

釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法的目的

聲請人審理臺灣高等法院106年度上易字第1513號妨害秩序案件，對於應適用的中華民國刑法第160條第1項毀損國旗罪規定，認有抵觸憲法的疑義，爰裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律違憲的具體理由，聲請司法院大法官憲法解釋。

貳、疑義經過、涉及的憲法及相關法律條文

一、本件事實經過

臺灣新北地方法院檢察署（以下簡稱新北地檢署）檢察官聲請簡易判決處刑意旨：被告陳儀庭、陳妙婷、吳馨恩（以下簡稱陳儀庭等3人）及同案被告徐大為、廖奕傑（以上5人，以下簡稱陳儀庭等5人，其中後2人經原審判決後未上訴而確定）基於意圖侮辱中華民國的犯意聯絡，於西元2015年（民國104年，以下關於年份的敘述，因涉及民國前事件及外國事宜，為利於明瞭，一律使用西元）10月10日3時左右，在新北市永和區中正橋上，分持美工刀、剪刀，割毀懸掛於橋上的中華民國國旗十數面，並折斷懸掛中華民國國旗的旗桿數根，以此方式公然損壞中華民國國旗。其後，經警據報循線

追查，始查悉上情。檢察官因而認為陳儀庭等 5 人均涉犯中華民國刑法第 160 條第 1 項的侮辱國旗罪嫌（如附件一所示）。¹

臺灣新北地方法院（以下簡稱新北地院）以 105 年度簡字第 5027 號受理後，獨任庭法官認定陳儀庭等 5 人均成立中華民國刑法第 160 條第 1 項的侮辱國旗罪，遂分別予以科刑（如附件二所示）。陳儀庭等 3 人不服該刑事簡易判決而提起上訴，經新北地院以 106 年度簡上字第 161 號受理後，合議庭撤銷原判決，改判陳儀庭等 3 人均無罪（如附件三所示）。新北地院合議庭是以：陳儀庭等 3 人因為主張臺灣獨立，質疑中華民國治理臺灣的正當性，基於表達他們前述政治意見而損壞國旗，目的並不是為了侮辱中華民國，陳儀庭等 3 人既非出於侮辱民國的不法意圖，即便他們客觀上確有損壞國旗的行為，也不得以侮辱國旗罪相繩；何況人民以損壞國旗（例如遊行時燒毀國旗，或剪貼國旗而扮演各種政治性角色等等），作為其政治性言論的表達內容，乃是一種「象徵性言論」（或稱「表意行為」），²基



¹ 陳儀庭等 5 人所為，其實同時該當中華民國刑法第 354 條毀損罪的要件。但因該罪為告訴乃論，且本件國旗所有權人臺北市政府新建工程處並未提起刑事告訴，而僅主張民事求償，所以檢察官並未起訴這些人另涉毀損罪嫌。

² 「象徵言論」（symbolic speech）乃是美國言論自由法學脈絡下的用語，意指利用行為（如靜坐）或物品（如焚燒國旗）等非口語或文字形式進行訊息傳遞的言論；但從符號學的角度來看，語言正是典型的「符號」，因此象徵言論的用語容易產生混淆，而宜以「表意行為」（expressive conduct）稱之。參閱蘇慧婕，〈言論管制的中立性—美國雙軌理論和德國一般法律理論的言語行為觀點分析〉，收錄於李建良主編：《憲法解釋之理論與實務》，第九輯，2017 年 4 月，第 207 頁。

於憲法高度的構成要件內涵或超法規的阻卻違法事由的審查下，即應作合憲性的解釋，認為以損壞國旗作為表達其政治性言論方式時，應受憲法言論自由的高度保障，不能再以該罪相繩。

新北地檢署檢察官不服新北地院合議庭對陳儀庭等 3 人所為無罪判決而提起上訴（如附件四所示），經本院以 106 年度上易字第 1513 號受理在案。檢察官上訴的主要意旨是：陳儀庭等 3 人明知公然損壞表彰國家象徵的國旗，可達貶抑中華民國主權及國家認同的效果，否則怎會藉由此舉表達對中華民國的憤怒與不滿？可見陳儀庭等 3 人確實具有侮辱中華民國的意圖。新北地院合議庭以陳儀庭等 3 人是為表達政治意見為由，逕行認定他們損壞國旗並非出於侮辱中華民國的意圖，顯然與陳儀庭等 3 人所主張的言論內容相悖，有曲解 3 人所要主張言論之嫌。再者，陳儀庭等 3 人於公然損壞國旗時，並未有任何言論的表達，或其他足使目睹該行為的大眾了解他們言論意義的舉動，衡諸一般社會通念，他們的舉措是否構成所謂「表意行為」，而得援引中華民國憲法第 11 條言論自由的保障，尚有疑義。何況立法者制定侮辱國旗罪的目的，乃因國旗為國家的正式標識，代表國家並象徵一國的主權與尊嚴，同時也是國民愛國情操之所寄，藉由保護國家象徵的方式維護國家的主權與尊嚴，新北地院合議庭卻以「合憲性解釋」認為損壞國旗的政治性言論不能以



侮辱國旗罪相繩，已根本掏空侮辱國旗罪的立法目的及適用餘地，實質上已是行使法律的違憲審查權，進而逕自拒絕適用該法條。而依照司法院釋字第 371 號解釋意旨，我國的法律違憲審查權專屬司法院大法官的權責，新北地院合議庭如就本件所適用的法律認有違反憲法的疑慮，應裁定停止訴訟程序，聲請司法院大法官解釋，方為正辦。新北地院合議庭捨此不為，實已侵越司法院大法官的職權，顯有判決違背法令的違誤。

二、本件所涉及的憲法及相關法律條文

(一) 中華民國憲法第6條：「中華民國國旗定為紅地，左上角青天白日。」



(二) 中華民國憲法第11條：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」

(三) 中華民國憲法第 23 條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」。

(四) 中華民國刑法第160條第1項：「意圖侮辱中華民國，而公然損壞、除去或污辱中華民國之國徽、國旗者，處1年以下有期徒刑、拘役或300元以下罰金。」

參、聲請解釋憲法的理由及聲請人對本件所持的立場與見解

一、程序事項

憲法為國家最高規範，法律牴觸憲法者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀中華民國憲法第171條、第173條、第78條及第79條第2項規定甚明。而「法官須超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉」，中華民國憲法第80條也有明文，則依法公布施行的法律，法官應以之作為審判的依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。只是，憲法的效力既然高於法律，法官有優先遵守的義務，法官於審理案件時，對於應適用的法律，依其合理的確信，認為有牴觸憲法的疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求明瞭。也就是說，在遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信應適用的法律為違憲的具體理由，聲請大法官解釋，迭經司法院釋字第371號、第572號、第590號解釋在案。

基於權力分立的憲政原則，釋憲機關就法律違憲聲請案的審查標的，有合憲與違憲宣告的裁量空間時，原則上應盡可能維持法律的合憲性，以尊重立法者依據憲法所享有的規範形成自由，此即釋憲實務上所稱的「合憲解釋方法」（或謂「合憲推定的法律解釋」）。這是一種就審查標的（法律）的文義可以合理涵蓋的範圍內，取向於憲法

