再論累犯刑罰之適用
—對於釋字第 775 號解釋之回響

文／吳燦

壹 前言

累犯刑罰之適用，實務多有爭議[1]。2012 年 7 月 17 日司法院與法務部第 134 次業務會談中，司法院建議刪除累犯加重其刑相關規定，轉納入量刑事由之審酌。經決議由司法院研提具體條文，提交法務部「刑法研究修正小組」研議。司法院旋擬具條文草案，惟法務部則以此議題涉及相關法律修正及假釋條件修訂與否，為求審慎，有請相關單位表示意見必要，應予納入繼續研議[2]。所謂繼續研議，不外束之高閣的代名詞。

2019 年 2 月 22 日司法院大法官作成釋字第 775 號解釋，（一）、宣告刑法第 47 條第 1 項有關累犯加重本刑部分，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。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（下稱系爭解釋）[3]。（二）、系爭解釋理由書第三段，特別提及主管機關應儘速修正刑事訴訟法（下稱刑訴法），以完備「科刑資料之調查及就科刑範圍獨立進行辯論」之程序，俾使法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則[4]。

在法律修正前，系爭解釋教示各審級法院就所承辦之該累犯個案，應依解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。經以「釋字第 775 號解釋」查詢一、二審法院判決結果，見解紛歧，對於減少「累犯之宣告違誤」[5]，助益不大。既然「累犯規定是很多不分審級刑事庭法官的痛或困擾，這一點大法官們完全理解」[6]，則在修法前，如何理解裁量操作系爭解釋，及周全量刑程序，俾兩全法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則，又得以消弭刑事法官之痛的「累犯之宣告違誤」，即有進一步探討之必要。

貳 修法前審判實務之裁量

一、刑罰之適用

刑罰適用的階段，首為刑法分則各本條或特別刑法所規定之「法定刑」；次為經刑法總則或分則上加減、免除之修正法定刑後之「處斷刑」；再次為裁判上實際量定之「宣告刑」。如為數罪併罰，最後定其應執行之刑，則屬「執行刑」。

法定刑屬於立法裁量，乃立法者在制定刑罰法律時，所斟酌不同犯罪構成要件要素而定之法定刑幅度。處斷刑與宣告刑均屬司法裁量。前者是法官根據法律上規定的情節，據以調整原始法定刑，仍屬廣義的法定刑範圍，乃抽象的存在；後者則為法官審酌與犯罪有關的事實上情節，而在法定刑或處斷刑範圍內所具體裁量之宣告刑刑度。

二、刑法第47條第1項與第57條間之關係

（一）「前科」形成累犯處斷刑與作為宣告刑之互斥性

累犯涉及被告之前科。在刑罰裁量（或稱量刑、科刑）中，被告素行良好，通常可作為從輕之裁量事實；反之，如已有前科紀錄，則成為考量加重科刑的因子[7]。因此，包括構成刑法第 47 條第 1 項累犯加重事由在內之前科，理論上，均屬於刑法第 57 條第 5 款科刑所應審酌之事項。

關於此兩者之關係，羅昌發大法官在協同意見書指出：刑法第 57 條係列舉科刑之決定因素；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）。因認涉及此種雙重評價之部分，有違憲疑義。

實務為避免違反雙重評價禁止原則[8]，乃發展出對於已在累犯處斷刑被評價過之被告前科，其於刑法第 57 條刑罰範圍內量刑時，即予排除，不再執為裁量刑罰輕重之標準[9]。

（二）「前科」作為累犯處斷刑與宣告刑事由之裁量

英美法採罪狀認否程序，其於被告已為認罪時，在定罪階段，可不必傳訊不利之證人供被告詰問；在科刑階段，如英國 2003 年刑事審判法（Criminal Justice Act）規定「認罪之量刑減讓」[10]（Reduction in sentence for a guilty plea），除按認罪之階段，以浮動比率，分為 1/3、1/4、1/10 或微減等情形，以調整減輕刑度之幅度外，比較特別的是，法官宣判時，應同時諭知，未適用上開規定減刑前之刑度，以及適用後之刑度[11]，使被告得以瞭解認罪與否刑度的差異，量刑更加透明化。

