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

（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：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，除少數矯治行為人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（心理學上所指之暴露狂）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。」細繹其內容，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。

法律網 的最佳平台
稅法學方法與現代稅法（稅法總論 第一冊增訂三版）
稅法解釋與司法審查（稅法總論 第二冊增訂第三版）
黃茂榮 著作 定價 800 元
黃茂榮 著作 定價 800 元
1000元者 贈 65 元
書城熱賣中
L WEEKLY
周刊
周出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊

提升專業知能

士林地院邀賴建宏理事談海砂建物安全鑑定及修復

【本刊臺北訊】士林地院日前邀請土木技師公會全國聯合會賴建宏理事主講「高氯離子混凝土構造物安全鑑定」及「損壞修復及安全鑑定」（按，即海砂建物之鑑定），並與該院蘇素娥院長及法官進行座談。

賴理事首先解說有關氯化物侵蝕混凝土的途徑，包含海域結構物、化學物質暴露、混凝土含鹽類骨材、添加含氯化物速凝劑等。因氯離子對鋼筋混凝土造成鋼筋表面鈍態膜分解、腐蝕，所以海砂屋裂縫角度與地震造成裂縫外觀角度有明顯差異；並說明關於硬固混凝土高氯離子混凝土建築物鑑定定義。

針對鑑定內容，賴理事則從檢驗實驗室之資格條件、採樣原則、損害調查的方法及檢測項目作說明。其中檢測項目包括「鋼筋檢測」及「混凝土檢測」，鋼筋檢測又分為目視檢測、斷面測量、腐蝕速率檢測，可作為損害狀況及損害研判評估依據，提供後續進行結構安全評估分層分區折減係數參考。混凝土檢測包括抗壓強度、氯離子含量、中性化深度及鋼筋保護層厚度檢測，可作為安全評估、梁及柱構材，以及分層、分區或分構材估計折減係數。賴理事並說明本於上開檢測結果，進行耐震能力評估之方法。

關於鄰損事件之鑑定，賴理事先分析北部各直轄市建築物施工鄰損事件爭議處理程序規範之差異，並說明鑑定鄰損事件可分為現況鑑定、安全鑑定及損害修復。現況鑑定包括：基地現況取證、繪圖及描述工址。就標的物構造應調查建材、基地建造型式、上部結構構造型式、結構系統、裝修材料、水準測量、垂直測量及標的物用途。調查時，應詳實記錄，且務必予以量化，會勘時應由住戶協同並在記錄上簽名。

賴理事接著說明安全鑑定係為判定損害責任歸屬、評估標的物結構安全影響、估列修復費用，以供協商、調解或裁判參考。除調查標的物構造、用途及現況、水準與垂直測量外，並應作損壞部位記錄、損壞原因及責任歸屬判斷、標的物現況安全性評估、修復及補強方案建議、損壞修復賠償數量與費用估算，研判地基是否淘空、需否進行地盤改良，以現況鑑定報告與現場會勘比對，確認新增之損害應納入賠償範圍。

關於損害修復，賴理事先分析工程性修復補償之估算方式。至非工程性補償，係依使用不便程度額外估列，並解說其計算方式，且提出多件鑑定報告實例、照片、圖說及表格詳細分析。

最後，賴理事並與蘇院長及法官座談交流意見，藉此釐清鑑定方法及鑑定報告之實質內涵與專業觀點，有助於提升裁判品質及審判效能。

臺東、屏東地院分與檢警防疫演練

【本刊臺東訊】臺東地院為因應新型冠狀病毒疫情，日前與臺東地檢署、縣警局臺東分局演練偵查中聲請羈押被告、通緝人犯緝捕到案等遠距訊問程序。

針對有疑似嚴重特殊傳染性肺炎症狀或自第三級警告地區入境之被告，從司法警察機關查獲、詢問後，通報檢方或法院，三方連線開啟通訊軟體遠距視訊，法院並派法警著防護裝備至警局，經法官訊問後，視強制處分結果分別由警方解送人犯或法警就地完成具保程序，並向縣衛生局防疫人員完成通報程序。

