試論 775 號解釋後累犯加重規定之適用 下

文／潘韋丞

（文接上期）

四、從量刑之過程觀察

（一）甲說可清楚辨明量刑之過程

林、蔡兩位大法官意見書首先介紹司法實務上法定刑、處斷刑及宣告刑之概念，並引用最高法院 107 年度台上字第 2797 號判決意旨：「刑罰法規除依不同犯罪構成要件要素，所涵攝相異之可罰性，而賦與相應之法定刑外，立法者基於刑罰目的及刑事政策之需要，亦常明文規範加重、減輕、免除法定刑之具體事由，據以調整原始法定刑，而形成刑罰裁量的處斷範圍，即為處斷刑。法院於具體案件之量刑過程，就是從法定刑、處斷刑之範圍內，確定其刑罰種類及欲予科處之刑度而為宣告，具體形成宣告刑。」而以刑法第 239 條通姦罪說明，該罪的法定刑為 2 月以上 1 年以下有期徒刑。如為累犯，加重本刑至 1/2 成為處斷刑，法院再依此處斷刑的範圍，就個案情節予以宣告，即為宣告刑[18]。

復有論者闡述，法定刑經系爭規定加重之刑，成為處斷刑，仍屬廣義之法定刑範圍，乃抽象的存在，與如何具體科刑，即依刑法第 57 條決定宣告刑無關[19]。另外，最高法院 107 年度台上字第 2797 號判決指出：「法定刑、處斷刑俱為量刑之外部性界限，該當於各種犯罪構成要件與法定加重、減輕、免除事由之具體事實，既共同形成刑罰裁量範圍，故法院於量刑過程中，自不得再執為裁量刑罰輕重之標準。否則，即違反重複評價之禁止。」

依上述法定刑、處斷刑及宣告刑概念之區分，以及重複評價禁止之說明，探討甲說之運作，仍以前揭某甲施用第二級毒品為例：某甲為累犯，依甲說應裁量是否加重最低本刑，因為系爭規定加重最低本刑之效果為「至 1/2」，亦即最少加重 1 月，倘裁量某甲本案情節應依系爭規定加重 1 月，但排除累犯因素後已無其他從重從輕之量刑因素，此時法院應依系爭規定加重後，判刑 3 月。倘裁量某甲本案情節不應因系爭規定加重，法院此處不予加重之裁量可能會有兩種解讀：其一，累犯事由不到增加量刑 1 月，如逕予加重 1 月，有違罪刑相當；其二，累犯事由雖應增加量刑 1 月，但此透過從重量刑之方式處理即可，無須加重最低本刑。本文認為應以第一種解讀為可採，因為第二種解讀等於否定累犯「加重其刑」之本質，僅當作「從重量刑」之因素。既然「最高本刑」依系爭規定加重之部分本號解釋並未宣告違憲，可見大法官並未否定累犯「加重其刑」之本質，僅在「解釋範圍」內排除系爭規定加重「最低本刑」之適用。而事實上，「最低本刑之加重」與「從重量刑」實難以區分，只要法院量刑不超過最高本刑而無涉最高本刑之加重，也不僅處以最低本刑，則其量刑究竟是「最低本刑之加重」或「從重量刑」之結果，倘判決理由未予說明，即難得知[20]。正因為兩者難以區分，若一概以「從重量刑」之方式取代「最低本刑之加重」，實質上法院根本未「裁量」是否「加重最低本刑」，而僅將累犯定性為從重量刑因素，應非本號解釋之意旨。

本文認為，甲說可貴之處在於明確區分法定刑、處斷刑及宣告刑階段。理論上法定刑、處斷刑均為抽象之存在，在此範圍內，法院再為個案具體之量刑而成為宣告刑。但問題在於，被告之前科素行雖不構成累犯，也仍應為量刑參考之因素，依前述重複評價禁止之說明，當個案法院已依累犯加重最低、最高本刑後，自不得再執為從重量刑之考量。但假使被告不符合累犯要件，或者雖然符合累犯，但經法院依本號解釋裁量不加重最低本刑（僅加重最高本刑），是否仍應作為量刑考量？又或者法院裁量時認為應依系爭規定加重 1 個月半，但有期徒刑實務以月計算，故僅加重最低本刑 1 個月，所餘之半個月，是否亦應列入量刑階段考量？如同林俊益、蔡烱燉大法官之意見書第 16 頁所言：縱然法官於個案中對於累犯所加重的刑罰極其微量，而為 1/100 或 1/1000，但法定本刑已因系爭規定加重，使法官至少須宣告最低本刑再加 1 月之有期徒刑，有違罪刑相當原則等語，但反面而言，如法院已裁量不加重最低本刑，則原本欲加重之 1/100 或 1/1000，是否至少應列入量刑之考量？

