

「你(妳)是否同意立法規範，禁止公開展示及懸掛代表中華民國之五星旗幟？」全國性公民投票案聽證會紀錄

時間：中華民國 107 年 7 月 5 日（星期四）上午 9 時 30 分—10 時 50 分
地點：中央聯合辦公大樓 10 樓會議室（臺北市徐州路 5 號 10 樓）

主持人：

林偕得委員

領銜人：

劉曜華先生

領銜人之輔佐人：

趙秀琳女士

鑑定人：

蘇彥圖研究員、陳怡凱副教授

學者專家：

李仁淼教授

立法院：

（未出席）

法務部：

陳玉萍主任檢察官

中央選舉委員會職員：

余明賢副秘書長、莊國祥處長、賴錦琬處長、蔡金誥專門委員、唐效鈞科長、方凌貞專員、柯孟君專員、馬意婷專員、黃宗馥專員

【記錄開始】

1 司儀：

2 現在報告聽證會應行注意事項：

3 一、出席者須經主持人同意，始得發言。

4 二、禁止吸煙、飲食，並應將行動電話關閉或靜音。

5 三、對於發言者之意見，應避免鼓掌或鼓譟。

6 四、他人發言時，不得加以干擾或提出質疑。

7 五、發言時應針對議題，不得為人身攻擊。

8 六、為免延滯聽證程序進行，不得就主持人已處置或已明白告知為同一
9 問題者，再為重複發言。

10 七、未經主持人許可，不得於聽證進行中進行錄音、錄影或照相。經許
11 可錄音、錄影或照相者應於媒體專區為之。

12 八、有違反前項各款之情事者，主持人得命其退場或為其他必要之處置。

13 九、每位發言請依所分配時間，在結束前 30 秒會按鈴一聲提醒，發言
14 時間結束時會按鈴兩聲，應即停止發言。發言時請靠近麥克風，以利收音。

15 聽證會開始，請主持人介紹出席聽證人員並說明案由、發言順序、時間
16 等事項。

17 主持人林偕得委員：

18 提案人、與會的專家學者、各機關代表及在場的先生、女士，大家好。
19 提案人劉曜華先生在 107 年 5 月 22 日所提，更正後的主文為「你(妳)是否
20 同意立法規範，禁止公開展示及懸掛代表中華人民共和國之五星旗幟？」本
21 會在 107 年 6 月 5 日第 508 次委員會審議通過，依公投法第 10 條第 3 項規
22 定舉行聽證會。

23 今天非常感謝大家來參加這個聽證會，聽證會的主題一共有三點：第一
24 個，本案是否為公投法第 2 條第 2 項第 2 款所稱之立法原則之創制而有該條
25 款的適用？第二個，本案提案內容是否不能瞭解其提案之真意？第三個，其
26 他相關的事項。

27 為了使聽證程序能夠順利進行，請發言者及在場人員配合遵守剛剛司儀
28 所宣布的注意事項。

29 我們今天聽證會時間的配當，提案人的領銜人跟委任代理人陳述意見的
30 時間是 15 分鐘；學者專家及機關代表陳述意見為 40 分鐘，發言的順序依序
31 為學者專家、機關代表，各發言者的時間分配是 5 分鐘；出席者發問及答覆，
32 時間為 30 分鐘。

33 現在我們是不是請提案人發言？

34 領銜人劉曜華先生：

35 主持人還有在座各位委員、在座各位先進，先自我介紹，我姓劉，劉曜

1 華。我是台灣中社第五任的社長，台灣中社是一個台灣的本土社團；我也是
2 現任在逢甲大學都市計畫與空間資訊學系任教。所以我本身事實上不是一個
3 法律學者，我是一個比較偏向空間規劃、空間使用的學術背景。

4 去年國發會政策平台提案，有人提到台灣跟中國大陸一直以來的關係是
5 敵對，對岸中國大陸從不承認跟接受台灣是一個主權獨立的國家，也從不放
6 棄用各種方式要分化跟分裂台灣，一心只想統一台灣。這個提案，法務部在
7 今年1月3日有回應：「倘懸掛中國五星旗之行為即認分裂國土而施以刑罰，
8 則無異僅因其言論主張分裂國土，即施以最嚴厲之刑罰，顯然逾越憲法第23
9 條所定之必要範圍，與憲法保障人民言論自由之意旨不符。」延續去年提案
10 的討論，我們希望進一步去深化、甚至於擴充為什麼要在台灣的公共空間就
11 是街頭巷尾去禁止五星旗的懸掛、展示或者是陳列這件事情，透過公投的機
12 制讓台灣社會充分理解，也能夠得到大家的支持，包括中選會這邊的支持，
13 這是一個必要討論的議題，所以我想我大概就幾個部分擇要發言。

14 首先，我還是要強調，台灣中社這個本土社團的核心價值是捍衛台灣人
15 的基本人權，所以我們會在群策群力下，設法去排除一切會妨礙到台灣人基
16 本人權的一些障礙。至於基本人權，包括多元文化價值、民主、自由、對等
17 跟尊嚴。

18 過去我們是反對中華民國國旗，因為中華民國國旗被國民黨威權體制誤
19 用，從二二八到白色恐怖，中華民國國旗對很多台灣人而言，其實是等同「暴
20 政」的代名詞，那一面旗幟的擁有者屠殺了多少無辜的台灣人，讓他們的後
21 代跟他們的母親們在暗夜裡哭泣，一直到解嚴之後，台灣人才在對等跟尊嚴
22 的原則下，透過政黨的輪替，正在重新學習接納中華民國國旗跟國歌。其實
23 這一段歷史，身為本土社團的代表，我們不會遺忘，以此為鑑，國旗展示跟
24 陳列，我們認為不應該被放在言論自由的框架底下，無限上綱。就好像過去
25 的統治者把「台灣『獨』立」寫成台灣毒藥的「毒」一樣，其實是很令人憤
26 慨的，嚴重曲解很多人對台灣社會的努力、企圖心。

27 身為台灣人，其實我對五星旗沒有太多的意見，因為我認為這是一個他
28 國的內政問題。可是隨著中國的崛起，中國對台灣社會敵對的狀態日趨明
29 顯，我們都知道有上千顆的飛彈是對著你、我、他的家園，台灣跟中國本來
30 沒有深仇大恨，只是因為過去國民黨政府的意識形態作祟，把台灣人拉入了
31 國共內戰、九二沒有共識的這個漩渦不可自拔，也因為如此，代表中共政權
32 的五星旗對很多台灣人，其實是等於「敵對國」的代名詞，一個隨時宣稱要
33 血洗台灣的黑道暴力分子所擁有的圖騰，所以台灣社會怎麼可以容忍代表暴
34 力的旗幟在台灣各個街頭飄揚而不改色呢？這個態度傳達的難道是一種苟
35 且偷生的價值觀嗎？

1 台灣社會過去對同志、對男女的性別平權其實是相當蔑視，可是最後也
2 證明這些都是錯誤的判斷，從美國興起的#MeToo運動可以得知道，平權是普
3 世價值，惟有對等跟互相尊重才能滋養台灣得來不易的民主跟自由。前一陣
4 子勵馨基金會紀惠容執行長在想想論壇有表示，台灣社會對這一類型的性
5 侵害、平權議題的漠視，其實還有很大的改善空間，所以我們認為透過這次
6 公投，或許也可以來看看五星旗在台灣社會應該享有的地位。

7 五星旗的飄揚對很多台灣人而言，其實是可以被類比為一種騷擾、侵
8 權，讓人感覺很不舒服。它在公共空間被任意地飄揚，我們感覺上是被冒犯
9 了，甚至會心生恐懼，影響我們的正常生活。五星旗的公開懸掛、陳列，甚
10 至被公開展示，其實會直接衝擊很多人的心理健康，讓人心生恐懼，讓人不
11 自主地會產生中共政權可以公開在台灣土地上冒犯台灣人的生存權，所以這
12 一種視覺污染我們如果不正視、不加以對抗，且持續在過往民主前輩犧牲性
13 命爭取而得的言論自由框架下，給予過度的保護，我個人是很擔心這樣的沙
14 文思維等於就是我們縱容大男人主義的翻版。過去容忍性騷擾，其實這個社
15 會已經付出很大的代價，同樣的，如果繼續容忍五星旗這種騷擾，我們也要
16 付出更高的代價。

17 我剛剛坐高鐵來的時候就在想，如果中國政權或者是在台灣島上的某一
18 些人，從台中坐過來的沿線，他一公里買一戶人家掛大大的五星旗，我不知
19 道我們現在有什麼法律可以管，可是我如果坐了高鐵，我可能每一公里就要
20 看一面會讓我感覺很不舒服的五星旗在那邊飄揚。如果我們的政府跟我講說
21 沒有法律可以管，這是言論自由，我必須接受這樣的騷擾，其實我個人是沒
22 辦法接受的，所以這一次禁止五星旗展示的公投案，我們沒有禁止五星旗買
23 賣、沒有禁止擁有五星旗，這個是個人自由，可是我們禁止它公開地來污染
24 我們眼睛這件事情，其實是多數堅持台灣主體性人的心理健康問題。我們不
25 希望被五星旗飄揚持續地騷擾，我們不希望部分團體在台灣土地上公開捍衛
26 中共政權統治台灣的不正當性，雖然我們尊重類似團體這方面的思想與言論
27 自由，可是我們要戮力來爭取台灣的街頭、台灣的公共空間可以免於被五星
28 旗視覺污染的權利，所以我們要求立法機構根據類似廣告物管理辦法、性騷
29 擾防治法等法律精神，給我們一個乾淨的台灣街道空間，讓我們走在台灣自
30 己土地上、街道上的時候不會心生恐懼，感覺中國好像已經在統治台灣，或
31 是即將要統治台灣、我們的生活方式要改變，也讓來自世界各國的台灣訪客
32 不要誤以為台灣是把這一種污染物當成寶物的奇怪社會。

33 我們想想看，德國人為什麼要去禁止法西斯圖騰的做法？這樣的做法會
34 讓人有不舒服的感覺嗎？我們認為很好。試想，在美國加州 San Jose 有一
35 個越南裔的市議員在議會裡面提案立法，6 票全數通過禁止懸掛會引起他們

1 心生恐懼的北越國旗，他們只允許越南共和國的南越國旗在 San Jose 這個
2 都市裡面飄揚，如果讓北越的國旗在 San Jose 的街頭上飄揚，他們認為會
3 否定他們自己移民美國這個自由民主社會的價值，因為那是一個倡議共產主
4 義，跟他們主流價值是背道而行，這樣的做法在美國也得到市議會的通過，
5 會侵犯到任何人言論自由嗎？我認為這一種自我保護免於視覺污染跟心理
6 騷擾的機制，這是一種普世價值，不應該受到任何的質疑。

7 台灣中社是一個以中台灣自由發展為主體的本土社團，我們當然很珍惜
8 民主前輩得來不易的台灣民主自由價值，但是我們要求也請託中選會跟台灣
9 社會透過這次的公投，我們共同致力創造一個免於被中國統治威脅的乾淨家
10 園。台灣是我們的家，以目前中國對台灣的敵對狀態，五星旗懸掛、展示跟
11 陳列對我們而言是必須立法禁止的視覺污染物，因為已經引起很多人不舒
12 服，已經被侵犯了、已經被無端地騷擾，我們要重視這個問題。

13 最後，當然也期待透過這次公投，我們清楚傳達一個訊息給中共當局跟
14 我們島內妄想被中共統治的朋友們，當中共政權選擇以尊重及友善態度對待
15 台灣社會之際，台灣社會街頭在那個時候出現的五星旗，甚至美國星條旗或
16 者是萬國國旗會帶給台灣人是一個世界和平的公共街道空間。在這個之前，
17 我們期待有類似五星旗騷擾防治法律的制定，給不想讓中共霸權統治的台灣
18 人一個免於被騷擾、被視覺污染的公共空間。

19 我最後也附帶，有人質疑禁止五星旗公開展示會被無限上綱，我認為這
20 是不必要的。任何的國際賽事規範，甚至藝術展演場所的需求，或者是教育
21 單位的需要，我認為就回歸常態社會應該有的規範，我不認為這一次公投的
22 過程、甚至未來的立法應該被如此無限上綱地下達禁制令，所以我希望有心
23 者不要在這些議題上面另做文章。

24 最後我大概也要提，有人說台灣跟中國照理講應該是一個互相友善的社
25 會，可是我們想一想，台灣社會最近這一陣子被五星旗干擾的事情，如果你
26 是在 1949 年，因為中共政權的迫害來到台灣，不管是用「移民」或是用「難
27 民」這個字眼，我不知道這些人看到五星旗心裡的感受是什麼，我們要不要
28 尊重一下他們的感受？他們會覺得很舒服嗎？五星旗來到台灣了。他們好不
29 容易能夠來到這個地方建立他的家園 6、70 年，我們希望他們再次受到這樣
30 的傷害嗎？對我們台灣人而言，過去孫中山講三民主義，其實我們台灣人有
31 自己的三民主義，我們是殖民、移民跟難民的社會。過去其實我認為是過度
32 容忍這樣的保護，所以我們希望透過這一次公投，至少讓台灣人有機會可以
33 免於被騷擾、免於視覺污染，擁有一個比較乾淨、清淨的家園。

34 謝謝。

35 主持人林偕得委員：

1 好，謝謝。

2 下面，我們是不是請中央研究院法律所蘇教授發言？

3 中央研究院法律所蘇彥圖研究員：

4 主席、在座各位女士、先生，大家好。

5 首先就針對議題一，本案是否是公投法第 2 條第 2 項第 2 款所稱立法原
6 則之創制而有該條款之適用？這個議題來表示意見。

7 我們都理解中選會根據公投法第 10 條在審查公民投票提案的時候，有
8 審查提案是否合憲的權限跟義務，我們學理上稱之為「連署前審查
9 (pre-circulation review)」。但是進一步問題是說，中選會要用什麼樣的
10 的審查標準來進行審查？我的書面意見有提出一些比較細部的分析，再請中
11 選會參考。

