

109 年度憲二字第 333 號聲請案 專家諮詢意見書

周漾沂

臺灣大學法律學院教授

爭點一：系爭規定一及系爭規定三，有關無期徒刑受刑人撤銷假釋，不分假釋期間長短、再犯之犯罪性質種類，一律執行固定之殘餘刑期之規定，是否違憲？

壹、問題展開	2
貳、無期徒刑假釋撤銷要件之違憲疑慮	3
參、無期徒刑撤銷假釋執行固定殘刑之違憲疑慮	9

爭點二：系爭規定一及系爭規定三就原據以判處無期徒刑之法律如於判決後經廢止(如懲治盜匪條例)或經修正(如 108 年 5 月 19 日修正公布前之刑法第 272 條)，未就應執行殘餘刑期之規定為特別考量，是否違憲？

壹、刑法經廢止或修正後縮減刑罰執行之必要性	14
貳、執行固定殘刑規定未考量刑法變更之違憲疑慮	18

爭點三：於有關無期徒刑受刑人撤銷假釋執行殘餘刑期之規定有變更時，系爭規定一、二及四之前段合併觀察；系爭規定三及四之但書合併觀察，就所應適用法律之規定，是否違憲？

壹、刑法施行法以「撤銷之原因事實發生時點」為基準點決定應適用之執行殘刑規定之違憲疑慮	20
貳、刑法施行法以「原因事實行為終了時點」或「犯罪結果之發生時點」為基準點決定應適用之執行殘刑規定之違憲疑慮	25

爭點一：系爭規定一及系爭規定三，有關無期徒刑受刑人撤銷假釋，不分假釋期間長短、再犯之犯罪性質種類，一律執行固定之殘餘刑期之規定，是否違憲？

壹、問題展開

無期徒刑假釋經撤銷者，依照民國 86 年修正公布的刑法第 79 條之 1 第 5 項規定，必須於執行滿二十年後，再接續執行他刑；而依照民國 94 年修正公布的刑法第 79 條之 1 第 5 項規定，則必須於執行滿二十五年後，再接續執行他刑。上述規定搭配刑法第 78 條撤銷假釋的規定，造成的結果是，無期徒刑之受假釋人若犯輕微之罪被撤銷假釋，即須回鍋執行二十年或二十五年的超長刑期再加上輕罪之刑，看似僅因為一個輕微的錯誤而付出極為嚴重的代價，從而相關規定即有違反憲法比例原則的疑慮。

然而，無期徒刑受假釋人之所以須入監執行超長刑期，雖係因再犯他罪而依刑法第 78 條規定撤銷其假釋所致，但令其入監執行剝奪人身自由的基礎，實際上卻是先前判處受假釋人無期徒刑的有罪確定判決。於司法實務運作，法院依刑法第 57 條規定所為之刑罰裁量，是以行為人之責任為基礎，綜合刑罰之應報功能、特別預防功能、一般預防功能，具體審酌行為人客觀危害及主觀惡性之程度而得出結論¹，因此法院先前判處受假釋人無期徒刑，從判決確定時的角度來看，正是反映其因犯重罪造成危害及顯現惡性所應得之刑罰²。既然如此，是否可以認為因另犯輕罪撤銷假釋，而使無期徒刑受假釋人入監執行超長殘刑之情形，屬於對受假釋人受憲法第 8 條保障之人身自由基本權的過度「限制」，而有違反憲法比例原則之虞？這又可分為兩個下

¹ 參照刑事案件量刑及定執行刑參考要點。

² 堅持此點者，參見釋字第 796 號解釋黃虹霞大法官不同意見書。

位問題。其一是，執行無期徒刑而假釋，是否無論假釋期間長短、再犯之罪的種類及輕重，皆應撤銷假釋？其二是，於上開情形撤銷假釋後，是否應一律執行固定為二十年或二十五年之殘刑？

貳、無期徒刑假釋撤銷要件之違憲疑慮

第一個問題涉及無期徒刑假釋撤銷之法律依據，即刑法第 78 條規定之合憲性。此規定於民國 111 年 1 月經歷一次修正，契機為司法院大法官於民國 109 年作成之釋字第 796 號解釋。修正前之舊刑法第 78 條第 1 項本文規定：「假釋中因故意更犯罪，受有期徒刑以上刑之宣告者，於判決確定後六月以內，撤銷其假釋。」據此條文，不分所犯罪名、原刑期長短、刑之輕重、假釋期間長短，以及受刑人於社會中之具體狀況，只要一該當本條要件，即強制撤銷假釋，毫無具體審酌的空間。釋字第 796 號解釋則就此情形表示，舊刑法第 78 條無論受假釋人是否受緩刑或六月以下有期徒刑之宣告，或是否有基於特別預防考量須令其入監執行殘刑之情形，均一律撤銷其假釋，「於此範圍內，其所採取之手段，就目的之達成而言，尚非必要，牴觸憲法第 23 條比例原則，與憲法第 8 條保障人身自由之意旨有違」。嗣後立法者依此解釋之意旨修正刑法第 78 條，區分情形給予不同法效，即假釋中因故意更犯罪，受逾六月有期徒刑之宣告確定，撤銷其假釋；假釋中因故意更犯罪，受緩刑或六月以下有期徒刑之宣告確定，而有再入監執行刑罰之必要者，得撤銷其假釋。新刑法第 78 條僅將後罪科處六月以下有期徒刑的情形改為「裁量撤銷」，至於其他情形與修法前並無不同，皆採「強制撤銷」。

依釋字第 796 號解釋意旨完成修法後，是否已終局地消除犯輕罪卻強制撤銷假釋的疑慮？就本案涉及的情形而言，執行無期徒刑而假釋，若依現行刑法第 78 條決定其撤銷假釋之效果，是否即可認為合

於釋字第 796 號解釋的核心意旨，而無違憲疑慮？或有若干值得思索之處。

第一，現行刑法第 78 條第 1 項固然將強制撤銷假釋之要件改為受逾六月有期徒刑之宣告，相較於舊法僅須受有期徒刑之宣告，似已排除再犯輕罪皆一律撤銷假釋之疑慮。不過，即使要求受逾六月有期徒刑之宣告始應撤銷假釋，可否因此認為其形式上再犯重罪，而實質上證明其有入監執行之必要，亦甚有疑問。先從形式上而言，受逾六月有期徒刑宣告之罪是否可謂重罪，所謂輕重之觀點實具有相對性，應與受假釋人先前受宣告及執行之罪刑，以及撤銷假釋後入監執行之殘刑相互比較而得出。如果受假釋人先前係受無期徒刑之執行，僅因其受逾六月有期徒刑之宣告，即須撤銷假釋令其入監執行超長殘刑，則相較於判處無期徒刑之前罪，即便判處如一年或一年六個月有期徒刑之後罪，仍可謂輕罪。故有期徒刑之假釋與無期徒刑之假釋，受相同後罪刑之宣告而經撤銷假釋，二者之受假釋人付出之實際代價截然不同，然現行刑法第 78 條第 1 項並未區別處理，顯然未因修法即消除輕重失衡的疑慮³。

就實質上而言，新法雖將強制撤銷假釋之要件提升至受逾六月有期徒刑之宣告，但仍然不改一該當此要件即毋庸區分具體情形，亦無視於係無期徒刑假釋或有期徒刑假釋，均認為先前假釋許可所依據的實質理由已不復存在，應無條件撤銷其假釋的思維。其中核心問題在於，以「六月有期徒刑」作為區分強制撤銷與裁量撤銷的形式標準，是否足以承載假釋撤銷乃至於整體假釋制度的諸多實質考量？儘管依刑法第 78 條修法理由所述，此標準乃參考刑法第 75 條撤銷緩刑之

