不同。

Zieschang 認為在行為結束時存在、但行為時無法預見而是於程序中方呈現之事實，應區分為危險奠基因素或危險排除因素分別對待。如前述，其認為應僅納入危險排除因素，但不包含積極介入的救援手段。蓋若納入危險奠基因素，則基於行為時一般人無法預見之因素所產生之危險狀態，依據客觀歸責理論仍無法歸責於行為人。而積極介入事件流程的救援手段亦因其仰賴科技、被害人或第三人之行為才能啟動，故屬於不確定、不可靠之因素而不應納入考量。故在此問題有二：首先，是否原則上僅在判斷基礎納入行為時一般人所得預見之事實，故就程序中方呈現之事實，應區分危險排除因素與危險奠基因素，而僅將前者納入判斷基礎；第二，而就危險排除事實而言，是否應再區分積極介入的救援因素與其他危險排除事實，而僅將後者納入判斷基礎。

就第一個問題而言，本文不採客觀歸責理論已如前述。而既然具體危險性狀態是一獨立於行為之狀態，在區分歸責客體與歸責標準的觀點下，關於是否存在具體危險性狀態乃是歸責客體層次之問題。此時應審究者，乃是行為人是否設定



內含非容許風險之狀態，而非依據一般人觀點是否存在此種創設。故本文認為，原則上應由法院在程序中認定所有在行為結束時存在之風險關聯事實，故不應排除行為結束時存在但於程序中呈現之風險排除事實。

不過，由於具體危險性狀態是獨立於行為之結果狀態，故亦有結果歸責之問題。在此基於主觀歸責之立場，必須從規範觀點判斷行為人行為時所認知之事實認為具備主觀非容許風險創設，且該等事實為解釋客觀具體危險性狀態所必要，則後者屬於行為人主觀意志所創造之可能性之實現，而得歸責於行為人。故而若該等行為時存在但在程序中方被認識之風險奠基事實不屬於行為人主觀非容許風險之實現，而超越行為人主觀創設的風險可能性而奠基新的風險關係，則此時縱使認定具備具體危險性狀態亦不可歸責於行為人。就結論言，不應在具體危險性狀態判斷基礎中納入超越主觀非容許風險範圍之危險奠基事實。

就第二個問題而言，Zieschang 認為積極介入的救援因素不同於其他危險排除因素，蓋其雖然於行為結束時已存在，但其並非必然於行為結束時已發揮作用。故不應納入基礎事實作為風險判斷基礎。其雖是在潛在危險犯中討論救援因素之判斷問題，但事實上救援因素作為影響風險關係之事實因素，應並非僅在潛在危險犯中存在，在行為具體危險性認定中亦可能存在相關問題，於下論述之。

第三目 救援因素

在此應先劃定在此討論的救援因素範圍。所謂救援因素或手段乃是避免使風險實現為實害所必須的損害條件成就之介入措施。但並非所有事後確認有效取消危險性的救援因素皆影響具體危險性行為或具體危險性狀態之判斷；反面言之，亦非所有事後確認並無發揮效力、或縱使發揮效力亦無法成功取消危險性之救援因素皆不影響行為或狀態之具體危險性判斷。

首先，本文認為，不論是狀態或行為之具體危險性，若有賴啟動方得介入並作用之救援因素在其判斷基準時（行為開始時或行為結束時）已經啟動並作用，

由於其已經現實地影響風險估算的事實基礎，即必須如其他危險排除因素納入風險判斷基礎。

救援因素是否納入風險容許性的判斷涉及兩個標準：經驗上預測與規範性判斷。就經驗上預測言，欲納入風險判斷的救援手段應具備下列情形之一：首先，在行為時雖存在但尚未作用之救援因素，但依據行為時之事實整體可以預測其將啟動並作用；再者，在狀態具體危險性判斷中，在行為結束時雖已存在但尚未發揮作用之救援因素，若依行為結束時之事實可預期將介入並作用。

如前述，Zieschang 認為所有的有待啟動之救援因素皆應排除於具體危險性狀態判斷基礎外，蓋其判斷是「在事件進程不受干擾之情況下」是否有具體危險的高度可能性。故而不論救援手段之積極介入是處在行為結束後到法益客體進入風險領域之因果進程之任何部分，皆不應予以考慮。不過，本文認為此種排除欠缺與非容許風險概念連結之規範性思考。既然潛在危險犯目的在禁止創設內含非容許風險之危險源，則若救援因素會影響到規範觀點下的非容許風險判斷，仍應納入判斷基礎範圍。

例如 Wolter 認為，若被危害者具有特定的注意義務或第三人自始具備排除危害的能力或義務，因被危害者或第三人義務違反所產生的具體危險或實害不可客觀歸責於行為人，亦即在此行為並未創造非容許風險。³⁵²

在狀態危險性方面，Wolter 與 Schünemann 在其討論具體危險概念之文獻中，皆基於規範性觀點納入救援手段。例如 Wolter 認為，若考量在事後預測時（法益客體進入風險領域時）已經存在，但在程序中才被探知的被害人或第三人支配之救援手段（其稱為法益拯救事實），法益之挽救可以認為是客觀一般人可預見的（或一般人皆可作為目的、可重複的），即不存在具體危險。³⁵³ Schünemann 亦在

³⁵² Wolter, (Fn.328), S.225f.

³⁵³ 此不僅包含典型的被害人或第三人採取的保護措施，也包含偶然存在的事實——例如對向來車的駕駛人是職業駕車手。這即是 Wolter 稱其學說為修正的規範性危險結果理論（Die modifizierte normative Gefährerfolgstheorie）。Vgl. Wolter, (Fn.328), S.223ff.

其發展的規範性具體危險概念中認為，根據可以掌握的可能性法則，該特定法益客體的實害必須呈現為行為的相當結果，亦即具備法益侵害的高度的可能性（naheliegende Möglichkeit）；但在具備該等可能性之後，仍必須判斷是否存在常態的機制（normalen Veranstaltungen）或一般而言可以支配的救援手段（generell beherrschbaren Rettungsmittel）是否可以降低此情況下的危險程度，或必須依靠非常態的（außergewöhnlichen Maßnahmen）來達成此目的。³⁵⁴

若根據上述二作者之看法，而將其具體危險概念應用在狀態或行為具體危險性之認定，則若被害人或第三人具備特定風險管轄義務或其介入是為一般人所信賴者，即應納入風險判斷基礎。但本文不採客觀歸責理論功能目的理性體系之立場，亦不採以利益衡量模式判斷風險容許性，已如前述。故在此即問題毋寧是，被害人或第三人負有義務或其介入是一般而言可信賴者，是否可從被害人自願承擔風險之角度理解其意義。此即救援因素是否納入考量的第二標準：規範性判斷。

首先探究被害人支配之救助手段。

首先探究，就被害人負有其他法規範上義務以管控風險的情形，是否使風險具備容許性。本文認為，其他法規範之規範性並不同於刑法上之規範性，後者並不決定於前者。其欲轉化成為刑法上規範性仍應滿足刑法上規範性之標準。詳言之，只有在該等刑法以外之規範義務事實上支配某社會交往領域，而成為被害人欲利用該等領域時必須同意的事實上行為模式時，方得以基於被害人風險自我承擔原則而認為在刑法上可期待被害人自我管轄風險。而其所管轄的風險範圍即不逾越該事實上支配各該社會交往領域之運作模式通常劃分與參與者管轄之風險範圍。

再者，就一般而言可信賴之被害人介入而言。在此所謂一般性，即可轉化理解為事實上支配各該社會領域之事實運作模式之意。亦即一般而言可期待被害人管轄之風險，即是被害人欲利用各該廣泛性社會交往領域時即以其行為表示同意

³⁵⁴ Schünemann, (Fn.246), S. 793ff.



管轄者。而其所管轄之範圍亦不逾越該事實運作模式通常劃分子參與者管轄者。

355

故而，若行為人認識基於刑法以外規範而可信賴被害人管轄之風險範圍，或認識一般而言可期待被害人自我管轄的風險範圍，而以其行為創設此種風險，即不具備行為不法，亦即歸責條件不具備。相對地，若所創設之具體危險狀態客觀上尚在被害人一般而言自我管轄的風險範圍內，則不具備潛在危險犯之（潛在）結果不法，亦即歸責客體不具備。

再來應討論第三人支配之救援手段問題。

就第三人所支配之救援手段而言，如同上述，重點並非第三人在其他外於刑法的法規範上是否有救助法益義務，而在於第三人支配之救援手段是否成為具備事實上支配力的運作模式，而為被害人據以為風險評估基礎；被害人並以之為基礎決定是否利用、參與該廣泛性社會交往領域。在一般而言認為第三人或特定機制將介入管轄風險之情形，即可認為該第三人或特定法益救助機制之介入具備事實上支配力。在第三人介入或特定救助機制介入並非事實上支配廣泛性社會領域的運作模式時，行為人縱使創造該等救援手段所應／能處理之風險，亦不得主張其所創設者為容許風險。蓋被害人無義務承受該等救援手段未啟動或啟動後無法成功取消風險之風險。

反之，在某一社會交往活動中，第三人或特定機制通常介入而救助法益，而被害人為了擴大自己的社會活動範圍對之加以利用，則被害人必然承擔第三人或特定機制偶然介入失敗之風險。之所以稱偶然，乃是若第三人或特定機制經常未啟動或介入後無力拯救法益，則其已非事實上具支配力之運作模式，難以認為被害人欲承擔原本由第三人或特定機制管轄之風險。而該等第三人或特定機制所管

³⁵⁵ 相關概念參周漾沂（2017），〈2016年刑事法實務見解發展回顧：食品安全、交通安全，與抽象危險犯〉，《臺大法學論叢》第46卷特刊，頁1479以下。

轄之風險範圍，以及其介入失敗後被害人應承擔之風險範圍，亦不應逾越事實上運作模式通常劃分其管轄處理者。

例如，在紅綠燈運作良好的市區可以以時速五十公里駕駛動力交通車輛，此即是交通領域的參與者利用一般而言可信賴的介入裝置擴大自己的社會活動（相較於無法利用動力交通車輛之情形），亦必須承擔紅綠燈偶然故障時由於以時速五十公里駕駛所創造之風險，以及該等風險之實現。但在紅綠燈事實上無法運作的時期，若事實上支配的運作模式是以時速十公里駕駛，則行為人即不得主張其以五十公里駕駛之風險為容許。

最後，若行為人主觀上認識其所創設之風險屬於第三人或特定機制一般而言可信賴介入處理者，則基此認識的風險創設行為即不具行為不法，亦即不具備歸責條件。相對地，若客觀上具體危險性狀態所內涵的風險乃是一般而言可信賴第三人或特定機制介入處理者，即不具備潛在結果不法，亦即不具備歸責客體。

第四項 系爭二條文之犯罪類型定性

基於非容許風險創設之避免，立法者自可禁止創設非容許風險之行為，或禁止行為引致內含非容許風險之狀態。在本項中，即應考察系爭二條文所欲規制之事實關係，以決定應以具體危險性犯或潛在危險犯為其犯罪類型。

第一款 三種侵害路徑

不實訊息對公共性原則之侵害有三種模式：首先，在網路時代之前，掌控資訊流通者是傳統大型媒體（報紙、電視、廣播），在此種媒體環境中，欲藉由不實資訊侵害公共性原則，必須掌控這些媒體管道對大眾進行不實資訊的傳遞。既然普通公民並不具備這種支配大型媒體的能力，不實訊息的散布者一定是在公共領域中具備支配地位之行動者，例如大型企業、利益團體甚至是政府。這些巨型行動者往往透過公關工作企圖從公共領域中榨取大眾支持，故其所為不實訊息之



散布，即屬於巨型侵害（Megaverstößen）而有可能在單一行為中造成公共性原則之破壞，本文稱為**巨型侵害模式**。不過，在當今成熟的民主國家中，由於相關媒體生態的成熟、媒體法規對於媒體查證責任與獨立性的要求以及監管機關的設立等等，政府或大財團直接把持大眾媒體為自己進行宣傳的可能性已經大為減低。事實上，大眾媒體被政府或財團介入把持已非假訊息作為新興問題的原因。

故在網路時代毋寧應探究其他不實訊息散布的管道。在此第二種模式本文稱為**累積模式**，亦即普通公民利用網路所進行之通常的資訊分享行為，該等行為互相疊加即具備造成公共性原則侵害之能量。詳言之，由於社群媒體成為資訊獲取的重要管道且其將資訊流通商品化，亦即透過演算法個人被餵養符合其價值偏好的資訊，該等資訊又更容易為個人所分享而觸及與其有共同偏好的社群好友。如此一來，不實訊息難以在同溫層內面對反對言論的質疑，而大量的轉發行為也將使為數可觀的公民將不實訊息視為真實，進而侵害公共性原則。

而第三種模式則是**散布模式**。相對於累積模式乃是個人所為的常態的資訊分享行為之疊加，散布模式則是具備特定意圖的公共領域行動者欲藉由資訊的散布影響公共討論的議題設定與公意走向。在客觀行為上，雖從該等行動者個別之散布行為單獨觀察可能仍處於通常資訊分享行為之範圍，但該等行動者往往是透過多數人／帳號／平台協同操作，且通常隱藏自己真實身份而進行資訊散布以達成目的，故稱為協同的非真實行為（coordinated inauthentic behaviour；CIB）³⁵⁶。故而若將具備特定意圖的行動者之資訊分享行為，在時間或空間上作為整體而觀察，往往即有別於通常的資訊分享行為。例如，在網路論壇中藉由虛增帳號或購買他人帳號不斷更新發佈符合特定政治立場的不實訊息；又或者藉由 Line 等社交軟體不斷在群組中發佈所謂「長輩圖」；或者在社群平台上藉由經營粉專、投放廣告或聯合其他行動者重複貼文、留言進而帶動討論。而在不同粉專平台、社團之間，

