

108 年度憲三字第 48 號臺灣臺北地方法院刑事第 12 庭法官

賴武志、蘇珍芬、黃子濇聲請解釋憲法案不受理決議

不同意見書

108 年 11 月 29 日

詹森林大法官提出

黃大法官瑞明加入

壹、聲請解釋緣由

聲請人臺灣臺北地方法院刑事第 12 庭審判長賴武志及法官蘇珍芬、黃子濇，於審理該院 107 年度侵訴字第 54 號妨害性自主案件時，認該案被告固屬觸犯刑法第 225 條第 1 項之乘機性交罪，但因被告已坦承全部犯行，並與告訴人和解而賠償新台幣 50 萬元，也取得告訴人諒解，且告訴人及公訴檢察官均同意聲請人給予被告緩刑，另審酌被告父母雙亡，有一名哥哥智能障礙需被告扶養，另一名哥哥服刑中，被告育有 3 名未成年子女及哥哥之 1 名未成年子女，被告乃家中主要經濟支柱等情，經適用刑法第 57 條及第 59 條規定，擬對被告宣告 2 年以下有期徒刑，並諭知緩刑，以勵自新。惟依刑法第 74 條第 1 項規定，緩刑之諭知，以被告屬於「未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」(第 1 款)，或「前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，執行完畢或赦免後，五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」(第 2 款)情形之一，為其要件，而本案被告曾因前犯公共危險案件，經判處有期徒刑 2 月確定，易科罰金執行完畢尚未逾 5

年，故法院對本案被告不得為緩刑之諭知。被告之辯護人以被告不能使用緩刑規定，認有違憲疑義，具狀聲請裁定停止訴訟程序及聲請憲法解釋。聲請人依其合理確信，亦認前開刑法第 74 條第 1 項第 2 款規定（下稱系爭規定），有牴觸憲法之罪責原則、明確性原則及比例原則疑義，遂依大法官釋字第 371 號、第 572 號及第 590 號解釋，裁定停止訴訟程序，並聲請解釋憲法，請求宣告系爭規定與憲法意旨不符部分，應自解釋公布日起，不再適用。

貳、本件不受理之決議及其理由

本件釋憲聲請，在本院 108 年 11 月 29 日第 1499 次會議，經絕大多數意見決議不予受理，理由為：「聲請人所陳，無非認定本件原因案件被告實以宣告緩刑為宜，卻因不符系爭規定所定要件，無法宣告緩刑。究其所陳，其所提出違憲之論證，均難謂已提出客觀上形成確信系爭規定為違憲之具體理由。」

參、本席意見

按本院不受理釋憲聲請者，該案之聲請書即不予公布。由於本席就本件聲請書之解讀，與絕大多數意迥異，為求透明，爰先摘錄本件聲請書大部分內容如下，再說明本席持不同意見而認為應受理本件聲請之理由。

一、聲請書內容

聲請人 108 年 10 月 1 日之聲請書共 8 頁，其中第 1 頁

至第 2 頁前半段敘明「聲請解釋之目的」(聲請書之壹)及「疑義之性質與經過」(聲請書之貳),第 8 頁後半段為結論(聲請書之肆),其餘第 2 頁後半段至第 8 頁前半段,皆為聲請人闡述「聲請解釋憲法之理由及對本案所持之立場與見解」(聲請書之參),並分為:一、聲請人確信系爭規定違反憲法上之無責任即無處罰原則(即罪責原則)(聲請書第 2 頁後半段至第 4 頁),二、聲請人確信系爭規定違反憲法上之明確性原則(聲請書第 4 頁至第 6 頁),三、聲請人確信系爭規定違反憲法第 23 條之比例原則(聲請書第 6 頁至第 8 頁前半段)。

二、關於聲請人確信系爭規定違反憲法罪責原則部分

本件聲請書第 2 頁後半段至第 4 頁,依據刑法第 1 條:「行為之處罰,以行為時之法律有明文規定者為限」而認為:「該條揭示現行刑法之屬性為『行為刑法』,而非『行為人刑法』,……刑法罪責所非難者,乃為行為人在個別行為中所透露之罪責,至於行為人之人格,不過為間接判斷對象,充其量僅能作為量刑之事由而已。」(聲請書第 2 頁後半段至第 3 頁前半段,即聲請書之參、一(一))。