³ 刑法第 78 條修法理由即提及「因觸犯輕微罪名，致撤銷原重刑之假釋，實有輕重失衡之虞」。

規定而來⁴，但暫且不論緩刑撤銷之要件是否合理尚有討論空間，於假釋撤銷運用此標準「一刀兩斷」的結果，將使得後罪受逾六月有期徒刑直至受無期徒刑之宣告者，皆不經實質審酌一概強制撤銷假釋，既不比較前後罪之犯罪類型是否相似，亦不比較前後罪之輕重程度是否相當，從而導致因嚴重暴力犯罪被判處無期徒刑而假釋者，僅因被判處超過六月有期徒刑之輕微財產犯罪而撤銷假釋的不合理現象⁵。在此範圍內，仍不免坐實了刑法第 78 條修法理由中「不論罪名及所受有期徒刑宣告之刑度輕重，均撤銷其假釋」的質疑。再從驅動修法之釋字第 796 號解釋的論述邏輯來看，如果依據舊刑法第 78 條，假釋撤銷不分受假釋人後罪之刑罰輕重，以及有無基於特別預防考量令其入監執行殘刑之必要，則採取之手段，就目的之達成而言即欠缺必要性，牴觸憲法第 23 條比例原則，那麼基於相同的邏輯，新刑法第 78 條規定，所有後罪受逾六月有期徒刑直至無期徒刑之宣告者，於此範圍內不分刑罰輕重以及特別預防必要性之有無，一律撤銷假釋，亦可說採取之手段就目的之達成非屬必要，同樣牴觸憲法比例原則。

第二，有一個更根本的問題在於，若要說刑法第 78 條假釋撤銷之要件形式化、單一化牴觸憲法比例原則，前提是撤銷假釋侵害受假釋人受憲法保護之基本權，尤其是受憲法第 8 條所保障之人身自由基本權。如果假釋許可及撤銷無涉於受假釋人之憲法基本權，則自然沒有適用憲法第 23 條比例原則審查其是否違憲的餘地。此關係到假釋制度的本質如何，以及受刑人是否擁有性質為基本權的「假釋權」。關於此點，釋字第 796 號解釋雖未明文肯定受刑人具有假釋權，但認為

⁴ 參見刑法第 78 條修法理由。

⁵ 德國通說與實務見解認為，由於無期徒刑假釋之撤銷可能導致受刑人終其一生被監禁的嚴厲結果，因此只有後罪與前罪在犯罪類型(Art)與嚴重程度(Schwere)上相對應，足以推翻先前假釋許可所依據之對受刑人的有利預測，始能因後罪撤銷無期徒刑假釋。參見 Schönke/Schröder/Kinzig, 30. Aufl. 2019, StGB § 57a Rn. 17.

假釋制度「涉及」憲法第 8 條人身自由的基本權⁶，理由在於：「假釋制度之目的在使受徒刑執行而有悛悔實據並符合法定要件者，得停止徒刑之執行，以促使受刑人積極復歸社會」⁷，假釋後「如復予以撤銷，再執行殘刑，非特直接涉及受假釋人之人身自由限制，對其因復歸社會而業已享有之各種權益，亦生重大影響」，因此撤銷假釋「雖非使受假釋人另承受新刑罰，然以執行殘刑為撤銷假釋之主要法律效果，受假釋人須再次入監服刑，其人身自由因而受到限制，自應符合憲法第 23 條比例原則，始符憲法第 8 條保障人民身體自由之意旨」。

就釋字第 796 號解釋之論述，實有深究之必要。假釋撤銷之效果是讓受刑人入監執行殘刑，因假釋獲得之自由再度失去，涉及受刑人之「人身自由限制」為當然之理。不過不清楚的是，此處所謂「人身自由限制」，是指事實上人身自由狀態的影響，還是指憲法上人身自由基本權的限制？唯有涉及憲法上人身自由基本權之限制，始存在運用比例原則指摘其違憲之前提。該號解釋亦明確指出，假釋撤銷「非使受假釋人另承受新刑罰」，此表示受假釋人入監執行殘刑，終究還是執行針對前罪所宣告之有罪確定判決，剝奪其人身自由之法律基礎，乃受假釋人先前違犯之刑罰規定。在此理解下，撤銷假釋之決定似乎僅是影響受假釋人事實上人身自由狀態，難謂限制其憲法上人身自由基本權。但釋字第 796 號解釋，卻以侵害憲法上人身自由基本權為前提進行比例原則之審查，宣告舊刑法第 78 條部分違憲。為何可將前罪確定判決造成之人身自由限制，與假釋撤銷產生之人身自由影響一併而論，該號解釋並未清楚說明。

從學理的角度來看，關於假釋制度之本質，向來有「恩惠說」與

⁶ 以下參照釋字第 796 號解釋理由書。

⁷ 同樣文字敘述亦見於釋字第 681 號解釋理由書。

「權利說」的不同立場。顧名思義，恩惠說意指使執行中之受刑人假釋出獄是國家的恩惠，既然是恩惠，則受刑人只能被動接受，無權主動請求，因假釋而重獲之人身自由，可說屬於一種反射性優惠⁸。至於權利說，則指若符合特定要件，執行中之受刑人有權主動請求國家使其假釋出獄，且假釋許可及撤銷之決定直接影響受刑人之基本權利。一般認為，依我國現行法制，假釋並非受刑人之權利，理由在於，現行與假釋有關之法律規定，包括刑法、監獄行刑法、行刑累進處遇條例等，皆無假釋權之法律依據，監獄於受刑人符合假釋要件時，應提報其假釋審查會決議後，報請法務部審查是否許可(刑法第 77 條、監獄行刑法第 115 條參照)，受刑人並無主動請求開啟假釋程序的權利⁹，無法「申請假釋」並影響提報及許可與否¹⁰。而且，憲法中沒有關於假釋的明文規定，因此假釋是法律創設的制度，縱使沒有假釋制度，亦不至於侵害受刑人的憲法上權利¹¹。然而，即使否定權利說，亦不宜直接導向恩惠說，因為假釋制度是刑罰目的導向的，原則是依據特別預防觀點而運作¹²，遵循嚴格之要件，亦即受刑人須顯現出「悔悟實據」，而可判定其特別預防必要性降低始可假釋，並非基於國家之主觀恣意，或連結與刑罰必要性無關之事項而得任意施予之恩惠¹³。

既然假釋並非權利亦非恩惠，則如何定性假釋，以提供刑法第 78 條假釋撤銷規定違憲審查的前提，即成為關鍵問題。假釋固然並非憲法上權利，但假釋撤銷卻會使受刑人之自由得而復失，對其有重大影

⁸ 實務見解採取恩惠說者，參見最高行政法院 100 年裁字第 901 號裁定。

⁹ 更細緻之說明參見釋字第 681 號解釋林子儀、許玉秀大法官協同意見書。

¹⁰ 我國法制與德國不同，德國受刑人在符合德國刑法第 57 條及第 57a 條假釋(Aussetzung des Strafrestes，暫緩餘刑之執行)要件時，具有法律上之請求權(Rechtsanspruch)，可提出假釋之申請(Antrag)。參見 MüKoStGB/Groß/Kett-Straub, 4. Aufl. 2020, StGB § 57 Rn. 51; § 57a Rn. 22; BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg, 58. Ed. 1.8.2023, StGB § 57a Rn. 1.

