



元照出版提供 請勿公開散布

刑法防衛民主之正當性 ——反滲透法之刑事立法評析

Legitimacy of Defending Democracy Using Criminal Law: Review of Criminal Legislation of Anti-infiltration Act

徐育安*

Yu-Am Hsu

要 目

壹、緒 言	(一)選舉行為之管制
貳、反滲透法的規範內容與結構分析	(二)遊說行為之管制（第5條）
一、立法目的說明與立法定義	(三)妨害秩序與集會之管制（第6條）
(一)立法目的說明（第1條）	參、考察防衛性民主與政治刑法之互生關係
(二)立法定義（第2條）	一、防衛性民主在德國的出現
二、刑事處罰之管制類型	二、刑法作為民主防衛機制之一環
(一)政治金源之管制（第3條）	

DOI : 10.3966/168067192022060043004

投稿日期：2022年3月2日；接受刊登日期：2022年5月26日

* 德國波昂大學法學博士；國立臺北大學法律學系專任教授。誠摯感謝兩位匿名審查委員惠賜寶貴意見，本文初稿原發表於2020台灣法理學會年度學術研討會暨會員大會：法理學與民主。



肆、刑法防衛民主之正當性

一、防衛性民主之省思

二、政治刑法之省思

(一)禁止政治宣傳的第93條

(二)維護國家表面秩序的

第90a條

(三)為憲政機關守門的

第106a條

伍、對於反滲透法之檢討

一、刑事立法與民主憲政之
維護

(一)象徵性刑事立法以維護民
主憲政？

(二)民主憲政下的刑事立法之
界線

(三)言論自由之刑事管制疑義

二、細觀反滲透法刑事管制規
定之疑義

(一)立法目的與立法定義

(二)政治獻金

(三)選舉行為

(四)遊說行為

(五)妨害秩序與集會

陸、結論與展望



摘 要

德國20世紀的憲政經驗，創設了一個永久維護民主的有效機制，即所謂的防衛性民主，用以避免國家社會主義的死灰復燃，其後，也被認為是圍堵共產主義與極端主義的利器。防衛性民主固然有其時代背景及現實上的需求，但是，防衛性民主機制意味著集會自由與言論自由受到限制，正好陷於以民主之名對抗民主的弔詭之中。

近來，不論是國際上的經驗，抑或是我國國內選舉過程，確實出現境外勢力以各種形式企圖干預民意形成及選舉的情形，因此，反制性的措施也就成為重要的議題，我國的反滲透法應運而生，藉由刑罰作為主要的制裁手段來維護民主，然而，單純以維護民主為由限制政治上的選擇自由，此一立法所造成的弔詭，恐怕比防衛性民主來得更高。

本文認為，要脫離上述的弔詭陷阱，必須要回到自由民主憲政秩序的出發點，國民具有授權者之地位，因此，國民的言論與思想的自由，無論其內容為何，涉及國民的自我決定，此乃為民主之基礎所在，原則上不得予以箝制，因為，每個國民都有平等的政治自由，任何人不得剝奪他人政治決定之權限，但若僅是對於現有民主制度具有敵意性的主張與倡導，此本即為言論自由與民主競爭之本質所在，當不能僅以民主之名予以剝奪。

關鍵詞：防衛性民主、刑法、正當性、反滲透法



Abstract

In view of Germany's 20th-century constitutional experience, the so-called defensive democratic mechanisms were established to avoid a resurgence of the Nazis and to combat communism and extremism. A defensive democracy, however, means that freedom of assembly and speech is restricted, which removes important fundamental elements that make up a democratic system, creating the paradox of opposing democracy in the name of democracy.

Recently, whether it is international experience or the domestic election process, foreign forces have indeed attempted to interfere in the formation of public opinion and elections in various forms. Anti-infiltration Act uses punishment as the main sanction method to maintain democracy. However, the paradox caused by the regulation of people's political freedom of choice through criminal sanctions may be higher than that of defensive democracy.

This article argues that we must return to the starting point of the liberal democratic constitutional order, that citizens have the status of empowerment, and that the freedom of speech and thought of citizens, regardless of their content, involves the self-determination of citizens. Therefore, in principle, there should be no restrictions on this dissident political speech, but only in response to anti-democratic attacks.

Keywords : defensive democracy, Criminal Law, legitimacy, Anti-infiltration Act



壹、緒言

我國於2020年年初施行「反滲透法」，乃為了因應境外勢力對於我國民主憲政之影響而建構的防堵性機制。從本法之立法歷程觀之，自2018年起即在立法院陸續出現「反境外敵對勢力併吞滲透法」、「境外勢力影響透明法」、「境外勢力代理人法」等不同的草案，擬制定專法¹，也出現「兩岸人民關係條例部分條文修正草案」之提案，在既有的法典中增加規定²，其目的大致相同，皆為對抗境外勢力之滲透，其可能透過在地代理人之方式進行政治宣傳、遊說、收買或動員，以影響各項民意之形成，干涉我國民主憲政運作。2019年11月底「反滲透法」法案正式被推出³，同年12月31日即三讀通過，經總統於2020年1月15日公布，於2020年1月17日施行。值得一提的是，這個立法過程是在一個總統選戰正酣，兩岸路線論辯熱烈的時空背景之下，執政黨以逕付二讀、協商不成隔日即逐條表決的方式，快速通過全部國會立法程序，其所引發的政治波瀾可謂不小。

國會所認定的立法必要性似乎重大且緊急，根據該法第1條所揭示之立法目的，乃是為了防範境外敵對勢力之滲透干預，確保國家安全及社會安定，維護中華民國主權及自由民主憲政秩序。立法目的表面上所要揭櫫的是一個國家安全的保衛，在這樣一個鮮明的旗

¹ 立法院第9屆第7會期第16次會議議案關係文書，院總第1554號，委員提案第23449號、立法院第9屆第8會期第5次會議議案關係文書，院總第1554號，委員提案第23560號、立法院第10屆第2會期第8次會議議案關係文書，院總第1554號，委員提案第25719號。

² 立法院第9屆第8會期第3次會議議案關係文書，院總第1554號，委員提案第23482號。

³ 立法院第9屆第8會期第15次會議議案關係文書，院總第1554號，委員提案第23798號。



號之下，隱藏一個根本問題是，為何我國要創立一個可謂獨步世界的法典，這個問題似乎可以用我國所面臨的特殊政治與軍事局勢回答。不過，這樣的觀察恐怕只是不完整的片面敘述。雖然從立法的出發點來說，這部法典確實被定位為國家安全體制的重要一環，但是，細觀整部法典的內容，卻難以看到立法者藉由刑法構成要件所具體勾勒出的國安危機為何，而僅是在上述抽象的立法目的中強調我國正面對境外敵對勢力及滲透來源的威脅。從本法整體規範布局所呈現的面貌來說，其各個構成要件應是在保衛我國之民主憲政秩序，尤其是涉及各種民主決定事項，免於因滲透之影響而被引導或誤導，以致民主機制喪失其原有之功能。

由此看來，反滲透法這一部法典所要處理的，並非正規戰爭這種直接危及國家安全的威脅，亦即不涉及傳統戰爭與國防等傳統的武力對抗模式，而是防範超限戰中的非軍事性手段，如所謂的資訊戰、意識型態戰、媒體戰⁴。以反制此種全面性攻擊的思維出發，本法立法目的中所意指的國家安全，就會是一種相當泛義的理解，包括一切動搖社會、經濟、文化與政治穩定條件之危害，此種廣義的理解易使涉及國家安全之因素無處不在，如同人口減少、資訊安全、醫藥供給或糧食匱乏等問題，都可以被稱之為是國安問題一般。而本法具體來說，則是用以避免境外敵對勢力藉由我方人民之協助，滲透其意識型態進入我國社會，進而影響各種民意形成與決定程序，侵蝕我國固有民主機制的功能。依此，反滲透法之定位在整體上言之，是處於一種弔詭之中：對我國劍拔弩張的境外敵對勢力，透過和平的方式，進入我國民主機制，企圖影響憲政秩序⁵。

⁴ 喬良、王湘穗，超限戰，頁66以下、256以下（2004年）；蔡昌言、李大中，不對稱戰爭相關理論及其應用於中國對臺戰略之研析，遠景基金會季刊，8卷3期，頁20以下（2007年）。

⁵ 更為鉅觀的背景說明，請參閱戴雅門（Larry Diamond）著，盧靜譯，妖



面臨如此弔詭情境的反滲透法，在法學上值得探討的是，當代的民主國家之中，必然透過一些規範或制度設計，防止民主決策機制受到不當的干擾，如處罰賄選、禁止外國政治獻金等，而若要在這些固有的制度之外，更創立一部以刑罰為主要法律效果的特別法保護我國的民主制度，其必要性與正當性為何，除了涉及傳統的刑法體系與理論之外，也牽涉民主制度相關的憲政原理，此一刑法與民主之間的連動關係，其重要性不言可喻，殊值探究。因此，本文所擬檢視的對象，除了我國這部新法典之外，也包括一個更為基礎的問題，亦即藉由刑法護衛民主的界線，這個問題可以和德國於二戰結束後所發展的防衛性民主制度合併考察，檢討若以刑法強化防衛民主機制，其應有的界線為何。

貳、反滲透法的規範內容與結構分析

一、立法目的說明與立法定義

(一)立法目的說明（第1條）

如在緒言中所述，本法於第一條所指出的立法目的，乃是為防範境外敵對勢力之滲透干預，確保國家安全及社會安定，維護中華民國主權及自由民主憲政秩序。在立法理由中進一步說明：近年境外敵對勢力全面加強對我進行統戰、滲透，意圖影響選舉及危害我社會秩序。而先進民主國家對於境外勢力在其境內從事滲透、破壞、干預等行為，亦先後採取立法作為加以因應。因此，立法者認為，有鑑於境外敵對勢力並未放棄對我武力併吞，近來更加強對我統戰滲透分化，影響國家安全及社會安定，實已造成我國家主權及自由民主憲政秩序之嚴重威脅，亟有必要制定反滲透法，以強化防



衛及保障。

(二)立法定義（第2條）

本法對於各構成要件所共同涉及的幾個核心概念，予以立法定義如下：首先，是**境外敵對勢力**，係指與我國交戰或武力對峙之國家、政治實體或團體；此外，主張採取非和平手段危害我國主權之國家、政治實體或團體，亦同。依此定義反面推論之，若計畫採取和平方式者即非所謂的境外敵對勢力，這樣的區分似乎非常合理，既然對方並未以軍事武力與我國對峙，當無特別予以防範之必要。

其次，上述境外勢力的組織成員，立法者稱之為**滲透來源**，包括第一類是境外敵對勢力之政府及所屬組織、機構或其派遣之人，以及第二類為境外敵對勢力之政黨或其他訴求政治目的之組織、團體或其派遣之人。此外，受到前2種組織、機構、團體所進一步設立或實質控制之各類組織、機構、團體或其派遣之人，則屬第三類之滲透來源。

