

# 刑罰正義與刑事政策——論常業犯之特質與處罰

國立台北大學 法理學暨刑法教授

劉幸義

## 摘要

常業犯概念與制度由來已久，早在現行刑法實施之前，於立法與司法實務上均已存在。長年來對常業犯沒有太多的探討，只是因為忽略它，並非意謂常業犯沒有難題。常業犯的問題有二層面，其一存在於它自身之內，另一為它在適用上所引發的問題。前者例如行為單數或多數、罪數、犯罪行為次數之多寡、常業要素之法律定位、兼業、時間距離、與集合犯（營利犯、職業犯、習慣犯）之區別，後者例如數罪併罰、連續犯、累犯、既遂與未遂中止、減刑、法律變更等。

現行刑法並無規定常業犯的定義，立法理由書內也未見對常業犯的概念有所說明，其意義內涵係由我國學說與實務所發展出來。本文重點在提出一些觀點，作為刑事政策上參考之用，比較趨向委託研究報告之性質，文內對於各種不同或相同論述併列陳述，且對相關法條做對照表，以利比較與驗證。常業犯與非常業一般犯的對照表，僅列出常業要素作為加重刑罰事由的規定。至於常業作為必要的處罰要素之條文，因無對照情形，故不列入表內。

我國學說與實務認為，常業犯不法程度比非常業的一般犯還重，此立論固然正確，但如果依我國目前學說與實務的見解，把多數行為性質的常業犯，裁判上以一罪論處，則顯然違反分配正義，形成不公正的處罰。故常業犯應歸屬多數行為多數罪數的範疇，而非多數行為單一罪數。常業犯尚有為數不少的疑問與難題，應重新且較完整的（包括保安處分在內）做一刑事政策上的定位。

## 壹、前言

常業犯概念與制度由來已久，早在現行刑法實施之前，於立法與司法實務上均已存在。長年來，無論學術或實務界，對常業犯沒有太多的探討〔註一〕，只是因為忽略它，並非意謂常業犯沒有難題。常業犯的問題有二層面，其一存在於它自身之內，另一為它在適用上所引發的問題。前者例如行為單數或多數、罪數、犯罪行為次數之多寡、常業要素之法律定位、兼業、時間距離、與集合犯（營利犯、職業犯、習慣犯）之區別，後者例如數罪併罰、連續犯、累犯、既遂與未遂中止、減刑、法律變更等。

常業犯屬於競合 (Konkurrenz) 問題方面的一個環節，如何以及為何把某一特定犯罪在競合理論內加以定位，其後果影響到處罰的適當、公平。現代法治國家相當重視國家刑罰權的正當性，在立法方面必須考慮刑罰的合理性與必要性，前者涉及罪刑相當問題，可由對等正義 (iustitia commutativa; ausgleichende Gerechtigkeit)、分配正義 (iustitia distributiva; austeilende Gerechtigkeit) 這兩種正義用來作為衡量實證法是否具有正當性的準據之一。後者涉及最後手段性問題。在司法（量刑、執行）方面，則是考慮合法性與必要性。亦即國家行使刑罰權時，需要由必要性與合理性二個角度，審查刑罰權的正當性基礎。

本文重點在提出一些觀點，作為刑事政策上參考之用，與純學理之論述略有所別，比較趨向委託研究報告之性質，因而實證性質之份量也稍多，文內對於各種不同或相同論述併列陳述，且對相關法條做對照表，以利比較與驗證。常業犯與非常業一般犯的對照表，僅列出常業要素作為加重刑罰事由的規定。至於常業作為必要的處罰要素之條文，因無對照情形，故不列入表內。

## 貳、常業犯之涵義

常業犯的概念，文獻資料上通常連結特定犯罪類型加以說明。以下先對刑法各個犯罪類型內的常業犯，就現有文獻中較具代表性者做一整理，最後再由這些

說明，抽象分析後歸納出一個「上位的」常業概念。在侵害社會法益方面，首先，關於常業挑唆包攬訴訟罪（刑法第一百五十七條第二項）的說明，例如有認為常業即以此為生，亦即行為人意圖漁利，以挑唆或包攬訴訟為謀生之事業。〔註二〕或謂常業，指意圖漁利，挑唆或包攬他人訴訟，而恃以為生之情形而言。〔註三〕另外，有謂以犯本罪為常業，係指以挑唆或包攬他人訴訟為職業，藉挑唆或包攬他人訴訟之所得以維生之常業犯罪。〔註四〕其次，常業拉皮條罪（刑法第二三一條第二項），本條於一九九九年四月新修訂，其行為對象與構成要件行為均有所變動，為其立法意旨並無太大不同，尚欠缺相關的新法資料，不過在舊法相關文獻有關常業犯的說明，基本上仍然可參考，有三種說法，例如（一）業務：常業，係指以引誘或容留良家婦女與他人姦淫或意圖營利使人為猥褻之行為以為業務者而言。〔註五〕（二）謀生之職業：常業，指以引誘或容留良家婦女與他人姦淫為其謀生之職業。〔註六〕（三）從中漁利之職業：常業，乃以介紹淫褻機會助長淫風為職業而從中漁利之義。〔註七〕

