

抄本

## 司法院 令

發文日期：中華民國 97 年 2 月 1 日

發文字號：院台大二字第 0970002976 號

公布本院大法官議決釋字第六三六號解釋

附釋字第六三六號解釋

院長 賴 英 照

### 司法院釋字第六三六號解釋

#### 解 釋 文

檢肅流氓條例（以下簡稱本條例）第二條第三款關於敲詐勒索、強迫買賣及其幕後操縱行為之規定，同條第四款關於經營、操縱職業性賭場，私設娼館，引誘或強逼良家婦女為娼，為賭場、娼館之保鏢或恃強為人逼討債務行為之規定，第六條第一項關於情節重大之規定，皆與法律明確性原則無違。第二條第三款關於霸佔地盤、白吃白喝與要挾滋事行為之規定，雖非受規範者難以理解，惟其適用範圍，仍有未盡明確之處，相關機關應斟酌社會生活型態之變遷等因素檢討修正之。第二條第三款關於欺壓善良之規定，以及第五款關於品行惡劣、遊蕩無賴之規定，與法律明確性原則不符。

本條例第二條關於流氓之認定，依據正當法律程序原則，於審查程序中，被提報人應享有到場陳述意見之權利；經認定為流氓，於主管之警察機關合法通知而自行到案者，如無意願隨案移送於法院，不得將其強制移送。

本條例第十二條第一項規定，未依個案情形考量採取其他限制較輕微之手段，是否仍然不足以保護證人之安全或擔保證人出於自由意志陳述意見，即得限制被移送人對證人之對質、詰問權與閱卷權之規定，顯已對於被移送人訴訟上之防禦權，造成過度之限制，與憲法第二十三條比例原則之意旨不符，有違憲法第八條正當法律程序原則及憲法第十六條訴訟權之保障。

本條例第二十一條第一項相互折抵之規定，與憲法第二十三條比例原則並無不符。同條例第十三條第二項但書關於法院毋庸諭知感訓期間之規定，有導致受感訓處分人身體自由遭受過度剝奪之虞，相關機關應予以檢討修正之。

本條例第二條第三款關於欺壓善良，第五款關於品行惡劣、遊蕩無賴之規定，及第十二條第一項關於過度限制被移送人對證人之對質、詰問權與閱卷權之規定，與憲法意旨不符部分，應至遲於本解釋公布之日起一年內失其效力。

### 解釋理由書

人民身體自由享有充分保障，乃行使憲法所保障其他自由權利之前提，為重要之基本人權。故憲法第八條對人民身體自由之保障，特詳加規定，其第一項規定「人民身體之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」考其意旨，係指國家行使公權力限制人民身體自由，必須遵循法定程序，在一定限度內為憲法保留之範圍。所謂法定程序，依本院歷來之解釋，凡拘束人民身體自由於特定處所，而與剝奪人民身體自由之刑罰無異者，不問其限制人民身體自由出於何種名義，除須有法律之

依據外，尚須分別踐行正當法律程序，且所踐行之程序，應與限制刑事被告人身自由所踐行之正當法律程序相類。本院釋字第三八四號、第五六七號解釋，即係本此意旨審查本條例感訓處分與戡亂時期預防匪諜再犯管教辦法管訓處分之相關規定。

基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現。依本院歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義及立法目的，如非受規範者難以理解，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違（本院釋字第四三二號、第四九一號、第五二一號、第五九四號、第六〇二號、第六一七號及第六二三號解釋參照）。又依前開憲法第八條之規定，國家公權力對人民身體自由之限制，於一定限度內，既為憲法保留之範圍，若涉及嚴重拘束人民身體自由而與刑罰無異之法律規定，其法定要件是否符合法律明確性原則，自應受較為嚴格之審查。

本條例第二條明文規定流氓之定義，其中第三款所謂霸佔地盤、敲詐勒索、強迫買賣、白吃白喝、要挾滋事及為其幕後操縱，係針對流氓行為之描述。依據一般人民日常生活與語言經驗，以及司法審查之實務，敲詐勒索與強迫買賣，足以理解為對被害人施以詐術、恐嚇、強暴、脅迫等行為，誤導或壓制被害人自由意志，而使被害人交付財物或完成一定之買賣行為；幕後操縱，則足以理解為對他人行為意思之形成、行為之決定與行為之實施為實質上之支配。上開構成要件行為之內涵，均為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，俱與法律明確性原則尚無違背。至霸佔地盤，依其文義，所謂霸佔固然足以理解為排除他人合法權益、壟斷特定利益之行為，而地盤，則可指涉特定之空間，

亦可理解為佔有特定之營業利益或其他不法利益；白吃白喝，應可理解為吃喝拒不付帳，以獲取不法財物；要挾滋事之要挾，足以理解為強暴、脅迫或恐嚇等行為。此等流氓行為構成要件所涵攝之行為類型，一般人民依其日常生活及語言經驗，固然尚非完全不能預見，亦非司法審查所不能確認，惟排除他人之壟斷行為，其具體態樣及內涵如何，所謂地盤是否僅限於一定之物理空間，吃喝以外之生活消費，是否亦可涵蓋於白吃白喝構成要件範圍之內，以及滋事所指涉之行為內容究竟為何，均有未盡明確之處，相關機關應斟酌社會生活型態之變遷等因素，檢討具體描述法律構成要件之可能性。

本條例第二條第四款所謂經營、操縱職業性賭場，私設娼館，引誘或強逼良家婦女為娼，為賭場、娼館之保鏢或恃強為人逼討債務，亦均屬對於流氓行為之描述。經營、操縱職業性賭場，乃指意圖營利提供賭博場所及聚眾賭博之行為；私設娼館，足以理解為未經許可而媒介性交易並剝削性交易所得；為賭場、娼館之保鏢，乃經營、操縱賭場及經營娼館行為之協助行為；恃強為人逼討債務，乃以強暴、脅迫等方法為他人催討債務；引誘良家婦女為娼，係以非強暴脅迫之方法，使婦女產生性交易意願之行為；強逼良家婦女為娼，則係施強暴、脅迫等方法，使婦女為性交易行為。上開構成要件行為，皆為社會上所常見之經濟性剝削行為，其所涵攝之行為類型與適用範圍，並非一般人民依其日常生活及語言經驗所不能預見，亦非司法審查所不能確認，與法律明確性原則均無違背。

本條例第二條第三款規定之欺壓善良、第五款規定之品行惡劣、遊蕩無賴均屬對個人社會危險性之描述，其所涵攝之行為類型過於空泛，非一般人民依其日常生活及語言經驗所能預見，亦非

司法審查所能確認，實務上常須與強暴、脅迫、恐嚇等行為或與同條文其他各款規定合併適用。此基本構成要件所涵攝之行為內容既不明確，雖第五款另規定「有事實足認為有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣」，亦不能使整體構成要件適用之範圍具體明確，因此上開欺壓善良及品行惡劣、遊蕩無賴之規定，與法律明確性原則不符。

本條例第六條第一項規定「經認定為流氓而其情節重大者，直轄市警察分局、縣（市）警察局經上級直屬警察機關之同意，得不經告誡，通知其到案詢問；經合法通知，無正當理由不到場者，得報請法院核發拘票。但有事實足認為其有逃亡之虞而情況急迫者，得逕行拘提之。」所謂情節重大者，依一般社會通念，應審酌實施流氓行為之手段、被害之人數、被害人受害之程度、破壞社會秩序之程度等一切情節是否重大予以認定，核與法律明確性原則尚無抵觸。

本條例第二條規定「由直轄市警察分局、縣（市）警察局提出具體事證，會同其他有關治安單位審查後，報經其直屬上級警察機關複審認定之。」直轄市警察分局、縣（市）警察局認定流氓之初審程序，由直轄市警察分局長、縣（市）警察分局長會同所在地調查處（站）、憲兵調查組等主管首長組成檢肅流氓審查小組，並以會議方式審查認定之（本條例施行細則第六條參照）。直轄市警察局與內政部警政署認定流氓之複審程序，則設置流氓案件審議及異議委員會，由警察機關、檢察官、法學專家及社會公正人士共同組成，並以會議方式審查認定之（本條例施行細則第七條第二項參照）。此等規定旨在藉由審查委員會組成之多元化，保障被提報人獲得公正之審查結果。

審查委員會組成之多元化，固然有助於提升其審查之客觀性，

惟欲保障被提報人之防禦權，必須賦予被提報人辯護之機會，除應保障其於受不利益之決定時，得以獲得事後之救濟外，更須於程序進行中使其享有陳述意見之權利。是故於審查委員會之流氓審查程序中，法律自應賦予被提報人陳述意見之機會，始符合正當法律程序原則。

本條例第六條第一項前段規定，情節重大之流氓，經警察機關合法通知，無正當理由不到場者，得報請法院核發拘票。如係依據法院核發之拘票拘提到案者，於到案後自應依法移送法院審理（本條例第九條第一項參照）；其自行到案者，經詢問後，如無意願隨案移送法院，即不得將其強制移送，方與正當法律程序原則無違。又本條例第七條第一項前段規定之程序，亦應為相同之處理，自屬當然。

本條例第十二條第一項規定「法院、警察機關為保護本條例之檢舉人、被害人或證人，於必要時得個別不公開傳訊之，並以代號代替其真實姓名、身分，製作筆錄及文書。其有事實足認檢舉人、被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞者，法院得依檢舉人、被害人或證人之聲請或依職權拒絕被移送裁定人與之對質、詰問或其選任律師檢閱、抄錄、攝影可供指出檢舉人、被害人或證人真實姓名、身分之文書及詰問，並得請求警察機關於法院訊問前或訊問後，採取必要之保護措施。但法官應將作為證據之筆錄或文書向被移送裁定人告以要旨，訊問其有無意見陳述。」准許法院於有足以認定檢舉人、被害人或證人可能受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之事實時，得依該等證人之聲請或依職權，剝奪被移送人及其選任律師對該等證人之對質、詰問權，以及對可供辨識該等證人身分相關資料之閱卷權。

查刑事被告詰問證人之權利，旨在保障其在訴訟上享有充分之

防禦權，乃憲法第八條第一項正當法律程序規定所保障之權利，且為憲法第十六條所保障人民訴訟權之範圍（本院釋字第五八二號解釋參照）。刑事案件中，任何人（包括檢舉人、被害人）於他人案件，除法律另有規定外，皆有為證人之義務，證人應履行到場義務、具結義務、受訊問與對質、詰問之義務以及據實陳述之義務（刑事訴訟法第一百六十六條第一項、第一百六十六條之六第一項、第一百六十八條、第一百六十九條、第一百七十六條之一、第一百八十四條第二項、第一百八十七條至第一百八十九條參照）。檢肅流氓程序之被移送人可能遭受之感訓處分，屬嚴重拘束人身自由之處遇，其對證人之對質、詰問權，自應與刑事被告同受憲法之保障。故任何人於他人檢肅流氓案件，皆有為證人之義務，而不得拒絕被移送人及其選任律師之對質與詰問。惟為保護證人不致因接受對質、詰問，而遭受生命、身體、自由或財產之危害，得以具體明確之法律規定，限制被移送人及其選任律師對證人之對質、詰問權利，其限制且須符合憲法第二十三條之要求。

本條例第十二條第一項僅泛稱「有事實足認檢舉人、被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞」，而未依個案情形，考量採取其他限制較輕微之手段，例如蒙面、變聲、變像、視訊傳送或其他適當隔離方式為對質、詰問（證人保護法第十一條第四項參照），是否仍然不足以保護證人之安全或擔保證人出於自由意志陳述意見，即驟然剝奪被移送人對證人之對質、詰問權以及對於卷證之閱覽權，顯已對於被移送人訴訟上之防禦權，造成過度之限制，而與憲法第二十三條比例原則之意旨不符，有違憲法第八條正當法律程序原則及憲法第十六條訴訟權之保障。

本條例第二十一條第一項規定「受裁定感訓處分之流氓行為，同時觸犯刑事法律者，經判決有罪確定，其應執行之有期徒刑、拘役或保安處分，與感訓期間，相互折抵之。其折抵以感訓處分一日互抵有期徒刑、拘役或保安處分一日。」係因流氓行為如同同時觸犯刑事法律，行為人可能於受刑罰及保安處分宣告之外，復因同一事實而受感訓處分，故規定感訓處分與刑罰或刑法上之保安處分應互相折抵，使行為人受憲法保障之身體自由，不致因不同之訴訟程序，而遭受過度之限制。惟因同條例第十三條第二項規定「法院審理之結果，認應交付感訓者，應為交付感訓處分之裁定，但毋庸諭知其期間」；且第十九條第一項規定「感訓處分期間為一年以上三年以下。但執行滿一年，執行機關認無繼續執行之必要者，得檢具事證報經原裁定法院許可，免予繼續執行」，於先執行刑罰、保安處分已滿三年時，因可完全折抵，即無須再執行感訓處分，而無過度限制人民身體自由之疑慮；但於先執行刑罰、保安處分未滿三年時，因感訓處分之期間未經諭知，無從計算可折抵之期間，如將上開第十九條規定解為應再繼續執行至少一年之感訓處分，可能使受感訓處分人之身體自由過度遭受限制。是上開第十三條第二項但書之規定，有導致受感訓處分人身體自由遭受過度限制之虞，相關機關應予以檢討修正之。

鑒於法律之修正尚須經歷一定時程，且為使相關機關能兼顧保障人民權利及維護社會秩序之需要，對本條例進行通盤檢討，本條例第二條第三款關於欺壓善良，第五款關於品行惡劣、遊蕩無賴之規定，及第十二條第一項關於過度限制被移送人對證人之對質、詰問權與閱卷權之規定，與憲法意旨不符部分，應至遲於本解釋公布之日起一年內失其效力。

至聲請人之聲請意旨主張本條例第二條第一款、第十條、第十



四條、第十五條規定有違憲之疑義，查上開規定並非法官於審理原因案件時所應適用之法律，該等規定是否違憲，於裁定之結果不生影響；另聲請意旨主張本條例第二條第二款、第六條第一項但書、第七條第一項但書、第九條、第十一條、第二十二條、第二十三條與本條例之存在有違憲之疑義，查聲請人就前揭規定如何違反憲法所為之論證，尚難認已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。此二部分之聲請，核與本院釋字第三七一號及第五七二號解釋所定之聲請解釋要件不合，均應不予受理，併此指明。

大法官會議主席 大法官 賴英照

大法官 謝在全

林子儀

許宗力

許玉秀

林錫堯

池啟明

李震山

蔡清遊

部分協同意見書

大法官 林子儀

許宗力

緣臺灣桃園地方法院治安法庭法官錢建榮為審理感訓案件，認其所應適用之檢肅流氓條例第二、六、七、九、十、十一、十二、十三、十四、十五、十九、二十一、二十二等條規定有違憲疑義，及臺灣臺中地方法院治安法庭法官郭書豪亦為審理違反檢肅

流氓條例案件，認其所應適用之檢肅流氓條例第二條第三款關於「要挾滋事」、「欺壓善良」、同條第五款所謂「品行惡劣」、「遊蕩無賴」等流氓構成要件有牴觸憲法第八條疑義，分別聲請本院解釋憲法。本院大法官茲就上開聲請案件併案審查系爭規定有無違反上開憲法規定之意旨，而作成本號解釋。

本席等贊同多數意見以憲法保障人民身體自由為基礎，分別從正當法律程序、法律明確性原則與比例原則審查系爭法律規定是否合憲，並贊同其審查結果所獲之結論；惟就法律明確性原則之審查部分，以及本院大法官對於系爭規定作成解釋之意義，認有補充說明之必要，爰提部分協同意見書如下。

**一、檢肅流氓條例第二條第三款關於欺壓善良之規定及第五款關於品行惡劣、遊蕩無賴之規定，不符法律明確性原則**

**(一) 法律明確性原則之目的在使人民對其行為是否受法律規範有預見可能性，並避免執法恣意或不公之危險**

法律屬抽象性之普遍規範，其內容本難要求充分具體明確，然基於法治原則，凡影響人民權益，尤其是限制人民權利之法律，其規定應符合法律明確性原則，以確保法律具有預先告知之功能，使人民對其行為是否受法律規範有預見可能性，國家機關依法行政或依法審判，亦能因此有較明確之準繩，不致因法律規定不明確，而有執法恣意或不公之危險。

本案系爭之檢肅流氓條例第二條第三款、第四款及第五款規定，係有關流氓界定之規定（註一），亦係決定人民是否要受本條例規範之關鍵。而向來批評本條例易有羅織之弊者，認其根源之一，即在本條規定不夠明確，不僅人民對其行為是否構成流氓行為而受本條例規範無

預見可能性，且因此使執法機關有過當之裁量空間，而時有執法恣意或執法不公之情事。聲請人等即分別認本條第三款、第四款及第五款規定，不符法律明確性原則，屬違憲之規定，而依本院釋字第三七一號、第五七二號解釋向本院提出聲請解釋。本席等同意多數意見對上開條款規定是否符合法律明確性原則之結論，惟多數意見對於系爭規定是否符合法律明確性原則之審查標準，並未有較詳之論述，爰以補充如下。

**(二) 本院歷來解釋對於法律明確性原則之闡釋尚非一致，其具體適用仍有爭議**

法律規定是否符合明確性原則，本院歷來解釋已有審查判斷之標準，惟其內容尚非一致，於實際適用時，仍有爭議，茲分別論述如下。

首先提出如何審查法律是否符合法律明確性原則之標準者，為本院釋字第四三二號解釋，其提出之審查標準為：系爭法律規定使用抽象概念者，「苟其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即不得謂其與前揭原則相違。」其後之釋字第五二一號解釋，亦採取完全一致之標準，文字內容亦完全一致。

惟後續釋字第五九四號解釋所提出之審查標準，其內容文字即與釋字第四三二號、第五二一號解釋有所不同。依該號解釋：「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。」如與前二號解釋比較，釋字第五九四號解釋之文字敘述較為詳細，而就有關法律規定之意義非難以理解之判斷要件部分，應已改變前二號解釋之審查標準。蓋依釋字第四三二號、第五二一號解釋所提出之標準，在判斷系爭法律規定之意義是否難以理解時，固未具體說明是從「誰」之觀點及依「如何」之標準，以判斷系爭法律規定之意義是否難以理解，但衡諸常理，應係指受規範之一般人民依其日常生活經驗及文字用語習慣，是否能理解系爭法律規定之意義而言。釋字第五九四號解釋亦未說明應從「誰」之觀點判斷之，依上述說明，仍宜解為應從受規範之一般人民之觀點為判斷的基礎。惟該號解釋卻要求在判斷時，應「自立法目的與法體系整體關聯性觀點」加以判斷。是如詳究釋字第五九四號解釋就系爭法律規定是否符合法律明確性原則所提出的判斷標準，已與釋字第四三二號、第五二一號解釋，以常人常理為判斷標準者，有所不同。

其後，本院釋字第六〇二號解釋在審查系爭法律規定是否符合法律明確性原則時，並未繼續採取釋字第五九四號解釋所提出的標準。依釋字第六〇二號解釋，「有關受規範者之行為準則及處罰之立法使用抽象概念者，苟其意義非難以理解，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判斷者，即無違法律明確性原則。」其並未如釋字第五九四號解釋要求應「自立法目的與法體系整體關聯性觀點」，去理解法律規定內容之意義。故釋字第六〇二號解釋所提出之審查標準，與釋字第四三二號

及第五二一號解釋所提出者相同。

本院後續於釋字第六一七號解釋，就系爭法令是否符合法律明確性要求所提出之審查標準為：「立法者為求規範之普遍適用而使用不確定法律概念者，觀諸立法目的與法規體系整體關聯，若其意義非難以理解，且所涵攝之個案事實為一般受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則不相違背。」其文字敘述同於釋字第五九四號解釋，亦即採取與釋字第五九四號解釋相同之審查標準，並未繼續採取釋字第六〇二號解釋之標準。

在此之後，就法律明確性原則之內涵與操作，本院釋字第六二三號解釋則提出以下之審查標準：系爭法律規定所使用評價性之不確定法律概念，「其意義依其文義及該法之立法目的解釋，並非一般人難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認」，即與法律明確性原則無違。是其標準又與先前各號解釋所提者，並不完全相同。依據本號解釋，在判斷系爭法律規定內容之意義是否難以理解此一爭點上，應基於一般人之觀點而為之，惟除了依其文義外，必要時仍須從一般人如依該法之立法目的解釋，是否得以理解系爭規定之規範意義，以資判斷。

綜上所述，可知要如何審查系爭法律規定是否符合法律明確性原則，本院歷來解釋之見解並不完全一致。雖然自本院釋字第四三二號解釋提出法律明確性原則之審查標準後，其後與審查法律明確性原則有關之解釋，大都會表明遵循先例而繼續引用釋字第四三二號解釋所提

之審查標準<sup>(註二)</sup>，惟於個別解釋所提出之審查標準，其內容仍不免有如上述之不一致。究其原因，應在個別解釋對先例所提審查標準之內容或要件，有不同理解所致。因此，在審查系爭法律規定是否符合法律明確性原則時，要從以往先例所提之審查標準中，選擇何者，即為首先會生爭議之問題。而在從中選擇之後或稍微變更先例而提出標準後，該審查標準要如何解釋適用，又為衍生爭議之另一問題。

本案多數意見對於系爭法律規定是否符合法律明確性原則，係認如「法律規定所使用之概念，其意義依法條文義及立法目的，如非受規範者難以理解，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違。」是所據以審查之標準，其內容與本院歷來解釋所提者又有不同。本席等並非質疑多數意見所提之審查標準不符本院以往之審查標準，亦非質疑多數意見不應修改以往之審查標準；而係認為多數意見未能提出較能實際操作之標準，頗為可惜。

### (三) 審查法律規定是否符合法律明確性原則之核心應在受規範之一般人民是否能理解系爭法律規定之意義

本院就如何審查系爭法律規定是否符合法律明確性原則，以往解釋提出之審查標準，異中仍有共同之處，即如系爭法律規定之內容，「其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認」，即符法律明確性原則。是系爭法律規定，必須完全符合上述要件，始無違於法律明確性原則。其所異者，僅在如何判斷系爭法律規定內容之意義是否難以理解。本席等認

為該判斷要件應屬審查法律規定是否符合法律明確性原則之核心要件。

蓋法律明確性原則既在保障人民對其行為是否受法律規範有預見之可能性，則法律規定是否明確，即應以受規範之一般人民是否能理解系爭法律規定之意義，亦即是否能理解該法律規定所要規範之行為態樣，並因此對其行為是否受該法律所規範有預見可能性，作為判斷之標準。至於如何判斷系爭法律規定之意義，是否可為受規範之一般人民所能理解，則應依當時社會之一般人民之文字語言習慣或日常生活經驗，對系爭法律規定的文本予以合理之解釋，能否因此理解該法律規定所要規範之行為態樣，予以判斷之（註三）。

一般人民或雖不能依文字語言習慣或日常生活經驗，對法律規定之文本予以合理解釋，而理解系爭法律規定之意義，惟如經執法機關或法院探究立法過程或立法理由，而能明確該法律規定之意義，或因其對系爭法律規定之反覆解釋適用，已形成明確內容，並經依法公布或其他公示方法，而為受規範之一般人民所習知者，亦可認該系爭規定之內容為受規範之一般人民所理解，並因此能預見其行為是否受該法律所規範，而與法律明確性原則無違（註四）。

如與本院歷來所提之審查標準相較，本席等所提出者係在強調法律規定是否符合法律明確性原則，其判斷標準應在於受規範之一般人民對於法律規定內容之意義（該法律所要規範之行為態樣）是否難以理解，以及其因此對於其行為是否受該法律規範有預見可能性之要件。

至於歷來解釋所提審查標準所共同強調之「可經由司法審查加以確認」之要件，其具體內涵及目的為何，並不清楚（註五），於實際適用時，即生爭議。惟不論該要件要如何解釋適用，系爭法律規定要不違反法律明確性原則，仍須先符合「受規範之一般人民可以理解法律規定之意義，因此對其行為是否受該法律規範有預見可能性」之要件，如不符合該要件，即使該系爭法律規定可經由司法審查加以確認，仍屬違反法律明確性原則。且所謂可經由司法審查加以確認，意在提供及確保事後救濟之途徑，其意義與人民對系爭規定之事前理解並可得預見之要求，顯不相同。是本席等認為在審查判斷系爭法律規定是否符合法律明確性原則，本院歷來所強調之「可經由司法審查加以確認」之審查要件，實屬多餘。

**（四）檢肅流氓條例第二條第三款關於欺壓善良之規定及第五款關於品行惡劣、遊蕩無賴之規定，不符法律明確性原則**

依以上所提出之標準，審查檢肅流氓條例第二條第三款、第四款及第五款之系爭規定，就第三款所謂霸佔地盤、敲詐勒索、強迫買賣、白吃白喝、要挾滋事及為其幕後操縱，及第四款所謂經營、操縱職業性賭場，私設娼館，引誘或強逼良家婦女為娼，為賭場、娼館之保鏢或恃強為人逼討債務等規定而言，一般人民依其文字語言習慣或日常生活經驗，而對上開規定用語為合理解釋，應能理解上開規定所欲規範之行為態樣，並能因此預見其行為是否受該規定所規範，故上開規定與法律明確性原則尚無牴觸。惟誠如多數意見所言，上開第三款關



於霸佔地盤、白吃白喝與要挾滋事行為之規定，其所欲規範之行為類型，仍有未盡明確之處，有關機關應斟酌改進。

至就同條例第二條第三款規定之欺壓善良、第五款規定之品行惡劣、遊蕩無賴是否符合法律明確性原則而言，一般人民依其文字語言習慣或日常生活經驗，對上開規定用語為合理之解釋，似能理解上開規定所欲規範之行為態樣，惟由於該等規定使用道德評價用語，而對於其所欲涵攝之行為類型，即流於個人主觀評價認定，不易有客觀之共識，致受規範之一般人民無法清楚認識該款規定適用之界限何在，而難預見其行為是否受該等規定所規範，故上開欺壓善良及品行惡劣、遊蕩無賴之規定，與法律明確性原則有所不符。至於第五款另規定「有事實足認為有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣」之要件，其文字雖較為具體，然此一要件之增加並不能使「品行惡劣、遊蕩無賴」之認定得以完全客觀化，其所涵攝之行為內容仍因易流於主觀評價而不符法律明確性原則。