¹¹ 參見釋字第 796 號解釋許志雄大法官部分協同部分不同意見書。

¹² NK-StGB/Dünkel/Pruin, 6. Aufl. 2023, StGB § 57 Rn. 1.

¹³ 此意旨亦參見釋字第 691 號解釋湯德宗大法官提出，李震山大法官加入之協同意見書。

響，應該如何論述，才能在否定權利說的前提下，融貫地將撤銷假釋之效果看作對憲法第 8 條人身自由基本權之限制？依本文之見，假釋是一種刑罰目的導向的刑事執行動態調節機制，與刑罰宣告、執行具有刑事制裁功能上的一體性，皆受刑罰目的下之刑罰必要性概念導引。申言之，法官從判決時之視角，基於行為人之罪責衡平、特別預防必要性、一般預防必要性等刑罰目的觀點，綜合衡量所有事實因素，判決宣告當下認為適當之刑罰。但從刑罰目的之達成而言，判決所宣告之刑罰實際上僅具有預測性及暫定性，為了滿足特別預防及一般預防的需求，始終有隨著刑罰執行過程之進行而校正刑罰的必要。尤其特別預防觀點，涉及行為人之再犯危險性以及社會復歸可能性，影響對二者評估的因素，不僅限於法官判決當下存在或已知之事實，亦包括判決確定後直至入監執行中發生或得知之事實。而假釋正是一種在自由刑執行過程中，重新評估特別預防觀點下刑罰必要性的機制，受刑人若於服刑過程中藉由特定事實顯現出一定程度內在危險性的降低，則透過自由刑之執行抑止其犯罪傾向的必要性也隨之降低，直到預測其無再犯之危險，即可令其暫時離開監獄復歸社會。在此理解下，假釋之許可、撤銷與刑罰宣告、執行之規範意義與作用不應分離觀察，一體涉及對受刑人受憲法第 8 條保護之人身自由基本權的限制與否¹⁴。

綜合上述，無期徒刑假釋撤銷所適用之刑法第 78 條第 1 項規定，使後罪受逾六月有期徒刑直至無期徒刑宣告者，不管犯罪類型與刑罰輕重是否與前罪相應，以及可否推翻假釋許可所依據對受假釋人之有利預測，一律強制撤銷假釋，在此範圍內，就目的之達成而言，所使

¹⁴ 比喻來說，將冷氣打開定時吹八小時，過四小時後覺得太冷，當然可以關掉冷氣，但再過兩小時後又覺得太熱，又可以打開冷氣。並沒有道理認為，冷氣只要定時吹八小時就一定要吹到底，何時開或關，取決於吹冷氣的目的，也就是如何能使身體感到舒適。而沒有疑問的是，定時開關與電源開關皆屬於同一台冷氣。

用之手段欠缺必要性，造成對受假釋人受憲法第 8 條保障之人身自由基本權的過度限制，有牴觸憲法第 23 條比例原則之虞。

參、無期徒刑撤銷假釋執行固定殘刑之違憲疑慮

無期徒刑假釋經撤銷後，即須入監執行殘刑。依現行刑法第 79 條之 1 第 5 項規定，須執行前罪之固定殘刑二十五年，再接續執行後罪之刑。依民國 86 年 11 月公布之刑法第 79 條之 1 第 5 項規定，則須執行前罪之固定殘刑二十年，再接續執行後罪之刑。此些規定是否亦有牴觸憲法第 23 條比例原則之虞？

首先可以確定的是，依本文前述刑事制裁功能一體性觀點，無期徒刑撤銷假釋入監執行固定超長殘刑，亦屬刑事執行動態調節機制的運作，無疑是對受假釋人憲法人身自由基本權的限制，存在以比例原則審查是否違憲之前提。不應錯誤地認為，執行殘刑之基礎乃前罪確定判決，撤銷假釋之處分並未涉及一個新的人身自由基本權侵害，而封鎖運用比例原則審查之空間。

既然無期徒刑假釋之強制撤銷規定有違憲疑慮已如前述，則強制撤銷後須入監執行超長殘刑的規定，亦全盤承接同樣的違憲疑慮：執行固定殘刑是完全不顧後罪之犯罪類型及刑罰輕重，亦不顧後罪如何影響對於受假釋人再犯危險性及社會復歸可能性的先前有利預測，直接因為後罪之發生將受假釋人先前努力的成績全部抹消，形同回歸到剛入監執行之初始狀態。依現行刑法，無期徒刑假釋的條件為執行逾二十五年，無期徒刑撤銷假釋後再度假釋的條件，同樣是執行殘刑滿二十五年，可知立法者採取無期徒刑撤銷假釋後「一切歸零」的邏輯。然而在事理上，應實際視後罪之類型及輕重對於受假釋人之特別預防必要性評估的影響，適當地計算出應執行之殘刑的量。如果受假釋人

再犯種類相似之重罪，則證明其再犯危險性較原本假釋許可所依據之預測高出甚多，自然可支持較長之殘刑執行，再以教化或隔絕方式降低其再犯危險性。但若受假釋人僅再犯輕微之財產犯罪，儘管因被判處超過六月有期徒刑而依法撤銷無期徒刑之假釋，卻僅能得出其再犯危險性較先前預測些微升高之判斷，或根本無法得出其再犯危險性升高之判斷，則此時僅能支持較短殘刑之執行，甚至不支持一定時間殘刑之執行；這表示，受刑人很快就可再被提報假釋。但無論如何，現行刑法第 79 條之 1 第 5 項規定二十五年(或民國 86 年公布之舊刑法第 79 條之 1 第 5 項規定二十年)之超長固定殘刑，封鎖了依再犯危險性升高之程度，實質判斷適當之殘刑執行期間的可能性，就刑罰特別預防目的之達成而言，使用之手段已超出必要之範圍，使受假釋人付出無謂的代價。

不過，針對上述說法，可能有一個質疑是，受假釋人原本就被判處無期徒刑，無期徒刑的本意是終身監禁，縱使回鍋監禁二十五年，亦未惡化受假釋人之處境，無侵害其人身自由的問題。此種想法正是整個問題癥結所在。行為人之所以被判處無期徒刑，必定是違犯法定刑有無期徒刑選項之重罪，而犯罪之法定刑原則上係按罪刑相當原則而設置，具有抽象性及一般性，至於特別預防及一般預防需求，則直至具體個案之刑罰裁量階段始能顧及。就刑罰裁量的操作模式而言，主流見解採取所謂裁量餘地理論(Spielraumtheorie)¹⁵，亦即量刑時先以行為人之罪責為基礎定出一個幅度，於此幅度內皆被認為係與罪責相當(schuldangemessen)之刑罰，再藉由特別預防及一般預防之考量，在該幅度中調整具體之刑罰量。由此可知，判處無期徒刑如此重刑的

¹⁵ 參見蘇俊雄，量刑法理與法制之比較研究，法官協會雜誌，第 1 卷第 2 期，1999 年 12 月，頁 46-47；Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl., 1996, S. 880; Bruns/Güntge, Das Recht der Strafzumessung, 3. Aufl., 2019, S. 121 ff.; NK-StGB/Streng, 6. Aufl. 2023, StGB § 46 Rn. 97 ff.

