

## 釋憲聲請書

### 壹、聲請解釋憲法之目的

聲請人臺灣高等法院高雄分院刑事第五庭（審判長法官曾永宗、法官任森銓、法官陳松檀），為審理本院 103 年度聲字第 831 號刑事聲請更定累犯之刑案件，認為應適用之刑法第 47 條第 1 項、第 48 條前段、刑事訴訟法第 477 條第 1 項，即以累犯加重處罰為核心之相關實體法及程序法規定，侵害憲法所保障人民之平等權、人身自由權、財產權及訴訟權等基本權利，分別違反一行為不二罰原則、無責任即無處罰原則（罪責原則）、平等原則、法律明確性原則、信賴保護原則、實質正當法律程序（公平程序原則、無罪推定原則）及比例原則，有牴觸憲法第 7 條、第 8 條、第 15 條、第 16 條、第 23 條之疑義，確信其違憲，並為本案之先決條件，而顯然就裁判結果有影響，爰裁定停止程序，並按先、備位順序分四層次，敘明對前開違憲法律之闡釋，及對據以審查之憲法規範意涵之說明，提出確信其法律違反憲法規範之論證，依司法院大法官審理案件法第 8 條第 1 項、鈞院釋字第 371 號、第 572 號、第 590 號解釋意旨，聲請大法官解釋，求為宣告前開法律與憲法意旨不符部分無效，請求之內容及順位如下：

(一)第一順位聲明：刑法第 47 條第 1 項關於對累犯之加重處罰規定，就人民已經受刑罰執行完畢之犯罪為重複處罰，違反法治國家一行為不二罰原則，與憲法第 8 條人身自由權、第 15 條財產權保障，及第 23 條關於比例原則之規定不符而無效。

(二)第二順位聲明：刑法第 47 條第 1 項關於對累犯之加重處罰規定，以立法擬制認定犯罪人刑罰反應力薄弱之方式，並將人民之特定

素行及性格作為附隨於犯罪行為以外之額外處罰原因，違反憲法上之平等原則、無責任即無處罰原則（即罪責原則），及實質正當法律程序之無罪推定原則，與憲法第 7 條平等權、第 8 條人身自由權、第 15 條財產權保障，及第 23 條關於比例原則之規定不符而無效。

(三)第三順位聲明：刑法第 47 條第 1 項關於累犯加重處罰之規定中，就所指構成其要件之前案犯罪態樣及內涵規定不明確，及以「受徒刑之執行完畢」為構成要件之規定意義不明，致使執法之準據不明確、不能保障規範之目的實現，違反憲法上之明確性原則，並直接影響安定性之要求，與憲法第 8 條人身自由權、第 15 條財產權保障，及第 23 條關於比例原則之規定不符而無效。

(四)第四順位聲明：刑法第 48 條前段及刑事訴訟法第 477 條第 1 項關於更定累犯之刑程序之規定，未依特別救濟程序消滅確定判決之效力而逕以裁定變更其結果，所定對人民處以刑罰之裁判程序，亦未保障刑事被告於訴訟上之正當權利，違反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，與憲法第 8 條人身自由權、第 15 條財產權、第 16 條訴訟權保障之規定不符而無效。

## 貳、疑義或爭議之性質與經過及涉及之憲法條文

### 一、以刑法第 47 條第 1 項為核心之累犯立法相關條文之闡釋

#### (一)現行條文：

1. 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，為累犯，加重本刑至二

分之一（第一項）。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（第二項）。」係於民國 94 年 2 月 2 日總統華總一義字第 09400014901 號令修正公布，並自 95 年 7 月 1 日施行。其修正除將原法條第 47 條條文內容文字為部分修正，並定為同條第一項外，另增定第二項關於擬制累犯之規定。

2. 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。」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，或依刑法第 53 條及第 54 條應依刑法第 51 條第 5 款至第 7 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。」則均（刑事訴訟法第 477 條第 1 項僅前段部分）為配合前開刑法第 47 條規定所衍生之程序上規定。

## (二)立法理由及沿革：

### 1.立法理由

現行刑法第 47 條第 1 項關於累犯規定之立法理由，依前開於 94 年刑法修正時揭示之修正理由，係以：「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。」<sup>1</sup>

### 2.立法沿革

我國法制關於累犯立法之源起，自舊律以來，於刑事實體法中，

即有就曾經犯罪而再犯者，定以加重處罰之相關規定<sup>2</sup>，原在近代中西文化交流之先，並非全然繼受他國法例，至民國元年實行之「暫行新刑律」，則沿襲晚清「欽定大清刑律」，經「刑律草案」數次變革，仍均保有相關之規定<sup>3</sup>，其間較值得注意之變遷，當屬民國 7 年（1918 年）〈刑法第二次修正案〉第八章第 51 條、民國 17 年（1928 年）公布之〈中華民國刑法〉第八章第 65 條，其條文除均規定為：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而免除後，五年內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯。」外，於立法理由中，並均明揭其立法係就所謂「法國派」及「德國派」之不同體系間，選擇後者，即所謂「德國派」為其依據等意旨<sup>4</sup>，及至 24 年施行之「中華民國刑法」第 47 條規定：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重本刑至二分之一。」其內容與前引現行條文已大致相當，繼而延續至 94 年刑法修正如前引現行條文所示。

### (三)比較法之依據：

依前引 94 年刑法修正理由，雖列舉與我國同為大陸法系之日本現行刑法第 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，於上開刑法修正時（民國 94 年），均有累犯之規定，以為比較之依據，然就前述經立法者明揭為我國刑法有關累犯立法所參照之德國法制，卻反而不在其列<sup>5</sup>，考其緣由，該國於 1871 年舊刑法雖曾出現關於特別累犯之規定<sup>6</sup>，嗣二次世界大戰後，亦一度於 1969 年刑法第 48 條重新定有關於累犯加重處罰之規定，然僅施行 10 餘年後，即因受到與罪責原則相衝突之質疑，及在審判實務上常有適用困難等原因，於 1986 年

即經修法刪除<sup>7</sup>，迄今逾 28 年來，均已不會再有類似態樣之立法，是依德國現行刑法，被告之犯罪前科僅為量刑之參考因素而已，不復為加重其（法定）刑之規定及原因<sup>8</sup>，是依比較法之觀點，其經前開立法理由明揭為我國刑法所師法對象之德國法例，於二次大戰後，雖一度又有相關累犯立法之規定，然僅歷經十餘年之施行與檢討，隨即亦經廢止多年，則我國隨當代人權保障觀念之推衍，現行刑法關於累犯之規定，是否均無重新檢討之餘地，容非無疑。

## 二、本案所涉之違憲疑義

### （一）個案事實之認定及說明：

本案之受刑人即被告○○○，前於民國 98 年間，因違反毒品危害防制條例等四罪，其中二罪分別經臺灣高雄地方法院 98 年度易字第 1060 號判處有期徒刑 4 月、4 月確定；另二罪則各經臺灣高雄地方法院 98 年度審訴字第 254 號判處有期徒刑 6 月、3 月確定。嗣經臺灣高雄地方法院 99 年度審聲字第 8 號裁定，就該四罪定應執行有期徒刑 1 年 1 月，於 98 年 9 月 11 日入監執行，99 年 9 月 10 日因縮短刑期假釋出監付保護管束，100 年 1 月 12 日因保護管束期滿未經撤銷假釋而依法視為執行完畢，嗣受刑人何宗儒於上開前案（下稱前案）徒刑執行完畢後五年內，復於 101 年 1 月間某日，再犯製造第二級毒品罪（下稱後案），經第二審本院 102 年度上訴字第 90 號（第一審臺灣高雄地方法院 101 年度訴字第 670 號、第 858 號判決）判處有期徒刑 5 年 4 月，因未據上訴第三審，於 102 年 8 月 20 日確定，惟經送執行後，為臺灣高等法院高雄分院檢察署檢察官發現受刑人該後案犯行，係在前案受徒刑執行完

畢後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，與刑法第 47 條第 1 項規定之累犯要件相符，而未據本院於上開確定判決中諭知並依法加重其刑，乃依刑法第 48 條前段、刑事訴訟法第 477 條第 1 項規定，於民國 103 年 6 月 1 日以 103 年度執聲字第 367 號，向本院聲請以裁定更定其刑。【相關之判決書、前案紀錄表及聲請書，均詳如附件一】

## (二)適用現行法律之效果：

本件受刑人因前案受有期徒刑之執行，於民國 100 年 1 月 12 日執行完畢，復於 101 年 1 月間再犯後案法定刑為有期徒刑以上之故意犯罪，乃經有期徒刑執行完畢後五年內，故意再犯有期徒刑以上之罪，與刑法第 47 條第 1 項累犯之要件相合，審理後案之法院於判決時，自應依上開刑法規定，為累犯之諭知並加重其刑，因承辦後案之法院於判決時未予適用，茲於裁判確定後發覺，並據檢察官依刑法第 48 條前段、刑事訴訟法第 477 條第 1 項提出聲請，本院依法自應以裁定更定其刑。

## (三)違憲疑義之提出：

### 1.就已經處罰完畢之犯罪（前案）再為處罰？

(1)本件受刑人所犯前案犯行，既曾經法院依法定程序追訴並處罰完畢，何以能在後案之訴追程序中，在其被訴犯行受到依原本法定刑範圍諭知之處罰以外，再為額外（另按後案所犯罪名法定刑最高至二分之一計算）並一併諭知之處罰依據？

(2)以前開立（修）法理由所載之規範目的，縱由矯正、威嚇之刑罰

理論觀點出發<sup>9</sup>，其以受刑人就前案所受刑罰反應力薄弱，是否即可以其經法院依法定程序諭知之處罰執行完畢，而尙未能完全矯正其惡性爲由，續以任何形式施予刑罰？

## 2.對有特定背景之行爲人犯罪（後案）加重處罰？

(1)若以後案得諭知逾原本該罪法定刑範圍之刑罰，係針對五年內曾經前案徒刑執行完畢之行爲人所設特別之處罰規定，而非額外就其前案犯行爲重複或後續之處罰，則其就逾越該（後案）犯罪原本法定刑範圍部分諭知之罪責，是否仍能認爲係針對其犯罪行爲之「行爲責任」，而非基於「行爲人責任」所爲處罰之表現？

(2)僅以前案經徒刑執行完畢五年內再犯，不經調查、不問原由，甚至不容以反證推翻，即遽以擬制認定其就刑罰之反應力薄弱，並以超越原本所犯罪名法定刑範圍之刑度爲據，逕行動用刑罰而處罰之，是否符合實質正當法律程序及無罪推定原則？

## 3.構成要件規定之內容是否使執法之準據明確，並足以保障規範目的之實現？

就逾越所犯罪名原本法定刑而施予加重處罰之規定，對於所指構成其要件之前案犯罪態樣及內涵未明確規定，復完全取決於刑法所未明文定義之「徒刑執行完畢」概念，而任由依附於其他因假釋、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制度適用之結果擺盪，甚至可由被告於法院就累犯要件判斷適用而判決並確定後，隨機操作以溯及改變其要件之成就與否，而得以影響判決之安定性（後詳），其構成要件之規定是否明確？