12 我們直接回到這個案子，這個案子碰到的一個問題就是說，它到底是不
13 是符合憲法的規定？我個人的意見，中選會大概有兩個比較可能可以採用的
14 標準，但是如果中選會採取的是我們稱為「明顯違憲」的標準，就是說這個
15 提案必須要很清楚、很明確有違憲，才可以不要讓這個提案進入連署，可能
16 中選會還是會有相當理由可以認定本提案內容有違反憲法對於言論自由跟
17 集會結社自由的保障，為什麼呢？因為司法院大法官 1998 年作成第 445 號
18 解釋跟 2008 年作成第 644 號解釋，這兩號解釋都已經明白地提到說，人民
19 有主張共產主義或分裂國土的政治自由，這個政治言論是受到憲法保障。

20 這兩號解釋放放到台灣的憲政發展脈絡去觀察，因為我們其實是在民主化
21 以後，就是在 1991 到 1992 年的時候，廢止了懲治叛亂條例，也修改了刑法
22 第 100 條，那時候有廢刑法第 100 條的運動，在 2011 年的時候也廢除了國
23 安法第 2 條的相關規定，就是說形成一個基本的憲法原則：除非叛亂的言論
24 表達已經涉及到強暴、脅迫，從而會對於國家安全或者自由民主憲政秩序的
25 存續構成立即而明顯的違憲，否則國家是不得予以限制的。

26 因為這個提案要禁止的是公開展示及懸掛代表中華人民共和國的五星
27 旗幟，所謂的五星旗幟其實是表達特定政治立場意見的一種象徵，所以它的
28 公開展示跟懸掛，基本上我們會把它當作是一種政治言論，它就會跟上面提
29 到的兩號大法官解釋有所牴觸。所以從明顯審查的標準來說，會覺得有可能
30 已經是構成了主張立法禁止特定觀點、特定形式的政治言論表達，而且他的
31 理由是比較強調這些言論所具有的一些「bad tendency (惡劣傾向)」，這
32 樣子的一個主張其實就跟我們剛剛談到的憲法原則有比較明顯的出入。

33 確實在比較法上，有一些中、東歐的後共產國家基於維護過往極權政權
34 下受害者的尊嚴，還有要防衛民主、避免極權復辟等等考量，他們有禁止公
35 開展示使用過往共產政權象徵的立法例。但是我們也注意到像芬蘭、匈牙

1 利、摩爾多瓦等國，他們的憲法法院先後把這類禁制宣告違憲無效；歐洲人
2 權法院也有幾個案子，針對匈牙利的禁制規範也認定違反歐洲人權公約。這
3 些案例我們研究顯示，在特定的歷史脈絡下，有些民主國家確實有可能有正
4 當的理由把若干我們叫「反自由(illiberal)」的象徵當作是仇恨言論(hate
5 speech)來加以管制，但問題是這類管制立法，基本上在憲政前提上還是需
6 要透過相當嚴格的司法審查，才能夠合憲地去限制人民的言論自由。現在問
7 題就在於說，因為我們國家並沒有受到中華人民共和國統治的歷史經驗，而
8 且我們主權跟自由民主憲政秩序受到中華人民共和國威脅的程度基本上還
9 有一定的不確定性，所以在這個情況下就比較難去類比、援引上述這種仇恨
10 言論管制的立法例。

11 我特別再舉一個例子就是說，美國其實在1919年到1921年他們有「Red
12 Scare」的一個時期，有31州的政府制定法律禁止代表共產主義的red flag，
13 但是美國最高法院在1931年的Stromberg v. California這個案子就宣告
14 這些法律是違憲。

15 我現在先暫時講到這邊，如果等一下有時間，我再作進一步的補充，謝
16 謝。

17 主持人林偕得委員：

18 好，謝謝蘇教授。

19 下面，我們請陳怡凱教授發言。

20 成功大學法律學系陳怡凱副教授：

21 主席、在座各位先進、各位先生、女士，大家好。我就直接針對這次提
22 案的問題來作鑑定意見。

23 首先，第一個爭點，提案人在理由書裡面，他說為什麼他要提案來禁止
24 懸掛、展示五星旗？因為他認為這個會弱化『敵我的意識』。剛剛提案人代
25 表在當場也有補充，說它會傷害到比如說1949年跟隨過來的族群、被中共
26 迫害的人的感情，以及他認為會造成一種感覺的傷害、會造成恐懼。現在產
27 生一個問題：這種所謂的「敵我意識」、「感覺」，詳細而言是指什麼意思？
28 『此種感覺』是否為受憲法保障的法益？這是第一個我們要去澄清的。

29 第二個，懸掛五星旗或展示五星旗，這個算不算是言論自由？或者是所
30 謂的象徵性言論自由？這裡面所謂的展示，包括愛國同心會在陳雲林到台灣
31 來時，拿五星旗夾道歡迎，以及在中共的國慶日舉行升五星旗之儀式，這種
32 五星旗之展示算不算是表達特定的政治立場？這一點我跟蘇教授的看法是
33 有一些不同。我認為這種五星旗之展示是一種國家認同的表現：他認同中國
34 才是他所效忠之國家。這裡就產生一個問題：提案人所謂的『感覺』，其實
35 是一種對於本土、對於國家認同的感覺，也就是『我族感覺』以及與『他族

1 感覺』的界定。這種國家認同、國族意識是不是憲法上應該要保護的？答案
2 是肯定的，因為國家認同、國族認同是屬於國民的主觀要素。國家三要素是
3 國際公法上的要素，而憲法也有規定（參見我國憲法第二條到第四條）。憲
4 法對國家三要素是採取什麼立場？它是以國際法上的國家概念的國家三要
5 素為前提。所謂的前提是指以它為基礎、為框架，在這個前提不動的基礎上，
6 才去發展各種各樣的基本權。在國際法上國民對國家有忠誠的義務、有認同
7 國家的義務，但是如果把它解釋成為言論自由的話，就變成國民有認同他國
8 的自由囉？因此當中國學者來大學演講，校長將我國國旗收起來，懸掛五星
9 旗，這也是言論自由囉？國際法上之國家認同之『義務』在此種憲法的解釋
10 下卻變成『自由』，但是世界各國有沒有作這種解釋？可不可以這樣子解釋？

11 想想看，愛國同心會或是統促黨他們可以在憲法的保障底下，假設它是一
12 種言論自由的話，不斷地吸收他的成員、不斷地要求台灣認同的人變更認
13 同，改認同中國。這在國際法上就會導致嚴重的國族意識變更，國族意識的
14 變更就代表國家同一性的變更。這會產生國際法效果，而不是通常言論自由
15 保障之憲法效果。我們今天假設一下，這些人越聚越多，因為他們在我們憲
16 法的保障底下可以一直不斷地吸收黨員、不斷地改變大家的認同，比如說他
17 們都聚集在台北市，最後以公投表決台北市要併入中國，這是國際法上之人
18 民自決權之效果，憲法會保障這個嗎？像加泰隆尼亞公投要脫離西班牙，或
19 是克里米亞公投要併入俄羅斯，根據烏克蘭的憲法跟西班牙的憲法通通都是
20 違憲的。西班牙是民主法治國家，也是歐盟國家，它的憲法法院不認為加泰
21 隆尼亞之獨立公投是言論自由，而是違憲與叛國。法務部沒有回答一個問
22 題，到底國民有沒有認同外國的自由？憲法可不可能對於國民之國家認同保
23 持中立？任由各個國民要認同哪一國都沒關係？這個就已經逸出了憲法的
24 框架，跑去國際法了，因為它最後產生之效果是國際法效果而不是憲法效
25 果。所以憲法學者不能不注意到：國際法構成憲法解釋之前提與界限。

26 我等一下再補充，謝謝。

27 主持人林偕得委員：

28 好，謝謝陳教授。

29 下面，我們是不是請中正大學法律李仁淼教授發言？

30 中正大學法律學系李仁淼教授：

31 主席、各位先進還有各位來賓，大家好。因為時間很有限，我就直接進
32 入議題。

33 首先，中選會不是司法機關，不應該介入個案審查，也沒有審查司法紛
34 爭個案的權限。中選會對於公投案有否違憲疑慮之審查，從權力分立之觀
35 點，應只能做低密度之審查，除非提案有明顯違憲之虞，否則在排除行政成

1 本考量的要素下，達到門檻之提案，即應有進入公投程序之可能。更何況，
2 本公投提案為有關人民要求立法之提案，即便最終完成公投程序，後續還有
3 立法部門的審查空間。本次提案之主要訴求在立法禁止展示、以及懸掛中國
4 的「五星旗」，即中國的國旗。首先，在台灣立法禁止公開懸掛、展示「五
5 星旗」是否會違反憲法第 11 條所保障的言論自由？首先，大法官在釋字第
6 509 號解釋也有提到言論自由的價值包含：「實現自我、溝通意見、追求真
7 理及監督各種政治或社會活動之功能」綜合而言，言論自由或表現自由的主
8 要價值在於「個人自我實現」以及「公共議題促進」兩者。另外，須留意者
9 為大法官在釋字 509 號解釋也提到：「惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利
10 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。」亦即，
11 言論自由有其一定之界限。

12 就本次公投提案而言，主要爭點在於：中國「五星旗」在台灣公開展示、
13 懸掛是否和上述表現自由有關？其次，以旗幟去作一個表達，它算不算一種
14 言論？是否在言論自由保障的射程範圍內？都須加以討論。首先，言論自
15 由或表現自由雖然是普世價值，立憲主義各國也多以憲法條文明文保障。不
16 過，言論之行使若超出或背離「個人自我實現」以及「公共議題促進」兩大
17 功能，則以立法進行規制，即並非違憲。各國或國際人權公約上普遍性規制
18 的言論內容包含：(1)名譽毀損隱私侵害性言論、(2)猥褻性言論、(3)煽動
19 性言論、仇恨性言論等，即因此等言論並非在言論或表現自由保障之範圍
20 內，因此即使以法律進行某種程度之規定，亦不能立即斷定該立法條項違
21 憲。就中國的「五星旗」在台灣公開展示、懸掛之目的為何而言，如果是中
22 國的一種統戰策略，或是其目的即在消滅台灣或台灣的民主自由，則此種表
23 達，是否屬言論或表現自由保障自由的範圍，即有很大之問題。因此，不能
24 說以立法規制中國的「五星旗」在台灣公開展示、懸掛即斷言此為侵害言論
25 自由，違反憲法第 11 條之保障。

26 其次，言論呈現的方式，傳統用口頭、出版、之後用廣播電視、一直到
27 現今網路成為主要的媒體。所謂表現自由，是指將個人之思想、知識，以某
28 種方式對大眾公開之自由。此一般在學理上稱為「表現自由」。表現自由的
29 限制，須再進一步釐清的是：尚須區分對表現的內容 (Content Regulation)
30 規制、以及對表現的時間、地點、場所規制 (Content-neutral Regulation)
31 之不同。

32 和今天所討論之提案有關，公開展示或懸掛中國「五星旗」之行為，一
33 般在學理上都不認此為純粹之言論。此種表達之模式，和學理上所謂的象徵
34 性言論 (Symbolic Speech) 有關，是用一種象徵去表達某種意見，其所要
35 表達的內容，具有很多不確定性。

1 今天在台灣，會去拿「五星旗」的人通常是有某種政治意圖。如同其他
2 發言剛剛所提到的，這個「五星旗」是中國的國旗。今天在台灣的土地上，
3 比如說在西門町有一群人，有某個集會，透過公開展示「五星旗」這種行為，
4 則這面旗幟代表的是什麼？不要忘記了，中國在 2005 年制定《反國家分裂
5 法》，目的就是要消滅中華民國以及台灣的存在。所以公開展示「五星旗」
6 是否屬於一種言論呢？這可能須要去討論，比如說一個天真無邪的小女孩拿
7 著旗幟這面「五星旗」，大家可能不會質疑其有表達消滅台灣的意義。；可
8 是假定是一群接受外資、真或中資援助，可能是中正第五縱隊那一類型的人
9 拿著「五星旗」搖旗吶喊，公開聲明要中國統一，則顯然就是要台灣投降、
10 合併統一，這樣的行為需要保護嗎？限制這樣的行為和限制言論自由應該是
11 不同層次的問題。因為限制公開展示「五星旗」這種行為，其前提可能並非
12 是在限制某種「言論」，其可能只附帶限制言論所要表達的時間、地點、或
13 場所，並不能斷言此種限制會有立即違憲的可能。

14 再者，剛剛提到的，經常會引起爭議的所謂「象徵性言論」，並非純粹
15 性的言論，通常不會以具有表達特定意義的型態展現。所謂「象徵性言論」
16 成立的前提，並須以某種象徵物表達出讓一般人能夠認知的事項，此種表達
17 行為才能說是「象徵性言論」，而受憲法表現自由之保護。在美國的司法案
18 例裡，過去在 1968 年的 United States v. O'Brien 案，起因於為反對越戰，
19 於是將徵兵卡剪掉，結果在這個判決裡面聯邦最高法院指出：將徵兵卡剪掉
20 之行為，並不屬於傳統美國言論自由保障的範圍，處罰毀損徵兵卡之行為和
21 國家規制言論本身並無相關，規制目的是為了要讓徵兵手續順利，所以處罰
22 毀損徵兵卡之行為，只不過是對言論附隨行為的規制。此理論一直被援用，
23 出現在 1989 年聯邦最高法院對 Texas v. Johnson 案的判決。於 Johnson 案
24 判決當中，由於 Johnson 焚燒美國國旗的行為，是夾雜著「行為」和「言論」
25 之兩種型態。聯邦最高法院雖然作出：「焚燒美國國旗」，目的在於非難共
26 和黨之政策，屬「象徵性言論」受美國聯邦憲法修正第 1 條的保護。以刑罰
27 限制「冒瀆崇拜對象」之德州法律適用在 Johnson 焚燒美國國旗這個個案上
28 違憲，不過聯邦最高法院並非宣告此法律全面違憲。

29 有關立法規制公開展示、懸掛中國「五星旗」是否會違憲？在還沒有
30 具體訴訟個案發生之前，其實都是一種法律的想像。特別是在立法部門怠惰
31 而未有有效之立法政策，規制意圖消滅台灣存在之中國統戰勢力。由人民提
32 案進行立法公投規制中國「五星旗」公開展示、懸掛，以確保台灣民主法治
33 體制之永續發展，就憲法保障言論自由之角度而言，應該不會有立即牴觸憲
34 法的疑義。