相較於我國刑法總則或分則（包括特別刑法）上加減、免除之規定，例如累犯加重、自白減輕等，均屬就所犯之罪修正原來法定刑範圍之處斷刑，並非在該特定犯罪原定之法定刑範圍內，量定一定之刑罰後，再為加、減其一定之刑度。因此，個案有無因累犯而加重其刑度，除宣告刑逾法定本刑之刑度者外，實無從得知[12]，反而使法院在宣告刑之審酌，必須將該事由排除，造成無法依據行為人先前犯罪前科，判斷其再形成犯罪之特性，錯失作為一般量刑的從重因子，或不免使罪刑失衡。

林俊益大法官在協同意見書即提到，依司法院量刑資訊系統的實證分析，因累犯而加重其刑之判決，其處刑範圍鮮有未在法定本刑刑度範圍內，縱有被告無視於其先前所受刑罰而仍再犯，亦得依刑法第 57 條第 5 款規定，而在法定刑度範圍內「從重量刑」。

三、法院裁量的實務操作

誠如湯德宗大法官在部分不同意見書所言，大法官既以合議方式作成解釋，其間妥協折衝在所難免。因此，對於部分解釋文或不免產生各自表述的現象。系爭解釋[13]前段如改以判決書[14]呈現，其主文似應記載為「刑法第 47 條第 1 項有關累犯加重本刑，其一律加重最低本刑部分，違憲」。理由是，原條文規定不分情節，一律加重最低本刑，致個案有過苛而不符憲法罪刑相當原則。在此規範意旨下，於修法前，則可將原「必加」調整為「得加」。

觀察一、二審法院操作系爭解釋之方式有二。1. 認為現行規定「應加重最低本刑」原則上不違憲，僅於情輕罰重之個別案例，始可例外不加重。2. 認為「應加重最低本刑」原則上即違憲，而應調整為「得加重最低本刑」。第 1 種情形，仍不免圍繞在刑法第 47 條第 1 項之裁量加重與否；第 2 種情形，則可將原本屬於累犯之事由，裁量移為刑法第 57 條第 5 款之量刑審酌。

例如，第一審經典判決[15]即謂：1. 在法院考量最低法定刑度時，原先的「累犯應加重最低本刑」效果，應調整為「累犯得加重最低本刑」。如已依累犯而裁量加重，同樣事由不應在量刑再次考量，避免雙重評價不利效果。2. 如果法院並非考量最低法定刑

（文轉三版）

註釋

1 請參吳燦，累犯確定判決違誤之救濟，司法周刊，1940 期，2019 年 2 月 22 日。

2 請參司法周刊，《司法院建議刪累犯規定以符刑法本質》，1608 期，2012 年 8 月 23 日。

3 本號解釋另宣告刑法第 48 條前段更定其刑之規定，與憲法一事不再理原則有違而失其效力；刑事訴訟法第 477 條第 1 項更定其刑之程序規定亦失所依附而併同失效。

4 為落實解釋意旨，司法院於 2019 年 5 月 24 日於臺中高分院舉辦「釋字第 775 號解釋公布後量刑新趨勢」研習會，並於 6 月 27 日、28 日及 7 月 19 日，分別在司法院、花蓮高分院及高雄高分院舉辦，俾審、檢、辯瞭解未來實務量刑之趨勢。請參司法周刊，《落實罪刑相當原則司法院分區研討量刑趨勢》，1954 期，2019 年 5 月 31 日。

5 即使已依解釋意旨認不依累犯加重其刑，亦構成非常上訴。請參最高法院 108 年度台非字第 185 號判決。

6 引自黃虹霞大法官協同意見書第九點。

7 但為避免不當連結，產生所謂「心意懲罰」的現象，與本案犯罪不具關連性的前科，宜避免在宣告刑裁量上佔太高比重。

8 雙重評價禁止原則亦適用於被告有利事項。例如，已依刑法第 62 條自首減輕其刑者，即不能再作為刑法第 57 條第 10 款「犯罪後之態度」從輕量刑之因子。

9 例如判決書記載「……，暨衡酌其前有妨害自由、公共危險、違反毒品危害防制條例案件等經法院論罪科刑紀錄（前述累犯部分不予重複評價），有前案紀錄表 1 份可參，……」。請參臺灣高等法院高雄分院 108 年度上訴字第 196 號判決。