反滲透法的思考核心在於，禁止受境外敵對勢力控制之在地協力者進行各種活動影響我國民主程序，因此，如何界定誰是**在地協力者**至關重要，對此，可以從反滲透法第3條至第7條中看出，立法者是將受到滲透來源**指示、委託或資助者**列為規範對象，因此，凡具備此3種情形者，均屬在地協力者。

二、刑事處罰之管制類型

(一)政治金源之管制（第3條）

反滲透法的第一個禁止規範，是任何人不得受滲透來源之**指示、委託或資助，捐贈政治獻金，或捐贈經費供從事公民投票案之相關活動**。違反此一規定者，處5年以下有期徒刑，得併科新臺幣1,000萬元以下罰金。觀察本條立法理由之說明，係為防範滲透來源透過我國人民等捐贈政治獻金及公民投票經費，規避相關法令，介



入干預我國民主政治運作，不當影響選舉或公民投票，爰參酌政治獻金法第7條及公民投票法第20條等規定，我國人民等不得受其指示、委託或資助從事該等行為，並對於違反規定者處以刑罰。

(二) 選舉行為之管制

1. 助選行為（第4條）

反滲透法的第二個禁止規範，是任何人不得受滲透來源之指示、委託或資助，為總統副總統選舉罷免法第43條⁶或公職人員選舉罷免法第45條⁷各款行為。違反者，處5年以下有期徒刑，得併科新臺幣1,000萬元以下罰金。立法理由指出兩點：首先，現行總統副總統選舉罷免法第50條及公職人員選舉罷免法第56條本即已然明定政

⁶ 總統副總統選舉罷免法第43條 各級選舉委員會之委員、監察人員、職員、鄉（鎮、市、區）公所辦理選舉事務人員，於選舉公告發布後，不得有下列行為：

- 一、公開演講為候選人宣傳。
- 二、為候選人站台或亮相造勢。
- 三、召開記者會或接受媒體採訪時為候選人宣傳。
- 四、印發、張貼宣傳品為候選人宣傳。
- 五、懸掛或豎立標語、看板、旗幟、布條等廣告物為候選人宣傳。
- 六、利用大眾傳播媒體為候選人宣傳。
- 七、參與候選人遊行、拜票、募款活動。

⁷ 公職人員選舉罷免法第45條 各級選舉委員會之委員、監察人員、職員、鄉（鎮、市、區）公所辦理選舉事務人員，於選舉公告發布或收到罷免案提議後，不得有下列行為：

- 一、公開演講或署名推薦為候選人宣傳或支持、反對罷免案。
- 二、為候選人或支持、反對罷免案站台或亮相造勢。
- 三、召開記者會或接受媒體採訪時為候選人或支持、反對罷免案宣傳。
- 四、印發、張貼宣傳品為候選人或支持、反對罷免案宣傳。
- 五、懸掛或豎立標語、看板、旗幟、布條等廣告物為候選人或支持、反對罷免案宣傳。
- 六、利用大眾傳播媒體為候選人或支持、反對罷免案宣傳。
- 七、參與競選或支持、反對罷免案遊行、拜票、募款活動。



黨及任何人不得邀請外國人民、大陸地區人民或香港、澳門居民為上述總統副總統選舉罷免法第43條或公職人員選舉罷免法第45條各款行為。其立法目的係為避免境外勢力介入影響選舉。其次，理由書重申，為防範滲透來源透過我國人民等在臺從事競選活動，藉以規避相關法令，爰明定我國人民等不得受其指示、委託或資助，從事總統副總統選舉罷免法第43條、公職人員選舉罷免法第45條各款行為，並對於違反規定者處以刑罰。

2. 妨害選舉（第7條）

反滲透法的另一個規範選舉的部分是第7條規定，受滲透來源之指示、委託或資助，而犯總統副總統選舉罷免法第五章、公職人員選舉罷免法第五章或公民投票法第五章之罪者，加重其刑至二分之一。此為一對於既有犯罪之刑罰加重規定，而予以加重的範圍則是包括上述3部法典之中所有的刑罰規定，可以說是毫無遺漏地對於影響我國民主投票秩序者予以禁絕。觀察本條立法理由書中僅是指出，現行總統副總統選舉罷免法第五章及公職人員選舉罷免法第五章及公民投票法第五章規範妨害選舉罷免及公民投票等行為之刑責規定，倘受滲透來源指示、委託或資助而犯之者，因對選舉及民主法治之危害重大，故有加重其刑之必要。

（三）遊說行為之管制（第5條）

本法的另一個重點是對於遊說行為的管制，規定任何人不得受滲透來源之指示、委託或資助，進行遊說法第2條所定之遊說行為。違反規定者，處新臺幣50萬元以上500萬元以下罰鍰。違反上述規定，就國防、外交及大陸事務涉及國家安全或國家機密進行遊說者，第3項規定處3年以下有期徒刑，得併科新臺幣500萬元以下罰金。立法理由指出幾點考量：1. 現行遊說法第8條規定相關人士不得自行或委託其他遊說者進行遊說，其立法目的係為避免境外勢力介



入影響我國法令、政策之過程及結果。2. 鑑於滲透來源可能透過我國人為其在臺進行遊說，影響我國法令、政策之過程及結果，爰明定我國人民等不得受其指示、委託或資助，從事遊說法第2條所定之各項遊說行為，並對於違反規定者處以刑罰。

(四)妨害秩序與集會之管制（第6條）

反滲透法的一個較為特殊的規範是關於集會的管制，任何人受滲透來源之指示、委託或資助，而犯刑法第149條至第153條或集會遊行法第31條⁸之罪者，加重其刑至二分之一。立法理由指出，為防制滲透來源擾亂我國社會秩序、或藉機滋事鼓動衝突對立，爰明定我國人民等不得受其指示、委託或資助，以強暴、脅迫或其他非法方法擾亂社會秩序，或妨害合法舉行之集會、遊行，並對於違反規定者處以刑罰。此處所謂的處以刑罰，由於刑法第149條至第153條或集會遊行法第31條本即為刑事處罰之規定，所以應指加重處罰。

參、考察防衛性民主與政治刑法之互生關係

一、防衛性民主在德國的出現

防衛性民主（wehrhafte Demokratie）此一概念的提出，源自德國在上個世紀威瑪憲政的失敗經驗。第一次世界大戰落敗後的德國，廢除帝制迎來首次的共和，但同時卻深陷於經濟的低迷與社會的紛亂之中，希特勒為首的國家社會黨趁勢崛起，利用民粹式的宣傳手法贏得選舉，漸次掌握議會與政府，以緊急命令與授權法案葬

⁸ 第5條 對於合法舉行之集會、遊行，不得以強暴、脅迫或其他非法方法予以妨害。

第31條 違反第五條之規定者，處二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣三萬元以下罰金。



送了威瑪共和，納粹利用了憲政機制取得執政，結果卻反倒是一手摧毀了民主，也引發了第二次世界大戰與隨之而來的生靈塗炭。因此，二戰之後重新研擬憲政體制時，即研議如何防止類似的奪權模式再次出現，而考察威瑪共和衰落的原因，威瑪憲法僅以民主多數決的方式建構權力機制，採取價值中立（Wertneutralität）的政治取向，並抱持寬容原則，被認為是罪魁禍首，因此必須予以檢討進行重新設計⁹。

有鑑於威瑪憲法上述的結構性弱點，強調自我強化的防衛性民主被認為是一劑良方，其具體的解決方案是在1949年制定的基本法之中，劃定自由民主的基本秩序（freiheitliche demokratische Grundordnung）作為民主憲政之底線，即便是言論、集會或結社自由等基本權，皆不得逾越抵觸此一界線，藉此避免再有鼓動民粹風潮者濫用多數決的方式廢棄民主憲政。依此理念，德國基本法中設計一套相當完整的機制以防衛民主，其中最重要的是，若有破壞自由民主基本秩序者，即受到明文之規定被禁止，如結社之禁止（第9條第2項）、意見表達自由之剝奪（第18條）與政黨之禁止（第21條第2項）¹⁰。

較少被關注的是，防衛性民主與另一個相近概念的區別，亦即所謂的戰鬥性民主（streitbare Demokratie）的概念，在納粹統治期間，即曾經出現戰鬥性民主的概念，可以說是防衛性民主概念的先驅。戰鬥性民主是源自兩位受到納粹迫害而流亡海外的學者K.

⁹ Eckart Bulla, Die Lehre von der streitbaren Demokratie. Versuch einer kritischen Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 98 (1973), S. 340 (342).

¹⁰ Wolfgang Löwer, wehrhafte demokratie, in: Hillgruber/Waldhoff (Hrsg.), 60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung?, 2010, S. 65 (66 ff.); 詹鎮榮，防衛性民主，月旦法學教室，18期，頁30-33（2004年）。



Loewenstein與K. Mannheim，他們基於對於施行民主卻鉅變為法西斯的教訓，乃主張民主應具有其戰鬥性格，必須積極地排除對於民主抱持敵對立場的言論或是政黨，意即應禁止反民主之言論與政黨，對於該陣營的支持者應褫奪其公權利，甚至可剝奪其國籍¹¹。

德國聯邦憲法法院1956年的KPD禁令判決（BVerfGE 5, 85）中，首次使用的即是戰鬥性民主這個概念，但是，對於其內容卻有相當的保留，值得注意：首先，本判決一方面認為，基本法第21條第2項關於政黨不得破壞自由民主基本秩序之制度，乃是有意識地糅合了兩個端點的思考，一是包容所有分歧的政治性觀點的寬容原則（Prinzip der Toleranz），二是國家秩序中某些不可侵犯的基本價值的信念（Bekanntnis zu gewissen unantastbaren Grundwerten），如此將兩者予以綜合的規定並不違反憲法的基本原則，而是在解決自由民主國家秩序的界限問題，此乃基於制憲者的歷史經驗，認為國家對於政黨保持中立性之原則（Prinzip der Neutralität des Staates），已不能再毫無顧忌與保留地去實踐，而是要建立戰鬥性民主的機制，藉以為憲政秩序維持一個最基本的底線。

從另一方面觀察，德國聯邦憲法法院對於戰鬥性民主的詮釋，其實並不是那麼具有攻擊性，而是從一種被動防禦的角度予以理解，進而認為一個政黨即使不承認並拒斥自由民主基本秩序的這些上位性原則，也不會就此被判定為違憲，違憲的政黨必須是對現有的秩序抱持積極鬥爭性與侵略性的態度，有計畫地破壞秩序的機能，並且意欲能夠逐步根除此一秩序。依此，這即意味著，自由民主國家本身不會對於反民主的敵對性的政黨主動而直接地採取行動，而是採取被動防守的思維，僅僅是防衛那些針對著民主基本秩序而來的攻擊，依此要件所形塑的法律構造可以避免濫用而造成對

¹¹ 詹鎮榮，同前註，頁30。



於反對黨的迫害。如此看來，德國聯邦憲法法院雖然在字面上是使用戰鬥性民主的術語，但並非果真具有戰鬥性的軍事氣息，實際上是採取防衛性的被動立場¹²。

二、刑法作為民主防衛機制之一環

在防衛性民主的憲法架構之下，刑法成為落實防衛機制的一環，而且是極其核心的環節，德國刑法文獻上對於相關的刑事規定，有稱之為政治刑法（politisches Strafrecht），或是具有功能性意味的護國刑法（Staatsschutzstrafrecht）¹³，刑法在此一機制之中所將具有的特質為何？試分析如下：

刑法與防衛性民主之間在德國的淵源頗深，除了防止納粹死灰復燃之外，也與二次戰後防堵共產主義有密切的關連，為了與蘇聯領導人史達林所帶領的共產風潮對抗，東德與西德的對立日漸劇烈，呼應美國的冷戰策略，尤其是受到韓戰爆發的影響。1950年德國社會民主黨（SPD）即已提案，主張要修訂刑法以對付所謂「民主的敵人；Feinde der Demokratie」，隨後，Konrad Adenauer擔任主席執政的基民黨（CDU）政府亦提出法案，於1951年即獲得國會通過施行的第一次刑法修正案（das 1. Strafrechtsänderungsgesetz）¹⁴，不惜祭出刑法的內亂（Hochverrat）、危害國家（Staatsgefährdung）

¹² Vgl. *Johannes Lameyer*, *Streitbare Demokratie: Eine verfassungshermeneutische Untersuchung*, 1978, S. 41.