【本刊屏東訊】為因應新型冠狀病毒疫情，屏東地院及地檢署日前共同召開院檢警監所及縣衛生局聯繫會議，會中除就有疑似症狀人犯之移送、戒護等事項達成共識外，且於會議一週後進行聯合模擬演練。

該次演練，並將有疑似症狀通緝犯歸案之完整流程全程錄影，以作為日後改進參考。

臺中高行藝文走廊揭牌及同仁攝影作品開展 看見美好



圖／賴怡帆錄事作品「飛翔」、文／臺中高行

臺中高等行政法院持續深耕與民有約活動，於 3 月 20 日與臺中律師公會合辦「鏡頭下 看見美好」攝影聯展，期藉鏡頭所捕捉的美好與感動，舒緩民眾開庭及對疫情的不安。同日並由臺中高分院李伯道院長、臺中地院江錫麟院長、臺中地檢署毛有增檢察長，以及臺中律師公會黃幼蘭理事長、甘龍強前理事長，與臺中高行許金釵院長共同為該院「藝文走廊」揭牌。

許院長表示，該院將法庭區走廊正式定名為「藝文走廊」，展現法院對民眾的關懷，並提升法院藝術氣息。本次展出臺中高行同仁及臺中律師公會成員共 34 件攝影作品，內容豐富多元，每件都蘊含著值得品味的感動，期能傳達溫馨、正向能量。

（文接三版）

且本條例第 2 條增訂第 2 項，規定該有結構性之組織，不以具有名稱、規約、儀式、固定處所為必要，成員間亦無須分工明確，與舊條例規定及釋字第 528 號解釋所示：內部結構階層化，並有嚴密控制關係非屬一致；所定不以成員持續參與為必要，更有成員可能為偶發犯，個案上成員間情節不一，不能齊頭式一致。則本條例第 2 條之組織犯罪如系爭案例所謂之詐欺集團，與解釋文所指「其所造成之危害，對社會之衝擊及對民主制度之威脅，遠甚於一般非組織性犯罪」尚屬有間，更遑論並無解釋理由所舉非法軍火交易、暴力控制選舉等級之危害。則於公共秩序之維護及人身自由保障之比例原則判斷上，似難仍援引第 528 號解釋為據（尤其系爭詐欺集團犯罪）。亦與釋字第 471 號解釋所指保安處分應受比例原則之規範，其宣告標準有三，即行為人行為之嚴重性、行為人表現之危險性，及對於行為人未來行為之期待性並不相當。

再本條例第 3 條第 1 項但書規定：參與情節輕微者，得減輕或免除其刑；第 8 條第 1 項更規定：犯第 3 條之罪自首，並自動解散或脫離其所屬之犯罪組織者，減輕或免除其刑；因其提供資料，而查獲該犯罪組織者，亦同；偵查及審判中均自白者，減輕其刑。則適用減輕或免除其刑結果，犯本條例第 3 條第 1 項之罪者，可能受免刑或 6 月以下有期徒刑之宣告，後者並得易科罰金或易服社會勞動（如系爭案例所從一重之加重詐欺罪），如仍適用系爭規定，於刑之執行前令入勞動場所強制工作 3 年，除受免刑判決者，因無刑之執行，不必宣告強制工作外[11]，其受 6 月以下有期徒刑宣告者，仍須於刑之執行前令入勞動場所強制工作至少 1 年 6 月（依本條例第 3 條第 4 項準用刑法第 90 條第 2 項但書規定）。造成其罪責評價上屬輕微者，個案上有免除牢獄之災之機會，卻受超過宣告刑 3 倍以上之人身自由拘束，輕重失衡，顯違背上述之刑罰與拘束人身自由保安處分相當之原則，架空上開本條例減輕其刑規定之旨。抑有進者，以系爭個案為例，詐欺集團成員為車手參與提領贓款，或向被害人取款等，想像競合犯系爭規定及刑法第 339 條之 4 第 1 項第 2 款之罪，從一重之後罪處斷，如情節非重，審酌有刑法第 74 條第 1 項各款情形，認以暫不執行為適當者，得宣告緩刑，惟依同條第 5 項規定，緩刑之效力不及於保安處分，則仍須宣付刑前強制工作處分，須拘束人身自由亦至少 1 年 6 月，致緩刑之美意喪失。且造成實際上重複處罰之弊，違反實質之正當法律程序，及有立法權侵害司法權核心內容之嫌。亦因不分個案情節，均先予執行強制工作，自無釋字第 528 號解釋所指：「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『前項強制工作，於刑之執行完畢或赦免後，檢察官認為無執行之必要者，得檢具事證報請法院免予執行。』第 5 項『第 3 項強制工作執行已滿 1 年 6 個月，而執行機關認為無繼續執行之必要者，得檢具事證，報請檢察官聲請法院免予繼續執行。』已有免其執行與免予繼續執行之規定，檢察官自得衡量參與組織成員之各種情狀為聲請，由法院斟酌保障人權之基本原則，為適當、必要與合理之裁處」適用之餘地[12]，形成法院毫無裁量之空間。上述情形，恰與釋字第 669 號解釋所示，原槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 1 項有關製造販賣空氣槍等部分之處罰，因違反罪刑相當原則而宣告違憲之理由相同，而與釋字第 528 號解釋為合憲解釋之情形有間，殊值參酌。

