

釋字第六六九號解釋協同意見書

個人行為只要不涉及他人的利害，個人就不必向社會負責；一旦對他人利益造成有害時，個人應為其行為向社會負責，並承受來自社會或法律的制裁。 英國·密爾·論自由

應當在合乎自然法則，而非在變了質的事物裏，來觀察自然。
希臘·亞里斯多德·政治學

大法官 陳新民

本號解釋多數意見認定槍砲彈藥刀械管制條例（以下簡稱本法）第八條第一項（以下簡稱系爭規定）關於空氣槍之規定，未能顧及犯該罪而情節輕微者，應有更低的刑責，避免情輕法重，致有違憲法第二十三條比例原則，對此本席敬表同意。

然多數意見雖為避免逸出釋憲聲請範圍，未對系爭規定擁有（及為此目的的製造）槍械的嚴重罰責之違憲性進行檢驗，亦未提醒立法者應全盤檢討本法的妥當性，是本號解釋惜未欠缺「憲法張力」的美中不足處之一。在論理方面，本號解釋多數意見雖肯認系爭規定符合「必要性原則」，但卻責以刑、責不相對應而違反「比例原則」，從而割裂比例原則作為判斷系爭規定應具有「體系一貫性」之特徵，形成論理上的矛盾；同樣缺憾亦顯現在多數意見肯認本法有關殺傷力的規定並未違反授權明確性規定，而為合憲之宣告，但卻承認縱使空氣槍超越「司法審判實務認定殺傷力標準」，仍不得據以處罰，而應加以減輕刑責，否則即構成違憲。此解釋亦割裂授權明確性原則所強調的人民遭受法律制裁，應有一個明確且可預期之「處罰門檻」，形成本號解釋論理有欠圓熟的第二個現象。

此外，本號解釋作出系爭規定至遲一年屆滿失效，雖可能遲滯目前相關案件的審理速度，然亦是最可行之方法矣。本號解釋理由書未闡釋此點，本席亦特加一述，以澄清若干不明之處，亦有助於日後賡緒此問題之思考。

為期本號解釋能發揮強化補強我國憲法體系之功能，以保障人民生存與自衛權、抑制立法者過度的「預防性處罰」措施，來構建一個更具理性社會，本席步踵持多數意見之同仁維護人民人權之美意，爰提出協同意見書，略陳淺見如次：一、「一律處以重刑」的違憲性—「槍械恐懼症」的非難性合憲乎？

本號解釋理由書第二段提及：槍砲彈藥刀械管制條例主要是賡續本院釋字第六四一號解釋對於「一律從重」的違憲見解。該此類型之立法大都先天即存在違反比例原則之疑義。同樣的基於「亂世用重典」的嚴苛立法亦有此弊病。本法及系爭規定是典型的「亂世重典」，此觀乎本法第八條第一項規定：『未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，處無期徒刑或五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金』。對照本法第七條第一項：「未經許可，製造、販賣或運輸普通步槍、手槍……，處死刑、無期徒刑或七年以上有期徒刑，併科新臺幣三千萬元以下罰金。」都是對於未經許可製造、販賣或運輸殺傷力不同的槍械，各有極重的刑責規定。對於有上述行為，如意圖供自己或他人犯罪之用者，則刑責特別加重，本法第八條第三項最低刑度為七年以上有期徒刑，同法第七條第三項最低刑度為無期徒刑。所以單純與以非法行為目的之製造槍械的刑責雖有嚴重差距，但皆是重度刑責起算。

