

釋字第 594 號解釋部分協同意見書

許玉秀大法官 提出

刑罰規範皆涉及人民各種行為自由的限制，且進而以剝奪或限制人身自由，乃至剝奪生命權，作為制裁手段，所適用的合憲審查標準或審查階層，理應與非以剝奪或限制人身自由為法律效果的其他法律規範有別，本號解釋多數意見首度針對刑罰規範，採取有別於其他法律規範之審查模式，然仍有未盡之處，爰提出部分協同意見書補充論述審查標準如后：

壹、刑罰規範之審查準據應有別於其他法律規範

對於規範審查標準（密度），至今本院大法官有一個基本模式，即規範目的採低密度標準，規範效果則視基本權的類別，採低密度、中密度或嚴格審查標準。舉凡立法目的為社會秩序、國家安全、公共利益（註一）或本件系爭規範商標法第 1 條所規定「為保障商標專用權及消費者利益，以促進工商企業之正常發展」，皆以目的尚（洵）屬正當，而通過目的合憲審查。就刑罰規範以外的法律規範而言，如著重於對目的與手段進行比例原則的審查，而作寬嚴不同程度的合憲控制，的確即可善盡憲法的審查職責，但就刑罰規範而言，因為行為規範本身已涉及各種行為自由的限制，而制裁規範除涉及財產權的剝奪或限制之外，尚涉及人身自由乃至生命權的剝奪，不但應該採取嚴格的審查標準，且應該就行為規範及制裁規範分別審查（註二）。

然而對刑法的制裁規範，顯然無法採取嚴格的審查標準，因為舉凡剝奪人身自由及生命權的刑罰規定，皆將無法通過最小侵害程度的審查，而無合憲餘地（註三）。既然對制裁規範顯然不能採取嚴格的審查標準，則剝奪或嚴重限制基本權的刑罰規範，豈不是反而只能採取低密度或中密度的審查標準？一旦對刑罰規範

採取低密度或中密度的審查標準，憲法控制刑罰規範的機能或者喪失殆盡，或者僅能在刑度高低的狹隘範圍內，保留一點憲法的控制機能，如此一來，將完全不符合規範合憲審查的基本原則。

規範合憲審查的基本原則，是針對基本權的類型，訂定不同的審查標準。雖然實務和學理對各種基本權類型所採行的審查標準可能有不同見解（註四），但對剝奪生命權、終身剝奪人身自由以及長期或短期剝奪人身自由的刑罰規範，不可能容許以低密度標準、甚至中密度審查標準進行合憲審查。因此，如果對於制裁規範無法進行嚴格的審查，而對於行為規範的審查，可能因為所限制的自由權，只須經低密度審查，則勢必只能就規範所要保護的法益，另立嚴格審查關卡。

貳、應罰性與需罰性的二階檢驗程序

在國際刑法思潮中，自從 20 世紀 50 年代以來，刑法學理檢討刑事立法時，在法理（法釋義學）上的檢驗準據是應罰性（Strafwürdigkeit），在刑事政策上的檢驗準據是需罰性（Strafbedürftigkeit）（註五）。具有應罰性的行為，方具有犯罪適格，而行為的應罰性，取決於該行為是否侵害刑罰所要保護的法益而具有社會侵害性；對於具備刑罰應罰性的行為，是否必須採取刑罰手段予以制裁，則取決於需罰性的判斷，需罰性所考量的是刑罰對應不法的必要性。換言之，訂定刑罰規範時，應該斟酌規範客體的應罰性與需罰性，則對於刑罰規範進行合憲審查時，亦不應脫離這個二階層的檢驗程序：第一個階層，即法益審查，刑法法益必須具備憲法所核可的法益位階，方能通過合憲審查；第二個階層，即比例原則的審查。其中對於制裁規範的審查，則應該依最後手段原則（註六）及罪罰（刑）相當原則（註七）審查，以一般預防目的及所保護法益的重要性，檢驗刑罰手段的必要性與有效性，以及刑罰種類與刑罰高度的適當性。

