

槍砲彈藥刀械管制條例（下稱槍砲條例）是我國為管制武器所制訂之特別刑法¹，其中第八條第一項規定（下稱系爭規定），未經許可而製造、販賣或運輸有殺傷力之空氣槍者，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。本案涉及上開規定是否因最低刑度起步太高、法定刑過重，而侵害人民受憲法第八條所保障之人身自由權問題。長久以來有關刑度問題，釋憲機關多本於尊重立法形成之態度，對刑罰種類及處罰之衡平性常欠缺具體的審查步驟，但本件多數意見認系爭規定未設衡平條款，以致於對情節輕微案件，法官無從宣告緩刑或易科罰金，非宣告自由刑不可，有違罪刑相當原則。這顯示本院對特別刑法中的重刑規定，將採取更積極之審查，無異是對我國重刑浮濫之現狀，敲響一記警鐘。本席贊同上開結論，但理由上主張對立法者據以制訂特別刑法之重刑規定之立法事實，應採取嚴格審查。本件多數意見疏於對立法事實之審查，其對動輒重刑的粗糙立法所蘊含的批判意識，恐怕遭到忽略；又多數意見，係以欠缺衡平條款，對部分個案造成過苛處罰，未逕以刑度本身過於嚴峻即違反罪刑相當原則而宣告違憲，對罪刑相當性之審查模式說理不足，不明就裡者恐誤以為刑度無論如何加重，只要搭配衡平條款即可脫免違憲指摘。為釐清上開疑義，並為罪刑相當原則之操作如何逐步建立客觀而細緻之判準，指出一些可能的方向，爰提協同意見書如下：

一、特別刑法中重刑規定之違憲審查密度

¹ 參林山田，刑法通論，頁 47（10 版，2008）。

對刑罰應採取何種密度之審查，一直是難以委決的問題：一方面刑法制裁動輒剝奪人民之財產、自由、名譽乃至於生命，具嚴峻性與最後手段性，從刑罰對人民權利影響重大之觀點，似應以嚴格審查標準審視刑罰之合憲性，否則輕易容任國家濫刑重罰，人民最核心的人身自由與生命，不免時時懸於國家合法暴力的威脅。但他方面嚴格違憲審查卻有其現實困難，因為有關何種行為應予處罰及應受何種處罰，涉及複雜的社會環境、歷史文化、犯罪現象、群眾心理及犯罪理論等因素，立法機關所具之民主正當性，較諸司法機關更能反映當代社會紛呈的多元價值，對前者基於民主論辯所為之決定，後者要難率爾取代，是由事務領域與機關功能最適之角度，司法機關原則上似應支持刑罰之立法政策，僅以合理審查標準審查之。

在上開權利保障與機關功能的衝突中，本院釋字第六四六號解釋首度明確採取折衷見解，試圖調和緩解二者間的緊張關係，主張立法機關對刑罰相關立法事實之判斷與預測，如合乎事理而具可支持性，司法者應予適度尊重。不過釋字第六四六號解釋涉及普遍適用的普通刑法（僅因立法技術考量，而依附在規範相關事項之法律中，未規定於刑法典），惟立法者若基於特別需要，在刑法常典之外，訂定適用範圍僅及於特定人、事、時、地的特別刑法²，對刑法原已規範的

² 有關特別刑法與普通刑法的區別，同上註，頁 46-48。

特別刑法與普通刑法是基於適用對象、範圍以及適用的優先順序而來的區別，不可與主刑法之於輔刑法這一組分類相混淆。主刑法即是指犯罪與刑罰的核心法律（核心刑法 Kernstrafrecht），輔刑法是指刑法外的「刑事單刑法」，以及分散規定於民商法、行政法、經濟法、環境法、財稅法等各種法律中的「附屬刑法」（Nebenstrafrecht）。刑事單刑法均屬特別刑法，附屬刑法則部分屬於特別刑法（例如公職人員選舉罷免法中處罰專章之規定乃是刑法妨害投票罪章的特別規定），部分屬於普通刑法（例如破產中的刑罰條款乃出於立法技術原因而未規定在主刑法中）。核心刑法與附屬刑法並無效力、適用順序上的優先劣後之別，僅是因為立法技術考量而在體例上分列於不同法典。但特別刑法在適用順序上優先於普通刑法，普通刑法與特別刑法均設有處罰規定時，須適用特別刑法定罪科刑，普通刑法即無適用餘地。