¹³ *Christian Becker*, *Freiheitliche Ordnung, wehrhafte Demokratie und Staatsschutzstrafrecht*, BLJ 2012, S. 113 (114); Löwer, a.a.O., S. 68; *Reinhard Schiffers*, *Grundlegung des strafrechtlichen Staatsschutzes in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1951*, VfZ 1990, S. 589 (590); 另須說明的是，politisches Strafrecht這個概念在德國文獻上存在不同的指涉，請參閱 *Thomas Vormbaum*, *Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik*, 2011, S. 29 ff. 之整理與分析。

¹⁴ BGBl. 1951, S. 739.



與叛國（Landesverrat）等嚴厲的罪名，對於刑法進行增補之規定相當繁多，所建立起的規範密度可以說幾乎是滴水不漏，除了增訂前述內亂、危害國家與叛國等3個罪章之外，也修訂許多個別的刑法條文¹⁵。

這些頗為綿密的刑罰規定，在二次戰後德國重新建立民主憲政的階段，被當作防衛民主所必要採取的威懾性手段，其後，在東德與西德的武裝對峙狀態中，為反制共產勢力擴張的步步進逼，此一刑事立法遂成為西德政府訴追境內共產黨員的法律基礎，隨即於1952年3月即已展開大規模的追捕動作，此一刑事訴追活動的規模於1960年至1962年間到達高峰，這段期間每年約有上萬人被捕，約500人被判有罪。這一段歷史在我國似乎並不受到矚目，但其實與美國惡名昭彰的麥卡錫主義有著同樣的政治背景因素與相似做法，被稱為獵捕共產黨員行動（Kommunistenverfolgung）¹⁶。

在第一次刑法修正案中，所增訂關於危害國家罪的部分，是以維護戰後德國所建立的憲政秩序為保護對象，第88條乃針對危害國家的2種下位類型予以定義，一是損及國家之存續，另一種則是破壞憲法基本原則（Verfassungsgrundsatz），此處被明定列舉的基本原則有下列6個¹⁷：

¹⁵ Josef Schafheutle, Das Strafrechtsänderungsgesetz, JZ 1951, S. 610 (610 ff.); Marei Verena Wilfert, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, 2017, S. 216 f.; Schiffers, a.a.O., S. 589.

¹⁶ Hans Karl Rupp, Politische Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., 2009, S. 145.

¹⁷ § 88 (1) [1] Im Sinne dieses Abschnitts ist eine Handlung auf die Beeinträchtigung des Bestandes der Bundesrepublik Deutschland gerichtet, wenn sie darauf hinzielt, die Bundesrepublik Deutschland ganz oder teilweise unter fremde Botmäßigkeit zu bringen, ihre Selbständigkeit sonst zu beseitigen oder einen Teil des Bundesgebietes loszulösen. [2] Als Beeinträchtigung des Bestandes der Bundesrepublik Deutschland im Sinne dieses Abschnitts gilt nicht



(一)人民有權選舉和投票，藉由立法、行政和司法之特別機關，以行使國家權力；並有權以普通、直接、自由、平等和秘密之方式選舉人民代表，

(二)立法受憲法秩序之拘束，行政權和司法權受到制定法與法（Gesetz und Recht）的拘束，

(三)組成反對黨和行使議會反對權的權利，

(四)政府對於議會負責，

(五)法院的獨立性，

(六)排除一切專制和恣意統治。

此一於1951年所做出對於憲法基本原則之定義，不但迄今仍然留存在德國刑法第92條第2項，而且德國聯邦憲法法院於1952年的禁止社會主義帝國黨（SRP-Verbot）一案中，運用德國基本法第18、21條中涉及言論與結社自由，尤其是涉及政黨禁止的重要概念，亦即自由民主基本秩序，聯邦憲法法院判決對此概念的說明雖未進行

die Teilnahme an einer Staatengemeinschaft oder einer zwischenstaatlichen Einrichtung, auf die die Bundesrepublik Deutschland Hoheitsrechte überträgt oder zu deren Gunsten sie Hoheitsrechte beschränkt.

(2) Verfassungsgrundsätze im Sinne dieses Abschnitts sind

1. das Recht des Volkes, die Staatsgewalt in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung auszuüben und die Volksvertretung in allgemeiner, unmittelbarer, freier, gleicher und geheimer Wahl zu wählen,
2. die Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung und die Bindung der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung an Gesetz und Recht,
3. das Recht auf die verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer parlamentarischen Opposition,
4. die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung,
5. die Unabhängigkeit der Gerichte,
6. der Ausschluß jeder Gewalt- und Willkürherrschaft.



明確的引證，但觀其意見之實質內容，即是參考前述第一次刑法修正案第88條關於憲法基本原則的定義，指出所謂的自由民主基本秩序，即是一個反抗專制和恣意統治的秩序，是一種基於人民的多數意志自決，自由與平等的法治秩序，具體來說，在此一秩序中尊重基本法所具體規定的人權，特別是個人的生命權和自由發展權，並符合人民主權、權力分立、負責的政府、依法行政、獨立司法、多黨制原則，且所有政黨可以機會均等地享有依憲法組黨的權利，最後是有反對黨的存在¹⁸。依此，聯邦憲法法院透過解釋將基本法的自由民主基本秩序與刑法上憲法原則定義相互連結，共同成為防衛性民主的意涵¹⁹。

肆、刑法防衛民主之正當性

為我國學界熟知的德國學者Carl Schmitt，在其關於政治意識型態的論述中，曾出現敵友之分的思維，引發相當深遠的思辨²⁰。敵友之分所指出與意味的是，政治競爭之下的清洗以及進行同質化的過程，但是，在現今的自由民主秩序之中，敵友之分容或依舊存在，但這並非民主價值之內涵或目的，而是民主競爭的現象，真正構成民主核心的是對於異質差異的尊重，此一尊重不得因敵友之分

¹⁸ BVerGE 2, 1, 12 f.

¹⁹ 對於聯邦憲法法院就自由民主基本秩序之解釋與刑法上憲法原則之定義兩者，更為細緻的比較分析，請參閱：Sarah Schulz, Die freiheitliche demokratische Grundordnung – strafrechtliche Anwendbarkeit statt demokratischer Minimalkonsens, KJ 48 (2015), S. 288 (291).

²⁰ 請參閱陳弘儒，論政治性的敵友之分一個對於Schmitt理論的初步考察，世新法學，3卷1號，頁75-125（2009年）。但Carl Schmitt對於防衛性民主制度則有所質疑，參閱陳宗憶，論Carl Schmitt憲政秩序思想，成大法學，37期，頁20以下（2019年）。



而被蔑視。

一、防衛性民主之省思

我國憲法中亦有防衛性民主的設計，但重點是放在政黨違憲的部分，憲法增修條文第5條第5項規定，「**政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者為違憲**」，而該條文第4項則賦予大法官職權，可組成憲法法庭審理政黨違憲解散事項。此一政黨違憲規定明顯是參考德國基本法第21條第2項之規定而來，所以也會遭遇到相同的問題，亦即如何認定危及國家與憲政秩序之情形。對此，一個指標性的見解是大法官釋字第644號解釋，大法官會議認為，人民團體法第2條規定主張共產主義、分裂國土之團體不許可設立之規定違憲，其理由在於，於申請設立人民團體之始，僅有此主張即不予許可，則無異僅因主張共產主義或分裂國土，即禁止設立人民團體，顯然逾越憲法第23條所定之必要範圍，與憲法保障人民結社自由與言論自由之意旨不符。對於釋字第644號解釋，許玉秀大法官於其所提出之一部協同、一部不同意見書中亦指出，審查政黨違憲問題，亦即是否危害中華民國的存在與自由民主憲政秩序，指出共產主義之主張，與危害中華民國的存在還欠缺合理的連結，同樣地，自由民主憲政秩序也未必受到危害²¹。

在2017年年初，德國聯邦憲法法院對於德國國家民主黨（Nationaldemokratischen Partei Deutschlands, NPD）的政黨定位與違憲解散問題，相當值得我們省思這個防衛性民主在判斷以及手段上

²¹ 同為批判性的見解請參閱，許志雄，結社自由與違憲審查——司法院釋字第644號解釋評析，月旦法學雜誌，163期，頁187以下（2008年）；張嘉尹，防衛性民主的幽靈——檢討大法官釋字第644號解釋，法令月刊，60卷8期，頁63以下（2009年）。



的選擇問題²²。一方面，由於這個極右派的政黨主張國家種族主義，以及歧視穆斯林、猶太人以及同性戀，因此確實可以從其政黨宗旨上顯示出敵視憲法的政治路線。但是，另一方面，該法院則是認為，若按照基本法第21條第2項違憲而須禁止規定之要求，必須是某政黨之目標或是其支持者行為之出發點觀之，乃是為了於破壞或消除自由民主基本秩序者，始屬違憲，而NPD就其在德國境內的政治實力與現狀來說，尚遠不足以撼動此一基本的憲政秩序，因此，並未宣告NPD違憲且須解散。德國聯邦憲法法院雖然未宣告違憲，但是另外建議在憲政架構下可以用其他的方式予以處理，尤其是停止國家的政黨補助。

此處一個令人不禁想要提問的是，如果說上述基本法的條文是以政黨的目標或支持者行為的出發點作為判斷基礎的話，應該是一個主觀的理念問題，而無須判斷該政黨在政治現實之中的影響力。對此，法院有確實的回應，認為法條文字中的所謂的「出發點；Ausgehen」，從概念上來說，必須是要有「走出去」，亦即存在積極行動為前提，政黨禁止並非對於純粹的信念或價值觀的禁令，因此，必須是起而行跨越過門檻，透過政黨打擊自由民主的基本秩序，就此，首先要有符合上述破壞目標而具有計畫性的準備工作，接著，是否因此而產生具體危險尚非所問，關鍵的毋寧是，必須要有具體的跡象顯示，該政黨對於自由民主基本秩序或德意志聯邦共和國的存續的攻擊行動可能獲得成功。對此成功的可能性，法院舉例說明，若是某政黨運用武力時，該行為即可被認定為確實存在成功的可能性；另一個狀況是，若是某政黨在一定區域之內營造出一種恐懼的氛圍，而足以長期損及人民在政治決策過程中的自由和平等參與，則亦屬可以肯定之案型。

²² BVerfGE 144, 20.



