

名師啟試錄 ②

累犯加重本刑之正當性 —兼論釋字第 775 號

編目：刑法

主筆人：旭台大

累犯之加重，係因犯罪行為人之刑罰反應力薄弱，需再延長其矯正期間，以助其重返社會，並兼顧社會防衛之效果，因此依刑法第 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，五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。」

至於依刑法第 47 條立法理由，犯罪行為人之再犯係出於故意者，固有適用累犯加重規定之必要；惟若過失再犯者因難據以確認其刑罰反應力薄弱，故宜以勸導改善等方式，促其提高注意力以避免再犯，而不宜遽行加重其刑，故第 1 項限制以故意再犯者為限，方成立累犯。

惟上開累犯規定，引發「刑法第 47 條第 1 項有關累犯加重本刑部分，是否違反憲法一行為不二罰原則？又其一律加重本刑，是否違反憲法罪刑相當原則？」的問題。

進而司法院大法官作出第 775 號解釋，並認為「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。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。」

本文先從遭宣告違憲前累犯規定之操作談起，再爬梳累犯規定違憲理由，再整理司法院第 775 號解釋文及協同與不同意見，並作成結語。

第一節 累犯規定

針對累犯之規定，原本於 2005 年修正刑法總則時，有兩種極端的修正方向：1.刪除累犯：學界認為應刪除累犯的理由在於累犯處罰規定毋寧為行為人刑法，不符合行為刑法，也違背罪責原則；2.擴大累犯適用：而法務部則欲導入美國「三振法案」，增訂特別累犯制度。最終，經過協商折衝

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

後，保留既有累犯適用^{註1}。以下即針對被大法官宣告違憲前刑法第47條第1項，關於累犯適用要件為說明。

第一項 受刑執行完畢或赦免後

所謂受刑之執行完畢，除了包含「**實際執行**」有期徒刑、無期徒刑外，也包含「**視為執行**」徒刑的情況。如果行為人前罪並非受徒刑之「執行完畢」，縱使5年內故意再犯罪，仍不適用累犯規定。

【75台上635例】

緩刑期滿而緩刑之宣告未經撤銷者，其刑之宣告，失其效力，與以已執行論之效果，並不相同，嗣後縱然再犯，不發生累犯之問題。

【37非40例】

大赦有消滅罪刑之效力，故犯罪經大赦後，不但赦免其刑，並應視與未犯罪同，被告某甲前雖曾因竊盜案被判罪刑，但既邀赦免而歸於消滅，則其以後之犯罪，自不發生累犯問題。

【29上258例】

累犯之成立，以曾受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年以內再犯有期徒刑以上之罪為要件，故尚在徒刑執行中更犯有期徒刑以上之罪者，即不得依累犯之例論科。

【25非101例】

刑法第四十七條所謂累犯，係以受有期徒刑之執行完畢，或受無期徒刑或有期徒刑一部之執行而赦免後，五年內再犯有期徒刑以上之罪，為其成立要件，若假釋中更犯罪受有期徒刑以上刑之宣告，祇得為撤銷假釋之原因，不適用累犯之規定。被告前犯強盜案，經判處罪刑，於假釋中復犯竊盜罪，既非執行完畢或執行一部而赦免後再犯罪，自與累犯不符，原確定判決援用刑法第四十七條加重論科，顯屬違法，查原判決係不利於被告，應由本院撤銷另為判決。

【視為執行】

甲1個月前因犯傷害罪，遭法院判處有期徒刑2月，如易科罰金以新臺幣1,000元折算1日確定，甲辦理易科罰金執行完畢，2個月後逢仇人乙而對其故意再犯傷害罪。甲是否成立累犯？

【答題關鍵】

依刑法第44條規定，易科罰金、易服社會勞動、易服勞役或易以訓誡

^{註1}立法過程變遷，參見：柯耀程，《刑法釋論II》，一品，2014年，頁118；柯耀程，大法官108年1月15日公開說明會（刑法累犯加重處罰規定是否違憲案）機關及學者專家之書面意見，<https://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/1080201/e.pdf>，頁2-3，最後瀏覽日：2019/4/3。