除上述法律明確性原則以外，本號解釋亦從正當法律程序與比例原則之標準審查系爭規定之合憲性。惟本案之重大意義，尚包括延續釋字第三八四號解釋、第五二二號解釋之意旨，呼籲有關機關對於系爭條例進行通盤檢討之企盼。

## 二、檢肅流氓條例應兼顧保障人民權利及維護社會秩序之需要通盤檢討

本院雖曾就檢肅流氓條例之部分條文分別作成釋字第三八

四號、第五二三號等二則解釋，有關機關亦就該二則解釋所指違憲之處，加以配合修正。惟此並非當然意味該條例之其他規定或修正後之規定，即已無違憲之疑義。蓋釋憲者囿於司法本質上之界限，關於法令是否牴觸憲法，原則上僅能依聲請人所主張之範疇加以審查，並作成解釋。本號解釋亦係受此拘束，亦僅能依聲請人之聲請，審查系爭之規定是否合憲，而不能對該條例是否合憲作全面性之審查。惟始於戒嚴及動員戡亂時期而延續至今之檢肅流氓條例，其對社會秩序之維護固非全無意義，然從憲法維護人民基本權利的觀點，其未經聲請解釋之部分是否仍有待改進之處，甚至因社會變遷及相關其他法制的建立，本條例是否仍有存在之必要性等，實有檢討之必要。此亦為何本號解釋繼續本院釋字第三八四號解釋之意旨，企盼有關機關仍應本於保障個人權利及維護社會秩序之均衡觀點，適時對該條例通盤檢討之主要理由。以下謹就此略作補遺，以呼應加強本號多數意見之呼籲。

按現行檢肅流氓條例之立法淵源可追溯至民國四十四年，行政院以院令訂定發布「臺灣省戒嚴時期取締流氓辦法」（註六）。該辦法之訂定目的係「為鞏固臺灣省地方治安，維持社會秩序及防止流氓犯罪」（該辦法第一條參照），是該辦法係政府於非常時期為維持社會治安，而對於危害社會秩序或有危害社會秩序之虞之流氓進行管理並施以矯正處分之依據，賦予所謂治安機關便宜行事、快速處分之權限，而人民之基本權利保障即因此受到相當程度之漠視（註七）。

其後，行政院鑑於上開辦法施行三十年後，因社會情勢變遷，認有重新制定專法之必要（註八），而於民國七十四年函請立法院審議「動員戡亂時期檢肅流氓條例草案」，期以併

收預防及嚇阻作用。該條例草案經立法院三讀通過後，於同年七月十九日公布，十二月一日施行，使原先以行政命令從事之流氓檢肅工作取得法律依據（註九）。

民國八十一年，為因應動員戡亂時期終止後之法制全面修正，並認檢肅流氓條例之存在對於維持社會治安具有相當重要之功能與貢獻（註十），行政院再次提案函請立法院修正該條例，除將「動員戡亂時期」文字刪除，並使軍事機關涉入的程度全面淡化，同時為保障被移送人之權益，在程序規定上再為補強（註十一）。

至此，系爭條例於形式上雖已提升至法律層次，並經立法院修正，但其基於以治安優先之目的，而賦予警察機關便宜行事、執行彈性之權力本質並未變更，致在動員戡亂時期宣告終止，國家脫離非常時期法制之後，其規定仍與憲法保障人身自由之要求，尤其是與正當之法律程序有諸多不符，例如：一、本條例第二條所定之流氓認定標準與要件是否已臻明確，足以判斷人民之具體行為是否屬於流氓行為？二、第五條規定當事人聲明異議程序排除行政爭訟程序之適用，第六條、第七條所規定之警察機關強制處分權，第十一條有關留置被移送人之措施，並未明確規定法院得裁定留置之要件，且未區分情節一律委由法院自行裁量，第十二條規定剝奪被移送人之選任律師及與證人對質詰問權利，以及第二十一條規定使受刑之宣告及執行者，無論有無特別預防之必要，有再受感訓處分之虞，則流氓認定與處置程序對於當事人之程序保障是否已經完備？三、感訓處分將發生嚴重拘束人身自由之結果，但其性質究竟如何？究屬刑罰之一種抑或為保安處分之一種？於正常法治之下，其宣告程序究應適用何種

法律，始符合憲法第八條保障人民身體自由之意旨？

系爭條例其後分別經本院釋字第三八四號及第五二三號解釋宣告部分條文違憲，此二號解釋並促成該條例於民國八十五年及九十一年之修正，使相關規定逐步落實保障人民基本權利之理念。惟主管機關於修法過程中仍強調該條例係我國用以檢肅流氓幫派、掃黑與除暴之利器，具積極防制之功能（註十二）。然在強調本條例對維護治安仍有必要之同時，卻未對如何符合憲法保障人民基本權利之意旨作更積極的提昇改善。就此，本號解釋對從憲法保障人民身體自由之意旨，審查該條例系爭規定是否合憲，而結論認為部分系爭規定並不合憲或仍有檢討改進之處，亦期本條例終能完全符合憲法之規定。惟如前述，釋憲者囿於司法本質之界限，亦只能就聲請人所主張之範疇加以審查，並作成解釋，而不能對本條例合憲與否為全盤性之審查。是有關機關依本解釋意旨修正本條例時，仍宜本於保障個人權利及維護社會秩序之均衡觀點，對本條例作通盤檢討。

誠然，維護社會治安係國家之重要基本任務與目的，立法者基於維護公共利益、社會秩序之必要，訂定檢肅流氓條例，釋憲者對於立法者此一判斷原則上應予以尊重。惟系爭條例實施以來之成效，是否真如主管機關所預期，發揮具體功效？且該條例所欲規範之流氓行為，不論係從預防或處罰之面向而言，目前已有相關法律予以規範，例如該條例第二條第一款之組織犯罪或騷擾行為，可視具體情形適用刑法第一百五十四條第一項、組織犯罪防制條例第三條第一項及社會秩序維護法第六十四條第一項等規定；第二款關於槍砲犯罪行為已為刑法第一百八十六條、第一百八十七條及槍砲彈藥

刀械管制條例第七條、第八條、第九條、第十二條及第十三條等規定所涵蓋；第三款所規定之財產暴力犯罪或騷擾行為，則可為與刑法關於妨害自由、強盜、恐嚇及詐欺取財之規定及社會秩序維護法第六十四條、第六十八條、第七十二條及第七十三條等規定所包括；第四款有關賭博及媒介性交易行為之規定，實可論以刑法媒介性交猥褻罪或強制罪，或以社會秩序維護法第八十條第一項、第八十一條及第八十四條規定加以處罰等。則為賦予警察機關執法彈性而制定檢肅流氓專法之必要性，不無再予檢討之餘地。且對於本條例所規範之流氓行為，應如何以其他有效防制或非難之手段，取代備受質疑之感訓處分制度，有關機關亦須衡諸社會發展、法治健全與人權保障，為通盤之考量（註十三）。

註一：檢肅流氓條例第二條第三款、第四款及第五款所稱流氓，為年滿十八歲以上之人，而為霸佔地盤、敲詐勒索、強迫買賣、白吃白喝、要挾滋事、欺壓善良或為其幕後操縱，足以破壞社會秩序者（第二條第三款）；或為經營、操縱職業性賭場，私設娼館，引誘或強逼良家婦女為娼，為賭場、娼館之保鏢或恃強為人逼討債務者（第二條第四款）；或為品行惡劣或遊蕩無賴，有事實足認為有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣而足以破壞社會秩序者（第二條第五款）。

註二：本院釋字第四四五號解釋審查當時集會遊行法系爭規定，及第五七七號解釋審查菸害防制法系爭規定，是否符合法律明確性原則時，即未採取釋字第四三二號解釋所宣示之審查標準，屬例外之情形。

註三：受規範之一般人民並非習法之執法或用法之人，如要求受規範

之一般人民尚應從立法目的或法規體系之整體關聯，理解法律規定之意義（本院釋字第五九四號、第六一七號、第六二三號解釋參照），實已未將之視為一般人民，而非合理之要求。本案多數意見所提之審查標準，認法律規定之意義是否難以理解，除法條文義外，尚應斟酌立法目的，本席等對此並不贊同。

又，如系爭法律規定係規範專門職業人員等具有特定資格身分之人者，則其是否符合法律明確性之要求，須以該專門職業人員以其專業知識是否得以理解，並因此對其行為是否受該法律所規範有預見可能，作為判斷之依據，而非依社會上一般人民之文字語言習慣或日常生活經驗，予以判斷之。釋字第五四五號解釋理由書足資參照。

註四：本席等在此所欲強調者，為一般人民之知悉，惟其能知悉，才有理解之可能，也才有預見可能性。

實則內政部警政署為統一警察機關對於流氓案件之審查認定，對於各警察機關在具體個案要如何認定所涉行為，是否該當檢肅流氓條例第二條各款規定，於民國九十七年一月二十二日曾頒有「警察機關辦理流氓案件審查認定要點」，其中對於構成該條各款規定之流氓行為，有相當詳細的說明。且不論該要點之形式及內容是否符合法律保留原則及比例原則，究其內容，較之該條各款規定確有較詳細及具體之規定，亦較能為受規範之一般人民理解，而較能符合法律明確性原則之要求。惟該要點僅屬內政部警政署為統一警察機關對於流氓案件之審查認定，而頒行給全國各警察機關參考，屬機關內部細則性規定，並未使一般人民能獲知其內容，而公告周知。故不能期待一般人民對其內容，已明確知悉，而不能以該要點規定，補救檢肅流氓條例第二條系爭各款規定明確性之不足。

又一不符法律明確性原則之規定，經法院反覆解釋適用，可能獲致共識，該規定在司法實務上即可能因此而明確化。惟法院判決雖應經公布，但如因此推論或期待一般人民即應知悉非關己身利害之判決內容，即屬過苛。故如無其它使一般人民更能知悉判決內容之公示方法，經由法院判決反覆解釋適用所獲之明確內容，尚不能因此補救系爭法律規定之不明確性。

註五：請參閱例如陳愛娥，〈如何明確適用「法律明確性原則」？—評司法院大法官釋字第五四五號解釋〉，《月旦法學》第 88 期，2002 年 9 月，頁 251-52。

註六：有學者亦指出此一辦法係承襲自日治時期殖民政府以律令頒布之「浮浪者取締規則」，以將無一定居所、職業，且有妨害公安或敗亂風俗之虞的臺灣人遣送偏遠地區，強制勞動一至三年，作為犯罪控制體系之一環。依該規則，若基層警察認為某人雖無犯罪行為，但有犯罪之潛在危險者，即可將其提報為浮浪者，經地方警察主管審核、總督許可後，於警察機關設立的收容所內執行。而這個制度於 1920 年代末期亦被用於檢肅政治異議份子。參見王泰升，臺灣日治時期的法律改革，頁 215-220、260-268；同作者，臺灣法律史概論，頁 199-200、303-307。

註七：該辦法第三條所認定之流氓行為類型包括：一、非法擅組幫會，招徒結隊者；二、逞強恃眾，要挾滋事，或佔據碼頭車站及其他場所勒收搬運費與陋規者；三、橫行鄉里欺壓善良或包攬訴訟者；四、不務正業，招搖撞騙，敲詐勒索，強迫買賣或包庇賭娼者；五、曾有擾亂治安之行為，未經自新，或自新後仍企圖不軌者；六、曾受徒刑或拘役之刑事處分二次以上仍不悛改顯有危害社會治安之虞者；七、遊蕩懶惰邪僻成性而有違警行為之習慣者。而負責執行取締流氓任務之機關為各縣市警察

局及保安司令部，其處置程序則分別依流氓行為所觸犯之法律而有所不同。其觸犯刑法者，移送軍法或司法機關審理，合於保安處分之規定者，應併宣付保安處分；若屬違警行為，則發交該管警察官署偵訊處罰，有違警罰法第二十八條規定之情形者，並可送交相當處所施行矯正處分，或命其學習生活技能。此處由警察機關裁決並直接執行之矯正處分，即為日後感訓處分之前身。

註八：行政院提案說明以戒嚴時期取締辦法無疑雖對維護社會治安有其正面之功效，但民國七十二至七十三年間，臺灣地區流氓幫派如雨後春筍般相繼增生，甚至發展海外活動，擁槍自重，影響社會治安甚鉅，而原辦法關於流氓行為之預防及教育措施規定不甚完備，為維護社會秩序、保障人民權益及促使誤入歧途者免於自毀前程等考量，故於七十三年實施「一清專案」後，於法制上亦有檢討之必要，期能促使檢肅流氓工作步上正軌，應制定本條例。參見立法院公報，第 74 卷 52 期，院會紀錄，頁 16-21。

註九：與原先戒嚴時期取締辦法不同之處在於，該條例除對構成流氓要件之認定標準及程序作有較為詳盡之規定，且區分情節輕重而訂定不同處理方式以外，更重要的是納入司法審查程序，以及由法院裁決施以感訓處分之效果。惟此時系爭條例規定感訓處分由原移送機關轉送感訓處所執行，且關於感訓處分之性質或定性，於立法過程中並未見有詳細討論。

註十：參見立法院公報，第 81 卷 56 期，院會紀錄，頁 310-311，內政部長說明之部分。其認為，經過一清專案之實施，以及民國七十七至七十八年間新興幫派坐大，結合黑槍之暴力犯罪再度升高事件，流氓幫派實為危害社會、威脅工商穩定、造成民心



不安之最主要禍源，唯有貫徹檢肅流氓工作，加強取締並遏止流氓行為，始能使社會治安趨於穩定，故檢肅流氓條例之實施，不容置疑地，對歷年來維持社會治安具有相當重要之功能與一定程度之貢獻。

註十一：例如感訓處分回歸由執行一般保安處分之執行機關加以執行。惟流氓認定程序的發動，基本上仍係由所謂的「治安機關」所掌握並主導，而被移送人於流氓認定程序中之程序保障仍未臻健全，諸如條例第四條規定，當事人對於被認定為流氓受警察機關告誡者，若有不服，僅能向原機關及最高治安機關聲明異議，不得進行行政爭訟；又第六條及第七條賦予警察機關傳喚及強制到案之權力，第十條則規定警察機關正在實施第二條各款行為之人得逕行強制到案等。再者，法院所諭知之感訓處分既已形成人民身體自由之限制，竟規定以裁定為之，且施以感訓處分之期間亦無庸諭知。依據七十四年之立法理由，感訓處分之目的在變化氣質，學習生活技能，以適應社會生活，但由於受感訓處分人之素質不同，其實際需要感訓之期間，法院於裁定時無法預為判斷，故明訂無庸諭知其期間。參見立法院公報，第 74 卷 52 期，院會紀錄中之條文對照表，頁 27。

註十二：主管機關並主張，若欠缺此一條例，則社會治安及國家經濟、政治將受嚴重危害，影響國家整體發展，並使人民對政府失去信心。參見立法院公報，第 85 卷 69 期，院會紀錄，頁 42-43。

註十三：有關現行感訓處分制度之檢討，請參閱本號解釋許宗力大法官、林子儀大法官及許玉秀大法官所提之部分協同意見書。

本案多數意見指出，系爭檢肅流氓條例第二十一條第一項規定「受裁定感訓處分之流氓行為，同時觸犯刑事法律者，經判決有罪確定，其應執行之有期徒刑、拘役或保安處分，與感訓期間，相互折抵之。其折抵以感訓處分一日互抵有期徒刑、拘役或保安處分一日。」係因流氓行為如同時觸犯刑事法律，行為人可能於受刑罰及保安處分宣告之外，復因同一事實而受感訓處分，故規定感訓處分與刑罰或刑法上之保安處分應互相折抵，使行為人受憲法保障之身體自由，不致因不同之訴訟程序，而遭受過度之限制。本席等對此論述敬表同意。惟多數意見既已看出本條涉及同一行為先後遭受不同訴訟程序之訴究，卻未能進一步審查其合憲性，未免令人有為德不卒之嘆，爰提出部分協同意見書補充討論如後：

按檢肅流氓條例第二條所稱各種流氓行為，絕大部分都同時構成犯罪行為。因此流氓行為如同時構成刑事不法，根據現行法律規定，行為人確實有可能因同一行為，而先後遭受刑事訴訟法與系爭檢肅流氓條例所規定的兩套不同程序追訴與審判。是即使實體法上已因感訓處分與刑罰或刑法上之保安處分應互相折抵，而脫免違反一行為不二罰或比例原則之指摘，在程序法上仍涉抵觸一事不再理原則之疑慮，有待進一步檢驗。

一事不再理原則，是程序法的概念，與歐陸法傳統上的 *ne bis in idem* 原則以及英美法的 *Double Jeopardy* 原則（禁止雙重危險原則）相當，指就人民同一違法行為，禁止國家為重複之刑事追訴與審判，其主旨在維護法安定性，保障任何經判決有罪或無

罪開釋確定者，無庸就同一行為再受一次刑事訴究，而遭受更不利之後果（註一）。其次一個目的則在於保護經實體判決確定之被告，免於再接受一次訴訟程序的騷擾、折磨、消耗與負擔（註二）。法制上之所以發展出一事不再理原則，乃是因為刑事訴訟程序迫使人民暴露於一個公開審查程序，以決定是否對其個人作非價之非難，進而施以處罰，是為確保這種使人難堪，使人之生命與身體可能遭受剝奪之風險的程序，僅能侷限於必要之範圍，並儘可能縝密、澈底地實施，自有必要將針對同一行為所實施之刑事追訴程序加以限制，至多僅允許其作一次之嘗試（auf einen Versuch）（註三）。一事不再理原則固未見諸我國憲法明文，但早已蔚為普世原則，並為聯合國「公民與政治權利國際公約」第十四條第七項所明白保障，自無為崇尚自由民主法治之我國憲法排斥之理，解釋上第八條之正當程序或第二十二條之概括條款都有可能是一事不再理原則在我國憲法的落腳處所。

根據前述，可知一事不再理原則僅適用於刑事法領域，秩序罰、懲戒罰或警察罰不適用之。因此，同一行為如分別經刑事訴訟程序與秩序罰程序（或懲戒罰程序）之追訴與處罰，無論孰先孰後，都無違反一事不再理原則之虞。也因此，同一流氓行為如經判決有罪或無罪確定，再移送進行感訓處分程序，究竟有無抵觸一事不再理原則，首先就應視不得重複為刑事訴究之「刑事訴究」究竟有無包括檢肅流氓條例之感訓處分程序而定。感訓處分在形式上觀之，固然不屬刑法典上的刑罰或保安處分，但委實說具強烈自由刑色彩，甚至可以說是具加重執行特徵之自由刑。即使不承認是加重的刑事處罰，而依循釋字第三八四號解釋的見解，主張感訓處分是一種特別法上的保安處分，但由於感訓處分亦長期拘束人民身體自由，程序上亦均應由法院裁判，且其行為

矯治與犯罪防制之功能亦與刑罰目的契合，而具密切關係，是將感訓處分程序定性為「刑事訴究」自無疑義。職是，如果同一流氓行為經刑事實體判決確定，無論有罪或無罪，只要再經一次同具「刑事訴究」性質之感訓處分程序，就有違反一事不再理原則的問題。

由於感訓期間是一至三年，所以如果前面的刑事判決是無罪，或刑罰+保安處分三年以下，則後面再次進行的感訓處分程序確實是有可能使行為人遭受更不利後果之風險，與法安定及信賴保護有違，其牴觸一事不再理原則自堪認定。反之，倘使前面的刑事判決是刑罰（+保安處分）三年以上，而根據系爭條例第二十一條規定，感訓處分一日可以互抵有期徒刑、拘役或保安處分一日，互抵結果，感訓處分已無庸執行，則後面的感訓處分程序似乎不可能再對行為人帶來更不利後果之風險（註四）。但即使不會帶來更不利之後果，就同一行為再進行一次新的感訓處分程序，仍會對行為人帶來程序騷擾、折磨、消耗與負擔，所以依然脫免不了違反一事不再理原則之指摘。況即使不談一事不再理原則，為了一個可能被折抵，最後因而可能不發生實際效果之感訓處分，進行一個新的程序，使當事人再多遭受一次程序騷擾、折磨、消耗與負擔，恐怕也是難以在比例原則面前站得住腳。

至流氓行為如未達犯罪程度，例如穿黑衣服、跟蹤、監視、守候等令人心生畏懼的行為，固然從基本權的保護義務功能觀之，國家也有採取行動以保護善良民眾免於遭此流氓行為騷擾的義務。但國家採取保護手段也必須嚴格遵守比例原則之要求。如對類此未達犯罪程度的流氓行為，只因要對其施以處罰，或因其有實施犯罪之可能或傾向，為達預防犯罪目的，就可以根據本條例科處長達一到三年、在拘束人身自由之效果上近似有期徒刑的感訓

處分，其剝奪人身自由之不合比例性更是明顯，不僅匪夷所思，顛覆傳統刑罰理論，更大開人權倒車，在某程度上甚至可以說與對岸備受學界批評之勞動教養制度（註五）相互輝映。

綜上，由於針對同時構成刑事不法之流氓行為，於刑事訴訟程序之外，再次進行感訓處分程序，將違反一事不再理原則；針對未達犯罪程度之流氓行為，施以感訓處分，又明顯不合比例，而單這兩項關鍵性的違憲就已足以癱瘓整部感訓處分體制之運作，是本席等認為，系爭檢肅流氓條例，無論要件再怎麼修的更為明確，程序修的再怎麼正當，刑罰、保安處分與感訓期間再怎麼修的可以互相折抵，都屬徒勞的局部手術，難以去除整個感訓處分制度的違憲印記。釋字第 384 號解釋與本件解釋都於解釋理由書末尾，苦口婆心委婉呼籲有關機關應於兼顧保障人民權利及維護社會秩序之需要，對檢肅流氓條例進行**通盤檢討**。其更深意涵有待相關機關細細咀嚼。本席等認為相關機關無妨利用這次有數個條文被宣告違憲，或應檢討改進，而須修法因應之機會，痛下決心，真正作次通盤檢討，正視整部條例之存廢問題（註六）。

註一：Vgl. *Georg Nolte*, in v.Mangoldt/Klein/Starck, GG III, Art.103 Rdnr.178; *Schmidt-Assmann*, in Maunz/Dürig, GG, Art.103 Rdnr. 258,260。

註二：Akhil Reed Amar, *Double Jeopardy Law Made Simple*, 106 Yale L. J. 1807, 1822 (1997)；Nyssa Taylor 則舉「維持人民與國家間之適當均衡」、「提昇刑事司法體系之正當性」、「減低不當追訴之風險」、「避免裁判帶來之苦惱」、「防止國家騷擾被告」、「避免媒體對被告之持續騷擾」等項為禁止雙重危險原則所追求之價值，See Nyssa Taylor, *England And Australia Relax The Double Jeopardy Privilege For Those Convicted Of Serious Crimes*, 19 Temp. Int' l & Comp.L.J. 189, 206-218 (2005)。

註三：Georg Nolte, ebenda。

註四：由此也暴露出感訓處分制度「只打蒼蠅、不打老虎」之不合理處。亦即，於流氓已受三年以上刑罰+保安處分宣告之情形，由於感訓處分期間可與刑罰+保安處分完全折抵，該流氓不致因感訓處分而遭到人身自由之進一步限制，故對檢肅流氓條例所定之訴究程序自然是有恃無恐。反而在流氓所受刑罰+保安處分之宣告未滿三年時，由於感訓處分可能延長其人身自由受拘束之期間，則感訓處分之訴究不免會造成該流氓在程序上之不確定感，威脅其個人法秩序之安定。就此，現行感訓處分制度之執行結果，實有輕重失衡之弊，不得不查。

註五：在中國大陸，勞動教養是一種針對違反行政法律但尚不夠刑事處罰的違法者，由公安機關所採取的剝奪人身自由的行政羈押措施，最長可達三年。參見陳瑞華，中國大陸的勞動教養制度，發表於2006年12月14日由司法院、法務部、台大法律學院、紐約大學法學院等單位共同主辦之「流氓檢肅法制研討會」。

註六：例如考慮對傷害、恐嚇、毀損等惡性較大、反覆實施者，納入刑法規範，提高其刑度；對其他較輕微者，修正社會秩序維護法，納入制裁；修正證人保護法，使因畏懼報復而不敢出面告訴或作證者，能在一定嚴格條件下以秘密證人身份受到保護，而敢於挺身而出，即可一方面廢除檢肅流氓條例，使國家回復法治常軌，他方面又能回應社會對治安之期待。

抄臺灣桃園地方法院函

中華民國 94 年 12 月 22 日  
桃院木文字第 0940103067 號

主 旨：檢陳本院刑事庭錢法官建榮提出之釋憲聲請書 1 件及其附件（關係文件之名稱及件數）影印卷 1 宗。敬請 鑒

核。

說明：

- 一、本件係治安法庭審理如說明二檢肅流氓條例案件之承辦法官，認該條例第 2、6、7、9、10、11、12、13、14、15、19、21、22 等條文有違憲之疑義，甚且本條例之存在已有違比例原則，而依 鈞院釋字第 371、572、590 號解釋意旨聲請釋憲。上開案件均已裁定停止審理及執行。
- 二、業經裁定停止審理及執行之案件如下：本院 90 年度感裁字第 4 號；91 年度感裁字第 30、32 號；92 年度感裁字第 5、14、18 號；93 年度感裁字第 39、46 號；94 年度感裁字第 3、20、28、34、41、57 號；93 年度感更字第 10 號；89 年度感裁執緝字第 2 號；92 年度感裁執緝字第 1 號；92 年度感裁執字第 7、11 號；94 年度感裁執字第 15 號等共計 20 件案件。

