

抄本

發文方式：電子交換（第一類，不加密）

檔號：

保存年限：

司法院秘書長 函

地址：10048臺北市中正區重慶南路1段
124號

承辦人：楊靜芳

電話：(02)2361-8577轉737

受文者：法務部

發文日期：中華民國107年7月24日

發文字號：秘台大二字第1070020533號

速別：普通件

密等及解密條件或保密期限：

附件：如文

主旨：本院大法官為審理會台字第12352號臺灣高等法院高雄分院
刑事第五庭聲請解釋案，請貴部於函到30日內，就說明二至
七所列事項提供卓見及相關資料惠復，俾供審理之參考，請
查照。

說明：

- 一、依司法院大法官審理案件法第13條第1項規定辦理。
- 二、請以表格方式，提供各國相當於刑法第47條第1項規定之規
定名稱、條號及內容。以及該規定是否曾經該國違憲審查機
關審查？若有，違憲審查之結論及大致上的理由為何？
- 三、刑法第47條第1項規定「加重其刑至二分之一」之部分（下
稱系爭規定），理由為何？究係因法官就前罪之量刑評價不
足而於後罪加重其刑？或因前罪之執行教化無成效而於後罪
加重其刑？或因其他理由？
- 四、貴部前函復本院曾謂：累犯之加重，在刑事政策意義上，乃
因犯罪行為人對刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以
助其重返社會等語（見貴部103年12月1日法檢字第
10304545550號函），此是否與憲法第8條實質正當法律程序
原則所蘊涵之「同一行為不得重覆處罰之原則」（本院釋字
第384號解釋參照）、憲法原則之罪責原則（本院釋字第687

號解釋參照)之意旨，有所不符？

- 五、系爭規定於刑事司法政策上，有何實益？系爭規定對於檢察官執行法定職務（例如檢察官追訴犯罪），有何助益？請舉實例或統計數字，分由應報、一般預防或特別預防等等各種角度說明之。
- 六、本院與貴部前曾於101年7月17日第134次業務會談中，建議刪除系爭規定，轉由法官依量刑事由審酌，並交由貴部「刑法研究修正小組」研議，貴部未來是否打算提案刪除系爭規定？倘若系爭規定經本院大法官宣告違憲失效，針對未來刑事司法政策，貴部有何建議？
- 七、如貴部尚有其他補充意見或資料，亦請不吝提供。
- 八、檢附旨揭釋憲聲請書影本1份供參。

正本：法務部

副本：

電子交換：法務部

法務部 函

地址：10048臺北市中正區重慶南路1段130
號

承辦人：陳玉萍

電話：02-21910189轉2310

電子信箱：cjp@mail.moj.gov.tw

受文者：司法院秘書長

發文日期：中華民國107年08月10日

發文字號：法檢字第10704519170號

速別：普通件

密等及解密條件或保密期限：

附件：如主旨(500000000FUX00000_A11000000F_10704519170A0C_ATTCH2.docx)

主旨：檢送本部有關刑法第47條第1項規定之意見及相關資料如
附件，請查照。

說明：復貴秘書長107年7月24日秘台大二字第1070020533號函。

正本：司法院秘書長

副本：本部檢察司



裝

訂

線

二科



法務部就刑法第 47 條第 1 項之意見及相關資料

一、其他國家相當於刑法第 47 條第 1 項規定之內容

編號	國家	法律規定
1	日本	<p>刑法 第 56 條 懲役に処せられた者がその執行を終わった日又はその執行の免除を得た日から五年以内に更に罪を犯した場合において、その者を有期懲役に処するときは、再犯とする。</p> <p>懲役に当たる罪と同質の罪により死刑に処せられた者がその執行の免除を得た日又は減刑により懲役に減輕されてその執行を終わった日若しくはその執行の免除を得た日から五年以内に更に罪を犯した場合において、その者を有期懲役に処するときも、前項と同様とする。</p> <p>併合罪について処断された者が、その併合罪のうちに懲役に処すべき罪があったのに、その罪が最も重い罪でなかったため懲役に処せられなかったものであるときは、再犯に関する規定の適用については、懲役に処せられたものとみなす。</p> <p>第 57 條 再犯の刑は、その罪について定めた懲役の長期の二倍以下とする。</p> <p>(日本刑法典，法務部審訂、陳子平編譯，元照出版)</p>
2	奧地利	<p>Strafgesetzbuch §39.Strafschärfung bei Rückfall (1) Ist der Täter schon zweimal wegen Taten, die auf der gleichen schädlichen Neigung beruhen, zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden und hat er diese Strafen wenigstens zum Teil, wenn auch nur durch Anrechnung einer Vorhaft oder der mit dem Vollzug</p>

		<p>einer vorbeugenden Maßnahme verbundenen Freiheitsentziehung, verbüßt, so kann, wenn er nach Vollendung des neunzehnten Lebensjahres neuerlich aus der gleichen schädlichen Neigung eine strafbare Handlung begeht, das Höchstmaß der angedrohten Freiheitsstrafe oder Geldstrafe um die Hälfte überschritten werden. Doch darf die zeitliche Freiheitsstrafe die Dauer von zwanzig Jahren nicht überschreiten.</p> <p>(2) Eine frühere Strafe bleibt außer Betracht, wenn seit ihrer Verbüßung bis zur folgenden Tat mehr als fünf Jahre vergangen sind. In diese Frist werden Zeiten, in denen der Verurteilte auf behördliche Anordnung angehalten worden ist, nicht eingerechnet. Ist die Strafe nur durch Anrechnung einer Vorhaft verbüßt worden, so beginnt die Frist erst mit Rechtskraft des Urteils.</p> <p>https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/44/Armenia/show</p> <p>(查詢日期 107 年 7 月 31 日)</p>
3	法國	<p>Code pénal</p> <p>Article 132-8</p> <p>Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement par la loi, commet un crime, le maximum de la peine de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle est la perpétuité si le maximum fixé par la loi pour ce crime est de vingt ou trente ans. Le maximum de la peine est porté à trente ans de réclusion criminelle ou de détention criminelle si le crime est puni de quinze ans.</p> <p>Article 132-9</p> <p>Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni de</p>

dix ans d'emprisonnement par la loi, commet, dans le délai de dix ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, un délit puni de la même peine, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé. Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement par la loi, commet, dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an et inférieure à dix ans, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé.

Article 132-10

Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un délit, commet, dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, soit le même délit, soit un délit qui lui est assimilé au regard des règles de la récidive, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé.

Article 132-11

Dans les cas où le règlement le prévoit, lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour une contravention de la 5e classe, commet, dans le délai d'un an à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, la même contravention, le maximum de la peine d'amende encourue est porté à 3 000 euros.

Dans les cas où la loi prévoit que la récidive d'une contravention de la 5e classe constitue un délit, la récidive est constituée si les faits sont commis dans le délai de trois ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine.

		<p>https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30 (查詢日期 107 年 7 月 31 日)</p>
4	西班牙	<p>CRIMINAL CODE On the circumstances that aggravate criminal accountability Article 22 The following are aggravating circumstances: 1. Perpetrating the act with premeditation. There is premeditation when the convict commits any of the offences against persons using means or ways to do so that tend directly or especially to assure them, without risk to his person that might arise from defence by the victim. 2. Perpetrating the act using a disguise, abuse of superiority, or taking advantage of the circumstances of the place, time or aid from other persons that weaken the defence of the victim or facilitate impunity of the convict. 3. Perpetrating the act for a price, reward or promise. 4. Committing the offence for racist or anti-Semitic reasons, or another kind of discrimination related to ideology, religion or belief of the victim, ethnicity, race or nation to which he belongs, his gender, sexual orientation or identity, illness suffered or disability. 5. To deliberately and inhumanely increase victim's suffering, causing unnecessary suffering while committing the crime. 6. Acting with abuse of confidence. 7. When the convict avails himself of his public status. 8. Having a criminal record. There is recidivism when, when committing the crime, the convict has been sentenced by final judgement for a felony under the same category in this Code, as long as</p>

		<p>it is of the same nature.</p> <p>For the purposes of this Section, a cancelled criminal record or one that should be cancelled shall not be counted.</p> <p>https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/2/Slovenia/show</p> <p>(查詢日期 107 年 7 月 31 日)</p>
5	荷蘭	<p>CRIMINAL CODE</p> <p>Section 15d</p> <p>1. Conditional release may be postponed or denied in cases where:</p> <p>a. the convicted offender has been admitted by reason of mental disease or defect to a custodial institution for the treatment of persons detained under an entrustment order and the treatment needs to be continued;</p> <p>b. it has been shown that the convicted offender seriously misbehaved after the commencement of his sentence, which serious misbehaviour can be evidenced by:</p> <p>1°. serious suspicions or a conviction for a serious offence;</p> <p>2°. behaviour that resulted several times in the imposition of a disciplinary punishment during enforcement of the sentence;</p> <p>c. after the commencement of the convicted offender's sentence, he seeks or makes an attempt to avoid serving this sentence;</p> <p>d. the setting of conditions cannot sufficiently reduce the recidivism risk for serious offences or if the convicted offender does not state that he is prepared to comply with the conditions;</p> <p>e. the custodial sentence which is being enforced is based on a final judgment of conviction rendered by a</p>

行政院、司法院函請立法院審議「中華民國刑法部分條文修正草案」案之條文草案對照表第 47 條說明理由謂：「一、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。參之同為大陸法系之日本現行刑法第 56 條及改正刑法草案第 56 條、瑞士刑法第 67 條、奧地利刑法第 39 條、法國刑法第 132 條之 8 至第 132 條之 11 仍有累犯之規定，宜維持現行累犯制度。惟可因行為人惡性之程度酌予量處適當之刑。二、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」²。

關於累犯加重之理由，有認為累犯既然已經受過刑罰之科處，竟依然肆無忌憚地再度犯罪，因此較之初犯者，應受到更重的非難、負擔更重的責任（植松正、團藤重光、西原春夫）；有認為累犯較之初犯者，有較重的責任，且累犯之性格，人格亦具有危險性之故（佐伯千仞、大塚仁）。由於現行刑法有關累犯之加重要件，係以前犯有無科刑、刑之執行是否終了為準，並無將行為人之危險性做為要件，且危險性本身亦不應做為刑之加重事由，因此以前說為妥（大谷實、川端傳）³。

刑法於 24 年 1 月 1 日國民政府制定公布全文，並自 24 年 7 月 1

36107052900^00218001001（查詢日期 107 年 7 月 31 日）。

² 立法院議案關係文書院總第 249 號政府提案第 8854 號及立法院第 5 屆第 6 會期司法委員第 7 次全體委員會議紀錄第 98 頁、第 269-270 頁。

³ 陳子平，刑法總論，元照出版，2015 年 9 月，第 741 頁

日起施行，有關第 47 條之立法理由謂：「查第二次修正案理由謂法律所規定累犯，以舊曾犯罪為條件之一，各國立法例可分兩派，一為法國派，以有罪裁判確定之犯罪為標準。二為德國派，以執行完畢後之犯罪者為標準。主法派者，謂裁判一經宣告，犯人即應有所警戒，受警戒而復犯罪者應加重其刑。主德派者謂裁判宣告尚未受刑，果足為犯人之警戒，則宣告以前，刑律具在，亦足以警戒之，何待裁判之宣告，故必以實體上受刑全部之執行或一部之執行而經免除者，方足為犯人之警戒，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。兩派主張自以第二派為優。故本案規定累犯之定義，擬仍從原案第 90 條，而將但書之累犯條件列入定義內，較為確當」⁴。

三、有無違反一事不二罰或罪責原則之虞

累犯規定是否有違一罪二罰原則，日本學說及最高法院判例大致皆持否定立場。學說方面以「違法性增加說」及「人格責任說」較為受到重視。違法性增加說認為累犯之危險性格將使「主觀的違法要素」增加，亦即違法性增加，故包含違法與責任在內之法定刑亦應增加；人格責任說則認為，累犯不願遵從規範而修正自己行為以致於再犯罪，係其自我行為之選擇及自我人格之形塑，而責任除評價行為外，亦評價人格，故累犯之責任較重，其法定刑當然亦可以加重。最高法院判例部分，認累犯規定並不違反禁止一罪二罰原則，其理由謂：「刑法第 56、57 條累犯加重之規定係基於第 56 條之累犯事由，而對新犯

⁴ 刑法暨特別法立法理由、判解決議、令函釋示、實務問題彙編，蔡墩明主編，五南出版，第 227 頁。

之罪加重其法定刑，承認其得科處較重之刑而已，並未變更對於前犯之確定判決，亦非對於前犯重複科處刑罰」⁵。

德國廢除累犯規定之因素在於輕微犯罪亦需處 6 月以上有期徒刑，與罪刑均衡原則嚴重失調，該國憲法法院認為：(一) 刑法第 48 條(即該國刑法之累犯規定)乃在基本法第 1 條第 1 項及具有法治國基礎之責任主義下規定之法律，其處罰規定與比例原則及責任原則一致，(二) 刑法第 48 條加重處罰之理由乃在行為人無視於先前之警告，而被加重之責任非難性，至於行為人是否具有加重之非難性，應由法官考量其精神狀況、性格特徵及生活情形等，依較寬之行為責任概念決定之，(三) 只有在絕對無法容忍之結果出現時，才能認為該法律違反責任原則以及比例原則⁶。是德國係因輕微犯罪亦需一律加重其刑導致違反比例原則而廢除累犯加重其刑之規定，但未認累犯規定有違反責任原則及一事不二罰原則，並肯認應由法官於具體個案中裁量。

四、刑法第 47 條第 1 項於刑事司法政策上之依據

國家對個人之刑罰，屬不得已之強制手段，選擇以何種刑罰處罰個人之反社會性行為，乃立法自由形成之範圍。就特定事項以特別刑法規定特別罪刑，倘與憲法第 23 條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合者，即無乖於比例原則，司法院釋字第 476 號及 544 號解釋意旨可資參酌。累犯之規定係基於應報及社會防衛思想之

⁵ 鄭善印，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，第 371-372 頁。

⁶ 鄭善印，同註 5，第 376 頁及第 382 頁。

綜合理論，在兼顧社會正義，維護社會秩序及增進公共利益之憲法精神及刑事政策上，由立法機關本於立法自由所形成。刑法第 47 條第 1 項規定係以前曾受徒刑以上之刑執行完畢後或一部之執行而赦免後，於 5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，於最重不超過所犯之罪法定刑二分之一之範圍內，由法官於具體個案中裁量之。從該規定觀之，法律上已就加重之條件及範圍，包括前次所犯及再次所犯之法定刑種類均限於犯有期徒刑以上之罪、再犯之期間限於執行完畢後 5 年內、加重刑度最高不得逾本刑二分之一之限制等，並非對所有再犯罪者一律且無限制加重，並賦予法院有廣泛之裁量餘地。顯見立法上已考量比例原則而認有其必要性。參諸前述司法院解釋意旨，刑法第 47 條累犯之規定，乃係立法機關基於防止個人故意犯罪而妨礙他人自由，維持社會秩序、增進公共利益所必要，並符合人民期望立法自由形成之範圍，有其正當性與必要性。

刑法第 57 條雖定有量刑基礎及應審酌事項，惟僅係法院依具體個案情形而為刑罰裁量權行使之法律依據之一。實務上，同一據以裁量之基礎及應審酌事項，每每因不同法官、不同審級而有不同評價，甚至同一法官因辦案經驗或人生經歷，於不同時期對同一類型及條件之犯罪行為，亦可能出現不同之量刑評價，此將導致人民司法信賴崩毀之危機，更造成再犯之投機因素，刑法既以第 47 條第 1 項就犯罪行為人之累犯行為設加重處罰之特別量刑評價標準與範圍，較能發揮社會防衛目的，並兼顧社會正義。綜上，為防止刑罰恣意裁量導致對於累犯之量刑不符立法目的，造成更大之社會成本，自得對於量刑裁

量權有一最低限度範圍之限制。

五、本部現有「累犯」之統計資料⁷

地方法院檢察署執行案件 裁判確定情形—年別

單位：人

年 別	被 告 人 數											保 人 安 感 分 數	緩 刑 人 數	累 犯 人 數
	總 計	科 刑					免 刑	無 罪	免 訴	不 受 理	其 他			
		死 刑	無 徒 期 刑	有 徒 期 刑	拘 役	罰 金								
民國 96 年	196 103		89	113 164	41 287	19 099	72	7 300	2 364	12 352	376	3 705	22 027	40 448
民國 97 年	221 345		111	134 555	42 133	21 822	64	8 583	1 489	12 387	201	4 500	22 344	58 602
民國 98 年	213 570		76	124 676	39 508	26 139	75	9 151	1 313	12 376	256	5 075	22 874	53 265
民國 99 年	203 489	4	61	117 622	39 580	22 748	66	8 373	1 136	13 681	218	5 890	23 141	46 771
民國 100 年	198 336	5	45	117 843	35 483	21 867	57	7 127	943	14 766	200	5 547	21 764	47 252
民國 101 年	197 202	1	54	117 212	34 773	21 757	67	7 366	767	15 000	205	5 414	19 906	46 375
民國 102 年	190 469	11	48	122 106	28 862	17 517	51	6 481	700	14 454	239	5 395	18 419	44 102
民國 103 年	211 166	5	31	156 721	22 446	9 269	85	6 357	703	15 264	285	5 829	19 286	49 072
民國 104 年	208 576	6	39	154 075	22 483	8 347	103	6 590	712	15 962	259	6 405	21 049	53 992
民國 105 年	204 062	1	24	150 115	22 742	8 157	93	6 143	650	15 891	246	5 872	18 913	58 266

說明：1. 本表死刑人數係法院判決確定移送檢察機關執行後所發還案件資料，與實際執行數有時差。詳見資料彙編附錄
 受刑人死刑之宣告或死刑執行人數。
 2. 本表其他欄內包括自新返國、管轄錯誤、行為不罰、易以訓誡及撤回等。

⁷ 法務部統計手冊 http://www.risd.moi.gov.tw/risdweb/book/Book_Detail.aspx?book_id=259 (查詢日期 107 年 8 月 1 日)

抄本

發文方式：電子交換（第一類，不加密）

檔號：

保存年限：

司法院大法官書記處 函

地址：10048臺北市中正區重慶南路1段
124號

承辦人：楊靜芳

電話：(02)2361-8577轉737

受文者：本院刑事廳

發文日期：中華民國107年10月30日

發文字號：處大二字第1070001118號

速別：普通件

密等及解密條件或保密期限：

附件：如文

主旨：本院大法官為審理會台字第12352號臺灣高等法院高雄分院刑事第五庭聲請解釋案，請貴廳於函到20日內，就說明二至四所列事項提供卓見及相關資料惠復，俾供審理之參考，請查照。

說明：

- 一、依司法院大法官審理案件法第13條第1項規定辦理。
- 二、刑法第47條第1項規定「加重其刑至二分之一」之部分（下稱系爭規定），於刑事司法審判實務上是否有存在必要？理由為何？請舉實例或統計數字，由法官裁判之正確性及量刑之妥當性等各種角度說明之。
- 三、本院與法務部前曾於101年7月17日第134次業務會談中，建議刪除系爭規定，轉由法官依量刑事由審酌，並交由法務部「刑法研究修正小組」研議。然法務部於今年再次函復，仍認為系爭規定並未違憲，故無修正必要，貴廳對此有何意見？
- 四、如貴廳尚有其他補充意見或資料，亦請不吝提供。
- 五、檢附旨揭釋憲聲請書影本1份供參。

正本：本院刑事廳

副本：

電子傳遞：本院刑事廳

司法院刑事廳 函

地址：10048臺北市中正區重慶南路1段124號

承辦人：王秀媛

電話：(02)2361-8577轉207

電子信箱：cimall13@judicial.gov.tw

受文者：本院大法官書記處

發文日期：中華民國107年11月12日

發文字號：廳刑一字第1070001839號

速別：普通件

密等及解密條件或保密期限：

附件：如文(2648771_0001839A00_ATTCH1.pdf)

主旨：檢送本廳有關會台字第12352號臺灣高等法院高雄分院刑事第五庭聲請解釋案之意見及相關資料，請查照。

說明：

- 一、復貴處107年10月30日處大二字第1070001118號函。
- 二、有關刑法第47條第1項累犯加重其刑之規定（下稱系爭規定），不無違反行為刑法原則、罪責原則及一事不二罰等基本原則，且有重複評價及紊亂刑罰與保安處分二元功能區分之虞，故本廳前於101年8月22日簽奉核准，擬具「中華民國刑法第四十七條至第四十九條、第五十七條建議修正草案總說明暨條文對照表」（詳附件1），建議刪除刑法中關於累犯之規定，將之納入刑法第57條量刑審酌要件中，並提交法務部刑法研究修正小組研議。惟是否廢除累犯制度，事屬法務部權責，本廳尊重該部政策決定。至系爭規定有無違反憲法原則之疑義，事涉大法官釋憲之職權行使，本廳敬表尊重。
- 三、檢附「最高法院刑事非常上訴案件終結情形及因累犯之宣告違誤撤銷比率」統計表（附件2）供參。

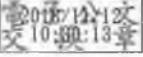


二科



臺灣高等法院
民事庭
卷一
第...號

正本：本院大法官書記處

副本： 2018/12/12
交 10:00 13章

裝

訂



線



中華民國刑法第四十七條至第四十九條、第五十七條

建議修正草案總說明

刑法之主要處罰原則，係建構在行為刑法原則與罪責原則上，依行為刑法原則，刑法規範的對象，限定在行為而非行為人。又罪責原則係指罪責應針對不法行為之本身，而非行為人之素行作為評價之基礎。累犯之規定違背上述二原則，其存在之正當性容有可疑，應予刪除。

我國刑法係以行為刑法為原則，著重個別行為責任，即行為人僅須對該次行為負責，倘若因行為人前曾犯罪而必須加重後罪之法定刑，恐違反一事不二罰之原則，亦有抵觸憲法比例原則之虞。

累犯之行為人再犯之原因，並非單純之刑罰反應性薄弱或受徒刑之執行未收矯治之效，事實上亦有可能出於不可歸責於行為人的社會因素所致，所需幫助遠大於刑罰，允應求諸保安處分，以求消弭其社會危害性格，而非以累犯加重其法定刑。

刑法第五十七條規定「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：五 犯罪行為人之品行」。而行為人之前案犯罪科刑暨執行情形，包括前所犯之罪是否判決確定；全部執行完畢，抑僅一部執行；曾受赦免及其犯罪次數等紀錄，允屬上開科刑輕重應審酌之「品行」事項範疇。如於個案判決時具體採擷參考，即可達到妥適量刑之目的，使罰當其罪，殊無依累犯之規定加重其刑罰，致生違反前述一事不二罰原則及抵觸憲法比例原則之疑義。

德國 1986 年刑法修正時，已刪除累犯之規定。其刪除之主要原因，係以：（一）累犯加重其法定刑之規定，違反行為刑法原則及罪責原則；（二）加以實務運作上，累犯加重其刑，既無法斷絕累犯的犯罪生涯，也不能有效的保護潛在的被害人，反而使社會上之弱勢者或適應困難者，受到不合理的處罰，是以，累犯規定並無存在之正當

性。目前在德國，犯罪前科僅為量刑上之一項重要參考項目而已。

又查行為人之前案犯罪科刑暨執行情形，包括前所犯之罪是否判決確定；全部執行完畢，抑或一部執行；曾受赦免及其犯罪次數等紀錄，原屬刑法第五十七條第五款規定「犯罪行為人之品行」之具體內容，為求明確周妥，酌作文字修正。

爰提案刪除中華民國刑法第四十七條至第四十九條關於累犯之規定，並擬具同法第五十七條修正草案，修正要點如下：

- 一、刪除刑法關於累犯之規定（修正條文第四十七條、第四十八條、第四十九條）。
- 二、增訂量刑時除一併斟酌犯罪行為人之一般品行外，尚應考量其特別情況即犯罪紀錄及其次數，以求週全（修正條文第五十七條第五款）。

中華民國刑法第四十七條至第四十九條、第五十七條
建議修正草案對照表

修正條文	現行條文	說明
	<p>第四十七條 受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。</p> <p>第九十八條第二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，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，以累犯論。</p>	<p>一、<u>本條刪除</u>。</p> <p>二、基於行為刑法原則，刑法規範的對象，限定在行為而非行為人；另罪責原則係指罪責應針對不法行為之本身，而非行為人之素行作為評價之基礎。是以刑法之主要處罰原則，係建構在行為刑法原則與罪責原則上。累犯的規定同時違背行為刑法原則與罪責原則，其存在之正當性容有可疑，應予刪除。</p> <p>三、我國刑法係以行為刑法為原則，著重個別行為責任，即行為人僅須對該次行為負責，倘若因行為人前曾犯罪而必須加重後罪之法定刑，恐違反一事不二罰之</p>

		<p>原則，亦有抵觸憲法比例原則之虞。</p>
		<p>四、累犯之行為人再犯之原因，並非單純之刑罰反應性薄弱或受徒刑之執行未收矯治之效，事實上亦有可能出於不可歸責於行為人的社會因素所致。其需要幫助遠大於刑罰，允應求諸保安處分，以求消弭其社會危害性格，而非以累犯加重其法定刑。</p> <p>五、刑法第五十七條規定「科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準：五 犯罪行為人之品行…」而行為人之前案犯罪科刑暨執行情形，包括前所犯罪是否判決確定；全部執行完畢，抑僅一部執行；曾受赦免及其</p>

犯罪次數等紀錄，允屬上開科刑輕重應審酌之「品行」事項範疇。如於個案判決時具體採擷參考，即可達到妥適量刑之目的，使罰當其罪，殊無依累犯之規定加重其刑罰，致生前述違反一事不二罰及牴觸憲法比例原則疑義之理。

六、德國 1986 年刑法修正時，已刪除累犯之規定。其刪除之主要原因，係以累犯加重其法定刑之規定，違反行為刑法原則及罪責原則。加以實務運作上，累犯加重其刑，既無法斷絕累犯的犯罪生涯，也不能有效的保護潛在的被害人，反而使社會上之弱勢者或適應困難者，受到不合理的處罰，因此，累犯規定亦無

		存在之正當性。目前在德國，犯罪前科僅為量刑上之一項重要參考項目而已。
	第四十八條 裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。但刑之執行完畢或赦免後發覺者，不在此限。	一、 <u>本條刪除</u> 。 二、配合第四十七條刪除累犯之規定，對於裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑之規定，自應一併予以刪除。
	第四十九條 累犯之規定，於前條所犯罪在外國法院受裁判者，不適用之。	一、 <u>本條刪除</u> 。 二、配合第四十七條刪除累犯之規定，對於所犯罪在外國法院受裁判者，不適用之規定，自應一併予以刪除。
第五十七條 科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準： 一、犯罪之動機、目的。 二、犯罪時所受之刺激。	第五十七條 科刑時應以行為人之責任為基礎，並審酌一切情狀，尤應注意下列事項，為科刑輕重之標準： 一、犯罪之動機、目的。 二、犯罪時所受之刺激。	查行為人之前案犯罪科刑暨執行情形，包括前所犯罪是否判決確定；全部執行完畢，抑或一部執行；曾受赦免及其犯罪次數等紀錄，原屬第五款規定「犯罪行為人之品行」之具體內容，為求明確周妥，酌作文字修正。

<p>三、犯罪之手段。</p> <p>四、犯罪行為人之生活狀況。</p> <p>五、犯罪行為人之品行、<u>犯罪紀錄及其次數</u>。</p>	<p>三、犯罪之手段。</p> <p>四、犯罪行為人之生活狀況。</p> <p>五、犯罪行為人之品行。</p> <p>六、犯罪行為人之智</p>	
<p>識程度。</p> <p>七、犯罪行為人與被害人之關係。</p> <p>八、犯罪行為人違反義務之程度。</p> <p>九、犯罪所生之危險或損害。</p> <p>十、犯罪後之態度。</p>	<p>識程度。</p> <p>七、犯罪行為人與被害人之關係。</p> <p>八、犯罪行為人違反義務之程度。</p> <p>九、犯罪所生之危險或損害。</p> <p>十、犯罪後之態度。</p>	

最高法院刑事非常上訴案件終結情形及因累犯之宣告違誤撤銷比率

資料期間：93年至104年

單位：件：%

年別	總計	駁回	撤銷	撤銷原因			撤回及其他
				累犯之宣告違誤		其他	
				件數	占撤銷 件數比率		
總計	4,648	1,172.5	3,467.5	1,543.0	44.50	1,924.5	8
93年	306	76.0	228.0	65.0	28.51	163.0	2
94年	302	69.0	231.0	66.0	28.57	165.0	2
95年	322	69.0	252.0	48.0	19.05	204.0	1
96年	352	76.0	273.0	41.0	15.02	232.0	3
97年	602	189.0	413.0	54.0	13.08	359.0	
98年	341	122.0	219.0	61.0	27.85	158.0	
99年	379	103.0	276.0	129.0	46.74	147.0	
100年	391	109.0	282.0	139.0	49.29	143.0	
101年	443	96.0	347.0	234.0	67.44	113.0	
102年	467	71.0	396.0	320.5	80.93	75.5	
103年	449	88.5	360.5	296.0	82.11	64.5	
104年	294	104.0	190.0	89.5	47.11	100.5	

說明：1.本表係內部資料，未對外公布。

2.同一案件之終結情形包含駁回及撤銷時，各計0.5件。

11 年 11 月

最高法院刑事非常上訴案件終結情形及因累犯之宣告違誤撤銷比率

資料期間：105年至106年

單位：件；%

年別	總計	駁回	撤銷	撤銷原因								撤回及其他	
				累犯之宣告違誤 合計		累犯之宣告違誤		累犯之宣告違誤 (定應執行刑在後)		累犯之宣告違誤 (撤銷假釋在後)			其他
				件數	占撤銷 件數比率	件數	占撤銷 件數比率	件數	占撤銷 件數比率	件數	占撤銷 件數比率		
總計	501	129.5	371.5	178.5	48.05	100.5	27.05			78.0	21.00	193.0	
105年	243	70.0	173.0	81.5	47.11	48.5	28.03			33.0	19.08	91.5	
106年	258	59.5	198.5	97.0	48.87	52.0	26.20			45.0	22.67	101.5	

說明：1.本表係內部資料，未對外公布。

2.同一案件之終結情形包含駁回及撤銷時，各計0.5件。

3.自105年起，撤銷原因「累犯之宣告違誤」細分3個子項蒐集。

抄本

發文方式：電子交換（第一類，不加密）

檔號：

保存年限：

司法院秘書長 函

地址：10048臺北市中正區重慶南路1段
124號

承辦人：楊靜芳

電話：(02)2361-8577轉737

受文者：法務部

發文日期：中華民國107年11月5日

發文字號：秘台大二字第1070030163號

速別：普通件

密等及解密條件或保密期限：

附件：無

裝 主旨：本院大法官為審理會台字第12352號臺灣高等法院高雄分院
刑事第五庭聲請解釋案，請貴部於函到7日內，提供說明二
所列資料惠復，俾供審理之參考，請查照。

說明：

- 一、依司法院大法官審理案件法第13條第1項規定辦理。
- 二、本院與貴部前曾於101年7月17日第134次業務會談中，建議刪除刑法第47條，轉由法官依量刑事由審酌，並交由貴部「刑法研究修正小組」進一步研議。請提供貴部「刑法研究修正小組」就該條規定，接續有關之研議紀錄及資料。

正本：法務部

副本：

線

電子交換：法務部

司法院大法官書記處收文
107年 11月 15日
台字第 12352 號

檔
保存

法務部 函

地址：10048臺北市中正區重慶南路1段130號

承辦人：王孟涵

電話：(02)21910189分機2327

電子信箱：veianne@mail.moj.gov.tw

受文者：司法院秘書長

發文日期：中華民國107年11月15日
發文字號：法檢字第10700204000號
速別：普通件
密等及解密條件或保密期限：
附件：無

主旨：大院大法官為審理會台字第12352號臺灣高等法院高雄分院刑事第五庭聲請解釋案，函請本部提供資料俾供審理之參考乙案，復如說明二，請查照。

說明：

- 一、復貴秘書長107年11月5日秘台大二字第1070030163號函。
- 二、有關101年7月17日第134次院部業務會談建議刪除刑法第47條乙案，本部於101年8月21日提交刑法研究修正小組研議結果，認為涉及法制之層面頗廣，影響非同小可且極為深遠，須多方深入審慎評估。目前並無刪除該規定之必要。

正本：司法院秘書長

副本：本部檢察司

107/11/15
交16:47章

二科



補充理由書

會台字第 12352 號

補充理由人：(原)臺灣高等法院高雄分院刑事第五庭法官陳松檀

為現行累犯相關法律規定有無牴觸憲法，聲請解釋憲法案件，提出補充理由如下：

壹、累犯規定部分

就現行刑法第 47 條第 1 項：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」之規定，適用上於後開憲法上原則所生之疑義，除援用原聲請書之立論外，並補充說明：

一、一行為不二罰原則

按刑罰以罪責為基礎，無罪責即無刑罰（後詳述）；罪責存在之時點，即為行為人為構成要件行為之時；行為人之所以被非難，係由其意念所導致之犯罪行為本身，即在各個犯罪行為中所表徵之偏差意念，是關於罪責評價之對象仍為各個犯罪行為，刑法罪責所責難者，仍為行為人在個別行為中所透露出來之罪責¹。刑法第 47 條第 1 項就符合累犯之資格，而以加重處罰之形式，對行為人之後案犯罪施予原本依法定刑範圍為基礎而裁量之刑罰外，另增加以原法定刑範圍以外之基礎為裁量依據，而在形式上以包括方式一併論知之刑罰，其額外增加行為人受到建立於原本法定刑範圍而裁量者以外之處罰，針對之對象究為前案或後案之犯罪行為，於立法理由除：「犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間」一語外，並未具體明示。然依前述，其個案中堪當作為罪責即刑罰基礎之評價對象，既為各個犯罪行為本身，而前開累犯規定所連結並可能為評價對象者，不外乎行為人之前案或後案犯罪行為。茲分別情形，就其所指處罰基礎之評價對象若為前案犯罪行為（即原聲請書第一順位聲明所示），即有違反憲

¹ 詳見：林鈺雄，新刑法總則，2009 年 9 月 2 版，第 288 頁至第 291 頁。

法一行為不二罰原則之嫌。

所謂「一行為不二罰原則」，亦稱「禁止雙重處罰原則」，係指就人民同一違法行為，禁止國家為多次之處罰，其不僅禁止於一行為已受到處罰後，對同一行為再行追訴、處罰，也禁止對同一行為同時作多次之處罰。聲請人所持立場及見解，係以前開累犯之規定，若其評價處罰之對象，係對於已經刑罰執行完畢之前案犯行，在後案中藉加重處罰之形式再予處罰，係違反「一行為不二罰原則」。蓋以刑法分則所定各罪之法定刑，乃立法者授權法院於判決時所得行使刑罰裁量之範圍，對於經審理結果認為成立該犯罪之人，應一體適用，縱有加重、減輕之規定，亦限於與該次犯罪事實相關之事項，如以被告於行為時之年齡（刑法第 18 條）、精神狀態（刑法第 19 條），甚至共犯者之身分（兒童及少年福利與權益保障法第 112 條第 1 項前段）等要件規定之，而前案犯罪行為之不法內涵及惡性等一切非難，依法既須於該案之確定判決中為完全之評價及清算，並予對應之刑罰處罰以為應報，果有因應報之刑罰裁量不足，或不能完整矯治其惡性，要亦無再以此為由而變相於另案判決中補足之理。是若刑法第 47 條第 1 項關於累犯加重其刑之規定，係就被告已經處罰完畢之前案，在其經刑罰執行完畢一定時間再犯罪之後案判決中，按後案犯罪依原本適用之法定刑範圍諭知處罰以外，額外再以逾越法定刑最高至二分之一計算之刑度為基礎而更為處罰，並一併諭知於後案判決所處之刑罰中，不論法院於適用其加重規定時，實際諭知之刑度是否超過該後案犯罪原本應適用法定刑範圍之上限，其判決量刑所依據之裁量範圍，既為適用加重後之基礎所為，抽象上就其按原本法定刑範圍所諭知部分以外之處罰，即與後案犯罪行為本身無關，客觀上顯係針對已經刑罰執行完畢之前案犯罪行為為重複處罰，結果並以自由刑及罰金刑之形式，直接侵害人民依憲法第 8 條、第 15 條所保障之人身自由權及財產權，欠缺依憲法第 23 條規定之容許條件，與前開憲法一行為不二罰原則自有違背。

就此，縱依我國刑法於民國 17 年制定公布時，在立法理由中明

揭於累犯規定採為立法參考之德國法制²，其 1969 年制定，並於 1986 年刪除之刑法第 48 條關於累犯之規定，對於法律效果亦僅就最低法定刑部分，規定於犯罪本身沒有較高之最低度刑以為制裁者，原則上以六個月之自由刑為其最低刑罰，於最高刑度部分則維持不變³。客觀上亦屬在原本法定刑之範圍內，對量刑事項所加裁量限制之立法，不至有前開違反一行為不二罰原則之情形，附此敘明。

二、罪責原則

按「無責任即無處罰」原則，即人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰。就刑事責任而言，其與「無罪責即無刑罰」原則（*nulla poena culpa* ;*Keine Strafe ohne Schuld*）相同，並通稱為「罪責原則」（*Schuldprinzip*）或「責任原則」（*Verantwortungsprinzip*），其罪責存在之時點，即為行為人為構成要件行為之時，亦即「行為與罪責同時存在原則」（*Koinzidenzprinzip*），依其內涵，係以罪責非難之對象，乃行為人在其違法行為所透露出來之偏差意念，亦即行為人偏離法規範所要求行為之主觀意念，然行為人之所以被罪責非難，並非單單因其意念，而係由該意念所導致之犯罪行為本身，即在各個犯罪行為中所表徵之偏差意念，是罪責評價對象仍為各個犯罪行為。質言之，罪責判斷並不因而使行為刑法變成行為人刑法，罪責判斷的連結點仍為不法行為，刑法罪責仍為個別行為之罪責，而非行為人之人格罪責。刑法罪責所責難者，仍是行為人在個別行為中所透露出來之罪責，至於行為人之人格，不過為間接之判斷對象而已，至多得成為量刑事由⁴。是依前所述，就刑法第 47 條第 1 項對於符合累犯資格，而以加重處罰之形式，施予逾原本僅依後案犯罪應適用法定刑範圍諭知處罰部分之刑罰，如係針對後案犯罪所為者（即原聲請書第二順位聲明所示），即有違反無責任即無處罰原則（罪責原則）之嫌。

² 詳參原聲請書〈註 3〉、〈註 4〉。

³ 德國 1969 年刑法第 48 條第 1 項、第 2 項，詳參原聲請書〈註 8〉。

⁴ 同註 1。

現行刑法第 47 條第 1 項就行為人所犯後案得諭知逾原本該罪法定刑範圍之刑罰，係以其五年內曾經前案徒刑執行完畢所設之特別處罰規定，其就逾越該（後案）犯罪原本法定刑範圍部分諭知之處罰，對於非難之對象，既非以行為人偏離法規範所要求行為之主觀意念，及該意念所導致之後案犯罪行為本身，即在各個犯罪行為中所表徵之偏差意念，非就各別犯罪行為評價所得之罪責，而係以行為人之人格為評價處罰之對象，按其後案犯罪依原本適用之法定刑範圍諭知處罰以外，額外再以逾越法定刑最高至二分之一計算之刑度為基礎而更為處罰，並一併諭知於後案判決所處之刑罰中，不論法院於適用其加重規定時，實際諭知之刑度是否超過該後案犯罪原本應適用法定刑範圍之上限，其判決量刑所依據之裁量範圍，既為適用加重後之基礎所為，抽象上就其按原本法定刑範圍所諭知部分以外之處罰，即與後案犯罪行為本身無關，猶係以行為人之人格、素行、反社會性格為評價對象，而為「行為人刑法」之表現。申言之，苟依修法理由所稱以「刑罰之反應力薄弱」為處罰之目的，依前所述，要亦屬量刑之事由，而非另有堪當為刑罰基礎之犯罪行為，自無以加重為名而逸脫於原本法定刑範圍並另為處罰之依據。是其處罰除與前述法治國之「行為刑法」相違，猶與前述「無責任即無處罰原則」相違背，結果並以自由刑及罰金刑之形式，直接侵害人民依憲法第 8 條、第 15 條所保障之人身自由權及財產權，欠缺依憲法第 23 條規定之容許條件。

此外，參考德國 1986 年刪除其刑法第 48 條（§48 StGB）關於累犯規定之立法說明⁵：「隨著本次新增訂刑事訴訟法第 454a 條規定（§ 454a StPO），對於自由刑受刑人的假釋（Aussetzung der Vollstreckung des Restes einer Freiheitsstrafe），能較舊法更早作出決定（釋放前 3 個月），以減輕釋放前的準備工作。刑法第 48 條累犯的規定則宜刪除，因為在實務上已證明為不適合的、不有效的。在非輕微案件，法官本來就會判到 6 個月以上的刑度，刑法第 48 條規定累犯的刑度為 6 個月起跳，並無實益。其次，在輕微案件（Bagatelldelikten），6 個月起

⁵ BGBl. I 393.

跳的刑度又無法適切套用在每個不同個案的罪責上(違反罪責原則)。而且在調查累犯的構成要件事實相當困難且複雜,實務上迭生困擾。」等語。就其刪除之原因,除表明係因該條文對於累犯之成立,明定須具備包括行為人「依該犯罪之種類及情況觀之,並未以先前有罪判決為戒」⁶等內容之構成要件規定,在構成要件事實之調查上相當困難且複雜,實務上迭生困擾外,猶已指明其所定以6個月起跳刑度之法律效果,無法適切套用在每個不同個案的罪責上,而有違反罪責原則之疑慮。對照前開我國刑法第47條第1項關於累犯之規定,其不問個別案件中,行為人所犯前案、後案之犯罪類型態樣、罪責內涵、刑罰輕重,而一概適用後案犯罪法定刑為計算基礎(二分之一)所定之刑罰,其違反罪責原則之情形,堪稱顯明。

三、罪刑相當原則(比例原則)

1.目的合憲性審查：

關於累犯之立法理由,係以因受刑人刑罰反應力薄弱,乃延長矯正時間,就其關於「助受刑人重返社會」、「社會防衛」之目的,應可認符合重要公益之要件。

2.手段適合性審查：

前開立法理由果係針對犯罪人之「刑罰反應力薄弱」等,著眼於抽象主觀惡性及性格傾向相關之原因,而予特別加重處罰,然就前案之內涵態樣而言,其條文對於該當之犯罪類型及內容為何,不僅未加區分,無從理解,甚至未如前述德國1969年刑法所採之累犯立法,將成立前案之犯罪態樣限於故意犯,而排除過失犯之立法規定⁷。乃其全然不分前案係故意、過失,亦不論輕重、情節、動機如何,苟有經前案徒刑執行完畢後再犯,猶不問後案故意犯罪之緣由、動機及態樣

⁶ 德國1969年刑法第48條第1項,詳參原聲請書〈註8〉。

⁷ 同註3。

為何，犯罪時機是否出於偶然受迫或激於公義，均一概歸究為所謂刑罰反應力薄弱之因素使然，並同予加重，就以個案態樣差異之觀點，觀察其所加手段與目的之關係是否相當，已有可議。而若以行為人前案係犯如竊盜、詐欺等財產犯罪，而後案係 5 年內再犯殺人、販賣毒品等侵害人身或社會法益之罪，則其後案既未再犯與前案相類之財產犯罪，客觀上容難認為即有刑罰反應力薄弱情事，卻因符合刑法第 47 條第 1 項之構成要件而須加重其刑。反之，如行為人前案所犯係販賣毒品案件，其經刑罰之執行完畢後 5 年又 1 天而再犯販賣毒品犯行，依其情形，就後一案例即行為人於前、後案件所為犯罪行為之內容相同者，較諸前一案例，容或更加符合刑罰反應力薄弱之情形，卻反而排除累犯加重之適用，亦有可議。是以前所定加重刑罰之手段是否有助於受刑人之刑罰反應力，及延長在機構內時間是否有助於復歸社會等目的之實現，均非無疑。

3. 手段必要性審查：

刑法第 47 條第 1 項關於賦予法律效果與否之授權方式，係以「應」加重，而非「得」加重之形式為之，亦即在該當其條文之構成要件時，法官並無任何審酌具體個案行為人及本案犯罪情節之裁量空間，即一律加重其刑罰之法律效果，難認係侵害最小之手段。

4. 狹義比例原則審查（罪刑相當性）：

前揭立法理由僅以行為人於前案犯罪經徒刑執行完畢後 5 年內再犯，故可見其刑罰反應力薄弱，須再延長矯正時間等語為其依據，或以其目的係在於社會防衛，亦即公益與私利的權衡。然前開立法理由中，除關於刑罰反應力薄弱及社會復歸部分，難以符合適合性原則之審查，已如前述外，就其涉及社會防衛功能部分，則姑不論所謂社會防衛之內涵實甚為概括、含混，已難具體化其公益內涵，縱將其解為社會大眾安全或安全感之維繫，則僅因此空泛之安全感需求，強制將行為人因犯罪行為而受處罰之刑度一律於法定刑外做額外之加重，

並進而在諸多案件中限制人身自由，其間利益之權衡亦難認相當。是本條硬性之規範模式，使法院於個案中，全無審酌各該案件行為人刑罰反應狀況之空間，未能針對個案行為情狀及行為人狀況為相應之裁量，難認符合罪刑相當原則。

四、平等原則

平等原則之具體內涵，學說上依德國聯邦憲法法院之見解而認為，若平等權在立法者未依理智的，根據「事務之本質」(Natur der Sache) 以及有充分之理由，就逕予為區別待遇規定，即屬違憲之「恣意」(Willkür)；立法者要避免「不理智」之後果，必須斟酌各種待規範事務(及人民)之「事務本質」及充分理由時，方可作為決定「同同、異異」之規範⁸。就其檢驗之方式，則有認為：以差別待遇的目的區分，若差別待遇目的在實現「不等者不等之」的實質平等原則，確定差別待遇的目的沒有問題後，繼而審查差別待遇與目的間是否有合理關連並決定審查基準，進行合目的性審查(此時沒有比例原則介入的空間)。若合憲，固無問題；倘認定違憲，則視差別待遇有無可能追求其他目的而繼續作多重的平等審查，以符合合憲解釋原則的要求。反之，若差別待遇的目的一開始就是要追求無關實質平等的政策目的，則須適用比例原則的審查模型，首先仍是目的合憲性的審查，決定審查公益目的是否須重大或極重大，然後進入比例原則審查的核心，依序檢驗三項子原則，並決定審查基準。若合憲，固無問題；倘認定違憲，則視有無可能追求其他政策目的，再作多重的平等審查⁹。

就前開累犯規定於平等原則之問題，其依兩個面向觀察：初犯(含所犯前案之內容與執行情形與前開累犯規定之要件不符者)與累犯的差別待遇、累犯與累犯之間的相同待遇。前者之重點在於差別待遇是

⁸ 陳新民，憲法基本權利之基本理論(上)，元照出版有限公司，2002年7月五版第2刷，第497頁、第498頁、第503頁。

⁹ 許宗力，從大法官解釋看平等原則與違憲審查，收錄於憲法解釋之理論與實務第二輯(李建良、簡資修主編)，2000年8月，121-122頁。

否合理；後者重點則在相同待遇是否合理。然以「徒刑執行完畢五年內，是否故意再犯有期徒刑以上之罪」，作為差別／相同待遇之區分標準而加重其刑至二分之一。如認為「對當事人影響強度越高」（對於憲法保護自由權之行使，影響越大），則要有「重大的合理事由」，始為合憲¹⁰。此時，即可藉比例原則來審查差別／相同待遇措施。而目的如果是為了特別預防，差別／相同待遇是否有助於目的之達成？差別／相同待遇是否必要？差別／相同待遇所造成之損害是否與欲達成目的之利益顯失均衡？凡此於前開比例原則之討論中，已有類似之結果。是刑法第 47 條第 1 項關於累犯之規定，僅以行為人於前案受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪為要件，全然不分前案係故意、過失，亦不論輕重、情節、動機如何，並不問後案故意犯罪之緣由、動機及態樣為何，犯罪時機是否出於偶然受迫或激於公義，均一概歸究為所謂刑罰反應力薄弱之因素使然而同予加重，並均與犯其後案相同犯罪而不具上開累犯要件之行為人為差別之待遇，就差別之結果並以自由刑及罰金刑之形式，直接侵害人民依憲法第 8 條、第 15 條所保障之人身自由權及財產權，而欠缺依憲法第 23 條規定之容許條件，與憲法上平等原則自有違背。

五、法律明確性原則

按法律明確性原則係以法規範之內容（構成要件、法律效果）必須相當明確，使受規範者得以事先預見其行為將該當何種構成要件、將產生何種法律效果。基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，除令使受規範者可能預見其行為之法律效果，以確保法律預先告知之功能外，並須使執法之準據明確，以保障規範目的之實現¹¹。茲依前述德國 1969 年刑法第 48 條關於累犯之規定，除就構成前案之要件，其相對具體之規定內涵分別為：1.關於犯罪主觀類型部分之規定——因犯「故意犯」之罪而被判刑 2 次以

¹⁰ 李建良，經濟管制的平等思維——兼評大法官有關職業暨營業自由之憲法解釋，政大法學評論，第 102 期，2008 年 4 月，98 頁

¹¹ 法治斌、董保城，憲法新論，元照出版有限公司，2012 年 9 月，五版第一刷，第 76 頁。

上且其中一次或多次犯行遭判刑「執行至少 3 個月」(第 1 項)¹²；2. 關於確保與規範目的相符部分之規定——「依該犯罪之種類及情況觀之，並未以先前有罪判決為戒」(第 1 項)¹³；3. 關於時間要件部分之規定——「前犯與後犯間，經過已逾五年者，不適用；該期間「不含行為人受官方命令收容於機構中之時間」(第 4 項)¹⁴等用語外，於該國現行刑法第 176a 條第 1 項就特定犯罪類型（性侵）成立累犯之期間起算時點，則規定為「確定判決之日起 5 年內」¹⁵等語。

相較我國前開關於累犯之規定，其立法理由雖以針對行為人之「刑罰反應力薄弱」為規範目的，然卻因要件規定不明確，不能使執法準據明確，以致無從保障規範目的之實現。申言之，依罪刑法定原則，凡供成立犯罪及處罰之各項構成要件，均應於形式意義之法律中明確規定，以刑法分則各條文規定之具體犯罪為例，其以他罪規定為基本犯罪構成要件，另加以特別之加重要件而成為特別規定，並逕定以原條文法定刑加重其刑至二分之一為處罰規定者，所在多有。其關於對應加重處罰之特別構成要件要素，既均涉及對人民之人身自由權、財產權之保障，自須嚴格遵守具體、明確之要求，不受其規定編排於總則或分則而有異。況其專以配合其他基礎條文或罪名而適用，僅就特別加重要件提出補充之立法方式，並予相同內涵加重效果之形式而呈現之情形，並無二致。乃前開累犯加重處罰之規定，果係針對犯罪人之「刑罰反應力薄弱」等，著眼於抽象主觀惡性及性格傾向相關之原因，而予特別加重處罰，然就前案之內涵態樣而言，其條文對於該當之犯罪類型及內容為何，不僅未加區分，無從理解，甚或未如前述德國 1969 年刑法所採之累犯立法，即將成立前案之犯罪態樣限於故意犯，而不含過失犯之立法規定。乃其全然不分故意、過失，亦不論輕重、情節、動機如何，苟有經前案徒刑執行完畢後再犯，亦不問後案故意犯罪之緣由、動機及態樣為何，犯罪時機是否出於偶然受迫或

