全國法規資料庫
Laws & Regulations Database of The Republic of China

發文單位：司法院
解釋字號：釋字第 517 號
解釋日期：民國 89 年 11 月 10 日
資料來源：司法院公報 第 43 卷 1 期 1-9 頁
司法院大法官解釋（十三）（99年5月版）第 529-542 頁
總統府公報 第 6372 號 13-23 頁
相關法條：中華民國憲法 第 10、20、23、137 條
入出國及移民法 第 54、59 條
妨害兵役治罪條例 第 6、7、11 條

解 釋 文：　人民有依法律服兵役之義務，爲憲法第二十條所明定。惟兵役制度及其相關之兵員召集、徵集如何實施，憲法並無明文規定，有關人民服兵役、應召集之事項及其違背義務之制裁手段，應由立法機關衡酌國家安全、社會發展之需要，以法律定之。妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款規定後備軍人居住處所遷移，無故不依規定申報者，即處以刑事罰，係爲確保國防兵員召集之有效實現、維護後備軍人召集制度所必要。其僅課予後備軍人申報義務，並未限制其居住遷徙之自由，與憲法第十條之規定尚無違背。同條例第十一條第三項規定後備軍人犯第一項之罪，致使召集令無法送達者，按召集種類於國防安全之重要程度分別依同條例第六條、第七條規定之刑度處罰，乃係因後備軍人違反申報義務已產生妨害召集之結果，嚴重影響國家安全，其以意圖避免召集論罪，仍屬立法機關自由形成之權限，與憲法第二十三條之規定亦無牴觸。至妨害兵役治罪條例第十一條第三項雖規定致使召集令無法送達者，以意圖避免召集論，但仍不排除責任要件之適用，乃屬當然。

理 由 書：　人民有依法律服兵役之義務，爲憲法第二十條所明定。惟兵役制度及其相關之兵員召集、徵集如何實施，憲法並無明文規定。而現代國家之兵役制度乃與國防需求直接關連，國防健全，能抵禦外來之侵犯，人民之生命、身體、自由、財產等基本權利方得確保，憲法第一百三十七條第一項即規定：「中華民國之國防，以保衛國家安全，維護世界和平爲目的。」因此，有關人民服兵役、應召集之事項及其違背義務之制裁手段，應由立法機關衡酌國家安全、社會發展之需要，以法律定之。

按違反行政法上義務之制裁究採行政罰抑刑事罰，本屬立法機關衡酌事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果，所爲立法裁量之權限，苟未逾越比例原則，要不能遽指其爲違憲。即對違反法律規定之行爲，立法機關本於上述之立法裁量權限，亦得規定不同之處罰，以不依規定入出境而言，入出國及移民法第五十九條固以罰鍰作爲制裁方法，但同法第五十四條基於不同之規範目的，亦有刑罰之規定，並非謂對行政法上義務之違反，某法律一旦採行政罰，其他法律即不問保護法益有無不

同，而不得採刑事罰。本此，關於妨害兵役之行爲，立法機關自得審酌人民服兵役應召集之國防重要性、違背兵役義務之法益侵害嚴重性，以及其處罰對個人權益限制之程度，分別依現役或後備役兵員於平時或戰時之各種徵集、召集類型，爲適切之規範。妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款規定後備軍人「居住處所遷移，無故不依規定申報者」，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金；同條第三項規定後備軍人犯第一項之罪，致使召集令無法送達者，以意圖避免召集論，分別依第六條、第七條科刑，乃因後備軍人於相當期間內實際居住處所與戶籍登記不符，所涉兵役法規立法目的下之公共利益，與入出國及移民法僅涉及一般國民之入出國管理部分者並不相同，故立法機關考量管制後備軍人動態之需要、違反申報義務之法益侵害，爲確保國防兵員召集之有效實現、維護後備軍人召集制度之必要，採取抽象危險犯刑事制裁手段，可謂相當。且法院於個案審理中，仍得斟酌該後備軍人違反義務之各種情狀，於法定刑範圍內爲適當之量刑，是無立法嚴苛情形，與憲法第二十三條規定之比例原則尚無不合。至妨害兵役治罪條例第十一條第三項雖規定致使召集令無法送達者，以意圖避免召集論，但仍不排除責任要件之適用，乃屬當然。

