

釋字第 775 號解釋部分不同意見書

詹森林大法官提出

本號解釋之解釋文共分三段，分別宣告：

1. 刑法第 47 條第 1 項規定（下稱系爭規定一），關於加重最低本刑部分，有個案過苛情事，於此範圍內，該部分規定不符憲法罪刑相當原則，且違反比例原則。立法機關應於 2 年內修正；在此之前，法院應於過苛之個案，依本解釋意旨，裁量是否適用系爭規定一該部分而加重最低本刑。
2. 刑法第 48 條前段規定違憲，應自本解釋公布日起立即失效。
3. 刑事訴訟法第 477 條第 1 項規定，關於「依刑法第 48 條應更定其刑」部分，因刑法第 48 條違憲而亦違憲，應併同立即失效。

本席就本號解釋文第 2 段及第 3 段，敬表贊同，但就第 1 段解釋文，則礙難支持，爰提出本部分不同意見書。

壹、系爭規定一，違反一行為不二罰原則

一事不二罰原則，我國憲法雖無明文，但已成為我國憲法肯認之基本原則，要無爭議¹。系爭規定一，限制人民人身自由及財產權，自不得違反一事不二罰原則。

一、多數意見

¹ 參見許宗力大法官之釋字第 604 號解釋協同意見書。吳庚/陳淳文著「憲法理論與政府體制」，106 年 9 月增訂 5 版，361 頁，亦稱：「正當法律程序已成為我國憲法原則。……就刑事訴訟而言，……一行為不二罰，……是正當程序應提供的最低度保障。」

多數意見認為系爭規定一不生是否違反一行為不二罰原則之問題²，其理由除訴諸系爭規定一於民國 24 年 1 月 1 日制定公布時之立法理由，及 94 年 2 月 2 日修正公布³之修正理由外，多數意見並稱：「累犯之犯罪行為人既然曾因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行而赦免，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，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。」(參見解釋理由書第 14 段)

此外，多數意見並以系爭規定一之法律文義及立法理由為依據，而指出：「立法者鑑於累犯之主觀惡性較重，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

² 法務部於 108 年 1 月 15 日本院為本件聲請解釋案召開之說明會，提出之「刑法第 47 條第 1 項及第 48 條之意見」，2 頁，引用日本學說及日本最高裁判所判例，認為系爭規定一不違反一事不二罰原則。鄭善印教授於同日提出之「我國現行刑法之累犯規定並不違憲之書面意見」，1-2 頁，及鄭善印教授，「累犯加重其刑之規定是否違反一事不二罰原則」，警察法學，第 6 期，2007 年 10 月，376-382 頁，亦持相同看法。

³ 刑法第 47 條規定，於 94 年 1 月 7 日修正，同年 2 月 2 日公布，95 年 7 月 1 日施行，修正內容為：累犯之構成要件，從原條文「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪」，修正為「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」。修正理由為：「犯罪行為人之再犯係出於故意者，固有適用累犯加重規定之必要；惟若過失再犯者因難據以確認其刑罰反應力薄弱，故宜以勸導改善等方式，促其提高注意力以避免再犯，而不宜遽行加重其刑，故第 1 項限制以故意再犯者為限，方成立累犯。」此外，同條增訂第 2 項規定「第 98 條第 2 項關於因強制工作而免其刑之執行者，於受強制工作處分之執行完畢或一部之執行而免除後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，以累犯論。」修正理由為：「保安處分本有補充或代替刑罰之功用，為配合第 98 條第 2 項增訂強制工作處分與刑罰之執行效果得以互代，爰參採竊盜犯贓物犯保安處分條例第 7 條之立法體例。於本條第 2 項增訂擬制累犯之規定。」

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。」(參見解釋理由書第 15 段)

二、本席意見

本席以為，多數意見前述見解，尚待商榷。

(一) 刑法第 47 條規定於 24 年 1 月 1 日制定時之立法理由：「受刑後復犯罪，可證明通常刑之不足以懲治其特別惡性，而有加重其刑之必要」等語，純屬不附理由之主張。該立法理由所謂「可證明」，究竟有無可堪檢驗之佐證，多數意見不為任何探求，即輕率援用，從系爭規定為刑法規定，侵害人民人身自由及財產權之程度嚴重，故應予從嚴審查而言，殊屬遺憾。

(二) 本條 94 年 2 月 2 日修正之修正理由稱：「累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果」，及多數意見略謂：「累犯具有其特別惡性，對於刑罰之反應力顯然薄弱，故有必要加重後罪本刑」，均屬刑罰學上之特別預防理論。

然而，誠如王皇玉教授指出⁴：累犯如屬一犯再犯「相同罪名」之情形，不論其屬於對該罪行有特別「癖好」，例如重複觸犯性侵害罪、詐欺罪等，或屬於因「成癮」而一犯再犯，例如酒癮者一再違犯酒後駕車罪、吸毒者一再違犯施用毒品罪，加重其刑罰，均不足消彌其再度犯罪；保安處分，始為正當對策。例如：對成癮者施以戒癮治療，或德國廢除其刑法第 48 條累犯加重處罰規定之後，對於鑑定為具有犯罪癖