院 長 吳水木

抄法官錢建榮釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法之目的

「檢肅流氓條例」為我國非常「本土化」的法律，其究竟有無存在之價值及必要，始終是個高度爭議性的問題。無可諱言的，即使在終止動員戡亂時期的平常法制下，本條例其中部分條文，也曾經大法官兩次宣告違憲。分別是修正前之檢肅流氓條例，雖祇有短短的二十五個條文，其中就有高達五分之一的五個條文，於一九九五年七月二十八日經 鈞院釋字第三八四號解釋宣告違憲（註一），立法者雖然回應大法

官而修正本條例，惟二〇〇一年三月二十二日，其中第十一條關於留置期間的規定，復經釋字第五二三號解釋，認為違反法明確性及比例原則，宣告違憲；二〇〇二年四月四日立法者又再次針對第十一條修正，並增訂第十一條之一、之二兩個條文。換言之，本條例已有超過五分之一的條文，經大法官宣告違憲，因而也有兩次的修正。

聲請人基於以下所述合理之確信，依據 鈞院釋字第三八四號、第五二三號解釋所提出的「正當法律程序」內涵為檢驗標準，發現本條例舉凡流氓的定義、分類、行政及司法審查之程序、治安法庭之組織、感訓處分之執行及效果等重要條文，仍有違憲之情，即便曾經大法官認定違憲而修正之條文，其合憲性仍有疑義。又本條例與刑事實體法及刑事程序法有高度的重疊性，即使違憲條文再經修正，其內容完備至等同於「第二部刑事訴訟法」，因為組織犯罪條例早已施行等因素，本條例之存在實難通過比例原則的檢驗，即使是適合性原則，縱就適合性原則採寬鬆的認定，惟比較本條例與現行其他法律制度之目的及功能，難謂非無其他侵害較小之立法方式，更難通過對於人身自由基本權侵害的狹義比例原則的利益衡量審查。所以，聲請人以為本條例對於「社會秩序維護之意義」（釋字第三八四號解釋理由書）可謂「功成身退」。在陸續制定及完善的法制下，本條例之存在不僅無助於社會秩序、公共安全之維護，甚且有害人權及國家形象，顯無存在之必要，其廢止已達刻不容緩之地步。

## 貳、疑義之性質與經過，及涉及之憲法條文

- 一、按憲法為國家最高規範，法律牴觸憲法者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌



理，此觀憲法第一百七十一條、第一百七十三條、第七十八條及第七十九條第二項規定甚明。又法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋，鈞院釋字第三七一號解釋著有明文。釋字第五七二號解釋文「補充」釋字第三七一號解釋謂：所謂「先決問題」，係指審理原因案件之法院，確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言；所謂「提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由」，係指聲請法院應於聲請書內詳敘其對系爭違憲法律之闡釋，以及對據以審查之憲法規範意涵之說明，並基於以上見解，提出其確信系爭法律違反該憲法規範之論證，且其論證客觀上無明顯錯誤者，始足當之。如僅對法律是否違憲發生疑義，或系爭法律有合憲解釋之可能者，尚難謂已提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由。釋字第五九〇號解釋又針對前述兩號解釋，為補充解釋謂：所謂「法官於審理案件時」，係指法官於審理刑事案件、行政訴訟事件、民事事件及非訟事件等而言，因之，所稱「裁定停止訴訟程序」自亦包括各該事件或案件之訴訟或非訟程序之裁定停止在內。裁定停止訴訟或非訟程序，乃法官聲請釋憲必須遵循之程序。惟訴訟或非訟程序裁

定停止後，如有急迫之情形，法官即應探究相關法律之立法目的、權衡當事人之權益及公共利益、斟酌個案相關情狀等情事，為必要之保全、保護或其他適當之處分。

二、次按釋字第三八四號解釋首倡「正當法律程序」之概念，並認為於實體法及程序法均適用之。而謂「實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者」等語。大法官並強調「除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序」。釋字第五二三號解釋進而依據釋字第三八四號解釋之意旨，認為：檢肅流氓條例授予法院就留置處分有較大之裁量權限，固係維護社會秩序之所必須，然其中有關限制人民權利者，應符合「明確性原則」，並受憲法基本權保障與比例原則之限制，則無不同等語。此為目前與檢肅流氓條例相關之唯二重要解釋。

三、又按前述釋字第三八四號解釋基於「正當法律程序」所強調的「當事人有與證人對質或詰問證人之權利」，大法官於九年後的釋字第五八二號解釋，再次闡釋「刑事被告對證人有詰問之權」，亦屬於憲法第十六條人民訴訟權保障之權利。釋字第五八二號解釋理由書並引用國際公約作為

法源謂：「刑事被告享有此項權利，不論於英美法系或大陸法系國家，其刑事審判制度，不論係採當事人進行模式或職權進行模式，皆有規定（如美國憲法增補條款第六條、日本憲法第三十七條第二項、日本刑事訴訟法第三百零四條、德國刑事訴訟法第二百三十九條）。西元一九五〇年十一月四日簽署、一九五三年九月三日生效之歐洲人權及基本自由保障公約（European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms）第六條第三項第四款及聯合國於一九六六年十二月十六日通過、一九七六年三月二十三日生效之公民及政治權利國際公約（International Covenant on Civil and Political Rights）第十四條第三項第五款，亦均規定：凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利之證人的最低限度保障。足見刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權」。進而認為，「刑事被告詰問證人之權利」，在我國憲法上，不但為第十六條之訴訟基本權所保障，且屬第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」、對人民身體自由所保障之正當法律程序之一種權利。

四、末按釋字第四七一號解釋理由書針對保安處分與刑罰之關係，嘗謂：「保安處分係對受處分人將來之危險性所為之處置，以達教化與治療之目的，為刑罰之補充制度。我國現行刑法採刑罰與保安處分之雙軌制，要在維持行為責任之刑罰原則下，為強化其協助行為人再社會化之功能，以及改善行為人潛在之危險性格，期能達成根治犯罪原因、預防犯罪之特別目的。保安處分之措施亦含社會隔離、拘束身體自由之性質，其限制人民之權利，實與刑罰同，本

諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，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」等語。大法官所言保安處分如「具社會隔離、拘束身體自由之性質，其限制人民之權利，實與刑罰同」之意旨，也因而影響即將於二〇〇六年七月一日施行之新刑法第一、二條，將保安處分區分為「拘束人身自由之保安處分」及「非拘束人身自由之保安處分」二者。

五、本院審理之聲請感訓處分案件（如附件一，感裁、感更字案件，共十五件），及執行感訓處分（如附件二，感裁執、感裁執緝字案件，共五件），總計二十件檢肅流氓案件，聲請人綜合附件一編號一之辯護人（蔡順雄律師）、附件二編號二之辯護人（林合民律師），所分別提出之聲請狀理由，及基於自己之確信，認為所應適用之檢肅流氓條例第二、六、七、九、十、十一、十二、十三、十四、十五、十九、二十一、二十二條等超過一半以上之條文，分別有牴觸憲法第七條之平等原則（平等權）、第八條之「正當法律程序」、第十六條之訴訟基本權等憲法基本權之保障；及牴觸憲法第二十三條之比例原則、法律保留原則之疑義，尤其依據比例原則審查，檢肅流氓條例應無與現行各項刑事法及刑罰法典併存之必要。聲請感訓處分之案件，業已裁定停止審理，又依據釋字第五九〇號解釋意旨，對於已確定之「感裁執、感裁執緝」執行案件，亦一併裁定停止執行。

六、因檢肅流氓條例屬臺灣非常「本土化」之法律產物，又因

學術界對其研究文獻不多，聲請人為使大法官能瞭解本條例之沿革及實務運作程序，另撰寫「檢肅流氓條例之沿革與現行程序簡介」一文（如附件三），請大法官鑒核。

### 參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

#### 一、以釋字第三八四號、第五二三號解釋為中心的正當法律程序原則

大法官於釋字第三八四號解釋，提出所謂「實質正當之法律程序」概念，用以解釋憲法第八條第一項所規定之「依法定程序」，並進而以此標準宣告修正前檢肅流氓條例第五、六、七、十二及第二十一條違憲，釋字第五二三號解釋以相同的正當法律程序標準及明確性原則，另宣告同條例第十一條違憲。聲請人即依據此兩號與檢肅流氓條例相關之唯二重要解釋意旨，輔以其他相關解釋，嘗試釐清大法官所提出之審查標準。

#### （一）釋字第三八四號解釋的審查標準

理由書闡釋所謂正當法律程序之內涵，大法官將之區分為實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，雖僅提出須遵守「罪刑法定主義」。惟就程序法而言，則提出諸如以下等內容（括號內為聲請人所自擬）：

- 1、犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序（強制處分法定原則）
- 2、被告自白須出於自由意志（自白任意性原則）
- 3、犯罪事實應依證據認定（證據裁判主義）
- 4、同一行為不得重覆處罰（雙重危險之禁止原則、一事不再理、一事不二罰）

- 5、當事人有與證人對質或詰問證人之權利（對質詰問權之保障）（此釋字第五八二號解釋重申並賦予更詳細之內涵）
- 6、審判與檢察之分離（審檢分立原則）
- 7、審判過程以公開為原則（法庭公開原則）
- 8、對裁判不服提供審級救濟

大法官並強調謂：除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。

#### （二）釋字第五二三號解釋的審查標準

釋字第五二三號解釋除重申釋字第三八四號解釋、第四七一號解釋所宣示：凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須依法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件，方符憲法第八條保障人身自由之意旨外，並強調法院受理流氓案件，雖原則上準用刑事訴訟法之規定，惟本條例與刑事法規在規範設計上之適用仍有差異，而認為修正前本條例第十一條第一項所規定之「留置處分」係法院於感訓處分裁定確定前，為確保日後審理程序之處置，與刑事訴訟法之羈押在處分目的上固有相類之處，惟同條例有意將此種處分另稱「留置」而不稱「羈押」，且其規定之要件亦不盡相同，顯見兩者立法之設計有異。檢肅流氓條例授予法院就留置處分有較大之裁量權限，固係維護社會秩序之所必須，然參照釋字第三

八四號解釋之意旨，有關限制人民權利者，應符合明確性原則，並受憲法基本權保障與比例原則之限制。進而認為第十一條第一項規定，不論被移送裁定之人是否有繼續嚴重破壞社會秩序之虞，或有逃亡、湮滅事證或對檢舉人、被害人或證人造成威脅等足以妨礙後續審理之虞，均委由法院自行裁量，逕予裁定留置，已逾越必要程度，與憲法第八條、第二十三條，及釋字第三八四號、第三七一號解釋意旨不符。很顯然的，大法官在前述實質正當之法律程序以外，另參酌法明確性原則及比例原則。

## 二、聲請人之立場與見解概述

聲請人認為，雖然立法者分別在兩號解釋後，均聲稱已依據解釋意旨，修正被指為違憲之條文，亦即現行條例。惟即使僅依據前述解釋所提出的正當法律程序標準，再次檢驗修正後各條文，發現其中仍不乏違反正當法律程序之重要內容者。最重要的，本條例自始將相同犯罪行為之人民區分為「流氓」與「非流氓」，分別適用保障方式嚴重失衡的不同程序（檢肅流氓條例與刑事訴訟法），此種不合理的差別待遇立法，已違反平等原則。另外，不僅修正後之條文，包括其他未曾修正之重要條文，亦均擺脫不了違憲的質疑。以下即依據條文順序，分就第二、六、七、十、十二、十三、十四、十五、十六、十八、十九、二十一、二十二條論述之。

## 三、關於「流氓」的定義（本條例第二條）

### （一）違反罪刑法定主義

釋字第三八四號解釋，將「罪刑法定主義」列為正

當法律程序中之實體法重要內涵（註二）。所謂罪刑法定主義，一般以為乃刑法第一條開宗明義所明定之原則：「行為」之處罰，以「行為」時之法律有明文規定者為限。刑法本條表明處罰的對象為行為人之「行為」，而非行為人之心理事實或身分。亦即學界通稱之「行為刑法」，非「行為人刑法」。

本條例第二條各款幾乎以不確定法律概念定義「流氓」，再以主管機關認定行為人有無流氓之行為及身分，進而加以告誡、列冊輔導，甚至得對之實施通知到案、拘提、強制到案等強制處分，並移送法院裁定感訓處分。換言之，本條例之規範對象，係先由警察機關論斷行為人是否該當為「流氓」，若認定為流氓身分者，即得對之發動行政處分、強制處分及感訓處分等不利益處分及處罰，其處罰的對象為「身分」而非「行為」本身，此與一般犯罪行為之處罰不同，學者及實務界人士均以為，條文中隱含著違憲的疑慮（註三）。尤其第二條第五款「品行惡劣或遊蕩無賴，有事實足認為有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣者」之規定，甚至係處罰行為人的「性格」及其尚未發生實害行為之心理狀態，嚴重違反「行為刑法」原則。

值得注意者，釋字第三八四號解釋理由書亦不諱言的指出：本條例第二條所列舉之行為，亦非全不得制定法律加以防制，但其內容應符合「實質正當之法律程序」（指罪刑法定主義），乃屬當然。足見大法官對於此等以「身分」為主，且與其他刑事法律競合之



行為，另外賦予類似刑罰效果之感訓處分，頗有微詞，卻又欲言又止。本條例始終未針對此項缺陷修正，其隱含違憲危機，距離一九九五年作成釋字第三八四號解釋迄今，已達十年之久，在法制已達健全之今日，其違憲之情，益顯明顯。

## （二）違反罪刑明確性原則

罪刑法定原則重要的內涵之一就是罪刑明確原則，亦即法律規定犯罪的構成要件及法律效果，其各個構成要件的意思及所規定的刑罰，必須有最低限度的明確性（註四）。鈞院釋字第五二二號解釋亦謂：「刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則」，大法官並強調，法律若就犯罪構成要件，授權以命令為補充規定，其授權之目的、內容與範圍即應具體明確，自授權之法律規定中得預見其行為之可罰。雖然任何文字的意義本來就無法絕對的清楚，但學說上一般認為，在犯罪構成要件上使用概括條款或有待價值填充的概念都是可以允許的，但是此一刑法規定的意義與適用範圍，必須使人有足夠的認知可能性，亦即人民對於法律規定，可以清楚知道，甚麼是被禁止的，因此犯罪構成的個別要件必須具體描述，好讓透過解釋還可以探知其意義（註五）。

凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須依法律規定

，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件，方符憲法第八條保障人身自由之意旨，鈞院釋字第三八四號、第四七一號及第五二三號解釋均一再重申。釋字第四七一號解釋理由書針對強制工作之保安處分，更強調：「保安處分之措施亦含社會隔離、拘束身體自由之性質，其限制人民之權利，實與刑罰同，本諸法治國家保障人權之原理及刑法之保護作用，其法律規定之內容，應受比例原則之規範，使保安處分之宣告，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」。

感訓處分既具保安處分性質，其效果「與刑罰同」，感訓處分之前提又必須符合流氓之身分，細繹檢肅流氓條例第二條各款所規定之各種流氓，除第一款構成組織犯罪防制條例之犯罪行為、第二款均足成立槍砲彈藥刀械管制條例之處罰要件，第四款所犯為賭博、妨害風化等行為外，餘第三款及第五款莫不使用「情緒性形容詞」界定流氓。其中第三款所使用「霸佔」、「地盤」、「敲詐」、「白吃白喝」、「要挾」、「滋事」、「欺壓」、「善良」等文字，均屬一般新聞用語，其中不乏明顯負面情緒性之字眼外，更有許多屬於價值倫理的預設判斷。至於第五款所謂「品行惡劣」、「遊蕩無賴」，更明顯屬於負面價值判斷之用語，並且後段「有事實足認為有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣者」，更涵括所有暴力型、財產型等犯罪型態，其範圍界限甚難

確定。聲請人以為，此等規定，除了欠缺具體的判斷標準，而與可能構成相關刑法恐嚇罪、妨害自由罪、詐欺罪、傷害罪、強制罪等明確要件，相距甚遠，也易流於行政機關或法院之主觀恣意判斷，甚難釐清其具體明確的控制及監督標準，行為人甚難藉此明瞭其行為的可罰性，顯然嚴重違反明確性原則。甚至令人不禁質疑，立法者捨棄如刑法般較為明確客觀之用語，而寧採如此模糊概念之立法，其必要性何在？即便在動員戡亂非常法制之時期，有其時代背景及必要性，那麼進入平時法制，且標榜民主法治的國家，於今顯有違反明確性之情。

### （三）違反平等原則

釋字第三八四號解釋作成後，立法院依解釋意旨修正本條例前夕，大法官翁岳生曾著文強調，對人的處罰、對人身自由所為的限制或剝奪，應該是以其「行為」，而非「身分」。以「流氓」作為處罰的依據，何人屬「流氓」，法律上以概括而不確定的概念來涵蓋，使得涵蓋在此概念底下的人，與其他人處於不同的法律地位，也可能發生違反憲法上平等權的疑義（註六）。

平等原則為所有基本權的基礎；國家對人民行使公權力時，無論其為立法、行政或司法作用，均應平等對待，不得有不合理的差別待遇（註七）。平等原則要求的為實質平等，大法官在歷來的解釋中不斷闡釋其中意旨謂：平等原則並非保障絕對的、機械的形式平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等（參見釋

字第二一一號、第三四一號、第四一二號解釋)；釋字第四八五號解釋更是開宗明義即宣示：「憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等，立法機關基於憲法之價值體系及立法目的，自得斟酌規範事物性質之差異而為合理之區別對待」。至於應如何判斷此差別待遇是否「合理」，大法官亦不諱言，此乃違憲審查之難題所在(註八)。

正如前述，檢驗法律是否符合平等原則，判斷重點即在差別對待是否「合理」，換言之，是否具有正當性而為憲法所容許的差別對待，亦即「實質正義的不平等」(註九)。即俗稱「等者等之，不等者不等之」。至於具體之判斷方式，大法官翁岳生說得清楚：關於平等原則之違反，恆以「一方地位較他方為有利」之「結果」存在為前提。不論立法者使一方受益係有意「積極排除他方受益」，或僅單純「未予規範」，祇要在規範上出現差別待遇的結果，而無合理之理由予以支持時，即構成憲法平等原則之違反。因平等原則之旨趣在於禁止國家權力在無正當理由的情況下，對於相同類別之規範對象作不同之處理，故平等原則之本質，原就具有雙面性與相對性(ambivalent und relativ)，嚴格而言並非各該「規範本身之違憲」，而是作為差別對待之兩組規範間的「關係」，或可稱為「規範關係之違憲」(verfassungswidrige Normenrelation)(註十)。

學者黃昭元也指出，平等與否應該是一種「比較性」或「相對性」的概念或結果，必然涉及國家與兩組

（群）人民關係間的相互比較，而不像自由權通常祇是國家與個別人民間的關係。亦即「兩組關係的比較思考」與「一組關係的對立思考」。進而不諱言的指出，在方法論上，大法官所宣示「實質平等」式的定義方式，對於釐清平等權的意義、內涵或具體案例的討論，似乎沒有大用（註十一）。所以，如果真要對平等權下一個操作性定義，恐怕還是要採取「同者等之，不同者不等之」的基礎公式，然後在「差別待遇」、「分類標準」及「規範目的」（或「政府利益」）的分析架構上思考，並且以「類型化」的操作方式，才能發展出更細膩的審查標準（註十二）。

學者李惠宗提出判斷法律是否違反平等原則的具體步驟，亦頗具參考價值（註十三）：首先（一）制度目的之確定：確定有所差別待遇之制度目的何在，此等制度目的是否合憲；次則（二）事物本質要素的探求：探求「事物本質要素」何在，如何可作為差別待遇，甚或應作為差別待遇之基準，此一步驟旨在排除不合事物本質要素者，藉助平等原則所要求的「不當聯結禁止」更足以體現（註十四）；最後（三）合理差別的形成：有可以為差別對待之要素後，即可為差別對待，惟必須為「合理」的差別對待，是否合理差別往往又與比例原則競合適用。蓋此處之合理差別即有正當理由之差別，是否具正當理由，又不外乎三項標準：是否追求正當目的、是否為達成此一目的所必要、與目的之價值是否成適當之比例，正是比例原則之內涵（註十五）。

最後，如立法者違反本身所建立之「體系正義」（Systemgerechtigkeit）時，亦足判斷為對於平等原則之違反，所謂體系正義者，按立法者於制定法律時，在不違反憲法之前提下，固有廣大的形成自由，然當其創設一具有體系規範意義之法律原則時，除基於重大之公益考量以外，即應受其原則之拘束，以維持法律體系之一貫性，是為體系正義。而體系正義之要求，應同為立法與行政所遵守，否則即違反平等原則（註十六）。

實則，對於自由權侵害之案例，我國仿德國模式，發展出可謂詳盡的比例原則為審查標準，所以「平等審查是否有比例原則適用之餘地」，換言之，比例原則可否適用於平等權案例的討論，即成為我國與德國共同之課題。大法官許宗力於提名大法官之前，曾撰文分析大法官解釋，嘗試建構平等審查的模式，並融入比例原則之審查標準，試圖提出得一體適用於自由權及平等權之審查標準，其審查層次更為精細分明，聲請人認為足以作為本案平等原則審查之方法，有介紹之必要（註十七）：（一）平等審查的第一步是先判斷系爭法規範究竟有無存在差別待遇的問題，差別待遇係指對於具有「可相提並論性（Vergleichbarkeit）」的人或社會生活事實在法規範上作不相同之處理，而「可相提並論性」，乃指法規範上受到不同處理的人或社會生活事實，共同具有一個他人或其他生活事實所未具有的特徵。例如法規範對於服志願役及義務役者作不同處理，兩者共同具有一個他人所無的服兵

役特徵，所以兩者可以相提並論。（二）第二步是確定差別待遇的目的，判斷其究係追求、實現「不等者不等之」的實質平等目的，或是無涉實質平等的政策目的。此處的審查在平等審查居於關鍵地位。（三）如係追求實質平等目的之差別待遇，則適用「合目的性審查模型」，亦即判斷差別待遇之分類手段與目的間是否有合理關聯，必要時得佐以「事物本質」與「體系正義」的觀察，而分別採取從寬或從嚴審查基準；（四）如係追求無關實質平等的政策目的者，則適用「比例原則的審查模型」，須注意於此之前仍須先為目的合憲審查，審查所追求之政策目的是否符合憲法第二十三條所要求的四項「公益要件」之一，確定目的合憲後，即依序審查差別待遇是否有助於政策目的之達成（適合原則）、是否除此以外，已別無他法之不得已手段（必要原則）、所追求公益的份量是否超越因差別待遇而遭犧牲的平等法益（狹義比例原則）。

檢肅流氓條例涉及的包括人民自由權之侵害，如以大法官許宗力曾提出的前述標準檢驗，因為本條例以「流氓身分」為處罰對象，行為人如以相同行為同時觸犯刑事法律及本條例，其程序上之待遇，不論就「外部差別待遇」，亦即所謂「流氓」與「被告」（註十八）間，以及「內部差別待遇」，亦即同適用本條例之「一般流氓」與「其他流氓」間，均有顯著之差別待遇，符合「可相提並論性」。而就立法者於本條例第一條所宣示「為防止流氓破壞社會秩序、危害人民

權益」之立法目的觀之，顯與追求實質平等的政策目的無關。換言之，不適用合目的性之審查，而應適用比例原則之審查標準，並且本條例具有治安目的之公益目的，應符公益條款之目的。惟就一般流氓與一般國民間之比較，依據本條例被認定為一般流氓者，必須受到告誡、列冊輔導，甚至感訓處分三年之處罰，感訓處分執行完畢或經法院許可免予繼續執行者，尚須施以一年之輔導；警察機關對於受輔導人，可「隨時注意其生活狀況」，亦得通知其定期到場敘述生活狀況，經通知無正當理由而不到場者，法院得裁定處七日以下拘留之處分（本條例第二十條參見）。使得被標上「流氓」標籤者，受到幾近監控之狀況，其隱私權顯然受到重大侵害，即令通過適合性之審查，亦難通過必要性及狹義比例原則之審查。再者，就行為人以相同行為同時觸犯刑事法律及構成本條例之「情節重大流氓」者，相同之違法行為，依循刑事訴訟偵查、起訴及審判、執行者，其所受到刑事訴訟法關於正當法律程序之保障，諸如審檢分立、公開審判，以及得與對其不利指控之證人對質、證人須接受交互詰問等核心內涵，乃至於其他強制處分法定原則、禁止不定期刑等原則，如依循檢肅流氓條例審理時，均一律被「剝奪」，感訓處分執行完畢者，亦無法如同服刑完畢或假釋期滿者，受到自新更生之待遇，而尚須施以一年之輔導。行為人同樣之犯罪行為，如經認定為流氓者，顯然與單純之犯罪被告，受有極不合理之差別待遇及權利侵害，而有違平等原則（及比例原則



)。

再者，即便屬於流氓者，本條例尚區分為「一般流氓」及「情節重大流氓」、「告誡後再犯流氓」、「執行感訓處分後輔導期間再犯流氓」及「實施中之情節重大流氓」等分類（請參見附件三），後四者（第一組群）所面臨的三年感訓處分，較之前者（第二組群）的告誡列冊輔導，差異甚大，第一、二組群間之區別標準，不是以不確定之法律概念「情節重大」，就是以再犯流氓情節（無須情節重大）或實施中更難判斷之是否情節重大等甚難明確之標準，輔以本條例第二條關於「流氓」之立法解釋，造成幾乎所有「流氓」均進入司法檢肅程序，由法院審查是否交付感訓處分之結果，有違體系正義，而違反平等原則。再就實務層面觀之，立法者設計先以告誡處分，再有感訓處分之二階段方式，可能不若直接移送法院裁定感訓處分之方式，更能達到嚇阻或感化之目的。因為對於特定人貼上「流氓」之標籤，而不移送感訓，是否真能促使其改過遷善，抑或徒然製造「流氓」之特殊身分地位，使「挾流氓以自重」，反藉此身分累積危害他人的「本錢」。換言之，此種告誡手段無助於達到維護治安之目的，反而造成反效果，根本連比例原則第一層—適合性原則—的檢驗都無法通過。

