

壹、聲請解釋之目的

一、按憲法為國家最高規範，法律牴觸憲法者無效，法律與憲法有無牴觸發疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第171條、第173條、第78條及第79條第2項有明文規定。又法官依據法律獨立審判，憲法第80條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有牴觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先決問題裁定停止訴訟程序，提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋，鈞院大法官釋字第371號解釋著有明文。而所謂「法官於審理案件時」，係指法官於審理刑事案件、行政訴訟事件、民事事件及非訟事件等，爰此，所稱「裁定停止訴訟程序」自亦包括

意旨，聲請司法院大法官解釋憲法。懇請 鈞院以解釋之方式，實現憲法保障人民基本權利之意旨。

貳、疑義性質與經過，及涉及之憲法條文

一、 本院受理 107 年度花原易字第 7 號被告 ○○○，因妨害兵役案件，該案係被告 ○○○ 前因不能安全駕駛罪，經本院以 104 年度原花交簡字第 501 號判決處有期徒刑 3 月，並於 105 年 9 月 15 日執行完畢，其後於 106 年 6 月 12 日無故逾教育召集令，經臺灣花蓮地方檢察署【下稱：花蓮地檢署】聲請簡易判決處刑。而依刑法第 47 條第 1 項規定，受徒刑執行完畢，5 年內故意再犯有期徒刑以上之罪者，為累犯，加重其刑二分之一。而查妨害兵役治罪條例第 6 條第 1 項規定之法定刑度為「3 年以下有期徒刑」，故本件被告 ○○○ 該當刑法第 47 條之適用。

二、 聲請人經審酌該案所適用之刑法第 47 條規定，業已違反憲法第 7 條平等權、第 23 條比例原則及一事不再理、一行為不二罰之正當法律程序之疑義，是已於 107 年 3 月 22 日裁定停止本案訴訟程序。

參、聲請解釋憲法之理由及對本案所持之立場與見解

一、刑法第 47 條規定違反一事不再理、一行為不二罰之正當法律程序

1、按司法院釋字第 168 號解釋理由書指出：按一事不再理，為我刑事訴訟法之基本原則。次按司法院釋字第 384 號解釋理由書亦闡明：實質正當之法律程序，兼指實體法及程序法規定之內容，就實體法而言，如須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序、被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重覆處罰、當事人有與證人對質或詰問證人之權利、審判與檢察之分離、審判過程以公開為原則及對裁判不服提供審級救濟等為其要者。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。且就外國立法例觀察，德國基本法第 103 條第 3 項規定：「任何人不得因同一行為，而依一般刑法多次受罰」，此係禁止重複處罰原則³；又美國聯邦憲法增修條文第 5 條規定之「禁止雙重危險」規定，其內涵有：(1) 同一行為宣告無罪後，不得再行起訴；(2) 同一行為判決有罪後，

³ 林錫堯，「關於建構『憲法上一行為不二罰原則』之問題」，第 15 頁至第 16 頁，法學叢刊，2016 年 1 月。

不得再行起訴；(3)同一行為不得多次處罰⁴。

2、關於我國刑法第 47 條以下累犯之相關規定，我國學界多主張廢除，目前尚存於刑法典中乃因專責機關曾欲引進三振法案而雙方妥協的結果⁵，然觀外國立法例之德國及瑞士均已刪除累犯加重之規定，兩國主要刪除累犯加重規定的理由在於：(1)累犯加重規定與「行為責任原理」不一致〔德國：BGB1 I,1986,S.393〕、(2)再者，考量累犯加重規定後再於量刑因素中再度考慮，違反「禁止雙重處罰（即一行為不二罰）」之法理〔瑞士：BB1,1999,S.2060〕⁶。並且，國內論者亦指明：刑法第 48 條更定其刑之目的固有維持法律適用之正確性、矯正行為人危險性的理論依據，然就已經受判決確定之受刑人而言，確實屬於變相加重刑罰之處遇，一旦要再開啟量刑程序，對於受刑人而言是對於一個已確定之判決先前已宣告的刑度加以變更，顯然已違反「一事不再理」原則⁷。足見，我國司法實務審判時，對於符合刑法第 47 條累犯者，絕大多數均需判決理由之論罪科刑欄交代、論述刑之

