

釋字第 775 號解釋協同意見書

許志雄大法官 提出

黃昭元大法官 加入

本件之爭點，在於累犯加重處罰規定之合憲性問題，及其延伸之累犯更定其刑規定是否違憲問題。審查客體有三，分別為刑法第 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，5 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。」（下稱系爭規定一）、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。」（下稱系爭規定二）及刑事訴訟法第 477 條第 1 項規定：「依刑法第 48 條應更定其刑者……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。」（下稱系爭規定三）。

本號解釋認依系爭規定一，累犯不分情節，一律須加重最低本刑，導致行為人所受之刑罰可能超過其所應負擔罪責，其人身自由因此遭受過苛之侵害部分，不符憲法罪刑相當原則，牴觸憲法第 23 條比例原則。於此範圍內，有關機關應自本解釋公布之日起 2 年內，依本解釋意旨修正之。於修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。系爭規定二與憲法一事不再理原則有違，應自本解釋公布之日起失其效力。系爭規定三與系爭規定二相關連，應即併同失效。就此等違憲結論，本席敬表贊同。惟多數意見認有關累犯加重本刑之部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題。其所稱一行為不二罰原則，意義為何？適用範圍如何？與一事不再理原

則有無關涉？又多數意見有關係爭規定一累犯加重最低本刑部分違反罪刑相當原則之論述，是否周延？刑法第 59 條關於酌減刑罰之規定，為何不足以解決該違反罪刑相當原則之問題？凡此，皆有補充及釐清之必要，爰提出協同意見書。

一、累犯加重處罰制度之合憲性

累犯加重處罰之根據何在？學說相當分歧，大致可歸納為下列幾種見解：1. 行為人既有前科，仍不知警惕，再度犯罪；其責任較初犯者重，非難可能性高。2. 累犯行為人之人格或性格特別危險，須強化社會防衛。3. 累犯之違法性高，法益侵害性強。4. 基於社會防衛或犯人再社會化之必要性，採取特別預防之刑事政策目的¹。

緣於清末「暫行新刑律」即設有累犯加重處罰規定，立法理由為：「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，有乖刑期無刑之義」。民國 17 年刑法將累犯分為普通累犯與特別累犯兩種，前後所犯之罪性質不同者屬普通累犯，罪為同一或類似者屬特別累犯。立法理由稱：「暫行律不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」、「特別累犯有特別之惡性，最難懲戒，故較普通累犯，自應特別加重」²。24 年刑法廢除特別累犯，保留一般累犯。其累犯加重處罰之立法理由係：「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」。關於累犯加重處罰之根據，此等立法理由似皆側重於上開第 2 種見解。系爭規定於 94 年修正公布，翌年施行，除修正累犯要件之再犯限於故意犯

¹ 西岡正樹著，累犯加重に關する一考察，法政論叢第 56 號，2013 年，頁 3。

² 黃盛源輯注，晚清民國刑法史料輯注（下），元照，2010 年，頁 902-904。

者外，其餘仍維持構成累犯者加重本刑之法律效果。其修正理由略稱：「累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果。」（立法院公報第 94 卷第 5 期，第 237 頁參照）則顯然基於上開第 4 種見解之立場。惟本號解釋理由書謂：「姑不論累犯要件應如何定義，立法者之所以在原違犯條款所規定之處罰外，再以系爭規定一加重本刑之處罰，理由在於行為人前因犯罪而經徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，理應產生警惕作用，返回社會後能因此自我控管，不再觸犯有期徒刑以上之罪。然而行為人卻故意再犯後罪，足見行為人有其特別惡性，且前罪之徒刑執行無成效，其對於刑罰之反應力顯然薄弱，故認有必要加重後罪本刑至二分之一處罰。」多數意見兼採上開第 1、第 2 及第 4 種見解。

反之，不贊同累犯制度者，主要從行為責任論之立場，批判累犯加重處罰不符行為刑法之要求，有重複評價之嫌，違反罪責原則及罪刑相當原則，而認為上開累犯加重處罰之各種根據皆難以成立。論者亦指出，德國刑法之累犯規定已於 1986 年廢除，且德國刑法實務驗證出，累犯規定成效不如預期，以重罰對付累犯顯然挫敗，進而對累犯制度存在之必要性提出質疑³。要之，無論在憲法或刑事立法政策層面，累犯加重處罰制度均面臨嚴峻批判及挑戰。