³⁵⁶ 洪浩唐、江旻諺、吳介民、蕭新煌、沈伯洋、林麗雲、胡元輝、梁永煌、蔡玉真（2021），《戰狼來了：關西機場事件的假新聞、資訊戰》，頁 138 以下，新自然主義。



甚至不同媒體之間（社群媒體與網路新聞、ptt 與大眾媒體、臉書與 Youtube 等）更時常互相引用（不論主觀上是否有意思聯絡）而擴大資訊傳播範圍，如此往往更容易帶動輿論走向，此即所謂「媒體聚合」之現象。³⁵⁷

在此應強調，在現實上累積模式與散布模式往往會併同發生，亦即散布者成功帶動風向與討論後，眾多個人進而為平常的資訊分享行為，可能導致公共性原則侵害之加深或擴大。不過，在概念上仍舊可以將二者予以區分。以關西機場事件為例，首先是在中國微博出現「中國大使館派巴士轉移中國乘客」之假訊息，有些甚至包含「臺灣人若承認是中國人就可以上車」等不實資訊，而後再由內容農場「觀察者網」製作成假新聞。在隔日在臺灣 PTT 上引發討論，又經有心人士提供對價要求他人幫助推文影響風向。而大眾傳播媒體為了不落人後，避免資訊報導慢於網路影響收視率與收益，故未經查證即予以報導，更是導致此次事件愈演愈烈之主因。³⁵⁸在此個案中，首先可以見到**散布模式**，亦即使不實訊息為了接觸為數夠多之公民，需要外觀中立的網路媒體以新聞形式觸及不特定大量公民、且特定行動者以大量虛假帳號持續發文、推文帶風向，或在社交軟體大量轉發該等不實訊息。在具備特定意圖的行動者成功帶動風向後，**累積模式**亦介入而加深公共性原則的破壞，亦即在接觸不實資訊的公民信以為真後，以平常分享資訊的方式分享予身邊親友或以之為參與公共討論之事實基礎。

本文認為，刑事規制之重點毋寧在散布模式，就此點以下給予兩個有效性層面上之理由——關於正當性的問題則是，應如何解釋構成要件以滿足上述規制非容許風險創造之規範目的，此屬於下一章之任務；而就不應規制累積模式，則提供兩個否定其正當性之理由。

就規制散布階段之實效性而言，首先，若可以於源頭阻斷不實訊息接觸為數足夠之公民，則無後續公民因而轉傳而加深公共性原則侵害之問題。再者，就成

³⁵⁷ 林照真，前揭註 1，頁 137 以下。

³⁵⁸ 詳細事件經過，洪浩唐等，前揭註 356，頁 165 以下。



罪之難易而言，散布階段之行動者往往認知到其所散布者是不實訊息，而猶欲以之介入公眾溝通領域而影響理性政治論辯；相對於此，公民往往是在相信不實資訊為真實時，才會有後續個人轉傳之行為。因此就主觀構成要件之成立而言，規制散布階段之行動者無疑較為容易。

就不應規制累積模式而言，首先，個人轉傳往往是觸及自身的親朋好友，亦即仍落在日常緊密人際關係範圍內，若依據 Jakobs 的內在市民領域學說，其仍是處於自願結社的私人領域範圍。且是否可以認為已經無法支配風險仍有疑義，蓋個人的政治觀點要突破自願結社範圍而影響到公眾，在巨型的民主社會中應屬難能，故難以認為個人由於將不實訊息告知、轉傳親友即認為其已放任不實資訊進入公眾溝通管道而具備外部干擾性。再者，若欲規制個人轉傳行為則適當之犯罪類型應屬累積犯（Kumulationsdelikt）。不過，累積犯此犯罪類型本身即面臨正當性上的高度疑慮。詳言之，既然每個個人單獨的行為必然無法達到法益侵害，甚至無法創造法所不容許的風險，而必然是與他人的行為合併觀之，方得認定其具備法益侵害關聯，則無疑是以第三人之行為為個人刑事責任之基礎，此已有違反罪責原則之嚴重疑慮。³⁵⁹

第二款 系爭二條文之犯罪類型定性

有文獻認為，具體危險性犯並不適合作為侵害集體法益的犯罪類型，後者毋寧應求諸累積犯加以規制，蓋其以為個人之行為絕無法對集體法益造成侵害。³⁶⁰不過，如前所述，具體危險性犯或潛在危險犯乃是以避免非容許的風險創設作為規範目的，而在不實訊息對於公共性原則侵害的散布模式之事實類型中，可以發現許多公共領域中的行動者其單獨或共犯行為已能設定足以對公共性原則造成侵

³⁵⁹ 關於累積犯正當性的提問與證立的嘗試，vgl. Wohlers, (Fn.247), S. 318ff.; Hefendehl, (Fn.313), S. 183ff.

³⁶⁰ Wohlers, (Fn.247), S. 309ff.

害之非容許風險（具體而言，散布模式如何創設非容許風險將於下一章論述）。
基此，本文認為具體危險性犯或潛在危險犯仍得以作為系爭二條文之犯罪類型。

而如前述，本文認為應以刑法規制者乃散布模式，則在此問題即是，究竟具體危險性犯或潛在危險犯何者較適合作為規制散布模式之犯罪類型。基於下述二理由，本文認為應以潛在危險犯作為犯罪類型。

首先，潛在危險犯與具體危險性犯之差異在於前者要求一個（潛在）結果不法。而本文認為此種對一個獨立於行為的不法狀態之要求，正好適合於散布模式對公共性原則之非容許風險創設因果流程中的重要階段：亦即不實訊息觸及或覆蓋為數足夠之公民數量。詳言之，不實訊息對公共性原則之侵害，乃是藉由使為數足夠之公民由於相信不實事實陳述，而被迫脫離基於相關事實的理性政治論辯程序。故若該等不實訊息無法觸碰或覆蓋為數足夠之公民，即無侵害公共性原則之機會。故而本文認為，以「不實訊息觸碰或覆蓋為數足夠之公民」作為獨立於散布行為之狀態，並以之為狀態具體危險性判斷之對象，正貼合於系爭二條文所欲規制的事實關係。

再來，從規範效力方面立論，臺灣受假訊息或假新聞攻擊之頻率乃是世界第一³⁶¹，故若以具體危險性行為作為犯罪類型，由於不需要顧慮不實訊息是否已經覆蓋為數足夠之公民群體，則縱使是微弱的、不成功的攻擊仍有可能該當系爭二條文之構成要件。如此一來，規範效力即一直處於受到破壞的狀態，人民對於規範宣稱其將維護之狀態即無信心。反之，潛在危險犯要求不實訊息之攻擊必須覆蓋足夠多數公民，而後對於此狀態進行是否有侵害公共性原則之能量之判斷，其捕捉較為嚴重的攻擊事件而藉由刑罰的發動來予以回應，毋寧較具實效性。

³⁶¹ 中央社（2019/4/10），〈跨國調查 臺灣遭假資訊攻擊世界第一〉
<https://www.cna.com.tw/news/firstnews/201904100232.aspx>（最後瀏覽日 2022/2/24）。





第四章 構成要件解釋

在此本文將就系爭二條文之構成要件逐一說明應如何解釋適用，分為散布行為、不實訊息與謠言、足生損害於公眾或他人，以及主觀構成要件四節。最後並於第五節提出立法論上之建議。

第一節 散布之意義

德國刑法第十四章乃是關於名譽權之保護規定，在此，本文認為勾稽誹謗罪之相關釋義學上問題意識，可以提供對於系爭二條文之散布行為應如何解釋之線索。

第一項 簡述德國刑法上名譽權保障規定之相關問題

首先，若以人際關係的名譽概念（interpersonaler Begriff der Ehre）理解保護法益，則所謂名譽即是基於人性尊嚴與人作為主體的自主性（Selbstständigkeit als Person）所要求之人際之間之相互承認關係（Anerkennungsverhältnis）。³⁶²而此種人際之間的承認關係只能透過行為人之**表達思想的陳述**（gedankliche Äußerung）加以否認或剝奪，故侵害只能在溝通過程中發生，而非溝通過程結束後所產生的結果。³⁶³而所謂陳述必然聯繫到陳述者以外之他人，亦即可以認為是客觀上溝通程序之開始，若是日記、私人筆記等不屬之，亦不因他人知悉而變為陳述；且既然名譽侵害以乃發生於溝通程序中，必須陳述對象對其理解且接受（wahrnehmen）。³⁶⁴

就陳述的行為態樣而言則包含主張（behaupten）與傳布（verbreiten）二類。前者指行為人將某事實基於自己的確信而宣稱其為真實，不論是基於自身所見所聞或聽聞自他人；亦不論是否在語氣上減弱其宣稱、以疑問句表達或單純懷疑，

³⁶² Zaczky, (Fn.46), §§185ff, Rn. 1.

³⁶³ Zaczky, (Fn.46), §§185ff, Rn. 18.

³⁶⁴ Zaczky, (Fn.46), §§185ff, Rn. 19.

只要將有損名譽之事實與被害人連結或加強其連結即能成立主張行為。³⁶⁵後者則是將事實作為他人所認知或陳述之對象再加以傳遞，但仍必須如主張般有開啟他人對被害人不尊重的可能性；八卦（Klatsch）或謠言（Gerücht）也不必然排除散布行為之成立，仍應實質認定其傳佈內容是否包含可以成為聽者理性判斷基礎之事實；就上述二行為之成立，聽者是否有保密義務並無影響。³⁶⁶

不過，在名譽權保障脈絡中，有兩個值得本文注意之問題。首先，若誹謗言論是產生於緊密人際關係網路中，例如家人、伴侶關係與友誼關係等，文獻上一致認為此時屬於客觀構成要件不該當，然其理由有所不同。有認為此時並無一個對外宣告（Kundgabe）；或有認為此時基於目的性限縮，該宣告並非為構成要件所包含，蓋此時之陳述並未與社會領域（sozialen Bereich）有所連結，而屬於一個法律上應予承認的陳述自由領域（Freiraum für entlastete Äußerungen）；但以該等陳述不會繼續外傳為限。³⁶⁷Zaczyk 基於上述人際關係的名譽概念認為，承認的對待是一種社會性的對待，故時常是在違反個人主觀情緒下仍舊被予以維持者，故若行為人為陳述的領域是其可期待宣洩情緒之人際關係領域，則此時並不存在針對他人的陳述，亦即不存在規範意義上的公開的不尊重。而若陳述所涉及之人亦屬於該高度緊密社交網路之成員，則彼此間更可以期待彼此容忍情緒表達。至於該等陳述是否有外流之可能性並不重要。³⁶⁸

另一個問題是，如何理解名譽權保障規定中對於公然（öffentlich）為之的加重處罰規定。所謂公然，即是陳述為不特定多數人所共同見聞之狀態。³⁶⁹其加重理由在於，既然行為人並非對特定個人或多數人為陳述，則被害人即無法控制侵害名譽陳述的流傳範圍，而無法有效加以反駁。³⁷⁰此種公然狀態不同於單純的多

³⁶⁵ Zaczyk, (Fn.46), §§185ff, Rn. 8.

³⁶⁶ Zaczyk, (Fn.46), §§185ff, Rn. 9-10.

³⁶⁷ Zaczyk, (Fn.46), §§185ff, Rn. 37.

³⁶⁸ Zaczyk, (Fn.46), §§185ff, Rn. 38-39.

³⁶⁹ Zaczyk, (Fn.46), §§185ff, Rn. 27.

³⁷⁰ Zaczyk, (Fn.46), §§185ff, Rn. 26. 關於以散布文書(Verbreiten einer Schrift)之加重理由亦同。

數人見聞陳述的狀態；若多數的閱聽群眾存在內在聯繫（innerlich verbunden），則只存在一個作為群體的閱聽群眾（ein Adressat als Kollektiv），例如家族成員、政黨或社團成員集會或股東大會等。³⁷¹至於陳述之地點是在公開場合或私人場所或者陳述的形式並不重要。³⁷²

第二項 系爭二條文之散布行為

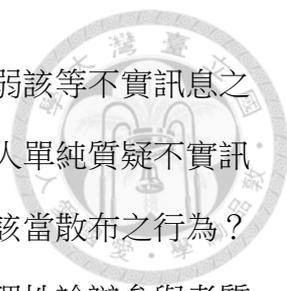
散布不實訊息對於公共性原則之侵害，乃是藉由使公民接受其所宣稱者，而使之抱持與參與理性政治論辯者不同之事實，從而使之被迫脫離政治論辯程序。故如同誹謗等罪，系爭二條文所謂散布必然是以散布思想內容的表達為前提，且此思想內容必須是一種事實宣稱（關於此點於下一節探討）。

首先要討論者，是否在系爭二條文之散布行為中包含主張（behaupten）與傳布（verbreiten）二類型。如上述，其間之差別在於前者是行為人基於自我確信而主張為真；後者則是將作為他人認知或主張之事實再為傳遞。就主張而言，由於在德國刑法第 186 條通說認為誹謗言論真實性無法證明是客觀處罰條件，故非故意認識對象。但在系爭二條文中能否為相同解釋不無疑義。本文認為不實訊息之不實性仍屬於本罪不法之核心，屬於構成要件要素，須為故意所認識。基此，若本罪之散布行為包含所謂的主張行為，則行為人基於自我確信認為所主張之不實訊息為真，即難認定故意。不過，若認為系爭二條文屬於故意過失結合犯（詳第四節）則行為人縱使本於確信而相信其所散布之不實言論為真實，仍有可能有超越承擔過失之問題。基此，本文認為散布行為仍包涵行為人基於自我確信而主張不實訊息為真之行為態樣。

再者，就傳布行為而言，若行為人是接受到他人所為不實訊息之傳遞，而後又以之為他人認知與主張之內容再為傳遞，是否包含系爭二條文之散布行為內，

³⁷¹ Zaczyk, (Fn.46), §§185ff, Rn. 28.