¹² 同註 3。

¹³ 同註 3。

¹⁴ 德國 1969 年刑法第 48 條第 4 項，詳參原聲請書〈註 8〉。

¹⁵ 德國刑法第 176a 條第 1 項，詳參：王士帆等譯，2017 年最新版「德國刑法典」，第 239 頁至第 240 頁。

激於公義，均一概歸究為所謂刑罰反應力薄弱之因素使然，並同予加重，內涵籠統，無從認為與其規範目的之實現有何關連，就明確性之要求，自不相當。

其次，就前案執行程度之要求而言，我國關於累犯立法之規定，原沿襲自舊律，自民國成立後，歷經刑法多次修正，並延續至前述於 94 年修正現行刑法第 47 條時，就此部分要件均規定為「受徒刑之執行『完畢』」（詳原聲請書），然卻始終未就所稱「徒刑之執行完畢」作一合乎、並可達其上開規範目的要求之立法定義，而任由依附於刑法上其他如假釋、數罪併罰、接續執行，及獄政管理法規關於累進處遇成績合併計算等，基於刑事政策、監所管理等制度目的而定義之概念適用而擺盪，除不能使執法之準據明確外，縱多年來歷經實務上多次以決議等方式尋求技術上之解決，迄今始終不能解決其在個案實際適用上漏洞百出之矛盾及流於恣意之問題（詳原聲請書），遑論能保障規範目的之實現，結果並以自由刑及罰金刑之形式，直接侵害人民依憲法第 8 條、第 15 條所保障之人身自由權及財產權，顯然違背法律明確性原則，猶造成確定判決及法律秩序安定性之嚴重侵害。

貳、更定其刑部分

就現行刑法第 48 條前段：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條規定更定其刑。」之規定，是否違反一事不再理原則之疑義，除援用原聲請書之立論外，補充說明如下：

依憲法上實質正當法律程序之公平程序原則及信賴保護原則，刑事訴訟程序之實施，除應保障當事人之合法訴訟權，並兼顧被告對於裁判效力之信賴及國家刑罰權之正確行使，對刑事被告應予以充分之程序保障，包括採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被告最後陳述之機會等，以貫徹憲法第 16 條保障人民訴訟權之本旨¹⁶。就憲法第八條規定之正當審問程序，學者並有認為其中關於訴訟權充分保障部分，要求訴訟程序上應保障作為訴訟當事人相互間之訴

¹⁶ 法治斌、董保城，憲法新論，元照出版有限公司，2012 年 9 月，五版第一刷，第 289 頁。

訟武器平等，並應令被告對不利於己之證據有辯證與質問之機會¹⁷。另就確定判決有重大違背法令者，依大法官釋字第 271 號解釋意旨，亦以因具有判決之形式，足使被告信賴其羈束力，認為仍應先依非常上訴程序將該確定判決撤銷後，始得回復原訴訟程序，就合法上訴部分進行審判。其揭示之原理並與原屬刑事訴訟法上原則之一事不再理（雙重危險禁止原則）相合，嗣學說上即有因該原則在美國聯邦憲法增修條文第 5 條、日本憲法第 39 條均有類似規定，認為係現代法治國家普遍賦予之權利，依大法官上述解釋，憲法雖無明文規定，應仍可推論此為我國憲法所保障之基本權利無疑¹⁸。至其原則之具體內容依聯合國「公民與政治權利國際公約」第 14 條第 7 項之規定，則為「任何人依一國法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑。」

刑法第 47 條第 1 項關於累犯加重其刑之規定，係就後案犯罪之行為人因符合累犯之要件，於依原本所犯罪名法定刑範圍論知之刑度以外，另以該法定刑加重至二分之一為標準，更為不利於行為人之處罰，自亦應受憲法第 16 條關於人民訴訟權規定之保障，基於正當法律程序之公平程序原則，應踐行直接審理、言詞辯論、對審及保障被告接受辯護協助之權利，提供其最後陳述之機會；而就已經確定之判決，既足使被告信賴其羈束力，猶應依特別之救濟程序消滅原確定判決之效力，以回復原本未經判決之狀態。茲現行刑事訴訟制度就審理刑事被告案件之程序，依刑事訴訟法第 96 條、第 288 條之 1、第 289 條等規定，既須踐行調查辯論程序，使被告享有同屬憲法上訴訟基本權保障範圍內之辯明罪嫌及辯論（護）等程序權，然就足令被告額外受原本法定刑範圍加重至二分之一程度處罰之累犯要件及適用，於原訴訟程序中漏未審理調查者，乃依刑法第 48 條前段、刑事訴訟法第 477 條第 1 項關於累犯更定其刑之規定，就此漏未適用累犯規定加重其刑，而客觀上顯然對被告較有利之原確定判決，竟不須經特別程序撤銷，猶僅依檢察官之聲請，即由法院以裁定逕行變更原確定判決之

¹⁷ 李惠宗，憲法要義，2009 年 9 月五版第 1 刷，元照出版有限公司，第 160 頁。

¹⁸ 王兆鵬，論一事不再理之憲法原則（上），台灣本土法學第 80 期，2006 年 3 月，第 53 頁。

結果，並直接適用累犯之規定加重其刑，使被告在未獲訴訟上公平程序之保障，未經踐行直接審理、言詞辯論、對審程序，並就不利於己之證據（前案紀錄資料）辯證，及為最後陳述機會之情形下，逕受更不利於原判決諭知之刑罰，其程序顯然違反實質正當法律程序之公平程序原則、信賴保護原則及前述之一事不再理原則，與憲法第 8 條、第 15 條、第 16 條所保障人民人身自由權、財產權及訴訟權之規定相牴觸。

此外，因上開規定於實務上運作適用之結果，對於被告經法院以簡易判決處有期徒刑六月（得易科罰金）確定，尚未執行而發覺為累犯，乃經檢察官據以聲請更定其刑者，猶經臺灣高等法院暨所屬法院法律座談會決議，認為得更定其刑有期徒刑六月以上（不得易科罰金）¹⁹，進而致生因適用簡易審判程序審理之被告，於全然不經通常審判程序且未經法院開庭審理之情形下，受到不得易科罰金之有期徒刑，即違反法院依簡易審判程序所得判處之刑罰²⁰，顯然違反憲法第 8 條正當法律程序原則並直接侵害被告之人身自由權，附此敘明。

此致

司法院

補充理由人

(原)臺灣高等法院高雄分院刑事第五庭法官

陳松檀

中 華 民 國 1 0 8 年 1 月 1 0 日

¹⁹ 臺灣高等法院暨所屬法院 85 年法律座談會 刑事類提案第 2 號。

²⁰ 關於法院依簡易審判程序所得對被告處刑之範圍，依刑事訴訟法第 449 條第 3 項規定：「依前二項規定所科之刑以宣告緩刑、得易科罰金或得易服社會勞動之有期徒刑及拘役或罰金為限。」

爭點題綱意見書

- 一、聲請釋憲人臺灣高等法院高雄分院刑事第五庭審判長法官曾永宗（任期屆滿改任法官），於108年1月8日收受大院秘書長函，要求聲請釋憲人就「爭點題綱」於同年1月10日前提供書面意見書，因本聲請釋憲案之執筆人係陳松檀法官（現任臺灣高雄地方法院庭長），聲請釋憲法律資料之蒐集、論述，均由陳法官親力親為令人感佩，吾人忝為刑五庭審判長，因認同陳法官聲請釋憲之法律意見，且因職務配置關係而具名聲請釋憲，因此大院於108年1月15日下午2時30分至5時舉辦說明會，容吾人請假並委請陳法官出席提供意見，先予敘明。
- 二、「爭點題綱」第二點，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」，是否違反一事不再理原則？聲請釋憲人提出書面意見如下：
 - （一）有關一事不再理之「憲法原則」，國立臺灣大學教授王兆鵬所著「一事不再理」一書第1頁至第65頁論述甚詳，茲引用之（見元照出版有限公司，國立臺灣法學叢書〈173〉）。
 - （二）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」，顯然違反一事不再理原則（又稱一事不二罰原則），本庭聲請釋憲書第9頁第11行至第11頁第3行已說明甚詳，足見刑法第48條之規定，顯然違反憲法第8條保障人身自由之基本權利，亦違反憲法第22條基本人權保障之權利。

聲請釋憲人 曾永宗 謹呈

本案釋憲聲請意旨

聲請人：臺灣彰化地方法院刑事第五庭（申股）陳德池法官

本院103年度聲字第539號累犯更定其刑



案例事實

受刑人販賣二級毒品：
有期徒刑3年9月、3年8月
應執行有期徒刑4年6月確定
(103年3月10日確定)

前案：妨害自由，經判處有期徒刑4
月，98年10月7日易科罰金執行完畢

原確定判決漏未諭知累犯！

檢察官聲請更定其刑

涉及違憲疑義之法條

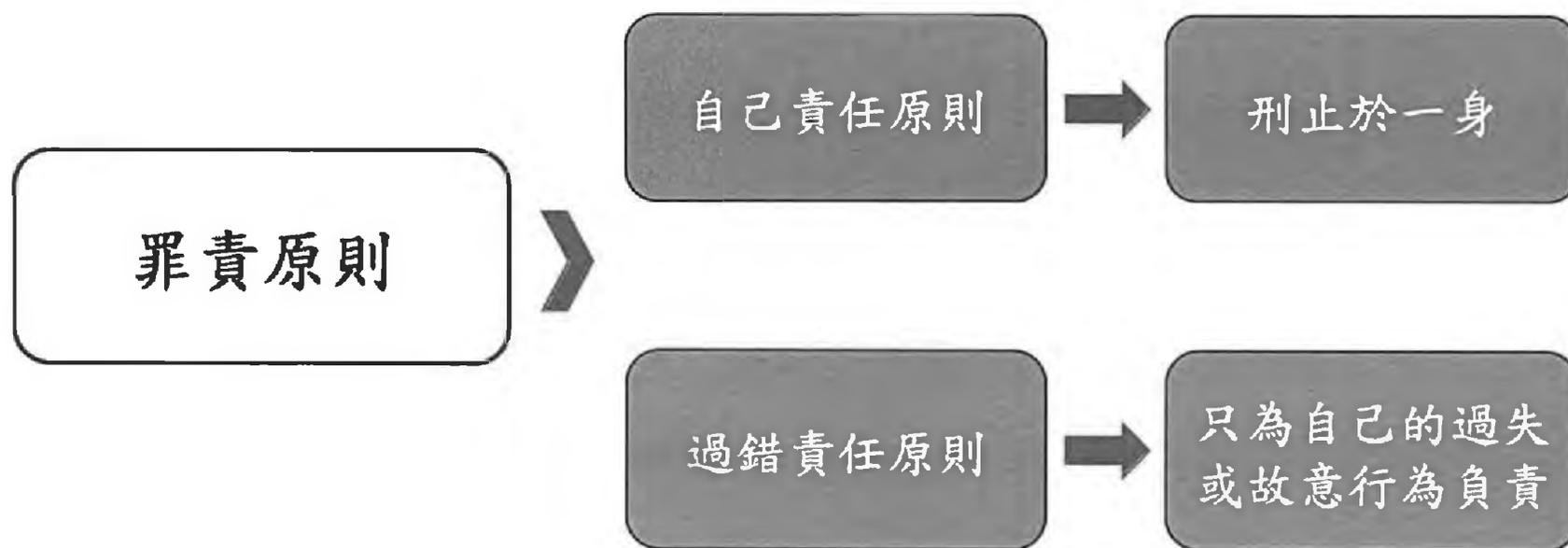
- ▶刑法第47條第1項：受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。
- ▶刑法第48條：裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。但刑之執行完畢或赦免後發覺者，不在此限。
- ▶刑事訴訟法第477條第1項：依刑法第四十八條應更定其刑者，或依刑法第五十三條及第五十四條應依刑法第五十一條第五款至第七款之規定，定其應執行之刑者，由該案犯罪事實最後判決之法院之檢察官，聲請該法院裁定之。

累犯違反罪責原則

罪責原則之憲法基礎：

- ◆司法院大法官釋字第669號解釋（空氣槍）。
- ◆司法院大法官釋字第630號解釋（準強盜）。

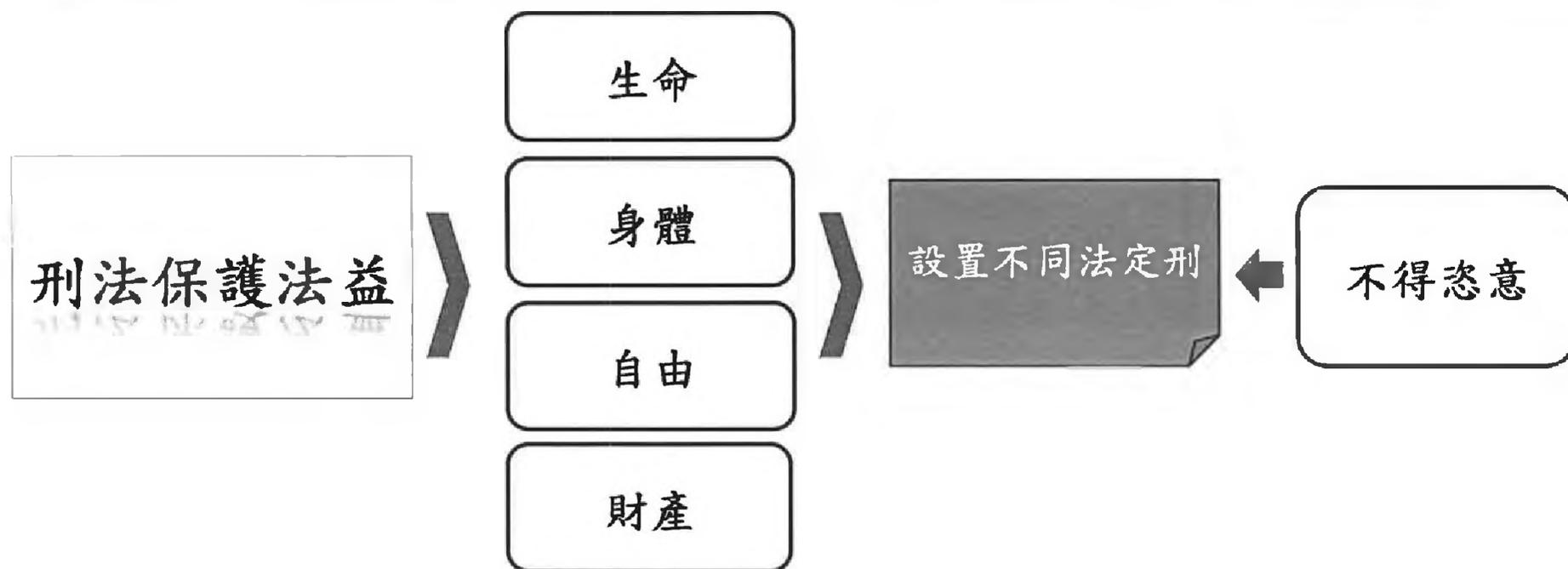
罪責原則



罪刑相當原則

- 罪責原則推導出罪刑相當原則。
 - 行為人的罪責為刑罰的上限，任何人不應因一般或特殊預防之理由，而超過其犯罪行為及個人罪責的刑罰。
 - 刑法第57條：「科刑時應以行為人之責任為基礎」
 - 立法者指示法官，量刑時應當考慮「行為罪責」，構成量刑上限。
- 

罪刑相當原則—亦拘束立法者



累犯加重的理由

●刑法第47條之修正理由（94.02.02）



刑罰反應力？

- 刑罰反應力（感受能力）較差，完全涉及行為人的前案執行紀錄，與行為客觀的不法內涵無關！
 - 累犯加重其刑，主要理由在於行為人刑法。
 - 累犯加重其刑之法律效果，與刑法第57條矛盾！
 - 某些具有高度「再犯可能性」的犯罪，未必與刑罰反應力有關。
例如：施用毒品案件。
- 

累犯加重與平等原則

- ◆不問前案犯罪情節（事務本質），一律加重（齊頭式），剝奪法官合義務性的裁量空間！
- ◆累犯的前提要件為：「徒刑執行完畢」。
- ◆但在得易科罰金的前案，行為人選擇易科罰金，實質上的法律效果是「財產刑」，刑罰反應力，與前案罰金刑宣告的執行，不分軒輊，立法者卻「獨厚」有期徒刑？
- ◆假釋期間再犯的行為人，刑罰反應力更重，卻不構成加重的理由？

累犯更定其刑

累犯更定其刑



刑事訴訟法第477條1項
(管轄)

特別量刑程序之正當法律程序

- ◆累犯更定其刑，涉及人身自由、財產、一般行動自由的干預！
 - ◆更定其刑，包含：刑罰種類的變更！
（立法者並未禁止，彰院98聲2033裁定）
 - ◆更定其刑的結果，可能讓受刑人無易科罰金的機會！
（雄院100聲2346裁定）
- 

干預基本權的正當法律程序要求

- 一、陳述意見。
- 二、說理義務（附記具體理由）。
- 三、直接審理。

（釋字第384號、第396號、第488號、第491號、第636號、第710號）

累犯更定其刑程序 不符合基本要求

➡ 刑事訴訟法第477條第1項為管轄權！

▲ 欠缺立法者指示，相關司法累犯更定其刑之裁定，多數欠缺實質量刑理由。

構成一事不再理的違憲

- ◆一事不再理的核心價值：避免冤獄、防止審判帶來的痛苦、防止騷擾被告！
- ◆國家機關有義務在一次性的審判程序，充分且集中審理，滿足當事人之訴訟權益。
- ◆相關前科資料由國家司法機關建置，原判決是否漏論累犯，檢察官有上訴救濟的機會，不應該讓無可歸責的受刑人，承擔再次開啟特別量刑程序的風險！

公民與政治權利國際公約的要求

公政公約第14條第7項：「任何人依一國法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑。」

第32號一般性意見書第54段：公約第14條第7項規定，任何人依一國法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑。這反映了不得就同一罪名再予審判或科刑的原則。該條禁止將已為有罪判決或宣告無罪的人再次帶上同一法院…

餘波盪漾

- ◆ 本案受刑人寫信給法官，表示本案是否構成累犯，請儘速裁定，因為涉及假釋、累進處遇！
 - ◆ 累犯第47條第1項的法律效果，應屬違憲。
 - ◆ 懇請大法官為違憲的宣告。
- 

關於刑法第 47 條、第 48 條規定聲請釋憲說明會之意見

吳志強¹

目錄

壹、前言.....	1
貳、爭點一部分.....	3
一、刑法第 47 條第 1 項規定違反一行為不二罰.....	3
二、刑法第 47 條第 1 項規定不問前、後罪之犯罪類型、犯罪行為人之罪責及犯罪情節輕重，一律須加重本刑，違反憲法罪責原則.....	6
三、刑法第 47 條第 1 項規定違反罪刑相當原則（比例原則）.....	10
*法務部關於「監獄新人監受刑人前科情形」之統計資料.....	10
四、刑法第 47 條第 1 項規定違反平等原則.....	14
五、刑法第 47 條第 1 項規定違反法律明確性原則.....	17
參、爭點二部分.....	18
一、刑法第 48 條前段規定違反一事不再理原則.....	18
肆、結論.....	20
伍、參考資料.....	23

壹、前言

司法院於 101 年 7 月 17 日與法務部之第 134 次業務會談中，建議刪除累犯加重其刑相關規定，並轉納入量刑事由之審酌，經決議由司法院研提具體條文，提交法務部「刑法研究修正小組」研議。司法院旋擬具條文草案，刪除刑法第 47 條至第 49 條，並修正同法第 57 條條文；當時，司法院建議研修之理由略以：（一）刑法之主要處罰原則，係建構在行為刑法原則與罪責原則上，累犯之規定違背上述二

¹ 臺灣臺北地方法院法官。

原則，其存在之正當性，容有可疑；(二)倘因行為人前曾犯罪而必須加重後罪之法定刑，恐違反一事不二罰之原則之虞；(三)累犯行為人再犯之原因，未必全係單純之刑罰反應性薄弱或受徒刑之執行未收矯治之效，事實上亦有可能出於不可歸責於行為人的社會因素所致，其需要幫助遠大於刑罰，允應求諸保安處分，以求消弭其社會危害性格；(四)刑法第 57 條第 5 款「犯罪行為人之品行」，原已包含犯罪紀錄在內，如於個案判決時具體審酌參考，即可達到妥適量刑之目的，無依累犯加重其刑之必要；(五)德國 1986 年刑法修正時，已刪除累犯加重其刑之規定，犯罪紀錄僅為量刑上之參考而已。又行為人之犯罪紀錄，包括前所犯罪是否判決確定；全部執行完畢，抑或一部執行；曾受赦免及其犯罪次數等紀錄，原屬「犯罪行為人之品行」之具體內容，為求明確周妥，爰就刑法第 57 條第 5 款酌作文字修正，增訂犯罪紀錄及其次數。該次提案經法務部刑法研究修正小組討論，除檢方代表認為依目前社會氛圍不宜刪除累犯規定，且牽涉層面較廣，應列入續予研議外，其餘審判實務界代表、律師及學者三方代表均認為累犯加重其刑之規定，違反行為刑法等基本原則，有將之刪除納入量刑審酌事由之必要²。是針對爭點一、爭點二之提問，職除簡要說明先前聲請釋憲書（107 年度憲三字第 21 號、第 23 號）所載之

² https://www.judicial.gov.tw/jw9706/1608_main.html [司法院建議刪累犯規定以符刑法本質] [最後瀏覽時間：2019 年 1 月 10 日]。

理由外，茲補充理由及相關意見，說明如下。

貳、爭點一部分

一、刑法第 47 條第 1 項規定違反一行為不二罰

按「一行為不二罰原則」，又稱「禁止雙重處罰原則」，顧名思義，指就人民同一違法行為，禁止國家為多次之處罰，其不僅禁止於一行為已受到處罰後，對同一行為再行追訴、處罰，也禁止對同一行為同時作多次之處罰。我國憲法固然沒有「一行為不二罰原則」的明文，惟從法治國家所要求之法安定原則、信賴保護原則以及比例原則均不難導出一行為不能重複處罰之要求。是「一行為不二罰原則」具有憲法位階，應無疑義³。又按刑事法是最古老的制裁體系，在只有刑法規範的遠古社會中，做錯一件事，不可以被責備兩次，就是「ne bis in idem」的意思，其含義是廣泛的，不僅適用於程序法，刑事法都有適用，而重複評價禁止原則（Doppelbewertungsverbot）即是古老的一事不二罰原則概念（ne bis in idem），且「一事」概念脫離不了「一行為」⁴。足認我國憲法雖未有明文規定「一行為不二罰」，但參酌前開司法院釋字第 604 號解釋兩位大法官之協同意見書及不同意見書

³ 許宗力大法官釋字第 604 號解釋協同意見書。

⁴ 許玉秀大法官釋字第 604 號解釋不同意見書。

所揭櫫之意旨，「一行為不二罰」應可從法治國原則之法安定原則、信賴保護原則以及比例原則導出，且刑事實體法亦有適用，換言之，「一行為不二罰」應屬法治國原則之「法安定原則」、「信賴保護原則」以及「比例原則」下位階概念，倘若刑事實體法之刑罰科賦造成法安定性之干擾及悖於比例原則時，該刑罰科賦本身亦有違反一行為不二罰之情形。

查我國刑法第 47 條第 1 項規定修法理由提到「一、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。參之同為大陸法系之……瑞士刑法第 67 條規定……」，可知立法者採取累犯之立法體例目的不外乎著眼於特別預防及一般預防之理論，認為行為人無視前次刑罰的警告效果而需加重刑罰，並且參考瑞士刑法典之規範。

然而，刑罰科賦以責任為前提，行為人沒有責任的話則無刑罰，且當代法治國原則之刑法責任理論，以「行為責任」為原則，前次犯行需科賦刑罰的責任，應當於前次論罪科刑時予以論斷，學理上國內、外學者均有主張：①如將前次犯行納入本次犯行的則予以考量，當前次犯行與本次犯行無關係時，顯然地將超過本次犯行之行為責任⁵；②

⁵ 平場安治，「責任の概念要素と刑事責任論の根底」，第 103 頁，收錄於團藤重光博士古稀祝賀論文集第二卷，有斐閣，昭和 59 年。

亦有主張行為人於本次犯行評價時，將前次犯行納入評價乙事，有欠公平⁶，③並有主張刑事法學會版本在討論時，發現刑事法界幾乎沒有人贊成累犯的存在，經過充分討論建議廢止累犯章，累犯違反一事不二罰的原則，是馬上可以發現的弊端⁷。爰此，讓行為人就同一犯行承擔雙重責任，客觀上亦係針對前次已執行完畢之前案犯行重複處罰，違反一行為不二罰原則。

此外，立法者據為參考之瑞士刑法第 67 條業經廢止，實為瑞士舊刑法第 67 條，我國現行刑法第 47 條第 1 項規定之修法說明已然存在違誤之處。而瑞士舊刑法第 67 條遭廢止之理由則在於：該規定所考慮的「累犯」在量刑時被作為量刑基準之「前歷（Vorleben）」再被考慮一次之情形不應該被允許，瑞士舊刑法第 67 條累犯之規定存在雙重評價的問題⁸。從而，在本次犯行的論罪科刑階段，論及累犯加重，並在量刑說明部分重複提及被告之前科、前歷而將素行不佳作為從重的量刑因子，進而違反雙重評價禁止原則。

依照現行刑法第 47 條第 1 項規定，符合累犯者加重本刑至二分

⁶ 許玉秀教授於民國 92 年 5 月 5 日立法院第五屆第三會期司法委員會之發言紀錄：「…現在他再做第二件事情，又要把舊帳拿出來計算一次，好像第二次處罰的時候，第一次的舊帳也應該翻出來再處罰一次，如此公平嗎？…」。請參考立法院公報第 92 卷第 29 期第 14 頁，2003 年 5 月 28 日。

⁷ 靳宗立教授於民國 92 年 5 月 5 日立法院第五屆第三會期司法委員會之發言紀錄。請參考立法院公報第 92 卷第 29 期第 32 頁，2003 年 5 月 28 日。

⁸ 西岡正樹，「累犯加重に関する一考察」，第 8 頁，法政論叢第 56 号，2013 年。

之一，現行實務運用累犯之習慣，除法定刑上限門檻加重至二分之一外、法定刑下限門檻，以有期徒刑為例，也多被認為需至少加重一個月⁹，就「法定刑下限」部分提升，可證將前次犯行納入本次評價，儼然違反前開一行為不二罰之概念；而就量刑階段，法定刑上限門檻被加重至二分之一，論述刑法第 57 條第 5 款關於「犯罪行為人品行」之量刑因子時，又往往再次將作為「累犯之前科紀錄」納入考量而認為行為人素行不佳，此雙重評價的結果不僅造成量刑時之不安定、也違反狹義性比例原則，亦有違反一行為不二罰之虞。

二、刑法第 47 條第 1 項規定不問前、後罪之犯罪類型、犯罪行為人之罪責及犯罪情節輕重，一律須加重本刑，違反憲法罪責原則

按「憲法罪責原則」概念與刑法釋義學之罪責相較，從不同面向以觀，或較刑法之罪責概念寬、亦或較刑法之罪責概念窄，但就刑法上之個人不法之行為責任仍屬憲法罪責原則的內涵之一，而量刑時之罪刑相當原則則屬法治國的正義誠命、而非憲法罪責原則¹⁰。又按「罪

⁹ 最高法院 97 年度台非字第 165 號判決之附表編號 1 論述部分：「…（原判決既論累犯應加重其刑，卻處以最低刑度有期徒刑二月，同屬違法）…」。

¹⁰ Tatjana Hörnle 著、鍾宏彬譯，「罪責原則的憲法論證」，第 122 頁，軍法專刊第 59 卷第 1 期。

責原則」簡言之即為「無責任即無刑罰」，其基礎建立在人具有自由意志，個人除要有不為合法行為之違反規範的意志形成外，還必須將該意志顯露於外界，以一個外在的客觀行為來實現其意志，這樣實現違法意志的客觀行為才是刑法所要處罰的對象，即是刑法理論的「行為刑法」，反之，行為人刑法以犯罪人的危險性格作為刑罰依據，要求行為人因為其危險性格負起生活操行責任，則與當代刑法所採取之罪責原則不合¹¹。

查我國刑法第 47 條以下累犯之相關規定，我國學界多主張廢除，目前尚存於刑法典中乃因專責機關曾欲引進三振法案而雙方妥協的結果¹²。而學理上國內、外學者均有主張累犯在本質上違反罪責原則，亦即：①累犯性質上無法與刑法概念相容，而是「自身犯罪的連坐」規範（Talion der Selbstkriminalität）而已，違反行為刑法、罪責原則，而屬於行為人刑法，人格處罰就變成人格刑罰，欠缺正當性基礎¹³；②如認為累犯是因為人格沒有矯治好而在人格方面加重處罰，果若如此，應該使用保安處分，而非刑法，不斷地加重處罰，獄政負擔得起

¹¹ 王皇玉，「刑法總則」，第 53 頁至第 54 頁，新學林，2016 年 10 月。

¹² 柯耀程，「鳥瞰二〇〇五年刑法修正」，第 113 頁，月旦法學教室第 29 期，2005 年 3 月。

¹³ 柯耀程，「刑法釋論 II」，第 123 頁至第 125 頁，一品文化，2014 年 8 月。柯耀程教授於民國 92 年 5 月 5 日立法院第五屆第三會期司法委員會之發言紀錄。請參考立法院公報第 92 卷第 29 期第 24 頁，2003 年 5 月 28 日。

嗎？加重處罰是否只在安老百姓的心？¹⁴；③累犯加重與犯罪人的性格有關，我國既採刑罰、保安處分二軌制，與犯罪人性格有關的累犯應該用保安處分，但不能夠在刑罰中加重¹⁵；④刑罰不能超過個別行為的違法程度，亦即責任不能超過違法、反而是用來限定違法，但累犯加重僅是責任加重¹⁶，違反行為責任原則；⑤日本累犯加重規定與德國舊刑法第 48 條設有非難性條項不同，日本累犯加重之規定，不問前次犯行之輕重，是否具有前刑警告機能，而是只要形式上符合累犯要件即要加重，則不容許實質性判斷，此機械性之一律加重之情形牴觸責任主義¹⁷；⑥累犯加重是針對人格責任，而非行為責任，此種以加重科刑達到預防犯罪之作用，現實上不僅欠缺客觀、科學、確實的犯罪預測，不宜據此加重其非難¹⁸，並且累犯並非基於犯罪人本身高度的犯罪能量，而是其在社會化過程所遭遇障礙，僅因其意思薄弱、不定，欠缺適應規範的能力而加重，並不適當¹⁹；⑦累犯規定係

¹⁴ 許玉秀教授於民國 92 年 5 月 5 日立法院第五屆第三會期司法委員會之發言紀錄。請參考立法院公報第 92 卷第 29 期第 14 頁，2003 年 5 月 28 日。

¹⁵ 靳宗立教授於民國 92 年 5 月 5 日立法院第五屆第三會期司法委員會之發言紀錄。請參考立法院公報第 92 卷第 29 期第 32 頁，2003 年 5 月 28 日。

¹⁶ 內田文昭，「違法と責任」，第 13 頁以下，收錄在「現代刑法講座第二卷」，昭和 54 年。

¹⁷ 阿部純二，「累犯加重の根拠」，第 94 頁至第 95 頁，收錄於「刑事裁判の諸問題」，昭和 57 年。中島広樹，「累犯加重の研究」，第 121 頁，信山社，2005 年。西岡正樹，「累犯加重と常習犯について(1)」，第 120 頁，法政論叢第 60・61 合併号，2014 年。

¹⁸ 吉岡一男，「累犯と常習犯」，第 314 頁，收錄於「現代刑法講座第三卷」，昭和 54 年。

¹⁹ 吉田敏雄，「行刑の理論」，第 301 頁，昭和 62 年。

基於性格責任和人格形成責任，而非行為責任，此違反自由主義的規定，將導致責任判斷難以認定²⁰；⑧現行外國立法例之德國及瑞士，考量累犯加重規定違反作為刑法基本原則之責任主義，進而均予以刪除²¹。

職此，我國刑法第 47 條第 1 項累犯加重規定欠缺與德國舊刑法第 48 條「非難性條項」，德國舊刑法第 48 條規定有要求「前刑警告功能喪失」的「主觀要件」與跟前刑的「因果關係」，而我國刑法第 47 條第 1 項規定不問前、後罪之犯罪類型、犯罪行為人之罪責及犯罪情節輕重，只要符合刑法第 47 條第 1 項規定的客觀要件則一律須加重本刑，除有違反前開重複處罰之違憲疑慮外，亦可悉，我國累犯加重規定嚴重違反作為憲法罪責原則內涵之一的行為責任乙情甚明。況且，曾有「非難性條項」之德國舊刑法第 48 條規定，當時在德國實務之運用實態亦被認為：難以認定其核心概念，即前次犯行與本次犯行之「內在關聯性」、「行為種類與事情」不明確，德國實務只是反覆地引用累犯加重規定，而導致「非難性條項」之行為責任擔保機能形骸化²²。是以，舉重以明輕，曾有非難性條項之德國舊刑法第 48

²⁰ 中島広樹，「累犯加重の研究」，第 129 頁，信山社，2005 年。

²¹ <https://kaken.nii.ac.jp/ja/grant/KAKENHI-PROJECT-25780043/>
西岡正樹，「累犯加重規定の現代的意義に関する批判的研究」〔最後瀏覽時間：2018 年 8 月 6 日〕。

²² 中島広樹，「累犯加重の研究」，第 215 頁至第 217 頁，信山社，2005 年。

條最後都終將廢除，連非難性條項都沒有的我國刑法第 47 條第 1 項規定，更應該予以廢除。

三、刑法第 47 條第 1 項規定違反罪刑相當原則（比例原則）

*法務部關於「監獄新入監受刑人前科情形」之統計資料

監獄新入監受刑人前科情形

單位：人、%

年月別	總計	無前科		有前科					
		計	比率	計	再犯		累犯		
					計	比率		比率	
97年	48,234	15,735	32.6	32,499	67.4	10,643	22.1	21,856	45.3
98年	42,336	13,835	32.7	28,501	67.3	9,256	21.9	19,245	45.5
99年	37,159	11,948	32.2	25,211	67.8	8,322	22.4	16,889	45.5
100年	36,459	11,134	30.5	25,325	69.5	8,829	24.2	16,496	45.2
101年	35,329	9,882	28.0	25,447	72.0	9,517	26.9	15,930	45.1
102年	34,167	9,122	26.7	25,045	73.3	9,429	27.6	15,616	45.7
103年	34,385	8,303	24.1	26,082	75.9	9,497	27.6	16,585	48.2
104年	33,864	7,604	22.5	26,260	77.5	9,179	27.1	17,081	50.4
105年	34,492	7,401	21.5	27,091	78.5	8,780	25.5	18,311	53.1
106年	36,199	7,586	21.0	28,613	79.0	9,106	25.2	19,507	53.9
107年 1-11月	33,326	6,804	20.4	26,522	79.6	8,480	25.4	18,042	54.1
較上年同期增減%	0.1	-2.0	{-0.5}	0.7	{0.5}	1.5	{0.4}	0.3	{0.1}

按憲法第 23 條規定的比例原則應該涵蓋「目的正當性」、「手段適合性」、「手段必要性」及「限制妥當性」，「目的正當性」宜依照不同公益份量而有寬嚴不同的審查標準，而在「手段適合性」、「手段必要性」及「限制妥當性」也應依立法事實判斷進一步發展出寬嚴有別的審查標準²³。

國內、外學者均有主張：①累犯加重基本上是要產生威嚇作用或預防功能，預防主義的主張是使用刑罰的方向、理由是基於預防，但其基礎還是必須在事實上有預防的功能，但這預防功能在現實上是一個不穩固的預防功能，累犯也有同樣的問題，特別是當犯罪的原因是多元時，僅考量刑罰加重可能有違衡平原則²⁴；②從西方歷史來看，以刑法來對抗犯罪從來就沒有發生過甚麼效果，刑法最主要是在事後處罰犯罪，所以預防犯罪、保護社會公益的觀念有點奇怪，刑罰既非萬能，加重處罰能否改善治安、減少犯罪情形，宜慎重加以省思，法治國刑法必須是一部行為刑法，即便要考量行為人之惡性，也只有「行為刑法」的範疇內，如果要將累犯當作是我國刑法第 57 條第 5 款「犯罪行為人之品行」的判斷依據，難謂不宜，但如果是作為刑法

²³ 許宗力，「比例原則與法規違憲審查」，第 93 頁，法與國家權力（二），2007 年 1 月。

²⁴ 黃榮堅教授於民國 92 年 5 月 5 日立法院第五屆第三會期司法委員會之發言紀錄。請參考立法院公報第 92 卷第 29 期第 3 頁，2003 年 5 月 28 日。

第 47 條之加重事由，則不無違憲之嫌²⁵；③從實證研究來看，所謂前刑警告機能並未具有確實的有效性，只是道義責任論對於累犯之形而上學的非難²⁶；④在法律效果上，累犯都是為了特別預防而預設的抑制犯罪機制，但這種機制的效果不適當也不必要，從德國修法過程可知，可以透過假釋措施的修正來達到預防再犯的效果，這是對受刑人來說更輕微的干預手段，也才是預防再犯（累犯）更有效的機制。累犯與假釋具有連動的替代關係，重要的應該是假釋評估，回到假釋才能審查個案具體情況，累犯加重則是一般性的通案規定，顯然無法顧及每個個案應具體審酌的罪責。累犯規定因而有違反比例原則的疑慮，從而，德國多數見解贊同 1986 年廢除累犯的修法²⁷。對於累犯加重的理由：違反服從義務（Gehorsamspflicht）、特別違法性要素（spezifische Unrechtskomponent）、更高的責任非難（Schuldvorwurf）、更高的規範確認誠命（Gebot erhöhter Normbestätigung），學者 von Danwitz 認為均無理由²⁸；④德國累犯規定之發展，原本是對於特定犯罪類型之刑罰加重事由，其後逐漸演變

²⁵ 鄭逸哲教授於民國 92 年 5 月 5 日立法院第五屆第三會期司法委員會之發言紀錄。請參考立法院公報第 92 卷第 29 期第 17 頁至第 18 頁、第 21 頁，2003 年 5 月 28 日。鄭逸哲，「關於累犯、緩刑、假釋和保安處分之新刑法修法簡評」，第 275 頁，月旦法學雜誌第 121 期，2005 年 6 月。

²⁶ 中島宏樹，「累犯加重の研究」，第 125 頁，信山社，2005 年。

²⁷ Jung, JuS 1986, S.743; Geiter, ZRP 1988, S. 681; von Danwitz, KritV 2005, S. 256.

²⁸ von Danwitz, KritV 2005, S. 259 f.

為一般犯罪的加重事由，到最後於 1986 年廢除累犯規定而成為一般量刑事由²⁹，其背後之緣由乃因 19 世紀後半葉，資本主義發達所造成急速的都市化及工業化現象，失業者氾濫而犯罪激增，當時德國只有竊盜、強盜及贓物等罪有特別累犯規定，當時 1969 年之立法者為嚇阻犯罪而擴大累犯適用，然其後 1986 年德國之立法者考量作為累犯之規定，不管觸犯任何輕微犯罪，均需論處最低 6 個月自由刑，無法與責任主義相符，縱使加入「非難性條款」，在審判實務上仍常遭受到適用上的困難，因此，對於德國就刑法第 48 條「累犯」規定一律予以刪除³⁰。

職此，刑法既以「行為責任」為原則，一旦形式上符合我國刑法第 47 條之累犯規定，該罪之法定刑上限即可增加至二分之一，欠缺實質性層面判斷，實難謂目的具有正當性。對於刑法所要保護的法益價值，僅因行為次數而有變化，無非是著眼於「預防」，但如此一來將會導致刑罰限定機能的弱化，以及其實現實層面來看，其實有非常多的累犯行為者其實係「輕犯罪之行為人」或「微罪之行為人」，前案與後案之罪質完全不同性質，僅因落入刑法第 47 條的執行完畢後

²⁹ 許福生，「從兩極化刑事政策觀點論刑法之修正草案」，第 214 頁，收錄於「刑事政策與犯罪研究論文集〔六〕」，2003 年 10 月。

³⁰ 許福生，「累犯加重之比較研究」，第 5 頁至第 6 頁，刑事法雜誌第 47 卷第 4 期，2003 年 10 月。

5 年內再犯有期徒刑以上之罪則一律要被論處累犯，對於前案與後案不同之行為人而言，累犯規定實難證立能收前刑警告之效用，從前開『法務部關於「監獄新入監受刑人前科情形」之統計資料』觀察，自民國 97 年至 107 年 11 月間，監獄新入監受刑人前科情形符合累犯之情形，自 45.3%逐年攀升至 54.1%，益徵我國現行刑法第 47 條關於累犯之規定，並無法達到立法者原本想要達成之其目的，在在足認我國刑法第 47 之累犯規定，亦違反手段適合性及必要性。

四、刑法第 47 條第 1 項規定違反平等原則

按憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等；次按等者等之，不等者不等之，為憲法平等原則之基本意涵。是如對相同事物為差別待遇而無正當理由，或對於不同事物未為合理之差別待遇，均屬違反平等原則。此為鈞院釋字第 485 號解釋、釋字第 593 號解釋理由書所揭櫫之意旨。

學理上國內、外學者均有認為：①五年內再犯與五年零一天再犯所受的處罰竟然不一樣，欠缺法理上之依據，為何不能考慮將它〔即累犯〕廢掉？³¹；②我國刑法第 47 條規定之適用並不過問前案與後案

³¹ 柯耀程教授於民國 92 年 5 月 5 日立法院第五屆第三會期司法委員會之發言紀錄。請參考立法院公報第 92 卷第 29 期第 25 頁，2003 年 5 月 28 日。

間之關係，導致不同案情卻做相同之處理，已有違反不當連結之禁止原則，亦違反平等原則（此乃違反平等原則之其一）；再者，主管機關並未有提出充分的實證資料、數據證明我國刑法第 47 條規定何以「5 年內再犯」有特別需要矯正之必要，此均無法通過合憲性審查之檢驗³²。

更甚者，立法者所制定之累犯規定是對執行完畢之前科、前歷者的歧視，以實務運作而言，符合刑法第 47 條規定者，其法定刑度上限將會提高至二分之一，如此一來，符合「5 年內再犯」之累犯行為人將受到與犯同樣犯罪之行為人，超過其行為責任之刑度上限的差別對待（此乃違反平等原則之其二）；而對於微罪之被告而言，受到短期自由刑之判決後盡早去服刑或易科罰金執行完畢，相較於受到短期自由刑之判決而遲遲未去執行、甚至被地檢署執行科通緝之被告而言，更容易掉進刑法第 47 條累犯「5 年內」之範圍，不願遵守法院判決而不去執行之被告反而在通緝期間再犯，因前刑未執行完畢反而不會構成累犯，此係對遵守判決宣判刑度、負責任地去履行刑責之被告的差別對待（此乃違反平等原則之其三）。

如以實際前科表為例，可能有相當多前科之被告，因有假釋情形

³² 黃朝義，「累犯存在之妥當性與必要性—從累犯加重之理論與實務論起—」，第 63 頁至第 64 頁，法官協會雜誌第 15 期，2013 年 12 月。

無法被評價為累犯，但若僅有一次有期徒刑（甚至僅是易科罰金）執畢即被評價為累犯。例如：竊盜共同正犯甲之前科為 10 次竊盜，定刑 3 年因假釋而未執畢，共同正犯乙之前科為 1 次竊盜，3 月已經執畢，若甲、乙本次犯行、罪責完全相同，乙必須評價為累犯，反而甲並不需要，顯有違平等原則（此乃違反平等原則之四），如縱認甲部分可以透過刑 57 評價而拉高刑度與乙同，則此時可見刑法第 47 條第 1 項規定之功能完全被包含於刑法第 57 條之內，累犯制度顯然係疊床架屋，更是無端增加法官負擔。是此，我國刑法第 47 條規定，誠有違反憲法第 7 條平等原則。

或有主張德國聯邦憲法法院於 1979 年判決累犯合憲、沒有違反平等原則³³、日本最高裁判所也沒有認定累犯加重規定違反憲法之平等原則³⁴，何以我國累犯加重規定則有違反憲法平等原則之看法。然而，考量刑法規範之規定有無違憲須整體以觀，我國刑法欠缺德國記刑法第 48 條之非難性條項規定及德國舊刑法第 48 條規定擔保行為責任之機能形駭化等節，業如前述；日本刑法典欠缺如我國刑法第 57 條之量刑審酌事項規定，亦無整體對於保安處分之規定，加上日本實

³³ BVerfGE, 50, 125.