誠然，當代法治國家為保障人權，普遍基於罪責原則，採取行為刑法，強調有行為始有罪責，有罪責始有刑罰。但在行為刑法之前提下，行為人之因素仍不容忽視，否則刑法

³ 林東茂著，刑法綜覽，新保成，2009 年第 6 版，頁 1-32 至 1-33；同氏著，累犯與三振出局，台灣本土法學雜誌第 46 期，2003 年 5 月，頁 109、110。

將過於僵化，難免背離一般人之法感情。試觀刑法第 57 條量刑規定及分則有關業務過失罪規定（如刑法第 276 條第 2 項業務過失致死罪、第 284 條第 2 項業務過失傷害罪），可知現行刑法雖屬行為刑法，但並非完全不考慮行為人因素。同理，累犯加重處罰規定即使增加行為人因素之份量，亦未脫離行為刑法之正軌。又累犯於後罪提高行為人因素之考量，從而加重處罰，本質上還是對後罪之評價，應無重複評價之問題。

實際上，設有累犯加重處罰規定之國家所在多有，如美國、法國、奧地利、日本及韓國均是。又如德國，即使業已廢除普通累犯制度，但現行刑法仍有特別累犯規定。亦即，德國舊刑法第 46 條原本設有普通累犯加重處罰規定，經 1986 年修正廢除，嗣於 1998 年復修正刑法，另在第 176a 條規定兒童性侵害罪加重處罰，是為特別累犯制度。惟綜觀各國，累犯加重處罰規定之體例不一而足，關於累犯之各種因素，例如前罪與後罪是否限於相同法益侵害或特定犯罪類型（普通累犯或特別累犯）、構成累犯之再犯罪次數、以前罪判決確定或執行完畢為準、後罪與前罪之間隔時間、加重處罰之範圍與程度，各國規定不盡相同。基本上，實定法是否採取累犯加重處罰制度，以及累犯加重處罰制度應如何設計，屬於國家之刑事立法政策問題⁴，但其具體制度與人身自由之限

⁴ 我國現行累犯制度於實務運作上出現諸多問題，對法官造成不少困擾，亟須檢討改進。依本院刑事廳於 108 年 1 月 15 日累犯制度釋憲說明會提供之意見及統計資料顯示，近年來最高法院刑事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，佔所有撤銷案件之比率近半。具體言之，105 年以「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%；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，其中有為數甚夥之案件屬於裁判後發生，無法為法官所預見並注意及之新事實（例如撤銷假釋在後）。

制攸關，且涉及國家刑罰權之行使，合憲與否，仍須接受各種檢驗，自不待言。

二、一行為不二罰原則與一事不再理原則

本號解釋理由書表示：「立法者係認為行為人於前罪徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，5 年內又故意違犯後罪，因累犯者之主觀惡性較重，故所違犯之後罪應加重本刑至二分之一。是系爭規定一所加重處罰者，係後罪行為，而非前罪行為，自不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題。」一方面承認一行為不二罰為憲法原則，另一方面指稱系爭規定一僅加重後罪之處罰，並未加重前罪之處罰，故不生是否違反該原則之問題。然何謂一行為不二罰原則？該原則之射程如何？何以具有憲法之位階？多數意見未予說明，不免產生疑竇。

按一行為不二罰係學術及實務上主張之原則，並未見諸憲法明文。釋憲實務上，一行為不二罰原則之用語首見於本院釋字第 604 號解釋，其後大法官於釋字第 754 號解釋再度援用，並同樣認係法治國之憲法原則。惟該兩號解釋所涉及者為行政罰問題，與本件之刑罰問題不同。本席認為，刑事法上之一事不再理原則、一事不二罰原則及「雙重危險」（double jeopardy）禁止原則，攸關人身自由之保障，不論憲法有無明文規定，皆屬憲法原則，要無疑義。惟行政法上是否另有具憲法位階之一行為不二罰原則，或者憲法上是否尚有一個涵蓋不同乃至所有法律領域之一行為不二罰原則，則深感懷疑。有關論述詳見釋字第 754 號解釋協同意見書，茲不贅言。