執行完畢者，其所受宣告之刑，以已執行論。因此，甲已繳納易科罰金，所宣告之刑以已執行論，仍符合「受刑之執行完畢」5年內故意再犯有期徒刑以上之罪的累犯要件。

第二項 五年內故意再犯

根據立法理由，若過失再犯者因難據以確認其刑罰反應力薄弱，故宜以勸導改善等方式，促其提高注意力以避免再犯，而不宜遽行加重其刑，因此僅限故意再犯者為限，方成立累犯。

【101 四等一般警察】

甲平日從事汽車修理業，於民國 98 年 3 月因犯傷害罪，被法院判處有期徒刑三個月，並得易科罰金。甲於 99 年 1 月辦理完納罰金執行完畢後，又於 100 年 1 月，替人修理汽車，在駕車往保養廠途中試車，因天雨路滑，不慎撞到乙，經送醫後，乙終成植物人。問甲成立何罪？是否構成累犯？

【答題關鍵】

- 1.受刑執行完畢或赦免後：甲於 99 年 1 月辦理完納罰金執行完畢，依刑法第 44 條規定，所宣告之刑以已執行論。
- 2.甲於 5 年內過失再犯刑法第 284 條第 1 項過失重傷罪，不符故意再犯要件，不成立累犯。

第三項 再犯有期徒刑以上之罪

所稱「再犯有期徒刑以上之罪」者，是指刑事法律規定的犯罪，其法定刑包括有期徒刑在內而言，法條規定的法定刑，可能只規定有期徒刑，亦可能包括選科或併科拘役或罰金^{註2}。此外，排除專科罰金或拘役之罪^{註3}。

【98 年公務員升等法制】

丁因犯恐嚇罪遭法院判刑 1 年確定，在台北監獄服刑期滿後，出獄當天至西門町散步，因不滿路人戊投以異樣眼光，竟當街對戊辱罵髒話，經戊提出公然侮辱之告訴。

【答題關鍵】

刑法第 309 條第 1 項規定：「公然侮辱人者，處拘役或三百元以下罰金。」公然侮辱罪非有期徒刑以上之罪，丁不構成累犯。

^{註2}林俊益大法官提出、蔡焜燉大法官加入，釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 4。

^{註3}林鈺雄，《新刑法總則》，元照，2018 年，頁 656。

第四項 加重其刑至二分之一

所謂加重本刑至二分之一，是指法定刑「應」加重本刑，而非「得」加重本刑。所謂加重「至」二分之一，是指最多加至二分之一而言，不一定要加至二分之一，加多少完全委諸法院的裁量。依刑法第 67 條規定，有期徒刑或罰金加重者，其**最高度及最低本刑同加重**之^{註4}。

例如：刑法第 239 條通姦罪，法定刑為 2 月以上 1 年以下有期徒刑，如為累犯，最高度 1 年有期徒刑，最多可加至二分之一即 1 年 6 月有期徒刑；最低本刑 2 月有期徒刑，必須逾 2 月有期徒刑，最多可加至二分之一即 3 月有期徒刑，處斷刑^{註5}為逾 2 月有期徒刑至 1 年 6 月以下有期徒刑^{註6}。

第五項 擬制累犯

第 47 條第 2 項規定：「第九十八條第二項關於因強制工作而免其刑之執行者，於受強制工作處分之執行完畢或一部之執行而免除後，五年以內故意再犯有期徒刑以上之罪者，以累犯論。」

其立法理由為：「**保安處分本有補充或代替刑罰之功用**，為配合第九十八條第二項增訂強制工作處分與刑罰之執行效果得以互代，爰參採竊盜犯贓物犯保安處分條例第七條之立法體例，於本條第二項增訂**擬制累犯**之規定。」

第二節 違憲之爭

累犯之所以加重處罰，除行為人反覆犯罪對於社會造成的「社會危害性」及「人身危險性」外，也因為其刑罰感應力弱，基於「特別預防」兼顧社會防衛觀點，而應予加重處罰^{註7}。不過，多數學者認為累犯加重處罰依據，存在正當性的疑慮，討論如後。

^{註4}林俊益大法官提出、蔡焜燉大法官加入，釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 6。

^{註5}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**（107 台上 2797 決）。

^{註6}林俊益大法官提出、蔡焜燉大法官加入，釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 6。

^{註7}馬躍中，刑事制裁—犯罪後之刑法回應，新學林，2019 年，頁 66-67。

【104年6次刑事庭會議】

良以累犯之人，既曾犯罪受罰，當知改悔向上，竟又重蹈前愆，足見其刑罰感應力薄弱，基於**特別預防**之法理，非加重其刑不足使其覺悟，並**兼顧社會防衛之效果**。職是，應依累犯規定加重其刑者，主要在於行為人是否曾受徒刑之執行完畢後，猶無法達到刑罰矯正之目的為要。