³⁷² Zaczyk, (Fn.46), §§185ff, Rn. 29.



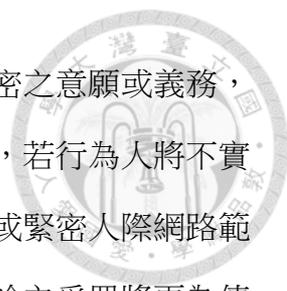
應予探究。本文認為，若在客觀上傳布行為不包含同時提供減弱該等不實訊息之可靠性之訊息，亦屬該當散布行為。在此問題即是，是否行為人單純質疑不實訊息真實信即為已足，或在傳布時必須提供優勢證據方得以否定該當散布之行為？本文認為，欲否定散布行為之成立，必須傳布行為同時包含使理性論辯參與者質疑其真實性之陳述。在此，不需要要求提供優越性的經驗證據，僅需要嚴肅地、真誠地質疑此資訊是否真實、是否經過查證即為已足。蓋如此已足以使理性論辯參與者質疑該等資訊之效力，甚至進而為相關查證之行為，而得以取消不實訊息之危害。

另外，就行為人對外主張為真，但並無其為真實之確信之情形，亦無不包含在系爭二條文中散布之理由。綜上所述，散布行為即是任何對外主張事實陳述為真之行為。

不過，就上述三種可能包含在散布概念的行為類型，僅是該當系爭二條文散布行為之必要條件而非充分條件。蓋如在名譽權保護脈絡下仍需討論在緊密人際關係中、在保密關係中與在公然狀態為陳述之不同，在政治辯論參與機會的保護脈絡下亦須為相同討論。

如前所述，本文認為系爭二條文所欲規制之事實關係乃是散布模式。而散布模式之行為特徵乃是，公共溝通網路之行動者藉由大量散布行為使得不實訊息有覆蓋為數足夠之公民之能量。故本文認為在系爭二條文之散布行為，應有質與量二方面之要求。

首先在質之方面，散布行為之成立以行為人將不實訊息投入一個開放的公眾溝通領域為必要，亦即散布行為必須使該等不實訊息突破行為人自身的社會交往網路，而始之進入陌生公民之間互相交流、分享資訊的平台。在此重點即是散布行為是否使行為人失去對不實訊息或謠言之支配可能性，亦即行為人是否無法確保不實訊息或謠言僅在緊密人際網路或自願結社網路中流通。在此影響訊息可支配性之原因多端，包含受眾之人數，例如僅向家庭成員散布或在社團集會時上台



演講散布不實訊息，即有所不同；又例如受眾是否自始即有保密之意願或義務，而可期待其不再度將該等不實訊息或謠言再為傳布。就結論言，若行為人將不實訊息或謠言向不特定之公眾為散布，或行為人雖是在自願結社或緊密人際網路範圍內傳述不實訊息或謠言，但依個案情形可認為，接受該等言論之受眾將再為傳布，因此行為人已失去對言論流通之支配可能性，客觀上即存在散布行為。

再者，就量之方面，不僅是脫離自願結社的資訊分享行為，更必須行為人所為之散布行為覆蓋為數足夠之公民。典型之行為是利用多重帳號重複發文、不斷在大量之不同群組轉發資訊、使用不同帳號重複推文帶動風向等行為或在有眾多閱聽人的媒體平台分享資訊。

當然，在此涉及何謂「為數足夠」之公民，在此有兩點說明。首先，在實務見解下，系爭二條文適用從里長到總統的所有選舉，而不同選舉所涵蓋的選舉範圍與選舉人總數自有不同。故而「為數足夠」之標準應隨不同的選舉而有異，亦即層級化之政治公共領域。再者，上述說明仍無法精確定位為數足夠之概念。既然公共性原則在於保障**所有**政治社群成員皆有權參與理性的政治論辯過程，則邏輯上的結論是，只要不實訊息觸及一位公民，在符合其他可罰性要求下，公共性原則即受侵害。不過，若著眼於公共性原則乃是為了確保公共事務由於開放公眾討論而一定程度上保障理性意見之形成（哈伯馬斯），或是作為可普遍化的利益的正義保障（康德），則應認為公共性原則欲被侵害，必須是不實訊息使一部分公民被迫脫離理性論辯程序。兩相權衡下，在此為數足夠的概念應可以從反面予以定義：只要不是對某次選舉而言顯然不重要之公民數量即可。

第三項 系爭二條文之行為客體與法益客體

在此應說明系爭二條文中行為客體與法益客體之區分。行為客體乃是行為之對象，而法益客體則是法益之具體化。如前所述，散布行為在量方面要求不實訊息或謠言覆蓋為數足夠之公民數量。故在此本文認為，行為客體即是為不實訊息



或謠言所覆蓋的公眾溝通領域。所謂公眾溝通領域乃是指一切可以使陌生公民以之為意見交換的媒介平台，故不論是網路上的如社群媒體（臉書、Instagram）、聊天室、ptt 等或實體上如咖啡店、酒吧或一般道路宣講等皆屬之。

相對於此，法益客體則是必須是作為法益之公共性原則之具體化。而公共性原則旨在確保所有公民參與政治論辯之機會與權利，則其具體化自然就是具體的政治論辯（亦即政治公共領域）。相對於公眾溝通領域是一個平台媒介，公共領域則是一溝通流（flow of communication）；公眾溝通領域是公共領域的寄居所。而由於不實訊息是藉由使信其為真之公民脫離政治論辯以侵害公共性原則，故該等政治論辯必須是奠基於不實訊息或謠言所涉及之事實主題者。例如，在公民大眾正在關注臺灣海軍是否應購買深海潛艇之公共辯論，散布關於潛艦性能之不實訊息。

第二節 不實訊息與謠言

在本節中，首先應先從功能觀點區分事實宣稱與價值判斷之差異。再者將真理共識論之立場落實到釋義學層次，討論何謂「不實」資訊。最後，將思考謠言與不實資訊之間是否有概念上之差異。

第一項 事實宣稱與價值判斷

從語用學觀點言之，事實宣稱作為語言行為（speech act）之言內目的在於使陳述者與接收者之間就客觀事態形成共識。而所謂客觀事態，則包含客觀外在世界之狀態、主體內在世界之狀態以及跨主體分享之文化之狀態，例如，「臺灣位處於西南太平洋」即是關於客觀外在世界狀態之描述、「習近平意欲統一兩岸」則是關於主體內在世界狀態之描述，而「臺灣人有敬老尊賢的傳統」則是關於跨主體文化的狀態描述。相對於此，價值判斷作為語言行為，其言內（illocutionary）目的在於使陳述者與接收者之間就規範性命題形成共識，例如「公民應該在戰爭



時守護家園」即是一種倫理命題或「身體健康受石化工業影響者國家應予補償」即是道德命題。

另外，在此所謂之「目的」並非主體自我對於其陳述之詮釋。事實陳述作為語言行為，其意義即是跨主體的而無法由主體任意賦予意義；主體可以誤解其使用之文字之意涵，但仍不改變該言說（utterance）在某一社群內之意義。故而反映在釋義學上，究竟行為人之陳述是事實陳述或價值判斷，即應判斷該政治社群一般理性公民是否將在接收該等陳述時，即認為陳述之目的在建立對外在世界、主體世界或文化的客觀狀態之共識。而在一個陳述同時包含價值與事實時，即應依據其語意、陳述脈絡、陳述對象等伴隨情狀，從一般人觀點判斷陳述所主題化（thematize）者是客觀狀態描述或應然命題主張。

第二項 「不實」的判斷標準

在區分事實與價值判斷之後，接著必須考量區分真實與不實的標準。在此本文無意探討哲學上的知識論問題，毋寧是將本文的哲學基礎預設（真理共識論）落實為釋義學之解釋。

如同事實與價值之區分取決於論辯社群之間的共識，則事實宣稱之真實與不實亦取決於該社群之間的共識；在此所謂共識仍是藉由兌現有效性宣稱進行說服的成果。不過，如前述，政治社群通常不自己討論何謂事實，而是交由其他民主體制中的中立機制（大學、大眾媒體與法院等）加以生產或檢驗，而由於該等機構已存在於民主體制之長久歷史中，並且時常發揮確保真實的作用而享有一定權威（authority），故參與政治論辯之公民接受該等機構關於事實之陳述以作為自己的事實共識。

法院作為一個事實產製／檢驗機構，與作為價值論辯的政治論辯不同，法庭論辯即（可以）是一種關於什麼是事實的公共辯論。在審判程序中，被告有機會說服法院接受其所宣稱之事實為真實，而法院必須與被告就其所宣稱之事項進行



討論。僅有在被告無法以語言行動兌現其關於事實的有效性宣稱時——亦即無法在訴訟上提出足夠之證據使法院產生其所言為真之心證——方得認定其所為之事實宣稱乃是不實陳述。

在此面臨一個可能的反駁：程序中的被告作為一個參與事實辯論的理性程序參與者，若其所主張之事實與法院最終認定之事實不符，則基於真理共識論之立場，似乎應認為由於法院與被告間無法形成共識，根本不存在關於事實的真理，如此亦無所謂「不實」陳述可言。但事實上被告面對刑罰之恫嚇，本即難以期待其不主張自身所陳述者為真實，而認同法院之事實認定。故而法院必須認定，是否行為人在不面對刑罰恫嚇時，亦將同意不同於其主張之事實。在釋義學上的翻譯即是，法院應判斷，是否一個與行為人具備相同智識水準之理性人，面對行為人所掌握之相關證據資料，亦將認為無充分理據支持該事實陳述。

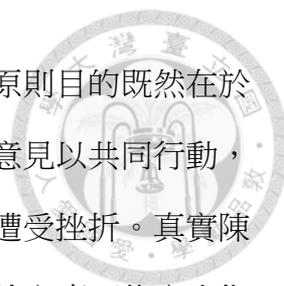
第三項 謠言之意義

系爭二條文在不實訊息之外，另規範謠言之散布，在此應探究者毋寧是，是否謠言在公共性原則保護的觀點下，有其獨立規範之意義。

公共性原則之破壞邏輯上有三種可能：首先，藉由散布不實訊息使信以為真之公民被迫脫離政治辯論程序；再者，藉由散布真實訊息，使信以為真之公民脫離政治辯論程序；最後，就尚無「事實是什麼」共識之事項，主張某一事實陳述具備真理／真實地位，從而使政治辯論奠基其上展開。

第一種情形較無問題，此即是規範不實訊息散布之理由。

第二種例如在威權國家中，政府企圖掩蓋歷史真相以利統治維護（例如六四天安門事件）。在此，散布真實歷史資訊亦將使信以為真之公民脫離（如果允許存在的話）相關政治辯論程序，蓋其它公民分享與之不同之事實。不過，在此本文不認為應以刑法規範之，其理由顯而易見：若以刑罰恫嚇陳述真實之公民，根本違反最基礎的道德原則。若認為刑法規範性之來源乃是實踐理性，則刑法規範



性自亦不得背離實踐理性所制定的普遍道德律。甚至，公共性原則目的既然在於保障每個公民參與政治論辯之機會，藉此確保共同體依據最佳意見以共同行動，則奠基於錯誤事實共識之共同體意志最後實現於客觀世界必然遭受挫折。真實陳述是藉由破壞虛假公共性／公共領域（Öffentlichkeit）來維護與建立真正能產生指引共同行動的意見的公共領域。故本文認為，真實陳述並未造成公共性原則之侵害。

第三種情形例如在某國是否要援助正在作戰的鄰國的討論中，由於相關通訊設備被破壞，故對戰場狀況一無所知，則此時某國原應等待事實明朗才能進行是否以及如何援助鄰國的政治論辯，但卻有謠言稱該鄰國已經全面投降無需援助，導致援助計畫中止。乍看之下第三種情形與前二者有所差異，蓋前二者是強迫相信事實陳述之公民脫離政治論辯，但第三種情形屬本無事實共識，故不可能產生奠基其上之政治論辯。不過，本質上第三種情形是屬於強迫信以為真之公民進行基於虛假事實資訊的政治論辯，亦即藉由創造虛偽的公共性以侵害公共性原則。蓋公共性原則之意義在於，每個公民都有決定是否參家政治論辯之權利，而在事實尚未明朗之情形，理性公民將決定暫緩政治論辯之進行，但由於謠言之散布，信以為真者即是被迫開啟基於虛偽資訊之政治論辯。故在公共性原則之刑事保護觀點下，謠言具備獨立之規範意義。

無法產生事實共識之事項有兩種可能性：首先，人類所能認知之事實受限於其認知能力，例如若無通訊設備之幫助，人類無法知悉肉眼範圍外之世界狀態；或相關事實之探究要求高度知識或設備而之情形，例如某物質是否對人體有害尚待科學研究。第二種情形乃是相關事實涉及高度機密領域，而僅有少數人可知悉相關事實真相，例如國防外交相關事項。

故所謂謠言即是，在欠缺證據之情形下就該二種事項為事實陳述，並且主張具備真實／真理地位者。不實訊息與謠言之差異在於，前者所涉及之事項是（可以）有事實共識的，而後者所涉及之事項至少在一定期間內無法產生事實共識。



不過，不實訊息與謠言相同之處在於，皆屬於無足夠證據支持之事實陳述。故而所謂謠言，亦是被告無法在與法院之事實論辯中，提出足夠證據以兌現其事實宣稱。故而如前所述，基於被告亦屬於事實論辯之參與者，法院亦須判斷具備被告智識水準之理性人，是否將認為並無足夠證據支撐其事實陳述。反之，若行為人已經掌握事實真相而為散布即非謠言，其雖可基於規範刺探、洩露秘密之條文加以處罰，但對系爭二條文而言則屬構成要件不該當。

第四項 事實陳述內容之性質：政治上重要性

不實訊息對於公共性原則之侵害，在概念上可以從其陳述方式與陳述內容加以分析。就陳述方式即是前述之散布行為，亦即欲該當系爭二條文之散布，必須不實訊息觸及為數足夠之公民。在此應思考不實陳述與謠言之內容應具備何種特質（Qualität）方得侵害公共性原則。