³⁴ 日本最高裁 5 昭和 24 年 12 月 21 日、昭和 25 年 1 月 25 日大法廷判決。請參照西岡正樹，「累犯加重に関する一考察」，第 16 頁，法政論叢第 56 号，2013 年。

務見解曾主張累犯加重是考量「非難加重」、「社會危險性」時³⁵，不難想像日本最高裁考量危險性而社會防衛之需要採取合憲判斷，然而，我國採取刑罰、保安處分二軌制，如要考量行為人之危險性，亦應採取保安處分之路徑，而非在刑罰中以累犯之名加重處罰，從而，日本最高裁之見解亦不宜直接援引。

五、刑法第 47 條第 1 項規定違反法律明確性原則

按法律明確性之要求，非僅指法律文義具體詳盡之體例而言，立法者於立法定制時，仍得衡酌法律所規範生活事實之複雜性及適用於個案之妥當性，從立法上適當運用不確定法律概念而為相應之規定。依司法院歷來解釋，如法律規定之意義，自法條文義、立法目的與法體系整體關聯性觀之，非難以理解，個案事實是否屬於法律所欲規範之對象，為一般受規範者所得預見，並得經由司法審查加以確認，即無違反法律明確性原則（司法院釋字第 594 號、第 617 號、第 690 號、第 767 號解釋參照）。是以，可悉我國法律明確性原則之標準並非採取法律人之標準，而是一般受規範之人民所得預見之標準。

查我國刑法第 47 條第 1 項累犯加重其刑之效果規定，係以「刑之執行完畢」為要件，然而，配合實務運作上該「是否執行完畢」會

³⁵ 大阪高裁昭和 54 年 8 月 9 日判決（判時 957 号 117 頁）。

因為「定執行刑、假釋、殘刑」等問題而變得非常不明確，即便是我國最高法院之決議，亦曾就聲請定執行刑案件究竟有無執行完畢而存在不同見解³⁶，作為具有法律專業知識的法官尚且須仔細核閱前科表，遑論一般受規範之人民能夠於行為時預見到「是否執行完畢」之要件。

參、爭點二部分

一、刑法第 48 條前段規定違反一事不再理原則

按司法院釋字第 168 號解釋理由書指出：按一事不再理，為我刑事訴訟法之基本原則。查我國刑法第 48 條規定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。但刑之執行完畢或赦免後發覺者，不在此限。」，自我國於民國 24 年〔1935 年〕1 月 1 日制定公佈、同年 7 月 1 日施行起迄今〔2018 年〕均未做修正。然眾所皆知的是，鄰國日本舊刑法第 58 條規定與我國刑法第 48 條相同，惟日本舊刑法

³⁶ 請參考最高法院 100 年度第 6 次刑事庭決議：「…。若數罪中之一罪已先予執行，嗣法院始依檢察官之聲請，就該數罪裁定定其應執行之刑，則前已執行之刑，係檢察官執行時予以扣除之問題，不能認為已執行完畢。…」〔此一決議經最高法院 104 年度第 7 次決議不再援用〕；以及最高法院 104 年度第 6 次刑事庭決議：「…。而數罪併罰之案件，雖應依刑法第五十條、第五十一條規定就數罪所宣告之刑定其應執行之刑，然此僅屬就數罪之刑，如何定其應執行者之問題，本於數宣告刑，應有數刑罰權，此項執行方法之規定，並不能推翻被告所犯係數罪之本質，若其中一罪之刑已執行完畢，自不因嗣後定其執行刑而影響先前一罪已執行完畢之事實，調無累犯規定之適用。…」。

第 58 條早已於昭和 22 年〔1947 年〕因被認為違反日本憲法第 39 條「溯及處罰之禁止」、「一事不再理」等原則之疑慮，而被刪除³⁷，而「一事不再理」係我國刑事訴訟法之基本原則，此為司法院釋字第 168 號解釋理由書所闡明之概念；並且「同一行為不得重覆處罰」更是司法院釋字第 384 號解釋理由書所指出「程序法層面的實質正當之法律程序」一環，我國刑法第 48 條誠有悖於司法院釋字第 168、384 號解釋之精神。

國內論者亦指明：刑法第 48 條更定其刑之目的固有維持法律適用之正確性、矯正行為人危險性的理論依據，然就已經受判決確定之受刑人而言，確實屬於變相加重刑罰之處遇，一旦要再開啟量刑程序，對於受刑人而言是對於一個已確定之判決先前已宣告的刑度加以變更，顯然已違反「一事不再理」原則³⁸

現行實務見解雖已採取目的性限縮之看法，即「…又被告之前科資料，與認定被告是否屬於累犯，及應否依累犯之規定加重其刑之待證事實至有關係，自屬事實審法院應於審判期日調查之證據。事實審法院於審理時，如依卷內證據及訴訟資料已足以發覺被告有累犯之事

³⁷ <http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/001/1340/00108061340009a.html>
〔日本國會參議院昭和 22 年 8 月 6 日星期三的開會紀錄〕〔最後瀏覽時間：2019 年 1 月 10 日〕。

³⁸ 黃朝義，「累犯存在之妥當性與必要性—從累犯加重之理論與實務論起—」，第 65 頁，法官協會雜誌第 15 期，2013 年 12 月。

實，自應加以調查，及於判決內論以累犯並依法加重其刑；倘依卷內證據及訴訟資料已足以發覺為累犯，而於審判期日就該累犯之事實漏未調查審酌，並於判決時漏論累犯並加重其刑，即與刑法第 48 條前段所稱「裁判確定後，發覺為累犯」之情形不同，自不得於裁判確定後以發覺為累犯為由聲請裁定累犯更定其刑。況我國刑事訴訟程序關於判決確定後裁判之救濟，其中如非常上訴程序既採被告人權保護說，以原判決於被告尚無不利者，其撤銷違背法令部分效力不及於被告，則何以於更定其刑案件即得更為不利於被告之裁定，是刑法第 48 條前段自應予目的性限縮適用。...」³⁹，惟倘非屬「依卷內證據及訴訟資料已足以發覺為累犯，而於審判期日就該累犯之事實漏未調查審酌，並於判決時漏論累犯並加重其刑」者，仍有相隔數年後經檢察官聲請而由法院裁定更定其刑，不僅對法秩序之安定性造成干擾，事隔多年針對同一次犯行再加重刑度，仍難脫違反一事不再理原則之疑慮，同時也徒增一般人民對司法產生不信賴感。

肆、結論

向來主張累犯規定應該存在之理由，多半考量的是「前刑警告」

³⁹ 最高法院 106 年度第 16 次刑事庭會議決議。

機能，並有見解主張係基於行為人之危險性格所以才要加重，然而，刑法既為行為責任為原則，此一原則符合憲法罪責原則之內涵，必須要堅持責任主義的原則及界限。

對於累犯或再犯者給予較重的刑罰似乎符合一般民眾的直覺情感，但是從法治國的觀點來看，則未必合乎法治國的要求，從審判實務的現實面觀察，其實大多數符合刑法第 47 條規定之累犯，只是如同我國學說所指出的「微罪之累犯」，只是造成麻煩但不具有危險性⁴⁰，從刑罰之有效運用而言，實無加重其刑之必要，立法者修正之現行刑法第 47 條規定無論前案與後案是否同一性質，一味地訴諸所謂的「前刑警告」而責令行為人不知悔改，無視累犯行為人再犯之原因，未必全係單純之刑罰反應性薄弱或受徒刑之執行未收矯治之效，事實上亦有可能出於不可歸責於行為人的社會因素所致⁴¹，加上我國刑法未有類似如參酌外國立法例〔如：德國刑法第 47 條〕關於科處短期自由刑之限制規定⁴²，只會讓這些「微罪之累犯」飽受短期自由刑之

⁴⁰ 許福生，「從兩極化刑事政策觀點論刑法之修正草案」，第 217 頁，收錄於「刑事政策與犯罪研究論文集〔六〕」，2003 年 10 月。

⁴¹ https://www.judicial.gov.tw/jw9706/1608_main.html〔司法院建議刪累犯規定以符刑法本質〕〔最後瀏覽時間：2018 年 8 月 6 日〕。

⁴² 德國刑法第 47 條第 1 項規定：法院僅得在行為或行為人人格中存在特殊情狀，有科處徒刑以影響行為人或防衛法秩序之必要，始得科處六月以下徒刑。請參考：法務部審訂，何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆、王玉全、王效文、古承宗、李聖傑、周濛沂、吳耀宗、徐育安、連孟琦、陳志輝、陳重言、許絲捷、許澤天、憚純良、潘怡宏、蔡聖偉合譯，「德國刑法典」，元照，2017 年 6 月。

流弊，讓無力易科罰金者反覆進出監獄，不僅造成監獄人滿為患，亦凸顯我國刑事政策之失當。

從事公法、刑事法之學者及刑事實務工作者應不難體察，如欲矯正犯罪人性格及令其回歸社會，重點在於獄所教化及出獄後社會更生協助，依犯罪學之標籤理論，行為人受刑後帶著被貼上的標籤回到社會找工作、討生活，在沒有妥適協助其更生的措施下，很有可能被認為有前科而不予錄用，行為人想要回到正軌的社會生活困難重重，走投無路之際發現再次犯罪反而更能在社會上生存時，很有可能會在選擇犯罪；此外，也有許多犯罪的成因來自其自身貧困及所身處之環境、場域，犯罪類型雖非屬重罪、對社會不具有危險性，但環境、場域未有改變的情況，一味地加重對行為人的處罰，表面上是以刑罰加重促其回到復歸社會、不會再犯，毋寧是美好的口號與幻想，只是讓其反反覆覆進出監所、更加難以再社會化，試想，如果每個人的人生都無可替代，國家為什麼要在刑法總則設立一個累犯機械性加重、無實質判斷的制度，而可能讓微罪不具危險性的被告，其人生深陷於監所的囚籠呢？！

綜上所述，淺見以為刑法第 47 條第 1 項規定既已違反一行為不二罰、憲法罪責原則、罪刑相當原則（比例原則）、平等原則、法律

明確性原則，及刑法第 48 條前段規定違反一事不再理原則等情如前，懇請 司法院大法官受理並作成違憲之宣告。

伍、參考資料（依首字部首筆畫排序）

（一）中文文獻

王皇玉，「刑法總則」，新學林，2016 年 10 月。

立法院公報第 92 卷第 29 期，2003 年 5 月 28 日。

法務部審訂，何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆、王玉全、王效文、古承宗、李聖傑、周漾沂、吳耀宗、徐育安、連孟琦、陳志輝、陳重言、許絲捷、許澤天、譚純良、潘怡宏、蔡聖偉合譯，「德國刑法典」，元照，2017 年 6 月。

柯耀程，「鳥瞰二〇〇五年刑法修正」，月旦法學教室第 29 期，2005 年 3 月。

柯耀程，「刑法釋論 II」，一品文化，2014 年 8 月。

許宗力，「比例原則與法規違憲審查」，法與國家權力（二），2007 年 1 月。

許福生，「從兩極化刑事政策觀點論刑法之修正草案」，收錄於「刑事政策與犯罪研究論文集〔六〕」，2003 年 10 月。

許福生，「累犯加重之比較研究」，第 5 頁至第 6 頁，刑事法雜誌第 47 卷第 4 期，2003 年 10 月。

黃朝義，「累犯存在之妥當性與必要性－從累犯加重之理論與實務論起－」，法官協會雜誌第 15 期，2013 年 12 月。

鄭逸哲，「關於累犯、緩刑、假釋和保安處分之新刑法修法簡評」，月旦法學雜誌第 121 期，2005 年 6 月。

Tatjana Hörnle 著、鍾宏彬譯，「罪責原則的憲法論證」，軍法專刊第 59 卷第 1 期。

(二)外文文獻

內田文昭，「違法と責任」，第 13 頁以下，收錄在「現代刑法講座第二卷」，成文堂，昭和 54 年。

平場安治，「責任の概念要素と刑事責任論の根底」，收錄於團藤重光博士古稀祝賀論文集第二卷，有斐閣，昭和 59 年。

中島広樹，「累犯加重の研究」，信山社，2005 年。

西岡正樹，「累犯加重に関する一考察」，法政論叢第 56 号，2013 年。

西岡正樹，「累犯加重と常習犯について(1)」，法政論叢第 60・61 合併号，2014 年。

吉岡一男，「累犯と常習犯」，收錄於「現代刑法講座第三卷」，昭和

54 年。

吉田敏雄，「行刑の理論」，昭和 62 年。

阿部純二，「累犯加重の根拠」，收錄於岩田. 誠先生傘寿祝賀「刑事裁判の諸問題」，判例タイムズ社，昭和 57 年。

(三)網站資料

<http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/001/1340/00108061340009a.html>〔日本國會參議院昭和 22 年 8 月 6 日星期三的開會紀錄〕〔最後瀏覽時間：2019 年 1 月 10 日〕。

https://www.judicial.gov.tw/jw9706/1608_main.html〔司法院建議刪累犯規定 以符刑法本質〕〔最後瀏覽時間：2019 年 1 月 10 日〕。

<https://kaken.nii.ac.jp/ja/grant/KAKENHI-PROJECT-25780043/>西岡正樹，「累犯加重規定の現代的意義に関する批判的研究」〔最後瀏覽時間：2019 年 1 月 10 日〕。

關於刑法第47條第1項、第48條前段規定聲請釋憲之理由及補充意見說明



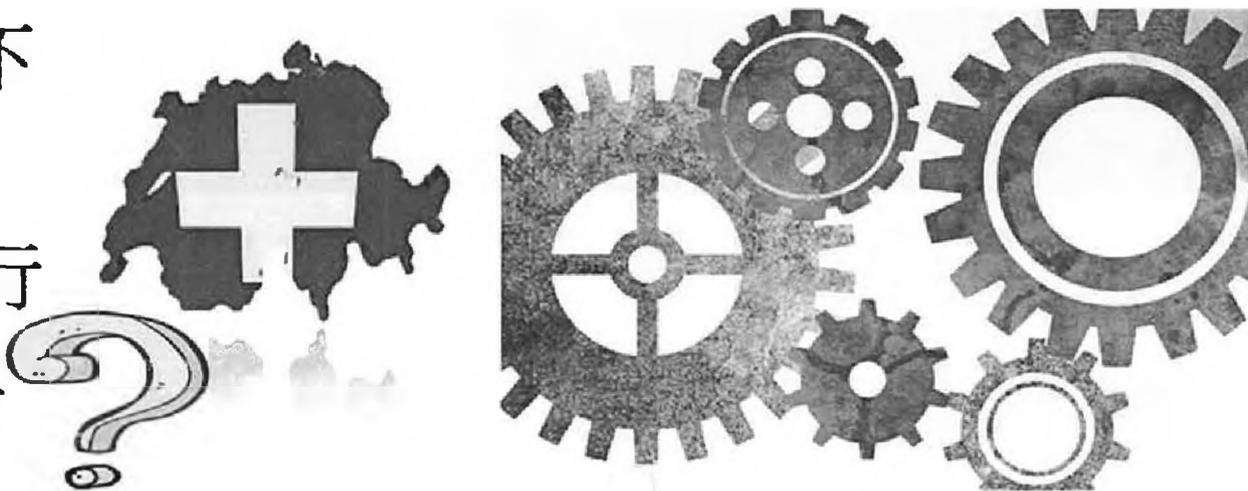
臺北地方法院法官 吳志強

【爭點提綱一】

刑法第47條第1項規定違反一行為不二罰



- 刑法第47條第1項累犯加重規定是符合形式上要件、不問前、後犯行有無關聯性，機械性地一律加重。
- 除法定刑上限加重至二分之一外，現行實務運作法定刑下限也會加重。
- 『法定刑下限也加重』表示前次犯行納入本次犯行考量違反『雙重評價禁止原則』。
- 「做錯一件事，不應該被責備兩次」
 1. 再次考慮前次犯行
 2. 行為人品行=前科



刑法第47條第1項規定：問前、後罪之犯罪類型、犯罪行為人之罪責及犯罪情節輕重，一律須加重本刑，違反憲法罪責原則



□ 司法院釋字第687號解釋理由書

→ 「基於無責任即無處罰之憲法原則」。

□ 「行為責任」之行為刑法。

□ 累犯加重規定考量行為人危險性之人格責任、性格責任。

↓
□ 違反行為責任！
也違反憲法罪責原則！

個人不法之「行為責任」是「憲法罪責原則的內涵」



刑法第47條第1項規定違反罪刑相當原則 (比例原則)



法務部「監獄新入監受刑人前科情形」之統計資料

近十年來新入監受刑人資料，累犯所占的比例從45.3%持續地攀升到54.1%

累犯加重沒有避免再犯效果!

欠缺目的正當性、欠缺手段適合性、手段必要性、欠缺狹義性比例原則

監獄新入監受刑人前科情形

單位：人、%

年月別	總計	無前科		有前科					
		計	比率	計	比率	累犯	比率		
								科	比
97年	48,234	15,735	32.6	32,499	67.4	10,643	22.1	21,856	45.3
98年	42,336	13,635	32.2	28,701	67.8	9,256	21.9	19,445	45.5
99年	37,159	11,946	32.2	25,213	67.8	8,322	22.4	16,891	48.5
100年	36,459	11,134	30.5	25,325	69.5	5,529	24.2	19,796	48.2
101年	35,329	9,882	28.0	25,447	72.0	9,517	26.9	15,930	45.1
102年	34,167	9,122	26.7	25,045	73.3	9,429	27.6	15,616	45.7
103年	34,335	6,335	24.1	28,000	75.9	9,897	27.6	18,103	45.2
104年	33,564	7,634	22.8	25,930	77.2	9,179	27.1	16,751	50.4
105年	34,492	7,461	21.6	27,031	78.4	8,730	26.4	18,301	53.1
106年	36,159	7,556	21.0	28,603	79.0	9,106	26.2	19,497	53.9
107年 1-11月	33,216	6,854	20.4	26,362	79.6	8,480	25.4	17,882	54.1
較上年同期增減	01	-0.6	(0.3)	07	(0.6)	1.0	(0.4)	0.3	(0.1)

刑法第47條第1項規定違反平等原則



- 機械性、形式性的累犯加重是對於執行完畢之前科者的歧視。
- 對微罪、不具危險性之被告，遵守判決宣告負責任地盡早服刑或易科罰金執行完畢，反而比遲遲不去執行的被告更容易遭受累犯加重處罰的風險。
- 我國刑法第47條第1項之累犯加重規定與德、日相較，實際層面有所不同。
- 德舊刑法第48條考量前後犯行之內在關聯性。
- 日刑法典無對「行為人危險性」之保安處分。
- 德國聯邦憲法法院及日本最高裁判所的見解不能直接援引。
- 況且，德舊刑法第48條，經實證研究認德實務運用已不具擔保行為責任之機能，所以加以廢除，舉重以明輕，欠缺實質判斷要件的我國累犯加重規定更應該廢除!!



刑法第47條第1項規定違反法律明確性原則



- 司法院釋字第594號、第617號、第690號、第767號解釋
- ➔ 法律明確性原則之標準並非採取法律人之標準，而是一般受規範之人民所得預見之標準。
- 刑法第47條第1項規定係以「執行完畢」為要件，配合實務見解運作「定執行刑、假釋、殘刑」等問題而變得非常不明確。
- ➔ 具有法律專業的法官尚且須仔細核閱前科表，遑論一般受規範之人民能夠預見到「是否執行完畢」。



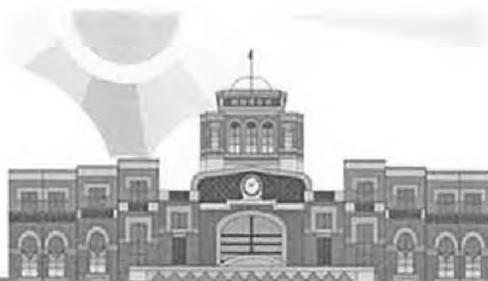
【爭點提綱二】

刑法第48條前段規定違反一事不再理



- 司法院釋字第168號解釋理由書
→ 按一事不再理，為我刑事訴訟法之基本原則。
- 司法院釋字第384號解釋理由書
→ 「程序法層面的實質正當之法律程序」：
：同一行為不得重覆處罰。
- 相隔數年後經檢察官聲請而由法院裁定更定其刑，不僅對法秩序之安定性造成干擾，事隔多年針對同一次犯行再加重刑度，仍難脫違反一事不再理原則之疑慮，同時也徒增人民對司法不信賴感。





結論

- 累犯刑總加重與後續獄政層次規定脫鉤處理。
- 累犯加重及更定其刑規定違憲!!



惡性循環



累犯制度之法務部意見

108年1月15日



● 外國立法例

日本

▪ 第56條

- 受懲役之宣告而於執行完畢或免除其執行後五年內再犯罪，受有期懲役之宣告者，為再犯。
- 因犯懲役或相當於懲役以上之罪而科處死刑者，其刑罰免除執行後，或減至懲役而執行完畢或免除執行後，五年內再犯罪受有期懲役之宣告者，以再犯論。
- 數罪併罰中有應科處懲役之罪，因該罪非最重之罪致未科處懲役者，就再犯規定之適用，視為科處懲役。



日本

- 第57條

- 再犯之刑，加重至其罪名所定懲役最高刑度之二倍以下。

- 第59條

- 三犯以上者，亦依再犯之規定。



- 日本最高法院
- 刑法第56、57條累犯加重之規定係基於第56條之累犯事由，而對新犯之罪加重其法定刑，承認其得科處較重之刑而已，並未變更對於前犯之確定判決，亦非對於前犯重複科處刑罰。

日本改正刑法草案

- 第56條
- 被判處有禁錮以上之刑者，刑執行完畢或免除執行，五年以內再犯罪而判處有期懲役或禁錮時，為累犯。
- 被判處禁錮以上之刑而緩刑者，在緩刑期間再被判處有期懲役或禁錮時，與前項同。



日本改正刑法草案

- **第57條**
- 累犯，得處以超過適用該罪所規定刑之最高刑期。此種情形，最高刑期為該最高刑期之兩倍。



日本改正刑法草案

▪ 第58條

- 被判處六月以上懲役之累犯，再犯罪而以累犯判處有期懲役之情形，犯人被認為有常習時，為常習累犯。

▪ 第59條

- 常習累犯，得宣告不定期刑。
- 在競合犯中，有得宣告前項不定期刑與不宣告不定期刑時，依第六十一條（競合犯之處斷）之規定，僅在依得宣告不定期刑而處斷之情形，得宣告不定期刑。
- 第一項之不定期刑，在處斷之範圍內定其最高刑期與最低刑期而宣告之。但處斷刑之最低刑其為一年未滿時，視為一年。

韓國

▪ 第35條

- 被判處徒刑以上的刑罰，刑罰執行完畢或者被免除以後三年以內再犯應處徒刑以上刑罰之罪的，以累犯論處。
- 對於累犯的處罰，得加重至本刑的二倍。



韓國

- 第36條

- 判決宣告後發現累犯的，可以將宣告的刑期總算，重新確定刑期。但宣告的刑期執行完畢或者被免除的除外。



法國

▪ 第132條之10

- 自然人前犯輕罪，刑期屆滿或時效完成之日起五年內，再犯相同或相類似的輕罪，加重其有期徒刑或罰金刑法定最高刑度至二倍。

▪ 第132條之11

- 自然人前犯第五級違警罪，刑期屆滿或時效完成之日起一年內，再犯相同微警罪，罰金提高至3000歐元。
- 若法律另有規定第五級違警罪之累犯構成輕罪者，以前罪刑期屆滿或時效完成之日起三年內再犯相同之罪為累犯。

奧地利

▪ 刑法第39條

- 行為人基於相同之犯罪有害傾向，曾經二次被判處自由刑，且至少已服畢此等刑罰之一部分，如於滿十九歲後，又基於相同之犯罪有害傾向，再觸犯刑法之犯罪時，得加重其自由刑或罰金刑法定最高刑度至二分之一。完全以前羈押折抵自由刑或受預防處分所附隨之自由剝奪之執行，而未服畢刑之一部分者，亦同。但有期自由刑之加重，不得逾二十年。
- 前判之刑服畢後，至再犯罪時，已逾五年之期間者，不視為累犯。但因官署命令受拘禁之期間，不予計算。完全以前羈押折抵其全部之刑者，此五年之期間，自判決決定時起算。



美國（以加州為例）

- 加州刑法第**1170.1**條**c**（節錄）
- 被告前曾犯刑法第**667.5**條之暴力犯罪或第**1192.7**條所列重大犯罪，不論再犯之罪是否為暴力犯罪或重大犯罪，可處法定刑**2**倍之刑。
- 被告前曾犯二次或多次暴力犯罪或重大犯罪，本次所犯重罪，將處以無期徒刑，且至少須服刑**25**年始得假釋。



德國

▪ BVerfGE 50, 125(16, Jan, 1979)

- (一) 刑法第48條乃在基本法第1條第1項及具有法治國基礎之責任主義下規定之法律，其處罰規定與比例原則及責任原則一致。
- (二) 刑法第48條加重處罰之理由乃在行為人無視於先前之警告，而被加重之責任非難性，至於行為人是否具有加重之非難性，應由法官考量其精神狀況、性格特徵及生活情形等，依較寬之行為責任概念決定之。

德國

▪ BVerfGE 50, 125(16, Jan, 1979)

- (三) 只有在絕對無法容忍之結果出現時，才能認為該法律違反責任原則以及比例原則。



累犯規定體例

- 前後各罪是否限於相同法益侵害或特定犯罪類型
- 再成累犯之再犯罪次數
- 前罪是否執行完畢
- 再犯之罪與前罪相距時間





我國累犯規定



■刑法第47條

- 受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。
- 第九十八條第二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，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，以累犯論。



- 非對所有再犯罪者一律且無限制加重，而係就加重之條件及範圍有所限制，並賦予法院有廣泛之裁量餘地，在立法上已考量比例原則而認有其必要性：
 - 前次所犯及再次所犯之法定刑種類均限於犯有期徒刑以上之罪
 - 再犯之罪限於故意犯罪
 - 再犯之期間限於執行完畢後5年內
 - 加重刑度最高不得逾本刑二分之一

- 最高法院47年台上第1004號判例
- 刑法第四十七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。



- 最高法院28年上第3378號判例
- 刑法第四十七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。

人格責任論

- 責任之基礎不僅在於該當的具體行為，同時亦將責任之基礎置於該行為背後之人格。
- 評價責任時，首先必須著眼於行為人主體性人格現實化之行為，即「行為責任」；在受制於素質與環境之同時，行為背後亦存在因行為人本身（主體性）之努力所形成的人格。
- 一度遭受刑罰之處罰而執行完畢，而再次犯罪，增高其責任非難性而加重其責任。



- **刑法第57條**

- 行為人之生活狀況、品行、犯罪後之態度

- **德國刑法第46條：行為人過往生活**

- 當與本案無關聯性之前案犯行能恰如其分顯示被告人格時，即可考量加重其刑度。(BGH NStZ-RR 10, 40)



▪ 刑法第48條

▪ 認事用法有誤之判決更正錯誤之程序機制

▪ 韓國刑法第36條亦有相同規定



■慢性犯罪者或發展犯罪學研究顯示，一小部分的人犯了相當大比例的犯罪行為



監獄新入監受刑人人數

- 依前科情形分 (人)

項目別	監獄前科情形合計								
		無前科			有前科		再犯		累犯
94年		33,193	13,481	41%	19,712	59%	6,693	20%	13,019
95年	37,607	13,841	37%	23,766	63%	8,197	22%	15,569	41%
96年	34,991	12,186	35%	22,805	65%	7,996	23%	14,809	42%
97年	48,234	15,735	33%	32,499	67%	10,643	22%	21,856	45%
98年	42,336	13,835	33%	28,501	67%	9,256	22%	19,245	45%
99年	37,159	11,948	32%	25,211	68%	8,322	22%	16,889	45%
100年	36,459	11,134	31%	25,325	69%	8,829	24%	16,496	45%
101年	35,329	9,882	28%	25,447	72%	9,517	27%	15,930	45%
102年	34,167	9,122	27%	25,045	73%	9,429	28%	15,616	46%
103年	34,385	8,303	24%	26,082	76%	9,497	28%	16,585	48%
104年	33,864	7,604	22%	26,260	78%	9,179	27%	17,081	50%
105年	34,492	7,401	21%	27,091	79%	8,780	25%	18,311	53%
106年	36,199	7,586	21%	28,613	79%	9,106	25%	19,507	54%

資料來源：<http://www.rjtd.moj.gov.tw/RJSDWeb/inquiry/InquireAdvance.aspx>

簡報完畢
敬請指教



司法院大法官書記處收文

108年 / 月 2 / 日

會台字第 12352 號

—D

檔 號：
保存年限：

法務部 函

地址：10048臺北市中正區重慶南路1段130號

承辦人：林芝郁

電話：02-21910189#2310

電子信箱：sajenlin@mail.moj.gov.tw

受文者：司法院秘書長

發文日期：中華民國108年1月21日

發文字號：法檢字第10804500220號

速別：最速件

密等及解密條件或保密期限：

附件：如文(A11000000F_10804500220A0C_ATTCH1.pdf、A11000000F_10804500220A0C_ATTCH2.pdf、A11000000F_10804500220A0C_ATTCH3.pdf)

主旨：有關108年1月15日累犯制度釋憲說明會大法官所詢問題，復如說明二、三，請查照。

說明：

- 一、依108年1月15日累犯制度釋憲說明會，黃大法官虹霞及羅大法官昌發詢問事項辦理。
- 二、黃大法官虹霞請本部提供同罪異罪累犯及同罪累犯罪名統計資料事項，統計資料如附件一與附件二。
- 三、羅大法官昌發詢問德國實務審酌量刑事由之前後案內在關聯性，經查詢NStZ-RR 2010, 40案件摘要，該案件被告因2008年8月20日所犯強暴案件遭判處2年9月有期徒刑，原審以被告前於2006年及2007年間，因竊盜、傷害、妨害公務及販賣違禁藥物案件判處罰金刑之紀錄等為加重被告量刑事由，德國聯邦最高法院認定，以此等未有關聯性之前案紀錄為加重量刑之理由，無法律適用之錯誤。檢附該案判決摘要如附件三供參。

正本：司法院秘書長

電子文
騎



二科



副本：本部檢察司

電話：042-221-1414
交 換 章

線



線

地方檢察署執行裁判確定有罪累犯者前科情形

單位：人

項目別	總計	累同 犯	累非 犯	同 犯	罪
103年至107年	291,408	240,656	50,752		
103年	49,072	39,394	9,678		
104年	53,992	44,610	9,382		
105年	58,266	48,520	9,746		
106年	63,668	52,833	10,835		
107年	66,410	55,299	11,111		

資料提供：法務部統計處

說明：累犯係依刑法第47條規定，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者。

地方檢察署執行裁判確定有罪累犯者前科情形

單位：人

項目別	103年		104年		105年		106年		107年	
	累 同	犯 罪								
總計	49,072	39,394	53,992	44,610	58,266	48,520	63,668	52,833	66,410	55,299
妨害公務罪	323	70	350	72	461	90	572	124	664	134
公共危險罪	12,333	9,487	14,065	11,685	14,712	12,484	16,552	14,410	18,309	16,237
偽造文書印文罪	608	256	600	276	630	291	609	242	641	282
妨害性自主罪	259	59	171	73	155	26	160	41	160	59
妨害風化罪	494	356	520	372	411	312	407	287	384	256
賭博罪	681	536	598	456	652	483	625	463	373	233
殺人罪	48	17	77	31	47	16	53	18	68	23
傷害罪	750	243	857	287	955	315	1,194	403	1,281	483
妨害自由罪	709	231	772	254	893	287	1,012	325	1,043	339
竊盜罪	8,965	8,016	9,667	8,720	9,388	8,477	10,487	9,371	10,556	9,413
搶奪強盜及海盜罪	378	192	357	178	311	154	292	128	284	129
侵占罪	273	85	270	110	287	96	332	112	332	109
詐欺罪	1,198	686	1,183	660	1,455	799	2,076	1,104	2,281	1,232
背信及重利罪	148	68	114	54	125	62	82	33	74	28
恐嚇及擄人勒贖罪	188	41	216	49	222	66	178	41	189	46
贓物罪	303	108	277	97	245	85	300	103	226	80
毀棄損壞罪	179	31	226	34	255	45	344	68	443	101
家庭暴力防治法	357	174	465	213	556	256	592	279	580	294
槍砲彈藥刀械管制條例	362	166	446	196	496	218	569	237	668	281
妨害兵役治罪條例	44	17	56	25	57	20	45	16	45	18
森林法	137	58	107	46	98	51	84	36	85	35
毒品危害防制條例	19,226	18,294	21,485	20,494	24,767	23,677	25,866	24,738	26,374	25,211
藥事法	225	38	270	53	274	50	315	61	415	82
商標法	29	11	40	19	29	14	33	16	31	19
廢棄物清理法	38	13	22	5	32	11	43	14	67	15
其他案由	817	141	781	151	753	135	846	163	837	160

資料提供：法務部統計處

說明：累犯係依刑法第47條規定，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者。

Strafzumessung – strafschärfende Berücksichtigung weiterer Verurteilungen

StGB § 46

Die strafschärfende Berücksichtigung weiterer, nach dem verfahrensgegenständlichen Delikt erfolgter Verurteilungen wegen vor dem Delikt begangener Straftaten ist zulässig. (Ls d. Schriftltg.)

BGH, Urteil vom 30. 9. 2009 - 2 StR 270/09 (LG Köln)

Zum Sachverhalt:

Das LG verurteilte den Angekl. wegen einer am 20. 8. 2008 begangenen Vergewaltigung zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 9 Monaten.

Seine Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

c) Rechtsfehlerfrei ist auch die strafschärfende Erwägung des LG, der Angekl. sei „in den Jahren 2006 und 2007 dreimal, allerdings nicht einschlägig, strafrechtlich in Erscheinung getreten und wegen Diebstahls, Körperverletzung, Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte und unerlaubten Handels mit Betäubungsmitteln jeweils mit Geldstrafe belegt worden“. Die *StrK* stellt hier – ebenso wie im Blick auf den Vorfall vom August 2004 – auf die Tathandlungen ab; dies folgt aus der Hervorhebung der Tatzeitpunkte. Im Übrigen kann allein die Tatsache, dass der Angekl. nach der abzuurteilenden Tat bestraft worden ist, durchaus berücksichtigt werden, soweit dies zur zutreffenden Erfassung der Täterpersönlichkeit angezeigt erscheint. ...

Anm. d. Schriftltg.:

Zur strafschärfenden Berücksichtigung nach der verfahrensgegenständlichen Tat begangener Delikte vgl. *BGH*, NSTZ-RR 2010, 7.

檔 號：
保存年限：

法務部 函

地址：10048臺北市中正區重慶南路1段130
號

承辦人：林芝郁

電話：02-21910189#2310

電子信箱：sajenlin@mail.moj.gov.tw

受文者：司法院秘書長

司法院大法官書記處收文
108年 / 月 29日
會台字第12352號

—E

發文日期：中華民國108年1月29日

發文字號：法檢字第10804500240號

速別：最速件

密等及解密條件或保密期限：

附件：如文(A11000000F_10804500240A0C_ATTCH2.docx)

主旨：檢送本部有關刑法第47條第1項及第48條規定之意見如附
件，請查照。

說明：復貴秘書長108年1月7日秘台大二字第1080000700號函。

正本：司法院秘書長

副本：本部檢察司

108年1月29日
交16:28章

裝

訂

線

二科



法務部就刑法第 47 條第 1 項及第 48 條之意見

一、刑法第 47 條第 1 項部分

(一)關於累犯加重之理由，有認為累犯既然已經受過刑罰之科處，竟依然肆無忌憚地再度犯罪，因此較之初犯者，應受到更重的非難、負擔更重的責任（植松正、團藤重光、西原春夫）；有認為累犯較之初犯者，有較重的責任，且累犯之性格，人格亦具有危險性之故（佐伯千仞、大塚仁）。由於現行刑法有關累犯之加重要件，係以前犯有無科刑、刑之執行是否終了為準，並無將行為人之危險性做為要件，且危險性本身亦不應做為刑之加重事由，因此以前說為妥（大谷實、川端傳）¹。

刑法於 24 年 1 月 1 日國民政府制定公布全文，並自 24 年 7 月 1 日起施行，有關第 47 條之立法理由謂：「查第二次修正案理由謂法律所規定累犯，以舊曾犯罪為條件之一，各國立法例可分兩派，一為法國派，以有罪裁判確定之犯罪為標準。二為德國派，以執行完畢後之犯罪者為標準。主法派者，謂裁判一經宣告，犯人即應有所警戒，受警戒而復犯罪者應加重其刑。主德派者謂裁判宣告尚未受刑，果足為犯人之警戒，則宣告以前，刑律具在，亦足以警戒之，何待裁判之宣告，故必以實體上受刑全部之執行或一部之執行而經免除者，方足為犯人之警戒，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。兩派主張自以第二派為優。故本案規定累犯之定義，擬仍從原案第

¹ 陳子平，刑法總論，元照出版，2015 年 9 月，第 741 頁

90 條，而將但書之累犯條件列入定義內，較為確當」²。

(二) 違反一事不二罰或罪責原則之虞

累犯規定是否有違一罪二罰原則，日本學說及最高法院判例大致皆持否定立場。學說方面以「違法性增加說」及「人格責任說」較為受到重視。違法性增加說認為累犯之危險性格將使「主觀的違法要素」增加，亦即違法性增加，故包含違法與責任在內之法定刑亦應增加；人格責任說則認為，累犯不願遵從規範而修正自己行為以致於再犯罪，係其自我行為之選擇及自我人格之形塑，而責任除評價行為外，亦評價人格，故累犯之責任較重，其法定刑當然亦可以加重。該國最高法院判例部分，認累犯規定並不違反禁止一罪二罰原則，其理由謂：「刑法第 56、57 條累犯加重之規定係基於第 56 條之累犯事由，而對新犯之罪加重其法定刑，承認其得科處較重之刑而已，並未變更對於前犯之確定判決，亦非對於前犯重複科處刑罰」³。

德國廢除累犯規定之因素在於輕微犯罪亦需處 6 月以上有期徒刑，與罪刑均衡原則嚴重失調，該國憲法法院認為：(一) 刑法第 48 條（即該國刑法之累犯規定）乃在基本法第 1 條第 1 項及具有法治國基礎之責任主義下規定之法律，其處罰規定與比例原則及責任原則一致，(二) 刑法第 48 條加重處罰之理由乃在行為人無視於先前之警告，而被加重之責任非難性，至於行為人是

² 刑法暨特別法立法理由、判解決議、令函釋示、實務問題彙編，蔡墩明主編，五南出版，第 227 頁。

³ 鄭善印，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，第 371-372 頁。

否具有加重之非難性，應由法官考量其精神狀況、性格特徵及生活情形等，依較寬之行為責任概念決定之，(三)只有在絕對無法容忍之結果出現時，才能認為該法律違反責任原則以及比例原則，亦認累犯制度合於憲法相關人權保障⁴。是德國係因輕微犯罪亦需一律加重其刑，未盡符合刑事政策原意，而於刑事立法政策上選擇廢除累犯加重其刑之規定，但未認累犯規定有違反責任原則及一事不二罰原則，並肯認應由法官於具體個案中裁量。

(三)刑法第 47 條第 1 項於刑事司法政策上之依據，兼論與相關憲法原則關係

國家對個人之刑罰，屬不得已之強制手段，選擇以何種刑罰處罰個人之反社會性行為，乃立法自由形成之範圍。就特定事項以特別刑法規定特別罪刑，倘與憲法第 23 條所要求之目的正當性、手段必要性、限制妥當性符合者，即無乖於比例原則，司法院釋字第 476 號及 544 號解釋意旨可資參酌。累犯之規定係基於應報及社會防衛思想之綜合理論，在兼顧社會正義，維護社會秩序及增進公共利益之憲法精神及刑事政策上，由立法機關本於立法自由所形成。刑法第 47 條第 1 項規定係以前曾受徒刑以上之刑執行完畢後或一部之執行而赦免後，於 5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，於最重不超過所犯之罪法定刑二分之一之範圍內，由法官於具體個案中裁量之。從該規定觀之，法律上已就

⁴ 鄭善印，高註 3，第 376 頁及第 382 頁。

加重之條件及範圍，包括前次所犯及再次所犯之法定刑種類均限於犯有期徒刑以上之罪、再犯之期間限於執行完畢後 5 年內、加重刑度最高不得逾本刑二分之一之限制等，並非對所有再犯罪者一律且無限制加重，並賦予法院有廣泛之裁量餘地。顯見立法上已考量比例原則而認有其必要性。參諸前述司法院解釋意旨，刑法第 47 條累犯之規定，乃係立法機關基於防止個人故意犯罪而妨礙他人自由，維持社會秩序、增進公共利益所必要，並符合人民期望立法自由形成之範圍，有其正當性與必要性。

倘後罪為輕罪之情形，以刑事訴訟法第 376 條不得上訴第 3 審之罪之案件為例，除刑法第 321 條之竊盜罪、第 336 條第 2 項之侵占罪及第 346 條之恐嚇罪，無拘役及單科罰金之法定刑外，均有拘役或罰金刑。從而，前案為過失犯罪，後案為輕罪，法官仍得選擇科處拘役或罰金，非只有最輕科處有期徒刑 3 月之選項，故就後罪為輕罪之情形，累犯之規定並不會限制法官之量刑下限不得低於有期徒刑 3 月。故累犯之規範與否，本屬立法政策之問題，如同其它所有刑罰法律效果之規定，乃基於罪刑均衡及社會防衛之必要性而有不同之刑度與上限及下限之規定，其目的在防止違背立法政策、刑事政策之恣意裁量，亦為憲政上權力分立制度使然。

刑法負有預防之任務，關於未來危險的預防，與犯罪人犯罪歷程紀錄所彰顯之人格特質有關。從預防的角度觀察，刑法的責任內涵並不限於犯罪論之行為責任，更兼具刑罰論的行為人責任

內涵。慢性犯罪者或發展犯罪學研究即顯示，一小部分的人犯了相當大比例的犯罪行為。針對慢性犯罪者的打擊和偵查策略，美國發展出長期隔離以及針對暴力和毒品慣犯的強制刑期。

刑罰具有應報及防衛社會之本質與目的，累犯加重之規定亦同。如法律未規定應予加重及應加重之範圍，恐因刑罰之恣意裁量而造成違反公平正義及喪失刑罰所具防衛社會目的之功能。恣意裁量不僅存在於處刑過重之問題，亦同樣包括處刑過輕在內。刑法第 57 條固定有量刑基礎及應審酌事項，惟僅係法院依具體個案情形而為刑罰裁量權行使之法律依據之一。實務上，同一據以裁量之基礎及應審酌事項，每每因不同法官、不同審級而有不同評價，甚至同一法官因辦案經驗或人生經歷，於不同時期對同一類型及條件之犯罪行為，亦可能出現不同之量刑評價，此將導致人民司法信賴崩毀之危機，更造成再犯之投機因素，刑法既以第 47 條第 1 項就犯罪行為人之累犯行為設加重處罰之特別量刑評價標準與範圍，較能發揮社會防衛目的，並兼顧社會正義。綜上，為防止刑罰恣意裁量導致對於累犯之量刑不符立法目的，造成更大之社會成本，自得對於量刑裁量權有一最低限度範圍之限制。

二、刑法第 48 條部分

一事不再理係指，就特定被告之特定犯罪事實，只應受到

國家一次的追訴、處罰，體現在程序法上之規定即為重複起訴之禁止。惟刑法第 48 條規範之內容，係業已確定構成累犯之被告再犯之罪，於再犯之罪審判時未依累犯規定為刑之宣告，而就宣告刑之部分更定其刑。現行實務上，於有刑法第 48 條事由時，係以刑事訴訟法第 477 條第 1 項聲請法院裁定，針對犯罪事實之內容未重啟審判程序。且為求得確定判決法安定性之考量，於該條但書亦規定，刑執行完畢或赦免後發覺者，不在此限，就更定其刑之時限亦有所限制。是刑法第 48 條之規定，與一事不再理原則之精神尚無違悖。比較法上，韓國刑法第 36 條亦規定：「判決宣告後發現累犯的，可以將宣告的刑期總算，重新確定刑期。但宣告的刑期執行完畢或者被免除的除外。」倘認更定其刑之程序須保障被告之程序參與權利，此為更定其刑程序之程序設計問題。

縱認刑法第 48 條之規定與一事不再理原則有違，然為求法安定性與實體正義之平衡，一事不再理原則亦非絕對不可限制之程序保障。刑事訴訟法第 422 條亦有為受判決人不利益聲請再審之機制，受輕於相當之刑之判決而發見確實之新證據，足認其有應受重判判決之犯罪事實者（刑事訴訟法第 422 條第 2 款），為為被告不利益進行再審事由之一。累犯制度之設計，有刑事司法政策之正當性理由業如前述，為求刑罰之公平性，刑法第 48 條規定於應以累犯加重刑度為量刑之案件，因故未以累犯為量刑時，得以更定其刑，此制度設計有杜絕同為累犯之人，

因故未獲以累犯刑度量刑之裁判僥倖，而為實體正義保障之正當性，並兼顧同為累犯之人，應以相同累犯量刑基礎為量刑之平等原則。

有關本院大法官為審理會台字第 12352 號臺灣高等法院高雄分院刑事第五庭法官就累犯聲請解釋乙案，刑事廳就下列爭點，意見如下：

- 一、刑法第 47 條第 1 項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」累犯加重其刑，有無違反憲法一行為不二罰原則？又不問前、後罪之犯罪類型、犯罪行為人之罪責及犯罪情節輕重，一律須加重本刑，有無違反憲法罪責原則、罪刑相當原則（比例原則）、平等原則或法律明確性原則？

研究意見：

刑法於 24 年制定頒行之初，即設有累犯規定(條次定為第 47 條，迄未變更)，於 94 年間修正時，除就再犯行為為過失行為排除於累犯加重適用範圍外，並增設第 2 項關於強制工作之「準累犯」規定。然而，實務上於適用累犯規定時，迭因犯罪前科紀錄未及登載最新資料、缺漏不全、複雜不易判讀或法官疏失未予詳閱，甚而因裁判後發生之新事實(例如撤銷假釋在後)，致生不應論累犯而論之情等因素，而未能正確適用累犯規定致生裁判違誤¹，著實困擾實務已久。此外，累犯規定是否合乎刑事基本原則，甚至有無牴觸憲法規定，訾議甚多，茲分述如下：

- (一) 罪責原則：現代之刑罰係以罪責為基礎，「無罪責即無刑罰」，罪責存在之時點，係在行為人為構成要件行為之時(行為與罪責同時存在原則)。行為人之所以受非難，並非僅因其行為意念，而係基於該意念而導致犯罪之行為。因此

¹ 依附件統計資料顯示，105 年最高法院受理非常上訴案件終結情形中，以「累犯之宣告違誤」為撤銷原因者(81.5 件)，佔所有撤銷案件(173 件)之比率為 47.11%，其中因「撤銷假釋在後」致累犯之宣告違誤者，即達 33 件，佔所有撤銷件數比率 19.08%；於 106 年，以「累犯之宣告違誤」為撤銷原因者(97 件)，佔所有撤銷案件(198.5 件)之比率為 48.87%，其中因「撤銷假釋在後」致累犯之宣告違誤者，即達 45 件，佔所有撤銷件數比率 22.67%。足見，「累犯之宣告違誤」佔所有非常上訴經撤銷之案件量大宗，幾達半數之多，其中有為數甚夥之案件是屬於裁判後發生、無法為法官所預見並注意及之新事實(例如撤銷假釋在後)。

罪責評價對象乃係各個犯罪行為，而非人格罪責，行為人之人格僅是間接的判斷對象，至多得成為量刑事由²，此即所謂「行為刑法」。我國刑法第 1 條規定，即明採行為刑法原則，重在對於過去犯罪行為的懲罰，而非以行為人之素行作為評價之基礎。惟刑法第 47 條於立法之初，其立法理由即謂「查暫行律第十九條原案謂凡已受刑之執行，復再犯罪，此其人習於為惡，實為社會之大慙，若仍繩以初犯之刑，有乖刑期無刑之意。故本章特設規定。」是其係以犯罪行為人受刑之執行後復再犯罪之惡性較高，作為加重之基礎，其加重處罰依據，有認為係無視先前刑罰之警告而增加其行為之可非難性（警告理論），亦有認為帶有濃厚之「行為人刑法」色彩。於 94 年修正時，修法理由認為「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…惟可因行為人惡性之程度酌予量處適當之刑。」似亦著重在個別預防、祛除行為人之危險性上，同屬源於「行為人刑法」之概念，而非「行為刑法」，是累犯之規定是否與罪責原則相合，恐非無疑。

（二）罪責相當原則（比例原則）：

- 1、罪責原則除具有限定刑罰範圍之功能（無罪責即無刑罰）外，亦要求在個案中所施加之刑罰應與行為人之罪責相當，行為人之罪責乃刑罰之上限，任何人不應因一般或特別預防之理由而受超過其罪責之刑罰，此乃比例原則於刑罰裁量中之體現，因此罪責原則乃派生出罪責相當原則。惟依現行刑法第 47 條規定，累犯應加重本刑至二分之一，且依同法第 67 條規定，法定刑之最高度及最低度應同時加重，行為人可能僅因形式上符合累犯規定，而一律受超過法定刑之刑責，此種因行為人展現對法秩序對立的惡性，而令

² 林鈺雄，「刑法總則第十講：罪責（有責性）」，月旦法學教室，第 22 期，2004 年 8 月，第 65 頁至第 66 頁。

其承受罪責限度外之處罰，恐有違反罪責相當原則、比例原則之虞³⁴。

- 2、依刑法第 44 條規定：「易科罰金、易服社會勞動、易服勞役或易以訓誡執行完畢者，其所受宣告之刑，以已執行論。」因此實務上，不問行為人所犯前案之執行係採前述易刑處分抑或發監執行，於執行完畢後，符合第 47 條第 1 項累犯要件之規定者，均論以累犯。惟就受刑人而言，實際入監接受執行所產生之刑罰矯正效果，畢竟與未入監服刑之易刑處分顯然有異，未入監服刑之易刑處分本質上根本無法達到與入監服刑相同之刑罰矯正效果，自應不在累犯藉由加重處罰達到改善受刑人危險性格之刑事政策適用範圍內^b。此種前案以易刑處分執行完畢之情形，如因適用累犯而量處超過法定刑之刑，與罪責相當原則、比例原則恐有違反之虞。

(三)一行為不二罰原則：

- 1、「一行為不二罰原則」，又稱「禁止雙重處罰原則」，顧名思義，指就人民同一違法行為，禁止國家為多次之處罰，其不僅禁止於一行為已受到處罰後，對同一行為再行追訴、處罰，也禁止對同一行為同時作多次之處罰。我國憲法固然沒有「一行為不二罰原則」的明文，惟從法治國家所要求之法安定原則、信賴保護原則以及比例原則均不難導出一行為不能重複處罰之要求。是「一行為不二罰原則」具有憲法位階，應無疑義（參見本院釋字第 604 號解釋許宗力大法官所具協同意見書）。我國刑法既係以行為刑法為原則，著重個別行為責任，即行為人僅須對該次行為負責，倘若因行為人前曾犯罪而必須加重後罪之法定刑，恐違反

³⁴ 鄭遠哲，「關於累犯、緩刑、假釋和保安處分之新刑法修法簡評」，月旦法學雜誌，第 121 期，2005 年 6 月，第 275 頁。

⁴ 德國於 1986 年刑法修正時，刪除累犯規定之主因，即在於累犯加重其刑之規定，違反罪責均衡原則。參見鄭善印，「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，第 372 頁以下之討論。

⁵ 張明偉，「論累犯之執行完畢」，月旦裁判時報，第 26 期，2014 年 4 月，第 85 頁。

一行為不二罰原則。

2、另刑法第 57 條量刑審酌事項已包括犯罪行為人之品行(第 5 款)，而所謂品行即包括前所犯罪是否判決確定；全部執行完畢，抑僅一部執行；曾受赦免及其犯罪次數等紀錄，如於量刑審酌時已將行為人前案執行完畢之事項納入考量，復又以其同一前案執行完畢之事項論認累犯而加重其刑，亦與一行為不二罰之原則有所未合⁶。準此，如於具體個案參酌行為人前所犯罪是否判決確定；全部執行完畢，抑僅一部執行；曾受赦免及其犯罪次數等紀錄，即可達到妥適量刑之目的，俾罰當其罪，有無必要另設累犯規定加重其刑罰，允可再酌⁷。

3、何況縱不認刑法第 47 條規定違反一行為不二罰原則，就個案情節欠缺罪責加重之情形，法官本得依刑法第 57 條第 5 款規定審酌，如一律應依累犯加重其刑，亦有上述違反罪責相當原則、比例原則之問題。

(三) 平等原則：

1、如前所述，我國設立累犯制度之目的在於「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」，惟在：①同種累犯(例如前次與本次犯

⁶關於以前科紀錄作為加重量刑依據之規定是否違反一事不二罰原則(Double Jeopardy Clause)，美國各法院均認為不違反，主要提出之理由有三：一、犯罪行為人並不是因為他之前的犯行而再次受到處罰，而是犯罪行為人之前科犯行使得本次犯行更加惡劣，故應加重處罰。二、「以前科紀錄作為加重量刑事由之規定」僅是將前科紀錄作為加重量刑因子。三、一事不二罰規定(Double Jeopardy Clause)於量刑階段並不適用。惟美國法制之前科紀錄係屬於量刑因子，而非法定加重其刑規定，與我國第 47 條規定規範體例不同，尚難相提並論。另日本同我國，亦設有累犯加重本刑之規定(日本刑法第 56 條、第 57 條)，惟日本最高裁判所昭和 24 年 12 月 21 日大法庭判決宣示刑法第 56 條、第 57 條，並不違反憲法第 39 條禁止雙重處罰之規定。判決要旨謂「本條僅是基於其為累犯，而對其新犯之罪科以重刑，由於並未更動前科之確定判決，或對先前犯罪重複科以刑罰，故不違反憲法第 39 條。」併供參考。

⁷舊瑞士刑法原亦設有累犯加重其刑之規定，惟日後修正已不再明文規定於法律內，而僅作為第 49 條之一般量刑參考。雖然於草案諮詢階段，有許多保留累犯作為強制加重規定的要求，但在公聽會時，這樣的意見受到批評。特別是把行為人素行作為量刑標準時，將導致累犯規定因雙重考量而欠缺正當性；首先評價行為人的素行，之後評價累犯本身。故累犯應在責任(即素行的範圍內)加以評價。

罪行為均屬竊盜)或異種累犯(例如前次犯罪行為為竊盜，本次犯罪行為為醉態駕駛之公共危險罪)中，行為人所呈現刑罰反應力，恐難一視同仁(例如前案竊盜受徒刑執行完畢後，改過遷善，戮力習得一技之長並從事正當工作，應可推認前案執行已達矯正之效果，惟其嗣因應酬而酒後駕車。此與前案竊盜受徒刑執行完畢後，仍重操舊業，以竊盜所得謀生，兩者所呈現之刑罰反應力，評價應有不同)；②前案為過失犯或故意犯之累犯中，行為人再犯之後案可非難性，亦顯然不同。現行第 47 條規定，並未賦予法官依個案情節審酌行為人刑罰反應力之職權，以裁量決定是否予以加重其刑，一旦符合累犯規定，即「應」加重其刑，對於不同事物未為合理之差別待遇(本院釋字第 764 號解釋理由書參照)，似與平等原則未合⁸。

2、再者，累犯之認定既以前案「執行完畢」為標準，前案執行完畢後五年內再犯有期徒刑以上之罪，方構成累犯，如前案尚未執行完畢，即便在前案判決確定後仍持續犯罪，亦不成立累犯，則定讞後受刑人遵期到案執行者，執行完畢後犯案，適用累犯之規定；而畏罪潛逃抗拒執行者，即使日後持續犯案，不斷展現對法秩序敵對之態度，卻仍無累犯規定之適用，豈不無變相鼓勵受刑人逃匿或犯罪之嫌，如此，是否合乎累犯之規範意旨、有無違反平等原則，均不無檢討之餘地。

二、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。」是否違反一事不再理原則？

研究意見

⁸日本累犯規定是否違反平等原則一節，最高裁判所昭和 25 年 1 月 24 日判決認為：「憲法第 14 條第 1 項規定，所有國民於法律之下均為平等，不因其人種、信條、性別、社會地位或門第，而予政治、經濟或社會關係上為差別待遇。然而，(本案)犯人之處罰，非基於上述理由而為差別處遇，而是應基於刑罰之目的，就各個犯人之犯罪為適當之處置，於各種情形下有不同處遇，實屬當然，於考量犯人之性格、年齡及身世及犯罪之情狀及犯罪後之情況等結果後，即使就犯罪情狀之某層面，為較其他類似之犯人為重之處罰，並不違反憲法之平等原則。」併供參考。

- (一) 刑法第 48 條立法本意應在於原應論以累犯者，如非依卷內證據及訴訟資料已足以發覺被告有累犯之事實，而於裁判確定後始發覺為累犯者(參見最高法院 106 年 10 月 31 日第 16 次刑事庭會議決議)，因已無從循通常救濟程序加以糾正，且原審之審判亦難認有何違背法令之處(刑事訴訟法第 441 條)，縱令認其仍屬違背法令之情，因原審未論認累犯係有利於被告，非常上訴判決之效力亦不及於被告(同法第 448 條)，依此規定得以補行論處被告應得之刑，並匡正法律之適用。又基於法安定性原則，並設但書規定，明文刑之執行完畢或赦免後發覺者，不得更定其刑。
- (二) 惟按所謂一事不再理，係指就同一行為，不得為兩次以上之追訴、審判，其目的乃在防止冤獄、防止審判所帶來的痛苦及防止政府不當騷擾被告，並確保判決之終局性。我國憲法雖無如美國、德國或日本憲法設有類似一事不再理原則之明文規定，惟該原則為當代刑事法制之核心價值，故實務或學說多認為由憲法第 8 條或第 22 條規定，應可推論其為我國憲法所保障之基本權利。刑事訴訟法第 303 條第 2 款、第 302 條第 1 款規定，均為一事不再理原則在訴訟法上之體現。準此，裁判確定後，發覺為累犯者，如依刑法第 48 條規定更定其刑，不啻就原裁判所為刑之宣告，重為論處，而量刑係屬審判之一環，更定其刑形同就同一案件再次開啟審判程序，恐與一事不再理原則有違。考諸與我國刑法第 48 條相同之日本舊刑法第 58 條規定⁹，亦因被認為有違反日本憲法第 39 條「一事不再理」(禁止雙重處罰)等原則之疑慮，而已於昭和 22 年〔1947 年〕遭到刪除，應可供我國法制上之參考。

⁹ 該條規定：「(第 1 項)裁判確定後發現為再犯者，依前條之規定，定其應加重之刑。(第 2 項)懲役之執行完畢後或免除其執行後而發現者，不適用前項之規定。」

最高法院刑事非常上訴案件終結情形及因累犯之宣告違誤撤銷比率

資料期間：93年至104年

單位：件：%

年別	總計	駁回	撤銷	撤銷原因			撤回及其他
				累犯之宣告違誤		其他	
				件數	占撤銷 件數比率		
總計	4,648	1,172.5	3,467.5	1,543.0	44.50	1,924.5	8
93年	306	76.0	228.0	65.0	28.51	163.0	2
94年	302	69.0	231.0	66.0	28.57	165.0	2
95年	322	69.0	252.0	48.0	19.05	204.0	1
96年	352	76.0	273.0	41.0	15.02	232.0	3
97年	602	189.0	413.0	54.0	13.08	359.0	
98年	341	122.0	219.0	61.0	27.85	158.0	
99年	379	103.0	276.0	129.0	46.74	147.0	
100年	391	109.0	282.0	139.0	49.29	143.0	
101年	443	96.0	347.0	234.0	67.44	113.0	
102年	467	71.0	396.0	320.5	80.93	75.5	
103年	449	88.5	360.5	296.0	82.11	64.5	
104年	294	104.0	190.0	89.5	47.11	100.5	

說明：1.本表係內部資料，未對外公布。

2.同一案件之終結情形包含駁回及撤銷時，各計0.5件。

最高法院刑事非常上訴案件終結情形及因累犯之宣告違誤撤銷比率

資料期間：105年至106年

單位：件；%

年別	總計	駁回	撤銷	撤銷原因								撤回及其他
				累犯之宣告違誤 合計		累犯之宣告違誤 (定應執行刑在後)		累犯之宣告違誤 (撤銷假釋在後)		其他		
				件數	占撤銷 件數比率	件數	占撤銷 件數比率	件數	占撤銷 件數比率			
總計	501	129.5	371.5	178.5	48.05	100.5	27.05			78.0	21.00	193.0
105年	243	70.0	173.0	81.5	47.11	48.5	28.03			33.0	19.08	91.5
106年	258	59.5	198.5	97.0	48.87	52.0	26.20			45.0	22.67	101.5

說明：1.本表係內部資料，未對外公佈。

2.同一案件之終結情形包含駁回及撤銷時，各計0.5件。

3.自105年起，撤銷原因「累犯之宣告違誤」細分3個子項蒐集。

最高法院刑事非常上訴案件終結情形及因累犯之宣告違誤撤銷比率

資料期間：103年1月至107年11月

單位：件；%

期間別	總計	駁回	撤銷	撤銷原因								撤回及其他
				累犯之宣告違誤合計				其他				
				累犯之宣告違誤		累犯之宣告違誤 (定應執行刑在後)		累犯之宣告違誤 (撤銷假釋在後)		其他		
				件數	占撤銷 件數比率	件數	占撤銷 件數比率	件數	占撤銷 件數比率	件數	占撤銷 件數比率	
總計	1,489	376.0	1,113.0	666.0	59.84						447.0	
103年	449	88.5	360.5	296.0	82.11						64.5	
104年	294	104.0	190.0	89.5	47.11						100.5	
105年	243	70.0	173.0	81.5	47.11	48.5	28.03			33.0	19.08	91.5
106年	258	59.5	198.5	97.0	48.87	52.0	26.20			45.0	22.67	101.5
107年1-11月	245	54.0	191.0	102.0	53.40	65.0	34.03			37.0	19.37	89.0

說明：1.本表係內部資料，未對外公佈。

2.同一案件之終結情形包含駁回及撤銷時，各計0.5件。

3.自105年起，撤銷原因「累犯之宣告違誤」始細分3個子項蒐集。

累犯加重處罰之正當性

王皇玉（台大法律系教授）

壹、累犯加重之制度之商榷

一、累犯與「危害性」之關連？

累犯之概念，指的是一個人至少因為犯罪而被處罰過一次，而又再度犯罪。簡單的說，就是再度犯罪之人。關於累犯者，應該加重處罰，其思想來自於特別預防理論，亦即認為一犯再犯之人，習於為惡，或是具有危險性格，因此對於此類危險性格強烈之人，應該給予較重之處罰。累犯加重處罰規定，在 19 世紀末期世界各國之刑法法典化時代，是非常普遍的立法，然而在 20 世紀中期之後，逐漸受到批判。以德國刑法為例，德國刑法在 1986 年之前的刑法第 46 條規定，亦有針對累犯加重處罰之規定，然而到了 1986 年修法廢除累犯加重處罰規定。

我國刑法從歷史沿革來看，清末《暫行新刑律》到民國 17 年舊刑法規定中，均有累犯加重處罰規定，跟據民國 17 年舊刑法關於累犯加重處罰之立法理由，有謂「凡已受刑之執行，復再犯罪，此其人習為惡，實為社會之大愆，若仍繩以初犯之刑，有乖刑期無刑之義，故本章特設規定。暫行律部分犯罪之異同及性質，同等處罰，不足以懲治有特別之惡性者，故本案分普通累犯與特別累犯二者，後者之處罰，較前者加重。」¹

立法理由中所謂「凡已受刑之執行，復再犯罪，此其人習為惡，實為社會之大愆」，指出了累犯加重的「預設概念」，就是一犯再犯之人，對於社會之危害性較大，所以必須加重處罰。然而從犯罪學上的再犯預防政策來看，累犯加重處罰，基本上與再犯預防理念是背道而馳的。

如前所述，累犯之定義，概括的說，指的是一個人至少因為犯罪而被處罰過一次，而又再度犯罪。然而，所謂「再度犯罪」其實是一個非常模糊的概念。究竟哪一種型態的「一犯再犯」，我們才能認為這個人具有較高的危險性格或對社會危害較大？必須是與第一次犯罪相同的罪質或類型，一犯再犯（例如第一次犯竊盜罪，第二次又再犯竊盜罪）；抑或第二次犯罪之罪質與類型與第一次犯罪不需相同（例如第一次犯竊盜罪，第二次又再犯傷害罪）？哪種類型的再犯，才能被界定為具有「高度危險性」，此在犯罪學備受質疑。²

從犯罪學的角度來看，如果是一犯再犯「相同罪名」之累犯，可能被認定

¹ 黃源盛，晚清民國刑法史料輯註（下），頁 902。

² Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss, Kleines Kriminologisches Wörterbuch, 3. Aufl., 1993, S.432.