關於常業強制使人為性交或猥褻罪（刑法第二三一之一條第三項），係於一九九九年四月新訂的法律，目前尚缺乏相關的文獻資料。至於常業賭博罪（刑法第二六七條）方面，除了學說解釋之外，尚有司法解釋。例如「常業賭博罪所謂以賭博為常業者，指以賭博營生者而言。」〔註八〕「行為須以賭博為謀生之方法。」〔註九〕「常業賭博罪，即以賭博行為為生活之事業之意。」〔註十〕「常業，即恃賭為生或視為職業之義。」〔註十一〕「以賭博為常業，即恃賭博為生活之資。」〔註十二〕司法院於一九四八年五月四日曾做出第三九六二號解釋，認為刑法第二六七條所謂以賭博為常業，係指以賭博營生者而言。另外，常業買贖人口罪（刑法第二九六之一條第五項），係於一九九九年四月新訂的法律，就如同第二三一之一條一樣，目前尚缺乏相關的文獻資料。最後，有關常業詐術使人出國罪（第二九七條第二項），有僅以客觀要素描述常業概念，例如「行為人須以詐術使人出國為謀生之方法。」〔註十三〕「常業，謂以犯本罪為職業，而反覆之也。」〔註十四〕也有把主觀的圖利要素也加入常業的觀念之內，例如「以意圖營利詐使他人出國為其專業，賴以為生計之意。」〔註十五〕「行為人以犯圖利詐使出國罪為其日常之職業，賴以謀生。」〔註十六〕

在侵害個人法益方面，刑法也有一些常業犯的規定。關於常業竊盜罪（刑法第三二二條）的說明，與賭博罪一樣，相對有比較多的解釋資料，概念重點在職業與謀生、維生，例如（一）常業，指以犯罪行為為生活之事業，以犯竊盜罪為常業，乃謂以竊盜為職業，恃竊盜為生。〔註十七〕（二）常業竊盜者，謂以竊盜為職業。〔註十八〕（三）常業竊盜者，乃指以竊盜為其謀生根據之謂。〔註十九〕

(四) 常業謂以竊盜為維持生活之職業，以有事實之表現為已足。〔註二十〕也有將反覆行竊行為納入同一犯罪故意之客體，與連續犯相接近，例如主張常業竊盜即竊盜罪之常業犯，係指以竊盜為職業，恃竊盜為生，以同一竊盜之意思，反覆行竊。〔註廿一〕其次，常業搶奪罪（刑法第三二七條）方面，對於常業的概念有認為係指以搶奪為謀生之方法。〔註廿二〕其他的說法也大同小異，例如常業搶奪罪，即以犯搶奪罪為業，賴以謀生。〔註廿三〕或謂稱常業者，謂經常從事而視為職業之義。〔註廿四〕此外，常業強盜罪（刑法第三三一條）的常業意義，比較趨向一致，例如（一）行為人須以強盜為謀生之方法。〔註廿五〕（二）本條為常業強盜罪，即以犯強盜罪為日常生活之職業，賴以謀生。〔註廿六〕（三）常業，乃賴強盜為其日常職業，而恃以謀生之意。〔註廿七〕

在社會生活上，相當普遍的常業犯，除了賭博、竊盜犯之外，詐欺犯也是常見的。常業詐欺罪（刑法第三四〇條）的意義，例如「行為人須以詐欺為謀生之方法。」〔註廿八〕「常業，指以犯詐欺行為為生之事業。」〔註廿九〕「為維持生活之事業。」〔註三十〕「係反覆詐欺之行為，賴以為其日常業務而恃以謀生。」〔註卅一〕「以犯詐欺罪為職業，賴詐欺取財或得利以維生之行為人。」〔註卅二〕四十五年台上字第一一八八號判例亦謂，常業詐欺罪，係指以犯詐欺行為為生之事業者而言。至於有關常業重利罪（刑法第三四五條），說明其意義者有（一）「行為人須以重利為謀生之方法。」〔註卅三〕（二）「常業重利罪，即以犯前條重利罪，賴以為生。」〔註卅四〕（三）「常業，乃以為生活職業之意。」〔註卅五〕最後，常業贓物罪（刑法第三五〇條）的常業概念，例如「行為人須以贓物為謀生之方法。」〔註卅六〕以及「以犯贓物罪為職業，賴以為生，」〔註卅七〕

由上述得知，絕大多數的說明連結特定犯罪類型，得出特定常業犯的定義。我們由這些不同犯罪類型方面林林總總的文獻資料，可分析出二個核心要素：（一）「職業」（二）「謀生」、「維持生活」、「賴以為生」。我們在此使用法律類推（Rechtsanalogie，並非法條類推 Gesetzesanalogie）的方法，由這些主要的共同要素，可以歸納出一概念：「以犯罪為職業，且賴之以為生者，稱為常業犯。」作為個別不同常業犯罪類型的上位概念（Oberbegriff）。也因為如此無缺漏的分析與歸納，可以對一些相關的法律概念作一釐清。例如有謂常業犯（又稱習慣犯、慣行犯、或集合犯），謂本於習慣的意思之犯罪。刑法分則中集合某種有慣常性之行為，認為成立特殊一罪者，學理上謂之「集合犯」（Kollektivdelikte, Gesamtverbrechen）。〔註卅八〕又有認為集合犯（又稱慣行犯或聚合犯或常業犯）：即在不定期間內，經常為某種犯罪行為，而在法律上祇作為一罪之犯罪。〔註卅九〕