憲法第十條規定人民有居住遷徙之自由，旨在保障人民有自由設定住居所、遷徙、旅行，包括出境或入境之權利，業經本院釋字第四五四號解釋闡明在案。妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款僅就居住處所遷移，課予後備軍人依規定向相關機關爲申報之義務，俾日後召集令得有效送達，並未限制其居住遷徙自由權利之行使，與憲法第十條之規定亦無牴觸。附蘇大法官俊雄提出之部分不同意見書。

不同意見書　　大法官　蘇俊雄

爲了確保國家兵員召集制度的順利運作，妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款規定，乃課予後備軍人於居住所遷徙時應向召集機關爲申報之義務。此項申報義務的要求，由於是兵員召集機關掌握後備軍人動態並據以推動召集業務的必要措施，而且僅對於人民的居住遷徙自由構成微量的干預，尚非對該等自由權利之行使有所妨礙或限制；多數通過的解釋文以及解釋理由，因此認爲系爭的妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款規定，並未牴觸憲法第十條的規範意旨。就此，本席亦表贊同。

爲了確保上述的申報義務被確實地履行，並且避免此項義務之違反致使兵員召集制度無法有效運作時，對於國家安全所可能產生的危險，立法者進而選擇以對人民自由權利干預強度最強的刑罰措施，作爲該項申報義務被違反時的制裁手段。依妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款規定，後備軍人於居住所遷徙時無故不依規定申報者，得處以「一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金」；第十一條第三項規定，更將上開義務違反情節「致使召集令無法送達者」，「以意圖避免召集論」，而得分別依同條例第六條、第七條規定科處「六月以上、五年以下有期徒刑」（第六條 ）、「三年以下有期徒刑」（第七條第一項 ）或「一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金」（第七條第三項 ）。針對此等爲貫徹兵役施行之「特別刑法」規範的設定，多數通過的解釋文及解釋理由，認爲其仍屬立法機關自由形成之權限，與憲法第二十三條之規定亦無牴觸；惟就此部分

之說理以及論斷，本席持保留之態度，無法盡表贊同。按立法者固得衡酌「事件之特性、侵害法益之輕重程度以及所欲達到之管制效果」等因素，而選擇以刑罰方式制裁一項違反行政法上義務之行為；但是此項衡量決定無疑仍必須通過比例原則的檢證，才能夠滿足國家動用刑罰這種「最後手段」(ultima ratio) 的正當性要求。而為了擔保國家刑罰權的正當行使，「行政附屬刑罰」乃至特別刑法的規範設計無疑亦必須服膺於法治國家刑法的基本原則，以明確、嚴謹的構成要件規範來限定刑罰效果的適用範圍。準此而言，妨害兵役治罪條例第十一條第三項「以意圖避免召集論罪」的粗略規定，毋寧已嚴重違反了法治國家刑法的基本原則，致使該項刑罰準用規定，無法通過憲法第二十三條所蘊含之比例原則的檢證，而應受違憲之非難。爰提出部分不同意見書，就本項規定的違憲疑義，分析論證如後：

一　制裁體系的選擇－兼論本案的審查基準以及審查標準

針對一個違反行政法上義務的行為，立法者能否選擇以刑罰作為其制裁方式，亦即形成所謂的「附屬刑法規範」(Nebenstrafrecht)，或者制定所謂的特別刑法而加以「犯罪化」呢？就此，隨著國家與社會日益密切的交融，認為在所謂「行政犯」與「刑事犯」間存在有本質上之差異的傳統見解，早已為論者所揚棄，而代之以「量的區分說」或者「危險程度理論」；立法者因此擁有相當程度的規範形成自由，得從社會需要與政策考量等觀點，衡量該等違法行為的危險性，據以決定處罰的方式。不過，立法者若欲選擇以刑罰的方式作為制裁手段，仍必須以該項違法行為確實具有「可罰性」或「應刑罰性」為前提，其決定方有正當性可言；立法者在選擇一項違法行為的制裁體系時，其所為的效果預測或者衡量決定，因此仍然必須合乎比例原則的規範要求，俾確保「罪」與「刑」的衡平。