從上述德國聯邦憲法法院的判決意見中，顯現其對於防衛民主制度的謹慎操作，其中的關鍵之一在於，從所謂自由民主之基本秩序所隱含的防衛民主機制，不得僅以對方之意識型態或政治傾向作為制裁之理由，因為，對於一個標榜自由民主的秩序來說，意見與利益關係的多元性即意味著個人自由的發展，如此的憲政秩序所要建立的是一個開放的社會，應當容許不同意的存在，尤其是政治性的意見，以維護意見形成之自由，否則，所謂防衛性民主將成為打壓異己的華麗藉口與手段而已²³。而過去為了宣揚防衛民主機制的正當性，曾經出現的那種雅克賓黨人式的口號，即自由的敵人不配享有自由（Keine Freiheit den Feinden der Freiheit!），其所內含的思維模式，隱藏了極權者壓制反對者政治自由的最好藉口，這樣的思維實質上當與自由的民主秩序無法相容，應受到放棄²⁴。

而從歷史的發展脈絡解讀上述關於戰鬥性民主與防衛性民主思想的發展，其落實於憲法中的自由民主基本秩序之理念，對於此一核心觀念的解讀上，德國聯邦憲法法院一方面承繼了二次大戰之後，德國全體上下對於納粹獨裁政權的反省，另一方面則同時面對蘇聯與東德共產專制政權的威脅，因此，對於自由民主基本秩序的理解，是從反抗極權主義的角度作為出發點，至於其意識型態係屬

²³ Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, S. 307; Vincent Klausmann, *Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus*, 2019, S. 185; 更廣泛意義的憲法開放性問題，參閱 Andreas Voßkuhle, *Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das BVerfG*, JZ 2009, S. 917 (917 ff.).

²⁴ Bulla, a.a.O., S. 359 f.; Markus Thiel, in: Thiel (Hrsg.), *Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung*, 2003, S. 1 (23 f.); Viktor Volkmann, *Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit?*, 2019, S. 275.



極左還是極右，則非重點²⁵。從這一個思考角度切入，觀察社會中不同政治意見的光譜，侵害自由民主基本秩序的是分別居於兩個極端的政治立場，除此之外，形形色色的各種左派社會主義與右派保守主義者，其仍然可與民主共存，並未構成自由民主基本秩序之威脅，因此，不應以其政治意見有別於主流的政治立場為由，逕行貶抑而強制予以排除，重蹈冷戰時期對抗共產主義而恣意獵巫的歷史覆轍²⁶。

二、政治刑法之省思

德國於1951年以來所啟動的政治刑法，迄今已然超過半個世紀，於今日重新檢視，雖然仍保留許多防衛民主與憲政秩序的規定，但已有許多轉變，不論是內容理解上的改變，或是因改弦易轍而被廢除，在在都值得我國借鏡參考²⁷。

(一) 禁止政治宣傳的第93條

1951年的第一次刑法修正案，對於影響民主憲政秩序之政治性宣傳，制定了一個相當寬鬆而模糊的規定，禁止任何人在未經官方許可下，以散布為目的，將內容旨在破壞德意志聯邦共和國的存

²⁵ BVerfGE 13, 46, 50 f.; *Christoph Gusy*, Die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 105 (1980), S. 279 (283 f.); *Josef Isensee*, Tabu im freiheitlichen Staat, 2003, S. 77.

²⁶ Vgl. *Maximilian Fuhrmann*, Antixtremismus und wehrhafte Demokratie. Kritik am politischen Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland, 2019, S. 185 ff.

²⁷ 此時期相關發展之介紹與評析，另請參閱蘇慧婕，第三帝國陰影下的言論自由保障：論德國聯邦憲法法院在極右派言論案件中的立場演變，臺大法學論叢，45卷2期，頁415以下（2016年）。



續，或是旨在排除第88條²⁸所規定憲法原則之著作、錄音、圖畫，輸入本法效力所及之範圍內，或為散布之目的而儲存上述物品者，且未遂亦在處罰之列。此一規定方式，對於何種方式得以破壞國家存續與憲法原則，並未做進一步的限定，這種失諸於籠統的規定也就注定受到批判。

1968年的第八次刑法修正案，將上述規定予以廢除，重新擬定一個新的構成要件，即第86條之規定，其理由即在於舊法欠缺明確性，因此存在違憲的疑義²⁹。雖然同樣是對於散布宣傳行為入罪化，但是，與舊法之規定相較，新法較為具體地將所禁止散布之宣傳物品侷限在特定的範圍，必須是屬於下列4種情形的宣傳品，遭憲法法院宣告違憲之政黨或其替代組織、因違反憲法秩序或違反國際共識而被禁止之團體或其替代組織，於本法適用之空間效力範圍外而為前2款所稱政黨或團體進行運作之政府、團體或機構，或使納粹組織復辟之宣傳物品。此外，本條文並進而就宣傳物品之意義進行限定，僅指其內容違反自由民主之根本秩序或國際共識之文書。本條於2021年再度修法，將組織的範圍明確規定包括進行恐怖主義活動之組織。

就本條之規定來說，立法者已極力勾勒出所要處罰的不法類型，除了規定涉及組織的具體範圍，並且將宣傳行為與目標組織予以連結，以確立該宣傳活動所將引發的危險具有高度的擴散性，不過，關於使納粹復辟之宣傳品，則較難進行此種連結，因為納粹組織在實際上已不復存在，是故，此部分的禁止規定尚有待商榷³⁰。

²⁸ 請參閱前述參、二。

²⁹ *Heinrich Wilhelm Laufhütte/Annette Kuschel*, in: LK StGB 12. Aufl., 2007, § 86 Entstehungsgeschichte.

³⁰ *Volkman*, a.a.O., S. 235 f., 270 f.



(二) 維護國家表面秩序的第90a條

其次，也值得一提的是現今尚存的德國刑法第90a條，其前身為1951年德國第一次刑法修正案第96條，其構成要件所要處罰的行為內容是，以公開的方式辱罵或蔑視國家、各邦或憲法秩序者，或是羞辱國家之國徽、旗幟、國歌，對此，其法律效果則為最高得判處3年之有期徒刑，究其歷史上的淵源，則可溯源至帝國刑法第135條關於保護帝國國徽之規定³¹。對於此一犯罪規定，德國聯邦憲法法院於2012年做出一個重要的基本宣示，基本法雖然是建立在價值忠誠（Werteloyalität）之上，但對此並不予以強制。該法院並指出，該規定之目的，如同所有國家安全規範一樣，皆是在於保障和維持德意志聯邦共和國，各邦及其憲法秩序的存續。法院接著指出，按照上述的理解，只有在以下情況下才會跨越侵害法益的門檻：由於透過特殊方式進行意見表達，使國家受到踐踏之程度，至少是足以間接地危及德國德意志聯邦共和國存續、國家機構的功能或國家和平³²。

上述德國聯邦憲法法院的見解被進一步地應用與討論。德國聯邦最高法院於2018年作成的一個刑事判決值得觀察，此案被告以饒舌音樂風格創作了一首名為「德國；Deutschland」的歌曲，並製作了專業的音樂影片。其後，在被告的同意下，第三方於2016年將該影片上傳至網路平台YouTube，供大眾自行連線觀賞，被告以此歌曲及影片呼籲支持極右派團體，而這些團體的目標是要消除多元民主的德意志聯邦共和國，並建立與第三帝國相當的專制政權取而代之。對於本案，德國聯邦最高法院首先指出，國家雖然不受到名譽權的保護，刑法第90a條的保護法益則是德意志聯邦共和國的存續及

³¹ Laufhütte/Kuschel, a.a.O., § 90a Entstehungsgeschichte.

³² BVerfG NJW 2012, 1273, 1274.



其憲法秩序。法院引用前述德國聯邦憲法法院的見解指出，對於刑法第90a條之成立來說，必須要符合的要件是，該藝術作品以其所表達的意見的具體方式蔑視國家，使之至少是足以間接地危及聯邦共和國的存續、國家機構的功能或國家和平。就此，刑法第90a條第1項的保護僅與聯邦共和國本身有關，若僅是對於國家機關，個別政治人物或行政予以貶低的話，基本上還不足以實現構成要件。基於上述理由，下級審之有罪判決被廢棄³³。

另外一方面，在德國學界也有更進一步的批判性意見，指出這種以國家為對象的輕蔑行為，其刑事處罰所保護的法益不明，畢竟國家欠缺一般人所具有的感知能力，並不會因為此行為感到羞辱，所以，立法上的設想將國家擬人化，但其實這是舊時代冒犯君上這種所謂大不敬罪名（*Majestätsbeleidigung*）的封建遺跡。而若是冠冕堂皇而無限上綱地認為，本罪之正當化基礎在於保護國家內部的整合、建立認同與肯認國家的正當權力³⁴，這個主張當然也是說不通的，因為，在一個尊重個人為自由的法權主體的國家之中，無法容許此種規定的做法，竟是透過刑罰的手段施壓強迫一個人做成特定的政治性決定，若是果真貫徹此種強制效忠於國家圖騰的思維與措施，反而將促使自由民主之憲政秩序倒退回到國家專制的狀態³⁵。

此外，亦有學者從憲法的角度指出，基本上刑法第90a條是不合乎比例原則而應被宣告無效的，此一看法的理由在於抱持言論市場自由競爭之基本立場，指出若是在這樣的一個豐富多元的社會中，如此偏激的言論會危及國家的話，那麼，其實是國家本就已經處於板蕩之中，接受這些激烈的言論並不是使國家危殆的原因，而毋寧

³³ BGH 3 StR 27/18, in: HRRS 2019 Nr. 420, Rn. 10 f.

³⁴ 德國文獻上相關支持性的意見，整理彙整參閱Volkman, a.a.O., S. 240 ff.

³⁵ *Brigitte Kelker, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht*, 2007, S. 535 ff.; Volkman, a.a.O., S. 242 ff.