#### 4. 未經踐行審判程序而以裁定課予刑罰，並變更原確定判決結果之效力？

法院於依法定程序判決確定後，竟可將足令被告承受其加重刑罰法律效果超出原本適用法條法定刑至二分之一，卻未於該訴訟程序中審理調查並辯論之事實，在未經依特別救濟程序撤銷已經確定之判決，並重新踐行審理之程序，即逕以裁定變更其確定判決結果，而令被告承受較原確定判決論知內容更重之罪責及處罰，是否合乎實質正當法律程序及信賴保護之要求？

### 三、涉及之憲法條文及原則

按人民之平等權、自由權、財產權及訴訟權，依序為憲法第 7 條、第 8 條、第 15 條、第 16 條規定所保障，對於該等基本權之保障，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，並為憲法第 23 條所明定，本件所涉刑法第 47 條第 1 項、第 48 條前段，及刑事訴訟法第 477 條第 1 項，關於累犯加重處罰之相關實體法及程序法規定，係就具備特定條件之人犯罪時，於原本所犯罪名之法定刑範圍以外，另課予加重其「自由刑」（無期徒刑除外）及「罰金刑」效果之規定，直接涉及對人民自由權及財產權之限制，並因其規定係針對具備特定條件之人所為，形成人民適用法律之差別待遇，而有平等權侵害之疑慮，自有依前開規定，包括憲法第 23 條所揭櫫之「比例原則」，及經大法官解釋就上開憲法規定而闡釋之「一事不二罰原則」（釋字第三八四號）、「無責任即無處罰原則」（罪責原則）（釋字第六八七號）、「明確性原則」（釋字第六三六號）及「實質正當法律程序原則」（釋字第三八四號）等憲法原則之適



用。其因涉及限制人身自由權及訴訟權之法律，就審查密度之要求並屬於應採取嚴格審查之事項<sup>10</sup>。

## 參、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、第一順位聲明部分

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，施予逾原本依後案犯罪應適用法定刑範圍論知處罰部分之刑罰，其處罰針對之事由，究為前案或後案之犯行，前開立法理由除一語：「犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間」外，並未具體明示，茲分別其情形，並先就其處罰如係針對前案所為者，以第一順位論述如下：

#### (一)一行為不二罰原則：

- 1.我國憲法固無關於「一行為不二罰原則」之明文，然其除經鈞院釋字第 60 四號解釋理由書明揭為法治國家之原則，而依許宗力大法官提出之協同意見書，並認為由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，而以其具有憲法位階者外<sup>11</sup>，另依鈞院釋字第三八四號解釋，則以「同一行為不得重覆（複）處罰」原則之形式呈現，並由實質正當法律程序之觀點，明揭就程序法而言，如有悖離「同一行為不得重覆（複）處罰」原則者，即有違憲法上實質正當之法律程序<sup>12</sup>，是不論因違反「一行為不二罰」或「同一行為不得重覆（複）處罰」原則，對於被告施以自由刑或罰金刑之處罰，侵害人民之人身自由權或財產權者，應認為與憲法第 8 條、第 15 條之規定不符。

2.又所謂「一行爲不二罰原則」，亦稱「禁止雙重處罰原則」，係指就人民同一違法行爲，禁止國家爲多次之處罰，其不僅禁止於一行爲已受到處罰後，對同一行爲再行追訴、處罰，也禁止對同一行爲同時作多次之處罰。其內涵與訴訟法上之一事不再理原則、歐洲法傳統上的 *ne bis in idem* 原則，以及美國法上的 *double jeopardy* 原則關係密切，但仍非完全相同之概念。而 *ne bis in idem* 原則與 *double jeopardy* 原則意義相當，追溯其理念史，可知係適用於刑事程序法上之概念，即禁止就同一違法行爲，爲重複之刑事訴追與處罰，是其概念相當於我國刑事訴訟法上之一事不再理原則，一般又稱「一事不二罰原則」<sup>13</sup>。

(2)聲請人所持立場及見解－對於已經刑罰執行完畢之前案犯行，於後案中藉加重處罰之形式再予處罰，係違反「一行爲不二罰原則」：

按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，對於經審理結果認爲成立該犯罪之人，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，如被告於行爲時之年齡、精神狀態等要件規定之，惟刑法第 47 條第 1 項關於累犯加重其刑之規定，乃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，按其後案犯罪依原本適用之法定刑範圍論知處罰以外，額外再以逾越其後案犯罪法定刑最高至二分之一計算之刑度，一併論知並處罰之，不論法院於適用其加重規定時，實際論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，既爲適用加重後之基礎所爲，抽象上就其按原本法定刑範圍所論知部分以外之處罰，既與後案犯罪行爲本身無關，客觀上顯係針對已經刑罰執行完畢之前案犯行爲重複處罰，

與前開「一行為不二罰原則」自有違背，其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，並欠缺依憲法第 23 條規定之容許條件。

## 二、第二順位聲明部分

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，茲以第二順位論述如下：

### (一)無罪責即無處罰原則：

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，乃鈞院釋字第六八七號解釋所明揭之憲法上原則<sup>14</sup>，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<sup>15</sup>，是若非就各別犯罪

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，其對被告施以自由刑或罰金刑之處罰，而侵害人民之人身自由權或財產權者，除有憲法第 23 條規定之例外情形外，即應認為與憲法第 8 條、第 15 條之規定不符。

## (二)平等原則：

憲法第七條所揭示之平等原則，係保障人民在法律上地位之實質平等，要求本質上相同之事物應為相同之處理，不得恣意為無正當理由之差別待遇<sup>16</sup>。又憲法平等權之保障，依其拘束對象之不同，原可分為法律適用與法律制定之平等，我國憲法規定之平等權利，既與一般自由基本權利均受到憲法之保障，並於憲法第 7 條規定「在法律上一律平等」、第 22 條規定「均受憲法保障」，足徵我國立法者應受到憲法平等權之拘束甚明<sup>17</sup>，至其具體內涵，學說上依德國聯邦憲法法院之見解認為，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<sup>18</sup>。

## (三)實質正當法律程序所要求之無罪推定原則：

無罪推定原則 (the presumption of innocence) 乃刑事訴訟程序上之重要原則，一般係以刑事訴訟法第 154 條第 2 項規定：「犯罪事實應依證據認定之，無證據不得認定犯罪事實。」為其內涵，就其位階是否亦屬於憲法上原則，雖尚有疑義，然依鈞院釋字第三八四號解釋既明揭，實質正當之法律程序就程序法而言，其包括

被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定，除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難之狀態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各項原則悖離，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序<sup>19</sup>；釋字第五八二號解釋亦明示，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，採證據裁判及自白任意性等原則。刑事訴訟法據以規定嚴格證明法則，必須具證據能力之證據，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，始能判決被告有罪等意旨<sup>20</sup>，故客觀上仍堪認其原則乃從屬於憲法上正當法律程序之重要原則<sup>21</sup>，是若法律規定與該原則悖離，依前所述，即應認為有違憲法上實質正當之法律程序。

(四)聲請人所持立場及見解—未依事務之本質提供充分理由，而僅就犯罪人之特定背景即施予加重處罰之差別待遇，係違反「無罪責即無處罰」原則及「平等原則」，其不經調查證據證明，而逕對有特定條件之人，擬制有規範目的所要求處罰特質之規定，猶與實質正當法律程序之「無罪推定原則」相違背：

- 1.按界分刑法屬性之基礎，並非在於刑罰最後歸屬之判斷，而在可罰性成立之前提認定，倘若刑法可罰性之認定基礎，在於行為人之人格、素行、反社會性格者，其所形成刑法之色彩，即為「行為人刑法」；惟若刑罰發生之前提條件，並非落在行為人身上，而係展現於外之行為者，則所形成之刑法，即為「行為刑法」，我國刑法第一條既規定：「行為之處罰，以行為時之法律有明文規定者，為限。」除說明「罪刑法定原則」之外，更揭示現行刑法之屬性為「行為刑法（Tatstrafrecht）」，而非「行為人刑法（Taterstrafrecht）」，申言之，「行為刑法」乃現代刑法基本之屬性

與原則，不論實定法或不成文法，在界定刑法屬性之前提基礎，並非以刑事制裁之法律效果歸屬作為界定之標準，固然刑罰之最終對象，仍舊是歸屬在行為人身上，但非因如此即謂刑法為「行為人刑法」。若構成要件所為之非價判斷，係建立在對於行為人之認定，則行為人本身乃成為刑法構成要件適用之基礎，則其顯現出刑法形象，即成為行為人刑法；反之，如構成要件評價之核心對象，並非行為人，而係客觀顯現於外之行為作為評價對象，則其形成之刑法形象，則為行為刑法；就現代刑法觀察，得以作為構成要件評價之對象者，並非行為人，蓋行為人之人格或素行，並無法單純成為刑法非難評價之基礎，儘管行為人之人格或是素行中，含有高度反社會之危險性或侵害性，然其如未展現出實際之侵害時，刑法仍無法將其視為有法益侵害或危險，更不能據此而加以非難或處罰。是以刑法所處罰之認定基礎，必須是行為人展現在外之行為，而該行為具有足以成為刑法非難之性質存在時，方有處罰之可能<sup>22</sup>，而法治國刑法必須是一部行為刑法，即使要考量行為人之惡性，也只有在行為刑法之範疇內，方得為之，而行為刑法並非絕對與行為人刑法對立而相互排斥，但也只是有限度接納，在行為責任之前提下，行為人之惡性成為衡酌處罰輕重之重要依據，但仍不得逾越各個犯罪所規定之法定刑範圍。因此，就行為刑法而言，行為人刑法僅被允許有限存在於量刑領域，不是累犯不符合行為刑法，而是對累犯加重處罰不符合行為刑法，累犯並非不得作為從重量刑之依據，但不得作為加重刑罰之理由<sup>23</sup>，質言之，刑法罪責所非難者，仍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<sup>24</sup>。