至於單純「持有」或「寄藏」上述兩類槍械者，本法也分別處以三年以上十年以下有期徒刑或五年以上有期徒刑。

本號解釋理由雖只針對上述比較是「中度」的情形—未經許可「製造」低殺傷力的槍械—表示了立法合憲的見解：「…為防止暴力犯罪，以保障人民生命、身體、自由及財產等之安全，立法目的符合重要之憲法價值」。易言之，肯定了立法者大致上可以運用重罰的方式來管制槍械。如以「舉輕以明重」的原則來推論，大概可以得知本號解釋多數意見同意：凡是殺傷力較大的槍械（例如本法第七條所規範者），不論持有、或製造、運輸，都得處以重刑而無違憲之虞。至於殺傷力較小的槍械，如本原因案件聲請解釋之空氣槍，只是單純的製造，即不可處以五年以上的重刑，甚至減輕一半亦嫌過重。然依本號解釋之意旨，即使單純的持有或寄藏此空氣槍，是否該法定刑（三年以上十年以下有期徒刑），也應一併減輕之？本號解釋雖未論及於此，似乎採肯定說。但無論如何，本號解釋之效力並未及於此問題之上。由此可知，本號解釋實開啟了本法「嚴苛本質」陳舊體系的大門，足以一窺內藏條文落後與威嚇的性質。

本法制定於民國七十二年，正值我國戒嚴時代的晚期，當時，也是臺灣經濟發展最鼎盛、社會變動最劇烈，以及國外新奇資訊、新興產業（行業）大量湧入臺灣之時。當時政府鑑於治安敗壞，黑道擁槍情況普遍，有礙國家安全（乃採納當時臺灣警備總部將槍枝列為「可供軍用」之意見）與社會秩序，才仿效日本的立法例（日據時代，日本政府亦嚴格管制民間擁有槍械，但我國政府在大陸當時已無管制，各地民團組織林立），祭出重罰的殺手鐮。可說是「亂世用重典」、「以暴制暴」的立法版本。

最明顯能體現出本法屬於苛刻立法的例子，可以舉「強制工作」之保安處分的規定。本法原規定觸犯本法若干罪刑，經服刑完畢或赦免後，一律入勞動場所，服強制工作三年之保安處分。嗣經本院釋字第四七一號解釋，以抵觸比例

原則為由，宣布違憲而無效。另一個例子為民國八十二年以命令公佈之玩具槍管理規則，也因違反法律保留與授權明確性原則，而為本院釋字第五七〇號解釋宣布違憲而失效。

由上述兩號解釋可知，本法的制定及當時政府對治安的顧慮，都是基於對人民擁有槍械的「槍械恐懼症」（Weapon Phobia），才會制訂此處處有令人怵目驚心重罰規定之本法也。

基於這種槍械恐懼症，立法者採取極為嚴厲的處罰措施，而且不以有無出於犯罪的動機（揚棄刑事思想最注重的「動機論」），只單純的持有與寄藏，以及不為犯罪目的而製造（改造）槍械、販賣等…，即構成重罪，顯然出於過度的防衛心態。立法者對於立法目的所為的刑度規範，固然可為一定的裁量，是為立法者的「預測特權」（Prognosenprivileg），即應獲釋憲機關之尊重（本院釋字第五四四號及第六四六號解釋參照）但如果出於非理性的因素（例如某些恐慌心態），而超出了理智的界限時，便有了裁量濫用的違憲性。儘管釋憲聲請未提出此質疑，且本號解釋多數意見亦未察覺本法所流露出「全盤過度立法」，反而許可立法採行這種「根絕槍械持有」的立法例，已與憲法理念未洽。可以再由下列幾點論點來闡明之：

（一）淘空了人民的正當防衛權利

槍械，尤其是較低殺傷力的槍械，和其他法律得以管制的物品（例如毒品）不同，光是持有之行為並不當然對他人或自己權利造成侵犯，也並不當然觸犯公共利益。槍械如同刀刃有兩面功能，可以傷人，亦可自衛。因此，西方國家泰半許可人民為了防衛自己或家人的安全而持有槍械。美國憲法增修條文第二條即明白規定，人民得擁有及攜帶槍械（Right to keep and bear arms）的基本人權。這個人權如同其他人權一樣，都可受到法律的限制，易言之，對得持

