

## 釋字第 796 號解釋部分協同部分不同意見書

許志雄大法官 提出

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)本號解釋以其牴觸比例原則，與憲法保障人身自由之意旨有違為由，宣告部分違憲。關於系爭規定違憲，本席敬表贊同，但認應全部違憲，而非部分違憲。關於審查原則，多數意見採用比例原則，本席認有未妥，無寧改以正當法律程序為宜。爰提出部分協同部分不同意見書，論述如下：

一、假釋未見諸憲法明文，係法律創設之制度（刑法第 10 章、監獄行刑法第 13 章及行刑累進處遇條例第 11 章，分別設有「假釋」專章）。基本規定如刑法第 77 條第 1 項：「受徒刑之執行而有悛悔實據者，無期徒刑逾 25 年，有期徒刑逾二分之一、累犯逾三分之二，由監獄報請法務部，得許假釋出獄。」監獄行刑法第 115 條第 1 項：「監獄對於受刑人符合假釋要件者，應提報其假釋審查會決議後，報請法務部審查。」同法第 118 條第 1 項：「法務部參酌監獄依第 115 條第 1 項陳報假釋之決議，應為許可假釋或不予許可假釋之處分……」以及行刑累進處遇條例第 75 條規定：「第一級受刑人合於法定假釋之規定者，應速報請假釋。」同條例第 76 條：「第二級受刑人已適於社會生活，而合於法定假釋之規定者，得報請假釋。」就上開法條文字觀之，並未明定受刑人具有假釋（請求）權，惟即使基於保障受刑人之立場，承認受刑人因各該規定而享有假釋（請求）權，其亦僅屬法律賦

予之權利，要非憲法上之權利。

二、假釋既係法律創設之制度，立法者自有廣泛之政策形成空間，極端情形，若不設假釋制度，亦未侵害受刑人之憲法上權利，不至於構成違憲。法律創設假釋制度，規定受刑人符合一定要件者准予假釋，使停止徒刑之執行而出獄，自亦得規定受刑人於假釋期間有不適合繼續假釋之情形者，撤銷其假釋，使回復入監服刑。無論假釋或撤銷假釋之要件，原則上均屬立法裁量範圍。立法機關既可裁量，則各國假釋制度各有千秋，假釋及撤銷假釋之要件難期一致，自屬當然。由此可見，司法機關就撤銷假釋之法律規定進行違憲審查時，通常應抱持謙抑態度，尊重立法機關之立法決策，不輕易作成違憲解釋。

三、本號解理由書指出：「假釋僅係使受刑人由完全受監禁之監獄環境，邁入完全自由釋放之過程中，於符合一定條件，並受保護管束之公權力監督下（刑法第 93 條第 2 項參照），提前釋放之緩衝制度，亦即於刑罰執行過程中，由機構處遇轉為社會處遇之轉向機制。因此，法律乃規定於在監執行期間，如受刑人不適合提前回歸社會，則不予假釋，繼續在監執行，以實現國家刑罰權。於轉為社會處遇之假釋期間，如受假釋人有不適合回歸社會之事實發生者，則撤銷假釋使受假釋人回復至監獄之機構處遇。」理論上，假釋係附條件使受刑人由機構處遇轉為社會處遇，撤銷假釋則係條件成就時，使其由社會處遇回復至監獄之機構處遇。假釋既非憲法上權利，撤銷假釋自未侵害受假釋人之憲法上權利。假釋充其量只是法律上之權利，法律於賦予之同時，明定在一定條件下加以收回，應無不可，一般而言，似不致構成違憲。

四、受刑人在監獄中人身自由受限制（剝奪），假釋後有條件重獲自由，撤銷假釋則使其回復至原本之人身自由受限制（剝奪）狀態。就此角度觀之，撤銷假釋本身並未積極侵害受假釋人之人身自由。惟如解釋理由書所稱：「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（本院釋字第 681 號解釋參照）。是撤銷假釋之處分，雖非使受假釋人另承受新刑罰，然以執行殘刑為撤銷假釋之主要法律效果，受假釋人須再次入監服刑，其人身自由因而受到限制……」不容否認，撤銷假釋事實上涉及人身自由之限制，多數意見乃強調，撤銷假釋之規定不得違反比例原則。惟撤銷假釋有其特殊性，是否適合以比例原則審查系爭規定之合憲性，非無疑問。

