

## 讀家講座

### 【淺論釋字第 775 號解釋作成後實務適用累犯之近況】

周易 編授

2020.1.7

#### 一、釋字第 775 號解釋關於刑法第 47 條第 1 項是否違憲的說明

(一) 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。」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。

(二) 惟其不分情節，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。

(三) 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。

#### 二、對本號解釋的批評

(一) 累犯制度不違反一行為不二罰原則？

本號解釋指出，刑法第 47 條第 1 項規定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。然詹森林大法官指出，累犯加重處罰，不論係就前罪加重，或就後罪加重，均為一行為二罰。詳言之，累犯規定乃建構於「預先懲罰」(Vorstrafen)，導致累犯之科刑顯比初犯為重，違反罪責原則，

亦有違反一行為不二罰原則。<sup>1</sup>

退步言之，釋字第 775 號解釋雖宣告刑法第 47 條後段「加重後罪之最低本刑至二分之一」規定違憲，但就加重後罪之「最高」本刑至二分之一，並未經本號解釋宣告違憲，亦即仍屬合憲，其價值判斷輕重失衡，因為，不論於加重最低本刑或加重最高本刑，皆有因其不分情節，而有違罪責相當原則之可能，並非僅限於加重最低本刑之部分違憲而已。<sup>2</sup>

然對於「加重最高本刑」是否違憲部分，大法官內部亦有歧見。黃昭元大法官及認為此部分並未違憲：對法官而言，應加重最高本刑的規定，則是擴大法官的量刑範圍，讓法官對於惡性重大、情節嚴重之累犯，仍得處以高於原法定最高本刑之宣告刑。被告既不會遭受必然之不利益，法官也享有得依情節而加重量刑之授權，於應加重時即得加重，毋須加重時亦得不加重，而可兼顧個案正義之需求。<sup>3</sup>

對此論述，謝煜偉老師即批評，上述認為加重最高本刑不違憲的見解，誤以為罪刑相當原則的維持，只要賦予法官對於個案的裁量即可。但在思考累犯制度是否違反罪責原則以及罪刑相當原則時，本來就不應該考量個案適用的結果，而應該進行抽象的法規範審查。<sup>4</sup>

## （二）雖不違反一行為不二罰原則，但有違反禁止雙重評價原則的疑慮

### 1、「一行為不二罰原則」與「禁止雙重評價原則」並不全然相同

羅昌發大法官認為，一行為不二罰原則與禁止雙重評價原則，在概念上，有甚多交集，但並非完全相同。前者適用於「對一行為為二次處罰」之情形；後者除適用二次處罰之情形外，亦包括在同一次處罰中，「對同一事由為二次不利評價」。<sup>5</sup>

<sup>1</sup> 詹森林大法官釋字第 775 號解釋部分不同意見書，頁 5-6。

<sup>2</sup> 詹森林大法官釋字第 775 號解釋部分不同意見書，頁 7。

<sup>3</sup> 黃昭元大法官釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 2。

<sup>4</sup> 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 10 月，頁 36。

<sup>5</sup> 羅昌發大法官釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 3。

2、刑法第 47 條第 1 項就累犯的「前科資料」部分，可決定行為人犯後罪之宣告刑，實際上有雙重評價的結果，有違憲疑慮

羅昌發大法官指出，刑法第 57 條……其中第 5 款「犯罪行為人之品行」之規定，與累犯有關。亦即，累犯屬於「有犯罪前科」者；有此「前科」，即顯示犯罪行為人之某種負面「品行」。刑法第 57 條要求法官就行為人之「品行」予以評價，而「在法定刑之內」，量處一定之刑罰。然刑法第 47 條第 1 項則係要求法官就累犯之前科資料，「在法定刑之外」，一律加重本刑至二分之一。換言之，累犯資料本來可以在刑法第 57 條第 5 款「犯罪行為人之品行」中予以負面評價，而納入量刑高低之考量；刑法第 47 條第 1 項卻又要求法官就相同之因素，先予以加重二分之一（而成為「處斷刑」），並在依此規定加重之後，依刑法第 57 條第 5 款之規定，再次就此種前科品行予以評價，以決定「宣告刑」。就此而言，刑法第 47 條第 1 項加重本刑至二分之一之規定，實際上會造成對犯罪行為人之前科為雙重評價之結果（同一前科資料，先以累犯加重，再於量刑時，給予負面評價）。<sup>6</sup>

