試論775號解釋後累犯加重規定之適用（上）

文／潘韋丞

近日拜讀釋字第 775 號解釋及大法官意見書，有關刑法第 47 條第 1 項累犯加重規定（下稱系爭規定）之部分，大法官對於本號解釋之適用範圍似有歧異，謹整理如下，並嘗試探討修法前實務可能的操作方式。

壹 本號解釋之適用範圍

大法官由寬而嚴之見解似大致可分為 3 種：

一、甲說：所有累犯案件，法院均須裁量是否加重最低本刑（林俊益大法官提出、蔡烱燉大法官加入之協同意見書）。

林、蔡兩位大法官意見書指出，解釋文所謂：「（系爭規定）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。」是指不可「不分情節，一律加重最低本刑」，有些情節可加重最低本刑（因加重本刑並未致生行為人所受的刑罰超過其所應負擔罪責），有些情節則不可加重最低本刑（因加重本刑致生行為人所受的刑罰超過其所應負擔罪責），在修法前，系爭規定由原來「應」加重最低本刑（即法定本刑加重），暫時調整為由法院「得」加重最低本刑（即法官裁量加重）[1]。

二、乙說：只限於法院認為個案應處以最低法定本刑（否則有違罪刑相當），但無刑法第 59 條適用之累犯案件（黃璽君大法官提出之部分不同意見書【陳碧玉大法官未加入此部分】、湯德宗大法官提出之部分不同意見書【陳碧玉大法官亦未加入此部分】、黃瑞明大法官協同意見書、吳陳鐿大法官部分不同意見書）。

黃璽君大法官意見書指出：本號解釋認系爭規定加重最低本刑，於符合刑法第 59 條得酌減情形，並不違憲；於不符合刑法第 59 條酌減情形而導致個案所負刑責過苛者違憲。依大法官多數意見，系爭規定加重法定刑，最高本刑加重部分雖未違憲，但最低本刑亦同時加重，致法官於個案中科刑裁量，遇有縱予宣告加重後之最低本刑猶嫌過重時，雖仍得依刑法第 59 條規定，酌量減輕其刑，但若不符合刑法第 59 條所定要件，以致罪責過苛者之部分違憲[2]。

湯德宗大法官意見書則指出：依大法官合議妥協之結果，本解釋僅指摘累犯應一律加重「最低」本刑（至 1/2）部分違憲，而未指摘累犯並應一律加重「最高」本刑（至 1/2）部分違憲。而累犯應一律加重「最低」本刑（至 1/2）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[3]。

黃瑞明大法官意見書亦提及：本號解釋特別指明系爭規定加重最低本刑而致過苛，是指刑法第 59 條所定「犯罪之情狀顯可憫恕」以外的情形[4]。吳陳鐿大法官意見書另說明：當不符合刑法第 59 條要件之累犯個案，其所受刑罰本就不會超過其所應負擔之罪責，並不牴觸比例原則，本號解釋多數意見卻仍認為有違反罪刑相當原則之虞[5]。

黃璽君大法官意見書更稱：依系爭規定加重本刑後，若累犯個案有特殊之犯罪情狀等，使一般人一望即認顯有可憫恕之處，縱予宣告法定最低度刑，猶嫌量刑過苛者，自有刑法第 59 條規定之適用，以調節個案刑責過苛之情形；惟若累犯個案無一般人一望即認顯有可憫恕之特殊犯罪情狀者，既為累犯，則按所加重之本刑刑度範圍內科刑，何來多數意見所謂刑責過苛，以致違憲之情形[6]？湯德宗大法官意見書也指出：縱使系爭規定「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，但刑法尚有第 59 條、60 條、61 條之調節機制可避免發生個案過苛情形，又刑法第 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」之語意相當概括，難以想像存在累犯個案「不符合刑法第 59 條所定要件」、卻又依系爭規定加重最低本刑將過苛、不符罪刑相當之情形[7]。

依兩位大法官之論述，既然本號解釋之適用前提在於「無刑法第 59 條之適用」，則不論是透過刑法第 59 條或者其他減輕規定，只要最後量刑結果可僅處「最低本刑」，就應非本號解釋適用之對象，反面而言，適用本號解釋後之量刑結果亦應為量處最低本刑，否則若仍高於最低本刑，即與依系爭規定加重之效果無異，難認有違反罪刑相當之處。此徵諸黃瑞明大法官意見書指出：法院裁量時如認為依其情節加重最低本刑仍屬過苛而不加重最低本刑，亦即科處「法定最低刑度」，於此情形下，法院應已認定行為人不符合累犯「特別惡性及對刑罰反應力薄弱」之立法理由，其本質已非累犯等語[8]應明。