價值決定所為的法律解釋方法。然而，如以合憲解釋而生「轉換」效果的解釋方式，形成「以變更規範之名行主動立法之實」，則已逾越該釋憲方法的界限，因為針對抽象規範審查持「合憲解釋方法」的前提，必須「在系爭規定之文義解釋範圍內，且不違反立法者的規範價值目的」。³是以，普通法院法官在從事個案審判，援引憲法而從事法律解釋時，雖然有義務發現法律，而且可採行「合憲解釋方法」，按照立法者制定法律的目的，重新詮釋法律規定的意涵，俾使該內容與立法目的，乃至憲法價值，相互一致；但如依「合憲解釋方法」仍無法得出該個案所應適用的法律合憲，也就是對於所應適用的法律，依其合理的確信，認為有牴觸憲法的疑義時，參照前述司法院釋字第371號、第572號、第590號解釋的意旨，法官即有停止審判程序，並向司法院大法官提出釋憲聲請的義務。⁴



本件陳儀庭等3人主張臺灣獨立，質疑中華民國治理臺灣的正當性，才會選在中華民國國慶日的當天，基於表達他們的政治意見而毀損青天白日滿地紅國旗，可見他們主觀上確實有侮辱中華民國的意圖，客觀上並有損壞國旗的行為，明顯該當中華民國刑法第160條第1項規定的構成要件。如審理該案件的法院確信該法律規定違憲，顯然

³ 司法院釋字第665號解釋李震山大法官不同意見書。

⁴ 普通法院法官既然有義務發現法律，甚至有義務發現違憲法律，則聲請釋憲不應該認為僅是法官的「權利」，更應該是屬於法官的聲請義務。參閱程明修，〈法官對於先決問題是否違憲的聲請釋憲義務？〉，月旦法學雜誌，第144期，2007年4月，第194-199頁。

將對於該案件的裁判結果產生影響，即已符合前述聲請解釋憲法中所謂「先決問題」的要件。而新北地院合議庭雖然認定陳儀庭等3人所為乃是一種「表意行為」，並基於合憲性的解釋，認為他們以損壞國旗表達政治性言論時，應受憲法言論自由的高度保障，遂判決陳儀庭等3人無罪。然而，誠如新北地檢署檢察官上訴理由書所指陳：新北地院普通庭不僅有曲解陳儀庭等3人所要主張的言論之嫌，而且立法者制定侮辱國旗罪的目的，乃因國旗為國家的正式標識，藉由保護國家象徵的方式維護國家的主權與尊嚴，可見這項罪名即是針對人民表達不認同國家主權與尊嚴的政治性言論所作的懲罰，新北地院合議庭以「合憲性解釋」認為損壞國旗的政治性言論不能以侮辱國旗罪相繩，已根本悖離立法者制定侮辱國旗罪的規範價值與目的，實質上是在行使法律的違憲審查權，實已侵越司法院大法官的職權，顯有判決違背法令的違誤。是以，本院既然確信本件所應據以適用於陳儀庭等3人的中華民國刑法第160條第1項規定有牴觸憲法的疑義，自應裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信系爭規定違憲的具體理由（詳如下「四」的部分所示），向大法官聲請解釋。

另外，司法院大法官雖曾針對王獻極以中華民國刑法第160條第1項規定有牴觸憲法疑義而聲請解釋一案（會台字第9725號），以：「聲請人所陳，僅係以個人主觀見解泛稱系爭規定違憲，尚難謂客觀上已

具體指明確定終局判決所適用之法令有何牴觸憲法之處」為由，依司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款、第3項規定予以不受理。⁵然而，大法官以該案聲請人有「僅以個人主觀見解泛稱系爭規定違憲，尚難謂客觀上已具體指明確定終局判決所適用的法令有何牴觸憲法之處」的情況，而從程序上予以駁回，並未實質審查中華民國刑法第160條第1項規定的合憲性問題，而且本件聲請人確信該規定有牴觸憲法的疑義，已提出客觀上形成確信系爭規定違憲的具體理由如後，大法官自不能因此比附援引，逕將本件聲請案從程序上予以駁回。縱使前述2個不受理案某程度表達當時大法官對系爭規定的法律確信，大法官之前曾有對同一聲請人先不受理，嗣後變更見解而受理者（如釋字第748號解釋聲請人祁家威的事例）；甚至大法官受理聲請而變更前解釋者，亦為數不少（如釋字第261號解釋變更第31號、第684號解釋變更第382號、第556號解釋變更第68號與第129號、第439號解釋變更第211號、第581號解釋變更第347號），則大法官當可針對類似案例變更之前不受理的議決。是以，聲請人認為大法官不必因之前曾議決不受理類似聲請案，即不受理本件聲請案，併予敘明。



⁵ 2012年10月5日司法院大法官第1394次會議。而2014年12月31日第1426次會議也議決不受理另一類似個案（聲請人：蔡金龍，會台字第12327號）。

二、中華民國刑法第 160 條第 1 項規定的意義與限制的基本權利

(一) 國旗是一國象徵、守護國旗彰顯愛國情操

國旗是一個國家的象徵與標誌，懸掛著的國旗就代表了國家的主權。國旗作為一國的象徵，除了每 4 年奧運會，得獎牌者都會升起該國國旗之外，在世界各地發生許許多多護衛國旗、彰顯愛國情操的感人故事，不勝枚舉。以中華民國歷史為例，1937 年中日淞滬會戰，上海女童軍楊惠敏在蘇州河畔見對岸日旗遍布，獨謝晉元團長率領官兵死守的四行倉庫屋頂未豎國旗，乃冒九死一生將旗幟送入，在一片彈雨火海中，巨幅國旗迎風招展，全國人心感佩；1960 年代以來，



半夜起床觀看世界少棒、青少棒實況轉播，成為許多國人的共同歷史記憶，只見看臺上旗海飛揚，熟悉而親切的國旗，多少次為它欣喜歡呼、多少次為它感動落淚；而在歷經退出聯合國、臺美斷交等風雨飄搖、外交困境，吾土吾民淪為國際孤兒的情況下，仰望國旗、揮舞手中國旗，不僅心潮澎湃——它是責任與使命的交織，那是情感與信念的激盪——更有助於人民的團結，鼓舞士氣、振奮民心，共度難關！⁶

中華民國憲法第 6 條規定：「中華民國國旗定為紅地，左上角青天白日。」由此可知，本條文將國旗的式樣與顏色予以制式化，而且青天白日滿地紅國旗與民國革命史存有不可分割的緊密連結性（依孫

⁶ 莊銘國，《小國旗大學問》，4 版，2016 年 4 月，導論。

中山先生所言，滿地紅乃紀念陸皓東、其他興中會革命先烈為青天白日旗流過血），青、白、紅三色更寓有深意，分別象徵著自由（青天無涯可逍遙）、平等（白日之下眾生平等）及博愛（紅色代表血液，眾人同胞皆兄弟也）。⁷只是，本規定不僅具有緬懷革命歷史、立國精神的政治上意義，同時也有作為中華民國「國家象徵」的憲法上規範意義。因為國家為一實定法所創設的組織體，依其本質無法像自然人一般，以物理上的實體為自我的呈現，故實際上往往須以其他「感官上得以實現」的客體或媒介代表國家，體現其存在的事實與權力，甚而促進國家或國民在政制上的整合功能，對於國旗的認同與尊重，也屬認同自由民主憲政秩序的表現。⁸國旗作為憲法上所明定的國家象徵，本於國家尊嚴的維繫，作為國家象徵的國旗自然也應享有一定的尊榮性，並受法規範的保障。正因為如此，立法院制定中華民國國徽國旗法，除對國旗的樣式、使用方式與時機予以明訂之外，並規定國民遇升降國旗時應肅立崇敬（第 12 條），同時也有防止國旗遭受到經濟上濫用或有失莊嚴使用的規定（第 21 條）；另外，在有關防止國旗遭受到經濟上濫用部分，商標法第 30 條也有相關規定。