集合犯（Sammelstraftat, Sammeldelikt, Kollektivdelikt, Kollektivverbrechen）的概念源自德國刑法學說與實務。此概念下分三種犯罪形態：（一）營利犯（gewerbsmäßige Straftat, gewerbsmäßiges Delikt）、（二）職業犯（geschäftsmässige Straftat）、（三）習慣犯（gewohnheitsmäßige Straftat）。〔註四十〕由此體系，即可知上述二種敘述，將集合犯、習慣犯與常業犯之間劃一等號並不正確。營利犯的特徵在於，行為人欲藉一再的重覆行為，在一段期間與某範圍，作為經常不斷的收入來源。〔註四一〕另外附帶一提的是，當前有關現行刑法的文獻中，並無「營業犯」一詞，但我們在一般詞典上卻可見到此名詞，其說明內容例如「一稱利犯，為常業犯之一種。乃以營利之意思傾向，反覆實行同類行為之犯罪也。例如開設賭場罪是。」〔註四二〕「基於謀利之意思，從事非法營業行為之犯罪。例如刑法第二百六十七條常業賭博罪、第三百四十五條常業重利罪、第三百五十條常業贓物罪等均是。」〔註四三〕

## 參、常業犯之特質

如上述，常業犯的概念要素之一在於「職業」。此職業之意義、細節、與其他「職業」之關係等問題，彰顯出常業犯的特質。此職業是否為行為人（一）藉以為生，而且是（二）唯一的生存之資，不同的認知會影響行為人是否成立常業犯。

針對第一問題的見解，無論學說或實務都是一致的。就抽象的常業犯概念，例如「常業，指以犯罪行為為生活之事業而言。」（1931.08.24. 院字第 0568 號）「刑法上之常業犯係指犯人專以某種犯罪行為為業務者而言。」（28 上 2895 判例）〔註四四〕在個別犯罪方面，也有幾則具代表性的實務見解，「刑法第二六七條所謂以賭博為常業，係指以賭博營生者而言。」（1948.05.04. 院解字第 3962 號）〔註四五〕「刑法第三三八條第一項第七款所謂以竊盜為常業，係指恃竊盜為生者而言。」（19 上 1474 判例）「刑法第三二二條規定以竊盜為常業之罪，指以竊盜為職業者而言。」（30 上 0328 判例）「刑法第三四〇條之常業詐欺罪，係指以犯詐欺行為為生之事業者而言。」（45 台上 1188 判例）反之，行為人非恃某特定犯罪以謀生，縱然同一犯罪有多數行為，仍然不成立常業犯。例如「僅不時聚賭，而不以為生者，不構成常業賭博罪。」〔註四六〕此際，若以概括之犯意而連續為之者，可成立連續犯。〔註四七〕

關於第二問題，是否以特定的犯罪行為作為唯一的謀生手段，大體而言，學說與司法實務見解也是一致的，認為行為人是否兼營他業，或是否有其他的正當職業，並不影響成立常業犯。〔註四八〕然也有不同的少數見解，主張行為人另有職業，縱然連續為之，亦不能認為常業。〔註四九〕實務上的見解，例如「常業竊盜罪，必須以竊盜維生，而無其他謀生之能力與實際無其他方法謀生之事實為前提條件。若尚有其他謀生之方法及實際謀生之事實，縱其行竊次數甚多，亦難論以竊盜為常業罪。」（70台上字第3424號裁判）

至於作為常業犯的行為，行為人是否能藉這些行為得到充分的資源，足以維持生活，大多數的文獻並無直接提及。若由所用措詞「恃以維生」、「賴以維生」來理解，應是必要條件，但是否亦為充分條件，則無法由此得知，亦即是否為充分且必要條件，並不清楚。有認為「果能賴以維持生計否，在所不問。」、「實際上果能資以維持生計否，亦非所問。」〔註五〇〕實務上也有類似主張〔註五一〕。另外，也有由「常業…不以果賴以為生存之資」，推論出「故是否兼營他業，亦與本罪之成立無涉。」〔註五二〕對此問題，如果我們仔細思考，無論作為必要條件，或充分且必要條件，都會形成嚴重的不良後果。詳言之，如果行為人有其他職業，其收入單獨足以維持生活，就不會成立常業犯。如此，常業犯會成為「專屬窮人犯罪條款」，排除富人成立此罪。換言之，完全相同的多數行為，窮人會成立常業犯，受到「較重」的處罰，富人則否。

## 肆、常業犯之加重處罰理由

與通常非常業的犯罪相比較，常業犯應加重處罰，此點在觀念上相當一致。不同作者之間固然可能各提出不同的加重處罰理由，即使同一作者也有以不同論證，作為加重處罰的理由。我們可以由有無提出理由以及各種不同敘述，歸納出其幾個類型：

### 1. 沒有陳述理由

在說明常業犯時，僅述及處罰情形，而沒有提出任何論證，說明為何常業犯會有特定（例如加重）處罰的規定〔註五三〕。

### 2. 有陳述理由：有下列幾種不同的理由。

（1）由犯罪客觀情狀觀察，主張應該加重處罰。例如由不法程度角度，認為「較之本條第一項之犯罪，自更為嚴重」〔註五四〕或由行為結果

層面觀察，認為因其為害較大，處刑較重。〔註五五〕，或因為犯人恃為職業，為害更大，故視為情節重大之犯罪，俾加重其刑罰。〔註五六〕

（2）由行為人主觀的內心狀態觀察，作為加重處罰的理由。例如針對常業竊盜罪，認為常業竊盜惡性較重，故法定本刑為一年以上七年以下有期徒刑。〔註五七〕或如主張本法以為其惡性較重，處罰宜嚴，故另置專條。〔註五八〕