主要基礎，乃行為人之罪責。罪責不僅有抑制刑罰的作用，防止預防必要性考量無限度升高刑罰¹⁶，亦有支撐刑罰的作用，防止預防必要性考量無限度降低刑罰。只有讓刑罰量達到與行為人之罪責不至於太不相當的程度，始有讓預防必要性考量進入「微調」刑罰量的空間¹⁷。因此，倘若某一行為人違犯應處無期徒刑之重罪，即使相當確定其幾無再犯可能性，亦不得將其刑罰量調整至零。於此，明顯呈現出相異刑罰目的之間的背反(Antinomie)關係¹⁸，亦即罪責觀點與預防觀點分別導出不同的刑罰加減方向。

假釋作為一種刑罰目的導向的刑事執行動態調節機制，屬於廣義的刑罰裁量，亦不免有刑罰目的背反的問題。刑法之所以規定執行一定期間之徒刑始能假釋，主要由於刑罰須一定程度反映行為人之罪責；縱然於行為人入監後快速證明其毫無再犯可能性，亦不得不經一段時間之拘禁而逕行假釋。故本案之核心問題在於：無期徒刑撤銷假釋後入監執行固定二十五年或二十年之殘刑，是否仍可謂反映行為人前犯重罪之罪責？或有認為，正是因為受假釋人之罪責程度支持對其執行終身監禁，才會導致刑法於無期徒刑撤銷假釋時，以固定超長殘刑剝奪其依再犯危險性之實質評估再度假釋的機會。

然而依本文之見：第一，無論從刑罰理論，或從假釋制度存在之現實，皆肯定即使是被判處無期徒刑者，亦始終享有出獄而復歸社會的機會，此機會不僅為特別預防理論下目的思考的必然結果，也是對

¹⁶ Roxin/Greco, ATl, 5. Aufl., 2020, § 3 Rn. 51 ff.

¹⁷ 當然此處的關鍵是，刑罰到什麼程度才不會與行為人的罪責太不相當？亦即罪責刑罰與預防刑罰在整體刑罰量中的比例如何？學說批評，這是裁量餘地理論難以回答的問題。參見 Köhler, Über den Zusammenhang von Strafrechtsbegründung und Strafzumessung erörtert am Problem der Generalprävention, 1983, S. 22 f.; Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S. 27 f.

¹⁸ Jescheck/Weigend, AT, 5. Aufl., 1996, S. 879; Bruns/Güntge, Das Recht der Strafzumessung, 3. Aufl., 2019, S. 91 ff.; 蘇俊雄，量刑法理與法制之比較研究，法官協會雜誌，第1卷第2期，1999年12月，頁43-44。

於受刑人在法共同體內之主體性的肯定，具有憲法上基本權的性質¹⁹。基此而建立之假釋制度，雖係純粹特別預防導向，但僅具降低刑罰的單面作用，並無升高刑罰之餘地，故具有反罪責原則之特性，其目的並非確保行為人之罪責因刑罰之執行而獲得抵償，而是在不至於太過違反罪責原則的前提下，儘可能給予受刑人復歸社會的機會。因此假釋制度之具體設計，不宜過度偏向罪責原則之貫徹，以免違反制度設置之本旨，陷入自我矛盾。據此以觀，無期徒刑假釋而被撤銷者，其假釋前必定已受一段極長時間徒刑之執行²⁰始能滿足假釋之要件，若撤銷假釋後必須再執行一段極長時間之殘刑，則受刑人之有限人生皆於監獄中消耗殆盡，未及再度假釋即死於獄中係屬常態；即使能再出獄，短暫之餘生亦無太大意義，顯然牴觸基於對受刑人復歸社會權利之肯定而設置假釋制度之本旨。

第二，無期徒刑受假釋人無論如何已受一段極長時間徒刑之執行，以作為假釋的前提，而在罪責原則的觀點下，刑罰的意義在於抵償罪責(Schuldausgleich)²¹，則受假釋人已受執行的部分，應認為已抵償一大部分之罪責，儘管因再犯而撤銷其假釋，亦不應將其已抵償之部分一筆勾銷，視為從未抵償而重新起算。受假釋人先前犯重罪而被判處無期徒刑，經長期服刑至可引入特別預防考量而提報假釋之程度，必是當下給予假釋不至於太過違反罪責原則，亦即受假釋人已受執行之刑罰，與其依罪責程度應受之刑罰未有極大之落差。就算因再

¹⁹ 德國通說肯定無期徒刑受刑人復歸社會之權利具有基本權之性質，基於憲法的要求，受刑人再度獲得自由的機會，必須是具體而且基本上可實現的，不能僅視為國家的恩惠；德國刑法之無期徒刑制度，只有在創設受刑人可被有條件釋放的法律基礎上，始能取得合憲性。參見 NK-StGB/Dünkel/Pruin, 6. Aufl. 2023, StGB § 57a Rn. 1; MüKoStGB/Groß/Kett-Straub, 4. Aufl. 2020, StGB § 57a Rn. 1-3。類此意旨，參見釋字第 681 號解釋陳新民大法官不同意見書。

²⁰ 依民國 86 年修法前之刑法第 77 條第 1 項為逾十年；依民國 86 年公布之刑法第 77 條第 1 項為逾十五年；依民國 94 年公布之刑法第 77 條第 1 項為逾二十五年。

²¹ 林鈺雄，新刑法總則，11 版，2023 年，頁 14；王皇玉，刑法總則，9 版，2023 年，頁 631；Freund, AT, 2. Aufl., 2009, 1/3; MüKoStGB/Joeccks/Erb, 4. Aufl. 2020, StGB vor § 1 Rn. 56.

犯而撤銷其假釋，亦不能改變此項事實。刑法規定無期徒刑撤銷假釋後須執行固定超長殘刑，等於無視於受假釋人先前已抵償之罪責，全部重新起算，進一步惡化其地位，帶有給予額外懲罰之意味。實則，由法理觀之，無期徒刑撤銷假釋之效果，應僅是讓受假釋人回復至未受假釋前之地位，先立基於其已受一段極長時間徒刑之執行的事實，處於符合假釋要件之一的狀態，再考慮其後罪之犯罪類型及刑罰輕重，重新調整先前假釋許可所依據之有利預測，從特別預防必要性觀點酌定適當之殘刑²²。若後罪係與前罪性質相似之重罪，則特別預防必要性即隨之升高，自然支持執行較長時間之殘刑；若後罪係與前罪性質相異之輕罪，僅些微升高特別預防必要性，則支持執行較短時間之殘刑，或甚至不執行一定時間之殘刑，讓受假釋人隨時可再被假釋。

總結而言，現行刑法第 79 條之 1 第 5 項規定無期徒刑撤銷假釋須執行殘刑二十五年，及民國 86 年公布之舊刑法第 79 條之 1 第 5 項規定無期徒刑撤銷假釋須執行殘刑二十年，皆無視於後罪之犯罪類型與刑罰輕重對於假釋許可所依據之再犯預測的影響，一律執行固定之超長殘刑，所採取之手段，就抵償罪責及特別預防目的之達成而言，欠缺必要性，過度限制受假釋人之憲法人身自由基本權，牴觸憲法第 23 條比例原則。

²² 具有高度參考價值的是，德國刑法第 57a 條關於無期徒刑假釋之規定，並未排除受刑人假釋經撤銷後再申請假釋的可能性，蓋不封鎖已無危險性之受刑人回歸自由之路，係憲法上的誠命。因此受刑人再申請假釋，僅本於對其再犯可能性之有利預測即得予以許可，不須符合第 57a 條第 1 項「已受徒刑之執行十五年」及「非因特別嚴重罪責而有繼續執行之必要」之假釋要件。至多法院僅能為了防止受刑人過早提出再假釋之申請，依據第 57a 條第 4 項規定，定最高二年期間，不允許受刑人於期間內提出申請。參見 MüKoStGB/Groß/Kett-Straub, 4. Aufl. 2020, StGB § 57a Rn. 26; Schönke/Schröder/Kinzig, 30. Aufl. 2019, StGB § 57a Rn. 18.

