

釋字第七七五號解釋 部分不同意見書

湯德宗大法官提出

陳碧玉大法官加入 二、部分

[1] 本席對於多數大法官議決通過的解釋內容多有保留，爰提出部分不同意見書說明如下。

[2] 本解釋主要涉及兩個爭點：一、刑法第 47 條第 1 項規定累犯應一律加重本刑，是否違憲？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」，是否違憲？

一、累犯加重要屬立法裁量之範圍

[3] 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）。核其內容實際包含兩部分：前段為「累犯的定義」（什麼樣的情形構成「累犯」，即累犯的「構成要件」），本解釋對此未予審查，形同默認其為合憲；後段為「累犯的科刑效果」，本解釋宣告：應一律「加重本刑至二分之一」屬「部分違憲」。

[4] 累犯「應一律加重本刑至二分之一」的規定是否合憲，可能涉及兩個憲法原則：一、是否違反「一行為不二罰」原則？二、是否違反「罪刑相當」原則？關於前者，本解釋認為尚不違反；關於後者，本解釋認為有部分違反。析言之：

1. 系爭規定一關於「累犯加重本刑」部分，何以尚不違反「一行為不二罰」原則？

[5] 系爭規定一後段關於「累犯加重本刑」部分，何以尚不違反「一行為不二罰」原則？解釋文第 1 段第 2 句釋示：「有關累犯加重本刑部分，不生違反憲法一行為不二罰原則之問題」。蓋「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」（理由書第 15 段參照）。上開結論，本席敬表贊同；惟其說理過於簡略，應予補充。本席以為，基於所謂「罪責原則」，無責任即應無處罰（本院釋字第 551 號、第 669 號解釋參照）。是刑罰之科處主要應考量行為人之罪責（所謂「行為刑法」）；但累犯所表現的「行為人主觀惡性」，例如「前罪」之執行無成效或行為人對刑罰之反應力較為薄弱等（理由書第 14 段參照），於法院就「後罪」進行量刑時，亦應納入考量（刑法第 57 條參照）。如必堅持憲法僅允許有所謂「行為刑法」，而一概禁止「累犯加重」之規定，恐墮入概念法學之窠臼，悖離國民之法感情。

2. 系爭規定一關於「累犯加重本刑」部分，何以「部分」違反「罪刑相當」原則？

[6] 系爭規定一關於「累犯加重本刑」部分，如何違反「罪刑相當」原則？解釋文第 1 段第 3 句以下釋示：「其不分情節，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。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。」亦即，本解釋僅指摘累犯應一律加重「最低」本刑（至二分之一）部分違憲，而未指摘累犯並應一律加重「最高」本刑（至二分之一）部分違憲。而累犯應一律加重「最低」本刑（至二分之一）部分，又僅限於個案案情不符合刑法第 59 條所定要件，無法依該條酌減其刑，致發生個案量刑過苛（刑罰超過罪責）時，始違反「罪刑相當」原則而違憲。如上的合議妥協結果，本席欠難同意。質言之：

[7] 首先，系爭規定所稱「加重本刑至二分之一」，按通行的文義解釋，係指「應一律加重**最低與最高**本刑至二分之一」。惟，多數意見僅宣告「應一律加重**最低**本刑」的部分違憲，而未宣告其「應一律加重**最高**本刑」的部分亦屬違憲。理由書第 16 段舉例說明：「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」，致「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）」，因須適用系爭規定一「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」，而可能造成個案量刑過苛的結果。然，系爭規定一「應一律加重**最高**本刑」的部分，是否亦可能導致個案量刑過苛而違

憲？本解釋對此未置一詞，論理顯有疏漏。

[8] 其次，縱使系爭規定一「應一律加重最低本刑」的部分，因有導致個案量刑過苛的可能而違憲，然刑法中豈無調節機制，可以避免發生個案過苛情形？當然有，刑法第 59 條明定：「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」；同法第 60 條更規定：「依法律加重或減輕者，仍得依前條之規定酌量減輕其刑」。經此酌減後仍嫌過重者，尚有同法第 61 條可為補救。對此，理由書第 16 段的回應甚是耐人尋味：「系爭規定一不分情節……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」。惟，前揭刑法第 59 條所謂「犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重者」，語意相當概括，實難想像「於不符合刑法第 59 條所定要件之情形」，究何所指？！¹多數大法官為了殊難想像、虛無飄渺的「個案過苛」，居然以抽象審查程序²，宣告系爭規定一後段有部分違憲，毋寧為罕見。