第一項 違害性之關聯

針對累犯於刑之執行完畢後，於5年內故意再犯罪，行為人所「再犯之罪」究竟應犯何種罪，才能夠被界定為具有「高度危險性」，而應論以累犯加重事由？亦即，甲第一次犯竊盜罪，而第二次究竟應再犯竊盜罪，抑或縱使犯傷害罪，仍能論以累犯加重？

如果反覆犯同一犯罪者，可能該犯罪行為人對於犯罪具有「成癮性」，對該具有犯罪成癮性或對於社會危害較高之人，不應加重處罰，反而應給予**保安處分**^{註8}，例如：吸毒成癮者的戒癮治療等^{註9}。

若是再犯不同罪名之行為人，從犯罪學觀點觀察，可能是無法再社會化或者更生失敗之人，其背後關於社會、家庭、學校、社交等原因交錯複雜，以及出獄後的標籤效應等問題，而形成**社會結構的壓力**，若依累犯規定而加重處罰，反而只會讓行為人更變本加厲^{註10}。

第二項 違反罪責原則

累犯之所以加重，是因為行為人已受過徒刑之執行，但卻一再反覆犯罪，與社會為敵的性格根深蒂固，社會危害性較大，為了防衛社會，才予以加重處罰^{註11}。不過，如此加重處罰，等同於將曾經犯罪之人貼上危險者的標籤，不管犯罪行為人過去是否有違犯客觀不法行為，只要求其對自己危險性格負責，而為「行為人刑法」^{註12}。不過，「行為人刑法」

^{註8}柯耀程，前揭註1，頁3。

^{註9}王皇玉，大法官108年1月15日公開說明會（刑法累犯加重處罰規定是否違憲案）機關及學者專家之書面意見，

<https://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/1080201/c.pdf>，頁1，最後瀏覽日：2019/4/3。

^{註10}王皇玉，同前註，頁1。

^{註11}林東茂，《刑法總則》，一品，2018年，頁42。

^{註12}王皇玉，前揭註9，頁2；馬躍中，前揭註7，頁70；柯耀程，《刑法釋論II》，一品，2014年，頁123。

是違反「罪責原則」的。

所謂罪責原則，是採取「行為刑法」，係以行為人**不法行為之可責性為處罰基礎**。國家以其對於罪責之非價判斷而非難其不法行為，蓋此種不法行為係出於**行為人之意思自由**而為之不法決定，必須具有罪責的行為，才屬於可罰的行為，而得科以處罰^{註13}。

又行為人應依其行為責任之輕重而受**相當輕重**之刑罰。罪責不但是刑罰之前提要件，「**無罪責即無刑罰**」，也是衡量刑罰之標準，法定刑或宣告刑之刑種或刑度，**必須與其罪責之輕重相當**，亦即刑罰之輕重應與責任之輕重成比例，稱之為罪責原則或責任原則，乃比例原則施於刑罰裁量之原則。

因此，若行為人先前的犯罪若經過徒刑執行完畢，代表其過去不法行為已經**遭「清算完畢」**，若有再犯罪的情況，也仍然應以犯罪不法行為作為論罪基礎，而不能夠將已經清算完畢的前罪，再次累加計算至再犯之罪，否則僅單純因行為人之危險性而加重刑罰，將違反「罪責原則」。^{註14}

第三項 違反一事不二罰

所謂一事不二罰，係指對於同一犯罪行為，基於法秩序之維護與人民權益受剝奪應符比例原則之精神，施以法律評價，只許擇一種刑事處罰為之，並僅能處罰一次，不得重複施罰，始合公平正義理念（94 台上 6919 決）。

對此，針對累犯加重處罰依據，是基於先前犯行過輕，導致再次犯罪，而基於防衛社會目的，應加重後罪之法定刑，有違反一事不二罰之疑慮^{註15}。

第四項 累犯屬量刑問題

累犯除了有招致行為人刑法及違反罪責原則及一事不二罰原則之批評外，其實依刑法第 57 條第 5 款「犯罪行為人之品行」，本即容許法院於具體個案審酌犯罪紀錄等，已足達到妥適量刑的目的，無依累犯規定加重刑罰之必要^{註16}。