總之，不論區分為「流氓」與「非流氓」，較之「被告」與「一般國民」間之區別，或係區別「一般流氓」與「情節重大流氓」，其間之差別對待均顯不合理，而有違平等原則及比例原則。

#### 四、所謂「情節重大流氓」（本條例第六條、第十條）

##### （一）違反法律明確性原則

本條例第六條，於第二條一般流氓之外，另行規定「經認定為流氓而其情節重大者」之所謂「情節重大流氓」，先不論此一不確定法律概念有無違反法律明確性原則，如單以實務運作情形觀察，警察機關於認定是否情節重大時，可能會因為轄區複雜而流氓較多之警察局，對於流氓情節見怪不怪，因而認定流氓情節尚非重大，惟轄區單純而流氓較少之警察局，因為少見多怪，而對相同流氓情節者，認為屬情節重大流氓（註十九）。再者，認定情節重大之流氓，警察機關必須移送法院裁定是否交付感訓處分，惟以二〇〇一年為例，各地地方法院共終結感訓裁定案件四五六件，裁定交付感訓處分者僅二八九件。換言之，僅有百分之六三·三八的比例為法院認定情節重大而裁定交付感訓處分（註二十）。足見警察機關與治安法庭間，對於何謂「情節重大流氓」，認知上頗有差距（註二十一）。

法律明確性原則為法治國下的派生原則，係規範立法行為的重要原則，大法官自釋字第四三二號解釋以降，至少在七號解釋的解釋文強調此原則的重要性（註二十二）。所謂法律明確性原則，係指法律應如此明確，使受規範者得以具體認識其受法規範規制之狀態及其法律地位，俾其得以據此安排其行為之謂（註二十三）。依據法律明確性原則，仍許法律就其構成要件，以抽象概念表示，惟不論其為不確定概念或概括條

款，均須無違明確性之要求。而法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍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或概括條款而為相應之規定。大法官並特別明示不確定法律概念是否違反法律明確性之判斷標準：1. 其意義非難以理解；2. 且為受規範者所得預見；3. 並可經由司法審查加以確認，即不得謂與法律明確性原則相違（註二十四）。

學者特別指出，尤其在牽涉限制人民基本權利的情形下，法律明確性原則的規範意旨在於確保受規範之人民對其法律地位的可預見性。並參酌德國學說的說法，提出三個考量方向的具體化（分別為應提高明確性要求的考量、得放寬法規範密度的原因及法律規範技術的影響），其中強調被審查的法律越是嚴重侵害基本權，其明確性的要求就越高，在涉及刑罰的科處時，應受特別嚴格的審查（註二十五）。大法官在釋字第四九一號解釋及第五二二號解釋也釋放出類似的審查標準，尤其釋字第五二二號解釋謂：「刑罰法規關係人民生命、自由及財產權益至鉅，自應依循罪刑法定主義，以制定法律之方式為之，如法律授權主管機關發布命令為補充規定時，須自授權之法律規定中得預見其行為之可罰，方符刑罰明確性原則」。換言之，不確定法律概念之意義能否理解，應以受規範者人民的角度觀察，以受規範者有預見可能性為準，並且涉及基本權利越嚴重者，應使受規範者更為明確知悉、

理解及預見，絕非以適用法律的主管機關或法院為準（註二十六）。而大法官所謂的「可經由司法審查加以確認」，也絕非指得經由司法救濟途徑以取代法律明確性的要求之意，而應係指法律本身應足夠明確，俾提供司法據以審查依該法律所為（行政）行為的依據（註二十七）。

是否構成「情節重大流氓」，立法者並未再為具體指示，雖然本條例施行細則第五條明示法院審酌情節重大之標準為：1.手段與實施之程度；2.被害之人數與受害之程度；3.破壞社會秩序之程度；4.行為後之態度；5.有無逃亡或嚴重破壞社會秩序之虞。惟仍不免招致「以不確定法律概念闡釋不確定法律概念」之批評，又因為一般流氓的認定標準本即極富不確定性，業如前述，再加上情節重大之要件，甚難使得受規範之流氓得以理解及預見其行為是否「情節重大」，或者連是否「流氓行為」都無法辨識。尤有甚者，施行細則第五條第二項明示四款行為態樣，而足以破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產者，「當然」為本條例第六條所定之情節重大。觀該四款行為：1.擅組、主持或操縱破壞社會秩序之幫派、組合者；2.非法製造、販賣、運輸、持有或介紹買賣槍砲、彈藥、爆裂物者；3.以強暴脅迫手段，霸佔地盤、敲詐勒索、強迫買賣、欺壓善良或為其幕後操縱者；4.經營、操縱職業性賭場，強逼良家婦女為娼或恃強為人逼討債務者。與本條例第二條第一至四款行為無異，又使用本條例同條第五款「足以

破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產者」之概括規定，不僅有以本條例第二條第五款為流氓的例示規定之嫌，並且以條例本即不確定法律概念，解釋所謂情節重大，有循環論證之謬誤，也限制或甚至剝奪法官的裁量權，顯然以施行細則欲彌補明確性不足之目的，不僅無法達成，且有違法之嫌。凡此均無法通過法明確性原則的檢驗。

## （二）剝奪行為人行政訴訟權

依本條例認定為一般流氓者，以書面告誡處分者，被認定人得依第五條之規定向原認定機關提起聲明異議，對異議結果不服者，尚得提起訴願及行政訴訟，然而同屬被警察機關認定為流氓而「情節重大者」，因為不經告誡程序，反而無從依一般行政救濟程序獲得平反，須等待警察機關移送法院審理後，方得直接訴諸法院的訴訟途徑請求救濟。因此，被認定為情節重大流氓者，不僅無從表示意見，尚須經警察機關通知到案或強制到案，始得知悉其被認定為流氓，而且是情節重大流氓，又因為是準用刑事訴訟法，除非被移送人選任律師，否則無法閱卷（閱卷範圍也受到極大的限制），相較於一般流氓循行政爭訟途徑提起救濟，依據訴願法及行政訴訟法之相關規定，反得以閱卷，顯然輕重失衡。此外，即使法院認為「情節尚非重大」，裁定不付感訓處分，亦即回到「一般流氓」的行為人，卻因為法院的審理行為，可能導致其喪失提起行政爭訟的機會。

聲請人以為，縱使情節重大流氓有迅速處理之必要

，惟本條例第五條第四項採取不停止執行之原則，仍應給予被移送人行政救濟之機會，否則與一般流氓相較有如上輕重失衡之疑慮，並且有誘使警察機關直接認定行為人為情節重大流氓，以逃避經認定為一般流氓，尚須經由行政爭訟程序審查之動機（註二十八）。但是如給予所有被認定為流氓之人（包括情節重大者）均有提起行政爭訟之機會，惟情節重大流氓案件仍係由普通法院治安法庭審理，此時可能出現行政法院認定「非流氓」，而治安法庭認定為「情節重大流氓」（交付感訓處分）或「非情節重大流氓」（裁定駁回），見解兩異之情形。此係本條例兼採行政救濟及司法救濟所無法避免的缺失，也更突顯出，雖然交由司法審查，惟所謂「情節重大流氓」的移送程序仍有不當。

#### 【與聲請案例之關係】

附件一編號第一至第十五之案件，均係以「情節重大流氓」移送，且移送機關於十五件案例均同時引用本條例第二條第五款「品行惡劣或遊蕩無賴，有事實足認為有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣者」及施行細則第五條當然情節重大之規定。又除編號第八、十、十一、十三號案件，被移送人因為係持有槍彈，而另依據本條例第二條第二款「非法製造、販賣、運輸、持有或介紹買賣槍砲、彈藥、爆裂物者」外，餘十一件案件均另依據第二條第三款「霸佔地盤、敲詐勒索、強迫買賣、白吃白喝、要挾滋事、欺壓善良或為其幕後操縱者」。惟細觀十三件依據第三款之案件，其犯罪態樣有「擄車勒贖」或「擄鴿勒贖」之連續恐嚇取財（編號一，惟刑案部分經二審判決無罪；編號十四）、其他類型之連續恐嚇取財（編號二、三、六）、連續強盜（編

號七)、連續搶奪(編號五)、連續傷害及恐嚇(編號四、十二、十五)、連續強制性交(編號九)。換言之,凡是有連續犯罪(尤以暴力犯罪)者,即遭歸屬於第三款態樣,此等犯罪行為,是否符合「霸佔地盤、敲詐勒索、強迫買賣、白吃白喝、要挾滋事、欺壓善良」,甚不明確,而實務所依據的施行細則第五條又有「循環論證」的謬誤,仍無法藉施行細則之規定使審判者法官得以明確,更遑論行為人。無怪乎所謂流氓總是無形中「配合」行政院之政策,諸如擄鴿勒贖者、擄車勒贖者,甚至擴及於連續強盜、搶奪犯行者,實務上甚至發生在台中連續搶奪屬「情節重大流氓」、在台北則係刑罰處罰之「小混混」,尚不夠格被歸類為「流氓」的說法。

#### 五、警察機關的「強制到案」處分權(本條例第六、七、九、十、十一條)——違反強制處分法定原則

修正前本條例第六、七條對於情節重大及再犯之流氓,規定警察機關有本來應該屬於檢察官或法院之「傳喚」權(非通知),如不服傳喚者,即得「強制其到案」。經鈞院釋字第三八四號解釋認為此等規定「授權警察機關可逕行強制人民到案,但流氓或為兼犯刑事法之犯罪人或僅為未達犯罪程度之人,而犯罪人之拘提逮捕,刑事訴訟法定有一定之程式及程序,上開條文不問其是否在實施犯罪行為中,均以逮捕現行犯相同之方式,無須具備司法機關簽發之任何文書,即強制其到案,已逾越必要程度,並有違憲法第八條第一項明白區分現行犯與非現行犯之逮捕應適用不同程序之規定意旨」。換言之,大法官要求除現行犯之逮捕外,其餘非現行犯之「逮捕」均應另為不同於現行犯逮捕之規定,始符強制處分法定原則。

現行條例雖因而修正為警察機關僅有通知權,惟很顯然

者，本條例規定如經合法通知，無正當理由不到場者，得報請法院核發拘票，並且增訂有事實足認為其有逃亡之虞而情況急迫時，尚得為「逕行拘提」之處分，此處逕行拘提，參酌第六條第二項及第七條第二項「於執行後應即報請法院核發拘票，如法院不核發拘票時，應即將被拘提人釋放」之規定，應類似刑事訴訟法第八十八條之一的「緊急拘捕」，而非同法第七十六條不經傳喚之「逕行拘提」。殊不論刑事訴訟法之「緊急拘捕」處分，始終無法免於其侵蝕強制處分令狀原則的批評，關於「緊急拘捕」之發動，刑事訴訟法第八十八條之一明定有嚴格之原因及要件（註二十九），其中第四款規定，如以「有事實足認為有逃亡之虞而情況急迫」為發動原因，尚須以「所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之重罪且嫌疑重大」為前提要件，惟檢肅流氓條例對此反無「重罪」之前提限制（以流氓之不確定態樣，亦難以驟斷其罪名），其要件顯較刑事訴訟法為寬，是否妥當，甚值懷疑，如何準用刑事訴訟法，更生疑問。換言之，此等強制處分之控制程序，較之刑事訴訟法上之規定，顯有不足。又如參照鈞院釋字第五二三號解釋認為本條例「留置」與刑事訴訟法上「羈押」性質不同之意旨，解釋上亦可能得出此等「到案」程序與刑事訴訟法上之強制處分不同之結論，因而無須準用刑事訴訟法之規定。如此解釋勢將使得本條例規定之通知、逕行拘提等處分之發動、執行等程序要件更顯空洞，對於人權保障顯有不足。

再者，無論第六條或第七條之「通知」，均係警察機關得不經同法第四條的告誡程序，逕行以通知書通知其到案



詢問；在無正當理由而不到場者，便得由警察機關報請法院簽發拘票，加以拘提。雖然該「通知」並無刑事訴訟法上之直接強制力，但在當事人無正當理由不到案時，警察機關便得向法院聲請拘票，拘提相對人，亦即該通知書已類似刑事訴訟法第七十一條之「傳喚」（或第七十一條之一之「通知」，此有爭議），具有間接的強制力。另一方面，參見同條例第九條第一項關於依「第六條、第七條規定到案者」（不區分通知到案、拘提到案或逕行拘提到案者），警察機關應於二十四小時內，檢具事證移送管轄法院審理之規定，並以書面通知被移送裁定人及其指定之親友。足證即使對於係通知到案者，法律效果亦視同業已拘提到案，均須將人移送治安法院。此種通知，基本上已兼具刑事訴訟法上之傳喚（或通知）及拘提之效果，實很難否定其具有刑事訴訟法上對人直接強制處分的性質（註三十）。

至於本條例第十條對於實施中流氓得「逕行強制其到案」之規定，其性質因與刑事訴訟法現行犯之逮捕相當，業如前述。惟此等強制到案行為，省略會同其他有關治安機關審查及上級警察機關複審之程序，亦不經警察機關的告誡等程序，便得逕行強制其到案，如經上級警察機關審核結果認應為情節重大，即得移送法院裁定。學者質疑，此種強制到案之行為，類似刑事訴訟法第八十八條第一項逮捕現行犯之強制處分規定，依據刑事訴訟法第九十二條第二項之規定，司法警察官或司法警察逮捕現行犯後，應即解送檢察官，其目的在使檢察官得以審查逮捕行為的合法性，並進一步判斷是否向法院聲請羈押。惟本條例卻跳過

對於逮捕行為（強制到案）合法性的審查機制，而祇有應否移送法院裁定留置之問題（註三十一）。換言之，警察機關於此可以跳脫檢察官的監督，先違反準用刑事訴訟法之後的「檢察官保留」設計，並且經認定應移送法院時，法院祇能附帶審查強制被移送裁定人到案是否合法，喪失先行審查強制到案行為是否合法之可能性，較之刑事訴訟法之程序控制，顯有不足。

再按被告經傳喚、自首或自行到場者，檢察官於訊問後認有羈押之事由，且有羈押之必要者，「得予逮捕」，並將逮捕所依據之事實告知被告後，於二十四小時內，聲請法院羈押之。又被告或犯罪嫌疑人因拘提或逮捕到場者，偵查中經檢察官訊問後，認有羈押之必要者，應自拘提或逮捕之時起二十四小時內，敘明羈押之理由，聲請該管法院羈押之。刑事訴訟法第二百二十八條第四項、第九十三條第二項分別定有明文。而依據本條例第二十三條之此等刑事訴訟法之規定，此等規定突顯檢察官僅有羈押聲請權，以及聲請羈押應遵守所謂「拘捕前置原則」。惟依前說明，經警察依本條例第六、七或第十條規定，通知到案之流氓，依同條例第九條移送法院後，法院依據同條例第十條第一項之規定，得簽發留置票予以「留置」（即刑事訴訟法上之「羈押」）。首先，此處「留置」之發動任由法官依職權發動，而非依據警察之聲請，形同法院身兼羈押發動及決定權，與過去偵查中檢察官擁有羈押決定權之情形無異，不僅有違「控訴原則」，且將「警察之調查」及「法官之審理」程序混同；並且法官決定留置者，無須踐行前述刑事訴訟法關於拘捕前置原則之規定，甚至法官根

本無從審查警察「無拘捕」之移送行為，所謂拘捕前置原則之立法用意，完全遭架空。

【與聲請案例之關係】

附件一編號一、四、六、八、十、十二、十五號等案件，被移送人均係收到警察局通知後自行到案，卻均經警察以本條例第九條移送本院，而有經治安法庭裁定留置者，亦有經治安法庭裁定三萬元至十萬元不等之具保金額後，免予留置者。被移送人自始至終均未經「逮捕」程序，卻得「長趨直入」進入留置（即羈押）與否之審查程序，實務許多此類案件之被移送人甚且經裁定留置，對於強制處分法定原則之違反甚明。而警察機關以「被移送人隨案移送」之方式，獲得績點較高，多不願以「函送」方式，甚且實務常發生檢察官或刑事庭具保（責付）停止羈押之被告，隨後即遭警察以「情節重大流氓」通知到案，並隨案移送治安法庭裁定留置之情。

六、秘密證人與被移送人之對質詰問權（本條例第十二條）——侵害被移送人之對質詰問權

秘密證人之規定，始於檢肅流氓條例，惟修正前本條例第十二條之規定經 鈞院釋字第三八四號解釋先強調「不問是否屬於刑事被告身分」，均受憲法第八條關於人身自由保障之規定，並闡釋正當法律程序之內涵，認為「當事人有與證人對質或詰問證人」之對質詰問權，將「對質詰問權」列為憲法上的權利（註三十二）。進而認為，此規定不問個別案情，僅以檢舉人、被害人或證人要求保密姓名、身分，即限制法院對證人應依秘密證人方式個別訊問，並剝奪被移送裁定人及其選任律師與秘密證人之對質或詰問，用以防衛其權利，俾使法院發見真實，有導致無充分證據即使被移送裁定人受感訓處分之虞，自非憲法之所許。

縱使釋字第三八四號解釋仍有部分大法官對於「對質詰問權」是否為被告憲法上的權利，提出質疑（註三十三），惟大法官於二〇〇四年七月所公布之釋字第五八二號解釋，在沒有任何大法官對此提出質疑下，除再次重申刑事被告之（對質）詰問權為憲法第八條「正當法律程序」所保障之權利外，並明示其亦為憲法第十六條訴訟權之核心，謂：「憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一……。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據」等語。

結合釋字第三八四號解釋、第五八二號解釋之意旨，不限刑事被告，「對質詰問權」為正當法律程序之內涵及憲法第十六條訴訟權保障之權利，而具憲法位階，則任何剝奪被告（包括相當於被告之被移送人）對質詰問權之立法，因為侵害基本權本質內容保障，均可能遭致被宣告違憲之命運。換言之，對於被告的對質詰問權，僅得立法「限制」，不得「剝奪」，否則有違比例原則（註三十四）。現行本條例第十二條第一項後段卻仍有「有事實足認檢舉人、被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞者，法院得依檢舉人、被害人或證人之聲請或依職權『拒絕』被移送裁定人與之『對質、詰問』或其選任律師檢閱、抄錄、攝影可供指出檢舉人、被害人或證人真實姓名、身分之文書『及詰問』」之規定（註三十五）。因為仍完全剝奪被移送人或其選任之律師，與證人對質詰問之機會，侵

害其「對質詰問權」（及律師實質辯護權），顯然違憲。同樣的理由，組織犯罪防制條例關於類此之規定，亦屬違憲（註三十六）。

至於秘密證人之保護，學者建議得採雙向電視系統，或以布幔、面具、變聲器等其他方式，使證人與被移送人（或被告）隔離（註三十七）。二〇〇〇年二月九日公布之證人保護法第十一條第四項亦明定：「對依本法有保密身分必要之證人，於偵查或審理中為訊問時，應以蒙面、變聲、變像、視訊傳送或其他適當隔離方式為之。於其依法接受對質或詰問時，亦同」。證人保護法並無類似本條或組織犯罪防制條例有關於剝奪被告對質詰問權之規定，參諸證人保護法第一條關於立法目的及法律競合之規定：「為保護刑事案件及檢肅流氓案件之證人，使其勇於出面作證，以利犯罪之偵查、審判，或流氓之認定、審理，並維護被告或被移送人之權益，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定」。檢肅流氓條例、組織犯罪防制條例與證人保護法之間，究係特別法與普通法，抑或後法優於前法之關係，與檢肅流氓條例、組織犯罪防制條例前述剝奪被告對質詰問權規定是否牴觸證人保護法之規定，息息相關。

實務運作上，現行秘密證人制度，合法（但違憲）剝奪被移送人與證人對質之權，也變相提供警察機關迴避刑事訴訟程序證人調查程序之機會。蓋對於同一行為有觸犯刑事法律者，警察機關如依法移送刑事案件，依據證人保護法第二條就案件種類之限制，如不符該條規定之案件種類，證人不受保護。換言之，被告之對質詰問權於刑事訴訟

程序中得以獲得保障，惟檢肅流氓條例的司法檢肅程序，對於同樣的證人，被移送人的對質詰問權卻有遭剝奪之虞。相較之下，警察機關選擇僅移送流氓案件，而不移送刑事案件，無形中也提供證人甚或警察機關誣陷被告之誘因，也儼然使得警察機關逃避檢察官之監督，成為足有案件最終處理權之偵查主體，顯亦有架空檢察官職權之嫌。

尤有甚者，與刑罰行為相同之流氓行為，依據刑事訴訟法，證人須經被告對質及交互詰問，依據檢肅流氓條例，證人「搖身一變」成為應保護之「秘密證人」，「被移送人」與「被告」之待遇天壤之別，有違平等原則，業如前述，甚且此種經由詰問發現真實之「最大利器」，因為在流氓感訓審查程序中遭剝奪，實務上產生「刑事無罪，但感訓處分三年」的結果，時有所聞，也提供有心人（甚或警察機關）利用作為挾怨報復之工具，徒增民怨（註三十八）。

#### 【與聲請案例之關係】

附件一編號三羅○郎案，如果被移送人所為屬實，應構成刑法第三百四十六條第一項之連續恐嚇取財犯行，警察機關卻從未移送刑案予檢察官，其理由為：被害人均不願出面指證被告。因被移送人屢傳不到，經聲請人傳喚秘密證人等，發現證人等均有「私設娼館」之背景，如進而有「引誘良家婦女為娼」，甚且涉犯較被移送人為重之刑法罪刑（刑法第二百三十一、二百九十八條），如令證人等與被移送人對質，刑案部分是否成立又未可知。惟警察機關竟「自作主張」，使本案行為從未經檢察官偵查，反使治安法庭兼具檢察官及法官之權責。同樣以秘密證人不願出面指證為由，竟未將同樣構成刑事犯罪行為之流氓行為移送檢察官偵查之案例，尚有：附件一編號四江○丞之流氓事實一至五；編號六

魏○祥案之流氓事實三、四部分；編號十一黃○炫案流氓事實二部分；編號十二洪○順案流氓事實一、三、四；編號十五汪○勳案全部流氓事實。聲請人以為，依據證人保護法規定，刑事案件證人是否應受身分保密等相關保護措施，係由檢察官或法官決定，警察機關藉此僅移送流氓行為，不移送刑事犯嫌行為，不僅「規避」證人保護法於刑事案件之適用，更有「架空」檢察官方為偵查主體，擁有偵查犯罪與否發動權之法制地位（刑事訴訟法第二百二十八條第一項）之嫌。更遑論此等所謂「秘密證人」是否真有保護必要，亦令人啟疑。

附件二編號二冷○國案，早於九十二年間即裁定感訓處分，惟其所謂「流氓事實」迄今受感訓處分人仍否認，該案冷○國未與秘密證人對質，警察機關又從未將同樣行為，以涉嫌恐嚇取財罪嫌移送檢察官偵查，是亦無從進入刑事庭審判（如以刑案角度觀本案犯行，是否成罪已有疑，成罪後之刑罰是否達三年有期徒刑亦有疑），致冷○國從未能與證人對質，卻須受「感訓處分三年」之實質刑罰效果。無怪乎本院屢次發函「催促」警察機關將相同行為移送刑事案件，警察機關始終置之不理，「檢肅流氓」顯然成為警察機關迴避刑事案件方式以「整頓治安」的利器。問題是如此手段是否正當？

## 七、感訓處分毋庸諭知期間（本條例第十三條第二項）——違反明確性及禁止不定期刑原則

本條例第十三條第二項明定法院審理移送裁定感訓處分之結果，認應交付感訓者，應為交付感訓處分之裁定，但毋庸諭知其期間。惟同條例第十九條第一項規定：「感訓處分期間為一年以上三年以下。但執行滿一年，執行機關認為無繼續執行之必要者，得檢具事證報經原裁定法院許可，免予繼續執行」。此種毋庸諭知期間之規定，使得法院裁定之內容有違明確性原則。換言之，受感訓處分之流

氓，因期間之不確定，勢生惶惶不可終日之恐懼。又自本條例第十九條第一項之規定可推知，無論流氓平日素行、行為後之態度、執行感訓處分之表現等，有無特別預防之必要，至少必須承受一年以上人身自由之剝奪，始得由執行機關（法務部技能訓練所）檢具事證報經原法院裁定許可，方有可能免予繼續執行。

上述感訓期間不確定性之規定，顯然違反法明確性原則，如另自釋字第四七一號解釋以為保安處分與刑罰拘束人身自由之性質無異的意旨觀之，對於「禁止不定期刑」之刑罰宣示原則，應同樣拘束感訓處分期間之宣示。換言之，此處規定亦違反禁止不定期刑原則，而侵害人民之訴訟權。其次，滿一年始得報經許可免予執行之規定，無異於宣示，感訓處分期間一律為一年以上。釋字第四七一號解釋，對於修正前槍砲彈藥刀械管制條例第十九條第一項規定，不問行為人有無預防矯治其社會危險性之必要，一律宣付強制工作三年之規定，認為「不論有無預防矯治其社會危險性之必要，限制其中不具社會危險性之受處分人之身體、自由部分，其所採措施與所欲達成預防矯治之目的及所需程度，不合憲法第二十三條所定之比例原則」之意旨，顯然亦通不過比例原則之檢驗。尤有甚者，此種規定變相使得感訓處分之期間，實際上委由執行之行政機關（監所）決定。換言之，以行政機關之名，行司法審判之實，嚴重違反憲法訴訟權之制度性保障，也有違權力分立原則之虞。