35 主持人林偕得委員：

1 好，謝謝李教授。

2 下面，是不是我們請法務部代表？

3 法務部陳玉萍主任檢察官：

4 主席、提案人，還有在座的專家學者，以及各位先進，大家好。法務部
5 檢察司在這裡作簡單的說明。

6 第一個部分，提案人今天也有提到，就是我們在國發會提點子的這個回
7 應，當時國發會的這個提案是有特別提到懸掛五星旗應該在刑法裡頭是屬於
8 分裂國土內亂、外患罪而應施予刑罰，因為我們的不法程度有分為民事不法
9 程度、行政上的不法程度或是刑事不法程度，當時提案人指明公開懸掛就應
10 該要用最嚴厲的處罰方式來作處置，所以我們當時針對這個部分是認為說，
11 權利並非不能夠限制，但是它的限制必須在憲法第 23 條比例原則的前提之
12 下，就是說它的限制有沒有符合？就像剛剛教授也有提到，如果只是一個小
13 女孩拿一個五星旗的旗幟，這樣子的情形是不是就施予刑罰？它合不合我們
14 權利限制的比例原則這個要求？也感謝提案人有提到國發會的這個案子，我
15 們可以在這裡針對國發會的回應作比較細緻的回應。

16 另外，當然我們非常肯認政府應該要保障人民的生命、自由、財產，甚
17 至名譽等等，也有維護公共秩序或是確保社會安寧的一些義務。因為提案意
18 旨目前只有提到公開懸掛，純粹公開懸掛如果配合其他的行為，比如說剛剛
19 提案人也有提到，如果有組織，是不是會有國安法的犯罪問題？那又是另外
20 一個層次，因為它還有結合其他的行為。如果是藉由五星旗散布謠言或是有
21 其他足以影響公共安寧、在公共場所藉由五星旗來聚眾滋事有妨礙公共秩序
22 的情形經命令而不解散，甚至提案人提到比如說有主持、操縱或參加不良組
23 織而有危害公共秩序等等，其實這些在社會秩序維護法裡頭是有一定的處罰
24 機制。還有更嚴重程度的行為，比如說有意圖破壞國土或是竊據國土、以非
25 法的方法變更國憲、顛覆政府，而以強暴、脅迫的方式著手實行，就是像剛
26 剛蘇教授也有提到，其實它是我們內亂罪的構成要件，如果有這些行為的
27 話，當然是應該要施予刑事處罰。除此之外，如果單純懸掛，其實還要配合
28 其他的行為，所以要不要禁止要看他其他的行為，但是我們主要的回應點在
29 於，單純懸掛就施以最嚴重程度的刑罰，恐怕跟憲法第 23 條比例原則是不
30 相符合的。

31 以上簡單說明，謝謝。

32 主持人林偕得委員：

33 好，謝謝法務部的代表。

34 下面，是不是領銜人還有再……

35 領銜人劉曜華先生：

1 李老師剛才還沒有說完的部分，不知道可不可以把它補充說明清楚？

2 主持人林偕得委員：

3 好，可以。

4 您是不是先有問題要提出？

5 領銜人劉曜華先生：

6 我想我還是用就教的方式，李老師剛剛有特別提到，就是表現自由
7 (Freedom Express) 這件事情，是不是可以被無限上綱的保護？我不知道
8 是不是李老師可以就剛剛沒有講完的這個部分再補充說明一下？

9 中正大學法律學系李仁焱教授：

10 剛剛法務部代表的意見是從立法政策論去談，這一種言論會不會有立即
11 的危害等等，當然這是要立法施行後才能知道實際的運作，可是在要不要採
12 取什麼樣的立法政策跟它會有什麼危害，其實跟很多歷史經驗是有相關的。
13 就是說，在國際上中國「五星旗」這一面旗幟代表什麼？對台灣生存空間的
14 打壓到什麼程度？就各國的立法例來講，在德國這麼民主先進的國家，1998
15 年修訂的《德國刑法典》第 86 條第 1 款規定，傳播或為用於傳播而制作、
16 儲存、進出口以及公開或在集會中使用德國憲法法院認定的違憲政黨或組織
17 標誌可判 3 年以下有期徒刑或罰款。德國刑法第 130 條也有民眾煽動罪的規
18 定，禁止散布基於種族優越之言論。我的意思就是說，一個事實的嚴重與否
19 和他的國家的歷史脈絡有關。立法之前，該種歷史的背景必須進行調查，而
20 不是一開始就以拿出憲法第 23 條的抽象規定作為政府論證之依據。比例原
21 則之操作也必須有個案竄在，否則就是一種抽象法律規範的想像。

22 今天台灣在國際上，中國無所不用其極的在阻撓台灣的生存空間，今天的
23 公投案也只不過提案要求立法禁止中國「五星旗」的公開展示、懸掛。此
24 種規制，會牴觸憲法哪一條？也許有其他的法規可以規制集會遊行所立即產
25 生之危害或防止社會秩序混亂，可是這在實際運作上，拿著中國「五星旗」
26 信誓旦旦揚言要消滅「中華民國」或台灣生存空間的中國外圍勢力，並無專
27 法可管。基本上，我剛剛提到，立法限制中國「五星旗」公開展示、懸掛並
28 非在限制言論的內容，只是對言論表達的時間、場所的限制。至於是否要用
29 出版或其他方法去宣揚什麼共產主義，基本上並無法規限制此種「言論之內
30 容」。此次公投案要求之立法也沒有提到要對此種言論之內容禁止或限制。
31 今天聽證會討論的重點在於要不要立法限制中國「五星旗」公開展示、懸掛。
32 至於是用刑事罰則、行政罰則，這是立法部門的權限，法務部似無介入之空
33 間。

34 以上。

35 主持人林偕得委員：

1 剛剛蘇教授還沒有陳述完？

2 中央研究院法律所蘇彥圖研究員：

3 請陳老師。

4 主持人林偕得委員：

5 陳老師。

6 成功大學法律學系陳怡凱副教授：

7 我剛剛已經說過了，今天的爭點跟法務部所講的不同。今天假設我們把
8 中國視為外國的話，比如說像王炳忠這個案子，中國透過我國的國民一直在
9 貫徹它的政治意志，吸收軍人或是其他學界的人，來遂行其政治目的，這個
10 我們就把它當作是犯罪。今天假設「白狼」張安樂也是受中國的指使，但是
11 他不吸收軍人，而是成立一個政黨，吸收黨員，這樣算不算是要處罰的？或
12 是這樣有沒有問題？這種事一般在國際法上被定性為干涉他國內政之間諜
13 行為。比如在澳洲，他們最近也有立一個法律，來防止中共這樣的滲透，防
14 止中國對他們的政治人物給予政治獻金。

15 假設張安樂是受中共的指使，來台灣成立政黨，不斷地吸收平民百姓，
16 不斷地擴張，推銷中共併吞台灣是合理的。他沒有實施強暴、脅迫，也沒有
17 吸收軍人或蒐集軍事機密，只是這樣做，這個在國外將被定性為非法干涉內
18 政的一種間諜行為，這種行為當然是違反國際法的。假設張安樂沒有受到中
19 共的指使，單純自願這麼做的話，則這個是一種背叛國家與憲法的行為，憲
20 法可不可以容許國民有背叛憲法的自由？何以斷定這種行為是背叛憲法
21 呢？

22 我們看看歷任總統的解釋。蔣經國、蔣介石主張一國論，條件是反共。
23 因此忠於我國憲法之一國論解釋必然是：我方才是正當政府，對方是叛亂團
24 體。後來李登輝總統的兩國論跟陳水扁總統的一邊一國論主張：中華民國政
25 府是統治台灣之政府，中華人民共和國政府是統治中國大陸之合法政權。兩
26 國論合憲之理由在於：我國的領土不及於中國大陸，我國的領土只及於台
27 灣。對方在他自己的國土上的統治跟我國無關，因此可以承認它不是叛亂團
28 體，而是合法政權。這樣並沒有背叛我國的憲法，因為我國憲法的國土就只
29 有台灣而已。問題來了，馬英九總統主張一國論，但是他沒有同時說中共是
30 叛亂團體，反而說對方是合法政權，則這個就已經是背叛憲法的行為了。在
31 一國論裡面只能有一個正當的政府跟一部正當的憲法存在，因為憲法在同一
32 國土裡面是最高的，這時才可能產生最高法位階之效力。憲法不可能同意自
33 己被推翻，並承認推翻它的政權是合法政權。現任的蔡英文總統不回到九二
34 共識，即使中共施加強大的壓力，她還是拒絕承認九二共識跟一中原則。反
35 面言之這就是兩國論，當然我國是合法的政權，中共在它自己的國土上也是

1 合法政權，這裡沒有背叛憲法之問題。

2 因此，我們絕不容許有一個政黨或是任何人在主張一國論底下認為中共
3 是合法政權，因為這就是等於否定我們自己的憲法！這種行為是背叛憲法的
4 行為。問題是說，憲法有沒有保障這種行為？如果主張一國論，則對方必須
5 是叛亂團體，這樣才合憲；如果是主張兩國論，則承認對方是合法政權才有
6 合憲的空間。反之，假設若有人既主張一國論，同時又說對方是合法政權，
7 而且不斷地鼓吹我們要被對方統一的話，則這個是一個背叛憲法的行為，也
8 是鼓吹國族認同變更之叛國行為了。

9 一個民主法治國家，有沒有義務去維護國民的國族認同？有。它是用教育
10 與宣傳，而不是用白色恐怖使人下獄的方式，這一點我某程度也贊同法務
11 部，不是用刑法使人入獄的方式強迫人民去認同國家，但是這並不表示五星
12 旗可以不需要禁止，或是這樣一個國族認同的變動，國家可以通通放任，而
13 且變成是憲法允許的，這不可能！因為國族認同是國民對國家的忠誠、國民
14 對國家的義務，它不可能變成是權利、變成是可以任意處分的一種自由權，
15 這絕對是兩回事情，國際上也沒有這樣子的一種講法。

16 對於純粹搖國旗或是展示國旗，應如何作出法律上之判斷？要看看它所
17 反映的意旨為何。比如在中共國慶日或在新年元旦升五星旗，這並不是表達
18 出其信奉共產主義之政治意見，因此這個跟釋字第 644 號無關，因為這裡根
19 本就不是政治言論之表達，而是國族認同之展示，其展示出對我國憲法的背
20 叛、以及對國家的背叛。當然他不是用暴力的方式，而是用和平的方式來表
21 達其違背國民忠誠義務。對這種五星旗的展示，我國公權力可以取締，根本
22 不需要立法，因為它不是基本權，也不構成干預，所以也不需要法律保留，
23 直接行政命令就可以取締了。如果要立法的話，這時候我某程度也同意法務
24 部，用刑法是不是可以達到這個目的？或是用其他的法律？因為這裡有比例
25 原則的問題，所以在這方面還可以再討論，要看詳細的內容是怎麼規定。

26 謝謝。

27 領銜人劉曜華先生：

28 我想我相當認同剛剛所謂的國族意識、國族認同，這到底是一個自由，
29 還是事實上是一個義務論？可是我還是要回到我們這個公投的題目，我們希
30 望進一步延續去年國發會平台的討論，然後把它深化，所以就這個議題，我
31 們要不要立法去規範？規範什麼？規範五星旗是不是可以任意地在我們所
32 有的空間，尤其是公共空間、我們看得到的空間去懸掛？比如說 10 月 1 日
33 到了，每一條道路街上全部都是中共的五星旗，我們要允許我們的空間被這
34 樣的東西占據嗎？我們也要問，就是這個公投的立法規範，我們擔心的是現
35 在沒有法律可以管，所以結果是這樣的現象會出現。

1 這個現象出現，除了是不是言論自由的保障之外，我們更擔心是有人會
2 受傷害，立法機構事實上應該去調處這個問題，假設真的他們被保障了，公
3 開懸掛、任意懸掛五星旗是他的自由，這樣我的受損呢？我看了很不舒服。
4 這個跟過去討論性騷擾一樣，你會講說：「無所謂啦！就摸一下而已，有什
5 麼關係？你忍一下就好了。」我們要繼續忍下去嗎？反正就是他的自由，我
6 就忍一下。走過去 101 大樓的時候，我不看嗎？還是怎麼樣？閉著眼睛，如
7 果摔倒了，誰負責？國家賠償我嗎？所以我認為我們這一次強調的是這一些
8 空間、這一些視覺景觀上的東西，國家其實應該要好好去考慮一下，要去保
9 障可能會受傷害的人、可能事實上已經被侵犯的人應該有的權利。

10 透過這個公投，我們希望國家來扮演這個角色，去調處兩者的利益。為
11 了保障假設真的是他的一個自由，被無限上綱到是一個自由，其實我們不認
12 為它是一個自由，而且很多人提出來是義務，我們另外一方呢？難道我們就
13 應該要忍下去嗎？就很不舒服，眼不見為淨嗎？甚至進一步的，如果到處
14 呢？好像廣告物。如果廣告物，有廣告物招牌可以處理，懸掛的方式可以規
15 範，可是他如果用非營利組織的方式、政黨的形式、地下的形式到處去懸掛，
16 這不用花大錢的，就可以在臺灣所有的街頭上面看到五星旗飄揚，是不是我
17 們在傳達給國際社會這個訊息，我們是高度自由的社會，容忍人民受傷害？
18 包括我剛剛提到的，曾經受過共產黨傷害的人，他看到五星旗的感受，甚至
19 我們要提醒有很多第二代、第三代，假設你們曾經有這樣子一個內亂、內戰
20 的傷痛經驗。

21 如果你要選擇認同中國，那本來就是你們的權利，沒有人會干預，可是
22 在臺灣土地上，我們真的很希望可以有一個比較乾淨的空間，所以我想這一
23 次公投應該是就這一個議題提出來討論。至於用什麼樣的方式來作規範，我
24 們同意法務部講的，這是立法部門的事情，要用刑法、用其他行政罰則等等
25 的方式，這個我們沒有太多的意見，我們只是認為這一個議題不應該在法務
26 部解釋完之後，台灣社會就誤以為這是言論自由的保障，所以以後不要管這
27 個議題，我們很擔心啊！因為其實我們已經在受傷害了。