正因為被告之前科素行不論是否構成累犯，皆屬量刑因素的一種，故系爭規定在處斷刑與宣告刑之間的界線並不明顯。如最高法院 107 年度台上字第 918 號判決意旨謂：「毒品危害防制條例第 17 條規定、刑法第 47 條規定之加重、減輕刑度，性質上均屬處斷刑之一種，亦即以『法定刑』為基準，於此範圍內，由法院斟酌案件之具體情形，依刑法第 64 條至第 66 條關於加重、減輕刑度程度之適用，裁量加重、減輕之幅度，再於加重、減輕後之處斷刑度內酌定其宣告刑。以上刑罰裁量之過程及依據，祇須於判決理由內說明即已足，至於刑度分別加重、減輕若干，尚非刑事訴訟法第 308 條、第 310 條所定有罪判決書之應記載事項，縱未記載於判決內，亦非違法。」

倘處斷刑與宣告刑之區隔涇渭分明，法院本應具體交代究竟「加重了多少」最低本刑、具體之處斷刑範圍又是如何，但現行實務操作並非如此[21]。縱使如此要求，也無法避免上述當法院裁量應加重之刑度不到 1 月（如僅應加重半月）而不予加重，是否應將其考量因素列入量刑參考之問題。簡言之，在原法定刑之範圍內，系爭規定「加重最低本刑」與「量刑」之間，在重複評價禁止之前提下，實有互相流用、多退少補之情形。詳言之，系爭規定有如法定量刑程序，在所有量刑因素中，要求法院先考量依「累犯因素」是否加重最低本刑，則形成加重最低本刑效果部分，為了避免重複評價，不再供後階段量刑之參考。反之，若未形成加重最低本刑之效果，自應在後續量刑過程中評價，否則可能會發生因被告符合累犯要件，反而獲得量刑優惠之不合理情形，此亦為另一種罪刑不相當。

（二）「事後檢視」、「多退少補」的乙說

若以上述基礎理解乙說，亦以前揭某甲施用第二級毒品為例：某甲為累犯，依系爭規定加重最低本刑之結果，處斷刑至少為 3 月以上，此時依乙說，法院應「事後檢視」系爭規定加重最低本刑之效果，有無「多退少補」、罪刑不相當之情形。詳言之，法院先考量依「累犯因素」是否加重最低本刑，倘認為累犯因素應該加重 1 月，其他量刑因素應增加量刑 1 月，兩者相加後，法院自應宣告有期徒刑 4 月；倘認為累犯因素只應加重半個月，其他量刑因素則應增加量刑半個月，兩者相加結果仍是 1 個月，則依系爭規定加重最低本刑後宣告 3 月，並無違反罪刑相當，反之，倘認為累犯因素只應加重半個月，別無其他從重從輕量刑因素，此時若宣告 3 月有期徒刑將有違罪刑相當，法院應裁量不加重最低本刑而僅量處 2 月。

乙說在思考上，毋寧是將本號解釋作為罪刑相當原則「最後的控制閥」，甚至還列在刑法第 59 條之後，其只要求最後的宣告刑符合罪刑相當。而處斷刑僅屬於量刑之過程，縱使依累犯量刑因素不應加重 1 月，但嗣後考量其他量刑因素，認為與該累犯因素相加之結果，應宣告高於最低本刑 1 月之刑，則此量刑結果並未違反罪刑相當。倘綜合累犯因素在內所有之量刑因素，認為應僅處被告最低法定刑，否則將違反罪刑相當，則應先考慮是否有（減輕規定或）刑法第 59 條可達成此量刑結果，倘無，再依本號解釋而「應」裁量不予加重最低本刑，只宣告最低法定本刑。