本件解釋所涉及之妨害兵役治罪條例，於規範體系上雖屬特別刑法；惟其規範內容及可罰性基礎之考量，則與一般之附屬刑法無殊。關於附屬刑法規範的合憲性審查，歷來之大法官解釋毋寧均採取相當寬鬆的標準，尊重並容認立法者所為的規範形成決定，不深究刑罰制裁的必要性（參見釋字第二〇四號、第四四五號解釋）。本件由多數通過的解釋文及解釋理由，雖亦承襲此一基本立場，而標舉所謂的「立法裁量」等用語；但於此同時，本件解釋亦進一步確定以比例原則作為該等「立法裁量權限」的界限，並據以為審查基準，論證系爭規範的合憲性。此項見解之進展，固值吾人贊同；惟此項審查基準的操作適用，應有再為評論的空間。鑑於此等附屬刑法的規範形成決定，涉及「事件特性、侵害法益之輕重程度以及欲達到之管制效果」等諸多因素的預測與衡量，本席固贊同適用「可支持性審查」此種中度的審查標準，而對立法者的規範形成決定予以適度之尊重；惟若其規範設計嚴重背離法治國家刑法的基本原則，以致無法維持其「罪」與「刑」的衡平關係時，則該等規範仍應被評價為違反比例原則，而應受違憲之宣告。很不幸的，系爭之妨害兵役治罪條例第十一條第三項規定，恐怕便存在有上述的違憲疑義！

二　失去衡平的「罪」與「刑」－妨害兵役治罪條例第十一條第三項的違憲疑義

妨害兵役治罪條例第十一條第三項規定：「後備軍人犯第一項之罪…致使召集令無法送達者，以意圖避免召集論，分別依第六條、第七條科刑。」根據多數通過之解釋文及解釋理由的解析，立法者在此是認爲：當後備軍人違反其居住所遷徙時之申報義務，並因而致使召集令無法送達時，其已經對於兵員召集制度所要追求的國防安全法益造成了一定的「抽象危險」；又由於國防安全關係重大，所以妨害到兵員召集的行爲，儘管並未造成實害，但還是有加以處罰的相當性與必要性。立法者因此設定此項準用規範，使得上述行爲亦得與其他「意圖避免召集」的不法行爲一樣，受到較爲嚴厲的制裁。

按所謂「抽象危險犯」的立法模式，其實是一種「刑罰的前置化」，意在尋求對於法益較爲周延的保護。惟我們固然容許立法者爲保護法益的考量而將刑罰的時點提前至實害發生以前，但是我們也必須嚴格認定該等行爲的「可刑罰性」，才能確保國家提前刑罰的正當性與必要性。一個抽象危險犯的處罰規定，在犯罪構成要件的設計上，因而必須運用「特定行爲模式」的客觀構成要件要素或者特定的主觀不法構成要件要素，明確標定其處罰範圍，並據以顯示其「可刑罰性」的基礎。由此觀察妨害兵役治罪條例第六條、第七條之規定，則行爲人「意圖避免召集」的「主觀不法意圖」，無疑是處罰該等妨害兵役召集行爲的重要基礎－亦即惟有具備這項特別的主觀要素時，行爲人所爲有危害於兵役召集之行爲，方有其可罰性。

然而，在系爭之第十一條第三項規定中，立法者卻以「準用」或「擬制」的方式「架空」了其所賴以存立之規範要件！因爲在解釋上，不問「以意圖避免召集論」單指刑度上準用同條例第六條、第七條之規定，或者擬制了行爲人「主觀不法意圖」之存在，皆有背於妨害兵役行爲之可刑罰性內涵以及罪刑平衡原則，而產生刑罰正當性之疑義。就前一解釋言，當所有違反申報義務致使召集令無法送達的情形，都被立法者將其與具有「避免召集的不法意圖」行爲等而視之，而不要求此一特定之主觀不法構成要件要素，則此際該法律條文中根本就不具有一個可以「限定」並且「正當化」刑罰前置的構成要件要素。而且，比較本項規定與同條例第六條、第七條所定的行爲態樣，我們更看不出這項準用規定有任何道理可言－一個違反申報義務的消極不作爲，怎麼看都沒有比積極故意的妨害行爲更高的不法內涵，遑論其行爲人必然會有「避免召集」的意圖傾向。就後一解釋言，行爲人是否具有「主觀不法之意圖」，一如故意及過失，原應委諸法院於個案中進行審酌認定；今立法者逕以擬制方式一律斷定此項要件之滿足，毋寧亦不當限制了司法權的運作範圍，有違權力分立原則下立法者應爲「合乎機關結構之功能分派」(der Grundsatz organsgerechter Funktionsverteilung undzuordnung) 的規範要求。