⁷ 陳新民，《憲法學釋論》，修訂 5 版，2005 年 8 月，第 109-111 頁。

⁸ 詹鎮榮，〈國旗不等同於國家？—國旗之憲法意義〉，月旦法學教室，第 4 期，2003 年 2 月，第 8-9 頁。

（二）中華民國刑法第160條第1項規定限制人民的表現自由

國旗作為一國象徵，可以團結人民、彰顯愛國情操，而且國旗作為憲法上所明定的國家象徵，本於國家尊嚴的維繫，固然應享有一定的尊榮性。然而，如果過度神化國旗，允許政府教導、宣揚什麼是「愛國」？什麼是「不愛國」？即可能發生類似在過去威權統治時期或灌輸特定的黨國意識、領袖崇拜思維；或在 1977 年縣市長選舉時，所發生民眾抗議選舉舞弊、警察開槍射殺民眾、民眾怒焚警局的「中壢事件」，刻意「喪事當成喜事辦」，簡化成張姓青年在失火時「愛護國旗」的義行。⁹因為「愛不愛」是感情，不是法律義務的問題，「人民愛不愛國，繫乎國家可不可愛」。¹⁰在政治上，國旗作為政治圖騰，它對於每個人來說並不是意義都是一樣的，尤其臺灣社會長期歷經殖民統治、威權統治的歷史，青天白日滿地紅國旗對於某些人可能是一種熱血的揮灑、民族的復興，對於其他人卻可能是一種鮮血的屠殺、殖民者的旗幟。如果有人想藉由毀損國旗這種政治圖騰來傳達訴求，則毀損國旗的意義不只是破壞國旗，而是背後有其想要的「表達意義」一如本件陳儀庭等 3 人否認中華民國統治的正當性、主張並抗議

⁹ 管仁健，〈臺灣小學課本裡的「國旗」神話〉，2007 年 11 月 9 日，<http://mypaper.m.pchome.com.tw/kuan0416/post/1298288755>（最後瀏覽日期：2017 年 11 月 6 日）。

¹⁰ 李惠宗，〈拒絕向國旗敬禮的小子—愛國與表現自由〉，月旦法學雜誌，第 59 期，2000 年 4 月，第 17 頁。

中華民國是「殖民體制」，他們意在透過「毀損國旗」的行為來表達這種訴求。

如何理解、詮釋「毀損國旗」、「燒國旗」在民主憲政秩序上的意義？它涉及人民什麼樣的基本權利？陳儀庭等3人既然是以「毀損國旗」這種非口語或文字形式來進行訊息傳遞，傳達他們對中華民國統治正當性的質疑、否定，應否認為是言論的一種，應受憲法表現自由一環的言論自由的保障？按照當代言論自由理論與司法實務的認定，憲法框架下的「言論」是有別於日常語言的功能性概念，其內涵並不限於口語及文字的語言表達，也及於非語言的「表意行為」。也就是說，言論在日常語言的認知裡，意指口語形式的溝通，但在憲法的規範脈絡中，言論自由的特殊保障地位並不是來自口語的表達形式，而是來自溝通在人類行為脈絡中的特殊性；憲法所認知的言論必須具備兩項要件，其一是表意性——意義的表達與傳遞，其二是社會性——觸動閱聽人情感、形成閱聽人意見與激發閱聽人行為的影響面向，以及共同形塑社會與政治文化脈絡的公共參與面向。¹¹



言論是一種在主體之間傳遞意義的社會溝通行為，語言或非語言的形式區分，對於「言論」概念要件涵攝並不重要。任何依據歷史傳統或社會共識，能夠約定成俗地代表被指涉對象的事物行為，都構

¹¹ 蘇慧婕，同註2，第207頁。

成象徵符號；而「表意行為」的本質即是運用非語言象徵符號的意義傳遞，是根據傳統、慣習等表意人與閱聽人共同認知的文化脈絡而具有象徵意涵的身體舉止、物體利用，也就是利用特定背景脈絡以產生象徵意義。無論有沒有其他社會功能，「表意行為」都會落入言論自由的保障範圍，並且要從「百分之百行為與百分之百言論」的整體觀點去判斷系爭「表意行為」的言論內容。¹²而國旗作為一種傳統的象徵符號、政治圖騰，在特定的政治脈絡下，焚燒、毀損國旗自然會成為特定命題，乃是非語言的「表意行為」的一種，禁止公然毀損國旗的規範自應被理解成禁止特定的言論內容。



中華民國憲法第 11 條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由」，乃我國就人民表現自由所為的保障規定。司法院大法官對表現自由所作出的解釋當中，認為國家應保障言論自由的理由不外為：「反映公意強化民主，啟迪新知，促進文化、道德、經濟等各方面之發展」（釋字第 364 號）、「保障意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及自我實現之機會」（釋字第 414 號）、「實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮，惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制」（釋字第 509 號）。這種權利包括以語言、文

¹² 蘇慧婕，同註 2，第 218-221 頁。

字或出版物、藝術或自己選擇的其他方式，不分國界，尋求、接受及傳播各種消息及思想的自由，非語言的「表意行為」也應受受憲法上表現自由的保障。而禁止公然毀損國旗罪的立法目的，在於懲罰「污辱」國家重要象徵的行為，它有非常強烈而明顯的價值與意識形態——藉由保護國家象徵，以促進愛國價值；它所著重者，在於行為人「侮辱國家」的意圖，以及損壞國旗行為的「傳播效果」——將「侮辱國家」的行為表達於外，自應認為是對人民表現自由的限制。¹³

另外，從立法者對於表現自由的管制形式來看，一般可區分為事前審查與事後追懲。而所謂「事前」的認定時點，一般是以「發表」為準，則中華民國刑法第 160 條第 1 項規定看似僅是對公然毀損國旗者予以事後懲罰而已。然而，「今日表現自由之內涵已擴充至『知的權利』，執此觀點，民眾能夠『受領』資訊前，毋寧皆應認定為『事前』。而且，形式上雖似事後制裁，但制裁方式係禁止販賣或其他嚴苛之處罰，實質上已將一定之思想或書籍阻絕於自由市場之外，此時應任認定構成事前抑制，劃歸禁止之列」。¹⁴ 而禁止公然毀損國旗罪所著重者，既然在於行為人「侮辱國家」的意圖，以及損壞國旗行為的「傳播效果」，則該規定明顯是針對言論內容的管制；而且，立法

¹³ 廖元豪，〈愛國、燒國旗，與言論自由的雙軌理論〉，月旦法學教室，第 21 期，2004 年 7 月，第 9 頁。

¹⁴ 司法院釋字第 744 號解釋許志雄大法官協同意見書。

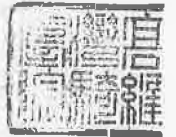
者有意藉由最後制裁手段性、制裁最具嚴厲性的刑罰手段，自始將意圖透過毀損國旗以「侮辱中華民國」的表意行為，阻絕於言論自由市場之外，則參照前面說明所示，應認為這是屬於事前審查的性質，而不只是事後追懲而已。