乙說此部分論據，雖然有混淆處斷刑及宣告刑界線之嫌，但一來實務在量刑中本即未明確區分兩者（否則何以未說明究竟先加重幾月？），二來兩者實有互相流用之情形，乙說尚非必不可採，況本號解釋引進刑法第 59 條作為適用前提後，乙說更有所憑。如黃璽君大法官意見書謂：適用刑法第 59 條規定時，應審酌同法第 57 條等一切犯罪情狀，蓋第 59 條所謂「犯罪之情狀」與第 57 條所稱「一切情狀」，並非有截然不同之領域，適用第 59 條酌量減輕其刑時，並不排除第 57 條所列舉 10 款事由之審酌，於裁判上酌減其刑時，應就包括第 57 條所列舉之 10 款事項在內之犯罪一切情狀，予以全盤考量，審酌其犯罪有無顯可憫恕之事由，以為判斷。累犯加重本刑後，審酌刑法第 57 條等一切犯罪情狀，認科以最低度刑仍嫌過重，應屬犯罪之情狀顯可憫恕，得依刑法第 59 條酌減等語[22]。黃昭元大

（文轉三版）

註釋

18 參閱林俊益、蔡烱燉大法官意見書第 5 頁。

19 參閱吳燦，累犯確定判決違誤之救濟，司法周刊第 1940 期，2019 年 2 月 22 日，第 3 版。

20 此可參閱林俊益、蔡烱燉大法官意見書第 26 頁「諭知 7 月有期徒刑，是否應敘明理由」之例示。

21 黃虹霞大法官意見書第 6 頁亦指出此點。

22 參閱黃璽君大法官意見書第 5 至 7 頁，多數實務應採相同見解，參閱最高法院 107 年度台上字 4016 號判決。

23 參閱黃璽君大法官意見書第 7 頁、湯德宗大法官意見書第 4 頁第 8 段、吳陳鐿大法官意見書第 5 至 6 頁。

24 可參閱最高法院 103 年度台上字第 3203 號判決之反面解釋。

25 參閱湯德宗大法官意見書第 5 頁；黃昭元大法官提出、許志雄大法官加入之意見書第 2 頁第 3 段。

26 參閱林俊益、蔡烱燉大法官之意見書第 8 頁。

27 參閱吳燦，註 19 文，第 3 版。

（文接二版）

法官提出、許志雄大法官加入之意見書第 4 至 5 頁也謂刑法第 59 條之適用應該是屬於「宣告刑階段的個案決定」等語，則刑法 59 條作為宣告刑階段的調整機制，列在其後、以為補充之本號解釋，其性質似亦應為宣告刑之個案調整方式。

五、本號解釋與刑法第59條之關係

（一）黃璽君、湯德宗、吳陳鐶大法官各自之意見書均懷疑：累犯案件加重最低本刑，有無不適用刑法第 59 條，卻仍違反罪刑相當原則而需適用本號解釋之情形[23]？本文認為，仍以某甲施用第二級毒品為例，本案倘屬一般施用毒品案件，並無情堪憫恕可言，倘法院本認為應處以 2 月即罪刑相當，但因某甲為累犯，加重最低本刑結果必處 3 月以上，此時確有可能存在刑法 59 條「科以最低度刑仍嫌過重」之情形。在本號解釋前，法院相對應之方式未必不能先依累犯加重後，再引用刑法第 59 條減輕後僅處以 2 月（但此處將如同黃昭元大法官提出、許志雄大法官加入之意見書第 5 頁第 10 段所言：「如此適用刑法第 59 條反而是容許或逼迫法官去濫用或誤用刑法第 59 條…… 不斷地將之當成無可奈何之餘的個案調整機制。」）然而，本號解釋顯然有意區分兩者，此將可發揮讓刑法第 59 條回歸特殊情堪憫恕個案、避免濫用之作用，則上述情形，似應認為無刑法第 59 條之適用。因此罪刑不相當之癥結係出自系爭規定不分情節一律加重最低本刑所致，應由法院依本號解釋裁量不加重最低本刑，而僅處以最低本刑 2 月。