如前所述，本文認為事實與價值判斷之差異取決於前者是使關於後者之論辯得以開啟之共識前提，則不實訊息欲侵害公共性原則，必須是其所涉及之事實主題乃是公共論辯所奠基者。而足以為公共政治論辯所奠基之事實陳述，必須是其內容具備政治上重要性者。

是否具備政治上重要性之認定雖然權在法院，但並非由法官依自身之價值觀決定什麼事實陳述內容具備政治上重要性，蓋毋寧是政治社群自己決定什麼是具備政治上重要性之事項。故而法院之判斷標準即是，依據政治社群固有的政治文化與政治氛圍，以及當前政治論辯動向，可以認為該政治社群所在意的價值主題必須奠基於該等事實陳述所涉及之事實主題。



第三節 適性條款之解釋

系爭二條文犯罪之成立必須要求所散布之不實訊息或謠言足生損害於公眾或他人，此適性條款之要求亦是本罪成立之核心。而此適性條款本文即將之解釋為潛在危險犯，已如前述。潛在危險犯之成立以具體危險性狀態存在為必要，而該狀態不同於實害或具體危險。在此，首先分析公共性原則侵害進程中的實害與具體危險狀態，以精確定位系爭二條文所要求之具體危險性狀態（第一項）。再具體地論述民主選舉的自由論辯體制下之非容許風險內容（第二項）。最後，利用第三章第二節第三項第四款中對潛在危險犯之理解展開對系爭二條文適性條款之具體詮釋（第三項）。

第一項 公共性原則之實害、具體危險與具體危險性狀態

首先，公共性原則作為保護法益，其實害狀態乃是足夠數量之理性公民相信不實訊息而被迫脫離作為價值論辯的理性政治辯論程序。在此，邏輯上可以想像兩種情況：首先，不實訊息使「部分」公民信以為真，則該部分公民較之其他公民，即是被迫脫離作為價值論辯的政治論辯；再者，若在如同關西機場事件，在一定期間內幾乎全國皆以為不實陳述為真實，則似乎並無使部分公民脫離公共辯論之情形。然而，此種情況毋寧是強迫全體公民脫離奠基於真實的政治論辯，對公共性原則之侵害愈重。謠言則是藉由使信以為真之公民被迫開始欠缺基礎之政治論辯以侵害公共性原則，已如前述。

再者，具體危險狀態要求依據可能性法則可以認定實害發生已具備高度蓋然性，且法益客體已進入危險作用領域，且實害是否發生繫於偶然。³⁷³如前所述，系爭二條文之法益客體乃是奠基於不實訊息或謠言所涉之事實主題之政治論辯（政治公共領域）。當政治公共領域為不實訊息或謠言所覆蓋，即是法益客體進

³⁷³ Zieschang, (Fn.240), S.76.



入風險作用領域。若該公共領域中之理性論辯參與者無法依憑自身可支配之知識與技術以辨識不實事實陳述之不實（Kinhäuser）；或該公共領域中的理性論辯參與者未將不實事實陳述信以為真之理由不是一般人所可信賴者，或一般人所可操控而重複發動者（Wolter; Sühnemann），則存在具體危險。

最後，具體危險性狀態作為蘊含非容許風險之具體危險前階段，並不要求法益客體已然進入風險作用領域，而僅要求依據行為結束後法院之預測，法益客體進入非容許風險作用領域之可能性屬應嚴肅看待者，惟仍應排除法益客體進入風險作用領域之時空距離仍屬遙遠之情形。本文認為，在系爭二條文之脈絡中，具體危險性狀態即是不實訊息已然覆蓋為數足夠之公民群體，且該等不實訊息或謠言足使與之接觸之公民信以為真，且依據裝備專業知識之法院於行為結束後之預測，可以認為一個奠基於該等不實訊息或謠言所涉及之事實主題之政治公共領域將產生。

再來所應處理之問題即是，「不實訊息或謠言覆蓋為數足夠之公民群體」作為獨立於散布行為之狀態、且是具體危險性判斷之對象，其所應內含之非容許風險為何。以下先詳論在自由論辯體制脈絡下之非容許風險，再以之為具體危險性狀態解釋之基礎。

第二項 對民主選舉的自由論辯體制之非容許風險

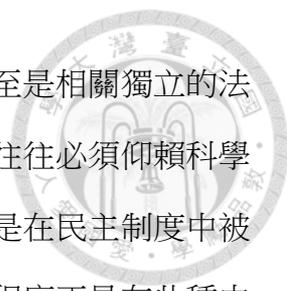
民主選舉的自由論辯體制乃是依據二原則而建構：作為體制運作規則之形式語用學規則與作為體制建構原則之公共性原則。形式語用學規則要求論辯參與者提供「充足之理由」以兌現其有效性宣稱；而公共性原則則確保「所有」政治社群成員皆有參與此理性政治論辯程序之權利與機會。因此，由二原則所共同架構的民主選舉的自由論辯體制即是在確保「最佳論證」的產生，從而確保公共意見的合理性（rationalization）。



由上述審議民主觀點出發，在作為價值論辯的政治辯論程序「內」邏輯上存在兩種可能的風險：首先，論辯參與者可能違反形式語用學規則，而未提供足夠的理據向他人兌現其有效性宣稱。一旦論辯參與者無法藉由兌現有效性宣稱產生創設人際連結的言內／履踐效力（illocutionary），國民主權即無法在理性政治論辯程序中誕生，自無從作為賦權予政府的權力來源。但若僅是單獨個人無法提供充足理由以兌現有效性宣稱，不可能有造成此種侵害之機會，必須是絕大多數公民皆無法提供足以說服其他公民同胞的理性論證，才能癱瘓理性政治論辯程序，故若欲對之加以規範毋寧是以累積犯方式為之。不過，這並非系爭二條文所欲規制之事實關係。

再者，論辯參與者違反形式語用學規則（即無法提供充足的理由以兌現其有效性宣稱）在邏輯上有另一種可能性，亦即該等不具備充足理由的有效性宣稱被兌現。雖然如前所述，公共性原則與形式語用學規則之共同作用，在於確保最佳論證勝出；但人類作為有限的理性存有者仍舊可能被較差論證說服，而所有未能提出充足理據之論辯參與者，只要其有效性宣稱不是一目瞭然地不足信，皆是創造此類風險。然而，縱使公共意見為較差論證所決定，但由於理性政治論辯受公共性原則支配，故而任何人皆有權重啟辯論，亦即有權要求隨時檢驗佔據支配地位的公共意見。由於公共性原則對公共辯論之支配，故而未提供充足論證之參與者所創造之風險，仍是作為價值論辯的自由論辯制度所能抗制者。就結論言，本文認為在政治價值論辯中，參與者違反形式語用學規則而未提出充足理據的規範性有效性宣稱，仍非刑法上應重視之風險。

不過，上述情況在參與者所提出者屬事實陳述時即有不同，此乃由於政治論辯本質即非關於事實之論辯：政治論辯不能決定什麼是事實。政治論辯作為價值論辯必須奠基於事實之上而展開。在民主體制中，往往是依賴獨立於各種政治立場之中立事實產製／檢驗機構提供政治社群展開政治論辯程序所必須之事實。例如關於倫理的（我們是誰）、道德的（什麼是正義的）論辯往往必須基於各該政



治社群過往的歷史而展開，就此必須求諸於學院中歷史學家甚至是相關獨立的法院的判決；而就實踐的（該怎麼做才能最有效達到目的）論辯往往必須仰賴科學知識與媒體關於當前處境之事實報導。而媒體、大學與法院皆是在民主制度中被期待獨立於各種政治立場之機構。關於「事實是什麼」的論辯程序正是在此種中立的事實產製／檢驗機構中進行，而其同樣為形式語用學規則所支配。³⁷⁴

基此，若論辯參與者就事實陳述無法提出充分理據，但其陳述具備真實陳述之外觀，則與其說是因為人類作為有限理性存在而可能對之信以為真，毋寧說參與政治論辯之公眾本即不處於適合檢驗事實陳述真假的事實論辯中，故即有採納為政治論辯基礎之可能。且此風險無法靠公共性原則予以抗制，蓋分享不同事實者即不能在同一個作為價值論辯的政治論辯中，自無法藉由重啟以追尋價值意見之一致為目的的政治論辯來修補事實共識之欠缺。

或認為關於什麼是事實之辯論亦可隨時開始，故而如同關於價值之辯論一般不具備刑法上應重視之風險。不過，雖然「事實是什麼」亦是由（在前述之中立事實產製／檢驗機構中進行的）相關事實論辯程序予以決定，但在該等論辯程序否認不實訊息或澄清謠言之前，奠基於真實且要求全體公民參與的、作為價值論辯之政治論辯無法開啟。亦即向公眾陳述未具備充分理據之事實，若其具備可信之外觀，雖然對於事實論辯而言雖然不具備非容許風險，但對作為價值論辯的政治論辯及作為政治論辯的建構性條件的公共性原則而言，即開啟非容許風險。

就結論言，對公共性原則之非容許風險即是，行為人向共同體發表無充分理據的事實陳述（即不實陳述或謠言），且該陳述具備使一般理性公民信以為真之外觀。而法益客體則是一奠基於不實陳述所涉及之事實主題上之公共政治論辯（政治公共領域），若該等政治公共領域為該等不實陳述所覆蓋，即因部分公民可能因相信不實陳述以致於被迫脫離政治論辯，或因相信謠言而被迫進行無根據

³⁷⁴ 是否受公共性原則所支配在此不具重要性。不過，答案仍應為肯定，只不過此處之公共性並非全體公民參與，而是具備一定知識條件者即有權參與，且該等知識條件的取得在一個理想的民主社會中是任何公民皆可以決定是否付出成本取得的。

的政治論辯，而有公共性原則侵害可能（即具體危險）。具體危險性狀態則是該等政治公共領域雖尚未現實地出現，但根據行為結束時專家知識之預測，在迫近未來有高度可能性將出現。



第三項 具體危險性狀態之認定

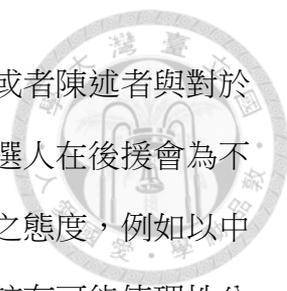
在潛在危險犯，具體危險性判斷之對象乃是一獨立於行為之狀態。而如前所述，此狀態即是「不實訊息或謠言覆蓋或觸及為數足夠之公民」。而本文認為潛在危險犯規範目的在於禁止引致內含非容許風險之狀態，故具體危險性狀態即是依據個案風險關聯因素可以認為內含非容許風險之狀態。在此即應具體展開在判斷此是否具備狀態之具體危險性時所應顧慮之事項。雖然具體危險性判斷要求顧慮個案情狀，而不同個案容有不同風險關聯因素，仍可以將相關標準適度地類型化，以利實際適用。

在系爭二條文脈絡中，所謂具體危險性狀態即是，即受不實訊息覆蓋之公民群體有相信不實陳述為真實之可能。以下區分為風險奠基因素、風險排除因素與救援手段分別論述之。

第一款 風險奠基因素

首先，無充分理據之陳述欲使公眾信以為真，必須以公眾能注意到該等言論之存在為前提，否則若該等言論根本為大眾所忽略，即無是否信以為真之問題。故在此風險奠基事實即是注意力吸引事實。例如，將不實訊息或謠言投放（大眾媒體或社群平台）廣告而吸引大眾關注。

再者，不具備足夠理據之事實宣稱欲侵害公共性原則，必須使其他論辯參與者信以為真。就此之危險奠基事實即是奠基陳述可信性之事實：首先，陳述者之身份亦可能影響公民對待該等事實陳述之態度，例如陳述者以專家身份對相關事



項為陳述，其對理性公民而言可信度即高於外行人所為者；又或者陳述者與對於受眾有特殊關係而使後者容易相信其所述為真，例如，政黨候選人在後援會為不實陳述等。再者，陳述之方式亦可能影響理性公民對待該陳述之態度，例如以中立客觀的新聞形式出現之陳述，較之於個人臉書發文陳述，即較有可能使理性公民信以為真。另外，陳述之外在環境與脈絡亦可能影響理性公民接受陳述之態度。例如在危機事件爆發時，以「新聞快訊」對該事件所為之陳述，較之於有充分思辨時間的平和狀態，更有可能使理性公民接受該等陳述。最後，陳述內容之接受對象亦有可能影響對事實陳述之接受程度。縱使審議民主理論預設理性論辯的公民圖像，亦非否定理性公民彼此之間的多樣性，毋寧是基於此種多樣性而要求彼此之間進行理性的利益與價值之對話討論。故而相同言論對於同一政治社群中的不同族群、性別、階級、宗教、教育程度之受眾，容有不同作用，亦屬法院應在個案中顧慮及之者。

應附帶論及者，具體危險性狀態中之危險奠基因素，必須是行為人行為時主觀所得預見者，亦即必須是主觀風險的現實化，如此方得歸責於行為人。關此詳如後述。

第二款 風險排除因素

首先，對應注意力吸引事實，風險排除因素即是注意力排除之事實。例如，在台北車站舉大字報散布不實訊息或謠言，若依據具體情況例如字跡過於潦草、字數太多太密等而認為無法引起過路民眾之注意，則不具備使公民信以為真之風險。再者，對應奠基不實陳述之陳述可信性之風險奠基因素，風險排除因素即是任何取消不實訊息或謠言可信性之事實存在。該等事實中最重要者是於相當期間內於受不實訊息或謠言覆蓋之公眾溝通領域中呈現之反對言論。在此有三概念應展開：反對言論、該等言論之可及性（Zugänglichkeit）與所謂相當期間。