^{註13}林山田，《刑法通論（上）》，2008 年，頁 98。

^{註14}王皇玉，前揭註 9，頁 3。

^{註15}馬躍中，前揭註 7，頁 68。

^{註16}馬躍中，前揭註 7，頁 70；林東茂，前揭註 11，頁 43。

第三節 大法官宣告違憲

針對累犯是否違憲爭議，司法院大法官於 2019 年 2 月 22 日公布第 775 號解釋，其中針對解釋文系爭規定一：「刑法第 47 條第 1 項有關累犯加重本刑部分，是否違反憲法一行為不二罰原則？又其一律加重本刑，是否違反憲法罪刑相當原則？」該號解釋文認為，累犯**不得一律加重最低本刑**，法院應就個案判斷、裁量是否以累犯加重最低本刑。

第一項 不生是否違反憲法一行為不二罰原則

根據釋字第 775 號理由書，其認為「依上開系爭規定一法律文義及立法理由觀之，立法者係認為行為人於前罪徒刑執行完畢或一部之執行而赦免後，5 年內又故意違犯後罪，因累犯者之主觀惡性較重，故所違犯之後罪應加重本刑至二分之一。是系爭規定一**所加重處罰者，係後罪行為**，而非前罪行為，自不生是否違反憲法一行為不二罰原則之問題。」

第二項 一律加重「最低本刑」違反罪刑相當原則

第一款 加重最低本刑違憲

又釋字第 775 號理由書進一步認為「系爭規定一**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。」

對此，理由書舉一例說明：「目前實務上有期徒刑加重係以月為計算單位，如最低法定本刑為 6 月有期徒刑，**累犯加重結果，最低本刑為 7 月有期徒刑**。本來法院認為諭知 6 月有期徒刑得易科罰金或易服社會勞動即可收矯正之效或足以維持法秩序（刑法第 41 條第 1 項及第 3 項規定參照），但因累犯加重最低本刑之結果，**法院仍須宣告 7 月以上有期徒刑，致不得易科罰金或易服社會勞動**。」除了最低法定本刑為 6 月有期徒刑外，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^{註17}。

於有關機關修法前，為避免發生罪刑不相當之情形，法院就該個案從「應」加重最低本刑，**改至「得」加重最低本刑**，賦予法院裁量空間。因此，林俊益大法官認為：「修法完成前，法院審判刑事案件，為避

^{註17}許志雄大法官提出、黃昭元大法官加入，釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 15。

免發生罪刑不相當的情形，就承辦的累犯個案，應依本解釋意旨，裁量是否加重最低本刑。為達此目的，應由檢察官先就被告有無累犯加重本刑的情形，指出證明方法，再由法院就累犯資料進行周詳的調查與充分的辯論程序，依職權詳加審慎斟酌取捨，裁量是否加重最低本刑。審判長或受命法官允宜於行準備程序及辯論程序時，分別詢問檢察官『本件有無累犯加重本刑的資料請求調查或辯論的？』並曉諭檢察官指出證明方法。」

【旭】

釋字第 775 號解釋，僅針對「加重最低本刑」宣告違憲。至於累犯「加重最高本刑」部分，則因「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，作成解釋文第 1 段」，亦即「加重最低本刑」宣告違憲，而「加重本刑」部分未作成違憲宣告解釋。

【案例】

甲於前罪刑之執行完畢後，於 5 年內故意再犯業務侵占罪，法院之宣告刑範圍為何？

【答題關鍵】

1. 刑法第 336 條第 2 項業務侵占罪法定刑：6 月以上 5 年以下有期徒刑。
2. 累犯加重：
 - (1) 處斷刑最高：最多可加至二分之一即 7 年 6 月有期徒刑。
 - (2) 處斷刑最低：最低本刑可加 1 月有期徒刑^{註18}即 7 月有期徒刑，最多可加至二分之一即 9 月有期徒刑。
3. 結論：依據林俊益大法官協同意見書指出，法院個案的宣告刑，係在 7 月以上 7 年 6 月以下有期徒刑範圍內，有自由裁量之權，然就最低本刑部分，即非加重不可^{註19}。因此，最低本刑部分，無論如何一定要加重刑罰，剝奪法院個案裁量決定宣告刑的權限，無法由法

^{註18}在實務操作上，對於法定刑的加減採取同加同減，不過若處斷刑最低也一起同加 1/2，則於毒品犯罪等最低 10 年有期徒刑起跳的條文而言，最低 10 年 6 個月起跳太過於嚴格。因此，發展出加重最低有期徒刑，通常以月為單位，因此只要加重過後的最低刑度不要低於法定最輕本刑就好，也就是說，最低刑度多加 1 個月也是加重。舉例來說，最輕本刑 2 個月，加重最低本刑後，處斷刑最低為 3 個月，不要判決低於 3 個月即可。