行為疊床架屋地重複規範，排除普通刑法之適用，且刑度通常大幅加重，本席以為對此類特別刑法，尤其是涉及最輕本刑五年以上之重刑規定者³，基於以下理由，應將標準提高至嚴格審查（即強烈內容審查 intensive Inhaltskontrolle，以下均以嚴格審查稱之）。

首先，刑法常典展現立法者對於值得以刑法非難的行為，所為之一般性、體系性的評價，此種體系性的評價司法者當予適度尊重。但當立法者在原有的評價體系之上，另外以特別刑法加重刑度時，基於其性質上是嚴峻的例外立法，特別容易產生重大違反體系的價值判斷，此種例外的特別立法本應有非常堅強的正當理由始得為之。

其次，特別刑法本應屬極端例外，但我國卻因歷經長達半世紀的非常法制，以及對亂世重典的普遍迷信，而有為數眾多的特別刑法，嚴重破壞刑法體系。審查標準的擇定，部分亦是歷史經驗的產物以及對當代課題的回應，而敦促立法者檢討特別刑法重刑林立的現象，使國家刑罰權回歸到最後手段性的原則之內，堪稱是我們的時代任務，是以司法者至少在針對特別刑法重刑規定進行違憲審查的有限範圍內，應對相關立法事實採取嚴格審查，要求立法者針對據以制定特別刑法重刑規定之相關立法事實，應作具體而詳盡的深入分析，倘本院無法確信立法者的判斷是正確的，舉證的不利應由立法者負擔。

對特別刑法應提高至嚴格審查的主張，或有論者質疑：

³ 我國許多法令常以「最輕本刑五年以上有期徒刑」為界，作為衡量重大犯罪的標準，並賦予不同的法律效果，如：刑事訴訟法第七十六（不經傳喚逕行拘提）一百零一條（重罪羈押），少年事件處理法第二十七條（移送檢察官），警察職權行使法第十一條（犯罪資料蒐集）海岸巡防機關重大案件基準，臺灣高等法院檢察署暨所屬各級法院檢察署法警使用戒具要點第五條，內政部警政署犯罪資料通報作業規定第二條等。上開規定雖多屬於程序性的規定，且有各自的規範目的，但應可持平而論最低本刑五年以上有期徒刑的犯罪，在法體系的整體評價當中，確屬於重罪重刑的分界標準。

假如立法者不另定特別刑法，但將相同規範內容納入刑法常典之中，刑度亦大符加重，是否即得適用針對普通刑法之中度審查？如此一來，提高審查標準可望處理到的、具違憲嫌疑的重刑規定，不就聽憑立法技術的選擇而任意規避違憲審查的密度？從而令人回頭質疑到底針對特別刑法的重刑規定提高審查密度，這樣的區分是否有理由？有無實際的作用？

實則立法者若因特別刑法的審查標準較嚴，而放棄訂定特別刑法，回歸刑法的修訂，這是正本清源之道，本來也就是針對特別刑法提高審查標準所希望獲得的成果，談不上是「技術性規避」。其次，相同的重刑規定從特別刑法搬回普通刑法，便適用較寬鬆的標準，是否顯示審查標準的擇定欠缺基礎呢？其實不然，要將特別刑法中的重刑規定原封不動搬回刑法中，並沒有想像中容易。我國特別刑法許多刑度的設定極高，如果放回刑法典中，立法者馬上面臨同一部法典中的內在評價體系失衡，勢必有所調整。