是國家深陷危機後的結果，因此主張本條違憲應予以刪除³⁶。

(三)為憲政機關守門的第106a條

一個如今已經被廢除的條文也頗值得予以觀察，亦即同樣在1951年德國第一次刑法修正案中所增訂的刑法第106a條，禁止於聯邦或邦的議會周邊禁制區進行露天公眾集會或遊行，違者處1年以下有期徒刑，召集者則是2年以下有期徒刑。此一條文隨即在2年之後，也就是1953年擴張構成要件所涵蓋的範圍，將禁制區域擴及於聯邦憲法法院，但是，在另一方面則是將刑罰的法律效果予以減半，改為6個月以下有期徒刑，不過，召集人的法定刑期則未有修改。本條文之目的很明顯是為了防止人民集會包圍具有高度憲法意義的立法或聯邦司法機關，此種情形多是涉及具有衝突性的政治性議題爆發之時，此刻以維護憲政機關周圍秩序之名，在既有的集會相關規定之外，制定一個普遍性的刑事干預規範，此種立法有無必要與是否妥適，恐成疑問。

本條文並未進入21世紀，於1999年終遭到廢除，另外訂立一套專法規範相關場所的集會遊行活動，亦即聯邦憲法機關管制區法（Gesetz über befriedete Bezirke für Verfassungsorgane des Bundes, BefBezG），值得一提的是，本法於制定之初並無任何的處罰規定，至2008年方增列秩序罰之罰則，處罰2萬歐元以下罰鍰。由上述法制的變革可以看出，刪除刑法第106a條的這項改變，顯然不僅僅是對刑法條文進行修正而已，更是一個象徵性動作，對於人民聚集於憲政機關表達意見的行動，尊重其為國民意志主權的展現，不再將其動輒視之為足以動搖國本的洪水猛獸³⁷。

³⁶ Becker, a.a.O., 117 f.

³⁷ Vgl. Martin Heger, Die Bannkreisverletzung als Straftat im Chronotop, ZIS 2020, S. 7 (7 f.).

伍、對於反滲透法之檢討

一、刑事立法與民主憲政之維護

(一) 象徵性刑事立法以維護民主憲政？

反滲透法以維護國安、主權與及自由民主憲政秩序之角色登場，固然有其時空背景，在總統選戰全面動員的高張力之下，若更有外來勢力介入，對於我國民主的正常運作確實是一項考驗，然而，這樣的考量是否足以正當化刑事立法，尚有疑問，觀察本法之立法目的與構成要件，在在顯示出本法的制定，其目的在於達成特定政策性目的之宣示，而非進行具有實踐可能性之立法。因為，如上述之分析，本法所制定之構成要件要素與構成要件行為，一方面在用語上相當模糊不清，以致往往與一般的日常行為無異；另一方面則是難以區辨是否確實存在境外因素及其影響力，畢竟所謂的在地協力者並非無意識的傀儡，恰好相反，多是各懷其志各有其盤算的人士。本法在實踐上尤為明顯的疑義是，依本法第9條之規定，滲透來源從事第3條至第7條之行為，或指示、委託或資助他人從事違反第3條至第7條之行為，依各該條規定處斷之，並未顧及對於此種行為人在法律適用上的效力疑義與訴追上的事實困難³⁸。

由上述許許多多的觀察可以發現，本法所追求的其實是一種政策的宣示性作用，因此，在整體上言之，屬於一種學理上所謂的象徵性的立法（*symbolische Gesetzgebung*），此種立法意味著立法僅止於象徵性的意義，甚至是一種虛假式的立法（*Schein-Gesetzgebung*），亦即立法者制定法律只是為了達成某種表面性的作用，甚至是為了某種政治性的宣傳目的，而非真正在解決現實上

³⁸ 執行上的諸多困難，吳景欽，反滲透法的罪刑法定之疑義，台灣法學雜誌，384期，頁31以下（2020年）。



的法律需求³⁹。在刑法上此種立法模式的特別之處是，透過制定模糊而籠統的犯罪構成要件，例如濫用抽象危險犯構成要件，以期發生宣示性意義的嚇阻力，藉以形成特定的社會禁忌，卻無實際上的訴追可能，僅產生儀式性的效果。象徵式刑事立法對於法治國所隱藏的破壞性實不容小覷，因此，德國刑事法學者如Hassemer等人早已提出警告，此種並未確實考量實際效力的立法，其僅被作為護衛政策的工具（flankierendes Instrument der Politik），這種在做表面功夫的宣示性法律規定無法付諸實踐，反而將致使國民對規範的信賴被稀釋而日漸淡薄，最後淪為自欺欺人而已（Täuschungsfunktion），也將使真正的問題解決方案被扭曲或受到忽略⁴⁰。

（二）民主憲政下的刑事立法之界線

刑法學理上傳統以兩個角度思考刑事立法的界線問題，一是從法益，另一則是從比例原則作為審查的基準。然而，對於訴諸於國家或全體國民安全這種立法目的的刑事立法，法益與比例原則的審查功能難有發揮之餘地，首先，如德國聯邦憲法法院在血親合姦一案所指出的，法益理論就法益的保護並未能提供實質性的標準（inhaltliche Maßstäbe）⁴¹，因此，法益概念可以說並不具有明確之定義，其所涵蓋的外延自然相當廣泛，立法者甚至實務家不斷將各種社會生活中的利益納入保護的法益之列。因定義上的困難，所以

³⁹ *Martin Führ*, *Symbolische Gesetzgebung verfassungswidrig?*, *KritV* 86 (2003), S. 5 (5 ff.); 林明鏞，立法學之概念、範疇界定及功能，*政大法學評論*，161期，頁118以下（2020年）。

⁴⁰ 象徵性刑法之進一步論述請見，*Winfried Hassemer*, *Winfried Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, *NStZ* 1989, S. 553 (553 ff.); *Bernd Heinrich*, *Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland*, *KriPoZ* 1/2017, S. 4 (8 f.); 古承宗，風險社會與現代刑法的象徵性，*科技法學評論*，10卷1期，頁137以下（2013年）。

⁴¹ *BVerfGE* 120, 224, 242.



近來在德國文獻上，已逐漸將法益理論理解為規範目的，這是所有刑事立法當然所需要具備的，因此，法益理論仍具有消極的功能，但是，此一功能可以被比例原則之審查所涵蓋，因為，國家強制手段所追求的目的是否正當，也是比例原則要審視的一環，所以無須在立法正當性的審查上重複檢驗⁴²。

其次，保護國家的存在向來被認為是極為正當的目的，這固然是基於各種戰亂的歷史經驗，在現代民主國家中仍可以藉由保障全體國民生命財產安全之名義，豎起制裁必要性的大旗，因此被視為國家法益或是重要的社會法益，而且在比例原則的審查之中，更可以基於此一絕對重要的規範目的，不但可以就此認為運用刑事制裁之嚴厲手段方能有效排除危安因素，從而具有其合目的性與最小侵害性，而且得以鬆綁狹義比例原則的限制，亦即以國家此一重大對象受到攻擊為理由，從而認為任何強制性的手段皆非過當。然而，這些對於重大法益進行的攻擊，其造成的危險為何，大多欠缺實證上的確實資料，而僅僅是出於對危險的想像，並且由於涉及的法益具有重要性而被分外地加重看待，以致對於保護的手段有更高的容許程度⁴³。

有鑑於涉及國家與社會法益的刑事立法，法益與比例原則的審查機能嚴重受限，若要對於涉及國家安全的反滲透法進行立法正當性的審查，必須從更為實質角度，亦即從其禁止規範的內容，以及憲政秩序的基本理念進行思考。以反滲透法之刑法規範管制內國政治上的平穩，此種立法模式必須更要再省思下列幾點，首先，要思

⁴² Wilfert, a.a.O., S. 127; Inga Schuchmann, Grenzen der Strafgesetzgebung – Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit, Schuld, in: Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich (Hrsg.), Strafrecht und Politik, 2018, S. 31 (34 f.).

⁴³ Vgl. Tatjana Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 39 ff.; Schuchmann, a.a.O., S. 41 ff.



考的是，反滲透法所要處理的，雖然是源自境外敵對勢力的介入，但並非屬於軍事上的干擾，而是透過我國人民進入民主程序，企圖影響民意之形成，若是涉及暴力、脅迫者，則我國人民實為妨害選舉犯罪之受害者；若涉及金錢或不法利益收買，則收受之人民構成投票受賄之行為人，當有既有之刑法及各項選罷法予以制裁。若不涉及上述手段，而是純以和平方式進行的意識型態之爭，此種論爭情形在我國人民之間當屬於民主競爭最為核心與重要的一部分：或為國族認同之爭，或為國家路線之爭，若以動機作為禁止之理由，甚而以刑罰相繩，將禁絕不同意見陣營之間的競爭，這並非民主秩序所要追求的目標。

再者，反滲透法作為一個新設的管制性規範，其中諸多構成要件的明確性必須再經一番慎思，明確性之要求為罪刑法定原則之下位原則，保障人民對其行為是否具有刑罰效果之可預測性。我國大法官會議自釋字第432號、第690號解釋以來，就適用於一般人之法律規範，審查是否合乎明確性原則之具體判斷標準，乃是以負面之方式進行檢視，苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂與明確性原則相違。而釋字第636號解釋則進一步就涉及憲法第8條規定，亦即國家公權力對人民身體自由之限制，指出若涉及嚴重拘束人民身體自由而與刑罰無異之法律規定，其法定要件是否符合法律明確性原則，自應受較為嚴格之審查。

大法官會議上述對於明確性原則之解讀，雖然確有其學理上的依據，然而，其所提出的反面審查標準較為寬鬆，對於刑法規範需要更為審慎呼應明確性之要求，因為，按照大法官會議第636號解釋，對於剝奪人民重大基本權利之刑事處罰構成要件，對其明確性本即應當從嚴進行審視，而且，前述所謂「非難以理解」之標準，並非只是單純語言上的理解，否則將使此一審查標準失去作用，因



為，任何人對其本國文字基本上都不會出現「難以理解」的狀況。正確來說，關於能否理解的標準，應連結可預見性的要求，亦即明確性原則對於立法者的要求是，能讓一般人對於構成要件的意義有基本的掌握從而可預測其行為之結果，是故，大法官所提出的3個標準，不應割裂予以觀察，而是合併形成一個嚴謹的審查標準，以一般人民能否分辨處罰界線的角度進行判斷⁴⁴。

(三) 言論自由之刑事管制疑義

訴求國家法益之犯罪，在審查其立法正當性時，立法者經常藉由傳統的法益論述辯護其立法目的之根本價值，並藉此說明嚴厲刑罰手段的必要性，尤其是所謂的涉及國家安全問題時，更往往成為理直氣壯的立法理由。實則，以影響國家存續為由，限制言論與政治手段，這個理由並不充分，因為，言論本身並無法傾覆國家，而國家作為一個載體，並非目的而是手段，真正影響人民生活的是自由民主的憲政秩序，這樣的一個秩序正是以言論競爭與多元政黨為其規則，以避免專制之形成⁴⁵。

刑事立法在上述理解的前提之下，其終極與真正的正當性應是來自於護衛民主憲政程序，避免自由的民主價值受到破壞，而不是空洞的國家大義⁴⁶。依此，若言論本身的目的即是在進行民主競爭，則此一言論正是應該受到保護的對象，而即便是輔以言論動機

⁴⁴ 另請參閱黃舒芃，法律明確性原則的制度功能：評釋字第702號解釋對法律明確性原則之認定，裁判時報，17期，頁11以下（2012年）；薛智仁，刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定，臺大法學論叢，44卷2期，頁607以下（2015年）。

⁴⁵ 歐洲人權法院即已指出，防衛性民主所維護的是民主的多元價值，參閱吳志光，防衛性民主的歐洲經驗，憲政時代，45卷2、3期，頁283以下（2020年）。

⁴⁶ Vgl. Wilfert, a.a.O., S. 223 f.; Becker, a.a.O., S. 115.