^{註19}林俊益大法官提出、蔡焜燉大法官加入，釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 6。

官視個案情狀，綜合後罪犯罪行為的主客觀面而評價罪責，**致行為人所受的刑罰可能超過其所應負擔的罪責**（即罰過其責、刑過其罪），而有違憲疑慮^{註20}。

第二款 不符合刑法第 59 條所定要件

釋字第 775 號理由書中，特別強調「系爭規定**一不分情節**，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……。」可以推論出：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^{註21}的結論。

(一)贊同見解

針對刑法第 59 條之適用，實務上認為應先依刑法第 57 條審酌一切情狀考量有無可憫恕事由後，若認**科以最低度刑仍嫌過重**，方有刑法第 59 條適用。因此，對於累犯加重個案而言，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^{註22}。

【104 台上 3233 決】

又刑法第五十九條所謂「犯罪之情狀」顯可憫恕，與刑法第五十七條所稱之審酌「一切情狀」，二者意義雖有不同，惟於裁判上酌量減輕其刑時，本應就犯罪一切情狀，予以全盤考量，審酌其犯罪有無可憫恕之事由，以為判斷。故適用第五十九條酌量減輕其刑時，並不排除第五十七條所列舉十款事由之審酌。倘法院就犯罪一切情狀全盤考量，並敘明被告犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低度刑仍嫌過重，且其裁量權之行使未見有濫用或不當者，即有其適用。

因此，針對解釋理由書所說「**一律加重最低本刑**，於**不符合刑法第 59 條所定要件**之情形」，黃璽君大法官認為：「審酌刑法第 57 條等一切犯罪情狀，**如認非顯可憫恕者**，則科以**最低度刑**，即**難認所負刑責過苛**；反之，如認科以**最低度刑仍嫌過重**，應屬**顯可憫恕**，得依**刑法第 59 條酌減**。多數意見以於不符合刑法第 59 條所定要件，仍有個案刑責過苛之情形，**難以想像**，以此作為

^{註20}林俊益大法官提出、蔡焜燉大法官加入，釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 7。

^{註21}黃璽君大法官提出，釋字第 775 號解釋部分不同意見書，頁 2。

^{註22}黃璽君大法官提出，釋字第 775 號解釋部分不同意見書，頁 7。

系爭規定一律加重最低本刑，有違憲法罪刑相當原則之違憲理由，尚難成理。」

揆諸上開黃璽君大法官所提出看法，其認為「刑法第 47 條第 1 項之抽象、一般性刑罰效果規定，是可以用立法者設有刑法第 59 條的個案調節機制為由，而認其仍合憲^{註23}」。黃璽君大法官只不過是認為無法想像解釋理由書提出「**一律加重最低本刑，於不符合刑法第 59 條所定要件之情形**」，而無法同意其說理而已。

(二)反對見解

對此，黃昭元大法官認為「刑法第 59 條之適用應該是屬於**宣告刑階段的個案決定**，而刑法第 47 條有關累犯加重的規定是否過苛，則屬立法者所為之處斷刑規定是否違憲的抽象審查問題」，二者不應混淆，不能以刑法第 59 條的存在，作為累犯不違憲之論述，否則將造成「**立法者對於竊盜罪科以最重為死刑的法定刑規定也可以合憲，只因為仍得適用刑法第 59 條^{註24}**」的怪異結論。若認為因刑法第 59 條存在，而使得累犯規定不違憲的話，將使得逼迫法官在法定刑過苛的罪名下，雖不符合刑法第 59 條情狀顯可憫恕，閉著眼睛誤用刑法第 59 條以作為個案調整機制。因此，黃昭元大法官認為：「刑法第 59 條並不是戰鬥力破表的烈空座神獸，一經召喚，即可克制阿爾宙斯而解除危機。反之，**正因為法律效果過苛，所以才需要適用刑法第 59 條**。如此召喚超級進化版的 59 神獸來解決累犯應加重規定的合憲爭議，正好凸顯該規定之實屬過苛、違憲^{註25}。」

第四節 結語

針對累犯一律加重「**最低本刑**」一事，大法官作成違憲宣告，並指出：「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。」

