

釋字第 796 號解釋部分協同意見書

蔡明誠大法官 提出

本號解釋認為刑法第 78 條第 1 項本文規定：「假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，於判決確定後 6 月以內，撤銷其假釋。」（下稱系爭規定）不分受假釋人是否受緩刑或 6 月以下有期徒刑之宣告，以及有無基於特別預防考量，使其再入監執行殘刑之必要之具體情狀，僅因該更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，即一律撤銷其假釋，致受緩刑或 6 月以下有期徒刑宣告且無特別預防考量必要之個案受假釋人，均再入監執行殘刑，於此範圍內，其所採取之手段，就目的之達成言，尚非必要，此部分系爭規定有違背憲法第 23 條比例原則之要求，不符合憲法第 8 條保障人身自由之意旨，其結論可資贊同。惟本號解釋所為有關假釋制度及撤銷假釋標準之部分論述，仍有商榷之餘地。爰提出部分協同意見書如下：

一、從刑罰目的論假釋制度之本質

在行為刑法(Tatstrafenrecht)，某一行為被評價為犯罪之後，進而須面臨國家如何發動刑罰權，其制裁犯罪行為人之目的何在等課題。如從刑罰目的理論觀點，觀察刑法有關假釋制度之本質，將可更清楚明確認識及掌握假釋制度之意涵，以利適用。刑罰目的，向來有絕對論（例如應報論）與相對論（目的論）（例如一般及特別預防理論）觀點，各種論點在刑事法發展史上，均曾引起關注，甚至作為立法者或執法者適用刑事法之論據。刑罰之目的為何，如欲以單一理論解釋，有採應報論(Vergeltungstheorie)或罪責衡平論(Theorie vom Schuldausgleich)，則有認其可能使刑罰失其社會

任務及刑事設施執行之理念及功能，但如採一般預防理論，過度強調對潛在行為人之威嚇(*Abstreckung*)，則有認其可能有濫用刑罰之疑慮。另如偏重於特別預防（再社會化；復歸社會），基於矯治行為人人格及預防再犯之必要，可能導致小罪大罰之結果，是預防理論可能脫離以罪責原則論斷刑罰之功能。總之，前述各單一刑罰理論，往往有不盡周延之處。現較流行之說法，分別刑罰威嚇(*Strafdrohung*)、判刑及刑罰執行階段，綜合運用應報論、一般預防論或特別預防論，而採結合論（或稱綜合論或統一論）(*Vereinigungstheorien*)。¹近年來，隨著被害人學研究日漸盛行，對於犯罪人之處遇方式，逐漸出現所謂修復性司法(*restorative justice*)之論點，主張在追訴審判犯罪過程中，不僅著重於國家刑罰權之行使，並由國家在被害人與犯罪人間建立某種溝通機制，藉此釐清真相，亦可促進因犯罪所破壞

¹ 參照林鈺雄，新刑法總則，臺北市：元照，2019年9月7版1刷，頁19及註22。其認為我國實務並不特別重視結合理論之價值，反觀德國刑法則常見結合理論之影響（例如廢除死刑、無期徒刑須有假釋可能、刑罰須有個案彈性及廢除短期自由刑之原則等）。在德國，就刑法處罰規定、裁判與刑罰執行，分別其階段，而採用不同刑罰目的理論。往昔通說及現行實務仍以應報結合理論(*Die vergeltenden Vereinigungstheorien*)作為論據，亦即以罪責作為刑罰之基礎及界限，相對論之刑罰目的觀點，作為附隨效果。（參照 Uwe Murmann, *Strafrecht*, München: Beck, 2015, Rn. 44.）在學理上則有主張拋棄應報理論，改以預防之結合理論(*Die präventive Vereinigungstheorien*)為刑罰目的論之論據。（參照 Claus Roxin /Luís Greco, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I Grundlagen · Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5., Aufl. München:Beck, 2020, § 3 Rn. 33ff., 37ff.）在我國學理上，有認為配合法益衡平及科際整合之發展，綜合論逐漸形成為有利之學說見解。（參照蘇俊雄，刑法總論 I，臺北市：作者發行，民國 87 年 3 月修正再版，頁 91-93。）