## 2. 現行刑法第 47 條第 1 項就行為人所犯後案得論知逾原本該罪法定

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論知之處罰，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，及該意念所導致之犯罪行為本身，即在各個犯罪行為中所表徵之偏差意念，除與前開「無罪責即無刑罰」原則相違背外，其以所為「刑罰之反應力薄弱」為處罰之目的，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，與前述法治國之「行為刑法」相違，則其據為加重刑罰差別待遇規定之依據，自難認為係根據事務本質所為之充分理由，即與「平等原則」有悖，遑論其立法理由雖以「刑罰之反應力薄弱」為加重處罰之目的，然就構成要件規定之內容，卻僅以前案經徒刑執行完畢五年內再犯為其要件，不經調查、不問緣由，甚至不容以反證推翻，茲以本件為例，前開受刑人為後案犯行時，雖符合前案經徒刑執行完畢五年內故意再犯有期徒刑以上犯罪之要件，惟經本院依職權向其前案執行徒刑所在之監所調取該受刑人執行期間之考核表現資料，不僅未據發現有何可認為矯正、執行無效果之情事，其執行中因表現良好、俊悔有據，猶經獲准假釋出監，有法務部矯正署高雄第二監獄受刑人成績記分總表 2 份、法務部矯正署高雄第二監獄教誨紀錄表 1 份在卷可稽，並無事證可認其後案犯罪之原因，係因前開立法理由所稱對刑罰之反應力薄弱所致，卻仍無從排除前開累犯規定之適用，仍應承受以超越原本（後案）所犯罪名法定刑範圍之刑度為據所處之加重刑罰，是其規定顯與「無罪推定原則」相違背，而有違憲法上之實質正當法律程序原則，並因而以自由刑及罰金刑之形式，直接侵害人民依憲法第 7 條、第 8 條、第 15 條所保障之平等權、人身自由權及財產權，客觀上猶無憲法第 23 條所定例外情形之可言。

### 三、第三順位聲明部分

除前開與可罰性基礎相關事項所爲之論述外，茲就刑法第 47 條第 1 項關於累犯加重其刑規定之適用層面部分，亦論述如下：

#### (一)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爲將該當何種構成要件、將產生何種法律效果。蓋基於法治國原則，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爲之法律效果，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<sup>25</sup>。鈞院釋字第六三六號解釋，對於此一原則之要求，除表明基於法治國原則，以法律限制人民權利，其構成要件應符合法律明確性原則，使受規範者可能預見其行爲之法律效果，以確保法律預先告知之功能，並使執法之準據明確，以保障規範目的之實現，及依鈞院歷來解釋，法律規定所使用之概念，其意義依法條文義及立法目的，如非受規範者難以理解，並可經由司法審查加以確認，即與法律明確性原則無違等意旨，然同一解釋中，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，既爲憲法保留之範圍，若涉及嚴重拘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，自應受較爲嚴格之審查<sup>26</sup>，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，所涉並爲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。

## (二)聲請人所持立場及見解一

- 1.前開關於累犯加重其刑之規定，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，然其因要件規定不明確，不能使執法準據明確，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，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，將成立前犯之犯罪態樣限於故意犯，而不含過失犯之立法規定<sup>27</sup>，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。

2.其次，就前案執行程度之要求而言，依前所述，我國關於累犯立法之規定，原沿襲自舊律，民國成立後，於民國元年（1912年）訂定之〈暫行新刑律〉就其條文規定之內容，並完全繼受清宣統3年（1911年）1月頒布之〈欽定大清刑律〉，而規定為：「已受徒刑之執行，更犯徒刑以上之罪者，為再犯，加本刑一等。但有期徒刑執行完畢、無期徒刑或有期徒刑執行一部而免除後逾五年而再犯者，不在加重之限。」<sup>28</sup>，其中對於前案執行程度之要求，係規定為「已受徒刑之『執行』」，而非以前案經「執行『完畢』」為其要件，依其文意，則以曾經有罪判決確定而經徒刑之執行者，不限其執行之程度，均有適用。然至民國7年（1918年）〈刑法第二次修正案〉中，其第八章「累犯」章條文第51條規定之內容定為：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而免除後，五年內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯。」並於第52條第1項、第2項分別規定普通累犯及特別累犯之加重處罰效果，除原本以「再犯」稱謂之用語，已變更為「累犯」外，其就舊法中關於「已受徒刑之執行」一語，猶變更為「受有期徒刑之執行『完畢』」，及至民國17年（1928年）公布之〈中華民國刑法〉第八章「累犯」章中，亦於法典第65條完全沿襲上開修正案第51條內容<sup>29</sup>，嗣歷經刑法多次修正，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』」，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，申言之，刑罰依其適用之階段而分，首為刑法分則各本條或特別刑法所規定之「法定刑」，次為經刑法總則上或相當於

總則加減、免除而修正法定刑後之「處斷刑」，再次為裁判上實際量定之「宣告刑」。所謂「處斷刑」，即在特定之刑事案件中，依法律所定之事由，修正法定刑而得以處斷之刑罰。是處斷刑仍屬廣義之法定刑範圍，乃抽象之存在；至於「宣告刑」則指法官就具體犯罪在法定刑或處斷刑範圍內所定具體之刑，除此之外，尚有因適用減刑條例而諭知之「減得刑」，及因數罪併罰經法院就受刑人所處多數「宣告刑」或「減得刑」所定之「執行刑」，而前開條文僅規定為「經徒刑執行完畢」，並未限其原宣告之刑為徒刑，則縱其前犯之罪，經原判決諭知「宣告刑」為死刑，其經依減刑條例予以減刑、再予減刑後，而執行其「減得之刑」為有期徒刑者，亦將合於前開關於徒刑執行之要求，甚至學說上尚有認為若所受為死刑之宣告，並因赦免而改為無期徒刑或有期徒刑者，亦然<sup>30</sup>，茲就所謂「徒刑之執行完畢」，尤其在前案涉及數個案件，包括接續執行、數罪併罰，甚至又牽涉有假釋、減刑及殘刑之執行等情形時，究竟須執行至如何之程度，方為合乎並達成其上開立法目的所要求者，關係重大，凡此，即便前述德國法例於 1969 年刑法第 48 條第 3 項，尚已就「定合併刑」之執行情形予以規定，相較於我國刑法第 47 條關於累犯要件之規定，已屬相對明確，亦難免因包括於實務上適用困難而廢止，已如前述，況德國刑法上規定以限制人身自由之刑罰種類，而在前揭舊法施行期間適用於累犯之要件者，僅有「自由刑」(Freiheitsstrafe) 一種，另於具體適用上，依該國當時通說見解，就其刑法第 43 條關於受罰金刑而不能繳納執行時，得以易刑處分方式而執行之「替代自由刑」(Ersatzfreiheitsstrafe) 亦包含之<sup>31</sup>。反觀我國刑法中以限制人身自由為手段之刑罰，除合於前開累犯規定要件所要求之「徒刑」(含有期徒刑、無期徒刑) 外，尚有「拘役」刑，甚至作為罰金易刑

處分之「勞役」刑，若再配合前案中有合乎刑法第 50 條規定，於裁判確定前所犯數罪之情形，縱其中一罪（暫稱：前案 1）於後案犯罪前，已經判決確定並徒刑執行期滿（或易科罰金完納），尚可因他罪（暫稱：前案 2）於嗣後亦經徒刑判決確定，並與之定應執行刑之結果，而發生該數罪全部均尚未執行完畢之效果，致使後案犯行於判決時，就是否有累犯要件之適用，仍因而處於不確定之狀態，亦即該後案犯行於判決確定後，尚有因嗣後發生之事實（即前開前案 2 罪定應執行）而溯及改變其判決時所存在之法律事實狀態，使原本合法之判決因而轉變為不合法；猶有甚者，其因另有可能合於定執行刑要件之前案（前案 2），係於後案判決後始經判決確定者，與先前已經徒刑判決確定並執行期滿（或易科罰金完納）之前案（前案 1）間，如二者所處徒刑各為「得」易科罰金，及「不得」易科罰金之類型者，其依刑法第 50 條第 2 項規定，就是否合併定應執行刑，並足以造成已經確定之後案判決就累犯要件認定基礎遭顛覆之結果者，竟完全取決於受刑人即被告是否請求檢察官提出聲請而定，即全賴受刑人之決定所左右，凡此諸節，均嚴重破壞確定判決及法律秩序之安定性，茲僅例舉其五種態樣情形分述如附件及附圖所示【詳附件二及所附附圖】，是依鈞院統計民國 102 年度最高法院審理非常上訴而撤銷之案件中，其因適用累犯規定違背法令者，即佔約 80%之譜【詳附表統計分析圖】，比例極高，明顯悖於常理，猶徵其情節就司法實務之影響，至為嚴重，是前開刑法第 47 條第 1 項關於累犯加重其刑之規定，確實不能使執法之準據明確，以保障規範目的之實現，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。

#### 四、第四順位聲明部分：

就關於刑法第 48 條前段、刑事訴訟法第 477 條第 1 項更定累犯之刑之規定有違憲情事，論述如下：

(一)公平程序之保障：

1.按憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，基於正當法律程序之原則，關於訴訟上公平程序之保障，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<sup>32</sup>，另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，並要求訴訟程序上應保障作為訴訟當事人相互間之訴訟武器平等，並應令被告對不利於己之證據有辯證與質問之機會<sup>33</sup>。

2.又刑事訴訟程序之實施，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，其確定判決有重大違背法令者，依鈞院釋字第二七一號解釋意旨，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<sup>34</sup>。

(二)聲請人所持立場及見解：

刑法第 47 條第 1 項關於累犯加重其刑之規定，係就後案犯罪之行爲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，更為不利於行爲人之處罰，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確定判決，竟不須經特別程序撤銷其確定判決，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論知之刑罰，其程序顯然違反實質正當法律程序及信賴保護原則，與憲法第八條、第十五條、第十六條所保障人民人身自由權、財產權及訴訟權之規定相牴觸。

## 五、結論：

綜上所述，刑法第 47 條第 1 項、第 48 條前段、刑事訴訟法第 477 條第 1 項，即以累犯加重處罰為核心之相關實體法及程序法規定，依前開所列各順位聲明所示，分別有侵害憲法所保障之人身自由權、財產權及平等權等基本權利，並違反一行為不二罰原則、無責任即無處罰原則（罪責原則）、法律明確性原則、信賴保護、實質正當法律程序原則，牴觸憲法第 7 條、第 8 條、第 15 條、第

16 條、第 23 條之規定，爰請鈞院依其順位進行審查，並依序擇其最優先順位之聲明，宣告前開法律與憲法意旨不符部分無效。

此致

司法院

聲請人

臺灣高等法院高雄分院刑事第五庭

審判長法官

法官

法官

中 華 民 國 103 年 11 月 12 日

【附註】

---

註 1 刑法第 47 條修正理由，司法院編印「中華民國刑法及刑法施行法全文暨修正條文對照表」，民國 94 年 2 月，第 117 頁。

註 2 唐律疏義，第二十卷，賊盜，第十三條：「諸盜經斷後，仍更行盜，前後三犯徒者，流二千里；三犯流者，絞。」；見：長孫無忌，唐律疏議，臺灣商務印書館，民國 79 年 12 月臺 6 版，第 258 頁。

註 3 嗣晚清、民國之交，依清光緒 33 年（1907 年）〈刑律草案〉第四章，並設有「累犯罪」專章，其中第 19 條規定：「凡已受徒刑之執行，更犯罪，應宣告有期徒刑者，為再犯，依本刑加一等。但有期徒刑之執行既終或受無期徒刑及有期徒刑執行一部免除後，逾五年而再犯者，不在加重之限。」；至清