五、本號解釋之各原因案件均係受假釋人前因犯罪經判處無期徒刑確定入監執行後，假釋出監，於假釋中因故意更犯罪，經判處有期徒刑確定後，遭撤銷假釋，而須執行殘刑 25 年。聲請人莫不主張系爭規定違反比例原則，部分聲請人更強調系爭規定對人身自由造成過苛之侵害，或形成過苛之處罰，而不符罪刑相當原則，違反比例原則。

查過去大法官之解釋曾多次以過苛為由，認定有關刑罰之法律規定不符罪刑相當原則，與比例原則有違（釋字第 669 號、第 775 號及第 777 號解釋參照）。惟系爭規定本身非刑罰規定，撤銷假釋亦未對受假釋人處以新刑罰，故以過苛、不符罪刑相當原則為由，主張違憲，難謂妥適。本號解釋未提及過苛及罪刑相當原則，堪稱允當；惟如後所述，以比例

原則審查系爭規定，實有窒礙難行之處。

比例原則主要處理手段與目的之關聯性問題，包含適合性、必要性及衡平性（相當性、狹義之比例性）等三個子原則。從本號解釋理由書可以看出，多數意見就比例原則所為之審查未臻周延，甚至有過於簡陋粗糙之嫌。所以如此，問題癥結在於，比例原則作為本案之審查原則，自始不宜。扼要言之，系爭規定採取之手段為撤銷假釋，實質上即殘刑之執行。而殘刑之長短，與更犯之罪無關，完全繫於前罪之刑度，以及刑法有關殘刑之規定（刑法第 79 條之 1 參照），故撤銷假釋所造成受假釋人人身自由之侵害程度，因案而異，高低不一。此於評斷手段之必要性與衡平性時，乃一大難題，亦為比例原則操作上必然陷入之困境。

六、釋字第 681 號解釋理由書表示：「主管機關所為之撤銷假釋決定，允宜遵循一定之正當程序，慎重從事。」依理，立法所為之撤銷假釋規定，更應符合正當程序之要求。

實務上，無論關於假釋或撤銷假釋之決定，均定性為行政處分，若有不服，應依行政爭訟程序尋求救濟（釋字第 681 號與第 691 號解釋、監獄行刑法第 134 條參照）。然就撤銷假釋而言，因法律效果直接涉及殘刑之執行，且系爭規定明定於刑法中，故有關撤銷假釋之程序，可謂亦具有刑事程序之性質。著眼於此一面向，對其正當法律程序之要求，理應高於通常之行政程序，而準於刑事程序。

七、基於正當法律程序之要求，人身自由之剝奪或限制，除須以法律定之，且法律所定之程序應正當外，實體規定亦應正當。換言之，正當法律程序之內涵，不以「程序正當」

為限，尚包括「實體正當」。過去大法官之解釋，如釋字第 384 號及第 567 號解釋，即蘊含此一旨趣。所謂實體正當，係指法律之「規定明確性」原則（犯罪構成要件之明確性、規制表現自由之立法之明確性）、「規制內容之合理性」原則、「罪刑均衡（相當）」原則、「不當差別之禁止」原則等<sup>1</sup>。本席認為，其中之「規制內容之合理性」原則，適合作為判斷系爭規定合憲性之審查原則。

八、本於「刑罰相對理論」，關於刑罰之目的及功能，向有一般預防理論與特別預防理論等不同見解。前者認為，刑罰之目的及功能主要針對一般大眾，強調藉由刑罰之威嚇作用，使潛在想要犯罪之人打消犯罪念頭，不敢犯罪（消極一般預防理論），或藉由犯罪人之處罰，以維繫及強化社會大多數成員既有之遵法意識（積極一般預防理論）。後者則以個別犯罪人為導向，側重於預防犯罪人之再犯，強調以教育、治療及其他保安處分，矯治犯罪人之危險性格，以及確保社會大眾之安全不再受此一犯罪人之侵害或干擾<sup>2</sup>。一般預防理論與特別預防理論各有優劣，當代國家普遍兼採之。