為具有犯此類型犯罪之「癖好」，例如性侵害犯、詐欺犯等。對於此等有特定犯某類型犯罪「癖好」之人，也可能是因為「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。對此類有「犯罪癖好」或「成癮性」的犯罪人，給予的刑事制裁種類，並非將其刑罰加重，而是給予保安處分，例如對成癮者施以戒癮治療，又抑或例如德國廢除第 48 條累犯加重處罰規定之後，對於鑑定為具有犯罪癖好或對社會危害較高之人，改以刑法第 66 條保安監禁方式（Sicherungsverwahrung）處遇。³

如果是一犯再犯「不同罪名」之累犯，從犯罪學的觀點來看，並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。然而，一個曾經因為犯罪而受過徒刑監禁之人，在監禁之後卻無法回歸社會，其背後有各式各樣因素，無法單獨歸咎於犯罪人。例如犯罪學上最常提到的是，徒刑之監禁形式，以剝奪自由為刑罰內容，連帶地也中斷或破壞受刑人在原來社會生活中既有的人際關係，例如家庭、教育、社交、工作關係，形成犯罪人後續復歸社會的阻礙。此外，徒刑執行完畢而出監的受刑人，背上前科犯的標籤與烙印，使受刑人離開監所之後，受社會排斥與貶抑。因為在重返社會時，烙印化常使受刑人覓屋、求職、就學、社交等經營正常社會生活之可能性受創，造成重返社會的困難。⁴當一個受刑人出獄後，喪失覓得正常職業與工作的能力，甚至受到社會偏見之影響而難以見容於社會，此等社會結構所形成的壓力，從犯罪學上來看，才是使其再度走上犯罪的根本原因。⁵換言之，對於一個再度犯罪的累犯而言，以「累犯加重處罰制度」給予更重的刑罰，並不會使其更能知所警惕而不再犯罪，反而才是製造其再度犯罪的更本原因。

二、有違罪責原則

累犯加重處罰規定，從刑法觀點來看，也欠缺正當性。如前所述，累犯加重刑罰之預設前提，乃一犯再犯之人，對於社會之危害性較大，所以必須加重處罰。此等預設是將一個曾經犯過罪的人，貼上「危險者」的標籤，這樣的制度可以被歸類為所為的「行為人刑法」（*Taeterstrafrecht*）。所謂「行為人為」，其處罰之依據，不以犯罪人過去是否違犯一個客觀的不法行為為必要，而以犯罪人的平日素行、或是具有的潛在危險性格作為刑罰依據，換言之，乃是要求犯罪人為自己的「危險性格」負「生活操行責任」

（*Lebensführungsschuld*）。此等行為人刑法，若要追及其源頭，可以溯及特別預防理論，德國在 1930 年代曾經制訂過「習慣犯法」（*Das Gewohnheitsverbrechergesetz von 1933*），即屬此類「行為人刑法」，該法規定，凡舉第三次犯罪被判有罪者，即應判具有強制工作性質的懲役刑（*Zuchthausstrafe*）。⁶

³ Jescheck/Weigend, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, S. 6.

⁴ 王皇三，*刑法總則*，4 版，2018 年，頁 633。

⁵ Kaiser/Kerner/Sack/Schellhoss, *Kleines Kriminologisches Wörterbuch*, 3. Aufl., 1993, S.433

⁶ Roxin, *Strafrecht, AT*, §6 Rn.8f.。

我國於民國 98 年 1 月廢除之「檢肅流氓條例」，也是一種「行為人刑法」，因為行為人只要被認定為品格不佳、素行不良（以「霸佔地盤」、「白吃白喝」、「要挾滋事」、「欺壓善良」、「品行惡劣」、「遊蕩無賴」作為認定標準），即可被提報為流氓，且經認定為流氓者，根據當時檢肅流氓條例之規定，均應接受拘束人身自由的感訓處分。

前開這種「行為人刑法」的處罰模式，在目前刑法領域中幾乎已將揚棄，因為其違反「罪責原則」。刑法上的罪責原則，採行的是所謂的「行為刑法」，一個人所負之罪責，必須以行為人「過去」所為之不法行為作為基礎，而不是以行為人潛在的危險性格為基礎。此外，罪責原則要求，刑罰必須與罪責相當，換言之，一個人所受刑罰之輕重，應以行為人過去所為不法行為的惡害大小相對等，簡單的說，就是「大罪大罰，小罪小罰」的意思。一個曾經犯過罪的人，又再度犯罪，其先前所犯之罪，倘若已受刑罰制裁完畢，代表他這次應負的刑責已經清算完畢，即便五年內故意再犯有期徒刑以上之罪，仍應以再次犯罪的不法行為之程度作為基礎，論定該次應負之刑責，而非將其過去的行為再度堆疊算到此次的刑罰中，令其負擔「加重本刑至二分之一」的刑罰。因此累犯加重之規定，基本上乃違反刑法罪責原則之思想，也是將過去犯罪在這次犯罪量刑中之「重複評價」。⁷

德國刑法在 1986 年之前也存在累犯加重處罰制度，其目的是禁止法官對於再次犯罪之人，科處罰金刑，明文規定要求對於累犯之人，法官必須判處 6 月以上有期徒刑。然而，德國累犯加重處罰制度於 1986 年廢除，廢除理由中的一個重要論點就是，此一制度是一種「預先懲罰」(Vorstrafen) 概念。⁸從量刑基準來看，累犯預先獲得的刑度，必須比初犯來的重，這就像是預先給予懲罰一樣，簡單的來說，與初犯相比，必須給予「較差待遇」。此等「預先懲罰」概念，基本上就是違反罪責原則的作法。德國聯邦憲法法院曾經針對舊刑法第 48 條之累犯規定進行釋憲，認定累犯加重規定並沒有違反德國基本法，但僅有在下列情形適用第 48 條累犯規定，始屬合憲，亦即對於單一個案進行檢驗後，對被告之責難，從其犯罪行為之態樣與情狀來看，其先前犯罪行為所為之判決已不足以對其發生警告作用，則此次判決對其提高責難而加重刑罰，始符合罪責原則而不違反憲法。⁹

刑法上對於犯罪的法定刑，向來不是採取「絕對刑罰」的立法模式，而是採取「相對刑罰」模式，此外，自由刑、拘役、罰金刑之法定刑，向來均設有刑度之最上限與最下限以供法官在法定刑之範圍內裁量。再者，刑法第 57 條量刑事由中的第 4 款「犯罪行為人之生活狀況」、第 5 款「犯罪行為人之品行」，亦可提供法官對於再犯之人是否給予較重刑度的量刑依據。以現行刑罰制裁體系而言，即便廢除累犯加重制度，對於累犯者，倘若真的認為其對社會具有高

⁷ 王登元，刑法總則，4 版，2018 年，頁 616。

⁸ Jescheck/Weigend, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 6.

⁹ BVerfG, NJW 1979, S. 1037.

度危害性，基本上法官仍然可以在法定刑的範圍之內，視個案給予較重之刑罰即可，實無必要強制性地對累犯加重處罰。現行累犯加重處罰規定，往往使法官在刑法第 57 條量刑事由中，考量了犯罪人不是初犯而是再犯，心證上已經先以較重的刑罰加以裁量，除此之外，另以累犯加重規定再一次的加重，因此實已有「雙重加重」之情形。

貳、德國刑法上對於「累犯」之相關規定

一、保安監禁處分

德國刑法在 1986 年之前，亦有累犯加重處罰規定，在 1986 年刪除之後，對於具高高危險性的再犯者，仍然留有相應措施。作為替代累犯加重規定的措施，乃德國刑法第 66 條之保安監禁處分（Sicherungsverwahrung）。保安監禁處分此一制度源自於社會防衛思想，與累犯加重制度相同，主要針對「危險的習慣犯」（gefährliche Gewohnheitsverbrecher）而設，但其性質不是刑罰，而是一種補充性質的保安處分，亦即對於具危險性的累犯之人，除了刑罰之外，另外可以宣告具有監禁性質的保安監禁處分。¹⁰此一制度在 1933 年制定時，原本採取的是不定期刑規定，爾後於 1975 年時，則修法改為監禁期間以十年為限。其後在 1998 年，隨著抗制性犯罪與其他危險暴力犯罪法案之通過而再度修正，修法後，十年期限雖被保留，但不再是絕對上限，而是於十年期間屆滿前，委由法院就個案予以評估審查是否延長期間。倘若法院認為行為人之危險性仍然存在，則該保安監禁處分則繼續有效。¹¹此一保安監禁處分，在刑法學界上被批評為幾乎具有終身監禁之效果。¹²然而，由於德國憲法院將受刑人的再社會化利益提升到憲法地位，認為屬於受刑人之特殊基本權利，而長期剝奪自由且收容於機構內的保安監禁處分，對於受刑人之「再社會化」具有負面影響，因此德國法院對於判處保安監禁處分，向來非常謹慎，受此處分之受刑人並不多見。¹³

保安監禁處分的對象，主要針對具有暴力傾向或侵害性自主傾向之累犯。根據德國刑法第 66 條規定，主要對象為「行為人因故意而被判處二年以上自由刑，且該犯罪型態為侵犯生命、身體健康、個人自由或性自主」。換言之，主要是針對暴力犯罪而來。

此外，除了所犯是暴力犯罪或性侵害犯罪之外，其他要件尚有，「行為人在此次犯罪之前，已經二度被判處自由刑，且每次均判處 1 年以上自由刑」，且「已經因為以前所犯之罪行接受過至少 2 年之自由刑或剝奪自由的保安處分」，

¹⁰ Ullenbruch, in: Münchener Kommentar, StGB, §66, Rn. 26.

¹¹ Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，德國刑事追訴與制裁，2008，頁 126。

¹² Ullenbruch, in: Münchener Kommentar, StGB, §66, Rn. 29.

¹³ 根據文獻記載，於 2006 年法院判決保安監禁處分共 83 案，此可參考 Hans-Jürgen Kerner 著，許澤天、薛智仁譯，德國刑事追訴與制裁，2008，頁 128；而另有文獻指出，德國刑事司法實務於 2015 年核定保安監禁處分者僅 47 名，參見甘添貴總主編、林東茂主編，德國刑法翻譯與解析，2018，頁 99。

最重要的是，「行為人與其行為經整體評價顯示有嚴重侵害被害人心理與身體之傾向者，且在判決時已對公眾造成危害」。

二、對性侵害犯之累犯加重規定

除了前述保安監禁處分之外，德國於 1998 年通過的「抗制性犯罪與其他危險暴力犯罪法案」，恢復了對於性侵害犯的累犯處罰規定。此一規定乃針對兒童性侵害犯所為之加重處罰。其立法背景源自於德國在 1996 年一位七歲小女孩 Natalie Astner 遭到前科累累的性侵害犯罪者綁架，且在被性侵後殺死。德國遂於 1998 年透過第六次刑法修正案以及「對抗性犯罪及其他危險犯罪法案」，在刑法第 176a 條中，對於 5 年內再犯兒童性侵害之犯罪人，制定較重之刑罰。

德國刑法第 176 條第 1 項之規定為，對未滿 14 歲之兒童為性行為或使兒童對行為人為性行為者，處 6 月以上 10 年以下自由刑。第 2 項規定為，促使兒童對第三人為性行為，或令兒童任由第三人對其為性行為者，處相同之刑罰。第 176a 條規定則為，刑法第 176 條第 1 項、第 2 項對兒童性侵害之犯罪，行為人於 5 年之內曾因此類犯行受有罪判決確定而再犯者，處 1 年以上自由刑。

前開德國刑法第 176a 條規定，學說上有人將此認定為是一種類似舊刑法第 48 條一樣的「累犯」規定，而且必須是初犯與再犯均犯兒童性侵害行為者，始有加重處罰之適用。¹⁴然而，多數文獻則是將此條規定視為第 176 條兒童性侵害罪的加重處罰規定（Qualifikation des §176）。¹⁵此一加重處罰規定，是將 5 年內再犯同類型之兒童性侵害罪，作為加重處罰事由，而且對此類再犯行為給予一個較初犯刑度為高的獨立法定刑。這樣的立法模式，採取的是再犯相同犯罪者「一律」加重處罰的立法模式，此在學說上不乏批評聲音，認為已有違憲之虞。因為 1979 年德國聯邦憲法法院對於累犯合憲性之解釋中（已如前述），要求累犯是否加重處罰，必須依「個案」評估而決定是否給予較嚴厲的責難，不得一律加重，且是否再犯兒童性侵害犯罪，有可能涉及被告個人心理因素、精神狀態、個人特質或生活狀況等因素，不能一概認定為其無視於前次判決的警告作用。¹⁶

雖然說德國刑法第 176a 條亦是針對累犯加重之規定，但與我國刑法第 47 條累犯加重制度又不相同。不同之處在於，德國刑法第 176a 條規定中之初犯與 5 年內再犯之犯罪類型必須相同，也就是必須都是兒童性侵害行為，這樣的立法模式，較能聚焦於認定再犯者是否具有較高的危險性或社會危害性。然而我國刑法第 47 條規定，不管初犯與再犯之犯罪類型是否相同，只要是故意犯有期徒刑以上之罪，就認定為具有較高的危險性或社會危害性，這樣的對犯罪人危險性的預設，完全沒有犯罪學之實證依據，也非根據實際個案進行評估判斷，不僅不符合罪責原則，也屬無目的方向的胡亂加重規定。

¹⁴ Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, Eine systematische Darstellung für die Praxis, 2005, S.171.

¹⁵ Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, §176a, Rn. 1; Fischer, StGB, 62. Aufl., 2015, §176a, Rn. 1.

¹⁶ Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, §176a, Rn. 3.

三、 德國 2018 年累犯加重處罰草案

德國 1986 年廢除累犯規定之後，關於累犯規定最新的發展情形是，於去年年底，亦即 2018 年 12 月 11 日聯邦議會提出「累犯加重處罰草案」(Entwurf eines Gesetzes zur Strafschärfung bei Rückfall)¹⁷。其草案中說明，對於對別值得保護之法益如生命、身體完整性、人身自由與性自主決定權，或是較具重要性的輕罪，如有行為人一而再、再而三地對他人此等法益加以侵害，如不加重處罰，將動搖民眾對於法治國的信賴，因此對於特定犯罪類型，如有第 3 次再犯者，將提高其法定刑的最低限度而予以加重處罰。因而草案中主張制定刑法第 48 條規定。本草案之相關規定如下：

草案中之第 48 條第 1 項規定：行為人至少兩次因故意犯罪而受有罪判決宣告，且已經一次或多次受三月以上自由刑之執行，故意再次犯罪，且此次犯罪之方法與情狀顯示先前之有罪判決不足以發揮警告作用，則判處法定刑期一半以上之刑罰。

草案中之第 48 條第 2 項規定：倘若行為人所犯者為重罪 (Verbrechen)¹⁸，且與先前犯罪侵害的是相同法益或同類型法益，或是出於同種類值得非難之動機，或是根源於同樣的性格缺陷而犯之，且符合前項之規定，則其法定刑之最低刑期應為 5 年以上自由刑。

草案中之第 48 條第 3 項規定：第 2 項之情形，倘若行為人之犯罪行為顯露出特別危險之傾向，且指向反覆侵害他人之生命、身體完整性、人身自由與性自主決定權等法益，則其法定刑之最低刑期應為 10 年以上自由刑。

草案中之第 48 條第 4 項規定：第 1 項與第 2 項之適用，只有在該罪法定最低刑度沒有高於第 1 項、第 2 項所定最低刑度時，才予以適用。自由刑之法定最高刑度則不能變更。

前面草案中所定的累犯加重處罰規定，與我國目前第 47 條之規定，幾乎完全不同。相異處有以下幾點：

- 1、 不管是輕罪或重罪之累犯，均必須第 3 次犯罪，才能加重處罰。
- 2、 草案中所謂的加重處罰，第 1 項屬輕罪再犯的加重處罰規定，此項規定並不要求初犯與再犯必須是違犯相同罪名或侵害相同法益之犯罪。但是否予以加重處罰，法官必須針對個案加以裁量與判斷，考量是否先前之刑法不足以警示犯罪人，並以此作為加重處罰之依據。至於第 2 項與第 3 項之重罪的再犯，則必須與先前犯罪所侵害的是相同法益或同類型法益，或是出於同種類值得非難之動機，或是根源於同樣的性格缺陷而犯之，始可加重處罰，且亦屬必須個案判斷評估，以決定是否加重處罰。然而我國刑法第 47 條，對於累犯加重規定，法官對於符合要件者，並無就個案判斷是否予以加重的裁量

¹⁷ BT-Drucks. 19/6371 v. 11.12.2018

¹⁸ 德國刑法區分輕罪 (Vergehen) 與重罪 (Verbrechen)，根據德國刑法第 12 條第 1 項之定義，重罪指得足一年以上自由刑之犯罪。

權，也就是對於加重之必要性並無裁量餘地，屬於強制性必須一律加重之規定。

- 3、草案中不管第 1 項、第 2 項或第 3 項之規定，所謂累犯加重處罰之意義，僅在於調高法定刑期之最低刑度，亦即強迫法官必須給予被告較高的法定最低刑期。至於法定刑期的最高刑度，則不能同步加重。此一規定與我國刑法累犯加重規定極不相同，我國刑法之累犯，必須加重其刑至二分之一，所謂加重，必須將法定刑期之最高度與最低度同時加重（第 67 條規定），如此加重法定刑之最高度，其實已侵蝕了罪責原則。

累犯加重處罰之正當性

報告人 王皇玉 (台大法律系教授)

累犯之基本概念

累犯，概括而言，指的是一個人至少因為犯罪而被處罰過一次，而又再度犯罪。

累犯加重處罰，其思想來自於**特別預防理論**，亦即認為一犯再犯之人，**習於為惡**，或是**具有危險性格**，因此對於此類危險性格強烈之人，應該給予較重之處罰。

民國17年舊刑法關於累犯加重處罰之立法理由，有謂「凡已受刑之執行，復再犯罪，**此其人習為惡，實為社會之大愆**，若仍繩以初犯之刑，有乖刑期無刑之義，故本章特設規定。」

累犯加重處罰規定，在19世紀末期世界各國之刑法法典化時代，是非常普遍的立法，然而在20世紀中期之後，逐漸受到批判。

累犯與「危險性」之關連？

累犯加重的「預設概念」，是一犯再犯之人，對社會之危害性較大，所以必須加重處罰。然而從犯罪學角度來看，不管「危險性」之認定，或是「累犯加重制度」，均與再犯預防理念背道而馳。

就累犯之危險性來說，究竟哪一種型態的「一犯再犯」，才能認為具有較高的危險性格或對社會危害較大？是第1次與第2次所犯罪質或類型相同（例如第一次犯竊盜罪，第二次又再犯竊盜罪）；抑或第二次犯罪之罪質與類型與第一次犯罪不需相同（例如第一次犯竊盜罪，第二次又再犯傷害罪）？

一般而言，對於一犯再犯「相同罪名」之人，通常會被認為其危險性較為重大。然而我國刑法第47條則不加以區分前面兩種再犯型態之差異性，一律認為具有同樣的危險性，而給予相同的加重其刑至二分之一的法律效果，已經違反平等原則。

從犯罪學角度看累犯

一犯再犯「相同罪名」之累犯，可能被認定具有犯此類犯罪之「癖好」，例如性侵害犯、暴力犯、詐欺犯；也可能是因為「成癮」而一犯再犯，例如酒癮者一再酒後駕車，吸毒者一再施用毒品。對於有「犯罪癖好」或「成癮性」的犯罪人，給予的刑事制裁，並非加重刑罰，而是給予保安處分，例如對成癮者施以戒癮治療，或德國刑法第66條之保安監禁處分。

一犯再犯「不同罪名」之累犯，從犯罪學觀點來看，不必然是危險性較高之人，而是一種無法再社會化或更生失敗之人。有期徒刑乃剝奪自由，高連帶也中斷或破壞受刑人在原來社會生活中既有的人際關係，例如家庭、教育、社交、工作關係，形成犯罪人後來復歸社會的阻礙。此外，受刑人離開監所後，易受社會排斥與貶抑。因為標籤化、烙印化常使受刑人經營業務之惡性循環。「累犯加重處罰制度」並不會使其更能知所警惕而不再犯罪，反而才是製造其再度犯罪的更本原因。

累犯加重制度有違罪責原則

將累犯者貼上「危險者」的標籤，這樣制度可以被歸類為「行為人刑法」。所謂「行為人行為」，其處罰依據，不以犯罪人過去是否違犯一個客觀的不法行為為必要，而以犯罪人的平日素行、或是具有的潛在危險性格作為刑罰依據。已被宣告違憲且於民國98年1月廢除之「檢肅流氓條例」，即是一種「行為人刑法」，只要被認定為品格不佳、素行不良（以「霸佔地盤」、「白吃白喝」、「耍挾滋事」、「欺壓善良」、「品行惡劣」、「遊蕩無賴」作為認定標準），即可被提報為流氓。

刑法上的罪責原則，採行的是「行為刑法」，亦即，一個人所負之罪責，必須以行為人「過去」所為之不法行為作為基礎，而不是以行為人潛在的危險性格為基礎。此外，刑罰必須與罪責相當，亦即，一個人所受刑罰之輕重，應以行為人過去所為不法行為的惡害大小相對等。

應以罪責原則清算刑罰

過去之行為不應「重複評價」：一個曾經犯過罪的人，又再度犯罪，其先前所犯之罪，倘若已受刑罰制裁完畢，代表他這次應負的刑責已經清算完畢，即便五年內故意再犯有期徒刑以上之罪，仍應以再次犯罪的不法行為之程度作為基礎，論定該次應負之刑責，若將過去犯罪在這次犯罪量刑中作為加重理由，已屬「重複評價」。

1979年德國聯邦憲法法院認定，累犯者是否加重處罰，應就個案認定，不得一概加重。聯邦憲法法院認為刑法第48條（1986年廢除）之累犯規定雖未違憲，但僅有在下列情形始可適用累犯規定：亦即對於單一個案進行檢驗後，對被告之責難，從其犯罪行為之態樣與情狀來看，其先前犯罪行為所為之判決已不足以對其發生警告作用，則此次判決對其提高責難而加重刑罰，始符合罪責原則而不違反憲法。

現行實務上存在「雙重加重」之風險：法官在刑法第57條量刑事由中，因犯罪人不是初犯而是再犯，心證上已先以較重的刑罰裁量，此外，另以累犯加重規定再次的加重。

德國刑法上之保安監禁處分

德國累犯規定在1986年刪除之後，對於具高危險性的再犯者，仍然留有相應措施，亦即德國刑法第66條之保安監禁處分（Sicherungsverwahrung）。

保安監禁處分源自於社會防衛思想，與累犯加重相同，主要針對「危險的習慣犯」而設，但性質不是刑罰，而是一種補充性質的保安處分，亦即對於具危險性的累犯之人，除了刑罰之外，另外可以宣告具有監禁性質的保安監禁處分。

監禁處分期間：1933年制定時採取不定期刑規定；1975年時修法改為監禁期間以十年為限；在1998年因「抗制性犯罪與其他危險暴力犯罪法案」修正為，十年期限不再是絕對上限，而是於十年期間屆滿前，委由法院就個案予以評估審查是否延長期間。

批判：被批評為幾乎具有終身監禁之效果；與憲法保護受刑人的再社會化基本權利有違。故法院適用時非常謹慎，受此處分之受刑人並不多見。

保安監禁處分之要件

- 1、行為人因故意犯罪而被判處二年以上自由刑，且該犯罪型態為侵犯生命、身體健康、個人自由或性自主。換言之，主要是針對暴力犯罪而來。
- 2、行為人在此次犯罪之前，已經二度被判處自由刑，且每次均判處1年以上自由刑。換言之，必須至少第3次犯罪，才能宣告此一處分。
- 3、已經因為以前所犯之罪行接受過至少2年之自由刑或剝奪自由的保安處分。
- 4、行為人與其行為經整體評價顯示有嚴重侵害被害人心理與身體之傾向者，且在判決時已對公眾造成危害。對此要件，必須個案中根據鑑定意見加以評估。

對性侵害犯之累犯加重規定

德國於1998年通過的「抗制性犯罪與其他危險暴力犯罪法案」，恢復對性侵害犯的累犯處罰規定。亦即於刑法第176a條制定累犯加重規定。

立法源由：乃針對兒童性侵害犯所為之加重處罰。立法背景源自於德國在1996年一位七歲小女孩Natalie Astner遭到前科累累的性侵害犯罪者綁架，且在被性侵後殺死。德國遂於1998年透過第六次刑法修正案以及「對抗性犯罪及其他危險犯罪法案」，增定刑法第176a條，對於5年內再犯兒童性侵害之犯罪人，制定較重之刑罰。

第176條第1項之規定為，對未滿14歲之兒童為性行為或使兒童對行為人為性行為者，處6月以上10年以下自由刑。

第176a條則規定，刑法第176條第1項、第2項對兒童性侵害之犯罪，行為人於5年之內曾因此類犯行受有罪判決確定而再犯者，處1年以上自由刑。

德國第176A條規定

本規定之性質有不同見解：

少數說：有人將此認定為是一種類似舊刑法第48條一樣的規定，而且必須是初犯與再犯均犯兒童性侵害行為者，始有加重處罰之適用。「累犯」

多數說：多數文獻則是將此條規定視為第176條兒童性侵害罪的加重處罰規定，亦即將5年內再犯同類型之兒童性侵害罪，作為加重處罰事由，而且對此類再犯行為給予一個較初犯刑度為高的獨立法定刑。

批判：1、此一立法模式，乃對再犯相同罪名者「一律」加重處罰，已有違憲之虞，因為1979年德國聯邦憲法法院對於累犯合憲性之解釋中，要求累犯是否加重處罰，必須依「個案」評估而決定是否給予較嚴厲的責難，不得一律加重。2、是否再犯兒童性侵害犯罪，有可能涉及被告個人心理因素、精神狀態、個人特質或生活狀況等因素，不能一概認定為其無視於前次判決的警告作用

德國現行累犯加重制度與我國制度之差異

德國刑法：相同罪名才能加重

德國刑法第176a條規定中之初犯與5年內再犯之犯罪類型與罪名，必須相同，必須都是兒童性侵害行為，這樣的立法模式，較能聚焦於認定再犯者是否具有較高的危險性或社會危害性。

我國刑法：不同罪名也可加重

我國刑法第47條規定，不管初犯與再犯之犯罪類型或罪名是否相同，只要是故意犯有期徒刑以上之罪，就認定為具有較高的危險性或社會危害性，這樣的對犯罪人危險性的預設，完全沒有犯罪學之實證依據，也非根據實際個案進行評估判斷，不僅不符合罪責原則，也屬無目的方向的胡亂加重規定。

德國2018年累犯加重處罰草案

德國累犯規定最新的發展情形是，於去年年底（2018年12月11日）聯邦議會提出「累犯加重處罰草案」（Entwurf eines Gesetzes zur Strafschärfung bei Rückfall）。草案中主張再次制定刑法第48條規定。

理由：對於對別值得保護之法益，如生命、身體完整性、人身自由與性自主決定權，或是較具重要性的輕罪，行為人一而再、再而三地對他人此等法益加以侵害，如不加重處罰，將動搖民眾對於法治國的信賴，則對於再犯特定犯罪類型之人，如屬第3次再犯者，將提高其法定刑的最低限度而予以加重處罰。

對輕罪之累犯：草案第48條第1項規定：「行為人至少兩次因故意犯罪而受有罪判決宣告，且已經一次或多次受三月以上自由刑之執行，故意再次犯罪，且此次犯罪之方法與情狀顯示先前之有罪判決不足以發揮警告作用，則判處法定刑期一半以上之刑罰。」例如法定刑為3年以下自由刑，則法官至少必須判1年6月以上自由刑。

累犯加重處罰草案之第48條規定

草案中之第48條第2項：倘若行為人所犯者為重罪（*Verbrechen*），且與先前犯罪侵害的是相同法益或同類型法益，或是出於同種類值得非難之動機，或是根源於同樣的性格缺陷而犯之，且符合如同第1項一樣之前行為，則其法定刑之最低刑期應為5年以上自由刑。

草案中之第48條第3項：前項情形，倘若行為人之犯罪行為顯露出特別危險之傾向，且指向反覆侵害他人之生命、身體完整性、人身自由與性自主決定權等法益，則其法定刑之最低刑期應為10年以上自由刑。

草案中之第48條第4項：第1項與第2項之適用，只有在該罪法定最低刑度沒有高於第1項、第2項所定最低刑度時，才予以適用。自由刑之法定最高刑度則不能變更。

德國草案第48條與我國法之差異

一、累犯定義

德國法：不管是輕罪或重罪之累犯，均必須第3次犯罪，才能加重處罰。

我國法：第2次再犯，就必須加重。

二、所犯罪名是否必須相同

德國法：第1項屬輕罪再犯的加重處罰規定，此項規定並不要求初犯與再犯必須是違犯相同罪名或侵害相同法益之犯罪。至於第2項與第3項之重罪的再犯，則必須與先前犯罪所侵害的是相同法益或同類型法益，如果是不同罪名，則必須出於同種類值得非難之動機，或是根源於同樣的性格缺陷而犯之，始可加重處罰。

我國法：初犯與再犯是否違犯相同罪名或不同罪名，並不要求。

德國草案第48條與我國法之差異

3、法官可否裁量是否加重

德國法：第1項對於輕罪之累犯，或第2、3項重罪之累犯，是否予以加重處罰，法官均必須針對個案加以評估、判斷與裁量，法官應考量是否先前之刑法不足以警示犯罪人，並以此作為加重處罰之依據。就第2、3項而言，如屬犯不同罪名，則應評估是否出於同種類值得非難之動機，或是根源於同樣的性格缺陷而犯之，就此亦必須個案判斷評估。

我國法：法官對於符合法條所定要件者，並無就個案判斷是否予以加重的裁量權，也就是對於加重之必要性並無裁量餘地，屬於強制性必須一律加重之規定。

德國草案第48條與我國法之差異

4、累犯加重方式

德國法：不管第1項、第2項或第3項之規定，所謂累犯加重，僅調高法定刑期之最低刑度，亦即強迫法官必須給予被告較高的法定最低刑期。至於法定刑的最高刑度，則不能同步加重。

我國法：累犯加重其刑至二分之一，所謂加重，必須將法定刑期之最高度與最低度同時加重（第67條規定），如此加重法定刑之最高度，其實已侵蝕了罪責原則。

謝謝各位聆聽

刑法累犯加重處罰規定是否違憲案

台灣大學法律學院
林鈺雄教授

2019.01.15 說明會發言題綱

一、立法政策或違憲問題？

(一) 立法政策之批評¹

1、

就立法例言，對此剛好有兩種對極的立法方向，一是如德國刑法，1986年時就廢除（1969年才引進的）累犯規定，脫離行為人刑法及重刑思想；二是如美國的三振法，三犯者極端加重，使其與社會（更）長期隔離（被三振者從社會永久「出局」）。2005年新法修正時，1.仿效德國立法例廢除累犯、2.引進美國三振刑及3.維持現行折衷的累犯處罰者，三種主張各有擁護者，結果是大致維持舊法累犯規定。

2、

【案例 18-2：假釋累犯案】

T 因於 2000 年 1 月 1 日犯加重竊盜罪，被法院判處有期徒刑 2 年，於同年 9 月 20 日判決確定，並於同年 9 月 25 日入監執行，一年後經假釋於 2001 年 10 月 1 日釋放離開監獄。試問下列情形，T 所犯後罪是否應論以累犯而加重其刑？

- 1、設 T 於入監執行前一天，即 2000 年 9 月 24 日，故意傷害 O。
- 2、設 T 於經釋放出獄數日後，即 2001 年 10 月 10 日，故意傷害 O。
- 3、設 T 於假釋期間內未犯他罪，但假釋期滿後，T 於 2004 年 10 月 10 日，故意傷害 O。

累犯要件：後罪發生於執行完畢或一部執行而赦免後 5 年內。據此，前罪「僅一部執行而非受赦免」者，縱使行為人於 5 年內再故意犯後罪，亦無從成立累犯。…「假釋期間內」（25 非 101；僅為撤銷假釋之原因），最後一項凸顯累犯加重的輕重失衡之處，最具爭議性。

假釋再犯，雖然有撤銷假釋的因應之道，但撇開犯罪損害結果已經造成的既成事實不談，現行制度還有一大問題：假釋期間再犯者，雖可撤銷假釋，但卻不能論

¹ 參林鈺雄，新刑法總則，6 版，2018 年，頁 639、654-655、680。

以累犯（不符§47I 之要件；【案例 18-2.2：假釋累犯案】），這使得累犯加重處罰的基礎產生輕重失衡的現象：被寬待而假釋不知悔改者的「新鮮」犯罪反而不能加重？道理何在？

3、

大量短期自由刑、大量實務執行困擾

4、

仿效日本刑法第 56、57 條，而非德國舊刑法第 48 條（有行為罪責之要件限制）

（二）違憲質疑？

罪責原則、罪刑相當原則、比例原則/過度禁止、一罪不二罰？

二、德奧法例

（一）德國刑法變遷：分則（RStGB）→總則→分則（1986~, § 176a I StGB）

※ 德國（舊）刑法第 48 條 【累犯】→刪除（1986 年）；第 46 條量刑時考量行為人之過往生活，仍保留。

※ 德國聯邦憲法法院 1979 年之合憲性裁判：BVerfG, 16.01.1979 - 2 BvL 4/77：
§ 48 StGB ist verfassungsgemäß

※ 德國刑法第 176 條 【對兒童的性侵害】

I. 對於未滿十四歲之人（兒童）實施或任其對己實施性的行為者，處六個月以上十年以下有期徒刑。

II. 促使兒童與第三人實施性的行為或促使其任由第三人對之實施性的行為者，亦同。

※ 德國刑法第 176a 條 【加重對兒童之性侵害】²

I. 對兒童犯第 176 條第 1 項與第 2 項之性侵害罪，行為人若於過去五年內曾因此等犯行判決有罪確定，處一年以上有期徒刑。

（二）奧地利刑法：以加重量刑事由為例

※ 奧地利刑法第 33 條【特別的加重量刑事由】

² § 176a StGB (Schwerer sexueller Mißbrauch von Kindern) : (1) Der sexuelle Mißbrauch von Kindern wird in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wenn der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre wegen einer solchen Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist.

1. 特別加重量刑事由，尤其是行為人有下列情形者：
…2. 曾經因實施相同損害傾向的犯行而被判有罪者。

三、合憲性爭點

(一) 加重的三個連結點：前行為 (A) v. 後行為 (B) v. 行為人 (甲)

※ 甲前犯 A 罪，已受處罰，之後再犯 B 罪，為累犯 (數行為/數罪、數案件)

(二) 罪責原則/罪刑相當原則 + 一罪不二罰原則？

1、無罪責即無刑罰 (nulla poena sine culpa; Keine Strafe ohne Schuld)。
導源於法治國原則 + 人性尊嚴保障 (BVerfGE 20, 323, 331; 45, 187, 228)

2、罪刑必須相當/過度禁止。

刑罰輕重反應犯行及行為人罪責高低 (BVerfGE 6, 389, 439; 45, 187, 228)，此部分與憲法的過度禁止原則之保障重疊 (BVerfGE 34, 261, 266)。

任何法定加重事由以加重的罪責為前提，且加重的刑罰範圍又受過度禁止限制，不可以和加重的罪責之間不成比例 (BVerfG JZ 1979, 224)。

(三) 於累犯加重之審查及運用

1、基本原則

- 若評價前行為 A (+甲行為人) → 已違反 1，且必違反一罪 (A) 不二罰原則
- 若評價後行為 B (+甲行為人) → 不違反 1，要審查 2
- 在行為罪責範圍內考慮行為人因素之加重，並不違反 1、2 (行為人從其反覆犯行的危險性有特別的預防必要、被告的刑罰感受能力)

2、§ 48 StGB a.F. 評價 A 或 B？

→ BVerfG JZ 1979, 224 ff. → 評價 B！

立法 § 48 StGB a.F.：考量系爭非難犯行的方式與情況，行為人未因先前有罪犯行而知所警惕；

實務 BGHSt 2, 360 f.：行為人跨越先前犯行被判有罪的犯罪動能抑制門檻，顯示 B 犯行具有較高的犯罪能量及提高的罪責

3、我國刑法第 47 條：評價前行為 A 或後行為 B？

→合憲性限縮，立法條文仿日刑法非欠仿德舊刑法，無法看出來一定是評價 B 而非評價 A，也看不出來累犯是限定在個案 B 罪責有提高的情形！

(四) 我國刑法第 48 條違反一事不再理？→訴訟權保障之盲點

1、

若罪責連結後評價 A 前犯行：違反一罪不二罰，當然也違反一事不再理 (ne bis in idem)

2、

若罪責連結後評價 B 後犯行：→雖不違反一事不再理，但違反聽審權、訴訟權保障

刑法第 48 條之更定其刑，加重處罰雖屬「實體裁定」，但以不經言詞辯論的 (逕行) 裁定為之，且實務亦不事先通知被告或其辯護人表示意見，故聽審權之請求資訊權、請求表達權及請求資訊權，皆未受保障。而抗告救濟程序亦同。且確定後對裁定又不得提起再審 (102 台抗 170)。

累犯規定是否違憲？

擬議人：柯耀程（中正大學榮譽教授·東海大學特聘教授）

爭點議題：

- 一、刑法第 47 條第 1 項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」累犯加重其刑，有無違反憲法一行為不二罰原則？又不問前、後罪之犯罪類型、犯罪行為人之罪責及犯罪情節輕重，一律須加重本刑，有無違反憲法罪責原則、罪刑相當原則（比例原則）、平等原則或法律明確性原則？
- 二、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。」是否違反一事不再理原則？

意見說明：

壹、加重規範違憲

一、處罰基礎的問題意識

累犯一詞本屬於是常用語的形式，將其作為法律規範的概念，主要係源自德文「Rückfall」，其概念型態有二：1、反覆性犯罪：意指行為人反覆性實行犯罪行為者，此即具有重複性的犯罪行為者，此屬於犯罪學研究的概念範疇；2、刑後再犯：行為人既有犯罪行為，經程序確認並加以處罰之後，行為人再犯者，此為刑法的累犯概念。長期以來，刑法對於累犯的認知，大多不認為其有太大的問題，甚至認為累犯的規定，應具有喝阻犯罪再犯的效應，甚至一直也做如此的確信。觀德國刑法的演變，長期以來，對於累犯的認知，將再犯者作為刑罰加重事由，並不認為有任何問題存在，即使時至 1970 年其刑法中§48 a.F.仍舊保留著 Rückfall 的規範，且從原本僅對於特定財產犯罪

(如竊盜、強盜、詐欺等)的適用，擴及到全般犯罪均適用；至 1986 年其刑法修正時，才將此規定予以廢除。然至今仍可見諸於各別規定之中(如德國刑法§176a 的規定是)。德語系國家的刑法概念，多以此作為理解的基礎，亦可見此一概念存在於其刑法規範中的情形，諸如奧地利刑法§§23~25、31、33、39、47、48、59、73、198、322 等，瑞士刑法 Art.93。大陸法系國家的刑法中，固仍有累犯概念的存在，但大抵均非作為刑罰加重的規定，而是作為具體矯治處遇的前提條件。反觀現行刑法第 47 條的基本規定，累犯仍舊屬於刑罰加重的事由，其自然也衍生出累犯作為刑罰加重的正當性與合憲性問題。

在法治國理念下，規範必須具備有其存在的正當性(合憲性的基礎)，方得以作為具有實現性的法律，而在其適用效力上，不生質疑。依刑法第 47 條，累犯係作為刑罰加重的理由，此種因行為人曾因犯罪而受刑之執行所生的加重條件，乃屬於行為人素行的因素，作為刑罰加重的條件，其自然與建構在法定原則基礎的刑法理念，會有相當程度不相容的扞格。不論從學理的詮釋關係來看，將累犯作為加重事由，在前提的基礎上，都無法通過刑法原則的檢視，不論是在法定原則、行為刑法基礎、罪責原則、重複處罰禁止原則(超量禁止原則)等等，單純以行為人既往的素行，以作為其再犯罪的刑罰加重事由，刑罰加重的形成基礎，幾無有正當性存在，此屬於老生常談的認知，於此毋須再予贅述。然欲求此概念於刑法中的存在，其既顯無正當性，何以仍得以存續於刑法規範之中？顯然必須進一步探求其本質與其應然。

二、一段歷史

早在 2005 年前刑法修正期間，對於累犯問題即早有檢討，刑法第 47 條~第 49 條的規定，當時程現出二極端的歧見：1、學術普遍性的認知(這是學界難得較為一致的情況)，經過諸般學理及基礎原則的檢視，都不認為累犯加重的規定，有其正當性存在，均認為將累犯作為刑罰加重的規定，乃為素行刑法，而非行為刑法，其與法定原則等基本原則均不相容，實宜予以廢除；2、法務部立場則立於擴大累犯規定的適用範圍，除既有的累犯規定之外，更是圖導入所謂「三振法案(Strike three and than out)」的構想，欲增訂所謂「特別累犯」

的規定，後經折衝仍舊保留既有規定不予變動（惟三振構想仍被偷渡到刑法第 77 條假釋規定之中），方有如今的問題存在。

三、累犯存在基礎的嘗試

嚴格而言，累犯的存在，在刑罰理念中，並非屬於應加以排斥的概念，不論在預防思想中，不管是一般預防或是特別預防的理念，均可以看得到必須為累犯處理的基礎。甚至於將累犯作為刑罰加重的條件，在理論上並非全然無據。究其根源，主要係源自刑罰理論的一般預防構想，基於假設性的正義要求的理由，以及對於會有重複犯罪之人的刑罰加重，乃屬具有必要性的思維。在一般預防思想的基礎下，累犯作為加重處罰，乃屬於刑罰威嚇效應的一種必然形式，此種威嚇的效應，透過法律明文予以規範者，即屬於法定原則要求的基礎。

同樣地，特別預防構想下的思維，亦不否定累犯的存在，只是認為應做個別或處遇的處理，而不宜直接作為刑罰加重的事由。特別預防的思維，認為刑罰的加重或延長，並無助於對於犯罪的抗治，也無法因此使得較重的刑罰產生正面的效應，故累犯並非屬於刑罰加重的類型，而是將累犯視為是一種行為人「嗜犯性（sog. Hangtäter）」的性格危險表現，宜再刑罰效果中，做個別性處遇的保安手段處理。

在預防思想中，累犯概念均屬於檢視刑法法律效果的基礎，在一般預防思想下，認為累犯作為刑罰加重事由，可以具有一般性的威嚇效應；而在特別預防思維下，累犯是一種行為人性格缺陷的表徵，宜採取保安處遇的方式對治。在預防思想的推動下，現行大陸法系國家的刑法，對於累犯的處理模式，均以不採取加重的認知，而傾向作為保安處分對應的類型，諸如現行德國刑法、奧地利刑法、瑞士刑法等均然。惟將累犯作為保安處分處遇的前提，在具體運用上，仍有歧見。歧見所在，乃在於處遇時間是否應為確定，若屬於不確定的期間者，仍有不正當的疑慮，此於德國實務上都傾向不採用不定期間的保安處遇手段，其亦認為有違憲之虞。

四、加重或裁量基礎

累犯可否作為刑罰加重的基礎？其作為刑罰加重的事由，根本無法取得任何一種合乎刑法或憲法基本要求的正當性，此誠如李斯特

(Franz von Liszt) 所言：刑法是刑事政策所無法逾越的界限 (Das Strafrecht ist eine unüberschreitende Schranke der Kriminalpolitik) 當欠缺正當性的機制，欲作為刑罰形成或加重的基礎，當違反刑法的基本原則，刑罰的基礎，僅能在法定原則及罪責原則的要求下，方有其正當性存在。是以欲將累犯作為刑罰加重的事由，其顯然悖於刑法合憲性的諸種原則，根本是一種單純玄思結果的產物。