有槍械的種類（例如只限於殺傷力較小、不能高速連續擊發的槍枝及火砲）、持有者資格（不能有前科）、攜帶場合（只限於置於屋內）及時間，以及其他管制方式（如警察定期檢查），以立法的方式加以明定¹。德國亦有所謂的武器法（Waffengesetz）的詳盡立法。顯示國家即使承認人民擁有槍枝，亦非為「無政府狀態」，而可施以適當及嚴格的管制。國家應將重心置於防範及處罰犯罪而使用槍械，而非取締而無犯罪目的的擁有（及相關聯之製造、買賣）槍械行為。

人民擁有槍械的主要理由乃是「自我防衛」（self-defense）。在人民所有的基本人權中，最重要的關為生命權及生存權。人民為了保障其生命及其家人的生命與健康，得採取一切手段來防止不法的侵害。這種可「窮盡一切手段」的防衛權，已經提升到自然法所保障的自然權利（natural right），而獲得了最高的正當性。因此，當只憑個人赤手空拳、一般器械而無法達到維護此個人最高法益時，憲法應許可人民使用最有效的輔助器械。此「保命器械」當隨時代科技的轉變，由古代的冷武器（刀械），提升到現代之熱武器（槍械），否則，無法充分達到防禦的目的。

在產生對他人生命侵害之案件前，既然有此犯罪意圖發生時，犯罪者如係黑道分子，因其犯罪職業需要，自然有更多的管道（道高一尺，魔高一丈），千方百計來取得槍械。一般人民反而單方面受到立法嚴格拘束，無法擁有足以抗衡之器械，形成了「防衛機會的不平等」。這種類同於訴訟法上所不被許可，違反實質正義之「武器不平等」（Waffenungleichheit），掏空了人民的生命與生存之防衛權。而且，現行刑法所謂正當防衛之構成要件，也限於對「現在不法之侵害」，試問：自覺有安全顧慮之人民，如家中沒

¹ Eugene Volokh, Implementing the right to keep and bear arms for self-defense: an analytical framework and a research agenda, 56 UCLA L. Rev.1475-1542(2009).

有早預備自衛武器，一旦遭到持槍威脅時，何能有效加以抗衡？不法份子也知道自己處於犯罪「高成功率」的有利一方，「我為刀俎，他人為魚肉」更會助長持槍犯罪的動因。因此，我國槍械管制使用嚴苛刑責，人民對於來自非法槍械的威脅，毫無任何招架之力與防衛能力，形成「無武裝的民間」。

本號解釋理由書第三段且承認人民出於自用、休閒及娛樂的動機，而改造合法空氣槍，雖觸犯本法，但仍不應予以處罰。此雖不完全以保障人民「娛樂權」為動機，但也可以顯現出人民的生命法益當比娛樂權的更值得保護，且不知高出凡幾！此時本號解釋又恢復了「動機論」作為評判系爭規定的違憲依據也！

我國雖然亦已制定所謂的自衛槍枝管理條例（民國九十一年六月二十六日修正），然而，該條例似乎除了在獵槍方面准許人民申請外，但對於所謂甲種槍類（例如手槍、步槍等），似乎並沒有廣泛的開放給一般人民申請。故此自衛槍枝管理條例幾乎形同具文。同時，該條例也非依本法制定之特別法，兩者沒有必然的聯繫關係，也是一個頗為不協調之立法。當然，其中有許多條文也存在著違憲疑慮，例如該條例第六條擔保規定，處處存在牴觸平等權之虞，亦值得立法者加以檢討。

（二）國家照顧責任的機制無法善盡防衛義務

人民生命與身體一旦遭到來自他人不法的威脅時，國家應當積極負起防衛的義務。然而國家這個防衛義務（Schutzpflicht），在具體的危險狀態存在時，已經由「權宜原則」轉化為「法定原則」，公權力已無不作為的裁量餘地，必須積極介入維護之，本院釋字第四六九號解釋已宣示此一義務。但儘管如此，本號解釋仍無法落實在國家公權力的實質面，尤其是治安行政方面。