宣統 3 年（1911 年）1 月頒布之〈欽定大清刑律〉中，除章節、條號均延續前開晚清之規定（即第四章「累犯罪」，第 19 條）外，並在不變其文意之情形下，將文字略作修正為：「已受徒刑之執行，更犯徒刑以上之罪者，為再犯，加本刑一等。但有期徒刑執行完畢、無期徒刑或有期徒刑執行一部而免除後逾五年而再犯者，不在加重之限。」其立法及內容並於次年民國成立後，為民國元年（1912 年）訂定之〈暫行新刑律〉所完全繼受。以上資料均參照：黃源盛等（纂輯），《晚清民國刑法史料輯注》（犂齋法制史料叢編之三），臺北，元照出版社，2010 年 7 月。（國科會計畫編號：NSC90-2414-H-004-004、NSC97-2410-H-004-049），第壹部第 55 頁、第 298 頁、第 384 頁、第 647 頁、第 902 頁。

註 4 民國 7 年（1918 年）〈刑法第二次修正案〉中，其第八章「累犯」章條文第 51 條規定之內容為：「受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而免除後，五年內再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯。」，並於第 52 條第 1 項、第 2 項分別規定普通累犯及特別累犯之加重處罰效果，除原本以「再犯」稱謂之用語，已變更為「累犯」外，其舊法中關於「已受徒刑之執行」一語，猶已變更為「受有期徒刑之執行『完畢』」，參諸其立法理由既載明：「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，以有罪裁判確定後之犯罪為標準；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，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仍從原案第十九條而將但書之累犯條件列入定義內，較為確當。」等語，及至民國 17 年（1928 年）公布之〈中華民國刑法〉第八章「累犯」章中，則以第 65 條為條號而完全沿襲上開修正案第 51 條內容，並照列其立法理由，足見其自晚清至民國之初，就成立累犯之前案徒刑執行要求，是否限於已經執行完畢，原有異見，值得注意。文獻出處同註 3。



註 5 同註 1。

註 6 1532 年伽諾利奈刑事法典規定，再犯竊盜時，加重其刑，若三犯竊盜時，便採取絕對法定死刑；至 1871 年德國舊刑法，亦只採特別累犯制，僅就竊盜、強盜、贓物及詐欺等罪，設有累犯加重之規定，並以其前後犯同種或類似之罪為其加重要件，就普通累犯則無加重之規定。

註 7 許福生，累犯加重之比較研究，刑事法雜誌，第 47 卷第 4 期，民國 92 年 8 月，第 3 頁。

註 8 二次世界大戰後，其刑法第 48 條於 1969 年所增設對普通累犯之加重處罰，依其條文第 48 條規定：「曾經至少兩次在本法效力範圍內因犯故意犯之罪而受刑之判決，其中並有一次或數次受至少三個月自由刑之處罰，而再犯故意犯之罪，依該犯罪之種類及情況觀之，並未以先前有罪判決為戒而應受處罰者，如其犯罪本身沒有較高之最低度刑以為制裁，則以六個月之自由刑為其最低刑罰。其最高度刑則維持不變。(第一項)」、「第一項情形於新犯之罪法定最高刑度少於自由刑一年者，不適用之。(第二項)」、「一個定合併刑之有罪判決，就第一項第一款規定，視為一個單一判決。如羈押或其他剝奪自由之處分經折抵自由刑者，視為依第一項第二款規定執行刑罰。(第三項)」、「如前犯與後犯間經過已逾五年者，不適用之。該期間不含行為人受官方命令收容於機構中之時間。(第四項)」 (§ 48 StGB. (1969) “ (1)Begeht jemand, nachdem er 1. schon mindestens zweimal im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes wegen einer vorsätzlichen Straftat zu Strafe verurteilt worden ist und 2. wegen einer oder mehrerer dieser Taten für die Zeit von mindestens drei Monaten Freiheitsstrafe verbüßt hat, eine vorsätzliche Straftat und ist ihm im Hinblick auf Art und Umstände der Straftaten vorzuwerfen, daß er sich die früheren Verurteilungen nicht hat zur Warnung dienen lassen, so ist die Mindeststrafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten, wenn die Tat nicht ohnehin mit einer höheren Mindeststrafe bedroht ist. Das Höchstmaß der angedrohten Freiheitsstrafe bleibt unberührt. (2) Absatz 1 gilt nicht, wenn das Höchstmaß der für die neue Tat angedrohten Freiheitsstrafe weniger als ein Jahr beträgt. (3)Im Sinne des Absatzes 1 Nr.1 gilt eine Verurteilung zu Gesamtstrafe als eine einzige Verurteilung. Ist

Untersuchungshaft oder eine andere Freiheitsentziehung auf Freiheitsstrafe angerechnet, so gilt sie als verbüßte Strafe im Sinne des Absatzes 1 Nr.2. (4)Eine frühere Tat bleibt außer Betracht, wenn zwischen ihr und der folgenden Tat mehr als fünf Jahre verstrichen sind. In die Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. " ), 然經施行 10 餘年後, 仍因受到與罪責原則相衝突之質疑, 及在審判實務上常有適用上困難等原因, 於 1986 年修法時刪除, 是目前在德國, 被告之犯罪前科僅為量刑參考之因素而已, 不復為加重其(法定)刑之規定及原因。

註 9 關於預防理論, 詳參: 許福生, 犯罪與刑事政策學, 元照出版有限公司, 2012 年 9 月修訂一版第 1 刷, 第 265 頁至第 268 頁。

註10 吳庚, 憲法的解釋與適用, 2003 年 4 月初版, 三民書局, 第 412 頁。

註11 鈞院釋字第 604 號解釋, 許宗力大法官協同意見書參照。

註12 同註 11。

註13 同註 11。

註14 鈞院釋字第 687 號解釋理由書參照。

註15 林鈺雄, 罪責(有責性), 月旦法學教室第 22 期, 第 65 頁、第 66 頁。

註16 鈞院釋字第 666 號解釋意旨參照。

註17 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。

註18 同註 17 文, 第 505 頁。

註19 鈞院釋字第三八四號解釋理由書參照。

註20 鈞院釋字第五八二號解釋理由書參照。

註21 張瑋心, 論「冤獄賠償」之法律性質—釋字第 670 號評析, 法學新論, 第 30 期, 2011 年 6 月, 第 84 頁。

註22 柯耀程, 行為刑法, 月旦法學教室, 創刊號, 2002 年 11 月 1 日, 第 45 頁。

註23 鄭逸哲, 關於累犯、緩刑、假釋和保安處分—新刑法修法簡評, 月旦法學雜誌, 第 121 期, 2005 年 6 月, 第 275 頁。

註24 林鈺雄, 同註 15 文, 第 66 頁。

註25 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。

註26 鈞院釋字第六三六號解釋理由書參照。

註27 **Eduard Dreher ,Beck'ScheKurz :Kommentare . ,Strafgesetzbuch , Band 10.1976, S .209.**

註28 1911 年 1 月〈欽定大清刑律〉第四章「累犯罪」，第 19 條；1912 年 1 月〈暫行新刑律〉第四章「累犯罪」，第 19 條；文獻出處同註 3。

註29 文獻出處同註 3。

註30 林錫湖，刑法總論，1999 年 8 月，第 543 頁。

註31 **Karl Lackner , Strafgesetzbuch ,10.,neubearbeitete Aufl., 1976, S.197.**

註32 法治斌、董保城，同註 25 書，第 289 頁。

註33 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。

註34 鈞院釋字第二七一號解釋理由書參照。

### 【附件一】（隨文另附）

### 【附件二】說明例：

#### 一、於併執行數刑經假釋情形之適用問題：

##### （一）案例一：

孿生兄弟甲、乙二人自幼於同一環境成長，受有完全相同之家庭、學校及社會教育，經歷及經濟狀況均相同，二人於成年後某日共同犯 A 罪，經法院合併審理、判決，均諭知有期徒刑八月確定，於等候發監執行期間，甲男均在家靜待，乙男則獨自另犯 B、C、D 三罪，並分別經法院判處徒刑確定，嗣二人同日入監執行後，甲男於 A 罪徒刑執行期滿出監，乙男就所犯 A、B、C、D 四罪接續執行二年後，亦獲假釋付保護管束而出監，然未幾卻又與甲男共同再犯有期徒刑以上之 E 罪，則法院應如何適用累犯之規定對二人論科？（附圖一之 1）

##### （二）說明：

1. 犯罪經判決確定並入監執行徒刑後，因有悛悔實據，並執行逾一定期間之受刑

人，得報請假釋，嗣其獲假釋出監，至所餘刑期屆滿（無期徒刑為假釋後滿二十年）而未經撤銷假釋者，依刑法第 79 條第 1 項前段，既規定該所餘刑期以已執行論（參照刑法第 77 條第 1 項、第 79 條第 1 項本文），則反面解釋，在假釋期間屆滿前，因其假釋尚有經撤銷而入監（繼續）執行殘刑之可能，則該前案所處徒刑自無從認為已經執行完畢。又其情形在前案為二以上徒刑併執行（即接續執行）者，依刑法第 79 條之 1 第 1 項規定，就其上開聲請假釋所要求之最低應執行期間，須合併計算，因此，不論其獲假釋出監時，該已經執行之期間長度，是否已逾接續執行二以上徒刑中之任一刑期（例如：因合併計算而已經在監執行二年始獲假釋者，其所執行之數個徒刑中，有論知刑期僅有有期徒刑一年者），在假釋期間內，該接續執行之數個徒刑，均應認為尚未執行完畢，是其若在假釋期間內再犯罪者，形式上距此前「出監」之時間雖未逾五年，然其前案徒刑經執行之情形既不符合「執行完畢」之要件，故該在後所犯者，即不構成累犯，要無依刑法第 47 條第 1 項規定加重其刑之可言，實務上自最高法院民國 88 年 7 月 20 日 88 年度作成第四次刑事庭會議決議後，於 10 餘年間，均採此見解。