關係之修復。²以上可見，前述刑罰目的論之主張，可能因立論基礎之差異，而發展出不盡相同之見解。

如從前述刑罰目的論探究假釋制度之本質，受刑人如符合法定假釋之要件，其是否具有請求假釋之權利（權利說），或是假釋係對於已適於社會生活之受刑人之恩惠或恩赦（恩惠說），或有較為折衷者，認為在罪責所容許之空間內運用矯治及教化功能，使不具危險性之犯罪行為人得以復歸社會。後者係採所謂特別預防說解釋假釋制度之本質，亦即除刑罰之教化及改善等功能外，尚有排害功能，當受刑人已獲得改善，願意接受法秩序，基於國家刑事政策考量必須將其釋放，以避免感染惡習，而破壞監獄教化功能。故有建議將假釋制度之性質，跳脫恩赦或權利之爭議，而成為與自由刑結合並協助自由刑發揮個別預防功能之一種行刑措施³。理論上，假釋是一種附條件提前釋放受刑人之行刑措施及寬恕制度，針對刑期雖未滿但已達到特別預防效果之受刑人，使其提前回歸社會以達成刑罰目的之措施。⁴本號解釋與本院釋字第 681 號解釋⁵相互比較，則更進一步以特別預防論作為

² 參王皇玉，刑法總則，臺北市：新學林，2019年9月5版，頁616。

第54屆電視金鐘獎最佳戲劇節目獎《我們與惡的距離》，這部電視劇最終以修復式司法的對話作為結束，同時也象徵著一場關於修復傷害旅程的開始。當社會面對重大傷害的時候，我們有沒有辦法修補那撕裂的傷口？參陳俠語，【投書】傷害之後，我們還剩下什麼？淺談「修復式司法」，引自：

<https://opinion.cw.com.tw/blog/profile/52/article/8645>。

³ 採特別預防說，以解釋假釋制度者，參照方文宗，以特別預防觀點論假釋制度，東海大學法學研究，39期，頁108-111, 198-213。

⁴ 參照林鈺雄，同註1書，頁678-679。

⁵ 參照本院釋字第681號解釋理由書第2段「假釋制度之目的在使受徒刑執行而有悛悔實據並符合法定要件者，得停止徒刑之執行，以

解釋假釋制度之本質，值得注意。

二、從一般預防論假釋撤銷之要件

假釋之撤銷，須符合法定要件，關於假釋撤銷制度之論述，是否同樣築基於特別預防論，可再進一步深究。如前述從特別預防觀點，受刑人已經矯治改善，符合假釋要件而使已適於社會生活之受刑人得以提前釋放出於刑事設施（監獄），得復歸社會（再社會化）。若假釋期間，更犯他罪，因涉及前罪執行中，關於撤銷假釋之要件如何，以及該撤銷有無裁量餘地，係必要撤銷，抑係裁量撤銷，亦即是否「應」撤銷或「得」撤銷假釋之裁量空間，有不同觀點。本號解釋即因系爭規定無裁量餘地，而引發更犯他罪縱然輕微，而必要撤銷，導致殘刑續予執行，是否符合比例原則或正當法律程序等憲法原則之問題。如本號解釋聲請意旨中有指摘系爭規定對於受假釋人於假釋中故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，均撤銷其假釋，並無區分所犯罪名及宣告之有期徒刑刑度輕重，法院亦無依具體個案之犯罪情節、特性及受假釋人個人特殊事由等裁量是否應撤銷假釋之空間，一律應予撤銷假釋，有違憲之疑慮。另有指摘系爭規定以更犯罪之裁判結果，為受假釋人應否撤銷假釋之唯一標準，無異以法官就該更犯罪單一事件之評價，全盤否定受刑人假釋前，於監獄執行期間，經長期觀察後所為悛悔實據之

促使受刑人積極復歸社會（刑法第 77 條、監獄行刑法第 81 條參照）。假釋處分經主管機關作成後，受假釋人因此停止徒刑之執行而出獄，如復予以撤銷，再執行殘刑，非特直接涉及受假釋人之人身自由限制，對其因復歸社會而業已享有之各種權益，亦生重大影響。」