¹ 實務上，最高法院就刑法第 59 條之適用，向採較嚴格之立場，以誤用刑法第 59 條為由，撤銷前審判決者，所在多有。例如，最高法院 105 年度台上字第 1911 號判決：「刑法第五十九條規定之酌量減輕其刑，必須犯罪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」。並參見最高法院 102 年度台上字第 4319 號判決、101 年度台上字第 2776 號判決及 100 年度台上字第 6276 號判決等。

² 新近制定公布之「憲法訴訟法」雖增訂「裁判憲法審查」程序（第 59 條以下參照），俾人民得就確定終局裁判本身違憲之疑義聲請解釋，惟其尚待施行（第 95 條參照）。

[9] 查各國皆有累犯加重之規定，然其「構成要件」與「加重方式」不盡相同。關於「構成要件」，有規定凡（前）刑執行完畢或經赦免，而再犯罪者，即屬累犯，例如我國（系爭規定一前段）與日本刑法第 56 條³；亦有限於再犯特定類型之罪（如暴力犯罪或性侵犯罪），始屬「累犯」者，例如德國刑法第 176a 條⁴。關於「加重方式」，有規定應一律加重「最高」本刑至一定限度者，例如日本刑法第 57 條⁵；有規定應一律加重「最低」本刑至一定限度者，例如德國刑法第 176a 條第 1 項⁶；亦有規定應一律加重「最高」與「最低」本刑至一定限度者，例如我國（系爭規定一後段）。不同的

³ 參見日本刑法第 56 條：「1 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。2 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。3 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。」（連同英譯，見 http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC_2.pdf，最後瀏覽日 2019/02/22）。

⁴ 參見德國刑法第 176a 條 1 項：「(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.」（見 <https://dejure.org/gesetze/StGB/176a.html>，最後瀏覽日 2019/02/22）。

其英譯：「(1) The sexual abuse of children under section 176(1) and (2) shall entail a sentence of imprisonment of **not less than one year** if the offender was convicted of such an offence by final judgment within the previous five years.」（見 https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p0233，最後瀏覽日 2019/02/22）。

⁵ 參見日本刑法第 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。」（The maximum term of punishment for a second conviction shall be **twice the maximum term of imprisonment** with work prescribed in relation to such crime.）（連同英譯，見 http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC_2.pdf，最後瀏覽日 2019/02/22）。

⁶ 同前註 4。

立法例代表不同的立法政策抉擇（偏好），其間立法技術容有高低（優劣），但各該國憲法法院（或最高法院）似均不曾以違反「一事不二罰」原則或「罪刑相當」原則為由，宣告累犯加重之規定違憲。⁷本件多數大法官既刻意避免審查系爭規定一前段之累犯構成要件，而默示其屬立法裁量之範圍；卻指摘系爭規定一後段之累犯加重方式（僅一律加重「最低」本刑而）違憲，論理似欠一貫！本席以為，大法官並非立法者，大法官解釋憲法時如無憲法之明文指引，應儘量避免將自己之價值偏好強加於立法者。系爭規定一之內容或許未臻理想，但宣告其違憲則失諸太過，而有侵奪立法裁量空間之嫌。系爭規定一之適用在我國實務上既有爭議（本解釋計合併 9 件聲請案審查），本院予以受理，作成合憲解釋，並以「併此敘明」方式，指出應行改進之方向，應屬較為持平的作法。

二、累犯更定其刑雖有違「一事不再理」之原則，然應適度保留例外

⁷ 美國聯邦最高法院一向認為量刑不適用 Double Jeopardy Clause (“Historically, we have found double jeopardy protections inapplicable to sentencing proceedings ... because the determinations at issue do not place a defendant in jeopardy for an offense. ... Nor have sentence enhancements been construed as additional punishment for the previous offense; rather, they act to increase a sentence because of the manner in which the defendant committed the crime of conviction. ... An enhanced sentence imposed on a persistent offender thus is not to be viewed as either a new jeopardy or additional penalty for the earlier crimes but as a stiffened penalty for the latest crime, which is considered to be an aggravated offense because a repetitive one.” *Monge v. California*, 524 U.S. 721, 728, 118 S. Ct. 2246, 141 L. Ed. 2d 615 (1998))。學界之不同見解，參見 Carissa Byrne Hessick & F. Andrew Hessick, *Double Jeopardy as a Limit on Punishment*, 97 CORNELL L. REV. 45 (2011)。

