

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，牴觸憲法第 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，牴觸憲法第 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：「瘡啞人之行為，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。」「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.

¹⁸ U.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。」