

司法院釋字第 775 號解釋抄本



司法院公布令	1
解釋文及解釋理由書	1
蔡大法官明誠提出之部分協同意見書	10
羅大法官昌發提出之協同意見書	22
黃大法官虹霞提出之協同意見書	30
林大法官俊益提出，蔡大法官烟燉加入之協同意見書	47
許大法官志雄提出，黃大法官昭元加入之協同意見書	88
黃大法官瑞明提出之協同意見書	100
黃大法官昭元提出，許大法官志雄加入之協同意見書	108
黃大法官璽君提出，陳大法官碧玉加入「一、」部分之部分不同意見書	116
湯大法官德宗提出，陳大法官碧玉加入「二、」部分之部分不同意見書	123
吳大法官陳鏗提出之部分不同意見書	131
詹大法官森林提出之部分不同意見書	145

解釋

司法院 令

發文日期：中華民國108年2月22日

發文字號：院台大二字第1080005122號

公布本院大法官議決釋字第 775 號解釋

附釋字第 775 號解釋

院長 許 宗 力

司法院釋字第 775 號解釋

解釋文

刑法第 47 條第 1 項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」有關累犯加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。

刑法第 48 條前段規定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。」與憲法一事不再理原則有違，應自本解釋公布之日起失其效力。

刑法第 48 條前段規定既經本解釋宣告失其效力，刑事訴訟法第 477 條第 1 項規定：「依刑法第 48 條應更定其刑者……由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之。」應即併同失效。

解釋理由書

聲請人臺灣高等法院高雄分院刑事第五庭法官 3 人為審理同院 103 年度聲字第 831 號聲請更定累犯之刑案件（受刑人何○○因犯製造毒品罪，經法院判處有期徒刑確定。執行中經檢察官發覺為累犯，聲請法院裁定更定其刑）、聲請人臺灣彰化地方法院刑事第五庭申股法官為審理同院 103 年度聲字第 539 號聲請更定累犯之刑案件（受刑人游○○因犯販賣毒品罪，經法院判處有期徒刑確定。執行中經檢察官發覺為累犯，聲請法院裁定更定其刑）及聲請人臺灣花蓮地方法院刑事第五庭松股法官為審理同院 107 年度聲字第 430 號聲請更定累犯之刑案件（受刑人林○○因犯收受贓物罪，經法院判處有期徒刑確定。執行中經檢察官發覺為累犯，聲請法院裁定更定其刑），就應適用之刑法第 47 條第 1 項、第 48 條前段及刑事訴訟法第 477 條第 1 項規定有關累犯更定其刑部分（下依序稱系爭規定一至三），認有違憲疑義，聲請解釋。

聲請人臺灣花蓮地方法院刑事第五庭松股法官為審理同院 107 年度花原易字第 7 號妨害兵役案件（被告周○○前因犯不能安全駕駛罪，經法院判處有期徒刑，執行完畢後 5 年內，因無故逾教育召集令，違反妨害兵役治罪條例案件，經檢察官提起公訴），就應適用之系爭規定一，認有違憲疑義，聲

請解釋。

上開 4 件法官聲請案，均經法院裁定停止程序，並依客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，向本院聲請解釋憲法，經核均與本院釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋所闡釋法官聲請解釋憲法之要件相符，爰予受理。

聲請人蘇○○，前因麻醉藥品案件，經法院判處有期徒刑確定，執行完畢後 5 年內，再犯販賣毒品案件，經臺灣高等法院臺南分院 99 年度上訴字第 1062 號確定終局判決，判處有期徒刑，認所適用之系爭規定一加重本刑，有違憲疑義，聲請解釋。

聲請人徐○○，前因常業詐欺、恐嚇取財等案件，經法院判處有期徒刑確定，執行完畢後 5 年內，再犯偽造公文書等案件，經臺灣高等法院臺南分院 102 年度上訴字第 275 號確定終局判決，判處有期徒刑，認所適用之系爭規定一加重本刑，有違憲疑義，聲請解釋。

聲請人彭○○，前因竊盜案件經法院判處有期徒刑確定，執行完畢後 5 年內，再犯加重竊盜案件，經臺灣高等法院臺中分院 102 年度上易字第 1368 號刑事判決，判處有期徒刑確定。執行中被發覺為累犯，經臺灣高等法院臺中分院 103 年度聲字第 1270 號確定終局裁定，更定其刑。聲請人認所適用之系爭規定一及二加重本刑，有違憲疑義，聲請解釋。又認最高法院 104 年度台非字第 176 號確定終局判決，就檢察總長主張不得於裁判確定後更定其刑，以無理由駁回，所適用之系爭規定一及二，亦有上開違憲情形，聲請解釋。

聲請人何○○，前因毒品案件，經法院判處有期徒刑確定，執行完畢 5 年內，再犯販賣第二級毒品案件，經臺灣高等法院 104 年度上訴字第 810 號確定終局判決，判處有期徒

刑，認所適用之系爭規定一加重本刑，有違憲疑義，聲請解釋。

聲請人王○○，因強盜等案件，經臺灣高等法院臺南分院 103 年度聲字第 562 號刑事裁定更定其刑，未依法提起抗告，未盡審級救濟途徑，惟檢察總長對該刑事裁定提起非常上訴，經最高法院 107 年度台非字第 186 號刑事判決（確定終局判決）以無理由駁回。聲請人認確定終局判決所適用之系爭規定一及二，有違憲疑義，聲請解釋。

上開 5 件人民聲請案，經核均與司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款所定要件相符，爰予受理。

核上述 9 件聲請案均涉及累犯加重本刑或裁判確定後裁定更定其刑是否違憲之爭議，有其共通性，爰併案審理，作成本解釋，理由如下：

人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。人身自由乃憲法保障之重要基本人權，立法機關為保護特定重要法益，以刑罰限制人身自由，雖非憲法所不許，惟因刑罰乃不得已之強制措施，具有最後手段之特性，自應受到嚴格之限制（本院釋字第 646 號及第 669 號解釋參照）。

又有關刑罰法律，基於無責任無處罰之憲法原則，人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰（本院釋字第 687 號解釋參照）。刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則之拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪責相對應（本院釋字第 551 號及第 669 號解釋參照）。亦即國家所施加之刑罰須與行為人之罪責相當，刑罰不得超過罪責。基於憲法罪刑相當原則（本院釋字第 602 號、第 630 號、第 662 號、第 669 號及第 679 號解釋參照），立法機關衡量其所欲維護法益之重

要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性，綜合斟酌各項情狀，以法律規定法官所得科處之刑罰種類及其上下限，應與該犯罪行為所生之危害、行為人責任之輕重相符，始與憲法罪刑相當原則及憲法第 23 條比例原則無違。

一、系爭規定一不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題，惟其不分情節，一律加重最低本刑，致個案過苛部分，不符憲法罪刑相當原則及比例原則

刑法於中華民國 24 年 1 月 1 日制定公布（自同年 7 月 1 日施行）時，其第 47 條規定：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，5 年以內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」立法理由係以：「受刑後復犯罪，可證明通常刑之不足以懲治其特別惡性，而有加重其刑之必要」（修訂法律館編輯，法律草案彙編（二），62 年 6 月臺一版，第 29 頁參照）。嗣於 94 年 2 月 2 日修正公布，95 年 7 月 1 日施行，成為系爭規定一，明定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」除修正累犯要件之再犯限於故意犯者外，其餘仍維持構成累犯者加重本刑之法律效果。其修正理由略稱：「累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。」（立法院公報第 94 卷第 5 期，第 237 頁參照）姑不論累犯要件應如何定義，立法者之所以在原違犯條款所規定之處罰外，再以系爭規定一加重本刑之處罰，理由在於行為人前因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，理應產生警惕作用，返回社會後能因此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪。然而行為人卻故意再犯後罪，足見行為人有

其特別惡性，且前罪之徒刑執行無成效，其對於刑罰之反應力顯然薄弱，故認有必要加重後罪本刑至二分之一處罰。

依上開系爭規定一法律文義及立法理由觀之，立法者係認為行為人於前罪徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，5年內又故意違犯後罪，因累犯者之主觀惡性較重，故所違犯之後罪應加重本刑至二分之一。是系爭規定一所加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題。

惟系爭規定一不分情節，一律加重最低本刑。因目前實務上有期徒刑加重係以月為計算單位，如最低法定本刑為6月有期徒刑，累犯加重結果，最低本刑為7月有期徒刑。本來法院認為諭知6月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞動即可收矯正之效或足以維持法秩序（刑法第41條第1項及第3項規定參照），但因累犯加重最低本刑之結果，法院仍須宣告7月以上有期徒刑，致不得易科罰金或易服社會勞動。因此，系爭規定一不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第59條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第8條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第23條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起2年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。

二、系爭規定二不符憲法一事不再理原則，應失其效力；系爭規定三因此失所依附

法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、

法秩序之安定及信賴保護原則之遵守（本院釋字第 574 號、第 589 號及第 629 號解釋參照）。另依憲法第 8 條第 1 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。」其所稱「依法定程序」，係指凡限制人民身體自由之處置，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須正當，始符正當法律程序之要求。刑事訴訟程序之實施，應保障當事人之合法訴訟權，並兼顧被告對於裁判效力之信賴（本院釋字第 271 號解釋參照），是判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險（即禁止雙重危險）、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性。此即一事不再理原則。其已成為現代法治國普世公認之原則（聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項、美國憲法增補條款第 5 條、德國基本法第 103 條第 3 項及日本國憲法第 39 條等規定參照）。

系爭規定二明定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。」於裁判確定後，原裁判科刑程序業已終結，再依系爭規定二重複進行同一犯罪行為之科刑程序，其目的僅係為審酌原未發覺之累犯資料，更定其刑、加重處罰，非為維護極重要之公共利益，顯違憲法之一事不再理原則，應自本解釋公布之日起失其效力。

系爭規定二既經本解釋宣告失其效力，系爭規定三明定：「依刑法第 48 條應更定其刑者……由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之。」應即併同失效。

三、科刑資料之調查與辯論

對累犯者加重本刑涉及科刑。目前刑事訴訟法，僅規定科刑資料之調查時期應於罪責資料調查後為之（刑事訴訟法第 288 條第 4 項參照），及賦予當事人對科刑範圍表示意見之機會（刑事訴訟法第 289 條第 3 項參照），對於科刑資料應如何進行調查及就科刑部分獨立進行辯論均付闕如。為使法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則，法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實（刑法第 47 條第 1 項及第 59 條至第 62 條參照）及其他科刑資料（刑法第 57 條及第 58 條參照），指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑相當原則之科刑判決。相關機關應依本解釋意旨儘速修法，以符憲法保障人權之意旨，併此指明。

四、不受理部分

有關聲請人蘇○○，據臺灣高等法院臺南分院 99 年度上訴字第 1062 號確定終局判決，聲請解釋刑法第 77 條第 1 項、第 2 項、行刑累進處遇條例第 19 條第 3 項及刑事訴訟法第 159 條之 5 第 2 項規定部分，聲請意旨僅係爭執法院認事用法之當否，並未於客觀上具體敘明刑事訴訟法第 159 條之 5 第 2 項規定究有何違反憲法而侵害其基本權利之處。其餘規定均未為確定終局判決所適用，自不得以之為聲請解釋之客體。

有關聲請人王○○，據臺灣高等法院臺南分院 103 年度聲字第 562 號刑事裁定，聲請解釋系爭規定一部分，查聲請人未對上開裁定依法提起抗告，未盡審級救濟途徑，上開裁定並非確定終局裁判，自不得據以聲請解釋憲法。其另據最

高法院 107 年度台非字第 186 號確定終局判決，聲請解釋刑法第 77 條第 2 項第 2 款及第 79 條之 1 第 2 項規定部分，均未為確定終局判決所適用，自不得以之為聲請解釋之客體。

上開聲請經核與大審法第 5 條第 1 項第 2 款所定要件不符，依同條第 3 項規定，均應不受理。

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡焜燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發

湯德宗 黃虹霞 吳陳環 蔡明誠

林俊益 許志雄 張瓊文 黃瑞明

詹森林 黃昭元

釋字第 775 號解釋部分協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本件涉及刑法總則第 47 條第 1 項規定有關一般累犯加重本刑及刑法第 48 條前段有關累犯更定其執行刑等規定是否違憲之爭議，茲因認為本號解釋仍有若干疑義，宜再予釐清，爰提出部分協同意見如下：

一、累犯在犯罪學統計上意義與刑法上累犯概念有所差異

有關累犯，主要規定於刑法第 47 條，係採取一般累犯主義，即不問前後所犯之罪是否相同，均依法加重其刑。關於累犯之加重科刑，則採加重本刑主義，即應就最輕本刑一定之比例予以加重，於其所形成之處斷刑範圍內科刑。其他立法例有對初犯科以有期徒刑、對累犯則科以無期徒刑、不定期或流刑之變更刑種主義，另有對累犯之加重，採應就所犯該罪最重本刑二倍以下範圍內科刑之加倍最重刑主義，前述兩立法例與現行刑法所採加重本刑主義，有所不同。¹質言之，刑法第 47 條有關累犯及其加重規定，係採一般累犯及加重本刑之原則。

累犯是否應予刑罰加重(Die Strafschärfung bei Rückfall)，在犯罪學²、刑事政策、刑罰學及刑法學等領域，已有不少討論，可能因其所持觀點或立場之差異，而不同其主張，自難

¹ 參照蔡墩銘，刑法精義，台北：翰蘆，2005 年 7 月 2 版，頁 418-419。

² 傳統犯罪學，從總體結構為問題之提出，區分初犯與再犯行為人，但近年有德國學者質疑從犯罪白色數據(Hellfelddaten)之資料統計，在累犯概念上不無問題。因較精確而言，基於犯罪經驗論，存在犯罪黑數資料(Dunkelfelddaten)。(參照 Ulrich Eisenberg/Ralf Kölbel, Kriminologie, 7.Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, §52 Rn.3.)

以上可見，累犯（或再犯）之概念，在犯罪學上亦可能隨時代發展或論述基礎論點之差異，而有不同之理解。

逕以論斷其是非對錯。特別是因所持刑法學理論是否係行為刑法或行為人刑法，或其有關刑罰目的論係採絕對論（例如應報論）、相對論（例如積極或消極之一般預防論或特別預防論）、加法綜合論(additive Vereinigungstheorie)³、預防綜合論(Die präventive Vereinigungstheorie)⁴及應報綜合論(Die vergeltende Vereinigungstheorie)⁵等立論，而有認為累犯規定

³ 加法綜合論（"Vereinigungstheorie"，茲譯為綜合論，另有譯為統一論、統合論或調合論），將不同理論等同相互地位。此係德國聯邦憲法法院所採用，即對所為不法行為之罪責均衡、預防、行為人之再社會化(社會復歸)、贖罪與應報，作為相當刑罰制裁之論點。(BVerfGE 45, 187(253f.)。但 BVerfGE 110, 1(13)，則強調絕對論，係基於應報正義之觀點。由於此種加法式之說法，對個案欠缺上位判斷之標準，故另有所謂預防綜合論及應報綜合論。(參照 Uwe Murmann, Grundkurs Strafrecht, 3.Aufl., München: Beck, 2015, §8 Rn.40ff. 及註 64.)。

⁴ 於此說，認應報並不重要，就具體事實而其有不同之預防目的，於刑罰威嚇，採一般預防，而於刑罰執行，則特別預防更具意義。科刑時，不但特別預防，而一般預防亦有其作用。於特別預防與一般預防存在矛盾時，優先考慮特別預防。為避免預防論可能發生欠缺刑罰正義，刑罰之上限，由罪責原則加以界定。參照 Uwe Murmann, a.a.O., §8 Rn. 42; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4.Aufl., München: Beck, 2006, §3 Rn. 37ff..

⁵ 應報綜合論，在德國實務上具有重要地位。其係基於應報論，刑罰應以罪責而成立及作為界限。於罪刑相當之處罰時，則考量特別及一般預防論。科刑時，不僅是考量單點之罪刑相當之處罰（所謂點式刑罰；"sog. Punkstrafe"），而且在範圍內動態量刑（所謂量刑範圍論；sog. Spielraumtheorie）。在此罪刑相當之量刑範圍內，特別及一般預防論在具體處罰之確定，具有決定性之意義。(參照 Uwe Murmann, a.a.O., §8 Rn. 44; BGHSt 7, 28(32; 20, 264(266); 24, 132)此係德國實務及學理上之通說。(參照 Schäfer/Sander/Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6.Aufl., 2017-beck-online, Teil 4 Rn.828.)但因前述量刑範圍，可能因刑罰目的論之不同，而不能妥適量刑。另有階段論（Stufentheorie；重要價值論"Stellenwertthoerie"）及基於預防論之較新合乎行為比例之量刑論(Tatproportionale Strafzumessung)等，值

應予全部廢除，亦有認為刑法累犯加重違憲，但一般累犯概念則無違憲。以上各種看法，有基於刑法學，或基於刑罰目的論等作為立論基礎，固有所本。但從比較法觀察，目前外國仍有累犯加重規定或三振法條款之立法例⁶，故此等累犯加重是否係刑事立法政策之選擇，而非為憲法上違憲問題，值得爾後更多學者專家深入探討。特別是本號解釋作出後，對未來學理及司法實務上可能衍生之問題，實有再多推敲之必

得留意。(參照 Radtke, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3.Aufl., 2016-beck-online, Vorb. Zu §38 Rn.59ff.)又為使法官量刑更具可預測性，並比較美國聯邦量刑基準 (Federal Sentencing Guidelines; FSG)，德國有對於量刑基準與法官自由裁量相互間，認應進行量刑法之改革，建議修正刑法第 46 條有關量刑原則規定、改革處罰範圍及應有更多量刑資訊之提供等。(如建立量刑資料庫；Aufbau einer Strafzumessungsdatenbank) (日本於 2009 年建立類似資料庫，可供參考)等。(參照 Johannes Kaspar, Sentencing Guidelines versus freies richterliches Ermessen-Empfiehl sich eine Reform des Strafzumessungsrechts? NJW-Beil 2018, 37/39ff.-beck-online; 有關日本量刑資料庫，參照引自前文註 51 所引用論文，即 Hiroyuki Nakagawa, Die Strafzumessung in der Tatsacheninstanz, in: Wolfgang Frisch(Hrsg.), Grundfragen des Strafzumessungsrechts aus deutscher und japanischer Sicht, 2011, 201(209).有關刑法是否參考美國聯邦之量刑基準，訂定量刑原則及如何給予法官自由量刑餘地等相關問題，均值得再思考，以期法官量刑之公正及可預測性。關於美國聯邦量刑委員會(The U.S. Sentencing Commission)發布 "The 2018 Guidelines Manual (effective November 1, 2018)"，<https://www.ussc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual>(最後瀏覽日期:108/2/21)。有關中文文獻，參照吳景芳，美國之聯邦量刑改革法，吳景芳，「美國聯邦量刑改革法」，<https://www.tpi.moj.gov.tw/HitCounter.asp?xItem=339322&ixCuAttach=105563> (最後瀏覽日期：108 年 2 月 21 日)。

⁶ 美國所採之「三振法案」，對於三犯之重刑犯罪者 (FELONY) 更採取終身監禁不得假釋 (LIFE SENTENCE WITHOUT PAROLE) 之立法例。詳參 94 年 2 月 2 日修正之刑法第 77 條立法理由。另關於美國三振出局法案之介紹及檢討，參照許福生，累犯加重之比較研究，刑事法雜誌，第 4 卷第 4 期，92 年 8 月，頁 10-19。

要。

二、比較法觀察累犯相關刑法規定及合憲性問題

德國於 1969 年刑法改革法案，採行為主義及責任刑法，於刑法第 48 條第 1 項及第 2 項規定，就累科刑罰不知悔改而其非難性較高之通常累犯，設有加重其刑之規定，即一般累犯（或稱普通累犯或通常累犯）規定(Rückfallklausel)。惟在刑法總則設定累犯加重其刑之加重規定，其立法功能及加重處罰之正當性，引起爭議及討論。之後，於刑法改革更迭草案(Alternativentwurf)，將此立法方式，喻為一種「不順從的附加刑」(Ungehorsamszuschlag)而拒絕採納。1986 年刑法修正第 23 法案，因累犯加重處罰規定在實務上成效不彰，且理論上累犯加重刑罰責任之正當性仍有疑義等理由，而予以廢除。自此之後，除特別累犯加重規定外，不設一般累犯規定。關於特別累犯之加重規定，⁷例如德國 2003 年 12 月 27 日性犯罪改革法對兒童為嚴重之性虐待(Schwerer sexueller Mißbrauch von Kindern)之再犯行為人，於刑法第 176a 條第 1 項規定⁸，設有特別累犯規定。亦即，對於第 176 條第 1 項及

⁷ 參照 Heger, in: Lacker/Kühl, StGB, 29.Aufl., 2018-beck-online, §176a Rn. 2. 惟 Renzikowski, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3.Aufl., 2017-beck-online, §176a Rn.10f.; Renzikowski, Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz- 2. Teil, NStZ 1999, 440/441f.-beck-online. 其對累犯加重之傾向特別預防之法制度，有所批評。

⁸ 有關德國刑法第 176 條及第 176a 條規定部分翻譯

第 176 條 對兒童性虐待(Sexueller Mißbrauch von Kindern)

(1) Wer sexuelle Handlungen an einer Person unter vierzehn Jahren (Kind) vornimmt oder an sich von dem Kind vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer ein Kind dazu bestimmt, daß es sexuelle Handlungen an einem Dritten vornimmt oder von einem Dritten an sich vornehmen läßt.

第 2 項之案件，對兒童性虐待之行為人於近 5 年內，因相同刑罰行為經判決確定時，處不低於 1 年以下之自由刑。

在德國實務上，聯邦憲法法院於 1979 年⁹，對於前述舊刑法第 48 條規定，認為於一定條件下，其並不違憲，因累犯相關規定，不許以先前科刑之概括式考量，而係由法官就個案審查被告受處罰犯罪行為之種類及情狀，該先前科刑是否對其未足以收警戒之效。當刑法於第 48 條將刑罰加重之法律效果與累犯之構成要件相連結時，使該規定納入國家刑罰領域在實質上所確定責任原則之適用範圍。據此，任何刑罰係以責任為要件（無責任無刑罰；„nulla poena sine culpa”；參照刑法第 46 條第 1 項第 1 段）。此原則具有憲法位階，其係基於正義理念，且以法治國原則及基本法第 1 條第 1 項作為其基礎。¹⁰其意旨係基於正義理念，犯罪構成事實要件與法律

(1) 對未滿 14 歲之人（兒童）實施性行為或使其與自己實施性行為者，處 6 個月以上 10 年以下自由刑。

(2) 使兒童與第三人實施性行為或使第三人與兒童實施性行為者，處與前項相同之刑罰。

第 176a 條 對兒童為嚴重之性虐待(Schwerer sexueller Mißbrauch von Kindern)

(1) Der sexuelle Missbrauch von Kindern wird in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wenn der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre wegen einer solchen Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist.

(1) 於第 176 條第 1 項及第 2 項案件，對兒童性虐待之行為人於近 5 年內，因相同刑罰行為經判決確定時，處不低於 1 年以下之自由刑。

⁹ 參照聯邦憲法法院有關累犯規定之合憲性(Verfassungsmäßigkeit der Rückfallbestimmung)裁定，BVerfGE, Beschluß vom 16.1.1979- 2BvL 4-77, NJW 1979, 1037。以下註 10 及註 11 之資料，亦引自此裁判。

¹⁰ BVerfGE 20, BVERFGE Jahr 20 Seite 323 [BVERFGE Jahr 20 Seite 331] = NJW 1967, NJW Jahr 1967 Seite 195; BVerfGE 25, BVERFGE Jahr 25 Seite

效果須有適當之相對應¹¹。

「另類選擇黨」(Alternative für Deutschland; AfD)於德國眾議院(Bundestag)提出累犯加重法律草案(Gesetzentwurf zur Strafschärfung bei Rückfall)，於2018年12月14日一讀會中就該草案進行辯論(BT Drs. 19/6371)。該黨團認為累犯涉及敏感性之法益(die empfindliche Rechtsgüter)而成為社會引爆力(eine „soziale Sprengkraft“)，再犯者將撼動法治國人民之信賴。另從聯邦司法暨消費者保護部基於聯邦中央登錄數據(Daten des Bundeszentralregisters)就再犯率統計所作出研究觀察，2010年受制裁或經執行之犯人有35%在三年內再次犯罪，六年後一般累犯數(Die allgemeine Rückfallquote)增加9%，九年後再增加3%。又該特別侵害社會之習慣犯(Diese „besonders sozialschädlichen Gewohnheitsverbrecher“)，不僅是要求一般預防之行為(ein generalpräventives Handeln)，亦要求更嚴格之刑罰，以強化法治國之信賴及法律執行。因此另類選擇黨建議，增訂階梯式刑罰制度，不但對於輕微犯罪，對於較重且特別嚴重之累犯，亦應予以考慮，而就特定案件提高刑度，且參考奧地利刑法及列支登斯刑法，於刑法第48條增訂累犯加重(Strafschärfung bei Rückfall)規定。¹²以上修正德國刑法之

269 [BVERFGE Jahr 25 Seite 285] = NJW 1969, NJW Jahr 1969 Seite 1059; BVerfGE 41, BVERFGE Jahr 41 Seite 121 [BVERFGE Jahr 41 Seite 125] = NJW 1976, NJW Jahr 1976 Seite 413; BVerfGE 45, BVERFGE Jahr 45 Seite 187 [BVERFGE Jahr 45 Seite 228] = NJW 1977, NJW Jahr 1977 Seite 1525).

¹¹ Das bedeutet, daß - gemessen an der Idee der Gerechtigkeit - Tatbestand und Rechtsfolge sachgerecht aufeinander abgestimmt sein müssen (BVerfGE 25, BVERFGE Jahr 25 Seite 269 [BVERFGE Jahr 25 Seite 286] = NJW 1969, NJW Jahr 1969 Seite 1059).

¹² <https://kripoz.de/2018/12/17/gesetzentwurf-zur-strafschaerfung-bei->

建議最後是否會通過立法，自有待時間考驗。

在日本法上，刑法第 56 條以下有關累犯規定，雖已刪除累犯更定其刑規定，但仍明定一般累犯加重規定（第 56 條參照），日本最高法院不認為其違反憲法第 39 條一事不再理原則¹³及第 14 條平等原則¹⁴，甚至刑法中設有類似美國法有關三振條款之規定（即三犯以上の累犯，第 59 條參照）。¹⁵另如與我國刑法對於累犯之立法方式加以比較，除更定其刑及三振法規定外，一般累犯加重規定與日本立法例略同，二者均是以「行為」概念為界定原則，以此為刑事政策基礎。此外，日本刑法第 72 條規定科刑輕重之順序，亦即分別為再犯加重、法律上之減輕、併合罪之加重與酌量減輕。

rueckfall/（最後瀏覽日期：108 年 2 月 20 日）

¹³ 日本憲法第 39 條後段規定：「.....對同一犯罪不得重複追究刑事責任」，故有累犯規定是否違反該條規定之議。該國最高法院 1949 年及 1969 年曾兩次判決，認累犯規定並不違反禁止一罪二罰原則，其理由大意为，刑法第 56、57 條累犯加重之規定，係基於第 56 條之累犯事由，而對新犯之罪加重其法定刑，承認其得科處較重之刑而已，並未變更對於前犯之確定判決，亦非對於前犯重複科處刑罰。參照鄭善印，累犯加重其刑之規定是否違反一事不二罰原則？警察法學第 6 期，96 年 10 月，頁 372。

¹⁴ 最大判昭 24.12.21 刑集三・一二・二〇六二；最判昭 25.1.24 刑集四・一・五四。（參照井上正仁（編集代表），判例六法，東京：有斐閣，平成 22 年 11 月 10 日發行，頁 1635。）

¹⁵ 累犯（るいはん）は、第 1 の犯罪について懲役刑の執行を終わり若しくはその執行の免除を得た後、5 年以内に更に第 2 の犯罪を犯し、有期懲役に処すべき場合（再犯）、又はそのような犯罪が 3 回以上続く場合（三犯以上の累犯）をいう（刑法 56 条、59 条）。（參照 <https://ja.wikipedia.org/wiki/%E7%B4%AF%E7%8A%AF>）（最後瀏覽日期：108 年 2 月 20 日）

比較德國及日本之情況¹⁶，有關累犯存廢，雖學者有不同法律見解之評論，且從刑罰目的論而言，絕對論（例如應報論）或相對論（一般預防論或特別預防論等），亦容有不同說理。¹⁷但外國刑法立法例上仍不乏設有累犯規定者，係屬事實。質言之，有關一般累犯加重規定，並非當然被認為違憲，甚至仍存在於刑法總則中。因此，對於一般累犯加重甚至三振法規定之存廢，於學者專家間仍有不同見解或批評¹⁸，惟刑事政策上對於再犯之犯罪控制(crime control)，是否應提升為刑法總則規定中，或因違憲而不承認刑法累犯加重規定，充其量僅是犯罪學上統計再犯之數據而已。此等問題可能涉及犯罪學、刑事立法政策¹⁹或刑罰學等領域之課題，

¹⁶ 德國累犯規定之發展，首先為個別特定犯罪類型之刑罰加重事由，演變至一般犯罪的加重事由，到最後廢除累犯規定而成為一般量刑事由。至於日本累犯之立法發展，基本上是擴大累犯加重之成立要件，以及加重其法律效果，以強化對於累犯之防制。特別是日本改正刑法草案，不只擴大累犯的適用範圍，且增設概念尚未清楚的常習累犯。參照許福生，同前揭註 6 文，頁 10。

¹⁷ 有以日本學者團藤重光之人格責任說認責任乃規範評價的性質，其本質為非難可能性。該說認為規範評價的第一個層面固屬行為，尚有第二個規範評價的層面是行為底下的人格。……若從人格形成責任來看，對於逐步形成常習性這一點而言，倘若可歸責於行為人，則行為人之責任即將加重。參照鄭善印，同前揭註 13 文，頁 379-381。又刑事立法上對於累犯加重處罰，乃是累犯無視於前刑之警告，再次犯罪，其行為責任及人格責任均較初犯重，法律上乃規定科予較重責任。倘若再犯無法滿足法律上所規定的累犯要件，也應在法定刑的範圍內，考量其再犯情節，從嚴處遇。惟基於累犯的多樣性與個別性，授權法院自由裁量是否加重亦有其必要性。參照許福生，同前揭註 6 文，頁 9。

¹⁸ 有關累犯加重規定及三振法案之評論，特別是對於累犯存在正當性之質疑，參照柯耀程，刑法總論釋義-修正法篇（下），台北：元照，2006 年 3 月初版 2 刷，頁 446-451。

¹⁹ 累犯之加重係要將其列為立法政策問題（立法加重）看待或為司法

均值得再更深入探究。

如欲全面廢除一般累犯規定，對累犯或再犯之行為或犯行，就其犯罪之再犯率統計及犯罪分析，在犯罪學上仍有其意義。至於再犯行為之刑事訴追、審判、科刑、判決確定及刑罰執行等不同之階段，對於法官就個案審酌行為人之人格或其行為情狀，對於有再犯者性格或性向之前後犯罪行為之理解、科刑及執行，似仍有其參考及比較價值。

三、罪責前提、罪刑相當與比例原則之問題

刑法中有關罪責（或稱責任）原則(Schuldprinzip)，因運用之不同階段，異其不同基礎(Grundlage)。有將之分為刑罰成立之罪責(Strafbegründungsschuld)階段，即論罪科刑僅於行為人個人之行為應與非難；科刑時刑罰範圍之罪責(Strafmaßschuld)階段(德國刑法第 46 條第 1 項參照)，即於考量預期之刑法效果時，行為人之罪責係刑罰範圍之量刑基礎(Grundlage der Strafzumessung)²⁰(；不法行為與罪責一致性(Schuld-Unrechts-Kongruenz)階段，即罪責須包含一切所實行不法行為之要素。²¹學理上有關罪責原則，如從責任刑法原則之概念下，所謂責任並非指整個生活素行責任（有稱生活操行責任或生活方式責任）(Lebensführungsschuld)，而是指

政策（法官視情狀判斷）問題看待，端視一國刑事政策走向以為決定。參照黃朝義，累犯存在之妥當性與必要性—從累犯加重之理論與實務論起，法官協會雜誌第 15 期，102 年 12 月，頁 68。

²⁰ 參照 von Heintschel-Heinegg, BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg, 40.Edition(01.11.2018)-beck-online, StGB §46 Rn.2; Jen Brögelmann, Methodik der Strafzumessung, JuS 2002, 903/904f.-beck-online.

²¹ 參照 https://de.wikipedia.org/wiki/Nulla_poena_sine_culpa（最後瀏覽日期：108 年 2 月 20 日）。

具體侵害法益之行為責任(Tatschuld)。此責任刑法原則，德國學理及實務上認為其對罪刑法定原則，具有補充作用，而成為憲法之概念。²²

本號解釋之立論基礎，主要建立於學理上作為刑法原則之罪責原則。有認為罪責原則可衍生罪責是刑罰的前提要件與刑罰必須與罪責相當兩點涵義。²³刑法基本原則犯罪之成立，以罪責為前提。²⁴犯罪與刑罰間之相互對應，則屬罪刑相當原則。²⁵罪責原則(Schuldgrundsatz)（有稱為責任主

²² 參照蘇俊雄，刑法總論 I，87 年 3 月修正再版，頁 99-100 及註 14, 15。其參考 Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2.Aufl., 1976, S.187ff. 及聯邦憲法法院 BVerfGE 6, 389(439); 20, 323(331)等見解。

²³ 參照林山田，刑法通論（上冊），台北：作者發行，2008 年 1 月增訂 10 版 1 刷，頁 91-94。惟其將比例原則與罪責原則分開論述，但於罪刑相當原則（刑罰必須與罪責相當）中，認刑罰的輕重程度不得逾越罪責的高低度，逾越行為罪責程度的刑罰，應予禁止，這即形成超量禁止(Übermaßverbot)原則。惟德國有將比例原則另稱之為超量禁止（或稱過度禁止）。（參照 Jörn Ipsen, Staatsrecht II Grundrechte, 18.Aufl., München: Vahlen, 2015, Rn.182.; Friedhelm Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 4.Aufl., München: Beck, 2014, §9 Rn.14; Peter Badura, Staatsrecht, 6.Aufl., München: Beck, 2015, C28.）又有將法律拘束中之比例原則審查時，將過度禁止不僅是作為實體法之控制(materiell-rechtlicher Befehl)，亦包含審查比例原則之法釋義上手段及方法論上方法。參照 Alexander Tischbirek, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung, Tübingen: Mohr Siebeck, 2017, S.174ff..