現實上立法者傾向訂定特別刑法而非修定刑法，通常正是因為刑法典修訂不易，且對特定罪名的極端重刑主義在刑法中難以立足，欲圖方便所致。以槍砲條例之立法過程為例，民國七十二年立法之初，反對者即質疑在既有之刑法第一百八十六、一百八十七條規定外，為何欲另定特別法？認其不無破壞刑法體系之嫌，並質疑其必要性及重刑取向⁴；贊成者（包括行政部門）則回應刑法規定過輕，構成要件涵蓋範圍太小不敷使用，且刑法修改曠日廢時緩不濟急等等⁵，換

⁴ 參例如立法院公報，72 卷 41 期，頁 134-35、136（立法委員張德銘發言）72 卷 45 期，頁 120-21（立法委員許榮淑發言）。

⁵ 參例如立法院公報，72 卷 41 期，頁 130、135-37（內政部部長林洋港、法務部次長施啟揚發言）72 卷 36 期，頁 39-40（立法委員楊寶琳發言）72 卷 45 期，頁 123（內政部部長林洋港發言）72 卷 46 期，頁 116（立法委員潘廉方發言）。

言之，槍砲條例正是要不顧刑法，以回應快速、全面、重刑的需求。這突顯出刑法典修改通常需要較體系性的考量、較審慎的立法審議過程、較冗長的民主歷程，是以當立法者選擇採取特別刑法規避這些「困擾」時，司法審查對之嚴格審查，乃在補足在特別法的立法程序中通常容易被模糊掉的體系思考，與錯失的民主審議。這些顧慮在立法者不另立特別法、回歸刑法之修訂後，當即減輕，而應獲得較大尊重。至於所謂「一模一樣」的重刑規定在刑法修訂的民主程序中是否真能被接受，自然也不用預先太過悲觀預測。

回到本案，刑法第一百八十六條、第一百八十七條⁶原已對製造軍用槍砲子彈的行為加以規範，但立法者深感不敷使用，乃以系爭規定擴大槍砲範圍，將殺傷力較低的空氣槍納入規範內，並且一再加重刑度，其於民國七十二年制定時，對違犯者處以六個月以上五年以下有期徒刑；八十六年修正時，對違犯者改為以五年以上有期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金，已屬重度自由刑，但九十四年修正時，又進一步將刑度調至最高可判處無期徒刑。換言之，槍砲條例即屬於重刑迷思下，典型特別刑法的例證，實係最宜採取嚴格審查之審查密度。

二、比例原則審查

在決定審查密度之後，接著就是根據比例原則審查系爭刑度規定之合憲性，亦即分別就立法目的是否在保護具有憲法位階之特定重要法益（目的）、施以刑罰是否有助目的達成（適合性）、是否別無其他相同有效達成目的而侵害較小的手段可資運用（必要性），以及刑罰之於所欲維護之法益

⁶ 刑法第一百八十六條規定：「未受允准，而製造、販賣、運輸或持有炸藥、棉花藥、雷汞或其他相類之爆裂物或軍用槍砲、子彈而無正當理由者，處二年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金」。第一百八十七條對意圖供自己或他人犯罪之用，而為上開行為者，處五年以下有期徒刑。

是否符合比例關係(狹義比例性)加以審查。值得注意的是，在刑度審查中，狹義比例性的內涵，已經為罪刑相當性原則(或說是過苛處罰之禁止)所充實⁷，亦即衡量刑度是否合乎比例，最重要的是以處罰輕重及犯罪危害程度兩相權衡，二者必須相當⁸。

有關適合性之審查，立法者以重度自由刑處罰製造、販賣、運輸空氣槍之行為，是否具備適合性，取決於空氣槍之流通與犯罪、社會治安間之關聯性高低：尤其是空氣槍是否為常見之犯案工具，以致於重刑全面禁止之於保護社會治安與大眾安危，具有手段與目的之關聯性，且在嚴格審查之下，不能聽任立法者主張空氣槍對治安的危險性如何之高的片面主張，而必須深入探求堅實之事證。據調查民國七十三年至九十六年間，持用各類槍枝犯故意殺人、強盜、擄人勒贖、強制性交、恐嚇取財及重傷等等重大罪名者，合計 10,858 人，其中持用空氣槍犯上述各罪名者，僅 101 人，佔持用各類槍械犯罪總人數之 0.93%⁹，平均每年以空氣槍犯上開之罪者不到五件。在持用以為犯重大犯罪之件數不多，且佔全體槍枝犯罪比例如此之低的情況下，根據嚴格的強烈內容審查標準，該數據並無法証立社會治安因空氣槍之流通而處於危險狀態之事實。而既然空氣槍之流通危害社會治安的前提事實不能証立，就表示立法者採重懲製造、販賣、運輸空氣槍

