

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。