²⁴ 行為人固須對其所形成之意思（犯罪意思），負刑事責任，……。然而究竟人有無真正之意思自由，此不僅為法律學上應予重視之問題，亦係心理學、哲學或倫理學上素被關注之問題。詳參蔡墩銘，刑法精義，台北：翰蘆圖書，2005 年 7 月二版，頁 224-225。意志自由？從決定論者或非決定論者的角度、自然科學研究到對於相對自由的處理等。詳參黃榮堅，重刑化刑事政策之商榷，台灣本土法學雜誌，第 45 期，92 年 4 月，頁 70-74。

²⁵ 罪責原則除了要求「無責任，即無刑罰」之外，即便要對犯罪人科以刑罰，也必須遵守刑罰與罪責之間具有相當性之「罪刑相當原

義)，即指無罪責無刑罰(keine Strafe ohne Schuld; nulla poena sine culpa)（或稱無責任即無罪刑）。此依德國聯邦憲法法院見解，係基於人性尊嚴尊重²⁶及法治國原則²⁷。罪責作為可罰性之要件，與量刑罪責(Strafzumessungsschuld)不同。其以行為個人之可非難性(die individuelle Vorwerfbarkeit der Tat)為必要。²⁸有關行為人之責任（或稱罪責）(Die Schuld des Täters)構成刑罰量刑之基礎（刑法第 57 條第 1 項前段「科刑時應以行為人之責任為基礎」）²⁹。於刑法所稱之責任，包含該當構成要件之不法(Unrecht)實現時可責性之程度(Maß)。此與構成三階段犯罪架構(dreistufige Deliktaufbau)中之可罰性(Strafbarkeit)有所不同。³⁰而在犯罪與法律效果間亦須均衡，不得違反憲法罪責相當之刑罰原則(das verfassungsrechtliche Prinzip schuldangemessenen Strafens)，且如對微罪行為或損害限度方面之量刑，則判斷其個案是否符合比例。³¹

本號解釋確認罪刑相當原則為憲法上原則，值得肯認，惟由上述可知，罪責原則包含罪責前提及罪刑相當原則，並

則」。參照王皇玉，刑法總則，台北：新學林，2018 年 8 月 4 版 2 刷，頁 53-55。

²⁶ BVerfGE 25, 269, 285.

²⁷ BVerfGE 109, 133, 171; BVerfGE 110, 1, 13.

²⁸ 參照 von Heintschel-Heinegg, Strafgesetzbuch, 2.Aufl., München: Beck, 2015, §20 Rn.2.

²⁹ 另參照德國刑法第 46 條第 1 項第 1 段規定，行為人之責任，為量刑之基礎。(Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe.)

³⁰ 關於犯罪概念，一般採取所謂三階層理論，另有不法(Unrecht)與責任(Schuld)二階層理論。參照黃榮堅，基礎刑法學（上），台北：元照，2004 年 6 月 2 版 1 刷，頁 128-134。

³¹ 參照 von Heintschel-Heinegg, a.a.O., §46 Rn.2, 56a.

將比例原則（過度禁止），涵蓋於罪刑相當原則之中。至本號解釋將前述原則與比例原則併列，如此對於罪責原則、罪責前提、罪刑相當原則與比例原則之關係，則有未予詳加辨明之疑慮，是其仍有商榷之處。

釋字第 775 號解釋協同意見書

羅昌發大法官提出

犯罪者如一犯再犯，確實可能造成治安問題；然一犯再犯之情形，類型甚多，情節差異亦甚大。是否可以現行的「累犯一律加重處罰」之制度予以解決，不無疑問。

就本件而言，所涉及者包括刑法第 47 條第 1 項的累犯加重規定、第 48 條前段的裁判確定後發覺為累犯而更定其刑之規定以及刑事訴訟法第 477 條第 1 項有關累犯更定其刑之程序規定。

多數意見認為，刑法第 48 條前段之規定違反憲法一事不再理原則，因而宣告失效；刑事訴訟法第 477 條第 1 項有關累犯更定其刑之程序規定，應即併同失效。就此等部分，本席敬表同意。

就刑法第 47 條第 1 項之部分，多數意見重點有二：其一，該規定不生違反憲法一行為不二罰原則之問題；其二，該規定一律加重「最低本刑」部分，如造成個案過苛，則不符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第 23 條之比例原則。就此等部分，本席勉予同意。然本席認為，有關刑法第 47 條第 1 項之部分，仍有諸多補充說明之必要。茲闡述如次：

一、刑法第 47 條第 1 項法條文義仍存有疑義：

(一) 刑法第 47 條第 1 項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上

之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」其中「受徒刑執行完畢」之法律要件及「加重本刑至二分之一」之法律效果，確有不確定之因素。

(二)就「受徒刑之執行完畢」要件而言：累犯之加重處罰，本意係在使「已經坐牢完畢者」得到警惕，促其不再犯罪。然「受徒刑之執行完畢」與「已經坐牢完畢」間，仍有差異。例如行為人於數年前因案受羈押，其日數已經超過數年後因該案遭判刑確定所應服之刑期日數，因羈押日數折抵刑期（刑法第37條之2第1項參照）之結果，而毋庸再行服刑。此行為人如於其後再故意犯有期徒刑之罪，是否構成累犯，究竟應以「已經坐牢（羈押）完畢」起算5年，抑或以「判刑確定」（判決確定後，先前之羈押始因折抵而視為已經執行完畢）起算5年，產生諸多疑義。本號解釋未予釐清。將來立法者應予檢討此要件所產生之相關疑義。

(三)就「加重本刑至二分之一」之法律效果而言：如本號解釋理由書第16段說明：「因目前實務上有期徒刑加重係以月為計算單位，如最低法定本刑為6月有期徒刑，累犯加重結果，最低本刑為7月有期徒刑」。惟「有期徒刑加重係以月為計算單位」之實務做法，並無法律依據。本解釋未能指出此部分之疑義，較為可惜。

二、刑法第47條第1項之審查所涉及之相關憲法原則

(一)由違憲審查之角度而言，刑法第47條第1項涉及一

行為不二罰原則、禁止重複（雙重）評價原則、罪責相當原則及憲法第 23 條之必要要件或稱比例原則等。

- (二) 刑法原則與憲法原則未必相同。有些刑法原則，並非憲法原則。但有些刑法原則對於法治國之維護或對保障基本人權，有其重要性；於此情形，刑法原則即會被提升成（或轉化為）憲法原則。例如刑法之罪責相當原則，期待立法者制定刑罰規定時，應使「侵害行為對法益造成之損害」與「行為人所承擔之刑罰責任」具相當性；並要求法官於刑事程序中（特別是在決定刑度時），亦本此原則而為裁判。然此原則對保障人民人身自由及財產等基本權，使之不受立法者恣意侵害，有其重要性，故亦成為憲法原則。

三、刑法第 47 條第 1 項涉及一行為不二罰原則及禁止雙重評價原則部分

- (一) 一行為不二罰原則與禁止雙重評價原則，在概念上，有甚多交集，但並非完全相同。前者適用於「對一行為為二次處罰」之情形；後者除適用二次處罰之情形外，亦包括在同一次處罰中，「對同一事由為二次不利評價」。
- (二) 多數意見認為刑法第 47 條第 1 項「所加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題」(見本號解釋理由書第 15 段)。此項論述係針對「後罪與前罪之間」有無重複處罰之問題。多數意見認為刑法第 47 條第 1 項之加重規定，不構成重複處罰。本席敬表同意。

(三) 然針對「後罪」而言，則不無重複評價之疑義。就此問題，應先分析刑法第 47 條第 1 項及第 57 條間之關係。刑法第 57 條係列舉科刑之決定因素；其中第 5 款「犯罪行為人之品行」之規定，與累犯有關。亦即，累犯屬於「有犯罪前科」者；有此「前科」，即顯示犯罪行為人之某種負面「品行」。刑法第 57 條要求法官就行為人之「品行」予以評價，而「在法定刑之內」，量處一定之刑罰。然刑法第 47 條第 1 項則係要求法官就累犯之前科資料，「在法定刑之外」，一律加重本刑至二分之一。換言之，累犯資料本來可以在刑法第 57 條第 5 款「犯罪行為人之品行」中予以負面評價，而納入量刑高低之考量；刑法第 47 條第 1 項卻又要求法官就相同之因素，先予以加重二分之一（而成為「處斷刑」），並在依此規定加重之後，依刑法第 57 條第 5 款之規定，再次就此種前科品行予以評價，以決定「宣告刑」。就此而言，刑法第 47 條第 1 項加重本刑至二分之一之規定，實際上會造成對犯罪行為人之前科為雙重評價之結果（同一前科資料，先以累犯加重，再於量刑時，給予負面評價）。本席對刑法第 47 條第 1 項涉及此種雙重評價之部分，認有違憲疑義。

四、刑法第 47 條第 1 項涉及罪責相當原則及憲法第 23 條之部分

(一) 刑罰規定輕重的決定，立法者原則上有相當之裁量空間。本院對於特定之犯罪究竟應定多高或多低的刑度，除非認其違反憲法原則，否則無從置喙。以本件情形而言，應視刑法第 47 條第 1 項有無違反憲法上

之罪責相當原則或憲法第 23 條之「不逾越必要程度」之要件（即多數意見所稱比例原則；以下謹循多數意見之用法，以比例原則討論），決定加重本刑至二分之一之規定是否有其正當性。

（二）多數意見認為刑法第 47 條第 1 項「不分情節，一律加重最低本刑」部分，「不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則」（見本號解釋文第 1 段及理由書第 16 段）。換言之，多數意見係認為，憲法罪刑相當原則與憲法第 23 條比例原則有「正相關性」；違反前者，即違反後者。由位階而言，兩者均為憲法原則；然以憲法之明文而言，憲法第 23 條應為直接之依據。本院於審查處罰之規定時，可以「罪刑相當原則」，作為憲法第 23 條之「特殊審查標準」。

（三）多數意見認為「一律加重『最低』本刑」部分，不符憲法罪刑相當原則；然其並未論及刑法第 47 條第 1 項中「一律加重『最高』本刑」之部分。此有兩種解讀之可能：第一種可能之解讀為，本號解釋並未處理該條「一律加重『最高』本刑」之部分是否違憲之問題；第二種可能之解讀為，本號解釋既然審查刑法第 47 條第 1 項的累犯加重之規定，惟僅宣告「一律加重『最低』本刑」部分違憲，則顯然已經確認「一律加重『最高』本刑」部分並不違憲。以本號解釋之論述內容而言，多數意見似指後者之解讀（即「一律加重『最高』本刑」部分並不違憲）。

（四）然本席認為，就實體而言，「不分情節一律加重『最

低』本刑」既然違反罪刑相當原則，則基於相同之論理，「不分情節一律加重『最高』本刑」自亦無不違反罪刑相當原則之道理。本席認為，甚難有合理的基礎足以說明「不分情節一律加重『最高』本刑」不會違反罪刑相當原則。本席建議，立法者在依本解釋意旨修法時，不宜僅處理「一律加重『最低』本刑」違憲之部分。

- (五) 又有關多數意見所用「不分情節」一詞，本席亦認為有進一步闡述之必要。雖「不分情節」之概念，原則上係指「後罪」（即累犯）之犯罪情節；然解讀本號解釋之「不分情節」一詞，應以較廣之角度為之。犯罪之各種情節（諸如犯罪之動機、目的、手段、所生危險或損害、行為人違反義務之程度等），在刑法第57條之下，本來已為法官應考量之因素。本號解釋所稱「不分情節」，應另包括不分「所犯『罪行之性質』」及「後罪與前罪之關係」等情節或因素。就「所犯『罪刑之性質』」而言，例如，立法者宜考量，是否僅就具有特定危害之犯罪（諸如性犯罪、暴力犯罪等）設置特別之累犯規定（而非如現行法之規定，對所有類型的犯罪一律以累犯加重處罰）。就「後罪與前罪之關係」而言，例如，立法者宜考量，是否僅使「重複同一類型犯罪」之累犯，予以加重處罰（而非如現行法之規定，不問前後罪有無關聯或類似性，一律以累犯加重處罰）。

如立法者揚棄現行之一般累犯規定，而改就具有特定危害之犯罪設置特別累犯規定，並使重複該同一類型

犯罪之累犯，予以加重處罰，一方面使累犯之加重處罰更具正當性；另一方面，亦更能防止此種危害較大之犯罪者一犯再犯，而造成嚴重之治安問題。

五、其餘相關問題

- (一) 「極重要公益」之問題：多數意見就一事不再理原則問題，認為：「判決確定後，除為『維護極重要之公共利益』者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險（即禁止雙重危險）、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性」（見本號解釋理由書第 18 段）。就其以「維護極重要之公共利益」作為一事不再理之例外乙節，或有「此例外是否過於嚴格」（例如現行法下之再審事由或判決確定後定應執行刑，均未必符合「維護極重要之公共利益」）之質疑。然本席認為，如果對當事人有利之事項而重啟刑事程序（例如為當事人之利益而於判決確定後定應執行刑，或為當事人之利益而提起再審），則無一事不再理原則適用之餘地或必要；如果對當事人不利，自然應以有「維護極重要公共利益」之必要，始能推翻已經確定之刑事判決，而重啟刑事程序。相關法律如涉及動搖已經確定之刑事判決效力而重啟刑事程序，其相關事由，將來自應受是否符合「維護極重要公共利益」要件之檢視。
- (二) 其他涉及累犯之制度：法律規定涉及累犯者，除本件所處理之刑法與刑事訴訟法規定外，另有其他刑事法

相關制度。此等相關制度，是否涉及無正當理由之雙重不利益或差別待遇，不無檢討餘地。

例如依外役監條例第 4 條第 2 項第 3 款之規定，累犯者「一律」不得遴選為外役監受刑人。此種規定，使無危險性且情節輕微之累犯，無獲遴選為外役監受刑人之機會，有使此種受刑人（累犯）受到額外不利益及對其為無正當理由之差別待遇等疑義。

又例如行刑累進處遇條例施行細則第 7 條第 1 款規定：「下列受刑人得經監務委員會決議，依監獄行刑法第 20 條第 1 項但書之規定，不予編級或暫緩編級：一、累犯……。」受刑人之編級，涉及其累進處遇，影響受刑人權益甚大。監獄行刑法第 20 條第 1 項但書雖規定「因身心狀況或其他事由，認為不適宜者，經監務委員會決議，得不為累進處遇」，然所謂「因其他事由認為不宜」，仍應有「認為不宜」之正當理由。依前開行刑累進處遇條例施行細則第 7 條第 1 款之規定，監務委員會可經決議，不予累犯之受刑人編級或暫緩其編級（而不於法令中要求監務委員會應實質認定是否有不宜編級或暫緩編級之正當理由）。就此而言，亦有對累犯為無正當理由差別待遇之疑義。

釋字第 775 號解釋協同意見書

黃虹霞大法官提出

量刑沒有標準，等同於沒有公平正義，對被告言不公平、對被害人言更不正義！我國亟待建立一個正義而有效之量刑基準制度！

累犯應是量刑因子之一，唯有依法制定量刑準則，使量刑公開透明，刑罰才有可能客觀公平，對被害人及被告雙方也才有符合公平正義可能。

本件解釋主文第 1 段（關於刑法第 47 條第 1 項規定部分）後段不是本席的最佳選擇，只是勉予贊同；第 1 段前段（累犯規定不生違反一行為不二罰原則部分）、第 2 段及第 3 段（關於刑法第 48 條前段規定及刑事訴訟法第 477 條第 1 項關於第 48 條規定均應立即失效部分），暨部分不受理，則完全贊同。爰提出本件協同意見書，謹將本席之考量略述如下：

一、累犯應該是量刑因子之一，充其量是特殊量刑因子

刑法第 47 條第 1 項規定何謂累犯並規定加重其刑；而刑法第 57 條也規定多款應由法官審酌之量刑因子，其中第 5 款犯罪行為人之品行，學說通說及法院實務上均認係包括犯罪行為人之前科紀錄。查由累犯之定義觀之，累犯是特種前科犯，因此，累犯本質上應也是量刑因子之一。刑法第 47 條第 1 項規定應只是立法者基於累犯為特殊量刑因子，而選擇在刑法第 57 條一般量刑因子規定之外，就其應如何加重其刑（加重其刑之方式）所立的特別規定而已。

二、累犯之定義未違憲

本件解釋未否定刑法第 47 條第 1 項累犯之定義（受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯），即不認為刑法上有累犯之概念（區分累犯與非累犯，暨其區分標準）係屬違憲。

三、本件解釋維持累犯應加重其刑之原則，且系爭刑法第 47 條第 1 項關於累犯加重其刑方式之規定，屬立法選擇，

應不生違憲問題。

(一) 本件解釋既不認為於刑法第 47 條第 1 項規定累犯之定義，係屬違憲，則自應認為刑法針對全部犯罪所設累犯均應加重其刑之一般性結果並未違憲。蓋若謂累犯不應加重其刑，則刑法第 47 條第 1 項根本沒有規定之必要。因此，就邏輯而言，累犯應加重其刑是累犯定義規定不違憲前提之必然結果（至於累犯定義之當否，學說及立法例上固非無差異，但本件解釋既不認累犯定義違憲，則自無由以累犯定義當否爭議之理由，據以主張累犯不應加重其刑）。

(二) 累犯應加重其刑符合國民法感情。

(三) 累犯以故意再犯罪為構成要件之一，而主觀犯意涉及惡意，惡意輕重本應即為量刑之重要考量，故法律規定惡性較重之累犯應加重其刑，此一規定應非不合理。

(四) 對比刑法第 57 條規定，該條既規定其所列各款事項（量刑因子）應為科刑輕重之標準，則尚不構成累犯之前科紀錄者（不論曾否入監服刑，包括過失犯罪者及執行完畢超過五年者等等，其情節較累犯輕微），依該條第 5 款規定原則上尚應被從重量刑，舉輕以明重，從刑法體系言，情節較重之累犯，自無不應加重其刑之理。

(五) 至於累犯加重其刑之方式，各國立法例容有差異，現行規定是否能達加重其刑以昭炯戒之目的，固屬有疑（一方面提高法定本刑「至」二分之一，不等於加重其刑二分之一；再加上幾無針對裁判有無依刑法第 47 條規定加重其刑之衡量機制，甚至迭以量刑屬法官裁量職權為由，認標準不一之量刑未違背法令，難以平等原則客觀檢驗之。二方面有正如王子榮法官於 108 年 2 月 15 日在蘋果日報之投書，¹即稱「反映在目前國內的刑事判決統計上，並沒有因為個案有累犯就提高多少刑度」之審判實務上使刑法第 47 條規定虛化情事。此種未依刑法第 47 條規定加重之裁判行為，姑不論

¹ 王子榮，〈報告大法官，這累犯有毒！〉，刊於 2019 年 2 月 15 日《蘋果日報》（請見 <https://tw.appledaily.com/headline/daily/20190215/38256692/>，最後瀏覽日：2019 年 2 月 22 日）。

其適法性，寧非招致民怨之原因哉？！），惟尚屬立法選擇範圍，難即認為違憲。

（六）本件解釋未認刑法第 47 條累犯應加重其刑之規定及其加重方式為違憲之前提，應屬合宜（關於未違一行為不二罰部分之理由已如本件解釋之理由書所示）。另我國法院實務現況，被指為犯罪之量刑普遍偏低，此一指摘尚非無據。²又經本院調查結果，也未發現有因累犯加重致宣告刑超過原法定本刑之情形，尤其本件相關各聲請案亦均不涉及因累犯加重致實際量刑結果，其宣告刑超越原法定本刑者，從而刑法第 47 條第 1 項提高法定本刑上限（加重最高本刑）部分，事實上並未造成人民人身自由權之侵害，自更無由本院即於本件中，審酌該規定就提高法定本刑上限部分，是否違憲之必要。從而本件解釋亦未指摘此部分有違憲之問題。

（七）至於提高法定本刑下限（加重最低本刑）部分

本件解釋固於解釋文第 1 段後段指出：累犯原則上應在法定最低本刑之上加重其刑，惟在個案中，得由法官裁量之，但其裁量前提極其嚴格，包括二要件：1、需有因加重最低本刑而有過苛之極特殊情形，比如依原法定最低本刑規定，法院原得從其原最低本刑（有期徒刑 6 月）處刑者，但因需依刑法第 47 條第 1 項累犯應加重規定，致不得量處有期徒刑 6 月，並因而不得易科罰金或易服勞役，而因之過苛者；且 2、需此種過苛情形，復因不符合刑法第 59 條要件，無法依該條規定減刑者。亦即本件解釋不但係以就累犯法院應在原法定最低本刑之上加重論處為前提，並未全面性賦予法院無需就最低法定本刑部分為加重之裁量權，而且僅得於極特殊（此種情形，縱有亦應極其稀有，刑法本身所定「最低本刑為有期徒刑 6 月」之罪共僅 33 個，如附件一）之上述個案情形，法院始得例外判處原法定最低本刑。上述例外非可被濫用之，更不可將本件解釋意旨誤解為不加重而判處累犯原法定

² 〈性侵怎麼判 司院建量刑系統〉，刊於 2011 年 7 月 21 日《人間福報》（請見 <http://www.merit-times.com.tw/NewsPage.aspx?unid=233379>，最後瀏覽日：2019 年 2 月 22 日）；及《妨害性自主罪量刑之研究成果報告》（尤其是摘要及結論部分）（司法院 100 年度委託計畫，2011，可於）

最低本刑，係法院之當然職權，概不違刑法第 47 條規定，斯應注意。

四、本件解釋認被告彭○○得併以最高法院駁回檢察總長所為為被告利益之非常上訴之判決為據，並以該駁回判決（而非原確定終局裁判）所適用（含實質適用）之法律違憲為由，聲請解釋。此部分應屬首例，至少涉及司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款所謂確定終局裁判範圍之意義，並應有所擴張，非無爭議。考其立意係在擴大對人民基本權之保障，固可支持；但一方面會否予政治介入司法之可能流弊，不能完全排除，另一方面因該個案已先將原確定終局裁判所適用之同一法律納入為解釋客體，若經獲解釋有利結果者，聲請人原本即可以原確定終局裁判為據尋求救濟，即無須以非常上訴判決為據，故此一擴張就該個案或相同情形言，並無實益。至於聲請人王○○部分，本件解釋許就原未盡審級救濟程序，不得以原確定終局裁判為據聲請解釋者，得憑非常上訴判決為據聲請解釋部分，其是否能達保護被告（聲請人）之目的，而具實益，不是徒然增加非常上訴案件數量而已，似有疑慮。

五、一事不再理原則之憲法地位

（一）本席贊同刑法第 48 條關於累犯更定其刑之規定抵觸一事不再理原則，為違憲應立即失其效力。但是

（二）一事不再理原則，法律人朗朗上口，惟因我國憲法並未如日本國憲法般明定此一原則（依日本國憲法第 39 條規定，任何人就其已被認定無罪之行為，不再被追問刑事上責任，同一犯罪亦不得使其再受追問刑事上責任），此一原則為何是我國之憲法原則？其與本件解釋理由書第 18 段論述所提及之法秩序之安定、信賴保護原則及憲法第 8 條第 1 項規定之關聯如何？是如多數意見所稱，由法秩序之安定、信賴保護原則及憲法第 8 條第 1 項規定導出的嗎？

（二）我國為民主法治國家，當然應認為法治國原則是憲法解釋應遵守之重要原則之一，但何謂法治國原則？法治國原則應包括法秩序之安定及信賴保護原則在內，固無疑

問。但本席還認為法治國原則另包括一事不再理原則，而且一事不再理原則是法治國普世公認之原則。因此，除了一事不再理原則是憲法上的獨立原則，不待由法秩序之安定及信賴保護原則導出外，一事不再理原則似應為上位概念，且落實一事不再理原則，可能生法秩序安定及信賴保護之效果。

（三）關於一事不再理原則在我國憲法上之依據，前輩大法官有不同見解。吳庚大法官在本院釋字第 271 號解釋之不同意見書中主張是憲法第 8 條所保障之人身自由權；劉鐵錚大法官在本院釋字第 490 號解釋之不同意見書中主張係憲法第 22 條之概括基本權之一；林子儀等三位大法官則於本院釋字第 636 號解釋之協同意見書中主張憲法第 8 條及第 22 條規定，均可為依據。本席認為一事不再理原則如落腳於憲法第 22 條應屬合宜，在我國似無另由憲法第 8 條出發，以推導出此一原則之必要；而且由憲法第 8 條規定之「非依法定程序，不得審問處罰」文義，似難直接得出一事不再理結論，而需藉由正當程序推衍，似較迂迴轉折。

（四）本件解釋理由書雖仍未能肯認公民與政治權利國際公約規定具相當於憲法規定或高於法律之地位，但至少已提及並認其為現代法治國普世公認之原則，差堪回應部分學者之呼聲。

六、何謂極重要公共利益？

本件解釋理由書第 19 段提出得為一事不再理原則之例外者，為「維護極重要之公共利益」。為何設定此一標準？說法是因為一事再理，涉及推翻裁判確定力，而裁判確定力是重要公共利益，所以要推翻一事不再理原則，就必須是為更高標準之極重要之公共利益之維護。至於何謂極重要公共利益之維護仍待個案決定。又本院前此為解釋與重要、重大、特別重要、極為重要公共利益相關者，如附件二，亦仍待進一步整合，仍需努力。本席認為如刑事訴訟法第 422 條列舉事項，應可屬一事不再理原則之例外。

七、關於併予指明之量刑調查、辯論部分

量刑之調查與辯論，向未受重視。晚近各級法院已開始

作量刑辯論，但只著重於死刑辯論。由現行刑事訴訟法規定是否無法導出就量刑相關科刑資料，法院有調查及辯論義務之依據，未必如此。但相關規定不夠詳盡確屬事實，尤其現行裁判實務，就其宣告刑之計算過程完全省略，致人民由判決書之記載，無法看出：在依法加重、減輕前，法院處斷之刑度，也看不出各項加重、減輕因素之個別加減刑度。這樣的裁判，是要求人民片面信賴法官的「問心無愧」，就難怪司法被信賴度不高。³基於以上理由，本席爰贊同本件解釋理由書就此部分（應行及如何行量刑調查及辯論，尤其應於判決中更具體說明其憑以如何處斷、加重、減輕，從而得出所量定刑罰之理由），併予諭請相關機關修法檢討改善。

八、本件解釋未諭請修法「審酌妥適建立量刑基準相關制度」，誠屬可惜。我國亟待建立合於正義及有效之量刑基準制度

（一）對被告而言：冤枉有三種，無罪被判有罪，輕罪被判成重罪，還有量刑過重，特別是較類似情節之其他被告重。

（二）對被害人言：委屈也有三種，被告應有罪卻被判無罪，應屬重罪而以輕罪判，還有量刑過輕。

（三）司法公信力無可懷疑地係建立在裁判正確性之上。而裁判正確性的判斷標準，除了認事用法無罪有罪、輕罪重罪判斷精準，勿枉勿縱之外，量刑適當，不失諸過重也不失諸過輕，也是保護被告及被害人權益之公平正義當然內涵，也唯有如此，才能符合憲法第7條保障人民（包括被害人及被告）平等權之意旨。

（四）目前法院裁判的量刑適當嗎？由人間福報100年7月27日之報導，稱：「林錦芳（按：時任司法院秘書長）指出，法官量刑時往往從低度刑起跳，加重罪責時，加重不

³ 李建良所長在其「司法人員於媒體發言之分際與司法公信力之維護」一文末，即指出：「所謂司法的公信力，非取決於法官的問心無愧，而是要設法取信於民。」請見：李建良，〈司法人員於媒體發言之分際與司法公信力之維護〉，《司法周刊》，1939期(2019)。

多，減輕時卻大幅減低。另外，量刑歧異普遍存在，在類似犯罪態樣的判決中，最高與最低刑度出現大幅度落差」，⁴可見其梗概。量刑如此地不適當，妥當嗎？被害人、被告呼喊司法不公，是無的放矢，全無理由嗎？憲法第7條規定還應該被冷凍束之高閣嗎？落實平等權及人身自由權保障，應即建立合於正義並有效之量刑基準制度！就量刑基準制度之建立此刻雖已屬晚，但總比不做好，而且不能再視而不見、不做，徒昭民怨，更與憲法第7條及第8條規定牴觸。

（五）林錦芳秘書長於100年當時，為何有上述談話？係因司法院當時正建立妨害性自主犯罪量刑資訊系統，其上述談話係為說明建立此一系統原由。此一系統之建立，立意至善，但一方面因欠缺法律依據，屬司法行政措施，對法官沒有拘束力，在當時即已有「設了也是白設」的質疑，⁵暨是否司法行政干涉裁判而有妨礙司法獨立之顧慮。另一方面因為沒有法律依據，沒有預算，不能用人，故司法院只能因漏就簡，勉強以一位調院辦事法官兼辦，由其指揮替代役男處理。這就是司法實況，沒有問題嗎？從人權保障之觀點，問題很大。不應該儘速處理，而要任令人民的人身自由權及平等權繼續受侵害嗎？

（六）論罪、科刑是刑事法官的兩大工作，同等重要。而為科刑核心之量刑基準，除與累犯如何加重量定直接相關外，與所有類型犯罪暨其執行刑之訂定，亦均直接相關。因此量刑基準制度之建立，其範圍應包括全部犯罪類型暨其執行刑之訂定。

（七）量刑基準制度之建立，需要人需要錢，所以需要立法；要避免行政干預裁判，更需要妥適立法。大法官看到涉及基本人權保障的重要問題，提出諭請，只是盡責，但無法親力執行，司法院已看到問題，應儘速推動量刑基準制度法制化，併此誠摯呼籲行政院（蘇院長原為資深優秀律師，保障人權不遺餘力，對此一制度建立之必要性及迫切性，知之甚明，不待多言）全力配合，在人力配置上、預算上給予

⁴ 請見前揭註2《人間福報》報導。

⁵ 請見前揭註2《人間福報》報導。

司法院支援。甚至本大有為政府應苦民所苦，十年前白玫瑰運動所已提出之量刑問題，行政院以其主管刑法之地位，就刑法第 57 條相關之量刑基準制度，也應責無旁貸，主動會同司法院提案，妥適訂定量刑基準制度。當然也籲請立法機關支持甚至主動提案並妥速立法。此外，量刑無基準，法官不痛苦嗎？法官協會也可以盡點力吧！

（八）量刑基準制度是一套複雜的制度，先進法治國如英國、美國等早於 1980 年代即已看到為實現公平正義而建立該制度之必要性，並自 1980 年代起施行該制度，其經驗足堪參考（先進法治國已建立周延之制度，並施行三十餘年，量刑基準制度之可行性，應無庸疑）。⁶又審判獨立是最高原則，量刑基準制度之具體內涵不得侵害審判獨立乃屬當然，固無庸議。但量刑基準制度之內涵不必然侵害審判獨立，不可因噎廢食；且妥適之基準有助法官之裁判，有助於避免法官被指為恣意、不公，當然也可防免恣意，可使裁判更公開、公正、公平及透明。最重要的，庶幾才有可能達成裁判最高目標：實現公平正義，而合於憲法保障被害人與被告雙方人民基本權之意旨。

（九）又量刑歧異是公知事實，法院不是從法定中度刑，而很多是從最低度法定刑起量刑暨輕判，是法官自己承認、公知的事實，問題已存在很久很久，自白玫瑰運動以來也已十年，針對此一問題，在目前仍沒有有效保障憲法人民身體自由權及平等權之機制，人民還應該只有翹首引頸企盼期待「法官英明、法官問心無愧」，或者如某位大法官所說的「初一十五，全憑運氣」嗎？如果沒有比建立量刑基準制度更好的保障憲法規定人民人身自由權及平等權的制度，而竟不即盡力建立之，能免於被質疑是要縱容量刑恣意或對量刑不公視而不見嗎？法官的獨立審判及自由心證不必以憲法第 8 條及第 7 條規定為外部界線嗎？如果應以憲法第 8 條及第 7 條為外部界線，怎麼可能會有以實現憲法第 8 條及第 7 條基本

⁶ 英國量刑制度的相關資料，請見 <https://www.sentencingcouncil.org.uk/about-sentencing/about-guidelines/>（最後瀏覽日：2018 年 2 月 22 日）；美國部分則請見 <https://www.ussc.gov/>（最後瀏覽日：2018 年 2 月 22 日）。

權保障為目的之量刑基準制度當然侵害審判獨立，故不敢或遲延游移立法之問題呢？！

量刑基準制度必然侵害審判獨立而顯不相容嗎？這是重要嚴肅憲法議題，本席不以為然。就教各方，請賜教。

九、累犯規定是很多不分審級刑事庭法官的痛或困擾，這一點大法官們完全理解，但是憲法解釋制度不是為解決法官的困擾而設，大法官必須謹守職權分際。因此，逾越分際部分，愛莫能助，只能說抱歉。惟與是否累犯之判斷必不可或缺之前科資料，於有罪裁判當時容有未必完足之情形，此種不完足情形屬不可歸責為裁判法院之事項，如以之指為未適用刑法第 47 條第 1 項規定，故係違背法令作為上訴第三審之理由，甚或於判決確定後以未適用刑法第 47 條第 1 項規定為由，指為違背法令對確定判決提起非常上訴等，類此情形，是否可謂係對寶貴司法資源之有效運用等，誠有疑問。就此，相關機關似宜合作以修法或其他適當方式解決之，併此敘明。