此外，即便我們極盡詮釋之創造力，將法條規定中「以意圖避免召集論」的文字視而不見、略去不論，而將本項規定界定爲是一種授權準

用第六條與第七條的介面規定，並進而使第六條、第七條所定的「主觀不法構成要件要素」亦在準用之列，這項規範本身毋寧還是存在有相當之違憲疑義。按申報義務的違反是很單純的消極不作爲，縱然我們得以推認個案中之行爲人此際確實有「避免召集」的不法意圖，此項不作爲狀態的不法內涵以及對於國家安全法益所可能造成之影響，是否能與第六條、第七條所定之行爲態樣（多爲積極的作爲，如「捏造原因」、「故意毀傷身體」、「使人頂替」等行爲）等而視之，相提並論，恐怕亦還有斟酌檢討的餘地。

總觀妨害兵役治罪條例第十一條第三項之規定，就實際上無明確避免召集惡意之違反申報義務行爲，僅以其致使召集令未適時送達之結果，論以加重處罰類型之罪，或者由立法者擬制其避免召集意圖之存在而論罪科刑，實有欠刑罰前置與加重處罰罪責之正當性，與刑法之「責任原則」，顯屬不符。

三　失去衡平的「罪」與「刑」－妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款的違憲疑義

妨害兵役治罪條例第十一條第三項之上開立論，同樣適用於第十一條第一項第三款的規定。第十一條第一項第三款之行爲態樣僅係「後備軍人居住處所遷移，無故不依規定申報」，並未如第三項之已致召集令無法送達之結果，故此種行爲與兵員召集、國防安全法益實害之發生距離更爲遙遠。因此，關於單純違反申報義務之處罰，立法者尤須在行政罰與刑罰的選擇上採取更爲審慎的態度以及更具說服力的論據。另外，即使於此動用刑罰制裁是可被接受的，立法者就此刑罰之更爲前置，當應運用特定之主觀不法意圖規定以標明其「可刑罰性」基礎，自不待言。

四　合憲法律解釋的可能性？

針對上述的違憲疑義，多數通過的解釋文以及解釋理由，無疑亦有試圖加以回應解決；但爲維繫系爭規範之效力，其並未非難該項規定之粗糙設計，而僅諭知：所謂的「以意圖避免召集論」，仍不排除責任要件之適用。多數大法官運用所謂「合憲法律解釋方法」的苦心美意，誠值吾人感佩。然而，所謂的責任要件，究指爲何？是指故意、過失、不法意圖等主觀不法歸責要件？（若是，則顯然不應將之稱爲「責任要件」）亦或另外指涉行爲人之「責任能力」、「違法性認識」與「期待可能性」等罪責因素？就此，多數通過的解釋文及解釋理由，恐怕尚欠清晰之說明。而在立法者已經明文規定「以意圖避免召集論」此等文字的情況下，究否還有對之爲超越文義範圍之合憲法律解釋的餘地，此於解釋方法論上亦恐尚有斟酌之餘地。

五　結論

綜上所言，本席確信妨害兵役治罪條例第十一條第一項第三款、同條第三項之規定，已嚴重牴觸了法治國家刑法的基本原則－其構成要件之設計根本不足以正當化國家之採取刑罰前置的措施，亦從而無法通過比例原則之檢證，有違憲法第二十三條之規範意旨，應爲違憲無效之宣告。爰提部分不同意見書如上。