（3）也有由主觀惡性與客觀危害二方面併加觀察，主張常業犯應加重處罰。最典型的說法是：惡性既深，為害尤鉅，故罰宜從重。〔註五九〕另外也有由特定犯罪類型的情狀為出發點，說明加重處罰理由，例如「因其使多數被害人流離國外，惡性自深，其造成之損害亦大，故以常業罪論處，加重其刑，…，以懲其貪惡。」〔註六十〕

（4）此外，也有僅陳述一般設立刑罰的理由，或某特定犯罪類型的共同理由，而非針對常業犯的特殊狀況，而提出應加重之特別理由。

前者主要以「防衛社會」、「社會秩序」、「預防犯罪」為加重處罰之立論基礎。例如對於常業挑唆包攬訴訟罪（刑法第一五七條第二項），認為比非常業犯更為嚴重，對於社會秩序之影響亦大，自應加重其刑，並得併科以罰金，以收防衛社會之效。〔註六一〕又如認為在通常情形，固已擾害治安秩序，若竟充作職業，藉以營生，形成所謂常業犯，則基於防衛社會之本旨，自不得不從重制裁，以收預防犯罪之效。〔註六二〕然而我們知道，防衛社會目的並不僅限於常業犯，或者說，並非之所以處罰常業犯的特色，因而這些理由固然可以用來作為處罰的根據，但卻不能用來作為「加重」的論證。

後者的典型事例為常業賭博罪（第二六七條），有認為本罪為加重賭博罪之一態樣，惡其恃為常業，或且不免誘人同賭，擴大不良影響，故重罰之。〔註六三〕如果我們仔細思考，只要是賭博，就可能誘人同賭，並非只有常業賭博才有此影響。另外，也有以外賭博之常業犯大都遊惰成習，足以媒製姦盜，形成邪惡之風，最須禁絕，刑法以之列為獨立犯罪類型，洵屬必要。〔註六四〕此外，也有只因是常業，所以要加重處罰，並沒有說出為何因為常業，所以要加重處罰的理由。〔註六五〕

刑事政策上，常業犯的處罰應比數罪併罰情形重或輕？如上述，無論有無陳述理由，或陳述各種不同的理由，學說上毫無例外，認為常業犯為非常業的普通、一般犯罪之加重類型。〔註六六〕接著，我們就來分析判斷，刑法實務上的立法與司法事實上所做的，是否與學說的主張一致？若否，其原因何在的問題。首先，

為對比觀察方便，列出刑法內常業犯與非常業的一般犯罪對照表。之後，再探討二者之刑度，且與數罪併罰做一比較。

刑法 (1999.04.21.)

罪 名	法 定 刑	法 條
挑唆包攬訴訟罪	一年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金	§ 157 I
常業犯	三年以下有期徒刑，得併科二千元以下罰金	§ 157 II
拉皮條罪	五年以下有期徒刑，得併科十萬元以下罰金	§ 231 I
常業犯	一年以上七年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金	§ 231 II
強制色情罪	七年以上有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金	§ 231/1 I
媒介強制色情罪	一年以上七年以下有期徒刑	§ 231/1 II
常業犯	十年以上有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金	§ 231/1 III
賭博罪	一千元以下罰金	§ 266 I
常業犯	二年以上有期徒刑，得併科一千元以下罰金	§ 267
普通買賣人口罪	五年以上有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金	§ 296/1 I
意圖性交易而買賣人口罪	七年以上有期徒刑，得併科五十萬元以下罰金	§ 296/1 II
強制買賣人口罪	犯前二項之罪者，加重其刑至二分之一	§ 296/1 III
媒介買賣人口罪	一年以上七年以下有期徒刑，得併科三十萬元以下罰金	§ 296/1 IV
常業買賣人口罪	無期徒刑或十年以上有期徒刑，併科七十萬元以下罰金	§ 296/1 V
詐騙出國罪	三年以上十年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金	§ 297 I
常業犯	五年以上有期徒刑，得併科五千元以下罰金	§ 297 II
竊盜罪	五年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金	§ 320 I
常業犯	一年以上七年以下有期徒刑	§ 322
搶奪罪	六月以上五年以下有期徒刑	§ 325
常業犯	三年以上十年以下有期徒刑	§ 327
強盜罪	三年以上十年以下有期徒刑	§ 328 I, II
常業犯	七年以上有期徒刑	§ 331

詐欺罪	五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金	§ 339 I, II
常業犯	一年以上七年以下有期徒刑，得併科五萬元以下罰金	§ 340
重利罪	一年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金	§ 344
常業犯	五年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金	§ 345
收受贓物罪	三年以下有期徒刑、拘役或五百元以下罰金	§ 349 I
運藏贓物罪	五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金	§ 349 II
常業犯	六月以上五年以下有期徒刑，得併科三千元以下罰金	§ 350