10 此一名詞，首見於最高法院 104 年度台上字第 1916 號判決。

11 2019 年 4 月 23 日最高法院邀請英國上訴法院法官、英國司法部量刑委員會主席 Holroyde 專題演講時，筆者曾提問該國實務上開宣判作法，據答覆確實如此。

12 實務以累犯如何加重，由法官自由裁量；但其裁量結果，並未呈現於判決書，而僅例稿式地記載「應依法加重其刑」。

13 林俊益大法官亦謂，「大法官各有堅持，難成共識，經再三溝通、折衝、妥協、退讓，終於勉強形成多數」，作成系爭解釋。

14 2019 年 1 月 4 日公布之憲法訴訟法第 33 條。

15 臺灣桃園地方法院 108 年度桃簡字第 885 號判決。另臺灣臺北地方法院 108 年度交

（文接二版）

度時，縱使裁量適用累犯而加重最低法定本刑，並無實益（因為此時法定刑度的加重並不影響法院的量刑），反而導致法院無實益的加重法定本刑後，不能夠再次考量被告的累犯事由；如此一來，將使法院無法據行為人之前的犯罪紀錄，對其形成犯罪的特性作出判斷，縮減量刑可以考量的要素。因此，系爭判決衡酌聲請意旨所指被告累犯之事由[16]，及卷內未構成累犯之前科，均與本案竊盜罪質、侵害法益等有相當關連性，乃裁量作為刑法第 57 條第 5 款之量刑因子具體考量。此一裁量方式，因係具體審酌被告之前科而為刑之量定，而非僅是抽象的法定刑加重，得以充足法院科刑判決符合罪刑相當原則，又可以消弭累犯之宣告違誤於無形。

參 量刑程序精緻化之建構

我國刑事法學教育及審判實務，向來偏重犯罪之認定，而輕忽量刑之科處。系爭解釋理由第三段，神來一筆的提到「科刑資料之調查與辯論」，能否因此打開量刑的黑盒子，有待觀察。

首先，言及「對累犯者加重本刑涉及科刑」，以彰顯此攸關被告權益。但因「目前刑訴法，僅規定科刑資料之調查時期應於罪責資料調查後為之，及賦予當事人對科刑範圍表示意見之機會，對於科刑資料應如何進行調查及就科刑部分獨立進行辯論均付闕如」，顯然對被告權益保障不周。進而揭明「為使法院科刑判決符合憲法上罪刑相當原則，法院審判時應先由當事人就加重、減輕或免除其刑等事實及其他科刑資料，指出證明方法，進行周詳調查與充分辯論，最後由法院依法詳加斟酌取捨，並具體說明據以量定刑罰之理由，俾作出符合憲法罪刑相當原則之科刑判決」。最終，則促請「相關機關應依本解釋意旨儘速修法，以符憲法保障人權之意旨」。茲分述如下：

一、累犯加重應由檢察官負實質舉證責任

1999 年全國司法改革會議，定調刑事訴訟的走向在於「增強當事人進行主義」，隨後於 2002 年修正刑訴法第 161 條檢察官負實質舉證責任，並參考日本刑訴法第 298 條之立法例，修正刑訴法第 163 條，宣示「當事人舉證先行原則、法院職權調查為輔」之證據調查模式。

依刑訴法第 161 條第 1 項規定，檢察官按諸「控訴原則」，對「被告犯罪事實」，即（1）犯罪構成事實。（2）違法性、有責性及處罰條件等事實。（3）犯罪時間、地點或方法如屬犯罪構成要件要素者，其事實。（4）有關刑罰加重、減輕或免除[17]之事實；亦即，凡與確定刑罰權之存在，暨刑罰權之內容與其範圍之事實，均應由檢察官負實質的舉證責任。

累犯事由之有無，係有關刑罰加重、且對被告不利之事實，自應由檢察官負實質的舉證責任（即先主張個案構成累犯，並指出證明之方法）。審判實務多未注意及此，仍循舊例謂係法院應依職權調查之事項，在檢察官未舉證前，即由法官逕行認定。系爭解釋理由特予揭明，不啻醍醐灌頂。