綜合評價，不符比例原則。

再者，於刑罰威嚇階段之立法設計，有關假釋之撤銷，如立法者許其裁量撤銷，其得以裁量撤銷假釋之標準何在。本號解釋將緩刑或受 6 月以下有期徒刑宣告，以及有無基於特別預防考量，使其再入監執行殘刑必要之具體情狀作為不予撤銷假釋之標準。看似標準明確，但所謂特別預防考量，係以受假釋人個別之因素為判斷要素之一。是否另須基於一般預防觀點，審酌維持法秩序等客觀因素，一併列為得否撤銷假釋之要件。亦即，是否另須一般預防觀點出發，作為論理之基礎，亦值得再推敲。就受假釋人是否准予假釋，自應審酌其是否符合刑罰執行之目的，亦即考量其是否符合法定假釋要件及特別預防之各種情節。惟在假釋期間，如更犯他罪，是否需要按前罪受處罰之犯罪類型（即是否為無期徒刑或一般徒刑之假釋），或是否後罪所犯較為輕微犯罪，而採裁量撤銷制度時，是否另須以受假釋人有難以維持法秩序（或譯防衛法律秩序）(Verteidigung der Rechtsordnung)⁶等情事，作為審酌是否撤銷假釋之客觀裁量因素，亦即是否從一般預防觀點預留其一定裁量之空間，乃有值得再探究之意義。

⁶ 有關德國刑法所謂法秩序（或譯法律秩序）之維持(防衛)，於刑法中主要規定於第 47 條第 1 項（短期自由刑之例外）(參照 Kinzi, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019-beck-online, §47 Rn.14.)、第 56 條第 3 項（受 6 月以上自由刑之宣告，基於法秩序維持之必要者，得不為緩刑之宣告）等。在內容上表現出刑法之一般預防功能，藉由人民之法律信賴，具有威嚇潛在犯罪行為人，且強化刑事司法功能中法社會之信賴。(參照 Groß/Kett-Staub, Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl., 2020,-beck-online, §56 Rn. 37.)

三、比較法觀察假釋撤銷之要件

各國刑法法制發展，固各有其發展背景及刑事政策選擇，往往難以論斷何國法制最為優異。惟他山之石，可以功錯，借鏡比較法觀察，或可更清楚認識及解析我國相關法制。是從比較法觀察德國及日本相關規範，自有其參考價值。先從德國刑法規定觀之，刑法有關假釋之撤銷，係準用緩刑撤銷之規定（德國刑法第 57 條第 5 項及第 57a 條第 3 項第 2 段準用第 56f 條）。受判決人於緩刑期間內更犯他罪，因而顯示其無法滿足據以宣告緩刑之期待基礎者，由法院（Widerrufsgericht，即所謂撤銷法院）為緩刑之撤銷（德國刑法第 56f 條第 1 項第 1 款），係屬法官保留事項，關於緩刑執行條件及其撤銷，由原審理宣告法院繼續監督並為相關決定。但撤銷假釋係依照一般管轄規定決定其審理法院，由專責的刑事執行法庭(Strafvollstreckungskammer)管轄。德國於緩刑宣告時，得附加負擔條件（或譯義務）(Auflagen)或指示（或譯必要之命令）(Weisungen)（德國刑法第 56b 條及第 56c 條）⁷，若有重大違反前述負擔或必要命令者，同樣構成撤銷緩刑事由（德國刑法第 56f 條第 1 項第 2 款及第 3 款）。法院不但得於宣告緩刑之後，嗣後課予、變更或廢除負擔或必要

⁷ 參照蔡墩銘譯，德、日刑法典，臺北市：五南，民國 82 年 12 月初版 1 刷，頁 22。另有關德文法律用語之翻譯及解析，參照柯耀程譯，載於甘添貴總主編，林東茂主編，德國刑法翻譯與解析，臺北市：五南，2018 年 3 月初版 1 刷，頁 70-73。有關緩刑宣告，除付管束之外，亦得為必要之要求及命令（德國刑法第 56b 條及第 56c 條）。此負擔條件者，主要係使行為人對其行為所生損害予以補償及修復，其係對已生之犯罪所為之要求，但須符合比例原則，不得逾越必要之程度。又法院要求受判決人對其未來行為應遵守事項，所附必要之命令（指示），主要係基於特別預防之再犯防止構想，對於受判決人作出一定之要求，以促其遵守遠離犯罪。

命令，發生撤銷緩刑事由時，基於比例原則之考量，法院亦得視情形不予撤銷緩刑，而改以變更或增加負擔、必要命令或延長緩刑期間之方式為之（德國刑法第 56e 條及第 56f 條第 2 項）。假釋分別規定有期徒刑之假釋與無期徒刑之假釋（餘刑之假釋）⁸，假釋期間因更犯他罪，則準用刑法有關緩刑撤銷之規定。⁹以上可見，德國刑法有關假釋撤銷之規定，與我國現行刑法撤銷假釋之規定相較，我國刑法規定較乏彈性。