⁷ 參本院釋字第五五一號解釋：「法律對於人民自由之處罰或剝奪其生存權……處罰程度與所欲達成目的間並應具備合理必要之關係。……(肅清煙毒條例誣告反坐之規定)未顧及行為人負擔刑事責任應以其行為本身之惡害程度予以非難評價……以所誣告罪名反坐，所採措施與欲達成目的及所需程度有失均衡；其責任與刑罰不相對應，罪刑未臻相當，與憲法第二十三條規定之比例原則未盡相符。」

⁸ 罪刑相當原則是基於應報正義所生的最低底線。刑罰或有應報之外的預防、矯治目的，這些其他的目的可以納入刑事政策加以考量，也可能影響刑期的設定，但無論特定刑期對預防、矯治有何功效，都不能單為預防或矯治所需，而對行為人加諸遠與其行為惡害不相當之刑罰。

⁹ 98 年 2 月 18 日內政部警政署刑事警察局刑紀字第 0980018775 號函所提供數據，並經聲請書引用。

的措施，根本就是無的放矢，遑論是否有助目的之達成。是系爭規定單就適合性原則之審查即非合憲，必要性之審查更無論矣。

至於罪刑相當原則之審查，權衡法定刑有無違反罪刑相當性如何具體操作，向來甚為棘手。何種行為處以何種刑度係屬過分嚴苛之處罰，倘若欠缺客觀、明確且有理論基礎的標準據以操作，不可諱言地易流於主觀法感情的論斷，無從具體確認國家刑罰權的行使是否在憲法界線之內—在我國所採之抽象違憲審查制度下，因脫離具體個案事實情節，僅能從抽象的構成要件與刑度規定判斷，審查難度尤高，這是本案在解釋方法上所面臨的主要困難。本院早期之釋字第四七六號解釋曾謂：就法定刑規定「尤不得單以個人之價值判斷，執以否定立法之價值體系」，其保守的態度即是出於恐怕審查流於人言言殊的考量，而遲遲不能有所突破¹⁰。

不過，上述困難毋寧突顯仔細探求客觀比較標準，憑以判斷刑罰苛酷與否的必要，而不應是放棄刑度之司法審查的理由。本席建議應參考立法者就其他行為之評價，予以體系性的比較，對於刑度的嚴苛程度，便能有相對客觀的參考指標以資斷定¹¹。以系爭規定為例，製造、販賣、運輸有殺傷力之空氣槍，犯罪性質上屬於危險犯¹²，將其法定刑（五年以上有期徒刑、無期徒刑，併科新臺幣一千萬元以下罰金）與刑法中暴力實害犯罪相較可知，其輕於刑法第二百七十一

¹⁰ 又如美國聯邦最高法院就刑期長短原則上承認係屬單純立法裁量之事項，認為以刑期過重欠缺比例性宣告違憲，乃是極端罕見的例外，亦為適例。Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 957 (1991); Hutto v. Davis, 454 U.S. 370 (1992).

¹¹ 釋字第六三〇號許玉秀大法官協同意見書亦同此見解：審查規範是否符合罪刑相當原則，不能僅就該規範的內容單獨審查，而必須從不同構成要件事實間，比較不同規範之間的法定刑。美國聯邦最高法院對於罪與刑間之比例性判斷，係透過比較系爭司法管轄區內對其他犯罪科處之刑罰，及該司法管轄區外，對系爭犯罪之刑罰來決定 See Solem v. Helm, 436 U.S. 277, at 290-291.