之要件，仍無法正當化刑罰規定，因為，當構成要件建構其不法類型時，無法透過其所禁止之行為，卻仰賴行為動機作為不法內涵之主要基礎時，極易成為權力機關恣意濫權的溫床，這一點在我國過去的歷史中，有舊刑法第100條及相關條文帶來的無數次的血淚教訓，尚斑斑可考，當引以為鑑不能重蹈覆轍⁴⁷。

回到言論自由本身，在此一基本權的保障前提之下，當然還是有其內在的限制，針對有意捏造之虛假性事實表述，其純然為杜撰虛構所生而不具有真實性，亦非個人之意見表達，此種言說按照普遍的見解⁴⁸，其雖不在言論自由所保障的範圍之內，但是，應該很清楚的是，這並不意味即可逕行將此種行為予以入罪。此外，若觀察社會輿論的常態，言論多是事實陳述與意見表達兩者交雜、相互支持，因此，無法將兩者任意割裂僅取其中部分予以保障，若個人之意見是建立在錯誤的事實之上，仍屬言論自由的保障範圍⁴⁹。值得特別指出的是，涉及民主選舉的政治性言論，雖關乎意識型態的選擇，但是，此種政治宣傳性言論旨在拉攏或迷惑選民的決定，無論其如何大鳴大放，若未具有普遍能造成明顯而立即危險之行為特質，則其入罪化即有疑義⁵⁰。

基於以上思考，若要對抗境外敵對勢力及其在地協力者的滲透作為與認知作戰，在言論限制方面具有正當性的應對措施，除了固

⁴⁷ 劉幸義，正義、人權與枉法裁判，頁298、379以下（2016年）。

⁴⁸ BVerfGE 61, 1, 8; 90, 1, 15; 90, 241, 254; 99, 185, 197; *Nima Mafi-Gudarzi*, Desinformation: Herausforderung für die wehrhafte Demokratie, ZRP 2019, S. 65 (67); 我國文獻上有論述虛假事實表述之言論保障者，黃銘輝，假新聞、社群媒體與網路時代的言論自由，月旦法學雜誌，292期，頁13以下（2019年）。

⁴⁹ BVerfGE 61, 1, 8; 65, 1, 41; 71, 162, 179.

⁵⁰ 司法院大法官會議釋字第445號解釋、釋字第644號解釋林子儀大法官協同意見書。



有的犯罪構成要件，如誹謗罪、偽造文書罪以及意圖使人不當選而散布謠言或傳播不實之事等之外⁵¹，在我國法制上目前需要進行補強的是，如何控制假訊息在媒體或社群平台的急遽散播，例如參考德國於2017年所通過的網路執法法案（Netzwerkdurchsetzungsgesetz, NetzDG），其對抗假訊息之制度設計是，課予媒體平台業者即時處理違法訊息之責任，亦即在其獲悉所經營之媒體登載虛假不實之資訊內容時，負有立即處置如下架之義務，違者將受到行政罰⁵²。

二、細觀反滲透法刑事管制規定之疑義

（一）立法目的與立法定義

1. 反滲透法立法目的之說明，以保障我國國家安全與社會安定為出發點，可以說是一個極為抽象的指稱，其中關於社會安定的部分隱約透露一種涉及社會群體的思考，這一點極易被忽略，從整體的立法時空背景來看，立法者意指滲透的影響力恐已進入民間各角落，因此有必要制定本法。與國家安全相較，雖然社會安定、中華民國主權及自由民主憲政秩序的重要性都被排在後面，但既然本法並非就嚴格意義下的軍事國防的部分進行規範，也非涉及所謂心理戰，因此，本法的重點其實就是在於滲透力量所將造成的民心以至於主權及民主的影響。但是，從這樣的角度觀察時，又會令人不禁

⁵¹ 現行規範之討論，許恒達，論假訊息的刑法規制，月旦法學雜誌，303期，頁229以下（2020年）。

⁵² 網路執法法案（Netzwerkdurchsetzungsgesetz; NetzDG），內容與評述參閱 Jan-Hendrik Dietrich, Politisch gesteuerte Desinformation über soziale Netzwerke als Problem des Sicherheitsrechts, in: Graulich/Dietrich/Gärditz (Hrsg.), Sicherheitsverfassung – Sicherheitsrecht Festgabe für Kurt Graulich zum 70. Geburtstag, 2019, S. 75 (89 f.); Mafi-Gudarzi, a.a.O., S. 68; Marc Liesching/Chantal Funke et al., Das NetzDG in der praktischen Anwendung, 2021, S. 9 ff.



感到困惑，為何本法對於影響民心與民主甚鉅的諸多手法並未積極納入規範之列，例如猖獗的假新聞、假訊息。

另一點值得特別注意的是，理由書雖然提到其他先進民主國家已採取立法作為因應，以此指出我國立法的必要性與正當性，但是，如此簡短的說明，並未具體指出是哪些國家，所採取的是哪種立法模式。若依照立法者所言，將眼光轉至其他民主國家的做法，卻會發現的是，難以找到與我國相同的立法模式。諸如美國於1938年第二次世界大戰期間，為打擊納粹在其境內的侵略性宣傳工作，即已制定的「外國代理人登記法（Foreign Agents Registration Act）」，要求在境內而為外國政府工作者應進行登記，以此監管當時境內的納粹宣傳活動，其後雖經修正，時至今日仍然為保護國民民主自決的重要法案，要求在該國境內任何為外國政府、政黨工作之人士，如政治遊說者、企業公司僱員、媒體機構人員等，均需向美國司法部登記以自我揭露這種利益與聽命關係⁵³。未久之前發生而仍歷歷在目，即俄羅斯於2016年以社群媒體干預美國總統選舉事件，若事後重新思考其來龍去脈與應對之道，仍舊是以揭露與透明化的做法，被認為是真正的問題解決之道⁵⁴。在方向上與此相近，澳洲於於2018年6月國會通過並於同年12月10日開始實施的「外國影響力透明化法（Foreign Influence Transparency Scheme Act）」，此

⁵³ Yuk K. Law, *The Foreign Agents Registration Act: A New Standard for Determining Agency*, 6(2) FORDHAM INT'L L.J. 365, 365-81 (1982); 黃恩浩，美國《外國代理人登記法》之精神與重點，新社會政策雙月刊，66期，頁44以下（2020年）。批判性意見Nick Robinson, "Foreign Agents" in an Interconnected World: FARA and the Weaponization of Transparency, 69 DUKE L.J. 1075, 1075-1147 (2020).

⁵⁴ Jens David Ohlin, *Election Interference: The Real Harm and the Only Solution*, CORNELL LAW SCHOOL, LEGAL STUDIES RESEARCH PAPER NO. 18-50, 1, 15-23 (2018).



種法制的思考方向在於，對於民主社會中常見的政治宣傳與遊說行為，藉由強制登記的制度，將具有外國因素者予以透明化。

2. 「境外敵對勢力」之定義與解釋，其思維顯然陷入循環的迷思之中，不斷以戰爭與和平的二分法進行差異判斷，既然滲透本即屬於一種非軍事性的手段，那麼，計畫滲透我國民主程序的外國勢力，究竟是與我國敵對的抑或是友好的？再者，具有其他訴求目的之外國政府、組織或團體，例如欲減損或控制我國經濟實力者，難道就不算是敵對勢力？

我國法制上就「境外敵對勢力」此一用語並不陌生，已見於1999年所制定之通訊保障及監察法第8條規定，但其對於境外敵對勢力之定義則大異其趣，係指「以從事國際或跨境恐怖活動為宗旨之組織」。此後，在其他國家安全相關法律領域亦有所使用，尤其值得注意的是，立法者於2019年年中即運用此一用語藉以擴張法律適用之地區，如刑法第115條之1規定擴張外患罪章之適用範圍，「本章之罪，亦適用於地域或對象為大陸地區、香港、澳門、境外敵對勢力或其派遣之人，行為人違反各條規定者，依各該條規定處斷之」，藉此避免原規定文字「外國或其派遣之人」出現適用範圍之爭議而產生漏洞。國家安全法第2條之1也提出修正，原條文規範之行為對象僅為外國或大陸地區，境外政治實體或組織無從適用，參考前述刑法第115條之1規定體例，增列「香港、澳門、境外敵對勢力」，明示本條規範含境外政治實體或組織，以資明確。此外，也就國家機密保護法第32條增列第2項之加重構成要件，「洩漏或交付前項之國家機密於外國、大陸地區、香港、澳門、境外敵對勢力或其派遣之人者，處三年以上十年以下有期徒刑」⁵⁵。

⁵⁵ 本次修法評述，羅承宗，新國安三法的光與影，台灣法學雜誌，371期，頁39以下（2019年）；孫迺翊，2019年憲法發展回顧，臺大法學論叢，49



3. 關於「滲透來源」的定義，似乎只是對於進行滲透行為的執行者進行界定，然而，由於這個定義是一個籠統的全稱方式，凡是被認定為敵對勢力者，其形式上與實質上所屬之所有機構、組織、團體及自然人，皆為所謂的滲透來源。依照此種一網打盡的規定方式，在表面上是可以收到避免有漏網之魚的效果，但是，在刑事立法上的運用尚待斟酌，為符合罪刑法定之明確性要求，應當避免過於寬泛與模糊的規定方式。以共產體制的中國大陸來說，即便是一般的企業、團體、金融或教育機構，大都與國家有一定程度的連結關係，且內部多有黨組織之制度設計，那麼，所謂滲透來源的涵蓋範圍恐怕將無所不包而難以明確。

「在地協力者」的定義，觀察其界定之方式，很容易可以看出意義之不確定性，由於滲透來源與在地協力者彼此之間一般並不具有形式上的職務關連，因此，何謂指示即有多種解釋的空間，而委託亦復如此，皆由於社會生活與利益關係的多樣性，難以透過如此簡單的用語進行清楚的劃定。至於贊助一詞似乎比較明確，但其實仍然可以輕易地提出一些難以判斷之案例，例如下進行查稅、給予行政程序上的方便或特權⁵⁶。

若從正犯與共犯的角度切入，以此詮釋滲透來源與受其指示、委託或資助者之間的關係，而將整個犯罪計畫理解為一種受到教唆而進行幫助行為的描述，那麼，似乎可以將此種受到指示、委託或資助而捐贈者，視為一種幫助犯，但是，這樣的理解顯然是有問題的，因為，立法者在各構成要件之中乃是將在地協力者作為正犯予以處罰，因此，其在規範架構上的定位並不明確⁵⁷。此外，在規範