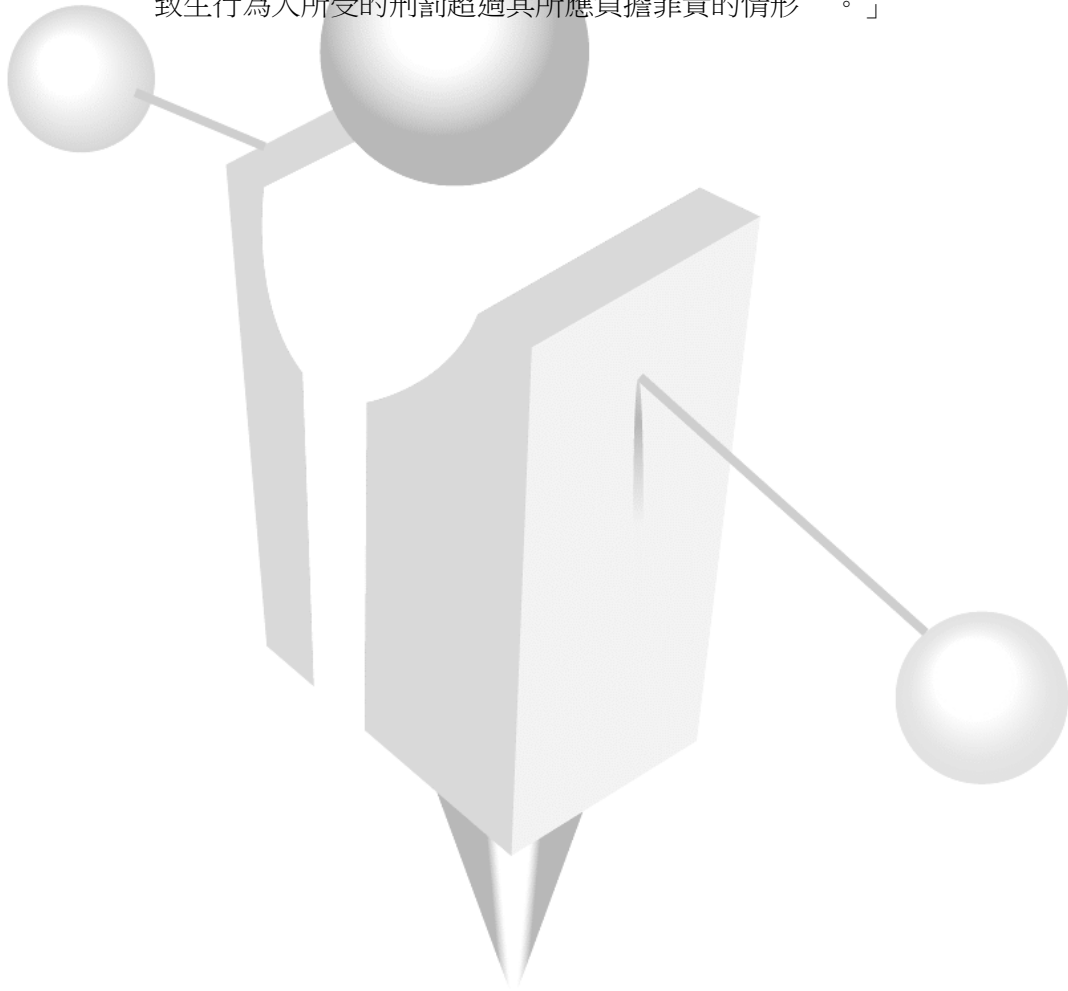
於立法機關修法完成前，法官於審酌個案時，法院「**得**」加重最低本刑，即賦予法官裁量是否就累犯情況予以加重處罰。

^{註23}黃昭元大法官提出、許志雄大法官加入，釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 4。

^{註24}黃昭元大法官提出、許志雄大法官加入，釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 5。

^{註25}黃昭元大法官提出、許志雄大法官加入，釋字第 775 號解釋協同意見書，頁 5。

至於法院如何裁量？林俊益大法官指出：「法院應視前案（故意或過失）徒刑之執行完畢情形（有無入監執行完畢、是否易科罰金或易服社會勞動而視為執行完畢）、5年以內（5年之初期、中期、末期）、再犯後罪（是否同一罪質、重罪或輕罪）等，綜合判斷累犯個案有無因加重本刑致生行為人所受的刑罰超過其所應負擔罪責的情形^{註26}。」



^{註26}林俊益大法官提出、蔡焜燉大法官加入，釋字第775號解釋協同意見書，頁22。