### 三、修法前應如何操作？

解釋文僅說明：「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。」但何謂「裁量是否加重最低本刑」？是「得加重」還是「得不加重」？

#### （一）得加重說

部分大法官係採「得加重說」，如林俊益大法官即主張：依本解釋釋示，修法完成前，為避免發生罪刑不相當之情形，法院就承辦之累犯個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑，已將系爭規定一「應」加重本刑（法定本刑加重），調整為「得」加重最低本刑（法官裁量加重），俾符合憲法罪刑相當原則的意旨，使罪當其責、罰當其罪，以保障人權。為達此目的，審判長或受命法官允宜於行準備程序或言詞辯論程序時，詢問檢察官有無累犯加重的情形，曉諭檢察官指出證明方法，最後由法院就累犯資料進行周詳的調查與辯論程

---

<sup>6</sup> 羅昌發大法官釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 4。

序，依職權詳加審慎斟酌取捨，裁量是否加重最低本刑。<sup>7</sup>

亦有高等法院判決採取相同見解，如臺灣高等法院 108 年度上易字第 1650 號判決：實務以往操作的「應」加重其刑即一律強制加重的法律效果，大法官釋字第 775 號解釋公布後，即使尚未修法，司法實務即應解釋為「得」加重，亦即應視行為人前罪與後罪的關係，以個案認定是否「有其特別惡性及對刑罰反應力薄弱（累犯制度的立法理由）」之情，始得加重其刑。

然本號解釋公布後，亦有下級審法院對於大法官之意見不表贊同，臺灣高等法院花蓮分院 108 年度上易字第 25 號判決即指出：林俊益、蔡烱燉大法官雖認「不分情節，一律加重最低本刑」全部違憲，並認法院就承辦之累犯個案，應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑，已將刑法第 47 條第 1 項「應」加重本刑，調整為「得」加重本刑，在立法論上固有見地，然顯已超過解釋文之結構及文義解釋射程範圍，且與其他大法官認為現行刑法第 47 條第 1 項就法律效果部分，原則上不違憲，僅有在會發生過苛個案之情形下，始例外違憲之見解相左（均詳如前述）。且法院若逕行將刑法第 47 條第 1 項「應」加重其刑至二分之一，改為「得」加重其刑至二分之一，則違反刑法第 67 條有期徒刑加減者，其最高度及最低度同加減之加重規則，而明顯違法，大法官會議既未宣告刑法第 67 條違憲，豈有要求法官不遵守法律明文之規定，即逕依逸脫解釋文明白顯示之文義範圍，逐案個別裁量是否加重最低本刑之理。

## （二）得不加重說

相對於前述大法官意見以及高等法院判決見解，謝煜偉老師觀察，最高法院對於下級審法院是否有因累犯加重的審查，多採「得不加重說」，近例如最高法院 108 年度台上字第 1709 號判決：司法院釋字第 775 號解釋，依解釋文及理由之意旨，係指構成累犯者，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，不符罪刑相當原則、比例原則。於此範圍內，在修正前，為避免發生上述罪刑不相當之情形，法院就該個案應裁量是否加重最低本刑；依此，該解釋係指個案應量處最低法定刑、又無法適用刑法第 59 條在內減輕規定之情形，法院應依此解釋意旨裁量不予加重最低本刑。本件原判決係論上訴人肇事致