（三）中華民國刑法第160條第1項規定限制人民的思想自由

人是理性也是感性的動物，正常之人必有內在的精神活動。所謂的「思想」，是基於價值觀的一種有體系的思考或信念，常與良心並列，憲政民主國家的憲法保障言論、出版、學術等各種表現自由，其最終目的都是以確保人的精神作用的自由為目的。司法院釋字第567號解釋理由書已敘明：「思想自由保障人民內在精神活動，是人類文明之根源與言論自由之基礎，亦為憲法所欲保障最基本之人性尊嚴，對自由民主憲政秩序之存續，具特殊重要意義，不容國家機關以包括緊急事態之因應在內之任何理由侵犯之，亦不容國家機關以任何方式予以侵害。」

一個人的思想如僅於內心，由外部無從認識，但一旦表現於外，以言論、出版或其他各種可能的形式向外表達的自由，即是所謂的「表現自由」，應受憲法的保障。中華民國憲法已明文保障言論、出版、學術、集會遊行等等表現自由，是否即意謂無庸另行明文保障思想自由？當然不是。憲法保障思想、良心自由，意味：國民有不被國家強

迫灌輸或強制禁止某特定思想的自由、不因具有或不具有某特定思想而遭國家任何不利益處罰的自由、不被強迫表達任何思想的自由（如宣示忠誠）、禁止國家強制國民從事違反其良心自由的行為。¹⁵《公民與政治權利國際公約》（以下簡稱《公政公約》）第 18 條第 1 項前段規定：「人人有思想、良心及宗教之自由」，即是認為思想與宗教的自由經常與意見自由一樣，都被認為是《公政公約》的核心，這一基本核心表明：「人作為一種理性的存在物，是他或她自己命運的主宰」；一個人有權按照其良心生活與行為的自由，只要這些行為不影響其他人的權利與自由，即應受良心自由的絕對保護。¹⁶



司法院大法官在從事涉及言論、學術、集會遊行等表現自由的違憲審查時，一般不特別提及思想自由。例如，「強制公開道歉」攸關人民內在精神活動及自主決定權，釋字第 656 號解釋卻選擇以「不表意自由」作為審查「強制公開道歉」合憲性的論據，其主要原因即是：考量中華民國憲法並未明文規定「思想自由」或「良心自由」的保障，在與明文規定的「言論自由」產生競合情況下，自以優先適用憲法已列舉且較為具體的基本權利為宜。¹⁷然而，「先有思想才能發為言論，但是思想原本自由，無從控制，對於思想的控制，都是從言論的控制

¹⁵ 許慶雄，《憲法入門》，1992 年 9 月，第 83-85 頁。

¹⁶ Manfred Nowak 著，孫世彥、華小青譯，《公民權利和政治權利國際公約》評注，修訂第 2 版，2008 年 12 月，第 426、431-432 頁。

¹⁷ 司法院釋字第 656 號解釋李震山大法官協同意見書。

開始」、「因為不能講、不敢講之後，就是不敢想、不能想。限制言論自由對於言論自由內在功能的戕害，就是對思想自由的戕害」、「思想自由之所以能成為人類文明的根源，因為透過言論自由，促成資訊的交換，給予社會發展的契機，開發社會的創造力，這些就是言論自由的外在功能。限制言論自由，也就限制個人的發展能量，因而箝制社會的發展能量」。¹⁸而臺灣社會歷經長期的威權統治歷史，二二八事件、白色恐怖時期等一連串政治事件，加上以當時的臺灣警備總司令部（以下簡稱警總）為主的公共安全維護機關長期從事的文化審檢、郵電檢查等任務，產生「每個臺灣人心中都有個小警總」的現象，代表了威權時代警總作為政府管制工具時，對臺灣人造成的心理影響，因為「不能自由地講，就不能自由地想」，迄今猶在無形中影響著臺灣社會、箝制社會的發展能量。是以，既然警總當年所憑藉的安全維護、思想檢查之名，正是假「愛國旗」、「愛國」之名，則司法院大法官如能藉由本案，肯認公然毀損國旗罪侵害人民的思想自由，更能彰顯其保障人權、守護憲政民主的價值。

三、本件應據以審查的憲法原則與審查標準

司法權從事違憲審查時，在有關基本權利限制的審查方面，一般可分為形式審查、內容審查，前者為法律保留原則的要求，後者則涉

¹⁸ 司法院釋字第644號解釋許玉秀大法官一部協同、一部不同意見書。

及審查標準的問題。而所謂的「審查標準」（或稱審查基準），是指法院在審查法令規範時，所持寬嚴不一的標準或尺度。因為「司法審查標準寬嚴之決定，係司法釋憲者基於權力分立制衡之理論上及實際上需求、民主制度之反省（包括司法釋憲者對自身在民主制度中的角色及其民主正當性基礎之認知）、自身專業能力、與特定議題之社會共識等考量，而在審查不同類型之案件時，對於政治部門已作之決定要介入到多少程度之判斷」。¹⁹由於司法權可以透過審查標準來具體化憲法規範的內涵，特別是釐清基本權利的內涵與其保障範圍，而且司法院大法官在審查表現自由的案件時，例如釋字第407、414、445、744等號解釋時，其所適用的審查標準明顯受到美國法的影響，採取了類型化的多元審查標準。因此，基於釋憲聲請者所負的說服之責，以下說明聲請人主張本件司法院大法官所應據以審查的憲法原則與審查標準。

依照學者的研究，大法官解釋有關違憲審查的憲法原則與審查標準，自釋字第414號解釋開始繼受德國的憲法上比例原則，比例原則成為中華民國憲法第23條的原則；同時，大法官平行繼受美國三重審查標準理論與德國審查密度理論，並將這二個理論連結適用到比例原則，因而整合出「一個原則，三種標準」的架構，並適用於平等權以

¹⁹ 司法院釋字第571號解釋林子儀大法官協同意見書。

外的多數權利類型案件。²⁰其中有關比例原則的內涵，釋字第476號解釋認為包括以下三個次原則：目的正當性、手段必要性及限制妥當性，而除了釋字第544、551號解釋曾加以援用之外，未見其他解釋援引這三個次原則加以審查，反而逐漸將其內涵擴張為四個次原則：目的正當性、手段適合性、手段必要性及限制妥當性，也就是不論採行的是三個次原則還是四個次原則，審查的對象包括目的與手段。

另外，在比例原則的審查上，因為所涉及的基本權利的重要性不同，司法院大法官發展出寬嚴不同的審查標準。如採寬鬆審查標準，法院只要認為立法目的具有正當利益、目的與手段之間具有合理關連即可，通常推定為合憲、尊重立法者的決定；如採中度審查標準，則法院必須審查立法者所追求的目的是否為重大公益，而手段選擇與目的達成之間是否具有實質關聯；如採嚴格審查標準，通常推定違憲，立法目的必須是追求「重大迫切利益」，手段與目的之間必須具有必要。過去司法院大法官在處理財產權、契約自由、訴訟權、性行為自由（第554號）、性言論自由的管制（第617號）、身體自由（第544、679號）時，都採取寬鬆審查標準，僅作低密度地審查；在涉及身體自由（第588、646號）、資訊隱私權（第603號）、商業言論（第414、577、623、634號）、言論自由的事前許可（第678號）、性交易與性

²⁰ 黃昭元，〈大法官解釋審查標準之發展（1996-2011）：比例原則的繼受與在地化〉，臺大法學論叢，第42卷第2期，2013年6月，第215頁以下。

別平等（第666號）、隱私權與新聞自由的衡平（第689號）等違憲爭議時，均採用中度審查標準；而在攸關身體自由（第664、690號）、政治言論的內容管制（第445號）、結社自由與言論自由的內容管制（第644號）、商業言論的事前限制（第744號）時，則是採取嚴格的審查標準。