⁴ 佐藤由梨,「アメリカ刑事手続における瑕疵ある無罪判決と二重の危険の原則」,第240頁至第241頁,同志社法学69巻8号,2018年3月。

⁵ 柯耀程，「鳥瞰二〇〇五年刑法修正」，第 113 頁，月旦法學教室第 29 期，2005 年 3 月。

⁶ <https://kaken.nii.ac.jp/ja/grant/KAKENHI-PROJECT-25780043/>

西岡正樹，「累犯加重規定の現代的意義に関する批判的研究」〔最後瀏覽時間：2018年8月6日〕。

⁷ 黃朝義，「累犯存在之妥當性與必要性－從累犯加重之理論與實務論起－」，第 65 頁，法官協會雜誌第 15 期，2013 年 12 月。

加重事由，其後在科刑部分又再審酌刑法第 57 條第 5 款時，將前科紀錄納入作為考量犯罪行為人之品行的依據，已有違反「禁止雙重處罰（即一行為不二罰）」之法理。是刑法第 47 條規定均違反一事不再理、一行為不二罰之正當法律程序。

二、刑法第 47 條規定違反憲法第 7 條之平等原則

1、再按憲法第七條平等原則並非指絕對、機械之形式上平等，而係保障人民在法律上地位之實質平等；次按等者等之，不等者不等之，為憲法平等原則之基本意涵。是如對相同事物為差別待遇而無正當理由，或對於不同事物未為合理之差別待遇，均屬違反平等原則。此為 鈞院釋字第 485 號解釋、釋字第 593 號解釋理由書所揭櫫之意旨。

2、法治國刑法必須是一部行為刑法，即便要考量行為人之惡性，也只有在「行為刑法」的範疇內，如果要將累犯當作是我國刑法第 57 條第 5 款「犯罪行為人之品行」的判斷依據，難謂不宜，但如果是作為刑法第 47 條之加重事由，則不無違憲之嫌⁸。而國內論者亦有指出：我國刑法第 47 條規定之適用並不過問前案與後案間之關係，導致不同案情卻做相同之處理，已有違反不當連結

⁸ 鄭逸哲，「關於累犯、緩刑、假釋和保安處分的新刑法修法簡評」，第 275 頁，月旦法學雜誌第 121 期，2005 年 6 月。

之禁止原則，即違反平等原則之內涵，此乃違反平等原則之其一；再者，主管機關並未有提出充分的實證資料、數據證明我國刑法第 47 條規定何以「5 年內再犯」有特別需要矯正之必要，此均無法通過合憲性審查之檢驗⁹。更甚者，立法者所制定之累犯規定是對執行完畢之前科、前歷者的歧視，以實務運作而言，符合刑法第 47 條規定者，其法定刑度上限將會提高至二分之一，如此一來，符合「5 年內再犯」之累犯行為人將受到與犯同樣犯罪之行為人，超過其行為責任之刑度上限的差別對待，此乃違反平等原則之其二；而對於微罪之被告而言，受到短期自由刑之判決後盡早去服刑或易科罰金執行完畢，相較於受到短期自由刑之判決而遲遲未去執行、甚至被地檢署執行科通緝之被告而言，更容易掉進刑法第 47 條累犯「5 年內」之範圍，不願遵守法院判決而不去執行之被告反而在通緝期間再犯有期徒刑以上之罪，因前刑未執行完畢反而不會構成累犯，此係對遵守判決宣判刑度、負責任地去履行刑責之被告的差別對待，此乃違反平等原則之其三。可悉我國刑法第 47 條規定，誠有違反憲法第 7 條平等原則。