28 我也想請教各位法律學者，除了憲法層次的這個大傘保障之外，
29 nuisance 呢？我就覺得很不舒服啊！我要請教一下蘇老師，我們是不是要忍
30 一下就好了、忍一下就過去了？很不舒服，忍一忍就過去了。是不是我們不
31 用立法規範，忍下去，行政部門也可以不作為？反正你們就忍一下。還是未
32 來國家要發一個墨鏡給我，讓我看到五星旗的時候虛擬的，它會變成是其他
33 國家的國旗，讓我舒服一點？

34 主持人林楷得委員：

35 蘇教授剛才意猶未盡。

1 中央研究院法律所蘇彥圖研究員：

2 謝謝劉先生的提問，我等一下試著回答，不過我先再講一下補充。

3 針對議題二，有提到本提案的內容是否有不能夠瞭解其提案真意？因為
4 提案主文現在沒有提到刑罰，但是理由書裡面有明白主張刑法或制定相關法
5 規，在法規中明定刑罰作為罰則，我們知道刑罰並不是禁止規範的唯一管制
6 工具，有可能會引起投票人的誤會，所以我會建議至少文字上在提案主文要
7 載明「刑罰」一詞。

8 其次，在言論自由保障的時候，確實像李老師剛才有提到，大概會區分
9 言論跟行為，有些東西我們會認為它不是言論，所以就不會受到言論自由的
10 保障。如果是言論的話，確實也會說言論自由不能無限上綱，它還是可以受
11 到國家的限制，但是國家的限制就必須要符合很多的條件，比如說我們要求
12 它符合比例原則。特別是涉及到政治言論的時候，保障的程度就會更高，從
13 過去的大法官解釋跟整個國家的憲政發展，我們就會覺得對政治性言論作比
14 較高度的保障，所以除非你有 imminent danger，你的這個言論一出現就會
15 造成立即犯罪的情況之下，國家才可以介入管制。

16 剛才劉先生有問，言論自由是不是可以保障？我受到騷擾、我受到侵
17 犯。但是有一種說法，言論自由就是要保障你討厭的言論，因為有太多的少
18 數族群言論或者你不喜歡的言論，你就是要讓他表達。這個時候在比較憲法
19 上就會有兩種脈絡，德國當然對言論自由有比較多的限制，美國當然是更高
20 度的保障，但是我們發現唯一的例外就是仇恨言論，比如說納粹，大家會同
21 意這是仇恨言論，要構成仇恨言論，要件就會非常嚴格。剛剛劉先生有提到
22 說，為什麼 San Jose 的議會可以決議通過？因為它是只有限制在政府，變
23 成是政府言論的限制，而不是限制一般的人民不可以拿北越的旗幟。

24 近前在美國有一個熱烈的討論，就是 Confederate flag。美國以前很多
25 種族主義者都會想要拿代表南方的旗幟，但是很多人覺得看到那個旗幟受到
26 傷害，這個是一個種族壓迫、一個白人優越主義的代表，所以包括美國國會
27 都決議在政府的財產、政府的建築上不可以懸掛這個南方的旗幟。但是他們
28 有個很清楚的，不能夠去限制一般的人不能夠拿這個旗幟，儘管它對很多的
29 人來說，會造成侵犯。

30 為什麼很多東歐國家確實覺得五星旗代表共產主義？因為他們過去有
31 經過共產極權統治，對他們來說，那是一個極權主義的象徵，確實就會有很
32 多人受到侵犯。但是歐洲人權法院有一個強調就是說，國家要限制、要禁止，
33 我們都可以理解有這個正當的情緒、有這個需求需要去處理，問題就是說，
34 除非這種象徵本身所表達的意見非常清楚，而且社會上有高度的共識，所以
35 你去限制它比較不會有問題。如果這個象徵本身不同人看有不同的想法，並

1 不是所有人都會覺得被侵犯到或是覺得不舒服的時候，國家的限制就會有爭
2 議。

3 我會覺得說，現在這個立法的主張比較接近南韓。南韓的國家安全法第
4 7條第5項還是有規定禁止宣揚北韓的旗幟、物品等等，但問題就在於說，
5 南韓這個立法例在國際上被認為是南韓威權的遺緒。那個是以前在威權時代
6 就有的，其實被他的憲法法院也是一直在限縮，只有在這種旗幟、這種言論
7 表達已經到了明顯跟立即危險的時候，用這個法律才可以去限制。

8 我剛才提到第644號、第445號解釋確立一個憲法原則，它其實是高度
9 保障反中華民國、反體制的言論自由，這個原則是不是需要隨著時代的變
10 遷，尤其是中華人民共和國對我們主權還有民主自由的威脅日增而有所調
11 整？我覺得這是一個可以討論的問題。因為立法委員的提案不需要通過行政
12 機關事前的合憲審查，假設你只要說服立法委員提出案子，而且這個案子獲
13 得國會多數的支持，它就有機會完成立法程序，司法院大法官也可以在事後
14 針對這個法律的合憲性，再斟酌原來的第445號、第644號要不要作補充、
15 要不要變更，容許這樣子的一個法案立法，讓它繼續合憲存在。

16 現在問題就在於說，基本上中選會自己也認定自己有審查公民投票提案
17 是否合憲的權限跟義務，在這個情況下，就比較難許可這個提案有相當違憲
18 疑義的時候再進入公民投票連署的程序。這個審查權限的行使一定會影響
19 到、限縮到人民經由公民投票程序進行憲法變遷的可能性，但是它之所以還
20 有正當性是因為我們公民投票的時程很確定，在幾個月之內就要完成連署、
21 就要投票。我們其實今天的這個討論涉及到很多複雜的、需要作深刻論辯的
22 一個公共討論議題，它就會壓縮到這種公共討論的時程。

23 確實同意這是一個需要台灣社會好好再去思考對於言論自由的信仰是
24 什麼、我們的認同到什麼程度、我們要怎麼樣去維護台灣的國家認同、國家
25 安全。禁止五星旗的懸掛是不是最好的方法？很多時候管制會適得其反，或
26 者還有其他的方法？我們要如何管、如何去保護台灣的自由，同時又不讓台
27 灣變成像是一個威權國家一樣？我覺得這都需要好好討論。中選會為什麼有
28 這個審查的權限？有憲法變更的程序，一定要先經過國會的多數同意，連公
29 民投票的門檻也不一樣，所以還是會需要作這樣子的一個審查。

30 我簡單先補充到這邊，謝謝。

31 主持人林偕得委員：

32 都發言過，有沒有什麼要補充的？

33 領銜人劉曜華先生：

34 很謝謝幾位專家學者的說明，我想其實在某個程度上，我個人當然是很
35 認同台灣不應該走回頭路，尤其是身為本土社團的代表，我們是有高度共識

1 的，因為自由民主本來就是爭取來不易，更何況實際受過災難、受過刑罰的
2 很多本土社團的民主前輩，所以我們這一次這個提案並不是在走回頭路。我
3 們也不希望它變成是一個讓台灣民主自由倒退的公民投票案，而是希望進一
4 步提醒台灣社會互相尊重，甚至在國際社會裡面，我們去跟其他國家談對等
5 跟尊嚴是有必要性的，我們要有一個清楚的態度。

6 我們不是禁止人民擁有五星旗，也不是禁止人民去公開討論他的政治信
7 仰、發表任何的政治言論，我們其實要討論的是，是不是特定的團體可以公
8 開懸掛？因為懸掛就會涉及到你要使用誰的旗桿，在道路上就是公共空間，
9 如果你家的前面，你說：「這是我的私人財產。」假設我看得到，它就是一
10 個公共空間，因為視覺空間就是一個公共空間。就像空氣很不好了，人民
11 要求環境權，所以很多的工廠必須花大錢去降低污染，否則我們得不到環境
12 的基本社會權，這是同樣的道理。

13 很多人就是看到這個東西很不舒服，可是我們現在擔心的就是沒有任何
14 一條法律可以有效地規範五星旗在台灣社會到處蔓延，被懸掛、被陳列，甚
15 至被公開展示，這樣的行為如果沒有受到一些制約。我認為我們台灣社會傳
16 達給國際社會的訊息是我們接受五星旗在台灣社會到處飄揚，因為我們接受
17 它的統治，所以反分裂法所傳達的訊息是我們自我投降，更重要的就是說，
18 對於我們自己島內彼此公民之間在傳達的是有人不尊重我的時候就只能容
19 忍，而且是要高度容忍這樣子的一個騷擾。

20 大家想想看，在彰化八卦山上有一位自稱是中共在台灣的代表機構，他
21 在一個宗教寺廟上面插滿五星旗，霸占的是一個有高度文化資產價值的寺
22 廟。本來是彰化、南投、台中的人在假日休閒時候都會去爬山、都會到那個
23 廟宇得到心靈清靜的一個場所，現在變成是一個沒有人敢去的，因為去到那
24 邊就會叫囂，不認同五星旗的人不要接近這個地方。我們不希望台灣社會變
25 成是在保障這種行為、在縱容這種行為，因為我們認為這個會侵蝕，不但回
26 頭路是我們自願的回頭路，第二個是我們不自覺，導致我們既有的、已經得
27 來不易的自由民主反而在這些力量的侵蝕下逐漸倒退，我們是不希望看到這
28 個現象在台灣社會發生。

29 這一次的公投案，我再強調一次我們的重點，除了言論自由的範疇底
30 下，我們要討論的是可不可以公開、要不要立法規範？比如說我們絕對不會
31 允許在約定成俗的社會習俗底下，把一個不雅的照片或是什麼等等就懸掛在
32 街道上，或許從藝術的表現我們可以接受，可是容忍那種行為等於是我們認
33 同那種行為可以到處被泛濫。同樣的，我們希望這個議題可以被放在這樣
34 的一個範疇底下，我們設法去立法保障另外一個已經受到干擾、受到騷擾的人
35 應該有的權利，透過這樣子一個國家力量的介入。

1 認同共產黨、認同五星旗的人，我不知道他們認不認同五星旗的意義到
2 底還存不存在，或者是認同的五星旗到底是什麼。在中國社會，五星旗有它
3 的意義，可是那個五星旗對台灣社會又有另外一個意義，所以我們希望這兩
4 者是在同時保障的情況底下。至於是不是要有很高度的刑罰等等，我認為這
5 個交由立法機構去協商、去確定。

6 謝謝。

7 主持人林偕得委員：

8 好，謝謝領銜人。

9 其他還有沒有什麼發言？

10 成功大學法律學系陳怡凱副教授：

11 最後簡短補充一點，剛剛講的澳洲立法的法律名稱是『反外國干預法』。
12 如果是中國在幕後主使這件事情的話，這個就等於是干涉他國的內政。現在
13 簡單歸納起來：國民之國族認同，國家有照顧的義務，因為國族認同可能會
14 變更，變更的話，會產生國際法的效果。所以並非必須有內亂罪、外患罪意
15 義下之強暴脅迫這種暴力的出現，公權力才能介入，光是這種公然去主張一
16 個叛國的言論、公然地說我們應該要被中國併吞（統一），或是去效忠別國，
17 這裡已經是背叛我國的憲法跟國家了，公權力就應該要干預了。民主法治國
18 家必須要去照顧國民的認同、要去爭取國民對國家的認同，因為國家這個團
19 體是在緊要關頭要求國民為國家犧牲的（殉國之要求），所以愛國心、國家
20 忠誠以及國家認同是必須要好好地去照顧。公權力機關放任五星旗之敵國認
21 同展示，而不取締，這就已經是以不作為之方式傷害了大多數國民之台灣國
22 家認同之感覺了。

23 提案人剛剛說五星旗之展示會傷害到一般人的這種感情，的確與國家學
24 的預測一模一樣，它已經傷害了認同我國憲法、我國本土這樣一個國家忠誠
25 的感覺。敵對憲法的五星旗你不取締，反而去主張他是言論自由，這種錯誤
26 解釋已經逾越了憲法的框架，跑去國際公法了。這個不屬於憲法解釋的範
27 疇，因為在國家三要素都不變的框架底下，主張比如同性婚姻、反同婚姻或
28 是什麼言論都可以。但觸及國家認同之言論，則突破了憲法前提之框架，進
29 入國際法域，它不可能是憲法保障之範疇。

30 因此，回過頭來，只要國族意識沒有變更，比如說蔡丁貴教授設計台灣
31 旗，這個是言論自由，為什麼？因為他沒有違背國家效忠的忠誠義務，他只
32 是說青天白日滿地紅的國旗可不可以設計成別種樣式、換成別種國旗，這本
33 來就是可以討論的，因為這本來就是他的政治性言論，這裡並沒有對國家不
34 忠誠的問題，所以我們必須要有體系性，所有問題都要在一個體系下來解
35 決。

1 謝謝。

2 中正大學法律學系李仁焱教授：

3 最後，我再簡單補充，就是提案人所提到的，該不該或是可不可以用刑
4 法來處罰？我舉例，像今天中選會有提到美國聯邦最高法院於1989的Texas
5 v. Johnson案之判決。在這個案例中，為德州的州法以刑罰規制「冒瀆崇拜
6 對象」，於本案中Johnson這個人因於遊行結束後焚燒美國國旗，而被以上
7 述德州州法起訴，被判1年有期徒刑以及2,000塊的美金罰金之後提起上
8 訴。如同我們剛剛討論的，國旗本身是什麼？是維持一個國家統合的象徵。
9 在Johnson這個個案中，他於遊行完之後將美國國旗拿去燒，結果旁邊的人
10 看到很傷心，把國旗焚燒後的灰燼拿回家的後花園去埋起來。美國的統合，
11 不管是移民與否或是原本在那邊出生，也就是在政策上可不可以或怎麼樣？
12 這個有很多選擇項。