由前述說明可知，涉及同一基本權利限制時，大法官所採取的審查標準未必一致，到底是逐案權衡還是類型化操作？應該繼續以比例原則作為共同適用的審查依據？或自始採取類型化的方式，適用多元的審查標準（例如三重審查標準）？這些可能是我國釋憲實務上都有待形成共識的問題。²¹雖然如此，「三重審查標準」既然已成為大法官違憲審查的基本架構，即應盡可能細緻化其操作及論證說理。其中，嚴格的審查標準推定違憲，而且立法目的必須是追求「重大迫切利益」，可預見採取這種審查標準的基本權利類型應該不多，如果能夠盡可能明確化其適用範圍，應有助於細緻化違憲審查標準的操作。而《公政公約》第4條明定：「在社會緊急狀態威脅到國家的生命並經正式宣布時，本公約締約國得採取措施減免其在本公約下所承擔的義務，但減免的程度以緊急情勢所嚴格需要者為限，此等措施並不得與

²¹ 黃昭元，同註 20，第 235-236 頁。司法院釋字第 744 號解釋許志雄大法官協同意見書即指出：「比例原則畢竟只是憲法諸多原則之一，非可用以解決一切憲法問題。尤須注意的是，適用比例原則時，難免涉及價值權衡，而在人權價值與其他（公益）價值比較時，前者容易遭到低估，致人權無形中受弱化或矮化，故比例原則之適用有其界限。在表現自由方面，這種疑慮特別顯著。」

它根據國際法所負有的其他義務相矛盾，且不得包含純粹基於種族、膚色、性別、語言、宗教或社會出身的理由的歧視」、「不得根據本規定而減免第6條、第7條、第8條（第1款和第2款）、第11條、第15條、第16條和第18條」。也就是說，國家在發生天災、重大經濟變故或戰亂等緊急狀態時，為避免由國際戰爭或內亂引起的，對一般公眾造成非常嚴重的、無可挽回的損害，以及避免顛覆憲政秩序的企圖或特別嚴重的自然或災難時，國家施以緊急處分權限的目的顯然是在追求「重大迫切利益」。在此急迫、危難之際，國家都不可減免這些基本

權利，可說明這些基本權利是人權的核心事項，聲請人據此認為：至（但不以此為限）在涉及《公政公約》第6條（生命權）、第7條（禁止酷刑）、第8條（禁止奴隸制度）、第11條（禁止因債務原因而被監禁）、第15條（對溯及既往的刑法的禁止）、第16條（法律人格的承認）與第18條（思想、良心、宗教與信仰自由）等等基本權利的限制時，司法權都應該採取嚴格審查的標準。

一個人的思想是以言論、出版或其他各種可能的形式向外表達，則由前面的說明可知，對於思想與言論、出版、集會遊行等表現自由的限制，應採取嚴格審查標準。司法院大法官在審理有關言論自由的案件時，從釋字第407、414、445號解釋以下，其所適用的審查標準明顯受到美國法的影響，採取類型化的多元審查標準。其中第445號

解釋更接受美國法的「雙軌理論」，²²區別「針對言論內容」或「非針對言論內容」的限制，而異其審查標準；同時，釋字第414號解釋表明：「言論自由……依其性質而有不同之保護範疇及限制之準則。其中非關公意形成、真理發現或信仰表達之商業言論，尚不能與其他言論自由之保障等量齊觀。藥物廣告之商業言論，因與國民健康有重大關係，基於公共利益之維護，自應受較嚴格之規範」的意旨，可見是採取美國法的「雙階理論」，區分言論性質的不同、價值的高低（高階言論或低階言論）而異其審查標準。也就是說，自釋字第414、445號解釋以降，司法院大法官繼受美國法的「雙軌理論」、「雙階理論」，用以審查涉及言論、出版、集會遊行等表現自由的限制問題。



在美國法「雙階理論」的影響下，司法院大法官一向認為商業言論屬於低階的言論，對它所作的限制規定可以採較寬鬆的審查標準。直至釋字第744號解釋表明：「化粧品廣告之事前審查乃對言論自由之重大干預，原則上應為違憲。系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查，係為防免人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的，其與目的之達成間具

²² 所謂的「雙軌理論」，是指在處理有關言論自由的具體個案時，將針對言論自由造成限制效果的法律或政府其他管制措施，根據是否直接針對言論表達的內容或針對言論表達可能造成的影響為標準，區分為「針對言論內容的管制」、「非針對言論內容的管制」兩大類，並分別以不同的審查標準，審查其合憲性。參閱林子儀，〈言論自由導論〉，收錄於李鴻禧等合著：《臺灣憲法之縱剖橫切》，2002年12月，第156-157頁。

直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨」，不再適用認為商業言論盡屬低階言論的「雙階理論」，而是認定國家如要對商業言論作事前審查，將受到嚴格的審查。而既然釋字第744號解釋對於商業言論的事前審查已採取嚴格審查標準，舉輕明重，對於政治性言論的事前審查，自應採取嚴格審查標準——²³對政治性言論施以管制，之所以必須受到最嚴格的審查，其理由不僅是出自於政治性言論的保護是民主憲政體制不可或缺的一環，因而不可信任政府的管制，放任政府控制「批評政府」的言論，還包括若是放任政府管制出現在公共領域的言論內容，無異於容許政府控制公共辯論的內容，傷害身為民主政治正當性先決條件的民主辯論與審議過程。²⁴

在美國法「雙軌理論」的影響下，釋字第445號解釋在審查集會遊行法所定事前許可制的合憲性時，區別事前許可究竟是屬於「時間、地點及方式」的管制，或涉及「集會、遊行的目的或內容」，而異其審查標準，對於前者採取中度審查標準，後者則採嚴格審查標準。釋字第718號解釋雖然宣告集會遊行法有關緊急性、偶發性室外集會、遊行須事先申請許可的相關規定違憲，但仍維持釋字第445號

²³ 司法院釋字第744號解釋許宗力大法官協同意見書。

²⁴ 劉靜怡，〈言論自由：第三講政治性言論與非政治性言論〉，月旦法學教室雜誌，第30期，2005年4月，第58-59頁。

解釋所採的「雙軌理論」。從釋字第744號解釋相關文字脈絡來看，雖然完全未適用或提及「雙軌理論」，而是認定只要是針對商業言論的事前審查，即應適用嚴格審查標準；但縱使維持區別「針對言論內容」或「非針對言論內容」的限制，而異其審查標準，判斷政府某個立法或管制措施是否直接基於言論所傳達的訊息或觀點內容予以規範，應從管制目的究竟是不是以限制特定言論的傳播效果或傳播影響有關予以判斷——凡是立法或行政管制的目的與言論的傳播效果或影響有關，便可判斷是針對言論內容的管制，應該適用比較嚴格的審查標準。²⁵是以，禁止公然毀損國旗的規範既然應被理解為禁止特定的言論內容，具有「內容限制」、事前審查的性質，而且管制了表意的思想自由，釋憲者自應採取嚴格的審查標準。

四、中華民國刑法第160條第1項規定違憲

（一）目的審查

禁止公然毀損國旗的刑法規範應適用嚴格審查標準，已如前述，則政府必須證明其立法目的是為追求「重大迫切利益」。這項重大迫切利益的要求經過法院判決的適用，在美國法及我國法都已進一步具體化成須為避免或防止「明顯而立即危險」的要求。根據修正後的「明顯而立即危險」原則，如果政府為了避免言論所可能帶來的弊害，而