三、丙說：同乙說之見解，但限於最低法定本刑為 6 月之罪（黃虹霞大法官協同意見書）。

黃虹霞大法官協同意見書明確指出：本號解釋文第 1 段後段固謂累犯原則上應加重法定最低本刑，惟在個案中，得由法官裁量之，但其裁量前提極其嚴格，包括 2 要件：1、因加重最低本刑而過苛之極特殊情形，比如依原法定最低本刑規定，法院原得從其最低本刑（有期徒刑 6 月）處刑者，但因須依系爭規定加重，致不得量處有期徒刑 6 月，並因而不得易科罰金或易服勞役（按：或指易服社會勞動），而因之過苛者。2、此種過苛情形，復因不符合刑法第 59 條要件，無法依該條規定減刑者。本號解釋並未全面性賦予法院就系爭規定加重最低本刑部分之裁量權，僅有在極特殊情形（如該意見書附件一所整理出刑法「最低本刑為有期徒刑 6 月」之罪共僅 33 個），法院始得例外判處原法定最低本刑。此例外不得被濫用，也不能誤解本號解釋，誤認不加重最低本刑是法院之當然職權而概不違反系爭規定[9]。

貳 舉例說明各說差異

某甲施用二級毒品（法定刑為 3 年以下有期徒刑），累犯，無減輕刑罰規定之適用。

一、若採甲說，法院須裁量是否依累犯加重最低本刑（2 月）後再進行量刑，其結果有可能是法院雖裁量不依系爭規定加重最低本刑，但仍量處有期徒刑 3 月[10]，且法院裁量是否依系爭規定加重最低本刑後，自仍得判斷有無其他減刑規定或刑法第 59 條之適用（依刑法第 71 條規定先加後減）。

二、若採乙說，倘法院縱然不受累犯加重最低本刑之限制，本即認為應量處 3 月始符罪刑相當，則法院無須裁量是否依累犯加重最低本刑，而應逕依系爭規定加重後，判處 3 月。若法院認為僅應判處最低法定刑 2 月，否則將有違罪刑相當，則應區分：1、個案若符合刑法第 59 條之規定，仍應先依系爭規定加重，再依刑法第 59 條減輕後，判處 2 月（至此均與本號解釋前實務處理方式無異）。2、倘若個案並無法適用刑法第 59 條，此時方為本號解釋的適用對象，法院應依本號解釋裁量是否不依系爭規定加重最低本刑而僅判處 2 月，惟其結果必定是處以最低本刑 2 月，否則將有違罪刑相當。

三、若採丙說，因本罪並非最低法定本刑為 6 月之罪，並無本號解釋之適用，法院應逕依系爭規定加重其刑，且如無其他減刑規定，應處 3 月以上之刑，此與本號解釋前實務處理方式無異。

參 大法官多數共識

本號解釋就系爭規定「加重最高本刑」部分並未宣告違憲，此從解釋文文義可清楚辨別，亦應為多數大法官之共識。雖然詹森林大法官部分不同意見書指出，若基於系爭規定不符憲法罪刑相當原則及比例原則為由，而認累犯不分情節，一律加重處罰，係為違憲，則其須加重處罰之規定，不論於加重最低本刑至 1/2 或至加重最高本刑至 1/2 之刑度間，皆有因其不分情節，須加重處罰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，本號解釋對於系爭規定加重最高本刑至 1/2，此對行為人人身

（文轉三版）

註釋

1 參閱林俊益、蔡烱燉大法官意見書第 20 至 22 頁。
2 參閱黃璽君大法官意見書第 2 至 3 頁。
3 參閱湯德宗大法官意見書第 3 頁第 6 段。
4 參閱黃瑞明大法官意見書第 5 頁。
5 參閱吳陳鐿大法官意見書第 5 至 6 頁。
6 參閱黃璽君大法官意見書第 7 頁。
7 參閱湯德宗大法官意見書第 3 頁第 8 段。
8 參閱黃瑞明大法官意見書第 4 頁。
9 參閱黃虹霞大法官意見書第 3 至 4 頁。
10 參閱林俊益、蔡烱燉大法官意見書第 25 至 26 頁之例示。
11 參閱詹森林大法官意見書第 6 至 7 頁；近似見解，參閱羅昌發大法官協同意見書第 5 至 6 頁、湯德宗大法官意見書第 3 至 4 頁第 7 段。
12 參閱黃昭元大法官提出、許志雄大法官加入之意見書第 2 至 3 頁第 3、4 段。
13 參閱湯德宗大法官意見書第 3 頁第 7 段稱之為「舉例說明」。
14 參閱許志雄大法官提出、黃昭元大法官加入之意見書第 11 頁。
15 參閱黃瑞明大法官意見書第 4 頁。
16 參閱最高法院 105 年度台非字第 227 號判決。
17 參閱林俊益、蔡烱燉大法官意見書第 21 頁。