## 伍、刑罰正義與常業犯

刑罰正義屬於國家刑罰權的正當性基礎之一。事物間的絕對平等，例如刑法上的犯罪與刑罰，稱之為均等正義；對待不同人或事物之間的程度、比例關係平等，例如在刑法上各依不同的罪訂定不同的處罰，則是分配正義。由分配正義可得知「程度關係」，它告訴我們重罪要重罰，輕罪要輕罰，例如竊盜罪的處罰要輕於傷害罪，傷害罪的處罰要輕於殺人罪。各種不同的犯罪類型，依行為主體、侵害的法益種類、侵害的程度、行為（方式、時間、地點）等等，而分別規定不同輕重的刑罰。刑罰的比例程度除了必須在各別刑法典中要顧慮到之外，同時也要考慮到其他刑法典的刑罰，因為刑法法律秩序是整體性的，各個刑法典彼此間是相關聯繫的，而不是分別獨立不相干的。

如上述，常業犯不法程度的立論固然正確，制定法也沒有類似牽連犯（第五十五條後段）、連續犯（刑法第五十六條）一樣，以條文明定的方式，將多數行為所構成的常業犯作為一罪處斷，換言之，並非法定的一罪。常業犯的概念內涵係由司法實務與學說所形成，卻產生處罰輕罪顛倒之後果。

依刑法第五十條規定，裁判確定前犯數罪者，併合處罰之。數罪併罰，係分別宣告其罪之刑，再依刑法第五十一條各款定其應執行之刑。雖然數罪併罰以宣告刑來計算其執行刑，但我們可以由法定刑得知各種犯罪依其罪數所可能的、最

高的執行刑。在此舉出三個犯罪類型，以三個罪數計算，得出數罪併罰所可能的執行刑，與相對應的常業犯處罰做比較。由此也可得知，與常業犯相比較，非常業的一般犯執行刑的程度卻比較高，形成處罰輕重不合理的情形。如果數罪併罰情形的行為數更多時，其差距將又更大。

罪 名	可 能 的 執 行 刑
竊盜罪數罪併罰 常業犯	十五年以下有期徒刑、拘役或一千五百元以下罰金 一年以上七年以下有期徒刑
強盜罪數罪併罰 常業犯	九年以上二十年以下有期徒刑 七年以上有期徒刑
詐欺罪數罪併罰 常業犯	十五年以下有期徒刑、拘役或科或併科三千元以下罰金 一年以上七年以下有期徒刑，得併科五萬元以下罰金

常業犯的規定，除了普通刑法之外，特別刑法以及其他的實質刑法也有規定。由於常業作為必要的處罰要素之條文，例如懲治走私條例第八條「常業私運管制或應稅物品罪」、管理外匯條例第二十二條第一項「常業非法買賣外匯罪」等，與本文主題無關，故僅列出常業要素作為加重刑罰事由的規定，可簡易地計算出數罪併罰的可能執行刑，以資比較，看出不合理的情形。

兒童及少年性交易防制條例 (1999.06.02.)

罪 名	法 定 刑	法 條
圖利誘使少年性 交易罪	為三年以上十年以下有期徒刑	§ 23 II
常業犯	五年以上有期徒刑，應併科新台幣一千萬元以下罰金	§ 23 III
強制使少年為性 交易罪	七年以上有期徒刑，應併科新台幣七百萬元以下罰金	§ 24 II
常業犯	無期徒刑或十年以上有期徒刑，應併科新台幣一千萬元以下罰金	§ 24 III
圖交而買賣少年 罪	五年以上有期徒刑，應併科新台幣七百萬元以下罰金	§ 25 I
圖交而強制買賣 少年罪	七年以上有期徒刑，應併科新台幣一千萬元	§ 25 II

媒介買賣少年罪	五年以上有期徒刑，應併科新台幣五百萬元以下罰金	§ 25 III
常業犯	無期徒刑或十年以上有期徒刑，應併科新台幣二千萬元以下罰金	§ 25IV
圖利攝製少年色情 圖像罪	一年以上七年以下有期徒刑，應併科新台幣五百萬元以下罰金	§ 27 II
引誘少年攝製色情 圖像罪	一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金	§ 27 III
強制少年攝製色情 圖像罪	五年以上有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金	§ 27IV
常業犯	七年以上有期徒刑，應併科新台幣一千萬元以下罰金	§ 27V

洗錢防制法 (1996.10.23.)

罪 名	法 定 刑	法 條
洗錢罪	五年以下有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金	§ 9 I
常業犯	一年以上七年以下有期徒刑，併科新台幣一百萬元以上一千萬元以下罰金	§ 9 II

著作權法 (1998.01.21.)

罪 名	法 定 刑	法 條
以重製方法侵害 著作財產權罪	六月以上三年以下有期徒刑，得併科新台幣二十萬元以下罰金	§ 91 I
意圖租售而以重 製方法侵害著作 財產權罪	六月以上五年以下有期徒刑，得併科新台幣三十萬元以下罰金	§ 91 II
以公開方法侵害 著作財產權罪	三年以下有期徒刑，得併科新台幣十五萬元以下罰金	§ 92
侵害著作人格權 罪	二年以下有期徒刑，得併科新台幣十萬元以下罰金	§ 93

常業犯	一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣四十萬元以下罰金	§ 94
-----	-----------------------------	------

野生動物保育法 (94.10.29.)