所謂**反對言論**（counterspeech）並非僅是單純在立場上否定不實訊息或謠言之言論。蓋若只是單純不同意的陳述，只是使理性公民面對另類事實（alternative fact）而已。故而反對言論必須是較之不實訊息或謠言對理性論辯參與者而言更具說服力之陳述。例如，直接藉由經驗證據證明事實與不實訊息所宣稱者不同；或藉由權威人士表示「相關事項尚待科學研究」說明謠言欠缺足夠證據支撐其事實陳述。

再者，反對言論要能發揮危險排除作用，必須其現實上能觸及受不實訊息或謠言覆蓋之公民群體，此即可及性之要求。此點即因不實訊息或謠言傳遞之媒介而有差異。由於當前公共溝通高度仰賴社群平台，且因演算法系統將資訊商品化而餵養使用者符合其偏好之言論，造成所謂公共領域破碎化之現象。在此等溝通條件下，相較於大眾媒體平衡報導之要求，反對言論即難以觸及之。

最後一個重要問題是何謂**相當期間**，其與可及性密切相關，亦即究竟在多久期間內無法觸及接受不實訊息或謠言之公民才能否定可及性。如前述，系爭二條文乃是藉由保護選舉前階段公共政治論辯合規則性（即合乎公共性原則）以保障投票結果正確性。亦即，若由於散布不實訊息於非顯不重要數量之選舉人，且言論具足使之信以為真之外觀，進而足以導致在**選舉開始時**該部分選舉人仍舊無法參與決定共同行動應然準則的政治辯論，在滿足後述（第三款）風險非容許性判斷下，應認為散布行為足使選舉結果不正確；縱使非選舉開始時仍對不實訊息或謠言信以為真，若反對言論直到選舉開時前一段時間，方才觸及接受不實訊息或謠言之選舉人，而相對於奠基在該等不實訊息或謠言所涉及的事實主題上的價值命題的重要性，**從澄清不實訊息或謠言到選舉開始之間所剩餘的期間**，顯不足夠使該部分公民為充分辯論以求取價值意見的共識，若滿足後述風險非容許性判斷，即應認為足使選舉結果因此不正確。反之，若不實訊息或謠言觸及非顯不重要數量之選舉人後，旋即產生有效、可及的反對言論，而從不實訊息或謠言澄清

後到選舉日之間，可以認為仍存在與議題重要性相當的合理期間，則應否定非容許風險存在。

應附帶論及者，若具備風險排除因素，則將使具體危險性狀態不存在，既然欠缺應歸責客體，即無可否歸責於行為人之問題。

第三款 救援因素

如前述，是否應將救援因素納入風險容許性判斷，涉及經驗上預測與規範性判斷。

在經驗預測上，必須救援因素在散布行為結束時已存在但尚未啟動，但依據預測將發揮作用者；又或者是在行為結束時尚不存在，但根據預測將介入風險流程者。故而在系爭二條文之脈絡中，必須依據具體政治社群情狀，可預期上述一般可信賴之救援因素將介入澄清不實訊息。例如在個案情況中，該等不實陳述或謠言涉及當前受熱切討論的公共辯論主題，而可以預期相關機構介入檢驗（此即後述法益客體在場可能性）；又或者若政府在近期已強制關閉數家中立媒體、或相關事實查核中心已被證實為不實宣稱或謠言之行動者所把持，則可以預測相關中立的事實產製／檢驗機構無法介入檢證、澄清該等言論。若在經驗預測上無啟動或介入之可能，即無需進入規範性判斷層次。

若在經驗預測上可以肯定否救援因素將啟動或介入，即須進一步為規範性判斷，在此涉及兩個層次：是否將某救援因素納入風險判斷，以及認定其所管轄的風險範圍。

首先探究者是，救援因素是否納入風險容許性判斷的層次。首先討論被害人所支配之救援手段。如第三章第二節第三項第四款第三目所述，在以被害人自願承擔風險作為風險容許性標準之觀點下，欲將被害人所支配之救援手段納入風險判斷基礎，必須其屬於支配廣泛性社會交往之事實運作模式。如此一來，被害人在進入該社會交往領域時，即以行動同意了某範圍內之風險由其自我管轄。而所



謂某範圍，亦不過是該事實運作模式所通常劃歸參與者自我管轄者。事實上，在當前的政治論辯中，由於教育制度的普及與資訊開放流通等社會因素，參與者皆被期待具備一定程度的資訊查證能力。故而在風險容許性判斷中應納入者即是一般理性公民被期待具備的資訊查證能力。

再來，在第三人所支配之救援手段。亦如第三章第二節第三項第四款第三目所述，第三人所支配之救援手段是否應納入風險判斷基礎，取決於該救援手段是否事實上為廣泛性社會交往活動之參與者所利用以擴大自己的社會活動範圍；若是，即應承擔其偶然失靈之風險。在此涉及雙重風險，首先社會領域參與者在一般情形是承擔救援因素失靈之風險，而在其確實失靈時，參與者亦需承擔其正常運作下本得抗制之風險。而如前所述，政治論辯必須奠基於事實而展開，但政治論辯無法自己產製事實，故而往往仰賴中立的事實產製／檢驗機構。該等機構由於在法規制度上與歷史上的中立性，故而其所產製、檢驗之事實為公眾所接受。而正是藉由利用其所產製、檢驗之事實，使得公眾無需在進行政治辯論前對於政治論辯所奠基之事實逐一自行查證，從而擴大了政治辯論之可能性。而由於支配政治辯論的事實上運作模式，乃是論辯參與者通常依賴該等中立機構產製或檢驗事實，故政治論辯參與者必須承擔該等機構偶然失靈之風險。故該等機構一般而言具備之事實檢驗與澄清能力應納入風險容許性判斷。

反之，而若在某政治社群，該等機構已時常失靈，使一般理性公民已難以依賴其所提供之事實而展開政治辯論，則難以認為公民在進入公共辯論時即已現實上以該等機構作為擴大自己政治論辯可能性之基礎，即不應將該等機構之事實查證能力納入風險判斷基礎。此種情形固然可能發生在媒體長久受到政府或財團把持之國家，但亦由於社群平台逐漸取代傳統上擔負查證義務之大眾媒體而出現於成熟之民主國家。詳言之，許多農場新聞、粉絲專頁、社團或個人頁面在社群媒體時代扮演起「自媒體」之角色，但其不具專業媒體倫理所要求之查證能力與意願；且社群媒體上將資訊商品化之結果，使得社群媒體無力將反對言論觸及受不



實訊息或謠言覆蓋之公民群體。故至少在目前現狀下，臉書等社群媒體的查證與澄清能力並非得納入風險容許性判斷者。但若未來如《數位通訊傳播法草案》等立法課予社群平台相關查證與澄清責任，而其現實上也為平台業者所遵守，而可以認為公民現實上依賴平台業者作為事實檢驗機構以擴大政治論辯可能性，則應將該等機構之查證與澄清能力納入風險容許性判斷中。

再者，應討論者為，在風險容許性的判斷中，如何認定風險是否逾越該等應納入風險判斷的救援因素所能管轄之範圍，此即承擔風險範圍之層次。在最抽象的層次上，所得期待被害人或第三人管轄之風險範圍，仍是一般經驗上所得期待其管轄者。

首先，在被害人層面，一般而言所得期待被害人管轄者即是依據當前國民教育程度以及資訊開放社會的資訊流通程度，所得期待一般理性公民自行付出成本查證資訊之範圍。例如，網路上流傳「中央社報導 執政黨執政失能 我國平均年收入逐年下降」之訊息，縱使認為具備可信之外觀，且現尚不存在有效的反駁言論，但其所涉及之事項乃是可以期待公民自行查證者（例如，上網搜尋主計處或國際組織的統計資料）。

再者，亦需判斷，是否該等不實訊息之否認逾越現存於具體政治社群之相關中立的事實產製／檢驗機構現實上之事實辨識與澄清能力。

首先，就辨識或查證能力而言，涉及是否一般而言中立的事實產製／檢驗機構能「即時」辨識不實訊息或謠言屬於未具備充分理據之事實陳述。例如，不實訊息所涉及之內容由於高度專業不能期待該政治社群中的大眾媒體或事實查核中心即時檢證；或不實訊息或謠言在危機時期快速傳播故無法期待該等機構在短時間內對之詳盡調查，此即屬於一般而言難以期待事實產製／檢驗機構即時辨識、查證者。

再者，就澄清能力而言，在此涉及該等機構將反對言論觸及受到不實訊息或謠言覆蓋之公民群體之能力。在此即應區分不實訊息或謠言所寄存之媒介而具體

討論。³⁷⁵在光譜上兩端即是傳統擔負平衡報導義務之大眾媒體與將資訊流商品化之社群媒體。前者較之後者一般而言可期待其在接受事實產製／檢驗機構所提供之澄清訊息後將加以報導；不過，此又取決於現實的媒體生態，若現實上大眾媒體已未完全盡平衡報導之責任，亦須（部分）否定事實產製／檢驗機構之澄清能力。當然，若未來如同《數位通訊傳播法草案》等立法加諸社群媒體強制標示不實訊息之義務，即可能影響該等平台查證與澄清能力之判斷（當然仍取決於是否其事實上充分履行該等義務）。就結論言，若觸及公民之不實訊息或謠言屬於一般而言可期待中立的事實產製／檢驗機構查證、澄清者，即不存在非容許風險。

最後應說明者，將刑法規範性與實際上支配廣泛性社會交往領域之運作模式相連結，亦有助於刑法最後手段性之達成。亦即，為了維護公眾辯論之品質，刑法應屬最後之手段。詳言之，事實產製／檢驗機構實際上查證與澄清不實訊息或謠言之能力愈強，非容許風險之範圍即越小，發動刑法之機會亦愈少；但在媒體生態劣化、公共溝通管道日益仰賴社群媒體之社會實況下，由於事實產製／檢驗機構之查證與澄清能力愈弱，則非容許風險之範圍即愈大，刑法發動之必要性亦隨之升高。若未來透過刑法以外之手段逐步完善媒體環境，並且加諸社群平台業者一定程度的澄清、標示、下架不實訊息或謠言之責任，則刑法發動之機會亦將隨之下降。

³⁷⁵ 大眾媒體同時是中立的事實產製／檢驗機構，亦是在該等機構之澄清能力判斷中應納入考量的不實訊息寄存之媒介（media）類型。故大眾媒體在不同概念層次扮演不同角色，不容混淆。亦即雖可將大眾媒體的查證與澄清能力納入風險容許性判斷中（相對於此如臉書等社群平台的查證與澄清能力即不應納入），但若不實訊息或謠言所寄存之媒介是社群平台，則一般而言也難以期待大眾媒體查證後所產生的反對言論可以觸及接受不實訊息或謠言之公民群體。

第四款 法益客體進入風險領域可能性



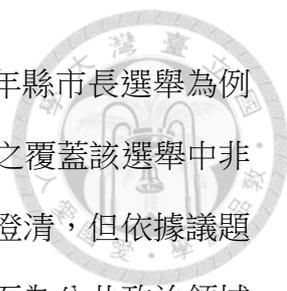
在認定狀態存在非容許風險後，仍必須判斷法益客體進入該風險領域之可能性，亦即「在場」(Befindlichkeit)可能性之判斷。亦即具體危險性要求在依行為結束時之事實，以法院在程序中所獲得支配之專家知識標準判斷，存在法益客體進入風險作用領域之高度可能性，且依預測並無時空距離遙遠之情形。

故在系爭二條文之脈絡中，在認定非容許風險存在（注意力吸引事實與可信性奠基事實存在、不存在公眾注意力轉換事實與具備可及性之反對言論，且一般而言不能期待一般理性公民獨自檢證該事實陳述或事實產製／檢證機構對之加以核實、澄清）後，仍必須預測是否在迫近之未來將產生一個奠基於不實訊息所涉及之事實主題之公共政治辯論。關此，應可區分為在場可能性奠基事實與排除事實分析之。

就在場可能性奠基事實而言，在此即是（公共政治）論辯誘發事實。最重要者即是言論內容的政治上重要性，已如前述（第四章第二節第四項）。另外，考量受眾之性質，其是否容易為不實陳述內容激起憤怒等情緒，而可以預測將引發討論，亦屬之。

就在場可能性排除事實而言，即是論辯弭平事實。在此最重要者即是公共論辯重心轉移事實，例如在散布行為結束後發生大地震，而關於地震的死傷人數、救援情況等完全吸引公眾之注意與討論，即無法預測將產生奠基於不實訊息或謠言所涉及之事實主題之公共政治論辯。

最後，應討論「迫近的未來」與前述可及性反對言論在「相當期間」內不存在之關係。相對於相當期間之判斷是一個法院在成序中事後之確認（Diagnose ex post），政治公共領域的出現涉及的是事前的預測（Prognose ex ante）。在具體判斷上，法院首先必須先判斷可及性反對言論在相當期間內不存在，而後根據行為結束時的個案情況，若能預測一個奠基於謠言或不實訊息所涉事實主題的政治公共領域將在可及性的反對言論呈現前產生，即客觀構成要件該當。舉例以明之：



設候選人登記後（最早可能該當系爭二條文的時點，以 2022 年縣市長選舉為例 8/29 開始候選人登記 11/26 即投票）行為人散布不實訊息並使之覆蓋該選舉中非顯不重要的公民數量，而後在選舉前一個月該等不實訊息才被澄清，但依據議題重要性可認為已可及性反對言論並未在相當期間內產生，則進而為公共政治領域在場性判斷。此時即是從散布行為結束後的個案事實為預測，若可以認為有高度可能公民將在 10/26 前開啟相關政治討論，縱使事後並無該等討論，亦該當客觀構成要件。

附帶論及者，在歸責層次（後詳述），就在場可能性奠基事實，亦必須是行為時主觀上所認識的（主觀）在場可能性奠基事實之實現。

第四節 主觀構成要件

第一項 故意犯或故意過失結合犯

第一款 德國刑法第 186 條相關討論之啟發

在德國刑法第 186 條³⁷⁶的討論中，通說認為「事實無法證明為真」乃是行為人主觀所無需認識之客觀處罰條件。但此點受到文獻上許多批評：第一，其違反有疑唯利被告之原則，蓋在該事實無法被證明為真時，須由被告承受不利益；第二，無法期待在社會交往中社會成員僅表達可以被嚴格證明為真之關於他人名譽之事實陳述，行為人為該等無法被嚴格證明為真、但關於他人名譽之陳述可能基於相當的理由，如此在規範名譽概念下即非當然不法。³⁷⁷基此，文獻上有認為應以「不可被證明為真」為構成要件要素，但此將導致既遂發生在審判程序結束時；或者將不實作為構成要件，但如此將導致行為人縱使具備違反查證意義之重大過

³⁷⁶ 其規定：「宣稱或傳布關於他人之事實，而該事實足以使其受蔑視或在公共意見中降低評價，當此事實無法被證明為真時，處一年以下有期徒刑或罰金，當行為公開或在集會中或藉由傳布文書為之時，處兩年以下有期徒刑或罰金。」

³⁷⁷ Hirsch, Grundfragen von Ehre und Beleidigung, in: Festschrift für E. A. Wolff, 1988, 125, S. 143ff.