警察機關基於人力，或是事實上不可能全天候長期保衛遭到侵害威脅之人民。因此，果真發生傷害事件時，受害人民能否依上述釋字第四六九號解釋獲得國家賠償的救濟？實務上似乎目前尚未出現成功的案例。易言之，在上述解釋公佈後，公權力仍然適用權宜原則。如此一來，人民難道不能依賴「自求多福」的「自力救濟」方較有效？國家既不能提供有效援救，何不放手讓人民擁有自我防衛力，作為「急救式」(First Aide)的防衛功效？

(三) 「持有即犯罪」的違憲性

如果將刑法罪刑法定主義的原則加以推衍，以及體認絕大多數人民都是守法人民的事實，犯罪只是少數，並且運用槍械來犯罪者更是佔所有犯罪類型中的極小部分。本法將持有槍犯罪的至少七年以上有期徒刑，對比與單純持有槍械的三年以上十年以下有期徒刑，及系爭規定的製造槍械為五年以上有期徒刑，都沒有達到「罪責相衡」的比例，自應難通過憲法的檢驗。

最極端者，當是這種「持有即犯罪」(guilty by keeping)，和參加某一個犯罪團體即屬於犯罪的「參加即犯罪」(guilty by association)同樣具有違憲性。我國在戒嚴時期曾經對於人民參加叛亂團體，採取嚴格的追究責任。人民只要曾經—不論是否基於自願，也不論日後有無繼續參與活動或聯繫—都一律繩以叛亂重刑，曾經大法官釋字第六十八號承認其合憲性。但隨我國實施憲政腳步的加快，上述「參加即犯罪」的解釋，已經由釋字第五五六號解釋予以廢棄，而改以「必須參加人有繼續參與該違法團體的活動」，方為處罰要件。這個解釋的確符合法治國家的原則，目前我國仍然有處罰參加組織犯罪團體者，如「組織犯罪防制條例」即是遵循此原則(有一定之犯罪行為)的立法(可詳見該條例第三條第一項)。同樣的，對於一個示威隨後變

質為暴動，但不能將所有參加示威者皆認為參與暴動，亦是一適例。

故我國立法機關這種恐慌心態，也許能代表若干人民的心聲，但此種亂世用重典來防止槍枝氾濫的心態正確與否，仍有待朝野政黨的澄清，獲得共識，相信絕非一蹴可及。本號解釋未能促使立法者加以全面檢討本法，亦是美中不足之處。本席以為守法人民不會因為家有自衛武器，而會興起持械犯罪之意圖，故希望採取較寬鬆的槍械管制之政策也！

二、比例原則與授權明確原則的推論矛盾

本號解釋理由第二段提及：「…其中關於空氣槍之規定部分（下稱系爭規定），由於空氣槍之取得、使用、改造較為便利，且具有物理上之危險性，容易成為犯罪之工具，是製造、運輸、販賣具有殺傷力空氣槍之行為，雖對一般民眾之生命、身體、自由及財產等法益尚未構成直接之侵害，但立法機關認前述行為已足造成高度危險，為保護上開重要法益，乃採取刑罰之一般預防功能予以管制，可認係有助於重要公益目的之達成。此外，因別無其他與上開刑罰規定相同有效，但侵害較小之替代手段可資採用，是該刑罰手段亦具有必要性。」

此段說明了系爭規定處罰除滿足「重要公益」之達成外，且認為已符合「無較低侵害手段」的要件，故符合必要性原則。但理由書第三段又提到：「惟系爭規定所禁止製造、運輸、販賣之客體相對廣泛，一部分殺傷力較低之空氣槍，亦在處罰範圍內。基於預防犯罪之考量，立法機關雖得以特別刑法設置較高之法定刑，但其對構成要件該當者，不論行為人犯罪情節之輕重，均以無期徒刑或五年以上有期徒刑之重度自由刑相繩，未能具體考量行為人違法行為之惡害程度，對違法情節輕微顯可憫恕之個案，可能構成顯然過苛之處罰，而無從兼顧實質正義。…」致造成系爭規定的違憲，