論者指出：「目前刑法中關於刑罰之規定，既非採取純粹的報應刑，亦非僅著眼於一般預防或是特別預防，而是一種以罪責原則與報應刑思想為基礎，但兼顧刑罰預防作用的立法模式，也稱為刑罰的綜合理論或統一理論。<sup>3</sup>」本號解釋理由書稱：「查監獄行刑，乃國家對於犯罪人執行刑罰之主要方式之一，監獄行刑除公正應報及一般預防目的外，主要在於

<sup>1</sup> 芦部信喜著、高橋和之補訂，憲法，岩波書店，2005 年第 3 版第 7 刷，頁 222、223。我國學說及實務上，皆已承認法律明確性原則、罪刑相當原則及平等原則等，為各自獨立之原則，似無庸再以正當法律程序作為上位概念。

<sup>2</sup> 王皇玉著，刑法總則，新學林，2014 年，頁 14 以下。

<sup>3</sup> 王皇玉著，同註 2，頁 23。

矯正、教化受刑人，促使受刑人改悔向上，培養其適應社會生活之能力，協助其復歸社會生活（監獄行刑法第 1 條立法說明參照）。」顯然採取同樣觀點。

惟本號解釋復表明：「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，以促使受刑人積極復歸社會(刑法第 77 條、監獄行刑法第 116 條、第 138 條第 2 項參照)。」「假釋之目的亦在於鼓勵受刑人改過自新，給予已適於社會生活之受刑人提前出獄，重返自由社會，以利其更生（86 年修正刑法第 77 條立法說明，另行刑累進處遇條例第 76 條參照）。是不論在監執行徒刑或假釋，均在協助受刑人得以重返自由社會。」究其意旨，乃強調我國假釋制度重在特別預防。誠然，刑法第 77 條明定「受徒刑之執行而有悛悔實據」為假釋之要件，監獄行刑法第 116 條第 1 項規定：「假釋審查應參酌受刑人之犯行情節、在監行狀、犯罪紀錄、教化矯治處遇成效、更生計畫及其他有關事項，綜合判斷其悛悔情形。」以及行刑累進處遇條例第 76 條將「已適於社會生活」納為第二級受刑人假釋之要件，無不寓有特別預防之意涵。因此，謂我國假釋採特別預防理論，應無不妥。

多數意見並認為：「系爭規定明定：『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。』目的在於使不適合社會處遇之受假釋人，回復至監獄之機構處遇，執行國家刑罰權……」「受假釋人於假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，是否撤銷其假釋，使其回復至監獄之機構處遇，自應依其是否仍適合社會生活，亦即是否已違背假釋之初衷而為判斷，方能平衡

撤銷假釋目的與受假釋人之人身自由保障。」同樣基於特別預防之觀點，闡釋撤銷假釋之目的及考量。

九、惟依系爭規定，受假釋人於假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，一律撤銷其假釋，至於受假釋人個人之具體情狀如何，則不予審酌。換言之，只要受假釋人故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告，即「應撤銷」其假釋。即使受假釋人依其個人之具體情狀，尚非不適合社會處遇，並無特別預防之必要，亦無法改變撤銷假釋之命運。是本席認為，系爭規定根本欠缺特別預防之要素與精神，無寧傾向於一般預防。上開多數意見以特別預防理論闡釋系爭規定之觀點，有待商榷。

綜上，我國假釋採特別預防，系爭規定卻轉向一般預防，致撤銷假釋與假釋採取之預防理論大相逕庭，明顯出現矛盾。系爭規定就撤銷假釋所為之規定，事實上涉及人身自由之限制，具有規制效果，其內容背離假釋規定之精神，破壞立法應有之體系正義，而與前揭「規制內容之合理性」原則抵觸，不符正當法律程序之要求，應屬違憲。

十、本號解釋未釋示系爭規定全部違憲，而僅就更犯罪「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」之範圍內，宣告系爭規定部分違憲。惟多數意見既採特別預防理論，則是否假釋，原則上應與更犯罪之刑度無關；其將系爭規定之違憲限縮於較輕之宣告刑部分，似有論理未臻一致之嫌，應不足採。