本號解釋所稱憲法一行為不二罰原則，若僅侷限於刑罰範疇，即與刑事法上之一事不再理原則、一事不二罰原則及「雙重危險」(double jeopardy)禁止原則相當，定位為憲法原則，應無不可。惟本號解釋既承認一事不再理原則為現代法治國普世公認之原則，並用以審查系爭規定二之合憲性，則於審查系爭規定一之合憲性時，照理亦以援引該原則為宜⁵，庶幾可以避免一行為不二罰原則引發之紛擾。

蓋依本號解釋理由書所述，一事不再理原則意指：刑事訴訟「判決確定後，除為維護極重要之公共利益者外，不得對同一行為重複追訴、審問、處罰，以避免人民因同一行為而遭受重複審問處罰之危險（即禁止雙重危險）、防止重複審判帶給人民之騷擾、折磨、消耗、痛苦或冤獄，並確保判決之終局性。」其內容包含同一行為重複處罰之禁止，亦即一行為不二罰（刑罰）⁶。嚴格言之，一事不再理與雙重危險之禁止不盡相同。前者乃大陸法系之法律原理，著重在確保判決之實體確定力或既判力；後者屬英美法概念，係以被告之權利保護為直接目的⁷。惟實際運用結果，二者幾無差異⁸，

⁵ 日本國憲法第 39 條規定：「任何人，就實行時適法之行為或既已被判無罪之行為，均不受刑事責任之追究。又，就同一犯罪，不重複受刑事責任之追究。」通說認前段前半禁止「事後法」(ex post facto law)或溯及處罰，蘊含罪刑法定主義之概念；前段後半及後段揭櫫一事不再理原則或雙重危險禁止原則。日本最高法院判例表示，日本刑法第 56 條及第 57 條之累犯加重規定，只是承認得對累犯後罪科以較重之刑罰，既未動搖前罪之確定判決，亦非對前罪重複處罰，故未違反憲法第 39 條規定（最大判昭和 24・12・21 刑集 3 卷 12 號 2062 頁）。參照奧平康弘著，憲法Ⅲ—憲法が保障する權利，有斐閣，1993 年，頁 367-371。

⁶ 有論者認為：「在憲法之意涵中，『一事不再理』（禁止雙重危險）與『一行為不二罰』為二完全不同之概念，必須澄清。在一般情形，國家機關非藉兩次訴訟，不可能達到雙重處罰的目的，所以只要貫徹一事不再理原則，即能達到一行為不二罰之目的……。然而國家機關也可能在單一訴訟中，對被告為重複之控訴，此時即無法藉由一事不再理來貫徹一行為不二罰。」參照王兆鵬著，一事不再理，元照，2008 年，頁 13。惟依本號解釋多數意見之見解，一事不再理原則除要求不得對同一行為重複追訴、審問外，尚包括禁止對同一行為重複處罰，故應無論者指摘之問題。

⁷ 野中俊彥、中村睦男、高橋和之、高見勝利共著，憲法 I，有斐閣，1997 年新版第 1 刷，頁 403（高橋和之執筆部分）。

⁸ 奧平康弘著，同註 5，頁 370、371。

本號解釋亦不強加區別。

誠如本號解釋理由書所示，一事不再理作為憲法原則，其實定法依據出於憲法第 8 條第 1 項規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。」理論基礎則源自法治國原則，另外比較法上亦有聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項⁹、美國憲法增補條款第 5 條¹⁰、德國基本法第 103 條第 3 項¹¹、日本國憲法第 39 條等規定可資參照。而憲法第 8 條第 1 項係人身自由之基本原則規定，其所稱「依法定程序」，實乃正當法律程序原則之表現，除要求限制人身自由之程序應以法律定之外，更要求法律規定之程序必須正當。例如，刑事被告受告知與聽審（notice and hearing）之權利、辯護人選任權、證人詰問權、審判中被告之卷證資訊獲知權、不得強迫被告自認其罪等，均係正當程序之內容，一事不再理原則亦然。

一事不再理固為憲法原則，仍有例外不予適用之情形。如前所述，一事不再理原則（雙重危險禁止原則）之目的，係為維護判決之實體確定力及被告之權利。前者屬重要乃至極重要之公共利益，當另有其他極重要之公共利益須維護時，或有讓步之必要。是本號解釋將「為維護極重要之公共利益者」列為一事不再理原則適用之例外，尚稱允當。惟本