參、審查法益

一、法益必須與基本權連結

在刑罰規範的目的審查，就是法益審查，因為刑罰規範的任務在於保護法益(註八)。如果欠缺保護法益的正當理由，刑罰規範就是赤裸裸侵害人民基本權的法律。所謂藉由法益對規範目的進行嚴格審查，無非就是質問特定刑罰規範所限制的行為自由是什麼？因而所要保護的法益是什麼？憲法在什麼情況下，可以為了保護法益，而准許法律剝奪人民的身體自由或生命權？

無論是行為規範或制裁規範，刑罰規範都會限制人民的行為自由。行為規範所限制的是各種自由權，例如刑法第 239 條限制人民的性自主權、第 310 條限制人民的言論自由、第 320 條限制人民取得財產的行為自由、本件聲請系爭規範商標法第 62 條第 2 項限制人民的營業自由；制裁規範則主要限制人身自由及財產權，亦可能剝奪人身自由及生命權。當行為人受憲法保障的基本權遭到限制或剝奪時，憲法可以容忍而不出面干涉，必定是因為這種對基本權的限制或剝奪，可以為憲法帶來相同或更高位階的利益。究竟憲法所能獲得的利益是什麼？無非就是人民的基本權能夠獲得保障、憲政秩序不會遭受破壞。申言之，刑罰規範所要保護的利益如果和憲法所要保護的利益相同，憲法自然不會否決刑罰規範的目的正當性，亦即，刑法規範所欲保護的利益，必須與憲法上的基本權或憲政秩序法益連結。

二、刑法法益與基本權的關係

刑法上的法益，是刑法所保護的社會生活利益；所謂社會生活利益，就是人民營社會生活所必須擁有的資源。憲法對於基本權的保護，無非就是賦予人民享有營社會生活所需

資源的自由，因為權利的內涵就是行動自由，所謂有權利就是有做什麼或不做什麼的自由（註九）。例如對於財產權，稱為取得使用、收益、處分財產的自由，對於生存權稱為享有生命、發展生命和決定生命存在與否的自由。刑法所保護人民營社會生活所需要的利益，必定是憲法認為必須予以保障的利益，如果不是憲法所認可的必要生活利益，憲法不可能准許以剝奪人民生命權及身體自由權的方式加以保護。

現行刑法中各種犯罪類型所標示的法益包括生命、身體、自由、財產、秘密、名譽、公共安全、國家權力的有效運作及憲政秩序等等，都可以在憲法上找到對應的法益（剝奪生命的刑罰規範，必須面對憲法對生命價值絕對保護的檢驗）。例如刑法上對生命及身體法益的保護，來自憲法對生存權的保障；對身體自由的保護，來自憲法對人身自由乃至遷徙自由的保障；對財產權的保護，來自憲法對財產權、工作權的保障；對秘密和名譽的保護，來自憲法對隱私權和人性尊嚴的保障；對胎兒的保護，也就是孕育中、成長中生命的保護，來自憲法對生存權的保障，生存權的保障不是從已經生存才開始，不只是避免生命不能存續，而是必須從創造生命開始，對創造生命的保障，就是支持孕育中的生命有成形的權利（註十）（反映生命價值的絕對性）。又如公共危險罪所侵害的法益，無非是對社會大眾生命、身體、自由、財產等複合法益的多重侵害，許多人的許多種法益構成公共安全，因此，所保護的法益可以和憲法上多數人的各種基本權相連結；至於妨害投票罪的法益，則涉及憲政秩序中的民主原則和平等權的維護；瀆職罪保護國家權力機關運作的公正廉潔，也是涉及人民平等權及憲政秩序的保障；而內亂罪、外患罪所侵害