⁴ 王皇玉教授於 108 年 1 月 15 日本院為本件聲請解釋案召開之說明會，提出之「累犯加重處罰正當性」，1-2 頁。

好或對社會危害較高之人，改以同法第 66 條保安監禁方式（Sicherungsverwahrung）處遇。至於累犯如屬一犯再犯「不同罪名」之情形，則從犯罪學的觀點來看，不必然是一種危險性較高之人，而是一種無法再社會化或更生失敗之人，如對於此種人再以累犯為由而加重其刑，不僅無從警惕其不再犯罪，反而更製造其再度犯罪。

（三）從實證資料，證立累犯規定不能警惕再度犯罪
地方法院檢察署執行案件判決確定情形⁵

年別 (民國)	被告人數			累犯人數	累犯人數占 科刑被告人 數之百分比 ⁶
	總計	未科刑	科刑 ⁷		
96 年	196,103	22,464	173,639	40,448	23.294%
97 年	221,345	22,724	198,621	58,602	29.504%
98 年	213,570	23,171	190,399	53,265	27.975%
99 年	203,489	23,474	180,015	46,771	25.982%
100 年	198,336	23,093	175,243	47,252	26.964%
101 年	197,202	23,405	173,797	46,375	26.683%
102 年	190,469	21,925	168,544	44,102	26.166%

⁵ 法 務 部 統 計 手 冊
http://www.rjtd.moj.gov.tw/rjtdweb/book/Book_Detail.aspx?book_id=259

(查詢日期 108 年 2 月 21 日)

⁶ 小數點第四位採四捨五入法。

⁷ 含死刑、無期徒刑、有期徒刑、拘役及罰金。

103 年	211,166	22,694	188,472	49,072	26.037%
104 年	208,576	23,626	184,950	53,992	29.193%
105 年	204,062	23,023	181,039	58,266	32.184%

前開統計資料清楚顯示，10 年間（96 年至 105 年）累犯人數沒有明顯減少，102 年至 105 年之間，累犯人數甚至逐年增加。除 96 年外，其餘 9 年間，每年累犯人數占被科刑人數之比例，更均達四分之一（25%）以上；104 年與 105 年，更分別超過 29% 及 32%。換言之，實證資料在在證明，累犯加重處罰之規定，完全不能警惕曾受有期徒刑執行之人，於執行完畢後繼續犯罪。有學者強調⁸：「累犯處遇加重刑罰是完全沒有其必要性、不切實際而不符公平正義，同時與罪責刑法有所衝突矛盾。而自特別預防觀點，監獄行刑的反社會化本質，亦不能提供累犯處遇加重其刑的正當理由」，誠屬的論。

（四）累犯加重處罰，不論係就前罪加重，或就後罪加重，均為一行為二罰

多數意見稱：「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。」

然而，累犯之構成要件，以曾因前罪而受有期徒刑之一部或全部執行為要件，故該前罪業經處罰確定且執行完畢。準此，於行為人犯後罪時，如僅以其曾受前罪之執行為據而

⁸ 鄭昆山教授，累犯加重刑罰之比較研究，甘添貴教授祝壽論文集，2002 年 3 月，489 頁。

於論處後罪時，加重後罪之本刑，不啻對於已確定如何處罰之前罪，再度處罰之，從而當然違反一行為不二罰原則⁹。

外國法上，德國於 1986 年廢除其刑法累犯加重處罰之規定，廢除理由之一，係為該規定乃建構於「預先懲罰」(Vorstrafen)，導致累犯之科刑，顯比初犯為重，亦即二者有差別待遇，此等「預先懲罰」之概念，除有學者認係違反罪責原則¹⁰外，又因其曾犯前罪之行為，即對後罪「預先(加重)懲罰」，亦有違反此處之一行為不二罰原則。

多數意見為避免累犯係藉後罪加重科刑以對前罪重複處罰，致淪於一行為二罰之嫌，遂強調「系爭規定一所加重處罰者，並非前罪，而係後罪。」惟，倘若如此，則法院於適用系爭規定一而加重後罪之本刑時，其量刑之裁量範圍，即已逾越該後罪原來法定刑之界限，亦即將無關後案犯罪行為之因素，納入後罪之科刑範圍，致仍屬對已執行完畢之前罪為重複處罰，而依舊違反一行為不二罰原則¹¹。

貳、本號解釋之價值判斷，顯然輕重失衡

系爭規定一明定，犯罪行為人為累犯者，應於對後罪科

⁹ 參見，本件解釋聲請人之一，臺灣高等法院高雄分院刑事第五庭法官曾永宗、任森銓、陳松檀，於 103 年 11 月 12 日提出之聲請書，10 頁，及陳松檀法官於 108 年 1 月 15 日，本院為本件聲請解釋案召開之說明會，提出之補充理由書，2 頁；本件解釋另一聲請人，臺北地方法院吳松德法官，於同日提出之「關於刑法第 47 條、第 48 條規定聲請釋憲說明會之意見」，4-6 頁；林鈺雄教授，於同日提出之「刑法累犯加重處罰規定是否違憲案」，3 頁。