13 第二個，剛剛提到這是不是一個言論，我們首先談到1968年的O'Brien
14 案，依美國聯邦最高法院的判決法理，例如像是剪掉徵兵卡或是焚燒旗幟，
15 而不是用傳統的口頭或文字表達的言論，是否屬美國聯邦憲法修正第1條所
16 保障的言論自由之範圍，其判斷方法為：第一，要有明確傳達訊息的意圖，
17 如果沒有就不是在第1修正條文保障的範圍，亦即不受聯邦憲法言論自由之
18 保障；第二，這個訊息必須讓不是智識程度很高的一般人都能夠充分瞭解在
19 表達什麼，才會進入到言論自由保障的射程範圍。我們今天來看，假定拿中
20 國旗「五星旗」，並未附加其他言論，而只是懸掛在中山南路整排，這當然
21 可以規制，因為其並非是言論，這是對於公共空間展示品的規制。其規制目
22 的可能是在都市景觀的維持，而有其正當性，並不會違憲，更和大法官釋字
23 445號、644號解釋所提到集會遊行之規制目的完全不同。

24 假定拿中國旗「五星旗」所要表達的內容很清楚，一般人也能夠瞭解，
25 一面中國國旗，甚至加上遊行示威等等，當拿這面旗的人，很明顯表明要中
26 國併吞台灣，於此種狀況下，此種言論立刻就會引起很高度的爭議，甚至會
27 發生衝突，而須要有法律上的規制。類似之情況，即便美國聯邦最高法院在
28 1989年的Texas v. Johnson這個案例，採取了有別O'Brien案的判斷，認
29 為在有政府利益時，應採用比較嚴格的審查基準。可是即便採用較嚴格的審
30 查基準，在結論上也未必會使得規制的法規違憲。重點在於該種規制，有無
31 高度的政府利益。今天在台灣的本土上、在這個社會上，如果連公投要求立
32 法對中國旗「五星旗」的公開展示、懸掛的權利都沒有的話，實在難以現象
33 台灣的民主法治是否還能繼續。這當然會有高度的政府利益，以及共同生活
34 在這塊土地上的台灣人民的利益。也許哪天台灣社會變成只能懸掛中國「五
35 星旗」的時候，在台灣可能也就不再用再談民主法治、或人權保障了。因為當

1 最起碼的生存空間都已經被剝奪時，要再談民主法治、或人權保障恐怕都會
2 沒有意義了。

3 以上。

4 主持人林偕得委員：

5 其他還有沒有什麼意見？假如沒有的話，我們今天聽證會就到這裡結
6 束。

7 依行政程序法第 64 條第 4 項的規定，本次聽證會的紀錄在 107 年 7 月
8 11 日（星期三）上午 9 點到 12 點在本委員會的閱覽室供陳述、發問人閱覽，
9 並簽名蓋章。

10 司儀：

11 聽證程序終結，散會。

12 <以下空白>

禁止五星旗展示公投領銜人發言

劉曜華

台灣中社第五任社長(2013-2015)

2018/7/5

發言重點摘要:

台灣中社本土社團核心價值:捍衛台灣人基本人權、排除一切障礙,基本人權包括多元文化價值、民主、自由、對等、尊嚴等。

過去我們反對中華民國國旗,因為中華民國國旗被國民黨威權體制誤用,從 228 到白色恐怖,中華民國國旗對很多台灣人而言其實等同暴政的代名詞,那面旗子的擁有者屠殺了多少無辜的台灣人,讓他們的後代與母親們在暗夜裡哭泣,直到解嚴後,台灣人才在對等與尊嚴的原則下,透過政黨輪替,重新學習接納中華民國國歌與國旗,這段歷史我們不應該遺忘。以此為鑑,國旗展示與陳列不能被放在言論自由的框架下,無限上綱。就好像台獨被寫成台毒一樣,令人憤怒不已。

台灣人本來對五星旗並沒有太多意見,畢竟這是一個他國內政。但是隨著中國的崛起,中國對台灣社會的敵對態度日趨明顯,上千顆飛彈對著你我他的家園,台灣與中國本無深仇,只因為過往國民黨政府的意識形態作祟,將台灣人拉入國共內戰、92 沒共識的漩渦不可自拔,也因為如此,代表中共政權的五星旗對多數台灣人而言,等於敵對國的代名詞,一個隨時宣稱要血洗台灣的黑道暴力分子所擁有的圖騰,台灣社會怎可容忍這樣代表暴力的旗幟在台灣各街頭飄揚而面不改色。這種態度傳達的是苟且偷生價值觀嗎?

台灣社會過去對同志、男女性別平權的蔑視,最後證明是錯誤的判斷,從美國興起的#ME TOO 運動可知,平權是普世價值,對等與互相尊重才能滋養得來不易的民主與自由。麗馨基金會紀惠蓉前一陣子才在想想論壇表示,台灣社會對此類性侵害、平權議題的漠視,還有很大的改善空間。

五星旗飄揚對很多台灣人而言,其實可以被類比為性騷擾的一種,讓人感覺很不舒服、感覺被冒犯、心生恐懼,進而影響正常生活。五星旗的懸掛與陳列,甚至公開展示,直接衝擊很多人的心理健康,讓人心生恐懼,讓人不自主產生中共政權公開在台灣土地上冒犯台灣人的生存權,這種視覺汙染如果我們不正視、不加以對抗,且持續在過往民主前輩犧牲性命爭取而得的言論自由框架下,給予過度

的保護，個人擔心，這樣的沙文思維簡直就是過往縱容大男人主沙文義、容忍性騷擾的翻版，我們將要付出更高的代價而不自覺。

這次的禁止五星旗展示公投案其實是討論多數堅持台灣主體性者的心理健康問題，我們不希望被五星旗飄揚持續的騷擾，我們不希望部分團體在台灣土地上公開捍衛中共政權統治台灣的不正當性，雖然我們尊重類似團體這方面的思想與言論自由，可是我們要戮力爭取台灣街頭與公共空間免於被五星旗視覺污染的權力，我們也要要求立法院根據廣告物管理辦法及性騷擾防治法等法律精神，好好給我們一個乾淨的台灣街道空間，讓你我他走在台灣街道上不會心生恐懼，讓來自世界各國的台灣訪客誤以為台灣是一個將汙染物當成寶物的怪異社會。

試想，德國人禁止法西斯圖騰的作法，會讓任何人有不舒服的感覺嗎？試想，美國加州聖荷西越南裔的市議員立法通過禁止懸掛會引起他們心生恐懼的北越國旗，是侵犯任何人的言論自由嗎？這種自我保護、免於視覺汙染與心理騷擾的機制，我們認為是普世價值，不應該受到任何的質疑。

台灣中社是一個以中台灣自由發展為主體的本土社團，我們珍惜民主前輩得來不易的台灣價值，但是，我們要求中選會及台灣社會透過這次的公投，共同致力創造一個免於被中國統治威脅的乾淨家園，台灣是我們的家，以目前中國對台灣的敵對狀態，五星旗懸掛、展示與陳列對我們而言是必須立法禁止的視覺汙染物，已經引起很多人不舒服、被侵犯、被無端騷擾的感覺。

最後我們也期待，透過這次公投清楚傳達一個訊息給中共當局及島內妄想被中共統治的朋友們，當中共政權選擇以尊重及友善態度對待台灣社會之際，台灣社會街頭出現的五星旗、星條旗、萬國國旗會帶給台灣人一個世界和平的街道空間。在此之前，我們期待有類似五星旗騷擾防治法律的制定，給不想讓中共霸權統治的台灣人一個免於被騷擾與被視覺汙染的公共空間。

附帶，部分質疑的國際賽事規範、藝術展演場所甚至教育需要者，我們認為一切回歸常態社會應該有的規範，這次的公投立法不會要求如此無限上綱的禁制令，希望有心者不要在這些議題上另做文章。

「禁五星旗」全國性公民投票案

聽證議題鑑定意見

蘇彥圖*

2018年7月5日

聲明：

- (1) 本鑑定意見係由鑑定人以個人名義提出，不代表鑑定人所屬機構或其他個人或組織，並由鑑定人個人負完全責任。
- (2) 本鑑定意見係由鑑定人個人獨立作成，並未受委託人中央選舉委員會外之任何機關、團體或個人的資助或協助，亦未與本鑑定人外之任何人有任何之協調或合作關係。
- (3) 本鑑定人僅就「禁五星旗」全國性公民投票案（以下簡稱本提案）所涉及之適法性議題提出意見；本鑑定意見不討論無關本案適法與否之政策妥當性議題。

議題一：本案是否為公投法第2條第2項第2款所稱之立法原則之創制而有該條款之適用？

鑑定意見：

- 1.1. 基於司法院釋字第445號與第644號解釋的規範意旨，本提案有違反憲法第11條（表現自由之保障）、第14條（集會結社自由之保障）與第23條（比例原則）等規定之疑慮。

理由：

- (i) 中央選舉委員會（以下簡稱中選會）在根據公民投票法第10條規定審核一項公民投票提案時，有審查該提案是否合憲的權限與義務。這項關於中選會所為「(公投提案)連署前之審查」(pre-circulation review)的權限主

* 中央研究院法律學研究所副研究員。

張，雖然尚非司法院大法官或行政法院就公民投票法之相關規定所為的終局權威解釋，但已是中選會自 2018 年公民投票法修正以來所持的一貫立場。

(ii) 進一步需要討論與釐清的先決問題，是公投提案合憲性審查的審查密度，也就是「中選會究應採取何種審查標準，來判定一項公投提案是否合憲」這個問題。由於一項公投提案有可能通過過比較寬鬆的合憲審查，但是通不過比較嚴格的合憲審查，為了確保公投提案合憲審查機制的公正，一國的公投提案合憲審查機關無疑應該致力於發展、確立其在行使這項審查權限時所要適用的審查標準與／或審查方法，並且致力於追求在審查密度上具有原則一致性可言的個案審查結果。從直接民主法的規範理論與比較實務經驗，本鑑定意見初步歸納整理出以下三種並未窮盡所有可能的理念型選項。這三種選項各有其合理性與優缺點，其間之取捨選擇，涉及多重的價值判斷，以及不同的制度或現實的脈絡考量，所以或許沒有放諸四海皆準的標準答案。中選會的現行實務做法似乎比較接近下述的(ii-3)。惟就合憲審查標準的一致性與可預測性而言，這項做法應該還有檢討與改進的空間。

(ii-1) 明顯違憲標準：如果採取這項審查標準，則只有在公投提案具有相當明顯的 (patent; palpable) 違憲情事時 (例如提案內容明白牴觸一項具體的憲法規則，或者明白違反一項憲法法院判決之意旨)，審查機關方得以違憲為由，否決該項公投提案 (Kafker and Russcol, 2012: 1317-26; Noyes, 2014: 145-6)。採取這項審查標準的主要考量，是為了盡可能成全公民投票權的行使，避免連署前審查產生積極錯誤。在審查機關並非憲法法院的場合，這項審查標準的操作也有決策成本較低的優點。不過，這項審查標準的適用，容易導致連署前審查的消極錯誤。

(ii-2) 非謙抑 (non-deferential) 審查：審查機關若是對於直接民主決策較不信任，或是在一定程度上擬以選前審查 (pre-election review) 替代或者避免憲法法院日後以違憲為由廢棄公投結果，基本上就會選擇對一項公投提案的合憲與否，進行比較實質、比較細密的審查把關；比如說，審查機關若有相當理由認為，系爭的公投提案如果獲得投票通過，還是有被憲法法院基於嚴格審查而宣告違憲無效的高度可能性，則採取這項做法的審查機關，就應以違憲 (或有高度的違憲之虞) 為由，否決該項公投提案 (Dubois and Feeney, 1998: 63-64; Arnon, 2008: 114-124; Pállinger, 2012: 101; Heußner, 2012: 139)。

(ii-3) 「疑則有利於人民」 (“*in dubio pro populo*”) 之逐案審查：合議型的審查

機關若選擇採取超多數決或共識決進行個案的審查決策，並進而以「疑則有利於人民」這項原則，作為打破僵局規則，則當違憲認定無法取得可決多數支持時，系爭公投提案的合憲性就不會被審查機關否定（Dubois and Feeney, 1998: 57; Christmann, 2012: 57）。採取此項決策模式的公投提案審查，其審查之寬嚴程度，理論上取決於審查機關內部的共識／分歧程度，所以有可能會比明顯違憲標準更為寬鬆，也有可能相當於非謙抑審查。

(iii) 如採明顯違憲標準，則中選會應有相當理由，可以認定本提案內容有違憲法對於言論自由與集會結社自由之保障。

(iii-1) 司法院釋字第 445 號（1998）與第 644 號（2008）解釋均明白肯認，「共產主義或分裂國土」之主張，係受憲法保障之政治言論。從上述二號解釋之規範意旨，並且參酌我國於 1991-1992 年廢止懲治叛亂條例、修正刑法第 100 條及於 2011 年刪除國家安全法第 2 條規定等相關憲政發展歷程，我們應可推論出存在於我國現行自由民主憲政秩序的一項憲法原則：除非該等叛亂言論之表達已涉及強暴或脅迫，並從而會對國家安全或自由民主憲政秩序之存續構成立即而且明顯之危險，否則國家不得予以限制。

(iii-2) 本提案所擬禁止公開展示及懸掛之「代表中華人民共和國之五星旗幟」，既係用以表達特定政治立場／意見的象徵，則其公開展示或懸掛，無疑也是一種政治言論，且與上揭二號解釋所論及者，在內涵與性質上高度重疊。本提案理由書之第二段，似在主張「揮舞代表中華人民共和國之五星旗幟」，並不受憲法言論自由之保障。這項主張明顯牴觸司法院釋字第 445 號與第 644 號解釋的規範意旨。本提案既主張立法禁止特定觀點、特定形式的政治言論表達，且係基於該等言論之若干「惡劣傾向」而作此主張，亦明顯有違上述憲法原則。

(iii-3) 在比較法上，有一些中、東歐的後共產國家，基於維護過往極權政權下之受害者的尊嚴以及防衛民主、避免極權復辟等考量，有禁止公開展示、使用過往極權共產政權之象徵的立法例。惟波蘭、匈牙利與摩爾多瓦等國的憲法法院，已先後將此類禁制宣告違憲無效；歐洲人權法院也於 *Vajnai v. Hungary* (2008)¹、*Fratanoló v. Hungary* (2011) 與 *Fáber v. Hungary* (2012) 等案判決，再三認定系爭的匈牙利法違反歐洲人權公約（Belavusau, 2014; Fijalkowski, 2014; Gliszczyńska-Grabias and Baranowska, 2016; Kozyrska, 2016; Bílková, 2016）。這些案例顯示，在特定的歷史脈絡下，有些民主國家可能