#### 【與聲請案例之關係】

所有裁定感訓處分之案件，主文均為「某某某交付感訓處分」，究竟



是不滿一年、一年、二年或三年，法院均未明示。又因為本條例第十九條第一項但書之規定，其期間至少一年，受感訓人卻無從得知，與同屬拘束人身自由之強制工作保安處分明確諭知期間之方式，顯有不同。如認此係第十九條規定所致，則另輔以同條例第十八條及施行細則、感訓處分執行辦法等相關規定，法院對於感訓處所之執行幾全不參與，而係由感訓執行機關於滿一年後，「得」檢具事證，報請原裁定法院許可免予繼續。換言之，法院僅有被動許可與否之決定，如執行機關不向法院報請，法院亦無從置喙。換言之，對於執行期間一至三年之裁量權屬執行機關擁有，對受感訓處分者而言，自裁定感訓處分確定時起，即處於「不定期刑」之處境，與釋字第四七一號解釋意旨、新刑法的要求有違。

#### 八、「抗告」之救濟程序（本條例第十四、十五條）—違反直接、言詞審理等正當法律程序及訴訟基本權

因為感訓處分係以法院之「裁定」為之，本條例第十四條特別對此裁定之救濟程序為：「受裁定人或移送機關對法院之裁定不服者，得於收受裁定書之翌日起十日內抗告於上級法院（第一項）。提起抗告，應以抗告書狀敘述理由，提出於原裁定法院為之（第二項）。對於抗告法院之裁定，不得再行抗告（第三項）」。換言之，對此裁定雖得向第二審法院提起抗告，惟不得再抗告。

抗告程序之審查客體為「裁定」，而非「判決」，在本條例無明文規定下，實務上準用刑事訴訟法之規定，認為係得不經言詞辯論之程序（刑事訴訟法第二百二十一條反面解釋），以三年感訓處分之嚴重法律效果，類比成刑罰效果即屬「最輕本刑三年有期徒刑」之罪，別說實務上從不認為此類案件應準用刑事訴訟法第三十一條第一項「強

制辯護」規定之現狀，上級抗告法院於審查此類抗告案件時，亦多未踐行言詞審理程序，而僅以書面審查。換言之，提起抗告之受感訓者，無從以言詞陳述其不服之理由，「書面審理」之結果，二審審判程序形同虛設，如謂二審此時兼有或專為「法律審」之性質，則應許二審準用第三審之相關程序，現行本條例就此全無特別規定，已侵害受感訓者基於聽審原則所得享有之訴訟基本權。

釋字第三八四號解釋提出「對裁判不服提供審級救濟」作為正當法律程序內容之一。釋字第五七四號解釋文第一段謂：「憲法第十六條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。而訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定。釋字第五九一號解釋文續謂：「倘其規範內容合乎上開意旨，且有其必要性者，即與憲法保障訴訟權之意旨無違」。反面言之，倘立法者所為規範內容「不合乎正當合理之規定」，即有違正當法律程序。而程序上應本之正當法律程序原則，依據釋字第三九六號解釋文稱，應「予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以（被付懲戒人）最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨」。上述既非單純法律審之抗告審查程序，如僅以書面審理，經第一審治安法庭裁定受感訓處分之人，提起抗告後，法院所應遵行之基本程序，及人民應受保障之「直接審理、言詞辯論、對審、辯護制度及最後陳述機會」等訴訟權，均遭制度性限制或剝

奪。非常明顯的比較：於刑事審判程序中經「判決」宣告強制工作三年者，得以經由「上訴」之直接、言詞辯論等程序審查之，經由治安法庭「裁定」感訓處分三年者，祇得經由「抗告」程序以書面審查之，如此設計使得審級救濟形同虛設，對於正當法律程序及人民訴訟權之侵害已明。

#### 【與聲請案例之關係】

附件二中的五件執行案件，除編號一、四未提起抗告，編號二經抗告法院認為逾期抗告，以抗告不合法駁回外，餘編號三、五號均經被移送人提起抗告。附件二編號十四案件，係經原審裁定不付感訓，經移送機關（桃園縣政府警察局）提起抗告。觀抗告法院卷宗足知，抗告法院從未傳喚抗告人，更未傳喚任何證人，亦無任何調查證據之舉，僅以書面審理，就被移送人抗告之案件，裁定駁回；就移送機關抗告之案件，認抗告有理由撤銷原裁定。如此抗告審查程序，均指向維持感訓處分三年（或應裁定感訓處分三年）之方向，卻對於被移送人之聽審權從無保障，更遑論被移送人在第一審法院即未保障之對質詰問權。

### 九、感訓處分與有期徒刑、拘役、保安處分相互折抵，以及先裁判確定者先執行（本條例第二十一條，施行細則第四十六條）—仍違反一行為不二罰及一事不再理原則

本條例第二十一條關於有期徒刑、拘役、保安處分得相互折抵之規定，顯係立法者回應釋字第三八四號解釋所宣示，正當法律程序中的「一行為不二罰」原則（或稱雙重危險禁止原則）所致。首先，制定本條規定的實質意義在於，立法者已「坦承」感訓處分與刑罰或保安處分之內容無異，承認一行為不二罰的憲法要求。相當程度上亦與釋字第四七一號解釋相呼應，至少依據聲請人見解，感訓處

分為特別法所規定之保安處分，其與強制工作處分內容無異，在立法上應獲得證實（註三十九），甚且何以強制工作不得與刑罰折抵，感訓處分卻可以折抵，除呼應釋字第三八四號解釋的要求外，別無其他理由？其次，立法者所欲達到之藉由相互折抵，以使不違反一行為重覆處罰之目的是否達成，不無疑義，舉例言之，當流氓行為同時觸犯刑事法律，被判處有期徒刑之刑事判決先於感訓處分之案件確定時，依據本條例施行細則第四十六條第一項「受感訓處分人之行為同時觸犯刑事法律，以先裁判確定者先執行」之規定，在執行未滿一年有期徒刑之案例，因為前述「感訓處分至少一年」之規定（參見本條例第十九條第一項），行為人執行刑罰完畢後，尚須另執行感訓處分（一至三年），而仍有一行為受重覆處罰之危險，也易招致「耍流氓耍耍大條」之譏（註四十）。尤其，即使不違一事不二罰原則，惟自禁止重覆追訴（雙重危險禁止）的觀點言，同一行為既經司法程序審結（尤其也併宣告強制工作三年者），行為人又必須再經司法檢肅流氓程序審理，即便「逃脫」一行為二罰的違憲質疑，但仍禁不起「一事不再理」原則的檢驗，特別是耗費不同法官在不同程序上之精力，顯有浪費司法資源之情，而無必要。

以臺灣高等法院暨所屬法院二〇〇三年法律座談會，其中第三十八號提案問題的研討結果，更可清楚說明聲請人上述關於違反「一行為二罰」的疑慮。茲附錄如下（註四十一）：

- 一、提案機關：臺灣雲林地方法院
- 二、法律問題

受感訓處分人之行為同時觸犯刑事法律，被判處有期徒刑十月，先行確定，法院應如何執行？

### 三、討論意見：

甲說：依檢肅流氓條例施行細則（下稱施行細則）第四十六條第一項規定，受感訓處分人之行為同時觸犯刑事法律，以先裁判確定者先執行。故本件應先執行先確定之有期徒刑十月。

乙說：應先執行感訓處分。感訓處分執行完畢後，依檢肅流氓條例（下稱本條例）第二十一條第一項規定，以感訓處分一日折抵有期徒刑一日，如折抵期滿，不得再執行有期徒刑。其理由如下：

（一）由於本條例第二十一條第二項規定，被移送人所涉流氓行為，同時觸犯刑事法律者，法院得於判決確定前，停止移送案件之審理。故感訓案件之裁判，往往比刑事案件之確定較遲。

（二）適用施行細則第四十六條第一項規定，以裁判確定者先執行，而執行刑事判決之結果，將造成下述違反平等原則及一罪不兩罰之原則：（1）重罪者只要執行感訓處分或刑事判決其中之一，輕罪者反而必須執行感訓處分及刑事判決，而受一罪兩罰。（2）縱使刑事判決均未逾三年之較輕微案件，若先執行確定之刑事案件，就以本件有期徒刑十月為例，執行有期徒刑後，仍應執行感訓處分。雖先前所執行之刑期得予折抵，但感訓處分仍應執行相當期間，始能免予繼續執行，也會發生一罪兩罰的情形；反之，若先執行感訓處分，則感訓處分執行期間，已足折抵有期徒刑十月，依本條例第二十一條第一項規定，不得再執行有期徒刑十月。以本問題之情形而言，先執行刑事判決，後執行感訓處分，不免違反平等原則及一罪不兩罰之原則。

（三）本條例第二十一條第一項，是為避免一罪兩罰之規定。但適用

施行細則第四十六條第一項之結果，違反憲法第七條之平等原則及一罪不兩罰之原則，亦有背於本條例第二十一條第一項之立法目的，法官自得拒絕適用。因此，法官應先行執行感訓處分，以避免一罪兩罰。

初步研討結果：多數採乙說。

#### 四、審查意見：

(一) 採甲說。

(二) 補充理由：

檢肅流氓條例第二十一條，係指流氓行為同時觸犯刑事法律者而言，即一個行為同時符合二個法律規範，依一罪不兩罰「精神」，互抵刑期或感訓期間，就不足部分，仍應執行。其重點在所處刑期及感訓期間內，不重複執行，即以較長之期間定其自由受拘束之期間，並非嚴格的「一罪不兩罰原則」之適用。此為立法之意旨，不因所犯為輕罪或重罪、何者先執行而發生一罪兩罰或一罪不兩罰，自無違反平等原則問題。

#### 五、研討結果

(一) 照審查意見通過，採甲說。

(二) 建請司法院修正檢肅流氓條例施行細則第四十六條第一項。

前述施行細則第四十六條第一項之規定仍未修正，而所謂一行為不二罰原則亦因而大打折扣，也造成流氓間流傳「耍流氓耍耍大條」的說法。此外，前述案例，如刑事法院於有期徒刑之外，另併予宣告「刑前強制工作」者，行為人必須先執行刑前強制工作，再執行（未滿一年之）有期徒刑刑罰，其後感訓處分之裁定始確定，復又執行感訓處分，顯有「一行為三罰」之危險。若以

為刑前強制工作（通常為三年）得以折抵感訓處分之執行，試問：治安法庭大費週章審理結果，卻又不須執行，不僅浪費司法資源，且對於司法之公信力及公權力均造成傷害。

【與聲請案例之關係】

附件二中五件執行案件，除編號三之第一審刑事判決併宣告強制工作三年外，嗣經臺灣高等法院撤銷此部分宣告外，餘均無宣告強制工作。惟刑罰既得與感訓處分相互折抵，編號一刑罰判處三年六月、編號三刑罰判處六年二月，實無執行之必要。又編號三刑事程序之第二審法院係以「槍砲彈藥刀械管制條例第十九條有關強制工作之規定，業於九十年十一月十四日公布刪除，原判決有關宣告強制工作部分，失所依據」為由，撤銷原審強制工作三年宣告之部分（參見臺灣高等法院九十一年度上訴字第六五九號刑事判決理由），如此法院如何解釋一方面無須強制工作，另一方面又須感訓處分？

附件一的十五件案件，刑事部分，除編號三、十五從未經偵查，編號四部分未偵查、部分不起訴確定（犯罪嫌疑不足），編號六尚未判決（且部分未起訴），編號十一、十二部分未偵查外。相同之事實部分，刑案結果如下：【編號一】無罪確定（好在聲請人並未依第一審判決內容裁定感訓處分）；【編號二】有期徒刑四年確定（撤銷一審強制工作二年之判決）；【編號五】有期徒刑三年四月確定；【編號七】有期徒刑十二年六月；【編號八】有期徒刑二年；【編號九】有期徒刑十五年；【編號十】有期徒刑一年一月加七年（數罪）；【編號十一】有期徒刑一年九月；【編號十二】有期徒刑五月；【編號十三】有期徒刑一年十月；【編號十四】有期徒刑十月，緩刑五年。如相互折抵結果，僅編號八、十一、十二、十三、十四號等五件尚有裁定之執行實益，餘均無裁定實益（更遑論其中許多所謂「流氓行為」僅係「小混混的惡行惡狀」

），諸如聲請人不禁懷疑如此移送行為是否僅有「宣示意義」？反面言之，「僅剩下宣示意義」之法律，究竟有無存在必要？

聲請人以為，除始終被質疑的第二條流氓態樣違反法明確性原則、平等原則外，檢肅流氓條例最大的致命傷，其實在於第二十一條相互折抵的規定，在強制工作仍存在之現行法制下，保安處分（強制工作）與刑罰不可相互折抵，感訓處分與刑罰卻可相互折抵，而感訓處分又可以與保安處分（強制工作）相互折抵，使得感訓處分「兼有刑罰及保安處分性質」，已然挑戰「刑罰與保安處分二分法」的法制立場。又立法者既然承認「一行為不二罰」，則其前提程序的「一事不再理」原則，是否亦同為立法者所承認。聲請人以為，如仍維持保安處分（強制工作）與刑罰二分之法制原則，立法者祇須在刑法法典保安處分章節中，另增訂法院依職權或依（警察機關、檢察機關）聲請發動審查強制工作（或感訓處分）與否之規定即可。

#### 十、治安法庭的組成及準用刑事訴訟法之規定（本條例第二十二、二十三條，施行細則第十八條至第二十四條、第十二條）—違反審檢分立之控訴原則及權能區分原則

學者謂，犯罪行為之刑事追訴，警察機關與檢察機關依據刑事訴訟法之規定，係採「權能區分原則」。申言之，即檢察機關在法律上具有較高之地位，而擁有偵查指揮權，警察機關則居於司法警察之地位，受檢察機關之指揮。然而礙於人力因素，刑事追訴實務上絕大多數犯罪偵查工作係由司法警察擔任，檢察機關則站在專業控訴者之立場對司法警察偵查之結果為審查，決定是否提起公訴。因此，檢察機關可謂「有權無能」，而司法警察機關則「有能無權」，二者在此方式下互相配合與制衡，而能同時兼顧追訴犯罪之成效與人權之保障（註四十二）。換言之，審判程序



中，基於控訴原則，檢察官居於控訴者（原告）之立場；偵查程序中，則由偵查主體地位之檢察官指揮警察機關。

本條例第二十二條規定，法院得設立專庭或指定專人，以治安法庭之名義，辦理檢肅流氓案件。依據本條例施行細則第十九條的規定，法院治安法庭是由法官、書記官、通譯、錄事、法警及庭務員所組成。此外，依據「法院辦理檢肅流氓條例案件應行注意事項」第五條規定，法院受理檢肅流氓案件時，被移送裁定人若已隨案移送，治安法庭法官應即訊問，是其有無留置的必要所為之處理。因此，治安法庭之組成，顯然排除檢察官為控訴者，而替以警察機關，法官（審判者）訊問當事人以決定是否為留置處分。此種運作模式顯然有違「審檢分立」及「控訴原則」，並且警察機關於檢肅流氓程序中，已居於與檢察機關平行之地位，有混淆偵查主、輔地位，並違反前述學者所謂「權能區分原則」。因而實務及學術界迭有「架空檢察官」之疑慮及質疑<sup>（註四十三）</sup>。因為欠缺檢察官的監督及控制，又因為流氓概念的高度不明確性，實務上警察機關即廣泛使用其裁量權，配合上級機關之政策目的，諸如所謂「環保流氓」、「殯葬流氓」，甚至「國會流氓」等名詞及現象遂應運而生。關於警察機關濫用移送權限之批評即始終未歇。

本條例第二十三條規定，法院受理流氓案件，準用刑事訴訟法之規定。如前所述，流氓的司法檢肅程序，排除檢察官的參與，最根本的問題：控訴原則是否維持？如有維持必要，是否即應由警察機關立於控訴者之地位？準用交互詰問證人之規定，由誰主詰問？由誰反詰問？均發生疑

義。

### 【與聲請案例之關係】

因為檢察官被排除的關係，難免發生如前所述檢察官於刑事訴訟程序中「偵查主體」遭「架空」之情形外，審理中因為欠缺「公訴檢察官」，準用當事人進行主義之刑事訴訟法結果，是否所有「檢察官」行使之職權，應由警察機關行使？抑或由法院行使？如此是否有違大法官所要求之正當法律程序原則？聲請人於操作上遭遇窒礙難行之處比比皆是。

即使依據實務上許多治安法庭之作法，待刑事庭審理結果有罪後，再行依據刑事判決認定結果裁定（現行警察機關之移送程序似亦傾向此種作法），請參見附件一編號一陳○銓（原名陳○哲）案件，第一審刑事法院判處二年八月，強制工作三年，但第二審確定判決係判處被告無罪。如聲請人真的依據第一審判決結果裁定感訓處分三年，於當時會發生「一行為三罰」之疑義，於今會產生「無罪但感訓處分三年」之奇特現象。聲請人並非不知尚有重新審理之規定（本條例第十六條），惟如此被移送人之同一行為，法院已受理三次，一行為三理，對行為人難道不會產生困擾？司法資源有必要如此耗費？如果立法者仍要維持感訓處分制度，大法官又承認強制工作之合憲性，為何不在同一個刑事程序中，要求刑事庭法官（依職權）審查有無強制工作之必要，如此感訓處分之審查程序即無必要，一行為僅受理一次，無違一事不再理原則。

## 十一、檢肅流氓條例與刑事實體法及刑事程序法競合，依比例原則審查，實無存在之必要

### （一）檢肅流氓條例與其他實體法律的競合

檢肅流氓條例第二條各款所規定之「流氓行為」，均無不構成其他刑事法律之理由，業如前述。其中第一款、第二款之行為，已有組織犯罪防制條例及槍砲彈藥刀械管制條例所規範，甚且前者另有關於一律強

制工作三年或五年之規定，業經 鈞院釋字第五二八號解釋肯定合憲，已無再執行感訓處分之必要，司法實務亦已排除本款之適用（註四十四）。至違反槍砲彈藥刀械管制條例之行為人，如其情節嚴重，且有為特別預防矯治其社會危險性之必要，仍得由法院斟酌刑法第九十條第一項規定之要件，依職權為強制工作之保安處分宣告，以符釋字第四七一號解釋意旨。換言之，立法者毋寧係「提醒」法官應依職權審酌行為人有無應付強制工作之必要性，是此類案件亦無再執行感訓處分之必要。至於其他第三、四、五款之流氓，於我國高密度之刑事法律規範下，殊難想像有不構成刑罰行為之例外，是以除另構成刑事行為處罰外，在不違反比例原則之下，法院亦得依據刑法第九十條第一項之規定，另為強制工作（三年）之宣告，而無執行感訓處分之必要。換言之，在司法檢肅程序，祇要法制上，刑法保安處分（尤其強制工作（註四十五））之制度仍存在，感訓處分即與之產生競合，且執行內容均得以強制工作處分內容取代，感訓處分實無存在必要。

至於針對所謂一般流氓的行政檢肅程序，因為仍以「流氓身分」為告誡及列冊輔導的處罰基礎，亦有違行政罰「處罰行為，不處罰身分」之原理，且侵害隱私權之情甚為嚴重。實則，如為防止危害或犯罪發生，透過現行警察職權行使法第十一、十四及十五條，關於跟監、通知到場及定期實施查訪之規定（註四十六），亦足達成「列冊輔導」之功能及目的。

## （二）檢肅流氓條例與刑事程序法的競合——第二套刑事訴訟法？

檢肅流氓條例所規定各種警察機關之「強制到案處分」，有違刑事訴訟法上的強制處分法定原則，經過鈞院釋字第五二三號解釋，本條例第十一條以下的「留置」處分與刑事訴訟法上之羈押處分，實質上已無異，假若日後大法官復行宣告本條例其他到案處分違憲，立法者即參照刑事訴訟法關於強制處分之規定，修正各種強制到案處分；宣告第十二條違憲，立法者即修正保障被移送人之對質詰問權。聲請人要提出的質疑是：如此與另行制定一部刑事訴訟法有何異？並且，祇要檢察官被排除在外，本條例關於違反控訴原則及權能區分原則的質疑，終不止歇。最根本的問題是，我們有無必要制定「第二部刑事訴訟法」，使行為人之相同行為受二次「追訴」，並重覆耗費司法資源？

## （三）無存在必要的檢肅流氓條例

接下來的問題是，檢肅流氓條例既然與刑事實體法及刑事程序法均有高度的重疊性，於現行法秩序下，檢肅流氓條例究有無繼續存在之必要？換言之，以現行刑事法律，是否即足發揮本條例所欲達到的「防止流氓破壞社會秩序、危害人民權益」的立法目的？抑或本條例的存在反而造成與其他行政法律及刑事法律的齟齬，進而反有危害人權之虞。

很顯然的，如聲請人以上的討論，本條例仍有許多違反正當法律程序及侵害人民基本權的違憲條文，尤

其第十二條關於秘密證人之規定，顯然仍違反釋字第三八四號、第五八二號解釋之意旨，而公然違反大法官之意志，此等條文誠有修正或廢止之必要。惟最根本的問題是，即使本條例再經修正，其內容完備至等同於「第二部刑事訴訟法」，其於現行法秩序下，究竟有無存在必要，是否得發揮其制定時所欲達成之立法目的？

有以為檢肅流氓條例對於遏止黑道勢力猖獗坐大，提振民眾對政府掃黑之決心，確具正面意義應予持續加強執行檢肅，而對於檢肅流氓條例抱持著積極正面的看法，並認為若廢除檢肅流氓條例，回歸現行刑事法體系，僅於刑法、刑事訴訟法修訂相關條文，對社會治安有不良之影響（註四十七）。一九九五年的釋字第三八四號解釋理由書亦不否認，其前身始於戒嚴及動員戡亂時期而延續至今的檢肅流氓條例，「對於社會秩序之維護，固非全無意義」，惟大法官也不諱言的指出，除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。換言之，僅簡單摘掉「動員戡亂時期」帽子的修正前本條例，於平時法制看來，其違反正當法律程序之處甚多，問題是經修正後的現行強制到案程序規定及秘密證人等規定，仍有違反正當法律程序之情，而最基本的建立在處罰身分，非處罰行為的本條例第二條所列舉之規定，則始終未依大法官所指示「亦非全不得制定法律加以防制，但其內

容應符合實質正當之法律程序」之方向，予以修廢。至於刑罰、保安處分及感訓處分得相互折抵的規定，更突顯出感訓處分之性質與刑罰或保安處分無異，則耗費司法資源要求法官對同一行為審查兩次，裁定後又因為有折抵規定而得免予執行，其裁定實益何在？

至於一般以為檢肅流氓條例至少具有較之刑罰執行較強之威嚇力。聲請人以為，過去動員戡亂時期，感訓處分由隸屬國防部之職訓總隊負責執行，因其軍事教育色彩濃厚，自較具威嚇性。惟現行本條例之感訓處分係由法務部所屬之技能訓練所執行，除地點設立在台東縣（北部流氓：岩灣技訓所；南部流氓：泰源技訓所），對於多數受感訓人之家屬交通較為不便外，其管理訓練均與一般監所無異，甚至執行人所得享有之空間及環境相對寬裕（聲請人之實務經驗：併行感訓處分及刑罰執行者，寧願選擇台東地區技訓所執行，不願於其他監獄執行刑罰）。是所謂黑道幫派皆畏懼感訓處分之說法，恐係舊時代所建立的刻板印象。尤其執行內容無異於強制工作之感訓處分，於刑法或其他特別法，如竊盜犯贓物犯保安處分條例、槍砲彈藥刀械管制條例、組織犯罪防制條例等，概有強制工作保安處分之相關規定，以強制工作取代感訓處分，實輕而易舉。是感訓處分較刑罰或保安處分較具威嚇力功能的說法，亦不成立。

誠如許宗力大法官於釋字第五七八號解釋中的協同意見書所謂：立法者有一定之自由形成空間，惟其因

此對於人民基本權利構成限制時，仍應符合憲法比例原則之要求。如何判斷是否符合比例原則，本院釋字第五五四號解釋理由書已明白指出，首先立法目的必須具有正當性，其次，手段須有助於立法目的之達成（適合原則），亦無其他侵害較小亦能達成相同目的之手段可資運用（必要原則），最後，手段對基本權利之限制與立法者所欲維護法益之重要性必須處於合乎比例之關係（狹義比例原則）。許大法官並提出更為精細的操作比例原則之標準：一、比例原則、立法事實之審查、寬嚴不同之審查基準。二、適合原則、立法事實預測之審查、檢討改進義務。三、必要原則與狹義比例原則之審查、持續注意觀察義務（註四十八）。

聲請人借用以上比例原則之標準，審查本條例於我國法秩序下，是否符合比例原則。關於對立法事實判斷之審查，即使認為本條例係為維護治安而制定，惟其侵害的係人身自由基本權，應採取最嚴格審查標準，至少立法者對於當時甫自動員戡亂終止、解除戒嚴，進入平時法治的年代，本條例應尚有其存在之必要，是尚難遽斷立法者的判斷非正確，自足通過適合原則之要求，惟經過數年的民主法治進程，鈞院釋字第三八四號解釋質疑五分之一以上的條文違憲時，其有無繼續存在之必要，即足令人懷疑，尤其檢肅流氓條例過去最為自豪的整肅幫派等犯罪組織之功能，已於一九九六年為組織犯罪防制條例所取代，其餘流氓行為均足為刑法或刑事特別法所涵括，聲請人以為，