⁹ 黃朝義，「累犯存在之妥當性與必要性－從累犯加重之理論與實務論起－」，第 63 頁至第 64 頁，法官協會雜誌第 15 期，2013 年 12 月。

1、又按憲法第 23 條規定的比例原則應該涵蓋「目的正當性」、「手段適合性」、「手段必要性」及「限制妥當性」，「目的正當性」宜依照不同公益份量而有寬嚴不同的審查標準，而在「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¹⁰。

2、查現行外國立法例之德國及瑞士，考量累犯加重規定違反作為刑法基本原則之責任主義，進而均予以刪除¹¹。而依照德國累犯規定之發展，原本是對於特定犯罪類型之刑罰加重事由，其後逐漸演變為一般犯罪的加重事由，到最後於 1986 年廢除累犯規定而成為一般量刑事由¹²，其背後之緣由乃因 19 世紀後半葉，資本主義發達所造成急速的都市化及工業化現象，失業者氾濫而犯罪激增，當時德國只有竊盜、強盜及贓物等罪有特別累犯規定，當時 1969 年之立法者為嚇阻犯罪而擴大累犯適用，然其後 1986 年德國之立法者考量作為累犯之規定，不管觸犯任何輕微犯罪，均需論處最低 6 個月自由刑，無法與責任主義相符，縱使加入「非難性條款」，在審判實務上仍常遭受到適用上的困難，因此，對於

¹⁰ 許宗力，「比例原則與法規違憲審查」，第 93 頁，法與國家權力（二），2007 年 1 月。

¹¹ <https://kaken.nii.ac.jp/ja/grant/KAKENHI-PROJECT-25780043/>

西岡正樹，「累犯加重規定の現代的意義に関する批判的研究」〔最後瀏覽時間：2018 年 8 月 6 日〕。

¹² 許福生，「從兩極化刑事政策觀點論刑法之修正草案」，第 214 頁，收錄於「刑事政策與犯罪研究論文集〔六〕」，2003 年 10 月。

3、向來主張累犯規定應該存在之理由，多半考量的是「前刑警告」機能，並有見解主張係基於行為人之危險性格所以才要加重，但是刑法既為行為責任為原則，必須要堅持責任主義的原則及界限¹⁴，對於刑法所要保護的法益價值，僅因行為次數而有變化，無非是著眼於「預防」，但如此一來將會導致刑罰限定機能的弱化，以及其實現實層面來看，其實有非常多的累犯行為者其實係「輕犯罪之行為人」或「微罪之行為人」，前案與後案之罪質完全不同性質，僅因落入刑法第 47 條的執行完畢後 5 年內再犯有期徒刑以上之罪則一律要被論處累犯，對於前案與後案不同之行為人而言，累犯規定實難證立能收前刑警告之效用，亦即我國現行刑法第 47 條關於累犯之規定，並無法達到立法者原本想要達成之其目的。足認我國刑法第 47 之累犯規定，亦違反手段適合性及必要性。

¹⁴ <https://kaken.nii.ac.jp/ja/grant/KAKENHI-PROJECT-25780043/>

10

肆、結論

從東洋、西洋的刑罰歷史觀察，對於累犯或再犯者給予較重的刑罰似乎符合一般民眾的直覺情感，但是從法治國的觀點來看，則未必合乎法治國的要求，從審判實務的現實面觀察，其實大多數符合刑法第 47 條規定之累犯，只是如同我國學說所指出的「微罪之累犯」，只是造成麻煩但不具有危險性¹⁵，從刑罰之有效運用而言，實無加重其刑之必要，立法者修正之現行刑法第 47 條規定無論前案與後案是否同一性質，一味地訴諸所謂的「前刑警告」而責令行為人不知悔改，無視累犯行為人再犯之原因，未必全係單純之刑罰反應性薄弱或受徒刑之執行未收矯治之效，事實上亦有可能出於不可歸責於行為人的社會因素所致¹⁶，加上我國刑法未有類似如參酌外國立法例〔如：德國刑法第 47 條〕關於科處短期自由刑之限制規定¹⁷，只會讓這些「微罪之累犯」飽受短期自由刑之流弊，讓無力易科罰金者反覆進出監獄，不僅造成監獄