2. 依【案例一】所示，甲、乙二人先後就共犯 A、E 兩罪行為之加功，縱令完全一致，依其二人為孿生兄弟，自幼於同一環境成長，受有完全相同之家庭、學校及社會教育，經歷及經濟狀況均相同等背景條件，其依刑法第 57 條所定量刑輕重考量標準之各該情節（除乙男於素行考量上，於 E 罪前，尚犯有 B、C、D 三罪，並敘如後外）亦均相同，然因甲男於前案犯 A 罪後，及至徒刑執行完畢並再犯後案 E 罪間，均不曾另犯他罪，甚或全無其他不良素行，故其所犯有期徒刑之 E 罪，適符合受徒刑之執行完畢後，五年以內因故意而再犯有期徒刑以上之罪，應依刑法第 47 條第 1 項累犯之規定，加重其刑至二分之一；反觀乙男部分，其與甲男共犯 A 罪後，仍全無警惕而兀自再犯 B、C、D 三罪，一般而言，就其主觀惡性及矯治之必要性顯然較高，惟因所犯 A、B、C、D 四罪所處徒刑經接續執行，聲請假釋所要求之最低應執行期間係合併計算，以致獲假釋出監時，已經在監執行二年，遠逾其中所犯 A 罪經論知有期徒刑八月之刑期，然連同 B、C、D 罪所獲判數個徒刑，則均未經執行完畢，故其假釋期間內再犯 E 罪時，形式上距前案執行「出監」之時間雖未逾五年，仍與經徒刑「執行完畢」之要件不合而不構成累犯，如此一來，甲、乙二人在前後所犯 A、E 兩罪之客觀犯罪情節均盡皆一致之情形下，甲男固因符合累犯之要件而應加重其刑至二分之一（即可得論知之法定刑上限提高二分之一），乙男卻因另犯他罪而得免於累犯之適用，縱令於量刑時，經法院審酌其另有犯 B、C、D 三罪之素行考量而予加重，然據此而得以論知之刑度，仍受該罪原條文所定法定最高度刑之上限限制，衡諸邏輯，不僅獲判之刑度勢必較低於甲男，二人各就 E 罪經判處徒刑入監執行後，其依刑法第 77 條第 1 項規定得報請假釋所應執行之期間，對甲男（累犯）之要求須執行逾三分之二，而乙男（非累犯）

則僅須執行逾二分之一即可，凡此諸節，客觀上對於惡性、侵害均明顯較高之乙男反而有利，則不論就刑罰理論所採為預防主義、應報主義，甚或一般通俗之所謂國民法律感情以觀，顯然均扞格不入。（附圖二之1）

3.前開案例所出現之輕重失衡、倒錯現象，乃因我國所採取之累犯立法，在具體實務運作上，與數罪併合執行（接續執行）及假釋制度間，欠缺完整合理之配套設計所致，自前述最高法院民國88年7月20日88年度第四次刑事庭會議決議確立其制度互動運作之關係後，經實務上實際操作多年，迭受詬病，類似出現之案例，屢經最高法院非常上訴撤銷，並造成實質上不公平之現象，乃最高法院於103年1月7日，又作成103年度第一次刑事庭會議決議，除宣示前開最高法院88年7月20日88年度第四次刑事庭會議決議不合時宜外，並改採見解為：「（一）二以上徒刑之執行，除數罪併罰，在所裁定之執行刑尚未全部執行完畢以前，各罪之宣告刑均不發生執行完畢之問題外（47年臺抗字第2號判例），似宜以核准開始假釋之時間為基準，限於原各得獨立執行之刑，均尚未執行期滿，始有依刑法79條之1第1項、第2項規定，合併計算其最低應執行期間，同時合併計算其假釋後殘餘刑期之必要。倘假釋時，其中甲罪徒刑已執行期滿，則假釋之範圍應僅限於尚殘餘刑期之乙罪徒刑，其效力不及於甲罪徒刑。縱監獄將已執行期滿之甲罪徒刑與尚在執行之乙罪徒刑合併計算其假釋最低執行期間，亦不影響甲罪業已執行完畢之效力。（二）裁判確定後犯數罪，受二以上徒刑之執行，（非屬合併處罰範圍）者，其假釋有關期間如何計算，有兩種不同見解：其一為就各刑分別執行，分別假釋，另一則為依分別執行，合併計算之原則，合併計算假釋有關之期間。為貫徹監獄行刑理論及假釋制度之趣旨，並維護受刑人之利益，自以後者為可取，固為刑法第79條之1增訂之立法意旨（錄自立法院公報八十三卷第146頁、第147頁『刑法假釋規定條文對照表』修正說明（一））。惟上開放寬假釋應具備『最低執行期間』條件之權宜規定，應與累犯之規定，分別觀察與適用。併執行之徒刑，本係得各別獨立執行之刑，對同法第47條累犯之規定，尚不得以前開規定另作例外之解釋，倘其中甲罪徒刑已執行期滿，縱因合併計算最低應執行期間而在乙罪徒刑執行中假釋者，於距甲罪徒刑期滿後之假釋期間再犯罪，即與累犯之構成要件相符，仍應以累犯論（本院87年度臺非字第25號、第371號、第414號判決）。」，簡言之，即將原本執行完畢之觀念與「併合執行」數罪之假釋期間計算方式脫勾，採數罪接續執行並合併計算其「最低執行期間」條件而經假釋後，若其已經執行之期間，已逾其中一罪之刑期者，縱監獄將已執行期滿該罪之徒刑，與尚在執行他罪之徒刑，合併計算其假釋之最低執行期間，亦不影響該罪業已執行完畢之效力。依此見解，則【案例一】中，乙男就A、B、C、D四罪接續執行，經合併計算假釋期間，其獲假釋出監時，已經執行二年，已逾A罪之刑期，就A罪部分即應認為執行完畢，其五年內再犯E罪，即與累犯之要件相合，亦應依刑法第47條第1項累犯之規定，加重其刑。

## 二、於數罪併罰經假釋情形之適用問題：

### (一)案例二：

承上案例一，若乙男再犯B、C、D三罪之時點，係在A罪審理期間（即尚未經判決確定），嗣所犯A、B、C、D四罪均獲判有期徒刑確定，經法院合併定應執行刑，並亦經執行至前開同一時間獲假釋出監，則其隨即仍與甲男共同再犯E罪，結果有無不同？（附圖一之2）

### (二)說明：

裁判確定前犯數罪者，併合處罰，由法院依刑法第51條規定，以裁定定其應執行之刑（刑法第50條、第53條參照），其數罪經宣告均為有期徒刑時，僅在不得逾三十年之前提下，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期（刑法第51條第5款參照），同上所述，其所定應執行刑經入監執行後，因有悛悔實據，並執行逾一定期間之受刑人，得報請假釋，嗣其獲假釋出監後，至在假釋期間屆滿前，該前案數罪既因併罰定應執行刑而同其命運，並均無從認為已經執行完畢，是若其在假釋期間內再犯罪者，形式上距此前「出監」之時間雖亦未逾五年，其在後所犯，即仍無從構成累犯，自無依刑法第47條第1項規定加重其刑之可言，而此見解不僅與最高法院88年度第四次刑事庭會議決議之意旨相合，猶為前述該院為解決併執行數罪（即非裁判確定前所犯之數罪）經假釋之執行完畢相關問題所為103年度第一次刑事庭會議決議理由中所再度確認。則依【案例二】所示，甲、乙二人先後於個案中，就共犯A、E兩罪行爲之加功，及其個人相關考量之背景條件，縱令完全相同，然因甲男於前案犯A罪後，均不會另犯他罪，致其單純執行A罪之刑，相對將較早執行期滿出監，其在後所犯有期徒刑之E罪，即合於受徒刑之執行完畢後，五年內因故意而再犯有期徒刑以上之罪，應依刑法第47條第1項累犯之規定，加重其刑至二分之一；反觀乙男部分，其與甲男共犯A罪後，又密集再犯B、C、D三罪，並因而使A罪與該另犯之三罪併合處罰，而經裁定定以期間較單一A罪刑期更長之應執行刑，一般而言，其主觀惡性及矯治之必要性顯然較高，惟其執行應執行刑而依前開標準計算報請假釋所要求之最低應執行期間已然較長，於獲假釋出監時，復已在監執行二年，遠逾原本所犯A罪經諭知有期徒刑八月之刑期，卻須連同B、C、D罪所獲判數個徒刑，均認為仍未執行完畢，故於假釋期間內再犯E罪時，形式上距前案執行「出監」之時間縱未逾五年，仍與經徒刑「執行完畢」之要件不合而不構成累犯。則甲、乙二人在前後所犯A、E兩罪之客觀犯罪情節均盡皆一致之情形下，甲男固因符合累犯之要件而應加重其刑至二分之一（即可得諭知之法定刑上限提高二分之一），乙男卻因前案所犯除A罪外，尚多有

犯罪而得免於累犯之適用，縱令於量刑時，以其曾另犯B、C、D罪而認為素行欠佳，其得以論知之刑度，仍受該罪原條文所定法定最高度刑之上限限制，不僅獲判之刑度勢必較低於甲男，二人各就E罪經判處徒刑入監執行後，依刑法第77條第1項規定得報請假釋應執行之期間，對甲男（累犯）之要求須執行逾三分之二，然乙男（非累犯）則僅須執行逾二分之一即可，其結論亦顯與上開所述各刑罰理論之要求背道而馳，惹人物議。（附圖二之2）

### 三、數罪併罰形式上一部執行情形之適用問題：

#### （一）案例三：

丙男因犯輕罪F、重罪G（殺人未遂）兩罪，經一審法院認為所犯為數罪，各為科刑之判決後，丙男僅就G罪（重罪）部分上訴，並於獲判有期徒刑三月之F罪（輕罪）部分確定後，即聲請以易科罰金執行並繳納完畢，隨即又另犯H罪，經法院以此為前案（F罪）有期徒刑執行完畢後五年內所犯，依累犯之規定加重其刑，待判決確定，其前開所犯經上訴之G罪部分，始經上級審法院為有罪判決確定，則下列三種情形下，其判決結果對前開F罪之執行，及對H罪之確定判決，各有何影響？（附圖一之3）

1. G罪經上訴後，上級審法院變更檢察官起訴法條（刑事訴訟法第300條）而另以輕罪（如：傷害）判決，宣告有期徒刑四月，並諭知易科罰金之折算標準而確定。
2. 承上，上級審法院變更起訴法條而宣告拘役刑，並諭知易科罰金之折算標準而確定。
3. G罪經上訴後，雖亦經上級審法院變更起訴法條而另為輕罪（如：傷害）判決，然宣告之刑為有期徒刑七月並確定。

#### （二）說明：

##### 1. 數罪合於定執行刑要件之類型（案例三1.）：

- (1) 如前所述，裁判確定前犯數罪者，併合處罰，由法院依刑法第51條規定，以裁定定其應執行之刑，其數罪經宣告者，均為有期徒刑時，僅在不得逾三十年之前提下，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期，然就其得由檢察官依刑事訴訟法第477條第1項規定，聲請法院定執行刑之最後期限為何，除就各刑之刑罰權均已經執行或赦免而消滅者外，並無期間

之限制，而刑法第 47 條所謂之執行完畢，就數罪併罰案件，係指所定之執行刑執行完畢而言，如在定執行刑之前，有部分犯罪先行確定，而先予執行，仍應於數罪之裁判均確定後，依刑法規定，定其應執行之刑，俟檢察官指揮執行其應執行之刑時，再就形式上已執行部分，予以折抵扣除，不能謂先前確定之罪，已經執行完畢。申言之，其先犯之罪經有期徒刑判決確定後，業已入監執行期滿出監，縱令於職司管理全國被告前案紀錄之機關（司法院所轄部分為臺灣高等法院）就其匯整管理之前科表等資料上，均因而記載其執行情形為「期滿出監執行完畢」，並經法院據此而就該嗣後於五年內再犯有期徒刑之罪，認為係累犯而加重其刑並判決確定，然嗣後苟有於此前已經發生，並與上開先行執行期滿出監之前案犯罪有數罪併罰之關係，而經判決確定在後者，依前開說明，既應由檢察官向法院聲請定應執行刑，並就該確定在先而執行期滿出監之罪，認為僅「形式上」已執行部分，經折抵扣除後，在該所定應執行刑之殘餘部分執行完畢前，均不能認為已經執行完畢。