的法益，不管是否稱為國家法益（註十一），終究都涉及所有國民生命、身體、自由、財產等等權利以及憲政秩序的侵害。

說明刑法法益與憲法法益的關係，並非認為所有憲法所保障的法益受到侵害，都必須施以刑罰制裁，而只表示可以用刑罰的制裁方式，保護憲法上的基本權，至於動用刑罰手段與否，還需要衡酌比例原則，以確定侵害基本權的行為具有需罰性。

肆、本件聲請另一種可能的審查論述

符合上述應罰性與需罰性二階層、行為規範與制裁規範二階段及法益雙重審查的解釋文及解釋理由書理應如此論述：

解 釋 文

憲法第 15 條工作權及財產權保障人民營業自由（釋字第 514 號解釋參照），商品標示為提供商品或服務資訊之方式，應受營業自由之保障，惟為保障他人財產法益及公平競爭之交易秩序，依憲法第 23 條規定之意旨，自得為必要之限制。

國家對於特定侵害他人財產權之行為施以刑罰制裁，在於實現憲法第 15 條保障人民財產權之意旨，其對於行為人身體自由或財產權之限制，倘未違背憲法第 23 條之規定，與憲法第 8 條及第 15 條保障人民身體自由及財產權之意旨即無抵觸。

商標或標章權之註冊取得與保護，旨在保護商標權人之財產權，並具有揭示商品或服務之來源、品質等重要交易訊息，以維護市場之公平競爭，進而保障消費者、工商企業或其他市場參與人之經濟利益，應為憲法第 15 條所保障。中華民國 82 年 12 月 22 日修正公布之商標法第 77 條準用第 62 條第 2 款規定：「意圖欺騙他人，於有關同一商品或類似商品之廣告、標帖、說明書、價目表或其他文書，附加相同或近似於他人註冊商標圖樣而陳列或散

布者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣 20 萬元以下罰金」，係保護他人已經註冊之商標或標章權，並避免一般消費者、工商企業或其他市場參與人，對商品或服務之來源、品質發生誤認致權益受有損害之有效手段，且未逾越限制營業自由之必要程度，與憲法第 15 條及第 23 條之規定均無違背。又衡酌商標或標章權之侵害，對於人民財產權、公平競爭之經濟秩序及工商企業發展危害甚鉅，非對行為人施以刑罰制裁，不足以達到一般預防之目的，而考量法益受害之程度，選擇限制財產權或人身自由之刑罰手段，尚屬適當。是上開規定符合最後手段原則及罪罰（刑）相當原則，未牴觸憲法第 23 條之規定，與憲法第 8 條、第 15 條保護人民身體自由及財產權之意旨並無違背。

另，上開商標法明確規定犯罪之主觀構成要件、行為態樣、行為客體及刑罰效果，符合罪刑法定原則中之構成要件明確性原則，與法治國原則對法律明確性之要求並無違背，併此指明。

解 釋 理 由 書

憲法第 15 條工作權及財產權保障人民營業自由（釋字第 514 號解釋參照），商品標示為提供商品或服務資訊之方式，應受營業自由之保障，惟為保障他人財產法益及公平競爭之交易秩序，依憲法第 23 條規定之意旨，自得為必要之限制。

商標或標章權之註冊取得與保護，具有揭示商品或服務之來源、品質等重要交易訊息，以維護市場之公平競爭，進而保障消費者、工商企業或其他市場參與人之經濟利益，應為憲法第 15 條所保障。民國 82 年 12 月 22 日修正公布之商標法第 77 條準用第 62 條第 2 款規定，禁止出於欺騙他人之意圖，於有關同一商品或類似商品之廣告、標帖、說明書、價目表或其他文書，附加相同或近似於他人註冊商標圖樣而予以陳列或散布，係保護他人已經註冊之商標或標章權，並避免一般消費者、工商企業或其他市場