又顯然與第二段的理由相互矛盾。

按所謂的「最小侵犯」乃是立法者所給予犯罪者承擔的法律責任，已經是最輕的刑度，而沒有更輕的選擇性而言。這完全是以被拘束者的「責任負擔」程度而論，而非所課與的「刑度種類」而論。本號解釋多數意見顯然混淆這種觀察的角度，而是僵硬地將比例原則的三個子原則拆出，這種學院式的三段推論，橋歸橋，路歸路，導出了在承認第一個子原則的「公益目的」可藉重刑達成，次而承認第二個子原則「最小侵害性」時之判斷，系爭的刑度已是別無更輕的選擇²。然而只要有更低有期徒刑，甚至緩刑，當然是已有更輕手段的選擇可能性！多數意見且遲至以第三個「法益均衡」子原則來判斷時，才又推翻前面第二個子原則的判斷。這是明顯的把比例原則用太過學院式的推斷，而忘記比例原則應作整體的評價，包括三個子原則的共同評價在內³。豈可作出「前面二合憲，後面一違憲」的三段矛盾論證！

同樣的，拘泥於學術性質的審查模式也見諸於對殺傷力的界定。針對釋憲聲請認為列入本法處罰範圍的「具有殺傷力」，失諸於明確性。導致空氣槍的可罰與否，徘徊於合法與非法之間。本號解釋理由書第三段，多數意見承認依審判實務見解，即由司法院函定標準（二十焦耳），此由專家所鑑定的標準，已為審判實務界所適用，無授權不明確之虞。然卻與解釋理由書第三段所強調的改造空氣槍雖已達可殺傷力之範圍，而屬於傷害甚小，而無庸給予二年六月以上有期徒刑之必要。

然而本法對於此涉及刑度大小攸關之可殺傷力的標

² 關於我國學界流行這種僵硬的「三階段審查」方式，早在德國一九六一年時，P. Lerche 教授即加以批評。相關敘述可參見：陳新民，論憲法基本權利的限制，刊載於拙著：憲法基本權利之基本理論，上冊，元照出版公司，二〇〇二年，第五版，第二四八頁以下。

³ 可參照蔡宗珍，公法上之比例原則初論—以德國法的發展為中心—，政大法學評論第六十二期，民國八十八年，第九十二頁以下。

準，應該是二套，而非一套標準，已抵觸授權明確性。按法秩序明確性要求，乃要求觸犯系爭規定之刑責者，應當明確，亦即「處罰門檻」必須說一不二，如果未能如此明確，容許所規範各式槍枝種類，可以在同一處罰門檻的上下遊走徘徊，即非憲法「法律授權明確性」原則所樂見之現象。於此，改造空氣槍的處罰系爭規定，一下子既云符合授權明確性的要求，一下子又云即使超過門檻，又過重不能處罰，法律秩序豈可一致而明確乎？同樣的造成邏輯與推理的矛盾。更何況除本號解釋外，本院歷次相關解釋（第四三二號、第六一七號、第六三六號、第六五九號）都強調該抽象用語，必須「受規範者所得預見」，且可經司法審查所得「確認」。本系爭規定既已獲得被規範者之「可預見」，法院且可「確認」該必罰之標準，故只有一個「法定標準」之可能矣。故本法所規定只有一種殺傷力標準，不能透過本號（合憲）的解釋，認為足以同時規範一般槍械及空氣槍之可罰性。本法早應明白限定兩種程度之殺傷力門檻，而為授權規定之。本號解釋似反其是而行乎？

三、本號解釋的救濟實效

本號解釋宣示系爭規定至遲一年屆滿時，失其效力。由於本號解釋乃地方法院刑事庭停止審判程序，繼而提出釋憲聲請所作成。在一年內如立法院並未修法，系爭規定仍屬有效，聲請釋憲法院即應適用之。該法院豈能繼續援用此已明顯違憲，且最多只有一年效力之法條？可見得法院極大可能採行拖延戰術（如本院釋字第六三六號解釋作出後之情況一樣），將案件擱置待修法後再議，甚至其他法院如有承審此類案件，也會停止審理之情形。