附件一：刑法法定最低本刑為 6 月有期徒刑之罪

第一章 內亂罪

第 100 條第 2 項：內亂罪預備犯

第七章 妨害秩序罪

第 150 條後段：聚眾強暴脅迫罪（首謀及下手實施者）

第 155 條：煽惑軍人背叛罪

第八章 脫逃罪

第 162 條第 2 項、第 4 項：普通人以損壞拘禁處所或強暴脅迫方式縱放或便利脫逃罪（含未遂犯）

第十一章 公共危險罪

第 174 條第 2 項：放火燒毀自己所有，現非供人使用之住宅或現未有人所在之處所或交通工具，致生公共危險罪

第 179 條第 2 項：決水侵害自己所有，現非供人使用之住宅或現未有人所在之處所或交通工具，致生公共危險罪

第十二章 偽造有價證券罪

第 202 條第 1 項：偽造變造郵票印花稅票罪

第十六章 妨害性自主罪

第 224 條：強制猥褻罪

第 225 條第 2 項：趁機猥褻罪

第 227 條第 2 項：對未滿 14 歲者猥褻罪

第 228 條第 1 項：利用權勢性交罪

第十七章 妨害婚姻及家庭罪

第 240 條第 3 項、第 4 項：意圖營利和誘罪（含未遂犯）

第 243 條：藏匿被誘人罪（含未遂犯）

第十八章 褻瀆祀典及侵害墳墓屍體罪

第 247 條第 1 項、第 3 項：侵害屍體罪（含未遂犯）

第 248 條：發掘墳墓罪（含未遂犯）

第二十二章 殺人罪

第 274 條：生母殺嬰罪（含未遂犯）

第二十三章 傷害罪

第 282 條後段：加工自傷致死罪

第二十四章 墮胎罪

第 289 條第 2 項前段：加工墮胎致死罪

第 290 條第 1 項：圖利加工墮胎罪

第二十五章 遺棄罪

第 294 條第 1 項：違背法令契約義務遺棄罪

第二十六章 妨害自由罪

第 300 條：收受藏匿被略誘人或使之隱蔽罪（含未遂犯）

第二十九章 竊盜罪

第 321 條：加重竊盜罪（含未遂犯）

第三十章 強奪強盜及海盜罪

第 325 條第 1 項、第 3 項：普通搶奪罪（含未遂犯）

第三十一章 侵占罪

第 336 條第 2 項、第 3 項：業務侵占罪（含未遂犯）

第三十二章 詐欺背信及重利罪

第 344 條之 1：加重重利罪（含未遂犯）

第三十三章 恐嚇及擄人勒贖罪

第 346 條：恐嚇取財得利罪（含未遂犯）

第三十五章 毀棄損壞罪

第 353 條第 1 項、第 3 項：毀壞建築物礦坑船艦罪（含未遂犯）

附件二：本院以「特別重要、極為重要、重要、重大公共利益」為審查標準之相關解釋

一、特別重要、極為重要公共利益

解釋	對何謂特別重要、極為重要公共利益之闡釋
744	系爭規定之立法資料須足以支持對化粧品廣告之事前審查， <u>係為防止人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復危害之特別重要之公共利益目的</u> ，其與目的之達成間具直接及絕對必要關聯，且賦予人民獲立即司法救濟之機會，始符合憲法比例原則及保障言論自由之意旨。系爭規定之立法目的應係為.....維護善良風俗、消費者健康及其他相關權益，固均涉及公益之維護，然..... <u>難謂其目的係在防止人民生命、身體、健康遭受直接、立即及難以回復之危害。</u>
717	<u>授予人民經濟利益之法規預先定有施行期間者，在該期間內即應予較高程度之信賴保護，非有極為重要之公益，不得加以限制</u> ；若於期間屆滿後發布新規定，則不生信賴保護之問題。其未定有施行期間者，如客觀上可使規範對象預期將繼續施行，並通常可據為生活或經營之安排，且其信賴值得保護時，須基於公益之必要始得變動。 (本件審查客體為未定有施行期間者，故本號解釋未就何為極為重要之公益為闡述。)
649	查系爭規定禁止非視障者從事按摩業，係屬對非視障者選擇職業自由之客觀條件限制。 <u>該規定旨在保障視障者之就業機會，徵諸憲法第一百五十五條後段及增修條文第十條第七項之意旨，自屬特別重要之公共利益</u> ，目的洵屬正當。

二、重大、重要公共利益

766	綜上，立法者就兼受財產權與生存權保障之遺屬年金給付請求權之限制，應符合憲法第 23 條比例原則之規定，並受較為嚴格之審查。亦即，其目的須為追求重要公益，所採手段與目的之達成間須具有實質關聯。惟國民年金保險之遺屬年金請領條件是否複雜而追溯認定困難，係行政上應如何克服問題。此與追溯認定所需行政作業費用之減省，均係基於 <u>追求行政便宜考量，尚難謂係重要公益.....</u> 。
761	鑑於應考試服公職權為廣義之參政權，涉及人民參與國家意思之形成及公務之執行，與公共生活秩序之形塑密切相關，對此權利所為之差別待遇，原則上應受較為嚴格之審查，除其目的須為追求重要公益外，所採差別待遇與目的之達成間亦須有實質關聯，始與憲法保障平等權之意旨相符。 次按容訓量僅係基於純粹行政成本之考量， <u>難謂重要公益。</u>

756	達成監獄行刑與管理之目的，監獄對受刑人言論之事前審查，雖非原則上違憲，然基於事前審查對言論自由之嚴重限制與干擾，其限制之目的仍須為重要公益，且手段與目的間應有實質關聯。系爭規定三之規定中， <u>題意正確部分涉及觀點之管制，且其與監獄信譽部分，均尚難謂係重要公益，與憲法第 11 條保障表現自由之意旨不符。另監獄紀律部分，屬重要公益。</u>
753	系爭規定二、三之停止特約及不予支付之目的，在於 <u>預防及處置詐領醫療費用，提供完善醫療服務，係為維護重要公共利益</u> ，應屬正當。
749	按我國計程車營業方式係以「巡迴攬客」為大宗，乘客採隨機搭乘，多無法於上車前適時篩選駕駛人或得知其服務品質；又乘客處於狹小密閉空間內，相對易受制於駕駛人。是系爭規定一就計程車駕駛人主觀資格，設一定之限制，以 <u>保護乘客安全及維護社會治安</u> ，係為追求重要公共利益，其目的洵屬合憲。
748	是以性傾向作為分類標準所為之差別待遇，應適用較為嚴格之審查標準，以判斷其合憲性，除其目的須為 <u>追求重要公共利益</u> 外，其手段與目的之達成間並須具有實質關聯，始符合憲法第 7 條保障平等權之意旨。倘以婚姻係為維護基本倫理秩序， <u>如結婚年齡、單一配偶、近親禁婚、忠貞義務及扶養義務等為考量，其計慮固屬正當。</u>
719	系爭規定指係立法者為貫徹上開憲法暨憲法增修條文之意旨， <u>促進原住民就業、改善其經濟與社會狀況</u> ，而透過得標廠商比例進用之手段所為優惠措施..... <u>是系爭規定係為維護重要之公共利益</u> ，目的洵屬正當。
715	國軍志願役預備軍官預備士官可合法持有國防武器、裝備，必要時並能用武力執行軍事任務；而軍校學生日後均為國軍成員或幹部，其個人品德、能力之優劣與國軍戰力之良窳關係至鉅。為確保軍事學校學生及國軍幹部之素質，維持軍隊指揮監督，系爭規定乃以是否曾受刑之宣告，作為有無應考資格之限制， <u>以預防報考之考生品德、能力不足等情事，肇生危害國家或軍事安全之虞，所欲維護者，確屬重要之公共利益.....。</u>
712	立法者鑑於臺灣與大陸地區人民血統、語言、文化相近，如許臺灣地區人民依民法相關規定收養大陸地區人民，而無其他限制，將造成大陸地區人民大量來臺，而使臺灣地區人口比例失衡，嚴重影響臺灣地區人口發展及社會安全，乃制定系爭規定，以 <u>確保臺灣地區安全及社會安定</u> （立法院公報第八十一卷第五十一期（上）第一五二頁參照）， <u>核屬維護重要之公共利益.....。</u>

702	<p>憲法第一百五十八條宣示之教育文化目的，包括發展國民之「自治精神」及「國民道德」，其意無非以教育為國家百年大計，為改善國民整體素質，提升國家文化水準之所繫，影響既深且遠。系爭規定二、三明定教師於行為不檢有損師道時，即可剝奪其教職，<u>係為確保學生良好之受教權及實現上開憲法規定之教育目的，其所欲維護者，確屬重要之公共利益</u>，其目的洵屬正當（本院釋字第六五九號解釋參照）。</p>
690	<p>惟系爭規定之強制隔離，其目的並非直接出於拘束上開受隔離者之人身自由，而面對新型傳染病之突然爆發，或各種法定、指定傳染病之快速蔓延，已（或將）造成全國各地多人受感染死亡或重大傷害之嚴重疫情（例如九十二年三月間爆發之嚴重急性呼吸道症候群，Severe Acute Respiratory Syndrome，以下簡稱 SARS），<u>為阻絕疫情之蔓延，使疫情迅速獲得控制，降低社會之恐懼不安等重大公共利益</u>……。</p>
689	<p>考徵系爭規定之制定，原非針對新聞採訪行為所為之限制，其對新聞採訪行為所造成之限制，如係追求重要公益，且所採手段與目的之達成間具有實質關聯，即與比例原則無違。<u>新聞採訪者縱為採訪新聞而為跟追，如其跟追已達緊迫程度，而可能危及被跟追人身安全之身體權或行動自由時……系爭規定所欲維護者屬重要之利益……。</u></p>
678	<p>無線電波頻率屬於全體國民之公共資源，<u>為避免無線電波頻率之使用互相干擾、確保頻率和諧使用之效率，以維護使用電波之秩序及公共資源，增進重要之公共利益</u>，政府自應妥慎管理。立法機關衡酌上情，乃於電信法第四十八條第一項前段規定，人民使用無線電波頻率，採行事前許可制，其立法目的尚屬正當。</p>
669	<p>槍砲彈藥刀械管制條例第八條第一項規定：「未經許可，製造、販賣或運輸鋼筆槍、瓦斯槍、麻醉槍、獵槍、空氣槍或第四條第一項第一款所定其他可發射金屬或子彈具有殺傷力之各式槍砲者，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。」係為防止<u>暴力犯罪，以保障人民生命、身體、自由及財產等之安全，立法目的符合重要之憲法價值。</u></p>
665	<p>惟羈押係拘束刑事被告身體自由，並將之收押於一定處所，乃干預身體自由最大之強制處分，使刑事被告與家庭、社會及職業生活隔離，非特予其心理上造成嚴重打擊，對其名譽、信用等人格權之影響甚為重大，自僅能以之為保全程序之最後手段，允宜慎重從事（本院釋字第三九二號、第六五三號、第六五四號解釋參照）。是<u>法律規定羈押刑事被告之要件，須基於維持刑事司法權之有效行使之重大公益</u>要求，並符合比例原則，方得為之。</p> <p>刑事訴訟法第一百零一條第一項第三款規定之羈押，係因被告所犯為死刑、無期徒刑或最輕本刑為五年以上有期徒刑之罪者，其可預期判決</p>

	<p>之刑度既重，該被告為規避刑罰之執行而妨礙追訴、審判程序進行之可能性增加，國家刑罰權有難以實現之危險，該規定旨在確保訴訟程序順利進行，使國家刑罰權得以實現，以維持重大之社會秩序及增進重大之公共利益，其目的洵屬正當。</p>
659	<p>關於解除全體董事之職務，係對於選擇職業自由所為之主觀條件限制.....國家欲加以限制，必須基於追求重要公益目的，且所採手段與目的之達成須有實質關聯。系爭規定於董事會因發生糾紛致無法召開會議，或有違反教育法令情事，或其情節重大且情勢急迫時，授權主管教育行政機關及時介入監督，旨在維護私立學校之健全發展，保障學生之受教權利及教職員之工作權益等重要公益，符合上開憲法基本國策之規範意旨，其目的洵屬正當。</p>
637	<p>公務員服務法第十四條之一規定：「公務員於其離職後三年內，不得擔任與其離職前五年內之職務直接相關之營利事業董事、監察人、經理、執行業務之股東或顧問。」旨在避免公務員於離職後憑恃其與原任職機關之關係，因不當往來巧取私利，或利用所知公務資訊助其任職之營利事業從事不正競爭，並藉以防範公務員於在職期間預為己私謀離職後之出路，而與營利事業掛鉤結為緊密私人關係，產生利益衝突或利益輸送等情形，乃為維護公務員公正廉明之重要公益，其目的洵屬正當。</p>
634	<p>是證交法第十八條第一項及管理規則第五條第一項第四款之規範目的，係為建立證券投資顧問之專業性，保障委任人獲得忠實及專業服務之品質，避免發生擾亂證券市場秩序之情事，其所欲追求之目的核屬實質重要之公共利益，符合憲法第二十三條對系爭規範目的正當性之要求。</p>
626	<p>中央警察大學九十一學年度研究所碩士班入學考試招生簡章第七點第二款及第八點第二款，以有無色盲決定能否取得入學資格之規定，係為培養理論與實務兼備之警察專門人才，並求教育資源之有效運用，藉以提升警政之素質，促進法治國家之發展，其欲達成之目的洵屬重要公共利益.....。</p>
623	<p>兒童及少年之心智發展未臻成熟，與其為性交易行為，係對兒童及少年之性剝削。性剝削之經驗，往往對兒童及少年產生永久且難以平復之心理上或生理上傷害，對社會亦有深遠之負面影響。從而，保護兒童及少年免於從事任何非法之性活動，乃普世價值之基本人權(聯合國於西元一九八九年十一月二十日通過、一九九〇年九月二日生效之兒童權利公約第十九條及第三十四條參照)，為重大公益，國家應有採取適當管制措施之義務，以保護兒童及少年之身心健康與健全成長。兒童及少年性交易防制條例第一條規定：「為防制、消弭以兒童少年為性交易對象事件，特制定本條例」，目的洵屬正當。</p>

603	縱依行政院於本案言詞辯論中主張，戶籍法第八條規定強制人民按捺指紋並予以錄存之目的，係為 <u>加強新版國民身分證之防偽功能、防止冒領及冒用國民身分證及辨識迷途失智者、路倒病人、精神病患與無名屍體之身分等，固不失為合憲之重要公益目的.....</u> 。
593	本件汽車燃料使用費徵收及分配辦法第二條規定，向各型汽車所有人課徵汽車燃料使用費，其主要目的係為 <u>籌措上開公路法第二十七條第一項規定之公路養護、修建及安全管理所需經費，已屬合憲之重大公益目的</u> 。
588	立法機關基於 <u>重大之公益目的</u> ，藉由限制人民自由之強制措施，以貫徹其法定義務，於符合憲法上比例原則之範圍內，應為憲法之所許.....關於公法上金錢給付，該法定義務人經通知等合法程序後，本即應自動給付，無待國家之強制，而 <u>此項公法上金錢給付之能否實現，攸關國家之財政暨社會、衛生、福利等措施之完善與否，社會秩序非僅據以維護，公共利益且賴以增進，所關極為重大.....</u> 行政執行法關於「管收」處分之規定，既係在貫徹公法上金錢給付義務，於法定義務人確有履行之能力而不履行時，拘束其身體所為間接強制其履行之措施，亦即對負有給付義務且有履行之可能，卻拒不為公法上金錢給付之人所為促使其履行之強制手段，衡諸前述之說明，尚非憲法所不許。
584	至人民選擇職業應具備之主觀條件，例如知識能力、年齡、體能、道德標準等，立法者若欲加以規範，則須有較諸執行職業自由之限制，更為 <u>重要之公共利益存在</u> ，且屬必要時，方得為適當之限制。 <u>鑒於營業小客車之營運及其駕駛人工作之特性，人身及財產安全保護之重要性</u> ，對於曾犯上述之罪者，規定終身不准其申請營業小客車之執業登記，就其選擇從事營業小客車為業之主觀條件加以限制， <u>乃為實現上述目的而設，其立法目的自屬正當.....</u> 。
577	商品標示為提供商品客觀資訊之方式，應受言論自由之保障，惟為 <u>重大公益目的所必要</u> ，仍得立法採取合理而適當之限制。 菸害防制法第八條第一項規定：「菸品所含之尼古丁及焦油含量，應以中文標示於菸品容器上。」另同法第二十一條對違反者處以罰鍰，對菸品業者就特定商品資訊不為表述之自由有所限制， <u>係為提供消費者必要商品資訊與維護國民健康等重大公共利益.....</u> 。
573	人民所從事之宗教行為及宗教結社組織，與其發乎內心之虔誠宗教信仰無法截然二分，人民為實現內心之宗教信仰而成立、參加之宗教性結社，就其內部組織結構、人事及財政管理應享有自主權， <u>宗教性規範苟非出於維護宗教自由之必要或重大之公益</u> ，並於必要之最小限度內為之，即與憲法保障人民信仰自由之意旨有違。 監督寺廟條例第八條規定：「寺廟之不動產及法物，非經所屬教會之決議，並呈請該管官署許可，不得處分或變更。」旨在保護同條例第三條

	各款所列以外之寺廟財產， <u>避免寺廟之不動產及法物遭受不當之處分或變更，致有害及寺廟信仰之傳布存續，固有其正當性.....</u> 。
445	事前審查集會、遊行之申請時，苟著重於時間、地點及方式等形式要件，以法律為明確之規定，不涉及集會、遊行之目的或內容者，則於表現自由之訴求不致有所侵害。 <u>主管機關為維護交通安全或社會安寧等重要公益</u> ，亦得於事前採行必要措施，妥為因應。

釋字第 775 號解釋協同意見書

累犯加重本刑違憲應定期修法之，
修法前由法官裁量加重最低本刑；
另確立憲法上之一事不再理原則，
累犯應更定其刑亦因違憲而失效。

林俊益大法官 提出

蔡焜燉大法官 加入

壹、前言

本件解釋係【累犯加重本刑及更定其刑案】。

4 個審判庭的法官及 5 位人民分別提出釋憲聲請案，9 件聲請案涉及刑法第 47 條第 1 項、第 48 條前段或刑事訴訟法第 477 條第 1 項（下依序稱系爭規定一至三）是否違憲的爭議，有其共通性，因此大法官併案審理，作成本解釋。

解釋文共有 3 段，第 1 段宣告系爭規定一**有關加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則**的問題，惟其不分情節，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件的情形下，致生罰過其責、刑過其罪（即過苛）的個案，**違反憲法罪刑相當原則，牴觸憲法比例原則**。於此範圍內，有關機關應定期修法。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當的情形，法院就該累犯個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。本席雖認為累犯加重本刑全部違憲，然為促成多數意見的達成，勉予同意解釋文第 1 段。解釋文第 2 段宣告系爭規定二**違反憲法一事不再理原則**，失其效力。解釋文第 3 段宣告系爭規定三既經本解釋宣告失其效力，系爭規定三失所依附，併同失效。對解釋文第 2 段及第 3 段，本席敬表贊同。

對於本解釋的解釋理由及第 1 段解釋文，本席認尚有值得說明之處，因此提出本協同意見書，以為補充。以下「貳、本件解釋的特色」，簡要介紹本件解釋的重點。「參、累犯者加重本刑的司法實務操作」、「肆、對解釋文第一段的意見」、「伍、本席對累犯者加重本刑主張全部違憲之論據」、「陸、相關機關的修法範圍」及「柒、修法完成前的司法實務」，針對本解釋核心爭點的系爭規定一是否違憲詳加說明，並提出本席的意見與建議。「捌、憲法一事不再理原則的誕生」，則說明一事不再理原則的憲法根據，並據以審查系爭規定二與三是否違反。最後於「玖、科刑資料的調查與辯論」，說明本解釋為何併此指明此點。再總結提出「拾、結論」。

貳、本件解釋的特色

本件解釋的審查原則，有一行為不二罰原則、罪刑相當原則、比例原則及一事不再理原則，先就相關審查原則說明如下：

一、闡示憲法罪責原則及憲法罪刑相當原則

有關刑罰法律，基於**無責任無處罰的憲法原則**，人民僅因自己的刑事違法且有責行為而受刑事處罰（本院釋字第 687 號解釋參照）。刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則的拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪責相對應（本院釋字第 551 號及第 669 號解釋參照），亦即國家所施加的刑罰須與行為人的罪責相當，刑罰不得超過罪責。基於**憲法罪刑相當原則**（本院釋字第 602 號、第 630 號、第 662 號、第 669 號及第 679 號解釋參照），立法機關衡

量其所欲維護法益的重要性、防止侵害的可能性及事後矯正行為人的必要性，綜合斟酌各項情狀，以法律規定法官所得科處的刑罰種類及其上下限，應與該犯罪行為所生的危害、行為人責任的輕重相符，始與**憲法罪刑相當原則**及憲法第 23 條比例原則無違。

二、確立憲法一事不再理原則

本院釋字第 168 號解釋，僅闡示**一事不再理原則**是刑事訴訟法的基本原則；本解釋則進一步確立，**一事不再理原則**亦是**憲法原則**，與現代法治國普世公認的憲法原則接軌，本解釋闡示：判決確定後，除為**維護極重要之公共利益**外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險（即禁止雙重危險）、防止重複審判帶給人民的騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性，此即**一事不再理原則**。其已成為現代法治國普世公認之原則。

參、累犯者加重本刑的司法實務操作

系爭規定一明定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，**加重本刑至二分之一**。」現就司法實務有關累犯加重本刑的操作，說明如下：

一、所稱再犯有期徒刑以上之罪者

所稱再犯有期徒刑以上之罪者，是指刑事法律規定的犯罪，

其法定刑包括有期徒刑在內而言，法條規定的法定刑，可能只規定有期徒刑，亦可能包括選科或併科拘役或罰金。例如：

(一) 法定刑只規定有期徒刑者：如刑法第 239 條（通姦罪）規定：「有配偶而與人通姦者，處 1 年以下有期徒刑。其相姦者亦同。」另依刑法第 33 條第 3 款規定：「有期徒刑：2 月以上 15 年以下。但遇有加減時，得減至 2 月未滿，或加至 20 年。」因此刑法第 239 條規定「1 年以下有期徒刑」，是指 2 月以上 1 年以下有期徒刑而言。又如刑法第 183 條第 1 項（傾覆或破壞現有人所在之交通工具罪）規定：「傾覆或破壞現有人所在之火車、電車或其他供水、陸、空公眾運輸之舟、車、航空機者，處無期徒刑或 5 年以上有期徒刑。」有期徒刑部分，是指 5 年以上 15 年以下有期徒刑。

(二) 法定刑除規定有期徒刑外，尚有選科或併科拘役、罰金者：如刑法第 339 條第 1 項（普通詐欺罪）規定：「意圖為自己或第三人不法之所有，以詐術使人將本人或第三人之物交付者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科五十萬元以下罰金。」累犯者再犯普通詐欺罪，其宣告刑可能判處有期徒刑、拘役（限制人身自由），犯罪情節輕微亦可能判處罰金（限制人民之財產權）。是以累犯加重本刑，可能侵害人民受憲法第 8 條保障的人身自由與憲法第 15 條保障的財產權。

二、法定刑、處斷刑及宣告刑的區分

司法實務上有三個概念，須先加介紹，即法定刑、處斷刑及

宣告刑。依最高法院 107 年度台上字第 2797 號判決要旨：「刑罰法規除依不同犯罪構成要件要素，所涵攝相異之可罰性，而賦與相應之法定刑外，立法者基於刑罰目的及刑事政策之需要，亦常明文規範加重、減輕、免除法定刑之具體事由，據以調整原始法定刑，而形成刑罰裁量的處斷範圍，即為處斷刑。法院於具體案件之量刑過程，就是從法定刑、處斷刑之範圍內，確定其刑罰種類及欲予科處之刑度而為宣告，具體形成宣告刑。」以刑法第 239 條通姦罪說明，該罪的法定刑為 2 月以上 1 年以下有期徒刑。如為累犯，加重本刑至二分之一成為處斷刑，法院再依此處斷刑的範圍，就個案情節予以宣告，即為宣告刑¹。

三、加重本刑至二分之一的內涵

所謂加重本刑至二分之一，是指法定刑「應」加重本刑，而非「得」加重本刑。所謂加重「至」二分之一，是指最多加至二分之一而言，不一定都要加至二分之一，加多少完全委諸法院的

¹ 臺灣臺北地方法院 107 年度易字第 367 號判決理由，二、論罪科刑：（一）核被告所為，係犯刑法第 339 條第 1 項之詐欺取財罪（按：此部分敘明法定刑），被告及「林○○」間，有犯意聯絡及行為分擔，為共同正犯。又被告有事實欄所載前科執行情形，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表 1 份在卷可佐，其於前案有期徒刑執行完畢後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之本罪，為累犯，應依法加重其刑（按：此部分敘明處斷刑）。（二）爰以行為人責任為基礎，審酌被告正值青壯，有妨害性自主、竊盜、詐欺、公共危險等前科素行非佳，竟仍不知警惕自身行為，尋找正當工作賺取金錢，僅因一時經濟困難，明知所典當物品非純金項鍊，竟以詐術使告訴人陷於錯誤，同意典當 5 萬元予被告，造成告訴人上開損失，行為誠屬不該；惟被告於本院審理中否認犯行，迄今仍未能與告訴人達成和解之犯後態度，並考量被害人所受損失程度、被告自述生活狀況貧寒，職物流業，需扶養妻、子，國中畢業智識程度及犯罪之動機、目的、犯罪情節等一切情狀，量處如主文所示之刑（按：此部分敘明宣告刑），及諭知易科罰金折算標準。

裁量。依刑法第 67 條規定，有期徒刑或罰金加重者，其最高度及最低本刑同加重之。例如，前述刑法第 239 條的通姦罪，法定刑為 2 月以上 1 年以下有期徒刑，如為累犯，最高度 1 年有期徒刑，最多可加至二分之一即 1 年 6 月有期徒刑；最低本刑 2 月有期徒刑，必須逾 2 月有期徒刑，最多可加至二分之一即 3 月有期徒刑，處斷刑為逾 2 月有期徒刑至 1 年 6 月以下有期徒刑。所謂「逾 2 月有期徒刑」，是指宣告刑一定要加重刑罰。目前實務上，加重有期徒刑，通常以月為單位，法定刑 2 月有期徒刑，如有加重即為 3 月有期徒刑。又如刑法第 336 條第 2 項（業務侵占罪）規定：「對於業務上所持有之物，犯前條第 1 項之罪者，處 6 月以上 5 年以下有期徒刑。」累犯者，加重本刑，處斷刑最高度最多可加至二分之一即 7 年 6 月有期徒刑，最低本刑可加 1 月有期徒刑即 7 月有期徒刑，最多可加至二分之一即 9 月有期徒刑。法院個案的宣告刑，係在 7 月以上 7 年 6 月以下有期徒刑範圍內，有自由裁量之權，然就最低本刑部分，即非加重不可。

四、小結

累犯者加重本刑，最高度及最低本刑依法應同加重之，所形成的處斷刑較諸原來的法定刑範圍更大，最高度部分最多可加至二分立一。在此範圍內，法院除最低本刑無論如何一定要加重外，宣告刑的最高度，法院有自由裁量權。經本席親自查閱司法院的量刑資訊系統所示，累犯者加重本刑的宣告刑逾原來法定刑最高度者，微乎其微，誠如學者所說「根本不存在」²，因此累犯

² 請參閱，黃朝義，〈累犯存在之妥當性與必要性--更令人訝異累犯加重之理論與實務論起〉，《法官協會雜誌》，第 15 期，102 年 12 月，頁 67。

加重本刑，雖有加重的風險，但實務上影響不大。有影響者，僅最低本刑部分，無論如何一定要加重刑罰，剝奪法院個案裁量決定宣告刑的權限，無法由法官視個案情狀，綜合後罪犯罪行為的主客觀面而評價罪責，致行為人所受的刑罰可能超過其所應負擔的罪責（即罰過其責、刑過其罪），而有違憲疑慮³。

肆、對解釋文第一段的意見

依解釋文第 1 段釋示，刑法第 47 條第 1 項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」有關累犯加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。惟其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。

為便了解，先圖示如下：

³ 相同見解，請參閱，同上註，頁 66。

系爭規定一：

(一) 累犯定義部分：本解釋未審查

(二) **【應】**加重本刑至二分之一部分

1. **【應】**加重最高度部分：合憲或違憲本解釋未釋示

2. **【應】**加重最低本刑部分：不分情節，一律加重最低

本刑致生刑罰超過罪責部分 → **【違憲】**

(1) 有關機關定期修法

(2) 修正前，為避免發生罪刑不相當之情形，法院就該個案，裁量是否加重最低本刑

① **【得】**加重最低本刑

② **【得】**不加重最低本刑

本解釋重要結論：【應】加重最低本刑→【得】加重最低本刑

系爭規定一有關如何構成累犯（即累犯定義）部分，因聲請意旨未主張，不構成審查客體，因此解釋文第1段特別標示「有關累犯加重本刑部分」，合先敘明。

至於「累犯加重本刑至二分之一」，是否違憲，刑法學者絕大多數認為違憲⁴，大法官間則見仁見智，各有所本，意見分歧。

⁴ 詳見：(1) 林山田，〈刑法改革與刑事立法政策—兼評二〇〇二年刑法部分條文修正案〉，《月旦法學雜誌》，第92期，92年1月，頁8-25。(2) 林東茂，〈累犯與三振出局〉，《台灣本土法學雜誌》，第46期，92年5月，頁110。(3) 林鈺雄，《新刑法總則》，元照，105年9月5版，頁670。(4) 柯耀程，〈刑罰相關規定之修正方向—刑法修正草案提高刑度及累犯修法之評釋〉，《月旦法學雜誌》，第92期，92年1月，頁65-76；另可參閱，柯耀程，《刑法總論釋義—修正法篇（下）》，元照，94年10月，頁447。(5) 陳志龍，〈刑法發展新趨勢與修法之扞格〉，收錄於《刑法修正草案學術研討會》論文，台灣大學法律學院刑事法中心主辦，92年3月8日。(6) 黃朝義，前揭註2文，頁67。(7) 鄭逸哲，〈關於累犯、緩刑、假釋和保安處分之新刑法修法簡評〉，《月旦法學雜誌》，第121期，94年6月，頁275。(8) 鄭昆山，〈累犯加重刑罰之比較研究—論再犯預防及其刑事法防制之道〉，《刑事法學之理想與探索—甘添貴教授祝壽論文集》，學林，91年3月，頁489。(9) 許福生，

雖經舉行公開說明會⁵，但大法官各有堅持，難成共識，經再三溝通、折衝、妥協、退讓，終於勉強形成多數，作成解釋文第 1 段。為便了解各種主張之論據，現分析整理如表一所示。

【表一：累犯加重本刑部分是否違憲各種主張一覽表】

各種主張	理由
第一說 系爭規定一有關加重本刑部分，全部違憲	系爭規定一有關加重本刑部分，全部違憲。基於憲法罪責原則，累犯僅得在各罪法定刑內加重，系爭規定累犯於各罪法定刑外再加重本刑至二分之一，違反罪責原則、行為刑法、罪刑相當原則及比例原則
第二說 系爭規定一有關加重本刑部分，不分前後犯罪情節及罪質，一律加重本刑，違反	立法者得視累犯前後犯罪情節及罪質是否相同、侵害法益的嚴重性，於法定刑外加重本刑，但系爭規定一，不分前後犯罪情節及罪質，一律加重本刑，違反比例原則。簡言之，一般累犯（不分前後犯罪情節及罪質）違憲，特別累犯（前後犯罪有同質性 ⁶ ）則合憲。至

〈累犯加重之比較研究〉，《刑事法雜誌》，第 4 卷第 4 期，92 年 8 月，頁 1-36。(10) 盧映潔，〈我國刑法修正案有關增減刑罰及保安處分規定之探討與評析〉，《月旦法學雜誌》，第 121 期，94 年 6 月，頁 264；盧映潔〈刑罰的適用〉，《月旦法學教室》，第 39 期，95 年 1 月，頁 87。(11) 蕭宜宏，〈量刑原則與罪罰相當〉，《台灣本土法學雜誌》，第 214 期，101 年 12 月 15 日，頁 9 註 33。(12) 董武全，〈累犯存在之必要與妥適性〉，《法官協會雜誌》，第 15 期，102 年 12 月，頁 87。目前文獻上可得查閱，認為累犯加重本刑合憲法者，可參 (13) 鄭善印，〈累犯暨假釋〉，《二〇〇五年刑法總則修正之介紹與評析》，台灣刑事法學會主編，94 年 4 月，頁 310-311。

⁵ 108 年 1 月 15 日於憲法法庭舉行，與會機關及學者專家之意見，公布於本院大法官網站之「最新訊息」中，參：<https://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/1080201/1.asp>（最後瀏覽日：108 年 2 月 21 日）。

⁶ 例如，社會秩序維護法第 26 條規定：「經依本法處罰執行完畢，3 個月內再有違反本法行為者，得加重處罰。」（法官裁量加重）；海關緝私條例第 45 條規定：「追徵或處罰之處分確定後，5 年內再犯本條例同一規定之行為者，其罰鍰得加重二分之一；犯三次以上者，得加重 1 倍。」（法官裁量加重）；商業會計法第 74 條規定：

比例原則	於特別累犯如何規定，純屬立法形成自由
第三說 系爭規定一有關加重本刑部分，不分情節，一律加重最低本刑，不符憲法罪刑相當原則及比例原則	系爭規定一，加重本刑「至」二分之一，即最高度可加重「至」法定刑二分之一，如何加重，屬法院的裁量權。最低本刑雖應加重，但有加重即可，未必要加重至二分之一。換言之，最低本刑剝奪法官的裁量權，法官不得判處法定最低本刑。至於符合刑法第 59 條所定要件 ⁷ 者，另當別論
第四說 系爭規定一有關加重本刑部分，不分情節，一律加重本刑，個案發生過苛情形時，始構成違憲	遇到個案，有第三說不分情節一律加重最低本刑的情形，且形成個案過苛（即刑罰超過其罪責）時，違反憲法罪刑相當原則。即僅有小小部分違憲，其他絕大部分合憲
第五說	系爭規定一，在法定刑外加重本刑「至」二分

「未依法取得代他人處理會計事務之資格而擅自代他人處理商業會計事務者，處新台幣 10 萬元以下罰金；經查獲後 3 年內再犯者，處 1 年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣 15 萬元以下罰金」(成為新的犯罪類型，擴大刑罰種類及加重刑罰之額度)。

⁷ 累犯個案，仍有刑法第 59 條的適用者，請參見最高法院 26 年滬上字第 3 號判例要旨：「刑法第 325 條第 1 項之搶奪罪，法定本刑為 6 月以上 5 年以下有期徒刑，原判決既認第一審依累犯規定加重本刑二分之一為無不合，僅以上訴人犯情可憫，復酌減二分之一處斷，是其加減分數，均達於法律上所定之極度，按照刑法第 71 條第 1 項先加後減之結果，其刑期為 4 月 15 日以上 3 年 9 月以下，應於此項刑期範圍內酌量科處，方為合法，原判決竟改處有期徒刑 4 月，尚在最低本刑刑期以下，於法自屬有違。」另 46 年台上 1285 判例內容略以：「因認上訴人有累犯強姦罪行，並以上訴人係在酒色之場，一時情慾衝動致觸重典，衡情不無可憫，依累犯加重後予以論減，爰將第一審之不當判決撤銷改判。」