至於日本刑法有關假釋之規定，則採取「得撤銷假釋」之裁量撤銷原則，依日本刑法第 29 條第 1 項規定，明定四種得為撤銷假釋決定之事由，即如假釋中再犯罪，被判處罰金以上之刑者、因假釋前曾犯罪而被判處罰金以上之刑者、因假釋前之他罪被判處罰金以上之刑，並應執行者，以及不遵守在假釋中應遵守之事項者。日本立法例係採得撤銷原則，且除第 4 款係概括規定外，其刑罰之門檻，係以罰金以上之刑為標準。與前述德國刑法立法例相加比較，亦可見有關假釋撤銷之標準，兩國規定所採刑事立法政策有所不同。

⁸ 德國刑法於第三章規定犯罪之法律效果，其中第四節規定「刑之豁免付管束」(Strafaussetzung zur Bewährung)。假釋及撤銷假釋規範，分別規定於第 57 條有期徒刑之假釋（或譯有期自由刑餘刑之假釋）與第 57a 條無期徒刑之假釋（或譯終身自由刑之假釋），係指刑罰餘刑之豁免，其義等同於假釋，故譯為假釋。假釋期間付管束，管束之方式與緩刑同。第 56f 條及第 57g 條之撤銷緩刑及未撤銷緩刑之效力規定，於撤銷假釋及其效力關係，亦準用之。（參照柯耀程譯，載於前揭註 6 書，頁 81-82。）

⁹ 有關德國刑法緩刑與假釋之要件及撤銷規定之評析，參照林鈺雄，無罪推定原則於撤銷緩刑及假釋---歐洲法、德國法與我國法之比較評析，政大法學評論，117 期（2010 年 10 月），頁 229 以下。

從前述德日立法例可見，撤銷假釋之標準與類型，在不違反比例原則時，有立法例將假釋撤銷之標準，準用緩刑之要件，亦有採裁量撤銷，並以罰金以上為審查標準。由此可知，假釋撤銷要件及程序，事實上容許立法者作出不同立法政策之彈性選擇。

再從刑法修正政策觀之，因相關機關曾提出刑法第 78 條修正草案，擬增訂第二項規定，即「假釋中因故意更犯罪，受六月以下有期徒刑之宣告確定，足認難以維持法秩序者，得撤銷其假釋。」此修正條項之立法理由，明示其係參酌德國刑法第 57 條第 5 項（有期自由刑殘刑之假釋）、第 57a 條第 3 條（終身自由刑之假釋）準用第 56f 條、日本刑法第 29 條等，增訂第 2 項裁量撤銷假釋之規定，以資彈性適用。¹⁰惟從比較法觀察，前開修正草案中維持法秩序之審酌要素，並非德國刑法第 56a 條緩刑之撤銷要件，惟其規定於德國刑法第 56 條有關緩刑宣告之審酌因素。由此可知，德日立法例係屬於我國相關修正之參考立法例，故值得進一步探討德日立法例之相關規定。茲就前述難以維持法秩序（或譯防衛法律秩序）(Verteidigung der Rechtsordnung)之要件，事實上並未直接定於德國刑法有關撤銷緩刑（前述所稱撤銷假釋準用者），但其係於宣告緩刑時，予以審酌之因素。此所謂難以維持法秩序之審酌要素，主要係基於威嚇其他可能行為人之觀念(Gedanke der Abstreckung möglicher anderer Täter)。惟有認為於此如未審酌行為人之社會預後風險評估

¹⁰ 參照立法院第 10 屆第 2 會期第 1 次會議議案關係文書（109 年 9 月 16 日印發）院總第 246 號政府提案第 17188 號，案由：行政院、司法院函請審議「中華民國刑法部分條文修正草案」及「中華民國刑法施行法增訂第七條之三條文草案」案，第 78 條修正條文及說明。