²⁵ 劉靜怡，〈用丟鞋和辦公祭傳達政治抗議訊息，該受處罰嗎？〉，臺灣法學雜誌，第245期，2014年4月，第132頁。

有意加以限制時，除非表意人確實有意要經由其言論產生這種弊害，且其言論對於其所可能帶來的弊害的發生，具有「立即性」、「迫切性」與「可能性」，以致我們無法用更多的言論，經由理性溝通，避免弊害的發生時，而該弊害確實又具有相當實質重要性，才不得不對該言論予以限制。²⁶又對於政治性言論的內容管制或事前審查所要達到的「重大迫切利益」，雖然並不必然如釋字第744號解釋，將其限縮於避免人民「生命、身體、健康」遭受直接、立即及難以回復的危害，而可能擴及避免「社會秩序、公共安全」遭受直接、立即及難以回復的危害；²⁷但當法院適用「明顯而立即危險」的標準，來審查限制言論內容立法的「目的」是否合憲時，必然要審查立法者所宣稱的立法目的究竟是否真正存在？或是否真的已經達到重大、迫切的程度？也就是說，在嚴格審查標準的要求下，有關言論自由的管制規範「原則上應為違憲」，並應由政府機關證立系爭規範合憲，大法官必須以立法當時已經存在的相關立法資料所支持的真正目的及手段，而不包括立法後才出現的新事實或新目的。²⁸

²⁶ 林子儀，同註22，第176頁。

²⁷ 司法院釋字第744號解釋許宗力大法官協同意見書：「本號解釋因涉及化妝品廣告事前審查，所以將目的審查所需之特別重要之公共利益，設定在避免人民『生命、身體、健康』遭受直接、立即及難以回復之危害。日後倘涉及對政治言論之事前審查的合憲性檢驗，則所要求之特定重要公共利益未必限縮於避免人民『生命、身體、健康』遭受直接、立即及難以回復之危害，也有可能擴及避免社會秩序、公共安全遭受直接、立即及難以回復之危害。」

²⁸ 司法院釋字第744號解釋黃昭元大法官協同意見書。

在審查中華民國刑法第 160 條第 1 項規定的立法目的前，得先瞭解中華民國的法制沿革：中華民國現行有效施行的實定法主要是 1949 年從中國大陸帶來的近代中國法，近代中國法是在以傳統中國法為基礎、於清末民初繼受西方法制而來，清末民初變法繼受西方法制時，主要是借道日本，在日本法律顧問的協助下，開啟了中國法近代化、西方化。而中華民國刑法的立法沿革，清末在修訂法律大臣沈家本聘請日本法學博士岡田朝太郎協助下，參酌各國刑法、折衷歷朝舊制而成《大清新刑律》；中華民國肇建後，無法律可資遵守，乃將《大清新刑律》不合民主共和體例部分修正後，於 1912 年公布暫行援用而
成第一部普通刑法規範——《暫行新刑律》；1914 年法律編查館再度聘請岡田朝太郎參加刑法修訂，於翌年完成第一次刑法修正案；1918 年改設修訂法律館，參考各國立法，斟酌本國情勢，完成第二次刑法修正案；1927 年奠都南京後，以第二次刑法修正案為本而加以修正後，於 1928 年公布施行刑法；因條文複雜、不易解釋，施行未久即又研議修法，最終由立法院通過全文 357 條，並自 1935 年 7 月 1 日施行。²⁹其後，中華民國刑法雖然歷經 30 餘次的修訂，基本架構仍援用 1935 年公布施行的中華民國刑法。

²⁹ 楊幼炯著，范忠信、范曉東、范依疇、胡榮明校勘，《近代中國立法史》，2012 年 5 月，第 44、218-219、252-256 頁；汪楫寶，《民國司法志》，2013 年 8 月，第 25-28 頁；黃源盛，《民初法律變遷與裁判》，2000 年 4 月，第 191-286 頁。

1912 年起施行的《暫行新刑律》有關「國旗」的立法，僅於第 126 條規定：「意圖侮辱外國而損壞、除去、污穢外國之國旗及其他國章者，處四等以下有期徒刑、拘役或三百圓以下罰金。」其「補箋」載明：「侮辱外國之行為不一，其中有應處罰者，有否者，本條則列記應處罰之行為。實施本條之行為者，如無侮辱外國之宗旨，則以第 406 條第 1 項之罪論，故本罪以遠因為一特別要件」，³⁰並無毀損本國國旗的相關處罰規定。而岡田朝太郎於清末在京師法律學堂講授《大清新刑律》草案時，提及：「損壞使館國旗，應照第 110 條處斷，故無疑義，若損壞私人國旗，則因情節之不同，而處分亦異」、「總之侮辱外國罪之成立，必含有外國國家之性質，若僅侮辱外國私人，又當別論」、「損壞外國私人國旗，只成立第 382 條損壞他人之物之罪，不成第 110 條之罪，以無侮辱外國之意故也」，³¹可見本條規定目的在保護本國外交利益；³²而日本迄今仍僅於該國刑法第 92 條定有毀損外國國旗的處罰規定，並沒有處罰毀損該國國旗的刑罰規範，且日本刑法第 92 條最終規範目的是以該國外交利益為保護法益。³³

³⁰ 黃源盛，《晚清民國刑法史料輯注（上）》，2010 年 7 月，第 427 頁。

³¹ 岡田朝太郎口述，熊元翰編，夏菲點校，《刑法分則》，2013 年 12 月，第 21-22 頁。

³² 因毀損他國國旗危及本國外交利益最典型的事例，即是 1856 年 10 月清廷廣州水師撕下在英國（香港）註冊的「亞羅號」船上的英國旗，遭英國以侮辱該國為由，而引發第二次鴉片戰爭。參閱郝宇峰、楊凱峰，〈「亞羅號事件」與晚清的中西法律衝突〉，二十一世紀雙月刊，2015 年 2 月，第 101-114 頁。

³³ 西田典之著，劉明祥、王昭武譯，《日本刑法各論》（第三版），2007 年 3 月，第 323-324 頁。

其後，1918 年公布的刑法第二次修正案才第一次出現將毀損本國國旗予以入罪的規定，刑法第二次修正案新增「妨害秩序罪」章，新增理由為：「原案騷擾罪為一章，本案以其性質與妨害秩序同，故併為本章」，並增訂第 157 條：「意圖侮辱民國，公然損壞、除去、污穢民國之國旗、國章者，處 1 年以下有期徒刑、拘役或 300 圓以下罰金。」理由為：「原案第 126 條對於侮辱外國國旗、國章既有明文處罰，故本條增入本案。」³⁴此後，類似刑法第二次修正案第 157 條規定的相關條文，即始終出現在歷次的刑法修正草案之中，之後並成為現行有效施行的中華民國刑法條文內容，僅於 1954 年 10 月 23 日修正公布，將原保護客體由「中華民國之國旗、國章」變更為「中華民國之國徽、國旗」。立法委員的提案理由為：「司法機關之論罪科刑，不容比附援引，故法律用語，務必力求一致。中華民國國徽國旗法已用『國徽』之稱，則刑法上及違警罰法上之『國章』二字，自應及時修正為『國徽』稱謂，以其各種法律用語之一致」。³⁵據此可知，1954 年雖修正公布中華民國刑法第 160 條第 1 項規定，但僅是法律用語的變更，並未特別提及規範目的，則有關本條文「立法當時已經存在的相關立法資料」，即應追本溯源，回到刑法第二次修正案新增「妨害秩序罪」章、將毀損本國國旗予以入罪時的規範意旨。