然累犯的概念，本屬於事實所存在的現象，其不論是一種反覆實行犯罪的樣態，或是一種前科受刑 (Vorstrafe) 的關係，當其有再犯罪時，對於其所犯之罪的刑罰適用關係，本應從其所為的行為，作為論罪的基礎，而在科刑上，除依據法定刑的約束之外，自得於該罪的法定刑中，依其行為情狀的程度，不論是行為的危險性，或是行為人的素行、態度等因素，作為具體處罰的衡量基礎，亦即累犯的概念，自得作為刑罰裁量的基礎事由。

貳、更定其刑

一、空洞謬誤的規範

刑法第 48 條的規定，乃屬實體法的程序規範，然此種規範存在著雙重的謬誤：1、欠缺更定其刑的基礎，如何得以依第 47 條的規定，單純做更定其刑的處理？此誠然誤解更定其刑的基礎條件及更定的應然前提；2、未經刑罰形成的審判程序，欠缺刑罰確認的正當性，根本無由得以為恣意性更定其刑的處理。刑罰的形成，必須經過正當程序的審判程序，方得以決定論罪科刑的基礎，科刑的關係，若未經審判程序的審酌，其所形成的刑罰，均不得稱之為科刑裁判，科刑本應以判決的形式為之，如何得以放任採取刑訴第 477 條聲請改定其刑的方式，作為具體刑罰科刑的基礎？此誠然是謬誤的規定。

二、更定其刑的基礎

刑訴第 477 條更定其刑的程序規定，乃屬於刑事執行程序的問題，作為刑事執行的基礎有二：1、罪刑判決確定：必須具備論罪並具體有科刑的基礎，方有刑事執行的前提，若屬於判決未確定者，並無啟動刑事執行程序的可能性；2、刑事執行僅能依據確認的法律效果，亦即科刑判決，若無科刑判決存在（諸如有罪但為刑訴第 299 條免刑

判決者，仍無執行的問題），根本不發生刑事執行的問題。而更定其刑者，乃屬於刑事執行的範疇，所以必須為更定其刑聲請者，必須在刑罰的形成上，同時具備有二以上的「執行刑」存在，其主要的事用關係，應在於刑法競合論數罪併罰的問題，特別是刑法第 53 條所存在的結構關係（實務常有誤用），倘若為存在有確定的應執行之刑，自無有以更定其刑的方式，來形成具體應執行之刑。刑法第 48 條規定，如於裁判確定後，發覺為累犯者，其固然依刑法第 47 條的規定，得作為刑罰加重事由，然此加重事由，乃屬於刑罰形成的基礎，法院若未審酌此一基礎，乃屬科刑衡酌未備的判決違背法令事由，其根本不能也無由得以聲請改定其刑，作為修復的關係，蓋其並非對於既以存在的執行刑，依法律規定所為的最終應執行刑確認的關係（主要為數罪併罰），既無應執行刑的形成，自無由得以單以裁定的形式，作為刑罰形成或加重的決定。對於聲請事由中所載的論述，此種認知誠屬正確，殊值得予以肯定。

刑法第 48 條的規定，單純以聲請改定其刑的方式處理，顯然違背刑罰形成的裁量程序，蓋其並非逕為加重 1/2 的改定，而是必須經過刑罰裁量的過程，其加重的比例與程度，仍須踐行刑的形成程序。遽然跳過刑的形成程序（或可能須為言詞辯論、或可能應踐行科刑意見陳述）。如此一來，刑罰的形成（不論其係源自法定刑或是加重的關係），似乎即可單純以裁定的方式為之（是否可以視為補判？），恐有正當法律程序的違誤。欲作聲請改定其刑者，應係指同一犯罪行為人，因其所犯之罪，受有二以上的應執行刑的裁判確定關係存在，為確認是否應為併罰之處置？所以責成負責執行的檢察官，檢視應執行的刑度範圍，如屬法律所要求單一應執行之刑者，應為聲請改定其刑。倘若未有存在經法院所為應執行之刑的確認者，根本無由得以改定其刑的聲請裁定方式，作為確認應執行刑罰的餘地。此誠屬刑法規範的謬誤。易言之，得以聲請改定其刑者，必須具有確認的應執行之刑，而非係以聲請改定的方式，作為刑罰加重或減輕的確認方式，更不得以聲請改定的方式，作為重新確認應執行之刑的機制。聲請改定者，必須以既有應執行之刑的存在，作為基礎，而非是以此方式，作為重新科刑的機制。

參、結語

刑法第 47 條~第 49 條關於累犯加重的規定，即無法再行法的基礎原則中，找到正當性的依據，其並非僅存在著違反基本原則之虞（不論是刑法的法定原則，其中習慣法直接適用禁止原則、明確性原則或是溯及既往禁止原則等；或是重複處罰禁止原則的違背，乃至程序法要求的正當法律程序、一事不再理等等屬於憲法層次的基礎原則），其根本就已經違反諸等原則（非僅之虞），其所以存在，仍舊僅在於一種玄想的基礎上，認為累犯的加重，似乎仍有刑事政策上的作用，亦即如一般預防構想所稱，刑罰的加重，乃具有社會心理威嚇的作用。是以累犯作為加重的規定，其作為加重事由的規範，乃屬於違憲，應予以刪除。

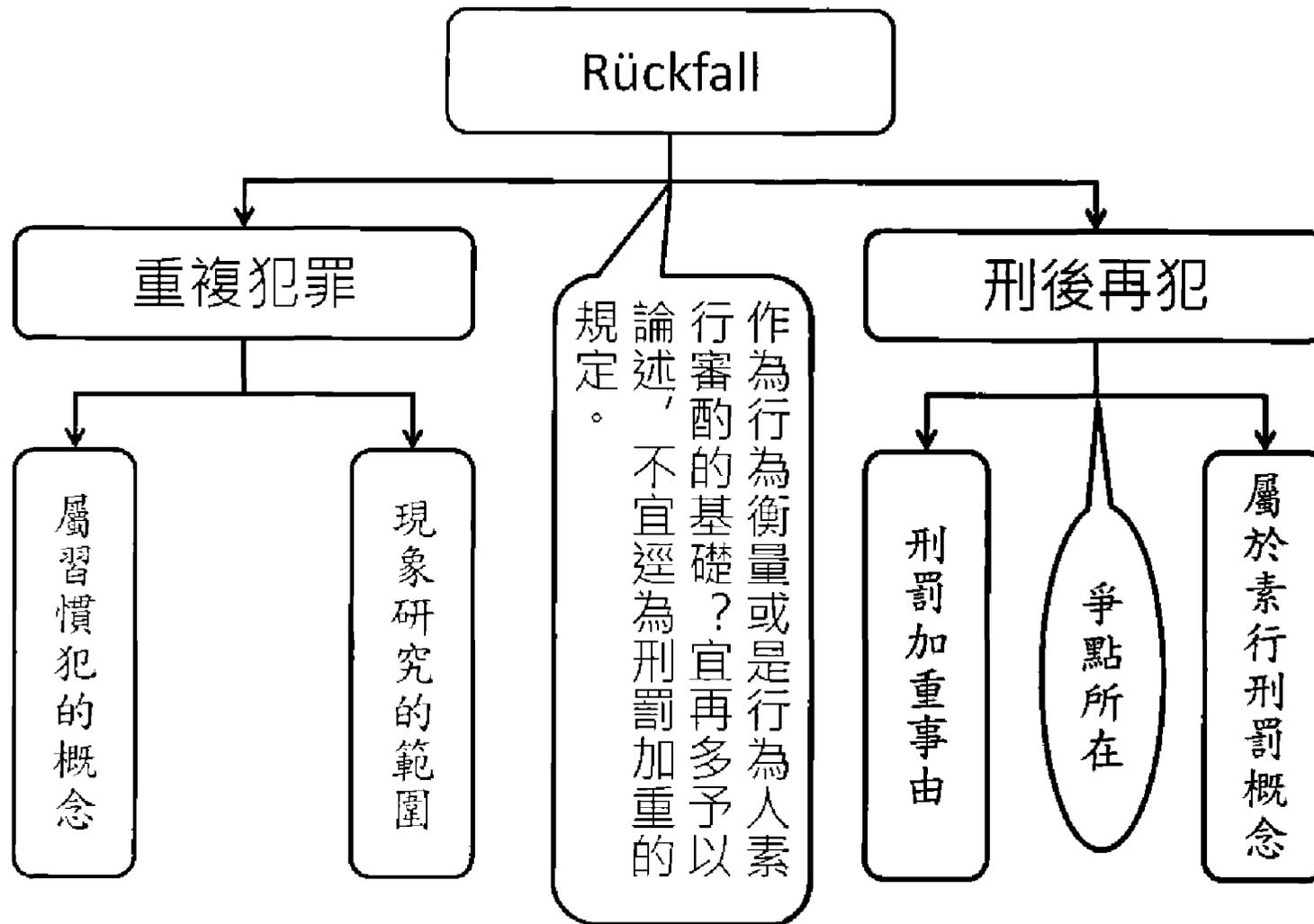
惟累犯的現象，可以有二面向的處理：1、可以作為刑罰裁量的基礎條件，蓋在刑罰裁量的基礎上，必須在法定刑的範圍節制下，一行為人及行為事實的全面性衡酌，以確認「刑當其罪、刑合所為」；2、作為決定是否作保安處分效果宣告的衡量基礎，此為累犯處遇的既有趨勢，亦為大陸法系國家刑法的常態。然應注意者，仍應避免過量的處罰或是對於基本權的現制。

刑法累犯規定是否違憲？

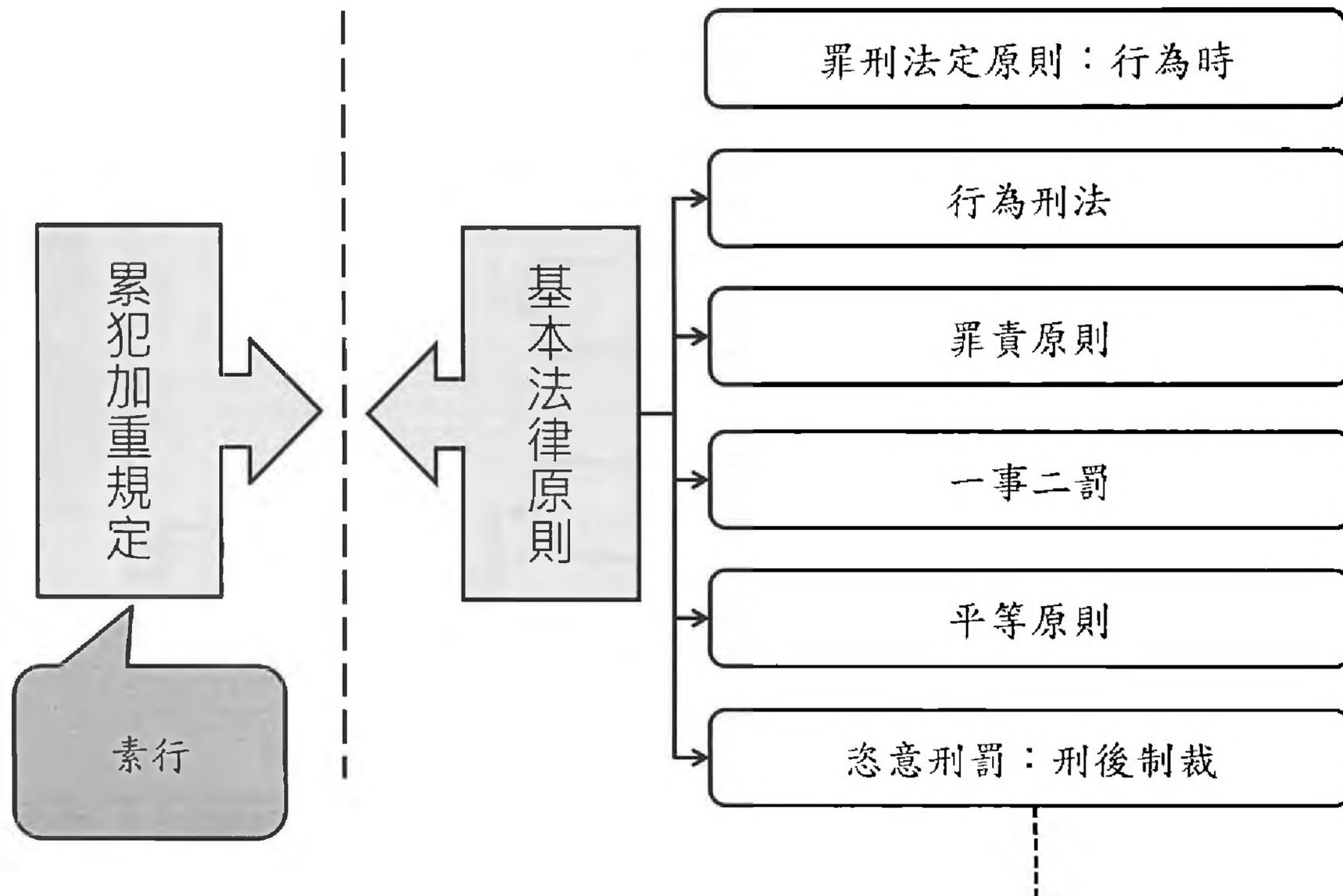
柯耀程

中正大學榮譽教授・東海學特聘教授

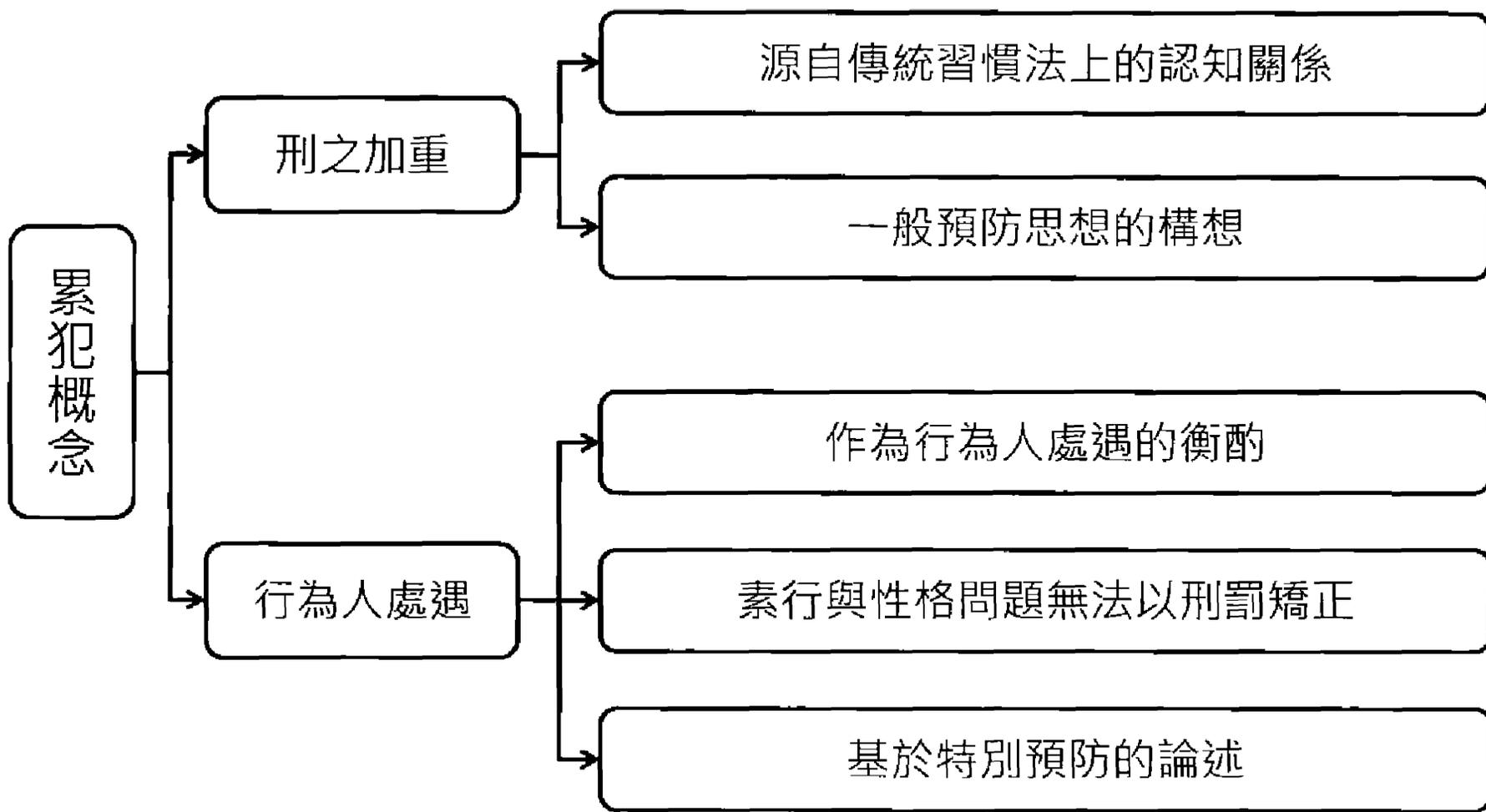
概念緣由



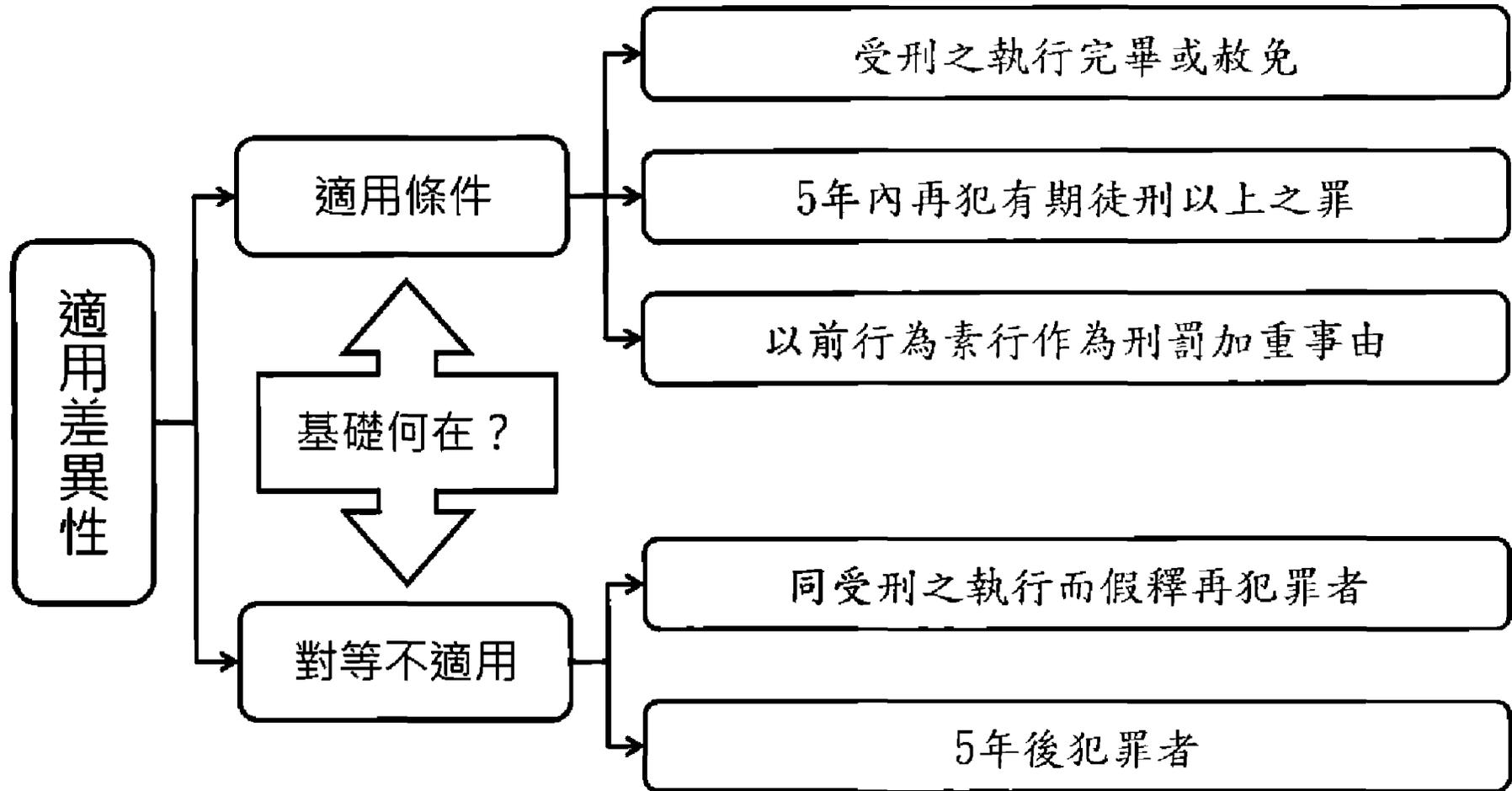
累犯與原則不相容性



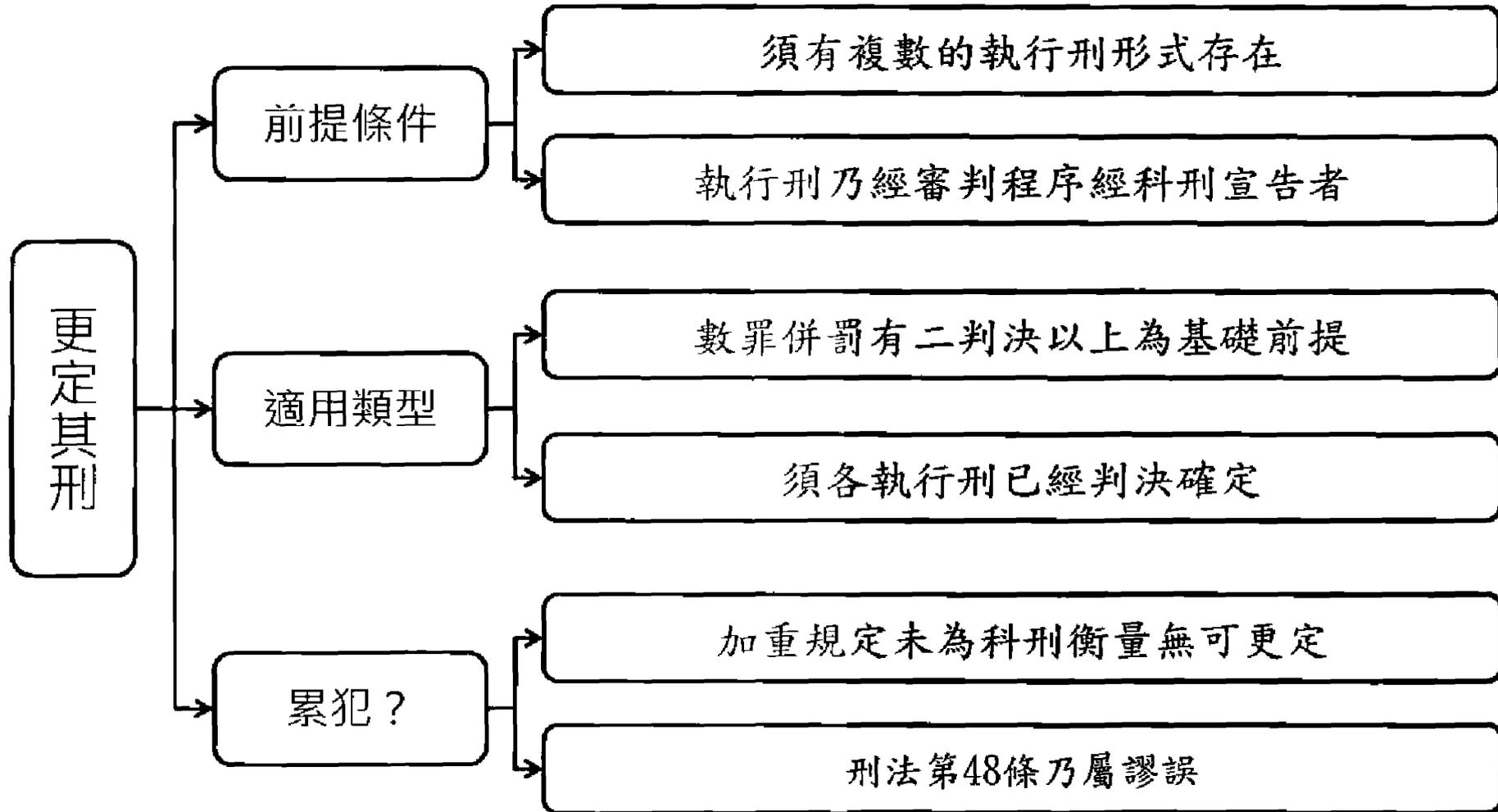
存立基礎探索



差異性結構



累犯更定其刑？



舉例對照

輕而重

因詐欺罪受1年刑之執行，期滿後5年內再犯強盜罪。依強盜罪之法定刑加重本刑至1/2

- 1、加重的1/2係強盜罪的本刑，條件為因詐欺受刑之執行。為何？
- 2、詐欺罪不是已經受處罰而執行完畢了嗎？

受刑而不適用

犯強盜罪受10年刑之宣告，執行逾5年後假釋，於假釋期間再犯強盜罪。無累犯適用

- 1、同樣為受刑之執行，為何假釋者即無累犯之適用？其僅作為撤銷假釋的條件而已
- 2、以刑的執行完畢或赦免，果真可作為節制界限？

我國現行刑法之累犯規定並不違憲之書面意見

鄭善印

壹、我國現行刑法第 47 條第 1 項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一」，該規定並未違反憲法一行為不二罰原則，或罪刑相當原則，或平等原則。茲論述如下：

一、該規定並不違反一行為不二罰原則及罪刑相當原則

(一) 一行為不二罰原則之意義

雖然我國憲法並未明文規定一事不二罰原則，但大法官會議釋字第五〇三號解釋有謂：「納稅義務人違反作為義務而被處行為法，僅需其有違反作為義務之行為即應受處罰；而逃漏稅捐之被處漏稅罰者，則須具有處罰法定要件之漏稅事實方得為之。二者處罰目的與處罰要件雖不相同，惟其行為如同時符合行為罰及漏稅罰之處罰要件時，除處罰之性質與種類不同，必須採用不同之處罰方法或手段，以達行政目的所必要者外，不得重複處罰，乃現代民主法治國家之基本原則。是違反作為義務之行為，同時構成漏稅行為之一部或係漏稅行為之方法而處罰種類相同者，如從其一重處罰已足達成行政目的時，即不得再就其他行為並予處罰，始符憲法保障人民權利之意旨。本院釋字第三五六號解釋，應予補充」。由上述解釋文意旨可知，大法官認為一行為二罰，若處罰之性質與種類相同，則不能為憲法保障人民權利之意旨所容許，而其具體違反之憲法條文可能是第八條及第二十三條，此在大法官會議釋字第四七一及四七六號解釋中，均已明白表達。

(二) 累犯加重規定在行為責任說下有一行為二罰及罪刑不相當之虞

依行為責任原則，犯罪行為固應受罰，但不能超出本次行為責任之外，本次行為責任以刑法分則各本條之法定刑為範圍，若超出該範圍即與罪責原則（或稱責任原則）、罪刑相當原則不符。蓋因有責任才有刑罰，有多少責任才有多少刑罰，若是一行為一罪、一罪原僅有一個幅度之刑罰，但若因屬累犯而竟超越原有幅度之刑罰，則寧非違反罪責原則及罪刑相當原則？是故，現行刑法中累犯加重其刑之規定，不無將前已受罰行為之責任，再次加在本次行為之上，而處以超越原本法定刑刑罰之嫌。從而，累犯加重其刑之規定，的確有是否「一罪二罰」及「罪刑不相當」之問題。

(三) 在人格責任說之下足以解釋為何累犯可以加重

日本學者團藤重光之「人格責任說」，認為責任乃規範評價的性質，其本質為「非難可能性」，此與「性格責任說」或「社會責任說」，所謂責任乃接受某種處分之資格，其本質為「危險性格」不同。人格責任說除認為規範評價的第一個層面固屬行為外，尚有第二個規範評價的層面是行為底下的人格。此潛在人格具有統一性、個別性及持續性，雖受環境及素質影響，但仍能與主體的自由意思結合，而形成某種行為傾向，終於出現合法或違法行為，因此人格的主體性態度或者人格的自我形成，乃成為第二層次規範評價的重要契機。人格責任說第一層次的評價標準為法規範，評價對象為行為，評價內容為有無非難可能性。第二層

次的評價標準雖亦為法規範，但此法規範已非要求行為人應如何行為之法規範，而是要求主體應形成如此人格之法規範。評價對象則為行為人之主體態度或人格之自我形塑，故此評價對象將會包含本次行為之前的主體態度或人格形塑，但不能兼顧本次行為所展現出的將來之危險性。因為將來之危險性屬於主體態度及人格形塑應自我解決之範圍，此一部份即使未如規範所要求般地自我形成，以致於最後又出現違法行為，也要等待違法行為再次出現時，才予下一次的人格評價，若非如此，人格責任說的評價範圍仍然及於將來之危險性，此將違背人格責任說原本所欲堅持之規範責任。而第二次的評價內容因對象乃主體態度或人格形塑，故前次的受罰應該對其具備警告功能，倘若主體態度仍然不顧此警告功能，而終於出現再次的違法行為，則本次行為應比初次行為責任要重，亦即非難可能性要更高，故對再次的違法行為加重其刑乃有根據。

（四）人格責任說更認為行為責任說無法解釋常習性或累犯之罪責

團藤氏曾謂：「單由行為責任說來看，對於規範意識亦即違法性意識減弱甚至麻痺的常習性犯人而言，毋寧應該減輕其刑或者甚至應該阻卻其責任。故不能僅限於規範意識。常習性犯人經常是必然地走上犯罪，若從其犯罪時的性格來看，該犯罪行為委實缺乏自由意思，毋寧是性格之必然產物。是故，欲對其犯罪行為追究行為責任顯有困難，更不用說追究其加重之行為責任了。---若從人格形成責任來看，對於逐步形成常習性這一點而言，倘若可歸責於行為人，則行為人之責任即將加重。即使對於初犯時曾經體驗過犯罪衝動與抑制動機強烈糾纏的人而言，也會因一再的犯行而強化其犯罪傾向，亦即會因再犯三犯，而逐漸減弱或麻痺其抑制動機。從而規範意識也將逐漸麻痺。---常習犯就是因為無視於規範，而才形成此種強悍的人格態度。---若可得非難行為人形成此種人格的過程，即能令其負人格形成責任」。¹

（五）我刑法有關罪責原則係採規範責任論

有關罪責原則採心理責任論者，多將責任認定為只要有「故意或過失」即有責任；主張社會責任論者，多認為只要行為人有危險性，不論其危險來自素質或環境，均屬有責任；採規範責任論者則認為，須行為人具有違法意識的可能性，也就是有可能意識到自己行為違法，才有責任。這三種學說對於「誤想防衛」之最後結論不同，其中規範責任論認為，在誤想情形可得防止之情形下，仍屬故意犯罪，而非突然變成過失犯罪；若不可防止，亦即對於誤想有正當理由時，即無責任而成為無罪之人。我刑法第 16 條關於責任之規定，即採行規範責任論。既然如此，則規範責任論下的行為責任說，難以解釋為何經常性累犯既已無規範意識，亦即已無責任可言，竟還能處罰？反之，規範責任論下之人格責任說，要求初犯者應負起自我形塑義務，否則在規範亦即「非如此不可的無上命令下」，要加重行為人的「應報性及威嚇性」之刑罰至二分之一。

（六）刑法不僅是裁判規範，並且也是行為規範

¹ 請參閱鄭善印，新修正刑法累犯規定是否違憲之研究，自由、責任、與法——蘇俊雄教授七秩祝壽論文集，元照出版社，2005.10，p.453~454。

累犯應該加重之規定，在我國已有千年以上歷史，並已成為人民行為準則，也就是在初犯之後如不知警惕，即可能受到更嚴厲之處罰。這種思維具有刑罰之積極意義，也就是自我悔改向善之意義，故不只是裁判法，並且也是行為法，具有一般預防之作用，可以形成一種信仰。這種以信仰方式督促人民遵守基本規範的思維，為何會不如「前帳已清再犯不加重」的思維呢？

二、該規定不違反平等原則

（一）平等原則之意義

我國憲法第七條明文規定：「中華民國人民，無分男女、宗教、種族、階級、黨派、在法律上一律平等」，亦即法律之前的人人平等。但由於我憲法第七條適用之範圍太廣，其規定之內容又太過寬泛，倘若要求法律之前一律平等，別無例外的話，則現行法律恐有諸多違憲條文，例如僅有男性須服兵役等，是故必須作若干之限縮。而根據本文所信，該條規定之架構及內容若作如下之限縮，恐較適宜：

1.該條規定雖得拘束立法、行政、司法，同時男女、宗教、種族、階級、黨派等規定，係例示而非列舉規定，亦即尚有其他事物足以作為檢驗現行法是否違反平等原則之標準，但該條所謂的平等絕非指「絕對平等」，而是指「相對平等」。

2.所謂相對平等，主要是指：倘若有「重要的差異」存在，即得差別處理，亦即若有「合理根據」，即得在法律上作出差別對待。而是否有合理根據，應採雙重審查標準，亦即基於該條明文規定之指標所作的差別對待，必須嚴格審查；反之若基於該條明文規定之指標以外之事物所作的差別對待，則宜作寬鬆之審查。²

（二）累犯加重法定刑至二分之一並不違反平等原則

從我國累、再犯率之高，日本二次以上入監者佔整體入監人數近 6 成，以及美國犯罪實證研究 6% 的人犯了 51.9% 的罪³，均可推知，常習犯及累犯近似「慢性的經常性犯罪人」，他們一生中犯了整體社會大多數的罪，這群人與初犯者在族群特性上不一樣，具有顯著的差異性，依據這種差異性而給予不同待遇，亦即加重其法定刑，應不違反平等原則。

更何況，加重之法定刑係「至二分之一」，而非絕對的「二分之一」，亦即僅加一天、僅加一個月或加六個月均無不可，而根據筆者以往所作之實證資料，施用一級毒品罪之累犯加重，僅比非累犯多 0.14 個月而已；一般竊盜罪之累犯其平均刑期，也只比非累犯加重 0.32 個月而已。⁴從而推論，累犯加重其刑至二分之一，實係對有實質差異之人所作的合比例差別對待，並不違反平等原則。

貳、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

² 請參閱前揭文，p.424。

³ 請參閱前揭文，p.430~436。

⁴ 請參閱前揭文，p.433~434。

刑。」並不違反一事不再理原則。

一、一事不再理原則之意義

司法院第 168 號解釋理由書謂：「按一事不再理，為我刑事訴訟法之基本原則。已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者，應諭知不受理之判決，為同法第三百零三條第二款所明定。蓋同一案件，既經合法提起公訴或自訴，自不容在同一法院重複起訴，為免一案兩判，對於後之起訴，應以形式裁判終結之。」，由此得知必限於「已經提起公訴或自訴之案件，在同一法院重行起訴者」，始有一事不再理原則之適用。

若在不同法院起訴，則依刑事訴訟法第 8 條規定：「同一案件繫屬於有管轄權之數法院者，由繫屬在先之法院審判」，繫屬在後之法院則應依刑事訴訟法第 303 條第 2 款為「不受理之判決」。此乃避免一案兩判之雙重危險。日本最高法院 1950 年判決亦謂：「一事不再理原則之根本思想，乃同一犯行不受兩次以上裁判之危險」，亦與我國司法解釋或刑事訴訟法相關規定同樣意義。

但無論上述何者，均以「同一案件（或同一犯行）」為必要，同一案件又以單一案件為必要。而單一案件之範圍，除單純一罪外，尚包含實質一罪及裁判上一罪。後二種類之犯罪，其一部與他部乃不可分之一罪，無論起訴或審判，一部效力均及於他部。

二、須更定其刑之部分與已經判決之本次犯罪並非同一案件

現行行法第 48 條規定：「裁判確定後，發覺為累犯者，依前條之規定更定其刑。但刑之執行完畢或赦免後發覺者，不在此限。」，該規定之累犯應加重其刑至二分之一部分，與本次犯行並無上述同一案件之關係，因累犯加重者，乃基於本次犯行之特別規定，並非有另一犯行，既無另一犯行即無此一行為與另一行為是否同一之問題，亦無一事不再理之問題。

三、更定其刑亦非法院漏判故無補行判決之問題

法院漏判之前提在於檢察官已經起訴，亦即在起訴書所敘述之犯罪事實中已經敘述者，才是已經起訴之案件，而累犯案件檢察官起訴之事實，只有本次犯行並無前次犯行，故無所謂累犯漏判問題，亦無將原確定判決撤銷之必要，僅在判決確定後發覺被告為累犯時，以裁定更定其刑之問題。此與民事訴訟法第 232 條第 1 項規定：「判決如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，法院得依聲請或依職權以裁定更正」或行政程序法第 101 條第 1 項規定：「行政處分如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，處分機關得隨時或依申請更正之。」，有類似之處，因均非已訴訟之部分判決有誤。

我國累犯規定並不違憲之書面意見

鄭善印

- 壹、我國現行刑法第47條第1項規定：「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一」，該規定並未違反憲法一行為不二罰原則，或罪刑相當原則，或平等原則。
- 一、該規定並不違反一行為不二罰原則及罪刑相當原則
- （一）一行為不二罰原則之意義
- （二）累犯加重規定在行為責任說下有一行為二罰及罪刑不相當之虞

- （三）在人格責任說之下足以解釋為何累犯可以加重
- （四）人格責任說更認為行為責任說無法解釋常習性或累犯之罪責
- （五）我刑法有關罪責原則係採規範責任論
- （六）刑法不僅是裁判規範，並且也是行為規範

- 二、該規定不違反平等原則
- （一）平等原則之意義
- （二）累犯加重法定刑至二分之一並不違反平等原則

- 貳、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。」並不違反一事不再理原則。
- 一、一事不再理原則之意義
- 二、須更定其刑之部分與已經判決之本次犯罪並非同一案件
- 三、更定其刑亦非法院漏判故無補行判決之問題

「累犯強制加重」規定是否違憲？

台北大學法律學院教授 鄭逸哲

問題出在那？

假設：沒有第**47**條規定，而將「**犯罪行為人**
是否為累犯」作為第57條第11款

因此，

具體量刑時，應審酌行為人是否為累犯。

判斷的層次的就出來了！

- 累犯
- 累犯作為量刑審酌事由
- 累犯作為裁量性量刑審酌事由

因為「實現構成要件的事實」已於判斷構成要件該當性時判斷過了！

因此，具體量刑時，所審酌的事實，並非「實現構成要件的事實」，而是「實現構成要件的事實以外的事實」

加重／減輕構成要件要素作為構成要件的一部分，

因此，

其屬構成要件該當性判斷的問題，即使其實質上屬量刑的問題，甚至屬強制性量刑事由，所以，非屬第**57**條裁量性量刑事由

「初步」的「量刑輕重」應對應於
「實現構成要件事實」的「情節輕重」

此屬罪刑對應原則最基本的概念

在第**57**條範圍內，是否有所謂「總則加重」的空間？

基於「沒有行為，沒有犯罪；沒有犯罪，沒有刑罰」的罪刑法定主義，以及罪刑對應原則，——基於此二具有憲法位階的「保障機能」原則——，邏輯上，根本不存在「總則加重」的空間。

在第**57**條範圍內，是否有所謂「總則減輕」的空間？

於依罪刑對應原則「初步量刑」後，依第57條「審酌一切情狀」而進行「總則減輕」，基於「刑法的最後手段性／刑法的謙抑性格」，以及「無期待可能性」所啟發的——此已具體彰顯於第59-61條的「情堪憫恕」規定中的——「寬容原則」，而予以正當化。

依第**57**條的規定進行量刑，應二階段進行：

就「實現構成要件事實」的「情節輕重」，依罪刑對應原則，進行「初步量刑」；繼而依「寬容原則」，就「實現構成要件事實以外的事實」加以審酌，而決定是否有所「總則減輕」——甚至一減再減。

毋寧是「非累犯」才是依第57條進行量刑所得審酌者

「累犯」屬「實現構成要件的事實以外的事實」，復以法治國刑法必須是部「行為刑法」，行為人是就其「實現構成要件的事實」負起刑事責任，不得逾越此範圍，也就因此，依第57條進行量刑所得審酌者不是「累犯」，而是「非累犯」。

在不容許「刑總加重」的情況下，判斷層次毋寧如下：

- 非累犯
- 非累犯作為量刑減輕審酌事由
- 非累犯作為裁量性量刑減輕審酌事由

「累犯」沒有問題，「累犯加重」才有問題

「累犯」這個概念，並沒有問題，否則何以說明「非累犯」；但基於罪刑法定主義和罪刑相稱原則，在應屬「行為刑法」的實定刑法中出現屬「總則加重」的「累犯加重」條款，就大有問題，而其又屬「強制加重」規定，更是問題加問題。

其實不是累犯加重，而是「累犯構成要件」：

累犯，處受判決人之宣告刑二分之一之刑，
與該宣告刑合併為一宣告之。

「累犯構成要件」全然違背罪刑法定主義

「累犯」屬「實現構成要件的事實以外的事實」，自不屬「行為」，不是「行為」，而有構成要件；又不是規定在分則，而出現「總則構成要件」，已屬詭異；復以不明確到實質「個案立法」的刑罰作為其法律效果，難與「行為刑法」相容。

不是完全不容許「行為人刑法」，而是

在作為「減輕事由」的範圍內，「行為刑法」
是兼採「行為人刑法」的。

結論：

刑法第**47**條應屬違憲

報告完畢

會台字第 12352 號臺灣高等法院高雄分院等聲請案

說明會發言速紀錄

時間：108 年 1 月 15 日（星期二）下午 2 時 30 分至 5 時 30 分

地點：司法大廈 4 樓憲法法庭

主席：許大法官宗力

出席：蔡大法官烱燉 陳大法官碧玉 黃大法官璽君

羅大法官昌發 湯大法官德宗 黃大法官虹霞

吳大法官陳鏗 蔡大法官明誠 林大法官俊益

許大法官志雄 張大法官瓊文 黃大法官瑞明

詹大法官森林 黃大法官昭元

聲請人：臺灣高雄地方法院陳松檀庭長（原高雄高分院）

臺灣彰化地方法院陳德池法官

臺灣臺北地方法院吳志強法官（原花蓮地院）

機關：法務部 蔡碧仲政務次長 王俊力司長

林芝郁檢察官

本院刑事廳 蘇素娥廳長 李明益法官

學者專家：（依姓氏筆劃）

臺灣大學王皇玉教授

臺灣大學林鈺雄教授

中正大學柯耀程教授

開南大學鄭善印教授

臺北大學鄭逸哲教授

速記：書記官楊靜芳 涂人蓉 林立青 高碧莉 廖敏婷

戴紹煒 陳明珠

議事人員：處長王碧芳 副處長林吉輝 陳法官美彤

書記官兼科長雷超智

助理鍾豪峯 許昭元 陳品錚

主席宣布說明會開始並介紹法務部、本院刑事廳與會人員及聲請人、學者專家。

主席 請宣讀爭點題綱。(書記官涂人蓉宣讀，內容如下：)

「一、刑法第47條第1項規定：『受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。』累犯加重其刑，有無違反憲法一行為不二罰原則？又不問前、後罪之犯罪類型、犯罪行為人之罪責及犯罪情節輕重，一律須加重本刑，有無違反憲法罪責原則、罪刑相當原則(比例原則)、平等原則或法律明確性原則？

二、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。』是否違反一事不再理原則？」

主席 現在進行本次說明會之程序，聲請人、關係機關各20分鐘，發言時請按麥克風，先請聲請人說明，每位時間不超過7分鐘，第一位請陳松檀庭長發言。

陳松檀庭長 針對本次說明會之爭點，說明如下：犯罪，在行為人意識中通常只是作了一件事情或一項活動，惟因社會評價結構的規範類型化定性，卻經常呈現有多個評價對象或事實的形象。在罪責原則之下，刑罰係以罪責為基礎，罪責評價對象仍為各個犯罪行為，行為人之人格，不過為間接之判斷對象，至多得成為量刑事由。關於刑法分則所定各罪之法定刑，乃立法者授權法院於判決時所得行使刑罰裁量之範圍，但累犯之法律效果不論在文義上，以加重其刑或其他任何形式的包裝，都無法掩飾本質上立法者原本宣示一體適用的法定刑範圍以外，另外所增加額外的處罰基礎，所以，作為刑罰基礎的罪責，究竟在何處？是否堪當如此之處罰依據，是我們所要探討的。

就一般社會上而言，對於惡性犯罪者施以處罰之期待，從重量刑和加重其刑在用語上也許並無差異，但就法定刑以外加重刑罰基礎

而言，卻是從無和有之間的區別，若在無的情況下，不會發生有的結果；但一旦跨入有的領域後，所創設出的刑法基礎範圍及效果，甚至不僅僅侷限於法條所規定的法定刑的二分之一，如本人今日所提的圖，如果單純加重的情況下，只是加重二分之一，但又有其他的加重情形，有可能加重到四分之三，或從整體的犯罪加重而言，加的已是一又四分之一，甚至已比原本法律所規定的法定刑範圍還要更高，在這種情況下，就更加不可不慎。我國法律採加重其刑之規定，並未像德國在舊刑法第48條及現行法第176a條之規定，傾向於從重量刑之方式，在從重量刑之範圍，始終侷限在原本法定刑範圍的情況下，無論如何加重，都在原本法律授權之法定刑處罰範圍內。要探討的是，累犯的加重規定，第47條第1項加重的是前罪或後罪的罪責？從立法理由可看出，累犯的加重係因犯罪行為人的刑罰反應力薄弱，且須再延長其矯正期間，以助於重返社會，並兼顧社會防衛之效果。作為刑罰基礎之罪責，其評價基礎若仍是各個犯罪行為，所指之反應力薄弱，究指前案或後案犯罪行為之刑罰？另，再延長的矯正期間，係針對前案或後案的再延長？若以前案作為刑罰基礎的角度觀之，各罪的法定刑已是立法者授權裁判者就各該犯罪所定的裁量刑罰範圍，但既然前案的犯罪行為不法內涵及惡性等一切非難，依法必須在該案確定判決中作完全的評價及清算，即便事後認為有應報不足或無法完成矯正惡性之情形，恐怕也沒有機會以變相之方式，用另案的判決加以補充，故如以此角度觀之，累犯規定恐有違反一行為不二罰之原則。如果認為刑罰罪責的基礎是後案，後案的犯罪行為，前面已有一法定刑，另有加重二分之一之情形，恐怕有罪責原則、罪刑相當原則及平等原則之討論。從罪責原則之角度，法治國刑法是一部行為刑法，行為人之惡性不得在衡酌處罰範圍當中，不得逾越各個犯罪所規定的法定刑範圍，故累犯並非不得作為從重量刑之依據，但不得作為加重的基礎。

另，關於罪刑相當原則及比例原則，依現行規定，前案不分故意犯、過失犯，後案也不分動機態樣或偶然受迫，基於公義之情況下發生，其加重為應加重，而非得加重，基於上開情形，作差別或相同待遇之依據，是否符合比例原則、平等原則？都是所質疑的範圍。

又，針對明確性原則，現行條文規定不能使執行的準據明確，包括前案、後案之內涵態樣欠缺立法相連結的具體規範的內涵外，甚至於除規定5年以內故意再犯者外，……其餘如紙本所載。

主席 接下來請彰化地院陳德池法官發言。

陳德池法官 釋憲意旨為累犯更定其刑及刑法第47條有無違憲之虞的問題。此案為本人獨任審理之案子，受刑人販毒，被彰化地院判有期徒刑4年6月確定，檢察官發現其前案為妨害自由，經判處有期徒刑4月，本案符合累犯規定，檢察官依法聲請更定其刑，本人收案後，看了所有犯罪事實，本案訴訟是販毒，前案是妨害自由，係因工程糾紛，將被害人抓走，剝奪其行動自由。對於已確定之案件加重其刑罰是否妥適？主要涉及刑法第47條、第48條及刑事訴訟法第477條第1項，罪責原則其實是從刑法發展出來的，如何與既有的釋憲基準連結？在列舉的大法官釋字第669號及第630號解釋，罪責原則已有相當憲法基礎，罪責原則就是自己責任原則及過錯責任原則，換言之，就是刑止於一身，行為人只為自己的過失或故意行為負責。從罪責原則也可推導出罪刑相當原則，刑法第57條規定：「科刑時應以行為人之責任為基礎」，立法者指示法官，量刑時應當考慮「行為罪責」，構成量刑上限。反面言之，罪刑相當原則亦拘束立法者，立法者可根據保護之法益不同，設置不同法定刑之高低，但不得恣意。

行為人前案已犯錯，在本案，立法者可否因犯過錯而再犯，加重法定刑？刑法第47條的加重理由，因刑罰「反應力」較差，故要加重其刑，但行為人前案的行罰反應力很差，完全涉及行為人前案的執行紀錄，與本案的行為客觀不法內涵無關，故第47條完全著眼於

行為人刑法。某些具有高度「再犯可能性」的犯罪，未必與刑罰反應力有關，例如：施用毒品案件。故累犯加重其刑之法律效果，與刑法第57條矛盾！刑法第57條必須以行為人之罪責為量刑之上限，但又在第47條規定，如前案執行完畢，5年內再犯，又可加重其刑罰，第57條為行為刑法，第47條為行為人刑法，有矛盾之可能。若單就刑罰反應力很差部分，假釋中再犯的行為人不正突顯出其反應力很差，為何立法者只針對執行完畢之行為人加重處罰？對於假釋中再犯的行為人，後案完全不必加重？且在得易科罰金的前案，行為人選擇易科罰金，實質上的法律效果是「財產刑」，刑罰反應力，與前案罰金刑宣告的執行，不分軒輊，立法者卻「獨厚」有期徒刑？有違平等原則之虞。

再就第48條更定其刑部分，相關法條只有刑事訴訟法第477條第1項，此條文只有管轄規定，但累犯更定其刑係特別的量刑程序，涉及人身自由、財產、一般行動自由的干預，第48條並未規定更定其刑之種類。上網蒐尋的結果，包含刑罰種類的變更，可能原判決是拘役，後案更定其刑變成有期徒刑，可能導致行為人在前案被判6個月有期徒刑，得易科罰金，卻因累犯加重其刑之規定，變成判7個月有期徒刑，可能讓受刑人無易科罰金的機會，試問，正當法律程序何在？干預基本權的正當法律程序要求，本人整理了幾號釋字，主要包含：一、陳述意見的機會、二、說理義務（附記具體理由），即判決必須說明理由，為何加重？加重多少？三、直接審理，至少可以讓法官看看行為人，為妥適的量刑。然而刑事訴訟法第477條第1項之規定，似無上述程序規範，故相關司法累犯更定其刑之裁定，多數欠缺實質量刑理由，可能欠缺立法者指示，司法者亦不知如何操作法律。