二、刑罰裁量正當法律程序

（一）科刑資料之調查

1. 科刑資料何所指

刑訴法第 288 條第 4 項規定審判長應就被告科刑資料為調查，並採行論罪事實與科刑資料分離調查程序，以避免與犯罪事實無關之科刑資料影響職業法官認定事實之心證。

沒有經過科刑調查的量刑辯論，缺少科刑證據的支撐，不免造成檢、辯「各說各話」，及法院依主觀認定，故應落實並強化科刑資料之調查。最高法院 98 年度台上字第 7233 號、100 年度台上字第 2261 號判決先後指出，刑訴法第 288 條第 4 項所謂「科刑資料」，係指刑法第 57 條或第 58 條規定刑之量定所關之事實，而非僅限於調查被告之前案判決執行情形之一種，且此等資料必也經過調查，始有同法第 310 條第 3 款所定，有罪之判決書，應於理由內記載「科刑時就刑法第 57 條或第 58 條規定事項所審酌之情形」。經由最高法院在個案判決的糾正，晚近事實審法院已多能針對刑法第 57 條或第 58 條所定科刑資料進行必要之調查。

2. 科刑資料之證明與調查方法

刑事訴訟採證據裁判主義，不惟定罪應依證據證明，在量刑階段，亦須以證據證明。證明依其待證事項性質不同而有不同程度的要求，可分為嚴格證明與自由證明。刑訴法第 155 條第 2 項即係嚴格證明之法文，自由證明則除最高法院 71 年台上字第 5658 號判例曾簡略述及外，尚未有體系性之規定。在定罪階段之事實應適用嚴格證明，自是當然，至於量刑階段所應審酌之刑法第 57 條因子，實務多援引最高法院上開判例，認為因其非屬犯罪構成要件之事實，以經自由證明為已足[18]。

惟針對死刑案件科刑資料之證明，歐盟於 2013 年 4 月公告《16 項死刑犯保護措施最低標準》[19]，其七、為「死刑量刑因子應經適當證明」，此項原則已成為國際人權法死刑宣告正當法律程序諸原則之一。所謂「應經適當證明」，在採定罪與量刑分離程序之英美法，係指於量刑的聽審程序，檢、辯雙方一如在審判程序就從重或從輕之各項量刑因子，各負舉證責任，而且可以傳喚證人，提出證據，以證明一切與量刑有關之事項。就歐陸法系而言，則指刑事訴訟之證明方法，意即，死刑科刑資料，與定罪證據一樣，應經嚴格證明，以昭慎重，保障生命權。

關於科刑資料之提出，對於被告不利之量刑事實，由檢察官負舉證責任，對於被告有利之量刑事實，由被告負舉證責任。科刑資料應如何調查，雖然法無明文，惟依判例，單純作為科刑應審酌情狀之事實，僅其調查證據之程序不受嚴格限制而已，舉凡與科刑有關之事項與資料，自仍必須在此一階段經過一定之調查，使當事人、辯護人等有陳述意見之機會，並得以對不利之科刑資料進行防禦。解釋上當然亦包括依刑訴法第 288 條之 1 第 2 項規定，審判長應告知被告得以提出或聲請調查對其有利之科刑證據，始與同法第 288 條第 4 項修法意旨相契合。

（二）量刑辯論

法院於調查證據完畢後，依刑訴法第 289 條第 1 項規定所進行關於當事人、辯護人就事實上及法律上意見陳述或主張，即所謂之言詞辯論。根據辯護人所欲追求訴訟之目的，一般可分為「無罪辯論」、「罪輕辯論」及「量刑辯論」。量刑辯論通常是在定罪之後，或者控、辯雙方對於被告構成犯罪之罪名無爭議的情形下而存在。在採定罪與量刑二程序分開之法制，必先有已定罪之被告，才有量刑的問題[20]。

各國量刑程序法制模式不同，有採歐陸法系傳統的「程序合併模式」，或歐陸法系傳統程序合併的「變革模式」者，有採英美法系的「程序絕對分離模式」者。我國刑訴法未採「定罪與量刑程序分離」制度[21]，第 289 條第 3 項亦僅賦予當事人量刑範圍之意見陳述權，尚無量刑辯論之明文，惟最高法院 100 年度台上字第 2261 號判決指出，至少對於檢察官具體求處死刑之案件，因攸關被告生命權之剝奪，為期量刑更加精緻、妥適，審判長基於訴訟指揮權，可以曉諭檢、辯雙方就與量刑範圍有關之事項互為辯論，以補現制規定之不足。