這種「司法善意怠惰」實乃目前大法官所能控制最可行，且是最不得已之作法，亦寓有深義焉，值得一述，也可作為日後產生類似案例時思考之素材。

首先大法官能否取代立法者，逕將系爭規定除依刑法第五十九條酌減其刑外，再「減輕其刑」？按本號解釋多數意見咸認系爭規定即使依刑法再酌減其刑，仍須處二年六月以上有期徒刑，且系爭規定不屬於刑法第六十一條之輕罪，故不得再刪減至免除其刑。故曾對此再減其刑（即「二減」）之可能列入考量。

本席認為此逾越釋憲者之權限，而侵犯了立法者對於「刑度判斷」的殘量權限——畢竟「解鈴還需繫鈴人」——。刑度必須由整個法律一體判斷，否則只對系爭規定刪減之最低程度，即可能低過本法原本就規定較低刑度之犯罪行為，形成體系混亂的現象！

此外，如大法官利用釋憲權來調整刑事法律的刑度，此例一開，將侵犯罪刑法定主義及法律安定性原則。又如果大法官利用解釋「諭知」個案法院如何具體之判斷（如同本院釋字第六〇三號解釋諭知內政部掌理身分證機關在過渡期間內，應如何處理人民申換身分證事宜；以及釋字第六四一號解釋之指示行政及司法機關審理超過定價販賣之米酒罰則，在個案應以比例原則為適當決定罰則之案例），亦可能侵犯專門法院法官之個案裁判權限⁴。這也是基於大法官並非個案判決之救濟審，而係規範違憲之審查，非個案審而係「通案審」也。

故本號解釋公布後，球已發到立法者一方，立法者如能加快修法腳步，即可迅速終結司法機關審理的遲滯，讓被告早日獲得最新的實質正義也！

四、結論：建立一個有「人民防衛力量」的法治社會

本號解釋所審查的本法，亦有二十七年之久的歷史，處處嗅得到威權時代不信任人民的氣息，與動人心魄的重罰，

⁴ 可參見蘇永欽，司法權的分權問題——司法院第六二號解釋方法論的商榷，收錄於氏著：憲政論衡，一品文化出版公司，九十七年十二月，第一四四頁以下。

為舉世各民主國家所鮮見。以老牌自由學者英國密爾（John Stuart Mill）「自由論」（On the Liberty）的精義：「個人行為只要不涉及他人的利害，個人就不必向社會負責；一旦對他人利益造成有害時，個人應為其行為向社會負責，並承受來自社會或法律的制裁。」守法人民自家藏有僅足供自衛的槍械，既然獲得了憲法高位階的法益所肯認，而政府又不能適時且充分的保障人民身家性命，國家立法機關何不慷慨開出一道大門，讓人民擁有對抗強力侵害威脅者的「平等武器」，而不再為黑道及犯罪份子之「任人宰割之魚肉」？本法出自立法者「先發制人」式的恐慌立法，論定人民擁有槍械都將助長作奸犯科，來危害他人及社會，顯然，並非是一個善良選民居絕大多數之社會所產生出來之立法機關所應有的思考模式。

本席相信，一個成熟的公民社會，絕大多數人民必會珍惜其擁有的權利，包括擁有自衛武器之權利，而不致濫用，當一個國家及政府對其人民的「理智」及「自制」毫無信心時，這種國家政府永遠是「監護式」的政權，離一個民主法治國家遠矣！

希臘大哲學家亞里斯多德在不朽的「政治學」巨作（第一卷第二章）中，也提到了：「應當在合乎自然法則，而非在變了質的事物裏，來觀察自然」，將自衛性質的槍枝視為洪水猛獸，是否已是「變質」之見。不僅立法機關，即連全體人民，似乎也應當仔細體會此兩千年前偉大哲人之名言也！