植根法律關係（稅法總論 第三冊）
稅捐法律關係（稅法總論 第三冊）
黃茂榮 著作 定價 800 元
植根雜誌社有限公司
TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
如蒙
5005

法律網 最佳平台
稅法解釋與司法審查（稅法總論 第二冊增訂第三版）黃茂榮 著作 定價800元
稅法學方法與現代稅法（稅法總論 第一冊增訂三版）黃茂榮 著作 定價800元
1000元者 贈65元
書城熱賣中
WEEKLY 周刊
訂閱
劃撥
號 4377
戶
司法周刊
幣400元
訂閱

（文接二版）

自由之限制甚至更重之情況，竟不宣告其亦違憲，不僅難以自圓其說，更是輕重失衡[11]。

對此，黃昭元大法官提出、許志雄大法官加入之協同意見書則回應：系爭規定「應加重」最高本刑的規定，實務運作結果等於是「得加重」最高本刑，而非一律加重。對於累犯之被告而言，並不會導致其所受宣告刑必然高於原法定最高本刑之不利益；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。如此一來，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，故系爭規定應加重最高本刑之規定部分，自不違反罪刑相當原則[12]。

從此大法官多數意見觀察，足見「法院量刑範圍」係判斷系爭規定是否違憲之重要因素，如果能透過法院量刑得出罪刑相當之量刑結果，系爭規定即無違憲之虞。此理在加重最高本刑部分如此，在加重最低本刑部分亦然，則上開乙說謂：必是無（其他減輕規定或）刑法第 59 條之適用，致依系爭規定加重最低本刑之結果，法院無從科處原最低本刑致違反罪刑相當之論理，應顯理論一貫。

肆 各說分析

一、丙說

此見解所列「最低法定本刑為 6 月之罪」的限制並未見諸解釋文，僅出現在理由書第 16 段的「舉例」[13]，似難認本號解釋有意限制至此。如許志雄大法官提出、黃昭元大法官加入之協同意見書指出，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，但即使最低本刑逾 6 月者，其加重同樣有違反罪刑相當原則之問題[14]。黃瑞明大法官意見書也謂：本號解釋所舉不得易科罰金或易服社會勞動之例，僅為過苛之例示，法官於個案衡量時，自不以此類型之過苛為限[15]。

或謂解釋文提及「對人民受憲法第 8 條保障之人身自由所為限制」，可認只限於因適用系爭規定加重最低本刑之結果，致無法易科罰金、易服社會勞動而過度限制「人身自由」之情形。惟縱屬得易科罰金、易服社會勞動之宣告刑，執行時亦有因各種原因（如資力不足、易科罰金難收矯正之效等情形）而須入監執行之可能，自亦有可能造成人身自由之過度侵害，否則豈非謂宣告緩刑者、不論刑度如何，均無過度侵害人身自由之問題？

本文認為，凡有限制人身自由可能性之刑罰，皆應列入本號解釋之適用考量。又因系爭規定所謂「有期徒刑以上之罪」，係指「法定最重本刑為有期徒刑以上之刑之罪[16]」，仍有具體檢討刑法第 33 條所列各種主刑之必要：「死刑、無期徒刑」均不得加重（刑法第 64 條第 1 項、第 65 條第 1 項），自與本解釋無涉；「有期徒刑」屬於本號解釋之適用對象，自不待言；「拘役」因刑法第 68 條規定，僅加重最高度而不加重最低度，與本解釋宣告系爭規定加重「最低本刑」之違憲無關；「罰金」依刑法第 67 條雖同加減最高度及最低度，固有依刑法第 42 條規定易服勞役而限制人身自由之可能，但依刑法第 33 條第 5 款規定，罰金為新臺幣 1,000 元以上，以百元計算之，而刑法第 42 條第 3 項易服勞役是以新臺幣 1,000 元、2,000 元或 3,000 元折算 1 日，同條第 7 項規定易服勞役不滿 1 日之零數，不算，則罰金加重最低本刑可僅加重 100 元，不論採何折算標準，均會成為易服勞役不滿 1 日之零數，尚未對行為人人身自由增加額外之限制，應非本號解釋之適用對象。

二、甲說與乙說之區分

黃昭元大法官提出、許志雄大法官加入之意見書第 3 頁第 6 段已清楚說明：本號解釋文有兩種可能的理解，第 1 種，系爭規定「應加重最低本刑」，原則上仍不違憲，只在會發生情輕罰重的特殊個案才會違憲，始可例外不加重【類似乙說】。第 2 種理解則是認為「應加重最低本刑」規定在原則上即違憲，而應調整為「得加重最低本刑」，因此將來法官對於累犯之最低法定刑並無應加重之義務，而得逐案個別認定後再決定是否加重【類似甲說】。而該意見書第 4 頁第 7 段則指出：第 1 種理解【類似乙說】似乎比較接近本號解釋之意旨，但第 2 種理解【類似甲說】應該會更為妥當，理由在於系爭規定既然對「累犯要件」過於寬鬆，其「效果」就應該適度放寬，立法者未來修法時，應改為「得加重」等語。