（二）本號解釋與刑法第 59 條可否併用？從本號解釋文之文義與上述區分之立場，兩者應無併用之可能。而系爭規定是現行法律，其失效範圍應該謹守解釋文之文義，惟此處最容易想像的爭議是刑法第 185 條之 4 肇事逃逸罪，因其最低法定刑為 1 年以上有期徒刑，在犯罪情節非常輕微之個案，若被告符合累犯，縱使依刑法第 59 條減輕，仍然至少要判處 7 月而要入監執行。此時若採取甲說，或許可以解套，法院可先裁量不依系爭規定加重，再依刑法第 59 條減輕其刑，可僅判處有期徒刑 6 月而得易服社會勞動。相對而言，如採取乙說，倘認為有刑法第 59 條之適用，法院並無依本號解釋裁量不加重最低本刑之餘地，至少仍應判處 7 月；倘認為無刑法第 59 條之適用，縱依本號解釋裁量不加重最低本刑，至少仍應判處最低本刑 1 年。不過本文認為，累犯加重最低本刑的效果，法院可以裁量低到僅加重 1 月，而刑法第 59 條減輕之效果，法院可以裁量高到減輕 1/2，不只已經完全抵銷累犯加重最低本刑之效果，甚至還有過之，倘如此還不足以避免罪刑不相當之情形，其原因應該是該罪原本的法定刑即有違憲之虞，而與系爭規定無關。

六、司法實務操作之差異

（一）甲說

黃昭元大法官提出、許志雄大法官加入之意見書第 3 至 4 頁註解 6，比較甲乙兩說判決理由之差異，指出：若採乙說，法院除仍須於判決主文中明示累犯外，如未加重其刑，則應於判決理由中明示不加重之理由；若採甲說，僅於有因累犯而加重其刑時，法院始須於判決理由中明示其加重理由。反之，若未加重其刑，則不必在判決理由中說明不加重之理由，至多就是多一句：綜合犯罪情節等，毋須加重其刑，或類似之說明即可等語。林俊益、蔡烱燉大法官之意見書第 22 至 23 頁則謂：因法院裁量不依系爭規定加重最低本刑，只是不加重而非減輕刑罰，並非刑事訴訟法第 310 條第 4 款規定判決理由所應記載之「刑罰有加重、減輕或免除者，其理由」，如法院裁量結果，累犯個案不予加重最低本刑卻未敘明理由，依目前刑事訴訟法相關規定，是否可認為違法，仍有討論空間等語，似均認為採取甲說，法院於個案雖未說明是否依系爭規定加重，也未必違法。

然而，依刑法第 67 條規定，有期徒刑加減者，其最高度及最低度同加減之。本號解釋既然未宣告系爭規定「應」加重「最高本刑」部分違憲，法院自仍應依系爭規定應加重「最高本刑」而宣告處斷刑之範圍（縱未詳述究竟加重若干，至少亦應宣示有加重最高本刑[24]），參以日本累犯立法例，即應一律加重「最高本刑」[25]，法院對此加重「最高本刑」之揭示仍有其意義。至於「最低本刑」之部分，系爭規定是「應」加重「最低本刑」，即便採取甲說，似亦僅認為「致生刑罰超過罪責部分違憲」[26]，則法院如何認為個案依系爭規定加重「最低本刑」之部分將致生罪刑不相當，似仍有說理義務（歸根究柢，此部分仍是「應」加重但「例外」不加重，而非全然屬於「得」加重）。則依此結果，未來累犯案件，除了仍應認定是否為累犯、如是則應加重「最高本刑」外，均須裁量、說明是否加重最低本刑之部分。

具體判決理由，似可參考林、蔡兩位大法官意見書第 24 至 25 頁：核被告所為，係犯…… 罪。又被告有事實欄所載前科執行情形，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表 1 份在卷可佐，其於有期徒刑執行完畢後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，為累犯，「應依刑法第 47 條第 1 項規定，加重最高本刑」（引號內容係本文增加），復依司法院釋字第 775 號解釋所示，為避免發生罪刑不相當之情形，法院就該個案依該解釋意旨，裁量是否加重最低本刑（其後說明裁量理由及結果）。

（二）乙說

依乙說見解，因本號解釋屬於罪刑相當原則「最後的控制閥」，除非法院認為個案並無（減刑規定或）刑法第 59 條適用，但本案應處以最低法定刑否則有違罪刑相當原則之「特殊情形」，否則一般案件仍與過往實務處理方式無異，應依系爭規定加重「最低本刑」、「最高本刑」，在重複評價禁止之前提下，以多退少補方式進行量刑，無須特別依照本號解釋進行裁量。