失亦不該當本罪，顯不利於他人名譽之保護。³⁷⁸故而有有力說認為³⁷⁹，德國刑法第 186 條應屬於故意過失結合犯，亦即就關於他人名譽事項之不實，行為人應具備過失即可；而就其他構成要件要素則應具備故意。如此之結果是，當該等事實被證明為真時，最多僅是一個無結果之過失犯而不罰，而在該等事實被證明為不實時，則應再審究行為人是否違反刑法上可期待其進行之事實查證義務。而現在問題即是，是否系爭二條文亦得為如此解釋？

本文依據下述三理由，認為系爭二條文亦屬於故意過失結合犯。首先，比較德國刑法第 186 條與系爭二條文，在法益上前者涉及個人名譽權保護，後者則是國民主權原則之刑事保護，後者具備較高度之價值應屬無疑。而比較本文上述對系爭二條文客觀構成要件之解釋與德國刑法第 186 條，毋寧系爭二條文之客觀構成要件成立遠為困難，若在主觀構成要件上復為更嚴格之解釋，則可能癱瘓系爭二條文之適用。第二，從上述對客觀構成要件之解釋可知，系爭二條文之行為人必須對於散布行為、所陳述者乃是事實宣稱而非價值判斷、事實（將）具備政治上重要性且足生損害於公眾或他人（故意所應認識之內容詳第二目），則上述故意要求即已足以避免政治性言論發表動輒遭刑法相繩，無需再以對事實之不實或屬於謠言有故意來限縮刑法發動。第三，若認為系爭二條文之成罪以行為人對事實之不實或屬於謠言有過失為已足，則更可以彰顯對公共領域影響較鉅之行動者對於公民參與理性論辯程序之維護義務。詳言之，從上述客觀構成要件之解釋即可知，本文認為系爭二條文不欲捕捉普通公民對不實事實未經查證即予以轉傳之行為（累積模式）——該等行為往往不該當上述解釋下之「散布」；毋寧是例如政黨側翼、企業或利益團體之公關部門、（我國或中國）政府網軍等具備組織性之行動者較有機會觸犯系爭二條文，蓋其對於公共領域之影響力遠大於一般人，且較之一般人也更容易獲得、產製一般公民難以檢證之資訊。故在刑法上即可期

³⁷⁸ Zaczyk, (Fn. 46), §186, Rn. 17-18.

³⁷⁹ Hirsch, (Fn. 377), S. 168ff.

待該等行動者在試圖影響或操弄公共領域時，盡注意其所於公眾溝通領域中散布之事實資訊是否為不實或屬於謠言之義務。

事實上，釋字 509 號解釋即呈現上述意旨：「惟行為人雖不能證明言論內容為真實，但依其所提證據資料，認為行為人有相當理由確信其為真實者，即不能以誹謗罪之刑責相繩，亦不得以此項規定而免除檢察官或自訴人於訴訟程序中，依法應負行為人故意毀損他人名譽之舉證責任，或法院發現其為真實之義務。」雖於我國現行法中尚未有承認故意過失結合犯之情形，但若依據上開解釋適度放寬未必故意之概念，某程度上亦可達到相同效果。

第二款 系爭二條文之主觀構成要件內容與主觀歸責

在此本文無意深入故意過失等刑法學上傳統難題作全面研究，僅能基於前述而為邏輯一致之立場選擇，並落實於系爭二條文之解釋中。

除法益侵害之意欲外，故意必須有客觀之基礎。所謂客觀之基礎乃是以行為人行為時主觀上對伴隨事實、其行為與因果法則之掌握為判斷基礎，並從外於行為人之規範標準判斷³⁸⁰，是否可以期待行為人為了避免構成要件實現而放棄其行為或為一定行為。學說上有認為，此時涉及一個行為時的統計機率上之法益侵害可能性，而故意與過失之差異僅在於可能性高低的量差，故而故意過失之界線乃是相對浮動的。³⁸¹不過，此導因於以利益衡量作為容許風險標準之觀點，故而無法擺脫在統計上機率多大才能成立故意的問題。

本文認為，學說上所謂故意之客觀基礎即是主觀歸責之內涵，而故意另要求意欲之存在，此即行為人對法益侵害之因果流程具備具體想像，即行為人具備風險意識。³⁸²主觀歸責之意義在於判斷結果是否是行為人意志的具體化而可視為行

³⁸⁰ 周漾沂，前揭註 297，頁 1501 以下。

³⁸¹ 黃榮堅，前揭註 332，頁 375 以下；Kindhäuser, (Fn.276), S. 465.

³⁸² 周漾沂，前揭註 297，頁 1504 以下。

為人之作品。不過，是否是意志的具體化並非以結果是否出現在行為人具體的主觀想像中為準，蓋其可能僅是行為人渴望的事件發展進程，而該等主觀恣意設定之具體想像並不一定具備法益保護意義。而是從規範觀點評價行為人行為時之現實認知，判斷行為人主觀認識之環境因素與行為之綜合作用，是否足以支撐法所不容許之風險（風險創造）；且結果必須屬於主觀風險之實現，此即是結果發生之因果解釋必須納入行為人行為時主觀上認識之（足以支撐非容許風險之）事實。

在過失認定上，通說在不法層次尚未進入行為人主觀層面，故即有與故意犯在判斷構造上之斷裂。³⁸³詳言之，不法之意義在於行為人並未在行為上承認保護法益之刑法規範訴求，亦即行為人具備行為能力（Handlungsfähigkeit）得以在行為上落實刑法保護法益訴求但不為之。行為能力除外在身體現實能力外，即是行為人基於現實認知對未來因果流程之掌握，可以預測行為將引發之結果是否是規範所拒斥者，而有為了服從規範而放棄其行為之可能；在罪責層次則是審查其未形成遵法意志是否有刑法上可接受之理由，此即動機能力（Motivationsfähigkeit）之審查層次。³⁸⁴既然不法之意義在於檢視行為人主觀層面以確定其是否有遵守法益保護誡命之機會而不遵守，則在過失犯亦應在不法層次導入行為人主觀層面之審查。學說上有認為，應以行為人現實認識之事實為斷，視與行為人具備同等認識能力與知識之法忠誠公民，是否會因具備法益侵害可能性而放棄其行為，或進而為事實查證或預防措施。³⁸⁵不過，本文不採與容許風險判斷中的利益衡量模式相連結之統計機率上的法益侵害可能性概念，已如前述。故本文認為，過失之概念即是以行為人行為時現實上對事實與因果法則之認知為基礎，從規範觀點判斷是否已具備法所不容許之風險而可期待其放棄行為或進而為事實調查或預防措施，此即疊合於主觀歸責中主觀風險創造之判斷。

³⁸³ Kindhäuser, (Fn.276), 456ff.

³⁸⁴ Kindhäuser, (Fn.274), 527.

³⁸⁵ Kindhäuser, (Fn.276), 459ff.



以下開始為系爭二條文中主觀構成要件之解釋。

首先，行為人必須就不實訊息或謠言之未具充分理據以外之客觀構成要件具備故意，亦即具備具體因果侵害流程之想像，即風險意識。故行為人必須具體想像其對政治社群中為數足夠之公民群體發表內容具政治上重要性之事實陳述，且欲使該等公民奠基於該事實之上展開政治論辯。

再者，行為人就不實訊息或謠言不具備充分理據必須具備過失。在此即是依據行為人主觀現實認知之事項，從具備行為人知識水準之理性公民角度判斷，將無法認為行為人主觀上所認識之事實與證據足以支撐其為該等事實陳述。

最後，必須客觀上的具體危險性狀態可以主觀歸責於行為人，以下分為三點論之：

首先，作為歸責客體之客觀上的具體危險性狀態即是：不實訊息或謠言覆蓋為數足夠之公民，且依據散布行為結束時之事實，認為具備風險奠基因素（注意力吸引事實、可信性奠基事實）而不存在風險排除因素（注意力排除事實、具備可及性之反對言論），且無法客觀預測一般而言可靠的救援因素（一般而言不實訊息或謠言所涉及之事項屬於公民應自己檢驗，或由事實產製／檢驗機構加以檢驗者）將介入查證、澄清；或縱使可預測該等救援因素將介入，行為人所創造之風險仍逾越其所得管轄之風險範圍。

再者，就主觀風險創造而言，必須從規範觀點能評價行為人行為時所認識之事實與因果法則足以支撐非容許風險。詳言之：首先，依據行為時之對公眾溝通環境（例如臉書貼文觸及機制）之認識，可以認為不實訊息或謠言將觸及為數足夠之公民；再者，依據行為人行為時對散布方式與公民素質之認識，認為存在注意力吸引事實、可信性奠基事實而不存在注意力排除事實，且行為人並未認識反對言論現存於其欲散布不實訊息或謠言之公眾溝通領域；最後，依據行為時之對言論發表的周邊脈絡、事實查證機構運作方式、陳述所涉及事項與事實查證機構

與公民現實查證、澄清能力之認識，不能預測事實檢證機構將介入，或不能判斷一般而言可期待公民自行或由事實產製／檢驗機構即時查證、澄清該等事項。

第三，必須客觀上的具體危險性狀態乃是主觀風容許風險之實現，亦即其產生之因果解釋必須納入行為時認識之事實：亦即風險奠基因素必須是主觀風險創造之實現。若具體危險性狀態中的風險奠基因素不是主觀非容許風險之實現，則應排除主觀歸責。例如，客觀上足以使公眾注意到行為人所散布之不實訊息或謠言之因素並非行為人行為時認識者（例如不實訊息或謠言之所以引發關注，是因為行為後偶然事件爆發所導致）；或客觀上被認為足以奠基該等言論對理性公民可信性之因素非行為時所認識者（例如行為人原以為以新聞方式呈現及足以說服大眾，但事實上奠基可信性者卻是行為人不認識的閱聽人性質）。

最後，就法益客體進入風險領域之要求而言，在客觀上具體危險性狀態認定中，依據行為結束後之諸事實，可以預測存在法益客體進入風險領域之迫近可能性；在主觀上則是，依據行為人行為時對事實與因果法則之現實認知，不能排除法益客體進入風險作用領域之可能性；而該等奠基主觀在場可能性之事實與奠基客觀在場可能性之事實，必須存在同一風險關係，亦即後者在因果解釋上必須納入前者：客觀在場可能性奠基事實是主觀在場可能性奠基事實之實現。在系爭二條文之脈絡中，即是行為時對辯論環境以及其言論涉及之事項之認識，不能排除奠基於與之相關的事實主題的公共政治辯論產生，而該等主觀上認識之事實，實現為客觀上之諸事實，而正是依據該等客觀事實，法院於行為結束後得預測受不實訊息或謠言覆蓋之公民將產生相關政治論辯的高度蓋然性。

第二項 主觀意圖

在此將處理系爭二條文之意圖條款。《公職人員選舉罷免法》規定：「意圖使候選人當選或不當選，或意圖使被罷免人罷免案通過或否決者」，而在《總統副總統選舉罷免法》中則無「意圖使被罷免人罷免案通過或否決」之文字。首先



將探討究竟系爭二條文之意圖條款是否是與其不法有關之主觀構成要件要素，抑或只是限制刑法發動之主觀處罰條件（第一款）。在認為其屬於與不法有關之主觀構成要件要素後，本文定位其為行為人散布不實訊息或謠言之動機，並詮釋其與系爭二條文之不法間之關聯（第二款）。

第一款 主觀不法構成要件或主觀處罰條件

本文將系爭二條文之法益定位於自由民主論辯程序之外部建構原則即公共性原則之保護，已如前述。故首先應探討之問題即是，究竟使人當選、罷免或否之意圖與法益之間有何關聯？蓋藉由公民參與理性政治論辯程序而形成的國民主權權力，並非僅展現於民主選舉中，而是可以體現於所有公民的共同行動中，例如行使集會自由上街頭示威等等。故若認為該等意圖與法益之間不具備關聯性，則僅是單純限制刑法發動之條件，既然其位於行為人主觀層面，即屬於主觀處罰條件。

不過，民主選舉過程仍是目前憲政制度中，將國民主權權力轉換為政府統治權力最重要之方式。而如前所述，民主的選舉制度依賴二體制構成：民主選舉的自由論辯體制與多數決體制。而在目前我國選舉中，雖不乏單一選區兩票制等「選黨不選人」之選舉制度，但「選人」之選舉制度仍舊佔據主要地位。由此可知，系爭二條文將散布不實訊息或謠言之可罰性定位於對「選人」的民主選舉制度前階段之自由論辯體制之侵害，即是挑選出目前制度中最重要之政治論辯程序予以保護。故本文認為，系爭二條文之意圖條款仍是其不法之核心要素，而屬於主觀不法構成要件要素。