³⁴ 黃源盛，同註 30，第 693 頁。

³⁵ 第一屆立法院議案關係文書（院總字第 263 號、委員提案第 85 號）。

另外，中華民國刑法針對公然毀損國旗者的處罰，除了該當第 7 章「妨害秩序罪章」的第 160 條第 1 項規定之外，同時有第 35 章「毀棄損害罪章」的第 354 條：「毀棄、損害前二條以外之他人之物，或致令不堪用，足以生損害於公眾或他人者，處 2 年以下有期徒刑、拘役或 500 元以下罰金」的規定可資適用。也就是說，當年立法者在針對公然毀損國旗者已有處罰規定、屬於告訴乃論之罪的第 354 條之後，增訂非告訴乃論之罪的 160 條第 1 項規定，顯然立法者有意就公然毀損國旗的行為建構一個無漏洞之網——如受毀損國旗的所有權人

不提出第 354 條毀損罪的告訴，仍有第 160 條第 1 項規定的公訴罪可資處罰。由此可知，中華民國刑法第 160 條第 1 項是在原本已有第 354 條毀損罪可資適用的情況下，為確保毀損國旗的行為受到刑事處罰而增訂，它的的規範目的應參酌刑法第二次修正案新增「妨害秩序罪」章、將損壞本國國旗予以入罪時的規範意旨；而由其理由為：「原案第 126 條對於侮辱外國國旗、國章既有明文處罰，故本條增入本案」來看，這個修正案顯然誤解了制定侮辱外國國旗、國章罪的規範目的，因為該規定的保護法益是本國的外交利益，這只有在涉及與他國互動交往時才有可能發生，毀損本國國旗本身並不可能發生這種法益保護的問題。是以，政府據此制定中華民國刑法第 160 條第 1 項規定的立法目的，並無法正當化它對示威者表現自由、思想自由的侵害，

應屬違憲。

如果從比較法來觀察，我國法律的主要被繼受國中，日本並沒有處罰毀損本國國旗的刑罰規範，已如前所述。而美國在 20 世紀 60 年代反越戰、民權運動屢屢以「燒國旗」表達抗議的聲浪之中，於 1968 年立法通過《聯邦反褻瀆國旗法》，各州也有類似的法律；但美國聯邦最高法院於 1989 年在 *Texas v. Johnson*(491 U.S. 397)一案中，首度明確認定燒毀國旗的行為屬於「表意行為」，應受到美國憲法第一修正案言論自由條款的保護，遂判決褻瀆國旗罪違憲，以致於美國當時有關國旗保護的法律，都因違憲而無效；美國國會在一些利益團體的推動下，雖然制定通過《國旗保護法》，禁止以任何形式褻瀆國旗，但聯邦最高法院於 1990 年在 *United States v. Eichman*(496 U.S. 310)一案中，再度認為政府為了維護國旗的象徵意義所作出的法律保障，不能凌駕於個人以象徵方式表達言論自由，因而認定《國旗保護法》違憲；美國國會仍試圖通過保護國旗的憲法修正案，希望可以推翻聯邦最高法院的判決，卻始終沒有成功。³⁶德國雖於該國刑法典第 90A 條第 2 項制定有「詆毀國家及其象徵」罪，規定對於德意志聯邦共和國或聯邦所屬任一邦的國旗、標誌或國歌詆毀者，應判處 3 年

³⁶ 任東來，〈星條旗保護焚燒它的人〉，收錄於任東來、陳偉、白雪峰等著：《美國憲政歷程：影響美國的 25 個司法大案》，3 版，2014 年 11 月，第 370-382 頁；邱小平，〈表達自由——美國憲法第一修正案研究〉，2005 年 1 月，第 364-378 頁。

以下有期徒刑或罰金；³⁷但該條文列於德國刑法典分則第一章「破壞和平、內亂罪與危害民主法治國體」的第三節「危害民主法治國體罪」中，其規範目的應該在於國家可藉由國旗等國家象徵持續或強化公民的國家（自由民主的法治國）認同感，並透過刑法處罰相關行為，可防止不尊重國家及其象徵的行為流傳蔓延。是以，從美、德、日的立法例來看，都無法肯認保護本國的外交利益可以作為毀損國旗罪的正當化理由。

此外，刑法第二次修正案第一次出現將毀損本國國旗予以入罪的規定，同時將之列入新增「妨害秩序罪」章中，或許意味立法目的在防止混亂或犯罪、維護公共秩序。這可否成為毀損國旗罪合憲的正當化理由？誠如美國開國元勳之一、所著《常識》一書被認定為美國獨立打下理論依據的湯姆斯·潘恩（Thomas Paine）所言：「社會在任何狀態下都是一種福祉，而政府哪怕是在最佳狀態下，也不過是一種必要之惡」、「安全乃是政府的真正意圖與目的，由此我們順理成章的得出結論：無論政府是何種形式，只要它看起來最有可能確保我們的安全，且代價最小而收益最多，便值得為所有其他人所採用」；³⁸然

³⁷ 德國刑法第 90A 條第 2 項規定：「對公開懸掛之德意志聯邦共和國國旗或邦旗，或官方公開設置之德意志聯邦共和國或其中一邦之主權標誌予以移除、毀棄、損壞，致令不堪用、使其無法辨識或對其污辱者，亦同。未遂犯罰之。」參閱李聖傑、潘怡宏編譯，《德國刑法典》，2017 年 6 月，第 148 頁。

³⁸ Thomas Paine 著，張源譯，《常識》（common sense），2012 年 1 月，第 3-4 頁。

而，正如美國聯邦最高法院在前述 Texas Vs. Johnson 一案中所表明的：「聯邦最高法院判決先例認為『在我們的政府制度下，言論自由的主要功能，便在於引發爭議。當言論自由引發不安狀態時，當言論自由製造出對現狀的不滿時，甚至是激起人民發怒時，那麼，言論自由才算達到其崇高目的』。在法院此一立場下，倘若『如果冒犯他人者，乃言論發表者的意見，那麼正是其應受憲法保護的理由』和『政府可以基於其會引發動亂這種不受法院判決先例支持的推定，便禁止某些不被接受的理念之表達』這二種結論並立，則會令人感到怪異莫名」、「聯邦最高法院不允許政府將所有具有挑釁意味的理念表達，推定為會引發動亂」。³⁹是以，政府為避免或防止「明顯而立即危險」，雖得以防免社會秩序、公共安全遭受直接、立即及難以回復的危害為由，管制特定的表意行為，但沒有證據證明行為人毀損國旗的行為會產生直接、立即及難以回復的動亂，則以此為由制定毀損國旗罪，也無法正當化它對示威者表現自由、思想自由的侵害，應屬違憲。

（二）手段審查

從前述立法目的審查的說明，可知以保護本國外交利益、維護社會秩序為由制定毀損國旗罪，應屬違憲。雖然如此，聲請人仍就立法手段審查方面，略表看法。必須先說明的是，司法院大法官在運用比

³⁹ 劉靜怡節譯，〈Texas v. Johnson 491 U.S. 397 (1989)〉，收錄於司法院編印：《美國聯邦最高法院憲法判決選譯》，第八輯，第66-67頁。