至於 *Johnson v. United States*, 576 U.S. ____ (2015) 則係以違反「法律明確性」與「正當法律程序」(unconstitutionally vague and in violation of due process) 為由，宣告 the Armed Career Criminal Act 中之 residual clause 違憲。

[10] 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），於原裁判科刑程序終結後，僅因原審未發覺被告為累犯，即更定其刑，加重處罰，確實有違「一事不再理」原則，將造成被告不必要之痛苦與折磨，並損害被告對於裁判之信賴，應屬違憲。本席對此敬表贊同。惟，理由書第 18 段釋示：「是判決確定後，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」，則有過度保障之嫌。蓋「一事不再理」原則並非絕對，如有較信賴保護與法安定性（或稱法秩序之安定）等更為重要之公共利益存在時，亦應容許例外再開程序，更定其刑。例如我國刑事訴訟法第 422 條⁸及德國刑事訴訟法第 362 條⁹皆有為受判決人之不利益，而聲請再審之規

⁸ 參見刑事訴訟法第 422 條（為受判決人之不利益聲請再審之理由）：

「有罪、無罪、免訴或不受理之判決確定後，有左列情形之一者，為受判決人之不利益，得聲請再審：

- 一、有第四百二十條第一款、第二款、第四款或第五款之情形者。
- 二、受無罪或輕於相當之刑之判決，而於訴訟上或訴訟外自白，或發見確實之新證據，足認其有應受有罪或重刑判決之犯罪事實者。
- 三、受免訴或不受理之判決，而於訴訟上或訴訟外自述，或發見確實之新證據，足認其並無免訴或不受理之原因者。」

⁹ Strafprozeßordnung (StPO) §362 (Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten)
“Die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Angeklagten ist zulässig,

1. wenn eine in der Hauptverhandlung zu seinen Gunsten als echt vorgebrachte Urkunde unecht oder verfälscht war;
2. wenn der Zeuge oder Sachverständige sich bei einem zugunsten des Angeklagten abgelegten Zeugnis oder abgegebenen Gutachten einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht oder einer vorsätzlichen falschen uneidlichen Aussage schuldig gemacht hat;
3. wenn bei dem Urteil ein Richter oder Schöffe mitgewirkt hat, der sich in Beziehung auf die Sache einer strafbaren Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat;
4. wenn von dem Freigesprochenen vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis der Straftat abgelegt wird.”

（見 https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/_359.html，最後瀏覽日 2019/02/22）

第 362 條（為受有罪判決人不利益之再審）

下列情形，為[狹義]被告之不利益，得對經由確定判決所終結之程序聲請再審：

1. 審判期日中為[狹義]被告之利益作為真實證書出示之證書，係偽造或變造；

定。前揭理由書僅限於「為維護極重要之公共利益」，始許再開程序，更定其刑。而所謂「極重要之公共利益」乃法院採取「嚴格審查」（高標審查）時之用語，指關係個人生命（生死）或國家存亡之極優越利益，累犯更定其刑很難想像有為維護極重要之公共利益之情形，故實際形同宣告：「判決確定後，一律不得更定其刑」！本席以為，如以刑事訴訟法第 422 條所列事由得否作為累犯例外更定其刑之事由，未經充分討論，不宜驟下論段；則至少應指明：「因可歸責於被告之事由，致原判決確定後，始發覺其為累犯者」¹⁰（例如被告行賄原審法官，使隱瞞其為累犯之事實），應許例外再開程序，更定其刑。庶幾合於中道。

[11] 「書到用時方恨少，事非經過不知難」。大法官既以合議方式作成解釋，其間妥協折衝在所難免，然妥協之結果仍應符合事理，論理亦須前後一致，始能令人信服。

2.證人或鑑定人在提供對[狹義]被告有利之證言或鑑定意見時，故意或過失為反宣誓義務，或有責地故意作出虛偽而未經宣誓之陳述；

3.參預判決之法官或參審員，違反與案件有關之違反職務義務之可罰行為；

4.經宣判為無罪之人，在法庭中或法庭外就犯罪作出可信之自白時。

參見連孟琦譯，《德國刑事訴訟法-附德國法院組織法選譯》，頁 334-335（初版第 1 刷，2016 年 9 月）。

¹⁰ 信賴利益之保護原非無條件，參見行政程序法第 119 條：「受益人有下列各款情形之一者，其信賴不值得保護：一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者」。