(2)就【案例三之 1】而言，丙男所犯之 F、G 兩罪，既均為（F 罪）裁判確定前所犯數罪，依法待數罪均判決確定後，應由檢察官就數罪所受之徒刑判決，聲請法院以裁定定一應執行之刑，故丙男就所犯 F 罪經判處徒刑確定部分，縱以繳納易科罰金方式執行完納，其前案紀錄資料並已經登載為「執行完畢」，而經審理其所犯 H 罪之法院據此而認為與累犯之要件相合，依刑法第 47 條規定加重其刑，待判決確定後，始因 G 罪亦經有罪判決確定，經檢察官聲請法院就 F、G 兩罪定應執行刑，而以先前對 F 罪之執行僅為「形式上」已執行部分，經折抵扣除後，認為 F、G 兩罪均尚未執行完畢，則上開法院依累犯規定就 H 罪所為之判決即違背法令，且結果不利於被告丙（誤非累犯為累犯而予加重），應以非常上訴撤銷該確定判決，如此一來，除承辦法官將因而受研考或自律處分之不利益外，其經改判之刑度如低於被告丙就此已經入監執行之刑期，猶構成冤獄賠償（刑事補償）之事由。（附圖二之 3a）

(3)面對此種於後犯之罪（於本案例為 H 罪）裁判時，就是否成立累犯之要件尚未成就之情形，為避免爾後因其條件成就而無妄遭非常上訴撤銷，實務上並有部分法官於判決時，因發現被告犯罪前五年內，雖有前案已經徒刑執行期滿出監，卻另有可能成立數罪之罪，尚在其他法院審理中，乃先行臆測，並說明其前案日後可能因定執行刑，致不能認為已經徒刑執行完畢，而悖於該判決時空當下既存之客觀事實（即前案之刑確已處於執行期滿，欠缺繼續執行依據之事實狀態），逕自捨而不為累犯之論知，以求能遷就日後該另案程序及判決之發展，然而，以民主國家經司法程序實現國家刑罰權之過程中，其存在之各種制度考量及變數之多，縱有確知某犯罪事實發生者，其犯行是否必能為有偵查犯罪職務公務員所知悉並啟動調查？偵查結果是否必然起訴？起訴後（證據是否充分？）是否必獲有罪之實體判決？縱獲有罪判決，



依其證據條件所能支持之事實及論罪之法條，是否必如預期？獲判刑罰種類是否必為徒刑之論知？事前均難有既定之預斷，果要求法官就本案論罪科刑時，尚須預卜未知另案之追訴結果，並先行作為判決適用法律之依據，或可謂為中外司法史上之奇特現象，令人咋舌。

## 2. 數罪不合於定執行刑要件之類型（案例三 2）：

裁判確定前犯數罪而併合處罰，並由法院以裁定定應執行刑者，因刑法第 51 條僅就其數罪獲判刑罰種類相同之情形，有其定執行刑方式之規定，是若其數罪經判處之刑罰種類有異，既不合於定執行刑之要件，自無前開所謂「形式上」執行之一部、他部可言。是就【案例三之 2】所示，丙男所犯之 F、G 二罪，雖均為 F 罪之裁判確定前所犯，經丙男於 F 罪判決確定後，即以繳納易科罰金方式執行其徒刑之刑，而為前案紀錄資料登載為「執行完畢」，並經審理其後犯 H 罪之法院據此而認為與累犯之要件相合，依刑法第 47 條規定加重其刑，待該判決確定後，雖 G 罪亦隨後經有罪判決確定，然因其經法院所處之刑為拘役，與其具備裁判確定前犯數罪條件之 F 罪部分，無從定應執行刑，是除有其他合於數罪併罰要件，並經論知徒刑判決之他罪可供另定其應執行刑外，前開已先行執行 F 罪之徒刑即確定為執行完畢，故法院依累犯規定，就後犯之 H 罪部分加重其刑，即無違誤。然而，若承辦該案之法官稍早為判決時，果為避免遭非常上訴，而已經採取前述預先臆測，並說明該前案日後可能因定執行刑致不能認為已經徒刑執行完畢，昧於判決當時既存之客觀事實而不為累犯之論知，遇此情形，適又弄巧成拙，反而坐實其判決違背法令之結果（惟此部分依實務見解，可適用刑法第 48 條更定其刑之方式處理，後詳），枉作小人。（附圖二之 3b）

## 3. 數罪能否定執行刑均操諸被告之類型（案例三 3.）：

- (1) 又依前述，裁判確定前犯數罪者，其數罪經宣告均同為有期徒刑時，雖有前開關於在不得逾三十年之前提下，於各刑中之最長期以上，各刑合併之刑期以下，定其刑期之規定，然刑法第 41 條第 1 項、第 2 項、第 3 項既規定：「（第 1 項）犯最重本刑為 5 年以下有期徒刑以下之刑之罪，而受 6 月以下有期徒刑或拘役之宣告者，得以新臺幣 1 千元、2 千元或 3 千元折算一日，易科罰金。但易科罰金，難收矯正之效或難以維持法秩序者，不在此限。（第 2 項）依前項規定得易科罰金而未聲請易科罰金者，得以提供社會勞動六小時折算一日，易服社會勞動。（第 3 項）受 6 月以下有期徒刑或拘役之宣告，不符第 1 項易科罰金之規定者，得依前項折算規定，易服社會勞動。」亦即就其經宣告刑罰種類為有期徒刑者，尚有得否易科罰金或易服社會勞動之區別，其合乎裁判確定前所犯，並各經論知有期徒刑之數罪中，如兼有二者，

即其中一部分經諭知得易科罰金或易服社會勞動之徒刑，另一部分經諭知不得易科罰金或易服社會勞動之徒刑，則依民國 102 年 1 月 23 日公布施行之刑法第 50 條第 2 項規定，其是否一併定應執行刑，完全取決於受刑人之意思，如受刑人向檢察官為此請求，即是；反之，則否（詳參刑法第 50 條第 1 項、第 2 項規定）。

- (2)就【案例三之 3.】所示情形，丙男所犯之 F、G 二罪，雖均為（H 罪）裁判確定前所犯數罪，如經法院均為諭知徒刑之判決確定後，原則上應由檢察官聲請法院以裁定定其應執行之刑，然因丙男就所犯 F 罪經確定判決宣告者，乃「得易科罰金」之有期徒刑；而所犯 G 罪部分，則經諭知七月以上，即「不得易科罰金」之有期徒刑，則此時其所犯 H 罪部分，是否符合累犯之要件，雖仍以其所犯前案 F 罪所處之刑，是否合於徒刑執行完畢之定義決之，然其 F 罪是否與 G 罪併合處罰，並另由法院定以應執行之刑，卻又完全取決於受刑人丙男之意思而定，申言之，其 H 罪之承辦法官於判決時，不論採取前開認定為累犯之結果，或選擇不為累犯諭知的方式，苟經受刑人丙男就是否請求對 F、G 兩罪定應執行刑，為相反之操作時，終將難逃其判決違背法令，甚至遭研考或自律處分之結果，無奈至極。（附圖二之 3c）

#### 四、前案隱存數罪併罰條件之情形：

##### (一)案例四：

丁男因犯 J 罪，受法院判處有期徒刑三月確定，經易科罰金執行完畢後，旋又陸續另犯 K、L、M、N、O 等五罪，經法院分別依累犯之規定，各予加重並處以有期徒刑而判決確定，入監執行，惟多年後，始據發現丁男在犯 J 罪之前，尚另犯有 I 罪，經起訴後，亦經法院諭知有期徒刑判決確定，則此判決就 K、L、M、N、O 等五罪之判決及執行有何影響？（附圖一之 4）

##### (二)說明：

如前所述，裁判確定前犯數罪者，併合處罰，除就其得由檢察官依刑事訴訟法第 477 條第 1 項規定，聲請法院裁定定執行刑之期限並無限制外，隨鑑識科技之進步，其所犯各罪經發覺之時點為何，猶難預期，是如先犯之數罪中，有部分已經判決確定並執行完畢（期滿），而另有部分仍遲遲未經發覺，以至於後犯之罪審理中，甚至亦經判決確定並執行完畢前，均全無認識者，苟其嗣後經查獲、追訴並判決確定後，並由檢察官向法院聲請定執行刑，則先前原認為已經執行完畢之前案，即因此一事實之發生而回復前開所稱僅形式上已執行部分之性質，不復為已經執行完畢。因此，就【案例四】而言，丁男

所犯之 I、J 二罪，既均為（K、L、M、N、O 罪）裁判確定前所犯數罪，不因 I 罪遲未經發覺、訴追而有異，依法於數罪均為法院判決確定後，仍應由檢察官就數罪所受之徒刑判決，聲請定應執行之刑，故丁男就所犯 J 罪經判處徒刑確定部分，縱經繳納易科罰金執行完畢，苟日後 I 罪一旦經發覺、訴追，並經有罪科刑之判決確定，仍應由檢察官聲請法院就 I、J 兩罪之刑，定其應執行刑，致此前原認為已經執行完畢之 J 罪部分，又回復其僅為形式上已執行部分之性質，經折抵扣除後，仍應認為 I、J 兩罪均尚未執行完畢，則上開法院依累犯規定就 K、L、M、N、O 等五罪所為之判決即均違背法令，且結果亦因不利於被告丁男，而應以非常上訴撤銷該確定判決，丁男並得就其因此前已執行 K、L、M、N、O 等五罪之刑期，逾其經改判較低之刑度部分，聲請冤獄賠償（刑事補償）。（附圖二之 4）

## 五、與少年刑事前案塗銷之衝突問題：

### （一）案例五：

學生兄弟戊、己二人於少年時犯罪，經判處有期徒刑確定，適於二人 19 歲生日執行完畢出監，嗣二人又共同犯罪，經地方法院在渠 22 歲生日前作成第一審判決，均依累犯之規定加重其刑，並審酌渠參與犯罪情節相仿且均坦承犯行，乃諭知相同刑度之有期徒刑，判決後，哥哥戊男誠心接受制裁而未再上訴，並於判決確定後即入監執行；弟弟己男則經高人指點而提起上訴，嗣二審判決時，適已過二人 22 歲生日，則二審法院對於始終坦承犯行之弟弟己男應如何判決？（附圖一之 5）