聲請書進而指出:「『無責任即無處罰』原則,乃大法官釋字第 687 號解釋所明揭之憲法原則,就刑事責任而言,其與『無罪責即無刑罰』原則相同,……刑法罪責仍為個別行為之罪責,而非行為人之人格罪責。若非就各別犯罪行為評價所得之罪責,而以行為人之人格為評價處罰之對象,即與『無責任即無處罰原則』有違。」(聲請書第 3 頁後半段,即聲請書之參、一(二)),系爭規定「就行為人所犯後案不得

宣告緩刑之刑罰，係以其 5 年內曾經前案有期徒刑執行完畢所設之特別規定，亦即係以前案已經處罰完畢，行為人於前案之犯罪行為已經受到刑法非難後，仍拘束後案因為已經執行完畢之前案而不得宣告緩刑。此時，後案不得宣告緩刑而必須宣告自由刑、罰金刑，其所欲非難之對象，既非以行為人於後案偏離法規範所要求行為之主觀意念，亦非該意念所導致之後案犯罪行為本身，此顯與『無罪責即無刑罰』原則相違背。又行為人之前案犯罪行為既已執行完畢，系爭規定仍以行為人 5 年內有因故意犯罪受徒刑之宣告，後案不得適用緩刑之規定，此係以行為人之人格、素行、反社會性格為評價對象，而為『行為人刑法』之表現，亦與前述法治國『行為刑法』相違。另其僅以前案經徒刑執行完畢 5 年內再犯為其要件，不問緣由，甚至不容法院就個案情節予以裁量之空間，茲以本案為例，被告之前所犯酒後駕車案件，……於 104 年 9 月 10 日執行完畢，且前案執行完畢後迄今已逾 4 年，卻於後案即使……，卻仍因前案之故而不得對後案宣告緩刑，此不得適用緩刑規定之結果，顯然違背憲法上之罪責原則。」（聲請書第 4 頁，即聲請書之參、一（三））

三、關於聲請人確信系爭規定違反憲法明確性原則部分

聲請書先引述大法官釋字第 636 號解釋意旨而指稱：「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，……同一解釋中，亦同時明揭依憲法第 8 條之規定，國家公權力對人民身體自由之限制，於一定限度內，既為憲法保留之範圍，若涉及嚴重約束人民身體自由而與刑罰無異之法律規定，其法定要件是否符合法律明確性

原則，自應受較為嚴格之審查，申言之，若立法者就法律規定之要件不能使執法之準據明確，以保障規範目的之實現，所涉並為對被告施以自由刑或罰金刑之處罰，而足以侵害人民之人身自由權或財產權者，既與憲法第 23 條所規定『比例原則』關於『適當性原則』之要求不符，應認為違反憲法第 8 條、第 15 條之規定。」(聲請書第 5 頁前半段，即聲請書之參、二(一))

聲請書進而指摘系爭規定「並不明確，致無從保障規範目的之實現，申言之，該款所稱『前因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告』之前案，就其內涵態樣所該當之犯罪類型及內容為何，並未加以區分，亦不論輕重、情節、動機如何，苟有經前案徒刑執行完畢後 5 年內再犯，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基於公益，行為人犯罪後是否顯有悔意，被害人是否已宥恕行為人且與行為人達成和解等等情狀，均一概排除後案宣告緩刑之可能性，內涵籠統，無從認為其與規範目的之實現有何關聯，就明確性之要求，自不相當。現行系爭規定……於 94 年予以修正，惟修正後也僅使刑法第 74 條第 1 項以前案為故意或過失犯罪為區分標準，仍嫌粗糙，無從反映具體個案中行為人前案之犯行輕重、執行過程，後案之行為態樣、犯罪動機及犯後態度，致不能使執法之標準明確，無從保障規範目的之實現，顯然違背法律明確性原則。」(聲請書第 5 頁後半段至第 6 頁，即聲請書之參、二(二))