卷特刊，頁1507以下（2020年）。

⁵⁶ 用語模糊性的批評，如李念祖，敵人刑法的憲法評價，在野法潮，44期，頁5以下（2020年）。

⁵⁷ 是否為共犯或正犯用語之批評，吳景欽，同註38，頁31以下。



架構設計上的疑義還存在於，以第3條進行政治獻金之捐贈為例，既然公民投票法與政治獻金法對於違法捐贈者皆只有處以行政罰，要如何說明對於幫助者應處以刑罰，仍有說明上的困難。

(二)政治獻金

觀察反滲透法第3條關於政治獻金進行刑事管制之理由，理由書中是以我國政治獻金法與公民投票法已有處罰規定，作為本條的立法基礎，但是，這樣的說法有待商榷。首先，**政治獻金法**第7條第1項規定即已排除一定對象不得捐贈政治獻金，包括外國、大陸地區、香港及澳門之人民、法人、團體或其他機構，或是主要成員為上述地區人民、法人、團體或其他機構之法人、團體或其他機構。需要特別指出的是，對於違反本規定的罰則，依該法第29條第2項之規定，對於捐贈政治獻金者，按其違反規定之捐贈金額處2倍以下之罰鍰。依此，該法是對符合上述情形之捐贈者處以罰鍰，而受此等對象指示、委託或資助而捐贈者則並無處罰規定，與此相反，反滲透法則是處以刑罰，因此，立法理由中提到此一刑罰乃係參酌政治獻金法第7條之規定，並不確實。

政治獻金法與此相關的刑罰規定其實是在第25條第1項，擬參選人收受該法第7條所規定對象之政治獻金，未依第15條規定之期限繳交受理申報機關辦理繳庫，處5年以下有期徒刑。此一處罰規定的對象更包括了為擬參選人收受或募集政治獻金之代理人、受僱人，以及政黨、政治團體之負責人、代表人或代理人、受僱人，若犯此罪者亦依相同規定處罰。由此規定係規範收受者言之，既然行為主體不同，實難成為反滲透法第3條處罰之參考依據。

其次，**公民投票法**第20條規定，公民投票案成立公告後，提案人及反對意見者，經許可得設立辦事處，從事意見之宣傳，並得募集經費從事相關活動，但不得接受下列經費之捐贈，包括外國團



體、法人、個人或主要成員為外國人之團體、法人；大陸、香港、澳門地區人民、法人、團體或其他機構，或主要成員為上述地區人民之法人、團體或其他機構。按照該法第45條第1項之規定，收受者應予查證捐贈來源是否屬於上述地區，若有不符規定之捐贈時，應於收受後2個月內繳交受理申報機關辦理繳庫。未依規定期限辦理繳庫者，處5年以下有期徒刑。該條第4項規定，捐贈違反第20條第1項者，按其捐贈之金額處2倍之罰鍰。但最高不得超過新臺幣100萬元。該條第6項規定，對於經費之收入或支出金額，故意為不實之申報者，處新臺幣50萬元以上250萬元以下罰鍰。

依照公民投票法第20條規定與相關罰則來看，處罰之對象為收受者與捐贈者，若係受禁止捐贈者之指示、委託或資助而捐贈者，對其並無處罰規定，因此，反滲透法第3條立法理由中提到相關刑罰規定乃係參酌公民投票法第20條而來，此一說明也同樣難以讓人理解。

進一步觀察反滲透法第3條之規定，任何人不得受滲透來源之指示、委託或資助，捐贈政治獻金，或捐贈公民投票案經費之規定，從其捐贈行為的外觀來說，是一個合法的政治支持性動作，若僅是由於捐贈動機而成為犯罪，與思想入罪之間的距離恐怕是只有咫尺之遙。至於可能成為不法要素的部分，亦即受指示、委託或資助，這些用語的意義皆過於模糊。所謂指示似乎是指有上下指揮關係之情形，但既然一般來說我國人民不得擔任境外敵對勢力之公務員，那麼，此處所指涉的似乎只是民間一般工作上的職務關係，在這樣的關係之中，如何之行為可謂指示，恐成疑問；而所謂委託，其意義更是含混不清，與一般人情請託、協助之間難以劃分。至於資助，在用語上不同於行賄，可包括之情形甚廣，如贊助或減免前往投票之交通費用，或是對於商人減免稅賦，而且資助之用語似乎刻意免除其中對價關係之檢驗。因此，立法者對於這些至關重要的不



法要素，卻使用這些富含歧異理解之用語，將使本罪之構成要件欠缺明確性。

資助此一用語固然在我國組織犯罪防制條例第6條「非犯罪組織之成員而資助犯罪組織」的刑罰規定，已設有資助之構成要件行為，但這並不表示其意涵在實務上已有穩定之見解，對於此一籠統的用語所涉及的範圍不易界定，例如最高法院98年度台上字第5366號判決指出，原判決認為「資助」限於金錢，物質上資助則不在內，故甲租用房屋提供使用，不能認為係「資助」，此部分之論述被最高法院指出係屬誤解。再者，德國刑法第89c條設有資助恐怖主義（Terrorismusfinanzierung）之處罰規定，似乎可以作為排除明確性疑慮的理由，但是，若實際觀察該條文篇幅長達約莫一張A4之譜的內容，就會發現除了構成要件鉅細靡遺的規定之外，資助是作為罪名的上位概念，構成要件行為包括了對於資產（Vermögenswerte）的募集（sammeln）、收受（entgegennehmen）以及提供（zur Verfügung stellen），總共3種較為具體的行為態樣，其規範之方式所描繪的輪廓，顯然較單純的資助2字清楚甚多⁵⁸。

（三）選舉行為

反滲透法第4條所管制之助選行為，如果細觀其中所被列舉之行為，其實皆為我國選舉活動常見之行為，如為候選人助選而公開演講、站台、參與拜票或遊行，或是利用各種媒介如標語、看板、旗幟、布條等廣告及大眾傳播媒體為候選人宣傳。這些行為可以說是選舉期間的日常，而總統副總統選舉罷免法第43條、公職人員選舉罷免法第45條之所以禁止，乃是限於具有一定身分者，亦即各級選舉委員會之委員、監察人員、職員等辦理選舉事務人員，當此等選

⁵⁸ 條文請參閱何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，德國刑法，2版，頁195以下（2019年）。



監人員進行上述行為時，即破壞其應維護與遵守之行政中立性，具有一定之不法外觀。然而，若是一般的本國人民以上述方式參與選舉活動，即欠缺此種不法外觀，如此一來，所處罰的基礎僅存在於其動機的部分，也就是針對其為何參與這些再通常不過的選舉活動的原因，此一刑事立法之正當性恐怕並不具有說服力。

第4條關於助選行為之處罰規定，所禁止的行為是在選舉過程中極為平常與正當之宣傳活動，對於民眾政治意見之表達，很明顯仍屬於言論自由的保護領域，即便有我國人民支持敵對勢力所代表之意識型態，其意見本為自我認同與思想的傳達，並非侵害他人權利之行為，其宣揚任何政治主張之行為當屬於言論自由之基本權，更是構成民主多元社會的基本元素，因此，既然此等投票行為還是在參與民主，其所為本即屬於必須被尊重的政治意見表達⁵⁹。或許有人認為，即便外觀是合法的活動，但由於是滲透來源所引發，仍具有不法之實質內涵，對此，我們可以退萬步思考，由於選舉的選項本身及其選擇，本即為民主的一部分，無論結果為何，不能視某一特定投票結果為不法。而可能藏有不法的部分並未受到上述規定所指涉，且已經受到刑法妨害投票罪章以及選罷法之罰則所涵蓋，如投票受賄罪、妨害投票罪等。

反滲透法第7條所管制之妨害選舉行為，此規定在規範設計上，是以犯罪行為人之動機因素作為額外加重處罰之基礎。一般來說，動機屬於量刑因素，於我國刑法第57條第1款規定甚明，而動機因素相當複雜，在個案上當需各別予以斟酌。然而，若要將具備特定動機之情形一律予以加重，意即因而成為加重構成要件，當然意味著

⁵⁹ 涉及公共議題冒犯性言論之保障，劉靜怡，在他人喪禮上抗議的言論自由？，台灣法學雜誌，261期，頁129以下（2014年）。



該動機具有高度的可非難性，且欠缺可以被理解的緣由⁶⁰。對於立法者來說，作為境外敵對勢力的在地協力者當然具有高度的可非難性且毫無正當理由，然而，這樣的設定可能忽略了在複雜社會關係中認定此一行為角色的困難性，而由於其作為加重處罰的核心要素，勢必要對於明確性有更高的要求，而目前的規定於此則顯有不足。

(四) 遊說行為

反滲透法第5條管制遊說行為之立法理由中，雖提及遊說法第8條之禁止規定，但其規範對象為大陸地區人民、法人、團體或其他機構，以及香港或澳門居民、法人、團體或其他機構，與本條是以在地協力者為規範對象有所不同，兩者雖皆為避免境外勢力影響我國施政或政策制定，但是，既然行為主體與法律效果皆有不同，自應另行說明處以刑罰部分所根據之理由為何，而其規定之內容，也頗為模糊不清，存在極大的解釋空間。

按照遊說法第2條對於遊說之定義，係遊說者意圖影響被遊說者或其所屬機關對於法令、政策或議案之形成、制定、通過、變更或廢止，而以口頭或書面方式，直接向被遊說者或其指定之人表達意見之行為。依此，遊說毋寧是民主國家中政治運作的常態，意見管道的暢通與健全才是必須被維護的對象，而遊說法之管制即是在確保程序上的正當。就此種表達民意之行為進行限制，應先以行為之客觀侵害性為前提，再輔以主觀之要件，而就本法第5條第3項規定言之，僅就涉及之事項種類有所限制，但是並未就行為之任何侵害可能做進一步的描繪，尚難以形成一個足以形構抽象危險犯之不

⁶⁰ Vgl. *Volker Haas*, Zur Notwendigkeit einer Reform der Tötungsdelikte. Zugleich eine kritische Würdigung des Abschlussberichts der Expertengruppe, ZStW 128 (2016), S. 316 (326 ff.).