就一事不再理的違憲部分，被告並未製造虛偽的證據騙法官，相關前科資料由國家司法機關建置，原判決是否漏論累犯，檢察官有

上訴救濟的機會，不應該讓無可歸責的受刑人，承擔再次開啟特別量刑程序的風險！公政公約第14條第7項及第32號一般性意見書第54段都有談到一事不再理的相關規範。本案受刑人知道本人聲請釋憲，有寫信給本人，表示本案是否構成累犯，請儘速裁定，因為涉及假釋、累進處遇。法官在意第47條及第48條，但受刑人在乎的是，累犯規定對於其基本權是否造成不利的干預？

主席 接下來請吳志強法官發言。

吳志強法官 本次釋憲是本人之前在花蓮地院服務時提出之聲請，聲請釋憲之理由及補充意見有提供書面資料供參，以下謹以PPT簡要說明：

爭點題綱一的問題環環相扣，首先從現行法及實務運作來看，刑法第47條第1項累犯加重規定是符合形式上要件、不問前、後犯行有無關聯性，機械性地一律加重，加重的效果除法定刑上限加重至二分之一外，現行實務運作法定刑下限也會加重。換言之，如果最低法定刑的下限是有期徒刑2個月，符合累犯的情形，就必須判3個月以上，「法定刑下限也加重」表示前次犯行納入本次犯行考量，違反「雙重評價禁止原則」。此原則也是原本有累犯規定的國家「瑞士」，在廢除時所採取的最主要的理由。「雙重評價禁止原則」就是「做錯一件事，不應該被責備兩次」，不論是從本次犯行考慮前次犯行，或在本次犯行認定前科屬於累犯，在量刑時行為人品行再考慮一次前科的情況，都有違反「雙重評價禁止原則」的疑慮，而「雙重評價禁止原則」是一事不二罰的古老概念，一事無法脫離一行為，因此累犯加重規定違反一行為不二罰。

其次，就憲法罪責原則部分，Hörnle教授曾提到，個人不法的行為責任，個人不法之「行為責任」是「憲法罪責原則的內涵」，釋字第687號解釋理由書開宗明義提到，「基於無責任即無處罰之憲法原則」，其實與憲法所採取「行為責任」之行為刑法的內涵一致，累犯

加重規定考慮到的是行為人危險性的人格責任及性格責任，很明顯違反行為責任及憲法罪責原則。圖表是法務部「監獄新入監受刑人前科情形」之統計資料，可以看出民國97年至107年11月間，新入監受刑人累犯所占的比例從45.3%持續地攀升到54.1%，累犯規定考量到前刑警告的機能，希望行為人可以特別預防，不會再犯。但從統計資料來看，這樣的規定沒有達到效果。累犯規定違反行為責任，欠缺目的正當性、手段適合性、手段必要性，量刑時考量二次，不符合狹義性比例原則，因此累犯加重規定違反罪刑相當原則。

此外，這樣的規定是機械性、形式性的累犯加重，對於同樣的犯行，同樣行為責任的犯罪人，如果執行前科完畢，是一種不平等的待遇。對微罪、不具危險性之被告，遵守判決宣告負責任地盡早服刑或易科罰金執行完畢，反而比遲遲不去執行的被告更容易遭受累犯加重處罰的風險。或許有人認為德國聯邦憲法法院及日本最高裁判所均未認為違反平等原則，但是我國刑法第47條第1項之累犯加重規定與德、日相較，實際層面有所不同。德舊刑法第48條考量前後犯行之內在關聯性，日刑法典則無對「行為人危險性」之保安處分，而是散見在零星的規定中，也沒有我國第57條量刑因子的判斷。因此，德國聯邦憲法法院及日本最高裁判所的見解不宜直接援引。況且，德舊刑法第48條，經實證研究認德國實務運用已不具擔保行為責任之機能，所以後來被立法者加以廢除，舉重以明輕，欠缺實質判斷要件的我國累犯加重規定更應該廢除。

又大法官解釋對於法律明確性原則，採取一般受規範之人民所得預見之標準，而非法律人之標準。累犯規定非以判決確定日或判決宣告日為認定標準，而是以「執行完畢」為要件，配合實務見解運作「定執行刑、假釋、殘刑」等問題而變得非常不明確。具有法律專業的法官尚且須仔細核閱前科表，遑論一般受規範之人民能夠預見到「是否執行完畢」。故累犯規定亦違反法律明確性原則。

題綱二的部分，按「一事不再理」為我刑事訴訟法之基本原則。釋字第 384 號解釋理由書亦認係「程序法層面的實質正當之法律程序」：同一行為不得重複處罰。與我國有類似規定的日本，1947 年時已經廢除，理由是違反溯及處罰禁止及一事不再理原則。我國規定從民國 24 年迄今，縱然最高法院作成目的性限縮解釋，還是繼續在適用。事隔多年針對同一次犯行再加重刑度，仍難脫違反一事不再理原則之疑慮，同時也徒增人民對司法不信賴感。因此，累犯刑總加重與後續獄政層次規定脫鉤處理。累犯加重規定留在刑法總則中，會增加量刑的不安定，與目前所欲追求的量刑透明合理公平有所違背。從監獄帶著標籤回到社會的行為人，如果沒有妥適的更生協助，有可能再次回到監獄。試想如果每個人的人生都是無可替代，為何國家要設定一個沒有效果的機械式的加重規定，讓行為人反覆的進出監所？個人認為累犯加重及更定其刑規定，有違前述提及的憲法原則及概念，懇請大法官受理本案並作成違憲的宣告。

主席 請關係機關代表說明，說明時間不超過 10 分鐘，先請法務部代表說明。

蔡碧仲政務次長 謝謝院長，請林芝郁檢察官先做說明。

林芝郁檢察官 各位大法官、各位法學先進大家好。首先就累犯制度作報告。我國是繼受法律的國家，討論相關制度時，先從外國立法例規定作檢視。日本刑法第 56 條規定：受懲役之宣告而於執行完畢或免除其執行後五年內再犯罪，受有期懲役之宣告者，為再犯。依第 57 條規定：再犯之刑，加重至其罪名所定懲役最高刑度之二倍以下。日本最高裁判所認為，刑法第 56、57 條累犯加重之規定係基於第 56 條之累犯事由，而對新犯之罪加重其法定刑，承認其得科處較重之刑而已，並未變更對於前犯之確定判決，亦非對於前犯重複科處刑罰。日本改正刑法草案中，累犯制度仍然存在，僅就累犯構成要件作修正。對於重複犯罪的行為，另設計「常習累犯」的規定。

韓國也有累犯規定，第 35 條規定：被判處徒刑以上的刑罰，刑罰執行完畢或者被免除以後三年以內再犯應處徒刑以上刑罰之罪的，以累犯論處。對於累犯的處罰，得加重至本刑的二倍。第 36 條規定：判決宣告後發現累犯的，可以將宣告的刑期總算，重新確定刑期。但宣告的刑期執行完畢或者被免除的除外。相當於我國刑法第 48 條規定。

法國刑法累犯規定於第 132 條之 8 至第 132 條之 11，將前案分成重罪及不同刑度的輕罪搭配，再犯是重罪或不同刑度的輕罪，有不同的累犯構成要件設計。另針對前後案犯罪時間的限制及後案加重的刑度，亦有不同之設計，其中包括直接提高到無期徒刑、30 年有期徒刑或最高本刑二倍。

奧地利刑法第 39 條規定：行為人基於相同之犯罪有害傾向，曾經二次被判處自由刑，且至少已服畢此等刑罰之一部分，如於滿十九歲後，又基於相同之犯罪有害傾向，再觸犯刑法之犯罪時，得加重其自由刑或罰金刑法定最高刑度至二分之一。

美國各州規定不太一樣，以加州為例，加州刑法第 1170.1 條 C(節錄)規定：被告前曾犯刑法第 667.5 條之暴力犯罪或第 1192.7 條所列重大犯罪，不論再犯之罪是否為暴力犯罪或重大犯罪，可處法定刑 2 倍之刑。被告前曾犯二次或多次暴力犯罪或重大犯罪，本次所犯重罪，將處以無期徒刑，且至少須服刑 25 年始得假釋。

德國 1969 年刑法第 48 條的釋憲聲請案，此案是關於一位逃票的被告，被以詐欺罪起訴，先前有多次竊盜及詐欺的犯行。當時德國的累犯規定，不是從最高刑度加重，最高刑度沒有變，而是限定最低刑度可以處 6 個月以上。德國憲法法院認為第 48 條處罰規定與比例原則及責任原則一致。刑法第 48 條加重處罰之理由乃在行為人無視於先前之警告，而被加重之責任非難性，至於行為人是否具有加重之非難性，應由法官考量其精神狀況、性格特徵及生活情形等，

依較寬之行為責任概念決定之。

統整各國有關累犯規定之體例，區分成幾種類型：一、前後各罪是否限於相同犯罪傾向或特定犯罪類型，例如奧地利或美國。日本或韓國則以前後罪的刑度作限制。法國以刑度作各種累犯的設計。二、再成累犯之再犯罪次數。日本、韓國、法國、美國加州都以第二次再犯認係累犯，奧地利則以第三次犯罪認係累犯。三、前罪是否執行完畢。例如日本、韓國，法國再犯相同刑度者。奧地利只要執行一部分，美國加州或法國再犯 20、30 年以上有期徒刑案件，只要前案認罪或判決確定即可。四、再犯之罪與前罪相距時間。設計 5 年者，如日本、奧地利。設計 3 年者，如韓國。另有一個要件，加重刑度之比例。有很多國家是加重二倍，例如日本、韓國、法國，奧地利是加重二分之一。

我國刑法第 47 條，雖非以相同犯罪傾向作規定，但在前後案的犯罪類型上，亦限制在有期徒刑以上之罪。再犯之罪，限制在故意犯罪。前後案的犯罪時間，是前案有期徒刑執行完畢後五年內再犯，加重刑度不得逾本刑二分之一。其實當初在設計累犯制度時，立法者有根據上述的各國立法例有做過評估及決定。

何以累犯可以加重刑度？需不需要加重？學說上有人格責任論，認責任基礎不僅該當具體的行為，亦反映其行為背後所代表的人格。批評者認為這是為了累犯制度所作的背書及說明。有關人格特徵的評價，屬第 57 條的量刑事由的設計（行為人之生活狀況、品行、犯罪後之態度）。德國刑法第 46 條，關於行為人過往生活，當與本案無關聯性之前案犯行能恰如其分顯示被告人格時，即可考量加重其刑度。

累犯的設計，立法者已經針對特定的人格特徵，認係量刑上的重要基礎，而作為量刑上的立法選擇。在犯罪學或發展犯罪學上，也有研究顯示，一小部分人犯了相當大比例的犯罪，針對這種情形，

刑事制度上應做何選擇？目前我國的累犯，立法者在立法政策選擇上，係依照累犯方式進行處理。

主席 請刑事廳蘇素娥廳長發言。

蘇素娥廳長 各位大法官、各位法學先進大家好。刑事廳從審判實務的角度切入今日討論的議題。題綱一部分。刑法累犯制度是從民國24年制定頒行，94年修正，這段時間實務上適用累犯規定，因為前科表的複雜不易判讀或缺漏不全，產生非常多的困擾。從實務觀察，最高法院刑事非常上訴案件終結情形及因累犯之宣告違誤撤銷比率，105年是47.11%，106年是48.87%，107年11月止是53.4%。刑庭法官的青春，可能就是在一遍查看複雜的前科表，造成實務的困擾。

一、從罪責原則來看，累犯規定是否符合刑事基本原則？有無觸犯憲法規定？有非常多的討論。刑事廳認為，從罪責原則角度來看，刑法第1條明定採取行為刑法原則，但第47條累犯規定修正時，由其立法理由觀之「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」，似著重在個別預防、祛除行為人之危險性，屬於「行為人刑法」之概念，而非「行為刑法」，是累犯之規定可能與罪責原則相違背。

二、從罪責相當原則（比例原則）來看，依現行刑法第47條規定，累犯應加重本刑至二分之一，且依同法第67條規定，法定刑之最高度及最低度應同時加重，行為人可能僅因形式上符合累犯規定，而一律受超過法定刑之刑責，此種因行為人展現對法秩序對立的惡性，而令其承受罪責限度外之處罰，恐有違反罪責相當原則、比例原則之虞。

實務運作時，從法官判決的統計數字可以看出，構成累犯，法官加重其刑之後，又援引刑法第59條酌減，過去5年有將近1,000件案件是這種情形。舉例言之，加重竊盜是最多的，法定刑6月以

上 5 年以下有期徒刑，累犯要判 7 月以上，若情節輕微，法官適用第 59 條酌減。此並非第 59 條酌減的適當使用，可能是因為法定刑的上下限同時加重的情形下，輕微案件，讓法官於量刑時，必須引用第 59 條。

刑法第 44 條之規定易刑執行完畢，其所受宣告之刑，以已執行論。實際入監執行與未入監執行之矯正效果完全不同，前案如是易刑處分執行完畢，如果也適用累犯而量處超過法定刑之刑，恐與罪責相當原則、比例原則有違。剛才法官提到第 47 條刑之執行完畢，在實務上有不同見解的認定，所以，這部分有人主張欠缺法律明確性。

三、一行為不二罰，我國憲法雖無明文，然透過大法官解釋，一行為不二罰是具有憲法位階的原則。我國刑法以行為刑法為原則，著重個別行為責任，行為人僅須對該次行為負責，倘若因行為人前曾犯罪而必須加重後罪之法定刑，恐違反一行為不二罰原則。

另外，法官如於量刑審酌時已將行為人前案執行完畢之事項納入考量，復又以其同一前案執行完畢之事項論認累犯而加重其刑，亦與一行為不二罰之原則有所未合。瑞士修正有關於累犯規定第 67 條，於相關公聽會時，比較多的意見提到，將行為人素行作為量刑標準時，將導致累犯規定因雙重考量而欠缺正當性。

四、平等原則。累犯有同種累犯(例如前次與本次犯罪行為均屬竊盜)或異種累犯(例如前次犯罪行為為竊盜，本次犯罪行為為醉態駕駛之公共危險罪)，行為人所呈現刑罰反應力，恐難一視同仁，評價應否相同，有所疑義。

再者，前案為過失犯或故意犯之累犯中，行為人再犯之後案可非難性，亦顯然不同，亦應為不同處理。現行第 47 條規定，並未賦予法官依個案情節審酌行為人刑罰反應力之職權，以裁量決定是否予以加重其刑，一旦符合累犯規定，即「應」加重其刑，對於不同事

物未為合理之差別待遇，似與平等原則未合。又判決確定之受刑人遵期到案執行者，執行完畢後犯案，適用累犯之規定；而畏罪潛逃抗拒執行者，即使日後持續犯案，不斷展現對法秩序敵對之態度，卻仍無累犯規定之適用，亦違背平等原則。

題綱二，第 48 條更定其刑，是否違反一事不再理原則？我國憲法雖無如美國、德國或日本憲法設有類似一事不再理原則之明文規定，惟該原則為當代刑事法制之核心價值，故實務或學說多認為由憲法第 8 條或第 22 條規定，應可推論其為我國憲法所保障之基本權利。刑事訴訟法第 303 條第 2 款、第 302 條第 1 款規定，均為一事不再理原則在訴訟法上之體現。依刑法第 48 條規定更定其刑，量刑係屬審判之一環，更定其刑形同就同一案件再次開啟審判程序，恐與一事不再理原則有違。

提到累犯是否違憲，德國與日本均認為合憲。德國的立法體例與我國不太一樣，德國有前刑警告功能喪失的主觀要件及與前案有因果關係，我國則是客觀上符合形式要件即構成累犯，故德國聯邦憲法法院認定累犯合憲的見解，不能直接套用在我國累犯的解釋上。德國 1986 年廢除累犯時，特別提到輕微案件，6 個月起跳的刑度，不同案件不能為不同處理，恐違背罪責原則。此外，日本的累犯制度與我國有很大的不同，我國以再犯有期徒刑以上之罪成立累犯，日本必須再犯的是選擇有其懲役的條件，以宣告刑做認定。我國累犯是加重上下限的刑度，日本只有加重上限，故日本的情況，亦不能與我國作比對。

以上是刑事廳從實務的角度切入所作的報告，謝謝。

主席 請五位學者專家說明，說明時間各不超過 10 分鐘。首先，請臺灣大學王皇玉教授發言。

王皇玉教授 各位大法官、各位法學先進，大家好，今日報告係比較我國法與德國法的差異性。累犯的基本概念指一個人曾經因為犯罪

被處罰過一次，又再度犯罪，而累犯加重的思想，可源自於19世紀末期的特別預防理論，即一犯再犯之人，習於為惡，認為具有較高的危險性格，出於對社會防衛的想法，故為加重處罰。此立法方式於19世紀末至20世紀初，其實是非常普遍的立法，如法務部代表所述，亞洲或歐洲各國均有相關累犯規定，但近年來累犯規定慢慢受到挑戰。首先，此種一犯再犯之人是否一定具有危險性？何種累犯性質的危險性更高？一犯再犯相同罪名之人，與一犯再犯不同罪名之人，究竟何者危險性較高？一般犯罪學上認為一犯再犯相同罪名之人，就社會危害性而言，較易造成社會的恐慌，這種人的危險性較高，然我國刑法第47條累犯加重規定，無論何種類型一概加重之，基本上未區分危險性的高低，作出有違平等原則的累犯加重處罰。

關於所謂一犯再犯相同罪名，如前所述，認為具有較高的危險性，但從犯罪學的觀點來看，其具有犯相同罪名的癖好，或者具有所謂的成癮性，才會一犯再犯相同罪名，以現代再犯預防政策及思想，對於具犯罪癖好之人或因成癮而犯罪之人，其處遇應為保安處分，即就其特色加以治療或矯正，並非加重其刑，因為加重其刑，基本上是一個無效的、沒有意義的處分。又以犯罪學的角度，一犯再犯不同罪名之人，基本上可界定為再社會化失敗或更生失敗，無法成功重返社會之人，之所以無法成功回歸社會，其實最主要原因係所受自由刑的監禁處分，破壞或中斷受刑人原來在社會中既有的人際關係、社會網絡，一旦出獄後，不太可能順利的回歸社會，再加上對於犯罪者，通常會貼上標籤或前科犯的烙印，基本上在社會生活是被社會排擠的，難以期待在越關越重的情況下，比方關了10年、20年，回歸社會後能立即變成正常人，故之所以陷於再犯，基本上是法律制度造成的惡性循環。因此，我國累犯加重處罰的制度，係製造再犯的主要原因。

有關累犯加重制度有違罪責部分，累犯係以其人格具有危險性，

從平日素行來當作加重處罰的理由，這基本上稱行為人刑法，98年以前的流氓條例，即屬行為人刑法，業已宣告違憲，是以累犯制度的存在，本質上已經一腳踏在違憲的邊緣。又刑法上所稱行為刑法，係以一個人過去所作行為來清算其責任，並非以其為何種人來清算責任，因為過去素行如何，不代表就有做什麼犯行。刑法所稱罪責原則，基本上以行為人該次犯行，來清算該次責任，如已執行完畢，代表已將其刑責清算完畢，即便5年之內犯新的犯罪，針對新的犯罪再次清算已足，其實不需要將過去行為堆疊到新的犯罪一併清算。剛才提到德國憲法法院，在1979年曾宣告當時德國刑法第48條累犯為合憲，但這是有條件的合憲，因當時德國刑法第48條累犯係規定一律加重，如同我國刑法第47條，德國憲法法院表示規定一律加重是不行的，法官須於個案判斷，犯罪者是否因前次刑罰已對其失去警告作用，才能為加重處罰，換言之，僅為再犯就一概加重其刑，則基本上與憲法有違。

在德國有學說認為，累犯係預先支付刑罰、預先懲罰的概念，即他尚未做任何行為，已有刑罰在等待著他。其實在我國刑法第57條量刑事由中，實務上多數法官的心證已傾向對於再犯之人，以素行不良提高其刑度，而刑法第47條又以法律僵化的規定，再要求提高其刑度，基本上已經是一種雙重加重的風險。觀德國於1986年廢除刑法第48條後，就一犯再犯之人的制裁方式，改以刑法第66條保安監禁處分，替代累犯加重規定，與精神疾病患者、成癮者犯罪相同，採用監禁方式作為處遇的保安處分，此保安監禁處分主要針對重大暴力的犯罪者，其實早在1933年已成立此制度，且為不定期刑，嗣於1975年才規定於刑罰外，可施以10年保安監禁處分，但於1998年為抗制性犯罪等，取消10年上限規定後，便持續受到歐盟的指正，故修法規定超過10年須進行評估。一般來說保安監禁處分，係針對一犯再犯的暴力式累犯所為處遇，通常時間會很長，多數學者認為

有違德國基本法上受刑人再社會化的基本人權，該基本人權會因此制度而受到破壞。

一般認為德國於1998年後，出現累犯復辟的趨向，即德國刑法第176條a，由於1996年一位7歲小女孩Natalie遭性侵殺害，德國社會對於一犯再犯的性侵害案件，希望能夠加重處罰，而德國刑法第176條兒童性侵害，刑度為6年以上至10年以下自由刑，倘於5年內再犯兒童性侵害，第176條a規定處1年以上自由刑。部分學者認為第176條a規定，性質上是累犯的概念，部分學者則認為是加重處罰規定，學界亦有認為此種一概加重，與德國憲法法院要求不符。又2018年12月德國聯邦議會提出「累犯加重處罰草案」，詳細條文請見紙本資料，係應社會輿論要求恢復刑法第48條，惟草案第48條累犯加重規定，與我國刑法第47條有很大的不同，第一點，須第三次犯罪才能加重處罰，我國則於第二次犯罪就加重處罰；第二點，罪名是否須相同，輕罪不須為相同罪名，重罪則須為相同罪名，或者不相同罪名，而有值得非難的動機或有根源於同樣的危險性格，亦可加重處罰；最重要的一點是採取「得」加重的概念，要求法官於個案中評量被告的危險性，不能一概加重；最後一點，只能加重法定刑的最低刑，不允許變更最高刑度，否則有違罪責原則。以上簡短報告，來不及說明結論，將時間留給其他先進學者，謝謝各位。

主席 請臺灣大學林鈺雄教授。

林鈺雄教授 主席、各位大法官、各位先進，因為時間的關係，請容僅就重點部分扼要說明。累犯究為立法政策或違憲的問題，2005年新法修正時，本人十分明確反對累犯保留在刑法中，但仍保留下來，而當初多數反對的原因，主要是立法政策上的批評。第一點，累犯加重的方式，多數之所以主張參考德國將之廢除，因為在刑事政策上會造成很多困擾，由於當初有三振刑的想法，故最後折衷的結果是保留下來。第二點，以假釋為例，剛才聲請人先進已提到，准予

假釋後馬上打人，不能論以累犯，若假釋期間未犯他罪，假釋期滿後5年內再犯，則可論以累犯加重，造成評價矛盾的現象。第三點，實務上大量短期的自由刑，在刑事政策上非常不一，亦造成實務上大量計算的困擾，如同刑事廳所為說明，其實非常上訴有一半都在處理這些問題，而非處理真正原則重要性的問題，本人認為如此似無必要，亦不值得。第四點，即使須有累犯規定，宜參照德國刑法要件的規定，惟我國刑法第47條累犯，當初係參照日本刑法第56條、第57條，非德國舊刑法第48條，具有行為責任要件的主觀限制。

至於累犯規定是否違憲，恐怕是個大哉問，本人認為量刑上給予累犯較重的效果，尚不致於就是違憲，否則我國刑法第57條、德國刑法第176條，均具有相同問題，更遑論日本、韓國刑法，但刑法第47條所規範的方式，似乎有違憲法。觀德國、奧地利立法例，簡單說德國法的變遷，就是從分則到總則，又回到分則，帝國刑法時期，竊盜、強盜、贓物、詐欺等罪各有累犯加重，之後廢除直接在總則規定，但時間很短暫僅有10幾年，便於1986年被廢除，嗣後又再引進刑法第176條，故目前德國刑法累犯規定，最主要是第176條，即只有在刑法分則規定，至於總則部分，誠如王教授所言，目前已有立法論上的建議。而奧地利有保留累犯條文，惟就加重量刑部分，特別規定須曾因實施相同損害傾向的犯行而被判有罪，奧地利刑法第33條、第39條及第71條為整套累犯制度的規定。

回到關鍵問題，即累犯合憲性問題的爭點，例如甲犯A罪被處罰，之後再犯B罪，此時累犯有三個連結點，第一個連結點是前行為，第二個連結點是後行為，第三個連結點是行為人。按罪責原則、罪刑相當原則，以第一個內涵來看，即無罪責即無刑罰，假設連結點為前行為，卻在後行為作處罰，自違反無罪責即無刑罰的罪責原則，且同時違反一罪不二罰；若連結點為後行為，因可看出具較大罪責，此時不會直接違反無罪責即無刑罰，但仍須檢驗罪責原則的第二個

內涵，即罪刑相當原則，相當於憲法上的過度禁止原則，加重部分是否在罪刑相當的範圍內，縱使加重處罰後行為，依舊受罪刑相當原則的限制。德國聯邦憲法法院於1979年，以上述二個內涵來分別檢視，由於德國刑法主要是扣緊後行為，故德國聯邦憲法法院認為未違反第一個內涵，而刑度部分有無違反，因為德國刑法有個非常重要的要件，即適用德國舊刑法累犯規定時，須從行為人反覆犯罪得出，因為其未於前行為的處罰，獲得警惕及教訓，認從事後行為較具譴責性，意即後行為的非難性較高，是以，德國聯邦憲法法院認為連結點為後行為，並推導出提高罪責為合憲的結論。

簡言之，評價前行為一定是違反罪責原則，亦違反一罪不二罰，而評價後行為，雖未違反罪責原則第一個內涵，但仍須檢驗第二個內涵，德國聯邦憲法法院判決的主要篇幅，在說明為何後行為較值得非難，因為後行為具有較高犯罪能量，先前的處罰不僅收到警惕之效，反而再犯，以提高犯罪動能來證立後行為的罪責較高，處較高的刑罰，此為當初德國聯邦憲法法院，宣告累犯條款合憲的理由。然此理由能否適用我國，本人認為最核心、最關鍵的問題，為正當性基礎，即我國累犯規定究係評價前行為或後行為，說實在這無法從法條文字得知，我國未如德國舊刑法有要件限制，其合憲最主要是明文規定，法官應檢視個案，由於前面的犯罪，看出後面的犯罪，具有較高的犯罪能量、動能，而從我國法條文義卻看不出來，法官必須將評價限於後行為之行為刑法，導致許多批評者認為是行為人刑法。本人認為現行規範方式，確實有違憲的疑慮，再對照奧地利刑法第33條、第39條及第71條的規範方式，可知我國規定無從看出連結點，會有將A罪算到B罪中處罰的疑慮。以上為本人對刑法第47條的看法。

至於，刑法第48條應如何處理，仍為相同的問題，須視究係評價前行為或後行為。如為評價前行為，自屬違反一罪不二罰，則必然

違反一事不再理，若連結後行為，則無此問題，亦未違反一事不再理。又假設後行為的不法內涵較大，刑事訴訟法上分別有各種不同的方法來補充或糾正，包含不利變更、不利益再審、定應執行刑等，甚至在德國有補充判決，但因為欠缺程序規定，恐有違反聽審權及訴訟權的保障，此部分聲請人已充分敘明。所以，本人認為此部分應屬非常明顯的違憲。

主席 請中正大學柯耀程教授。

柯耀程教授 主席、各位大法官、與會學者、聲請人及相關機關等，諸位先進，大家好。本人重點說明，主要在於是否違憲，學者間的爭論是各執一邊，事實上累犯觀念可源自於二個基本的想法，亦為德國刑法的二個基本，王教授與林教授均提到，德國從1970年以前舊刑法第48條，演變到1986年廢除，僅保留刑法第176條。有個前提要件須先說明，無論為何種規定，一定會是異中求同、同中求異。以下分為幾個方向說明，第一個當然是刑法第47條的問題，第二個則為刑法第48條部分，而在此之前，先說明2005年修法經過，剛好也回應一下法務部，當時學界很難得意見一致，認為應該廢除累犯規定，累犯根本找不到基礎，現在討論的問題相當弔詭，似乎認為法律有規定就有法律基礎，又找其他法律基礎將之推翻。究竟法律規定的正當基礎為何？這是立法形成自由嗎？本案所涉刑法形成與刑法加重，其根本依據為何？否則不應有所謂違憲宣告的問題存在。

本人非常佩服提出聲請的法官，敢於擔當，敢於將不正當的法律提出來討論，當初法務部檢討修法，基本上學界一致傾向於廢除，因為累犯與所有原則均不相容，但之所以保留累犯規定，此乃人性，全世界的人長得都相同，只是身高、膚色不同，普遍觀念認為進入監獄服刑後，再次犯罪是他的問題，一定要給予更重的處罰，然而這是一種直觀性的想像，並非一種理性的思考，法律之所以是理性，就是想法可能與他人不同。我們可以檢視一下，目前所提到的似乎

尚有不足，甚至於究係違反法定原則的何種內容，包含違反習慣法、違反類推、違反溯及既往、違反明確性原則等，全部均有所違反，亦違反平等原則。

就平等原則言，方才幾位先進亦有提到，為何刑執行完畢或赦免後的自由之身，再犯才是累犯，如為假釋期間犯罪，應如何處理？在德國各個不同體制中，有各種不同的想法，不是理性的一種想像，法律之所以理性，可能因為它的想法與別人不同，我們可以檢視一下，因為所提的有點不夠，甚至所提的基本內容，違反罪刑法定原則有四項：違反習慣法、類推、溯及既往、明確性原則。至於違反平等原則何部分，容我先跳過。

剛才幾位先進報告，為何累犯是執行完畢或赦免後，也提到假釋時同樣犯那種罪。在德國各個不同體制有各種不同想法，德國有一個非常重要的基本觀念，掌握罪責原則的最上限已傾向於應報，我國累犯已突破應報，往往是基於一般預防的想法作思考。我提供二個想法，當犯罪由輕到重，例如我原本犯詐欺罪，執行完畢後，後來犯強盜罪，因為社會不接受我，我國沒有更新機制，我犯詐欺罪，後來是加重強盜罪法定刑的二分之一。至於二分之一從何而來？這就是林教授所提到第二點連接到第一點，二分之一的來源不在於強盜罪（本罪），而是之前的素行前科。刑事廳廳長也提到檢視前科資料表的情況。還有一個不平等的地方，檢察官也有很多可以操作。檢察官對於有累犯的被告緩起訴，只要沒有起訴，就沒有累犯的問題。我們有無對於檢察官針對有累犯，有前科的人一定要起訴？只要緩起訴，就不會有累犯適用的問題，所以這違反平等原則，法律機制可以恣意操作。現行累犯規定完全不相容，當年修法時所有學界幾乎趨於一致，但法務部立場站在另一端，法務部提出很多國家的說法，他們吃麵包，我們吃米飯，當然不一樣。當時要納入三振法案，我們盡全力阻擋，三振法案是刑法最根源，最厲害的是臺

灣，60年代肅清煙毒條例三振法案最嚴重，一犯處刑，二犯加重三分之二，三犯處死刑。美國學臺灣，不是臺灣學美國。當初將這兩個極端部分予以妥協，立法院通過時，實在令人擔憂，是因為吵架後包裹性通過，累犯因此而存在。檢視所有基本原則，幾乎沒有可以相容者，細節部分可再探討。涉及刑之加重，是源自傳統習慣而來，如果不學乖就加重處罰，這次打一下，下次打二下。學理上，它違反所有原則，為何仍存在？因為它是從刑法理念而來，一般預防認為有社會威嚇功能，特別預防認為行為人處遇必須給予特別矯治。德語系國家將累犯的操作放在人的矯治部分，不在傳統刑法有關刑的部分。可以清楚看到累犯的差異性結構，看不出來累犯的適用條件與對等不適用之基礎。所謂五年旋轉門條款，五年就差一天，差很多，這五年到底從何而來？五年之內變乖，五年之後海闊天空，這是很奇怪的法律機制。當初要增訂特別累犯被我們制止，就以五鬼搬運方式挪移到現行假釋規定。涉及假釋，有再犯不得假釋的規定，一樣有違反平等原則的問題。這就是差異性結構的基本問題存在。

有關累犯更定其刑，其實更定其刑的觀念很簡單，我比較同意刑事廳所講的實務處理方式，因為沒有審到累犯，必須提起非常上訴撤銷者，累犯的處罰與一事不再理無關，因為根本沒有審酌，不是釋憲的範圍。釋憲的範圍是第48條，第48條有問題，沒有執行刑存在，無法更定其刑，所以加重二分之一時，如何量定二分之一？這部分有問題存在。舉幾個簡單例子，百無一用就是累犯規定。

主席 請開南大學鄭善印教授發言。

鄭善印教授 主席、各位大法官、法學先進們，我今天要論證的第一個題目是，有關刑法第47條累犯的規定，是否違反一行為不二罰原則。憲法並未規定一行為不二罰原則，釋字第503號解釋有提到不得處兩種性質與種類相同之行政罰，但可否處行政罰與刑罰，行政

罰法有規定，先刑罰，後行政罰，倘若處罰種類不同，可一併處罰。刑罰可否一行為二罰，到目前為止法律沒有明文規定，只有法理。美國是聯邦法與州法一併存在，而且均處刑罰，倘若一行為犯州法又犯聯邦法，則照樣處罰。我國憲法並未明定可否處兩種刑罰，一行為不二罰只是法理而已，因此可否聲請釋憲有問題。即使聲請釋憲，以下說明為何我認為不違憲。

有關剛才幾位聲請人及先進所述，加重其刑至二分之一就是超過行為刑法，如以行為刑法解釋，的確有問題。換個立場，如採人格責任論，以行為人刑法的觀念來看就不同。人格責任論或罪責論的重點在於，非難一個人的行為時，還要深入一層非難他為何對於上次的警告無動於衷，這次又再犯。這個人與規範要求不合，被處罰後應悔改而不悔改，因此規範加重對他的非難。累犯可以加重，不論在法定刑內或法定刑外加重，在人格責任論中沒有問題。

反之，人格責任論批評行為責任，倘若只有到行為責任，例如累犯與長期犯對規範已麻木不仁，規範意識薄弱，對這種人應減輕其刑或改用保安處分，但仍要處罰，可見行為責任有其極限。一般而言，罪責論有心理罪責、社會罪責、規範罪責，其中規範罪責的重點在於非難行為人的違法性意識，行為人對規範不在乎，故予以處罰。倘若他不在乎是可避免且有理由，會成為無罪。但刑法第 16 條主張規範責任論，而非行為責任、心理責任或社會責任。假如是，規範要求行為人悔改，不聽警告要加重處罰，為何不行？

刑法如此規定不是只有裁判規範，並且也是行為規範。所有刑法規定不只處罰行為人，對所有法共同體的人有宣示作用，也就是行為規範，我們應該這樣做。因此，這種規範可以強制國民達到一定標準，絕對不是如買賣一般，買茶杯就不能多算錢，而是具有規範性質。

有關平等原則部分，平等原則講究實質平等，而非形式平等。從

實證立場來看累犯與長期犯，是否有與一般初犯不同之處，如有，對累犯、長期犯當然有不同處理，不會違反平等原則。從幾個國家的實證研究可看出，累犯犯了大多數的罪，從日本的數據可知，累犯五犯後，幾乎終生待在監獄裡面，反而讓社會其他人有喘息機會。更何況我國累犯並非一定加重二分之一，而是加重「至」二分之一，加重一天或一個月也可以。我作過實證研究發現，施用一級毒品罪累犯不過增加 0.13 個月而已，竊盜罪累犯不過增加 0.3 個月而已，所以加重其刑很有限，不如想像中可怕。

關於一事不再理部分，因時間因素，我不再論證。不過我們要知道，檢察官並未起訴前罪，而是起訴後罪，從案件單一性、同一性來看，沒有起訴前行為，就沒有補判的問題，只能以更定其刑、裁定方式解決。民事訴訟法第 232 條與行政程序法第 101 條均規定，若有顯然錯誤，應該可以裁定更正，因此我認為這不會有任何違憲問題，這與違憲與否無關，而是立法自由裁量。

主席 請臺北大學鄭逸哲教授發言。

鄭逸哲教授 主席、各位大法官、先進，剛才 4 位教授的報告在此問題上的深度、廣度、高度已足夠充分，我作簡單的補充說明。雖然這次題綱的問題很多，針對第一個問題，如果刑法第 47 條有問題，可能後面的問題就可一併解決。我們討論此問題時常將累犯與累犯加重兩個概念混在一起談，其實有問題，再加上最主要問題出在現行刑法將累犯當成量刑或構成要件的概念，一直沒有得到正視。假設沒有第 47 條規定，難道刑法不會有累犯的概念嗎？事實上可併到第 57 條第 11 款，就算第 57 條沒有談到累犯，該條規定應審酌一切情狀，有時不會排斥。關於累犯問題在刑法的判斷層次，累犯是一件事，作為量刑的審酌事由是一件事，作為裁量性量刑審酌事由又是另一件事。判斷一個人是否犯罪，先判斷構成要件該當性，是根據實現構成要件的事實。到了具體量刑時，所審酌的事實是從實現

構成要件的事實以外之事實，再納入第 2 次判斷。

由於現在立法模式，例如刑法分則有加重、減輕構成要件要素，作為構成要件一部分，實質上就是量刑問題，但因為以構成要件要素的形式出現，提早在構成要件該當性的判斷就作成。依第 57 條量刑時，量刑輕重應與實現構成要件事實的情節輕重，構成相對應的關係，這是罪刑對應原則最基本的概念。

在第 57 條的範圍內，有無總則加重的空間？在行為刑法的概念下，基於「沒有行為，沒有犯罪；沒有犯罪，沒有刑罰」的罪刑法定主義，以及罪刑對應原則下，而且此二原則具有憲法位階，基於刑法的社會保障機能，邏輯上根本不存在可依照總則加重的空間。但事實上有總則減輕空間，這當然不在罪刑法定主義與罪責相當原則以外的事情。可進行總則減輕是基於刑法最後手段性或日本所謂刑法的謙抑性格。由於二次世界大戰後，基於無期待可能性所啟發，刑法採取寬容主義，已具體落實在刑法第 59 條「情堪憫恕」至第 61 條規定。換言之，只有刑總減輕，不可能有刑總加重。依第 57 條進行量刑，應分二階段進行，第一是依照實現構成要件事實的情節輕重，對應進行初步量刑，再依寬容原則，依照實現構成要件事實以外的事實加以審酌，而決定是否有總則減輕，甚至還有一減再減的問題。

我剛才提到就算廢除第 47 條，仍有累犯的問題，但這是非累犯的概念。在罪責主義下，就算是累犯，也不可逾越實現構成要件事實範圍，進行過度索取，就是剛才王教授講的清算。但如果不是累犯，就是重點。剛才提到三個判斷層次，在不容許刑總加重的情況下，第一，如果不是累犯，就會進入依第 57 條減輕審酌事由的問題，而且第 57 條是裁量性概念，所以是裁量性刑總減輕的問題。

累犯概念沒有問題，有問題的是累犯加重，這不僅違反罪刑法定主義，還強制加重，在行為刑法概念之下，完全不能接受。今天的

重點是，我們可能一直卡在累犯「加重」2字，以為是量刑問題，事實上是從犯罪本刑往上加重，問題是本刑是依照實現構成要件事實內的事實所構成的犯罪，而這個是實現構成要件事實以外的事實，與事實完全無關，如同林鈺雄教授所講，以加重的用語移花接木。事實上現在所採取的立法模式，將累犯在總則上當成構成要件，累犯處受判決人之宣告刑二分之一之刑，再與該宣告刑合併宣告之。由此可看出刑法上有累犯構成要件，它實現構成要件事實以外的事實，不是行為，但我們竟然會創設構成要件，而且此構成要件出現在刑法總則，而非刑法分則，非常詭異。

再者，柯耀程教授有提到因為最後判刑非常不明確，實質上是進行個案立法，從頭到尾徹底違反罪刑法定主義，怎麼會出現刑總構成要件，而且出現個案立法？當然，此問題或許背後會牽涉我們究竟是採行為人刑法或行為刑法的問題。嚴格來說，並不是完全不能採取行為人刑法，當初1935年制定刑法時，在德、日受到社會主義的影響下，的確行為人刑法比較佔優勢。後來納粹時代將行為人刑法走向極端，變成肅清的手段。但其實行為人刑法還有一個面向，如果在減輕事由的範圍內，事實上並沒有不容許行為人刑法，例如刑法第59條至第61條其實就是行為人刑法。因刑法第47條創設總則構成要件，用個案立法的方式決定刑罰，徹底違反罪刑法定主義，就是違憲。因為違憲，所以後面沒有一次、二次的問題，而是根本不准發生這件事。

主席 現在休息。(16時6分)

繼續開會。(16時17分)

接下來請各位大法官提問，由聲請人、關係機關代表及學者專家回應。

羅大法官昌發 1、請教陳德池法官，剛才提到被告寫信給他，談到外役監的問題。按照陳法官聲請之意旨，認為累犯有違憲疑慮，假設

累犯在憲法上基礎受到動搖，外役監條例等相關處遇規定如有涉及累犯的部分，是否同樣會受到動搖？

2、請教吳志強法官與陳松檀法官，兩位都提到雙重評價的問題，做錯一次不應被評價兩次，就此角度而言，刑法第 57 條將品行納入量刑考量因素，因品行也是涉及行為人以前的行為，不一定是犯罪，如此，是否也有做錯一次被評價兩次的問題？

3、請教法務部，聲請人與學者、刑事廳代表都傾向累犯有合憲性的問題，貴部所主管之外役監條例、行刑累進處遇條例等很多規定都是以累犯作為基礎，假設刑法第 47 條累犯合憲性真的產生動搖，相關規定在操作上會受何影響？法律制度上會否產生動搖？剛才林檢察官提到「內在關聯性累犯」，本席不是很理解，請再釐清。

4、請教林鈺雄教授，剛才林教授提到一個較少人提到的觀點，將前行為與後行為作區分，後行為在評價上可將有較高犯罪動能或能量納入考量，德國這樣的解釋方式，有無犯罪學或犯罪心理學的根據？或者純粹是用推理的方式？何種情況會產生犯罪動能的提高？是否像暴力犯、性侵害犯等這類的犯罪？或者只要同類就有比較多的動能？或有主張只要犯過一次罪，以後就比較容易犯罪，比較有所謂的動能？總之，「動能」的概念有無比較精確的支持？不論是學理上或實務統計上的支持。

5、請教王皇玉教授，王教授似比較傾向刑法累犯規定有問題，提到德國的規定似乎可以接受，也提到一罪二罰、罪責相當等問題。假設我國刑法有一罪二罰，然德國法的同種異種犯罪或特別累犯的設計，難道沒有同樣一罪二罰、罪責相當的問題？王教授是否也同意林鈺雄教授所提，其實還是在評價後行為，即行為人後行為的犯罪比較有可能產生比較大的動能？

主席 先請陳德池法官回答。

陳德池法官 累犯問題可能涉及其他法律有用到刑法第 47 條累犯之

定義，我當時所聲請的是第 47 條法律效果違憲，至於其他法律，例如外役監條例規定只要是累犯就不得遴選為外役監受刑人，也是完全沒有考慮犯罪前後案的關係，直接就認定不能去外役監；其他類似規定，例如縮刑處遇也是，但這些其他規定可能要另外思考這樣的立法品質有無違憲可能？此與我聲請的案件可能要脫鉤處理。懇請大法官考慮一下，本案受刑人更關心的是分數，縮刑累進何時可以出獄的問題，此部分可能更需要大法官高度關注，可能不在我的聲請範圍內，我聲請的是刑法第 47 條的法律效果是違憲。

主席 請陳松檀庭長回答。

陳松檀庭長 如從行為罪責的角度來看，刑罰的基礎在於個別行為，行為人的主觀性格只是間接的判斷依據。聲請人剛才的陳述、聲請書及補充理由書，大致上都有引用到學者的看法，刑法處罰犯罪，犯罪表現出行為人的惡性，呈現出來的具體對法益的侵害是一個客觀的行為，建立在表象客觀侵害法益的行為之背後，出發點都是犯罪行為人的惡性，所以不論採哪一行為論觀點，在處罰過程中都無法排除加入行為人本身的人格及惡性成分在內。因此，在區別時，我們有引用幾位學者的看法，認為行為人的性格只能在個案中作為間接判斷的依據，不能直接作為處罰的依據，所以累犯本身並不是不能夠加重，而是只能作為量刑的要件，不能作為加重的要件，換言之，累犯本身不能獨立出來作為法定刑以外處罰的基礎。

基此，大法官提到素行的問題，素行既然是第 57 條的量刑因子，本身仍侷限於量刑輕重上，即法律所授權法官裁量的範圍之內，就個案之間行為人所展現出的惡性，從支配行為背後所展現出來的主觀惡性，再進一步就個案之間加以區隔。所以我個人從這個角度來看，認為是已包含在對該行為的評價，即此行為本身主觀上所包含的惡性程度之高低，所以並不違反一事不再理。

主席 請吳志強法官回答。

吳志強法官 法官在量刑時要先劃定一個行為責任的上限，這是責任的一個機能。在上限範圍內，品行的部分，人品及德行是否只能以前科來評量？其實是有疑問的。目前實務的看法，大部分判決看到的都是有前科所以素行不佳的情況，這是一個從重的因子。但在有累犯的情況下，判決書會先寫累犯，後面又會評價素行不佳，就我來看，還是會有雙重評價的問題。關於前科是否一定要加重？剛才先進有提到日本人格責任論，學者團藤重光所提出，其實是第二層次的判斷，允許加重或減輕的情況，人格責任的形成會受到素質、身處後天環境的影響，如果素質或身處後天環境比較差，可以減輕。不過用這樣的理論去看累犯，就會有問題，因為累犯只允許加重。前科部分有相同的道理，某些情況前科累累，可能也要思考是不是因為環境或貧困所以造成前科累累。

主席 請法務部代表回答。

蔡碧仲政務次長 今天早上從媒體上看到有立法委員針對虐童案件，要求立法再加重。首先向各位大法官及先進報告，我們提供的所有立法例及其實踐，包括德國，只是作立法政策的調整，到目前為止，並沒有認為累犯違憲。剛才教授也提到，累犯與累犯加重是不同的概念。假如按照日本或其他國家的立法例，認為累犯規定違憲，未來法務部所有根據累犯所設計的機制，包括縮刑、外役監等條件之審查全部都會動搖。就目前的機制而言，國人對於法官不管在適用第 57 條或第 59 條其實都充滿疑慮。今天討論的第 47 條，林教授剛才也提到其實是一個連結的問題，因為立法不夠明確，所以究竟是連結前行為或是後行為？產生疑慮。如果是這個問題，究是立法技術或立法政策的考量，或是要提高到違憲的層次？希望大法官將目前社會的氛圍考量進去。事實上，司法公信力透過實務的實踐，如同許院長在司法節致詞，我們這麼努力，得到的效果卻這麼有限，問題出在哪裡？在疑點都尚未釐清之前，如果冒然宣告累犯違憲

，一定會引起軒然大波。我認為各國先進的立法例從未認為累犯機制違憲，雖然剛才幾位法學先進認為或許規定於刑法總則中違反罪刑法定主義，或認為連結不夠明確，但這些充其量是立法技術、立法政策的層次，沒有違憲的問題。

林芝郁檢察官 量刑審查時，所謂前行為在德國是一個很重要的觀念，根據德國註釋書所列舉所謂的內在關聯性，其實也是從實務判決累積內在關聯性的概念，例如前罪曾犯過失致死案件，現在這個案件如係犯故意傷害罪，就會被認為有內在關聯性。剛才提的例子是德國最高法院認為就算沒有內在關聯性的前案，只要能表彰行為人個人的特質，還是可作為量刑加重的事由，但這個案件我還沒有進一步瞭解前後案的犯罪類型，只能研究後再作回答。

林鈺雄教授 1、簡單針對第 57 條的問題，未來在作釋憲理由時要非常謹慎，因為可能會有循環論證的問題。假如認為第 47 條違憲、第 57 條不違憲，基本上並不容易回答一個問題，我一開始就說，違憲標的是什麼？是累犯這件事就是違憲，或是規範方式違憲？這是兩個完全不同層次的思考。如認為累犯就是違憲，假設一般量刑是 2 年，該行為人是累犯，第 57 條所考慮犯罪行為人的因素，包括犯罪行為人之生活狀況、品行及犯罪後之態度等，前科又是實務上主要的考慮因素，所以其他人會判 2 年，他因為累犯就判 3 年，假如認為這樣不違憲，但在第 47 條就違憲，我覺得這是在循環論證。所以要先建立一個前提，到底要評價什麼？德國聯邦憲法法院是先建立評價的前提，謹慎分析就規範方式德國舊刑法第 48 條是在評價什麼？這部分要先說明。現在德國刑法第 46 條仍規定量刑時考量行為人之過往生活，以及資料所附的奧地利刑法第 33 條等都是這樣規範，全部都會考慮前科，假如認為只要前科在量刑時被考慮進去就是重複評價，則這些全部都會違憲，所以必須謹慎，應視評價標的為何。

2、羅大法官昌發提問，為何德國的規範方式評價，舊刑法第 48 條評價是後行為？因其舊刑法第 48 條不是像我們或日本那樣機械式的規定，只要客觀事實一發生就都可以加重，而是個案考量上法條明文規定系爭非難犯行之行為及方式，從犯行之行為方式可看出該行為人並沒有因先前犯行被判有罪這件事得到警惕或教訓，竟然還去做第二件事，所以是在講第二件事，有前科的人犯第二件事與一個沒有前科的人犯這件事，非難程度不一樣，所以責任程度當然就是不一樣，德國是從這個基礎去推。

3、羅大法官昌發另提問犯罪動能的部分，這是德國聯邦憲法法院 JZ 1979224 裡面的原文，最主要是 3 個依據，一是引用 JZ Horstkotte 1970 年發表的文章，提出犯罪動能不一，所謂抑制的門檻，先前犯罪被判有罪，再犯罪又被判有罪，先前被判有罪竟然不會形成要小心不能再故意犯罪的心理而再犯罪，其認為這種情形投注比較多的犯罪能量。第 2 個論據是連結德國聯邦憲法法院先前在 BGHSt 360 就已經提到這個觀點，談到為何一個人有前科在量刑時或法定刑時要被考量？第 3 個論據，涉及德國的立法史，德國 1969 年立法當時有作過這個觀點的研究。

王皇玉教授 方才羅大法官昌發之提問，關於德國法對於累犯規定是否有一罪二罰或違反罪刑相當之疑慮？

首先要澄清的一點，目前德國沒有累犯的一般性規定，對於一犯再犯危險者，係適用保安處分，類似我國刑法第 91 條之 1 對性侵害之強制治療規定。德國法對於保安處分並非建立在罪責基礎之上，而係針對行為人之需要予以矯治，是以，並無違反罪刑相當、一罪二罰之問題。

比較有疑義者係，方才提到兒童性侵害防治犯罪第 176 條 A 規定，該條文立法模式係置於刑法分則，而非於刑法總則作一般性機械式、僵化式一概加重概念。而係針對特殊犯罪，即兒童性侵害犯罪，

德國法第 176 條 A 規定係將 5 年內再犯兒童性侵害行為，當作一個獨立刑法分則條文，是以，讓再犯變成一個刑法分則之犯罪構成要件，賦予獨立法定刑，法定刑從 1 年以上有期徒刑以論，即創設一個新罪名。