例原則審查管制手段時，釋字第 476 號解釋認為包括手段必要性、限制妥當性二個次原則；而除了釋字第 544、551 號解釋曾加以援用之外，未見其他解釋援引，反而逐漸將其內涵擴張為三個次原則：手段適合性、手段必要性及限制妥當性，已如前所述。不過，在適用嚴格審查標準時，一般認為比例原則的適合性、妥當性這二個次原則原本就無用武之地，而只有必要性原則才是真正具有殺傷力的嚴格審查標準。⁴⁰是以，以下有關毀損國旗罪的管制手段審查部分，僅以必要性原則加以說明。

針對刑法規範的違憲審查，必須先確認有需罰性與應罰性。所謂的「需罰性」即入罪的必要性，是在審查被刑罰規範指述為犯罪的行為是否侵害法益，以及究竟侵害何種法益，而行為是否具有法益侵害性，正好等於是否具有應罰性；「應罰性」則是指入罪的妥當性，是在檢驗動用刑罰的必要性，也就是審查動用刑罰的手段，以達到保護法益的目的，是否符合比例原則。⁴¹也就是說，前者主要針對的是行為條款，後者則是制裁條款。行為條款的違憲審查是要審查其所保護的法益，在前述的立法目的審查時已經詳述，不在贅述。至於制裁條款部分，因為刑罰的制裁手段有多種，對於不同的基本權限制應採取

⁴⁰ 司法院釋字第 744 號解釋黃昭元大法官協同意見書。

⁴¹ 許玉秀，〈刑罰規範的違憲審查標準〉，收錄於《民主、人權、正義—蘇俊雄教授七秩華誕祝壽論文集》，2005 年 9 月，第 388-392 頁。

不同的審查標準，而且因為刑罰不可能是達到有效目的中，侵害較小或最小的手段，只能審查它是否為最後的不得已手段；如果在立法政策上，針對法益受害輕重的各種情況，規劃出不同的法律對策，以刑罰作為最嚴重狀況的對應之策，縱使沒有經過實踐檢驗立法政策的成效，還是可以就立法構想的周全程度，給予最後手段性的評價。⁴²這也正是釋字第 646 號解釋：「對違法行為是否採取刑罰制裁，涉及特定時空下之社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等諸多因素綜合之考量，而在功能、組織與決定程序之設計上，立法者較有能力體察該等背景因素，將其反映於法律制度中，並因應其變化而適時調整立法方向，是立法者對相關立法事實之判斷與預測如合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重」的意旨所在。

國旗應享有一定的尊榮與專屬性，立法者也制定了確保它尊榮與專屬性的相關規定。但這是否已完全確保？如果我們真的愛護國旗，愛護那有形之物製作成的旗幟，則在其正常使用之後而產生污損、損壞的情況時，我們該如何處置這面國旗（如舉行正式儀式燒毀後，再埋葬國旗灰燼）？現行法並未有所明定。為了彰顯崇敬、愛護國旗，對於褻瀆國旗者，可否科以一定的罰則？是否已經嘗試過行政管制手段，仍然無法減少或防免該法益受侵害的現象，才不得已而採取刑罰

⁴² 許玉秀，同註 41，第 396-398 頁。

手段，制定毀損國旗罪？這制裁手段與目的之間是否確實有必要？從前面所提中華民國刑法第 160 條第 1 項的立法沿革來看，顯然立法者完全沒有對社會環境、犯罪現象、群眾心理與犯罪理論等諸多因素綜合考量。而制定於 1943 年（訓政時期）、已於 1991 年 6 月 29 日經總統明令廢止的違警罰法，原本針對：「褻瀆國徽國旗或國父遺像，尚非故意者」（第 57 條第 1 款）、「升降國旗，經指示而不靜立致敬者」與「國旗之製造或懸掛，不遵定式者」（第 58 條第 1 款、第 5 款）等行為，定有行政罰鍰；其後替代的社會秩序維護法，則完全不再有相關的規定，顯見立法者已體認到因為國旗的象徵意義，對於以上有關褻瀆國旗的行為，不宜再科以罰則。循此觀念，則制定於訓政時期的中華民國刑法第 160 條第 1 項規定，更該重新檢視其合憲性與必要性。

由此可知，行為人意圖侮辱中華民國而故意毀損國旗者，按照前面表現自由、思想自由的說明，本不宜對這類「表意行為」的行為人科以刑罰；縱使認為有科以罰則的必要性，未考慮以效果較輕微的行政管制手段處理，而直接選擇動用最具嚴屬性的刑罰制裁，也不符合最後手段原則；何況對於行為人並非意圖侮辱中華民國而單純毀損國旗的行為，已有中華民國刑法第 354 條毀損罪規定可資處罰。是以，從嚴格審查標準觀之，中華民國刑法第 160 條第 1 項「維護國家象徵」

的目的或可稱為重大利益，但其手段絕非「必要」，用強制、刑罰的手段，來建立「正統價值觀」，是民主多元國家所不容許，該法律違憲而無效。⁴³

肆、結論

在絕大多數國人眼中，國旗伴隨我們走過光榮的歲月，也經歷過風雨飄搖的日子；它可以團結人民、彰顯愛國情操，也可以鼓舞士氣、振奮民心。因此，我們制定有中華民國國徽國旗法、商標法，或訂定諸如國旗覆蓋靈柩實施要點等行政命令，以確保它的尊榮性。然而，在面對意圖侮辱中華民國而毀損國旗者，該以制定具最後制裁手段性的刑罰規範加以處罰？還是誠如美國聯邦最高法院在Texas  Johnson所說的：「保護美國國旗所扮演的特殊角色的方法，不是將這對這些事物抱持不同感覺的人，都當作懲罰對象，而是應該透過說服過程，讓這些人知道究竟自己錯在哪裡」、「當別人燒國旗的時候，我們想像不出，還有什麼比揮動自己手中的國旗更能保護國旗的象徵，還有什麼比向國旗敬禮更能抵抗對焚旗的污辱，還有什麼比細心埋葬國旗灰燼更能顯出國旗的尊嚴」、「今天的判決，是再次肯定美國國旗最能彰顯的自由與包容原則，也是再次肯定我們能容忍如被上訴人Johnson所提出的批評，正是我們的力量象徵和來源」。⁴⁴是以，為了

⁴³ 廖元豪，同註13，第9頁。

⁴⁴ 劉靜怡，同註39，第73-74頁。

彰顯青天白日滿地紅國旗的自由、平等及博愛精神，我們應該包容諸如陳儀庭等3人這種以毀損國旗的「表意行為」來侮辱中華民國的行為，而不是以最具嚴厲性的刑罰手段加以制裁。

綜上所述，聲請人基於上述合理確信的理由，認為青天白日滿地紅國旗作為中華民國的象徵，立法者固然應該制定相關法令，確保它的尊榮與專屬性；但以制定侵害人民表現自由、思想自由，並最具嚴厲性的刑罰手段，來制裁意圖侮辱中華民國而毀損國旗的行為人的中華民國刑法第160條第1項規定，已牴觸中華民國憲法第11條表現、思想自由的保障，同時也違反憲法第23條的比例原則，爰請 鈞院大法官本於「憲法守護者」的地位，宣告系爭規定違憲，以保人民權益並貫徹憲政民主國家的精神。

此 致

司 法 院

聲請人 臺灣高等法院刑事第二庭

審判長法官 周富文
法官 林海祥
法官 丹鳳呈

中 華 民 國 106 年 11 月 6 日