第二款 意圖使人當選或不當選：目的或動機

相對於意圖乃是行為人欲以其行為達成之主要目的，動機僅是行為人之所以為該行為之原因。例如欲侵奪遺產而殺人，行為之主要目的是該人之死亡，但動機則是超出殺人行為所可以實現的遺產取得。³⁸⁶學說上有認為，意圖作為行為目的將影響行為違法性之判斷，而動機則僅影響罪責；蓋前者欲導致構成要件實現以外的狀態，例如刑法第 195 條意圖行使而偽變造貨幣罪；而後者則是使法益受損害或危殆加深或擴大，例如《毒品危害防制條例》第 5 條意圖販賣而持有毒品罪。³⁸⁷

另外，通說認為作為目的的意圖是超越的內在意圖（*überschießender Innentendenz*）其並無對應之客觀構成要件要素³⁸⁸。相對於此，傾向客觀主義之學者認為，一如可以藉由客觀構成要件要素之解釋確定主觀構成要件要素之內容，特殊主觀不法要素亦可作為解釋不成文之客觀構成要件要素之指引；其並認為刑法分則中所有的特殊主觀不法要素皆可求得客觀的對應要件。³⁸⁹

在此問題即是，若接受上述對主觀意圖之分類，在肯定系爭二條文之意圖條款屬於特殊主觀不法構成要件下，應認為其屬於行為目的或行為動機？

若將該等意圖認為是目的，則代表除了公共性原則之外，系爭二條文所保障投票結果正確性有別的意義：正確選舉人或正確被罷免人之產生。不實訊息或謠言之散布影響公眾政治意志，而產生不同於未有不實訊息或謠言散布時之當選結果（不同候選人當選）或罷免結果（被罷免人被罷免或未被罷免）。但如同前述（第二章第五節第四項第二款第四目），散布不實訊息或謠言之行為，客觀上並

³⁸⁶ 黃惠婷（2008），〈意圖與動機〉，《月旦法學雜誌》，154 期，頁 255 以下。黃榮堅，前揭註 332，頁 413。

³⁸⁷ 李茂生（2012），《刑法總則講義第一冊》，頁 182，自刊。

³⁸⁸ 柯耀程（1995），〈「意圖犯」意圖實現於刑法之評價〉，《東海法學研究》，9 期，頁 314。

³⁸⁹ 許恆達（2010），〈行為非價與結果非價：論刑事不法概念的實質內涵〉，《政大法學評論》，114 期，頁 286 以下。

不能判斷是否將影響應然候選人意義下之投票結果正確性。蓋本文認為系爭二條文雖屬於投票結果正確性之侵害，但其並無外於選舉前階段論辯合規則（公共性原則）性侵害以外之意義。

基於上述，本文認為系爭二條文之意圖條款屬於行為動機。國民主權彰顯於所有理性政治論辯程序中的公民參與，而不實訊息或謠言程序可能攻擊包含選舉以外的政治論辯程序，例如立法院欲通過爭議法案時，相關公民團體動員發動各種抗爭活動，而引發大眾關注此議題進而引發公共辯論。不過，攻擊「選人」之選舉前階段之政治論辯程序，仍是其對民主制度傷害最深者，蓋其乃是國民主權原則最直接有效之彰顯，亦為民主制度最核心之構成元素。如前述，相對於一般性地將公共性原則提升為法益，本文毋寧傾向限縮刑事保護於架構選舉前階段的政治論辯的公共性原則。故刑事政策上立法者選擇僅處罰對選舉前階段的理性政治論辯程序之攻擊，價值判斷上洵屬正確，亦能使系爭二條文契合於妨害投票罪章之體系中。

而若接受客觀主義論者認為特殊主觀不法要素仍有相對應之（不成文）客觀構成要件要素之看法，則必須要求不實訊息或謠言具備與候選人之身分關聯性，亦即不實訊息或謠言所涉之主題直接或間接關於某候選人之政治立場。

最後應討論者，若將公共性原則之保護限縮於以選人為核心的選舉前階段，則何謂此處之候選人。依實務見解，只要完成候選人登記後即具備候選人資格，而不限於主管機關公告候選人名單或限於於公共的競選活動期間屆至後，應值贊同。³⁹⁰

³⁹⁰ 最高法院八十九年度台上五二三五號判決參照。



第五節 立法論上建議

在此本文認為，基於法律明確性原則應儘可能將適性條款中之要素明確化於構成要件中。基於本章之分析，在將適性條款解為具體危險性狀態後，其要素如下：首先，判斷之對象乃是不實訊息或謠言覆蓋為數足夠之公民之狀態；第二，具備注意力吸引事實與可信性奠基事實；第三，不存在注意力移轉事實且不實訊息或謠言所覆蓋之公共溝通領域中在相當期間內不存在有效的反駁言論；第四，一般而言不能期待公民或中立的事實產製／檢驗機構查證澄清該等言論；最後，依據個案狀況可期待在迫近的（反對言論出現前）未來產生奠基在該等言論所涉及之事實主題之政治論辯。而既然法益是作為論辯合規則性的投票結果正確性，亦應明確化於構成要件。

另外，「以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法」實不影響事實陳述之認定，只要是表達思想之陳述即可，該等文字實屬冗贅，應予刪除。又，應以立法文字表明本最屬於故意過失結合犯。

最後，本文認為可以維持現行五年的最高刑度，蓋系爭二條文亦屬於國民主權刑事保護範圍，且是在以「選人」為核心之民舉選舉中，選舉前階段之集體政治意志形成自由之保護，應與作為保護集體政治意志實現自由之其他妨害投票罪之規定（例如我國刑法第 146 條）刑度相當。

基於上述，本文認為系爭二條文應修正如下，並移列於普通刑法妨害投票罪章中，蓋其亦屬於國民主權原則之刑事保護規定：

「意圖使候選人當選或不當選，或意圖使被罷免人罷免案通過或否決者，以文字、圖畫、錄音、錄影、演講或他法，散布謠言或傳播不實之事於公眾溝通領域，具備下列情形且足以使投票發生不正確結果者，處 5 年以下有期徒刑：

一、言論內容具備政治上重要性

二、言論足以引起公眾注意且使之信以為真

三、相當期間內於該公眾溝通領域不存在有效的反駁言論

四、言論涉及之事項非屬可期待公民或相關機構即時檢驗或澄清者（第一項）

行為人就其事實陳述不具備充分理據應具備過失。（第二項）」

另外，本文認為亦應立法明定妨害投票罪適用的選舉與投票範圍，例如限制於彰顯主權的全國性選舉、罷免或公投或類主權的地方自治團體選舉、罷免或公投。





第五章 結論

一、本文否定實務見解認為系爭二條文是名譽權保護之規定，蓋形式上採此說之實務見解彼此矛盾（適用於名譽權不正增加之情形），實質上候選人之名譽權較之一般人並無更優渥保障之理由，蓋其本處於應隨時供公眾檢驗行止之狀態，且較之公眾更能接近使用媒體以澄清名譽損害。

二、經過對妨害投票罪之體系性分析後，本文認為普通刑法中欠缺對集體政治意志形成自由之保障。在轉向討論系爭二條文是否正是特別刑法中對集體政治意志形成自由保障之條文前，本文先討論是否系爭二條文旨在保障個人政治意志形成自由。基於二理由本文否定之：首先，以危險犯之犯罪類型加以規範將導致系爭二條文涵攝日常生活隨處可見之行為，且與奧地利刑法第 264 條刑度差異過巨；再者，亦將導致任何秘密、自願結社關係中的政治言論受到審查，過度侵害隱私權與言論自由。

三、在經過對國家法上國民主權的理念層次反思後，本文立基於介於傳統共和主義與自由主義之間的審議民主理論立場，認定系爭二條文之保護法益乃是民主選舉中自由論辯體制的體制建構原則，亦即公共性原則。公共性原則旨在保障每個公民參與政治論辯之權利與機會，其與形式語用學共同建構自由論辯體制之結果是，確保因此產生的公共意見具備合理性。政治辯論作為價值辯論乃是奠基於事實性真理之上。不實訊息對公共性原則之侵害在於，使信以為真之公民由於分享不同事實而無法參與同一作為價值論辯的政治論辯；而謠言則是剝奪公民在事實釐清之前擱置政治論辯之權利，使信以為真之公民奠基於無充分理據之事實而過早開啟政治論辯。不過，本文立場並非對公共性原則之一般性保護，毋寧是支持線索保護架構民主選舉前階段政治論辯的公共性原則，亦即僅保護有民主選舉關聯性的公共性原則，故同時也是政治論辯合規則性意義下的投票結果正確性之保護。



四、本文不採信賴作為保護法益，蓋不實訊息充斥僅是大眾媒體或其他事實查證檢驗機構已無力產製、檢驗事實之反射結果。真正侵害該等信賴的是該等事實產製／檢證機構內部成員不為查證或檢驗之行為。

五、在犯罪類型上，國民主權之刑事保護不能坐待實害或具體危險（實害發生繫於偶然）發生才發動。而其規制之行為類型亦非經驗上通常具備典型危險者，故不應解為抽象危險犯。蓋在資訊開放的民主社會中，面對不實訊息之散布並非通常無反對言論存在。

六、故本文轉向於其他犯罪類型。本文不採行為不法模式之中間犯罪類型。蓋首先，本文不支持 Schröder 認為行為危險性認定應顧慮行為後事實，蓋在認定行為客觀危險性時納入事後發生之事實，危險犯即轉為實害犯。再者，Gallas 雖認為適性犯是由法官在個案中判斷行為一般危險性，故屬抽象危險犯之子類型，但同時認為行為客體性質若屬一般性可觀察即可納入危險判斷，但何種性質屬於可一般觀察者，並不明確。最後，Hoyer 雖正確指出法益客體在主觀不法層次重要性（使行為具備主觀過失關聯），但無區分歸責客體與歸責標準，而忽略法益客體在場可能性在客觀不法認定上之重要性。

七、本文依據歸責客體與歸責標準相區分、主觀歸責理論、被害人自願承擔風險作為風險容許標準等基本立場重新理解 Zieschang 所提出之具體危險性犯與潛在危險犯。二者之規範目的皆在於避免非容許風險創設，且皆要求客觀上行為或狀態之具體危險性認定必須聯繫到可能的法益客體。具體危險性犯客觀上必須由法院依據專家知識標準立於行為時判斷行為創造非容許風險，且不能排除法益客體進入風險領域之可能性；主觀上必須依據行為人行為時對事實與因果法則之掌握，已足以支撐規範上所定義的非容許風險，且亦不能排除法益客體進入風險領域之可能性；在主客觀風險重合範圍內即成立具體危險性犯。潛在危險犯要求客觀上行為必須引致一內含非容許風險之狀態，該狀態乃是依據專家知識立於行為結束後判斷具備非容許風險，且法益客體進入該風險領域具備迫近可能性；主觀上亦



是依行為人行為時現實認知，可以支撐主觀非容許風險且不能排除法益客體在場可能性，且該風險實現為具體危險性狀態。

八、具體危險性犯與潛在危險犯皆存在救援手段之問題。依據被害人自我承擔作為風險容許性之標準，應納入風險容許性判斷之被害人層面救援手段，必須是事實上支配廣泛性社會交往活動的運作模式所通常期待於被害人者，且其管轄風險範圍亦是依據該模式決定。而應納入風險容許性判斷之第三人支配之救援手段，必須是廣泛性社會交往活動參與者一般皆對之加以利用以擴大自己的社會活動範圍者，其管轄風險範圍同上述。而該等救援手段得納入考量之前提皆是個案中可預測其將介入。

九、本文依據系爭二條文所欲規制之事實關係，而認為其犯罪類型屬於潛在危險犯。蓋潛在危險犯要求一獨立於行為之客觀狀態，正好疊合於不實訊息或謠言對公共性原則侵害因果進程中之重要階段，即「不實訊息或謠言覆蓋為數足夠之公民」之狀態。且若以具體危險性犯為犯罪類型，在臺灣作為受不實訊息攻擊頻率最高之國家情況下，將導致規範一直處於受到破壞之狀態，不利規範效力維護。

十、在構成要件解釋上，首先散布行為包含任何對外主張事實陳述為真之行為。在質方面，必須不實訊息或謠言之流通突破行為人的緊密人際關係網路，但縱使一開始行為人在緊密人際網路或自願結社領域內散布該等言論，若依客觀情形該等言論之流通已逸脫行為人之掌握，亦成立散布行為；在量方面，必須該等言論觸及在相關選舉中並非顯然不重要數量之公民（選舉人）。

十一、事實陳述與價值判斷之差異，必須由法院以一般理性人觀點判斷，是否該等言說目的在於建立行為人與聽眾關於客觀世界、內在世界或共同主觀世界的狀態描述之共識。而不實與謠言之判斷標準皆是與行為人具備相同知識水平之人將認為其事實陳述缺乏必要的理據，差別在於就不實陳述可以依據充分理據認定出「事實」。而事實陳述內容必須具備政治上重要性，此時即是法院依據具體政治



社群固有政治文化與當前辯論動向判斷，政治社群所在意的價值命題必須立基於不實陳述與謠言所涉及之事實主題。

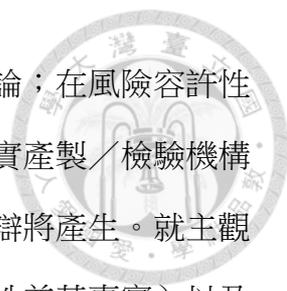
十二、對參與政治論辯之公眾散布其可能信以為真但缺乏足夠理據之事實陳述即屬於對公共性原則保護之非容許風險，蓋無法藉由隨時重啟政治論辯修補事實共識。