若臺灣就累犯加重有意修法，其實，也是可以仿照此路線，但有一疑慮，即德國法第 176 條 A 規定被認為違反西元 1979 年聯邦憲法法院，因其創設一個一概加重之例外，因西元 1979 年聯邦憲法法院不允許一律加重之概念，而係採取個案衡量作法。

再者，西元 2018 年 12 月德國聯邦議會提出新的刑法草案第 48 條，草案至今尚未通過，亦不知是否能夠通過，但是，能夠透過草案立法條文了解，該條文分成 2 項，第 1 項提及輕罪的加重，整個條文文意抄襲西元 1979 年聯邦憲法法院，對於輕罪不同罪名之加重，必須係前次犯罪經判決後，不生警惕、警告效果，然後，源於同樣一種重操舊業之概念而再度犯罪，針對此次再度犯罪得以加重。

但是，加重理由並非前次犯罪後，因再次犯罪得以加重，而須個案衡量。至於重罪，即侵害生命、身體、自由、性侵害法益之暴力犯罪，暴力犯罪的加重分成幾種情況，第一種，必須是同種類的犯罪。第二種，該草案表示再次犯罪與前次犯罪，必須具有同種類值得非難之動機，例如，性癖好者、戀童癖，及根源於同樣性格缺陷，即具有暴虐性質反社會人格，此種人格習於凌虐手法進行殺害、傷害行為。此種概念，於德國法稱之主觀歸責要素，來自於此種人之反社會人格，針對此種反社會人格必須要加重處罰，但必須強調此草案內容尚未通過。此草案內容不斷地強調，為了符合罪責原則，只能針對最低刑度往上調，禁止法官任意給予最低刑度，例如，反社會人格之情況，要求一定要調整至 5 年以上有期徒刑，但是，最高刑度是不能更動。

草案亦提及，最高刑度之法定刑係罪責原則之最根本，完全不可

動搖。臺灣刑法總則第 47 條累犯加重規定，最高刑度與最低刑度須同步加重至二分之一，如此立法絕對不符合德國法罪責原則。

黃大法官虹霞 本席有幾個問題請教幾位教授。首先，請教鄭善印教授，根據書面資料一、(六)提及：「(六)刑法不僅是裁判規範，並且也是行為規範 累犯應該加重之規定，在我國已有千年以上歷史，並已成為人民行為準則」，就此部分能否請再說明，關於刑法累犯規定已有千年之歷史。因根據王皇玉教授方才發言，說明累犯觀念係發源自 19 世紀以後，試問教授資料來源為何，希望能夠更多了解相關資料。後段發言內容與林鈺雄教授類似，提及德國刑法累犯加重概念相同，意即「不知警惕，所以給予更嚴厲處罰」。

第二，請教 3 位法官，根據鄭善印教授之實證資料：「施用一級毒品罪之累犯加重，僅比非累犯多 0.14 個月而已」，本席計算天數為 4 天。「一般竊盜罪之累犯其平均刑期，也比非累犯加重 0.32 個月而已」，本席計算天數為 9 天。

本席想請教 3 位法官，實務判決時，對於累犯之刑期係如何加重？具體加重多少？是否得於判決內容看出？

第三，請教王皇玉教授，方才提及西元 2018 年 12 月德國法新修正草案，因順應社會民意要求，此部分能否再多加說明何謂「社會民意要求」？

第四，請教林鈺雄教授，教授方才稱：「不會因為量刑較重而違憲」，是否認為「累犯應該加重，並不違憲？」還請教授再多加說明相關涵義、理由為何。

第五，請教柯耀程教授，雖然西元 2005 年時，臺灣學界認為應該廢除累犯，但教授認為不廢除之理由係基於人性，甚至，依稀有提及全世界亦係如此，倘若，未廢除累犯規定是不當的、違憲的作法，本席認為，不只臺灣的法官，全世界的法官亦具備相當人權概念之下，為何全世界法院沒有普遍認為累犯一律、應該加重係屬違憲？

為何全世界無一致反對加重之規定？

刑法理應反應社會一般人看法與觀念，若根據鄭善印教授之實證資料，累犯加重刑期為 4 天、9 天，加重刑度極其有限。若大法官解釋作成累犯規定違憲，應如何對社會大眾說明，如何提出強而有力理由面對才加重 4 天或 9 天刑期，如此低度加重之刑度，卻需要由大法官宣告違憲？是否能夠提出具體有力之理由，為此疑義作出更清楚、明白之說理，提供參考。

第六，請教鄭逸哲教授，與方才羅大法官昌發詢問問題有關連，大家似乎認為累犯可以作為刑法第 57 條第 5 款量刑事由，甚至比累犯更寬廣的前科紀錄，皆得作為刑法第 57 條第 5 款量刑事由。倘若，將刑法第 47 條累犯規定作為特別量刑規定，對照刑法第 57 條第 5 款量刑規定，得以前科為理由加重屬合憲，為何刑法第 47 條對於一般累犯加重則屬違憲？說理為何？

再者，刑法第 57 條第 5 款得以前科為理由加重，本席認為，本條法條文字為「應審酌」，理應加重其刑。退步言，為何累犯規定不得加重？刑法第 57 條規定係普遍一般性適用，為何刑法第 47 條累犯規定同屬一般性適用規定，卻不得加重其刑？說理為何？請教授再加說明。

最後，請教法務部，是否有資料關於累犯是否屬於反覆實施同一犯罪類型比較多？或者，通常屬初犯但為不同犯罪類型？

假如多是屬於反覆實施，本席欲請教最多數犯罪類型為何，例如，竊盜、毒品、酒駕，希望能夠獲得相關統計資料。

主席 剛剛黃大法官虹霞提出 9 個問題，原本預定說明會結束時間為下午 5 點，但得視情況延長，請各位回答以 2 分鐘為限，若有無法暢所欲言之情形，請再以書面補充。先請鄭善印教授回應說明。

鄭善印教授 裁判規範係讓民眾了解不得違反相關規定，否則應負相關責任。此部分是否有千年歷史，我是查找資料時，發現唐律有相

關規定，但於法史學上，並未深入研究何時出現，至少自民國24年迄今未變動過，已成為國民信念之規定，若要一口氣拿掉，非有相當說服力不可，廢除要有相當理由。

有關第二個問題，倘若，要將累犯規定廢除，有力之說理為何？若向人民說明，舉例而言，小孩不乖，媽媽打完再換爸爸打，是否可以？大家都說不行，因不得為一件事兩個一起打。

但是，上次是因為爸爸打完後，又不知悔改、不聽警告又再犯，若問人民之感受，第2次再犯是否要再加重一點？人民均認為應加重處罰，但必須找出理由說明加重理由為何。

此時，是否有一事不再理問題？我認為沒有一事不再理問題，因第2次起訴從未牽涉第1次犯罪，僅針對第2次再犯起訴，是以，無一事不再理之問題。反而，涉及之問題應係關於應及早清楚表示有累犯之問題，能夠完整處理相關刑度，此與違憲與否並無涉。

王皇玉教授 德國於西元2018年12月有關輿論之訴求，草案說明對重大暴力犯罪，尤其係侵害生命、身體、自由、性侵害法益之犯罪量刑起跳刑度過低，因此希望提高最低量刑刑度，否則對於再犯者之制裁，會動搖人民對法治國之信賴。

然後，草案裡面提及相關統計數字，以德國為例根據過去統計，3年內犯罪的人再犯率高達35%(3分之1)，整體受刑人終其一生再犯率48%。是以，認為說對於這些再犯者之刑度起跳應該再往上加，但說明提及應增加最低刑期，而非動搖最高刑期。此為說明書中應概括民意要求所寫出之草案說明。

陳松檀庭長 謝謝黃大法官虹霞之提問，首先，我先越俎代庖發言，關於方才鄭善印教授有關法制史之問題，在我們的聲請書註2處有所引用，係唐律疏義第20卷，舊律已有相關規定，但是否有千年歷史並未詳細計算。

但是，從此角度來看，個人當時提出此觀點，係因為大部分人皆

從比較法觀點說明他國立法例如何制定，其實，此係從封建時代遺留下來之遺跡，此觀點得了解系爭規定之脈絡，從此角度思考，累犯規定是否仍適於現今時代，殊值討論。

關於大法官方才提及有關累犯於具體實務上之操作，能否具體反應出來，我沒有辦法代表每個法官提出看法，僅能就個人的經歷而言，我覺得絕對會。

從兩個方面觀察，第一點，最起碼只要是累犯，絕對無法量最低度刑，哪怕方才有先進提出，若最低度刑為2個月，我至少一定要量到3個月，此處一定可以看出。

第二點，其實有關量刑部分，經過前兩年非常多的討論，此係非常抽象、內涵性事物，無法具體量化觀察。但若從一個客觀行為人與行為人之間比較或行為人本身多次犯行之比較觀察，此部分將會非常容易檢視，於此，就我個人觀察及經驗，可以很具體地作出量刑的差別。是以，在此內容下，甚至可以具體看到當兩個共同犯罪人時，可能都會去評估另外一人非累犯、自己為累犯時，自己是否要繼續上訴。

其實，根據我們先前經驗，曾經看過被告發現，非累犯者上訴量刑不見得比我(累犯者)重，而將上訴撤回。尤其反應在此種情形時，我個人觀察發現，一定會去作具體、客觀上可觀察的明顯加重刑度。

陳德池法官 其實，關於我自己個人或我們合議庭之操作，與德國模式相當類似，聲請釋憲之原因即係認為累犯規定應屬違憲。之前有就實體案件聲請過釋憲，但大法官不予受理。該案為公共危險罪，前案為過失傷害，被告來法庭時稱前案係來不及和解，所以被判徒刑，後案係酒駕案件，酒測值0.3幾%，我們看了整個觀察報告，都完全沒有立法者講述酒後具體危險存在，原審量刑3個月，是以，我們便思考說是否有侵害法官量刑空間？意即此案若以我們3個法官判決應為2個月，怎會因累犯加重變成3個月？

再者，我想要回應黃大法官虹霞之提問，我們合議庭之操作滿類似德國模式，若超過立法者法定本刑，此時即有違憲之虞，若在最高刑度下面，法官根據刑法第 57 條第 5 款，因行為人前科紀錄已構成本案重要罪責，再從此去量刑，此為我們合議庭操作方式。

我認為刑法第 47 條與第 57 條並不衝突，因為刑法第 57 條規定是說明法定刑最高裡面去量刑是否有前科，或構成罪責基礎予以加重。但刑法第 47 條規定卻直接看是否有前科，符合累犯要件者，法定刑直接提高，最低刑一同往上提高，再根據量刑法定刑區間量刑，我認為此為違憲所在，因兩條文規範目的與考量因素完全不同。

吳志強法官 方才鄭善印教授提及統計資料平均加重為 4 天，但誠如陳庭長所言，及根據我個人淺薄實務經驗，實務上沒有只加重 1 天，實務見解裡面至少是以 1 個月計算。

方才大法官提問加重刑度為多少？我個人不敢保證每個人標準均相同，因涉及每個法官對於該犯罪類型價值的判斷，例如施用毒品案件，對我們這庭而言，會認為屬濫用藥物情形，可能需要去治療之情形，假設是適用第二級毒品，我們可能對於累犯加重至 1 個月，即 3 個月刑期。

但是，我也曾經看過對於累犯判決加重至 1 年 2 個月，就此情形，若讓累犯規定繼續存留在刑法總則內，會使量刑標準相當不明確，我們目前致力於量刑需公平、透明、合理，若能讓如此不明確，可以突破法定刑上限及下限規定，留在刑法總則不甚妥適。

林鈺雄教授 請看我的書面資料第 3 頁所提之基本原則，什麼情況是可以的，若評價對象為後行為，再加上該行為人，這時候就不會違反罪責原則，既然不會違反罪責原則，下面當然評價的是後行為，所以不會有重複處罰、一事不再理之相關問題，此為第一點。

在此立場之下，縱使刑法第 57 條的情況，若評價對象為前行為，不論現在評價後行為之刑期為何，就是端看前行為，這一樣係重複

評價，根據德國聯邦憲法法院觀點也是不允許，是以，我一直反對用刑法第 47 條與第 57 條作區分，此係形式邏輯，而非真正地進入罪責相當原則之內涵，此為第二點。

第三點，根據黃大法官虹霞所言，為何把累犯加重本身不違法？誠如我剛才所說之命題，若評價對象為後行為加上行為人本身，行為本身係如此計算，後行為本身作了一個上下框架，刑法第 57 條規定包含行為人因素，係在此框架內游動，是以，係先形成一個上限之後，在此內游動，因此若就累犯加重予以考量，係不會違反刑法原理或違憲。

依照德國新說裡面，基本上考慮累犯可以在後行為給予量刑考慮進去，有所謂一般預防觀點、特別預防觀點，特別預防觀點即係從行為人反覆犯行之危險性有特別預防之必要，如我方才所言，因為在此框架內上下調整，所以，此觀點係可以接受的。

第四點，從新版應報理論觀之，重建受干擾法秩序觀點而言，認為累犯情形，考慮行為人造成損害部分可以被考慮進去。

最後，還有人認為累犯對規範造成的破壞力比較強，因為一犯再犯，造成規範破壞效力比較強。

總之，仍需有一個上限，在此上限之內游動，來考慮行為人因素。我要強調的是，不是不能考慮行為人因素，罪責原則沒有禁止考慮行為人因素，以之作為量刑的高低，但是不能超過上限，這是罪責原則所要求的內涵，而且加重的部分不能違反過度禁止原則。在這兩點考量之下，來作個案規範方式的審查，而非一般性地說統統不可以。

以上說明，謝謝。

柯耀程教授 感謝黃大法官虹霞的提問。對累犯應該處罰重一點，這是 common sense，重點是累犯與累犯的加重處罰規範是兩件事，累犯是一個現象，這個現象都會存在，因為凡走過必留下痕跡，都會

留下紀錄。刑法的加重處罰有兩種，一種是屬於法定的加重，鄭教授有提過，法定加重在刑法總則是看不到的。我們討論違憲的部分，其實是累犯作為法定加重的這個規範，而不是累犯的本身，累犯是一個現象，不會有違憲的問題。我所提的書面資料第6頁最後結論表示，累犯的現象可以作為刑罰裁量的基礎，而刑罰裁量是一門藝術，這門藝術大家都沒有學過，原則上是遵循「重複使用禁止」，所以前科資料是於法定刑的範圍內作為刑罰裁量的參考。王教授有提到，德國的規定是法定刑上度不變，所以所有加重關係大概都是例示的規範，所謂例示性的規範就是加重下度，上度是罪責的上限，那是不變的。但系爭規定是上下都加重，變成一個法定加重事由，這也是違憲之處。累犯並非不能作為刑罰的裁量事由，但必須在法定刑之內裁量。

另外，本次公開說明會是開庭的模式，而我已事先預購回程車票，現在必須先離開趕搭高鐵，特請示主席，是否同意？

主席 柯教授可以隨時離開。現請鄭逸哲教授表示高見。

鄭逸哲教授 其實剛才柯耀程教授已經將我的意思都報告了。我一開始就反覆強調，要將兩個概念分清楚，累犯本身的規定根本不會有問題，是累犯加重處罰才可能會出現問題。講得更精確一點，刑法第47條第1項前段「受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯」是立法定義，根本沒有問題，是後段「加重本刑至二分之一」這句話才出現問題，因為其將累犯由純事實的概念，變成構成要件的概念。

至於為什麼刑法第57條加重可以，第47條加重就不可以？不是這樣理解，因為第47條的加重，是加重本刑，而第57條是在法定刑範圍內加重，是在憲法所保障法官裁量權的範圍內，而第47條是否定法官的裁量權。包括聲請書在內，一直都沒有提到一個問題，其實第47條另外一個很大的問題，係否定「不得限制法官的量刑裁

量權」。

蔡碧仲政務次長 謝謝黃大法官虹霞的提問，會後我們會再提供完整的統計資料。套一句現在流行的術語「接地氣」，今天與會的各位先進，包括法官所提出的資料，確實有一些個案會發生前科不清楚的情形，但根據目前的統計數字，從 94 年到 106 年，新收的受刑人有六成到八成，都是有前科，所以社會上普遍是由少數人為相當大比例的犯罪行為。實務所顯現出來的，沒有看到因為刑法的累犯加重而讓受刑人受到不當的量刑，其實是患寡而非患不均。大部分的量刑，如同鄭教授所言，在座的法官也沒有辦法馬上說出來，在累犯量刑過程中，到底是加了多少？這些個案都可以透過量刑的過程，去斟酌到底合不合理。

希望各位大法官可以考量，現在普遍上法官量刑是過輕，老百姓所反應出來的是認為量刑不足，所以整個社會呈現不安的現象。關於累犯的規定，各位法學先進不管從哪個角色來看，統統言之成理，但都無法說服我們已經達到違憲的程度。

黃大法官瑞明 陳松檀法官的報告中對法明確性問題準備 6 個案例，但是剛才沒有時間說明，希望讓陳法官有機會將實務上碰到的問題，作很精簡的介紹。

主席 請陳松檀庭長發言。

陳松檀庭長 我所提出的案例主要是說明，即便透過最高法院很多決議嘗試解決，實際上還是有很多問題始終沒有辦法解決。

案例一的情形，可以由被告事後操作是否讓這個案件變成累犯，讓法官的判決是否被提非常上訴，這個問題已經在 104 年的決議獲得解決。

案例二的情形，剛才幾位先進都提到，如果被告先跑一陣子再回來執行，反而可以得到比較優惠的待遇。

案例三的情形，如果犯案越多，執行刑定得越多，越不容易在前

案中執行完畢，反過頭來在後案比較不會構成累犯。

案例四的情形，更加弔詭，兩個少年犯在第一審被判一樣的刑，其中一個被告讓第一審判決確定而先去執行，另外一個被告提起上訴，因為少事法有另外的規定，視為未曾受過宣告，以致於在第二審沒有累犯的問題，反而受到比較輕的待遇。

最嚴重的情形是案例五及案例六。案例五的情形，如同剛才所言，即使透過很多決議的解釋之後，兩個刑接續執行的情形，長的刑放在前面執行或短的刑放在前面執行，會直接導致在假釋期間的犯罪會不會構成累犯，誠如我所畫的圖，將短的刑放在前面，依照現在的看法，因為短的刑已經執行完畢，所以再犯會構成累犯；但如果檢察官將長的刑放在前面，長的刑沒有執行完畢，以致於後面的犯罪不構成累犯。雖然刑事訴訟法第 459 條規定，必須先執行長的刑，但就我實際請教檢方同仁的結果，他們普遍告訴我，如果是同時分案，當然就是先執行長的，但如果不是同時分案，好運的先分長的刑來執行，壞運的先分到短的刑來執行，以致於實際的操作會有不公平的結果。

案例六的情形更嚴重，不光是受到檢察官指揮書起訖日期的影響，甚至於完全沒有辦法掌握。在假釋期間，明明被告人在外面，可是縮刑竟然仍在計算，以致於案例六的第 2 及 3 的情形，當縮刑只有 44 天，會導致執行完畢的時間是在再犯之後，可是如果表現得比較好，縮刑是 50 天，卻因為這樣而提前結束，這是我實際碰到的例子。亦即 1 年前我看到前科表，是最右邊這個情形，縮刑是 50 天，被告的再犯是在縮刑完畢之後，以致於構成累犯，可是等到判決確定 1 年之後，有天監所打電話告訴我的書記官，請法官裁定更正，但這是無法裁定更正的，當我看到新的前科表時，才發現何時縮刑變成 44 天了？縮刑 44 天就變成中間這種情形，以致於再犯時，還沒有執行完畢，那個案件是我非常大的一個痛，被提起非常上訴。

但這種情形竟然不是決定在任何法律的變數，也不是決定在檢察官的執行指揮書，而是監所的縮刑如何計算，甚至前面的前科表是縮刑幾天，等到判決確定過了1年，打電話過來說縮刑已經變了，要看新的前科表，變成判的累犯是錯的，以致於該判決要被提非常上訴而加以撤銷。

我所舉的上開例子，主要是強調即便透過這麼多的最高法院決議，試圖去解釋、處理，但實際上這種亂象、不公平的情形，以及這種沒有辦法掌握的變數，造成法官士氣很大的打擊，一般人民也無法理解，怎麼法官看不懂這麼簡單的條文，光是累犯的問題，每年被非常上訴的案件這麼多！其實我們身在其中，真的有苦難言，這點尚請各位大法官能夠體諒。

詹大法官森林 請教法務部兩個問題。第一，從貴部提供的資料觀察，誠如剛才蔡次長所談的，一種解讀是，少部分人在犯大部分的犯罪；但可否為另外一種解讀：累犯規定不能達到立法目的？第二，已經離席的柯教授提到，在現行制度運作之下，檢察官對於已經符合累犯規定的被告，可予以緩起訴，且在緩起訴的情形，就不會遭受累犯的處罰。請問實務上是如此運作嗎？緩起訴會讓被告躲過累犯的處遇嗎？若如此，有無違反平等原則？

請教刑事廳兩個問題，第一，書面意見註6提到美國、瑞士的立法例、學者見解，請提供出處。第二，如果被告有前科，但是已經過了5年期間，雖不能以累犯來加重其刑，但實務上會不會在法定刑之內，予以加重？有無佐證之資料？

請教王教授、林教授同一個問題，兩位是否都認為現行第47條規定是不行的？這不行的程度，是否已經達到違憲的程度？或者可以透過刑法上限縮解釋的方式或憲法上合憲性解釋的方式，讓其依舊可行？如果真的不行，請教王教授，改成德國的規定，是否就行或者就變成不違憲？

最後請教林教授，您提到德國的作法是考量行為人過往生活的情況（舊刑法第 48 條），是否如此？這種操作在我國可不可行？這種操作的成本，會不會比保留累犯規定的成本更高？

蔡碧仲政務次長 第一，其實我們提供的數據是顯示一小部分的人，犯了相當大比例的犯罪行為，並不表示累犯的規定沒有辦法解決這些一犯再犯的人，反而是這些人要負擔相當大的責任。這些人為何一犯再犯？是累犯的規定不妥當，還是法官對於累犯的加重，有無適度反應出一犯再犯的惡性？有無給予警惕？另外，假釋是否適當？現在有人建議，不要死刑，但將無期徒刑的假釋廢掉，這也可以解決相當大的問題，所以有關這方面，不是僅有累犯規定無法杜絕一犯再犯的問題。

第二，檢察官的緩起訴要有很多的要件，其中之一就是要得到被害人的諒解。實務上對於檢察官的緩起訴有很多的規範，一審檢察官作了緩起訴，二審檢察官可以將之撤銷，所以有關緩起訴是否可以讓被告躲過累犯的處遇，這是兩個層次的問題。緩起訴是否妥當，是立法政策的問題，並不是說因為有緩起訴的制度，所以累犯的規定就是不妥當，就是違憲。

蘇素娥廳長 第一，關於註釋 6 的美國資料，是廳內法官所作的研究，我們於會後將提供美國第十巡迴上訴法院等相關判決。至於瑞士的資料，是 1995 年瑞士憲法法院的判決有提到相關問題，相關資料亦於會後提供。

第二，關於法官量刑時是否會參考前科紀錄，實務上分案時已將被告的前科紀錄表附入卷宗內，量刑的參考要點也會提醒法官，量刑時要判斷行為人的責任，具體審酌客觀的危害及主觀的惡性，主觀惡性的輕重部分，也會請法官注意被告的前科。看被告前科紀錄時，不僅注意前案是否執行完畢，還要看有無判決確定或執行一部分或有無赦免等，這部分是比較廣泛的，不僅限於執行完畢。

王皇玉教授 全世界各國對於累犯都有因應措施，我國刑法第 47 條規定太過粗糙，與現代再犯預防思想，以及給受刑人再社會化的權利等觀念都不符合。如果這個條文要保留，建議修法方向是，除了提供法官有裁量的空間，將「應」修改為「得」外，還要於條文中明定裁量基準，讓法官知道什麼情況要加重，如此就不會出現法官不忍加重，一律只加重「1 天」的情況，因為在法官裁量之後，如果要加重，就不會僅加 1 天。再者，如果要讓此條文合憲，就是上度不能變，只能加重下限，這樣才符合罪責原則。

林鈺雄教授 剛才陳松檀庭長提到的問題，就是立法不當，事實上我的教科書對此已經批評十幾年了，尤其剛才陳庭長所提的最後幾個案例，對照一下奧地利刑法第 39 條，以及德國刑分的累犯條款（第 176a 條），根本不會有這個問題，因為不是以執行完畢 5 年內再犯作為基準，而是以判決確定為準，根本不用算，如此實務上九成非常上訴都可以省下來，台上幾位實務界出身的大法官都知道，這實在沒有意義，非常無聊，而且就是不公平。

關於合憲性解釋，我的書面意見第 4 頁主張合憲性限縮解釋是最低限度，但現在的主張都是直接廢掉第 47 條，如同剛才詹大法官所問的就是關鍵問題，5 年之後，適用第 57 條量刑時，將前科紀錄考慮進去，有無違反罪責原則？我認為就是有，無論如何就是不能連結到前行為。作合憲性解釋時就是要禁止前面的行為（不論適用第 47 條或第 57 條）被重複評價，要作任何加重基礎時，就只能審酌審判時的後行為本身，以及後行為之行為人所表現出來的特別預防需求，這樣才可以。我認為作合憲性解釋，比宣告第 47 條違憲，範圍更大，膽子更大。而且對於累犯之加重，每個國家的立法例都不一樣，以合憲性解釋來保障罪責原則的實質內涵，是比較可行的方法。再下來就是立法的問題，是否從執行完畢，或者乾脆仿照德國、奧地利的立法例，直接從判決確定開始算，但我不確定這其中是否

有違反平等原則的問題。

主席 如各位大法官無其他問題，本次說明會就到此結束，散會。

散會：17時29分

司法院大法官書記處收文
 105年10月13日
 會台字第13004-1號

刑 民 行政訴訟	事 事 解釋憲法聲請書	狀
案 號	105 年度 憲大二字第1050024233號	
訴訟標的 金額或價額	新台幣 萬 千 百 十 元	
稱 謂	姓名或名稱	依序填寫：國民身分證號碼或營利事業統一編號、性別、出生年月日、職業、住居所、就業處所、公務所、事務所或營業所、郵遞區號、電話、傳真、電子郵件位址、指定送達代收人及其送達處所。
聲請人		

大法官書記處

二科

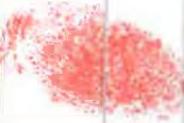


G010526068

2

大英欽命駐劄廣州領事官
官印
大英欽命駐劄廣州領事官

--	--	--



大英欽命駐劄廣州領事官



茲依司法院大法官審理案件法第5條第1項
第2項及第8條第1項之規定，聲請解釋憲法，
並將有關事項敘明如下：

一、聲請解釋憲法之目的。

為刑事判決與憲法相牴觸

① 憲法上所保障之權遭受不法侵害之事實及
涉及之憲法條文。為憲法第16條第23條
為違背憲法第23條(基本權利之限制)

② 所經過之訴訟程序。

為士林地方法院、高等法院、最高法院

③ 有關機關處理本案之主要文件及說明。

為一併檢附台灣高等法院104年度上訴字
第816號刑事判決書、台灣士林地方法院103
年度審訴字第492號刑事判決書、最高法院104
年度台上字第3189號刑事判決書

二、聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案
所持之立場與見解。

聲請解釋憲法之理由為本案件已循法定

程序非常上訴自力救濟均未得到平反。聲請
人對本案所持之立場見解為本案於台灣士
林地方法院102年度審訴字第42號刑事判決
所載不符給累犯規定不構成累犯上訴台灣
高等法院104年度上訴字第810號刑事判決所
載因最新法律見解屬構成累犯要件

①對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生
有牴觸憲法之疑義之內容

該案未依正當程序參與調查證據權，聲請
人對等原則，並使被告倚賴其辯護人為其
辯護之權利得以充分行使其防禦權。是法院
對於此項辯護權之實踐不得恣意漠視否
則即不足維護訴訟上之程序正義（最高法院99
年台上字第489號、99年台上字第12號判決意
旨參照）

②聲請人對於前項疑義所持見解
依刑事訴訟法第54條第5條之規定，公認週
知之事實，事實於法院已顯著或為其職

刑
事
法
律
之
意
義
與
條
文
予
以
被
台
本
定
度
犯
審
犯
或

務上所已知者，無庸舉証。然關於何種事實為無庸舉証之事實，如未予當事人陳述意見之機會，任由法院逕行認定，並引用作為不利被告認定之理由，因被告無從對法院此部分認定表示意見，自亦難以就此部分為自己為適當之辯護，影響被告及其辯護人之辯護權至鉅，無異容許突襲性裁判存在，尚非適法。故同法第58條之1項規定：前二條無庸舉証之事實，法院應予當事人就其事實有陳述意見之機會，以資其被告權益之保障，並那公信（最高法院104年度台上字第2192號判決意旨參照）。

本件關於被告是否構成累犯，而有刑法第41條規定適用之部分，第一審判決係依照最高法院94年度臺非字第249號判決之意旨認定不構成累犯。然上訴高等法院高等法院於104年5月28日審判期日時，並未揭櫫合議庭認為被告構成累犯而有刑法第41條規定適用之心証，使被告或辯護人等知悉合議庭之法律見解而針對

被告是否構成累犯，一節之事實及法律層面充分行使其防禦權，無異剝奪被告依刑事訴訟法所應享有之辯明罪嫌(辯論(護)等程序權，其所踐行之訴訟程序，即難謂於法無違，將被告接獲高等法院判決，乃驚覺高等法院判決附表編號十至二十一「所列各罪，皆因遭高等法院認定為累犯而加重其刑，應屬對被告為突襲性之裁判，揆諸前開最高法院104年度台上字第2192號判決及99年度台上字第189號、99年度台上字第1192號判決意旨，其訴訟程序進行，殊屬有違程序法則，其比所為不利於上訴人等之判決，當然違背法令。

再者，受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。為刑法第47條第1項規定。另數罪併罰案件之執行完畢，係指該數罪所定應執行之刑已執行完畢而言。若數罪中之一罪已先予執行，嗣

法院依檢察官之聲請，就該數罪裁定其
應執行之刑，則前已執行之刑，係檢察官執行時
予以扣除之問題，不能認定執行完畢（最高法院100
年度第6次刑事庭會議決議、95年台非字第20
號判決、90年度台非字第40號判決、97年臺非
字第364號判決、47年度台抗字第2號判決、88年
度台非字第61號判決意旨參照）。倘被告不合該
犯要件，事實審法院未予調查，依羈犯規定加重
其刑，即屬刑事訴訟法第319條第10款規定之
本案應於審判期日調查之證據而未予調查
致適用法令違誤，而顯然於判決有影響，其
判決當然違背法令。而被告有應併合處罰
之數罪，經法院分別處有期徒刑確定，其
中一罪或數罪之有期徒刑先執行期滿
後，法院再依檢察官之聲請，以裁定其
數罪之應執行刑確定，其先已執行之有
期徒刑部分，因嗣後合併他罪定應執
行刑之結果，檢察官所換發之執行指揮書

係執行應執行之刑，其先前已執行之有期徒刑部分，僅應予扣除而不能認已執行完畢，自不能據為成立累犯之要件。且非常上訴意旨執以指摘者，不向其所指被告前後有期徒刑宣告及執行之前科資料，是否存在於事實審訴訟卷宗內而得以考見，均應認為有理由（最高法院103年度台非字第342號、103年度台非字第323號、103年度台非字第243號等判決意旨參照）。

被告所犯各罪均在最新法律見解前所犯，難道官可打越久越吃虧。法律變更應先修法在公布執行，而最新法律見解並未修法變更更屬違背憲法之原則。

③ 解決疑義必須解釋憲法之理由。

聲請人已遭受不公平、公正法律之對待，更因犯罪來服刑，監獄內羣雄處遇初犯、累犯分數皆不同，得以報假釋時間皆不同，懇請大法官解釋憲法，使聲請人取冤屈。

四、確定終局裁判案號及所援用之法律或命令。為最高法院104年度台上字第318號刑事判決。

檢附台灣士林地方法院103年度審訴字第412號刑事判決正本乙份

台灣高等法院104年度上訴字第810號刑事判決正本乙份

最高法院104年度台上字第318號刑事判決正本乙份

五、請將檢附刑事判決書審核後寄回

謹 呈

司法院大法官

書記處

公鑒

證物名稱
及件數

中華民國 105 年 10 月 11 日

具狀人 何財龍 簽名蓋章

撰狀人 何財龍 簽名蓋章

刑事補充理由狀

案 號	105 年 度 刑 字 第 13004 號	承辦股別	
-----	-----------------------	------	--

訴訟 標的 金額或價額	新臺幣	元
----------------	-----	---

稱 謂	姓名或名稱	依序填寫：國民身分證號碼或營利事業統一編號、性別、出生年月日、職業、住居所、就業處所、公務所、事務所或營業所、郵遞區號、電話、傳真、電子郵件位址、指定送達代收人及其送達處所。
-----	-------	---

聲請人
即
理由人
何財龍

大法官書記處

二科



為補充 貴鈞院105年5月9日業經
編案為會台字第13004號案件補充理由
事。

一、依司法院大法官審理案件第5條第
1項第2款規定。又同法第8條第1項規定
聲請解釋憲法。並補充 貴鈞院105年
5月9日業經編案為會台字第13004號
案件補充理由。

按憲法第16條規定。人民有請願、訴願
及訴訟之權。憲法第1條(平等權)：所有明
文規定中華民國人民無分男女、宗教、種族、
階級、黨派在法律上一律平等。憲法
第8條(人身自由權)及憲法第23條(人民
自由權利。除為防止妨礙他人自由。避免
緊急危難。維持社會秩序或增進公共
利益所必要外。(基本人權)不得以法律
限制之。

次按台高士林地方法院103年度審訴字第492號刑事判決書所載(犯罪期日於101年12月24日至102年9月8日止所犯行共2罪)本案件起訴書雖認被告構成累犯然依最高法院47年台上字第1027號刑事判決意旨明揭。(不構成累犯要件)台高士林地方法院103年度審訴字第492號刑事判決書亦已依最高法院94年臺非字第249號判決意旨參照(認被告不構成累犯要件)

刑事訴訟為使當事人之地位對等於刑事訴訟法第一編第四章特設辯護人、輔佐人及代理人(或稱訴訟關係人)以輔助當事人為訴訟行為。刑事辯護制度係為保護被告之利益及維持審判之公平而設其功能在輔助被告防禦對造檢察官或自訴人對被告所實施之攻擊而於被告一般均欠缺法律智識且處於被

訴立場。難期能以冷靜態度克盡(防禦之能事)故由辯護人補其不足俾令檢察官或自訴人立於平等之地位而(受法院公平之審判)此為人民依憲法第16條享有之訴訟權所衍出之基本權。

然被告上訴台灣高等法院案號為104年度上訴字第810號案件。辯護人於審判期日得為被告行使其辯護權者除依刑事訴訟法第89條規定於調查證據完畢後就事實及法律所為之辯論外於審判長踐行調查證據程序時(現行刑事訴訟法於2年2月6日修正公布同年9月1日施行)併擴張賦予當事人、代理人、辯護人之(參酌調查證據權)亦即將原第164條165條僅曰(証物應提示被告命其辨認)(筆錄應向被告宣讀或告以要旨)等規定修正為審判長(應將証物提示當事人、代理人、辯

護人或輔佐人使其辨認)(應向當事人代理人辯
護人或輔佐人宣讀或告以要旨)使當事人及訴訟
關係人於調查證據程序中有陳述意見及參與
辯論證據力之機會,以不公平法院不存有任何
之主見,落實當事人對等原則.並使被告倚賴
其辯護人為其辯護之權利.得以充分行使其
防禦權.是法院對於此項辯護權之實踐,不
得恣意漠視,否則即不足以維護訴訟上之程序
正義(最高法院99年度台上字第1989號,99年度台
上字第112號判決意旨參照).台灣高等法院
原審於104年5月28日審判期日時,並未揭露
合議庭認為[被告構成累犯],而有刑法第
40條規定適用之心証,使被告或辯護人等
知悉合議庭之[法律見解而針對被告是否
構成累犯]一節之事實及法律層面充分行
使其防禦權,無異剝奪被告依刑事訴訟法
所應享有之聲明罪嫌及辯論(護)等程序

再以此案犯罪日期10年12月24日至
10年9月8日止當時法律判例法律

於不利之判決。
被告上訴依最新法律解釋]於表10至
21罪之判處。被告可以抗辯以不被遭
然人等何等法律準備程序若知
歌羅及歌羅之權利。

此所為不利於上訴人等之判決, 當然違背
法律。亦違背憲法第16條人民有請願
權。

其訴訟程序之進行, 殊屬有違程序法則, 甚
第109號, 99年度上字第112號判決之意旨
時與10年度上字第212號判決, 99年度上字
庭屬對被告之裁量性之裁判, 換諸前開最高
年度上訴字8105號認定為「罪」而加重其刑
對表10至12所不犯罪, 自因違反程序法第104
法院104年度上訴字第8105號判決, 方屬實判決
權, 即應予以撤銷, 當被告接獲公署高等

見解(被告所犯之罪皆為初犯論處)只因
最高法院104年最新法律見解(被告所犯
附表10至21罪屬累犯加重其刑)

法律本質應不溯及既往,被告犯罪期
日、期間法律均(被告所犯之罪皆為初犯論
處)並剝奪被告訴訟的權利。

最高法院99年度台上字第6408號判決意旨
亦稱(罪証有疑,利歸被告)之解釋原則(最
高法院100年度台上字第1208號判決意旨可參照)
乃台灣高等法院、最高法院判決並未庸及
刑罰法規所具有之(謙抑性)於不同見解
中運用適當之解釋方法,倘有利於被告
之方向解釋,竟然取向於(嚴刑峻法)解
釋方式未加重被告刑責,亦命禁不利被告
之擴張解釋原則有悖,其判決自有不適
用法則或適用不當之違背法令情事
亦違反上開憲法所規定剝奪憲法保

障人民之權益。

懇請 貴鈞院大法官鑒核此案實屬違
憲初犯和累犯相差極為甚大，命重返社會重
作新民回家團聚期日極為甚大，甚遠懇請
貴鈞院還予司法正義使被告有重作新民
回家團聚之希望。 謹 狀

司法院大法官書記處 鈞長 公鑒

證物名稱
及件數

中華民國

107 年 8 月 3 日

具狀人

何財龍

簽名蓋章

撰狀人

何財龍

簽名蓋章

釋 憲 補 正 狀			
案 號	99 年度 訴 字第 1062 號	承辦股別	溫
訴訟標的 金額或價額	新台幣 元		
稱 謂	姓名或名稱	依序填寫：國民身分證號碼或營利事業統一編號、性別、出生年月日、職業、住居所、就業處所、公務所、事務所或營業所、郵遞區號、電話、傳真、電子郵件位址、指定送達代收人及其送達處所。	
補正人 即 聲請人	蘇品睿		

大法官書記處

二科



聲請解釋憲法之目的：旨在廢除累犯，提升人權，讓我國人權指數在國際地位更進一步，並補正聲請人107年7月5日之聲請狀。

最高法院100年度台字第3596號判決第4頁第17-18行，以訴人所犯本件十罪，均符合刑法第47條第1項累犯之要件，應加重其刑。

確定判決台灣高等法院99年度上訴字第1062號第1頁最後兩行94年7月17日期滿執行完畢，第15頁第22行(三)均為累犯，均應依刑法第47條第1項加重其刑。

原審雲林地方法院98年度訴字第1頁主文第2行均為累犯。

林 民國97年7月31日假釋期滿，主文第2項第2行均為累犯。

蔡 99年度訴字第152號判決於民國98年8月17日縮刑期滿，主文第2項第9項累犯

上述受判決人均已假釋期滿，縮刑期滿聲請人其期滿執行完畢，還有更多因執

行完畢，在沒有刑期在身，而犯罪，卻需依刑法第47條第1項加重本刑至三分之一

此累犯加刑一，同法第77條第1項：使徒刑之執行有悛悔實據者，無期徒刑逾25年、

累犯三分之二，此累犯加刑二；行刑累進處遇條例第19條第3項累犯受刑人數

按第1項表列逐級增加精進分數三分之一，此累犯加刑三，同法施行細則第21條第1項

第1款規定：一般受刑人(一)第四級教化、操行各2.5分(二)第三級各3.0分(三)第二級

各3.5分(四)第一級各4.0分，然相關單位所設計操行、教化進分標準過苛，刑期21-27

累犯每7個月進0.1分，以聲請人22年6月，需在沒有任何扣分、違規之情形下，需16年方符合行

刑累進處遇條例第28條之1第1項之縮刑標準，而初犯每5個月進0.1分，此乃累犯加刑四，

而聲請人因有刑法第77條第2項第2款之情形，祇台南監獄一紙行政書函，即讓聲請人如行屍走肉，毫無希望的過日子，如非因轉檯主導偵辦之原雲林縣警察局虎尾分局之偵查佐邱有口角磨擦之事實（詳見確定判決第13頁第6行邱之供稱）成為聲請人努力不斷針對此提出告訴，歷經數年搜集資料，將對確定判決聲請釋憲，台南監獄之行政書函乃累犯之加刑五也，合法與否。（附雲林地檢署100年執更木字第1026號執行指揮書及台南監獄行政書函）

而刑法第78條第1項：假釋中因故意更犯罪，沒有期徒以上刑之宣告者，於判決確定後六月以撤銷假釋，而所謂假釋中是國家法律將所剩刑期在社會上執行，然而故意更犯罪，却不受刑法第47條第1項：累犯之拘束，加重其刑，其假釋中再犯已殘刑部份在行刑累進處遇條例第19條第4項撤銷假釋後刑人之責任分數按第1項表列標準逐級增加其責任分數二分之一，本刑不但不受刑法第47條第1項之加重其餘全比照初犯，這對沒有刑期在身之犯罪人，已不法侵害最基本之人權，涉及憲法第8條：應依法定程序保障人自自由之意旨及憲法第23條：法律之比例原則，有所牴觸。

聲請人對於前項疑義所持見解，依照法官協會周俞宏理事所持見解，廢除累犯，提升人權，讓我國人權指數，在國際地位更進一步，而且我國改採一罪一罰，而法院却仍採自由心證，先入為主之舊觀念，仍存於大部份法官內心裡，尤其對毒品之認識仍存此食品人人都得下肚之慢藥中毒

而黑心廠商大賺其黑心錢，如大統總經理說的他們還算有良心的，而頂新對金養他們的台灣仍能進口飼料油來提煉為食用油，他們利潤是億來億去，錢對他們只是數字在增加，但仍做出此種大賺黑心錢，然食品衛生管理法雖修改，但對他們有錢人有制裁作用嗎？

補

再者立委因媒體渲染，為息民怨祭出嚴刑峻法之隔離政策，未見成效，卻見監獄人滿為患，尤其外島之澎湖走路竟要橫著走，且更是毒品重刑犯專門監獄，而立委們的嚴刑峻罰之連典變成專對毒品而來，前行政院長曾表示將提撥一百億防毒基金，到底至今防堵多少，救了多少人，而且立委們所訂定之連刑，無期徒刑逾25年，有期徒刑二合併逾40年，持續執刑20年亦得報假釋，一個人的生命有幾個20年、25年，以犯罪時剛成年18歲，出監時已40好幾了，連機會都沒有，除非家世是含著金湯匙出世，否則只會造成社會的負擔，連吃口飯都成問題，更何況已拖累家人幾十年了，這種嚴刑重典是嚴重不合理之比例原則。

聲請人文筆拙劣，更不擅言詞，但句句全是真心肺腑之言，請大法官大人原諒，污壞大人之法眼，請研討其觸憲法第八條、第23條保障人民人身自由及法律比例原則，確定判決書聲請人正撰寫釋憲中，因確定判決所確認之供述、非供述等證據有違反刑事訴訟法第39條

第43條、第43條之一，而適用法律為同法第159條之5，雖當事人當時確實不諳相關法律規定而無從異議，但最高法院100年度台字第6246號判決有明確解釋，雖聲請人同意作為證據，但所謂經當事人同意作為證據者當事人意思表示無瑕疵可指之明示同意而言。此明示同意之效力，既基於當事人積極行使其處分權，自須係針對個別、具體之特定證據行之，不得為概括性之同意，否則其處分意思表示即有瑕疵，自不生明示同意之效力。

謹 狀

附件：雲林地檢署執行指揮書及台南監獄行政書函

此 致

司 法 院 大 法 官 會 議 公 鑒

證 物 名 稱

及 件 數

中 華 民 國 107 年 9 月 4 日

具狀人 蘇品睿 簽名蓋章

撰狀人 蘇品睿 簽名蓋章

釋 憲 續 補 正 理 由		狀
案 號	99 年度 上訴字第 1062 號	承辦股別 溫
發交日期	中華民國 107年8月27日	
發文字號	憲大二字第1070023269號	
稱 謂	姓名或名稱	依序填寫：國民身分證號碼或營利事業統一編號、性別、出生年月日、職業、住居所、就業處所、公務所、事務所或營業所、郵遞區號、電話、傳真、電子郵件位址、指定送達代收人及其送達處所。
聲 請 人	蘇品睿	

二科

大法官書記處



主旨：為就續補正聲請人聲請刑法第47條(累犯加重本刑至二分之一，第77條第1項規定後段累犯逾三分之二而有悛悔實據，方可提報假釋，刑法累進處遇條例第19條第3項：累犯受刑人之責任分數遂級按第1項表列增加其責任分數三分之一，同法施行細則第21條之教化，操行進分標準以聲請人刑期為21至24年累犯每七個月進0.1，初再犯不管撤一、撤二，甚至撤三，卻每個月進0.1，以此計算根本每同條刑法累進處遇條例第1項規定意旨不符，無法在三級即達縮刑之成績十分，且聲請人帶時16年而且是正常之情形，再加上刑法第77條第2項第2款之規定等等規定已牴觸憲法第8條、第22條及第23條等保障受刑人最基本權利，暨對 貴院釋第四七六號，販賣與運輸、製造並列同罪，聲請人認不符此律原則，一起請 貴院審查解釋。

聲請解釋憲法之目的：廢除有違憲疑之累犯規定，提升人權，使我國在國際人權指示之地位向上提升。

(一) 憲法第22條規定：凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序、公共利益者，均受憲法保障，第23條法律之比例原則以第8條：人身自由之保障，然上述對於執行完畢，已對國家法律負責，如果五年內再犯，是不是我國的矯正機關之矯正教育出了問題，因為矯正機關不是在矯正而是法務部的廉價勞工，強迫作業且要達到課程(高雄大寮監獄六囚命案之訴求無

法自給自足,每月2百多元,台南監獄張

每月4百餘元,而澎監更可憐

一百多元甚至不及百元(附聲請在監作業所得)還得拖累家人,閑放拖多
久,法務部更明令役刑人不得以勞力換取金錢合法與否。(附一)

(二)原審第1項致第2行均為累犯,於民國94年7月17日執行期滿出獄。

林 97年7月31日假釋期滿其假釋未經撤銷以執行完畢論,主文第2
項第2行,均為累犯,

蔡 98年8月17日縮刑期滿,主文第2項第3行,累犯。

確定判決第1項最後兩行於民國94年7月17日期滿執行完畢,猶不知
警惕,為何不說矯正教育失敗,國家機關防堵毒品失敗,卻
怪聲請人自己不知警惕,而且林全前院長所撥經費一百億(人民的血汗錢
)其結果錢花了,毒品越來越多,嚴刑峻罰使毒品犯越闖越多,毒品犯
不只要扣犯罪所得,連區區勞作金還要扣犯罪被害人補償基金,一隻
牛剝了六七層皮這樣合法與否。到底堵了什麼,救了幾個人,除非以
聲請人之拙見,以荷蘭為借鏡,沒了利潤刑責已不是問題了。

最高法院第4頁第18行,均符合刑法第47條第1項累犯之要件,應加重
其刑。

刑法第

判決確

第2項

足證法

犯是

是全世

期,如

有收入

吸食

許多,

自殺

運輸

才有

不跟

幾百

緊

且一

更可憐
次拖欠
刑法第七十八條第一項規定：假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告，於判決確定後六月以內撤銷其假釋。

第二項：假釋撤銷後，出獄日數不算入刑期內。

足證法律對執行完畢或期滿或一部分執行而赫免之無刑期在身即所謂「累犯」是多麼的嚴苛，尤其毒品為何不怪罪政府機關防堵不力，而如今毒品已

文第二
是全世界各國的煩惱，已非清朝時歐洲八國為侵犯擴大殖民的時期，如果毒品如香煙、酒由國家來提供，並訂定戒毒時間表，不但國家

有收入，法定時間一到戒不了毒，抓到就採終身監禁，看誰還敢吸食毒品，沒了吸毒者，為了吸毒偷、搶、拐、詐、騙治安問題就減少

首不知
文，卻
血汗錢
許多，也減少傳染B、C肝，HIV等問題，就如2015年5月16日一篇自殺能戒掉，連死都讓人叫毒蟲遺書向父道歉，(附二)沒了吸毒者

品犯
運輸進來及製造出來沒人買(因有國家便可戒)如此疏通法對吸毒者才有用，而我國一罪一罰為了幾百塊一級最輕就是15年以上，難道

，一隻
非以
不跟「累犯」一樣有違法律比例原則，而運輸或製造却比販賣幾百元更輕，而且販賣不用人贓得獲，只要警察指使吸毒者

緊咬，那也不用再辛評了，因為我國是採先入為主，自由心證，且一但判了，想平反那比登天還難了。

如此一隻牛剝了多層皮難道合乎憲法保障人民身體自由及法律比例原則嗎?