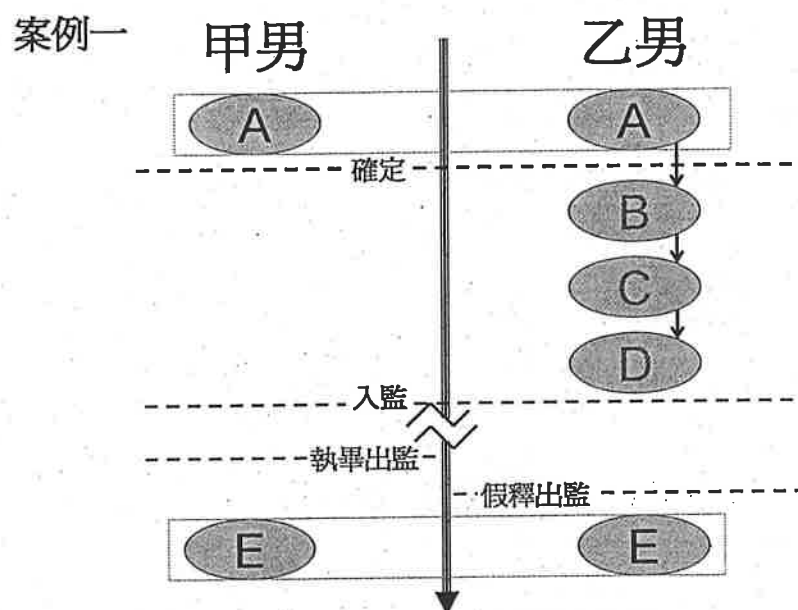
### （二）說明：

1. 關於累犯之成立，依刑法第 47 條第 1 項規定，係以先犯之罪受徒刑之執行完畢，或一部之執行而赦免後，五年以內因故意而再犯有期徒刑以上之罪者，為其要件，即以在後犯罪之「行為時」，為其計算五年期間終了之時點，故其行為發生於前案徒刑執行完畢五年內之事實一旦成就，即告特定，要不因其嗣後為確定並實現國家刑罰權所進程序期間之長短而受影響。然依少年事件處理法第 83 條之 1 規定：「少年受第二十九條第一項之轉介處分執行完畢二年後，或受保護處分或刑之執行完畢或赦免三年後，或受不付審理或不付保護處分之裁定確定後，視為未曾受各該宣告。」，就其因少年犯罪經判刑確定而執行者，其經前案執行完畢之法律事實，因抽象上存續之期間僅有三年，是若經執行完畢逾三年後，非唯其曾經刑罰執行之事實，縱就其前案執行所依據確定判決作成之刑罰宣告，亦告消滅，是就其後犯之罪進行訴追程序所依據之客觀法律事實狀態，於前案刑罰執行完畢滿三年時點之前後，即有不

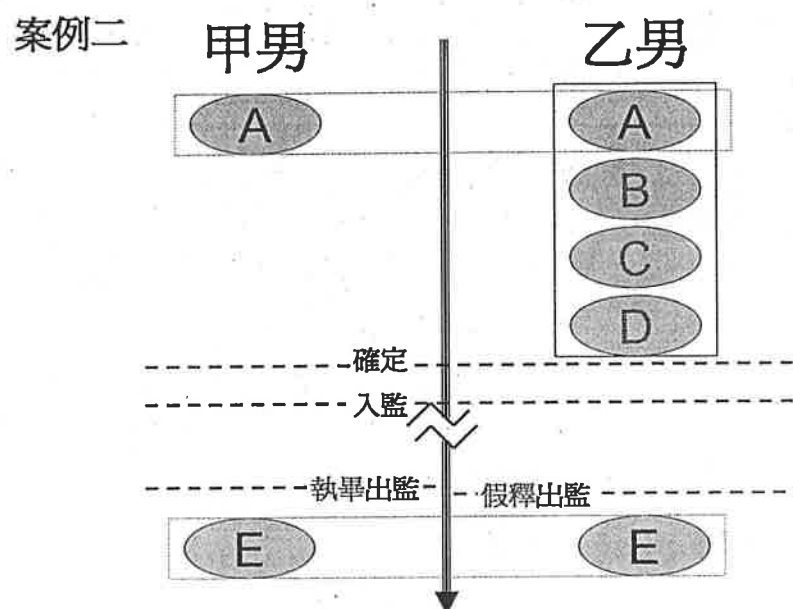
同，其認事用法之結果，亦無從一致。

2.依【案例五】所示，戊、己二人於少年時，均曾因犯罪經法院判刑確定，其徒刑執行完畢之時點亦均相同，依前開關於成立累犯要件之五年期間起算時點，固無不同，乃其二人因故意而再犯後犯之罪時，既在前案經徒刑執行完畢後五年內，而第一審法院為判決之時，其前案所受刑之宣告，亦尚未因刑罰執行完畢逾三年而消滅，自應適用累犯之規定，均予加重其刑。惟其案經上訴後，嗣二審法院為判決時，縱其後犯之罪係在前案經執行完畢後五年內所為之事實，不曾改變，然其判決時，該用為認定累犯要件之前案執行事實，既因距離刑罰執行完畢已逾三年，致其執行刑罰所依據確定判決之刑罰宣告消滅而不復為據，法院自不得再援此為認定累犯之依據而再予加重其刑，自應將己男經原審依累犯規定所為第一審判決撤銷，而另為較有利之判決，則己男不僅獲判之刑度勢必較低於戊男，二人各就後犯之罪，經判處徒刑入監執行後，其依刑法第 77 條第 1 項規定得報請假釋所應執行之期間，對戊男（累犯）之要求須執行逾三分之二，然己男（非累犯）則僅須執行逾二分之一即可。實務界論者為解決此一怪異不公之現象，固有認為應以修法，將少年前案消滅之時間，由原本自「轉介處分執行完畢二年後，或受保護處分或刑之執行完畢或赦免『三年』後，或受不付審理或不付保護處分之裁定確定後，視為未曾受各該宣告。」之期間，延長為「五年」，以求與累犯之規定一致者<sup>34</sup>，然此，除無助於已然存在之要件，卻終將受訴追期間延續之久暫而變動之事實外，本文以為，對少年刑事前案紀錄塗銷之規定，乃保護因少年時期心智未臻成熟而失足犯罪者，以促其自新為目的之立法，其成就塗銷效果時點之制定，原有其立法設計之考量，若予延長，就其受保護者而言，自屬不利益之作為，應符合人權保障及比例原則之要求以權衡之，然累犯制度之存在，原有其違反罪責原則等刑法基本原則之疑慮，具體實施上，又與其他相關制度扞格不入，已略述如前，其存在之基礎及價值，尚且猶待檢討，自無以形式上運作順暢為由而本末倒置，貿然藉前開不利於人民之手段而遷就配合之理，治絲益棼。（附圖二之 5）