¹⁰ 王皇玉教授於 108 年 1 月 15 日本院為本件聲請解釋案召開之說明會，提出之「累犯加重處罰正當性」，3 頁。

¹¹ 參見，本件解釋聲請人之一，臺灣高等法院高雄分院刑事第五庭法官曾永宗、任森銓、陳松檀，於 103 年 11 月 12 日提出之聲請書，10 頁；陳松檀法官於 108 年 1 月 15 日，本院為本件聲請解釋案召開之說明會，提出之補充理由書，2 頁；本院刑事廳於同日提出之意見書，3-4 頁。

刑時，加重其本刑至二分之一。而依刑法第 67 條規定，有期徒刑或罰金加重者，其最高度及最低度同加之。

惟多數意見就系爭規定一，僅就其加重最低本刑部分，以其不分情節，一律均應加重，致生個案過苛情形，並於此範圍內，宣告系爭規定一因不符憲法罪刑相當原則及比例原則而違憲。

換言之，本號解釋雖宣告系爭規定一關於加重後罪之最低本刑至二分之一部分違憲，但系爭規定一關於加重後罪之最高本刑至二分之一部分，並未經本號解釋宣告違憲，亦即仍屬合憲。

由是顯見，本號解釋之價值判斷輕重失衡。蓋若基於系爭規定一因不符憲法罪刑相當原則及比例原則為由，而認累犯不分情節，一律加重處罰，係為違憲，則其須加重處罰之規定，不論於加重最低本刑至二分之一或至加重最高本刑至二分之一之刑度間，皆有因其不分情節，須加重處罰而有違罪責相當原則之可能，並非僅限於加重最低本刑之部分。

多數意見於此處理系爭規定一，僅認於加重最低本刑之部分違憲，而對系爭規定一出於相同理由（被告為累犯）致可加重最高本至刑二分之一，且對行為人人身自由之限制甚至更重之情況，竟不宣告其亦違憲，不僅難以自圓其說，更是輕重失衡。

肆、結論

本號解釋，來自於 5 件人民聲請案及 4 件法官聲請案。其中之法官聲請案，尤其值得重視。蓋對於系爭規定一，及該規定所牽連之刑法第 48 條與刑事訴訟法第 477 條，既然

有連續 4 案之承審法官，於適用各該規定時，確信有牴觸憲法之疑義，而裁定停止訴訟程序，並聲請憲法解釋，顯見刑法關於累犯之相關規定，實務適用上，業已引起法官違憲之不安，且不安之程度非淺。

再者，國內絕大多數刑法學者認為系爭規定一因不符罪刑（罪責）相當原則、比例原則而全部違憲¹²；前述 4 件法官聲請案中，更有部分法官進一步主張系爭規定一同時牴觸一行為不二罰原則而違憲。

詎料，本號解釋就最基本但也最關鍵之系爭規定一，輕描淡寫地宣告其於特殊之累犯個案中，關於加重最低本刑部分，可能過苛，故系爭規定一僅在此範圍內，有違憲情事。

此項解釋結果，相去前述國內刑法通說甚遠，解釋理由書亦未提供堅強論證；法院適用系爭規定一所引起之憲法疑義及因而造成之不公，不因本號解釋而有絲毫釐清，更可預見¹³。因此，本號解釋雖為絕大多數大法官所支持，但本席仍不敢因居絕對少數而贊同之。

¹² 林山田，刑法改革與刑事立法政策—兼評 2002 年刑法部分條文修正案，月旦法學雜誌，第 92 期，92 年 1 月，8-25 頁；林鈺雄，新刑法總則，105 年 9 月 5 版，670 頁；柯耀程，刑罰相關規定之修正方向—刑法修正草案提高刑度及累犯修法之評釋，月旦法學雜誌，第 92 期，92 年 1 月，65-76 頁；柯耀程，刑法總論釋義—修正法篇（下），94 年 10 月，447 頁；鄭逸哲，關於累犯、緩刑、假釋和保安處分—新刑法修法簡評，月旦法學雜誌，第 121 期，94 年 6 月，275 頁；鄭昆山，累犯加重刑罰之比較研究—論再犯預防及其刑事法防制之道，刑事法學之理想與探索—甘添貴教授祝壽論文集，91 年 3 月，489 頁；盧映潔，我國刑法修正案有關增減刑罰及保安處分規定之探討與評析，月旦法學雜誌，第 121 期，94 年 6 月，264 頁。

¹³ 關於系爭規定一在法院適用上產生之爭議及不公情形，詳見本案 4 件法官聲請案之聲請書。