具體判決理由，似可區分：

1、屬於上述特殊情形：被告所為，係犯…… 罪。又被告有事實欄所載前科執行情形，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表 1 份在卷可佐，其於有期徒刑執行完畢後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，為累犯，應依刑法第 47 條第 1 項規定，加重最高本刑。而本院考量（說明裁量理由），認為依刑法第 47 條第 1 項規定加重最低本刑，將生司法院釋字第 775 號解釋所示罪刑不相當之情形，爰依該解釋意旨，裁量不予加重最低本刑。

2、非屬於上述特殊情形：被告所為，係犯…… 罪。又被告有事實欄所載前科執行情形，此有臺灣高等法院被告前案紀錄表 1 份在卷可佐，其於有期徒刑執行完畢後，5 年以內故意再犯有期徒刑以上之罪，為累犯，應依刑法第 47 條第 1 項規定，加重最高本刑；而就最低本刑加重部分，核無司法院釋字第 775 號解釋所示罪刑不相當之情形，亦應依上開規定加重最低本刑。

（三）比較

比較上開兩說，乙說方式似較為簡便，而兩者實際運作結果有無差異？在個案並無（減刑規定或）刑法第 59 條適用，然應處以最低法定刑否則有違罪刑相當原則之特殊情形，不論採取何說，法院俱應進行裁量、說明未依系爭規定加重最低本刑之理由。反之，當處以高於最低法定刑之情形，採取乙說因為法院並未依本號解釋裁量，自無庸說明裁量情形即可處高於最低法定刑（如 3 月）。相對而言，採取甲說，法院仍應裁量、說明裁量理由，其結果可能是裁量加重或不加重，但最後結果可能均為判處 3 月，如此一來，乙說似不失為較為簡便之方式。甲說雖然看似量刑區分處斷刑、宣告刑階段而較為精緻，但卻又未詳細說明如有加重，是加重處斷刑若干，也未必會交代其後量刑階段有無多退少補之情形，有無必要，似可斟酌。

（四）程序問題

本號解釋理由書第 22 段已指明科刑之正當法律程序，在本號解釋前辯論終結之案件，是否應再開辯論踐行該程序？如果採取甲說，對於法院應如何裁量系爭規定最低本刑，似顯然有讓當事人進行量刑辯論之必要。如果採取乙說，雖然此必要性貌似降低，但似不宜從量刑結果非最低本刑而倒推無此程序保障之必要。在辯論終結前既然法院依系爭規定原無此裁量可能，本號解釋後似仍宜賦予當事人對此表達意見之機會。

（五）累犯之認定

附帶說明，黃瑞明大法官意見書第 4 頁雖指出：法院倘裁量不加重最低本刑，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，自得不為累犯之宣告，否則兩者有所矛盾，而宣告被告累犯，於其日後受徒刑之執行與假釋時，其權益將受重大不利之影響等語。但回歸本號解釋，累犯之要件並未被宣告違憲，其效果也只有就「最低本刑」部分在「一定範圍」內宣告違憲，倘謂法院認為被告不符合累犯「特別惡性及對刑罰反應力薄弱」之立法理由而不加重最低本刑，則何以仍加重其最高本刑？又如何能迴避系爭規定對累犯之要件定義，以及刑法或其他法律援用此要件定義之效力？本文認為，不論採取甲說或乙說立場，均不能解免被告是否為累犯之認定，至於此部分是否有違憲問題，本號解釋並未加以處理。另外，依司法院「刑事判決精簡原則」，判決主文雖得不記載累犯[27]，但主文是否記載，究竟與被告是否為累犯不同。

伍 結論

本文贊同乙說見解，認為本號解釋僅在「相當限縮」之範圍內宣告系爭規定違憲，只有在法院認為個案應量處最低法定刑否則將有違罪刑相當、卻無法適用刑法第 59 條在內減輕規定之情形，法院方應依本號解釋意旨裁量不予加重最低本刑，並宣告最低法定刑。除此之外，系爭規定仍然有其效力，故對於一般累犯案件之處理，似應與過往無異。而依本號解釋意旨，在原最高法定刑之內，「累犯因素」應屬於量刑因素之一，法院於處斷刑、宣告刑之過程，除應謹守重複評價禁止之前提外，並應透過量刑得出罪刑相當之結果。只有在法院無法透過減輕規定、量刑裁量得出此結果時，本號解釋始行介入、賦予法院不依系爭規定加重最低本刑之權限。另外，法院應該如何具體、適切說明量刑理由，則屬另一課題，但應非本號解釋所新生之疑義。

（作者為臺灣雲林地院法官）