四、關於聲請人確信系爭規定違反憲法第 23 條比例原則部分

在此部分，聲請書先指出，「憲法第 23 條規定之比例原則，……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」。接著，聲請書基於大法官釋字第 775 號解釋指摘刑法第 47 條第 1 項累犯規定，關於不分情節一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，人民人身自由因此遭受過苛之侵害部分，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則¹，而指稱：「系爭規定亦有相同違憲情形。申言之，……系爭規定關於宣告緩刑之規定，係一律不得宣告緩刑，（與刑法第 47 條第 1 項）二者均不符合亦不考慮刑法第 59 條所定要件；系爭規定……因一律不得宣告緩刑，導致原可能諭知 2 年以下有期徒刑、拘役或罰金，並宣告 2 年至 5 年緩刑即可收矯正之效或足以維持法秩序之案件，即使因行為人確有悔意，甚至已做出具體悔過之行為並得到被害人之原諒，法院認為得宣告 7 個月以上 2 年以下有期徒刑，卻無從進一步宣告緩刑，致行為人必受自由刑之刑罰，同樣致生行為人所受刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害，顯違憲法第 23 條之比例原則。刑法分則所定各罪名之法定刑，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，……惟系爭規定就 5 年內故意再犯不得宣告緩刑之規定，

¹ 釋字第 775 號解釋此部分之見解，學者已有批評，請見許恆達，累犯與處斷刑加重之裁量，月旦法學雜誌，第 294 期，2019 年 11 月，1-31 頁；謝煜偉，當弦外之音成為主弦律——評釋字第 775 號解釋兼論解釋公布後之量刑新趨勢，月旦法學雜誌，第 294 期，2019 年 11 月，33-54 頁。

乃就行為人已經執行完畢之前案，在其經刑罰執行完畢一定時間再犯罪之後案判決中，限制法院不得宣告緩刑，與後案犯罪行為本身無關，其結果並以自由刑之形式，直接侵害人民依憲法第 8 條所保障之人身自由，顯欠缺憲法第 23 條規定之明確性原則²。」(聲請書第 6 頁後半段至第 8 頁前半段，即聲請書之參、三(一)(二)(三))

五、本件聲請應予受理

眾所周知，大法官不受理機關、人民解釋憲法之聲請時(參見司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 1、2 款及第 3 項)，幾乎皆以「核聲請人所陳，並未指摘確定終局裁判所適用之何一法律或命令有何牴觸憲法之處」，或「核聲請人所陳，僅係以個人見解爭執法院適用系爭規定之見解及系爭規定違憲，難謂已具體指摘系爭規定客觀上究有何牴觸憲法，致侵害其受憲法保障權利之處」，為理由。大法官不受理法官解釋憲法之聲請時，通常亦無不同³。

熟悉大法官釋憲實務者，均明知前述不受理之理由，在大部分情形，或許肇因於各該聲請書內容確實空泛、抽象，甚至不知所云⁴，但在一些情形，則或有認為係因大法官「選案」或認為該案「不值得釋憲」所致。詳言之，在後者之情形，聲請書雖對該個案所涉法律規定適用時顯現之違憲疑義，已有具體指摘，但大法官認為此項疑義，(尚)不具憲法

² 聲請書此處所稱「顯欠缺憲法第 23 條規定之『明確性原則』」(聲請書第 8 頁第 3 行)，從其前後文觀察，似係指「顯欠缺憲法第 23 條規定之『比例原則』」。

³ 請參見大法官不受理決議網址：<http://cons.judicial.gov.tw/jcc/zh-tw/rrp04>

⁴ 此種情形，尤其見諸人民未委任律師而聲請解釋憲法之案件。

價值，如受理該聲請案，其解釋結果，亦必為該法律規定(尚)符合憲法意旨；相較之下，以不受理更為妥適，遂本於「選案」考量而不受理該聲請案，但仍以聲請書未具體陳明該案所涉法律規定有何抵觸憲法，為其理由。