---

<sup>7</sup> 林俊益大法官釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 41。

人傷害逃逸罪，且符合刑法第 47 條第 1 項累犯之規定，惟審酌上訴人已與被害人調解成立，被害人已撤回過失傷害部分之告訴，綜觀本案犯罪情狀，認上訴人犯罪情節尚屬較輕，縱宣告法定最低度之刑，猶嫌過重，爰依刑法第 59 條規定酌量減輕其刑，並先依累犯規定加重後酌減其刑，且以行為人之責任為基礎，具體審酌關於刑法第 57 條科刑等一切情狀而為量刑。經核尚無不合，亦無司法院釋字第 775 號解釋意旨所示違反比例、罪刑相當原則之情形存在，自難指原判決適用累犯規定有何不符上開解釋意旨之違誤。

謝煜偉老師指出，由上述內容可知，最高法院判決係恪遵解釋文的意旨，只有當法院認個案應量處最低法定刑，又無適用刑法第 59 條規定的情形時，法院始應依釋字第 775 號解釋意旨裁量不予加重最低本刑。只要個案在論處上並非過苛，就沒有違反本解釋之意旨<sup>8</sup>。

### （三）簡析

謝煜偉老師指出，「得加重說」事實上已逾越刑法第 47 條第 1 項的射程範圍，故解釋文所謂「就該個案應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑」，應理解為「裁量不加重」，即「得不加重說」，才是合理<sup>9</sup>。

---

<sup>8</sup> 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 10 月，頁 44。

<sup>9</sup> 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 10 月，頁 45。

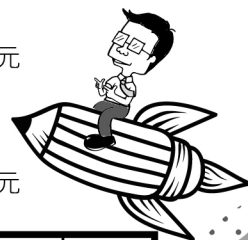
# 2020 讀家補習班 律師、司法官 解題改題班

大學好不容易學分修完，各家補習班的全修班也都補過了，但一碰到題目，還是腦袋空白不知道如何下筆嗎？沒關係！快來上讀家司律解題班，這次不僅有超強師資幫你釐清考科重點，更讓你現場直接練習寫考卷!!! 就是要讓你到了考場無往不利，不當考卷上的啞巴!!!

**本次解題班包含現場考卷練習**

面授 10800元

雲端 12800元



科目	師資	上課日期	堂數
民事財產法	程穎 (陳姿嵐)	2020/3/1(日)起每週日9:30、14:00 考卷練習日: 3/8、3/22	12
身分法	程穎 (陳姿嵐)	2020/4/12(日)起每週日9:30、14:00 考卷練習日: 4/12	3
刑法	連芯 (簡佑君)	2020/3/16(一)起每週一、三18:45 考卷練習日: 3/30、4/15	12
憲法	徐偉超	2020/2/1(六)起每週六18:45 考卷練習日: 2/22	7
行政法	徐偉超	2020/3/21(六)起每週六18:45 考卷練習日: 4/18、5/16	10
刑訴	益明 (林邦彥)	2020/2/1(六)起每週六9:30、14:00 考卷練習日: 2/8、2/22	12
民訴	李甦 (李杰峰)	2020/1/6(一)起每週一、三、五18:45及週六14:00 考卷練習日: 1/11、1/18	10
公司法	陳楓	2020/4/21(二)起每週二、四18:45 考卷練習日: 4/30	6
證交法	陳楓	2020/5/12(二)起每週二、四18:45 考卷練習日: 5/21	6
保險法	高宇 (高振格)	2020/5/22(五)起每週五18:45 考卷練習日: 5/29	4

☆讀家保留調整上述師資權利與課程時間權利

讀家

READER PLACE

02-7726-6667 · 02-7726-6766

台北市私立讀家法律商業技藝文理短期補習班

10047 台北市中正區館前路八號四樓 北市教終字第10730162700號



以上均可無卡無息分期12期，每月最低900元就可以上課，請洽 (02) 77266667 或粉絲頁，放榜考取一律全額退費