系爭規定一有關加重本刑部分，全部合憲	之一，在此處斷刑範圍內，法官有裁量之權，作出宣告刑。系爭規定一屬立法形成自由，況如有過苛，亦有刑法第 59 條酌量減輕其刑之適用 ⁸ 者，不生過苛問題，故系爭規定一有關加重本刑部分，全部合憲
--------------------	--

第三說主張，系爭規定一有關加重本刑部分，不分情節，一律加重最低本刑，不符憲法罪刑相當原則及比例原則。為何會違反憲法罪刑相當原則及比例原則？因為有些個案會發生罪過其刑、罰過其責的過苛情形，此種情形在解釋理由論述即可。第四說主張，系爭規定一有關加重本刑部分，不分情節，一律加重本刑，個案發生過苛情形時，始構成違憲。與第三說相對照，第四說把第三說的心中理由說出來而已，只不過如此敘述，載明於解釋文，產生修法上的困擾而已，是以第三說主張的解釋原則（不分情節，一律加重最低本刑），為多數意見所採納。

另本院諸多解釋採用「不問（不論）……，一律（概）……」之違憲宣告方式（本院釋字第 445 號、第 610 號、第 641 號、第 654 號、第 669 號、第 670 號、第 734 號、第 749 號及第 756 號

⁸ 刑法第 59 條於 94 年 2 月 2 日修正公佈，95 年 7 月 1 日施行，將原條文：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑」，修正為：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低本刑仍嫌過重，得酌量減輕其刑」。該條所謂「犯罪之情狀可憫恕」，本係指審酌刑法第 57 條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕者而言，必須犯罪另有特殊之原因與環境等，因在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低本刑仍嫌過重者，始有其適用。且為防止酌減其刑之濫用，乃增列文字，將此適用條件予以明文化，有該條之立法說明可參。由此可知，要符合刑法第 59 條所定要件而酌減其刑，殊為困難。最高法院諸多判決嚴格把關刑法第 59 條的適用而撤銷第二審判決，諸如，107 年度台非字第 156 號判決、105 年度台上字第 1911 號判決、102 年度台上字第 4319 號判決、101 年度台上字第 2776 號判決、100 年度台上字第 6276 號判決、99 年度台上字第 1289 號判決等，可資參照。

解釋參照)⁹，都是採全部違憲的宣告方式，並沒有宣告大範圍（不分情節，一律加重最低本刑）違憲，又說大範圍內的小範圍（致個案過苛部分）違憲！因此第四說的表示方式，殊值商榷！

伍、本席對累犯者加重本刑主張全部違憲的論據

一、審查原則的分析

（一）限制人身自由應嚴格審查

人民身體之自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。人身自由乃憲法保障的重要基本人權，立法機關為保護特定重要法益，以刑罰限制人身自由，雖非憲法所不許，惟因刑罰乃不得已的強制措施，具有最後手段之特性，自應受到嚴格之限制（本院釋字第 646 號及第 669 號解釋參照）。對於人身自由的處罰，有多種手段可供適用時，除應選擇其最易於回歸社會營正常生活者外，其處罰程度與所欲達到目的之間，並須具合理適當的關係，俾貫徹現代法治國家保障人身自由的基本原則（本院釋字第 471 號解釋參照）。

⁹ 本院釋字第 445 號解釋理由：倘不論原因一律不許可，亦有違憲法第 14 條規定保障集會自由之趣旨，且不符比例原則之要求。本院釋字第 654 號解釋：不問是否為達成羈押目的或維持押所秩序之必要，亦予以監聽、錄音，違反憲法第 23 條比例原則之規定，不符憲法保障訴訟權之意旨；本院釋字第 734 號解釋：不問設置廣告物是否有礙環境衛生與國民健康，及是否已達與廢棄物清理法第 27 條前 10 款所定行為類型污染環境相當之程度，即認該設置行為為污染行為，概予禁止並處罰，已逾越母法授權之範圍，與法律保留原則尚有未符；本院釋字第 749 號解釋：不問其犯行是否足以顯示對乘客安全具有實質風險，均吊扣其執業登記證、廢止其執業登記，就此而言，已逾越必要程度，不符憲法第 23 條比例原則，與憲法第 15 條保障人民工作權之意旨有違。

（二）憲法罪責原則的依據

刑罰法律，基於**無責任即無處罰的憲法原則**，人民僅因自己的刑事違法且有責行為而受刑事處罰（本院釋字第 687 號解釋參照）。刑罰須以罪責為基礎，並受罪責原則的拘束，無罪責即無刑罰，刑罰須與罪責相對應（本院釋字第 551 號及第 669 號解釋參照）。我國刑法於制定之初，於第 1 條前段開宗明義**揭櫫罪刑法定原則**，規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限。」除闡明罪刑須以法律明定外，更揭示課予刑罰的標準是「行為刑法」，而非「行為人刑法」，亦即行為人負擔刑事責任應以其**行為本身的惡害程度**予以非難評價（本院釋字第 551 號解釋參照）。行為人的個人特質，例如身分、性格與心理素質等，本身對法益並無危險性或侵害性，行為人就此等特質，既無刑事違法且有責的行為，**基於罪責原則**，自不負擔任何刑事責任，亦不應受到任何刑罰，國家不得以個人特質作為非難或處罰人民的理由，此乃係法治國立法的基本原則。

（三）憲法罪刑相當原則的依據

由**憲法罪責原則**進一步衍生出**憲法罪刑相當原則**，國家所施加的刑罰須與行為人的罪責相當，刑罰不得超過罪責，罪責是刑罰的上限。**基於憲法罪刑相當原則**（本院釋字第 602 號、第 630 號、第 662 號、第 669 號及第 679 號解釋參照），法律所設的處罰，須與法律所定的犯罪行為情節相稱，**不得過苛**。即**微罪微罰**（處拘役、罰金）；**輕罪輕罰**（處 3 年以下、5 年以下有期徒刑）；**重罪重罰**（處 3 年以上、5 年以上有期徒刑、7 年以上有期徒刑、無期徒刑、死刑等）。因此，立法機關衡量其所欲維護法益的重

要性、防止侵害的可能性及事後矯正行為人的必要性，綜合斟酌各項情狀，以法律規定法官所得科處的刑罰種類及其上下限，仍應對應該犯罪行為的不法與罪責程度，並應與該犯罪行為所生的危害、行為人責任的輕重相符，始符合**憲法罪刑相當原則**。

（四）憲法比例原則的依據

又刑罰法律的立法目的，亦須為保護合乎憲法價值的特定重要法益，且施以刑罰有助於目的的達成，又別無其他相同有效達成目的而侵害較小的手段可資運用，而刑罰對基本權的限制與其所欲維護法益的重要性及行為對法益危害之程度亦須合乎比例，始符合憲法第 23 條比例原則，而與憲法第 8 條保障人身自由的意旨無違（本院釋字第 544 號、第 551 號、第 646 號及第 669 號解釋參照）。

二、罪責原則的審查

立法者基於行為對於法益的危險性或侵害性情節輕重的不同，**雖得依正當合憲之理由**，規定不同的法定構成要件要素（例如行為人的身分、與被害人的關係、主觀意圖、行為情狀、方法等），而於刑法分則另以特別規定加重其刑（刑法第 134 條、第 204 條第 2 項、第 231 條第 2 項、第 232 條、第 296 條之 1 第 3 項、第 5 項、第 318 條之 2 及第 361 條等規定參照）。但系爭規定一以行為人於徒刑執行完畢後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，須「加重本刑至二分之一」，無非係著眼於行為人主觀上的法敵對意思，認為既經徒刑執行，理應具有刑罰反應力，能更遵守法律，不會再蹈，孰知竟仍故意觸犯有期徒刑以上之罪，

可見行為人須再加重處罰以延長教化期間。此種加重理由，並非著眼於所違犯後罪行為本身的不法與罪責程度，於所違犯後罪法律規定的刑罰外，所增加的刑罰係針對行為人的個人特質，屬行為人刑法，自不符憲法罪責原則的意旨。行為人前案的徒刑執行完畢的態樣有各種情形，諸如：判處 6 月有期徒刑得易科罰金或得易服社會勞動，易科罰金或易服社會勞動執行完畢者，其所受宣告之徒刑，以已執行論（刑法第 44 條參照），不必再入監接受監獄的教化措施執行。判處 7 月有期徒刑者，必須入監執行，接受監獄教化措施執行。試問上開二種徒刑執行完畢，所顯現行為人的刑罰反應力一定不同，為何於後犯罪一律加重本刑至二分之一？又入監執行接受教化措施執行，有的全部執行完畢，不再有保護管束的問題；有的執行一部，符合假釋要件而出獄（刑法第 77 條參照），另接受保護管束（刑法第 93 條參照）。此二者徒刑執行完畢所顯現行為人的刑罰反應力亦不相同，為何於後犯罪一律加重本刑至二分之一？又行為人再犯有期徒刑以上罪，輕重罪質及犯罪情節千變萬化、不一而足，可能為全部刑罰均為有期徒刑之罪（刑法第 237 條、第 238 條、第 239 條參照）；可能是有選科拘役、罰金之罪（刑法第 210 條偽造私文書罪、第 320 條第 1 項之竊盜罪）；可能是併科罰金之罪（例如槍砲彈藥刀械管制條例之罪）；可能有無期徒刑、死刑之罪（刑法第 271 條第 1 項參照）。系爭規定一，不分前罪徒刑執行完畢的態樣（有無入監、假釋、保護管束、更生保護等等）、前後犯罪情節輕重（輕罪、重罪）及罪質異同，一律加重本刑，即不符憲法罪責原則的意旨。

三、罪刑相當原則的審查

對於累犯，立法者除於徒刑執行的質方面從嚴規定外，又以系爭規定加重徒刑執行的量，規定須「加重本刑至二分之一」。縱然法官於個案中對於累犯所加重的刑罰極其微量，而為百分之一或千分之一。但法定本刑已因系爭規定加重，使法官至少須宣告最低本刑再加 1 月之有期徒刑，如最低法定本刑為 6 月有期徒刑，累犯加重結果，最低本刑為 7 月有期徒刑。本來法院認為諭知 6 月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞動即可收矯正之效或足以維持法秩序，但因累犯加重最低本刑之結果，法院仍須宣告 7 月以上有期徒刑¹⁰，致不得易科罰金或易服社會勞動，使行為人為其所犯後罪行為而受的刑罰，超過其所應負擔的罪責，亦與憲法罪刑相當原則有所違背。

四、比例原則的審查

系爭規定「加重本刑至二分之一」的立法目的，在於提高受刑人的刑罰反應力，「以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果」，尚屬重要公益，固符合重要的憲法價值。

惟查如立法理由所稱，累犯加重本刑的主要理由，在於被告

¹⁰ 最高法院 93 年度台非字第 194 號判決要旨：「接受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，5 年以內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。又有期徒刑加減者，其最高度及最低本刑同加減之，刑法第 47 條、第 67 條分別定有明文。……惟查上開恐嚇取財罪，其法定刑有期徒刑部分為 6 月以上 5 年以下有期徒刑，原判決既依累犯加重其刑，依刑法第 68 條，其最高度及最低本刑同加重之，則其最低本刑之法定刑已逾 6 月有期徒刑，如無其他減輕其刑之情形，自不得再諭知 6 月以下有期徒刑及易科罰金之折算標準。乃原判決並未說明有何減輕其刑之情形，竟判處被告有期徒刑 6 月，並諭知易科罰金以 300 元折算 1 日，顯有判決不適用法則之違誤，為判決違背法令。」

刑罰反應力薄弱。被告對刑罰的反應力既已薄弱，自無法再仰賴刑罰，因此加重本刑至二分之一加重刑罰的手段，**應無助於前揭立法目的的達成。**

此外，法律使受刑人入監服刑，目的在使其改悔向上，適於社會生活（本院釋字第 755 號及第 756 號解釋、監獄行刑法第 1 條規定參照）。分析國家徒刑執行無成效的原因多端，或因監獄未徹底落實教化與矯正措施，致受刑人的社會危害性格未完全消除；或因更生保護制度的相關措施未予充分落實，致受刑人出獄後無法復歸於社會等；或因被告個人因素。如屬於監獄或更生制度等因素致徒刑執行無成效，自應由國家就刑罰執行、監獄管理、教化功能及更生保護措施等各方面自我詳加檢討，不應將執行無成效的結果，全部歸責於受刑人的刑罰反應力薄弱，而加重其徒刑至二分之一。因此立法者針對累犯的刑罰反應力薄弱，固**非不得重新設計累犯的要件**，並因此異其監獄行刑的方法或處遇，藉以提高累犯者的刑罰反應力。例如，針對累犯受刑人，提高其申請假釋的門檻、增加受刑時不得外出的限制、提高行刑累進處遇的責任分數與禁止被遴選為外役監受刑人等（刑法第 77 條第 1 項後段、監獄行刑法第 26 條之 2 第 3 項第 2 款、行刑累進處遇條例第 19 條第 3 項及外役監條例第 4 條第 2 項第 3 款等規定參照）。前揭改變監獄行刑措施的設計，係針對**被告刑罰反應力薄弱所為的改善措施**，有助被告重返社會並兼顧社會防衛的效果，且屬對被告侵害較小的手段，此其一。另就被告個人因素而言，依本院量刑資訊系統的實證分析，因累犯而加重其刑之判決，其處刑範圍鮮有未在法定本刑刑度範圍內，是以縱有被告無視於其先前所受刑罰而仍再犯，亦得依刑法第 57 條第 5 款規定「**犯罪行為人之品行**」而在法定刑度範圍內從重量刑，**有助被告**

重返社會並兼顧社會防衛的效果，且屬對被告侵害較小的手段，此其二。末查我國現行刑事法律係採刑罰與保安處分雙軌制，要在維持行為責任的刑罰原則下，為強化其協助行為人再社會化的功能，以及改善行為人潛在的危險性格，期能達成根治犯罪原因、預防犯罪的特別目的（本院釋字第 471 號及第 528 解釋參照），應屬是否對行為人施以保安處分的範疇。保安處分雖亦屬限制人身自由的強制措施，但相較於刑罰，保安處分的執行目的、方法及法律效果等各方面，對於人身自由之侵害均較為輕微，保安處分若先執行，尚可能免除刑的執行（刑法第 98 條第 1 項後段及第 2 項規定參照），有助被告重返社會並兼顧社會防衛的效果，且屬對被告侵害較小的手段，此其三。是系爭規定為達上開立法目的，尚有其他相同能達目的且侵害較小的手段可資運用，系爭規定有關「加重本刑至二分之一」部分，自與憲法第 23 條比例原則不符。

綜上，本席認為，系爭規定有關「加重本刑至二分之一」部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為的限制，與憲法罪責原則及罪刑相當原則不符，有違憲法第 23 條比例原則，應自本解釋公布之日起失其效力。

陸、相關機關的修法範圍

本解釋文第 1 段釋示：於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。所謂「於此範圍內」，是何所指？影響有關機關將來如何修正系爭規定一，容有說明的必要。

按向來本院有關違憲的解釋，大抵敘明「……於此範圍內，

與憲法……之意旨不符。相關機關應自本解釋公布之日起……，依本解釋意旨檢討修正」(本院釋字第 722 號、第 732 號及第 745 號解釋參照)。惟本解釋文第 1 段則稱：「惟其不分情節……一律加重最低本刑……之侵害部分，……不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。**於此範圍內**，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之」。此種解釋文的表現方式不同以往，致有不同的解讀空間。所稱**於此範圍內**，究指系爭規定一加重本刑部分，不分情節，一律加重最低本刑？抑或另有所指？**本席認為有特別澄清的必要。**

本解釋文第 1 段釋示如下：刑法第 47 條第 1 項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」有關**累犯加重其刑之部分**，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。「惟其不分情節，基於累犯者有其特別惡性對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之**侵害部分**，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。**於此範圍內**，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。」

如將上開解釋文精簡如下：刑法第 47 條第 1 項規定……有關**累犯加重其刑之部分**，不生……問題。惟其不分情節……一律加重最低本刑，……人身自由因此遭受過苛之**侵害部分**，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。**於此範圍內**，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。

前後對照以觀，本件解釋的客體，限於系爭規定一有關累犯加重本刑部分，不及於累犯之定義要件部分。解釋文接著釋示：惟「其」不分情節，依其前後文義脈絡觀之，「其」字應係指加重本刑部分而言。因多數意見通過的解釋原則為「不分情節，一律加重最低本刑」，故解釋文接著釋示：「於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分」，**僅係在說明不分情節，一律加重最低本刑**，可能致生刑罰超過其罪責之過苛情形時，不符罪刑相當原則。是以本解釋文中段釋示：「於此範圍內」，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。是以上開解釋文所稱「於此範圍內」，應係指不分情節，一律加重最低本刑部分而言。

「於此範圍內」一詞雖有不同解讀，惟無論如何，依本解釋意旨（**不可以不分情節，一律加重最低本刑**），系爭規定一有關加重本刑至二之一部分，一定要檢討修正，修法大門已經打開，至於如何修正，有關機關除應依本解釋意旨（**不可以不分情節，一律加重最低本刑**）外，另得基於立法形成自由，本其職權，重新參酌刑法學者的卓見及外國立法例的最新發展趨勢，審慎檢討修正之，以符憲法罪責原則及罪刑相當原則的意旨。

柒、修法完成前的司法實務

本解釋文第一段末句釋示：「於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，**法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。**」究何所指？影響司法實務的操作甚鉅，因此特別說明如下：

一、為避免發生上述罪刑不相當之情形

所謂避免發生上述罪刑不相當之情形，是指避免發生因累犯加重本刑，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責（刑過其罪即罪刑不相當、罰過其責即責罰不相當）的情形。簡言之，避免發生累犯個案加重本刑致生過苛的情形。有無過苛，須要經過法院裁量權的行使判斷。

二、法院就「該個案」係指「該累犯個案」、「所承辦個案」

所謂就該個案，是指就該符合系爭規定一要件的累犯個案（所承辦個案）而言。因此法院依卷內前科資料發現被告為符合累犯要件者，當然有本解釋的適用。

三、法院應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑

- （一）所謂依本解釋意旨，是指不可以「不分情節，一律加重最低本刑」，有些情節可以加重最低本刑（因加重本刑並未致生行為人所受的刑罰超過其所應負擔罪責），有些情節不可以加重最低本刑（因加重本刑致生行為人所受的刑罰超過其所應負擔罪責）。
- （二）所謂法院裁量是否加重最低本刑，是指由原來「應」加重最低本刑（即法定本刑加重），修法完成前，暫時調整為由法院「得」加重最低本刑（即法官裁量加重）。
- （三）至於法院如何裁量？法院應視前案（故意或過失）徒刑之

執行完畢情形（有無入監執行完畢、是否易科罰金或易服社會勞動而視為執行完畢）、5年以內（5年之初期、中期、末期）、再犯後罪（是否同一罪質、重罪或輕罪）等，綜合判斷累犯個案有無因加重本刑致生行為人所受的刑罰超過其所應負擔罪責的情形。

四、為避免發生罪刑不相當的情形，就累犯資料進行調查與辯論

修法完成前，法院審判刑事案件，為避免發生罪刑不相當的情形，就承辦的累犯個案，應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。為達此目的，應由檢察官先就被告有無累犯加重本刑的情形，指出證明方法，再由法院就累犯資料進行周詳的調查與充分的辯論程序，**依職權詳加審慎斟酌取捨**，裁量是否加重最低本刑。審判長或受命法官允宜於行準備程序及辯論程序時，分別詢問檢察官「本件有無累犯加重本刑的資料請求調查或辯論的？」並曉諭檢察官指出證明方法。

五、累犯個案經法院裁量不予加重最低本刑時之理由記載

本解釋文第一段末句釋示：「於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。」如法院裁量結果，不予加重最低本刑，惟未於理由敘明，是否構成判決不備理由？本解釋文及解釋理由對於法院裁量結果不予加重最低本刑，是否應於判決理由內敘明一事，**並無隻字片語說明**，自應回歸刑事訴訟法相關規定處理之。且本解釋理由第三段已稱：由法院「**依法**」詳加斟酌取捨，並具體說明據

以量定刑罰之理由。所謂依法，即指依刑事訴訟法規定為之。關於判決理由的應記載事項，刑事訴訟法第 310 條規定：「有罪之判決書，應於理由內分別情形記載下列事項：……三、科刑時就刑法第 57 條或第 58 條規定事項所審酌之情形。四、刑罰有加重、減輕或免除者，其理由……」。其中第 4 款規定「刑罰有加重、減輕或免除者，其理由」係指「依法」加重（如系爭規定一）、減輕（如刑法第 59 條）或免除刑罰（如刑法第 61 條）者而言。依本解釋文第 1 段所示，法院應依本解釋意旨裁量是否加重最低本刑，裁量結果如應加重最低本刑（例如法定刑為 6 月以上 5 年以下有期徒刑，判處 7 月有期徒刑），對被告不利，自應依刑事訴訟法第 310 條第 4 款規定，記載其何以加重刑罰的理由。如法院裁量結果不予加重最低本刑，只是不加重，並非減輕刑罰，並非上開第 4 款所規範的情形。因此如法院裁量結果，累犯個案不予加重最低本刑，未敘明理由，依目前刑事訴訟法相關規定，是否可認定為違法，仍有討論空間。檢察官如以累犯個案未敘明理由竟僅諭知最低本刑而提起上訴時，第二審法院應依本解釋意旨，重新審酌累犯個案，裁量是否加重最低本刑。

六、累犯個案是否加重最低本刑，既屬法院裁量權的行使，裁量不當，是否構成第三審上訴的理由

就累犯個案，本解釋文第一段末句，業已闡明「法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑」，賦予法院依解釋意旨裁量是否加重最低本刑之權。而法院裁量職權行使之當否，是否構成第三審上訴之理由？檢察官能否以累犯個案量處最低本刑、未加重本刑而指摘原判決違背法令？最高法院 75 年台上

字第 7033 號判例意旨：「關於刑之量定及緩刑之宣告，係實體法上賦予法院得為自由裁量之事項，倘其未有逾越法律所規定之範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴之理由。」及 72 年台上字第 3647 號判例意旨：「緩刑為法院刑罰權之運用，旨在獎勵自新，祇須合於刑法第 74 條所定之條件，法院本有自由裁量之職權，上訴意旨僅就原審刑罰裁量職權之行使而為指摘，不能認以原判決違背法令為上訴理由。」頗值實務界三思及啟發！

七、本解釋公布前後累犯加重最低本刑處理方式的比較

例如，被告甲於前案徒刑執行完畢後 5 年以內，再犯刑法第 321 條第 1 項侵入住宅竊盜罪（竊取現金新臺幣 50 元），法定刑為 6 月以上 5 年以下有期徒刑，符合累犯個案的構成要件。為便理解，以表二說明如下：

【表二：本解釋公布前後累犯加重最低本刑的處理對照表】

累犯個案	釋字第 775 號解釋公布前	釋字第 775 號解釋公布後
判決理由敘明累犯的方式	論罪部分：核被告所為，係犯……罪。又被告有事實欄所載前科執行情形，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表 1 份在卷可佐，其於有期徒刑執行完畢後，5 年以	論罪部分：核被告所為，係犯……罪。又被告有事實欄所載前科執行情形，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表 1 份在卷可佐，其於有期徒刑執行完畢後，5 年以

	年故意再犯有期徒刑人上之罪，為累犯，應依法加重其刑	年故意再犯有期徒刑人上之罪，為累犯。依司法院釋字第775號解釋所示，為避免發生罪刑不相當之情形，法院就該個案依該解釋意旨，裁量是否加重最低本刑
可否判處最低本刑	否（因累犯應一律加重本刑，故應逾最低本刑）	可（本解釋賦予法院得裁量是否加重最低本刑）
易科罰金或易服社會勞動的可能性	無（除依刑法第59條酌減其刑外，因宣告刑須逾最低本刑，即超過6月有期徒刑，故不得易科罰金或易服社會勞動）	有（因宣告刑得諭知最低本刑6月有期徒刑，故得易科罰金，亦得易服社會勞動）
諭知6月有期徒刑，是否應敘明理由	如諭知6月有期徒刑，為違法判決 ¹¹	法無明文

¹¹ 最高法院93台非194判決指出「接受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，5年以內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。又有期徒刑加減者，其最高度及最低本刑同加減之，刑法第47條、第67條分別定有明文。查上開恐嚇取財罪，其法定刑有期徒刑部分為6月以上5年以下有期徒刑，原判決既依累犯加重其刑，依刑法第68條，其最高度及最低本刑同加重之，則其最低本刑之法定刑已逾6月有期徒刑，如無其他減輕其刑之情形，自不得再諭知6月以下有期徒刑及易科罰金之折算標準。乃原判決並未說明有何減輕其刑之情形，竟判處被告有期徒刑6月，並諭知易科罰金以300元折算1日，顯有判決不適用法則

諭知 7 月有期徒刑，是否應敘明理由	諭知 7 月有期徒刑，即加重最低本刑，依刑事訴訟法第 310 條第 4 款規定應敘明加重之理由 ¹² 。如未諭知，即有判決不備理由之違法	未必。此乃法院裁量是否加重最低本刑的結果，可能在原來犯罪的法定刑內諭知宣告刑，並無加重問題
--------------------	---	---

捌、憲法一事不再理原則的誕生

一、一事不再理的原理

憲法規定國家與人民的關係，第 2 章規定人民的權利義務，第 7 條至第 22 條規定人民的基本權利。雖然憲法保障人民的基本權利，但人民的基本權利，並非絕對的，國家依憲法第 23 條規定：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危險、維持社會程序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制。」於符合比例原則下，仍得以法律限制之。就人民身體的自由應予保障，憲法第 8 條定有明文。人身自由乃憲法保障的重要基本人權，立法機關為保護**特定重要法益**，以**刑罰限制人身自由**，雖非憲法所不許，惟因刑罰乃不得已的強制措施，具

之違誤。」其他，如最高法院 102 年度台非字第 437 號判決、101 年度台非字第 102 號判決、100 年度台非字第 244 號判決、97 年度台非 264 號判決、95 年度台非 68 號判決、83 年度台非字第 333 號判決等，可資參照。

¹² 107 年度台上字第 1676 號判決指出：本件犯行應適用累犯規定加重其刑，係依刑事訴訟法第 310 條第 4 款規定而為記載，並無違誤。86 年度台上字第 6747 號判決指出，原判決未說明上訴人成立累犯之理由，自嫌理由不備。

有最後手段之特性，自應受到嚴格的限制（本院釋字第 646 號及第 669 號解釋參照）。

人身自由是人民行使其憲法上各項自由權利不可或缺的前提，為重要的基本人權，應受充分的保障。剝奪或限制人民自由的處置，除有法律的依據外，更須踐行必要的正當法律程序，始得為之，憲法第 8 條規定甚明（本院釋字第 384 號解釋、第 436 號、第 567 號、第 588 號及第 737 號解釋參照）。因此國家為保護特定重要法益，雖得以刑罰限制人身自由，人民不得已有忍受的義務，但問題是，國家對同一行為限制人民的人身自由有無次數的限制？如無次數的限制，人民是否要無次數的忍受，則國家還有保障人民權利之可言嗎？國家對人民同一犯罪行為追訴、審問、處罰，原則上，**應受一次性的限制**，是以現代法治國普世公認一事不再理原則為憲法原則。例如，美國憲法增補條款第 5 條規定：「就同一犯罪不得置任何人之生命或身體受雙重危險。」（簡稱為「禁止雙重危險」）。德國基本法第 10 條第 3 項規定：「任何人不得因同一行為，而依一般刑法多次受罰。」日本國憲法第 39 條規定：「又，就同一犯罪，不重複受刑事責任之追究。」¹³聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項規定：「七、任何人依一國法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑。」

二、隱約看到憲法一事不再理原則的身影—釋字第 271 號解釋

王兆鵬教授在其大作（論一事不再理之憲法原則）曾言：「我國憲法條文雖無『一事不再理』之規定，然早在釋字第 271 號解

¹³ 又、同一の犯罪について、重ねて刑事上の責任を問われない。

釋的不同意見書中，大法官吳庚即表示此應為憲法保障人身自由的基本權利」。¹⁴因此我們可以從本院釋字第 271 號解釋，看到憲法之一事不再理原則的身影。

為解讀本院釋字第 271 號解釋，有必要先回顧其原因案件。本件釋憲聲請人因違反商標法案件，被害人提起自訴，先後經地方法院及高等法院二次判決無罪，自訴人不服上訴最高法院，亦因「誤合法上訴為不合法」而被判決駁回，至此聲請人無罪可謂確定。嗣後最高法院援引 25 年上字第 3231 號判例，置其先前的判決於不顧，發回高等法院更審，聲請人終於被判處 8 月有期徒刑。其中最高法院所援引之上開判例，認為上訴法院誤檢察官合法上訴為不合法，以判決駁回，此種判決為程序判決，本不發生實質確定力，不必提起非常上訴，上訴法院發現後，應仍就檢察官的合法上訴，進而為實體上之裁判。

有疑問的是，自訴人或檢察官為被告的不利益而提起上訴，上訴法院以判決駁回自訴人或檢察官的上訴，此一結果，對被告有利，被告信賴上訴法院的判決，認為全案已經判決駁回確定。不知何時，上訴法院又開始審判並判決被告罪刑，如此作為，如何讓人民信賴國家？如何信賴司法？憲法又如何保障人民的人身自由？憲法上的信賴保護原則如何發生效用？法安定性又如何說？此等違憲疑慮油然而生。

為此，大法官作成釋字第 271 號解釋闡示：刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回

¹⁴ 王兆鵬，〈論一事不再理之憲法原則〉，收於氏著，《一事不再理》，第一章，97 年 4 月，元照，頁 1。

復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。否則即與憲法第 8 條第 1 項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨不符。最高法院 25 年上字第 3231 號判例，於上開解釋範圍內¹⁵，應不再援用。

釋字第 271 號解釋，依憲法第 8 條第 1 項規定人民非依法定程序不得審問處罰之意旨（無訴無裁判），認為不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法而以程序判決駁回上訴確定，此一確定狀態，對被告有利，人民信賴此一確定狀態，非經依非常上訴程序將該確定判決撤銷，回復原訴訟程序，法院自不得進行審判。此雖未言明一事不再理的憲法原則，但事實上卻係本於憲法信賴保護原則，闡述一事不再理憲法原則的精神，此觀其解釋理由書記載：刑事訴訟程序之實施，應保障當事人之合法訴訟權，並兼顧被告對於裁判效力之信賴，可見一斑。是以本席認為，從釋字第 271 號解釋，應可看到憲法一事不再理原則的身影！

三、多位大法官意見書高瞻遠矚的推波助瀾

關於憲法上一事不再理原則之催生，首先歸功於吳大法官庚，在本院釋字第 271 號解釋不同意見書指出，憲法第 8 條的法定程序，在程序法則上包括：同一行為不受二次以上審問處罰（首次指出憲法上一事不再理原則的根據）。嗣本院釋字第 384 號解釋理由參照吳大法官庚之意見書而闡示：該條第一項規定：「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

¹⁵ 上開範圍，係指不利於被告之合法上訴而言。因此最高法院 80 年 11 月 5 日刑事庭決議，區分上訴是不利益於被告或利益於被告而適用不同處理方式，如是不利益於被告之上訴者，依司法院釋字第 271 號解釋辦理，先經非常上訴撤銷原判決後，始得進行審判；如是利益於被告之合法上訴，仍依 25 年上字第 3231 號判例意旨，毋庸經非常上訴，即得對合法上訴進行審判。

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。」係指凡限制人民身體自由之處置，均受上開規定之保障，須以法律定之，且立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當。實質正當之法律程序，就程序法而言，包括同一行為不得重覆處罰（本院解釋正式出現一事不再理原則的出處）。此外，劉大法官鐵錚於本院釋字第 490 號解釋不同意見書則指出，按「一事不二罰原則」、「禁止雙重處罰原則」係民主國家彰顯人權保障之展現，其本意在禁止國家對於人民之同一行為，以相同或類似之措施多次處罰。美國聯邦憲法早於西元 1791 年增訂之人權典章第 5 條即有明文（nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb）。我國憲法第 22 條係關於人民基本權利保障之補充規定，即除同法第 7 條至第 18 條及第 21 條所為例示外，另設本條規定，概括保障人民一切應受保障之自由權利。禁止雙重處罰原則，既為現代文明法治國家人民應享有之權利，且不妨害社會秩序與公共利益，自亦在該條保障之列。

嗣許大法官宗力、林大法官子儀及許大法官玉秀更於本院釋字第 636 號解釋協同意見書指出，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。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。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）。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 14 條第 7 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 8 條之正當程序或第 22 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。

在多位大法官意見書的推波助瀾極力倡導下，憲法上一事不再理原則，就等候適當案件即可正式上場了！

五、適當案件的展現

本聲請釋憲案，系爭規定二明定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。」涉及國家對被告同一犯罪行為，業經起訴、審判程序（包括論罪及科刑程序）判決有罪確定後，可否於判決確定後，因發現裁判前未經審酌的累犯資料，再對同一犯罪，重新開啟科刑程序，更定其刑、加重處罰，有無違反一事不再理原則？本件違憲審查必須確認，憲法上是否有一事不再理原則？因此利用本件釋憲聲請案，本件解釋確認一事不再理原則，是一項憲法原則，其主要根據有：法治國原則及憲法第 8 條正當法律程序原則。

本件解釋闡釋：「法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守（本院釋字第 574 號、第 589 號及第 629 號解釋參照）。另依憲法第 8 條第 1 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。』其所稱『依法定程序』，係指凡限制人民身體自由之處置，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須正當，始符正當法律程序之要求。刑事訴訟程序之實施，應保障當事人之合法訴訟權，並兼顧被告對於裁判效力之信賴（本院釋字第 271 號解釋參照），是判決確定後，除為**維護極重要之公共利益**外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險（即禁止雙重危險）、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性¹⁶，此即**一事不再理原則**。其已成為現代法治國**普世公認之原則**（聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項、美國憲法增補條款第 5 條、德國基本法第 103 條第 3 項及日本國憲法第 39 條等規定參照）。」