¹ 本判決之中文翻譯，參見廖福特（節譯），*Vajnai v. Hungary*（禁止使用紅星案），歐洲人權法院第二庭於 2008/7/8 之裁判，收於司法院印行，歐洲人權法院裁判選譯（三），2013 年，頁 195-202。

會有將若干反自由 (illiberal) 之極權象徵視為仇恨言論 (hate speech) 加以管制的正當事由，可是這類管制立法，基本上還是必須通過極為嚴格的司法審查，方得合憲地限制人民的言論自由。由於我國並沒有受到中華人民共和國統治的歷史經驗，而且我國主權與自由民主憲政秩序受到中華人民共和國威脅之程度 (包括嚴重性與可能性)，還存在有相當的不確定性，在此等情況下，本提案恐難比附援引上述仇恨言論管制的立法例 (包括本提案理由所引用之德國立法例)，而毋寧在性質上比較近似於南韓依其國家安全法第 7 條第 5 項規定對北韓旗幟等物品所為禁止。惟南韓的這項立法例常被論者指為威權遺緒 (Cho, 1997; Kraft, 2006; Amnesty International, 2012)，且除非(iii-1)所述憲法原則有所變動調整，否則我國並無採取類似做法的合憲空間。

(iv) 由於存在上述之明顯違憲嫌疑，本提案亦無從通過非謙抑審查，並從而另有違反憲法第 23 條規定之嫌疑。

(v) 我國自民主轉型以來所確立之高度保障反 (中華民國) 體制言論之自由的憲法原則，是否需要隨著中華人民共和國對我國主權與自由民主憲政秩序之威脅日增而有所調整，無疑是一項可以而且值得討論的課題。由於立法委員之修法提案毋須通過行政機關之事前合憲審查，本提案之立法構想如果是由立法委員提出並獲國會多數支持，仍有機會完成立法程序；而司法院大法官於事後審查該項法律之合憲性時，亦得斟酌是否變更或補充其先前所為解釋。惟在中選會負有審查公民投票提案是否合憲之權限與義務的法制設計下，中選會恐已無許可本提案進入連署階段的裁量空間。中選會這項審查權限的行使，雖然勢必會縮限經由公民創制程序進行憲法變遷的可能性，但是可以確保相關公共議論不致受到短促之公民投票時程的壓縮。

1.2. 由於本提案屬於立法原則之創制，中選會尚無從以法律明確性或構成要件明確性等原則審查本提案之合憲性。

說明：

(i) 由於本提案內容事涉言論自由與刑罰規範，本提案如獲公投通過並完成立法，司法院大法官尚有可能以過於空泛、未盡明確為由，認定該項法律違憲。

(ii) 惟由於公民投票法所認許之公民創制，僅限於立法原則與重大政策之創制，並不要求提案人提出所擬創制之具體條文內容，中選會尚無從以法律

明確性或構成要件明確性等原則，審查本提案所擬創制之立法原則是否合憲。

議題二：本案提案內容是否不能瞭解其提案真意？

鑑定意見：

2. 本提案之主文應載明「刑罰」一詞，以明確提案意旨。

說明：

(i) 本提案之主文並未提及「刑罰」一詞，但本提案之理由書則明白主張「應修正我國刑法或制定相關法規，並於法規中明訂刑罰等罰則」。就此而言，本提案之真意，應係以刑罰規範「禁止公開展示及懸掛代表中華人民共和國之五星旗幟」，亦即對違反此項禁止規範的行為人，課以刑罰。

(ii) 由於刑罰並非禁止規範的唯一管制工具，為避免投票者有所誤會，並為確定所有同意本提案之投票者，均贊同以刑罰而非其他手段（例如行政罰）達成本提案所擬創制之立法的目的，爰建議中選會要求本提案之主文，載明「刑罰」一詞。

參考文獻

Amnesty International. "The National Security Law: Curtailing Freedom of Expression and Association in The Name of Security in The Republic of Korea." <https://www.amnesty.org/en/documents/asa25/006/2012/en/> (accessed June 29, 2018).

Aron, Harel. *A Theory of Direct Legislation*. New York, NY: LFB Scholarly Publishing LLC, 2008.

Belavusau, Uladzislau. "Hate Speech and Constitutional Democracy in Eastern Europe:

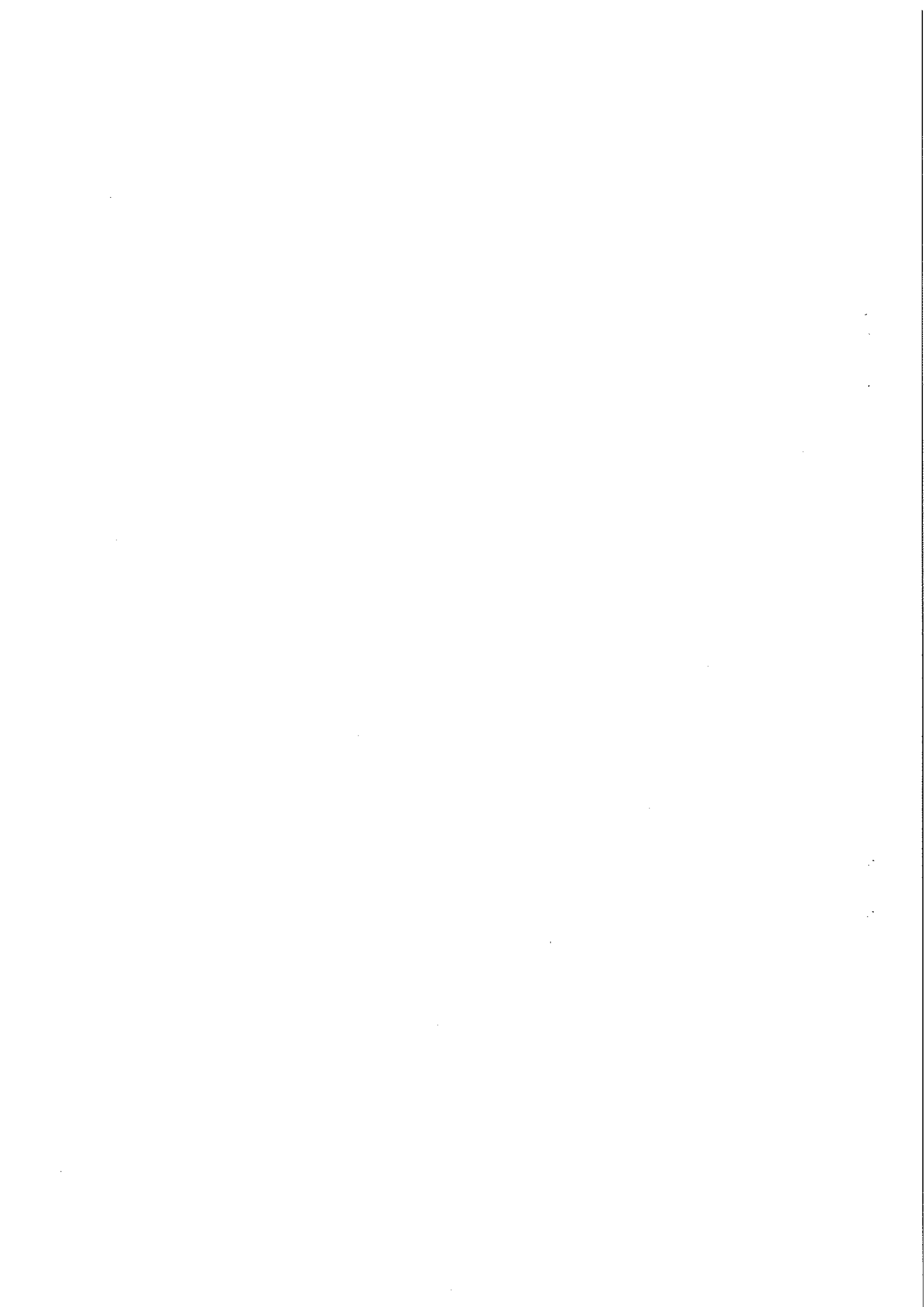
- Transitional and Militant? (Czech Republic, Hungary and Poland).” *Israel Law Review* 47, no.1 (2014): 27-61.
- Bílková, Veronika. “Symbols of Illiberalism in the World of Liberal States.” *Baltic Yearbook of International Law Online* 15, no. 1 (2016).
<http://booksandjournals.brillonline.com/content/journals/10.1163/22115897-90000069>.
- Cho, Kuk. “Tension Between the National Security Law and Constitutionalism in South Korea: Security for What.” *Boston University International Law Journal* 15, no. 1 (1997): 125-174.
- Christmann, Anna. “Direct Democracy and the Rule of Law - Assessing a Tense Relationship.” In *Direct Democracy and Minorities*, edited by Wilfried Marxer, 47-63. New York, NY: Springer Publishing Company, 2012.
- Dubois, Philip L., and Floyd Feeney. *Lawmaking by Initiative: Issues, Options and Comparisons*. Bronx, NY: Agathon Press, 1998.
- Fijalkowski, Agata. “The Criminalisation of Symbols of the Past: Expression, Law and Memory.” *International Journal of Law in Context* 10, no. 3 (2014): 295-314.
- Gliszczynska–Grabias, Aleksandra, and Grażyna Baranowska. “The European Court of Human Rights on Nazi and Soviet Past in Central and Eastern Europe.” *Polish Political Science Yearbook* 45 (2016):117-129.
- Heußner, Hermann K. “Minorities and Direct Democracy in the USA: Direct Legislation Concerning Minorities and Instruments of Minority Protection.” In *Direct Democracy and Minorities*, edited by Wilfried Marxer, 123-144. New York, NY: Springer Publishing Company, 2012.
- Kafker, Scott L., and David A. Russcol. “The Eye of a Constitutional Storm: Pre-Election Review by the State Judiciary of Initiative Amendments to State Constitutions.” *Michigan State Law Review* 2012 (2012): 1279-1329.
- Kozyrska, Antonina. “Decommunisation of the Public Space in Post-Euromaidan Ukraine.” *Polish Political Science Yearbook* 45 (2016): 130-144.

Kraft, Diane. "South Korea's National Security Law: A Tool of Oppression in an Insecure World." *Wisconsin International Law Journal* 24, no. 2 (2006): 627-659.

Noyes, Henry S. *The Law of Direct Democracy*. Durham, NC: Carolina Academic Press, 2014.

Pállinger, Zoltán Tibor. "Direct Democracy, the Rule of Law and the Protection of Minorities: The Case of Hungary." In *Direct Democracy and Minorities*, edited by Wilfried Marxer, 91-105. New York, NY: Springer Publishing Company, 2012.

廖福特 (2013), *Vajnai v. Hungary (禁止使用紅星案)* 歐洲人權法院第二庭於 2008/7/8 之裁判, 收於: 司法院大法官書記處編, 2013 歐洲人權法院裁判選譯 (三), 頁 195-202, 臺北: 司法院。



關於『立法規範禁止懸掛五星旗是否合乎憲法問題』之鑑定意見

鑑定人：陳怡凱 成大法律系副教授

壹、案由

貳、問題之提出

參、鑑定意見

一、國際法上之國家是憲法之前提

二、國際法上國家概念

1 領土要素構成憲法之前提

2. 國民要素構成憲法之前提

三、國族之概念與集體認同之形成

1. 政治性主觀民族概念

2. 自然性客觀民族概念

3. 從客觀之同質性產生主觀之集體認同

四、國族認同作為國家主觀要素與憲法之前提

1 認同之概念

2 集體認同之功能

(1) 對內整合與團結國家內部

(2) 對內我族感覺(Wir-Gefühl)與對外他族之界定：敵我意識

(3) 集體認同作為民主之前提

(4) 奉獻與犧牲

3. 關於符號圖騰之認同

4. 國家認同之憲法保障

(1) 肯定說

(2) 否定說

(3) 小結

肆、結論：

壹、案由

為何提案立法禁止懸掛五星旗？提案人於其理由書指出：五星旗為中華人民共和國之國旗，中華人民共和國為台灣之最大敵國，不斷打壓台灣之國際生存空間，目的就是統一台灣。基於國民日漸對中華人民共和國之文攻武嚇無感，以及國民對於五星旗之公開懸掛、展示、陳列會讓台灣國民之敵我意識逐漸淡化，進而達到分裂台灣，甚至可能被人操弄引發內亂罪與暴動內亂罪。因此政府應仿照德國禁止納粹萬字旗之模式，立法禁止懸掛陳列展示五星旗，並以刑罰加以處罰。

從前述之提案理由書可簡單歸納出最重要之理由在於：『五星旗之懸掛會弱化國人之敵我意識，進而可能被敵國利用來分裂台灣，因此須立法禁止懸掛』。至於禁止懸掛五星旗與轉型正義之關聯性以及與德國納粹萬字旗被戰後德國禁止之關聯性，提案人並未多作說明。或許提案人只是想指出，國際上也有民主法治國家比如德國，以刑法禁止某種符號圖騰，因此我國以立法禁止某種符號圖騰之展示也可以被正當化。但國外先例之引進必須指出該外國與我國所要對付的問題具相同性與類似性才行。就戰後西德而言，立法禁止納粹萬字旗之展示，的確是『去納粹化』(Entnazifizierung)之一環，而與德國之轉型正義有關。但五星旗之禁止與我國之轉型正義之關聯性何在？從提案理由並無法明確看出來。甚至是否可能與『防禦性民主』有關？也未見於提案理由書。

貳、問題之提出：

本文所受到之委託鑑定是關於『立法規範禁止懸掛五星旗是否合憲』，此一問題之研究當然須參考本案提案之背景與理由，但鑑定並非是司法裁判，因此並不受到提案人之提案理由之拘束。核先說明。