⁹ 聯合國公民與政治權利國際公約第 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。」

¹⁰ 美國憲法增補條款第 5 條規定：「非經大陪審團提起公訴，人民不受死罪或其他不名譽罪之審判，但戰時或國難時期服役之陸海軍或國民兵所發生之案件，不在此限。同一罪案，不得令其受兩次生命或身體上之危險。不得強迫刑事罪犯自證其罪，亦不得未經正當法律手續剝奪其生命、自由或財產。非有公正賠償，不得將私產收為公用。」

¹¹ 德國基本法第 103 條第 3 項規定：「任何人不得因同一行為，而依一般刑法重複受處罰。」

號解釋主要就累犯論之，並未試圖建立一個全面共通之例外標準。本席認為，於被告有利情形，為維護被告權益，例外標準不妨放寬。有刑事訴訟法第 420 條第 1 項各款所列情形，為受判決人之利益，得聲請再審，即為適例。因系爭規定二及三有關累犯更定其刑之規定，顯然對被告不利，且非為維護極重要之公共利益，尚不符一事不再理原則例外不適用之標準，故與憲法有違，應失其效力。據此，裁判確定後發覺為累犯者，不得更定其刑，亦即無法依系爭規定一以累犯加重處罰。如此一來，實體正義難免受到影響，但基於一事不再理及正當法律程序原則追求程序正義之本旨，此乃不得不忍受之代價。

三、累犯加重處罰規定與罪刑相當原則

國家擁有各式各樣權力，可介入人民之生活世界。對人民而言，凡國家權力皆蘊含重要意義，其中尤以刑罰權最具權力性表徵，並為其他權力之最終擔保，是以格外受重視，不言可喻。國家藉由刑罰權之行使，對人民科以刑罰，限制或剝奪人身自由及財產權等，可見刑罰及刑罰權之行使自始與人權立於緊張對立狀態¹²。從人權保障觀點，刑罰及刑罰權之行使應受一定之制約，不得濫用。因此，各國憲法普遍定有相關規範，我國亦不例外。憲法第 8 條關於人身自由之保障規定，堪稱典範。此外，大法官經由解釋揭示之罪刑法定主義（釋字第 384 號、第 443 號、第 522 號及第 765 號解釋參照）、刑罰明確性原則（釋字第 522 號及第 680 號解釋參照）、羈押權歸屬與提審要件（釋字第 392 號解釋參照）、正當法律程序原則與軍事審判之訴訟救濟（釋字第 436 號解

¹² 奧平康弘著，同註 5，頁 290-293。

釋參照)、刑事被告之證人詰問權(釋字第 582 號解釋參照)、律師接見受羈押被告時之監聽錄音(釋字第 654 號解釋參照)、受刑人刑期執行期滿之釋放時間(釋字第 677 號解釋參照)、偵查中羈押審查程序卷證資訊獲知權(釋字第 737 號解釋參照)、第二審初次受有罪判決者得上訴第三審(釋字第 752 號解釋參照)、審判中被告之卷證資訊獲知權(釋字第 762 號解釋參照),以及罪責原則(釋字第 687 號解釋參照)與罪刑相當原則(釋字第 551 號、第 602 號、第 630 號、第 662 號及第 669 號解釋參照),均係攸關刑罰及刑罰權行使之憲法規範。其中之罪刑相當原則,乃本號解釋判定系爭規定一違憲性之依據。

釋字第 687 號解釋釋示:「基於無責任即無處罰之憲法原則,人民僅因自己之刑事違法且有責行為而受刑事處罰,法律不得規定人民為他人之刑事違法行為承擔刑事責任。」已明白承認罪責原則為憲法上之原則。而刑罰既以罪責為基礎,則刑罰須與罪責相當,自屬罪責原則推論之結果,且符合比例原則之要求。因此,罪刑相當原則可謂罪責原則派生出來之原則,並為比例原則在刑罰上之體現,如同租稅法律主義為法律保留原則在租稅領域之呈現一般。準此,本號解釋理由書表示:「立法機關衡量其所欲維護法益之重要性、防止侵害之可能性及事後矯正行為人之必要性,綜合斟酌各項情狀,以法律規定法官所得科處之刑罰種類及其上下限,應與該犯罪行為所生之危害、行為人責任之輕重相符,始與憲法罪刑相當原則及憲法第 23 條比例原則無違。」