¹² 係屬抽象或具體危險犯則容有爭議。

條之殺人罪、第三百四十七條之擄人勒贖罪、第三百三十三條之海盜罪等（死刑、無期徒刑或十年以上有期徒刑），但竟重於第二百二十一條之強制性交罪（三年以上十年以下之有期徒刑）等¹³。又與刑法中公共危險罪章各罪比較，除刑法第一百八十五條之一所定之劫機罪（死刑、無期徒刑、七年以上有期徒刑）外，其餘如刑法第一百九十一條之一千面人犯罪（七年以下有期徒刑）、第一百八十五條之二危害飛航安全罪、第一百八十七條之一不法製造販賣運輸持有核子原料（五年以下有期徒刑）等，均較槍砲條例第八條第一項規定為輕。

再者，製造、販賣、運輸空氣槍的行為態樣，至多近似於實害犯罪之預備或幫助階段，但其刑度較諸刑法中所列各預備犯罪都要更重，如刑法第二百七十二條第三項之預備殺人罪（二年以下有期徒刑）、刑法第一百八十五之一條第四項之預備劫機（三年以下有期徒刑）或刑法第一百零一條預備陰謀暴動內亂（一年以上七年以下有期徒刑）。

製造、販賣、運輸有殺傷力之空氣槍所造成的危險，是因為這些工具最後可能被用於殺人、性侵害、劫機等犯罪行為（用於暴動內亂大概有點勉強），但當性侵害如此嚴重之實害發生，或行為人在犯罪計畫之中進行預備殺人、劫機、暴動內亂時，立法者對其非難評價均尚低於非為犯罪意圖而非法製造空氣槍，不禁令人質疑其合理性，由刑法體系整體比較觀之，系爭規定刑度確實嚴峻，已有罪刑失衡之虞。

釋字第四七六號解釋曾處理到普通刑法與特別刑法的刑度能不能相比的問題，其指出「要不得僅以關乎人民生命、身體之自由，遂執兩不相侔之普通刑法規定事項，而謂其係

¹³ 刑法第二百七十八條重傷害罪（五年以上十二年以下有期徒刑）與第三百八十二條第一項之強盜罪（五年以上有期徒刑），其最輕本刑雖與系爭規定相同，但就最高法定刑而言，嚴格說來亦較系爭規定為輕。

有違於前開憲法之旨。」似乎暗示特別刑法既曰「特別」，便不能與普通刑法之價值判斷比較，又其理由書亦有謂保護法益不同，不得用以比較刑度孰重孰輕等等。但本席對此不能贊同，刑罰規定固不必要也不可能強求規定在同一部刑法典中，然而無論散見何處、性質上是否為特別刑法，刑罰體系的價值判斷應該是一個整體，沒有理由僅因系爭規定訂於他法之中，或僅因立法者宣稱其為特別刑法，在價值判斷上便可以與整體的刑罰體系切割開來。更重要的是，特別刑法的特別之處，絕非得以「特別」之名作為違憲審查的免死金牌，反因其例外法制的地位、因其適用範圍的特殊性與加重之刑度，而具有更高的違憲嫌疑¹⁴，必須嚴格審查。上開釋字第四七六號解釋文字，應理解為特別刑法在與整體刑法體系（尤其是普通刑法）的價值判斷比較後，不當然因其刑度在體系性的比較中屬於較重的處罰即為違憲，而是尚應考量其他的因素綜合評斷，例如所謂刑度較重是重到何種程度？法官在個案中之量刑裁量空間如何？甚至搭配執行層面的假釋制度等等。

倘若規範之刑度在體系比較中，顯然嚴重偏高（如本案情形），此時應進一步審查其法定刑度是否留給法院適當的個案裁量空間—蓋嚴峻之立法一旦一併完全剝奪法院個案裁量權¹⁵，幾可推定為違憲，反之立法機關若留予法院個案衡平的機制，可大幅緩解對其情法失平的指摘，這樣的審查模式從本院過去的釋憲實務中，已逐步可見其雛形，值得進一步具體化為可操作的原則。例如：釋字第四七一號解釋指