至少自組織犯罪防制條例公布施行後，本條例之存在已難通過適合性原則的檢驗。惟若自其所能達到餘存之威嚇效果，尚難對於治安目的未曾達成部分助益或效果，當然如採取如此寬鬆的認定態度，無非係如許宗力大法官所言「對適合原則從寬審查，僅以禁止完全無效或完全不適合之手段為已足，主要理由是爭執限制基本權之手段適合與否，初衷原本在於要求國家應根本放棄對基本權之限制，而倘若適合原則採高標準，要求系爭手段必須高度或完全有助於目的之達成，有時反會造成要求國家必須採取一個對人民基本權限制更嚴格、更激烈之手段的反效果」。至於在適合性原則下審查立法者對事實的預測，聲請人認為，至少立法者選擇以非平時法制之規定適用於平時法制，換言之，以侵害人民基本權激烈甚且有違憲之虞之手段，來試圖達成維護治安之目的，已有預測錯誤之虞。為避免人民基本權利被基於錯誤預測所採取限制基本權之手段繼續「侵害」下去，立法者應盡其配合事實變遷檢討改進之義務。這裏所謂的檢討改進，自亦包括是否廢止本條例在內。至於本條例的制度目的及功能，本可由其他現行法律所取代，甚且本條例造成現行法律其他齟齬之處，自難謂非無其他侵害較小之立法方式，更難謂足通過對於人身自由基本權侵害的狹義比例原則的利益衡量審查。所以，檢肅流氓條例可謂「功成身退」，在陸續制定及完善的法制下，其存在不僅已無助於社會秩序、公共安全之維護，甚且已有害人權及國家形象，顯無存在之必要，其廢止已



達刻不容緩之地步。

#### 肆、結論

聲請人發現本條例重要條文如第二、六、七、九、十、十一、十二、十三、十四、十五、十九、二十一、二十二條等，超過一半之條文，均禁不起正當法律程序，諸如罪刑法定主義（包括強制處分法定原則）、對質詰問權、一事不再理、審檢分立（控訴原則）、法庭公開原則、審級救濟制度之檢驗，更因而嚴重侵害人民訴訟基本權（尤其釋字第五八二號解釋強調之詰問權）。再者，諸如法律保留原則（強制處分法定原則）、法明確性原則及平等原則之違反亦甚為明顯。最後，依據比例原則之檢驗，本條例在現行刑事特別法制已臻完備之情形下，已無存在之價值。是以即使違憲條文再經修正，其內容完備至等同於「第二部刑事訴訟法」，更足證明其已無必要。本條例對於「社會秩序維護之意義」（釋字第三八四號解釋理由書語）可謂「功成身退」，如仍許其存在，不僅無助於社會秩序、公共安全之維護，甚且有害人權及國家形象，期盼大法官於宣告本條例各條文違憲之時，亦慎重考慮整部法典的存在是否已抵觸比例原則，而無存在之必要，力促立法者早日廢止之。

聲請人更斗膽建議大法官，不妨針對所有曾任及現任治安法庭之法官實施檢肅流氓條例有無違憲及有無存在必要之「問卷調查」，以實證研究方式，更足窺見實務上法官對於本條例之「深惡痛絕」。本屆大法官在人權保障上的努力，有目共睹，如能藉此審查機會，一舉「解決」困擾實務多年之檢肅流氓條例，絕對足以作為臺灣邁向「人權立國」之指標案件。

關係文件之名稱及件數

附件一：感裁、感更案件共計十五件

附件二：感裁執、感裁執緝案件共計五件

附件三：檢肅流氓條例之沿革及現行程序簡介

附件四：停止審理（及執行）之裁定書

附件五：附件一案件之流氓案件移送書、複審認定書

附件六：附件二案件之治安法庭裁定書

附件七：附件一編號一辯護人蔡順雄律師「刑事陳述意見狀」

附件八：附件二編號二辯護人林合民律師「辯護意旨狀」

此 致

司 法 院

聲請人 臺灣桃園地方法院治安法庭法官 錢建榮

中 華 民 國 94 年 12 月 16 日

註一：分別是第五條關於經認定為流氓，不得行政爭訟之規定，違反憲法第十六條訴訟基本權；第六條、第七條賦與警察機關具有不經司法機關，即得「強制人民到案」之強制處分權，違反憲法第八條人身自由權；第十二條秘密證人之規定，剝奪被移送人的對質詰問權，違反正當法律程序之人身自由權；第二十一條規定對同一行為觸犯刑事法律，仍得執行感訓處分，違反同一行為不得重覆處罰之正當法律程序人身自由權。

註二：學者間不無持反對見解者，認為「罪刑法定主義」即便在美國聯邦憲法也非出自正當法律程序條款；德國則係明定於彼邦基本法第一百零三條第二項。參見郭介恆，正當法律程序－美國法制之比較研究，收錄於憲政體制與法治行政－城仲模教授六秩華誕祝壽論文集（二），1998年，157頁；陳愛娥，正當法律程序與人權保障－以我國法為中心，司法院大法官九十二年度

學術研討會—正當法律程序與人權保障，司法院發行，1994年10月初版，13頁以下。陳愛娥並指出罪刑法定主義之憲法依據，宜求諸於憲法第二十三條之法律保留原則，較為妥適。

註三：參見黃朝義，留置裁定要件之相關問題—評大法官會議解釋第五二三號解釋等，月旦法學雜誌，78期，2001年11月，190頁；林山田，動員戡亂時期檢肅流氓條例評議，刑事法論叢（一），270頁；高瑞錚律師，檢肅流氓與檢肅流氓條例，律師通訊136期，1頁。

註四：關於罪刑明確性原則，請參見林山田，刑法通論上冊，77頁以下；黃榮堅，基礎刑法學（上），2003年5月，元照，初版，102頁以下。

註五：黃榮堅，同上註，105頁。

註六：參見翁岳生，大法官關於人身自由保障的解釋，月旦法學雜誌15期，1996年8月，94頁。

註七：我憲法第五條規定：「中華民國各民族一律平等」，第七條規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派，在法律上一律平等」，明文揭示保障人民之平等權。又憲法增修條文第十條規定國家應促進兩性地位之實質平等，而憲法基本國策章中第一百五十三條、第一百五十五條與第一百五十六條，亦對保障婦女與其他弱勢族群之實質平等設有規定，足見憲法上對於平等原則之重視。

註八：翁岳生大法官於釋字第四五五號解釋提出之協同意見書中明言。

註九：吳庚，憲法的解釋與適用，2003年4月，182頁。

註十：參見翁岳生大法官於釋字第四五五號解釋提出之協同意見書。另參見李建良，論法規之司法審查與違憲宣告—德國聯邦憲法法院裁判之分析，收錄於氏著，憲法理論與實踐（一），1999年

7月，433(461)。

註十一：黃昭元，國軍老舊眷村改建條例的合憲性—司法院釋字第四八五號解釋評析，臺灣本土法學雜誌，6期，2000年1月，25頁。

註十二：黃昭元進一步說明此基礎公式較有較高的可操作性理由：從是否為「同者」可引出對「分類標準」與「正當理由」的討論，而是否「等之」則引出是否存在有任何「差別待遇」的分析。參見前註。聲請人以為，此種思維顯然係採取美國法上所謂「平等權之雙重審查標準」，以「分類標準」及「差別待遇」（涉及優惠性差別待遇之案例，則另考慮「規範目的」標準）兩層次為審查標準。關於美國實務及學說之介紹，請參見法治斌，司法審查中之平等權：建構雙重基準之研究，收錄於：法治國家與表意自由，憲法專論（三），2003年5月，211頁以下。

註十三：參見李惠宗，憲法要義，2002年10月，元照，初版，134頁以下；同作者，憲法工作權保障之系譜，收錄於氏著，權力分立與基本權保障，1999年3月，366頁以下。

註十四：明顯違反不當聯結禁止之例子，未經考試及格任用之學校職員與經考試及格任用之學校職員，立法者使具相同之地位及保障，即有違平等原則。釋字第四〇五號解釋文對此有詳細的說明：憲法第八十五條規定，公務人員之選拔，應實行公開競爭之考試制度，非經考試及格者不得任用，明示考試用人之原則。學校職員之任用資格，自應經學校行政人員考試或經高等、普通考試相當類科考試及格。中華民國七十九年十二月十九日修正公布之教育人員任用條例第二十一條所稱「適用各該原有關法令」，並不能使未經考試及格者取得與考

試及格者相同之公務人員任用資格，故僅能繼續在原學校任職，亦經本院釋字第二七八號解釋在案。八十三年七月一日修正公布之教育人員任用條例第二十一條第二項中，關於「並得在各學校間調任」之規定，使未經考試及格者與取得公務人員任用資格者之法律地位幾近相同，與憲法第八十五條、第七條及前開解釋意旨不符，應自本解釋公布之日起失其效力。

註十五：吳庚，(註9)書，189頁。

註十六：關於體系正義作為平等原則之具體判斷方式，可參見李惠宗，從平等權拘束立法之原理論合理差別待遇之基準，臺灣大學法律學研究所碩士論文，1988年6月，98-102頁。翁岳生大法官亦將此作為具體判斷標準，同參見釋字第四五五號解釋協同意見書。

註十七：以下僅簡略介紹結論，詳細論證務請參見許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，發表於中央研究院主辦，「憲法解釋之理論與實務」學術研討會，1999年3月20日，論文34頁以下。具體案例之操作，可參見許宗力大法官於釋字第五六八號解釋所提出之協同意見書。

註十八：此處指的是「廣義被告」，包括犯罪調查中之「犯罪嫌疑人」，偵查、審判中之「被告」，及判決確定後之「受判決人」，服刑中之「受刑人」（包括假釋犯）。

註十九：參見林山田，(註3)文，256頁。

註二十：參見司法院統計處編，九十年度司法院統計提要，8-278頁。

註二十一：這也與聲請人前述「一般流氓」與「情節重大流氓」因區別不易，導致認定機關易於「一律認定情節重大」之恣意有關。

註二十二：分別為釋字第四三二、四九一、五二一、五二四、五四五、五七三及五七七號解釋。

註二十三：參見陳愛娥，如何明確適用「法律明確性原則」？—評司法院大法官釋字第五四五號解釋，月旦法學雜誌，88期，249(253)頁。

註二十四：釋字第四三二、五二一、五四五號解釋參見。

註二十五：參見陳愛娥，(註23)文，254-255頁。

註二十六：自此角度檢驗大法官於釋字第五四五號解釋所言不確定法律概念的涵義「於個案中並非不能經由適當組成之機構依其專業知識及社會通念加以認定及判斷，並可由司法審查予以確認，則與法律明確性原則尚無不合」的說法，即甚有問題，對於本件解釋的批評，請參見陳愛娥，(註23)文，257-258頁。

註二十七：參見陳愛娥，(註23)文，251頁以下。

註二十八：以二〇〇一年為例，各地地方法院共計受理流氓感訓裁定案件計一〇三〇件（含新收與舊受案件），其中經認定為情節重大流氓而移送者，達九七六件；經告誡後仍有流氓行為而移送者僅有七件。參見司法院統計處，民國九十年度司法院統計提要，8-286頁。足見聲請人所持警察機關儘量認定為情節重大流氓的懷疑，並非無據。

註二十九：刑事訴訟法第八十八條之一第一項規定：「檢察官、司法警察官或司法警察偵查犯罪，有左列情形之一而情況急迫者，得逕行拘提之：一、因現行犯之供述，且有事實足認為共犯嫌疑重大者。二、在執行或在押中之脫逃者。三、有事實足認為犯罪嫌疑重大，經被盤查而逃逸者。但所犯顯係最重本刑為一年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪者

，不在此限。四、所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪，嫌疑重大，有事實足認為有逃亡之虞者」。

註三十：同見解，參見黃朝義，留置裁定要件之相關問題－評大法官會議解釋第五二三號解釋等，月旦法學雜誌，78期，2001年11月，191頁。

註三十一：同上註。

註三十二：此為學者通說所承認。參見陳運財，憲法正當法律程序之保障與刑事訴訟程序，收於氏著，刑事訴訟與正當之法律程序，1998年9月，初版，1頁以下；王兆鵬，對質詰問權與強制取證權，收錄於氏著刑事被告的憲法權利，1999年3月，翰蘆圖書出版有限公司，123(128以下)頁。王兆鵬並特別強調，即使在職權進行主義下的對質詰問權，亦為被告憲法上的基本人權，以反駁該號解釋大法官孫森焱及林永謀於其等分別提出之協同意見書中，所提出職權進行主義下無必要將對質詰問權列為憲法上權利的主張。詳參見前書，172頁以下之說明。另有質疑大法官推論、說理不足者，請參見楊雲驊，秘密證人與公平審判程序－我國大法官會議解釋與德國聯邦憲法法院裁判的比較分析，刑事法雜誌，44卷3期，24頁以下。

註三十三：參見孫森焱大法官、林永謀大法官於釋字第三八四號解釋所分別提出之協同意見書。

註三十四：同見解，參見王兆鵬，(註32)文，172頁以下。

註三十五：其後於一九九六年所制定之組織犯罪防制條例第十二條亦有類似規定。組織犯罪防制條例第十二條：「關於本條例之罪，證人之姓名、性別、年齡、出生地、職業、身分證字

號、住所或居所或其他足資辨別之特徵等資料，應由檢察官或法官另行封存，不得閱卷。訊問證人之筆錄，以在檢察官或法官面前作成，並經踐行刑事訴訟法所定訊問證人之程序者為限，始得採為證據。但有事實足認被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞者，法院、檢察機關得依被害人或證人之聲請或依職權拒絕被告與之對質、詰問或其選任辯護人檢閱、抄錄、攝影可供指出被害人或證人真實姓名、身分之文書及詰問。法官、檢察官應將作為證據之筆錄或文書向被告告以要旨，訊問其有無意見陳述。檢舉人、被害人及證人之保護，另以法律定之」。

註三十六：請參見王兆鵬，組織犯罪防制條例評析，收於氏著(註 32)書，296(315)頁以下。

註三十七：王兆鵬，(註 32)文，182 頁。德國因為對質詰問權為法律位階的權利，故實務及法制上乃有所謂「三階段保護措施」，以輕重不同之手段，限制對質詰問權：第一階段以隱匿身分與屏風遮蔽之方式；第二階段以委任其他法官訊問之方式；第三階段以書狀訊問與傳聞證人之方式。詳細介紹請參見謝秉錡，探論審判中受危害證人保護措施之強化，台大法律研究所碩士論文，2002 年，43 頁以下；彭國能，對質詰問與證人保護，律師雜誌 255 期，93 頁以下。

註三十八：請看 2005 年 7 月 29 日中時晚報的報導【情敵設局誣告他流氓罪感訓】：台北市林姓男子作夢也想不到，13 年前認識前妻陷入熱戀，會是夢魘的開始。他的情敵惱羞成怒，竟勾結徵信社，捏造他白吃白喝魚肉鄉民的情節，結果被冠上流氓罪名送去台東感訓，一蹲就是 1 年 10 個月。這場飛來橫禍不但讓林某妻離子散，人生也黑白一片。幸



好他在牢中表現良好，89 年獲准停止感訓出獄，開始絕地大反擊。他控告當初作證的 5 名秘密證人偽證誣告，3 人定罪 2 人逃亡，臺北地院日前更依誣告罪，判處為虎作倀的徵信社老闆 2 年 10 個月徒刑。此外，林某 2 度聲請重新審理當初裁定他感訓的案子，經不斷努力，臺灣高等法院終於接受他的主張，去年撤銷原裁定。這意味林某洗刷清白，未來還有機會請求冤獄賠償。事情發生在 81 年，林某認識賴姓女子墜入情網，可是賴女當時另有香港富商男友，幾經取捨，賴女決定擁抱新歡。富商抬出名車與大把鈔票利誘林某分手被拒，從此結下樑子。富商在台北市忠孝東路經營畫廊，旁邊剛好有家徵信社，他不惜重金，只要老闆設法構陷情敵入罪。當時 20 多歲的徵信社老闆林○權見錢眼開，唆使 4 名員工配合富商充當秘密證人。他們指控林某白吃白喝，掏槍示威強索保護費，富商還誣稱自己的畫廊被勒索上百萬。更嚴重的是，林某的座車被搜出 1 把槍。當時警方與法官都沒識破，林某百口莫辯，87 年 3 月被送到台東監獄岩灣分監，熬到 89 年 1 月才獲釋。人被關，大著肚子的老婆又被情敵軟禁，這口氣怎麼嚥得下。林某鋌而不捨追查，3 名作偽證的徵信社員工終於坦承奉命行事，確實「冤枉了」林某，其中 2 人還一起賠償 50 萬。賴女並指出，富商曾向她放話花了上千萬，要前夫「死得很難看、永世不得翻身」。林○權始終否認，反指員工欠錢又私接案件被處罰，才挾怨報復，但是員工卻抖出更多內幕，更因此都被判處 9 個月徒刑定讞。林某除了摘掉「流氓」這個莫須有的標籤，持槍案也獲判無罪。不過富商與另 1 名徵信社員工，至今仍在逃被通緝。

註三十九：衍生的疑義是，「刑罰」與保安處分中「強制工作」併行之規定，是否亦有違一行為二罰原則。尤其二〇〇六年七月一日即將施行之新刑法第一條明定其與刑罰之性質同後，此一爭議問題似已無法迴避。

註四十：如果刑事判決確定執行之刑罰超過一年，則依據相互折抵之規定，免予執行感訓處分一年。行為人刑事刑罰判得愈重（耍大條流氓），換言之，判處三年以上經執行刑罰者，即無庸再執行感訓處分。

註四十一：參見臺灣高等法院編印，九十二年法律座談會彙編，2004年4月，478頁。

註四十二：林山田，動員戡亂時期檢肅流氓條例評議，刑事法論叢（一），P266。

註四十三：高瑞錚，從實務經驗談現行檢肅流氓法制興革之道，律師通訊142期，47頁；黃朝義，（註30）文，192頁。

註四十四：參見感訓處分「終審機關」之見解，臺灣高等法院八十九年度感抗字第十七號裁定意旨：「組織犯罪防制條例之規定，除刑罰外，尚有強制工作之處遇，其處罰較單純之感訓處分為嚴厲，且組織犯罪防制條例之制定在檢肅流氓條例之後，是以警察機關在查獲合於犯罪組織之不良幫派時，依組織犯罪防制條例第十七條之規定，當二者競合時，自應適用組織犯罪防制條例，不能化整為零，只追究部分行為，而置以刑罰處斷為主之組織犯罪防制條例於不顧」。同意旨尚有同院八十九年度感抗字第四五號裁定。

註四十五：至於強制工作制度的合憲性，聲請人同亦質疑，如大法官認為有「重要關聯性」而願一併審查其合憲性，聲請人亦樂見之。

註四十六：警察職權行使法第十一條：「（第一項）警察對於下列情形之一者，為防止犯罪，認有必要，得經由警察局長書面同意後，於一定期間內，對其無隱私或秘密合理期待之行為或生活情形，以目視或科技工具，進行觀察及動態掌握等資料蒐集活動：一、有事實足認其有觸犯最輕本刑五年以上有期徒刑之罪之虞者。二、有事實足認其有參與職業性、習慣性、集團性或組織性犯罪之虞者。（第二項）前項之期間每次不得逾一年，如有必要得延長之，並以一次為限。已無蒐集必要者，應即停止之。（第三項）依第一項蒐集之資料，於達成目的後，除為調查犯罪行為，而有保存之必要者外，應即銷毀之」。第十四條：「（第一項）警察對於下列各款之人，得以口頭或書面敘明事由，通知其到場：一、有事實足認其能提供警察完成防止具體危害任務之必要資料者。二、有事實足認為防止具體危害，而有對其執行非侵入性鑑識措施之必要者。（第二項）依前項通知到場者，應即時調查或執行鑑識措施」。第十五條：「（第一項）警察為維護社會治安，並防制下列治安顧慮人口再犯，得定期實施查訪：一、曾犯殺人、強盜、搶奪、常業竊盜、放火、性侵害、恐嚇取財、擄人勒贖、組織犯罪之罪，經執行完畢或假釋出獄者。二、受毒品戒治人或曾犯製造、運輸、販賣、持有毒品或槍砲彈藥之罪，經執行完畢或假釋出獄者。三、經列入輔導或感訓處分執行完畢之流氓。（第二項）前項查訪期間，以刑執行完畢、感訓處分執行完畢、流氓輔導期滿或假釋出獄後三年內為限。但假釋經撤銷者，其假釋期間不列入計算。（第三項）治安顧慮人口查訪項目、方式及其他應遵行事項之

辦法，由內政部定之」。

註四十七：高政昇，修正檢肅流氓條例之芻議，警學叢刊，27 卷 1 期，105、120 頁。

註四十八：詳見許宗力大法官於釋字第五七八號解釋所提出之協同意見書內容。另參見釋字第五八四號解釋，多數大法官已開始注重立法者對於立法事實、預測、持續觀察義務等之審查。不過，聲請人不贊同釋字第五八四號解釋之結論，容另文討論。

（本件聲請書附件略）

抄臺灣桃園地方法院函

中華民國 96 年 1 月 16 日  
桃院木刑益 95 感更（一）1 字  
第 0960001650 號

主旨：茲併案聲請 鈞院大法官解釋檢肅流氓條例之合憲性。

說明：

- 一、依 鈞院釋字第 371、572、590 號解釋意旨辦理。
- 二、本院治安法庭審理如說明三之檢肅流氓條例案件，認該條例第 2、6、7、9、10、11、12、13、14、15、19、21、22 等條文有違憲之疑義，甚至本條例存在已有違比例原則。因相同法官業於 94 年 12 月 22 日提出釋憲聲請書，爰將如說明三之案件裁定停止審理，併案聲請。
- 三、裁定停止審理之案件共計 7 件，案號如下：本院 95 年度感更（一）字第 1 號、95 年度感裁字第 10、17、23、44、49 號；95 年度感更字第 12 號。
- 四、附併案釋憲聲請書 1 件。

院長 吳水木

抄錢建榮法官併案釋憲聲請書

一、釋憲聲請之理由：

併案案件所適用之檢肅流氓條例，均有與原聲請案件相同之詳如臺灣桃園地方法院 94 年 12 月 21 日桃院木文字第 0940103067 號函所附釋憲聲請書。

二、併案聲請案件均於民國 95 年 12 月 28 日裁定停止審理。

三、併案聲請案件一覽表（詳如附件，續前聲請案件之編號，自編號第 16 至第 22 號）。

關係文件之名稱及件數

附件：併案聲請案件計七件（聲請人自製表）

此 致

司 法 院

聲請人 臺灣桃園地方法院刑事庭法官 錢建榮

中 華 民 國 95 年 12 月 28 日

（本件聲請書附件略）

抄臺灣桃園地方法院函

中華民國 96 年 11 月 28 日

桃院木文字第 0960101210 號

主 旨：檢陳本院治安法庭錢建榮法官提出補充說明聲請檢肅流氓案件違憲案如說明。請鑒核。

說 明：

一、依據 鈞院 96 年 11 月 16 日院台大二字第 0960024062 號函指示辦理。

二、關於 96 年 1 月 16 日併案聲請 7 件釋憲案之補正事項，詳如附件一。

三、關於「釋憲標的」及「裁判重要關聯性」之補充說明（

- 即前函說明三、四要求補充說明之事項），詳如附件二。
- 四、另補充說明，聲請釋憲案件原計 27 件，惟其中 89 年度感裁執緝字第 2 號、92 年度感裁執字第 7 號（即原聲請書附件二編號一、三案件），因免予執行結案，業分別於 95 年 12 月 27 日、96 年 5 月 18 日撤銷停止審理之裁定，而撤回聲請（如附件三）是聲請案件總計 25 件。
- 五、檢附聲請案件之補正資料（附件一）、檢肅流氓條例聲請釋憲案補充說明事項（附件二）、本院 89 年度感裁緝字第 2 號、92 年度感裁執字第 7 號裁判書查詢資料（附件三）。

院 長 吳水木

## 附件二

### 錢建榮法官釋憲聲請補充說明書

#### 壹、釋憲標的

##### 一、檢肅流氓條例第 23 條係屬釋憲標的

檢肅流氓條例（以下稱本條例）第 23 條規定：「法院受理流氓案件，本條例及其他法令未規定者，準用刑事訴訟法之規定」。本條準用規定，至少涉及以下疑義：

- （一）與控訴原則（三面關係）如何調和？以警察機關取代檢察官為追訴者？
- （二）現行「兩面關係」（法官—被移送人）之實務運作現狀，如何準用刑事訴訟法關於「交互詰問」之規定？
- （三）幾乎以秘密證人為原則的實務審理現狀，以及秘密證人筆錄習用的「第三人稱」製作方式（例如被害人甲即為秘密證人 A，惟 A 之筆錄記載其見聞經過，均

係以「我看見甲遭到被移送人的侵害等等」方式），如何準用刑事訴訟法關於「傳聞法則」之證據法則？

- (四) 關於本條例第 5 條所定行政檢肅救濟途徑為提起訴願、行政訴訟，惟第 23 條又規定「法院受理流氓案件」，準用「刑事訴訟法」，此時行政法院應「適用行政訴訟法」或「準用刑事訴訟法」，亦生疑義。

## 二、本條例施行細則第 5 條、第 46 條亦屬釋憲標的

- (一) 施行細則第 5 條結合本條例第 6 條，屬無從分割之釋憲標的。
- (二) 施行細則第 5 條第 2 項原僅限於闡釋本條例第 6 條所指之「情節重大」，惟其內容與本條例第 2 條第 1 至 4 款之「一般流氓」混同，有架空本條例第 4、5 條適用範圍之虞。是其相當程度亦與本條例第 2 條結合而成為釋憲標的。
- (三) 施行細則第 46 條相互折抵之規定係結合本條例第 21 條，屬無從分割之釋憲標的。聲請人認其等違憲之理由，除請參見聲請書第 23 頁至 26 頁外，實則本條例第 21 條之存在，正係實踐「一行為不二罰」原則，而導致本條例無存在必要之致命傷，亦經敘明於聲請書第 27 頁以下。
- (四) 所以不能單獨針對施行細則各該條提出聲請之理由，肇因於大法官第 1153 次會議議決之不受理案件（會台字第 6507 號），大法官曾援引釋字第 137 號、院解字第 4012 號及釋字第 216 號等解釋為據，明白表示：「對行政機關頒布之命令或規則，法官得依法表示適當之不同見解，並不受其拘束。此種命令或規則