爭點二：系爭規定一及系爭規定三就原據以判處無期徒刑之法律如於判決後經廢止(如懲治盜匪條例)或經修正(如 108 年 5 月 19 日修正公布前之刑法第 272 條)，未就應執行殘餘刑期之規定為特別考量，是否違憲？

壹、刑法經廢止或修正後縮減刑罰執行之必要性

從實定刑法之角度，法院據以宣告罪刑之法律，若於判決後經廢止，須依刑法第 2 條第 3 項規定處理，亦即「處罰或保安處分之裁判確定後，未執行或執行未完畢，而法律有變更，不處罰其行為或不施以保安處分者，免其刑或保安處分之執行。」然問題是此規定僅言及「法律有變更，不處罰其行為」時即免其刑之執行，並未提到「若法律有變更，減輕其行為之處罰」時應如何處理。

例如受假釋人先前因違犯懲治盜匪條例之盜匪罪被判處無期徒刑並入監執行，該條例於民國 91 年間廢止，受假釋人仍繼續受刑之執行，直到假釋出獄又犯後罪而經撤銷假釋，須執行先前依懲治盜匪條例之確定判決所宣告無期徒刑之殘刑。關鍵在於，懲治盜匪條例雖被廢止，但廢止之效果僅是將懲治盜匪條例此特別刑法予以廢棄而不再適用，並回歸適用普通刑法的規定²³，使嗣後犯盜匪罪者皆以刑法第 328 條以下規定論處，此並非刑法第 2 條第 3 項所指「不處罰其行為」，而係「減輕其行為之處罰」之情形。以強盜行為為例，依懲治盜匪條例第 5 條第 1 項第 1 款盜匪罪，係處無期徒刑或七年以上有期徒刑，但若依配合懲治盜匪條例廢止而修正之刑法第 328 條強盜罪²⁴，則處五年以上有期徒刑，從刑罰效果來看，回歸適用普通刑法之結果，

²³ 參見最高法院 91 年台上字第 1305 號刑事判決。

²⁴ 參見民國 91 年刑法第 328 條修法理由：「第一項規定之法定刑，與陸海空軍刑法及懲治盜匪條例之規定相差懸殊，不足以遏阻犯罪。因應懲治盜匪條例之廢止，酌予提高法定刑為五年以上有期徒刑。」

確實是減輕其行為之處罰。

從形式上來推演，如果於判決確定後法律有變更而不處罰其行為，即免除刑罰之執行，則依據相同之理，於判決確定後法律有變更而減輕其行為之處罰者，亦應縮減刑罰之執行。雖然前一情形是刪除犯罪規定，後一情形仍保留犯罪規定，但從罪刑相當的觀點來看，二者僅是量的區別，皆涉及刑罰必要性的降低。刑法第2條就後一情形並未予以規定，看似屬於立法疏漏。不過，於此仍應進一步深究二者的實質意涵是否有所差異，進而確認現行刑法規定之合理性。

前已述及，刑罰兼具抵償罪責、特別預防與一般預防之功能。先從抵償罪責功能來看，不論是於刑罰執行中刪除犯罪規定，或保留犯罪規定而減輕處罰之情形，皆未必直接導出應免除或縮減刑罰執行之結論。從理論上而言，立法者設立犯罪規定之目的，及其所採之不法與罪責觀點，將決定應否免除或縮減刑罰之執行，不能一概而論。再從特別預防功能觀之，於刑罰執行中，若據以科處刑罰之犯罪規定被刪除，由於透過刑罰而防止行為人再犯之標的已不存在，故毫無繼續執行刑罰之必要。但若於刑罰執行中，據以科處刑罰之犯罪規定並未刪除，僅是減輕其處罰，則從預防受刑人再犯的觀點，未必可得出縮減刑罰執行的結論，而應取決於個案之特別預防必要性而定。最後從一般預防功能以觀，在據以科處刑罰之犯罪規定被刪除的情形，根本沒有繼續處罰受刑人以警告公眾不得仿效犯罪之必要，因為仿效之標的已不存在。至於保留犯罪規定而減輕處罰之情形，顯現出立法者認為藉由處罰行為人而嚇阻公眾犯罪的必要性降低，此亦表示繼續對受刑人執行刑罰，向公眾展示犯罪後果的必要性降低，如此便應適當縮減刑罰之執行。

關鍵在於，懲治盜匪條例之性質如何？其經廢止後回歸普通刑法之適用，是否可推導出應縮減刑罰之執行？眾所周知，該條例於制定時之定位為限時刑法。限時刑法是指只針對特定時期有效施行、期滿時自動失效之刑法²⁵，係立法者因應特定時期之特殊情形，為實現特定政策目標而制定。立法者之意圖，正是要以該法處罰任何於其有效施行期間實行之犯行，不應受該法於實行犯行後因期滿而失效之影響²⁶，否則該法即形同虛設。就此而言，限時刑法之概念乃刑法第 2 條第 1 項所定「適用最有利於行為人之法律」原則的例外。因此，若接受懲治盜匪條例作為限時刑法，構成刑法第 2 條從輕原則之例外，則於刑罰執行中懲治盜匪條例被廢止，而回歸普通刑法之適用，亦無必要縮減原來之刑罰執行。

不過，承認限時刑法為從輕原則之例外，係純從理論角度一概而論，不免有高度疑慮。首先，我國刑法並未如德國刑法設有限時刑法效力之特別規定²⁷，在此情況下，限時刑法因期滿而失效後，仍對特定期間內發生之犯行延續其效力，實際上均對行為人產生不利之效果，須以法律明文規定為依據，否則按現行刑法，應回歸刑法第 2 條第 1 項從輕原則之適用，別無其他選擇²⁸。其次，即使名為限時刑法，也必須觀察個別法律之實質內容、目的與作用，尤其是立法者之意圖，及對受規範者造成之影響，才能判斷是否應承認其後續效力。直接以限時刑法作為單一形式理由，不區分法律之實質內容、目的與作用，

²⁵ 僅參見許澤天，刑法總則，4 版，2023 年，1 章/邊碼 33。

²⁶ 參見林山田，刑法通論(上冊)，10 版，2008 年，頁 120；吳耀宗，刑法第二條第一項「法律變更」之研究—兼評大法官會議釋字第一〇三解釋以及最高法院相關裁判，台灣本土法學雜誌，第 13 期，2000 年 8 月，頁 69-70。

²⁷ 德國刑法第 2 條第 4 項規定：「限於特定時期有效之法律，於其失效後，亦適用於在其效力期間所為之犯行。但法律另有規定者，不在此限。」

²⁸ 參見黃榮堅，基礎刑法學(上)，4 版，2012 年，頁 47。同結論亦參見許玉秀，罪刑法定原則的構成要件保障功能(上)—第十六次修正刑法檢討系列(第一、二、二八至三一條)，月旦法學雜誌，第 123 期，2005 年 8 月，頁 16-17。