罪 名	法 定 刑	法 條
輸入輸出野生動物罪	六月以上五年以下有期徒刑，得併科新台幣三十萬元以上一百五十萬以下罰金	§ 40 I (1)
買賣展示野生動物產製品罪	六月以上五年以下有期徒刑，得併科新台幣三十萬元以上一百五十萬以下罰金	§ 40 I (2)
常業犯	一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣五十萬元以上二百五十萬元以下罰金	§ 40 II

就業服務法 (2000.01.26.)

罪 名	法 定 刑	法 條
媒介非法工作罪	六月以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣十五萬元以下罰金	§ 59 I
圖利媒介非法工作罪	三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣	§ 59 II
常業犯	五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣一百五十萬元以下罰金	§ 59 III

臺灣地區與大陸地區人民關係條例 (1997.05.14.)

罪 名	法 定 刑	法 條
使非法進入臺灣罪	五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金	§ 79 I
常業犯	一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金	§ 79 II
非法僱用罪	二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣三十萬元以下罰金	§ 83 I
媒介非法僱用罪	三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣六十萬元以下罰金	§ 83 II

常業犯	五年以下有期徒刑，得併科新臺幣六十萬元以下罰金	§ 83 III
-----	-------------------------	----------

香港澳門關係條例(1998.06.17.)

罪 名	法 定 刑	法 條
使非法進入臺灣罪	五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金	§ 47 I
圖利使非法進入臺灣罪	一年以上七年以下有期徒刑，得併科新台幣一百萬元以下罰金	§ 47 II
常業犯	三年以上十年以下有期徒刑，得併科新台幣三百萬元以下罰金	§ 47IV

## 陸、結 論

現行刑法並無規定常業犯的定義，立法理由書內也未見對常業犯的概念有所說明，其意義內涵係由我國學說與實務所發展出來。我們由許多學說與司法文獻資料，可分析出二個核心要素：(一)「職業」(二)「謀生」、「維持生活」、「賴以為生」。在行為數方面，常業犯係多數的，但此一多數行為的概念，為何被認定為單一罪數，以一罪論，到目前為止，筆者也找不到文獻上有所說明。至於常業犯的概念內容是否受德國集合犯概念的影響，由於文獻上僅簡略提到常業犯屬於集合犯，並無下文或其他相關的說明，因而也無法對此下肯定的論斷。早在六十多年前，德國司法實務即不再採用集合犯為一罪的見解，萬一我國過去是在不甚瞭解集合犯意義與分類的情況下，把它移植到常業犯，此際也應該重新探討、反思常業犯的問題了。

我國學說與實務認為，常業犯不法程度比非常業的一般犯還重，此立論固然確，但如果依我國目前學說與實務的見解，把多數行為性質的常業犯，裁判上以一罪論處，則顯然違反分配正義，形成不公正的處罰，因為常業犯為害雖較大，相對於也是同一罪名觸犯數次的數罪併罰情形，事實上可能的處罰卻較輕。故常業犯應歸屬多數行為多數罪數的範疇，而非多數行為單一罪數。常業犯依現行概念，除了存在於它本身的問題之外，還會引發一大堆其他相關的適用難題。常業

犯尚有為數不少的疑問與難題，雖然未在本文探討，但以其處斷方式違反分配正義，就足以作為改弦易轍的正當理由，重新且較完整的（包括保安處分在內）做一刑事政策上的定位。

## 註釋

- [註一] 常業犯所涉及的難題相當多，幾十年來從學術角度探討的文獻卻非常稀少，就目前透過電腦查詢資訊得知，有二篇論文探討常業犯問題：蔡墩銘，常業犯之心理，載於：刑事法雜誌第 22 卷 1 期 (1978.02.)，第 1 頁以下；蔡墩銘，論刑法上之常業犯，載於：軍法專刊 第 5 卷 3 期 (1956.03.)，第 11-13 頁。
- [註二] 褚劍鴻，刑法分則釋論（上册），增訂版三印，台北 1995，第 265 頁。
- [註三] 韓忠謨，刑法各論，7 版，台北 1981，第 118 頁。
- [註四] 林山田，刑法各罪論（下），增訂二版，台北 1999，第 170 頁。
- [註五] 蔡墩銘，中國刑法精義，9 版，台北 1994，第 436 頁。
- [註六] 陳樸生，實用刑法，重訂再版，台北 1993，第 622 頁。
- [註七] 韓忠謨，見 [註三]，第 271 頁。
- [註八] 蔡墩銘，見 [註五]，第 448 頁。
- [註九] 蔡墩銘，刑法各論，三版，台北 1981，第 425 頁。
- [註十] 褚劍鴻，刑法分則釋論（下册），增訂版三印，台北 1995，第 843 頁。
- [註十一] 韓忠謨，見 [註三]，第 315 頁。
- [註十二] 周治平，刑法各論，台二版，台北 1971，第 581 頁。
- [註十三] 蔡墩銘，見 [註九]，第 99 頁。
- [註十四] 周治平，見 [註十二]，第 689 頁。
- [註十五] 梁恆昌，刑法各論，修正十三版，台北 1993，第 348 頁。
- [註十六] 褚劍鴻，見 [註十]，第 992 頁。
- [註十七] 褚劍鴻，見 [註十]，第 1121 頁。
- [註十八] 韓忠謨，見 [註三]，第 410 頁。
- [註十九] 梁恆昌，見 [註十五]，第 387 頁。
- [註二十] 周治平，見 [註十二]，第 799 頁。
- [註廿一] 林山田，刑法各罪論（上），增訂二版，台北 1999，第 322 頁。