# 【附圖一之 1】（案例部分）



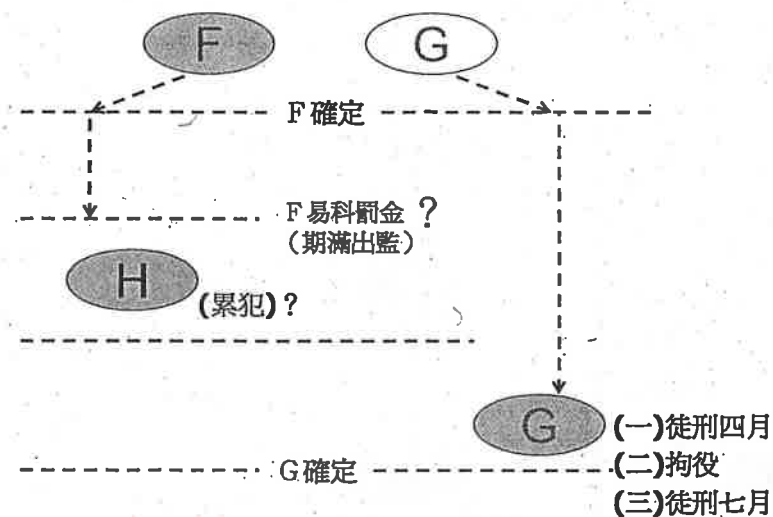
# 【附圖一之 2】



【附圖一之 3】

案例三

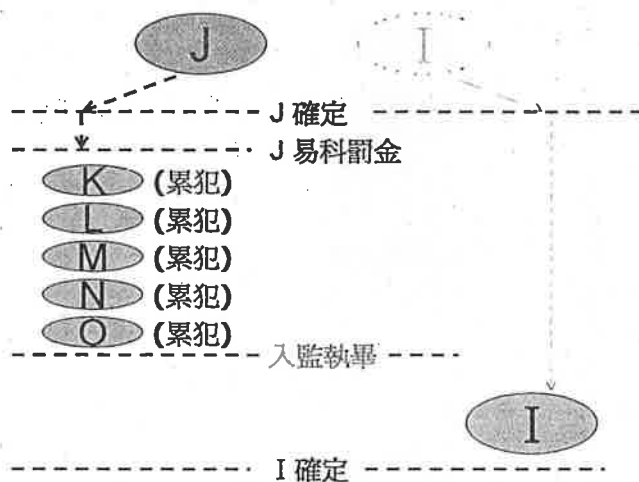
丙男



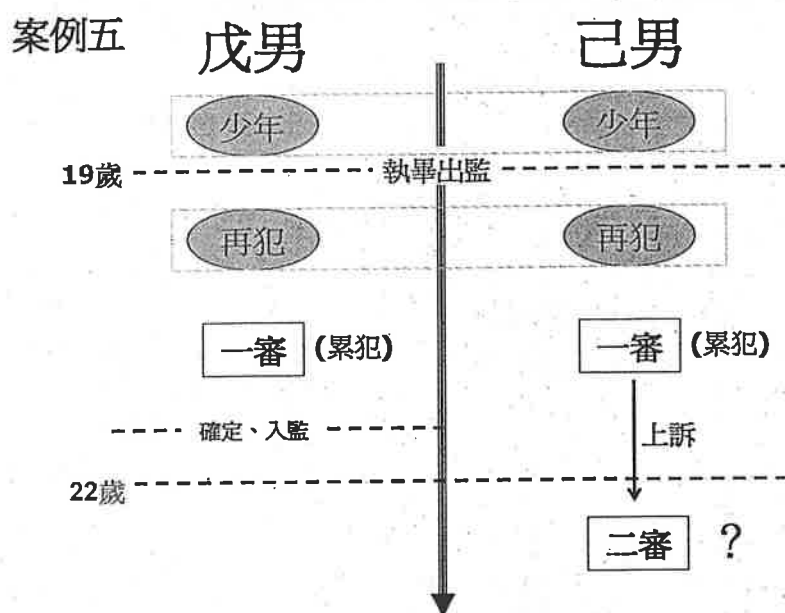
【附圖一之 4】

案例四

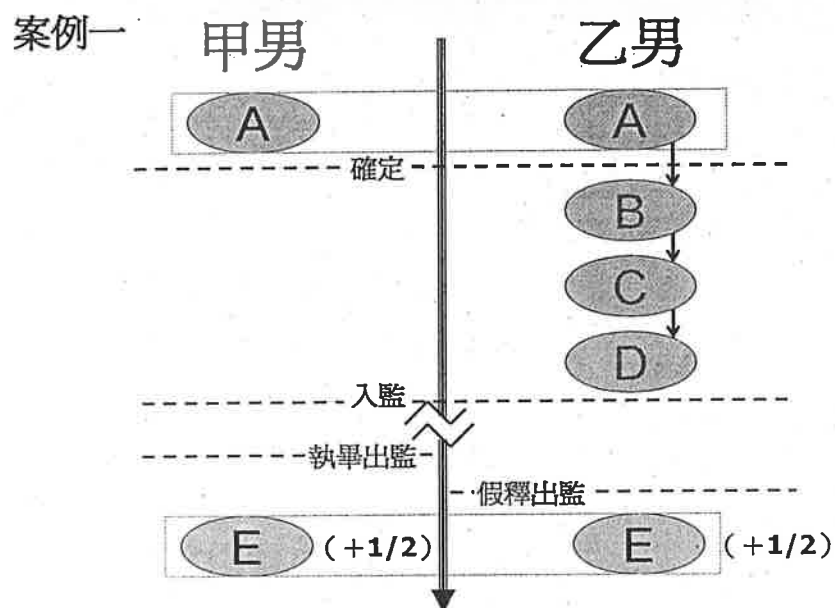
丁男



# 【附圖一之 5】

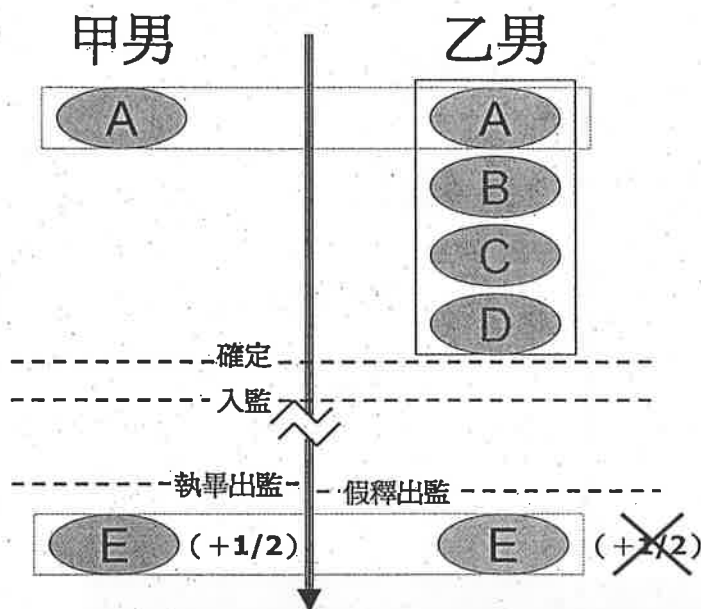


# 【附圖二之 1】（解析部分）



【附圖二之 2】

案例二

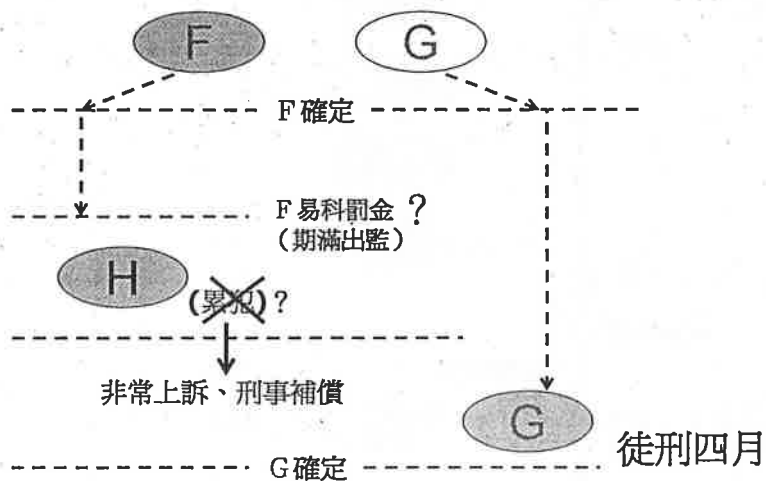


16

【附圖二之 3a】

案例三(-)

丙男



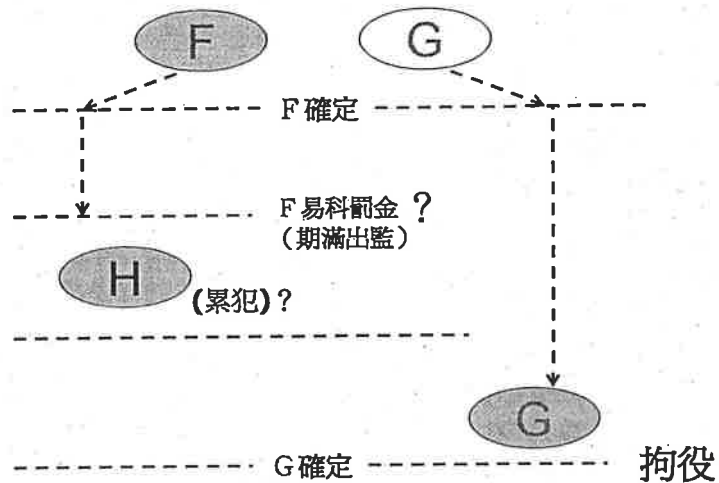
18



## 【附圖二之 3b】

案例三(二)

丙男

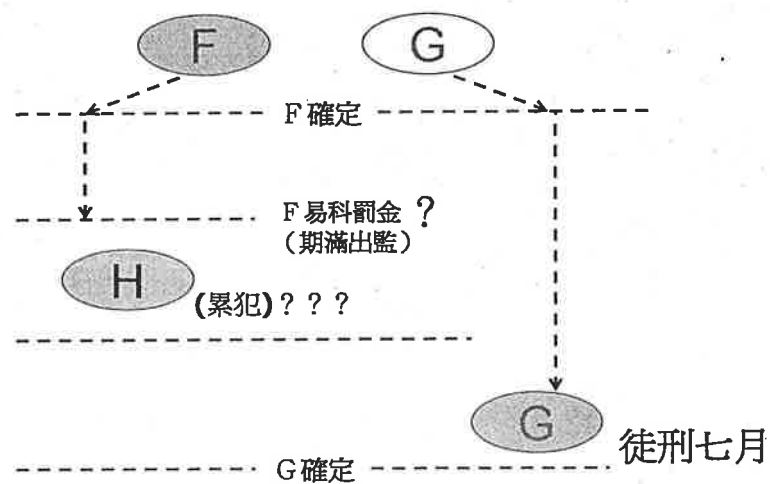


19

## 【附圖二之 3c】

案例三(三)

丙男

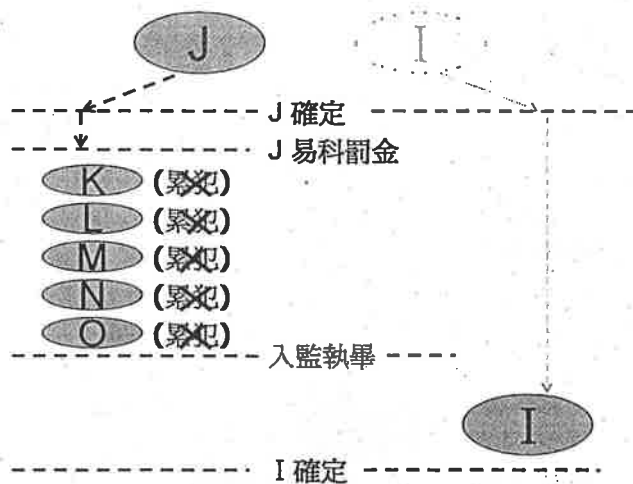


20

# 【附圖二之 4】

## 案例四

## 丁男



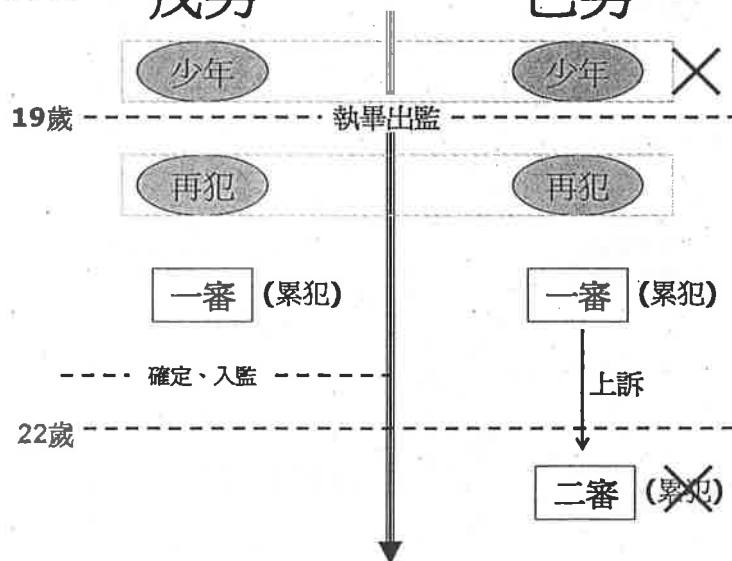
22

# 【附圖二之 5】

## 案例五

## 戊男

## 己男



24

# 【附表】

Microsoft Excel											
檔案(F) 編輯(E) 格式(O) 工具(T) 資料(D) 視窗(W) 說明(H)											
輸入需要解答的問題											
細明體 11 B I U											
A3 中華民國93年至102年											
我國累犯立法之實務檢討(附件)非常上訴數據											
	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	
3	中華民國 93年 至102年										
4	單位：件；%										
5	年 別	總 計	駁 回 上 訴	撤 銷			其 他	撤 回 及 其 他	累犯之宣告 違誤占撤銷 之比率(%)		
6				計	自 為 判 決						
7					累犯之宣告 違誤	其他					
8											
9	民國93年	306	76.00	228.00	53.00	67.50	107.50	2	23.25		
10	民國94年	302	69.00	231.00	58.00	87.00	86.00	2	25.11		
11	民國95年	322	69.00	252.00	41.00	88.00	123.00	1	16.27		
12	民國96年	352	76.00	273.00	33.00	117.00	123.00	3	12.09		
13	民國97年	602	189.00	413.00	50.00	193.50	169.50		12.11		
14	民國98年	341	122.00	219.00	61.00	125.50	32.50		27.85		
15	民國99年	379	103.00	276.00	129.00	128.00	19.00		46.74		
16	民國100年	391	109.00	282.00	139.00	121.50	21.50		49.29		
17	民國101年	443	96.00	347.00	232.00	85.50	29.50		66.86		
18	民國102年	467	71.00	396.00	315.50	48.50	32.00		79.67		
19	合計	3,905	980.00	2,917.00	1,111.50	1,062.00	743.50	8	38.10		
20											
Sheet1 / Sheet2 / Sheet3 /											
加總=21851.33665 NUM											
開始 3 Inter... 司法文 2 Mer... 4 Win... 2 LINE Microsoft 上午 01:31											