六、一事不再理原則之例外

憲法上之一事不再理原則，有無例外情形而允許一事再理？

在美國，雖美國憲法增補條款第 5 條明定一事不再理原則，其法律效果包括：一、無罪判決後，不得就同一罪再為審判；二、有罪判決後，不得就同一罪再為審判¹⁷。但美國聯邦最高法院判決仍指出有 2 種例外情形，得對被告再為起訴審判：一、檢察官

¹⁶ 此部分主要參考，王兆鵬教授的大作，提及一事不再理原則之基本價值及目的：一、防止冤獄；二、防止審判所帶來之痛苦；三、防止騷擾被告；四、確保判決的結局性；五、禁止重複處罰。請參閱，王兆鵬，前揭註 14 書，頁 8 至 15。

¹⁷ 同上註，頁 2 註 4；第五章，以一事不再理理論再審，頁 193。

未在先訴追訴較嚴重之犯罪，係因為較嚴重的犯罪事實尚未發生；二、政府機關已謹慎調查，而仍不能發現該較嚴重的犯罪事實¹⁸。

反觀日本國憲法第 39 條規定：「就同一犯罪，不重複受刑事責任之追究」（即一事不再理原則），並於 1947 年將相當於我國刑法第 48 條前段之日本刑法第 58 條，即確定後發現累犯而加重其刑之規定，認為因違反日本國憲法第 39 條規定而刪除之，同時更刪除有關不利於被告之再審制度。

本解釋基於下列理由，亦承認一事不再理原則，有其例外：

- （一）為**維護極重要之公共利益時**，仍得對同一行為重複追訴、審問、處罰。如前所述，國家為保護**特定重要法益**，得以刑罰限制人身自由，人民不得已有忍受之義務，同一行為一旦經法院判決確定有罪或無罪確定後，即不得再對同一行為重複追訴、審問、處罰。然如有極其例外情形，有比**特定重要法益**更為重要之**極重要公共利益需要維護**時，依舉輕以明重之法理，仍應准許國家得對同一行為重複追訴、審問、處罰。
- （二）本院釋字第 744 號解釋，對化粧品廣告的事先審查，認為涉及對人民言論自由的侵害，採最嚴格的審查標準，應**維護特別重要之公共利益**目的，始得對人民言論自由加以限制；本院釋字第 717 號解釋，認為授予人民經濟利益的法規預先定有施行期間者，在該期間內即應予較高程度的信賴保護，非有**極為重要之公益**，不得加以限制；本院釋字第 649 號解釋，保障視障者的就業機會，徵諸憲法第 155 條後段及增修條文第 10 條第 7 項的意旨，自屬**特別重要**

¹⁸ 同上註，頁 193 至 196。

之公共利益，目的洵屬正當。依上開釋字第 744 號、第 717 號及第 649 號解釋所示**第一次侵害人民的言論自由、人民信賴保護及非視障者的職業自由**，本院解釋都已採取最嚴格的審查標準。而人身自由是人民行使其憲法上各項自由權利所不可或缺的前提，為重要的基本人權，應受充分的保障（本院釋字第 384 號、第 436 號、第 567 號及第 588 號解釋參照）。對於第一次人身自由的侵害，本院解釋已釋示應受到嚴格的限制，非為保護特定重要法益，不得限制人民的人身自由，於判決確定後，**第二次侵害人民的人身自由**，依舉輕以明重的法理，自應採取更嚴格的審查標準，非為維護極重要之公共利益，自不得為之。且依釋字第 717 號解釋意旨，對授予人民經濟利益的法規預先定有施行期間者，在該期間內即應予**較高的信賴保護**，非有極為重要之公益，不得加以限制。一事不再理原則的憲法基礎，是基於法治國原則，首重人民權利的維護、法秩序的安定及信賴保護原則的遵守，同樣基於信賴保護原則，而承認一事不再理原則為憲法原則，更應承認唯有為**維護極重要之公共利益**時，始得對同一行為重複追訴、審問、處罰。至於何謂為維護極重要之公共利益，應視具體情形再判斷之。

七、累犯更定其刑的刑法規定違反一事不再理原則

系爭規定二明定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。」於裁判確定後，原裁判科刑程序業已終結，再依系爭規定二重複進行同一犯罪行為的科刑程序，其目的僅係為

審酌原未發覺的累犯資料，更定其刑、加重處罰，非為維護極重要之公共利益，顯違憲法之一事不再理原則，應自本解釋公布之日起失其效力。

八、累犯更定其刑的訴訟法規定失所依附而併同失效

刑法第 48 條前段規定既經本解釋宣告失其效力，刑事訴訟法第 477 條第 1 項規定：「依刑法第 48 條應更定其刑者……由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之。」應即併同失效。

或有質疑：依系爭規定二更定其刑，與依刑法第 53 條及第 54 條應依刑法第 51 條第 5 款至第 7 款的規定，定其應執行刑，均係裁判確定後，變動受判決人同一行為的科刑內容，如累犯更定其刑的規定，違反憲法一事不再理原則，則定應執行刑的規定，是否亦違反一事不再理原則而失其效力？本席認為，並無違反一事不再理的問題。現比較分析如表三所示。

表三：累犯更定其刑與定應執行刑有無違憲的比較

	累犯更定其刑	定應執行刑
對人民是否有利	累犯更定其刑、加重刑罰，對人民不利	定應執行刑，係對數罪併罰之宣告刑合併斟酌，原無使受刑之宣告者，處於更不利之地位（本院釋字第 366 號及第 662 號解釋參照）
是否符合憲法保障	否（因憲法違反一事	是（因符合法治國原

意旨	不再理原則)	則，首重人民權利之維護)
聲請人是否有限制	對受刑人不利，只有檢察官為受刑人之不利益而聲請	對受刑人有利，得由檢察官聲請；亦得由受刑人或其法定代理人、配偶請求檢察官為聲請
有無不利益變更禁止原則之適用	無	有（刑事訴訟法第370條第2項及第3項、最高法院判決 ¹⁹ 參照）

或又質疑：刑法第75條及第76條之1分別規定應撤銷緩刑及得撤銷緩刑宣告，均係判決確定後，撤銷緩刑的宣告而執行原判決所宣告的刑罰，是否違反一事不再理原則而失其效力？本席認為，依刑法第74條規定，受2年以下有期徒刑、拘役或罰金之宣告，而有下列情形之一，認以暫不執行為適當者，得宣告2年以上5年以下的緩刑。緩刑宣告僅是附條件暫不執行原判決所宣告的刑罰，撤銷緩刑宣告仍應執行原判決所宣告的刑罰，並未

¹⁹ 最高法院107年度台非字第266號判決要旨：定應執行刑之裁定，與科刑判決具有同一效力，倘有違背法令，而於被告不利，應許提起非常上訴，以資救濟。又刑事訴訟法第370條第2項、第3項，已針對第二審上訴案件之定應執行之刑，明定有不利益變更禁止原則之適用。而分屬不同案件之數罪併罰，倘一裁判宣告數罪之刑，曾經定其執行刑，再與其他裁判宣告之刑定其執行刑時，在法理上亦應同受此原則之拘束。亦即，上述另定之執行刑，其裁量所定之刑期，不得較重於前定之執行刑加計後裁判宣告刑之總和。進而在分屬不同案件之數罪併罰，倘各裁判宣告數罪之刑，均已各別定其執行刑，再就全部宣告刑重新定其執行刑時，亦應有不利益變更禁止原則之適用，乃當然之理。是法院重新裁量另定之執行刑，倘較重於前定之數執行刑加計後之刑之總和，即屬違背法令。

另增加刑罰，更非就同一行為重複追訴、審問、處罰，故無違反憲法一事不再理原則的問題。

玖、科刑資料的調查與辯論

憲法上罪刑相當原則，不但於刑罰法律立法或修法時有其適用，於法院為科刑判決時，亦有其適用。法院經由論罪與科刑（或稱刑罰裁量、量刑）程序而為科刑判決，確認特定被告就被訴案件的所犯罪責與應科刑罰，應符合憲法罪刑相當原則，使輕重得宜，罰當其罪，以契合人民的法律感情。

犯罪事實有無的認定（簡稱論罪、罪責）與如何科刑（簡稱科刑）同等重要，其影響被告的權益甚鉅，過去實務上，無論在調查或辯論程序，二者常混同進行，2003年刑事訴訟法修正時，認應區分認定事實（論罪程序）與量刑程序（刑事訴訟法第289條立法理由參照）分別進行²⁰。

本件解釋，宣告系爭規定一部分違憲，系爭規定二累犯更定其刑違反一事不再理原則而失其效力。為使累犯者加重本刑更加符合罪刑相當原則，並避免裁判確定後，始發覺為累犯者，因本解釋宣告系爭規定二違憲失其效力而無法糾正該瑕疵，基此有必

²⁰ 最高法院 100 年台上字第 2261 號判決要旨：「刑事訴訟法第 288 條第 4 項規定審判長應於被訴事實訊問後，始得就被告科刑資料為調查，將論罪事實與科刑之調查程序予以分離，旨在避免與犯罪事實無關之科刑資料影響職業法官認定事實之心證，而此所謂科刑資料當係指刑法第 57 條或第 58 條所規定之內容，亦即科刑之標準與基礎應如何具體審酌取捨之問題。此等資料雖以自由之證明為已足，必也經過調查，使當事人、辯護人等有陳述意見之機會，始有刑事訴訟法第 310 條第 3 款所定『有罪之判決書，應於理由內記載科刑時就刑法第 57 條或第 58 條規定事項所審酌之情形』，否則所謂之審酌並記載於有罪之判決書云云，即失所據，其刑之量定自不足據以斷定，並有判決理由不備之違背法令」。

要強化累犯資料的調查證據與辯論程序。故本件解釋理由第三段，特別就科刑資料的調查與辯論，予以釋示。

解釋理由第三段釋示：「對累犯者加重本刑涉及科刑。目前刑事訴訟法，僅規定科刑資料之調查時期應於罪責資料調查後為之（刑事訴訟法第 288 條第 4 項參照），及賦予當事人對科刑範圍表示意見之機會（刑事訴訟法第 289 條第 3 項參照），對於科刑資料應如何進行調查及就科刑部分獨立進行辯論均付闕如。為使法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則，法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實（刑法第 47 條第 1 項及第 59 條至第 62 條參照）及其他科刑資料（刑法第 57 條及第 58 條參照），指出證明方法²¹，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑相當原則的科刑判決。相關機關應依本解釋意旨儘速修法，以符憲法保障人權的意旨，併此指明。」

關於上開釋示，本席補充說明如下：

一、所謂「就科刑部分獨立進行辯論程序」，即將目前罪責辯論與科刑混同進行之程序，予以精緻妥適化。司法院、行政院於 100 年 6 月 10 日函請立法院審議之刑事訴訟法部分條文修正草案第 289 條增訂第 3 項規定：「前項辯論後，應命依同一次序，就科刑範圍辯論之，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬就科刑範圍表示意見之機會。已依前 2 項辯論及表示意見者，得再為辯論及表示意見，審判長亦得命再行為

²¹ 指出證明方法，此乃參照刑事訴訟法第 161 條規定，檢察官指出證明方法；第 161 條之 1 規定：被告得就被訴事實指出有利之證明方法。另實務上，最高法院 100 年度台上字第 7302 號判決亦指出：上訴人於原審已具狀臚列其依刑法第 57 條各款之具體事由所應審酌本案之量刑，請求調查證據，並已指出證明之方法。乃原審全未調查審酌，即遽行改判大僻之刑，殊難謂適法。

之。」²²即係獨立進行科刑辯論。相關機關就此應依本解釋意旨，儘速完成修法程序。

二、所謂「法院依法詳加斟酌取捨」，僅是重申依刑法第 57 條第 1 項規定，科刑時應以行為人之責任為基礎，並「審酌」一切情狀者而言。

三、所謂「法院依法……並具體說明據以量定刑罰之理由」，僅是重申依刑事訴訟法第 310 條規定：「有罪之判決書，應於理由內分別情形記載下列事項：……三、科刑時就刑法第 57 條或第 58 條規定事項所審酌之情形。四、刑罰有加重、減輕或免除者，其理由……」而言。實務上最高法院 101 年度台上字第 2898 號判決要旨指出，刑事審判之量刑，旨在實現刑罰權之分配的正義，故法院對科刑判決之被告量刑，應受比例原則及公平原則之限制，並應符合罪刑相當原則，使罰當其罪，否則其判決即非適法。此所以刑法第 57 條明定科刑時應審酌一切情狀，並審酌一切情形，尤應注意該條所列各款情形，以為科刑輕重之標準，依刑事訴訟法第 310 條第 3 款規定，並應將所審酌之具體情形，記載於判決書理由內，否則即難謂無判決不載理由之違法²³。

四、上開所稱具體說明，並不以說明加重或減輕幾分之幾為必要。實務上，最高法院 106 年度台上字第 324 號判決指出：法院對被告量刑時，舉凡一切有關犯人犯罪行為之前因後果以及直接間接影響所及者，固應悉心斟酌，尤以刑法第 57 條所列舉之各款事由為要。但個案之情節迥異，在審酌刑度

²² 詳見立法院議案關係文書，院總第 161 號，政府提案第 12668 號，第 255 頁至 256 頁參照。

²³ 其他最高法院判決，如 101 年度台上字第 352 號判決、97 年度台上字第 1615 號判決、95 年度台上字第 3880 號判決等參照。

時，各量刑因子相互交錯、彼此影響，為有機之組合，其中或有重要突顯者，或有無關緊要者，而在綜合一切情狀審酌後，就其中對量刑有影響之事由在「理由」中有所說明即已足，並不限於在特定事項下。另，105 年度台上字第 1587 號判決指出：有期徒刑減輕者，減輕其刑至 2 分之 1，刑法第 66 條前段定有明文，依此規定減輕有期徒刑者，最高減至 2 分之 1，並無最低減刑之限制，在該 2 分之 1 限度之內，究減幾分之幾，事實審法院本有依具體情節而為自由裁量之權，並非必減至 2 分之 1，始為適法。且判決內關於刑法之減輕，祇須援用減刑法條，即不說明減輕分數及減輕後刑之限度，亦非違法。可供參考。

拾、結論

綜上所述，歸結本解釋對累犯者加重本刑的影響如下：

- 一、依本解釋釋示，刑法有關累犯加重本刑部分，有違憲之處，有關機關應依本解釋意旨定期修正，打開修法之門！有關機關應可重新考慮是否將累犯應加重本刑二分之一，修正為累犯得²⁴加重本刑二分之一！現有法律已有相類規定可供參考，例如，社會秩序維護法第 26 條規定：「經依本法處罰執行完畢，3 個月內再有違反本法行為者，得加重處罰。」（法官裁量加重）；海關緝私條例第 45 條規定：「追徵或處罰之處分確定後，5 年內再犯本條例同一規定之行為者，

²⁴ 王皇玉教授於 108 年 1 月 15 日釋憲說明會上陳述：如果這個條文要保留，建議修法方向是，除了供法官有裁量空間，將「應」修改為「得」外，還要於條文中明定裁量基準。可供參考。吳燦，〈累犯確定判決違誤之救濟〉，《司法周刊》，第 1940 期，108 年 2 月 22 日，亦謂累犯「應」加重本刑，建議修正為累犯「得」加重本刑。

其罰鍰得加重二分之一；犯三次以上者，得加重 1 倍。」（法官裁量加重）

- 二、依本解釋釋示，修法完成前，為避免發生罪刑不相當之情形，法院就承辦之累犯個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑，已將系爭規定一「應」加重本刑（法定本刑加重），調整為「得」加重最低本刑（法官裁量加重），俾符合憲法罪刑相當原則的意旨，使罪當其責、罰當其罪，以保障人權。為達此目的，審判長或受命法官允宜於行準備程序或言詞辯論程序時，詢問檢察官有無累犯加重的情形，曉諭檢察官指出證明方法，最後由法院就累犯資料進行周詳的調查與辯論程序，依職權詳加審慎斟酌取捨，裁量是否加重最低本刑。
- 三、為避免發生罪刑不相當之情形，法院得依本解釋意旨，就該累犯個案，裁量是否加重最低本刑，倘其未有逾越法律所規定的範圍，或濫用其權限，即不得任意指摘為違法，以為第三審上訴的理由。
- 四、一事不再理原則，是現代法治國普世公認的憲法原則，本解釋亦肯定其為憲法原則，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰。

釋字第 775 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

黃昭元大法官 加入

本件之爭點，在於累犯加重處罰規定之合憲性問題，及其延伸之累犯更定其刑規定是否違憲問題。審查客體有三，分別為刑法第 47 條第 1 項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」（下稱系爭規定一）、刑法第 48 條前段規定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。」（下稱系爭規定二）及刑事訴訟法第 477 條第 1 項規定：「依刑法第 48 條應更定其刑者……由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之。」（下稱系爭規定三）。

本號解釋認依系爭規定一，累犯不分情節，一律須加重最低本刑，導致行為人所受之刑罰可能超過其所應負擔罪責，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，不符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第 23 條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。系爭規定二與憲法一事不再理原則有違，應自本解釋公布之日起失其效力。系爭規定三與系爭規定二相關連，應即併同失效。就此等違憲結論，本席敬表贊同。惟多數意見認有關累犯加重本刑之部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。其所稱一行為不二罰原則，意義為何？適用範圍如何？與一事不再理原則

有無關涉？又多數意見有關係爭規定一累犯加重最低本刑部分違反罪刑相當原則之論述，是否周延？刑法第 59 條關於酌減刑罰之規定，為何不足以解決該違反罪刑相當原則之問題？凡此，皆有補充及釐清之必要，爰提出協同意見書。

一、累犯加重處罰制度之合憲性

累犯加重處罰之根據何在？學說相當分歧，大致可歸納為下列幾種見解：1. 行為人既有前科，仍不知警惕，再度犯罪；其責任較初犯者重，非難可能性高。2. 累犯行為人之人格或性格特別危險，須強化社會防衛。3. 累犯之違法性高，法益侵害性強。4. 基於社會防衛或犯人再社會化之必要性，採取特別預防之刑事政策目的¹。

緣於清末「暫行新刑律」即設有累犯加重處罰規定，立法理由為：「凡已受刑之執行，復再犯罪，此其人習於為惡，實為社會之大慙，若仍繩以初犯之刑，有乖刑期無刑之義」。民國 17 年刑法將累犯分為普通累犯與特別累犯兩種，前後所犯之罪性質不同者屬普通累犯，罪為同一或類似者屬特別累犯。立法理由稱：「暫行律不分犯罪之異同及性質，同等處罰，不足以懲治有特別之惡性者」、「特別累犯有特別之惡性，最難懲戒，故較普通累犯，自應特別加重」²。24 年刑法廢除特別累犯，保留一般累犯。其累犯加重處罰之立法理由係：「受刑後復犯罪，可證明通常刑之不足以懲治其特別惡性，而有加重其刑之必要」。關於累犯加重處罰之根據，此等立法理由似皆側重於上開第 2 種見解。系爭規定於 94 年修正公布，翌年施行，除修正累犯要件之再犯限於故意犯者外，其

¹ 西岡正樹著，累犯加重に関する一考察，法政論叢第 56 號，2013 年，頁 3。

² 黃盛源輯注，晚清民國刑法史料輯注（下），元照，2010 年，頁 902-904。

餘仍維持構成累犯者加重本刑之法律效果。其修正理由略稱：「累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。」（立法院公報第 94 卷第 5 期，第 237 頁參照）則顯然基於上開第 4 種見解之立場。惟本號解釋理由書謂：「姑不論累犯要件應如何定義，立法者之所以在原違犯條款所規定之處罰外，再以系爭規定一加重本刑之處罰，理由在於行為人前因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，理應產生警惕作用，返回社會後能因此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪。然而行為人卻故意再犯後罪，足見行為人有其特別惡性，且前罪之徒刑執行無成效，其對於刑罰之反應力顯然薄弱，故認有必要加重後罪本刑至二分之一處罰。」多數意見兼採上開第 1、第 2 及第 4 種見解。

反之，不贊同累犯制度者，主要從行為責任論之立場，批判累犯加重處罰不符行為刑法之要求，有重複評價之嫌，違反罪責原則及罪刑相當原則，而認為上開累犯加重處罰之各種根據皆難以成立。論者亦指出，德國刑法之累犯規定已於 1986 年廢除，且德國刑法實務驗證出，累犯規定成效不如預期，以重罰對付累犯顯然挫敗，進而對累犯制度存在之必要性提出質疑³。要之，無論在憲法或刑事立法政策層面，累犯加重處罰制度均面臨嚴峻批判及挑戰。

誠然，當代法治國家為保障人權，普遍基於罪責原則，採取行為刑法，強調有行為始有罪責，有罪責始有刑罰。但在行為刑法之前提下，行為人之因素仍不容忽視，否則刑法

³ 林東茂著，刑法綜覽，新保成，2009 年第 6 版，頁 1-32 至 1-33；同氏著，累犯與三振出局，台灣本土法學雜誌第 46 期，2003 年 5 月，頁 109、110。

將過於僵化，難免背離一般人之法感情。試觀刑法第 57 條量刑規定及分則有關業務過失罪規定（如刑法第 276 條第 2 項業務過失致死罪、第 284 條第 2 項業務過失傷害罪），可知現行刑法雖屬行為刑法，但並非完全不考慮行為人因素。同理，累犯加重處罰規定即使增加行為人因素之份量，亦未脫離行為刑法之正軌。又累犯於後罪提高行為人因素之考量，從而加重處罰，本質上還是對後罪之評價，應無重複評價之問題。

實際上，設有累犯加重處罰規定之國家所在多有，如美國、法國、奧地利、日本及韓國均是。又如德國，即使業已廢除普通累犯制度，但現行刑法仍有特別累犯規定。亦即，德國舊刑法第 46 條原本設有普通累犯加重處罰規定，經 1986 年修正廢除，嗣於 1998 年復修正刑法，另在第 176a 條規定兒童性侵害罪加重處罰，是為特別累犯制度。惟綜觀各國，累犯加重處罰規定之體例不一而足，關於累犯之各種因素，例如前罪與後罪是否限於相同法益侵害或特定犯罪類型（普通累犯或特別累犯）、構成累犯之再犯罪次數、以前罪判決確定或執行完畢為準、後罪與前罪之間隔時間、加重處罰之範圍與程度，各國規定不盡相同。基本上，實定法是否採取累犯加重處罰制度，以及累犯加重處罰制度應如何設計，屬於國家之刑事立法政策問題⁴，但其具體制度與人身自由之限制

⁴ 我國現行累犯制度於實務運作上出現諸多問題，對法官造成不少困擾，亟須檢討改進。依本院刑事廳於 108 年 1 月 15 日累犯制度釋憲說明會提供之意見及統計資料顯示，近年來最高法院刑事非常上訴案件終結情形中，以「累犯之宣告違誤」為撤銷原因者，佔所有撤銷案件之比率近半。具體言之，105 年以「累犯之宣告違誤」為撤銷原因者（81.5 件），佔所有撤銷案件（173 件）之比率為 47.11%，其中因「撤銷假釋在後」致累犯之宣告違誤者，即達 33 件，佔所有撤銷件數比率 19.08%；106 年以「累犯之宣告違誤」為撤銷原因者（97 件），佔所有撤銷案件（198.5 件）之比率為 48.87%，其中因「撤銷假釋在後」致累犯之宣告違誤者，即達 45 件，佔所有撤銷件數比率 22.67%。足見，「累犯之宣告違誤」佔所有非常上訴經撤銷之案件量大宗，其中有為數甚夥之案件屬於裁判後發生，無法為法官所預見並注意及之之新事實（例如

攸關，且涉及國家刑罰權之行使，合憲與否，仍須接受各種檢驗，自不待言。

二、一行為不二罰原則與一事不再理原則

本號解釋理由書表示：「立法者係認為行為人於前罪徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，5年內又故意違犯後罪，因累犯者之主觀惡性較重，故所違犯之後罪應加重本刑至二分之一。是系爭規定一所加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題。」一方面承認一行為不二罰為憲法原則，另一方面指稱系爭規定一僅加重後罪之處罰，並未加重前罪之處罰，故不生是否違反該原則之問題。然何謂一行為不二罰原則？該原則之射程如何？何以具有憲法之位階？多數意見未予說明，不免產生疑竇。

按一行為不二罰係學術及實務上主張之原則，並未見諸憲法明文。釋憲實務上，一行為不二罰原則之用語首見於本院釋字第604號解釋，其後大法官於釋字第754號解釋再度援用，並同樣認係法治國之憲法原則。惟該兩號解釋所涉及者為行政罰問題，與本件之刑罰問題不同。本席認為，刑事法上之一事不再理原則、一事不二罰原則及「雙重危險」(double jeopardy)禁止原則，攸關人身自由之保障，不論憲法有無明文規定，皆屬憲法原則，要無疑義。惟行政法上是否另有具憲法位階之一行為不二罰原則，或者憲法上是否尚有一個涵蓋不同乃至所有法律領域之一行為不二罰原則，則深感懷疑。有關論述詳見釋字第754號解釋協同意見書，茲

撤銷假釋在後)。

不贅言。

本號解釋所稱憲法一行為不二罰原則，若僅侷限於刑罰範疇，即與刑事法上之一事不再理原則、一事不二罰原則及「雙重危險」(double jeopardy)禁止原則相當，定位為憲法原則，應無不可。惟本號解釋既承認一事不再理原則為現代法治國普世公認之原則，並用以審查系爭規定二之合憲性，則於審查系爭規定一之合憲性時，照理亦以援引該原則為宜⁵，庶幾可以避免一行為不二罰原則引發之紛擾。

蓋依本號解釋理由書所述，一事不再理原則意指：刑事訴訟「判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險(即禁止雙重危險)、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性。」其內容包含同一行為重複處罰之禁止，亦即一行為不二罰(刑罰)⁶。嚴格言之，一事不再理與雙重危險之禁止不盡相同。前者乃大陸法系之法律原理，著重在確保判決之實體確定力或既判力；後者屬英美法概念，係以被告之

⁵ 日本國憲法第 39 條規定：「任何人，就實行時適法之行為或既已被判無罪之行為，均不受刑事責任之追究。又，就同一犯罪，不重複受刑事責任之追究。」通說認前段前半禁止「事後法」(ex post facto law)或溯及處罰，蘊含罪刑法定主義之概念；前段後半及後段揭櫫一事不再理原則或雙重危險禁止原則。日本最高法院判例表示，日本刑法第 56 條及第 57 條之累犯加重規定，只是承認得對累犯後罪科以較重之刑罰，既未動搖前罪之確定判決，亦非對前罪重複處罰，故未違反憲法第 39 條規定(最大判昭和 24・12・21 刑集 3 卷 12 號 2062 頁)。參照奧平康弘著，憲法Ⅲ—憲法が保障する權利，有斐閣，1993 年，頁 367-371。

⁶ 有論者認為：「在憲法之意涵中，『一事不再理』(禁止雙重危險)與『一行為不二罰』為二完全不相同之概念，必須澄清。在一般情形，國家機關非藉兩次訴訟，不可能達到雙重處罰的目的，所以只要貫徹一事不再理原則，即能達到一行為不二罰之目的……。然而國家機關也可能在單一訴訟中，對被告為重複之控訴，此時即無法藉由一事不再理來貫徹一行為不二罰。」參照王兆鵬著，一事不再理，元照，2008 年，頁 13。惟依本號解釋多數意見之見解，一事不再理原則除要求不得對同一行為重複追訴、審問外，尚包括禁止對同一行為重複處罰，故應無論者指摘之問題。

權利保護為直接目的⁷。惟實際運用結果，二者幾無差異⁸，本號解釋亦不強加區別。

誠如本號解釋理由書所示，一事不再理作為憲法原則，其實定法依據出於憲法第 8 條第 1 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。」理論基礎則源自法治國原則，另外比較法上亦有聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項⁹、美國憲法增補條款第 5 條¹⁰、德國基本法第 103 條第 3 項¹¹、日本國憲法第 39 條等規定可資參照。而憲法第 8 條第 1 項係人身自由之基本原則規定，其所稱「依法定程序」，實乃正當法律程序原則之表現，除要求限制人身自由之程序應以法律定之外，更要求法律規定之程序必須正當。例如，刑事被告受告知與聽審（notice and hearing）之權利、辯護人選任權、證人詰問權、審判中被告之卷證資訊獲知權、不得強迫被告自認其罪等，均係正當程序之內容，一事不再理原則亦然。

一事不再理固為憲法原則，仍有例外不予適用之情形。如前所述，一事不再理原則（雙重危險禁止原則）之目的，係為維護判決之實體確定力及被告之權利。前者屬重要乃至

⁷ 野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利共著，憲法 I，有斐閣，1997 年新版第 1 刷，頁 403（高橋和之執筆部分）。

⁸ 奧平康弘著，同註 5，頁 370、371。

⁹ 聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項規定：「任何人依一國法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑。」

¹⁰ 美國憲法增補條款第 5 條規定：「非經大陪審團提起公訴，人民不受死罪或其他不名譽罪之審判，但戰時或國難時期服役之陸海軍或國民兵所發生之案件，不在此限。同一罪案，不得令其受兩次生命或身體上之危險。不得強迫刑事罪犯自證其罪，亦不得未經正當法律手續剝奪其生命、自由或財產。非有公正賠償，不得將私產收為公用。」

¹¹ 德國基本法第 103 條第 3 項規定：「任何人不得因同一行為，而依一般刑法重複受處罰。」

極重要之公共利益，當另有其他極重要之公共利益須維護時，或有讓步之必要。是本號解釋將「為維護極重要之公共利益者」列為一事不再理原則適用之例外，尚稱允當。惟本號解釋主要就累犯論之，並未試圖建立一個全面共通之例外標準。本席認為，於被告有利情形，為維護被告權益，例外標準不妨放寬。有刑事訴訟法第 420 條第 1 項各款所列情形，為受判決人之利益，得聲請再審，即為適例。因系爭規定二及三有關累犯更定其刑之規定，顯然對被告不利，且非為維護極重要之公共利益，尚不符一事不再理原則例外不適用之標準，故與憲法有違，應失其效力。據此，裁判確定後發覺為累犯者，不得更定其刑，亦即無法依系爭規定一以累犯加重處罰。如此一來，實體正義難免受到影響，但基於一事不再理及正當法律程序原則追求程序正義之本旨，此乃不得不忍受之代價。

三、累犯加重處罰規定與罪刑相當原則

國家擁有各式各樣權力，可介入人民之生活世界。對人民而言，凡國家權力皆蘊含重要意義，其中尤以刑罰權最具權力性表徵，並為其他權力之最終擔保，是以格外受重視，不言可喻。國家藉由刑罰權之行使，對人民科以刑罰，限制或剝奪人身自由及財產權等，可見刑罰及刑罰權之行使自始與人權立於緊張對立狀態¹²。從人權保障觀點，刑罰及刑罰權之行使應受一定之制約，不得濫用。因此，各國憲法普遍定有相關規範，我國亦不例外。憲法第 8 條關於人身自由之保障規定，堪稱典範。此外，大法官經由解釋揭示之罪刑法定主義（釋字第 384 號、第 443 號、第 522 號及第 765 號解釋

¹² 奧平康弘著，同註 5，頁 290-293。

參照)、刑罰明確性原則(釋字第 522 號及第 680 號解釋參照)、羈押權歸屬與提審要件(釋字第 392 號解釋參照)、正當法律程序原則與軍事審判之訴訟救濟(釋字第 436 號解釋參照)、刑事被告之證人詰問權(釋字第 582 號解釋參照)、律師接見受羈押被告時之監聽錄音(釋字第 654 號解釋參照)、受刑人刑期執行期滿之釋放時間(釋字第 677 號解釋參照)、偵查中羈押審查程序卷證資訊獲知權(釋字第 737 號解釋參照)、第二審初次受有罪判決者得上訴第三審(釋字第 752 號解釋參照)、審判中被告之卷證資訊獲知權(釋字第 762 號解釋參照),以及罪責原則(釋字第 687 號解釋參照)與罪刑相當原則(釋字第 551 號、第 602 號、第 630 號、第 662 號及第 669 號解釋參照),均係攸關刑罰及刑罰權行使之憲法規範。其中之罪刑相當原則,乃本號解釋判定系爭規定一違憲性之依據。

釋字第 687 號解釋釋示:「基於無責任即無處罰之憲法原則,人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰,法律不得規定人民為他人之刑事違法行為承擔刑事責任。」已明白承認罪責原則為憲法上之原則。而刑罰既以罪責為基礎,則刑罰須與罪責相當,自屬罪責原則推論之結果,且符合比例原則之要求。因此,罪刑相當原則可謂罪責原則派生出來之原則,並為比例原則在刑罰上之體現,如同租稅法律主義為法律保留原則在租稅領域之呈現一般。準此,本號解釋理由書表示:「立法機關衡量其所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性,綜合斟酌各項情狀,以法律規定法官所得科處之刑罰種類及其上下限,應與該犯罪行為所生之危害、行為人責任之輕重相符,始與憲

法罪刑相當原則及憲法第 23 條比例原則無違。」

本號解釋理由書接著指出：「系爭規定一不分情節，一律加重最低本刑。因目前實務上有期徒刑加重係以月為計算單位，如最低法定本刑為 6 月有期徒刑，累犯加重結果，最低本刑為 7 月有期徒刑。本來法院認為諭知 6 月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞動即可收矯正之效或足以維持法秩序（刑法第 41 條第 1 項及第 3 項規定參照），但因累犯加重最低本刑之結果，法院仍須宣告 7 月以上有期徒刑，致不得易科罰金或易服社會勞動。因此，系爭規定一不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。」本席認為此段文字有若干未臻明確或易生誤解之處，猶待闡釋或釐清，茲分述如下：

（一）刑法第 67 條規定：「有期徒刑或罰金加減者，其最高度及最低度同加減之。」故累犯依系爭規定一「加重本刑至二分之一」，意指累犯之最高法定刑（本刑）及最低法定刑（本刑）皆須加重至二分之一，而形成處斷刑。所謂加重至二分之一，係指加重之最上限為二分之一，非謂最低本刑與最高本刑皆須加重二分之一。理論上最低有期徒刑僅加重一日亦無不可，但因目前實務上有期徒刑加重係以月為計算單位，故處斷刑至少加重一月。依此，處斷刑範圍實際上為最低本刑加一月至最高本刑加二分之一之間。法官於具體個案定宣告刑時，應在處斷刑範圍內，依刑法第 57 條量刑規定