- [註廿二] 蔡墩銘，見 [註九]，第 167 頁。
- [註廿三] 褚劍鴻，見 [註十]，第 1138 頁。
- [註廿四] 韓忠謨，見 [註三]，第 416 頁。
- [註廿五] 蔡墩銘，見 [註九]，第 181 頁。
- [註廿六] 褚劍鴻，見 [註十]，第 1165 頁。
- [註廿七] 梁恆昌，見 [註十五]，第 399 頁。
- [註廿八] 蔡墩銘，見 [註九]，第 236 頁。
- [註廿九] 陳樸生，見 [註六]，第 847 頁。
- [註三十] 褚劍鴻，見 [註十]，第 1250 頁。
- [註卅一] 梁恆昌，見 [註十五]，第 416 頁。
- [註卅二] 林山田，見 [註二十]，第 418 頁。
- [註卅三] 蔡墩銘，見 [註九]，第 253 頁。
- [註卅四] 褚劍鴻，見 [註十]，第 1268 頁。
- [註卅五] 梁恆昌，見 [註十五]，第 422 頁。
- [註卅六] 蔡墩銘，見 [註九]，第 218 頁。
- [註卅七] 褚劍鴻，見 [註十]，第 1129 頁。
- [註卅八] 高仰止，刑法總則之理論與實務，4 版，台北 1994，第 145 頁。
- [註卅九] 鄭健才，刑法總則，增訂版，台北 1985，第 69 頁。
- [註四十] 參見 Jescheck, H.-H., Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 4. Aufl., Berlin 1988, S.651; Maurach, R./Schröder, F.-C./Maiwald, M., Strafrecht. Besonderer Teil, Teilband 1, 7. Aufl., Heidelberg 1988, S.465f.
- [註四一] 見 Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar. 24. Aufl., München 1991, S.694.
- [註四二] 見 辭海，中冊（中華），第二二八八頁。
- [註四三] 見 大辭典，中冊（三民），第二二一四頁。
- [註四四] 相關的其他司法實務裁判為數眾多，例如 87 台上字第 0317 號裁判、86 台上字第 1246 號裁判、86 台上字第 0561 號裁判、85 台上字第 3778 號裁判、84 上訴字第 1841 號裁判、83 台上字第 2957 號裁判、83 台上字第 1798 號裁判、82 台上字第 3228 號裁判、82 台上字第 0342 號裁判、75 台上字第 6626 號裁判、70 台上字第 3424 號裁判。除了早期的司法裁判大多涉及普通刑法的案件，近年來關於侵害著作權的刑事裁判數量逐漸增加，例如 86 台上字第 0202 號裁判、85 台上字第 3735 號裁判、85 台上字第 2080 號裁判、84



台上字第 1497 號裁判、84 台上字第 1606 號裁判、83 台上字第 2647 號裁判、83 台上字第 2047 號裁判。

[註四五] 有關常業賭博罪，另可參見 85 上易字第 0152 號裁判、85 上易字第 2075 號裁判。

[註四六] 蔡墩銘，見 [註九] 第四二四頁；相同見解，參見 甘添貴，刑法各論(上)，四版三印，台北 1995，第四五九頁；周治平，見 [註十二]，第五八一頁。

[註四七] 參見 褚劍鴻，見 [註十] 第八四二頁以下；周治平，見 [註十二]，第五八〇頁。

[註四八] 關於常業挑唆包攬訴訟罪(刑法第一百五十七條第二項)，參見 周治平：「不以果藉為唯一生存之資為必要，故是否兼營他業，亦與本罪之成立無涉。」見 [註十二] 第一八五頁；甘添貴：「至其是否尚有其他職業，則非所問。」見 [註四六] 第一五五頁。常業拉皮條罪(現行刑法第二三一條第二項，舊法則為第三項)，見 周治平 [註十二]，第四六三頁：「且不以專賴為生存之資，故是否兼營他業，亦不影響本罪之成立。」常業賭博罪(刑法第二六七條)，例如「不限於以賭博為唯一職業，倘日常以恃賭為生者，即屬之。」見 甘添貴 [註四六] 第四五九頁；「不以賭博為唯一之生活事業者為限，縱有其他職業，而仍恃賭為生者，亦應成立本罪。」見周治平 [註十二]，第五八一頁。另外，關於常業竊盜罪(刑法第三二二條)，參見「常業…不以果賴以為生存之資，故是否兼營他業，亦與本罪之成立無涉。」周治平 [註十二]，第七九九頁。

[註四九] 梁恆昌 [註十五]，第三九九頁：「本條為常業強盜罪，所謂常業，乃賴強盜為其日常職業，而恃以謀生之意；若別有職業，縱然連續為之，亦不能認為常業。」

[註五十] 韓忠謨，見 [註三]，第四一〇頁、第四七三頁。

[註五一] 參見

①查刑法上所謂「常業」，指反覆以同種類行為為目的之社會活動之職業性犯罪而言，至於犯罪所得之多寡，是否恃此犯罪為唯一之謀生職業，則非所問，縱令兼有其他職業，仍無礙於該常業犯罪之成立。85 台上字第 0510 號 裁判

②刑法上常業犯之成立，祇須行為人以恃以維生之意思遂行犯罪，而其犯行，已表見於外部，足以表徵常業犯之態樣，即足當之，不以

其利得足資維生為必要。84 台上字第 5837 號

③刑法上所謂常業犯，凡意圖營利，藉該犯罪以為日常謀生之職業者，即足當之，至是否恃此犯罪為唯一之謀生職業，則非所問，縱令同時兼操其他職業，仍無礙於該常業犯罪之成立，非謂常業犯必須別無其他正當職業始克構成。83 台上字第 3149 號 裁判

[註五二] 周治平，見 [註十二]，第七九九頁。

[註五三] 例如刑 § 157 II (Gan2/ I)155 刑 § 231 III (Gan2/ I)394.