而食品安全衛生管理法,食品是人人要吃的因向政府繳納税金,申請牌照,如非製造者摸著良心做,連頂新那麼大的企業就敢自毀品牌,錢賺那麼多,花點錢法律能拿也判多重,而那是全國人人必須食用,結果是飼料油菜經過提煉是可以食用,那還有什麼不能吃,而且是慢性中毒,甚至比毒品更可怕,毒品是吸食者自己找死,而食品却是在不知不覺中的慢性毒品,只能怪國家安全檢查不夠確實,讓黑心廠商全者都是,是食品該立特別法規範,使百姓吃得安心才合於法律規範。

以上是聲請人對竊犯,毒品販賣及食品安全衛生管理法之疑義所持之見解。

解決上述疑義應由貴院大法官會審查解釋「竊犯」為何執行完畢還得加重到5次刑,這合乎憲法第8條人身自由之保障,而已在服刑了法律還加了四次刑,合乎法律比例原則乎,而毒品販賣為了吸食毒品者在警家為績效下唆使指證不用現場交易即可判處

重刑而

黑心

比例

大人們

附一

附二

此為

重刑而且是幾百元或數千元是否合乎憲法第23條比例原則，而黑心廠商讓全國人民在慢性中毒中其訂定法律刑責是否合乎法律比例原則，為解決上述疑義聲請人懇請大法官大人們釋疑，如蒙恩准，毋任感禱！

附一、澎湖監獄勞作金分卡

附二、毒蟲自殺之報導。

此為續補聲請人107年7月5日聲請理由。

謹 狀

狀 請 聲 憲 釋			
案 號	99 年度 訴 字第 1062 號	承辦股別	逕
訴訟標的 金額或價額	新台幣 元		
稱 謂	姓名或名稱	依序填寫：國民身分證號碼或營利事業統一編號、性別、出生年月日、職業、住居所、就業處所、公務所、事務所或營業所、郵遞區號、電話、傳真、電子郵件位址、指定送達代收人及其送達處所。	
聲 請 人 即 受 判 決 人	蘇 品 睿		

大法官書記處

二科



主旨：為就聲請人因 憲法所保障之權利，遭受不法侵害，而確定終局裁判，所適用之法律發見有抵觸憲法之疑義者，依法聲請解釋憲法

一、聲請解釋憲法之目的：聲請人臺灣高等法院臺南分院之確定終局裁判 99 年度上訴字第 1062 號所適用之刑事訴訟法第 159 條之 5 第 2 項規定，當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第 159 條第 1 項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。

很顯然其立法意旨：即如果當事人當時確時不諳相關法律規定，而無從異議，即不生同意之效力，而證據之取得非依法定程序，法院若容許該項證據作為認定犯罪事實之根據，有害公平正義時，因已違背憲法第八條、第十六條所不應依正當法律程序保障人身自由，貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等意旨，故聲請人認為本件符合司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之規定：人民、法人或政黨於其憲法所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟對於確定終局裁判所適用之法律發見有抵觸憲法之疑義者，得聲請解釋憲法。另認符合第五條第一項前段：中央或地方機關於行使職權時適用憲法發見疑義等。

二、疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文。

(一) 憲法上所保障之權利遭受不法侵害之事實及涉及之憲法條文。

憲法上所保障，應依法定程序，保障人身自由，貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等意旨

刑事訴訟法第159條之5第1項規定：被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者亦得為證據。

第二項規定：當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為前項之同意。

前項規定：當事人（即被告）於法院調查證據時，知有第159條第1項不得為證據之情形，既有此明示規定當事人明知有第159條第1項不得為證據之情形，亦為適用，況且當事人當時確不諳^{相關}法律規定，當然無從表示異議，且法院並未明示可否為異議或拒絕之權益，以該法律為適用法律，合法與否。

再者，刑事訴訟法第一百五十九條之五第一項規定，乃本於當事人進行主義中之處分主義，藉由當事人同意之處分訴訟行為，與法院介入審查適當性要件，將不得為證據之傳聞證據，賦予其證據能力。所謂經當事人同意作為證據者，當係指當事人意思表示無瑕疵可指之明示同意，作為證據之傳聞證據，經法院審查具備適當性要件後若已就該證據踐行法定之調查程序，即無許當事人再行撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求。此明示同意之效力，既基於當事人積極行使其處分權，自須保針

對個別具體之特定證據行之，不得為概括性之同意，否則其處分之意，表示即有瑕疵，自不生明示同意之效力。最高法院100年台上字第6246號判決即明。

確定判決於民國100年3月2日調查證據時，全案導偵辦之原虎尾分局邱 當庭供稱：「98年6、7月間曾在雲林地檢署遇到蘇品睿、莊 我記得當時我朝莊

去繳款，並且在聊天，蘇品睿進來跟我說我抓人去關，但我跟他說什麼，

我忘記了。98年11月間，莊 因為毒品案件之筆錄是我製作的，製作筆錄之前有無跟他說什麼忘記了。」如此明顯有一般人確信有非法取證事實存在，

而確定判決仍以先入為主，自由論斷證據之證明力，未再審酌及詳查證據之取得或作成有無非法之情形。確定判決為事實審最後判決之法院，其證

據之證明力如何，雖屬於事實審法院自由判斷職權，而其所為判斷，亦應受經驗法則與論理法則之支配。最高法院53年台上字第2067號

判例足參。刑事訴訟法上「證據排除原則」，係指將具有證據價值之證據因取得程序違法，而予以排除之法則。偵查機關違法偵查蒐證適用證據排除原則，之

主要目的，在於抑制違法偵查並嚇阻警察機關之不法，來自憲法上正當法律程序之實踐，鑒於一切民事、刑事、行政、懲戒之手段，尚無法有效遏止違法偵查，嚇阻警

察機關之不法，唯有透過證據之排除，使人民免於遭受國家機關之非法偵查之侵擾干預，防止政府濫權藉以保障人民之基本權。最高法院99年台上字第3168號判

決意參照。依確定判決邱 之供詞，事已明瞭聲請人有明確擦事實存

在，記恨在心，於執行職務時已有偏頗之虞，更何況是由邱 親自帶隊搜索

偵辦，其已將聲請人憲法所保障之權利，濫用職權，不法侵害聲請人

其事實如下：

刑事訴訟法第39條規定：文書由公務員製作者，應記載製作之年、月、日及其所屬機關，由
製作人簽名。

第42條第1項規定：搜索、扣押及勘驗，應製作筆錄，記載實施之年、月、日及時間處所
，並其他必要之事項。

第4項規定：筆錄應依本法命其在場之人簽名、蓋章或捺指印。

第43條規定：前二條筆錄應由在場之書記官製作之。其行詢問或搜索、扣押、勘驗之
公務員應在筆錄內簽名；如無書記官在場，得由行詢問或搜索、扣押、勘驗之公務員親自
指定其他在場執行公務之人員製作筆錄。

第43條之1第1項規定：第41條、第42條之規定，於檢察事務官、司法警察(官)行詢問、
搜索、扣押時，準用之。

第2項規定：前項犯罪嫌疑人詢問筆錄之製作，應由行詢問以外之人為之。但因情況急迫
或事實之原因不能為之，而有全程錄音或錄影者，不在此限。

第156條第1項規定：被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他
必要之證據，以察其是否與事實相符。

施用毒品之人指證某人為販毒者之對向性正犯證人，雖非屬共犯(指共同正犯)教

唆犯、幫助犯)證人之類型,但因其證言存有較大之虛偽危險性,為擔保其陳述之真實性,依刑事訴訟法第一百五十六條第一項規範之同一法理,仍應認為有補強證據之要求,乃供述證據本質使然。最高法院100年台上字第1914號判決意旨參照。

監聽係政府機關依據通訊保障及監察法之授權所為截取他人通訊內容之強制處分,必須符合所列舉之得受監察之犯罪與受監察者之要件,始為合法,此觀修正前、後之該法第五條第一項即明。最高法院97年台上字第2633號前段判決足參。

且貴院大法官會議釋字第631號解釋:「憲法第十二條規定:『人民有秘密通訊之自由。』旨在確保人民就通訊之有無,對象、時間、方式及內容等事項有不受國家及他人任意侵擾之權利,國家採取限制手段時,除應有法律依據外,限制之要件應具體、明確,不得逾越必要之範圍,所踐行之程序,並應合理、正當,方符憲法保護人民秘密通訊自由之意旨。貴院解釋之明但法院接受檢察官之聲請,而檢察官承受司法警察之申請(對非管轄區域內,竟以綽號申請,檢察官、法官接受該司法警察)。」

違法監聽所取得之證據,更以綽號「阿修」申請,其取證來源可疑,法院即以綽號核發監聽票,把違法監聽變成合法監聽,其核發程序,合法與否,且確定判決以此非供述證據採為聲請人犯罪證據之一,致使聲請人無從行使刑事訴訟

法之各種防禦權,監察號碼,受監察對象「阿修」使得聲請人在訴訟上無從防禦(詳見聲證一之通訊監察譯文)「阿修」

即林 且林 於雲林地檢署99年5月17日雲檢窮勇99並71字第140

37號函暨檢附之補充理由書、99年度偵字第668號、第723號、第1023號

第1398號起訴書供出毒品來源為綽號「天壽」(涂)及「矮仔光翼」並提供涂

之行動電話，並因而查獲涂 (詳見虎尾分局整詢筆錄林 趙承

為「阿修」證據二及證據三林 毒品來自「天壽」涂 原審第26頁六(一)

足證所查獲之連禁毒品為林 購自「天壽」而非聲請人所有有上述可證，

只是虎尾分局98年11月9日15時46分起至98年11月10日15時20分，檢察官容許

虎尾分局借提林 一日夜以何條件讓其又說購自「天壽」又一說毒品是

聲請人的，而且借提覆訊檢察官即無保釋庭釋放(詳見證據四、當

庭釋放文)此是否合法呢？足證所查獲之毒品確為林

購自「天壽」涂 (見證據三)而獲得減刑，當初聲請人

因義氣，見他還有一個三歲小男孩林 要養，才承擔擁毒之刑

責，結果林 竟在邱 唆使下，甚至把所有責任推向

聲請人，而聲請人清楚記得98年11月24日上午10:30或98年12月

22日下午2:30分兩天出庭時，湊巧遇到邱 (有雲林地檢

署傳票證據六、跟七)聲請人羈押室就問「邱董仔(即邱

到底為什麼去林我(即聲請人)尚有八十二歲老母親要養、阿堯呢？」

邱答：「看你(聲請人)得罪誰啊！誰叫你要隨便得罪人呢？阿

是我們抓的，也說是跟阿修買的當時聲請一時忘了

6、7月間在雲林地檢署與口角磨擦（見確定判決第13頁）

之供詞^{證據五}足以證實聲請人落入邱。濫用職權確定判

決對聲請人在雲林羈押室對談其符合性有九成以上，以致相

符之不法侵害聲請人之事實，且邱（以下簡稱邱員）既與聲請

人如確定判決第13頁之供稱，於車害區執行職務即有偏頗

之虞更何況是主導帶隊搜索偵辦聲請人之刑事案件，合法

與否。（車害外越區辦案且依各級警察機關越區應行注意英會贈地

法院組織法第62條規定：檢察官於其所屬檢察署管轄區域內

執行職務，但遇有緊急情況或法律另有規定者不在此限。足見除非有坦書情

形外，否則檢察官僅於其所屬檢察署管轄區域內，始有行使偵查犯罪

之職權。而刑事訴訟法第229條第1項第1款規定，警政署署長，警察局局長

或警察總隊總隊長於其管轄區域內為司法警察官有協助檢察官偵

查犯罪之職權。可見該款司法警察官於管轄區域內，才有協助檢察官偵

查犯罪之職權。又同法第230條第1項第1款、第2項，第231條第1項第1款第

2項，雖僅規定警察官長，警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查。但既規

定警察官長應將犯罪嫌疑調查之情形報告該管檢察官及協助偵查犯罪之

司法警察官；警察應將犯罪嫌疑調查之情形報告該管檢察官及司法警察官；

警察官長應受檢察官之指揮，偵查犯罪警察應受檢察官及司法警察官之命令，偵查犯罪。顯見一開警察官，警察知有犯罪嫌疑者，應即開始調查之職權，亦應限於管轄區內，始得為之。再警察勤務條例第3條規定，警察勤務之實施，應晝夜執行，普及轄區。各級警察機關通報越區辦案應行注意要點第1點規定，為發揮各級警察機關整體偵防力量，提升打擊犯罪能力及避免於越區辦案時，因執行配合不當引致不良後果，特訂定本要點。第3點第一項前段規定，各級協助偵查犯罪人員，於管轄區外執行搜索、逮捕、拘提等行動時，應通報當地警察機關會同辦理。第6點第2項規定，各級警察機關搜獲他轄區犯罪確切情報，可通報當地警察機關偵查，因而偵破刑案或緝獲逃犯，視同共同偵破。均可見警察官長，警察原各有管轄區域，於管轄區域內始有調查犯罪之職權，因調查犯罪，如欲於管轄區外執行、搜索、逮捕、拘提等行動時，應通報當地警察機關會同辦理，而於搜獲他轄區犯罪確切情報，則可通報當地警察機關偵查。並非得於管轄區域外調查犯罪。否則，無異較檢察官與協助偵查犯罪之司法警察官，擁有更廣泛不受轄區限制之調查犯罪權限，顯非適宜。最高法院102年台上字第3288號判決足參。而且警察勤務條例第9條規定警察分局為勤務規劃監督及重點性勤務執行機構及考核轄區各勤務執行機構勤務實施。各級警察機關通報越區辦案應行注意要點第6點第3項規定各警察機關應確實遵照本注意要點規定，如有違反，經調查屬實後，依警察人員獎

懲標準表暨其他相關規定行違誤。法律規定如此明白，檢察官、法官、
確定判決等却容許該非法取得之證據來作為聲請人犯罪證據
之一，合法與否。

且在下列文書證據之製作竟單獨隨意操控詢問及製作
筆錄，尤其筆錄製作人員佔四分之三，另物因在誘使林 指證
聲請之情形下，由其部屬周 單獨製作朱 王 夫婦之
文書證據，尤其確定判決於邱員供詞後，仍未於審判期日就
應予調查之證據調查，卻以當時完全不諳相關法律規定
之默示同意，未查是否非供述（監察譯文表之受監察者）、供述有
非依法定程序所製作之文書筆錄，在重大文書證據製作上有
重大違法瑕疵下仍以刑事訴訟法第159條之5為適用法律
其確定判決全無視最高法院100年台上字第6246號對刑
事訴訟法第159條之5第1項之判決意旨，而採用之文書證據
八、朱 王 夫婦由周 一人製作兼詢問來操控兩人之
筆錄，而莊 及A01 皆由邱員一人單獨隨意操控兩人之詢
問及筆錄製作（證據九及十）尤其在莊 筆錄更有公務員
文書製作違背法定程序且在製作筆錄前更有誘導唆使證人
之嫌疑（詳見確定判決書第13頁邱員之供詞及證據九之

重違法，確定判決卻未就此如何審理得心證理由有詳細論述其心證所得，而 A02 雖由周詢問，並由書記員製作筆錄，那不等於檢察官下來製作筆錄操控，而由書記官進行詢問之違法取證，有最高法院 99 年台上字第 2624 號、101 年台上字第 5142 號及 101 年台上字第 1900 號等單人詢問並製作警詢筆錄之判決意旨足以參照。確定判決容許上述非法取得之證據，且退為聲請人罪事實之依據，已有害公平正義時，因已違背憲法第八條、第十六條所示應依正當法律程序保障人身自由，貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等意旨（司法院大法官會議釋字第 384、396、418 號等解釋部分釋示足參）足證確定判決所認定事實之依據及取得有上述不法侵害聲請人之事實使憲法上所保障之基本權利遭不法侵害。刑事審判基於憲法正當法律程序原則，對於犯罪事實之認定，採證據裁判及自由任意性原則。刑事訴訟法據以規定嚴格證明法則，必須得證據能力之證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪為避免過分偏重自白，有害於真實發見及人權保障，並規定被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。基於上述嚴格證明法則及對自白證明力之限制規定，所謂其他必

要之證據^亦，自須具備證據能力，經合法調查，且就其證明力之程度，非謂
自白為主要證據，其證明力當然較為強大，其他必要證據為次要或補充性
之證據，證明力當然較為薄弱，而應依其他必要證據之質量，與自白相互印證
，綜合判斷，足以確信自白犯罪事實之真實性，始足當之。最高法院三十年上字第
三〇三八號，七十二年台上字第五六三八號及七十四年台覆字第一〇三號判例，首在
闡釋「其他必要之證據」之意涵，性質、證明範圍及程度，暨其證人自白之互
互關係，且強調該等證據應能擔保證人自白之真實性，俾證人自白之犯罪
事實臻於確信無疑，核其及其他判例相同意旨，乃為尚無抵触憲法第八條
第十六條之所示。(貴院大法官會議釋字第五八二號部分解釋參照)
所涉及之憲法條第八條：人身自由之保障。第十六條：請願權
、訴願權及訴訟權。上述憲法所示應依正當法律程序保障人身自由，
貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障意旨。以及第十條：居住
遷徙之自由。轄區外行逮捕、搜索、扣押未同時會同當地警察機關
共同辦理。

(2) 所經過之訴訟程序。

原審準備程序時聲請人要求與證人對質，但受命法官却以他們都說
成那樣了，而拒絕聲請人要求，聲請人更提供毒品來源由「大

蘇，請求追緝到案，一句那一定抓不到的，只要到嘉義縣

大林鎮一查即明，法官却以此回絕，因此公辯律師以跟法官

認罪協商，也被其以一罪一罰為由而拒絕，足證該受命法官以先

為主之自由論斷，且當時因公辯律師給聲請人的案卷不全，只給

部分警詢筆錄，讓不諳相關法律規定之聲請人無從在訴訟之防禦

原審彈劾聲請人之詰問權^以並刑事訴訟法第159條之5為適用法律，未

於審判期日應予調查之證據未予調查，其適用法律合法與否。

確定判決雖依法定程序讓聲請人却因線民(即)證人所述與其

於99年9月27日至雲二監接見有接見錄音(聲請人已依刑事訴訟法第219條

之一保全為證據)有侵導帶誘偵辦之嫌 威逼利誘之疑，且均非

於確定判決第13頁所供稱：「98年6、7月間曾在雲林地檢署遇到蘇品睿

、莊，我記得當時我與莊 去繳款，並且在聊了天，蘇品睿進來

跟我說我抓人去關，但我跟她說什麼，我忘記了。(與聲請人明顯有

口角磨擦之事實事後濫用職權，以執行職務已有偏頗濫心能，越區

違反偵查聲請人，於法不合)98年11月間，莊 因為毒品案件之筆錄是我製

作的，製作筆錄之前有無跟他說什麼，忘記了。(見本院(確定判決)100年

3月2日筆錄)這不是非 身為公務員有不打自招之疑，且筆錄四分三

為好 製作，四力之為其下屬周 行詢問及筆錄製作詳見證

據八、九、十、十一筆錄製作之簽名，而不確定判決在邱。 所證

供後仍未再詳查證據之製作是否合於法定程序，即遂採為聲請人

犯罪之證據而為有罪之判決，合法與否

(3) 上開確定終局裁判所適用之法律或命令之名稱及內容。

刑事訴訟法第一百五十九條之五 (傳聞證據 適用)

工. 被告以外以於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程

序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成之情況，認為適當

者，亦得為證據。

II. 當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第一百五十九條第一

項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前

項之同意。

刑事訴訟法第一百五十九條之五第一項之規定，乃本於當事人進行主義中之處分主義，藉由

當事人同意之處分訴訟行為，俾法院介入審查適當性要件，將不得為證據之傳

聞證據，賦予其證據能力。所謂經當事人同意作為證據者，當係指當事人意思

表示無瑕疵可指之明示同意而言，當事人已明示同意作為證據，經法院審查

具備適當性要件，若已就該證據踐行法定之調查程序，即無許當事人再行

撤回同意之理，以維訴訟程序安定性、確實性之要求。此明示同意之效力，既基於當事人積極行使其處分權，自須係針對個別、具體之特定證據行之，不得為概括性之同意，否則其處分之意思表示即有瑕疵，自不生明示同意之效力。最高法院100年台上字第6246號判決意旨即明。

第二項之規定：須當事人於法院調查證據時，知有第一百五十九條第一項不得為證據之情形，表示若當時當事人因不諳相關法律規定而無從異議，法院即不能將之視為前項之同意，應就所有法院應依職權調查之證據，依法再調查以防遺落重要證據，方為有依法定程序調查之法定程序，否則即為應於審判期日調查之證據未予調查之違誤，而且被告並不負舉證之責任及其證明方法，而可豁免法院調查責。

(4)
確定判決所憑，認定犯罪事實之證據及理由。

(一)公訴人、被告及辯護人，均同意下述之供述或非供述證據之證據能力，本院(確定判決不同)審酌前開證據之作成或取得之狀況，並無非法或不當取證之情事，且亦無顯係不可信之情況，並無證據力明顯過低之情形，復經本院於審判期日就上述證據依法進行調查、辯論，依刑事訴訟法第159條之5規定，均具有證據能力，合先敘明。

原審及確定判決所持適用法律刑事訴訟法第159條之5與最高法院100年
台字第6246號判決意旨所持解釋意旨完全不同，且確定判決所謂被告
(即聲請人)均同意，下述之供述或非供述證據之證據能力(因當時聲請人完全
不諳相關法律規定，法院亦未盡告知義務，當然無從表示異議)本院(確定判決下
同)審酌前開證據之作成或取得之狀況(詳見證據一、二監察譯表之
監察者及證據文書八、九、十、十一筆錄之行詢問及製作人簽名即明)，且亦
無顯不可信之情況，並無證據力明顯過低之情形(確定判決第13頁主筆偵
辦^源之虎尾分局邱 之供稱，已有讓一般人相信其執行職務已有偏頗濫之情
事)且確定判決却未就主筆偵辦邱 之供詞再作審酌其所製作之文書證
據及監察譯表之監察者與聲請人是否為同一人，且其所作警詢筆
錄全由一人單獨隨意操控筆錄之製作，其證據力明顯過低，且未就邱
未依警察勤務條例第3條及第9條在其管轄區域內方有偵查犯罪之
職權，且各級警察機關通報越區辦案應行注意該條例第3條第1項前段規定，
各級協助偵查人員於管轄區外執行搜索、逮捕、拘提等行動時，應通報
當地警察機關會同辦理。(當地轄區到來已20分鐘後)，確定判決卻放過
主筆偵辦^源之虎尾分局邱 之供詞，及其所有供述及非供述之證據力問
題，即遂採為聲請人犯罪證據之一，合法與否。

3 聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所具之立場與見解。其內容應包含：

(1) 以開確定終局裁判所適用之法律或命令，發見有牴觸憲法疑義之內容。

確定終局裁判所適用之法律，刑事訴訟法第一百五十九條之五依最高法院100年台字第6246號之判決意旨：所謂經當事人（即聲請人）同意，作為證據者，當係指當事人意思表示無瑕疵可指之明示同意而言；此明示同意之效力，既基於當事人積極行使其處分權，自須係針對個別具體之特定證據行之，不得為概括性之同意，否則其處分之意表示即有瑕疵，自不生明示同意之效力。而第二項更明定：須當事人（即聲請人）於法院調查證據時，知有第一百五十九條第一項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。可見本規定係在當事人知悉有第一百五十九條第一項規定時，而未於辯論終結前，提出異議才視同前項同意，如果當時當事人完全不諳相關法律規定，而無法在言詞辯論終結前提出異議，即無同意之效力可言。

而且確定判決所謂經過本院審酌前開證據之作成或取得之狀況，並無非法或不當取證之情事，且亦無顯不可信之情況，並無證據明顯過此之情形。復經本院於審判期日就上開證據依法進行調查、辯論，然證據依法進行調查卻未實質針對證據之作成有無非法或不當取

證之情事，卻未針對個別具骨豐之特定證據行之，非供述之監察譯文表是否符合通訊保障及監察法第五條第一項之受監察者之規定，而於辯論時，主簿辦梓源虎尾分局是對管轄區外實施刑事偵查其動機於98年11月24日11時左右或98年12月22日下午二點左右因98年度偵字第5234號出庭(詳見出庭傳票證據六及七)剛好邱(以簡稱邱員)至雲林地檢署洽公至羈押室讓聲請人見到就立馬詢問：「邱董仔(即邱員)為何帶隊抓我，我尚有八十幾歲寡母要養阿！阿堯呢？」邱員答：「看你得罪誰阿！誰叫你要隨隨便便得罪人啊！阿堯他們是我們(邱員)抓的，也說是跟『阿修』買的。」再對照邱員於確定判決100年3月2日筆錄第13頁的供詞：「98年6、7月間曾在雲林地檢署遇到蘇品睿、莊，我記得當時我帶莊去繳款，並且在聊天，蘇品睿進來跟我說我抓人去關(是否符合情理呢?)但我跟他說什麼，我忘記了。98年11月間，莊因為毒品案件之筆錄是製作的，製作筆錄之前有無跟他說什麼忘記了。」如此不打自招，有一般人確信其有非法取證之事實疑義，確定判決卻未就此之詳查所製作之文書證據是否依法定程序所製作。

證據八，朱、王夫婦之文書警詢筆錄由警員周單獨一人行詢問及隨意操控筆錄之製作。因邱員正在誘豬林口供中。

證據九，莊於98年11月4日由邱員單獨一人行詢問及隨意操控筆

錄之製作(詳見確定判決書第13頁邱員口供之第2段)而且更未在詢問人欄及製作人欄簽名此部份確定判決未就如何審理所得心證之理由,顯有理由^{如前}之違誤。

證據十、證人A01 於98年11月6日亦由邱員單獨一人行詢問及隨意操控證人筆錄之製作是為刑事訴訟法第四十三條之一第二項規定所不允許之違法重大瑕疵。而整個分局此兩人為製作。

證據十一、證人A02 於98年10月22日雖由周警員及小隊長邱員聯合製作的,邱員為取得所需警詢筆錄曾以威逼利誘手段以不法手段取得證人之證供,而且聲請人有叫囂聲在先有偏頗瀆。

(刑事訴訟法第四十三條之一第二項規定)要以僅由一人詢問並自行製作警詢筆錄,單獨隨意操控全部偵詢及取供過程,而非由行詢問以外之人在場製作筆錄,較易滋生詢問過程合法性及筆錄內容正確性爭議或流弊,難以維護調查程序之公正、純潔,影響犯罪嫌疑人之權益應不得僅由一人詢問並製作警詢筆錄,否則關於其踐行程序之適法性及取供之證據能力,即難謂並無瑕疵可指。最高法院99年台上字第2624號判決意旨足參。

確定判決對此嚴重瑕疵之證據,作為認定犯罪事實之依據,已有曾公評其適用法律刑事訴訟法第159條之5已牴觸憲法第八條、第十六條

所不應依正當法律程序保障人身自由，貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等意旨。且未依警察勤務條例第3條及第9條之規定於轄區內方有偵查犯罪之職權已違背憲法第十條之人民有居住、遷徙之自由等最基本人權保障。

(二) 聲請人對於前項所持之見解。

憲法第八條、第十六條既有所不應依正當法律程序保障人身自由，貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等意旨，憲法明定應依正當法律程序而確定判決却容許非依正當法律程序證據一、二為聲請人犯罪之非供述犯罪之佐證而在導偵辦源處分局偵查佐邱 供稱與聲請人有口角磨擦之衝突時更供稱該 之書證證據筆錄為其單獨一人製作，而且更自供在製作筆錄之前有無跟他說什麼忘記了，來塘塞以非法取證來取得邱員所想要的筆錄，更在製作筆錄時有公務員違背法定程序未具簽名朱 王 更同為警員周 單獨一人非法取證，A01 更由邱員單獨一人行詢及單獨隨意操控筆錄之製作，雖然證人A02 是由警員周 行詢問邱員身為小隊長卻屈於筆錄製作好操控 A02 之筆錄(詳見證據八、九、十、十一之簽名)確定判決根本未就邱員於庭上所證稱加以依法詳查，即以自由論斷選採為聲請犯罪之依據而為

判決，其適用法律為刑事訴訟法第159條之5，對最高法院所為判決全不遵照，其所謂即有瑕疵，即不生明示同意之效力，對大法官所示應依正當法律程序保障人身自由，貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等意旨有所牴觸，且聲請羈押時由時任主任檢察官為法官且裁定意旨之一聲請人不在戶籍地居住，却未就原虎尾分局偵查佐邱 未在管轄區域行偵查犯罪之不法，已牴觸憲法第十條人民有居住、遷徙之自由之保障等疑義。（證據十二之羈押理由之一）合法與否

(3) 解決疑義必須解釋憲法之理由。

確定判決所認定事實之依據，未依嚴格證據法^則、經驗法則及論理法則來認定事實的真相，而以自由心證來論斷事實，且心證所得非依法定程序，讓不法事實侵害聲請人憲法所保障的最基本權利，更以有違法重大瑕疵之供述及非供述之證據，且未以最高法院100年台上字第6246號判決為認定事實的依據，已有害公平正義，因已牴觸憲法第八條、第十六條所示應依正當法律程序保障人身自由，貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等意旨，且以警察局司法警察因與聲請人有口角磨擦之衝突，而未依警察勤務條例第3條及第9條規定於管轄區域內方有調查犯罪之職權，且羈押庭以主任檢察官為裁定之法官，且以不在戶籍地居住等違背憲法第十條規

定：人民有居住及遷徙之自由之基本權利，為解決上述疑義請大法官依司法院大法官審理案件法，依法解釋確定判決所確認之犯罪事實已發生抵觸憲法第八條：應依法定程序，保障人身自由第十六條：貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障及第十條：人民有居住及遷徙之自由等基本權之保障，依法請求大法官會議審理及解釋其保障之意旨，以維人民受憲法保障基本權不受不法事實之侵害。

關係文件名稱及件數

一、通信監察譯文表之受監者

二、雲檢及虎尾分局林 之警偵訊筆錄及林 98年11月9日至11月10日借提筆錄

三、原審第26頁林 所供毒品來源，而獲減刑之判決。

四、林 於證據二借提後審訊無保釋放文。

五、確定判決第13頁邱 之供詞。

六、98年度偵字第5234號98年11月24日出庭傳票。

七、同上 98年12月22日聲請人出庭傳票。

八、朱 王 夫婦由周 警員單獨一人製作之筆錄及簽名。

九、證人莊 於98年11月4日由邱 (見確定判決第13頁邱 供詞第

二段自白且自招在製作筆錄之前有無跟他說什麼非法取證並有公務員違背法定程序、未具製作人簽名。

十、證人 A01 由邱 單獨一人隨意操控筆錄製作。

十一、證人 A02 98年10月22日雖由警員周 詢問小隊長邱 有操控筆錄製作之疑義(因與聲請人有响磨擦衝突於先)

十二、羈押理由之一違背憲法第十條未居住於戶籍地,且好員違反警區限制。

謹 狀
註:確定判決以刑事訴訟法為適用法對完全不諳相關法律規定的當事人,已侵害第十六條所保障貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利等之保障意旨,若非聲請人數年來契而不捨,查看六法全書規定最高法院判例及貴院大法官會議解釋文,所謂依法調查是將有違法重大瑕疵之文書及通訊監察譯文表採為聲請人犯罪證據之一,合法與否。

此致

司法院大法官會議 公鑒

中華民國 107 年 10 月 9 日

撰狀人: 蘇品睿

具狀人: 蘇品睿

107年度
憲二字第227號-4

釋 憲 補 呈 聲 請 理 由 狀		
案 號	99 年度 訴 字 第 1062 號	
	承辦股別	溫
訴訟標的 金額或價額	新台幣 元	
稱 謂	姓名或名稱	依序填寫：國民身分證號碼或營利事業統一編號、性別、出生年月日、職業、住居所、就業處所、公務所、事務所或營業所、郵遞區號、電話、傳真、電子郵件位址、指定送達代收人及其送達處所。
聲請人 即 受判決人	蘇品睿	

大法官書記處

二科



主旨：為就聲請人107年10月9日具狀向 貴院聲請台灣高等法院台南
分院99年度上訴字第1062號之確定終局裁判，所確認聲請人犯罪事實
有非依法定程序取得非供述證據，而供述之文書證據更有重大違法瑕
疵之事實，確定終局裁判却未以嚴格證據法則、經驗法則、論理法
則來排除其證據之證明力，仍以刑事訴訟法第159條之5為適用法律，作
為確定終局裁判判決之依據，有抵觸憲法第八條、第十六條、第十條
以及第十二條等疑義，依法向 貴院聲請解釋憲法所保障人民基本
權利等意旨，以求救濟聲請人被不法侵害之事實，補呈理由：

一、聲請解釋憲法之目的：祈望透過向 貴院聲請解釋憲法來保障
聲請人遭受不法侵害事實，所受不法之迫害，救濟聲請人有非常上訴及
再審理由。

二、疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文：

(一) 憲法上所保障之權利遭受不法侵害之事實，及涉及之憲法條文。

確定終局裁判第3頁三、四。

三、嗣因蘇品睿涉犯毒品危害防制條例罪嫌，經警於78年10月21日8時

30分許，前往蘇品睿位於 縣(應為 縣) 鎮 里 巷

005178

號居處扣得如附表參所示之物，(應為「阿修」林 購自「天刺漆 詳
見前狀證據三，而獲減刑)，而循線查悉上情。

四、案經雲林縣警察局、雲林縣刑警大隊、雲林憲兵隊、雲林縣警察局
虎尾分局報告及臺灣雲林地方法院檢察署檢察官簽分偵查起訴暨追
加起訴，以止却未見會同車害區西螺分局及居處彰化縣警察局北斗
分局之字樣，足見虎尾分局 違反各級警察機關通報越區辦案應行注
意要點第3點第1項前段及同法第6點第2項之規定。

法院組織法第62條規定：檢察官於其所屬檢察署管轄區域內執行職
務，但遇有緊急情形或法律另有規定，不在此限。刑事訴訟法第229條第1項第
1款規定：警政署署長、警察局局長或警察總隊總隊長於其管轄區域內為司法
警察宜有協助檢察官偵查犯罪之職權又同法第230條第1項第1款、第
2項，第231條第1項第1款、第2項，雖僅規定警察官長，警察知有犯罪
嫌疑者，應即開始調查，但亦應僅限於管轄區域內，始有偵查犯罪
之職權，警察勤務條例第3條規定：警察勤務之實施，應晝夜執行，普及車害
區，第9條規定：警察分局為勤務規劃監督及重點性勤務執行機構，考核
轄區各勤務執行機構之勤務實，並執行重點性勤務。另各級警察機
關通報越區辦案應行注意要點，第3點第1項前段規定：各級協助偵查犯罪
人員，於管轄區域外執行搜索、逮捕、拘提等行動時，應通報當地警

察機關會同辦理，第6點第2項規定：各級警察機關搜獲也轉犯罪確切情報，可通報當地警察機關偵處，因而偵破刑案或緝獲逃犯，視同共同偵破。

第3項規定：各級警察機關應確切遵照本注意要點規定，如有違反經調查屬實後，悉依「警察人員獎懲標準表」暨其他相關規定行重議處。

上述法律明文規定：足見除非有迴書，否則檢察官亦僅於其所屬檢察署管轄區域內，始有行使偵查犯罪之職權。而且各縣市、鎮分別設有警察局、警察分局且各有各的管轄區域，法律既有明文規定，對於實施刑事訴訟之公務員即應依法行使職權，不得逾越權限，方為法治。檢察官、法官、確定終局裁判之法院均為專業法律專家，却容許並縱容一個警察分局偵查佐，濫用職權，公報私仇，且最高法院19年抗字第285號裁定指出，所謂有偏頗之虞，係指推事與訴訟關係人有故舊恩怨，其審判恐有不公平者而言。更何況主導全案偵辦一個小小虎尾分局偵查佐邱 事前的聲請人有口角磨擦之衝突存在（詳見證據五，確定終局裁判書第13頁邱 之供詞）法院推事與訴訟關係人有故舊恩怨，尚恐審判有偏頗之虞之不公平，而邱 於轄區執行職務尚有偏頗之虞，更何況非管轄區域實施刑事偵查對聲請人已有不法侵害之事實，實欲致聲請人於死地達其目的，且在非借求證據更未

符合通訊保障及監察法第五條第一項之規定即明，而在文書證據詢問及筆錄製作，有違刑事訴訟法第39條、第43條及第43條之1第2項之規定，且依邱員在確定終局裁判書第13頁中。三供詞在製作筆錄之前，有無跟他說什麼，忘記了。此在一般通常之人的觀點已有非法取證及教唆偽證之情事已無庸致疑了，而確定終局裁判，仍以刑事訴訟法第159條之5為適用法律，退為判決依據，因已違背憲法第八條：應依法定程序，保障人身自由，第十六條：貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判之權利等保障意旨，第十條：人民有居住及遷徙之自由及第十二條：人民有秘密通訊之自由等等憲法所保障最基本人權之意旨等條文。

二、所經過之訴訟程序。於前狀已敘明

但原審受命法官 三態度有違法官倫理規範第2條：法官為捍衛自由民主之基本秩序，維護法治，保障人權及自由，應本於良心，依據憲法及法律，超然、獨立從事審判及其他司法職務，不受任何干涉，不因家庭、社會、政治、經濟或其他利害關係，或可能遭公眾批評議論而受影響。

第3條：法官執行職務時，應保持公正、客觀、中立，不得有損及人民對司法信賴之行為。

確定終局裁判有刑事訴訟法第379條第1項第十款：應於審判期日調查之證據，未予調查及第14款理由欠備之違誤及適用法律牴觸憲法第八條及第十六條：應依法定程序，保障人身自由及貫徹訴訟基本權之行使以及受公平審判等權利之保障意旨。

三已於前狀已敘明

四有關機關處理本案之主要文件及說明。

確定終局裁判之台灣高等法院台南分院判決書主要理由，---「(-)公訴人、被告(即聲請人)辯護人，均同意下述之供述(文書證據之製作)或非供述(通訊監察譯文表及監察者阿修)證據之證據能力，本院(確定終局裁判，下同)審酌前開證據之作成或取得之狀況，並無非法或不當取證之情事，且亦無顯不可信之情況，並無證據力明顯過低之情形，復經本院於審判期日就上述證據依法進行調查、辯論，依刑事訴訟法第159條之5規定，均具有證據能力，合先敘明。卻未就本案主導偵辦之原虎尾分局邱 之供詞詳加審酌，判定及其搜索、扣押、取證、通訊監察譯文表，文書證據詢問及製作是否合乎法定程序，其過程合法與否。

三聲請解釋憲法之理由及聲請對本案所持立場之見解。

(-)確定終局裁判未對本案主導偵辦之邱 其取證時是否有依法定程序，於

理由及適用法律即以刑事訴訟法第159條之5,確定判決所謂經本院審酌下述供述(書證據詢問及製作人簽名有違刑事訴訟法第39條、第43條第43條之1第2項等章法製作證人筆錄)或非供述(即通訊監察譯文表上之後監察者與通訊保障及監察法第5條第1項及第11條第1項第2款之規定)確定終局裁判所適用法律有牴觸憲法第八條、第十六條、第十條以第十二條等疑義即上述內容。

(二)聲請人對於前項疑義所持之見解。

法律既規定如此之明細,檢察官、司法警察官、警察官長、警察首各有管轄區域亦有偵查犯罪之職權,但檢察官却縱容雲林縣警察局原虎尾分局非法偵查,並違反各級警察機關通報越區辦案應行注意要點、第3點第1項前段及第6點第2項之規定越區搜索,取證而確定終局裁判更未對此項疑義及非依法定程序取得通訊監察譯表以及由警員周 及小隊長邱 單獨一人行詢問及隨意操控筆錄之製作,並有公務員違背法定程序所製作之筆錄(見確定終局裁判書第13項邱 供詞之第2段)且有自供在製作筆錄前有教唆偽證之嫌,等作為聲請人犯罪證據之一,合法與否。

(三) 解決疑義必須解釋憲法之理由。

確定終局裁判之法院為法律專業，雖有自由論斷之職權，但其證據之認定應依嚴格證據法則、經驗法則、論理法則等來作為心證理由，且其證據之取得及製作應依法定程序，如上述原虎尾分局偵查佐邱，已不止以非法定程序取證，更是對轄區外進行搜索，不但未通報並會同轄區警察機關，更與聲請人有故舊恩怨存在，而證據文書之製作更未依法定程序，確定終局裁判之法院仍容許該項證據作為聲請人犯罪事實之依據，有害司法之公平正義，因已牴觸憲法第八條、第十六條所示應依正當法律程序保障人身自由，貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等意旨，以及憲法第十條：人民有居住及遷徙之自由，第十二條：人民有秘密通訊之自由等基本人權保障，自應依嚴格證據法則，排除其證據能力，故請貴院大法官會議解釋憲法保障意旨，以符憲法保障人民之基本權利，讓人民更信賴司法之公平正義之程度。

法院組織法第62條規定：檢察官於其所屬檢察署管轄區域內執行職務，但遇有緊急情形或法律另有規定者，不在此限。警察勤務條例第3條規定：警察勤務之實施，應晝夜執行，普及轄區。第9條：規定警察局為勤務規劃監督及重點性勤務執行機構，及考核轄區各勤務執行

機構之勤務實施，並執行重點性勤務。各級警察機關通報越區辦案

應行注意要點，第3點第1項^{前段}規定：各級協助偵查犯罪人員於管轄區域外

執行搜索、逮捕、拘提等行動時，應通報當地警察機關會同辦理，

第6點第2項規定：各級警察機關搜獲他轄犯罪確切情報，可通報當

地警察機關偵處，而偵破刑案或緝獲逃犯，視同共同偵破。

第6點第3項規定：各級警察機關應確切遵照本注意要點規定，如有違

反經調查屬實後，悉依「警察人員獎懲標準表」暨其他相關規定行重議處。

確定終局裁判第3頁、四，案經雲林縣警察局、雲林縣刑警大隊、雲林憲兵

隊（等與聲請人無關）、雲林縣警察局虎尾分局報告及臺灣雲林地方法院檢察

官簽分偵查起訴，足見虎尾分局未通報戶籍轄區西螺分局及居處彰化縣警察局北

斗分局會同辦理，合這辦否，且於確定終局裁判第13項有違偵辦出 洪

此致 詞其於轄區執行職務已有偏頗濫，更何況是越區辦案呢？

司法院大法官會議 公鑒

證物名稱

及件數

中華民國 107 年 11 月 1 日

具狀人 蘇品睿 簽名蓋章

撰狀人 蘇品睿 簽名蓋章

刑事聲請解釋憲法 聲請書

案號：103年度聲字第562號

聲請人(即受刑人)：王志成

身分證統一編號：

為就上列聲請人所犯結夥攜帶兇器強盜罪，累犯，認刑法第40條累犯之規定，與憲法第8條，第23條規定有抵觸之疑義，謹依大法官審理案件法第4條第2項、第5條第1項第2款、第8條第1項等規定，聲請解釋憲法事。

壹、聲請解釋憲法之目的：

一、聲請人所犯之強盜案件，係於前案(殺人未遂及違反槍砲彈藥刀械管制條例等案件)執行完畢後，5年內故意再犯有期徒刑以上之罪，為累犯。惟就本案經最後事實審法院(臺灣高等法院臺南分院100年度上訴字第63號判決)漏未認定累犯，案經最後事實審法院檢察署檢察官聲請依刑法第40條規定，並經臺灣高等法院臺南分院103年度聲字第562號更定其刑裁定予以裁定為累犯並更定其刑確定，實已窮盡救濟之途，現依法



請求 司法院大法官解釋憲法，倘經大法官解釋刑法第41

條累犯部分確有違憲，即得依法提起非常上訴，以資救濟。

貳，疑義或爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文：

一、謹按憲法第8條明定：「人民身體之自由應予保障」，第23條：「以上

各條所例舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊急

危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律

限制之。」，即憲法第23條所要求之目的正當性，手段必要性，

限制之妥當性，故就國家刑罰權之實現，對於特定事項所為

之規範，倘頭上揭憲法第23條所要求之目的正當性，手段必

要性，限制之妥當性有所抵觸，即有悖於比例原則，自有違前

開憲法之意旨。本件疑義係因刑法第41條「累犯」之法律規定

，我國刑法第41條規定累犯加重本刑至二分之一。然究其本質係

以前受刑罰處罰過之「前案」（甚有與本案毫無相同性，關連性），作

為「本案」加重其刑之處罰基礎。故此「累犯」法律規定，當然有

一行為不二罰原則，罪責原則，比例原則，一事不再理原則。至於對

累犯加重刑度有限云云，累犯之加重為不單之事實，即使不應加重

而加重結果僅有一天，即使對於刑度增加幅度有限，仍屬違憲。

大法官會議

申請司法院大法官明定，賜發受理並評裁。

聲請解釋憲法之理由及聲請人對本案所持之立場與見解：

一、聲請人所犯之組織攜帶凶器強盜罪，業經臺灣高等法院臺南

分院以103年度聲字第562號更定其刑罰就定論以累犯並予加

重其刑確定在案，實已窮盡救濟之途。如前所述「前來」既已經州

罰處罰，怎能再拿與本案毫無相關之「前來」持為加重刑處之基礎

，一行為不二罰原則，罪責原則，比例原則乃至一事不再理原則實為

憲法保障人權之基本原則，況如刑法101條第2項第2款，刑法第

101條之第2項等規定，無論其解釋權益，究係憲法或法律保障

之權益，皆係基於「累犯」此項有違比例原則等基本原则之上。

至於憲法及法律純潔性，實不容檢察機關濫用程序，刑法第

101條量刑應予審酌之規定實已有必要之刑罰手段，此亦

明顯也有違手段必要性(必受性)伏祈 大法官受理本案並評裁。

與關係文件名稱及件數：

一、臺灣高等法院臺南分院刑事裁定(終局裁判)乙紙。

二、法務司矯正署臺南監獄書函(認定不得假釋處分通知)乙份。

三、以上關係文件共2件。

為受刑人所犯結夥攜帶兇器竊盜罪，因合於刑法第47條累犯之規定，認刑法第47條、第77條第2項第2款、刑法第79條之1第2項等規定，核與憲法第8條、第23條規定有抵觸、違憲之疑義，謹依司法院大法官審理案件法第4條第2項、第5條第1項第2款、第8條第1項等規定聲請解釋憲法事（理由補正）

壹、聲請解釋憲法之目的。

一、聲請人所犯之搶盜案件，因合於刑法第47條、第77條第2項第2款等不適用假釋之規定，歷經第一、二、三審判決，用盡審級救濟途徑，取得最終確定終局裁判，業經臺灣高等法院臺南分院103年度聲字第562號更定其刑裁定更為累犯，並予以加重其刑確定。嗣後，於107年間，經檢察總長提起非常上訴，臺灣最高法院以107年度台非字第186號判決駁回其非常上訴，費已窮盡救濟途徑。然因上揭刑法規定認與憲法第8條、第23條及一事不再理原則、一罪不二罰、罪責法則有所抵觸、違憲之虞，如刑法第47條係屬「前已接受裁判及處罰」，其累犯之規定當然違反一事

終局裁判案號	103年度聲字第562號	刑法第47條（累犯、加重其刑）
終局裁判案號	103年度聲字第562號	刑法第77條第2項第2款（累犯、不得假釋）
終局裁判案號		

不再理原則，一罪不二罰原則，罪責原則，比例原則等，且刑法第77

條第2項第2款，不得假釋規定係基於累犯規定之上，故有上

述原則牴觸問題，更有前受處罰之罪責遭多次評價、究責之問題

。更遑論刑法第79條之1之規定，其最高刑度為40年不得假釋

，然而判處無期徒刑之高度犯罪，即無此項規定之適用，25年

得許假釋，故就上述一罪名多次懲罰，亦有悖於公平正義原則。

貳、疑義或爭議之性質與經過，及涉及之憲法條文：

一、假釋之權益究係否為憲法所保障之權利，實務上迭有不同見

解與爭議，惟就刑法第47條「累犯」加重其刑至二分之一之規定

因其係建立於五年內曾判罰處罰之上，然「前案」既已受刑罰，當

然與「本案」無關，豈能拿已受處罰完畢之前案（累犯規定），執為

加重本案刑度之論據。故就本件釋憲聲請案其累犯，不得陳報

等規定係基於「處罰完畢，變相加重處罰之一罪二次處罰甚或多

次處罰，核與憲法第23條「人民身體之自由應予保障」，第23條「

以上各條例舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由，避免緊

急危難維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以

法律限制之」，即憲法第23條所求之目的正當性、手段必要性

、限制之適當性皆有違悖及牴觸，且有違一罪不再理原則，一

罪不二罰原則、罪責原則、比例原則等諸法則。

二、本件聲請人前因殺人未遂，違反槍砲彈藥刀械管制條例案件，經臺灣高等法院臺南分院以87年度上更(一)字第81號判決各判處有期徒刑7年、2年，應執行有期徒刑9年6月，刑後強制工作3年，再經本院判決駁回上訴確定。嗣於91年7月15日假釋出獄，95年5月27日假釋期滿未經撤銷，視為執行完畢。其於徒刑執行完畢後5年內，於98年11月23日故意再犯結夥攜帶凶器強盜、傷害罪，為累犯。臺灣高等法院分別判處有期徒刑14年、1年確定(結夥攜帶凶器強盜罪部分，經本院判決駁回上訴確定)，漏未論以累犯，經檢察官提出聲請臺灣高等法院臺南分院103年7月2日以(103年度聲字第562號更定其刑)確定。惟其法定抗告期僅有五日，聲請人因在監服刑即以收到裁定後翌日馬上發信詢問家人、親友在發信、收信中之抗告期，實為不足，伏祈大法官正視，憐恤此一存在已久之受刑人抗告(委任律師)時間不足以提出抗告，尤以聲請人嗣後求請檢察總長予以提出非常上訴(詳附件)，最高法院以107年度台非字第186號判決駁回非常上訴，應認有前狀未及提出抗告之治癒，針對本件個案予以受理，並予卓裁違憲之宣告。

參、聲請解釋憲法的理由，以及聲請人對本案所主張的立場及見解：

場及見解：

一、更定其刑之刑事裁定，為具有等同判決之實體裁定，刑法雖有更定其刑之規定，然此項規定係以破壞原確定判決之判決既判力為前提，按判決適用法條(或法則)不當，當然應循非常上訴之途，非常上訴既明定不得不利於行為人，且刑法第48條豈非與非常上訴相互矛盾，牴觸。再者，刑法第47條：「犯有期徒刑以上之罪者，於執行完畢後，五年內故意再犯有期徒刑以上之罪者，加重其刑二分之一。」及刑法第47條第二項第二款(累犯，不得假釋之規定)、刑法第47條之1等二項等規定，皆是立基於前已接受刑罰之處罰過之行爲，又豈能拿來執為與「前案」無關之「本案」據以加重其刑之論據，故認本件聲請案之累犯規定，應有違憲法第1條第23條(比例原則之要求)並有悖於一罪不二罰，罪責原則，公平正義原則等原則。

二、謹依上揭終局裁判所適用之法律及與憲法有所牴觸之內容說明，聲請人主張其累犯應回歸刑法第57條中「被告之素行」等規定之法律評價，尤以憲法及法律之純潔性，實不容檢察體系被民粹而為指摘，如有違一罪不二罰部分，不論

刑度之加重或輕或重，既然不得二次甚或多次處罰，其加重之幅

度即非所問，而是有無違憲之問題，伏祈 大法官鑒察。

三、以本件為例，本未宣告為累犯之確定判決（歷經第一、二、三審判決

），經發監執行多年後，突然裁定變更其刑，如於星期五收到後

星期一在監獄登記發信，依規定於星期二寄出，再加郵寄信再送郵

局（二天計），根本無委任律師提出抗告的時間及可能。嗣後，已

依法提出非常上訴，應認前述不及委任律師提出抗告（應不得歸

咎於聲請人，抗告事由屬艱深法律問題，非本科系或專業法律人

實無法提出具體抗辯）已獲治癒。又本件聲請人所提出關於

累犯及累犯不得假釋疑有違憲，與憲法相互牴觸之虞，聲請人

已窮盡救濟（審級救濟之途）之途，倘經 大法官宣告本件

聲請案之累犯及不得假釋規定違憲，聲請人始得再提非常上訴

得以 大法官關於累犯違憲宣告為據，以期平反；累犯及其相關

規定，倘經 大法官宣告為違憲，自得確保國家對人民刑罰權

之正確行使。惟就本件聲請案前所撰之聲請書，或有格式不符或

有論述不夠完備之處，謹補正說明，併予敘明。伏祈 大法官

賜准所請，予以受理本件聲請，如蒙所賜，毋任感禱。

長四、關係文件之名稱及件數

一、檢察總長非常上訴書乙紙。(補陳文件)。

二、最高法院刑事判決，(補陳文件)乙份。

三、補陳文件共兩件。

謹 啟

司法院 大法官 公鑒

中華民國108年1月30日

聲請人：王志成