一概承認其後續效力，可能反而超出立法者原初所欲達成之效果，造成受規範者之自由權利無謂受損。

既然否定限時刑法概念作為形式論據，就必須轉由懲治盜匪條例的實質特性來看。該條例係國家於動盪不安之特殊時空背景下為維護治安而設置，意在提高諸多典型盜匪犯行之刑度，藉以遏阻此種犯罪，使社會大眾免於恐懼²⁹。所謂「遏阻」犯罪，無非是提高盜匪罪之法定刑度，藉此威嚇潛在行為人，達成一般預防作用，減少此類犯罪之數量以穩定社會秩序。因此，懲治盜匪條例取代普通刑法嚴厲重罰盜匪行為的理由，不在於不法及罪責的升高，而主要在於一般預防需求的升高。具體言之，懲治盜匪條例第 5 條第 1 項第 1 款盜匪罪，並非普通刑法第 328 條強盜罪於不法或罪責上的提升，毋寧係基於較高之一般預防需求而加重處罰。懲治盜匪條例之廢止，表示對強盜行為之一般預防需求降低至正常之程度，故回歸普通刑法第 328 條之適用。由此即可進一步推論，若受刑人因犯懲治盜匪條例之盜匪罪而受重刑之執行，其間懲治盜匪條例經廢止，表示立法者認為不再有以重刑嚇阻公眾之需求，從而將受刑人繼續監禁，以達殺雞儆猴之效的必要性也隨之降低，此時即應回歸普通刑法之基準，重新審酌如何縮減受刑人刑罰之執行。刑罰之作用隨著執行期間之進行具有連續性，執行中途若遭遇犯罪規定變更而減輕其處罰，顯現立法者已改變心意，認為採取較輕微之刑罰手段，就預防目的之達成而言即為已足，則自此刻開始，具連續作用之刑罰執行，亦應隨之從輕調整至立法者當下認為足以達成預防目的之強度；否則，就刑罰繼續執行之部分，對於更新後之預防需求而言，即屬強度過剩，有違反比例原則中之必要性原則的疑慮。

²⁹ 參見釋字第 263 號解釋理由書。

貳、執行固定殘刑規定未考量刑法變更之違憲疑慮

本於上開前導論述，即可就爭點問題進行推論。若肯定於刑罰執行中法律有變更而減輕其行為之處罰者，應縮減其刑之執行，則無期徒刑假釋經撤銷者，若判處其無期徒刑所依據之法律有變更而減輕其行為之處罰，理論上是否亦應縮減其應執行之殘刑？就此，亦不得一概而論，而應依照變更之法律的實質特性而定。單就懲治盜匪條例而言，立法者主要係基於一般預防需求降低之考量而予以廢止，此項考量除對所有受規範者有效外，亦應對所有尚未執行完畢的受刑人有效。所謂尚未執行完畢的受刑人，除了正在監獄中受徒刑之執行者，亦包括假釋經撤銷而須執行原殘餘刑期者³⁰。基於本文前述刑事制裁功能一體性的觀點，只要刑罰尚未執行完畢，無論是正於監獄執行中、因假釋許可而出獄，或因撤銷假釋而再入監，皆受刑罰目的統一支配，沒有區別處理一般受刑人、受假釋人，及假釋經撤銷之人的必要。

承繼上述，無期徒刑假釋經撤銷者，依刑法第 79 條之 1 第 5 項規定須執行固定之殘刑二十五年(或依民國 86 年公布之舊刑法第 79 條之 1 第 5 項須執行固定之殘刑二十年)，此二十五年時間之計算，乃以判處受假釋人無期徒刑之前罪判決為基礎，而前罪判決所依據的法律，若是已經廢止的懲治盜匪條例，則上述一般預防需求降低，導致刑罰必要性亦隨之降低的考量，亦應適用於殘刑時間之計算。現行刑法以前罪被判處無期徒刑為前提，而計算出來的二十五年殘刑，並未考慮到懲治盜匪條例已因一般預防需求降低而被廢止；此二十五年殘刑，觀念上尚包含懲治盜匪條例廢止前基於高度一般預防需求而升高刑罰的考量，然而在該條例被廢止後，自然應該將此一考量去除，

³⁰ 最高法院 112 年度台非字第 72 號刑事判決參照。

並隨之將殘刑期間向下扣減。倘若刑法無視於此，堅持貫徹執行二十五年固定殘刑之規定，即表示執行之刑罰，就滿足正常一般預防需求而言，係屬過當之手段，有違反必要性原則之嫌。

至於應執行之殘刑期間「理論上」應如何扣減？以懲治盜匪條例為例，依該條例第 5 條第 1 項第 1 款盜匪罪被判處無期徒刑者，於該條例廢止後，若依刑法第 328 條強盜罪，僅須判處五年以上有期徒刑，而有期徒刑之上限為十五年以下，遇有加重時可加至二十年。這表示，即使前所犯者為盜匪罪中最嚴重之情節，若無加重事由，依現行刑法至多僅能判處十五年以下有期徒刑。假定以此十五年有期徒刑為基準，再依刑法第 79 條之 1 第 5 項規定，有期徒刑假釋經撤銷後之殘刑，為直至全部執行完畢，則受假釋人理論上應受執行之殘刑，即為十五年有期徒刑扣除假釋前已執行之期間。若受假釋人於假釋前已執行之徒刑早已逾十五年，就根本無須撤銷其假釋而執行殘刑，直接視為前罪已執行完畢，再執行後罪之刑即可。

綜上所述，民國 86 年生效及民國 94 年生效之刑法第 79 條之 1 第 5 項無期徒刑撤銷假釋應執行固定殘刑之規定，不僅十分嚴苛，且過度形式化，完全沒有順應刑事法律變更後刑罰目的需求之變化，實質調整適當殘刑之空間。因此，該規定作為國家所使用之刑事制裁手段，其效果已逾越刑罰目的之達成所必需，過度侵害受假釋人之憲法人身自由基本權，違反憲法第 23 條之比例原則。

爭點三：於有關無期徒刑受刑人撤銷假釋執行殘餘刑期之規定有變更時，系爭規定一、二及四之前段合併觀察；系爭規定三及四之但書合併觀察，就所應適用法律之規定，是否違憲？

壹、刑法施行法以「撤銷之原因事實發生時點」為基準點決定應適用之執行殘刑規定之違憲疑慮

此爭點涉及之問題，乃依刑法施行法第 7 條之 1 第 2 項、第 7 條之 2 第 2 項規定，關於無期徒刑假釋經撤銷後執行殘刑之規定，新舊法有所不同時，係根據「撤銷之原因事實發生時點」，而非根據「犯罪行為時點」決定適用之法律。於民國 86 年修法之前，依當時刑法第 77 條第 1 項規定，無期徒刑執行逾十年即可提報假釋，而於假釋中故意更犯罪而撤銷無期徒刑假釋時，由於當時尚未有第 79 條之 1 第 5 項之特別規定，故殘餘刑期亦為無期徒刑，又依第 79 條之 1 第 2 項規定，前罪與後罪併執行無期徒刑者，應適用無期徒刑假釋之規定，結果是再入監執行逾十年即可再提報假釋。然而，受假釋人若於民國 86 年修法前犯罪，嗣後經假釋，直到民國 86 年修法後始經撤銷假釋，就必須適用民國 86 年修法後之規定處理，亦即依當時刑法第 79 條之 1 第 5 項規定須執行二十年之固定殘刑，再接續執行他刑，始得再提報假釋。兩種情形，在對受假釋人權益之影響上差異極大。

關鍵在於，系爭規定是否抵觸憲法罪刑法定原則³¹下的禁止不利溯及既往原則？刑法第 1 條給予罪刑法定原則之基本定義，即「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者為限」，從此導出之禁止不利