捌 結論

罪刑法定與罪責同為刑法之原則，不可偏執。而罪責原則消極方面為無責任即無刑罰，積極方面則為罪刑相當原則、適度評價原則。拘束人身自由之保安處分與刑罰同，亦有各該原則之適用。想像競合犯既係一行為而同時侵害數法益，各個法益均受保護，則本諸刑法之功能在保護法益，其行為當受數評價，而不在乎重罪或輕罪，因此其本質係數罪，祇是在主刑方面，基於恤刑而從一重處斷，但仍受輕罪最低度刑之封鎖作用，故刑法第 55 條規定，係想像競合犯法律效果之一而非全部，自不能反而推論明示其一，排斥其他，而謂本條既無關沒收、保安處分之規定，即不能據以評價而違反罪刑法定主義。反而本諸罪刑相當原則、適度評價原則，輕罪部分之沒收、保安處分，必須適用，此為此兩大原則之調合。惟不管刑罰或保安處分，宜禁止絕對規定一即絕對刑或義務宣告，以使法官有個案裁量之權，係立法權對此核心領域之尊重，俾實現公平法院理念。

而系爭規定與釋字第 528 號合憲解釋之組織犯罪防制條例規定要件不同，並無該號解釋中所指法官有個案裁量之權，致有使個案受易服社會勞動或緩刑宣告者，仍須刑前強制工作之不合理現象，似有部分違憲之虞，而得為釋憲（變更解釋）之聲請。

（作者為前最高法院庭長）

註釋

11 此從文義上解釋，可得如此認定。但若由免刑判決仍屬有罪判決，仍係犯第 1 項之罪觀之，可能有不同見解。

12 不管修正前規定刑後強制工作，或現行條例之刑前強制工作，皆因刑罰與強制工作皆為限制人身自由，使兩者之期間維持相當（如竊盜犯贓物犯保安處分條例第 2 條第 4 項規定，宣告之有期徒刑至少 1 年），可視執行成效，免除其一之執行，避免過苛甚或重複處罰。則受 6 月以下有期徒刑輕刑者，因系爭規定亦使此調節功能喪失。

新學林法
專業・實
家事
許士宦
2020年02月
本書係臺
律學院教
件法之口
講義內容
事事件法
論及基本
使讀者短
家事事件
整體及立
解。為此
第一編說
件法之總
續分三編
別解說家
序、家事
及家事非
TEL：(02
FAX：(02
郵政劃撥：
新學林出版
家事
可 理
關係不再 愛永在
法院家事調解新制 讓您不需訴訟，以和平理性協商代
詳
「家
乾淨 透
司
http://w