抄臺灣花蓮地方法院法官朱光仁聲請書

壹、聲請解釋憲法之目的

本院受理八十五年度易字第九六八號被告徐○明被訴觸犯妨害兵役治罪條例（以下簡稱本條例）第十一條第一項第三款、第三項「後備軍人居住處所遷移，無故不依規定申報，致使召集令無法送達，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金」之罪嫌，認爲該條文有牴觸憲法第十條人民有居住及遷徙之自由及第二十三條比例原則等規定之疑義，爰依司法院釋字第三七一號解釋，以該法律是否違憲爲本案審判之先決問題，聲請　貴院大法官解釋並宣告上述規定爲違憲而無效。

貳、疑義或爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文

本院受理上開案件，係以被告徐○明經檢察官提起公訴，認其爲花蓮縣團管區司令部所屬後備軍人，原住花蓮縣瑞穗鄉瑞美村自強新村五五號，於民國（下同）七十七年間，居住處所遷移，無故不依規定申報，致花蓮縣團管區司令部所發指定應於八十五年四月十七日下午二時前往光復國中活動中心報到之點閱召集令無法送達，案經臺東師管區司令部移送偵辦。經檢察官偵查後，認定被告上開行爲涉嫌觸犯本條例第十一條第一項第三款、第三項「後備軍人居住處所遷移，無故不依規定申報，致使召集令無法送達，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金」之罪，而於八十五年七月二十四日向本院提起公訴。經本院調查審理後，認定被告右揭犯行，業據其於偵審時供承其於七十七年間即已遷出花蓮縣瑞穗鄉瑞美村自強新村五五號之戶籍地至臺北地區工作等語不諱，核與證人李○財（即管區警員）、○林（被告外祖母之夫）及黃○妹（被告之母）所述情節相符，此外併有點閱召集令受領回執、戶籍謄本及花蓮縣團管區司令部八十五年六月七日瀕磊勇字第二八五二號妨害兵役案件報告書各一件在卷可按，事證已臻明確，被告犯行足堪認定。核被告居住處所遷移，無故不依規定申報，致使召集令無法送達之行爲，係犯本條例第十一條第一項第三款、第三項之罪，而應依同條例第七條第二項論科，惟查：本條例第十一條第一項第三款「後備軍人居住處所遷移，無故不依規定申報」之行爲，得處「一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金」之規定，已過度限制後備軍人之居住及遷徙自由，顯已違反憲法第十條所保障人民有居住及遷徙之自由及同法第二十三條之比例原則。本條例第十一條第三項「後備軍人居住處所遷移，無故不依規定申報，致使召集令無法送達者」之行爲，以意圖避免召集論，而分別依其係何種召集令無法送達，依本條例第六條或第七條科刑之規定，乃對於無法益侵害之行爲，科以刑罰，違反無法益即無犯罪之法理，且其未區別平時或戰時之不同情形，一律繩之以刑罰，亦違反憲法第二十三條手段與目的必須相當之比例原則。因認本條例第十一條第一項第三款、第三項之規定，有牴觸憲法第十條及第二十三條之疑義，爰依　貴院釋字第三七一號解釋，以該項問題爲本案判決之先決問題聲請釋憲（本案被告雖係犯本條例第十一條第三項之罪，而應依同條例第七條第二項

科刑，但第十一條第三項之構成要件應分別適用同條第一項第三款之罪及第三項之罪（多了一個致使召集令無法送達之要件），而本院認該二罪均有牴觸憲法之嫌，且均係本案判決應適用之法律，故一併聲請之，併此指明。