³¹ 釋字第 792 條解釋理由書提及：「按刑罰法規涉及人民生命、人身自由及財產權之限制或剝奪，國家刑罰權之行使，應嚴格遵守憲法罪刑法定原則」，明確承認罪刑法定原則之憲法位階。另參見釋字第 602 號解釋。學說肯定該原則之憲法位階者，參見林山田，刑法通論(上冊)，10 版，2008 年，頁 89；許玉秀，罪刑法定原則的構成要件保障功能(上)－第十六次修正刑法檢討系列(第一、二、二八至三一條)，月旦法學雜誌，第 123 期，2005 年 8 月，頁 11。

溯及既往原則，則體現在第 2 條「行為後法律有變更者，適用行為時之法律。但行為後之法律有利於行為人者，適用最有利於行為人之法律。」據此規範基礎，或有下列問題值得探究。

第一，系爭規定中有屬於刑法施行法之條文，而非刑法本身之條文，是否亦受刑法禁止不利溯及既往原則的拘束？按刑法施行法之意涵，在於設置準據，妥適解決刑法制定或修正時，因新舊法律之效力時間分隔產生之刑法適用問題。施行法之法律屬性不甚明確，有認為屬於程序法者³²，實則，應視其為實體法或程序法之施行法，及其具體規定內容而定。通常見解對於刑事法律之適用亦採取所謂「實體從舊，程序從新」原則，以相關法律之屬性決定適用行為時或行為後之法律；若屬於程序法，即容許其效力在不利當事人的情況下溯及既往³³。不過，即使能清楚定性，亦不應簡單依法律屬性決定是否有禁止溯及既往原則之適用。一來實體法與程序法未必處於互斥的關係，且對於涉及之法律亦未必能在二者中擇一清楚定性；二來以屬於實體法或程序法，呆板地決定是否禁止溯及既往，並未切中該原則實質關注之所在，亦即人民於行為時未能預見將來之法律變更，無從以變更後法律所形成之狀態為前提進行生活規畫，致其權益遭受損害。此種情況，不論法律屬性如何均可能發生。刑法施行法雖並未直接規定犯罪行為及其法律效果，但其內容規定應適用新舊法律之準據，將決定行為人用以論罪科刑之法條，實質上影響其是否構成犯罪、構成何種犯罪，以及應受之刑罰效果。在此一角度，倘若罪刑法定原則意在拘束規定犯罪成立及刑罰效果的法律，以保障人民權益，則刑法施行法從其效果而言確實屬於此種法律，並無理由僅因其名稱與性質即將其排

³² 施行法之屬性參見劉孔中，民法總則施行法之回顧與檢討，臺大法學論叢，第 27 卷第 4 期，1998 年 7 月，頁 291。國內文獻幾乎未見對刑法施行法之性質的相關討論。

³³ 參見許澤天，刑法總則，4 版，2023 年，1 章/邊碼 31；Roxin/Greco, ATl, 5. Aufl., 2020, § 5 Rn. 57.

除在外。因此，若有刑法施行法之規定，其適用之結果使刑法規範之效力溯及於該規範生效前發生之行為，且因此惡化行為人之法律地位，損害其個人權益，即得以牴觸憲法罪刑法定原則下禁止不利溯及既往原則為由，認定該規定違憲。

第二、系爭規定就新舊法適用的決定，所影響者乃關於無期徒刑假釋經撤銷後執行殘刑應適用之法律。罪刑法定原則要求的是犯罪與刑罰須以法律明文規定；禁止不利溯及既往原則，欲禁止效力回溯的事項亦為犯罪之變更與刑罰之變更，典型的情況包括舊法時期非屬犯罪，新法規定其為犯罪，以及舊法時期處罰較輕，新法規定處罰較重³⁴，此時即應適用有利於行為人之舊法，不處罰行為人，或從輕處罰行為人。無期徒刑撤銷假釋執行殘刑之規定變更，因不涉及犯罪成立要件，非屬犯罪之變更，並無疑問；有疑問的是，其是否為「刑罰」之變更？

這涉及此處所謂「刑罰」的意涵為何。如果對刑罰變更作狹義的理解，限於與犯罪直接相關聯，法官據之以宣告刑罰及定應執行刑之規定的變更，則此處的刑罰變更，即不包括位處刑事執行程序中之假釋制度規定的變更，亦即在犯罪行為後，假釋相關規定有變更，須適用新法之規定。不過，如此的理解，首先就與刑法施行法之明文規定不相符合。該法第7條之1第1項、第7條之2第1項規定³⁵揭示的基本原則是，在新法修正施行前犯罪者，其假釋適用舊刑法第77條規定，而非假釋時之新規定。既然關於假釋要件及法律效果，採取以

³⁴ 參見林山田，刑法通論(上冊)，10版，2008年，頁86。區分犯罪要件變更與刑罰效果變更，參見林鈺雄，新刑法總則，11版，2023年，頁62以下。

³⁵ 第7條之1第1項本文：「於中華民國八十六年刑法第七十七條修正施行前犯罪者，其假釋適用八十三年一月二十八日修正公布之刑法第七十七條規定。」第7條之2第1項本文：「於中華民國八十六年十一月二十六日刑法修正公布後，九十四年一月七日刑法修正施行前犯罪者，其假釋適用八十六年十一月二十六日修正公布之刑法第七十七條規定。」

「犯罪行為時點」為基準的從舊原則，而非以「假釋許可之時點」為基準的從新原則，則為何關於假釋撤銷之法律效果，卻採取以「撤銷之原因事實發生時點」，亦即再犯行為時點為基準的從新原則？從體系的觀點來看，刑法施行法似有自我矛盾之處。

細思兩種情形的差別，可發現立法者或許認為，在撤銷無期徒刑假釋的情形，受假釋人在作為撤銷假釋之原因的再犯行為時點，新法業已生效，其行為當下完全可以預見其再度犯罪之效果為撤銷假釋，並須入監執行極長殘刑，沒有禁止溯及既往原則所欲防止的情況，亦即行為人無法預知其行為之後果，而無從透過調整自身行為加以因應³⁶。此種想法，已經不是將執行殘刑規定的變更視為前罪之刑罰效果的變更，而是視為「刑事執行的變更」。唯有在觀念上認為僅涉及刑事執行層面的變更，才會以後罪作為基準點，來判定是否有不利溯及既往的情況。

究其根本，以後罪為基準點，乃因為後罪始為直接導致受假釋人被撤銷假釋，從而須重新受人身自由之拘束的要件事實，而根據當前法制與主流見解，假釋撤銷之決定僅為刑事裁判執行之一環，屬於廣義司法行政的範疇，該決定之性質為行政處分，主管機關為法務部³⁷。不服撤銷假釋處分之救濟管道，係先向法務部提出復審，又有不服時則循行政訴訟管道提起撤銷訴訟³⁸，亦即假釋撤銷事件之審判權歸屬於行政法院³⁹。據此，撤銷假釋造成對於受假釋人自由與權利的限制，被定性為行政機關之行政行為的效果，而不是刑事法院對前罪之審判

³⁶ 關於禁止溯及既往原則之功能，參見釋字第 782 號解釋。

³⁷ 釋字第 681 號解釋參照。

³⁸ 監獄行刑法第 121 條、第 134 條參照。

³⁹ 批評參見釋字第 691 號解釋黃璽君大法官不同意見書，指出假釋制度與國家刑罰權之實現不可分離，屬於刑事司法之範疇，相關爭議應由刑事法院審理。學說之相類質疑，參見柯耀程，假釋的定性，軍法專刊，第 57 卷第 6 期，2011 年 12 月，頁 146 以下。