(Sozialprognose)，而僅單獨針對一般預防考量，逕而拒絕撤銷，則可能被認為有救濟程序上之瑕疵。¹¹因此，在假釋裁量撤銷時，是否應加入此等要件。如認為宜加入此審酌因素，或許可使主管撤銷假釋之機關有更多之裁量空間。否則，僅以量化或固定標準之簡要規定，似導致無再裁量之餘地。是其解釋之結果，事實上往往已是當然不得不撤銷假釋之情形。綜上，本號解釋提及特別預防論點，固對於假釋制度本質之解釋，有其意義。但對撤銷假釋之要件，如能加入一般預防之觀點，既可從嚇阻社會中犯罪行為之發生（即所謂消極一般預防；Die negative Generalprävention），亦可強化法秩序為社會之信賴（積極一般預防；Die positive Generalprävention），而非僅以受假釋人個別行為之特別預防觀點及刑度輕微之因素，作為判斷是否得撤銷假釋之審酌要件。因此，如能參酌一般預防觀點，實較符合本號解釋所欲併採必要（應）撤銷與裁量（得）撤銷之執行刑罰意旨及目的。

四、假釋撤銷之釋憲範圍與共通性之問題

刑法第 79 條之 1 第 5 項規定「經撤銷假釋執行殘餘刑期者，無期徒刑於執行滿 25 年，有期徒刑於全部執行完畢後，再接續執行他刑，第 1 項有關合併計算執行期間之規定不適用之。」本號解釋就此部分聲請人之主張，未將之納入一併處理，不無商榷之處。更且，前受假釋之罪涉及無期徒刑之

¹¹ 此係德國刑法第 56 條第 1 項及第 3 項規定，其中所謂行為人之社會預後風險評估，係為緩刑宣告時，應審酌行為人之人格、素行、行為之情狀、犯罪後態度、生活狀況及緩刑對其可預期之影響。參照 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 63.Auf., München: Beck, 2016, §56 Rn.14.

聲請人雖未主張前開規定，為更完整處理假釋撤銷之爭議，亦因其具有重要關聯性，有必要將之納入一併受理，使相關問題之爭議¹²，得以一併解釋為宜，亦符合本號解釋基於共通性原則而併案受理之意旨。

再者，本號解釋同時並諭知刑法第 78 條第 1 項本文規定修正前，相關機關就假釋中因故意更犯罪，受緩刑或 6 月以下有期徒刑之宣告者，應依本解釋意旨，個案審酌是否撤銷其假釋。此使修法前，預留法院個案撤銷假釋時之裁量空間，但在修正法律時，因有些受假釋人另可能涉及刑法第 79 條之 1 第 5 項有關經撤銷假釋執行殘餘刑期等相關規定適用之憲法疑義，如前所述，本號解釋惜未將之一併納入解釋範圍，不無缺憾！如未來修正前開相關規定，為期完整檢討現行撤銷假釋制度，相關機關仍以一併納入檢討修正為宜。

換言之，本號解釋以緩刑或 6 月以下有期徒刑為其界限，此界線究係憲法保障人身自由之要求，抑係因未設得撤銷假釋之類型，就個案適用之損益衡量上，有失其相當性（即狹義比例原則；均衡性）之問題。又因本號解釋將撤銷事由偏重於緩刑或 6 月以下有期徒刑，而未考量受假釋人之

¹² 以臺灣高雄地方法院 109 年度簡字第 419 號刑事簡易判決為例，判決書中表示，審酌被告上開情狀，認由應報、一般預防、特別預防或修復性司法之角度觀之，考量縱依刑法第 59 條酌減被告之刑（依法僅得減為有期徒刑 1 月），猶應依法撤銷被告之前之假釋，以被告目前之年齡，本案宣告有期徒刑之結果，勢將致使被告入監執行殘刑，並加深被告將來重返社會後更生之難度，不僅對被告有過苛之憾，且亦無助於落實刑法一般預防、特別預防之目的，而有依刑法第 59 條規定減輕其刑仍嫌過重之情況，爰依刑法第 61 條第 1 款規定免除其刑，避免破壞其努力更生現況，違反假釋鼓勵更生之原意。

先前所犯之罪，是否係為一般有期徒刑或更重之無期徒刑之罪，亦且可能因前罪殘餘刑期經假釋撤銷後而造成刑罰執行上之不利影響，則不無再商榷之處。

綜上，相關機關基於本號解釋之意旨，未來固應檢討修正假釋撤銷相關規定，但除考量個別行為人之矯治改善再社會化之刑罰目的之外，宜另考慮是否從一般預防觀點解釋假釋撤銷之立法原則及裁量因素，俾更妥適改善現行撤銷假釋相關規定所衍生之問題。