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、本條例第十一條第一項第三款之部分

（一）按依「世界人權宣言」及「公民權暨政治權國際公約」之規定，居住及遷徙自由之具體內容應包括「在一國領土內合法居留之人，在該國領土內有遷徙往來的自由以及選擇住居的自由；人人有權離開任何國家，包括其本國在內；上述權利僅受爲保護國家安全、公共秩序、公共衛生或道德、或他人的權利及自由所必須且與其他人權規定不相牴觸的法律規定之限制；人人有權進入其本國，此權利不得無理剝奪；在一國合法居留之外國人，非經依法判定，不得驅逐出境，除非事關國家安全必須急速處理者，應准許其提出不服驅逐出境之理由，申請主管當局或主管當局特別指定之人員應予以覆判，並邀請爲此目的委託代理人到場申訴」。此係近世民主法治國家俱皆保障之人民憲法上不可恣意侵犯之基本權利，合先敘明。查本條例上述規定之意旨，無非係以後備軍人有受召集之義務，爲免兵役機關無從送達後備軍人應受召集之通知而未能按時接受召集，故課予後備軍人申報居住處所之義務。惟：就法益之侵害而言，該法條實際上已牴觸憲法第十條人民有居住及遷徙自由之規定，蓋就國境內之部分觀察，中華民國國民有在中華民國國境內居住、停留、旅行之自由，應爲上述憲法所保障居住及遷徙自由權利之一部，而此爲人民對於國家之防禦權，國家非基於正當合法之理由，不得加以侵害。然本條之規定，課予後備軍人（未收受召集令前，其身分實與一般人民無異）遷移居住處所時，有向主管兵役機關申報其住所之義務，如不申報，即課予一定之刑罰，而此即意謂國家得隨時探知後備軍人遷徙之情形及居住之地點，按就自由權之角度而言，如何遷徙及住居於何處，權利人得自由決定之，其有不受他人知悉之權，應爲該權利內涵之一部分，否則，一旦均須向國家申報，權利人行使權利時自將受到相當之壓抑與限制，此與言論自由賦予權利人發表或不發表言論時，均毋須向他人申報，同屬理所當然，故該規定事實上係侵害人民依憲法第十條所保障居住及遷徙之自由權利，當屬明確。接下來的問題則是，該等侵害人民權利之規定，與其所保護之法益，在利益衡量上是否屬於必要且係不得已之手段？

（二）就規範之必要性而言，立法者雖非不得以法律限制人民之自由，但仍應符合憲法第二十三條所揭櫫之手段與目的必須相當之比例原則，此爲　貴院近來多號解釋所持之見解。縱認爲維護兵役召集制度之完整與有效，有課予後備軍人申報居住處所之義務，但該制度無非係爲確保後備軍人能合法收受召集令以按時接受召集，則如規定「居住處所遷移，致使召集令無法送達者，處……」或「居住處所遷移，致未能按時接受召集者，處……」（至於違反上述二行爲之

法律效果應如何規範，則係另一問題）之構成要件，應已足以有效維持召集制度（依實務處理之情形觀察，似無未申報住居所或未收受召集令但按時前往接受召集之人，爲兵役主管機關移送法辦之例）。蓋文書之送達依民事訴訟法或行政訴訟法之規定，亦有多種之替代方法，且亦爲刑事訴訟法準用（民事訴訟法）之，一般人民亦多了解其使用之模式，並無必要將法律之義務提前至與目的之達成無必要關聯之事項。按比例原則所要求者，即係手段與目的必須相當，如有多種手段可資採取，則必須採取對於法益侵害最小之手段，且該手段與所侵害之法益相比較，仍未過分而言。對於召集制度之維持，既有其他侵害較小之手段可資採取，自無加重人民之義務而過度侵害居住及遷徙自由之基本權利之必要。更何況，本條規定係單純就未申報居住處所之行爲課以刑罰，然未申報住居所並無實質法益之侵害，係屬所謂無法益之犯罪，對此等行爲課以刑罰，已違反罪刑相當原則，立法或司法者更有義務不得制定或適用該法律，故不論自何一角度觀察，該規定確已違反憲法第二十三條所揭櫫之比例原則。

(三) 即以與此相類似之出國（自國內遷徙至國外）而言，八十八年五月二十一日經總統公布之「入出國及移民法」第五條第一項規定：「國民入出國，應向主管機關申請許可；未經許可者，不得入出國。但居住臺灣地區設有戶籍國民，自本法施行一年後，入出國不須申請許可」，已逐漸揚棄出國須經政府許可之觀念。同法第四條復規定：「入出國者，應經查驗，未經查驗者，不得入出國」，同法第五十九條則規定未經查驗而入出國，處「新臺幣一萬元以下罰鍰」。按「查驗」與「申報」，其性質均屬相同（因角度不同而異其用語），即係使政府機關知悉人民遷移之地點或處所。則何以後備軍人（人民）在國內遷移住居所未經申報，須課以刑罰，但其等自國內遷移至國外未經查驗，卻僅課以行政罰？此在法律體系一致性之要求上即自相矛盾。故縱令該遷移住居所之行爲有加以規範之必要，以行政罰之方式應可達其目的，並無動用刑罰之必要，足見本規定實已過度侵犯人民之基本權。