¹⁴ 正因本席認為特別刑法違憲嫌疑較高（但不排除立法者能進一步證立其合憲性），故在操作刑罰體系比較時，也盡量應以普通刑法為比較基準，而不能只是拿特別刑法與特別刑法相較，這是為了避免立法者訂定愈多重刑之特別刑法，反而愈比較愈易合憲的問題。

¹⁵ 剝奪法院裁量尤指立法者限縮法官在不同「類型」的處罰中做選擇時（例如「死刑」與「自由刑」之間、「自由刑」與「罰金刑」之間、「得易科罰金或宣告緩刑之自由刑」與「不得易科不得宣告緩刑之自由刑」之間），其限縮的效果越嚴峻，越易構成罪刑失衡。

出「不問對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，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。」又如釋字第641號解釋指出，劃一之處罰方式，於特殊個案情形難免無法兼顧其實質正義，可能造成個案顯然過苛之處罰，立法者就此未設適當之調整機制，乃有違比例原則¹⁶。

反之，釋字第263號解釋指出懲治盜匪條例有關擄人勒贖唯一死刑的規定，「立法甚嚴，有導致情法失平之虞，宜在立法上兼顧人民權利及刑事政策妥為檢討」，但系爭規定仍有刑法第五十九條酌量減輕其刑規定，足以避免過嚴之刑罰。該解釋作成迄今已逾廿年，我國憲法規範及釋憲實務均已歷經相當的典範變遷，唯一死刑規定於今是否仍屬合憲誠值疑問，但上開解釋至少指出擄人勒贖唯一死刑的規定，不致情法失平到違憲地步的關鍵是：法官依個案情狀得從生命刑酌減為自由刑。類似地，釋字第528號解釋指出：「針對各別處分人之不同情狀，認無強制工作必要者，已有免其執行與免予繼續執行之規定，足供法院斟酌保障人權之基本原則，為適當、必要與合理之裁量。」釋字第571號解釋指出：「法院於個案審理中，仍得斟酌該後備軍人違反義務之各種情狀，於法定刑範圍內為適當之量刑，是無立法嚴苛之情形」。

¹⁶ 上開審查原則應可理解為：罪刑相當原則包含立法及司法二層面。在立法層面上，立法者決定有關犯罪類型、刑罰種類與法定刑的高低，應與受害法益的類型、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相稱。在司法層面上，法院於具體個案適用法律時，必須斟酌被害法益種類、被害的程度、侵害的手段以及行為人主觀不法的程度，以為適切的量刑。當立法本身透過刑事體系內的比較（甚至包括外國立法例的比較），顯露出它在體系上是屬於嚴峻的立法時，本即較可能構成罪刑不相當的情況，而必須仰賴司法層面的罪刑相當加以調節，達致適用於個案中的正義，因此如果立法者尚且進一步限制法院對法定刑的裁量，往往會成為憲法所不能容許的嚴峻立法。

從而本件多數意見係在上開基礎上，認為系爭規定於刑度規定起步甚高、體系失衡之餘，又未能針對輕微案件設置衡平條款，至少對輕微案件已構成過度嚴苛之處罰，與罪刑相當性原則有違。此時或有論者進一步質疑，倘若由體系比較中，已經得知系爭規定刑罰甚嚴，何以不能直接宣告法定刑因起步太高而違反罪刑相當，而要退讓到要求設置衡平條款即可？

本席以為，刑度體系性之比較，固然對判斷刑度嚴苛與否提供了相對客觀的衡量方法，但單憑比較往往還不足以提供確定的論據，得以完全肯認，其刑度規定較諸系爭構成要件所有可能涵蓋的一切之事實，無論具體犯罪情狀如何，均屬過度嚴苛，因此沒有把握單從比較方法即推導出刑度規定本身違反罪刑相當之結論。相較之下，有關衡平規定部分之審查，卻至少可想像於情節輕微的個案當中，假如沒有針對個案情節所設的衡平規定，其重刑對個案違犯而言已顯屬過苛。