為使法制更臻周全，2002 年 4 月 20 日《國家人權報告》第 92 段提出擬再修正刑訴法第 289 條，將現行規定當事人就「科刑範圍」表示意見，改為「進行辯論」。林俊益大法官協同意見書指出：司法院、行政院於 2001 年 6 月 10 日函請立法院審議之刑訴法部分條文修正草案第 289 條增訂第 2 項規定：「前項辯論後，應命依同一次序，就科刑範圍辯論之，並應予到場之告訴人、被害人或其家屬就科刑範圍表示意見之機會。」即係獨立進行科刑辯論。

經查上開修正草案，係為配合公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法 (下稱兩公約施行法) 第 8 條明文政府機關應檢討主管之法令，有不符兩公約規定者，應於施行後 2 年內，完成修正而提之法案[22]。可惜立法院已多次屆期不連續，尚未能及時完成立法。所謂相關機關應儘速完成修法程序，劍指立法機關立法怠惰。

量刑辯論乃透過提出一些量刑情節，用以說服法院作出從輕（辯方）或從重（控方）的處罰。為規範法官量刑裁量權之行使，應由控、辯雙方各自提出「量刑建議」[23]，再依據所調查之科刑資料充分互為辯論，最後由法官為「量刑決定」，並負提出量刑說理之義務。

肆 結語

基於控訴原則，累犯加重事由，應由檢察官負實質的舉證責任。必也檢察官於個案已主張適用累犯加重，並舉出證明方法（如指出被告哪一項前科構成累犯），始生法院應否裁量加重最低本刑之問題。其於檢察官未曾主張者，則移為刑法第 57 條第 5 款之量刑因子，並具體審酌之；至於檢察官主張適用累犯，但經裁量作為量刑審酌因子時，應說明理由。科刑資料之調查與量刑辯論，係屬刑罰裁量正當程序。前者之調查，應予加強並落實，後者法制之建立，有賴司法院促請立法院儘速完成修法，庶無違兩公約施行法第 8 條之要求。

（作者為最高法院庭長）

註釋

簡字第 620 號判決，亦屬將累犯前科裁量作為量刑因子評價之指標性判決。

16 即本案檢察官主張適用累犯，並指出證明方法。請參本文參、一之說明。

17 此減免事由係對被告有利事項，乃出於刑訴法第 2 條檢察官客觀性注意義務之規定而來，法院就此一有利事項，則有職權調查之義務。

18 科刑資料之證明方法，學說上尚有：對被告不利之量刑事實要嚴格證明，對被告有利之量刑事實自由證明；基本上不須嚴格證明，但被告對量刑事實表示異議要嚴格證明；以嚴格證明為基本，但容認依訴訟狀況自由證明；關於犯罪事實之量刑事項採嚴格證明，其餘量刑事實採自由證明。

19 林輝煌，死亡的正義— 國際人權法宣告死刑之正當法律程序（上），法令月刊，65 卷 12 期，2014 年 12 月，1792-1793 頁；同文章（中），法令月刊，66 卷 1 期，2015 年 1 月，26-28 頁。

20 在未導入程序二分論前之量刑辯論，是否造成律師辯護上的兩難困境，值得觀察。實務常見辯護人係以「無罪辯論」作為先位聲明，備位聲明則為「罪輕辯論」。

21 1969 年在羅馬舉行之第 10 屆世界刑法學大會決議：至少在重大犯罪案件中，審判程序應分為定罪與量刑兩個獨立的部分。

22 詳見立法院議案關係文書，院總第 161 號，政府提案第 12668 號，《刑訴法部分條文修正草案總說明壹、前言》，243 頁。

23 建議方案可參考先前量刑實務所累積形成的「量刑行情」。

WEEKLY 周刊 徵 高 啓 事 一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。二、本刊歡迎內，以利一次刊出。三、本刊並歡迎司法人、文後請加註，以利參考。本刊對來稿有權潤飾及法院的故事。不願接受刪改者，請加註說明；刊出文章並將置司法 WEEKLY 周刊 周出刊 訂閱 幣400元 訂 閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