¹⁵ 許福生，「從兩極化刑事政策觀點論刑法之修正草案」，第 217 頁，收錄於「刑事政策與犯罪研究論文集〔六〕」，2003 年 10 月。

¹⁶ https://www.judicial.gov.tw/jw9706/1608_main.html〔司法院建議刪累犯規定以符刑法本質〕〔最後瀏覽時間：2018 年 8 月 6 日〕。

¹⁷ 德國刑法第 47 條第 1 項規定：法院僅得在行為或行為人人格中存在特殊情狀，有科處徒刑以影響行為人或防衛法秩序之必要，始得科處六月以下徒刑。請參考：法務部審訂，何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆、王玉全、王效文、古承宗、李聖傑、周濛沂、吳耀宗、徐育安、連孟琦、陳志輝、陳重言、許絲捷、許澤天、憚純良、潘怡宏、蔡聖偉合譯，「德國刑法典」，元照，2017 年 6 月。

人滿為患，亦凸顯我國刑事政策之失當，況且我國刑法第 47 條關於累犯之規定已有前述三種違反平等原則之情形；刑法第 47 條規定不僅欠缺目的之正當性，同時也無法達到立法者原本想要之目的；刑法第 47 條違反一事不再理、一行為不二罰之上位原則。基此，如前所述，聲請人考量前開各該規範，顯無合憲解釋之可能，並有聲請解釋之必要，爰提出上開確信法律為違憲之具體理由，爰聲請 鈞院大法官解釋憲法。

伍、參考文獻（依首字部首筆畫排序）

（一）中文文獻

1. 法務部審訂，何賴傑、林鈺雄審譯，李聖傑、潘怡宏編譯，王士帆、王玉全、王效文、古承宗、李聖傑、周漾沂、吳耀宗、徐育安、連孟琦、陳志輝、陳重言、許絲捷、許澤天、惲純良、潘怡宏、蔡聖偉合譯，「德國刑法典」，元照，2017 年 6 月。
2. 林錫堯，「關於建構『憲法上一行為不二罰原則』之問題」，法學叢刊，2016 年 1 月。
3. 柯耀程，「鳥瞰二〇〇五年刑法修正」，月旦法學教室第 29 期，2005 年 3 月。
4. 許宗力，「比例原則與法規違憲審查」，法與國家權力（二），2007

年 1 月。

5. 許福生，「從兩極化刑事政策觀點論刑法之修正草案」，收錄於「刑事政策與犯罪研究論文集〔六〕」，2003 年 10 月。

6. 許福生，「累犯加重之比較研究」，刑事法雜誌第 47 卷第 4 期，2003 年 10 月。

7. 黃朝義，「累犯存在之妥當性與必要性—從累犯加重之理論與實務論起一」，第 65 頁，法官協會雜誌第 15 期，2013 年 12 月。

8. 鄭逸哲，「關於累犯、緩刑、假釋和保安處分之多刑法修法簡評」，月旦法學雜誌第 121 期，2005 年 6 月。

(二) 外文文獻

1. 佐藤由梨，「アメリカ刑事手続における瑕疵ある無罪判決と二重の危険の原則」，同志社法学 69 卷 8 号，2018 年 3 月。

(三) 網站資料

1. <http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/sangiin/001/1340/00108061340009a.html>

[日本國會參議院昭和 22 年 8 月 6 日星期三的開會紀錄][最後瀏覽時間：2018 年 8 月 6 日]。

2. https://www.judicial.gov.tw/jw9706/1608_main.html [司法
院建議刪累犯規定 以符刑法本質][最後瀏覽時間：2018 年 8 月

6日)。

此 致

司 法 院

聲請人：臺灣花蓮地方法院法官吳志強

中華民國 107 年 8 月 6 日