提案人認為：『五星旗懸掛會弱化我國國民之敵我意識』。這裡所謂『敵我意識』詳細而言是指何種意識？該意識是否為憲法上值得保護之法益？該意識是否為國家認同意識？或國族認同意識？此種意識是否為言論自由之客體？將意識與意志透過言論與行為表達出來，是否包括揮舞國旗與焚燒國旗，這是否為象徵性之言論自由？任何懸掛展示旗幟之行為是否都是象徵性之言論自由，是否皆受到憲法之保障？國家認同與國家忠誠是國民之義務還是國民之權利？憲法可否保持國家中立，放任其國民自行認同他國？如果愛國同心會成員與中華統一促進黨成員不斷吸收其成員，要求放棄效忠中華民國之台灣認同改為效忠中華人民共和國之中國認同，則這是受我國憲法保障之自由還是違憲之間諜行為？

參、鑑定意見

一、國際法上之國家是憲法之前提

德國之理論與實務均認為憲法之產生並不是毫無前提，而是以國際法上之國家為前提。學者Murswiek指出：憲政國家之憲法亦非只以國家為客體，而是同時以

國家為前提。原則上憲政國家之憲法是對於一個既已存在之國家加以建構，因此基本法之通過並非建立了新國家，而是對於一個『在國際法上既已存在之國家(德國)』重新加以建構而已¹。

德國聯邦憲法法院對於基本法上之國家肯認其係採用國際法上民族國家之結構，其表示：『基本法建構德國民族國家，如同啟蒙運動與法國大革命，以及十九世紀逐漸具體形成之民族國家那樣。』²。

所謂前提是指：必須先有國際法上之國家存在，憲法才可能產生。它是憲法的底座與框架，同時也是憲法規範之客體與界限。不只是憲法之產生，包括憲法之解釋與適用，皆不能逸出該框架之外，否則就已經不是憲法範疇而是進入規範外部主權面之國際法範疇。

二. 國際法上國家概念

國際法上之國家定義是以國家三要素為概念元素：國民、國土與國家權力(主權)。依此定義，只要是擁有實際有效統治權之政府控制特定之土地與其上之人民，則該單位為國家。

1 領土要素構成憲法之前提

憲法規範國家，該國家至少必須是國際法意義下之國家。亦即，該國家必須是領土國家。憲法與國際法上領土元素具有何種關聯性？根據學者 Grimm 之見解，該關聯性在於：受憲法規範之公權力只以本國領土為限³。在別國領土上之公權力，憲法根本規範不到，因此憲法也不可能去限制在別國領土上之公權力。因此就憲法『建構統治權』與『限制統治權』之功能而言，領土構成憲法規範之界限。每一部憲法均只能適用於其所建構之國家領土上。該領土元素基於國際法之解釋是指：國家權力實際有效性所及之領土，而不是任何虛構之土地，或統治權無法實際有效控制之土地。只有在實際有效統治權所及之領土上，憲法才可能建構與限制在該領土上之統治權，從而主張憲法之「排他性效力」以及其「最高法位階效力」。

2. 國民要素構成憲法之前提

在國際法上何謂國民？首先國際法任由國家自行以國籍法來確定其國民之範圍。因此國籍法雖是內國法，但這是國際法允許並授權國家可以自行決定之事項，不過，內國立法者雖可自由立法，但仍須遵守國際法之界限。而國際法對之只加上最外圍之限制：禁止恣意決定，要求國民與國家之間需有真正之聯繫(genuine link)存在。比如，在原始取得國籍方面，屬於此種真正之聯繫之元素，根據國

¹ Dietrich Murswiek, Maastricht und Pouvoir Constituant, Zur Bedeutung der Verfassungsgebenden Gewalt im Prozeß der europäischen Integration, Der Staat 23(1993), S. 162.

² Peter M. Huber, Maastricht- ein Staatsstreich?, S. 22.

³ Dieter Grimm, Ursprung und Wandel der Verfassung, in: HStR I. §1, 2003, Rn. 87, S. 36.

家實務，不是採取血統主義(jus sanguinis)就是採取出生地主義(jus soli)。由於國際法上之國家是指現代國家，同時也是指民族國家，所以何種人可以組成國家，這是探討何謂國族之問題，是屬於國家成立前之問題，因此便不是國籍法可以回答。

三. 國族之概念與集體認同之形成

具備何種特徵之一群人可構成國族，進而可組成國家？亦即，這是在討論國民歸屬於國家之歸屬性之實質標準為何之問題⁴。現代民族國家之『民族』概念有兩種，一個是政治自我主觀取向之民族概念，另一個是文化取向之客觀民族概念。

1. 政治性主觀民族概念：

根據主觀之民族概念，民族是政治意志共同體與政治信仰共同體，如果人民願意共同在同一國家政治秩序中生活，則該人民結合成為民族。亦即，不論是出於何種種族、血統、宗教或階級，均非所問。亦即，決定是否為一民族之關鍵在於：人民是否有結合成為政治上命運共同體之意志，是否有在同一國家中共同生活之意志。亦即是以主觀之政治意志為判斷標準⁵。

2. 自然性客觀民族概念：

反之，根據客觀之民族概念，民族是以先於國家，即所謂自然特徵，如共同語言、血統、文化等特徵為要素之共同體，而不管人們之主觀意志為何。即使是某一族群具備客觀說之各個共同性，若無主觀上之建國意志，則該族群亦非國族。不過該族群若具備客觀共通性，則容易導致主觀國族認同之形成與建國意志之形成。

3. 從客觀之同質性產生主觀之集體認同

集體認同如何產生？它是否被民族之定義所涵蓋？根據客觀之民族定義，若某一人之團體具備共同語言、種族、文化、歷史記憶與價值等，則成為一具有同質性之民族⁶。這些客觀之要素建立了主觀上之集體認同之感覺⁷、社會關聯性、以及共同命運之感覺，並產生了要結合成為政治上之命運共同體之意志，因而成為具

⁴ Isensee 認為：國籍法要連接上既已存在之人民之真實同質性與統合之意志，國籍法無法創造也無法強制此種同質性與統合意志。請參考：Josef Isensee, Abschied der Demokratie vom Demos, FS Paul Mikat, 1989, S. 706.

⁵ E-W Böckenförde, Die Nation- Identität in Differenz, in: Staat Nation Europa, 1999, S. 35.

⁶ 學者認為建立認同之元素有各種各樣，民族這個概念被許多特徵元素所具體化，這些元素之證立在細節上是有爭論的，不過一般而言是要求：血統、語言、與文化之同質性，以及歷史命運與政治命運之共同性，最後還必須要有共同之歸屬感。請參考：Gert Nicolaysen, Der Nationalstaat klassischer Prägung hat sich überlebt, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I, Baden-Baden 1995, S. 958.

⁷ Stefan Koriot, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht? VVDStRL(Band 60), S. 136.

有國家認同之國族。任何國家均無法放棄此種同質性⁸。國族之共同歸屬性是一種前法律性之決定，其提供了國民之同舟共濟(Solidarität)⁹、相互忠誠¹⁰及政治動員之基礎¹¹。

四. 國族認同作為國家主觀要素與憲法之前提

組成國家之人之團體並非是任意一群人組成。因為國家這種組織是在面臨生死存亡時要求其成員要為國家犧牲性命，也就是殉國之要求。因此其對於成員之要求相較於公司、社團、及其他組織是最強烈之要求。如果它的人民不願意為國犧牲奉獻與效忠，則這種鬆散之組織無法團結內部成為一個國家。團結一國內部的東西就是國家認同與國族認同此種主觀意識：集體認同。

1 認同之概念

何謂認同？認同本來的意義單純是指兩者的同一性，英文的 Identity 或德文的 Identität，講的是兩個東西實質相同或本質一致。這本來是客觀上的定義，但慢慢變成往主觀方向之定義發展。尤其是十九、二十世紀時，認同這個概念往社會心理學、發展心理學之方向來使用，變成為不純粹是指稱客觀上相同的東西，而是指認同主體對於認同客體在主觀上視為同一。本來是客觀上的同一變成主觀上視為同一。亦即變成是：個人基於同一傾向的心理過程，自我理解為某個團體的成員。如此轉變到了二十世紀時，變成法學也會去討論此問題。

2 集體認同之功能

集體認同對於國家有何種功能，導致學者認為某程度之社會同質性，以及因該同質性所產生之集體認同是國家生存所必要？歸納言之，集體認同有下述之功能：

(1) 對內整合與團結國家內部

學者 Koriath 認為：整合是指社會之統合或合致性，它在法之脈絡下，則是指憲法有能力將共同體與社會以法律之手段加以團結起來。認同是指團體對自己本身識別之合致性(Einigsein)，以及由此導引出對自己特殊性之意識而與他人相界定。憲法以此種合致性為前提，有此種合致性才能使憲法產生實際效力¹²。

⁸ Isensee 說：『若是沒有某程度之同質性存在，則國家不可能存在』。參考：Josef Isensee, Abschied der Demokratie vom Demos, FS Paul Mikat, 1989, S. 705, 707f.

⁹ Josef Isensee, Nationalstaat und Verfassungsstaat wechselseitige Bedingtheit, FS für Gerd Roellecke, 1997, S. 144. 學者 Neidhardt 表示：集體之同舟共濟意識可以根據歷史上之民族意識而被發展出來，而作為大型重分配給付之動因基礎。Friedhelm Neidhardt, Formen und Funktionen gesellschaftlichen Grundkonsens, in: Gunnar Folke Schuppert/Christian Bumke (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, Baden-Baden, 2000, S. 24.

¹⁰ Joseph H. H. Weiler, Der Staat über alles. Demos, Telos und die Maastricht Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JöR 1996, S. 121f.

¹¹ Stefan Koriath, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht? VVDStRL(Band 60), S. 138.

¹² Stefan Koriath, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht? VVDStRL(Band 60), S. 118. 這一段話表示憲法是以國民之集體認同為前提，否則憲法無法發揮實際效力與整合之功能。這也說明了我國國家認同分裂將會導致憲法整合失靈。

(2) 對內我族感覺(Wir-Gefühl)與對外他族之界定：敵我意識

在結合成為民族之人們當中，縱然彼此有其他之差異與對立，但均被政治取向之集體意識與我族感覺(Wir-Gefühl)所掩蓋過去，情感之結合力被動員起來，人們此時整合成為一種行為共同體與意志共同體，這一點構成了民族之概念。這種從同質性所產生之集體認同是團結一個國家最內部之核心力量。它可避免國民在民主多元主義社會中因個人主義而瓦解成一盤散沙，而導致整合失靈。學者 Eckhard Pache 認為：「集體認同形成之前提要件是：某一團體基於共通性而自我理解為一個單位，而與別的團體相界定。如果有此一意義下之集體認同存在，則各個團體成員不會將其他成員視為外人，而是將其他成員納入其自己之認同，以致於他與其他團體在共同歸屬於同一單位底下而感受到團結在一起」¹³。

(3) 集體認同作為民主之前提

國家從現代國家過渡到憲政國家之後，人民不單只是被統治者，而是參與統治¹⁴，因此更加需要形成共識，否則無法形成集體之意志。一個同質性高之社會，在有集體認同之基礎上，使少數容易接受多數決，而不會形成體系性之被排斥¹⁵。所以在憲政國家中，國家、國族與民主三者是一體的。只有客觀上具有同質性，主觀上具有國族意識與國家認同意識之族群，才能組成國家；而只有此種國族才具有民主能力。一個異質化高之分裂社會，比如以色列人與巴勒斯坦人，他們不只無法形成統一之國族，共同組成同一國家，即使勉強立於同一國底下，亦無民主能力。歐盟被指摘欠缺民主正當性，為何不仿照民族國家之模式，將立法權全部交給人民直選之歐洲議會？最大原因在於沒有歐洲國族¹⁶。

(4) 奉獻與犧牲

國家相較於其他團體，是一種對於其成員要求更多之共同體。在必要時甚至要求

¹³ Eckhard Pache, Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht? DVBl 2002, S. 1155.

¹⁴ Paul Kirchhof, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen integration, in: HStR I, 2. Aufl., 1995, §183, S. 880.

¹⁵ 連少數都加以拘束之多數決，是只有當少數團體之成員能夠信賴：在別種事項上，他們有機會變成多數，所以該多數決才可能原則上被少數所接受。不過這一點在代議民主中，是只有當選民對於政黨忠誠具有可變更性時，才是有可能的(才可能從少數變多數)。這種選民對政黨忠誠度變更又是以下述之事為前提：團體歸屬性(在我國比如藍綠之歸屬性)並不是如此地具主宰性，以致於團體歸屬性在所有客觀問題上均決定了其成員之選擇決定。如果不是這樣，而是社會變成為固定性的割裂，則現實之多數既無法透過選民之信念變更，以及透過公共福祉來爭取選民之認同，亦無法使在表決時永久性的及結構性的屈居下風之團體接受多數決。

¹⁶ Paul Kirchhof, Die Gewaltbalance zwischen den staatlichen und europäischen Organen, JZ 1998, S. 927; Fritz Ossenbühl, Maastricht und Grundgesetz, DVBl. 1993, S. 634; Udo Di Fabio, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, Der Staat 1993, S. 202f.

其成員為國家奉獻生命(殉國)¹⁷。因此它有非理性之成份¹⁸。人民並非有利可圖才組成國民，而是下定決心組成政治命運共同體¹⁹。分享國家之榮耀與擔負國家在政治上之苦難。它是以人民具某程度之同質性以及國家認同為基礎。

學者 Doehring 以歐盟人民欠缺同質性而認為歐洲聯邦國無法形成：「經驗顯示出，聯邦國需要會員國之法秩序與法文化強烈之同質性，在政治社會學之意義下，可能會去要求：聯邦國之命令對國民而言，在有疑義時，比其分子國之命令更加重要。以及可能要去要求：聯邦國人民願意為聯邦犧牲，比為其祖國犧牲更加有意願，此種共同感覺並非植基於對於法規規定之共同接受，而是植基於文化同質性。要辦到這一點，可能要將各國文化作重大與持久地一體化，以便能有充分之同質性存在，歐洲各國人民想要達到這一點嗎？」²⁰。

3. 關於符號圖騰之認同

將認同的內容轉化為符號、圖騰跟儀式，包括紀念碑，主要目的是要激起人民的感覺。因為對於冰冷與沒有具象化的抽象法人與價值不容易產生認同。因此以國旗來使抽象之國家法人被具體形象化，使國家可以被人民看見與觸摸到，以便激發人民對於國家之認同與忠誠。學者 Quaritsch 指出：國家(透過符號圖騰)之自我展示是用來創造與鞏固忠誠性²¹。學者 Smend 與 Krüger 之觀察具有正確性之處在於：國家之生存並不是靜態的，它並不是透過一種一次性的設立行為就保證國家永久的生存下去，而是說國家作為行為統一與效力統一之實現，需要持續不斷的更新與證實。

4. 國家認同之憲法保障

有疑問的是：國民之國家認同是否也受到憲法之保障？憲法是否課國民以認同之義務？認同是否為良心自由或類似宗教信仰自由之基本權？而不是國家可以干涉的？

¹⁷ 殉國與殉教以及殉情相類似，都需要有感情之成分與非理性之成分，否則國家無法建立，頂多只能成立公司、共同市場或其他別的團體。學者 Ulrich Haltern 認為：「政治共同體之基本特徵在於：期待其成員之犧牲。這在國家這種政治共同體可以是指犧牲生命之問題……如果人民不願意為國犧牲，則國家將失敗而瓦解」。Vgl. Ulrich Haltern, Internationales Verfassungsrecht? AÖR (128) 2003, S. 538.

