

(文接上期)

另釋字第 471 號解釋係就原槍砲彈藥刀械管制條例第 19 條第 1 項應宣告強制工作為適當之解釋，與系爭規定要件不同，自難類比援引。否則所有「應」處罰之規定，皆可由法院引用憲法原則為限制之適用，不啻侵犯解釋權及立法權，違反權力分立原則。此由刑法第 38 條、第 38 條之 1 之沒收，尤其義務沒收，法院不得以保障財產權或比例原則，酌減或不予沒收，有賴同法第 38 條之 2 第 3 項過苛條款之規定，可見一斑。再原裁定認系爭規定係對有犯罪習慣或遊蕩、懶惰成習而犯罪者所為之處置，又與刑法第 90 條第 1 項規定無異，使持肯定說或否定說結論相同，易生混淆。對此為解決實務困境所為，用心良苦，固值欽佩，惟理論上非無缺憾。

本文因此不贊同本裁定之解決方式，認系爭規定部分有違憲之虞，除經修法外，似可聲請司法院大法官為是否違憲之宣告。茲就本文認系爭規定部分違憲之理由，臚列於後：

各國刑法及我國現行刑法均採相對的法定刑主義，排除絕對法定刑（明定各犯罪之刑罰種類與範圍，法官無裁量餘地），此在有期徒刑、拘役、罰金因刑法第 33 條第 3 款、第 4 款、第 5 款之規定，本即有以上、以下之一定範圍，固勿論。即使死刑或無期徒刑，亦都規定選科之他刑，並無唯一死刑或唯一無期徒刑之規定¹⁰。此不僅為貫徹罪責原則，因個案情節之不同，評價罪責不可能一成不變，避免重罪輕判、輕罪重判，使罰當其罪，即上揭罪刑相當原則，俾符合憲法第 8 條揭櫫之實質正當法律程序。亦係立法權、司法權三權分立，不致於立法權侵犯司法權，立法機關對審判機關獨立審判、個案審查核心領域之尊重，而實現近代法治國公平法院之理念。況尚有刑法第 59 條之酌量減輕其刑，及刑法與其特別法各種加減其刑之規定（如本條例第 3 條第 1 項但書之參與情節輕微者，得減輕或免除其刑；第 8 條之偵查及審判中均自白，減輕其刑等規定），衡酌個案情節不同，以濟法定刑規定之窮。在拘束人身自由之保安處分，雖以特別預防為目的，有別於刑罰之重視罪責原則，惟其措施亦含社會隔離、拘束身體自由之性質，其限制人民之權利，實與刑罰同，已如上述，自應與刑罰同亦有上述個案差異，裁判審酌之適用，俾符合實質正當法律程序，及實現公平法院理念。此觀現行有關拘束人身自由之保安處分，多規定為「得」而非「應」，以委諸個案認定：

想像競合犯輕罪封鎖作用與保安處分

—最高法院刑事大法庭裁定之申論—

文／花滿堂

下

如刑法第 86 條第 1 項、第 2 項之感化教育；第 91 條之 1 第 1 項之強制治療；竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項之強制工作；性侵害犯罪防治法第 22 條、第 22 條之 1 第 1 項之強制治療等是。至刑法第 87 條第 1 項、第 2 項之監護處分；第 88 條第 1 項、第 89 條第 1 項之禁戒處分；第 90 條第 1 項之強制工作；少年事件處理法第 42 條第 2 項之禁戒、治療，雖無「得」字規定，惟其中監護處分以其情狀足認有再犯或危害公共安全之虞為要件；禁戒處分以成癮或有再犯之虞為要件；強制工作以有犯罪之習慣或因遊蕩或懶惰成習為要件；少年事件處理法之禁戒、治療亦以成癮或身心狀況有缺陷為要件。個案審理都以醫療機構等專業醫師、人員之鑑定為憑，有科學上客觀之依據，不虞審判者專斷，即使刑法第 90 條第 1 項之強制工作，亦以有犯罪習慣或因遊蕩或懶惰成習而犯罪為其要件，有表現於外之客觀要素為據。同為因個案差異由審判者審酌之制。唯獨系爭規定，祇要犯本條例第 3 條第 1 項之罪者，即應強制工作。與上開各有關限制人身自由之保安處分迥異，其有違前述刑罰與保安處分之共同要求，而有牴觸實質正當法律程序，違背公平法院理念之餘外，另尚違反刑罰與保安處分間之均衡原則，致可能輕罪重罰違反比例原則，並有雙重處罰之危險，在在有違憲疑義。

按刑罰對人身自由之限制與其所欲維護之法益仍須合乎比例之關係，尤其法定刑度之高低應與行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始符合罪刑相當原則，而與憲法第 23 條比例原則無違，釋字第 669 號、第 775 號解釋理由書闡述綦詳。同理，拘禁人身自由之保安處分本諸法治國保障人權之原理及刑法之保護作用，其規定之內容，應受比例原則之規範，使其宣告與行為人所為行為之嚴重性、行為人所表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性相當（釋字第 471 號解釋理由書參照），即保安處分與行為之危險性間亦須相當。避免嚴重危險性未受保安處分；輕微危險性反受保安處分，違反比例原則。