參與人，對商品或服務之來源、品質發生誤認致權益受有損害之有效手段，且未逾越限制營業自由之必要程度，與憲法第 15 條及第 23 條之規定均無違背。

又國家對於特定侵害他人財產權之行為施以刑罰制裁，在於實現憲法第 15 條保障人民財產權之意旨，其對於行為人身體自由或財產權之限制，倘未違背憲法第 23 條之規定，與憲法第 8 條及第 15 條保障人民身體自由及財產權之意旨即無牴觸。

前開商標法第 62 條第 2 款規定，對於意圖欺騙他人，於有關同一商品或類似商品之廣告、標帖、說明書、價目表或其他文書，附加相同或近似於他人註冊商標圖樣而陳列或散布者，處 3 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣 20 萬元以下罰金。衡酌商標或標章權之侵害，對於人民財產權、公平競爭之經濟秩序及工商企業之發展危害甚鉅，非對行為人施以刑罰制裁，不足以達到一般預防之目的，符合最後手段原則；考量法益受害之程度，而選擇限制財產權或人身自由之刑罰手段，且為因應社會經濟發展時空之遷移，於商標法制定特別構成要件，並提高最高法定刑，以補刑法第 253 條偽造仿造商標商號罪適用上之不足，尚屬適當，符合罪罰（刑）相當原則，未牴觸憲法第 23 條之規定，與憲法第 8 條、第 15 條保護人民身體自由及財產權之意旨並無違背。

查立法者於立法定制時，得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念而為相應之規定。如法律規定之意義，自立法目的與法體系整體關聯性觀點非難以理解，且個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以認定及判斷者，即無違反法律明確性原則，迭經本院釋字第 432 號、第 521 號解釋闡釋有案。

本件系爭之商標法規定所禁止之行為，以行為人所附加之商標或標章與他人已經註冊商標或標章是否相同或近似，依一般消費者施以通常之注意力，猶不免發生有混淆誤認之虞為斷，其範圍應屬可得確定；如受規範之商品行銷行為人，施以專業上之注意力即可預見，即無悖於罪刑法定原則中之構成要件明確性原則，而符合法治國原則對法律明確性之要求。至立法機關是否採行由行政程序就具體個案進行第一次判斷或施以行政管制後，受規範行為人仍繼續或重複其違法行為者，始採取刑罰制裁，乃立法者合理之形成範圍，併予指明。

伍、結語

憲法上的審查標準 (Prüfungsmaßstab)，類似於刑法上的犯罪階層體系，刑法藉由犯罪階層體系保障犯罪判斷的公平與精確(註十二)，憲法上的審查標準如能形成一套審查階層體系，定然有利於釋憲論述的精確與釋憲實務的運作。至今不論德國或美國釋憲實務，確實已累積不少根據基本權的類型，而形成的審查標準或審查密度準則(註十三)，但是在憲法研究領域尚未能建構一套穩定的審查階層體系，本席針對刑罰規範的審查標準，所提出的應罰性與需罰性二階層、行為規範與制裁規範二階段及法益雙重審查準據，期盼有助於本院大法官釋憲實務的運作，爰提出部分協同意見書如上。

註一：釋字第 476 號、第 509 號、第 544 號、第 551 號、第 554 號解釋參照。

註二：德國聯邦憲法法院於大麻案開始這種兩階段審查，見 BVerfG90 (1994), 145, 171 ff., 185ff., 195;Lagodny, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, S. 64 ff., 130.