本號解釋理由書接著指出:「系爭規定一不分情節,一律加重最低本刑。因目前實務上有期徒刑加重係以月為計算

單位，如最低法定本刑為 6 月有期徒刑，累犯加重結果，最低本刑為 7 月有期徒刑。本來法院認為諭知 6 月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞動即可收矯正之效或足以維持法秩序（刑法第 41 條第 1 項及第 3 項規定參照），但因累犯加重最低本刑之結果，法院仍須宣告 7 月以上有期徒刑，致不得易科罰金或易服社會勞動。因此，系爭規定一不分情節，基於累犯者有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱等立法理由，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。」本席認為此段文字有若干未臻明確或易生誤解之處，猶待闡釋或釐清，茲分述如下：

（一）刑法第 67 條規定：「有期徒刑或罰金加減者，其最高度及最低度同加減之。」故累犯依系爭規定一「加重本刑至二分之一」，意指累犯之最高法定刑（本刑）及最低法定刑（本刑）皆須加重至二分之一，而形成處斷刑。所謂加重至二分之一，係指加重之最上限為二分之一，非謂最低本刑與最高本刑皆須加重二分之一。理論上最低有期徒刑僅加重一日亦無不可，但因目前實務上有期徒刑加重係以月為計算單位，故處斷刑至少加重一月。依此，處斷刑範圍實際上為最低本刑加一月至最高本刑加二分之一之間。法官於具體個案定宣告刑時，應在處斷刑範圍內，依刑法第 57 條量刑規定為之。就此角度觀之，系爭規定一累犯加重處罰規定之意義，固包含累犯罪責之評價，無寧更在於擴大法官之量刑空間。本席認為，累犯之成因不一，個別行為人之惡性、非

難可能性、再社會化或社會防衛之必要性，亦千差萬別，而系爭規定一關於最高本刑加重部分，有擴大量刑空間之效果，使法官可依累犯個案情節，決定科刑之輕重，基本上應與罪刑相當原則之精神無違。

（二）惟系爭規定一關於最低本刑加重部分，反而壓縮法官之量刑空間。累犯不分情節，一律須加重最低本刑，對情節輕微之累犯而言，刑罰可能超過其應負擔之罪責，而與罪刑相當原則不符。解釋理由書舉最低本刑為 6 月之案件為例，指出情節輕微之累犯因加重最低本刑，致生不得易科罰金或易服社會勞動之結果，意在凸顯系爭規定關於最低本刑加重部分之問題。其實，即使最低本刑逾 6 月者，其加重同樣有違反罪刑相當原則之問題。

（三）刑法第 59 條規定：「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者，得酌量減輕其刑。」論者或主張，於個案因加重最低本刑，致生不符罪刑相當原則之情形時，其問題可藉上開規定之適用加以化解。實務上亦確有法院循該途徑處理者，然此一作法便宜行事，與最高法院對刑法第 59 條之解釋適用一向從嚴之立場有違。最高法院認刑法第 59 條規定之酌量減輕其刑，必須在刑法第 57 條所定量刑審酌事項外，另有特殊之原因與環境，在客觀上足以引起一般之同情，認為即使予以宣告法定最低度刑，猶嫌過重者，始有其適用。至被告之犯罪動機、手段、惡性、情節是否輕微、單純犯罪所得財物多寡、犯罪後態度、犯罪後有無與被害人和解等情狀，僅屬刑法第 57 條所規定得於法定刑內審酌量刑之標準；另年齡要件為他項減輕之事由；均不得據為第 59 條酌量減輕其刑之適法理由（最高法院 107 年度台非字第 156

號判決、105 年度台上字第 1911 號判決、101 年度台上字第 2776 號判決、100 年度台上字第 6276 號判決及 99 年度台上字第 1289 號判決參照)。本席認為，刑法第 59 條規定預設之前提，係原本立法所定最低刑度合憲，但適用在犯罪情狀顯可憫恕之特殊個案時，卻出現罪刑不相當問題，爰例外許法院酌量減輕刑罰，以濟其窮。反之，如前所述，系爭規定一關於最低本刑加重部分，係立法本身違反罪刑相當原則，與刑法第 59 條規定預設之前提不同，無法藉刑法第 59 條之適用解決其違憲問題。