行為的效果，切斷了與前罪的關聯，自然沒有以前罪作為基準點，以判定適用變更後之執行殘刑規定，是否違反刑法禁止不利溯及既往原則的前提。

然而真正的關鍵，還是在於對假釋本質的理解。前已述及，假釋之運作乃犯罪所引致的刑罰效果之一環，與刑罰宣告、執行具有功能上的一體性，均受刑罰目的支配，尤其是特別預防目的。刑罰宣告僅是對適於達成刑罰目的之刑罰的暫定性預測，在刑罰執行過程中，必須衡諸受刑人的具體情況做出動態的調整，假釋正是此種動態調節機制。因此假釋之許可、撤銷、廢止等造成受刑人人身自由之影響，與自由刑之宣告及執行效果具有同一性，不宜割裂觀察。雖然按照現行法制，不能無視假釋之運作屬於廣義司法行政事項，撤銷假釋之法律效果乃直接由行政處分所導致，但此項事實，並不排斥假釋之撤銷係有關刑罰之決定的本質。換言之，應承認假釋之撤銷具有雙重性質，亦即殘刑之執行一方面是前罪的刑罰效果 另一方面是後罪引發之撤銷假釋處分的效果。

既然屬於前罪的刑罰效果，即有適用憲法罪刑法定原則之餘地，以前罪行為時作為基準點，將前罪行為後之執行殘刑規定變更皆視為刑罰變更，屬於刑法第 2 條之法律變更，無期徒刑受假釋人之假釋經撤銷者，應適用前罪行為時之執行殘刑規定，只有在行為後之規定有利於受假釋人時，才適用行為後之規定。儘管被判無期徒刑者在前罪行為時，離論及假釋問題的階段仍十分遙遠，且未來是否滿足法定要件而受假釋亦有極多變數，更不用說此處涉及更為遙遠、有更多變數的假釋撤銷問題，但這並不妨礙，撤銷假釋後執行殘刑屬於前罪之刑罰效果，行為人始終有遭遇假釋事件及假釋撤銷事件的可能性，其有權信賴未來假釋經撤銷時，將適用前罪行為時已存在且可預見的執行

殘刑規定。又雖然撤銷假釋之要件為故意犯後罪，屆時必定是在完全可預見變更後之執行殘刑規定的情形下為之，然而這只表示，行為人在後罪行為時，有迴避執行殘刑規定變更之不利效果的事實上可能性，並不影響行為人在前罪行為時有權信賴，倘若其日後在假釋中，即使是明知變更後之執行殘刑規定而犯後罪，亦將適用前罪行為時之執行殘刑規定。

總結上述，刑法施行法第 7 條之 1 第 2 項、第 7 條之 2 第 2 項規定，關於無期徒刑假釋經撤銷後殘刑之執行，以撤銷之原因事實發生時點為基準點決定應適用之法律，而非以犯罪時作為基準點，違反憲法罪刑法定原則下之禁止不利溯及既往原則，應屬違憲。

貳、刑法施行法以「原因事實行為終了時點」或「犯罪結果之發生時點」為基準點決定應適用之執行殘刑規定之違憲疑慮

刑法施行法第 7 條之 2 第 2 項但書規定，原因事實行為終了或犯罪結果發生在民國九十四年刑法修正施行後者，關於殘刑之執行適用修正施行之新刑法第七十九條之一規定。此規定係以「原因事實行為終了時點」或「犯罪結果之發生時點」為基準點，決定應適用之法律。可以確定的是，行為終了意指行為人之不法行為導致的繼續性違法狀態結束⁴⁰，與犯罪結果之發生一樣，時間上必然發生在犯罪行為之後。而此處所指之犯罪，係指作為撤銷假釋之原因事實的後罪。如果依據本文前述，關於無期徒刑假釋經撤銷後殘刑之執行，應適用前罪行為時之規定，則不僅適用後罪行為時之規定，因違反憲法罪刑法定原則下之禁止不利溯及既往原則而違憲，適用生效時間更晚的後罪行為終了時或結果發生時之規定，當然亦因違反同一原則而違憲。由於撤銷

⁴⁰ 僅參見許澤天，刑法總則，4 版，2023 年，2 章/邊碼 31、7 章/邊碼 18。

假釋之決定及效果，與刑罰宣告、執行被一體地視為前罪之刑罰效果的體現，因此關於執行殘刑之規定，必須於行為人犯前罪時已存在並可預見，而後罪行為終了時或結果發生時之規定，當然是行為人於前罪行為時不存在且不可預見，其有權信賴未來於刑事執行中不因適用新規定而惡化其法律地位。

退步言之，縱然如同一般理解，切斷無期徒刑撤銷假釋之效果與前罪的關聯，著眼於假釋之撤銷的司法行政屬性，認為撤銷假釋之處分才是直接導致該效果的原因，則亦應以作為撤銷之原因事實的後罪行為時為準。理由在於，只有後罪行為時存在的規定，才能進入受假釋人的認知之中，成為其犯後罪與否所考慮的因素之一，並因此不至於造成突襲，而導致其無所適從。

先就後罪行為終了時作為基準點而言，受假釋人之不法行為造成的違法狀態因其意思而持續進行(例如持續拘禁被害人)，其間執行殘刑之規定有變更，由於在變更時，新規定由不可預見變成可預見，故純從邏輯上而言，就著手於後罪行為之實行開始，直到規定變更為止的段落，應適用舊規定；而從規定變更開始，直到後罪行為終了段落，應適用新規定。然而，在刑法理論中，從著手實行犯罪開始，直到犯罪終了為止的整體繼續過程，被認定為單一行為，屬於法律行為單數(rechtliche Handlungseinheit)概念下的構成要件行為單數(tatbestandliche Handlungseinheit)⁴¹，故無法將此一整體繼續過程切成兩個段落分別評價，更遑論兩個段落分別適用新舊不同規定。在此情形下，只能就整體犯行，回歸禁止不利溯及既往的一般原則，不適用後罪行為終了時不利於受假釋人的新執行殘刑規定。再就後罪結果發

⁴¹ 僅參見林山田，刑法通論(下冊)，10版，2008年。頁303-304。

生時作為基準點而言，雖然行為與結果在觀念上構成一體的犯行 (Tat)，但只有行為時才是可預見法律並據以決定犯罪與否的時點，嗣後結果發生時的新法，是行為人決定是否犯罪時所不可預見者，因此不應對受假釋人適用犯罪結果發生時的新執行殘刑規定。

總結上述，刑法施行法第 7 條之 2 第 2 項但書，以原因事實行為終了時或犯罪結果之發生時為基準點，判定關於無期徒刑撤銷假釋執行殘刑應否適用民國 94 年修正施行之刑法第 79 條之 1 規定，抵觸禁止不利溯及既往原則，應屬違憲。

1 為（憲法訴訟類型）提出專家諮詢意見事：

2 應揭露事項

3 一、相關專業意見或資料之準備或提出，是否與當事人、關係人或其
4 代理人有分工或合作關係。 否

5 二、相關專業意見或資料之準備或提出，是否受當事人、關係人或其
6 代理人之金錢報酬或資助及其金額或價值。 否

7 三、其他提供金錢報酬或資助者之身分及其金額或價值。 否

8 專業意見或資料

9 一、109年度憲二字第333號聲請案專家諮詢意見書

10 二、

11 三、

12

13

14 附屬文件之名稱及其件數

文件編號	文件名稱或內容	備註

15

16

17 此致

18 憲法法庭 公鑒

19

20 中華民國 112 年 12 月 8 日

21

22

同子沂
具狀人 (簽名蓋章)
撰狀人 (簽名蓋章)