然而，當大法官以此理由而不受理聲請案時，其不受理之真正緣由，究竟係聲請書確實未客觀具體指摘，抑或因大法官選案所致，包含聲請人在內之外界人士，根本無從得知；又因於此情形，聲請書不予公布，故非但外界人士無從評斷聲請書是否確實未客觀具體陳明法律規定有違憲之情事，聲請人亦只能徒呼奈何。聲請人為法官時，更不免有時情何以堪！

關於本件聲請案，本席詳細閱讀上開聲請書第2頁後半段至第8頁前半段內容後，實在不能理解，為何該內容被本次決議絕大多數意見評價為「其所提出違憲之論證，均難謂已提出客觀上形成確信系爭規定為違憲之具體理由。」

依本席所信，本件聲請書就其所稱系爭規定有抵觸憲法罪責原則、明確性原則及比例原則之疑義，皆已論證亟詳，並多次援引大法官相關解釋，以為佐證。因此，本件聲請案符合大法官釋字第371號、第572號及第590號解釋所稱法官聲請解釋憲法之要件，應予受理。

應特別強調者，誠如本件聲請書所指，刑法第47條第1項及系爭規定，皆明定凡因前罪而受徒刑執行完畢後，5年以內故意再犯後罪者⁵，「不分情節」，均應受刑法之不利益處

⁵ 關於前罪執行完畢後，5年內再犯罪部分，刑法第47條累犯之規定為：「五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪」，係以後罪之「法定刑」是否為有期徒刑以上之刑為斷；同法第74條第1項第2款(即系爭規定)緩刑之規定則為：「五年以內未曾因故意犯罪受有期徒刑以上刑之宣告」，則以後罪之「宣告刑」是否為有

遇；亦即，在前者（累犯）一律加重本刑至二分之一，在系爭規定（緩刑）一律不准緩刑。既然前者經大法官釋字第 775 號解釋指摘其「不分情節，……一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形下，致生行為人所受之刑罰超過其所應負擔罪責之個案，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則」，則系爭規定是否亦有相同或類似「不分情節，一律不予緩刑，致不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則」情事，尤其顯然具有解釋之價值。否則，大法官豈非在同屬可能致人身自由遭受過苛侵害之刑法第 47 條第 1 項及系爭規定二者間，刻意選案，僅宣告前者違憲，卻容忍系爭規定繼續侵害人身自由？倘若大法官並無此意，但既然不受理本件聲請，如何顯現其無意為此區別？

本席絕對認同，系爭規定究竟有無聲請書所指之違憲情事，每個人均得本於自己見解，甚至本於所謂「憲法高度」，持與聲請人相反之看法。但就本件決議所指本件聲請書「所提出違憲之論證，均難謂已提出客觀上形成確信系爭規定為違憲之具體理由」，本席實難苟同。本席且自認，如由本席就系爭規定聲請釋憲，亦難以提出比本件聲請書更屬「客觀上形成確信系爭規定為違憲之具體理由」。

肆、結論：對符合要件之釋憲聲請案，大法官何時勇於「直球對決」？

聲請人就其確信系爭規定有牴觸憲法疑義，以本件聲請

期徒刑以上之刑為準。兩者並不相同。

書合計超過 6 頁之篇幅，詳細論述，卻經本件決議不受理，且理由為：「難謂已提出客觀上形成確信系爭規定為違憲之具體理由」。本席嘆息之餘，仍深切期盼，本件聲請人及全國所有法官，不致因此而怯於或懶於對侵害人民基本權利之法律規定繼續聲請釋憲。然而，本席不敢斷言，對於機關、人民及法官符合要件之釋憲聲請，大法官究竟何時始勇於一律「直球對決」，予以受理並作出不論違憲或合憲之解釋，抑或依舊不時祭出「聲請人所陳，難謂已提出客觀上形成確信系爭規定為違憲之具體理由」之大纛，而「不給說法」⁶。

⁶ 參見《大法官，不給說法！》，財團法人民間司法改革基金會，2011 年 9 月。