為之。就此角度觀之，系爭規定一累犯加重處罰規定之意義，固包含累犯罪責之評價，無寧更在於擴大法官之量刑空間。本席認為，累犯之成因不一，個別行為人之惡性、非難可能性、再社會化或社會防衛之必要性，亦千差萬別，而系爭規定一關於最高本刑加重部分，有擴大量刑空間之效果，使法官可依累犯個案情節，決定科刑之輕重，基本上應與罪刑相當原則之精神無違。

(二) 惟系爭規定一關於最低本刑加重部分，反而壓縮法官之量刑空間。累犯不分情節，一律須加重最低本刑，對情節輕微之累犯而言，刑罰可能超過其應負擔之罪責，而與罪刑相當原則不符。解釋理由書舉最低本刑為 6 月之案件為例，指出情節輕微之累犯因加重最低本刑，致生不得易科罰金或易服社會勞動之結果，意在凸顯系爭規定關於最低本刑加重部分之問題。其實，即使最低本刑逾 6 月者，其加重同樣有違反罪刑相當原則之問題。

(三) 刑法第 59 條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」論者或主張，於個案因加重最低本刑，致生不符罪刑相當原則之情形時，其問題可藉上開規定之適用加以化解。實務上亦確有法院循該途徑處理者，然此一作法便宜行事，與最高法院對刑法第 59 條之解釋適用一向從嚴之立場有違。最高法院認刑法第 59 條規定之酌量減輕其刑，必須在刑法第 57 條所定量刑審酌事項外，另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般之同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。至被告之犯罪動機、手段、惡性、情節是否輕微、單純犯罪所得財物多寡、犯罪後態度、犯罪後有無與被害人

和解等情狀，僅屬刑法第 57 條所規定得於法定刑內審酌量刑之標準；另年齡要件為他項減輕之事由；均不得據為第 59 條酌量減輕其刑之適法理由(最高法院 107 年度台非字第 156 號判決、105 年度台上字第 1911 號判決、101 年度台上字第 2776 號判決、100 年度台上字第 6276 號判決及 99 年度台上字第 1289 號判決參照)。本席認為，刑法第 59 條規定預設之前提，係原本立法所定最低刑度合憲，但適用在犯罪情狀顯可憫恕之特殊個案時，卻出現罪刑不相當問題，爰例外許法院酌量減輕刑罰，以濟其窮。反之，如前所述，系爭規定一關於最低本刑加重部分，係立法本身違反罪刑相當原則，與刑法第 59 條規定預設之前提不同，無法藉刑法第 59 條之適用解決其違憲問題。

釋字第 775 號解釋協同意見書

黃瑞明大法官 提出

本號解釋認為刑法第 47 條第 1 項（系爭規定一）有關累犯加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題，但就該規定不分情節，一律加重最低本刑部分，認為不符罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。本席贊同本號解釋之結論，但認本號解釋之意旨有闡明之必要，且認本號解釋尚有不足之處，爰提出協同意見如下。

壹、本號解釋應闡明之處

一、累犯規定是否違憲，有多層問題應加考慮，本號解釋宣示其中之一部分違憲：

系爭規定一有關累犯之規定是否違憲，至少有如下層次之問題應予探究：

（一）累犯制度是否違憲：

有論者認因累犯加重涉及行為人刑法而非行為刑法，且違反罪責原則與一行為不二罰原則，因此不應有累犯之一般性規定，而主張系爭規定一違憲者。本號解釋認定系爭規定一「不生違反憲法一行為不二罰原則之問題」，本號解釋理由認「因累犯者之主觀惡性較重，故所違犯之後罪應加重本刑至二分之一。是系爭規定一所加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題。」雖簡潔地論述了累犯加重之理由，但本席認為尚難說服上開論者。

（二）累犯制度之存在尚不違憲，但累犯之構成要件「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者」部分，涉及違反法律明確性原則及比例原則

而違憲：

有論者主張系爭規定一不分前、後罪之罪質是否相同，不問前罪為故意或過失，亦不論後罪之犯罪情節、輕重、動機，一律加重本刑至二分之一，違反比例原則。另「受徒刑之執行完畢」規範亦不明確，違反法律明確性原則，因而違憲。

本號解釋就累犯之定義是否過於寬泛或不明確而涉違憲，並未加置論，但於解釋文認定系爭規定一「不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑」而違憲，可認本號解釋對累犯之構成要件亦有所指摘，但未明確宣示構成要件有上開問題而違憲。

(三) 系爭規定一對累犯加重其刑之部分即「加重本刑至二分之一」之規定，未給法官衡量之權限而「應」加重，是否違憲：

因刑法第 67 條規定「有期徒刑或罰金加減者，其最高度及最低度同加減之。」故符合系爭規定一者，其最高度及最低度刑均應加重至二分之一。本號解釋認就加重最低本刑部分因系爭規定「……一律加重最低本刑……致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害」，不符憲法罪刑相當原則且抵觸比例原則而違憲。

本號解釋是大法官為獲法定可決人數求取最大公約數下之折衷決定。本席同意本號解釋，並認為本號解釋檢討累犯制度以追求罪刑相當並兼顧人權保障，有其意義，但仍嫌為德不卒。

二、本號解釋稱系爭規定一「不分情節」一律須加重最低本刑而違憲，其意旨為何？

本號解釋要求有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依

本解釋意旨修正系爭規定一。於修正前，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。本席認為本號解釋之意旨得闡明如下：

(一) 依情節考量對行為人之處罰是否過苛，應考量行為人是否具有特別惡性及對刑罰反應力薄弱：

本號解釋理由稱「系爭規定一不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑……不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則」本席認為其意旨即指若依系爭規定一對累犯之定義，其情節尚不具特別惡性及對刑罰反應力薄弱時，即可能過苛。至於如何依其情節判斷行為人不具有特別惡性及對刑罰反應力薄弱之特質，本號解釋並未就此申論。本席認為不能以系爭規定一之要件「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者」之機械式之適用，即可認定行為人具有「特別惡性及對刑罰反應力薄弱」，而仍應就其「情節」為判斷是否過苛，即為本號解釋之意旨。其「情節」自然包括前罪是否為過失犯，前後兩罪之罪質是否相近、有無關聯等因素綜合判斷之。就此本席認為德國刑法 1969 年增設一般累犯之加重規定有值得參酌之處¹。值得注意的是該規定於 1986 年刑法修正時已全部刪除²。

德國 1969 年刑法之規定至少有幾項與我國目前有關累犯之規定不同之處，包括 1、前罪限於至少兩次因故意犯罪而受刑之科處，而系爭規定一下之前罪不限於故意犯，而包括過失

¹ 德國 1969 年刑法增設一般累犯加重之規定，其要件為 (1) 行為人在過去至少兩次因故意犯罪而受刑之科處；(2) 其中一次或數次犯罪曾受三月以上自由刑之執行；(3) 現在所為者係法定自由刑之故意犯罪，且其法定自由刑之最高度為一年以上；(4) 依犯罪之種類及情況堪稱認為以前科刑對行為人未收警戒之效。參見許福生，累犯加重之比較研究，刑事法雜誌第 47 卷第 4 期，頁 5-6，2003 年 8 月。

² 德國刑法分則在個別條文規定累犯之最低刑度，如刑法第 176 條之 1 規定，5 年內對兒童觸犯嚴重性侵害者，應處不低於 1 年之自由刑。

犯。2、後罪限於法定自由刑之最高度為一年以上之罪，而系爭規定一無此要求。3、法官得依犯罪之種類及情況堪稱認為以前科刑對行為人未收警戒之效，判斷是否構成累犯，而系爭規定一並未賦予法官如此之裁量權限。本號解釋所指摘系爭規定一「不分情節……一律加重最低本刑」即是賦予法官就犯罪之情節予以衡量之權力，其衡量之基準應是行為人是否有「特別惡性及對刑罰反應力薄弱」之情事。

至於本號解釋所舉的例子，即最低刑加重之後，產生不得易科罰金或易服社會勞動之例子，已產生刑罰種類變更之效果，而有過苛之情形。該類型為過苛之例示，法官於個案衡量時，自不以此類型之過苛為限，而應就累犯構成要件之情節綜合判斷之。

(二) 若依情節裁量後認為不須加重最低本刑，而應科處法定最低刑度者，本質已非累犯，得不為累犯之宣告

法院為裁量時如認為依其情節加重最低本刑仍屬過苛而不加重最低本刑，亦即科處法定最低刑度，於此情形下，本席認為，法院應已認定行為人不符合累犯「特別惡性及對刑罰反應力薄弱」之立法理由，其本質已非累犯。法院既科處法定最低刑度，而不加重最低本刑，自得不為累犯之宣告。因為當法院不加重最低本刑，卻仍認定被告為累犯時，兩者有矛盾。受累犯之宣告縱未加重最低本刑，行為人於日後受徒刑之執行與假釋時，其權益將受重大不利之影響。受刑人於入監後適用累進處遇分類時，累犯與初犯、再犯為不同之分類，累犯者於適用累進處遇時，其責任分數亦較表列標準逐級增加其責任分數三分之一（行刑累進處遇條例第 11 條及第 19 條參照）。故累犯要進級至合乎假釋門檻之第二級受刑人已較非累犯者困難（行刑累進處遇條例第 76 條參照）。且累犯假釋之門檻亦較一

般受刑人高（刑法第 77 條規定，受徒刑之執行而有悛悔實據者，有期徒刑逾二分之一，得報請假釋；累犯則須逾三分之二，始得報請假釋）。

三、本號解釋所指之過苛與刑法第 59 條之過苛酌量減輕有何差別？

本號解釋特別指明系爭規定一違憲之情形為「一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案」，本號解釋特別指明因累犯而加重最低本刑而致過苛，是指刑法第 59 條所定「犯罪之情狀顯可憫恕」以外的情形。申言之，也就是論以累犯而加重最低本刑，從而過苛之情形，本席認為此時應考量者包括行為人是否「有其特別惡性，且前罪之徒刑執行無效，其對於刑罰之反應力顯然薄弱」之情形，換言之，行為人縱符合累犯之構成要件者，但是否符合立法理由對累犯之立法目的，屬本解釋所稱「過苛」應衡量之因素。刑法第 59 條之顯可憫恕與本號解釋所稱之過苛為不同層次之問題。

貳、本號解釋有所不足之處

一、本號解釋既確認累犯加重並非「極為重要之公共利益」，又承認累犯之存在不違憲，其中有無矛盾？

本號解釋認刑法第 48 條前段規定「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑」(系爭規定二)因違反憲法一事不再理原則而違憲，且認定系爭規定二「其目的僅係為審酌原未發覺之累犯資料，更定其刑、加重處罰，非為維護極重要之公共利益。」

「累犯」存在之事實對科罰之重要性遠不及犯罪之證據。依刑法第 48 條後段規定，刑之執行完畢或赦免後發覺為累犯

者，不再更定其刑；而刑罰執行完畢後，或已不受執行時，如發現確實之新證據，足認其有應受有罪或重刑判決之犯罪事實者，仍得為受判決人之不利益聲請再審（刑事訴訟法第 422 條及第 423 條參照），足見「累犯」之事實於論罪科刑之重要性實遠不及「犯罪證據」。然而就此科刑考量之事實，系爭規定一卻規定本刑之最高度及最低度刑均加重至二分之一之規定，未讓法官有評量空間，即有輕重失衡之虞。

本號解釋就系爭規定一「一律須加重最低本刑部分」，認為不符憲法罪刑相當原則及比例原則，然而就累犯身分之存在以及「最高本刑部分亦加重至二分之一」，對受裁判人之權益亦為增加負擔，未加以深入討論。尤其是累犯之身分對於受刑人於刑之執行期間所受之待遇及假釋門檻，均有重大不利之影響，已如前述。本號解釋肯認累犯應加重其刑之規定「並非為維護極重要之公共利益」，但另一方面本號解釋又稱累犯「不生一行為不二罰原則之問題」而未宣告累犯制度違憲，這中間存有必須說理之空間。申言之，本號解釋認為累犯加重並非「極重要的公共利益」，但似乎認仍屬「一般公共利益」或屬「普通重要的公共利益」，因此累犯制度尚不違憲。究竟「極重要」與「一般」或「普通」重要的公共利益，其間差距何在？本號解釋只給結論，並未闡述足以說服反對方之理由。本席認為本號解釋未對累犯之規定溯源探究是否符合立法意旨，反而在寬泛與不明確的累犯定義之下，就累犯加重究竟屬何種公共利益，以模糊的用語帶過，實為本號解釋有所不足之處。本號解釋可說是解除了長期困擾院、檢之間的累犯更定其刑所產生非常上訴的問題。但本席認為，僅因審判過程中法院是否發現被告為累犯之資料，就有加重或不加重之結果，就相同犯行，相同前科之二位被告而言，僅因法院審理時，因累犯資料齊全與否，而有不同的判決結果與命運，其中判決結果與入監後處遇不平等之

處，讓人民對司法產生不公平之感，是否非屬「極重要的公共利益」而得忽略？本號解釋並未闡述，就此，本席認為有所不足。

本席認為本號解釋宣告系爭規定一就累犯加重本刑部分不違憲，但同時宣告系爭規定二違憲，中間存有灰色地帶。本號解釋一方面讓法院得依情節裁量累犯最低本刑加重是否過苛，另一方面讓法院未就累犯之存在加以考量而告裁判確定時，又不須再重加考量，這中間游移之態度，追本溯源應該是因為系爭規定一累犯之要件過於寬泛與不明確之故。符合系爭規定一者未必皆為惡性重大與刑罰反應力薄弱之人，但另外一方面如果確有惡性重大與刑罰反應力薄弱之人，如最明顯的例子為多次酒駕、屢罰不改，顯見其自我控制力薄弱，又如多次犯對兒童猥褻性侵之罪者，顯見有特殊之性癖好之徒，或有多次家暴、虐兒前科者，縱於審理時未發現其前科而經判決確定，仍應准予更定其刑，始符罪刑相當原則。就此本席認為探討累犯是否違憲之問題，根本溯源之道應該重新定義「累犯」之要件，一方面將其限縮於顯有重複犯罪危險傾向者，如酒駕、性侵犯、虐童等，於刑法分則各罪分別規定累犯加重，在此範圍內之累犯，縱於裁判確定後始發覺其為累犯亦得更定其刑，或針對其危險傾向施以保安處分，以符合罪刑相當原則，並維繫人民對於司法公平之感情。

二、累犯之構成要件「受徒刑之執行完畢」亦涉違憲

本號解釋有多位聲請人，其中有幾份釋憲聲請書主張系爭規定一所定累犯之要件「受徒刑之執行完畢」於適用時滋生眾多疑義，有多種態樣，如數罪併罰合併定應執行刑、再犯經撤銷假釋、感訓處分折算刑期等。本席認為根本的問題在於累犯要件「受徒刑之執行完畢」之定義不明確，致究應以被告出

監之日起算或於判決確定之日起算有爭議。在實務上有許多情況，被告已受一部之執行（如假釋），或已執行完畢（如感訓處分折算刑期，或數罪併罰而定應執行刑）而後判決始確定之情形，此時當事人是否應認係累犯，依不同處境之當事人就 有幸與不幸之分，這界線偏離累犯規定之意旨（對刑罰反應力薄弱之人加重其刑），即可能產生對刑罰有反應力者被認累犯而遭加重其刑，反之亦有對刑罰缺乏反應力者卻不被視為累犯（如假釋期間再犯、數罪併罰而先執行部分之刑），如此之嚴重缺失已足以動搖累犯制度存在之基礎，而不僅僅是對受處分人自由權之侵害而已。本號解釋就此未加置論，實未盡嚴格審查之旨。

參、未來立法之考慮

一、本號解釋雖未宣告累犯之規定違憲，亦未指摘累犯之構成要件不明確，但本席認為就本號解釋所稱加重最低本刑涉及過苛部分，實亦包括對累犯之構成要件是否過於寬泛之指摘，亦應一併檢討。同時應對「受徒刑之執行完畢」作清楚之界定，以符合累犯加重之意旨。

二、進一步，可考慮廢止累犯之一般規定。依實證研究之結果重新設計累犯之要件，另參考德國刑法針對有重複犯罪習性而有侵害公益疑慮者，如酒駕、性侵、虐童等於刑法分則個別規定累犯加重，於此情形，縱於裁判確定後始發現，亦應許可更定其刑，以達罪刑相符，並符國人對司法公平之期待。

釋字第 775 號解釋協同意見書

黃昭元大法官提出

許志雄大法官加入

[1] 本號解釋之審查標的有三：刑法第 47 條第 1 項、刑法第 48 條前段及刑事訴訟法第 477 條第 1 項。就刑法第 47 條第 1 項而言，本號解釋並未審查累犯之要件部分，而僅就累犯「應加重**最低**本刑」之效果規定部分，宣告其違反憲法罪刑相當原則而違憲；就刑法第 48 條前段所定累犯之「更定其刑程序」規定，則宣告其違反憲法一事不再理原則，亦違憲。至於刑事訴訟法第 477 條第 1 項有關累犯更定其刑之規定部分，係為開啟刑法第 48 條之程序；刑法第 48 條既然違憲，刑事訴訟法第 477 條第 1 項有關累犯之程序規定部分，自然隨之違憲，本號解釋就此並未另外提出其他之違憲理由。本席原則上支持上述三項違憲宣告之結論，但對其部分理由及違憲之範圍，另有補充說明或不同主張，謹提出協同意見書如下。

一、刑法第 47 條第 1 項部分

[2] 本號解釋宣告刑法第 47 條第 1 項違憲的結論及理由中，有以下幾點¹值得注意：

- (一) 累犯應加重**最低**本刑的效果規定部分，違憲；至於應加重**最高**本刑部分，不違憲。
- (二) 「應加重」最低本刑規定違憲的範圍？：於過苛個案始例外違憲？或原則上即違憲，應改為「得加重」最低本刑？
- (三) 刑法第 59 條與效果規定過苛之關聯？
- (四) 附 2 年修法期限的單純違憲宣告？或立即失效的違憲宣告？
- (五) 沒有審查累犯之要件規定是否違憲。

¹ 本號解釋另認累犯應加重本刑部分之規定，不生違反一行為不二罰原則之問題，亦不違反罪責原則。關於這點，許志雄大法官在其協同意見書之一及二部分有相當深入的補充意見，本席贊成並加入其意見書。

以下僅就上述各點，進一步表示本席之看法。

(一) 累犯應加重「最低」本刑的效果規定部分，違憲；應加重「最高」本刑部分，不違憲

[3] 本號解釋除未審查刑法第47條第1項所定累犯的要件外，就其效果規定，則以違反罪刑相當原則為由，僅就「應加重最低本刑」部分宣告違憲；至於「應加重最高本刑」部分，則不違憲。此項結論，和日本有關累犯之加重規定類似，而和德國刑法就特別累犯係規定僅應加重其最低本刑，卻不容許加重最高本刑之情形，則剛好相反。同仁羅昌發大法官²、詹森林大法官³則認為應加重最高本刑部分，也同樣違反罪刑相當原則。

[4] 本席支持本號解釋的立場，並補充以下兩項理由：(1) 刑法第47條第1項固然規定累犯應加重最高本刑至二分之一，依我國實務見解，這只是將原本的法定最高刑度提高二分之一，而成為其處斷刑上限。例如原法定刑範圍是一年以上七年以下有期徒刑，應加重至二分之一，其處斷刑上限即為十年六月。在此上限內，法官依情節或宣告十年有期徒刑（超出原法定最高刑度），或宣告六年有期徒刑（在原法定最高刑度內），均屬合法量刑。換言之，「應加重」最高本刑的規定，實務運作結果等於是「得加重」最高本刑，而非一律加重。對於累犯之被告而言，並不會導致其所受宣告刑必然高於原法定最高本刑之不利益。⁴對法官而言，應加重最高本刑的規定，則是擴大法官的量刑範圍，讓法官對於惡性重大、情節嚴重之累犯，仍得處以高於原法定最高本刑之宣告刑。被告既不會遭受必然之不利益，法官也享有得依情節而加重量刑之授權，於應加重時即得

² 參本號解釋，羅昌發大法官協同意見書（四、(三) & (四)之部分）。

³ 參本號解釋，詹森林大法官部分不同意見書（貳之部分）。

⁴ 參最高法院28年上字第3378號刑事判例要旨：「刑法第47條所稱加重本刑至二分之一，祇為最高度之規定，並無最低度之限制，法院於二分之一以下範圍內，如何加重，本有自由裁量餘地，原審乃以第一審判決未予加重二分之一，指為違法，自屬誤會。」47年台上字第1004號刑事判例要旨：「刑法第47條所謂加重本刑至二分之一，祇為最高度之規定，並無最低度之限制，法院於本刑二分之一以下範圍內，如何加重，本有自由裁量之權，自不能以原判決僅加重其本刑十分之一，並未加重至二分之一，而再予減輕二分之一為不當。」

加重，毋須加重時亦得不加重，而可兼顧個案正義之需求。故應加重最高本刑之規定部分，自不違反罪刑相當原則。(2)就應加重最低本刑而言，其處斷刑之最低刑度則必然會比原來的法定刑最低本刑更高。且依我國實務立場，至少會加重有期徒刑一個月。(解釋理由書第 16 段參照)對被告而言，必會產生上述之不利益；對法官而言，則是限縮(而非擴大)其量刑範圍，即使是惡性或情節相對輕微之累犯，法官也必須加重(至少增加一個月有期徒刑)，致會有「毋須加重時仍應加重」之個案不正義。故本號解釋認應加重最低本刑之規定，於情輕罰重、個案顯然過苛之情形，會與罪刑相當原則有違；而應加重最高本刑之規定部分，則無此違憲疑慮。

(二)「應加重」最低本刑部分違憲，理由及範圍？

[5] 本號解釋固然宣告累犯**應加重**最低本刑部分之規定違憲，但也留下一個可能的疑問：其違憲的範圍，究竟是限於會造成過苛個案時，始例外違憲？或「應加重」本身在原則上就違憲，而應改為「得加重最低本刑」？

[6] 解釋文第 1 段宣告刑法第 47 條第 1 項：「…惟其不分情節，…，一律加重最低本刑，…，**致**生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此**遭受過苛之侵害**部分，…，不符憲法罪刑相當原則，…。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院**就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。**」(黑體為本文所加)這有兩種可能的理解，一是理解為現行法的「應加重最低本刑」規定，原則上仍不違憲，只是在會發生情輕罰重的特殊個案才會違憲，始可例外不加重。第二種理解則是認為「應加重最低本刑」規定在原則上即違憲，而應調整為「得加重最低本刑」，因此將來法官對於累犯之最低法定刑並無應加重之義務，而得逐案個別認定後再決定是否加重。⁵

⁵ 這兩種理解的區別實益有：如採第一種理解，法院除仍須於判決主文中明示累犯外，如未加重其刑，則應於判決理由中明示不加重之理由。但如採第二種理解，

[7] 以上述解釋文字來看，第一種理解似乎比較接近本號解釋之意旨，但本席認為第二種理解應該更為妥當，且實際操作結果也會傾向第二種理解。主要理由是：刑法第 47 條第 1 項係採取一般累犯，而非特別累犯之要件，並不要求構成累犯之前後犯罪間具有相同或類似之性質；也沒有限於暴力等具有重大惡性特徵之犯罪類型，始足以構成累犯；又前罪縱屬過失犯，只因後罪為故意犯有期徒刑以上之罪者，亦可成立累犯。換言之，刑法第 47 條第 1 項有關累犯之要件過於寬鬆，本號解釋對此要件部分既未審查，又未非難。於此前提下，累犯之效果就應適度放寬，而不應採取「應加重」的強制效果規定。這也是比較法上，多數國家之立法例。如果累犯之要件嚴格，或可採取較嚴格的效果（如一律加重法定本刑等）；但如累犯之要件相對寬鬆，則應給予法官有較大的個案量刑空間，以兼顧個案正義。故本席認為：如果繼續維持目前有關累犯之要件規定，則現行之「應加重」規定在原則上應該違憲，立法者未來修法時，應改為「得加重」。

（三）刑法第 59 條與效果規定過苛之關聯

[8] 本號解釋認為累犯應加重最低本刑規定違憲的理由中，特別強調「...一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致...個案...遭受過苛之侵害部分，...不符憲法罪刑相當原則」（黑體為本文所加），似乎是認為只有於不符合（也無法適用）刑法第 59 條的個案，累犯應加重最低本刑的規定才會過苛而違憲。在方法上，如此解釋似乎是認為刑法第 47 條第 1 項之抽象、一般性刑罰效果規定，是可以由立法者設有刑法第 59 條的個案調節機制為由，而認其仍合憲。⁶

[9] 對此理由，本席有以下兩點不同想法⁷：第一，刑法第 59 條

則僅於有因累犯而加重其刑時，法院始需於判決理由中明示其加重理由；反之，若未加重其刑，則不必在判決理由中說明不加重之理由，至多就是多一句：綜合犯罪情節等，毋須加重其刑，或類似之說明即可。

⁶ 黃璽君大法官明確支持這項見解，並有更深入的論述意見，可以參考。參本號解釋，黃璽君大法官部分不同意見書（二之部分）。

⁷ 許志雄大法官、黃瑞明大法官也同樣質疑刑法第 59 條之適用，參本號解釋，許志雄大法官協同意見書（三、（三）之部分），黃瑞明大法官協同意見書（壹、三

之適用應該是屬於宣告刑階段的個案決定，而刑法第 47 條有關累犯加重的規定是否過苛，則屬立法者所為之處斷刑規定是否違憲的抽象審查問題。如果本件是以個案裁判為具體審查對象的裁判憲法審查程序，本院可以將刑法第 57、59 條等規定之適用與否及其結果，納入考量，而據以評價個案裁判之結果是否合憲。但本案仍是抽象法規審查，本席認為：本院不宜也不應將宣告刑階段才能適用的相關減免規定（如刑法第 57 至 63 條等），逕用以評價抽象的法定刑或處斷刑規定是否違憲。如果可以用刑法第 59 條來緩和任何法定刑或處斷刑的違憲爭議，這不僅會混淆對於法定刑或處斷刑規定的抽象審查和對個案裁判結果的具體審查，也會導致再嚴苛的任何法定刑規定都是合憲；甚至會導致如釋字第 263 號解釋之結論⁸，連唯一死刑都是合憲，只因為有刑法第 59 條！依此邏輯推演，如立法者對於竊盜罪科以最重為死刑的法定刑規定也可以合憲，只因為仍得適用刑法第 59 條！

[10] 其次，如此適用刑法第 59 條反而是容許或逼迫法官去濫用或誤用刑法第 59 條。特別是在法定刑過於嚴苛的罪名，即使犯罪情節明顯不符刑法第 59 條所稱犯罪之情狀顯可憫恕，有良心的法官就只好棄腦從心，閉著眼睛勉強適用刑法第 59 條，不斷地將之當成無可奈何之餘的個案調整機制。然而，就制度而言，刑法第 59 條並不是戰鬥力破表的烈空座神獸，一經召喚，即可克制阿爾宙斯而解除危機。反之，正因為法律效果過苛，所以才需要適用刑法第 59 條。如此召喚超級進化版的 59 神獸來解決累犯應加重規定的合憲爭議，正好凸顯該規定之實屬過苛、違憲。

（四）附 2 年修法期限的單純違憲宣告？或立即失效之違憲宣

之部分)

⁸ 釋字第 263 號解釋：「懲治盜匪條例為特別刑法，其第 2 條第 1 項第 9 款對意圖勒贖而擄人者，不分犯罪情況及結果如何，概以死刑為法定刑，立法甚嚴，惟依同條例第 8 條之規定，若有情輕法重之情形者，裁判時本有刑法第 59 條酌量減輕其刑規定之適用，其有未經取贖而釋放被害人者，復得依刑法第 347 條第 5 項規定減輕其刑，足以避免過嚴之刑罰，與憲法尚無牴觸。」

告？

[11] 本號解釋宣告刑法第 47 條第 1 項部分違憲，雖然要求「有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。」但並未同時宣告上述規定至遲於兩年修法期限屆滿時失其效力，因此不是定期失效的違憲宣告，而是「附修法期限的單純違憲宣告」。2 年修法期限僅屬建議性質，並不會造成上述規定如逾期未修即當然失效的效果。但這只是表面上的效果。

[12] 然如連結上述第[6]及[7]段之分析，對於應加重最低本刑之違憲，如採第一種理解（原則上不違憲，於過苛個案始例外違憲），則本號解釋之上述違憲宣告固屬附期限之單純違憲宣告。但如採第二種理解，認為應加重最低本刑之違憲，乃是原則上違憲，加上本號解釋又明白容許法官在修法前，即應依本解釋意旨，個案裁量是否加重最低本刑。故自本解釋公布之日起，法院均得先認定個案是否會產生情輕罰重裁量是否加重，而不再是一律應加重。就此而言，本號解釋之宣告應加重最低本刑規定違憲，固然附有 2 年修法期限，但其於實務上的適用結果將會等同於立即失效之違憲宣告。

（五）、刑法第 47 條第 1 項所定累犯要件是否違憲？

[13] 本號解釋只宣告刑法第 47 條第 1 項累犯應加重最低本刑的效果規定部分違憲，並沒有審查累犯的要件規定是否違憲。因此刑法第 77 條有關累犯假釋之撤銷、監獄行刑法有關累進處遇之分級及升級標準等、外役監條例(第 4 條第 2 項第 3 款)等執行階段中有關累犯之相關規定，並不受影響。

[14] 雖然本席支持本號解釋之宣告累犯應加重最低本刑的規定部分違憲，但也同時認為刑法第 47 條第 1 項有關累犯之要件，其實也有重新檢討修正之必要。在立法政策上，值得檢討之處至少有以下幾點：

[15] 一般或特別累犯？：現行法所定累犯之前後罪要件，僅要求前罪為有期徒刑之宣告，後罪為故意犯有期徒刑以上之罪者，即會構成累犯，而應加重其刑，這是一般累犯的規定。然如此

規定，完全沒有考量前後罪之間是否具有相同或類似罪質，以致有較高的重複犯罪可能，或會造成較大的法益侵害，因此需要加重對後罪的處罰；甚至前罪屬過失犯罪者，亦可能成立累犯，顯然是過於寬鬆的規定。本席在上述第[6]段之所以認為現行法「應加重」其刑的規定原則上違憲，而應改為「得加重」，主要考量也是因為現行法有關累犯的要件過於寬鬆，以致有必要給予法官適當的個案裁量空間。就此而言，本席傾向於支持將現行法所定之一般累犯，改成特別累犯。亦即：前後罪應屬相同或類似罪名之特定犯罪，或具有相同之手段或法益特質（如都是暴力犯罪、都是竊盜罪、都是性犯罪），且有充分之實證資料足以顯示這些犯罪之再犯率明顯高於其他犯罪，因此需要透過累犯制度來加重處罰其特別惡性或危害，以達特別預防之目的。如果改採上述特別累犯之要件，則其效果即可繼續維持現行法所定之應加重最低及最高本刑。⁹

[16] 又現行法係以前罪執行完畢或赦免後，5年以內故意再犯為成立累犯之時間要件。於比較法上，亦有以前罪判決確定後一定期間內再犯，作為累犯之成立要件者。這兩種模式，固屬立法政策之選擇。然由於法院審理速度之差異、法院裁判資訊查核之可能誤差等不可歸責於被告之事由，致上述5年期間之計算，於實務上相當複雜，也偶有錯誤，因而影響後罪判決之確定性及被告之權益。如採以判決確定後再犯來認定是否成立累犯，應該是比較簡單的制度設計，也容易操作，並可減少諸多偶然性的不公平。不過這就比較是立法政策的選擇，而和合憲與否的爭議不必然有關。

二、刑法第48條前段及刑事訴訟法第477條第1項部分

[17] 本號解釋另宣告刑法第48條前段有關裁判確定後累犯更定其刑之程序規定，與憲法一事不再理原則有違¹⁰；又刑事訴

⁹ 羅昌發大法官也贊成將現行之一般累犯規定改為特別累犯，參本號解釋，羅昌發大法官協同意見書（四、（五）之部分）。

¹⁰ 本號解釋對於刑法第48條規定是否違反一事不再理原則，採取嚴格審查，宣示「...是判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，...」（黑體為本文所加），並認為刑法第48條之立法目的「僅係為審酌原未發覺之累犯資料，更定其刑、加重處罰，非為維護極重要之公共利益」，

訟法第 477 條第 1 項有關檢察官聲請法院裁定更定其刑之規定，則隨同刑法第 48 條前段之失效而併同失效。

[18] 本席支持上述之違憲結論，但認為違憲理由除了違反一事不再理原則外，應該還有違正當法律程序。按現行法規定由檢察官聲請後，即單方面再開更定其刑之程序，沒有同時賦予被告有參與程序之機會，而得就此陳述及辯論等，顯不符合正當程序之要求。然由於本號解釋是宣告上述更定其刑程序違憲且立即失效，未來既然不會再有此項程序，從而再進一步認為其違反正當程序，似乎就沒有太大實益。

[19] 至於理由書第 22 段併此指明之科刑辯論程序，係指累犯之科刑而言。且因累犯有加重其刑之可能，於程序上更應給予累犯被告有充分之辯論機會。然在制度上，則應就所有犯罪之科刑，進一步發展出獨立的科刑辯論程序，在論罪程序結束後進行，以保障被告之權益。

[20] 印度詩人哲學家泰戈爾曾說：「惡是不完全的善，醜是不完全的美。」如容本席拾人牙慧：「贊成是比較少的反對，協同是比較弱的不同。」如對比刑法第 47 條第 1 項所定累犯要件與其效果，本席認為要件之違憲疑慮應高於效果。然如宣告要件違憲，對於實務之衝擊也更為廣泛、嚴重。惟本號解釋既僅審查效果部分，而未正面宣告要件合憲，亦未阻絕未來宣告要件違憲之可能，至少還留下未來的審查空間。另一方面，本號解釋至少已就效果規定中之「應加重最低本刑」部分宣告違憲，雖然其範圍容有爭議，理由或有瑕疵，力道不夠淋漓，然其劍指方向，亦為本席目及之處。有鑑於團體公約數難求，本席自當附驥尾以共成本號解釋，並希望以今日的一小步，促成明日的更大步改革。

因此未進一步審查其程序（如檢察官之單方聲請、未予被告有陳述意見機會、法院以裁定為之等）是否違憲（參後述第[18]段中所討論的正當程序之要求）。又本號解釋對於一事不再理原則採取嚴格審查，是否過嚴，而可放寬至較為嚴格之中度審查標準？於未來如有適當案例，或可再行斟酌。