自非本院釋字第 371 號解釋中法官得聲請解釋之標的，法官於審理案件時，對相關命令或規則，認有抵觸憲法、法律之確信者，應不予適用，尚無聲請本院解釋之餘地」。換言之，大法官似乎認為法官聲請釋憲之標的僅有一種，就是立法院通過，總統公布之形式意義之法律，而不及於其他法規範，此相較於大法官對於大法官審理案件法第五條第一項第二款，即一般通稱「憲法訴願」之規定，關於確定終局裁判所適用之「法律或命令」的擴張解釋態度（所謂「相當於法律或命令」之概念），顯然無可相提並論。

- （五）固然包括釋字第 371 號解釋及會台字第 6507 號不予受理案件，將法官聲請解釋憲法之標的限縮於「形式意義之法律」一種，非無外國法制之依據，因為德國基本法第 100 條關於具體法規審查之規定，就明文限定為「法律」(Gesetz)，聯邦憲法法院實務亦明白表示法規命令不在法官聲請標的之內，現為德國實務之確定見解（註一）。蓋德國多數學說及聯邦憲法法院裁判均以為，基本法第 100 條第 1 項規定之意旨，係為保障基本法公布施行後，由具有直接民主代表性之立法者，所制定之法律不致任意受到法官的藐視，而於裁判時逕行拒絕適用（註二），所以會限於形式意義的法律（註三）。當然德國學者中亦有採不同見解者，認為國會授權行政機關訂定之法規命令，仍屬客觀法規範之一種，即便該法規命令曾經立法者同意備查，法官亦得於個案中直接拒絕適用，而如欲使生終局確定之效力，並同時兼顧法安定性之考量，亦得聲請聯邦憲



法法院解釋<sup>(註四)</sup>。此外，奧地利憲法第 89 條第 2 項明文規定法規命令(Verordnung)得為法官聲請之對象<sup>(註五)</sup>，足供我國解釋上之參考。

- (六) 聲請人以為，我國並無德國因為基本法明定聲請標的限於「法律」的解釋上困難，此外，法官對於違法或違憲之「命令」（包括法規命令、行政規則及我國特有之職權命令），固然得於個案中拒絕適用，惟其亦僅於個案中發生效力，即使於終審法院亦拒絕適用，在我國非採強制先例拘束原則之實務，除非作成我國另一特有制度—判例，否則仍不致發生一般對世之效力，如此反有害法安定性之維護，是以應使其具有發生一般效力之可能，而此種效力於我國現行制度下，除立法權外，就祇有大法官解釋。更何況，現行大法官審理案件法第 14 條第 1 項後段，尚明文規定大法官宣告命令違憲時之表決人數，釋憲實務上又承認人民聲請釋憲之標的可以擴及法規命令、行政規則，甚至職權命令，何獨對於身為法律專家之法官，聲請釋憲之標的採取如此限縮之態度。並且如何解釋大法官審理案件法第 14 條第 1 項後段關於命令違憲宣告之規定，對於法官之聲請形同具文<sup>(註六)</sup>。前述大法官第 1153 次會議，會台字第 6507 號不受理案件，認為法官得聲請解釋之標的，並不包括「行政機關頒布之命令或規則」在內，而該案標的為行政機關「頒布之規則」<sup>(註七)</sup>，所以非法官得聲請釋憲之客體。本文以為，此種見解顯然忽略了大法官所具有之命令違憲審查的「對世」一般效力，其不同於其他各級法院法

官。此外，大法官第 1153 次會議之不受理案件，否定法官可以對於「行政機關頒布之命令或規則」為聲請標的，其意似指職權命令及行政規則，而不限於法規命令在內，大法官是否有意排除「法規命令」，認為可以為法官聲請釋憲之標的，尚待觀察（註八），至少就該件聲請之標的——「省市立醫療機構醫師專勤服務辦法」觀之，其性質似乎屬職權命令或行政規則，而非法規命令。

（七）綜上所述，聲請人認為法規命令性質之施行細則，如法官欲對之產生對世效力，非僅生個案效力（臺灣司法裁判，尤其下級法院裁判，縱有「突破傳統」之見解，往往僅為當事人，尤其行政機關，視為「偶然的裁判」），仍非不得為法官聲請釋憲之客體。

## 貳、裁判重要關聯性（先決問題）

一、首先須說明者，聲請案件與系爭條文之「重要關聯性」，聲請人係分散於論證各條文時之末，以【與聲請案例之關係】呈現，請參見聲請書第 14、17、20、21、22-23、25-26、27 頁。大法官要求聲請人另擇一件或數件不同案例，說明適用各該條文，對於裁判結果有何顯著影響，即釋字第 572 號解釋所指之「先決問題」，學說通稱之「裁判重要關聯性」，聲請人已闡明如上。

## 二、裁判重要關聯性（先決問題）之意義

大法官舉例說明顯著影響謂：「例如聲請人依據其所認定之事實，適用上開規定，應作成交付感訓處分之裁定；惟若上開規定違憲，則應為不交付感訓處分或駁回聲請交付感訓處分之裁定」等語。惟查本條例第 6 條後段、第 7

條、第 9 條、第 11 條、第 14 條、第 15 條等條文，係與「程序事項」有關，尚不涉實體事項，其等違憲結果，尚未必致生實體上駁回或裁定不付感訓處分之結果。毋寧，與構成要件重要相關之本條例第 2 條、第 6 條前段（情節重大者）、第 19 條、第 21 條，始生大法官舉例之結果。

聲請人認為，有必要先就裁判重要關聯性（先決問題）之意義及概念，先予闡述。

所謂「裁判重要關聯性」(Entscheidungserheblichkeit)，係指法官所聲請之標的，必須與審理之案件具有重要關聯性，此係參考德國聯邦憲法法院實務發展，於今被認為最重要，也是最常為憲法法院援用為不符程序要件，駁回法官聲請之理由（註九）。德國聯邦憲法法院創設此一要件之目的，無非係要將審查範圍限縮於與裁判具有重要性之法律，另一目的即在藉此限制法官聲請審查之可能性及其範圍（註十）。

一般以為，釋字第 371 號解釋並未明示此一要件，惟學者以為此為解釋上必備之要件。蓋聲請標的如與法官本案裁判無關聯性或不具重要性，則法官對之聲請即不具有實益。同時，法官聲請釋憲之程序要求具備此要件，更突顯出此種憲法訴訟類型，與其他不須與任何案件有相牽連，即可聲請之「法令違憲解釋」（大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 1 款後段及同項第 3 款）之不同。亦即，雖同屬「規範審查」，惟後者要件較為自由，聲請人並不絕對與該聲請規範有密切關聯性或重要性為必要（註十一）。

所謂「裁判重要關聯性」者，係指聲請標的（法律）之合憲性與否，將直接影響本案之裁判結果，若該法律於審

理案件的訴訟程序無效，則法官必須作出與系爭法律若有效時，完全不同之裁判（註十二）。例如法官於審判上就該案件應適用某法律為判決依據，但法官認該法條違憲，則該法條之有效與否必然影響案件審理之結果，此即具有裁判上之重要性。所謂「裁判」，指該原因案件於訴訟上任何裁判及決定，亦即該法範的合憲性與否，直接會影響實體上的判決及程序上裁定的結果，即可對該規範聲請解釋（註十三）。若某項規範雖非裁判上之主要依據，惟於憲法上之評價，直接影響該為裁判基礎規範之合憲性者，則亦得認為其存在有「間接之裁判重要關聯性」，而應包含在聲請標的之內（註十四）。釋字第 392 號解釋即為典型的「間接之裁判重要關聯性」案例。

裁判關聯性原則在釋字第 572 號解釋中獲得落實，聲請人以為，本號解釋最大的貢獻即在於明確釋字第 371 號解釋未說清楚的「裁判重要關聯性」（註十五）。釋字第 572 號解釋認為釋字第 371 號解釋所稱：「得以其裁判上所應適用之法律是否違憲為先決問題，裁定停止訴訟程序，聲請解釋憲法」等語，其中所謂「先決問題」，係指審理原因案件之法院確信系爭法律違憲，顯然於該案件之裁判結果有影響者而言。換言之，釋字第 371 號解釋所謂的「先決問題」就是學說上所謂的「裁判重要關聯性」要件。釋字第 572 號解釋理由書並「例示」以下三種情形，認為非屬「先決問題」，亦即不具裁判重要關聯性：1、系爭法律已修正或廢止，而於原因案件應適用新法；2、原因案件之事實不明，無從認定應否適用系爭法律者；3、針對刑事案件而言—解釋系爭法律結果對於原因案件之刑事被

告更為不利者（註十六）。

有些時候，所謂「裁判重要關聯性」，亦有容許例外之情形，例如該審理案件若「具有一般性及重要之公益意義，因而有裁判之急迫性者」，聯邦憲法法院就不特別去要求應具有「裁判重要關聯性」，而例外予以受理（註十七）。此極類似在人民聲請解釋憲法之憲法訴訟類型，原則上本須歷經「窮盡救濟途徑之程序」（大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款），惟學說上亦有容許例外不必具備之情形（註十八）。

須注意者，法官聲請時詳述理由陳述與本案有裁判之重要關聯，大法官於審查時固然另有定見，惟除非法官所述之理由或論述於客觀上顯有不足取之處，否則即應參酌判斷聲請法官所為之事實陳述及法律上論證而為處理（註十九）。大法官尤其不可取代聲請法官，自為本案之事實認定及判斷，否即屬侵害普通法院的審判權限（註二十）。

德國學說亦有批評聯邦憲法法院運用裁判重要關聯原則時，經常混淆程序與實體審查之界限（註二十一），因為裁判結論是否因系爭規範違憲而有不同，難免須經實體審查，方能確定。並且對於據以聲請解釋之原訴訟程序應如何判斷，學說也認為憲法法院應該謹守其與普通法院之權限分際（註二十二）。許玉秀及城仲模大法官就指出，「裁判重要性」原則究應如何適用，於德國實務與學說上尚有不少爭議，我國於繼受過程，實應謹慎將事。而主張如能依司法院大法官審理案件法第 10 條第 1 項規定，遇有適用本號解釋不受理理由之案件，以決定為之，保留個案審酌空間，任由釋憲實務發展出其他有助具體規範審查機制之運作

條件，方屬穩健之策（註二十三）。亦即反對冒然以解釋文的方式宣示審查標準。

綜上所述，可知裁判重要關聯性，非指終局裁判，即令程序裁判亦屬之。

### 三、本條例第 6（後段）、7、9、11 條與聲請案件之重要關聯性

#### （一）原聲請書之闡述

##### 【與聲請案例之關係】

附件一編號一、四、六、八、十、十二、十五號等案件，被移送人均係收到警察局通知後自行到案，卻均經警察以本條例第九條移送本院，而有經治安法庭裁定留置者，亦有經治安法庭裁定三萬元至十萬元不等之具保金額後，免予留置者。被移送人自始至終均未經「逮捕」程序，卻得「長趨直入」進入留置（即羈押）與否之審查程序，實務許多此類案件之被移送人甚且經裁定留置，對於強制處分法定原則之違反甚明。而警察機關以「被移送人隨案移送」之方式，獲得績點較高，多不願以「函送」方式，甚且實務常發生檢察官或刑事庭具保（責付）停止羈押之被告，隨後即遭警察以「情節重大流氓」通知到案，並隨案移送治安法庭裁定留置之情。

#### （二）補充說明

本條例第 11 條「留置」被移送人之規定，性質上即相當於刑事訴訟法上之「羈押」處分，此曾經釋字第 523 號解釋說明。

基於「拘捕前置原則」，法院依職權裁定留置之被移送人，須係經「拘捕」之人，惟附件一編號 1、4、6、8、10、12、15 號之被移送人，以及併案聲請附件編號 16、18、19、22 號之被移送人，均係經警

察機關以通知書通知到案，其等自行或隨同警察到案製作筆錄後，即行移送治安法庭，治安法庭裁定具保或留置，如附件一編號 1 號之被移送人經留置 20 日，併案聲請之附件編號 16 號之被移送人經留置 35 日，編號 18 號之被移送人經留置 2 月始經具保停止留置。如認為本條例第 6（後段）、7、9 條有違憲之情，移送留置即有違法，不得裁定留置；又本條例第 11 條係依職權裁定留置，如認為違反控訴原則而違憲，自欠缺留置之依據，不得裁定留置，祇有釋放被移送人一途，其顯有裁判重要關聯性甚明。

#### 四、本條例第 12 條與聲請案件之重要關聯性

##### （一）原聲請書之闡述

###### 【與聲請案例之關係】

附件一編號三羅○郎案，如果被移送人所為屬實，應構成刑法第三百四十六條第一項之連續恐嚇取財犯行，警察機關卻從未移送刑案予檢察官，其理由為：被害人均不願出面指證被告。因被移送人屢傳不到，經聲請人傳喚秘密證人等，發現證人等均有「私設娼館」之背景，如進而有「引誘良家婦女為娼」，甚且涉犯較被移送人為重之刑法罪刑（刑法第二百三十一、二百九十八條），如令證人等與被移送人對質，刑案部分是否成立又未可知。惟警察機關竟「自作主張」，使本案行為從未經檢察官偵查，反使治安法庭兼具檢察官及法官之權責。同樣以秘密證人不願出面指證為由，竟未將同樣構成刑事犯罪行為之流氓行為移送檢察官偵查之案例，尚有：附件一編號四江○丞之流氓事實一至五；編號六魏○祥案之流氓事實三、四部分；編號十一黃○炫案流氓事實二部分；編號十二洪○順案流氓事實一、三、四；編號十五汪○勳案全部流氓事實。聲請人以為，依據證人保護法規定，刑事案件證人是否應受身分保

密等相關保護措施，係由檢察官或法官決定，警察機關藉此僅移送流氓行為，不移送刑事犯嫌行為，不僅「規避」證人保護法於刑事案件之適用，更有「架空」檢察官方為偵查主體，擁有偵查犯罪與否發動權之法制地位（刑事訴訟法第二百二十八條第一項）之嫌。更遑論此等所謂「秘密證人」是否真有保護必要，亦令人啟疑。

附件二編號二冷○國案，早於九十二年間即裁定感訓處分，惟其所謂「流氓事實」迄今受感訓處分人仍否認，該案冷○國未與秘密證人對質，警察機關又從未將同樣行為，以涉嫌恐嚇取財罪嫌移送檢察官偵查，是亦無從進入刑事庭審判（如以刑案角度觀本案犯行，是否成罪已有疑，成罪後之刑罰是否達三年有期徒刑亦有疑），致冷○國從未能與證人對質，卻須受「感訓處分三年」之實質刑罰效果。無怪乎本院屢次發函「催促」警察機關將相同行為移送刑事案件，警察機關始終置之不理，「檢肅流氓」顯然成為警察機關迴避刑事案件方式以「整頓治安」的利器。問題是如此手段是否正當？

## （二）補充說明

本條例第 12 條因同時剝奪被移送人之對質權、辯護人之詰問權，加上秘密證人以「第三人稱」方式之指證，有違傳聞法則，非但證人證言之真實性可疑，甚且其是否具證據能力，亦堪質疑。如剝奪被告對質詰問權之規定違憲，一旦秘密證人必須於法庭上以第一人稱親見親聞之情狀下證述，此時所證述內容，與警詢之指述，即容有不同，其結果亦可能從裁定感訓處分，轉為不付感訓處分，自具裁判重要關聯性。

## 五、本條例第 13 條第 2 項與聲請案件之重要關聯性

### （一）原聲請書之闡述

【與聲請案例之關係】



所有裁定感訓處分之案件，主文均為「某某某交付感訓處分」，究竟是不滿一年、一年、二年或三年，法院均未明示。又因為本條例第十九條第一項但書之規定，其期間至少一年，受感訓人卻無從得知，與同屬拘束人身自由之強制工作保安處分明確諭知期間之方式，顯有不同。如認此係第十九條規定所致，則另輔以同條例第十八條及施行細則、感訓處分執行辦法等相關規定，法院對於感訓處所之執行幾全不參與，而係由感訓執行機關於滿一年後，「得」檢具事證，報請原裁定法院許可免予繼續。換言之，法院僅有被動許可與否之決定，如執行機關不向法院報請，法院亦無從置喙。換言之，對於執行期間一至三年之裁量權屬執行機關擁有，對受感訓處分者而言，自裁定感訓處分確定時起，即處於「不定期刑」之處境，與釋字第四七一號解釋意旨、新刑法的要求有違。

## （二）補充說明

以聲請書附件二（感裁執、感裁執緝）編號 2、4 及 5 號案件，其等裁定感訓處分均未明示期間，如該不定期刑之規定違憲無效，自足影響裁定結果。

## 六、本條例第 14、15 條與聲請案件之重要關聯性

### （一）原聲請書之闡述

#### 【與聲請案例之關係】

附件二中的五件執行案件，除編號一、四未提起抗告，編號二經抗告法院認為逾期抗告，以抗告不合法駁回外，餘編號三、五號均經被移送人提起抗告。附件二編號十四案件，係經原審裁定不付感訓，經移送機關（桃園縣政府警察局）提起抗告。觀抗告法院卷宗足知，抗告法院從未傳喚抗告人，更未傳喚任何證人，亦無任何調查證據之舉，僅以書面審理，就被移送人抗告之案件，裁定駁回；就移送機關抗告之案件，認抗告有理由撤銷原裁定。如此抗告審查程序，均指向維持感訓處分三年（或應裁定感訓處分三年）之方向，卻對於被移送人之聽審權從無保障

，更遑論被移送人在第一審法院即未保障之對質詰問權。

## (二) 補充說明

除聲請書附件二之 5 件案例外，附件一編號 14、併案聲請附件編號 16、22 號案件，係曾經治安法庭裁定不付感訓處分，移送機關抗告之案件，對此有利被移送人之裁定，亦未見抗告法院曾以言詞審理，或為任何調查證據之程序，即以書面審查，依相同證據，自為與原審不同之價值判斷，而撤銷原裁定，被移送人從無任何陳述意見之機會。尤有甚者，併案聲請附件編號 16 案件，原審法院臺灣臺北地方法院治安法庭先係裁定不付感訓處分（臺北地方法院 87 年度感裁字第 4 號），經移送機關提起抗告，抗告法院從未行任何調查證據程序，即撤銷原裁定，發回臺北地方法院（臺灣高等法院 94 年度感抗字第 148 號裁定），臺北地方法院治安法庭復裁定管轄錯誤，移送臺灣桃園地方法院，被移送人提起抗告，主張以臺灣板橋地方法院地利之便，較有利於被移送人，抗告法院仍未行言詞辯論或言詞陳述程序，即駁回抗告確定（臺灣高等法院 94 年度感抗字第 243 號裁定）。可以想見者，抗告法院如行言詞審理程序，其作成不同於書面審理之裁定，自屬可能。

## 七、本條例第 21 條、施行細則第 46 條與聲請案件之重要關聯性

### (一) 原聲請書之闡述

#### 【與聲請案例之關係】

附件二中五件執行案件，除編號三之第一審刑事判決併宣告強制工作

三年外，嗣經臺灣高等法院撤銷此部分宣告外，餘均無宣告強制工作。惟刑罰既得與感訓處分相互折抵，編號一刑罰判處三年六月、編號三刑罰判處六年二月，實無執行之必要。又編號三刑事程序之第二審法院係以「槍砲彈藥刀械管制條例第十九條有關強制工作之規定，業於九十年十一月十四日公布刪除，原判決有關宣告強制工作部分，失所依據」為由，撤銷原審強制工作三年宣告之部分（參見臺灣高等法院九十一年度上訴字第六五九號刑事判決理由），如此法院如何解釋一方面無須強制工作，另一方面又須感訓處分？

附件一的十五件案件，刑事部分，除編號三、十五從未經偵查，編號四部分未偵查、部分不起訴確定（犯罪嫌疑不足），編號六尚未判決（且部分未起訴），編號十一、十二部分未偵查外。相同之事實部分，刑案結果如下：【編號一】無罪確定（好在聲請人並未依第一審判決內容裁定感訓處分）；【編號二】有期徒刑四年確定（撤銷一審強制工作二年之判決）；【編號五】有期徒刑三年四月確定；【編號七】有期徒刑十二年六月；【編號八】有期徒刑二年；【編號九】有期徒刑十五年；【編號十】有期徒刑一年一月加七年（數罪）；【編號十一】有期徒刑一年九月；【編號十二】有期徒刑五月；【編號十三】有期徒刑一年十月；【編號十四】有期徒刑十月，緩刑五年。如相互折抵結果，僅編號八、十一、十二、十三、十四號等五件尚有裁定之執行實益，餘均無裁定實益（更遑論其中許多所謂「流氓行為」僅係「小混混的惡行惡狀」），諸如聲請人不禁懷疑如此移送行為是否僅有「宣示意義」？反面言之，「僅剩下宣示意義」之法律，究竟有無存在必要。

## （二）補充說明

併案聲請附件之案件，編號 16 案件，刑事案件部分，判處應執行有期徒刑 2 年 5 月確定；編號 17 案件判處應執行有期徒刑 6 年 4 月確定；編號 18 案件

判處有期徒刑 3 年；編號 20 案件判處有期徒刑 1 年 6 月，編號 21 部分判處有期徒刑 6 月確定；編號 22 部分經上訴審改判拘役 30 日。

## 八、本條例第 22、23 條與聲請案件之重要關聯性

### （一）原聲請書之闡述

#### 【與聲請案例之關係】

因為檢察官被排除的關係，難免發生如前所述檢察官於刑事訴訟程序中「偵查主體」遭「架空」之情形外，審理中因為欠缺「公訴檢察官」，準用當事人進行主義之刑事訴訟法結果，是否所有「檢察官」行使之職權，應由警察機關行使？抑或由法院行使？如此是否有違大法官所要求之正當法律程序原則？聲請人於操作上遭遇窒礙難行之處比比皆是。

即使依據實務上許多治安法庭之作法，待刑事庭審理結果有罪後，再行依據刑事判決認定結果裁定（現行警察機關之移送程序似亦傾向此種作法），請參見附件一編號一陳○銓（原名陳○哲）案件，第一審刑事法院判處二年八月，強制工作三年，但第二審確定判決係判處被告無罪。如聲請人真的依據第一審判決結果裁定感訓處分三年，於當時會發生「一行為三罰」之疑義，於今會產生「無罪但感訓處分三年」之奇特現象。聲請人並非不知尚有重新審理之規定（本條例第十六條），惟如此被移送人之同一行為，法院已受理三次，一行為三理，對行為人難道不會產生困擾？司法資源有必要如此耗費？如果立法者仍要維持感訓處分制度，大法官又承認強制工作之合憲性，為何不在同一個刑事程序中，要求刑事庭法官（依職權）審查有無強制工作之必要，如此感訓處分之審查程序即無必要，一行為僅受理一次，無違一事不再理原則。

### （二）補充說明

無補充說明。

註一：參見吳信華，論法官聲請釋憲，載於中正大學法學集刊，3 期，

2000年7月，119頁，於註59中之說明。另參見楊子慧，論具體法規審查，載於輔仁法學19期，2000年6月，86-87頁參照。

註二：楊子慧，同上註，85-86頁。

註三：所以也就限於基本法生效後之法律，始得為聲請之標的，行憲前之法律，則由各級法院具有最終決定是否適用之權，但也僅限於個案中附帶的審查，其非難決定不具一般之拘束力。參見Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1994, 3Aufl., Rn.129；楊子慧，(註1)文，86頁。我國亦有許多行憲前之法律，包括適用最頻繁之民、刑法及民、刑訴訟法（及曾經引起是否失效爭議的現已廢止之懲治盜匪條例），大法官對於此類法律之合憲性亦似乎從未質疑，而均加以審查。關於行憲前法律應如何有效適用於行憲後之時空之探討，可參見吳信華，(註1)文，114頁以下。

註四：Schlaich, (註3), Rn.130.133。

註五：參見吳信華，(註1)文，119頁，註59說明。

註六：我國是否應與德國為相同之解釋，限於形式意義之法律始得為聲請標的。學者有持反對見解者，認為我國實質意義之法律種類甚多，包括憲法及增修條文，經過國內法律轉換程序之國際條約，以及憲法上緊急命令，國會授權訂定之法規命令，均得為聲請之標的，至於行政規則及我國特有之職權命令、判例及終審法院之決議，法官自得於個案表示不同之見解，殊無聲請解釋之必要。請參見吳信華，(註1)文，115頁以下，

註七：所謂「行政機關頒布之規則」，是否係指行政程序法第一百五十九條以下所規定之行政規則，抑或中央法規標準法第七條所規定之職權命令，大法官似乎有意迴避此一問題，而僅使用「規則」一詞。

註八：最高法院即採取限於法規命令始須聲請之態度：最高法院民國 82 年 5 月 25 日八十二年度第一次民、刑事庭總會決議，認為司法院大法官審理案件法第五條第二項規定之法律或「命令」，應以法律授權訂定之法規性命令為限。

註九：有譯為「與裁判有重大關聯性」，楊子慧(註 1)文，100 頁；有譯為「裁判上之重要意義」，吳信華，(註 1)文，127 頁。許玉秀、城仲模大法官共同提出的不同意見書，則譯為「裁判重要性」。另楊子慧認為，德國實務所謂「裁判重要關聯性」之規範基礎，為德國基本法第 100 條第 1 項關於法官提請法律違憲審查程序之所謂「案件之裁判將取決於該法律之效力」，其意涵與釋字第 572 號解釋所認「顯然於該案件之裁判結果有影響者」，實有異取同工之妙。參見楊子慧，法官聲請釋憲程序之先決問題，月旦法學教室，28 期，2005 年 2 月，9 頁。