同時，在刑罰與保安處分間亦須有相當原則之適用，除少數矯治行為為生理上之嚴重缺憾致生之危險性不一定與刑罰相關，如因施用毒品、酗酒成癮；犯刑法第 234 條之公然猥褻有再犯之虞者（心理學上所稱之暴露狂）外，均與所處刑罰間保持相當之平衡，避免輕度刑（如易科罰金或易服社會勞動之有期徒刑）而施以拘禁人身自由之保安處分，輕刑重處分，無異重複評價，且有造成刑前強制工作而免除輕刑不具實益，或先執行輕刑而刑後之強制工作無從免除之窘境。此觀諸竊盜犯贓物犯保安處分條例第 2 條第 4 項規定：應執行之刑未達 1 年以上者，不適用該條例自明。此乃因依行為之嚴重性判斷標準自包括法定刑及宣告刑，其造成法益之侵害，為罪責評價之重心，以之表現於刑罰之輕重；而行為人所表現之危險性，與其主觀之行為人性格，多為個案有無特別預防必要而宣告保安處分之根據，二者息息相關互為關連故也。系爭規定不問個案所宣告刑罰之輕重，一律刑前強制工作，揆諸上開說明，自有違憲之虞。

釋字第 528 號解釋對犯修正前本條例第 3 條第 3 項之罪應宣告強制工作，認不違憲，其解釋文為：刑事法保安處分之強制工作，旨在對有犯罪習慣或以犯罪為常業或因遊蕩或怠惰成習而犯罪者，令入勞動場所，以強制從事勞動方式，培養其勤勞習慣、正確工作觀念，習得一技之長，於其日後重返社會時，能自立更生，期以達成刑法教化、矯治之目的。組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項：「犯第 1 項之罪者，應於刑之執行完畢或赦免後，令入勞動場所，強制工作，其期間為 3 年；犯前項之罪者，其期間為 5 年。」該條例係以 3 人以上，有內部管理結構，以犯罪為宗旨或其成員從事犯罪活動，具有集團性、常習性、脅迫性或暴力性之犯罪組織為規範對象。此類犯罪組織成員間雖有發起、主持、操縱、指揮、參與等之區分，然以組織型態從事犯罪，內部結構階層化，並有嚴密控制關係，其所造成之危害、對社會之衝擊及對民主制度之威脅，遠甚於一般之非組織性

犯罪。是故組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項乃設強制工作之規定，藉以補充刑罰之不足，協助其再社會化；此就一般預防之刑事政策目標言，並具有防制組織犯罪之功能，為維護社會秩序、保障人民權益所必要。至於針對個別受處分人之不同情狀，認無強制工作必要者，於同條第 4 項、第 5 項已有免其執行與免予繼續執行之規定，足供法院斟酌保障人權之基本原則，為適當、必要與合理之裁量，與憲法第 8 條人民身體自由之保障及第 23 條比例原則之意旨不相牴觸。理由書謂：犯罪組織為遂行其犯罪宗旨，乃以分工及企業化之方式從事犯罪行為，內部結構階層化，並有嚴密之控制關係，犯罪組織之成員既屬常習性並具隱密性，犯罪型態多樣化，除一般犯罪外，甚或包括非法軍火交易、暴力控制選舉等，其對社會所造成之危害與衝擊及對民主制度之威脅，遠甚於一般之非組織性犯罪。……組織犯罪防制條例第 3 條第 3 項乃設強制工作之規定，補充刑罰之不足，協助其再社會化；此就一般預防之刑事政策目標言，並具有消泯犯罪組織及有效遏阻組織犯罪發展之功能，為維護社會秩序、保障人民權益所必要。第以憲法第 23 條比例原則中社會秩序維護之公益為重，而犧牲部分之人身自由為論據。

惟觀本條例第 2 條原規定「本條例所稱犯罪組織，係指三人以上，有內部管理結構，以犯罪為宗旨或以其成員從事犯罪活動，具有集團性、常習性及脅迫性或暴力性之組織。」現行條文則為第 1 項：「本條例所稱犯罪組織，指三人以上，以實施強暴、脅迫、詐術、恐嚇為手段或最重本刑逾 5 年有期徒刑之刑之罪，所組成具有持續性或牟利性之有結構性組織」；第 2 項：「前項有結構性組織，指非為立即實施犯罪而隨意組成，不以具有名稱、規約、儀式、固定處所、成員持續參與或分工明確為必要。」細釋其內容，舊條例偏重暴力犯罪，以犯罪為宗旨具有脅迫性、暴力性為主，本條例則擴大範圍，包含實施詐欺或其他最重本刑逾 5 年之犯行（如刑法第 233 條第 2 項之營利引誘容留媒介未滿 16 歲之人為姦淫、猥褻罪），不一定為暴力犯罪。舊條例之組織須具備集團性、常習性及暴力脅迫性各要件，本條例則以有持續性或牟利性之一為已足，與常習性所具常業性、習慣犯（此為刑法第 90 條第 1 項、竊盜犯贓物犯保安處分條例第 3 條第 1 項規定有犯罪習慣之強制工作要件相當）並不相等。

(文轉四版)

註釋

¹⁰ 修正前刑法雖有第 223 條強姦故意殺被害人、第 333 條第 3 項海盜罪因而致人於死、第 334 條海盜罪結合犯、第 348 條第 1 項擄人勒贖而故意殺被害人等 4 條唯一死刑之罪，惟現行法均已修正為死刑或無期徒刑（第 333 條第 3 項增列 12 年以上有期徒刑）。更前之戒嚴時期更有多種唯一死

刑之規定，隨解嚴、公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法之制定及施行，依公政公約第 6 條第 2 款限制死刑宣告之規定，唯一死刑已成歷史。如司法院釋字第 194 號解釋，認戡亂時期肅清煙毒條例第 5 條第 1 項規定販賣毒品為唯一死刑，並不違憲。釋字第 263

號解釋謂，懲治盜匪條例（已廢止）第 2 條第 1 項第 9 款規定擄人勒贖為唯一死刑，惟依同條例第 8 條規定，情輕法重時有刑法第 59 條酌減其刑或刑法第 347 條第 5 項未經取贖釋放被害人減輕其刑之規定，可免過嚴，故不違憲為其適例。惟均因解嚴或法律廢止已無唯一死刑之規定。