註三：對刑罰規範究竟採取何種密度的審查標準，取決於各該刑罰規範對刑罰種類和刑度高低的設計，以德國的狀況為例，因為已

廢除死刑，無期徒刑的犯罪類型較少，長期自由刑的規定不若我國刑罰規範多，自可採取較嚴格的審查標準。

註四：例如釋字第 584 號解釋，對於職業自由的審查標準，即有寬鬆、中度及嚴格三種標準，該號解釋多數意見顯然採取寬鬆標準，兩份不同意見書則分別採取中度和嚴格審查標準。林子儀大法官所提不同意見書、許玉秀大法官所提不同意見書參照；又如余雪明大法官於釋字 577 號解釋所提協同意見書則表示，商業言論以低度審查標準加以審查即可，而 577 號解釋之操作方式，已經形同中度審查標準；而針對釋字第 580 號解釋所採取之中度審查標準，林子儀大法官於該號解釋所提之部分協同部分不同意見書則認為，在檢驗耕地三七五減租條例之相關規定是否對於人民財產權造成侵害時，基於政治部門對於社會資源應如何分配享有政策決定權，司法釋憲者對於政治部門所做的決定應予最大之尊重，應採低度之審查標準。

註五：H. Mayer, *Strafrecht AT*, 1953, S. 33; Yü-hsiu Hsü (許玉秀) *Grantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?*, 1986, S. 8f., 134 ff.; Jescheck/weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*⁵, 1966, S.50f.; Roxin, *AT I*³, 1997, 23/37ff.; 許玉秀，*犯罪階層體系及其方法論*，*春風煦日論壇—刑事法叢書系列 6*，2000 年，頁 39。

註六：最後手段原則 (*ultima ratio*)，可譯為最後的理性。所謂最後的理性 (*ultima ratio*)，即刑法應作為防衛社會的最後手段。當面對社會衝突關係，其他法律手段無法發揮應有的規範效果時，方才使用刑事制裁手段，以為因應，刑法因而在解決社會衝突關係的各種法律策略中，居於補充的順位，因此這個原則又稱補充原則 (*Subsidiaritätsprinzip*) 或第二順位原則 (*Sekundärprinzip*)。就這個意義而言，至今尚沒有違反這個原

則的規定出現在我國刑法典中。這個原則，以量的不法觀（quantitative Unrechtsfolge）為基礎，這個量的不法觀建構了法的一致性（Einheit der Rechtsordnung）的觀點。基本的觀點是：刑法所保護的法益，各別規定在其他法律領域之中，刑法的違法性是由其他法律所決定的。其他法律明示為合法的，刑法不可以認為不法，而其他法律認為不法的，刑法可以不必認為不法，這種法秩序的一致性，可以認為是消極的一致性，即當其他法律明示為合法時，刑法不能採取相反的觀點。量的不法觀還有另一層意義，就是行為一旦接受刑罰制裁，即已包含行政處罰，而可以免除行政制裁，避免一罪兩罰，甫於94年1月14日制定通過的行政罰法第26條，即揭示這種量的不法觀。如果從質的不法觀點來看，即刑事不法與其他法律的不法標準有質上面的區別來看，則最後手段原則即不能成立，因為如依自己的不法標準決定不法行為類型，則行為的入罪化（規定成犯罪行為），應由刑法自己決定。在一個法律分工的社會，各個法律領域完全不顧其他法律領域的規範態度，是不可能的，但也未必絕對採最後手段原則，較通常的情況是「一致行動」。因此所謂最後手段原則，要從上述「法秩序的消極一致性」去理解，而不是無計可施，方才動用刑法，因為通常無計可施時，刑法也愛莫能助。而在對付某種社會衝突關係時，當各種法律領域會診的時候，也必須依比例原則而決定規範的方式。近幾年來，我國立法政策明顯遵循最後手段原則，不少醫療法規、環境法規、勞動法規等，於訂定罰則時，多以行政罰取代刑罰手段。見：許玉秀，刑法導讀，學林分科六法—刑法，2005年，頁46以下。