釋字第 775 號解釋部分不同意見書

黃璽君大法官 提出
陳碧玉大法官 加入一、

本號解釋多數意見認刑法第 48 條前段規定違反憲法一事不再理原則，應自本解釋公布之日起失其效力，刑事訴訟法第 477 條第 1 項有關累犯更定其刑規定，應即併同失效；以及刑法第 47 條第 1 項規定（下稱系爭規定）不生違反憲法一行為不二罰原則之問題部分，本席敬表贊同。

惟多數意見認為聲請人王○○之聲請解釋案應予受理及系爭規定違憲部分尚難贊同，爰提出部分不同意見書如下：

一、聲請人王○○之聲請解釋案不應受理

- (一)聲請人王○○因強盜等案件，經臺灣高等法院臺南分院 103 年度聲字第 562 號刑事裁定（下稱系爭裁定）以累犯更定其刑。聲請人未提起抗告而確定。嗣檢察總長對系爭裁定提起非常上訴，經最高法院 107 年度台非字第 186 號刑事判決（下稱系爭判決）駁回。
- (二)聲請人認系爭裁定及判決所適用之系爭規定、刑法第 48 條前段、第 77 條第 2 項第 2 款及第 79 條之 1 第 2 項規定，有違憲疑義，聲請解釋。本號解釋以聲請人未對系爭裁定依法提起抗告，未盡審級救濟途徑，系爭裁定並非確定終局裁判，自不得據以聲請解釋憲法。刑法第 77 條第 2 項第 2 款及第 79 條之 1 第 2 項規定未為系爭

判決所適用，不得以之為聲請解釋之客體，就上開聲請部分未予受理。僅受理據系爭判決聲請解釋系爭規定及刑法第 48 條前段規定部分。

(三)按人民聲請解釋憲法，須於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令，發生有抵觸憲法之疑義者，始得為之，司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款定有明文。其目的在使人民憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，因確定終局裁判所適用之法律或命令違憲而未得救濟者，得經解釋該法律或命令違憲，對確定終局裁判提起再審或非常上訴以為救濟。是所謂「所適用之法律或命令」，應指確定終局裁判據以作為裁判基礎之法令。如非裁判基礎之法令，縱經宣告違憲，亦無從據以廢棄或撤銷確定終局裁判而為聲請人有利之裁判，即與上開大審法規定意旨不符。

(四)系爭判決係以系爭裁定並無違背法令情事，不符合非常上訴要件而駁回。其裁判基礎為刑事訴訟法第 441 條，並非以系爭規定及刑法第 48 條前段規定為裁判基礎，依前開說明，即非系爭判決所適用之法令，不得對之聲請解釋。此部分聲請不符合上開大審法規定，不應受理。

二、系爭規定並未違反憲法罪刑相當原則，抵觸比例原則

(一)本號解釋認系爭規定加重最低本刑，於符合刑法第 59 條得酌減情形，並不違憲；於不符合刑法第 59 條酌減情形而導致個案所負刑責過苛者違憲。

本號解釋多數意見認系爭規定「其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。」意即：1. 系爭規定之累犯加重最高本刑部分；以及 2. 加重最低本刑，於該累犯個案符合刑法第 59 條，有「得酌量減輕其刑」之情形，均不違憲；3. 系爭規定累犯加重最低本刑，於個案不符合刑法第 59 條「犯罪之情狀顯可憫恕」，無法酌量減輕其刑，導致該累犯個案依系爭規定加重最低本刑，有負擔過苛罪責之情形，不符憲法罪刑相當原則，牴觸比例原則而違憲。易言之，多數意見認為，依系爭規定加重法定刑，最高本刑加重部分雖未違憲，但最低本刑亦同時加重，致法官於個案中科刑裁量，遇有縱予宣告加重後之最低本刑猶嫌過重時，雖仍得依刑法第 59 條規定，酌量減輕其刑，但若有不符合刑法第 59 條所定要件，以致罪責過苛者之部分違憲。多數意見所謂：累犯加重最低本刑後，有個案刑度過苛，卻不符合刑法第 59 條所定要件之情形，有無此類個案存在？有進一步探究之必要。

(二) 量刑原則上應於處斷刑範圍內裁量，依法律加重或減輕者，仍得依刑法第 59 條之規定酌量減輕其刑

法院於具體案件之量刑過程，如有加重減輕事由存在，應於法定刑加重減輕後之處斷刑範圍內，裁量確定其刑罰種類及欲予科處之刑度而為宣告，具體形成宣告刑。系爭規定即是以累犯為刑罰加重事由，加重本刑後之刑度即為處斷刑之一種，與法定刑同為法官量刑之外部性界限¹。然為避免嚴刑峻罰，法內存仁，若有情輕法重之情形者，如量處法定刑（處斷刑）之最低刑度，仍過重者，法院得確實斟酌個案具體情形，依刑法第 59 條減刑規定²或進而依刑法第 61 條免除其刑規定，推翻立法者形成之法定刑度（處斷刑）空間，就法定最低度刑再予減輕或免除其刑，以避免過嚴之刑罰。³

（三）現行刑法第 59 條規定，係 94 年 2 月 2 日修正前實務見解之明文化

刑法第 59 條原規定：「犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑。」中華民國 94 年 2 月 2 日修正公布為現行規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」其立法理由：「一、現行第 59 條在實務上多從寬適用。為防止酌減其刑之濫用，自應嚴定其適用之條件，以免法定刑形同虛設，破壞罪刑法定之原則。二、按科刑時，原即應依第 57 條規定審酌一切情狀，尤應注意該條各款所列事項，以為量刑標準。本條所謂『犯罪之情狀可憫恕』，自係指裁判者審酌第 57 條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕者而言。惟其審認究係出於審判

¹ 最高法院 107 年度台上字第 2797 號刑事判決參照。

² 刑法第 60 條明定，依法律加重或減輕者，仍得依刑法第 59 條之規定酌量減輕其刑。

³ 本院釋字第 263 號解釋、最高法院 102 年度台上字第 3046 號、103 年度上訴字第 192 號刑事判決參照。

者主觀之判斷，為使其主觀判斷具有客觀妥當性，宜以『可憫恕之情狀較為明顯』為條件，故特加一『顯』字，用期公允。三、依實務上見解，本條係關於裁判上減輕之規定，必於審酌一切之犯罪情狀，在客觀上顯然足以引起一般同情，認為縱予宣告法定最低刑度猶嫌過重者，始有其適用（最高法院 38 年臺上字第 16 號⁴、45 年臺上字第 1165 號⁵、51 年臺上字第 599 號⁶判例），乃增列文字，將此適用條件予以明文化。」此次修正係將修正前實務見解予以明文化，修正前實務見解即可供參。

(四)適用刑法第 59 條規定時，應審酌同法第 57 條等一切犯罪情狀

由前開立法理由可知，所謂「犯罪之情狀顯可憫恕」者，係指裁判者審酌第 57 條各款所列事項以及其他一切與犯罪有關之情狀之結果，認其犯罪足堪憫恕，且可憫恕之情狀較為明顯者而言。刑法第 57 條規定為量刑之標準，刑法第 59 條為酌減之依據，兩法條適用上固有區別，惟第 59 條所謂「犯罪之情狀」與第 57 條所稱「一切情狀」，並非有截然不同之領域，適用第 59 條酌量減輕其刑時，並不排除第 57 條所列舉 10 款事由之審酌。⁷惟其

⁴ 最高法院 38 年臺上字第 16 號判例：「(2) 刑法第 59 條所定減輕其刑，以宣告法定最低度之刑猶嫌過苛者，始有此適用，其法定最輕本刑為拘役，即酌減之仍不能出於刑種之範圍，自無適用減刑之餘地，乃原判依第 59 條減輕處斷，自有未合。」

⁵ 最高法院 45 年臺上字第 1165 號判例：「刑法第 59 條之酌量減輕其刑，必須犯罪另有特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定低度刑期尤嫌過重者，始有其適用，本件被告等混跡流氓派系，動輒結夥尋釁，為求遏止社會近來囂張殘暴之風，殊無堪資憫恕可言。」

⁶ 最高法院 51 年臺上字第 599 號判例：「刑法第 59 條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用，至於被告無前科，素行端正，子女眾多等情狀，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由。」

⁷ 最高法院 80 年度台覆字第 39 號、80 年度台上字第 3694 號、99 年度台上字第 6420 號刑事判

程度應達於客觀上足以引起同情，確顯可憫恕者，方屬相當。⁸以犯罪所得之多寡為例，原屬刑法第 57 條第 1 款「犯罪之動機、目的」及第 9 款「犯罪所生之危害或損害」等科刑輕重標準應斟酌之範圍，單憑犯罪所得之多寡，尚非得執為適用刑法第 59 條酌量減輕其刑之依據，必綜合一切犯罪之情狀，在客觀上足以引起一般同情，認為即予宣告法定最低度刑期，猶嫌過重者，始有其適用。⁹申言之，於裁判上酌減其刑時，應就包括第 57 條所列舉之 10 款事項在內之犯罪一切情狀，予以全盤考量，¹⁰審酌其犯罪有無顯可憫恕之事由，以為判斷，必須犯罪有特殊之原因與環境等，因在客觀上顯然足以引起一般同情，¹¹認科以最低度刑仍嫌過重。即其所具特殊事由，應使一般人一望即認有顯可憫恕之處，認為縱予宣告法定最低度刑猶嫌過重者，始有第 59 條規定之適用¹²。

決參照。

⁸ 最高法院 86 年度台上字第 5313 號、88 年度台上字第 388 號、88 年度台上字第 4171 號刑事判決參照。

⁹ 最高法院 97 年度台上字第 6887 號刑事判決參照。

¹⁰ 最高法院 51 年台上字第 899 號判例認為，被告無前科，素行端正，子女眾多等情狀，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由。最高法院 91 年度台上字第 733 號刑事判決認為，犯罪之動機、犯罪之手段或犯罪後之態度等情狀，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，不得據為酌量減輕之理由。最高法院 99 年度台上字第 1289 號刑事判決認為，犯罪動機、犯罪手段或犯罪後態度等情狀，僅可為法定刑內從輕科刑之標準，所謂「事後已與被害人和解，獲被害人以書面請求法院給予機會之寬恕，衡其心性尚非怙惡不悛」，則分屬刑法第 57 條第 5 款、第 10 款所列「犯罪行為人之品性」、「犯罪後之態度」等量刑時應注意審酌之事項，非刑法第 59 條規定酌量減輕其刑之事由。

¹¹ 最高法院 88 年度台上字第 4171 號、88 年度台上字第 6683 號、92 年度台上字第 3564 號、93 年度台上字第 4999 號、94 年度台上字第 9 號、94 年度台上字第 897 號、97 年度台上字第 6887 號、99 年度台上字第 6388 號、100 年度台上字第 744 號、101 年度台上字第 6378 號、102 年度台上字第 870 號刑事判決參照。

¹² 最高法院 70 年度第 6 次刑事庭會議第 1 項決議：「刑法第 59 條規定，犯罪之情狀可憫恕者，得酌量減輕其刑，同法第 57 條規定，科刑時應審酌一切情狀，尤應注意左列事項（共 10 款）為科刑重輕之標準，兩條適用上固有區別，惟所謂「犯罪之情狀」與「一切情形」云云，並非有截然不同之領域，於裁判上酌減其刑時，應就犯罪一切情狀（包括第 57 條所列舉之 10 款事項），予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由（即判例所稱有特殊之原因與環境等等，在客觀上足以引起一般同情，以及宣告法定低度刑，是否猶嫌過重），以為判斷。故適用第 59 條酌量減輕其刑時，並不排除第 57 條所列舉 10 款事由之審酌，惟其程度應達於確可憫恕，始可予以酌減。」

(五)累犯加重本刑後，審酌刑法第 57 條等一切犯罪情狀，認科以最低度刑仍嫌過重，應屬犯罪之情狀顯可憫恕，得依刑法第 59 條酌減。

承上所述，裁判時法官應依系爭規定因累犯所加重之本刑刑度範圍內，依刑法第 57 條科刑輕重之標準，審酌一切情狀，若累犯個案有特殊之犯罪情狀等，使一般人一望即認顯有可憫恕之處，縱予宣告法定最低度刑，猶嫌量刑過苛者，自有刑法第 59 條規定之適用，以調節個案刑責過苛之情形；惟若累犯個案無一般人一望即認顯有可憫恕之特殊犯罪情狀者，既為累犯，則按所加重之本刑刑度範圍內科刑，何來多數意見所謂刑責過苛，以致違憲之情形。是審酌刑法第 57 條等一切犯罪情狀，如認非顯可憫恕者，則科以最低度刑，即難認所負刑責過苛；反之，如認科以最低度刑仍嫌過重，應屬顯可憫恕，得依刑法第 59 條酌減。多數意見以於不符合刑法第 59 條所定要件，仍有個案刑責過苛之情形，難以想像，以此作為系爭規定一律加重最低本刑，有違憲法罪刑相當原則之違憲理由，尚難成理。

(六)結論

系爭規定累犯加重最低本刑，並無多數意見所稱有個案不符合刑法第 59 條規定，同時有負擔過苛罪責之情形，自無不符憲法罪刑相當原則，抵觸比例原則可言。

釋字第七七五號解釋 部分不同意見書

湯德宗大法官提出

陳碧玉大法官加入 二、部分

[1] 本席對於多數大法官議決通過的解釋內容多有保留，爰提出部分不同意見書說明如下。

[2] 本解釋主要涉及兩個爭點：一、刑法第 47 條第 1 項規定累犯應一律加重本刑，是否違憲？二、刑法第 48 條前段規定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑」，是否違憲？

一、累犯加重要屬立法裁量之範圍

[3] 刑法第 47 條第 1 項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一」（下稱系爭規定一）。核其內容實際包含兩部分：前段為「累犯的定義」（什麼樣的情形構成「累犯」，即累犯的「構成要件」），本解釋對此未予審查，形同默認其為合憲；後段為「累犯的科刑效果」，本解釋宣告：應一律「加重本刑至二分之一」屬「部分違憲」。

[4] 累犯「應一律加重本刑至二分之一」的規定是否合憲，可能涉及兩個憲法原則：一、是否違反「一行為不二罰」原則？二、是否違反「罪刑相當」原則？關於前者，本解釋認為尚不違反；關於後者，本解釋認為有部分違反。析言之：

1. 系爭規定一關於「累犯加重本刑」部分，何以尚不違反「一行為不二罰」原則？

[5] 系爭規定一後段關於「累犯加重本刑」部分，何以尚不違反「一行為不二罰」原則？解釋文第 1 段第 2 句釋示：「有關累犯加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題」。蓋「系爭規定一所加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題」（理由書第 15 段參照）。上開結論，本席敬表贊同；惟其說理過於簡略，應予補充。本席以為，基於所謂「罪責原則」，無責任即應無處罰（本院釋字第 551 號、第 669 號解釋參照）。是刑罰之科處主要應考量行為人之罪責（所謂「行為刑法」）；但累犯所表現的「行為人主觀惡性」，例如「前罪」之執行無成效或行為人對刑罰之反應力較為薄弱等（理由書第 14 段參照），於法院就「後罪」進行量刑時，亦應納入考量（刑法第 57 條參照）。如必堅持憲法僅允許有所謂「行為刑法」，而一概禁止「累犯加重」之規定，恐墮入概念法學之窠臼，悖離國民之法感情。

2. 系爭規定一關於「累犯加重本刑」部分，何以「部分」違反「罪刑相當」原則？

[6] 系爭規定一關於「累犯加重本刑」部分，如何違反「罪刑相當」原則？解釋文第 1 段第 3 句以下釋示：「其不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個

案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，**不符憲法罪刑相當原則**，牴觸憲法第 23 條**比例原則**。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。**於修正前**，為避免發生上述罪刑不相當之情形，**法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。**」亦即，本解釋**僅指摘累犯應一律加重「最低」本刑（至二分之一）部分違憲**，而未指摘累犯並應一律加重「最高」本刑（至二分之一）部分違憲。而累犯應一律加重「最低」本刑（至二分之一）部分，又僅限於個案案情不符合刑法第 59 條所定要件，無法依該條酌減其刑，致發生個案量刑過苛（刑罰超過罪責）時，始違反「**罪刑相當**」原則而違憲。如上的合議妥協結果，本席欠難同意。質言之：

[7] 首先，系爭規定所稱「加重本刑至二分之一」，按通行的文義解釋，係指「應一律加重**最低與最高本刑至二分之一**」。惟，多數意見僅宣告「應一律加重**最低本刑**」的部分違憲，而未宣告其「應一律加重**最高本刑**」的部分亦屬違憲。理由書第 16 段舉例說明：「因目前實務上有期徒刑加重係以月為計算單位，如最低法定本刑為 6 月有期徒刑，累犯加重結果，最低本刑為 7 月有期徒刑」，致「本來法院認為諭知 6 月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞動即可收矯正之效或足以維持法秩序（刑法第 41 條第 1 項及第 3 項規定參照）」，因須適用系爭規定一「累犯加重最低本刑之結果，法院仍須宣告 7 月以上有期徒刑，致不得易科罰金或易服社會勞動」，而可能造成個案量刑過苛的結果。然，系爭規定一「應一律加重**最高本刑**」的部分，是否亦可能導致個案量刑過苛而違

憲？本解釋對此未置一詞，論理顯有疏漏。

[8] 其次，縱使系爭規定一「應一律加重**最低本刑**」的部分，因有導致個案量刑過苛的可能而違憲，然刑法中豈無調節機制，可以避免發生個案過苛情形？當然有，刑法第 59 條明定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑」；同法第 60 條更規定：「**依法律加重或減輕者**，仍得依前條之規定酌量減輕其刑」。經此酌減後仍嫌過重者，尚有同法第 61 條可為補救。對此，理由書第 16 段的回應甚是耐人尋味：「系爭規定一不分情節……一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則」。惟，前揭刑法第 59 條所謂「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者」，語意相當概括，實難想像「於不符合刑法第 59 條所定要件之情形」，究何所指？！¹多數大法官為了殊難想像、虛無飄渺的「個案過苛」，居然以抽象審查程序²，宣告系爭規定一後段有部分違憲，毋寧為罕見。

¹ 實務上，最高法院就刑法第 59 條之適用，向採較嚴格之立場，以誤用刑法第 59 條為由，撤銷前審判決者，所在多有。例如，最高法院 105 年度台上字第 1911 號判決：「刑法第五十九條規定之酌量減輕其刑，**必須犯罪另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般之同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用**」。並參見最高法院 102 年度台上字第 4319 號判決、101 年度台上字第 2776 號判決及 100 年度台上字第 6276 號判決等。

² 新近制定公布之「憲法訴訟法」雖增訂「裁判憲法審查」程序（第 59 條以下參照），俾人民得就確定終局裁判本身違憲之疑義聲請解釋，惟其尚待施行（第 95 條參照）。

[9] 查各國皆有累犯加重之規定，然其「構成要件」與「加重方式」不盡相同。關於「構成要件」，有規定凡（前）刑執行完畢或經赦免，而再犯罪者，即屬累犯，例如我國（系爭規定一前段）與日本刑法第 56 條³；亦有限於再犯特定類型之罪（如暴力犯罪或性侵犯罪），始屬「累犯」者，例如德國刑法第 176a 條⁴。關於「加重方式」，有規定應一律加重「最高」本刑至一定限度者，例如日本刑法第 57 條⁵；有規定應一律加重「最低」本刑至一定限度者，例如德國刑法第 176a 條第 1 項⁶；亦有規定應一律加重「最高」與「最低」本刑至一定限度者，例如我國（系爭規定一後段）。不同的

³ 參見日本刑法第 56 條：「1 懲役に処せられた者がその執行を終わった日又はその執行の免除を得た日から五年以内に更に罪を犯した場合において、その者を有期懲役に処するときは、再犯とする。2 懲役に当たる罪と同質の罪により死刑に処せられた者がその執行の免除を得た日又は減刑により懲役に減輕されてその執行を終わった日若しくはその執行の免除を得た日から五年以内に更に罪を犯した場合において、その者を有期懲役に処するときも、前項と同様とする。3 併合罪について処断された者が、その併合罪のうちに懲役に処すべき罪があったのに、その罪が最も重い罪でなかったため懲役に処せられなかったものであるときは、再犯に関する規定の適用については、懲役に処せられたものとみなす。」（連同英譯，見 http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC_2.pdf，最後瀏覽日 2019/02/22）。

⁴ 參見德國刑法第 176a 條 1 項：「(1) Der sexuelle Missbrauch von Kindern wird in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 mit Freiheitsstrafe **nicht unter einem Jahr** bestraft, wenn der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre wegen einer solchen Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist.」（見 <https://dejure.org/gesetze/StGB/176a.html>，最後瀏覽日 2019/02/22）。

其英譯：「(1) The sexual abuse of children under section 176(1) and (2) shall entail a sentence of imprisonment of **not less than one year** if the offender was convicted of such an offence by final judgment within the previous five years.」（見 https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0233，最後瀏覽日 2019/02/22）。

⁵ 參見日本刑法第 57 條：「再犯の刑は、その罪について定めた懲役の長期の二倍以下とする。」（The maximum term of punishment for a second conviction shall be **twice the maximum term of imprisonment** with work prescribed in relation to such crime.）（連同英譯，見 http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC_2.pdf，最後瀏覽日 2019/02/22）。

⁶ 同前註 4。

立法例代表不同的立法政策抉擇（偏好），其間立法技術容有高低（優劣），但各該國憲法法院（或最高法院）似均不曾以違反「一事不二罰」原則或「罪刑相當」原則為由，宣告累犯加重之規定違憲。⁷本件多數大法官既刻意避免審查系爭規定一前段之累犯構成要件，而默示其屬立法裁量之範圍；卻指摘系爭規定一後段之累犯加重方式（僅一律加重「最低」本刑而）違憲，論理似欠一貫！本席以為，大法官並非立法者，大法官解釋憲法時如無憲法之明文指引，應儘量避免將自己之價值偏好強加於立法者。系爭規定一之內容或許未臻理想，但宣告其違憲則失諸太過，而有侵奪立法裁量空間之嫌。系爭規定一之適用在我國實務上既有爭議（本解釋計合併 9 件聲請案審查），本院予以受理，作成合憲解釋，並以「併此敘明」方式，指出應行改進之方向，應屬較為持平的作法。

二、累犯更定其刑雖有違「一事不再理」之原則，然應適度保留例外

⁷ 美國聯邦最高法院一向認為量刑不適用 Double Jeopardy Clause (“Historically, we have found double jeopardy protections inapplicable to sentencing proceedings ... because the determinations at issue do not place a defendant in jeopardy for an offense. ... Nor have sentence enhancements been construed as additional punishment for the previous offense; rather, they act to increase a sentence because of the manner in which the defendant committed the crime of conviction. ... An enhanced sentence imposed on a persistent offender thus is not to be viewed as either a new jeopardy or additional penalty for the earlier crimes but as a stiffened penalty for the latest crime, which is considered to be an aggravated offense because a repetitive one.” *Monge v. California*, 524 U.S. 721, 728, 118 S. Ct. 2246, 141 L. Ed. 2d 615 (1998))。學界之不同見解，參見 Carissa Byrne Hessick & F. Andrew Hessick, *Double Jeopardy as a Limit on Punishment*, 97 CORNELL L. REV. 45 (2011).

至於 *Johnson v. United States*, 576 U.S. ____ (2015) 則係以違反「法律明確性」與「正當法律程序」(unconstitutionally vague and in violation of due process) 為由，宣告 the Armed Career Criminal Act 中之 residual clause 違憲。

[10] 刑法第 48 條前段規定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑」（下稱系爭規定二），於原裁判科刑程序終結後，僅因原審未發覺被告為累犯，即更定其刑，加重處罰，確實有違「一事不再理」原則，將造成被告不必要之痛苦與折磨，並損害被告對於裁判之信賴，應屬違憲。本席對此敬表贊同。惟，理由書第 18 段釋示：「是判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰」，則有過度保障之嫌。蓋「一事不再理」原則並非絕對，如有較信賴保護與法安定性（或稱法秩序之安定）等更為重要之公共利益存在時，亦應容許例外再開程序，更定其刑。例如我國刑事訴訟法第 422 條⁸及德國刑事訴訟法第 362 條⁹皆有為受判決人之不利益，而聲請再審之規

⁸ 參見刑事訴訟法第 422 條（為受判決人之不利益聲請再審之理由）：

「有罪、無罪、免訴或不受理之判決確定後，有左列情形之一者，為受判決人之不利益，得聲請再審：

- 一、有第四百二十條第一款、第二款、第四款或第五款之情形者。
- 二、受無罪或輕於相當之刑之判決，而於訴訟上或訴訟外自白，或發見確實之新證據，足認其有應受有罪或重刑判決之犯罪事實者。
- 三、受免訴或不受理之判決，而於訴訟上或訴訟外自述，或發見確實之新證據，足認其並無免訴或不受理之原因者。」

⁹ Strafprozeßordnung (StPO) §362 (Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten)
“Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Angeklagten ist zulässig,

1. wenn eine in der Hauptverhandlung zu seinen Gunsten als echt vorgebrachte Urkunde unecht oder verfälscht war;
2. wenn der Zeuge oder Sachverständige sich bei einem zugunsten des Angeklagten abgegebenen Zeugnis oder abgegebenen Gutachten einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht oder einer vorsätzlichen falschen uneidlichen Aussage schuldig gemacht hat;
3. wenn bei dem Urteil ein Richter oder Schöffe mitgewirkt hat, der sich in Beziehung auf die Sache einer strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat;
4. wenn von dem Freigesprochenen vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis der Straftat abgelegt wird.”

（見 https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_359.html，最後瀏覽日 2019/02/22）
第 362 條（為受有罪判決人不利益之再審）

下列情形，為[狹義]被告之不利益，得對經由確定判決所終結之程序聲請再審：

1. 審判期日中為[狹義]被告之利益作為真實證書出示之證書，係偽造或變造；

定。前揭理由書僅限於「為維護極重要之公共利益」，始許再開程序，更定其刑。而所謂「極重要之公共利益」乃法院採取「嚴格審查」（高標審查）時之用語，指關係個人生命（生死）或國家存亡之極優越利益，累犯更定其刑很難想像有為維護極重要之公共利益之情形，故實際形同宣告：「判決確定後，一律不得更定其刑」！本席以為，如以刑事訴訟法第422條所列事由得否作為累犯例外更定其刑之事由，未經充分討論，不宜驟下論段；則至少應指明：「因可歸責於被告之事由，致原判決確定後，始發覺其為累犯者」¹⁰（例如被告行賄原審法官，使隱瞞其為累犯之事實），應許例外再開程序，更定其刑。庶幾合於中道。

[11] 「書到用時方恨少，事非經過不知難」。大法官既以合議方式作成解釋，其間妥協折衝在所難免，然妥協之結果仍應符合事理，論理亦須前後一致，始能令人信服。

2. 證人或鑑定人在提供對[狹義]被告有利之證言或鑑定意見時，故意或過失為反宣誓義務，或有責地故意作出虛偽而未經宣誓之陳述；

3. 參預判決之法官或參審員，違反與案件有關之違反職務義務之可罰行為；

4. 經宣判為無罪之人，在法庭中或法庭外就犯罪作出可信之自白時。

參見連孟琦譯，《德國刑事訴訟法-附德國法院組織法選譯》，頁334-335（初版第1刷，2016年9月）。

¹⁰ 信賴利益之保護原非無條件，參見行政程序法第119條：「受益人有下列各款情形之一者，其信賴不值得保護：一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者」。

釋字第 775 號解釋部分不同意見書

吳陳銀大法官提出

就解釋文中有關刑法第 47 條第 1 項累犯加重其刑之規定，不違反一行為不二罰原則之問題部分，敬表贊同。惟就有關不分情節，基於累犯者有其特別惡性對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律須加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第 23 條比例原則部分，則難贊同。就刑法第 48 條前段有關累犯更定其刑規定，與憲法一事不再理原則有違，應即失效，刑事訴訟法第 477 條第 1 項有關累犯更定其刑規定，亦應併同失效部分，亦難贊同，爰提出部分不同意見書。

一、多數意見既認累犯之行為人有其特別惡性，且對於刑罰之反應力顯然薄弱，認有必要加重後罪本刑至二分之一處罰，故刑法第 47 條第 1 項累犯加重其刑之規定，不違反一行為不二罰原則之問題，卻又謂於不符合刑法第 59 條要件的情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，不符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第 23 條比例原則，彼此矛盾

多數意見既認立法者之所以在原違犯條款所規定之處罰外，再以刑法第 47 條第 1 項規定加重本刑之處罰，理由

在於行為人前因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，理應產生警惕作用，返回社會後能因此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪。然而行為人卻故意再犯後罪，足見行為人有其特別惡性，且前罪之徒刑執行無成效，其對於刑罰之反應力顯然薄弱，故認有必要加重後罪本刑至二分之一處罰，且刑法第 47 條第 1 項規定所加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為。亦即依多數意見，累犯者所犯之後罪，罪責較重，故應提高其法定刑。則刑法第 47 條第 1 項規定不僅如多數意見所敘不生是否違反一行為不二罰原則之問題，亦無違反罪刑相當原則，而生牴觸憲法第 23 條比例原則之問題。

多數意見卻又以：「系爭規定一不分情節，一律須加重最低本刑。因目前實務上有期徒刑加重係以月為計算單位，如最低法定本刑為 6 月有期徒刑，累犯加重結果，最低本刑為 7 月有期徒刑。本來法院認為諭知 6 月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞動即可收矯正之效或足以維持法秩序（刑法第 41 條第 1 項及第 3 項規定參照），但因累犯加重最低本刑之結果，法院仍須宣告 7 月以上有期徒刑，致不得易科罰金或易服社會勞動。因此，系爭規定一不分情節，基於累犯者有其特別惡性對刑罰反應力薄弱等立法理由，一律須加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條要件的情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。」

多數意見就刑法第 47 條第 1 項有關累犯應加重其刑之規定，是否違反罪刑相當原則之論述，前後彼此矛盾，已難以贊同。

二、多數意見無視於刑法及刑事特別法有關減輕或免除其刑之整體規定，僅以累犯一律須加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害為由，即認對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則，以偏概全

按刑法總則除設有第 59 條「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑」之規定外，並設有第 16 條¹、第 18 條第 2 項²與第 3 項³、第 19 條第 2 項⁴、第 20 條⁵、第 31 條第 1 項⁶及第 62 條⁷等 7 一般性之減輕其刑規定。而刑法分則亦設有第 122 條第 3 項⁸、第 162 條第 5 項

¹ 刑法第 16 條規定：「除有正當理由而無法避免者外，不得因不知法律而免除刑事責任。但按其情節，得減輕其刑。」

² 刑法第 18 條第 2 項規定：「14 歲以上未滿 18 歲人之行為，得減輕其刑。」

³ 刑法第 18 條第 3 項規定：「滿 80 歲人之行為，得減輕其刑。」

⁴ 刑法第 19 條第 1 項、第 2 項規定：「(第 1 項)行為時因精神障礙或其他心智缺陷，致不能辨識其行為違法或欠缺依其辨識而行為之能力者，不罰。(第 2 項)行為時因前項之原因，致其辨識行為違法或依其辨識而行為之能力，顯著減低者，得減輕其刑。」

⁵ 刑法第 20 條規定：「瘖啞人之行為，得減輕其刑。」

⁶ 刑法第 31 條第 1 項規定：「因身分或其他特定關係成立之罪，其共同實行、教唆或幫助者，雖無特定關係，仍以正犯或共犯論。但得減輕其刑。」

⁷ 刑法第 62 條規定：「對於未發覺之罪自首而受裁判者，得減輕其刑。但有特別規定者，依其規定。」

⁸ 刑法第 122 條第 3 項規定：「對於公務員或仲裁人關於違背職務之行為，行求、期約或交付賄賂或其他不正利益者，處 3 年以下有期徒刑，得併科 30 萬元以下罰金。但自首者減輕或免除其刑。在偵查或審判中自白者，得減輕其刑。」

⁹、第 244 條¹⁰、第 301 條¹¹及第 347 條第 5 項¹²等 5 特別之減輕其刑之規定。次按，至少 40 個特別法亦設有特殊之減輕其刑之規定¹³。

除此之外，「依法律加重或減輕者，仍得依前條之規定酌量減輕其刑。」¹⁴「犯下列各罪之一，情節輕微，顯可憫恕，認為依第 59 條規定減輕其刑仍嫌過重者，得免除其刑：一、最重本刑為 3 年以下有期徒刑、拘役或專科罰金之罪。但第 132 條第 1 項、第 143 條、第 145 條、第 186 條、第 272 條第 3 項及第 276 條第 1 項之罪，不在此限。二、第 320 條、第 321 條之竊盜罪。三、第 335 條、第 336 條第 2 項之侵占罪。四、第 339 條、第 341 條之詐欺罪。五、第 342 條之背信罪。六、

⁹ 刑法第 162 條第 5 項規定：「配偶、五親等內之血親或三親等內之姻親，犯第 1 項之便利脫逃罪者，得減輕其刑。」

¹⁰ 刑法第 244 條規定：「犯第 240 條至第 243 條之罪，於裁判宣告前送回被誘人或指明所在地因而尋獲者，得減輕其刑。」

¹¹ 刑法第 301 條規定：「犯第 298 條至第 300 條之罪，於裁判宣告前，送回被誘人或指明所在地因而尋獲者，得減輕其刑。」

¹² 刑法第 347 條第 5 項規定：「犯第 1 項之罪，未經取贖而釋放被害人者，減輕其刑；取贖後而釋放被害人者，得減輕其刑。」

¹³ 包括國家情報工作法第 22 條之 1、國家安全法第 5 條之 1 第 4 項、證人保護法第 14 條第 1 項、第 3 項、消費者債務清理條例第 149 條第 2 項、貪污治罪條例第 8 條、第 12 條、毒品危害防制條例第 17 條、組織犯罪防制條例第 8 條、刑事妥速審判法第 7 條、公職人員選舉罷免法第 99 條第 4 項、第 5 項、第 100 條第 5 項、第 101 條第 4 項、第 5 項、第 111 條第 1 項、公民投票法第 36 條第 4 項、第 5 項、總統副總統選舉罷免法第 86 條第 4 項、第 5 項、第 89 條第 4 項、第 5 項、第 97 條第 1 項、兒童及少年性剝削防制條例第 43 條、海岸管理法第 40 條、槍砲彈藥刀械管制條例第 8 條第 6 項、入出國及移民法第 43 條第 2 項、人口販運防制法第 29 條、第 37 條、陸海空軍刑法第 17 條第 4 項、第 18 條第 4 項、第 19 條第 4 項、第 25 條、第 39 條第 1 項、第 41 條第 2 項、第 51 條、第 58 條第 6 項、第 59 條第 5 項、妨害兵役治罪條例第 9 條、菸酒管理法第 48 條第 3 項、銀行法第 125 條之 4 第 1 項、第 2 項、信用合作社法第 38 條之 4 第 1 項、第 2 項、金融控股公司法第 57 條之 2 第 1 項、第 2 項、洗錢防制法第 16 條第 2 項、票券金融管理法第 58 條之 2 第 1 項、第 2 項、信託業法第 48 條之 3 第 1 項、第 2 項、保險法第 168 條之 3 第 1 項、第 2 項、證券交易法第 171 條第 4 項、第 5 項、第 174 條第 4 項、期貨交易法第 112 條第 2 項、第 3 項、證券投資信託及顧問法第 105 條之 1 第 3 項、第 4 項、第 109 條第 2 項、資恐防制法第 11 條第 2 項、著作權法第 91 條之 1 第 4 項、商業會計法第 73 條、道路交通管理處罰條例第 86 條第 2 項、食品安全衛生管理法第 50 條第 3 項、森林法第 52 條第 6 項、農業金融法第 41 條、水土保持法第 32 條第 1 項、空氣污染防制法第 95 條第 4 項、第 5 項、水污染防治法第 39 條之 1 第 4 項、毒性及關注化學物質管理法第 54 條第 4 項及第 5 項等規定。