註十：楊子慧(註 1)文，100 頁。

註十一：吳信華，(註 1)文，127-128 頁。另外值得注意的是，釋字第 535 號解釋在解釋司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款（憲法訴願）的所謂「裁判所適用之法律或命令」時，特別提出「重要關聯性」之判斷標準，認為：「係指法令之違憲與否與該裁判有重要關聯性而言。以刑事判決為例，並不限於判決中據以論罪科刑之實體法及訴訟法之規定，包括作為判斷行為違法性依據之法令在內，均得為聲請釋憲之對象」。進而認為該人民聲請之案件，是否成立於公務員依法執行職務時當場侮辱罪，係以該受侮辱之公務員當時是否依法執行職務為前提，是該判決認定其係依法執行職務所依據之法律—警察勤務條例相關規定，即與該判決有重要關聯性，而得為聲請釋憲之客體。試圖藉此消弭「訴外裁判」的質疑。關此可參見湯德

宗，具體違憲審查與正當程序保障—大法官釋字第五三五號解釋的續構與改造，司法院大法官九十二年度學術研討會—正當法律程序與人權保障，2003年12月6日，論文15頁以下。類似的理由也出現在釋字第四四五號解釋理由書中。

註十二：Schlaich, (註 3), Rn.138。

註十三：Schlaich,(註 3),Rn.132。

註十四：吳信華，(註 1)文，128頁。

註十五：惟許玉秀、城仲模大法官於不同意見書中表示，大法官曾在不受理決定中多次明白揭示此項原則，當無遭誤解之可能，本號解釋重覆闡明，難免多餘。

註十六：許玉秀、城仲模大法官於不同意見書中認為，前兩種情形，嚴格言之，屬於客觀合理違憲確信要件中，邏輯論證有效與否之問題；第三種情形「可能遭誤解為具體規範審查機制於刑事案件之適用，僅限於對被告有利益時方得開啟，而徒然製造混淆規範審查機制與憲法訴願基本區別之風險」，顯然不贊同第三種情形為「通例」。

註十七：Schlaich, (註 3),Rn.150.關於德國例外案例之介紹，可參見楊子慧(註 1)文，107頁以下。

註十八：請參見吳信華，人民聲請解釋憲法之程序中所謂「確定終局裁判」之探討，法學叢刊40卷4期，1994年10月，74頁以下。實務上於釋字第490號解釋，劉鐵錚大法官亦曾如此主張，參見其於該號解釋中所提出之不同意見書。

註十九：Schlaich, (註 3),Rn.150.此為聯邦憲法法院向來之見解，見BVerfGE 54, 1(7); 54, 47(51); 64, 180(186); 65, 132(137); 65, 160(169); 65, 265(278); 66, 270(281); 69, 150; 81, 40(49f.). 以上轉引自吳信華，(註 1)文，129-130頁。

註二十：吳信華，(註 1)文，129-130 頁。如何認事用法係屬普通法院之權限，大法官如兼為本案事實的審查，即可能遭到侵害普通法院審判權之指責。關於憲法審判權與普通法院審判權限之劃分，可參見劉淑範，憲法審判權與一般審判權間之分工問題－試論德國聯邦憲法法院保障基本權利功能之界限，收錄於中研院社科所編，憲法解釋之理論與實務，218 頁以下，1998 年 6 月。陳愛娥，大法官憲法解釋權之界限－由功能法的觀點出發，收錄於司法院編，大法官釋憲五十週年學術研討會紀錄，1999 年 4 月，375 頁以下。

註二十一：Vgl. Ernst Benda/Eckart Klein,Lehrbuch des Verfassungsprozessrechts,1991, Rn.849。

註二十二：Benda/Klein,a.a.O., Rn.848。

註二十三：參見許玉秀、城仲模大法官於釋字第五七二號解釋共同提出之不同意見書。

(本件聲請書其餘附件略)

抄臺灣桃園地方法院函

中華民國 97 年 1 月 4 日  
桃院木文字第 0970100008 號

主 旨：檢陳本院刑事庭錢法官建榮提出之併案釋憲聲請書（含附件）1 件。敬請 鑒核。

說 明：

一、本院治安法庭審理或執行如說明三之檢肅流氓條例案件，認該條例第 2、6、7、9、10、11、12、13、14、15、19、21、22、23 等條文有違憲之疑義，且該條例之存在於我國法體系已有違比例原則，因承辦法官業於 94 年 12 月 22 日以桃院木文字第 0940103067 號函提出



釋憲聲請書，爰裁定停止審理，併案聲請。

二、業經裁定停止審理（或執行）之案件如下：96 年度感裁字第 3 號、15 號、30 號；95 年度感裁字第 37 號等計 4 件。

院 長 吳水木

抄錢建榮法官併案釋憲聲請書

一、釋憲聲請之理由：

併案案件所適用之檢肅流氓條例，均有與原聲請案件，及第一次併案聲請案件相同理由。詳如臺灣桃園地方法院 94 年 12 月 21 日桃院木文字第 0940103067 號函所附釋憲聲請書，及同院 96 年 11 月 27 日桃院木文字第 0960101210 號函所附補充說明書。

二、併案聲請案件均於民國 96 年 12 月 25 日裁定停止審理。

三、併案聲請案件一覽表（詳如附件一、二）。

關係文件之名稱及件數

附件一：併案聲請案件（感裁字）三件，含停止審理裁定書、移送書。

附件二：併案聲請案件（感裁執）一件，含停止審理裁定書、移送書。

此 致

司 法 院

聲請人 臺灣桃園地方法院刑事庭法官 錢建榮

中 華 民 國 96 年 12 月 27 日

（本件聲請書附件略）

抄臺灣臺中地方法院函

中華民國 94 年 2 月 16 日

中院清文字第 0940000186 號

主 旨：檢陳本院治安法庭法官郭書豪釋憲聲請書一份，謹請鑒核。

說 明：為檢肅流氓條例第二條第三、五款規定，發生牴觸憲法第八條之疑義，敬請排入憲法解釋議程。

院 長 蔡清遊

抄郭書豪法官釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法之目的

為檢肅流氓條例第二條第三、五款規定，發生牴觸憲法第八條之疑義，聲請解釋並宣告檢肅流氓條例第二條第三、五款關於流氓構成要件之規定，有違「明確性原則」，違憲而無效。

貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文

一、程序部分：憲法為國家最高規範，法律牴觸憲法者無效，法律與憲法有無牴觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第一百七十一條、第一百七十三條、第七十八條及第七十九條第二項規定甚明。又法官依據法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得

以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋，司法院釋字第三七一、五七二號解釋著有明文。

## 二、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文：

(一) 現行檢肅流氓條例之制定，緣於民國四十四年間訂定之「臺灣省戒嚴時期取締流氓辦法」，嗣於七十四年經立法通過，迭經修正迄今，惟檢肅流氓條例不僅於立法、修法過程中即爭議不斷(註一)，且於施行後迭經司法院釋字第三八四、五二三號解釋宣告部分條文違憲，又檢肅流氓條例經大法官宣告違憲部分，雖於八十五年十二月三十日、九十一年四月四日經修正公布，惟檢肅流氓條例第二條第三、五款以「要挾滋事」、「欺壓善良」、「品行惡劣」及「遊蕩無賴」等為流氓之構成要件部分，仍有違憲法第八條對人身自由之保障，違背明確性原則，致生違憲疑義。

(二) 本院審理九十四年度感裁字第一號羅○傑違反檢肅流氓條例案件，移送機關認被移送人羅○傑連續強盜，係屬檢肅流氓條例第二條第三、五款之情節重大流氓，本院認為其所應適用之檢肅流氓條例第二條第三、五款，有牴觸憲法第八條規定之疑義，業已裁定停止其訴訟程序。

## 叁、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

一、對憲法第八條規範意涵之說明：中華民國憲法第八條第一項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程

序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之」，又凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須依法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件，方符憲法第八條保障人身自由意旨。前述實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義，而各種法律之規定，倘與上述原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序，業經司法院釋字第三八四、四七一、五二三號解釋在案。再罪刑法定主義，包括構成要件明確性原則（註二）。從而凡限制人民身體自由之處置，其構成要件苟違背明確性原則，自有違前揭憲法對人民身體自由之保障（註三）。另法律明確性，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍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或概括條款而相應之規定，惟立法使用抽象概念者，須其意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，始得謂與前揭原則相符，亦經司法院釋字第四三二、四九一號解釋在案。

- 二、關於本件涉及違憲法律之性質與定位：檢肅流氓條例第二條規定：「本條例所稱流氓，為年滿十八歲以上之人，有左列情形之一，足以破壞社會秩序者，由直轄市警察局、縣（市）警察局提出具體事證，會同其他有關治安單位審查後，報經其直屬上級警察機關複審認定之：一、擅組、主持、操縱或參與破壞社會秩序、危害他人生命、身體、自由、財產之幫派、組合者。二、非法製造、販賣、運

輸、持有或介紹買賣槍砲、彈藥、爆裂物者。三、霸佔地盤、敲詐勒索、強迫買賣、白吃白喝、要挾滋事、欺壓善良或為其幕後操縱者。四、經營、操縱職業性賭場，私設娼館，引誘或強逼良家婦女為娼，為賭場、娼館之保鏢或恃強為人逼討債務者。五、品行惡劣或遊蕩無賴，有事實足認為破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣者」，是若具有以上五款情形之一，且足以破壞社會秩序者，即為該條例所稱之流氓（註四）。而流氓應交付感訓處分之情形有二，其一乃經認定為流氓經告誡而接受輔導之一年內，仍有檢肅流氓條例第二條流氓情形者，其二乃經認定為流氓而其情節重大者（檢肅流氓條例第九條第一項、第十三條第二項、第三項反面解釋參照），是檢肅流氓條例第二條第三、五款關於「要挾滋事」、「欺壓善良」、「品行惡劣」、「遊蕩無賴」之規定，應屬流氓行為交付感訓處分之構成要件，該規定既涉及對人身自由之剝奪，自與憲法第八條第一項對人民身體自由之保障有關，依前揭說明，自須符合法律明確性原則。

三、聲請人認為檢肅流氓條例第二條第三、五款規定違反「法律明確性原則」之理由：

- 1、法律明確性原則之審查標準：法律明確性原則，其意義除使受規範者得以預見法規範之狀態，並決定其行為外，亦使行政及司法權有明確之依據，以免流於主觀之恣意。惟不確定法律概念使用，係成文法所難以避免，要不能僅以法律具不確定概念，即逕認有違法律明確性原則。至其違憲審查之標準，應依規範目的及規定對象、規定強度等為衡量（註五），是在牽涉基本權之侵害時，

對於明確性的要求，應受較嚴格之審查，其涉及刑罰之科處時，則應受最嚴格之審查（註六）。

- 2、前揭流氓構成要件，屬不確定法律概念，且無從綜合其他構成要件予以具體化，以使受規範者得以預見：查「流氓」者，因涉及社會通念而浮動不明，是立法者乃於檢肅流氓條例第二條列舉流氓之情形，惟同條第三款所謂「要挾滋事」、「欺壓善良」，第五款所謂「品行惡劣」、「遊蕩無賴」等流氓之構成要件，俱為帶有強烈價值判斷之要件，屬不確定法律概念，此等用語之意義是否得以理解並具受規範者可預見性，誠屬有疑。蓋任何為判斷者主觀所不容、厭惡者，均有該當前揭要件之可能，至檢肅流氓條例第二條本文固另規定流氓之構成要件，尚包含須「足以破壞社會秩序」及同條第五款「有事實足認為有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣者」等，惟任何刑事犯，甚或僅係違反行政罰者，均有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產習慣之可能，是各該抽象之要件，亦無從具體化前揭流氓之構成要件（註七）。
- 3、自規範目的及規定對象、規定強度審查，前揭構成要件之規定，不符法律明確性原則：檢肅流氓條例第一條規定：「為防止流氓破壞社會秩序、危害人民權益，特制定本條例」；又檢肅流氓條例，係採社會預防主義，其目的在於防制犯罪或再行犯罪，以維護社會秩序，鞏固地方治安，保障人民權益（註八），依前揭立法目的觀察，該條例實與傳統刑罰及保安處分相同，未見有何特殊立法目的之考量（註九），自無從依其規範目的確立其適

用之界限。另依該條例第二條第一、二、四款情形觀察，亦未見所謂「流氓」身分之界定，有難以較明確之法律規範之情形，從而自立法技術上觀察，亦難認有何特殊之情形存在。再司法院釋字第四三二、五四五號解釋對於諸如醫師之停業處分或撤銷其執業執照、會計師之懲戒事由等，顯然係採較寬鬆之明確性審查標準，惟相對於此，司法院釋字第四四五號解釋對於修正前集會遊行法第十一條第二款規定：「有事實足認為有危害國家安全、社會秩序或公共利益之虞者」，第三款規定：「有危害生命、身體、自由或對財物造成重大損壞之虞者」，即認有欠具體明確，而流氓之交付感訓處分，既屬對人身自由之剝奪，其對基本權侵害之程度，較諸前揭對集會自由之限制，顯然為重，故自規範目的及規定對象、規定強度審查，前揭構成要件，已難認符合法律明確性之要求。

- 4、前揭流氓構成要件之規定，無從由司法審查藉其他解釋方法得致合憲性之解釋：依檢肅流氓條例之立法說明：「流氓之結眾恃強、逞兇欺壓、橫行蔓延、怙惡不悛，為社會所不容，惟其劣行，使受害者懾於兇殘，慄其報復，只能忍氣吞聲，不敢舉發指證，至構成流氓之要件及認定流氓之標準，即檢肅流氓條例第二條之各款構成流氓之構成要件，係根據警察機關『歷年取締流氓之實務經驗及流氓行狀』而釐定」（註十）。準此，亦有認適用檢肅流氓條例之流氓行為，應具有前開立法意旨所指之流氓特質始屬之（註十一），惟姑不論前揭立法說明，亦俱係無關聯性且極為抽象之文字，而無從具體化「流

氓」此一難以描繪之身分，且以前揭立法說明作為認定流氓之依據，實已偏離了法律文義，有違法律解釋之原則，要不可採。又有認該條例所稱之「品行惡劣」或「遊蕩無賴」，宜僅指公然藉其不法惡勢力之方式而為，足以破壞社會秩序之行為者為限，俾符檢肅流氓條例就流氓行為所規範之立法意旨（註十二）。惟查檢肅流氓條例第二條第一款至第四款所定各種流氓行為態樣，尚包括諸如「私設娼館」等非必為公然之行為態樣，又所指「製造槍彈」等，其行為態樣是否具公然並藉其不法惡勢力而為之特性，顯屬有疑，是前揭解釋，顯尚乏有效之推論說明。綜上，以前揭解釋方法欲限縮流氓之成立範圍既不可採，徵諸立法者恆得修法或以重新立法之方式追求其原始的立法目的，而逾越司法權限所為之合憲性解釋，反而係屬犧牲對立法者意志之尊重，應認前揭流氓之構成要件，無從依司法審查藉其他解釋方法限縮其應適用之範圍而得致合憲性之解釋。

- 5、綜上所述，檢肅流氓條例第二條第三款、第五款「要挾滋事」、「欺壓善良」、「品行惡劣」、「遊蕩無賴」等流氓之構成要件，其文義不明，為受規範者所無從預見，亦無從由司法審查予以具體確認，與實質正當法律程序之法律明確性原則有違，顯有牴觸憲法第八條之情形（註十三）。

#### 肆、結論

刑罰以預防為目的，以罪責原則為界限，保安處分雖然也以預防為目的，但是由於脫離罪責原則的脈絡，因而附隨界限模糊的缺陷，傳統刑法理論就此並未提出清晰答案，造成



立法者為規避罪責原則而大量運用保安處分的法治危機，如果不妥善解決，則以行為罪責為基礎建構的行為刑法，將澈底崩潰（註十四）。我國關於保安處分，原則上均以犯罪之成立為前提（註十五），檢肅流氓條例關於流氓之感訓處分，自規範目的上，無從推知其何特殊性存在已如前述，乃其不惟不以犯罪之成立為必要條件，甚且於構成要件中大量運用極度抽象之不確定法律概念，其結果既有不以犯罪成立為要件之「品行惡劣」等流氓交付感訓處分事由之存在，刑法關於犯罪，又何須加以類型化，且亦使警察機關治安單位或管轄法院治安法庭，因欠缺客觀之認定標準，而有認定之不同（註十六），其過度膨脹、萬能化感訓處分，有害人身自由之保障，至臻明確，爰請 鈞院大法官宣告系爭規定違憲。

關係文件之名稱及件數：

附件一：台中縣警察局流氓案件移送書、內政部警政署複審流氓認定書各一份。

附件二：臺灣高等法院及其分院就連續強盜、搶奪案件涉違反檢肅流氓條例裁定確定情形表一份。

附件三：台中縣警察局九十四年一月十一日中縣警刑一字第○九四○○二五七三○號函及附件一份。

此 致

司 法 院

聲請人 臺灣臺中地方法院治安法庭法官 郭書豪

中 華 民 國 94 年 1 月 28 日

註一：期間亦有廢止該條例之提案，參立法院全院委員會紀錄第八十五卷第四十六期第三○二頁。

- 註二：黃榮堅著，基礎刑法學（上），第九十三頁。
- 註三：有認罪刑法定主義之憲法上依據應係憲法第二十三條，陳愛娥著，正當法律程序與人權之保障－以我國法為中心，司法院大法官九十二年度學術研討會論文集第十四、二十一、二十二頁參照。
- 註四：該條例第二條對流氓身分定義的規定，以概括而不確定的概念涵蓋，使涵蓋其內之人與其他人處於不同的法律地位，也可能有違反憲法上平等權之疑義，參閱翁岳生著，大法官關於人身自由保障的解釋，月旦法學第十五期，第九十四頁。
- 註五：參閱李英毅，法律明確性原則，法政學報，第十一期，第一七三、一七七頁。另參閱吳耀宗著，德國強制罪可非難性條款與明確性原則，法學叢刊第一七二期。
- 註六：參閱陳愛娥，如何明確適用「法律明確性原則」？評司法院大法官釋字第五四五號解釋，月旦法學，第八十八期、第二五二至二五七頁。
- 註七：在行政命令授權明確性上，有認立法者若以「增進公共利益」、「促進公共福祉」等等口號作為行政機關所應追求的目標，就不可能符合授權明確性的要求，因追求公平、正義與公共利益本來就是國家的義務，是任何國家機關理所當然本應追求的目標，若連這類空洞、敷衍的陳詞爛調也可充當免責的護身符，憲法的授權明確性要求顯屬多餘，根本不值一顧。引自許宗力著，行政命令授權明確性問題之研究，收錄於法與國家權力，第二二八頁。
- 註八：動員戡亂時期檢肅流氓條例草案立法總說明，立法院公報第七十四卷第五十二期院會紀錄第三十四頁參照。
- 註九：有認感訓處分，其於立法上屬欠缺必要性，司法院釋字第三八

四號解釋林永謀大法官協同意見書參照。再現行檢肅流氓條例之制定，其前身始於戒嚴及動員戡亂時期而延續至今，有其我國法制上特殊之時空背景，其對於社會秩序之維護，固非全無意義，惟依現行法律，檢肅流氓條例第二條第一、二款之情形，有組織犯罪防制條例、槍砲彈藥刀械管制條例規範，第三、四款其餘情形，亦多有刑法之規範，至關於證人保護部分，亦有證人保護法之規範，是隨著社會環境及法制之變遷，檢肅流氓條例究有無存在之必要，確非無疑。

註十：立法院公報，第七十四卷、第五十二期院會紀錄第二十二、二十三頁。

註十一：臺灣高等法院九十三年度感抗字第二三五、二六一號裁定參照。

註十二：其認檢肅流氓條例第二條第三款所定「霸佔地盤、敲詐勒索、強迫買賣、白吃白喝、要挾滋事、欺壓善良或為其幕後操縱者」之事由，均係以明目張膽之方式，藉其背後之不法惡勢力，公然直接或間接向善良民眾欺壓圖利，並使被害人因擔心受到報復威脅而不敢聲張之行為態樣。同條例第二條第五款規定之「品行惡劣」或「遊蕩無賴」，均屬抽象之法律規定，雖未限定以公然之方式為之，但觀該款規定行為人除須有「品行惡劣或遊蕩無賴」之情形外，尚須「有事實足認為有破壞社會秩序或危害他人生命、身體、自由、財產之習慣者」始足當之，且綜觀該條第一款至第四款所定各種流氓行為態樣，如「操縱幫派」、「非法製造槍彈」、「霸佔地盤」、「經營職業性賭場」等，其本質上均具有公然並藉其不法惡勢力而為之特性，同法條內各款之流氓行為態樣自不應為兩歧之解釋，是以前開第五款所稱之「品行惡劣」或「

遊蕩無賴」，自宜僅指公然藉其不法惡勢力之方式而為足以破壞社會秩序之行為者為限，俾符檢肅流氓條例就流氓行為所規範之立法意旨。臺灣高等法院九十三年度感抗字第二五二號裁定參照。

註十三：相同之結論，參陳運財著，憲法正當法律程序之保障與刑事訴訟法，收錄於氏著刑事訴訟與正當之法律程序、第二十四頁；另參林山田著，動員戡亂時期檢肅流氓條例評議，收錄於林山田編，法律學研究第三輯第一二六、一二七頁。

註十四：林鈺雄著，保安處分與比例原則及從新從輕原則一評大法官釋字第四七一號解釋，收錄於氏著刑事法理論與實踐第二九一頁。

註十五、參刑法第十二章保安處分之規定，而其中固亦有遊蕩或懶惰成習等不確定法律概念，惟均以犯罪成立為前提，或不致有違明確性原則。至少年事件處理法，亦或有其規範對象或目的之特殊考量。

註十六：就連續強盜、搶奪案件之行為人是否係屬情節重大流氓，終審法院之見解顯不一致（如附件二），又依內政部警政署之統計資料顯示，強盜、搶奪經複審認定為情節重大流氓者，占全國認定數之百分之三十九點零二強，其經法院認可者，占裁定確定之百分之七十一點五六，惟實際執行率僅占百分之十一點五四，另依內政部警政署九十三年九月二十三日警署刑檢字第○九三○○○九九○○號函所示，內政部警政署現業已不予採認搶奪案件係屬流氓行為（如附件三），則同屬連續強盜、搶奪，何以有認定之不同？又何以關於連續搶奪部分今是昨非？又此要非徒以感訓處分著重具體個案「行為人」之特質而得以解釋，其中之判斷標準是否流於主觀，顯有所疑。

（本件聲請書附件略）

抄臺灣臺中地方法院函

中華民國 94 年 5 月 27 日

中院清文字第 0940000705 號

主 旨：檢陳本院治安法庭法官郭書豪釋憲聲請書一份，謹請  
鑒核。

說 明：為檢肅流氓條例第二條第三、五款規定，發生牴觸憲法  
第八條之疑義，敬請排入憲法解釋議程。

院 長 蔡清遊

抄郭書豪法官釋憲聲請書

壹、聲請解釋憲法之目的

為檢肅流氓條例第二條第三、五款規定，發生牴觸憲法第八  
條之疑義，聲請解釋並宣告檢肅流氓條例第二條第三、五款關  
於流氓構成要件之規定，有違「明確性原則」，違憲而無效。

貳、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文

一、程序部分：憲法為國家最高規範，法律牴觸憲法者無效，  
法律與憲法有無牴觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院  
大法官掌理，此觀憲法第一百七十一條、第一百七十三條  
、第七十八條及第七十九條第二項規定甚明。又法官依據  
法律獨立審判，憲法第八十條定有明文，故依法公布施行  
之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲  
而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先  
遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依  
其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行  
聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得  
以之為先決問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確

信法律為違憲之具體理由，聲請司法院大法官解釋，司法院釋字第三七一、五七二號解釋著有明文。

## 二、疑義之性質與經過及涉及之憲法條文：

(一) 現行檢肅流氓條例之制定，緣於民國四十四年間訂定之「臺灣省戒嚴時期取締流氓辦法」，嗣於七十四年經立法通過，迭經修正迄今，惟檢肅流氓條例不僅於立法、修法過程中即爭議不斷，且於施行後迭經司法院釋字第三八四、五二三號解釋宣告部分條文違憲，又檢肅流氓條例經大法官宣告違憲部分，雖於八十五年十二月三十日、九十一年四月四日經修正公布，惟檢肅流氓條例中第二條第三、五款以「要挾滋事」、「欺壓善良」、「品行惡劣」及「遊蕩無賴」等為流氓之構成要件部分，仍有違憲法第八條對人身自由之保障，違背明確性原則，致生違憲疑義。

(二) 本院審理九十四年度感裁字第三號吳○輝違反檢肅流氓條例案件，移送機關認被移送人吳○輝係屬檢肅流氓條例第二條第三、五款之情節重大流氓，本院認為其所應適用之檢肅流氓條例第二條第三、五款，有抵觸憲法第八條規定之疑義，業已裁定停止其審理程序。

## 參、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解

本院前於九十四年一月二十八日，就九十四年度感裁字第一號羅○傑違反檢肅流氓條例案件，認檢肅流氓條例第二條第三、五款規定有違憲之情形，業已聲請司法院大法官解釋憲法，該聲請理由書中以前揭規定與實質正當法律程序之法律明確性原則有違，故顯有抵觸憲法第八條之情形，本院此

次聲請理由仍與前次相同，爰請 鈞院大法官宣告系爭規定  
違憲。

此 致  
司 法 院

聲請人 臺灣臺中地方法院治安法庭法官 郭書豪

中 華 民 國 94 年 5 月 23 日