¹⁸ Gert Nicolaysen：「做為國家構成分之不理性成分可於民族或國族身上看到，該不理性成分可被稱為神話，由於在歐洲討論中，國家與民族之神話或明或暗地具有重大意義，神話被理解為是理性之相反。」。Gert Nicolaysen, Der Nationalstaat klassischer Prägung hat sich überlebt, in: Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. I, Baden-Baden 1995, S. 958.

¹⁹ 學者 Christian Calliess 認為：「歐盟並未引發感覺上之認同，而是頂多起著利益共同體之作用，使每一個會員均有好處，不過沒有人會為他奉獻生命。」。Christian Calliess, Europa als Wertgemeinschaft- Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht, JZ 2004, S. 1033.

²⁰ Karl Doehring, Staat und Verfassung in einem Zusammenwachsenden Europa, ZRP 1993, S. 103.

²¹ Helmut Quaritsch, Probleme der Selbstdarstellung des Staates, 1977, S. 11.

亦即，公權力是否有權限或甚至有義務以憲法來促進人民之認同？憲法是否課人民義務除了去服從法律之外，還要去認同國家？還是說憲法保護人民對抗國家公權力，免於受到國家認同之要求？

(1)肯定說：

在德國國家法學之多數見解²²以及眾多聯邦憲法院之判決²³認為：憲法依賴人民普遍之國家認同以及依賴公務員之國家認同中導引出國家負擔義務去保持人民這種認同。Isensee說：單靠國籍這個法制度不足以保障國家統一性之實際上存續。國家統一性必須不斷於每日生活中證實與重申。國家統一性是社會上各個勢力所參與之整合過程。國家負擔義務，要特別努力去使『國民心目中之國家意志』生生不息²⁴。

學者 Kirchhof 認為：即使是多元主義之社會，只有當該社會係植基於具有普遍效力之價值規約而該價值規約被承認為公共福祉時，該多元主義之社會才可能起作用²⁵。依此，共同歸屬之意識、共同之價值秩序以及這方面之生活實踐，在時間上及邏輯上是先於自由民主²⁶。因此國家被賦予認同建立之任務，國家必須去「促進」人民之意願去接受基本法所規定之生活實踐。這一點在法律上導致實質化之認同期望，而非導致認同之強制²⁷。

(2)否定說：

本說認為憲法認同之要求隱藏對於人民之人格結構之期望與要求，亦即是對於人民之心靈之介入。因此學者 Popper 將公權力所為之認同要求認為是自由之敵，而應加以反對²⁸。Böckenförde 認為：任何認同之要求均會觸犯到良心自由之保護領域。²⁹

(3)小結

肯定說在德國是通說，但所謂國家負擔照料國家認同之義務，其內容並非是以法律上之強制與禁止來強迫認同。因為即使是採肯定說之 Kirchhof 亦認為國家認同是在法律操控之外，但國家對於國民仍有認同期待。而非肯認國家可以不採取

²² Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1966, S. 193ff., 210ff.; Peter Perenthaler, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 1986, S. 167. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, S. 5., Rn. 5ff.

²³ BVerfGE 12, 45, 51; BVerfGE 28, 36, 48; BVerfGE 39, 334, 364; BVerfGE 40, 237, 251.

²⁴ Josef Isensee, Staat und Verfassung, in: HStR I, 1987, §13, Rn. 115ff.

²⁵ Paul Kirchhof, Der Demokratische Rechtsstaat-die Staatsform der Zugehörigen, in: HStR IX, 1997, §221, Rn. 22, S. 970.

²⁶ Paul Kirchhof, aaO., Rn. 14, S. 966.

²⁷ Paul Kirchhof, aaO., Rn. 59, 60, S. 988.

²⁸ Karl Popper, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde. Der Zauber Platons, 7. Aufl., 1992, S. 134.

²⁹ E-W Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S. 200, 219, 226f.

任何措施，放任人民自行背離國家認同。

另一方面，否定說所謂之國家公權力對人民之認同要求，會構成人民自由權之侵犯。其實這應區分為私領域與公領域。基本權保護個人免於受到國家所要求之認同，這是指在文化自決之領域，反之政治共同體之認同(國家認同)則構成例外。瑞士學者 Jörg Paul Müller 亦認為個人之私領域之認同與公領域之認同應區分，個人私文化領域之認同涉及個人人格之建構(應自由)，反之公領域之認同是政治共同體整合之前提(有認同義務)。其指出：人民之最低限度同質性與認同是民主能夠正常運作之前提。民主之必要條件之一是：人民心目中之是非觀之共識，亦即人民必須對於民主決定所必要之公平制度有廣大之共識以及對於立法程序與法律適用程序也要有共識。民主不可能放棄下述之政治文化：每一個人都值得相信地在政治決定過程中有受到代表，以及任何人之自由都不被強加以不當之限制。若捨棄此一政治文化而主張別種意識形態之拘束力，則該主張不配享受憲政國家之寬容命令。³⁰

肆、結論：

1 關於五星旗懸掛是否弱化我國國民敵我意識？

如前所述，國際法上國家三元素中之國族要素包含國族意識與國家認同。國族意識與國族認同是區分與界定我族與外族、本國人與外國人。愛國同心會手持五星旗夾道歡迎陳雲林到台灣之國旗事件與追打法輪功之事件、魏明仁於中華人民共和國國慶日之十月一日升五星旗唱中國國歌事件，這些事件並非表達一般性之政治性言論，而是表達出『國家認同』：背離中華民國所代表之台灣認同，而認同五星旗所代表之共產中國。如果憲法居然允許此種違反國家忠誠義務與憲法忠誠義務之行為，則的確會弱化國家認同、國族界定、與敵我意識。

2 在國際法上國民負擔對國家忠誠之義務³¹，國民不可背叛國家。亦即認同是國民之『忠誠義務』之表現，並非是可以任意處分之『自由』，而不管其被定性為言論自由或思想自由或良心自由。所謂認同不能強迫是指：如果國民不認同本國而認同他國，則可以選擇移民到其所認同之國家，而並非可以既以國民之身份留在國內，卻又違背國家忠誠義務而認同他國。

3. 愛國同心會與統促黨吸收台灣國民為成員，鼓吹認同中國，如果該會黨領導幹部受中共指使來台灣為此種活動，則為外國在台灣從事之間諜行為，這是違反國際法之干涉內政之行為。光是企圖使外國人背叛其國籍國之行為，就已經是違反國際法上之外國人法了。因此比如澳洲通過反外國干預法之立法來防止中國在澳

³⁰請參見 Jörg Paul Müller 於德國國家法學年會之發言：Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht? VVDStRL(Band 60), S. 196..

³¹ Karl Doehring, Völkerrecht, 1999, Rn. 71, S. 34.

洲所從事之間諜活動。如果統促黨領導幹部沒有受中國主使，自發性為此種吸收宣揚認同共產中國之行為，則並非為外國從事間諜行為，而是背叛國家與憲法之行為，這並不是憲法言論自由所保障之範圍，而是違背國家忠誠義務之憲法背叛行為。

4. 憲法上之國家也是以國際法上之國家為前提，也就是必須以國家權力有效性所及之國土為範圍所界定之國家，而非以有效國家權力所不及之虛構國家為國家。憲法只能在台灣有效施行，而非可以在中國大陸施行。由於中華民國憲法只存在於台灣，因此中華民國憲法不可能不保障台灣，而保障其所規範不到之中國作為憲法上之國家，否則就會形成一個荒謬的現象：中華民國憲法保障由目前企圖消滅它之中國共產黨控制之中國為國家，而未保護其唯一有效適用範圍之台灣。

5. 歷任中華民國總統對國家之定位分成：兩蔣總統之兩岸一國論，對方是背叛憲法之叛亂團體。另一個是李登輝總統之兩國論與陳水扁總統之一邊一國論，兩國論認為中華民國領土只限於台灣，不包括中國大陸，因此承認中國共產黨是統治中國之合法團體，而非叛亂團體。這兩種國家定位都沒有背叛憲法之問題，兩國論與一邊一國論直接以憲法唯一有效適用之空間之台灣為國家，中華民國憲法所代表之國家就是台灣，效忠台灣就是對憲法忠誠。另一方面，兩蔣一國論必須搭配將共產中國視為叛亂團體，反共與勘亂並不能任意取消。對中華民國憲法忠誠就是反共。一國論並不存在對方是合法政權之空間，否則憲法等於自我否定，因為一個國家只有一部憲法作為最高規範。憲法不可能承認同一國中排除其效力之團體為合法政權。對此一問題作錯誤定位而無法自圓其說的是馬英九總統，其主張兩岸一中之一國論，但卻又承認對方是合法政權，此種定位等於是對中華民國憲法之背叛。蔡英文總統訂正了馬總統所犯下之錯誤，而堅持不承認九二共識之一個中國原則，亦即又回到兩國論。主張一國論者如果不同時主張中華民國才是合法政府，中華人民共和國政府是叛亂團體，則均是背叛中華民國憲法之違憲主張。

6. 如果主張一國論，而不同時視中華人民共和國為叛亂團體，反而在台灣持五星旗散佈認同中華人民共和國政府之言論，則是背叛中華民國憲法之行為。此種行為不可能是憲法所保障之行為。由於中共在過去是以武裝暴動之方式推翻中華民國憲法，因此這裡有防禦性民主適用之空間。

7. 如果主張兩國論，中華人民共和國與五星旗相對於台灣而言是外國與外國之國旗。鼓吹認同中國不只是背叛中華民國憲法而是也背叛對國家之忠誠義務。無論如何絕不是憲法所允許之自由行使行為。因為此種行為已經逸出了憲法框架而進入國際法。如果此種違背國家忠誠之人透過五星旗之展示與宣揚中國之國家認同，不斷吸收成員，並且在台灣之某一地方，比如台北市，越聚越多，則最後其發動

公投行使所謂人民自決權，將台北市併入中國，這將產生國際法後果。比如克里米亞脫離烏克蘭併入俄羅斯，或加泰隆尼亞公投脫離西班牙，這些都不是合乎烏克蘭憲法或西班牙憲法之行為。因此憲法所容許之言論自由或結社自由均不可能是以涉及國家三要素之變動為內容之行為。尤其是國家認同要素是國家主觀要素中之國民要素。國民之國家認同改變會影響國際法上之國家同一性。任何憲法，包括民主法治國家之憲法，均是以國家三要素不變為基礎與框架。

8. 法務部一直迴避一個問題：我國國民有無不認同自己國家之自由？國民有無對國家之忠誠義務？人民有無叛國之自由？在一個多元主義國家中，人民有言論自由與各種自由，為何此種國家不會瓦解？在多元主義國家中團結該國家之人民之元素為何？答案是：國家這種團體是以一群有國族意識與國家認同之人所組成的，根據國民之定義，國民具有最低之社會同質性與國家認同，這個部分是團結一個多元社會之根本。在這個前提不變底下，放任人民自由為各種言論與思想，才不會導致國家瓦解，因為在這個框架內之國民縱然互相意見分歧，但仍是有限度的。因此西方國家容許左派與右派之不同意見，但國家認同卻不能放任，比如西班牙之加泰隆尼亞之獨立被西班牙憲法法院宣告為違憲與叛國。在國際法上國家對於國民有保護義務，國民對於國家有忠誠義務。此種國際法義務在憲法上是憲法之前提與界限，在這個前提不變底下，才有各種基本權。國家認同與國家忠誠是國民之義務，而非是可以任由人民處分之言論自由。如果它是言論自由，則愛國同心會與統促黨就取得權利，宣揚其背叛台灣之理念，鼓吹被中國併吞之言論。如果這群人在台北越聚越多，最終行使人民自決權宣告台北市併入中國，就像烏克蘭之克里米亞那樣，則這形成荒謬之結果：憲法保障一種使自己被推翻之自由權。

9. 由於無論主張一國論搭配中華人民共和國是叛亂團體，或主張兩國論搭配中華人民共和國是統治中國之合法政權，由於國民對國家負擔忠誠義務，以及懸掛五星旗以展示其背離台灣認同之態度，並非是憲法所保障之言論自由。因此立法禁止展示五星旗並沒有違反憲法所保障之言論自由或其他基本權。由於該懸掛五星旗之行為並非是基本權之行使行為，所以取締五星旗之懸掛並不構成對於基本權之干預，因此不適用法律保留原則。即使立法禁止，亦不違憲。

10. 有疑問的是：是否可以修改刑法來處罰單純懸掛五星旗之行為？民主法治國家並不能以洗腦，使人入獄之方式來強制人民認同國家與憲法，而是只能以教育、宣傳、鼓勵、與辯論之方式來爭取國民之國家認同。就排除公然背棄國家認同義務之目的而言，立法禁止懸掛五星旗似乎就足夠了。如果愛國同心會或統促黨有追打法輪功信徒，則可以針對該行為科處刑罰。刑罰必須合乎最後手段性與社會相當性，國家行使刑罰權必須慎重。頂多只有在極端情況才可能考慮。這裡有比例原則之問題，因此在這裡無法一概而論刑法之引進是否必定違憲。