則依此論述，本號解釋似採取乙說之見解，甲說僅屬未來修法之方向。

三、解釋文的文義理解

系爭規定在本號解釋宣告違憲之範圍外，自仍有效力，則本號解釋文的文義對於系爭規定違憲失效範圍之判斷，至關重要。

（一）甲說

林俊益、蔡烱燉大法官意見書第 8 頁將解釋文解讀為：「系爭規定不分情節，一律加重最低本刑致生刑罰超過罪責部分違憲」，惟該意見書第 8 至 12 頁詳列大法官間不同主張之論述卻頗值推敲：「第三說【按：類似甲說】主張，系爭規定有關加重本刑部分，不分情節，一律加重最低本刑，不符憲法罪刑相當原則及比例原則。為何會違反憲法罪刑相當原則及比例原則？因為有些個案會發生罪過其刑、罰過其責的過苛情形，此種情形在解釋理由論述即可。第四說【按：類似乙說】主張，系爭規定有關加重本刑部分，不分情節，一律加重本刑，個案發生過苛情形時，始構成違憲，與第三說相對照，第四說把第三說的心中理由說出來而已，只不過如此敘述，載明於解釋文，產生修法上的困擾而已，是以第三說主張的解釋原則（不分情節，一律加重最低本刑），為多數意見所採納。」另說明：「本院諸多解釋採用『不問（不論）……，一律（概）……』之違憲宣告方式，都是採全部違憲的宣告方式，並沒有宣告大範圍（不分情節，一律加重最低本刑）違憲，又說大範圍內的小範圍（致個案過苛部分）違憲！因此第四說的表示方式，殊值商榷！」不禁令人想像，是否大法官多數意見雖採第 3 說【類似甲說】，但最後對外表示之解釋文卻是採用第 4 說【類似乙說】？在此情形，是否仍可採取甲說而「擴大」本號解釋宣告系爭規定違憲之範圍？

倘本號解釋採取甲說之範圍，理想之解釋文似應為：「惟其（系爭規定）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，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而牴觸憲法第 23 條比例原則」。然而本號解釋文卻為：「惟其（系爭規定）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。」事實上，前段林、蔡兩位大法官意見書關於「本院諸多解釋，並無宣告大範圍（不分情節，一律加重最低本刑）違憲，又說大範圍內的小範圍（致個案過苛部分）違憲，如此表示方式殊值商榷」之敘述，如果理解成「本號解釋並未宣告大範圍（不分情節，一律加重最低本刑）違憲」，而僅是宣告「大範圍內的小範圍（不分情節，一律加重最低本刑而致個案過苛部分）違憲」，語意上將再自然不過，此即為乙說所採取之立場。

本號解釋文第 1 段最末謂：「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。」甲說雖認為所謂「該個案」是指就該符合系爭規定要件的累犯個案（所承辦個案）而言，因此法院依卷內前科資料發現被告符合累犯要件者，當然有本解釋的適用[17]。但對照解釋文該段「前部分」，其敘述為「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』」，則該段「後部分」所謂「該個案」（而非僅稱「個案」），似應指「此種個案」，而非泛指所有符合累犯要件之個案。

綜上所述，倘採取甲說，理想之完整解釋文應為：「系爭規定不分情節，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，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，法院應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。」然此似已忽略實際解釋文部分之論述，致與實際解釋文之文義不相契合，而有擴大本號解釋適用範圍之疑慮。

（二）乙說

本文雖然支持乙說，但不得不承認乙說與本號解釋文之文義亦有扞格之處，單從乙說主張適用本號解釋之結果，必是量處最低法定本刑而言，解釋文所謂「裁量是否加重最低本刑」即失其意義，蓋法院根本無裁量可言，而是「必不加重最低本刑」。然而，此齟齬之處似係出自解釋文本身論述用語之矛盾，詳言之，解釋文第 1 段前部分：「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」，業已揭櫫此種個案屬「罪刑不相當」，則後部分「法院就『該個案』應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。」法院對此種個案之裁量結果，豈有可能仍裁量加重最低本刑而維持此罪刑不相當之量刑？在此勉強有兩種文義解釋方式：其一，所謂「裁量」，係指法院裁量、判斷受理之案件，是否屬於前部分所稱之「該種罪刑不相當之個案」。其二，解釋文所謂「應依本解釋意旨裁量」，既然應依「本解釋意旨」，法院裁量之結果當然只有不加重最低本刑，以免有違罪刑相當。

（下期待續）

（作者為臺灣雲林地院法官）