(四) 就法律之實效性而言，現代社會，後備軍人（人民）或爲工作、就學、旅行或其他種種之理由，經常有遷移居住處所之行爲，若謂每次遷移均須申報，其無意義與擾民實毋庸贅言，況該規定亦無從規範事實上大量發生之遷移行爲，一般人民遵守之意識因而甚低，就法律之實效性而言，該規定實形同具文。以本案爲例，被告早於十餘年前即遷移至臺北地區住居工作，而其戶籍或住居所始終未隨之改變或申報，今忽因家人代爲收受點閱召集令後未及時通知其按時報到，即因此規定受刑罰之科處，其有悖於一般人民健全之法意識，而爲苛酷之規範，應甚明確，尤以非都市地區或家庭功能較不健全之後備軍人，前往經濟繁榮之都市地區尋找就學或就業機會者，比比皆是，其等經常因不諳此等莫名之規定觸犯刑罰法律而不自知，造成其等個人紀錄之不良，甚而影響前途之發展（如報考警校等

)，屢有所聞，其不公平與不合理，實屬明顯。

二、本條例第十一條第三項之部分

按依憲法比例原則所衍生於刑事法領域之罪刑相當原則，要求罪與刑必須相當，亦即侵害之法益與所處之刑罰必須具有合比例之關係，且刑罰法律具有最後手段性，必須侵害法益最爲嚴重之行爲，方有科以刑罰之必要。準此，本罪事實上僅係規範後備軍人未收受召集令之行爲，但未收受召集令未必與未入營接受召集相同，受召集人仍可能因其他管道獲得通知而按時接受召集，召集令之送達僅係行政管理之方法，以行政管制之違反即課以刑罰，實屬對於無法益侵害之行爲課以刑罰（縱承認超個人法益之存在，亦應於受召集人未按時接受召集時，始有法益侵害之行爲存在），其違反罪刑相當原則，足堪認定。縱令認爲該規定或係對於法益之危險行爲而有必要加以規範，然兵役制度之維持亦應區分平時與戰時，承平時期對於此等行政管制，應僅課以行政罰爲已足，至於戰時爲維持國家或人民之生存，始有科以刑罰之必要，不論何一時期，一律以該違反行政規制之輕微法益危險行爲，課以最重有期徒刑之刑罰，應已逾越上述比例原則之要求而爲違憲。

三、就刑事政策而言，妨害兵役治罪條例係制定於戒嚴及動員戡亂時期特別刑法之一，動員戡亂時期廢止後，特別刑法大部分並未就法律之實質內容做相對應之修正，原法律內涵所顯示之威權、重刑及以國家統治利益爲重之基本思想並未根本改變，已不符現代民主法治國家刑事法之基本思想，吾國特別刑罰法律中充斥無法益犯罪、重刑及唯一死刑之現況，與第三世界中之落後國家相比，猶有過之而無不及，對於以政治民主化自豪並欲大步邁向已開發國家之臺灣而言，毋寧爲極其諷刺之事，而近代民主國家憲法無不以如何充分保障人權爲其鵠志，是就本案所涉及之上述各項牴觸憲法之疑義，懇請　貴院大法官爲違憲無效之宣告，如能因此促成吾國刑事法基本思想之徹底檢討與變革，則司法幸甚，臺灣幸甚，人權幸甚。

肆、關係文件之名稱及件數

無。

謹　呈

司　法　院　公鑒

聲　請　人：臺灣花蓮地方法院法官　朱光仁

中華民國八十八年七月二十日

參考法條：妨害兵役治罪條例 第 6、7、11 條 (81.04.06)
中華民國憲法 第 20、33、137 條 (36.01.01)
入出國及移民法 第 54、59 條 (88.05.21)
中華民國憲法 第 10 條 (36.01.01)

資料來源：法令月刊 第 51 卷 12 期 63-64 頁