第 346 條之恐嚇罪。七、第 349 條第 2 項之贓物罪。」「……對於少年犯最重本刑 10 年以下有期徒刑之罪，如顯可憫恕，認為依刑法第 59 條規定減輕其刑仍嫌過重，且以受保護處分為適當者，得免除其刑……」刑法第 60 條、第 61 條及少年事件處理法第 74 條第 1 項亦分別定有明文。

綜上說明，累犯雖依刑法第 47 條第 1 項加重其刑，但如有上揭刑法或刑事特別法所定減輕其刑或免除其刑之事由，仍得依各該規定減輕其刑或免除其刑，且有 2 種以上刑之減輕者，依刑法第 70 條之規定，遞減之。¹⁴刑法及刑事特別法已設一般性及特別之刑罰減輕事由，並就犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，設刑法第 59 條得酌量減輕其刑之規定，就情節輕微，顯可憫恕，認為依刑法第 59 條規定減輕其刑仍嫌過重者，設刑法第 61 條及少年事件處理法第 74 條第 1 項得免除其刑之規定，立法上已充分考量避免個案過於苛酷之情況，難以認為不符罪刑相當原則，而抵觸憲法第 23 條之比例原則。

多數意見無視於上開刑法及刑事特別法有關減輕或免除其刑之整體規定，僅以刑法第 47 條第 1 項就累犯一律須加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害為由，即認對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，抵觸憲法第 23 條比例原則，以偏概全，難以贊同。更何況累犯者如不符

¹⁴ 刑法第 70 條規定：「有二種以上刑之加重或減輕者，遞加或遞減之。」

合刑法第 59 條所定「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重」要件之個案，其所受之刑罰本就不會超過其所應負擔之罪責，其人身自由不會因此遭受過苛之侵害，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不致不符憲法罪刑相當原則，而生牴觸憲法第 23 條比例原則之問題。

三、刑法第 48 條累犯更定其刑之規定，為維護裁判之正確性、審判之公正性或純正性及刑罰制裁與矯治犯罪人以防衛社會之公共利益所必要，並不違憲

多數意見以：「刑事訴訟程序之實施，應保障當事人之合法訴訟權，並兼顧被告對於裁判效力之信賴(本院釋字第 271 號解釋參照)，是判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險(即禁止雙重危險)、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性。此即一事不再理原則。其已成為現代法治國普世公認之原則(聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項、美國憲法增補條款第 5 條、德國基本法第 103 條第 3 項及日本國憲法第 39 條等規定參照)。」因認於裁判確定後，重複進行同一犯罪行為之科刑程序，其目的僅係為審酌原未發覺之累犯資料，更定其刑、加重處罰，非為維護極重要之公共利益，顯違憲法之一事不再理原則。

惟按本院釋字第 271 號解釋釋明：「刑事訴訟程序之實

施，應保障當事人之合法訴訟權，並兼顧被告對於裁判效力之信賴及國家刑罰權之正確行使。」亦即刑事裁判之正確性與被告對於裁判效力之信賴，同等重要。而該解釋，係容許以非常上訴程序撤銷原有利於被告之確定判決，回復原訴訟程序，就不利益於被告之上訴部分進行審判。¹⁵故依該解釋之意旨，刑事裁判正確性所欲保護之利益，即審判之公正性或純正性(the integrity of the trial)之利益，顯然高於被告對於裁判效力信賴所欲保護之利益。多數意見以本院釋字第 271 號解釋「刑事訴訟程序之實施，應保障當事人之合法訴訟權，並兼顧被告對於裁判效力之信賴」，作為「判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰」之依據，卻無視該解釋釋明之「刑事訴訟程序之實施，應兼顧國家刑罰權之正確行使」，其論述已屬以偏概全。更何況本院釋字第 271 號解釋，係容許以非常上訴程序撤銷原有利於被告之確定判決，回復原訴訟程序，就不利益於被告之上訴部分進行審判，不僅不足以作為多數意見「判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰」之論據，相反地，正足以作為為維護國家刑罰權之正確行使，「判決確定後，得對同一行為重複追訴、審問、處罰」之依據。

次按聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項固規定：「任何人依一國法律及刑事程序經終局判決判定有罪

¹⁵ 本院釋字第 271 號解釋文：「刑事訴訟程序中不利益於被告之合法上訴，上訴法院誤為不合法，而從程序上為駁回上訴之判決確定者，其判決固屬重大違背法令，惟既具有判決之形式，仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。……」

或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑。」¹⁶但聯合國人權事務委員會 2007 年第 90 屆會議通過之第 32 號一般性意見，則敘明「這項規定不禁止特殊情況允許的重新進行刑事審判；例如，發現判處無罪時無法提供或不知道的證據。」¹⁷

再按美國聯邦憲法增補條款第 5 條固規定：「……任何人不因同一犯罪行為，而有遭兩次生命或身體處罰之危險。……」¹⁸以避免人民(一)因同一行為經判決無罪後，再遭起訴；(二)因同一行為經判決有罪後，再遭起訴；(三)因同一行為，受多次處罰。¹⁹但仍有許多例外，例如：於 *Aleman v. Illinois* 一案中，被告因行賄事實審法官，其殺人案件因而經判決無罪(acquittal)，檢察官再次就同一行為以殺人罪起訴，法院即認為並不違反上開美國聯邦憲法增補條款第 5 條規定，因在第一次審判時，其行賄法官判其無罪，其因而並未陷於危險之中。²⁰又如：於 *Arizona v. Washington* 一案中，因被告被訴殺人案之辯護人，在對陪審團為開場陳述時(opening statement)為不適當及偏頗之陳述(improper and

¹⁶ International Covenant on Civil and Political Rights Article 14 paragraph 7 states that: 'No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.'

¹⁷ HUMAN RIGHTS COMMITTEE, Ninetieth session, Geneva, 9 to 27 July 2007, General Comment No. 32 states that: '...56. The prohibition of article 14, paragraph 7, ... does not prohibit the resumption of a criminal trial justified by exceptional circumstances, such as the discovery of evidence which was not available or known at the time of the acquittal.'

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=11 last visited: February 9, 2019.

¹⁸U.S. CONST. amend. V provides that: '... nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb;...'

<http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/frontmatter/organiclaws/constitution&edition=prelim> last visited: February 10, 2019.

¹⁹ *North Carolina v. Pearce*, 395 U.S. 711 (1969).

²⁰ *Aleman v. Illinois*, 313 Ill.App.3d. 51 (2000).

prejudicial remarks)，經檢察官以有明顯之必要 (manifest necessity) 為由，聲請法院宣告為無效審判 (mistrial)，法院認為辯護人不適當之開場陳述損害由公正之審判者為正確審判之公共利益，宣告審判為無效。檢察官仍得再行起訴，法院亦得再加以審判。²¹於 *U.S. ex. Rel. Ferrari v. Henderson* 一案中，法院認科處之刑罰不合法律規定，更定原處之刑罰，縱加重處罰，並非就同一犯罪行為為多重處罰 (multiple punishment)。²²於 *United States v. Busic* 一案中，法院認科處之刑罰不合法律規定，更定原處之刑罰，並不受雙重危險 (double jeopardy) 及正當程序 (due process) 之限制。²³於 *U.S. v. Edmonson* 一案中，法院認更定不合法律規定之刑罰，縱加重處罰，仍不受雙重危險 (double jeopardy) 之限制。²⁴

此外，於 *U.S. v. Carter* 一案中，被告因觸犯聯邦法律第 18 編第 2031 條 (18 U.S.C. §2031) 規定之妨害性自主罪，經聯邦法院判決有罪，並依聯邦法律第 18 編第 4205 條 b 項第 2 款 (18 U.S.C. §4205(b)(2)) 規定處有期徒刑 5 年，被告雖上訴，但經聯邦上訴法院駁回上訴而告確定。其嗣向聯邦地方法院聲請依聯邦刑事訴訟規則第 35 條 b 項 (Fed.R.Crim.P. 35(b)) 減輕其刑罰，聯邦地方法院裁定准其所請，減輕其刑罰，命其在社區治療機構 (community treatment center) 執行 4 個月，另緩刑 4 年 8 個月。聯邦檢察官認聯邦地方法院減輕被告刑罰之裁定，違反妨害性自主之犯罪因得處無期徒刑而不得宣告

²¹ *Arizona v. Washington*, 434 U.S. 497 (1978).

²² *U.S. ex. Rel. Ferrari v. Henderson*, 474 F.2d 510 (2nd Cir. 1973), cert. denied, 414 U.S. 843 (1973).

²³ *United States v. Busic*, 639 F.2d 940, 953 (3rd Cir. 1981), cert. denied, 452 U.S. 918 (1981).

²⁴ *U.S. v. Edmonson*, 792 F.2d 1492 (9th Cir. 1986), cert. denied, 479 U.S. 1037 (1987).

緩刑之聯邦法律第 18 編第 3651 條(18 U.S.C. §3651)規定，乃聲請更正該聯邦地方法院減輕被告刑罰之裁定，聯邦地方法院認檢察官之聲請為有理由，乃依聯邦法律第 18 編第 4205 條 b 項第 1 款(18 U.S.C. §4205(b)(1))裁定更定刑罰為有期徒刑 30 個月，並於執行滿 6 個月後得假釋。被告不服，以其已於裁定更定刑罰前，開始執行減輕後之刑罰，主張裁定更定刑罰之程序，違反聯邦憲法增補條款第 5 條有關禁止雙重危險之規定。但聯邦上訴法院以聯邦憲法增補條款第 5 條有關禁止雙重危險之規定，並不禁止就違法或錯誤之科刑決定加重其刑度為由，駁回被告之抗告。²⁵

於 *U.S. v. Kinsey* 一案中，²⁶被告因共謀販賣毒品古柯鹼及意圖販賣而持有古柯鹼，1987 年經聯邦地方法院分別判處有期徒刑 20 年及緩刑交付保護管束 5 年後，被告雖提起上訴，但經聯邦上訴法院駁回上訴，被告復向聯邦最高法院聲請許可上訴至該院，經該院不許可上訴而告確定。²⁷被告保護管束之期間，自因共謀販賣毒品古柯鹼所處之有期徒刑 20 年執行完畢釋放時起算，聯邦監獄署(the Bureau of Prisons)將被告因共謀販賣毒品古柯鹼所處之有期徒刑 20 年解釋為不得假釋，因此該確定判決之實際效果為被告須執行不得假釋之有期徒刑 20 年後，再執行保護管束 5 年。但依照法律規定，被告因共謀販賣毒品古柯鹼經判處之有期徒刑 20 年可以假釋，意圖販賣而持有古柯鹼，則至少應判處不得假釋之有期

²⁵ *U.S. v. Carter*, 704 F.2d 1063 (9th Cir. 1983).

²⁶ *U.S. v. Kinsey*, 994 F.2d 699 (9th Cir. 1993).

²⁷ *U.S. v. Kinsey*, 843 F.2d 383 (9th Cir. 1988), cert. denied, 487 U.S. 1223 (1988).

徒刑 20 年及釋放後交付保護管束 10 年。被告及檢察官均於 4 年後聲請聯邦地方法院更正經判決確定之刑罰，聯邦地方法院即更正共謀販賣毒品古柯鹼處得假釋之有期徒刑 20 年，意圖販賣而持有古柯鹼處不得假釋之有期徒刑 20 年及釋放後交付保護管束 10 年，二者所處之有期徒刑同時執行。被告就將意圖販賣而持有古柯鹼原處緩刑交付保護管束 5 年改處不得假釋之有期徒刑 20 年及釋放後交付保護管束 10 年部分不服，以違反聯邦憲法增補條款第 5 條有關禁止雙重危險之規定抗告於聯邦上訴法院。聯邦上訴法院以被告就意圖販賣而持有古柯鹼原處緩刑交付保護管束 5 年之裁判，並無其為確定終局裁判之合理期待，因此駁回被告之主張。另引用美國聯邦最高法院於 *Bozza v. United States* 一案中，所揭示「更正裁判錯誤之量刑，使之符合法律之規定，縱使更定之合法刑罰超過原處不合法之刑罰，並不當然發生雙重危險」之見解，²⁸並引用聯邦第九巡迴上訴法院於 *United States v. Kane* 一案中，所闡釋「於裁判確定後聲請更定錯誤之量刑，與以上訴程序請求更正錯誤之量刑，並無不同，因如果不合法之量刑存在，被告應該知道依照聯邦刑事訴訟規則第 35 條係可以更正」之見解，²⁹作為駁回被告主張之依據。

末按德國基本法第 103 條第 3 項固亦規定：「任何人不得因同一事實基於一般刑法，處以多次刑罰。」³⁰但相當於我

²⁸ *Bozza v. United States*, 330 U.S. 160 (1947).

²⁹ *United States v. Kane*, 876 F.2d 734, 736-7 (9th Cir. 1989).

³⁰ Basic Law for the Federal Republic of Germany Article 103 paragraph 3 stipulates that: 'No person may be punished for the same act more than once under the general criminal laws.' <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf> last visited: February 10, 2019.

國刑事訴訟法第 5 編再審之德國刑事訴訟法第 4 編再審(Part Four Reopening of Proceedings Concluded by a Final Judgement), 除於第 359 條設有相當於我國刑事訴訟法第 420 條為受判決人利益聲請再審之規定外³¹, 於第 362 條³²及第 373a³³條亦設有相當於我國刑事訴訟法第 422 條為受判決人不利益聲請再審之規定。

綜上說明, 不論我國之解釋先例或聯合國公民與政治權

³¹ The German Code of Criminal Procedure Section 359 provides that: ‘ Reopening of the proceedings concluded by a final judgment shall be admissible for the benefit of the convicted person

1. if a document produced as genuine, to his detriment, at the main hearing was false or forged;
2. if a witness or expert, when giving testimony or an opinion to the convicted person’s detriment, was guilty of willful or negligent breach of the duty imposed by the oath, or of wilfully making a false, unsworn statement;
3. if a judge or lay judge who participated in drafting the judgment was guilty of a criminal violation of his official duties in relation to the case, unless the violation was caused by the convicted person himself;
4. if a civil court judgment on which the criminal judgment is based is quashed by another final judgment;
5. if new facts or evidence were produced, which, independently or in connection with the evidence previously taken, tend to support the defendant’s acquittal or, upon application of a less severe penal norm, a lesser sentence or a fundamentally different decision on a measure of reform and prevention;
6. if the European Court of Human Rights has held that there has been a violation of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms or of its Protocols and the judgment was based on that violation.’ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p2085 last visited: February 10, 2019.

³² The German Code of Criminal Procedure Section 362 provides that: ‘ Reopening of proceedings concluded by a final judgment shall be admissible to the defendant’s detriment

1. if a document produced as genuine, for his benefit, at the main hearing was false or forged;
2. if a witness or expert, when giving testimony or an opinion for the defendant’s benefit, was guilty of willful or negligent violation of the duty imposed by the oath, or of wilfully making a false, unsworn statement;
3. if a judge or lay judge participated in drafting the judgment who was guilty of a criminal violation of his official duties in relation to the case;
4. if the person acquitted makes a credible confession, in or outside the court, that he committed the criminal offence.’ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p2085 last visited: February 10, 2019.

³³ The German Code of Criminal Procedure Section 373a provides that: ‘ (1) Reopening of proceedings concluded by a final penal order to the convicted person’s detriment shall also be admissible if new facts or evidence have been produced which, either alone or in conjunction with earlier evidence, tend to substantiate conviction for a felony. (2) In all other cases Sections 359 to 373 shall apply mutatis mutandis to the reopening of the proceedings concluded by a final penal order.’ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html#p2148 last visited: February 11, 2019.

利國際公約、美國、德國，為維護裁判之正確性及審判之公正性或純正性(the integrity of the trial)，刑事裁判之確定力原則上固應維持，以維法律秩序之安定，保障當事人之合法訴訟權及被告對於裁判效力之信賴，但於裁判不正確時，仍允許有救濟之途徑，而變更刑事確定裁判，且縱為對被告不利之變更，亦無不可，以保障犯罪被害人之合法權利與國家刑罰權之正確行使及審判之公正性或純正性。則刑法第 48 條累犯更定其刑之規定，為維護裁判之正確性及審判之公正性或純正性之公共利益所必要。且累犯之行為人既有其特別惡性，又對於刑罰之反應力顯然薄弱，如不對其累犯之罪適度加重處罰，即不能達到刑罰制裁及矯治犯罪人，以防止其再犯而防衛社會之目的。故刑法第 48 條累犯更定其刑之規定，目的正當，所採取之手段對目的之達成亦屬必要，符合憲法第 23 條之比例原則，與憲法第 8 條規定並無牴觸。

四、刑事訴訟法第 477 條第 1 項有關累犯更定其刑部分，亦不違憲

多數意見以刑事訴訟法第 477 條第 1 項有關累犯更定其刑部分，因刑法第 48 條有關累犯應更定其刑部分既經本解釋宣告失其效力，應併同失效。但刑法第 48 條累犯更定其刑之規定並不違憲，已如前述，則刑事訴訟法第 477 條第 1 項有關累犯更定其刑部分，自不併同失效。

因累犯更定其刑，依刑法第 48 條前段規定，係「裁判確

定後，發覺為累犯者」，方得更定其刑³⁴，故累犯更定其刑，須前後兩個確定裁判符合刑法第 47 條規定累犯之要件³⁵，且係於後罪裁判確定後，發覺為累犯，方得為之。而刑之量定，並不須經嚴格之調查證據程序，亦不受嚴格證據法則之拘束，證明之程度，亦無須如同犯罪事實之證明，須達嚴格之證明即達超越合理懷疑(beyond a reasonable doubt)之程度，僅須達自由證明即優勢證據(preponderance of the evidence)之程度。³⁶ 故就作為累犯更定其刑基礎之前後兩個確定裁判，其犯罪事實之認定，既均經嚴格之調查證據程序，並受嚴格證據法則拘束，證明之程度，又達嚴格之證明即達超越合理懷疑之程度，屬刑之重新量定之更定其刑，雖由檢察官聲請以裁定為之，但依刑事訴訟法第 222 條第 2 項規定，於為裁定前有必要時，仍得調查事實³⁷，自無違正當程序，而生違憲之問題。

³⁴ 刑法第 48 條前段規定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。」

³⁵ 刑法第 47 條第 1 項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，……」

³⁶ *Williams v. New York*, 337 U.S. 241 (1949); RICHARD G. SINGER, CRIMINAL PROCEDURE II: FROM BAIL TO JAIL 292 (2nd ed. 2008).

³⁷ 刑事訴訟法第 222 條第 2 項規定：「為裁定前有必要時，得調查事實。」

釋字第 775 號解釋部分不同意見書

詹森林大法官提出

本號解釋之解釋文共分三段，分別宣告：

1. 刑法第 47 條第 1 項規定（下稱系爭規定一），關於加重最低本刑部分，有個案過苛情事，於此範圍內，該部分規定不符憲法罪刑相當原則，且違反比例原則。立法機關應於 2 年內修正；在此之前，法院應於過苛之個案，依本解釋意旨，裁量是否適用系爭規定一該部分而加重最低本刑。
2. 刑法第 48 條前段規定違憲，應自本解釋公布日起立即失效。
3. 刑事訴訟法第 477 條第 1 項規定，關於「依刑法第 48 條應更定其刑」部分，因刑法第 48 條違憲而亦違憲，應併同立即失效。

本席就本號解釋文第 2 段及第 3 段，敬表贊同，但就第 1 段解釋文，則礙難支持，爰提出本部分不同意見書。

壹、系爭規定一，違反一行為不二罰原則

一事不二罰原則，我國憲法雖無明文，但已成為我國憲法肯認之基本原則，要無爭議¹。系爭規定一，限制人民人身自由及財產權，自不得違反一事不二罰原則。

一、多數意見

¹ 參見許宗力大法官之釋字第 604 號解釋協同意見書。吳庚/陳淳文著「憲法理論與政府體制」，106 年 9 月增訂 5 版，361 頁，亦稱：「正當法律程序已成為我國憲法原則。……就刑事訴訟而言，……一行為不二罰，……是正當程序應提供的最低度保障。」

多數意見認為系爭規定一不生是否違反一行為不二罰原則之問題²，其理由除訴諸系爭規定一於民國 24 年 1 月 1 日制定公布時之立法理由，及 94 年 2 月 2 日修正公布³之修正理由外，多數意見並稱：「累犯之犯罪行為人既然曾因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行而赦免，理應產生警惕作用，返回社會後能因此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪，行為人卻故意再犯後罪，足見行為人有其特別惡性，且前罪之徒刑執行無成效，其對於刑罰之反應力顯然薄弱，故認有必要加重後罪本刑至二分之一處罰。」(參見解釋理由書第 14 段)

此外，多數意見並以系爭規定一之法律文義及立法理由為依據，而指出：「立法者鑑於累犯之主觀惡性較重，故所違犯之後罪應加重本刑至二分之一。是系爭規定一所加重處罰

² 法務部於 108 年 1 月 15 日本院為本件聲請解釋案召開之說明會，提出之「刑法第 47 條第 1 項及第 48 條之意見」，2 頁，引用日本學說及日本最高裁判所判例，認為系爭規定一不違反一事不二罰原則。鄭善印教授於同日提出之「我國現行刑法之累犯規定並不違憲之書面意見」，1-2 頁，及鄭善印教授，「累犯加重其刑之規定是否違反一事不二罰原則」，警察法學，第 6 期，2007 年 10 月，376-382 頁，亦持相同看法。

³ 刑法第 47 條規定，於 94 年 1 月 7 日修正，同年 2 月 2 日公布，95 年 7 月 1 日施行，修正內容為：累犯之構成要件，從原條文「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪」，修正為「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪」。修正理由為：「犯罪行為人之再犯係出於故意者，固有適用累犯加重規定之必要；惟若過失再犯者因難據以確認其刑罰反應力薄弱，故宜以勸導改善等方式，促其提高注意力以避免再犯，而不宜遽行加重其刑，故第 1 項限制以故意再犯者為限，方成立累犯。」此外，同條增訂第 2 項規定「第 98 條第 2 項關於因強制工作而免其刑之執行者，於受強制工作處分之執行完畢或一部之執行而免除後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，以累犯論。」修正理由為：「保安處分本有補充或代替刑罰之功用，為配合第 98 條第 2 項增訂強制工作處分與刑罰之執行效果得以互代，爰參採竊盜犯贓物犯保安處分條例第 7 條之立法體例。於本條第 2 項增訂擬制累犯之規定。」

者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題。」(參見解釋理由書第 15 段)

二、本席意見

本席以為，多數意見前述見解，尚待商榷。

(一) 刑法第 47 條規定於 24 年 1 月 1 日制定時之立法理由：「受刑後復犯罪，可證明通常刑之不足以懲治其特別惡性，而有加重其刑之必要」等語，純屬不附理由之主張。該立法理由所謂「可證明」，究竟有無可堪檢驗之佐證，多數意見不為任何探求，即輕率援用，從系爭規定為刑法規定，侵害人民人身自由及財產權之程度嚴重，故應予從嚴審查而言，殊屬遺憾。

(二) 本條 94 年 2 月 2 日修正之修正理由稱：「累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果」，及多數意見略謂：「累犯具有其特別惡性，對於刑罰之反應力顯然薄弱，故有必要加重後罪本刑」，均屬刑罰學上之特別預防理論。

然而，誠如王皇玉教授指出⁴：累犯如屬一犯再犯「相同罪名」之情形，不論其屬於對該罪行有特別「癖好」，例如重複觸犯性侵害罪、詐欺罪等，或屬於因「成癮」而一犯再犯，例如酒癮者一再違犯酒後駕車罪、吸毒者一再違犯施用毒品罪，加重其刑罰，均不足消彌其再度犯罪；保安處分，始為正當對策。例如：對成癮者施以戒癮治療，或德國廢除其刑法第 48 條累犯加重處罰規定之後，對於鑑定為具有犯罪癖

⁴ 王皇玉教授於 108 年 1 月 15 日本院為本件聲請解釋案召開之說明會，提出之「累犯加重處罰正當性」，1-2 頁。

好或對社會危害較高之人，改以同法第 66 條保安監禁方式（Sicherungsverwahrung）處遇。至於累犯如屬一犯再犯「不同罪名」之情形，則從犯罪學的觀點來看，不必然是一種危險性較高之人，而是一種無法再社會化或更生失敗之人，如對於此種人再以累犯為由而加重其刑，不僅無從警惕其不再犯罪，反而更製造其再度犯罪。

（三）從實證資料，證立累犯規定不能警惕再度犯罪
地方法院檢察署執行案件判決確定情形⁵

年別 (民國)	被告人數			累犯人數	累犯人數占 科刑被告人 數之百分比 ⁶
	總計	未科刑	科刑 ⁷		
96 年	196,103	22,464	173,639	40,448	23.294%
97 年	221,345	22,724	198,621	58,602	29.504%
98 年	213,570	23,171	190,399	53,265	27.975%
99 年	203,489	23,474	180,015	46,771	25.982%
100 年	198,336	23,093	175,243	47,252	26.964%
101 年	197,202	23,405	173,797	46,375	26.683%
102 年	190,469	21,925	168,544	44,102	26.166%

⁵ 法 務 部 統 計 手 冊
http://www.rjtd.moj.gov.tw/rjtdweb/book/Book_Detail.aspx?book_id=259

(查詢日期 108 年 2 月 21 日)

⁶ 小數點第四位採四捨五入法。

⁷ 含死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役及罰金。

103 年	211,166	22,694	188,472	49,072	26.037%
104 年	208,576	23,626	184,950	53,992	29.193%
105 年	204,062	23,023	181,039	58,266	32.184%

前開統計資料清楚顯示，10 年間（96 年至 105 年）累犯人數沒有明顯減少，102 年至 105 年之間，累犯人數甚至逐年增加。除 96 年外，其餘 9 年間，每年累犯人數占被科刑人數之比例，更均達四分之一（25%）以上；104 年與 105 年，更分別超過 29% 及 32%。換言之，實證資料在在證明，累犯加重處罰之規定，完全不能警惕曾受有期徒刑執行之人，於執行完畢後繼續犯罪。有學者強調⁸：「累犯處遇加重刑罰是完全沒有其必要性、不切實際而不符公平正義，同時與罪責刑法有所衝突矛盾。而自特別預防觀點，監獄行刑的反社會化本質，亦不能提供累犯處遇加重其刑的正當理由」，誠屬的論。

（四）累犯加重處罰，不論係就前罪加重，或就後罪加重，均為一行為二罰

多數意見稱：「系爭規定一所加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題。」

然而，累犯之構成要件，以曾因前罪而受有期徒刑之一部或全部執行為要件，故該前罪業經處罰確定且執行完畢。準此，於行為人犯後罪時，如僅以其曾受前罪之執行為據而

⁸ 鄭昆山教授，累犯加重刑罰之比較研究，甘添貴教授祝壽論文集，2002 年 3 月，489 頁。

於論處後罪時，加重後罪之本刑，不啻對於已確定如何處罰之前罪，再度處罰之，從而當然違反一行為不二罰原則⁹。

外國法上，德國於 1986 年廢除其刑法累犯加重處罰之規定，廢除理由之一，係為該規定乃建構於「預先懲罰」(Vorstrafen)，導致累犯之科刑，顯比初犯為重，亦即二者有差別待遇，此等「預先懲罰」之概念，除有學者認係違反罪責原則¹⁰外，又因其曾犯前罪之行為，即對後罪「預先(加重)懲罰」，亦有違反此處之一行為不二罰原則。

多數意見為避免累犯係藉後罪加重科刑以對前罪重複處罰，致淪於一行為二罰之嫌，遂強調「系爭規定一所加重處罰者，並非前罪，而係後罪。」惟，倘若如此，則法院於適用系爭規定一而加重後罪之本刑時，其量刑之裁量範圍，即已逾越該後罪原來法定刑之界限，亦即將無關後案犯罪行為之因素，納入後罪之科刑範圍，致仍屬對已執行完畢之前罪為重複處罰，而依舊違反一行為不二罰原則¹¹。

貳、本號解釋之價值判斷，顯然輕重失衡

系爭規定一明定，犯罪行為人為累犯者，應於對後罪科

⁹ 參見，本件解釋聲請人之一，臺灣高等法院高雄分院刑事第五庭法官曾永宗、任森銓、陳松檀，於 103 年 11 月 12 日提出之聲請書，10 頁，及陳松檀法官於 108 年 1 月 15 日，本院為本件聲請解釋案召開之說明會，提出之補充理由書，2 頁；本件解釋另一聲請人，臺北地方法院吳松德法官，於同日提出之「關於刑法第 47 條、第 48 條規定聲請釋憲說明會之意見」，4-6 頁；林鈺雄教授，於同日提出之「刑法累犯加重處罰規定是否違憲案」，3 頁。

¹⁰ 王皇玉教授於 108 年 1 月 15 日本院為本件聲請解釋案召開之說明會，提出之「累犯加重處罰正當性」，3 頁。

¹¹ 參見，本件解釋聲請人之一，臺灣高等法院高雄分院刑事第五庭法官曾永宗、任森銓、陳松檀，於 103 年 11 月 12 日提出之聲請書，10 頁；陳松檀法官於 108 年 1 月 15 日，本院為本件聲請解釋案召開之說明會，提出之補充理由書，2 頁；本院刑事廳於同日提出之意見書，3-4 頁。

刑時，加重其本刑至二分之一。而依刑法第 67 條規定，有期徒刑或罰金加重者，其最高度及最低度同加之。

惟多數意見就系爭規定一，僅就其加重最低本刑部分，以其不分情節，一律均應加重，致生個案過苛情形，並於此範圍內，宣告系爭規定一因不符憲法罪刑相當原則及比例原則而違憲。

換言之，本號解釋雖宣告系爭規定一關於加重後罪之最低本刑至二分之一部分違憲，但系爭規定一關於加重後罪之最高本刑至二分之一部分，並未經本號解釋宣告違憲，亦即仍屬合憲。

由是顯見，本號解釋之價值判斷輕重失衡。蓋若基於系爭規定一因不符憲法罪刑相當原則及比例原則為由，而認累犯不分情節，一律加重處罰，係為違憲，則其須加重處罰之規定，不論於加重最低本刑至二分之一或至加重最高本刑至二分之一之刑度間，皆有因其不分情節，須加重處罰而有違罪責相當原則之可能，並非僅限於加重最低本刑之部分。

多數意見於此處理系爭規定一，僅認於加重最低本刑之部分違憲，而對系爭規定一出於相同理由（被告為累犯）致可加重最高本至刑二分之一，且對行為人人身自由之限制甚至更重之情況，竟不宣告其亦違憲，不僅難以自圓其說，更是輕重失衡。

肆、結論

本號解釋，來自於 5 件人民聲請案及 4 件法官聲請案。其中之法官聲請案，尤其值得重視。蓋對於系爭規定一，及該規定所牽連之刑法第 48 條與刑事訴訟法第 477 條，既然

有連續 4 案之承審法官，於適用各該規定時，確信有牴觸憲法之疑義，而裁定停止訴訟程序，並聲請憲法解釋，顯見刑法關於累犯之相關規定，實務適用上，業已引起法官違憲之不安，且不安之程度非淺。

再者，國內絕大多數刑法學者認為系爭規定一因不符罪刑（罪責）相當原則、比例原則而全部違憲¹²；前述 4 件法官聲請案中，更有部分法官進一步主張系爭規定一同時牴觸一行為不二罰原則而違憲。

詎料，本號解釋就最基本但也最關鍵之系爭規定一，輕描淡寫地宣告其於特殊之累犯個案中，關於加重最低本刑部分，可能過苛，故系爭規定一僅在此範圍內，有違憲情事。

此項解釋結果，相去前述國內刑法通說甚遠，解釋理由書亦未提供堅強論證；法院適用系爭規定一所引起之憲法疑義及因而造成之不公，不因本號解釋而有絲毫釐清，更可預見¹³。因此，本號解釋雖為絕大多數大法官所支持，但本席仍不敢因居絕對少數而贊同之。

¹² 林山田，刑法改革與刑事立法政策—兼評 2002 年刑法部分條文修正案，月旦法學雜誌，第 92 期，92 年 1 月，8-25 頁；林鈺雄，新刑法總則，105 年 9 月 5 版，670 頁；柯耀程，刑罰相關規定之修正方向—刑法修正草案提高刑度及累犯修法之評釋，月旦法學雜誌，第 92 期，92 年 1 月，65-76 頁；柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（下），94 年 10 月，447 頁；鄭逸哲，關於累犯、緩刑、假釋和保安處分—新刑法修法簡評，月旦法學雜誌，第 121 期，94 年 6 月，275 頁；鄭昆山，累犯加重刑罰之比較研究—論再犯預防及其刑事法防制之道，刑事法學之理想與探索—甘添貴教授祝壽論文集，91 年 3 月，489 頁；盧映潔，我國刑法修正案有關增減刑罰及保安處分規定之探討與評析，月旦法學雜誌，第 121 期，94 年 6 月，264 頁。

¹³ 關於系爭規定一在法院適用上產生之爭議及不公情形，詳見本案 4 件法官聲請案之聲請書。