本席承認仍有可能存在因法定刑起步太高而直接宣告違反罪刑相當的案例，尤其當刑罰嚴峻的極端程度，使人一望即知其法定刑度規定已經嚴苛到殘酷而恣意的程度，國家倘對構成要件該當者動用此種極端刑罰，所造成的不正義，將使社會大眾的道德感情咸感震驚、不能接受。至少在這個範圍內，此種違反罪刑相當的刑罰，單就法定刑之設定即可判定為違憲，而不論立法上有無衡平條款之設。例如對於竊盜行為處以死刑，此時行為人所受處罰，之於所犯之罪的危害是如此失衡，從應報正義角度觀之，其不義已如此顯然（被害人財產權受侵害之於行為人被剝奪生命），以致於此種處罰根本動搖社會對於刑罰正義的一般信念，那麼系爭規定即屬違反罪刑相當。

以本件為例，立法者以最低本刑五年以上有期徒刑處罰

製造、販賣、運輸有殺傷力之空氣槍行為，是否顯然失衡至一望即知的境地，本席並無絕對把握。蓋空氣槍固然受限於發射原理，通常發射動能有限¹⁷，惟實務上曾經發生發射動能 38 焦耳/平方公分的空氣槍造成被害人死亡的案例¹⁸，這雖然是罕見的例外，但可知空氣槍確實可能用為致命武器，又空氣槍的發射動能可以提高到 58 焦耳/平方公分¹⁹，已高於法國軍方所採之武器致傷標準 39.3 焦耳/平方公分²⁰。設若個案中非法製造、販賣數量極多高達 58 焦耳/平方公分之高發射動能空氣槍²¹，並確導致不法份子大量採用於犯罪，則其對社會治安與不特定人之人身所造成的危險，似難以直觀地認定五年以上有期徒刑之法定刑，必係顯而易見地失衡。從而本席傾向認為系爭規定過苛以致違憲之處，主要仍在對於輕微案件欠缺衡平條款，而非刑度本身即屬違憲。

三、結語

最後本席必須善意提醒立法者，切莫誤認對特別刑法中的重刑規定，只要一律設置衡平條款即為合憲。固然衡平條款配合刑法第五十九條規定，已經能大幅降低刑罰的嚴峻性，不過針對特別刑法的目的位階、適合性、必要性、相當性、明確性等，仍將面臨司法者愈益嚴格的檢視。蓋在嚴格審查標準下，眾多特別刑法規定以嚴刑峻罰作為維護治安之

¹⁷ 孟憲輝、吳耀宗，我國「槍砲彈藥刀械管制條例」中「殺傷力」相關問題之研究，行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告，頁 6(2003)。

¹⁸ 民國九十六年南投縣中寮鄉徐姓男子以氣體動力式槍枝外接高壓鋼瓶內氣體為發射動能，將彈丸射入被害人胸腔內致死。有關上開案件涉案槍枝細節參 98 年 12 月 18 日內政部警政署警署保字第 0980184463 號函。

¹⁹ 同上註（內政部函）。

²⁰ 同前揭註 17，頁 7。

²¹ 據 98 年 11 月 20 日本院專家學者說明會，內政部警政署刑事警察局代表之口頭說明，此類空氣槍發射動能已與小口徑之手槍相當。

手段，是否能提出實證基礎支持其適合性與必要性，本席有理由對之不敢樂觀。

系爭規定刑度一再提高，對治安是否有長足之貢獻猶未可知，但本案原因案件被告數人之家庭、事業、生涯規劃，業因重刑當前而瀕於破碎，面臨最低五年有期徒刑的牢獄之災，但其身陷囹圄所為何來？不過出於娛樂之用，而置換合法空氣槍中區區一條彈簧而已。被告若非有幸遇到深富人權觀念的法官裁定停止訴訟聲請解釋，恐怕早已入監執行。人民在刑事訴訟程序中面對嚴酷刑罰的恐懼、面對無謂刑罰的怨懟，立法者是否能體會？本席不憚其煩，再次懇切呼籲立法機關務必檢討特別刑法中重刑規定之構成要件是否嚴謹、刑度是否合宜，期許見樹不見林的重刑迷思終有終結之一日，讓刑罰在我國早日成為名實相符的「最後手段」。