[註五四] 褚劍鴻，見 [註二]，第二六五頁。

[註五五] 梁恆昌，見 [註十五]，第一〇〇頁。

[註五六] 蔡墩銘，見 [註九]，第一五五、一六六、一八一、二三六、二一七、二五三頁。另參見 梁恆昌，見 [註十五]，第四二二頁：「本罪乃規定以重利為常業之罪，以其犯情重大，故予加重規定其罪刑。」；韓忠謨，見 [註三]，第二七一頁：「按刑法第二三一條第一項所定之圖利引誘或容留良家婦女與他人姦淫，以及同條第二項所定之圖利使人為猥褻之行為，均屬為淫褻之媒介，有害於社會善良風俗，若犯該兩項之罪者竟以之為常業，則情節更重，因此刑法特設各該罪之常業犯，以重其刑責(第二三一條第三項)。」褚劍鴻，見 [註二]，第二六五頁：「此項情形，較之本條第一項之犯罪，自更為嚴重，對於社會秩序之影響亦大，自應加重其刑，並得併科以罰金，以收防衛社會之效。」

[註五七] 梁恆昌，見 [註十五]，第三八七頁。

[註五八] 周治平，見 [註十二]，第七九九頁。

[註五九] 例如梁恆昌，見 [註十五]，第三四八頁：「其惡性較重，危害較大。」周治平，見 [註十二]，第一八五頁：「資為職業，惡性既深，為害尤鉅，故罰宜從重。」另外也見，第六八九頁、第八二五頁。

[註六十] 褚劍鴻，見 [註十]，第九九二頁。

[註六一] 褚劍鴻，見 [註二]，第二六五頁。

[註六二] 韓忠謨，見 [註三]，第一一八頁。

[註六三] 周治平，見 [註十二]，第五八〇頁。

[註六四] 韓忠謨，見 [註三]，第三一六頁。

[註六五] 例如梁恆昌，見 [註十五]，第二九九頁：「賭博已屬不宜，乃以為常業，更應嚴懲，此本條之所以規定。」

[註六六] 明示此見解者為數眾多，且同一作者也會在書內不同地方一再重複表示，例如陳樸生，見 [註六]，第六二二頁、第七八一頁、第七九五

頁、第八四七頁、第八八二頁；褚劍鴻，見〔註十〕，第一一九二頁；蔡墩銘，見〔註九〕，第九十八頁、第一五五頁、第一六六頁、第一八一頁、第二一七頁、第二三六頁、第二五三頁、第四二四頁；韓忠謨，見〔註三〕，第一一八頁、第四四九頁、第四七二頁；周洽平，見〔註十二〕，第一八五頁、第四六三頁、第七九九頁、第八八四頁。

## 美國之聯邦量刑改革法

國立臺北大學法律學院教授  
吳景芳

### 摘要

一九八四年十月十一日美國參議院通過「一九八四年綜合的犯罪控制法」(Comprehensive Crime Control Act, 1984)。第二天雷根總統立刻簽署該法，並且當天即開始施行。此一「綜合的犯罪控制法」，等同聯邦法典，其中有關於量刑(sentencing)之規定，遂成爲聯邦法典第十八編以及第二十八編中之一環。上述法律，一般稱之爲「一九八四年量刑改革法」(Sentencing Reform Act of 1984)。

根據上述一九八四年量刑改革法，在聯邦政府司法部門中可以設置一個稱之爲「美國聯邦量刑委員會」(United States Sentencing Commission)的永久性的獨立機構，以決定聯邦法院之量刑政策，並且制訂詳細的「量刑基準」(sentencing guidelines)，作爲聯邦法官量刑之依據。並且，量刑委員會有權每年向國會提出量刑基準之修正案。

一九八五年十月時，美國的雷根總統指派(並獲得參議院的批准)七位委員組成美國聯邦量刑委員會。至於司法部長，依據職權成爲該委員會之當然委員。美國聯邦量刑委員會，於一九八七年四月十三日，向國會提出最原始的量刑基準(sentencing guideline)，並且獲得審查通過。量刑基準遂於一九八七年十一月一日生效實施。

美國聯邦量刑委員會，將量刑基準設計成爲「量刑基準表」(sentencing table)。在量刑基準表中有垂直軸線與水平軸線兩部分。在垂直軸線部分，根據各種的被告之犯罪行爲態樣，區分爲四十三種不同之犯罪程度。另外，在水平軸線部分，則根據各種的被告之犯罪前歷，區分爲六種犯罪前歷種類。實際量刑時，法官找出具體被告在垂直軸線中的犯罪程度，以及在水平軸線中的犯罪前歷種類，然後，此二者在量刑基準表中的交集部分所顯示出來之監禁月數，即是該名被告的實際量刑範圍。