十三、應納入風險容許性判斷的救援因素乃是依據當前政治論辯事實上期待於公民自行查證之風險範圍，以及現實上有效運作之中立的事實產製／檢驗機構之通常能即時查證之範圍。由於該等機構使公民依賴其產製、檢驗之事實以作為政治論辯之基礎，故需承擔其偶然運作失靈之風險。另外，不論被害人或第三人查證能力，欲納入風險容許性判斷，必須依據行為結束後之事實可以預測該等機構或被害人將介入承擔查證責任。

十四、具體危險性狀態判斷因素有四：首先，必須存在注意力吸引事實、可信性奠基事實；再者，不存在注意力轉換事實，且在相當期間內不存在具備可及性的反對言論；第三，必須缺乏理據之事實陳述所涉及之事項，不屬於一般而言可以期待公民自行查證或中立的事實產製／檢驗機構查證澄清者；最後，必須可預測受不實訊息或謠言覆蓋之公民群體在迫近未來將產生奠基在不實訊息或謠言所涉及之事實主題之公共政治論辯（關於該議題的政治公共領域）。應注意時點上迫近未來與前述相當期間之關係。詳言之，必須根據行為結束時個案情況可預測，該等政治公共領域有高度可能將在未於相當期間內呈現之反對言論呈現前產生。

十五、本文認為行為人就事實陳述缺乏理據必須有過失，對其他構成要件要素必須具備故意。故行為人必須意欲其所散布之事實陳述為公民所利用以展開政治論辯。而就過失而言，必須依據行為人主觀掌握之證據，從具備行為人智識水準之人觀點將認為其缺乏充分理據。

十六、就具體危險性狀態的主觀歸責而言，必須其屬於主觀非容許風險之實現。就主觀非容許風險創設而言，必須依據行為時現實認知，存在注意力吸引、可信



性奠基事實，而不存在注意力轉換事實與具備可及性之反對言論；在風險容許性判斷，必須依據行為人行為時之認識，不可期待公民或中立事實產製／檢驗機構即時檢證澄清，或無法預期其將介入；且無法排除相關政治論辯將產生。就主觀風險實現而言，必須客觀上風險奠基事實（注意力吸引與可信性奠基事實）以及奠基法益客體（相關政治論辯）在場可能性之事實之因果解釋必須納入主觀風險奠基事實與主觀法益客體在場可能性奠基事實。

十七、本文認為系爭二條文主觀意圖不是行為目的，蓋系爭二題文不保護以應然候選人理解之投票結果正確性。反之，在此意圖屬於動機，亦即立法者選擇對民主制度中最重要的政治論辯程序加以保護，亦即處於以「選人」為核心的選舉制度之選舉前階段之公共政治論辯程序。本文認同其有對應的（不成文）客觀不法要素，即不實訊息或謠言應具備直接或間接之候選人人身關聯性。而候選人認定標準同於實務見解，即完成候選人登記時。



參考文獻

一、中文部分



- Kant, I. (著) 何兆武 (譯) (2019), 《歷史理性批判文集》, 五南。
- Jakobs, G. (著) 徐育安 (譯) (2003), 〈市民刑法與敵人刑法〉, 收於: 許玉秀 (編), 《刑事法之基礎與界限: 洪增福教授紀念專輯》, 頁 15-61, 新學林。
- Jakobs, G. (著) 馮聖晏 (譯) (2019), 〈Welzel 對當今刑法學的重要性〉, 《科技法學論叢》, 14 期, 頁 261-291。
- Melia, M.-C. (著) 李立暉 (譯) (2019), 〈社會相當性〉, 《科技法學論叢》, 14 期, 頁 85-107。
- Rousseau, J. J. (著) 李平滙 (譯) (2011), 《社會契約論》, 第一版, 商務出版社 (簡體字)。
- Sennett, R. (著) 萬毓澤 (譯) (2007), 《再會吧! 公共人》, 群學。
- 王皇玉 (2008), 〈論危險犯〉, 《月旦法學雜誌》, 159 期, 頁 235-244。
- 李茂生 (2012), 《刑法總則講義第一冊》, 自刊。
- 林昭禎 (2009), 〈經濟全球化對臺灣勞工權益之影響 (2000 年至 2008 年)〉, 載於: <https://www.npf.org.tw/2/6323/> (最後瀏覽日 2022/3/3)。
- 林照真 (2020), 〈假新聞類型與媒體聚合: 以 2018 年臺灣選舉為例〉, 《新聞學研究》, 142 期, 頁 111-153。
- 林遠澤 (2003), 〈意義理解與行動的規範性—試論對話倫理學的基本理念、形成與限度〉, 《人文及社會科學集刊》, 15 卷 3 期, 頁 401-429。
- 林遠澤 (2005), 〈真理何為? —從哈伯馬斯真理共識理論的實用轉向論真理的規範性涵義〉, 《歐美研究》, 35 卷 2 期, 頁 363-404。

- 
- 林遠澤（2012），〈論規範遵循之可期待性的理性基礎—試從對話倫理學的應用問題論道德、法權與政治責任的規範效力差異與作用互補〉，《人文及社會科學集刊》，24 卷 3 期，頁 285-330。
- 周漾沂（2017），〈對賄賂罪保護法益的反思〉，《月旦刑事法評論》，5 期，頁 112-120。
- 周漾沂，〈論被害人生命法益處分權之限制—以刑法父權主義批判為中心〉，《台北大學法學論叢》，88 期，頁 209-260。
- 周漾沂（2019），〈重新理解抽象危險犯的處罰基礎—以安全性理論為中心〉，《臺北大學法學論叢》，109 期，頁 161-210。
- 周漾沂（2014），〈從客觀轉向主觀：對於刑法上結果歸責理論的反省與重構〉，《臺大法學論叢》，43 卷 4 期，頁 1469-1532。
- 周漾沂（2012），〈從實質法概念重新定義法益：以法主體性論述為基礎〉，《臺大法學論叢》，41 卷 3 期，頁 982-1053。
- 周漾沂（2018），〈未遂犯可罰性基礎即著手實行概念：風險輸出理論的建構與應用〉，《臺大法學論叢》，47 卷 1 期，頁 405-489。
- 周漾沂（2012），〈風險承擔作為阻卻不法事由—重構容許風險的實質理由〉，《中研院法學期刊》，14 期，頁 169-243。
- 周漾沂（2017），〈2016 年刑事法實務見解發展回顧：食品安全、交通安全，與抽象危險犯〉，《臺大法學論叢》，46 卷特刊，頁 1465-1491。
- 洪浩唐、江旻諺、吳介民、蕭新煌、沈伯洋、林麗雲、胡元輝、梁永煌、蔡玉真（2021），《戰狼來了：關西機場事件的假新聞、資訊戰》，新自然主義。
- 柯耀程（1995），〈「意圖犯」意圖實現於刑法之評價〉，《東海大學法學研究》，9 期，頁 305-324。
- 許恆達（2010），〈行為非價與結果非價：論刑事不法概念的實質內涵〉，《政大法學評論》，114 期，頁 215-300。
- 黃惠婷（2008），〈意圖與動機〉，《月旦法學雜誌》，154 期，頁 252-260。

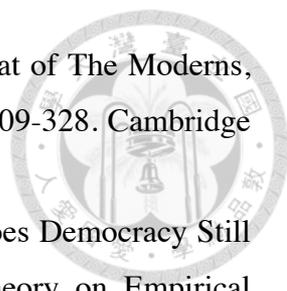


- 張益昌（2017），《賄選行為之可罰性研究》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 許玉秀（1994），《主觀與客觀之間》，自刊。
- 許澤天（2020），《刑法分則》，二版，新學林。
- 黃榮堅（2012），《基礎刑法學上》，四版，元照。
- 楊劭楷（2021），《社群媒體假訊息管制之言論自由分析》，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文。
- 劉靜怡、羅秉成、林福岳、劉定基、黃銘輝、蘇慧婕、徐彪豪（2019），〈假訊息之規範途徑及其爭議〉，《月旦法學雜誌》，292期，頁60-91。
- 劉靜怡（2005），〈言論自由:第二講—言論自由的雙軌理論與雙階理論〉，《月旦法學教室》，第28期，頁42-51
- 薛智仁（2009），〈虛偽遷徙戶籍而投票之可罰性〉，《法學新論》，7期，頁77-103。
- 蘇慧婕（2020），〈正當平台程序作為網路中介者的免責要件：德國網路執行法的合憲性評析〉，《國立臺灣大學法學論叢》，49卷4期，頁1915-1977。

二、外文部分

英文部分

- Arendt, H. (1970). *On Violence*. Harcourt Brace Javanovich.
- Arendt, H. (1998). *The human condition*, 2 ed. University of Chicago Press.
- Arendt, H. (1967), Truth and Politics. In:
<https://idanlandau.files.wordpress.com/2014/12/arendt-truth-and-politics.pdf/> (last viewed 2021/5/9).
- Benhabib, S. (1992). Models of Public Space: Hannah Arendt, the Liberal Tradition, and Jürgen Habermas. In: C. Calhoun (ed.), *Habermas and the Public Sphere*, pp. 73-98. The MIT Press.

- 
- Constant, B. (1988) The Liberty of The Ancients compared with that of The Moderns, trans. Fontana, B. In: B. Fontana (ed.), *Political Writings*, pp. 309-328. Cambridge University Press. (Original Work Published 1819)
- Habermas, J. (2006), Political Communication in media Society: Does Democracy Still have an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research. In: http://200.6.99.248/~bru487cl/files/1-Habermas_Deliberation2006.pdf / (Last viewed 2021.5.25).
- Habermas, J. (1994). Actions, speech acts, linguistically mediated interactions and the Lifeworld. In G. Fløistad (Ed.), *Philosophical Problem Today*, (vol.1, pp. 45-74). Kluwer Academic Publishers.
- Habermas, J. (1983). *Philosophical-Political Profiles*, trans. F. Lawrence. MIT Press.
- Habermas, J. (1979). *Communication and the Evolution of Society*, trans. T. McCarthy. Heinemann.
- Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms*, trans. W. Rehg. Polity Press.
- Habermas, J. (1989). *The Structural Transformation of the Public Sphere*, trans. T. Burger. Cambridge Mass.
- Magarian, G. (2018). Forward into the Past: Speech Intermediaries in the Television and internet Ages. *Oklahoma Law Review*, vol. 71, 237-268.
- Napoli, P. (2018). What If More Speech Is No Longer the Solution? First Amendment Theory Meets Fake News and the Filter Bubble, *Federal Communication Law Journal*, vol. 70, 55-104.
- Outhwaite, W. (1994). *Habermas: A Critical Introduction*. Polity Press.
- Schauer, F. (2010). Facts and The First Amendment, *UCLA Law Review*, vol. 57, 897-919.

德文部分

- Amelung, K. (1999). Über Freiheit und Freiwilligkeit auf der Opferseite der Strafnorm. *Goltdammer's Archiv*, 182-203.
- Bützler, V. (2017). *Staatsschutz mittels Vorfeldkriminalisierung*. Nomos.

- 
- Böckenförde, E.-W. (1995), Demokratie als Verfassungsprinzip. In Isensee, J./ Kirchhof, P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* (2. Aufl., Bd. 1, §22.). C.F. Müller Verlag.
- Joecks, W./ Miebach, K. (Hrsg.) (2017). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, (3. Aufl.). C. H. Beck.
- Erb, V./ Schäfer, J. (Hrsg.) (2021). *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, (4. Aufl.). C. H. Beck.
- Fischer, T. (2015). *Strafgesetzbuch* (62. Aufl.). C. H. Beck.
- Gallas, W. (1972). Abstrakt und konkrete Gefährdung. In: Lüttger/Blei/ Hanau (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, S. 171-182.
- Hoven, E. (2017). Zur Strafbarkeit von Fake News-de lege lata und de lege ferenda, *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft*, 718-744.
- Hoyer, A. (1987). *Die Eignungsdelikte*. Duncker & Humblot.
- Hefendehl, R. (2002). *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Heymann.
- Jakobs, G. (1985). Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung, *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft*, 751-785.
- Kindhäuser, U. (2007). Der subjektive Tatbestand im Verbrechenaufbau Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung, *Goltdammer's Archiv*, 447-468.
- Kindhäuser, U. (2005). Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt, *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 527-542.
- Kindhäuser, U./ Neumann, U./Paeffgen, H.-U. (Hrsg.) (2017). *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (5. Aufl.). Nomos.
- Kindhäuser, U. (1989). *Gefährdung als Straftat-Rechtstheoretische Untersuchungen Zur Dogmatik Der Abstrakten Und Konkreten Gefährdungsdelikte*. Vittorio Kostermann.
- Oehler, D. (1981). Mißbrauch des Wahlstimmzettels, *Juristische Rundschau*, Heft 12, 517-520.

- 
- Roxin, C. (1973). *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*. De Gruyter.
- Ramm, T. (1962). Die Freiheit der Willensbildung—ein Grundprinzip der Rechtsordnung. *Neue Juristische Wochenschrift*, 465-471.
- Rostalski, F. (2017), „Fake News“ und die „Lügenpresse“- ein (neuer) Fall für das Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht? *Rechtswissenschaft*, 436-460.
- Schönke, A./Schröder, H. (Hrsg.) (2019). *Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Aufl.). C. H. Beck.
- Schröder, H. (1969). Die Gefährdungsdelikt in Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft*, 5-28.
- Schünemann, B. (1975) Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte, *Juristische Arbeitsblätter*, 435.
- Wohlers, W. (2000). *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts-zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte*. Duncker & Humblot.
- Wolter, J. (1981). *Objektive und personal Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Duncker & Humblot.
- Welzel, H. (1939). Studien zum System des Strafrechts, *Zeitschrift für die gesamte Strafwissenschaft*, 491- 518.
- Zimmermann, T. (2011). Die Wahlfälschung im Gefüge des strafrechtlichen Schutzes der Volkssouveränität. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 982-995.
- Zieschang, F. (1998). *Die Gefährdungsdelikte*. Duncker & Humblot.