法，因為，單純的遊說行為，即便涉及國防、外交及大陸事務涉及國家安全或國家機密，皆有機關內部之處理程序予以應對，並非不加思索照單全收，也有監督機制加以制衡，此種遊說行為之典型危險性何在，並未在構成要件及其要素之中獲得彰顯，而是試圖透過行為動機予以說明，其不足至為明顯，且恐成為誅心的不當立法⁶¹。

(五)妨害秩序與集會

反滲透法第6條加重處罰妨害秩序與集會之行為，目的乃是為了防制滲透來源擾亂我國社會秩序、或藉機滋事鼓動衝突對立。此一關於加重刑罰的理由說明似乎忽略了一個刑法學理上的關鍵之處，亦即本條既然是對於既有的刑罰規定予以加重，因此，需要予以說明的毋寧是加重處罰的理由何在，而不是處罰基本行為的原因，所以，實質上言之，立法者並未真正對於本規定之正當性基礎做出交代，仍然是以行為動機作為根據，而關於此點作為理由的弊病已如上述。

反滲透法的第6、7條則皆是針對於既有刑罰規定之行為，如違法集會、散布謠言使人不當選等，另行再予以加重法定刑至二分之一，此等規定雖然問題似乎較上述第3、4條來的輕微，僅涉及所謂受指示、委託或資助的意義過於模糊的疑義，但其實此一加重規定還是面臨最根本的問題是，受到反民主之勢力所影響而企圖干擾我國民主秩序者，若已受到相關刑罰規定的規範，為何須因影響來源而罪加一等，立法者對這個問題的回答應該是其為虎作倀所以惡性更為重大，但是，這樣的理由仍陷入武力對峙的思維之中，實則反滲透法所要處理的是民主與反民主之間的意識形態對抗問題，此一對抗還是必須要在民主框架之下解決，亦即藉由透明溝通而競爭的

⁶¹ 此規定應屬不當之批評意見，李念祖，同註56，頁6。



程序，單純的反民主並非不法之所在，這一點對於同法第5條的思考來說也是相同的。

陸、結論與展望

反滲透法的疑義可謂遍布整部法典，雖然我國目前確實面臨著民主制度受到嚴肅挑戰的局勢，但是，制定一部以刑罰為主的法典作為回應，其正當性上有疑問。最為基本的問題在於，立法者雖於立法目的的說明中闡述本法是以維護國家安全作為理由，而危害的方式其實來自非正規的攻擊方式，亦即全面性地進行各種範疇的爭奪，那麼，對抗的戰場也就同樣會是全面性的，依此，立法者若選擇以刑法作為主要的反擊武器，這把利器的刀鋒所向也就無所不至，深入社會的各個層面與角落，整體社會恐將因此倒退回到所謂的動員戡亂狀態，白色恐怖與西方冷戰時期的肅清手段亦將借屍還魂重見天日，適足以破壞民主憲政的基本理念，不得不慎。是故，立法者過度強調國安的思考與做法，將混淆戰時法與平時法，從而以平時法之名，制定出一部動員戡亂法典甚或是戰爭法典，或者至少是一部過當的法律。

立法者面對銳實力的滲透，以及制度、人心之爭，在我國的自由民主憲政秩序之下，主要的策略首先還是必須要回到民主的基本理念與制度思維之中解決，亦即以言論自由保障為出發點，發展出有利於健全民主競爭的機制，或可參考各國已有的做法，如借鑑美國與澳洲處理外國勢力介入之法制經驗，藉由更為透明的方式，諸如代理人登記制度與各種陽光法案，建立一套涉外政治的公示制度，做為形成各種民意時之監督與參考；或如德國對抗假訊息之制度設計，課予媒體平台業者處理爭議訊息之責任。而上述制度之建立與穩固皆不是以刑罰做為主要的手段，而僅是對於相關規定的違



反行為訂立以行政罰為主的罰則，這不僅是基於刑法最後手段性的考量，而且是基於對於民主價值的根本信念，亦即容許不同意見並存的自由多元社會。



參考文獻

一、中 文

- 古承宗（2013），風險社會與現代刑法的象徵性，科技法學評論，10卷1期，頁115-177。
- 吳志光（2020），防衛性民主的歐洲經驗，憲政時代，45卷2、3期，頁263-297。
- 吳景欽（2020），反滲透法的罪刑法定之疑義，台灣法學雜誌，384期，頁25-34。
- 何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯（2019），德國刑法，2版，臺北：元照。
- 李念祖（2020），敵人刑法的憲法評價，在野法潮，44期，頁4-7。
- 林明鏘（2020），立法學之概念、範疇界定及功能，政大法學評論，161期，頁71-134。
- 孫迺翊（2020），2019年憲法發展回顧，臺大法學論叢，49卷特刊，頁1471-1516。
- 張嘉尹（2009），防衛性民主的幽靈——檢討大法官釋字第644號解釋，法令月刊，60卷8期，頁63-76。
- 許志雄（2008），結社自由與違憲審查——司法院釋字第644號解釋評析，月旦法學雜誌，163期，頁173-193。
- 許恒達（2020），論假訊息的刑法規制，月旦法學雜誌，303期，頁226-246。
- 陳弘儒（2009），論政治性的敵友之分一個對於Schmitt理論的初步考察，世新法學，3卷1號，頁74-125。
- 陳宗億（2019），論Carl Schmitt憲政秩序思想，成大法學，37期，頁1-37。
- 喬良、王湘穗（2004），超限戰，臺北：左岸文化。



- 黃恩浩（2020），美國《外國代理人登記法》之精神與重點，新社會政策雙月刊，66期，頁43-47。
- 黃舒芃（2012），法律明確性原則的制度功能：評釋字第702號解釋對法律明確性原則之認定，裁判時報，17期，頁5-14。
- 黃銘輝（2019），假新聞、社群媒體與網路時代的言論自由，月旦法學雜誌，292期，頁5-29。
- 詹鎮榮（2004），防衛性民主，月旦法學教室，18期，頁30-33。
- 劉幸義（2016），正義、人權與枉法裁判，臺北：翰蘆。
- 劉靜怡（2014），在他人喪禮上抗議的言論自由？，台灣法學雜誌，261期，頁129-133。
- 蔡昌言、李大中（2007），不對稱戰爭相關理論及其應用於中國對臺戰略之研析，遠景基金會季刊，8卷3期，頁1-42。
- 戴雅門（Larry Diamond）著，盧靜譯（2019），妖風：全球民主危機與反擊之道，新北：八旗文化。
- 薛智仁（2015），刑法明確性原則之新定位：評介德國聯邦憲法法院之背信罪合憲性裁定，臺大法學論叢，44卷2期，頁599-664。
- 羅承宗（2019），新國安三法的光與影，台灣法學雜誌，371期，頁39-46。
- 蘇慧婕（2016），第三帝國陰影下的言論自由保障：論德國聯邦憲法法院在極右派言論案件中的立場演變，臺大法學論叢，45卷2期，頁395-453。

二、英文

- Law, Yuk K. (1982). The Foreign Agents Registration Act: A New Standard for Determining Agency. *Fordham International Law Journal*, 6(2), 365-81.



- Ohlin, Jens David (2018). Election Interference: The Real Harm and the Only Solution. *Cornell Law School, Legal Studies Research Paper*, no. 18-50, 1-26.
- Robinson, Nick (2020). “Foreign Agents” in an Interconnected World: FARA and the Weaponization of Transparency. *Duke Law Journal*, 69, 1075-1147.

三、德 文

- Becker, Christian (2012), Freiheitliche Ordnung, wehrhafte Demokratie und Staatsschutzstrafrecht, *BLJ*, S. 113-118.
- Bulla, Eckart (1973), Die Lehre von der streitbaren Demokratie. Versuch einer kritischen Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, *AöR* 98, S. 340-360.
- Dietrich, Jan-Hendrik (2019), Politisch gesteuerte Desinformation über soziale Netzwerke als Problem des Sicherheitsrechts, in: Graulich/Dietrich/Gärditz (Hrsg.), *Sicherheitsverfassung – Sicherheitsrecht* Festgabe für Kurt Graulich zum 70. Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 75-98.
- Führ, Martin (2003), Symbolische Gesetzgebung verfassungswidrig?, *KritV* 86, S. 5-21.
- Fuhrmann, Maximilian (2019), *Antiextremismus und wehrhafte Demokratie. Kritik am politischen Selbstverständnis der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden: Nomos.
- Grimm, Dieter (1991), *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.



- Gusy, Christoph (1980), Die „freiheitliche demokratische Grundordnung“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 105, S. 279-310.
- Haas, Volker (2016), Zur Notwendigkeit einer Reform der Tötungsdelikte. Zugleich eine kritische Würdigung des. Abschlussberichts der Expertengruppe, ZStW 128, S. 316-369.
- Hassemer, Winfried (1989), Winfried Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz, NSTZ, S. 553-559.
- Heger, Martin (2020), Die Bannkreisverletzung als Straftat im Chronotop, ZIS, S. 7-13.
- Heinrich, Bernd (2017), Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland, KriPoZ, S. 4-20.
- Hörnle, Tatjana (2005), Grob anstößiges Verhalten, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- Isensee, Josef (2003), Tabu im freiheitlichen Staat, Paderborn: Schöningh.
- Kelker, Brigitte (2007), Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- Klausmann, Vincent (2019), Meinungsfreiheit und Rechtsextremismus, Baden-Baden: Nomos.
- Lameyer, Johannes (1978), Streitbare Demokratie: Eine verfassungshermeneutische Untersuchung, Berlin: Duncker & Humblot.
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm/Kuschel, Annette (2007), in: LK StGB 12. Aufl., Berlin: De Gruyter.
- Liesching, Marc/Funke, Chantal/Hermann, Alexander/Kneschke, Christin/Michnick, Caroline/Nguyen, Linh/Prüßner, Johanna/ Rudolph, Sarah/Zschammer, Vivien (2021), Das NetzDG in der praktischen Anwendung, Berlin: Carl Grossmann.



- Löwer, Wolfgang (2010), wehrhafte demokratie, in: Hillgruber/Waldhoff (Hrsg.), 60 Jahre Bonner Grundgesetz – eine geglückte Verfassung?, Göttingen: V&R unipress, S. 65-86.
- Mafi-Gudarzi, Nima (2019), Desinformation: Herausforderung für die wehrhafte Demokratie, ZRP, S. 65-68.
- Rupp, Hans Karl (2009), Politische Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., Berlin: De Gruyter.
- Schafheutle, Josef (1951), Das Strafrechtsänderungsgesetz, JZ, S. 610-620.
- Schiffers, Reinhard (1990), Grundlegung des strafrechtlichen Staatsschutzes in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1951, VfZ, S. 589-607.
- Schulz, Sarah (2015), Die freiheitliche demokratische Grundordnung – strafrechtliche Anwendbarkeit statt demokratischer Minimalkonsens, KJ 48, S. 288-303.
- Schuchmann, Inga (2018), Grenzen der Strafgesetzgebung – Rechtsgut, Verhältnismäßigkeit, Schuld, in: Albrecht/Geneuss/Giraud/Pohlreich (Hrsg.), Strafrecht und Politik, Baden-Baden: Nomos, S. 31-50.
- Thiel, Markus (2003), in: Thiel (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 1-24.
- Voßkuhle, Andreas (2009), Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes“ durch das BVerfG, JZ, S. 917-924.
- Volkman, Viktor (2019), Meinungsfreiheit für die Feinde der Freiheit?, Berlin: Duncker & Humblot.
- Vormbaum, Thomas (2011), Beiträge zum Strafrecht und zur Strafrechtspolitik, Berlin: LIT.
- Wilfert, Marei Verena (2017), Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat, Tübingen: Mohr Siebeck.