註七：罪罰（刑）相當原則，可以分為立法和司法兩方面來看。立法方面，訂定各種犯罪類型、刑罰種類與法定刑的高低時，應考

量受害法益的類型、法益受侵害的方式與程度、行為人主觀不法的態樣及程度等因素。現行刑法中，妨害自由罪章移送被誘婦女出國罪（299 條）的法定刑比使人為奴隸罪（296 條）和圖利以詐術使人出國罪（297 條）的法定刑高出許多；又如誹謗死人罪（312 條 2 項）的最低法定刑比強暴公然侮辱罪（309 條 2 項）和普通誹謗罪（310 條 1 項）的最低法定刑高。這兩種情形是否符合罪罰（刑）相當原則，皆有待商榷。司法方面，就具體個案適用法律時，同樣必須注意被害法益種類、被害的程度、侵害的手段以及行為人主觀不法的程度，刑法第 57 條規定量定刑罰時，必須斟酌各項量刑要素，以及第 59 條特別憫恕條款，皆屬司法上罪刑相當原則的規定。見：許玉秀，刑法導讀，學林分科六法-刑法，2005 年，頁 48。

註八：陳志龍，法益與刑事立法，1992 年，頁 8；蘇俊雄，刑法總論 I—刑法之理論基礎、架構及適用原則，1998 年，頁 17 以下、122；林山田，刑法通論（上冊），2000 年，頁 17；蔡墩銘，刑法總論，2000 年，頁 6、7；張麗卿，刑法總則理論與適用，2001 年，頁 31；許玉秀，刑法的任務—與效能論的小小對話，刑事法雜誌，第 47 卷第 2 期，2003 年 4 月，頁 1 以下；黃榮堅，基礎刑法學（上），2004 年，頁 12；Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT⁵, 1996, S.7; Roxin, AT³, 1997, 2/2; Schünemann, Das System des strafrechtlichen Unrecht: Rechtsgutbegriff und Viktimodogmatik als Brücke zwischen dem System des Allgemein Teils und dem Besonderen Teil, 收錄於：刑事法之基礎與界限—洪福增教授紀念論文專輯，春風煦日論壇—刑事法叢書系列 9，論文集 1，2003 年，頁 165 以下（中譯見王玉全、鍾豪峰、張姿倩，前揭書，頁 123 以下）。

- 註九：Yü-hsiu Hsü（許玉秀），Garantenstellung des Betriebsinhabers zur Verhinderung strafbarer Handlungen seiner Angestellten?, 1986, S. 241 ff.
- 註十：德國聯邦憲法法院則引人性尊嚴條款認為尚未出生的生命擁有自己的生命權，憲法應該予以保障。BVerfGE88（1993），203, 257 f.; 39（1975）.1, 47, 51.
- 註十一：區分法益為個人、社會、國家並非我國傳統教科書自創。Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 279. 註十二：許玉秀，犯罪階層體系及其方法論，春風煦日論壇－刑事法叢書系列6，2000年，頁3以下。
- 註十三：法治斌，論出版自由與猥褻出版品之管制，收錄於：憲法專論（一），1985年，頁65以下；法治斌，論美國妨害名譽法制之憲法意義，收錄於：人權保障與司法審查，1994年，頁7以下；法治斌，新聞報導與誹謗罪——一個憲法觀點，收錄於：人權保障與司法審查，1994年，頁67以下；林子儀，言論自由的限制與雙軌理論，收錄於：現代國家與憲法－李鴻禧教授六秩華誕祝賀論文集，1997年，頁639以下；李建良，論基本權利的位階次序與司法審查標準，收錄於：憲法解釋之理論與實務第三輯上冊，2002年，頁129以下；法治斌，定義猥褻出版品：一首變調的樂章？，收錄於：法治國家與表意自由，2003年，頁247以下；法治斌，跳脫衣舞也受表意自由的保護嗎？，收錄於：法治國家與表意自由，2003年，頁267以下；林子儀，言論自由導論，收錄於：台灣憲法之縱剖橫切，2002年，頁103以下；許宗力，基本權的保障與限制（下），月旦法學教室，第14期，2003年12月，頁50以下；許宗力，比例原則與法規違憲審查，收錄於：戰鬥的法律人，林山田教授退休祝賀論文集，2004年，頁213以下；

黃昭元，憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析，台大法學論叢，第 33 卷第 3 期，2004 年 5 月，頁 61 以下。