

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，是可以用立法者設有刑法第 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。